

Ringkasan Eksekutif

Pelaksanaan Prinsip Non-Hukuman untuk Korban Perdagangan Orang di Negara-Negara Anggota ASEAN

Marika McAdam



Maret 2022

Penulis: Dr Marika McAdam, ASEAN-ACT International Law and Policy Adviser

Hak cipta dari seluruh dan setiap bagian dari dokumen ini adalah milik DT Global dan tidak dapat digunakan, dijual, dialihkan, disalin atau diproduksi ulang secara keseluruhan atau sebagian dengan cara apa pun atau dalam atau pada media apa pun kepada orang lain selain melalui persetujuan dengan DT Global. Dokumen ini diproduksi oleh DT Global demi manfaat dan penggunaan oleh klien sesuai dengan ketentuan perikatan. DT Global tidak dan tidak akan mengemban tanggungjawab atau kewajiban apa pun kepada pihak ketiga mana pun yang timbul dari segala penggunaan, atau kepercayaan oleh pihak ketiga mana pun terhadap konten dari dokumen ini.

Pernyataan Sangkalan: Pemerintah Australia telah mendanai publikasi ini melalui Departemen Luar Negeri dan Perdagangan. Pandangan-pandangan yang tertulis dalam publikasi ini adalah milik penulis sendiri dan belum tentu merupakan pandangan Pemerintah Australia.

Foto halaman depan oleh Paolo Nicoletto, Nguyen Dang Hoang Nhu, Kristen Sturdivant, Hakan Nural on Unsplash



Saya menganggap laporan ini sangat penting dalam mengembangkan analisis hukum kita tentang kesulitan menerapkan dan memastikan pelaksanaan prinsip non-hukuman dalam hukum internasional..

Secara khusus, saya sangat bersyukur bahwa laporan ini mengkaji tantangan seputar implementasi dan penerapan prinsip non-hukuman di kawasan ASEAN, dan sangat komprehensif dalam menunjukkan tantangan spesifik yang muncul dalam praktik dan rekomendasi yang memberi informasi kepada praktisi, pembuat kebijakan, dan legislator; semua aktor yang sangat penting dalam memastikan pelaksanaan atas prinsip non-hukuman yang lebih efektif.



Pelapor khusus Perserikatan Bangsa-Bangsa
untuk Perdagangan Orang,
Terutama Perempuan dan Anak,
Profesor Siobhán Mullally



Prinsip non-hukuman menetapkan bahwa korban perdagangan tidak boleh dituntut atau dihukum atas tindakan melawan hukum yang mereka lakukan sebagai akibat dari perdagangan orang. Prinsip ini tidak menawarkan kekebalan menyeluruh, tetapi merupakan alat penting untuk perlindungan korban dan proses peradilan pidana yang berbasis hak asasi manusia dalam penanganan kasustindak pidana perdagangan orang.

Studi ini mendalami undang-undang, kebijakan, dan praktik untuk menerapkan prinsip non-hukuman di seluruh Negara-negara Anggota ASEAN, dan mengkaji tantangan dan hambatan praktis yang dihadapi dalam praktik peradilan pidana. Temuan dan rekomendasinya ditawarkan kepada pembuat undang-undang, pembuat kebijakan dan praktisi peradilan pidana, untuk mendukung upaya berkelanjutan mereka dalam memenuhi kewajiban melindungi korban perdagangan orang sesuai dengan hak asasi mereka, mencegah perdagangan orang, dan bekerja sama untuk mencapai tujuan tersebut.

Studi ini didasarkan pada tinjauan pustaka materi dari Kawasan ASEAN dan tempat lain dan 12 diskusi pleno yang diadakan di 6 negara (Filipina, Kamboja, Viet Nam, Lao PDR, Thailand, dan Indonesia). Sebanyak 196 orang berpartisipasi dalam diskusi ini, yang terdiri dari 122 perwakilan pemerintah dan 74 perwakilan non-pemerintah. Selain itu, empat pakar individu memberikan masukan secara tertulis atau melalui diskusi mendalam.¹

Sumber prinsip non-hukuman

Undang-undang dan kebijakan internasional: Prinsip non-hukuman tidak secara eksplisit terkandung dalam *Protokol untuk Mencegah, Menindak, dan Menghukum Perdagangan Orang, Terutama Perempuan dan Anak* (Protokol Perdagangan Orang) maupun Konvensi Perserikatan Bangsa-Bangsa (PBB) Menentang Tindak Pidana Transnasional Yang Terorganisasi (UNTOC). Namun, hal ini semakin dipahami sebagai komponen inti dari perlindungan dan bantuan korban berbasis hak asasi manusia, termasuk dalam *Prinsip dan Pedoman yang Direkomendasikan tentang Hak Asasi Manusia dan Perdagangan Orang dari Kantor Komisaris Tinggi PBB untuk Hak Asasi Manusia*. Pemahaman tersebut telah memperoleh daya tarik yang signifikan, dan telah memandu diskusi Kelompok Kerja Perdagangan Orang, dibawah Konferensi Negara Anggota terhadap Konvensi PBB Menentang Kejahatan Terorganisir Transnasional,² yang telah juga diadopsikan dalam laporan

¹ Studi ini juga mendapat manfaat dari partisipasi penulis dalam acara-acara yang berkaitan dengan prinsip non-hukuman. Penulis berperan sebagai peserta dan fasilitator pada lokakarya konsultasi yang diselenggarakan pada 4-5 Februari 2021 oleh Pelapor Khusus Perdagangan Orang, Terutama Perempuan dan Anak, untuk menginformasikan laporan Pelapor Khusus: Pelaksanaan prinsip non-hukuman: Laporan Pelapor Khusus tentang Perdagangan Orang, Terutama Perempuan dan Anak, Siobhán Mullaly, UN Doc. A/HRC/47/34 (17 May 2021). Penulis juga berpartisipasi dalam acara sampingan meja bundar pada Sidang ke-47 Dewan Hak Asasi Manusia, 30 Juni 2021, 13:00 – 14:30 CET, yang diselenggarakan oleh ICAT dan OHCHR, berjudul: Non-hukuman bagi korban perdagangan orang: Meja bundar tentang penerapan prinsip non-hukuman bagi korban perdagangan orang <https://aseanactpartnershiphub.com/resources/video-non-punishment-roundtable/>. Penulis berterimakasih atas kesempatan ini untuk mengumpulkan wawasan global.

