

Article Info

Submitted: 3 May 2018 | **Reviewed:** 1 June 2018 | **Accepted:** 26 July 2018

KEDUDUKAN BILATERAL IMPUNITY AGREEMENT (BIA)/NON SURRENDER AGREEMENT (NSA) TERHADAP STATUTA ROMA 1998

Ria Wulandari¹

Abstract

The Rome Statute asserts that the ICC has jurisdiction over people (natural person). This affirmation is contained in article 25 (2) stating that persons committing offenses materially included in the ICC jurisdiction shall enter into individual criminal liability. Another article on the non-recognition of impunity is found in the provisions of article 33 of the Rome Statute stating that a person committing crimes covered by the Rome Statute on the basis of superior orders can not escape from criminal responsibility. But the 1998 Rome Statute has weak rules in article 98 (2) concerning cooperation concerning the release of immunity rights and consent to submit to which the treaty was made because of an existing SOFA agreement prior to the 1998 Rome Statute. The absence of impunity in the Rome Statute of 1998 has provoked a strong reaction from the United States. According to US, this non-impunity provision threatens its citizens, especially US troops who serve as peacekeepers or military cooperation with allies in various parts of the world. Therefore the United States uses the provisions of article 98 (2) to hold a number of bilateral agreements with various states stating that no citizen shall be an officer or former official, or any military personnel of any party which may be transferred or transferred by another State to the International Criminal Court for any purpose. This agreement became known as the Bilateral Implementation Agreement (BIA). Another term for this agreement is the Non Surrender Agreement (NSA). The BIA / NSA Agreement then becomes contradictory to the objective of the 1998 Rome Statute on impunity repudiation specially in article 98 (2). This reason make the BIA/NSA agreement can not refused this article. According article 30, 52 and 53 1969 Wina Convention this contradictory cause the BIA/NSA agreement is void.

Keywords: BIA/NSA; non impunity; Statuta Roma 1998

Abstrak

Statuta Roma menegaskan bahwa ICC memiliki yurisdiksi atas orang (natural person). Penegasan ini tercantum dalam pasal 25 ayat (2) yang menyatakan bahwa orang yang melakukan pelanggaran yang secara material masuk dalam yurisdiksi ICC harus masuk dalam pertanggungjawaban (pidana) secara individual. Pasal lain mengenai tidak diakuinya impunity terdapat dalam ketentuan pasal 33 Statuta Roma yang menyatakan bahwa seseorang yang melakukan kejahatan yang dicakup oleh Statuta Roma atas dasar perintah atasan pada prinsipnya tidak dapat melepaskan diri dari tanggungjawab pidana. Namun Statuta Roma 1998 memiliki aturan yang longgar dalam pasal 98 ayat 2 tentang kerjasama yang menyangkut pelepasan hak imunitas dan persetujuan untuk tidak menyerahkan pelaku kejahatan HAM berat. Tidak dikenalnya impunity dalam Statuta Roma 1998 telah menimbulkan reaksi keras dari Amerika Serikat. Menurutnya ketentuan non impunity ini mengancam warga negaranya, terutama pasukan Amerika Serikat yang bertugas sebagai penjaga perdamaian ataupun kerjasama militer dengan sekutu-sekutunya di berbagai belahan dunia. Oleh karenanya Amerika Serikat menggunakan ketentuan pasal 98 ayat (2) untuk mengadakan sejumlah perjanjian bilateral dengan berbagai negara yang menyatakan bahwa tidak ada warga Negara baik pejabat maupun mantan pejabat, atau personil militer setiap pihak yang bisa diserahkan atau dipindahkan oleh Negara lain ke Pengadilan Pidana Internasional untuk tujuan apapun. Perjanjian ini kemudian dikenal dengan Perjanjian Kekebalan Bilateral/Bilateral Impunity Agreement (BIA). Istilah lain untuk perjanjian ini adalah Perjanjian Larangan Penyerahan/Non Surrender Agreement (NSA). Perjanjian BIA/NSA tidak sejalan dengan tujuan Statuta Roma 1998 khususnya pasal

¹Fakultas Hukum, Universitas Tanjungpura, Jln. Prof. Hadari Nawawi, Pontianak, 78124, Kalimantan Barat, Indonesia, email: ria.wulandari1979@gmail.com

98 tentang permintaan penyerahan pelaku kejahatan serius sehingga perjanjian BIA/NSA dapat dikatakan bertentangan dengan Statuta Roma 1998 serta tidak dapat mengesampingkan berlakunya pasal 98 ayat (2). Kontradiksi antara perjanjian BIA/NSA dengan Statuta Roma 1998 menyebabkan perjanjian BIA/NSA batal. Hal ini didasarkan pada pasal 30, 52 serta 53 Konvensi Wina 1969.

Kata Kunci : BIA/NSA; non Impunity; Statuta Roma 1998

I. Pendahuluan

Keprihatinan terhadap terjadinya peperangan dan kejahatan-kejahatan serius sudah dimulai sejak meletusnya Perang Dunia I yaitu dengan membentuk Perjanjian Versailles 1919 (*The Treaty of Peace Between The Allied And Associated Powers And Germany*). Jerman selaku pihak yang kalah dalam Perang Dunia I diwajibkan untuk menyerahkan para tersangka pelaku kejahatan perang kepada pihak sekutu untuk di adili di Pengadilan Leipzig. Perjanjian Versailles 1919 berusaha menanggalkan kekebalan impunity yang biasanya melekat pada pejabat Negara sehingga tidak bisa diadili karena yang dapat diadili hanyalah Negara. Pada masa ini juga dibentuk organisasi internasional Liga Bangsa-Bangsa yang bertujuan menciptakan perdamaian dunia agar tidak lagi pecah perang dunia selanjutnya.

Namun tujuan dari Liga Bangsa-Bangsa untuk menciptakan perdamaian tidak berhasil dengan meletusnya Perang Dunia II pada tahun 1945 yang menewaskan sekitar enam puluh juta manusia. Sekutu yang kembali memenangkan Perang Dunia II menganggap Perjanjian Versailles 1919 untuk mengadili pelaku kejahatan internasional pada akhir Perang Dunia I telah gagal dan perlu untuk mengadopsi

model pengadilan pidana internasional yang berbeda. Liga bangsa-Bangsa yang dianggap gagal dalam mencegah Perang Dunia II akhirnya dibubarkan kemudian diganti menjadi Perserikatan Bangsa-Bangsa (PBB).

Pihak sekutu yang kembali memenangkan Perang Dunia II menganggap Perjanjian Versailles 1919 tidak efektif mengadili pelaku kejahatan internasional merasa perlu untuk mengadopsi model pengadilan pidana internasional yang berbeda namun dengan tujuan yang sama yakni menanggalkan impunity yang melekat pada pejabat Negara atau seorang komandan sehingga orang tersebut bisa diadili dimuka pengadilan internasional. Melalui perundingan di London dan Moscow maka disepakatilah Piagam London tahun 1945² yang menjadi dasar pembentukan Pengadilan Nuremberg untuk mengadili penjahat-penjahat perang Jerman. Sementara itu untuk kawasan Timur Jauh dibentuklah Pengadilan Tokyo

² Perjanjian Versailles dan Piagam London dapat dikatakan sebagai perjanjian internasional berdasarkan pasal 2 ayat 1 butir a Konvensi Wina 1969 tentang Perjanjian Internasional : "treaty adalah suatu perjanjian internasional yang dibuat antara Negara-negara didalam bentuk tertulis dan diatur oleh hukum internasional, baik oleh satu instrument tunggal ataupun dalam dua atau lebih instrument yang berhubungan dan apapun nama instrument tersebut."

yang bertujuan mengadili penjahat-penjahat perang Jepang.³

Kejahatan serius berupa pembantaian etnis merupakan peristiwa yang kemudian terjadi di Yugoslavia dan Rwanda pada tahun 1994. Kedua peristiwa ini menyebabkan pembentukan dua pengadilan kejahatan kemanusiaan yaitu *Internasional Criminal Tribunal For The Former Yugoslavia* (ICTY) dan *International Criminal Tribunal For Rwanda* (ICTY). Tujuan dari kedua pengadilan ini sama dengan pengadilan-pengadilan sebelumnya yaitu tidak mengakui impunity yang melekat pada pejabat Negara/komandan dan mengadili pelaku kejahatan tersebut.

