

# PENYIMPANGAN ASAS NON-RETROAKTIF DALAM PENGADILAN HAM AD HOC DARI PERSPEKTIF HAM

## SHINTA AGUSTINA

Fakultas Hukum Universitas Andalas, Kampus Limau Manis, Padang, No. Telp. (0751) 72645, Fax. (0751) 72645, Email: shinta\_agustina63@yahoo.com

## SISKA ELVANDARI

Fakultas Hukum Universitas Andalas, Kampus Limau Manis, Padang, No. Telp. (0751) 72641, Fax. (0271) 72645, Email: siska.elvandari@yahoo.com

## LUCKY RASPATY

Fakultas Hukum Universitas Andalas, Kampus Limau Manis, Padang, No. Telp. (0751) 72645, Fax. (0751) 726645, Email: raspaty\_lucky@yahoo.com

## ABSTRACT

Ad Hoc Human Rights Court is regulated in Article 43 paragraph (1) Human Rights Court Law, which is established with the aim of providing justice for victims of gross human rights violations that has occurred before the Law was enacted. However, the provision is deemed to be violating human rights itself since it is against the Article 28 I, which regulates the right not to be prosecuted based on retroactive laws. Besides, it is also contrast to the principle of non retroactive, as one of basic principles in criminal law. The practices of human rights enforcement in Indonesia and the international world accept that violation on the basis of justice and the Human Rights instruments which provide the possibility of a deviation of the Human Rights implementation. The deviation is also justified only for the most serious crimes which become the concern of the international world, that is gross Human Rights violations in the form of genocide and crimes against humanity.

Key words: Ad Hoc, Human Rights Court, Human Right Violation, Non Rectroactive.



## I. PENDAHULUAN

Kesadaran tentang pentingnya penghargaan terhadap hak manusia yang paling mendasar (lebih dikenal dengan hak-hak asasi manusia) sesungguhnya sudah dimiliki oleh para pendiri (*the founding fathers*) negeri ini. Hal itu terbukti dengan pengakuan beberapa hak mendasar tersebut dalam UUD 1945 yang menjadi landasan konstitusional berdirinya Negara Kesatuan RI, meski UUD itu disusun dalam waktu yang singkat, dari tanggal 29 Mei sampai dengan 16 Juli (Pide, 1999: 63). Hak-hak tersebut di antaranya adalah hak atas kedudukan yang sama di depan hukum dan pemerintahan, hak untuk menganut agama dan menjalankan ajaran agama/ kepercayaannya, hak untuk mengemukakan pendapat, hak untuk berserikat dan berkumpul, hak untuk mendapatkan pendidikan dan pekerjaan

yang layak, dan lain-lain.

Meski sejak awal berdirinya Negara Indonesia, konstitusi telah mengakui hak-hak asasi manusia (HAM), namun praktik penegakan HAM di Indonesia selalu mendapat sorotan dari dunia internasional. Indonesia dianggap bukan sebagai negara yang maju dalam melindungi HAM warga negaranya, baik di dalam maupun di luar negeri. Pandangan dan stigma ini disebabkan oleh praktik bernegara, yang sejak merdeka sampai berakhirnya Orde Baru, memang dipenuhi peristiwa pelanggaran HAM.

Peristiwa G 30 S tahun 1965 menjadi pemicu pelanggaran HAM yang masif, ketika pembunuhan beberapa jenderal TNI tersebut diikuti oleh pembunuhan massal terhadap mereka yang dicurigai sebagai anggota dan simpatisan PKI. Pelanggaran HAM kemudian berlanjut dengan dibatasinya hak-hak keluarga (anak bahkan cucu) mereka kepada akses pendidikan dan pekerjaan dengan peraturan “bersih lingkungan”, yang menjadi prasyarat untuk mengikuti pendidikan tertentu atau mendapatkan pekerjaan tertentu. Pelanggaran HAM juga terjadi atas nama pembangunan yang dilakukan oleh pemerintah Orde Baru, dalam bentuk penggusuran penduduk dari tanah dan kampung halamannya untuk proyek pemerintah, seperti jalan, jembatan, irigasi, bahkan bendungan/waduk (Kusumah, 1981: 112). Pembangunan waduk Kedung Ombo di Jawa Tengah tahun 1987 menelan beberapa desa, sementara ganti rugi tanah penduduk hanya dihargai 150 rupiah per meter (Zein, 2005: 52).

Kondisi tersebut menjadikan promosi dan perlindungan hak asasi manusia (HAM) yang lebih baik sebagai salah satu faktor pemicu utama (*primary trigger factor*) gerakan reformasi yang bergulir tahun 1998 (Muladi, 2003: 13). Kehendak akan penghargaan terhadap HAM tersebut dilatarbelakangi praktik penegakan HAM yang buruk selama masa Orde Baru tadi. Meski pemerintah telah meratifikasi berbagai konvensi internasional tentang HAM, tidak serta merta menaikkan peringkat Indonesia di dunia internasional sebagai negara yang menghargai hak asasi warga negaranya dengan baik.

Ironisnya adalah gerakan reformasi yang menghendaki perubahan dalam kehidupan politik, pemerintahan, hukum, dan ekonomi, termasuk HAM, ke arah yang lebih baik, harus dibarengi dengan berbagai peristiwa yang justru melanggar HAM. Diantaranya terjadi tragedi Trisakti, Peristiwa Semanggi I dan II, penculikan dan penghilangan paksa para aktivis, sampai pada kejahatan terhadap kemanusiaan yang terjadi pasca jajak pendapat di Timor Timur tahun 1999. Nuansa pelanggaran HAM dalam berbagai peristiwa tersebut sangat kental, karena terhadap peristiwa tersebut telah dibentuk Tim Pencari Fakta, yang bertujuan untuk meneliti unsur-unsur pelanggaran HAM dalam berbagai peristiwa tadi.

Pemerintah bahkan telah membentuk suatu pengadilan khusus untuk mengadili para pelaku pelanggaran berat HAM dalam berbagai peristiwa tersebut, berdasarkan Undang-undang Nomor 26 Tahun 2000 tentang Pengadilan Hak Asasi Manusia (selanjutnya ditulis UU Pengadilan HAM). Pembentukan pengadilan ini menjadi bukti dari keinginan

pemerintahan yang baru di bawah Presiden BJ Habibie ketika itu, untuk menunjukkan kesungguhan pemerintah dalam melindungi dan menegakkan HAM. Terlepas dari semua kontroversi yang mengiringi kelahiran pengadilan tersebut, harus diakui bahwa pengadilan khusus tersebut merupakan yang pertama di dunia sebagai pengadilan terhadap pelanggaran HAM (Agustina, 2006: 147).

Pengadilan HAM dibentuk pada tahun 1999 berdasarkan Perpu Nomor 1 Tahun 1999 tentang Pengadilan HAM. Namun Perpu tersebut ditolak oleh DPR, karena tidak memiliki klausul yang memungkinkan pengadilan tersebut mengadili pelaku pelanggaran HAM berat yang terjadi sebelum pengadilan tersebut berdiri. Pemerintah kemudian mengajukan RUU Pengadilan HAM yang didalamnya terdapat Pasal 43, yang menentukan bahwa terhadap peristiwa pelanggaran HAM berat yang terjadi sebelum berlakunya UU ini dapat dibentuk Pengadilan HAM ad hoc untuk mengadili pelakunya (Agustina, 2006: 148).

Merealisasikan pasal tersebut dan didorong oleh tekanan dunia internasional, karena peristiwa yang terjadi di Timor Timur pasca jajak pendapat, Pemerintah telah membentuk Pengadilan HAM ad hoc, untuk mengadili pelaku pelanggaran berat HAM dalam peristiwa jajak pendapat di Timor Timur. Melalui pengadilan tersebut beberapa pelaku pelanggaran berat HAM pada peristiwa tersebut telah diputus bersalah dan mendapatkan hukuman (Karnasudirja, 2003: 132).

