

KONTRADIKTIF PENERAPAN ASAS *RETROACTIVE* DALAM MENGADILI HAK ASASI MANUSIA DI PENGADILAN HAM ADHOC

Annie Helena Goyzal
Universi

Abstrak

Kemanusiaan yang adil dan beradab dan keadilan sosial merupakan sila kedua dan sila kelima dari Pancasila yang menjadi falsafah hidup bangsa Indonesia dan Pasal 28 I ayat (1) UUD 1945 sebagai hukum dasar tertinggi dari negara kita- mengatur seluruh hak-hak asasi yang dimiliki oleh manusia yang tidak boleh dikurangi dalam keadaan apapun.

Kasus pelanggaran Ham oleh Abilio Jose Osario Soares (mantan gubernur Timor-Timor) yang diadili oleh Pengadilan HAM karena merupakan kejahatan kemanusiaan (extraordinary crime). Asas retroaktif diterapkan dalam Pengadilan HAM Ad hoc, hal ini karena melihat kepentingan masyarakat harus didahulukan, walaupun kejahatan tersebut terjadi sebelum diundangkannya UUPengadilan HAM Oleh karena itu penerapan asas retroaktif dalam UU Pengadilan HAM yang merupakan suatu pengecualian.

I. PENDAHULUAN

A. Latar Belakang Masalah

Hukum itu sendiri adalah sekumpulan peraturan yang berisi perintah dan larangan yang dibuat oleh pihak yang berwenang sehingga dapat dipaksakan pemberlakukannya dan sekaligus berfungsi untuk mengatur masyarakat demi terciptanya ketertiban disertai dengan sanksi bagi pelanggarnya, dengan kata lain pengertian hukum maka sudah sepatutnya hukum haruslah dapat memberi perlindungan dan keadilan bagi kepentingan semua individu yang hak-haknya diragukan.

Aparat penegak hukum yang berwenang menegakkan keadilan adalah polisi, Tentara Nasional Indonesia, jaksa, hakim merupakan suatu instrument kekuatan nasional guna menyelenggarakan fungsi pertahanan dan kedaulatan negara.

Akan tetapi apabila kekuasaan militer disalahgunakan untuk melakukan tindakan yang sewenang-wenang maka akibatnya akan sangat fatal yang justru mengakibatkan terjadinya pelanggaran terhadap hak asasi manusia seperti kejahatan kemanusiaan.

Dalam sila kedua Pancasila yang menyatakan kemanusiaan yang adil dan beradab, serta dalam sila kelima Pancasila yang menyatakan keadilan sosial bagi seluruh rakyat Indonesia mempunyai makna bahwa hak asasi manusia bagi seluruh rakyat harus dijunjung tinggi agar dapat mewujudkan keadilan secara keseluruhan. Dalam Pasal 28 I ayat (1) UUD 1945 diatur tentang hak untuk hidup, hak untuk tidak dipaksa, hak kemerdekaan pikiran dan hati nurani, hak beragama, hak untuk tidak diperbudak, hak untuk diakui sebagai

pribadi di hadapan hukum dan hak untuk tidak dituntut atas dasar hukum yang berlaku surut adalah hak asasi manusia yang tidak dapat dikurangi dalam keadaan apapun.

Sebagai contoh kasus Abilio Jose Osorio Soares (mantan Gubernur Timor-Timur) adalah seorang warga negara Indonesia yang telah menjalani proses sebagai terdakwa dalam perkara pelanggaran hak asasi manusia berat di Pengadilan HAM *Ad Hoc*. Terdakwa divonis selama tiga tahun penjara yang kemudian dikuatkan pada putusan tingkat banding dan kasasi. *Tempus delicti* dari perkara tersebut sebelum diberlakukannya UU Pengadilan HAM (A. Masyhur Effendi dan Taufani Sukmana Evandei, 2010:164).

Namun akibat adanya ketentuan Pasal 43 ayat (1) UU Pengadilan HAM, yang menentukan bahwa pelanggaran hak asasi manusia yang berat yang terjadi sebelum diundangkannya UU Pengadilan HAM diperiksa dan diputuskan oleh Pengadilan HAM *Ad Hoc* maka pelaku terkena ketentuan pasal tersebut. Setelah melalui proses upaya hukum mulai dari banding dan kasasi, akhirnya pada peninjauan kembali (PK) terdakwa Abilio Jose Osorio Soares (mantan Gubernur Timor-Timur) divonis bebas. Dari kasus pelanggaran hak asasi manusia berat tersebut di atas, dijerat dengan menggunakan Pasal 43 ayat (1) UU Pengadilan HAM padahal kasus pelanggaran hak asasi manusia berat tersebut terjadi sebelum tahun 2000. Hal ini tentu saja tidak sesuai dengan ketentuan yang diatur dalam Pasal 28 f ayat (1) UUD 1945.

Berdasarkan kontradiksi antara ketentuan yang diatur dalam

UU Pengadilan HAM dengan UUD 1945, maka penulis mengkaji lebih lanjut dalam suatu penelitian dengan judul "Kontradiktif Penerapan Asas *Retroactive* Dalam Pengadilan Hak Asasi Manusia *Ad Hoc*".

B. Rumusan Masalah

Apakah penerapan asas *retroactive* dalam Pengadilan Hak Asasi Manusia *Ad Hoc* sudah tepat dilaksanakan dalam rangka memberikan perlindungan terhadap hak asasi manusia?

C. Tujuan Penelitian

Untuk mengetahui dan menganalisis penerapan asas *retroactive* dalam Pengadilan Hak Asasi Manusia *Ad Hoc* dalam mengadili kasus pelanggaran hak asasi manusia yang terjadi sebelum diundangkan UU Nomor 26 Tahun 2000 tentang Pengadilan Hak Asasi Manusia.