Berbeda dengan pengadilan Nurenberg dan Tokyo yang dibentuk oleh pihak sekutu, ICTY dan ICTR dibentuk oleh Dewan Keamanan PBB berdasarkan Bab VII Piagam PBB,⁴ pengadilan-pengadilan pidana internasional yang dibentuk mulai dari pengadilan Nurenberg dan Tokyo hingga ICTY dan ICTR statusnya adalah *ad hoc* yang hanya mengadili para pelaku kejahatan serius di wilayah tertentu dan pada waktu tertentu (*temporal*). Pengadilan-pengadilan tersebut jelas tidak memiliki

³ Pengadilan Tokyo dibentuk bukan berdasarkan perjanjian internasional tapi dibentuk oleh sekutu dengan memberikan kewenangan yang cukup besar kepada penguasa tertinggi pihak sekutu di Timur Jauh (Asia Pasifik), yaitu Jenderal Douglas McArthur.

⁴ Bab VII Piagam PBB tentang Tindakan-Tindakan Yang Berkaitan Dengan Ancaman Terhadap Perdamaian, Pelanggaran Terhadap Perdamaian Dan Tindakan Agresi. Ketentuan ini memberikan kewenangan terhadap Dewan Keamanan PBB untuk memutuskan tindakan apa yang harus diambil untuk memelihara atau memulihkan perdamaian dan keamanan internasional.

yurisdiksi terhadap kejahatan-kejahatan serius di semua tempat dan setiap waktu. Padahal faktanya kejahatan kemanusiaan terus berlangsung diberbagai belahan bumi misalnya antara lain Palestina, Suriah dan Myanmar.

Oleh karena itu sebagian besar Negara anggota PBB mengusulkan pembentukan suatu peradilan pidana internasional yang permanen dan independen sebagaimana halnya peradilan nasional. Komite persiapan kemudian dibentuk pada bulan Desember 1995 yang berujung pada konferensi Roma tahun 1998 yang menghasilkan perjanjian internasional bernama Statuta Roma tentang Pengadilan Pidana Internasional/*Interantional Criminal Court* (ICC) pada 17 Juli 1998 yang berlaku pada 1 Juli 2002 setelah persyaratan enam puluh Negara meratifikasi Statuta Roma.⁵

Berbeda dengan ICTY dan ICTR yang merupakan produk Dewan Keamanan PBB, ICC merupakan produk perjanjian internasional (Statuta Roma).⁶ Statuta Roma sebagai landasan pembentukan

⁵ Ketentuan tentang pemberlakuan Statuta Roma tercantum dalam pasal 126 yang berisi dua pasal :

1. Undang-undang ini berlaku pada hari pertama dan bulan 60 hari setelah tanggal penyerahan (deposit) ke-60 instrumen ratifikasi, penerimaan, persetujuan atau aksesi ke Sekretaris Jenderal PBB.

2. Bagi masing-masing Negara yang meratifikasi, menerima, menyetujui atau aksesi, undang-undang ini mulai berlaku pada hari pertama bulan 60 hari setelah penyerahan instrument ratifikasi, penerimaan, persetujuan atau aksesi.

⁶ Perbedaan Statuta Roma dengan Perjanjian Versailles dan Piagam London sebagai perjanjian internasional ialah kedua perjanjian yang disebutkan terakhir lahir dari perundingan Negara-negara pemenang perang (sekutu) saja sehingga sering disebut sebagai *victor's justice* . Sedangkan Statuta Roma lahir dari perundingan Negara-negara secara universal.

pengadilan pidana internasional permanen memiliki jangkauan yang lebih luas dibandingkan dengan dua pengadilan sebelumnya yakni bisa digunakan di semua tempat terjadinya kejahatan dan tidak bersifat temporal. Demikian pula dari segi isi, Statuta Roma memiliki isi yang lebih lengkap yakni 128 pasal, sedangkan Statuta ICTY berisi 34 pasal dan Statuta ICTR 32 pasal.

Statuta Roma menegaskan bahwa ICC memiliki yurisdiksi atas orang (*natural person*).⁷ Penegasan ini tercantum dalam pasal 25 (2) yang menyatakan bahwa orang yang melakukan pelanggaran yang secara material masuk dalam yurisdiksi ICC harus masuk dalam pertanggungjawaban (pidana) secara individual.⁸ Pasal lain mengenai tidak diakuinya impunity terdapat dalam ketentuan pasal 33 Statuta Roma yang

menyatakan bahwa seseorang yang melakukan kejahatan yang dicakup oleh Statuta Roma atas dasar perintah atasan pada prinsipnya tidak dapat melepaskan diri dari tanggungjawab pidana.

Tidak dikenalnya impunity dalam Statuta Roma telah menimbulkan reaksi keras dari Amerika Serikat. Menurutnya ketentuan *non impunity* ini mengancam warga negaranya, terutama pasukan Amerika Serikat yang bertugas sebagai penjaga perdamaian ataupun kerjasama militer dengan sekutu-sekutunya di berbagai belahan dunia.

Sebagai upaya diberikannya *impunity* bagi pasukan Amerika Serikat, Amerika Serikat kemudian memanfaatkan pasal 98 ayat 2 Statuta Roma untuk maksud yang lebih luas. Pasal 98 ayat (2) tentang Kerjasama Yang Menyangkut Pelepasan Hak Imunitas Dan Persetujuan Untuk Menyerah menyatakan:

“pengadilan tidak dapat melanjutkan permohonan untuk meminta penyerahan yang mewajibkan Negara yang dimohon untuk bertindak secara tidak konsisten dengan kewajibannya berdasarkan perjanjian internasional untuk mana persetujuan dari Negara yang mengirimkan diperlukan untuk menyerahkan orang dari Negara itu ke pengadilan, kecuali bila pengadilan pertama-tama dapat memperoleh kerjasama dengan Negara yang mengirimkan untuk memberi persetujuan penyerahan itu.”

