



Kewajiban Umum Negara terkait Pencegahan dan Penghukuman Kejahatan terhadap Kemanusiaan: Telaah atas Draft Artikel ILC

Abdul Munif Ashri

Mahasiswa Magister Ilmu Hukum, Fakultas Hukum
Universitas Gadjah Mada

*Corresponding Author: abdulmunifashri@mail.ugm.ac.id

Submission : 14 November 2022

Revision : 30 Maret 2023

Publication : 15 Juni 2023

Abstract

Crimes against humanity is one of the most serious international crimes in which its criminalization has taken place since the Charter of Nürnberg International Military Tribunal was signed in 1945. But until now, no specialized international treaty dedicated to regulating many aspects of crime againts humanity. In 2019, the International Law Commission (ILC) concluded a Draft Articles on Prevention and Punishment of Crimes Against Humanity, expected to be a basis for a specialized convention in the future. This paper discusses the State's general obligations concerning the prevention and punishment of crime againts humanity according to ILC's Draft Articles. This paper used the juridical-normative research method by combining the conceptual and statute approach. The result of the discussion found that there are three general forms of State obligations, i.e: (1) Obligation not to engage in acts that constitute crime againts humanity; (2) Obligation to prevent; and (3) Obligation to punish.

Keywords: *crimes against humanity; international law commission; state obligations.*



This work is licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International License

Abstrak

Kejahatan terhadap kemanusiaan merupakan suatu kejahatan internasional paling serius yang kriminalisasinya telah mengambil tempat sejak ditandatanganinya Piagam Tribunal Militer Internasional Nürnberg 1945. Namun sampai sekarang, belum terdapat suatu perjanjian internasional khusus yang didedikasikan untuk mengatur pelbagai aspek kejahatan terhadap kemanusiaan. Pada 2019, Komisi Hukum Internasional (ILC) akhirnya merampungkan Draf Artikel Tentang Pencegahan dan Penghukuman Kejahatan terhadap Kemanusiaan, yang diekspektasikan menjadi dasar pembentukan konvensi khusus di masa mendatang. Tulisan ini mengulas kewajiban umum Negara berkenaan dengan pencegahan dan penghukuman kejahatan terhadap kemanusiaan menurut Draf Artikel ILC. Penelitian dalam tulisan ini mengandalkan metode penelitian yuridis-normatif dengan perpaduan pendekatan konseptual dan perundang-undangan. Hasil penelaahan tulisan ini menemukan bahwa terdapat tiga bentuk kewajiban umum Negara, yakni: (1) Kewajiban Negara untuk tidak melakukan tindakan yang merupakan kejahatan terhadap kemanusiaan; (2) Kewajiban untuk mencegah; dan (3) Kewajiban untuk menghukum.

Kata Kunci: *kewajiban negara; kejahatan terhadap kemanusiaan; komisi hukum internasional.*

A. Pendahuluan

Dalam satu tulisannya pada tahun 1994, ahli Hukum Pidana Internasional terkemuka, M. Cherif Bassiouni merefleksikan masalah kesenjangan pengaturan dan mengargumentasikan urgensi pembentukan konvensi khusus terkait kejahatan terhadap kemanusiaan. Memang, pasca Tribunal Militer Internasional (IMT) Nürnberg 1945 berdiri hingga awal dekade 1990-an, pelbagai tragedi kekejaman kembali terulang tanpa penghukuman efektif. Piagam dan yurisprudensi IMT Nürnberg yang menandai kriminalisasi

kejahatan terhadap kemanusiaan¹ nyaris ‘membeku’ menjadi norma yang tidak berlaku (*désuétude*). Ketidakaktifan penegakan hukum pun menguatkan kritisisme bahwa penuntutan penjahat perang dan kemanusiaan Nazi-Jerman oleh IMT Nürnberg hanyalah “pembalasan dendam” oleh pemenang Perang Dunia ke-II.²

Pengaturan kejahatan terhadap kemanusiaan kini tercakup dalam Statuta Roma Tentang Mahkamah Pidana Internasional (ICC) 1998. Kejahatan tersebut termasuk dari empat “kejahatan paling serius yang menjadi perhatian masyarakat internasional secara keseluruhan”, di samping genosida, kejahatan perang, dan agresi.³ Kejahatan terhadap kemanusiaan adalah berbagai bentuk tindakan tak manusiawi (*inhumane acts*) –seperti pembunuhan, perbudakan, perkosaan, persekusi, penghilangan paksa, dan seterusnya⁴–

¹ *Agreement for the Prosecution and Punishment of the Major War Criminals of the European Axis* (08 August 1945). Terlampir juga *Charter of The International Military Tribunal*.

² M. Cherif Bassiouni. “Crimes Against Humanity: The Need for a Specialized Convention”, *Columbia Journal of Transnational Law*. Vol. 31, No. 3. 1994. hal. 457-458.

³ Pasal 5 *The Rome Statute of The International Criminal Court* (1998).

⁴ Terdapat 11 bentuk tindakan (*actus reus*) kejahatan terhadap kemanusiaan, yang secara ringkas bisa diidentifikasi sebagai berikut: (a) Pembunuhan; (b) Pemusnahan; (c) Perbudakan; (d) Pemandahan paksa; (e) Perampasan kemerdekaan sewenang-wenang; (f) Penyiksaan; (g) perkosaan dan kekerasan seksual yang keparahannya setara; (h) Persekusi; (i) Penghilangan paksa; (j) Kejahatan apartheid; (k) dan tindakan tidak manusiawi lainnya. Pasal 7 *Rome Statute*.

yang dilakukan sebagai bagian dari serangan berskala luas atau sistematis kepada penduduk sipil.