Pengadilan HAM adhoc sebagai upaya memberikan keadilan bagi korban pelanggaran HAM yang terjadi sebelum UU Peradilan HAM berlaku, juga dibentuk untuk kasus Tanjung Priok yang terjadi pada tahun 1984. Meski Pengadilan telah melaksanakan proses peradilan terhadap kasus tersebut, tidak dapat dipungkiri bahwa putusan pengadilan dalam kasus tersebut melukai perasaan keadilan para korban. Semua terdakwa dalam kasus tersebut diputus bebas, bahkan hakim dalam salah satu putusan pada kasus tersebut menyatakan bahwa sebenarnya tidak terdapat pelanggaran HAM berat dalam peristiwa Tanjung Priok.

Dibentuknya pengadilan khusus HAM dan proses yang berlangsung di Pengadilan HAM adhoc untuk Timor Timur dan Kasus Tanjung Priok cukup memberikan harapan akan perbaikan penghargaan terhadap HAM. Namun harapan tersebut semakin lama semakin memudar, karena pemerintah tidak melakukan hal yang sama terhadap peristiwa pelanggaran HAM lainnya. Salah satu kasus pelanggaran HAM yang terjadi pada awal gerakan reformasi dan sampai saat ini masih belum memperlihatkan penyelesaian hukum yang benar adalah kasus penculikan dan penghilangan paksa para aktivis yang terjadi sejak akhir 1997 sampai pertengahan 1998.

Terhadap kasus ini, Tim Penyelidik yang beranggotakan beberapa orang sebagai wakil dari Komnas HAM (Komisi Nasional Hak Asasi Manusia) dan unsur masyarakat, sesuai dengan amanat UU Pengadilan HAM, Pasal 18 ayat (1), telah menyimpulkan terdapat pelanggaran HAM berat dalam peristiwa tersebut (Harian Kompas, 9 Desember 2008: 2). Berkas penyelidikan tersebut telah diserahkan kepada Kejaksaan Agung selaku

Penyidik dalam perkara pelanggaran HAM berat, sebagaimana diatur dalam Pasal 21 ayat (1) dan ayat (3) UU Pengadilan HAM. Namun Kejaksaan Agung yang menerima berkas hasil penyelidikan dari Tim tersebut tidak pernah melakukan tindakan penyidikan terhadap kasus tersebut.

Kejaksaan Agung kemudian mengembalikan berkas tersebut kepada Komnas HAM dengan mengatakan bahwa hasil penyelidikan tersebut belum memadai untuk diteruskan ke tingkat penyidikan (Harian Kompas, 13 Desember 2008: 4). Berikutnya Kejaksaan berdalih bahwa kasus tersebut sebenarnya telah selesai dengan dilakukannya proses hukum terhadap Tim Mawar yang telah diadili di Pengadilan Militer dan dinyatakan bersalah melakukan penculikan dan penghilangan paksa terhadap beberapa aktivis pada tahun 1998 tersebut.

Memang UU Pengadilan HAM mengamanatkan kepada Komnas HAM untuk menyerahkan hasil penyelidikannya kepada Penyidik, dalam hal ini Kejaksaan Agung dan kepada DPR. Penyerahan kepada DPR ini penting karena DPR lah yang akan merekomendasikan kepada pemerintah untuk membentuk Pengadilan HAM ad hoc atas peristiwa pelanggaran HAM berat yang terjadi sebelum UU Pengadilan HAM keluar. (Lihat Pasal 43 UU Pengadilan HAM). Di penghujung masa tugasnya, DPR mengeluarkan rekomendasi yang merupakan hasil Pansus terhadap kasus orang hilang tersebut. Rekomendasi yang disampaikan kepada pemerintah tersebut adalah:

1. Merekomendasikan kepada Presiden untuk membentuk Pengadilan HAM ad hoc dengan Keppres.
2. Merekomendasikan kepada Presiden dan segenap institusi pemerintah serta pihak terkait untuk segera mencari 13 aktivis yang masih hilang.
3. Merekomendasikan pemerintah untuk merehabilitasi dan memberikan kompensasi kepada keluarga korban yang hilang.
4. Merekomendasikan pemerintah agar segera meratifikasi Konvensi Anti Penghilangan Paksa sebagai bentuk komitmen dan dukungan untuk menghentikan praktik penghilangan orang (Harian Kompas, 28, 29, dan 30 September 2009: 1 dan 4 ).

Setelah setahun berlalu dari rekomendasi tersebut, pemerintah masih belum mengeluarkan Keppres pembentukan pengadilan HAM ad hoc tersebut. Banyak pihak yang mempertanyakan komitmen pemerintah terhadap perlindungan dan penegakan HAM karena tidak berkehendak untuk mengadili pelaku pelanggaran HAM berat dalam kasus ini. Tapi di sisi lain, ada sebagian pihak yang berpandangan bahwa pembentukan pengadilan HAM ad hoc tersebut akan bertentangan dengan HAM itu sendiri. Landasan hukum mereka yang berpandangan demikian adalah bahwa mengadili peristiwa tersebut bertentangan dengan hak asasi untuk tidak dituntut berdasarkan hukum yang berlaku surut, sebagaimana diatur dalam Pasal 28 I ayat (1) UUD 1945. Dengan kata lain pengadilan HAM ad hoc itu bertentangan dengan asas *non-retroaktif*. Jika benar pernyataan tersebut, berarti pengadilan HAM ad hoc yang telah berlangsung terhadap kasus Timor Timur dan

Tanjung Priok, harus juga dikatakan melanggar HAM. Dualisme pandangan ini menarik minat peneliti untuk mengkaji, benarkah terjadi pelanggaran HAM dalam hal pengadilan HAM adhoc tersebut, baik dari perspektif HAM dan konstitusi, serta perspektif perbandingan dalam Hukum Pidana Internasional.

Permasalahan dalam penelitian ini adalah:

1. Apakah Pengadilan HAM ad hoc yang mengadili pelanggaran HAM berat yang terjadi sebelum UU Pengadilan HAM diberlakukan, bertentangan dengan asas *non-retroaktif*?
2. Apakah Pengadilan HAM ad hoc melanggar HAM, khususnya hak untuk tidak diadili berdasarkan hukum yang berlaku surut sebagaimana diatur dalam Pasal 28 I ayat (1) UUD 1945?

## II. METODE PENELITIAN

### A. METODE PENDEKATAN

Penelitian ini merupakan penelitian hukum normative dengan pendekatan asas dan pendekatan perbandingan. Pendekatan asas digunakan untuk menganalisis permasalahan pertama. Sementara pendekatan perbandingan digunakan untuk menganalisis permasalahan kedua, terutama dilihat dari instrument hukum HAM dan Hukum Pidana Internasional.

### B. BAHAN HUKUM

Bahan hukum yang digunakan adalah bahan hukum primer seperti UUD 1945 (hasil amandemen), UU Nomor 26 Tahun 2000 tentang Pengadilan HAM, serta beberapa instrument hukum internasional tentang HAM.

### C. PROSEDUR PENGUMPULAN BAHAN HUKUM

Pengumpulan bahan hukum dilakukan dengan metode penelitian pustaka (library research).

### D. PENGOLAHAN DAN ANALISIS BAHAN HUKUM

Bahan hukum primer yang diperoleh kemudian dikumpulkan dan dikelompokkan sesuai permasalahan yang telah dirumuskan, kemudian dianalisis secara induktif untuk dapat diberlakukan secara umum.

