



P U T U S A N

Perkara No. 065 /PUU-II/2004

DEMI KEADILAN BERDASARKAN KETUHANAN YANG MAHA ESA

Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia

Yang memeriksa, mengadili dan memutus perkara konstitusi pada tingkat pertama dan terakhir, telah menjatuhkan putusan dalam perkara permohonan pengujian Undang-undang Republik Indonesia No. 26 Tahun 2000 tentang Pengadilan Hak Azasi Manusia (selanjutnya disebut sebagai UU Pengadilan HAM) terhadap Undang-Undang Dasar 1945 (selanjutnya disebut sebagai UUD 1945) yang diajukan oleh : -----

ABILIO JOSE OSORIO SOARES, yang dalam hal ini diwakili oleh Kuasanya Advokat-advokat yang tergabung dalam TIM KUASA HUKUM ABILIO JOSE OSORIO SOARES (mantan Gubernur KDH TK.I Timor Timur), berkantor sekretariat di Jalan Majapahit No. 18-20, Kompleks Majapahit Permai Blok B 122-123 dan C 101, Jakarta Pusat, yang terdiri dari: -----

1. O.C. KALIGIS, S.H., M.H.
2. Y.B. PURWANING M. YANUAR, S.H, MCL, CN.
3. PROF. DR. INDRIYANTO SENO ADJI, S.H., M.H.
4. LUCAS, S.H., CN.
5. JUAN FELIX TAMPUBOLON, S.H., M.H.
6. WIMBOYONO SENO ADJI, S.H., M.H.
7. NOVATRA SORAYA, S.H., LL.M

8. RACHMAWATI, S.H., M.H.
9. MARINI SULAEMAN, S.H.
10. DANIEL ALFREDO, S.H.
11. NATHALIE ELIZABETH, S.H., M.H.
12. NARISQA, S.H.
13. INGRID PAAT, S.H.
14. JOSHUA SATYAGRAHA, S.H.
15. A.A. ARYA YUDHISTIRA, S.H.
16. FENNY FEBRIANTY, S.H.
17. R. ALIF AKBAR, S.H.
18. RETNI NATALIA BYA, S.H.
19. FICKY FIHER ACHMAD, S.H.

berdasarkan Surat Kuasa Khusus tanggal 25 Agustus 2004,
untuk selanjutnya disebut Pemohon;-----

Telah membaca surat permohonan Pemohon; -----

Telah mendengar keterangan Pemohon didalam persidangan ; -----

Telah mendengar keterangan dari Pemerintah dan DPR-RI baik yang diajukan secara lisan didalam persidangan maupun secara tertulis melalui kepaniteraan Mahkamah Konstitusi R.I ; -----

Telah memeriksa bukti-bukti diajukan oleh Pemohon dalam persidangan ; ---

DUDUK PERKARA

Menimbang, bahwa Pemohon dalam permohonannya bertanggal 18 September 2004 yang diterima di Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia (selanjutnya disebut Mahkamah) pada hari Jumat tanggal 17 September 2004 jam 14.25.WIB dan telah diregister pada hari Selasa tanggal 21 September 2004 Jam 10.00 dengan No. 065/PUU-II/2004 yang telah diperbaiki dan telah disampaikan melalui kepaniteraan Mahkamah pada hari Kamis tanggal 11 Nopember jam 11.45 WIB, pada dasarnya telah mengajukan

permohonan pengujian UU Pengadilan HAM terhadap UUD 1945 dengan dalil-dalil sebagai berikut : -----

DASAR PERMOHONAN ; -----

1. Pasal 24 C ayat (1) Amandemen UUD 1945 menyatakan bahwa *“Mahkamah Konstitusi berwenang mengadili pada tingkat pertama dan terakhir yang putusannya bersifat final untuk menguji Undang-undang terhadap Undang-Undang Dasar, memutus sengketa kewenangan lembaga negara yang kewenangannya diberikan oleh Undang-Undang Dasar, memutus pembubaran partai politik, dan memutus perselisihan tentang hasil pemilihan umum”* ; -----
2. Pasal 10 ayat (1) huruf a Undang-Undang Mahkamah Konstitusi Nomor 24 Tahun 2003 menyatakan bahwa *“Mahkamah Konstitusi berwenang mengadili pada tingkat pertama dan terakhir yang putusannya bersifat final untuk menguji Undang-undang terhadap Undang-Undang Dasar Negara RI Tahun 1945, memutus sengketa kewenangan lembaga negara yang kewenangannya diberikan oleh Undang-Undang Dasar Negara RI Tahun 1945, memutus pembubaran partai politik, dan memutus perselisihan tentang hasil pemilihan umum”*; -----
3. Pasal 1 ayat (3) huruf a Undang-Undang No. 24 tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi menyebutkan: *“Permohonan adalah permintaan yang diajukan secara tertulis kepada Mahkamah Konstitusi mengenai : -----*
 - a. *Pengujian undang-undang terhadap Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945”*; -----
4. Pasal 29 ayat (1) UU No. 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi menyatakan bahwa *“Permohonan diajukan secara tertulis dalam bahasa Indonesia oleh pemohon atau kuasanya kepada Mahkamah Konstitusi”*; -----

