

# STATUS HUKUM KONTRAKTOR PRIVATE MILITARY AND PRIVATE SECURITY COMPANIES DALAM HUKUM HUMANITER INTERNASIONAL

Sefriani  
Fakultas Hukum Universitas Islam Indonesia  
Email : Sefriani@uii.ac.id

## Abstract

*Post- cold war the number of military privatization has been raising with many role in . This raises legal problem related to the legal status of PMSCs contractors. The method used is a normative legal research with statute approach, the historical approach, conceptual approach, as well as the comparative approach. Results of the study are presented in the form of descriptive analysis. The study concluded that generally the contractors are civilian unless and during they are directly participate in the hostilities.*

**Key world:** PMSCs contractor; legal status; direct participation

## Abstrak

Pasca perang dingin terjadi peningkatan privatisasi militer dengan banyaknya penggunaan kontraktor *Private Military and Securites Companies* PMSCs untuk berbagai peran di wilayah-wilayah konflik. Hal ini menimbulkan masalah hukum terkait status hukum kontraktor tersebut mengingat belum jelasnya aturan yang ada. Metode penelitian yang digunakan adalah penelitian hukum normatif dengan *statute approach, historical, conceptual* dan *comparative approach* yang disajikan secara deskriptif analitis. Kesimpulan yang diperoleh adalah bahwa secara umum dikatakan kontraktor PMSc adalah civilian yang berhak atas perlindungan dari penyerangan langsung kecuali dan selama mereka ambil bagian langsung dalam permusuhan..

**Kata kunci:** kontraktor PMSCs, status hukum, partisipasi langsung

### A. Pendahuluan

Berakhirnya perang dingin telah menimbulkan perubahan yang dramatis dan kompleks terhadap hubungan internasional serta evolusi hukum internasional. Disintegrasi Uni Soviet, konflik Balkan, juga konflik-konflik internal banyak muncul di berbagai wilayah. Intervensi negara-negara besar khususnya Amerika Serikat di berbagai konflik internal semakin memperkeruh konflik itu sendiri (Joseph C. Hansen, 2012 : 701-702). Menciutnya postur angkatan bersenjata pasca perang dingin di satu sisi serta Intensitas yang tinggi keterlibatan negara-negara besar khususnya Amerika Serikat dalam berbagai konflik internal di berbagai penjuru dunia yang tentu saja membutuhkan lebih banyak tentara menjadi salah satu faktor pesatnya pertumbuhan *Private Military Companies* (PMCs) atau juga *Private Securites Companies* (PSCs) atau kadang juga disebut dengan *Private Military and Securites Companies* (PMSCs). Dari sekitar 200an PMCs di tahun 2010 yang beroperasi di berbagai wilayah konflik saat ini diperkirakan telah menjadi ribuan

perusahaan yang melakukan aktifitasnya dari Albania sampai Zambia. PMSCs telah menjadi pendatang baru dalam konflik bersenjata yang tadinya menjadi monopoli negara, milisi dan kelompok pemberontak (Won Kidane, 2010:364).

Sebagian besar PMSCs bermarkas di AS, Inggris dan negara-negara yang tercatat memiliki angkatan bersenjata dengan pengalaman dan reputasi dunia. Jumlah klien yang menggunakan jasa perusahaan ini pun semakin meningkat dari tahun-ketahun (Joseph C.Hansen, 2010). Klien PMSCs beragam dari Departemen pertahanan negara-negara besar seperti Amerika dan Inggris; pemimpin di negara-dictator, pemimpin negara demokratis, pengusaha, sampai lembaga kemanusiaan (Won Kidane, 2010). Tidak hanya itu, PBB pun ternyata juga menggunakan jasa PMSCs sebagai tentara penjaga perdamaian (*UN peace keeping operation*). PBB menyewa dan menggunakan jasa PMSCs untuk jasa keamanan di perang sipil Somalia. Pada tahun 2010 PBB menyewa tidak kurang dari 7000 personil yang menghabiskan dana antara 44 million pada

2009 to \$76. PBB menggunakan mereka untuk operasi perdamaian dengan bermacam-macam peran termasuk melatih polisi dan militer lokal, memberikan pelatihan dan konsultasi untuk kompetensi pihak keamanan local, termasuk strategi mengumpulkan informasi (Mohammad Ghazi Janaby, 2015:82)

Tidak hanya meningkat dalam jumlah klien yang menggunakan jasa PMSCs, peningkatan juga terjadi dalam jumlah personil yang disewa. Pada perang teluk pertama misalnya diestimasi ada 1 kontraktor PMSCs yang disewa pada setiap 50-100 tentara reguler. Di krisis Iraq ada jumlahnya meningkat sekitar 3%. Departemen Pertahanan A.S telah menyewa atau memperkerjakan lebih dari 87.000 kontraktor di Afghanistan dan lebih dari 70.000 di Iraq. Di Afghanistan tercatat rasio ada 84 kontraktor disetiap 100 tentara reguler. Adapun di Iraq rasionya lebih tinggi lagi ada 120 kontraktor pada setiap 100 tentara reguler (U.S. Dept of Def, Contractor Support of U.S, 2011).

Mayoritas kontraktor PMSCs adalah mantan tentara dengan berbagai latar belakang baik yang mengalami rasionalisasi di kesatuannya, pensiunan yang memiliki jiwa petualang, atau mereka yang sengaja keluar dari kesatuannya demi gaji yang jauh lebih besar daripada yang didapatkan saat menjadi tentara reguler ataupun jugayang mengalami desersi dari kesatuannya (Majalah Angkasa, 2010:9).

