

PENGECUALIAN ASAS LEGALITAS DALAM HUKUM PIDANA

Made Darma Weda

Dosen Pascasarjana, Fakultas Hukum Universitas Krisnadwipayana, Jakarta

Abstrak

Perdebatan terkait dengan pengecualian asas legalitas dalam hukum pidana, telah ada pada International Criminal Tribunal for The Former Yugoslavia (ICTY) yang dibentuk berdasarkan United Nation's Resolution No. 827 Tahun 1993 dan The International Criminal Tribunal for the Rwanda (ICTR), yang didasarkan pada United Nation's Resolution No. 955 Tahun 1994. Pada peradilan (tibunal) tersebut asas non-retroaktif menjadi permasalahan yang muncul dalam persidangan. Pemberlakuan secara retroaktif menjadi materi yang bertentangan dengan dengan asas nullum delictum crimen sine dan larangan pemberlakuan secara retroaktif.

Kata kunci : Perkecualian, retroaktif, hukum pidana.

Abstract

Debating for exceptional of legality principle in criminal law could be learned by establishing of the International Criminal Tribunal for The Former Yugoslavia (ICTY) which was based on United Nation's Resolution in 1993, No. 827 and The International Criminal Tribunal for the Rwanda (ICTR) which was based on United Nation's Resolution in 1994, No. 955. Even though these tribunals were rejected by the parties who supported the dependents, they still to cross-examine those cases, even though it was against the principle of nullum crimen sine lege as retroactive principle in criminal law.

Key words : *Retroactive, criminal law, exceptional.*

A. Pendahuluan

Dalam teori dan praktek hukum pidana, dikenal adanya asas legalitas -- yang salah satunya -- melarang pemberlakuan hukum pidana secara retroaktif. Hal ini tertuang dalam Pasal 1 ayat (1) Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP), yang menyatakan "tiada suatu perbuatan dapat dipidana kecuali atas kekuatan aturan pidana dalam perundang-undangan yang telah ada sebelum perbuatan dilakukan".

Dalam perkembangan hukum pidana terjadi penyimpangan yang didasarkan pada kebutuhan. Beberapa pengadilan internasional yang pernah memberlakukan hukum pidana secara retroaktif dan menjadi diskursus dalam pemberlakuan hukum pidana secara retroaktif, yaitu *The International Military Tribunal in Nuremberg* dan *The International Military Tribunal at Tokyo*. Kedua pengadilan militer ini merupakan pengadilan yang dibentuk untuk mengadili para pelaku kejahatan perang, semasa terjadinya Perang Dunia II.

The International Military Tribunal in Nuremberg dan *The International Military Tribunal at Tokyo* yang dibentuk berdasarkan London Agreement, tidak

dapat dilepaskan dari nuansa politik, sehingga pengadilan ini disebut pula sebagai keadilan bagi para pemenang (*victor justice*).

Pada tahun 1990-an, Dewan Keamanan PBB melalui Resolusinya No. 827 Tahun 1993 telah membentuk *International Criminal Tribunal for The Former Yugoslavia (ICTY)*.¹ Kemudian, dengan Resolusi No. 995 Tahun 1994, PBB telah membentuk *International Criminal Tribunal for Rwanda (ICTR)*. Dalam *Criminal Tribunal* tersebut pun terdapat perdebatan tentang pemberlakuan hukum pidana secara retroaktif.

Pembentukan ICTY dan ICTR tidak dapat dilepaskan dari nuansa politik. Keputusan Dewan Keamanan PBB, dalam menentukan konflik yang terjadi di Yugoslavia dan Rwanda, serta individu-individu yang harus bertanggung jawab dalam konflik tersebut, merupakan keputusan yang sarat dengan nuansa politik.

Ketika Pengadilan Militer Nuremberg dan Tokyo dibentuk, terdapat perlawanan dari berbagai pihak, khususnya mereka yang ditangkap dan diadili, karena didasarkan pada hukum yang berlaku secara retroaktif.² Demikian pula ketika dibentuk Pengadilan Ad Hoc di Yugoslavia dan Rwanda. Ketika pengadilan ini dibentuk, terdapat perlawanan dari pengacara para tersangka, karena dalam hukum pidana terdapat larangan untuk memberlakukan hukum pidana secara retroaktif.

Permasalahan sebagaimana terjadi di beberapa Negara, juga terjadi di Indonesia. Meskipun terdapat larangan konstitusional untuk memberlakukan hukum pidana secara retroaktif, terdapat Undang-undang mengandung perumusan yang diberlakukan secara retroaktif. Dalam Penjelasan Pasal 4 UU No. 39 Tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia (selanjutnya disebut UU tentang HAM) secara gamblang disebutkan bahwa “Hak untuk tidak dituntut atas dasar hukum yang berlaku surut dapat dikecualikan dalam hal pelanggaran berat terhadap hak asasi manusia yang digolongkan ke dalam kejahatan terhadap kemanusiaan. Ketentuan tersebut dijadikan landasan bagi Pasal 43 Undang-Undang No. 26 tahun 2000 tentang Pengadilan HAM, yang menyatakan bahwa “pelanggaran HAM berat yang terjadi sebelum diundangkannya UU ini, diperiksa dan diputus oleh Pengadilan HAM *ad hoc*”.

Selain UU tentang HAM, pemberlakuan secara retroaktif juga dicantumkan dalam Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang (Perpu) No.1 Tahun 2002 tentang Pemberantasan Tindak Pidana Terorisme. Perpu ini, pada tanggal 4 April 2003 ditetapkan menjadi UU, yaitu UU No.15 Tahun 2003. Dalam Pasal 46 UU No.15 Tahun 2003 disebutkan sebagai berikut:

Ketentuan dalam Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang ini dapat diperlakukan surut untuk tindakan hukum bagi kasus tertentu

¹ M. Cherif Bassiouni, *The Commission of Experts Established Pursuant to Security Council Resolution 780: Investigating Violations of International Humanitarian Law in The Former Yugolsavia*, dalam Roger S. Clark dan Madeleine Sann, *The Prosecution of International Crimes*, Transaction Publishers, New Jersey, 1996, hal. 64.

² Gerry J. Simpson, *War Crimes: A Critical Introduction*, dalam Timothy L.H. McCormack dan Gerry J. Simpson, Editor, *The Law of War Crime, National and International Approaches*, Kluwer Law International, Netherlands, 1997, hal 1.

sebelum mulai berlakunya Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang ini, yang penerapannya ditetapkan dengan Undang-undang atau Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang tersendiri.

Berdasarkan Pasal 46 tersebut di atas, nampak bahwa pemberlakuan secara retroaktif berkaitan dengan materi UU No. 15 tahun 2003 dapat dilakukan bila hal tersebut ditetapkan melalui Undang-Undang atau Peraturan Pemerintah pengganti Undang-Undang (Perpu). Hal ini mendasari dikeluarkannya UU No.16 Tahun 2003 tentang Penetapan Perpu No. 2 Tahun 2002 tentang Pemberlakuan Perpu No.1 tahun 2002 tentang Pemberantasan Tindak Pidana Terorisme Pada Peristiwa Peledakan Bom di Bali Tanggal 12 Oktober 2002.

Di tengah terjadinya perdebatan tentang pemberlakuan hukum pidana secara retroaktif, Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia (MK) memutuskan permohonan *judicial review* terhadap UU No. 16 Tahun 2003. Melalui Putusan Perkara No 013/PUU-I/2003, pada tanggal 22 Juli 2004, MK menyatakan bahwa UU No. 16 Tahun 2003 tidak memiliki kekuatan mengikat. Salah satu pertimbangan hakim adalah bahwa pada dasarnya hukum itu harus berlaku ke depan. Adalah tidak *fair*, jika seseorang dihukum karena perbuatan yang pada saat dilakukannya merupakan perbuatan yang sah. Adalah tidak *fair* pula jika pada diri seseorang diberlakukan suatu ketentuan hukum yang lebih berat terhadap suatu perbuatan yang ketika dilakukannya diancam oleh ketentuan hukum yang lebih ringan, baik yang berkenaan dengan hukum acara (*prosedural*), maupun hukum material (*substance*).

Tulisan ini mencoba untuk mengkaji dan menganalisa eksistensi asas legalitas, khususnya terkait dengan kejahatan yang tergolong dalam pelanggaran HAM berat.

B. Pembahasan

1. Retroaktif Dalam Pengadilan Internasional

Berdasarkan *London Agreement* tanggal 8 Agustus 1945, oleh pemerintah Amerika, Perancis, Inggris, Irlandia Utara, dan Sovyet, didirikanlah *The International Military Tribunal At Nuremberg*, yang bertugas untuk menyelenggarakan peradilan yang cepat dan adil untuk menghukum tokoh-tokoh utama penjahat perang dari negara-negara European AXIS³.