Norma terkait kejahatan terhadap kemanusiaan telah menyusuri perkembangan evolutif yang panjang. Paling tidak ada dua titik asal-usul kemunculannya. Pertama, yakni rumusan “Klausula Martens” pada Konvensi-Konvensi Den Haag 1899 dan 1907. Klausula Martens bermuatkan preskripsi normatif bahwa sejauh hukum perang belum lengkap dikodifikasikan, berbagai hal yang luput diatur akan tunduk pada prinsip-prinsip hukum internasional, yang salah satunya bersumber dari “hukum kemanusiaan”. Kedua, yaitu deklarasi bersama cetusan Britania Raya, Prancis, dan Rusia (28 Mei 1915) yang menyatakan pembantaian penduduk Armenia sebagai “kejahatan terhadap peradaban dan kemanusiaan”.⁵

Dalam hukum internasional positif kontemporer, elaborasi pengaturan kejahatan terhadap kemanusiaan ternyata belum dituangkan ke dalam suatu perjanjian internasional khusus.⁶ Kejahatan terhadap kemanusiaan tidaklah seperti kejahatan genosida dan kejahatan perang yang sudah dikodifikasikan oleh konvensi spesifik. Karena memiliki konvensi spesifik,

⁵ M. Cherif Bassiouni. *Crimes Against Humanity: Historical Evolution and Contemporary Application*. New York: Cambridge University Press, 2011. hal. 86-90.

⁶ Leila Nadya Sadat. “Crimes Against Humanity in the Modern Age”. *American Journal of International Law* Vol. 107, No. 2. 2013: hal. 340-341. doi:10.5305/amerjintelaw.107.2.0334.

definisi kejahatan perang dan genosida dapat dikata sudah memperoleh penerimaan luas.⁷

Robert Cryer et.al dan Kai Ambos mengutarakan, pendefinisian kejahatan terhadap kemanusiaan di berbagai instrumen internasional tampak inkonsisten.⁸ Inkonsistensi tersebut bisa ditilik pada formulasinya menurut Statuta Tribunal Pidana Internasional untuk Bekas Yugoslavia (ICTY) dan Rwanda (ICTR). Statuta ICTY menautkan kejahatan terhadap kemanusiaan dengan unsur keterkaitan (*nexus*) konflik bersenjata, sementara pendefinisian Statuta ICTR menambahkan unsur serangan berskala luas atau sistematis terhadap penduduk sipil dengan dasar diskriminatif (*discriminatory animus*).⁹

Statuta Roma adalah instrumen termutakhir, terperinci sekaligus mencerminkan “kodifikasi” dan “perkembangan progresif” hukum internasional dalam pendefinisian kejahatan terhadap kemanusiaan.¹⁰ Namun Bassiouni

⁷ Charles Chernor Jalloh. “What Makes a Crime against Humanity a Crime against Humanity”. *American University International Law Review*. Vol. 28, No. 2. 2013. hal. 382-383.

⁸ Robert Cryer et.al. *An Introduction to International Criminal Law and Procedure, Second Edition*. New York: Cambridge University Press, 2010. hal. 230; Kai Ambos. *Treaties on International Criminal Law – Volume II: Crimes and Sentencing*. New York: Oxford University Press, 2014. hal. 47.

⁹ *Ibid*, hal. 234-235.

¹⁰ Roger S. Clark. “History of Efforts to Codify Crimes Against Humanity: From the Charter of Nuremberg to the Statute of Rome”, dalam Leila Nadya Sadat (ed.), *Forging a Convention for Crimes Against Humanity*. New York: Cambridge University Press, 2011. hal. 22.

berpendapat, pengaturan Statuta Roma seharusnya bukan menjadi babak terakhir. Keparahan tindak kejahatan terhadap kemanusiaan seharusnya menjadi *raison d'être* akan perumusan konvensi khusus. Lagi pula, masih ada berbagai isu seputar unsur-unsur kejahatan, hingga persoalan penerapan hukum.¹¹ Konvensi khusus perlu mengatur kerja sama antar-Negara, juga kewajiban Negara demi mencegah kejahatan serius itu.¹² Komisi Hukum Internasional (ILC) melangsungkan studi sehubungan topik kejahatan terhadap kemanusiaan sejak 2013, dan kelak menghasilkan Draf Artikel bertajuk "*Draft Articles on the Prevention and Punishment of Crimes against Humanity*" (2019). Penyusunan Draf Artikel ILC setidaknya bertujuan untuk menjadi dasar pembentukan konvensi khusus di masa mendatang.¹³

Tulisan ini tidak bermaksud menelaah keseluruhan Draf Artikel ILC, tetapi pengkajiannya hanya menjurus pada substansi kewajiban umum (*General Obligations*) Negara. Ada

¹¹ Bassiouni memperlihatkan adanya permasalahan seputar unsur "kebijakan Negara", pemaknaan "penduduk sipil", sampai dengan potensi "aktor non-Negara" seperti kelompok teroris. M. Cherif Bassiouni. "Revisiting the Architecture of Crimes Against Humanity: Almost a Century in the Making, with Gaps and Ambiguities Remaining—the Need for a Specialized Convention", dalam Sadat (2011), *Ibid*, hal. 56-57.

¹² *Ibid*, hal. 58.

¹³ International Law Commission. *Draft Articles on Prevention and Punishment of Crimes Against Humanity, With Commentaries*. United Nations, 2019. hal. 22-23, para. 3. https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/7_7_2019.pdf.

pun pertanyaan penelitiannya, yaitu: Bagaimana pengaturan tentang kewajiban umum Negara sehubungan pencegahan dan penghukuman kejahatan terhadap kemanusiaan menurut Draf Artikel yang telah disusun oleh ILC? Tulisan ini mengandalkan metode penelitian hukum yuridis-normatif dengan pendekatan konseptual dan perundang-undangan. Pendekatan pertama diperuntukkan guna meninjau gagasan, konsep, atau asas-asas seputar kewajiban Negara menurut Draf Artikel ILC. Sedangkan pendekatan kedua digunakan untuk menganalisis aturan-aturan hukum internasional positif terkait.