² Non-hukuman dan non-penuntutan korban perdagangan orang: pendekatan administratif dan yudisial untuk pelanggaran yang dilakukan dalam proses perdagangan tersebut: Makalah latar belakang disiapkan oleh Sekretariat, Wina 27 – 29 Januari 2010, UN Doc. CTOC/COP/WG.4/2010/4 (9 Desember 2010), paragraf 10.

Pelapor Khusus untuk Perdagangan Orang,³ dan bahkan Resolusi Dewan Keamanan telah menyerukan kepada semua negara untuk tidak menghukum korban perdagangan orang.⁴ Komitmen terhadap prinsip non-hukuman juga telah ditegaskan dalam *Deklarasi Politik 2021 tentang Pelaksanaan Rencana Aksi Global PBB untuk Memerangi Perdagangan Orang*.⁵ Prinsip ini juga secara jelas tercakup dalam hukum internasional yang terkait secara khusus dengan kerja paksa ; pasal 4(2) *Pro Protokol 2014 untuk Konvensi Kerja Paksa No. 29 memberikan hak kepada pihak berwenang untuk tidak menghukum korban atas keterlibatan mereka dalam kegiatan melanggar hukum yang terpaksa mereka lakukan sebagai akibat langsung dari kerja paksa. Pasal 31 Konvensi 1951 tentang Status Pengungsi*, mungkin juga relevan bagi orang-orang yang diperdagangkan yang mencari suaka. Pasal itu melarang pengenaan hukuman terhadap pengungsi karena masuk atau hadir secara ilegal (tidak berdokumen) di suatu negara.

Undang-undang dan kebijakan regional: Di Asia, the *Konvensi ASEAN Menentang Perdagangan Orang, Terutama Perempuan dan Anak* (2015), menetapkan bahwa Negara-negara Pihak (kesepuluh negara anggota ASEAN) harus mempertimbangkan untuk tidak meminta pertanggungjawaban korban secara pidana atau administratif atas tindakan yang melanggar hukum yang berkaitan langsung dengan tindak pidana perdagangan orang (Pasal 14(7)). Prinsip tersebut juga diberlakukan oleh *Rencana Aksi ASEAN Menentang Perdagangan Orang, Terutama Perempuan dan Anak*; Komisi ASEAN untuk Kemajuan dan Perlindungan Hak Perempuan dan Anak (ACWC) *Pedoman Sensitif Gender untuk Penanganan Perempuan Korban Perdagangan Orang, dan Pedoman Praktisi ASEAN tentang Respons Peradilan Pidana terhadap Perdagangan Orang* (2007). Selain itu, beberapa MOU bilateral antara negara-negara anggota ASEAN mencakup ketentuan non-hukuman, meskipun dapat membatasi perlindungan hanya untuk beberapa korban (misalnya perempuan dan anak-anak) atau hanya untuk pelanggaran tertentu (misalnya pelanggaran terkait imigrasi). Di tingkat sub-regional Mekong, Terdapat inisiatif Menteri-menteri kawasan Mekong dalam Menentang Perdagangan Orang (COMMIT) yang melahirkan nota kesepahaman terkait kerjasama menentang perdagangan orang di daerah sub-regional Mekong, dan pedoman dalam identifikasi korban dan mekanisme rujukan (2016) yang menjunjung tinggi prinsip non-hukuman.

Di Afrika, prinsip non-hukuman menemukan artikulasi eksplisit dalam instrumen hukum dan kebijakan termasuk *Rencana Aksi Ouagadougou untuk Memerangi Perdagangan Orang, Terutama Perempuan dan Anak dan Rencana Aksi Strategis 10 tahun SADC untuk Memerangi Perdagangan Orang, Terutama Perempuan dan Anak* (2009-2019).

³ Laporan Pelapor Khusus tentang perdagangan orang, terutama perempuan dan anak, Maria Grazia Giammarinaro, 6 April 2020, UN Doc A/HRC/44/45, para. 36; Penerapan prinsip non-hukuman: Laporan Pelapor Khusus tentang perdagangan orang, terutama perempuan dan anak, Siobhán Mullaly, UN Doc. A/HRC/47/34 (17 May 2021)

⁴ Lihat Resolusi Dewan Keamanan 2331 (2016); Resolusi Dewan Keamanan 2388 (2017).

⁵ Deklarasi Politik 2021 tentang Penerapan Rencana Aksi Global PBB untuk Memerangi Perdagangan Manusia, UN Doc A/76/L.11, 9 November 2021 [13].

Di Amerika, Kesimpulan dan Rekomendasi pertemuan Organisasi-Organisasi Negara-Negara Amerika mengakui prinsip tersebut. Sejalan dengan Undang-Undang Perlindungan Korban Perdagangan Orang tahun 2000, Departemen Luar Negeri Amerika Serikat mempertimbangkan sejauh mana korban dilindungi dari hukuman sebagai kriteria untuk menilai Negara bagian lainnya dalam pelaporan terkait tindak pidana perdagangan orang.

Di Eropa, *Rencana Aksi Organisasi untuk Keamanan dan Kerjasama di Eropa (Organization for Security and Cooperation in Europe/OSCE) untuk Memerangi Perdagangan Orang* merekomendasikan untuk 'memastikan bahwa para korban perdagangan orang tidak dikenakan proses pidana semata-mata sebagai akibat langsung dari perdagangan orang yang mereka alami (Keputusan 557/Rev.1). Konvensi Dewan Eropa Menentang Perdagangan Manusia memberikan kemungkinan untuk tidak menghukum korban atas keterlibatan mereka dalam kegiatan sejauh mereka dipaksa (Pasal 26). , *Dalam direktif Uni Eropa Nomor 2011/36/EU, Parlemen dan Dewan Eropa melindungi korban dari penuntutan atau hukuman untuk daftar tindak kejahatan yang non-exhaustive* (Resital 14), yang terpaksa dilakukan sebagai akibat langsung dari perdagangan orang yang dialaminya (Pasal 8). Arahan tersebut juga mengakui eksploitasi dalam bentuk tindak kejahatan sebagai bentuk eksploitasi di mana korban dapat diperdagangkan (Resital 11). Pada bulan April 2021, sebuah keputusan penting muncul dari Pengadilan Hak Asasi Manusia Eropa dalam kasus *V.C.L dan A.N. versus Inggris*, mendapati Inggris melanggar kewajiban Konvensi Eropa tentang Hak Asasi Manusia karena telah menjatuhkan hukuman pada korban perdagangan orang (Kotak 4).

