



Simbur Cahaya

**Majalah Ilmiah Fakultas Hukum
Universitas Sriwijaya**

No.07 Tahun III Mei 1998

ISSN No.1410-0614

Aspek Hak Asasi Manusia Dalam Hukum Internasional

**Kajian Filosofis Tentang Dasar-Dasar dan Bentuk
Pertanggungjawaban Hukum**

**Perkembangan Baru Dalam Protokol-Tambahan
Konvensi Jenewa 1949: Analisis Status Hukum
Tentara Bayaran (Mercenaries)**

**Aspek Perlindungan Lingkungan Selatan Malaka
Sebagai Jalur Pelayaran Internasional**

**Masalah dan Prospek Ratifikasi Protokol Tambahan
Tahun 1977 pada Konvensi Jenewa 1949**

**Penerbit Unit Penelitian Fakultas Hukum
Universitas Sriwijaya
1998**

Penanggungjawab
Dekan Fakultas Hukum Universitas Sriwijaya

Konsultan
A.S. Natabaya, SH.,LL.M, DR. BIT. Tamba, SH, DR. Mustafa
Abdullah, SH, Prof.Abu Daud Busroh, SH, Prof. Drs. A.W.Widjaja

Pemimpin Umum
Gustam Idris, SH.,M.Hum

Pemimpin Redaksi
Usmawadi, SH.,MH

Wakil Pemimpin Redaksi
Amrullah Arpan, SH.,SU

Sekretaris Redaksi
Joni Emirzon, SH.M.Hum

Wakil Sekretaris Redaksi
Amzulian Rifai, SH.,LLM

Bendahara
Drs. Murzal

Dewan Redaksi
Albar Sentosa Subari, SH.,SU, Ruben Achmad, SH.,MH, Febrian,
S.H.,MS., A.Romsan, SH.,MH.,LLM, Djasmaniar M.,SH.,MS, dan
Fahmi Yoesmar AR, SH.,MS

Redaksi Pelaksana
Rosmala Polani, SH, Syarifuddin Pettanase, SH.,MH., KN. Sofyan
Hasan, SH.,MH, Asiah Asaari,SH, Ridwan, SH.,M.Hum, M.Rasyid
Ariman, SH.,MH, Firman Muntaqo, SH.,M.Hum., Antonius SAR, SH,
Abdullah Gofar, SH

Bagian Sirkulasi
Mohjan, SH., Djoyo Rusmanto, SH., Wahyu Ernaningsih, SH.,
M.Hum., RM. Ikhsan, SH.

SK Dekan Fakultas Hukum No 27/SK/FH/1995
Tanggal: 24 Desember 1995

Alamat Redaksi/Tata Usaha Fakultas Hukum Unsri
Kampus Inderalaya Telp. (0711) 580063 - 580459

Daftar Isi

Pengantar Redaksi

Aspek Hak Asasi Manusia Dalam Hukum Internasional
Oleh : Prof.Dr.F.Sugeng Istanto, SH., MA..... 1

Kajian Filosofis Tentang Dasar-Dasar dan
Bentuk Pertanggungjawaban Hukum
Oleh : Dr. B.I.T. Tamba, SH..... 11

Perkembangan Baru Dalam Protokol-Tambahan
Konvensi Jenewa 1949: Analisis Status Hukum
Tentara Bayaran (Mercenaries)
Oleh: Achmad Romsan, SH., MH., LL.M..... 28

Aspek Perlindungan Lingkungan Selat Malaka
Sebagai Jalur Pelayaran Internasional
Oleh: Usmawadi, SH., MH..... 45

Masalah dan Prospek Ratifikasi Protokol
Tambahan Tahun 1977 pada Konvensi Jenewa 1949.
Oleh: Syahkmin. AK., SH., MH..... 55

**PERKEMBANGAN BARU DALAM PROTOKOL-PROTEKOL
TAMBAHAN KONVENSI-KONVENSI JENEWA 1949:
ANALISA STATUS HUKUM TENTARA BAYARAN
(MERCENARIES)**

**Oleh: Achmad Romsan
(Dosen Fakultas Hukum UNSRI)**

Abstrak: *Tentara bayaran adalah seseorang yang dilatih baik di dalam negeri ataupun di luar negeri untuk ikut secara langsung dalam pertempuran pada waktu terjadi pertikaian bersenjata, dengan maksud untuk mendapat keuntungan pribadi, dibayar ataupun karena dijanjikan oleh Pihak yang bersengketa sebagai pihak yang berperang (kombatan) dengan pangkat khusus dan berfungsi sebagai angkatan bersenjata dari Pihak yang berperang. Mereka bukan warga negara atau penduduk dari wilayah pendudukan, dan tidak dikirim oleh negara yang tidak terlibat dalam konflik bersenjata.*

Kata kunci: Tentara Bayaran, Mercenary, Protokol Tambahan Konvensi Jenewa 1949.