B. Pembahasan

1. Kejahatan terhadap Kemanusiaan: Antara Hukum Pidana (HPI) dan Hukum HAM Internasional (HHAMI)

Delik kejahatan terhadap kemanusiaan –yang merupakan salah satu kejahatan serius menurut Hukum Pidana Internasional (HPI)¹⁴ – memiliki

¹⁴ HPI didefinisikan sebagai seperangkat aturan internasional yang ditujukan untuk melarang (*proscribe*) ragam kejahatan internasional, sekaligus mengenakan kewajiban Negara untuk menuntut dan menghukum kejahatan tersebut. HPI termasuk mengatur ihwal persidangan (hukum acara) internasional. Antonio Cassese. *International Criminal Law*. New York: Oxford University Press, 2003. hal. 15; Eddy O.S. Hiariej. *Pengantar Hukum Pidana Internasional*. Jakarta: Penerbit Erlangga, 2009. hal. 6-9.

pertautan erat dengan Hukum Hak Asasi Manusia (HAM) Internasional (singkatan Penulis: HHAMI).¹⁵ Penulis menekankan, HPI dan HHAMI adalah cabang atau rezim hukum internasional tersendiri. Cabang-cabang hukum tersebut bersifat komplementer, meski mempunyai perbedaan dalam bidang penerapan, subjek, konteks, dan skema pengaturan. Bagaimanapun bila ditinjau dari “pendekatan orientasi-nilai”, perlindungan HAM jelasnya termasuk ke dalam tujuan cabang-cabang hukum itu.¹⁶

Keterkaitan antara kejahatan terhadap kemanusiaan dengan HHAMI dapat ditinjau melalui ilustrasi yang digambarkan William A. Schabas. Schabas menjelaskan, norma kejahatan tersebut sebenarnya bisa dianggap sebagai implementasi norma HAM melalui perangkat HPI. Bila norma HHAMI berurusan dengan pelanggaran atau kekejaman yang dilakukan Negara kepada penduduknya, norma

¹⁵ HHAMI dapat didefinisikan sebagai hukum yang mengatur tentang perlindungan individu dan kelompok terhadap pelanggaran-pelanggaran atas hak-hak yang dijamin secara internasional, juga dengan pemajuan atas hak-hak tersebut. Thomas Buergenthal et.al. *International Human Rights in a Nutshell, Fourth Edition*. United States: West Publishing, 2009. hal. 1.

¹⁶ M. Cherif Bassiouni. “The Future of Human Rights in the Age of Globalization”. *Denver Journal of International Law and Policy* Vol. 40, No. 1-3. 2011-2012. hal. 24.

kejahatan terhadap kemanusiaan berfokus pada penuntutan (pidana) pelaku individual yang melakukan pelanggaran tersebut.¹⁷ Bassiouni pun menengahkan, beberapa bentuk *actus reus* kejahatan terhadap kemanusiaan yang diatur Pasal 7 Statuta Roma adalah kriminalisasi atas pelanggaran-pelanggaran HHAMI. Contohnya seperti perampasan kemerdekaan sewenang-wenang, penyiksaan, juga penghilangan paksa.¹⁸

Jabaran Schabas dan Bassiouni selaras dengan catatan Antonio Cassese yang menuliskan bahwa bila di satu sisi norma HPI mengenai kejahatan perang bersumber dari Hukum Humaniter, norma HPI menyangkut kejahatan terhadap kemanusiaan sebagian besarnya bersumber dari HHAMI.¹⁹

Sebelum ILC menyusun Draf Artikel, advokasi pembentukan konvensi internasional terkait kejahatan terhadap kemanusiaan sebenarnya telah diusung *Crimes Against Humanity Initiative* (CAHI) cetusan *Whitney R. Harris World Law Institute*, Universitas

¹⁷ Pengutipan tak langsung dari: Bassiouni. *Crimes Against Humanity: Historical Evolution and Contemporary Application* (2011). *Op.Cit.*, hal. 213-214.

¹⁸ *Ibid*, hal. 216-217.

¹⁹ Cassese (2003), *Op.Cit.*, hal. 64-65.

Washington. Studi yang dilakukan CAHI menghasilkan “*Proposed International Convention for the Prevention and Punishment of Crimes Against Humanity*” (2008). Rancangan usulan konvensi tersebut mendudukkan basis konseptual kejahatan terhadap kemanusiaan secara komprehensif yang relevan ditinjau baik dari perspektif HPI maupun HHAMI, sebagaimana terpetik:²⁰

Pasal 1. Watak Kejahatan. Kejahatan terhadap kemanusiaan, baik yang dilakukan pada masa konflik bersenjata maupun masa damai, merupakan kejahatan menurut hukum internasional yang dengan demikian menimbulkan pertanggungjawaban pidana individu. Selain itu, Negara dapat dimintai pertanggungjawaban atas kejahatan terhadap kemanusiaan sesuai dengan prinsip pertanggungjawaban Negara atas tindakan yang salah secara internasional.

Prinsip pertanggungjawaban pidana individu (*individual criminal responsibility*) telah menjadi fondasi konseptual HPI. IMT Nürnberg menjadi peletak

²⁰ Leila Nadya Sadat, “A Contextual and Historical Analysis of the International Law Commission’s 2017 Draft Articles for a New Global Treaty on Crimes Against Humanity”. *Journal of International Criminal Justice* Vol. 16, No. 4. 2018. hal. 686-688. <https://doi.org/10.1093/jicj/mqy039>. Terjemahan Penulis.

batu pertama perkembangan konsep pertanggungjawaban pidana individu berdasarkan hukum internasional yang dilekatkan kepada orang ‘manusia’ (*natural persons*).²¹ Yurisprudensi IMT Nürnberg menyatakan: “kejahatan terhadap hukum internasional dilakukan oleh *manusia*, bukan *entitas abstrak*, dan hanya dengan menghukum individu yang melakukan kejahatan tersebut, ketentuan hukum internasional dapat ditegakkan.”²²

Prinsip pertanggungjawaban pidana individu telah diakui sebagai prinsip hukum umum, baik di aras hukum nasional maupun internasional.²³ Pertanggungjawaban pidana individu pun sebenarnya bisa dilihat sebagai bentuk ‘individualisasi’ pertanggungjawaban atas tindakan yang terjadi secara kolektif atau sistematis.

Ambos menekankan, perbedaan menyangkut atribusi pertanggungjawaban pidana menurut HPI dan

²¹ Pasal 25 *Rome Statute*.

²² Antonio Cassese. “Affirmation of The Principles of International Law Recognized by The Charter of The Nürnberg Tribunal”, *United Nations Audiovisual Library of International Law* (2009). hal. 2. https://legal.un.org/avl/ha/ga_95-1/ga_95-1.html.