Berdasarkan ketentuan pasal 98 ayat (2) Statuta Roma Amerika Serikat kemudian mengadakan sejumlah perjanjian bilateral dengan berbagai Negara yang menyatakan bahwa tidak ada warga Negara baik pejabat

⁷ ICC tidak mengadili Negara, Organisasi Internasional dan legal person lainnya

⁸ Penegasan mengenai pertanggungjawaban individual ini tercantum dalam pasal 28 ayat a : “Komandan militer atau orang yang secara efektif bertindak sebagai komandan militer harus bertanggungjawab secara pidana untuk kejahatan-kejahatan dalam yurisdiksi pengadilan yang dilakukan oleh kekuatan-kekuatan dibawah komando dan pengawasan efektifnya, atau otoritas dan control efektif sebagaimana yang terjadi, sebagai akibat dari kegagalannya untuk melaksanakan control yang tepat terhadap kekuatan-kekuatan itu, bilamana :

i. Bahwa komandan militer atau orang mengetahui atau menyadari keadaan-keadaan pada waktu itu, harus telah mengetahui bahwa pasukannya sedang melakukan atau melakukan kejahatan itu; dan
ii. Bahwa komandan militer atau orang tersebut gagal untuk mengambil segala tindakan yang diperlukan dan wajar yang berada dalam kekuasaannya untuk mencegah atau menekan perbuatan kejahatan atau untuk mengajukan permasalahan kepada pejabat yang berwenang untuk penyidikan dan penuntutan.

maupun mantan pejabat, atau personil militer setiap pihak yang bisa diserahkan atau dipindahkan oleh Negara lain ke Pengadilan Pidana Internasional untuk tujuan apapun. Perjanjian ini kemudian dikenal dengan Perjanjian Kekebalan Bilateral/*Bilateral Impunity Agreement* (BIA). Istilah lain untuk perjanjian ini adalah Perjanjian Larangan Penyerahan/*Non Surrender Agreement* (NSA). Perjanjian ini dibuat baik dengan Negara pihak Statuta Roma maupun bukan. Biasanya perjanjian ini di buat berdasarkan timbal balik (*reciprocal*) dimana Amerika Serikat akan mendukung keamanan suatu Negara dan Negara tersebut tidak akan menyerahkan tentara Amerika Serikat ke Pengadilan Pidana Internasional. Namun tidak menutup kemungkinan perjanjian dilakukan dengan *non reciprocal* karena terdapatnya kekuatan politik, ekonomi dan lainnya. Negara yang telah melakukan perjanjian dengan Amerika Serikat diantaranya Timor Lorosae, Israel, Rumania dan Tajikistan. Perjanjian bilateral Amerika Serikat di bidang Impunity akan digunakan oleh Amerika serikat sebagai dasar hukum tidak menyerahkan warganya untuk diadili di ICC berlandaskan pasal 98 ayat (2).

Berdasarkan pada latar belakang tersebut diatas, permasalahan hukum yang muncul adalah :

1. Apakah *Bilateral Impunity Agreement*(BIA) /*Non Surrender Agreement* (NSA) merupakan perjanjian yang sesuai atau tidak bertentangan dengan pasal 98

ayat (2) Statuta Roma 1998 sehingga dapat digunakan untuk menghindari berlakunya pasal 98 ayat (2) Statuta Roma tahun 1998?

2. Apabila perjanjian *Bilateral Impunity Agreement* (BIA) /*Non Surrender Agreement* (NSA) bertentangan dengan pasal 98 ayat (2) Statuta Roma 1998 maka bagaimanakah akibat hukum perjanjian *Bilateral Impunity Agreement* (BIA) /*Non Surrender Agreement* (NSA) ?

II. Metode

Penelitian ini menggunakan jenis penelitian hukum normatif. Penelitian hukum normatif atau kepustakaan tersebut mencakup penelitian terhadap asas-asas hukum, sistematika hukum, taraf sinkronisasi vertikal dan horizontal, perbandingan hukum dan sejarah hukum. Adapun penelitian ini adalah penelitian terhadap sinkronisasi hukum.

III. Pembahasan

Sejak berdirinya Perserikatan Bangsa-Bangsa (PBB) pada tahun 1945, masyarakat internasional telah membentuk lembaga independen yakni yang dikenal sebagai *International Court of Justice* (ICJ) yang bermarkas di The Haque, Belanda. ICJ ini sebenarnya menggantikan mahkamah internasional sebelumnya yang dibentuk pada masa Liga Bangsa-Bangsa (LBB) yang bernama *Permanent Court of*

International Justice (PCIJ). Dalam pembentukannya, ICJ memang hanya untuk mengadili perkara yang menyangkut negara, bukan orang yang melakukan kejahatan. Padahal kejahatan internasional semakin banyak dilakukan oleh orang dimana Negara tidak bertanggung jawab atas kejahatan tersebut. Sehingga ICJ kemudian dianggap tidak memadai untuk mengadili kejahatan internasional.

Karena ketiadaan pengadilan untuk mengadili orang, maka ketika perang dunia II usai, para sekutu yang merupakan pemenang perang mendirikan suatu pengadilan yang khusus mengadili individu pelaku tindak pidana internasional. Dasar pemikiran diadilinya individu adalah bahwa hukum internasional membebaskan tugas dan kewajiban pada individu maupun pada Negara karena tindak pidana terhadap hukum internasional dilakukan oleh manusia, bukan oleh wujud yang abstrak dan hanya dengan menghukum individu yang melakukan tindak pidana tersebut ketentuan hukum internasional bisa ditegakkan.⁹

Berdasarkan hal tersebut maka dibentuklah *Nuremberg Trial* untuk para penjahat perang dunia II. Untuk itu pulalah dalam kasus genosida dinegara bekas Yugoslavia dibentuk *Special tribunal*, sama seperti kasus Rwanda. Tapi itu semua dilakukan oleh badan peradilan *Ad hoc* yang membutuhkan resolusi Dewan

Keamanan PBB, jadi bukan suatu mahkamah yang sifatnya permanen. Padahal resolusi Dewan Keamanan PBB itu sangat bergantung pada interaksi politik diantara Negara anggota Dewan Keamanan PBB, yang sangat bergantung pula pada kepentingan politik subyektif setiap Negara.¹⁰

Jalan kearah terwujudnya Pengadilan Pidana Internasional Permanen mulai menampakkan titik terang ketika dalam sebuah konferensi PBB pada 17 Juli 1998, sebuah statuta yang sekarang dikenal sebagai Statuta Roma 1998 dan disetujui oleh 120 negara. Tujuh Negara menentangnya, sedangkan yang 21 abstain.

Proses perkembangan pembentukan Pengadilan Pidana Internasional yang bersifat permanen ini tidak berjalan lancar karena Negara-negara "super power" ternyata kurang mendukung pembentukan Pengadilan tersebut, seperti Amerika Serikat menyatakan tidak bersedia membentuk "*Permanent International Criminal Court*", Rusia menyatakan kedaulatan negaranya terancam oleh Pengadilan Pidana Internasional, Perancis setuju pembentukan Pengadilan tersebut tetapi tidak serius untuk melanjutkan pembahasannya, dan Inggris menyatakan bahwa gagasan pembentukan Pengadilan Pidana Internasional secara politis terlalu

⁹Malcolm.N.Shaw, QC dalam Ria Wulandari. 2017. "Prinsip Tanggungjawab Komandan Dalam Perspektif Hukum Pidana Islam (Jinayah)", *Jurnal Al-Maslahah*. 13 (2): 176.

¹⁰Todung Mulya Lubis. 2005. *Jalan Panjang Hak Asasi Manusia*. Jakarta: PT. Gramedia, hlm. 4.

prematur.¹¹ Meskipun kemudian Inggris dan Prancis tercatat telah melakukan ratifikasi terhadap Statuta Roma 1998. Banyak Negara-negara Eropa dan Afrika telah melakukan ratifikasi, hal ini berbeda dengan Negara di Asia yang masih banyak yang belum meratifikasi Statuta Roma termasuk Indonesia.

