



UNIVERSITAS INDONESIA

**ANALISA KEJAHATAN PERANG DAN UNSUR-UNSURNYA
DALAM KASUS PROSECUTOR v. DUSKO TADIC**

SKRIPSI

VALDANO PAULO RURU

0806461890

FAKULTAS HUKUM

PROGRAM KEKHUSUSAN HUKUM TRANSNASIONAL

DEPOK

JULI 2012



UNIVERSITAS INDONESIA

**ANALISA KEJAHATAN PERANG DAN UNSUR-UNSURNYA
DALAM KASUS PROSECUTOR v. DUSKO TADIC**

SKRIPSI

Diajukan sebagai salah satu syarat untuk memperoleh gelar Sarjana

**Valdano Paulo Ruru
0806461890**

**FAKULTAS HUKUM
PROGRAM KEKHUSUSAN HUKUM TRANSNASIONAL
DEPOK
JULI 2012**

HALAMAN PERNYATAAN ORISINALITAS

**Skripsi ini adalah hasil karya sendiri,
dan semua sumber baik yang dikutip maupun dirujuk
telah saya nyatakan dengan benar.**

Nama : Valdano Paulo Ruru

NPM : 0806461890

Tanda Tangan :



Tanggal : 6 Juli 2012



HALAMAN PENGESAHAN

Skripsi ini diajukan oleh

Nama : Valdano Paulo Ruru
 NPM : 0806461890
 Program Studi : Ilmu Hukum
 Judul Skripsi : Analisa Kejahatan Perang dan Unsur-unsurnya
 dalam Kasus Prosecutor v. Dusko Tadic

Telah berhasil dipertahankan di hadapan Dewan Penguji dan diterima
 sebagai bagian persyaratan yang diperlukan untuk memperoleh gelar
 Sarjana pada Program Studi, Fakultas Hukum, Universitas Indonesia

DEWAN PENGUJI

Pembimbing 1: Prof. Hikmahanto Juwana, S.H., LL.M., Ph.D. (.....)

Pembimbing 2: Hadi Rahmat Purnama, S.H., LL.M. (.....)

Penguji : Prof. Dr. R. D. Sidik Suraputra, S.H. (.....)

Penguji : Prof. Dr. Sri Setianingsih Suwardi, S.H., M.H. (.....)

Penguji : Prof. A. Zen Umar Purba, S.H., LL.M. (.....)

Penguji : Adijaya Yusuf, S.H., LL.M. (.....)

Penguji : Adolf Warouw, S.H., LL.M. (.....)

Penguji : Emmy Juhassarie Ruru, S.H., LL.M. (.....)

Penguji : Melda Kamil Ariadno, S.H., LL.M., Ph.D. (.....)

Ditetapkan di : Depok

Tanggal : 6 Juli 2012

Universitas Indonesia

KATA PENGANTAR

Penulis menyadari bahwa selama masa perkuliahannya di Fakultas Hukum Universitas Indonesia, sebagai suatu bagian kecil dari petualangan hidup Penulis, telah dilengkapi dengan berbagai orang yang menemani dan membantu penulis. Untuk semua masalah yang ada dan setiap tantangan yang bermunculan selalu ada menyertai Penulis. Oleh karena itu Penulis ingin mengucapkan rasa terima kasih kepada :

- (1) Tuhan Yesus Kristus, Juruselamat dalam kehidupan Penulis, kekuatan dan pelindung Penulis, untuk semua penyertaannya dalam memasuki fakultas ini, selama fakultas ini, hingga menyelesaikan skripsi ini. Tanpa Tuhan, Penulis tidak akan bisa melakukan apapun.
- (2) Prof. Dr. Hikmahanto Juwana, S.H., LL.M. dan Bang Hadi Rahmat Purnama S.H., LL.M. yang telah menyediakan waktu dan tenaga untuk membimbing Penulis dalam penyusunan skripsi ini. Semoga skripsi ini sesuai dengan yang Profesor dan Abang harapkan.
- (3) Laura Frederika Kartini Pantouw, Mama dari Penulis yang sudah berbahagia dengan Tuhan di Surga. Semoga Mama bahagia melihat skripsi yang telah selesai ini. Terima kasih untuk semua penyertaan Mama dalam masa perkuliahan dan semua bantuannya. Penulis sungguh berterimakasih.
- (4) Hendrik Job Ruru, Papa dari Penulis. Seorang hebat yang selalu menginspirasi dan mendidik anak-anaknya. Terima kasih untuk semua pelajaran yang telah Papa berikan. Semoga Penulis bisa jadi sehebat atau lebih hebat dari Papa.
- (5) Miranda Laura Maria Ruru dan Ricardo Stevano Ruru, Kakak-kakak dari Penulis. Saudara-saudara yang membantu dalam kehidupan Penulis dan teman bercerita. Terima kasih atas bimbingannya dan penyertaan kalian.
- (6) Dosen-Dosen PK 6: Bapak Adijaya Yusuf, Prof. Zulfa Djoko Basoeki, Bu Lita Arijati, Bu Mutiara Hikmah, Bu Emmy Juhassarie Ruru, Bu Fatma Djatim, Bu Melda Kamil, Mbak Tiurma P. Allagan, Bang Yu Un Opusunggu, Bang Hadi Rahmat, dan Mbak Dina. Juga kepada para Asisten Dosen PK 6,

Mbak Tita dan Bang Aji. Terima kasih karena telah membuat perkuliahan Penulis terasa seperti perkuliahan dan tidak sekedar lalu. Untuk semua hal yang telah diajarkan, Penulis ucapkan terima kasih.

- (7) Ibu Rosewitha Irawaty S.H., MLI sebagai Pembimbing Akademis dari Penulis. Untuk semua bimbingannya selama perkuliahan, semua ijin yang diberikan dalam mengambil mata kuliah, dan semua ajarannya, Penulis ucapkan terima kasih.
- (8) Kelvin Simon dan Indra, sahabat-sahabat dari Penulis, dan teman-teman sepermainan Penulis yang lainnya. Penulis berterima kasih untuk pesahabatan yang kita miliki.
- (9) Marganda Hasudungan Hutagalung, Huda Robbani, Batara Yonathan, dan Aldamayo Panjaitan, dan Ryan Austra, teman-teman dari Penulis. Penulis mengucapkan terima kasih untuk pandangan-pandangan yang telah kita bagi dan senang-senang yang telah kita lakukan. Semoga kita akan sering berkumpul dalam kehidupan setelah kelulusan nanti.
- (10) Fatih Muhammad, Hanifah Kaukab, Gabriella Alodia, dan Sophia Raisa Kandou, teman-teman Penulis. Penulis mengucapkan terima kasih untuk waktu yang telah kita habiskan bermain dan belajar mengenai apapun bersama. Semoga kita akan lebih sering bertemu lagi.
- (11) Teman-teman PK 6, Sarah Eliza Aishah, Wuri Prasititi, Aida Heksanto, Supriyanto Ginting, Anggarara Cininta, Valeska Priadi, Lidzikri Caesar, Putra Aditya, I Gusti Trisna Jaya, John Engelen, Gede Aditya, Justitia Sabaroedin, Rizkita Alamanda, M. Subuh, Widia, Maryam Az Zahra, Tantia Rahmadhina, Titano BSD, Reza Fahriadi, Najmu Laila, Damianagatayuvens, Destya Lukitasari, Tami Justisia, Esther Madonna, Tota Asi, Pakerti Wicaksono, Wahyu Defri, Desty, Vicky, dan Tya. Teman-teman belajar dan bermain. Semua senang-senang, pelajaran-pelajaran, semua hal yang terjadi semoga bisa terus kita ingat. Penulis berterima kasih untuk hadirnya kalian sebagai teman.
- (12) Margaretha Quina, teman dari penulis. Untuk semua bantuannya dalam perkuliahan, semua pelajaran dalam kehidupan perkuliahan, dan waktu-waktu yang kita habiskan bersama, penulis ucapkan terima kasih.

- (13) Candace Anastassia Limbong, teman dari penulis. Untuk waktu-waktu yang dihabiskan bersama. Pimpinannya di BO PERFILMA, sebagai seorang teman dan seorang atasan, Penulis berterima kasih.
- (14) Valeska Priadi dan Alamanda Rizkita, sebagai wakil-wakil dalam kepemimpinan Candace di BO PERFILMA, penulis ucapkan terima kasih untuk waktu yang kita habiskan bersama, membangun BO PERFILMA jadi lebih baik.
- (15) Teman-teman dari BO PERFILMA, baik yang seangkatan, senior dan juga junior. Penulis ucapkan terima kasih untuk acara-acara yang telah kita lalui. Untuk film, foto, musik, atau tulisan yang telah kita buat bersama. Semoga BO PERFILMA akan lebih berkembang lagi kedepannya. Amin.
- (16) Vania Matahari Citra yang Penulis kenal dari BO PERFILMA. Untuk kegiatan yang kita lalui bersama. Waktu-waktu yang kita habiskan bersama dan kebaikan-kebaikannya yang telah Penulis rasakan, Penulis ucapkan terima kasih. Semoga kehidupan kita akan lebih baik kedepannya.
- (17) Jesslin Guvani dan Farah Nabila, teman-teman dalam IHL *Moot Court Competition*. Dua wanita yang pintar dan cerdas. Tanpa kalian IHL akan menjadi sangat membosankan. Penulis ucapkan terima kasih untuk hal-hal yang kita saling ajarkan. *Seeing all the moments we shared in IHL, I believe each of you will be a great person.*
- (18) Nico Mooduto, Mbak Sasa, Mbak Alfa, Gigi, dan *coach-coach* IHL yang lain. Untuk semua pelajaran yang telah diberikan. Penulis percaya bahwa tanpa bimbingan kalian, pengerjaan skripsi ini akan menjadi sangat sulit.
- (19) Untuk Priscilla Manurung dan Dea Claudia yang membantu Penulis dalam masa-masa perkuliahan. Penulis sungguh berterima kasih. Tanpa kalian, Rencana Perkuliahan Penulis akan berantakan.
- (20) Kelompok Kecil, dengan PKK Bang Samuel Sianipar, Herbert Tambunan, Joshua Endi Tobing, Kharis Sucipto, Mario, dan juga Iyarman yang tidak pernah ketemu dalam Kelompok Kecil. Penulis ucapkan terima kasih untuk semua perkembangan yang kita alami bersama-sama
- (21) Teman-teman FHUI 2008, terutama diantaranya Ronald Honarto, Elizabeth Sidabutar, dan Elsa Marliana, yang telah mengisi hidup Penulis selama

perkuliahan. Untuk semua keakraban yang dilakukandan kegiatan-kegiatan angkatan. Angkatan ini merupakan salah satu angkatan yang sangat bersahabat yang pernah Penulis alami. Penulis ucapkan terima kasih.

Akhir kata, saya berharap Tuhan berkenan membalas segala kebaikan semua pihak yang telah membantu. Semoga skripsi ini membawa manfaat bagi pengembangan ilmu hukum humaniter di dunia dan bisa mempermudah junior-junior yang ingin meneliti mengenai kejahatan perang atau kasus Prosecutor v. Tadic. Selamat membaca.

Depok, 20 Desember 2006

Valdano Paulo Ruru



HALAMAN PERNYATAAAN PERSETUJUAN PUBLIKASI
TUGAS AKHIR UNTUK KEPENTINGAN AKADEMIS

Sebagai sivitas akademik Universitas Indonesia, saya yang bertanda tangan di bawah ini:

Nama : Valdano Paulo Ruru
NPM : 0806461890
Program Studi : Ilmu Hukum
Fakultas : Hukum
Jenis Karya : Skripsi

demi pengembangan ilmu pengetahuan, menyetujui untuk memberikan kepada Universitas Indonesia **Hak Bebas Royalti Noneksklusif (*Non-exclusive Royalty-Free Right*)** atas karya ilmiah saya yang berjudul :

Analisa Kejahatan Perang dan Unsur-unsurnya dalam Kasus Prosecutor v. Dusko Tadic

beserta perangkat yang ada (jika diperlukan). Dengan Hak Bebas Royalti Noneksklusif ini Universitas Indonesia berhak menyimpan, mengalihmedia/formatkan, mengelola dalam bentuk pangkalan data (*database*), merawat, dan memublikasikan tugas akhir saya selama tetap mencantumkan nama saya sebagai penulis/pencipta dan sebagai pemilik Hak Cipta.

Demikian pernyataan ini saya buat dengan sebenarnya.

Dibuat di : Depok

Pada tanggal : 6 Juli 2012

Yang Menyatakan



(Valdano Paulo Ruru)

ABSTRAK

Nama : Valdano Paulo Ruru

Program Studi : Ilmu Hukum

Judul : ANALISA KEJAHATAN PERANG DAN UNSUR-UNSURNYA DALAM KASUS PROSECUTOR *v.* DUSKO TADIC

Kejahatan Perang merupakan salah satu kejahatan yang melukai hati nurani manusia. Kejahatan Perang memiliki unsur kontekstual yaitu unsur konflik bersenjata, unsur *mens rea*, dan unsur *actus reus*. Unsur konflik bersenjata dapat berupa konflik bersenjata internasional maupun konflik bersenjata nasional. ICTY dalam kasus *Prosecutor v. Dusko Tadic* membahas mengenai unsur-unsur ini. ICTY menggunakan standar *overall control* dalam menentukan unsur konflik bersenjata. ICTY juga membahas tiap-tiap kejahatan dari Dusko Tadic namun tidak memberikan penjelasan yang mendetail dalam putusannya. Pada akhirnya Dusko Tadic dihukum 25 tahun penjara. Banyak ahli memperdebatkan pertimbangan-pertimbangan dari ICTY. Terlihat bahwa standar *overall control* lebih tepat untuk digunakan dalam menentukan konflik yang terjadi dan dalam menjawab isu *state responsibility*. Para ahli juga mengkritik akan pertimbangan ICTY yang tidak membahas mendetail mengenai unsur-unsur dari tiap-tiap kejahatan Dusko Tadic.

Kata kunci: Hukum Pidana Internasional, Hukum Humaniter Internasional, Kejahatan Perang, Dusko Tadic, Konflik Bersenjata

ABSTRACT

Name : Valdano Paulo Ruru
Study Program : Ilmu Hukum
Title : THE ANALYSIS OF WAR CRIMES AND ITS
ELEMENTS IN THE CASE OF PROSECUTOR *v.* DUSKO TADIC

War Crimes are one of the crimes that shocks the conscience of human. War crimes have contextual elements (armed conflict), *mens rea* elements, and *actus reus* elements. An armed conflict can exist in the form of international armed conflict and internal armed conflict. ICTY considered these elements in the case of Prosecutor *v.* Dusko Tadic. ICTY used the standard of overall control to determine the type of armed conflict occurred in that case. ICTY also considered each of the underlying offences of Dusko Tadic, but ICTY did not elaborate the specific elements in its consideration. Dusko Tadic was sentenced 25 years of prison. Many legal scholars debated on the consideration of the ICTY. It can be seen that the overall control standard is the right standard to determine the type of armed conflict and to answer the issue of state responsibility. The scholars also criticized the ICTY consideration because it did not elaborate on the specific of the elements of Dusko Tadic's underlying offences.

Keyword: International Criminal Law, International Humanitarian Law, War Crimes, Dusko Tadic, Armed Conflict

DAFTAR ISI

HALAMAN JUDUL	i
HALAMAN PERNYATAAN ORISINALITAS	ii
LEMBAR PENGESAHAN	iii
KATA PENGANTAR.....	iv
LEMBAR PERSETUJUAN PUBLIKASI KARYA ILMIAH.....	viii
ABSTRAK	ix
DAFTAR ISI.....	xi
DAFTAR LAMPIRAN	xiv
BAB 1 PENDAHULUAN	1
1.1. Latar Belakang	1
1.2. Pokok Permasalahan	7
1.3. Tujuan Penelitian	7
1.4. Kerangka Konsepsional	8
1.5. Metode Penelitian.....	9
1.6. Sistematika Penulisan	11
BAB 2 KEJAHATAN PERANG DAN UNSUR-UNSURNYA DALAM HUKUM INTERNASIONAL	13
2.1. Kejahatan Perang, Perkembangannya, dan Kaitannya dengan <i>Geneva Law</i> dan <i>Hague Law</i>	13
2.1.1. Konsep Kejahatan Perang	13
2.1.2. Perkembangan Kejahatan Perang.....	16
2.1.3. <i>Geneva Law</i> dan <i>Hague Law</i>	18
2.2. Yuridiksi Universal atas Kejahatan Perang dalam Hukum Internasional	20
2.3. Unsur-unsur Kejahatan Perang	25
2.3.1. Unsur Kontekstual: Konflik Bersenjata dan <i>Nexus</i>	25
2.3.2. Unsur <i>Actus Reus</i>	29
2.3.3. Unsur <i>Mens Rea</i>	30
2.4. Macam-macam Kejahatan Perang.....	32
2.4.1. <i>Grave Breaches of the Geneva Conventions of 1949</i>	32
2.4.1.1. <i>Wilful Killing</i>	33
2.4.1.2. <i>Torture or inhuman treatment, including biological experiments</i>	33
2.4.1.3. <i>Wilfully causing great suffering or serious injury to body or health</i> ...	33
2.4.1.4. <i>Extensive destruction and appropriation of property, not justified by military necessity and carried out unlawfully and wantonly</i>	34
2.4.1.5. <i>Compelling a prisoner of war or a civilian to serve in the forces of a hostile power</i>	34
2.4.1.6. <i>Wilfully depriving a prisoner of war or a civilian of the rights of fair and regular trial</i>	35
2.4.1.7. <i>Unlawful deportation or transfer or unlawful confinement of a civilian</i>	35
2.4.1.8. <i>Taking civilians as hostages</i>	36
2.4.2. <i>Violations of the Laws or Customs of War</i>	36
2.4.2.1. <i>Employment of poisonous weapons or other weapons calculated to cause unnecessary suffering</i>	36
2.4.2.2. <i>Wanton destruction of cities, towns or villages, or devastation not justified by military necessity</i>	36

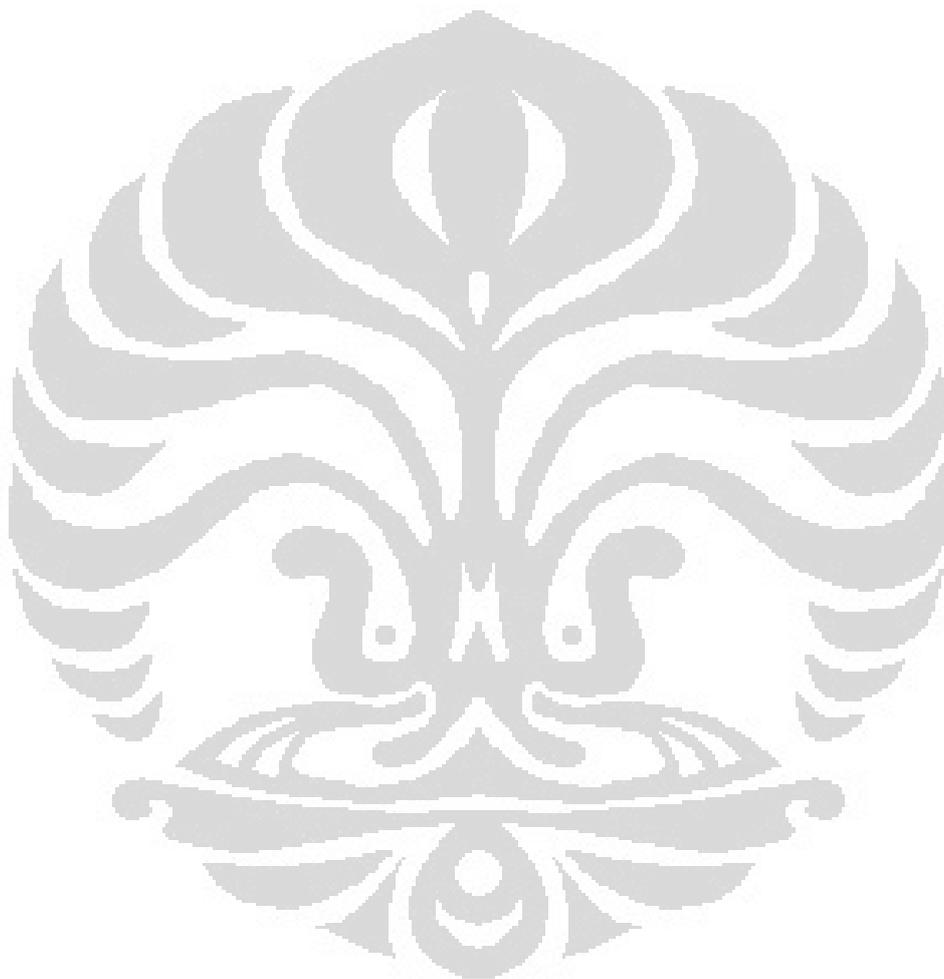
2.4.2.3. <i>Attack, or bombardment, by whatever means, of undefended towns, villages, dwellings, or buildings</i>	37
2.4.2.4. <i>Seizure of, destruction or wilful damage done to institutions dedicated to religion, charity and education, the arts and sciences, historic monuments and works of art and science</i>	37
2.4.2.5. <i>Plunder of public or private property</i>	38
2.5. Kejahatan Perang dan Unsur-unsurnya	38
BAB 3 KEJAHATAN PERANG DALAM KASUS PROSECUTOR v. DUSKO TADIC SERTA IMPLIKASINYA	39
3.1. Latar Belakang Kasus	39
3.2. Kejahatan Perang dalam Kasus <i>Prosecutor v. Tadic</i>	41
3.2.1. Unsur Kontekstual	42
3.2.1.1. Konflik Bersenjata	42
3.2.1.2. <i>Protected Persons</i>	53
3.2.2. Kejadian-kejadian terkait Kejahatan Perang	56
3.2.2.1. Pemerkosaan “F”	56
3.2.2.2. Pembunuhan Emir Karabasic, Jasmin Hrnica, Enver, Alic, dan Fikret Harambasic, Penganiayaan Emir Beganovi, dan Perlakuan Tidak Manusiawi pada “G” dan “H” di Kamp Omarska	57
3.2.2.3. Penganiayaan Sefik Sivac di Kamp Omarska	62
3.2.2.4. Penganiayaan Salih Elezovic, Sejad Sivac, Hakija Elezovic, dan Tahanan Lain yang Tidak Diketahui Namanya di Kamp Omarska	65
3.2.2.5. Penganiayaan Tahanan yang Tidak Diketahui Namanya di Kamp Omarska	67
3.2.2.6. Penganiayaan Hase Ilic dan Tahanan Lain yang Tidak Diketahui Namanya di Kamp Omarska	70
3.2.2.7. Pembunuhan Ekrem Karabasic, Ismet Karabasic, Seido Karabasic dan Redo Foric di Kozarac	74
3.2.2.8. Pembunuhan Sakib Elkasevic, Osme Elkasevic, Alija Javor, Abaz Jaskic, dan Nijaz Jaskic, dan Penganiayaan Meho Kenjar, Adam Jakupovic, Salko Jaskic, Ismet Jaskic, Beido Balic, Sefik Balic, Nijas Elkasevic, dan Ilijas Elkasevic di Area Jaskici dan Sivci	77
3.3. Hukuman Terhadap Dusko Tadic Terkait Kejahatan Perang	82
3.4. Implikasi Putusan Kasus <i>Prosecutor v. Tadic</i> Terhadap Hukum Internasional	83
BAB 4 ANALISIS KEJAHATAN PERANG DALAM KASUS PROSECUTOR V. DUSKO TADIC	85
4.1. Analisis Kejahatan Perang	85
4.1.1. Unsur Kontekstual: Konflik Bersenjata	85
4.1.1.1. Pendapat Marco Sassoli dan Laura M. Olson mengenai keraguan dalam menggunakan standar <i>overall control</i>	86
4.1.1.2. Pendapat ICJ dalam kasus Genosida Bosnia mengenai penggunaan standar <i>effective control</i>	96
4.1.1.3. Pendapat Profesor Antonio Cassese mengenai penggunaan standar <i>overall control</i>	97
4.1.1.4. Perlindungan Hukum dalam Konflik Bersenjata Internasional dan Konflik Bersenjata Internal	101

4.1.1.5. Standar <i>Overall Control</i> untuk menentukan Jenis Konflik dan State Responsibility.....	104
4.1.2. Unsur " <i>Protected Persons</i> " dalam Konvensi Jenewa	105
4.1.3. Unsur-unsur dari " <i>Underlying Offenses</i> "	107
4.1.3.1. <i>Underlying Offenses</i> yang Diatur pada Pasal 3 dari Statuta ICTY	107
4.1.3.2. <i>Inhuman treatment</i>	109
4.1.3.3. <i>Wilfully Causing Great Suffering or Serious Injury to Body and Health</i>	110
4.1.3.4. <i>Wilful Killing dan Murder</i>	112
4.2. Analisis Unsur-unsur Kejahatan Perang	114
BAB 5 PENUTUP	105
5.1. Simpulan	105
DAFTAR PUSTAKA	



DAFTAR LAMPIRAN

Case Information Sheet Prosecutor v. Dusko Tadic



BAB 1

PENDAHULUAN

1.1. Latar Belakang

Manusia dalam sejarahnya telah melakukan tindakan-tindakan kejam terhadap manusia lainnya. Tindakan-tindakan kejam ini menyakiti hati nurani manusia secara keseluruhan dan membuat manusia di dunia bersatu untuk melawannya. Kekejaman yang pernah manusia lakukan di dunia ini beberapa di antaranya adalah Genosida (*Genocide*), Kejahatan terhadap Kemanusiaan (*Crimes Against Humanity*), dan Kejahatan Perang (*War Crimes*).

Kejahatan Perang atau *War Crimes* merupakan sebuah kekejaman yang tidak dapat diterima oleh manusia. Sejarah dunia menunjukkan masa-masa ketika kejahatan perang terjadi. Beberapa diantaranya seperti masa ketika rezim Nazi yang dibawah pimpinan Adolf Hitler dan masa konflik Balkan, ketika Serbia, Kroasia, dan Bosnia menyerang satu sama lain sehingga menimbulkan banyak korban.

Kejahatan perang telah mengejutkan dan menyerang hati nurani manusia dan merupakan pelanggaran terhadap norma paling dasar dalam kemanusiaan. Sebuah norma yang tidak dapat dikesampingkan dan harus ditaati. Oleh sebab itu larangan terhadap kejahatan perang merupakan sebuah hukum memaksa, hukum yang tidak dapat dibantah dan tidak dapat diberikan pengecualian. Hukum seperti ini disebut juga *jus cogens*.¹ *Jus cogens* memaksa negara-negara untuk melindungi norma-norma dasar atau *peremptory norms*.

Tindakan kejahatan perang dilarang dalam lembaga hukum pidana internasional.² Dalam hukum pidana internasional, seseorang dianggap telah

¹ Cherif Bassiouni, *International Crimes Jus Cogens and Obligatio Erga Omnes*, (Durham: Duke University School of Law, 1996), hal.267

² Statuta Roma dari *International Criminal Court*; Statuta dari *International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia*; Statuta dari *International Criminal Tribunal of*

melakukan kejahatan perang apabila ia telah melakukan pelanggaran terhadap konvensi Jenewa 1949 (*Geneva Law*) atau telah melanggar ketentuan hukum dan kebiasaan perang (*Hague Law*). Tentunya semuanya ini dilakukan dalam situasi dan dalam konteks konflik bersenjata.³ Kejahatan perang selalu meliputi pelanggaran serius dari ketentuan internasional, atau dengan kata lain, “merupakan pelanggaran dari ketentuan yang melindungi nilai-nilai penting, dan pelanggaran tersebut harus terkait dengan konsekuensi yang parah terhadap korban-korbannya”.⁴

Pelanggaran terhadap Konvensi Jenewa 1949 atau “*grave breaches of the Geneva Conventions of 12 August 1949*” merupakan pelanggaran yang dilakukan dalam konflik bersenjata internasional karena pada dasarnya Konvensi Jenewa 1949, terlepas dari protokol-protokol tambahannya, dirumuskan untuk konflik antara dua kedaulatan (contoh: negara lawan negara).⁵ Pelanggaran terhadap hukum dan kebiasaan perang (*other serious violations of the laws and customs applicable in international armed conflict, within the established framework of international law*) merupakan pelanggaran yang terjadi dalam situasi konflik bersenjata non-internasional. Hal ini karena sebenarnya hukum dan kebiasaan yang dilanggar ini bersumber pada *Hague Law*, yaitu hukum perang yang ada sebelum dibentuknya Konvensi Jenewa 1949. Ketika Konvensi Jenewa tidak mengatur suatu keadaan (dalam hal ini keadaan konflik bersenjata non-internasional) maka hukum dan kebiasaan perang yang bersumber dari *Hague Law* yang akan digunakan.

Beberapa *grave breaches of the Geneva Conventions of 1949* yang diputus dalam *International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia* adalah sebagai

Rwanda; Statuta dari *International Military Tribunal at Nuremberg*; Statuta dari *International Military Tribunal for the Far East*

³ Antonio Cassese, *International Criminal Law*, (Oxford: Oxford University Press, 2003), hal.47

⁴ *Ibid*

⁵ Keempat Konvensi Jenewa mengatur situasi konflik bersenjata internasional, akan tetapi terdapat beberapa pasal di dalam Konvensi Jenewa yang berlaku dalam situasi konflik bersenjata non-internasional, salah satunya adalah pasal 3 bersama (*common article 3*).

berikut: *wilful killing, torture or inhuman treatment, wilfully causing great suffering or serious injury to body or health, extensive destruction and appropriation of property not justified by military necessity and carried out unlawfully and wantonly, compelling a prisoner of war or a civilian to serve in the forces of a hostile power, wilfully depriving a prisoner of war or a civilian of the rights of fair and regular trial, unlawful deportation or transfer or unlawful confinement of a civilian, dan taking civilians as hostages.*⁶ Sedangkan *violations of the laws or customs of war* meliputi: *torture, rape, cruel treatment, murder, violence to life and person, outrages upon personal dignity, taking of hostages, wanton destruction of cities, towns or villages, or devastation not justified by military necessity, plunder, seizure of, destruction or wilful damage done to institutions dedicated to religion, charity and education, the arts and sciences, historic monuments and works of art and science, unlawful attack on civilians and civilian objects, unlawful confinement of civilians, unlawful labor, slavery, dan terror against civilians population.*⁷

Kejahatan perang selalu dilakukan dalam keadaan konflik bersenjata (*Armed Conflict*). Karakter atau unsur inilah yang membedakan tindak pidana biasa dengan tindak pidana kejahatan perang. Suatu pembunuhan yang dilakukan seseorang terhadap tetangganya hanya karena tetangganya mencuri buah dari pohon miliknya tentunya berbeda dengan pembunuhan massal yang dilakukan dengan cara menghabisi semua persediaan makanan dan air dalam suatu wilayah, dimana cara ini digunakan sebagai sarana pencapaian kemenangan dalam suatu konflik bersenjata. Pembunuhan yang disebutkan pertama tentunya tidak akan bisa mencapai tahap melanggar norma dasar atau *peremptory norm*, dan tidak mungkin menjadi sebuah *jus cogens*. Sedangkan pembunuhan yang disebutkan kedua merupakan pelanggaran terhadap norma dasar dan larangannya merupakan *jus cogens*. Hal ini disebabkan karena karakter dari tindakan tersebut yang

⁶ Statuta dari International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, Psl.2

⁷ *Ibid*, Psl.3

menyakiti nilai-nilai penting dari manusia telah mengejutkan hati nurani manusia dan merupakan ancaman terhadap perdamaian.⁸

Seperti layaknya dalam hukum pidana nasional, hukum pidana internasional membutuhkan bukti bahwa seseorang telah memenuhi semua unsur-unsur kejahatan perang untuk orang tersebut dapat dihukum. Jenis unsur-unsur yang harus dipenuhi adalah seperti berikut:⁹

a. Unsur kontekstual atau *contextual elements*

Unsur kontekstual merupakan unsur yang membedakan kejahatan perang dengan tindak pidana biasa. Unsur jenis ini adalah karakter kejahatan perang yang dilakukan dalam situasi dan dalam konteks konflik bersenjata.¹⁰ Contohnya dapat dilihat dari perbandingan pembunuhan seperti yang diuraikan sebelumnya.

b. Unsur tindakan atau *actus reus*

Actus reus merupakan unsur yang harus dipenuhi melalui tindakan pelaku. Tanpa unsur ini tentunya tindak pidana hanya akan terjadi di dalam pikiran si Pelaku. Seperti misalnya, dalam *war crimes of wilful killing*, seorang pelaku dinyatakan memenuhi *actus reus* ketika ia telah melakukan pembunuhan atau telah menyebabkan kematian dari seseorang.¹¹

c. Unsur mental atau *mens rea*

Mens rea merupakan unsur yang harus dipenuhi melalui keadaan mental pelaku. Secara harafiah artinya adalah akal yang bersalah atau "*guilty mind*".¹² Unsur ini merupakan unsur yang membuat suatu tindakan menjadi jahat. Suatu contoh, penahanan seseorang yang dilakukan dengan keinginan membuat orang

⁸ Cherif Bassiouni, *International Crimes Jus Cogens and Obligatio Erga Omnes*, (Durham: Duke University School of Law, 1996), hal.268-269

⁹ Antonio Cassese, *International Criminal Law*, (Oxford: Oxford University Press, 2003), hal.159

¹⁰ Lihat *Elements of Crimes* dari Statuta Roma ICC, Psl.7

¹¹ Lihat *Ibid*, Psl.7(1)(a)

¹² Lihat William A. Schabas, *Mens Rea and The International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia*, (Middlebury: New England Review, 2003), hal.1

tersebut menderita tentunya tidak bisa disamakan dengan penahanan yang dilakukan dengan keinginan mengamankan orang tersebut berdasarkan hukum, seperti yang terjadi dalam penahanan seorang penjahat di penjara. Terdapat beberapa macam *mens rea* yang biasa dibahas dalam pengadilan internasional, yaitu *intent*, *recklessness*, *negligence*, dan *awareness*. Keempat macam *mens rea* ini memiliki strata yang berbeda-beda.¹³

Salah satu kasus terkenal dalam hukum pidana internasional yang membahas tentang kejahatan perang adalah kasus *Prosecutor v. Dusko Tadic*. Kasus ini telah menjadi referensi banyak ahli dan pengamat hukum, dan juga menjadi referensi bagi kasus lainnya, dari *International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia (ICTY)*, *International Criminal Tribunal of Rwanda (ICTR)*, hingga *International Criminal Court (ICC)*.

Penulis memilih untuk membahas kasus *Prosecutor v. Dusko Tadic* karena banyaknya fakta-fakta menarik dalam pertimbangan hakim ketika memutus kasus tersebut. Pertimbangan hakim ini, termasuk perdebatan di dalamnya, dapat memberikan pandangan lebih luas kepada kita.

Dusko Tadic adalah Ketua dari *Local Board of the Democratic Party (SDS)* di kota kelahirannya, Kozarac, Bosnia-Herzegovina. Dini hari, pada tanggal 30 April 1992 SDS, dengan bantuan polisi dan militer, ia mengambil alih kota Prijedor tanpa menumpahkan darah dan mengubah nama kota Prijedor menjadi “Srpska opština Prijedor” (Daerah Serb dari Prijedor). Pada tanggal 24 May 1992, kota Kozarac diserang. Serangan ini meliputi bombardir artileri dan serangan darat oleh brigade pasukan. Serangan ini membunuh 800 penduduk sipil dari 4000 orang populasi. Ketika kota Kozarac sudah dikuasai, banyak penduduk sipil yang dipukul, dirampok, dan dibunuh oleh pasukan militer dan paramiliter Bosnian Serb.

Dusko Tadic berpartisipasi dalam serangan di kota Kozarac. Ia berpartisipasi dalam pengumpulan dan pemindahan paksa penduduk sipil, yang

¹³ Lihat Antonio Cassese, *International Criminal Law*, (Oxford: Oxford University Press, 2003), hal.159

mana banyak dari penduduk sipil tersebut mati tertembak oleh pasukan Bosnian Serb. Dusko Tadic juga berpartisipasi dalam pembunuhan lima orang di desa Jaskici, dekat daerah Prijedor.¹⁴

Prosecutor v. Dusko Tadic ini merupakan sebuah kasus yang signifikan dalam perkembangan hukum pidana internasional (dan hukum humaniter internasional). Hal ini telah diakui oleh banyak ahli hukum di bidang hukum pidana internasional.¹⁵

Dalam skripsi ini akan dibahas mengenai aspek kejahatan perang dalam kasus *Prosecutor v. Dusko Tadic* beserta unsur-unsurnya secara komprehensif. Pembahasan akan dilakukan secara mendalam bagian per bagian agar dapat dicapai pemahaman yang komprehensif dari setiap bagiannya.

Dengan dasar pemikiran di atas, maka penulis menulis skripsi berjudul: “ANALISA KEJAHATAN PERANG DAN UNSUR-UNSURNYA DALAM KASUS PROSECUTOR V. DUSKO TADIC”. Skripsi ini membahas mengenai konsep kejahatan perang dalam hukum pidana internasional dan penerapannya dalam kasus *Prosecutor v. Dusko Tadic* yang diputus oleh *International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia* (selanjutnya disebut “ICTY”). Skripsi ini ditulis bukan dengan maksud menghakimi tindakan manusia atau merendahkan manusia itu sendiri. Seperti yang dinyatakan oleh Spinoza,¹⁶ apa yang akan

¹⁴ ICTY, Case Information Sheet, *Prosecutor v. Dusko Tadic*, IT-94-1

¹⁵ Dorothea Beane, *After The Dusko Tadic War Crimes Trial: A Commentary On The Applicability Of The Grave Breaches Provisions Of The 1949 Geneva Conventions*, (Newark: Stetson Law Review, 1997), hal.590; *Prosecutor V Tadic: Legitimizing The Establishment Of The International Criminal Tribunal For The Former Yugoslavia*, (Maine Law Review), hal.578

¹⁶ *Sedulo curavi, humanas actions non ridere, non lugere, neque detestari, sed intelligere: atque adeo humanos affectus, ut sunt amor, odium, ira, invidia, gloria, misericordia, et reliquae animi commotiones, non ut humanae naturae vitia, sed ut proprietates contemplatus sum, quae ad ipsam ita pertinent, ut ad naturam aëris aestus, frigus, tempestas, tonitru, et alia hujusmodi, quae, tametsi incommoda sunt, necessaria tamen sunt, certasque habent causas, per quas eorum naturam intelligere conamur, et Mens eorum vera contemplatione aequae gaudet, ac earum rerum cognitione, quae sensibus gratae sunt.* (I sedulously endeavored neither to deride nor to pity nor to loathe human actions, but only to understand them. Thus I have regarded human passions – such as love, hatred, wrath, envy, glory, mercy, and other commotions of human soul – not as vices of human nature, but as qualities that pertain to it, just as warm, cold, tempest, thunder, and similar phenomena pertain to weather. Even when they are uncomfortable they are nevertheless necessary. They are grounded on specific causes. Through these causes we try to understand their nature.

dibahas dalam skripsi ini adalah bagaimana hukum melihat tindakan dari seseorang. Bukan merendahkan atau menghakimi manusia tetapi memahami tindakan-tindakannya. Berbagai bahan penelitian akan penulis gunakan dalam menulis dengan tujuan memberikan informasi dan pemahaman mengenai konsep kejahatan perang, dan pengertian lebih baik mengenai kejahatan perang dalam kasus *Prosecutor v. Dusko Tadic*.

1.2. Pokok Permasalahan

1. Bagaimanakah kejahatan perang dan unsur-unsurnya dalam hukum internasional?
2. Bagaimanakah kejahatan perang serta implikasinya dalam kasus *Prosecutor v. Dusko Tadic*?
3. Bagaimakah analisis kejahatan perang dalam kasus *Prosecutor v. Dusko Tadic*?

1.3. Tujuan Penelitian

Setelah melihat latar belakang dan pokok permasalahan di atas, maka pembahasan dalam skripsi ini bertujuan untuk:

1. Memiliki pemahaman lebih mendalam mengenai konsep kejahatan perang dalam hukum pidana internasional;
2. Memiliki pemahaman lebih mendalam mengenai kasus *Prosecutor v. Dusko Tadic*; dan
3. Memahami implikasi dari kasus *Prosecutor v. Dusko Tadic* pada hukum pidana internasional.