II. TINJAUAN PUSTAKA

A. Tinjauan Umum tentang Hak Asasi Manusia

1. Pengertian Hak Asasi Manusia

Secara etimologis, hak asasi manusia (selanjutnya disingkat HAM) terbentuk dari tiga suku kata: hak, asasi, dan manusia. Dua kata pertama, hak dan asasi berasal dari bahasa Arab, sementara kata manusia adalah kata dalam bahasa Indonesia. Kata *hagg* adalah bentuk tunggal dari kata *hagq*. Kata *hagg* diambil dari akar kata *hagga, yahiggu, haggaan* artinya benar, nyata, pasti, tetap, dan wajib. Apabila dikatakan, *yahiggu 'alaka wa tay 'ala kadda*, itu artinya kamu wajib melakukan seperti ini. Berdasarkan pengertian tersebut, hak (*hagg*) adalah "kewenangan atau kewajiban untuk melakukan sesuatu atau tidak

melakukan sesuatu" (Majda El Muhtaj, 2009:18).

Adapun kata *asasi* berasal dari akar kata *assa, yassa, assawaw* artinya membangun, mendirikan, dan meletakkan. Kata *asas* adalah bentuk tunggal dari kata *asaw* yang berarti asal, esensial, asas, pangkal, dasar dari segala sesuatu. Dengan demikian, kata *asasi* diadopsi ke dalam bahasa Indonesia yang berarti bersifat dasar atau pokok (Majda El Muhtaj, 2009:18).

Dalam Kamus Lengkap Bahasa Indonesia, hak asasi adalah "yang benar, kepunyaan, hak dasar atau pokok seperti hak hidup dan hak mendapatkan perlindungan".

Dalam bahasa Indonesia, menurut Majda El Muhtaj (2009:18) HAM dapat diartikan sebagai hak-hak mendasar pada diri manusia. Istilah ini, sekalipun berbeda penyebutannya, namun memiliki pemaknaan yang relatif sama. Misalnya, *huququl insan* (Arab), *human rights* (Inggris), *droits de l'homme* (Prancis), *grundrechten* (Belanda).

Salah satu pengertian HAM diberikan oleh Jan Martenson (O.C.Kaligis, 2006:50) bahwa HAM adalah "hak-hak yang diwariskan dari kodrat kita yang tampaknya kita tidak dapat hidup sebagai manusia".

Secara harafiah yang dimaksud dengan HAM adalah "hak pokok atau hak dasar". Jadi, hak asasi itu merupakan hak yang bersifat fundamental sehingga keberadaannya merupakan suatu keharusan, tidak dapat diganggu gugat. Bahkan, harus dilindungi, dihormati dan dipertahankan dari segala macam ancaman, hambatan dan gangguan dari sesamanya.

Menurut Ramdhan Nasing (1983:12) HAM adalah "hak yang melekat pada martabat manusia, yang melekat padanya sebagai insan ciptaan Allah Yang Maha Esa atau hak-hak dasar yang prinsip sebagai anugerah Allah".

Menurut Welhoff (O.C.Kaligis, 2006:61) bahwa HAM adalah "sejumlah hak yang berakar dalam tabiat kodrati setiap oknum pribadi manusia".

Sedangkan pengertian HAM menurut Cess de Rover (2000:47) adalah "hak hukum yang dimiliki setiap orang sebagai manusia, hak-hak tersebut bersifat universal dan dimiliki setiap orang, kaya maupun miskin, laki ataupun perempuan".

Dalam Pasal 1 angka 1 Undang-Undang Nomor 39 Tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia (selanjutnya disebut UUHAM) dan UU Pengadilan HAM ditegaskan bahwa:

HAM adalah seperangkat hak yang melekat pada hakikat dan keberadaan manusia sebagai makhluk Tuhan Yang Maha Esa dan merupakan anugerah-Nya yang wajib dihormati, dijunjung tinggi dan dilindungi oleh negara, hukum, pemerintah, dan oleh setiap orang demi kehormatan dan perlindungan harkat dan martabat manusia.

Berdasarkan pengertian di atas, HAM tidak hanya sekedar hak yang mendasar dan tertulis dalam suatu peraturan perundang-undangan melainkan juga bahwa HAM adalah sesuatu yang mutlak dan melekat dengan sendirinya pada diri setiap manusia sejak manusia diciptakan dan lahir ke dunia sebagai makhluk Tuhan Yang Maha Esa.

2. Macam-macam Hak Asasi Manusia

Dalam UU HAM diatur beberapa HAM dan kebebasan dasar yang dapat dikelompokkan atas beberapa bagian yakni (Pasal 9-67 UU HAM):

- a. Hak untuk hidup, dan mempertahankan hidup dan meningkatkan taraf kehidupannya, hak hidup tenteram, aman, damai, bahagia, sejahtera lahir dan batin, setiap orang berhak atas lingkungan hidup yang baik dan sehat;
- a. Hak membentuk sebuah keluarga dan melanjutkan keturunan melalui perkawinan yang sah;
- b. Hak atas perlindungan bagi pengembangan pribadinya, untuk memperoleh pendidikan,
- c. Hak untuk berkomunikasi dan memperoleh informasi yang diperlukan untuk mengembangkan pribadi dan lingkungan sosialnya;
- d. Hak untuk memperoleh keadilan, setiap orang yang ditangkap, ditahan, atau dituntut karena disangka melakukan sesuatu tindak pidana berhak dianggap tidak bersalah, sampai dibuktikan kesalahannya secara sah dalam suatu sidang pengadilan dan diberikan segala jaminan hukum yang diperlukan untuk pembelaannya, sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan, setiap orang tidak boleh dituntut untuk dihukum atau dijatuhi pidana, kecuali berdasarkan suatu peraturan perundang-undangan yang sudah ada

sebelum tindak pidana itu dilakukannya, setiap ada perubahan peraturan perundang-undangan, maka berlaku ketentuan yang paling menguntungkan bagi tersangka, setiap orang yang diperiksa berhak mendapat bantuan hukum sejak saat penyidikan sampai adanya putusan pengadilan yang telah mempunyai kekuatan hukum tetap, setiap orang tidak dapat dituntut untuk kedua kalinya untuk perkara yang sama atas suatu perbuatan yang telah memperoleh putusan pengadilan yang berkekuatan hukum tetap;

