

C. PENUTUP

Saham perseroan terbatas, berdasarkan Pasal 60 UU PT merupakan benda bergerak. Hal ini secara yuridis juga diatur di dalam KUHPerdta Pasal 511. Sebagai benda bergerak, saham dapat dibebani dengan hak gadai atau fidusia. Hal ini diatur di dalam KUHPerdta pasal 1150 sampai dengan 1160. Pengaturan mengenai fidusia diatur di dalam UU No.42 Tahun 1999. Gadai saham atau jaminan fidusia atas saham yang telah didaftarkan sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan wajib dicatat dalam daftar pemegang saham dan daftar khusus sebagaimana dimaksud dalam Pasal 50 UU PT. Hal ini agar lebih memberikan kepastian hukum bagi penerima gadai. Namun Hak suara atas saham yang diagunkan dengan gadai atau jaminan fidusia tetap berada pada pemegang saham. Hal ini sesuai dengan sifat gadai yang merupakan hak untuk menguasai saja, tetapi tidak meliputi hak untuk menikmati, memungut hasil dari barang yang dipakai sebagai jaminan.

DAFTAR PUSTAKA

- Arus Akbar Siloandae dan Andi Fariana, *Aspek Hukum Dalam Ekonomi dan Bisnis*, Mitra Wacana Media, Jakarta, 2010
- CST.Kansil dan Christine S.T Kansil, *Modul Hukum Perdata; Termasuk asas-asas Hukum perdata*, Pradnya Paramita, Jakarta, 2004
- Djaja S Meliala, *Hukum Perdata Dalam Perspektif BW*, Nuansa Aulia, Bandung, 2012
- Gunawan Widjaja, *Seri Hukum Bisnis; Memahami Prinsip Keterbukaan Dalam Hukum Perdata*, PT. Rajagrafindo persada, Jakarta, 2006
- H.M.N. Purwosutjipto, *Pengertian Pokok Hukum Dagang Indonesia; Bentuk-bentuk Perusahaan*, Djambatan, Jakarta, 2005

- Kansil, *Pokok-pokok Pengetahuan Hukum Dagang Indonesia*, Aksara Baru, Jakarta, 1985
- Martiningsih, *Penerapan Tanggung Jawab Sosial Perusahaan (CSR) Dalam Meningkatkan Kesejahteraan Masyarakat*, Tunas Gemilang Pres, Palembang, 2014
- Moch. Isnaeni, *Hipotek Pesawat Udara di Indonesia*, Dharma Muda, Surabaya, 1996
- Munir Fuady, *Pengantar Hukum Bisnis; Menata Bisnis Modern di Era Global*, PT. Citra Aditya Bakti, Jakarta, 2002
- Nindyo Pramono, *Hukum PT.Go Public dan Pasar Modal*, Penerbit Andi, Yogyakarta, 2013
- Ridwan Khairandy, Machsun Tabroni, Ery Arifudin, Djohari Santoso, 1999, *Pengantar Hukum Dagang Indonesia I*, Gama Media, Yogyakarta
- Rochmat Soemitro, *Penuntun Perseroan Terbatas dengan Undang-Undang Pajak Perseroan*, Eresco, 1979, Jakarta
- Rr.Dijan Widijowati, *Hukum Dagang*, Penerbit Andi, Yogyakarta, 2012
- Sri Soedewi Masjchoen Sofwan I, *Hukum Jaminan di Indonesia Pokok-Pokok Hukum Jaminan dan Jaminan Perorangan*, Badan Pembinaan Hukum Nasional Departemen Kehakiman, Jakarta, 2001
- Sri Soedewi Masjchoen Sofwan II, *Hukum Perdata*; Hukum Benda, Liberty, Yogyakarta, 1981
- Tom Gunadi, *Sistem Perekonomian Menurut Pancasila dan UUD 1945*, Angkasa, Bandung, 1981
- UU No.40 Tahun 2007 tentang Perseroan Terbatas
- UU No.42 Tahun 1999 tentang Jaminan Fidusia
- Kitab Undang-Undang Hukum Perdata

201507011701016:9:4E

GROSS VIOLATIONS OF HUMAN RIGHTS: PRAKTIK PENGADILAN HAM INTERNASIONAL DAN PUTUSAN MAHKAMAH KONSTITUSI DI INDONESIA

Oleh:
Nurhidayatulloh
Email: hidate.ugm@gmail.com
Telp: 085228074562 / 085729190007

Abstrak: Istilah "gross violations of human rights" muncul pertama kali pada Resolusi 8 (Maret 1967) oleh Komisi HAM PBB (UN Commission of Human Rights). Namun dalam perkembangannya, istilah ini digunakan secara tidak konsisten, seperti: serious violations, grave violations, systematic violations dan istilah lain tanpa menunjukkan perbedaannya yang mendasar. Gross violations of human rights, di Indonesia, seringkali disamakan dengan "pelanggaran HAM yang berat" dalam Undang-Undang Nomor 26 Tahun 2000 tentang Pengadilan HAM. Meskipun istilah ini secara literal identik, akan tetapi masing-masing memiliki implikasi hukum yang berbeda. Dalam tulisan ini akan dibahas lebih lanjut mengenai praktik pengadilan HAM internasional dalam menggunakan dan mendefinisikan kata gross violations of human rights dan praktik di Indonesia. Pengadilan HAM Internasional dimaksud adalah Pengadilan HAM Regional kawasan, seperti: European Court of Human Rights, Inter-American Court of Human Rights dan African Court of Human and Peoples' Rights dan membandingkannya dengan keputusan Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia yang membahas persoalan gross violations of human rights.

Hasil dari penelitian ini adalah dalam praktik di pengadilan HAM Internasional, selain menggunakan istilah yang berbeda, juga menerapkan syarat-syarat yang berbeda pula. Di satu sisi, pada saat Inter-American Court of Human Rights dan African Court of Human and Peoples' Rights mensyaratkan adanya korban yang masif untuk dapat dikategorikan sebagai serious violations, di sisi lain European Court of Human Rights sudah menerapkan serious violations pada pelanggaran yang korbanannya hanya individu. Namun demikian, Pengadilan HAM internasional sepakat meletakkan tanggung jawab negara pada serious violations of human rights. Di Indonesia, melalui Putusan Mahkamah Konstitusi penulis juga menemukan istilah yang tidak konsisten untuk menyebutkan antara gross violations of human rights, extra ordinary crimes dan the most serious crimes of international concern.

Keywords: Gross violations of human rights, Pengadilan HAM Internasional dan Mahkamah Konstitusi.

A. PENDAHULUAN

Istilah *gross violations of human rights* atau di beberapa literatur juga disebut dengan *gross human rights violations* menjadi persoalan yang sangat jarang tersentuh oleh para cendekiawan hukum dan hak asasi manusia (HAM) di Indonesia. Hal ini ditandai sulitnya penulis mencari karya ilmiah dan terbatasnya buku yang membahas tentang *gross violations of human rights*, terutama yang berbahasa Indonesia. Sepanjang pengetahuan penulis belum ada satu karya buku berbahasa Indonesia pun yang secara khusus dan utuh mem-

bahas tentang *gross violations of human rights*. Namun demikian, kebanyakan karya ilmiah yang ada membahas wujud dan bentuknya yang baru, yakni, "pelanggaran HAM yang berat." Minimnya karya tulis yang membahas persoalan ini, menginspirasi penulis untuk meneliti instrumen-instrumen dan produk hukum HAM yang ada baik di level internasional, regional maupun nasional sehingga dapat memberikan pemahaman menyeluruh dan utuh tentang istilah *gross violations of human rights* dan pelanggaran HAM yang berat.

Gross violations of human rights menjadi isu menarik pasca lahirnya Undang-Undang Nomor 26 Tahun 2000 tentang Pengadilan Hak Asasi Manusia (UU Pengadilan HAM) dan disinggung kembali pada beberapa putusan Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia antara lain dalam Putusan Perkara No. 065 /PUU-II/2004 yang diajukan oleh Abilio Jose Osorio Soares, Putusan Nomor 006/PUU-IV/2006 yang diajukan oleh Lembaga Studi dan Advokasi Masyarakat (ELSAM), dkk. UU Pengadilan HAM menyebutkan bahwa pengadilan mempunyai kompetensi absolut yakni: kejahatan genosida¹ dan kejahatan terhadap kemanusiaan.² Kedua jenis kejahatan inilah yang dimaksudkan dengan pelanggaran

HAM yang berat konteks Indonesia. Sehingga memunculkan istilah Pengadilan HAM yang menangani pelanggaran HAM Berat yang berasal dari kejahatan pidana paling berat (*the most serious crimes*).

Kedua jenis pelanggaran HAM berat yang menjadi yurisdiksi Pengadilan HAM di Indonesia terinspirasi dari Statuta Roma yang membentuk International Criminal Court (ICC).³ Pengadilan ini mempunyai wewenang untuk mengadili perkara kejahatan genosida,⁴ kejahatan terhadap kemanusiaan,⁵ kejahatan perang dan kejahatan agresi. Keempat kejahatan yang menjadi yurisdiksi ICC kemudian disebut dengan *the most serious crimes of international concern*.⁶ Pertanyaan yang

¹ Pasal 8 "Kejahatan genosida sebagaimana dimaksud dalam Pasal 7 huruf a adalah setiap perbuatan yang dilakukan dengan maksud untuk menghancurkan atau memusnahkan seluruh atau sebagian kelompok bangsa, ras, kelompok etnis, kelompok agama, dengan cara: a. membunuh anggota kelompok; b. mengakibatkan penderitaan fisik atau mental yang berat terhadap anggota-anggota kelompok; c. menciptakan kondisi kehidupan kelompok yang akan mengakibatkan kemusnahan secara fisik baik seluruh atau sebagiannya; d. memaksakan tindakan-tindakan yang bertujuan mencegah kelahiran di dalam kelompok; atau e. memindahkan secara paksa anak-anak dari kelompok tertentu ke kelompok lain." Undang-Undang Nomor 26 Tahun 2000 tentang Pengadilan Hak Asasi Manusia.

² Pasal 9 "Kejahatan terhadap kemanusiaan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 7 huruf b adalah salah satu perbuatan yang dilakukan sebagai bagian dari serangan yang meluas atau sistematis yang diketahuinya bahwa serangan tersebut ditujukan secara langsung terhadap penduduk sipil berupa: a. pembunuhan; b. pemusnahan; c. perbudakan; d. pengusiran atau pemindahan penduduk secara paksa; e. perampasan kemerdekaan atau perampasan kebebasan fisik lain secara sewenang-wenang yang melanggar (asas-asas) ketentuan pokok hukum internasional; f. penyiksaan; g. perkosaan, perbudakan seksual, pelacuran secara paksa, pemaksaan kehamilan, pemandulan atau sterilisasi secara paksa atau bentuk-bentuk kekerasan seksual lain yang setara; h. penganiayaan terhadap suatu kelompok tertentu atau perkumpulan yang didasari persamaan paham politik, ras, kebangsaan, etnis, budaya, agama, jenis kelamin atau alasan lain yang telah diakui secara universal sebagai hal yang dilarang menurut hukum internasional; i. penghilangan orang secara paksa; atau j. kejahatan apartheid." *Ibid*.

³ Article 5 "The jurisdiction of the Court shall be limited to the most serious crimes of concern to the international community as a whole. The Court has jurisdiction in accordance with this Statute with respect to the following crimes: (a) The crime of genocide; (b) Crimes against humanity; (c) War crimes; (d) The crime of aggression. Rome Statute of the International Criminal Court 1998.

⁴ Article 6 "For the purpose of this Statute, "genocide" means any of the following acts committed with intent to destroy, in whole or in part, a national, ethnical, racial or religious group, as such: (a) Killing members of the group; (b) Causing serious bodily or mental harm to members of the group; (c) Deliberately inflicting on the group conditions of life calculated to bring about its physical destruction in whole or in part; (d) Imposing measures intended to prevent births within the group; (e) Forcibly transferring children of the group to another group." *Ibid*.

⁵ Article 7 "For the purpose of this Statute, "crime against humanity" means any of the following acts when committed as part of a widespread or systematic attack directed against any civilian population, with knowledge of the attack: (a) Murder; (b) Extermination; (c) Enslavement; (d) Deportation or forcible transfer of population; (e) Imprisonment or other severe deprivation of physical liberty in violation of fundamental rules of international law; (f) Torture; (g) Rape, sexual slavery, enforced prostitution, forced pregnancy, enforced sterilization, or any other form of sexual violence of comparable gravity; (h) Persecution against any identifiable group or collectivity on political, racial, national, ethnic, cultural, religious, gender as defined in paragraph 3, or other grounds that are universally recognized as impermissible under international law, in connection with any act referred to in this paragraph or any crime within the jurisdiction of the Court; (i) Enforced disappearance of persons; (j) The crime of apartheid; (k) Other inhumane acts of a similar character intentionally causing great suffering, or serious injury to body or to mental or physical health." *Ibid*.

⁶ Article 1 "An International Criminal Court ("the Court") is hereby established. It shall be a permanent institution and shall have the power to exercise its jurisdiction over persons for the most serious crimes of international concern, as referred to in this Statute, and shall be complementary to national criminal jurisdictions. The jurisdiction and functioning of the Court shall be governed by the provisions of this Statute." *Ibid*.

kemudian muncul adalah apa yang dimaksud *gross violations of human rights* dan apa perbedaannya dengan *the most serious crime*. Kemudian bagaimana praktik Pengadilan HAM Internasional dan Mahkamah Konstitusi di Indonesia berbicara tentang persoalan *gross violations of human rights*. Pengadilan HAM Internasional yang dimaksud adalah Pengadilan HAM Regional di masing-masing Kawasan.

Melalui artikel ini, akan dibahas lebih lanjut segala hal yang berkenaan dengan istilah *gross violations of human rights* dan *the most serious crimes* dalam hukum internasional. Selain itu juga, penulis merasa sangat penting untuk meneliti dan membandingkan praktik hukum internasional tentang HAM khususnya yang berkaitan langsung dengan *gross violations of human rights* dalam putusan-putusan Pengadilan HAM Internasional dan putusan Mahkamah Konstitusi di Indonesia.

