

BAB I

PENDAHULUAN

A. Latar Belakang Masalah

Perkembangan masyarakat internasional yang demikian pesat memberikan suatu dimensi baru dalam hubungan internasional. Hukum internasional telah memberikan suatu pedoman pelaksanaan yang berupa konvensi-konvensi internasional dalam pelaksanaan hubungan ini. Ketentuan-ketentuan dari konvensi ini kemudian menjadi dasar bagi negara-negara dalam melaksanakan hubungannya dengan negara lainnya di dunia. Perkembangan tersebut termasuk perdebatan mengenai Hak kekebalan (immunitas) seorang Kepala Negara di hadapan forum pengadilan internasional.

Hak Kekebalan atau immunitas memiliki makna bahwa seorang pejabat negara terutama kepala negara maupun pemerintahan dalam suatu pemerintahan sebuah negara dapat menikmati *inviolability* dan *immunity*¹ terhadap yurisdiksi negara, baik yang bersifat pidana, perdata, maupun administratif. Hal ini, khusus bagi kepala negara atau kepala pemerintahan, dikarenakan seorang kepala negara ataupun pemerintahan itu sendiri merupakan simbol dari kedaulatan negaranya. Tetapi seperti halnya asas-asas yang berlaku, hak immunitas juga mengalami perkembangan mengenai eksistensinya.

Hak Kekebalan yang dinikmati para pejabat negara merupakan bagian dari kebebasan untuk bertindak yang diberikan oleh pemerintah negara. Hak Kekebalan diberikan oleh pemerintah negara dengan maksud agar pejabat tersebut dapat melaksanakan kewajiban-kewajibannya dengan bebas. Kebebasan ini merupakan isyarat agar sang pejabat

¹ Inviolability diartikan sebagai hak kekebalan terhadap alat-alat kekuasaan negara dan kekebalan terhadap segala gangguan yang merugikan sedangkan immunity diartikan bahwa pejabat negara tersebut kebal 1 Conventions on Special Mission New York 1969, diunduh dari <http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/> pada tanggal 10 Januari 2013.

tidak selalu bergantung pada *good will* pemerintah negara karena ketergantungan tersebut dapat berdampak buruk bagi kelancaran pelaksanaan tugas khususnya dalam suatu pengambilan keputusan. Namun, kekebalan hukum ini tidak dapat berfungsi jika dalam pelanggaran hukum yang diperbuatnya hanya demi kepentingan pribadi atau golongan tertentu bukan demi kepentingan negara.

Banyak kasus-kasus terkait yang berhubungan dengan Immunitas baik itu yang menyangkut sebagai kepala negara, kepala pemerintahan, menteri luar negeri maupun pejabat senior pemerintahan (selanjutnya disebut Pejabat Negara).² Seperti dalam kasus Abdulaye Yerodia Ndombasi selaku Menteri Luar Negeri Republik Demokrat Kongo yang dituduh melakukan kejahatan terhadap kemanusiaan dan pelanggaran berat HAM di Kongo oleh pengadilan Belgia. Kasus ini oleh Mahkamah Internasional dinyatakan tidak dapat diteruskan karena pengadilan Belgia tidak memiliki kewenangan mengadili.

Kasus yang cukup menyita perhatian dunia adalah kasus Slobodan Milosevic, yang merupakan mantan Kepala Negara Yugoslavia dengan julukan “Penjagal dari Balkan”. Tindakan-tindakan yang terjadi di Yugoslavia selama rezimnya menorehkan sejarah tersendiri dalam dunia peradilan internasional kontemporer dengan pembentukan ICTY (*International Criminal Tribunal for The Former Yugoslavia*). ICTY menjadi tonggak baru dalam pemaknaan dan pengkritisan lebih dalam mengenai hak immunitas yang dapat dinikmati seorang kepala negara atau kepala pemerintahan.

Perkembangan mengenai hak imunitas dan penyimpangannya semakin menarik minat pemerhati hukum internasional terutama dalam kasus terbaru yang menimpa Presiden Sudan Omar Al-Bashir. Sebagai presiden yang sedang berkuasa di Sudan, Omar Al-Bashir dituduh oleh Jaksa *International Criminal Court* (ICC) Luis Moreno-Ocampo telah

² Sumaryo Suryokusumo, 1995, *Hukum Diplomatik Teori dan Kasus*, Alumni-Bandung, hal 56

melakukan genosida, kejahatan terhadap kemanusiaan dan kejahatan perang di Sudan. Tuduhan ini kemudian berkembang dengan dikeluarkannya surat penangkapan terhadap Omar Al-Bashir oleh ICC.

Tuduhan atas Omar Al- Bashir ini bermula dari konflik dan krisis yang melanda kawasan Darfur di Sudan. Gabungan beberapa faktor seperti kekeringan, perubahan lingkungan yang drastis, pertumbuhan yang cepat, kesempatan politik, dan politik secara regional merupakan bagian dari sejarah konflik tersebut. Selain itu, kawasan yang terletak di sebelah barat Sudan ini berkembang menjadi kawasan yang termarjinalkan dikarenakan tidak adanya perhatian serta tirani terhadap warga non-arab dari pemerintah Sudan. Kondisi ini memaksa terbentuknya dua kelompok pemberontak sebagai bentuk protes atas ketidakadilan yang menimpa kawasan tersebut, yaitu SLA (*Sudan Liberation Army*) dan JEM (*Justice and Equality Movement*) pada awal tahun 2003.

Kedua kelompok pemberontak memulai aksinya dengan berhasil menguasai kota Gulu pada awal Februari tahun 2003. Penyerangan kemudian dilanjutkan oleh SLA/M dengan sasaran El Fasher, ibukota Darfur Utara, dan berhasil merusak beberapa pesawat serta merampas amunisi pemerintah pada bulan April tahun 2003. Pemerintah Sudan yang tidak siap untuk mengadakan serangan balasan dikarenakan keterbatasan personel militer, menginisiasi suku-suku setempat untuk ikut memerangi pemberontak. Suku-suku ini, yang merupakan suku nonmaden Arab³ untuk dijadikan milisi. Milisi ini yang kemudian dikenal dengan nama “Janjaweed” ini sebagian besar anggotanya direkrut dari Suku Arab Baggara. Sepak terjang dari Janjaweed untuk membantu pemerintah Sudan ini kemudian menimbulkan permasalahan baru terutama dalam pelanggaran berat HAM. Aksi mereka menimbulkan pengungsian besar-besaran, pembasmian, pembunuhan, pemerkosaan,

³ Sudan Memprotes ICC, KOPAS.Com, Jum’at 6 Maret 2009. diakses 13 Mei 2013

penyiksaan dan penjarahan terhadap harta benda di kawasan Darfur. Disinyalir kampanye tersebut telah memakan korban sekitar 300.000 orang serta memaksa 1 (satu) juta orang mengungsi dari kawasan ini, yang sebagian besar ke wilayah Chad.⁴ Laporan dari penyelidik PBB pada tanggal 6 Juni 2005 menyatakan bahwa pemerintah Sudan turut andil bagian dalam merancang dan berpartisipasi aktif terjadinya krisis di Darfur ini. Bahkan laporan Dewan HAM PBB menggambarkan bahwa krisis Darfur dipenuhi dengan pelanggaran HAM yang sistematis dan meluas, hingga bisa dikatakan bahwa dalam krisis Darfur ini telah terjadi pelanggaran berat HAM.

Konflik dan krisis yang telah berlarut-larut ini kemudian berusaha ditengahi oleh komunitas internasional dengan cara turut andil dalam penyelesaian krisis di Darfur, khususnya oleh PBB⁵. Dewan Keamanan PBB dan Perdamaian Uni Afrika kemudian membentuk AMIS (African Union Mission in Sudan) sebagai bentuk andil atau campur tangan dalam krisis Darfur ini. Hal tersebut kemudian diikuti dengan penandatanganan Humanitarian Ceasefire Agreement pada tanggal 8 April 2004 antara pemerintah Sudan dan 2 (dua) kelompok pemberontak, yaitu SLA dan JEM. Perjanjian ini kemudian menjadi dasar bagi AMIS untuk beroperasi dengan agenda utamanya pengawasan pelaksanaan perjanjian tersebut dan pelaporan pelanggaran melalui *Ceasefire Monitoring Commission*. Akan tetapi perjanjian ini pun kemudian pecah setelah para pemberontak melakukan pelanggaran-pelanggaran, provokasi kepada pihak pemerintah hingga terbunuhnya tentara UA (Uni Afrika) dikarenakan perjanjian tersebut dirasa belum memuaskan terlebih lagi setelah melihat perjanjian yang dilakukan antara pemerintah Sudan dengan SPLA (*The Sudan People's Liberation Army*), pemberontak di daerah selatan Sudan, yang mampu

⁴ Kompas.com, Kejahatan yang Memicu Eksodus, Jum'at 6 Maret 2009. diakses, 13 Mei 2013

⁵ Report of the High-Level Mission on the situation of human rights in Darfur pursuant to Human Rights Council decision S-4/101", http://news.bbc.co.uk/1/shared/bsp/hi/pdfs/12_03_07_un_sudan.pdf, news.bbc.co.uk, diakses pada tanggal 22 April 2013.

mengakomodir keinginan SPLA di daerah selatan hingga akhirnya Omar Al- Bashir menggandeng pimpinan SPLA sebagai pejabat senior pemerintahan Sudan. Upaya-upaya untuk menyelesaikan krisis Darfur ini kemudian semakin rumit ditambah sikap pemerintah Sudan sendiri yang menolak intervensi dari luar atas urusan dalam negerinya seperti penolakan kedatangan tentara perdamaian PBB dan UA di Darfur pada tahun 2007.⁶

Krisis kemanusiaan di Darfur inilah yang kemudian menyebabkan Jaksa ICC mengeluarkan 10 (sepuluh) tuduhan kejahatan perang terhadap Presiden Sudan Omar Al-Bashir pada tanggal 14 Juli 2008. Kesepuluh tuduhan tersebut terdiri dari 3 (tiga) tuduhan untuk genosida, 5 (lima) tuduhan untuk kejahatan terhadap kemanusiaan dan 2 (dua) tuduhan untuk kejahatan perang. Jaksa ICC menyatakan bahwa Omar Al-Bashir merupakan dalang dan pelaksana rencana penghancuran 3 (tiga) kelompok suku di Darfur berdasar kesukuan mereka yang non Arab. Sebelumnya, Jaksa ICC juga telah mengeluarkan surat penangkapan terhadap mantan Menteri Dalam Negeri Sudan Ahmed Haroun, yang sekarang menjabat sebagai Menteri Humaniter Sudan, dan Pimpinan Milisi Janjaweed Ali Kushavb pada bulan April 2007 dengan tuduhan kejahatan perang dan kejahatan atas kemanusiaan. Akan tetapi pemerintah Sudan menolak untuk menyerahkan kedua warga negaranya tersebut ke Den Haag dengan alasan ICC tidak memiliki yurisdiksi atas Sudan. Walaupun begitu, pada tanggal 4 Maret 2009 ICC kemudian merespons permintaan Jaksa ICC Luis Moreno-Ocampo berdasarkan tuduhan pada bulan Juli 2008 untuk menangkap Omar Al-Bashir serta menghadapkannya ke depan ICC di Den Haag. Surat penangkapan tersebut hanya berisi 7 (tujuh) tuduhan berdasarkan Statuta Roma 1998, yaitu:

- 1.Kejahatan Terhadap Kemanusiaan dengan 5 (lima) tuduhan yaitu, Pembunuhan (Pasal 7 (1)(a)), Pemusnahan (Pasal 7 (1)(b)), Pemaksaan Pengusiran (Pasal 7 (1)(d)), Penyiksaan (Pasal 7 (1)(f)) dan Pemerksaan (Pasal 7 (1)(g))

⁶ "AMIS", African Union Mission in The Sudan, dalam www.amis-sudan.org, diakses pada tanggal 22 April 2013..

2.Kejahatan Perang dengan 2 (dua) tuduhan, yaitu dengan maksud melakukan penyerangan terhadap suatu kelompok tertentu atau melakukan penghasutan kebencian terhadap kelompok tertentu (Pasal 8 (2)(i)) dan penjarahan (Pasal 8 (2)(v))

Tuduhan sebelumnya yang tidak dimasukkan ke dalam surat penangkapan yaitu, tuduhan atas kejahatan genosida dinyatakan tidak mencukupi bukti. Namun hal tersebut dapat dipertimbangkan kembali untuk dicantumkan sebagai sebuah tuduhan apabila dinyatakan sudah mencukupi bukti akan terjadinya genosida oleh Omar Al- Bashir. ICC dalam pertimbangan surat penangkapan tersebut menerangkan bahwa tidak ada dan dikenal penggunaan alasan hak immunitas dalam hal pelanggaran berat HAM dan hanya mengenal pertanggungjawaban pidana individu (Pasal 25 (3) Statuta Roma). Omar Al- Bashir sebagai presiden Sudan dan panglima angkatan bersenjata Sudan dituduh telah mengkoordinasikan desain dan pelaksanaan kampanye kontra pemberontakan di Darfur. Diketahui pula bahwa Omar Al-Bashir mengontrol semua kegiatan dan para pelaku serta menggunakan kekuasaannya untuk mengamankan tindakan kampanye kontra pemberontakan di Darfur.

Surat penangkapan atas Omar Al- Bashir ini menuai kecaman dari organisasi-organisasi internasional semacam Liga Arab dan UA. Pemerintah Sudan sendiri memprotes surat penangkapan tersebut dan menyatakan tidak akan menyerahkan Omar Al- Bashir kepada ICC dengan alasan Sudan bukan merupakan anggota ICC. Tindakan protes dari pemerintah Sudan itu sendiri kemudian diikuti dengan tindakan pengusiran terhadap 13 NGO asing dari Sudan.

Tindakan yang dianggap justru akan makin memperparah krisis baik di Darfur maupun di Sudan sendiri. ICC menyatakan bahwa alasan Sudan, yang menerangkan bahwa tindakan Omar Al-Bashir maupun Sudan bukan merupakan yurisdiksi ICC, bukanlah alasan yang tepat untuk menggambarkan sejauh mana yurisdiksi ICC dalam menindak pelanggaran berat HAM. Yurisdiksi ICC, dijelaskan dalam Pasal 12 dan 13 Statuta Roma, hanya berlaku

terbatas untuk negara anggotanya, kejahatan yang dilakukan di wilayah negara anggotanya, dan situasi yang diarahkan oleh Dewan Keamanan PBB.

Dewan Keamanan PBB sendiri mengeluarkan Resolusi DK PBB 1593 sebagai dasar pengusutan pelanggaran berat HAM di Darfur. Alasan dari Dewan Keamanan PBB ini lah serta Pasal 25 dan 103 Piagam PBB yang kemudian menjadi dasar bagi ICC untuk memaksa Sudan menyerahkan Omar Al-Bashir. Keinginan pemeriksaan terhadap Omar Al-Bashir oleh ICC juga berlandaskan dari prinsip yurisdiksi universal. Prinsip ini mengkategorikan suatu kejahatan internasional atau *delicta jure gentium* dapat diterapkan kewenangan mengadilinya oleh hukum pidana suatu negara atau masyarakat internasional, terlebih lagi perbuatan kejahatan tersebut melanggar kepentingan masyarakat internasional. Kasus Omar Al-Bashir ini nyatanya menjadi ujian bagi ICC dalam upayanya untuk menegakkan hukum internasional, khususnya hukum pidana internasional.

Mengingat bahwa kasus Omar Al-Bashir ini mengibaratkan ICC seperti jaring laba-laba yang hanya bisa menjaring lalat- lalat kecil seperti Sudan dalam kasus Omar Al-Bashir, tetapi tidak bisa menjerat negara-negara kuat seperti Amerika Serikat, Rusia dan Cina. Keberhasilan ICC ini kemudian akan menjadi terobosan penting dalam penegakan hukum pidana internasional menyangkut pejabat negara yang sedang berkuasa, walau hanya dilihat dari koridor kaca mata hukum. Namun, keadaan-keadaan ini kemudian menimbulkan pertanyaan sejauh manakah hak immunitas kepala negara dihadapan pengadilan pidana internasional ditinjau dari segi hukum internasional dan bagaimana keabsahan surat penangkapan ICC terhadap Omar Al- Bashir selaku kepala negara menurut hukum internasional.

B. Rumusan Masalah

1. Bagaimana penerapan hak immunitas kepala negara dalam pengadilan pidana internasional ditinjau dari segi hukum internasional?

2. Apakah Surat Penangkapan ICC terhadap Omar Al- Bashir selaku kepala negara sah menurut hukum internasional?

C. Tujuan Penelitian

Tujuan yang dalam penulisan hukum ini akan mencakup 2 (dua) hal, yaitu:

1. Untuk mengetahui dan menganalisis penerapan hak imunitas kepala negara dihadapan pengadilan pidana internasional ditinjau dari segi hukum internasional;
2. Untuk mengetahui dan menganalisis keabsahan surat penangkapan ICC terhadap Omar Al-Bashir selaku kepala negara menurut hukum internasional.

D. Manfaat Penelitian

Apabila tujuan di atas telah terpenuhi, maka hasil penulisan hukum ini akan memberikan manfaat dari segi:

1. Manfaat Teoritis, diharapkan dapat memberi kontribusi dan sumbangan yang berguna bagi ilmu pengetahuan pada umumnya dan hukum internasional pada khususnya, terlebih lagi mengenai hak imunitas yang dapat dinikmati seorang kepala negara.
2. Manfaat Praktis, diharapkan dapat memberi masukan berharga kepada pihak-pihak terkait dalam rangka implementasi kebijakan mengenai hak imunitas baik dari segi nasional maupun internasional.

