

SERI DISKUSI RUU KUHP #10

CATATAN SEMINAR

Kejahatan Serius terhadap Hak Asasi Manusia (*Serious Crimes against Human Rights*)

Komisi Nasional Hak Asasi Manusia
Lembaga Studi dan Advokasi Masyarakat (ELSAM)
PUSHAM UII

Yogyakarta, 27-28 Maret 2006

DAFTAR ISI

DAFTAR ISI	i
-------------------------	---

PEMBUKAAN

I. Sambutan Pengganti Rektor UII (Eko Riyadi, S.H).....	1
II. Sambutan Ketua Komnas HAM (Abdul Hakim Garuda Nusantara)	1

SESI I	3
---------------	---

MAKALAH PEMBICARA

I. Kejahatan Serius terhadap Hak Asasi Manusia (<i>Serious Crimes Against Human Rights</i>) dalam RUU KUHP Oleh : Andi Samsan Nganro.....	4
II. Kriminalisasi terhadap Hak Asasi Manusia : Masuk dalam KUHP atau di Luar? Oleh : Ifdhal Kasim, S.H.....	7

SEMINAR SESI I

I. Prof. Muladi, S.H.	12
II. Andi Samsan Nganro	16
III. Ifdhal Kasim, S.H.	19

PERTANYAAN TERM I	23
--------------------------------	----

TANGGAPAN PEMBICARA

I. Prof. Muladi, S.H.	26
II. Andi Samsan Nganro	28
III. Ifdhal Kasim, S.H.	29
IV. Prof. Muladi, S.H	30
V. Andi Samsan Nganro	30
VI. Prof. Muladi, S.H.	30

PERTANYAAN TERM II	31
---------------------------------	----

TANGGAPAN PEMBICARA

Prof. Muladi, S.H.	32
--------------------------	----

SESI II

33

MAKALAH PEMBICARA

I.	Kejahatan yang Sangat Serius dalam R-KUHP Oleh : Komariah Emong Sapardjaja	34
II.	Komentar terhadap Pasal-pasal Tindak Pidana terhadap Hak Asasi Manusia dalam RKUHP Oleh : Rudi M. Rizki, S.H., LL.M	37

SEMINAR SESI II

I.	Komariah Emong Sapardjaja	47
II.	Rudi M. Rizki, S.H., LL.M	49
III.	Abdul Hakim Garuda Nusantara	53

PERTANYAAN	58
-------------------------	-----------

TANGGAPAN PEMBICARA

I.	Komariah Emong Sapardjaja	62
II.	Abdul Hakim Garuda Nusantara	63
III.	Rudi M. Rizki, S.H., LL.M	64

HASIL DISKUSI KELOMPOK 1	66
---------------------------------	-----------

HASIL DISKUSI KELOMPOK 2	68
---------------------------------	-----------

PEMBUKAAN

I. SAMBUTAN EKO RIYADI, S.H. (PENGGANTI REKTOR UII)

Ass. Wr. Wb. Salam sejahtera untuk kita semua. Yang saya hormati Bapak Muladi, Bapak Garuda Nusantara (selaku Ketua Komnas HAM), yang saya hormati juga kepada seluruh narasumber yang berkenan hadir pada hari ini. Dan yang saya hormati kepada seluruh undangan peserta seminar dan workshop dalam rangka seminar pembaharuan RUU KUHP yang berkaitan dengan kejahatan serius terhadap HAM. Yang pertama, saya mengucapkan mohon maaf yang sebesar-besarnya, karena seharusnya yang duduk di depan adalah bapak Rektor UII. Tetapi karena beberapa hari yang lalu baru saja dilaksanakan pemilihan rektor yang baru, sehingga beliau meminta ijin dan tidak bisa hadir. Dan hanya menyampaikan salam kepada bapak ibu hadirin semuanya. Ada beberapa hal yang ingin saya sampaikan selaku ketua pelaksana acara ini. Yang pertama, saya mengucapkan terima kasih yang sebesar-besarnya atas kehadiran bapak ibu sekalian. Dan saya berharap acara ini bisa berjalan dengan baik dan apabila ada kekurangan saya minta maaf yang sebesar-besarnya. Dan kedua, kepada Komnas HAM yang telah mempercayai PUSHAM UII untuk menjadi partner pada acara ini. Kemudian tak lupa pula menyampaikan terima kasih kepada narasumber yang telah berkenan hadir pada pagi hari ini. Selanjutnya, yang ingin saya sampaikan, bahwa terutama kepada Pak Abdul Hakim Garuda beserta staff jajarannya, bahwa 2 hari ini kami telah mengundang pihak-pihak dari beberapa elemen. *Pertama*, dari perguruan tinggi yang dihadiri Fakultas Hukum dari seluruh kota Yogyakarta, Pengadilan Negeri dan Tinggi, Kejaksaan Negeri dan Tinggi, Aparat Kepolisian, TNI, Advokat, LSM, dan mahasiswa yang ada di Yogyakarta. Itu saja yang sekiranya bisa saya sampaikan, dan terima kasih. Ass. Wr. Wb

II. SAMBUTAN KETUA KOMNAS HAM (ABDUL HAKIM GARUDA NUSANTARA)

Ass. Wr. Wb. Prof Muladi yang saya hormati, Pak Andi (Ketua Pengadilan Negeri Jakarta Selatan dan mantan Hakim Pengadilan *Ad Hoc*), Prof. Emong, Ibu Lies Sugondo, bapak ibu saudara para undangan. Kami ingin menyampaikan bahwa kejahatan serius terhadap HAM di Indonesia selama ini diatur dalam regulasi khusus, yaitu dalam UU Nomor 26 Tahun 2000 tentang Pengadilan HAM. Dalam UU tersebut, jenis kejahatan yang diatur adalah jenis kejahatan Genosida dan Kejahatan terhadap Kemanusiaan. Kejahatan-kejahatan itu merupakan kejahatan baru yang sebelumnya tidak pernah dikriminalkan dalam kitab UU Hukum Pidana. Namun dalam perkembangan perumusan RUU KUHP ini, versi tahun 2005, jenis-jenis kejahatan yang ada dalam UU Nomor 26 Tahun 2000 itu kemudian ditransfer ke R-KUHP, yakni dalam Bab 9 tentang Tindak Pidana HAM yang mengatur tentang Genosida, Tindak Pidana Kemanusiaan, Tindak Pidana Perang dan Konflik Bersenjata, Tanggung Jawab Komando dan Penyiksaan. Seperti kita ketahui bersama, kejahatan serius terhadap HAM termasuk ke dalam *extra ordinary crimes* yang mempunyai karakter khusus. Oleh karena itu, menjadi penting bagi kita untuk memahami apa yang sebenarnya menjadi latar belakang pemikiran, sehingga kejahatan-kejahatan ini bisa dimasukkan ke dalam R-KUHP. Penting juga untuk mengetahui bagaimana hubungan antara politik hukum pidana R-KUHP dengan kejahatan yang mempunyai karakter khusus, seperti kejahatan serius terhadap HAM.

Catatan Seminar :
Kejahatan Serius terhadap Hak Asasi Manusia (*Serious Crimes against Human Rights*)

Pertanyaan yang penting dijawab di sini adalah, apakah relevan untuk memasukkan kejahatan itu dalam KUHP? Atau tetap di luar KUHP? Lebih jauh lagi, apakah rumusan-rumusan naskah R-KUHP itu telah memadai bila dikaitkan dengan standar internasional, dan sejauh mana rumusan pasal kejahatan serius terhadap HAM dalam R-KUHP dapat menjangkau karakter kejahatan terhadap HAM sebagai *extra ordinary crimes*. Oleh karena itu, penting pula bagi kita untuk melihat dan membahas lebih rinci rumusan pasal-pasal yang berkaitan dengan tindak pidana yang dimasukkan ke dalam R-KUHP tersebut, seperti genosida, penyiksaan, maupun kejahatan perang. Kita perlu juga melihat rumusan pasal-pasal itu, karena kita tahu bahwa dimasukkannya kejahatan tersebut ke dalam R-KUHP tentunya akan menimbulkan implikasi-implikasi yang signifikan terhadap praktik pengadilan HAM yang telah ada. Dimasukkannya kejahatan HAM dalam RUU KUHP tentunya juga mempunyai implikasi terhadap kewenangan penyidikan yang dimiliki Komnas HAM. Berdasarkan pada hal-hal itulah, maka Komnas HAM memandang perlu untuk mendiskusikan dan membahas lebih mendalam kejahatan serius terhadap HAM yang tercantum dalam naskah R-KUHP. Perlu saya sampaikan bahwa seminar yang akan dilanjutkan diskusi besok adalah bagian dari rangkaian seminar dan diskusi dalam rangka pembaharuan RUU KUHP. Dari rangkaian seri seminar dan diskusi itu akan dihasilkan sebuah *policy paper* Komnas HAM mengenai revisi RKUHP. Komnas HAM menggunakan *policy paper* tersebut sebagai bahan untuk menyusun rekomendasi Komnas HAM guna perbaikan RUU KUHP. Dalam kesempatan ini, saya mengucapkan terima kasih kepada pembicara dan peserta atas kehadiran dan kontribusi yang akan diberikan pada kegiatan ini. Komnas HAM juga menyampaikan penghargaan kepada PUSHAM UII yang telah bersedia bekerja sama dalam kegiatan ini. Penghargaan juga disampaikan kepada pusat-pusat hukum yang lain yang bersedia bekerja sama dalam kegiatan seperti ini. Terakhir, selamat melaksanakan seminar dan berdiskusi dan dengan ini kami buka acara diskusi ini. Terima kasih.

SESI I

MAKALAH PEMBICARA

Kejahatan Serius terhadap Hak Asasi Manusia (*Serious Crimes Against Human Rights*) dalam RUU KUHP*

Andi Samsan Nganro **

PENGANTAR

Kecenderungan pembuat Rancangan Undang-undang (RUU) untuk melakukan kodifikasi hukum pidana materiil dalam KUHP baru dengan memasukan sejumlah pasal-pasal tindak pidana yang diatur dalam perundang-undangan di luar KUHP, memang menarik untuk dibahas dan didiskusikan. Seperti dimasukannya pasal-pasal tindak pidana terhadap Hak Asasi Manusia (HAM) dalam RUU KUHP, tentunya akan menimbulkan implikasi-implikasi yang signifikan, baik bagi praktik pengadilan HAM selama ini maupun bagi penerapan hukum pasal-pasal tindak pidana itu sendiri.

Sebagaimana diketahui, kejahatan serius terhadap HAM di Indonesia selama ini diatur dalam UU No. 26 Tahun 2000 tentang pengadilan HAM. dalam UU tersebut jenis kejahatan yang diatur adalah mencakup kejahatan genosida, kejahatan terhadap kemanusiaan, dan tanggung jawab komando.

Namun dalam perkembangannya, jenis-jenis kejahatan yang ada dalam undang-undang No. 26 Tahun 2000 tersebut, politik hukum kita cenderung memasukan ke dalam RUU KUHP, yakni dalam BAB IX Tindak Pidana terhadap Hak Asasi Manusia : genosida, tindak pidana kemanusiaan, tindak pidana perang dan konflik bersenjata, tanggung jawab komando dan penyiksaan.

HUKUM PIDANA TERKODIFIKASI DAN TERSEBAR

Hukum pidana terkodifikasi adalah (undang-undang) hukum pidana yang telah dikumpulkan dan dibukukan, seperti misalnya KUHP. Syarat-syarat untuk melakukan kodifikasi adalah : harus mendasari ilmu pengetahuan hukum (pidana) yang tinggi serta menyeluruh, harus mendapat dukungan dari masyarakat dan harus dibukukan secara sistimatik.

Di samping itu terdapat juga dalam perundang-undang pidana tersendiri yang tersebar di luar KUHP, seperti Undang-undang Tindak Pidana Ekonomi tahun 1955; Undang-undang Terorisme tahun 2002; Undang-undang Pencucian Uang tahun 2003. Selain daripada itu, terdapat juga hukum pidana materiil di dalam perundang-undang administrasi yang bersanksi pidana, seperti Undang-undang Lingkungan Hidup tahun 1997, Undang-undang Perpajakan, Undang-undang Kepabeanan 1995.

Ketentuan-ketentuan pidana yang tertuang dalam KUHP beserta semua perundang-undangan yang mengubah dan menambah KUHP itu, seperti Undang-undang No. 1 Tahun 1946, Undang-undang No. 73 Tahun 1958, Undang-undang No. 18 (Prp) Tahun 1960, dll. Biasanya disebut dengan perundangan-perundangan pidana umum atau hukum pidana umum. Sedangkan perundang-undangan pidana tersendiri ialah semua perundang-undangan di luar KUHP beserta perundangan-undangan pelengkapnya, baik perundang-undangan pidana maupun yang bukan pidana tetapi bersanksi pidana, lazim disebut dengan perundang-undangan pidana khusus.

Pada umumnya ketentuan-ketentuan dalam perundang-undangan pidana khusus mengatur suatu materi yang bersifat khusus. Kekhususan itu dapat berupa kekhususan norma, pidana atau acara dan juga kekhususan ditinjau dari sudut pembuat perundang-undangan itu sendiri.

Prinsip pemberlakunya, bahwa hukum pidana khusus lebih diutamakan daripada hukum pidana umum. Hal ini sesuai dengan adagium *lex specialis derogat legi generali*.

RUMUSAN DELIK-DELIK HAM DALAM RUU KUHP

Baik dari segi judul BAB RUU KUHP maupun dari segi rumusan delik-deliknya ternyata bahwa BAB IX tentang Tindak Pidana terhadap Hak Asasi Manusia sama sekali tidak mencerminkan jenis-jenis kejahatan tersebut sebagai bentuk klasifikasi pelanggaran HAM yang berat. Jadi yang ingin saya katakan di sini bahwa dalam rancangan KUHP ini tidak ada kesan yang mencerminkan pada sebuah kejahatan yang luar biasa. Dan tidak menunjukan ini pelanggaran berat. Demikian pada Pasal 7 tersebut dinyatakan bahwa kejahatan genosida dan kejahatan terhadap kemanusiaan dalam ketentuan ini sesuai dengan *Rome Statute of the International Criminal Court*. Dengan demikian, pembuat undang-undang No. 26 Tahun 2000 menilai bahwa pelanggaran HAM berat merupakan "*extra ordinary crimes*". Maka tidak mengherankan apabila pelbagai logika dan spirit hukum serta perundang-undangan yang terkait atas dasar Statuta Roma harus dipahami.

Apabila kita bandingkan dengan Statuta Roma, jelas bahwa pasal-pasal tindak pidana terhadap HAM dalam RUU KUHP ternyata rumusan deliknya bersumber atau diambil dari Statuta Roma tahun 1998. Oleh karena itu, apabila berbicara mengenai hukum pidana HAM tidaklah dapat dilepaskan hubungan dan keterkaitan dengan hukum internasional.

IMPLIKASI-IMPLIKASI YANG SIGNIFIKAN

Dimasukkannya kejahatan serius terhadap HAM dalam RUU KUHP, maka tentunya secara teori dan praktiknya akan menimbulkan implikasi-implikasi yang signifikan terutama bagi penyelenggara pengadilan HAM ke depan dan penerapan hukum tindak pidana HAM itu sendiri.

Secara struktural kelembagaan, pengadilan HAM sebagai pengadilan khusus yang bertugas dan berwenang memeriksa dan memutus pelanggaran HAM yang berat menjadi hilang eksistensinya karena tindak pidana terhadap pelanggaran HAM yang berat berubah menjadi delik-delik dalam RUU KUHP, sehingga eksistensinya di sini menjadi hilang dan sehingga proses peradilannya pada prinsipnya menjadi kewenangan peradilan umum/Pengadilan Negeri untuk memutusnya.

Implikasi lainnya menyangkut hukum acara tentang penyelidikan dan penyidikan. Kalau tadinya pelanggaran HAM berat menurut UU No. 26 Tahun 2000, bersifat khusus, antara lain penyelidikan dilakukan oleh Komnas HAM, sedangkan penyidiknya adalah Jaksa Agung. Namun dengan berubahnya menjadi delik-delik dalam RUU KUHP, maka tindak pidana terhadap HAM, akan menjadi kewenangan penyelidik/penyidik POLRI, dan hukum acaranya sepenuhnya tunduk pada ketentuan dalam Kitab Undang-undang Hukum Acara Pidana (KUHAP).

Sebagai delik-delik dalam RUU KUHP yang biasanya juga disebut dengan perundang-undangan pidana umum atau hukum pidana umum, maka tindak pidana terhadap HAM dengan sendirinya menjadi hilang, baik sifat kekhususan hukumnya (*lex specialis*) sehingga menjadi hukum pidana umum. Maka, dalam proses peradilannya berlakulah asas-asas hukum pidana (vide Buku Kesatu Ketentuan Umum KUHP), antara lain :

- Asas Legalitas → bukan lagi menganut asas retroaktif;
- Daluarsa;
- Asas *Ne Bis In Idem* (bukan lagi menganut *asas ne bis in idem* dengan syarat-syarat tertentu).

SARAN-SARAN

- ⇒ Sebagai kejahatan serius terhadap HAM, maka kejahatan-kejahatan ini sebaiknya tetap berada di luar KUHP sebagai perundang-undangan pidana khusus, yang memakai hukum acara pidana khusus pula, dan bukan menggunakan hukum acara pidana biasa (KUHAP).
- ⇒ Sebagai perundang-undangan pidana khusus, maka dengan demikian tetap menjadi tugas dan kewenangan pengadilan HAM/pengadilan HAM *ad hoc* untuk memeriksa dan mengadilinya.

Kriminalisasi terhadap Hak Asasi Manusia : Masuk dalam KUHP atau di luar?*

Ifdhal Kasim
Lembaga Studi dan Advokasi Masyarakat (ELSAM)

PENGANTAR

Perancang RUU KUHPidana membuat langkah yang penting dalam pembaruan atau reformasi hukum pidana, yakni dengan memasukkan '*Tindak Pidana terhadap Hak Asasi Manusia*' dalam RUU KUHPidana --yang tertuang dalam Bab IX. Kreasi atau langkah inovatif para perancang RUU boleh dikatakan langkah yang *maju*, yang sejalan dengan usaha menata kembali tatanan kehidupan kenegaraan kita yang demokratis di masa transisi saat ini. Kita menyebut seluruh usaha ini dengan istilah "reformasi". Salah satunya yang saat ini dengan serius kita tata kembali adalah, jaminan perlindungan terhadap hak asasi manusia. RUU ini, yang merancang kriminalisasi terhadap pelanggaran hak asasi manusia yang serius, tampak memanifestasikan keinginan "reformasi" tersebut.

Pemikiran inovatif para perancang RUU KUHPidana tersebut haruslah kita apresiasi dengan positif. Maka, dengan semangat inilah saya ingin mengajukan beberapa catatan kritis terhadap RUU ini, khususnya terhadap Bab IX mengenai tindak pidana hak asasi manusia. Kalau ingin diajukan dalam bentuk pertanyaan, pemasalahan yang saya ajukan adalah, (i) apakah kriminalisasi terhadap kejahatan hak asasi manusia harus selalu dituangkan dalam Kitab Undang-Undang Hukum Pidana?, dan (ii) bagaimana dengan status UU No. 26/2000 tentang Pengadilan HAM? Apakah tidak sebaiknya tetap dipertahankan pola tindak pidana khusus di luar KUHP, sehingga UU No. 26/2000 berstatus sebagai tindak pidana khusus --sesuai dengan karakternya sebagai *extra-ordinary crime*?

KRIMINALISASI TERHADAP HAK ASASI MANUSIA

Sebelum membahas pemasalahan di atas, marilah kita mulai dengan secara umum membahas kriminalisasi terhadap hak asasi manusia. Yang paling mengedepankan sumbangannya dalam usaha melakukan kriminalisasi terhadap hak asasi manusia adalah hukum pidana internasional. Tonggak terpentingnya adalah pengadilan Nuremberg setelah Perang Dunia II --yang mengkriminalisasi kejahatan perang (*war crimes*), kejahatan terhadap kemanusiaan (*crime against humanity*), dan genosida (*crime against genocide*), yang kemudian diikuti oleh lahirnya konvensi-konvensi internasional hak asasi manusia yang mewajibkan negara-negara untuk mengkriminalisasi pelanggaran-pelanggaran hak asasi manusia tertentu, seperti penyiksaan (*torture*), dan penghilangan paksa (*involuntary disappearance*). Boleh dikatakan terjadi hubungan yang sangat dinamis antara hukum pidana internasional dengan hak asasi manusia internasional dalam usaha untuk memelihara dan menjaga perdamaian dunia.

* Pokok-pokok pikiran yang disampaikan dalam Seminar dan Lokakarya RUU KUHP yang diselenggarakan oleh Komnas HAM, Yogyakarta, 27 Maret 2006.

Menurut pakar hukum pidana internasional kenamaan, Prof. M. Cherif Bassiouni, kejahatan-kejahatan internasional tersebut --seperti agresi, genosida, kejahatan terhadap kemanusiaan, kejahatan perang, pembajakan, perbudakan dan penyiksaan-- memiliki status sebagai kejahatan '*jus cogens*', yang menimbulkan kewajiban '*erga omnes*' bagi setiap negara.¹ Sebagai kejahatan internasional yang memiliki status *jus cogens*, berarti menimbulkan pula kewajiban untuk mengadili atau mengekstradisi, tidak berlakunya statuta batasan untuk kejahatan demikian dan berlakunya yurisdiksi universal terhadap kejahatan tersebut dimanapun terjadinya, oleh siapa (termasuk kepala negara), apapun kategori korban dan tanpa memandang konteks terjadinya (damai atau perang).

Sebagian karena alasan ini, saat ini banyak negara yang telah memasukkan kejahatan-kejahatan internasional tersebut ke dalam hukum pidana nasionalnya, antara lain seperti Belgia, Denmark, Kanada, dan seterusnya.

Kita dengan UU No. 26/2000 tentang Pengadilan Hak Asasi Manusia sebenarnya telah melakukan kriminalisasi terhadap kejahatan yang dalam hukum pidana internasional dikenal sebagai kejahatan '*jus cogens*' itu --yang sekaligus merupakan bentuk perlindungan terhadap hak asasi manusia. Sekarang melalui RUU KUHPidana, kita mengukuhkan kembali kriminalisasi terhadap kejahatan-kejahatan tersebut, yang dimasukkan ke dalam Bab IX tentang Tindak Pidana terhadap Hak Asasi Manusia.

HARUSKAH DALAM KUHPIDANA?

Pemaparan di atas menunjukkan bahwa kriminalisasi terhadap hak asasi manusia atau kejahatan internasional merupakan sesuatu yang niscaya; kita tidak bisa menolak kecenderungan universal ini! Tetapi masalahnya adalah, apakah harus dibuat dalam sebuah kitab kodifikasi (KUHPidana) atau diatur tersendiri sebagai tindak pidana khusus? Saya tidak ingin menjawabnya dengan ya atau tidak, tetapi dengan mengajukan beberapa problematiknya dengan mengacu pada pengalaman penerapan UU No. 26/2000 tentang Pengadilan HAM.

Sebelumnya perlu diketahui terlebih dahulu apa yang diatur dalam Bab IX KUHPidana itu? Secara ringkas, bab dengan judul Tindak Pidana terhadap Hak Asasi Manusia itu mengatur tentang kriminalisasi terhadap : (i) genosida; (ii) tindak pidana kemanusiaan; (iii) tindak pidana perang dan konflik bersenjata; dan (v) penyiksaan. Dibanding dengan UU No. 26/2000, RUU ini jauh lebih lengkap karena memasukkan dua kejahatan hak asasi manusia atau kejahatan internasional lagi ke dalamnya. Tetapi bila ditinjau dari standard internasional, RUU ini masih kurang karena belum memasukkan ke dalamnya kejahatan penghilangan orang secara paksa, dan perbudakan. Padahal kedua kejahatan internasional tersebut juga merupakan kejahatan yang oleh Prof. Bassiouni dikategorikan ke dalam kejahatan '*jus cogens*'.

Dari segi perumusan delik, selain dua kejahatan "baru" yang dimasukkan dalam RUU, tidak ada perbedaan substantif dengan UU No. 26/2000. Baik itu menyangkut rumusan delik genosida maupun rumusan delik tindak pidana kemanusiaan, hanya ada penambahan

¹ Lihat M. C. Bassiouni, "*International Crime: Jus Cogen and Obligation Erga Omnes*", Law and Contemporary Problem Journal, 2000.

kecil-kecilan saja dalam RUU KUHPidana. Perbedaan yang besar terjadi pada besarnya ganjaran hukuman. Kalau RUU mengatur ancaman hukumannya mulai dari 3 tahun hingga 15 tahun (paling lama), maka UU No. 26/2000 mengancam hukuman mulai dari 10 tahun hingga (paling berat) hukuman mati. Melihat besarnya perbedaan ini, maka mana yang akan digunakan? Atau memang UU No. 26/2000 akan dicabut, apalagi kalau melihat RUU KUHPidana jauh lebih lengkap dalam memasukkan kejahatan hak asasi manusia?

Berkaitan dengan rumusan delik tersebut, RUU ini bersama dengan UU No. 26/2000 tidak memuat dengan gamblang berkaitan dengan unsur-unsur delik (*element of crimes*) dari kejahatan-kejahatan yang dikategorikan sebagai tindak pidana terhadap hak asasi manusia. Padahal inilah yang menjadi masalah dalam penerapan UU No. 26/2000. Ia membuka ruang interpretasi, yang kalau tidak dilandasi penguasaan literatur dan jurisprudensi internasional yang memadai, akan berakibat fatal (sebagaimana yang ditujukan oleh DPR dalam kasus Trisaksi dan Semanggi I-II, yang menyimpulkan tidak terjadi pelanggaran berat HAM di sana). Padahal unsur-unsur deliknya, yakni meluas (*widespread*) atau sistematik (*systematic*) dan unsur diketahuinya (*intention*) tidak dibahas dengan memadai di dalam kasus itu. Apa yang dimaksud dalam unsur-unsur itu,² bila tidak diberikan pedoman yang jelas, akan menjadi celah yang menyulitkan penerapannya.

PERTANGGUNGJAWABAN PIDANA

Aspek lain yang perlu juga kita perhatikan dalam konteks kriminalisasi atas pelanggaran hak asasi manusia yang serius atau kejahatan internasional ini adalah, masalah pertanggungjawaban pidana (*criminal responsibility*). Dalam sistem yang dianut RUU KUHPidana, masalah ini diatur dalam Buku I. Membaca ketentuan yang dirumuskan dalam Buku I tersebut kita tidak menemukan dengan gamblang aturan mengenai pertanggungjawaban komando (*command responsibility*) dan pertanggungjawaban atasan (*superior order*) --sebagaimana diatur dalam UU No. 26/2000. Yang diatur dalam RUU adalah pertanggungjawaban pidana secara umum. Dalam konteks ini kita perlu mempertanyakan ketentuan yang diatur dalam Pasal 31 RUU, yang menyatakan : "tidak dipidana, setiap orang yang melakukan tindak pidana karena melaksanakan perintah jabatan yang diberikan oleh pejabat yang berwenang". Apa arti pasal ini bila dikaitkan dengan perintah atasan?

Masalah pertanggungjawaban pidana sebagaimana dipaparkan di atas sangat penting, justru karena dikriminalisasinya dalam RUU ini tindak pidana perang dan konflik bersenjata. Buku I harus mencakup pula mengatur tentang aspek-aspek pertanggungjawaban pidana dalam konteks kejahatan tersebut. Makanya perlu pengaturan yang lebih jelas mengenai aspek-aspek ini, apalagi mengingat pengalaman selama ini dalam menerapkan UU No. 26/2000 --yang meskipun sudah mengatur soal ini, tetapi masih gamang dalam mengimplementasikannya. Mahkamah Pidana Internasional misalnya, dalam mengimplementasikan *Roma Statute*, mengeluarkan aturan mengenai elemen-elemen kejahatan (*element of crimes*) dan hukum acara serta pembuktianya (*rule of procedure and evidence*).