²³ M. Cherif Bassiouni. *Introduction to International Criminal Law: Second Revised Edition*. Leiden–Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2014. hal. 66.

hukum pidana nasional patut digariskan. Hukum pidana nasional melekatkan pertanggungjawaban kepada seseorang atas akibat konkret yang disebabkan oleh tindakannya. Sementara itu, partisipasi maupun kontribusi seseorang dalam terjadinya kejahatan dapat terlihat jelas. Adapun HPI menciptakan tanggung jawab untuk kejahatan yang dilakukan dalam konteks kolektif dan sistematis, sehingga kontribusi individual seseorang dalam tindak kejahatan tak selalu tampak jelas.²⁴

Di sebelah itu, norma HHAMI menggariskan kewajiban-kewajiban Negara terkait penghormatan dan penjaminan HAM. Negara ditempatkan sebagai subjek penyandang kewajiban utama. Pelanggaran atas kewajiban-kewajiban tersebut –sebagai halnya kewajiban-kewajiban itu lahir dari perjanjian dan kebiasaan internasional, atau juga norma *jus cogens*–kelak menimbulkan ‘pertanggungjawaban Negara’, baik karena tindakan secara langsung maupun pembiaran.²⁵ Ditilik dari yurisprudensi badan

²⁴ Kai Ambos. “Article 25: Individual Criminal Responsibility”, dalam Otto Triffterer & Kai Ambos (eds.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court, 3rd Edition*. C.H. Beck-Baden-Baden, 2015. hal. 985.

²⁵ Claire de Than & Edwin Shorts. *International Criminal Law and Human Rights*. London: Sweet and Maxwell Limited, 2003. hal. 15;

peradilan internasional di bidang HAM, tertampak bahwa HHAMI begitu erat dengan prinsip pertanggungjawaban Negara.²⁶

Tercontoh, yurisprudensi Pengadilan HAM Antar-Amerika dalam *Velásquez-Rodríguez v. Honduras* (1988) –kasus kejahatan terhadap kemanusiaan berupa penghilangan paksa– menyatakan bahwa pertanggungjawaban atas setiap pelanggaran hak asasi dalam Konvensi HAM Amerika (1969) oleh otoritas publik atau orang yang menggunakan posisi otoritasnya, dapat dilekatkan (*imputable*) kepada Negara. Sebagaimana Majelis Hakim Pengadilan HAM Antar-Amerika merujuk asas keberlangsungan Negara menurut hukum internasional, yurisprudensi Kasus *Velásquez-Rodríguez* menegaskan jikalau pertanggungjawaban Negara atas pelanggaran HAM

Andrey Sujatmoko. *Hukum HAM dan Hukum Humaniter*. Jakarta: Rajawali Pers, 2015. hal. 210; Knut D. Asplund et.al (eds.). *Hukum Hak Asasi Manusia, Cetakan Ketiga*. Yogyakarta: PUSHAM UII, 2015. hal. 68-70.

²⁶ Robert McCorquodale. "Impact on State Responsibility", dalam M. Kamminga & M. Scheinin (eds.), *The Impact of Human Rights on General International Law*. Oxford: Oxford University Press, 2009. hal. 238.

bersifat kontinu atau akan tetap eksis, terlepas dari adanya pergantian rezim pemerintahan.²⁷

2. Kewajiban Umum Negara terkait Pencegahan dan Penghukuman: Pasal 3 Draft Artikel ILC

Draft Artikel ILC terdiri atas tiga bagian: Preambul; 15 rancangan pasal; dan lampiran. Draft Artikel itu tak menggunakan bahasa teknis perjanjian internasional pada umumnya, seperti penggunaan nomenklatur “Negara-Pihak”. Klausul-klausul akhir terkait ratifikasi, reservasi, keberlakuan mengikat, hingga amandemen, juga belum dimuat.²⁸

Preambul meletakkan kerangka konseptual, penjelasan konteks umum, dan tujuan dari Draft Artikel.²⁹ Alinea ke-4 Preambul mengonfirmasi larangan kejahatan terhadap kemanusiaan sebagai *jus cogens*. Norma tersebut telah diakui dan diterima komunitas internasional secara keseluruhan sebagaimana tiada pengecualian yang diperkenankan, dan substansi normatifnya hanya dapat dimodifikasi

²⁷ Inter-American Court of Human Rights, *Case of Velásquez-Rodríguez v. Honduras*, Judgment of July 29, 1988 (Merits), para. 153 § 172 § 184.

²⁸ ILC (2019), *Loc.Cit.*

²⁹ *Ibid*, hal. 23, para. 1.

sejauh terdapat norma hukum internasional berkarakter serupa. Definisi kejahatan terhadap kemanusiaan menurut Pasal 7 Statuta Roma pun menjadi acuan utama dalam penyusunan Draf Artikel ILC, sebagaimana dinyatakan alinea ke-7.

Draf Artikel ILC memuat ragam substansi, mulai dari kewajiban Negara, kriminalisasi kejahatan dalam hukum nasional, perlakuan adil terduga pelaku, substansi terkait korban dan saksi, hingga kerja sama timbal-balik antar-Negara perihal penegakan hukum. Pasal 3 Draf Artikel ILC menjadi fokus utama tulisan ini. Bunyi draf ketentuannya ialah:³⁰

Pasal 3. Kewajiban Umum.

1. Setiap Negara berkewajiban untuk tidak melakukan tindakan yang merupakan kejahatan terhadap kemanusiaan.
2. Setiap Negara berjanji untuk mencegah dan menghukum kejahatan terhadap kemanusiaan, yang merupakan kejahatan menurut hukum internasional, baik yang dilakukan pada saat konflik bersenjata atau bukan.

³⁰ Terjemahan Penulis.

3. Tidak ada keadaan luar biasa apapun, seperti konflik bersenjata, ketidakstabilan politik internal atau keadaan darurat publik lainnya yang dapat digunakan sebagai pembenaran atas kejahatan terhadap kemanusiaan.