Pembentukan Pengadilan *Nuremberg*, menurut Geoffrey di dasarkan bahwa tidak ada hak-hak tanpa pemulihan kembali. Sama halnya bahwa tidak ada hak-hak asasi manusia tanpa pemulihan untuk setiap pelanggarannya. Pendekatan

³ Pasal 6 dari Statuta, yang menyatakan "*The Tribunal established by the Agreement referred to in Article 1 hereof for the trial and punishment of the major war criminals of the European Axis countries shall have the power to try and punish persons who, acting in the interests of the European Axis countries, whether as individuals or as members of organizations, committed any of the following crimes*".

inilah yang dipergunakan sebagai dasar untuk menghukum mereka yang bersalah atas kejahatan terhadap kemanusiaan⁴.

Tribunal ini mempunyai kewenangan untuk mengadili dan menghukum para pelaku baik secara individual maupun sebagai suatu organisasi yang telah melakukan kejahatan sebagaimana disebut dalam Statuta. Adapun jenis kejahatan tersebut adalah⁵ : (a). Kejahatan terhadap perdamaian (*crimes against peace*); (b) Kejahatan perang (*war Crime*); (c). Kejahatan terhadap Kemanusiaan (*crimes against Humanity*). Peradilan yang berlangsung dari tanggal 14 November 1945 sampai dengan 1 Oktober 1946 ini mengatur beberapa hal, yaitu⁶:

1. Setiap orang yang melakukan suatu perbuatan yang merupakan suatu kejahatan internasional bertanggung jawab atas perbuatannya dan harus dihukum;
2. Fakta bahwa hukum internal (nasional) tidak mengancam dengan pidana atas perbuatan yang merupakan suatu kejahatan menurut hukum internasional tidaklah membebaskan orang yang melakukan perbuatan itu dari tanggung jawab menurut hukum internasional;
3. Fakta bahwa orang tersebut melakukan perbuatan yang merupakan suatu kejahatan menurut hukum internasional bertindak sebagai Kepala Negara atau pejabat pemerintah yang bertanggung jawab, tidak membebaskan dia dari tanggung jawab menurut hukum internasional;
4. Fakta bahwa orang tersebut melakukan perbuatan itu untuk melaksanakan perintah dari Pemerintahnya atau dari atasannya tidaklah membebaskan dia dari tanggung jawab menurut hukum internasional, asal saja pilihan moral (*moral choice*) yang bebas dimungkinkan olehnya;
5. Setiap orang yang didakwa melakukan kejahatan menurut hukum internasional mempunyai hak untuk mendapatkan peradilan yang adil berdasarkan fakta dan hukum;
6. Kejahatan-kejahatan tersebut di bawah ini dapat dihukum menurut hukum internasional:
 - (a) Kejahatan terhadap perdamaian (*jus ad bellum*):
 - i. Merencanakan, menyiapkan, memulai atau menggerakkan perang yang bersifat agresi yang melanggar *treaty*, persetujuan (*agreements*), atau jaminan (*assurances*) internasional;

⁴ Geoffrey Robertson QC, *Crimes Against Humanity, The Struggle For Global Justice*, Penguin Books, England, 2000, hal. 203. Lihat pula: Mardjono Reksodiputro, *Hak Asasi Manusia Dalam Sistem Peradilan Pidana*, Kumpulan Karangan Buku Ketiga, Pusat Pelayanan Keadilan Dan Pengabdian Hukum (d/h Lembaga Kriminologi), Universitas Indonesia, Jakarta, 1999, hal. 8.

⁵ Roger S. Clark, *Nuremberg and Tokyo In Contemporary Perspective*, dalam Timothy L.H. McCormack dan Gerry J. Simpson, Editor, *The Law of War Crime, National and International Approaches*, Kluwer Law International, Netherlands, 1997, hal 173.

⁶ Machteld Boot, *Nullum Crimen Sine Lege and The Subject Matter Jurisdiction of The International Criminal Court, Genocide, Crimes Against Humanity, War Crimes*, Intersentia, Leiden, 2001, hal. 313-314.

- ii. Turut serta dalam menyusun rencana umum atau berkonspirasi untuk melaksanakan perbuatan apa saja yang tercantum dalam (i).
 - (b) Kejahatan Perang (*jus in bello*);
Pelanggaran terhadap hukum atau kebiasaan perang meliputi, tapi tak terbatas kepada pembunuhan, perlakuan tidak manusiawi (*ill-treatment*) atau deportasi ke tempat kerja paksa sebagai budak untuk tujuan apapun, juga terhadap penduduk sipil dari atau yang berasal dari wilayah yang dikuasai; pembunuhan atau perlakuan yang tidak manusiawi terhadap tawanan perang, orang-orang di lautan (kapal), membunuh tawanan, merampok milik umum atau pribadi, perusakan yang berlebihan atau tidak diperlukan atas kota-kota, desa-desa atau pemusnahan yang secara militer tidak dianggap perlu.
 - (c) Kejahatan Terhadap Kemanusiaan
Pembunuhan, pemusnahan, perbudakan, deportasi dan perbuatan yang tidak manusiawi terhadap penduduk sipil, atau penyiksaan tersebut berdasarkan politik, ras, atau agama, apabila perbuatan-perbuatan tersebut dilakukan atau penyiksaan tersebut diambil dalam pelaksanaan atau berkaitan dengan kejahatan terhadap perdamaian atau kejahatan perang apa saja.
7. Keterlibatan dalam pelaksanaan suatu kejahatan terhadap perdamaian, suatu kejahatan perang, atau suatu kejahatan terhadap kemanusiaan seperti disebutkan dalam Prinsip VI adalah suatu kejahatan menurut hukum internasional.

Ketujuh hal tersebut di atas, kemudian diformulasikan menjadi prinsip-prinsip hukum internasional, yang kemudian pada tanggal 29 Juli 1950 oleh *International Law Commission* dikenal sebagai *Nuremberg Principles*. Prinsip-prinsip inilah kemudian yang menjiwai peradilan HAM yang dibentuk pada masa berikutnya, seperti *International Criminal Tribunal For Yugoslavia (ICTY)*, *International Criminal Tribunal For Rwanda (ICTR)* dan *International Criminal Court (ICC)*.

Beberapa hal baru yang diberlakukan dan dilaksanakan di peradilan Nuremberg, adalah: (1) tanggung jawab pribadi yang secara jelas tercantum dalam Pasal 6 Statuta; (2) keberlakuan hukum pidana secara retroaktif, di mana statuta yang dibuat pada tahun 1945 ini diberlakukan secara retroaktif untuk kejahatan yang dilakukan sebelumnya, yaitu selama Perang Dunia II dan berlangsung di mana saja.

Pemberlakuan secara retroaktif ini, dalam persidangan telah ditolak dan mendapatkan tantangan dari para pengacara terdakwa karena bertentangan dengan prinsip hukum pidana yang berlaku. Bantahan ini ditolak oleh Majelis Hakim IMT Nuremberg dengan alasan bahwa prinsip non retroaktif hanya berlaku: (a) bagi kejahatan biasa (*ordinary crimes*), dan (b) yang terjadi di wilayah hukum nasional, di mana yang berlaku adalah hukum nasional. Para terdakwa di Pengadilan Nuremberg tidak dapat membantah lagi, meskipun mereka tetap mencoba berdalih bahwa adalah merupakan pelanggaran terhadap aturan bila mereka diajukan ke

pengadilan atas pelanggaran yang tidak memiliki kesepadanan dalam hukum Nazi Jerman. Pelanggaran tersebut terdapat dalam hukum internasional.⁷

Lebih lanjut dikemukakan oleh Majelis Hakim bahwa asas non-retroaktif tidak berlaku bagi kejahatan internasional, terlebih hukum internasional, konvensi-konvensi internasional, dan hukum perang telah ada sebelumnya dan telah diterima oleh negara-negara di dunia.⁸

Perdebatan tentang pemberlakuan secara retroaktif tidak hanya terjadi ketika persidangan berlangsung, tetapi juga terjadi ketika *Statute Nuremberg* dirumuskan. Justice Jackson menyatakan “*I want these acts defined as crime*”.⁹ Keinginan ini disepakati oleh Trainin, seorang guru besar, yang menyatakan “*it is quite true that the American draft is quite precise in that states these are violations*”.¹⁰ Tidak ada argumen yang memuaskan untuk menjelaskan, mengapa diberlakukan secara retroaktif.

Dalam kaitan dengan pemberlakuan secara retroaktif, Kelsen menyatakan bahwa¹¹:

“the infliction of an evil, if not carried out as a reaction against a wrong, is a wrong itself. The non-application of the rule against ex post facto law is a first sanction inflicted upon those who have violated this rule and hence have forfeited the privilege to be protected by it.”