² Dikalangan ahli hukum internasional telah berkembang perdebatan yang luas dalam mengartikan unsur-unsur tersebut. Saat ini telah dikeluarkan pedoman mengenai unsur-unsur kejahatan internasional tersebut dan hukum acaranya oleh Mahkamah Pidana Internasional (ICC).

HUKUM ACARA

Yang juga akan menjadi masalah bila kejahanan ini diatur dalam satu kodifikasi adalah, masalah hukum acaranya. Berdasarkan UU No. 26/2000, penyelidikan kasus pelanggaran hak asasi manusia yang berat berada dalam kewenangan Komnas HAM. Yang jadi pertanyaan dengan RUU KUHPidana ini adalah, apakah kewenangan ini masih berada di bawah Komnas HAM atau berada di bawah kepolisian?

Seperti kita ketahui, UU No. 26/2000 mengatur secara sumir mengenai hukum acara ini. Hanya terbatas mengatur soal kewenangan Kejaksaan Agung, Komisi Nasional Hak Asasi Manusia (Komnas HAM), dan Hakim. Jaksa Agung diberikan kewenangan untuk melakukan penangkapan dan penahanan terhadap tersangka, dan juga diberi kewenangan untuk meneruskan atau tidak suatu penyelidikan yang dilakukan oleh Komnas HAM. Selain diberikan kewenangan mengangkat penyidik *ad hoc*. Sedangkan kepada Komnas HAM diberikan kewenangan penyelidikan. Mengenai hakim, Undang-undang memberi kewenangan kepadanya untuk melakukan pemeriksaan dalam suatu majelis (terdiri dari lima hakim) dalam jangka waktu 180 hari sudah harus memutuskan perkara yang diajukan kepadanya (terhitung sejak perkara dilimpahkan).

Tentang alat bukti dan cara bagaimana mendapatkannya dengan demikian aturannya mengacu kepada KUHAP. Itu artinya sangat tidak mungkin alat-alat bukti yang berupa rekaman video, kaset atau fotokopi dan pernyataan-pernyataan (*statement*) dipergunakan di dalam proses persidangan. Padahal dalam kasus persidangan Rwanda dan bekas-Yugoslavia, alat-alat bukti seperti itu dibenarkan. Termasuk mendengarkan kesaksian dari para saksi di hadapan televisi pengamat terbatas (*closed circuit television*). KUHAP masih sangat konvensional dalam mengatur tentang alat bukti dan pembuktian, yang karena itu sangat tidak memadai untuk diterapkan pada perkara-perkara yang diperiksa di pengadilan HAM yang memiliki kerumitan tersendiri.

Pembatasan waktu hanya dalam jangka 180 hari bagi pemeriksaan di pengadilan jelas sangat kaku. Begitu juga jangka waktu yang ditetapkan bagi proses penyelidikan dan penyidikan, yang sangat terbatas. Pembatasan waktu itu jelas perlu agar ada ancaman waktu, tetapi tidak bisa ditetapkan sebagai suatu kewajiban. Perkara-perkara pelanggaran hak asasi manusia bukan perkara yang sederhana, tetapi seringkali merupakan perkara yang bersifat rumit dan peka. Dalam praktiknya, sebagaimana yang tampak pada kasus Rwanda dan bekas Yugoslavia, sidang pengadilan memakan waktu cukup lama (lebih dari satu tahun).

Pemaparan di atas menunjukkan, bahwa RUU KUHPidana ini menuntut juga perubahan terhadap hukum acara pidananya (KUHAP). Perubahan terhadap KUHAP, tentu harus pula disepadankan dengan perkembangan dalam hukum acara pidana secara global.

PENUTUP

Demikianlah sorotan ringkas dan kritis mengenai RUU KUHPidana, khususnya berkaitan dengan kriminalisasi terhadap hak asasi manusia (Bab IX Tindak Pidana Hak Asasi Manusia). Sorotan ini menunjukkan problematiknya apabila tindak pidana ini diatur dalam satu kodifikasi (KUHPidana), karena kejahanan yang diurnya itu memerlukan rumusan delik yang terinci dan hukum acara yang berbeda dengan tindak pidana biasa. Pengalaman

Catatan Seminar :
Kejahatan Serius terhadap Hak Asasi Manusia (*Serious Crimes against Human Rights*)

dengan UU No. 26/2000, yang mengatur secara spesifik kejahatan hak asasi manusia, masih belum dapat diterapkan dengan sempurna. Apalagi bila digabung dalam tindak pidana umum (KUHP).

Berdasarkan pada problematik yang bakal dihadapi --yang diuraikan dalam paparan tulisan ini, maka lebih baik kriminalisasi terhadap hak asasi manusia itu dipertahankan dalam pola sekarang, yakni diatur dalam UU tersendiri sebagai tindak pidana khusus. Kekurangan yang ada dalam UU No. 26/2000 dengan demikian perlu dilengkapi dengan mengamandemen UU tersebut.

SEMINAR SESI I

Moderator (Salman Luthan, S.H., M.H.) :

Bapak dan ibu, pada sesi pertama ini, ada 3 topik yang akan dibahas. Walaupun ada 3 topik, tetapi masing-masing topik mempunyai kaitan yang sangat erat. Jika dilihat dari perspektif hukum pidana, topik *pertama* mengenai latar belakang dimasukkannya kejahatan serius terhadap HAM ke dalam rumusan KUHP. Dan ditinjau dari perspektif Hukum Nasional dan Hukum HAM internasional. Materi ini akan disampaikan oleh Pak Muladi. Sebagaimana kita ketahui, Bapak Muladi adalah salah satu perancang KUHP. *Kedua* adalah Pak Andi Samsan, dia seorang hakim *Ad Hoc* yang menangani kasus-kasus pelanggaran HAM, yang dalam praktiknya menemukan masalah-masalah dalam rumusan tindak pidana berkaitan dengan kejahatan HAM. Kemudian *ketiga* adalah Ifdhal Kasim, beliau adalah seorang yang terlibat dalam penyusunan Undang-Undang Peradilan HAM dan juga monitoring terhadap peradilan HAM yang dilakukan terhadap kasus Timor-Timur dan kasus Tanjung Priok. Saya kira terdapat benang merah antara ketiga topik ini dengan ketiga pembicara yang cukup *valid* dalam pembicaranya masing-masing. Dan akan sangat berguna sekali bagi kita dalam mendiskusikan pada pagi hari ini.

PEMBICARA :

Prof. Dr. Muladi, S.H.
Andi Samsan Nganro, S.H.
Ifdhal Kasim, S.H.

PROF. DR. MULADI, S.H.

Ada beberapa hal dalam pembaharuan KUHP :

1. Usaha melakukan dekolonialisasi [*menghapuskan dan merubah pasal-pasal yang berbau kolonial*];
2. Rekodifikasi [*sebagai pengendali agar tidak ada perkembangan liar di luar KUHP*];
3. Demokratisasi;
4. Konsolidasi, setelah kemerdekaan itu banyak sekali perkembangan di luar KUHP. Sehingga kita perlu mengkonsolidasikan kembali, karena kita tetap menganut prinsip kodifikasi Negara Eropa Kontinental. Walaupun pengaruh Anglo Saxon sangat luar biasa;
5. Harmonisasi, artinya adalah bahwa kita akan menyesuaikan diri terhadap aspirasi yang berkembang, baik yang sudah diratifikasi atau yang belum.

Syarat kriminalisasi :

1. Asas subsidiaritas [*kita tidak melihat cara lain kecuali melakukan kriminalisasi*];
2. Aspek *Victimology*;
3. Tidak mengatur kebijakan secara *ad hoc*;
4. *Cost and benefit necessity*;
5. Publik Support;

6. Asas *lex certa* dan *precision* [*lex certa harus tajam perumusannya dan precision adalah dirumuskan secara tepat*];
7. Prinsip diferensiasi kepentingan yang dilindungi;
8. Unsur subsosialitas [*unsur kerugian kepentingan umum*].

Kapan perbuatan itu masukan dalam KUHP dan di luar KUHP? Dalam hukum pidana, kita mengenal apa yang disebut dengan *independent crimes* dan *administrative offenses*. *Independent crimes*, ukurannya ada 3 hal :

- a. Perbuatan jahat itu bersifat independen;
- b. Daya berlakunya bersifat *lex certa*/tidak berubah-rubah;
- c. Ancaman pidana lebih dari satu tahun penjara.

Refleksi HAM dalam rancangan KUHP :

- Tujuan pembaharuan hukum pidana sendiri salah satunya adalah proses demokratisasi. Kalau kita melihat hubungan RKUHP dengan HAM, kita tidak bisa melihat secara segmental/sepotong demi sepotong. Karena jika anda mempelajari RUU pasti ada kelemahannya, tapi aspirasi-aspirasi demokrasi dalam bentuk HAM masing sangat diperhatikan. Contoh, satu perumusan pemidanaan dengan jelas. Kalau anda lihat KUHP sekarang tidak ada tujuan pidana kecuali pembahasan. Di situ dirumuskan tujuan pidana penyelesaian konflik, memafikan sampai kepada pengakuan merasa bersalah.
- Pembaharuan hukum pidana sejauh mungkin menampung aspirasi suprastruktur, infrastruktur, aspirasi kepakaran dan aspirasi internasional.
- Perumusan pedoman pemberian pemidanaan yang pasti.
- Kalau sekarang tidak ada pedoman pemidanaan, di situ dirumuskan ada 11 pedoman pemidanaan, seperti *check list*, *standard guideline*. Kemudian perhatian terhadap hukum adat., karena tujuan pidana adalah penyelesaian konflik.
- Mengembangkan prinsip "*daad dader strafrecht*". Kalau dalam hukum pidana sekarang yang berlaku adalah "*daad strafrecht*", hukum pidana yang diperoleh atas perbuatan orang. Manusia tidak pernah diperhitungkan. Tapi dalam konsep KUHP ini adalah *daad dader strafrecht*, baik perbuatan maupun orangnya "*individualisasi*" pidananya sangat diperhatikan termasuk *victim of crimes*.
- Mengadopsi prinsip "*restorative justice*" yang sangat memperhatikan nasib korban kejadian atas dasar perkembangan *victimology*.
- Pengembangan alternatif pidana penjara (*alternative sanction*), untuk menjauahkan diri dari pidana perampasan kemerdekaan. Seperti ada sanksi perampasan denda, pidana pengawasan, kerja sosial, dll.
- Pengembangan pidana mati percobaan (*conditional capital punishment*), pidana mati dalam hal tertentu diatur ada yang mutlak dan ada yang percobaan.
- Pengembangan sistem tindakan (*maatregel stelsel*).
- Pengembangan pidana dan tindakan bagi anak (*juvenile justice*), atau suatu *capter* khusus yang mengatur hukum pidana anak.
- Tindak pidana terhadap agama dan kehidupan beragama yang melindungi rasa keberagamaan dan agama itu sendiri sebagai kepentingan besar di Negara Pancasila.
- Tindak pidana lingkungan hidup.
- Tindak pidana terhadap HAM.

Khusus untuk tindak pidana terhadap HAM diatur tidak terbatas pada *the most serious crimes of international concern*. Tetapi juga konvensi penting yang sudah diratifikasi UU Nomor 5 Tahun 1998, dan hal itu mendapat tekanan khusus untuk diatur dalam hukum pidana negara, seperti penganiayaan biasa [seperti contoh menganiaya teman]. Tetapi, penganiayaan di sini dilakukan oleh kekuasaan. Kemudian tindak pidana terhadap HAM berat yang sudah merupakan bagian hukum positif dengan UU Nomor 26 Tahun 2000 sekalipun Indonesia belum meratifikasi itu, tetapi karena peristiwa-peristiwa masa lalu jadi kita menunjukkan bahwa kita adalah negara berdaulat untuk mengadilinya sendiri, khususnya genosida dan kejahatan terhadap kemanusiaan. Pada waktu itu *war crimes* belum dimasukkan. Dan sekarang sudah saatnya *war of crimes* dimasukkan, karena itu salah satu kejahatan berat. Kemudian kenapa itu dimasukkan ke dalam KUHP? Selain itu nilai sosiologis atas dasar kodifikasi dan konsolidasi. Semua perkembangan di luar KUHP itu tidak bisa dibiarkan berkembang secara liar, tapi harus dikendalikan oleh *legal principle* yang diatur dalam Buku I KUHP. Juga pengaturan dalam KUHP itu bukan suatu yang aneh. Banyak negara yang memasukkan kejahatan itu dalam peraturan negaranya, seperti Perancis. Jika di Belanda itu diatur di luar KUHP dalam bentuk *international extra ordinary crimes* tahun 2000. Dengan alasan ratifikasi tadi, kita tidak menganut seperti Belanda, tetapi kita menganut negara-negara lain yang pernah melakukan. Kemudian pengaturan dalam KUHP memiliki makna khusus, secara filosofis, sosiologis dan yuridis dalam kerangka *basic value agreement*. Tindak pidana khusus akan merusak sistem kodifikasi sebagai pengendali. Dengan masuknya UU itu, pengaturan di luar bisa dikendalikan. Dengan demikian, pertanyaan 1 dan 2 yang diajukan Pak Hakim sudah terjawab, latar belakang dan relevansi tindak pidana HAM masuk ke dalam KUHP.

Standar Internasional

Genosida, itu kejahatan pertama dan terpisah dari *crimes against humanity*, yang merupakan delik kejahatan tersendiri, yang mula-mula menjadi satu dan pada akhirnya menjadi kejahatan terpisah.

Verbatim, atau secara kata demi kata sesuai dengan *genocide concept*. Jadi, kalau anda membaca konsep yang dibagikan panitia, yaitu mengutip dari UU Nomor 26 Tahun 2000 yang dianggap kita salah. Kalau anda lihat Pasal 394 yang dulunya itu Pasal 395 yang disebutkan, memusnahkan seluruh atau sebagian kelompok bangsa, ras, kelompok etnis, kelompok agama itu salah. Karena UU Nomor 26 Tahun 2000 itu disusun oleh teman-teman DPR yang sangat tinggi sekali tetapi tidak tahu makna genosida yang sebenarnya. Akhirnya kita kembalikan lagi secara kata per kata sesuai dengan *Genocide Convention*, yaitu menghancurkan atau memusnahkan seluruh atau sebagian kelompok bangsa, ras, etnis atau agama.

Kejahatan itu bisa dilakukan oleh pejabat negara atau *non state actor*, baik di dalam keadaan damai atau di dalam konflik, baik internasional atau non internasional. Genosida itu terjadi apabila salah satu dari lima perbuatan, tetapi ada satu yang khusus, yaitu kesengajaan khusus untuk menghancurkan seluruhnya atau sebagian kelompok bangsa, dll. Jika ada elemen ini, maka cenderung ke arah kejahatan kemanusiaan atau kejahatan perang. Jadi, genosida itu adalah bentuk khusus dari kejahatan kemanusiaan karena ada *element special intends*. Yang namanya hukum internasional juga hukum pidana. Dan memang kalau genosida itu menuju kepada lebih seorang korban. Tetapi sekalipun yang dibunuh satu

orang dari kelompok tersebut, tetapi jika dibuktikan, maka itu bisa dikatakan genosida. Ini pun dilakukan dalam waktu damai atau pada waktu konflik persenjataan. Dan dapat dilakukan oleh negara atau luar negara dan mencakup 11 perbuatan. Dan perlu dicatat, nomor 11 itu tidak ada dalam UU yang baru dan dalam UU Nomor 26 Tahun 2000 tidak ada, yaitu perbuatan yang tidak manusiawi yang mempunyai sifat sama dengan perbuatan yang menimbulkan penderitaan mental ataupun fisik. Dan harus dibuktikan bahwa terdakwa bersalah. Dan ini membuktikan agar perbuatannya itu dilakukan dalam bagian perencanaan atau kebijakan yang dilakukan. Ini yang dijadikan pembatasan atau *limitation*. Kemudian bisa terjadi yang dibunuh satu orang. Tapi harus dibuktikan perbuatan itu. Mengetahui perbuatan itu diarahkan sebagai bagian dari langkah rencana yang besar.

War Crimes

War crimes harus dibedakan antara *international armed conflict* dan yang dilakukan dalam *internal armed conflict*. Jadi, kita tidak perlu lagi Protokol I dan II yang belum diratifikasi. Dan ini bersumber dari hukum Den Haag dan Jenewa tahun 1949. Ada 26 pelanggaran serius terhadap hukum dan kebiasaan konflik bersenjata internasional dan semua itu ada 5 kategori. Kemudian yang terjadi dalam *internal armed conflict*, itu dibagi 2 juga.

Persyaratan dalam *internal armed conflict*, tidak dapat diterapkan dalam gangguan internal. Termasuk tanggung jawab negara mengembalikan terhukum dan ketertiban untuk mempertahankan kesatuan dan integritas teritorial yang dibenarkan oleh hukum internasional. Dan ini ditulis dalam konsep KUHP. Kemudian *war crimes* tidak mempersyaratkan *state or plan policy*. Hanya saja jika elemen itu terbukti, ini merupakan pertimbangan peradilan untuk menerimanya. Kemudian *element soft crimes* yang bersifat terstruktur. Selanjutnya mengenai *torture*? Sebelum *torture* kesimpulan menyeluruh dari 3 kejahatan tadi adalah elemen terstruktur. Jika kita bicara pidana, aktor seriusnya di dalam pelanggaran HAM berat itu adalah menyangkut satu perbuatan, konsekuensinya, dan kondisi-kondisinya yang menyertainya. Kemudian yang penting lagi adalah harus ada tindak pidana kesengajaan. Karena kita mengembalikan kepada KUHP, maka kita menganut Pasal 55 dan 56 KUHP dalam bentuk dipidana sebagai pidana pembuat. Itu kita menggunakan KUHP. Kemudian mengenai tanggung jawab komando dan atasan yang lain. Ini adalah suatu perkembangan dari hukum pidana yang ada sekarang dan itu salah satu karakter dalam pelanggaran berat. Kemudian mengenai daluarsa kita tidak mengenal. Ini masuk dalam ICC. Kemudian terakhir mengenai *torture*. *Torture* yang ada dalam konsep KUHP ini itu diterjemahkan persis seperti aslinya. Dan kelihatan sekali di sini bukan penganiayaan biasa, tetapi suatu penganiayaan pejabat kepada rakyat.

Catatan :

Sudah atau belum ratifikasi suatu konvensi dalam penerapan tindak pidana terhadap HAM harus berorientasi kepada hukum *general principle of international law*. Sekali implikasi terjadi, kita tidak mungkin menghapuskan *pressure*, khususnya Komnas HAM. Di samping ada UU Hukum Pidana, ada UU pemberlakuan. UU pemberlakuan itu mengatur masa transisi. Implikasinya, baik hukum yang vertikal atau horizontal itu diatur tanpa terkecualinya. Tetapi sebagai *basic* kembali kepada konsolidasi. Tentang kekhususan-kekhususan itu bisa dimungkinkan melalui suatu perundang-undangan transisi, yaitu UU pemberlakuan. Dan bahkan ada sosialisasi 2 tahun sampai UU itu berlaku.

ANDI SAMSAN NGANRO, S.H.

Selamat pagi dan salam sejahtera. Perkenankanlah saya mencoba melihat juga dari sisi partisi dan pelaku peradilan dalam menangani pelanggaran berat, jadi mungkin ada hal-hal yang saya ingin mengemukakan sehubungan dengan wacana atau suatu pemikiran untuk melakukan suatu kodifikasi tentang hukum materil yang ada di luar KUHP. Seperti misalnya UU No. 26 Tahun 2000.

Kecenderungan pembuat Rancangan Undang-undang (RUU) untuk melakukan kodifikasi hukum pidana materil dalam KUHP baru dengan memasukkan sejumlah pasal-pasal tindak pidana yang diatur dalam perundang-undangan di luar KUHP, memang menarik untuk dibahas dana didiskusikan. Seperti dimasukkannya pasal-pasal tindak pidana terhadap Hak Asasi Manusia (HAM) dalam RUU KUHP, tentunya akan menimbulkan implikasi-implikasi yang signifikan, baik bagi praktik pengadilan HAM selama ini maupun bagi penerapan hukum pasal-pasal tindak pidana itu sendiri.

Bapak-bapak saudara sekalian...

Kita ketahui bahwa hukum pidana yang dijadikan suatu kebijakan pemidanaan suatu negara atau negara kita adalah setiap perbuatan-perbuatan yang dinilai oleh negara, oleh kebijakan negara, bahwa perbuatan itu tidak bisa ditolerir, perbuatan itu tercela, perbuatan itu harus dihukum karena harus melindungi kepentingan negara, kepentingan publik, atau kepentingan-kepentingan tertentu yang oleh negara dilihat sebagai suatu kebijakan pidana bahwa perbuatan itu harus dihukum. Di dalam kebijakan penentuan kebijakan-kebijakan mana yang harus dihukum, ini tentunya ada yang tertuang dalam KUHP ada juga yang tersebar di luar KUHP. Tentu juga kita melihat sejak jaman Yunani pertengahan, suara-suara untuk menyerukan kodifikasi sudah mengemuka. Tujuannya untuk kepastian hukum. Jadi mensistimatisir perundangan-perundangan dalam suatu hukum. Katakan saja misalnya KUHP.

Sebagaimana diketahui, kejahatan serius terhadap HAM di Indonesia selama ini diatur dalam UU No. 26 Tahun 2000 tentang Pengadilan HAM. Dalam UU tersebut jenis kejahatan yang diatur adalah mencakup kejahatan genosida, kejahatan terhadap kemanusiaan, dan tanggung jawab komando. Namun dalam perkembangannya, jenis-jenis kejahatan yang ada dalam undang-undang No. 26 Tahun 2000 tersebut, politik hukum kita cenderung memasukkan ke dalam RUU KUHP, yakni dalam BAB IX tentang Tindak Pidana terhadap Hak Asasi Manusia : genosida, tindak pidana kemanusiaan, tindak pidana perang dan konflik bersenjata, tanggung jawab komando dan penyiksaan.

Hukum pidana terkodifikasi adalah (undang-undang) hukum pidana yang telah dikumpulkan dan dibukukan, seperti misalnya KUHP. Syarat-syarat untuk melakukan kodifikasi adalah : harus mendasari ilmu pengetahuan hukum (pidana) yang tinggi serta menyeluruh, harus mendapat dukungan dari masyarakat sehingga adanya pemikiran untuk melakukan kodifikasi terhadap aturan-aturan pidana di luar KUHP ke dalam KUHP. Dan barangkali dengan adanya diskusi seperti ini adalah suatu wacana untuk kita kaji dan uji sejauh mana wacana atau pemikiran ini di dalam rangka penerapannya ke depan dan syarat lainnya harus dibukukan secara sistematis. Misalnya UU Tindak Pidana Korupsi.

Catatan Seminar :
Kejahatan Serius terhadap Hak Asasi Manusia (Serious Crimes against Human Rights)

Di samping itu, terdapat juga dalam perundang-undangan pidana tersendiri yang tersebar di luar KUHP, seperti Undang-Undang Tindak Pidana Ekonomi tahun 1955; Undang-undang Terorisme tahun 2002; Undang-undang Pencucian Uang tahun 2003. Selain dari pada itu, terdapat juga hukum pidana materil di dalam perundang-undang administrasi yang bersanksi pidana, seperti Undang-undang Lingkungan Hidup tahun 1997, Undang-undang Perpajakan, Undang-undang Kepabeanan tahun 1995.

Ketentuan-ketentuan pidana yang tertuang dalam KUHP beserta semua perundang-undangan yang mengubah dan menambah KUHP itu, seperti Undang-undang No. 1 Tahun 1946, Undang-undang No. 73 Tahun 1958, Undang-undang No. 18 (Prp) Tahun 1960, dll. Biasanya disebut dengan perundang-undangan pidana umum atau hukum pidana umum. Sedangkan perundang-undangan pidana tersendiri ialah semua perundang-undangan di luar KUHP beserta perundang-undangan pelengkapnya, baik perundang-undangan pidana maupun yang bukan pidana tetapi bersanksi pidana, lazim disebut dengan perundang-undangan pidana khusus. Saya ingin membedakan hal seperti ini, bahwa ada kejadian yang dituangkan dalam KUHP sebagai kodifikasi. Dan ada juga tindak pidana tersebut di luar KUHP. Dr. Andi Hamzah menyebutkan dengan perundang-undangan pidana khusus, termasuk UU No. 26 Tahun 2000 tentang Pengadilan HAM, karena di sana ada sanksi pidana, maka kami uraikan di sini sebagai perundang-undangan khusus.

Pada umumnya, ketentuan-ketentuan dalam perundang-undangan pidana khusus mengatur suatu materi yang bersifat khusus. Kekhususan itu dapat berupa kekhususan norma pidana atau acara dan juga kekhususan ditinjau dari sudut pembuat perundang-undangan itu sendiri. Jadi, saya ingin membedakan di sini bahwa delik-delik yang tersebar di luar KUHP, katakanlah seperti UU No. 26 Tahun 2000 itu memiliki kekhususan sendiri dibandingkan dengan, misalnya kejadian-kejadian yang diatur dalam KUHP sebagai ketentuan pidana umum. Prinsip pemberlakunya, bahwa hukum pidana khusus lebih diutamakan daripada hukum pidana umum. Hal ini sesuai dengan adagium *lex specialis derogat legi generali*.

Rumusan delik-delik HAM dalam RUU KUHP

Baik dari segi judul BAB RUU KUHP maupun dari segi rumusan delik-deliknya, ternyata bahwa BAB IX tentang Tindak Pidana terhadap Hak Asasi Manusia sama sekali tidak mencerminkan jenis-jenis kejadian tersebut sebagai bentuk klasifikasi pelanggaran HAM yang berat. Jadi yang ingin saya katakan di sini bahwa dalam rancangan KUHP ini tidak ada kesan yang mencerminkan pada sebuah kejadian yang luar biasa. Dan tidak ada menunjukkan ini pelanggaran berat. Demikian pada Pasal 7 tersebut, dinyatakan bahwa kejadian genosida dan kejadian terhadap kemanusiaan dalam ketentuan ini sesuai dengan *Rome Statute of the International Criminal Court*. Dengan demikian, pembuat undang-undang No. 26 Tahun 2000 menilai bahwa pelanggaran HAM berat merupakan "*extra ordinary crimes*". Maka, tidak mengherankan apabila pelbagai logika dan spirit hukum serta perundang-undangan yang terkait atas dasar Statuta Roma harus dipahami.

Apabila kita bandingkan dengan Statuta Roma, jelas bahwa pasal-pasal Tindak Pidana terhadap HAM dalam RUU KUHP ternyata rumusan deliknya bersumber atau diambil dari Statuta Roma tahun 1998. Oleh karena itu, apabila berbicara mengenai hukum pidana HAM tidaklah dapat dilepaskan hubungan dan keterkaitan dengan hukum internasional.

Catatan Seminar :
Kejahatan Serius terhadap Hak Asasi Manusia (*Serious Crimes against Human Rights*)

Saudara-saudara sekalian, yang saya katakan tadi karena saya merupakan pelaku peradilan terutama dalam menangani HAM berat. Tentunya secara sederhana apakah itu teori atau tidak. Walaupun aspeknya banyak, tetapi saya sederhanakan ada beberapa pokok penting saja antara lain.