A. Pendahuluan

Pemakaian tentera bayaran untuk keperluan perang sudah lama dikenal oleh masyarakat dunia. Misalnya, pada awal Kekaisaran Romawi dikenal istilah *Balearic slingers* dan *Aegean bowmen*, di Jerman (pada Abad Pertengahan) disebut *Lands-knechts*, pada masa Revolusi Amerika disebut *Hessian*,¹ dan di

¹ *Hessians* adalah istilah yang dipergunakan untuk orang Jerman yang menjadi tentara bayaran bertempur untuk Inggeris pada masa Revolusi Amerika. Akibat kekurangan pasukan untuk bertempur di Amerika, Inggeris meminta Hesse Kassel, isteri pertama dari Raja George II untuk menyediakan 17.000 serdadu yang terlatih. Kemudian negara tetangga Jerman juga menyediakan serdadu lebih dari 12.000 orang. Tentera bayaran yang disediakan Jerman ini berjumlah hampir sepertiga dari pasukan tempur Inggeris. Dalam perang di Long

Itali disebut *Condot-tieri*². Dengan demikian terdapat berbagai istilah yang dipergunakan untuk menyebut tentara bayaran dan pada masa kini istilah juridis yang dipergunakan adalah *mercenary*, dan umum kadang menyebutnya *soldier of fortune*³ dalam bahasa Indonesia disebut *tentara bayaran*.

Pada mulanya, kebutuhan terhadap tentera bayaran ini timbul sebagai akibat dari kesulitan untuk membentuk atau memiliki sebuah angkatan bersenjata yang besar dan tangguh dengan biaya yang tinggi. Berdasarkan pertimbangan itu, para penguasa kerajaan di Eropa berkeputusan untuk memiliki, sebuah pasukan yang kecil tetapi tangguh. Misalnya apa yang telah dilakukan oleh Raja Charles VII dari Perancis pada akhir abad ke 15, Italy dan Belanda pada abad ke 16 serta Inggris pada masa Revolusi Amerika. Di Swiss tentera bayaran ini dipergunakan oleh raja-raja Perancis di ahir abad ke 16 sampai tahun 1830, dan juga menjadi pengawal kehormatan Paus di Vatikan. Pasukan tentera bayaran

Island, Fort Washhington, Brandywine, Whi-te Plains, Newport, Charleston tentera bayaran ini berpenampilan berbeda. Sebaliknya pada perang Trenton mereka dikalahkan. Setelah perang berahir hanya 17.000 orang yang pulang ke Jerman, sedangkan lainnya menetap di Amerika Serikat dan Canada (Lih: "Mercenaries" dalam *Encyclopedia Americana*, vol. 1: 724; "Hessian", dalam *Encyclopedia Americana*, Vol.14:167)

² *Condottiere* adalah nama perusahaan yang bergerak dibidang kemiliteran dan merekrut orang-orang untuk dijadikan tentera bayaran yang bukan warga negara Itali (orang asing). Nama itu diambil dari nama pemimpin perusahaan itu *Condottiere* orang Itali. Menjelang ahir abad ke 15 tenetra bayaran ini mendapat keritikan keras dari masyarakat karena perbuatan mereka tidak manusiawi dan sering merampok. *Condottiere* ini kemudian lenyap setelah konsolidasi negara Itali dan invasi asing setelah tahun 1494 (Randolph Starn, University of California at Berkeley dalam *Encyclopedia Americana*, vol. 7:523)

³ Lebih jelas lih: Charles B. MacDonald, Author of "*The Mighty Endeavor*", dalam *Encycloperdia Americana*, vol. 1: 711-712); juga lih. Herbert H. Rowen, *Rutgers-The State University*, dalam *Encycloperdia Americana*, vol 26:141-142.

Swiss ini bertugas di Perancis atas permintaan Louis XI dan mereka tetap setia kepada keluarga kerajaan sampai meletus Revolusi Perancis. Penggunaan tentara bayaran terus berlangsung sampai dengan dibentuknya Legiun Luar Negeri Perancis tahun 1831, Perang Indochina tahun 1946-1954 (dimana Perancis terlibat di dalamnya). kemudian dalam perang saudara di Congo (Zaire) daerah bekas jajahan Perancis tahun 1964

Saat ini belum terdapat aturan-aturan hukum internasional atau hukum kebiasaan internasional yang melarang penggunaan tentara bayaran. Ini terbukti banyaknya negara-negara yang mempergunakan dan merekrut tentera bayaran. Misalnya kasus Siera Leone di Afrika, Bougenville di NPG, ataupun tentera Gurkha di India. Isu tentara bayaran ini pertama kali dibicarakan di Perserikatan Bangsa-Bangsa tahun 1961 dalam kasus penarikan tentera bayaran dari Congo, melalui Resolusi Dewan Keamanan Nomor 161 A tanggal 21 Pebruari 1961, dan nomor 169 tanggal 24 Nopember 1961. Kemudian Resolusi Majelis Umum Perserikatan Bangsa-Bangsa nomor 1599 (XV) tanggal 15 April 1961 yang disebut "*calling for the withdrawal of mercenaries from Congo*".⁴