- e. Hak untuk bebas memeluk agamanya masing-masing dan untuk beribadah menurut agamanya dan kepercayaannya itu;
- f. Hak untuk memilih dan mempunyai keyakinan politik, berhak untuk mempunyai, mengeluarkan, dan menyebarkan pendapat sesuai hati nuraninya, secara lisan dan atau tulisan melalui media cetak maupun elektronik dengan memperhatikan nilai-nilai agama, kesusilaan, ketertiban, kepentingan umum, dan keutuhan bangsa;
- g. Hak untuk berkumpul, bersatu, dan berserikat, untuk maksud-maksud damai, mendirikan partai politik, lembaga swadaya masyarakat atau organisasi lainnya, menyampaikan pendapat di muka umum, termasuk hak untuk mogok sesuai dengan

- ketentuan peraturan perundang-undangan;
- h. Hak memiliki, memperoleh, menggangi, atau mempertahankan status kewarganegaraannya;
 - i. Hak atas rasa aman dan tenteram serta perlindungan terhadap ancaman ketakutan untuk berbuat atau tidak berbuat sesuatu;
 - j. Hak untuk bebas dari penyiksaan, penghukuman, atau perlakuan yang kejam, tidak manusiawi, merendahkan derajat dan martabat kemanusiaannya;
 - k. Hak atas jaminan sosial yang dibutuhkan untuk hidup layak serta perkembangan pribadinya secara utuh;
 - l. Hak bagi penyandang cacat, orang yang berusia lanjut, wanita hamil, dan anak-anak, memperoleh kemudahan dan perlakuan khusus;
 - m. Hak untuk dipilih dan memilih dalam pemilihan umum berdasarkan persamaan hak melalui pemungutan suara yang langsung, umum, bebas, rahasia, jujur, dan adil sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan, turut serta dalam pemerintahan;
 - n. Hak wanita dalam sistem pemilihan umum, kepartaian, pemilihan, anggota legislatif, dan sistem pengangkatan di bidang eksekutif, yudikatif, harus dijamin keterwakilan wanita sesuai dengan persyaratan yang ditentukan, hak untuk memperoleh pendidikan dan pengajaran, hak untuk memilih, dipilih, diangkat dalam pekerjaan, jabatan, dan profesi, dijamin dan dilindungi fungsi reproduksinya oleh hukum, wanita yang telah dewasa dan atau telah menikah berhak untuk melakukan perbuatan hukum sendiri, kecuali ditentukan lain oleh hukum agamanya;
 - o. Hak anak atas perlindungan orang tua, keluarga, masyarakat, dan negara, mendapatkan perlindungan hukum dari segala bentuk kekerasan fisik atau mental, penelantaran, perlakuan buruk, dan pelecehan seksual selama dalam pengasuhan orang tuanya atau walinya, atau pihak lain, hak untuk memperoleh pendidikan dan pengajaran, hak untuk beristirahat dan bergaul, hak untuk memperoleh pelayanan kesehatan dan jaminan sosial secara layak, hak untuk memperoleh perlindungan dari kegiatan eksploitasi dan pelecehan seksual, penculikan, perdagangan anak, serta dari segala bentuk penyalahgunaan narkotika, psikotropika, dan zat adiktif lainnya, hak untuk tidak dirampas kebebasannya secara melawan hukum.
- Dalam *International Covenant on Civil and Political Rights / ICCPR* (Cess de Rover, 2000:230-231) juga diatur tentang hak-hak yang tidak dapat dicabut, yakni hak-hak yang tidak dapat disimpangi. Hak-hak itu adalah:
- a. Hak hidup;
 - b. Larangan penyiksaan;

- c. Larangan perbudakan dan perhambaan;
- d. Larangan penahanan karena hutang;
- e. Larangan berlaku suratnya hukum pidana;
- f. Hak atas pengakuan sebagai pribadi di depan hukum;
- g. Hak atas kebebasan berpendapat, berkeyakinan dan beragama.

2. Sifat Berlakunya Hak Asasi Manusia

Dalam tataran teori terdapat dua pandangan besar tentang sifat berlakunya HAM. Di satu pihak muncul pandangan yang menyatakan HAM otomatis berlaku universal, sebaliknya ada pandangan yang menyatakan HAM bersifat partikular. Dalam tataran teori, menghasilkan pendapat-pendapat yang berbeda dengan alasan masing-masing. Berlakunya HAM mengikuti pandangan ini dipecah menjadi beberapa kelompok.