Dari pembacaan Penulis, terdapat tiga kewajiban umum Negara, yakni: (a) Kewajiban untuk tidak melakukan ("*obligation not to engage*"); (b) Kewajiban untuk mencegah; dan (c) Kewajiban menghukum kejahatan terhadap kemanusiaan.

a. Kewajiban untuk Tidak Melakukan Tindakan yang Merupakan Kejahatan terhadap Kemanusiaan

Rumusan substansi Pasal 3 ayat (1) Draft Artikel ILC tak terdapat dalam perjanjian-perjanjian internasional lainnya, seperti Konvensi Tentang Pencegahan dan Penghukuman Kejahatan Genosida (Konvensi Genosida) 1948³¹ dan Konvensi Menentang Penyiksaan dan Perlakuan atau Penghukuman Lain yang Kejam, Tidak Manusiawi dan Merendahkan

³¹ *Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (1948).

Martabat Manusia (Konvensi Anti-Penyiksaan) 1984.³² ILC mempertimbangkan, substansi kewajiban untuk “tidak melakukan tindakan yang merupakan kejahatan terhadap kemanusiaan” (*acts that constitute crimes against humanity*) perlu dicantumkan. ILC merumuskan formula kewajiban tersebut, sebagaimana entitas Negara –secara konseptual– memang tidak melakukan kejahatan. Alih-alih, kejahatan hanya dilakukan oleh ‘orang’.

ILC menegaskan, walau subjek pelaku kejahatan adalah ‘orang’, tindak kejahatan terhadap kemanusiaan dapat dibebankan (*attributable*) kepada Negara menurut norma pertanggungjawaban atas tindakan salah secara internasional (*State internationally wrongful act*).³³ Selaku entitas abstrak, Negara memang dianggap tak bisa melakukan tindakan nyata. Namun, Negara dianggap melakukan tindakan tertentu melalui organ maupun individu yang menjalankan otoritas. Tindakan organ –baik yang melaksanakan fungsi kekuasaan legislatif, eksekutif, yudisial, atau fungsi lain–

³² *Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment* (1984).

³³ ILC (2019), *Op.Cit.*, hal. 48-49, para. 2-5.

maupun pejabatnya, dipertimbangkan sebagai “tindakan Negara”.³⁴

Ayat (1) Pasal 3 Draf Artikel ILC juga mengacu pada yurisprudensi Mahkamah Internasional (ICJ) dalam Kasus *Bosnia v. Serbia* (2007). Berkenaan penafsiran Pasal I Konvensi Genosida yang mengatur tentang “kewajiban pencegahan”, Majelis Hakim ICJ menyatakan, klausul *a quo* turut mengatur larangan bagi Negara dalam melakukan genosida, terlepas bilamana secara *expressis verbis* tidaklah dinyatakan jikalau Negara memiliki kewajiban agar tidak melakukan (*refrain*) kejahatan itu.³⁵

Berdasarkan Komentar Draf Artikel ILC, kewajiban tersebut memiliki dua unsur umum: (1) Negara mengemban kewajiban- melalui organ-organ atau aparat-aparatnya- untuk tidak melakukan tindakan yang merupakan kejahatan terhadap kemanusiaan; dan (2) Negara berkewajiban untuk tidak membantu, atau mengarahkan, mengontrol atau juga memaksa, Negara lain dalam melakukan tindakan kejahatan terhadap kemanusiaan, dengan mana

³⁴ Pasal 4 *Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*. UN General Assembly Resolution No. 56/83 (12 December 2001); Asplund et.al (2015), *Op.Cit.*, hal. 76-79.

³⁵ ILC (2019), *Loc.Cit.*

kejahatan itu adalah tindakan yang salah secara internasional.³⁶

Ayat (3) Pasal 3 Draft Artikel yang menyatakan tiada keadaan luar biasa yang bisa menjadi justifikasi atas kejahatan terhadap kemanusiaan mempertegas kembali bahwa larangan kejahatan itu bersifat absolut. Tiadanya keadaan pengecualian yang membenarkan kejahatan terhadap kemanusiaan menunjukkan karakter memaksa norma tersebut. Meski tak serupa persis, rumusan Pasal 3 ayat (3) Draft Artikel mengikuti formulasi Pasal 2 ayat (2) Konvensi Anti-Penyiksaan, dan Pasal 1 ayat (2) Konvensi Internasional Tentang Perlindungan Semua Orang dari Penghilangan Paksa 2006.³⁷

b. Kewajiban untuk Mencegah

Kewajiban umum yang kedua adalah berkaitan dengan pencegahan. Kerangka Draft Artikel ILC sebenarnya sangat dipengaruhi oleh Konvensi Genosida, dan berupaya untuk mengembangkan prinsip-prinsipnya. Draft Artikel ILC tampak memiliki

³⁶ *Ibid*, hal. 49, para. 6.

³⁷ *Ibid*, hal. 53, para. 20-21; Pasal 1 ayat (2) *International Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearance* (2006).

pengaturan komprehensif atas kewajiban untuk mencegah, sebagaimana rancangan ketentuannya diatur khusus pada Pasal 4 berikut:

Pasal 4. Kewajiban Pencegahan. Setiap Negara berjanji untuk mencegah kejahatan terhadap kemanusiaan, sesuai dengan hukum internasional, melalui:

- (a) langkah-langkah legislatif, administratif, yudisial atau langkah layak lainnya yang efektif di setiap wilayah teritorial mana pun dalam yurisdiksinya;
- (b) kerjasama dengan Negara-Negara lain, organisasi antar-pemerintah yang relevan, dan, bila sesuai, organisasi-organisasi lainnya.

Seturut itu, kewajiban untuk mencegah memiliki dua dimensi: internal (huruf *a* Draf Pasal 4); dan eksternal (huruf *b*).³⁸ Draf Pasal 4 huruf *b* itu menggariskan, Negara wajib menempuh serangkaian langkah preventif, mulai dari langkah-langkah legislatif, administratif, yudisial, dan langkah efektif lainnya. Rumusan rancangan ketentuan itu hampir persis dengan ketentuan Pasal 2 ayat (1) Konvensi Anti-

³⁸ Lihat: William A. Schabas. "Prevention of Crimes Against Humanity", *Journal of International Criminal Justice* Vol. 16, No. 4. 2018. hal. 714-715 § 717. <https://doi.org/10.1093/jicj/mqy033>.