Dewan Keamanan, melalui Resolusi 239 tanggal 10 Juli 1967 dan Resolusi 241 tanggal 15 Nopember 1967, dan Komperensi Kepala Negara dan Pemerintah yang tergabung dalam Organisasi Persatuan Afrika (*Organization of African Unity/OAU*) meminta kepada Negara-negara untuk mencegah penerimaan tentera bayaran di dalam wilayah negara mereka dengan tujuan untuk menggulingkan pemerintah dari Negara asing. Sejak tahun 1968 Majelis Umum Perserikatan Bangsa-Bangsa dengan beberapa resolusinya seperti Resolusi 2465 (XXIII) tanggal 20 Desember 1968, dan ditegaskan kembali dalam Resolusinya 2548 (XXIV) tanggal 11 Desember 1969, kemudian Resolusi 2708 (XXV) tanggal 14 Desember 1970, Resolusi 3103 (XXVIII) tanggal 12 Desember 1973, dan terahir

⁴ Dalam kasus di atas, pemerintah Congo telah mempergunakan tentara bayaran dalam menekan pemberontak yang terjadi di negaranya. Para pemberontak tersebut telah diinstruksikan untuk meletakkan senjata, namun mereka menolak dan melakukan pemberotakan secara terang-terangan untuk menentang pemerintah di tahun 1967. Akhirnya persoalan tersebut diajukan ke Dewan Kemanan di tahun 1964 (lih. *Commentary on the Additional Protocols*, hal.576).

Resolusi 33/24 tanggal 8 Desember 1978 menyatakan bahwa praktek negara-negara untuk menggunakan tentara bayaran dalam menentang pergerakan pembebasan nasional (*national liberation movements*) dianggap merupakan suatu perbuatan pidana, dan tentara bayaran itu sendiri adalah penjahat.⁵

Terakhir tahun 1977 terdapat sebuah resolusi yang dikeluarkan oleh Dewan Keamanan Perserikatan Bangsa-Bangsa, yang mengutuk pengrekrutan tentara bayaran dengan tujuan untuk menggulingkan pemerintah-pemerintah dari Negara Anggota Perserikatan Bangsa-Bangsa⁶. Pada tahun yang sama Dewan Menteri negara-negara OAU mengesahkan sebuah *'Convention for the Elimination of Mercenaries in Africa'* dalam sesi ke 29 di Libreville. Konvensi yang terakhir ini diberlakukan pada tanggal 22 April 1985.⁷

Tulisan ini mencoba untuk melihat status hukum tentara bayaran dari sudut pandang hukum humaniter serta beberapa persoalan redaksional yang timbul dari pasal tersebut. Untuk itu beberapa hal yang perlu diketahui terlebih dahulu, seperti pengertian atau definisi tentara bayaran, status hukum tentara bayaran dalam pertikaian bersenjata.

B. Pengertian Tentara Bayaran (*mercenaries*)

Menurut Charles B. MacDonald, Penulis buku "*The Mighty Endeavor*",⁸ tentara bayaran diartikan sebagai serdadu yang bertempur untuk pemerintah asing, dengan motivasi untuk mendapat bayaran, merampas atau berpetualang, dan tidak didasarkan pada ideologi tertentu. Lebih jelas disebutkan:

⁵ Lih: *Commentary on the Additional Protocols*, Article 47-Mercenaries, hal. 572)

⁶ Lih. Res. Dewan Keamanan PBB 405 tanggal 16 April 1977.

⁷ *Commentary on the Additional Protocols*, Article 47-Mercenaries, hal. 572.

⁸ *Encycloperdia Americana*, vol.1, hal. 712

a soldier who fights for a foreign government, usually motivated by pay, loot, or adventure, seldom by ideological commitment...[and] have been a part of armies throughout recorded history'.

Pengertian yang sama juga dikemukakan oleh Pietro Verri,⁹ namun perbedaan terletak pada komentar yang diberikan terhadap tentara bayaran yang tidak menyamakan dengan mereka yang secara sukarela ikut dalam pertikaian bersenjata. Lebih jelas dikatakan:

'any person who voluntarily enrolls in the combatant armed forces of a belligerent State of which he is not a national, being motivated by desire for private gain. He is not entitled to combatant status, or if captured to the status of prisoner of war... and mercenary should not be confused with a volunteer'.

Dari dua definisi di atas, belum dijumpai status hukum tentara bayaran, apakah mereka akan memiliki hak yang sama dengan kombatan atau apabila mereka tertangkap apakah mereka diperlakukan sebagai tawanan perang. Secara yuridis, pengertian tentara bayaran terdapat dalam Pasal 47 *Protocol Additional To the Geneva Convention of 12 August 1949, and Relating to the Protection of Victims of International Armed Conflict (Protocol I)*. Dari Pasal tersebut didapat pengertian yang luas, baik mengenai status atau haknya atau motivasi mereka, dsb. Karena itu, dapat disimpulkan sebagai berikut, tentara bayaran adalah seorang yang dilatih baik di dalam negeri ataupun di luar negeri untuk ikut langsung dalam pertempuran pada waktu terjadi pertikaian bersenjata, dengan maksud untuk mendapatkan keuntungan pribadi, dibayar ataupun karena dijanjikan oleh pihak yang bersengketa sebagai pihak yang berperang (kombatan) dengan pangkat khusus dan berfungsi sebagai angkatan bersenjata dari Pihak yang berperang. Mereka bukan warga negara atau penduduk dari wilayah pendudukan, dan tidak dikirim oleh negara yang tidak terlibat dalam konflik bersenjata.¹⁰

⁹ Piero Verri, *Dictionary of the International Law of Armed Conflict*, International Committee of the Red Cross, 1992, hal. 71.