B. PENGERTIAN HAM, PELANGGARAN HAM DAN HUKUM PIDANA INTERNASIONAL

Hak asasi manusia dan pelanggaran hak asasi manusia seringkali disalahpahami oleh sebagian orang, walaupun mereka para sarjana hukum sekalipun. Ketika HAM berbicara tentang hak untuk hidup, hak kemerdekaan pikiran dan hati nurani atupun hak untuk mendapatkan pendidikan, kemudian ada seseorang atau sekelompok orang yang membunuh orang lain atau melarang orang lain mengeluarkan pendapatnya atau melarang orang lain untuk bersekolah, maka

orang tersebut dianggap telah melanggar HAM. Pemahaman ini merupakan konsep yang salah kaprah dan menjadi persoalan serius di Indonesia. Meskipun HAM terdiri dari sekian banyak hak-hak yang dijamin di dalamnya, bukan berarti orang atau sekelompok yang melakukan pelanggaran terhadap hak-hak tersebut telah melakukan pelanggaran HAM. Apabila hal ini terjadi berarti tidak ada bedanya lagi antara subyek hukum badan hukum atau negara⁷ dengan subyek hukum orang.⁸

Kemudian, bagaimana pelanggaran HAM terjadi? Melanjutkan kasus di atas, apabila ada seseorang yang membunuh orang lain, ataupun seseorang yang mengesbiri pendapat orang lain secara paksa, ataupun mengurung seorang anak usia sekolah untuk tidak bersekolah, maka kesemua kasus tersebut adalah kasus pidana dan harus diselesaikan di Pengadilan Negeri, bukan Pengadilan HAM. Berbeda persoalannya, apabila negara mengetahui telah terjadi sejumlah peristiwa tersebut di atas dan negara tidak melakukan tindakan apapun untuk melindungi hak-hak para korban dalam peristiwa tersebut, maka negara telah melakukan pelanggaran HAM terhadap warga negara atau terhadap manusia yang berada di dalam wilayah kedaulatannya (*human rights violations by omission*).

(1) Pengertian Hak Asasi Manusia

Hakikat konsep hak asasi manusia (*human rights*) menyatakan bahwa setiap individu memiliki hak yang tidak dapat dicabut dan hak tersebut dilindungi oleh hukum dari campur tangan negara dan penyalahgunaan kekuasaan oleh

⁷ Dalam sistem hukum manapun, sebuah entitas baik itu individu atau badan hukum diakui memiliki hak dan kewajiban di dalam hukum. Namun dalam *international legal system* negara, sejauh ini masih menjadi *legal person* yang paling penting. Bahkan Lauterpacht mengatakan bahwa "the orthodox positivist doctrine has been explicit in the affirmation that only states are subjects of international law," meskipun dalam praktiknya telah berkembang. *Insurgents and belligerents*, organisasi internasional, *chartered companies*, dan entitas teritorial lain seperti *League of Cities* memiliki kapasitas untuk menjadi subyek hukum internasional (*international persons*). Malcom N. Shaw, *International Law*, sixth edition, Cambridge University Press, New York, 2008, hlm. 197.

⁸ Salmond mengatakan bahwa *person* dapat dibedakan antara manusia dan bukan manusia. Manusia dalam literatur bahasa Inggris disebut *natural person* dan dalam bahasa Belanda disebut *natuurlijke person* atau dalam bahasa Indonesia disebut orang. Sedangkan yang bukan manusia biasanya disebut *legal person* (Inggris) atau *rechtspersoon* (Belanda) atau badan hukum dalam bahasa Indonesia. Badan hukum dapat dibedakan antara badan hukum publik dan badan hukum privat. Negara termasuk badan hukum publik. Peter Mahmud Marzuki, *Pengantar Ilmu Hukum*, Kencana, Jakarta, 2009, hlm. 242-243.

pemerintah." Kata yang digunakan oleh Peter Malanczuk adalah "individual" bukan "citizen" untuk menegaskan bahwa hak asasi manusia ini didapatkan oleh karena seseorang sebagai manusia, bukan warga negara. Hal ini dikuatkan oleh Donnelly yang menyatakan bahwa "human rights are the rights one has simply because one is a human being."¹⁰ Ia berpendapat bahwa HAM merupakan hak yang dimiliki oleh seseorang karena orang tersebut adalah manusia. Ia menggunakan kata "human being" untuk menegaskan bahwa seseorang tersebut adalah manusia terlepas dari status, warna kulit, jenis kelamin, bahasa, budaya dan kewarganegaraan yang ia miliki.¹¹ Apabila Donnelly menyatakan bahwa hak asasi manusia diperoleh karena ia manusia, hal ini juga dikuatkan oleh riwayat yang diceritakan bahwa sebuah jenazah orang Yahudi lewat dihadapan Nabi Muhammad SAW. Melihat hal demikian Nabi berdiri untuk menghormatinya. Kemudian seorang Sahabat berkata "Ia itu jenazah seorang Yahudi." Nabi kemudian menjawabnya "bukankah ia itu manusia?"¹²

Kata "manusia" memang sederhana, akan tetapi sangat kompleks maknanya. Namun demikian, Freeman tidak puas pada konsep jika hak asasi manusia didapat karena seseorang adalah manusia semata. Ia menambahkan bahwa *human rights* adalah hak yang sangat penting yang diciptakan untuk melindungi kepentingan manusia yang valid dan fundamental, khususnya dari penyalahgunaan kekuatan politik.¹³ Bahkan

Donnelly mengatakan bahwa hak asasi manusia tidak perlu diakui baik oleh pemerintah atau sistem hukum manapun oleh karena hak-hak tersebut adalah universal¹⁴ dan diterima sebagai prinsip di semua negara.¹⁵ Apabila HAM perlu pengakuan negara, hal ini malah akan menurunkan kedudukan HAM dibawah kedudukan hukum yang konsekuensinya berubah menjadi *citizens' rights*.¹⁶

Jelas nampaknya dari beberapa konsep di atas, dapat dipilah bahwa hak asasi manusia memiliki beberapa kriteria, yakni: hak yang didapat karena individu tersebut adalah manusia, sifatnya valid dan fundamental, dan untuk melindungi seseorang dari penyalahgunaan kekuasaan negara (pemerintah) atau kekuatan politik. Ketiga komponen ini nampaknya cukup untuk mewakili sekian banyak definisi yang berbicara tentang hak asasi manusia.

Setelah rampung dengan definisi, persoalan lainnya adalah apa saja bentuk hak asasi yang valid dan fundamental itu. Valid tentunya merujuk pada sesuatu yang telah diatur secara hukum dan fundamental merujuk pada sesuatu yang sangat mendasar. Hak asasi manusia telah diatur secara universal, regional dan nasional. Universal merujuk pada HAM telah diatur di dalam sebuah Deklarasi Universal HAM dan kovenan-kovenan internasional tentang HAM, regional merujuk pada ketentuan HAM telah diatur di dalam instrumen-instrumen hukum kawasan di ASEAN, dan nasional merujuk pada ketentuan

¹⁰ Peter Malanczuk, *Modern Introduction to International Law*, seventh edition, Routledge, London/New York, 1997, hlm. 209.

¹¹ Michael Freeman, *Human Rights*, Blackwell Publishers, Malden, 2002, hlm. 60.

¹² Knut D. Asplund, Suparman Marzuki dan Eko Riyadi (Ed), *Hukum Hak Asasi Manusia*, PUSHAM UII, Yogyakarta, 2008, hlm. 11.

¹³ M. Abu Zahrah, *Hubungan-Hubungan Internasional Dalam Islam*, terj. Muhammad Zein Hasan, Penerbit Bulan Bintang, Jakarta, 1973, hlm. 14-15.

¹⁴ Michael Freeman, *Human ...*, hlm. 61.

¹⁵ Louis Henkin mengatakan bahwa "the idea of human rights is accepted in principle by all governments regardless of other ideology, regardless of political, economic, or social condition." Louis Henkin, "The Rights of Man Today" dalam Nurhidayatulloh, "Politik Hukum HAM Tentang Hak-Hak Politik Perempuan di Indonesia" dalam Ni'matul Huda dan Nurhidayatulloh (ed), *Politik Hukum HAM di Indonesia*, Pascasarjana FH UII dan FH UII Press, Yogyakarta, 2011, hlm. 95.

¹⁶ Michael Freeman, *Human ...*, hlm. 61.

¹⁷ Todung Mulya Lubis, *In Search of Human Rights Legal-Political Dilemmas of Indonesia's New Order 1966-1990*, Gramedia Pustaka Utama, Jakarta, 1994, hlm. 16.

HAM telah menjadi peraturan perundang-undangan di Indonesia. Secara umum konsep HAM yang diatur di dalam ketiga macam aturan itu sama, meskipun terdapat beberapa bentuk hak asasi yang terdapat di Deklarasi Universal HAM namun tidak ditemukan di Undang-Undang Dasar 1945 ataupun sebaliknya.¹⁷

Hak asasi manusia secara universal diatur di dalam The Universal Declaration of Human Rights,¹⁸ The International Covenant on Civil and Political Rights dan The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights. Ketiga instrumen ini merupakan sebagai instrumen induk hak asasi manusia internasional. Pada level regional, ASEAN juga memiliki Deklarasi HAM ASEAN yang seringkali disebut dengan The Asean Human Rights Declaration (AHRD).¹⁹ Draf deklarasi ini dibuat oleh Komisi HAM ASEAN dan disetujui pada bulan November 2012 pada Konferensi Tingkat Tinggi ASEAN ke-21 di Phnom Penh, Kamboja.²⁰

Pada level nasional di Indonesia, sebagai negara *rule of law*,²¹ hak asasi manusia diatur di dalam Undang-Undang Dasar 1945 Amandemen (UUD 1945), Tap MPR Nomor XVII/MPR/1998,

dan Undang-Undang Nomor 39 Tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia (UUHAM). Payung hukum tertinggi hak asasi manusia di Indonesia adalah UUD 1945 yang tertuang di dalam Bab XA tentang Hak Asasi Manusia Pasal 28A sampai 28J dan diejawantahkan ke dalam UUHAM.

(2) Pelanggaran Hak Asasi Manusia

Persoalan pelanggaran HAM, seperti yang telah diilustrasikan melalui kasus di atas, memberikan gambaran bahwa pelanggaran HAM, sampai saat ini, tidak dapat dilakukan oleh seorang individu terhadap individu lain. Pelanggaran HAM hanya dapat dilakukan oleh negara yang mencakup institusi publik atau dalam hal ini pemerintah (*government*). Hal ini penting dibedakan agar tidak menyamakan antara subyek hukum negara dan subyek hukum orang, meskipun penulis tidak menafikan banyaknya pandangan baru yang mengatakan bahwa pelanggaran HAM yang hanya bisa dilakukan oleh negara adalah pandangan klasik.

Berbagai pandangan tentang apakah *Non-State Actors* (NSAs) dapat menjadi pelaku dalam pelanggaran hak asasi manusia merupakan hal

¹⁷ Nurhidayatulloh, *Politik Hukum Hak Asasi Manusia (Studi Pengaruh Hukum HAM Internasional terhadap Hukum HAM Nasional Dalam UUD 1945)*, Tesis Fakultas Hukum Universitas Islam Indonesia, Yogyakarta, 2011, hlm. 216-219.

¹⁸ Dikumandangkan pada tahun 1948 melalui Resolusi Majelis Umum PBB Nomor 217 A (III). Forum ini adalah forum antar negara-negara di dunia, sehingga ketika menyoal HAM ruang lingkup internasional niscaya tidak bisa dilepaskan. Nurhidayatulloh, "Hukum HAM di Indonesia: Mengurai Nilai-Nilai Universalitas HAM Islam dan relevansinya dalam Konteks HAM Nasional dan Universal" dalam *Jurnal Konstitusi*, Mahkamah Konstitusi RI dan PSHK FH Universitas Islam Indonesia, Volume IV No. 2, November 2011, hlm. 119.

¹⁹ *Asean Human Rights Declaration*, <http://www.asean.org/news/asean-statement-communications/item/asean-human-rights-declaration>, akses tanggal 14 Mei 2015 Pukul 14.01 WIB.

²⁰ "In 2009, the Association of Southeast Asian Nations (ASEAN) established the ASEAN Intergovernmental Commission on Human Rights to promote human rights in the ten ASEAN countries. By mid-2012, the Commission had drafted the ASEAN Human Rights Declaration. The Declaration was adopted unanimously by ASEAN members at its November 2012 meeting in Phnom Penh. The Declaration details ASEAN nations' commitment to human rights for its 600 million people. ASEAN Human Rights Declaration, http://en.wikipedia.org/wiki/ASEAN_Human_Rights_Declaration, akses tanggal 14 Mei 2015 Pukul 14.05 WIB.

²¹ *The rule of law is a principle of governance. It is also a fundamental aspect of peacebuilding and related efforts to build effective and credible criminal justice institutions. The United Nations Secretary-General in a report to the Security Council in 2004, provides a foundation for the Rule of Law Indicators. "It refers to a principle of governance in which all persons, institutions and entities, public and private, including the State itself, are accountable to laws that are publicly promulgated, equally enforced and independently adjudicated, and which are consistent with international human rights norms and standards. It requires, as well, measures to ensure adherence to the principles of supremacy of law, equality before the law, accountability to the law, fairness in the application of the law, separation of powers, participation in decision-making, legal certainty, avoidance of arbitrariness and procedural and legal transparency. (Report of the Secretary-General on the rule of law and transitional justice in conflict and post-conflict societies (S/2004/616), para. 6.), United Nations Department of Peacekeeping Operations (DPKO) and the Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights (OHCHR), *The United Nations Rule of Law Indicators Implementation Guide and Project Tools*, first edition, United Nations publication, United Nations, 2011, hlm. v-vi.*

yang tidak dapat dinafikan. Namun demikian, pandangan baru tersebut masih menjadi polemik yang menarik di antara para cendekiawan hukum internasional sekalipun dan praktik internasional masih belum memberikan indikasi yang kuat untuk menjadikan NSAs sebagai pelaku pelanggaran HAM. Hal ini dibuktikan dengan instrumen hukum *the Genocide Convention* yang telah mengakui badan hukum privat dan instrumen terbaru PBB telah mengatur kewajiban kepada NSAs untuk menghormati dan memajukan hak asasi manusia. Namun demikian, di dalam kedua instrumen perjanjian tersebut secara substantif pasal-pasal yang dibuat masih menggunakan kacamata negara sebagai pelakunya.²² Pandangan ini tentunya tidak dapat dihilangkan begitu saja, oleh karena itu untuk memperkaya khazanah ilmu pengetahuan tentang HAM pendapat ini patut diberikan apresiasi.