## III. HASIL PENELITIAN DAN ANALISIS

### A. HAK ASASI MANUSIA DAN PENGADILAN HAM

Hak asasi manusia adalah hak-hak yang dimiliki manusia semata-mata karena ia manusia. Umat manusia memilikinya bukan karena diberikan kepadanya oleh masyarakat atau berdasarkan hukum positif, melainkan semata-mata berdasarkan martabatnya sebagai manusia (Asplund, 2008: 1). Sementara pengertian lain mengatakan bahwa *“human rights are those rights which are inherent in our nature and without which we can not live as human being”* (Salam, 2002: 1). Dari pengertian tersebut tersirat bahwa tiap orang terlahir

dengan mendukung hak tersebut, tanpa mempedulikan warna kulit atau rasnya. Hal tersebut menunjukkan bahwa hak asasi itu bersifat universal dan tidak dapat dicabut (*inalienable*), sebab betapapun buruknya perilaku seseorang, dia tetap memiliki hak-hak tersebut, karena melekat padanya sebagai makhluk insani (Asplund, 2008:1).

Gagasan hak mendasar di atas berawal dari teori hukum kodrat yang dimulai dari filsafat Stovia, sampai kepada zaman modern melalui tulisan St Thomas Aquinas maupun John Locke di masa pasca Renaissance. Locke bahkan terkenal dengan pemikirannya tentang hak kodrati ini yang antara lain disebutkan bahwa “semua individu dikaruniai oleh alam hak yang melekat atas hidup, kebebasan, dan kepemilikan, yang merupakan milik mereka sendiri dan tidak dapat dicabut atau dipreteli oleh Negara. Melalui kontrak social (*social contract*) perlindungan atas hak tersebut diserahkan kepada Negara. Namun bila penguasa Negara mengabaikan kontrak sosial tersebut dan melanggar hak-hak dasar tadi, maka rakyat bebas menurunkan penguasa tersebut dan menggantinya dengan penguasa lain yang bersedia menghormati hak-hak asasi tersebut” (Asplund, 2008: 22). Dari sana terlahir kewajiban Negara untuk melindungi hak-hak dasar warga negaranya, dan hingga sekarang pun pelanggaran terhadap hak-hak asasi tersebut tetap menjadi tanggungjawab Negara untuk memulihkannya, meski pelanggaran terhadap hak-hak tersebut tidak dilakukan oleh Negara (Jorgensens, 2000: 56).

Meski pemikiran hak-hak kodrati itu kemudian ditentang habis-habisan oleh kaum Utilitarian dengan pelopornya Jeremy Bentham, serta kaum positivis dengan pelopornya John Austin, yang pada prinsipnya mengatakan bahwa hak kodrati itu tidak ada, karena hak hanyalah anak kandung dari hukum, pemikiran tentang hak-hak mendasar tersebut tidaklah mati. Dalam perkembangannya, terutama setelah terjadi Perang Dunia ke II yang memperlihatkan kekejaman suatu rezim terhadap sebuah bangsa, pengakuan terhadap hak-hak fundamental tersebut bahkan dikukuhkan/ dilahirkan dalam berbagai instrumen hukum internasional, seperti *The International Bill of Rights*, yang diikuti oleh berbagai konvensi dan kovenan lain tentang hak-hak mendasar yang diatur secara parsial (Levin, 1981: 5).

Dalam hukum hak asasi internasional terdapat empat kelompok pandangan terhadap eksistensi dan penerapan atau pemenuhan hak-hak mendasar ini oleh Negara. Keempat pandangan tersebut adalah: (Salam, 2002: 3)

1. Pandangan Universal Absolut yang melihat HAM sebagai nilai-nilai universal sebagaimana dirumuskan dalam *International Bill of Rights*, tanpa menghargai profil sosial budaya yang melekat pada masing-masing bangsa dalam kaitannya dengan pelaksanaan HAM tersebut.
2. Pandangan Universal Relatif, yang juga melihat persoalan HAM sebagai masalah universal, namun pengecualian dapat diterima sepanjang didasarkan pada asas-asas hukum internasional yang diakui keberadaannya. Misal ketentuan dalam Pasal 29 ayat (2) *Universal Declaration of Human Rights* (Deklarasi Universal Hak Asasi

Manusia/DUHAM) yang menegaskan bahwa: *“in the exercise of his rights and freedoms, everyone shall be subject only to such limitation as are determined by law solely for the purpose of securing due recognition and respect for the rights and freedom of others and of meeting the just requirements of morality, public order and the general welfare in a democratic society”*.

3. Mereka yang berpandangan partikularistik absolut, yang melihat HAM sebagai persoalan masing-masing bangsa, tanpa memberikan alasan kuat, khususnya dalam melakukan penolakan terhadap berlakunya dokumen-dokumen internasional tentang HAM.
4. Mereka yang berpandangan partikularistik relatif yang memandang persoalan HAM disamping masalah universal juga merupakan masalah nasional masing-masing bangsa.

Sebagai bagian dari negara bangsa-bangsa, Indonesia tidak luput dari kewajiban untuk menghargai hak-hak mendasar tersebut. Penghargaan atas HAM sudah dimulai dengan pengakuan beberapa hak mendasar dalam UUD 1945 yang menjadi landasan berdirinya negara RI. Pengakuan atas HAM kemudian menjadi lebih baik ketika awal masa reformasi MPR melakukan amandemen terhadap UUD tersebut, dengan menambahkan sejumlah hak-hak mendasar lainnya, dalam satu Pasal yaitu Pasal 28 a-j.

Pengejawantahan HAM yang diakui dalam UUD 1945 itu lalu dirinci dalam Undang-undang Nomor: 39 Tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia. Pasal 104 ayat (1) UU ini menentukan bahwa pelanggaran terhadap HAM sebagaimana diatur dalam UU ini diadili di sebuah pengadilan khusus tentang HAM. Pengadilan dimaksud baru terbentuk setahun kemudian berdasarkan Perpu Nomor 1 Tahun 1999 tentang Pengadilan HAM. Namun karena Perpu tersebut tidak mendapat persetujuan DPR, maka Pemerintah mengajukan RUU Pengadilan HAM, yang kemudian ditetapkan sebagai Undang-undang Nomor 26 Tahun 2000 (UU Pengadilan HAM).

UU Pengadilan HAM mengatur yurisdiksi pengadilan ini dalam Pasal 7 yang menentukan sebagai berikut:

Pengadilan ini berwenang mengadili perkara pelanggaran berat HAM yang berupa:

1. Kejahatan Genosida;
2. Kejahatan terhadap Kemanusiaan.

Dari uraian di atas dapat disimpulkan bahwa Pengadilan HAM merupakan pengadilan khusus yang dibentuk untuk mengadili pelaku kejahatan (genosida dan kejahatan terhadap kemanusiaan) yang merupakan pelanggaran terhadap HAM berat. Terhadap pelanggaran HAM berat yang terjadi sebelum UU ini diberlakukan, diadili di Pengadilan HAM ad hoc sebagaimana diatur dalam Pasal 43. Pasal tersebut menentukan bahwa:

Ayat (1) Pelanggaran HAM yang berat yang terjadi sebelum diundangkannya UU ini, diperiksa dan diputus oleh Pengadilan HAM ad hoc.

Ayat (2) Pengadilan HAM ad hoc sebagaimana dimaksud dalam ayat (1) dibentuk atas usul Dewan Perwakilan Rakyat Republik Indonesia berdasarkan peristiwa tertentu dengan Keputusan Presiden.

Berlandaskan pasal di ataslah maka peristiwa pasca jajak pendapat di Timor Timur tahun 1999 serta peristiwa Tanjung Priok tahun 1984 diadili di Pengadilan HAM adhoc yang dibentuk oleh pemerintah berdasarkan rekomendasi dari DPR. Prosedur yang sama akan dilakukan terhadap kasus penghilangan aktivis tahun 1998 tadi. Dari uraian tadi dapat disimpulkan bahwa Pengadilan HAM adhoc yang mengadili kejahatan terhadap kemanusiaan yang terjadi sebelum pengadilan HAM berdiri atau sebelum berlakunya UU Pengadilan HAM, memiliki landasan hukum yaitu Pasal 43 UU Pengadilan HAM.

