



Penafsiran Hukum tentang “Partisipasi Langsung dalam Permusuhan” dalam Kasus-kasus Kejahatan Perang

Arlina Permanasari
Fakultas Hukum Universitas Trisakti
Jln. Jl. Kyai Tapa No. 1, Grogol, Jakarta Barat 11440
arlina.p@trisakti.ac.id

Received: 15 Oktober 2018; *Accepted:* 16 Nopember 2018; *Published:* 28 Januari 2019
DOI: 10.20885/iustum.vol25.iss3.art5

Abstract

The term "Direct Participation in Hostilities" is a term contained in the 1949 Geneva Conventions and Additional Protocols of 1977, which gave rise to various legal interpretations. The two international agreements do not provide a definition or further explanation. The problem that arises from this obscurity of interpretation is how judges conduct an analysis of whether someone can be considered as participating in an act of hostility in an armed conflict in war crimes. This research is normative with an analytical descriptive approach towards primary and secondary legal materials obtained from literature studies and analyzed qualitatively based on international humanitarian law. This research aims to identify the interpretation used in the final verdicts of international court on "direct participation in hostilities." The results show that in overcoming the lack of understanding of the term, the ICRC issues an "Interpretive Guidance" that is not legally binding. Although it creates controversy and is not a legal document, the approach adopted in the "interpretive guidance" turns out to have been used as a discussion material making verdicts, but has not been fully used by the judge as a binding legal basis in war crimes.

Keywords : Humanitarian law; direct participation in hostilities; ICRC interpretive guidance

Abstrak

Istilah “Partisipasi Langsung dalam Permusuhan” merupakan istilah yang terdapat dalam Konvensi Jenewa 1949 dan Protokol-protokol Tambahan 1977 yang menimbulkan berbagai penafsiran hukum. Kedua perjanjian internasional tersebut tidak memberikan definisi maupun penjelasan lebih lanjut. Masalah yang timbul dari kekaburan penafsiran ini adalah bagaimana hakim melakukan analisis terhadap seseorang dapat dianggap berpartisipasi dalam suatu tindakan permusuhan dalam suatu konflik bersenjata dalam kasus-kasus kejahatan perang. Penelitian ini bersifat normatif dengan pendekatan deskriptif analitis terhadap bahan-bahan hukum primer dan sekunder yang didapatkan dari studi kepustakaan dan dianalisis secara kualitatif berdasarkan hukum humaniter internasional. Penelitian ini bertujuan untuk menemukan bagaimanakah penafsiran yang digunakan dalam putusan-putusan pengadilan internasional tentang “partisipasi langsung dalam permusuhan.” Adapun hasil penelitian menyimpulkan bahwa dalam mengatasi tidak adanya pemahaman tentang istilah tersebut, ICRC mengeluarkan suatu “pedoman penafsiran” (*Interpretive Guidance*) yang bersifat tidak mengikat secara hukum. Walaupun menimbulkan kontroversi dan bukan merupakan dokumen hukum, pendekatan yang diusung dalam “pedoman penafsiran” ternyata telah digunakan sebagai pembahasan dalam putusan-putusan, namun belum sepenuhnya digunakan oleh hakim sebagai suatu dasar hukum yang mengikat dalam kasus kejahatan perang.

Kata-Kata Kunci : Hukum humaniter; partisipasi langsung dalam permusuhan; pedoman penafsiran ICRC

Pendahuluan

Perubahan paradigma dalam perang modern mengakibatkan terjadinya perubahan para pihak dalam suatu konflik bersenjata yang tidak lagi didominasi oleh pasukan-pasukan reguler dari suatu negara, melainkan juga melibatkan partisipasi orang-orang sipil (*civilianization of armed conflict*),¹ yang sekaligus semakin dipicu dengan perkembangan teknologi dalam perang siber (*cyber warfare*)² dan penggunaan pesawat tanpa awak (*drone*).³ Hal ini mau tidak mau berpengaruh terhadap paradigma hukum humaniter yang sebelumnya sangat bersifat “*combatant-centric*”, menuju kepada pendekatan yang lebih mempertimbangkan keterlibatan orang-orang sipil dalam suatu konflik bersenjata yang sudah terjadi sejak lama.⁴

Pendekatan yang digunakan dalam hukum humaniter, luput untuk mengatur parameter yang harus diterapkan jika orang sipil terlibat dalam suatu konflik bersenjata, kecuali sebagaimana tercantum dalam Pasal 3 Konvensi Jenewa 1949 yang hanya memberikan perlindungan kepada “orang-orang yang tidak lagi terlibat secara aktif dalam permusuhan.” Sementara Pasal 51 ayat (3) Protokol I menentukan bahwa orang sipil akan kehilangan perlindungan dari suatu serangan langsung “pada saat mereka berpartisipasi secara langsung dalam permusuhan”. Demikian pula Protokol II menentukan bahwa perlindungan diberikan pada orang-orang yang “tidak berpartisipasi secara langsung atau memutuskan untuk tidak lagi berpartisipasi dalam permusuhan”. Dalam praktik, mengingat semakin

¹ Andreas Wenger & Simon J.A. Mason, “The civilianization of armed conflict: trends and implications”, *International Review of the Red Cross*, Vol. 90, No. 872, December 2008, hlm. 835-836; Geoffrey S. Corn, “Bringing Discipline to the Civilianization of the Battlefield: A Proposal for a More Legitimate Approach to Resurrecting Military-Criminal Jurisdiction over Civilian Augmentees”, *University of Miami Law Review*, Vol. 62, 2008, hlm. 491-492; Geoffrey S. Corn, “Unarmed but How Dangerous? Civilian Augmentees, the Law of Armed Conflict, and the Search for a More Effective Test for Permissible Civilian Battlefield Functions”, *Journal of National Security Law & Policy*, Vol. 2, 2008, hlm. 257-258.

² Christopher E. Bailey, “Cyber Civilians as Combatants”, *Creighton International and Comparative Law Journal*, Vol. 8, Issue 1, 2017, hlm. 4-10; François Delerue, “Civilian Direct Participation in Cyber Hostilities”, Barcelona: Universitat Oberta de Catalunya, *IDP Revista de Internet, Derecho y Política*, No. 19, Octubre 2014.

³ Sarah Kreps & John Kaag “The Use of Unmanned Aerial Vehicles in Contemporary Conflict: A Legal and Ethical Analysis”, *Polity*, Vol. 44, No. 2, April 2012; Chris Jenks, “Law from Above: Unmanned Aerial Systems, Use of Force, and the Law of Armed Conflict”, *North Dakota Law Review*, Vol. 85, 2009; Catherine Lotrionte, “Targeted Killings by Drones: A Domestic and International Legal Framework”, *Journal of International and Comparative Law*, Vol. 3, Issue 1, 2012, hlm. 19-20; Vivek Sehrawat, “Legal Status of Drones under LOAC and International Law”, *Penn State Journal of Law & International Affairs*, Vol. 5, Issue 1, War in the 21st Century and Collected Works, 2017, hlm. 172-174.

⁴ Emily Crawford, “Tracing the Historical and Legal Development of the *Levée en masse* in the Law of Armed Conflict”, *Legal Studies Research Paper*, No. 17 / 10, Sydney Law School, 2017, hlm. 1-2.

banyak orang-orang sipil yang terlibat dalam suatu konflik bersenjata, ketentuan yang tersebut telah menimbulkan banyak penafsiran, karena kedua perjanjian internasional tersebut tidak memberikan penjelasan lebih jauh yang memadai.