Apa yang dimaksud dengan pelanggaran HAM? Definisi pelanggaran HAM yang ada selama ini masih belum memberikan batasan yang memuaskan bagi semua kalangan apalagi dengan begitu pesatnya perkembangan hukum HAM dewasa ini. Namun demikian, agar tidak mengaburkan istilah tersebut, penulis akan mengambil definisi yang nampaknya telah menjadi kesepakatan umum dalam mendefinisikan pelanggaran HAM. Pelanggaran HAM merupakan pelanggaran terhadap kewajiban negara yang lahir dari instrumen-instrumen hak asasi manusia dimana pelanggaran tersebut dapat dilakukan dengan

perbuatan aktif maupun karena kelalaian negara (pasif). Perbuatan negara yang pertama disebut dengan *acts of commission* dan perbuatan negara yang terakhir disebut dengan *act of omission*.²³

Definisi di atas sangat tegas menyatakan bahwa pelanggaran HAM merupakan tanggung jawab negara, bukan individu. Sehingga yang menjadi titik tekan dalam pelanggaran HAM adalah tanggung jawab negara (*state responsibility*).²⁴ Tanggung jawab negara merupakan suatu prinsip fundamental dalam hukum internasional yang bersumber dari doktrin kedaulatan dan persamaan hak antar negara. Tanggung jawab negara timbul apabila ada pelanggaran atas suatu kewajiban internasional untuk berbuat sesuatu atau tidak berbuat sesuatu, baik kewajiban tersebut berdasarkan suatu perjanjian internasional atau hukum kebiasaan internasional.²⁵

Human rights violations atau yang dalam bahasa Indonesia diterjemahkan sebagai pelanggaran HAM tidak bisa dilakukan secara langsung oleh negara karena negara merupakan entitas abstrak yang tidak bisa melakukan suatu perbuatan. Dalam hal ini berlakulah doktrin imputabilitas (*doctrine of imputability*). Doktrin ini menyatakan bahwa negara bertanggung jawab atas kesalahan yang dilakukan oleh organnya.²⁶ Hal ini ditegaskan dalam Pasal 4 Draft ILC Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts bahwa tindakan organ negara dapat dikategorikan sebagai tindakan negara termasuk organ legislatif, eksekutif, yudikatif, ataupun organ lain²⁷ terma-

²² *In the liberal paradigm human rights violations are typically committed by states; the difference between crimes and human rights violations is mainly a question of violators identity. Among the earliest human rights instruments, the Genocide Convention explicitly incorporates private individuals and early UN instruments recognize a duty of NSAs to respect and to promote human rights. still, the substantive Article of those agreements are clearly framed with states in mind.* Michael Goodhart, "Human Rights and Non-States Actors Theoretical Puzzles," dalam George Andreopoulos, Zehra F. Kabasakal Arat, and Peter Juviler (Ed), *Non-States Actors in the Human Rights Universe*, Kumarian Press, Inc., Bloomfield, 2006, hlm. 29.

²³ Knut D. Asplund, Suparman Marzuki dan Eko Riyadi (Ed), *Hukum Hak...*, hlm. 68-69.

²⁴ *Ibid.*, hlm. 69.

²⁵ *Ibid.*, hlm. 71.

²⁶ *Ibid.*, hlm. 77.

²⁷ Article 4 Para. (1) "The conduct of any State organ shall be considered an act of that State under international law, whether the organ exercises legislative, executive, judicial or any other functions, whatever position it holds in the organization of the State, and whatever its character as an organ of the central Government or of a territorial unit of the State," Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries, http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf, akses tanggal 21 Mei 2015 Pukul 12.53 WIB.

suk juga entitas atau individu²⁸ yang memiliki status dalam hukum internal suatu negara.²⁹ Sehingga, dapat dimaknai bahwa individu atau sekelompok individu yang termasuk dalam organ publik negara apabila melakukan sebuah tindakan yang melanggar HAM, maka negara dapat dimintai pertanggungjawaban atas tindakan individu tersebut.

(3) Hukum Pidana Internasional

Hukum pidana internasional atau disebut dengan *intrnational criminal law* menurut Schwarzenberger paling tidak memiliki enam unsur pengertian, yakni: 1) hukum pidana yang memiliki ruang lingkup kejahatan yang melanggar kepentingan masyarakat internasional dan kewenangan penangkapan diserahkan kepada yurisdiksi kriminil negara yang berkepentingan dalam batas teritorialnya; 2) sanksi atas tindakan perorangan ditetapkan dalam hukum pidana nasionalnya; 3) memberikan kewenangan pula kepada negara untuk menerapkan yurisdiksi kriminil diluar batas teritorialnya terhadap tindak pidana tertentu; 4) sejalan dengan tuntutan kepentingan masyarakat internasional; 5) hukum pidana internasional dalam arti lingkup teritorial hukum pidana nasional; dan, 6) obyek pembahasannya telah ditetapkan oleh PBB sebagai kejahatan internasional, seperti: *piracy*, agresi, kejahatan perang, genosida, perdagangan narkoba lintas negara yang ilegal.³⁰

Hukum pidana internasional memasukkan pendekatan aspek hukum internasional ke dalam pengkajian hukum pidana nasional antara lain masalah yurisdiksi untuk menjangkau berlakunya hukum pidana nasional terhadap setiap kejahatan

yang melampaui batas teritorial atau kejahatan trans-nasional atau dikenal "*extraterritorial jurisdiction*."³¹

Selain itu, Romli mengatakan bahwa salah satu perkembangan signifikan hukum pidana internasional adalah:

"Diperkenalkannya jenis kejahatan baru dalam kepustakaan hukum pidana yaitu yang disebut sebagai atau digolongkan sebagai '*gross violation of human rights*' atau 'pelanggaran hak asasi manusia yang berat' (Pasal 5, 6, 7, dan 8 Statuta ICC). Jenis kejahatan baru tersebut berdampak terhadap pertanggungjawaban pidana (*criminal liability*) dan memunculkan asas-asas baru dalam penegakan hukum terhadap kejahatan dimaksud. Dampak terhadap masalah pertanggungjawaban pidana yaitu, tidak dikenal atau diakui lagi pertanggungjawaban pidana yang bersifat kolektif, melainkan hanya diakui pertanggungjawaban yang bersifat individual (Pasal 25 Statuta ICC); dan dalam pertanggungjawaban tersebut 'kedudukan dan jabatan' dalam pemerintahan tidak dipertimbangkan lagi baik dalam jabatan dan kedudukan sebagai sipil maupun militer (Pasal 27 Statuta ICC). Dampak terhadap asas hukum pertanggungjawaban pidana telah diakui asas *non-impunity* kecuali untuk anak di bawah usia 18 tahun. Pengakuan terhadap asas *non-impunity* tersurat dalam alinea ke lima Mukadimah Statuta ICC, '*To put end to impunity for the perpetrators of these crimes (tercantum dalam Pasal 5 sd Pasal 8) and thus to contribute to the prevention of such crimes.*'³²

²⁸ Commentary on Article 4 Paragraph 2 "Although the principle stated in article 4 is clear and undoubted, difficulties can arise in its application. A particular problem is to determine whether a person who is a State organ acts in that capacity. It is irrelevant for this purpose that the person concerned may have had ulterior or improper motives or may be abusing public power. Where such a person acts in an apparently official capacity, or under colour of authority, the actions in question will be attributable to the State." *Ibid.*, hlm. 42.

²⁹ Article 4 Paragraph 2 "An organ includes any person or entity which has that status in accordance with the internal law of the State," *Ibid.*

³⁰ Romli Atmasasmita, *Pengantar Hukum Pidana Internasional*, cetakan ketiga, PT Rafika, Bandung, 2003, hlm. 2.

³¹ Hukum Pidana Internasional dan Hukum Hak Asasi Manusia, http://pusham.uui.ac.id/upl/article/id_Hukum%20Pidana%20Internasional.pdf, akses tanggal 21 Mei 2015 Pukul 13.35 WIB.

³² *Ibid*

Menurutnya, perkembangan hukum pidana internasional mengalami kemajuan pesat terutama dalam hal yurisdiksi dan pihak-pihak yang dapat dimintai pertanggungjawaban atas suatu kejahatan internasional. Yurisdiksi absolut hukum pidana internasional mengalami perkembangan dengan kejahatan jenis baru dan pertanggungjawaban yang sifatnya bukan kolektif, akan tetapi individu. Ia mendasarkannya pada ketentuan dalam Statuta ICC 1998.³¹

Definisi di atas nampaknya cukup menjelaskan bahwa yang menjadi titik tekan hukum pidana internasional adalah tanggung jawab atas tindak pidana itu adalah individu bukan badan hukum. Dengan perkembangan yang pesat sekarang ini, bentuk-bentuk hukum pidana internasional juga terus berkembang. Namun demikian, dalam definisi di atas batasan yang diberikan untuk jenis tindak pidana internasional harus ditetapkan oleh PBB sebagai kejahatan internasional. *Practy*, agresi, kejahatan perang, genosida, perdagangan narkoba lintas negara adalah beberapa jenis kejahatan internasional yang akan terus berkembang seiring dengan perkembangan zaman.

C. PENGERTIAN GROSS VIOLATIONS OF HUMAN RIGHTS

Istilah "*gross violations of human rights*" selama ini merupakan pengertian yang cukup kompleks oleh karena menimbulkan berbagai pema-

knaan yang multi tafsir baik secara teoritis maupun empiris. Perdebatan yang selama ini muncul adalah apakah *gross violations of human rights* ini merupakan sebuah pelanggaran HAM ataukah sebuah tindak pidana (*crimes*). Ketika *gross violations* merupakan pelanggaran HAM, maka jelas bahwa yang dimintai pertanggungjawaban adalah negara -dalam hal ini diwakili oleh pemerintah yang berkuasa-, namun apabila *gross violations of human rights* adalah sebuah tindak pidana, maka pertanggungjawabannya kepada individu.

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 (Basic Principles and Guidelines) merupakan Resolusi Majelis Umum PBB Nomor A/RES/60/147 yang menyebutkan secara langsung istilah "*gross violations*" untuk hukum HAM internasional dan kata "*serious violations*" untuk hukum humaniter internasional. Kata *gross* berasal dari bahasa Inggris yang apabila menjadi kata benda bermakna lusin atau gros. *Gross* juga bisa menjadi kata sifat yang berarti kotor, besar, kasar dan menyolok.³² Sedangkan kata *violations* adalah jamak dari kata *violation* yang berarti pelanggaran (*of a law*) atau perkosaan (*of a woman*).³³

Di sisi lain, dalam instrumen hukum HAM Internasional lain banyak sekali dijumpai berbagai istilah "pelanggaran HAM yang berat" dengan nomenklatur: 1) *gross violations of international human rights* ;³⁴ 2) *serious violations of human rights*;³⁵

³¹ Penulis sedikit berbeda pandangan dengan Romli dengan pernyataannya "...jenis kejahatan baru dalam kepustakaan hukum pidana yaitu yang disebut sebagai atau digolongkan sebagai 'gross violation of human rights' atau 'pelanggaran hak asasi manusia yang berat' (Pasal 5,6,7,dan 8 Statuta ICC)." *Gross violation of human rights* bukan diatur di dalam Pasal 5,6,7,dan 8 Statuta ICC dan *gross violation* berbeda dengan *the most serious crimes*. Adapun dalam hal kejahatan internasional (*crimes*) yang menuntut tanggung jawab individu, penulis sepakat karena hal ini telah diamanatkan di dalam Statuta Roma sebagai *the most serious crimes of international concern*, namun *gross violations of human rights* tidak sesederhana itu. Penulis mendasarkan pendapatnya pada tanggung jawab *the most serious crimes* adalah individu, akan tetapi tanggung jawab *gross violations of human rights* adalah negara.

³⁴ John M. Echols dan Hassan Shadily, *Kamus Inggris Indonesia*, cetakan kedua puluh enam, Penerbit PT Gramedia Pustaka Utama, Jakarta, 2005, hlm. 281.

³⁵ *Ibid.*, hlm. 630.

³⁶ *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*.

³⁷ *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*.

3) *systematic violations of human rights* ;³⁸ 4) *major violations of human rights* ;³⁹ dan istilah lain yang menunjukkan tingkat beratnya pelanggaran HAM tersebut seperti: *grave, flagrant, extreme, egregious, massive* dan lain sebagainya.

Dalam hukum HAM internasional, istilah "*gross violations*" dimunculkan pertama kali oleh Badan HAM PBB yang secara prinsipil dimaksudkan pada pelanggaran yang paling serius⁴⁰ melalui Resolusi 8 (Maret 1967) Komisi HAM PBB (UN Commission of Human Rights). Namun demikian, munculnya istilah-istilah baru yang berhubungan dengan tingkat beratnya pelanggaran HAM di dalam praktik-praktik negara terus saja berkembang setiap waktu. Upaya untuk membedakan istilah-istilah tersebut sebenarnya telah dilakukan dengan mekanisme supervisi HAM internasional. Perserikatan Bangsa-Bangsa (PBB) mulai mengambil alih persoalan ini. Pada saat PBB mulai membedakan antara kata *gross* dan kata *systematic violation of human rights*, dalam waktu yang bersamaan muncul juga kata *egregious* dan *systematic violation of human rights* berkenaan dengan pelanggaran HAM komunitas internasional yang berhubungan dengan hak-hak fundamental. Selain itu, secara terpisah pemahaman internasional tentang pelanggaran HAM dipengaruhi juga oleh perkembangan hukum pidana internasional (khususnya berkenaan dengan istilah *crimes against humanity*) dan hukum humaniter internasional. Oleh karena itu, jelas bahwa istilah *crimes against humanity* dan istilah *serious violation*

of human rights saling terpengaruh satu sama lain.⁴¹

Badan-badan internasional dan regional pada akhirnya tidak konsisten dalam menggunakan terminologi yang sama. Badan-badan PBB seringkali menggunakan kata *gross, mass*, atau *flagrant violations* tanpa memberikan perbedaan karakteristik masing-masing istilah tersebut. Contohnya dalam Deklarasi Wina dan Program Aksi tahun 1993 menggunakan kata *massive violation of human rights, continuing human rights violations*, dan *gross and systematic violations*. Selain itu juga dalam *the Universal Periodic Review Process* menggunakan kata *grave* dan *serious* secara bergantian, dan pada laporan High-Level Mission tentang situasi HAM di Darfur menggunakan kata *grave, gross, gross and systematic*, dan *serious violations of human rights*. Oleh karena itu, hal ini juga dapat dimaknai bahwa istilah *gross, grave* dan *serious* adalah istilah yang oleh badan internasional digunakan secara bergantian untuk maksud yang sama.⁴²

Pada saat tidak adanya definisi yang utuh dan seragam mengenai masing-masing kata apa yang dimaksud dengan *grave, gross* dan *serious violations*, para ilmuwan hukum HAM sebenarnya telah menganalisis dan mendefinisikan beberapa istilah tersebut. Contohnya M. E. Tardu yang telah menginterpretasikan kata "*consistent pattern of gross violations*"⁴³ berdasarkan Resolusi 1235 dan 1503. Karakteristik kualitatif dan kuantitatif istilah ini meliputi: 1) pelanggaran-pelanggaran tersebut tidak hanya berakibat pada satu korban ;⁴⁴ 2) sejumlah pelanggaran terjadi berkali-kali; 3) unsur

³⁸ Geneva Academy, *Academy Briefing No. 6 What amounts to 'a serious violation of international human rights law'? An analysis of practice and expert opinion for the purpose of the 2013 Arms Trade Treaty*, Geneva Academy of International Humanitarian Law and Human Rights, August 2014, hlm. 6., http://www.geneva-academy.ch/docs/publications/Briefings%20and%20In%20Briefs/Briefing%206%20What%20is%20a%20serious%20violation%20of%20human%20rights%20law_Academy%20Briefing%20No%206.pdf, akses tanggal 17 Mei 2015 Pukul 21.56 WIB.

