

# KAJIAN YURIDIS TERHADAP KASUS PENGHILANGAN PAKSA AKTIVIS TAHUN 1998 DARI PERSPEKTIF HUKUM PIDANA INTERNASIONAL

Shinta Agustina, Iwan Kurniawan, dan Siska Elvandari\*

## Abstract

*Promoting for better Human Rights Protection is one of the primary trigger factors that had led the reform movement in 1998. Unfortunately the movement itself must have been occurred along with many seriously violating of human rights. One of them is the enforced disappearance of persons (activist) in 1997-1998 early in the beginning of reform movement. National Commission on Human Rights (Komnas HAM) has investigated the case in 2006 and found that there was a gross violation of human rights. The Commission submitted the report both to the legislative board and to the Attorney General Office. After a long process Legislative Board has recommended the government to establish an adhoc human rights court as stipulated in article 43, law number 26,2000 to try the case*

**Kata kunci:** Penghilangan Paksa Aktivist, Hukum Pidana Internasional

Promosi dan perlindungan hak asasi manusia (HAM) yang lebih baik merupakan salah satu faktor pemicu utama (*primary trigger factor*) gerakan reformasi yang bergulir tahun 1998.<sup>1</sup> Kehendak akan penghargaan terhadap HAM tersebut dilatarbelakangi praktik penegakan HAM yang buruk selama masa Orde Baru. Bukan rahasia lagi bahwa pada masa itu, negara kita dikenal sebagai negara yang rendah pengharganya terhadap HAM. Meski pemerintah telah meratifikasi berbagai konvensi internasional tentang HAM, tidak serta merta menaikkan peringkat Indonesia di dunia internasional sebagai negara yang menghargai hak asasi warga negaranya dengan baik.

Ironisnya adalah gerakan reformasi yang menghendaki perubahan dalam kehidupan politik, pemerintahan, hukum, dan ekonomi, termasuk HAM, ke arah yang lebih baik, hams dibarengi dengan berbagai peristiwa yang justru melanggar HAM. Diantaranya terjadi tragedi Trisakti, Peristiwa Semanggi I dan II, penculikan dan penghilangan paksa para aktivis, sampai pada kejahatan terhadap

kemanusiaan yang terjadi pasca jajak pendapat di Timor Timur tahun 1999.

Pemerintah bahkan telah membentuk suatu pengadilan khusus untuk mengadili para pelaku pelanggaran berat HAM dalam berbagai peristiwa tersebut, berdasarkan Undang-undang Nomor 26 Tahun 2000 tentang Pengadilan Hak Asasi Manusia (selanjutnya ditulis UU Pengadilan HAM). Pembentukan pengadilan ini menjadi bukti dari keinginan pemerintahan yang baru di bawah Presiden BJ Habibie ketika itu, untuk menunjukkan kesungguhan pemerintah dalam melindungi dan menegakkan HAM. Terlepas dari semua kontroversi<sup>2</sup> yang mengiringi kelahiran pengadilan tersebut, harus diakui bahwa pengadilan khusus tersebut merupakan yang pertama di dunia sebagai pengadilan terhadap pelanggaran HAM.

Pemerintah juga telah membentuk Pengadilan HAM ad hoc<sup>3</sup> untuk mengadili pelaku pelanggaran berat HAM dalam peristiwa jajak pendapat di Timor Timur. Melalui pengadilan tersebut beberapa pelaku

Shinta Agustina, SH, MH, Iwan Kurniawan, SH dan Siska Elvandari, SH, MH adalah dosen Hukum Pidana Internasional & Sistem Peradilan Pidana Universitas Andalas, Kampus Limau Manis Padang.

Muladi, 2003. *Pengadilan HAM dalam Konteks Nasional dan Internasional*. Makalah disampaikan pada Penataran Hukum Pidana dan HAM, Padang, 5-6 September 2003, him 13

Pengadilan HAM dibentuk pada tahun 1999 berdasarkan Perpu Nomor 1 Tahun 1999 tentang Pengadilan HAM. Namun Perpu tersebut ditolak oleh DPR karena tidak memiliki klausul yang memungkinkan pengadilan tersebut mengadili pelaku pelanggaran berat HAM yang terjadi sebelum pengadilan tersebut berdiri. Pemerintah kemudian mengajukan RUU Pengadilan HAM yang didalamnya terdapat Pasal 43, yang menentukan bahwa terhadap peristiwa pelanggaran HAM berat yang terjadi sebelum berakunya UU ini dapat dibentuk Pengadilan HAM ad hoc untuk mengadili pelakunya. Lihat Shinta Agustina, 2006. *Hukum Pidana Internasional Dalam Terhadapan Praktik*. Padang: Unand Press, him 147.

Dengan landasan hukum Pasal 43 UU Pengadilan HAM tersebut pemerintah mengemukakan Keppres Nomor 53 Tahun 2001 tentang pembentukan Pengadilan HAM ad hoc untuk Kasus Timor Timur dan Tanjung Priok. Luasnya yurisdiksi dalam Keppres tersebut akhirnya direvisi dengan Keppres Nomor 91 Tahun 2001. Lihat Eddy Junaedy Kamasudirja, 2003. *Dan Pengadilan Militer Internasional Nuremberg ke Pengadilan HAM Indonesia*. Jakarta: PTTatanusa, him 132.

pelanggaran berat HAM pada peristiwa tersebut telah diputus bersalah dan mendapatkan hukuman<sup>4</sup>. Pengadilan HAM ad hoc ini telah berkerja selama lebih kurang 5 tahun dan dibubarkan setelah semua terdakwa selesai diproses.

Dibentuknya pengadilan khusus HAM dan proses yang berlangsung di Pengadilan HAM ad hoc untuk Timor Timur dan Kasus Tanjung Priok cukup memberikan harapan akan perbaikan penghargaan terhadap HAM. Namun harapan tersebut semakin lama semakin memudar karena pemerintah tidak melakukan hal yang sama terhadap peristiwa pelanggaran HAM lainnya. Salah satu kasus pelanggaran HAM yang terjadi pada awal gerakan reformasi dan sampai saat ini masih belum memperlihatkan penyelesaian hukum yang benar adalah kasus penculikan dan penghilangan paksa para aktivis yang terjadi sejak akhir 1997 sampai pertengahan 1998.

Komnas HAM sudah membentuk Tim Penyelidik yang beranggotakan beberapa orang sebagai wakil dari Komnas HAM (Komisi Nasional Hak Asasi Manusia) dan unsur masyarakat. Hasil penyelidikan Tim ini menyimpulkan terdapat pelanggaran berat HAM dalam kasus penghilangan paksa 24 aktivis pada tahun 1997-1998 tersebut.<sup>5</sup> Berkas penyelidikan telah diserahkan kepada Kejaksaan Agung selaku Penyidik dalam perkara pelanggaran berat HAM. Namun Kejaksaan Agung yang menerima berkas hasil penyelidikan dari Tim tersebut tidak pernah melakukan tindakan penyidikan terhadap kasus tersebut. Setelah menyimpan hasil penyelidikan selama lebih kurang satu tahun, Kejaksaan mengembalikan berkas kepada Komnas HAM, dengan mengatakan bahwa hasil penyelidikan tersebut belum memadai untuk diteruskan ke tingkat penyidikan.<sup>6</sup> Kejagung juga beralasan bahwa mereka

tidak dapat melakukan penyidikan jika Pengadilan HAM ad hoc untuk kasus tersebut belum dibentuk.<sup>7</sup> Terakhir Kejaksaan berdalih bahwa kasus tersebut sebenarnya telah selesai dengan dilakukannya proses hukum terhadap Tim Mawar yang telah diadili di Pengadilan Militer dan dinyatakan bersalah melakukan penculikan dan penghilangan paksa terhadap beberapa aktivis pada tahun 1998 tersebut.<sup>8</sup>