Penafsiran tersebut misalnya terlihat dalam putusan Kasus Al Bihani perkara kasasi Pengadilan Amerika Serikat (*US Court of Appeals*) dalam menentukan apakah status hukum Ghaleb Nassar Al-Bihani adalah sebagai orang sipil yang bertindak sebagai juru masak untuk Brigade Arab 55, organisasi gerilyawan elit mujahidin yang dilatih Al-Qaeda, ataukah ia justru dianggap sebagai orang yang berpartisipasi langsung dalam permusuhan.⁵ Demikian pula penafsiran tentang keterlibatan langsung orang-orang sipil dalam permusuhan dapat dilihat dalam kasus Mir Ali, di mana pengadilan Jerman mempertimbangkan afiliasi seseorang pada kelompok-kelompok perlawanan bersenjata sebagai elemen utamanya.⁶ Kedua kasus ini menggunakan penafsiran yang berbeda terhadap frasa “partisipasi langsung dalam permusuhan” sebagaimana tercantum dalam Konvensi Jenewa 1949 maupun protokol-protokol tambahannya.

Rumusan Masalah

Berdasarkan latar belakang tersebut di atas, maka akan dibahas bagaimanakah penafsiran yang digunakan dalam putusan-putusan pengadilan internasional tentang “partisipasi langsung dalam permusuhan” sehingga orang sipil dapat dianggap berpartisipasi dalam suatu tindakan permusuhan dalam suatu konflik bersenjata?

Tujuan Penelitian

Tujuan penelitian hukum ini adalah untuk mengetahui dan menganalisis pertimbangan-pertimbangan yang digunakan hakim dalam perkara kejahatan perang mengenai penyebab seseorang dapat dianggap melakukan partisipasi langsung dalam permusuhan.

⁵ *Ghaleb Nassar Al-Bibani vs. Barack Obama*, Case No. 09-5051, U.S. Court of Appeals, 5 Januari 2010, hlm. 2-5.

⁶ Kreß, Claus, “Aerial Drone Deployment on 4 October 2010 in Mir Ali / Pakistan” (Targeted Killing in Pakistan Case), Case No. 3 BJs 7/12-4, *Germany Federal Prosecutor General*, 23 July 2013.

Metode Penelitian

Penelitian ini merupakan penelitian normatif dengan pendekatan deskriptif-analitis, yakni pembahasan terhadap pengertian partisipasi langsung dalam permusuhan tidak saja memaparkan suatu terminologi yang terdapat dalam Konvensi Jenewa 1949 maupun Protokol Tambahan 1977, akan tetapi juga meliputi analisis, interpretasi dan argumentasi yuridis terutama ketika terjadi kekosongan atau kekaburan atas pengertian suatu norma tertentu,⁷

Pembahasan dilakukan terhadap putusan pengadilan sebagai bahan hukum primer, terutama putusan Kasus Al Bihani (Case No. 09-505, US Court of Appeals 2010) serta Kasus “Targeted Killing in Pakistan” atau Kasus “Mir Ali” (Case No. 3 BJs 7/12-4, Germany Federal Prosecutor General, 23 July 2013). Sedangkan bahan hukum sekunder adalah bahan hukum yang mendukung bahan hukum primer berupa makalah, buku-buku yang mendukung topik terkait.

Analisis dilakukan secara kualitatif dengan penalaran logis dan analitis mengenai maksud dan implementasi kaidah dan peraturan hukum dengan melakukan analisis terhadap muatan materi perjanjian internasional maupun putusan pengadilan (*content analysis*). Menurut Visser Hooft, proses penalaran hukum (*legal reasoning*) yakni metode berpikir yuridik untuk mengidentifikasi, hak dan kewajiban yuridik spesifik dari para pihak terkait sangat diperlukan.⁸

Hasil Penelitian dan Pembahasan

Terminologi “Partisipasi Langsung dalam Permusuhan”

Dalam terminologi “partisipasi langsung dalam permusuhan”, terdapat dua frasa penting yakni “partisipasi langsung” (*direct participation*) dan “permusuhan” (*hostilities*). Partisipasi langsung dalam permusuhan merupakan perkembangan dari frasa “tidak berpartisipasi aktif dalam permusuhan” (*taking no active part in hostilities*) yang dipakai dalam Pasal 3 Konvensi Jenewa 1949. Konvensi Jenewa 1949 maupun Protokol 1977 menggunakan istilah partisipasi aktif (*active*

⁷ I Made Pasek Diantha, *Metodologi Penelitian Hukum Normatif dalam Justifikasi Teori Hukum*, Prenada Media Group, Jakarta, 2017, hlm. ????

⁸ Bernard Arief Sidharta, “Penelitian Hukum Normatif: Analisis Penelitian Filosofikal dan Dogmatikal”, dalam Sulistyowati Irianto & Sidharta, *Metode Penelitian Hukum. Konstelasi dan Refleksi*, Yayasan Pustaka Obor Indonesia, Jakarta, 2013, hlm. 143.

participation)⁹ dan partisipasi langsung (*direct participation*)¹⁰. Pasal-pasal tersebut tidak memuat pengertian mengenai istilah “partisipasi aktif” maupun “partisipasi langsung”. Dalam hal ini versi bahasa Inggris sebagai salah satu bahasa resmi Konvensi Jenewa dan Protokol Tambahan tidak konsisten. Hal ini berbeda dengan frasa tersebut dalam bahasa Perancis, yakni “*participent directement*” dan bukan menggunakan ‘*active participation*’ karena istilah yang terakhir tidak dikenal dalam bahasa Perancis. Para ahli menyatakan bahwa pengertian kedua kata tersebut memiliki makna yang sama. Nicole Urban misalnya, menyatakan bahwa kata ‘*active*’ dan ‘*direct*’ adalah sinonim.¹¹ Demikian pula Michael N. Schmitt, Charles Garraway dan Yoram Dinstein berpendapat sama.¹²

Persamaan makna antara “aktif” dan “langsung” kemudian dikuatkan dalam putusan ICTR dalam kasus Akayesu.¹³ Sementara penafsiran sedikit berbeda didapatkan dalam kasus Lubanga dan Katanga yang menafsirkan frasa “*active participation*” secara luas, yakni juga meliputi partisipasi yang dilakukan secara “*direct*” maupun “*indirect*”. Penafsiran dalam kasus ini secara implisit diikuti kembali dalam kasus Bosco Ntaganda yang juga didakwa menggunakan tentara anak.¹⁴ Menurut Chaterine Harwood pengertian yang sedikit berbeda dalam Statuta Roma 1998 digunakan untuk menunjukkan batasan umum terhadap perlindungan penduduk sipil sedangkan frasa “partisipasi aktif” mengacu kepada penggunaan tentara anak.¹⁵

Adapun istilah “permusuhan” (*hostilities*) dalam terminologi partisipasi langsung dalam permusuhan harus dibedakan dengan pengertian partisipasi dalam upaya-upaya peperangan (“*participation in war effort*”). Istilah pertama

⁹ Lihat pasal-pasal Protokol I: Pasal 43 ayat (2); 45 ayat (1) dan (3); 51 ayat (3); 61 ayat (1e); 13 ayat (3) Protokol II; dan Pasal 3 Konvensi Jenewa 1949.

¹⁰ Lihat pasal-pasal Protokol I 1977: Pasal 51 ayat (3); 43 ayat (2); 67 ayat (1); dan Pasal 13 ayat (3) Protokol II 1977.

¹¹ Michael N. Schmitt, “The Interpretive Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities: A Critical Analysis”, *Harvard National Security Journal*, Vol. 1, 2009, hlm. 6.

¹² Michael N. Schmitt, Charles H. Garraway & Yoram Dinstein, *The Manual on the Law of Non-International Armed Conflict with Commentary*, San Remo, International Institute of Humanitarian Law, 2006, hlm. 4.