Pertimbangan dari Negara-negara yang belum melakukan ratifikasi antara lain terdapatnya asas komplementaritas (*Complementary Principles*) yang dicantumkan pada mukadimah Statuta tersebut. Pada alinea kesepuluh dari mukadimah tersebut ditegaskan bahwa yurisdiksi dari mahkamah merupakan komplemen terhadap yurisdiksi pengadilan nasional. Bunyi alinea tersebut secara implisit mengandung arti bahwa pada prinsipnya peradilan terhadap pelanggaran Hak Asasi Manusia (genosida, kejahatan kemanusiaan, kejahatan perang dan agresi) harus dilakukan oleh pengadilan nasional. Asas hukum ini seharusnya tidak menimbulkan kekhawatiran terancamnya kedaulatan Negara karena asas ini bersifat hanya melengkapi. Namun kekhawatiran terjadi karena asas komplementaritas ini diiringi unsur “ketidakmampuan” atau “*Unability*” dan unsur “ketidakinginan” atau “*Unwillingness*.”

Untuk menetapkan ada tidaknya unsur “ketidakmampuan” atau “*unability*” maka Pengadilan Pidana Internasional

wajib membuktikan apakah diwilayah yurisdiksi nasional, proses peradilan secara total atau secara substansial sudah tidak berfungsi, atau Negara tidak dapat menemukan pelakunya atau tidak dapat memperoleh bukti-bukti atau kesakian, atau karena alasan lain tidak dapat melaksanakan proses peradilan terhadap pelaku pelanggaran Hak Asasi Manusia (ps 17 ayat (2) dan (3) Statuta Roma 1998.¹²

Sementara untuk menetapkan unsur “ketidakinginan” atau “*Unwillingness*” harus dapat dibuktikan bahwa didalam penanganan pelanggaran Hak asasi manusia Negara tersebut terbukti melindungi pelaku pelanggaran Hak Asasi manusia dari yurisdiksi Pengadilan Pidana Internasional, tidak adanya itikad baik yang ditunjukkan dengan putusan yang tidak berkeadilan.

Penilaian kedua unsur di atas (*Unability dan Unwillingness*) sangat relative dan subjektif yang dapat mengambil alih yurisdiksi peradilan nasional sehingga kedaulatan hukum suatu Negara menjadi rentan “*diintervensi*” oleh Pengadilan Pidana Internasional.

A. Perjanjian *Bilateral Impunity Agreement (BIA) / Non Surrender Agreement (NSA)* Bertentangan Dengan Pasal 98 ayat 2 Statuta Roma 1998

Bilateral Impunity Agreement (BIA) atau *Non Surrender Agreement (NSA)* merupakan perjanjian bilateral untuk tidak menyerahkan seseorang/pelaku kejahatan

¹¹Romli Atmasasmita. 2004. *Hukum Pidana Internasional*. Jilid II. Jakarta: Hecca Press, hlm. 25.

¹² *Ibid*, hlm. 31.

yang secara material masuk dalam yurisdiksi pengadilan pidana internasional. Negara penandatanganan akan mengecualikan warga Negara masing-masing atas yurisdiksi pengadilan pidana internasional.¹³ Secara spesifik *Bilateral Impunity Agreement* (BIA) atau *Non Surrender Agreement* (NSA) merupakan kebijakan bilateral politik luar negeri Amerika Serikat yang menyatakan semua warga Negara Amerika Serikat termasuk personel militer dan diplomatnya tidak bisa diserahkan (memiliki imunitas) terhadap mekanisme Pengadilan Pidana Internasional meski ia terlibat dalam sebuah kejahatan HAM berat disuatu negeri. Sebagai gantinya warga Negara Amerika Serikat yang terlibat kejahatan HAM berat ini harus diserahkan kepada pemerintah Amerika Serikat. *Bilateral Impunity Agreement* (BIA)/*Non Surrender Agreement* (NSA) merupakan perjanjian yang diterapkan Amerika Serikat terhadap Negara-negara yang memiliki ketergantungan bantuan militer terhadap Negara tersebut. Bila suatu Negara yang telah menjadi anggota Pengadilan Pidana Internasional menolak menandatangani perjanjian *Bilateral Impunity Agreement* (BIA)/*Non Surrender Agreement* (NSA) ini maka pemerintah Amerika Serikat akan mencabut semua dukungannya militernya kepada Negara yang bersangkutan.

¹³ Pasal 5 Statuta Roma 1998 menyebut 4 kejahatan yang termasuk kedalam yurisdiksi pengadilan, antara lain a). Tindak Pidana Genocida, b). Kejahatan Terhadap Kemanusiaan, c). Kejahatan Perang, d). Kejahatan Agresi.

Pencabutan asistensi militer ini mencakup : *International Military Education and Training* (IMET), *Foreign Military Financing* (FMF), *Excess Defense Articles* (EDA), dan dana *Non Drug Emergency Drawdown Authority*.¹⁴ Hingga saat ini Amerika Serikat telah membuat perjanjian *Bilateral Impunity Agreement* (BIA)/*Non Surrender Agreement* (NSA) dengan Negara- Negara baik dengan Negara yang sudah maupun yang belum menandatangani Statuta Roma 1998. *Bilateral Impunity Agreement* (BIA)/*Non Surrender Agreement* (NSA) ini tidak hanya bersifat preventif terhadap mekanisme Pengadilan Pidana Internasional, namun juga membenarkan upaya pemerintah Amerika Serikat untuk membebaskan seluruh warganya yang sedang ditahan, dituntut, diadili dan dihukum lewat mekanisme Pengadilan Pidana Internasional.

Negara yang telah melakukan perjanjian bilateral dengan Amerika Serikat telah mencapai hampir 100 (seratus) negara baik negara peratifikasi Statuta Roma maupun negara yang tidak meratifikasi Statuta Roma.

Perjanjian *Bilateral Impunity Agreement* (BIA) atau *Non Surrender Agreement* (NSA) dibentuk berdasarkan penafsiran luas yang dilakukan Amerika Serikat terhadap pasal 98 ayat (2) yang membutuhkan persetujuan Negara pengirim untuk menyerahkan seseorang dari Negara

¹⁴<https://www.google.co.id/amp/s/ferryjunigwan.wordpress.com/2009/09/05/non-surrender-agreement/amp/>

itu ke Pengadilan Pidana Internasional, ini artinya pengadilan memberi kewenangan dan prioritas bagi Negara “asal pelaku” (*sending state*) untuk melakukan penyelidikan, penuntutan dan pengadilan atas suatu peristiwa kejahatan berat HAM.

Kewenangan dan prioritas atas pengadilan nasional yang diberikan oleh Pengadilan Pidana Internasional merupakan penegasan dari prinsip Komplementaritas dimana pengadilan nasional memegang prioritas. Prinsip Komplementaritas tercantum dalam pasal 17 Statuta Roma 1998 dimana suatu kasus tidak dapat diterima jika Pertama, suatu kasus sedang diperiksa atau dituntut disuatu Negara yang memiliki yurisdiksi atas kasus tersebut kecuali Negara tidak bersedia atau tidak mampu melaksanakan penyidikan atau penuntutan (ayat 1.a). Kedua, kasus tersebut telah diselidiki dan telah diputuskan untuk tidak melakukan penuntutan oleh Negara yang memiliki yurisdiksi kecuali keputusan yang dihasilkan dari ketidaksediaan atau ketidakmampuan dari negara untuk melaksanakannya (ayat 1.b). Ketiga, bilamana orang yang bersangkutan telah diadili atas tindakan yang menjadi dasar tuntutan kecuali persidangan di pengadilan selain Pengadilan Pidana Internasional bertujuan melindungi orang tersebut dari tanggung jawab pidana atas kejahatan dalam yurisdiksi Pengadilan Pidana Internasional atau bilamana prosesnya tidak dilakukan secara independen atau netral (ayat 1.c), atau kasus tersebut tidak cukup berat untuk

mengesahkan/membenarkan tindakan Pengadilan selanjutnya (ayat 1.d).