¹⁰ Lihat Pasal 47 Protokol Tambahan Tahun Konvensi Jenewa tanggal 12 Agustus 1949.

C. Status Hukum Tentara Bayaran (Mercenaries)

Sebagaimana diketahui bahwa pada waktu meletusnya sengketa bersenjata internasional ataupun non internasional, diberlakukan prinsip pembedaan (*Distinction Principle*)¹¹ antara penduduk sipil dan kombatan seperti yang diatur dalam Konvensi Den Haag tahun 1907 (*the Hague Convention IV* tahun 1907).¹² Dengan demikian, apabila para kombatan¹³ tersebut tertangkap oleh pihak musuh, maka status yang mereka miliki adalah sebagai tawanan perang. Sebaliknya, mereka yang tidak memenuhi kriteria atau tidak jelas statusnya sebagai kombatan, otomatis tidak mendapat perlindungan melalui *The Hague*

¹¹ Prinsip Pembedaan ini pertama kali dituangkan dalam *The Hague Convention IV* tahun 1907, atau *the Hague Regulation* yang kemudian dilampirkan pada *the Hague Convention* tersebut. *The Hague Convention IV* tahun 1907 merupakan perbaikan terhadap *the Hague Convention II* tahun 1899. Ketentuan penting dalam Konvensi Den Haag ke IV ini adalah apa yang disebut dengan **Klausula Martens** yang berisikan tentang perlindungan terhadap penduduk sipil dan pihak yang berperang dalam hal tidak adanya aturan dalam peraturan-peraturan yang telah diterima oleh pihak-pihak yang berperang.

¹² *The Hague Convention IV* ini dirancang berdasarkan pengalaman yang terjadi dalam tahun 1876 pada waktu terjadi perang antara Jerman-Perancis, dimana tentara Jerman yang telah menduduki sebagian wilayah Perancis mendapat gangguan dari penduduk yang mengangkat senjata secara spontan yang dikenal dengan nama *franc tireurs*. *Franc tireurs* ini banyak yang tertangkap dan mereka diperlakukan tidak sebagai kombatan dan biasanya mereka dijatuhi hukuman mati (Haryomataram, *Hukum Humaniter*, CV. Rajawali, Jakarta 1984, hal. 77).

¹³ Syarat seorang kombatan harus memenuhi kriteria seperti mempunyai komandan, teroganisir, memiliki uniform, menyangand senjata secara terang-terangan dan mematuhi hukum perang.

Convention IV. Artinya, hukum nasional negara yang bersangkutan diberlakukan.

Dilubungkan dengan tentara bayaran yang ikut dalam pasukan salah satu pihak dan terlibat langsung dalam pertikaian bersenjata, maka secara logis bahwa mereka termasuk dalam kategori kombatan. Dalam kenyataannya seorang tentara bayaran tidak dianggap sebagai kombatan dan tidak memiliki status sebagai tawanan perang sebagaimana diatur dalam Pasal 47 Ayat 1 Protokol I 'A *mercenary shall not have the right to be a combatant or a prisoner of war*'. Keadaan ini menimbulkan berberapa persoalan hukum dan beberapa interpretasi terhadap redaksi Pasal 47 tersebut.

Persoalan hukum yang timbul adalah:

1. Apakah penolakan Pasal 47 tersebut sebagai akibat dari motivasi yang dimiliki oleh para tentara bayaran untuk mendapatkan keuntungan pribadi dan tidak didasarkan pada suatu ideologi tertentu¹⁴
2. Bagaimana statusnya kalau dikaitkan dengan ketentuan Pasal 43, 44 dan 45 Protokol I
3. Bagaimana kaitannya dengan Hukum Humaniter Internasional yang tidak melarang adanya tentera bayaran tersebut, dan bagaimana posisi hukum humaniter itu sendiri yang lebih mengutamakan aspek kemanusiaan.

Beberapa interpretasi yang berkaitan dengan redaksi Pasal 47 ayat 2 (a,b,c,d,e,f) adalah:

Tentara bayaran adalah seseorang yang:

1. secara husus direkrut di negara yang bersangkutan atau di luar negeri untuk bertempur dalam pertikaian bersenjata;
2. ikut secara langsung dalam permusuhan;
3. mempunyai motivasi untuk ikut dalam permusuhan disebabkan oleh keinginan untuk mendapatkan keuntungan pribadi dan, dalam kenyataannya, dijanjikan, oleh atau atas nama Pihak yang bertikai, gantirugi material dalam pengaruh dari janji tersebut or dibayar untuk menjadi kombatan dengan pangkat dan fungsi yang sama didalam angkatan bersenjata dari Pihak yang bertikai.

¹⁴. Pasa 47 ayat 2 (c), Protocol I, 1977.

4. bukan warganegara dari Pihak yang bertikai maupun bertempat tinggal di wilayah yang dikuasai Pihak yang bertikai;
5. bukan anggota dari pasukan angkatan bersenjata Pihak yang bersengketa; dan
6. tidak dikirim dalam tugas resmi seperti anggota angkatan bersenjata dari Negara yang bukan Pihak yang bertikai.