Pernyataan Jackson dan Kelsen tersebut di atas, jelas menunjukkan bahwa suatu kejahatan haruslah mendapatkan hukuman. Pembiaran terhadap kejahatan karena adanya asas non retroaktif merupakan suatu sikap yang salah. Dengan demikian, menurut penulis, nampak bahwa keadilan yang diterapkan dalam pengadilan Nuremberg adalah keadilan retributif. Para pelaku kejahatan yang telah menghilangkan nyawa orang lain, harus dapat mempertanggung jawabkan segala perbuatannya.

Setahun setelah dibentuknya IMT Nuremberg, pada tanggal 19 Januari 1946, MacArthur dengan mendapatkan persetujuan dari negara-negara sekutu lainnya yang memenangkan peperangan, mengeluarkan piagam yang dikenal sebagai *Charter of the International Military Tribunal for the Far East*. *Charter* ini merupakan dasar untuk pembentukan pengadilan yang ditujukan untuk mengadili para pelaku pencetus Perang Dunia II, yang mereka sebut sebagai para penjahat perang, di wilayah Timur Jauh.

Pengadilan yang berkedudukan di Tokyo ini, memiliki yurisdiksi terhadap beberapa kejahatan, yaitu: (a) kejahatan terhadap perdamaian (*crimes against peace*); (b) kejahatan perang konvensional (*Conventional war crimes*); (c) kejahatan terhadap kemanusiaan (*crime against humanity*), Sebagaimana halnya

⁷ *Ibid.*, hal. 112.

⁸ *Ibid.*

⁹ M. Cherif Bassiouni, *Crimes Against Humanity in International Criminal Law*, Cluwer Law International, Netherland, 1999, hal. 147.

¹⁰ *Ibid.*

¹¹ *Ibid.*, hal. 166.

Pengadilan Nuremberg, di Pengadilan Tokyo mayoritas berpendapat bahwa *nullum crimen sinus lege* bukanlah suatu pembatasan kedaulatan yang akan mencegah pemberlakuan secara retroaktif, tetapi hanyalah merupakan prinsip keadilan.¹²

Dalam kaitannya dengan pemberlakuan secara retroaktif, Hakim dari Philipina menyatakan “*nullum crimen, nulla poena sine lege not applicable to international law, distinguishing between national laws and national violators of those laws on the one hand, and authors of international crimes on the other*”¹³.

Dalam IMT Nuremberg dan Tokyo nampak bahwa keadilan yang diterapkan adalah keadilan retributif. Proses pembentukan Statuta, yang dilakukan oleh beberapa Negara pemenang perang –bahkan untuk IMT Tokyo hanya dibuat oleh McArthur saja—menunjukkan bahwa hanya Negara-negara besar dan kuat yang akan mengadili para pelaku penjahat perang. Dalam sejarah tidak pernah pengadilan internasional terbentuk oleh Negara yang kalah perang. Oleh karena itu tidak salah bila dikatakan bahwa pembentukan IMT Nurember dan Tokyo didasarkan atas keadilan para pemenang (*victor justice*).¹⁴ Bahkan, Geoffrey, mengatakan bahwa pengadilan Nuremberg menciptakan kejahatan terhadap kemanusiaan dan menghukum mereka secara tidak manusiawi. Dikatakan menghukum secara tidak manusiawi karena pengadilan Nuremberg telah menghukum gantung 12 orang terdakwa, yang kemudian jenasanya dikremasi untuk kemudian dibuang di sungai yang tidak teridentifikasi.¹⁵ Bahkan salah seorang terdakwa yang bernama Goering memilih menenggak racun daripada harus menghadapi proses eksekusi.¹⁶

Prinsip-prinsip Nuremberg yang telah diterima sebagai prinsip-prinsip umum dalam hukum internasional, menunjukkan bahwa keadilan retributive lebih mendasari proses pengadilan Nuremberg dan Tokyo. Dengan adanya kalimat “setiap orang yang melakukan perbuatan kejahatan internasional harus dihukum” menunjukkan bahwa keadilan yang diterapkan adalah keadilan retributif. Tidaklah salah bila Ruti G. Teitel menyatakan bahwa “*retribution justification related to punishment*”.¹⁷

International Criminal Tribunal For The Former Yugoslavia (ICTY) dibentuk berdasarkan Resolusi Dewan Keamanan No.827 Tahun 1993, dengan tujuan untuk menghukum para pelaku kejahatan perang, genosida, dan kejahatan kemanusiaan, yang terjadi sejak 1 Januari 1991 di wilayah bekas negara Yugoslavia. Pembentukan ICTY oleh Dewan Keamanan PBB ini didasarkan pada Chapter VII, Piagam PBB. Sedangkan *International Criminal Tribunal For The Rwanda (ICTR)* dibentuk berdasarkan Resolusi Dewan Keamanan PBB No. 955

¹² Machteld Boot, *op.cit.* hal. 199.

¹³ *Ibid.*

¹⁴ Roger S. Clark, *Nuremberg and Tokyo in Contemporary Perspective*, dalam McCormack, Timothy L.H., dan Gerry J. Simpson, Ed., *The Law of War Crime National and International Approaches*, Kluwer Law International, Netherlands, 1997, hal. 180. Lihat pula: Geoffrey Robertson QC, *op.cit.* hal. 220.

¹⁵ Geoffrey Robertson QC, *op.cit.* hal. 220.

¹⁶ *Ibid.*

¹⁷ Ruti G. Teitel, *op.cit.*, hal. 50.

Tahun 1994, dengan tujuan untuk mengadili dan menghukum para pelaku genosida, pelanggaran terhadap Konvensi Genewa, dan kejahatan terhadap kemanusiaan, yang berlangsung sejak tanggal 1 Januari 1994 sampai 31 Desember 1994, di wilayah Rwanda.

ICTY merupakan peradilan internasional ad hoc pertama yang dibentuk untuk mengadili dan menghukum mereka yang bertanggung jawab telah menghilangkan 800.000 orang dalam konflik yang terjadi di Yugoslavia. Berbeda dengan IMT Nuremberg yang dibentuk hanya oleh empat Negara pemenang Perang Dunia II, ICTY dibentuk berdasarkan Resolusi Dewan Keamanan PBB. Dalam resolusi tersebut dinyatakan “pengadilan internasional harus diselenggarakan untuk mengadili orang-orang yang bertanggung jawab atas pelanggaran serius terhadap hukum humaniter internasional, yang dilakukan di wilayah bekas Yugoslavia sejak 1991”. Dalam Statuta, dinyatakan bahwa yurisdiksi ICTY adalah¹⁸: (a) pelanggaran berat terhadap *the Genewa Convention of 1949*; (b) pelanggaran terhadap hukum atau kebiasaan perang; (c) Genosida; (d) kejahatan terhadap kemanusiaan.

Permasalahan yang berkaitan dengan pemberlakuan secara retroaktif, dalam Statuta ICTY, dikemukakan oleh Sekretaris Jenderal PBB, bahwa aplikasi dari prinsip *nullum crimen sine lege* di pengadilan internasional perlu menggunakan ketentuan dari hukum humaniter internasional yang diyakini sebagai bagian dari hukum kebiasaan. Hal ini penting dalam konteks pengadilan internasional yang menuntut orang yang bertanggung jawab untuk pelanggaran yang serius terhadap hukum humaniter internasional.¹⁹ Dengan demikian jelas bahwa *nullum crimen sine lege* tidak hanya didasarkan pada hukum nasional tetapi juga hukum internasional.

Prinsip legalitas merupakan hak terdakwa. Hal ini penting untuk menyatakan bahwa Yugoslavia adalah negara peserta konvensi, yakni Konvensi Genewa, Konvensi Hague dan Konvensi Genosida.²⁰ Hakim ICTY dalam kasus Delalic, menyatakan bahwa prinsip legalitas ada dan dikenal di dalam sistem peradilan pidana di dunia. Prinsip tersebut tidaklah begitu luas, meliputi apa yang mereka telah akui sebagai bagian dari praktek undang-undang yang bersifat internasional. Hal ini sangat penting karena adanya metoda yang berbeda dalam menentukan kriminalisasi di dalam hukum nasional dan sistem peradilan pidana internasional. Dalam hukum nasional, kriminalisasi sangat tergantung pada waktu dan materi dari larangan tersebut. Sedangkan dalam sistem peradilan pidana internasional kriminalisasi dilakukan melalui perjanjian atau konvensi, atau praktek sepihak dari suatu Negara.²¹ Oleh karena itu dapat didalilkan bahwa prinsip legalitas dalam hukum pidana internasional memiliki standar aplikasi yang berbeda dengan sistem undang-undang nasional.

¹⁸ Machteld Boot, *op.cit.*, hal. 237-242

¹⁹ John R.W.D. Jones dan Steven Powless, *International Criminal Practice*, Oxford, hal. 401.

²⁰ *Ibid.*

²¹ *Ibid.*, hal 402.