Prinsip Komplementaritas yang dimaksud pasal 17 ayat (1a-1d) kesemuanya tidak membenarkan mengenai imunitas terhadap seseorang yang melakukan kejahatan berat yang berada dibawah yurisdiksi Pengadilan Pidana Internasional lepas dari mekanisme Pengadilan Pidana Internasional berdasarkan perjanjian antara Negara satu dengan Negara lainnya untuk tidak menyerahkan pelaku kejahatan ke Pengadilan Pidana Internasional. Apabila Negara asal tidak bersedia atau tidak mampu melakukan penyidikan, tidak mampu atau tidak bersedia melakukan penuntutan atau melindungi orang tersebut dari tanggungjawab pidana maka mekanisme pengadilan Pidana Internasional menjadi berlaku berdasarkan pasal 17 Statuta Roma tanpa perlu minta ijin dari Negara tersebut.

Pasal 98 ayat (2) sama sekali tidak memberi peluang terjadinya impunity. Jika hal ini terjadi maka berarti pasal 98 ayat(2) telah berkontradiksi dengan pasal lain yang menganut prinsip *Non Impunity* yaitu pasal 27¹⁵ yang menghapus kekebalan yang

¹⁵ Pasal 27 Statuta Roma 1998 berbunyi :

1. Statuta ini akan berlaku kepada setiap orang tanpa melihat perbedaan berdasarkan jabatannya dalam pemerintahan. Terutama kedudukan pemerintahan sebagai Kepala Negara Bagian atau Pemerintahan, peserta dari Pemerintahan atau Parlemen, Perwakilan yang dipilih atau pejabat pemerintah tidak akan mengecualikan seseorang dari tanggungjawab pidana yang diatur dalam Statuta ini, atau akan memberikan dasar untuk pengurangan masa hukuman.

melekat pada jabatan seseorang dan pasal 28¹⁶ yang menghapus kekebalan pada Komandan Militer sehingga Pengadilan dapat melakukan yurisdiksi terhadap orang-orang tersebut.

Perjanjian internasional harus diberlakukan dengan itikat baik (*good faith*) oleh Negara-negara pihak. Adapun yang

2. Kebalan atau peraturan procedural khusus yang melekat pada kapasitas jabatan seseorang, di bawah hukum nasional atau internasional, tidak akan membatasi Pengadilan dalam melakukan yurisdiksinya terhadap orang tersebut.

¹⁶ Pasal 28 Statuta Roma 1998 berbunyi : “Selain dasar-dasar tanggung jawab pidana lainnya sebagaimana yang diatur di dalam Statuta ini untuk kejahatan didalam wilayah yurisdiksi Pengadilan, maka :

(a) Seorang komandan militer atau orang yang bertindak sebagai komandan militer akan menjadi bertanggung jawab secara pidana untuk kejahatan didalam wilayah yurisdiksi Pengadilan yang dilakukan oleh pasukan dibawah komando dan kewenangannya, atau otoritas dan kewenangannya sebagai akibat dari kegagalannya dalam mengendalikan pasukannya, dimana:

(i) Komandan Militer atau orang tersebut mengetahui atau melihat keadaan pada waktu itu seharusnya mengetahui bahwa pasukannya melakukan atau menoba untuk melakukan suatu kejahatan; dan

(ii) Komandan Militer atau orang tersebut gagal untuk melakukan segala tindakan yang diperlukan sesuai dengan kekuasaannya untuk mencegah terjadinya atau untuk melaporkannya kepada pihak-pihak yang berwenang untuk diadakan penyelidikan dan penuntutan.

(b) Dengan memperhatikan hubungan jenjang kepangkatan yang tidak disebutkan didalam ayat (a), seorang atasan akan bertanggung jawab secara pidana didalam wilayah yurisdiksi dari Pengadilan yang dilakukan oleh bawahannya dibawah otoritas dan kewenangannya, sebagai akibat dari kegagalannya mengendalikan bawahannya, dimana :

(i) Atasannya tersebut mengetahui atau secara sadar tidak menghiraukan informasi yang dengan jelas menyatakan bahwa bawahannya telah melaksanakan atau akan melaksanakan suatu kejahatan.

(ii) Kejahatan yang berhubungan dengan perbuatan yang dibawah tanggung jawab dan kewenangan atasannya; dan

(iii) Atasan tersebut gagal mengambil segala tindakan yang dianggap perludibawah kewenangannya untuk mencegah terjadinya atau untuk melaporkannya kepada pihak-pihak yang berwenang untuk diadakan penyelidikan dan penuntutan.

dimaksud dengan itikad baik antara lain meminta agar sesuatu pihak dalam perjanjian itu tidak akan mengambil tindakan-tindakan apapun yang diperkirakan dapat mencegah pelaksanaan atau menghalangi maksud perjanjian tersebut.¹⁷ Itikad baik merupakan penegasan dari Prinsip *Pacta Sunt Servanda* yang merupakan salah-satu prinsip dalam perjanjian internasional yang mengandung arti bahwa perjanjian harus dilaksanakan. Prinsip ini tercantum dalam pasal 26 Konvensi Wina 1969 yang berbunyi sebagai berikut : “Setiap perjanjian yang berlaku adalah mengikat terhadap para pihak perjanjian tersebut dan harus dilaksanakan oleh mereka dengan itikad baik.” Perjanjian *Bilateral Impunity Agreement* (BIA) / *Non Surrender Agreement* (NSA) telah mencegah atau menghalangi berlakunya pasal 98 ayat (2) Statuta Roma 1998 mengenai tidak berlakunya impunity terhadap setiap individu. Negara-negara yang merupakan pihak dalam Statuta Roma 1998 tetapi mau melakukan perjanjian mengenai diberikannya impunity berarti tidak memiliki itikad baik untuk melaksanakan kewajiban internasional.

Amerika Serikat sebagai Negara bukan pihak dalam Statuta Roma 1998 seharusnya juga memiliki kewajiban internasional untuk mentaati Statuta Roma 1998 berdasarkan pasal (53) Konvensi

¹⁷Tung, W.L dalam Sumaryo Suryokusumo. 2005. Bahan Kuliah Hukum Perjanjian Internasional. Fakultas Hukum Universitas Gadjah Mada, hlm. 63.

Wina 1969 yang telah dikemukakan sebelumnya bahwa suatu kaidah yang diterima dan diakui oleh seluruh masyarakat internasional (Negara-negara) sebagai suatu kaidah yang tidak boleh dikesampingkan dan hanya dapat diubah oleh kaidah hukum internasional umum yang muncul belakangan yang memiliki sifat atau karakter yang sama. Statuta Roma 1998 merupakan perjanjian internasional yang memiliki kaidah (khususnya mengenai *non impunity* terhadap pelaku kejahatan HAM berat) yang diterima dan diakui oleh seluruh masyarakat internasional berdasarkan prinsip-prinsip hukum umum, maka Amerika Serikat sebagai pihak ketiga turut terikat pada Statuta Roma 1998 bukan dikarenakan perjanjiannya tetapi karena prinsip-prinsip hukum umum yang dikandungnya. Perjanjian *Bilateral Impunity Agreement* (BIA) / *Non Surrender Agreement* (NSA) yang dibentuk Amerika Serikat dengan Negara-negara tidak dapat mengesampingkan Statuta Roma 1998 dikarenakan memiliki kaidah yang khusus (hanya mencakup dua negara) serta tidak mengandung hukum kebiasaan ataupun prinsip-prinsip hukum umum. Dalam praktik pembentukan perjanjian internasional memang terdapat penggolongan yaitu antara perjanjian internasional yang mengandung kaidah umum dan yang mengandung kaidah khusus. Perjanjian golongan pertama substansinya mencakup prinsip-prinsip hukum umum atau kebiasaan internasional dan bersifat terbuka bagi setiap Negara untuk menjadi peserta

perjanjian. Biasanya perjanjian golongan pertama diadakan untuk hal yang dianggap penting sehingga memerlukan persetujuan dari badan yang memiliki hak untuk mengadakan perjanjian (*treaty making power*), sedangkan perjanjian golongan kedua yang lebih sederhana sifatnya diadakan untuk perjanjian yang tidak begitu penting dan memerlukan penyelesaian yang cepat, misalnya perjanjian perdagangan yang berjangka pendek (*treaty contract*).¹⁸