C.1. Persoalan hukum yang timbul:

C.1.1. Apakah penolakan Pasal 47 tersebut sebagai akibat dari motivasi yang dimiliki oleh tentara bayaran untuk mendapatkan keuntungan pribadi dan tidak didasarkan pada ideologi tertentu.

Dilihat pada latar belakang terbentuknya Pasal 47 Protokol I itu berkaitan erat dengan perdebatan yang terjadi antara para delegasi pada waktu pasal tersebut akan disahkan. Umumnya para delegasi berasal dari negara-negara yang pernah mendapat pengalaman pahit pada waktu Perang Dunia II meletus. Seseorang yang menjadi tentara bayaran mempunyai motif yang berbeda dengan mereka yang ikut bertempur secara sukarela.¹⁵ Dalam tindakan mereka, sering kali mengabaikan ketentuan hukum perang yang bertumpuh kepada azas asas kemanusiaan dan "necessity".¹⁶

15. Perbedaan tersebut secara jelas diberikan baik dalam pendapat para sarjana atau dari bunyi Pasal 47 ayat 2 (c) itu sendiri (Lih. Pasal 47 ayat 2 (c) Protokol I, 1977).

16. Tetapi dalam kasus Siera Leone di Afrika, serdadu Gurkha di India, ataupun kasus di Bougenville, NPG, praktek dari tentara bayaran tersebut sudah tidak lagi mencerminkan pendapat lama, artinya mereka tetap mematuhi ketentuan-ketentuan hukum perang. Kasus-kasus di atas merupakan bentuk baru dari tentara bayaran yang berbeda dengan definisi yang tertera dalam Pasal 47 ayat 2 (c). Sehingga dirasakan perlu untuk meninjau kembali perumusan yang ada dalam Pasal 47 tersebut.

Dampak dari penolakan terhadap pemberian hak dan status kepada tentara bayaran mengakibatkan bahwa terhadap pelakunya diterapkan hukum pidana nasional negara yang bersangkutan dan dicabut hak-hak mereka seperti yang tercantum dalam Konvensi Jenewa III tentang *Perlakuan Terhadap Tawanan Perang Tanggal 12 Agustus 1949*. Dalam *Commentary on the Additional Protocols*, dikatakan sebagai berikut:

'The effect of the denial of the status of combatant and prisoner of war in case of capture is to deprive the mercenary of the treatment of prisoner of war as laid down in the Third Convention, and to make him liable to criminal prosecution'.¹⁷

Dari keterangan di atas, tersirat pengertian bahwa, seorang tentara bayaran yang tertangkap dan dituntut dengan pidana nasional artinya status mereka disamakan dengan penduduk sipil yang diatur dalam Pasal 5 Konvensi Jenewa IV yang berkaitan dengan *Perlindungan Terhadap Penduduk Sipil Pada waktu Perang, tanggal 12 Agustus 1949*, yang berbunyi:

Article 5

Where, in the territory of a Party to the conflict, the latter is satisfied that an individual protected person is definitely suspected of or engaged in activities hostile to the security of the State, such individual person shall not be entitled to claim such rights and privileges under the present Convention as would, if exercised in the favour of such individual person, be prejudicial to the security of such State.

Where in occupied territory an individual protected person is detained as spy or saboteur, or as a person under definite suspicion of activity hostile to the security of the Occupying Power, such person shall, in those cases where absolute military security so requires, be regarded as having forfeit rights of communication under the present Convention.

In the case, such person shall nevertheless be treated with humanity, and in case of trial, shall not be deprived of the rights of fair and regular trial prescribed by the present Convention. They shall be granted the full rights and privileges of a protected person under the present Convention as the earliest

17. Lih. *Commentary on the Additional Protocols*, hal. 575

date consistent with the security of the State or Occupying Power, as the case may be.

C.1. 2. Bagaimana statusnya kalau dikaitkan dengan ketentuan Pasal 43, 44 dan 45 Protokol I.

Sebagaimana diketahui bahwa Pasal 43 berkaitan dengan Angkatan Bersenjata, Pasal 44 mengatur mengenai kombatan dan tawanan perang dan Pasal 45 mengatur tentang perlindungan terhadap orang-orang yang ikut serta dalam permusuhan. Ketiga pasal di atas secara tidak langsung memberikan pengakuan terhadap tentara bayaran yang dianggap sebagai bagian dari angkatan bersenjata dari pihak yang ber-musuhan (Pasal 43 ayat 2), yang ikut terlibat langsung atau tidak langsung dalam sengketa bersenjata, sejauh mereka mematuhi ketentuan sebagai kombatan dan hukum internasional serta hukum kebiasaan internasional. Sekalipun mereka melakukan pelanggaran terhadap hukum perang, mereka tidak akan kehilangan hak mereka sebagai seorang kombatan (Pasal 44 ayat 2). Sebaliknya, kalau kombatan tersebut jatuh ke tangan musuh dan tidak dapat memenuhi ketentuan, seperti uniform yang mereka pa-kai tidak dapat dibedakan dengan pakaian penduduk sipil (penyamaran) maka ia akan kehilangan haknya sebagai seorang kombatan dan juga statusnya sebagai tawanan pe-rang, tetapi ia tetap mendapat perlindungan berdasarkan Konvensi Jenewa III dan Protokol (Pasal 44 ayat 4).