Hakim yang mengadili Delalic menyatakan bahwa untuk memberikan makna dari prinsip legalitas, dua kesimpulan penting harus diterima, pertama, hukum pidana harus dikonstruksikan secara jelas, kedua, hukum pidana tidak berlaku surut. Ini adalah bagian tambahan yang merupakan tugas dari *judicial interpreter* atau hakim untuk menafsirkan dan menyimpulkan bahasa dari badan pembuat undang-undang. Dengan demikian nampak bahwa prinsip ini dapat dipastikan untuk badan pembuat undang-undang dan bukan pengadilan atau hakim untuk menentukan kejahatan dan hukumannya.²²

Kritik terhadap pengadilan yang memberlakukan hukum secara retroaktif merupakan suatu kewajaran. Oleh karena itu dikatakan bahwa ICTY dan ICTR yang diberlakukan secara retroaktif hanyalah merupakan prosedural. Substansi hukum yang melarang perbuatan tersebut telah ada sebelumnya, hanya saja pengadilan untuk memproses mereka baru kemudian diwujudkan. Oleh karena itu, pengadilan yang baru harus memastikan bahwa ia hanya menghukum pelanggar sebagaimana mereka telah mendefinisikan perbuatan tersebut dan dapat dijatuhi pidana.²³ Di samping itu, tuduhan tentang pemberlakuan secara retroaktif bagi terdakwa Serbia dan Kroasia, juga tidak dapat dibenarkan karena tindakan yang dilakukan telah berlawanan dengan hukum humaniter internasional dan hukum Yugoslavia.²⁴ Bahkan, hukum Yugoslavia mengancam perbuatan tersebut dengan ancaman pidana mati. Dengan demikian jelas bahwa keberatan atas pemberlakuan secara retroaktif yang diajukan oleh para pembela terdakwa, merupakan upaya untuk menyelamatkan para terdakwa dari tuntutan pengadilan.

Christopher L. Blakesley memaparkan bahwa berdasarkan Pasal 1 dan 2 Statuta Yugoslavia dan Rwanda, pemberlakuan secara retroaktif mendapatkan pembenaran atas dasar konvensi hukum humaniter dan hukum kebiasaan internasional²⁵. Demikian pula argument yang dikemukakan oleh Sekjen PBB, ketika pembentukan Pengadilan ad hoc untuk Yugoslavia dan Rwanda.²⁶ Masalahnya adalah bahwa "*customary international law*" tidak dicantumkan

²² *Ibid.*, hal 406.

²³ *Ibid.*, hal 405.

²⁴ Geoffrey Robertson QC, *op.cit.*, hal. 301. Pasal 125 *Penal Code* Yugoslavia telah mencantumkan materi konvensi Genewa. Lihat Roamn A. Kolodkin, *An Ad Hoc International Tribunal for the Prosecution of Serious Violations of International Humanitarian Law in the Former Yugoslavia*, Roger S. Clark dan Madeleine Sann, Ed., *The prosecution Of International Crimes, op.cit.*, hal. 179.

²⁵ Christopher L. Blakesley, *Atrocity and Its Prosecution: The Ad Hoc Tribunals for the Former Yugoslavia dan Rwanda*, Timothy L.H. McCormack dan Gerry J. Simpson, Ed., *The Law of War Crimes, National and International Approaches*, Kluwer Law International, USA, hal 205.

²⁶ Menurut Sekjen *Security Council*, hukum kebiasaan internasional telah diadopsi melalui beberapa konvensi, yaitu *The Geneva Conventions of 12 August 1949 for the protection of War Victims; the (fourth) Hague Convention Respecting the Laws and Customs of War on Land and the Regulations annexed thereto of 18 October 1907; the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide of 9 Desember 1948; the Charter of the International Military Tribunal of 8 August 1945. Ibid.*

secara tertulis. Machteld Boot, menyatakan bahwa ICTY dan ICTR didirikan berdasarkan pada system *common law*, yang berbeda dengan *civil law*, dimana setiap perbuatan yang dinyatakan sebagai kejahatan serta dapat dipidana harus dituangkan dalam aturan tertulis.²⁷ Dalam ICTR, hakim yang mengadili Akayesu menyatakan bahwa untuk memenuhi persyaratan *Nullum crimen sine lege*, pengadilan berpegang pada hukum humaniter internasional yang merupakan bagian dari hukum kebiasaan. Hakim yang mengadili Akayesu menyatakan²⁸:

(a) although the Secretary Council elected to take a more expansive approach to the choice of the subject-matter jurisdiction of the Tribunal than that of the ICTY, by incorporating international instruments regardless of whether they were considered part of customary international law or whether they entailed the individual criminal responsibility of the perpetrator of the crime, an essential question which should be addressed at this stage is whether Article 4 of the Statute includes norms which did not, at the time the crimes alleged in the Indictment were committed, form part of existing international customary law.

Hakim yang mengadili Kayishema dan Ruzindana, para tersangka pelaku pelanggaran HAM berat di Rwanda, secara gamblang menyatakan bahwa Rwanda merupakan Negara yang telah meratifikasi Konvensi Genewa dan Protokol II. Oleh karena itu tidak ada masalah dengan retroaktif, karena semua konvensi tersebut merupakan hukum kebiasaan internasional.²⁹

Pengadilan terhadap Masema, Akayesu dan Tadic, merupakan pengadilan yang memiliki permasalahan yang sama, yaitu mempermasalahkan hukum kebiasaan. Dengan demikian, baik dalam ICTY maupun ICTR, tidak ada pelanggaran terhadap asas *nullum delictum*.

2. Penerapan Hukum Pidana Secara Retroaktif di Indonesia

Di Indonesia, pemberlakuan hukum pidana secara retroaktif untuk pertama kalinya dirumuskan dalam Pasal 43 ayat (1) UU tentang Pengadilan HAM yang menyatakan: “Pelanggaran hak asasi yang berat, yang terjadi sebelum diundangkannya undang-undang ini, diperiksa dan diputus oleh Pengadilan HAM ad hoc.”

Ketentuan sebagaimana tersebut di atas dihadapkan pada Pasal 4 UU No.39 Tahun 1999 tentang HAM,³⁰ yang melarang pemberlakuan secara retroaktif.

²⁷ Machteld Boot, *op.cit.*, hal. 150-151. ICTY dianggap sebagai pengadilan yang berjalan paling lambat karena terdakwa pertama baru muncul pada tahun 1995. Sedangkan proses pengadilannya baru dimulai pada tahun 1996. Dusko Tadic merupakan terdakwa pertama yang akhirnya dijatuhi hukuman 20 tahun penjara.

²⁸ *Ibid.*, hal 278.

²⁹ *Ibid.*, hal. 279.

³⁰ Pasal 4 UU No.39 Tahun 1999 menyatakan : “Hak untuk hidup, hak untuk tidak disiksa, hak kebebasan pribadi, pikiran, dan hati nurani, hak beragama, hak untuk tidak diperbudak, hak untuk diakui sebagai pribadi dan persamaan di hadapan hukum, dan hak untuk tidak dituntut atas dasar hukum yang berlaku surut adalah hak asasi manusia yang tidak dapat dikurangi dalam keadaan apa pun dan oleh siapa pun.”

Yang cukup menarik adalah bahwa keberlakuan secara retroaktif dinyatakan dalam Penjelasan Pasal 4, yang menyatakan bahwa: “hak untuk tidak dituntut atas dasar hukum yang berlaku surut dapat dikecualikan dalam hal pelanggaran berat terhadap hak asasi manusia yang digolongkan ke dalam kejahatan kemanusiaan.”

Mekanisme formal untuk memberlakukan hukum secara retroaktif diatur dalam Pasal 43 Undang-Undang tentang Pengadilan HAM,³¹ atas usulan Dewan Perwakilan Rakyat, yang kemudian ditetapkan oleh Keputusan Presiden³². Dengan mekanisme ini diharapkan bahwa pemberlakuan secara retroaktif tidak menjadi ranah lembaga eksekutif, tetapi merupakan ranah lembaga legislatif. DPR yang merupakan representasi rakyat Indonesia, dapat menentukan kasus-kasus mana yang diberlakukan secara retroaktif.

Pemberlakuan secara retroaktif mendapatkan reaksi pro dan kontra dari berbagai kalangan, ketika RUU tersebut dibahas di DPR. Keinginan pemerintah untuk memberlakukan UU tentang HAM secara retroaktif, dengan tujuan untuk mengungkap pelanggaran HAM yang pernah terjadi di masa lalu nampak dalam pembahasan RUU tentang Pengadilan HAM. Keterangan Pemerintah dihadapan rapat paripurna DPR-RI pada tanggal 5 Juni 2000, menyatakan bahwa “untuk pertama kali dalam sejarah perundang-undangan dimuat ketentuan mengenai berlaku surut dalam RUU tentang Pengadilan HAM sebagai suatu kekhususan lain”.³³:

Tuntutan untuk menyelesaikan pelanggaran HAM berat di masa lalu, tidak dapat dilepaskan dari kondisi politik di masa lalu, yang dirasakan sangat otoriter. Ada dua hal yang perlu mendapatkan perhatian berkaitan dengan pemberlakuan surut UU tentang Pengadilan HAM, yaitu: (1) desakan dari masyarakat Indonesia agar kasus-kasus pelanggaran HAM berat di masa lalu dapat diadili dan para pelakunya dijatuhi pidana; (2) desakan dari masyarakat internasional berkaitan dengan terjadinya pelanggaran HAM berat pasca jejak pendapat di Tim-Tim.