E. Sistematika Penulisan

Penulisan hukum ini dibahas dalam beberapa bab yang terdiri dari:

Bab I berisi **Pendahuluan** menguraikan latar belakang permasalahan, rumusan masalah, tujuan penelitian, keaslian penelitian, manfaat penelitian, tinjauan pustaka, hipotesis, cara penelitian dan sistematika penulisan hukum;

Bab II berisi **Tinjauan Pustaka** menguraikan mengenai hak imunitas, terdiri dari pembatasan istilah hak imunitas dan pertanggungjawaban individu sebagai subjek hukum internasional dalam pengadilan pidana internasional

Bab III berisi **Metode Penelitian** yang menguraikan tentang jenis penelitian, teknik mencari data, jenis sumber data, dan teknik analisis data.

Bab IV berisi **Hasil Penelitian dan Pembahasan** menguraikan mengenai penerapan Hak Immunitas Kepala Negara dalam Pengadilan Pidana Internasional ditinjau dari segi Hukum Internasional dan Keabsahan Surat Penangkapan ICC terhadap Omar Al-Bashir selaku Kepala Negara Sudan

Bab V berisi **Penutup**, Kesimpulan dan Saran.



BAB II

TINJAUAN PUSTAKA

A. Dasar Teoritis dan Yuridis Hak Immunitas

Hak Immunitas yang dapat dinikmati bagi pejabat negara diperoleh dari hukum nasional maupun hukum internasional. Hak ini, pada hukum internasional, dapat dilihat pada kekebalan hukum dan keistimewaan yang diperoleh oleh para perwakilan negara yang sedang melaksanakan tugas dan kewajibannya di wilayah kedaulatan negara lain. Para perwakilan negara ini dalam hukum internasional maupun hukum nasional dikenal dengan nama pejabat diplomatik.

Adapun teori-teori mengenai mengapa diberikannya kekebalan-kekebalan dan hak istimewa, di dalam hukum internasional terdapat tiga teori yaitu ;⁷

1. *Teori Exterritoriality*; artinya ialah bahwa seorang wakil diplomatik itu karena Eksterritorialiteit dianggap tidak berada di wilayah negara penerima, tetapi di wilayah negara pengirim, meskipun kenyataannya di wilayah negara penerima. Oleh sebab itu, maka dengan sendirinya wakil diplomatik itu tidak takluk kepada hukum negara penerima. Begitun pula ia tidak dikuasai oleh hukum negara penerima dan tidak takluk pada segala peraturan negara penerima.
2. *Teori Representative Character*; Teori ini mendasarkan pemberian kekebalan diplomatik dan hak istimewa kepada sifat dari seorang diplomat, yaitu karena ia mewakili kepala negara atau negaranya di luar negeri.
3. *Teori Kebutuhan Fungsional*; Menurut teori ini dasar-dasar kekebalan dan hak-hak istimewa seorang wakil diplomatik adalah bahwa wakil diplomatik harus

⁷ Setyo Widagdo dan Hanif Nur Widhiyanti, *Hukum Diplomatik dan Konsuler: Buku Ajar Untuk Mahasiswa*, Bayumedia, Malang, 2008. hal. 72-78.

dan perlu diberi kesempatan seluas-luasnya untuk melakukan tugasnya dengan sempurna. Segala yang mempengaruhi secara buruk haruslah dicegah.

Pemberian kekebalan hukum dan keistimewaan pada pejabat diplomatik ini merupakan bukti sejarah diplomasi dalam pergaulan masyarakat internasional yang telah berkembang menjadi ketentuan hukum kebiasaan internasional. Kekebalan hukum dan keistimewaan yang dapat dinikmati oleh para pejabat diplomatik ini diperoleh berdasarkan ketentuan-ketentuan yang terdapat dalam Konvensi Wina 1961 tentang Hubungan Diplomatik. Konvensi tersebut menjabarkan hak-hak para perwakilan negara ini dalam pasal 29, 30 ayat 1, dan 31 ayat 1. Pasal 29 konvensi menyebutkan bahwa, "*The person of a diplomatic agent shall be inviolable. He shall not be liable to any form of arrest or detention. The receiving State shall treat him with due respect and shall take all appropriate steps to prevent any attack on his person, freedom or dignity.*"⁸ (Orang asing diplomatik tidak dapat diganggu-gugat. Ia tidak dapat dipertanggung jawabkan dalam bentuk apapun dari penahanan atau penangkapan. Negara penerima harus memperlakukannya dengan hormat dan harus mengambil semua langkah yang tepat untuk mencegah setiap serangan terhadap badannya, kebebasannya atau martabatnya) Sedangkan Pasal 30 ayat 1 menerangkan bahwa, "*The private residence of a diplomatic agent shall enjoy the same inviolability and protection as the premises of the mission.*" (tempat kediaman pribadi agen diplomatic menikmati inviolabilitas dan perlindungan yang sama seperti gedung misi). Pasal 31 ayat 1 juga menyebutkan keistimewaan yang diperoleh oleh pejabat diplomatik ketika memegang jabatan sebagai perwakilan negara di salah satu negara sahabat. Pasal tersebut menyebutkan bahwa: *A diplomatic agent shall enjoy immunity from the criminal jurisdiction of the receiving State.*

⁸ Grant V McClanahan, 1989, Diplomatic Immunity Principles, Practices, Problems, Institute for The Study of Diplomacy, Georgetown University, Washington DC, hal 187, 193

He shall also enjoy immunity from its civil and administrative jurisdiction, except in the case of:

- 1. A real action relating to private immovable property situated in the territory of the receiving State, unless he holds it on behalf of the sending State for the purposes of the mission;*
- 2. An action relating to succession in which the diplomatic agent is involved as executor, administrator, heir or legatee as a private person and not on behalf of the sending State;*
- 3. An action relating to any professional or commercial activity exercised by the diplomatic agent in the receiving State outside his official functions.*

Adapun maksudnya bahwa seorang agen diplomatik kebal dari yurisdiksi kriminal Negara penerima. Dan juga kebal dari yurisdiksi sipil dan administrasi kecuali dalam hal, perkara terhadap barang tetap dalam wilayah Negara penerima, perkara berhubungan dengan harta warisan dan kegiatan profesional yang berhubungan dengan perdagangan.

Pasal 29 Konvensi menerangkan bahwa seorang pejabat diplomatik merupakan seorang perwakilan negara yang berhak menikmati kekebalan hukum. Sebagai pejabat diplomatik, ia tidak dapat ditangkap ataupun ditahan dan merupakan kewajiban negara penerima untuk mengambil tindakan-tindakan pencegahan guna melindungi para perwakilan negara ini. Sedang menurut Pasal 30 ayat 1, kekebalan hukum tidak hanya dinikmati oleh pejabat diplomatik itu sendiri tetapi juga diberikan kepada gedung kantor dan rumah kediaman pejabat diplomatik itu sendiri. Pasal 31 ayat 1 menegaskan kembali mengenai kekebalan hukum pejabat diplomatik terhadap yurisdiksi pengadilan pidana, perdata dan administrasi. Namun kekebalan ini tidak berarti pejabat diplomatik dapat berbuat seenaknya. Pemberian hak ini murni sebagai fasilitas yang diberikan negara penerima agar pejabat diplomatik tersebut tidak mengalami hambatan-hambatan dalam

melaksanakan tugasnya di negara penerima. Oleh karena itu, kekebalan hukum ini tidak akan berfungsi jika ia memanfaatkan kekebalan hukum tersebut untuk mempermudah melakukan perbuatan-perbuatan yang hanya menguntungkan dirinya sendiri dan tidak atas nama negara pengirimnya.

Seperti yang tertulis dalam Pasal 31 Konvensi Wina 1961, seorang pejabat diplomatik tetap akan dikenai sanksi hukum jika ia melakukan tindakan-tindakan melawan hukum yang bukan atas dasar kepentingan negara pengirimnya. Imbalan hukum yang diberikan oleh sebuah negara kepada abdi negaranya ini bukanlah dimaksudkan sebagai pemberian sarana perlindungan diri sendiri dan keluarga dari yurisdiksi pengadilan tetapi ditujukan untuk membantu para abdi negara ini dalam melancarkan pelaksanaan tugas dan kewajiban. Keistimewaan ini diberikan dengan alasan bahwa para abdi negara yang diberi tugas untuk memberikan pelayanan yang sebaik-baiknya pada masyarakat ini layak mendapatkannya. Hal ini dikarenakan seringkali dalam merumuskan dan melaksanakan kebijakan yang dirasa bermanfaat bagi kepentingan masyarakat umum, mereka dihadapkan suatu aturan hukum yang sulit untuk dilanggar ketentuannya. Maka dari itu hak atas kekebalan dan keistimewaan tersebut, terutama hak imunitas, menjadi sesuatu yang tidak bisa dilepaskan begitu saja dari seorang pejabat negara, khususnya kepala negara atau kepala pemerintahan. Tapi seringkali dalam suatu pengambilan kebijakan, seorang pejabat negara melakukan penafsiran tersendiri terhadap makna kepentingan umum. Alih-alih menerapkan kebijakan yang populer demi kepentingan masyarakat umum, pejabat negara tersebut menerapkan kebijakan yang menguntungkan diri sendiri maupun segelintir golongan tertentu⁹. Hal inilah yang kemudian menjadi alasan dasar pengkajian hak imunitas yang dapat dinikmati seorang pejabat negara di

⁹ Ibid. hal. 193-195

depan hukum. Timbul satu pertanyaan, kapankah mulai berlakunya kekebalan dan keistimewaan diplomatik dan kapankah berakhirnya kekebalan dan keistimewaan diplomatik?

Menurut Konvensi Wina 1961 tentang hubungan diplomatik, setiap orang yang berhak mendapatkan hak istimewa dan kekebalan diplomatik akan mulai menikmati sejak pengangkatannya diberikan kepada Kementerian Luar Negeri atau kepada kementerian lainnya sebagaimana mungkin telah disetujui. Pasal 39 ayat 1 Konvensi Wina 1961 menyebutkan, bahwa:

Every person entitled to privileges and immunities shall enjoy them from the moment he enters the territory of the receiving State on proceeding to take up his post or, if already in its territory, from the moment when his appointment is notified to the Ministry for Foreign Affairs or such other ministry as may be agreed. Adapun maksudnya adalah, setiap orang berhak atas hak istimewa dan menikmati kekebalan (immunities) dari saat dia memasuki wilayah negara penerima dan melanjutkan untuk mengambil pos itu, atau jika sudah dalam wilayah, dari saat ketika itu adalah janji diberitahukan kepada Departemen Luar Negeri lain atau departemen yang akan disepakati. Hak istimewa dan kekebalan diplomatik akan tetap berlangsung sampai diplomat mempunyai waktu sepiantasnya menjelang keberangkatannya setelah menyelesaikan tugasnya di suatu negara penerima.

Bagi negara pengirim sudah jelas bahwa hak-hak istimewa dan kekebalan diplomatik dari wakil-wakil diplomatiknya berakhir atau tidak berlaku lagi pada saat mereka sudah berada kembali di negara-negara mereka sendiri. Karena tidaklah mungkin negara itu memberikan hak-hak istimewa dan kekebalan diplomatik kepada warga negaranya sendiri. Sedangkan bagi negara penerima, hak-hak istimewa dan kekebalan dari seorang perwakilan diplomatik asing yang masa jabatan atau tugasnya telah berakhir,

biasanya pada saat ia meninggalkan negara itu, atau pada saat berakhirnya suatu waktu yang layak (reasonable period/reasonable opportunity) yang diberikan kepadanya untuk meninggalkan negara penerima. Namun dalam hal tertentu, negara penerima dapat meminta negara pengirim untuk menarik diplomatnya apabila ia dinyatakan persona non grata. Pasal 39 ayat 2 Konvensi Wina disebutkan, bahwa:

When the functions of a person enjoying privileges and immunities have come to an end, such privileges and immunities shall normally cease at the moment when he leaves the country, or on expiry of a reasonable period in which to do so, but shall subsist until that time, even in case of armed conflict. However, with respect to acts performed by such a person in the exercise of his functions as a member of the mission, immunity shall continue to subsist

Artinya, apabila tugas-tugas seseorang yang mempunyai hak istimewa dan kekebalan itu biasanya berakhir pada waktu ia meninggalkan negeri itu¹⁰, atau pada habisnya suatu masa yang layak untuk itu, tetapi harus tetap berlaku sampai waktu berangkat, bahkan dalam keadaan sengketa bersenjata. Namun sehubungan dengan tindakan-tindakan orang demikian dalam melaksanakan tugas-tugasnya sebagai seorang anggota perwakilan, kekebalan harus tetap berlaku. Kekebalan tidak berhenti dalam hal tugas-tugas resmi yang dilakukan dalam rangka melaksanakan tugas-tugas mereka. Sedangkan dalam hal kematian seorang diplomat, anggota keluarganya masih berhak untuk menikmati kekebalan dan keistimewaan sampai waktu yang dianggap cukup pantas. Dengan demikian ketentuan-ketentuan yang mengatur tentang hak kekebalan dan hak istimewa dalam Konvensi Wina 1961 dijumpai dalam pasal 22 sampai 31, hal mana dapat diklasifikasikan dalam:¹¹

1. Ketentuan-ketentuan hak-hak istimewa dan kekebalan gedung-gedung perwakilan beserta arsip-arsip, kita jumpai pada pasal 22, 24 dan 30.

¹⁰ Setyo Widagdo dan Hanif Nur Widhiyanti, Op.Cit. hal.92

¹¹ Syahmin AK, *Hukum Diplomati: Suatu Pengantar*, Armico, Bandung, 1984. Hal. 112.

2. Ketentuan-ketentuan hak-hak istimewa dan kekebalan mengenai pekerjaan atau pelaksanaan tugas wakil diplomatik, kita jumpai dalam pasal 25,26 dan 27.
3. Ketentuan-ketentuan hak-hak istimewa dan kekebalan mengenai pribadi wakil diplomatik, kita jumpai dalam pasal 29 dan 31.

Disamping Konvensi Wina 1961 yang merupakan yuridis pemberian dan pengakuan hak kekebalan dan hak-hak istimewa diplomatik yang merupakan perjanjian-perjanjian multilateral bagi negara-negara pesertanya, juga dibutuhkan perjanjian bilateral antar negara yang merupakan pelaksanaan pertukaran diplomatik tersebut, sebagai dasar pelaksanaan kekebalan dan hak-hak istimewa diplomatik

B. Pelanggaran Hak Azasi Manusia (HAM)

Benturan hak imunitas pejabat negara terhadap suatu sistem Penegakan hukum ini sering ditemukan dalam kasus-kasus pelanggaran berat HAM¹², karena konsep pelanggaran berat HAM mengakui dan menerapkan suatu pertanggungjawaban individu dalam penegakannya. Hal ini berdasarkan hukum kebiasaan internasional, yang menyatakan secara tegas bahwa seorang pelaku pelanggaran berat HAM tidak boleh dibebaskan dari kewajiban hukum untuk mempertanggungjawabkan kejahatan yang telah ia lakukan.

Berkaitan dengan pelanggaran berat HAM tersebut di atas, Pasal 6 London Agreement 8 Agustus 1945 menyatakan bahwa terdapat 3 (tiga) jenis kejahatan yang harus diadili sebuah Mahkamah Kejahatan Internasional. Kejahatan-kejahatan tersebut adalah:

1. *Crimes against Peace*;
2. *War Crime*;

¹² J.C.T Simorangkir, 1983, Hukum dan Konstitusi Indonesia, Gunung Agung, Jakarta, hal: 35, Pondai Bamu, "Head of State Immunity and the ICC: Can Bashir be Prosecuted?", Oxford Transitional Justice Research Working Paper Series, Agustus 2008

3. *Crimes against humanity.*

Sedikit banyak berdasarkan London Agreement bisa dikategorikan dalam tiga hal, yaitu Kejahatan terhadap kemanusiaan, kejahatan perang, dan kejahatan terhadap perdamaian.¹³

Perkembangan pemikiran akan pelanggaran berat HAM dimulai dari kesadaran kolektif bangsa-bangsa di dunia terhadap perlunya perlindungan HAM secara internasional setelah kejadian-kejadian pada Perang Dunia ke II (PD II). Kejadian-kejadian tersebut menorehkan suatu sejarah baru dalam hukum pidana internasional dengan pembentukan dua pengadilan perang, yaitu Nuremberg Trial dan Tokyo Trial. Pengadilan ini mengadili pejabat-pejabat negara dari Jerman dan Jepang yang dirasa bertanggungjawab terhadap kejahatan-kejahatan dan kekejian pada PD II walaupun dalam pembentukannya disinyalir sebagai suatu upaya yang bersumber dari Victory's Justice pihak sekutu sebagai pemenang Perang Dunia II.

Pemikiran terhadap pelanggaran berat HAM melahirkan suatu konsep internasionalisasi HAM. Hal ini mengembangkan pemikiran bahwa HAM merupakan sesuatu yang harus diperhatikan setiap negara di dunia dalam hal pemajuan penghormatan dan perlindungan HAM di masing-masing negara. Seiring dengan itu, pelanggaran berat HAM juga dilandasi dengan prinsip yurisdiksi universal. Prinsip ini menerangkan bahwa hukum pidana suatu negara berlaku atas perbuatan pidana yang melanggar kepentingan masyarakat internasional sehingga perbuatan tersebut dikualifikasikan sebagai kejahatan internasional atau *delicta jure gentium*.

Karya tulis Linda Malone mengatakan, "Universal jurisdiction is based on the philosophy that when a person violates international law in such a grotesque and profound

¹³ GPH Haryomataram, *Hukum Humaniter*, Rajawali-Jakarta, 1984.

manner, all states have an obligation to prosecute.”¹⁴ Maksudnya bahwa yurisdiksi universal yang merupakan perluasan asas dalam hukum pidana internasional menerangkan kewajiban adanya suatu pertanggungjawaban individu dalam pelanggaran berat HAM. Hal ini selaras dengan pendapat Bruce Broomhall yang menggambarkan karakter khas dari hukum pidana internasional, yaitu:¹⁵

1. Pertanggungjawaban individu.
2. Pertanggungjawaban pidana tersebut tidak tergantung dari jabatan yang melekat pada seseorang.
3. Pertanggungjawaban individual tersebut tidak tergantung apakah undang-undang nasional mengecualikan dari pertanggungjawaban tersebut.
4. Pertanggungjawaban dimaksud mengandung konsekuensi penegakan hukum melalui mahkamah pidana internasional atau melalui pengadilan nasional yang dilaksanakan pada prinsip universal.
5. Terdapat hubungan erat secara historik, praktek dan doktrin antara hal-hal yang dilarang dari undang-undang dan landasan hukum internasional pasca perang dunia kedua.