PMSCs merupakan industri jasa yang cukup menggiurkan menjanjikan dalam hal pendapatan. PMSC sebanyak digunakan dalam berbagai proyek dan misi negara digdaya di Bosnia, Kroasia, Kosovo, Iraq, Afghanistan, Sierra Leone, Arab Saudi, Angola dan negara-negara lain. Di Kroatia dan bosnia, Kellog Brown & Root services serta MPRI dari AS antara 1994-2002 berhasil membawa pulang 300 miliar dolar dari 3000 kontrak kerja yang didapatkan dari Departemen pertahanan A.S Bahkan untuk mengawal pejabat AS yang diberi tugas mengendalikan bisnis tingkat tinggi di berbagai negara konflik, Black Water yang kini berganti nama menjadi Xe Services berhasil meraih pendapatan sampai 320 juta sampai satu miliar dolar, juga dari departemen Pertahanan A.S. (Majalah Angkasa, 2010:5). Beberapa PMC kelas dunia lainnya yang sering dimanfaatkan jasanya selain yang telah disebutkan sebelumnya adalah Executive Outcome; juga Dyne Corp (Majalah Angkasa, 2010:1).

Jasa yang diberikan oleh PMSCs sangat beragam antara lain pengawalan VVIP seperti mengawal dan melindungi individu tertentu seperti kepala negara atau tokoh politik atau pebisnis yang memiliki banyak saingan dan merasa terancam

jiwanya. Melindungi obyek tertentu, memelihara system operasional persenjataan, pengawalan konvoi kendaraan dan analisis intelijen penjagaan tahanan, melatih tentara dan aparat keamanan local; operator pengiriman logistic kelas berat, pengoperasian alat utama system senjata sampai memerangi kaum separatis (Joseph C.Hansen, 2012:702).

Hal yang menarik adalah bahwa para personil yang bekerja pada PMSCs ini menolak disebut sebagai pembunuh bayaran ataupun tentara bayaran (*dog of war*) atau mercenary yang mereka sebut sebagai julukan yang sangat kasar dan berlebihan. Mereka lebih suka disebut sebagai kontraktor (Majalah Angkasa, 2010:7). Hal ini ada sisi benarnya karena memang profesi pembunuh bayaran yang telah dikenal sejak abad ke 13 sebelum Masehi identik dengan pekerjaan memburu dan membunuh orang. Adapun keberadaan para kontraktor lebih pada tugas pengawalan, pengamanan wilayah, juga pelatihan dan konsultasi kemiliteran. Meskipun demikian tak jarang mereka juga harus bertempur melawan kelompok separatis. Istilah merceneris yang dikenal *additional protocol* 1977 jugakurang sesuai untuk mereka.

Meningkatnya penggunaan jasa PMSCs di satu sisi sekaligus mengurangi tendensi menyerahkan tugas-tugas keamanan ke pasukan tentara reguler antara lain disebabkan oleh adanya penolakan dari angkatan bersenjata berbagai negara untuk mengerahkan pasukannya ke tempat-tempat konflik yang sering diwarnai pembunuhan brutal yang memakan korban tentara mereka dalam jumlah yang tidak sedikit. Perancis dan Inggris misalnya menolak permintaan PBB untuk memperkuat UNAMSIL, pasukan penjaga perdamaian untuk Somalia. Disamping itu, alasan keprofesionalan mereka juga tidak bisa dipungkiri (Majalah Angkasa, 2010 : 5). Tak jarang pekerjaan yang dilakukan kontraktor PMSCs adalah pekerjaan-pekerjaan berbahaya yang membutuhkan nyali dan pengalaman tempur yang tinggi. Argumen lain yang tak kalah kuatnya adalah untuk mengurangi tekanan besar dunia terhadap intervensi yang dilakukan negara Besar seperti AS dan di Inggris di wilayah-wilayah konflik. Kehadiran pasukan AS di berbagai wilayah konflik memang menuai pertentangan internasional. Sangat logis kiranya apabila disebutkan bahwa penggunaan PMSCs ini merupakan trik yang digunakan AS untuk mengalihkan perhatian dan kecemasan dunia atas kehadiran tentaranya di berbagai wilayah konflik (Majalah Angkasa, 2010 : 9).

Dalam menjalankan tugasnya kontraktor PMSCs tak jarang dilengkapi dengan berbagai

senjata canggih seperti layaknya tentara reguler. Namun demikian, Setidaknya senjata standar seperti *pistols, rifles, body armor, and armored vehicles* selalu ada bersama mereka (Joseph C. Hansen, 2012).

Fenomena semakin banyaknya kehadiran PMSCs dan semakin meningkatnya penggunaan mereka menggantikan tugas tentara regular sesungguhnya merupakan privatisasi militer. Hukum Humaniter internasional sangat kurang mengatur mengenai PMSCs. Kalaupun ada dan itupun sangat minimalis adalah mengenai *merceneries*. Berangkat dari kondisi tersebut maka tulisan berikut akan mencoba untuk menganalisis secara mendalam bagaimana sesungguhnya status hukum kontraktor PMSCs, dapatkah mereka dikategorikan sebagai *mercenaries*? apakah mereka kombatan atau *civilian* sangat menarik untuk dikaji. Kejelasan status ini sangat penting untuk perlindungan hukum personil itu sendiri juga untuk penegakan hukum seandainya kontraktor PMSCs ditangkap oleh pihak musuh dari klien yang menyewanya. Lebih jauh lagi kejelasan status juga penting untuk melihat bagaimana tanggung jawab individu. Sudah menjadi rahasia umum bahwa di lapangan, banyak kasus pelanggaran hukum yang dilakukan oleh para kontraktor PMSCs tersebut. Kesewenangan, kebrutalan, kepongahan, tindakan criminal tak ubahnya pembunuh bayaran yang mampu melaksanakan tugasnya tanpa rasa takut dan tanggung jawab bahkan sanggup membunuh rakyat sipil dengan darah dingin. Sebagai contoh adalah bahwa dalam rangka melindungi Presiden Afghanistan Hamid Karzai dari serangan kelompok pemberontak, DynCorp, telah melakukan serangan membabi buta yang menewaskan cukup banyak penduduk sipil setempat (E.L Gaston, 2008 : 230).