Dari berbagai alasan yang dikemukakan oleh Kejaksaan Agung tadi, terlihat upaya secara sistematis untuk menghentikan proses hukum terhadap kasus ini. UU Pengadilan HAM mengamatkan kepada Komnas HAM untuk menyerahkan hasil penyelidikannya kepada Penyidik, dalam hal ini Kejaksaan Agung dan kepada DPR. Penyerahan kepada DPR bertujuan agar DPR merekomendasikan kepada pemerintah untuk membentuk Pengadilan HAM ad hoc atas peristiwa pelanggaran berat HAM yang terjadi sebelum UU Pengadilan HAM keluar.<sup>9</sup>

Komnas HAM telah melaksanakan kewajiban tersebut, namun DPR mengatakan bahwa Kejaksaan Agung seharusnya melakukan penyidikan terlebih dahulu, barulah DPR akan merekomendasikan pembentukan Pengadilan HAM ad hoc setelah proses penyidikan menghasilkan luaran yang sama bahwa dalam peristiwa tersebut terdapat pelanggaran berat HAM.<sup>10</sup> Namun di paruh kedua tahun 2008 pandangan DPR terhadap kasus tersebut berubah, dengan menyatakan akan melakukan pemeriksaan terlebih dahulu sebelum memutuskan merekomendasikan pembentukan Pengadilan HAM ad hoc untuk kasus tersebut. DPR memulai proses pemeriksaan dengan melakukan pemanggilan kepada beberapa jenderal yang diperiksa terkait kasus tersebut dalam proses penyelidikan yang telah dilakukan Komnas HAM.<sup>11</sup>

Berbagai perkembangan terkait penanganan kasus penghilangan paksa para aktivis tadi,

4 Meski Pengadilan HAM ad hoc untuk Timor Timur telah bekerja, namun tidak dapat dipungkiri bahwa beberapa putusan pada pengadilan tersebut tidak memenuhi rasa keadilan masyarakat luas, karena membebaskan para terdakwa. Hanya mantan Gubernur Timor Timur Abilio Soares dan Ketua BESI Merah Putih Eurico Guterres yang dinyatakan bersalah melakukan pelanggaran berat HAM dan dijatuhi pidana. Putusan tersebut juga dibatalkan oleh MA di tingkat Kasasi dan Peninjauan Kembali.

5 *Harian Kompas*, Selasa 9 Desember 2008, hlm.2.

6 *Harian Kompas*, Sabtu, 13 Desember 2008, hlm.2.

7 *Harian Kompas*, Kamis, 11 Desember 2008, hlm.2.

8 Tim Mawar adalah nama sandi dari sebuah tim yang beranggotakan prajurit Kopassus. Tim ini telah menjalani proses hukum di Pengadilan Militer DKI Jakarta pada tahun 2002.

9 Pasal 43 ayat (2) UUPengadilanHAM.

10 *Harian Kompas*, Rabu 10 Desember 2008, hlm.2

11 *Harian Kompas*, Kamis 4 Desember 2008, hlm.4. Upaya DPR ini lebih kental nuansa politisnyadari pada nuansa hukum, karena di antara para jenderal punawirawan yang diperiksa dalam proses penyelidikan kasus tersebut terdapat beberapa nama yang sekarang mencalonkan diri sebagai calon presiden dalam Pilpres tahun 2009. Hal ini disebabkan kewenangan DPR untuk merekomendasikan pembentukan Pengadilan HAM ad hoc dapat dilakukan berdasarkan hasil penyelidikan Komnas HAM, tanpa harus melakukan pemeriksaan lagi. Periksa pernyataan Ketua Komnas HAM, Ildhal Kasim dalam *Harian Kompas* tersebut, di hlm.2 DPR bahkan tidak mempunyai kewenangan untuk melakukan pemeriksaan terhadap sebuah kasus pelanggaran berat HAM baik penyelidikan maupun penyidikan. Lihat Pasal UU 43 ayat (2) Pengadilan HAM.

atau perkumpulan yang didasari persamaan paham politik, ras, kebangsaan, etnis, budaya, agama, jenis kelamin, atau alasan lain yang telah diakui secara universal sebagai hal yang dilarang menurut hukum internasional;

- i. **penghilangan orang secara paksa;** atau
- j. kejahatan apartheid.

Dari isi pasal di atas dapat disimpulkan bahwa penghilangan orang secara paksa merupakan salah satu bentuk kejahatan terhadap kemanusiaan, yang merupakan salah satu bentuk pelanggaran berat HAM menurut UU Pengadilan HAM.

Selanjutnya Pasal 18 ayat (1) UU Pengadilan HAM menentukan bahwa "penyelidik dalam perkara pelanggaran berat HAM adalah Komnas HAM". Dalam melaksanakan kewenangan tersebut Komnas HAM akan membentuk sebuah Tim Penyelidik yang anggotanya terdiri dari anggota Komnas HAM dan unsur-unsur masyarakat. Terkait. Dengan kewenangan ini Komnas HAM telah pernah membentuk sebuah Tim Penyelidik Kasus Penghilangan Paksa tersebut pada tahun 2004. Tim bekerja hampir selama dua tahun dan menyampaikan hasilnya kepada Komnas HAM yang kemudian menyerahkannya kepada DPR pada tanggal 7 Desember 2006.<sup>14</sup>

Hasil Penyelidikan Tim Komnas HAM menyimpulkan bahwa dalam peristiwa penghilangan orang secara paksa pada periode pertengahan 1997 hingga akhir 1998, terdapat unsur-unsur pelanggaran HAM berat. Dalam kesimpulan Tim tersebut juga disebutkan nama dan pihak-pihak yang dianggap bertanggungjawab atas peristiwa tersebut. Tim juga memerikan rekomendasi terhadap tindak lanjut kasus tersebut, yaitu agar DPR merekomendasikan kepada pemerintah untuk membentuk Pengadilan HAM adhoc bagi kasus tersebut.

### **Hukum Pidana Internasional dan Kejahatan Internasional.**

M, Cherif Bassiouni, yang dikenal sebagai bapak hukum pidana internasional mengatakan, bahwa:<sup>15</sup> *International Criminal Law is a product of the convergence of two different legal disciplines*

*which have emerged and developed along different paths to become complementary and co-extensive. They are: the criminal law aspects of international law and the international aspects of national criminal law.*

(Hukum Pidana Internasional adalah suatu hasil penggabungan dua disiplin hukum yang berbeda, yang muncul dan berkembang dengan cara berbeda, agar dapat saling melengkapi, yaitu: aspek-aspek pidana dari hukum internasional dan aspek-aspek internasional dari hukum pidana nasional).

Sementara itu Ruling mengatakan bahwa "*International Criminal Law is the law which determines what national criminal law will apply to offences actually committed if they contain an international element*".<sup>16</sup> (Hukum Pidana Internasional adalah hukum yang menentukan hukum pidana nasional mana yang akan diterapkan terhadap pelanggaran yang terjadi jika di dalamnya terdapat unsur internasional).