Hal lain yang dapat digunakan dalam memandang suatu perjanjian internasional apakah bersifat *law making treaty* atau *treaty contract* tidak hanya berdasarkan pada substansi tetapi juga pada praktik Negara. Praktik Negara dalam memberlakukan suatu perjanjian internasional pada umumnya dibedakan kedalam dua golongan yaitu *self executing treaties* dan *non self executing treaties*. Jika perjanjian itu tidak dapat di *enforced* di dalam hukum nasional karena untuk *enforcement* ini mutlak membutuhkan instrument hukum nasional maka perjanjian ini disebut *non self executing treaties*.¹⁹ Dalam praktik Amerika Serikat perjanjian yang berlaku dengan sendirinya sebagai bagian dari hukum nasional disebut *self executing treaties* (tidak membutuhkan persetujuan parlemen) untuk menjadi bagian dari hukum nasional Amerika

¹⁸Mochtar Kusumaatmadja. 2003. *Pengantar Hukum Internasional*. Bandung: PT. Alumni, hlm. 119.

¹⁹Damos Dumoli Agusman. 2010. *Hukum Perjanjian Internasional: Kajian Teori dan Praktik Indonesia*. Bandung: Refika Aditama, hlm. 99.

Serikat. Selanjutnya perjanjian yang membutuhkan persetujuan parlemen dalam praktik Amerika Serikat disebut *non self executing treaties*.

Adapun perjanjian yang tidak membutuhkan persetujuan parlemen adalah perjanjian-perjanjian dalam bidang teknis administratif yang bersifat informal. Sementara perjanjian yang membutuhkan persetujuan parlemen antara lain perjanjian di bidang kewarganegaraan, penyerahan wilayah (*cession*), garis batas wilayah, Hak Asasi Manusia, serta politik luar negeri. Praktik Indonesia berkaitan dengan pemberlakuan perjanjian internasional yang memerlukan persetujuan DPR tercantum dalam pasal 10 UU No. 24 Tahun 2000 antara lain :

- a. Masalah politik, perdamaian dan hankam;
- b. Perubahan wilayah/penetapan batas wilayah RI;
- c. Kedaulatan / hak berdaulat Negara;
- d. Hak Asasi Manusia dan lingkungan hidup;
- e. Pembentukan kaidah hukum baru;
- f. Pinjaman dan atau hibah luar negeri.

Praktek Negara-negara dalam memperlakukan Perjanjian *Bilateral Impunity Agreement (BIA) / Non Surrender Agreement (NSA)* berbeda-beda. Sebagian Negara membutuhkan diratifikasi oleh parlemennya, sebagian lagi menganggap perjanjian ini tidak membutuhkan parlemen.

Terhadap praktik yang berbeda menunjukkan bahwa Perjanjian Bilateral Impunity Agreement (BIA) / Non Surrender Agreement (NSA) oleh sebagian Negara dianggap sebagai perjanjian yang bersifat teknis.

B. Akibat Hukum Perjanjian *Bilateral Impunity Agreement (BIA) / Non Surrender Agreement (NSA)* Yang Bertentangan Dengan Statuta Roma 1998

Dari analisis di atas *Bilateral Impunity Agreement (BIA) / Non Surrender Agreement (NSA)* sebagai perjanjian internasional tidak sesuai / bertentangan dengan Statuta Roma 1998. Hal ini menimbulkan akibat hukum tersendiri bagi *Bilateral Impunity Agreement (BIA)/Non Surrender Agreement (NSA)* yang merupakan perjanjian (umumnya) reciprocal atau timbal balik tidak menyerahkan warga Negarakepada Pengadilan Pidana Internasional. Dengan perjanjian ini, Negara penandatanganan perjanjian akan mengecualikan warga Negara masing-masing terhadap yurisdiksi Pengadilan Pidana Internasional tersebut. Selain itu Negara yang bersedia menjadi pihak pada perjanjian ini akan diberi dukungan militer kepada Negara yang bersangkutan. Perjanjian timbal balik merupakan perjanjian yang biasa didalam hubungan Negara-negara, namun untuk perjanjian timbal balik yang mengandung unsur paksaan atau bertentangan baik itu dengan hukum kebiasaan, prinsip-prinsip hukum umum / *jus cogens*, atau dengan perjanjian internasional lain akan membuat

perjanjian timbal balik tersebut batal atau dihapuskan. Sulit untuk mengatakan bahwa perjanjian *Bilateral Impunity Agreement* (BIA)/*Non Surrender Agreement* (NSA) merupakan perjanjian yang mengandung unsur paksaan secara terang-terangan karena Negara-negara pihak menyetujui dengan sukarela perjanjian tersebut. Namun isu-isu keamanan selalu merupakan hal yang ingin dicapai oleh setiap Negara, negara-negara tidak sepenuhnya dapat memiliki kepastian keamanan atas wilayahnya, oleh karenanya, perjanjian timbal balik yang mengakibatkan pencabutan bantuan militer telah memberikan, paling tidak, ketakutan pada suatu negara. Dengan demikian Perjanjian *Bilateral Impunity Agreement* (BIA)/*Non Surrender Agreement* (NSA) ini dapat dikatakan mengandung unsur paksaan sebagaimana disebutkan dalam pasal 52 menegaskan tentang adanya ancaman atau penggunaan kekerasan oleh suatu Negara terhadap Negara lain sehingga Negara yang belakangan ini dengan terpaksa menyatakan persetujuannya untuk terikat pada suatu perjanjian internasional. Jika suatu Negara menyatakan persetujuan terikat pada suatu perjanjian internasional terjadi karena adanya paksaan atau kekerasan maupun karena ancaman kekerasan terhadap Negara itu yang dilakukan oleh Negara lain, maka persetujuannya untuk terikat itu jelas tidak sah dan tentu saja perjanjian demikian juga tidak sah.

Perjanjian *Bilateral Impunity Agreement* (BIA)/*Non Surrender Agreement* (NSA) merupakan perjanjian yang bertentangan dengan hukum kebiasaan dan prinsip-prinsip hukum umum / *jus cogens* yang mana hal ini telah dinyatakan sendiri oleh Amerika Serikat sebagai pihak sekutu pemenang Perang Dunia II yang membentuk Pengadilan Nuremberg untuk mengadili pelaku kejahatan berdasarkan hukum internasional yang pada waktu itu menyebutkan : “perbuatan yang dilakukan oleh tertuduh merupakan perbuatan yang diluar batas-batas perikemanusiaan yang sangat bertentangan dengan hati sanubari setiap umat manusia dimanapun dan kapanpun juga. Siapapun yang mengaku sebagai umat manusia beradab, akan memandang perbuatan atau kejahatan yang dilakukan para terdakwa yang dituduhkan terhadapnya itu sebagai suatu kejahatan. Semua ini terlepas dari telah atau belum ditetapkannya perbuatan-perbuatan tersebut sebagai kejahatan dalam bentuk hukum tertulis. Penetapannya dalam bentuk hukum tertulis hanyalah masalah teknis pentransformasianya saja dari bentuknya yang semula sebagai hukum tidak tertulis menjadi hukum tertulis. Meskipun tidak atau belum ditetapkan sebagai hukum tertulis, tidaklah berarti bahwa perbuatan tersebut bukan sebagai kejahatan dan pelakunya tidak dapat diadili atau dihukum.”²⁰

²⁰Wayan Parthiana. 2006. *Hukum Pidana Internasional*. Bandung: Yrama Widya, hlm. 188.