## B. Metode Penelitian

Penelitian ini merupakan penelitian hukum normatif yang menggunakan data sekunder yang terdiri dari bahan hukum primer, sekunder dan tersier. Semua bahan hukum yang diperoleh dalam penelitian akan dikumpulkan, dikelompokkan sesuai variabel masing-masing, untuk selanjutnya dianalisis secara kualitatif. dengan menggunakan beberapa pendekatan. Beberapa pendekatan yang digunakan dalam penelitian ini adalah pendekatan perundang-undangan (*statute approach*), pendekatan histories, pendekatan konsep (*conceptual approach*), serta pendekatan perbandingan (*comparative approach*) (Peter Mahmud Marzuki, 2005 : 93-95). Hasil dari penelitian ini akan disajikan dalam bentuk deskriptif analitis.

## C. Hasil Penelitian dan Pembahasan

### 1. Prinsip pembedaan dalam Hukum Humaniter

Jantung dari hukum humaniter internasional terletak dalam salah satu prinsip fundamentalnya yaitu prinsip pembedaan (*distinction principe*). Tujuan dari prinsip ini adalah: pertama untuk melindungi semaksimal mungkin dari efek konflik bersenjata. kedua adalah bahwa hanya kombatan yang berhak berpartisipasi langsung dalam konflik bersenjata (Won Kidane, 2010 : 362).

Prinsip pembedaan membedakan perlakuan antara civilian dan kombatan. Hanya kombatan yang berhak ikut serta secara langsung dalam permusuhan, boleh mmebunuh dan dibunuh dan apabila tertangkap diperlakukan sebagai tawanan perang. Adapun *civilian* tidak boleh turut serta dalam permusuhan, harus dilindungi dan tidak boleh dijadikan sasaran serangan (Arlina Permana Sari dkk, 1999 : 105-106).

Pasal 1,2,3 haque Regulation 1907, pasal 13 Konvensi Jenewa I dan II, pasal 4 Konvensi Jenewa III serta Pasal 43 Protokol 1977 adalah pasal-pasal yang memberi pedoman bagaimana membedakan antara civilian dengan kombatan termasuk juga apakah kombatan itu *lawful* atau *unlawfull*. *Unlawfull* kombatan adalah mereka yang tidak memenuhi syarat sebagaimana yang diatur dalam pasal-pasal tersebut di atas tetapi ikut serta secara langsung dalam permusuhan. .

Pasal 4(A) (1) – (6) Konvensi III Geneva menjelaskan bahwa yang termasuk kombatan adalah:

- a. *members of other militias and volunteer corpsyang* memenuhi persyaratan yang telah ditentukan oleh konvensi geneva:
- b. *members of an armed force of a government not recognized by the Detaining Power*
- c. *alevée en masse, or citizens who respond spontaneously to invasion.*

*Pasal 4(A) (2) menjelaskan bahwa other militiasharusmilik salah satu pihak dalam konflik bersenjata dan memasukkan organized resistance movements.* Syarat ini sesungguhnya merupakan penegasan kembali apa yang sudah diatur dalam The Hague Regulations of 1907. Pasal ini juga menambahkan bahwa organized resistance

movements harus memenuhi syarat sebagai berikut (Joseph C. Hansen, 2010 : 719) :

- (a) *have a command structure;*
- (b) *have a "fixed distinctive sign recognizable at a distance;"*
- (c) *carry arms openly; and*
- (d) *conduct their operations in accordance with the laws of war.*

Tidak termasuk dalam anggota angkatan bersenjata adalah tenaga-tenaga kesehatan, rohaniwan Adapun untuk konflik non internasional, Common articles pasal 3 tidak menyebutkan civilian dengan kombatan tetapi *armed forces civilians, armed forces, and organized armed groups of the parties to the conflict*

Sedikit berbeda dengan pengaturan dalam *Haq Regulation* dan Konvensi Jenewa, Protocol I tahun 1977 tidak membedakan antara regular troops dan irregular troops. Protokol I hanya mengenal satu standar bagi angkatan bersenjata, tidak peduli apakah regular atau irregular. Yang penting bahwa angkatan bersenjata itu memenuhi persyaratan :

- a. adanya organisasi
- b. adanya disiplin
- c. komando yang bertanggung jawab atas ditaatinya hukum perang.

Kombatan yang tidak sah adalah yang tidak memenuhi ketentuan di atas. *Unlawful combatant* akan memiliki resiko yang lebih berat atau perlakuan khusus jika mereka tertangkap. Meskipun demikian unlawful combatan tetap tunduk pada penangkapan dan penahanan dalam hukum humaniter dan dapat diadilserta dijatuhi hukuman oleh pengadilan militer untuk tindakan-tindakan yang mereka lakukan (Arlina Permana Sari dkk, 1999 : 107).

Protokol I Geneva 1977 menjelaskan bahwa yang dimaksud dengan *civilian* adalah mereka yang tidak termasuk kategori kombatan. Ketika ada keraguan terhadap status seseorang apakah kombatan atau civilian maka harus dianggap sebagai *civilian* (Pasal 50 ayat (1) Protokol I Tahun 1977). *Civilian* harus selalu dilindungi kecuali ia berpartisipasi langsung dalam konflik bersenjata. Komentar protocol I mendefinisikan partisipasi langsung sebagai "*acts of war which by their nature or purpose are likely to cause actual harm to the personnel and equipment of the enemy armed forces.*". Adalah tidak mudah menerapkan

kriteria partisipasi langsung dalam konflik bersenjata.