Dari dua pengertian Hukum Pidana Internasional tadi dapat disimpulkan bahwa Hukum Pidana Internasional adalah peraturan hukum pidana nasional dan peraturan (instrumen) hukum (pidana) internasional yang mengatur tentang kejahatan internasional dan cara penegakan hukumnya. Dengan kata lain jika terjadi suatu peristiwa yang merupakan kejahatan internasional, sebagaimana **diatur** dalam instrumen hukum internasional dan hukum pidana nasional di suatu negara, maka proses penanganan dan peradilan kasus tersebut berlangsung sesuai aturan yang terdapat dalam instrumen hukum internasional dan hukum pidana nasional yang berlaku di negara tersebut.<sup>17</sup>

Kejahatan internasional menurut M. Cherif Bassiouni adalah: "*any conduct which is designated as a crime in a multilateral convention with significant number of state parties to it, provided the instrument contains one of the ten penal characteristics*"<sup>18</sup>. (kejahatan internasional adalah tiap perbuatan yang ditetapkan sebagai kejahatan dalam suatu konvensi yang bersifat multilateral dengan jumlah negara peserta yang signifikan, dan memuat satu dari sepuluh karakteristik pidana).

14. Harian Kompas, Selasa 29 September 2009, him 1 dan 15.

15. M. Cherif Bassiouni, 1986. *International Criminal Law, volume 1: Crimes*. New York: Transnational Publisher, him 1.

16. BVA. Ruling sebagaimana dikutip dalam Romli Atmasasmita, 1995. *Pengantar Hukum Pidana Internasional*. Bandung: Penerbit Eresco, him 34.

17. Lihat juga William A. Schabas, 2004. *An introduction to the International Criminal Court*, Oxford: Oxford University Press, him 23.

18. M. Cherif Bassiouni, op.c/r, him 2-3.

sebelumnya proses hukum tersebut telah berlangsung. Dimulai ketika Komnas HAM pada tahun 2004 membentuk sebuah Tim Penyelidik berdasarkan Pasal 18 ayat (1), yang menentukan bahwa: Penyelidikan perkara pelanggaran HAM yang berat dilakukan oleh Komnas HAM. Hasil penyelidikan menyimpulkan bahwa dalam peristiwa penghilangan orang secara paksa pada periode pertengahan 1997 hingga akhir 1998, terdapat unsur-unsur pelanggaran HAM berat. Tim menyerahkan hasil penyelidikan mereka kepada Kejaksaan Agung pada bulan Desember 2006 sesuai ketentuan Pasal 20 ayat (2) bahwa dalam waktu tujuh hari setelah Tim menyampaikan kesimpulannya, Komnas HAM harus menyerahkan hasil penyelidikan kepada Penyidik.

Berdasarkan Pasal yang sama dalam ayat (3) nya Penyidik dapat mengembalikan berkas kepada penyelidik dalam waktu 30 hari dengan petunjuk untuk diperbaiki. Namun Jaksa Agung selaku penyidik baru melakukannya pada paruh kedua tahun 2008. Itu pun dilakukan tanpa petunjuk untuk perbaikan kecuali pernyataan kepada publik bahwa hasil penyelidikan tersebut belum lengkap. Pernyataan Jaksa Agung kepada publik juga menyebutkan bahwa seharusnya Pemerintah membentuk dulu Pengadilan HAM adhocnya, baru Penyidik dapat melakukan penyelidikan.<sup>23</sup>

Pada saat yang sama Komnas HAM juga menyerahkan hasil penyeididan Tim tersebut kepada Dewan Perwakilan Rakyat (DPR). DPR menerima laporan Komnas HAM pada tanggal 7 Desember 2006, sementara pembentukan Panitia Khusus (Pansus) mulai direkomendasikan sejak tanggal 27 Februari 2007.<sup>24</sup> Pansus terbentuk beberapa bulan kemudian dengan nama Panitia Khusus Penanganan Pembahasan atas Hasil Penyelidikan Penghilangan Orang Secara Paksa Periode 1997-1998, yang diketuai oleh Effendi MS Simbolon.

Meski telah terbentuk sejak paruh pertama tahun 2007, tidak pernah terdengar apa yang telah

dilakukan oleh Pansus untuk menindaklanjuti hasil penyelidikan tersebut. Kinerja Pansus baru terdengar di akhir tahun 2008 ketika Pansus mencoba memanggil beberapa pihak yang terkait, terutama nama-nama yang diperiksa dan disebut bertanggungjawab atas peristiwa tersebut dalam hasil penyelidikan Tim Komnas HAM.<sup>25</sup> Beberapa pihak dari pemerintah dan militer yang dipanggil seperti Menteri Hukum dan HAM, Menteri Pertahanan, Panglima TNI, dan beberapa mantan jenderal lainnya, tidak datang memenuhi panggilan tersebut. Oleh karenanya Pansus hanya mendasarkan pembahasan terhadap hasil penyelidikan tersebut atas masukan dari Komnas HAM, korban dan keluarga korban, para saksi, dan penggiat HAM.<sup>26</sup>

Di penghujung masa tugasnya, Pansus menyelesaikan pula tugas mereka untuk kasus ini dengan memberikan empat rekomendasi kepada rapat Paripurna DPR pada tanggal 28 September 2009.<sup>27</sup> Rapat paripurna DPR pada hari itu juga menerima hasil kerja Pansus dan merekomendasikan empat hal tersebut kepada pemerintah.<sup>28</sup> Keempat rekomendasi DPR kepada Pemerintah dalam kasus ini adalah:

1. Merekomendasikan kepada Presiden untuk membentuk Pengadilan HAM adhoc dengan Keppres.
2. Merekomendasikan kepada Presiden dan segenap institusi pemerintah serta pihak terkait untuk segera mencari 13 aktivis yang masih hilang.
3. Merekomendasikan pemerintah untuk merehabilitasi dan memberikan kompensasi kepada keluarga korban yang hilang.
4. Merekomendasikan pemerintah agar segera meratifikasi Konvensi Anti Penghilangan Paksa sebagai bentuk komitmen dan dukungan untuk menghentikan praktik penghilangan orang.<sup>29</sup>

Dengan keputusan DPR merekomendasikan

23 Harian Kompas, Kamis 10 Desember 2008. hlm 2. Lihat juga Harian Kompas Sabtu 13 Desember 2008. him 2

24 *Ibid.*

25 Upaya Pansus melakukan pemanggilan kepada pihak pemerintah dan militer yang dianggap terkait atau bertanggungjawab dalam peristiwa tersebut dinilai berbagai kalangan lebih bemuansa politis, karena bersamaan dengan masa kampanye Pemilu Legislatif. Hal ini disebabkan beberapa nama yang dipanggil dan dianggap bertanggungjawab dalam peristiwa tersebut sedang berkampanye untuk Pemilu Legislatif dan Pemilihan Presiden tahun 2009. Lihat Harian Kompas, Kamis 4 Desember 2008, him 4.

26 Harian Kompas, Selasa 29 September 2009, *op.cit.* him 15.

27 *Ibid.*, him 1 dan 15 Lihat juga Harian Kompas, Senin 28 September 2009, him 3.