Pandangan tersebut A. Masyhur Effendi dan Taufani Sukmana Eviandri (2010:85-86) adalah sebagai berikut:

a. Pandangan Universal Absolut

Pandangan ini melihat HAM sebagai nilai-nilai universal sebagaimana dirumuskan dalam dokumen-dokumen HAM internasional, seperti *The International Bill of Human Rights*. Dalam hal ini, profil sosial budaya yang melekat pada masing-masing bangsa tidak diperhitungkan. Pengaruh pandangan ini adalah negara-negara maju, di mana bagi negara-negara berkembang mereka dinilai eksploitatif karena menerapkan HAM sebagai alat penekan dan

sebagai instrumen penilai (*tool of judgement*).

b. Pandangan Universal Relatif

Pandangan ini melihat persoalan HAM sebagai masalah universal. Namun demikian, pengecualian dan pembatasan yang didasarkan atas asas-asas hukum nasional tetap diakui keberadaannya. Sebagai contoh, ketentuan yang diatur dalam Pasal 29 ayat (2) *Universal Declaration of Human Rights* (UDHR) yang menegaskan bahwa:

In the exercise of his rights and freedoms, everyone shall be subject only to such limitations 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. (Dalam penerapan hak-hak dan kebebasannya, setiap orang dihadapkan pada suatu batasan-batasan tertentu yang ditentukan oleh hukum yang bertujuan untuk melindungi penghargaan dan penghormatan terhadap hak-hak dan kebebasan orang lain dan memenuhi syarat-syarat yang adil dari segi moral, norma masyarakat, dan kesejahteraan umum dalam masyarakat demokratis).

Untuk menjabarkan makna dari Pasal 29 ayat (2) UDHR ini PBB telah melakukan pembahasan dalam *The Sanjivastava*

Conference, Commission on Human Rights dan Third Committee of the General Assembly, yang semuanya memberikan peringatan dini bahwa negara-negara anggota PBB dilarang untuk menyalahgunakan batasan-batasan yang diberikan untuk tujuan-tujuan yang tidak tepat (restrict the rights and powers of the State in order to ensure that limitations or restrictions on the exercise of rights are not used for the improper purposes) (Muladi, 1995:57).

c. Pandangan Partikularistis Absolut

Pandangan ini melihat HAM sebagai persoalan masing-masing bangsa, tanpa memberikan alasan yang kuat, khususnya dalam melakukan penolakan terhadap berlakunya dokumen-dokumen internasional. Pandangan ini sering kali menimbulkan kesan egois, defensif, dan pasif tentang HAM.

d. Pandangan Partikularistis Relatif

Dalam pandangan ini, HAM dilihat di samping sebagai masalah universal juga merupakan masalah nasional masing-masing bangsa. Berlakunya dokumen-dokumen HAM internasional harus diselaraskan, diserasikan, dan diseimbangkan, serta memperoleh dukungan budaya bangsa. Pandangan ini tidak hanya menjadikan kekhususan yang ada pada masing-masing bangsa sebagai sasaran untuk bersikap defensif, tetapi di lain pihak juga aktif mencari perumusan dan

pembenaran terhadap karakteristik HAM yang dianutnya.

B. Tinjauan Umum tentang Pengadilan Hak Asasi Manusia

Dalam Pasal 1 angka 3 UU Pengadilan HAM disebutkan bahwa Pengadilan Hak Asasi Manusia yang selanjutnya disebut Pengadilan HAM adalah "pengadilan khusus terhadap pelanggaran hak asasi manusia yang berat". Pelanggaran HAM berat yang dimaksud adalah kejahatan genosida dan kejahatan kemanusiaan.

Pengadilan HAM merupakan pengadilan khusus yang berada di lingkungan Pengadilan Umum. Pengadilan HAM bertugas dan berwenang memeriksa dan memutuskan perkara pelanggaran HAM yang berat. Pengadilan HAM berwenang juga memeriksa dan memutus perkara pelanggaran HAM yang berat yang dilakukan di luar batas teritorial wilayah negara Republik Indonesia oleh warga negara Indonesia.

Pengadilan HAM tidak berwenang memeriksa dan memutus perkara pelanggaran HAM yang berat yang dilakukan oleh seseorang yang berumur di bawah 18 (delapan belas) tahun pada saat kejahatan dilakukan, karena seseorang berumur di bawah 18 (delapan belas) tahun yang melakukan pelanggaran HAM yang berat, diperiksa dan diputus oleh Pengadilan Negeri. Pengadilan HAM ad hoc dibentuk atas usul Dewan Perwakilan Rakyat Republik Indonesia berdasarkan peristiwa tertentu dengan Keputusan Presiden.

Ruang lingkup kewenangan pengadilan HAM meliputi pelanggaran HAM berat (A. Masyhur

Effendi dan Taufani Sukmana Evandri, 2010:156) sebagai berikut:

1. Kejahatan genosida, ialah setiap perbuatan yang dilakukan dengan maksud untuk menghancurkan seluruh atau sebagian kelompok bangsa, ras, kelompok etnik, kelompok agama, dengan cara:
 - a. membunuh anggota kelompok;
 - b. mengakibatkan penderitaan fisik atau mental yang berat terhadap anggota kelompok;
 - c. menciptakan kondisi kehidupan kelompok yang akan mengakibatkan kemusnahan secara fisik, baik seluruhnya maupun sebagiannya;
 - d. memaksakan tindakan-tindakan yang bertujuan untuk mencegah kelahiran di dalam kelompok; atau
 - e. memindahkan secara paksa anak-anak dari kelompok tertentu ke kelompok lainnya.
2. Kejahatan kemanusiaan, yaitu perbuatan yang dilakukan sebagai bagian dari serangan yang meluas dan sistematis yang diketahuinya bahwa serangan tersebut ditujukan secara langsung terhadap penduduk sipil, berupa:
 - a. pembunuhan;
 - b. pemusnahan;
 - c. perbudakan;
 - d. pengusiran atau pemindahan penduduk secara paksa;
 - e. perampasan kemerdekaan atau perampasan kebebasan fisik lain secara sewenang-wenang yang melanggar (asas-asas) ketentuan pokok hukum internasional;
 - f. penyiksaan;
 - g. perkosaan, perbudakan seksual, pelacuran secara

paksa, pemaksaan kehamilan, pemandulan atau sterilisasi secara paksa atau bentuk-bentuk kekerasan seksual lain yang setara;

- h. penganiayaan terhadap suatu kelompok tertentu atau perkumpulan yang didasari persamaan paham dalam politik, ras, kebangsaan, etnik, budaya, agama, jenis kelamin, atau alasan lain yang telah diakui secara universal sebagai hal yang dilarang menurut hukum internasional;
- i. penghilangan orang secara paksa; atau
- j. kejahatan *apartheid*.