And our mind draws from their true apprehension and understanding as much pleasure as from what is agreeable to our senses), Spinoza, *Tractatus Politicus*, 1677

1.4. Kerangka Konsepsional

Kerangka konsepsional merupakan kerangka yang menggambarkan hubungan antara konsep-konsep khusus yang akan diteliti.¹⁷ Berikut ini adalah beberapa definisi operasional yang digunakan dalam penelitian ini:

1. Hukum Pidana Internasional

Hukum Pidana Internasional adalah sebuah lembaga peraturan internasional yang didesain untuk melarang tindak pidana internasional dan memaksa negara-negara untuk mengadili dan setidaknya menghukum sebagian dari tindak pidana tersebut. Hukum pidana internasional juga mengatur mengenai pemidanaan untuk mengadili orang yang didakwa atas tindak pidana internasional. Bagian pertama dari hukum ini terdiri dari hukum substantif. Bagian ini adalah seperangkat peraturan yang mengindikasikan tindakan apa yang termasuk dalam tindak pidana internasional, unsur-unsur subjektif yang dibutuhkan tindakan tersebut untuk menjadi dilarang, dan situasi-situasi dimana terdakwa tersebut dapat dianggap tidak bertanggung jawab, dan juga dalam keadaan apa sebuah negara boleh atau harus mengadili terdakwa tindak pidana internasional. Bagian kedua adalah bagian yang merupakan seperangkat peraturan yang mengatur mengenai prosedur pemidanaan, yaitu hukum acara pidana. Bagian ini mengatur tindakan pemidana dan tahap-tahap pengadilan internasional.¹⁸

2. War Crimes atau Kejahatan Perang

Dalam skripsi ini yang dimaksud dengan kejahatan perang meliputi *grave breaches of the Geneva Conventions of 1949* dan *violations of the laws or customs*

¹⁷ Soerjono Soekanto, *Pengantar Penelitian Hukum*, (Jakarta: UI Press, 1996), hal.132.

¹⁸ Antonio Cassese, *International Criminal Law*, (Oxford: Oxford University Press, 2003), hal. 15

of war.¹⁹ Hal ini mengikuti Pasal 2 dan 3 dari Statuta *The International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia* (ICTY).

3. ICTY

The International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia atau Pengadilan Internasional untuk Bekas Yugoslavia merupakan pengadilan hukum yang didirikan oleh Persatuan Bangsa-bangsa melalui Dewan Keamanannya berdasarkan kewenangan dalam Bab VII dari piagam PBB. ICTY dibentuk sebagai respon dari kekejaman massal yang terjadi di Kroasia dan Bosnia dan Herzegovina. ICTY berurusan dengan kejahatan perang yang terjadi selama perang Balkan pada tahun 1990-an. Semenjak didirikan pada tahun 1993, ICTY telah mengubah bentuk hukum pidana internasional dan telah memberikan tempat bagi para korban dari perang Balkan untuk menyatakan ketakutan yang mereka alami.²⁰

1.5. Metode Penelitian

Metode penelitian yang digunakan dalam penelitian ini adalah metode penelitian yuridis normatif yang bersumber dari studi kepustakaan.²¹ Yuridis normatif berarti penelitian yang mengacu pada norma hukum yang terdapat dalam peraturan perundang-undangan dan keputusan pengadilan beserta norma-norma yang berlaku dan mengikat masyarakat.²² Tipe penelitian yang digunakan dalam penelitian ini adalah tipe penelitian deskriptif karena dimaksudkan untuk

¹⁹ Statuta dari *International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia*, Psl.2 dan 3

²⁰ "About the ICTY", <http://icty.org/sections/AbouttheICTY>, 2 April 2012 pukul 19.25 WIB.

²¹ Soerjono Soekanto dan Sri Mamudji, *Penelitian Hukum Normatif (Suatu Tinjauan Singkat)*, Cet. 8, (Jakarta: PT Raja Grafindo Persada, 2004), hal. 29

²² Sri Mamudji, et.al., *Metode Penelitian dan Penulisan Hukum*, (Jakarta: Badan Penerbit Fakultas Hukum Universitas Indonesia, 2005), hal.9-10

memberikan data yang seteliti mungkin tentang manusia, keadaan, atau gejala lainnya.²³

Jenis data yang digunakan dalam makalah ini adalah jenis data sekunder. Jenis data sekunder adalah data yang tidak diperoleh langsung dari lapangan melainkan diperoleh langsung dari studi kepustakaan atau studi literatur.²⁴

Pengumpulan data dalam penulisan skripsi ini dilakukan dengan menggunakan metode studi dokumen dan bahan pustaka hukum primer:

1. bahan hukum primer, yaitu bahan-bahan yang mempunyai kekuatan mengikat, antara lain berupa hukum tertulis seperti konvensi dan perjanjian internasional serta putusan pengadilan. Perjanjian internasional yang akan penulis gunakan antara lain adalah statuta-statuta pengadilan pidana internasional, Konvensi Jenewa, dan putusan-putusan pengadilan pidana internasional.
2. bahan hukum sekunder, adalah bahan-bahan yang memberikan penjelasan mengenai bahan hukum primer. Untuk menjelaskan bahan hukum primer tersebut digunakan bahan hukum sekunder berupa buku-buku, skripsi, tesis, dan artikel-artikel dari surat kabar, dan internet.²⁵ Beberapa contoh bahan yang akan penulis gunakan adalah buku *International Criminal Law* yang ditulis oleh Profesor Antonio Cassese,²⁶ dan buku *An Introduction to International Criminal Law and Procedure* yang ditulis oleh Robert Cryer.²⁷

²³ Soerjono Soekanto dan Sri Mamudji, *Penelitian Hukum Normatif (Suatu Tinjauan Singkat)*, Cet. 8, (Jakarta: PT Raja Grafindo Persada, 2004), hal. 34

²⁴ *Ibid*, hal. 28

²⁵ *Ibid*, hal. 52.

²⁶ Antonio Cassese, *International Criminal Law*, (Oxford: Oxford University Press, 2003)

²⁷ Robert Cryer, *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, (Cambridge: Cambridge University Press, 2010)

3. bahan hukum tersier, yaitu petunjuk terhadap bahan hukum primer dan sekunder seperti kamus dan ensiklopedia.²⁸ Salah satu kamus yang akan penulis gunakan adalah Oxford English Dictionary.²⁹

1.6. Sistematika Penulisan

Penulisan ini terdiri dari lima bab. Bab pertama akan dimulai dengan pendahuluan. Bab ini dimulai dari latar belakang, yang terdiri dari: latar belakang, pokok permasalahan, tujuan penelitian, kerangka konseptual, metode penelitian, dan sistematika penulisan.

Bab yang kedua membahas mengenai perumusan kejahatan perang dan unsur-unsurnya dalam hukum pidana internasional. Bab ini terdiri dari: kejahatan perang, perkembangannya, dan kaitannya dengan *Geneva Law* dan *Hague Law*, lalu akan dilanjutkan dengan unsur-unsur kejahatan perang, yaitu unsur kontekstual, *actus reus*, dan *mens rea*, lalu ditutup dengan macam-macam kejahatan perang.

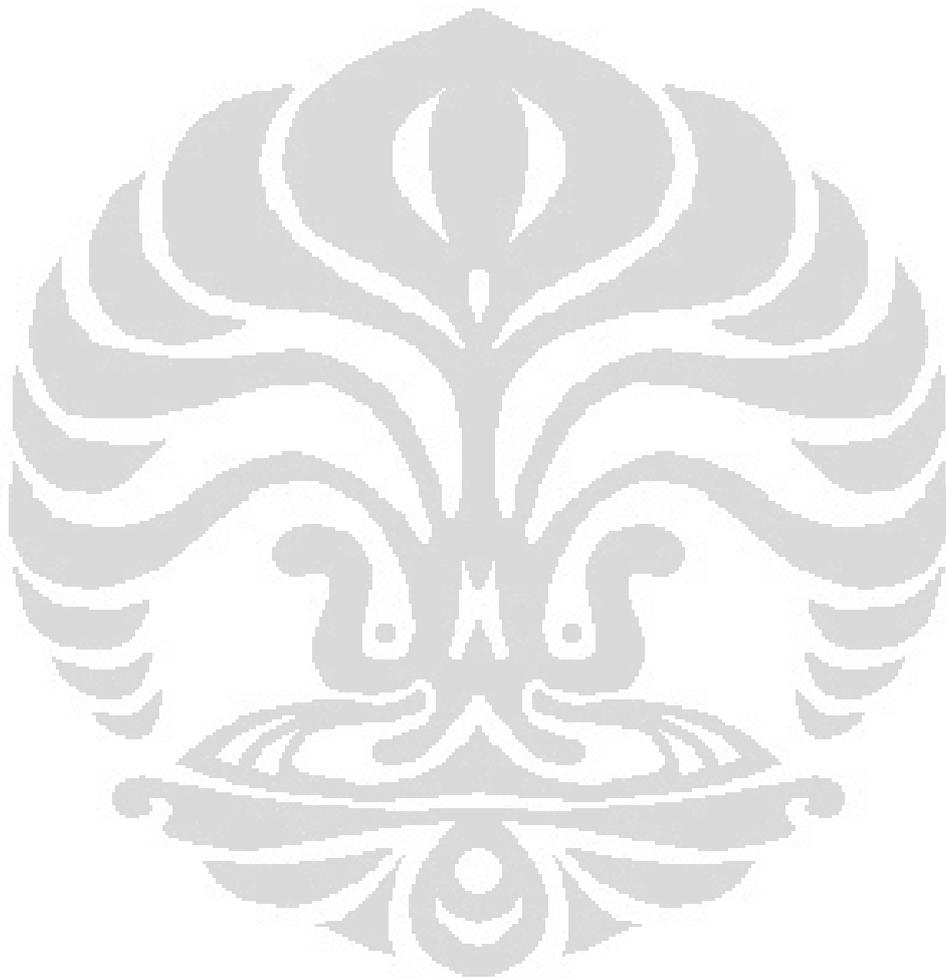
Bab yang ketiga membahas mengenai kasus posisi dan putusan kasus *Prosecutor v. Dusko Tadic* serta implikasinya pada hukum pidana internasional. Bab ini terdiri dari kasus posisi yang membahas mengenai *indictments* terkait kejahatan perang, fakta-fakta, putusan, dan pertimbangan hakim dalam *Trial Chamber 7 Mei 1997*, *Appeal Chamber 15 Juli 1999*, dan *Trial Chamber 11 November 1999*, setelah itu akan dilanjutkan dengan pembahasan implikasi putusan kasus terhadap hukum internasional.

Bab yang keempat membahas mengenai penerapan analisa kasus *Prosecutor v. Dusko Tadic*. Bab ini terdiri dari analisa *indictments*, analisa terhadap kejahatan perang dalam kasus, dan analisa Dusko Tadic sebagai pelaku kejahatan perang

²⁸ Soerjono Soekanto dan Sri Mamudji, *Penelitian Hukum Normatif (Suatu Tinjauan Singkat)*, Cet. 8, (Jakarta: PT Raja Grafindo Persada, 2004), hal. 33.

²⁹ Oxford English Dictionary telah dipergunakan beberapa kali untuk mencari arti sebuah kata dalam ICTY, contohnya seperti yang dilakukan Trial Chamber ICTY dalam kasus Celebici di paragraf 433 dan paragraf 510

Bab yang kelima dan yang terakhir merupakan bab penutup. Bab ini terdiri dari simpulan, dan saran.



BAB 2

KEJAHATAN PERANG DAN UNSUR-UNSURNYA DALAM HUKUM INTERNASIONAL

2.1. **Kejahatan Perang, Perkembangannya, dan Kaitannya dengan *Geneva Law* dan *Hague Law***

2.1.1. **Konsep Kejahatan Perang**

Kejahatan perang adalah pelanggaran terhadap hukum internasional dalam konflik bersenjata yang dianggap sangat serius sehingga tidak hanya menuntut tanggung jawab negara tetapi juga tanggung jawab pidana individu. Kejahatan perang tidak seperti kejahatan terhadap kemanusiaan. Tidak ada keharusan bagi kejahatan perang untuk dilakukan dalam konteks meluas, masif, atau pidana yang sistematis.¹ Kejahatan perang juga berbeda dari kejahatan genosida, karena tidak perlu adanya unsur keinginan untuk menghancurkan suatu kelompok secara keseluruhan atau sebagian.² Kejahatan perang dapat terjadi hanya dengan satu kejadian yang terisolasi selama kejadian tersebut terjadi dalam konteks konflik bersenjata.³

Kejahatan perang dapat dilakukan oleh anggota militer⁴ terhadap anggota militer musuh atau penduduk sipil musuh, atau, oleh penduduk sipil terhadap anggota militer musuh atau penduduk sipil musuh. Akan tetapi, kejahatan yang dilakukan oleh anggota militer, terhadap anggota militernya sendiri (anggota militer yang berada dalam satu pihak), apapun kewarganegaraannya, tidak

¹ Patricia M. Wald, *Genocide and Crimes Against Humanity*, (Washington D.C.: Washington University Global Studies Law Review, 2007), hal.623

² *Ibid*

³ Gideon Boas, James L. Bischoff, dan Natalie L. Reid, *Elements of Crimes Under International Law*, (Cambridge: Cambridge University Press, 2008), hal.215

⁴ Dalam hal ini, anggota militer yang dimaksud meliputi semua individu yang berpartisipasi dalam konflik bersenjata

merupakan kejahatan perang. Hal ini dinyatakan dalam kasus *Pilz*⁵ dalam *Dutch Special Court of Cassation* sebagaimana dinyatakan juga dalam *Motosuke*⁶ oleh *Temporary Court Martial of Netherlands East Indies*, di Amboina.⁷ Kejahatan yang dilakukan oleh anggota militer terhadap anggota militernya sendiri, walaupun bukan merupakan kejahatan internasional, tetap diatur di bawah lembaga hukum militer oleh pihak terkait.⁸

Seperti layaknya kejahatan genosida dan kejahatan terhadap kemanusiaan, kejahatan perang juga memiliki unsur-unsur. Unsur-unsur tersebut adalah unsur kontekstual, unsur *actus reus*, dan *mens rea*.⁹ Kejahatan perang meliputi macam-macam tindakan yang dilakukan dalam konflik bersenjata. Macam-macam tindakan ini terbagi menjadi dua, yaitu *grave breaches of the Geneva Conventions of 1949* dan *violations of the laws or customs of war*. *Grave breaches of the Geneva Conventions of 1949* terdiri dari: (1) *wilful killing*; (2) *torture or inhuman treatment, including biological experiments*; (3) *wilfully causing great suffering*

⁵ Dalam kasus ini, seorang Belanda di negeri Belanda yang sedang dikuasai, terjebak dalam wajib militer Jerman. Saat ia mencoba melarikan diri dari kesatuannya, ia ditembak dan terluka. Pilz, seorang dokter Jerman yang melayani tentara Jerman dengan pangkat *Hauptsturmfuhrer*, memerintahkan penahanan bantuan medis atau bantuan lain yang diberikan oleh seorang dokter dan rumah sakit, terkait dengan 'penyalahgunaan otoritasnya sebagai superior' Pilz telah memerintahkan atau menginstruksikan bawahannya untuk membunuh orang terluka tersebut dengan sarana senjata api. Hal ini berakibat pada kematian orang Belanda tersebut. Pengadilan memutuskan bahwa tindakan ini bukanlah sebuah kejahatan perang karena orang yang dilukai adalah bagian dari pasukan yang menguasai wilayah tersebut dan kewarganegaraan orang ini tidak relevan. Hal ini dikarenakan, berdasarkan hukum, ketika orang tersebut terdaftar menjadi anggota militer, ia telah meletakkan dirinya di bawah hukum pasukan tersebut. Akibat dari tindakan tersebut, kejahatan yang terjadi padanya merupakan sesuatu yang berada di bawah pengaturan hukum internal Jerman.

⁶ Motosuke, seorang perwira Jepang, telah dituntut, antara lain, telah memerintahkan pengeksekusian dengan penembakan seorang kewarganegaraan Belanda bernama Barends, yang, selama pendudukan wilayah Ceram oleh pasukan bersenjata Jepang, telah bergabung dengan Gunkes, sekelompok pejuang relawan yang terbentuk dari mayoritas orang pribumi Indonesiayang melayani tentara Jepang. Pengadilan memutuskan bahwa dengan bergabung dengan pasukan Jepang, Barends telah kehilangan kewarganegaraannya. Pembunuhannya oleh pasukan Jepang bukanlah sebuah kejahatan perang.

⁷ Amboina, Moluccas, sekarang dikenal dengan Ambon, Maluku.

⁸ Antonio Cassese, *International Criminal Law*, (Oxford: Oxford University Press, 2003), hal.48

⁹ Knut Dormann, *Elements of Crimes under the Rome Statute of the International Criminal Court*, (Cambridge: Cambridge University Press, 2003), hal.10

*or serious injury to body or health; (4) extensive destruction and appropriation of property, not justified by military necessity and carried out unlawfully and wantonly; (5) compelling a prisoner of war or a civilian to serve in the forces of a hostile power; (6) wilfully depriving a prisoner of war or a civilian of the rights of fair and regular trial; (7) unlawful deportation or transfer or unlawful confinement of a civilian; (8) taking civilians as hostages.*¹⁰ *Violations of the laws or customs of war terdiri dari: (1) employment of poisonous weapons or other weapons calculated to cause unnecessary suffering; (2) wanton destruction of cities, towns or villages, or devastation not justified by military necessity; (3) attack, or bombardment, by whatever means, of undefended towns, villages, dwellings, or buildings; (4) seizure of, destruction or wilful damage done to institutions dedicated to religion, charity and education, the arts and sciences, historic monuments and works of art and science; (5) plunder of public or private property.*¹¹

Dengan demikian dapat disimpulkan bahwa kejahatan perang terbentuk dari unsur *actus reus*, *mens rea*, dan unsur kontekstual. Unsur kontekstual ini adalah keadaan konflik bersenjata, suatu unsur yang membedakan kejahatan perang dengan kejahatan lainnya. Kejahatan perang hanya dapat dilakukan kepada anggota militer musuh. Kejahatan perang juga memiliki berbagai macam bentuk perbuatannya seperti yang disebutkan di atas.

¹⁰ Statuta dari *International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia*, Psl.2; Alasan dibalik pemilihan sumber ini adalah karena pada dasarnya bab 2 dalam skripsi ini dibentuk sebagai bab yang menjabarkan dasar hukum yang akan digunakan untuk analisa kasus *Prosecutor v. Dusko Tadic* pada bab 4 nanti. Kasus *Prosecutor v. Dusko Tadic* diadili dalam ICTY. Atas dasar ini, sumber yang dipakai adalah statuta dari ICTY.

¹¹ Statuta dari *International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia*, Psl.3

2.1.2. Perkembangan Kejahatan Perang

Kejahatan perang dalam hukum internasional telah berkembang sejak lama sekali dan perkembangan tersebut meluas di dunia.¹² Professor Leslie C. Green, seorang ahli ilmu politik dan hukum dari Alberta, menyatakan bahwa dalam Kitab Suci Perjanjian Lama, Tuhan telah meletakkan aturan-aturan dalam perang, termasuk perlindungan terhadap perempuan dan anak-anak, perlindungan terhadap tahanan perang (*prisoners of war*) dan prinsip kehati-hatian terhadap penghancuran tumbuhan dan hewan dalam wilayah musuh kecuali dapat dibenarkan dengan prinsip kepentingan militer.¹³

Dalam abad keenam Sebelum Masehi, Sun Tzu, seorang ahli perang yang sangat terkenal dari Cina, memperbincangkan mengenai larangan-larangan bagi pemimpin dan panglima perang dalam berperang, termasuk perlindungan terhadap tahanan perang.¹⁴ Ketika pasukan melarikan diri, tidak patuh, ada dalam keadaan bahaya, ada dalam keadaan tak teratur, hal-hal ini adalah kesalahan dari pemimpin pasukan. Hal-hal ini tidak bisa disangkutpautkan dengan bencana alam atau sebab lainnya.¹⁵

Christopher Greenwood, seorang professor di bidang hukum internasional, dan juga banyak ahli hukum lainnya,¹⁶ menunjukkan banyak contoh-contoh yang lama mengenai aturan-aturan dalam berperang dan pengecaman tindakan-tindakan, yang dalam hukum humaniter internasional modern dikenal sebagai kejahatan perang. Salah satu contoh yang dikemukakan adalah Sumer, suatu

¹² Leslie C. Green, 'International Regulation of Armed Conflicts' dalam buku *International Criminal Law*, 1999, hal.355; Greenwood, 'Historical Development and Legal Basis', dalam *The Handbook of Humanitarian Law in Armed Conflicts*, 1995

¹³ *Ibid*, hal. 356; Howard S. Levie, *Terrorism in War: The Law of War Crimes*, 1993, hal.9

¹⁴ Sun Tzu, *The Art of War*

¹⁵ *Ibid*, hal.125; William H. Parks, *Command Responsibility or War Crimes*, (Military Law Review, 1973), hal.3; Elies van Sliedregt, *The Criminal responsibility of Individuals for Violations of International Humanitarian Law*, (2003), hal. 119; Leslie C. Green, 'International Regulation of Armed Conflicts' dalam buku *International Criminal Law*, 1999, hal. 356

¹⁶ Seperti Lea Brilmayer, Geoffrey Chepiga, Hiram Abtahi, dan Nasir Ahmed Al Samaraie

peradaban di daerah yang sekarang dikenal sebagai Iraq Tenggara, dimana terdapat bukti-bukti yang menyatakan bahwa pada zaman itu berperang bukanlah suatu hal yang tidak ada aturannya. Peradaban Sumer terbukti mengatur mengenai imunitas dari negosiator musuh.¹⁷

Contoh lainnya, Kitab Undang-undang Hammurabi, yang dipakai dari tahun 1728 hingga 1686 Sebelum Masehi. Kitab undang-undang ini mengatur mengenai perlindungan terhadap yang lemah atas tekanan dari yang kuat, pelepasan tahanan dengan tebusan, dan katalog hukuman yang dimaksudkan untuk memperbaiki prasangka korban dan masyarakat.¹⁸

Beberapa contoh lain adalah sebagai berikut. Hukum dari peradaban Hittites mengatur mengenai perlindungan bagi penduduk kota musuh yang telah menyerah.¹⁹ Dalam abad keenam, *Cyrus the Great* dari Persia mengatur mengenai perlakuan pasukan musuh seperti pasukan sendiri. Pernyataan Cyrus terbagi dalam tiga bagian: dua bagian yang pertama menjelaskan mengenai mengapa Cyrus menguasai Babylon, sedangkan bagian yang ketiga merupakan penguraian kenyataan tentang apa yang ia lakukan dalam menguasai Babylon. Bagian ini mengungkapkan beberapa prinsip utama yang luar biasa dalam hukum humaniter internasional dewasa ini, termasuk kebebasan berpikir (*freedom of thought*), hati nurani, agama, dan perlindungan penduduk sipil dan harta benda.²⁰ Hukum Manu, sebuah karya penting dalam hukum Hindu tua, yang mengatur mengenai pelarangan pembunuhan musuh yang menyerah yang sudah tidak memiliki kemampuan untuk berperang, pelarangan penggunaan senjata yang tidak beradab (seperti racun dan panah api), dan memberikan perlindungan terhadap harta benda

¹⁷ Christopher Greenwood, 'Historical Development and Legal Basis', dalam buku, *The Handbook of Humanitarian Law in Armed Conflicts* (1995)

¹⁸ *Ibid*

¹⁹ *Ibid*, Peradaban Hittites adalah peradaban tua yang mendirikan kerajaan yang berpusat di Hattusa di daerah Utara Tengah Anatolia sejak abad ke-18 Sebelum Masehi

²⁰ Abtahi, 'Reflections on the Ambiguous Universality of Human Rights: Cyrus the Great's Proclamation as a Challenge to the Athenian Democracy's Perceived Monopoly on Human Rights', dalam buku *The Dynamics of International Criminal Justice: Essays in Honour of Sir Richard May*, (2005); Tristram Gilbertson, *War Crimes*, (Victoria: Victoria University Wellington Law Review, 1995), hal.317-318

musuh dan tahanan perang.²¹ *Alexander the Great*, dalam perangnya melawan Persia, menuntut bangsa Yunani untuk menghormati nyawa dan harga diri dari korban perang, menghormati tempat-tempat pemujaan, imam atau pendeta, utusan, diplomat, dan pertukaran tahanan perang.²² Bangsa Roma memiliki hukum yang menuntut penghormatan hak untuk hidup tahanan perang.²³

2.1.3. *Geneva Law dan Hague Law*

Kejahatan perang yang dikenal dalam ICTY,²⁴ ICTR,²⁵ dan ICC,²⁶ serta hukum humaniter secara keseluruhan mempunyai dua sumber, yaitu Konvensi Jenewa 1949 dan peraturan yang terdapat dalam Konvensi Hague IV tahun 1907.²⁷ Kedua sumber ini lebih dikenal dengan sumber '*Geneva Law*' dan '*Hague Law*'.

Sumber dari *Geneva Law* tentunya adalah keempat Konvensi Jenewa.²⁸ Pada dasarnya pelanggaran terhadap *Geneva Law* adalah sebuah pelanggaran terhadap suatu perjanjian internasional.²⁹ Dengan dasar pemahaman ini, pelanggaran terhadap *Geneva Law* tentunya hanya dapat terjadi apabila

²¹ Dikenal juga dengan Manusmrti, Manusmruti, atau Manava-Dharmasastra, sebuah karya Sansekerta yang sangat penting dalam Agama Hindu; Patrick Olivelle, *The Law Code of Manu*, (Oxford: Oxford University Press, 2004)

²² David J. Lonsdale, *Alexander the Great: Lessons in Strategy*, (New York: Routledge, 2007)

²³ Christopher Greenwood, 'Historical Development and Legal Basis', dalam buku, *The Handbook of Humanitarian Law in Armed Conflicts* (1995)

²⁴ Statuta dari *International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia*, Psl.2 dan 3

²⁵ Statuta dari *International Criminal Tribunal of Rwanda*, Psl.2 dan 3

²⁶ Statuta dari *International Criminal Court*, Psl.8

²⁷ William Schabas, Introduction to ICC, pg. 122

²⁸ American Red Cross, *International Humanitarian Law and the Geneva Conventions*, (Washington D.C.: The American National Red Cross, 2001), Hal.23

²⁹ International Committee of Red Cross, *International Review of Red Cross*, Volume 91, Nomor 875, September 2009, Hal.623

pelanggaran dilakukan terhadap orang atau benda yang ada di bawah perlindungan perjanjian, hanya orang atau benda yang terdapat di bawah perlindungan Konvensi Jenewa. Oleh karena itu salah satu unsur dari pelanggaran terhadap *Geneva Law* adalah pelanggaran terhadap orang atau benda yang dilindungi di bawah Konvensi Jenewa (*persons protected under the Geneva Conventions*).³⁰ Orang atau benda yang dilindungi dalam Konvensi Jenewa pertama hingga yang ketiga adalah orang dan benda yang terkait dengan pasukan bersenjata dari pihak dalam konflik bersenjata internasional yang tidak lagi berpartisipasi karena sedang luka-luka atau berada di bawah penahanan.³¹ Sedangkan terkait dengan Konvensi Jenewa keempat, orang yang berada di bawah perlindungan konvensi ini adalah penduduk sipil dan penduduk sipil ini harus berada di bawah penguasaan pihak dari konflik atau kekuasaan yang berkedudukan yang bukan merupakan negara kewarganegaraan penduduk sipil tersebut.³² Seperti yang terlihat dari isi Konvensi Jenewa, *Geneva law* berfokus untuk melindungi penduduk sipil dan orang-orang lain yang bukan merupakan anggota aktif dari pasukan bersenjata yang berkonflik.³³

Berbeda dengan *Geneva Law*, *Hague Law* melindungi anggota yang masih berpartisipasi aktif dalam konflik bersenjata. *Hague Law* mengatur sarana dan metode perang secara spesifik dengan maksud mengurangi penderitaan dan kehancuran yang tidak perlu.³⁴ Salah satu pengaturan yang diketahui secara luas dalam *Hague Law* adalah penolakan terhadap ketidakterbatasan hak dari pemberontak untuk mengambil sarana untuk menyerang musuh. Kini pengaturan dari *Hague Law* sudah diterima sebagai hukum kebiasaan.³⁵

³⁰ William Schabas, Introduction to ICC, pg. 121

³¹ Konvensi Jenewa 1-3, 1949

³² Konvensi Jenewa 4, 1949, Psl.4

³³ Robert Cryer, *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, (Cambridge: Cambridge University Press, 2010), hal.268

³⁴ International Committee of Red Cross, *International Review of Red Cross*, Volume 91, Nomor 875, September 2009, Hal.619

³⁵ Robert Cryer, *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, (Cambridge: Cambridge University Press, 2010), hal.268

Protokol Tambahan I, yang diadopsi dalam Konferensi Diplomatik 1974-1977, mempertemukan *Geneva Law* dan *Hague Law*.³⁶ Dalam masa-masa sekarang ini semua hal yang terkait dengan hukum humaniter selalu mencakup *Geneva Law* dan *Hague Law*, yang sudah menjadi sebuah bagian yang tak terpisahkan dari hukum humaniter internasional modern.³⁷ Salah satu contoh yang paling terlihat adalah Pasal 41 Protokol Tambahan I yang bukan tanpa disengaja mengulang Konvensi Jenewa ketiga.³⁸

2.2. Yuridiksi Universal atas Kejahatan Perang dalam Hukum Internasional

Kejahatan perang adalah salah satu kejahatan internasional yang diakui sebagai *jus cogens*, atau hukum yang memaksa.³⁹ Status *jus cogens* dari kejahatan perang memiliki implikasi berupa *obligatio erga omnes*.⁴⁰ *Obligatio erga omnes* merupakan suatu kewajiban bagi semua negara untuk mengadili pelanggaran terhadap, dalam hal ini, kejahatan perang.⁴¹ *Erga omnes* merupakan bahasa latin yang secara harafiah berarti “*in relation to all*”.⁴² Kejahatan perang, karena berstatus *jus cogens* dan menimbulkan *obligatio erga omnes*, memberikan setiap

³⁶ Frits Kalshoven dan Liesbeth Zegveld, *Constraints On the Waging of War*, (Geneva: ICRC, 2001), hal.34

³⁷ François Bugnion, *Law of Geneva and Law of the Hague*, (International Review of the Red Cross, 2001)

³⁸ Knut Dormann, *Elements of Crimes under the Rome Statute of the International Criminal Court*, (Cambridge: Cambridge University Press, 2003), hal.191

³⁹ M. Cherif Bassiouni, *International Crimes: Jus Cogens And Obligatio Erga Omnes*, (59 Law & Contemp. Probs. 63, 1996

⁴⁰ *Ibid*

⁴¹ Bartram S. Brown, *The Evolving Concept of Universal Jurisdiction*, (New England Review), hal.392

⁴² *Ibid*

negara di dunia hak untuk mengadili pelaku kejahatan perang ini.⁴³ Dari sini terbentuklah asas universalitas terhadap kejahatan perang.

Terdapat beberapa alasan yang mendukung berlakunya asas universalitas:⁴⁴

a. Kegagalan dari negara tempat kejahatan perang tersebut untuk menindak

Terdapat banyak alasan kenapa sebuah negara gagal untuk menindak suatu kejahatan perang. Seringkali sebuah negara belum mempunyai hukum yang mengatur kejahatan perang tersebut. Dengan alasan ini, sekalipun memiliki kemauan bertindak, negara tersebut tidak dapat melakukannya. Kasus lain dapat terjadi ketika negara tersebut sudah memiliki peraturan yang mengatur mengenai kejahatan perang tersebut, akan tetapi negara tersebut tidak mempunyai perangkat hukum (polisi, hakim, jaksa, penasehat hukum) yang memadai untuk dilakukannya sistem peradilan.⁴⁵ Atau mungkin negara mempunyai peraturan yang mengatur, mempunyai perangkat hukum yang memadai, akan tetapi tidak memiliki kemauan untuk mengadili pelaku kejahatan perang tersebut. Hal ini bisa disebabkan karena pelaku tersebut merupakan aparat pemerintahan sendiri.⁴⁶

b. Tidak adanya pengadilan internasional dan keterbatasan yurisdiksinya

Fakta menyatakan bahwa terdapat banyak mahkamah pidana internasional, beberapa diantaranya adalah ICTY, ICTR (*International Criminal Tribunal for Rwanda*), dan ICC (*International Criminal Court*). Perlu dipahami bahwa ICTY

⁴³ Rosalyn Higgins, *The General International Law of Terrorism*, dalam buku *Terrorism and International Law*, (1997), hal.24

⁴⁴ Amnesty International, *Universal Jurisdiction: The duty of states to enact and enforce legislation*, (London: Amnesty International, 2001), hal.22

⁴⁵ Lihat, Willard Cowles, *Universality of Jurisdiction over War Crimes*, (1945), hal.194

⁴⁶ Lihat, Menno T. Kamminga, *Final Report on the Exercise of Universal Jurisdiction in Respect of Gross Human Rights Offences*, (London: Committee on International Human Rights Law and Practice, International Law Association, 2001)

dan ICTR hanya berlaku untuk suatu wilayah yang tertentu (Rwanda dan sekitarnya untuk ICTR dan wilayah bekas Yugoslavia untuk ICTY), tidak universal, dan hanya untuk waktu tertentu. Sedangkan ICC memiliki keterbatasan dalam yurisdiksinya. 80 persen negara anggota ICC menyetujui ICC memiliki yurisdiksi universal.⁴⁷ Namun, dengan pertimbangan agar beberapa negara ikut meratifikasi Statuta Roma, atau setidaknya tidak menentang Statuta Roma, yurisdiksi universal tidak diberikan kepada ICC. Hanya kejahatan tertentu dan dalam periode setelah ratifikasi Statuta Roma saja yang berada dalam yurisdiksi ICC.⁴⁸ Selain itu ICC terikat dengan asas komplementer yang berarti ICC hanya dapat bertindak apabila negara-negara tidak mau atau tidak dapat bertindak.⁴⁹

c. Yurisdiksi internasional merupakan sebuah katalisator untuk negara-negara bertindak

Pelaksanaan yurisdiksi universal telah bekerja sebagai katalisator dalam sejumlah negara untuk membangkitkan usaha untuk mengadili orang-orang yang bertanggung jawab dalam sebuah kejahatan perang.⁵⁰ Satu contoh yang menarik terjadi dalam kasus Pinochet. Setelah beberapa tahun dari kasus Pinochet, beberapa kolaborator Pinochet diadili. Hal ini semakin membesar, dari beberapa kasus tersebut bertambah jadi puluhan kemudian menjadi ratusan. Hal ini disebabkan karena mitos mengenai imunitas dari Pinochet telah dipatahkan.⁵¹

⁴⁷ Lihat, The Rome Treaty Conference Monitor, *The Numbers: NGO Coalition Special Report on Country Positions*, (Special Issue of the NGO Coalition for an International Criminal Court, 1998)

⁴⁸ Lihat, Philippe Kirsch and John T. Holmes, *The Rome Conference on an International Criminal Court: The Negotiating Process*, (1999), hal.10-11; dan Philippe Kirsch, *Introduction*, dalam buku, *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court: Observer's Notes*, (Germany: Nomos Verlagsgesellschaft 1999)

⁴⁹ Lihat, Statuta Roma dari *International Criminal Court*, Pembukaan dan Psl. 1 dan 17

⁵⁰ Lihat, Menno T. Kamminga, *Final Report on the Exercise of Universal Jurisdiction in Respect of Gross Human Rights Offences*, (London: Committee on International Human Rights Law and Practice, International Law Association, 2001), hal.4

⁵¹ Lihat, Reed Brody, *Justice: The First Casualty of Truth?*, (The Nation, 2001)

d. Yurisdiksi universal dapat mencegah kejahatan perang

Pelaksanaan yurisdiksi internasional cenderung bekerja sebagai pencegahan terhadap kejahatan perang, baik kejahatan yang sedang terjadi sekarang dan yang mungkin akan terjadi kemudian.⁵² Hal ini merupakan dasar yang paling sering digunakan dalam mengadili pelaku-pelaku kejahatan perang.⁵³ Efektivitas pencegahan ini amat bergantung pada kemampuan untuk menekan kejahatan secara umum dan faktor-faktor khusus terkait yurisdiksi universal. Penekanan ini berupa kepastian penangkapan, pengadilan, pemidanaan, berat hukuman, dan jumlah penggantian kerugian. Terdapat banyak sumber yang memberikan bukti empiris mengenai efektivitas pencegahan ini.⁵⁴

e. Kejahatan perang mengancam struktur hukum internasional

Semua kejahatan dalam hukum internasional mengancam kerangka internasional dari hukum internasional dan adalah sewajarnya bagi negara, sebagai entitas hukum internasional yang hak dan kewajibannya ditentukan oleh hukum internasional, berperan sebagai agen komunitas internasional untuk membawa orang-orang yang telah melakukan kejahatan, dan mengancam struktur hukum internasional, ke dalam keadilan.⁵⁵ Peran yang negara lakukan ini sesuai dengan kerangka hukum internasional masa kini yang cenderung bergantung pada

⁵² Lihat, Menno T. Kamminga, *Final Report on the Exercise of Universal Jurisdiction in Respect of Gross Human Rights Offences*, (London: Committee on International Human Rights Law and Practice, International Law Association, 2001), hal.564

⁵³ Lihat, *Laporan Sekretaris Jenderal Persatuan Bangsa-Bangsa kepada Dewan Keamanan mengenai perlindungan penduduk sipil di konflik bersenjata*, U.N. Doc. S/22001/331, 30 Maret 2001, par.11

⁵⁴ Lihat, Norval Morris, *The Honest Politician's Guide to Crime Control*, (1972); Christine van den Wyngaert, *The Suppression of War Crimes under Additional Protocol I*, (1989); Yoram Dinstein dan Mala Tabory, *International Law at a time of Perplexity*, (Dordrecht: Martinus Nijhoff, 1989), hal.205

⁵⁵ Lihat, Amnesty International, *The International Criminal Court: Making the right choices -Part III- Ensuring Effective State Cooperation*, (London: Amnesty International, 1997), Bagian II.A.2.c.

implementasi dan pelaksanaan hukum internasional oleh pemerintah nasional dan sistem peradilanannya.⁵⁶

f. Kejahatan perang merupakan serangan terhadap nilai-nilai fundamental dari komunitas internasional

Asas universalitas atas sebuah kejahatan seringkali dibenarkan dengan dasar bahwa kejahatan tersebut merupakan kejahatan yang menyerang nilai-nilai fundamental dari komunitas internasional.⁵⁷ Satu contoh adalah dari pengadilan tinggi Amerika Serikat dalam kasus *Demjanjuk*, yang dalam kasus tersebut dinyatakan bahwa asas universalitas berdasar pada pandangan bahwa terdapat kejahatan yang sebegitu dikemangnya oleh komunitas internasional yang membuat pelakunya adalah musuh semua negara. Dengan demikian semua negara yang menangkap pelakunya dapat menghukumnya sesuai dengan hukum di negara tersebut.⁵⁸

g. Kejahatan perang mempunyai karakter universal

Sumber-sumber hukum menyatakan bahwa kodrat dari kejahatan dalam hukum internasional yang memiliki karakter internasional adalah memperkenankan semua negara untuk menggunakan asas universalitas untuk mengadilinya. Beberapa contoh membuktikan hal ini seperti, salah satunya, kasus *Eichmann* di *District Court* Yerusalem dan *Supreme Court* Israel.⁵⁹

⁵⁶ Lihat, Menno T. Kamminga, *Final Report on the Exercise of Universal Jurisdiction in Respect of Gross Human Rights Offences*, (London: Committee on International Human Rights Law and Practice, International Law Association, 2001), hal.8

⁵⁷ Lihat, Henri Donnedieu de Vabres, *Les Principes Modernes du Droit Pénal*, (Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1928), hal.143-147

⁵⁸ Lihat, Amerika Serikat, Court of Appeal, *Demjanjuk v. Petrovsky*, (1986)

⁵⁹ Lihat, Israel, *Attorney General of Israel v. Eichmann*, District Court Jerusalem, (1961), par.34

h. Kejahatan perang mengancam perdamaian dan keamanan internasional.