Pertanggungjawaban pidana terhadap pelanggaran HAM mensyaratkan adanya suatu upaya hukum nasional dari negara yang bersangkutan terlebih dahulu. Hal ini merupakan penghormatan terhadap kedaulatan suatu negara untuk dapat mengadakan suatu proses hukum terhadap warga negaranya sebelum berada di bawah yurisdiksi hukum internasional (exhaustion of local remedies). Namun apabila semua upaya hukum domestik telah selesai ditempuh dan tidak memuaskan atau ada indikasi kuat bahwa upaya hukum domestik tersebut tidak jujur, tidak efektif, dan ditunda-tunda tanpa ada alasan yang jelas

¹⁴ Linda Malone, “Does Saddam Hussein Have Head of State Immunity”, http://law.case.edu/saddamtrail/entry.asp?entry_id=2, law.case.edu, diakses pada tanggal 20 April 2013.

¹⁵ JG Starke, 1989, Pengantar Hukum Internasional I, Sinar Grafika, Jakarta, hal 81-89

maka hal ini dapat dibawa ke hukum internasional, dalam hal ini suatu pengadilan pidana internasional yang bersifat ad hoc ataupun Mahkamah Pidana Internasional (ICC).

Penegakan hukum pidana internasional yang dilakukan oleh ICC mengisyaratkan adanya kewenangan untuk mengadili individu yang telah melakukan kejahatan perang. Penegakan hukum oleh ICC juga menempatkan semua orang sama di hadapan statuta ICC tanpa membedakan kapasitas jabatan seperti jabatan kepala negara atau pemerintahan, anggota pemerintahan atau parlemen, dan suatu dewan perwakilan atau pejabat pemerintah.

Menurut *Bruce Broomhall*, seperti yang tertulis dalam Eddy O.S Hiariej,¹⁶ ICC sebagai instrumen penegak hukum pidana internasional memiliki kewenangan untuk melakukan proses hukum terhadap individu-individu. Hal ini berlaku tak terkecuali pejabat negara yang memiliki kekebalan hukum, dalam hal ini kepala negara. Pelanggaran berat HAM yang terjadi di wilayah darfur sejak tahun 2002 sudah memberikan dasar suatu permulaan proses hukum terhadap individu pelaku oleh ICC.

C. Mahkamah Pidana Internasional (International Criminal Court/ICC)

1. Pembentukan dan Struktur Mahkamah

Pembentukan Mahkamah Pidana Internasional (*International Criminal Court/ICC*) akhirnya mencapai tahap penentuan di hadapan Konferensi Diplomatik PBB di Roma, yang telah berlangsung sejak 15 Juni 1998. Dengan hasil penghitungan suara dimana 120 diantaranya mendukung, 7 menentang, dan 21 abstain, para peserta menyetujui statuta yang akan membentuk sebuah pengadilan bagi tindak kejahatan paling serius yang menjadi perhatian internasional : *genocide* (pemusnahan etnis/suku bangsa), *crime against humanity* (kejahatan terhadap kemanusiaan), dan *war crime* (kejahatan perang). Sesuatu yang bersejarah baru saja hadir. Namun, bagi para aktivis hak asasi manusia di

¹⁶ Eddy O.S Hiariej, 2009, Pengantar Hukum Pidana Internasional, Penerbit Erlangga, Jakarta, hal 43

Amerika Serikat, kegembiraan yang hadir karena satu langkah maju bagi upaya meniadakan *impunity* ini, sedikit ternoda karena negara mereka bersama-sama dengan China dan Irak justru menentang disahkannya Statuta itu.

Statuta ini belum bisa diberlakukan sebelum 60 negara meratifikasinya, sebuah proses yang bisa memakan waktu bertahun-tahun. Bahkan, setelah mahkamah ini terbentuk, beberapa hambatan-hambatan yurisdiksional akan membatasi efektivitasnya pada tahun-tahun awal. Walaupun demikian, Mahkamah ini paling tidak memberikan harapan untuk memutus rantai *impunity* (*balas dendam*) bagi tindak kejahatan terhadap hak asasi manusia dan meningkatkan daya cegah terhadap kejahatan yang menakutkan itu. Menjelang akhir abad yang menjadi saksi terjadinya *holocaust* (*sesuatu yang amat menakutkan*), ditambah dengan bayangan pembersihan etnis di Bosnia dan Rwanda yang masih segar dalam ingatan, arti penting harapan ini bagi nilai-nilai kemanusiaan sangatlah besar.¹⁷

Mahkamah ini merupakan pengadilan yang permanen yang berkedudukan di Hague (Pasal 3 ayat 1). Hanya menangani tindak kejahatan yang terjadi setelah diberlakukannya Statuta Roma ini (Pasal 24). Karena Mahkamah ini diberlakukan atas dasar statuta multilateral, maka ia tidak menjadi bagian atau organ dari PBB, meskipun kedua organisasi ini akan mempunyai hubungan yang formal (Pasal 2). Lebih jauh lagi, Dewan Keamanan akan mempunyai peran yang penting dalam operasional Mahkamah ini atas dasar kewenangannya untuk memprakarsai suatu penyelidikan (Pasal 13 dan 16).

Pada awalnya, Mahkamah terdiri dari 18 orang hakim yang bertugas selama sembilan tahun tanpa dapat dipilih kembali. Para hakim dipilih berdasarkan dua pertiga suara Majelis Negara Pihak, yang terdiri atas negara-negara yang telah meratifikasi

¹⁷ Sudan Memprotes ICC, KOPAS.Com, Jum'at 6 Maret 2009. diakses 13 Mei 2013

statuta ini (Pasal 36 ayat 6 dan 9). Paling tidak separuh dari para hakim tersebut memiliki kompetensi di bidang hukum pidana dan acara pidana, sementara paling tidak lima lainnya mempunyai kompetensi di bidang hukum internasional, misalnya saja hukum humaniter internasional, dan hukum HAM internasional (Pasal 36 ayat 5). Dalam memilih para hakim, negara pihak harus memperhitungkan perlunya representasi berdasarkan prinsip-prinsip sistem hukum di dunia, keseimbangan geografis, dan keseimbangan gender (Pasal 36 ayat 8). Para hakim akan “disebar” dalam tiga bagian : pra-peradilan, peradilan, dan peradilan banding (Pasal 39).¹⁸

Mayoritas absolut dari Majelis Negara Pihak akan menetapkan jaksa penuntut dan satu atau lebih wakil jaksa penuntut dengan masa kerja sembilan tahun, dan tidak dapat dipilih kembali (Pasal 42 ayat 4). Orang-orang ini haruslah memiliki pengalaman praktek yang luas dalam penuntutan atau penyidikan kasus-kasus pidana (Pasal 42 ayat 3). Jaksa akan bertindak atas penyerahan dari Negara Pihak atau Dewan Keamanan, dan dapat juga berinisiatif melakukan penyelidikan atas kehendak inisiatif sendiri (*proprio motu*). Prinsip yang mendasar dari Statuta Roma ini adalah bahwa ICC “merupakan pelengkap bagi yurisdiksi pidana nasional” (Pasal 1). Ini berarti bahwa Mahkamah harus mendahulukan sistem nasional, kecuali jika sistem nasional yang ada benar-benar tidak mampu (*unable*) dan tidak bersedia (*unwilling*) untuk melakukan penyelidikan atau menuntut tindak kejahatan yang terjadi, maka akan diambil alih menjadi dibawah yurisdiksi Mahkamah (Pasal 17). Meskipun Mahkamah mempunyai standar tersendiri untuk menilai sebuah peradilan nasional, Statuta yang ada juga memungkinkan tertuduh atau negara yang bersangkutan untuk menentang campur tangan Mahkamah (Pasal 18 dan 19). Standar untuk menentukan “ketidakbersediaan” untuk menyelidiki

¹⁸ Muladi, “International and Internationalized Criminal Courts dalam Rangka Ikut Serta Menciptakan Perdamaian dan Keamanan Internasional”, Jurnal Ilmu Hukum, Vol 7, No 2, September 2004

atau menyidangkan sangatlah tinggi. Misalnya, keputusan nasional yang diambil dengan tujuan melindungi orang yang bersangkutan dari tanggung jawab kriminal (Pasal 17 ayat 2.a). Seperti halnya untuk menentukan ketidakmampuan memerlukan apa yang disebut sebagai “keruntuhan menyeluruh atau sebagian besar dari sistem pengadilan nasionalnya” (Pasal 17 ayat 3). Prinsip komplementaritas menggarisbawahi bahwa Mahkamah tidak dimaksudkan untuk menggantikan sistem peradilan yang masih berfungsi, melainkan untuk menyediakan sebuah alternatif untuk mencegah *impunity* yang disebabkan karena sistem peradilan yang independen dan efektif tidak tersedia.¹⁹

2. Yurisdiksi Mahkamah Pidana Internasional

Para partisipan konferensi menentukan tindak kejahatan apa saja yang dimasukkan dalam yurisdiksi Mahkamah, dan bagaimana menetapkan batasan- batasannya. Mahkamah akan mempunyai yurisdiksi atas tindak kejahatan *genocide*, kejahatan terhadap kemanusiaan, dan kejahatan perang. Statuta juga menyatakan bahwa Mahkamah akan mempunyai yurisdiksi atas agresi, setelah Mahkamah menegaskan batasan-batasan tindak kejahatan dan syarat-syarat yang harus dipenuhi ketika Mahkamah menjalankan yurisdiksinya.²⁰ Ada kesepakatan universal bahwa *genocide* haruslah disertakan, dengan pengertian sebagaimana yang tercantum pada Konvensi Genocide 1948. Sementara, bentuk-bentuk kejahatan yang lain sempat mengundang perdebatan dan sedikit kontroversi.

a. Kejahatan Terhadap Kemanusiaan

Hasil terpenting dalam Konferensi Roma adalah kodifikasi kejahatan terhadap kemanusiaan (Pasal 7) dalam perjanjian multilateral yang pertama sejak Piagam

¹⁹ Muladi, Ibid.

²⁰ Ari Siswanto, Yurisdiksi Material Mahkamah Kejahatan Internasional, Ghalia Indonesia, Bogor, 2005. Hal.9.

Nuremberg. Mahkamah akan memiliki yurisdiksi atas kejahatan tersebut, baik yang dilakukan oleh negara maupun aktor non- negara. Memang ada desakan dari beberapa negara untuk membatasi kewenangan Mahkamah atas kejahatan terhadap kemanusiaan yang terjadi saat berlangsungnya konflik bersenjata. Hukum kebiasaan internasional, kenyataannya tidak memandatkan hal ini, dan hanya membahas kejahatan kemanusiaan yang terjadi di masa damai. Kesepakatan akhir memutuskan bahwa Mahkamah tetap memiliki kewenangan atas kejahatan terhadap kemanusiaan, baik yang terjadi di masa damai maupun di tengah konflik bersenjata²¹.

Isu yang paling berkembang dalam debat wacana tentang kejahatan terhadap kemanusiaan ini adalah apakah yurisdiksi Mahkamah juga termasuk atas “serangan yang luas *atau* sistematis yang diarahkan pada suatu kelompok penduduk sipil.” Beberapa negara berargumen bahwa Mahkamah hanya boleh mempunyai kewenangan atas serangan yang sifatnya luas *dan* sistematis. Sementara kelompok pembela HAM merespon bahwa hal itu bisa menimbulkan keterbatasan yang tak perlu bagi Mahkamah, yang hanya bisa menangani kasus dimana ditemukan bukti bahwa yang terjadi merupakan kebijakan yang direncanakan. Mereka lebih lanjut menegaskan bahwa rangkaian aksi yang meluas yang berupa pembunuhan dan pembasmian sudah cukup untuk mendukung yurisdiksi Mahkamah.

Kompromi yang dicapai adalah “luas *atau* sistematis”, namun ditegaskan dengan “*Serangan yang ditujukan terhadap suatu kelompok penduduk sipil*” berarti *serangkaian perbuatan yang mencakup pelaksanaan berganda... sesuai dengan atau sebagai kelanjutan dari kebijakan Negara atau organisasi untuk melakukan serangan tersebut*” (Pasal 7 ayat 2.a). Sayangnya, pernyataan bahwa serangan sebagai

²¹ Ari Siswanto, Ibid. hal. 13

repository.ub.ac.id

kelanjutan dari sebuah kebijakan secara efektif berarti bahwa tindak kejahatan tersebut haruslah sistematis. Statuta juga mensyaratkan adanya “aksi individual yang berkaitan dengan serangan” menimbulkan sugesti bahwa pelaku individual haruslah mengerti tentang kebijakan yang bersangkutan, untuk bisa dinyatakan bersalah. Persyaratan ini sebetulnya merupakan kemunduran dilihat dari standar hukum internasional yang selama ini diakui dan dipakai, dan secara signifikan membatasi yurisdiksi Mahkamah atas jenis kejahatan ini.

Hasil penting lain dari Konferensi Roma ini adalah pencantuman secara eksplisit bahwa kejahatan yang berupa serangan seksual sebagai kejahatan terhadap kemanusiaan dan kejahatan perang. Beberapa tindakan yang dapat dimasukkan dalam dua kategori ini adalah : perkosaan, perbudakan seksual, prostitusi yang dipaksakan, kehamilan yang dipaksakan, sterilisasi yang dipaksakan, atau bentuk lain dari kekerasan seksual yang memiliki bobot yang setara (Pasal 7 ayat 1.b) (Pasal 8 ayat 2.b.xxii) (Pasal 8 ayat 2.e.vi). Statuta tidak berbeda substansi dengan yang terkandung dalam hukum internasional yang ada dalam hal ini. Pencantuman secara detail dan eksplisit tindakan kejahatan seksual ini dalam yurisdiksi Mahkamah, merupakan sebuah penguatan yang kritis bahwa perkosaan dan bentuk serangan seksual lainnya dalam situasi tertentu merupakan tindak kejahatan paling serius yang menjadi perhatian internasional.²²

b. Kejahatan Perang

Statuta Roma memberikan kepada Mahkamah yurisdiksi atas kejahatan perang baik yang dilakukan dalam konflik internasional maupun internal (Pasal 8 ayat 2).

²² MAKALAH Romli Artasasmita, “Ratifikasi Statuta ICC: Problema dan Prospeknya”, Rapat Terbatas Pembahasan Statuta ICC (Statuta Roma) di Departemen Pertahanan, Departemen Pertahanan, 10 September 2008

Dimasukkannya konflik bersenjata internal dalam yurisdiksi Mahkamah sangatlah vital, karena kebanyakan konflik bersenjata yang terjadi di dunia dewasa ini terjadi dalam batas-batas suatu negara. Sayangnya, terjadi kompromi untuk tidak mengikutsertakan sejumlah tindak kejahatan yang sebenarnya merupakan pelanggaran serius dalam konflik bersenjata internal. Misalnya saja menimbulkan secara sengaja kelaparan penduduk sipil sebagai salah satu metode memenangkan perang.

Ada beberapa upaya yang terus dilakukan dalam seminggu terakhir pembahasan oleh beberapa negara untuk membatasi lebih banyak lagi jangkauan kejahatan di dalam konflik bersenjata internal atau mengusulkan ambang yang menyulitkan Mahkamah dalam menerapkan yurisdiksinya. Untung saja upaya-upaya ini tidak berhasil. Ketentuan-ketentuan dalam Statuta Roma tentang kejahatan di dalam konflik bersenjata internal harus melalui berbagai argumen sekedar untuk menentukan apakah suatu kejahatan tertentu perlu diatur dalam hukum internasional.

Statuta ini termasuk di dalamnya sebuah prasyarat yang menyatakan “*Mahkamah mempunyai yurisdiksi berkenaan dengan kejahatan perang pada khususnya apabila dilakukan sebagai suatu bagian dari suatu rencana atau kebijakan atau sebagai bagian dari suatu pelaksanaan secara besar-besaran dari kejahatan tersebut.*” (Pasal 8 ayat 1). Pernyataan ini merupakan sebuah kompromi antara mereka yang menginginkan Mahkamah untuk mempunyai yurisdiksi *hanya* ketika sebuah kejahatan perang merupakan bagian dari suatu rencana atau bagian dari suatu pelaksanaan yang luas sifatnya, dengan mereka yang menginginkan tidak adanya prasyarat sama sekali. Kata “sebagai suatu bagian” dianggap membatasi yurisdiksi Mahkamah, namun juga memberi jalan pada Mahkamah untuk melakukan suatu tindakan jika keadaan memungkinkan, meskipun tidak ada bukti bahwa ada rencana atau ada pelaksanaan kejahatan perang bersekala luas.