Penyiksaan. Adapun, dimensi eksternal berintikan preskripsi agar Negara bertindak –baik melalui kerja sama antar Negara atau dengan organisasi internasional– demi mencegah terjadinya kejahatan terhadap kemanusiaan.

Terkait dimensi internal, Komentar ILC menyebutkan berbagai langkah-langkah preventif yang relevan, seperti: (a) memberlakukan hukum dan kebijakan nasional untuk membangun kesadaran terkait kriminalitas tindak kejahatan terhadap kemanusiaan dan mempromosikan deteksi dini atas setiap risiko pelaksanaannya; (b) terus meninjau hukum dan kebijakan, serta bila perlu, melakukan perbaikan; (c) melaksanakan inisiatif yang mendidik pejabat Pemerintah; (d) melaksanakan program pelatihan bagi aparat keamanan dan pertahanan yang diperlukan untuk mencegah kejahatan terhadap kemanusiaan; dan (e) jikalau kejahatan itu terjadi, Negara berkewajiban –dengan iktikad baik– untuk menyelidiki dan mengadili, atau mengekstradisi terduga pelaku sebagai bagian dari pencegahan kejahatan.

Dimensi eksternal kewajiban untuk mencegah masih terbilang sebagai isu krusial.³⁹ Namun diformulasikannya substansi tersebut sedikit banyak dipengaruhi oleh perkembangan konsep intervensi kemanusiaan dan “tanggung jawab untuk melindungi” (*Responsibility to Protect, R2P*).⁴⁰

c. Kewajiban untuk Menghukum

Yurisprudensi ICJ pada Kasus *Bosnia v. Serbia* (2007) memilah dua kewajiban Negara yang digariskan Konvensi Genosida, yaitu: kewajiban untuk mencegah; dan kewajiban untuk menghukum. Majelis hakim ICJ mengakui, cara paling efektif untuk mencegah adalah dengan menghukum pelaku kejahatan. Namun kedua bentuk kewajiban Negara tersebut tetap dapat dibedakan.⁴¹ Pendekatan yang diandalkan Majelis Hakim ICJ itu digunakan oleh ILC dalam menyusun Draf Artikel.

³⁹ ILC (2019), *Op.Cit.*, hal. 59-60, para. 11.

⁴⁰ Charles C. Jalloh. “The International Law Commission’s First Draft Convention on Crimes Against Humanity”. *African Journal of International Criminal Justice* Vol. 2019, No. 2. 2019. hal. 135.

⁴¹ International Court of Justice, “Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide” (*Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro*), 26 February 2007, hal. 219-220, para. 425-427.

Masih terkait Kasus *Bosnia v. Serbia*, Majelis Hakim ICJ mengonstruksikan kewajiban untuk menghukum dengan merujuk Pasal VI Konvensi Genosida. Pasal tersebut pada intinya mengatur, seseorang yang disangka menjadi pelaku genosida harus diadili oleh pengadilan kompeten di Negara tempat kejahatan terjadi, atau melalui pengadilan pidana internasional.⁴² Kewajiban menghukum dapat diartikan sebagai kewajiban yang dibebankan kepada Negara guna mengadili pelaku kejahatan serius melalui badan peradilan yang kompeten, baik nasional maupun internasional.

Diafirmasi pula, Prinsip-Prinsip dan Panduan Dasar tentang Hak-Hak Pemulihan dan Reparasi Korban tahun 2005 turut menegaskan kewajiban Negara untuk menghukum kejahatan serius, termasuk kejahatan terhadap kemanusiaan. Paragraf 4 Prinsip-Prinsip dan Panduan menyatakan:⁴³

⁴² *Ibid*, para. 439-441

⁴³ UN General Assembly Resolution No. 60/147, "Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of Gross Violations of International Human Rights Law and Serious Violations of International Humanitarian Law", A/RES/60/147 (2005), para. 4. Penulisan *italic* sebagai penekanan.

Dalam kasus pelanggaran berat terhadap hukum HAM internasional dan pelanggaran serius hukum humaniter yang merupakan kejahatan di bawah hukum internasional, Negara *wajib untuk menginvestigasi* dan, jikalau terdapat bukti yang layak, *wajib untuk melakukan penuntutan* terhadap orang yang diduga sebagai pelaku pelanggaran dan, bila terbukti bersalah, *wajib untuk menghukum* yang bersangkutan. Selain itu, dalam kasus-kasus tersebut, Negara harus, sesuai dengan hukum internasional, bekerja sama satu sama lain dan membantu badan-badan peradilan internasional yang kompeten dalam investigasi dan penuntutan pelanggaran tersebut.

Dapat ditinjau, unsur-unsur utama dari kewajiban untuk menghukum terdiri atas: kewajiban melaksanakan investigasi; melakukan penuntutan; dan bila terdakwa terbukti bersalah, memberi hukuman. Impunitas –sebagai keadaan yang menunjukkan ketidakmungkinan untuk meminta tanggung jawab pelaku kejahatan serius– akan terjadi manakala Negara

gagal dalam melaksanakan kewajibannya untuk menghukum.⁴⁴

Elaborasi kewajiban untuk menghukum kejahatan terhadap kemanusiaan terdapat pada Pasal 7 s.d 10 Draft Artikel ILC yang meliputi substansi pendirian yurisdiksi nasional, investigasi, tindakan-tindakan pendahuluan terkait kehadiran terduga pelaku, dan penerapan prinsip *aut dedere aut judicare*. Draft Pasal 7 mengatur kewajiban Negara agar mendirikan yurisdiksi dalam ragam skenario, seperti manakala kejahatan terhadap kemanusiaan terjadi di wilayah teritorialnya, atau pelaku dari kejahatan tersebut merupakan orang berkewarganegaraan Negara bersangkutan, atau juga ketika terduga pelaku hadir di wilayah yang menjadi yurisdiksi hukum pidana Negara tersebut. Substansinya mencerminkan pernyataan Preambul Statuta Roma yang menegaskan bahwa kejahatan serius internasional tak boleh luput dari penghukuman, dan penuntutan efektif haruslah dipastikan dengan mengambil langkah-langkah di tingkat nasional.⁴⁵

⁴⁴ UN Commission on Human Rights, "Report of the Independent Expert to Update the Set of Principles to Combat Impunity", E/CN.4/2005/102/Add.1 (08 February 2005), hal. 6-7.