International Law Commission telah secara konsisten memperlakukan kejahatan genosida, kejahatan terhadap kemanusiaan, dan kejahatan perang, sebagai kejahatan yang mengancam kedamaian dan keamanan internasional.⁶⁰ Hal ini menjadi sangat terbukti ketika suatu kejahatan dilakukan dalam skala besar atau kejahatan ini menyebabkan pengungsi yang melintasi batas negara atau konflik yang mungkin menyebar ke negara lain.⁶¹ Alasan inilah yang digunakan Dewan Keamanan PBB dalam membentuk ICTY dan ICTR.⁶²

2.3. Unsur-unsur Kejahatan Perang

Seperti yang telah dijelaskan pada sub-bab sebelumnya, kejahatan perang memiliki tiga jenis unsur, yaitu unsur kontekstual, yang dalam hal kejahatan perang adalah unsur konflik bersenjata, unsur *actus reus*, yaitu unsur tindakan, dan unsur *mens rea*, yaitu unsur niat.

2.3.1. Unsur Kontekstual: Konflik Bersenjata dan Nexus

Konflik bersenjata (*armed conflict*) merupakan unsur yang diperlukan untuk terjadinya suatu kejahatan perang. Hal ini telah diakui dan dinyatakan dalam begitu banyak kasus di pengadilan internasional.⁶³ Terdapat dua jenis konflik

⁶⁰ International Law Commission, *Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind*, (1996), U.N. Doc. A/51/10, hal.14-104

⁶¹ Israel, Supreme Court of Israel, *Attorney General of Israel v. Eichmann*, (1962), par.296

⁶² Persatuan Bangsa-Bangsa, Resolusi Dewan Keamanan no.827 (1993); dan Persatuan Bangsa-Bangsa, Resolusi Dewan Keamanan no.955 (1994)

⁶³ ICTY, *Appeal Chamber, Prosecutor v. Blaskic*, 29 Juli 2004, par.170; ICTY, *Trial Chamber, Prosecutor v. Kordic and Cerkez*, 26 Februari 2001, par.22; ICTY, *Trial Chamber, Prosecutor v. Brdjanin*, 1 September 2004, par.121; ICTY, *Trial Chamber, Prosecutor v. Simic, Tadic, and Zaric*, 17 Oktober 2003, par.105; ICTY, *Trial Chamber, Prosecutor v. Naletilic and Martinovic*, 31 Maret 2003, par.176; SCSL, *Decision on Motions for Judgment of Acquittal Pursuant to Rule 98, Prosecutor v. Norman, Fofana, Kondewa*, 21 Oktober 2005, par. 68-70;

bersenjata, yaitu konflik bersenjata internasional dan konflik bersenjata non-internasional yang akan dijelaskan lebih lanjut.⁶⁴

Situasi konflik bersenjata dianggap terbentuk ketika terdapat penggunaan pasukan bersenjata antara negara atau sebuah kekerasan bersenjata berkepanjangan antara otoritas pemerintahan dan *organized armed groups* atau antara dua *organized armed groups* dalam sebuah negara.⁶⁵ Dari definisi di atas, yang dimaksud dengan penggunaan pasukan bersenjata antara negara adalah konflik bersenjata internasional,⁶⁶ sedangkan kekerasan bersenjata berkepanjangan antara *organized armed groups* dalam suatu negara,⁶⁷ adalah konflik bersenjata non-internasional.⁶⁸

Kegunaan dari unsur kekerasan bersenjata yang berkepanjangan dalam konflik bersenjata non-internasional adalah untuk mengeluarkan kasus-kasus kerusuhan masyarakat atau tindakan terorisme tunggal dari cakupan konflik bersenjata non-internasional.⁶⁹ Hal yang sama juga menjadi alasan untuk unsur kelompok organisasi bersenjata.⁷⁰ Dari dua unsur tersebut, dapat dilihat bahwa sebuah konflik akan menjadi konflik bersenjata internal apabila konflik tersebut

ICTR, *Trial Chamber, Prosecutor v. Ntagerura, Bagambiki, and Imanishimwe*, 25 Februari 2004, par.766; ICTR, *Trial Chamber, Prosecutor v. Bagosora, Kabiligi, Ntabakuze and Nsengiyumva*, 18 Desember 2008, par.2229; ICTR, *Trial Chamber, Prosecutor v. Kamuhanda*, 22 Januari 2004, par.737; ICTR, *Trial Chamber, Prosecutor v. Semanza*, 15 Mei 2003, par. 354-371 dan 512

⁶⁴ Sylvain Vite, *Typology of Armed Conflicts in International Humanitarian Law: Legal Concepts and Actual Situations*, (International Review of the Red Cross, 2009)

⁶⁵ “An ‘armed conflict’ is said to exist ‘whenever there is a resort to armed force between States or protracted armed violence between governmental authorities and organised armed groups or between such groups within a State.’”; ICTY, *Appeals Chamber, Prosecutor v. Tadic, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction*, 2 Oktober 1995, par.70; ICTY, *Appeals Chamber, Prosecutor v. Kunarac, Kovac, and Vokovic*, 12 Juni 2002, par. 56

⁶⁶ Sylvain Vite, *Typology of Armed Conflicts in International Humanitarian Law: Legal Concepts and Actual Situations*, (International Review of the Red Cross, 2009), hal.71

⁶⁷ Hal ini dapat berarti konflik antara pasukan pemerintahan negara dan *organized armed groups* atau konflik antara dua, atau lebih, pasukan dari *organized armed groups*

⁶⁸ Gideon Boas, James L. Bischoff, dan Natalie L. Reid, *Elements of Crimes Under International Law*, (Cambridge: Cambridge University Press, 2008), hal.234

⁶⁹ ICTY, *Appeal Chamber, Prosecutor v. Kordic and Erkez*, 17 Desember 2004, par.341

⁷⁰ *Ibid*

memiliki konflik berkepanjangan, atau unsur intensitas, dan pihak-pihak yang berkonflik terorganisir.

Untuk menilai apakah intensitas dari suatu konflik sudah memenuhi untuk menjadi suatu konflik bersenjata non-internasional, hakim akan melihat faktor-faktor sebagai berikut: keseriusan dari serangan dan apakah terdapat peningkatan dalam bentrokan senjata; perluasan bentrokan secara wilayah dan secara waktu; peningkatan pasukan bersenjata pemerintah dan distribusi senjata antara para pihak yang berkonflik; apakah konflik ini telah menarik perhatian Dewan Keamanan PBB dan apakah Dewan Keamanan PBB telah mengeluarkan resolusi mengenai hal ini; seberapa banyak penduduk sipil yang terpaksa meninggalkan area karena konflik ini; tipe persenjataan yang dipergunakan, seperti persenjataan berat atau peralatan militer lainnya seperti tank atau kendaraan berat lainnya; blokade atau pengepungan kota-kota dan pemboman pada kota-kota tersebut; seberapa jauh kehancuran dan jumlah korban yang timbul karena pemboman dan pertarungan; jumlah pasukan yang dikeluarkan; keberadaan dan perubahan garis depan antara para pihak; penguasaan wilayah, kota, dan desa; pengeluaran pasukan pemerintahan di daerah krisis; dan penutupan jalan.⁷¹

Sedangkan untuk menilai apakah pihak yang berkonflik sudah memenuhi unsur sebagai *organized armed groups* hakim akan melihat faktor-faktor sebagai berikut: apakah para pihak memiliki struktur; rantai komando dan seperangkat peraturan, dan juga simbol keluar yang menunjukkan otoritas; apakah anggota pasukan bertindak sesuai standar yang diterima di kelompok tersebut dan tidak bertindak sendiri-sendiri; dan setiap anggota pasukan berada di bawah otoritas dari kepala kelompok tersebut. Dari unsur-unsur itu, dapat dilihat bahwa sebuah *organized armed groups* memerlukan struktur hirarki dan kepemimpinannya harus mempunyai kontrol atas anggota-anggotanya.⁷² Protokol Tambahan Kedua dari Konvensi Jenewa memberikan kriteria mengenai *organized armed groups* ini. Kriteria yang diperlukan adalah suatu kelompok bersenjata, yang berada di bawah

⁷¹ ICTY, *Trial Chamber, Prosecutor v. Boskoski*, par.177

⁷² ICTY, *Trial Chamber, Prosecutor v. Boskoski*, par.195

pimpinan yang bertanggung jawab, yang mampu mengendalikan bagian-bagian wilayahnya yang membuat kelompok tersebut mampu untuk melaksanakan operasi militer terpadu dan berkelanjutan dan juga untuk mengimplementasikan Protokol Tambahan II dari Konvensi Jenewa.⁷³

Konsep konflik bersenjata tidak hanya mencakup waktu dan tempat secara spesifik dari konflik yang terjadi. Hukum humaniter internasional berlaku sejak awal mula konflik bersenjata dan berlaku terus menerus melewati masa-masa gencatan senjata dalam konflik sampai pada saat ketika perdamaian dari konflik bersenjata telah dicapai.⁷⁴ Hingga saat itu tiba, hukum humaniter internasional terus berlaku di seluruh wilayah negara yang bermusuhan, atau dalam hal konflik bersenjata internal, berlaku di seluruh wilayah yang dikuasai para pihak, walaupun tidak terjadi konflik di wilayah tersebut.⁷⁵

Fakta bahwa terdapat konflik bersenjata dalam suatu waktu dan tempat tidak cukup untuk membuktikan suatu tindakan adalah kejahatan perang, kejahatan perang juga memerlukan koneksi (*nexus*) antara suatu tindakan kejahatan dan konflik bersenjata tersebut.⁷⁶ *Nexus* ini merupakan satu unsur yang memisahkan antara suatu kejahatan yang masuk ke dalam lembaga hukum humaniter internasional sebagai kejahatan perang dari kejahatan umum yang diatur dalam hukum nasional suatu negara. Contoh yang bisa menjelaskan hal ini adalah apabila dalam keadaan konflik, A membunuh B, tetangganya, karena selama ini B selalu menggangukannya, maka kejahatan pembunuhan ini bukanlah suatu kejahatan perang. Hal ini disebabkan karena A membunuh B tidak karena faktor konflik. A membunuh B karena A kesal kepada B. Sekalipun pembunuhan ini dilakukan dalam suasana konflik, di wilayah dan waktu yang sedang terjadi konflik, kejahatan ini tetap menjadi kejahatan umum yang diatur di bawah hukum nasional negara. Hal ini akan berbeda apabila A, seorang tentara pemerintahan, membunuh

⁷³ Konvensi Jenewa 1949, Protokol Tambahan Dua, Psl.1

⁷⁴ Gideon Boas, James L. Bischoff, dan Natalie L. Reid, *Elements of Crimes Under International Law*, (Cambridge: Cambridge University Press, 2008), hal.233

⁷⁵ *Ibid*

⁷⁶ ICTY, *Trial Chamber, Prosecutor v. Mrkšić et al.*, 27 September 2007, par.423

B, seorang penduduk sipil pendukung gerakan pemberontakan, yang pada saat itu sedang tidak melakukan apa-apa. Pembunuhan ini dapat dianggap sebagai kejahatan perang, tentunya setelah melewati tahap pembuktian dan mempertimbangkan berbagai macam faktor. Pembunuhan yang kedua berbeda dengan pembunuhan yang pertama karena satu unsur, yaitu unsur *nexus*.

Dalam membuktikan bahwa terdapat *nexus* antara kejahatan dan konflik bersenjata, hakim akan mempertimbangkan beberapa hal. Beberapa hal yang akan dipertimbangkan adalah:⁷⁷ (1) apakah konflik bersenjata menjadi faktor substansial dalam pelaksanaan kejahatan tersebut; (2) apakah pelaku adalah seorang tentara, atau pejuang, atau seseorang yang berpartisipasi dalam konflik; (3) apakah korban adalah pejuang atau bukan; (4) apakah korban adalah bagian dari pihak musuh pelaku; (5) apakah tindakan yang terjadi dapat dikatakan dilakukan untuk mencapai tujuan akhir dari gerakan militer; dan (6) apakah kejahatan yang dilakukan terjadi sebagai bagian atau dilakukan dalam konteks kewajiban resmi pelaku.

2.3.2. Unsur *Actus Reus*

Actus reus adalah tindakan fisik yang diperlukan untuk terjadinya suatu kejahatan.⁷⁸ *Actus reus* bisa dipenuhi oleh satu orang atau banyak orang secara bersama-sama.⁷⁹ *Actus reus* tidak harus selalu dipenuhi dengan tindakan secara fisik. Seseorang yang tidak melakukan apa-apa atau tidak bertindak sama sekali (omisi) dapat juga memenuhi *actus reus* dari sebuah kejahatan.⁸⁰ Salah satu contoh pemenuhan *actus reus* dengan cara omisi adalah dengan membiarkan seseorang yang terluka berat dengan tidak melakukan apa-apa sehingga orang tersebut mati walaupun sebenarnya ada yang dapat kita lakukan.

⁷⁷ ICTY, *Appeal Chamber, Prosecutor v. Kunarac*, 12 Juni 2002, par 58

⁷⁸ ICTY, *Trial Chamber, Prosecutor v. Kordic and Cerkez*, 26 Februari 2001, par.229

⁷⁹ ICTY, *Trial Chamber, Prosecutor v. Limaj et al.*, 30 November 2005, par.509

⁸⁰ ICTY, *Appeal Chamber, Prosecutor v. Blaskic*, 29 Juli 2004, par.663

Actus reus dalam sebuah kejahatan mempunyai dua bentuk. Yang pertama adalah *actus reus* dimana tindakan yang dilakukan oleh si pelaku adalah tindakan yang dilarang oleh hukum. Sedangkan yang kedua adalah *actus reus* dimana yang dilarang hukum bukanlah tindakannya tetapi akibat yang ditimbulkan oleh tindakan tersebut.⁸¹

Tidak seperti unsur kontekstual yang selalu sama untuk setiap kejahatan perang, yaitu unsur konflik bersenjata,⁸² *Actus reus* dari setiap kejahatan perang berbeda-beda. Mengenai *actus reus* spesifik dari kejahatan-kejahatan perang akan dibahas kemudian ketika dalam sub-bab macam-macam kejahatan perang.

2.3.3. Unsur *Mens Rea*

Pada dasarnya, tidak ada definisi yang pasti dan yang diterima sebagai hukum kebiasaan internasional dari *Mens Rea*. Satu pengecualian adalah Pasal 30 dari Statuta Roma *International Criminal Court*,⁸³ namun pasal ini cenderung memberikan definisi *mens rea* yang khusus untuk kejahatan dalam yurisdiksi *International Criminal Court* dibanding menjadi suatu definisi yang sudah diakui sebagai hukum kebiasaan internasional.⁸⁴

⁸¹ <http://www.lawteacher.net/PDF/Actus%20Reus%20Lecture.pdf>, *Actus Reus Lecture*, diakses tanggal 23 April 2012

⁸² Unsur kontekstual dari kejahatan perang selalu berbentuk unsur konflik bersenjata, namun konflik bersenjata ini dapat berupa konflik bersenjata internasional atau konflik bersenjata non-internasional.

⁸³ Pasal 30 Statuta Roma mengenai *Mental Element* menyatakan:

1. *Unless otherwise provided, a person shall be criminally responsible and liable for punishment for a crime within the jurisdiction of the Court only if the material elements are committed with intent and knowledge.*
2. *For the purposes of this article, a person has intent where:*
 - a. *In relation to conduct, that person means to engage in the conduct;*
 - b. *In relation to a consequence, that person means to cause that consequence or is aware that it will occur in the ordinary course of events.*
3. *For the purposes of this article, "knowledge" means awareness that a circumstance exists or a consequence will occur in the ordinary course of events. "Know" and "knowingly" shall be construed accordingly.*

⁸⁴ Antonio Cassese, *International Criminal Law*, (Oxford: Oxford University Press, 2003), hal.160

Mens rea diambil dari adagium dalam hukum Latin, *actus non facit reum nisi mens sit rea*.⁸⁵ Adagium ini digunakan untuk menunjukkan unsur mental, moral, atau psikologis dari kejahatan.⁸⁶ Secara harafiah *mens rea* berarti kehendak bersalah. Tanpa unsur *mens rea*, seseorang tidak dapat dinyatakan atas sebuah kesalahan.⁸⁷

Walaupun masih terdapat definisi dan pemahaman yang belum seragam mengenai *mens rea*, tetapi terdapat pendekatan yang mendasar yang cenderung sama dalam sistem hukum di dunia. Pendekatan ini adalah sebagai berikut:⁸⁸

1. *Intention* atau niat, yaitu keinginan untuk mencapai kejadian tertentu. Bagian ini biasa disebut *intent, dol, vorsatz, atau dolus*.⁸⁹ Contohnya adalah “saya menggunakan pistol untuk menembak orang karena saya mau membunuhnya.”
2. *Awareness* atau kesadaran bahwa dengan melakukan suatu tindakan terdapat suatu kemungkinan atau resiko yang menimbulkan konsekuensi yang membahayakan. Bagian ini biasa disebut *recklessness, dol eventual, eventualvorsatz, eventualdolus, bedingter vorsatz, dolus eventualis*.⁹⁰ Contohnya adalah “saya sadar akan resiko bahwa dengan menggunakan suatu senjata tertentu saya dapat membunuh ratusan penduduk sipil yang tak bersalah akan tetapi saya tidak menghiraukan keberadaan resiko ini.”
3. Kegagalan untuk memberikan perhatian yang cukup atau untuk memenuhi standar tertentu yang diterima secara umum dan kegagalan tersebut membahayakan orang lain ketika pelaku percaya bahwa konsekuensi yang membahayakan dari tindakannya tidak akan terjadi karena tindakan yang telah

⁸⁵ Terdakwa tidak bersalah tetapi pikirannya bersalah.

⁸⁶ William A. Schabas, *Mens Rea and The International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia*, (New England Review)

⁸⁷ *Brend v. Wood*, 1946; *Harding v. Price*, 1948

⁸⁸ Antonio Cassese, *International Criminal Law*, (Oxford: Oxford University Press, 2003), hal.161

⁸⁹ Yang secara harafiah berarti niat, *Ibid*

⁹⁰ Yang secara harafiah berarti kesadaran, *Ibid*

atau akan ia lakukan. Bagian ini biasa disebut sebagai *advertent* atau *culpable negligence, negligence consiente, bewusste fahrlässigkeit*.⁹¹ Contohnya ketika seorang pembantu di rumah sakit jiwa menyebabkan kematian seorang pasien dengan melepaskan aliran air mendidih ke dalam bak mandi; atau ketika satu dari dua orang bermain dengan pistol beramunisi dan mengarahkannya ke orang yang satunya dan menarik pelatuknya dengan kepercayaan bahwa pistol tersebut tidak akan menembak karena tidak ada peluru yang terlihat di sisi laras pistol (dalam pikiran orang ini pistol tidak akan menembak karena menurutnya dengan tidak adanya peluru di sisi laras berarti pistol tersebut tidak beramunisi). Namun, karena pistol tersebut adalah pistol *revolver*, maka pistol tersebut menembak dan membunuh orang yang satunya. Singkatnya, orang ini sadar akan kemungkinan menembak, ia memastikan dengan caranya yang berada di bawah standar umum, dan akhirnya ia mengarahkan pistol tersebut serta menembakannya pada orang lain.

4. Gagal untuk menghormati standar bertindak yang diterima secara umum tanpa kesadaran bahwa tindakan tersebut dapat membahayakan. Bagian ini biasanya disebut *inadvertent negligence, negligence consiente, unbewusste fahrlässigkeit*.⁹²

2.4. Macam-macam Kejahatan Perang

2.4.1. *Grave Breaches of the Geneva Conventions of 1949*

Seperti yang dijabarkan sebelumnya, kejahatan perang yang merupakan *grave breaches of the Geneva Convention of 1949* mempunyai bermacam-macam bentuk.

⁹¹ Yang secara harafiah berarti kelalaian yang dapat dipersalahkan, *Ibid*

⁹² Yang secara harafiah berarti kelalaian secara sadar, *Ibid*

2.4.1.1. *Wilful killing*

Kejahatan *wilful killing* terjadi ketika sang korban mati sebagai hasil dari tindakan yang dilakukan oleh pelaku, dimana tindakan tersebut dimaksudkan untuk membunuh, atau mencederai secara serius yang dapat secara aman diasumsikan bahwa ia paham bahwa tindakan mencederai tersebut dapat berakibat kematian, dan tindakan yang ia lakukan ini dilakukan terhadap orang yang dilindungi dalam Konvensi Jenewa 1949.⁹³ Istilah '*wilful killing*' berasal dari keempat Konvensi Jenewa, yaitu: Pasal 50 Konvensi Jenewa I, Pasal 51 Konvensi Jenewa II, Pasal 130 Konvensi Jenewa III, dan Pasal 147 Konvensi Jenewa IV.

2.4.1.2. *Torture or inhuman treatment, including biological experiments*

International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia dan *International Criminal Tribunal for Rwanda* telah mengadopsi definisi dari kejahatan *torture* yang sejalan dengan *Convention Against Torture (CAT)* yang memiliki unsur-unsur sebagai berikut: menyebabkan penderitaan atau sakit yang parah, dalam bentuk fisik ataupun mental, melalui suatu tindakan atau omisi; tindakan atau omisi tersebut memang dimaksudkan (*intentional*); tindakan atau omisi tersebut harus terjadi dengan maksud untuk mendapatkan informasi atau pengakuan, atau untuk menghukum, mengintimidasi atau memaksa korban atau pihak ketiga, atau untuk mendiskriminasi atas dasar apapun, terhadap korban atau pihak ketiga.⁹⁴

2.4.1.3. *Wilfully causing great suffering or serious injury to body or health*

Wilfully causing great suffering or serious injury to body or health terjadi ketika sebuah tindakan atau omisi yang dimaksudkan (*intentional*) yang diarahkan

⁹³ ICTY, *Appeal Chamber, Prosecutor v. Kordic and Cerkez*, 17 Desember 2004, par. 36

⁹⁴ ICTY, *Trial Chamber, Prosecutor v. Brdjanin*, 1 September 2004, par.481

kepada orang yang dilindungi di bawah Konvensi Jenewa 1949. Tindakan ini menyebabkan penderitaan atau cedera mental atau fisik serius, dengan tingkatan penderitaan atau cedera yang dibutuhkan untuk memenuhi unsur dapat dibuktikan.⁹⁵

2.4.1.4. *Extensive destruction and appropriation of property, not justified by military necessity and carried out unlawfully and wantonly*

Kejahatan ini terjadi ketika unsur-unsur umum dari *Grave Breaches of Geneva Convention 1949* telah terpenuhi, yaitu unsur konflik bersenjata internasional dan *nexus*. Unsur-unsur berikutnya yang harus dipenuhi adalah kerusakan berlebihan pada benda, dan kerusakan berlebihan ini terjadi pada benda yang memiliki perlindungan di bawah Konvensi Jenewa 1949 atau kerusakan berlebihan yang terjadi tidak benar-benar dibutuhkan dan harus dilakukan dalam operasi militer terkait dengan benda yang terletak di wilayah yang dikuasai. Sang pelaku bertindak dengan maksud (*intent*) menghancurkan benda ini atau dengan tidak hati-hati (*reckless*) tidak menghiraukan kemungkinan kehancuran benda tersebut.⁹⁶

2.4.1.5. *Compelling a prisoner of war or a civilian to serve in the forces of a hostile power*

Kejahatan ini terjadi ketika pelaku melakukan pemaksaan terhadap satu orang atau lebih, melalui tindakan atau ancaman, untuk bergabung dalam operasi militer terhadap warga negara atau pasukan negaranya sendiri, atau dipaksa melayani dalam pasukan musuh.⁹⁷

⁹⁵ ICTY, *Trial Chamber, Prosecutor v. Kordic and Cerkez*, 26 Februari 2001, par.245

⁹⁶ ICTY, *Trial Chamber, Prosecutor v. Naletilic and Martinovic*, 31 Maret 2003, par.577

⁹⁷ *Elements of Crimes* dari Statuta Roma *International Criminal Court*, Psl.8(2)(a)(v)

2.4.1.6. *Wilfully depriving a prisoner of war or a civilian of the rights of fair and regular trial*

Kejahatan ini terjadi ketika pelaku merampas hak untuk diadili secara fair dan wajar (*fair and regular trial*) dari satu orang, yang dilindungi di bawah Konvensi Jenewa 1949, atau lebih, dengan menolak jaminan yudisial seperti yang dinyatakan dalam Konvensi Jenewa III dan IV tahun 1949.⁹⁸

2.4.1.7. *Unlawful deportation or transfer or unlawful confinement of a civilian*

Unlawful deportation atau *forcible transfer* adalah pemindahan individu dengan tekanan atau paksaan dari tempat tinggal mereka ke tempat yang bukan pilihan mereka. Unsur-unsur yang harus dipenuhi adalah unsur umum dari *Grave Breaches of Geneva Conventions 1949*, adanya tindakan atau omisi, yang dilakukan bukan dengan alasan keamanan dari populasi dan bukan atas dasar kepentingan militer yang memaksa, yang membuat perpindahan seseorang dari wilayah yang dikuasai atau dalam wilayah yang dikuasai. Tindakan ini dilakukan dengan maksud (*intent*) pelaku untuk memindahkan seseorang dari satu wilayah. *Intent* ini menggambarkan keinginan dari pelaku untuk orang yang sudah berpindah tidak kembali.⁹⁹

2.4.1.8. *Taking civilians as hostages*

Unsur penting dalam *taking civilians as hostages* adalah penggunaan ancaman terhadap tahanan yang ditujukan untuk mendapatkan kepatuhan atau mendapatkan keuntungan. Situasi penawanan terjadi ketika seseorang menguasai atau menahan dan mengancam untuk membunuh, mencederai, atau meneruskan

⁹⁸ *Elements of Crimes* dari Statuta Roma *International Criminal Court*, Psl.8(2)(a)(vi)

⁹⁹ ICTY, *Trial Chamber, Prosecutor v. Naletilic and Martinovic*, 31 Maret 2003, par.519-521:

penahanan dengan maksud memaksa pihak ketiga untuk melakukan atau untuk tidak melakukan sesuatu sebagai kondisi pelepasan. Kejahatan ini dilarang dalam Pasal 3 Bersama Konvensi Jenewa 1949, Pasal 34 dan 147 dari Konvensi Jenewa IV, dan Pasal 75(2)(c) Protokol Tambahan I.¹⁰⁰

2.4.2. *Violations of the Laws or Customs of War*

Berikut ini adalah macam-macam bentuk *violations of the laws or customs of war* dalam hukum humaniter internasional.

2.4.2.1. *Employment of poisonous weapons or other weapons calculated to cause unnecessary suffering*

Kejahatan penggunaan senjata semacam ini merupakan tindakan penggunaan senjata yang menyebabkan penderitaan yang tidak perlu. Unsur-unsur ini dapat dilihat dari Pasal 8(2)(b)(xviii-xix) *Elements of Crimes* dari Statuta Roma yang memerlukan pelaku untuk menggunakan senjata yang dilarang dan senjata yang dilarang itu menyebabkan penderitaan yang tidak perlu, dan sang pelaku menyadari akan kemungkinan senjata tersebut akan menyebabkan penderitaan yang tidak perlu. Pelaku mengetahui tindakan ini dilakukan dalam konteks konflik bersenjata dan terdapat *nexus* antara tindakan dan konflik bersenjata.¹⁰¹

2.4.2.2. *Wanton destruction of cities, towns or villages, or devastation not justified by military necessity*

Kejahatan ini terjadi ketika kehancuran benda terjadi dalam skala besar, kehancuran tersebut tidak dapat dijustifikasi dengan kepentingan militer (*military*

¹⁰⁰ ICTY, *Appeal Chamber, Prosecutor v. Blaskic*, 29 Juli 2004, par.639

¹⁰¹ *Elements of Crimes* dari Statuta Roma *International Criminal Court*, Psl.8(2)(b)(xviii-xix)

necessity), dan pelaku melakukan tindakan tersebut dengan keinginan (*intent*) untuk menghancurkan benda, atau secara ceroboh (*reckless*) tidak menghiraukan kemungkinan kehancuran dari benda tersebut. Apabila benda tersebut terletak dalam wilayah musuh, maka benda tersebut tidak dilindungi dalam Konvensi Jenewa 1949 dan oleh sebab itu benda tersebut hanya dilindungi oleh Pasal 3 Bersama Konvensi Jenewa 1949.¹⁰²

2.4.2.3. *Attack, or bombardment, by whatever means, of undefended towns, villages, dwellings, or buildings*

Pada dasarnya kejahatan ini merupakan *violation of the laws or customs of war*. Oleh karena ia adalah *violation of the laws or customs of war* maka serangan yang dilakukan harus merupakan suatu sarana atau cara berperang yang menyebabkan kematian dan/atau cedera badan yang serius dalam populasi penduduk sipil atau memberikan kerusakan pada harta benda penduduk sipil.¹⁰³

2.4.2.4. *Seizure of, destruction or wilful damage done to institutions dedicated to religion, charity and education, the arts and sciences, historic monuments and works of art and science*

Pelarangan terhadap tindakan ini berasal dari Konvensi Hague IV 1907.¹⁰⁴ Kejahatan ini merupakan pelanggaran terhadap nilai-nilai terutama nilai-nilai yang dilindungi oleh masyarakat internasional.¹⁰⁵

¹⁰² ICTY, *Appeal Chamber, Prosecutor v. Kordic and Cerkez*, 17 Desember 17 2004, par.74

¹⁰³ ICTY, *Trial Chamber, Prosecutor v. Simic, Tadic, and Zaric*, 17 Oktober 2003, par.54

¹⁰⁴ Konvensi Hague IV, *Peraturan mengenai Hukum dan Kebiasaan Perang di Daratan*, 1907, Psl.56

¹⁰⁵ ICTY, *Trial Chamber, Prosecutor v. Jokic - Miodrag*, 18 Maret 2004, par.46

2.4.2.5. *Plunder of public or private property*

Tindakan ini adalah semua bentuk apropriasi properti yang tidak sah dalam konflik bersenjata yang terkait dengan tanggung jawab pidana individu, termasuk juga apa yang disebut dengan *pillage*. Berdasarkan pada Konvensi Jenewa, *public property* dan *private property* tidak dibedakan.¹⁰⁶

2.5. **Kejahatan Perang dan Unsur-unsurnya**

Dengan demikian dapat disimpulkan bahwa suatu kejahatan perang akan terjadi ketika unsur *actus reus* atau unsur perbuatan, unsur *mens rea* atau unsur niat, dan unsur kontekstual, yaitu unsur yang membuat suatu kejahatan menjadi suatu kejahatan perang. Kejahatan perang selalu terjadi dalam konteks konflik bersenjata. Oleh karena itu, unsur kontekstual dari kejahatan perang adalah terjadinya konflik bersenjata dan hubungan (*nexus*) antara kejahatan dengan konflik bersenjata. *Actus reus* yang berbeda-beda memberikan berbagai bentuk terhadap kejahatan perang seperti yang dijabarkan di atas.

Negara-negara memiliki yurisdiksi universal terhadap kejahatan perang. Alasan-alasannya adalah karena ketakutan akan kegagalan dari negara tempat kejahatan perang tersebut untuk menindak, tidak adanya pengadilan internasional dan keterbatasan yurisdiksinya, yurisdiksi universal merupakan sebuah katalisator untuk negara-negara bertindak, kejahatan perang merupakan serangan terhadap nilai-nilai fundamental dari komunitas internasional, kejahatan perang mempunyai karakter universal, dan kejahatan perang mengancam perdamaian dan keamanan internasional.

¹⁰⁶ ICTY, *Appeal Chamber, Prosecutor v. Kordic and Cerkez*, 17 Desember 2004, par.79,84

BAB 3

KEJAHATAN PERANG DALAM KASUS *PROSECUTOR V. DUSKO TADIC* SERTA IMPLIKASINYA

3.1. Latar Belakang Kasus

Dusko Tadic adalah seorang Serbia Bosnia (*Bosnian Serb*) yang tinggal di Bosnia Herzegovina.¹ Ia lahir pada 1 Oktober 1955 di Kozarac, Bosnia Herzegovina.² ia adalah ketua dari Badan Pengurus Harian Lokal dari Partai Demokrat Serbia (*Serb Democratic Party* atau *SDS*) di Kozarac.³ Saat terjadinya perang ia menjadi anggota dari pasukan paramiliter yang membantu tentara *1st Krajina Corps*, bagian dari pasukan Serbia Bosnia (dikenal juga sebagai VRS, singkatan dari *Vojska Republike Srpske*), dalam penyerangan kota Kozarac.⁴

Dusko Tadic berpartisipasi dalam penghimpunan orang-orang Muslim Bosnia (*Bosnian Muslims*) dan penganiayaan terhadap mereka, termasuk pembunuhan di kota Prijedor, baik dalam kamp Omarska atau di luarnya.⁵ Dusko Tadic dibantu juga oleh Goran Borovnica dan seharusnya diadili bersama-sama, akan tetapi Goran Borovnica menghilang pada tahun 1995 dan kemudian dinyatakan meninggal.⁶

Pada bulan Mei 1992, daerah yang dipenuhi oleh kaum Muslim di kota Prijedor dibombardir. Hal ini menyebabkan kaum Muslim meninggalkan rumah mereka. Kebanyakan dari mereka menyerah atau ditangkap oleh pasukan Serbia. Ketika pasukan Serbia mengumpulkan kaum Muslim dan penduduk Kroasia,

¹ ICTY, *Trial Chamber, Prosecutor v. Tadic*, 14 Juli 1997, par.1

² ICTY, *Case Information Sheet, Prosecutor v. Tadic*, 14 Juli 1997

³ *Ibid*

⁴ ICTY, *Trial Chamber, Prosecutor v. Tadic*, 14 Juli 1997, par.40

⁵ *Ibid*, par.1

⁶ ICTY, *Case Information Sheet, Prosecutor v. Tadic*, 14 Juli 1997

pasukan Serbia memaksa mereka untuk berjalan dalam kolom-kolom menuju ke kamp penjara yang telah disiapkan oleh pasukan Serbia di kota tersebut. Pasukan Serbia menarik banyak Muslim dan *Croats* (orang Kroasia) dan memukuli atau menembak mereka di tempat.⁷

Sekitar tanggal 25 Mei 1992, sekitar tiga minggu setelah pasukan Serbia menguasai paksa kota Prijedor, dan dua hari setelah mulainya serangan militer besar-besaran ke pusat populasi Muslim, pasukan Serbia mulai menarik tahanan ke kamp Omarska.⁸ Dalam beberapa minggu kemudian, pasukan Serbia terus mengumpulkan Muslim dan *Croats* dari Kozarac, Prijedor, dan kota-kota lain, dan membawa mereka ke dalam kamp. Kebanyakan intelektual, profesional, dan pemimpin politik Muslim dan *Croats* Prijedor dikirim ke Omarska. Dalam kamp tersebut terdapat sekitar 40 perempuan dan sisanya adalah pria.⁹

Dalam kompleks area pertambangan Omarska yang digunakan untuk kamp, penjaga kamp pada umumnya menahan tahanan di dalam tiga gedung, gedung administrasi, tempat interogasi dan penahanan perempuan, gedung garasi dan hangar, gedung putih atau "*the white house*", sebuah gedung kecil tempat penganiayaan terjadi, dan lapangan semen yang berada di antara gedung-gedung tersebut yang dikenal sebagai "*pista*". Terdapat sebuah gedung kecil lain yang dikenal sebagai gedung merah atau "*the red house*", tempat tahanan dibawa namun tidak kembali hidup.¹⁰

Keadaan di Omarska sangatlah brutal. Tahanan dikumpulkan berdesak-desakan dengan tanpa, atau dengan sedikit, fasilitas kebersihan. Mereka diberikan ransum sehari sekali dan hanya diberikan waktu tiga menit untuk masuk ke area kantin, makan, lalu keluar. Air yang mereka dapatkan sedikit dan kotor. Mereka

⁷ ICTY, *Initial Indictments, Prosecutor v. Tadic*, 13 Februari 1995, par.2.1

⁸ *Ibid*, par.2.2

⁹ *Ibid*, par.2.3

¹⁰ *Ibid*, par.2.4

tidak memiliki baju ganti dan perlengkapan untuk tidur. Mereka juga tidak menerima perawatan medis.¹¹

Dalam kamp Omarska, penganiayaan serius merupakan hal yang telah terbiasa terjadi. Penjaga kamp dan orang-orang yang datang ke kamp tersebut menganiaya para tahanan dengan segala macam peralatan, seperti pemukul kayu, tongkat besi dan perkakas, kawat dengan bola besi di ujungnya, popor senapan, dan pisau. Baik tahanan pria dan wanita dipukuli, disiksa, diperkosa, dan dipermalukan. Banyak yang tidak dapat bertahan hidup, baik yang identitasnya diketahui maupun yang tidak diketahui. Setelah pengumpulan ribuan Muslim Bosnia dan *Croats* pada Mei akhir, 1992, kelompok-kelompok pasukan Serbia, termasuk Dusko Tadic, masuk ke dalam desa-desa tempat kaum Muslim dan *Croats* tinggal, yang pada saat itu pasukan Serbia membunuh beberapa penduduk desa dan mengusir sisanya dari rumah mereka ke arah kamp.¹²

Terdapat sebuah kamp bernama kamp Keraterm di bekas pabrik keramik di Prijedor. Kondisi tahanannya mirip seperti kamp Omarska, penganiayaan fisik dan mental, termasuk pemukulan dan pembunuhan, merupakan hal yang biasa. Di desa Trnopolje terdapat sebuah kamp yang bernama kamp Trnopolje. Kamp ini didirikan di bekas bangunan sekolah. Pria, wanita, dan anak-anak ditahan di kamp Trnopolje. Mayoritas yang ditahan di sana adalah mereka yang dikeluarkan dari Prijedor. Di Trnopolje, tahanan perempuan dianiaya seksual, dan tahanan lainnya dibunuh atau dianiaya fisik dan mental.¹³

3.2. Kejahatan Perang dalam Kasus *Prosecutor v. Tadic*

Terdapat banyak isu dan kejadian terkait kejahatan perang yang dibahas di dalam kasus *Prosecutor v. Tadic*. Terdapat isu terkait unsur kontekstual yang membahas mengenai unsur-unsur yang menjadikan suatu kejahatan menjadi

¹¹ *Ibid*, par.2.5

¹² *Ibid*, par.2.6

¹³ ICTY, *Second Amendment Indictments, Prosecutor v. Tadic*, 13 Februari 1995, par.2.7

sebuah kejahatan perang. Lalu terdapat juga isu-isu mengenai kejahatan itu sendiri (*underlying offenses*) yang membahas unsur-unsur dari tindakan dan niatan kejahatan.

3.2.1. Unsur Kontekstual

3.2.1.1. Konflik Bersenjata

Berikut ini adalah pembahasan dalam kasus *Prosecutor v. Dusko Tadic* yang merupakan proses dalam menentukan isu mengenai konflik bersenjata:

a. Surat dakwaan

Prosecutor menyatakan bahwa di setiap waktu terkait masa-masa di dalam tuntutan di kasus ini telah terjadi konflik bersenjata dan pendudukan wilayah secara sebagian di wilayah Bosnia Herzegovina.¹⁴ Dan dengan demikian, menurut *Prosecutor*, Pasal 2 dari Statuta ICTY, yang mengatur mengenai *grave breaches* terhadap Konvensi Jenewa, berlaku dalam konflik bersenjata dan dalam pendudukan wilayah sebagian tersebut.¹⁵

b. Fakta-fakta

Republik Bosnia dan Herzegovina pada masa sebagaimana yang dinyatakan dalam surat dakwaan telah menjadi sebuah negara. Hal ini terbukti dari fakta bahwa Persatuan Bangsa-bangsa (PBB) telah mengakui Republik Bosnia Herzegovina sebagai anggotanya, diikuti dengan keputusan yang diambil oleh Dewan Keamanan PBB dan Majelis Umum PBB pada 22 Mei 1992, dua hari

¹⁴ *Ibid.*, par.3.1.