Memuncaknya desakan dari dalam negeri agar kasus-kasus pelanggaran HAM berat di masa lalu dapat diungkap, merupakan bagian dari proses bangsa Indonesia untuk mencari solusi dalam menyelesaikan berbagai persoalan pelanggaran HAM berat pada masa lalu. Penyelesaian terhadap pelanggaran HAM berat tidak boleh dilakukan dengan mempertahankan *impunity* (kekebalan hukum). *Impunity* harus dihilangkan dan proses mencari keadilan serta pertanggung jawaban dari para pelaku harus ada.

Proses kriminalisasi pelanggaran HAM berat, dengan dikeluarkannya UU tentang HAM dan Pengadilan HAM, merupakan upaya untuk mencapai *transitional*

³¹ Pasal 43 UU No. 26 tahun 2000 tentang Pengadilan HAM menyatakan:
(1) Pelanggaran hak asasi manusia yang berat yang terjadi sebelum diundangkannya Undang-undang ini, diperiksa dan diputus oleh Pengadilan HAM ad hoc.
(2) Pengadilan HAM ad hoc sebagaimana dimaksud dalam ayat (1) dibentuk atas usul Dewan Perwakilan Rakyat Republik Indonesia berdasarkan peristiwa tertentu dengan Keputusan Presiden.

³² Pasal 43 ayat (2) UU No. 26 Tahun 2000 tentang Pengadilan HAM.

³³ Keterangan Pemerintah Di hadapan Rapat Paripurna DPR-RI mengenai RUU tentang Pengadilan HAM tanggal 5 Juni 2000.

justice. Dalam hal ini ketentuan-ketentuan hukum baru yang dapat mewujudkan keadilan di masa transisi menjadi sangat penting. Oleh karena itu tepat apa yang telah dikemukakan oleh Ketua Komnas HAM, yang menyatakan:

Kalau hanya mendasarkan pada perangkat hukum yang ada sekarang, sangatlah mustahil keadilan itu dapat diwujudkan. Oleh karena kita menghadapi kenyataan yaitu peraturan perundang-undangan warisan orde baru, sistem peradilan yang bobrok dan aparat hukum yang dulu sepenuhnya mengabdikan kepada rezim lama. Mulai saat inilah yang penting bagi kita untuk melangkah ke masa depan, yaitu dimana kita dituntut untuk menyelesaikan berbagai bentuk pelanggaran HAM yang terjadi di masa lampau. Pengungkapan dan penyelesaian masalah tersebut bukanlah bertujuan untuk membuka luka-luka lama, akan tetapi justru untuk menyembuhkan luka lama. Kita bisa belajar dari permasalahan yang terjadi di masa lampau, agar kita tidak melakukan kesalahan yang sama di masa mendatang.³⁴

Hal yang sama juga dikemukakan oleh Huntington.³⁵ Ketika Lokakarya berlangsung, Mary Robinson dari UNHCR menyampaikan pandangannya bahwa masyarakat internasional dan khususnya kantor Komisi Tinggi HAM PBB sangat berkepentingan untuk melihat apakah *impunity* itu masih dipertahankan atau benar-benar sudah dihapuskan. "Untuk kasus-kasus pelanggaran HAM berat, sikap kami tegas yaitu tidak boleh ada *impunity*. Proses untuk mencari keadilan harus dilakukan dan harus ada pertanggungjawaban dari para pelaku pelanggaran tersebut", demikian ungkap Mary Robinson.³⁶

Adanya tekanan dari masyarakat internasional, pada awalnya tidak diakui oleh Romli Atmasasmita. Dikatakan bahwa pembentukan pengadilan HAM merupakan amanat dari Pasal 104 ayat (1) UU No.39 Tahun 1999 tentang HAM.³⁷ Dengan demikian, ada atau tidak ada kasus Timtim, Pengadilan HAM tetap harus dibentuk paling lambat dalam jangka waktu empat tahun sejak berlakunya UU No 39/1999. Namun akhirnya diakui pula oleh Romli Atmasasmita bahwa pembentukan Pengadilan HAM dilakukan lebih cepat karena adanya kasus Tim Tim yang diiringi dengan tekanan masyarakat internasional.³⁸

³⁴ Kompas, Kamis 23 November 2000

³⁵ Samuel P Huntington, penulis buku *The Third Wave: Democratization in the Late Twentieth Century*, yang dikutip kembali oleh Idris Kasim, Direktur Eksekutif Lembaga Studi dan Advokasi Masyarakat (Elsam) dalam sebuah seminar mengenai *Transitional Justice* di Bandung, 13 Januari 2002. Wejangan Huntington itu diberikan kepada aktivis prodemokrasi di negara yang sedang mengalami transisi politik untuk menyelesaikan masalah masa lalu yang kelam. Tuntutan akan keadilan di masa transisi, mengalami banyak kendala. Selain kendala peraturan perundang-undangan, juga adanya kendala di pihak aparat, yang sebagian besar merupakan rezim lama.

³⁶ Komisioner Kantor Komisi Tinggi Hak Asasi Manusia PBB (UNHCR), Mary Robinson saat menyampaikan pandangannya pada lokakarya Nasional VI Komnas HAM dengan tema "*Transitional Justice menentukan Kualitas Demokrasi Indonesia di Masa Depan*", di Surabaya, Jawa Timur, Kompas, Kamis 23 November 2000.

³⁷ Pengadilan HAM atau Pengadilan Umum ?, Kompas, Sabtu 19 Februari 2000.

³⁸ *Ibid.*

Pernyataan Romli tersebut di atas menjelaskan kepada publik bahwa pemberlakuan secara retroaktif tidak berkaitan dengan “desakan” komisi Tinggi HAM PBB terhadap kasus Tim Tim. Artinya bahwa bangsa Indonesiapun menginginkan diselesaikannya kasus pelanggaran HAM berat yang terjadi di beberapa tempat di Indonesia.

Terhadap permasalahan ini, Muladi menyatakan bahwa dalam menghadapi kasus Timtim, Indonesia dihadapkan pada dilema antara menerima pemberlakuan secara surut hukum pidana demi keadilan dan hukum kebiasaan internasional atau dianggap dunia internasional sebagai *unwilling, unable, dan impunity* terhadap pelanggar HAM berat. Akibatnya akan terbuka kemungkinan bagi Dewan Keamanan PBB untuk menerapkan *primacy jurisdiction*, dengan solusi untuk membentuk Mahkamah Pidana Internasional ad hoc untuk Tim Tim. Masyarakat Indonesia tidak menginginkan kasus Tim Tim diambil alih oleh Dewan Keamanan PBB, sehingga pilihan satu-satunya adalah menerima pemberlakuan secara retroaktif.³⁹

Alasan lainnya adalah bahwa pelanggaran HAM berat merupakan “*extra ordinary crime*” sehingga di dalam menghadapi para pelaku pelanggaran HAM berat, penggunaan hukum pidana yang memuat “*ordinary crime*” tidak diperbolehkan⁴⁰. Dengan demikian, para pelanggar HAM berat tidak dapat dijaring dengan ketentuan-ketentuan yang berkaitan dengan pembunuhan, perkosaan, penganiayaan, dan sebagainya.

Dalam proses persidangan, baik dalam kasus pelanggaran HAM berat maupun dalam kasus terorisme yang terjadi di Bali, para terdakwa melalui kuasa hukumnya mengajukan keberatan terhadap pemberlakuan hukum pidana secara retroaktif. Keberatan ini didasarkan pada adanya larangan di dalam Pasal 28 I UUD 1945.

Dari segi substansi, pertimbangan hakim menunjukkan bahwa kejahatan yang dilakukan terdakwa merupakan kejahatan yang harus dijatuhi pidana. Argumentasi yang didasarkan pada ketentuan undang-undang yang berlaku serta konvensi-konvensi internasional menunjukkan komitmen hakim bahwa perbuatan yang dilakukan para terdakwa merupakan perbuatan yang bertentangan dengan nilai-nilai kemanusiaan, menimbulkan penderitaan terhadap korban, keluarga, serta lingkungan korban, sehingga perbuatan tersebut bukanlah merupakan perbuatan yang patut untuk diampuni.

Pemberlakuan secara retroaktif sebagai upaya untuk memberikan pidana kepada para pelaku pelanggaran HAM berat merupakan perwujudan dari keadilan retributive. Keadilan retributive nampak dengan berbagai upaya yang dilakukan, termasuk pemberlakuan secara retroaktif, dengan tujuan untuk menjatuhkan pidana kepada para pelakunya.