28 Meski hasil Pansus diterima secara aklamasi oleh anggota DPR dalam rapat paripurna tersebut, tetap ada berbagai catatan dari beberapa anggota DPR terhadap hasil Pansus tersebut. Catatan tersebut antara lain tidak adanya jangka waktu yang ditetapkan bagi pemerintah untuk menindaklanjuti rekomendasi DPR tersebut, misalnya untuk mengeluarkan Keppres pembentukan Pengadilan HAM adhoc. Harian Kompas, Selasa, *loc.cit.*

29 Harian Kompas, Senin 28 September 2009, him 3. Lihat juga Harian Kompas Selasa 29 September 2009, him 1 dan 15, Harian Kompas Rabu 30 September 2009, him 1, serta Harian Kompas, Kamis 8 Oktober 2009, him 2.

dariserangan meluas atas sistematis yang ditujukan kepada suatu kelompok penduduk sipil:

- a. pembunuhan;
- b. Pemusnahan;
- c. Perbudakan;
- d. Deportasi atau pemindahan paksa penduduk;
- e. Memenjarakan atau perampasan berat atas kebebasan fisik dengan melanggar aturan-aturan dasar hukum internasional;
- f. Penyiksaan;
- g. Perkosaan, perbudakan seksual, pemaksaan prostitusi, penghamilan paksa, pemaksaan sterilisasi, atau suatu bentuk kekerasan seksual lain yang cukup berat;
- h. Penganiayaan terhadap suatu kelompok yang dapat diidentifikasi atau kolektivitas atas dasar politik, ras, nasional, etnis, budaya, agama, jender, sebagaimana didefinisikan dalam ayat (3), atau atas dasar lain yang secara universal diakui sebagai tidak diizinkan berdasarkan hukum internasional yang berhubungan dengan setiap perbuatan yang dimaksud dalam ayat ini atau setiap kejahatan yang berada dalam yurisdiksi mahkamah;
- i. Penghilangan paksa;
- j. Kejahatan apartheid;
- k. Perbuatan tak manusiawi lain dengan sifat sama yang secara sengaja menyebabkan penderitaan berat, atau luka serius terhadap badan atau mental atau kesehatan fisik.

Dari bunyi pasal di atas dan uraian sebelumnya diketahui bahwa kasus penghilangan paksa para aktivis tahun 1997-1998 merupakan pelanggaran berat HAM dalam bentuk kejahatan terhadap kemanusiaan sekaligus merupakan *crimes against humanity* menurut Statuta Roma. Pertanyaan berikut adalah apakah Pengadilan Pidana Internasional mempunyai kewenangan untuk mengadili kasus ini?

Untuk itu perlu dipahami asas utama yang melandasi berfungsinya Pengadilan Pidana Internasional ini, yaitu asas komplementer atau *complementary principle*. Asas ini terkandung dalam Pasal 1 Statuta Roma yang menentukan antara lain:

Dengan ini Pengadilan Pidana Internasional dibentuk. Pengadilan ini merupakan suatu lembaga permanen dan mempunyai kekuasaan untuk melaksanakan yurisdiksinya atas orang-orang untuk kejahatan paling serius yang menjadi perhatian internasional, sebagaimana dicantumkan

Statuta ini, dan merupakan pelengkap terhadap yurisdiksi pengadilan nasional.

Dari bunyi pasal di atas dapat dipahami, bahwa pengadilan ini mempunyai fungsi pelengkap dari pengadilan nasional. Ini berarti bahwa pengadilan ini baru akan melaksanakan fungsi dan kewenangannya, jika pengadilan nasional tidak berfungsi atau tidak menjalankan kewenangannya terhadap suatu kejahatan internasional yang terjadi. Kapan kita dapat mengatakan bahwa suatu negara tidak menjalankan fungsi dan kewenangannya terhadap suatu kasus, sehingga Pengadilan Pidana Internasional dapat mengadilinya?. Tentang hal ini hanya dapat disimpulkan dengan menganalisis beberapa pasal yang relevan.

Pertama, Pasal 17 yang mengatur tentang *inadmissibility* dari Pengadilan Pidana Internasional. Pasal ini menentukan antara lain: Ayat (1) setelah memperhatikan paragraf 10 Pembukaan dan Pasal 1, Pengadilan dapat menentukan bahwa suatu kasus tidak dapat diterima apabila:

- a. kasus tersebut sedang disidik dan dituntut oleh negara yang memiliki yurisdiksi atas kasus tersebut, kecuali negara tersebut sungguh-sungguh (*genuinely*) tidak mau (*unwilling*) atau tidak mampu (*unable*) melakukan penyidikan dan penuntutan;
- b. kasus tersebut telah disidik oleh negara yang mempunyai yurisdiksi atas kasus tersebut, dan negara tersebut telah memutuskan untuk tidak menuntut orang yang terlibat, kecuali keputusan tersebut sebagai akibat ketidakmauan (*unwillingness*) atau ketidakmampuan (*inability*) negara yang sungguh-sungguh (*genuinely*) untuk menuntut;
- c. orang yang bersangkutan telah diadili untuk perbuatan yang menjadi dasar dakwaan, dan peradilan oleh Pengadilan tidak diperkenankan berdasarkan Pasal 20 ayat(3);
- d. kasus itu tidak cukup berat untuk membenarkan tindakan-tindakan lebih lanjut oleh Pengadilan

Kedua, Pasal 20 yang mengatur tentang asas *non bis in idem*, yang antara lain menentukan: Ayat (1) kecuali ditetapkan dalam Statuta ini, tidak seorangpun diadili di depan Pengadilan berkenaan dengan perbuatan yang merupakan dasar kejahatan yang untuk itu orang tersebut telah dinyatakan bersalah atau dibebaskan oleh Pengadilan;

melaksanakan persidangan-persidangan.

Dari berbagai aturan di atas, maka peneliti berpandangan bahwa Pengadilan Pidana Internasional dapat melaksanakan kewenangannya terhadap kasus penghilangan paksa ini, jika terpenuhi kondisi *unwilling, unable*, atau *sham proceeding* terhadap penanganan kasus tersebut pada saat sekarang. Dari tiga kriteria kondisi *unwilling* sebagaimana terdapat dalam Pasal 17 ayat (2) tadi, maka kriteria *unjust delay* merupakan hal yang paling mungkin menjadi penyebab dilaksanakannya kewenangan Pengadilan Pidana Internasional. Hal ini dapat disimpulkan terjadi, jika Presiden tanpa alasan yang jelas tidak segera mengeluarkan Keppres pembentukan Pengadilan HAM adhoc untuk kasus ini, dan Jaksa Agung tidak mau melakukan penyidikan dengan alasan pengadilannya belum dibentuk. Menghindari dilaksanakan kewenangan Pengadilan Pidana Internasional terhadap kasus ini, maka secepatnya Presiden harus mengeluarkan Keppres tersebut yang kemudian ditindaklanjuti oleh Jaksa Agung selaku penyidik.

Kondisi di atas hanya berlaku jika negara yang mempunyai yurisdiksi atas tindak pidana tersebut merupakan negara peserta (state party) dari Statuta Roma, atau pelaku dari peristiwa tersebut adalah warga negara dari negara peserta. Indonesia hingga saat ini tidak termasuk sebagai negara peserta, karena belum meratifikasi Statuta Roma. Namun hal itu tidak menutup sama sekali peluang diadilinya kasus tersebut di Pengadilan Pidana Internasional, karena masih ada Pasal 12 ayat (2) dan (3) yang menentukan bahwa Pengadilan mempunyai yurisdiksi terhadap kejahatan yang diatur dalam Pasal 5 yang terjadi di wilayah negara yang menyatakan menerima kewenangan Pengadilan secara adhoc, atau negara yang oleh Dewan Keamanan dinyatakan sebagai wilayah yang diperluas bagi yurisdiksi Pengadilan.