#### **B. ASAS LEGALITAS DAN ASAS NON RETROAKTIF**

Dalam hukum pidana yang berlaku sekarang di negara kita, asas legalitas tercantum dalam Pasal 1 ayat (1) KUHP yang berbunyi: “Tiada satu perbuatan boleh dihukum, melainkan atas kekuatan aturan pidana dalam undang-undang, yang terdahulu dari perbuatan itu”. Dari perspektif sejarah, asas legalitas lahir pada zaman *ancien regime*, yaitu zaman raja-raja yang berkuasa secara mutlak, dan memerintah negaranya dengan semaunya sendiri, dan dirasakan oleh rakyatnya sebagai suatu kesewenang-wenangan yang tidak mengenal batas. Kesewenang-wenangan para raja tercermin dalam putusan hakim yang sewenang-wenang, baik dalam menentukan perbuatan yang dilarang atau tidak, maupun dalam menentukan hukumannya (Lamintang, 1984: 121). Kondisi tersebut menunjukkan bahwa di Perancis saat itu terdapat ketidakpastian hukum, mengenai perbuatan yang dilarang atau dibolehkan serta sanksinya.

Para filsuf di Perancis dan para penulis tentang hukum dan kemasyarakatan mulai memberi pengaruh dengan tulisan mereka, baik mengenai filsafat, negara, terutama tentang hukum. Salah satu penulis terkenal dari Italia yang tulisannya mempengaruhi terbentuknya Code Penal di Perancis menyampaikan pemikirannya tentang perlunya agar undang-undang (terutama pidana) itu dibentuk berdasarkan asas-asas yang bersifat lebih rasional. Yang dimaksudkan olehnya adalah bahwa di satu pihak undang-undang itu dapat membatasi hak-hak penguasa untuk menjatuhkan hukuman, sementara kebebasan individu di lain pihak juga harus dihargai, oleh karenanya sedapat mungkin harus ada undang-undang pidana yang menentukan terlebih dahulu syarat-syarat untuk penjatuhan pidana bagi hakim.

Ketika Perancis kemudian menyusun *Code Penal* yang baru tahun 1880, asas-asas dalam *Code Penal* yang lama diambil alih ke dalam Pasal 4 Code Penal yang baru. Ketentuan dalam Pasal 4 *Code Penal* Perancis tersebut ternyata diambil alih oleh Belanda ketika menyusun *Wetboek van Strafrecht* pada tahun 1881. Ketentuan dalam Pasal 4 *Wetboek van Strafrecht* inilah yang kemudian menjadi Pasal 1 ayat (1) *WvS Nederlands Indie*, yang kemudian kita kenal sebagai KUHP (Simons, 1992: 97).

Dari perjalanan sejarahnya tadi tidaklah dapat dipungkiri, bahwa asas legalitas berhubungan erat dengan upaya manusia untuk mendapatkan kepastian hukum dalam bidang hukum pidana. Dengan kata lain, Pasal 1 ayat (1) dimaksudkan untuk mencegah

kesewenang-wenangan penguasa yang dapat merugikan warganya. Dalam literatur sistem hukum *common law*, asas ini dikenal dengan istilah *principle of legality*, yang menuntut pengakuan akan prinsip lain yang terkait dengan itu. LB Curzon mengatakan antara lain: “it has been suggested that the principle of legality necessitates recognition of other, allied, principles: non retroactivity, maximum certainty, and the precise, strict construction by the courts of penal statutes. The rules of the criminal law should be fixed, knowable, and certain” (Curzon, 1994: 5).

Dari bunyi Pasal 1 ayat (1) KUHP tersebut menurut Feuerbach melahirkan tiga ketentuan, yaitu: (Lamintang, 1984: 128 ).

1. *Nulla poena sine lege*, tiap penjatuhan hukuman harus didasarkan pada suatu undang-undang pidana;
2. *Nulla poena sine crimine*, suatu penjatuhan hukuman hanya dapat dilakukan, bila perbuatan yang bersangkutan telah diancam dengan suatu hukuman oleh undang-undang;
3. *Nullum crimen sine poena legali*, perbuatan yang telah diancam dengan hukuman oleh undang-undang itu apabila dilanggar dapat berakibat dijatuhkannya hukuman seperti yang diancamkan oleh undang-undang kepada pelanggarnya.

Ada tiga asas penting yang menjadi kandungan dari Pasal 1 ayat (1) KUHP tadi, yaitu: (Lamintang, 1984: 128)

1. bahwa hukum pidana yang berlaku di negara kita merupakan hukum tertulis (*lex scripta*);
2. bahwa undang-undang pidana yang berlaku di negara kita tidak boleh berlaku surut (*non-retroaktif*) (Kartanegara, tt: 200);
3. bahwa penafsiran secara analogis tidak boleh digunakan dalam hukum pidana (*lex stricta*) (Schaffmeister, 1995: 5-6).

Dari sini jelaslah bahwa hubungan antara asas legalitas dan asas non-retroaktif sangatlah erat. Dia merupakan asas yang telahir dari kandungan asas legalitas. Hal ini dapat dilihat dari bunyi pasal tersebut yang pada intinya adalah bahwa hukum pidana adalah tertulis, dan bahwa peraturan tersebut sudah ada sebelum perbuatan dilakukan (Simons, 1992: 100). Ketentuan tidak berlaku surut juga dikuatkan oleh Pasal 2 *Algemene Bepalingen van Wetgeving*, yang menentukan bahwa: “Undang-undang itu hanyalah berkenaan dengan hal-hal yang akan datang dan tidak mempunyai kekuatan berlaku surut”. Pengecualian terhadap non-retroaktif hanyalah sebagaimana dinyatakan dengan tegas dalam ayat (2) dari Pasal 1 KUHP yang menyatakan bahwa: “Apabila terjadi perubahan dalam perundang-undangan setelah saat tindakan itu dilakukan, maka diberlakukanlah ketentuan-ketentuan yang paling menguntungkan bagi terdakwa”.

### C. ASAS NON RETROAKTIF DALAM PRAKTIK PENEGAKAN HUKUM PIDANA INTERNASIONAL

M. Cherif Bassiouni, yang dikenal sebagai bapak hukum pidana internasional mengatakan, bahwa: (Bassiouni, 1986: 1)

International Criminal Law is a product of the convergence of two different legal disciplines which have emerged and developed along different paths to become complementary and co-extensive. They are: the criminal law aspects of international law and the international aspects of national criminal law.

(Hukum Pidana Internasional adalah suatu hasil penggabungan dua disiplin hukum yang berbeda, yang muncul dan berkembang dengan cara berbeda, agar dapat saling melengkapi, yaitu: aspek-aspek pidana dari hukum internasional dan aspek-aspek internasional dari hukum pidana nasional).

Sementara itu Roling mengatakan bahwa *“International Criminal Law is the law which determines what national criminal law will apply to offences actually committed if they contain an international element”* (Atmasasmita, 1995: 4). (Hukum Pidana Internasional adalah hukum yang menentukan hukum pidana nasional mana yang akan diterapkan terhadap pelanggaran yang terjadi jika di dalamnya terdapat unsur internasional).

Dari dua pengertian Hukum Pidana Internasional tadi dapat disimpulkan bahwa Hukum Pidana Internasional adalah peraturan hukum pidana nasional dan peraturan (instrumen) hukum (pidana) internasional yang mengatur tentang kejahatan internasional dan cara penegakan hukumnya. Dengan kata lain, jika terjadi suatu peristiwa yang merupakan kejahatan internasional, sebagaimana diatur dalam instrumen hukum internasional dan hukum pidana nasional di suatu negara, maka proses penanganan dan peradilan kasus tersebut berlangsung sesuai aturan yang terdapat dalam instrumen hukum internasional dan hukum pidana nasional yang berlaku di negara tersebut (Schabbas, 2004: 23).