C.1. 3. Bagaimana kaitannya dengan Hukum Humaniter Internasional yang tidak melarang adanya tentera bayaran tersebut, dan bagaimana posisi hukum humaniter itu sendiri yang lebih mengutamakan aspek kemanusiaan.

Secara jelas dikatakan bahwa baik hukum internasional ataupun hukum humaniter tidak melarang adanya pertikaian bersenjata baik yang bersifat internasional ataupun non-internasional , ataupun pihak yang bertikai menggunakan atau merekrut tentara bayaran untuk kepentingan mereka. Namun, yang perlu diperhatikan dan dipatuhi oleh pihak-pihak yang bertikai adalah ketentuan-ketentuan yang berkaitan dengan perang, seperti peralatan yang dipergunakan dan perlakuan terhadap korban perang atau tawanan perang. Terhadap dua hal yang terakhir sudah ada ketentuan yang mengaturnya seperti

termuat dalam Hukum Den Haag (the Hague Law) yang berkaitan dengan perang di darat, laut, dan di udara. Juga Hukum Jenewa yang berisikan Konvensi Jenewa I-IV berikut dengan beberapa Protokolnya.

Walaupun demikian, hukum humaniter, dengan prinsip kemanusiaannya¹⁸ berusaha keras untuk memperluas pengertian perlindungan yang diberikan oleh Konvensi III untuk kategori baru terhadap kombatan, seperti yang termuat dalam Pasal 43, Pasal 44, dan Pasal 45 di atas.

C.2. Persoalan yang timbul dari redaksi Pasal 47¹⁹

Pasal 47 adalah sebagai berikut:

A mercenary is a person who:

- (a) is specially recruited locally or abroad in order to fight in an armed conflict;
- (b) does, in fact, take a direct part in the hostilities;
- (c) is motivated to take part in the hostilities essentially by the desire for private gain and, in fact, is promised, by or on behalf of a Party to the conflict, material compensation substantially in excess of that promised or paid to combatants of similar ranks and functions in the armed forces of that Party;
- (d) is neither a national of a Party to the conflict nor a resident of territory controlled by a Party to the conflict;
- (e) is not a member of the armed forces of a Party to the conflict; and
- (f) has not been sent by a State which is not a Party to the conflict on official duty as a member of its armed forces.

Dari definisi tersebut terdapat paling sedikit enam (6) persoalan yang perlu mendapat pembahasan secara mendalam, persoalan tersebut adalah:

¹⁸ Terdapat dua prinsip yang harus diperhatikan oleh pihak-pihak pada waktu melaksanakan permausuhan yaitu prinsip *military necessity* dan *humanity*. Juga terdapat prinsip yang harus diperhatikan dalam mempergunakan senjata untuk berperang yaitu *principle of the prohibition of unnecessary suffering* dan *prohibition of indiscriminate attacks*.

¹⁹ Seluruh pembahasan dalam bagian ini dikutip langsung dari: J de P., *Commentary on the Additional Protocols (t./t.p.)*, khususnya Article 47-Mercenaries

(a)- *Being specially recruited locally or abroad in order to fight in an armed conflict*

Sub-paragraf (a) ini berarti bahwa tentara bayaran adalah seseorang yang khusus direkrut, secara lokal atau di luar negeri, untuk bertempur dalam pertikaian bersenjata.

Dalam pengertian tersebut termasuk para sukarelawan mendaftar untuk ikut dalam pasukan asing, seperti *French Foreign Legion*, *Spanish Tercio* ataupun karena perjanjian yang dilaksanakan oleh penguasa nasional, misalnya *the Nepalese Ghurkhas* di India, atau *the Swiss Guards of the Vatican*. Dengan demikian, terhadap mereka-mereka yang direkrut baik secara lokal ataupun di luar negeri untuk ikut bertempur pada waktu terjadi pertikaian bersenjata, seperti dalam contoh di atas, dapat dianggap sebagai tentara bayaran, sebagaimana yang dimaksud dalam Pasal 47. Syarat-syarat lain yang juga dapat masuk dalam pengertian itu adalah anggota tetap dari angkatan bersenjata dari beligeren yang ikut serta dalam pertikaian bersenjata (lih. sub-paragraf (e)).

(b)- *He does, in fact, take a direct part in the hostilities;*

Dari redaksi tersebut terlihat bahwa seorang tentara bayaran harus terlibat langsung dalam permusuhan. Ketentuan ini memberikan arti bahwa mereka yang terlibat langsung dalam suatu pertempuran adalah kombatan, sedangkan tentara bayaran adalah juga orang yang terlibat langsung dalam permusuhan. Dengan demikian kombatan juga dapat diartikan sebagai tentara bayaran menurut Pasal 47. Akibat lebih lanjut dari pengertian tersebut adalah termasuk juga dalam pengertian itu adalah penasihat militer di luar negeri (*foreign adviser*) dan teknisi militer yang banyak dijumpai diberbagai negara sekarang ini, walaupun kehadiran mereka memotivasi untuk mendapatkan keuntungan pribadi (sejauh ini berkaitan (sub-paragraf (c) di bawah). Meningkatnya teknologi persenjataan membutuhkan tenaga spesialis, baik untuk personil meiliternya maupun pelatihan atau pemeliharaan terhadap senjata tersebut. Sejauh mereka tidak terlibat secara langsung dalam permusuhan maka mereka tidak dapat disebut sebagai kombatan ataupun tentara bayaran, melainkan orang sipil yang tidak turut dalam pertempuran.