Masih ada tantangan lain bagi diadilinya kasus ini di Pengadilan Pidana Internasional, yaitu bahwa Pengadilan tersebut menganut asas non retroaktif sebagaimana diatur dalam Pasal 11. Ayat (1) pasal

tersebut menentukan antara lain bahwa "Pengadilan mempunyai yurisdiksi hanya berkaitan dengan kejahatan-kejahatan yang dilakukan setelah diberlakukannya undang-undang ini". Kasus penghilangan paksa para aktivis terjadi tahun 1997-1998 dan sampai saat ini masih berlangsung. Hal ini disebabkan sebagian dari korban penghilangan paksa tersebut masih ada yang belum jelas nasibnya<sup>34</sup>. Ketidakjelasan nasib beberapa korban tersebut dan sikap para pihak yang diduga terlibat, termasuk tidak adanya pernyataan resmi dari pemerintah tentang nasib korban, membuat tindak pidana tersebut masih berlangsung.<sup>35</sup> Oleh karenanya terhadap kasus ini, yang terkait dengan korban yang masih belum jelas nasibnya, tidak dapat dikatakan terdapat retroaktif sebab tindak pidana itu sampai sekarang masih terjadi.

### Simpulan dan Saran.

Dari hasil penelitian yang diuraikan dan dibahas dalam bab sebelumnya dapat disimpulkan beberapa hal sebagai berikut:

1. Kasus penghilangan paksa para aktivis pada tahun 1997/1998, secara yuridis normatif merupakan kejahatan terhadap kemanusiaan sebagaimana diatur dalam Pasal 9 sub j UU Pengadilan HAM. Hasil penyelidikan oleh Tim yang dibentuk Komnas HAM terhadap kasus tersebut menyimpulkan bahwa terdapat cukup bukti yang menunjukkan adanya pelanggaran berat HAM dalam kasus itu.
2. Oleh karena kasus penghilangan para aktivis secara paksa ini terjadi sebelum Pengadilan HAM berdiri, maka mekanisme penyelesaian kasus ini mengikuti Pasal 43 UU Pengadilan HAM. Berdasarkan pasal tersebut penyelesaian kasus ini dilakukan dengan membentuk Pengadilan HAM ad hoc oleh pemerintah, berlandaskan rekomendasi dari DPR. Rekomendasi tersebut didasarkan pada hasil penyelidikan yang dilakukan oleh Tim Penyelidik dari Komnas HAM. Saat ini Pansus DPR telah mengeluarkan keputusan bahwa peristiwa penghilangan paksa para aktivis tahun 1997/1998 merupakan

34 Masih ada 13 orang aktivis yang hilang pada periode 1997-1998 yang masih belum jelas keadaan dan keberadaannya, dan salah satu rekomendasi Pansus DPR untuk kasus ini adalah agar Presiden dan segenap institusi pemerintah serta pihak terkait segera mencari kejelasan nasib ke 13 aktivis yang masih hilang. Harian Kompas, Selasa 29 September 2009, him 1 dan 15.

35 Pasal 7 ayat (2) I Statuta Roma menentukan antara lain: "Penghilangan secara paksa orang-orang yaitu penangkapan, penahanan, atau penculikan orang-orang oieh atau dengan izin, dukungan, atau pengakuan dari Negara atau organisasi politik, yang diikuti penolakan untuk mengakui bahwa hal itu merupakan perampasan kebebasan atau untuk mem5erikan informasi tentang nasib atau keberadaan dari orang-orang itu, dengan maksud menghilangkannya dari periindungan hukum untuk jangka waktu yang lama".





Harian Kompas, Jangkung Tak Akan Hadir di Pansus  
Orang Hilang, Rabu, 10 Desember 2008. *Harian*  
Kompas, Jaksa Agung Tak Punya Kemauan  
Politik, Kamis, 11 Desember 2008 *Harian*  
Kompas, Kasus Orang Hilang: Sikap  
Pemerintah Pembangkangan Hukum, Sabtu  
13 Desember 2008. *Harian Kompas*,  
Perjuangkan Rekomendasi Kasus  
Orang Hilang, Senin 28 September 2009. *Harian*  
Kompas, Cari kejelasan 13 orang hilang,  
Selasa 29 September 2009. *Harian Kompas*, Ketua  
DPR Secepatnya Harus Surati  
Presiden, Rabu 30 September 2009, *Harian*  
Kompas, Tinggal Kemauan SBY, Kamis, 8  
Oktober 2009.

menimbulkan skeptisisme di sebagian kalangan terhadap penyelesaian proses hukum kasus tersebut. Sebagai negara yang berdasar atas hukum tidak seharusnya pemerintah menjadikan sebuah kasus hukum sebagai komoditas politik. Banyak warga masyarakat, terutama keluarga korban, yang menanti penyelesaian kasus ini secara benar menurut hukum yang berlaku dan memberikan keadilan bagi para pihak yang dirugikan. Dunia internasional juga masih menyortokan perhatian yang besar terhadap jalannya kasus hukum pelanggaran berat HAM yang terjadi di Indonesia.<sup>12</sup>

Permasalahan dalam tulisan ini dirumuskan sebagai berikut:

1. Apakah kasus penghilangan paksa para aktivis tersebut merupakan pelanggaran berat HAM menurut UU Pengadilan HAM?
2. Bagaimanakah seharusnya proses penegakan hukum terhadap kasus tersebut menurut UU Pengadilan HAM?
3. Dari perspektif Hukum Pidana Internasional dapatkah Pengadilan Pidana Internasional menangani kasus tersebut?

Penelitian ini merupakan penelitian yuridis normatif dengan pendekatan undang-undang (*statute approach*),<sup>13</sup> dalam hal ini UU Pengadilan HAM dan Statuta Roma. Data dikumpulkan dari bahan hukum primer dan sekunder, kemudian dianalisis secara kualitatif

### **Pelanggaran Berat HAM dalam Pengadilan HAM.**

Sebagai bukti bahwa pemerintah Indonesia berusaha memenuhi tuntutan reformasi dalam perlindungan HAM, dilakukan amandemen terhadap UUD 1945 yang diantaranya memuat beberapa pasal tambahan tentang HAM. Pasal 28 yang terdiri dari 28 a sampai dengan 28 j mengatur beberapa hak asasi manusia yang terdapat dalam berbagai konvensi HAM, seperti *Universal Declaration of Human Rights*, *Covenant on Civil and Political Rights*, *Covenant on Economic and Social Rights*, dan lain-lain.

Pemerintah bersama-sama dengan DPR kemudian memberlakukan Undang-undang Nomor 39 Tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia sebagai

pengejawantahan pasal-pasal HAM dalam konstitusi tadi. Pasal 104 ayat (1) UU ini menentukan bahwa pelanggaran terhadap HAM sebagaimana diatur dalam UU ini diadili di sebuah pengadilan khusus tentang HAM. Pengadilan dimaksud baru terbentuk setahun kemudian berdasarkan Perpu Nomor 1 Tahun 1999 tentang Pengadilan HAM. Namun karena Perpu tersebut tidak mendapat persetujuan DPR maka Pemerintah mengajukan RUU Pengadilan HAM, yang kemudian ditetapkan sebagai Undang-undang Nomor 26 Tahun 2000 (UU Pengadilan HAM). UU Pengadilan HAM mengatur yurisdiksi pengadilan ini sebagai berikut:

Pasal 4: Pengadilan HAM bertugas dan berwenang memeriksa dan memutus perkara pelanggaran Hak Asasi Manusia yang berat

Sementara Pasal 7 UU tersebut menentukan bahwa yang dimaksud dengan pelanggaran HAM yang berat adalah:

- a. Kejahatan Genosida;
- b. Kejahatan terhadap Kemanusiaan.