## 2. Pengaturan tentang Tentara Bayaran (*Mercenaries*)

Pemanfaatan tentara bayaran sesungguhnya sudah dikenal masyarakat internasional sejak jaman purba. Pada awal kekaisaran Romawi dikenal istilah *Balearic Slingers* dan *Agean Bowmen*. Di Jerman pada abad pertengahan dikenal adanya *Landsknechts*. Di Amerika pada masa revolusi disebut sebagai *Hessian* dan di Itali disebut *Condottieri*. Dewasa ini dikenal dengan istilah *mercenaries* sebagai istilah yuridis atau *dogs of war* (Majalah Angkasa, 2010 : 9) dalam istilah sehari-hari. Namun demikian masyarakat umum mengenal juga istilah *soldiers of fortune* (Arlina Permana Sari dkk, 1999 : 95-96).

Kehadiran tentara bayaran di masa lampau umumnya berawal dari keinginan raja-raja di negara barat untuk membentuk pasukan yang tangguh dan besar. Namun demikian hal ini membutuhkan biaya yang besar. Oleh karena itu raja-raja di Eropa saat itu, sekitar abad 15-16, seperti Raja perancis, Itali, Inggris, Belanda dan Swiss membentuk pasukan kecil namun tangguh untuk menekan biaya. Pasukan kecil yang terlatih dan tangguh ini bertugas mengamankan keluarga kerajaan. Tentara Bayaran dari Swiss misalnya bekerja untuk mengamankan keluarga raja perancis sampai revolusi perancis. Penggunaan tentara bayaran terus berlangsung termasuk juga di Perang Indochina 1946-1954, juga perang sipil di Kongo, bekas jajahan perancis pada tahun 1964 (Arlina Permana Sari dkk, 1999 : 96).

Motivasi seseorang menjadi tentara bayaran umumnya adalah karena uang bukan karena kesetiaan pada negara atau kerajaan yang merekrut dan membayarnya. Mereka tidak memperdulikan apakah perang yang mereka lakukan itu perang yang adil atau tidak. Hal ini dikemukakan berbagai penulis terkemuka seperti Ayala, Vitoria, Grotius, Vattel, Wolff dan Calvo (Arlina Permana Sari dkk, 1999 : 97-99).

Beberapa instrumen hukum yang sering dirujuk sebagai dasar hukum untuk melihat legalitas atau status hukum tentara bayaran adalah Konvensi Den haq 1907, Konvensi III Jenewa 1949, dan Protokol I 1977. Konvensi Den Haq mewajibkan negara-

negara bersikap netral dan tidak melibatkan diri pada pertempuran negara lain termasuk dengan mensuplai tentara bayaran. Namun demikian bilamana ada warga negara dari negara yang netral tersebut atas inisiatifnya sendiri menjadi tentara bayaran maka negara asal tentara bayaran itu tidak akan kehilangan status kenetralannya. Adapun tentara bayaran itu berhak atas status sebagai tawanan perang apabila tertangkap oleh musuhnya sepanjang memenuhi syarat-syarat klasik dalam hukum perang (Haryo Mataram dalam Arlina Permana Sari dkk, 1999 : 100).

Menurut Boumedra berdasarkan Konvensi Geneva 1949, tentara bayaran berhak atas status sebagai tawanan perang sepanjang memenuhi persyaratan pasal 4 Konvensi III yaitu:

1. Menjadi anggota angkatan perang, milisi atau barisan sukarela yang menjadi bagian dari angkatan perang tersebut
2. Menjadi anggota milisi atau barisan sukarela lainnya serta anggota gerakan perlawanan yang diorganisir dengan memenuhi persyaratan:
  - a. dipimpin oleh seorang yang bertanggung jawab atas bawahannya
  - b. memakai tanda pengenal tetap yang dapat dikenal dari jauh
  - c. membawa senjata terbuka
  - d. melakukan operasi perang sesuai dengan hukum dan kebiasaan berperang

Instrumen hukum selanjutnya adalah Protocol I tahun 1977. Protokol I tahun 1977 ini adalah instrumen hukum yang pertama kali mengatur secara eksplisit tentang tentara bayaran. Menurut instrumen hukum ini, mercenaries harus memenuhi kriteria sebagai berikut:

- a. *being specially recruited in order to fight;*
- b. *aking a direct part in the hostilities*
- c. *being motivated essentially by the desire for private gain;*
- d. *being neither a national of a party to the conflict nor a resident of territory controlled by a party to the conflict;*
- f. *not being a member of the armed forces of a party to the conflict; and*
- g. *not being sent by a State that is not a party to the conflict on official duty as a member of its armed forces*

Menurut Haryo Mataram, tiga syarat pertama (a-c) adalah syarat positif, sedangkan syarat d-f adalah syarat negative. Syarat negatif adalah bahwa warga negara pihak yang bersengketa atau orang yang dikirim untuk melakukan tugas resmi sebagai anggota angkatan bersenjata pihak yang bersengketa, tidak mungkin dapat digolongkan ke dalam tentara bayaran (Haryo Mataram dalam Arlina Permana Sari dkk, 1999 : 104-105).

Dengan demikian menurut Pasal 47, seseorang bisa disebut sebagai tentara bayaran apabila secara kumulatif memenuhi persyaratan: secara khusus direkrut di dalam negeri atau di luar negeri dalam rangka untuk berperang atau konflik bersenjata; secara nyata ikut berpartisipasi langsung dalam permusuhan; motivasinya adalah untuk keuntungan pribadi dan dijanjikan kompensasi materi atau jabatan dalam angkatan bersenjata; bukan warga negara dari negara yang bersengketa; bukan pula orang yang berdiam di wilayah yang bersengketa; bukan anggota dari angkatan bersenjata dari suatu pihak yang bersengketa; dan tidak dikirim oleh negara yang bukan pihak yang bersengketa (Haryo Mataram dalam Arlina Permana Sari dkk, 1999 : 101-104).