Telah diakuinya prinsip *non impunity* terhadap individu pelaku kejahatan berat bahkan sejak sebelum Pengadilan Nuremberg telah menjadikan prinsip *non impunity* sebagai hukum kebiasaan dan kejahatan-kejahatan berat yang dilakukan merupakan hal yang bertentangan dengan prinsip-prinsip hukum umum *jus cogens* yang diakui di seluruh Negara. Berkaitan dengan aturan tidak tertulis yang diakui oleh seluruh bangsa di dunia, kita teringat dengan ajaran hukum alam baik yang bersumber pada Tuhan maupun yang bersumber pada alam. Pendukung ajaran ini, Thomas Aquinas dan Hugo de Groot sama-sama menyatakan bahwa hukum itu tidak perlu dibuat tapi dicari karena hukum itu sudah ada. Hukum yang dimaksud disini adalah aturan-aturan yang menjunjung ketertiban, keadilan, persamaan derajat, persamaan hak dan lain-lain yang sifatnya baik yang diakui oleh seluruh bangsa-bangsa didunia (*jus cogens*).²¹ Selanjutnya apa yang dimaksud dengan *jus cogens* (*a peremptory norm of general international law*) dalam ruang lingkup Konvensi Wina 1969 ditegaskan dalam pasal 53, yakni, suatu kaidah yang diterima dan diakui oleh seluruh masyarakat internasional (Negara-negara) sebagai suatu kaidah yang tidak boleh dikesampingkan dan hanya dapat diubah oleh kaidah hukum internasional umum yang muncul belakangan yang memiliki sifat atau karakter yang sama.

²¹ Ria Wulandari. 2015. "Tinjauan Asas Non Retroaktif (Legalitas) Dalam Statuta Roma 1998", *Jurnal Paradigma Hukum*, 1 (1), hlm: 6.

Perjanjian *Bilateral Impunity Agreement* (BIA)/*Non Surrender Agreement* (NSA) sebagai perjanjian timbal balik tidak menyerahkan warga Negara yang melakukan kejahatan berat dibawah hukum internasional kepada Pengadilan Pidana Internasional telah bertentangan dengan pasal 53 Konvensi Wina 1969, Menurut pasal 53, perjanjian semacam itu (yang bertentangan dengan hukum kebiasaan dan prinsip-prinsip hukum umum *jus cogens* adalah batal (*void*).

Perjanjian *Bilateral Impunity Agreement* (BIA)/*Non Surrender Agreement* (NSA) juga dikatakan sebagai perjanjian yang memiliki kaidah *treaty contract* atau perjanjian kontrak yang berlaku hanya diantara dua atau segelintir Negara, sementara Statuta Roma 1998 dapat dikatakan memiliki kaidah *law making treaty* atau perjanjian pembuatan hukum yang memiliki relevansi universal atau umum. Lebih lanjut disebutkan bahwa perjanjian yang bersifat *law making treaty* bukanlah perjanjian yang hanya mengatur isu-isu yang terbatas diantara dua Negara atau lebih, Perjanjian ini dimaksudkan untuk berefek umum dan dalam lingkup yang luas. Dalam perjanjian *law making treaty* Negara menguraikan persepsi mereka tentang hukum internasional dalam sembarang topik tertentu atau membentuk aturan baru yang mengarahkan mereka pada masa depan dalam tindak tanduk internasional mereka.²² Partisipasi dari

²² Malcolm. N. Shaw QC. 2013. *Hukum Internasional*. Bandung: Nusa Media, hlm. 84.

banyak Negara sangat diperlukan agar perjanjian yang bersifat *law making treaty* ini dapat membentuk hukum internasional dan kemudian mengikat Negara-negara tersebut. Namun bilamana perjanjian mencerminkan hukum kebiasaan internasional maka pihak yang tidak terlibat pun terikat oleh perjanjian tersebut, bukan dikarenakan oleh ketentuan perjanjian tersebut melainkan karena ia adalah penegas aturan hukum kebiasaan internasional.²³ Demikian pula mereka yang bukan pihak (peserta) dapat menerima bahwa ketentuan dalam suatu perjanjian tertentu bisa menghasilkan hukum kebiasaan internasional, dengan selalu bergantung kepada sifat perjanjian, jumlah peserta dan faktor terkait lainnya.²⁴ Hal ini berbeda dengan perjanjian yang bersifat *treaty contract* yang kekuatan mengikatnya semata-mata berdasarkan penandatanganan atau peratifikasian negara terhadap perjanjian tersebut.

Statuta Roma 1998 sebagai perjanjian internasional yang dibentuk Negara-negara, bersifat universal, diterima dan diakui oleh seluruh Negara atau masyarakat internasional, memiliki sifat atau karakter yang kuat atau imperative dan karena itu harus di taati dalam keadaan apapun, dimanapun, kapanpun serta oleh siapapun. Statuta Roma 1998 menetapkan suatu ketentuan baru pembentukan Pengadilan Pidana Internasional secara permanen serta mengenai penanggulan

impunitas (*non impunity*) yang telah dipraktikkan sejak pasca Perang Dunia I. Dari kriteria-kriteria yang telah disebutkan maka dapat dikatakan bahwa Statuta Roma 1998 adalah salah-satu perjanjian internasional yang bersifat *law making treaty* yang memerlukan partisipasi dari banyak Negara agar perjanjian ini menjadi hukum internasional. Hal ini dapat dilihat dari perjalanan Statuta Roma 1998 yang dibentuk pada tahun 1998 namun mulai berlaku pada tahun 2002 setelah 120 negara peserta konferensi setuju dengan draft akhir Statuta Roma. Negara-negara besar yang tercatat menentang Statuta Roma adalah Amerika Serikat, Israel, China dan Rusia sementara Negara-negara yang abstain antara lain beberapa Negara arab dan Negara muslim, juga beberapa delegasi dari Kepulauan Persemakmuran Karibia, Indonesia hanya menandatangani Statuta Roma sebagai bukti persetujuan, akan tetapi tidak diikuti dengan komitmen untuk melakukan ratifikasi²⁵ sehingga Indonesia belum terikat oleh Statuta Roma 1998.

Perjanjian *Bilateral Impunity Agreement* (BIA) / *Non Surrender Agreement* (NSA) adalah perjanjian internasional yang hanya mengatur mengenai *non impunity* dengan tidak menyerahkan warga Negara Amerika Serikat ke Pengadilan Pidana Internasional. Perjanjian ini hanya berlaku secara bilateral.

²³ *Ibid*, hlm. 85.

²⁴ *Ibid*.

²⁵ Aristo. M. A. Pangaribuan. 2013. *Perdebatan Menuju Mahkamah Pidana Internasional (International Criminal Court)*. Jakarta: Papis Sinar Sinanti, hlm. 31.