Pasal 9 UU ini kemudian menentukan bahwa: Kejahatan terhadap kemanusiaan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 7 huruf b adalah salah satu perbuatan yang dilakukan sebagai bagian dari serangan yang meluas atau sistematis yang diketahuinya bahwa serangan ditujukan secara langsung terhadap penduduk sipil, berupa:

- a. pembunuhan;
- b. pemusnahan;
- c. perbudakan;
- d. pengusiran atau pemindahan penduduk secara paksa;
- e. perampasan kemerdekaan atau perampasan kebebasan fisik lain secara sewenang-wenang yang melanggar (asas-asas) ketentuan pokok hukum internasional;
- f. penyiksaan;
- g. perkosaan, perbudakan seksual, pelacuran secara paksa, pemaksaan kehamilan, pemandulan atau sterilisasi secara paksa atau bentuk-bentuk kekerasan seksual lain yang setara;
- h. penganiayaan terhadap suatu kelompok tertentu

12 Ini (erbagai) dari kedatangan pelapor khusus (*special rapporteur*) Komisi HAM PBB ke Indonesia untuk mendapatkan informasi tentang penegakan HAM di Negara ini. Berita terakhir tentang pelapor khusus Komisi HAM PBB adalah pertemuannya dengan Suciwati, istri pejuang HAM yang dibunuh dalam perjalanannya ke Amsterdam pada tahun 2004, dan hingga kini proses hukum tertiadap pihak-pihak yang diduga sebagai pelakunya masih belum tuntas. Harian Kompas, Selasa 27 Januari 2009, him 4.

13 Soerjono Soekanto dan Sri Mamudji, *Penelitian Hukum Normatif: Suatu Tinjauan Singkat*, Ed. 1 Cet. 10, Rajawali Press, Jakarta, 2007, hal.13



Sepuluh karakter pidana yang dimaksud oleh Bassiouni tersebut sebagai berikut:<sup>19</sup>

1. pengakuan secara eksplisit tindakan-tindakan yang ditetapkan sebagai kejahatan internasional atau kejahatan menurut hukum internasional;
2. pengakuan secara implicit sifat-sifat pidana suatu tindakan dengan menetapkan suatu kewajiban untuk melarang, mencegah, menuntut, menjatuhkan pidana, atau sejenisnya;
3. kriminalisasi **terhadap tindakan-tindakan tertentu**;
4. kewajiban atau hak untuk menuntut;
5. kewajiban atau hak untuk memidana tindakan-tindakan tertentu;
6. kewajiban atau hak untuk mengekstradisi;
7. kewajiban atau hak untuk bekerjasama dalam penuntutan, pidanaan, termasuk bantuan yudisial dalam proses pidanaan;
8. penetapan suatu dasaryurisdiksi kriminal;
9. penunjukan pembentukan suatu pengadilan pidana internasional;
10. penghapusan alasan-alasan perintah atasan.

Roling sependapat dengan Bassiouni bahwa salah satu karakter pidana tersebut adalah perlunya suatu deklarasi internasional yang menegaskan bahwa tindakan tersebut merupakan kejahatan internasional yang dapat diancam pidana.<sup>20</sup> Dari sini dapat disimpulkan bahwa perbuatan yang dikatakan sebagai kejahatan internasional harus ditetapkan dalam suatu konvensi internasional sebagai suatu perbuatan yang dapat dihukum atau memiliki sifat-sifat pidana, sehingga negara-negara harus mengkriminalisasinya ke dalam hukum nasional mereka.<sup>21</sup>

Dari perspektif Hukum Pidana Internasional, perbuatan penghilangan orang secara paksa juga merupakan salah satu bentuk *crimes against humanity* sebagaimana diatur dalam Pasal 7 Statuta Roma, yang menentukan antara lain: Salah satu perbuatan berikut ini apabila merupakan bagian dari serangan meluas atau sistematis yang ditujukan kepada suatu kelompok penduduk sipil:

Dari isi Pasal 7 Statuta Roma dipahami bahwa

penghilangan paksa merupakan salah satu bentuk perbuatan *crimes against humanity*, yang merupakan yurisdiksi Pengadilan Pidana Internasional. Dengan kata lain jika terjadi perbuatan tersebut yang dilakukan sebagai bagian dari serangan meluas atau sistematis yang ditujukan kepada suatu kelompok sipil, maka Pengadilan Pidana Internasional mempunyai kewenangan untuk mengadili pelakunya. Beranjak dari dua peraturan tadi maka secara normatif perbuatan penghilangan paksa para aktivis merupakan salah satu bentuk kejahatan terhadap kemanusiaan yang menjadi yurisdiksi Pengadilan HAM sekaligus merupakan *crimes against humanity* yang merupakan yurisdiksi Pengadilan Pidana Internasional. Artinya harus dilakukan suatu proses hukum yang benar dan adil terhadap kasus tersebut di tingkat nasional, yang akan disorot oleh dunia internasional. Proses itu akan berpengaruh secara internasional, karena perbuatan tersebut juga merupakan kejahatan yang menjadi perhatian dunia internasional. Namun perlu dikaji lebih jauh, untuk menjawab pertanyaan apakah memang kasus tersebut dapat diadili di Pengadilan Pidana Internasional.

### **Proses Penyelesaian Kasus Penghilangan Paksa Aktivis Tahun 1997/1998 menurut UU Pengadilan HAM.**

Pasal 43 UU Pengadilan HAM menentukan antara lain:

Ayat (1) Pelanggaran HAM yang berat yang terjadi sebelum diundangkannya UU ini, diperiksa dan diputus oleh Pengadilan HAM adhoc. Ayat (2) Pengadilan HAM adhoc sebagaimana dimaksud dalam ayat (1) dibentuk atas usul Dewan Perwakilan Rakyat Republik Indonesia berdasarkan peristiwa tertentu dengan Keputusan Presiden.

Berdasarkan pasal di atas maka mekanisme penyelesaian kasus penghilangan paksa para aktivis ini adalah dengan mengadili pelakunya di Pengadilan HAM adhoc, sebab peristiwanya terjadi sebelum UU Pengadilan HAM diberlakukan.<sup>22</sup>

Sebagaimana disinggung pada bagian

<sup>19</sup> *Ibid.*

<sup>20</sup> Romli Atmasasmita, *op.cit.* tilm 36.

<sup>21</sup> Sebagian pakar Hukum Pidana Internasional bahkan berpendapat bahwa kejahatan internasional adalah tiap perbuatan yang dianggap sebagai kejahatan oleh hukum internasional, baik hukum kebiasaan internasional maupun oleh suatu perjanjian internasional, tanpa mempedulikan apakah perbuatan tersebut juga merupakan kejahatan menurut hukum nasional suatu negara. Lihat Antonio Casese, 2003. *An introduction to International Criminal Law*. Oxford: Oxford University Press, him 277.

<sup>22</sup> Tentang hal ini ada sebagian orang berpendapat bahwa meski peristiwanya terjadi pada tahun 1997/1998, namun tindak pidananya masih berlangsung hingga sekarang. Hal ini disebabkan sebagian dari korban penghilangan paksa tersebut, ada yang masih belum jefas nasibnya, apakah sudah meninggal atau belum, sementara keberadaan mereka hingga saat ini belum diketahui lagi.

pembentukan Pengadilan HAM adhoc untuk kasus ini, maka proses selanjutnya adalah dikeluarkannya Keppres oleh Presiden tentang pembentukan pengadilan tersebut. Presiden sebaiknya sesegera mungkin mengeluarkan Keppres tersebut, sehingga tidak ada alasan lagi bagi Kejaksaan Agung untuk tidak melakukan penyidikan terhadap kasus ini.<sup>30</sup>

Sampai sejauh ini proses hukum terhadap kasus ini sudah mulai memperlihatkan arah yang benar (*on the right track*) sesuai ketentuan dalam UU Pengadilan HAM.<sup>31</sup> Persoalannya tinggal kapan Presiden akan mengeluarkan Keppres pembentukan Pengadilan HAM adhoc tersebut. Kemudian Kejaksaan Agung harus menindaklanjuti dengan melakukan penyidikan sebagai pelaksanaan kewenangan mereka sebagai penyidik dalam perkara pelanggaran HAM berat, sebagaimana diatur dalam Pasal 21 ayat (1). Ayat (2) pasal yang sama menentukan bahwa dalam melaksanakan tugas penyidikan dalam ayat (1) Jaksa Agung dapat mengangkat penyidik adhoc yang terdiri dari unsur pemerintah dan atau unsur masyarakat.