C. Tinjauan Umum tentang Asas *Non-Retroactive*

Istilah asas retroaktif mengandung dua kata pokok, yaitu "asas" dan "retroaktif". Secara etimologi (Mahrus Ali, 2011:72-73) kata "asas" berasal dari bahasa Arab, asas yang salah satu artinya adalah "dasar yang di atasnya dibangun sesuatu atau bagian pokok dan penting dari suatu sistem atau objek (fundamental)". Dalam Kamus Besar Bahasa Indonesia disebutkan bahwa di antara arti "asas" adalah hukum dasar atau dasar (sesuatu yang menjadi tumpuan berpikir atau berpendapat). Sedangkan kata "retroaktif" berasal dari bahasa Latin "*retroactus*" yang artinya adalah "*to drive back*". Merujuk pada bentuk katanya, retroaktif adalah sebuah kata sifat yang berarti "bersifat surut berlakunya". Dalam Kamus Besar Bahasa Indonesia, retroaktif adalah bersifat berlaku surut tanggal diundangkannya. Dengan demikian, pengertian asas retroaktif dari segi etimologis adalah dasar yang menjadi

tumpuan pemberlakuan suatu aturan secara surut terhitung sejak tanggal diundangkannya.

Asas *non-retroactive* (I Wayan Parthiana, 2006:65) merupakan turunan dari asas legalitas. Peraturan perundang-undangan yang mengaturnya harus ada atau berlaku lebih dahulu, barulah kemudian diterapkan terhadap perbuatan-perbuatan yang terjadi sesudah berlakunya peraturan perundang-undangan pidana tersebut. Secara singkat dapat dikatakan bahwa suatu peraturan perundang-undangan tidak boleh diberlakukan surut. Inilah yang lebih dikenal dengan asas *non-retroactive*.

III. METODE PENELITIAN

A. Jenis Penelitian

Penelitian Penerapan Asas *Retroactive* dalam Pengadilan Hak Asasi Manusia *Ad Hoc* termasuk dalam penelitian normatif karena penelitian dilakukan berdasarkan pengkajian dan analisis substansi hukum dan peraturan perundang-undangan terhadap pelaksanaan Pengadilan Hak Asasi Manusia *Ad Hoc* dalam mengadili kasus pelanggaran hak asasi manusia berat yang terjadi sebelum diundangkannya UU Pengadilan HAM.

B. Jenis dan Sumber Data

Jenis dan sumber data yang dipergunakan dalam penelitian ini yaitu data sekunder yang diperoleh melalui hasil penelaahan peraturan perundang-undangan yang terkait dengan jaminan perlindungan hak asasi manusia dan penerapan asas berlaku surut dalam Pengadilan Hak Asasi Manusia *Ad Hoc*, khususnya pada asas legalitas dan Pasal 28 1 ayat

(1) UUD 1945, serta buku-buku, artikel, dan tulisan-tulisan yang berkaitan dengan masalah yang diteliti.

C. Teknik Pengolahan dan Analisis Data

Data yang terkumpulkan dari berbagai studi kepustakaan dikaji dan disesuaikan dengan masalah yang diteliti. Data dianalisis secara kualitatif dengan maksud mencapai kejelasan masalah yang dibahas. Penulis menganalisis UU Nomor 26 Tahun 2000 tentang Pengadilan HAM khususnya pada Pasal 43 ayat (1) dikaitkan dengan asas legalitas.

IV. HASIL DAN PEMBAHASAN

A. Penerapan Asas Retroaktif dalam Undang-Undang Pengadilan HAM Dikaitkan dengan UUD 1945

Pengertian asas retroaktif tidak sederhana artinya secara etimologis. Karena dalam ilmu hukum dikenal istilah asas hukum, yang menurut Moedjiono (Mahrus Ali, 2011:73) adalah peraturan-peraturan pokok/induk yang tidak mungkin ditingkatkan lagi. Agar bisa disebut asas hukum, menurut Paul Scholten (Mahrus Ali, 2011:73) peraturan-peraturan tersebut merupakan suatu ungkapan-ungkapan hukum yang melembaga sebagai kecenderungan-kecenderungan yang dituntut oleh rasa susila yang dapat diketemukan dengan menunjukkan hal-hal yang sama dari peraturan-peraturan yang berjauhan satu sama lain atau merupakan anggapan-anggapan yang memancarkan pengaturan suatu lapangan hukum.

Dalam hukum pidana asas retroaktif menimbulkan suatu kontroversi karena eksistensinya jelas bertentangan dengan asas legalitas. Secara prinsip sebagai konsekuensi diakuinya asas legalitas, aturan hukum pidana tidaklah boleh diberlakukan secara surut. Pasal 1 ayat (1) KUHP menegaskan bahwa asas legalitas merupakan sendi utama hukum pidana sehingga asas retroaktif tidak mendapat tempat sama sekali. Usaha untuk menerapkan asas retroaktif dalam hukum pidana malah mendapat banyak kecaman dan penolakan dari banyak ahli hukum pidana.

Andi Hamzah (1992:2) berpandangan bahwa dari tinjauan historis penerapan asas retroaktif hanyalah merupakan pengakuan terhadap eksistensi dari asas *lex talionis* (pembalasan).