Kejahatan internasional menurut M.Cherif Bassiouni adalah: *“any conduct which is designated as a crime in a multilateral convention with significant number of state parties to it, provided the instrument contains one of the ten penal characteristics”*. (Bassiouni, 1986: 2-3). (kejahatan internasional adalah tiap perbuatan yang ditetapkan sebagai kejahatan dalam suatu konvensi yang bersifat multilateral dengan jumlah negara peserta yang signifikan, dan memuat satu dari sepuluh karakter pidana).

Salah satu karakter pidana tersebut adalah pernyataan dalam suatu konvensi internasional sebagai kejahatan internasional Roling sependapat dengan Bassiouni bahwa salah satu karakter pidana tersebut adalah perlunya suatu deklarasi internasional yang menegaskan bahwa tindakan tersebut merupakan kejahatan internasional yang dapat diancam pidana (Bassiouni, 1986: 3). Dari sini dapat disimpulkan bahwa perbuatan yang dikatakan sebagai kejahatan internasional harus ditetapkan dalam suatu konvensi internasional sebagai suatu perbuatan yang dapat dihukum atau memiliki sifat-sifat pidana, sehingga negara-negara harus mengkriminalisasinya ke dalam hukum nasional mereka (Cassese, 2003: 277).

Hal yang menarik dari Hukum Pidana Internasional adalah mekanisme penegakan

hukumnya. Dalam hal ini terdapat dua mekanisme penegakan hukum pidana internasional, yaitu dengan sistem penegakan hukum secara langsung, yaitu mengadili pelaku di pengadilan internasional, atau dengan sistem penegakan hukum tidak langsung, dengan mengadili pelaku pada pengadilan nasional (Atmasasmita, 1986: 79, dan Hiariej, 2009: 83). Penegakan hukum pidana internasional melalui pengadilan internasional, telah berlangsung melalui pengadilan internasional ad hoc, maupun pengadilan internasional permanen, yaitu *International Criminal Court* yang berdiri sejak 1 Juli 2002, dan berkedudukan di Den Haag. Sedangkan pengadilan yang melaksanakan penegakan hukum pidana tidak langsung dilakukan oleh pengadilan nasional, baik yang dibentuk secara khusus (misalnya pengadilan HAM di Indonesia) atau pun tidak (pengadilan militer di beberapa Negara). Pengadilan nasional dalam hal ini juga dapat bersifat *municipal* secara penuh atau bersifat campuran nasional internasional (*hybrid model*). Pengadilan campuran nasional internasional terjadi misalnya pada Pengadilan Kejahatan Perang di Kamboja, Pengadilan Kejahatan Perang di Siera Leone, dan Pengadilan Khusus di Dili (Agustina, 2006: 81).

Penegakan hukum pidana internasional yang berlangsung di pengadilan internasional, terutama yang dibentuk secara ad hoc di antaranya adalah Nuremberg Trial dan Tokyo Trial, khusus untuk mengadili pelaku kejahatan perang dan kejahatan kemanusiaan yang terjadi selama Perang Dunia II. Pengadilan ad hoc internasional juga dibentuk untuk mengadili pelaku kejahatan terhadap kemanusiaan dan genosida yang terjadi di bekas Negara Yugoslavia (*International Criminal Tribunal for the Former of Yugoslavia*), serta pelaku kejahatan terhadap kemanusiaan yang terjadi di Rwanda (*International Criminal Tribunal for Rwanda*).

Proses hukum yang berlangsung di keempat pengadilan internasional adhoc tersebut menyimpang dari asas non retroaktif, karena pengadilan baru dibentuk dan dasar hukum untuk mengadili pelaku disusun setelah kejahatan itu terjadi. Misalnya pengadilan yang berlangsung di Nuremberg Trial, dimulai dengan deklarasi Negara-negara pemenang Perang Dunia II di St James Palace, London. pada tahun 1943 (Karnasudirja, 2003: 34). Deklarasi itu berisi antara lain pernyataan bahwa kejahatan yang dilakukan selama perang berlangsung merupakan kejahatan menurut hukum internasional, dan pelakunya akan diadili. Langkah tersebut kemudian diikuti dengan Piagam pembentukan Pengadilan Nuremberg yang disepakati pada 8 Agustus 1945, yang juga dikenal *London Agreement*. Berdasarkan statuta pembentukan pengadilan Nuremberg tersebut, maka diadililah beberapa pemimpin Nazi yang dianggap bertanggungjawab atas semua kejahatan perang dan kejahatan kemanusiaan yang terjadi selama Perang Dunia II berlangsung (Agustina, 2006: 85-86).

#### **D. PENGADILAN HAM AD HOC MERUPAKAN PENYIMPANGAN TERHADAP ASAS NON-RETROAKTIF**

Eksistensi Pengadilan HAM ad hoc di Indonesia diatur dalam Pasal 43 ayat (1) UU Pengadilan HAM, yang menentukan bahwa "*pelanggaran HAM berat yang terjadi sebelum*

*UU ini diundangkan, diperiksa dan diputus oleh Pengadilan HAM adhoc*". Pengadilan HAM adhoc tersebut dibentuk berdasarkan rekomendasi dari DPR. Mekanisme lain bagi penyelesaian pelanggaran HAM berat adalah melalui Komisi Kebenaran dan Rekonsiliasi, yang tidak bersifat mengadili melainkan mediasi, sebagaimana diatur dalam Pasal 47 UU tersebut. (Namun mekanisme melalui Komisi Kebenaran dan Rekonsiliasi ini sudah tidak dapat digunakan lagi sejak UU Nomor 27 Tahun 2004 tentang KKR bertentangan dengan UUD 1945 dan tidak memiliki kekuatan mengikat oleh Mahkamah Konstitusi dengan putusannya Nomor 006/PUU-IV/2006).

Berdasarkan Pasal 43 tadi, maka pemerintah telah membentuk Pengadilan HAM ad hoc untuk menyelesaikan kasus-kasus pelanggaran HAM berat yang terjadi di Timor Timur tahun 1999 dan peristiwa Tanjung Priok yang terjadi pada tahun 1984. Pembentukan kedua pengadilan HAM ad hoc tersebut dilakukan oleh pemerintah dengan mengeluarkan Keppres Nomor 53 Tahun 2001 tentang pembentukan Pengadilan HAM ad hoc untuk Kasus Timor Timur dan Tanjung Priok. Luasnya yurisdiksi dalam Keppres tersebut akhirnya direvisi dengan Keppres Nomor 91 Tahun 2001. Kedua pengadilan telah bekerja selama lebih kurang 5 tahun dan memutus 9 perkara dalam kasus Timor Timur dan 4 perkara dalam kasus Tanjung Priok.

Dari bunyi Pasal 43 UU Pengadilan HAM tadi, serta kewenangan pada kedua pengadilan HAM ad hoc yang telah dibentuk tadi, jelas terlihat adanya penyimpangan terhadap asas non-retroaktif. Hal ini disebabkan kedua pengadilan tersebut menjalankan kewenangan mengadili suatu perbuatan yang terjadi sebelum UU yang mengatur tentang perbuatan tersebut sebagai suatu tindak pidana, diberlakukan. Dengan kata lain keberadaan Pengadilan HAM ad hoc, baik yang telah dibentuk dan bekerja, ataupun yang akan dibentuk berlandaskan Pasal 43 tersebut, memberlakukan suatu peraturan hukum pidana berlaku mundur atau surut (retroaktif). Pemberlakuan hukum pidana secara mundur/surut inilah yang merupakan penyimpangan terhadap asas non retroaktif, sebagai salah satu makna dari asas legalitas.

Namun penyimpangan terhadap asas non-retroaktif ini diterima sebagai suatu bentuk penyimpangan terhadap asas legalitas, yang lebih mengutamakan kepastian hukum daripada keadilan. Sebagaimana diuraikan sebelumnya, dari sejarah lahirnya asas legalitas tersebut, dapat dipahami bahwa asas tersebut merupakan perlindungan terhadap kepentingan hukum individu dari kesewenang-wenangan penguasa/pemerintah. Simons secara eksplisit menyatakan bahwa asas legalitas adalah untuk menjamin kepastian hukum individu (Simons, 1992: 97), sementara van Dun sebagaimana dikutip Eddy O.S. Hiariej mengatakan bahwa asas legalitas bertujuan perlindungan kepentingan individu dari serangan kekuasaan Negara yang sewenang-wenang (Hiariej, 2009: 42).