Dimasukkannya kejahatan serius terhadap HAM dalam RUU KUHP, maka tentunya secara teori dan praktiknya akan menimbulkan implikasi-implikasi yang signifikan terutama bagi penyelenggara pengadilan HAM ke depan dan penerapan hukum tindak pidana HAM itu sendiri :

Secara struktural kelembagaan, pengadilan HAM sebagai pengadilan khusus yang bertugas dan berwenang memeriksa dan memutus pelanggaran HAM yang berat menjadi hilang eksistensinya karena tindak pidana terhadap pelanggaran HAM yang berat berubah menjadi delik-delik dalam RUU KUHP. Seperti saya katakan tadi bahwa KUHP termasuk dalam hukum pidana umum, sehingga eksistensinya di sini menjadi hilang dan sehingga proses peradilannya pada prinsipnya menjadi kewenangan peradilan umum/Pengadilan Negeri untuk memutusnya.

Implikasi lainnya menyangkut hukum acara tentang penyelidikan dan penyidikan. Kalau tadinya pelanggaran HAM berat menurut UU No. 26 Tahun 2000 bersifat khusus, antara lain penyelidikan dilakukan oleh Komnas HAM, sedangkan penyidikannya adalah Jaksa Agung. Namun, dengan berubahnya menjadi delik-delik dalam RUU KUHP, maka tindak pidana terhadap HAM akan menjadi kewenangan penyelidik/penyidik POLRI, dan hukum acaranya sepenuhnya tunduk pada ketentuan dalam Kitab Undang-undang Hukum Acara Pidana (KUHAP). Padahal, kalau kita melihat pada Pasal 10 UU No. 26 Tahun 2000, di sana disebutkan bahwa selama tidak diatur hukum acaranya dalam UU itu sendiri, berlaku KUHAP. Ada pemikiran ketika kami menangani pelanggaran berat Timor-Timur, ada suara-suara dan pandangan-pandangan yang muncul dari masyarakat, menyadari bahwa pelanggaran HAM berat ini merupakan pelanggaran yang luar biasa. Sehingga hukum acaranya pun seharusnya tidak cukup dengan mengacu kepada KUHAP, karena KUHAP untuk tindak pidana hukum biasa. Maka sekarang ini ada pemikiran untuk memantapkan adanya hukuman acara tersendiri dari UU Pengadilan HAM No. 26 Tahun 2000. Konsekuensi jika pasal-pasal HAM itu dimasukkan ke dalam KUHP, maka otomatis menggunakan KUHAP.

Sebagai delik-delik dalam RUU KUHP yang biasanya juga disebut dengan perundang-undangan pidana umum atau hukum pidana umum, maka tindak pidana terhadap HAM dengan sendirinya menjadi hilang, baik sifat kekhususan hukumnya (*lex specialis*) sehingga menjadi hukum pidana umum. Maka, dalam proses peradilannya berlakulah asas-asas hukum pidana (*vide Buku Kesatu ketentuan umum KUHP*), antara lain :

Asas Legalitas → bukan lagi menganut asas retroaktif, karena dimasukkan ke dalam KUHP. Sementara di dalam KUHP, fondasinya adalah asas legalitas. Artinya, hanya dapat menjangkau perbuatan ke depan (tidak bisa berlaku retroaktif). Sementara, UU No. 26 Tahun 2000 menganut asas rekroaktif. Jadi, ada perubahan signifikan, bukan lagi menganut retroaktif tentang penegakan peradilan pelanggaran HAM yang berat.

Daluarsa → dalam pelanggaran HAM berat tidak dikenal daluarsa. Dengan dimasukkannya delik-delik HAM ini ke dalam KUHP, maka dengan sendirinya berlakulah prinsip daluarsa, karena tunduk kepada asas-asas hukum pidana.

Asas Ne Bis In Idem → jika di dalam KUHP dikenal bahwa dilarang mengadili perkara yang sama 2 kali. Kendatipun di dalam HAM mengenal juga asas *Ne Bis In Idem*, tetapi asas dengan syarat-syarat tertentu. Artinya, proses peradilan HAM bisa dilakukan 2 kali sepanjang didukung oleh syarat-syarat tertentu, seperti kehilangan fakta, ada ketidakseriusan dalam melakukan peradilan HAM. Tetapi, dengan dimasukkannya kejahatan serius terhadap HAM di dalam KUHP, maka akan berlakulah asas *Ne Bis In Idem*, karena asas ini merupakan asas umum di dalam KUHP ini. Dengan dimasukkannya delik-delik kejahatan HAM ini ke dalam KUHP, juga menghilangkan kesan menjadi sesuatu yang tidak luar biasa lagi. Itu yang saya tangkap dari hal ini.

Saran-saran

- Sebagai kejahatan serius terhadap HAM, maka kejahatan-kejahatan ini sebaiknya tetap berada di luar KUHP sebagai perundang-undangan pidana khusus, yang memakai hukum acara pidana khusus pula, dan bukan menggunakan hukum acara pidana biasa. Jadi ini wacana, dan kami menyarankan agar bisa berkembang lagi. Karena kita sekarang ini memikirkan bagaimana menjadikan proses peradilan HAM ini juga mempunyai hukum acara pidana khusus.
- Sebagai perundang-undangan pidana khusus, maka dengan demikian tetap menjadi tugas dan kewenangan pengadilan HAM/pengadilan HAM *ad hoc* untuk memeriksa dan mengadilinya. Jika memang nantinya masih diatur di dalam KUHP, maka tentu perlu ada perangkat hukum lagi. Sehingga semuanya bisa berlaku. Tetapi ini merupakan wacana, bahwa ada implikasi-implikasi signifikan dengan dimasukkannya delik-delik kejahatan HAM ini ke dalam KUHP.

IFDHAL KASIM, S.H.

Saya akan mencoba memberikan beberapa tanggapan terhadap topik diskusi kita hari ini. Pertama, kita harus memberikan apresiasi positif terhadap perancang KUHP ini yang telah mengkriminalisasikan pelanggaran HAM sebagai kejahatan terhadap KUHP yang akan datang. Ini sesuatu yang sangat maju yang dilakukan oleh perancang UU ini. Oleh karena itu, reaksi kita terhadap rancangan UU ini harus melihat secara positif inovasi yang dilakukan oleh para perancang UU, seperti kita ketahui bagaimana yang tadi disampaikan Pak Muladi.

Dalam rancangan ini dimasukkan lagi 2 pelanggaran HAM, yaitu kejahatan perang dan konflik bersenjata dan kemudian kejahatan penyiksaan, yang sebetulnya tidak ada dalam UU No. 26 Tahun 2000, dimana hanya terdapat 2 kejahatan, yaitu kejahatan genosida dan kejahatan terhadap kemanusiaan. Ini definisi yang menarik apa yang dimasukkan dalam UU ini. Masalah yang perlu didiskusikan dalam konteks inovasi yang dibuat perancang adalah terkait dengan apakah cukup kuat jika kriminalisasi terhadap kejahatan HAM dimasukkan di dalam buku termodifikasi dalam KUHP ini, atau mempertahankan pola yang lama, yaitu dengan adanya tindak pidana khusus, yaitu dengan menempatkan UU No.

26 Tahun itu lebih maju dengan memasukkan 2 kejahatan itu di dalamnya. Menurut saya ini pertanyaan yang sangat penting untuk didiskusikan.

Sebelum menjawab pertanyaan tadi, ada kecenderungan global tentang kriminalisasi terhadap HAM ke dalam hukum pidana nasional masing-masing negara. Kalau kita melihat kecenderungan global yang terjadi, kita melihat sumbangan terpenting dari hukum internasional dalam mengkriminalisasi berbagai pelanggaran terhadap HAM. Tonggak yang penting dalam perkembangan ini adalah Pengadilan Nuremberg. Dari Pengadilan Nuremberg itulah berkembang instrumen-instrumen internasional HAM yang mengharuskan negara-negara untuk melakukan kriminalisasi terhadap beberapa ketentuan mengenai HAM. Misalnya terhadap penyiksaan, penghilangan orang dengan paksa, perbudakan, dll. Dari praktik praktik global itu kita ketahui juga setelah Pengadilan Nuremberg, kita mengenal adanya 2 peradilan terakhir ini, yaitu Peradilan Rwanda dan Yugoslavia yang memberi peta sangat besar terhadap perkembangan hukum pidana internasional dan HAM. Terlihat hubungan yang dinamis antara hukum pidana internasional di satu sisi dan hukum HAM internasional di sisi lain. Dalam konteks itulah kemudian salah seorang profesor hukum internasional kenamaan, Prof. Cherif menyebutkan bahwa ada beberapa kejahatan internasional yang memiliki status kejahatan *jus cogens*, yaitu seperti kejahatan agresi, genosida, kejahatan terhadap kemanusiaan, perang, pembajakan, perbudakan dan penyiksaan. Sebagai satu kejahatan yang berstatus *jus cogens*, maka dia menimbulkan kewajiban *erga omnes* bagi setiap negara. Karena itulah banyak negara-negara yang kemudian memasukkan kejahatan internasional ini ke dalam hukum negara mereka, seperti Denmark, Perancis, dll. Dia sudah mengkriminaslisasi kejahatan ini ke dalam hukum negaranya masing-masing. Selain di tingkat internasional, kejahatan ini pun dirumuskan ke dalam satu mekanisme tersendiri yang termuat di dalam *Rome Statute* tentang Mahkamah Pidana Internasional yang berfungsi sebagai perangkat komplementasi hukum nasional masing-masing negara.

Kembali ke pertanyaan awal dari yang saya nyatakan. Kita sebagai bagian dari *civilization* juga melakukan kriminalisasi terhadap kejahatan-kejahatan. Langkah pertama yang kita lakukan adalah dengan UU No. 26 Tahun 2000, dimana kita mengkriminalisasi 2 kejahatan. Sekarang melalui RUU KUHPidana ini, kita mencoba untuk memasukkan 2 kejahatan lagi, yaitu kejahatan perang dan penyiksaan. Tetapi menurut saya ada yang kurang dalam memasukkan kejahatan ini dalam konteks kriminalisasi terhadap kejahatan HAM, yaitu kejahatan yang tekait dalam penghilangan orang secara paksa dan mengenai penyiksaan, meskipun dalam tingkat rezim hukum internasional masih diatur dalam deklarasi, tetapi menurut saya agar tidak dilakukan amandemen lagi. Maka, sangat relevan kejahatan penghilangan orang secara paksa ini perlu dimasukkan ke dalam RUU KUHP, termasuk juga perbudakan.

Terlepas dari itu, persoalan yang diangkat untuk didiskusikan adalah apakah kita harus memasukkan ini ke dalam rezim yang termodifikasi? Tadi alasan-alasan yang disampaikan Prof. Muladi mengatakan bahwa alasan satu yang terpenting dari pengkodifikasian ini adalah mengembalikan kembali *basic* dari hukum pidana agar tidak berkembang liar. Karena dilihat dari perancangan UU ini, begitu banyak pertumbuhan undang-undang di luar KUHP yang membangun prinsip-prinsip hukum pidana sendiri yang terlihat merusak pembangunan asas-asas hukum pidana. Alasan yang kedua adalah untuk rekonsolidasi dan rekodifikasi sehingga kita memiliki satu pedoman yang seragam berkaitan dengan hukum

Catatan Seminar :
Kejahatan Serius terhadap Hak Asasi Manusia (*Serious Crimes against Human Rights*)

pidana. Masalahnya adalah, secara ideal apa yang disebut Prof. Muladi adalah cukup kuat. Tetapi masalah yang muncul dalam pengimplementasi UU [*pidana ini adalah terkait dengan rumusan delik yang ada di dalam naskah rancangan ini*]. Rumusan delik sudah dipaparkan Pak Muladi cukup detil. Dan ada satu yang alasan bahwa elemen-elemen dari berbagai kejahatan itu tidak bisa dimasukkan ke dalam KUHP, yaitu karena begitu kompleks dan luas. Oleh karena itu, harus mengacu kepada praktik-praktik hukum internasional. Pertanyaan saya adalah dalam kaitan itu, jika itu tidak dimasukkan ke dalam naskah ini, maka akan sulit bagi para praktisi untuk mengacu kepada apa yang diacu oleh para pembaca naskah itu berkaitan dengan sistimatis dan elemen-elemen lainnya, karena tidak ada penjelasan memadai terhadap ini, dan alasan tersebut membuka interpretasi yang sangat besar dan setiap ahli hukum akan mengacu kepada yurisprudensi internasional yang terkait dengan itu. Dan praktik selama ini yang terjadi seperti ini.

Menurut saya, jika Buku I tidak dimasukkan dengan gamblang, maka akan sulit mengimplementasikan ketentuan ini. Ini menyangkut delik yang rumusannya belum terpenuhi. Kedua, pertanggungjawaban pidana. Jika kita membaca dalam Buku I, dalam pertanggungjawab pidana, di sana hanya mengatur pertanggungjawaban pidana secara umum, tetapi menurut saya harus ada yang spesifik. Kita tidak ada peraturan yang lebih gamblang terkait dengan pertanggungjawaban pidana, maka akan terbuka lagi interpretasi yang beragam. Kemudian hal ini dikaitkan lagi dengan ketentuan yang terdapat dalam Pasal 31 RUU ini, yaitu tidak dipidana setiap orang yang melakukan tindak pidana karena melakukan perintah jabatan yang diberikan oleh pejabat yang berwenang. Pasal ini akan diartikan sebagai pasal yang terkait dengan perintah atasan. Jika misalnya orang tersebut melaksanakan hal itu sebagai perintah atasan, maka orang itu akan terlepas dari tanggung jawab pidananya. Karena itu, penting sekali Buku I ini memasukkan lebih gamblang ketentuan-ketentuan kejahatan yang diatur dan yang sangat erat relasi antara tanggung jawab atasan/komando dengan bawahan, yang menyangkut berbagai hal terkait dengan terjadinya pelanggaran HAM. Kalau aspek-aspek ini tidak diatur cukup baik dalam rancangan ini, maka ini akan membuka interpretasi-interpretasi yang kita alami dalam praktik pengadilan HAM di 3 pengadilan [*pengadilan HAM Timor-Timur, Tanjung Priok, Abepura*].

Dari ketentuan-ketentuan tersebut saya melihat bahwa penerapan hukum delik ini menuntut hukum acara yang spesifik. Oleh karena itu, tidak bisa diserahkan sepenuhnya kepada aturan dalam KUHP. Karena itu menurut saya, jika tidak ada aturan spesifik dalam hal ini, maka akan terjadi masalah dalam kaitan penerapan ini. Tadi Pak Muladi mengatakan akan ada waktu semacam waktu transisi dalam pemberlakuan UU ini selama masa 2 tahun. Yang jadi pertanyaan kita adalah apakah Kitab Undang-undang pemberlakuan yang khusus menyangkut kejahatan HAM ini akan berfungsi sebagai transisi dari peranan Komnas HAM kepada Kepolisian dalam penyidikan? Atau masa transisi itu lebih mengkonsolidasi peranan Komnas HAM dalam penyidikan pelanggaran kasus HAM? Hal ini tidak terlalu jelas makna dari apa yang ingin diatur dalam UU pemberlakuan KUHP ini. Apakah dia ingin menarik semua UU yang di luar KUHP itu, yang pada akhirnya akan ikut ke dalam KUHP ini ? Ini belum begitu jelas bagi kita. Apalagi dalam konteks UU Pengadilan HAM, kalau kita lihat dari ganjaran hukuman yang diterapkan, kalau dalam RUU ini untuk kejahatan genosida diancam hukuman 5-20 tahun, sedangkan dalam UU Pengadilan HAM hukumannya minimal 10 tahun, maksimalnya hukuman mati. Bagaimana mengharmoniskan ini? Atau memang dalam konteks

Catatan Seminar :
Kejahatan Serius terhadap Hak Asasi Manusia (*Serious Crimes against Human Rights*)

pemberlakuan tadi akan sepenuhnya ditarik ke dalam KUHP ini? Batas-batas yang begitu jelas dalam lingkup pemberlakukan itu yang akan diatur dalam UU tersebut. Untuk menempatkan bagaimana perumusan delik-delik ini lebih gamblang sehingga tidak mempersulit dalam penerapannya. Saya kira demikian, terima kasih.

Moderator :

Bapak-bapak dan ibu-ibu yang saya hormati, 3 panelis sudah mengutarakan pokok pikirannya masing-masing. Forum ini menjadi lebih hidup karena ada perspektif berbeda. Di satu sisi ada Prof. Muladi, dengan Pak Andi pada sisi lain. Sedangkan Bung Ifdhal, lebih mencoba untuk lebih melihat, jikalau pun ditarik ke KUHP banyak prasyarat-prasyarat yang diperlukan supaya ide memasukkan pelanggaran HAM berat ke KUHP lebih efektif dan tidak banyak menimbulkan masalah.

Tadi Pak muladi telah menjelaskan latar belakang pemikiran memasukkan kejahatan HAM berat ke KUHP itu, dikarenakan ingin menata kembali norma-norma dasar hukum pidana supaya tidak berkembang secara liar di luar konteks KUHP yang selama ini terjadi. Kemudian juga dalam rangka rekodifikasi hukum pidana, dengan mengetengahkan prinsip bahwa perkembangan hukum pidana itu agar sesuai dengan azas-azas hukum pidana. Dan yang ketiga, bahwa apa yang dilakukan perancang KUHP adalah sesuatu hal yang wajar, karena itu pun terjadi pada negara lain. Saya kira itu beberapa latar belakang mengapa kejahatan HAM yang berat itu ditarik ke KUHP, yang kalau dikaitkan dengan konsep kriminalisasi sesuai dengan kriteria-kriteria kriminalisasi yang disepakati perancang KUHP.

Kemudian dalam rumus delik, Pak Muladi sudah menjelaskan secara detil, bahwa pada prinsipnya rumusan baru tentang kejahatan HAM berat dalam KUHP itu sesuai dengan konvensi-konvensi internasional dan ada juga konteks lokalnya. Kemudian persoalan yang timbul dalam penerapan KUHP akan diatasi dengan UU pemberlakukan KUHP yang khusus untuk masa transisi. Sedangkan Pak Andi Samsan bertolak belakang dengan ide Pak Muladi. Pak Andi melihat bahwa kejahatan HAM berat yang memiliki kekhususan dan termasuk dalam konteks pidana khusus, maka dia harus ditempatkan di luar KUHP. Sebab, delik khusus memerlukan institusi yang khusus, memerlukan hukum acara yang khusus. Jadi oleh karena itu, nanti dengan masukannya, KUHP tidak lagi menempatkan kekhususan dari kejahatan HAM ini dalam konteks baik institusinya, hukum acaranya, maupun azas-azas yang berlaku dalam kejahatan HAM itu.

Bang Ifdhal mencoba untuk menjelaskan tentang beberapa kelemahan yang mungkin timbul jika kejahatan HAM berat ini dikodifikasi ke dalam KUHP, baik mengenai rumusan delik-deliknya, terutama mengenai unsur-unsur meluas dan sistematis. Yang kedua, dari segi pertanggungjawaban pidananya, kalau konsep pertanggungjawaban pidananya tidak diatur secara spesifik di dalam KUHP, ini dalam praktiknya justru akan melemahkan proses penegakkan hukumnya. Di samping itu, juga berkaitan dengan masalah hukum acaranya yang bersifat khusus. Saya kira itu yang bisa saya rangkum dari ketiga pembicara.

PERTANYAAN TERM I

Lies Sugondo :

Nampaknya hampir seluruhnya kepada Pak Muladi. Saya melihat di antara 3 pembicara, Pak Andi dan Ifdhal kelihatannya satu alur dengan saya. Oleh karena itu, yang ingin saya kemukakan yaitu, beberapa tahun lalu kami melakukan sebuah seminar yang justru mencari elemen-elemen apa yang baik, sistematis, dan menyebar luas dalam kejahatan kemanusiaan. Saya ingat betul pada waktu menyusun UU No. 26 Tahun 2000, Pak Muladi pada waktu itu justru sebagai pengarah kami, dan saya ingat dalam seminar itu justru yang menjadi topik adalah elemen apa yang menjadi unsur dari sistematik itu? Waktu itu memang tercetus satu lontaran, bahwa jangan terkungkung oleh UU Nasional saja, tetapi melihat juga kepada beberapa ketentuan konvensi internasional, antara lain juga yang diterapkan dalam putusan-putusan pengadilan internasional. Oleh karena itu, seringkali hakim pada umumnya dalam memutus perkara-perkara mengenai pelanggaran HAM berat di masa lalu, mengacu kepada ketentuan-ketentuan yurispudensi yang ada. Oleh karena itu, ini pun sejajar dengan apa yang Bung Ifdhal kemukakan. Kemudian Prof Muladi mengatakan, justru ini kekhususannya, jadi kita jangan ragu-ragu. Oleh karena itu pertanyaannya adalah, manakala dimasukkan di dalam rumpun tindak pidana generik, dimana letaknya dan dimana kekhususannya? Apabila diletakkan di dalam tindak pidana generik, dimana KUHP merupakan tindak pidana umum, apakah justru umum dikhususkan? Atau justru khusus diumumkan?

Kedua, memang tadi sama-sama telah disebutkan yaitu mengenai hukum acara. Dimana kita ketahui di dalam Pasal 10 UU No. 26 Tahun 2000, mengacu sebagai dasar adalah menggunakan hukum acara KUHP, kecuali ditentukan lain di dalam UU ini. Pertanyaan sederhana tadi disampaikan oleh Pak Samsan dan Ifdhal sebetulnya. Saya ingin menghubungkan dengan kekhususan dari Statuta Roma. Contohnya, perlindungan saksi dan korban. Perlindungan saksi sebetulnya sudah dipraktikkan di dalam peradilan HAM *Ad Hoc* mengenai Tim-Tim, dimana perlindungan kesaksian melalui *teleconference*. Apakah hal itu membuka kesempatan untuk mendukung *extra ordinary crimes*? Apakah sudah dilakukan oleh hakim *ad hoc* masa lalu? Perlindungan saksi dan korban saat ini sedang dibahas RUU-nya di Komisi III DPR. Kalau kita hubungkan dengan Ifdhal, hukum acara (KUHAP) seharusnya juga mengalami signifikan berbarengan dengan KUHP. Dengan demikian, mungkin secara berbarengan perubahan KUHP dan KUHAP. Berikutnya misalkan, jika tadi dikatakan mengenai elemen-elemen. Ada lagi hal-hal yang lain, misalnya mengenai pertanggung jawaban komando yang semula di dalam KUHP tidak dimuat, tetapi saat ini setelah dimasuki elemen-elemen khusus dari pelanggaran HAM berat menjadi satu materi muatan di dalam rancangan yang baru tadi. Pertanyaannya adalah sebagai elemen tadi, apakah bisa menjadi satu acuan juga terhadap tindak pidana umum pada umumnya?

Prasetyo :

Pada Prof. Muladi ingin mendapatkan konfirmasi. Tadi Prof sudah menjelaskan mengenai berbagai latar belakang mengapa kejahatan serius terhadap HAM dicantumkan di dalam KUHP. Tapi persoalannya Pak Muladi, nanti ketika masalah itu dibawa ke Dewan, apakah ada hal tertentu yang sudah dimiliki Prof. Muladi? Jangan sampai ide yang bagus ini pada waktu dibicarakan dengan legislatif mengalami perubahan yang tidak sesuai dengan ide

dasar tadi. Saya kira pertemuan-pertemuan ini menjadi penting untuk mencermati itu. Tapi jika persoalan tadi sudah dibawa ke tingkat legislasi, ide dasar itu akan hilang.

Yang *kedua*, berkaitan dengan apa yang dipaparkan Pak Andi mengenai adanya kekhawatiran bahwa idenya tidak sejalan dengan Prof. Muladi. Jadi, dengan dimasukkannya kejahatan serius terhadap HAM ini seolah-olah lalu menghilangkan sesuatu yang bersifat khusus tadi. Saya mempunyai komentar sebetulnya persoalannya tidak hanya terletak di situ, tetapi lebih kepada bagaimana persoalan mengenai HAM bisa diselesaikan dengan baik. Pak Andi punya pengalaman banyak dari penanganan kasus-kasus pelanggaran HAM berat. Tetapi dari kasus-kasus yang ada selama ini nampaknya tidak banyak yang dinyatakan bersalah. Itu saya kira menjadi satu hal yang menimbulkan pertanyaan pada banyak kalangan. Mungkin kalau ini dikaitkan dengan Statuta Roma barangkali apakah bisa dikatakan bahwa peradilan *ad hoc* kita *unwilling* dan *unable*?

Abdul Kholik :

Pertama, saya mohonkan kepada Prof. Muladi untuk menjelaskan lebih lanjut, jika melihat keterangan yang dipresentasikan tadi, sepertinya ke depan arah dari perancangan KUHP Nasional yang akan datang adalah menerapkan politik-politik kodifikasi yang tersentral pada KUHP. Berangkat dari itu saya ada perasan menjangkal, bagaimana ke depan nasib dari *lex spesialis* [khusus] yang selama ini ada di luar KUHP yang memang eksistensinya tidak layak disebut perkembangan liar! dan memang dibutuhkan sebagai peraturan khusus. Saya ambil contoh, dalam pengadilan HAM ada satu semangat mengakomodir asas rektroaktif sebagai satu penyimpangan terhadap asas legalitas pada prinsip umum KHUP. Saya kira munculnya konsep *retroaktif* di dalam UU Pengadilan HAM ini tidak bisa disebut sebagai perkembangan liar. Apalagi jika kita cermati peradilan-peradilan HAM internasional berkecenderungan *retroaktif* dan hal tersebut menjadi sesuatu yang seharusnya diakomodir, bukan sebagai sesuatu yang berkembang liar dan menyimpang dari asas legalitas. Pertanyaan saya adalah bagaimana nasib asas-asas khusus di dalam UU Pidana khusus di luar KUHP ke depan, jika politik kodifikasi hukum yang *centraless* tadi terjadi di masa yang akan datang?

Kedua, bagaimana pula politik hukum ke depan. Seandainya RUU KUHP yang akan datang merangkul sejumlah undang-undang di luar KUHP. Jika setelah pengesahan ada perkembangan-perkembangan baru lagi, dimana perkembangan-perkembangan baru itu merupakan kejahatan baru yang juga sebenarnya memenuhi 3 kriteria. Apakah politik ke depannya adalah amandemen, global, atau apa yang diterapkan?

Ketiga, kenapa di dalam pembaharuan KUHP yang akan datang, yang diperbarui dalam HAM ini hanya satu jenis kejahatan saja, yaitu kejahatan perang? Padahal dalam ICC ada 4 kejahatan [*kemanusiaan, genosida, perang dan agresi*] mungkin itu perlu penjelasan di sini. Tapi satu hal yang saya ingin katakan dengan Mas Ifdhil adalah, ketika Mas Ifdhil menyarankan bahwa kenapa kejahatan terhadap penghilangan orang secara paksa tidak dimasukkan kriminalisasinya? Saya sedikit berbeda, dan meminta klarifikasi! Ketika kita mencoba melihat rancangan KUHP yang ada, sebenarnya konsep penghilangan orang secara paksa sebenarnya sudah ada. Tapi yang ingin saya tanyakan berkaitan dengan itu adalah ke depan perkembangan tentang pelanggaran HAM yang berat kemungkinan ada pengaturan mengenai perbuatan yang ada indikasi *straction of justice*. Saya meminta penjelasan lebih

Catatan Seminar :
Kejahatan Serius terhadap Hak Asasi Manusia (*Serious Crimes against Human Rights*)

jauh? Apa sebenarnya konsep ini? Sejauh mana pengaturan ini di dalam KUHP yang akan datang khususnya mengenai kejahatan berat terhadap HAM?