³⁹ Criterion Two of European Union Code of Conduct on Arms Exports, 1998, <http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cmsUpload/08675r2en8.pdf>, akses tanggal 17 Mei 2015 pukul 21.41 WIB.

⁴⁰ Geneva Academy, *Academy...*, hlm. 10.

⁴¹ *Ibid.*, hlm. 9.

⁴² *Ibid.*, hlm. 12.

⁴³ Tardu, M. E., *United Nations Response to Gross Violations of Human Rights: The 1503 Procedure*, Symposium International Human Rights, Santa Clara Law Review (1980), Volume 20, Number 3, Santa Clara University School of Law, hlm. 574.

⁴⁴ Syarat ini saat ini telah mengalami perkembangan yang pesat dimana Pengadilan HAM Eropa telah memeriksa pelanggaran serious dalam kasus individu, seperti halnya kasus penghilangan paksa, penyiksaan, dan penahanan. Geneva Academy, *Academy...*, hlm. 22.; Kasus Çakıcı v. Turkey Application no. 23657/94, Judgement 8 July 1999, The European Court of Human Rights.

direncanakan dan berkesinambungan oleh pelaku harus ada; 4) secara kualitatif pelanggaran tersebut memiliki sifat tidak manusiawi dan merendahkan. Sehingga, agar suatu tindakan dapat disebut sebagai *gross violations*, maka harus memenuhi syarat kualitatifnya, namun untuk syarat kuantitatif sifatnya alternatif atau salah satu harus ada.⁴⁷

Di sisi lain, Theo van Boven mengatakan bahwa:

Di dalam hukum internasional pelanggaran terhadap setiap hak asasi manusia mengakibatkan hak untuk ganti rugi terhadap korban, khususnya pada *gross violations of human rights and fundamental freedoms* yang paling tidak mencakup genosida, perbudakan dan praktik serupa perbudakan, eksekusi yang sewenang-wenang, penyiwaan dan kekejaman, perlakuan atau hukuman yang tidak manusiawi dan merendahkan, penghilangan secara paksa, penahanan yang sewenang-wenang

dan berkepanjangan, deportasi atau pemindahan penduduk secara paksa, dan diskriminasi yang sistematis terhadap ras atau gender.⁴⁸

Pendapat Theo van Boven di dukung oleh U.N. Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities, Report of the Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities Tahun 1993. The U.N. Sub-Commission mengakui bahwa *gross and large-scale violations of human rights* yang dilakukan atas dasar perintah dari negara atau didukung oleh negara adalah sebuah kejahatan internasional (*an international crime*).⁴⁹ Bentuk dari kejahatan internasional ini antara lain: genosida, perbudakan dan praktek lain yang serupa dengan perbudakan (*slavery-like practices*), eksekusi yang sewenang-wenang, penyiwaan, penghilangan, penahanan yang sewenang-wenang dan berkepanjangan, dan diskriminasi yang sistematis.⁵⁰ Dalam hal ini tentunya kejahatan internasional yang pertanggung-

⁴⁷ M. E. Tardu, *United Nations Response to Gross Violations of Human Rights: The 1503 Procedure*, dalam Geneva Academy, *Academy...*, hlm. 16.

⁴⁸ Final Report Submitted by Theo van Boven, *Special Rapporteur*, dalam *Ibid.*

⁴⁹ *The Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities*. Aware that gross and large-scale violations of human rights are a matter of grave concern for mankind, believing that such violations, if they are perpetrated on the orders of Governments or are sanctioned by them, pose the greatest danger to mankind; Having discussed the working paper (E/CN.4/Sub.2/1993/10 and Corr.1) submitted by Mr. Stanislav Chernichenko in accordance with its decision 1992/109 of 27 August 1992; Considering that further measures should be taken to combat gross and large-scale violations of human rights;

1. Expresses its appreciation to Mr. Stanislav Chernichenko for the working paper on the definition of gross and large-scale violations of human rights as an international crime;
2. Decides to recommend to the Commission on Human Rights the appointment of Mr. Stanislav Chernichenko as Special Rapporteur to prepare a report entitled "Recognition of gross and large-scale violations of human rights perpetrated on the orders of Governments or sanctioned by them as an international crime";
3. Decides to consider the report of the Special Rapporteur at its forty-sixth session under the agenda item entitled "Review of further developments in fields with which the Sub-Commission has been concerned";
4. Decides also to recommend that the Special Rapporteur take into account the comments made on his working paper at its forty-fifth session;
5. Recommends that the Special Rapporteur include in his report a draft declaration on the question mentioned above;
6. Recommends the following draft decision to the Commission on Human Rights for adoption.

Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities, Report of the Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities on its 45th Session, U.N. Doc. E/CN.4/Sub.2/1993/45 (1993), <http://www1.umn.edu/humanrts/demo/1993min.html#199330>, akses tanggal 16 Mei 2015 Pukul 16.05 WIB.

⁵⁰ Another difficulty is in distinguishing between gross and less serious human rights violations. This cannot be done with complete precision. According to the conclusions of the Maastricht Seminar on the Right to Restitution, Compensation and Rehabilitation for Victims of Gross Violations of Human Rights and Fundamental Freedoms, which took place between 11 and 15 March 1992, "the notion of gross violations of human rights and fundamental freedoms includes at least the following practices: genocide, slavery and slavery-like practices, summary or arbitrary executions, torture, disappearances, arbitrary and prolonged detention, and systematic discrimination". The conclusions state further that "violations of other human rights, including violations of economic, social and cultural rights, may also be gross and systematic in scope and nature, and must consequently be given all due attention in connection with the right to reparation," 1993 Working Paper prepared for the Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities, Jennifer Zerk, *Corporate liability for gross human rights abuses Towards a fairer and more effective system of domestic law remedies*, A report prepared for the Office of the UN High Commissioner for Human Rights, <http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Business/DomesticLawRemedies/StudyDomesticLawRemedies.pdf>, akses tanggal 16 Mei 2015 Pukul 16.14 WIB.

jawabannya adalah individu yang memerintahkan kejahatan tersebut,⁵¹ sedangkan pertanggungjawaban negara pada konteks pelanggaran HAMnya.

D. GROSS VIOLATION OF HUMAN RIGHTS DALAM PRAKTIK HUKUM HAM INTERNASIONAL

Membahas *gross violations of international human rights* tidak bisa dilepaskan dari ketentuan dalam *Basic Principles and Guidelines* sebagai resolusi Majelis Umum PBB yang membahas langsung tentang *gross violations*. Meskipun dalam resolusi ini bangunan keseluruhannya ditujukan pada pemulihan terhadap kepentingan korban, akan tetapi tanggung jawab terhadap pelanggarannya juga semakin diperjelas bahwa negara yang memiliki tanggung jawab pelanggaran tersebut.

Sebagaimana dikatakan oleh Theo van Boven bahwa pada dasarnya *Basic Principles and Guidelines* didasarkan pada hukum tanggung jawab negara. Hal ini juga didasarkan terhadap pasal-pasal yang terdapat dalam the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts.⁵² Namun demikian, wacana terhadap persoalan tanggung jawab NSAs juga mengemuka dalam diskusi penyusunan resolusi ini sejauh NSAs dimaknai sebagai gerakan atau kelompok yang memiliki kontrol efektif terhadap wilayah atau penduduk dalam wilayah tersebut dan juga terhadap perusahaan yang bergerak di dalam bidang bisnis yang memiliki kekuatan ekonomi.⁵³ Hal ini di dasarkan pada Prinsip 3 (c) *Basic Principles and Guidelines*.⁵⁴ Tanggung jawab NSAs untuk memberikan pemulihan terhadap korban dalam hal ini dapat diberlakukan ketika negara telah membe-

⁵¹ Article 28 "With respect to superior and subordinate relationships not described in paragraph (a), a superior shall be criminally responsible for crimes within the jurisdiction of the Court committed by subordinates under his or her effective authority and control, as a result of his or her failure to exercise control properly over such subordinates." Rome Statute of International Court of Justice 1998.

⁵² "From the outset the Principles and Guidelines were based on the law of State Responsibility as elaborated over the years by the International Law Commission in a set of Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts which were commended in 2001 to the attention of governments by the United Nations General Assembly (A/RES/56/83). It was argued, however, by some governments that the Articles on State Responsibility were drawn up with inter-State relations in mind and would not per se apply to relations between States and individuals. This argument was countered in that it ignored the historic evolution since the Second World War of human rights having become an integral and dynamic part of international law as endorsed by numerous widely ratified international human rights treaties. It was also said to ignore that the duty of affording remedies for governmental misconduct was so widely acknowledged that the right to an effective remedy for violations of human rights and a fortiori of gross human rights violations, may be regarded as forming part of customary international law." Theo van Boven, *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*, United Nations Audiovisual Library of International Law, Copyright © United Nations, 2010, http://legal.un.org/avl/pdf/ha/ga_60-147/ga_60-147_e.pdf, akses tanggal 22 Mei 2015 Pukul 05.20 WIB.

⁵³ "While the Principles and Guidelines are drawn up on the basis of State responsibility, the issue of responsibility of non-State actors was also raised in the discussions and negotiations, notably insofar as movements or groups exercise effective control over a certain territory and people in that territory, but also with regard to business enterprises exercising economic power. It was generally felt that non-State actors are to be held responsible for their policies and practices, allowing victims to seek redress and reparation on the basis of legal liability and human solidarity, and not on the basis of State responsibility." *Ibid.*

⁵⁴ "The obligation to respect, ensure respect for and implement international human rights law and international humanitarian law as provided for under the respective bodies of law, includes, inter alia, the duty to: (a) Take appropriate legislative and administrative and other appropriate measures to prevent violations; (b) Investigate violations effectively, promptly, thoroughly and impartially and, where appropriate, take action against those allegedly responsible in accordance with domestic and international law; (c) Provide those who claim to be victims of a human rights or humanitarian law violation with equal and effective access to justice, as described below, irrespective of who may ultimately be the bearer of responsibility for the violation; and (d) Provide effective remedies to victims, including reparation, as described below." *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*, adopted and proclaimed by General Assembly resolution 60/147 of 16 December 2005.

rikan pemulihan (*reparation*) terhadap korban.⁵³ Hal ini merupakan langkah yang sangat hati-hati dalam perspektif *victim-oriented* untuk memperluas ruang lingkup tanggung jawab dan kewajiban NSAs.⁵⁴

Sebagaimana telah dikatakan di atas, pada dasarnya yang menjadi penekanan dalam hal ini adalah semua bentuk *gross violations of human rights* yang telah tercakup dalam *Basic Principles and Guidelines* berasal dari instrumen-instrumen perjanjian HAM dan mengharuskan adanya pertanggungjawaban negara adalah konsep yang tidak terbantahkan.⁵⁵ Hal ini dibuktikan dengan meskipun pemulihan dapat dilakukan oleh NSAs, akan tetapi pemulihan ini dilakukan setelah negara memberikannya, artinya negaralah yang menjadi pemain utama dalam hal memberikan tanggungjawab pemulihan terhadap korban.

Kemudian bagaimana praktik pengadilan HAM internasional dalam memutuskan perkara yang berhubungan dengan *gross violations of hu-*

man rights. Untuk memecahkan persoalan ini, penulis perlu meneliti beberapa kasus yang berkenaan dengan *gross violations of human rights* yang pernah diperkarakan di beberapa pengadilan HAM internasional seperti di Eropa, Afrika, Inter-Amereika dan praktik dalam sistem PBB.

(I) Pengadilan HAM Internasional di Afrika

Perlindungan HAM di Afrika dilakukan oleh dua institusi HAM, yakni, African Commission on Human and Peoples' Rights (ACmHPR) dan African Court on Human and Peoples' Rights (ACtHPR). ACmHPR dibentuk melalui African (Banjul) Charter On Human And Peoples' Rights⁵⁶- berlaku 21 Oktober 1986- yang memiliki kewenangan untuk memajukan hak asasi manusia, memastikan perlindungan HAM dan menafsirkan ketentuan yang terdapat di dalam Piagam.⁵⁷ Di sisi lain, ACtHPR didirikan berdasarkan *Protocol to the African Charter on Human and Peoples' Rights on the Establishment of an African*

⁵³ Principle 15 "Adequate, effective and prompt reparation is intended to promote justice by redressing gross violations of international human rights law or serious violations of international humanitarian law. Reparation should be proportional to the gravity of the violations and the harm suffered. In accordance with its domestic laws and international legal obligations, a State shall provide reparation to victims for acts or omissions which can be attributed to the State and constitute gross violations of international human rights law or serious violations of international humanitarian law. In cases where a person, a legal person, or other entity is found liable for reparation to a victim, such party should provide reparation to the victim or compensate the State if the State has already provided reparation to the victim." *Ibid.*

⁵⁴ "It is a victim-oriented perspective that was kept in mind in extending, albeit in a modest and cautious way, the scope of the Principles and Guidelines to include the responsibility and liability of non-State actors." Theo van Boven, *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*, http://legal.un.org/avl/pdf/ha/ga/ga_60-147/ga_60-147_e.pdf, akses tanggal 22 Mei 2015 Pukul 05.20 WIB.

⁵⁵ "It should be noted that virtually all examples of gross violations of human rights cited in the previous paragraphs and taken from different sources are equally covered by human rights treaties and give rise also on that basis to State responsibility on the part of the offending State party and to the obligation to provide reparations to the victims of those gross violations. Theo van Boven, *Study concerning the right to restitution, compensation and rehabilitation for victims of gross violations of human rights and fundamental freedoms Final report*." Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities Forty-fifth session, 2 July 1993, http://www1.umn.edu/humanrts/demo/van%20Boven_1993.pdf, akses tanggal 18 Mei 2015 Pukul 15.13 WIB.