Dikaitkan dengan tujuan hukum yang tidak semata-mata kepastian hukum, tapi juga keadilan dan kemanfaatan, maka penyimpangan terhadap asas legalitas dalam arti pemberlakuan hukum pidana secara surut (retroaktif) sebagai suatu ketidakadilan,

dibolehkan untuk menghindari ketidakadilan yang lebih besar (Hiariej, 2009: 30). John Rawls mengatakan bahwa prinsip utama keadilan adalah bahwa tiap orang mempunyai hak yang sama atau kebebasan dasar yang paling luas, seluas kebebasan yang sama bagi semua orang. Kebebasan dasar yang paling luas antara lain adalah kebebasan dari penangkapan sewenang-wenang termasuk kebebasan hukuman yang berlaku surut (Rawls, 2006: 72-73 ). Terkait dengan asas legalitas yang tidak boleh memberlakukan hukum pidana secara surut, Rawls mengatakan bahwa penyimpangan asas legalitas tidak dapat berlaku luas, tapi terhadap kasus-kasus yang khusus. Gustav Radbruch yang terkenal sebagai pendukung keadilan sebagai salah satu tujuan utama dari hukum, mengatakan bahwa hukum positif dianggap sebagai lawan dari keadilan, dan tidaklah dapat diterapkan jika ada ketidakkonsistenan antara UU dan keadilan, maka yang lebih didahulukan adalah keadilan.

Praktik penegakan hukum pidana internasional pada beberapa pengadilan internasional yang pernah dibentuk telah memperlihatkan penyimpangan asas legalitas, dalam arti memberlakukan hukum pidana secara surut, berulang kali dengan tujuan keadilan. Hal ini terbukti dari beberapa putusan hakim dalam pengadilan tersebut yang menjatuhkan pidana kepada para terdakwa, dan dalam putusannya selalu menyinggung keadilan sebagai salah satu tujuan hukum. Majelis hakim pada Nuremberg Trial, pengadilan yang dibentuk setelah perang dunia kedua berakhir untuk mengadili pelaku kejahatan perang dari Jerman, mengutip pendapat Gustav Radbruch, bahwa asas legalitas dapat dikecualikan jika bertentangan dengan keadilan (Hiariej, 2009: 42). Statuta ICTY (Pengadilan Internasional bagi bekas Negara Yugoslavia) dan Statuta ICTR (Pengadilan Internasional bagi Rwanda) dibentuk setelah kejahatan terjadi dan berlaku surut untuk mengadili pelaku kejahatan internasional yang terjadi pada dua peristiwa tersebut. Semua pengadilan tersebut dibentuk dengan tujuan memberikan keadilan bagi para korban kejahatan terhadap kemanusiaan dan kejahatan perang.

Di Indonesia sendiri terhadap penyimpangan asas legalitas dengan memberlakukan hukum pidana secara surut, tidak hanya terjadi pada praktik pengadilan HAM ad hoc, tapi juga pada pengadilan tindak pidana terorisme yang melibatkan pelaku Bom Bali I pada tahun 2002. Hanya saja terdapat perbedaan pandangan terhadap kedua pengadilan yang menerapkan asas retroaktif tersebut, oleh Mahkamah Konstitusi (MK). Penyimpangan asas non retroaktif pada pengadilan kasus terorisme yang dilangsungkan berdasarkan UU Nomor 16 Tahun 2003 yang memberlakukan secara surut UU Nomor 15 Tahun 2003 tentang Pemberantasan Tindak Pidana Terorisme, tidak mendapatkan pembenaran lebih lanjut oleh MK. Dengan putusannya Nomor 013/PUU-I/2003, MK membatalkan berlakunya UU Nomor 16 Tahun 2003 tersebut. Pertimbangan MK antara lain adalah: "asas retroaktif lebih mengacu kepada filosofi pemidanaan atas dasar pembalasan (*retributive*), padahal asas ini tidak lagi merupakan acuan utama dari sistem pemidanaan di Indonesia yang lebih merujuk kepada asas preventif dan edukatif. Pemberlakuan prinsip retroaktif dalam

hukum pidana hanyalah merupakan suatu pengecualian yang hanya dibolehkan dan diberlakukan pada perkara pelanggaran HAM yang berat (*gross violation on human rights*) sebagai kejahatan yang serius, yang merupakan jaminan terhadap hak-hak yang tidak dapat dikurangi (*non-derogable rights*).”

Lebih jauh MK berpendapat: “Sementara itu yang dikategorikan sebagai pelanggaran HAM yang berat menurut Statuta Roma, adalah kejahatan genosida, kejahatan terhadap kemanusiaan, kejahatan perang, dan agresi. Sedangkan menurut Pasal 7 UU Pengadilan HAM, yang dikategorikan sebagai pelanggaran HAM yang berat adalah kejahatan genosida dan kejahatan terhadap kemanusiaan. Dengan demikian baik menurut Statuta Roma maupun UU Pengadilan HAM, peristiwa peledakan bom di Bali tahun 2002 belumlah dapat dikategorikan sebagai kejahatan yang luar biasa (*extra ordinary crime*) yang dapat dikenai prinsip hukum retroaktif, melainkan masih dapat dikategorikan sebagai kejahatan biasa (*ordinary crime*) yang sangat kejam tetapi masih dapat ditangkal dengan ketentuan hukum pidana yang ada”. (Lihat putusan MK Nomor 013/PUU-I/2003 yang membatalkan UU Nomor 16 Tahun 2003 yang memberlakukan UU Nomor 15 Tahun 2003 terhadap kasus Bom Bali I tahun 2002)

Dari putusan tersebut terlihat bahwa MK dapat menerima penyimpangan asas non retroaktif jika terkait dengan kejahatan luar biasa, yaitu kejahatan yang termasuk kategori pelanggaran HAM yang berat, yakni Genosida, Kejahatan terhadap Kemanusiaan, Kejahatan Perang, dan Agresi. Pembeneran tersebut juga dinyatakan oleh MK dalam putusannya yang menolak permohonan Abilio Soares. Permohonan Soares adalah uji materi terhadap Pasal 43 ayat (1) UU Pengadilan HAM yang menurutnya bertentangan dengan UUD 1945, khususnya Pasal 28 I ayat (1) yang didalamnya termasuk hak untuk tidak dituntut dengan hukum yang berlaku surut. MK menolak permohonan tersebut dengan alasan bahwa Pengadilan HAM dengan segala aspeknya memiliki relevansi yang kuat dengan dunia internasional dikarenakan masalah pengakuan dan penegakan HAM sudah menjadi tekad masyarakat internasional maupun nasional. Pembentukan Pengadilan HAM juga didasarkan atas pertimbangan untuk menjawab sejumlah persoalan HAM yang selalu berulang (*recurrent*) yang telah dihadapi Bangsa Indonesia dari masa ke masa dalam rentang waktu yang relatif lama sehingga Pengadilan HAM ini diharapkan dapat menyelesaikan sejumlah persoalan HAM masa lalu agar tidak selalu menjadi ganjalan yang tak terselesaikan.

Dari berbagai praktik penegakan hukum pidana internasional maupun putusan MK di atas, dapat disimpulkan bahwa Pasal 43 UU Pengadilan HAM yang menjadi landasan pembentukan Pengadilan HAM ad hoc, memang bertentangan dengan asas legalitas, dalam arti memberlakukan hukum pidana secara surut (retroaktif). Namun penyimpangan tersebut dapat dibenarkan sepanjang hanya terhadap kejahatan yang paling serius menurut hukum internasional dan hukum nasional, yaitu kejahatan-kejahatan genosida, kejahatan terhadap kemanusiaan, kejahatan perang, dan agresi, yang notabene merupakan

pelanggaran terhadap HAM yang berat. Penyimpangan itu sendiri dibenarkan sepanjang juga bertujuan untuk keadilan yang tidak akan terpenuhi jika asas legalitas diberlakukan secara ketat.