Kekecewaan timbul ketika Statuta mencantumkan bahwa perintah atasan dapat digunakan sebagai pembelaan atas tuduhan kejahatan perang. Jika Nuremberg memang benar-benar berarti, ialah bahwa kalimat “saya cuma mengikuti perintah” tidak bisa dijadikan sebuah alasan untuk melakukan kejahatan perang. Bahkan Statuta Pengadilan bagi Yugoslavia dan Rwanda menyatakan dengan tegas bahwa perintah atasan tidak dapat membebaskan seorang individu dari tanggung jawabnya. Di bawah Statuta Roma, sayangnya, seorang tertuduh dapat menghindar dari tanggung jawab pidananya dengan menunjukkan bahwa ia terikat oleh kewajiban hukum untuk mematuhi perintah, yang ia tidak tahu bahwa perintah tersebut sebenarnya melanggar hukum atau perintah itu tidak nyata-nyata melawan hukum (Pasal 33). Statuta Roma ini justru menyimpang dari Piagam Nuremberg dan statuta-statuta pendirian Peradilan HAM internasional yang pernah ada, dengan membuatnya semakin sulit untuk menerapkan atau menghadirkan tanggung jawab seorang atasan secara pidana atas kejahatan yang termasuk dalam yurisdiksi Mahkamah (Pasal 28).

c. Agresi

Piagam Nuremberg mengikutsertakan “kejahatan terhadap perdamaian” bersama-sama dengan kejahatan perang dan kejahatan terhadap kemanusiaan, dan banyak yang beranggapan bahwa “adalah sebuah langkah mundur dalam upaya menyelenggarakan sebuah peradilan yang permanen tanpa memasukkan kejahatan agresi di dalam yurisdiksi Mahkamah”. Bagaimanapun, banyak terjadi ketidaksepakatan dalam mendefinisikan jenis kejahatan ini, seperti juga dalam menempatkan peranan apa yang dapat Dewan Keamanan mainkan dalam menentukan apakah sebuah agresi telah terjadi atau tidak. Toh akhirnya dalam subyek yurisdiksi Mahkamah termasuk juga di dalamnya adalah kejahatan agresi (Pasal 5 ayat 1.d). Namun Mahkamah tidak dapat menerapkan yurisdiksinya atas agresi sampai suatu ketentuan disahkan yang mendefinisikan kejahatan

dan menetapkan kondisi-kondisi dimana Mahkamah menjalankan yurisdiksi berkenaan dengan kejahatan ini (Pasal 5 ayat 2). Sebagai sebuah hal yang praktis, amandemen seperti itu mungkin saja tidak pernah terealisasi. Tidak ada amandemen bisa dipertimbangkan sampai tujuh tahun setelah berlakunya Statuta, bahkan setelah itu pun sebuah amandemen membutuhkan persetujuan dari paling tidak duapertiga anggota Majelis Negara Pihak dan suatu amandemen akan berlaku bagi semua Negara Peserta setelah diratifikasi oleh tujuh perdelapan daripadanya (Pasal 121 ayat 3 dan 4).²³

c. Perdagangan Obat Bius dan Terorisme

Dimasukkannya perdagangan obat bius dan terorisme mendapatkan dukungan yang signifikan, meskipun tidak sebesar pada agresi, misalnya. Dalam resolusi yang ditambahkan pada keputusan akhir, para partisipan Konferensi merekomendasikan bahwa atas tinjauan lebih lanjut konferensi mempertimbangkan untuk menambahkan kejahatan ini ke dalam subyek yurisdiksi Mahkamah. Secara praktis, peraturan amandemen yang sukar menterjemahkannya seakan-akan kejahatan ini tidak akan berada dalam pengawasan Mahkamah.

Ada kesepakatan yang meluas bahwa Negara Pihaklah yang seharusnya dapat merujuk suatu keadaan tertentu pada Mahkamah. Tapi ada juga debat yang alot mengenai apakah Dewan Keamanan sebaiknya dapat merujuk suatu keadaan tertentu, dan apakah jaksa penuntut dapat berinisiatif melakukan suatu penyelidikan atas mosinya sendiri.

Statuta Roma mengizinkan Dewan Keamanan merujuk atau meneruskan sebuah keadaan atau situasi (dimana satu atau lebih kejahatan yang tampak telah dilakukan) kepada Mahkamah, saat memainkan peran sebagaimana yang disebutkan pada Bab VII Piagam PBB (Pasal 13.b). Salah satu yang paling kuat menentang kewenangan

²³ Romli Artasasmita, Ibid.

Dewan Keamanan ini adalah India, yang berargumen bahwa Dewan Keamanan hendaknya tidak mempunyai peranan apapun dalam operasional Mahkamah.

Dalam penjelasannya ketika memberikan suara menentang, India menambahkan bahwa “pemberian peran kepada Dewan Keamanan yang tercantum dalam Statuta melanggar hukum internasional.” Dewan Keamanan juga mempunyai wewenang untuk menunda penyelidikan atau penuntutan sampai selama dua belas bulan dan dapat diperbaharui kembali (Pasal 16).

Dalam sudut pandang berkaitan dengan kewenangan ini, sangatlah mengejutkan bahwa mereka yang menentang ICC dalam Kongres Amerika Serikat, macam senator Jesse Helms dan senator Rod Gram mengkritik Statuta Roma sebagai sebuah upaya untuk memuarakan semua persoalan pada Dewan Keamanan. Grams lebih lanjut mengatakan bahwa Statuta Roma tersebut justru merupakan “sebuah kemenangan besar bagi mereka yang mengkritik Dewan Keamanan selama ini”. Padahal faktanya para pengkritik Dewan Keamanan yang paling keras, macam India, Irak, dan Libya, justru menolak untuk mendukung Statuta ini, sementara tiga dari lima anggota tetap Dewan Keamanan justru mendukungnya.

Statuta Roma juga mengizinkan jaksa penuntut untuk menginisiasi sebuah penyelidikan atas mosinya sendiri (*proprio motu*). Para pendukung pengadilan yang independen dan efektif merasa bahwa seorang jaksa penuntut dengan wewenang *proprio motu* merupakan sumbangan yang esensial bagi penyerahan Dewan Keamanan dan Negara Pihak. Meskipun penyerahan semacam itu penting artinya, tapi tidak akan cukup jika pengadilan yang ada belumlah efektif dalam menghukum dan mencegah tindakan pidana internasional. Dewan Keamanan merupakan sebuah badan politis yang seringkali dilumpuhkan oleh hak veto para anggota tetapnya. Sementara para negara seringkali segan untuk mengajukan pengaduan jika berkaitan dengan kedaulatan negara lain,

terutama jika bisa merusak hubungan diplomatik dan ekonomi, atau jika bisa mengundang pengaduan balasan. Konsekuensinya, jaksa penuntut yang independen sangat penting artinya jika kasus yang ditangani ada dalam situasi tindak kriminal yang sangat keji dimana kemauan politik untuk memprosesnya sangatlah kurang.

Statuta Roma sangat membatasi *hak propio itu* (hak menuntut) jaksa penuntut. Sebelum seorang penuntut bisa memulai inisiatifnya, ia harus meyakinkan terlebih dahulu dewan hakim bahwa “*ada suatu dasar yang masuk akal untuk melanjutkan dengan penyelidikan, dan bahwa kasus itu tampak masuk ke dalam yurisdiksi Mahkamah,*” (Pasal 15 ayat 4). Jaksa Penuntut juga harus menghormati penyelidikan yang dilakukan oleh otoritas nasional, kecuali jika dewan hakim memutuskan bahwa otoritas yang ada benar-benar tidak berniat atau tidak mampu melakukan penyelidikan atau penuntutan (Pasal 17 dan 18). Tambahan lainnya : Mahkamah dan Jaksa Penuntut harus menunda proses sampai masa 12 bulan dan bisa diperpanjang, jika Dewan Keamanan memintanya (Pasal 16). Terakhir, Jaksa Penuntut dibatasi hak inisiatifnya hanya pada kasus-kasus yang terjadi dalam wilayah negara yang telah menerima yurisdiksi Mahkamah, atau tindakan dilakukan oleh negara tersebut.

Pihak Amerika Serikat menentang pemberian hak *propio motu* (*hak menuntut*) dengan dasar, seperti yang diungkapkan duta besar David Scheffer, “*hanya akan membuat Mahkamah terbebani dengan pengaduan dan pengalihan masalah yang melimpah, sekaligus membuat Mahkamah terlibat dalam kontroversi, pengambilan keputusan politik, dan kebingungan*”. Meskipun sang duta besar mengekspresikan perhatian yang mendalam, masih perlu dipertanyakan apakah yang diperingatkannya itu benar-benar “membahayakan” keseluruhan Statuta. Berbagai sistem dan prosedur bisa dikembangkan demi penanganan informasi pengaduan yang adil dan efisien. Bahkan jika sang Jaksa Penuntut memang menerima banyak sekali pengaduan,

kenyataan bahwa subyek yurisdiksi Mahkamah yang dibatasi bisa menyediakan “saringan” yang efektif yang akan menyaring limpahan pengaduan tersebut. Lebih lanjut, prakondisi yang dibutuhkan untuk menjalankan yurisdiksi Mahkamah juga berperan sebagai mekanisme penyaring. Dan terhadap bahaya “pengambilan keputusan politik”, cara paling pasti untuk menghindari hal tersebut adalah mekanisme yang ada dalam statuta: Jaksa Penuntut yang independen yang tunduk pada sudut pandang hukum, hanya menangani tindak kejahatan sebagaimana yang telah dijelaskan secara tegas dan diterima secara luas.

Di bawah Statuta Roma, Dewan Keamanan dapat merujuk sebuah situasi yang melibatkan wilayah atau bangsa dari suatu negara yang menjadi Pihak dalam Piagam PBB, sebagaimana Dewan Keamanan juga mempunyai otoritas untuk menyelenggarakan pengadilan *ad hoc* tanpa perlu mendapatkan persetujuan dari negara yang bersangkutan. Sebaliknya, rujukan Negara Pihak dan penyelidikan *proprio motu* oleh Jaksa Penuntut sangatlah dibatasi dengan tegas. Jika “picu” tersebut telah ditekan, maka Mahkamah dapat melangkah maju hanya jika situasi yang ada melibatkan peristiwa yang terjadi di dalam wilayah sebuah negara yang telah menerima yurisdiksi Mahkamah atau yang dilakukan oleh negara itu sendiri (Pasal 12 ayat 2).

Sebuah negara dinyatakan menerima yurisdiksi Mahkamah jika ia telah meratifikasi Statuta -- meskipun negara tersebut dapat menunda penerimaannya atas yurisdiksi kejahatan perang selama tujuh tahun (Pasal 124) --, atau dengan cara menandatangani deklarasi *ad hoc* yang menyatakan menerima otoritas Mahkamah (Pasal 12 ayat 1 dan 3).

Banyak, atau bisa dibilang kebanyakan, negara yang di wilayahnya banyak terjadi tindak kejahatan sebagaimana yang termasuk dalam yurisdiksi Mahkamah, atau yang warga negaranya cenderung bertanggung jawab atas kejahatan-kejahatan tersebut, bukanlah yang termasuk pertama-tama menandatangani Statuta Roma ini. Prakondisi

berkaitan dengan wilayah dan kewarganegaraan ini mengandung arti bahwa untuk beberapa tahun tampaknya Mahkamah Pidana Internasional akan menjadi Mahkamahnya Dewan Keamanan.

Harapan kelompok pembela HAM dan pendukungnya adalah pada akhirnya bisa tercapai sebuah kesepakatan universal, yang memungkinkan Mahkamah “melayani” generasi mendatang sebagai institusi peradilan yang independen dan efektif.

Ada dukungan yang luas dalam Konferensi ini untuk mengikutsertakan negara-negara yang persetujuannya dianggap dapat memberi dasar bagi yurisdiksi Mahkamah. Negara yang sedang melakukan penahanan terhadap tersangka, dan negara dimana korban adalah warganya. Tekanan dari Amerika Serikat dan negara-negara kuat lainnya, sayangnya, mengalahkan inisiatif ini, dan menghasilkan kesepakatan yang hanya sekedar mendekati. Jika mengikutsertakan kesepakatan yang hanya sekedar tersangka kejahatan dalam yurisdiksi Mahkamah secara signifikan akan meluaskan jangkauan Mahkamah. Dalam Statuta yang sekarang ini, Mahkamah tidak mempunyai kuasa untuk menuntut dan memproses seorang individu yang dituduh melakukan *genocide* yang sedang berada dalam tahanan di sebuah negara penandatanganan. Ini sekaligus juga meniadakan beberapa dasar yurisdiksi yang lain.

Mengikutsertakan negara dimana korban menjadi warganya, juga akan meluaskan jangkauan Mahkamah. Yang utama adalah, memberi perlindungan lebih kepada tentara penjaga perdamaian yang berasal dari negara perratifikasi yang sedang melakukan misi ke negara non perratifikasi. Mahkamah akan bisa menerapkan yurisdiksinya atas kejahatan perang yang menimpa pasukan penjaga perdamaian, walaupun terjadi di wilayah sebuah negara atau dilakukan oleh warga negara yang tidak menerima yurisdiksi Mahkamah. Ironinya, negara-negara yang paling kukuh membatasi

jangkauan yurisdiksi Mahkamah justru mereka yang menyatakan perhatiannya pada hubungan antara Mahkamah dengan pasukan penjaga perdamaian internasional.

Kelompok pembela HAM berargumen bahwa prinsip “*yurisdiksi universal*” haruslah melekat pada Mahkamah. Yurisdiksi universal adalah sebuah prinsip hukum internasional yang telah diterima secara luas, yang menyatakan bahwa negara manapun dapat menuntut para pelaku *genocide*, kejahatan terhadap kemanusiaan, dan kejahatan perang, tanpa perlu mempedulikan batas-batas wilayah dan kewarganegaraan. Sebagai contoh praktis, kemampuan Mahkamah untuk menentukan kejahatan apa saja yang masuk dalam yurisdiksinya akan bisa ditingkatkan jika diberi yurisdiksi universal. Tak perlu banyak komentar kiranya, Statuta ini akhirnya, dengan prakondisi yang “ketat” untuk penerapan yurisdiksinya, merefleksikan kemunduran substansial dari yurisdiksi universal. Ini barangkali hal yang paling mengecewakan selama Konferensi.

Alasan utama yang diberikan oleh AS kenapa mereka “menentang” Statuta Roma adalah bahwa Mahkamah akan dapat menerapkan yurisdiksinya atas peristiwa yang terjadi di dalam wilayah sebuah negara yang telah menerima yurisdiksi Mahkamah. AS mendesak agar Mahkamah hanya dapat menerapkan yurisdiksinya jika negara dimana tersangka adalah warganya telah menerima yurisdiksi. Dubes Scheffer mencela basis teritorial bagi yurisdiksi Mahkamah sebagai “sebuah bentuk yurisdiksi yang dipaksakan atas negara-negara yang bukan Negara Pihak” ini menurutnya, “bertentangan dengan prinsip paling mendasar dari hukum perjanjian”. Meskipun ungkapan itu bisa dibalang keras, tidak ada yang luar biasa jika sebuah negara punya kuasa untuk memutuskan bagaimana menghakimi sebuah kejahatan yang terjadi di dalam wilayahnya, terutama jika kejahatan itu termasuk diantara yang paling serius yang bisa dibayangkan. Memang kenyataannya, basis teritorial bagi yurisdiksi memang sangat kuat, bahkan lebih kuat dari kewarganegaraan. Sangat mengejutkan jika

pemerintah AS mengklaim bahwa negara-negara yang berdaulat punya yurisdiksi yang terbatas di wilayah mereka sendiri. AS dengan cerdas merujuk pada “yurisdiksi yang dipaksakan atas negara-negara yang bukan Negara Pihak” yang secara akurat menegaskan bahwa sebuah perjanjian atau Statuta tidak dapat mengikat negara-negara yang bukan penandatangan. Statuta Roma ini, walau bagaimanapun, tidak menyetujui yurisdiksi Mahkamah atas “negara manapun”. Sebaliknya, Mahkamah mempunyai yurisdiksi atas individu, dan tidak mengikat negara yang bukan termasuk Negara Pihak. Beberapa negara tertentu tidak mempunyai kewajiban, misalnya, untuk menyerahkan tersangka, bekerja sama dalam penyelidikan, atau melakukan hal-hal lainnya.

Sebagaimana dijelaskan dalam pemaparan, ada banyak kompromi dibuat oleh negara-negara yang ikut Konferensi Roma dengan maksud menghasilkan sebuah perjanjian yang bisa mendapatkan dukungan luas. Hasil yang dicapai tidak seperti yang diharapkan oleh kelompok-kelompok pembela HAM, meskipun di beberapa bagian justru melenceng lebih jauh dari yang diharapkan oleh beberapa negara. Tapi yang jelas, Statuta Roma ini menyediakan sebuah kerangka (*framework*) dari keadilan internasional bagi generasi mendatang. Pengorbanan nyawa manusia dan penderitaan akibat rantai *impunity* akan semakin panjang jika kita tidak memberi kesempatan bagi kerangka kerja ini untuk diterapkan.

BAB III

METODE PENELITIAN

A. Jenis Dan Pendekatan Penelitian

Penelitian ini menggunakan metode *Yuridis Normatif* yaitu mengkaji dan menganalisis peraturan-peraturan mengenai kebijakan *Responsible to Protect* dalam Hukum Internasional. Penelitian Yuridis Normatif dimaksudkan bahwa, permasalahan hukum yang menjadi objek kajian dianalisis berdasarkan pada sumber-sumber berupa peraturan-peraturan, yang berlaku, teori-teori hukum dan doktrin-doktrin para sarjana hukum terkemuka.

Pendekatan penelitian yang digunakan dalam karya ilmiah ini yaitu pendekatan “*statuta approach*”,²⁴ yaitu pendekatan yang digunakan dalam penelitian hukum yang dilakukan dengan menelaah peraturan-peraturan yang bersangkutan paut dengan isu hukum di bidang hukum diplomatik. Kemudian pendekatan selanjutnya yaitu model pendekatan kasus (*case approach*)²⁵, yakni menelaah kasus-kasus yang terjadi terutama kasus yang menyangkut kekebalan terhadap Kepala Negara dan lembaga diplomatiknya.