¹⁵ *Ibid.*, par.3.2.

sebelum pengeboman dan penguasaan Kozarac.¹⁶ Sebelum tanggal 22 Mei 1992, Republik Bosnia Herzegovina adalah sebuah wujud politik yang terorganisir sebagai salah satu republik dari Republik Federal Sosialis Yugoslavia.¹⁷

Wilayah yang dikuasai oleh pasukan Serbia Bosnia pada awalnya dikenal sebagai bagian dari Republik Bosnia Herzegovina Serbia, dan kemudian diganti menjadi *Republika Serpska* pada tanggal 10 Januari 1992. Ketika memberontak dari Bosnia Herzegovina, orang-orang Serbia Bosnia ini memiliki pasukan militer yang terorganisir yang bernama VRS. VRS terbentuk dari bekas pasukan tentara Yugoslavia (JNA) yang dipindahkan ke *Republika Serpska* ini oleh Republik Federal Yugoslavia. Pasukan ini berada secara resmi di bawah administrasi Serbia Bosnia yang terletak di Pale, yang dipimpin oleh Radovan Karadzic. Pasukan ini menguasai dan beroperasi dalam wilayah yang signifikan besarnya dalam Bosnia Herzegovina.¹⁸

Konflik yang terjadi di wilayah Bosnia Herzegovina cukup parah. Semenjak tanggal 25 September 1991, Dewan Keamanan PBB telah turun tangan karena keadaan di Yugoslavia pada saat itu dianggap sudah menjadi ancaman bagi kedamaian dan keamanan internasional.¹⁹ Dewan Keamanan PBB menggunakan Bab VII dari Piagam PBB untuk melarang masuknya segala jenis senjata di wilayah tersebut.²⁰ Setelah itu Dewan Keamanan PBB juga telah mengambil banyak langkah dalam menjaga kedamaian dan keamanan internasional di wilayah tersebut, termasuk pemberian hukuman ekonomi bagi Republik Federal Yugoslavia untuk keterlibatannya dalam konflik di Bosnia Herzegovina.²¹ Dewan

¹⁶ Persatuan Bangsa-bangsa, *Resolusi Majelis Umum PBB No. 46/237*, 22 Mei 1992, U.N. Doc. A/RES/46/237

¹⁷ ICTY, *Trial Chamber, Prosecutor v. Tadic*, 14 Juli 1997, par.563

¹⁸ *Ibid*, par.564

¹⁹ *Ibid*, par.567

²⁰ Persatuan Bangsa-bangsa, *Resolusi Dewan Keamanan PBB No. 713*, 25 September 1991, U.N. Doc. S/RES/713

²¹ Persatuan Bangsa-bangsa, *Resolusi Dewan Keamanan PBB No. 757*, 30 Mei 1992, U.N. Doc S/RES/757

Keamanan PBB juga membentuk *International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia* dalam usahanya menjaga kedamaian dan keamanan internasional.²²

Pada bulan April 1992, Sarajevo, yaitu tempat pemerintahan Republik Bosnia Herzegovina, dibombardir oleh pasukan Serbia. Pemboman ini ditambahkan lagi dengan penyerangan pasukan Serbia pada perbatasan Bosnia Herzegovina dengan Serbia di sungai Drina dan juga penyerangan di Herzegovina Tenggara oleh pasukan Republik Federal Yugoslavia. Pertempuran ini meluas hingga daerah Prijedor, dan hal ini dilanjutkan dengan pendudukan militer dan pengepungan bersenjata di kota Prijedor pada tanggal 30 April 1992 oleh tentara Republik Federal Yugoslavia dibantu oleh pasukan Serbia Bosnia. Serangan ini ditambahkan dengan pengusiran orang-orang non-Serbia dengan ancaman senjata, dan juga pengeboman dan penghancuran Stari Grad, daerah Muslim utama dari Prijedor.²³

c. Putusan dan pertimbangan

Berikut ini merupakan putusan hakim mengenai isu konflik bersenjata internal dan internasional masing-masing:

i. Mengenai konflik bersenjata internal

Dalam kasus ini, menurut *Trial Chamber*, berdasarkan bukti-bukti yang ada, konflik yang terjadi adalah antara pemerintah Bosnia Herzegovina melawan pasukan Serbia Bosnia, dan pemerintah Bosnia Herzegovina melawan berbagai pasukan *Croats* Bosnia. Setidak-tidaknya, sebelum tanggal 19 Mei 1992, pasukan Serbia Bosnia didukung atau berada di bawah komando tentara Republik Federal Yugoslavia (*Yugoslav People's Army* atau JNA). Pasukan Serbia Bosnia juga menguasai wilayah-wilayah dengan membawa nama Republik Serbia. Pasukan

²² Persatuan Bangsa-bangsa, *Resolusi Dewan Keamanan PBB No. 827*, 25 Mei 1993, U.N. Doc S/RES/827

²³ *Ibid*, par.570

Croats Bosnia juga didukung oleh pemerintah negara Kroasia.²⁴ Putusan *Trial Chamber* ini tidak dibahas dalam *Appeal Chamber* dan *Appeal Chamber* cenderung setuju dan tidak mempermasalahkannya.

Dalam memutuskan mengenai konflik bersenjata, *Trial Chamber* mengacu pada putusan sela *Appeal Chamber* tentang yurisdiksi sebagai dasar menentukan konflik bersenjata.²⁵ Dalam putusan sela tersebut, *Appeal Chamber* menyatakan bahwa konflik bersenjata internasional terjadi apabila terjadi penggunaan pasukan bersenjata oleh negara-negara dalam suatu konflik. Sedangkan konflik bersenjata internal muncul ketika terjadi sebuah kekerasan bersenjata berkepanjangan antara otoritas pemerintahan dan *organized armed groups* atau antara dua *organized armed groups* dalam sebuah negara. *Trial Chamber* 14 Juli 1997 berfokus pada penentuan intensitas konflik dan terorganisirnya kelompok bersenjata untuk menentukan apakah konflik yang terjadi merupakan konflik bersenjata internal atau hanya merupakan kerusuhan atau *internal disturbances*.²⁶

Trial Chamber melihat fakta bahwa Bosnia Herzegovina pada saat tersebut telah menjadi sebuah negara, yang berarti adalah sebuah kelompok yang terorganisir, yang telah diakui oleh PBB dan dikuatkan dengan resolusi Dewan Keamanan PBB dan Majelis Umum PBB.²⁷ Pasukan Serbia Bosnia (VRS) juga merupakan pasukan terorganisir karena VRS terbentuk dari bekas pasukan tentara Yugoslavia (JNA) yang dipindahkan ke *Republika Serpska* oleh Republik Federal Yugoslavia. Pasukan ini juga memiliki sistem kepemimpinan, yaitu pasukan ini berada secara resmi di bawah administrasi Serbia Bosnia yang terletak di Pale, yang dipimpin oleh Radovan Karadzic.²⁸

²⁴ *Ibid*, par.563

²⁵ ICTY, *Trial Chamber, Prosecutor v. Tadic*, 14 Juli 1997, par.561; ICTY, *Appeals Chamber Decision, Prosecutor v. Tadic, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction*, 2 Oktober 1995, par.70

²⁶ ICTY, *Trial Chamber, Prosecutor v. Tadic*, 14 Juli 1997, par.561

²⁷ Persatuan Bangsa-bangsa, *Resolusi Majelis Umum PBB No. 46/237*, 22 Mei 1992, U.N. Doc. A/RES/46/237

²⁸ *Ibid*, par.564

Trial Chamber juga melihat bahwa konflik yang terjadi adalah konflik yang intens dan bukan sekedar kerusakan atau *internal disturbances*. Hal ini terlihat semenjak tanggal 25 September 1991, Dewan Keamanan PBB telah turun tangan karena keadaan di Yugoslavia pada saat itu dianggap sudah menjadi ancaman bagi kedamaian dan keamanan internasional.²⁹ Dewan Keamanan PBB menggunakan Bab VII dari Piagam PBB untuk melarang masuknya segala jenis senjata di wilayah tersebut.³⁰ Setelah itu Dewan Keamanan PBB juga telah mengambil banyak langkah dalam menjaga kedamaian dan keamanan internasional di wilayah tersebut, termasuk pemberian hukuman ekonomi bagi Republik Federal Yugoslavia untuk keterlibatannya dalam konflik di Bosnia Herzegovina.³¹ Dewan Keamanan PBB juga membentuk *ICTY* dalam usahanya menjaga kedamaian dan keamanan internasional.³²

Pasukan Serbia Bosnia juga telah menduduki sebagian wilayah dari Bosnia Herzegovina. Wilayah yang dikuasai oleh pasukan Serbia Bosnia pada awalnya dikenal sebagai Republik Bosnia Herzegovina Serbia kemudian diganti menjadi *Republika Serpska* pada tanggal 10 Januari 1992. Ketika memberontak dari Bosnia Herzegovina, orang-orang Serbia Bosnia ini menggunakan pasukan militer yang terorganisir yang bernama VRS untuk menguasai dan beroperasi dalam wilayah yang signifikan besarnya dalam Bosnia Herzegovina.³³

²⁹ *Ibid*, par.567

³⁰ Persatuan Bangsa-bangsa, *Resolusi Dewan Keamanan PBB No. 713*, 25 September 1991, U.N. Doc. S/RES/713

³¹ Persatuan Bangsa-bangsa, *Resolusi Dewan Keamanan PBB No. 757*, 30 Mei 1992, U.N. Doc S/RES/757

³² Persatuan Bangsa-bangsa, *Resolusi Dewan Keamanan PBB No. 827*, 25 Mei 1993, U.N. Doc S/RES/827

³³ *Ibid*, par.564

ii. Mengenai konflik bersenjata internasional

Terkait konflik bersenjata internasional, atau dalam hal ini konflik bersenjata yang terinternasionalisasi, *Trial chamber* 14 Juli 1997 menyatakan bahwa tidak ada konflik bersenjata internal yang terinternasionalisasi.³⁴ *Appeal Chamber* 15 Juli 1999 membatalkan putusan *Trial Chamber* dan menyatakan bahwa telah terjadi konflik bersenjata yang terinternasionalisasi.³⁵

Pertimbangan ICTY adalah sebagai berikut. Konflik bersenjata internasional yang terjadi dalam kasus ini adalah konflik bersenjata internal yang terinternasionalisasi karena standar kontrol tertentu. *Trial chamber* 14 Juli 1997 menyatakan bahwa tidak ada konflik bersenjata internal yang terinternasionalisasi.³⁶ Alasan *Trial Chamber* akan putusan ini adalah karena menurut *Trial Chamber*, untuk terjadinya suatu konflik bersenjata yang terinternasionalisasi diperlukan suatu kontrol atau komando yang mengatur suatu *organized armed groups*. Kontrol yang tepat menurut *Trial Chamber* adalah *effective control* sebagaimana yang sempat dinyatakan dalam kasus *Nicaragua*.³⁷ *Effective Control* ini akan terpenuhi apabila sebuah negara telah memberikan bantuan kepada *organized armed groups* dalam segala bidang dan dengan demikian *organized armed groups* tersebut telah bergerak sebagai agen dari negara tersebut,³⁸ dan tidak cukup dengan bantuan pembiayaan, pengorganisasian, pelatihan, pemasokan suplai, persenjataan, pemilihan target militer, dan perencanaan segala operasi dari suatu *organized armed group*.³⁹ Standar dari

³⁴ *Ibid*, par. 607

³⁵ ICTY, *Appeal Chamber, Prosecutor v. Tadic*, 15 Juli 1999, par.162

³⁶ *Ibid*, par. 607

³⁷ *Ibid*, par. 585; Mahkamah Internasional, *Nicaragua v. Amerika Serikat, Kasus mengenai Aktivitas Militer dan Paramiliter Terhadap dan dalam Nicaragua*, 27 Juni 1986

³⁸ Mahkamah Internasional, *Nicaragua v. Amerika Serikat, Kasus mengenai Aktivitas Militer dan Paramiliter Terhadap dan dalam Nicaragua*, 27 Juni 1986, par.109; “*in all fields as to justify treating the Contras as acting on its behalf*”

³⁹ *Ibid*, par.115

unsur yang sempat dinyatakan dalam kasus *Nicaragua*, yang diikuti oleh *Trial Chamber*, sangatlah tinggi.

Mengaplikasikan standar tersebut ke dalam kasus ini, *Trial Chamber* menyatakan bahwa Republik Federal Yugoslavia tidak mempunyai *effective control* kepada pasukan dari *Republika Serpska*.⁴⁰ Dengan demikian, tidak ada konflik bersenjata internal yang terinternasionalisasi dalam kasus ini.

Appeal Chamber 15 Juli 1999 membatalkan putusan *Trial Chamber* dan menyatakan bahwa telah terjadi konflik bersenjata yang terinternasionalisasi.⁴¹ Hal ini dinyatakan oleh *Appeal Chamber* berdasarkan pada fakta bahwa standar yang digunakan oleh *Trial Chamber* tidak tepat. Menurut *Appeal Chamber*, yang tepat bukanlah standar *effective control* tetapi standar *overall control*.⁴² Standar *overall control* ini akan terpenuhi apabila sebuah negara memiliki peran dalam mengorganisasikan, mengkoordinasikan, atau merencanakan tindakan militer dari sebuah kelompok militer, ditambah dengan membiayai, melatih, mempersenjatai, atau memberikan bantuan operasional kepada kelompok militer tersebut.⁴³

Dalam kasus ini, *Appeal Chamber* memutuskan bahwa Republik Federal Yugoslavia sudah memenuhi standar *overall control* kepada pasukan dari *Republika Serpska*, dan dengan demikian konflik yang terjadi adalah konflik bersenjata internasional, dalam bentuk konflik bersenjata yang terinternasionalisasi.⁴⁴

⁴⁰ ICTY, *Trial Chamber, Prosecutor v. Tadic*, 14 Juli 1997, par.569-606

⁴¹ ICTY, *Appeal Chamber, Prosecutor v. Tadic*, 15 Juli 1999, par.162

⁴² *Ibid*, par.146

⁴³ *Ibid*, par.137

⁴⁴ *Ibid*, par.162

d. *Dissenting dan separate opinion*

Berikut ini merupakan *dissenting* dan *separate opinion* dari Hakim McDonald dan Hakim Shahabuddeen:

i. **Hakim McDonald**

Terkait dengan putusan dari *Trial Chamber* mengenai konflik bersenjata internasional, Gabrielle Anne Kirk McDonald, yang merupakan hakim pimpinan dalam *Trial Chamber* kasus *Prosecutor v. Dusko Tadic*, mempunyai pendapat yang berbeda. Beliau berpendapat, bahwa yang dalam menentukan *state responsibility* dan menentukan jenis konflik bersenjata digunakan dua standar yang berbeda.⁴⁵ Beliau juga menyatakan bahwa standar yang tepat untuk penentuan atribusi sebuah tindakan, seperti yang digunakan, adalah *dependency and control* dan pembuktian untuk *effective control* seharusnya tidak perlu.⁴⁶

Gabrielle Anne Kirk McDonald memberikan pendapat bahwa menurutnya seharusnya standar yang digunakan untuk menentukan jenis konflik, maupun menentukan *state responsibility*, bukanlah standar *effective control*.⁴⁷ Menurutnya, *Trial Chamber* telah melakukan kesalahan dalam memahami putusan dari kasus Nicaragua.⁴⁸ Menurutnya ICJ tidak pernah bermaksud untuk menggunakan standar *effective control* dalam menentukan *state responsibility* dari Amerika Serikat dalam kasus Nicaragua.⁴⁹ Sekalipun kasus Nicaragua dianggap memutuskan standar yang tepat, standar tersebut harusnya terbatas hanya untuk

⁴⁵ ICTY, *Prosecutor v. Tadic, Separate And Dissenting Opinion Of Judge Mcdonald Regarding The Applicability Of Article 2 Of The Statute*, 7Mei 1997, hal.288

⁴⁶ *Ibid.*

⁴⁷ *Ibid*, hal.292

⁴⁸ *Ibid*, hal.292

⁴⁹ Mahkamah Internasional, *Nicaragua v. Amerika Serikat, Kasus mengenai Aktivitas Militer dan Paramiliter Terhadap dan dalam Nicaragua*, 27 Juni 1986, par.109

fakta-fakta dalam kasus Nicaragua tersebut saja, dan tidak dapat diaplikasikan ke dalam fakta-fakta di kasus *Prosecutor v. Dusko Tadic*.⁵⁰

Menurut Gabrielle Anne Kirk McDonald, pola pikir yang digunakan oleh ICJ pada saat memutuskan kasus Nicaragua adalah apakah hubungan antara Contras dan Amerika Serikat adalah ketergantungan dalam satu pihak dan kontrol dalam pihak lain, sehingga Contras akan dianggap, secara hukum, sama seperti salah satu organ Amerika Serikat atau sama seperti agen yang bekerja mewakili Amerika Serikat.⁵¹ Dengan demikian, menurut Gabrielle Anne Kirk McDonald, *Trial Chamber* menyimpulkan bahwa untuk menjawab status pasukan Serbia Bosnia sebagai agen dari Republik Federal Yugoslavia diperlukan ketergantungan dan kontrol (*dependency and control*).⁵² *Trial Chamber* mendukung kesimpulannya dengan mengacu pada suatu bagian dari putusan Nicaragua yang menyatakan bahwa agar tindakan Amerika Serikat, yang telah mendanai, mengorganisasikan, melatih, mensuplai, dan mempersenjatai Contras, dianggap menimbulkan *state responsibility*, maka, pada prinsipnya harus dibuktikan bahwa Amerika Serikat telah memiliki *effective control* dari operasi militer dan paramiliter yang dianggap telah melanggar hukum internasional.⁵³ Dengan demikian *Trial Chamber* menyatakan bahwa sekalipun Contras menunjukkan ketergantungan kepada Republik Federal Yugoslavia, tetap harus dibuktikan mengenai kontrol dari Republik Federal Yugoslavia terhadap Contras.⁵⁴

Gabrielle Anne Kirk McDonald menambahkan analisisnya terhadap keputusan *Trial Chamber*.⁵⁵ *Trial Chamber* sesungguhnya sempat

⁵⁰ ICTY, *Prosecutor v. Tadic, Separate And Dissenting Opinion Of Judge Mcdonald Regarding The Applicability Of Article 2 Of The Statute*, 7Mei 1997, hal 293

⁵¹ *Ibid.*

⁵² *Ibid.*

⁵³ Mahkamah Internasional, *Nicaragua v. Amerika Serikat, Kasus mengenai Aktivitas Militer dan Paramiliter Terhadap dan dalam Nicaragua*, 27 Juni 1986, par 115

⁵⁴ ICTY, *Prosecutor v. Tadic, Separate And Dissenting Opinion Of Judge Mcdonald Regarding The Applicability Of Article 2 Of The Statute*, 7Mei 1997, hal.288

⁵⁵ *Ibid*, hal 294

mempertimbangkan dua point mengenai perbedaan fakta dari kasus Nicaragua dan kasus *Prosecutor v. Dusko Tadic*. Fakta yang pertama adalah kenyataan bahwa pasukan Serbia Bosnia lebih merupakan *Occupying Force* daripada pasukan gerilya seperti Contras. Fakta yang kedua adalah perbedaan dari pembentukan pasukan Serbia Bosnia dan pasukan Contras.⁵⁶ Pasukan Serbia Bosnia terbentuk dari pasukan tentara Republik Federal Yugoslavia, dan, menurut Gabrielle Anne Kirk McDonald, hal ini merupakan hal yang bisa menjadi faktor signifikan. *Trial Chamber* menambahkan bahwa sekalipun tindakan-tindakan Contras bisa diatribusikan ke Nicaragua, pada tanggal 19 Mei 1992 Republik Federal Yugoslavia telah cukup menjaga jarak dari pasukan Serbia Bosnia.⁵⁷ Pada intinya, menurut Gabrielle Anne Kirk McDonald, walaupun *Trial Chamber* telah menyadari dan mempertimbangkan semua perbedaan fakta-fakta tersebut, *Trial Chamber* memutuskan bahwa perbedaan-perbedaan fakta tersebut tidak memiliki konsekuensi yang signifikan.⁵⁸ Dengan demikian, Gabrielle Anne Kirk McDonald memberikan argumennya yang menjadi dasar perbedaan pendapatnya dari mayoritas hakim lain di *Trial Chamber*.

ii. Hakim Shahabuddeen

Mohamed Shahabuddeen memberikan pendapat yang terpisah dari mayoritas hakim di *Appeal Chamber*. Beliau setuju dengan pendapat *Appeal Chamber*, akan tetapi, menurut beliau, *Appeal Chamber* tidak perlu menolak mengenai standar *effective control* yang sempat dinyatakan dalam kasus

⁵⁶ *Ibid*, hal 294

⁵⁷ “*sufficiently distanced itself from the VRS*”

⁵⁸ ICTY, *Prosecutor v. Tadic, Separate And Dissenting Opinion Of Judge Mcdonald Regarding The Applicability Of Article 2 Of The Statute*, 7Mei 1997, hal.294

Nicaragua.⁵⁹ Menurut beliau, sekalipun menggunakan standar *effective control*, kriteria untuk konflik bersenjata internasional tetap akan terpenuhi.⁶⁰

Beliau berpendapat, berdasarkan pada kasus Nicaragua, menurutnya ICJ menyatakan bahwa dengan hanya mendanai Contras, sebagai bentuk bantuan, hal tersebut tidak menjadi suatu “*use of force*”, akan tetapi hal tersebut menjadi sebuah intervensi.⁶¹ Dengan pengecualian seperti itu, ICJ menyatakan bahwa mempersenjataan dan pelatihan Contras merupakan *use of force*.⁶² Beliau menambahkan bahwa menurut ICJ, tindakan Amerika Serikat yang melatih, mempersenjatai, mendanai, dan mensuplai Contras telah menjadi sebuah intervensi kepentingan Nicaragua.⁶³ Tindakan intervensi Amerika Serikat ini telah melanggar kewajibannya di bawah hukum kebiasaan internasional untuk tidak melakukan *use of force* terhadap negara lain.⁶⁴

Berdasarkan logika dalam kasus Nicaragua tersebut, Mohamed Shahabuddeen menyatakan bahwa Republik Federal Yugoslavia telah melakukan *use of force* terhadap Bosnia Herzegovina melalui pasukan Serbia Bosnia. Walaupun mungkin hal ini tidak menimbulkan *state responsibility* bagi Republik Federal Yugoslavia, tetapi jelas bahwa terdapat konflik bersenjata internasional

⁵⁹ ICTY, Prosecutor v. Tadic, *Separate Opinion Of Judge Shahabuddeen*, Appeal Chamber, 7Mei 1997, par.5

⁶⁰ *Ibid.*

⁶¹ Mahkamah Internasional, *Nicaragua v. Amerika Serikat, Kasus mengenai Aktivitas Militer dan Paramiliter Terhadap dan dalam Nicaragua*, 27 Juni 1986, par.228

⁶² ICTY, Prosecutor v. Tadic, *Separate Opinion Of Judge Shahabuddeen*, Appeal Chamber, 7Mei 1997, par.9

⁶³ Mahkamah Internasional, *Nicaragua v. Amerika Serikat, Kasus mengenai Aktivitas Militer dan Paramiliter Terhadap dan dalam Nicaragua*, 27 Juni 1986, par.229(3)

⁶⁴ Mahkamah Internasional, *Nicaragua v. Amerika Serikat, Kasus mengenai Aktivitas Militer dan Paramiliter Terhadap dan dalam Nicaragua*, 27 Juni 1986, par.229(4); ICTY, Prosecutor v. Tadic, *Separate Opinion Of Judge Shahabuddeen*, Appeal Chamber, 7Mei 1997, par.10

antara Republik Federal Yugoslavia dan Bosnia Herzegovina melalui pasukan Serbia Bosnia.⁶⁵

3.2.1.2. *Protected Persons*

Berikut ini adalah pembahasan dalam kasus *Prosecutor v. Dusko Tadic* yang merupakan proses dalam menentukan isu mengenai *Protected Persons*:

a. Surat dakwaan

Prosecutor menyatakan bahwa semua tahanan yang berada di kamp Omarska, kamp Keraterm, dan kamp Trnopolje, dan semua orang Muslim Bosnia dan orang Kroasia dari Kota Prijedor yang dinyatakan dalam kasus ini, dalam waktu-waktu terkait, adalah *protected persons* di bawah Konvensi Jenewa 1949.⁶⁶

b. Fakta-fakta

Fakta-fakta yang membantu ICTY dalam memberikan pertimbangan terkait isu *protected persons* adalah fakta-fakta sebagai berikut. Pada tanggal 6 Oktober 1992, ketika *Citizenship Act* (Undang-undang Kewarganegaraan) dikeluarkan di Bosnia Herzegovina.⁶⁷ Pasukan Serbia Bosnia (VRS) sebenarnya adalah orang-orang Serbia yang berkewarganegaraan Bosnia Herzegovina.⁶⁸

c. Putusan dan pertimbangan

⁶⁵ ICTY, *Prosecutor v. Tadic, Separate Opinion Of Judge Shahabuddeen*, Appeal Chamber, 7Mei 1997, par.14

⁶⁶ ICTY, *Second Amendment Indictments, Prosecutor v. Tadic*, 13 Februari 1995, par.3.3

⁶⁷ ICTY, *Appeal Chamber, Prosecutor v. Tadic*, 14 Juli 1997, par.167

⁶⁸ ICTY, *Trial Chamber, Prosecutor v. Tadic*, 14 Juli 1997, par.564

Trial Chamber 14 Juli 1997 tidak membahas mengenai status *protected persons* dalam putusannya. Hal ini dikarenakan menurut *Trial Chamber* 14 Juli 1997 pengaturan mengenai *grave breaches of the Geneva Conventions of 1949* tidak berlaku, karena menurut *Trial Chamber*, jenis konflik bersenjata yang terjadi adalah konflik bersenjata internal.⁶⁹ *Appeal Chamber* 15 Juli 1999 menyanggah hal ini dan menyatakan bahwa korban-korban dalam kasus ini mempunyai status “*protected persons*”.⁷⁰

Dalam pertimbangannya, *Appeal Chamber* menggunakan Pasal 4 dari Konvensi Jenewa IV⁷¹ yang menyatakan bahwa seseorang memiliki status “*protected persons*” apa bila ia berada di tangan pasukan dari sebuah negara yang bukan kewarganegaraannya.⁷²

Appeal Chamber menyatakan bahwa memang dapat dikatakan bahwa pasukan Serbia Bosnia memiliki kewarganegaraan yang sama dengan para korban, yaitu kewarganegaraan Bosnia Herzegovina. Akan tetapi perlu dipahami bahwa pasukan Bosnia Serbia bergerak sebagai agen atau organ dari negara lain, yaitu Republik Federal Yugoslavia.⁷³

Appeal Chamber juga mempertimbangkan akan kemungkinan argumen bahwa sebelum 6 Oktober 1992, ketika *Citizenship Act* (Undang-undang Kewarganegaraan) dikeluarkan di Bosnia Herzegovina, pasukan Serbia Bosnia memiliki kewarganegaraan yang sama dengan para korban, yaitu kewarganegaraan dari Republik Federal Yugoslavia. Walaupun argumen ini bisa saja benar secara hukum, akan tetapi Pasal 4 dari Konvensi Jenewa IV harus

⁶⁹ *Ibid*, par.608

⁷⁰ ICTY, *Appeal Chamber, Prosecutor v. Tadic*, 14 Juli 1997, par.167-171

⁷¹ Konvensi Jenewa IV, 1949, Psl.4, “Persons protected by the Convention are those who, at a given moment and in any manner whatsoever, find themselves, in case of a conflict or occupation, in the hands of a Party to the conflict or Occupying Power of which they are not nationals”

⁷² ICTY, *Appeal Chamber, Prosecutor v. Tadic*, 14 Juli 1997, par.167

⁷³ *Ibid*.

diinterpretasikan sesuai dengan sasaran dan tujuannya,⁷⁴ yaitu untuk melindungi penduduk sipil sampai semaksimal mungkin. Oleh karena itu, Konvensi Jenewa tidak semata-mata terbatas keberlakuannya pada perikatan formal atau hubungan hukum secara murni. Tujuan utamanya adalah untuk memastikan keberlakuan perlindungan yang diatur dalam konvensi ini kepada penduduk sipil yang tidak memiliki perlindungan diplomatik, dan secara korelatif bukan merupakan subjek perlindungan dan pengawasan dari negara di tempat mereka berada. Menurut *Appeal Chamber*, Pasal 4 Konvensi Jenewa IV bermaksud untuk lebih melihat pada hal-hal yang bersifat substansi dibandingkan pada hal-hal yang berkarakter murni hukum seperti yang telah dinyatakan.⁷⁵

Dengan demikian, walaupun ada kemungkinan bahwa pasukan Serbia Bosnia dan para korban memiliki kewarganegaraan yang sama, *Appeal Chamber* tetap memutuskan bahwa Pasal 4 Konvensi Jenewa IV tetap berlaku dan para korban memiliki status “*protected persons*”. Hal ini karena para korban bukan merupakan bagian dari Republik Federal Yugoslavia dan tidak memiliki perlindungan diplomatik dari negara tersebut.⁷⁶

d. *Dissenting dan separate opinion* dari Hakim McDonald

Gabrielle Anne Kirk McDonald, menyatakan ketidaksetujuan dengan cara *Trial Chamber* yang menggunakan standar *effective control* untuk menentukan apakah seorang korban dapat dinyatakan sebagai *protected person*.⁷⁷ Menurut beliau, walaupun memang benar bahwa hukum terkait keadaan pendudukan suatu wilayah oleh pemberontak berlaku ketika standar *effective control* suatu wilayah telah dipenuhi akan tetapi, standar ini tidak menentukan apakah dan kapankah seseorang dianggap *protected person* di bawah Konvensi Jenewa keempat. Pasal 4

⁷⁴ *Konvensi Vienna tentang Hukum Perjanjian*, 1969, Psl.31

⁷⁵ ICTY, *Appeal Chamber, Prosecutor v. Tadic*, 14 Juli 1997, par.168

⁷⁶ *Ibid*, par.169

⁷⁷ ICTY, *Prosecutor v. Tadic, Separate And Dissenting Opinion Of Judge Mcdonald Regarding The Applicability Of Article 2 Of The Statute*, Trial Chamber, 7Mei 1997, hal. 294

dari Konvensi Jenewa keempat menyatakan bahwa *protected persons* adalah termasuk mereka yang berada di wilayah yang diduduki pemberontak tetapi tidak mengekang mereka. Perihal Konvensi Jenewa yang akan berlaku secara keseluruhan ketika terjadi pertempuran telah menjadi hal yang mapan, dan karena itu, seorang penduduk sipil akan menjadi *protected person* apabila ia tinggal di daerah yang diserang oleh pasukan asing, sekalipun pasukan tersebut belum memiliki *effective control* terhadap wilayah tersebut. Oleh karena itu, apabila pasukan tersebut misalnya melakukan penahanan penduduk sipil dan mengeksekusi mereka semua, maka hal tersebut akan menjadi sebuah *grave breaches* dari Konvensi Jenewa.⁷⁸

Hal ini dapat dilihat lebih lanjut dalam penjelasan Pasal 6 dari Konvensi Jenewa yang menyatakan bahwa: “Hubungan antara penduduk sipil dari sebuah wilayah dan pasukan yang menyerang wilayah tersebut, apakah bertempur atau tidak, diatur oleh Konvensi Jenewa. Tidak ada periode di antara fase serangan dan fase pendudukan ketika wilayah tersebut dikuasai rezim yang stabil. Konvensi Jenewa dengan jelas menyatakan bahwa setiap orang yang berada di tangan salah satu pihak dari konflik atau kedaulatan yang berkedudukan (*Occupying Power*) yang bukan kewarganegaraan mereka, maka mereka adalah *protected persons*. Tidak ada lagi celah hukum mengenai hal ini.”⁷⁹

3.2.2. Kejadian-kejadian terkait Kejahatan Perang

3.2.2.1. Pemerkosaan “F”

Berikut ini adalah pembahasan dalam kasus *Prosecutor v. Dusko Tadic* yang merupakan proses dalam menentukan kesalahan mengenai kejadian pemerkosaan “F”:

⁷⁸ *Ibid.*

⁷⁹ *Ibid.*

a. Surat dakwaan

"F" dibawa ke kamp Omarska sebagai tahanan di awal Juni tahun 1992. Suatu waktu antara awal Juni dan 3 Agustus 1992, "F" dibawa ke gedung Separacija di pintu masuk kamp Omarska dan ditempatkan di suatu ruangan tempat Dusko Tadic memperkosa "F".⁸⁰ Dalam kejadian ini terdapat dua kejahatan perang, yaitu *inhuman treatment*,⁸¹ dan *cruel treatment*.⁸²

b. Putusan dan pertimbangan

Tuntutan terkait kejadian ini (Tuntutan 2, 3, dan 4) ditarik kembali oleh *Prosecutor* dengan *Decision on the Prosecution Motion to Withdraw Counts 2 through 4 of the Indictment Without Prejudice*.⁸³ Penarikan ini tidak dipermasalahkan oleh Dusko Tadic dan pengacaranya dan disetujui oleh *Trial Chamber* dan kemudian ditegaskan dengan surat resmi.⁸⁴ Dengan demikian, hakim tidak memberikan putusan mengenai hal ini.

3.2.2.2. Pembunuhan Emir Karabasic, Jasmin Hrnac, Enver, Alic, dan Fikret Harambasic, Penganiayaan Emir Beganovi, dan Perlakuan Tidak Manusiawi pada "G" dan "H" di Kamp Omarska

Berikut ini adalah pembahasan dalam kasus *Prosecutor v. Dusko Tadic* yang merupakan proses dalam menentukan kejahatan Dusko Tadic dalam kejadian pembunuhan Emir Karabasic, Jasmin Hrnac, Enver, Alic, dan Fikret Harambasic,

⁸⁰ ICTY, *Second Amendment Indictments, Prosecutor v. Tadic*, 13 Februari 1995, par.5

⁸¹ *Count 2*; Statuta dari *International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia*, Psl.2(b)

⁸² *Count 3*; Statuta dari *International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia*, Psl.3; Konvensi Jenewa tahun 1949, Psl.3(1)(a)

⁸³ ICTY, *Trial Decision, Prosecutor v. Tadic, Decision on the Prosecution Motion to Withdraw Counts 2 through 4 of the Indictment Without Prejudice*, 25 Juni 1996

⁸⁴ ICTY, *Trial Chamber, Prosecutor v. Tadic*, 14 Juli 1997, par.27

penganiayaan Emir Beganovi, dan perlakuan tidak manusiawi pada “G” dan “H” di Kamp Omarska:

a. Surat dakwaan

Dalam periode antara tanggal 1 Juni dan 31 Juli 1992, sekelompok pasukan Serbia, termasuk Dusko Tadic, menganiaya sejumlah tahanan, termasuk diantaranya Emir Karabasic, Jasmin Hrnica, Enver Alic, Fikret Harambasic, dan Emir Beganovic, di gedung garasi besar atau hangar dari kamp Omarska. Sekelompok pasukan ini memaksa dua tahanan lainnya, “G” dan “H”, untuk melakukan oral seks dengan Fikret Harambasic dan memaksa “G” untuk memutilasi Fikret Harambasic secara seksual. Emir Karabasic, Jasmin Hrnica, Enver Alic, dan Fikret Harambasic pada akhirnya meninggal karena penganiayaan tersebut.⁸⁵ Dalam partisipasinya di kejadian ini, Dusko Tadic, dituduh telah melakukan *wilful killing*,⁸⁶ *murder*,⁸⁷ *torture or inhuman treatment*,⁸⁸ *wilfully causing great suffering or serious injury to body and health*,⁸⁹ dan *cruel treatment*.⁹⁰

b. Fakta-fakta

Yang pertama terkait dengan penyiksaan dari Emir Beganovic, dimana dirinya sendiri menjadi saksi. ia menjadi tahanan di kamp Omarska, dan ia ditempatkan 10 hari diluar, dua hari di “*white house*”, dan lalu ditempatkan di

⁸⁵ ICTY, *Second Amendment Indictments, Prosecutor v. Tadic*, 13 Februari 1995, par.6

⁸⁶ *Count 5*; Statuta dari *International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, Psl.2(a)*

⁸⁷ *Count 6*; Konvensi Jenewa tahun 1949, Psl.3(1)(a)

⁸⁸ *Count 8*

⁸⁹ *Count 9*; Statuta dari *International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, Psl.2(c)*

⁹⁰ *Count 10*

hangar. ia dianiaya secara rutin, diperlakukan tidak baik, dan ditambah dengan penganiayaan individual sebanyak tiga kali. Ia dipanggil ke pintu hangar, sambil dipukuli dalam perjalanan menuju ke sana, dan dianiaya dengan tongkat besi dan tali besi selama setengah jam di sana. Ia digantung terbalik hingga akhirnya kakinya terlepas dari tali dan ia terjatuh ke lantai. Kemudian ia dianiaya lagi dan disuruh kembali ke ruangan, tempat di mana ia akhirnya pingsan. Akibat dari ini semua, ia menderita retak tulang kepala, tangan yang tidak bisa digunakan kembali, cedera tulang belakang dan kerusakan pada salah satu kakinya dan ginjalnya.⁹¹

Kebanyakan tahanan lainnya diperlakukan kurang lebih sama seperti yang terjadi pada Emir Boganovic, seperti misalnya Senad Muslimovic yang menderita sayatan-sayatan pisau di seluruh tubuhnya,⁹² Emir Karabasic, Jasmin Hrnica, dan Enver Alic yang menderita memar-memar.⁹³ Selain itu banyak tahanan-tahanan lain seperti yang disebutkan di atas yang menderita dari penganiayaan.⁹⁴

c. Putusan dan pertimbangan

Berikut ini adalah putusan dari masing-masing tuntutan:

i. Tuntutan 5 dan 6

Trial Chamber memutuskan untuk menyatakan bahwa dalam kejadian ini Dusko Tadic tidak dapat dihukum dengan tuduhan kejahatan perang *wilful killing*⁹⁵ (Tuntutan 5) dan *murder*⁹⁶ (Tuntutan 6).⁹⁷

⁹¹ ICTY, *Trial Chamber, Prosecutor v. Tadic*, 14 Juli 1997, par.200

⁹² *Ibid*, par.201

⁹³ *Ibid*, par.202

⁹⁴ *Ibid*, par.200-206

⁹⁵ Statuta dari *International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia*, Psl.2(a)

⁹⁶ Konvensi Jenewa, 1949, Psl.3(1)(a)

⁹⁷ ICTY, *Trial Chamber, Prosecutor v. Tadic*, 14 Juli 1997, par.240

Trial Chamber dalam pertimbangannya menyadari fakta bahwa ketika konflik terjadi terdapat banyak penganiayaan dan pembunuhan dan terdapat perlakuan yang tidak acuh, sembarangan, dan bahkan perlakuan yang tidak berperasaan pada jasad-jasad korban. Jasad-jasad tahanan dikubur dalam kuburan-kuburan sementara dan tumpukan mayat merupakan hal yang biasa terlihat di kamp-kamp. Karena hal-hal ini terjadi di saat yang tidak pada umumnya (terjadi dalam masa-masa konflik), maka akan menjadi tidak tepat untuk mengaplikasikan peraturan dari sistem hukum nasional yang membutuhkan mayat secara fisik sebagai bukti kematian. Akan tetapi, tetap harus ada bukti yang menghubungkan cedera yang diterima dengan kematian yang disebabkan cedera tersebut. *Prosecutor* tidak mampu untuk memberikan bukti ini. Dusko Tadic memang tidak membawa argumen mengenai bukti yang tidak cukup ini, tetapi hal ini sudah menjadi kewajiban dari *Trial Chamber* untuk mempertimbangkannya. Ketika terdapat lebih dari satu kesimpulan yang masuk akal yang dapat diambil dari bukti-bukti yang ada, maka ICTY tidak dapat memilih kesimpulan yang lebih merugikan terdakwa. Hal ini menjadi alasan mengapa *Trial Chamber* memutuskan untuk menyatakan bahwa dalam kejadian ini Dusko Tadic tidak dapat dihukum dengan tuduhan kejahatan perang *wilful killing*⁹⁸ (Tuntutan 5) dan *murder*⁹⁹ (Tuntutan 6).¹⁰⁰

ii. Tuntutan 8, 9, dan 10

Trial Chamber memutuskan bahwa Dusko Tadic bersalah untuk kejahatan perang *cruel treatment* (Tuntutan 10).¹⁰¹ Dan tidak bersalah untuk kejahatan perang *torture or inhuman treatment* (Tuntutan 8) dan *wilfully causing great*