Undang-Undang dan kebijakan domestik: PPemberlakuan ketentuan perundang-undangan yang jelas tentang non-hukuman, adalah praktik baik yang diakui secara luas untuk menerapkan prinsip non-hukuman.⁶ Dari sepuluh negara anggota ASEAN, tujuh memiliki ketentuan non-hukuman dalam undang-undang anti perdagangan orang mereka. Di Eropa, *the Group of Expert on Action against Trafficking in Human Beings (GRETA)* mencatat bahwa pada akhir tahun 2019, dari 42 Negara yang telah menyelesaikan putaran evaluasi kedua, hanya 17 yang telah mengadopsi ketentuan khusus non-hukuman.⁷

Setiap negara mengambil pendekatan yang berbeda untuk menetapkan hubungan antara perbuatan korban yang melanggar hukum dan perdagangan orang yang dialaminya, dalam undang-undang nasional mereka. Beberapa mensyaratkan bahwa perlu ada unsur pemaksaan terhadap korban untuk berpartisipasi dalam kegiatan perdagangan orang tersebut, dan yang lain mengharuskan bahwa tindakan melanggar hukum yang melibatkan korban merupakan akibat langsung dari kondisi perdagangan orang yang dialaminya. Beberapa ahli menganggap pendekatan yang terakhir, yang dikenal sebagai

⁶ *Guidance on the issue of appropriate criminal justice responses to victims who have been compelled to commit offences as a result of their being trafficked: Background paper prepared by the Secretariat for the Working Group on Trafficking in Persons*, Vienna 10 and 11 September 2020, UN Doc. CTOC/COP/WG.4/2020/2 (15 June 2020), paragraph 46.

⁷ Konferensi Para Pihak UNTOC, Laporan pertemuan Kelompok Kerja tentang Perdagangan Manusia (10 - 11 September 2020), UN Doc. CTOC/COP/WG.4/2020/4, 28 September 2020, paragraf 34.

model 'sebab-akibat', merupakan pendekatan yang lebih baik karena lebih luas dan lebih mudah dibuktikan daripada model pendekatan 'paksaan', yang mengharuskan adanya bukti unsur paksaan dalam cara yang digunakan oleh pelaku perdagangan terhadap korban. Pendekatan paksaan ini juga dianggap tidak praktis dalam kasus yang korbannya adalah anak, hal mana unsur "cara" tidak menjadi poin yang diperlukan untuk pembuktian. Kedua model ini dijelaskan lebih jauh pada halaman 35.

Lima dari tujuh negara ASEAN yang telah memasukkan prinsip non-hukuman ke dalam undang-undang mereka, mengadopsi model sebab-akibat (Brunei Darussalam, Lao PDR, Malaysia, Myanmar, dan Filipina). Hanya undang-undang Indonesia yang mengambil pendekatan paksaan, yang memerlukan bukti bahwa pelaku perdagangan orang telah memaksa korban. Thailand mengambil pendekatan yang berbeda, dengan mensyaratkan izin tertulis diminta dari Menteri Kehakiman untuk menuntut korban untuk daftar pelanggaran tertentu. Perundang-undangan di Vietnam dan Singapura tidak memuat ketentuan non-hukuman yang eksplisit. Di sebagian besar negara di kawasan ini, cakupan perlindungan dari hukuman hanya berlaku untuk daftar pelanggaran tertentu, baik yang terkait dengan imigrasi maupun dokumen (Brunei Darussalam, Malaysia); imigrasi tanpa dokumen dan prostitusi (Lao PDR); imigrasi, prostitusi, pelanggaran terkait dokumen atau kerja (Thailand); atau pelanggaran perdagangan orang (Myanmar). Di Indonesia dan Filipina, perlindungan dari hukuman tidak terbatas pada pelanggaran tertentu. Sementara ketentuan dalam undang-undang dianggap berkontribusi pada pemahaman umum tentang non-hukuman, beberapa contoh dapat ditemukan dari mereka yang secara khusus muncul dalam praktik.

Interpretasi dari prinsip non-hukuman

Membangun hubungan antara pelanggaran dan perdagangan orang: Bagaimana hubungan antara tindakan pelanggaran hukum oleh korban dan akibat dari perdagangannya, dipahami secara berbeda antar negara dan juga oleh pihak-pihak di masing-masing negara tersebut. Pertanyaan diajukan tentang kapan seorang korban harus dan tidak boleh dihukum, dan kapan seseorang berhenti menjadi korban untuk tujuan mengambil manfaat dari prinsip non-hukuman. Di negara-negara dimana studi ini dilakukantitik di mana hubungan tersebut terputus, masih diperdebatkan. Secara umum, ada keyakinan bahwa perlindungan harus dihentikan ketika orang tersebut tidak dibawah suatu pengaruh dalam menentukan pilihannya dalam melakukan pelanggaran hukum. Bahkan di yurisdiksi yang mengadopsi model sebab-akibat, pandangan yang berlaku adalah bahwa seseorang tidak boleh dituntut atas pelanggaran yang terpaksa mereka lakukan, tetapi harus dituntut untuk pelanggaran yang mereka lakukan dengan sukarela. Dalam hal ini, dicatat bahwa 'paksaan' dan 'ancaman' mungkin tidak menangkap taktik psikologis halus yang digunakan pelaku perdagangan orang untuk memanipulasi korban, yang berarti pemaksaan harus ditafsirkan secara luas untuk menangkap berbagai 'cara' yang digunakan oleh pelaku perdagangan orang.