⁵⁶ Article 30 "An African Commission on Human and Peoples' Rights, hereinafter called "the Commission", shall be established within the Organization of African Unity to promote human and peoples' rights and ensure their protection in Africa." African (Banjul) Charter on Human and Peoples' Rights.

⁵⁷ Article 45 "The functions of the Commission shall be: 1. To promote Human and Peoples' Rights and in particular: (a) To collect documents, undertake studies and researches on African problems in the field of human and peoples' rights, organize seminars, symposia and conferences, disseminate information, encourage national and local institutions concerned with human and peoples' rights, and should the case arise, give its views or make recommendations to Governments. (b) To formulate and lay down, principles and rules aimed at solving legal problems relating to human and peoples' rights and fundamental freedoms upon which African Governments may base their legislations. (c) Co-operate with other African and international institutions concerned with the promotion and protection of human and peoples' rights. 2. Ensure the protection of human and peoples' rights under conditions laid down by the present Charter. 3. Interpret all the provisions of the present Charter at the request of a State party, an institution of the OAU or an African Organization recognized by the OAU. 4. Perform any other tasks which may be entrusted to it by the Assembly of Heads of State and Government. *Ibid.*

*Court on Human and Peoples' Rights*⁵⁸ - berlaku tahun 2004 - yang memiliki wewenang untuk memutuskan setiap kasus dan sengketa yang diserahkan kepadanya berdasarkan Piagam, penafsiran Piagam, Protokol dan instrumen HAM terkait, dan *advisory opinion* yang diajukan kepadanya.⁵⁹ Putusan ACtHPR bersifat *final*⁶⁰ and *binding*⁶¹ terhadap negara-negara pihak Protokol.

Salah satu kasus yang pernah diputuskan oleh ACtHPR adalah kasus antara *African Commission on Human and Peoples' Rights v. Great Socialist People's Libyan Arab Jamahiriya*. ACmHPR mengajukan permohonan kepada ACtHPR melawan Libya dalam kasus "serious and massive" violations of human rights yang telah diatur dalam African Charter on Human and Peoples' Rights.⁶² Dalam hal ini yang menjadi pihak di ACtHPR adalah ACmHPR yang mewakili korban melawan Negara Libya dimana Libya diduga kuat oleh ACmHPR telah melakukan pelanggaran HAM yang serius dan masif. Pelanggaran ini antara lain: penahanan terhadap seorang pengacara, penin-

dasan terhadap para demonstran di Benghazi pada 6 Februari 2011, penembakan secara acak terhadap demonstran, membunuh dan melukai banyak orang, menggunakan senjata berat dan senapan mesin pada penduduk oleh pasukan keamanan Libya. Kesemua tindakan ini merupakan pelanggaran yang serius terhadap hak untuk hidup, hak integritas pribadi, hak kebebasan berekspresi dan hak untuk berkumpul dan menyatakan pendapat.⁶³

Dalam kasus ini jelas bahwa *gross violations of human rights* dibahasakan dengan *serious and massive violations of human rights*. Libya dituntut karena telah melakukan pelanggaran yang serius terhadap hak untuk hidup, hak integritas pribadi, hak kebebasan berekspresi dan hak untuk berkumpul dan menyatakan pendapat. Pihak yang dituntut untuk mempertanggungjawabkan pelanggaran HAM ini adalah Negara Libya, bukan individu. Namun demikian oleh karena berdasarkan Resolusi Dewan Keamanan PBB dimungkinkan terdapat *the most serious crimes*, Dewan

⁵⁸ Article 1 "There shall be established within the Organization of African Unity an African Court Human and Peoples' Rights hereinafter referred to as "the Court", the organization, jurisdiction and functioning of which shall be governed by the present Protocol." Protocol to the African Charter on Human and Peoples' Rights on the Establishment of an African Court on Human and Peoples' Rights.

⁵⁹ Article 3 (1) "The jurisdiction of the Court shall extend to all cases and disputes submitted to it concerning the interpretation and application of the Charter, this Protocol and any other relevant Human Rights instrument ratified by the States concerned. (2) In the event of a dispute as to whether the Court has jurisdiction, the Court shall decide. Article 4 (1) "At the request of a Member State of the OAU, the OAU, any of its organs, or any African organization recognized by the OAU, the Court may provide an opinion on any legal matter relating to the Charter or any other relevant human rights instruments, provided that the subject matter of the opinion is not related to a matter being examined by the Commission. (2) The Court shall give reasons for its advisory opinions provided that every judge shall be entitled to deliver a separate of dissenting decision." *Ibid.*

⁶⁰ Rule 61 (4) "Subject to article 28(3) of the Protocol, the judgment of the Court shall be final." Rules of Court, African Court on Human and Peoples' Rights.

⁶¹ Article 30 "The States Parties to the present Protocol undertake to comply with the judgment in any case to which they are parties within the time stipulated by the Court and to guarantee its execution" Protocol to the African Charter on Human and Peoples' Rights on the Establishment of an African Court on Human and Peoples' Rights.; African Court on Human and Peoples' Rights, "The Court was established in order to complement the protective mandate of the Commission. Its decisions are final and binding on state parties to the Protocol," <http://www.achpr.org/about/afchpr/>, akses tanggal 23 Mei 2015 Pukul 20.01 WIB.; Rule 61 (5) "The judgment of the Court shall be binding on the parties." Rules of Court, African Court on Human and Peoples' Rights.

⁶² Article 58 "When it appears after deliberations of the Commission that one or more communications apparently relate to special cases which reveal the existence of a series of serious or massive violations of human and peoples' rights, the Commission shall draw the attention of the Assembly of Heads of State and Government to these special cases." African (Banjul) Charter on Human and Peoples' Rights.

⁶³ African Commission on Human and Peoples' Rights v. Great Socialist People's Libyan Arab Jamahiriya, Application No. 004/2011, Order for Provisional Measures, 25 March 2011.; Geneva Academy, *Academy Briefing No. 6 What amounts to 'a serious violation of international human rights law'? An analysis of practice and expert opinion for the purpose of the 2013 Arms Trade Treaty*, Geneva Academy of International Humanitarian Law and Human Rights, August 2014, hlm. 22.

memerintahkan kepada Jaksa ICC untuk menyelidiki kasus yang terjadi sejak 26 Februari 2011.⁶⁴ Sehingga dalam hal ini Libya untuk kasus *serious and massive violations of human rights* sebagai negara dituntut melalui ACtHR dan sebagai individu yang melakukan *the most serious crimes* menjadi yurisdiksi ICC.

(2) Pengadilan HAM Internasional di Eropa

Saat ini Pengadilan HAM Eropa sudah berkembang dengan sangat pesat terutama dalam hal kasus-kasus yang menjadi yurisdiksinya. Pada saat Asia belum mempunyai pengadilan HAM regional dan negara-negara di Asia Tenggara masih "ketakutan" untuk mendirikan pengadilan HAM internasional di ASEAN, Eropa sudah berada pada tahap peradaban yang sangat maju dalam hal perlindungan HAM, yakni, menangani perkara *serious violations of human rights* yang korbannya adalah individu. Hal ini menjadi praktik yang sangat maju, pada saat pengadilan HAM lain masih memerlukan jumlah korban yang besar untuk memenuhi kualifikasi *serious violations*.

Pengadilan HAM Eropa disebut dengan European Court of Human Rights (ECtHR) yang dibentuk melalui European Convention on Human Rights (ECHR). Pengadilan HAM ini didirikan pada tahun 1959 berdasarkan Pasal 19 ECHR, namun menjadi institusi yang permanen baru pada tahun 1998. ECtHR menerima pengajuan permohonan dari siapapun baik itu individu, sekelompok individu atau badan hukum privat (NGO) yang menjadi korban atas pelanggaran

yang dilakukan oleh negara-negara pihak.⁶⁵ Namun demikian, pengadilan hanya dapat menerima perkara pelanggaran HAM bagi pihak yang telah menepuh jalur domestik di negaranya dan *exhausted*.⁶⁶ Selain itu, ECtHR memiliki dua produk yakni *advisory opinion* yang tidak bersifat mengikat⁶⁷ dan keputusan pengadilan (*judgment*) yang bersifat *final and binding*.⁶⁸

Oleh karena sangat banyaknya kasus yang diajukan ke ECtHR, saat ini, ECtHR juga sedang mengembangkan yurisprudensi prosedur yang disebut dengan "the Pilot-Judgment Procedure." Prosedur ini telah dikembangkan beberapa tahun terakhir untuk menjadi solusi pada kasus-kasus yang sama yang berasal dari persoalan dasar yang sama pula. Pengadilan mengakui bahwa ide dasar prosedur ini adalah karena banyaknya jumlah permohonan yang masuk ke pengadilan dengan masalah yang sama. Hal ini juga untuk menjamin gantirugi pemulihannya yang lebih cepat daripada kasus mereka diproses secara individual di ECtHR. Cara kerja prosedur ini adalah ketika pengadilan menerima permohonan yang akar persoalannya sama, maka pengadilan akan memilih salah satu atau lebih kasus yang menjadi prioritas dan memutuskannya tidak hanya pada kasus tersebut, akan tetapi mencakup semua kasus yang serupa.⁶⁹

Salah satu kasus yang ditangani oleh ECtHR adalah kasus *El-Masri v. the former Yugoslav Republic of Macedonia*. El-Masri yang bernama lengkap Mr Khaled El-Masri adalah seorang warga negara Jerman yang menjadi korban operasi

⁶⁴ "Considering that the widespread and systematic attacks currently taking place in the Libyan Arab Jamahiriya against the civilian population may amount to crimes against humanity" dan "Decides to refer the situation in the Libyan Arab Jamahiriya since 15 February 2011 to the Prosecutor of the International Criminal Court." Resolution 1970 (2011) Adopted by the Security Council at its 6491st meeting, on 26 February 2011.

⁶⁵ Article 34 "The Court may receive applications from any person, nongovernmental organisation or group of individuals claiming to be the victim of a violation by one of the High Contracting Parties of the rights set forth in the Convention or the Protocols thereto. The High Contracting Parties undertake not to hinder in any way the effective exercise of this right." The Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms.

⁶⁶ Article 35 "The Court may only deal with the matter after all domestic remedies have been exhausted, according to the generally recognised rules of international law, and within a period of six months from the date on which the final decision was taken." The Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms.

⁶⁷ Article 5 "Advisory opinions shall not be binding." Protocol No. 16 to the Convention on the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms.

⁶⁸ Article 46 (1) "The High Contracting Parties undertake to abide by the final judgment of the Court in any case to which they are parties." The Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms.

rahasia agen Negara Republik Makedonia yang menangkap, menahan, menganiaya, dan menyerahkannya kepada agen CIA di bandara Skopje untuk dibawa ke fasilitas penahanan rahasia CIA di Afghanistan. Ia telah dianiaya selama lebih dari empat bulan, yakni antara 31 Desember 2003 sampai dengan 29 Mei 2004.⁷⁰ Dalam kasus ini, pengadilan menemukan bahwa telah terjadi pelanggaran serius terhadap *The Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms* oleh Makedonia.⁷¹ Pelanggaran serius ini meliputi: bahwa pemohon telah disiksa, diperlakukan dengan buruk, memindahkannya secara paksa (bertentangan dengan Pasal 3 Konvensi), penahanan yang sewenang-wenang (bertentangan dengan Pasal 5 Konvensi), pelanggaran hak terhadap Pasal 8,⁷² dan gagalnya negara Makedonia memberikan pemulihan yang efektif terhadap Pemohon (Pasal 13 Konvensi).⁷³

ECtHR dalam kasus ini menghukum Makedonia dengan membayar ganti kerugian sebesar EUR 60,000 (Enam Puluh Ribu Euro) dan yang paling penting adalah mengkategorikan pelanggaran yang dilakukan oleh agen rahasia Makedonia sebagai *serious violations of human rights*. Dalam kasus ini, bahwa *serious* atau *gross violations of human rights* dipertanggungjawabkan oleh negara. Selain itu juga pelanggaran ini meski-

pun dilakukan oleh sekelompok individu kepada individu, akan tetapi karena mereka adalah agen publik yang mewakili negara, maka yang bertanggung jawab adalah negara dan pelanggaran yang dilakukan oleh Makedonia didasarkan pada beberapa pasal yang terdapat di dalam *The Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms* bukan *the most serious crimes* di dalam Statuta Roma.

(3) Pengadilan HAM Inter-Amerika

Inter-American Court of Human Rights (IACtHR) adalah institusi yudisial yang mempunyai sekretariat di kota San Jose, Kosta Rika. Pengadilan ini didirikan oleh *The American Convention on Human Rights "Pact of San Jose, Costa Rica"* pada tahun 1979.⁷⁴ Pengajuan kasus kepada pengadilan hanya dapat dilakukan oleh negara pihak dan Komisi HAM Inter-Amerika.⁷⁵ Sehingga apabila ada individu atau sekelompok individu yang merasa haknya telah dilanggar oleh pihak lain (negara), maka ia dapat mengajukannya perkaranya melalui jalur Komisi HAM Inter-Amerika⁷⁶ atau negaranya.⁷⁶ Oleh karena itu ketika ada kasus yang diajukan kepada pengadilan, maka sekretariat pengadilan akan memberitahukan permohonan tersebut kepada negara termohon (*respondent state*).⁷⁷

⁶⁹ The Pilot-Judgment Procedure.

⁷⁰ Case of El-Masri v. the former Yugoslav Republic of Macedonia, Application no. 39630/09, Judgment, 13 December 2012.

⁷¹ "In this connection it observes that it has found serious violations of several Convention provisions by the respondent State. It has found that the applicant was tortured and ill-treated and that the responsibility of the respondent State was engaged for having transferred him knowingly into the custody of the CIA although there had been serious reasons to believe that he might be subjected to treatment contrary to Article 3 of the Convention. It has also found that the applicant was detained arbitrarily, contrary to Article 5. The respondent State also failed to carry out an effective investigation as required under Articles 3 and 5 of the Convention. In addition, the Court has found a violation of the applicant's rights under Article 8. Lastly, it has held the respondent State responsible for having failed to provide an effective remedy within the meaning of Article 13 of the Convention for the applicant's grievances under Articles 3, 5 and 8. The Court considers that in view of the violations found, the applicant undeniably suffered non-pecuniary damage which cannot be made good by the mere finding of a violation." The Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms.

⁷² Article 8 "Everyone has the right to respect for his private and family life, his home and his correspondence," The Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms.

⁷³ Case of El-Masri v. the former Yugoslav Republic of Macedonia, Application no. 39630/09, Judgment, 13 December 2012.

⁷⁴ Statute of the Inter-American Court of Human Rights Adopted by the General Assembly of the OAS at its Ninth Regular Session, held in La Paz Bolivia, October 1979, Resolution No. 448.