Jika penyidikan selesai dilaksanakan oleh penyidik adhoc sebagaimana ditentukan tadi, maka hasil penyidikan akan diserahkan kepada Jaksa Agung sebagai penuntut umum dalam perkara pelanggaran HAM berat. Hal ini sesuai dengan ketentuan Pasal 23 ayat (1) yang menentukan bahwa penuntutan dalam perkara pelanggaran HAM yang berat dilakukan oleh Jaksa Agung. Dalam melaksanakan tugas penuntutan tersebut Jaksa Agung juga dapat mengangkat penuntut adhoc yang terdiri dari unsur pemerintah dan atau unsur masyarakat, sebagaimana diatur dalam ayat (2) pasal yang sama.

Hal yang perlu mendapat perhatian dalam melakukan penyidikan dan penuntutan terhadap perkara pelanggaran HAM berat adalah adanya batasan jangka waktu untuk setiap proses tersebut. Hal ini dapat dilihat pada Pasal 22 ayat (1), (2) dan (3) untuk proses penyidikan serta Pasal 24 untuk proses penuntutan. Jangka waktu penyidikan adalah 90 hari,

yang dapat diperpanjang 90 hari lagi oleh Ketua Pengadilan HAM. Jika setelah jangka waktu tersebut penyidikan belum selesai, maka dapat dilakukan perpanjangan lagi untuk 60 hari oleh Ketua Pengadilan HAM. Sementara jangka waktu penuntutan hanya 70 hari, tanpa dapat diperpanjang. Ketentuan mengenai jangka waktu penyidikan dan persetujuan perpanjangan jangka waktu tersebutlah yang membuat Jaksa Agung akan menunda penyidikan terhadap kasus ini sampai Pengadilan HAM adhoc terbentuk. Hal ini disebabkan proses penyidikan yang akan dilakukan oleh penyidik dapat terkendala jika Ketua Pengadilan HAM adhocnya belum ada. Kebutuhan akan hadirnya Pengadilan HAM adhoc berikut ketuanya juga dapat mengganjal langkah hukum penyidik dalam melakukan penahanan atau penggeledahan. Atas berbagai alasan tersebut, memang seharusnya Presiden mempercepat penerbitan Keppres Pembentukan Pengadilan HAM adhoc untuk kasus ini.<sup>32</sup>

### **Kemungkinan Proses Hukum Kasus Penghilangan Paksa Aktivis Tahun 1997/1998 di Pengadilan Pidana Internasional.**

Pengadilan Pidana Internasional (*International Criminal Court*) berdiri pada tanggal 1 Juli 2002 berdasarkan Statuta Roma (*The Rome Statute of International Criminal Court*) tahun 1998. Pengadilan ini berkedudukan di Den Haag, Belanda, dan berwenang mengadili kejahatan internasional (*international crimes*). Adapun kejahatan internasional yang menjadi yurisdiksi pengadilan ini adalah:<sup>33</sup> 1)Kejahatan Genosida; 2) Kejahatan terhadap Kemanusiaan; 3) Kejahatan Perang; dan 4)Kejahatan Agresi.

Pasal 7 Statuta Roma merinci perbuatan yang dikategorikan sebagai kejahatan terhadap kemanusiaan, yaitu:

Perbuatan yang termasuk ke dalam kejahatan terhadap kemanusiaan, yang berarti salah satu dari perbuatan berikut ini apabila merupakan bagian

30 Jaksa Agung Hendarman Supanji mengatakan bahwa "Kejaksaan Agung siap melakukan penyidikan kasus penghilangan paksa para aktivis ini, sejauh aturan dan UU Pengadilan HAM terpenuhi. Dulu yang dipermasalahkan oleh Kejaksaan adalah dukungan politik. Bila dukungan politik ada, selanjutnya ditentukan Presiden melalui Keputusan Presiden untuk membentuk Pengadilan HAM adhoc. Kami akan tindak lanjuti". Lihat Harian Kompas Rabu 30 September 2009, him 1 dan 15.

31 Terlepas dari kemungkinan putusan rapat paripurna tersebut berkesan politis untuk meninggalkan kesan baik atau prestasi DPR Periode 2004 - 2009, tapi menjadi pekerjaan rumah DPR periode 2009 - 2014, karena diputuskan pada akhir masa jabatan mereka. Lihat Harian Kompas, Selasa 29 September 2009 dan Rabu 30 September 2009, him 1-15.

32 Ketua Komisi III DPR yang membidangi masalah hukum, Tri Medya Panjaitan mengatakan bahwa surat rekomendasi kepada Presiden sesuai hasil rapat Paripurna DPR hari Senin tanggal 28 September 2009 tersebut telah dikirim kepada Presiden. Ini berarti bahwa menjadi tugas Presiden untuk mengeluarkan Keppres tersebut sebelum pelantikannya untuk masa jabatan kedua pada tanggal 20 Oktober 2009 nanti. Harian Kompas, Kamis 8 Oktober 2009., him 2.

33 Lihat Pasal 5 Statuta Roma.

Ayat (2) tidak seorangpun boleh diadili di depan suatu pengadilan lain untuk kejahatan yang disebutkan dalam Pasal 5 jika orang tersebut telah dihukum atau dibebaskan oleh Pengadilan; Ayat (3) tidak seorangpun yang telah diadili oleh suatu pengadilan lain untuk perbuatan yang juga dilarang berdasarkan Pasal 6, 7 atau 8 boleh diadili oleh Pengadilan berkenaan dengan perbuatan yang sama, kecuali kalau proses perkara dalam pengadilan lain itu diduga merupakan pengadilan pura-pura (*sham proceeding*);

- a. adalah dengan tujuan untuk melindungi (*shielding*) orang yang bersangkutan dari tanggungjawab pidana untuk kejahatan yang berada di dalam yurisdiksi Pengadilan, atau
- b. sebaliknya tidak dilakukan secara mandiri (*independently*) atau tidak memihak (*impartially*) sesuai dengan norma-norma mengenai proses yang diakui oleh hukum internasional dan dilakukan dengan cara yang dalam keadaan itu, tidak sesuai dengan maksud untuk membawa orang yang bersangkutan kedepan pengadilan.