Pandangan yang berbeda tentang cakupan perlindungan: Beberapa responden menyatakan keprihatinannya tentang ketentuan yang hanya mencakup beberapa pelanggaran (terutama pelanggaran terkait imigrasi dan prostitusi) dan berpendapat agar dilakukan amandemen untuk mencakup semua pelanggaran yang mungkin dilakukan oleh korban perdagangan orang selama diperdagangkan. Responden lain menyatakan keengganan yang kuat terhadap pendekatan yang diperluas, dengan berpandangan bahwa beratnya pelanggaran harus relevan dengan penilaian ini. Responden tersebut merasa bahwa korban yang terlibat kegiatan kejahatan tetapharus diadili dengan pelanggaran serius, terutama yang berkaitan dengan pelanggaran terkait Narkotika. Pendapat bervariasi pada situasi di mana korban yang berubah status menjadi pelaku perdagangan orang itu sendiri dan yang mana ketika korban berubah menjadi pelaku perdagangan orang mereka harus diadili. Ada pandangan minoritas bahwa tujuan perlindungan adalah untuk mendorong korban agar bekerja sama dan mereka yang tidak bekerja sama tidak harus kebal dari penuntutan.

Perlunya panduan untuk menafsirkan prinsip non-hukuman: Tidak ada bukti yang dapat ditemukan bahwa kebijakan atau dokumen panduan regional atau domestik yang ada digunakan untuk mendukung interpretasi dan penerapan prinsip non-hukuman. Namun, ada antusiasme luas yang diungkapkan untuk perlunya panduan dikembangkan dalam menyelaraskan pemahaman terhadap prinsip non-hukuman. Para responden menekankan bahwa panduan tersebut harus tersedia bagi para praktisi peradilan pidana secara keseluruhan, termasuk di tingkat provinsi dan wilayah terpencil, untuk menutup kesenjangan dalam kesadaran dan kapasitas antara tingkat pusat, daerah dan provinsi. Saran dibuat untuk memberikan panduan dalam mendamaikan inkonsistensi antara instrumen legislatif yang berbeda dan untuk menginstruksikan petugas garis depan (polisi, pejabat imigrasi dan pengawas ketenagakerjaan) menerapkan prinsip non-hukuman dari sejak awal perlindungan, yang dimulai dari identifikasi terduga korban perdagangan orang.

Penerapan prinsip non-hukuman

Ketentuan non-hukuman dalam undang-undang jarang diterapkan dalam praktik: Prinsip non-hukuman secara luas diakui sebagai komponen respon yang berpusat pada korban perdagangan orang, tetapi tidak diterapkan secara konsisten dalam praktiknya. Dimana korban-pelanggar tidak dituntut, jarang sebagai akibat dari referensi eksplisit yang dibuat untuk ketentuan non-hukuman domestik, atau penggunaannya sebagai pembelaan terhadap tuduhan yang diajukan. Bahkan di yurisdiksi di mana ketentuan non-hukuman berlaku untuk daftar pelanggaran yang lengkap, contoh-contoh yang diberikan adalah kasus-kasus yang dialami korban yang *tidak* dihukum karena tindakan melanggar hukum yang mereka lakukan selama diperdagangkan, termasuk tetapi tidak hanya yang tercantum dalam undang-undang. Beberapa responden dalam studi ini menekankan bahwa korban perdagangan orang (yang teridentifikasi) tidak pernah sampai diadili, mengutip contoh status korban yang mengalahkan status pelaku dalam menentukan bagaimana seseorang

diperlakukan, sekali lagi, bukan sebagai akibat langsung dari penerapan undang-undang tertentu. Lainnya menawarkan beberapa contoh korban yang diadili karena kegiatan yang berkaitan dengan perdagangan mereka.

Peran praktisi peradilan pidana: Responden menjelaskan bahwa praktisi peradilan pidana memiliki ruang kebijaksanaan yang signifikan dalam mengajukan tuntutan atau tidak, dengan beberapa hambatan yang menonjol dalam penerapan prinsip non-hukuman. Praktisi peradilan pidana mungkin masih asing atau kurang memahami prinsip non-hukuman, tujuan dari prinsip non-hukuman ini dan peran mereka sebagai praktisi peradilan pidana dalam menerapkan prinsip ini. Hal ini tidak hanya terjadi di kawasan ASEAN, tetapi terbukti juga terjadi di kawasan lain.⁸ Upaya peningkatan kapasitas dalam pemberantasan tindak pidana perdagangan orang dan dalam penerapan prinsip non-hukuman, dianggap tidak merata. Tidak semua pemangku kepentingan dalam sistem peradilan pidana menerima pelatihan pemberantasan tindak pidana perdagangan orang, khususnya mereka yang berada di tingkat provinsi, pedesaan atau wilayah terpencil mungkin tidak menerima pelatihan yang mereka butuhkan. Hal ini terjadi di ASEAN dan juga di kawasan lainnya.⁹

Para responden menjelaskan bahwa para praktisi cenderung lebih nyaman untuk mengajukan tuntutan sesuai aturan dalam hukum pidana, ketimbang mengejanya dengan undang-undang anti perdagangan orang. Tantangan lain yang diangkat adalah fakta bahwa tidak mengadili pelaku pelanggaran bertentangan dengan fungsi praktisi peradilan pidana: peran jaksa adalah untuk menuntut. Hal yang sama juga dilakukan terhadap petugas imigrasi yang tanggung jawab utamanya adalah mengidentifikasi mereka yang melakukan pelanggaran hukum keimigrasian, bukan korban kejahatan berat. Bahkan ketika terdapat ketentuan non-hukuman, diperlukan perubahan sikap bagi praktisi peradilan pidana untuk melihat individu sebagai korban daripada sebagai pelaku.¹⁰ Tantangan terkait muncul dari kinerja yang diukur dengan hukuman yang dijamin daripada dihindari. Oleh karena itu, perlu diberikan pemikiran bagaimana praktisi dapat didorong untuk menerapkan prinsip non-hukuman, dan menghindari tuduhan kelalaian dalam tugas mereka di mana mereka memilih untuk tidak melanjutkan penuntutan.

Ketika prinsip non-hukuman diterapkan dalam praktik: Secara teori, prinsip non-hukuman berlaku di semua tahap proses peradilan pidana, tetapi teori ini menantang untuk diterapkan dalam praktik. Muncul pertanyaan tentang hubungan antara proses paralel dalam mengidentifikasi terduga korban dan menyelidiki terduga pelaku perdagangan

⁸ Misalnya, GRETA telah mencatat kurangnya kesadaran sebagai masalah yang terus-menerus di Negara-negara Anggota UE, karena kurangnya pelatihan tentang prinsip non-hukuman dan identifikasi korban secara lebih umum. Lihat Ryszard Piotrowicz, "Artikel 26, Ketentuan non-hukuman" dalam *A Commentary on the Council of Europe Convention on against Trafficking in Human Beings* yang disusun oleh Julia Planitzer dan Helmut Sax (eds.) (Edward Elgar, 2020) 318, mengacu pada berbagai laporan GRETA.