⁷⁵ Article 61, "Only the States Parties and the Commission shall have the right to submit a case to the Court." American convention on human rights "pact of san jose, costa rica."

⁷⁶ Article 35, Rules of Procedure of the Inter-American Court of Human Rights.

⁷⁷ Article 36, *Ibid*.

Berkenaan dengan permohonan yang diajukan kepadanya, IACtHR dapat mengeluarkan dua produk hukum, yakni produk hukum yang berbentuk keputusan dan berbentuk *advisory opinion*. Produk hukum keputusan bersifat final dan tidak dapat diajukan banding.⁷⁸ Dalam hal keputusannya, negara-negara yang menjadi pihak konvensi berjanji untuk mematuhi keputusan pengadilan dimana mereka adalah pihak dari keputusan tersebut.⁷⁹ Sementara produk yang berbentuk *advisory opinion* didasarkan kepada permintaan oleh negara atau Komisi HAM Inter-Amerika berkenaan dengan interpretasi suatu perjanjian HAM lain dan interpretasi terhadap hukum domestik negara pihak.⁸⁰

Praktik di IACtHR berkenaan dengan istilah *gross violations of human rights* biasanya menggunakan kata "grave" dan "serious" secara bergantian untuk mengemukakan suatu pelanggaran yang berat.⁸¹ Salah satu kasus yang menarik adalah kasus *Vera Vera v. Ecuador* dimana dalam kasus ini memberikan pengertian yang cukup kompleks berkenaan dengan kata "serious violations of human rights." Kasus ini diajukan oleh *Inter-American Commission on Human Rights (IACmHR)* melawan Republik Ekuador pada tahun 2010. Kasus ini berawal dari tidak adanya penanganan medis yang memadai, penderitaan fisik dan psikologis, yang berakhir pada kematian seseorang yang bernama Pedro Miguel Vera Vera pada saat ia dalam tahanan negara. Dalam hal ini IACmHR meminta kepada pengadilan untuk menyatakan bahwa Ekuador bertanggungjawab atas pelanggaran terhadap Pasal 4 (1) (hak hidup), 5(1) dan

5(2) (hak untuk diperlakukan secara manusiawi), dan Pasal 8(1) (Peradilan yang seadil-adilnya) *the American Convention on Human Rights*. selain itu IACmHR juga meminta pengadilan untuk memerintahkan Ekuador untuk memberi pemuliharaan kepada korban.⁸²

Pengadilan memberikan pertimbangan bahwa konsep "serious human rights violations" berlaku terhadap pelanggaran yang sifatnya meluas dan sistematis, pada pelanggaran tertentu yang memiliki tingkat keberatan yang signifikan. Dalam pertimbangannya hakim menyatakan bahwa *serious violations* memiliki kekhasan tersendiri yang berbeda dengan pelanggaran HAM biasa yakni sifatnya yang sistematis dan masif seperti penghilangan paksa, pembunuhan sekelompok individu tanpa adanya proses peradilan, dan penyiksaan.⁸³

Beberapa kasus yang telah dipaparkan di atas, dapat dikatakan bahwa praktik di Pengadilan HAM Internasional dalam menggunakan istilah *gross violations of human rights* masih belum konsisten, bahkan antara istilah "gross," "grave" dan "serious" violations of human rights dapat digunakan secara bergantian. Selain itu juga praktik-praktik di ketiga pengadilan HAM internasional tersebut berbeda dalam memaknai kata "serious violations." Di satu sisi, Pengadilan HAM Afrika dan Inter-Amerika masih mempertimbangkan jumlah korban yang meluas dan karakter yang sistematis. Akan tetapi di sisi lain, Pengadilan HAM Eropa telah mempraktikkan konsep "serious violations" dapat terpenuhi meskipun korbannya adalah individu. Meskipun demikian, praktik di

⁷⁸ Article 39, *Ibid*.

⁷⁹ Article 67 "The judgment of the Court shall be final and not subject to appeal. In case of disagreement as to the meaning or scope of the judgment, the Court shall interpret it at the request of any of the parties, provided the request is made within ninety days from the date of notification of the judgment." American convention on human rights "pact of san jose, costa rica."

⁸⁰ Article 68 "1. The States Parties to the Convention undertake to comply with the judgment of the Court in any case to which they are parties.; 2. That part of a judgment that stipulates compensatory damages may be executed in the country concerned in accordance with domestic procedure governing the execution of judgments against the state. American convention on human rights "pact of san jose, costa rica."

⁸¹ Article 71 dan Article 72 Rules of Procedure of the Inter-American Court of Human Rights.

⁸² Geneva Academy, *Academy Briefing No. 6 What amounts to 'a serious violation of international human rights law'? An analysis of practice and expert opinion for the purpose of the 2013 Arms Trade Treaty*, Geneva Academy of International Humanitarian Law and Human Rights, August 2014.

⁸³ Inter-American Court of Human Rights Case of Vera Vera v. Ecuador, judgment, 19 Mei 2011.

ketiga pengadilan tersebut sepakat dalam hal pertanggungjawaban *serious violations of human rights* hanya dapat dibebankan kepada negara.

E. GROSS VIOLATIONS DALAM PUTUSAN MAHKAMAH KONSTITUSI REPUBLIK INDONESIA DAN IMPLEMENTASINYA DI INDONESIA

Istilah *gross violations of human rights* menarik dikaji oleh karena banyak para ilmuwan hukum di Indonesia yang menyamakan istilah ini dengan *the most serious crime* sebagaimana yang terdapat di dalam Statuta Roma yang memiliki empat yurisdiksi, yakni: *crime of genocide, war crimes, crimes against humanity, crime of aggression*. Para ilmuwan Indonesia banyak yang menyinggung persoalan ini akan tetapi yang dimaksud bukan sebagai *gross violations of human rights*, akan tetapi lebih kepada pelanggaran HAM yang berat (konteks Indonesia), seperti: Muladi, Todung Mulya Lubis, Eddy O.S. Hiarije. Namun terlepas dari itu semua istilah HAM ini telah diamanatkan di dalam Undang-Undang Dasar 1945 (UUD 1945) dan selalu dijaga oleh Mahkamah Konstitusi (MK).

Mahkamah Konstitusi sebagai pengawal konstitusi adalah satu-satunya lembaga yudisial yang mempunyai wewenang antara lain adalah menguji undang-undang terhadap UUD 1945.⁸⁴ Dalam kewenangan menguji undang-undang ini berarti MK secara langsung mendapatkan mandat dari UUD 1945⁸⁵ dan MK berperan sebagai penafsir undang-undang, dalam arti MK menggunakan

sebuah metode untuk menemukan hukum (*rechtsvinding*) apakah undang-undang yang diajukan kepadanya sesuai dengan UUD 1945 atau tidak,⁸⁶ termasuk undang-undang yang berkaitan dengan HAM.

Saat ini hak asasi manusia secara universal telah diakui dan dicantumkan di dalam konstitusi nasional di hampir setiap negara. Selain itu juga, kebanyakan negara telah memiliki mahkamah konstitusi yang akan mengawal konstitusinya di mana pemerintah harus menghormati konstitusi tersebut dan konstitusi hak asasi manusia yang terkandung di dalamnya.⁸⁷ Paling tidak ada tiga putusan Mahkamah Konstitusi yang menyinggung soal istilah *gross violations of human rights*, yakni, Putusan Nomor 065 /PUU-II/2004,⁸⁸ Putusan Nomor 006/PUU-IV/2006,⁸⁹ Putusan Nomor 020/PUU-IV/2006.⁹⁰

(1) Putusan Nomor 065 /PUU-II/2004

Perkara Nomor 065 /PUU-II/2004 diajukan oleh Abilio Jose Osorio Soares berkenaan dengan pengujian Pasal 43 Ayat (1) Undang-Undang Nomor 26 Tahun 2000 tentang Pengadilan HAM terhadap Pasal 28 1 ayat (1) UUD 1945 yang menyatakan bahwa hak untuk tidak dituntut menggunakan asas berlaku surut merupakan hak konstitusional yang dimiliki setiap orang di Negara Republik Indonesia.

Dalam putusan ini kata *gross violations of human rights* disebutkan sebanyak empat kali (dua kali dari sudut pandang pemerintah dan dua kali dari sudut pandang mahkamah) untuk merujuk kepada pelanggaran HAM berat. Dari pernyataan pemerintah menyatakan bahwa

⁸⁴ Inter-American Court of Human Rights Case of Vera Vera v. Ecuador, judgment, 19 Mei 2011.

⁸⁵ Pasal 24C (1) dan (2) Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945.

⁸⁶ Nurhidayatulloh, "Dilema Pengujian Undang-Undang Ratifikasi oleh Mahkamah Konstitusi dalam Konteks Ketatanegaraan RI," dalam *Jurnal Konstitusi*, Volume 9 Nomor 1, Maret 2012, hlm. 115.

⁸⁷ Tim Penyusunan Hukum Acara Mahkamah Konstitusi, *Hukum Acara Mahkamah Konstitusi*, Sekretariat Jenderal dan Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi, Jakarta, 2010, hlm. 63.

⁸⁸ Alette Smeulders and Fred Grunfeld, *International Crimes and Other Gross Human Rights Violations: A Multi and Interdisciplinary Textbook*, Martinus Nijhoff Publishers/Koninklijke Brill NV, Leiden, 2011, hlm. 4.

⁸⁹ Putusan Perkara Nomor 065 /PUU-II/2004 dalam perkara permohonan pengujian Undang-undang Republik Indonesia No.26 Tahun 2000 tentang Pengadilan Hak Azasi Manusia terhadap Undang-Undang Dasar 1945.

⁹⁰ Putusan Perkara Nomor 006/PUU-IV/2006 dalam perkara Permohonan Pengujian Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 27 Tahun 2004 tentang Komisi Kebenaran dan Rekonsiliasi terhadap Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945.

"Semangat membentuk suatu Pengadilan Hak Asasi Manusia (HAM) begitu deras datangnya dari masyarakat, baik nasional maupun internasional. Pelanggaran yang dikategorikan sebagai "gross violation of human rights" begitu meningkat dari sisi kualitatif maupun kuantitatif. Arah kualitatif disadari melalui suatu premis dari formulasi perbuatan-perbuatan yang dapat dikatakan sangat tersistimatis, terkoordinatif bahkan akan sangat sulit pembuktiannya dari sisi hukum (pidana). Sisi kuantitatifnya adalah merupakan suatu peningkatan dari formulasi perbuatan pelanggaran hak asasi manusia melalui kriteria sisi waktu, tempat maupun para pelakunya."

Pernyataan di atas menunjukkan bahwa yang dimaksudkan oleh pemerintah dengan istilah *gross violations of human rights* adalah pelanggaran yang sifatnya masif dalam hal kualitas dan jumlahnya. Kualitas merujuk kepada sifatnya yang sistematis dan terkoordinatif, sedangkan jumlah mejuruk kepada perbuatannya yang berkali-kali.

Di sisi lain pendapat mahkamah juga menyatakan bahwa pelanggaran HAM yang berat merujuk kepada *gross violation of human rights*. Hal ini sesuai dengan pertimbangannya yang menyatakan bahwa:

"...untuk menyelesaikan masalah pelanggaran berat hak asasi manusia dan mengembalikan keamanan dan perdamaian di Indonesia dipandang perlu untuk membentuk Pengadilan Hak Asasi Manusia yang merupakan pengadilan khusus bagi pelanggaran berat hak asasi manusia (*gross violation of human rights*)."⁹¹

Di sini, yang menjadi persoalan penulis adalah pernyataan Mahkamah Konstitusi yang menyatakan bahwa:

"...perbuatan-perbuatan yang tergolong ke dalam kejahatan-kejahatan luar biasa (*extraordinary crimes*) yang secara universal telah

dianggap sebagai kejahatan serius terhadap masyarakat internasional secara keseluruhan (*the most serious crimes of concern to the international community as a whole*), yang di dalamnya termasuk kejahatan-kejahatan sebagaimana diatur dalam undang-quo (UU Pengadilan HAM)."⁹²

Kemudian menyatakan:

"Bahwa pembentukan Pengadilan Hak Asasi Manusia Ad Hoc jauh dari maksud untuk memberikan "impunity" dan/atau menciptakan pengadilan pura-pura (*sham proceeding*), tetapi semata-mata dijiwai oleh semangat dan kehendak (*willingness*) dan memperlihatkan kemampuan (*ability*) untuk menyelesaikan dugaan pelanggaran berat hak asasi manusia melalui mekanisme pengadilan nasional (*domestic mechanisms a primary forum*) secara terhormat dan profesional dengan mengadopsi Rome Statute of International Criminal Court 1998, sepanjang menyangkut elemen-elemen kejahatan (*elements of crimes*) yang berkaitan dengan kejahatan genosida (*genocide*) dan kejahatan terhadap kemanusiaan (*crimes against humanity*)."⁹³

Mahkamah dalam hal ini menyamakan antara konsep *extraordinary crimes* dengan konsep *the most serious crimes* dan menyatakan bahwa UU pengadilan HAM terinspirasi dari Statuta Roma 1998 dan kejahatan yang menjadi yurisdiksi UU Pengadilan HAM adalah *the most serious crimes*. Di satu sisi mahkamah menyatakan pelanggaran HAM berat adalah *gross violation of human rights* dan di sisi lain Mahkamah menyatakan pelanggaran HAM berat adalah *the most serious crimes*. Terlebih lagi perbedaan secara tegas juga tidak dimunculkan antara konsep *gross violation of human rights*, *extraordinary crimes* dan *the most serious crimes*.

(2) Putusan Nomor 006/PUU-IV/2006 dan Nomor 020/PUU-IV/2006

Perkara Nomor 006/PUU-IV/2006 dan Nomor 020/PUU-IV/2006 merupakan perkara yang saling terkait yang mengajukan permohonan Pengujian Undang-Undang Nomor 27 Tahun 2004 (UU KKR) terhadap Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia, Tahun 1945. Dua permohonan diajukan terhadap obyek yang sama akan tetapi pada waktu yang berbeda. Pengujian pertama didaftarkan dengan Nomor Perkara 006/PUU-IV/2006 dengan pemohonnya antara lain Lembaga Studi dan Advokasi Masyarakat (ELSAM), dkk. dan permohonan kedua dengan Nomor Perkara 020/PUU-IV/2006 diajukan oleh Drs. Arukat Djaswadi, Ketua Yayasan Pusat Kajian Komunitas Indonesia (CSIC), dkk.