Pendapat lain dikemukakan oleh Baharudin Lopa (Mahrus Ali, 2011:74) yang mengatakan bahwa penerapan asas retroaktif dalam hukum pidana secara nyata melanggar hak asasi manusia. Yang dimaksud hak di sini tentu saja adalah hak tersangka atau terdakwa. Keberadaan asas retroaktif dianggap dapat menjadi ancaman yang sangat berbahaya bagi kepastian hukum. Penentuan kapan seseorang dianggap telah melanggar hukum dan kapan ia tidak melanggar hukum, tidak akan pernah dapat bersifat pasti bila hukumnya dapat dibuat kemudian setelah suatu perbuatan terjadi. Oleh karena itu asas retroaktif dianggap tidak sejalan dengan konsep *rule of law* yang salah satu prinsipnya adalah kepastian hukum (*certainty of law*). Asas retroaktif juga dianggap akan menciptakan ketidakpastian hukum

dan karenanya akan mengurangi konsep *rule of law*.

Penolakan penerapan asas retroaktif dalam hukum pidana juga didasarkan pada alasan bahwa asas retroaktif sesungguhnya bertentangan dengan keadilan dan membuka potensi kesewenang-wenangan dari penguasa. Tanpa berpikir terlalu jauh, setiap orang tentu akan dapat bertanya, apakah bisa dikatakan adil jika seseorang melakukan perbuatan yang pada saat perbuatan itu dilakukan masih dianggap legal atau tidak melanggar hukum, tetapi kemudian diadili sebagai perbuatan yang melanggar hukum dan dijatuhi hukuman berdasarkan peraturan yang keluar setelah perbuatan tersebut dilakukan. Berdasarkan pertanyaan ini, penerapan asas retroaktif dianggap sama sekali tidak menyediakan kemungkinan bagi orang untuk mengetahui apa yang harus ia lakukan atau apa yang tidak boleh dilakukan. Melalui penerapan asas retroaktif, orang juga dapat dikenakan konsekuensi hukum atau sanksi yang tidak pernah ia prediksi sebelumnya pada saat ia melanggar sebuah peraturan. Berdasarkan hal inilah mengapa penerapan asas retroaktif yang sifatnya merugikan tersangka atau terdakwa dianggap bertentangan dengan keadilan. Persoalan ketakutan akan potensi kesewenang-wenangan penguasa pada hakikatnya adalah akar dari semua persoalan yang dihadapi oleh penempatan asas retroaktif. Kesewenang-wenangan inilah yang kemudian melahirkan empat persoalan yaitu, mencerminkan asas *lex talionis*, pelanggaran hak asasi manusia, ketidakpastian hukum dan ketidakadilan.

Dalam hukum pidana dikenal istilah *nullo poena sine lege*, artinya tidak ada hukum kecuali sesuai dengan hukum (yang berlaku). Disepakati secara internasional bahwa doktrin tersebut merupakan asas legalitas, sekaligus merupakan pilar *the rule of law*. Oleh karena itu, penerapan hukum pidana setelah kejahatan terjadi melanggar prinsip tersebut.

Tulah alasan-alasan yang menolak penerapan asas retroaktif dalam hukum pidana. Namun demikian, walaupun asas ini mau diterapkan dalam hukum pidana asas retroaktif harus memenuhi kriteria yang rigid dan limitatif (A. Masyhur Effendi dan Taufani Sukmana Evandri, 2010:152), yaitu:

1. Adanya korelasi antara hukum tata negara darurat dengan hukum pidana, artinya asas retroaktif hanya dapat diberlakukan apabila negara dalam keadaan darurat dengan prinsip hukum darurat sehingga eksistensi retroaktif seharusnya temporer dan dalam wilayah hukum yang limitatif;
2. Sifat darurat eksistensi asas retroaktif tidak berada dalam keadaan yang merugikan tersangka atau terdakwa; dan
3. Tetap memperhatikan asas *lex certa*, yaitu penempatan substansial suatu aturan yang tidak menimbulkan multiinterpretasi, sehingga tidak dijadikan sarana penguasa melakukan *abuse of power*.

Jika alasan-alasan yang dikemukakan oleh para ahli yang menolak penerapan asas retroaktif dalam hukum pidana dikaji maka akan tampak bahwa hukum pidana dikonsepsikan sebagai hukum yang

berkaitan dengan perlindungan tersangka atau terdakwa, sedangkan eksistensi korban yang meliputi orang yang secara langsung menjadi korban suatu kejahatan atau masyarakat secara luas tidak diperhatikan sama sekali. Ketika dikemukakan bahwa asas retroaktif melanggar hak asasi manusia, maka yang dimaksud adalah hak asasi tersangka atau terdakwa. Dalam hal ini kerugian yang dialami korban atau keluarganya tidak diperhatikan. Dengan demikian maka pembicaraan HAM selalu mengarah pada perlindungan terhadap hak asasi tersangka atau terdakwa dari kemungkinan penerapan asas retroaktif.

Di Indonesia penerapan asas retroaktif dilakukan dengan disahkannya UU Nomor 26 Tahun 2000 tentang Pengadilan HAM yang memperbolehkan kasus-kasus kejahatan HAM berat yang terjadi sebelum tahun 2000 untuk diadili melalui pengadilan *ad hoc*. Kasus yang diadili melalui pengadilan HAM *ad hoc* adalah kasus Tanjung Priok dan Timor-Timur yang dikategorikan sebagai kejahatan kemanusiaan.

Salah satu masalah yang muncul jika berbicara tentang masalah kejahatan kemanusiaan adalah masalah hukum kebiasaan internasional. Hal ini penting ditekankan mengingat pendakwaan hukum berlaku surut (retroaktif), agar tidak melanggar prinsip legalitas bahwa penghukuman tidak boleh berlaku surut.