#### **E. PENYIMPANGAN ASAS NON-RETROAKTIF PADA PENGADILAN HAM AD HOC DARI PERSPEKTIF HAM DALAM UUD 1945**

Sebagaimana telah disinggung pada bagian tinjauan pustaka, bahwa perlindungan terhadap HAM di Indonesia sebenarnya telah ada sejak *the founding fathers* membentuk Negara ini, dengan mengakui beberapa HAM dalam UUD yang melandasi berdirinya Negara Kesatuan Republik Indonesia. Namun pengakuan akan HAM yang lebih besar terjadi pada waktu MPR melakukan amandemen terhadap UUD1945, dengan menambahkan Pasal 28 A - J yang memuat beberapa HAM lainnya yang belum diatur dalam konstitusi kita. Salah satu HAM yang diatur dalam Pasal 28 I adalah hak untuk tidak dituntut berdasarkan hukum yang retroaktif.

Jika dirunut sejarah pembentukan pasal tersebut, sesungguhnya juga terdapat perbedaan pendapat di antara anggota MPR ketika itu. Sebagian anggota menginginkan hak untuk tidak dituntut berdasarkan hukum yang berlaku surut tidak dimasukkan ke dalam pasal tersebut dengan alasan, bahwa jika hak tersebut dicantumkan dalam konstitusi, maka upaya untuk menyelesaikan pelanggaran HAM yang berat di masa lampau akan mengalami kebuntuan. Apalagi ketentuan dalam Pasal 28 I ayat (1) tersebut adalah hak-hak yang tidak dapat disimpangi dalam keadaan apapun. Sementara anggota yang setuju diatur hak tersebut berargumen bahwa ketentuan tersebut merupakan materi muatan konstitusi yang secara universal dimuat dalam konstitusi hampir seluruh Negara di dunia. Menjembatani perbedaan pendapat tersebut dibuatlah Pasal 28 J ayat (2) yang berbunyi antara lain: “Dalam menjalankan hak dan kebebasannya, setiap orang wajib tunduk kepada pembatasan yang ditetapkan dengan undang-undang dengan maksud semata-mata untuk menjamin pengakuan serta penghormatan atas hak dan kebebasan orang lain dan untuk memenuhi tuntutan yang adil sesuai dengan pertimbangan moral, nilai-nilai agama, keamanan, dan ketertiban umum dalam suatu masyarakat demokratis”.

Dengan melihat kepada Pasal 28 J ayat (2) tersebut maka kita dapat menyimpulkan, bahwa pelaksanaan hak asasi manusia yang diakui secara universal, juga memiliki pembatasan. Hal ini menunjukkan bahwa di Indonesia dianut paham atau pandangan Universal Relatif, yang juga melihat persoalan HAM sebagai masalah universal, namun pengecualian dapat diterima sepanjang didasarkan pada asas-asas hukum internasional yang diakui keberadaannya. Pembatasan sebagaimana diatur dalam Pasal 28 J ayat (2) UUD 1945 tersebut, sesungguhnya merupakan saduran dari pengecualian yang sama yang terdapat dalam instrumen hukum internasional. Misalnya ketentuan dalam Pasal 29 ayat (2) *Universal Declaration of Human Rights* (DUHAM) yang menegaskan bahwa: “*in the exercise of his rights and freedoms, everyone shall be subject only to such limitation*

*as are determined by law solely for the purpose of securing due recognition and respect for the rights and freedom of others and of meeting the just requirements of morality, public order and the general welfare in a democratic society”.*

Berlandaskan pada pasal-pasal di atas, MK juga telah beberapa kali menolak permohonan uji materi terhadap peraturan perundangan yang dianggap bertentangan dengan UUD 1945, khususnya pasal-pasal HAM. Di antaranya adalah penolakan MK atas uji materi terhadap ketentuan pidana mati bagi pelaku tindak pidana tertentu, seperti tindak pidana narkoba yang diajukan oleh terpidana narkoba dari Australia. Penolakan tersebut didasarkan pada Pasal 28 J ayat (2) UUD 1945 tadi yang secara eksplisit mengakui pembatasan HAM berdasarkan hukum yang berlaku di suatu Negara. Apalagi pembatasan tersebut juga diakui oleh hukum internasional sebagaimana terdapat dalam Pasal 29 DUHAM.

Terhadap tafsir konstitusi terhadap hak untuk tidak diberlakukan surut, menurut Irman Putra Sidin dalam kesimpulan disertasinya, mengatakan bahwa tafsir konstitusi terhadap asas non retroaktif harus memperhatikan nilai-nilai yang berlaku secara universal, yang diakui oleh bangsa-bangsa beradab di dunia (Sidin dalam Hiariej, 2009: 8). Sementara hakim MK, Akil Mochtar mengatakan bahwa kontroversi tentang pelanggaran hak asasi berupa hak untuk tidak dituntut berdasarkan hukum yang berlaku surut, sebagaimana diatur dalam Pasal 28 I ayat (1) UUD 1945 tersebut telah berakhir, dengan adanya putusan Mahkamah Konstitusi yang menerima pelanggaran tersebut berdasarkan Pasal 28 J ayat (2) UUD 1945, sepanjang terkait dengan kejahatan yang bersifat paling serius menurut hukum internasional, dan merupakan pelanggaran HAM yang berat (Mukhtar, 2008: 3).

Terhadap pelanggaran HAM khususnya hak untuk tidak dituntut berdasarkan hukum yang berlaku surut sebagaimana diatur dalam Pasal 28 I ayat (1) UUD 1945, MK juga telah menetapkan tafsirnya dalam dua putusan uji materi yang berbeda sebagaimana telah diuraikan dalam bagian sebelumnya. Pelanggaran terhadap hak untuk tidak dituntut berdasarkan hukum yang berlaku surut tersebut dapat diterima, sepanjang hal itu terkait dengan kejahatan internasional, atau kejahatan paling serius menurut hukum internasional dan hukum nasional, yaitu kejahatan yang merupakan pelanggaran HAM yang berat. Kejahatan tersebut adalah kejahatan genosida, kejahatan terhadap kemanusiaan, kejahatan perang, dan agresi. Penyimpangan HAM tersebut, juga perlu untuk pemenuhan HAM itu sendiri, yaitu keadilan bagi pihak korban (Mukhtar, 2008: 4).

### III. SIMPULAN DAN SARAN

#### A. SIMPULAN

1. Eksistensi Pengadilan HAM adhoc berdasarkan Pasal 43 ayat (1) UU Pengadilan HAM, untuk mengadili pelanggaran HAM berat yang terjadi sebelum UU tersebut diundangkan, memang bertentangan dengan asas non-retroaktif. Namun penyimpangan

tersebut, yang dipahami sebagai penyimpangan terhadap asas legalitas dalam arti pemberlakuan surut suatu ketentuan hukum pidana (non retroaktif), diterima dengan berbagai argumentasi. Diantaranya adalah bahwa keadilan sebagai tujuan hukum adalah lebih tinggi nilainya daripada kepastian hukum. Sehingga hukum positif pun harus dapat dikesampingkan jika penerapannya akan menimbulkan ketidakonsistenan dengan tujuan keadilan. Penyimpangan asas non retroaktif dalam praktik penegakan hukum pidana (terutama hukum pidana internasional yang lebih mengedepankan keadilan), sudah diterima sejak diterimanya hasil-hasil dalam Pengadilan Nuremberg dan Tokyo yang mengadili pelaku kejahatan perang dunia ke dua.