³⁹ Muladi, *Komisi Kebenaran Dan Rekonsiliasi Sebagai Alternatif Penyelesaian Pelanggaran HAM Berat*, Makalah, Penataran Nasional Hukum Pidana Dan Kriminologi ke XI, Surabaya, 2005.

⁴⁰ *Ibid.*.

Yang menjadi permasalahan adalah apakah pengadilan terhadap HAM berat benar-benar merupakan perwujudan dari *retributive justice* ? Keadilan retributif bukanlah merupakan satu-satunya keadilan yang ingin dicapai. Putusan Majelis Hakim dalam kasus pelanggaran HAM berat atas nama Rudolf Adolf Butar-Butar, dalam pertimbangannya, menyatakan sebagai berikut⁴¹

Menimbang bahwa walaupun permintaan kompensasi tersebut tidak termuat dalam tuntutan Jaksa Penuntut Umum Ad Hoc tetapi berdasarkan fakta hukum dimuka persidangan seperti dikemukakan di atas, maka untuk memenuhi rasa keadilan masyarakat dan bahwa tujuan dari sebuah peradilan bukan hanya untuk penghukuman (*retributive justice*) maka Majelis mempertimbangkan mengenai kompensasi tersebut.

Berdasarkan pertimbangan tersebut nampak bahwa peradilan HAM berat tidak hanya bertujuan untuk memberikan pidana kepada pelakunya, tetapi yang terpenting adalah keadilan terhadap korban dan masyarakat. Pemberian kompensasi merupakan alternatif untuk memulihkan kerugian yang diderita korban.

Apabila dilihat upaya penyelesaian pelanggaran HAM berat di Indonesia, maka selain upaya penyelesaian melalui proses peradilan, juga terdapat upaya non yudisial, yang merupakan sarana alternatif. Oleh karena itu, di dalam Pasal 47 UU No.26 Tahun 2000 ditegaskan bahwa: pelanggaran HAM berat yang terjadi sebelum berlakunya UU No.26 Tahun 2000 tidak menutup kemungkinan penyelesaian dilakukan oleh Komisi Kebenaran dan Rekonsiliasi, yang akan dibentuk dengan undang-undang.

Sebagai realisasi dari Pasal 47 tersebut, telah diterbitkan Undang-Undang No.27 Tahun 2004 tentang Komisi Kebenaran dan Rekonsiliasi, (untuk selanjutnya disebut sebagai KKR) yang tugas dan kewenangannya berkisar pada mengungkapkan kebenaran atas pelanggaran HAM berat di masa lalu dan melaksanakan rekonsiliasi. Selain itu, KKR juga berwenang memberikan rekomendasi kepada Presiden dalam hal permohonan Amnesti dan pemberian Kompensasi, Restitusi, dan atau Rehabilitasi kepada korban atau keluarga yang merupakan ahli warisnya.

KKR sebagai alternatif penyelesaian pelanggaran HAM berat merupakan hal baru dalam sistem peradilan pidana di Indonesia. Lazimnya, dalam kasus-kasus pidana tidak ada upaya lain yang dapat dilakukan selain proses peradilan. Sistem peradilan telah menunjukkan keberhasilan dalam menuntut dan memenjarakan seseorang. Tetapi gagal untuk menciptakan rasa aman bagi kehidupan masyarakat.⁴² Idealnya, korban kejahatan harus diperhatikan secara proporsional, yang pada akhirnya antara pelaku dan korban harus dirukunkan kembali. Hal ini tidak berarti terdapat pengampunan kepada si pelaku. Pelaku tetap harus

⁴¹ Putusan No.03/PID/HAM/AD.HOC/2003/PN.JKT.PST atas nama terdakwa Rudolf Adolf Butar-Butar.

⁴² Muladi, *Komisi Kebenaran Dan Rekonsiliasi Sebagai Alternatif Penyelesaian Pelanggaran HAM Berat*, loc.cit..

mempertanggung jawabkan perbuatannya tetapi wajib diintegrasikan kembali ke dalam masyarakat. Hal inilah yang menunjukkan adanya pergeseran dari *distributive justice* ke arah *restorative justice*.⁴³

Selain KKR, Pemerintah Indonesia dan Pemerintah Timor Leste, telah sepakat untuk membentuk Komisi Kebenaran dan Persahabatan (KKP).⁴⁴ Deklarasi yang ditandatangani pada tanggal 9 Maret 2005 itu bertugas untuk menemukan dan menggali fakta-fakta yang dapat mengungkap kebenaran tentang peristiwa pelanggaran HAM berat pasca jejak pendapat. Kebenaran yang ingin ditemukan adalah kebenaran tanpa melalui penuntutan, tetapi hanya untuk pemberian amnesty atau kompensasi atau reparasi terhadap para korban. Hal ini merupakan salah satu prinsip yang dituangkan dalam *term of reference* pembentukan KKP.⁴⁵

Melihat pada upaya yang dilakukan pemerintah dalam menyelesaikan kasus-kasus pelanggaran HAM berat, nampak bahwa upaya yang dilakukan dimaksudkan untuk memberikan keadilan bagi para korban (*restorative justice*). Bila dilihat dari putusan pengadilan terhadap para pelaku pelanggaran HAM berat Timor Timur, maka tujuan pemidanaan yang dimaksudkan dengan memberlakukan hukum pidana secara retroaktif perlu dipertanyakan. Banyaknya pelaku pelanggaran HAM berat untuk kasus Timor Timur serta Tanjung Priok, yang diputus bebas oleh pengadilan menunjukkan bahwa hukum pidana yang diberlakukan secara retroaktif tidak memiliki kekuatan sebagai upaya pencegahan (*deterrence*), tetapi sebagai *limited criminal sanction*, sebagaimana dikemukakan oleh Ruti G. Teitel. Penulis memandang bahwa pemberlakuan hukum pidana secara retroaktif – untuk kasus pelanggaran HAM berat -- memiliki kelemahan sebagai berikut :

1. proses peradilan tidak ditentukan oleh dipidana tidaknya para terdakwa. Dalam proses peradilan pidana, bila tuntutan jaksa tidak dapat dibuktikan, maka terdakwa harus dibebaskan;
2. pemberlakuan secara retroaktif, untuk kasus-kasus yang telah cukup lama terjadi, akan menimbulkan kesulitan-kesulitan dalam menemukan alat bukti, sehingga dapat dipastikan bahwa apa yang ingin dicapai dalam pemberlakuan secara retroaktif, tidak terpenuhi;
3. penanganan terhadap kasus-kasus pelanggaran HAM berat merupakan kasus baru untuk peradilan Indonesia, sehingga aparat yang terlibat dalam proses peradilan pidana belum sepenuhnya memahami;
4. pelanggaran HAM berat, yang melibatkan unsur-unsur yang pernah berkuasa, sarat dengan kepentingan politik, sehingga mekanisme peradilan tidak dapat berjalan secara *fair*.

Tiga putusan MK terkait dengan penyimpangan asas legalitas, bila dikaji secara lebih teliti, maka terdapat keragaman dalam pertimbangan hakim. Keragaman ini semakin nyata dengan adanya *dissenting opinion* yang dikemukakan oleh hakim, yang menunjukkan adanya perbedaan pendapat. Putusan

⁴³ *Ibid.*

⁴⁴ "Pengadilan HAM Timor Timur Tak Mungkin Diulang", Koran Tempo, Kamis 23 Juni 2005.

⁴⁵ Romli Atmasasmita, *Komisi Kebenaran dan Persahabatan*, Tempo, 19 Juni 2005.

yang sangat kontroversial adalah Putusan MK Perkara Nomor 013/PUU-I/2003, yang berkaitan dengan Undang-Undang Terorisme. Dikatakan sangat kontroversi karena terdapat pertimbangan yang berbeda, yang didasarkan pada dasar yang sama yaitu keadilan. Demikian pula dengan argumentasi yang saling bertentangan berkaitan dengan penafsiran terhadap Pasal 28 I UUD 1945.