⁹⁸ Statuta dari *International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia*, Psl.2(a)

⁹⁹ Konvensi Jenewa, 1949, Psl.3(1)(a)

¹⁰⁰ ICTY, *Trial Chamber, Prosecutor v. Tadic*, 14 Juli 1997, par.240

¹⁰¹ *Ibid*, par.726

suffering or serious injury to body and health (Tuntutan 9).¹⁰² *Appeal Chamber* membatalkan putusan tersebut dan memutuskan bahwa Dusko Tadic bersalah untuk kejahatan perang *torture or inhuman treatment* (Tuntutan 8) dan *wilfully causing great suffering or serious injury to body and health* (Tuntutan 9).¹⁰³

Trial Chamber dalam pertimbangannya menggunakan penggambaran *cruel treatment* sebagai sebuah konsep umum seperti yang dikemukakan oleh J.H. Burger dan H. Danelius. Bukti-bukti menyatakan bahwa Dusko Tadic telah terlibat dalam penganiayaan yang serius dan tindakan kekerasan lainnya kepada Enver Alic, Emir Karabasic, Jasmin (Jasko) Hrnica, Senad Muslimovic, Fikret Harambasic, dan Emir Beganovic yang semuanya itu bukan orang yang berpartisipasi dalam konflik. *Trial Chamber* telah dengan yakin (*beyond reasonable doubt*) bahwa penganiayaan dan tindakan lainnya yang diderita para korban Muslim tersebut dilakukan dalam konteks konflik bersenjata dan terkait erat dengan konflik tersebut. Tindakan-tindakan ini juga merupakan kekerasan dan dilakukan dengan maksud membuat mereka menderita. Atas dasar ini, *Trial Chamber* memutuskan bahwa Dusko Tadic bersalah untuk kejahatan perang *cruel treatment* (Tuntutan 10).¹⁰⁴

Trial Chamber memutuskan bahwa Dusko Tadic tidak dapat dipersalahkan atas kejahatan perang *torture or inhuman treatment* (Tuntutan 8) dan *wilfully causing great suffering or serious injury to body and health* (Tuntutan 9). Alasan dibalik putusan ini adalah karena menurut *Trial Chamber* konflik yang terjadi bukanlah konflik bersenjata internasional sehingga Pasal 2 Statuta ICTY tidak berlaku. Yang berlaku hanyalah Pasal 3 dari Statuta ICTY mengenai *violations of the laws or customs of war*.¹⁰⁵

Putusan ini dibatalkan oleh *Appeal Chamber* dengan dasar pertimbangan bahwa yang terjadi adalah konflik bersenjata internasional, sesuai seperti yang

¹⁰² *Ibid*, par.720

¹⁰³ ICTY, *Appeal Chamber, Prosecutor v. Tadic*, 14 Juli 1997, par.171

¹⁰⁴ *Ibid*, par.726

¹⁰⁵ *Ibid*, par.720

dijelaskan sebelumnya. Dengan demikian Dusko Tadic dapat didakwa atas kejahatan-kejahatan yang dilarang di Pasal 2 Statuta ICTY. *Appeal Chamber* memutuskan bahwa Dusko Tadic bersalah untuk kejahatan perang *torture or inhuman treatment* (Tuntutan 8) dan *wilfully causing great suffering or serious injury to body and health* (Tuntutan 9).¹⁰⁶

3.2.2.3. Penganiayaan Sefik Sivac di Kamp Omarska

Berikut ini adalah pembahasan dalam kasus *Prosecutor v. Dusko Tadic* yang merupakan proses dalam menentukan kejahatan Dusko Tadic dalam kejadian penganiayaan Sefik Sivac di Kamp Omarska:

a. Surat dakwaan

Sekitar tanggal 10 Juli 1992, dalam gedung putih “*the white house*” di kamp Omarska, sekelompok pasukan Serbia dari luar kamp, termasuk diantaranya Dusko Tadic, telah melakukan penganiayaan terhadap Sefik Sivac. Mereka melempar Sefik Sivac ke lantai suatu ruangan dan membiarkannya mati di sana.¹⁰⁷ Atas partisipasinya, Dusko Tadic dituntut telah melakukan kejahatan perang *wilfully causing great suffering or serious injury to body or health*,¹⁰⁸ dan *cruel treatment*.¹⁰⁹

b. Fakta-fakta

Fakta-fakta yang ada diantaranya berasal dari kesaksian Hase Icic dan Husein Hodzic. Hase Icic bersaksi bahwa penganiayaan dari Sefik Sivac terjadi

¹⁰⁶ ICTY, *Appeal Chamber, Prosecutor v. Tadic*, 14 Juli 1997, par.171

¹⁰⁷ ICTY, *Second Amendment Indictments, Prosecutor v. Tadic*, 13 Februari 1995, par.7

¹⁰⁸ *Count 12*

¹⁰⁹ *Count 13*

pada malam hari setelah penganiayaan dirinya sendiri pada hari ia tiba di kamp Omarska atau malam setelahnya, yaitu sekitar 8 atau 9 Juli 1992. Pada malam tersebut Hase Ičić mendengar suara pemukulan yang datang dari depan “*white house*”. Selagi ia berbaring dengan punggungnya di lantai dan pundak dan kepalanya bersandar pada tahanan lain di sebuah ruangan di *white house*, ia mendengar orang berteriak memaki-maki dan suara tersebut mendekat ke ruangan tempat ia berbaring. Ia mengenali suara tersebut. Lalu ia melihat seseorang yang memakai seragam kamuflase, dan seorang lain, ketika mereka melemparkan seorang tahanan yang telah dianaya begitu parah ke dalam ruangan. Sambil melemparkan tahanan tersebut, orang tersebut mengatakan: “Kau akan ingat Sivac, bahwa kamu tidak boleh menyentuh seorang Serbia atau berbicara dengan seorang Serbia.” Keesokan harinya, Hase Ičić mengenali tahanan ini sebagai Sefik Sivac, seorang Muslim.¹¹⁰

Husein Hodžić bersaksi di pengadilan bahwa ia berada di ruangan yang sama dengan Sefik Sivac ketika ia dipanggil untuk terakhir kali. Sefik Sivac telah dianaya sebelumnya dan Husein Hodžić melihat mayat dari Sefik Sivac keesokan harinya. Ia menyatakan bahwa “mayat tersebut tidak terlihat sedikitpun seperti sebuah tubuh manusia”, bajunya telah robek-robek dan badannya penuh darah.¹¹¹

c. Putusan dan pertimbangan

Berikut ini merupakan masing-masing putusan dalam kejadian ini:

i. Tuntutan 12

Dalam tuduhan kejahatan perang *wilfully causing great suffering or serious injury to body or health* (Tuntutan 12) di kejadian penganiayaan Sefik Sivac di kamp Omarska, *Trial Chamber* memutuskan bahwa Dusko Tadić tidak bersalah.¹¹² Putusan ini dibatalkan oleh *Appeal Chamber*. *Appeal Chamber*

¹¹⁰ ICTY, *Trial Chamber, Prosecutor v. Tadić*, 14 Juli 1997, par.264

¹¹¹ *Ibid*, par.264

¹¹² *Ibid*, par.732

memutuskan bahwa yang terjadi adalah konflik bersenjata internasional. Dengan demikian Pasal 2 dari Statuta ICTY berlaku dan kejahatan perang *wilfully causing great suffering or serious injury to body or health* (Tuntutan 12) telah terjadi. *Appeal Chamber* memutuskan bahwa Dusko Tadic bersalah untuk kejahatan perang tersebut.¹¹³

Dalam Tuntutan 12 ini, *Trial Chamber* mempertimbangkan bahwa Dusko Tadic tidak bersalah karena, seperti yang dijelaskan sebelumnya, menurut *Trial Chamber*, Pasal 2 dari Statuta ICTY tidak berlaku di kasus ini karena konflik yang terjadi adalah konflik bersenjata internal.¹¹⁴ Sedangkan *Appeal Chamber* yang menolak putusan ini beralasan bahwa yang terjadi adalah konflik bersenjata internasional. Dengan demikian Pasal 2 dari Statuta ICTY berlaku dan kejahatan perang *wilfully causing great suffering or serious injury to body or health* (Tuntutan 12) telah terjadi.¹¹⁵

ii. Tuntutan 13

Trial Chamber menyatakan bahwa Dusko Tadic bersalah dalam kejadian penganiayaan Sefik Sivac di Kamp Omarska. Dusko Tadic bersalah untuk kejahatan perang *cruel treatment* (Tuntutan 13).¹¹⁶

Trial Chamber, dalam pertimbangannya, menggunakan Pasal 3 Bersama dari Konvensi Jenewa 1969, yang mengatur mengenai perlindungan orang yang tidak berpartisipasi dalam konflik bersenjata internal, sebagai dasar dari pengaturan di Pasal 3 Statuta ICTY. *Trial Chamber* telah yakin (*beyond reasonable doubt*) bahwa Sefik Sivac, sang korban, seorang Muslim, telah menjadi seorang tahanan di kamp Omarska dan tidak berpartisipasi dalam konflik

¹¹³ ICTY, *Appeal Chamber, Prosecutor v. Tadic*, 14 Juli 1997, par.171

¹¹⁴ *Ibid*, par.732

¹¹⁵ ICTY, *Appeal Chamber, Prosecutor v. Tadic*, 14 Juli 1997, par.171

¹¹⁶ ICTY, *Trial Chamber, Prosecutor v. Tadic*, 14 Juli 1997, par.734

bersenjata ketika ia dianiaya.¹¹⁷ *Trial Chamber* menyatakan bahwa penganiayaan ini termasuk sebagai *cruel treatment* dan perlakuan ini dilakukan memang dengan maksud membuat Sefik Sivac menderita. Penganiayaan ini juga dilakukan dalam konteks konflik bersenjata dan memiliki hubungan yang dekat antara penganiayaan dan konflik.¹¹⁸

3.2.2.4. Penganiayaan Salih Elezovic, Sejad Sivac, Hakija Elezovic, dan Tahanan Lain yang Tidak Diketahui Namanya di Kamp Omarska

Berikut ini adalah pembahasan dalam kasus *Prosecutor v. Dusko Tadic* yang merupakan proses dalam menentukan kejahatan Dusko Tadic dalam kejadian penganiayaan Salih Elezovic, Sejad Sivac, Hakija Elezovic, dan tahanan lain yang tidak diketahui namanya di Kamp Omarska:

a. Surat dakwaan

Sekitar akhir Juli 1992, di belakang gedung putih “*the white house*” di kamp Omarska, sekelompok pasukan Serbia termasuk Dusko Tadic, memukuli dan menendangi Hakija Elezovic, Salih Elezovic, Sejad Sivac, dan tahanan lainnya. Hakija Elezovic berhasil selamat dari kematian. Salih Elezovic, Sejad Sivac, dan tahanan lainnya ditemukan meninggal di tempat tersebut.¹¹⁹ Dalam kejadian ini, Dusko Tadic dituntut telah melakukan kejahatan perang *wilfully causing great suffering or serious injury to body or health*¹²⁰ dan *cruel treatment*.¹²¹

¹¹⁷ ICTY, *Trial Chamber, Prosecutor v. Tadic*, 14 Juli 1997, par.734

¹¹⁸ *Ibid.*

¹¹⁹ ICTY, *Second Amendment Indictments, Prosecutor v. Tadic*, 13 Februari 1995, par.8

¹²⁰ *Count 15*

¹²¹ *Count 16*

c. Fakta-fakta

Fakta-fakta yang ada berasal dari kesaksian Hakija Elezovic dan kesaksian Samir Hodzic. Hakija Elezovic memberikan kesaksian mengenai dirinya yang dipukuli dan ditendangi oleh Dusko Tadic dan juga penganiayaan terhadap anaknya, Salih, yang juga dilakukan oleh Dusko Tadic. Dalam semua kejadian tersebut, Hakija Elezovic dianiaya hingga tidak sadarkan diri. Samir Hodzic memberikan kesaksian tentang dirinya yang melihat Dusko Tadic di dekat *white house* dan ia juga mengenal dua orang yang berada disebelah *white house*. *Trial Chamber* telah yakin (*beyond reasonable doubt*) akan keseriusan dari penganiayaan yang dialami Hakija Elezovic dan anaknya, Salih Elezovic, dan tahanan lain yang dilakukan oleh Dusko Tadic dan perbuatan Dusko Tadic ini dilakukan dalam konteks konflik bersenjata.¹²²

d. Putusan dan pertimbangan

Berikut ini merupakan masing-masing putusan hakim dalam kejadian ini:

i. Tuntutan 15

Trial Chamber memutuskan bahwa Dusko Tadic tidak bersalah terkait dengan tuduhan kejahatan perang *wilfully causing great suffering or serious injury to body or health* (Tuntutan 15).¹²³ Putusan ini dibatalkan oleh *Appeal Chamber*. *Appeal Chamber* menyatakan bahwa Dusko Tadic bersalah untuk kejahatan perang ini.¹²⁴

Trial Chamber memutuskan bahwa Dusko Tadic tidak bersalah dengan pertimbangan bahwa Pasal 2 dari Statuta ICTY tidak berlaku di kasus ini. Hal ini disebabkan karena konflik yang terjadi adalah konflik bersenjata internal, bukan konflik bersenjata internasional sebagaimana yang menjadi kriteria berlakunya

¹²² ICTY, *Trial Chamber, Prosecutor v. Tadic*, 14 Juli 1997, par.302

¹²³ *Ibid*, par.740

¹²⁴ ICTY, *Appeal Chamber, Prosecutor v. Tadic*, 15 Juli 1999, par.171

Pasal 2 Statuta ICTY.¹²⁵ *Appeal Chamber* menolak putusan ini dengan alasan bahwa yang terjadi adalah konflik bersenjata internasional. Dengan demikian Pasal 2 dari Statuta ICTY berlaku dan kejahatan perang *wilfully causing great suffering or serious injury to body or health* (Tuntutan 15) telah terjadi.¹²⁶

ii. Tuntutan 16

Trial Chamber memutuskan bahwa Dusko Tadic bersalah atas tuduhan kejahatan perang *cruel treatment* (Tuntutan 16).¹²⁷

Trial Chamber memutuskan Dusko Tadic bersalah dengan pertimbangan bahwa para korban adalah orang-orang Muslim yang tidak pernah berpartisipasi dalam konflik. Mereka telah dibuat menjadi menderita oleh Dusko Tadic. Perbuatan Dusko Tadic ini dilakukan dalam sebuah konflik bersenjata dan keterkaitannya erat antara tindakan dan konflik tersebut. Dusko Tadic juga melakukannya dengan sengaja.¹²⁸

3.2.2.5. Penganiayaan Tahanan yang Tidak Diketahui Namanya di Kamp Omarska

Berikut ini adalah pembahasan dalam kasus *Prosecutor v. Dusko Tadic* yang merupakan proses dalam menentukan kejahatan Dusko Tadic dalam kejadian penganiayaan Salih Elezovic, Sejad Sivac, Hakija Elezovic, dan tahanan lain yang tidak diketahui namanya di Kamp Omarska:

¹²⁵ *Ibid*, par.740

¹²⁶ ICTY, *Appeal Chamber, Prosecutor v. Tadic*, 14 Juli 1997, par.171

¹²⁷ ICTY, *Trial Chamber, Prosecutor v. Tadic*, 14 Juli 1997, par.742

¹²⁸ ICTY, *Trial Chamber, Prosecutor v. Tadic*, 14 Juli 1997, par.742

a. Surat dakwaan

Sekitar akhir Juni atau awal Juli 1992, di dekat gedung putih “*the white house*” sekelompok pasukan Serbia dari luar kamp, termasuk Dusko Tadic, memerintahkan tahanan, yang nama-namanya tidak diketahui, untuk minum dari genangan air di tanah seperti binatang, kemudian mereka diinjak-injak, dan dipukuli hingga mereka tak bisa bergerak. Selagi para korban dipindahkan dengan menggunakan gerobak dorong, Dusko Tadic menyemprotkan isi pemadam api ke dalam mulut salah satu korban.¹²⁹ Dalam kejadian ini Dusko Tadic dituntut atas kejahatan perang *wilfully causing great suffering or serious injury to body or health*¹³⁰ dan *cruel treatment*.¹³¹

b. Fakta-fakta

Fakta-fakta yang ada berasal dari kesaksian Elvir Grozdanic, seorang Muslim. Elvir Grozdanic, sebagai tahanan di kamp Omarska, diperintahkan untuk membersihkan hangar dengan tahanan lainnya. Ketika keluar dari gedung melalui pintu yang menghadap ke *white house* menuju ke kotak sampah di dekat dapur, ia melihat tahanan lainnya, dari jarak 30-40 meter, di depan gedung putih. Sekelompok orang, termasuk Dusko Kne’evic dan Jovic, sedang menyiksa para tahanan. Mereka melompat-lompat di atas para tahanan, menuangkan air ke rerumputan dan memaksa para tahanan menggigit rumput dan menyuruh mereka mengunyah dan bersuara seperti layaknya babi. Elvir Grozdanic melanjutkan perjalanannya ke kotak sampah dekat dapur kembali. Dalam perjalanannya ia melihat seorang muslim yang berasal dari Prijedor yang bernama Amir. Amir pada saat tersebut sedang mendorong gerobak berisi seorang yang telah babak belur. Elvir Grozdanic tidak bisa mengatakan apakah ia masih hidup atau tidak. Di belakang Amir, Elvir Grozdanic melihat seseorang yang membawa pemadam api

¹²⁹ ICTY, *Second Amendment Indictments, Prosecutor v. Tadic*, 13 Februari 1995, par.9

¹³⁰ *Count 18*

¹³¹ *Count 19*

di tangan kiri, dan selangnya di tangan kanan. Ketika sampai di kotak sampah, ia melihat orang tadi memasukan selang pemadam api ke orang yang berada di gerobak tadi. Setelah itu Elvir Grozdanic kembali ke hangar, ketika ia melihat Dusko Kne'evic dan Jovic masih menyiksa para tahanan.¹³²

c. Putusan dan pertimbangan

Berikut ini merupakan masing-masing putusan hakim dalam kejadian ini:

i. Tuntutan 18

Terkait dengan kejahatan perang *wilfully causing great suffering or serious injury to body or health* (Tuntutan 18), *Trial Chamber* memutuskan bahwa Dusko Tadic tidak bersalah.¹³³ *Appeal Chamber* menolak putusan ini dan menyatakan bahwa Dusko Tadic bersalah untuk kejahatan perang *wilfully causing great suffering or serious injury to body or health* (Tuntutan 18).¹³⁴

Trial Chamber memutuskan bahwa Dusko Tadic tidak bersalah dengan alasan bahwa Pasal 2 Statuta ICTY dianggap tidak berlaku seperti yang dijelaskan sebelumnya.¹³⁵ *Appeal Chamber* membalikan putusan ini dengan menyatakan bahwa Pasal 2 Statuta ICTY tetap berlaku dan dengan demikian Dusko Tadic bersalah untuk kejahatan perang *wilfully causing great suffering or serious injury to body or health* (Tuntutan 18).¹³⁶

¹³² ICTY, *Trial Chamber, Prosecutor v. Tadic*, 14 Juli 1997, par.307

¹³³ *Ibid*, par.746

¹³⁴ ICTY, *Appeal Chamber, Prosecutor v. Tadic*, 15 Juli 1999, par.171

¹³⁵ *Ibid*, par.746

¹³⁶ ICTY, *Appeal Chamber, Prosecutor v. Tadic*, 15 Juli 1999, par.171

ii. Tuntutan 19

Dalam tuduhan *cruel treatment* (Tuntutan 19), *Trial Chamber* memutuskan bahwa Dusko Tadic tidak bersalah.¹³⁷

Menurut pertimbangan *Trial Chamber*, dalam kejadian penganiayaan dari para tahanan yang dikumpulkan di depan *white house*, tidak ada bukti yang konklusif yang telah diberikan yang menghubungkan Dusko Tadic dengan penganiayaan tersebut. Selain itu, *Trial Chamber* tidak bisa mengambil kesimpulan bahwa Dusko Tadic telah berpartisipasi langsung dan secara substansial dalam penganiayaan tersebut hanya dari bukti bahwa Dusko Tadic mengikuti seorang korban penganiayaan. Saksi mata dari *Prosecutor*, Elvir Grozdanic, hanya menyatakan bahwa ia melihat sang korban telah dianiaya di depan *white house* tapi jelas ia tidak menyatakan bahwa ia melihat pria tersebut sedang dianiaya dan ia melihat sang korban ketika sudah di gerobak (untuk membawa tubuh korban-korban yang sudah tidak berdaya atau untuk membawa mayat). Untuk kejadian pemadam api yang dituduhkan oleh *Prosecutor*, tidak ada bukti yang menyatakan bahwa pemadam api tersebut betul-betul disemprotkan atau bukti yang konklusif bahwa sang korban saat itu masih hidup. *Prosecutor* setuju bahwa apabila sang korban pada saat itu sudah meninggal, maka kejahatan *cruel treatment* tidak dapat dikenakan pada Dusko Tadic.¹³⁸

3.2.2.6. Penganiayaan Hase Icic dan Tahanan Lain yang Tidak Diketahui Namanya di Kamp Omarska

Berikut ini adalah pembahasan dalam kasus *Prosecutor v. Dusko Tadic* yang merupakan proses dalam menentukan kejahatan Dusko Tadic dalam kejadian penganiayaan Hase Icic dan tahanan lain yang tidak diketahui namanya di Kamp Omarska:

¹³⁷ ICTY, *Trial Chamber, Prosecutor v. Tadic*, 14 Juli 1997, par.747

¹³⁸ ICTY, *Trial Chamber, Prosecutor v. Tadic*, 14 Juli 1997, par.747

a. Surat dakwaan

Sekitar tanggal 8 Juli 1992, di dalam gedung putih “*the white house*” sekelompok orang dari luar kamp Omarska, termasuk Dusko Tadic, memanggil para tahanan secara individual dari suatu ruangan di gedung putih ke dalam suatu ruangan lain, tempat mereka dianiaya. Setelah sejumlah tahanan dipanggil, Hase Icic dibawa ke dalam ruangan, tempat sekelompok orang, termasuk diantaranya Dusko Tadic, menganiaya Hase Icic hingga ia pingsan.¹³⁹ Dalam kejadian ini, Dusko Tadic dituntut telah melakukan *wilfully causing great suffering or serious injury to body or health*¹⁴⁰ dan *cruel treatment*.¹⁴¹

b. Fakta-fakta

Fakta-fakta yang ada berdasarkan pada kesaksian Hase Icic dan Armin Kenjar.¹⁴² Hase Icic diletakkan di sebuah ruangan yang terdapat tahanan-tahanan lain yang diperintahkan untuk berbaring telungkup dengan tangan lurus ke depan dan tiga jari merapat seperti cara berdoa orang Serbia. Apabila jarinya salah, para tahanan tersebut akan dipukul oleh penjaga kamp dengan popor senapan. Selagi memukul para penjaga berteriak “Jadi orang Serbia yang hebat, dasar kau orang Serbia.” Pasukan Serbia, seperti yang dikatakan Hase Icic, memotong baju para tahanan dan mengiris mereka, membuat tanda salib pada punggung mereka. Pada hari itu juga, pimpinan tim jaga pada saat itu, Mladjo Radic, yang dikenal juga sebagai “Krkan”, memerintahkan para tahanan untuk menulis nama mereka pada sebuah kertas dan mereka diperintahkan untuk memberikan semua uang, perhiasan, atau barang berharga yang mereka punya. Para tahanan tidak mempunyai apa-apa karena mereka baru saja dibawa dari kamp Keraterm dan semua barang berharga mereka telah diambil di sana. Krkan mengambil daftar nama tahanan dan pada malamnya sekelompok orang Serbia dari luar kamp

¹³⁹ ICTY, *Second Amendment Indictments, Prosecutor v. Tadic*, 13 Februari 1995, par.10

¹⁴⁰ *Count 21*

¹⁴¹ *Count 22*

¹⁴² ICTY, *Trial Chamber, Prosecutor v. Tadic*, 14 Juli 1997, par.247

datang ke *white house*. Hase Ičić mendengar tahanan dari seberang ruangan mengatakan “Lihat, para algojo telah datang.” Sekelompok orang Serbia tersebut datang sekitar pukul 10 malam dan mendirikan penerangan di lorong. Setelah sistem pencahayaan telah didirikan, Krkan masuk ke dalam ruangan tempat Hase Ičić di tahan, dan mulai memanggil para tahanan dari daftar nama sesuai urutan. Hase Ičić bersaksi bahwa para tahanan dipanggil dan dibawa ke ruangan kecil di ujung lorong dan dianiaya. Setelah 10 sampai 15 tahanan dipanggil dan dianiaya, kelompok orang Serbia tersebut beristirahat dan pergi ke area di depan *white house* dan mulai minum-minum, bersulang, dan mendiskusikan apa yang akan mereka lakukan berikutnya. Hase Ičić akhirnya dipanggil dan dibawa ke ruangan yang sama. Ketika ia meninggalkan *white house*, ia melihat dua penjaga berdiri di pintu masuk *white house*. Hase Ičić dibawa ke ruangan kecil yang ia sebut sebagai “ruang penganiayaan”. ia disuruh menyapa kelompok orang Serbia dengan mengatakan “Tuhan bersama Anda, pahlawan.” Lehernya dijerat dan ditarik kuat. Beberapa saat kemudian, salah satu dari kelompok tersebut memukul keras punggungnya dan ia jatuh. Kemudian ia dipukul dengan cambuk yang terbuat dari kabel, dengan bola besi, tongkat besi, pemukul kayu, dan pentungan karet. Jeratnya berulang-ulang menguat dan melonggar selagi ia dipukuli dan ia kehilangan kesadarannya. Ketika sadar paginya, ia berbaring di antara tahanan lain yang babak belur di ruangan tempat ia ditempatkan sebelumnya. Para penjaga masuk ke dalam ruangan dan berjalan di antara para tahanan untuk melihat siapa tahanan yang sudah meninggal. Salah satu penjaga menginjak Hase Ičić dan ketika Hase Ičić berteriak kesakitan, penjaga tersebut mengatakan “Yang ini masih hidup, tapi tidak untuk lama.” Para tahanan yang sudah meninggal dibawa keluar *white house* oleh tahanan lainnya.¹⁴³ Hase Ičić mengalami kerusakan pada tulang iganya akibat penganiayaan tersebut.¹⁴⁴

Armin Kenjar bersaksi bahwa ia melihat Hase Ičić, yang merupakan sanak saudaranya, ketika ia sedang duduk di depan *white house* dan ia menyogok seorang yang ia kenal sebagai pejabat Serbia di kamp dengan 100 Franc Swiss

¹⁴³ *Ibid*, par.248

¹⁴⁴ *Ibid*, par 249

untuk memindahkan Hase Icic ke bagian kamp lain. Hase Icic tinggal di sana hingga ia dilepaskan.¹⁴⁵

c. Putusan dan pertimbangan

Berikut ini merupakan masing-masing putusan hakim dalam kejadian ini:

i. Tuntutan 21

Trial Chamber menyatakan bahwa Dusko Tadic dinyatakan tidak bersalah terhadap kejahatan perang ini.¹⁴⁶ *Appeal Chamber* menolak putusan *Trial Chamber* dan Dusko Tadic dinyatakan bersalah untuk *wilfully causing great suffering or serious injury to body or health* (Tuntutan 21).¹⁴⁷

Pertimbangan ICTY adalah karena kejahatan perang *wilfully causing great suffering or serious injury to body or health* (Tuntutan 21) merupakan kejahatan perang yang dilarang dalam Pasal 2 Statuta ICTY, dan karena *Trial Chamber* menolak keberlakuan Pasal 2 dalam kasus ini, maka Dusko Tadic dinyatakan tidak bersalah terhadap kejahatan perang ini.¹⁴⁸ *Appeal Chamber* menolak putusan *Trial Chamber* karena menurut *Appeal Chamber* Pasal 2 Statuta ICTY tetap berlaku. Dengan demikian Dusko Tadic dinyatakan bersalah untuk *wilfully causing great suffering or serious injury to body or health* (Tuntutan 21) oleh *Appeal Chamber*.¹⁴⁹

¹⁴⁵ *Ibid*, par 250

¹⁴⁶ *Ibid*, par.750

¹⁴⁷ ICTY, *Appeal Chamber, Prosecutor v. Tadic*, 15 Juli 1999, par.171

¹⁴⁸ *Ibid*, par.750

¹⁴⁹ ICTY, *Appeal Chamber, Prosecutor v. Tadic*, 15 Juli 1999, par.171

ii. Tuntutan 22

Trial Chamber menyatakan Dusko Tadic dinyatakan bersalah untuk kejahatan perang *cruel treatment* (Tuntutan 22).¹⁵⁰

Trial Chamber, dalam pertimbangannya, telah yakin (*beyond reasonable doubt*) bahwa sang korban, Hase Icic, seorang Muslim, pada saat penganiayaannya, merupakan seorang tahanan di kamp Omarska dan tidak berpartisipasi aktif dalam pertempuran. Fakta-fakta yang *Trial Chamber* temukan menunjukkan pemukulan dan penendangan yang serius pada Hase Icic. *Trial Chamber* yakin (*beyond reasonable doubt*) bahwa pemukulan dan penendangan yang dilakukan oleh Dusko Tadic dan sekelompok orang Serbia yang dari luar kamp tersebut telah merupakan kejahatan perang *cruel treatment* dan kejahatan ini dilakukan dengan maksud untuk membuat korban menderita. Penganiayaan ini dilakukan dalam konteks konflik bersenjata dan erat kaitannya dengan konflik tersebut.¹⁵¹

3.2.2.7. Pembunuhan Ekrem Karabasic, Ismet Karabasic, Seido Karabasic dan Redo Foric di Kozarac

Berikut ini adalah pembahasan dalam kasus *Prosecutor v. Dusko Tadic* yang merupakan proses dalam menentukan kejahatan Dusko Tadic dalam kejadian pembunuhan Ekrem Karabasic, Ismet Karabasic, Seido Karabasic dan Redo Foric di Kozarac:

a. Surat dakwaan

Sekitar 27 Mei 1992, pasukan Serbia menguasai sebagian besar orang-orang Muslim Bosnia dan *Croats* Bosnia dari area Kozarac. Saat orang-orang Muslim dan *Croats* berjalan dalam kolom-kolom ke tempat berkumpul di Kozarac untuk

¹⁵⁰ ICTY, *Trial Chamber, Prosecutor v. Tadic*, 14 Juli 1997, par 752

¹⁵¹ ICTY, *Trial Chamber, Prosecutor v. Tadic*, 14 Juli 1997, par 752

transfer ke kamp, pasukan Serbia, termasuk Dusko Tadic memerintahkan Ekrem Karabasic, Ismet Karabasic, Seido Karabasic, dan Redo Foric dari kolom dan menembak lalu membunuh mereka.¹⁵² dalam kejadian ini, Dusko Tadic dituntut telah melakukan kejahatan perang *wilful killing*,¹⁵³ *murder*,¹⁵⁴ dan secara alternatif, *wilfully causing great suffering or serious injury to body or health*.¹⁵⁵

b. Fakta-fakta

Salko Karabasic memberikan kesaksian bahwa Ismet Karabasic, Redo Foric, lalu Ekrem Karabasic, anaknya, Seido Karabasic, dan Meho Muikan, ditarik dari kolom-kolom ketika sedang berjalan di Kozarac, untuk dibariskan di depan sebuah kios. ia tidak mendengar adanya suara tembakan selama ia berjalan.¹⁵⁶ Ferid Mujvic memberikan kesaksian bahwa ia melihat Seido Karabasic, Redo Foric, dan seseorang yang ia duga sebagai Fikret Alic dibariskan di depan sebuah kios di Kozarac.¹⁵⁷ Hal ini berkonflik dengan kesaksian Sulejman Besic yang bersaksi bahwa ia melihat orang lain yang berbeda, namun ia juga melihat Seido Karabasic dan Redo Foric yang dibariskan lalu ditembak. Sulejman Besic juga menyangkal bahwa ia pernah bertemu dengan Salko Karabasic, walaupun *Prosecutor* telah memberitahu *Trial Chamber* bahwa keduanya pernah bertemu.¹⁵⁸

c. Putusan dan pertimbangan

Berikut ini merupakan masing-masing putusan hakim dalam kejadian ini:

¹⁵² ICTY, *Second Amendment Indictments, Prosecutor v. Tadic*, 13 Februari 1995, par.11

¹⁵³ *Count 24*

¹⁵⁴ *Count 25*

¹⁵⁵ *Count 27*

¹⁵⁶ ICTY, *Trial Chamber, Prosecutor v. Tadic*, 14 Juli 1997, par.321

¹⁵⁷ *Ibid*, par.322

¹⁵⁸ *Ibid*, par.324

i. Tuntutan 24 dan 27

Terkait dengan kejahatan perang *wilful killing* (Tuntutan 24) dan *wilfully causing great suffering or serious injury to body or health* (Tuntutan 27), *Trial Chamber* memutuskan bahwa Dusko Tadic tidak bersalah.¹⁵⁹

Trial Chamber memutuskan Dusko Tadic tidak bersalah untuk kejahatan perang *wilful killing* (Tuntutan 24) dan *wilfully causing great suffering or serious injury to body or health* (Tuntutan 27), dengan pertimbangan menurut *Trial Chamber* kedua tuduhan itu berdasarkan pada Pasal 2 Statuta ICTY yang tidak berlaku dalam kasus ini.¹⁶⁰ *Appeal Chamber* hanya menolak mengenai keberlakuan Pasal 2 Statuta ICTY dan tidak menolak putusan ini karena terlepas dari penentuan keberlakuan Pasal 2 Statuta ICTY, terdapat isu mengenai pembuktian yang harus *beyond reasonable doubt* yang juga belum dipenuhi.¹⁶¹

ii. Tuntutan 25

Untuk kejahatan perang *murder* (Tuntutan 25) *Trial Chamber* menyatakan bahwa Dusko Tadic tidak bersalah.¹⁶²

Untuk kejahatan perang *murder* (Tuntutan 25), pertimbangan dari *Trial Chamber* menyatakan bahwa Dusko Tadic tidak bersalah berdasarkan dari ketidakyakinan (*beyond reasonable doubt*) dari *Trial Chamber* pada kesaksian Sulejman Bejvic ketika dicek ulang dengan kesaksian Salko Karabasic dan Ferid Mujvic.¹⁶³ *Trial Chamber* tidak yakin (*beyond reasonable doubt*) bahwa penembakan dan pembunuhan keempat korban di sebuah kios di Kozarac yang dituduhkan pada Dusko Tadic pernah terjadi, walaupun Dusko Tadic memang

¹⁵⁹ *Ibid*, par.756

¹⁶⁰ *Ibid*, par.756

¹⁶¹ ICTY, *Appeal Chamber, Prosecutor v. Tadic*, 15 Juli 1999, par.171

¹⁶² *Ibid*, par.171

¹⁶³ ICTY, *Trial Chamber, Prosecutor v. Tadic*, 14 Juli 1997, par.171

berpartisipasi di tempat kejadian perkara dengan ikut memanggil orang-orang dari kolom barisan dan hal ini terjadi dalam konteks konflik bersenjata.¹⁶⁴

3.2.2.8. Pembunuhan Sakib Elkasevic, Osme Elkasevic, Alija Javor, Abaz Jaskic, dan Nijaz Jaskic, dan Penganiayaan Meho Kenjar, Adam Jakupovic, Salko Jaskic, Ismet Jaskic, Beido Balic, Sefik Balic, Nijas Elkasevic, dan Ilijas Elkasevic di Area Jaskici dan Sivci

Berikut ini adalah pembahasan dalam kasus *Prosecutor v. Dusko Tadic* yang merupakan proses dalam menentukan kejahatan Dusko Tadic dalam kejadian pembunuhan Sakib Elkasevic, Osme Elkasevic, Alija Javor, Abaz Jaskic, dan Nijaz Jaskic, dan penganiayaan Meho Kenjar, Adam Jakupovic, Salko Jaskic, Ismet Jaskic, Beido Balic, Sefik Balic, Nijas Elkasevic, dan Ilijas Elkasevic di Area Jaskici dan Sivci:

a. Surat dakwaan

Sekitar 14 Juni 1992, sekelompok orang Serbia bersenjata, termasuk Dusko Tadic, masuk ke area Jaskici dan Sivci dalam daerah Prijedor dan masuk ke rumah-rumah, memanggil keluar penghuni rumah dan memisahkan pria dari wanita dan anak-anak. Orang-orang Serbia tersebut membunuh Sakib Elkasevic, Osme Elkasevic, Alija Javor, Abaz Jaskic, dan Nijaz Jaskic di depan rumah mereka. mereka juga memukuli Meho Kenjar, Adam Jakupovic, Salko Jaskic, Ismet Jaskic, Beido Balic, Sefik Balic, Nijas Elkasevic, dan Ilijas Elkasevic, lalu kemudian membawa mereka ke tempat yang tidak diketahui.¹⁶⁵ Dalam kejadian ini, Dusko Tadic dituntut telah melakukan kejahatan perang *wilful killing*,¹⁶⁶

¹⁶⁴ *Ibid*, par.341

¹⁶⁵ ICTY, *Second Amendment Indictments, Prosecutor v. Tadic*, 13 Februari 1995, par.12

¹⁶⁶ *Count 29*

*murder,*¹⁶⁷ *wilfully causing great suffering or serious injury to body or health,*¹⁶⁸ dan *cruel treatment.*¹⁶⁹

b. Fakta-fakta

Pada 14 Juni 1992, desa Jaskici dan Sivci diserang. Pada pagi harinya suara tembakan terdengar oleh penduduk Sivci dan kemudian tank-tank dan pasukan Serbia masuk ke dalam desa. Rumah-rumah digeledah satu per satu dan semua pria diperintahkan untuk keluar ke jalan yang berada di tengah desa. Mereka dipaksa untuk lari di jalan tersebut dengan tepuk tangan di atas kepala menuju tempat berkumpul di salah satu halaman rumah. Dalam perjalanan ke sana, mereka diperintahkan untuk berhenti berkali-kali, tiarap di jalan, dan dianiaya oleh para tentara selagi mereka berbaring di sana, sebelum pada akhirnya diperintahkan untuk berdiri dan lari lagi lebih jauh, dan hal ini akan diulang terus menerus. Dompot mereka, kartu identitas, dan semua barang berharga yang ada pada mereka diambil selagi mereka berbaring. Sekitar 350 pria, kebanyakan Muslim dan beberapa orang Kroasia diperlakukan demikian di Sivci.¹⁷⁰

Hal yang mirip terjadi juga di desa Jaskici, hanya saja dalam desa Jaskici terjadi pembunuhan. Setelah pasukan Serbia Bosnia meninggalkan desa tersebut, para wanita menemukan lima mayat pria yang tertembak di kepala.¹⁷¹

c. Putusan dan pertimbangan

Berikut ini merupakan masing-masing putusan hakim dalam kejadian ini:

¹⁶⁷ *Count 30*

¹⁶⁸ *Count 32*

¹⁶⁹ *Count 33*

¹⁷⁰ ICTY, *Trial Chamber, Prosecutor v. Tadic*, 14 Juli 1997, par.346

¹⁷¹ *Ibid*, par.348

i. Tuntutan 29 dan 32

Trial Chamber memutuskan bahwa Dusko Tadic tidak bersalah untuk kejahatan perang *wilful killing* (Tuntutan 29) dan *wilfully causing great suffering or serious injury to body or health* (Tuntutan 32).¹⁷² Putusan ini ditolak oleh *Appeal Chamber* dan Dusko Tadic dinyatakan bersalah untuk kejahatan perang *wilfully causing great suffering or serious injury to body or health* (Tuntutan 32).¹⁷³ *Appeal Chamber* juga memutuskan bahwa Dusko Tadic bersalah untuk kejahatan perang *wilful killing* (Tuntutan 29).¹⁷⁴