Pada permohonan pertama Mahkamah menyatakan bahwa UU KKR telah dinyatakan tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat sehingga pada permohonan kedua, Mahkamah harus menyatakan bahwa oleh karena undang-undang yang dimohonkan untuk diuji yaitu UU KKR telah dinyatakan tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat sejak selesai diucapkan dalam sidang pleno terbuka untuk umum, maka permohonan para Pemohon kehilangan objeknya (*objectum litis*), sehingga permohonan para Pemohon harus dinyatakan tidak dapat diterima (*niet ontvankelijk verklaard*). Namun demikian, yang menjadi perhatian penulis di sini adalah konsep yang dibangaun oleh MK terhadap istilah *gross violations of human rights*.

Dalam hal ini MK menyatakan bahwa:

"Fakta bahwa telah terjadi pelanggaran HAM berat, yang sesungguhnya merupakan kewajiban negara untuk menghindari atau mencegahnya, dan timbulnya korban yang seharusnya HAM-nya dilindungi negara, telah cukup untuk melahirkan kewajiban hukum baik pada pihak negara maupun individu pelaku yang dapat diidentifikasi untuk memberikan restitusi, kompensasi, serta rehabilitasi kepada korban, tanpa persyaratan lain... Hal demikian juga merupakan

praktik dan kebiasaan secara universal sebagaimana telah dimuat dalam 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..."⁹⁴

Pernyataan di atas semakin membuat penulis tertarik yakni antara putusan pertama (Putusan Nomor 065 /PUU-II/2004) dengan putusan kedua terjadi kesenjangan konsep. Pada putusan pertama tidak ditemukan sama sekali kata yang menunjukkan pertanggungjawaban negara terhadap korban pelanggaran HAM, bahkan Mahkamah mencampur aduk antara ketiga istilah *gross violations of human rights*, *extra-ordinary crimes* dan *the most serious crimes* sebagai bentuk kejahatan yang identik dan pertanggungjawabannya oleh individu. Namun pada putusan kedua, penulis menemukan bahwa pada dasarnya Mahkamah memahami konsep pelanggaran HAM yang berat berasal dari istilah *gross violations of human rights*. Selain itu, merupakan kewajiban negara untuk menghindari atau mencegahnya dan korban seharusnya dilindungi oleh Negara. Namun, kata ini kemudian ambigu dengan hadirnya kata "individu pelaku." Artinya Mahkamah meletakkan individu dan juga negara pada kedudukan pelanggar dalam kasus pelanggaran HAM yang berat (*gross violations of human rights*) untuk memberikan pemulihan (*reparation*) kepada korban.

(3) Implementasi Konsep *Gross Violations of Human Rights* di Indonesia

Implementasi *gross violations of human rights* di Indonesia tidak bisa dilepaskan dengan disahkannya Undang-Undang Nomor 26 Tahun 2000 tentang Pengadilan Hak Asasi Manusia. Namun demikian, seperti yang telah dikatakan di atas, transformasi undang-undang ini berbeda dari konsep aslinya dalam *gross violations of human rights* sebagaimana telah dipraktikkan oleh pengadilan HAM internasional. Praktik pengadilan HAM internasional sepakat menyatakan bahwa pelanggaran HAM merupakan tanggung jawab

⁹¹ Putusan Perkara Nomor 020/PUU-IV/2006 dalam perkara permohonan pengujian Undang-undang Republik Indonesia Nomor 27 Tahun 2004 tentang Komisi Kebenaran dan Rekonsiliasi terhadap Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945.

⁹² Putusan Perkara No. 065 /PUU-II/2004 Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia, hlm. 49.

⁹³ Putusan Perkara No. 065 /PUU-II/2004 Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia, hlm. 60.

⁹⁴ *Ibid.*, hlm. 50.

negara, bukan individu. Hal ini tentunya berbeda dengan *the most serious crime* yang dapat menjangkau individu untuk bertanggung jawab dan pelanggaran HAM yang berat di Indonesia juga dipertanggungjawabkan oleh individu atau sekelompok individu.⁹⁵

Para cendekiawan hukum, di Indonesia, juga masih tidak konsisten apakah istilah pelanggaran HAM yang berat sebagaimana dimaksudkan di dalam Undang-Undang Pengadilan HAM diambil dari istilah *the most serious crime of international concern* ataukah dari istilah *gross violations of human rights* atau seperti pandangan Mahkamah Konstitusi yang tidak membedakan kedua konsep ini. Padahal, seperti yang telah diungkapkan di atas, dalam hukum internasional, kedua istilah ini memiliki implikasi hukum yang jauh berbeda.

Muladi mengatakan bahwa undang-undang ini terinspirasi dari Mahkamah Pidana Internasional (ICC) yang dibentuk melalui Statuta Roma. Bahkan ia secara tegas mengatakan pelanggaran HAM berat dengan istilah *the most serious crime of international concern*.⁹⁶ Todung Mulya Lubis membahasakannya dengan kejahatan terhadap HAM,⁹⁷

Abdul Rahman Saleh mengatakan bahwa pelanggaran HAM berat merupakan *extra ordinary crimes*,⁹⁸ dan Eddy O.S. Hiarij juga kurang konsisten dengan mengatakan "istilah 'kejahatan serius terhadap HAM' biasanya ditujukan untuk kejahatan genosida, kejahatan perang, dan kejahatan terhadap kemanusiaan. Ketiga prototype kejahatan tersebut merupakan pelanggaran HAM yang berat."⁹⁹

Dari beberapa istilah yang dikemukakan para tokoh HAM di atas tidak ada satupun yang menyinggung persoalan *gross violations of human rights* di mana menurut hemat penulis selain terinspirasi dari ICC Pengadilan ini juga merujuk pada konsep *gross violations of human rights*. Hal ini dapat dilihat dari yurisdiksi Pengadilan HAM yang pada awalnya dibuat bukan hanya untuk menangani persoalan genosida dan kejahatan melawan kemanusiaan semata (sebagian dari yurisdiksi ICC), akan tetapi juga pelanggaran lain yang masuk ke dalam kategori *gross violations of human rights*¹⁰⁰ hanya saja pelaku dari kejahatan yang dimaksudkan selain negara (melalui penyelenggara negara, aparat penegak hukum dan militer)

⁹⁵ Putusan Nomor 006/PUU-IV/2006 Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia, hlm. 122.

⁹⁶ Pasal 1 (6) "Pelanggaran hak asasi manusia adalah setiap perbuatan seseorang atau kelompok orang termasuk aparat negara baik disengaja maupun tidak disengaja, atau kelalaian yang secara melawan hukum mengurangi, menghalangi, membatasi, dan atau mencabut hak asasi manusia seseorang atau kelompok orang yang dijamin oleh Undang-undang ini, dan tidak mendapatkan, atau dikhawatirkan tidak akan memperoleh penyelesaian hukum yang adil dan benar, berdasarkan mekanisme hukum yang berlaku." Undang-Undang Nomor 39 Tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia.; Pasal 1 (2) "Pelanggaran Hak Asasi Manusia yang berat adalah pelanggaran hak asasi manusia sebagaimana dimaksud dalam Undang-undang ini," dan (4) "Setiap orang adalah orang perseorangan, kelompok orang, baik sipil, militer, maupun polisi yang bertanggung jawab secara individual." Undang-Undang Nomor 26 Tahun 2000 tentang Pengadilan HAM.

⁹⁷ Muladi sangat tegas mengistilahkan pelanggaran HAM berat dengan istilah *the most serious crime of international concern*. Muladi, *Statuta Roma Tahun 1998 Tentang Mahkamah Pidana Internasional Dalam Kerangka Hukum Pidana Internasional dalam Implikasinya terhadap Hukum Pidana Nasional*, P.T. Alumni, Bandung, 2011, hlm. 137. Berbeda halnya dengan Yusril Ihza Mahendra yang saat itu sebagai Menteri Hukum dan Perundang-undangan dalam mengajukan RUU Pengadilan HAM di depan Dewan Perwakilan Rakyat Republik Indonesia tidak pernah menyebutkan istilah pelanggaran HAM berat dengan istilah *the most serious crime*. Proses Pembahasan Rancangan Undang-Undang tentang Pengadilan HAM, Keterangan Pemerintah di Hadapan Rapat Paripurna Dewan Perwakilan Rakyat Republik Indonesia Mengenai Rancangan Undang-Undang tentang Pengadilan Hak Asasi Manusia, 5 Juni 2000.

⁹⁸ Todung mengatakan "bahwa hak untuk mengetahui kebenaran, *right to know the truth*, adalah salah satu hak korban kejahatan terhadap HAM yang wajib dipenuhi pemerintah." Todung Mulya Lubis, "Sumbangan Untuk Mengungkap Kebenaran," dalam A. M. Fatwa, *Pengadilan HAM Ad Hoc Tanjung Priok Pengungkapan Kebenaran Untuk Rekonsiliasi Nasional*, Dharmapena Publishing, Jakarta, 2005, hlm. xviii.

⁹⁹ Abdul Rahman Saleh, "Kejaksaan Agung dan Pengadilan HAM Ad Hoc Tanjung Priok," dalam *Ibid.*, hlm. xxx.

¹⁰⁰ Eddy O.S. Hiarij, *Pengadilan atas Beberapa Kejahatan Serious Terhadap HAM*, Penerbit Erlangga, Jakarta, 2010, hlm. 2.

terdapat juga sipil. Selain itu juga penyelidikan terhadap pelanggaran HAM berat adalah Komisi Nasional Hak Asasi Manusia (Komnas HAM)¹⁰¹ karena dimungkinkan yang menjadi pelaku pelanggaran HAM berat tersebut adalah negara.

Sebenarnya istilah *gross violations of human rights* sendiri pernah disebutkan di dalam proses pembahasannya undang-undang ini di DPR. Bahkan secara langsung Yusril Ihza Mahendra yang saat itu menjabat sebagai Menteri Hukum dan Perundang-undangan menyebutkan:

"F-PDIP mempermasalahka istilah 'kejahatan' dan 'pelanggaran' yang digunakan dalam kesatuan istilah 'pelanggaran hak asasi manusia yang berat' merupakan kesatuan istilah yuridis sebagai terjemahan dari 'gross violation of human rights' yang dikenal dalam konvensi atau instrumen hak asasi manusia internasional. Pemerintah menyadari bahwa Kitab Undang-Undang Hukum Pidana kita membedakan secara tegas tindak pidana antara 'kejahatan' dan 'pelanggaran,' namun terjemahan 'gross violation of human rights,' menjadi 'pelanggaran hak asasi manusia yang berat,' nampaknya telah memasyarakat dalam peristilahan dunia hukum kita dewasa ini."¹⁰²

Nampaknya pada saat proses pembuatan undang-undang ini terjadi perdebatan yang cukup menarik untuk memilih apakah menggunakan kata "pelanggaran" atau dengan kata "kejahatan." Namun demikian yang menarik bagi penulis adalah saat itu pemerintah yang diwakili oleh Yusril Ihza Mahendra tetap memilih menggunakan kata "pelanggaran" dengan alasan istilah tersebut "telah memasyarakat dalam peristilahan dunia hukum." Meskipun hemat penulis alasan ini tidak masuk akal oleh karena terdapat

struktur hukum yang jauh berbeda di balik kedua peristilahan ini, istilah ini telah disahkan dan telah menjadi Undang-Undang Pengadilan HAM. Sehingga pelanggaran HAM yang berat di Indonesia menjadi preseden baru yang berbeda baik dengan *gross violations of human rights* maupun dengan *the most serious crimes*.

Pelanggaran HAM yang berat berbeda dengan *gross violations of human rights* oleh karena pada saat *gross violations* menuntut tanggungjawab negara, pelanggaran HAM yang berat hanya dibatasi kepada tanggung jawab individu.¹⁰³ Pemulihan (*reparasi*) dalam *gross violations* negara yang menjadi aktor penting pemulihan tersebut, sedangkan dalam pelanggaran HAM yang berat pelaku individu yang memberikan pemulihannya. Negara dapat memberikan ganti kerugian ketika individu sudah tidak mampu memberikannya, padahal dalam *gross violations* individu dimungkinkan memberikan gantikerugian setelah negara memberikannya. Ruang lingkup pelanggaran yang terdapat dalam *gross violations* lebih luas cakupannya daripada pelanggaran HAM berat yang hanya mencakup dua jenis kejahatan saja.

Pelanggaran HAM yang berat berbeda dengan *the most serious crimes* karena pada saat pelanggaran HAM yang berat dibatasi pada dua jenis kejahatan, sedangkan *the most serious crimes* memiliki empat jenis kejahatan yang terdapat dalam Statuta Roma 1998. Pelanggaran HAM yang berat dapat diberlakukan secara surut, akan tetapi *the most serious crimes* tidak bisa berlaku surut atau hanya menjangkau kasus setelah Statuta Roma berlaku (*enter into force*) bahkan bagi negara yang baru meratifikasi Statuta Roma, *the most serious crimes* hanya dapat diterapkan pada kejahatan yang terjadi setelah Statuta tersebut berlaku

¹⁰¹ "Pembunuhan sewenang-wenang di luar putusan pengadilan dan dikriminasi sistematis" adalah *gross violations* dan munculnya istilah "kompensasi (ganti kerugian yang diberikan oleh negara)." Proses Pembahasan Rancangan Undang-Undang tentang Pengadilan HAM, Keterangan Pemerintah di Hadapan Rapat Paripurna Dewan Perwakilan Rakyat Republik Indonesia Mengenai Rancangan Undang-Undang tentang Pengadilan Hak Asasi Manusia, 5 Juni 2000.

¹⁰² Harifin A. Tumpa, *Peluang dan Tantangan Eksistensi Pengadilan HAM di Indonesia*, Kencana Prenada Media Group, Jakarta, 2010, hlm. 137.

¹⁰³ Jawaban Pemerintah Atas Pemandangan Umum Fraksi-Fraksi Dewan Perwakilan Rakyat Republik Indonesia Terhadap Rancangan Undang-Undang Tentang Pengadilan Hak Asasi Manusia, 26 Juni 2000.

bagi negara tersebut.¹⁰⁴ Undang-Undang Pengadilan HAM membentuk dua jenis pengadilan, yakni: pengadilan HAM dan Pengadilan HAM *Ad Hoc*, di sisi lain Statuta Roma hanya membentuk satu pengadilan yaitu ICC. Pelaku *the most serious crimes* secara individu bertanggungjawab karena tindak kejahatan (*crimes*) yang berdiri sendiri dan tidak berhubungan dengan *human rights violations* (karena *human rights violations* hanya dapat dilakukan oleh negara), sementara pelaku pelanggaran HAM yang berat secara individu bertanggungjawab atas pelanggaran HAM yang berat dan berhubungan dengan pelanggaran HAM (karena pelanggaran HAM dapat dilakukan oleh individu).