¹³ Prosecutor v. Akayesu Case No. ICTR-96-4-T, Putusan 2 September 1998, alinea 629.

¹⁴ Catherine Harwood, “A Matter of Distinction: ‘active’ and ‘direct’ participation in hostilities and the war crime of using child soldiers”, Spreading the Jam. International Law, International Criminal Law, Human Rights and Transitional Justice, <https://dovjacobs.com/2014/07/14/guest-post-a-matter-of-distinction-active-and-direct-participation-in-hostilities-and-the-war-crime-of-using-child-soldiers/>, diakses tanggal 25 Maret 2018.

¹⁵ *Ibid.*

bersifat lebih restriktif. Contoh partisipasi dalam permusuhan meliputi tindakan-tindakan seperti: penyerangan terhadap musuh, peralatan atau fasilitas militer; sabotase instalasi musuh; bertindak sebagai anggota dari satuan bersenjata (*gun crew* atau *artillery spotters*); melakukan pengiriman amunisi; atau mengumpulkan *military intelligence* di wilayah permusuhan. Namun bekerja di pabrik munisi bukan merupakan partisipasi dalam permusuhan melainkan merupakan upaya yang dilakukan dalam peperangan (*participation in war effort*).¹⁶

Konsep Partisipasi Langsung dalam Permusuhan

Dengan melihat berbagai penafsiran terminologi “partisipasi dalam permusuhan”, maka setelah melalui serangkaian pertemuan para ahli, ICRC mengusulkan “Pedoman Penafsiran”, yakni *Interpretive Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities under Internasional Humanitarian Law*.¹⁷ Menurut ICRC, konsep partisipasi langsung dalam permusuhan pada hakikatnya terkait dengan konflik bersenjata baik internasional maupun non-internasional dan tidak dapat mengacu pada tindakan yang terjadi di luar situasi konflik bersenjata, misalnya dalam situasi terjadi gangguan dan ketegangan internal seperti huru-hara, tindakan kekerasan yang bersifat sporadis maupun tindakan serupa lainnya. Demikian pula, selama berlangsungnya konflik bersenjata, tidak semua tindakan dapat menjadi bagian dari permusuhan, namun harus tunduk pada syarat tertentu, yakni tindakan tersebut harus spesifik dan memenuhi unsur-unsurnya.

Partisipasi Langsung dalam Permusuhan sebagai “tindakan spesifik”

Berdasarkan hukum humaniter, tindakan individu yang merupakan bagian dari permusuhan dideskripsikan sebagai partisipasi langsung dalam permusuhan, baik sebagai orang sipil atau anggota angkatan bersenjata. Kategori partisipasi individu dapat dilakukan secara langsung dengan cara spontan, sporadis atau tidak terorganisir atau sebagai bagian dari fungsi terus-menerus. Dengan kata lain, konsep partisipasi langsung dalam permusuhan tidak mengacu kepada status, fungsi, atau afiliasi seseorang, tetapi kepada keterlibatan dalam tindakan

¹⁶ Michael N. Schmitt, Charles H. Garraway & Yoram Dinstein, *loc.cit.*

¹⁷ Nils Melzer, *Interpretive Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities under Internasional Humanitarian Law*, ICRC, Geneve, May 2009, hlm. ???

permusuhan yang sifatnya spesifik (khusus) sebagai bagian dari tindakan permusuhan antara pihak-pihak yang bersengketa. ICRC menegaskan tindakan permusuhan yang spesifik harus ditafsirkan sama, baik pada konflik bersenjata internasional maupun non-internasional.¹⁸

Unsur-unsur Partisipasi Langsung dalam Permusuhan

Agar suatu tindakan spesifik dapat dikualifikasikan sebagai partisipasi langsung dalam permusuhan, maka tindakan tersebut harus memenuhi tiga kriteria berikut ini secara kumulatif:¹⁹

Pertama, tindakan spesifik tersebut harus berpotensi menimbulkan dampak merugikan (*threshold of harm*) bagi operasi militer salah satu pihak yang bersengketa, atau alternatifnya, tindakan tersebut berpotensi mengakibatkan kematian, cedera atau kehancuran pada orang atau objek yang dilindungi dari serangan langsung. Agar berpotensi seperti itu, maka tindakan spesifik tersebut harus mencapai ambang batas. Ambang batas tersebut berupa potensi kerugian di pihak militer, atau potensi menimbulkan kematian, cedera atau kehancuran orang atau objek yang dilindungi dari serangan langsung. Jadi jika suatu tindakan spesifik tertentu dilakukan maka hasil dari tindakan tersebut jika sudah mencapai ambang batas yaitu "potensi" menimbulkan kerugian militer atau kematian, cedera atau kehancuran pada orang atau objek yang dilindungi dari serangan langsung yang bersifat objektif, maka tindakan tersebut sudah cukup untuk dapat diklasifikasikan sebagai partisipasi langsung; dan tidak perlu disyaratkan dampak atau kerugian tersebut benar-benar terjadi. Bila potensi dampak terhadap operasi militer atau kekuatan militer tidak ada, ambang batas tersebut dapat dicapai jika tindakan spesifik itu berpotensi menimbulkan kematian, cedera atau kehancuran pada orang atau objek yang dilindungi dari serangan langsung. Dalam hal ini, jika potensi tersebut ada, maka tindakan spesifik yang dilakukan akan setara dengan partisipasi langsung dalam permusuhan hanya jika tindakan tersebut memiliki unsur tambahan yang memenuhi syarat *direct causation* dan *belligerent nexus*.

¹⁸ *Ibid.*, hlm. 45.

¹⁹ *Ibid.*, hlm. 50-64.

Kedua, harus terdapat hubungan kausatif (sebab-akibat) yang bersifat langsung (*direct causation*) antara suatu tindakan spesifik dan bahaya yang mungkin timbul dari tindakan tersebut, atau dari operasi militer yang terkoordinasi di mana tindakan spesifik tersebut menjadi bagian integral atau penyebab langsung.

Tindakan spesifik tersebut dapat berupa upaya perang yang dilakukan secara umum, atau tindakan yang dapat berpotensi menimbulkan kerugian pada militer; maupun tindakan yang merupakan aktivitas penunjang perang (*war-sustaining activities*), seperti propaganda politik, transaksi finansial, dan lain-lain. Dalam hal ini, kedua tindakan tersebut dapat meningkatkan potensi menimbulkan dampak yang merugikan.

Selain itu, agar suatu tindakan spesifik dapat diklasifikasikan sebagai partisipasi langsung dalam permusuhan maka harus ada hubungan kausatif yang dekat antara tindakan tersebut dengan dampak merugikan yang ditimbulkannya. Jika hubungan kausatif itu tidak dekat, maka hal itu bukanlah partisipasi langsung, melainkan partisipasi tidak langsung. Perbedaan antara partisipasi langsung dan tidak langsung dalam permusuhan harus ditafsirkan secara berkorespondensi dengan perbedaan antara penyebab langsung dan tidak langsung dampak yang merugikan. Tindakan yang menyebabkan dampak tidak langsung seperti pemberlakuan sanksi ekonomi atau pembekuan aset finansial, harus dianggap sebagai bukan partisipasi langsung dalam permusuhan; kecuali jika tindakan seperti itu memang dirancang dan merupakan bagian integral dari suatu operasi militer guna menimbulkan dampak yang merugikan.