Pertimbangan di balik keputusan *Trial Chamber* bahwa Dusko Tadic tidak bersalah untuk kejahatan perang *wilful killing* (Tuntutan 29) dan *wilfully causing great suffering or serious injury to body or health* (Tuntutan 32) adalah karena *Trial Chamber* menganggap Pasal 2 dari Statuta ICTY tidak berlaku.¹⁷⁵ Putusan ini ditolak oleh *Appeal Chamber* dengan alasan bahwa yang terjadi adalah konflik bersenjata internasional dan dengan demikian Pasal 2 dari Statuta ICTY berlaku dan Dusko Tadic dinyatakan bersalah untuk kejahatan perang *wilfully causing great suffering or serious injury to body or health* (Tuntutan 32),¹⁷⁶ dan juga untuk kejahatan perang *wilful killing* (Tuntutan 29).¹⁷⁷

ii. Tuntutan 30

Terkait kejahatan perang *murder* (Tuntutan 30), *Trial Chamber* memutuskan bahwa Dusko Tadic tidak bersalah.¹⁷⁸ *Appeal Chamber* menolak putusan ini dan

¹⁷² *Ibid*, par.760

¹⁷³ ICTY, *Appeal Chamber, Prosecutor v. Tadic*, 15 Juli 1999, par.171

¹⁷⁴ *Ibid*, par.235

¹⁷⁵ *Ibid*, par.760

¹⁷⁶ ICTY, *Appeal Chamber, Prosecutor v. Tadic*, 15 Juli 1999, par.171

¹⁷⁷ *Ibid*, par.235

¹⁷⁸ ICTY, *Trial Chamber, Prosecutor v. Tadic*, 14 Juli 1997, par.761

menyatakan bahwa Dusko Tadic telah bersalah untuk kejahatan perang *murder* (Tuntutan 30).¹⁷⁹

Terkait kejahatan perang *murder* (Tuntutan 30), *Trial Chamber* memberikan pertimbangan bahwa tidak ada bukti-bukti yang cukup (*beyond reasonable doubt*) terkait dengan unsur-unsur kejahatan perang dalam pembunuhan kelima orang di Jaskici dan di Sivci tersebut.¹⁸⁰ *Trial Chamber* yakin (*beyond reasonable doubt*) bahwa Dusko Tadic merupakan anggota dari kelompok bersenjata yang masuk ke Desa Jaskici. Ia ikut mencari penduduk setempat yang berjenis kelamin pria, menangkap mereka, memukuli mereka, lalu pergi membawa mereka, dan setelah Dusko Tadic pergi, ditemukan lima pria seperti yang disebutkan pada *Indicments* telah meninggal, terbaring di desa tersebut, dan tindakan ini memang dilakukan dalam konteks konflik bersenjata. Akan tetapi *Trial Chamber* tidak dapat mengambil kesimpulan dengan yakin (*beyond reasonable doubt*), berdasarkan bukti-bukti, bahwa Dusko Tadic telah mengambil bagian dalam pembunuhan kelima orang tersebut. Kecuali bukti bahwa empat dari lima orang tersebut ditembak di kepala, tidak ada petunjuk atau bukti yang menjelaskan siapa pembunuh mereka dan dalam keadaan bagaimana mereka ditembak. Bukti bahwa mereka dibunuh pada hari yang sama dan pada waktu yang kurang lebih sama dengan penyerangan besar-besaran oleh pasukan Serbia beserta tank-tanknya di Desa Sivci, yang dekat dan lebih besar dari Jaskici, dengan banyaknya senjata yang menembak, tidaklah menjadi hal yang relevan dalam pengambilan kesimpulan akan siapa yang membunuh lima orang tersebut. Bukti bahwa terdapat operasi pembersihan etnik yang dilaksanakan di hari yang sama di Desa Sivci juga dianggap tidak relevan. *Trial Chamber* menganggap bahwa fakta bahwa tidak ada pembunuhan di Desa Sivci sedangkan terdapat pembunuhan terhadap lima orang di Desa Jaskici menyatakan bahwa pembunuhan ini bukan bagian dari rencana operasi pembersihan etnik dimana Dusko Tadic mengambil bagian. *Trial Chamber* menganggap bahwa pembunuhan ini bisa saja dilakukan oleh kelompok

¹⁷⁹ ICTY, *Appeal Chamber, Prosecutor v. Tadic*, 15 Juli 1999, par.233

¹⁸⁰ ICTY, *Trial Chamber, Prosecutor v. Tadic*, 14 Juli 1997, par.761

bersenjata lain yang dengan demikian Dusko Tadic tidak dapat dianggap bersalah.¹⁸¹

Appeal Chamber menolak putusan ini dengan mengatakan bahwa dari semua bukti-bukti tersebut hanya dapat diambil satu kesimpulan yang masuk akal, yaitu bahwa Dusko Tadic telah berpartisipasi dalam pembunuhan lima orang di Desa Jaskici tersebut.¹⁸² Menurut *Appeal Chamber*, Dusko Tadic mempunyai niat untuk melaksanakan lebih lanjut tujuan kejahatan untuk membersihkan area Prijedor dari populasi non-Serbia dengan melakukan hal-hal yang tidak berprilaku manusiawi. Dan dalam operasi pembersihan ini terdapat kemungkinan bahwa orang non-Serbia bisa terbunuh, dan hal ini adalah suatu hal yang sudah dapat diduga oleh Dusko Tadic. Sekalipun mengetahui kemungkinan bahwa tindakannya bisa menyebabkan kematian orang lain, Dusko Tadic mengambil resiko tersebut dan melaksanakan tindakannya.¹⁸³

iii. Tuntutan 33

Terkait dengan kejahatan perang *cruel treatment* (Tuntutan 33), *Trial Chamber* yakin (*beyond reasonable doubt*) bahwa Dusko Tadic telah bersalah untuk kejahatan ini.¹⁸⁴

Terkait dengan kejahatan perang *cruel treatment* (Tuntutan 33), *Trial Chamber*, dalam pertimbangannya, telah yakin (*beyond reasonable doubt*) bahwa Dusko Tadic telah bersalah untuk kejahatan ini. Dalam pertimbangannya, menurut *Trial Chamber*, pemukulan yang dialami oleh Beido Balic, Sefik Balic, Ismet Jaskic, dan Salko Jaskic, yang adalah seorang Muslim, menderita di Desa Jaskici, lalu dipaksa untuk meninggalkan rumah dan keluarganya ke tempat yang tidak mereka ketahui, dimana tindakan-tindakan ini dilakukan dalam konteks konflik

¹⁸¹ *Ibid*, par.373

¹⁸² ICTY, *Appeal Chamber, Prosecutor v. Tadic*, 15 Juli 1999, par.233

¹⁸³ *Ibid*, par.232

¹⁸⁴ ICTY, *Trial Chamber, Prosecutor v. Tadic*, 14 Juli 1997, par. 763

bersenjata dan erat kaitannya antara tindakan dan konflik tersebut, merupakan sebuah kejahatan perang *cruel treatment*. *Trial Chamber* juga menyatakan bahwa tindakan ini dilakukan oleh Dusko Tadic dengan niat membuat para korban menderita. *Trial Chamber* juga yakin (*beyond reasonable doubt*) bahwa para korban tidak berperan aktif dalam konflik bersenjata.¹⁸⁵

3.3. Hukuman Terhadap Dusko Tadic Terkait Kejahatan Perang

Dusko Tadic dihukum 25 tahun penjara,¹⁸⁶ dengan penjabaran sebagai berikut:¹⁸⁷

1. Sembilan tahun penjara untuk kejahatan perang *inhuman treatment* (Tuntutan 8)
2. Sembilan tahun penjara untuk kejahatan perang *wilfully causing great suffering or serious injury to body and health* (Tuntutan 9)
3. Enam tahun penjara untuk kejahatan perang *wilfully causing great suffering or serious injury to body or health as a grave breach* (Tuntutan 12)
4. Enam tahun penjara untuk kejahatan perang *wilfully causing great suffering or serious injury to body or health as a grave breach* (Tuntutan 15)
5. Enam tahun penjara untuk kejahatan perang *wilfully causing great suffering or serious injury to body or health as a grave breach* (Tuntutan 21)
6. Dua puluh empat tahun penjara untuk kejahatan perang *wilful killing* (Tuntutan 29)
7. Dua puluh empat tahun penjara untuk kejahatan perang *murder* (Tuntutan 30)
8. Sembilan tahun penjara untuk kejahatan perang *wilfully causing great suffering or serious injury to body or health as a grave breach* (Tuntutan 32).

¹⁸⁵ ICTY, *Trial Chamber, Prosecutor v. Tadic*, 14 Juli 1997, par. 763

¹⁸⁶ ICTY, *Trial Chamber Summary, Prosecutor v. Tadic*, 11 November 1999

¹⁸⁷ *Ibid.*

3.4. Implikasi Putusan Kasus *Prosecutor v. Tadic* Terhadap Hukum Internasional

Kasus *Prosecutor v. Tadic* merupakan kasus pertama yang masuk ke dalam pengadilan di ICTY.¹⁸⁸ Dengan demikian kasus Tadic meletakkan banyak acuan dan jawaban sepanjang kasus ini di dalam sistem peradilan. Satu hal terkait substansi kejahatan perang yang menjadi acuan atau diskusi penting yang berasal dari kasus *Prosecutor v. Tadic* ini adalah mengenai standar kontrol yang digunakan untuk menentukan jenis dari suatu konflik.¹⁸⁹

Kasus *Prosecutor v. Tadic* ini membahas mengenai jenis konflik bersenjata internasional yang berasal dari konflik bersenjata internal, yaitu konflik bersenjata yang terinternasionalisasi. Untuk menjadi sebuah konflik internasional, sebuah konflik internal harus memiliki faktor *overall control* oleh sebuah negara.¹⁹⁰ Standar *overall control* ini seringkali dibandingkan dengan *effective control* dalam diskusi mengenai tanggung jawab negara dan jenis suatu konflik bersenjata.¹⁹¹

¹⁸⁸ <http://www.icty.org/sid/95>, diakses 19 Mei 2012; Kasus Tadic merupakan kasus pertama yang masuk ke dalam pengadilan di ICTY, akan tetapi penjahat perang yang dituntut pertama kali di ICTY adalah Dragan Nikolic, seorang pemimpin di kamp tahanan Susica di Bosnia. Ia di tuntutan pada tanggal 4 November 1994.

¹⁸⁹ Antonio Cassese, *The Nicaragua and Tadi Tests Revisited in Light of the ICJ Judgment on Genocide in Bosnia*, (EJIL, 2007); Dorothea Beane, *After The Dusko Tadic War Crimes Trial: A Commentary On The Applicability Of The Grave Breaches Provisions Of The 1949 Geneva Conventions*, (1997)

¹⁹⁰ ICTY, *Appeal Chamber, Prosecutor v. Tadic*, 15 Juli 1999, par.146

¹⁹¹ Antonio Cassese, *The Nicaragua and Tadi Tests Revisited in Light of the ICJ Judgment on Genocide in Bosnia*, (EJIL, 2007),

BAB 4

ANALISIS KEJAHATAN PERANG DALAM KASUS *PROSECUTOR V. DUSKO TADIC*

4.1. Analisis Kejahatan Perang

Dalam sub-bab ini akan dibahas mengenai unsur-unsur kejahatan perang yang telah diputus oleh ICTY dalam kasus *Prosecutor v. Dusko Tadic*. Pembahasan akan meliputi unsur kontekstual dari kejahatan perang, yaitu unsur konflik bersenjata, baik internal dan internasional, bagaimana konflik internal dalam kasus ini menjadi konflik internasional, dan perdebatan terkait unsur ini. Sub-bab ini juga akan membahas mengenai unsur “*protected persons*” dan bagaimana setiap bentuk kejahatan perang dalam kasus ini terpenuhi unsur-unsurnya. Pembahasan akan berdasarkan pada pendapat beberapa ahli hukum terhadap unsur-unsur ini dan analisis mereka terhadap putusan yang telah diputus oleh ICTY. Penulis akan menambahkan analisis penulis dan posisi yang diambil penulis berdasarkan pendapat-pendapat para ahli hukum tersebut.

4.1.1. Unsur Kontekstual: Konflik Bersenjata

Dalam kasus ini, Trial Chamber memutuskan bahwa yang terjadi adalah konflik bersenjata internal.¹ Alasan dari keputusan Trial Chamber ini adalah karena menurut Trial Chamber Republik Federal Yugoslavia tidak memiliki *effective control* terhadap pasukan Serbia Bosnia yang berada di Bosnia Herzegovina (Pasukan *Republika Serpska*), sehingga konflik bersenjata internal yang sudah terjadi tidak menjadi terinternasionalisasi.² *Appeal Chamber* menolak putusan ini dan menyatakan bahwa standar *effective control* merupakan standar

¹ ICTY, *Trial Chamber, Prosecutor v. Tadic*, 14 Juli 1997, par.569-607

² *Ibid*, par.569-606

yang tidak tepat untuk menentukan jenis konflik bersenjata.³ *Appeal Chamber* menyatakan bahwa yang tepat adalah standar *overall control*.⁴ *Appeal Chamber* menyatakan standar *overall control* ini telah dipenuhi oleh Republik Federal Yugoslavia terhadap pasukan Serbia Bosnia yang berada di Bosnia Herzegovina.⁵ Dengan demikian, *Appeal Chamber* menyatakan bahwa yang terjadi adalah konflik bersenjata internal yang terinternasionalisasi atau konflik bersenjata internasional.⁶

Putusan dari ICTY ini menjadi diskusi panjang dalam komunitas internasional. Banyak ahli hukum yang mendukung putusan *Appeal Chamber* tetapi juga tidak sedikit yang menolaknya. Putusan ini juga menjadi dasar hukum atau bahkan menjadi dasar argumen dalam kasus-kasus lainnya. Putusan ini bahkan didiskusikan dalam kasus *International Court of Justice (ICJ)*.⁷

4.1.1.1. Pendapat Marco Sassoli dan Laura M. Olson mengenai keraguan dalam menggunakan standar *overall control*

Marco Sassoli dan Laura M. Olson menyatakan bahwa penentuan jenis konflik bersenjata yang terjadi merupakan hal yang sangat krusial bagi ICTY dalam menentukan nasib Dusko Tadic, melihat kejahatan yang dilakukan oleh Dusko Tadic mungkin merupakan kejahatan perang.⁸ Apabila yang terjadi adalah konflik bersenjata internasional, maka seharusnya ICTY menggunakan Pasal 2

³ ICTY, *Appeal Chamber, Prosecutor v. Tadic*, 15 Juli 1999, par.115

⁴ ICTY, *Appeal Chamber, Prosecutor v. Tadic*, 15 Juli 1999, par.146

⁵ *Ibid*, par.162

⁶ *Ibid*

⁷ Mahkamah Internasional, *Kasus Mengenai Aplikasi dari Konvensi Pencegahan dan Penghukuman Kejahatan Genosida, Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro*, 26 Februari 2007

⁸ Marco Sassoli dan Laura M. Olson, *The Judgment of the ICTY Appeals Chamber on the Merits in the Tadic Case*, (International Review of the Red Cross, 2000)

dari Statuta ICTY,⁹ dan apabila yang terjadi adalah konflik bersenjata internal, maka seharusnya ICTY menggunakan Pasal 3 dari Statuta ICTY.¹⁰ Beberapa konflik bersenjata mempunyai karakter internasional dan internal. Hal ini terjadi karena intervensi kedaulatan asing dalam konflik internal (non-internasional) atau konflik internasional yang terjadi melalui perwakilan lokal di suatu negara.¹¹ Dalam konflik bersenjata campuran seperti yang disebutkan di atas, hukum dalam konflik bersenjata internasional berlaku untuk pertempuran antara pasukan kedua negara yang berpartisipasi dalam konflik, dan hukum dalam konflik bersenjata internal berlaku untuk pertempuran antara pasukan pemerintah dan pasukan pemberontak.¹² Menurut peraturan mengenai tanggung jawab negara atau *state responsibility*, komponen-komponen yang bercampur tersebut tidak menjadi suatu hal yang penting apabila salah satu pihak dalam konflik internal sudah dianggap sebagai agen atau organ *de facto* dari negara yang mengintervensi, karena dalam hal seperti itu, tindakan dari agen atau organ tersebut sudah masuk ke dalam ranah hukum dalam konflik bersenjata internasional.¹³

Terkait konflik yang terjadi di area Prijedor, konflik yang di dalamnya melibatkan Dusko Tadic, *Appeal Chamber* menyatakan dalam keputusan terkait yurisdiksi bahwa tidak dapat diperdebatkan lagi bahwa pasukan Serbia Bosnia (*Bosnian Serbs*) bukanlah merupakan negara. Kelompok Serbia Bosnia hanya dapat diklasifikasikan sebagai kekuasaan asing dengan asumsi bahwa pasukan Serbia Bosnia adalah organ atau agen dari Republik Federal Yugoslavia.¹⁴ Menurut Marco Sassoli dan Laura M. Olson, dalam membuktikan hal tersebut,

⁹ Statuta dari ICTY, Psl.2

¹⁰ *Ibid*, Psl.3

¹¹ Salah satu contoh konflik yang seperti ini adalah seperti yang terjadi antara Kroasia dan Serbia di Bosnia Herzegovina

¹² Mahkamah Internasional, *Nicaragua v. Amerika Serikat, Kasus mengenai Aktivitas Militer dan Paramiliter Terhadap dan dalam Nicaragua*, 27 Juni 1986, par.219; Dietrich Schindler, *The Different Types of Armed Conflicts According to the Geneva Conventions and Protocols*, (Recueil des Cours de l'Académie de droit international, 1979), hal.150

¹³ International Law Commission, *Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*, Psl.8

¹⁴ ICTY, *Appeal Chamber, Prosecutor v. Tadic*, 15 Juli 1999, par.76

ICTY tidak hanya harus membuktikan melalui fakta-fakta tetapi juga harus membuktikan hukum yang bagaimana yang seharusnya digunakan, yaitu standar apa yang berlaku untuk menyatakan bahwa dengan adanya bantuan dari kedaulatan asing akan membuat hukum dalam konflik bersenjata internasional berlaku bagi kasus tersebut.¹⁵

Trial Chamber menyatakan bahwa ICJ telah menjelaskan mengenai standar ini dalam kasus Nicaragua, ketika ICJ menyatakan bahwa partisipasi Amerika Serikat, sekalipun berpengaruh dan menentukan dalam hal pembiayaan, pengorganisasian, pelatihan, pensuplaian, dan pemersenjataan dari Contras, pemilihan target dan juga perencanaan dari seluruh operasi Contras, semuanya itu masih belum cukup untuk mengatribusikan Amerika Serikat pada serangkaian operasi militer dan paramiliter Contras di Nicaragua dan menimbulkan tanggung jawab hukum bagi Amerika Serikat.¹⁶ Pada prinsipnya haruslah dibuktikan bahwa Amerika Serikat telah memiliki *effective control* pada operasi militer dan paramiliter yang dianggap tindakan kejahatan dalam kasus tersebut.¹⁷ Standar ini sangat mirip dengan standar yang disarankan dalam Penjelasan (*commentary*) Konvensi Jenewa oleh *International Committee of Red Cross (ICRC)*, yang menyatakan bahwa ketika sebuah pelanggaran telah terjadi bukan oleh agen dari kekuasaan yang berkedudukan tapi oleh pemerintah lokal, yang penting adalah untuk mengetahui di mana keputusan untuk melakukan pelanggaran dibuat, di mana niatan terbentuk, dan di mana perintah diberikan.¹⁸ *Trial Chamber* memutuskan, berdasarkan standar *effective control*, bahwa setelah tanggal 19 Mei 1992 (hari ketika pasukan Yugoslavia secara resmi keluar dari Bosnia Herzegovina), pasukan Serbia Bosnia tidak dapat dianggap sebagai organ atau

¹⁵ Marco Sassòli dan Laura M. Olson, *The Judgment of the ICTY Appeals Chamber on the Merits in the Tadic Case*, (International Review of the Red Cross, 2000)

¹⁶ Mahkamah Internasional, *Nicaragua v. Amerika Serikat, Kasus mengenai Aktivitas Militer dan Paramiliter Terhadap dan dalam Nicaragua*, 27 Juni 1986, par.110-115

¹⁷ *Ibid.*

¹⁸ Jean S. Pictet, *Penjelasan dari Konvensi Jenewa terkait Perlindungan Penduduk Sipil dalam Keadaan Perang*, 1958, hal.212

agen dari Republik Federal Yugoslavia karena Republik Federal Yugoslavia tidak melakukan kontrol terhadap aktifitas dari pasukan Serbia Bosnia.¹⁹

Banyak ahli hukum,²⁰ *Trial Chamber* yang berbeda di ICTY, dan juga *Prosecutor* dalam kasus *Prosecutor v. Dusko Tadic* berargumen dengan keras bahwa standar yang digunakan oleh ICJ untuk menentukan *state responsibility* tidak dapat digunakan untuk menentukan apakah Pasal 2 dari statuta ICTY dapat diterapkan.²¹ *Appeal Chamber* menolak argumen ini.²² Menurut *state responsibility* dan jenis konflik bersenjata yang berlaku adalah dua hal yang berbeda dan ICJ tidak harus memutuskan dalam kasus Nicaragua, apakah hukum yang berlaku adalah hukum dalam konflik bersenjata internasional atau hukum dalam konflik bersenjata internal dengan alasan sederhana bahwa pengaturan Pasal 3 bersama Konvensi Jenewa berlaku untuk kedua jenis konflik.²³

Marco Sassoli dan Laura M. Olson memberikan pendapat bahwa permasalahan yang harus diselesaikan terlebih dahulu dalam hal *state responsibility* dan jenis konflik yang berlaku adalah sama.²⁴ Sebelumnya tentunya memang harus ditentukan standar apa yang berlaku.²⁵ Hanya ketika tindakan dari Contras di Nicaragua telah diatribusikan ke Amerika Serikat, tindakan-tindakan

¹⁹ ICTY, *Trial Chamber, Prosecutor v. Tadic*, 7 May 1997, par.578-607

²⁰ Beberapa di antaranya adalah Profesor Antonio Cassese, Mohamed Shahabudeen, William Fenrick, dan Theodor Meron

²¹ William Fenrick, "The Development of the Law of Armed Conflict Through the Jurisprudence of the International Tribunal for the former Yugoslavia", dalam buku *The Law of Armed Conflict: Into the Next Millennium*, (Newport: International Law Studies, US Naval War College, 1998), hal.85-92; Theodor Meron, *Classification of Armed Conflict in the Former Yugoslavia: Nicaragua's Fallout*, (1998), hal.236-242; ICTY, *Trial Chamber, Prosecutor v. Delalic et al.*, 16 November 1998

²² ICTY, *Appeal Chamber, Prosecutor v. Tadic*, 15 Juli 1999, par.103-105

²³ Mahkamah Internasional, *Nicaragua v. Amerika Serikat, Kasus mengenai Aktivitas Militer dan Paramiliter Terhadap dan dalam Nicaragua*, 27 Juni 1986, par.219; Marco Sassoli dan Laura M. Olson menyatakan bahwa putusan ICTY ini dipertanyakan karena sebenarnya dengan menggunakan argumen yang sama dengan argumen dalam kasus Nicaragua, maka akan terdapat banyak kontroversi hukum yang terhindarkan.

²⁴ Marco Sassoli dan Laura M. Olson, *The Judgment of the ICTY Appeals Chamber on the Merits in the Tadic Case*, (International Review of the Red Cross, 2000)

²⁵ *Ibid.*

tersebut, yang kini dianggap sebagai tindakan Amerika Serikat, telah menjadi tindakan yang diatur dalam hukum dalam konflik bersenjata internasional. Teori dalam kasus tersebut sejalan dengan hukum apa yang akan berlaku bagi Dusko Tadic, seorang Serbia Bosnia, untuk tindakan-tindakannya terhadap orang-orang Muslim Bosnia dalam keadaan konflik melawan pemerintah Bosnia Herzegovina ketika tindakan-tindakan Dusko Tadic dianggap sebagai tindakan dari negara lain, dalam kasus ini, tindakan Republik Federal Yugoslavia.²⁶

Marco Sassoli dan Laura M. Olson menyatakan, walaupun menyadari bahwa standar ini berlaku dalam menjawab permasalahan *state responsibility* dan penentuan jenis konflik bersenjata yang terjadi, *Appeal Chamber ICTY* tetap memutuskan bahwa standar *effective control* yang digunakan oleh ICJ dalam kasus Nicaragua tidak persuasif, sekalipun untuk menjawab permasalahan *state responsibility*. Alasan yang digunakan *Appeal Chamber* adalah bahwa standar *effective control* sangatlah bertentangan dengan pola pikir hukum dalam masalah *state responsibility*.²⁷ Selain itu, standar *effective control* tidak memiliki keseragaman dalam praktek negara-negara dan yurisprudensi.²⁸ Dalam pandangan *Appeal Chamber*, ketika tanggung jawab dari sebuah organisasi militer dipertanyakan, maka standar *overall control* oleh negara asing terhadap organisasi tersebut seharusnya cukup untuk membuat negara asing tersebut bertanggung jawab bagi semua tindakan yang organisasi militer tersebut lakukan dan juga untuk membuat hukum humaniter internasional terkait konflik bersenjata internasional berlaku.²⁹

²⁶ *Ibid.*

²⁷ ICTY, *Appeal Chamber, Prosecutor v. Tadic*, 15 Juli 1999, par.115-145

²⁸ *Ibid.*

²⁹ Sebelumnya *Trial Chamber* dari ICTY telah mengambil kesimpulan yang sama seperti yang terdapat dalam kasus Celebici (*Prosecutor v. Delalic et.al.*). *Trial Chamber* mengaplikasikan hukum dalam konflik bersenjata internasional kepada penahanan orang-orang Serbia Bosnia oleh orang-orang Muslim Bosnia karena dianggap Republik Federal Yugoslavia telah terlibat secara terus menerus. *Trial Chamber* menimbang bahwa standar dalam kasus Nicaragua tidak dapat diaplikasikan dalam isu tanggung jawab individual; ICTY, *Trial Chamber, Prosecutor v. Delalic et al.*, 16 November 1998, par.233 dan 234

Marco Sassoli dan Laura M. Olson memberikan tiga hal yang penting untuk dipikirkan. Pertama, dapat dipertanyakan apakah pantas atau tidak bagi ICTY untuk memberikan jawaban terhadap pertanyaan hukum internasional umum yang sebenarnya sudah diberikan oleh ICJ; dan lebih lagi, jawaban tersebut berbeda dari jawaban yang sudah diberikan oleh ICJ, sebuah organ yudisial utama dari PBB.³⁰ Dengan adanya teori yang diberikan oleh *Appeal Chamber*, walaupun cukup beralasan dan masuk akal, dapat diperkirakan ICJ tetap akan terus menggunakan teorinya sendiri pada kasus-kasus antar-negara di dunia. Dengan demikian *double standards* (standar ganda) akan menjadi hal yang tidak terelakkan.³¹

Kedua, dengan pengecualian kasus Jerman mengenai Negara Yugoslavia, argumen yang dinyatakan oleh *Appeal Chamber* berdasarkan terutama pada kasus-kasus dimana sebuah negara dianggap bertanggung jawab untuk tindakan-tindakan kelompok bersenjata yang berada di wilayahnya sendiri. Dengan demikian, kontrol negara terhadap wilayahnya sendiri bisa saja menjadi faktor yang menentukan. Kasus lain yang digunakan oleh *Appeal Chamber* adalah kasus dimana sebuah wilayah dikuasai dan pasukan bersenjata dari kedaulatan yang menguasai (*Occupying Power*) hadir secara nyata. Dalam keadaan yang seperti itu, Konvensi Jenewa dengan jelas mengatur bahwa *protected person* tidak boleh dirampas haknya, dan dengan demikian *Occupying Power* tidak akan terlepas dari tanggung jawabnya untuk melindungi hak *protected persons*, oleh perubahan apapun dalam wilayah yang dikuasai tersebut.³² Hal ini dapat dipertanyakan, apakah preseden-preseden yang disebutkan sebelumnya dapat diaplikasikan ke kasus *Prosecutor v. Dusko Tadic* tanpa argumen lebih lanjut.³³ Dalam kasus *Prosecutor v. Dusko Tadic*, kelompok militer yang ada terbentuk dari sisa

³⁰ United Nations, *Charter*, 26 Juni 1945, Art. 92

³¹ Marco Sassòli dan Laura M. Olson, *The Judgment of the ICTY Appeals Chamber on the Merits in the Tadic Case*, (International Review of the Red Cross, 2000)

³² *Konvensi Jenewa IV*, 1949, Psl.47

³³ Marco Sassòli dan Laura M. Olson, *The Judgment of the ICTY Appeals Chamber on the Merits in the Tadic Case*, (International Review of the Red Cross, 2000)

pasukan militer dari negara pusat sebelumnya, oleh pemerintah pusat sebelumnya, di wilayah negara yang mulai berantakan.³⁴

Ketiga, mengenai logika hukum terkait *state responsibility*, *Appeal Chamber* sangatlah tepat dalam membenarkan bahwa sebuah negara seharusnya tidak dapat berlindung di balik ketiadaan instruksi spesifik kepada kelompok bersenjata, baik di daerahnya sendiri atau di luar wilayahnya, untuk menyangkal tanggung jawab internasional.³⁵ Terkait kelompok bersenjata yang terdapat di luar wilayahnya, argumen tersebut di atas hanya akan menjadi persuasif apabila kelompok tersebut telah dipercayakan dengan tugas secara spesifik. Dalam kasus pasukan Serbia Bosnia, dapat dinyatakan bahwa mereka melaksanakan tugas yang mereka tentukan sendiri, bukan tugas khusus yang diberikan negara asing. Terlepas dari apakah tugas tersebut benar atau salah, mereka pada dasarnya tidak mau menjadi satu dengan negara Bosnia Herzegovina.³⁶

Dengan mengaplikasikan standar *overall control* ke dalam kasus pasukan Serbia Bosnia, *Appeal Chamber* menyimpulkan bahwa kelompok Serbia Bosnia tersebut berada di bawah *overall control* oleh Republik Federal Yugoslavia.³⁷ *Appeal Chamber* menyatakan banyak bukti-bukti tak langsung yang menunjukkan keberadaan *overall control*. Menurut Marco Sassoli dan Laura M. Olson, mungkin *Appeal Chamber* tidak cukup mempertimbangkan situasi yang khusus, ketika sebuah negara terpecah menjadi beberapa negara dan pasukan dari negara pusat sebelumnya memiliki banyak hubungan dengan pemerintah pusat sebelumnya yang kini menjadi pemerintah asing. Ketika hubungan tersebut dilekatkan dengan

³⁴ *Ibid*

³⁵ Instruksi yang spesifik merupakan salah satu kriteria dari *effective control*

³⁶ Marco Sassòli dan Laura M. Olson, *The Judgment of the ICTY Appeals Chamber on the Merits in the Tadic Case*, (International Review of the Red Cross, 2000)

³⁷ ICTY, *Appeal Chamber, Prosecutor v. Tadic*, 15 Juli 1999, par.146-162; Sebelumnya *Trial Chamber* telah mencapai kesimpulan yang mirip yaitu dalam kasus Celebici dan *Prosecutor v. Dragan Nikolic*; ICTY, *Review of Indictment pursuant to Rule 61, Prosecutor v. Dragan Nikolic*, 20 Oktober 1995, par.30; ICTY, *Trial Chamber, Prosecutor v. Delalic et al.*, 16 November 1998

situasi yang terjadi, hubungan tersebut tidak mengindikasikan adanya kontrol.³⁸ *Appeal Chamber* berargumen lebih jauh bahwa Republik Federal Yugoslavia telah menandatangani Perjanjian Damai Dayton (*Dayton Peace Agreement*) mewakili orang-orang Serbia Bosnia. Menurut Marco Sassoli dan Laura M. Olson, argumen ini hampir bertentangan dengan prinsip itikad baik mengingat komunitas internasional, terutama Amerika Serikat, telah menolak untuk bernegosiasi dengan orang-orang Serbia Bosnia dan mengikat Republik Federal Yugoslavia untuk berunding dan menandatangani bagi orang-orang Serbia Bosnia.³⁹

Lebih lanjut, menurut Marco Sassoli dan Laura M. Olson, ada beberapa resiko yang menempel pada standar yang digunakan oleh *Appeal Chamber*. Pertama, standar *overall control* menyiratkan bentuk “pembersihan etnik secara yuridis”. Dari yang seharusnya merupakan masyarakat Bosnia Herzegovina, orang-orang Serbia (dan Kroasia) yang berada di Bosnia Herzegovina dianggap sebagai agen atau organ dari negara asing.⁴⁰ Ketika tindakan-tindakan mereka dapat diatribusikan secara hukum ke negara lain, mereka sendiri, individunya, bukan tindakannya, seharusnya dianggap teratribusi ke negara tersebut, dan dengan demikian mereka dianggap sebagai orang asing.⁴¹ Pernyataan sebelumnya persis dengan kesimpulan *Trial Chamber* ICTY dalam kasus Celebici yang menyatakan bahwa orang-orang Serbia Bosnia yang ditahan oleh pemerintah Bosnia merupakan *protected person* karena mereka belum menerima kewarganegaraan dari Bosnia Herzegovina.⁴² Apabila orang-orang tersebut adalah orang asing, maka pemindahan paksa (*forcible transfer*) mereka ke “tanah airnya”

³⁸ Marco Sassòli dan Laura M. Olson, *The Judgment of the ICTY Appeals Chamber on the Merits in the Tadic Case*, (International Review of the Red Cross, 2000)

³⁹ Richard Holbrooke, *To End A War*, (New York: Random House, 1998), hal.4, 5, 99, 105-107, 139, 140, 148-151, 197, 243, 255, 256, 310 dan 341-343

⁴⁰ Marco Sassòli dan Laura M. Olson, *The Judgment of the ICTY Appeals Chamber on the Merits in the Tadic Case*, (International Review of the Red Cross, 2000)

⁴¹ *Ibid.*

⁴² ICTY, *Trial Chamber, Prosecutor v. Delalic et al.*, 16 November 1998, par.250-266; dalam putusan ini tidak dijelaskan mengapa persekutuan seseorang dalam negara yang sedang terpecah menjadi sesuatu yang menentukan kewarganegaraannya, walaupun orang-orang Serbia Bosnia tidak diperbolehkan untuk memilih negara yang ingin mereka tinggali.

bukan lagi sebuah kejahatan perang, tapi sebuah kemurahan hati.⁴³ Teori seperti itu tidak akan berkontribusi pada kedamaian dan rekonsiliasi di masa ini, masa setelah konflik selesai. Ketika masa konflik, tidak terbayangkan bahwa seorang pemimpin militer dapat dipersuasi untuk menghormati peraturan-peraturan dengan argumen bahwa ia adalah agen dari negara asing dan tanah airnya sendiri adalah musuhnya.⁴⁴

Hal yang kedua, dalam keputusannya mengenai yuridiksi, *Appeal Chamber* masih menyatakan, bahwa dengan menganggap orang-orang Serbia Bosnia adalah agen dari Republik Federal Yugoslavia akan menimbulkan “hasil yang absurd”. Hal ini absurd karena dengan menganggap orang-orang Serbia Bosnia adalah agen dari Republik Federal Yugoslavia maka mereka akan ditempatkan di posisi “yang secara substansial tidak beruntung di mata hukum apabila dibandingkan dengan pemerintah pusat Bosnia Herzegovina”.⁴⁵ Dengan demikian, kejahatan yang dilakukan oleh pasukan dari pemerintah Bosnia Herzegovina terhadap penduduk sipil Serbia Bosnia tidak akan dianggap sebagai *grave breaches* karena penduduk-penduduk sipil tersebut, dengan kewarganegaraan Bosnia Herzegovina yang melekat di diri mereka, tidak termasuk sebagai *protected person* di bawah Konvensi Jenewa Keempat. Sebaliknya, kejahatan-kejahatan yang dilakukan oleh pasukan Serbia Bosnia terhadap orang-orang Muslim Bosnia akan dianggap sebagai *grave breaches* karena para penduduk sipil Muslim Bosnia merupakan *protected person* di bawah Konvensi Jenewa Keempat dan pasukan Serbia Bosnia dianggap bekerja sebagai agen atau organ dari Republik Federal Yugoslavia yang berbeda kewarganegaraannya dengan orang-orang Muslim Bosnia. Menurut Marco Sassoli dan Laura M. Olson, mungkin untuk menghindari konsekuensi seperti itu, maka *Appeal Chamber* untuk menjelaskan kembali keputusannya, karena hal ini

⁴³ Pasal 35 dari Konvensi Jenewa IV hanya mengatur hak orang asing untuk kembali ke wilayahnya; *Konvensi Jenewa IV*, 1949, Psl. 35; Jean S. Pictet, *Penjelasan dari Konvensi Jenewa terkait Perlindungan Penduduk Sipil dalam Keadaan Perang*, 1958

⁴⁴ Marco Sassòli dan Laura M. Olson, *The Judgment of the ICTY Appeals Chamber on the Merits in the Tadic Case*, (International Review of the Red Cross, 2000)

⁴⁵ ICTY, *Appeal Chamber, Prosecutor v. Tadic*, 15 Juli 1999, par.76.

berkaitan dengan konsep *protected person*,⁴⁶ seperti sebagaimana dinyatakan dalam Konvensi Jenewa Keempat.⁴⁷ Hal ini juga berkaitan dengan Konvensi Jenewa Ketiga, yang dapat diperdebatkan lagi adalah fakta bahwa pasukan pemerintah Bosnia Herzegovina harus memperlakukan anggota dari pasukan Serbia Bosnia, dan pasukan Kroasia yang tertangkap, yang secara hukum dianggap telah menjadi agen dari negara asing, sebagai tahanan perang (*prisoner of war*). Dengan demikian, seharusnya pemerintah Bosnia Herzegovina boleh memulangkan mereka setelah konflik ke negara tempat mereka bergantung selama konflik, yang berarti pemerintah Bosnia Herzegovina akan dianggap telah melakukan deportasi kepada orang Serbia Bosnia dan Kroasia Bosnia hingga mereka keluar dari wilayah Bosnia Herzegovina.⁴⁸

Dari penjabaran di atas, dapat dilihat bahwa Marco Sassoli dan Laura M. Olson, walaupun tidak mengambil posisi yang bertentangan secara jelas, telah memberikan beberapa argumen yang membuat putusan *Appeal Chamber* mengenai jenis konflik bersenjata meragukan. Argumen yang diberikan oleh Marco Sassoli dan Laura M. Olson pada intinya adalah bahwa putusan dari *Appeal Chamber* mengenai standar *overall control* harus dipertanyakan. Dipertanyakan karena ICTY belum tentu pantas memberikan standar baru yang berbeda dari standar yang diberikan ICJ, dan hal ini dapat membuat keadaan *double standard* di dunia hukum. Menurut Marco Sassoli dan Laura M. Olson, standar yang diberikan oleh *Appeal Chamber* juga memiliki beberapa celah yang belum terjawab. Marco Sassoli dan Laura M. Olson juga memberikan pendapat, bahwa seharusnya standar yang digunakan dalam menentukan *state responsibility* dan dalam menentukan jenis konflik adalah hal yang sama.