Meskipun dinilai sudah lebih baik daripada pengaturan dalam Haque Regulation dan Jenewa tetapi Pasal 47 pun yang merupakan kompromi negara-negara Afrika dan negara-negara barat masih mengandung celah-celah hukum dan menimbulkan ketidakpuasan. Negara-negara Afrika tidak puas karena pasal 47 tidak mencantumkan adanya larangan bagi negara untuk melakukan rekrutmen. Sedangkan negara-negara barat tidak puas karena pasal 47 tidak secara eksplisit menentukan bahwa tentara bayaran tetap dilindungi pasal 75 protokol I khususnya mengenai jaminan-jaminan dasar (Haryo Mataram dalam Arlina Permana Sari dkk, 1999 : 105).

Protokol 1977 dan instrumen hukum sebelumnya tidak melarang keberadaan tentara bayaran. Dalam perkembangannya Dewan Keamanan mengeluarkan Resolusi Dewan keamanan nomor 405 tertanggal 16 April 1977 yang mengutuk perekrutan tentara bayaran. Selanjutnya Resolusi Majelis Umum PBB nomor 33/24 tertanggal 8 Desember 1978 menyatakan bahwa praktek penggunaan tentara bayaran dalam menentang gerakan pembebasan nasional dianggap sebagai

perbuatan pidana dan tentara bayaran yang bersangkutan akan dianggap sebagai penjahat biasa, bukan kombatan. Pada tahun yang sama menteri negara-negara OAU mengesahkan perjanjian yang disebut *Convention for the Elimination of mercenaries in Africa* yang diberlakukan 22 April 1985 (Haryo Mataram dalam Arlina Permana Sari dkk, 1999 : 97).

Dewasa ini masyarakat internasional telah memiliki *the International Convention against the Recruitment, Use, Financing and Training of Mercenaries* yang sering disingkat dengan *The UN Mercenary Convention*. Konvensi ini berhasil diadopsi oleh Majelis umum PBB pada 4 Desember 1989 melalui resolusi nomor 44/34. Konvensi ini mulai berlaku sejak 20 Oktober 2001. Menegaskan apa yang telah diatur dalam pasal 47 Protokol 1977 *UN mercenary convention* menyatakan bahwa yang dimaksud dengan *mercenary* adalah setiap orang yang:

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

Selain itu ditambahkan pula bahwa *mercenary* adalah setiap orang yang dalam situasi lain:

1. *Is specially recruited locally or abroad for the purpose of participating in a concerted act of violence aimed at:*
2. *Overthrowing a Government or otherwise undermining the constitutional order of a State; or*
3. *Undermining the territorial integrity of a State;*
4. *Is motivated to take part therein essentially by the desire for significant private gain and is prompted by*

*the promise or payment of material compensation;*

5. *Is neither a national nor a resident of the State against which such an act is directed;*
  1. *Has not been sent by a State on official duty; and*
  2. *Is not a member of the armed forces of the State on whose territory the act is under*

### 3. Status Hukum Kontraktor Swasta *PMSCs* dalam Hukum Humaniter Internasional

Banyak pihak menyamakan kontraktor *PMSCs* dengan tentara bayaran (*mercenary*) dan statusnya adalah *unlawfull combatant*. Namun demikian perlu kehati-hatian sebelum menyimpulkan hal tersebut. Berikut ini akan coba untuk dianalisis mengenai hal tersebut.

Sumber-sumber hukum seperti *Haque Regulation*, Konvensi Jenewa 1949 dan protokol 1977 tidak melarang keberadaan tentara bayaran. Instrumen hukum tersebut hanya memberikan ciri atau karakteristik untuk seseorang bisa disebut sebagai tentara bayaran beserta resiko yang mereka alami bila tertangkap musuh.

Sebagaimana telah disebutkan sebelumnya, untuk disebut sebagai tentara bayaran haruslah secara kumulatif memenuhi persyaratan: direkrut secara khusus di dalam negeri atau di luar negeri dalam rangka untuk berperang atau konflik bersenjata; secara nyata ikut berpartisipasi langsung dalam permusuhan; motivasinya adalah untuk keuntungan pribadi dan dijanjikan kompensasi materi atau jabatan dalam angkatan bersenjata; bukan warga negara dari negara yang bersengketa; bukan pula orang yang berdiam di wilayah yang bersengketa; bukan anggota dari angkatan bersenjata.

Pasal 47 sebagaimana dipaparkan sebelumnya adalah pasal yang memberikan parameter tentang tentara bayaran. Meskipun demikian pasal ini masih menimbulkan multi tafsir yang bisa menimbulkan celah hukum. Syarat yang paling banyak menimbulkan multitafsir adalah kriteria ikut serta secara langsung dalam permusuhan. Seiring perkembangan jaman juga perkembangan teknologi perang, syarat ikut serta secara langsung tidak bisa lagi dimaknai secara sederhana yaitu ikut serta secara aktif di medan pertempuran.

Dalam upaya menentukan status hukum kontraktor *PMSCs*, ICRC bersama 17 negara berhasil mengadopsi *the Montreux Document*. Dokumen ini menyatakan bahwa tanpa mengabaikan status hukum personil atau kontraktor *PMSCs* apakah mereka kombatan atau *civilian*, mereka harus tunduk pada hukum humaniter internasional. Secara umum menurut Dokumen Montreux, Status kontraktor *PMSCs* adalah *civilian*, kecuali jika:

1. *they are incorporated into the regular armed forces of a State;*
2. *they are members of organized armed forces, groups, or units under a command responsible to the State; or*

Mereka akan kehilangan hak atas perlindungan sebagai *civilian* berdasarkan hukum humaniter internasional jika mereka memenuhi syarat di atas.