⁹ Michelle Koinange, Koordinator Koalisi, *Stop the Traffik*, Kenya, berbicara tentang prinsip non-hukuman bagi korban perdagangan orang, menjadi acara sampingan pada Sidang ke-47 Dewan Hak Asasi Manusia 30 Juni 2021, 13:00 – 14:30 CET. Catatan penulis pada berkas.

¹⁰ Anne T. Gallagher, *The International Law of Human Trafficking* (Cambridge, 2010) 502

orang. Secara umum telah disepakati bahwa prinsip tersebut harus diterapkan pada titik paling awal ketika seorang pelaku dikenali sebagai terduga korban perdagangan orang, dan tidak dibuat bergantung pada penyelesaian proses penetapan status korban secara formal, atau menunggu hasil penetapan proses penuntutan. Kegagalan untuk memberikan perlindungan dari sejak awal akan menjadi sangat sulit untuk memindahkan seseorang dari sistem peradilan pidana ketika telah dikategorikan sebagai pelaku, meskipun beberapa praktisi memberi catatan bahwa terdapat peluang untuk melakukan pengurangan hukuman sebagai upaya terakhir ketikapelaku telah diidentifikasi sebagai korban namun tetap diberikan hukuman sebagai pelaku.

Ketika prinsip non-hukuman seharusnya tidak diterapkan dalam praktik: Beberapa kekhawatiran dikemukakan bahwa prinsip non-hukuman dapat disalahgunakan untuk melindungi korban dari penuntutan atas pelanggaran yang sama sekali tidak terkait dengan perdagangan mereka, atau disalahgunakan untuk melindungi orang-orang yang bukan korban perdagangan. Beberapa responden juga mengungkapkan pandangan bahwa prinsip tersebut harus dijaga dari penyalahgunaan untuk melindungi korban yang berulang kali atau biasa melakukan pelanggaran. Kekhawatiran ini berbicara tentang pentingnya meningkatkan kapasitas kontra-perdagangan orang di antara para praktisi peradilan pidana, dan pemahaman tentang interaksi elemen-elemen penyusunnya.

Tantangan Kerjasama Internasional

Penerapan non-hukuman yang tidak merata dalam perjanjian bilateral: Banyak perjanjian bilateral di kawasan ASEAN secara eksplisit merujuk non-hukuman, tetapi tidak ada contoh yang telah diterapkan dalam praktik. Pentingnya keselarasan pemahaman antara negara asal dan negara tujuan ditandai sebagai kuncinya. Khususnya, negara-negara pihak perlu menyepakati siapa yang menjadi korban, dan mengakui mereka yang telah secara positif diidentifikasi sebagai korban di tempat lain. Muncul kekhawatiran tentang kesenjangan perlindungan yang signifikan dalam perjanjian bilateral, yang seringkali hanya berlaku untuk pelanggaran terbatas (imigrasi dan prostitusi) dan hanya untuk kategori korban tertentu (perempuan dan anak-anak), yang menunjukkan penerapan prinsip yang diskriminatif. Pertanyaan juga diajukan tentang kepraktisan penerapan ketentuan non-hukuman yang terkandung dalam perjanjian bilateral, namun ketentuan serupa tidak terdapat dalam undang-undang domestik.

Tantangan praktis dalam kerjasama internasional: Responden mengemukakan contoh tantangan prosedural yang terkait dengan mengizinkan korban perdagangan orang yang dihukum di satu negara untuk bersaksi melawan pelaku perdagangan orang di negara lain, yang mengakibatkan hukuman yang berkepanjangan (lihat Kotak 5), dan pemulangan korban dari satu negara ke negara lain untuk menghindari penuntutan mereka di keduanya. Tantangan yurisdiksi ditandai dalam kasus perdagangan transnasional yang kompleks— termasuk di luar kawasan ASEAN. Eksploitasi dalam konteks maritim tercatat

sebagai tantangan yurisdiksi yang sangat kompleks. Pentingnya kerjasama antar praktisi tidak hanya di dalam ASEAN tetapi juga di luar Kawasan ditekankan sebagai sarana untuk mengatasi hambatan, termasuk dengan dukungan dari para aktor seperti program *Counter Trafficking ASEAN-Australia* dan Kantor PBB Urusan Narkotika dan Kejahatan (United Nations Office on Drugs and Crime - UNODC) untuk mendukung kerja sama dan mengomunikasikan praktik terbaik.

Tantangan Identifikasi Korban

Identifikasi korban sangat penting dalam penerapan non-hukuman bagi korban perdagangan: Identifikasi korban secara dini dan efektif sangat penting untuk perlindungan mereka dari hukuman atas tindakan melanggar hukum yang telah mereka lakukan sebagai akibat langsung dari perdagangan orang. Studi ini menegaskan bahwa tidak teridentifikasinya - korban merupakan alasan utama terjadinya penuntutan terhadap korban. Sudah diterima secara luas bahwa korban yang diidentifikasi oleh karenanya, tidak boleh dituntut atas tindakan melanggar hukum yang mereka lakukan sebagai akibat dari perdagangan orang yang dialaminya. Konteks dapat menentukan apakah tuntutan diajukan atau tidak; di mana seseorang ditemui sebagai korban dan pelaku secara bersamaan, tuntutan tidak dapat diajukan untuk pelanggaran ringan, akan tetapi merupakan hal yang mustahil atau jarang terjadi bahwa seseorang yang didakwa melakukan pelanggaran hukum selanjutnya akan diidentifikasi sebagai korban.¹¹ Pengakuan status korban seseorang bahkan mungkin terkait dengan kesediaannya untuk bekerja sama dengan polisi.¹²