Secara universal, prinsip retroaktif/berlaku surutnya ketentuan hukum pidana bertentangan dengan prinsip legalitas. Persoalan timbul ketika menghadapi kasus pelanggaran berat dalam negara, di mana hukum

positif dipakai sebagai alat kekuasaan. Prinsip retroaktif tersebut adalah bagian dari gerakan internasional melawan dan memutus rantai impunitas. Dalam konteks demikian penggunaan acuan hukum internasional dimaksudkan untuk mencegah seseorang melepaskan diri dari hukuman terhadap kejahatan internasional dengan dalih bahwa serangan atau kejahatan tersebut tidak dapat dihukum oleh hukum nasional. Artinya, seseorang yang tidak dapat dihukum oleh hukum nasional dapat dihukum oleh hukum internasional jika kejahatan yang dilakukannya itu oleh hukum internasional masuk hukum kebiasaan internasional.

Ada dua alasan dimasukkannya asas retroaktif ke dalam UU Pengadilan HAM, menurut Muladi (A. Masyhur Effendi dan Taufani Sukmana Evandri, 2010:52-53):

1. Jauh sebelum diundangkannya UU Nomor 26 Tahun 2000, belum dikenal kejahatan genosida dan kejahatan terhadap kemanusiaan.
2. Asas retroaktif dalam UU Pengadilan HAM merupakan *political wisdom* (kebijaksanaan politik) dari DPR untuk merekomendasikan kepada Presiden dengan pertimbangan bahwa kedua jenis kejahatan tersebut merupakan *extraordinary crimes* (kejahatan luar biasa) yang dikutuk secara internasional dan dirumuskan sebagai kejahatan internasional.

Munculnya ketentuan pemberlakuan asas retroaktif ini telah mengundang pandangan yang kontra terhadap keberadaan asas tersebut, sebagaimana dikemukakan oleh Barda Nawawi Arief (H. Muladi, 2009:53) yang berpendirian bahwa

pemberlakuan asas retroaktif sangat bertentangan dengan ide perlindungan HAM yang diatur dalam Pasal 11 UDHR dan Pasal 15 ayat (1) ICCPR. Dengan demikian dapat dikatakan bahwa pemberlakuan asas retroaktif yang memungkinkan dibukanya kembali kasus-kasus pelanggaran HAM berat yang terjadi sebelum diundangkannya UU Pengadilan HAM merupakan penyimpangan terhadap asas legalitas dari sisi hukum positif Indonesia (KUHP). Dalam Pasal 46 UU Pengadilan HAM juga diatur tentang tidak berlakunya ketentuan kadaluwarsa dalam pelanggaran HAM berat. Ketentuan tentang tidak dikenalnya kadaluwarsa dalam UU Pengadilan HAM diadopsi dari Statuta Roma Tahun 1998, yakni dalam ketentuan Artikel 29 tentang tidak dapat diterapkannya ketentuan pembatasan.

Melihat dari ketentuan yang diatur dalam Statuta Roma 1998 tentang tidak dapat diterapkannya ketentuan pembatasan maka ini berarti bahwa dalam hal terjadinya pelanggaran HAM berat tetap dapat diadili hingga kapan pun tidak ada kadaluwarsa dalam tindak pidana tersebut. Hal ini mengartikan juga bahwa ketentuan asas retroaktif dalam hukum pidana internasional dibolehkan untuk diberlakukan surut dalam hal terjadinya kejahatan yang dikategorikan kejahatan luar biasa.

Di dalam UUD 1945 juga diatur tentang larangan berlaku surut, yaitu pada Pasal 28 I ayat (1): hak untuk hidup, hak untuk tidak disiksa, hak kemerdekaan pikiran dan hati nurani, hak beragama, hak untuk tidak diperbudak, hak untuk diakui sebagai pribadi di hadapan hukum, dan hak untuk tidak dituntut atas dasar hukum

yang berlaku surut adalah hak asasi yang tidak dapat dikurangi dalam keadaan apapun. Ketentuan yang diatur dalam UUD 1945 ini tentunya menjadi dasar bagi setiap UU yang akan dibuat kemudian bahwa suatu UU tidak boleh bertentangan dengan apa yang diatur dalam UUD 1945. Berdasarkan hal tersebut UU Pengadilan HAM pada Pasal 43 ayat (1) yang menentukan bahwa pelanggaran hak asasi manusia yang berat yang terjadi sebelum diundangkannya UU Pengadilan HAM diperiksa dan diputuskan oleh Pengadilan HAM *Ad hoc*, jelas bertentangan dengan ketentuan dalam Pasal 28 I ayat (1) UUD 1945 juga bertentangan dengan prinsip asas legalitas.

Namun, dalam Pasal 28 I ayat (1) UUD 1945 tersebut kontradiksi dengan ketentuan Pasal 28 J ayat (2) UUD 1945 yang menyatakan 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 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.

Pada Pasal 28 I ayat (1) UUD 1945 yang dengan tegas melarang untuk dituntut atas dasar hukum yang berlaku surut adalah hak asasi yang tidak dapat dikurangi dalam keadaan apapun jelas menjadi suatu pertentangan yuridis dengan apa yang dinyatakan dalam Pasal 28 J ayat (2) UUD 1945 yang memperbolehkan suatu pembatasan dengan undang-

undang dengan maksud semata-mata untuk menjamin pengakuan serta penghormatan hak dan kebebasan orang lain. Pembatasan oleh undang-undang yang dimaksud telah mengurangi makna hak asasi yang tidak dapat dikurangi (dibatasi) dalam keadaan apapun yang terkandung dalam Pasal 28 I ayat (1) UUD 1945 itu sendiri.