Lebih lanjut, *Commentary* dari dokumen *Montreux* itumenjelaskan bahwa yang dimaksud dengan "*members of organized armed forces*" merujuk pada persyaratan dalam pasal 4 (A) (2) Konvensi Geneva III. Menurut ketentuan hukum ini, kontraktor *PMSCs* tidak dianggap sebagai *civilian* jika (*Montreux document*):

- a. *under responsible command,*
- b. *have a distinctive fixed sign,*
- c. *carry arms openly, and*
- d. *obey the laws of war.*

*The Montreux commentary* menjelaskan dengan memberikan contoh partisipasi langsung oleh kontraktor seperti: *guarding military bases against attacks from the enemy party, gathering tactical military intelligence, juga operating weapons systems in a combat operation*. Ketika kontraktor *PMSCs* itu melakukan aktifitas tersebut maka jelaslah status mereka bukan *civilian*. Adapun aktifitas yang tidak termasuk dalam partisipasi langsung antara lain adalah jasa *equipment maintenance, logistic services, guarding diplomatic missions or other civilian sites*. Ditambahkan pula aktifitas lain yang tidak masuk dalam kriteria telah berpartisipasi langsung adalah: *collection of intelligence of a non tactical nature or purchasing, smuggling, manufacturing, or maintaining weapons and equipment outside specific military operations*.

Apabila ICRC berhasil mengeluarkan dokumen Montreux, maka *The Mercenary Working Group* yang dibentuk oleh *The UN Human Rights Council* untuk tujuan yang sama menjelaskan tentang kriteria partisipasi langsung bagi tentara bayaran

menghasilkan a *draft Convention on Private Military and Security Companies ("PMSC Draft Convention")* (Joseph C.Hansen, 710 :711).

Dalam upayanya menentukan status kontraktor *PMSCs*, *the Mercenary Working Group* menggabungkan hukum HAM dengan hukum humaniter internasional dan mewajibkan negara mematuhi kedua hukum tersebut. Meskipun Draft konvensi ini tidak dimaksudkan untuk mengatur bagaimana mekanisme pengaturan *PMSCs* oleh hukum humaniter, namun draft konvensi melarang: *PMSCs* untuk terlibat dalam aktifitas seperti (*Annex art. 8, 28-29*):

- a. *the use of force by PMSCs to, inter alia,*
- b. *overthrow a government,*
- c. *change borders of a State,*
- d. *target civilians,*
- e. *cause disproportionate harm, or*
- f. *provide training to accomplish any of the above.*

Draft juga melarang kontraktor *PMSCs* untuk melakukan tindakan yang merupakan fungsi yang melekat pada negara seperti *direct participation in hostilities, waging war and/or combat operations, taking prisoners, law-making, espionage, intelligence, knowledge transfer with military, security and policing application, use of and other activities related to weapons of mass destruction, police powers, especially the powers of arrest or detention including the interrogation of detainees*, dan fungsi lain yang dipertimbangkan sebagai fungsi yang melekat pada negara berdaulat (*Annex art. 9, 29*). Berdasarkan apa yang ditetapkan dalam draft konvensi bisa disimpulkan bahwa *The Mercenary Working Group* melarang *PMSCs* melakukan aktifitas kombatan dengan cara melarang mantan anggota berpartisipasi langsung dalam konflik bersenjata (Joseph C.Hansen).

Dari paparan ketentuan-ketentuan hukum humaniter yang telah dipaparkan sebelumnya dapat disimpulkan bahwa tidak semua kontraktor *PMSCs* adalah tentara bayaran. Sebagai contoh adalah mantan tentara Amerika, berkewarganegaraan Amerika yang bekerja pada salah satu *PMSCs* berbasis di Amerika dan ditugaskan untuk mengawal pengiriman bahan makanan ke daerah konflik dimana Amerika terlibat di dalamnya. Di lihat dari sisi kewarganegaraan tidak memenuhi syarat karena untuk dikatakan sebagai tentara

bayaran haruslah berkewarganegaraan dari bukan negara yang mengontraknya. Apalagi bila dilihat dari aktifitas yang dilakukan, haruslah memenuhi kriteria berpartisipasi langsung dalam permusuhan.

Di lihat dari aktifitasnya, Pieter Singer membagi *PMSCs* dalam 3 kategori aktifitas yaitu *military support firms, military consulting firms, and military provider firms* (Nils Melzer, 2008 : 1003 dan Fionnuala NíAoláin, 1527). Adapun Doug Brooks membaginya menjadi *lethal versus nonlethal capabilities* dan *active versus passive” services* (Doug Brooks, 2002).

Melihat fakta di lapangan yang kemudian diterapkan pada instrument-instrumen hukum yang mengatur mengenai *mercenaries* dapat disimpulkan bahwa mayoritas kontraktor *PMSCs* bukan tentara bayaran. Hal ini dikarenakan sebagian besar personil yang diperkerjakan oleh *PMSC* dan dikontrak oleh kliennya jarang yang dalam kontraknya ditugaskan untuk bertempur di konflik bersenjata (*to fight in an armed conflict*) (Joseph C.Hansen, 2012 : 713). Mayoritas kontraktor *PMSCs* tidak terintegrasi dalam angkatan bersenjata negara dan memegang fungsi yang jelas-jelas tidak melibatkan mereka dalam keikutsertaan langsung dalam permusuhan atas nama pihak peserta konflik yaitu tidak memegang fungsi tempur terus menerus. Oleh karenanya secara umum mereka masuk definisi *civilian* (Nils Melzer, 2009 : 38)