Hubungan kausatif dapat pula dilihat pada standar penyebab langsung suatu dampak merugikan, yang harus ditafsirkan dengan tindakan yang menimbulkan kerugian bila dilakukan bersama-sama dengan tindakan lainnya. Bila suatu tindakan spesifik tidak dapat menyebabkan ambang batas merugikan yang diperlukan jika dilakukan sendirian, maka syarat penyebab langsung masih tetap terpenuhi jika tindakan tersebut menjadi bagian integral dari operasi taktis yang konkret dan terkoordinasi yang secara langsung menimbulkan kerugian tersebut.

Selain itu, perlu dipertimbangkan pula kedekatan kausatif, temporal dan geografis dalam menilai satu hubungan kausatif. Misalnya, suatu tindakan spesifik

(contohnya penggunaan sistem senjata tunda seperti penyerangan misil, *drone* atau perang siber) serta dampak yang merugikan tetap harus dianggap sebagai hubungan kausatif yang bersifat langsung, walaupun terdapat jarak secara temporal dan geografis.

Ketiga, adanya "*Belligerent Nexus*". Untuk memenuhi syarat *belligerent nexus*, sebuah tindakan harus secara khusus dirancang untuk secara langsung mengakibatkan ambang batas yang merugikan dalam rangka mendukung salah satu pihak yang bersengketa dengan merugikan pihak lain. Jadi suatu tindakan yang disebut memiliki *belligerent nexus* bukanlah semata-mata tindakan yang hanya didasarkan pada niat subyektif dan niat jahat (*subjective intent* dan *hostile intent*) yang hanya terdapat dalam keinginan atau benak si pelaku saja; namun tindakan yang memiliki *belligerent nexus* harus memiliki tujuan tertentu secara objektif. Tujuan ini dapat diketahui dari pola-pola tindakan atau operasi dan tidak tergantung dari keinginan si pelaku.

Namun, jika terjadi dampak yang merugikan yang disebabkan karena adanya tindakan untuk mempertahankan diri sendiri terhadap tindak kekerasan yang dilarang berdasarkan hukum humaniter, atau tindakan yang dilakukan guna menjalankan kekuasaan atau kewenangan terhadap seseorang atau atas suatu wilayah teritorial, atau tindakan yang menjadi bagian dari keresahan sipil terhadap kewenangan semacam itu, atau tindakan kekerasan antar orang-orang sipil satu sama lain; maka tindakan tersebut tidak dapat dikatakan memiliki *belligerent nexus* sehingga tidak dapat dikualifikasikan sebagai partisipasi langsung dalam permusuhan.

ICRC menyatakan bahwa ketiga syarat tersebut, yakni ambang batas yang merugikan, penyebab langsung dan *belligerent nexus*, memungkinkan dapat dibedakannya secara wajar antara tindakan yang dapat dikualifikasikan sebagai partisipasi langsung dalam permusuhan dan tindakan yang, meskipun terjadi dalam konteks konflik bersenjata, bukan bagian dari tindakan permusuhan sehingga tidak mengakibatkan hilangnya perlindungan seseorang dari serangan langsung.²⁰

²⁰ *Ibid.*, hlm. 64.

Respon terhadap Konsep Partisipasi Langsung dalam Permusuhan Perspektif Militer

Para ahli yang sangat intens membahas aspek-aspek kepentingan militer praktis adalah Kenneth Watkins,²¹ Michael N. Schmitt,²² Bill Boothby²³ dan Hays Parks.²⁴ Nils Melzer, koordinator pertemuan para ahli menyatakan sulit sekali mencapai suatu kesepakatan dari perspektif militer. Ketika keempat ahli tersebut secara konsisten mengusulkan untuk menggunakan pedoman dalam penentuan sasaran ('targeting') secara lebih longgar dibandingkan dengan yang terdapat dalam *Interpretive Guidance*, peserta diskusi lainnya justru menghendaki agar rezim 'targeting' diperketat. Demikian pula ketika terjadi pembahasan aspek militer-praktis, selalu terdapat pendapat yang saling bertolak belakang. Misalnya, ketika Watkins berpendapat bahwa *Interpretive Guidance* mendefinisikan "keanggotaan" dalam kelompok bersenjata terorganisir dengan sangat restriktif sehingga membatasi hilangnya status sebagai orang sipil dan perlindungan yang hanya terbatas pada sekelompok kecil orang saja, para ahli lainnya justru menyatakan bahwa status sebagai orang sipil tidak hilang dan oleh karena itu anggota kelompok bersenjata terorganisir harus dianggap sebagai orang sipil yang dilindungi dari serangan langsung kecuali dan pada saat ia berpartisipasi langsung dalam permusuhan.

Demikian pula, ketika Michael Schmitt menyatakan definisi "partisipasi langsung dalam permusuhan" dalam *Interpretive Guidance* terlalu restriktif karena tidak memasukkan tindakan-tindakan yang tidak secara langsung menyebabkan kerugian pada musuh sebagai tindakan yang digolongkan partisipasi langsung dalam permusuhan, maka para ahli lainnya akan berpendapat sebaliknya.

Selanjutnya pada saat Boothby menolak penafsiran dalam *Interpretive Guidance* mengenai frasa "kecuali dan pada saat" (*unless and for such time*) karena menyiratkan bahwa orang-orang sipil dapat secara berulang-ulang mendapatkan

²¹ Kenneth Watkins, "Opportunity Lost: Organized Armed Groups and the ICRC "Direct Participation in Hostilities" Interpretive Guidance", *Journal of International Law and Politics*, Vol. 42, 2010.

²² Michael N. Schmitt, "Deconstructing Direct Participation in Hostilities: The Constitutive Elements", *Journal of International Law and Politics*, Vol. 42, 2010.

²³ Bill Boothby, "And for such times as": The Time Dimension to Direct Participation in Hostilities", *Journal of International Law and Politics*, Vol. 42, 2010.

²⁴ Hays Parks, "Part IX of the ICRC "Direct Participation in Hostilities" Study: No Mandate, No Expertise, and Legally Incorrect", *Journal of International Law and Politics*, Vol. 42, 2010.

perlindungan pada saat interval di antara tindakan-tindakan permusuhan, maka para ahli lainnya menyatakan bahwa penafsiran tersebut tidak hanya dapat ditujukan pada orang-orang sipil, akan tetapi juga dapat diterapkan pada anggota pihak yang bersengketa bukan negara.

Sedangkan sewaktu Parks berpendapat tidak ada dasar hukum dalam hukum humaniter yang dapat membatasi penggunaan kekuatan terhadap sasaran militer yang sah berdasarkan prinsip kepentingan militer dan kemanusiaan, para ahli lainnya justru dengan keras menolak pendekatan yang terlalu longgar dalam *Interpretive Guidance* dan mengusulkan, terutama dalam konflik bersenjata non-internasional, bahwa semua orang kecuali kombatan negara yang sah harus dilindungi dengan standar penggunaan kekuatan yang lebih ketat yang berkembang dalam jurisprudensi hukum hak asasi manusia internasional.²⁵

Berdasarkan diskusi-diskusi dalam suasana seperti itu, konsekuensinya *Interpretive Guidance* tidak benar-benar mencerminkan pendapat mayoritas para ahli (karena selalu terdapat pendapat yang bertolak belakang), akan tetapi lebih merupakan posisi ICRC yang mempertimbangkan secara luas berbagai pendapat para ahli. Dalam hal ini ICRC bertujuan agar penafsiran tentang hal-hal pokok dalam pembahasan, diperjelas sesuai dengan prinsip-prinsip hukum humaniter.²⁶

Menurut Melzer, *Interpretive Guidance* tidak dimaksudkan sebagai formula matematis yang diterapkan secara mekanik pada setiap situasi taktis. *Interpretive Guidance* juga bukan suatu kerangka hukum komprehensif yang mengatur semua penggunaan kekuatan dalam situasi konflik bersenjata. Oleh karena itu, *Interpretive Guidance* tidak dimaksudkan untuk menggantikan aturan pelibatan (*Rules of Engagement*) atau merekomendasikannya dalam instruksi yang lebih konkret bagi pasukan di lapangan dan bukan pula sebagai putusan pribadi komandan militer. Akan tetapi *Interpretive Guidance* menyediakan suatu kerangka konseptual yang koheren dan terkonsolidasi bagi para praktisi hukum berisi prinsip-prinsip yang harus dipertimbangkan ketika harus dibuat keputusan operasional, dan

²⁵ Nils Melzer, "Keeping the Balance between Military Necessity and Humanity: A Response to Four Critiques of the ICRC's Interpretive Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities", *Journal of International Law and Politics*, Vol. 42, 2010, hlm. 835.