Beberapa konteks, termasuk 'razia' merusak identifikasi: Kesalahan identifikasi terjadi selama operasi penegakan hukum di tempat-tempat di mana korban perdagangan orang tinggal dan bekerja, atau ketika terduga korban perdagangan pergi ke polisi untuk meminta bantuan dan malah dikriminalisasi¹³ Kegagalan untuk mengidentifikasi korban selama 'razia' yang dilakukan di tempat-tempat prostitusi, banyak dicatat. Korban juga tidak mungkin diidentifikasi dalam proses manajemen imigrasi di mana pihak berwenang memperlakukan terduga korban sebagai migran gelap, dan menuntut mereka terkait pelanggaran keimigrasian dan dokumen tanpa mengakui bahwa mereka dimungkinkan adalah korban. Risiko ini diperburuk dalam konteks di mana terdapat kebijakan permusuhan terhadap migran tidak berdokumen yang dapat mempengaruhi pendekatan yang diambil oleh petugas garda depan.¹⁴ Kerancuan respon terhadap perdagangan orang dengan peraturan keimigrasian di kawasan ASEAN dicatat telah mengakibatkan orang-orang

¹¹ Carolina Villacampa and Núria Torres, Human trafficking for criminal exploitation: Effects suffered by victims in their passage through the criminal justice system, *International Review of Victimology*, 2019, Vol. 25(1) 3–18, at 12.

¹² Carolina Villacampa and Núria Torres, Human trafficking for criminal exploitation: Effects suffered by victims in their passage through the criminal justice system, *International Review of Victimology*, 2019, Vol. 25(1) 3–18, at 8.

¹³ Lihat misalnya, *Undeserving victims? A community report on migrant sex worker victims of crime in Europe* (ICRSE, 2020) 27-29

¹⁴ *Report of the Special Rapporteur on trafficking in persons, especially women and children*, Maria Grazia Giammarinaro, 6 April 2020, UN Doc A/HRC/44/45, 35.

yang diperdagangkan diidentifikasi dan dideportasi sebagai migran non-reguler.¹⁵

Korban kemungkinan tidak teridentifikasi begitu mereka memasuki sistem peradilan pidana sebagai pelaku: Begitu korban memasuki sistem peradilan pidana sebagai pelaku, sulit untuk mengalihkan mereka ke saluran perlindungan setelahnya, dan tidak mungkin untuk melindungi mereka dari hukuman yang telah mereka alami di dalamnya. Kekhawatiran muncul di negara-negara studi bahwa petugas penegak hukum, jaksa penuntut umum, pembela dan hakim pengadilan mungkin tidak memiliki keterampilan yang diperlukan untuk mengenali bahwa pelaku mungkin adalah korban perdagangan orang. Kurangnya identifikasi di luar konteks eksploitasi seksual ditandai untuk diperhatikan, begitu pula dengan dimensi gender yang terlibat dalam kurangnya identifikasi korban laki-laki dan stigmatisasi terhadap perempuan yang terlibat sebagai pekerja seks.

Langkah-langkah penting untuk mengatasi tantangan yang teridentifikasi: Responden menekankan perlunya menyadarkan praktisi di semua tingkat tanggapan peradilan pidana, termasuk dengan memperkuat pemahaman tentang definisi perdagangan orang, dan interaksi unsur-unsur penyusunnya untuk korban dewasa dan korban anak. Khususnya, pemahaman tentang penggunaan cara halus dan tidak relevannya persetujuan korban di mana unsur cara telah digunakan, dicatat sebagai kunci untuk identifikasi yang efektif. Proses penyaringan yang kuat perlu diterapkan pada tahap pertama sehingga indikator potensi perdagangan dapat diidentifikasi. Penggunaan Prosedur Operasi Standar (SOP) secara proaktif, penerjemah yang memenuhi syarat dan pendekatan multi-stakeholder yang melibatkan LSM untuk memperkuat proses penyaringan juga ditekankan sebagai kebutuhan untuk mengidentifikasi terduga korban di antara pekerja migran non-reguler. Praktisi menekankan pentingnya menerapkan praduga bahwa seseorang adalah korban sebelum keputusan penuh dapat dibuat, sebagai Langkah perlindungan terhadap penuntutan. Usia bisa menjadi perbedaan antara seseorang yang diadili sebagai pelaku atau dilindungi sebagai korban. Oleh karena itu, anggapan minoritas mengatakan bahwa sampai usia “terduga korban anak” dapat ditentukan, praktik baik yang harus dilakukan adalah melindungi terduga korban anak dari penuntutan atau hukuman.

Penerapan non-hukuman dan perlindungan adalah kunci dalam identifikasi korban: Tidak hanya identifikasi korban penting untuk non-hukuman, tetapi juga non-hukuman membantu proses identifikasi korban. Ketika korban diperlakukan sebagai pelaku, mereka terhalang untuk mencari bantuan atau berkomunikasi dengan kepolisian. Sebaliknya, ketika korban diperlakukan dan dilindungi sebagai korban bukan sebagai pelaku kejahatan dan diberitahu tentang hak mereka bahwa sebagai korban mereka tidak dihukum atas tindakan melanggar hukum yang dilakukan selama diperdagangkan, mereka lebih mungkin untuk terlibat dengan pihak berwenang, memungkinkan identifikasi yang lebih efektif. Realitas ini menyoroti pentingnya pendekatan berbasis hak untuk perlindungan dan bantuan korban. Terkait dengan kenyataan ini, responden mencatat bahwa tantangan utama

¹⁵ Marija Jovanović, *International Law and Regional Norm Smuggling: How the EU and ASEAN Redefined the Global Regime on Human Trafficking*, *The American Journal of International Law*, 2021, Vol. XX, 1, 19

dalam identifikasi korban adalah banyak korban yang tidak ingin diidentifikasi sebagai korban, karena mereka tidak mau bekerja sama dengan pihak berwenang atau tinggal di rumah perlindungan/rumah aman. Di mana korban lebih memilih untuk diperlakukan sebagai pelaku daripada sebagai korban, disini terlihat ada kebutuhan mendesak untuk segera mengevaluasi model perlindungan dan bantuan yang ada.