Dengan status sebagai *civilian* maka kontraktor *PMSCs* berhak atas perlindungan dari serangan yang dilakukan oleh pihak yang bersengketa, kecuali jika kemudian kontraktor itu mengubah aktifitasnya menjadi berpartisipasi langsung dalam permusuhan. Sebagaimana dikemukakan *Montreaux Document* telah memberikan contoh-contoh aktifitas yang masuk kategori berpartisipasi langsung dan yang tidak berpartisipasi langsung. Yang termasuk berpartisipasi langsung adalah *guarding military bases against attacks from the enemy party, gathering tactical, military intelligence, and operating weapons systems in a combat operation*. Tidak termasuk berpartisipasi langsung antara lain adalah *equipment maintenance, logistic services, guarding diplomatic missions or other civilian sites, or catering, collection of intelligence of a nontactical nature or purchasing, smuggling, manufacturing, or maintaining weapons and*

*equipment outside specific military operations* (Nils Melzer, 2009 : 714).

Meskipun telah memberikan contoh-contoh namun ICRC mengakui bahwa terkadang dalam kasus-kasus tertentu tetap tidak mudah menentukan apakah aktifitas yang dilakukan kontraktor *PMSCs* termasuk berpartisipasi langsung atau tidak, karena terkadang batas perbedaannya bisa jadi sangat tipis. Sebagai contoh adalah batas antara aktifitas “pertahanan militer dan sasaran militer lainnya terhadap serangan musuh yang merupakan partisipasi langsung dalam permusuhan dengan aktifitas perlindungan dari orang-orang dan benda-benda dari kejahatan atau kekerasan yang tidak terkait dengan permusuhan yang merupakan tindakan *law enforcement/defence of self or others*. Perbedaan ini dapat menjadi lebih kompleks dan membingungkan lagi dalam konteks mempertahankan diri dari serangan yang dilakukan suatu kelompok yang juga tidak jelas statusnya apakah kombatan atau *civilian*. Konsekuensinya bisa jadi aktifitas kontraktor itu dikategorikan berpartisipasi langsung tetap bisa juga dikategorikan sebagai tindakan *police operation* yang terpisah dari permusuhan atau konflik bersenjata yang sedang berlangsung. Demikian halnya dengan aktifitas pengumpulan intelijen: Apa yang merupakan “*nontactical*” intelijen? Bagaimana jika aktifitas intelijen nantinya menjadi strategi yang sangat bermanfaat? Contoh lain adalah ketika ada ketidakjelasan antara situs militer dan sipil. Seandainya ada situs yang bukan bagian dari infrastruktur militer tetapi merupakan sasaran militer yang sah. Tambahan lagi ketika ICRC membatasi adanya operasi senjata untuk menentukan ada tidaknya partisipasi langsung hanya ketika dilakukan pada operasional tempur (Nils Melzer, 2009 : 715)

Merespon kebingungan ini seorang Komentator menjelaskan bahwa kontraktor *PMSCs* akan dianggap berpartisipasi langsung pada permusuhan ketika melaksanakan upaya pertahanan yang berakibat melukai musuh . Intinya hukum humaniter tidak membedakan apakah upaya yang dilakukan adalah upaya penyerangan atau membela diri semuanya masuk kriteria partisipasi langsung.

Dalam perkembangannya ICRC berhasil memberikan panduan elemen-elemen yang harus dipenuhi supaya suatu tindakan masuk kategori keikutsertaan langsung dalam

permusuhan, yaitu (Nils Melzer, 2009 : 46) :

1. tindakan itu harus berkemungkinan menimbulkan dampak merugikan pada operasi militer salah satu pihak peserta konflik atau alternatifnya berkemungkinan menimbulkan kematian, cedera atau kehancuran pada orang atau obyek yang dilindungi terhadap penyerangan langsung (*threshold of harm*). Ambang merugikan ini dirinci lebih lanjut:
  - a. berdampak merugikan terhadap operasi militer atau kapasitas militer salah satu pihak peserta konflik
  - b. menimbulkan kematian, cedera, atau kehancuran pada orang atau obyek yang dilindungi terhadap penyerangan langsung
2. harus ada hubungan kausatif langsung antara tindakan tersebut dan bahaya yang berkemungkinan timbul dari tindakan itu sendiri atau dari operasi militer terkoordinasi yang didalamnya tindakan tersebut menjadi bagian integral (direct causation atau penyebab langsung). parameter adanya hubungan langsung adalah:
3. tindakan tersebut harus merupakan tindakan yang spesifik dirancang untuk secara langsung menimbulkan ambang merugikan yang diperlukan untuk mendukung salah satu pihak peserta konflik dan merugikan pihak peserta yang lain (neksus perang).

Status hukum kontraktor *PMSCs* juga dipengaruhi oleh waktu. Menurut Alexandre Faite, a *legal advisor to the ICRC*, seorang kontraktor *PMSCs* yang sedang *on duty* menjaga infrastruktur militer akan dikatakan sebagai berpartisipasi langsung tetapi ketika dia *off duty* karena pergantian shift jaga dia tidak bisa dikatakan sebagai berpartisipasi langsung. Sebagai *civilian* dia akan dilindungi dari serangan ketika tidak berpartisipasi langsung. Dengan demikian penentuan berpartisipasi langsung tidaknya seorang kontraktor *PMSc* sangat kondisional, tergantung kasus posisinya (Adam Ebrahim, 2010 :184), tergantung kualitas dan taraf keterlibatannya pada permusuhan tersebut. Pada saat kontraktor tersebut berpartisipasi langsung ia akan kehilangan perlindungan secara temporer dikarenakan kegiatan yang dilakukannya. Hal ini harus dibedakan dengan kasus hilangnya perlindungan secara terus menerus dikarenakan status atau fungsi

sebagai akibat dari status kombatan atau fungsi tempur terus menerus (Nils Mezer, 2009 : 49).