Moh. Noor :

Prof. Muladi, selama ini di dalam hukum itu ada kepastian hukum, tetapi terkadang kepastian hukum itu susah untuk didapatkan. Satu bukti, ketika muncul UU No. 26 Tahun 2000 itu ada satu kecualian, yaitu pada Pasal 46 sehingga dikatakan bahwa ini adalah *extra ordinary crimes*, karena *extra ordinary crimes*, maka perlakukannya juga harus *extra*. Contohnya, masalah terorisme. Sekarang bagaimana mungkin hal-hal yang ekstra ini akan dijadikan satu dengan hal-hal yang umum? Dan dikatakan bahwa suatu kriminalisasi di dalam suatu kitab itu sebagai pengendali. Pertanyaan saya adalah bagaimana kepastian hukum bisa didapatkan di dalam suatu sistem yang khusus dan umum?

Kedua, ketika kita belajar hukum humaniter internasional atau hukum persengketaan persenjataan. Di antara yang kita ketahui adalah bahwa Konvensi Jenewa sudah diratifikasi sepenuhnya oleh bangsa Indonesia. Tetapi Protokol Tambahan I dan II belum! Kalau tidak salah dengan rampungnya UU yang sedang dirancang ini, sudah tercover di dalamnya. Pertanyaan saya mengenai ini adalah, mengapa Protokol I dan II belum diratifikasi oleh Indonesia? Dan kenapa jika UU yang baru ini, hal tersebut bisa tercover di dalamnya?

Ketiga, kalaupun nanti sudah menjadi suatu sistem yang bagus, apakah Pak Muladi percaya dengan persiapan para penegak hukumnya? Karena masalah hukum yang penting ada pada penegak hukum. Bagaimana rencana pemerintah tentang hal ini?

TANGGAPAN PEMBICARA

PROF. DR. MULADI,S.H.

Ada beberapa hal yang ingin saya tekankan, pertama adalah memasukkan dalam RUU KUHP tentang pengadilan terhadap pelanggaran HAM berat atau biasa. Kita berusaha membuktikan bahwa tindak pidana HAM itu bukan lagi menjadi tindakan perkecualian. Kita saat ini memang terkaget-kaget dengan peristiwa Timor-timur, dsb. Selain itu, kita juga belum meratifikasi konvensi tentang ICC, tetapi dipaksa oleh dunia internasional untuk membuat UU secara sebagian ketentuan tentang genosida. Apabila kita tidak melakukan, kita akan mengalami masalah internasional. Jadi, kita jangan beranggapan terus seolah itu soal yang istimewa dan tidak ada akar budaya di Indonesia. Bagi kita, tidak berusaha menjadikan itu bagian dari budaya kita, kecuali jika kita melihat UU itu menjadi UU yang asing, sehingga tidak mau menerima tetapi terpaksa menerima. Jadi, kita memasukkan hal itu sesuatu yang sudah wajar. Sebetulnya kita sekarang sudah mulai sadar, pendidikan di militer, lembaga-lembaga kepolisian sudah memasukkan pelanggaran HAM berat, dan sebagainya menjadi bagian dari kurikulum.

Kedua, saya setuju dengan *involuntary disappearance*, itu bagian dari *crimes against humanity* dalam satu kejahatan. Kemudian *command responsibility* itu masuk di dalam Pasal 400, persis dikutip dalam ICC. Kemudian UU pemberlakukan sangat penting karena kita tidak berbicara hukum acara dalam hukum materil ini, teapi dalam UU pemberlakukan tadi akan diidentifikasi lagi dampaknya terhadap hukum nasional bagaimana? Bagaimana terhadap ketentuan-ketentuan yang ada di luar KUHP? Saya kira hukum acaranya berlaku seperti hukum acara khusus, itu bisa dinyatakan dalam UU pemberlakukan dalam masa transisi. Mana yang masih berlaku? Dan mana yang tidak berlaku? Seperti pidana minimum 10 tahun menurut saya suatu hal yang keterlaluan. Dan hakimnya saja kesulitan. Karena pidana minimum tidak boleh kurang dari 10 tahun.

Ada beberapa hal yang bisa dimasukkan dalam Buku Kesatu, tetapi ada beberapa yang ditetapkan dalam yurisprudensi atau doktrin, karena itu terus berkembang. Jadi kasus-kasus perang dunia itu selalu dijadikan acuan oleh hakim HAM *ad hoc*. Jadi jika dalam pengadilan HAM juga demikian, apa yang dinamakan yurispudensi, dsb? Adalah satu kesatuan yang harus dipelajari jika kita ingin mengadili pelanggaran HAM berat. Kalau kita memasukkan ke dalam KUHP semua, maka mungkin akan tebal sekali. Doktrin yurispudensi itu tidak boleh ditulis dalam UU, kita biarkan hal itu berkembang dan itu selalu dinamis. Satu lagi dokumen lain adalah *rule of procedure and evidence* (hukum acara). Dan ini juga harus berkembang. Hal ini tidak ada dalam hukum positif, tetapi pemahaman ketiga dokumen ini dalam satu kesatuan adalah suatu yang wajib. Kemudian, seperti masalah serangan. Masalah itu sudah dijelaskan di sini. Dan beberapa hal sudah dimasukkan dalam pasal-pasal itu.

Selanjutnya, menyikapi pertanyaan Ibu Lies, beberapa negara dalam hukum nasionalnya menyatakan bahwa hukum internasional merupakan sumber hukum yang harus diakui dalam hukum nasional. Kekhususan itu merupakan sesuatu hal yang terkait kepada hukum yang besar. Ada tiga cara yang bisa kita lakukan :

Menggunakan metode pendekatan global,

Mengeturnya di luar KUHP, karena waktu terbatas dan banyak penyimpangan dari standar-standar KUHP, termasuk hukum acaranya, seperti pengadilan HAM berat. Tetapi pada negara *Anglo Saxon* menurut saya tidak masalah karena UU itu tersebar di luar KUHP, walaupun ada suatu *model law* dan tumbuh hukum kebiasaan. Tetapi kalau kita menganut sistem *Continental* dengan kodifikasi sebagai suatu standar atau hukum yang paling kuat itu sangat penting sekali,

Menggunakan metode evolusioner,

Metode evolusioner, yaitu dengan menggunakan amandemen terhadap perundang-undangan yang ada, seperti di berbagai pasal. Dan amandemen bisa dilakukan dalam 2 cara :

- dalam bentuk pasal per pasal;
- dimasukkan dalam KUHP dalam satu bab tersendiri, contohnya pembajakan udara.

Dalam KUHP ditambahkan 1 bab khusus, yaitu Bab 29 A yang terdiri dari 18 kejahatan baru setelah kita ratifikasi pada tahun 1976 beberapa konvensi, yaitu Konvensi tentang Pembajakan Udara; Konvensi Den Haag, Tokyo dan Montreal. Kita mengeluarkan UU dan memasukkan 18 kejahatan baru. Saya kira cara yang benar seperti itu. Tetapi kalau penyimpangannya sangat besar dan membutuhkan acara tersendiri, saya kira sementara bisa ditindak dengan pidana khusus. Tapi saya katakan tadi, itu harus dikonsolidasikan dulu dengan KUHP. Hukum acara biar saja di luar KUHP dan diatur khusus melalui peraturan transisional atau peralihan. Dan mengenai UU Perlindungan Saksi, memang saat ini sedang dibahas. Dan saya kira ini sangat penting, terutama untuk tindak pidana berat.

Dan mengenai *command responsibility* saya kira ini sementara memang berlaku untuk pelanggaran HAM berat. Sedangkan mengenai agresi [*di ICC belum ada defenisi sendiri, dan akan dibicarakan pada tahun 2009*] banyak penentangan, seperti AS. Sedang di Belanda, itu sudah masuk dalam tindak pidana yang lain.

Untuk pertanyaan Bapak Prasetyo, DPR itu bukan forum hukum tetapi forum politik. Dan forum politik itu koridornya dari inisiatif pemerintah. Dan koridor terakhir pada sosial politik, sedangkan di dalam sosial politik itu banyak makhluk-makhluk yang aneh.

Terakhir, menjawab pertanyaan Bapak Abdul Holik. Kodifikasi sangat penting sekali. Karena buku pertamanya merupakan pengendali. Seperti pelanggaran HAM berat, pidana minimum bisa berkembang tetapi jangan terlalu berat. Dalam KUHP kita, maksimum pidana untuk itu 15 tahun, dan bisa berkembang menjadi 20 tahun. *Lex specialis* itu di dalam KUHP tidak masalah seperti ketentuan tidak berlakunya duluarsa. Dan itu diatur dalam masalah tindak pidana terhadap HAM. Menyangkut masalah rekroaktif, ICC sendiri menolak berlakunya hukum pidana rekroaktif. Yang ada pada pengadilan *ad hoc* adalah bentuk Dewan Keamanan. Jadi, dalam UUNo. 26 Tahun 2000, dimungkinkan dua. Kalau untuk *ad hoc* bisa berlaku surut sedangkan untuk permanen tidak berlaku surut. Semua keanehan-keanehan itu akan dilakukan dengan UU transisional atau pemberlakuan. Kalau *administrative fine law* itu tidak mungkin diatur dalam KUHP. Hanya ada satu delik, seperti lingkungan hidup, UU No. 23 Tahun 1997, itu ada delik administratif, tetapi ada juga yang

merupakan delik yang murni, seperti Pasal 4142 tindak lingkungan yang berat. Jadi, *lex specialis* bisa dimungkinkan dalam KUHP.

Mengenai terorisme, Amerika sudah mendesak supaya terorisme menjadi bagian dari *jus cogens*. Dia memperjuangkan tiga hal. Pertama, terorisme adalah *common enemy*, dengan demikian bisa berlaku *universal jurisdiction*. Kedua, berusaha mengembangkan yang namanya *sovereign responsibility* [*setiap negara yang gagal mencegah terorisme dalam negaranya, maka negara lain bisa intervensi dalam hal itu*]. Ketiga, menerapkan... seperti AS.

ANDI SAMSAN NGANRO, S.H.

Ada beberapa hal yang perlu ditambahkan :

Untuk pertanyaan Ibu Lies mengenai hukum acara, walaupun menurut Prof. Muladi hukum acara merupakan wilayah lain dari hukum materiilnya, hukum acaranya menyangkut perlindungan saksi dan korban. Memang, dalam UU No. 26 Tahun 2000, salah satu kekhususan dalam penanganan pelanggaran berat ini adalah dengan secara tegas diatur perlindungan saksi dan korban. Ternyata di dalam praktiknya juga sudah dicoba diangkat ke permukaan untuk direalisasikan. Kemudian mengenai penggunaan *teleconference*, memang dalam penyelenggaraan sidang perkara pelanggaran HAM Timor-Timur sudah dipraktikkan, dan oleh praktik peradilan sudah diakui. Walaupun tidak diatur dalam hukum pidana atau KUHP, tetapi sudah diakui [seperti perkara Pak Rahari Ramelan, BJ Habibie]. Ternyata perkara-perkara yang digelar dengan menggunakan *teleconference* oleh MA - yang diharapkan ada tanggapan --, oleh MA tidak diberi tanggapan. Apakah itu salah penerapan hukum? Atau bagaimana? Jadi, *teleconference* menurut saya bisa dijadikan petunjuk.

Selanjutnya, menjawab pertanyaan Pak Prasetyo. Justru dengan sendirinya ada perhatian lebih khusus, sehingga dari segi penyelenggaraan peradilannya, penerapan hukumnya menjadi sebuah perhatian yang lebih serius dan mampu melahirkan yurisprudensi dalam penanganan perkara HAM. Dari kasus itu, hakim dituntut untuk memberikan suatu keseimbangan. Oleh karena itu, yurisprudensi itu lahir dari kasus konkret. Sehingga menurut hemat saya, dengan adanya penanganan khusus ini akan mampu menciptakan suatu yurisprudensi atau norma-norma/kaidah-kaidah di dalam penanganan pelanggaran HAM itu sendiri. Kedua, dengan adanya kekhususan ini kita mampu menyaring kebiasaan-kebiasaan internasional untuk dikembangkan.

Terakhir, pertanyaan Pak Abdul Holik mengenai asas rektroaktif. Bagaimana jika ada perkembangan yang perlu diakomodir? Bawa di sinilah kelebihan dan kelemahan dari sebuah kodifikasi. Sebuah kodifikasi KUHP itu terlalu sulit untuk dirubah atau ditambah, tetapi lebih sulit lagi apabila tersendiri. Kekhawatiran seperti ini perlu diperhatikan, bahwa bagaimana jika ada perkembangan yang harus dirubah, tentu apabila menjadi UU tersendiri dibandingkan dengan KUHP, akan ada kesulitan. Itulah perbedaan jika melalui kodifikasi dan dengan melalui UU di luar KUHP.

Kemudian mengenai penanganan kasus pelanggaran hukum apakah tergantung dari hakimnya? Betul! Sama juga dalam penanganan korupsi. Perbedaan pidana umum dengan pidana pelanggaran HAM berat. Tindak pidana HAM itu ada unsur serangan yang lebih

luas atau sistematik. Sedangkan jika tindak pidana umum tidak ada. Jadi ini memerlukan suatu perhatian khusus bagi hakim. Jika ada kekhawatiran yang memang bisa timbul jika dituangkan dalam KUHP, katakanlah hakim yang berpikiran pluralis. Tetapi jika berdiri sendiri, maka bisa dibina dan dididik hakim yang lebih professional dan memiliki pemahaman tentang HAM ini. Karena tidak sedikit hakim yang mempunyai kemampuan wawasan seperti itu. Kita melihat setiap perkara itu mempunyai karakter masing-masing. Tetapi sekiranya ada satu pemahaman yang tepat dan cocok, ini menurut saya, bahwa perlu ditangani oleh para aparat hukum dan penegak hukum. Dan kekhawatiran seperti ini adalah wajar dan layak untuk kita diskusikan.

IFDHAL KASIM, S.H.

Pertama menjawab tanggapan Halik, berkaitan dengan usulan penghilangan orang secara paksa, padahal menurutnya itu sudah masuk dalam rumusan yang ada. Sebetulnya yang saya maksud adalah penghilangan paksa yang tidak masuk dalam *crimes against humanity*. Karena yang kita tahu untuk penghilangan paksa, yang masuk dalam bagian itu harus memenuhi persyaratan sistematik itu. ini adalah penghilangan paksa yang berdiri sendiri dan bukan bagian dari kejahatan manusia, sebagaimana dengan penyiksaan, yang mana itu juga sebetulnya sudah masuk dalam kejahatan kemanusiaan dalam huruf F. Tetapi itu penyiksaan sebagai bagian dari *crimes against humanity*, bukan penyiksaan sebagaimana diatur dalam konvensi internasional mengenai anti penyiksaan yang di dalam RUU ini dimasukkan ke dalam tindak pidana sendiri. Oleh karena itu kenapa penghilangan orang secara paksa yang mempunyai konvensinya sendiri [*walaupun masih berstatus deklarasi*] itu juga mengharuskan kepada setiap negara untuk melakukan kriminalisasi ke dalam hukum nasionalnya mengenai kejahatan penghilangan secara paksa itu. Maka menurut saya, penting dimasukkan sebagai kejahatan HAM, sebagaimana pendapat berbagai pakar hukum pidana antara lain, Prof. Naomi yang menyatakan bahwa kejahatan ini kejahatan yang berstatus *jus cogens* yang harus dikriminalisasi dalam hukum nasional pada setiap negara. Memang ada penghilangan paksa di dalam KUHP yang lama, tetapi penghilangan itu bukan dalam makna internasional. Oleh karena itulah, menjadi relevan jika dimasukkan ke dalam kejahatan independen yang berada di luar *crimes against humanity*.

Kedua, saya ingin menanggapi beberapa pemikiran Prof. Muladi. Memang saya setuju dalam arti bahwa, kita tidak ingin menempatkan kejahatan HAM ini sebagai satu kejahatan yang berada dalam atmosfer kebudayaan kita, sesuatu yang diletakkan secara khusus. Karena kita mencoba mengimpose kejahatan ini sebagai bagian dari kebudayaan kita dan menolak bentuk kejahatan seperti ini. Yang menjadi permasalahannya adalah, sejauh mana kita bisa mengimpose ini ke dalam hukum pidana nasional ini, sehingga pengimplementasianya tidak menimbulkan problematik-problematik yang sebagaimana dalam konteks penerapan UU No. 26 Tahun 2000. Oleh karena itu, menurut saya kunci terpenting dari sini adalah berkaitan dengan penerapan UU KUHP. Bagaimana memastikan UU KUHP mengimplementasikan UU No. 26 dan bagaimana pengimplementasian 2 kejahatan yang tidak masuk dalam UU No. 26 itu? Apakah dia berada dalam kewenangan UU No. 26? Atau diadili dalam peradilan umum? Sebab jika ini tidak jelas dalam peraturannya, maka akan terjadi saling rebut perkara antara Komnas HAM dan Kepolisian dalam adanya dugaan pelanggaran HAM ini. Kalau garis ini tidak jelas dibuat dalam UU penerapannya, maka akan terjadi komplikasi yang sangat serius. Oleh karena itu, memang menurut saya kita tidak ingin menjadikan ini sebagai sesuatu yang aneh. Sebab bagaimanapun praktik dalam

berbagai negara, kejahatan HAM ini diintegrasikan ke dalam KUHP nasional masing-masing negara itu, yang berfungsi sebagai *the last resort* dari adanya pelanggaran HAM. Karena apabila jika terjadi pelanggaran HAM, maka pengadilan nasional yang pertama mengadili. Jika hukum nasional kita ini tidak mengkriminalisasikan hal ini, maka memang akan difungsikan prinsip kopolitik, yaitu dengan menggunakan Mahkamah Pidana Internasional. Dalam konteks hubungan inilah sangat penting untuk mengkriminalisasi kejahatan HAM ini ke dalam hukum nasional suatu negara. Oleh karena itu menurut saya, kita bisa memasukkannya ke dalam satu kitab UU yang terkodifikasi, tetapi dengan rumusan yang jelas sehingga tidak terjadi implikasi yang luas, seperti UU No. 26 Tahun 2000.

PROF. DR. MULADI,S.H.

Kalau UU pemberlakuan memang sedang disusun dan belum final. Jadi yang kita masukkan mengenai pengadilan HAM itu kita mengikuti ICC. Kita juga mengalami persolan dengan munculnya UU tentang *Resolution Criminalization* yang sekarang sedang dibuat DPR, konsekuensi dari ratifikasi kita terhadap UU internasional, karena dalam ketentuan ratifikasi itu, ketentuan konsekuensi di yudikatif, administratif dan legislatif itu diwajibkan untuk dipersoalkan.

ANDI SAMSAN NGANRO, S.H.

Jika ini sudah dimasukkan dalam KUHP, nanti apapun namanya akan menjadi hukum nasional. Sementara pasal-pasal kejahatan HAM ini lebih banyak pengaruh internasional. Di sini kita dihadapkan pada hukum nasional dan internasional. Di dalam penerapan, walaupun kita di dalam pengadilan berada argumentasi, tentu pada akhirnya hakim juga yang mengambil sikap. Di dalam melakukan penafsiran atau membuat keputusan, dia akan lebih mengutamakan mana sumber hukum nasional atau internasional. Seperti saya katakan dalam makalah saya, ini terjadi implikasi dalam penerapan hukumnya. Mungkin barangkali kita bisa mendapatkan jawaban dari Prof. Muladi bagaimana menghadapi seperti hal ini.

PROF. DR. MULADI,S.H.

Mengenai Protokol I [*Perlindungan terhadap Korban Konflik Bersenjata Internasional*] dan Protokol II [*Perlindungan terhadap Korban Konflik Persenjataan Non-Internasional*], memang kita belum ratifikasi. Tetapi dalam perumusan ICC itu, persoalan-persoalan itu sudah diselesaikan semuanya. Jadi jika kita sampai ratifikasi ICC, saya kira sudah tidak adalagi persoalan Protokol I dan II. Kemudian mengenai persiapan hakim, justru sekarang setiap UU ada masa transisi untuk menyiapkan restruktur, substansi, konsekuensi dalam perundang-undangan yang lain dan juga menyiapkan kulturnya. Hal itu harus digarap dengan sosialisasi intensif. Sedangkan mengenai kepastian hukum, kepastian hukum itu memang sesuatu yang kompleks, karena persoalan itu juga masuk dalam persoalan keadilan dan non-diskriminasi dan itu sangat sulit sekali digambarkan, karena hukum yang pasti itu belum tentu hukum yang adil. Kepastian itu hanya mengejar kepastian dan memperhatikan suatu keadilan itu adalah sesuatu yang sangat berbahaya, maka di dalam pasal RUU ini disebutkan "*Jika terjadi pertentangan antara kepastian hukum dan keadilan, maka keadilan itu harus dimenangkan*".

PERTANYAAN TERM II

Kabul S (FH Universitas Diponegoro dan Hakim Pengadilan HAM) :

Saya sangat tertarik dengan perkataan Pak Muladi. Ada beberapa hal yang ingin saya tanyakan : *Pertama*, saya mempunyai dua konsep RUU KUHP, di dalam Bab IX disebutkan tindak pidana terhadap HAM. Yang baru juga disebutkan seperti itu. Prof. Muladi tadi menyampaikan bahwa jangan sampai pengadilan HAM untuk kejahatan yang serius menjadi sesuatu yang aneh. Cuma yang menjadi persoalan, kalau hukum internasional itu selalu mengatakan kejahatan yang serius. Saya khawatir tindakan kejahatan manusia yang sudah dimasukkan ke dalam KUHP akan menampakkan penurunan derajat. Dari kejahatan yang serius menjadi kejahatan yang seperti dalam tindak pidana KUHP. Saya khawatir seperti itu dan itu juga bisa saya lihat dalam konsep ini, kalau tadi dibicarakan bahwa kejahatan yang serius itu tidak mengenal daluarsa. Buktiya di sini disebutkan di dalam Pasal 402 ayat (2) dalam konsep terbaru, di situ hanya disebutkan untuk kejahatan-kejahatan pada masa perang konflik bersenjata, tidak ada sebutan daluarsa di dalam Pasal 394 dan 395. Bukankah kalau seperti itu sama seperti tindak pidana biasa? Kemudian pertanggungjawaban komando Pasal 400 ayat (3), di situ disebutkan ancaman hukumnya, nampaknya hanya berlaku untuk kejahatan pada masa perang yang tidak dikaitkan dengan kejahatan genosida, kejahatan terhadap kemanusiaan Pasal 394 dan 395.

Kemudian yang berikutnya, mengenai perlindungan saksi korban. Apakah di dalam RUU KUHP juga sudah memberikan perhitungan terhadap perlindungan korban? Yang terakhir terkait dengan persoalan-persoalan korban. Nampak pengadilan di Indonesia yang selama ini saya lihat, perlindungannya lebih menekankan kepada hak-hak tersangka dan terdakwa.

NN :

Saya ingin menanggapi mengenai semangat kodifikasi KUHP, saya melihat bahwa semangat kodifikasi ini hanya tidak lebih dari suatu komitmen besar. Artinya, tentu KUHP ini tidak akan berbuat konyol dalam pasalnya melarang adanya eksistensi hukum pidana eksepsional. Oleh karena itu, dalam semangat ini, masuknya Bab IX tentu saja tidak dipermasalahkan dalam semangat kodifikasi ini, hanya tentu yang kami mohon hanya satu, dalam gambaran itu, seberapa perkasa anatomi KUHP ini dan sejauh mana KUHP dalam menghadapi dinamika masyarakat yang tentunya terus berkembang?

Kedua, masuknya Bab IX ini kami mempersoalkan. Hal ini berangkat dari perspektif demokratisasi. Dari perspektif demokrasi ini, tentu kita melihat bahwa Bab IX ini nantinya adalah produk legislatif untuk mengarahkan eksekutif atau penguasa. Memang dalam sejarahnya, HAM itu adalah perjuangan pergerakan dari warga negara kepada penguasa. Tetapi dalam perkembangannya, tindak pidana HAM juga bisa dilakukan oleh anggota masyarakat. Oleh karena itu, dalam hal ini tentunya ada beberapa bab lain selain Bab IX yang memuat tindak pidana HAM. Saya melihat dalam judul Bab IX ini di dalam alur sistematika, ada satu ruas yang tidak nyaman, karena judulnya Tindak Pidana terhadap HAM dalam Prespektif antara Penguasa dan Warga Negara. Mohon ini bisa diberi penjelasan.

TANGGAPAN PEMBICARA

PROF. DR. MULADI,S.H.

Pertama, masalah istilah. Karena kalau kita bicara soal ICC, maka kita bicara soal kejahatan-kejahatan serius yang menjadi keprihatian manusia dan internasional. Jadi istilah itu digunakan untuk kejahatan-kejahatan yang masuk yurisdiksi Mahkamah Pidana Internasional. Jadi jika judul itu kita pakai, maka sangat sulit sekali dalam memasukkan tindak pidana HAM ke dalam itu. Jadi yang kita gunakan adalah istilah netral, yaitu tindak pidana HAM. Mengenai masalah Pasal 394 dan 395, saat ini masih terjadi dialog antara Sekneg dan Departemen Kehakiman dalam beberapa pasal. Yang jelas bahwa masalah daluarsa, pertanggungjawaban komando itu berlaku untuk semua tindak pidana yang tiga itu, tidak terbatas pada delik tertentu.

Kemudian mengenai masalah korban, ini tidak masuk dalam wilayah hukum tetapi dalam administrasi ada UU tersendiri tentang perlindungan korban. Dan hukum pidana diatur 3 hal, *pertama*, perumusan perbuatan yang melawan hukum. *Kedua*, pertanggungjawaban pidana. *Ketiga*, mengenai sanksi [*bisa pidana atau tindakan*]. Jadi masalah-masalah yang bersifat administratif itu ada di luar KUHP.

Kemudian semangat kodifikasi. Kita mengenal Pasal 103 KUHP dan sekarang pasalnya sudah berubah. Bahwa ketentuan dalam Buku I KUHP itu berlaku tidak hanya ke dalam KUHP, tetapi juga keluar KUHP sepanjang ketentuan itu tidak mengatur yang lain. Jadi bisa terbuka kemungkinan besar terjadi penyimpangan dari asas hukum KUHP sepanjang alasannya kuat. Justru Pasal 103 itu membuka cakrawala untuk perkembangan hukum pidana. Justru perkembangan di luar KUHP itu dibuka oleh Pasal 103 untuk terjadi penyimpangan. Tetapi suatu saat penyimpangan harus dikonsolidasikan kembali ke dalam Buku I. Ini yang dinamakan semangat kodifikasi. Kemudian mengenai masalah proses demokratisasi. Sebetulnya semua yang diatur dalam KUHP itu semua pelanggaran setiap orang, apakah itu individu ataupun kolektif. Tapi ketika kita bicara HAM, menurut saya bukan HAM horisontal tetapi vertikal. Jadi yang dipertentangkan di situ adalah kekuasaan dan rakyat. Jadi yang horisontal itu yang masuk ketentuan biasa. Dan itulah yang disebut demokratisasi.

SESI II

MAKALAH PEMBICARA

Kejahatan yang Sangat Serius dalam R-KUHP

Komariah Emong Sapardjaja
(Fakultas Hukum Universitas Padjajaran)

PENDAHULUAN

Dalam permintaannya, Komnas HAM mempertanyakan masuknya “*kejahatan yang sangat serius*” ke dalam R-KUHP, serta dampaknya kemudian. Selama ini kejahatan-kejahatan yang sangat serius, khususnya genosida dan kejahatan terhadap kemanusiaan, diatur dalam Undang-undang khusus, yaitu UU No. 26 Tahun 2000, tentang Pengadilan HAM. Dengan demikian, UU No. 26 Tahun 2000 tersebut merupakan *lex speciali* terhadap KUHP.