⁴⁶ Pembahasan mengenai hal ini akan dijelaskan lebih lanjut pada subbab berikutnya

⁴⁷ *Konvensi Jenewa IV*, 1949

⁴⁸ Marco Sassòli dan Laura M. Olson, *The Judgment of the ICTY Appeals Chamber on the Merits in the Tadic Case*, (International Review of the Red Cross, 2000)

4.1.1.2. Pendapat ICJ dalam kasus Genosida Bosnia mengenai penggunaan standar *effective control*

Mengenai standar *effective control* dan *overall control*, ICJ membahas lebih lanjut, setelah berlalunya kasus Nicaragua dan kasus *Prosecutor v. Dusko Tadic* dalam kasus Genosida Bosnia.⁴⁹ Dalam kasus ini, ICJ tetap menggunakan standar *effective control* untuk menentukan apakah pasukan Republik Federal Yugoslavia dapat dianggap bertanggung jawab untuk tindakan-tindakan yang dilakukan oleh pasukan Serbia Bosnia.⁵⁰ Menurut ICJ, standar *effective control* merupakan sesuatu yang berdasarkan pada hukum kebiasaan internasional. Pernyataan ICJ ini berdasarkan pada Pasal 8 dari *International Law Commission (ILC) Draft on State Responsibility*.⁵¹

ICJ juga sempat mempertimbangkan mengenai standar *overall control* yang dinyatakan dalam kasus *Prosecutor v. Dusko Tadic*. ICJ tidak setuju dengan standar ini dan menolak standar *overall control* ini dengan dua alasan. Yang pertama, menurut ICJ, ICTY telah menyentuh pertanyaan mengenai *state responsibility* yang sebenarnya bukan sebuah pertanyaan yang bisa dijawab dengan yurisdiksi yang ICTY miliki.⁵² Dengan berdasarkan pada alasan tersebut, ICJ terlepas dari kewajiban untuk mengikuti putusan yang diberikan oleh ICTY karena isu mengenai *state responsibility* ini berada di luar yurisdiksi dari ICTY dan bukan merupakan hal yang selalu menjadi penting bagi ICTY untuk menyelesaikan kasus-kasusnya.⁵³ ICJ secara tersirat mengambil posisi yang sejalan dengan pernyataan Mohamed Shahabuddeen dalam *separate opinion*

⁴⁹ Mahkamah Internasional, *Kasus Mengenai Aplikasi dari Konvensi Pencegahan dan Penghukuman Kejahatan Genosida*, Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro, 26 Februari 2007

⁵⁰ Mahkamah Internasional, *Nicaragua v. Amerika Serikat, Kasus mengenai Aktivitas Militer dan Paramiliter Terhadap dan dalam Nicaragua*, 27 Juni 1986, par.105-115

⁵¹ International Law Commission, *Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*, Psl.8

⁵² Mahkamah Internasional, *Kasus Mengenai Aplikasi dari Konvensi Pencegahan dan Penghukuman Kejahatan Genosida*, Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro, 26 Februari 2007, par.403

⁵³ *Ibid*

beliau, yang menyatakan bahwa isu mengenai *state responsibility* dan isu mengenai penentuan konflik bersenjata internasional merupakan dua isu yang berbeda dan terpisah.⁵⁴

Keberatan ICJ yang kedua adalah bahwa menurut ICJ, standar *overall control* tidak akan menjadi standar yang persuasif apabila digunakan untuk menentukan isu *state responsibility*. Menurut ICJ, standar ini tidak persuasif karena dua alasan. Yang pertama adalah karena pola berpikir dalam isu penentuan konflik bersenjata dan *state responsibility* sangatlah berbeda. Keterlibatan suatu negara dalam sebuah konflik bersenjata sangatlah berbeda dengan konsekuensi apabila suatu negara dianggap bertanggung jawab untuk suatu tindakan kejahatan.⁵⁵ Hal yang kedua yang menjadi dasar bagi ICJ untuk menolak standar *overall control* adalah karena menurut ICJ, standar *overall control* akan terlalu memperluas cakupan dari *state responsibility* dan standar tersebut akan jauh melewati standar-standar yang dinyatakan dalam Pasal 8 dari *ILC Draft on State Responsibility*.⁵⁶

4.1.1.3. Pendapat Profesor Antonio Cassese mengenai penggunaan standar *overall control*

Professor Antonio Cassese menyatakan tidak setuju dengan penggunaan standar *effective control* untuk penentuan konflik bersenjata maupun untuk menawab masalah *state responsibility* dalam jurnal yang ia tulis.⁵⁷ Mengenai argumen yang menyatakan bahwa standar *effective control* merupakan sesuatu yang mencerminkan hukum kebiasaan internasional, Professor Antonio Cassese

⁵⁴ ICTY, Prosecutor v. Tadic, *Separate Opinion Of Judge Shahabuddeen*, Appeal Chamber, 7Mei 1997

⁵⁵ Mahkamah Internasional, *Kasus Mengenai Aplikasi dari Konvensi Pencegahan dan Penghukuman Kejahatan Genosida*, Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro, 26 Februari 2007, par. 405

⁵⁶ *Ibid*, par.406

⁵⁷ Antonio Cassese, *The Nicaragua and Tadic Tests Revisited in Light of the ICJ Judgment on Genocide in Bosnia*, (The European Journal of International Law, 2007)

menyatakan bahwa argumen tersebut tidak memiliki dasar yang kuat.⁵⁸ Dasar argumen bahwa *effective control* mencerminkan hukum kebiasaan internasional adalah bahwa standar *effective control* dinyatakan dalam kasus Nicaragua, dan standar ini sesuai dengan cara pikir dalam Pasal 8 dari *ILC Draft on State Responsibility* yang seharusnya mencerminkan suatu hukum kebiasaan internasional. Dengan demikian, berdasarkan pada yurisprudensi yaitu kasus Nicaragua dan pada *ILC Draft on State Responsibility* tersebut, yang diasumsikan mencerminkan hukum kebiasaan internasional, maka *effective control* adalah standar yang merupakan hukum kebiasaan internasional. Menurut Professor Antonio Cassese, hal ini tidak tepat. Pada awalnya, standar *effective control* dinyatakan oleh ICJ dalam kasus Nicaragua sebagai sesuatu yang dianggap tidak dapat diperdebatkan. Hal ini dilanjutkan dengan ILC yang merumuskan Pasal 8 dalam *ILC Draft on State Responsibility* berdasarkan hanya pada kasus Nicaragua.⁵⁹ Dengan demikian, menurut ICJ dan ahli hukum yang mendukung standar *effective control* ini, berdasarkan kedua sumber tersebut, Nicaragua dan Pasal 8 *ILC Draft on State Responsibilities*, standar *effective control* adalah sebuah hukum kebiasaan internasional.⁶⁰

Menurut Profesor Antonio Cassese, berbeda dari standar *effective control*, standar *overall control* memiliki dasar hukum yang lebih jelas. Terdapat banyak kasus yang mendukung penggunaan standar *overall control* untuk mengatribusikan tindakan suatu kelompok bersenjata terhadap suatu negara.⁶¹ Beberapa kasus diantaranya adalah kasus Stephens⁶² yang menggunakan standar yang tidak memerlukan pemberian perintah secara spesifik dari negara ke

⁵⁸ *Ibid*, hal.651

⁵⁹ *Ibid*.

⁶⁰ Perlu dipahami bahwa yang mencerminkan hukum kebiasaan internasional adalah pengaturan-pengaturan dalam *ILC Draft*, bukan *ILC Draft* itu sendiri secara keseluruhan

⁶¹ ICTY, *Appeal Chamber, Prosecutor v. Tadic*, 15 Juli 1999, par.125-130

⁶² International Arbitral Awards, *Charles S. Stephens and Bowman Stephens (U.S.A.) v. United Mexican States*, 15 July 1927, hal.266-267

agennya, kasus Kenneth P. Yeager,⁶³ kasus *Loizidou v. Turkey*,⁶⁴ dan kasus Jorgic.⁶⁵

Profesor Antonio Cassese menyatakan bahwa sebenarnya standar *effective control* dapat menjadi standar yang meyakinkan asal saja ICJ bisa memberikan dasar yang jelas.⁶⁶ ICJ telah memberikan alasan mengapa ia memilih untuk menggunakan standar *effective control* sebagai standar untuk mengatribusikan tindakan sebuah kelompok bersenjata ke sebuah negara. Hanya saja, alasan dari ICJ ini hanya merupakan logika dan cara pikir, alasan-alasan ini tidak disertai dengan dasar-dasar hukum yang menguatkan argumen ICJ. Menurut Profesor Antonio Cassese, seharusnya ICJ dapat memberikan dasar mengapa standar *effective control* harus menjadi standar yang dipilih untuk *state responsibility*.⁶⁷ Profesor Antonio Cassese juga mengkritik pernyataan ICJ dalam kasus Genosida di Bosnia yang menyatakan bahwa standar *overall control* bukanlah standar yang tepat untuk isu *state responsibility*. Menurut beliau seharusnya ICJ memberikan alasan yang jelas, yang disertai dengan dasar-dasar yang menyatakan bahwa standar *overall control* ini tidak tepat dan tidak memiliki dasar-dasar yang cukup, bukan hanya berdasarkan pada logika.⁶⁸

Profesor Antonio Cassese menambahkan, menurutnya, untuk menentukan jenis konflik bersenjata yang berlaku dan untuk menjawab isu mengenai *state responsibility*, terdapat dua standar yang bisa berlaku.⁶⁹

⁶³ United States Claim Tribunal, *Kenneth P. Yeager v. Islamic Republic of Iran*, 3 November 1987, hal.92

⁶⁴ European Court of Human Rights, *Loizidou v. Turkey (Merits)*, 18 December 1996

⁶⁵ ICTY, *Appeal Chamber, Prosecutor v. Tadic*, 15 Juli 1999, par129

⁶⁶ Antonio Cassese, *The Nicaragua and Tadic Tests Revisited in Light of the ICJ Judgment on Genocide in Bosnia*, (The European Journal of International Law, 2007), hal.653

⁶⁷ *Ibid.*

⁶⁸ *Ibid.*, hal.651

⁶⁹ *Ibid.*, hal.657

- a. Standar yang pertama adalah standar yang berlaku untuk tindakan yang dilakukan oleh individu pribadi yang dilibatkan oleh negara sebagai agennya untuk melakukan tindakan ilegal spesifik di wilayah negara lain.⁷⁰ Untuk pengatribusian dalam standar ini diperlukan pemberian instruksi spesifik mengenai setiap tindakan sebelumnya dari negara kepada individu tersebut, atau pengakuan secara publik bahwa tindakan-tindakan yang telah dilakukan merupakan hasil dari instruksi spesifik sebuah negara kepada seorang individu. Standar ini adalah standar *effective control* yang dinyatakan ICJ dalam kasus Nicaragua. Dasar-dasar dari praktek negara yang ada menunjukkan bahwa standar *effective control* ini berlaku untuk isu *state responsibility* hanya saja terhadap individu pribadi, bukan kelompok militer bersenjata.⁷¹
- b. Standar yang kedua adalah standar yang berlaku untuk kelompok yang terorganisir dan memiliki struktur hirarki seperti unit militer dan paramiliter. Untuk hal ini, standar yang digunakan adalah standar *overall control*. Standar ini tidak hanya memperhitungkan tindakan negara yang mempersenjatai, mendanai, melatih, atau memberikan bantuan operasional saja, tetapi juga, bersamaan dengan hal-hal tersebut, tindakan negara yang mengkoordinasikan, membantu dalam perencanaan umum dari operasi militer suatu kelompok bersenjata.

Dari pernyataan-pernyataan Profesor Antonio Cassese ini, dapat disimpulkan bahwa menurut beliau, seharusnya ICJ dapat memberikan dasar-dasar dalam keputusannya untuk menggunakan standar *effective control*. ICTY, menurutnya, terbukti dapat memberikan dasar-dasar yang lebih meyakinkan daripada ICJ dalam memutuskan untuk menggunakan standar *overall control*. Beliau juga memberikan pendapat bahwa sebenarnya kedua standar, *effective*

⁷⁰ Tindakan ini termasuk di dalamnya tindakan *ultra vires* yang ilegal

⁷¹ Lihat Mahkamah Internasional, *Amerika Serikat v. Iran, Kasus mengenai Staf Diplomatik dan Konsular di Tehran*, 24 Mei 1980; Mahkamah Internasional, *Nicaragua v. Amerika Serikat, Kasus mengenai Aktivitas Militer dan Paramiliter Terhadap dan dalam Nicaragua*, 27 Juni 1986, par.75; United States Claims Tribunal, *Alfred W. Short v. Islamic Republic of Iran*, 14 Juli 1987, hal.76

control dan *overall control*, dapat berlaku untuk isu *state responsibility* dan penentuan jenis konflik bersenjata, hanya saja, standar *effective control* berlaku apabila agen dari negara berupa individu pribadi atau kelompok bukan militer, dan *overall control* berlaku apabila agen dari negara adalah kelompok bersenjata militer.

4.1.1.4. Perlindungan Hukum dalam Konflik Bersenjata Internasional dan Konflik Bersenjata Internal

Standar *overall control* yang digunakan oleh *Appeal Chamber ICTY* akan membuat lebih banyak korban perang yang dilindungi oleh hukum yang berlaku dalam konflik internasional, yaitu rezim hukum dari Konvensi Hague, Konvensi Jenewa, dan Protokol Tambahan I dari Konvensi Jenewa. Dalam persepektif humaniter, hal ini merupakan hal yang lebih baik apabila dibandingkan dengan perlindungan dalam konflik bersenjata internal yang berdasarkan pada pasal 3 bersama dalam Konvensi Jenewa dan Protokol Tambahan II. Namun, hal ini berdasarkan pada asumsi bahwa hukum dalam konflik bersenjata internasional memberikan perlindungan yang lebih baik untuk para korban perang.⁷²

Hal ini tidak selalu tepat. Hukum dalam konflik bersenjata internal akan lebih mudah berlaku dan mempunyai kemungkinan lebih besar untuk dihargai dalam berbagai keadaan kacau dalam sebuah konflik. Perlindungan yang diberikan hukum dalam konflik bersenjata internasional terhadap seseorang yang berada di tangan pemberontak akan sangat berbeda berdasarkan kewarganegaraan orang tersebut, status orang tersebut, apakah penduduk sipil atau pejuang, dan pada status dari wilayah tempat orang tersebut ditemukan.⁷³ Dalam konflik bersenjata internal, seringkali sulit membedakan pejuang dari penduduk sipil.

⁷² Marco Sassòli dan Laura M. Olson, *The Judgment of the ICTY Appeals Chamber on the Merits in the Tadic Case*, (International Review of the Red Cross, 2000)

⁷³ Perlindungan penuh sebagai *protected persons* disediakan untuk musuh dan warga negara pihak ketiga, sedangkan warga negara pihak pertama, yaitu warga negara yang berada di wilayah negaranya sendiri, mendapatkan perlindungan yang lebih terbatas. Pejuang dapat ditahan tanpa alasan lain sampai selesainya pertempuran, sedangkan penduduk sipil hanya boleh ditahan

Menurut Marco Sassoli dan Laura M. Olson, akan sangat sulit, dan hampir tidak mungkin, untuk menentukan apakah *occupying power* dalam suatu wilayah pertempuran adalah pemerintah atau para pemberontak.⁷⁴ Sekalipun dapat ditarik sebuah garis di antara wilayah yang milik suatu pihak dan wilayah yang pihak tersebut duduki, hal ini tidak akan memiliki kemungkinan untuk dihargai oleh pihak-pihak dalam konflik internal tersebut.⁷⁵

Hal yang sebaliknya terjadi pada hukum dalam konflik bersenjata internal. Hukum dalam konflik bersenjata internal melindungi berdasarkan keadaan seseorang sebenarnya. Hampir semua peraturannya menguntungkan semua orang, tanpa pembedaan, yang telah tidak berpartisipasi dalam pertempuran.⁷⁶ Peraturan lainnya melindungi seseorang yang dalam keadaan beresiko, seperti misalnya orang-orang yang kemerdekaannya diambil untuk alasan-alasan konflik bersenjata, atau mereka yang menghadapi hukuman pidana.⁷⁷ Hal ini mungkin disebabkan karena pengaturan hukum dalam konflik bersenjata internal lebih informal dan lebih fleksibel dalam banyak situasi konflik kontemporer. Terkadang peraturan hukum dalam konflik bersenjata internal cenderung lebih ketat. Praktek pembersihan etnik, yang secara meluas terjadi di Yugoslavia, dengan jelas dilarang oleh hukum humaniter, baik dalam konflik bersenjata internasional, dan konflik bersenjata internal, apabila cara yang digunakan untuk mengeluarkan korban dari suatu wilayah adalah dengan cara yang tidak dibenarkan, misalnya pembunuhan, pemerkosaan, penjarahan, dan lain-lain. Hukum dalam konflik bersenjata internal lebih jauh melarang pemindahan penduduk sipil dengan

dalam keadaan-keadaan tertentu. Penduduk sipil yang merupakan *protected persons* mendapatkan perlindungan yang lebih luas ketika berada di wilayah yang dikuasai dibandingkan ketika berada di wilayah negara; Konvensi Jenewa IV, 1949, Psl.4, 13-26, dan 35-78; Konvensi Jenewa III, 1949, Psl.21 dan 118; Konvensi Jenewa, *Protokol Tambahan I*, 1977, Psl.75

⁷⁴ Marco Sassòli dan Laura M. Olson, *The Judgment of the ICTY Appeals Chamber on the Merits in the Tadic Case*, (International Review of the Red Cross, 2000)

⁷⁵ *Ibid.*

⁷⁶ *Konvensi Jenewa*, 1949, Pasal 3 Bersama; *Konvensi Jenewa, Protokol Tambahan II*, 1977, Psl.4

⁷⁷ *Konvensi Jenewa, Protokol Tambahan II*, 1977, Psl.5 dan 6

paksa.⁷⁸ Hukum dalam konflik bersenjata internasional lebih lemah dalam hal ini, karena pemindahan paksa dari *protected persons* dilarang, dengan alasan apapun, akan tetapi hanya untuk pemindahan keluar dari wilayah yang diduduki.⁷⁹ Pemindahan penduduk sipil yang dilindungi, seperti orang asing yang dikeluarkan dari wilayah yang memang milik suatu pihak, tidak dilarang secara jelas.⁸⁰

Marco Sassoli dan Laura M. Olson tidak yakin bahwa mengaplikasikan satu hukum untuk situasi yang diatur oleh hukum lain adalah tindakan yang tepat. Mereka menyarankan, sebagai sebuah tantangan bagi hukum di dunia, untuk membuat suatu hukum baru yang berlaku untuk semua situasi. Mereka mengakui bahwa apabila negara-negara di masa ini melakukan kodifikasi hukum seperti yang disebutkan itu maka, resiko yang mungkin terjadi adalah pengurangan perlindungan dalam semua jenis konflik bersenjata.⁸¹

Dan pada akhirnya, tidak boleh dilupakan bahwa di Yugoslavia dan di manapun, perbedaan dari hukum konflik bersenjata internasional dan hukum dalam konflik bersenjata internal hanya memiliki keterkaitan kecil dengan situasi yang dialami korban pada kenyataannya. Yang menjadi masalah bukanlah pelaksanaan hukum yang salah, tetapi tidak adanya hukum yang dilaksanakan. Tidak akan ada kejahatan yang telah menghancurkan wilayah Yugoslavia dan sekitarnya yang dapat dibenarkan apabila terdapat hukum yang dilaksanakan, walaupun hanya hukum konflik bersenjata internal. Dusko Tadic dan juga penjahat yang lainnya telah melanggar bahkan hukum sesederhana Pasal 3 bersama dari Konvensi Jenewa.⁸²

⁷⁸ *Ibid*, Psl.17

⁷⁹ *Konvensi Jenewa IV*, 1949, Psl.49(1)

⁸⁰ Jean S. Pictet, *Penjelasan dari Konvensi Jenewa terkait Perlindungan Penduduk Sipil dalam Keadaan Perang*, 1958, hal.235

⁸¹ Marco Sassòli dan Laura M. Olson, *The Judgment of the ICTY Appeals Chamber on the Merits in the Tadic Case*, (International Review of the Red Cross, 2000)

⁸² *Ibid*.

4.1.1.5. Standar Overall Control untuk menentukan Jenis Konflik dan *State Responsibility*

Penulis mengambil posisi yang sama seperti yang dikemukakan oleh Profesor Antonio Cassese bahwa standar yang seharusnya digunakan untuk menentukan apakah sebuah kelompok militer bersenjata adalah agen sebuah negara asing adalah standar *overall control*. Alasan penulis memilih standar ini adalah karena, seperti yang dikemukakan oleh Profesor Antonio Cassese, standar ini memiliki dasar hukum yang jelas dibandingkan dengan standar *effective control* yang dikemukakan ICJ.

Penulis juga mengambil posisi yang sama seperti Profesor Antonio Cassese yang menyatakan bahwa sebenarnya baik standar *effective control* maupun standar *overall control*, keduanya merupakan standar yang dapat digunakan untuk menentukan *state responsibility*. Hanya saja standar *effective control* digunakan untuk pengatribusian tindakan seorang individu atau kelompok bukan militer ke suatu negara, sedangkan *overall control* digunakan untuk pengatribusian kelompok militer. Penulis memahami bahwa individu atau kelompok bukan militer tidak memiliki rantai komando yang sekuat kelompok militer. Dalam kelompok militer, dengan perencanaan secara umum (yang merupakan salah satu kriteria standar *overall control*) sudah cukup untuk menggerakkan dan menentukan apa yang terjadi nantinya.

Dengan dasar pemikiran di atas, penulis juga menolak *separate opinion* dari Mohamed Shahabuddeen dalam putusan *Appeal Chamber* di kasus *Prosecutor v. Dusko Tadic*. Menurut penulis, seharusnya standar yang digunakan untuk menentukan jenis konflik dan menjawab pengatribusian tindakan dalam isu *state responsibility* adalah standar yang sama. Pola pikir penulis adalah apabila sebuah kelompok militer adalah agen dari negara lain, dan agen dari negara lain ini berpartisipasi dalam konflik yang sedang terjadi, tentu saja konflik tersebut menjadi konflik bersenjata internasional, dan apabila ada pelanggaran, negara tersebut dapat diminta pertanggungjawabannya karena yang melakukan adalah agen negara tersebut. Apabila standar yang digunakan untuk menentukan konflik bersenjata yang terjadi dan untuk menjawab pengatribusian dari isu *state*

responsibility adalah berbeda, akan timbul permasalahan ketika membahas isu *protected persons* nantinya. Hal ini menjadi masalah karena tidak akan jelas status yang dimiliki oleh kelompok militer bersenjata yang dipertanyakan tersebut. Pertanyaannya adalah, dapatkah kelompok militer bersenjata tersebut dikeluarkan dari wilayah yang ia duduki? Bukankah ia adalah warga negara dari negara yang ia kuasai wilayahnya? Bukankah dengan mengeluarkan kelompok bersenjata tersebut dari wilayah negara tersebut ke negara lain yang dianggap telah mengintervensi konflik bersenjata yang terjadi berarti sebuah kejahatan pemindahan paksa telah terjadi? Hal ini akan lebih masuk akal ketika standar yang digunakan adalah sama dan berarti, dengan memindahkan kelompok tersebut ke negara yang mengintervensi, yang terjadi adalah pengembalian sebuah agen ke atasannya.

Penulis juga mempertimbangkan pernyataan Marco Sassoli dan Laura M. Olson, mengenai suatu hukum yang berlaku di setiap jenis konflik bersenjata. Menurut penulis hal tersebut adalah hal yang menarik, akan tetapi, seperti yang mereka sendiri nyatakan, akan ada resiko berkurangnya perlindungan dalam hukum tersebut. Hal ini merupakan suatu hal yang seharusnya dihindari, karena pada dasarnya hukum humaniter bertujuan untuk memberikan perlindungan terbaik di situasi terburuk. Sebelum ada hukum yang memberikan perlindungan terbaik untuk semua jenis konflik bersenjata seperti yang dinyatakan oleh Marco Sassoli dan Laura M. Olson, sehingga menurut penulis, penggunaan hukum yang sudah ada seharusnya masih cukup untuk saat ini.

4.1.2. Unsur "*Protected Persons*" dalam Konvensi Jenewa

Marco Sassoli dan Laura M. Olson menyatakan bahwa, sekalipun Dusko Tadic melakukan tindak kejahatannya dalam konflik bersenjata internasional, tindakannya hanya akan menjadi sebuah *grave breaches* di bawah Pasal 2 Statuta ICTY, apabila para korban tindak kejahatannya adalah *protected persons*.⁸³

⁸³ Marco Sassòli dan Laura M. Olson, *The Judgment of the ICTY Appeals Chamber on the Merits in the Tadic Case*, (International Review of the Red Cross, 2000)

Sekalipun dalam keadaan konflik bersenjata internasional, tindak kejahatan yang dilakukan terhadap warga negaranya sendiri bukanlah sebuah *grave breaches*.

Trial Chamber dalam kasus *Prosecutor v. Dusko Tadic* menyatakan bahwa orang-orang Muslim Bosnia yang menjadi korban dari tindakan Dusko Tadic bukanlah *protected persons*, karena mereka tidak berada di tangan dari salah satu pihak dalam konflik bersenjata yang bukan kewarganegaraan mereka.⁸⁴ orang-orang Muslim Bosnia tersebut berada di tangan orang Serbia, seperti Dusko Tadic yang kewarganegaraannya adalah sama dengan mereka.⁸⁵ Dalam pembahasan di *Appeal Chamber*, *Prosecutor* memberikan pendapat bahwa definisi *protected persons* seharusnya dapat beradaptasi dengan masalah-masalah yang prinsipil dalam suatu konflik yang kontemporer.⁸⁶ *Appeal Chamber* pada akhirnya meninggalkan definisi literal dari *protected persons*. *Appeal Chamber* memilih untuk menggunakan interpretasi dengan melihat faktor kesekutuan dan perlindungan efektif.⁸⁷ Alasan yang diberikan oleh *Appeal Chamber* sangatlah singkat. Di satu sisi, *Appeal Chamber* memberikan beberapa kasus yang oleh *travaux preparatoires* dari Konvensi Jenewa dinyatakan secara jelas, kewarganegaraan tidak menentukan, terutama untuk pengungsi dan warga negara netral.⁸⁸ Namun, korban-korban dalam kasus *Prosecutor v. Dusko Tadic* bukanlah pengungsi atau warga negara yang netral. Di satu sisi, *Appeal Chamber* mengacu pada ketidacukupan dari kriteria kewarganegaraan untuk konflik yang kontemporer dan mengingat bahwa hukum humaniter internasional harus berlaku sesuai dengan

⁸⁴ *Konvensi Jenewa IV*, 1949, Psl.4

⁸⁵ ICTY, *Trial Chamber, Prosecutor v. Tadic*, 14 Juli 1997, par.584-608; *Trial Chamber* tidak menyatakan dengan jelas apakah orang-orang Muslim Bosnia dan Serbia Bosnia tersebut berkewarganegaraan Bosnia Herzegovina atau masih berkewarganegaraan Yugoslavia

⁸⁶ Theodor Meron, *Classification of Armed Conflict in the Former Yugoslavia: Nicaragua's Fallout*, (1998), hal.238-242; Christopher Greenwood, *International Humanitarian Law and the Tadic Case*, (European Journal of International Law, 1996), hal.273-274; William Fenrick, "The Development of the Law of Armed Conflict Through the Jurisprudence of the International Tribunal for the former Yugoslavia", dalam buku *The Law of Armed Conflict: Into the Next Millennium*, (Newport: International Law Studies, US Naval War College, 1998), hal.91 - 92; ICTY, *Trial Chamber, Prosecutor v. Delalic et al.*, 16 November 1998, par.245-266

⁸⁷ ICTY, *Appeal Chamber, Prosecutor v. Tadic*, 15 Juli 1999, par.163-169

⁸⁸ *Konvensi Jenewa IV*, 1949, Psl.4(2), 44, dan 70(2)

hubungan substansial daripada ikatan formal. Ikatan formal berguna untuk hukum dari konflik bersenjata internal dan untuk menjawab pertanyaan apakah sebuah konflik bersenjata telah terjadi, dan ketika hukum dalam konflik bersenjata internasional berlaku, status formal dari sebuah pihak, sebuah wilayah, atau seseorang akan menjadi tidak relevan untuk menyatakan bahwa rezim perlindungan ini berlaku.⁸⁹

Konsekuensi yang mungkin terjadi dari teori ini adalah bahwa, mulai saat ini, semua korban dalam konflik bersenjata internasional dapat mengambil keuntungan dari status *protected person* secara penuh di bawah Konvensi Jenewa. Sebuah negara tentunya akan jarang sekali memperlakukan orang-orang yang menjadi sekutunya dan yang dilindunginya dengan tidak baik. Akan tetapi, muncul keraguan apakah negara-negara telah siap untuk memperlakukan warga negaranya sendiri sebagai *protected persons* ketika orang-orang tersebut bersekutu dengan musuh. Beberapa tindakan seperti menggunakan *protected persons* dalam operasi militer atau mengirim mereka ke dalam pasukan bersenjata, dapat dan akan dilarang hanya apabila dilakukan terhadap warga negara musuh.⁹⁰ Persekutuan juga merupakan hal yang sulit untuk ditentukan dalam panasnya pertempuran. Sekalipun pendekatan ini memiliki banyak kelebihan untuk hukum ke depannya, dapat dipertanyakan apakah diperbolehkan untuk memberikan interpretasi dari yang sudah ada, dalam sebuah peradilan pidana, setelah sebuah unsur yang ditetapkan, seperti misalnya dalam kasus ini, unsur kejahatan dilakukan kepada orang yang berbeda kewarganegaraannya.⁹¹

Dalam hal ini penulis mengambil posisi, bahwa berdasarkan definisi yang lebih luas yang diberikan oleh *Appeal Chamber* memberikan perlindungan yang lebih luas kepada para korban perang. Menurut penulis definisi yang diberikan oleh *Appeal Chamber* juga bukan tidak berdasar. Interpretasi terhadap definisi ini

⁸⁹ *Ibid*, Psl.4, 13-26, dan 35-78; *Konvensi Jenewa III*, 1949, Psl.21 dan 118; *Konvensi Jenewa, Protokol Tambahan I*, 1977, Psl.75

⁹⁰ *Konvensi Jenewa III*, 1949, Psl.50 dan 130; *Konvensi Jenewa IV*, Psl.40, 51, dan 147

⁹¹ Marco Sassòli dan Laura M. Olson, *The Judgment of the ICTY Appeals Chamber on the Merits in the Tadic Case*, (International Review of the Red Cross, 2000)

pada kenyataannya adalah sejalan dengan sasaran dan tujuan dari Konvensi Jenewa itu sendiri, yaitu untuk memberikan perlindungan yang terbaik dalam keadaan yang terburuk.

4.1.3. Unsur-unsur dari “*Underlying Offenses*”

Terdapat delapan tindakan terkait kejahatan perang yang terbukti telah dilakukan oleh Dusko Tadic. Delapan kejahatan perang tersebut terdiri dari empat jenis kejahatan perang yang terjadi dalam enam kejadian yang berbeda.⁹² Empat jenis kejahatan perang tersebut adalah *inhuman treatment (Count 8)*, *wilfully causing great suffering or serious injury to body and health (Count 9, Count 12, Count 15, Count 21, dan Count 32)*, *wilful killing (Count 29)*, dan *murder (Count 30)*.⁹³

4.1.3.1. *Underlying Offenses* yang Diatur pada Pasal 3 dari Statuta ICTY

Mengenai kejahatan-kejahatan perang yang diatur dalam Pasal 3 dari Statuta ICTY yang telah terbukti seharusnya masuk ke dalam hukuman dalam kejahatan perang yang mirip yang diatur dalam Pasal 2 Statuta ICTY. Hal ini sesuai dengan pernyataan Gideon Boas, yang menyatakan bahwa unsur yang berbeda dari kedua kejahatan, yaitu *nexus* kepada konflik bersenjata internasional dan kepada konflik bersenjata internal, telah dijadikan satu.⁹⁴ Mengenai mengapa hukuman dijatuhkan berdasarkan pada kejahatan yang diatur dalam Pasal 2, hal ini karena kejahatan dilakukan dalam konteks konflik bersenjata internasional dan dilakukan

⁹² ICTY, *Trial Chamber Summary, Prosecutor v. Tadic*, 11 November 1999

⁹³ *Ibid.* 1999

⁹⁴ Gideon Boas, *Elements of Crimes Under International Law, Volume II*, (New York: Cambridge University Press, 2009), hal.334; ICTY, *Appeal Chamber, Prosecutor v. Kordic and Cerkez*, 17 Desember 2004, par.1036

terhadap *protected persons*. Analisis mengenai hal ini seperti yang dijabarkan sebelumnya.

4.1.3.2. *Inhuman treatment*

William A. Schabas memberikan pernyataan bahwa ICTY dalam mengeluarkan putusannya di kasus *Prosecutor v. Dusko Tadic* tidak memberikan pertimbangan dan diskusi mengenai unsur-unsur dari kejahatan.⁹⁵ Knut Dormann menjelaskan bahwa salah satu sumber hukum yang menggambarkan kejahatan perang *inhuman treatment* berasal dari pasal-pasal di Protokol Tambahan I dan Protokol Tambahan II.⁹⁶ Knut Dormann, dengan melihat praktek-praktek dari ICTY, juga memberikan pendapat bahwa ICTY seringkali menggunakan definisi yang diberikan oleh *Convention Against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment* tahun 1984 yang dianggap mencerminkan hukum kebiasaan internasional, dan menguraikan unsur-unsur berdasarkan definisi yang diberikan konvensi tersebut.⁹⁷ J. H. Burger and H. Danelius menyatakan bahwa *United Nations on Torture* tahun 1975 dan *Convention Against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment* tahun 1984 hanya memberikan deskripsi mengenai *torture* dan *inhuman treatment* untuk sekedar memahami dan mengerti pengaplikasian dari konvensi tersebut.⁹⁸ Konvensi tersebut tidak memberikan definisi yang dapat langsung diaplikasikan pada kasus-kasus dalam hukum pidana.⁹⁹

⁹⁵ William A. Schabas, *The Crime of Torture and the International Criminal Tribunals*, (Case Western Reserve Journal of International Law, 2006), hal.354

⁹⁶ Knut Dormann, *Elements of War Crimes Under the Rome Statute of the International Criminal Court*, (Cambridge: Cambridge University Press, 2004), hal.64

⁹⁷ *Ibid*, hal.44-45

⁹⁸ J. Herman Burgers dan Hans Danelius, *The United Nations Convention Against Torture: A Handbook on the Convention and Other Cruel, Inhuman, or Degrading Treatment*, (Martinus Nijhoff Publishers, 1988), hal.122

⁹⁹ *Ibid*

Trial Chamber pada akhirnya menggunakan pendapat dari J. H. Burger and H. Danelius, dan melihat *torture* dan *inhuman treatment* sebagai suatu konsep umum.¹⁰⁰ *Trial Chamber* melihat fakta-fakta yang ada dan menyatakan bahwa tindakan terjadi pada korban adalah sebuah penyiksaan yang sangat parah.¹⁰¹ Berdasarkan fakta-fakta tersebut, dan pada pandangan *torture* dan *inhuman treatment* sebagai suatu konsep umum, ICTY memutuskan bahwa Dusko Tadic bersalah untuk kejahatan perang *inhuman treatment*.¹⁰²

Mengenai hal ini, penulis berpendapat bahwa ICTY telah melakukan sebuah kesalahan, bukan dalam hal putusannya tetapi dalam proses mencapai putusannya. ICTY tidak memasukan pertimbangannya dalam menentukan apakah unsur-unsur dari kejahatan *inhuman treatment* telah dipenuhi. Lebih lagi, hal ini bisa berbahaya, karena terdapat perbedaan dari kejahatan perang *torture* dan kejahatan *inhuman treatment*.¹⁰³ Dengan tidak menjelaskan pertimbangannya, hal ini akan menjadi membingungkan.

4.1.3.3. ***Wilfully Causing Great Suffering or Serious Injury to Body and Health***

Dalam kasus ini *Trial Chamber* tidak mempertimbangkan dan tidak mendiskusikan unsur-unsur dari *wilfully causing great suffering or serious injury to body and health*.¹⁰⁴ Pada dasarnya *Trial Chamber* memutuskan bahwa Dusko Tadic bersalah untuk kejahatan perang *cruel treatment*.¹⁰⁵ Ketika *Appeal*

¹⁰⁰ ICTY, *Trial Chamber, Prosecutor v. Tadic*, 14 Juli 1997, par.726

¹⁰¹ *Ibid.*

¹⁰² ICTY, *Trial Chamber Summary, Prosecutor v. Tadic*, 11 November 1999

¹⁰³ Knut Dormann, *Elements of War Crimes Under the Rome Statute of the International Criminal Court*, (Cambridge: Cambridge University Press, 2004), hal.44-75

¹⁰⁴ ICTY, *Trial Chamber, Prosecutor v. Tadic*, 14 Juli 1997; ICTY, *Appeal Chamber, Prosecutor v. Tadic*, 15 Juli 1999; William A. Schabas, *The Crime of Torture and the International Criminal Tribunals*, (Case Western Reserve Journal of International Law, 2006), hal.354

¹⁰⁵ ICTY, *Trial Chamber, Prosecutor v. Tadic*, 14 Juli 1997

Chamber memutuskan bahwa yang berlaku adalah Pasal 2 dari ICTY statute, *Appeal Chamber* mengganti kesalahan Dusko Tadic dengan *wilfully causing great suffering or serious injury to body and health*.¹⁰⁶

Profesor William A. Schabas menyatakan, bahwa *wilfully causing great suffering or serious injury to body and health*, didefinisikan sebagai suatu tindakan atau omisi yang dilakukan dengan niatan yang menyebabkan penderitaan fisik atau mental yang serius, asalkan tingkatan penderitaan atau cedera yang dialami korban dapat dibuktikan.¹⁰⁷ Knut Dormann menyatakan, dengan berdasarkan kasus *Prosecutor v. Kordic and Cerkez*,¹⁰⁸ bahwa *inhuman treatment*,¹⁰⁹ berbeda dari *wilfully causing great suffering or serious injury to body and health*.¹¹⁰ Kedua kejahatan ini berbeda, *inhuman treatment* termasuk di dalamnya hasil penganiayaan yang hanya menyerang harga diri manusia, sedangkan *wilfully causing great suffering or serious injury to body and health* memerlukan bukti-bukti penderitaan atau cedera fisik atau mental.¹¹¹

Dalam hal ini, penulis berpandangan bahwa suatu kesalahan telah dilakukan oleh ICTY. *Trial Chamber* menyatakan bahwa Dusko Tadic telah bersalah untuk kejahatan perang *cruel treatment*, akan tetapi *Appeal Chamber* menyatakan bahwa Dusko Tadic telah bersalah untuk kejahatan perang *wilfully causing great suffering or serious injury to body and health* tanpa memberikan pertimbangannya. Perlu dipahami bahwa kejahatan perang *cruel treatment* dan

¹⁰⁶ ICTY, *Appeal Chamber, Prosecutor v. Tadic*, 15 Juli 1999, par.171

¹⁰⁷ William A. Schabas, Symposium: The ICTY at Ten: A Critical Assessment of the Major Rulings of the International Criminal Tribunal Over the Past Decade: Mens Rea and the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, (New England Law Review, 2003); ICTY, *Trial Chamber, Prosecutor v. Kordic and Cerkez*, 26 Februari 2001, par.245

¹⁰⁸ ICTY, *Trial Chamber, Prosecutor v. Kordic and Cerkez*, 26 Februari 2001, par.245

¹⁰⁹ *Inhuman treatment* dan *cruel treatment* merupakan dua terminologi yang dianggap sama; Cordula Droegge, *In Truth the Leitmotiv: the Prohibition of Torture and Other Forms of Ill-treatment in International Humanitarian Law*, (International Review of the Red Cross, 2007), hal.515 dan 520

¹¹⁰ Knut Dormann, *Elements of War Crimes Under the Rome Statute of the International Criminal Court*, (Cambridge: Cambridge University Press, 2004), hal.80

¹¹¹ *Ibid.*

kejahatan perang *wilfully causing great suffering or serious injury to body and health* adalah dua kejahatan perang yang berbeda. Dengan tanpa adanya pertimbangan yang jelas, hal ini akan menyebabkan kekacauan dalam pemahaman kejahatan perang ini ke depannya.