Dari kedua pasal di atas dapat disimpulkan bahwa:

1. preferensi utama untuk mengadili kejahatan internasional yang menjadi yurisdiksi Pengadilan Pidana Internasional ada pada pengadilan nasional yang mempunyai yurisdiksi atas kejahatan yang terjadi;
2. Pengadilan Pidana Internasional dapat melaksanakan kewenangannya atas suatu kasus, jika negara yang mempunyai yurisdiksi atas kasus tersebut, sungguh-sungguh tidak mau atau tidak mampu untuk melakukan penyidikan atau penuntutan;
3. suatu kasus tidak akan dapat diadili di Pengadilan Pidana Internasional, jika pengadilan nasional yang mempunyai yurisdiksi atas kasus tersebut sedang melaksanakan fungsi dan kewenangannya terhadap kasus tersebut (sedang melakukan penyidikan atau penuntutan);
4. jika proses penyidikan atau penuntutan telah selesai dilakukan, dan negara yang bersangkutan menyatakan tidak akan menuntut

- pelaku, sedangkan keputusan tidak menuntut tersebut lahir dari ketidakmauan atau ketidakmampuan negara tersebut, maka Pengadilan Pidana Internasional berwenang mengadili kasus tersebut;
5. jika suatu kasus telah selesai diproses oleh

pengadilan nasional yang mempunyai yurisdiksi atas kasus tersebut, dan pelaku telah dihukum atau dibebaskan, tetapi proses tersebut merupakan suatu *sham proceeding*, maka pengadilan pidana internasional masih dapat melaksanakan kewenangannya atas kasus tersebut.

Dari kesimpulan tadi maka peneliti menyatakan bahwa Pengadilan Pidana Internasional baru dapat melaksanakan kewenangannya terhadap kasus penghilangan paksa para aktivis tersebut, jika terpenuhi kondisi *unwilling* atau *unable*, ataupun adanya *sham proceeding* sebagaimana dinyatakan dalam kedua pasal tadi.

Kapan atau bilamana kita dapat mengatakan bahwa terhadap proses hukum yang berlangsung atas kasus penghilangan paksa para aktivis tersebut, terdapat kondisi *unwilling* atau *unable*, atau pun *sham proceeding*? Menjawab pertanyaan ini perlu melihat kepada Pasal 17 ayat (2) Statuta Roma yang menentukan antaralain:

Suatu negara dapat dikatakan tidak mau (*unwilling*) adalah:

1. jika proses hukum yang telah atau sedang dilakukan terhadap suatu kasus

adalah

dimaksudkan atau diputuskan untuk melindungi si pelaku dari pertanggungjawaban pidana;

2. jika terdapat suatu penundaan yang berlarut-larut tanpa suatu alasan yang benar secara hukum (*unjust delay*);
3. jika proses peradilan tidak dilaksanakan secara merdeka dan tidak memihak.

Dari ketentuan di atas dapat dilihat bahwa kriteria pertama dan ketiga yang disebutkan sebagai kondisi *unwilling* adalah sama dengan kondisi yang dikatakan sebagai *sham proceeding* sebagaimana dinyatakan oleh Pasal 20 ayat(3) tadi.

Sementara indikator kondisi *unable* ditemui dalam ayat (3) dari pasal yang sama, yaitu:

bahwa untuk dapat menentukan ketidakmampuan dalam kasus tertentu, Pengadilan akan mempertimbangkan apakah dikarenakan ketidakmampuan secara menyeluruh ataukah karena kegagalan substansial dari sistem peradilan nasional, sehingga negara itu tidak mampu untuk mendapatkan terdakwa atau bukti-bukti dan keterangan yang diperlukan, atau karena alasan lain sehingga tidak dapat

pelanggaran berat HAM dan diterima oleh sidang paripurna DPR pada hari Senin tanggal 28 September 2009. DPR memberikan 4 rekomendasi terhadap kasus tersebut yang salah satunya adalah merekomendasikan Presiden untuk membentuk Pengadilan HAM adhoc bagi kasus tersebut. Proses selanjutnya adalah setelah Presiden mengeluarkan Keppres pembentukan Pengadilan tersebut, maka Jaksa Agung harus membentuk Tim Penyidik untuk melakukan penyidikan, setelah itu melakukan penuntutan di Pengadilan HAM adhoc tersebut, Jika proses ini tidak dilakukan maka terdapat penundaan tanpa dasar hukum yang menimbulkan ketidakadilan (*unjust delay*). 3. Berdasarkan Pasal 17 ayat (2) Statuta Roma, *unjust delay* merupakan salah satu kriteria dari ketidakmauan negara yang berwenang untuk mengadili pelaku kejahatan internasional (*unwilling*). Hal ini menjadi salah satu dasar bagi Pengadilan Pidana Internasional (ICC) untuk mengadili peristiwa tersebut. Meski peristiwa tersebut terjadi tahun 1997-1998, tidak dapat dikatakan akan bertentangan dengan asas non retroaktif yang dianut oleh Pengadilan Pidana Internasional. Hal ini disebabkan tindak pidana tersebut sampai sekarang masih berlangsung atau tetap terjadi terkait dengan masih ada 13 orang korban yang belum jelas nasib dan keberadaannya.

Kendala bahwa Indonesia belum meratifikasi Statuta Roma sehingga Pengadilan Pidana Internasional tidak berwenang karena asas teritorial, dapat diatasi dengan melandaskan Pasal 12 ayat (2) dan Pasal 13 Statuta Roma, yaitu berdasarkan penentuan sebagai wilayah yang diperluas oleh Dewan Keamanan yang bertindak sesuai Bab VII Piagam PBB.

Dari simpulan di atas, maka peneliti mengajukan saran sebagai berikut:

1. Agar perlindungan dan penegakan HAM yang lebih baik sebagai tujuan diberlakukannya UU Pengadilan HAM tercapai, maka sebaiknya Presiden segera menindaklanjuti rekomendasi DPR terhadap kasus penghilangan paksa para aktivis ini, dengan sesegera mungkin mengeluarkan Keppres pembentukan Pengadilan HAM adhoc untuk kasus ini.
2. Jaksa Agung sebagai penyidik tindak pidana

pelanggaran berat HAM harus melakukan penyidikan terhadap kasus ini berdasarkan hasil penyelidikan Komnas HAM, kemudian menuntut pelaku di Pengadilan HAM adhoc tersebut.

## DAFTAR PUSTAKA

- Antonio Casese, 2003. *International Criminal Law*. Oxford: Oxford University Press. Eddy Junaedy Karnasudirja, 2003. *Dari Pengadilan Wiiter Internasional Nuremberg ke Pengadilan HAM Indonesia*. Jakarta: PT Tatanusa. M. Cherif Bassiouni, 1986. *international Criminal Law, Vol 1: Crimes*. New York: Transnational Publisher. Muladi, 2003. *Pengadilan HAM dalam Konteks Nasional dan internasional*. Makalah disampaikan Pada Penataran Hukum Pidana dan HAM, Padang: Fakultas Hukum-Unand, 5-6 September 2003. Nina HB Joergensen, 2000. *The Responsibility of States For International Crimes*. Oxford: Oxford University Press. Robert Cryer, 2005. *Prosecuting International Crimes: Selectivity and the International Criminal Law Regime*. Cambridge: Cambridge University Press Romli Atmasasmita, 1995. *Pengantar Hukum Pidana Internasional*. Bandung: PTEresco. Shinta Agustina, 2006. *Hukum Pidana Internasional Dalam Teori dan Praktik*. Padang: Unand Press. Soerjono Soekanto dan Sri Mamudji, 2007. *Penelitian Hukum Normatif: Suatu Tinjauan Singkat*, Ed. 1 Cet. 10. Jakarta: Rajawali Press. William A. Schabas, 2004. *An Introduction to the International Criminal Court*. Second Edition. Cambridge: Cambridge University Press. Undang-undang Nomor 39 Tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia. Undang-undang Nomor 26 Tahun 2000 tentang Pengadilan Hak Asasi Manusia. *Rome Statute of International Criminal Court*. Harian Kompas, Pansus Dorong Presiden, Kamis, 4 Desember 2008. Harian Kompas, Penghilangan Paksa: Lima Institusi Belum Pastikan Hadir, Selasa 9 Desember 2008.