(c) He is motivated to take part in the hostilities essentially by the desire for private gain and, in fact, is promised, by or on behalf of a Party to the conflict, material compensation substantially in excess of that promised or paid to combatants of similar ranks and functions in the armed forces of that Party;

Dari pengertian di atas, motivasi seorang tentara bayaran ikut terlibat dalam permusuhan untuk mendapatkan keuntungan pribadi, sesuai dengan yang dijanjikan oleh salah satu Pihak yang bertikai. Untuk itu tentara bayaran diberi jabatan dan fungsi yang sama didalam angkatan bersenjata dari Pihak yang bertikai itu. Paragraf di atas memberikan perbedaan dengan mereka yang ikut bertempur secara sukarela, sedangkan seorang tentara bayaran dianggap dapat memberikan pelayanan karena didasarkan kepada penawaran tertinggi yang diajukannya. Penawaran yang tertinggi biasanya dijumpai pada pihak yang paling kaya. Bagaimanapun juga semua serdadu dari angkatan bersenjata tersebut menerima gaji untuk menghidupi diri mereka sendiri dan juga keluarga mereka, karena itu perlu, agar tetap konsisten, untuk menjelaskan bahwa gaji tentara bayaran itu lebih tinggi dari gaji yang diterima dari anggota pasukan angkatan bersenjata lainnya.

Akhirnya, "pengakuan bahwa jabatan-jabatan dan fungsi yang diberikan kepada tentara bayaran di dalam angkatan bersenjata adalah harus dibayar seperti ditentukan bahwa:

"an objective test to help determine motivation of persons serving with the armed forces of a Party to the conflict; such persons may not be considered to be motivated essentially by the desire for private gain unless they are promised compensation substantially in excess of that promised or paid to combatants of similar rank and function in the armed forces of that Party. Thus, pilots would be judged by the same standards of compensation as other pilots, not by the standard of infan-trymen"²⁰ Namun, ketentuan di atas menimbulkan banyak keritikan. Pertama, karena ketidak jelasan, semua tentara bayaran, yang penting,

20. Report of the Rapporteur, *O.R.* XV, p. 455, CDDH/407/Rev. 1, para. 26, and p. 511, CDDH/III/369.

adalah motivasi mereka untuk mendapatkan keuntungan pribadi, atau setidaknya untuk mendapatkan keuntungan material. Kedua, juga dipersoalkan dalam perumusan di atas akan menimbulkan kategori baru tentang tentara bayaran, yaitu mereka yang bertindak atas dasar ideologi. Ketiga, "a Party to a conflict would be hard put to it to prove generous remuneration, since mercenaries's wages were paid either in their own countries or into bank accounts in other countries"

Satu hal yang perlu diketahui, karena kemauan Protokol, dengan pertimbangan yang teliti, disatu pihak, adalah untuk membedakan antara tentara bayaran yang mengejar "kepentingan" mereka sendiri dengan para sukarelawan internasional, di pihak lainnya adalah untuk tidak memperhatikan penyebab tertentu yang dilakukan oleh tentara bayaran, walau dalam kenyataannya tentara bayaran menggunakan keahliannya untuk mencapai tujuan yang ilegal.

Kesimpulannya, "tentara bayaran", yang memenuhi semua persyaratan Pasal 47, tetapi mereka yang menerima gaji yang sama dengan mereka yang berstatus sebagai kombatan dengan pangkat dan fungsi yang sama dengan serdadu dimana mereka bekerja, tidak dianggap sebagai tentara bayaran dalam arti Protokol, walaupun mereka ikut berperang menentang Negara Anggota PBB yang disebut perang agresi, ataupun mereka berperang melawan pergerakan pembebasan nasional (national liberation movement).

(d) is neither a national of a Party to the conflict nor a resident of territory controlled by a Party to the conflict;

Paragraf (d) menerangkan bahwa seorang tentara bayaran bukan warga negara dari salah satu pihak yang bertikai ataupun penduduk yang bermukim di wilayah yang diawasi oleh salah satu pihak yang bertikai.

Terhadap mereka yang karena tergugah hatinya sehingga ikut kepada tentara dari salah satu pihak yang bertikai secara sukarela dan ikut langsung dalam pertempuran, mereka dianggap bukan tentara bayaran.

Di banyak negara pendaftaran penduduk agar bergabung dengan angkatan bersenjata (misalnya untuk orang asing) diatur secara tegas, dan bahkan itu merupakan suatu keharusan. Tegasnya, tidak merupakan suatu hak untuk memaksa seorang tawanan perang atau seseorang yang dilindungi oleh Konvensi IV untuk ikut kedalam angkatan bersenjata dari pihak lawan (Konvensi III, Pasal 130; Konvensi IV, Pasal 147, "pelanggaran-pelanggaran

berat". Walaupun demikian, bagi warga asing dalam arti kata yang sebenarnya, Rapporteur menjelaskan bahwa: "it was felt that persons in these groups should be placed at risk of being considered mercenaries".