Kembali pada Putusan MK Perkara Nomor 013/PUU-I/2003, yang amarnya menyatakan bahwa Undang-Undang No.16 Tahun 2003 tersebut tidak memiliki kekuatan mengikat, sangat mengejutkan masyarakat luas. Terlebih lagi dalam putusan tersebut terdapat *dissenting opinion* dari 4 orang Hakim, sehingga perbandingan yang pro dan kontra terhadap putusan tersebut adalah 5:4. Rasio perbandingan ini sangat tipis, sehingga banyak keraguan dan kritik dari masyarakat terhadap putusan tersebut. Rasio perbandingan dalam Putusan Perkara No.013/PUU-I/2003 berbeda dengan Putusan Perkara No. 065/PUU-II/2004 yang memiliki perbandingan 6:3. Dalam putusan yang terakhir ini nampak sekali adanya perbedaan. Perbedaan tersebut menunjukkan bahwa di satu sisi terdapat pandangan yang positivistik, yang hanya menekankan pada “ketaatan” norma, tanpa mengindahkan nilai-nilai keadilan yang berkembang dalam masyarakat, sedangkan di sisi lain terdapat pandangan yang berpegang pada nilai-nilai keadilan. Pandangan ini nampak pula dalam Putusan MK No.065/PUU-II/2004 berkaitan dengan *judicial review* terhadap undang-undang tentang Pengadilan HAM. Pemberlakuan secara retroaktif, yang menjadi permasalahan dalam *judicial review* di MK, sebagaimana nampak dalam alasan pemohon, pada prinsipnya terdapat dua kategori, yaitu: pertama, berkaitan dengan substansi suatu undang-undang yang diberlakukan secara retroaktif; dan kedua, berkaitan dengan pemberlakuan secara retroaktif dalam hukum acara. Yang pertama merupakan substansi dari Putusan MK No. 013/PUU-I/2003 dan Putusan MK No.065/PUU-II/2004. Sedangkan yang kedua berkaitan dengan Putusan MK No.069/PUU-II/2004.

Pemberlakuan hukum pidana secara retroaktif, sebagaimana terdapat dalam Undang-undang tentang HAM dan Terorisme Untuk Kasus Bom di Bali, merupakan pemberlakuan secara retroaktif bagi hukum pidana materiil. Komariah E. Sapardjaja, mengemukakan pandangannya yang dikemukakan dalam persidangan Perkara No. 069/PUU-II/2004 bahwa asas retroaktif ini sebetulnya hanya dikenal di dalam bidang hukum pidana materiil. Azas non retroaktif ini dapat disimpangi berdasarkan Pasal 103 KUHP, di mana dalam hal ini berlaku asas umum *lex specialis derogat lex generali*.⁴⁶

Tidak berbeda dengan Komariah, Romli Atmasasmita dalam persidangan di MK juga mengatakan hal yang sama. Menurut Romli, dalam sejarah hukum pidana, retroaktif itu hanya untuk delik materiil, hukum pidana materiil, tidak dalam hukum acara pidana. Asas legalitas dimaksudkan untuk membatasi kesewenang-wenangan, dan hingga saat ini tidak ada perubahan. Ditegaskan oleh Romli bahwa Pasal 1 ayat (1) KUHP yang memuat azas *nullum delictum nulla*

⁴⁶ Lihat Putusan MK Perkara No. 069/PUU-II/2004, hal. 54.

poena sine previa lege poenali tersebut, substansinya menyangkut hukum materiil, *materiele recht*, dan tidak menyangkut hukum formil.⁴⁷

Penulis sepakat dengan apa yang dikemukakan oleh Komariah dan Romli tersebut bahwa penentuan delik berkaitan dengan ranah hukum pidana materiil, yang ditetapkan oleh pembuat undang-undang (*legislative*). Dengan demikian pemberlakuan secara retroaktif sebagaimana dimaksud dalam Pasal 1 ayat (1) secara jelas menunjuk pada hukum pidana materiil. Hal ini sejalan pula dengan Pertimbangan MK dalam Putusan No.069/PUU-II/2004, yang menyatakan bahwa suatu ketentuan adalah mengandung pemberlakuan secara retroaktif jika ketentuan tersebut⁴⁸: (a) menyatakan seseorang bersalah karena melakukan suatu perbuatan yang ketika perbuatan tersebut dilakukan bukan merupakan perbuatan yang dapat dipidana; dan (b) menjatuhkan hukuman atau pidana yang lebih berat daripada hukuman atau pidana yang berlaku pada saat perbuatan itu dilakukan.

Penulis tidak sepakat dengan apa yang dikemukakan oleh komariah bahwa pemberlakuan secara retroaktif dapat dilakukan berdasarkan Pasal 103 KUHP. Pasal 103 KUHP tidak cukup untuk memberikan dasar atas pemberlakuan hukum pidana secara retroaktif. Kalau Pasal 103 dipergunakan sebagai dasar untuk memberlakukan hukum pidana secara retroaktif, maka sepanjang retroaktif dilaksanakan berdasarkan undang-undang, maka tidak ada permasalahan lagi. Retroaktif hanya merupakan pengecualian, yang hanya dapat diterapkan pada kondisi tertentu serta terhadap kejahatan tertentu pula.

Sebagaimana telah dikemukakan di atas, bahwa retroaktif hanya berkaitan dengan hukum pidana materiil, tidak berarti tertutup kemungkinan bahwa terdapat hukum pidana formil, yang diberlakukan secara retroaktif. Permohonan pengujian UU tentang KPK yang diajukan oleh Bram D. Manoppo, merupakan permohonan pengujian yang diajukan berdasarkan atas dasar hukum pidana formil, yang diberlakukan secara retroaktif.

Dalam kasus penyidikan KPK terhadap Bram D. Manoppo, penulis melihat tidak ada hukum acara yang diberlakukan secara retroaktif. Bram D. Manoppo, yang disangka melakukan tindak pidana korupsi, sebelum KPK dibentuk, tetap merupakan perbuatan korupsi. Hukum materiil yang menyatakan perbuatan tersebut sebagai perbuatan korupsi telah ada.

Pandangan tentang asas legalitas dalam hukum acara pidana, dikaji oleh Andi Hamzah, yang menyatakan bahwa asas legalitas dalam hukum acara pidana lebih keras dibandingkan dengan hukum pidana materiil. Dengan mengutip pendapat Duisterwinkel dan Melai, Andi Hamzah mengemukakan bahwa dalam Pasal 3 KUHAP⁴⁹ disebutkan “undang-undang” (*wet*) yang artinya hanya undang-

⁴⁷ *Ibid.*, hal. 58

⁴⁸ *Ibid.*, hal. 73

⁴⁹ Pasal 3 KUHAP menyatakan: “Peradilan dilakukan menurut cara yang diatur dalam undang-undang ini.” Ketentuan ini sama dengan Pasal 1 Ned. *Strafvordering* yang menyatakan: “*Strafvordering heft alleen plaats op de wijze bij de wet voorzien.*” (Acara pidana dijalankan hanya menurut cara yang ditentukan oleh undang-undang). Uraian lebih lanjut lihat: Andi Hamzah, *Asas-Asas Penting Dalam Hukum Acara Pidana*, Makalah, Disampaikan pada Penataran Nasional Hukum Pidana Dan

undang dalam arti formil. Jadi hanya berkaitan dengan undang-undang, yang untuk di Indonesia, dibuat oleh Pemerintah bersama-sama dengan DPR. Dengan demikian, hukum acara pidana tidak dapat diatur dengan Perda (Peraturan Daerah). Berbeda dengan Pasal 1 ayat (1) KUHP yang menggunakan istilah “perundang-undangan pidana”, yang berarti hukum pidana materiil dapat diatur dalam Perda, karena Perda merupakan perundang-undangan (pidana). Dengan demikian orang dapat dipidana berdasarkan Perda tetapi tidak dapat ditangkap, dan ditahan berdasarkan Perda. Dengan demikian asas hukum acara pidana lebih keras daripada hukum pidana materiil.⁵⁰

C. Kesimpulan

Larangan pemberlakuan hukum pidana secara retroaktif merupakan asas yang mendasar dalam hukum pidana. Namun perkembangan hukum pidana menunjukkan adanya perkecualian yang didasarkan pada hukum pidana internasional serta kebiasaan yang diakui masyarakat internasional. Artinya, asas *nullum delictum nulla poena sine praevia lege poenali* tidak hanya didasarkan pada hukum nasional, tetapi juga hukum internasional dan kebiasaan yang diakui masyarakat internasional.

Pemberlakuan hukum pidana secara retroaktif di Indonesia, tidak dapat dilepaskan dari unsur politik. Sebagaimana pembentukan IMT Nuremberg dan Tokyo, yang dikatakan sebagai keadilan bagi para pemenang (*victor's justice*), pembentukan pengadilan untuk pelanggaran HAM berat di Indonesia pun dilakukan atas desakan dunia internasional, walau ada pula desakan nasional. Indonesia sebagai pihak yang kalah atas desakan internasional, harus melaksanakan peradilan bagi para pelaku pelanggaran HAM berat.

Pengalaman *tribunal* internasional yang didirikan di berbagai negara berdasarkan hukum internasional, menjadi rujukan dalam memberlakukan hukum pidana secara retroaktif di Indonesia. Hal ini nampak dalam proses pembuatan UU yang terkait dengan pelanggaran HAM berat. Demikian juga dalam pertimbangan hakim ketika menjawab keberatan yang diajukan oleh terdakwa. Prinsip-prinsip hukum, doktrin hukum serta pertimbangan-pertimbangan hakim yang berkembang sejak didirikannya *IMT Nuremberg, Tokyo* serta *International Tribunal For Rwanda* dan *International Tribunal For Former Yugoslavia*, menjadi alasan pembenar dalam memberlakukan

hukum pidana secara retroaktif.