Terbatasnya hal-hal yang diperjanjikan dan hanya berlaku antara dua Negara menjadikan Perjanjian *Bilateral Impunity Agreement* (BIA) / *Non Surrender Agreement* /NSA sebagai perjanjian yang bersifat *treaty contract*.

Dalam hal pertentangan diantara perjanjian internasional, meski didalam sistem hukum internasional semua perjanjian secara yuridis formal mempunyai kedudukan yang sama derajat dengan kata lain tidak ada perjanjian yang lebih tinggi maupun lebih rendah namun Konvensi Wina 1969 telah memberi aturan-aturan mengenai hal ini, yaitu perjanjian yang bersifat khusus (*treaty contract*) tidak boleh bertentangan dengan perjanjian yang bersifat umum (*law making treaty*) sebagaimana diatur dalam pasal 30 ayat 2 : "...dan jika terjadi pertentangan dengan salah-satu dari ketentuan perjanjian terdahulu, maka perjanjian terdahulu itulah yang harus diutamakan penerapannya." Pasal ini secara tegas mengesampingkan asas *lex specialis derogate legi generali* yang merupakan prinsiphukum umum dalam hukum nasional.

IV. Penutup

Perjanjian *Bilateral Impunity Agreement* (BIA) / *Non Surrender Agreement* (NSA) dipandang sebagai perjanjian yang bertentangan dengan Statuta Roma 1998. Hal ini didasarkan pada beberapa aspek:

Pertama, kemunculan pasal 98 ayat 2 Statuta Roma ini dimaksudkan untuk

mengatasi konflik kewajiban, seperti kedudukan tentara yang berpangkalan di luar negeri. Perjanjian *Status Pasukan/Status of Forces Agreement* (SOFA) ini memungkinkan Negara pengirim menjalankan irri yurisdiksi pidana terkait dengan tentaranya. Perjanjian *Status Pasukan/Status of Forces Agreement* (SOFA) terbentuk sebelum adanya Statuta Roma 1998.

Kedua, kewenangan dan prioritas atas pengadilan nasional yang diberikan oleh Pengadilan Pidana Internasional merupakan irri pokok dari Pengadilan Pidana Internasional yang membedakannya dari pengadilan pidana internasional *ad hoc* terdahulu adalah bahwa Pengadilan Pidana Internasional permanen ini didasarkan atas prinsip Komplementaritas dimana pengadilan nasional memegang prioritas. Prinsip Komplementaritas tercantum dalam pasal 17 Statuta Roma 1998.

Ketiga, pasal 98 ayat 2 Statuta Roma 1998 sama sekali tidak memberi peluang terjadinya *impunity*. Karena pelaku bagaimanapun harus diadili baik di negaranya ataupun di Pengadilan Pidana Internasional sebagaimana ketentuan pasal 27 Statuta Roma 1998. Jika Pasal 98 ayat 2 memberi peluang terjadinya *impunity* maka berarti pasal 98 ayat 2 telah berkontradiksi dengan pasal lain yang menganut asas non *impunity* yaitu pasal 27 yang menghapus kekebalan yang melekat pada jabatan seseorang dan pasal 28 yang menghapus kekebalan pada komandan militer sehingga

Pengadilan dapat melakukan yurisdiksi terhadap orang-orang tersebut. Dari hal-hal tersebut di atas maka perjanjian *Bilateral Impunity Agreement* (BIA) / *Non Surrender Agreement* (NSA) tidak dapat menghindari berlakunya pasal 98 ayat 2 Statuta Roma 1998.

Adapun akibat hukum bagi Perjanjian *Bilateral Impunity Agreement* (BIA) / *Non Surrender Agreement* (NSA) yang bertentangan dengan Statuta Roma 1998 antara lain :

Pertama, Perjanjian *Bilateral Impunity Agreement* (BIA)/*Non Surrender Agreement* (NSA) ini dapat dikatakan mengandung unsur paksaan sebagaimana disebutkan dalam pasal 52 menegaskan tentang adanya ancaman atau penggunaan kekerasan oleh suatu Negara terhadap Negara lain sehingga Negara yang belakangan ini dengan terpaksa menyatakan persetujuannya untuk terikat pada suatu perjanjian internasional. Jika suatu Negara menyatakan persetujuan terikat pada suatu perjanjian internasional terjadi karena adanya paksaan atau kekerasan maupun karena ancaman kekerasan terhadap Negara itu yang dilakukan oleh Negara lain, maka persetujuannya untuk terikat itu jelas tidak sah dan tentu saja perjanjian demikian juga tidak sah.

Kedua, Perjanjian *Bilateral Impunity Agreement* (BIA)/*Non Surrender Agreement* (NSA) sebagai perjanjian timbal balik tidak menyerahkan warga Negara yang melakukan kejahatan berat dibawah hukum

internasional kepada Pengadilan Pidana Internasional telah bertentangan dengan pasal 53 Konvensi Wina 1969, yang menyatakan bahwa perjanjian yang bertentangan dengan hukum kebiasaan dan prinsip-prinsip hukum umum */jus cogens* adalah batal (*void*).

Ketiga, Perjanjian *Bilateral Impunity Agreement* (BIA) / *Non Surrender Agreement* (NSA) sebagai perjanjian yang bersifat khusus (*treaty contract*) tidak boleh bertentangan dengan perjanjian yang bersifat umum (*law making treaty*) sebagaimana diatur dalam pasal 30 ayat 2 Konvensi Wina 1969 yang menegaskan mengenai pengutamaan penerapan terhadap perjanjian terdahulu. Dalam hal ini terdapat perjanjian *Bilateral Impunity Agreement* (BIA) / *Non Surrender Agreement* (NSA) yang diadakan setelah hadirnya Statuta Roma 1998.

Bibliografi

Buku:

- Atmasasmita, Romli. 2004. *Pengantar Hukum Pidana Internasional*. Jilid II. Jakarta: Hecca Press.
- Damos Dumoli Agusman. 2010. *Hukum Perjanjian internasional: Kajian Teori dan Praktik Indonesia*. Bandung: Refika Aditama.
- I Wayan Parthiana. 2005. *Hukum Perjanjian Internasional*. Bagian II. Bandung: Mandar Maju.

- _____. 2006. *Hukum Pidana Internasional*. Bandung: Yrama Widya.
- Kusumaatmadja, Mochtar. 2003. *Pengantar Hukum Internasional*. Bandung: PT Alumni.
- Lubis, Todung Mulya. 2005. *Jalan Panjang Hak Asasi Manusia*, Jakarta: PT Gramedia.
- Pangaribuan, Aristo M.A. 2013, *Perdebatan Menuju Mahkamah Pidana Internasional*. Jakarta: Papas Sinar Sinanti dan FHUI.
- Shaw QC, Malcolm.N. 2013. *Hukum Internasional*. Bandung: Nusamedia.
- Sumaryo, Suryokusumo. 2005. *Hukum Perjanjian Internasional*. Fakultas Hukum Universitas Gadjah Mada : Yogyakarta.

Jurnal:

- Ria Wulandari. 2015. "Tinjauan Asas Non Retroaktif (Legalitas) Dalam Statuta Roma 1998", *Jurnal Paradigma Hukum*, 1 (1).
- _____. 2017. "Prinsip Tanggungjawab Komandan Dalam Perpektif Hukum Pidana Islam (Jinayah)", *Jurnal Al-Maslahah*, 13 (2).

Internet:

- <https://www.google.co.id/amp/s/ferryjunigwan.wordpress.com/2009/09/05/non-surrender.agreement/amp>