B. Jenis Bahan Hukum

1. **Bahan Hukum Primer**, yaitu ketentuan-ketentuan hukum internasional. Bahan-bahan ini dapat diperoleh, terutama dalam sumber-sumber hukum internasional, yaitu:

- 1). Piagam Perserikatan Bangsa-Bangsa
- 2). Statuta Roma 1998
- 3). Konvensi Wina 1961 tentang Hubungan Diplomatik

²⁴Peter Mahmud Marzuki, 2005, *Penelitian Hukum*, Kencana, Jakarta hlm 93

²⁵Johny Ibrahim, 2006, *Teori dan Metode Penelitian Hukum Normatif*, Bayumedia: Malang, hlm 313-315

- 4). Konvensi New York 1969 tentang Special Mission
- 5). Resolusi Dewan Keamanan PBB 1556
- 6). Resolusi Dewan Keamanan PBB 1564
- 7). Resolusi Dewan Keamanan PBB 1593
- 8). Putusan Pre-Trial Chamber 1 ICC No. ICC-02/05-01/09 pada tanggal 4 Maret 2009.

2. Bahan Hukum Sekunder, yaitu bahan-bahan yang erat hubungannya dengan bahan hukum primer dan dapat membantu menganalisa serta memahami bahan hukum primer meliputi karya yang ada hubungannya dengan pokok bahasan yang akan diteliti baik dalam bentuk buku, skripsi, majalah, jurnal hukum, informasi yang dimuat di internet (website, e-jurnal, e-news) dan sebagainya.

3. Bahan Hukum Tersier, yaitu bahan-bahan tertulis yang menunjang penulisan hukum seperti:

- a). Kamus Hukum
- b). Kamus Besar Bahasa Indonesia
- c). Pedoman Umum Ejaan Bahasa Indonesia yang Disempurnakan
- d). Kamus Bahasa Inggris-Indonesia

C. Teknis Pengumpulan Bahan Hukum

Bahan hukum primer yang digunakan oleh penulis di kumpulkan melalui study pustaka dan mengumpulkan berbagai informasi yang terkait serta beberapa informasi penunjang yang dapat membantu menemukan baik data terbaru. Bahan hukum yang dibutuhkan dikumpulkan melalui teknik studi kepustakaan/dokumen, yakni dengan cara mencari bahan-bahan hukum yang diperlukan melalui buku-buku literatur dan sumber dokumentasi lainnya, untuk kemudian diklarifikasi berdasarkan permasalahan.

D. Analisis Bahan Hukum

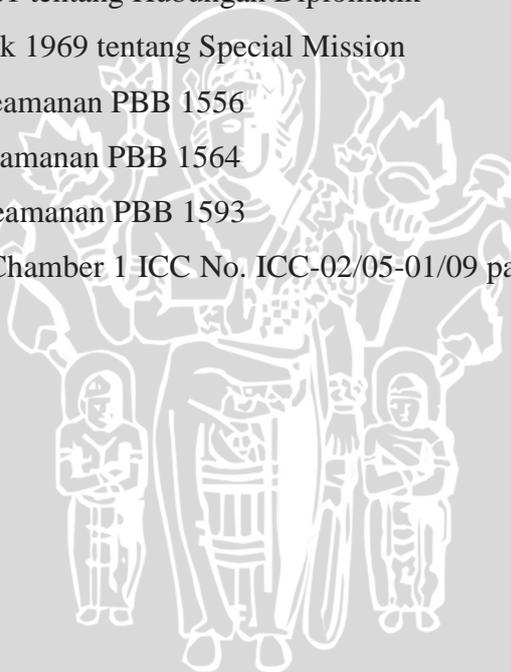
Teknik analisis bahan hukum dalam penelitian ini menggunakan *Diskriptif analytis*. Sumber bahan hukum yang diperoleh kemudian dianalisis dengan cara; *pertama* mendiskripsikan ataupun memberikan suatu gambaran berdasarkan objek kajian di analisis. Disini diartikan bahwa bahan hukum yang diperoleh berkenaan dengan objek kajian yaitu mengenai hak kekebalan kepala Negara dihadapan peradilan internasional. *Kedua* melakukan interpretasi dari kalimat yang terdapat dalam prinsip *hak Kekebalan* itu sendiri. *Ketiga* membandingkan hasil dari hasil interpretasi prinsip tersebut dengan fakta-fakta yang berkaitan dan yang terjadi di lapangan agar terlihat permasalahan-permasalahan yang timbul di lapangan untuk kemudian dilakukan analisis terhadap beberapa hal yang diperbandingkan tersebut agar diperoleh suatu hasil analisis berupa kelebihan ataupun kelemahan yang terdapat di dalamnya. *Keempat* memberikan suatu kesimpulan serta rekomendasi terhadap Bahan hukum yang telah dianalisis tersebut ataupun berdasarkan dari hasil pembahasan yang telah dilakukan.

E. Definisi Konseptual

1. **Hak Kekebalan** adalah Hak Kebal (immunity) terhadap alat-alat kekuasaan negara dan kekebalan terhadap segala gangguan yang merugikan yang diartikan bahwa pejabat negara tersebut kebal sebagaimana diatur dalam pasal 1 Conventions on Special Mission New York 1969 dan Konvensi Wina 1961 tentang Hubungan Diplomatik;
2. **International Criminal Court** adalah Pengadilan Pidana Internasional sebagai instrumen penegak hukum pidana internasional memiliki kewenangan untuk melakukan proses hukum terhadap individu- individu berdasarkan Statuta Roma

1998. Hal ini berlaku tak terkecuali bagi pejabat negara yang memiliki kekebalan hukum, dalam hal ini kepala negara.

3. **Pelanggaran HAM Berat** adalah pelanggaran terhadap kemanusiaan yaitu *Genocide* (penghapusan etnis), *Crime Againsts Humanity* (Kejahatan terhadap kemanusiaan), *War Crime, Aggression*.
4. **Hukum Internasional** adalah ketentuan-ketentuan hukum internasional, terutama dalam sumber-sumber hukum internasional, yaitu:
 - a). Piagam Perserikatan Bangsa-Bangsa
 - b). Statuta Roma 1998
 - c). Konvensi Wina 1961 tentang Hubungan Diplomatik
 - d). Konvensi New York 1969 tentang Special Mission
 - e). Resolusi Dewan Keamanan PBB 1556
 - f). Resolusi Dewan Keamanan PBB 1564
 - g). Resolusi Dewan Keamanan PBB 1593
 - h). Putusan Pre-Trial Chamber 1 ICC No. ICC-02/05-01/09 pada tanggal 4 Maret 2009.



BAB IV

HASIL DAN PEMBAHASAN

A. Penerapan Hak Immunitas Kepala Negara dalam Pengadilan Pidana Internasional ditinjau dari segi Hukum Internasional

Berdasarkan Statuta Roma 1998, ICC (International Criminal Court) merupakan pengadilan permanen yang akan menyidik dan mengadili individu-individu yang melakukan pelanggaran berat terhadap hukum humaniter dan HAM, yaitu kejahatan perang, kejahatan terhadap kemanusiaan, genosida, dan kejahatan agresi. Tentunya hal ini butuh kerjasama nasional dan internasional dalam penegakannya (Pasal 5 Statuta Roma).

Sifat permanen dari pengadilan ini salah satunya adalah untuk menghapus praktek impunitas yang terjadi, terutama selama Perang Dingin. Hal ini berkaitan dengan fakta bahwa selama Perang Dingin, pelaku kejahatan internasional dan pelanggar berat HAM sering diuntungkan dengan karakteristik kondisi politik Perang Dingin yang sering menenggelamkan isu-isu demokrasi dan HAM. Ketika Perang Dingin berakhir, beban negara untuk menggalang mitra ideologis selama perang berlangsung berangsur-angsur menghilang sehingga menciptakan ruang untuk diperhatikannya aspek HAM. Pendirian *ICTY (International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the Former Yugoslavia since 1991)* dan *ICTR (The International Tribunal for Rwanda shall have the power to prosecute persons responsible for serious violations of international humanitarian law committed in the territory of Rwanda)* merupakan pesan langsung yang mengatakan bahwa *praktek impunitas* harus diakhiri. Hal ini bisa kita lihat dalam permohonan

ekstradisi terhadap Augusto Pinochet, ekstradisi Ricardo Cavallo (perwira AL Argentina yang dituduh melakukan Genosida) ke Spanyol, diseretnya Hissene Habre (mantan presiden Chad) ke depan pengadilan Senegal, serta usulan pembentukan pengadilan HAM ad hoc untuk kasus Timor-Timur di Indonesia. Seperti halnya Bassiouni yang mengemukakan bahwa salah satu upaya untuk menghentikan impunitas adalah dengan penghukuman melalui institusi internasional (international prosecutions)²⁶. Melihat substansi konsiderans yang termuat dalam Preamble Statuta Roma, secara jelas tampak bahwa pembentukan ICC sebenarnya memiliki latar belakang ideal yang sama dengan pembentukan mahkamah- mahkamah kejahatan internasional ad hoc sebelumnya. Pembentukan ICC dan mahkamah- mahkamah ad hoc itu dapat dipandang sebagai institusionalisasi gagasan anti-impunitas yang memiliki dimensi keadilan retributif dan pencegahan kejahatan (crime prevention). Hal ini senada dengan pendapat LaFave, yang dikutip oleh Ari Siswanto, tentang lima fungsi hukum pidana, yaitu:

1. *Retribution*, yang mengandung arti bahwa hukum pidana dipergunakan untuk memberikan balasan dan penderitaan yang setimpal bagi pelaku tindak pidana berdasarkan prinsip an eye for an eye;
2. *Detterence*, yang berarti mencegah orang lain atau pelaku untuk melakukan (lagi) tindak pidana;
3. *Denunciation*, yakni menegaskan bahwa tindak pidana yang telah dilakukan oleh pelakunya adalah tindakan salah;
4. *Incapacitation*, menjaga (melalui lembaga penahanan) supaya pelaku tidak mampu lagi melakukan tindak pidana; dan

²⁶ Ifdhal Khasim, "Pengadilan Hak Asasi Manusia dalam Konteks Nasional dan Internasional", Seminar Pembangunan Hukum Nasional VIII, Jakarta, 2003, hal 447 115 Siswanto, op.cit, hal 11

5. *Rehabilitation*, memperbaiki pelaku tindak pidana Melihat kans yang ada, memang perlu waktu untuk mekanisme penegakan hukum internasional.²⁷

Terlebih lagi proses-proses dalam hubungan internasional lebih menekankan aspek politik. Merupakan sebuah jaminan bahwa ICC pun akan menjadi bahan tertawaan masyarakat internasional ketika tidak mampu menjaring pelaku kejahatan internasional dari negara adidaya. Kebutuhan utama dalam penegakan ini adalah kerjasama internasional antara negara-negara dunia untuk menjunjung tinggi ICC sehingga dengan sendirinya hukum akan memberikan keamanan dan perdamaian dunia, seperti cita-cita di dalam Piagam PBB.

Pasal 1 Statuta Roma 1998 menyebutkan bahwa ICC “...*shall be a permanent institution and shall have the power to exercise its jurisdiction over persons for the most serious crimes of international concern, ...and shall be complementary to national criminal jurisdictions.*” Berdasarkan ketentuan tersebut: bahwa ICC merupakan mahkamah permanen yang ditujukan untuk menjadi institusi yang berdiri dalam jangka panjang. Konsekuansinya adalah permasalahan mengenai status hukum dari ICC menjadi hal yang krusial. Hal ini selain menyangkut performa ICC dalam hubungan internasional, tentunya juga mengenai sejauh mana pelaksanaan fungsi dan serta pencapaian tujuan ICC itu sendiri. Secara umum hal ini akan dikaitkan dengan setidaknya dua aspek yang saling berkaitan, yaitu legal personality (personalitas hukum) dan legal capacity (kapasitas hukum). Personalitas hukum menyangkut kualitas suatu organisasi selaku subyek hukum internasional

²⁷ *ibid*, hal 12 Preamble Statuta Roma, “The state parties to this statute determined to put an end to impunity for the perpetrator of these crimes and thus to contribute to the prevention of such crimes.” Muladi, *op.cit*, hal 430; lihat juga Kasim, *op.cit*, hal 448 .LaFave dalam Ari Siswanto, *op.cit*, hal 14

sedangkan kapasitas hukum terkait dengan kemampuan organisasi internasional melakukan tindakan hukum.

Sebagai institusi internasional, ICC memiliki International Legal Personality. Hukum internasional menempatkan International Legal Personality sebagai status yang memungkinkan suatu entitas dianggap sebagai subyek hukum internasional tersendiri yang dapat memiliki hak dan sekaligus dibebani kewajiban berdasarkan norma-norma hukum internasional, atau seperti istilah menurut Harris, di dalam “personality” terkandung makna bahwa suatu entitas merupakan “legal actor.” Gagasan mengenai personalitas hukum telah digambarkan dengan baik dalam pernyataan Mahkamah Internasional tentang organisasi internasional khususnya PBB. Mahkamah tersebut menyatakan: *The Court stresses, further, the important political tasks of the Organization: the maintenance of international peace and security. Accordingly the Court concludes that the Organization possessing as it does rights and obligations, has at the same time a large measure of international personality and the capacity to operate upon an international plane.* Pendapat ini menyatakan bahwa PBB merupakan “international person.” Senada menurut Maryan Green, yang dikutip oleh Ari Siswanto, yaitu: “*endowment of the an intenational organizations with a legal personality in public international law is therefore a ‘sine qua non’ of achieving the object for which the organization was set up.*”²⁸ ICC sendiri jika kita perhatikan merupakan organ yang mau tidak mau harus berkerjasama dengan negara- negara dan organisasi internasional lainnya. Oleh

²⁸ J.G Starke, 1989, Pengantar Hukum Internasional II, Sinar Grafika, Jakarta, hal 798 121 Harris, op.cit, hal 101 122 Advisory Opinion of 11 April 1949, Reparations for Injuries Suffered in the Service of the United Nations.

sebab itu penegasan status personalitas hukum ini sangat penting terkait pelaksanaan fungsi dan pencapaian tujuan- tujuannya.

Hakikat dari *international legal personality* adalah kapasitas untuk memiliki hak dan kewajiban berdasarkan hukum internasional. Kapasitas hukum akan memberikan suatu organisasi internasional kewenangan-kewenangan melakukan tindakan hukum antara lain mencakup tindakan untuk melakukan perjanjian, mendapat dan memindahtangankan barang, serta melakukan proses hukum²⁹.

Hubungan antara ICC dengan pengadilan nasional dapat kita temukan juga dalam preamble dan pasal 1 Statuta Roma, yaitu “shall be complementary to national criminal jurisdiction” yang berarti bahwa hubungan antara ICC dengan pengadilan nasional bersifat komplementer atau pelengkap atas pengadilan nasional. Hal ini mengingat bahwa kepentingan kewibawaan suatu negara untuk mengadili sendiri terlebih dahulu kejahatan yang dilakukan di negaranya. Pengaturan ini merupakan hikmah yang diambil ketika lepasnya pelaku kejahatan yang seharusnya dapat diadili pasca PD I sehingga pada PD II ditentukan aturan yang lebih pasti seperti dalam Deklarasi Moskow. Piagam London dalam Nuremberg Trial menjamin keberadaan Deklarasi Moskow tanggal 30 Oktober 1943 seperti yang dinyatakan dalam Pasal 4, yaitu “*nothing in this agreement shall prejudice the provisions established by the Moscow Declaration concerning the return of war criminals to the countries where they committed their crime.*” Artinya menyatakan bahwa kewenangan mengadili orang-orang Jerman yang melakukan kejahatan selama Perang Dunia II didasarkan pada negara tempat kejahatan tersebut dilakukan³⁰.

²⁹ Maryan Green dalam Siswanto, op.cit, hal 34 124 Resolusi Majelis Umum PBB 12 November 1947 tentang Convention on the Privileges and Immunities of the Specialized Agencies.

³⁰ Lihat pertimbangan Piagam London 8 Agustus 1945.

Pendekatan yang dilakukan oleh ICTY dan ICTR agak berbeda dari Nuremberg Trial. Walau adanya pengakuan terhadap kewenangan pengadilan nasional, kedua statuta tersebut menyatakan bahwa ICTY dan ICTR memiliki posisi yang lebih tinggi daripada pengadilan-pengadilan nasional. Sedangkan mengenai ICC, seperti yang sudah dinyatakan sebelumnya bahwa ICC merupakan pelengkap dari pengadilan nasional. Namun melalui pasal 17 Statuta Roma, walaupun tidak secara eksplisit, dijelaskan bahwa ICC memiliki hubungan superior terhadap pengadilan nasional. Hubungan ini muncul apabila terkait dengan kasus-kasus tertentu yang berdasarkan pasal 17 (1) Statuta Roma dinyatakan dapat diterima oleh ICC. Kasus-kasus yang dimaksud adalah: Kasus tersebut sedang diperiksa atau dituntut oleh Negara yang memiliki yurisdiksi atas kasus tersebut, kecuali Negara tersebut tidak bersedia (*unwillingness*) atau tidak mampu (*inability*) melaksanakan penyidikan atau penuntutan;³¹ Kasus tersebut telah diselidiki oleh Negara yang memiliki yurisdiksi atas kasus tersebut dan Negara telah memutuskan untuk tidak melakukan penuntutan terhadap orang tersebut, namun keputusan untuk tidak melakukan penuntutan tersebut dihasilkan dari ketidaksediaan atau ketidakmampuan dari Negara untuk melaksanakannya; Selain itu, dalam kaitannya untuk mengesampingkan proses pengadilan nasional, ICC juga dapat berperan jika:

1. Proses pengadilan yang telah dijalankan ternyata bertujuan untuk melindungi orang yang dimaksud dari pertanggungjawaban pidana atas tindak pidana di dalam wilayah yurisdiksi ICC; dan

³¹ Pasal 9 (1) Statuta ICTY dan Pasal 8 (1) ICTR 127 Pasal 9 (2) Statuta ICTY dan Pasal 8 (2) ICTR 128 Pasal 17 (1) (a) Statuta Roma

2. Proses pengadilan, dengan merujuk pada norma-norma peradilan yang diakui oleh hukum internasional, tidak dilakukan secara mandiri dan juga dengan niat dan cara yang tidak konsisten untuk menegakkan keadilan.³²

Kondisi seperti ini menggambarkan bahwa ICC pada dasarnya merupakan pelengkap pada pengadilan nasional, akan tetapi dalam keadaan tertentu diakui adanya primacy dari ICC. ICC merupakan organisasi internasional yang bersifat independen. Meskipun pada pelaksanaan fungsi dan pencapaian tujuannya, ICC perlu didukung oleh PBB. Hal ini secara eksplisit dapat kita temukan pada Statuta Roma bahwa adanya kehendak jalinan hubungan antara ICC dengan PBB berupa agreement. Selain berupa agreement, keterkaitan antara ICC dengan PBB juga tampak dalam hal berikut: DK PBB berdasarkan Bab VII Piagam PBB merupakan salah satu pihak yang dapat menentukan situasi dugaan pelanggaran untuk ditindaklanjuti oleh penuntut umum ICC.³³ PBB bisa menjadi sumber informasi tambahan bagi penuntut umum ICC untuk mengevaluasi informasi awal yang diterimanya; Sekretaris Jenderal PBB bisa menjadi saluran komunikasi berkenaan dengan pernyataan negara- negara mengenai permintaan kerjasama dengan ICC.