F. KESIMPULAN

Gross violations of human rights tidak penulis terjemahkan ke dalam bahasa Indonesia oleh karena terjemahan yang ada selama ini telah mengurangi makna yang sebenarnya dari istilah tersebut. Namun demikian, tidak pula ada kesepkatan dalam hukum dan praktik internasional yang membedakan antara istilah *gross violations*, *serious violations*, *grave violations*, dan istilah lain yang menunjukkan tingkat beratnya sebuah pelanggaran HAM. Hukum dan praktik di Pengadilan HAM Internasional menggunakan istilah tersebut saling bergantian tanpa menjelaskan apa perbedaannya.

Gross violations dalam hukum HAM internasional adalah sebuah pelanggaran terhadap hak asasi manusia yang menuntut adanya tanggung jawab negara. Hal ini berbeda dengan istilah *the most serious crimes* yang menuntut tanggung jawab individu terhadap suatu tindak kejahatan. Para pakar hukum HAM internasional berbeda pendapat mengenai pelanggaran apa saja yang dapat dikategorikan sebagai *gross violations*. Theo van Boven mengatakan *gross violations* dapat dimung-

kinkan terjadi karena adanya unsur empat kejahatan yang terdapat dalam istilah *the most serious crime*, namun tidak sebatas itu saja. Ada kejahatan lain seperti: perbudakan dan praktik serupa perbudakan, eksekusi yang sewenang-wenang, penyiksaan dan kekejaman, perlakuan atau hukuman yang tidak manusiawi dan merendahkan, penghilangan secara paksa, penahanan yang sewenang-wenang dan berkepanjangan, deportasi atau pemindahan penduduk secara paksa, dan diskriminasi yang sistematis terhadap ras atau gender juga dapat memicu terjadinya *gross violations*. Sehingga, apabila terdapat suatu kejahatan yang dilakukan di dalam wilayah suatu negara sebagaimana kejahatan yang tercakup dalam *the most serious crimes*, maka individu yang melakukan tindak kejahatan tersebut dapat diadili di ICC, dan negara baik sepengetahuan atau tidak sepengetahuannya dapat tuntutan karena telah melakukan *gross violations of human rights*, dengan syarat korban telah menempuh jalur hukum domestiknya dan *exhausted*.

Dalam praktik pengadilan HAM internasional, istilah *gross violations of human rights* dapat ditemukan dengan berbagai macam istilah seperti: *serious violations*, *grave violations*, *systematic violations* dan sebagainya, namun tidak ada kesepakatan yang pasti dalam istilah tersebut yang membedakan antara satu dengan yang lainnya. Pada saat di Pengadilan HAM Inter-Amerika (IACtHR) dan Pengadilan HAM Afrika (ACTHPR) mensyaratkan adanya perbuatan masif dengan korban yang banyak untuk dapat dikategorikan dalam *gross violations of human rights*, di pihak lain Pengadilan HAM Eropa (ECtHR) menyatakan bahwa *serious violations of human rights* dapat dilakukan kepada individu. Namun demikian, dalam praktik di semua pengadilan HAM internasional tersebut pihak yang dituntut pertanggungjawabannya adalah negara.

¹⁰⁴ Pasal 1 (4) "Setiap orang adalah orang perseorangan, kelompok orang, baik sipil, militer, maupun polisi yang bertanggung jawab secara individual." Undang-Undang Nomor 26 Tahun 2000 tentang Pengadilan HAM.

¹⁰⁵ Article 11 (1) "The Court has jurisdiction only with respect to crimes committed after the entry into force of this Statute." (2) "If a State becomes a Party to this Statute after its entry into force, the Court may exercise its jurisdiction only with respect to crimes committed after the entry into force of this Statute for that State, unless that State has made a declaration under article 12, paragraph 3." Rome Statute 1998.

DAFTAR PUSTAKA

- Buku/Artikel/Jurnal
Andreopoulos, George, Zehra F. Kabasakal Arat, and Peter Juviler (Ed), *Non-States Actors in the Human Rights Universe*, Kumarian Press, Inc., Bloomfield, 2006.
Asplund, Knut D., Suparman Marzuki dan Eko Riyadi (Ed), *Hukum Hak Asasi Manusia*, PUSHAM UII, Yogyakarta, 2008.
Atmasasmita, Romli, *Pengantar Hukum Pidana Internasional*, cetakan ketiga, PT Rafika, Bandung, 2003.
Echols, John M., dan Hassan Shadily, *Kamus Inggris Indonesia*, cetakan kedua puluh enam, Penerbit PT Gramedia Pustaka Utama, Jakarta, 2005.
Fatwa, A. M., *Pengadilan HAM Ad Hoc Tanjung Priok Pengungkapan Kebenaran Untuk Rekonsiliasi Nasional*, Dharmapena Publishing, Jakarta, 2005.
Freeman, Michael, *Human Rights*, Blackwell Publishers, Malden, 2002.
Geneva Academy, *Academy Briefing No. 6 What amounts to 'a serious violation of international human rights law'? An analysis of practice and expert opinion for the purpose of the 2013 Arms Trade Treaty*, Geneva Academy of International Humanitarian Law and Human Rights, August 2014.
Hiariej, Eddy O.S., *Pengadilan atas Beberapa Kejahatan Serious Terhadap HAM*, Penerbit Erlangga, Jakarta, 2010.
Lubis, Todung Mulya, *In Search of Human Rights Legal-Political Dilemmas of Indonesia's New Order 1966-1990*, Gramedia Pustaka Utama, Jakarta, 1994.
Malanczuk, Peter, *Modern Introduction to International Law*, seventh edition, Routledge, London/New York, 1997.
Marzuki, Peter Mahmud, *Pengantar Ilmu Hukum*, Kencana, Jakarta, 2009.
Muladi, *Statuta Roma Tahun 1998 Tentang Mahkamah Pidana Internasional Dalam Kerangka Hukum Pidana Internasional dalam Implikasinya terhadap Hukum Pidana Nasional*, P.T. Alumni, Bandung, 2011.
Ni'matul Huda dan Nurhidayatulloh (ed), *Politik Hukum HAM di Indonesia*, Pascasarjana FH UII dan FH UII Press, Yogyakarta, 2011.
Nurhidayatulloh, *Politik Hukum Hak Asasi Manusia (Studi Pengaruh Hukum HAM Internasional terhadap Hukum HAM Nasional Dalam Undang-Undang 1945)*, Tesis Fakultas Hukum Universitas Islam Indonesia, Yogyakarta, 2011.
---, "Hukum HAM di Indonesia: Mengurai Nilai-Nilai Universalitas HAM Islam dan relevansinya dalam Konteks HAM Nasional dan Universal" dalam *Jurnal Konstitusi*, Mahkamah Konstitusi RI dan PSHK FH Universitas Islam Indonesia, Volume IV No. 2, November 2011.
---, "Dilema Pengujian Undang-Undang Ratifikasi oleh Mahkamah Konstitusi dalam Konteks Ketatanegaraan RI," dalam *Jurnal Konstitusi*, Volume 9 Nomor 1, Maret 2012.
Shaw, Malcom N., *International Law*, sixth edition, Cambridge University Press, New York, 2008.
Smeulers, Alette, and Fred Grunfeld, *International Crimes and Other Gross Human Rights Violations: A Multi and Interdisciplinary Textbook*, Martinus Nijhoff Publishers/Koninklijke Brill NV, Leiden, 2011.
Tardu, M. E., *United Nations Response to Gross Violations of Human Rights: The 1503 Procedure*, Symposium International Human Rights, Santa Clara Law Review (1980), Volume 20, Number 3, Santa Clara University School of Law.
Tim Penyusun Hukum Acara Mahkamah Konstitusi, *Hukum Acara Mahkamah Konstitusi*, Sekretariat Jenderal dan Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi, Jakarta, 2010.
Tumpa, Harifin A., *Peluang dan Tantangan Eksistensi Pengadilan HAM di Indonesia*, Kencana Prenada Media Group, Jakarta, 2010.
United Nations Department of Peacekeeping Operations (DPKO) and the Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights (OHCHR), *The United Nations Rule of Law Indicators Implementation Guide and Project*

- Tools*, first edition, United Nations publication, United Nations, 2011.
- Zahrah, M. Abu, *Hubungan-Hubungan Internasional Dalam Islam*, terj. Muhammad Zein Hasan, Penerbit Bulan Bintang, Jakarta, 1973.
- Perjanjian Internasional/Peraturan Perundang-Undangan/Putusan Pengadilan African (Banjul) Charter On Human And Peoples' Rights.
- American Convention on Human Rights "pact of san jose, costa rica."
- Asean Human Rights Declaration, 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, adopted and proclaimed by General Assembly resolution 60/147 of 16 December 2005.
- Case of El-Masri v. the former Yugoslav Republic of Macedonia. Application no. 39630/09, Judgment, 13 December 2012.
- Case of Çakýçý v. Turkey Application no. 23657/94, Judgement 8 July 1999, The European Court of Human Rights.
- Case of Vera Vera v. Ecuador, judgment, 19 Mei 2011, Inter-American Court of Human Rights. Protocol to the African Charter on Human and Peoples' Rights on the Establishment of an African Court on Human and Peoples' Rights.
- Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts
- Jawaban Pemerintah Atas Pemandangan Umum Fraksi-Fraksi Dewan Perwakilan Rakyat Republik Indonesia Terhadap Rancangan Undang-Undang Tentang Pengadilan Hak Asasi Manusia, 26 Juni 2000.
- Proses Pembahasan Rancangan Undang-Undang tentang Pengadilan HAM, Keterangan Pemerintah di Hadapan Rapat Paripurna Dewan Perwakilan Rakyat Republik Indonesia Mengenai Rancangan Undang-Undang tentang Pengadilan Hak Asasi Manusia, 5 Juni 2000.
- Protocol No. 16 to the Convention on the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms.
- Putusan Mahkamah Konstitusi Perkara Nomor 065 /PUU-II/2004 dalam perkara permohonan pengujian Undang-undang Republik Indonesia No.26 Tahun 2000 tentang Pengadilan Hak Asasi Manusia terhadap Undang-Undang Dasar 1945.
- Putusan Mahkamah Konstitusi Perkara Nomor 006/PUU-IV/2006 dalam perkara Permohonan Pengujian Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 27 Tahun 2004 tentang Komisi Kebenaran dan Rekonsiliasi terhadap Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945.
- Putusan Mahkamah Konstitusi Perkara Nomor 020/PUU-IV/2006 dalam perkara permohonan pengujian Undang-undang Republik Indonesia Nomor 27 Tahun 2004 tentang Komisi Kebenaran dan Rekonsiliasi terhadap Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945.
- Resolution 1970 (2011) Adopted by the Security Council at its 6491st meeting, on 26 February 2011.
- Rome Statute Of The International Criminal Court 1998.
- Rules of Court, African Court on Human and Peoples' Rights.
- Rules of Procedure of the Inter-American Court of Human Rights.
- Statute of the Inter-American Court of Human Rights Adopted by the General Assembly of the OAS at its Ninth Regular Session, held in La Paz Bolivia, October 1979, Resolution No. 448.
- The Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms.
- The Pilot-Judgment Procedure.
- Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945.
- Undang-Undang Nomor 26 Tahun 2000 tentang Pengadilan Hak Asasi Manusia.
- Undang-Undang Nomor 39 Tahun 1999 tentang Hak Asasi manusia.

Internet

A report prepared for the Office of the UN High Commissioner for Human Rights, <http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Business/DomesticLawRemedies/StudyDomestic>

- LawRemedies.pdf*, akses tanggal 16 Mei 2015 Pukul 16.14 WIB.
- African Court on Human and Peoples' Rights, "The Court was established in order to complement the protective mandate of the Commission. Its decisions are final and binding on state parties to the Protocol," <http://www.achpr.org/about/afchpr/>, akses tanggal 23 Mei 2015 Pukul 20.01 WIB.
- Asean Human Rights Declaration, <http://www.asean.org/notes/asean-statement-communicues/item/asean-human-rights-declaration>, Akses tanggal 14 Mei 2015 Pukul 14.01 WIB.
- ASEAN Human Rights Declaration, http://en.wikipedia.org/wiki/ASEAN_Human_Rights_Declaration, Akses tanggal 14 Mei 2015 Pukul 14.05 WIB.
- Criterion Two of European Union Code Of Conduct On Arms Exports, 1998, <http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cmsUpload/08675r2en8.pdf>, akses tanggal 17 Mei 2015 pukul 21.41 WIB.
- Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries, http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf, Akses tanggal 21 Mei 2015 Pukul 12.53 WIB.
- Final United Nations Conference on the Arms Trade Treaty, 2013, http://www.un.org/disarmament/ATT/docs/ATT_text_%28As_adopted_by_the_GA%29-E.pdf, akses tanggal 17 Mei 2015 pukul 21.29 WIB.
- Hukum Pidana Internasional dan Hukum Hak Asasi Manusia, http://pusham.uui.ac.id/upl/article/id_Hukum%20Pidana%20Internasional.pdf, akses tanggal 21 Mei 2015 Pukul 13.35 WIB.
- Geneva Academy, *Academy Briefing No. 6 What amounts to 'a serious violation of international human rights law'? An analysis of practice and expert opinion for the purpose of the 2013 Arms Trade Treaty*, Geneva Academy of International Humanitarian Law and Human Rights, August 2014, hlm. 6., http://www.geneva-academy.ch/docs/publications/Briefings%20and%20In%20Breifs/Briefing%206%20What%20is%20a%20serious%20violation%20of%20human%20rights%20Law_Academy%20Briefing%20No%206.pdf, akses tanggal 17 Mei 2015 Pukul 21.56 WIB.
- Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities, *Report of the Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protections of Minorities on its 45th Session*, U.N. Doc. E/CN.4/Sub.2/1993/45 (1993), <http://www1.umn.edu/humanrts/demo/1993/min.html#199330>, akses tanggal 16 Mei 2015 Pukul 16.05 WIB.
- Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities Forty-fifth session, 2 July 1993, http://www1.umn.edu/humanrts/demo/van%20Boven_1993.pdf, akses tanggal 18 Mei 2015 Pukul 15.13 WIB.
- Theo van Boven, *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*, http://legal.un.org/avl/pdf/ha/ga_60-147/ga_60-147_e.pdf, akses tanggal 22 Mei 2015 Pukul 05.20 WIB.
- United Nations Audiovisual Library of International Law, Copyright © United Nations, 2010, http://legal.un.org/avl/pdf/ha/ga_60-147/ga_60-147_e.pdf, akses tanggal 22 Mei 2015 Pukul 05.20 WIB.