Sebagai *civilian*, kontraktor *PMSCs* akan memperoleh perlindungan terhadap penyerangan langsung kecuali dan selama mereka ambil bagian secara langsung dalam permusuhan. Para kontraktor ini tidak akan kehilangan status sebagai *civilian*, tetapi perlindungan terhadapnya ditangguhkan sementara waktu selama ia ambil bagian secara langsung dalam permusuhan tersebut.

#### D. Simpulan

Dari paparan dalam bab pembahasan dapat disimpulkan bahwa status hukum kontraktor *PMSCs* tidak dapat dikategorikan sebagai *mercenaries* karena tidak memenuhi criteria *mercenaries* sebagaimana diatur dalam pasal 47 Protokol 1977 UN *mercenary convention*, yang menyatakan bahwa *mercenary* adalah setiap orang yang:

- f *Is specially recruited locally or abroad in order to fight in an armed conflict;*
- g *Is motivated to take part in the hostilities essentially by the desire for private gain and, in fact, is promised, by or on behalf of a party to the conflict, material compensation substantially in excess of that promised or paid to combatants of similar rank and functions in the armed forces of that party;*
- h *Is neither a national of a party to the conflict nor a resident of territory controlled by a party to the conflict;*
- i *Is not a member of the armed forces of a party to the conflict; and*
- j *Has not been sent by a State which is not a party to the conflict on official duty as a member of its armed forces.*

Status hukum kontraktor *PMSCs* adalah sebagai *civilian*, mengingat mayoritas kontraktor *PMSCs* tidak ditugaskan untuk bertempur di konlik bersenjata, tidak terintegrasi dalam angkatan bersenjata negara dan tidak memegang fungsi tempur terus menerus sehingga jelas-jelas tidak memenuhi syarat berpartisipasi langsung dalam permusuhan atas nama pihak peserta konflik, sebagaimana disyaratkan untuk mengkategorikan seseorang sebagai *combatant*. Dengan demikian kontraktor *PMSCs* berhak atas perlindungan dari penyerangan langsung terhadapnya sebagaimana yang dinikmati oleh *civilian*, kecuali dan selama mereka ambil bagian secara langsung dalam permusuhan.

## Daftar Pustaka

### Buku

- Mahmud Marzuki, Peter . 2005. *Penelitian Hukum*. Jakarta : Kencana Prenada Media Group.
- Melzer, Nils, 2009. *Pedoman Penafsiran tentang Konsep Keikutsertaan Langsung dalam permusuhan menurut Hukum Humaniter Internasional*. Jakarta: ICRC.
- Permana sari, Arlina, dkk. 1999. *Pengantar Hukum Humaniter*. Jakarta: ICRC.

### Artikel Jurnal

- Carlos Zar, Juan , "The Emergence of A New Dog of War : private international security companies, international law and The New World Disorder", *Stanford Journal of International Law International Law*, 34 Stan. J. Int'l L. 75, Winter 1998
- Ebrahim, Adam, "Going to War with the Army You Can Afford: The United States, International Law, and the Private Military Industry", *Boston University International Law Journal*, 28 B.U. INT'L L.J. 181, Spring 2010
- Gaston, E. L. "Mercenarism 2.0? The Rise of the Modern Private Security and Its Implications for International Humanitarian Law enforcement", *Harvard International Law Journal*, 49 Harv. Int'l L.J. 221, Winter, 2008
- Ghazi Janaby, Mohamad, "The Legal Status of Employees of Private Military /Security Companies Participating in UN Peacekeeping Operations", *Northwestern Journal of International Human Rights*, 13 Nw. J. Int'l Hum. Rts. 82, 29015
- Hansen, Joseph C. , "Rethinking The Regulation of The private Military and Security Companies under International Humanitarian law", *Fordham International Law Journal*, 35 Fordham Int'l L.J. 698, March 2012
- Kidane, Won, "The Status of Private Military Contractors under International Humanitarian Law", *Denver Journal International Law and Policy*, 38 Denv. J. Int'l L. & Pol'y 361, Summer 2010
- Melzer, Nils , Int'l Comm. of the Red Cross, "Interpretive Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities Under International Humanitarian Law", , *International Review of Red Cross*, 90 Intl. Rev.Red Cross 991, 2008
- Ní Aoláin, Fionnuala, "Hamdan and Common Article 3: Did the Supreme Court Get It Right?" *Minnesota Law Review*, ,91 Minn.L.Rev.1523., 2012
- Schmitt, Michael N, "Humanitarian law and Direct Participation in Hostilities by Private Contractors", *Chicago Journal of International Law* , 5 Chi. J. Int'l L. 511., Winter 2005

### Majalah

#### Artikel Website

- Brooks, Doug ,*Protecting People: The PMC Potential-Comments and Suggestions for the UK Green Paper on Regulating Private Military Services* 3 ( Int'l Peace Operations Ass'n, Working Paper, 2002), <http://www.hoosier84.com/0725brookspmcregs.pdf>, diakses 1 Agustus 2015.
- No name, "Private Military Companies:Sepak Terjang Tentara Swasta, dalam *Majalah Angkasa*, Edisi Koleksi, Juli 2010.
- U.S. DEP'T OF Def, Contractor Support of U.S. Operations in The USCENTCOM Area of Responsibility, Iraq, and Afghanistan, (2011), [http:// www.acq.osd.mil/log/PS/docs/5A\\_paper/5A\\_Jan2011\\_final.doc](http://www.acq.osd.mil/log/PS/docs/5A_paper/5A_Jan2011_final.doc), diakses Juli 2014.

### Dokumen:

Montraux Document