Yurisdiksi ICC pada dasarnya adalah suatu bentuk kewenangan (power) yang dimiliki oleh pengadilan, yang memberikan kekuasaan pada pengadilan itu untuk memeriksa kasus, menerapkan hukum, dan mengambil keputusan atasnya. Black's Law Dictionary mendefinisikan yurisdiksi sebagai: *...The power of the court to decide a matter in controversy and presupposes the existence of a duly constituted court with control over the subject matter and the parties. It defines the powers of*

³² Pasal 17 (1)(b) Statuta Roma 130 Pasal 20 (3)(a) Statuta Roma 131 Pasal 20 (3)(b) Statuta Roma.

³³ Muladi, "International and Internationalized Criminal Courts dalam Rangka Ikut Serta Menciptakan Perdamaian dan Keamanan Internasional", Jurnal Ilmu Hukum, Vol 7, No 2, September 2004, hal 112 133 Pasal 2 Statuta Roma. 134 Pasal 13 (b) Statuta Roma.

*courts to inquire into facts, apply the law, make decisions, and declare judgement. It exists when court has cognizance of class of cases involved, proper parties are present, and point to be decided is within powers of court...*³⁴

Yurisdiksi ICC terbatas pada empat hal, yaitu wilayah (teritorial), waktu, materi perkara, dan person.

1. **Yurisdiksi Teritorial Secara umum**, Statuta Roma menegaskan bahwa ICC bisa menjalankan fungsi dan kewenangannya di wilayah Negara Pihak dalam Statuta Roma. Namun ICC pun dapat menjalankan kewenangannya di wilayah Negara bukan Pihak asalkan adanya perjanjian khusus untuk itu. Statuta Roma juga mengatur bahwa yurisdiksi teritorial ICC tergantung pada inisiatif pengajuan kasus ke ICC. Apabila suatu kasus diajukan ke Penuntut Umum ICC oleh Negara Pihak atau diselidiki atas inisiatif sendiri Penuntut Umum ICC, maka negara tempat terjadinya kejahatan ataupun negara dari kewarganegaraan pelaku haruslah Negara Pihak dalam Statuta Roma. Sementara itu, apabila suatu kasus diajukan kepada Penuntut Umum ICC oleh DK PBB dalam rangka pengambilan tindakan berdasarkan Bab VII Piagam PBB, Statuta Roma tidak menegaskan tentang aspek teritorialitas³⁵ tempat terjadinya pelanggaran (*locus delicti*) maupun aspek nasionalitas pelakunya. 140 Statuta Roma juga menyiratkan bahwa Negara bukan Pihak dalam Statuta Roma dapat memiliki posisi yang sama dengan Negara Pihak, sepanjang negara itu menyatakan suatu deklarasi bahwa negara tersebut tunduk pada yurisdiksi ICC. Sedangkan dalam hal kapal dan pesawat udara dianggap sebagai wilayah dari negara tempat kapal atau pesawat udara itu didaftarkan.

³⁴ Rule 104 (2) Rules of Procedure and Evidence. 136 Rule 176 (1) Rules of Procedure and Evidence. 137 Garner, op.cit, hal 853

³⁵ Pasal 4 (2) Statuta Roma 139 Pasal 12 (2) Statuta Roma.

2. **Yurisdiksi Rationae Temporis**, Salah satu prinsip dalam hukum yang menyangkut asas legalitas adalah “*nullum delictum nulla poena sine praevia lege poenali*.” Prinsip ini menyatakan bahwa seseorang tidak dapat dianggap melakukan tindak pidana dan dijatuhi pidana apabila sebelumnya tidak ada kriminalisasi formal terhadap tindakan yang dilakukannya tersebut, dalam bahasa lainnya adalah seseorang tidak dapat dituntut telah melakukan suatu tindakan pidana apabila pada saat³⁶ terjadinya tindakan tersebut, tindakan tersebut belumlah menjadi suatu tindakan pidana. Pasal 11 Statuta Roma mengakomodir prinsip ini dengan tidak adanya upaya penerapan asas retroaktif dalam ICC. Statuta Roma menerangkan bahwa yurisdiksi ICC hanya terhadap kejahatan yang dilakukan setelah Statuta Roma berlaku. Menurut pasal 126 Statuta Roma, statuta akan mulai berlaku dua bulan setelah penyimpanan ratifikasi yang ke-60. Sehingga jika melihat fakta bahwa ratifikasi ke-60 terjadi pada tanggal 11 April 2002, maka Statuta Roma mulai berlaku pada tanggal 1 Juli 2002. Ketentuan lain mengenai asas legalitas ini dapat ditemukan dalam pasal 23 dan 24 (1) Statuta Roma. Pasal 23 menyatakan “*a person convicted by the court may be punished only in accordance with this statute.*” Sedangkan pasal 24 (1) mengatur bahwa tidak seorang pun dapat dimintai pertanggungjawaban pidana berdasarkan ketentuan statuta atas perbuatan yang dilakukan sebelum berlakunya statuta. Penyusunan asas legalitas dalam Statuta Roma ini dirasa perlu mengingat bahwa mahkamah- mahkamah³⁷ kejahatan internasional sebelum ICC melakukan penyimpangan terhadap asas legalitas, yang merupakan asas penting dalam hukum pidana terkait keadilan di masyarakat. Berbeda dengan Nuremberg Trial, ICTR, dan ICTY yang dibentuk untuk merespon

³⁶ Pasal 13 Statuta Roma 141 Pasal 12 (2) dan Pasal 12 (3) Statuta Roma 142 Pasal 12(2)(a) Statuta Roma.

³⁷ Pasal 11 (1) Statuta Roma.

suatu kejadian tertentu, ICC dibentuk untuk mengantisipasi pelanggaran-pelanggaran yang akan terjadi seterusnya dari tanggal berlakunya ICC dalam hukum internasional.

3. **Yurisdiksi Rationae Personae**, Yurisdiksi ini menerangkan tentang terhadap siapa saja suatu pengadilan memiliki kewenangan untuk mengadili. Hal ini ditegaskan dalam Statuta Roma bahwa yurisdiksi ICC mengikat terhadap orang (natural persons). Penegasan ini juga dilengkapi ketentuan bahwa orang-orang yang melakukan kejahatan yang masuk dalam yurisdiksi ICC harus mempertanggungjawabkannya secara individu.³⁸

Pasal 1 Statuta ICTY menentukan yurisdiksi temporis ICTY mencakup pelanggaran-pelanggaran yang dilakukan sejak tahun 1991. Pasal 1 Statuta ICTR menentukan yurisdiksi temporis ICTR mencakup pelanggaran-pelanggaran yang dilakukan antara tanggal 1 Januari 1994 hingga 31 Desember 1994. Perkembangan mahkamah kejahatan internasional pasca Nuremberg Trial sedikit banyak diwarnai oleh *Principles of International Law Recognized in the Charter of the Nürnberg Tribunal and in the Judgment of the Tribunal* yang disusun oleh Komisi Hukum Internasional. Salah satu prinsip yang sangat krusial adalah “*any person who commits an act which constitutes a crime under international law is responsible therefore and liable for punishment*” yang menerapkan adanya pertanggungjawaban individu. Selaras dengan prinsip tersebut, Statuta ICTY dan ICTR menyatakan bahwa setiap orang yang merencanakan, mendorong, memerintahkan, melakukan, membantu atau bersekongkol di dalam perencanaan, persiapan dan pelaksanaan kejahatan yang dicakup oleh statuta dinyatakan memikul tanggung jawab pidana

³⁸ Pasal 25 (1) Statuta Roma dan Pasal 25 (2) Statuta Roma

secara individual. Penegasan terhadap pertanggungjawaban individu tersebut dijelaskan bahwa walaupun posisi pelaku, baik sebagai kepala negara atau kepala pemerintahan maupun sebagai pejabat pemerintah tidak membebaskan pelaku tersebut dari tanggung jawab pidana dan tidak pula meringankan pidana yang dijatuhkan.³⁹ Selain itu seorang atasan tidak akan luput dari tanggung jawab pidana atas tindak pidana yang dilakukannya jika :

- a. Ia mengetahui atau seharusnya mengetahui bahwa bawahannya akan atau telah melakukan tindak pidana, dan
- b. Ia gagal mengambil tindakan yang diperlukan guna mencegah tindak pidana itu atau guna menghukum pelakunya.

Kenyataan bahwa seseorang melakukan perintah atasan (superior order) juga tidak membebaskan seseorang tersebut dari pertanggungjawaban pidana, walau dapat dijadikan alasan peringanan pidana. Tanggung jawab individu juga dinyatakan secara eksplisit dalam Statuta Roma. Posisi pelaku juga tidak menghapuskan atau meringankan pertanggungjawaban pidana seseorang. Seorang komandan yang dalam hal ini bawahannya melakukan perbuatan pidana pun bernasib sama untuk dapat dimintai pertanggungjawabannya.⁴⁰ Perintah atasan juga bukan suatu upaya yang dapat melepaskan diri dari yurisdiksi ICC terhadap kejahatan yang telah dilakukan.

4. **Yurisdiksi Rationae Materiae**, Yurisdiksi terakhir dalam ICC adalah menyangkut materi dari jenis-jenis kejahatan yang diatur dalam Statuta Roma. Kejahatan-kejahatan tersebut diatur dalam pasal 5 hingga pasal 8 Statuta Roma,

³⁹ Principle I Principles of International Law Recognized in the Charter of the Nürnberg Tribunal and in the Judgment of the Tribunal 148 Pasal 7 (1) Statuta ICTY dan pasal 6 (1) ICTR

⁴⁰ Pasal 7 (2) Statuta ICTY dan pasal 6 (2) ICTR 150 Pasal 7 (3) Statuta ICTY dan pasal 6 (3) ICTR 151 Pasal 25 Statuta Roma. 152 Pasal 27 Statuta Roma.

yaitu: 1. Genosida (genocide); 2. Kejahatan terhadap kemanusiaan (crime against humanity); 3. Kejahatan perang (war crimes); dan 4. Kejahatan agresi (the crime of aggression). Kualifikasi kejahatan genosida dalam Statuta Roma pada dasarnya tidak berbeda dari Statuta ICTY dan ICTR. Sedangkan kualifikasi kejahatan terhadap kemanusiaan secara prinsip sama dengan kualifikasi dalam Statuta ICTR, meskipun dalam Statuta Roma 1998 unsur- unsur kejahatan tersebut dijabarkan lebih rinci. Pengertian kejahatan perang di dalam Statuta Roma mencakupi tindakan-tindakan berikut:⁴¹

1. *Grave breaches of the Geneva Conventions of 1949;*
2. *Serious violations of the laws and customs applicable in international armed conflict;*
3. *Serious violations of article common to the four Geneva Conventions of 1949; dan*
4. *Serious violations of the laws and customs applicable in armed conflicts of an international character.*

Sedangkan mengenai kejahatan agresi, belum terdapat kesepakatan dari negara-negara peserta konvensi mengenai definisinya dan cara-cara untuk menerapkan yurisdiksi tersebut. Jadi berdasarkan Statuta Roma, hanya atas kejahatan-kejahatan tersebut di atas, seseorang individu dapat diadili di dalam ICC.⁴²

Pengaruh Hak Imunitas Kepala Negara Terhadap Pelaksanaan Yurisdiksi ICC merupakan sebuah pengadilan permanen yang didirikan dengan tujuan untuk mewujudkan perdamaian dan keamanan internasional. Tujuan ini selaras dengan pengakuan Statuta Roma yang menekankan bahwa pelanggaran terhadap kejahatan

⁴¹ Pasal 28 Statuta Roma. 154 Pasal 33 Statuta Roma.

⁴² Muladi, op.cit, hal 115

serius dapat menggoncang tatanan masyarakat internasional dan perlunya pemulihan keadaan dengan adanya penegakan terhadap keadilan. Keadilan ini sebelumnya bisa dikatakan sulit untuk dicapai karena kebanyakan pelaku kejahatan internasional merupakan pejabat negara di masing- masing negaranya. Hak imunitas yang melekat pada pejabat negara terutama kepala negara akan memberikan perlindungan hukum yang efektif terhadap penikmat hak tersebut. Hal ini dimaksudkan agar pejabat negara dapat menjalankan tugas dan perannya dengan baik. Kelancaran peran ini diharapkan akan membawa kesejahteraan dan kebaikan pada masyarakat dan negara. Pengaturan hak imunitas dapat kita temukan dalam hukum internasional dan nasional. Fakta ini merupakan bukti sejarah bahwa memang pengaturan tentang hak imunitas memiliki urgensi dalam praktek kenegaraan⁴³. Namun bukan berarti hal ini mutlak diemban oleh seorang kepala negara. Walaupun hukum internasional mengakui adanya kekebalan hukum, pejabat negara yang melanggar hukum internasional tetap harus diproses sesuai hukum internasional karena dalam hukum internasional setiap individu mempunyai kedudukan yang sama di hadapan hukum. Ketentuan ini lah yang kemudian berkembang dalam praktek pengadilan internasional kontemporer. Preamble Statuta Roma dapat dijadikan acuan perkembangan tersebut yang memang kemudian menjadi salah satu latar belakang pembentukan ICC. Muladi sendiri mengatakan pada dasarnya latar belakang pembentukan ICC dapat dibedakan menjadi dua, yaitu general spirit dan specific spirit. General spirit pembentukan ICC adalah semangat universal untuk mengamankan penghormatan terhadap HAM dan kebebasan dasar (human rights

⁴³ Preamble Statuta Roma 157. Ibid.

and fundamental freedom), sedangkan specific spirit dapat diidentifikasi dari berbagai semangat untuk merealisasikan hal-hal sebagai berikut:⁴⁴

- a. Menciptakan keadilan bagi semuanya (to achieve justice for all);
- b. Mengakhiri praktek “impunity (balas dendam)”, yaitu sikap mengabaikan tanpa memberikan hukuman terhadap para pelaku pelanggaran berat HAM;
- c. Membantu mengakhiri konflik;
- d. Memperbaiki kekurangan dan kelemahan dari berbagai pengadilan ad hoc yang pernah ada karena dipandang telah menerapkan apa yang dinamakan “selective justice.”;
- e. Mengambil alih perkara, apabila lembaga pengadilan nasional tidak mau atau tidak mampu memproses pelanggaran berat HAM; dan
- f. Mencegah timbulnya kejadian serupa di masa akan datang.

Semangat tersebut mengakomodir terhadap adanya peranan individu sebagai pihak yang dapat dimintai pertanggungjawabannya atas kejahatan internasional yang telah dilakukannya. Semangat ini selain diharapkan akan meniadakan praktek impunitas tetapi juga adanya penelaahan kembali penyematan hak imunitas kepada kepala negara dalam hukum internasional. Mengingat beban dari semangat tersebut yang demikian besar, tidak salah pula jika memang imunitas dalam Statuta Roma menjadi salah satu topik ketentuannya. Statuta Roma sendiri, dalam kaitannya dengan imunitas, menganut asas pertanggungjawaban pidana perorangan (*individual criminal responsibility*). Sehingga jelas ancaman terhadap pelucutan imunitas dalam kasus pelanggaran berat HAM akan menghantui pelaku pelanggaran

⁴⁴ Muladi pada Supriyadi, “Pelanggaran Hak Asasi Manusia yang Berat dalam Perspektif Hukum Pidana Nasional dan Internasional”, *Mimbar Hukum*, No 43/II, 2003

berat HAM, terutama kepala negara. Secara eksplisit Statuta Roma, dengan kalimat yang bersifat "*mandatory obligation (kewajiban untuk melaksanakan)*", melarang negara mengambil alih tanggung jawab individual dari orang-orang yang diduga kuat atau telah terbukti melakukan pelanggaran berat HAM yang menjadi yurisdiksi ICC. Berdasarkan prinsip pertanggungjawaban pidana individu tersebut, Statuta Roma menganut prinsip *non-impunity* sebagaimana ditegaskan di dalam Preamble Statuta Roma alinea kelima, "*put an end to impunity to for the perpetrators of these crimes..*". Alinea kelima ini merupakan konsekuensi logis dari bunyi alinea keempat, yang menegaskan, "*that the most serious crimes of concern to the international community as a whole must not go unpunished...*". Prinsip "*non-impunity (balas dendam)*" mengandung konsekuensi logis penyidikan kasus pelanggaran berat HAM harus sampai menjangkau "*senior state officials*" di negara yang bersangkutan sehingga ICC memerlukan kerjasama dari negara yang bersangkutan untuk melaksanakan penangkapan dan penahanan terhadap yang bersangkutan. Implementasinya sudah tentu prinsip ini akan berbenturan dengan hak imunitas pelaku yang memiliki jabatan publik seperti kepala negara atau para menteri. Prinsip "*par in parem non habet imperium*" (*an equal has no power over an equal*), dalam konteks imunitas di Statuta Roma ini, juga tidak akan berlaku karena ICC yang memiliki dan berwenang melaksanakan yurisdiksi atas tindakan penangkapan dan penahanan tersebut sedangkan negara tidak memiliki kewenangan tersebut (dalam konteks unwilling dan inabilty negara). Kaitan imunitas dengan kewenangan negara bersangkutan, penulis berpendapat bahwa hal tersebut dapat kita telaah sebagai berikut:⁴⁵

⁴⁵ Pasal 17 Statuta Roma

1. Kepala negara sebagai lambang kedaulatan negara, berdasarkan kekuasaan, dapat menghambat proses pemeriksaan dan penuntutan terhadap dirinya dalam kasus-kasus di lingkup pengadilan domestik.
2. Posisi sebagai lambang kedaulatan negara pun malah akan mendorong pemerintah nasional untuk tidak mengadakan penuntutan terhadap kepala negara karena hal ini menyangkut harkat dan martabat negara, mengingat anggapan tindakan yang dilakukan kepala negara merupakan tindakan negara.
3. Proses pengadilan terhadap kepala negara berkuasa dianggap sebagai pengadilan terhadap kedaulatan negara.
4. Proses pengadilan nasional pun disinyalir malah justru akan memberikan pengakuan terhadap hak imunitas kepala negara sehingga akan mempersulit proses pada pengadilan internasional. 159 127
5. Proses pengadilan terhadap kepala negara yang berkuasa akan menimbulkan kekacauan besar di negaranya.