Selama penyusunan RKUHP yang dimulai sejak tahun 1980-an, “*kejahatan yang sangat serius*” tersebut tidak pernah menjadi pembicaraan penyusun R-KUHP. Baru dalam naskah tahun 2004, kira-kira akhir bulan Oktober 2004, dalam rapat Tim Penyusun RKUHP (hanya 5 hari), Tim Komisi II yang menyisir kembali naskah Buku II RKUHP 2002, memutuskan untuk memasukkan berbagai tindak pidana yang selama ini tersebar di luar KUHP ke dalam R-KUHP, dengan maksud bahwa KUHP Baru yang akan datang akan merupakan satu buku kodifikasi Hukum Pidana yang memuat tindak pidana -tindak pidana tersebut. Tidak ada penjelasan resmi dari Tim Penyusun maupun dari Koordinator Tim Penyusun Buku II R-KUHP 2004 mengenai masuknya *serious crimes* ke dalam Buku II R-KUHP 2004.

Ada beberapa dugaan tentang masuknya *serious crimes* ke dalam R-KUHP. Mungkin disebabkan oleh :

- Kegagalan Pengadilan *Ad Hoc* HAM menangani kasus ex Timor-Timur dan Tanjung Priok yang semuanya bebas di Mahkamah Agung (kecuali kasus a.n. terdakwa Eurico Gutteres);
- Kegagalan penyusun Undang-undang No. 26 Tahun 2000, yang tidak merumuskan secara baik unsur-unsur kejahatan serius tersebut, termasuk dalam penjelasannya;
- Kegagalan lain karena tiadanya hukum acara yang memadai bagi pemeriksaan di persidangan bagi Pengadilan Hak Asasi Manusia tersebut.

Di samping hal-hal tersebut, beberapa masalah teknis yang turut mempengaruhi pemikiran masuknya *serious crimes* tersebut ke dalam R-KUHP, seperti :

- a. Kegagalan Jaksa Penuntut Umum membuktikan unsur-unsur pertanggungjawaban komando jo. Pasal 42 UU No. 26 Tahun 2000;
- b. Kegagalan para Hakim menerjemahkan/menafsirkan unsur-unsur yang didakwakan Jaksa Penuntut Umum;
- c. Ketiadaan sarana dan prasarana bagi penyelenggaraan sidang-sidang perkara HAM, termasuk anggaran untuk menghadirkan saksi, gaji Hakim dan Jaksa, serta Panitera;
- d. dan lain-lain yang tidak mungkin disebut satu-satu;
- e. Atau mungkin juga karena alasan politis, Indonesia tidak akan meratifikasi ICC.

PERTANYAAN KUNCI

Apakah rumusan-rumusan pasal tindak pidana genosida dalam R-KUHP telah memadai?
Apakah rumusan-rumusan pasal tindak pidana kemanusiaan dalam R-KUHP telah memadai?

Apakah problem-problem ke depan berkaitan dengan pasal tindak pidana genosida dan pasal tindak pidana kemanusiaan dalam praktik pengadilan hak asasi manusia?

JAWABAN SEMENTARA

[Rumusan tindak pidana genosida dan tindak pidana terhadap kemanusiaan terlampir, jadi tidak akan diulang kembali di sini].

1. Terhadap pertanyaan pertama dapat dijelaskan hal-hal sebagai berikut :

R-KUHP memuat unsur-unsur tindak pidana genosida lebih lengkap dari pada UU No. 26 Tahun 2000, bahkan juga apabila dibandingkan dengan ICC, misalnya pencantuman unsur rumpun bangsa, jenis kelamin, umur, cacat mental atau fisik. Terlihat dalam unsur cacat mental dan fisik pengaruh dari pengalaman Jerman dalam PD II ketika membunuh orang cacat mental atau fisik, orang-orang lansia, karena dianggap sebagai manusia yang tidak berguna atau hanya akan menambah beban negara (Nazi).

Walaupun rumusan tindak pidana genosida ini hampir sama dengan ICC, rumusan tindak pidana genosida telah mengacu kepada *Convention on the Prevention and Punishment of The Crime and Genocide*, 9 Desember 1948. Untuk kejahatan genosida tampaknya tidak ada permasalahan.

2. Terhadap pertanyaan kedua :

Rumusan tindak pidana kejahatan kemanusiaan ini mirip dengan Pasal 7 ICC, hanya berbeda dalam menerjemahkan istilah, seperti *deportation*.

Di dalam perumusan unsur-unsur tindak pidana ini, R-KUHP tidak memberi penjelasan tentang unsur-unsur tindak pidana termasuk, seperti halnya Pasal 7 ayat (2) Statuta Roma. Walaupun demikian, pasal yang mengatur tindak pidana-tindak pidana kemanusiaan ini telah mengadopsi asas-asas hukum Internasional (mohon diperhatikan ayat (1) huruf e dan huruf h). Kelemahan tidak adanya penjelasan ditambah lagi dengan tidak diperjelas tentang masalah 'jender'.

3. Berkaitan dengan pasal-pasal genosida dan tindak pidana kemanusiaan yang dicantumkan dalam R-KUHP, memang masih menyisakan masalah di hari-hari yang akan datang ketika R-KUHP ini berlaku.

Terdapat dua pendapat tentang masalah ini :

- Pendapat pertama*, karena kejahatan-kejahatan ini menjadi bagian dari hukum pidana materiel umum, maka hukum acara pidana-nya juga harus KUHAP, walaupun misalnya nanti ada KUHAP Baru. Dengan demikian, susunan Hakim Ad Hoc, Penuntut Ad Hoc dan Penyidik Komnas HAM, harus menjadi bagian dari KUHAP

Catatan Seminar :
Kejahatan Serius terhadap Hak Asasi Manusia (*Serious Crimes against Human Rights*)

yang akan datang. Masalah yang akan menimbulkan pertanyaan besar adalah pelaku-pelaku yang tunduk kepada hukum pidana khusus, dalam hal ini anggota militer yang tunduk juga kepada hukum pengadilan militer.

- b. *Pendapat kedua*, karena kejahatan genosida dan kejahatan kemanusiaan adalah kejahatan-kejahatan yang bersifat internasional, dan bersifat khusus yang sulit pembuktiannya, maka diperlukan sistem pembuktian yang berbeda dengan KUHAP biasa, yang mengacu kepada hukum internasional dan atau kebiasaan hukum internasional, dengan para Hakim, JPU dan Penyidik yang khusus. Belajar pada pengalaman di masa lampau, penanganan kasus-kasus semacam ini harus diserahkan kepada JPU dan Hakim yang handal, dan tidak mempunyai kepentingan politik tertentu. Oleh karena itu, kejahatan-kejahatan ini harus tetap di luar KUHP, sehingga dapat dibuat hukum acaranya sendiri atau berbagai ketentuan perundangan tersendiri pula, seperti misalnya pelaksanaan dari Pasal 34, 35, dan Pasal 43 UU No. 26 Tahun 2000.

Pada saat ini telah dibentuk Panitia-panitia khusus yang bekerja untuk mengamandemen atau menyempurnakan UU No. 26 Tahun 2000, seperti yang dikerjakan oleh ELSAM dan Mahkamah Agung serta LEIP, yang hasilnya cukup baik.

Bandung, 22 Maret 2006

Komentar terhadap Pasal-pasal Tindak Pidana terhadap Hak Asasi Manusia dalam RKUHP

Rudi M. Rizki, S.H., LL.M

BAB IX **[TINDAK PIDANA TERHADAP HAK ASASI MANUSIA]²**

Bagian Kesatu
Genosida

Pasal 395

- (1) [Dipidana dengan pidana penjara paling singkat 3 (tiga) tahun dan paling lama 15 (lima belas) tahun]³, setiap orang yang dengan maksud menghancurkan atau

² Judul ini tidak tepat, karena :

- Pada hakekatnya semua tindak pidana adalah pelanggaran HAM. Misalnya, pembunuhan sebagaimana diatur dalam KUHP (Pasal 338 dan Pasal 340) pada hakekatnya merupakan pelanggaran terhadap hak hidup seseorang.
- Untuk tindak-tindak pidana ini, Statuta ICC menggolongkannya ke dalam *the most serious crimes*, yang terdiri dari *war crimes*, *crimes against humanity* dan *genocide*. sedangkan UU No.26 Tahun 2000 tentang Pengadilan HAM mengelontarkan kejahatan terhadap kemanusiaan dan genosida ke dalam “Pelanggaran Hak Asasi Manusia yang Berat”.
- Usulan :
 - Judul Bab IX : Kejahatan Genosida, Kejahatan terhadap Kemanusiaan dan Kejahatan Perang atau Konflik Bersenjata, dengan catatan “Tindak Pidana Penyiksaan” dalam Pasal 406 dikeluarkan; atau
 - Kejahatan Paling Serius Menurut Hukum Internasional.

³

Page:

37

Sanksi terlalu rendah. Lebih rendah dari sanksi pembunuhan biasa.

Perbandingan :

- Statuta ICC Pasal 77 :
 - Maksimum 30 tahun
 - Seumur hidup bila dapat dibenarkan menurut beratnya kejahatan yang luar biasa dan keadaan khusus terpidana
 - Dapat ditinjau kembali oleh pengadilan (Pasal 110)
 - Dapat ditambah denda dan perampasan harta kekayaan/asset-aset
- Bandingkan : Pasal 36-41 UU No. 26 Tahun 2000
 - Genosida : 10 (min) - 25 tahun (max), seumur hidup, mati
 - KTK : 10 (min) - 25 tahun (max), seumur hidup, mati untuk pembunuhan, pemusnahan, deportasi, perampasan kemerdekaan, apartheid
 - KTK : 5 (min) - 15 (max) untuk perbudakan, penyiksaan
 - KTK : 10 - 20 tahun untuk perkosaan dan kejahatan seksual, penganiayaan/persekusi, penghilangan orang
 - Percobaan/permufakatan/pembantuan : Sama

Catatan Seminar :
Kejahatan Serius terhadap Hak Asasi Manusia (*Serious Crimes against Human Rights*)

- memusnahkan seluruh atau sebagian [rumpun bangsa, kelompok bangsa, suku bangsa, kelompok berdasarkan warna kulit, agama, jenis kelamin, umur, atau cacat mental atau fisik, melakukan perbuatan]⁴ :
- a. membunuh anggota kelompok tersebut;
 - b. mengakibatkan penderitaan fisik atau mental berat terhadap anggota kelompok;
 - c. menciptakan keadaan kehidupan yang bertujuan mengakibatkan kelompok tersebut musnah secara fisik baik seluruh atau sebagianya;
 - d. memaksakan cara-cara yang bertujuan mencegah kelahiran di dalam kelompok tersebut; atau
 - e. memindahkan secara paksa anak-anak dari kelompok tertentu ke kelompok lain.
- (2) Setiap orang yang melakukan permufakatan jahat untuk melakukan tindak pidana sebagaimana dimaksud pada ayat (1), dipidana dengan [pidana penjara paling lama 5 (lima) tahun]⁵.

Bagian Kedua
Tindak Pidana Kemanusiaan

Pasal 396

- (1) Dipidana dengan [pidana penjara paling singkat 3 (tiga) tahun dan paling lama 15 (lima belas) tahun]⁶, setiap orang yang melakukan salah satu perbuatan yang dilakukan sebagai bagian dari serangan yang meluas atau sistematik yang diketahuinya bahwa serangan tersebut ditujukan [secara langsung]⁷ terhadap penduduk sipil berupa :
- a. pembunuhan;

4

Page:

38

Pasal ini berlebihan karena telah memperluas *protected group* sebagaimana yang dimaksud dalam Konvensi Genosida 1948. Pasal ini memasukan "rumpun bangsa", "jenis kelamin", "umur", "cacat mental atau fisik", tetapi menghilangkan "ras".

- Konvensi Genosida tidak melindungi semua jenis kelompok manusia, tetapi hanya kelompok yang didasari oleh kebangsaan, etnisitas, ras dan agama (*Kristic*).
- ICTR : *protected group* termasuk ke dalam daftar *ejusdem generis*, termasuk semua kelompok yang stabil/tetap (*stable group*), yang tercermin dari kebiasaan/adat istiadatnya yang permanen, serta kelompok yang ditentukan oleh kelahirannya.
- Pengertian (Akayeshu) :
 - Kelompok bangsa : sekumpulan orang-orang yang dianggap memiliki keterikatan secara hukum yang didasarkan kepada kewarganegaraan yang sama sesuai dengan hak dan kewajibannya secara timbal balik.
 - Kelompok etnis : kelompok dimana para anggotanya memiliki kesamaan bahasa dan budaya atau suatu kelompok yang mengidentifikasi dirinya memiliki identitas tersendiri atau suatu kelompok yang diidentifikasi oleh orang lain, termasuk kelompok para pelaku kejahatan.
 - Kelompok ras : biasanya ditandai oleh kesamaan fisik.
- Persiapan Konvensi Genosida dan persiapan Statuta Roma : hendak memasukan kelompok lain seperti kelompok pengguna bahasa, kelompok social, ekonomi dan politik, tetapi kemudian ditolak karena dianggap bertentangan dengan maksud perumusan Konvensi Genosida 1948.

5

Page:

38

Terlalu rendah, seharusnya disamakan dengan pelaku.

6

Page:

38

Terlalu rendah (lihat : di atas).

7

Page:

38

Dibuang, karena terjemahan *directed* yang salah/berlebihan.

Catatan Seminar :
Kejahatan Serius terhadap Hak Asasi Manusia (*Serious Crimes against Human Rights*)

- b. pemusnahan;
 - c. perbudakan;
 - d. pengusiran atau pemindahan penduduk secara paksa;
 - e. perampasan kemerdekaan atau perampasan kebebasan fisik lain secara sewenang-wenang yang melanggar asas-asas atau ketentuan pokok hukum internasional;
 - f. penyiksaan;
 - g. perkosaan, perbudakan seksual, pelacuran secara paksa, pemaksaan kehamilan, pemandulan, atau sterilisasi secara paksa atau bentuk-bentuk kekerasan seksual lain yang setara;
 - h. [penganiayaan]⁸ terhadap suatu kelompok tertentu atau perkumpulan yang didasari persamaan paham politik, ras, kebangsaan, etnis, budaya, agama, jenis kelamin atau alasan lain yang telah diakui secara universal sebagai hal yang dilarang menurut hukum internasional;
 - i. penghilangan orang secara paksa;
 - j. kejahanan apartheid;
 - k. perbuatan lain tidak manusiawi yang mempunyai sifat sama dengan perbuatan untuk menimbulkan penderitaan mental maupun fisik yang berat.
- (2) Setiap orang yang melakukan percobaan, permufakatan jahat, atau pembantuan untuk melakukan tindak pidana sebagaimana dimaksud pada ayat (1), dipidana dengan pidana yang sama.

Bagian Ketiga
[Tindak Pidana Perang dan Konflik Bersenjata]⁹

Pasal 397

Dipidana dengan [pidana penjara paling singkat 3 (tiga) tahun dan paling lama 15 (lima belas) tahun]¹⁰ setiap orang yang melakukan pelanggaran berat terhadap Konvensi Jenewa tanggal 12 Agustus 1949 berupa salah satu tindakan terhadap orang atau harta kekayaan yang dilindungi berdasarkan ketentuan yang tercantum dalam konvensi berupa :

- a. [pembunuhan]¹¹;
- b. penyiksaan atau perlakuan tidak berperikemanusiaan termasuk percobaan biologis;
- c. menyebabkan penderitaan berat atau mencederai berat tubuh atau kesehatan;
- d. perusakan dan pengambilan secara besar-besaran harta kekayaan, yang tidak dibenarkan oleh keperluan militer dan dilakukan secara tidak sah dan secara tidak bermoral;
- e. memaksa tahanan perang atau orang yang dilindungi lainnya untuk bekerja dalam pasukan musuh;

8

Page:

39

“Penganiayaan” diganti “persepsi”, karena pengertian “penganiayaan” berbeda dengan “persecution” (ICC) dan praktisi akan menunjuk kepada pasal penganiayaan KUHP/R-KUHP.

9

Page:

39

Kejahanan perang harus dilakukan sebagai bagian dari suatu rencana atau kebijakan atau sebagai bagian dari suatu perbuatan berskala besar (Pasal 8 ayat (1)) Statuta ICC.

10

Page:

39

Terlalu rendah (lihat : di atas).

11

Page:

39

Seharusnya pembunuhan sengaja.

- f. merampas hak para tahanan perang atau orang yang dilindungi lainnya dari haknya untuk memperoleh pengadilan yang adil dan diakui;
- g. pengusiran atau deportasi, pemindahan, atau perampasan kemerdekaan secara tidak sah; atau
- h. penyanderaan.

Pasal 398

Dipidana dengan [pidana penjara paling singkat 3 (tiga) tahun dan paling lama 15 (lima belas) tahun]¹² setiap orang yang melakukan pelanggaran berat lainnya terhadap hukum dan kebiasaan yang berlaku di dalam konflik bersenjata internasional, dalam kerangka hukum internasional, berupa :

- a. melakukan penyerangan terhadap kelompok penduduk sipil atau orang sipil perorangan yang tidak terlibat langsung dalam perrusuhan;
- b. melakukan penyerangan terhadap objek-objek sipil, yaitu objek-objek yang bukan merupakan sasaran militer;
- c. melakukan penyerangan terhadap personil, instalasi, material, unit atau kendaraan yang terlibat dalam bantuan kemanusiaan atau misi perdamaian sesuai dengan piagam Perserikatan Bangsa-Bangsa, selama mereka mempunyai hak untuk memberikan perlindungan terhadap orang-orang sipil atau objek-objek sipil menurut hukum internasional tentang konflik bersenjata;
- d. melakukan penyerangan yang diketahuinya bahwa serangan tersebut menyebabkan kematian atau luka terhadap orang-orang sipil atau kerusakan terhadap objek-objek sipil atau kerusakan yang hebat, meluas, dan berjangka panjang terhadap lingkungan hidup yang berkelebihan dalam kaitannya dengan keseluruhan keuntungan militer yang bersifat nyata dan langsung yang diantisipasi;
- e. menyerang atau melakukan pemboman, dengan cara apapun, terhadap kota, desa, tempat pemukiman, atau gedung yang tidak dipertahankan dan bukan merupakan sasaran militer;
- f. membunuh atau melukai peserta perang yang telah meletakkan senjatanya atau tidak lagi memiliki alat untuk mempertahankan diri yang telah menyerah atas kehendak sendiri;
- g. menyalahgunakan bendera gencatan senjata, bendera atau lencana dan seragam militer musuh atau PBB, atau emblem khusus Konvensi Jenewa, yang mengakibatkan kematian atau luka berat;
- h. pemindahan, baik secara langsung maupun tidak langsung penduduk sipil oleh kekuasaan pendudukan dari wilayahnya sendiri ke wilayah yang diduduki, atau pengusiran atau pemindahan seluruh atau sebagian penduduk dari wilayah yang diduduki ke luar wilayah tersebut;
- i. melakukan penyerangan terhadap bangunan-bangunan untuk keperluan ibadah, pendidikan, seni, ilmu pengetahuan, atau tujuan amal, monumen bersejarah, rumah sakit dan tempat-tempat dimana orang sakit dan luka dikumpulkan, dengan ketentuan bahwa bangunan-bangunan tersebut bukan merupakan sasaran militer;
- j. menjadikan sebagai objek orang-orang yang berada dalam pengawasan pihak lawan untuk dijadikan objek pemotongan atau mutilasi fisik atau pengobatan atau percobaan ilmiah yang tidak dapat dibenarkan baik oleh kedokteran, kedokteran gigi maupun

¹²

Terlalu rendah (lihat : di atas).

rumah sakit terhadap orang tersebut, maupun dilakukan untuk kepentingannya yang menyebabkan kematian atau secara serius membahayakan kesehatan orang atau orang-orang tersebut;

- k. membunuh atau melukai secara curang orang-orang atau tentara dari pihak musuh ;
- l. menyatakan tidak akan memberikan pengampunan;
- m. menghancurkan atau menyita harta kekayaan musuh, kecuali penghancuran atau penyitaan tersebut secara sangat mendesak diminta untuk dilakukan guna keperluan perang;
- n. menyatakan dalam pengadilan, penghapusan, penundaan, atau penolakan hak dan tindakan para warga negara dari pihak musuh;
- o. memaksa para warga dari pihak musuh untuk ikut berperang melawan negaranya sendiri, walaupun warga tersebut terikat sebagai tentara bayaran sebelum perang tersebut dimulai;
- p. menjarah kota atau tempat walaupun dilakukan dalam penyerangan;
- q. menggunakan racun atau senjata-senjata beracun;
- r. menggunakan gas-gas yang menyesakkan nafas, gas beracun atau gas lainnya, dan segala cairan, material, atau perlengkapan yang semacam;
- s. menggunakan peluru-peluru yang meluas atau merata di dalam badan manusia seperti peluru dengan suatu selubung keras yang tidak seluruhnya mencakup inti atau ditembus dengan irisan;
- t. menggunakan senjata-senjata, proyektil dan material atau cara-cara berperang yang secara alamiah menyebabkan luka yang berlebihan atau penderitaan yang tidak perlu atau yang bersifat tidak pandang bulu yang melanggar hukum internasional tentang konflik bersenjata yang secara luas dilarang;
- u. kekejaman terhadap martabat perorangan, khususnya tindakan-tidakan yang menghina dan merendahkan;
- v. memerkosa, memperbudak secara seksual, pelacuran paksa, penghamilan paksa, sterilisasi paksa, atau suatu bentuk lain kekerasan seksual yang berupa pelanggaran berat Konvensi Jenewa;
- w. mendayagunakan kehadiran penduduk sipil atau orang-orang yang dilidungi untuk mempertahankan tempat-tempat tertentu, area, atau pasukan militer yang kebal dari operasi militer;
- x. memerintahkan penyerangan terhadap bangunan, material, unit medis, dan angkutan, dan personil dengan menggunakan emblem-emblem khusus dari Konvensi Jenewa dari hukum internasional;
- y. menggunakan penderitaan penduduk sipil sebagai suatu cara perang melalui pencabutan atau penghilangan objek-objek yang sangat dibutuhkan terhadap kehidupan mereka, termasuk merintangi penyediaan pertolongan sebagaimana ditentukan oleh Konvensi Jenewa;
- z. wajib militer dan mendaftar anak-anak di bawah usia 15 (lima belas) tahun ke dalam angkatan bersenjata nasional atau menggunakan mereka untuk berperan serta secara aktif dalam peperangan.

Pasal 399

Dipidana dengan [pidana penjara paling singkat 3 (tiga) tahun dan paling lama 15 (lima belas) tahun]¹³ setiap orang yang dalam konflik bersenjata yang tidak bersifat internasional

¹³

Terlalu rendah (lihat : di atas).

melakukan pelanggaran berat terhadap artikel 3 common dari 4 (empat) Konvensi Jenewa tanggal 12 Agustus 1949, yaitu dengan melakukan perbuatan-perbuatan terhadap orang-orang yang tidak terlibat secara aktif dalam peperangan termasuk anggota angkatan bersenjata yang telah meletakan senjata karena sakit, luka-luka, ditahan atau karena sebab-sebab lain, berupa :

- a. kekerasan terhadap kehidupan dan orang khususnya pembunuhan dalam segala bentuknya, mutilasi, tindakan kejam dan penyiksaan;
- b. kekejaman terhadap martabat pribadi khususnya penghinaan dan tindakan merendahkan;
- c. penyanderaan;
- d. penerapan pidana dan pelaksanaan pidana mati tanpa adanya proses peradilan sebelumnya yang sah, yang memberikan segala jaminan yudisial yang diperlukan dalam proses peradilan yang adil.

Pasal 400

Dipidana dengan [pidana penjara paling singkat 3 (tiga) tahun dan paling lama 15 (lima belas) tahun]¹⁴ setiap orang yang dalam konflik bersenjata yang tidak bersifat internasional melakukan pelanggaran berat terhadap hukum dan kebiasaan yang berlaku dalam kerangka hukum internasional, berupa :

- a. memerintahkan serangan terhadap penduduk sipil atau terhadap seorang sipil yang tidak terlibat langsung dalam perang;
- b. memerintahkan serangan terhadap bangunan-bangunan, material, unit-unit medis dan angkutan dan personil yang menggunakan lambang khusus Konvensi Jenewa sesuai dengan hukum internasional;
- c. memerintahkan serangan terhadap personil, instalasi, material, unit-unit atau kendaraan yang terlibat dalam suatu bantuan kemanusiaan atau misi perdamaian atas dasar piagam PBB;
- d. memerintahkan serangan terhadap bangunan-bangunan yang digunakan untuk kepentingan agama, pendidikan, seni, tujuan-tujuan ilmu pengetahuan dan amal, monumen-monumen bersejarah, rumah sakit, dan tempat-tempat dimana orang-orang yang sakit dan luka-luka dikumpulkan di luar kepentingan-kepentingan untuk tujuan militer;
- e. penjarahan kota-kota dan tempat-tempat juga apabila dilakukan dalam rangka serangan;
- f. memerkosa, melakukan perbudakan seksual, pemaksaan pelacuran, pemaksaan kehamilan, pemaksaan sterilisasi, dan bentuk-bentuk lain kekerasan seksual yang merupakan pelanggaran berat atas dasar artikel 3 common dari 4 Konvensi Jenewa;
- g. wajib militer dan mendaftar anak-anak di bawah umur 15 (lima belas) tahun sebagai anggota angkatan bersenjata dan menggunakan untuk berperan serta aktif dalam peperangan;
- h. memerintahkan pemindahan penduduk sipil dengan alasan-alasan yang berkaitan dengan konflik, kecuali keamanan dari penduduk sipil terkait atau demi kepentingan yang diwajibkan atas dasar alasan militer;
- i. membunuh atau melukai secara curang peserta perang musuh;
- j. menyatakan tidak ada pengampunan yang akan diberikan;

¹⁴ Terlalu rendah (lihat : di atas).

- k. menjadikan orang-orang yang berada dalam kekuasaan pihak lain yang terlibat konflik sebagai sasaran mutilasi fisik atau percobaan medis atau ilmiah yang tidak dapat dibenarkan baik atas tindakan medis, pemeliharaan gigi, rumah sakit terhadap yang bersangkutan maupun atas dasar kepentingannya, dan yang menyebabkan kematian atau bahaya yang besar terhadap kesehatan arang atau orang-orang tersebut; atau
- l. merusak atau merampas kekayaan dari musuh tanpa alasan-alasan yang diperlukan dalam rangka konflik.

Pasal 401

Ketentuan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 397 sampai dengan Pasal 400 tidak dapat diterapkan terhadap situasi-situasi berupa gangguan dan ketegangan internal seperti, kerusuhan, tindakan kekerasan yang terpisah dan sporadik, atau perbuatan lain yang memiliki kesamaan.

[Pasal 402]¹⁵

Ketentuan sebagaimana dimaksud dalam 397 (392) sampai dengan Pasal 400 tidak dapat diterapkan terhadap situasi-situasi yang berkaitan dengan gangguan-gangguan dan ketegangan internal, seperti kerusuhan, tindakan-tindakan kekerasan yang bersifat terpisah dan sporadis atau perbuatan-perbuatan lain yang mempunyai sifat yang sama.