⁴⁵ ILC (2019), *Op.Cit.*, hal. 84-85, para. 1-2.

Draf Pasal 10 mengacu kepada prinsip hukum pidana internasional yang telah diakui, yakni asas “*aut dedere aut judicare*” yang diartikan secara literal sebagai “kewajiban untuk mengekstradisi atau menuntut”. Prinsip *aut dedere aut judicare* berperan krusial dalam upaya internasional pemberantasan impunitas terhadap berbagai jenis kejahatan, sebagai halnya prinsip tersebut juga tercermin di berbagai konvensi.⁴⁶

Pada Kasus *Belgium v. Senegal* (2012), Pendapat Terpisah Hakim Yusuf menyatakan bahwa ada dua kategori umum terkait prinsip *aut dedere aut judicare* menurut konvensi-konvensi internasional.⁴⁷ Kategori pertama yaitu konvensi yang menekankan kewajiban untuk mengekstradisi, sementara pengajuan penuntutan akan menjadi kewajiban hanya sepanjang terdapat penolakan ekstradisi. Kategori konvensi

⁴⁶ International Law Commission. “Chapter VI: The Obligation to Extradite or Prosecute (*Aut Dedere Aut Judicare*), dalam *Report of the International Law Commission on the Work of Its Sixty-Sixth Session*. United Nations, 2014. hal. 92, para. 1-2. <https://legal.un.org/ilc/reports/2014/english/chp6.pdf>.

⁴⁷ *Separate Opinion by Judge Yusuf*, dalam International Court of Justice, “Questions Relating to the Obligation to Prosecute or Extradite” (*Belgium v. Senegal*), 20 July 2012, para. 19-22; ILC (2014), *Ibid*, hal. 95-95, para. 11-13.

tersebut mengutamakan ekstradisi kepada Negara di mana kejahatan itu terjadi.

Sementara itu, kategori kedua merujuk pada konvensi-konvensi yang klausulnya menekankan kewajiban untuk mengajukan penuntutan, sebagaimana ekstradisi menjadi opsi tersedia, atau bersifat wajib manakala Negara gagal mengajukan penuntutan. Contohnya: Konvensi Jenewa 1949; Konvensi “Pembajakan Pesawat” Den Haag 1970; dan Konvensi Anti-Penyiksaan. Formulasinya adalah “*penuntutan-atau-ekstradisi*”, atau disebut “Formula Den Haag”.⁴⁸

Draf Artikel ILC mengadopsi Formula Den Haag. Betapa pun, kewajiban Negara menurut prinsip *aut dedere aut judicare* tak hanya terbatas pada ekstradisi terduga pelaku kejahatan kepada Negara lain yang hendak mengadakan penuntutan, tetapi juga penyerahan orang bersangkutan kepada ICC atau Tribunal kompeten. Negara dibebankan kewajiban guna mengajukan perkara kepada otoritas nasionalnya

⁴⁸ Petikan alih bahasa Pasal 7 *Convention for the Suppression of Unlawful Seizure of Aircraft* (1970): “Negara-Pihak di wilayah di mana terduga pelaku ditemukan, jikalau tidak mengekstradisinya, wajib, tanpa pengecualian apapun dan terlepas apakah kejahatan itu dilakukan di wilayahnya atau tidak, untuk mengajukan kasus kepada otoritas yang kompeten untuk tujuan penuntutan.”

yang berwenang dalam melakukan penuntutan pidana. Keengganan Negara untuk mengajukan penuntutan atau praktik 'persidangan sandiwara' jelas tak memenuhi kewajibannya menurut rancangan Pasal 10 Draf Artikel ILC.⁴⁹

C. Penutup

Penyusunan Draf Artikel Tentang Pencegahan dan Penghukuman Kejahatan terhadap Kemanusiaan oleh ILC dimaksudkan untuk menjadi dasar pembentukan konvensi khusus. Menurut Penulis, Draf Artikel tersebut mencerminkan keterkaitan erat antara cabang Hukum HAM dan Hukum Pidana Internasional. Sebab, Draf Artikel hendak mengatur isu tentang kewajiban Negara sehubungan kejahatan terhadap kemanusiaan berdasarkan Hukum Pidana Internasional.

Tulisan ini menyimpulkan, bahwa seturut Pasal 3 Draf Artikel ILC, ada tiga macam kewajiban umum Negara, yaitu: (1) Kewajiban untuk tidak melakukan tindakan yang merupakan kejahatan terhadap kemanusiaan; (2) Kewajiban untuk mencegah; dan (3) Kewajiban untuk menghukum. Kewajiban pertama menetapkan larangan absolut, dengan penekanan agar Negara tak melakukan atau tak terlibat dalam tindak kejahatan terhadap kemanusiaan. Kewajiban kedua ialah berkenaan

⁴⁹ ILC (2019), *Op.Cit.*, hal. 92-95, para. 1-9.

dengan keharusan bagi Negara untuk mengambil langkah-langkah preventif di berbagai bidang demi memastikan kejahatan terhadap kemanusiaan tak terjadi. Kewajiban demikian meliputi aspek internal, maupun aspek eksternal yang berkaitan dengan kerja sama multilateral. Ketiga, kewajiban menghukum yang mengharuskan Negara melangsungkan investigasi, penuntutan, dan penghukuman terhadap pelaku. Kewajiban itu tak hanya berlaku bagi kejahatan di wilayah teritorial Negara bersangkutan. Negara diandaikan untuk mendirikan yurisdiksi hukum pidana manakala terduga pelaku berada dalam yurisdiksinya, atau melakukan ekstradisi maupun menyerahkan terduga pelaku kepada ICC atau tribunal internasional kompeten.