4.1.3.4. *Wilful Killing dan Murder*

Terkait dengan kejahatan perang ini, *Trial Chamber* memutuskan bahwa Dusko Tadic tidak bersalah karena menurut *Trial Chamber*, bukti-bukti yang ada masih kurang untuk menunjukkan bahwa Dusko Tadic bersalah, dan dengan demikian Dusko Tadic tidak, secara *beyond reasonable doubt*, terbukti bersalah.¹¹² *Appeal Chamber* memutuskan hal yang berbeda. Dusko Tadic dianggap bersalah terhadap kejahatan perang *wilful killing* dan *murder*, karena *Trial Chamber* dianggap salah mengaplikasikan beban pembuktian *beyond reasonable doubt*.¹¹³

Putusan *Appeal Chamber* ini dapat menimbulkan masalah. Knut Dormann menyatakan bahwa pada dasarnya tidak ada perbedaan yang dapat ditarik dari unsur-unsur dari kejahatan perang *wilful killing* dan *murder*.¹¹⁴ Pernyataan Knut Dormann ini berdasarkan pada pengamatannya dari beberapa putusan ICTY dalam kasus-kasus lain. Dalam kasus *Prosecutor v. Mario Cerkez*, dinyatakan bahwa unsur-unsur dari kejahatan perang *murder* di bawah Pasal 3 Bersama Konvensi Jenewa memiliki unsur-unsur yang sama dengan unsur-unsur dari kejahatan perang *wilful killing*. Satu-satunya hal yang membedakan adalah bahwa kejahatan perang *murder* tidak dilakukan terhadap *protected persons*, tetapi terhadap orang yang tidak lagi berpartisipasi dalam pertempuran.¹¹⁵

¹¹² ICTY, *Trial Chamber, Prosecutor v. Tadic*, 14 Juli 1997, par.761

¹¹³ ICTY, *Appeal Chamber, Prosecutor v. Tadic*, 15 Juli 1999, par.233

¹¹⁴ Knut Dormann, *Elements of War Crimes Under the Rome Statute of the International Criminal Court*, (Cambridge: Cambridge University Press, 2004), hal.39

¹¹⁵ ICTY, *Trial Chamber, Prosecutor v. Delalic et al.*, 16 November 1998, par.422 dan 423; ICTY, *Trial Chamber, Prosecutor v. Kordic and Cerkez*, 26 Februari 2001, par.233

Gideon Boas menyatakan bahwa dalam pemidanaan, satu buah tindakan kejahatan yang dilakukan dalam konteks yang berbeda-beda dapat dihukum sebagai tindakan yang berbeda, misalnya *rape* dalam konteks kejahatan terhadap kemanusiaan, *rape* dalam konteks kejahatan genosida, dan *rape* dalam konteks konflik bersenjata, maka satu tindakan kejahatan *rape* ini dapat dihukum secara terpisah-pisah.¹¹⁶ Sebagai kejahatan kemanusiaan, kejahatan genosida, dan kejahatan perang. Alasan dibalik hal ini adalah karena adanya unsur-unsur yang membedakan konteks dari kejahatan tersebut, yaitu unsur kontekstual meluas dan sistematis untuk kejahatan kemanusiaan, unsur niatan untuk memusnahkan sebuah kelompok ras atau etnis untuk kejahatan genosida, dan unsur *nexus* terhadap sebuah konflik bersenjata.¹¹⁷ Pertanyaan yang muncul berikutnya adalah dapatkah satu buah kejahatan yang memiliki unsur kontekstual *nexus* terhadap konflik bersenjata internasional dan konflik bersenjata internal dapat dihukum secara terpisah? Gideon Boas berpendapat bahwa berdasarkan kasus Celebici,¹¹⁸ seharusnya kejahatan perang tersebut dapat di hukum secara terpisah, akan tetapi, pada prakteknya di ICTY, Gideon Boas menyatakan kejahatan perang dengan *nexus* pada konflik bersenjata internal telah dimasukkan ke dalam hukuman kejahatan yang memiliki *nexus* pada konflik bersenjata internasional.¹¹⁹

Penulis berpendapat bahwa dalam kasus ini ICTY melakukan kesalahan dalam menghukum Dusko Tadic. ICTY telah menghukum Dusko Tadic untuk kejahatan perang *murder* yang seharusnya telah masuk ke dalam kejahatan perang *wilful killing*.

¹¹⁶ Gideon Boas, *Elements of Crimes Under International Law, Volume II*, (New York: Cambridge University Press, 2009), hal.333-334

¹¹⁷ *Ibid.*

¹¹⁸ ICTY, *Appeal Chamber, Prosecutor v. Delalic et al.*, 8 April 2003

¹¹⁹ Gideon Boas, *Elements of Crimes Under International Law, Volume II*, (New York: Cambridge University Press, 2009), hal.334; ICTY, *Appeal Chamber, Prosecutor v. Kordic and Cerkez*, 17 Desember 2004, par.1036

4.2. Analisis Unsur-unsur Kejahatan Perang

Dari penjabaran di atas, terlihat bahwa terdapat perdebatan yang sangat panjang mengenai isu standar *effective control* dan *overall control*. Hal tersebut terkait dengan penentuan jenis konflik bersenjata yang akan menentukan jenis kejahatan yang terjadi nantinya. Beberapa argumen yang dikemukakan adalah mengenai dasar hukum dari standar yang digunakan dan dampak hukumnya apabila standar tersebut yang digunakan. Diperdebatkan juga mengenai perihal apakah standar yang digunakan untuk menentukan jenis konflik bersenjata dan untuk menjawab isu *state responsibility* adalah standar yang sama.

Selain mengenai standar *effective control* dan *overall control*, interpretasi dari definisi *protected persons* juga diperdebatkan. Dipertanyakan apakah melakukan sebuah interpretasi dari definisi yang sudah ada diperbolehkan. Selain itu dianggap akan sangat sulit sekali menentukan apakah seseorang merupakan seseorang dengan status *protected persons* di dalam kekacauan perang.

Bagian terakhir mengenai *underlying offenses*. Dalam bagian ini, ICTY melakukan kesalahan yang fatal karena ia tidak menuliskan pertimbangannya yang mendalam terkait unsur-unsur kejahatan. Hal ini dapat berakibat pada kekacauan pemahaman dalam setiap kejahatan-kejahatan yang dilakukan Dusko Tadic dan perbedaan dari setiap kejahatan yang dilakukan Dusko Tadic.

BAB 5

PENUTUP

5.1. Simpulan

Pertama, menurut hukum internasional, kejahatan perang adalah pelanggaran terhadap hukum internasional dalam konflik bersenjata yang dianggap sangat serius sehingga tidak hanya menuntut tanggung jawab negara tetapi juga tanggung jawab pidana individu. Hukum internasional mengatur kejahatan perang beserta unsur-unsurnya. Hukum internasional yang mengatur mengenai kejahatan perang adalah *Geneva Law* dan *Hague Law*. *Geneva Law* meliputi keempat Konvensi Jenewa tahun 1969 beserta ketiga protokolnya. Sedangkan *Hague Law* meliputi Konvensi-konvensi Hague tahun 1907. Unsur yang terutama dalam kejahatan perang adalah terpenuhinya unsur *nexus* terhadap konflik bersenjata. Unsur ini berarti adanya kaitan antara kejahatan yang dilakukan dan konflik bersenjata yang sedang terjadi. Hukum internasional membedakan konflik bersenjata menjadi dua, konflik bersenjata internasional dan konflik bersenjata internal. Konflik internal merupakan konflik bersenjata yang terjadi antara suatu pemerintahan di dalam suatu negara terhadap suatu organisasi bersenjata dalam negara tersebut, atau suatu konflik yang terjadi antara dua organisasi bersenjata dengan organisasi bersenjata lainnya. Konflik bersenjata internasional dapat terjadi antara dua kedaulatan yang berkonflik atau dengan konflik internal yang diintervensi oleh negara lain. Kejahatan perang meliputi *Grave breaches of the Geneva Conventions of 1949* dan *violations of the laws or customs of war*. *Grave breaches of the Geneva Conventions of 1949* meliputi: (1) *wilful killing*; (2) *torture or inhuman treatment, including biological experiments*; (3) *wilfully causing great suffering or serious injury to body or health*; (4) *extensive destruction and appropriation of property, not justified by military necessity and carried out unlawfully and wantonly*; (5) *compelling a prisoner of war or a civilian to serve in the forces of a hostile power*; (6) *wilfully depriving a prisoner of war or a civilian of the rights of fair and regular trial*; (7) *unlawful deportation or transfer*

or unlawful confinement of a civilian; (8) taking civilians as hostages. Sedangkan violations of the laws or customs of war terdiri dari: (1) employment of poisonous weapons or other weapons calculated to cause unnecessary suffering; (2) wanton destruction of cities, towns or villages, or devastation not justified by military necessity; (3) attack, or bombardment, by whatever means, of undefended towns, villages, dwellings, or buildings; (4) seizure of, destruction or wilful damage done to institutions dedicated to religion, charity and education, the arts and sciences, historic monuments and works of art and science; (5) plunder of public or private property.

Kedua, ICTY, dalam putusannya, menyatakan bahwa untuk menyatakan bahwa Dusko Tadic bersalah atas kejahatan perang, maka unsur-unsur konflik bersenjata beserta nexus-nya harus dipenuhi. ICTY tidak memberikan pembahasan spesifik mengenai unsur-unsur dari tiap-tiap kejahatan perang. Trial Chamber dari ICTY menggunakan standar effective control seperti yang dinyatakan oleh ICJ dalam kasus Nicaragua. Hal ini ditolak oleh Appeal Chamber ICTY. Appeal Chamber ICTY menyatakan bahwa standar yang tepat adalah standar overall control. Menurut Appeal Chamber dari ICTY, Republik Federal Yugoslavia telah memenuhi unsur overall control terhadap kelompok bersenjata pasukan Serbia Bosnia (VRS). ICTY juga membahas mengenai unsur protected persons dan mempertanyakan keberlakuan Pasal 2 dari ICTY mengenai grave breaches of Geneva Convention, yang salah satu unsurnya adalah status korban yang merupakan protected persons. Trial Chamber menyatakan bahwa korban-korban dari Dusko Tadic bukanlah protected persons. Hal ini karena menurut Trial Chamber yang terjadi saat itu adalah konflik bersenjata internal dan semua pihaknya memiliki kewarganegaraan yang sama. Hal ini ditolak oleh Appeal Chamber yang menyatakan bahwa korban dari Dusko Tadic adalah protected persons karena pasukan Serbia Bosnia mewakili negara lain, yang bukan kewarganegaraan para korban (orang-orang Muslim Bosnia dan Kroasia). Mengenai tiap-tiap kejahatan dari Dusko Tadic, ICTY melihatnya sebagai konsep umum dan menyatakan bahwa Dusko Tadic jelas telah melakukan pembunuhan dan penganiayaan kepada korban-korbannya. Dengan demikian, Dusko Tadic dinyatakan bersalah dan dihukum untuk 25 tahun penjara.

Ketiga, terdapat perdebatan panjang mengenai standar yang seharusnya digunakan dalam menentukan jenis konflik bersenjata yang terjadi dan untuk mengatribusikan tindakan sebuah organisasi bersenjata terhadap sebuah negara. Satu sisi menyatakan bahwa standar yang seharusnya digunakan untuk menjawab kedua isu tersebut adalah standar *effective control* sebagaimana yang dinyatakan dalam kasus Nicaragua oleh ICJ, sisi lain menyatakan bahwa yang seharusnya digunakan adalah standar *overall control*. Selain kedua pendapat tersebut ada pula yang menyatakan bahwa sebenarnya isu mengenai atribusi tindakan terhadap suatu negara menggunakan standar *effective control*, sedangkan untuk menentukan jenis konflik bersenjata cukup menggunakan standar *overall control*. Berdasarkan argumen-argumen yang dinyatakan, terlihat bahwa pendapat yang menyatakan bahwa seharusnya standar *overall control* digunakan untuk kedua isu lebih meyakinkan. Isu mengenai status *protected persons* dari korban juga sempat dipertanyakan, namun solusi yang diberikan masih belum dapat dipenuhi dan mempunyai resiko. Dapat dinyatakan lebih lanjut bahwa hukum yang sudah ada di saat ini masih mencukupi apabila dihormati dan dilaksanakan sebagaimana mestinya. Dari semua analisa yang dilakukan dapat dinyatakan bahwa standar *overall control* merupakan standar yang tepat untuk menentukan jenis konflik bersenjata yang terjadi dan putusan *Appeal Chamber* yang menyatakan bahwa konflik yang terjadi adalah konflik bersenjata internasional adalah tepat. Mengenai tiap-tiap kejahatan yang dilakukan Dusko Tadic, disimpulkan bahwa, walaupun sangat disayangkan bahwa ICTY tidak memberikan pertimbangan yang mendetail, ICTY telah tepat dalam memutuskan bahwa Dusko Tadic telah melakukan kejahatan perang.

DAFTAR PUSTAKA

Buku

- Boas, Gideon, James L. Bischoff, dan Natalie L. Reid. *Elements of Crimes Under International Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008
- Cassese, Antonio. *International Criminal Law*. Oxford: Oxford University Press, 2003.
- Cowles, Willard. *Universality of Jurisdiction over War Crimes*. 1945.
- Cryer, Robert. *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*. Cambridge: Cambridge University Press, 2010.
- Dormann, Knut. *Elements of Crimes under the Rome Statute of the International Criminal Court*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.
- Holbrooke, Richard. *To End a War*. New York: Random House, 1998.
- Kalshoven, Frits dan Liesbeth Zegveld. *Constraints On the Waging of War*. Geneva: International Committee of Red Cross, 2001.
- Lonsdale, David J. *Alexander the Great: Lessons in Strategy*. New York: Routledge, 2007.
- Mamudji, Sri. *Metode Penelitian dan Penulisan Hukum*. Jakarta: Badan Penerbit Fakultas Hukum Universitas Indonesia, 2005.
- Olivelle, Patrick. *The Law Code of Manu*. Oxford: Oxford University Press, 2004.
- Schabas, William A. *Introduction to ICC*. New York: Cambridge University Press, 2007.
- Soekanto, Soerjono. *Pengantar Penelitian Hukum*. Jakarta: UI Press, 1996.
- Soekanto, Soerjono dan Sri Mamudji. *Penelitian Hukum Normatif (Suatu Tinjauan Singkat)*. Jakarta: PT Raja Grafindo Persada, 2004.

Spinoza, Baruch. *Tractatus Theologico Politicus*, 1677

Sun Tzu. *The Art of War*. diterjemahkan oleh Lionel Giles. El Paso Norte Press, 2005.

Vabres, Henri Donnedieu de. *Les Principes Modernes du Droit Pénal*. Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1928.

Vite, Sylvain. *Typology of Armed Conflicts in International Humanitarian Law: Legal Concepts and Actual Situations*. International Review of the Red Cross, 2009.

Jurnal

Abtahi. "Reflections on the Ambiguous Universality of Human Rights: Cyrus the Great's Proclamation as a Challenge to the Athenian Democracy's Perceived Monopoly on Human Rights". Dalam buku *The Dynamics of International Criminal Justice: Essays in Honour of Sir Richard May*, 2005.

American Red Cross, *International Humanitarian Law and the Geneva Conventions*. Washington D.C.: The American National Red Cross, 2001.

Amnesty International. *Universal Jurisdiction: The duty of states to enact and enforce legislation*. London: Amnesty International, 2001.

_____, *The International Criminal Court: Making the right choices -Part III- Ensuring Effective State Cooperation*. London: Amnesty International, 1997.

Bassiouni, Cherif. *International Crimes Jus Cogens and Obligatio Erga Omnes*. Durham: Duke University School of Law, 1996.

Beane, Dorothea. *After The Dusko Tadic War Crimes Trial: A Commentary On The Applicability Of The Grave Breaches Provisions Of The 1949 Geneva Conventions*. Newark: Stetson Law Review, 1997.

_____. *Prosecutor V Tadic: Legitimizing The Establishment Of The International Criminal Tribunal For The Former Yugoslavia*, Maine Law Review, 1998.

Brody, Reed. *Justice: The First Casualty of Truth?* The Nation, 2001.

Brown, Bartram S. *The Evolving Concept of Universal Jurisdiction*. New England Review.

Bugnion, François. *Law of Geneva and Law of the Hague*. International Review of the Red Cross, 2001.

Burgers, J. Herman dan Hans Danelius, *The United Nations Convention Against Torture: A Handbook on the Convention and Other Cruel, Inhuman, or Degrading Treatment*. Martinus Nijhoff Publishers, 1988.

Cassese, Antonio. *The Nicaragua and Tadi Tests Revisited in Light of the ICJ Judgment on Genocide in Bosnia*. European Journal of International Law, 2007.

Dinstein, Yoram dan Mala Tabory. *International Law at a time of Perplexity*. Dordrecht: Martinus Nijhoff, 1989.

Droege, Cordula. *In Truth the Leitmotiv: the Prohibition of Torture and Other Forms of Ill-treatment in International Humanitarian Law*. International Review of the Red Cross, 2007.

Fenrick, William. "The Development of the Law of Armed Conflict Through the Jurisprudence of the International Tribunal for the former Yugoslavia". Dalam buku *The Law of Armed Conflict: Into the Next Millennium*. Newport: International Law Studies, 1998.

Gilbertson, Tristram. *War Crimes*. Victoria: Victoria University Wellington Law Review, 1995.

Green, Leslie C. "International Regulation of Armed Conflicts". Dalam buku *International Criminal Law*, 1999.

Greenwood, Christopher. "Historical Development and Legal Basis". Dalam buku *The Handbook of Humanitarian Law in Armed Conflicts*, 1995.

_____. *International Humanitarian Law and the Tadic Case*. European Journal of International Law, 1996.

Higgins, Rosalyn. "The General International Law of Terrorism". Dalam buku *Terrorism and International Law*. 1997.

International Committee of Red Cross. *International Review of Red Cross*, Volume 91, Nomor 875. Geneva: International Committee of Red Cross, 2009.

Kamminga, Menno T. *Final Report on the Exercise of Universal Jurisdiction in Respect of Gross Human Rights Offences*. London: Committee on International Human Rights Law and Practice, International Law Association, 2001.

Kirsch, Philippe. "Introduction". Dalam buku, *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court: Observer's Notes*. Germany: Nomos Verlagsgesellschaft 1999.

Kirsch, Philippe and John T. Holmes. *The Rome Conference on an International Criminal Court: The Negotiating Process*. 1999.

Levie, Howard S. *Terrorism in War: The Law of War Crimes*. 1993.

Meron, Theodor. *Classification of Armed Conflict in the Former Yugoslavia: Nicaragua's Fallout*. 1998.

Morris, Norval. *The Honest Politician's Guide to Crime Control*. 1972.

Parks, William H. *Command Responsibility or War Crimes*. Military Law Review, 1973.

Rome Treaty Conference Monitor, *The Numbers: NGO Coalition Special Report on Country Positions*. Special Issue of the NGO Coalition for an International Criminal Court, 1998.

Sassòli, Marco dan Laura M. Olson. *The Judgment of the ICTY Appeals Chamber on the Merits in the Tadic Case*. Geneva: International Review of the Red Cross, 2000.

Schabas, William A. *Mens Rea and The International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia*. Middlebury: New England Review, 2003.

_____. *Symposium: The ICTY at Ten: A Critical Assessment of the Major Rulings of the International Criminal Tribunal Over the Past Decade: Mens Rea and the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia*. New England Law Review, 2003.

_____. *The Crime of Torture and the International Criminal Tribunals*. Case Western Reserve Journal of International Law, 2006.

Schindler, Dietrich. *The Different Types of Armed Conflicts According to the Geneva Conventions and Protocols*. Paris: Recueil des Cours de l'Académie de droit international, 1979.

Sliedregt, Elies van. *The Criminal responsibility of Individuals for Violations of International Humanitarian Law*. 2003.

Wald, Patricia M. *Genocide and Crimes Against Humanity*. Washington D.C.: Washington University Global Studies Law Review, 2007.

Wyngaert, Christine van den. *The Suppression of War Crimes under Additional Protocol I*. 1989.

Kamus

Simpson, John dan Edmund Weiner. *Oxford English Dictionary*. Oxford: Oxford University Press, 1989.

Draft Konvensi, Konvensi, Protokol, Statuta, Laporan dan Resolusi PBB

ICC. Statuta Roma dari *International Criminal Court*. 1998.

____, *Elements of Crimes* dari Statuta Roma *International Criminal Court*. 1998.

ICTR. Statuta dari *International Criminal Tribunal of Rwanda*. 1994.

ICTY. Statuta dari *International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia*. 1993.

IMT. Statuta dari *International Military Tribunal at Nuremberg*. 1945.

IMTFE. Statuta dari *International Military Tribunal for the Far East*. 1945.

International Law Commission. *Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*. 1996

_____. *Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind*. 1996.

Konvensi Jenewa I mengenai Perbaikan Keadaan Anggota Angkatan Bersenjata yang Terluka dan Sakit di Darat. 1949.

Konvensi Jenewa II mengenai Perbaikan Keadaan Anggota Angkatan Bersenjata yang Terluka, Sakit, dan Karam di Laut. 1949.

Konvensi Jenewa III mengenai Perlakuan Tawanan Perang. 1949.

Konvensi Jenewa IV mengenai Perlindungan Orang Sipil di Masa Perang. 1949.

Konvensi Jenewa. Protokol I mengenai Perlindungan Korban Konflik Bersenjata Internasional. 1977.

Konvensi Jenewa. Protokol II mengenai Perlindungan Konflik Bersenjata Non-internasional. 1977.

Konvensi Wina tentang Hukum Perjanjian. 1969.

Persatuan Bangsa-bangsa. *Piagam PBB*. 1945.

_____. *Resolusi Dewan Keamanan PBB No. 713*. 1991.

_____. *Resolusi Majelis Umum PBB No. 46/237*. 1992.

_____. *Resolusi Dewan Keamanan PBB No. 757*. 1992.

_____. *Resolusi Dewan Keamanan PBB No.827*. 1993.

_____. *Resolusi Dewan Keamanan PBB No.955*. 1994.

_____. *Laporan Sekretaris Jenderal Persatuan Bangsa-Bangsa kepada Dewan Keamanan mengenai perlindungan penduduk sipil di konflik bersenjata*. U.N. Doc. S/22001/331. 30 Maret 2001.

Pictet, Jean S. *Penjelasan dari Konvensi Jenewa IV terkait Perlindungan Penduduk Sipil dalam Keadaan Perang*. 1958.

Sumber Internet

ICTY. "About the ICTY". <http://icty.org/sections/AbouttheICTY>. diakses 2 April 2012.

_____. "History". <http://www.icty.org/sid/95>. diakses 19 Mei 2012.

Law Teacher. "Actus Reus Lecture". <http://www.lawteacher.net/PDF/Actus%20Reus%20Lecture.pdf>. diakses tanggal 23 April 2012.

Kasus

Amerika Serikat. Court of Appeal. *Demjanjuk v. Petrovsky*. 1986.

ICTR. *Trial Chamber Judgment. Prosecutor v. Semanza*. 15 Mei 2003.

ICTR. *Trial Chamber Judgment. Prosecutor v. Kamuhanda*. 22 Januari 2004.

ICTR. *Trial Chamber Judgment. Prosecutor v. Ntagerura. et al.* 25 Februari 2004.

ICTR. *Trial Chamber Judgment. Prosecutor v. Bagosora. et al.* 18 Desember 2008.

ICTY. *Trial Chamber. Decision. Prosecutor v. Tadic. Decision on the Prosecution Motion to Withdraw Counts 2 through 4 of the Indictment Without Prejudice.* 25 Juni 1996.

ICTY. *Trial Chamber Judgment. Prosecutor v. Tadic. Separate And Dissenting Opinion Of Judge Mcdonald Regarding The Applicability Of Article 2 Of The Statute.* 7 Mei 1997.

ICTY. *Trial Chamber Judgment. Prosecutor v. Tadic.* 14 Juli 1997.

ICTY. *Trial Chamber Judgment. Prosecutor v. Delalic et al.* 16 November 1998.

ICTY. *Trial Chamber Judgment Summary. Prosecutor v. Tadic.* 11 November 1999

ICTY. *Trial Chamber Judgment. Prosecutor v. Kordic and Cerkez.* 26 Februari 2001.

ICTY. *Trial Chamber Judgment. Prosecutor v. Naletilic and Martinovic.* 31 Maret 2003.

ICTY. *Trial Chamber Judgment. Prosecutor v. Simic et al.* 17 Oktober 2003.

ICTY. *Trial Chamber Judgment. Prosecutor v. Jokic - Miodrag.* 18 Maret 2004.

ICTY. *Trial Chamber Judgment. Prosecutor v. Brdjanin.* 1 September 2004.

ICTY. *Trial Chamber Judgment. Prosecutor v. Limaj et al.* 30 November 2005.

ICTY. *Trial Chamber Judgment. Prosecutor v. Mrkši et.al.* 27 September 2007.

ICTY. *Trial Chamber Judgment. Prosecutor v. Boskoski.* 10 Juli 2008.

ICTY. *Appeals Chamber Decision. Prosecutor v. Tadic. Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction.* 2 Oktober 1995.

ICTY. *Initial Indictments. Prosecutor v. Tadic.* 13 Februari 1995.

ICTY. *Second Amendment Indictments. Prosecutor v. Tadic.* 13 Februari 1995.

ICTY. *Review of Indictment pursuant to Rule 61. Prosecutor v. Dragan Nikolic.* 20 Oktober 1995.

ICTY. *Case Information Sheet. Prosecutor v. Tadic.* 14 Juli 1997.

ICTY. *Appeal Chamber Judgment. Prosecutor v. Tadic.* 15 Juli 1999.

ICTY. *Appeal Chamber Judgment. Prosecutor v. Tadic. Separate Opinion Of Judge Shahabuddeen.* 15 Juli 1999.

ICTY. *Appeal Chamber Judgment. Prosecutor v. Kunarac et al.* 12 Juni 2002.

ICTY. *Appeal Chamber Judgment. Prosecutor v. Delalic et al.* 8 April 2003

ICTY. *Appeal Chamber Judgment. Prosecutor v. Kordic and Cerkez.* 17 Desember 2004.

ICTY. *Appeal Chamber Judgment. Prosecutor v. Blaskic.* 29 Juli 2004.

Israel. District Court Jerusalem. *Attorney General of Israel v. Eichmann.* 1961.

Israel. Supreme Court of Israel. *Attorney General of Israel v. Eichmann.* 1962.

SCSL. *Decision on Motions for Judgment of Acquittal Pursuant to Rule 98. Prosecutor v. Norman. et al.* 21 Oktober 2005.

United Nations
Nations UniesInternational Criminal Tribunal
for the former Yugoslavia
Tribunal Pénal International
pour l'ex-Yougoslavie

“PRIJEDOR” (IT-94-1)

DUŠKO
TADIĆ

DUŠKO TADIĆ

Convicted of wilful killing, torture or inhuman treatment and murder

President of the Local Board of the Serb Democratic Party (SDS) in Kozarac

- Sentenced to 20 years' imprisonment

*Crimes convicted of (examples):***Wilful killing; torture or inhuman treatment; wilfully causing great suffering or serious injury to body or health** (grave breaches of the 1949 Geneva conventions)

- During the attack on Kozarac and surrounding areas, Duško Tadić participated in the collection and forced transfer of civilians to detention camps.
- As part of a group of Serbs, he beat and kicked one victim until he was unconscious.
- He threatened one victim with a knife and then stabbed him.

Murder (crimes against humanity and violations of the laws or customs of war)

- Duško Tadić killed two Muslim policemen in Kozarac on 26 May 1992.
- He participated in the killings of five men in Jaskiće, a village near Prijedor.

Born	1 October 1955 in Kozarac, Bosnia-Herzegovina
Indictment	Initial: 13 February 1995; first amended: 1 September 1995; second amended: 14 December 1995
Arrested	12 February 1994, by German authorities
Transferred to ICTY	24 April 1995
Initial appearance	26 April 1995, pleaded not guilty to all charges
Trial Chamber judgement	7 May 1997
Trial Chamber sentencing judgement	14 July 1997, sentenced to 20 years' imprisonment
Appeals Chamber judgement	15 July 1999, convicted on nine additional counts
Appeals Chamber sentencing judgement	26 January 2000, sentenced to a total of 20 years' imprisonment
Sentence served	Transferred to Germany on 31 October 2000 to serve the remainder of his sentence; credit was given for time served since 13 February 1994; early release granted on 17 July 2008

STATISTICS

Trial days	79
Witnesses called by Prosecution	86
Witnesses called by Defence	40
Prosecution exhibits	362
Defence exhibits	103

TRIAL	
Commenced	7 May 1996
Closing arguments	25 - 28 November 1996
Sentencing judgement	14 July 1997
Trial Chamber II	Judge Gabrielle Kirk McDonald (presiding), Judge Ninian Stephen, Judge Lal Chand Vohrah
Counsel for the Prosecution	Grant Niemann, William Fenrick, Brenda Hollis, Michael Keegan, Alan Tieger
Counsel for the Defence	Michail Wladimiroff*, Alphons Orié*, Steven Kay*, Sylvia de Bertodano*, Milan Vujin, Nikola Kostić (* Withdrawn as counsel of record on 1 and 23 April 1997)

APPEALS	
Appeals Chamber	Judge Mohamed Shahabuddeen (presiding), Judge Antonio Cassese, Judge Wang Tieya, Judge Rafael Nieto-Navia, Judge Florence Mumba
Counsel for the Prosecution	Upawansa Yapa, Brenda Hollis, Michael Keegan
Counsel for the Defence	William Clegg, John Livingston
Judgement	15 July 1999

TRIAL CHAMBER SENTENCING JUDGEMENT	
<i>11 November 1999</i>	
Trial Chamber II bis	Judge Gabrielle Kirk McDonald (presiding), Judge Ninian Stephen, Judge Lal Chand Vohrah
Counsel for the Prosecution	Upawansa Yapa, Brenda Hollis, Michael Keegan
Counsel for the Defence	William Clegg, John Livingston

JUDGEMENT IN SENTENCING APPEALS	
<i>26 January 2000</i>	
Appeals Chamber	Judge Mohamed Shahabuddeen (presiding), Judge Antonio Cassese, Judge Wang Tieya, Judge Rafael Nieto-Navia, Judge Florence Mumba
Counsel for the Prosecution	Upawansa Yapa, Brenda Hollis, Michael Keegan
Counsel for the Defence	William Clegg, John Livingston

JUDGEMENT ON ALLEGATIONS OF CONTEMPT AGAINST PRIOR COUNSEL MILAN VUJIN	
<i>31 January 2000</i>	
Appeals Chamber	Judge Mohamed Shahabuddeen (presiding), Judge Antonio Cassese, Judge Rafael Nieto-Navia, Judge Florence Mumba, Judge David Hunt
Counsel for the Respondent	Vladimir Domazet
Counsel for the Interested Parties	For the Prosecutor: Upawansa Yapa, Brenda Hollis, Michael Keegan For Duško Tadić: Anthony Abell

APPEAL JUDGEMENT ON ALLEGATIONS OF CONTEMPT AGAINST PRIOR COUNSEL MILAN VUJIN	
27 February 2001	
Appeals Chamber	Judge Claude Jorda (presiding), Judge Mohamed Bennouna, Judge Patricia Wald, Judge Fausto Pocar, Judge Liu Daqun
Counsel for the Appellant	Vladimir Domazet
Counsel for the Interested Parties	For the Prosecutor: Upawansa Yapa, Brenda Hollis, Michael Keegan For Duško Tadić: Anthony Abell

RELATED CASES	
<i>by geographical area</i>	
BANOVIĆ (IT-02-65/1) "OMARSKA CAMP & KERATERM CAMP"	
BOROVNICA (IT-95-3) "PRIJEDOR"	
BRĐANIN (IT-99-36) "KRAJINA"	
KARADŽIĆ & MLADIĆ (IT-95-5/18) "BOSNIA AND HERZEGOVINA" & "SREBRENICA"	
KRAJISNIK (IT-00-39 & 40) "BOSNIA AND HERZEGOVINA"	
KVOČKA <i>et al.</i> (IT-98-30/1) "OMARSKA, KERATERM & TRNOPOLJE CAMPS"	
MEJAKIĆ <i>et al.</i> (IT-02-65) "OMARSKA CAMP & KERATERM CAMP"	
MILOŠEVIĆ (IT- 02-54) "KOSOVO, CROATIA & BOSNIA"	
MRĐA (IT-02-59) "VLAŠIĆ MOUNTAIN"	
PLAYŠIĆ (IT-00-39 & 40/1) "BOSNIA AND HERZEGOVINA"	
SIKIRICA <i>et al.</i> (IT-95-8) "KERATERM CAMP"	
STAKIĆ (IT-97-24) "PRIJEDOR"	
STANIŠIĆ, MIĆO (IT-04-79)	
ŽUPLJANIN (IT-99-36) "KRAJINA"	
KOVAČEVIĆ & DRLJACA (IT-97-24) "PRIJEDOR"	

INDICTMENT AND CHARGES

Duško Tadić was originally indicted with Goran Borovnica on 13 February 1995 and the first amended indictment was confirmed on 1 September 1995. The second amended indictment of 14 December 1995 also named both Duško Tadić and Goran Borovnica. In April 2005, the indictment against Goran Borovnica was withdrawn, without prejudice. In the Order, the Judge considered documents presented by the Prosecutor indicating that Goran Borovnica had been declared missing since 20 March 1995 and declared officially dead on 22 November 1996.

Duško Tadić was charged on the basis of individual criminal responsibility (Article 7(1) of the Statute) with:

- Persecutions on political, racial or religious grounds; rape; murder; inhumane acts (crimes against humanity, Article 5),
- Wilful killing; torture or inhuman treatment; wilfully causing great suffering or serious injury to body or health (grave breaches of the 1949 Geneva conventions, Article 2),
- Cruel treatment; murder (violations of the laws or customs of war, Article 3).

THE TRIAL

The trial commenced on 7 May 1996. The closing arguments took place on 25 and 26 November 1996 for the Prosecution, and 26 to 28 November 1996 for the Defence. The trial took place before Trial Chamber II (Judge Gabrielle Kirk McDonald (presiding), Judge Ninian Stephen, and Judge Lal Chand Vohrah).

TRIAL CHAMBER JUDGEMENT

On 30 April 1992, the Serb Democratic Party ("SDS") conducted a bloodless takeover of the town of Prijedor with the aid of the military and police forces. The takeover was conducted in the early hours of the morning when armed Serbs took up positions at checkpoints throughout Prijedor, with soldiers and snipers on the roofs of the main buildings. Military posts were erected all over the city and the Serbian flag with four Cyrillic S's was flown from the City Hall. Yugoslav People's Army ("JNA") soldiers, wearing a variety of uniforms, occupied all of the prominent institutions such as the radio station, medical centre and bank. They entered buildings, declared that they had taken power and announced their decision to rename the Prijedor Municipality "Srpska opština Prijedor" (Serb Municipality of Prijedor). Muharem Nezirević, the Editor-in-Chief of Radio Prijedor at the time, was summoned to the radio station in the early morning of 30 April 1992. When he arrived, the radio station was surrounded by soldiers. Milomir Stakić, who before the takeover had been Vice Chairman of the Municipal Assembly and afterwards became the Chairman of the Serb Municipal Assembly, explained on the radio both what had happened and the SDS's intentions with regard to Prijedor municipality.

The attack on the nearby town of Kozarac on 24 May 1992, which included two days of artillery barrage and an assault by a mechanised brigade of troops, resulted in the killing of some 800 civilians out of a population of around 4,000. When the town had been captured, the Bosnian Serb forces proceeded to round up and drive out of the area on foot the entire non-Serb population. During the course of the ethnic cleansing of Kozarac, many more civilians were beaten, robbed and murdered by Bosnian Serb paramilitary and military forces.

During the occupation of Kozarac, Duško Tadić participated in the collection and forced transfer of civilians. As the refugees were herded down the old Prijedor-Banja Luka road in the direction of Kozaruša, many of them were singled out and, once removed from the column, were shot by members of the Bosnian Serb forces.

After the takeover of Prijedor and the outlying areas, the Serb forces confined thousands of Muslim and Croat civilians in the Omarska, Keraterm and Trnopolje camps. The establishment of these camps was part of the "Greater Serbia plan" to expel non-Serbs from the Prijedor Municipality.

During confinement, both male and female prisoners were subjected to severe mistreatment, which included beatings, sexual assaults, torture and executions. They were also subjected to degrading

psychological abuse, by being forced to spit on the Muslim flag, sing Serbian nationalist songs or to give the Serbian three-fingered salute. Drinking water was often denied to the prisoners in the Omarska camp for long periods and was, in any event, unsuitable for human consumption, causing sickness. There was very little in the way of lavatories; prisoners had to wait hours before being allowed to use them, and sometimes risked being beaten if they asked to use them. Prisoners were often forced to defecate and urinate in their rooms. There were no effective washing facilities, and men and their clothes quickly became filthy and skin diseases were prevalent, as were acute cases of diarrhoea and dysentery.

The crowded rooms were stifling in the summer heat and often guards refused to open windows in rooms crowded to overflowing, or demanded the handing over of any possessions prisoners had managed to retain as the price of an open window or a plastic jar of water.

On 7 May 1997, the Trial Chamber rendered its judgement, convicting the accused as follows:

Duško Tadić on the basis of individual criminal responsibility (Article 7(1) of the Statute of the Tribunal) with:

- Crimes against humanity (Article 5 of the Statute - persecutions on political, racial or religious grounds; inhumane acts), and
- Violations of the laws or customs of war (Article 3 thereof - cruel treatment).

Sentence: 20 years' imprisonment.

APPEALS CHAMBER JUDGEMENT

The Appeals Chamber handed down its judgement on 15 July 1999, denying Duško Tadić's appeal on all grounds. However, allowing the Prosecution's cross-appeal, the Appeals Chamber reversed the judgement of the Trial Chamber and found the accused guilty on the basis of individual criminal responsibility (Article 7(1) of the Statute) with:

- Grave breaches of the 1949 Geneva conventions (Article 2 of the Statute - wilful killing; torture or inhuman treatment; wilfully causing great suffering or serious injury to body or health),
- Crimes against humanity (Article 5 thereof - murder), and
- Violations of the laws or customs of war (Article 3 thereof - murder).

Sentence: the issue of sentencing for the nine additional counts of which Duško Tadić was convicted by the Appeals Chamber was referred to a Trial Chamber assigned by the President.

TRIAL CHAMBER SENTENCING JUDGEMENT

The Prosecution and Defence counsel for Duško Tadić filed their sentencing briefs on 1 October 1999 and 30 September 1999 respectively. The Trial Chamber held the sentencing hearing on 15 October 1999.

On 11 November 1999, the Trial Chamber handed down its sentencing judgement on the additional counts. Holding that each of the sentences was to be served concurrently and in relation to each of the sentences imposed in the sentencing judgement of 14 July 1997, Duško Tadić was sentenced to 25 years' imprisonment. The Defence filed an appeal against the sentencing judgement on 25 November 1999.

SENTENCE ON APPEAL

On 14 January 2000, the Appeals Chamber heard the oral arguments on the Defence appeals against the sentencing judgement handed down by Trial Chamber II on 14 July 1997 and that handed down by Trial Chamber II *bis* on 11 November 1999.

On 26 January 2000, the Appeals Chamber sentenced Duško Tadić to a maximum of 20 years' imprisonment.

On 31 October 2000, Duško Tadić was transferred to Germany to serve his sentence.

• CONTEMPT OF COURT PROCEEDINGS

Contempt hearings against Milan Vujin, who was lead counsel for the Defence during Duško Tadić's first instance trial, commenced on 30 March 1999 before the Appeals Chamber and concluded on 18 November 1999. Between September 1997 and April 1998, Milan Vujin was alleged to have instructed witnesses preparing to make statements to his co-counsel to lie; nodded his head to indicate to witnesses during their interviews when to say yes and when to say no; intimidated witnesses in a manner which dissuaded them from telling the truth; knowingly instructed a witness to make false statements to the Tribunal; and paid a person giving a statement money when pleased with the information provided. The Appeals Chamber delivered its judgement on 31 January 2000, finding Milan Vujin in contempt of the Tribunal and fining him 15,000 Dutch Guilders (6,817.50 euros) (which was the maximum fine available to the Chamber at that time) to be paid within 21 days. Milan Vujin filed a confidential application for leave to appeal on 7 February 2000.

On 27 February 2001, the Appeals Chamber (Judges Jorda (presiding), Bennouna, Wald, Pocar and Liu) dismissed Milan Vujin's appeal against the finding of contempt. Affirming the previous judgement, the Appeals Chamber imposed a fine of 15,000 Dutch Guilders to be paid within 21 days and directed the Registrar to consider striking Milan Vujin off the list of assigned counsel or suspend him for a given period and report his conduct to the professional body to which he belonged. On 12 June 2001, the Registrar ordered that Milan Vujin be withdrawn from the list of assigned Defence counsel "in order to safeguard the administration of justice before the Tribunal".

On 12 September 2001, the President of the Tribunal dismissed a request for review of the Registrar's decision filed by Milan Vujin on 25 June 2001.

REQUEST FOR REVIEW

On 18 June 2001, in light of the above-mentioned Decision on contempt of the Tribunal, Duško Tadić filed a request for a review of his complete case, including all of the Trial Chamber and Appeals Chamber proceedings. His request for review was dismissed by the Appeals Chamber on 30 July 2002.

On 17 July 2008, Duško Tadić was granted early release.