Pasal 403

- (1) Komandan militer atau seseorang yang secara efektif bertindak sebagai komandan militer [dapat]¹⁶ dipertanggungjawabkan terhadap tindak pidana [yang berada dalam yurisdiksi pengadilan HAM]¹⁷, yang dilakukan oleh pasukan yang berada di bawah komando dan pengendaliannya yang efektif, atau di bawah kekuasaan dan pengendaliannya yang efektif dan tindak pidana tersebut merupakan akibat dari tidak dilakukan pengendalian secara patut, yaitu :
 - a. komandan militer atau seseorang tersebut mengetahui atau dasar keadaan saat itu seharusnya mengetahui bahwa pasukan tersebut sedang melakukan atau baru saja melakukan pelanggaran hak asasi manusia yang berat; dan
 - b. komandan militer atau seseorang tersebut tidak melakukan tindakan dan diperlukan dalam ruang lingkup kekuasaannya untuk mencegah atau menghentikan perbuatan tersebut atau menyerahkan pelakunya kepada pejabat yang berwenang untuk dilakukan penyelidikan, penyidikan, dan penuntutan.

¹⁵

Page:

43

Dibuang karena merupakan pengulangan dari Pasal 401.

¹⁶

Page:

43

Kata “dapat” diganti dengan “harus”, karena naskah asli ICC *shall be criminally responsible*. Kata “dapat” bisa diartikan tidak harus (*optional*) sehingga membuka peluang *impunity*.

¹⁷

Page:

43

Diganti “kejahatan genosida, kejahatan terhadap kemanusiaan, dan kejahatan perang”.

- (2) Seorang atasan, baik polisi maupun sipil lainnya bertanggung jawab secara pidana terhadap [pelanggaran hak asasi manusia yang berat]¹⁸ yang dilakukan oleh bawahannya yang berada di bawah kekuasaan dan pengendaliannya yang efektif, karena atasan tersebut tidak melakukan pengendalian terhadap bawahannya secara patut dan benar, yakni :
- a. atasan tersebut mengetahui atau secara sadar mengabaikan informasi yang secara jelas menunjukkan bahwa bawahan [sedang melakukan atau baru saja]¹⁹ melakukan pelanggaran hak asasi manusia yang berat dan;
- b. atasan tersebut tidak mengambil tindakan yang layak yang diperlukan dalam ruang lingkup kewenangannya untuk mencegah atau menghentikan perbuatan tersebut atau menyerahkan pelakunya kepada pejabat yang berwenang untuk dilakukan penyelidikan, penyidikan, dan penuntutan.
- (3) Perbuatan sebagaimana dimaksud pada ayat (1) dan ayat (2) diancam dengan pidana yang sama sebagaimana dimaksud dalam Pasal 395.

Pasal 404

[Seorang bawahan yang melakukan tindak pidana dalam Bab ini sesuai dengan perintah atasan tidak dapat dipertanggungjawabkan apabila perintah itu diyakininya dengan itikad baik telah diberikan dengan sah dan pelaksanaan perintah itu termasuk ruang lingkup wewenangnya sebagai bawahan]²⁰.

Pasal 405

[Perintah untuk melakukan genosida atau kejahatan terhadap kemanusiaan dipandang jelas-jelas bersifat melawan hukum]²¹.

Bagian Kelima
[Penyiksaan]²²

¹⁸ Page: 44
Diganti “kejahatan genosida, kejahatan terhadap kemanusiaan, dan kejahatan perang”.

¹⁹ Page: 44
Diganti “sedang melakukan atau akan segera melakukan” karena teks aslinya dalam Statuta Roma “*were committing or about to commit*”.

²⁰ Adanya kekhususan pada waktu perang yang memungkinkan seseorang, khususnya tentara, diperbolehkan melakukan suatu tindakan yang pada keadaan damai merupakan kejahatan.

Pasal 32 KUHPM : “Tidak dihukum, barang siapa yang dalam batas-batas kekuasaannya melakukan suatu perbuatan yang menurut hukum perang diperbolehkan, ... dst.”

²¹ Tidak perlu.
Yang lebih penting adanya penegasan bahwa tidak saja segala perbuatan genosida yang harus dihukum, tetapi juga tindakan mengarahkan dan menghasut publik untuk melakukan genosida. Pasal 41 UU No. 26 Tahun 2000 menyatakan bahwa percobaan, permufakatan jahat serta pembantuan untuk melakukan kejahatan genosida dipidana dengan pidana yang sama dengan pelaku.

²² Jika merupakan *implementing legislation* dari CAT dan sebagai konsekuensi ratifikasi CAT (UU No. 5 Tahun 1998).

Pasal 406

Dipidana dengan [pidana penjara paling singkat 3 (tiga) tahun dan paling lama 12 (dua belas) tahun]²³ setiap pejabat publik atau orang-orang lain yang bertindak dalam suatu kapasitas pejabat resmi atau setiap orang yang bertindak karena digerakkan atau sepengetahuan seorang pejabat publik, yang melakukan perbuatan yang menimbulkan penderitaan atau rasa sakit yang berat, baik fisik maupun mental terhadap seseorang dengan tujuan untuk memperoleh dari orang tersebut atau pihak ketiga informasi atau pengakuan, menjatuhkan pidana terhadap perbuatan yang telah dilakukannya atau dicurigai telah dilakukan atau dengan tujuan untuk melakukan intimidasi atau memaksa orang-orang tersebut atau atas dasar suatu alasan diskriminasi dalam segala bentuknya.

PENUTUP (KESIMPULAN)

1. Kejahatan genosida, kejahatan terhadap kemanusiaan dan kejahatan perang diatur di luar KUHP, karena memerlukan proses penyelidikan, penyidikan, penuntutan dan

- Tidak perlu ditempatkan pada bagian ini, walaupun termasuk ke dalam *international crime* dan bahkan *serious crime (Princeton Principles)*, tetapi lebih tepat jika ditambahkan pada/disandingkan dengan Pasal tentang Penganiayaan agar dapat menjangkau *public officials or a person acting in official capacity*. Alasannya, CAT dimaksudkan untuk lebih mengefektifkan ketentuan tentang larangan penyiksaan yang sudah ada/sudah *punishable* dalam hukum pidana semua Negara.
- Sesuai dengan judul asli Konvensi, yaitu *the UN Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*, maka perlu ditambahkan Perbuatan dan Perlakuan yang Kejam, Tidak Manusiawi dan Merendahkan Martabat. Untuk hal ini memang tidak ada defenisinya, karena perumus Konvensi menyadari bahwa tidak mungkin merumuskan suatu *exhaustive list* tentang perbuatan ini, sehingga untuk menafsirkannya diserahkan kepada hakim. Lihat *Ireland v. UK*.

²³ Bandingkan dengan :

KUHP Penganiayaan (Pasal 351) :

- pidana penjara max. 8 tahun/luka berat max. 5 tahun/mati max. 7 tahun.
- sama dengan merusak kesehatan
- percobaan tidak dipidana
- penganiayaan ringan max. 3,5 bulan/denda Rp. 4.500,- bila terhadap bawahan + 1/3 (Pasal 352)

Unsur :

- sengaja menimbulkan sakit /luka, terhadap badan/kesehatan
- maksud pelaku penting
- penyertaan dipidana

Penganiayaan Terencana dan Berat (Pasal 353-354) :

- Penganiayaan Terencana : max. 4 tahun
- Terencana + Luka Berat : max. 7 tahun
- Terencana + Mati : max. 9 tahun
- Sengaja + Luka Berat : max. 8 tahun
- Sengaja + Mati : max. 10 tahun
- Penganiayaan Berat Terencana : max. 12 tahun
- PBT + Mati : max. 15 tahun
- Pemberatan + 1/3 : terhadap orang tua, istri, anak, pejabat bertugas/menggunakan bahan berbahaya.
- Pemidanaan karena penganiayaan terencana dan penganiayaan berat dapat disertai dengan pencabutan hak : atas jabatan, masuk AB, memilih dan dipilih, penasihat hukum, wali, pengampu, mata pencarian tertentu (Pasal 357).
- Menyebabkan mati/luka karen alpa : max. 5 tahun/1 tahun kurungan (Pasal 359).

Catatan Seminar :
Kejahatan Serius terhadap Hak Asasi Manusia (*Serious Crimes against Human Rights*)

pemeriksaan yang khusus. Untuk itu diperlukan amandemen UU No. 26 Tahun 2000 tentang Pengadilan HAM, dengan memasukan kejahatan perang ke dalam yurisdiksi pengadilan tersebut. Amandemen hendaknya meliputi juga judul UU, perubahan "pelanggaran HAM yang berat", serta disusunnya unsur-unsur kejahatan dan tanggung jawab komandan serta hukum acara tersendiri.

2. Jika tetap dimuat dalam KUHP untuk kejahatan-kejahatan ini, hendaknya dirumuskan prosedur khusus sejak penyelidikan sampai dengan pemeriksaan dengan menggunakan pengalaman UU No. 26 Tahun 2000.
3. Rumusan kejahatan-kejahatan perlu penyempurnaan, bahkan untuk penyiksaan ditempatkan pada bagian yang lain.
4. Rumusan penyiksaan cukup memadai, namun harus juga diatur tentang "perbuatan atau perlakuan lain yang kejam, tidak manusiawi dan merendahkan martabat".
5. Sesuai dengan kewajiban negara menurut CAT, maka perlu ditambahkan ketentuan yang memuat prinsip-prinsip :
 - a. *Non-derogable* (Art. 2 (2))
 - b. *No-superior order principle* (Art. 2 (3))
 - c. *Non-refoulment* (Art. 2)
 - d. *Punishable under national law* (Art. 4)
 - e. Yurisdiksi universal dan extradiksi (Art. 5)
 - f. Menahan pelaku dan menyelidiki (Art. 6)
 - g. Mengadili pelaku jika tidak diekstradisi (Art. 7)
 - h. *Extraditable* (Art. 8)
 - i. Kerjasama antar negara dalam penegakan (Art. 9)
 - j. Penyelidikan segera yang independen dan tidak memihak (Art. 12)
 - k. Hak korban untuk mengadu (Art. 13)
 - l. Hak korban atas ganti rugi dan kompensasi (Art. 14)
 - m. Keterangan hasil penyiksaan tidak boleh digunakan di pengadilan (Art. 15)
 - n. Pencegahan perlakuan/penghukuman lain yang kejam, tidak manusiawi dan merendahkan martabat (Art. 16)
6. Jika kejahatan-kejahatan di atas diatur dalam UU di luar KUHP, maka sesuai dengan UU No. 26 Tahun 2000, Komnas HAM memiliki kewenangan dalam penyelidikan, termasuk untuk menyelidiki kejahatan perang. Konsekuensinya adalah Komnas harus dilengkapi dengan ahli hukum humaniter. Kemampuan penyelidikan Komnas harus ditingkatkan agar meliputi penyelidikan terhadap kasus-kasus kejahatan perang.

SEMINAR SESI II

PEMBICARA :

Komariah Emong Sapardjaja
Rudi M. Rizki, S.H., LL.M
Abdul Hakim Garuda Nusantara

MODERATOR : Suparman Marzuki

KOMARIAH EMONG SAPARDJAJA

Mereka meratifikasi ICC, jadi tidak ada masalah mau di luar maupun di dalam. Tetapi Prof. Kaiser mengatakan "*sebaiknya di luar KUHP*", karena ini membuktikan sekali satu *extra ordinary crimes*. Apalagi kalau memang KUHP itu tidak berbicara banyak. Jadi saya balas lagi bagaimana hukum acara Belanda mengenai hal ini. Belanda sendiri di dalam ICC juga hukum acaranya pun tidak *Eropa Kontinental* dan tidak pula *Anglo Saxon*, ataupun campuran keduanya. Jadi kalau kita hanya berbicara mengenai hukum acara yang seperti sekarang atau pun nanti, itu tetap saja tidak akan mengakomodasikan, jika seandainya hukum kejahatan atas kemanusiaan ini pun berada dalam KUHP.

Pertanyaan-pertanyaan yang diajukan ke saya untuk ditulis ini adalah memang apakah rumusan pasal tindakan pidana genosida dalam RUU KUHP sudah memadai? Jawaban saya, karena saya pun membaca dan setidaknya mengikuti R-KUHP ini, memang memuat lebih lengkap. Karena sangat lebih jauh menonjol kepada konvensi genosida. Malahan di sana ada pencantuman rumpun bangsa, jenis kelamin, umur, cacat mental, atau fisik adalah satu keinginan dari pembentuk UU. Karena pengalaman NAZI Jerman, orang-orang yang cacat dan tua dianggap sebagai orang yang tidak berguna untuk Jerman, dan pada waktu itu mereka dibunuh dengan sengaja. Jadi pengalaman-pengalaman itu masuk ke dalam unsur kejahatan genosida. Kemudian pasal tindak pidana kemanusiaan. Jika dibandingkan dengan ICC, itu juga ada beberapa istilah yang berbeda. Dan tentu lebih baik dibandingkan dengan UU No. 26 Tahun 2000. Tetapi pasal-pasal itu di dalam penjelasannya tidak ada, dan tidak ada penjelasan yang dimaksud dengan unsur-unsur itu. Padahal kejahatan terhadap kemanusiaan ini adalah kejahatan yang baru dan tidak pernah ada konvensi internasional terhadap *crimes against humanity*. Karena ini baru ditetapkan di dalam pengadilan Nuremberg. Jadi memang harus melihat kepada ke isi tadi yang ada di Nuremberg dan Rwanda. Memang ketika kami berada di dalam panel Hakim HAM *Ad Hoc* itu, kesulitan besar adalah bahwa Indonesia tidak ada, jadi mengatur kepada luar negeri. Saya akan

berterus terang, bahwa kasus Eurico Gutteres mempunyai kesamaan yang sama, walaupun tidak 100% dengan kasusnya dari ICTY. Ini salah satu mengapa kita juga sering melakukan *quote* kepada kasus-kasus itu.

Kelemahan dari pasal-pasal ini juga adalah tidak dijelaskan mengenai masalah jender, jadi memanglah ini yang menjadi sorotan dari aktivis-aktivis perempuan. Salah satu contohnya adalah, di dalam sebuah perkara ada seorang ibu yang bersaksi, bahwa anaknya ada yang memerkosa oleh *lak saur* (???) di halaman Kodim. Hakim mengatakan, *pertama*, dakwaan tidak ada. Yang *kedua*, yang bersaksi ibu, seharusnya korban sendiri. "*Ini hakimnya barang kali sudah gila*". Tapi memang itu tidak pernah ada di dalam kasus kita. Karena kalau kasus *Akayesu*, kebanyakan bukan para korban, tetapi LSM-LSM yang memberikan kesaksian di dalam perkara Rwanda itu. Jadi memang acuan apa yang dapat diambil dari perkara-perkara Indonesia? karena tidak pernah ada. Yang menjadi masalah menurut pendapat saya, bukan saja hukum substansi, tetapi terutama adalah hukum acaranya. Tadi sudah disinggung mengenai *teleconference*. Apakah saksi korban boleh diperiksa belakangan? Kalau di dalam KUHAP yang penting saksi korban. Apakah kalau saksi korban itu anak-anak, juga harus dihadapkan ke pengadilan? Barangkali saudara tidak membayangkan ada saksi korban dimana saya hampir berbicara dalam bahasa *tarzan* agar membuat mereka mengerti. Karena kita tidak bisa mengharapkan saksi-saksi korban yang seperti itu. Dan tentu saja pengadilan HAM kemarin itu luar biasa mendapat tekanan-tekanan dari pengunjung. Apakah boleh pengunjung-pengunjung itu datang dengan alat atribut? Lalu di luar pengadilan spanduk dipasang. Tetapi masalah bagi kita, apakah suatu kejahatan yang sifatnya seperti itu – *extra ordinary crimes* – yang mempunyai kapasitas sebagai *international crimes* masuk begitu saja ke dalam KUHP? Walaupun ada penjelasan dari Prof. Muladi, sehingga asas yang retroaktif itu menjadi batu pertama yang dilemparkan oleh penasihat hukum, bahwa tidak ada satu UU yang rektroaktif. Bolehkah pengadilan ini berwenang mengadili perkara-perkara di masa lampau? Asas itu luar biasa, sehingga argumen-argumen dapat memberikan jawaban. Jadi itu adalah hal-hal yang harus dipikirkan, dan semua kejahatan adalah pelanggaran HAM. Tetapi namanya juga pelanggaran HAM yang berat, yang memang pembuktian-pembuktianya tidak dapat digunakan hukum acara yang biasa.

Saya ingin kemukakan, apakah putusan-putusan pengadilan HAM yang kemarin sudah dapat dijadikan sebagai yurisprudensi? Kalau itu dipakai yurisprudensi, ya... bagus itu. Jadi tidak ada seorangpun yang akan dihukum karena melakukan pelanggaran HAM, karena akan dibebaskan di MA. Saya tidak ingin menyatakan bahwa, atau saya sudah membuktikan bahwa memang yurisprudensi Indonesia tidak *ajeg*. Dalam arti kata tidak jelas. Tetapi saya melihat satu pesan, dengan masuknya ke dalam KUHP apakah nantinya Komisi III tantang pemberlakuan KUHP akan menyisir satu demi satu, tetapi saya memperoleh kesan bahwa persoalan rektroaktif dan persoalan non-rektroaktif ini selalu menjadi masalah utama dalam setiap persidangan. Nampaknya jika begitu, dengan adanya R-KUHP nanti, maka tidak ada lagi tindak pidana-tindak pidana HAM berat sebelum 2000 yang akan disidangkan. Jadi pertanyaan buat kita adalah apakah R-KUHP ini merupakan suatu R-KUHP *impunity*? Jadi itulah kemauan-kemauan politik yang harus dibahas. Dan jangan sampai itu merupakan suatu kemauan politik. Jika itu sudah masuk kemauan politik di dalam satu persidangan, maka itu persidangan yang tidak perlu ada. Itu adalah beberapa dugaan-dugaan yang perlu dijawab dan harus dicermati dalam persidangan ini. Belum lagi nanti jika seandainya penyidik KUHP penyidiknya harus polisi. Saya tidak tahu *trend*

hukum pidana kita, dan tahun ke depan seperti apa ! Apakah hukum acaranya juga dipisahkan? Jika begitu hukum acara apa seperti itu? Kalau untuk kejahatan HAM berat, lalu hukum acaranya di dalam KUHAP-nya akan dibuat khusus. Tapi secara pribadi saya berpendapat bahwa dengan banyaknya penelitian-penelitian bagaimana agar UU No. 26 Tahun 2000 ini bisa menjadi lebih baik dan diamandemen. Salah satu contohnya adalah Tim ELSAM bersama MA sudah membuat *book print*. Semuanya sudah ada gagasan-gagasan untuk memperbarui UU No. 26 Tahun 2000.

Di negara lain yang meratifikasi ICC itu sudah jelas, bahwa apapun putusan ICC sudah mengikat Negara itu. Jadi, tidak mungkin diajukan kembali perkaranya di dalam negara nasionalnya. Kalau kita kan tidak meratifikasi, jadi *ne bis in idemnya* sampai sejauh mana? Sampai ada yang mengatakan, misalnya salah seorang hakim bahwa itu bukan *extra ordinary*, karena itu harus diadili oleh pengadilan biasa? Mengapa tidak diterima pada waktu eksepsi, kalau memang seperti itu? Jadi ada hal-hal yang memang perlu disisir kembali. Kalau sangat mudah dengan UU No. 26 Tahun 2000, maka itu harus diperhatikan. Apalagi kalau di luar KUHP ini ada UU baru. Jadi tetap saja problemnya akan sama. Saya kira itu adalah hal-hal yang bisa saya sampaikan.

RUDI M. RIZKI, S.H., LL.M

Kalau secara *over all* tentang draf pasal-pasal ini, mungkin sudah dibahas pada sesi pertama, hanya saya ingin langsung tujuk pada pasal-pasalnya.

Komentar saya :

Mengenai judul Bab IX “Tindak pidana terhadap Hak Asasi Manusia”

Semula tidak tahu yang diajukan itu draf ke berapa, tetapi masih terkait dengan tindak pidana terhadap hak asasi manusia. Ternyata sekarang sudah berubah dan berubah lagi. Dan saya mengusulkan memang ini harus dirubah, karena memang, pada hakikatnya semua tindak pidana adalah pelanggaran HAM dan mengapa tidak masuk ke situ! Seperti pembunuhan misalnya. Itu merupakan pelanggaran terhadap manusia atau hak hidup seseorang. Dan bagaimana pelanggaran terhadap hak atas pendidikan? Dan ini tidak masuk ke sini.

Kemudian kita lihat Statuta ICC menggolongkan ke dalam *the most serious crimes*, yang terdiri dari *war crimes*, *crimes against humanity* dan *genocide*. Sedangkan UU No. 26 Tahun 2000 tentang Pengadilan HAM menggolongkan kejahatan terhadap kemanusiaan dan genosida ke dalam “pelanggaran HAM yang berat”.

Usulan :

- a. Ada usulan dari pertemuan di Bali yang menyatakan bahwa, masalah judul dinamakan saja dengan Kejahatan Genosida, Kejahatan terhadap Kemanusiaan dan Kejahatan Perang atau Konflik Bersenjata, dengan catatan “*tindak pidana penyiksaan itu dikeluarkan dari bab ini*”.

- b. Atau mungkin juga diganti dengan Kejahatan yang Serius dalam Hukum Internasional.

Kalau kita lihat praktik pada negara-negara yang memasukkan jenis kejahatan-kejahatan tersebut ke dalam KUHP adalah Bulgaria, Rumania, dll. Dan itu judulnya ada yang *Crimes Humanity* dan ada di bab sendiri, isinya *war crimes, crimes against humanity* dan *genocide*. Kemudian ada *crimes against space and humanity security*. Dan jika model Australia itu judulnya *offenses against humanity and religion offenses*. Ternyata tidak ada keseragaman di sana juga. Jadi kalaupun nanti kita mengarang judul baru, itu tidak apa-apa jika masih di bab ini.

Pasal 395

Kemudian kalau kita lihat sanksi dalam ketentuan ini, semuanya sangatlah ringan. Dan jika dibandingkan mengenai sanksi ini :

Statuta ICC Pasal 77

- a. Dia tidak menyebutkan ada sanksi minimum, yang ada adalah sanksi maksimum, yaitu 30 tahun,
- b. Atau seumur hidup, jika dapat dibenarkan menurut beratnya kejahatan tersebut.
- c. Kalau kita lihat di ICC juga, dia dapat ditinjau kembali. itu bisa dilihat dalam Pasal 110,
- d. atau dapat ditambah denda dan perampasan harta kekayaan atau aset-asetnya. Dan kalau tidak salah untuk ditinjau kembali itu telah berlangsung setengahnya.

Kemudian jika dibandingkan mengenai sanksi ini dengan Pasal 36-41 UU No. 26 Tahun 2000

- Untuk genosida itu adalah 10 tahun (min) - 25 tahun (max), seumur hidup dan hukuman mati.
- Untuk kejahatan terhadap kemanusiaan itu adalah 10 tahun (min) - 25 tahun (max), seumur hidup dan mati.
- Untuk pembunuhan, deportasi, perampasan kemerdekaan dan apartheid, itu jika dalam kerangka kejahatan kemanusiaan.
- Untuk kejahatan kemanusiaan dalam bentuk perbudakan dan penyiksaan, yaitu 5 tahun (min) - 15 tahun (max).
- Untuk perkosaan, kejahatan seksual, penganiayaan dan penghilangan orang itu 10 tahun (min) - 20 tahun (max).

Jadi ini sebagai perbandingan saja, bahwa memang dalam rancangan KUHP ini ringan. Apakah perlu sanksi minimum dicantumkan? Dalam ICC, ICTY, ICTR pun tidak ada, yang ada adalah sanksi maksimum. Rasa keadilan lebih diserahkan kepada hakim. Kemudian tadi disinggung oleh Pak Muladi mengenai defenisi Genosida. Bahwa dalam defenisi genosida ini mencakup segala macam. Ada dipidana dengan pidana penjara 3 tahun (min) dan 15 tahun (max), "ini terlalu rendah".

Catatan Seminar :
Kejahatan Serius terhadap Hak Asasi Manusia (*Serious Crimes against Human Rights*)

“Setiap orang yang maksud menghancurkan atau memusnahkan seluruh atau sebagian rumpun bangsa, kelompok bangsa, suku bangsa, kelompok berdasarkan warna kulit, agama, jenis kelamin, umur, atau cacat mental atau fisik”. Ini menyalahi apa yang dimaksud *Genocide Convention* bahwa yang dimaksud *protected group*, atau kelompok yang dilindungi genosida adalah hanya ras, bangsa, etnisitas dan pemeluk agama. Sedangkan dalam rancangan pasal ini diperluas termasuk rumpun bangsa, jenis kelamin, umur, cacat mental atau fisik, dan lain-lain. Apakah kita boleh memperluas ini? Upaya untuk memperluas cakupan *protected group* ini adalah memang kalau kita lihat dalam sejarah pembentukan *Genocide Convention* ataupun perumusan ketentuan dalam Statuta Roma. Memang ada upaya untuk memperluas supaya tidak hanya ras, kebangsaan, warna kulit, dan agama. Tetapi juga mencakup kelompok pengguna bahasa tertentu, kelompok yang mempunyai status ekonomi, sosial dan politik tertentu. Tapi kemudian ditolak karena memang itu tujuannya tidak sesuai dengan pembentukan Konvensi Genosida 1948, misalnya karena ada kesulitan, apa yang disebut dengan genosida di Kamboja. Di Kamboja itu yang dibunuh adalah mereka yang berlainan politik, paham dan ideologi. Itu sulit untuk dikatakan sebagai genosida, karena genosida itu adalah warna kulit, etnisitas dan agama. Tapi jangan salah, bahwa tidak masuk genosidapun kalau perbedaannya berdasarkan pandangan politik dan ideologi itu *punishable* tetap, apabila itu jatuh kepada kejahanan kemanusiaan. Kecuali ada di bagian beberapa daerah tertentu yang ada pembunuhan para pendeta Budha, itu genosida. Tetapi kalau seluruhnya itu sangat sulit untuk dikatakan genosida. Ini ada beberapa keputusan, dalam kasus *cristage* (???) di ICTY.

Bahwa ditegaskan dalam Konvensi Genosida bahwa konvensi itu tidak melindungi semua jenis kelompok manusia, tetapi hanya kelompok yang didasari oleh kebangsaan, etnisitas, ras dan agama. Kemudian dalam ICTR itu ditegaskan kembali, bahwa *protected group* itu termasuk semua kelompok yang stabil dan tetap, yang tercermin dari kebiasaan, adat istiadat yang permanen, serta kelompok yang ditentukan oleh kelahirannya. Kemudian dalam kasus spesifik, yaitu *Akayesu*, juga ditegaskan dalam ICTR yang dimaksud dengan kelompok bangsa itu apa. Kelompok bangsa adalah sekumpulan orang yang dianggap memiliki keterikatan secara hukum, yang didasarkan kepada kewargaraan yang sama, sesuai dengan hak dan kewajibannya secara timbal balik. Kemudian kelompok etnis juga ada defenisinya dari keputusan tersebut. Kelompok etnis adalah kelompok dimana para anggotanya memiliki persamaan bahasa dan budaya, atau suatu kelompok yang mengidentifikasi dirinya atau yang disebut oleh kelompok lain yang memiliki identitas sendiri, termasuk oleh kelompok yang melakukan kejahanan itu. Biasanya kalau ras itu secara mudah bisa dikenali oleh kesamaan fisik. Kemudian mengenai defenisasi kejahanan terhadap kemanusiaan dan tindak pidana kemanusiaan, yang perlu dikomentari di sini adalah ditunjukkan secara langsung dan itu sebetulnya berlebihan juga.

Pasal 396

Penganiayaan ini sebetulnya terjemahan dari “persekusi”, dan “persekusi” itu adalah segala bentuk pelanggaran hak-hak manusia dan itu berbeda dari penganiayaan. Hal ini juga harus diperbaiki.