²⁶ *Ibid.*

merupakan kontribusi pada pemahaman dan penerapan hukum humaniter yang lebih baik.²⁷

Perspektif Non-Militer

Selain respon yang berfokus pada aspek militer, terdapat pula respon lain yang bersifat non-militer. Yoram Dinstein misalnya menggarisbawahi bahwa menyesuaikan aturan hukum sengketa bersenjata terhadap cara-cara berperang yang baru seperti partisipasi langsung dalam permusuhan bersifat sangat dilematis; di mana aturan yang terdapat dalam perjanjian kurang ditaati oleh negara-negara yang bersengketa, sementara hukum kebiasaan internasional memerlukan waktu yang cukup lama untuk berfungsi sebagai norma yang ditaati oleh semua pihak termasuk negara ketiga.²⁸

Penulis lain, Çetİnkaya menyatakan bahwa terdapat beberapa pengertian baru yang sama sekali tidak mencerminkan adanya hukum kebiasaan internasional, selain hal tersebut merupakan sesuatu yang baru dalam hukum humaniter dan tidak ada yang akan bersifat lebih menguntungkan anggota kelompok bersenjata yang terorganisir.²⁹

Penulis lainnya, Ka Lok Yip meneliti *interpretive guidance* dari perspektif empiris dan teoretis termasuk meneliti keputusan pengadilan, manual militer dan dokumen hukum atau kebijakan serta aspek legitimasi sosial dengan mengidentifikasi faktor keabsahan dari keterlibatan para pelaku setempat serta legitimasi demokrasi pemerintahan dengan standar-standar transnasional. Ia menyatakan bahwa standar yang diusulkan dalam *Interpretive Guidance* tidak secara konsekuen dapat diterapkan secara sama dalam praktik-praktik negara, misalnya tidak konsistennya perangkat hukum nasional memuat standar tersebut dalam manual militer. *Interpretive Guidance* juga kurang mencerminkan nilai-nilai demokratis serta pengalaman dan pemahaman yang berbeda dari mereka yang bukan ahli hukum namun yang mengalami konflik bersenjata, masyarakat sipil yang bekerjasama dengan mereka, perwakilan dari kelompok bersenjata bukan

²⁷ *Ibid.*

²⁸ Yoram Dinstein, "The Recent Evolution of the International Law of Armed Conflict: Confusions, Constraints, and Challenges", *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, Vol. 51, 2018, hlm. 711.

²⁹ Lokman Burak Çetİnkaya, "The ICRC's Formulation of the Notion of Direct Participation in Hostilities: A Critical Legal Analysis", *Law & Justice Review*, Year 7, Issue 12, Juni 2016, hlm. 368-369.

negara atau masyarakat umum yang mungkin akan sangat berkepentingan dengan standar *Interpretive Guidance* di masa yang akan datang.³⁰

Sedangkan menurut Van der Toorn kritik utama terhadap *Interpretive Guidance* adalah ketidakseimbangan antara penafsiran yang sangat restriktif terhadap partisipasi langsung dalam permusuhan dan perluasan perlindungan hukum pada orang sipil. Ini tentu saja dapat mengganggu kemampuan negara untuk melaksanakan operasi militer terhadap kelompok bersenjata yang tidak terorganisir serta menciptakan peluang orang sipil untuk terlibat dalam permusuhan; suatu hal yang dapat mengurangi penghormatan terhadap hukum humaniter.³¹

Implementasi dalam Kasus-kasus Kejahatan Perang

Kasus Al-Bihani

Kronologi Kasus

Pada Mei 2001, Ghaleb Nassar Al-Bihani, seorang warga negara Yaman berkebangsaan Arab Saudi meninggalkan Arab Saudi dan melakukan perjalanan melalui Pakistan menuju Afganistan. Pada saat itu di Afganistan sedang berkecamuk perang saudara (*civil war*) yang berlangsung sejak 1996, yakni antara pasukan Taliban dengan pasukan Aliansi Utara (*Northern Alliance*).³² Al-Bihani dengan semangat melakukan 'jihad' untuk membantu pasukan Taliban guna berperang melawan Amerika Serikat yang mendukung pasukan Aliansi Utara bergabung dengan kelompok paramiliter yang merupakan sekutu dari Taliban, yaitu Brigade Arab 55.³³ Al-Bihani dalam Brigade tersebut bekerja sebagai juru masak yang dilengkapi senjata yang diberikan dari Brigade, namun Al-Bihani tidak pernah menggunakan senjata tersebut dalam pertempuran.³⁴

³⁰ Ka Lok Yip, "The ICRC's interpretive guidance on the notion of direct participation in hostilities: sociological and democratic legitimacy in domestic legal orders", *Transnational Legal Theory*, Vol. 8, No. 2, 4 July 2017, hlm. 224-246.

³¹ Damien van der Toorn, "Practical Road Test of the International Committee of the Red Cross's Guidance through Afghanistan", *Australian International Law Journal*, Vol. 1, Issue 17, 2010, hlm. 28.

³² *The Northern (Afghan) Alliance* atau pasukan Aliansi Utara secara resmi disebut "*The United Islamic Front for the Salvation of Afghanistan* atau UIFSA", adalah suatu *United Military Front* (Front militer bersatu) yang terbentuk tahun 1996, terdiri dari koalisi milisi-milisi yang berperang melawan pemerintah Taliban sebagai faksi oposisi dan mendapat dukungan dari Iran, Rusia, Turki, India, Tajikistan dan sejumlah Negara lainnya; sementara Taliban didukung oleh Pakistan dan Al-Qaeda.

³³ Brigade Arab 55 atau Brigade 55 merupakan organisasi gerilyawan elit (Mujahidin) yang didanai dan dilatih oleh Al-Qaeda.

³⁴ Ghaleb Nassar Al-Bihani vs. Barack Obama, *Op. Cit.*, hlm. 2-3.