Perbedaan pemberlakuan hukum pidana secara retroaktif di Indonesia dengan beberapa *tribunal* terletak pada mekanisme pembentukan serta format hukum yang mendasari pembentukan pengadilan. Di Indonesia, pemberlakuan secara surut dibuat oleh Pemerintah bersama-sama dengan DPR, serta dibuat dalam format undang-undang. Penerapan secara retroaktif, ditentukan melalui mekanisme tersendiri serta proses peradilan yang bersifat ad hoc. Dalam tingkat internasional,

Kriminologi ke XI Tahun 2005, Fakultas Hukum Universitas Surabaya, 13-16 Maret 2005, hal 2.

⁵⁰ Andi Hamzah, *Asas-Asas Penting Dalam Hukum Acara Pidana*, loc.cit.

Tribunal yang ada selama ini juga bersifat ad hoc, tetapi dibentuk berdasarkan Resolusi Dewan Keamanan PBB atas usul negara-negara tertentu, serta substansi hukum yang dibuat tidak melalui mekanisme yang ada dalam negara tersebut. Dengan demikian hanya Indonesia yang memberlakukan hukum pidana secara retroaktif melalui produk hukum nasional.

Hasil penelitian menunjukkan bahwa asas non retroaktif tidak diberlakukan secara mutlak. Hukum pidana dapat diberlakukan secara retroaktif dengan syarat:

- a. substansi yang diatur bukanlah merupakan hal yang baru dan tidak ditentukan secara sewenang-wenang oleh penguasa. Substansi yang diatur harus jelas dan terperinci, sehingga tidak menimbulkan penafsiran lain (*syarat lex certa*).
- b. berdasarkan keadilan bagi masyarakat luas, hukum pidana dapat diberlakukan secara retroaktif. Keadilan di sini adalah keadilan bagi masyarakat banyak. Demi keadilan, kejahatan harus dihukum. Kejahatan tidak boleh berlalu karena sang waktu.
- c. Harus diberlakukan secara limitatif, dalam batasan-batasan waktu, serta tertuang secara jelas dalam undang-undang. Keberlakuan surut harus jelas, berkaitan dengan *locus* dan *tempus delicti* agar tidak terjadi penyalahgunaan kekuasaan.
- d. Merupakan upaya terakhir, dalam masa transisi untuk mewujudkan *transitional justice*, dengan maksud dan tujuan untuk mengembalikan kedaulatan hukum serta melakukan perbaikan terhadap korban (*restorative justice*).

DAFTAR PUSTAKA

Buku

- Abidin, Andi Zainal, *Asas-Asas Hukum Pidana*, Alumni, Bandung, 1987.
- Allen, Michael J., *Textbook on Criminal Law*, Blackstone Press Limited, Fourth Edition, London, 1997.
- Arinanto, Satya, *Hak Asasi Manusia dalam Transisi Politik di Indonesia*, Pusat Studi Hukum Tata Negara Fakultas Hukum Universitas Indonesia, Jakarta, 2003.
- , Patricia Rinwigati, Topo Santoso, Fatahilah, *Statuta Roma Tentang Mahkamah Pidana Internasional*, Diterjemahkan dan diterbitkan atas kerja sama Lembaga Kajian Hak Asasi Manusia Fakultas Hukum Universitas Indonesia dan Forum Asia dalam Hak Asasi Manusia dan Pembangunan (FORUM- ASIA) dan didukung oleh Uni Eropa (European Union), Jakarta, 2001.
- , *Pengantar Mahkamah Pidana Internasional*, Diterjemahkan dan diterbitkan atas kerja sama Lembaga Kajian Hak Asasi Manusia Fakultas Hukum Universitas Indonesia dan Forum Asia dalam Hak Asasi Manusia dan Pembangunan (FORUM- ASIA) dan didukung oleh Uni Eropa (European Union), Jakarta, 2001.

- Ashworth, Andrew, *Principles of Criminal Law*, Clarendon Press Oxford, New York, 1991.
- Atmasasmita, Romli, *Pengadilan Hak Asasi Manusia Dan Penegakannya Di Indonesia*, Badan Pembinaan Hukum Nasional Departemen Kehakiman Dan Ham. RI., 2002.
- , *Masalah Pengaturan Terorisme Dan Perspektif Indonesia*, Badan Pembinaan Hukum Nasional Departemen Kehakiman Dan Ham. RI., 2002.
- Bassiouni, "Human Rights in the Context of Criminal Justice", 3Duke J. Comp. & Int'L, 1993.
- , *Crimes Against Humanity in International Criminal Law*, Cluwer Law International, Netherkand, 1999.
- Bentham, J., *Introduction to the Principles of Moral and Legislation*, New York, Hafner Publishing, 1948.
- Boot, Machteld, *Nullum Crimen Sine Lege and The Subject Matter Jurisdiction of The International Criminal Court, Genocide, Crimes Against Humanity, War Crimes*, Intersentia, Leiden, 2001.
- Braithwaite, John, *Restorative Justice & Responsive Regulation*, Oxford University Press, New York, 2002.
- Cohen, David, *Dimaksudkan Supaya Gagal Proses Persidangan Pada Pengadilan Hak Asasi Manusia Ad Hoc di Jakarta*, Disunting Oleh International Center for Transisional Justice, 2004.
- Curzon L.B, *Criminal Law*, Macdonald & Evans, London, 1973.
- Clark Roger S. dan Madeleine Sann, *The Prosecution of International Crimes*, Transaction Publishers, New Jersey, 1996.
- Hamzah, Andi., *Asas-Asas Hukum Pidana*, Rineka Cipta, Jakarta, 1994.
- Karnasudirdja, Eddy Djunaedi, *Dari Pengadilan Militer Internasional Nuremberg ke Pengadilan Hak Asasi Manusia Indonesia*, Tatanusa, Jakarta, 2003.
- Kuitenbrouwer, Maarten, *Colonialism and Human Rights, Indonesia and Netherlands in Comparative Perspective*, Netherlands Quarterly of Human Rights, Vol.21, Intersentia, Netherland, March 2003.
- McCormack, Timothy L.H., dan Gerry J. Simpson, Ed., *The Law of War Crime National and International Approaches*, Kluwer Law International, Netherlands, 1997.
- Moeljatno, *Azas-Azas Hukum Pidana*, Gadjah Mada University Press, 1980.
- Robertson QC, Geoffrey, *Crimes Against Humanity, The Struggle For Global Justice*, Penguin Books, England, 2000.
- Roht-Arriaza, N., *Impunity and Human Rights in International Law and Practice*, Oxford University Press, New York and London, 1995.
- Williams, Glanville, *Textbook of Criminal Law*, Stevens & Sons, London, 1978.
- Wise, Edward M. dan Ellen S. Podgor, *International Criminal Law: Cases and Materials*, Lexis Publishing, United States, 2000.

Peraturan Perundang Undangan

Undang-Undang Dasar 1945.

Undang-Undang tentang Hak Asasi Manusia. No. 39 Tahun 1999, LN No.165 tahun 1999, TLN No.3886.

Indonesia. *Undang-Undang tentang Pengadilan Hak Asasi Manusia*. No. 26 Tahun 2000, LN No.208 tahun 2000, TLN No.4026.

Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang tentang Pemberantasan Tindak Pidana Terorisme, Perpu, No.1 Tahun 2002, TLN No.106 tahun 2002, TLN No. 4232.

Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang tentang Pemberlakuan Perpu No.1 tahun 2002 tentang Pemberantasan Tindak Pidana Terorisme Pada Peristiwa Peledakan Bom di Bali Tanggal 12 Oktober 2002, Perpu No. 2 Tahun 2002, TLN No.107 tahun 2002, TLN No.4233.

Undang-Undang tentang Penetapan Perpu No. 1 Tahun 2002 tentang Pemberantasan Tindak Pidana Terorisme. UU No.15 Tahun 2003, LN No.45 tahun 2003, TLN No. 4284.

Undang-Undang tentang Penetapan Perpu No. 2 Tahun 2002 tentang Pemberlakuan Perpu No.1 tahun 2002 tentang Pemberantasan Tindak Pidana Terorisme Pada Peristiwa Peledakan Bom di Bali Tanggal 12 Oktober 2002. UU No.16 Tahun 2003, LN. No. 46 tahun 2003, TLN No. 4285

Putusan Pengadilan

Putusan Perkara No 013/PUU-I/2003, pada tanggal 22 Juli 2004.

Putusan Perkara No 069/PUU-II/2004, pada tanggal 15 Pebruari 2005.

Putusan Perkara No 065/PUU-II/2004, pada tanggal 3 Maret 2005.