2. Eksistensi Pengadilan HAM ad hoc berdasarkan Pasal 43 ayat (1) UUD 1945 juga bertentangan dengan HAM, khususnya hak untuk tidak dituntut berdasarkan hukum yang berlaku surut sebagaimana diatur dalam Pasal 28 I ayat (1) UUD 1945. Namun penyimpangan terhadap pasal tersebut mendapatkan pembenaran karena beberapa alasan, yaitu:
  - a. Implementasi HAM memang mendapatkan pengecualian berdasarkan prinsip-prinsip universal yang diakui oleh bangsa-bangsa beradab, dan tercantum dalam ketentuan hukum nasional serta hukum internasional. Pasal 29 DUHAM dan Pasal 28 J ayat (2) UUD 1945 menentukan tentang pengecualian tersebut.
  - b. Putusan MK telah memberi tafsir final dan mengikat terhadap hak untuk tidak dituntut berdasarkan hukum yang berlaku surut tersebut, dengan menerima penyimpangannya sepanjang terkait dengan kejahatan yang berat menurut hukum nasional dan internasional, yaitu genosida, kejahatan terhadap kemanusiaan, kejahatan perang dan agresi.

## **B. SARAN**

1. Oleh karena sudah ada putusan MK mengenai kontroversi eksistensi Pengadilan HAM ad hoc untuk mengadili kejahatan pelanggaran HAM yang berat dari perspektif asas legalitas, maka Pemerintah harus segera melaksanakan rekomendasi DPR untuk membentuk Pengadilan HAM ad hoc bagi penyelesaian kasus penghilangan paksa aktivis yang terjadi tahun 1998. Hal ini penting untuk menunjukkan bahwa Pemerintah berkomitmen menyelesaikan pelanggaran HAM berat yang terjadi di masa lalu, dan bahwa keberadaan Pengadilan HAM ad hoc tidak memiliki masalah baik dari perspektif HAM maupun menurut asas-asas hukum yang berlaku universal.
2. Sebaiknya MPR segera mengamandemen kembali Pasal 28 I ayat (1) UUD 1945, dengan menghilangkan frasa "hak untuk tidak dituntut berdasarkan hukum yang berlaku surut". Hal ini penting karena dua alasan, yaitu 1) hak tersebut bukan merupakan hak asasi yang murni, seperti hak hidup dan lain-lain, tapi hak yang lahir karena asas hukum, yaitu asas legalitas, dan 2) bagi penegakan hukum, khususnya penegakan HAM agar tidak timbul kesan bahwa HAM dalam konstitusi kita dapat

dilanggar, karena adanya Pasal 28 J ayat (2) UUD 1945 yang memang membatasi berlakunya hak asasi manusia tersebut dalam keadaan tertentu.

## DAFTAR PUSTAKA

### BUKU DAN MAKALAH:

- Agustina, Shinta, 2006, *Hukum Pidana Internasional Dalam Teori dan Praktik*, Padang, Unand Press.
- Asplund, Knut. D, dkk, ed, 2008, *Hukum Hak Asasi Manusi*, Yogyakarta, Pusham UII.
- Atmasasmita, Romli, 1995. *Pengantar Hukum Pidana Internasional*. Bandung, PT Eresco.
- Bassiouni, M. Cherif, 1986, *International Criminal Law, Vol 1: Crimes*, New York, Transnational Publisher.
- Casese, Antonio, 2003, *International Criminal Law*, Oxford, Oxford University Press.
- Cryer, Robert, 2005, *Prosecuting International Crimes: Selectivity and the International Criminal Law Regime*, Cambridge, Cambridge University Press
- Curzon, LB, 1994, *Criminal Law*, London, Pitman Publishing.
- Hiariej, Eddy O.S., 2009, *Pengantar Hukum Pidana Intenasional*, Jakarta, Penerbit Erlangga.
- Hiariej, Eddy O.S., 2009, *Asas Legalitas Dalam Pelanggaran Hak Asasi Manusia Yang Berat*. Ringkasan Disertasi. Program Pascasarjana Universitas GajahMada, Yogyakarta.
- Joegernsen, Nina HB, 2000, *The Responsibility of States For International Crimes*, Oxford, Oxford University Press.
- Karnasudirja, Eddy Junaedy, 2003, *Dari Pengadilan Militer Internasional Nuremberg ke Pengadilan HAM Indonesia*, Jakarta, PT Tatanusa.
- Kartanegara, Satochid, tanpa tahun, *Hukum Pidana, Kumpulan Kuliab*, Bagian Kesatu, Balai Lektur Mahasiswa.
- Kusumah, Mulyana W, 1981, *Hukum dan Hak Asasi Manusia: Suatu Pemahaman Kritis*. Bandung: Penerbit Alumni.
- Lamintang, PAF, 1984, *Dasar-dasar Hukum Pidana Indonesia*, Bandung, Penerbit sinar Baru.
- Levin, Leah, 1981, *Hak-hak Asasi Manusia, Tanya Jawab*, Jakarta, PT. Pradnya Paramita.
- Muladi, 2003, *Pengadilan HAM dalam Konteks Nasional dan Internasional*, Makalah disampaikan Pada Penataran Hukum Pidana dan HAM, Padang, Fakultas Hukum-Unand, 5-6 September 2003.
- Pide, Andi Mustari, 1999, *Pengantar Hukum Tata Negara*, Jakarta, Gaya Media Pratama.
- Rawls, John, 2006, *Teori Keadilan*, Yogyakarta, Pustaka Pelajar.
- Salam, Moch. Faisal, 2002, *Peradilan HAM di Indonesia*, Bandung, Penerbit Pustaka.
- Schabbas, William A., 2004, *An Introduction to the International Criminal Court*. Second Edition. Cambridge, Cambridge, University Press.
- Schaffmeister D, dkk, 1995, *Hukum Pidana*, Yogyakarta, Penerbit Liberty.

- Simons, 1992, *Leerboek van Het Nederlands Strafrecht*, Terjemahan Lamintang, Bandung, Penerbit Pioner Jaya.
- Soekanto, Soerjono dan Sri Mamudji, 2007, *Penelitian Hukum Normatif: Suatu Tinjauan Singkat*, Ed. 1 Cet. 10, Jakarta, Rajawali Press.
- Zein, Patra M., 2005, *Tak Ada Hak Asasi Yang Diberi*. Jakarta, YLBHI dan Canadian International Development Agency.

#### **PERATURAN PERUNDANGAN:**

- Undang-undang Dasar Negara Kesatuan Republik Indonesia Tahun 1945.
- Undang-undang Nomor 39 Tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia.
- Undang-undang Nomor 26 Tahun 2000 tentang Pengadilan Hak Asasi Manusia.
- Universal Declaration of Human Right, 1945.*
- International Covenant on Civil and Political Rights.*
- International Covenant on Economic, Social Rights and Cultural.*
- Rome Statute of International Criminal Court, 1998.*

#### **KORAN DAN MAJALAH:**

- Harian Kompas, *Pansus Dorong Presiden*, Kamis, 4 Desember 2008.
- Harian Kompas, *Penghilangan Paksa: Lima Institusi Belum Pastikan Hadir*, Selasa 9 Desember 2008.
- Harian Kompas, *Jakung Tak Akan Hadir di Pansus Orang Hilang*, Rabu, 10 Desember 2008.
- Harian Kompas, *Jaksa Agung Tak Punya Kemauan Politik*, Kamis, 11 Desember 2008
- Harian Kompas, *Kasus Orang Hilang: Sikap Pemerintah Pembangkangan Hukum*, Sabtu 13 Desember 2008.
- Harian Kompas, *Perjuangkan Rekomendasi Kasus Orang Hilang*, Senin 28 September 2009.
- Harian Kompas, *Cari Kejelasan 13 Orang Hilang*, Selasa 29 September 2009.
- Harian Kompas, *Ketua DPR Secepatnya Harus Surati Presiden*, Rabu 30 September 2009.
- Harian Kompas, *Tinggal Kemauan SBY*, Kamis, 8 Oktober 2009.