Pertempuran yang dilakukan oleh Amerika dan Pasukan Aliansi Utara yang memasuki wilayah Afganistan sebagai respons dari adanya serangan pada 11 September 2001, memaksa Brigade Arab 55 mundur dari garis depan pada bulan Oktober 2001. Pada saat itulah Al-Bihani dan anggota Brigade lainnya menyerah di bawah perintah pasukan Aliansi Utara 2002.³⁵

Berkenaan dengan serangan pada 11 September 2001, Kongres Amerika Serikat mengesahkan "*Authorization for Use of Military Force*" (AUMF),³⁶ yang memberikan otorisasi kepada Presiden untuk menggunakan segala kekuatan yang diperlukan dan pantas (*necessary and appropriate force*) yang ditujukan terhadap organisasi dan orang-orang yang terlibat dalam serangan teroris 11 September 2001. Kemudian 2006, Kongres juga mengundangkan *Military Commission Acts* (MCAs), yang menentukan siapa yang dapat ditahan berdasarkan mandat AUMF yaitu orang-orang yang dikategorikan sebagai '*unlawful enemy combatants*' atau '*unprivileged enemy belligerents*'. Berdasarkan ketentuan Pasal 47A Section 948a. MCA 2006 yang dimaksud "*unlawful enemy combatant*" adalah:³⁷

- (i). *A person who has engaged in hostilities or who has purposefully and materially supported hostilities against the United States or its co-belligerents who is not a lawful enemy combatant (including a person who is part of the Taliban, Al Qaeda, or associated forces); or*
- (ii). *A person who, before, on, or after the date of the enactment of the Military Commissions Act of 2006, has been determined to be an unlawful enemy combatant by a CSRT or another competent tribunal established under the authority of the President or the Secretary of Defense".*

Sedangkan yang dimaksud dengan istilah "*lawful enemy combatant*" berdasarkan MCA adalah:

- (a). *"A member of the regular forces of a State party engaged in hostilities against the United States;*
- (b). *A member of a militia, volunteer corps, or organized resistance movement belonging to a State party engaged in such hostilities, which are under responsible command, wear a fixed distinctive sign recognizable at a distance, carry their arms openly, and abide by the law of war; or*
- (c). *A member of a regular armed force who professes allegiance to a government engaged in such hostilities, but not recognized by the United States".*

³⁵ *Ibid.*

³⁶ AUMF disahkan dan ditandatangani Presiden A.S. George W. Bush pada 18 September 2001 melalui *Senate Joint Resolution* (S.J. Res). No. 23 tahun 2001 dalam Sidang Kongres ke 107 dan berlaku sebagai undang-undang; <https://www.govtrack.us/congress/bills/107/sjres23/text>, diakses tanggal 24 Mei 2018.

³⁷ "Military Commission Act of 2006".

Pembahasan dan Putusan

Al-Bihani mempersoalkan keabsahan atau legitimasi dari penahanannya dengan mengemukakan argumentasi berdasarkan hukum perang dengan tiga argumentasi. *Pertama*, Al-Bihani menyatakan bahwa pada saat itu ia adalah seorang milisi sukarela ("*volunteer militia*") dan bukan anggota militer. Menurut Al-Bihani, seseorang yang bukan menjadi anggota pasukan reguler resmi maka ia adalah orang sipil, dan untuk dapat ditahan secara sah, maka orang sipil yang bersangkutan harus melakukan tindakan permusuhan secara langsung (*direct hostile act*), misalnya melakukan penembakan dengan senjata dalam pertempuran, sehingga mereka dapat ditahan secara resmi. Karena Al-Bihani tidak melakukan tindakan seperti itu (tindakan permusuhan secara langsung), maka dia mempertanyakan penahanan yang menurutnya telah dilakukan secara tidak sah.³⁸

Kedua, Al-Bihani membantah bahwa anggota-anggota dari Brigade Arab 55 bukanlah orang-orang yang dapat diserang atau ditahan oleh pasukan Koalisi karena anggota Brigade tersebut, walaupun bersekutu dengan Taliban melawan Pasukan Aliansi Utara, namun mereka tidak memiliki kesempatan untuk menyatakan bahwa Brigade tersebut bersifat netral dalam permusuhan dengan Amerika Serikat. Oleh karena itu Amerika Serikat tidak dapat melanjutkan penahanan terhadap dirinya.³⁹

Ketiga, Al-Bihani menyatakan bahwa situasi konflik bersenjata di mana dia ditahan, adalah situasi konflik bersenjata internasional antara Amerika Serikat dan Taliban yang menguasai Afganistan telah secara resmi berakhir ketika pasukan Taliban kehilangan kendali atau penguasaan atas pemerintah Afganistan. Oleh karena itu, pemerintah Amerika Serikat harus membebaskannya kecuali terdapat bukti bahwa Al-Bihani masih tetap membahayakan, karena konflik di mana ia telah ikut serta telah berakhir.⁴⁰

Menanggapi argumentasi tersebut, pengadilan menyatakan bahwa argumentasi yang dikemukakan Al-Bihani yang mendasarkan diri bahwa kewenangan untuk melakukan perang yang diberikan kepada AUMF dibatasi oleh

³⁸ *Ibid.*

³⁹ *Ibid.*

⁴⁰ *Ibid.*

hukum internasional tentang perang adalah keliru karena hukum internasional tentang perang secara keseluruhan tidak diimplementasikan secara domestik oleh kongres dan oleh karena itu bukan merupakan sumber hukum bagi pengadilan-pengadilan Amerika. Kongres tetap memiliki kewenangan untuk memberikan otorisasi kepada Presiden untuk melakukan tindakan khusus. Pengadilan juga berpendapat bahwa tidak ada rumusan yang tepat untuk mengetahui bilamana suatu kebiasaan bertransformasi menjadi suatu hukum. Oleh karena itu, pengadilan menyatakan bahwa sumber hukum yang digunakan dalam kasus tersebut bukanlah perjanjian internasional di mana Amerika Serikat tidak menjadi pihak (pada Protokol Tambahan I) terlebih frasa 'berpartisipasi langsung dalam permusuhan' masih belum jelas didefinisikan dalam Protokol dan dalam hukum kebiasaan, sehingga sumber hukum yang dipakai dalam hal ini adalah putusan-putusan yang relevan dari yurisprudensi domestik (*domestic caselaw*). Berdasarkan hal itu maka Al-Bihani ditahan secara sah karena ia merupakan individu yang dahulu merupakan bagian atau mendukung Taliban atau pasukan Al Qaeda, atau pasukan lain yang terlibat dalam permusuhan melawan Amerika Serikat atau sekutu koalisinya.

Definisi yang diusulkan tentang orang-orang yang dapat ditahan adalah yang secara substansial mendukung pasukan musuh. AUMF⁴¹ memberikan kewenangan kepada Presiden untuk melakukan semua kekuatan yang diperlukan dan pantas terhadap bangsa, organisasi, atau individu yang merencanakan, memberikan kewenangan, melakukan atau membantu serangan teroris yang terjadi pada 11 September, termasuk menahan pasukan Al-Qaeda dan pasukan yang berafiliasi kepada Taliban. Sedangkan MCA memberikan otoritas kepada pengadilan untuk mengadili orang-orang yang "terlibat dalam permusuhan, atau yang dengan sengaja mendukung permusuhan melawan Amerika Serikat atau sekutunya (*co-belligerents*) yang bukan *lawful enemy combatant* (termasuk seseorang yang merupakan bagian dari Taliban, Al Qaeda atau pasukan terkait lainnya).⁴²

⁴¹ Pada 2001, Kongres mengeluarkan AUMF atau "Authorization for Use of Military Force", yang memberikan otorisasi atau kewenangan kepada Presiden untuk "menggunakan segala kekuatan yang diperlukan dan memadai" untuk melawan organisasi dan orang-orang yang disinyalir telah terlibat dalam serangan teroris tanggal 11 September 2001.

⁴² Ghaleb Nassar Al-Bihani vs. Barack Obama, *Op. Cit.*, hlm. 8.

Pengadilan juga menyatakan bahwa tindakan yang dilakukan oleh Al-Bihani pada saat itu merupakan bagian dari suatu *'course of conduct'* yaitu bergabung dengan Brigade 55 dan bekerja di garis depan di bawah komando pemimpin Al-Qaeda dan Taliban untuk melawan pasukan Aliansi Utara yang merupakan sekutu Koalisi. Brigade 55 pada saat itu membantu, bahkan dipimpin oleh anggota Al-Qaeda. Hubungan Al-Bihani dengan Brigade 55, oleh karena itu, sudah cukup untuk membuatnya dianggap melakukan partisipasi dalam permusuhan.