Upaya penyusunan Draf ILC begitu signifikan demi mengisi kekosongan atau kesenjangan hukum yang ada. Karenanya, Majelis Umum PBB perlu segera mencanangkan konvensi khusus. Pembentukan konvensi khusus telah lama diaspirasikan ahli Hukum Pidana Internasional seperti M. Cherif Bassiouni, dengan dasar argumen hanya demi mengatasi kekosongan atau kesenjangan hukum, tetapi juga untuk menjamin tak terulangnya kejahatan terhadap kemanusiaan.

Referensi

Agreement for the Prosecution and Punishment of the Major War Criminals of the European Axis (08 August 1945). https://www.un.org/en/genocideprevention/documents/atrocities-crimes/Doc.2_Charter%20of%20IMT%201945.pdf.

Ambos, Kai. "Article 25: Individual Criminal Responsibility", dalam Otto Triffterer & Kai Ambos (editor), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court, 3rd Edition*. C.H. Beck-Baden-Baden, 2015.

_____. *Treaties on International Criminal Law Volume II: Crimes and Sentencing*. New York: Oxford University Press, 2014.

Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts. UN General Assembly Resolution No. 56/83 (12 December 2001).

Asplund, Knut D., et.al (editor). *Hukum Hak Asasi Manusia, Cetakan Ketiga*. Yogyakarta: PUSHAM UII, 2015.

Bassiouni, M. Cherif. *Crimes Against Humanity: Historical Evolution and Contemporary Application*. New York: Cambridge University Press, 2011.

_____. "Crimes Against Humanity: The Need for a Specialized Convention". *Columbia Journal of Transnational Law* Vol. 31, No. 3. 1994.

_____. *Introduction to International Criminal Law: Second Revised Edition*. Leiden-Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2014.

_____. "Revisiting the Architecture of Crimes Against Humanity: Almost a Century in the Making, with Gaps and Ambiguities Remaining—the Need for a Specialized Convention", dalam Leila Nadya Sadat (editor), *Forging a Convention for Crimes Against Humanity*. New York: Cambridge University Press, 2011.

- _____. "The Future of Human Rights in the Age of Globalization". *Denver Journal of International Law and Policy* Vol. 40, No. 1-3. 2011-2012.
- Buergenthal, Thomas, et.al. *International Human Rights in a Nutshell, Fourth Edition*. United States: West Publishing, 2009.
- Cassese, Antonio. "Affirmation of The Principles of International Law Recognized by The Charter of The Nürnberg Tribunal". United Nations Audiovisual Library of International Law (2009). https://legal.un.org/avl/ha/ga_95-I/ga_95-I.html.
- _____. *International Criminal Law*. New York: Oxford University Press, 2003.
- Clark, Roger S. "History of Efforts to Codify Crimes Against Humanity: From the Charter of Nuremberg to the Statute of Rome", dalam Leila Nadya Sadat (editor), *Forging a Convention for Crimes Against Humanity*. New York: Cambridge University Press, 2011.
- Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment* (1984).
- Convention for the Suppression of Unlawful Seizure of Aircraft* (1970).
- Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (1948).
- Cryer, Robert, et.al. *An Introduction to International Criminal Law and Procedure, Second Edition*. New York: Cambridge University Press, 2010.
- Hiariej, Eddy O.S. *Pengantar Hukum Pidana Internasional*. Jakarta: Penerbit Erlangga, 2009.
- Inter-American Court of Human Rights. *Case of Velásquez-Rodríguez v. Honduras*. Judgment of July 29, 1988 (Merits).
- International Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearance* (2006).

- International Court of Justice. "Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide" (*Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro*), 26 February 2007. <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/91/091-20070226-JUD-01-00-EN.pdf>.
- International Court of Justice. *Separate Opinion by Judge Yusuf*, dalam "Questions Relating to the Obligation to Prosecute or Extradite" (*Belgium v. Senegal*), 20 July, 2012. <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/144/144-20120720-JUD-01-05-EN.pdf>.
- International Law Commission. "Chapter VI: The Obligation to Extradite or Prosecute (*Aut Dedere Aut Judicare*), dalam *Report of the International Law Commission on the Work of Its Sixty-Sixth Session*. United Nations, 2014. <https://legal.un.org/ilc/reports/2014/english/chp6.pdf>.
- International Law Commission. *Draft Articles on Prevention and Punishment of Crimes Against Humanity, With Commentaries*. United Nations, 2019. https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/7_7_2019.pdf.
- Jalloh, Charles C. "The International Law Commission's First Draft Convention on Crimes Against Humanity". *African Journal of International Criminal Justice* Vol. 2019. No. 2. 2019.
- _____. "What Makes a Crime against Humanity a Crime against Humanity". *American University International Law Review* Vol. 28, No. 2. 2013.
- McCorquodale, Robert. "Impact on State Responsibility", dalam M. Kamminga & M. Scheinin (editor), *The Impact of Human Rights on General International Law*. Oxford: Oxford University Press, 2009.
- Sadat, Leila Nadya. "A Contextual and Historical Analysis of the International Law Commission's 2017 Draft

- Articles for a New Global Treaty on Crimes Against Humanity”, *Journal of International Criminal Justice* Vol. 16, No. 4. 2018. <https://doi.org/10.1093/jicj/mqy039>.
- Sadat, Leila Nadya. “Crimes Against Humanity in the Modern Age”. *American Journal of International Law* Vol 107, No. 2 (2013). doi:10.5305/amerjintelaw.107.2.0334.
- Schabas, William A. “Prevention of Crimes Against Humanity”. *Journal of International Criminal Justice* Vol. 16, No. 4. 2018. <https://doi.org/10.1093/jicj/mqy033>.
- Sujatmoko, Andrey. *Hukum HAM dan Hukum Humaniter*. Jakarta: Rajawali Pers, 2015.
- Than, Claire de & Shorts, Edwin. *International Criminal Law and Human Rights*. London: Sweet and Maxwell Limited, 2003.
- The Rome Statute of The International Criminal Court* (1998).
- UN Commission on Human Rights. “Report of the Independent Expert to Update the Set of Principles to Combat Impunity”, E/CN.4/2005/102/Add.1 (08 February 2005).
- UN General Assembly Resolution No. 60/147. “Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of Gross Violations of International Human Rights Law and Serious Violations of International Humanitarian Law”, A/RES/60/147 (2005).