Pembatasan terhadap hak asasi dengan undang-undang demi untuk menjamin pengakuan serta penghormatan hak dan kebebasan orang lain hal ini jika dikaitkan dengan doktrin HAM atau pandangan tentang sifat berlakunya HAM maka doktrin atau pandangan yang dapat digunakan melihat hal ini adalah pada doktrin atau pandangan universal relatif yang menyatakan pandangan ini melihat persoalan HAM sebagai masalah universal. Namun dalam pengecualian dan pembatasan yang didasarkan atas asas-asas hukum nasional tetap diakui keberadaannya.

Berdasarkan hal tersebut maka terhadap penerapan hak dan kebebasan setiap orang terdapat adanya pembatasan yang diberikan dan diakui menurut aturan hukum internasional. Salah satu pengecualian dan pembatasan yang dimaksudkan yakni dimungkinkannya undang-undang berlaku surut. Namun pengecualian dan pembatasan dalam doktrin/pandangan ini bertujuan untuk melindungi penghargaan dan penghormatan terhadap hak-hak dan kebebasan orang lain dan memenuhi syarat-syarat yang adil dari segi moral, norma masyarakat dan kesejahteraan umum dalam masyarakat demokratis.

Purnadi Purbacaraka dan Soerjono Soekanto (Yuliandri, 2010:117)

memperkenalkan beberapa asas dalam perundang-undangan, yakni:

1. Undang-undang tidak boleh berlaku surut;
2. Undang-undang yang dibuat oleh penguasa yang lebih tinggi, mempunyai kedudukan yang lebih tinggi pula;
3. Undang-undang yang bersifat khusus menyampingkan undang-undang yang bersifat umum (*lex specialis derogat legi generali*);
4. Undang-undang yang berlaku belakangan membatalkan undang-undang yang berlaku terdahulu (*lex posterior derogat legi priori*);
5. Undang-undang tidak dapat diganggu gugat;
6. Undang-undang sebagai sarana untuk semaksimal mungkin dapat mencapai kesejahteraan spiritual dan materil bagi masyarakat maupun individu, melalui pembaruan atau pelestarian.

Dengan menaati prinsip *lex specialis derogat legi generali*, yang berarti aturan hukum khusus membatalkan aturan hukum umum maka asas non-retroaktif dan instrumen hak asasi manusia Internasional adalah aturan umum sedangkan prinsip retroaktif dalam UU Pengadilan HAM adalah aturan khusus.

Dalam hukum pidana dikenal istilah *mala in se*, suatu perbuatan yang memang dari segi sifatnya memang merupakan perbuatan jahat tanpa adanya suatu undang-undang yang menyatakan bahwa perbuatan itu dilarang. Penerapan asas retroaktif akan problematis ketika berkaitan dengan *mala prohibita*, suatu perbuatan dikatakan sebagai perbuatan pidana jika undang-undang

melarangnya, tapi tidak dengan *mala in se*. Dengan demikian, apabila dikaji dalam perspektif keadilan secara luas dan dengan melihat perbuatan pidana yang dilakukan tersangka atau terdakwa maka alasan-alasan penolakan yang dikemukakan para ahli terhadap penerapan asas retroaktif perlu dikritisi lebih lanjut, jangan hanya berpedoman pada asas legalitas semata-mata yang dengan begitu jangan sampai merugikan

V. PENUTUP

A. Kesimpulan

Asas retroaktif diterapkan dalam Pengadilan HAM *Ad hoc*. Hal ini karena kepentingan masyarakat harus didahulukan, terlebih yang menyangkut kejahatan kemanusiaan dan kejahatan genosida yang merupakan *extraordinary crimes*. Apabila hanya berpedoman pada asas legalitas maka hanya akan melindungi kepentingan individu. Oleh karena itu penerapan asas retroaktif dalam UU Pengadilan HAM yang merupakan suatu pengecualian dan pembatasan dalam UU Pengadilan HAM *Ad Hoc* ini dilaksanakan untuk melindungi kepentingan korban/kepentingan masyarakat.

DAFTAR PUSTAKA

- Ali, Mahrus. *Dasar-Dasar Hukum Pidana*. Jakarta: Sinar Grafika, 2011.
- Effendi, A. Masyhur & Taufani Sukmana Evandri. *HAM Dalam Dimensi / Dinamika Yuridis, Sosial, Politik*. Yogyakarta: Ghalia Indonesia, 2010.
- Hamzah, Andi. *Hukum Pidana politik*. Jakarta: Pradnya Paramita, 1992.

Kaligis, O.C. *Perlindungan Hukum Atas Hak Asasi Tersangka, Terdakwa dan Terspidana*, Bandung: Alumni, 2006.

Marpaung, Leden. *Asas, Teori, Praktik Hukum Pidana*, Jakarta: Sinar Grafika, 2008.

Muhtaj, Majda El. *Dimensi-Dimensi HAM Mengurai Hak Ekonomi, Sosial dan Budaya*, Jakarta: Rajawali Pers, 2009.

Muladi, H. *Hak asasi Manusia Hakikat, Konsep dan Implikasinya Dalam Perspektif hukum dan Masyarakat*, Bandung: Rodika Aditama, 2009.

----- *Kapita Selekta Sistem Peradilan Pidana*, Semarang:

Badan Penerbit Universitas Diponegoro, 1995.

Naning, Ramdlen. *Cita dan Citra Hak Asasi Manusia Indonesia*, Jakarta: Lembaga Kriminologi UI, 1983.

Parthiana, I Wayan. *Hukum Pidana Internasional*, Bandung: Yrama Widya, 2006.

Rover, Cess de. *To Serve & To Protect Acuan Universal Penegakan HAM*, Jakarta: RajaGrafindo Persada, 2000.

Yuliandri. *Asas-Asas Pembentukan Peraturan Perundang-Undangan yang Baik*, Jakarta: Raja Grafindo Persada, 2010.