Sehingga dengan ini kewenangan mengadili dari ICC dapat diambil alih oleh pengadilan nasional berdasarkan prinsip komplementer yang dianut oleh ICC. Apalagi mengingat belum adanya ukuran pasti dan efektif mengenai sejauh manakah ICC dapat mengambil alih kasus dalam pengadilan nasional dengan landasan ketidakmampuan dan ketidakmauan dari negara bersangkutan. Statuta Roma 1998 juga memuat ketentuan tentang, "*Irrelevance of official capacity*" sebagaimana diatur dalam Pasal 27 (1) dan (2). Pasal 27 (1) menyatakan: *This Statute shall apply equally to all persons without any distinction based on official capacity. In particular, official capacity as a Head of State or Government, a member of a Government or parliament, an elected representative or a government official shall in no case exempt*

a person from criminal responsibility under this Statute, nor shall it, in and of itself, constitute a ground for reduction of sentence. Sedangkan Pasal 27 (2) yang merupakan konsekuensi hukum dari (1) menegaskan bahwa, “*Immunities or special procedural rules which may attach to the official capacity of a person, where under national law or international law, shall not bar the Court from exercising its jurisdiction over such a person.*” Maksudnya, penafsiran hukum atas ketentuan Pasal 27 ini menimbulkan perdebatan hangat di kalangan ahli hukum internasional. Perdebatan ini terbagi menjadi dua, yaitu di satu sisi yang berpendapat bahwa Statuta Roma bertujuan untuk memperkuat penegakkan HAM dalam pelanggaran berat HAM dan sisi lainnya yang berpendapat bahwa hal tersebut bertentangan dengan prinsip kedaulatan negara yang telah dianut di dalam hukum internasional.

Ketentuan Pasal 27 Statuta Roma 1998 tidak mengakui hak-hak istimewa (privileges) yang dimiliki dan melekat kepada jabatan publik setingkat kepala negara atau menteri atau pejabat publik yang ditugasi atas nama negara di negara asing. Pengaturan ini jelas untuk menyelaraskan keinginan dari Statuta Roma seperti dalam Preamble Statuta Roma mengingat bahwa atrocities terhadap kejahatan-kejahatan di dunia lebih sering dilakukan oleh pejabat yang berwenang, termasuk kepala negara. Penekanan pada pasal 25 dan dilengkapi pasal 27 menerangkan bahwa posisi dan imunitas yang melekat pada kepala negara tidak menjadi hambatan untuk memulai proses pemeriksaan hingga penjatuhan sanksi pidana terhadap kepala negara tersebut. Kekebalan hukum tersebut pada intinya hanya berfungsi dalam kapasitas pelancaran pelaksanaan tugas akan tetapi ketika dihadapkan ke depan ICC, kekebalan tersebut tidak akan dapat melindungi diri kepala negara dari yurisdiksi ICC.⁴⁶ Belum lepas

⁴⁶ Romli Artasasmita, “Ratifikasi Statuta ICC: Problema dan Prospeknya”, Rapat Terbatas Pembahasan Statuta ICC (Statuta Roma) di Departemen Pertahanan, Departemen Pertahanan, 10 September 2008, hal 11

dari ingatan bahwa banyak pejabat negara dan kepala negara yang dibawa ke depan pengadilan internasional. Perkembangan hukum internasional dari era Nuremberg Trial hingga ICC memberikan pengaruh tersendiri terhadap pengakuan pertanggungjawaban pidana individu dan pelucutan hak imunitas. Kejadian yang paling fenomenal adalah dalam kasus atas Slobodan Milosevic selaku mantan kepala negara Yugoslavia yang dihadapkan ke depan ICTY. Pengadilan atas Milosevic ini memberikan sejarah ilmu pengetahuan, terutama hukum internasional, dalam kaitannya dengan imunitas. Perbuatan pelanggaran berat HAM yang dilakukan oleh dirinya tersebut selama masih menjabat tidak mengenyampingkan kekuatan ICTY untuk menerapkan yurisdiksinya atas Milosevic. Pengadilan kejahatan internasional yang telah berkembang sejak lama ini memang dalam prakteknya baru menimpa individu yang tidak lagi menjabat dan dalam kasus tertentu malah ditimpakan terhadap negara yang kalah perang. Imunitas yang dibahas pun hanya menyangkut substantive immunity.

C. Keabsahan Surat Penangkapan ICC terhadap Omar Al- Bashir selaku Kepala Negara Sudan

Fenomena terbaru yang terjadi dalam praktek pengadilan internasional adalah dalam kasus Omar Al- Bashir. Omar Al- Bashir merupakan kepala negara pertama di dunia, yang masih berkuasa, yang dibebankan surat penangkapan atas dirinya dari sebuah pengadilan internasional, dalam hal ini ICC. Walaupun masih dalam tahap Pre-Trial Chamber, keputusan ICC untuk mengeluarkan surat penahanan atas diri Omar Al-Bashir, merupakan sejarah tersendiri atas adanya upaya pengesampingan hak imunitas yang melekat pada kepala negara yang masih berkuasa. Hal ini bermula dari keputusan DK PBB untuk menyikapi situasi yang terjadi di Darfur, Sudan. Konflik berkepanjangan di Sudan tersebut dirasa akan

menimbulkan gangguan keamanan dan mengancam perdamaian dunia, sehingga berdasarkan Bab VII Piagam PBB, DK PBB merasa perlu untuk merespon situasi tersebut dengan mengeluarkan resolusi DK PBB No 1593 (2005) pada tanggal 31 Maret 2005. Resolusi ini dikeluarkan untuk memenuhi ketentuan Pasal 13(b) Statuta Roma yang mengatakan bahwa ICC memiliki yurisdiksi atas *“A situation in which one or more of such crimes appears to have been committed is referred to the Prosecutor by the Security Council acting under Chapter VII of the Charter of the United Nations* (sebuah situasi terhadap satu atau lebih penjahat yang tunduk pada prosedur Dewan Keamanan dibawah Bab VII Deklarasi PBB).”⁴⁷ Penuntut Umum ICC pun kemudian menyikapi resolusi DK PBB kepada ICC tersebut dengan melakukan investigasi berdasarkan Pasal 53 Statuta Roma dan rule ICC,⁴⁸ kemudian memutuskan berdasarkan “surat permintaan penuntutan berdasarkan pasal 58” bahwa Omar Al- Bashir dianggap bertanggung jawab berdasarkan pasal 25 (3)(a) dan mengeluarkan surat penahanan pada tanggal 4 Maret 2009. Penahanan itu sendiri diperlukan dalam rangka pelaksanaan pasal 58 (1)(b) Statuta Roma 1998 yaitu:

1. *To ensure the person's appearance at trial,*
2. *To ensure that the person does not obstruct or endanger the investigation or the court proceedings, or*
3. *Where applicable, to prevent the person from continuing with the commission of that crime or a related crime which is within the jurisdiction of the Court and which arises out of the same circumstances.*

Artinya bahwa penangkapan dari orang yang perlu dihadirkan:(i) Memastikan hadirnya orang tersebut di persidangan.(ii) Memastikan bahwa orang tersebut tidak menghalangi atau membahayakan penyelidikan atau proses persidangan, atau(iii) Jika dapat diterapkan untuk mencegah orang tersebut untuk melanjutkan terjadinya kejahatan atau kejahatan yang berhubungan

⁴⁷ UN Security Council Resolution No 1593 (2005)

⁴⁸ Rules of Procedure and Evidence yang diikuti dengan permohonan penangkapan atas Omar Al-Bashir pada 14 Juli 2008.

yang berada di dalam yurisprudensi dari Mahkamah dan yang muncul dari kemungkinan yang serupa.

Omar Al-Bashir dianggap telah melakukan kejahatan perang dan kejahatan terhadap kemanusiaan serta perlu adanya proses penyidikan dan penyelidikan terhadap dirinya. seperti yang diungkapkan oleh ICC dalam pertimbangan Arrest Warrant, yaitu:⁴⁹

1. *that the role of Omar Al Bashir went beyond coordinating the design and implementation of the common plan;*
2. *that he was in full control of all branches of the "apparatus" of the State of Sudan, including the Sudanese Armed Forces and their allied Janjaweed Militia, the Sudanese Police Force, the NISS and the HAC; and*
3. *that he used such control to secure the implementation of the common plan;*

Artinya, sebagai kepala negara, Omar Al-Bashir memiliki kemampuan dan pengetahuan atas terjadinya atau upaya untuk pencegahan terjadinya kejahatan tersebut. ICC memiliki keyakinan bahwa Omar Al-Bashir memiliki kontribusi terhadap kejahatan yang dilakukan di Sudan. Omar Al-Bashir sendiri dituduh, berdasarkan pasal 25(3)(b) Statuta Roma sebagai pelaku (*indirect perpetrator dan indirect co-perpetrator*), telah melakukan kejahatan dan bertanggung jawab atas:

- a. *Intentionally directing attacks against a civilian population as such or against individual civilians not taking direct part in hostilities as a war crime, within the meaning of article 8(2)(e)(i) of the Statute;*

⁴⁹ ICC-02/05-151-US-Exp dan ICC-02/05-151-US-Exp -Anxsl-89. 165 "Commits such a crime, whether as an individual, jointly with another or through another person, regardless of whether that other person is criminally responsible"; Lihat juga Disenting Opinion Hakim Anita Usacka terhadap "Decision on the Prosecution's Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir", Part IV 166 lihat pertimbangan dalam Arrest Warrant. diunduh dari <http://www.icc.cpi.int/iccdocs/doc/doc705033.pdf>, diunduh pada 16 Maret 2014.

- b. *Pillage as a war crime, within the meaning of article 8(2)(e)(v) of the Statute;*
- c. *Murder as a crime against humanity, within the meaning of article 7(1)(a) of the Statute;*
- d. *Extermination as a crime against humanity, within the meaning of article 7(1)(b) of the Statute;*
- e. *Forcible transfer as a crime against humanity, within the meaning of article 7(1)(d) of the Statute;*
- f. *Torture as a crime against humanity, within the meaning of article 7(1)(f) of the Statute; dan*
- g. *Rape as a crime against humanity, within the meaning of article 7(1)(g) of the Statute.*

Maksudnya tuduhan berdasarkan Pasal 25 (3)(b) Statuta Roma 1998 terhadap Omar Al Bashir adalah selain melakukan serangan langsung terhadap penduduk sipil, juga melakukan kejahatan perang dan kemanusiaan yang berat.

Seperti yang diketahui bahwa dalam ICC tidak mengenal imunitas atas kejahatan internasional yang masuk dalam yurisdiksinya. Termasuk dalam kasus Omar Al- Bashir ini, yaitu tidak diakuinya relevansi jabatan kepala negara sebagai keistimewaan pembedaan pemberlakuan statuta berdasarkan Pasal 27 Statuta Roma. Sehingga kasus ini diharapkan akan terus bergulir tanpa perlu khawatir dalam pelaksanaan prosesnya akan dihalang-halangi oleh penempatan imunitas yang berlebihan dari pemerintah Sudan. Akan tetapi tuduhan-tuduhan serius dan berlakunya yurisdiksi ICC terhadap kejahatan yang terjadi di Sudan bukan berarti menjadi alasan kelancaran proses penahanan terhadap Kepala Negara Sudan Omar Al- Bashir. Sampai saat ini, proses terhadap penahanan ini masih mengalami tarik ulur di tingkat internasional. Nampaknya bukan suatu kejutan apabila penahanan terhadap Omar Al- Bashir ini akan berlarut- larut, mengingat bahwa sebelumnya juga di Sudan pernah dikeluarkan surat penahanan atas Ahmad Harun selaku menteri

dalam negeri Sudan dan Ali Kushayb selaku pimpinan paramiliter Janjaweed. Ketakutan utama dari proses yang berlarut-larut ini adalah terulangnya praktek impunitas yang selama ini terjadi apabila suatu kasus menimpa pejabat negara, terlebih lagi kepala negara. Apalagi kemungkinan tersebut cukup besar mengingat peran Omar Al-Bashir sangat krusial dalam proses perdamaian di Sudan seperti alasan yang pernah dikemukakan oleh the Sudan Workers Trade Unions Federation and the Sudan International Defence Group, yaitu:⁵⁰

- 1. Issuing such warrants would have grave implications for the peace building process in Sudan and that deference must be given to considerations of national interest and security;*
- 2. That the interests of justice will not be served particularly in light of the Prosecutor's conduct in bringing these applications;*
- 3. That such warrants could entrench the negative perceptions of the ICC and thus contribute to a deterioration of the situation in Sudan;*
- 4. That alternative means of transitional justice and resolution are being and will be pursued without the need for any consideration of involvement of the ICC at this stage.*

Menurut Sudan Workers Trade tersebut di atas peran Omar Al-Bashir yang tidak kecil di pemerintahan menimbulkan ketakutan akan tidak dapat ditegakkannya keadilan melalui penelusuran oleh lembaga penegak hukum yang independen. Terlebih lagi adanya tawar-menawar dari AS melalui DK PBB untuk menawarkan solusi kompromi bagi Bashir. AS mengusulkan agar digelar pemilu presiden di Sudan akhir tahun ini dan Bashir tidak boleh mencalonkan lagi. Sebagai imbalannya, AS akan mendukung pelaksanaan butir 16 dari aturan dasar ICC untuk menunda pelaksanaan perintah penangkapan Bashir selama satu tahun dan dapat

⁵⁰ Arrest Warrant ICC-02/05-01/07 pada 27 April 2007, diunduh dari <http://www.icc.cpi.int/iccdocs/doc/doc705033.pdf>, diunduh pada 16 Maret 2014

diperpanjang. Usulan ini jelas semakin mencuatkan adanya unsur politis dari ICC yang disinyalir mengakomodir kepentingan AS, Inggris, Israel, dan Prancis untuk menyudutkan Sudan. Perlu diingat bahwa Sudan di masa Omar Al- Bashir menjadi negara penghasil minyak yang cukup besar, dan dalam konstelasi perpolitikan internasional, Sudan berhubungan baik dengan Cina, yang sedikit banyak memiliki pertentangan dengan Barat. Hal ini yang dirasa akan menimbulkan tarik ulur di dalam DK PBB dan terkatung- katungnya penegakan hukum kasus Bashir.⁵¹

Ketakutan tersebut tentunya akan semakin menekankan bahwa pengadilan internasional tersebut hanya masuk ke dalam suatu cita-cita ideal saja. Itupun ideal yang tentunya akan berbenturan pendapat atas “keefektifan ideal” dari negara yang berbeda-beda, mengingat bahwa pengadilan internasional diwujudkan untuk menciptakan keadilan dunia. Setidaknya harapan bahwa ICC sebagai sebuah entitas subyek hukum internasional yang berwenang untuk mengadili kejahatan internasional telah terbukti dan memiliki pengawalan ketat PBB dari segi teori, sekarang tergantung dari kemauan negara-negara dunia untuk menggelar prakteknya. Keberadaan ICC merupakan pelengkap missing link dalam sistem hukum internasional, yang sampai sebelum terbentuknya ICC didominasi oleh ICJ dengan negara sebagai pihak yang berperkara dan ICC sendiri menerapkan individual responsibility. ICC juga berusaha memperbaiki kekurangan dan kelemahan dari pengadilan-pengadilan internasional sebelumnya yang bersifat ad hoc dan menerapkan keadilan selektif terhadap locus dan tempus tertentu.

Harapan-harapan ini bermuara pada bahwa ICC dapat menjadi warisan moral bagi mereka yang mendambakan sistem peradilan pidana yang permanen, efektif, dan

⁵¹ Application on behalf of Citizens' Organisations of The Sudan in relation to the Prosecutor's Applications for Arrest Warrants of 14 July 2008 and 20 November 2008 dalam Kompas, op.cit. Kompas, ICC Sarat Kepentingan Politik, Abaikan Hukum, Jum'at 20 Maret 2009. Kompas, loc.cit

secara politik tidak mengenal kompromi dan sekaligus merupakan landmark dalam hubungan internasional.⁵²

Senada dengan Koffie Anan yang menyatakan bahwa ICC sebagai, ” *a gift of hope to future generations, and a giant step forward in the march forward universal human rights and the rule of law* (ICC sebagai sebuah hadiah bagi generasi masa depan dan sebuah langkah besar menuju hak azasi universal). Oleh karena itu bukanlah alasan apabila perintah penahanan terhadap Omar Al- Bashir tersebut tidak dapat dijalankan, karena syarat-syarat dan fakta yang terungkap sudah memenuhi kerangka hukum sesuai Statuta Roma. Berbekal keyakinan awal terhadap proses penahanan ini, ICC dapat mulai menunjukkan kewenangannya sebagai penegak hukum internasional.⁵³

Resolusi DK-PBB NO. 1593 dengan tegas menyatakan bahwa Pemerintah Sudan harus bekerja sama secara penuh dengan ICC dalam proses penyidikan dan penuntutan berdasarkan resolusi tersebut. Harus dinyatakan kembali bahwa Sudan bukanlah negara Pihak dari Statuta Roma,⁵⁴ dengan demikian Sudan tidak memiliki kewajiban apapun untuk tunduk pada ketentuan yang ada dalam Statuta Roma.⁵⁵ Meskipun demikian, Sudan telah menjadi anggota PBB sejak tanggal 12 Nopember 1956.⁵⁶ Sehingga meskipun Sudan bukan merupakan Negara Pihak Statuta Roma, namun Sudan harus mengikuti ketentuan yang ada di dalam Resolusi DK PBB No 1593 karena Sudan merupakan Negara anggota PBB.