(e) He is not a member of the armed forces of a Party to the conflict; and

Dari paragraf (e) di atas, seorang tentara bayaran bukan anggota angkatan bersenjata dari salah satu pihak yang bertikai. Pernyataan di atas membuat pengertian tentara bayaran menjadi tidak ada arti sama sekali, karena sudah jelas bahwa seorang tentara bayaran itu bukan anggota dari angkatan bersenjata dari pasukan pihak yang bertikai, tetapi, dengan bergabungnya mereka kedalam angkatan bersenjata pihak yang bertikai, dianggap sebagai bagian dari pasukan pihak yang bertikai. Sebetulnya, cukup bagi negara-negara yang memperkerjakan tentara bayaran, menjadikan mereka sebagai anggota angkatan bersenjata negara mereka, sehingga bukan lagi dianggap sebagai tentara bayaran. Walaupun demikian, ketentuan seperti itu, sangat perlu, karena banyak negara yang mendaftarkan orang asing sebagai anggota angkatan bersenjata mereka atas *regular basis*, dan tanpa menjadikan mereka sebagai *corps* seperti yang dijelaskan dalam sub-paragraf (a). Walaupun demikian, seseorang tidak selalu husus direkrut untuk ikut secara langsung dalam pertikaian bersenjata (sub-paragraf (a)), dan ini dapat membentuk sebuah unsur yang membedakan orang-orang asing yang terdaftar secara "regular" dan mereka yang terdaftar sebagai tentara bayaran, walaupun kemungkinan ini sering kali ditentukan secara tegas dalam hal terjadinya perang. Seperti pada setiap persyaratan yang ditentukan dalam sub-paragraf (a) -(f) harus ada, agar definisi tentara bayaran dapat dipenuhi, dan setaip negara harus melakukan pengawasan terhadap komposisi angkatan bersenjata mereka yang tunduk pada ketentuan Pasal 43 (*Angkatan Bersenjata*).

(f) has not been sent by a State which is not a Party to the conflict on official duty as a member of its armed forces.

Seorang tentara bayaran secara sukarelawan, yang secara formal, mendaftar atas kemauan sendiri dan tidak atas nama negara ketiga. Jadi tidak ada persoalan korp pasukan yang memenuhi persyaratan dan telah dikirim oleh negara tertentu atas alasan tertentu, sebagai tentara bayaran, walaupun pasukan tersebut terdiri

dari sukarelawan yang emndapat bintang jasa dan karena alasan dibutuhkan untuk ikut dalam permusuhan.

D. Penutup

Berdasarkan uraian di atas, terdapat beberapa kesimpulan yang dapat dikemukakan disini antara lain:

1. Secara juridis tentara bayaran diatur dalam Pasal 47 *Protocol Additional To the Geneva Convention of 12 August 1949, and Relating to the Protection of Victims of International Armed Conflict (Protocol I)* bahwa Tentara bayaran adalah seseorang yang dilatih baik di dalam negeri ataupun di luar negeri untuk ikut secara langsung dalam pertempuran pada waktu terjadi pertikaian bersenjata, dengan maksud untuk mendapat keuntungan pribadi, dibayar ataupun karena dijanjikan oleh Pihak yang bersengketa sebagai pihak yang berperang (kombatan) dengan pangkat khusus dan berfungsi sebagai angkatan bersenjata dari Pihak yang berperang. Mereka bukan warga negara atau penduduk dari wilayah pendudukan, dan tidak dikirim oleh negara yang tidak terlibat dalam konflik bersenjata
2. Pasal 47 di ats, disamping tidak memberikan perlindungan secara juridis kepada tentara bayaran itu sendiri, juga memberikan berbagai interpretasi yang dapat meru-gikan bagi mereka yang bekerja pada pihak (negara) asing pada waktu terjadi pertikaian bersenjata. Hal ini dapat dimaklumi karena pasal 47 tersebut dirumuskan oleh pihak-pihak yang pernah mendapatkan pengalaman pahit dengan tentara bayaran. Aki-batnya, ketentuan itu, bertentangan dengan tujuan atau misi yang diemban oleh hukum humaniter yang menekankan pada aspek kemanusiaan. Apalagi kalau diperhatikan se-karang ini tentara bayaran sudah dikelola secara profesional dan terorganisir dengan baik, misalnya banyaknya negara-negara di Eropah yang memanfaatkan tentara ba-yanan untuk keamanan negara mereka. Tentunya ketentuan pasal 47 di atas sudah harus perlu mendapat perhatian.

E. Daftar Pustaka.

Anonim, *Pokok-Pokok Hukum Humaniter (Hukum Perang)*, Departemen Pertahanan Keamanan, Badan Pembina Hukum ABRI, Oktober 1982, Seri A-1.

Anonim, *Comentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949* (t.t; t.p).

Encyclopedia Americana, vol.1

Encyclopedia Americana, vol.7

Encyclopedia Americana, vol.14

Encyclopedia Americana, vol.26

Haryomataram, *Hukum Humaniter*, CV. Rajawali, Jakarta 1984.

Verri, Piero., *Dictionary of the International Law of the Armed Conflict*, ICRC, 1992.