Tindak Pidana Perang dan Konflik Bersenjata

Pada umumnya memang ini dituangkan dari ICC, tetapi yang tidak diambil itu dari Pasal 8 ayat (1) Statuta ICC yang menyatakan bahwa kejahatan perang harus dilakukan sebagai bagian dari suatu rencana atau kebijakan atau sebagai bagian dari suatu perbuatan berskala besar. Dalam kasus ICTY biasanya dikenakan ketentuan *international armed conflict*, sedangkan untuk ICTR ketentuan konflik non-internasional.

Pasal 397

Ada juga kekurangan di situ, yaitu bahwa “pembunuhan” seharusnya ditulis “pembunuhan dengan sengaja”. Semua sanksi di sini terlalu rendah, dan perlu dipertimbangkan kembali.

Pasal 402

Dalam Pasal 402 itu tertuang mengenai ketentuan tidak dapat diterapkan terhadap situasi-situasi yang berkaitan dengan gangguan-gangguan dan ketegangan internal, seperti kerusuhan, tindakan-tindakan kekerasan yang bersifat terpisah dan sporadis atau perbuatan-perbuatan lain yang mempunyai sifat sama → dibuang karena merupakan pengulangan dari Pasal 401.

Pasal 403

Tentang pertanggungjawaban komando. Pertanggungjawaban komando, jika dalam draf ini adalah “seorang komandan militer dapat dipertanggungjawabkan secara pidana atas kejahatan yang dilakukan anak buahnya”. Hal ini mengandung arti bawah komandan dapat diminta pertanggungjawabannya, tetapi jika melihat pada naskah aslinya adalah “dapat” dipertanggungjawabkan. Akibatnya kalau “dapat” dipertanggungjawabkan artinya ini seolah-olah bisa bertanggung jawab secara pidana dan bisa juga diartikan tidak bisa dipertanggungjawabkan. Dan ini membuka peluang terjadinya *impunity*.

Tetapi kalau kita lihat pertanggungjawaban komando pada paragraf berikutnya untuk atasan non militer/sipil, atasan bertanggung jawab. Di situ artinya harus bertanggung jawab, sedangkan jika militer tidak. Jadi ada ketidakkonsistenan pada pasal-pasal itu. Ada beberapa salah terjemahan dalam pertanggungjawaban komando, misalnya ketika bawahannya itu “sedang melakukan” atau “telah melakukan”. Terjemahan itu meleset, seharusnya adalah “sedang melakukan” atau “segera melakukan”.

Pasal 404

Kemudian tentang Pasal 404, “seorang bawahan yang melakukan tindak pidana dalam bab ini sesuai dengan perintah atasan tidak dapat dipertanggungjawabkan apabila perintah itu diyakininya dengan itikad baik telah diberikan dengan sah dan pelaksanaan perintah itu termasuk ruang lingkup wewenangnya sebagai bawahan”. Memang ini harus diketahui juga bahwa memang ada kehususan seseorang bisa dibebaskan dari penghukuman. Ketika terjadi perang, dimungkinkan seseorang, khususnya tentara diperbolehkan melakukan suatu tindakan yang pada waktu damai merupakan kejahatan, contohnya pembunuhan. Ini sesuai dengan Pasal 32 KUHPM. Dan di situ dinyatakan “tidak dihukum, barang siapa

dalam batas-batas kekuasaannya melakukan suatu perbuatan menurut hukum perang diperbolehkan,...dst”.

Pasal 405

Kemudian Pasal 405, “*perintah untuk melakukan genosida atau kejahatan terhadap kemanusiaan dipandang jelas-jelas bersifat melawan hukum*”. Ini kami pikir tidak perlu ada!

Bagian Kelima “Penyiksaan”

Kemudian mengenai pasal penyiksaan. Kalau menurut, saya pasal mengenai penganiayaan ini dirubah saja. Jadi penganiayaan ini diperluas agar mencakup juga apa yang dilakukan atau melibatkan aparatur negara. Jadi ini tidak termasuk dalam *the most serious crime* di bawah ICC. Tetapi ini termasuk *international crime*. Dan menurut *Princeton Principles* mengenai yurisdiksi universal, itu masuk dalam *serious crime*. Tetapi saya kira, karena pembuat *Convention against Torture*, ide yang sebenarnya dia sudah percaya bahwa praktik penyiksaan sudah dilarang di semua sistem KUHP di dunia manapun. Tetapi dia tidak efektif ketika pelakunya melibatkan aparatur negara. Jadi sebetulnya tidak ada kriminalisasi baru, karena penyiksaan dimana-mana sudah *punishable*. Sehingga saya berpendapat bahwa ini dikeluarkan saja dari bab ini, cuma diperbaiki pasal penganiayaan dengan memasukkan prinsip-prinsip dari konvensi anti-penyiksaan. Kemudian kalau ini dianggap sebagai *implementing legislation* dari ratifikasi kita terhadap anti-penyiksaan, maka kita harus konsisten bahwa adanya pasal mengenai perlakuan hukuman yang kejam dan merendahkan masyarakat. Walaupun konvensi itu sendiri ada definisi tentang penyiksaan, tetapi *other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment* itu tidak ada. Memang seperti dalam kasus *crimes against humanity* tadi, untuk kepastian hukum, hal itu tidak dimasukkan. Sebetulnya ada kasus tahun 1978 ketika Inggris dituntut oleh Irlandia agar tindakan tentara Inggris terhadap -- yang diduga kelompok IIR-- dianggap penyiksaan, karena tentara itu sudah menggunakan teknik kekerasan. Kemudian Mahkamah International Eropa tidak melihat unsur bahwa penyiksaan berat, tetapi ketika praktik penyiksaan itu tidak terlalu berat akibatnya, maka dia dimasukkan ke dalam golongan *other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment*. Ini memang disadari oleh pembuat konvensi bahwa tidak mungkin kita bisa membuat satu *list* untuk semua kejahatan ini, sehingga ini diserahkan kepada hakim untuk menentukannya. Memang ini berkaitan dengan kepastian hukum. Kemudian mengenai sanksinya memang terlalu ringan.

Bagian terakhir yang ingin saya sampaikan adalah perdebatannya apakah harus di dalam KUHP atau di luar KUHP? Rasanya saya lebih cenderung di luar KUHP! Karena memang Belanda pun yang Eropa Kontinental ternyata di luar KUHP. Memang ini hal yang baru, lebih baik kita mengefektifkan pengadilan HAM yang ada di bawah UU No. 26 Tahun 2000. tetapi UU No. 26 Tahun 2000 dan peradilannya kekurangannya begitu banyak. Jadi, sebaiknya dibuat amandemen UU No. 26 Tahun 2000 dengan ditambah yuridiksinya dengan kejahatan perang.

ABDUL HAKIM GARUDA NUSANTARA

Makalah saya ini sebenarnya saya ambilkan dari tulisan yang sudah pernah dimuat pada jurnal hukum internasional, yang diterbitkan oleh Fakultas Hukum UI.

Pertama, yang ingin saya sampaikan adalah mengenai tindak pidana kemanusiaan. Saya ingin mengungkapkan inkorporasi dari norma-norma hukum internasional HAM ke dalam sistem hukum nasional. Kalau kita cermati, dari zaman Orde Baru sampai sekarang, memang sejak zaman Orde Baru pun sudah ada upaya untuk menginkorporasikan norma hukum internasional HAM tersebut ke dalam hukum nasional, yaitu melalui ratifikasi. Misalnya, saya mengambil contoh ratifikasi yang dilakukan terhadap Kovenan Internasional tentang Penghapusan Segala Bentuk Diskriminasi terhadap Perempuan, yang dikenal dengan CEDAW. Kemudian ratifikasi itu dilakukan dalam bentuk UU. Tetapi begitu juga dengan inkorporasi norma hukum internasional yang lain, misalnya Kovenan Internasional tentang Perlindungan Hak-Hak Anak. Itu dilakukan dalam bentuk Keputusan Presiden. Pada waktu itu, Orde Baru tidak mempunyai minat untuk menginkorporasikan norma-norma hukum internasional HAM yang bersifat induk atau yang mengatur/berkaitan dengan perlindungan hak-hak sipil. Itu baru terjadi setelah masa reformasi. Karena sistem otoritarian Orde Baru yang mengontrol secara ketat hak-hak politik dan merepresi sebegitu rupa hak sipil. Dan itu memustahilkan pemerintah yang demikian untuk menginkorporasi norma hukum HAM internasional yang berkaitan dengan perlindungan hak-hak sipil dan politik. Tetapi perlu kita catat, pada masa itu pemerintahan Suharto menandatangani Kovenan Internasional mengenai Anti-Penyiksaan. Tetapi kovenan itu tidak diratifikasi. Ratifikasi terhadap Kovenan tentang Penyiksaan itu baru terjadi pada waktu pemerintahan Habibie.

Inkorporasi juga bisa terjadi tidak dalam bentuk perratifikasian suatu kovenan internasional, tetapi juga dengan memasukkan elemen-elemen materiil dari suatu produk hukum internasional HAM kepada produk hukum nasional secara langsung. Ini memang harus lebih dicermati. Misalnya apa yang terjadi dengan UU No. 26 Tahun 2000 tentang pengadilan HAM. Sesungguhnya yang dirumuskan dalam Pasal 8 dan 9 mengenai kejahatan genosida dan kejahatan terhadap kemanusiaan, itu konsepnya diambil dari Statuta Roma tetapi tidak secara utuh. Artinya, jika saudara membaca UU No. 26 Tahun 2000, khususnya Pasal 8 dan 9, dimana telah menerjemahkan secara tidak tepat konsep mengenai *crimes against humanity* yang ada dalam Statuta Roma. Selain menerjemahkannya tidak tepat, juga mengesampingkan sebagian yang lain, yang menurut saya ketentuan yang sangat penting. Misalnya, jika kita membaca Statuta Roma, kejadian terhadap kemanusiaan itu diatur dalam Pasal 7. Ayat (1)nya itu hanya diambil dalam Pasal 9 dari UU 26 Tahun 2000 sampai pada huruf j, dan hurup k-nya tidak dimasukkan. Lalu yang lebih dahsyat lagi adalah ayat (2) dari Pasal 7 ini tidak dimasukkan, tetapi si pembuat UU ini secara bebas menuliskan sebuah Penjelasan atas Pasal 8, yang sebenarnya jika kita cermati tidak akurat dalam menerjemahkan ayat (2) dari Pasal 7 itu. Ini sebagai latar belakang yang ingin saya sampaikan kalau memang kita ini sebagai bangsa.

Para penyusun UU kita ini ingin menginkorporasikan suatu produk hukum HAM. *Pertama*, bisa dilakukan melalui ratifikasi suatu kovenan internasioanl, dan ratifikasi itu apakah mau dilakukan reservasi sebagian pasal-pasalnya atau mendeklarasikan satu pasal tertentu untuk tidak dijalankan. Tetapi jika mau melakukan suatu inkorporasi dari suatu produk hukum internasional, maka lakukanlah secara jujur, dalam arti tidak melakukan inkorporasi secara parsial yang kemudian membawa konsekuensi terhadap inkorporasi tersebut, yang kemudian diartikan secara berbeda dari maksud diadakannya ketentuan itu di dalam hukum internasional. Ini sudah terjadi dengan UU No. 26 Tahun 2000, dan saya rasa kalau

misalnya teknik inkorporasi dari materi hukum internasional HAM mau diinkorporasikan di dalam sebuah produk hukum pidana nasional, saya rasa marilah kita inkorporasikan itu secara utuh. Argumen yang dikemukakan oleh Prof. Muladi, bahwa dalam suatu UU pidana tidak mungkin kita memuat seluruh pasal yang termuat dalam kovenan internasional karena alasan teknis, menurut saya tidak bisa dibenarkan dan secara teknik hukum itu juga keliru. Mengapa saya katakan keliru? Karena dengan menginkorporasikan sebagian dari produk hukum internasional HAM begitu saja, maka sesungguhnya kita sudah menyimpang. Karena dengan menginkorporasikan dengan tidak utuh suatu rumusan pasal tertentu dari produk hukum internasional, maka konsekuensinya pasal yang diinkorporasikan tidak utuh itu bisa diartikan secara berbeda. Dan ini sudah kita lihat di dalam implementasi UU No. 26 Tahun 2000 dalam kasus penanganan pelanggaran HAM berat. Misalnya yang paling menonjol sekali adalah dalam kasus pelanggaran HAM berat di Tanjung Priok. Kita tahu bahwa pengadilan HAM *ad hoc* Tanjung Priok itu menjatuhkan hukuman kepada sejumlah perwira yang diduga terbukti di pengadilan melakukan pelanggaran HAM berat. Tetapi oleh MA [yang diketuai oleh Mr. Arbiyoto] hal itu dikatakan, bahwa kasus pelanggaran berat di Tanjung Priok itu bukan pelanggaran HAM berat. Itu adalah tindak pidana biasa, maka dari itu sangat layak dibebaskan. Mohon maaf saya belum membaca putusan aslinya. Tetapi kalau saya boleh menggunakan referensi apa yang ditulis oleh Forum Keadilan, tanggal 26 Maret 2006. Nampaknya apa yang dipahami sebagai fakta-fakta oleh hakim pengadilan HAM *ad hoc* sebagai sebuah fakta yang menunjukkan adanya unsur sistematis, tidak diakui oleh MA. Ini sebuah ilustrasi tidak memadainya inkorporasi suatu produk hukum internasional ke dalam produk hukum nasional secara tidak utuh. Kenapa tidak utuh? Karena Pasal 9 dari UU No. 26 Tahun 2000 hanya mengambil secara parsial dari ketentuan Pasal 7 dari Statua Roma. Memang di sana ada penjelasan, tetapi kalau kita cermati, penjelasan itu tidak sepersis ayat (2) dari Pasal 7 aslinya. Akibatnya seperti itu. Jadi kalau saya lihat misalnya, ada pengalaman menginkorporasikan suatu produk hukum internasional secara tidak memadai. Saya tidak tahu mengapa ini sampai terjadi. Tapi yang ingin saya kemukakan juga di sini adalah suatu inkorporasi suatu produk hukum internasional HAM ke dalam sisitem hukum nasional itu sangat dipengaruhi juga oleh dinamika-dinamika politik internal dan kondisi politik internasional yang kita hadapi. Jadi misalnya kenapa kita tiba-tiba meratifikasi Kovenan Internasional Anti Diskriminasi Rasial? Sebelum kovenan itu diratifikasi, kita tahu bahwa ada *moment* yang tidak begitu lama sebelumnya terjadi kerusuhan besar rasial tahun 1998 bulan Mei, dimana sebagaimana besar korbananya adalah etnis Tionghoa. Dan ini kemudian menimbulkan pertanyaan dunia internasional. Apakah pemerintah Indonesia bisa memberikan perlindungan yang memadai dan setara terhadap golongan minoritas? Dan kemudian ini mengeksklarasi perratifikasian Kovenan Internasional Anti Diskriminasi Rasial tersebut. Jangan lupa pula atas inkorporasi ketentuan-ketentuan tertentu secara tidak utuh ke dalam UU No. 26 Tahun 2000 adalah sebagai dasar untuk memperkuat diplomasi internasional, bahwa suatu Pengadilan Internasional HAM itu tidak bisa digelar karena kita bisa mengadili sendiri.

Mengenai reformasi KUHP pidana. Apakah kita akan memilih untuk memasukkan kejahatan-kejahatan HAM ini ke dalam KUHP? Atau apakah itu diperlakukan dalam bentuk UU tersendiri?

Pertama, apa yang dirumuskan sebagai kejahatan HAM itu sumbunya adalah dari hukum internasional. Sejarah hukum pidana Indonesia, KUHP Indonesia itu tidak mengenal terminologi *crimes against humanity*. Terminologi mengenai kejahatan genosida juga tidak

ada! Begitu juga dengan kejahatan perang. Jika begitu, kita mau menginkorporasikan suatu norma hukum internasioanal HAM kepada hukum nasional kita. Dan kalau itu mau dilakukan, maka lakukanlah secara bertanggung jawab! Dalam arti inkorporasikanlah itu secara utuh, tidak parsial dan kalau itu mau diterjemahkan, maka terjemahkanlah dengan benar. Saya rasa argumentasi sosiologisnya bisa kita pahami. Dalam era globalisasi ini, Indonesia tak terelakan akan terintegrasi dalam sistem internasional, tidak hanya ekonomi, dan keuangan. Tetapi dalam sistemnya juga terintegrasi.

Kedua, apakah itu akan dimasukkan ke dalam badan yang disebut dengan hukum khusus/ke dalam KUH Pidana? Sekarang ini ada kekhawatiran, bahwa kalau ini dimasukkan ke dalam KUHP, ada kekhawatiran akan dipandang sebagai *ordinary crimes* [kejahatan biasa, dan *extra ordinary*-nya tidak terlihat]. Barangkali masalahnya akan menjadi rumit lagi misalnya, KUHP Militer kita juga sedang akan direformasi dan sekarang sedang dipersiapkan RUU KUHP Militer, dimana saya mendengar bahwa dalam RUU KUHP Militer juga dimasukkan semacam kejahatan HAM, kejahatan perang, dan kejahatan lainnya. Akibatnya, kalau dimasukkan kesana, ya nanti ujung-ujungnya akan dibawa ke Pengadilan Militer. Karena pihak yang mempunyai pemikiran seperti ini tidak menghendaki dimasukkannya kejahatan-kejahatan tersebut ke dalam KUHP, tetapi sebaiknya dituangkan dalam UU tersendiri. Tapi ada yang berargumen dimasukkan saja ke dalam KUHP.

Soal efektivitas dari sebuah ketentuan hukum itu bukan ditentukan hukum itu diletakkan dimana. Efektivitas itu ditentukan pada penegakan hukumnya. Dan jika kita berbicara soal penegakan hukum, persoalannya terletak pada tataran hukum acara, tapi persis masalahnya *di situ*. Di Indonesia, perkembangan ilmu hukum sampai pada suatu keadaan dimana antara hukum acara dan hukum materil itu tidak lagi dipisahkan dalam aturan materiil sendiri. Misalnya saja, UU No. 26 Tahun 2000 itu selain hukum materiil [*mengatur mengenai genosida, dan kejahatan kemanusiaan, tetapi juga mengatur hukum acaranya*]. Kemudian kalau kita lihat di lapangan hukum perdata, UU Kepailitan kita itu selain mengatur hukum materiil tentang kepailitan, juga mengatur hukum acaranya. Jadi tidak bisa lagi ada pendekatan yang secara tajam untuk memisahkan/mendikotomikan antara pengaturan hukum substansi dan formil. Jadi, kalau misalnya pilihannya memasukkan itu [*apa yang disebut sebagai tindak pidana HAM ke dalam KUHP*], maka tuntutannya adalah di dalam KUHP harus diatur hukum acara yang khusus mengatur bagaimana norma-norma tindak Pidana HAM itu akan dijalankan. Jadi, di sana harus diatur bagaimana hukum acara dapat diimplementasikan oleh tindak pidana kemanusiaan, kalau memang pilihannya *ke situ*!

Kalau pilihannya tetap di luar, memang kemudian kita akan bicara mengenai pengaturan hukum acara tersendiri dalam rangka mengimplementasikan hukum yang mengatur tindak pidana HAM. Dan itu memang bisa tidak hanya kejahatan HAM, genosida, kejahatan perang, tetapi bisa juga mengenai *trafficking*, perbudakan, tindak pidana HAM lainnya, yang kemudian kita bisa memperluas kompetensi dari pengadilan HAM. Kompetensi pengadilan HAM itu, kalau sekarang hanya dibatasi kepada genosida, kemudian diperluas kompetensinya. Kalau kemudian Komnas HAM memang ditetapkan sebagai penyelidik, maka memang ini akan memperluas tugas penyidikan Komnas HAM. Jadi ini soal pilihan. Tetapi esensinya mana yang lebih efektif untuk mewujudkan keadilan? Jadi persoalannya itu bukan persoalan label, tapi soal efektivitas dari sebuah pengadilan yang bisa memutus dan memeriksa secara obyektif suatu kasus pelanggaran HAM. Kalau melihat riwayat

Catatan Seminar :
Kejahatan Serius terhadap Hak Asasi Manusia (*Serious Crimes against Human Rights*)

Pengadilan Militer, apakah bisa efektif atau tidak? Kalau itu Pengadilan Negeri, bisa atau tidak? Jadi ini soal memilih saja! Saya rasa melihat pengadilan HAM itu secara realitasnya ada alasan-alasan sosiologis dari masyarakat kita yang kiranya masih memerlukan eksistensi pengadilan HAM sampai saat ini. Masyarakat tidak akan memiliki suatu *confidence*, kalau sebuah pelanggaran HAM yang melibatkan tentara itu dibawa ke Pengadilan Militer. Karena *behavior* selalu kecenderungannya meringankan.

Moderator :

Ada pertanyaan penting sebenarnya, apakah *serious crimes* ini harus dimasukkan ke KUHP atau tidak? Kalau mendengar pembicaraan Bu Komariah dan Pak Rudi ada kecenderungan tetap di luar saja, yang perlu dilakukan adalah amandemen UU No. 26 Tahun 2000. Sedangkan Pak Hakim meskipun tidak eksplisit apakah di luar atau di dalam, tetapi memberi catatan-catatan kritis, bahwa pengalaman masa lalu termasuk menerjemahkan hukum HAM internasional tidak utuh, dan setengah hati, bahkan cenderung dimanipulasi. Pak Rudi memberikan catatan-catatan dari pasal per pasal, tetapi akhirnya menyatakan ini tetap di dalam UU No. 26 Tahun 2000, tetapi dilakukan amandemen yang serius. Tetapi kalau harus tetapi dalam KUHP, tetap di UU khusus.

PERTANYAAN

Sujiman (Kanwil Hukum dan HAM DIY) :

Yang pertama, saya termasuk yang setuju kejahatan serius ini dimasukkan ke dalam KUHP. Pertimbangannya yang pertama adalah untuk penyederhanaan sistem hukum, karena keadilan dan kepastian kadang-kadang terbelit oleh sistem hukum yang kurang sederhana. Karena itu, akan lebih sederhana kalau hukum acaranya juga dikodifikasikan dalam KUHP. Bahwa nanti apakah perumusannya, pemuatannya bisa memadai dengan kompleksitas, itu adalah tantangan.

Kedua, ini untuk menunjukkan kepada masyarakat internasional bahwa hukum Indonesia begitu apresiasi dengan HAM. Karena ketika sudah dikodifikasikan, itu berarti bahwa masalah HAM ini sudah menjadi paten.

*Ketiga, saya menanggapi judul Kejahatan terhadap HAM. Kenapa judulnya Kejahatan terhadap HAM? Padahal bab-bab yang lain juga menyangkut pelanggaran HAM. Tetapi saya mendapat jawaban yang cukup puas dari Prof. Muladi, bahwa HAM ini dipahami sebagai persoalan negara dan warga negara. Jadi tidak ada rakyat itu melanggar HAM, yang melanggar HAM itu adalah penguasa. Oleh karena itu, saya sependapat judulnya seperti itu. Tetapi ada semacam konflik ringan di dalam rumusan pasal-pasal, mengenai tulisan kata “*setiap orang*”. Kalau setiap orang berarti tidak hanya penguasa dalam hal ini. Kemudian mengenai ringannya sanksi dibandingkan dengan pembunuhan biasa. Menurut saya pembunuhan yang merupakan pelanggaran HAM tidak sebanding dengan pembunuhan biasa. Karena pembunuhan yang dikategorikan pelanggaran HAM, bandingannya itu tidak dihukum. Karena memang sebelumnya tidak dikenakan jeratan hukum.*

Yadih (Pengadilan Tinggi Yogyakarta) :

Bagi saya orang yang berkecimpung dalam praktik ini, tidak menjadi masalah apakah UU No. 26 Tahun 2000 ini masuk di dalam KUHP atau tidak. Yang penting bagi kami ini adalah bagaimana UU No. 26 Tahun 2000 itu jika ada perubahan bisa ditata oleh semua pihak. Dalam arti jika ada saksi dipanggil harus datang. Jadi itu yang paling penting bagi kami yang praktik di peradilan, meskipun ini masuk dalam KUHP apakah ada jaminan akan

ditaati seperti yang kita harapkan? Oleh karena saya melihat selama ini UU ini kurang berjalan semestinya. Untuk itu dari saya minta agar ada jaminan dalam praktiknya agar ini ditaati oleh semua pihak!

Kholik

Pertama, Ibu Komariah. Dalam presentasi saya dengar, salah satu sikap yang mendasari Ibu Komariah seperti yang disimpulkan oleh moderator adalah cenderung untuk tidak memasukkan kejahatan HAM berat ini dalam UU di KUHP atas saran guru besar Belanda. Yang intinya memandang jika dimasukkan dalam KUHP, maka tidak terlihat lagi sifat *extra ordinary crimes*-nya. Ini juga disinggung oleh Pak Hakim. Pertanyaan saya adalah, apakah kejahatan *extra ordinary crimes* itu harus tereksplisitkan di dalam UU khusus di luar KUHP? Tolong in dijawab dengan referensi komparasi perbandingan KUHP-KUHP di negara lain. Apakah ada model-model yang demikian, atau model yang dirujuk Ibu Komariah itu relevan? Terlepas dari itu, saya ingin meminta pandangan Pak Hakim mengenai masalah *extra ordinary crimes*, dimana tindakan sebuah kejahatan tidak bisa diukur dan diwadahi oleh UU? Berangkat dari itu maka saya bertanya sebenarnya *extra ordinary crimes* apakah diukur dari substansi kejahatan itu? atau diukur dari dampaknya? atau diukur dari penanganannya yang *extra*? karena saya agak kebingungan. Kita melihat putusan MK yang membantalkan UU No. 16 Tahun 2003 tentang Terorisme, dengan alasan terorisme tidak *one extra ordinary crimes*. Karena yang dinamakan *extra ordinary crimes* hanya 4 jenis kejahatan HAM yang termuat dalam ICC Statuta Roma. Kelihatannya lebih rancu, sebenarnya *extra ordinary crimes* itu sebuah kejahatan yang diukur dari substansi kejahatan, ataukah dari dampaknya, ataukah dari cara-cara penanggulangannya?

Saya mendengar pernyataan yang menarik, dimana sebenarnya mau diatur di dalam KUHP dan di luar KUHP itu tidak masalah. Yang penting adalah lebih efektif mana antara pengadilan khusus dengan pengadilan biasa? Yang terpenting bisa mewujudkan pengadilan, karena itu bisa di dalam atau di luar KUHP. Bila dikaitkan dengan usul KPK mengenai pemberantasan korupsi, apa yang lebih efektif? Saya meminta tanggapannya!

Untuk Ibu Komariah, saya mencermati makalah Ibu halaman 2. Dalam makalah Ibu dikatakan bahwa salah satu pertimbangan dimasukkannya *serious crimes* ke depan adalah kegagalan Jaksa Penuntut Umum membuktikan unsur-unsur pertanggungjawaban komando. Saya melihat di sini sebetulnya bukan kegagalan Jaksa, tetapi ada semacam mekanisme untuk sengaja digagalkan. Terkait dengan itu, saya meminta komentar Ibu sebagai hakim. Hakim sebenarnya bisa saja bersikap demikian.