⁵² Muladi, op.cit, hal 421.

⁵³ Ibid.

⁵⁴ Hingga tanggal 12 Oktober 2013, telah ada 114 Negara yang menjadi peserta dari Statuta Roma. Hingga tanggal tersebut Sudan belum menjadi Negara Pihak.

⁵⁵ Bandingkan dengan Pasal 35 Konvensi Wina 1969 tentang Perjanjian Internasional.

⁵⁶ <http://www.un.org/en/members/index>. Diakses tanggal 25 Desember 2013.

Penerapan Resolusi DK-PBB No. 1593 mengenai situasi di Darfur merupakan kasus pertama DK-PBB memicu ICC untuk menyelidiki sebuah kasus berdasarkan Pasal 13 (b) Statuta Roma. Meskipun Sudan bukan negara yang menjadi subyek pembahasan dalam resolusi tersebut, Sudan bukan merupakan Negara Pihak Statuta Roma. Meskipun Sudan menunjukkan penolakannya terhadap resolusi tersebut, namun sebagai negara anggota PBB Sudan tunduk pada ketentuan tersebut dan menuruti DK-PBB untuk bekerjasama dengan ICC.

Pasal 25 Piagam PBB menyatakan bahwa seluruh Negara anggota PBB menyetujui untuk menerima dan menjalankan ketentuan yang dikeluarkan oleh DK-PBB. Tentu saja hal ini termasuk dengan Resolusi DK-PBB No. 1593 yang merupakan keputusan yang dikeluarkan oleh DK-PBB. Resolusi ini merupakan konsekuensi yang lahir dari ketentuan Pasal 13 (b) dari Statuta Roma yang memberikan wewenang kepada DK-PBB untuk mengajukan sebuah “Situasi” kepada ICC bertindak berdasarkan Bab VII Piagam PBB. Bab VII Piagam PBB sendiri mengatur mengenai wewenang DK-PBB untuk mengambil tindakan apabila terkait dengan ancaman terhadap perdamaian, pelanggaran perdamaian, dan tindakan agresi. Pada Pasal 39 Piagam PBB dinyatakan bahwa DK-PBB dapat menentukan apabila terdapat suatu keadaan yang mengancam perdamaian, melanggar perdamaian atau adanya tindakan agresi. Pada salah satu konsiderans dari Resolusi DK-PBB No. 1593, DK-PBB menyatakan bahwa *“the situation in Sudan continues to constitute a threat to international peace and security..”* (situasi di Sudan secara terus menerus dan berlanjut telah terjadi pelanggaran perdamaian dan keamanan). Oleh karena itu, secara legal resolusi yang dikeluarkan DK-PBB mengikat Sudan sepenuhnya dan dengan demikian mewajibkan Sudan untuk

bekerjasama dengan ICC sepenuhnya dalam proses penyelidikan dan penuntutan “Situasi”.

Seperti yang diketahui, suatu Negara dapat tunduk kepada ketentuan ICC apabila Negara tersebut meratifikasi Statuta Roma. Hal ini karena ICC merupakan sebuah institusi yang dilahirkan melalui sebuah perjanjian internasional, dengan demikian, apabila suatu Negara ingin menundukkan diri kepada yurisdiksi ICC, maka Negara tersebut harus meratifikasi Statuta Roma. Oleh karena itu, ketentuan Statuta Roma sendiri hanya dapat menjangkau Negara-Negara yang meratifikasi Statuta Roma atau Negara-Negara yang mengakui yurisdiksi ICC atas dasar Pasal 12 ayat (3) Statuta Roma.

Sebagai sebuah negara, Sudan bukanlah merupakan Negara Pihak dari Statuta Roma, dengan demikian ketentuan-ketentuan yang terdapat dalam Statuta Roma tidak berlaku terhadap Sudan. Sudan juga tidak memiliki kewajiban apapun untuk bekerjasama dengan ICC, karena berdasarkan Pasal 34 Konvensi Wina 1969 sebuah perjanjian internasional tidak mengandung kewajiban ataupun hak terhadap Negara ketiga tanpa persetujuan tersebut. Dengan demikian, dapat dikatakan bahwa ketentuan Statuta Roma tidak akan berlaku terhadap Sudan dalam keadaan apapun.

Pasal 13 (b) Statuta Roma memberi kewenangan DK-PBB untuk mengajukan suatu “situasi” kepada ICC untuk diselidiki dan dituntut. Pengajuan situasi ini berdasarkan resolusi yang dikeluarkan oleh DK-PBB. Dalam kasus ini, DK-PBB mengeluarkan Resolusi No. 1593 yang menyatakan bahwa Sudan wajib untuk bekerjasama dengan ICC dan membantu dalam proses penyelidikan dan penuntutan. Sebagai anggota PBB, Sudan wajib untuk mengikuti resolusi tersebut. Dengan demikian, dapat dikatakan bahwa resolusi ini merupakan penyimpangan dari prinsip umum yang menyatakan bahwa perjanjian itu hanya mengikat bagi mereka

yang mengikatkan diri kepadanya karena dalam hal ini Sudan harus mengikuti ketentuan ICC meskipun Sudan bukan merupakan Negara Pihak Statuta Roma.

Berdasarkan analisa di atas, dapat dikatakan bahwa keterikatan Sudan untuk tunduk kepada ICC sangat berdasar. Karena resolusi yang dikeluarkan oleh DK-PBB, maka status Sudan disamakan dengan status dari Negara Pihak Statuta Roma. Dengan demikian, Sudan harus tunduk ketentuan dari Statuta mengenai kewajiban untuk bekerjasama. Mengenai pembangkangan Sudan terhadap ketentuan Statuta sudah bukan persoalan lagi, karena Sudan menyatakan bahwa mereka tidak akan menyerahkan Omar Al Bashir kepada ICC. Dengan ketidakinginan dari Sudan untuk mengadili kasus ini sendiri, maka ICC berhak untuk membawa menyelidiki dan menuntut Sudan untuk menyerahkan Omar Al Bashir.

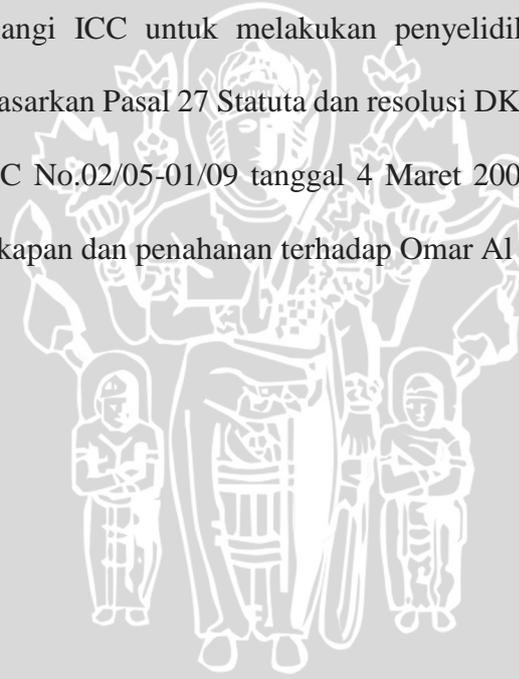
Berdasarkan Pasal 25 ayat (1) dan ayat (5) Statuta Roma, ICC memiliki yurisdiksi terhadap individu secara perorangan yang melanggar kejahatan-kejahatan seperti yang disebut dalam Pasal 5 Statuta Roma. Hal ini termasuk individu-individu yang bertanggung jawab secara langsung dengan melakukan kejahatan-kejahatan yang ada dalam Pasal 5 Statuta Roma, maupun terhadap individu-individu yang dapat dimintakan pertanggungjawaban, seperti mereka yang membantu, menolong dalam terlaksananya kejahatan-kejahatan yang dimaksud. Mereka yang disebutkan belakangan juga termasuk perwira-perwira militer atau atasan lain yang mana tanggung jawabnya disebutkan dalam Pasal 27 Statuta Roma.⁵⁷

Berdasarkan Pasal 27 Statuta Roma, semua ketentuan-ketentuan berlaku sama terhadap setiap orang tanpa suatu pembedaan atas dasar jabatan resmi, seperti Kepala Negara atau Pemerintahan, anggota pemerinta atau parlemen, wakil pejabat

⁵⁷ Statuta Roma, Pasal 27 ayat (1): *This Statute shall apply equally to all persons without any distinction based on official capacity.... Shall in no case exempt a person from criminal responsibility under this Statute...*

pemerintah. Jabatan resmi tidak menyebabkan seseorang dikecualikan dari tanggung jawab pidana berdasarkan Statuta Roma dan tidak dapat dijadikan alasan untuk mengurangi hukuman. Oleh karena itu, berdasarkan Pasal 27 Statuta Roma 1998 Omar Al Bashir berhak untuk diselidiki dan dituntut di hadapan ICC. Hal ini karena secara individu Omar Al Bashir memiliki tanggung jawab pidana, terlepas dari kedudukannya sebagai Kepala Negara dan Pemimpin Tertinggi Angkatan Bersenjata Sudan yang memiliki immunitas atau kekebalan diplomatik sebagaimana diatur dalam Konvensi Wina tahun 1961 tentang Hubungan Diplomatik.

Meskipun status Omar Al Bashir sebagai seorang Presiden aktif Negara Sudan tidak menghalangi ICC untuk melakukan penyelidikan dan penuntutan terhadap dirinya. Berdasarkan Pasal 27 Statuta dan resolusi DK-PBB No. 1593 serta Pre-Trial Chamber ICC No.02/05-01/09 tanggal 4 Maret 2009 ICC mengeluarkan Surat Perintah Penangkapan dan penahanan terhadap Omar Al Bashir.



BAB V

PENUTUP

A. Kesimpulan

1. Hak Kekebalan bagi kepala negara yang dituduh telah melakukan kejahatan internasional tidak akan mempengaruhi pelaksanaan yurisdiksi International Criminal Court (ICC). Hal ini dikarenakan kejahatan internasional yang diatur di dalam ICC menegaskan adanya keharusan mekanisme pertanggungjawaban individu. Hukum internasional pun menyatakan bahwa individu (orang) merupakan salah satu subyek hukum internasional sehingga ia dapat melakukan penuntutan pemenuhan atas hak-haknya maupun dikenakan proses penuntutan (penyelidikan dan penuntutan) dalam sebuah pengadilan internasional. Statuta Roma 1998, sebagai landasan utama dari ICC mengatur adanya mekanisme pertanggungjawaban individu terhadap kejahatan internasional. Oleh karena itu penerapan hak imunitas, baik bagi pejabat negara maupun kepala negara, tidak dapat mempengaruhi dan membatasi pelaksanaan yurisdiksi dan wewenang ICC. Kewenangan tersebut diatur dalam pasal-pasal Statuta Roma 1998. Terutama dalam hal kejahatan-kejahatan internasional yang diaturnya, yaitu genosida (pembunuhan ras), kejahatan terhadap kemanusiaan, kejahatan perang, dan kejahatan agresi.
2. Surat perintah penangkapan dan penahanan terhadap Omar Al-Bashir oleh ICC sudah memenuhi ketentuan yang diatur oleh Statuta Roma 1998. Pengajuan kasus oleh DK PBB melalui Resousi DK No. 1593 tahun 2005 berlandaskan pada pasal 13(b) Statuta Roma 1998 memungkinkan ICC menerapkan yuriskdiksinya, dalam hal ini di Sudan, meskipun Negara Sudan bukan menjadi

negara Pihak Statuta Roma 1998. Penangkapan dan Penahanan itu sendiri dilakukan demi kelancaran proses peradilan dengan memperhatikan pasal 58 Statuta Roma. Dengan demikian status surat penangkapan ICC terhadap Omar Al-Bashir selaku Kepala Negara Sudan adalah sah menurut hukum internasional.

B. Saran

Adanya putusan beberapa pengadilan nasional yang tidak memberikan immunitas pada negara asing dalam kasus pelanggaran Hak Asasi Manusia (HAM yang berat. Penulis menyarankan sebagai berikut:

1. Perlu diatur lebih lanjut masalah hirarki norma dalam suatu instrument hukum internasional yang menyangkut Hak Asasi Manusia;
2. Semua negara perlu memiliki aturan mengenai immunitas negara asing dalam hukum nasionalnya;
3. Perlu adanya peningkatan kerjasama internasional antar negara-negara yang telah merafikasi Statuta Roma 1998 agar fungsi penegakan hukum internasional dapat berjalan dengan efektif.

DAFTAR PUSTAKA

- Abdullah, Safri, 2008, *Mahkamah: dari keadilan normatif menuju keadilan substantif*, Pustaka Refleksi, Makassar
- Agustina, Shinta, 2006, *Hukum Pidana Internasional dalam Teori dan Praktek*, Andalas University Press, Padang
- Ardhiwisastra, Yudha Bhakti, 1999, *Imunitas Kedaulatan Negara di Forum Pengadilan Asing*, Alumni, Bandung
- Atmasasmita, Romli, 2003, *Pengantar Hukum Pidana Internasional*, Refika Aditama, Bandung
- Bassiouni, M. Cherif, 1992, *Crimes Against Humanity in International Law*, Martinus Nijhoff Publisher, London
- Eddy O.S Hiariej, 2009, *Pengantar Hukum Pidana Internasional*, Penerbit Erlangga, Jakarta.
- Grant V McClanahan, 1989, *Diplomatic Immunity Principles, Practices, Problems*, Institute for The Study of Diplomacy, Georgetown University, Washington DC.
- GPH Haryomataram, *Hukum Humaniter*, Rajawali-Jakarta, 1984.
- Harris, DJ, 1998, *Cases and Materials on International Law*, Sweet & Maxwell, London
- Hiariej, Eddie O.S, 2009, *Ringkasan Disertasi: Asas legalitas dalam Pelanggaran Hak Asasi Manusia yang Berat*, Yogyakarta
- Hiariej, Eddy O.S, 2009, *Pengantar Hukum Pidana Internasional*, Penerbit Erlangga, Jakarta
- J.C.T Simorangkir, 1983, *Hukum dan Konstitusi Indonesia*, Gunung Agung, Jakarta,
- JG Starke, 1989, *Pengantar Hukum Internasional Idan II*, Sinar Grafika, Jakarta.
- Johny Ibrahim, 2006, *Teori dan Metode Penelitian Hukum Normatif*, Bayumedia: Malang.
- Knappman, Edward W, 1997, *Great World Trials*, Visible Ink Press, US

McClanahan, Grant V, 1989, *Diplomatic Immunity Principles, Practices, Problems*,
Institute for The Study of Diplomacy, Georgetown University, Washington DC,

Mc Iver, 1998, *Jaring-Jaring Pemerintahan*, Aksara Baru, Jakarta
Rawls, John, 2006,
Teori Keadilan, Pustaka Pelajar

Peter Mahmud Marzuki, 2005, *Penelitian Hukum*, Kencana, Jakarta.

Pondai Bamu, "Head of State Immunity and the ICC: Can Bashir be Prosecuted?",
Oxford Transitional Justice Research Working Paper Series, Agustus 2008.

Setyo Widagdo dan Hanif Nur Widhiyanti, *Hukum Diplomatik dan Konsuler: Buku
Ajar Untuk Mahasiswa*, Bayumedia, Malang, 2008.

Sumaryo Suryokusumo, 1995, *Hukum Diplomatik Teori dan Kasus*, Alumni-
Bandung.

Widodo, *Hukum Kekebalan Diplomatik*, Aswaja Pressindo, Malang, 2012.

JURNAL/PUBLIKASI ILMIAH

"AMIS", African Union Mission in The Sudan, dalam www.amis-sudan.org, diakses
pada tanggal 22 April 2013,

Linda Malone, "Does Saddam Hussein Have Head of Stae Immunity?",
http://law.case.edu/saddamtrial/entry.asp?entry_id=2, law.case.edu, diakses
pada tanggal 20 April 2013.

Report of the High-Level Mission on the situation of human rights in Darfur pursuant
to Human Rights Council decision S-4/101",
http://news.bbc.co.uk/1/shared/bsp/hi/pdfs/12_03_07_un_sudan.pdf, news.bbc.
co.uk, diakses pada tanggal 22 April 2013

Sudan Memprotes ICC, KOMPAS.Com, Jum'at 6 Maret 2009. diakses 13 Mei 2013

Kompas.com, Kejahatan yang Memicu Eksodus, Jum'at 6 Maret 2009. diakses, 13
Mei 2013

KONVENSI INTERNASIONAL

Piagam Perserikatan Bangsa-Bangsa

Deklarasi Universal Hak Asasi Manusia PBB

Statuta Roma 1998 tentang Pembentukan ICC

Konvensi Wina 1961 tentang Hubungan Diplomatik

Konvensi Wina 1963 tentang Hubungan Konsuler.

Konvensi New York 1969 tentang Special Mission

Resolusi Dewan Keamanan PBB 1556

Resolusi Dewan Keamanan PBB 1564

Resolusi Dewan Keamanan PBB 1593

Putusan Pre-Trial Chamber 1 ICC No.ICC-02/05-01/09 tanggal 4 Maret 2009.