Al-Bihani menyatakan bahwa saat itu ia bukan anggota atau bagian dari Brigade 55, akan tetapi semata-mata seorang asisten juru masak bertempat di dekat garis depan. Walaupun demikian, Al-Bihani tetap dilengkapi dengan senjata, sehingga menurutnya ia lebih tepat disebut sebagai seorang *"civilian contractor"*. Dengan mengacu pada *Interpretive Guidance*, menurut Al-Bihani seseorang yang menyertai angkatan bersenjata dan menyediakan makanan, akan dianggap sebagai orang sipil, sehingga para juru masak yang bertugas menyediakan makanan tidak dapat ditahan kecuali mereka melakukan tindakan bermusuhan yang secara langsung ditujukan pada penahannya. Dalam hal ini yang menjadi masalah apakah seseorang merupakan 'bagian' dari suatu organisasi militer bukan negara yang tidak resmi seperti Brigade 55, juga merupakan orang yang 'mendukung' atau 'secara substansial atau material' mendukung organisasi tersebut. Keterlibatan Al-Bihani dalam Brigade 55 yakni memasak dan membawa senjata yang disediakan, dan melakukan tugas tersebut di dekat garis depan pertempuran antara Taliban dan Pasukan Aliansi Utara telah cukup untuk membuatnya dianggap berpartisipasi secara langsung. *Interpretive Guidance* tidak mengubah kondisi itu karena tidak bersifat mengikat. Kongres sendiri memberikan otoritas untuk menggunakan kekuatan senjata termasuk kewenangan melakukan penahanan selama jangka waktu terjadinya konflik.

Kasus Al-Bihani yang digunakan dalam pembahasan ini menunjukkan bahwa elemen-elemen tentang partisipasi langsung dalam permusuhan, walaupun digunakan sebagai dasar pembelaan bagi Al Bihani, namun tidak dapat diterima atau diikuti dalam Pengadilan Negeri Amerika Serikat.

*Targeted Killing in Pakistan Case*⁴³

Kronologi Kasus

Pada 4 Oktober 2010, seorang warga negara Jerman berinisial B.E. terbunuh akibat serangan pesawat tanpa awak (*drone*) di Waziristan Utara. Waziristan adalah lokasi di Afganistan yang berada di wilayah FATAs (*Federally Administered Tribal Areas*)⁴⁴ dekat perbatasan Pakistan dan Afganistan. Setelah pasukan sekutu dan Amerika Serikat mengusir rezim Taliban di Afganistan pada November 2001, wilayah perbatasan Pakistan menjadi tempat yang nyaman bagi kaum Islam militan yang meninggalkan Afganistan barat. Serangan-serangan dari perbatasan yang dilakukan kelompok militan terhadap pasukan internasional yang berada di Afganistan (*International Security Assistance Force / ISAF*) semakin meningkat, sehingga Amerika Serikat dan Pakistan mulai melakukan operasi militer di wilayah FATAs. Dalam operasi militer tersebut Amerika Serikat menggunakan pesawat udara tidak berawak (*combat drones*) untuk melakukan serangan. Pasukan ISAF yang dibentuk 20 Desember 2001 berdasarkan Resolusi Dewan Keamanan PBB No. 1386 bertugas mendukung pemerintahan Afganistan terpilih guna menciptakan dan mempertahankan keamanan. Pasukan Taliban di Afganistan menggunakan wilayah FATA sebagai wilayah nyaman dan tempat pementasan yang menyebabkan konflik Afganistan menjadi “melebar” (*spill over*) ke wilayah Pakistan.⁴⁵

Pada 4 Oktober 2010, sebuah roket ditembakkan dari *combat drone* yang ditujukan ke sebuah gedung di kota Mir Ali, Waziristan Utara. Dalam serangan tersebut lima orang terbunuh, yaitu seorang warga negara Jerman B.E, termasuk seorang berkebangsaan Iran berinisial S.D.S, sementara tiga orang lainnya adalah penduduk setempat (warga Pashtun). Di Pakistan S.D.S bergabung sebagai anggota dan tinggal di tempat pelatihan IMU (*Islamic Movement of Uzbekistan*). Pada Desember 2009, S.D.S meninggalkan IMU dan bergabung dengan Al Qaeda sebagai orang penting (*high-ranking member*) Al Qaeda untuk wilayah Eropa.

⁴³Claus Kreß, “Aerial Drone Deployment on 4 October 2010 in Mir Ali / Pakistan” (Targeted Killing in Pakistan Case), Case No. 3 BJs 7/12-4, *Germany Federal Prosecutor General*, 23 July 2013.

⁴⁴ CAMP, “Understanding FATA”, <http://www.understandingfata.org/about-u-fata.php>, diakses tanggal 24 Mei 2018.

⁴⁵ Claus Kreß, *Op. Cit.*, hlm. 722.

Sedangkan B.E, warga Negara Jerman meninggalkan Jerman pada akhir bulan Juli 2010. Selama berada di Waziristan Utara, ia bergabung dengan kelompok-kelompok pemberontak. Pada awalnya B.E. bergabung dengan "The German Mujahhedin", kemudian bergabung dengan kelompok Taliban Pakistan (TTP) dan pertengahan September bergabung dengan Al-Qaeda. Ia berpartisipasi dalam latihan perang dan diajarkan tentang bagaimana menggunakan senjata.

Pada saat terjadi serangan *drone*, terdapat dua konflik bersenjata non-internasional yang terpisah. Konflik pertama adalah konflik bersenjata antara Pakistan dan kelompok bersenjata bukan Negara yang beroperasi di wilayah FATAs (termasuk Al-Qaeda); dan konflik bersenjata lainnya adalah konflik bersenjata antara kelompok Taliban yang berada di Afganistan melawan pemerintah Afganistan yang didukung oleh pasukan ISAF dan melebar ke wilayah Pakistan. Baik konflik yang terjadi di Pakistan maupun Afganistan merupakan konflik bersenjata non-internasional karena keduanya merupakan konflik bersenjata antara pasukan pemerintah dan kelompok bersenjata terorganisir. Jenis konflik tersebut tidak berubah karena adanya bantuan yang diterima Pakistan dan Afganistan dari Negara lain sebagai *co-participants* dalam konflik tersebut. Penentuan eksistensi konflik bersenjata terbatas pada situasi di wilayah FATA.⁴⁶

Berdasarkan hukum pidana Jerman tentang Hukum Internasional (*Code of Crimes against International Law* atau *Vo lkerstrafgesetzbuch / VStGB*) serangan *drone* tersebut tidak ditujukan pada orang sipil, namun pada orang-orang yang berpartisipasi dalam permusuhan. Dalam konflik bersenjata non-internasional, orang sipil adalah mereka yang bukan anggota dari pasukan resmi pemerintah atau bukan anggota dari kelompok bersenjata terorganisir. Seseorang dianggap anggota dari kelompok-kelompok demikian apabila ia terus menerus dan/atau melakukan fungsi tempur secara permanen ("*continuous combat function*"), antara lain melakukan partisipasi langsung dalam permusuhan. Orang-orang demikian dapat dijadikan sasaran serangan pada saat dia tidak secara langsung ikut serta dalam permusuhan. Orang-orang yang terbunuh karena serangan *drone* pada saat

⁴⁶ *Ibid.*, hlm. 723.

itu bukanlah orang sipil karena mereka melaksanakan fungsi tempur secara terus-menerus.