Terakhir, pertanyaan untuk Pak Rudi. Menarik mendengar kalimat-kalimat yang dilontarkan Pak Rudi, khususnya dari sisi masalah pidana. Berkali-kali dalam makalah, Pak Rudi mengatakan bahwa rancangan-rancangan dalam KUHP tentang HAM berat ini dikomentari terlalu ringan dan terlalu rendah ancaman pidana minimumnya. Saya ingin bertanya ke Pak Rudi, sistem pemidanaan itu sebenarnya seperti apa? Ada politik pemidanaan yang standar. Bagaimana merancang sebuah sanksi pidana yang *balance* dengan seriusnya hukuman yang diancamnya? Kita tidak bisa hanya mengatakan sanksi ini sangat rendah, tetapi ada ukuran. Mohon secara ilmu tentang pemidanaan itu, ukurannya seperti apa untuk bisa di *break down* dalam sebuah konsep-konsep ancaman sanksi pidana? Sebab saya khawatir dengan komentar-komentar dalam makalah Pak Rudi, artinya dengan

Catatan Seminar :
Kejahatan Serius terhadap Hak Asasi Manusia (*Serious Crimes against Human Rights*)

bahasa sebaliknya harus diancam terlalu tinggi. Coba kita lihat, jika ancaman pidana terlalu tinggi, maka tidak akan terlalu *applicable* dalam pelaksanaannya. Contohnya UU Pengadilan HAM. Saya pikir tidak harus tinggi. Tinggi tetapi tidak *applicable*, saya rasa hukumnya tidak *applicable* untuk dilaksanakan. Mohon itu ditanggapi!

Wahyu (Forum LSM DIY) :

Pertama, menarik seperti apa yang dikatakan Ibu Komariah. Intinya, saya sepakat bahwa itu tidak dimasukkan ke dalam KUHP. Pandangan saya secara politik pidana, karena memandang situasi kondisi objektif belum memungkinkan kalau kita berpikir ideal.

Kedua, saya juga sepakat dengan Pak Hakim, yaitu kita harus konsisten jika ingin melakukan sesuatu. Pilihannya adalah bagaimana ke depan peran dan kewenangan Komnas HAM sendiri? Banyak sekali rekomendasi-rekomendasi dari Komnas HAM yang ternyata tidak dilakukan oleh rezim ini! Pertanyaan besarnya adalah apakah Indonesia saat ini sudah demokratis apa belum? Jika transisi, apakah maju atau kembali ke belakang? Karena pandangan Pak Muladi sebenarnya mengandaikan negara ini sudah demokratis dan ideal!

Eko (Fakultas Hukum UII)

Saya mungkin mencoba belajar untuk memahami rumusan pasal saja. Dari arahan tadi mungkin ada kegagalan untuk segera memberikan sanksi yang seberat-beratnya kepada pelaku pelanggar HAM. Sementara dari satu sisi saya pikir kebebasan hakim dengan subjektivitasnya akan menimbang sisi keadilan. Dari Pak Rizki juga sudah menawarkan, saya pikir semuanya juga melanggar HAM jika itu sudah bunyi pidana. Dari bahasan itu jika memungkinkan ada jenjang-jenjang dari perbuatan yang pada rumusan mengenai genosida sangat berat efek yang ditimbulkan, tetapi pada rumusannya hanya cukup dengan maksud. Apakah tidak kemudian ditingkatkan menjadi sengaja dan berencana? sehingga itu akan menggambarkan mengenai keseriusan tujuan dari tindakan itu memang akan menghilangkan etnis, ras, dan sebagainya. Tahap-tahap pada proses terjadinya perbuatan itu mestinya ditingkatkan pemahamannya.

Kemudian dimungkinkan tidak pertanggungjawaban itu kepada orang biasa, kemudian dibedakan pada unsur pemberatan dengan penguasa. Karena selama ini sering kali jabatan penguasa itu malah dipertimbangkan sebagai faktor memperingan karena jasa-jasanya. Sementara pada masarakat biasa pada kasus yang sama tidak seperti itu. Sehingga perlu penjelasan pada pertanggungjawaban!

Saya sepakat juga kepada pertanggungjawaban komando tadi mengenai rumusan "*dapat*". Saya pikir ini akan menimbulkan kerancuan. Karena di tingkatan awal, penyidik mungkin dengan bahasa deskripsinya, Jaksa juga akan menggunakan oportunitasnya, dan hakim yang akan lebih membingungkan nanti. Apakah nanti cukup dibahasakan dengan alasan pemaaf atau pemberar? Pada bahasa itu saya pikir unsur "*dapat*" pada rumusan pertanggungjawaban komando militer dihapus saja!

Terus pertanyaan mengenai agama tadi, karena di dalam HAM itu juga dimungkinkan dari pemeluk agama itu untuk bisa mengembangkan ajaran yang dia yakini. Pada praktiknya kemudian, ada lembaga yang berwenang untuk melegitimasi mana agama yang sah dan

Catatan Seminar :
Kejahatan Serius terhadap Hak Asasi Manusia (*Serious Crimes against Human Rights*)

tidak. Misalkan dalam kasus Ahmadiyah. Apakah kemudian pada bahasa ini legitimasi dari lembaga MUI ini akan bisa dimintai pertanggungjawaban juga sebagai bentuk provokasi awal terjadinya pelanggaran kemanusiaan?

Putri (KPI) :

Terkait dengan tindak pidana terhadap HAM ini, khususnya persoalan tindak pidana *trafficking*. Saya tidak sepakat jika hal ini dimasukkan ke dalam KUHP! Karena setahun yang lalu teman-teman aktivis perempuan sedang mengupayakan Rancangan Undang-undang Anti *Trafficking*. Perspektifnya adalah kejahatan perdagangan manusia, khususnya perempuan dan anak. Ini adalah persoalan konsekuensi negara terhadap Konvensi Internasional CEDAW yang mana kita sudah meratifikasi. Artinya, kita tetap harus melihat bahwa HAM dalam kacamata yang lebih spesifik adalah hak asasi anak dan perempuan. Terkait dengan itu, setahun yang lalu ini sudah masuk dalam pembahasan. Hanya waktu itu perdebatannya masih ada perbedaan pandangan antara draf yang diberikan oleh aktivis perempuan dengan draf dari DPR dan Pemerintah. Tetapi persoalan ini menjadi mentok, karena dengan adanya pembaharuan ini dan dimasukkannya ini ke dalam KUHP, tentunya akan sangat melukai perasaan aktivis perempuan. Karena kalau kita melihat sudah banyak korban yang berjatuhan terkait dengan persoalan *trafficking* yang selalu dianggap ini bukan persoalan perempuan secara khusus. Dan ketika kita sudah membuat upaya lain dengan membuat Aksi Nasional Anti *Trafficking* dan daerah. Justru teman-teman sedang berjuang di tingkat daerah masing-masing untuk bagaimana kalau ini tidak berhasil di tingkat nasional untuk menggolkan sebagai sebuah UU Anti-*Trafficking*. Tetapi kita berupaya agar ini paling tidak ini menjadi sebuah Peraturan Daerah.

TANGGAPAN PEMBICARA

KOMARIAH EMONG SAPARDJAJA

Pertanyaannya luar biasa, saya sendiri apakah bisa menjawab atau tidak. Bapak ini kalau sengaja dirancang buat gagal, maka buat aturan saja supaya hakim bisa banding. Tetapi apakah ini ada di dalam KUHP atau tidak. Masalahnya akan memperluas masalah yang sudah ada. RKUHP kita ini terdiri dari Buku 1 dan 2. Buku 1 adalah roh dari jiwa Buku 2, karena asas-asasnya ada di sini. Salah satu contoh, mengapa pertanggungjawaban komando ada di Buku 2 ? padahal pertanggungjawaban pidana itu adalah asas-asas yang ada di Buku 1, mengapa demikian rupa dibedakan! Walaupun itu pertanggungjawaban komando, itu adalah *individual criminal responsibility*. Itu juga akan menimbulkan masalah tersendiri.

Kemudian asas dalam hukum pidana mengenai pembunuhan itu yaitu adanya kesengajaan. Di dalam yang namanya pembunuhan itu adalah kesengajaan itu tidak ditujukan kepada seseorang tertentu. Walaupun direncanakan [seperti dijelaskan dalam UU No. 26 Tahun 2000], itu pembunuhan di sini sama dengan ICC, tetap sama dengan pasal 340 KUHP. Kalau di dalam KUHP pembunuhan itu ditujukan yang direncanakan kepada seseorang tertentu, jadi targetnya itu seseorang tertentu. Kalau orang tertentu itu terbunuh dan ada orang lain yang ikut terbunuh, maka terhadap orang lain itu bukan kesengajaan. Ini bertentangan dengan prinsip internasional. Karena di dalam hukum internasional, pembunuhan itu pokoknya ditujukan kepada orang atau sekelompok orang yang memang mempunyai pandangan yang berbeda dengan kelompok ini. Jadi apakah itu satu orang atau kelompok orang asal yang sifatnya massal itu adalah pembunuhan. Ini pasti berbeda sekali apa yang ada di dalam asas-asas hukum pidana. Bahwa dampaknya ialah seperti contohnya unsur agama. Saya melihat sekali dalam kasus Tanjung Priok. Orang Tanjung Priok ini sekelompok orang Islam yang mempunyai keyakinan berbeda dengan pemerintah pada waktu itu, mengenai Pancasila sebagai asas tunggal. Perlakuan pemerintah yang diskriminatif ini kepada kelompok itu sudah membuktikan adanya unsur sistematik. Hal-hal seperti ini-lah yang sepertinya tidak masuk di dalam KUHP. Karena memang ini penafsirannya tidak sama lagi dengan apa yang ada di dalam *ordinary crimes* yang biasanya ada di dalam KUHP. Belum ada nanti hukum acaranya. Jadi, apakah ukurannya *extra ordinary crimes* di luar KUHP ? bukan itu!

Tetapi yang kita lihat nanti yang akan terjadi kesulitan-kesulitan praktik, bahwa hanya untuk ini saja, kita sudah mengalami hambatan-hambatan yang di dalam praktik luar biasa akan mengganggu. Kecuali memang seperti saya katakan, R-KUHP ini adalah satu produk undang-undang *impunity*. Tetapi ini adalah pandangan ilmiah yang tidak bisa kita abaikan begitu saja. Kalau begitu, mengapa ada aturan peralihan? Yang sebetulnya bisa digunakan bahwa undang-undang ini hanya menjadi produk *lex specialis* saja. Karena memang perkembangan khususnya terhadap hukum HAM itu sangat tinggi. Ini adalah bagaimana dampaknya dan penanggulangannya ini-lah yang saya anggap sebagai *extra ordinary*. Oleh karena itu, harus mempunyai hukum, yang sebetulnya persoalannya adalah hukum acara. Kalau kita lihat ICC sendiri itu bukan *continental* atau *anglo saxon*, tetapi sudah campuran. Kalau kita atur dalam ketentuan khusus saya pikir akan lebih baik. Kebebasan hakim itu bukan saja menjadi satu yang positif tetapi bisa juga menjadi hal yang negatif. Di sana akan terjadi tirani dari hakim.

Jadi memang kita tidak dapat menjadikan hal itu. Jadi kalau jaminan itu akan ditaati dengan serius seperti UU No. 26 tahun 2000, nanti Pak Hakim akan menjawab. Ada satu hal yang tidak dapat dapat diterapkan oleh asas-asas pidana yang umum dalam ukuran ini.

ABDUL HAKIM GARUDA NUSANTARA

Sebenarnya kita itu membahas masalah-masalah seperti ini, seperti masalah kejahatan kemanusiaan, masalah pengadilan HAM. Karena persoalan-persoalan HAM yang ditinggalkan oleh rezim terdahulu. Jadi memang in bagian dari suatu agenda reformasi menuju suatu tatanan kehidupan bernegara yang demokratis. Yang proses penataan ini yang banyak disebut orang sebagai masa transisi itu memang belum selesai. Sampai kapan? Kita juga tidak tahu. Kenapa saya berani mengatakan ini belum selesai? Karena banyak agenda yang belum selesai dan kita harus terima kenyataan bahwa apa yang kita nikamti sebagai suatu sistem politik yang demokratis ini belum stabil dan mapan. Dan memang ini nampak di dalam berbagai kelembagaan negara. Dari mulai DPRnya, tetapi juga mulai dari pengadilannya. Sehingga memang kita merasa perlu untuk menangani secara khusus masalah-masalah pelanggaran HAM.

Dalam riwayatnya, memang akhirnya kita harus ada pidana umum dan pidana khusus. Bawa sekarang ada peluang, ketika kita mau membuat KUHP pidana yang baru, untuk mengintegrasikan yang khusus itu ke dalam suatu badan KUHP itu bisa saja. Tetapi saya lebih mempertanyakan dari segi efektifitas. Yang penting itu efektifitasnya bagaimana? Apakah menangani pelanggaran berat dalam suatu kitab tersendiri dengan hukum acara sendiri? Atau itu dimasukkan ke dalam KUHP dan ditangani oleh hukum acara pidana biasa. Sepertinya kalau melihat fenomena internasionalnya tidak demikian. Karena kalau kita melihat Statuta Roma, itu memang dibuat khusus untuk kejadian-kejadian HAM berat. Dengan hukum acaranya pidana-pun dengan hukum acara pidana luar biasa. Itu juga dimasukkan ke dalam peraturan sendiri. Jadi makanya tadi saya mengatakan dikotomi pidana materiil dan formil ini tidak dianut lagi dalam pidana hasanah hukum pidana internasional, karena yang namanya Statuta Roma itu selain memuat hukum pidana materiil tetapi juga memuat hukum acaranya. Dari sana saya memang ingin menjawab dari pertanyaan : apakah yang luar biasa itu dampaknya atau apanya? Keluarbiasaan dari kejadian HAM ini, yaitu karena terlibatnya negara di dalam suatu tindakan yang dikategorikan yang sistematis itu. Keterlibatan negara dalam suatu tindakan yang sistematis

itu otomatis menimbulkan dampak publik yang luas. Sehingga memang memerlukan pengaturan sendiri dan hukum acara sendiri.

Kalau kita bicara efektif yang mana? Kalau menanyakan efektivitas produk hukum, apakah itu hukum materiil atau hukum formil ditanyakan saja kepada sarjana hukum. Sebab itu pertanyaan yang melampaui hukum. Efektivikasi sebuah penegakan hukum itu *variable*-nya banyak. Dalam kasus Komnas HAM dalam penanganan pelanggaran berat itu masalahnya ada di DPR, Jaksa Agung, Komnas HAM dan Pengadilan. Sekarang misalnya, perbaikan kondisi HAM, pemajuan dan perlindungan HAM itu sepertinya sudah bukan menjadi agenda utama dalam masyarakat politik kita, itu menjadi agenda pinggiran. Yang menjadi agenda utama lembaga politik kita adalah soal Pilkada, pengaturan UU Perbankan dan seterusnya. Dia menjadi agenda utama dari sebagian LSM, tetapi dia bukan menjadi agenda utama dari lembaga-lembaga politik dan bahkan sekalipun pemerintah. Ini dikondisikan oleh misalnya menangani berbagai macam kasus pelanggaran HAM.

Pemerintah mau menyelesaikan pelanggaran HAM dalam prespektif yang pragmatis. Artinya, itu diselesaikan tanpa membawa kepada proses persekusi yang panjang, yang mungkin akan mengundang resistensi. Ini sangat nyata, contoh kasus MoU Helsinki. Cara pragmatis yang seperti ini membuat agenda pemajuan perlindungan HAM ini menjadi terpinggirkan. Dan ini memang menjadi kekhawatiran kita semua karena semua persoalan pelanggaran berat itu dan kekerasan yang terjadi dimana-mana persis sikap pragmatisme dari aparat, tetapi juga pragmatisme dari sebagian elit masyarakat kita. Ini keadaannya seperti itu. Justru karena kecenderungan pragmatisme seperti itu saya rasa yang dikatakan Ibu Emong itu barang kali tidak pas, kalau kemudian kejadian luar biasa ini dimasukkan ke dalam KUHP. Karena kecenderungan menyerdehanakan persoalannya.

Persoalan kriminal yang kompleks dan berat mau disederhanakan sebagai persoalan kejadian biasa. Sehingga akibatnya jika itu terjadi tidak akan menjawab persoalannya. Antara lain keadilan yang dituntut korban itu. Jadi efektif! Karena ketika kita berbicara efektivitas hukum, pertama *clarity* dari UU yang dibuat. Kedua, kesiapan peran infrastruktur untuk menjalankan peradilan itu. Ketiga, ada tidak pembiayaan itu. Keempat, adalah dukungan yang penuh dari pemerintah atau negara. Tetapi jika prasyarat-prasyarat ini tidak ada, memang ini tidak akan efektif. Dan di Indonesia dalam kecenderungan sejarahnya, pengadilan akan sangat mengikuti apa trend eksekutif. Itu sudah kita lihat sejak zaman Bung Karno, zaman Orde Baru dan sekarang. Jadi kalau misalnya penegakan hukum, yang dimaksudkan konsep penegakan hukum dan prioritas penegakan hukum legislatif itu apa? itu yang akan diikuti. Ini menurut saya yang sangat mengkhawatirkan.

Memang sejarah hukum Indonesia menempatkan posisi pengadilan dalam posisi lemah terhadap eksekutif dan legislatif. Bagaimana peran Komnas HAM ke depan? Saya kira dulu Komnas HAM mendapat mandat dan melakukan keberanian yang bisa kita catat. Karena memang desakan internasional terhadap Indonesia berkaitan dengan HAM itu luar biasa, sehingga pemerintah mengagendakan itu. Sekarang kan *setting* internasional sudah beda. Di tengah situasi seperti itu makin menjadi alasan. Pikiran-pikiran yang menghendaki supaya ini di luar KUHP tetap diamandemen UU No. 26 Tahun 2000 menjadi semakin kuat, karena kita masih menghadapi persoalan-persoalan seperti itu.

Mengenai *trafficking* saya rasa ini menjadi keprihatinan kita. Dan pemerintah saya rasa dalam hal ini sangat nyata sekali mempunyai kepedulian. Dan menurut saya sekarang ini

trafficking sudah mempunyai RUU-nya. Dan sekarang Pak Muladi mengusulkan itu dimasukkan ke dalam R-KUHP. Dan itu menjadi salah satu tindak pidana HAM. Tapi apakah ini sebaiknya di luar KUHP, saya belum bisa mengambil satu kesimpulan. Tapi penanganan *trafficking* ini perlu ada kerjasama penanganan antara masyarakat dan terutama penegakan hukum. Dalam hal ini peranan polisi, imigrasi, kejaksaan dan pengadilan sangat penting sekali, karena mereka berada di garda terdepan. Yang mempunyai aparat yang bisa menangani ini ya negara. Selain tentunya pendidikan masyarakat yang dilakukan oleh LSM.

RUDI M. RIZKI

Memasukkan dalam KUHP boleh-boleh saja! Tapi konsekuensinya tadi, semua prosedurnya harus tersendiri pula. Jadi kita lihat praktik pengadilan HAM dari mulai penyidikan itu siapa? apakah cukup polisi? Jadi harus ada KUHP sendiri. Mengenai ketidakpedulian di mana pun di tempatkannya [KUHP], memang saya juga setuju, yang penting dia dapat mewujudkan keadilan. Kita lihat pengalaman pengadilan HAM, kekurangannya dari segi legislasi : kita tidak mempunyai hukum acara tersendiri, gaji, dll. Kekurangan-kekurangan itu memang harus dibenahi. UU Pengadilan HAM dari segi judulnya sendiri memang saya tidak setuju. Kemudian untuk pelanggaran HAM, Pak Muladi juga pendapatnya tidak selalu negara, tetapi non-negara pun bisa. Tapi juga ada yang berpendapat, pelanggaran HAM itu apabila ada unsur kekuasaan yang disalahgunakan. Tetapi ketika dimintai pertanggungjawaban, maka itu terlepas dari semua institusi yang ada. Yang diminta adalah pertanggungjawaban pribadi.

Kelemahan-kelemahan lain agar efektif, misalnya seorang terdakwa dinon-aktifkan dari jabatannya. Banyak kelemahan-kelemahan seperti itu agar efektif dan efisien. Saya akhirnya setuju juga, dimana saja yang penting itu menjadi efektif. Istilah *extra ordinary* itu sebetulnya kalau dilihat dalam pustaka internasional memang tidak ada istilah *extra ordinary*, yang harus menggunakan penanganan khusus. Yang ada adalah kejadian ini mengejutkan nurani manusia di dunia. Sehingga memang perlu ditangani khusus oleh peradilan internasional. Kita lihat kekhususannya-kekhususannya kenapa tidak memakai polisi satu negara. Kalau kita lihat memang banyak yang harus kita benahi. Kalau sistem pemidanaan terlalu rendah, saya kebetulan tidak kompeten untuk berdasarkan politik pemidanaan. Hanya saya membandingkan ini maksimumnya terlalu rendah dibandingkan dengan yang lain-lain. Dan minimum melihat dari kepustakaan yang lain tidak ada, yang ada hanya di Indonesia. Peran Komnas HAM harus meningkatkan kemampuan untuk penyelidikannya. Komnas HAM harus memiliki segala kemampuan di elemen-elemennya. Mengenai genosida, ini diakui dalam keputusan *Akayesu*, hakim mengatakan unsur *intent* ini yang paling sulit untuk dibuktikan. Tetapi dapat dilihat dari indikator. Banyak indikatornya antara lain, ada konteks umum dari kejadian itu, skala kekejamannya, korban dan pelakunya dari kelompok salah satu saja. Untuk menginterpretasikan secara sistematis, itu juga sangat sulit dibuktikan.

HASIL DISKUSI KELOMPOK 1

Pertanyaan :

1. Apakah kejahatan berat HAM relevan untuk dimasukkan ke dalam RKUHP?
2. Apakah tidak sebaiknya tetap berada di luar KUHP sehingga menjadi undang-undang khusus (*lex specialis*)?
3. Bagaimana dengan syarat-syarat kriminalisasi?
4. Kesan bahwa status kejahatan luar biasa (*most serious crime*) menjadi hilang dan hanya menjadi kejahatan biasa?
5. Hingga saat ini kejahatan HAM dipahami sebagai kejahatan yang dilakukan oleh seorang yang padanya melekat jabatan dan/atau kekuasaan sehingga ada unsur *abuse of power*. Mengapa kejahatannya hanya dianggap sebagai kejahatan biasa?
6. Bagaimana dengan sifat *white collar crime*?
7. Secara umum apa saja implikasi dari dimasukkannya kejahatan HAM dalam RKUHP?
8. Bagaimana implikasinya terhadap hukum formilnya?
9. Bagaimana implikasinya terhadap praktik peradilan?

Dipresentasikan oleh Sartoyo, S.H.

Kelompok I sepakat untuk menyatakan bahwa pelanggaran berat HAM (kejahatan serius terhadap HAM) belum perlu masuk ke dalam R-KUHP dan tetap diatur di luar KUHP untuk menjadi *lex specialis*, beberapa alasannya adalah sebagai berikut :

- Karena kejahatan HAM adalah kejahatan yang luar biasa sehingga perlu diatur dengan menggunakan undang-undang tersendiri.
- Secara praktis, kejahatan HAM ini tidak akan tejadi setiap saat seperti halnya tindak pidana biasa pada umumnya.
- Yang harus dilakukan adalah menyempurnakan substansi dalam perundangan yang telah ada (UU No. 39 Tahun 1999 tentang HAM dan UU No. 26 Tahun 2000 tentang Pengadilan HAM).

Catatan Seminar :
Kejahatan Serius terhadap Hak Asasi Manusia (*Serious Crimes against Human Rights*)

- *Lex Specialis* menandakan keistimewaan tentang apa yang diatur. Implikasinya pertama, menunjukkan bahwa negara memberikan perhatian yang lebih terhadap kejahatan yang diatur. Kedua, menjadi *warning* atau peringatan bagi praktisi.
- Ada kekhawatiran dalam praktiknya akan ada perkembangan pola dan bentuk kejahatan berat HAM yang baru, sehingga nanti diperlukan amandemen dan hal itu mengurangi nilai kodifikasi.
- Agar hukum formilnya tidak mengacu pada KUHAP semata, karena banyak hal yang belum diatur dan kalaupun diatur tidak sesuai dengan standar pengaturan internasional.
- Dalam pembuktian sangat sulit, karena pembuktian banyak mengacu pada hukum internasional, sehingga diperlukan hukum acara khusus.

Implikasi jika dilakukan kodifikasi :

- **Materiil** : menghilangkan sifat *most serious crime (extra ordinary crime)* dan menjadi *ordinary crime*.
- **Formil** : tidak tepat jika kejahatan luar biasa diikuti dengan hukum formil yang biasa.
- **Law enforcement** : akan terjadi perombakan yang luar biasa dalam praktik peradilan dan membutuhkan *cost* yang luar biasa besar.

Rekomendasi :

Diperlukan adanya penyempurnaan dalam Undang-undang No. 39 Tahun 1999 dan Undang-undang No. 26 Tahun 2000, dan UU No. 26 tahun 2000 harus diubah dengan mengakomodir beberapa hal :

- Rumusan *sistematic and widespread* diperluas dengan *intention*.
- Makin memperjelas kewenangan Komnas HAM, tidak hanya penyelidikan tetapi juga penyidikan terhadap kasus pelanggaran berat HAM.
- Harus dipertegas batas waktu (penyelesaian) pengendapan perkara di Kejaksaan Agung dan sanksi atau aturan bagi Kejaksaan Agung.
- Perlu adanya aturan terhadap penyelesaian perkara kejahatan serius HAM yang tidak selesai dalam waktu yang ditentukan oleh undang-undang.
- Diperlukan adanya dukungan luas dari seluruh elemen masyarakat agar proses penegakan, perlindungan dan pemenuhan HAM menjadi lebih baik.
- Diperlukan mekanisme *class action* dilakukan oleh para korban kejahatan serius terhadap HAM.

Pendapat :

Beberapa argumen perlunya Kejahatan Serius HAM masuk di dalam Rancangan KUHP :

- KUHP adalah kitab yang akan menjadi rujukan dalam penyelesaian perkara pidana.
- Diperlukan UU pemberlakuan jika BAB IX tentang Kejahatan Serius HAM dimuat dalam KUHP.

HASIL DISKUSI KELOMPOK 2

Dipresentasikan oleh Abd. Kholik, S.H.

Pasal 394

- Judul bab perlu diubah menjadi "Tindak Pidana Genosida, Kejahatan Kemanusiaan".
- Rumusan ayat (2) ditambah dengan kata-kata "percobaan, dan pembantuan" dengan konsekuensinya, pidananya dikurangi, tidak sesuai dengan pidana pokoknya pada ayat (1).
- Lama pidananya perlu dijelaskan lagi, sehingga antara minimum dan maksimum jelas keberadaannya, tidak semata-mata mengambil maksimumnya.

Pasal 395

- Kata-kata "dengan mengetahui" perlu dicantumkan agar memudahkan untuk melihat kejahatan tersebut.
- Kata-kata "langsung" tidak perlu dicantumkan karena berlebihan.
- Ayat (2) tetap, tapi pidananya dikurangi.
- Huruf (k) dihilangkan karena bias.

Kejahatan Perang → perlu dibuat UU sendiri

Tanggung Jawab Komando

- Kata (*shall be*) **dapat bertanggung jawab** diganti dengan **bertanggung jawab**.
- Untuk Pasal 403 disesuaikan dengan yang ada dalam ICC.

Penyiksaan

- Perlu juga dipikirkan untuk dimasukan dalam huruf (k) dalam "Kejahatan terhadap Kemanusiaan".
- Boleh juga dibuat dalam bab sendiri karena tidak pas kalau masuk dalam Bab tentang HAM.
- Mencoret kata-kata "dicurigai telah dilakukan".

Usulan :

Catatan Seminar :
Kejahatan Serius terhadap Hak Asasi Manusia (*Serious Crimes against Human Rights*)

- Menambahkan kata "masa" dalam sub bab Tindak Pidana Perang.
- Dan kata "perang" diganti dengan kata "konflik bersenjata".
- Konflik bersenjata internasional.
- Pemberontakan dalam sebuah negara.
- Kata standar internasional masih rancu, dalam arti masih bisa dipertimbangkan lagi kelayakannya.