Hukuman Korban dalam Praktik

Korban dihukum karena berbagai pelanggaran dalam praktik: Studi ini menegaskan bahwa pelanggaran terkait keimmigrasian dan prostitusi adalah salah satu pelanggaran paling umum dimana korban ditangkap, didakwa, dituntut, dan dihukum di kawasan ASEAN, dan di kawasan lainnya. Para korban juga telah dituntut untuk kegiatan kriminal yang merupakan bentuk perdagangan orang yang dialaminya, termasuk pelanggaran terkait Narkotika. Mereka telah dituntut atas pelanggaran yang mereka lakukan dalam rangka mencoba melarikan diri dari situasi mereka, termasuk penyerangan atau bahkan pembunuhan. Dan di mana para korban kemudian mengambil peran sebagai pelaku dalam upaya untuk melarikan diri dari viktimisasi mereka, mereka dituntut karena pelanggaran perdagangan.¹⁶ Hukuman bagi korban perdagangan dalam industri perikanan diangkat sebagai perhatian utama di banyak negara, termasuk untuk pelanggaran keimmigrasian, dokumen dan perburuan, serta untuk penangkapan ikan ilegal (*illegal, unreported or unregulated*, atau IUU). Responden juga menunjukkan tantangan yang dihadapi dalam kasus korban yang diperdagangkan untuk melakukan tindak pidana terorisme, termasuk terjadi kepada perempuan dan anak yang dipaksa menikah dengan teroris yang kemudian menjadi teroris itu sendiri.¹⁷

Penyalahgunaan undang-undang anti-perdagangan orang untuk mengkriminalisasi perempuan dalam industri seks: Kekhawatiran dikemukakan bahwa undang-undang anti-perdagangan orang telah disalahgunakan untuk menuntut perempuan di industri seks – termasuk terhadap terduga korban perdagangan orang di antara mereka – untuk pelanggaran perdagangan, yang mengakibatkan hukuman dari denda hingga penahanan atau deportasi, atau bahkan hukuman fisik dalam beberapa konteks. Terdapat usulan untuk mengubah undang-undang dalam rangka mengurangi risiko korban perdagangan orang dan kelompok rentan lainnya diadili, untuk mengalihkan sumber daya peradilan pidana dan perhatian dari pekerja seks, alih-alih memusatkan perhatian pada penuntutan pelaku perdagangan orang dan penjahat serius lainnya.

16 Untuk rincian tipologi pelanggaran sebagai pelanggaran status, pelanggaran sebagai akibat, pelanggaran pembebasan, lihat Andreas Schloenhardt & Rebekkah Markey-Towler, "Non-Criminalisation of Victims of Trafficking in Persons – Principles, Promises, and Perspectives", *Groningen Journal of International Law*, vol 4(1) (2016), 10-38 at 13-15.

17 Untuk daftar lengkap pelanggaran yang menyebabkan korban dikriminalisasi, lihat Lampiran 1.

Hukuman bagi warga negara di luar negeri, termasuk di yurisdiksi di luar ASEAN:

Warga negara anggota ASEAN – termasuk anak-anak - telah diadili di luar negeri setelah diperdagangkan ke dalam perkawinan paksa, kriminalitas paksa, penangkapan ikan, hiburan, seks, dan industri lainnya. Risiko ini diperburuk di yurisdiksi di mana migrasi non-reguler dikriminalisasi dan migran non-reguler diberi stigma negatif, dengan konsekuensi kriminalisasi yang tidak disengaja bagi korban perdagangan orang yang berada dalam situasi non-reguler. Dalam diskusi-diskusi tersebut, ditekankan pentingnya penguatan kerja sama prinsip non-hukuman baik di kawasan ASEAN maupun di luar ASEAN, di samping perlunya keselarasan pemahaman tentang siapa korban perdagangan orang dan kapan prinsip non-hukuman diterapkan.

Hukuman terhadap anak-anak: Contoh-contoh anak yang dituntut karena pelanggaran yang dilakukan selama diperdagangkan diangkat, termasuk untuk perdagangan anak-anak lain. Penuntutan semacam itu dapat diakibatkan oleh kesalahan identifikasi anak-anak sebagai g dewasa, dan selanjutnya tidak teridentifikasinya mereka sebagai korban perdagangan orang. Di sinilah pentingnya menerapkan anggapan minoritas dalam proses penyaringan dan identifikasi ditekankan. Kekhawatiran juga diungkapkan bahwa dalam beberapa kasus pelaku-korban anak dapat diklasifikasikan sebagai ‘anak-anak yang berkonflik dengan hukum’ daripada sebagai korban perdagangan orang, yang bertentangan dengan kepentingan terbaik mereka. Usia pertanggungjawaban pidana juga relevan dengan perlakuan terhadap anak sebagai pelaku (*child-offenders*) dan kemungkinan hukuman bagi korban perdagangan orang di antara mereka, dan perhatian khusus mengenai hal ini perlu ditingkatkan.

Penggunaan hukuman korban oleh pelaku perdagangan orang: Pelaku perdagangan orang dapat meningkatkan partisipasi korban dalam kejahatan (seperti pelanggaran terkait narkoba), untuk mengalihkan risiko hukuman dari diri mereka sendiri dan ke korban. Mereka juga dapat menggunakan ancaman hukuman terhadap keimigrasian atau pelanggaran terkait perburuhan sebagai taktik untuk mengendalikan korban. Dengan adanya pihak berwenang yang memperlakukan korban seperti pelaku, hal ini membenarkan pelaku perdagangan orang. Para pengeksploitasi bahkan dapat menggunakan pecemaran atau pencemaran nama baik untuk membungkam kritik. Dalam kasus seperti itu, ketidakseimbangan kekuasaan sangat mencolok; pelaku perdagangan orang dan majikan yang eksploitatif memiliki sumber daya yang jauh lebih besar untuk melakukan tindakan hukum terhadap korban yang bergantung pada mereka secara finansial dan sebaliknya.

Penggunaan hukuman oleh pejabat negara untuk korupsi atau kenyamanan: Dalam beberapa kasus, penggunaan atau ancaman hukuman dicatat sebagai alat yang dapat digunakan pejabat negara, untuk alasan korupsi atau kenyamanan. Sebagai alat korupsi, tercatat insiden pejabat yang mengancam korban dengan hukuman jika mereka tidak membayar suap (misalnya, melintasi perbatasan secara tidak berdokumen atau melanjutkan pekerjaan di industri seks) atau bahkan menyediakan layanan seksual. Sebagai alat kenyamanan, ancaman atau penggunaan hukuman dalam satu contoh

dianggap menguntungkan; menahan terduga korban menghindari biaya dan upaya yang diperlukan untuk mengembalikan korban ke negara asalnya untuk bersaksi sebagai saksi melawan pelaku perdagangan manusia.