Dalam Kasus Mir Ali ini elemen-elemen pembentuk partisipasi langsung yang dikemukakan dalam mengadili orang-orang yang dianggap berpartisipasi dalam permusuhan, telah menggunakan unsur fungsi tempur terus-menerus sebagaimana yang tercantum di dalam *Interpretive Guidance*.⁴⁷

Penutup

Berdasarkan pembahasan di atas, maka dapat disimpulkan bahwa belum terdapat keseragaman dalam menafsirkan frasa partisipasi langsung dalam permusuhan. Penafsiran yang digunakan di dalam putusan-putusan pengadilan tentang kasus kejahatan perang menunjukkan adanya inkonsistensi dalam menerapkan parameter pembentuk frasa partisipasi langsung dalam permusuhan. Di samping pengertian terminologi yang serupa namun sedikit berbeda dalam kasus Akayesu dan kasus Lubanga, Katanga dan Ntaganda, elemen pembentuk partisipasi langsung dalam permusuhan juga tidak sepenuhnya dapat digunakan dan diterima dalam suatu pengadilan. Misalnya dalam Kasus Al Bihani penafsiran tersebut ditolak, namun sebaliknya digunakan dalam Kasus Mir Ali. Dengan perkataan lain, belum terdapat suatu parameter universal yang bersifat permanen dan secara internasional dapat diterima semua negara.

Walaupun demikian, pembahasan kasus-kasus di atas menyiratkan urgensi mendesak untuk segera menentukan lebih jauh tolok ukur apa dalam menentukan apakah seseorang sipil dapat dianggap berpartisipasi langsung dalam suatu permusuhan, sehingga keberadaan *Interpretive Guidance* perlu dicermati sebagai perkembangan hukum humaniter yang memerlukan tindakan progresif lebih lanjut.

Daftar Pustaka

Buku

Bernard Arief Sidharta, "Penelitian Hukum Normatif: Analisis Penelitian Filosofikal dan Dogmatikal", dalam Sulistyowati Irianto & Sidharta, *Metode*

⁴⁷ Nils Melzer, *Interpretive Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities under International Humanitarian Law*, *Op. Cit.*, hlm. 70-73.

Penelitian Hukum. Konstelasi dan Refleksi, Yayasan Pustaka Obor Indonesia, Jakarta, 2013.

I Made Pasek Diantha, *Metodologi Penelitian Hukum Normatif dalam Justifikasi Teori Hukum*, Prenada Media Group, Jakarta 2017.

Schmitt, Michael N., Charles H. Garraway & Yoram Dinstein, *The Manual on the Law of Non-International Armed Conflict with Commentary*, International Institute of Humanitarian Law, San Remo, 2006.

Melzer, Nils, *Interpretive Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities under International Humanitarian Law*, ICRC, Geneve, May 2009.

Putusan Pengadilan

Ghaleb Nassar Al-Bihani vs. Barack Obama, Case No. 09-5051, U.S. Court of Appeals, 5 Januari 2010.

Kreß, Claus, "Aerial Drone Deployment on 4 October 2010 in Mir Ali / Pakistan" (Targeted Killing in Pakistan Case), Case No. 3 BJs 7/12-4, *Germany Federal Prosecutor General*, 23 July 2013.

Prosecutor v. Akayesu Case No. ICTR-96-4-T, Putusan 2 September 1998.

Jurnal

Bailey, Christopher E., "Cyber Civilians as Combatants", *Creighton International and Comparative Law Journal*, Vol. 8, Issue 1, 2017.

Boothby, Bill, "'And for such times as': The Time Dimension to Direct Participation in Hostilities", *Journal of International Law and Politics*, Vol. 42, 2010.

Çetinkaya, Lokman Burak, "The ICRC's Formulation of the Notion of Direct Participation in Hostilities: A Critical Legal Analysis", *Law & Justice Review*, Year 7, Issue 12, Juni 2016.

Corn, Geoffrey S., "Bringing Discipline to the Civilianization of the Battlefield: A Proposal for a More Legitimate Approach to Resurrecting Military-Criminal Jurisdiction over Civilian Augmentees", *University of Miami Law Review*, Vol. 62, 2008.

Corn, Geoffrey S., "Unarmed but How Dangerous? Civilian Augmentees, the Law of Armed Conflict, and the Search for a More Effective Test for Permissible Civilian Battlefield Functions", *Journal of National Security Law & Policy*, Vol. 2, 2008.

Dinstein, Yoram, "The Recent Evolution of the International Law of Armed Conflict: Confusions, Constraints, and Challenges", *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, Vol. 51, 2018.

Delerue, François, "Civilian Direct Participation in Cyber Hostilities", Barcelona: Universitat Oberta de Catalunya, *IDP Revista de Internet, Derecho y Política*, No. 19, Octubre 2014.

- Hays Parks, "Part IX of the ICRC "Direct Participation in Hostilities" Study: No Mandate, No Expertise, and Legally Incorrect", *Journal of International Law and Politics*, Vol. 42, 2010.
- Jenks, Chris, "Law from Above: Unmanned Aerial Systems, Use of Force, and the Law of Armed Conflict", *North Dakota Law Review*, Vol. 85, 2009.
- Kreps, Sarah & John Kaag "The Use of Unmanned Aerial Vehicles in Contemporary Conflict: A Legal and Ethical Analysis", *Polity*, Vol. 44, No. 2, April 2012.
- Lotrionte, Catherine, "Targeted Killings by Drones: A Domestic and International Legal Framework", *Journal of International and Comparative Law*, Vol. 3, Issue 1, 2012.
- Melzer, Nils, "Keeping the Balance between Military Necessity and Humanity: A Response to Four Critiques of the ICRC's Interpretive Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities", *Journal of International Law and Politics*, Vol. 42, 2010.
- Schmitt, Michael N., "The Interpretive Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities: A Critical Analysis", *Harvard National Security Journal*, Vol. 1, 2009.
- Schmitt, Michael N., "Deconstructing Direct Participation in Hostilities: The Constitutive Elements", *Journal of International Law and Politics*, Vol. 42, 2010.
- Sehrawat, Vivek, "Legal Status of Drones under LOAC and International Law", *Penn State Journal of Law & International Affairs*, Vol. 5, Issue 1, War in the 21st Century and Collected Works, 2017.
- Van der Toorn, Damien, "Practical Road Test of the International Committee of the Red Cross's Guidance through Afghanistan", *Australian International Law Journal*, Vol. 17, Issue 1, 2010.
- Watkins, Kennet, "Opportunity Lost: Organized Armed Groups and the ICRC "Direct Participation in Hostilities" Interpretive Guidance", *Journal of International Law and Politics*, Vol. 42, 2010.
- Wenger, Andreas & Simon J.A. Mason, "The civilianization of armed conflict: trends and implications", *International Review of the Red Cross*, Vol. 90, No. 872, December 2008.
- Yip, Ka Lok, "The ICRC's interpretive guidance on the notion of direct participation in hostilities: sociological and democratic legitimacy in domestic legal orders", *Transnational Legal Theory*, Vol. 8, No. 2, 4 July 2017.

Hasil Penelitian

- Crawford, Emily, "Tracing the Historical and Legal Development of the *Levée en masse* in the Law of Armed Conflict," *Legal Studies Research Paper*, No. 17 / 10, Sydney Law School, 2017.

Internet

CAMP, "Understanding FATA", <http://www.understandingfata.org/about-ufata.php>, diakses tanggal 24 Mei 2018.

Harwood, Catherine, "A Matter of Distinction: 'active' and 'direct' participation in hostilities and the war crime of using child soldiers", *Spreading the Jam. International Law, International Criminal Law, Human Rights and Transitional Justice*, <https://dovjacobs.com/2014/07/14/guest-post-a-matter-of-distinction-active-and-direct-participation-in-hostilities-and-the-war-crime-of-using-child-soldiers/>, diakses tanggal 25 Maret 2018.