Korban perdagangan orang yang berisiko tinggi dituntut untuk pelanggaran terkait Narkotika: Responden membahas risiko korban perdagangan orang yang dituntut karena pelanggaran terkait Narkotika, mulai dari pelanggaran ringan hingga pelanggaran berat yang dapat dikenakan hukuman berat. Kekhawatiran diangkat tentang pendekatan tanggung jawab yang ketat yang diambil untuk pelanggaran terkait narkotika di wilayah tersebut, dan dampak merugikan dari pendekatan 'Perang terhadap Narkotika' terhadap korban perdagangan orang. Di sini dicatat bahwa bahkan jika praktisi individu mungkin bersedia untuk menerapkan prinsip non-hukuman, tidak mungkin meyakinkan semua aktor peradilan untuk melakukan hal yang sama. Pada kenyataannya, korban yang diperdagangkan ke dalam kejahatan terkait Narkotika mungkin berada pada risiko yang besar.

Hukuman fisik dan mati: Para korban dapat menghadapi hukuman berat untuk kegiatan kriminal yang mereka lakukan dari diperdagangkan. Ini dapat berkisar dari hukuman fisik karena keterlibatan mereka dalam industri seks, hingga hukuman mati di mana mereka telah dieksploitasi sebagai bandar Narkotika. Setengah dari negara anggota ASEAN menerapkan hukuman mati untuk pelanggaran terkait Narkotika. Korban perdagangan orang yang saat ini menghadapi eksekusi setelah dijatuhi hukuman mati, termasuk Mary Jane Veloso, dibahas dalam pertemuan meja bundar (lihat Kotak 5). Para responden menjelaskan bahwa dari kasus-kasus tersebut menunjukkan perlunya prinsip non-hukuman diterapkan sebagai kebutuhan yang mendesak

Rekomendasi penerapan prinsip non-hukuman

Berikut 26 rekomendasi yang ditawarkan untuk memperkuat penerapan prinsip non-hukuman dalam undang-undang, kebijakan, dan praktik, di seluruh tahapan proses peradilan pidana. Panduan ditawarkan untuk setiap rekomendasi di Bagian 3 studi ini.

Identifikasi dan investigasi

1. Membangun kapasitas petugas garda depan untuk mengidentifikasi calon korban perdagangan orang di antara orang-orang yang mereka temui sebagai pelanggar
2. Memperkuat pemahaman penegakan hukum tentang metode pengendalian yang digunakan oleh para pelaku perdagangan orang dan dampaknya terhadap korban
3. Menantang kesalahpahaman dan asumsi tentang korban perdagangan orang yang 'ideal' atau 'layak'
4. Memastikan bahwa pelaku yang berpotensi menjadi korban perdagangan orang dirujuk secara efektif dan efisien untuk pemeriksaan
5. Secara proaktif menyelidiki hubungan antara pelanggaran terduga korban-pelaku dan perilaku pelaku perdagangan orang



Penangkapan dan Dakwaan

6. Memastikan bahwa petugas garda depan memahami dampak penangkapan terhadap korban perdagangan orang dan tanggapan peradilan pidana terhadap perdagangan orang
7. Memastikan petugas garda depan memahami kebijaksanaan mereka dan bagaimana menerapkannya
8. Mendorong penegak hukum untuk menerapkan prinsip non-hukuman
9. Memastikan bahwa petugas yang menangkap memahami kewajiban mereka terhadap orang yang ditangkap

Penuntutan

10. Mengubah undang-undang untuk mengurangi risiko penuntutan yang tidak tepat terhadap korban perdagangan orang
11. Memastikan bahwa setiap keputusan untuk mengadili korban perdagangan orang hanya diambil setelah proses identifikasi formal dan dijelaskan dengan jelas prosesnya kepada terduga korban
12. Memperjelas hubungan antara status korban dan non-penuntutan
13. Memastikan jaksa memahami kebijaksanaan mereka dan bagaimana menerapkannya
14. Memberikan pelatihan anti perdagangan orang kepada para jaksa, khususnya mereka yang berspesialisasi dalam penuntutan pelanggaran-pelanggaran yang biasa dilakukan oleh para korban perdagangan orang
15. Memperkuat pemahaman tentang tidak relevannya persetujuan korban dalam perdagangan orang, dalam penerapan prinsip non-hukuman

Pertahanan Hukum

1. Merancang atau mengubah undang-undang untuk memberlakukan ketentuan yang eksplisit dalam menerapkan prinsip non-hukuman, melihat semua korban untuk semua jenis pelanggaran
2. Memberikan pelatihan dan bimbingan kepada praktisi tentang bagaimana membangun hubungan antara korban-pelaku dan perdagangan orang yang terjadi kepadanya
3. Memberikan pelatihan dan pembinaan kepada praktisi peradilan pidana tentang penerapan pembelaan umum bagi korban yang telah melakukan tindak pidana sebagai akibat langsung dari diperdagangkan
4. Memastikan bahwa beban pembuktian ada pada Negara dan bukan pada korban
5. Memastikan tidak adanya penyalahgunaan prinsip non-hukuman



Vonis dan hukuman

6. Membuat para anggota kehakiman peka terhadap prinsip non-hukuman dan peran mereka dalam menerapkannya
7. Menghindari atau meringankan hukuman bagi terpidana korban perdagangan orang
8. Mempertimbangkan keadilan restoratif ketimbang keadilan retributif bagi korban-pelanggar
9. Melindungi korban perdagangan orang dari hukuman fisik dan hukuman mati

Pemulihan pasca hukuman

10. Menjajaki peluang dalam undang-undang untuk menghapus catatan kriminal korban perdagangan orang yang dilakukan sebagai konsekuensi dari diperdagangkan
11. Mengidentifikasi dan mengatasi hambatan-hambatan yang dialami korban perdagangan orang dalam mengupayakan adanya penghapusan hukuman yang dikenakan kepada mereka



**Pelaksanaan Prinsip Non-Hukuman untuk Korban
Perdagangan Orang di Negara-Negara Anggota ASEAN**