FAKTA-FAKTA YANG DIALAMI OLEH PEMOHON: -----

5. Bahwa Pemohon telah menjalani proses persidangan sebagai Terdakwa dalam perkara pelanggaran HAM Berat di Pengadilan Hak Asasi Manusia Ad Hoc pada Pengadilan HAM Jakarta Pusat yang diajukan oleh Penuntut

Umum Ad Hoc perkara pelanggaran HAM Berat di Timor Timur Kejaksaan Agung Republik Indonesia (selanjutnya disebut Jaksa Penuntut Umum), sebagaimana terbukti dari Surat Dakwaan Nomor: Reg. Perkara: 02/HAM/TIM-TIM/02/2002 (selanjutnya disebut Surat Dakwaan) (Bukti P-1) yang terdaftar di Kepaniteraan Pengadilan Hak Asasi Manusia Ad Hoc pada Pengadilan HAM Jakarta Pusat dengan nomor perkara 01/PID.HAM/AD.HOC /2002/PH.JKT.PST;-----

6. Bahwa perbuatan yang didakwakan telah dilakukan Pemohon adalah pelanggaran HAM Berat berupa pembunuhan dan penganiayaan terhadap para penduduk sipil Pro Kemerdekaan sesuai Pasal 42 ayat (2) huruf a dan b, Pasal 7 huruf b, Pasal 9 huruf a dan h, Pasal 37 dan Pasal 40 UU Pengadilan HAM, di mana *tempus delicti* perbuatan yang didakwakan adalah antara bulan April dan September tahun 1999 dengan *locus delicti* di wilayah Propinsi Timor Timur (lihat Surat Dakwaan vide Bukti P-1); -----
7. Bahwa berdasarkan Putusan No. 01/PID.HAM/AD HOC/ 2002/ PH. JKT.PST tanggal 14 Agustus 2002 (Bukti P-2) oleh Pengadilan Hak Asasi Manusia Ad Hoc pada Pengadilan HAM Jakarta Pusat, Pemohon dinyatakan bersalah dan dijatuhi hukuman pidana penjara selama 3 tahun, di mana putusan ini dikuatkan oleh Pengadilan Tinggi Hak Asasi Manusia Ad Hoc Jakarta dalam peradilan tingkat banding dengan Putusan No. 01/PID.HAM/AD.HOC/2002/ PT DKI tanggal 13 Maret 2003 (Bukti P-3); -----
8. Bahwa baik Jaksa Penuntut Umum maupun Pemohon kemudian mengajukan upaya hukum kasasi atas Putusan No. 01/PID.HAM/AD.HOC/ 2002/PT. DKI tanggal 13 Maret 2003 (vide Bukti P-3) ke Mahkamah Agung Republik Indonesia dan atas permohonan Kasasi tersebut Mahkamah Agung Republik Indonesia telah mengeluarkan Putusan Reg. No. 04K/PID.HAM/ AD.HOC/2003 tanggal 1 April 2004 (Bukti P-4) dimana pada pokoknya Mahkamah Agung Republik Indonesia dalam tingkat Kasasi menolak permohonan Kasasi yang diajukan Jaksa Penuntut Umum dan Pemohon; ----

9. Bahwa putusan yang telah berkekuatan hukum tetap (*inkracht van gewijsde*) tersebut telah dieksekusi dan kini Pemohon telah menjalani hukuman di Lembaga Pemasyarakatan Cipinang Jakarta;-----

PASAL 43 AYAT (1) UU PENGADILAN HAM TELAH MERUGIKAN HAK KONSTITUSIONAL PEMOHON DAN MELANGGAR HAK ASASI PEMOHON YANG DIJAMIN DAN DILINDUNGI OLEH KONSTITUSI

10. Bahwa Pemohon adalah mantan Gubernur Timor Timur periode tahun 1994 sampai dengan tahun 1999 di mana hak dan/atau kewenangan konstitusionalnya dirugikan dengan berlakunya Pasal 43 ayat (1) UU Pengadilan HAM, yang memberikan adanya suatu landasan persidangan berdasarkan Asas Berlaku Surut atau Asas Retroaktif; -----
11. Bahwa hak untuk tidak dituntut dengan menggunakan Asas Berlaku Surut adalah hak asasi manusia yang ada pada setiap orang tanpa kecuali dan tidak dapat dikurangi dalam keadaan apapun, di mana ketentuan ini secara jelas dan tegas diatur dalam UUD 1945, yaitu dalam Pasal 28 I ayat (1) dan karena itu hak untuk tidak dituntut dengan menggunakan Asas Berlaku Surut merupakan hak konstitusional yang dimiliki setiap orang di Negara Republik Indonesia, termasuk Pemohon; -----
12. Bahwa hak untuk tidak dituntut atas dasar hukum yang berlaku surut merupakan hak konstitusional yang dimiliki Pemohon yang dijamin dan dilindungi oleh UUD Tahun 1945 dan dengan demikian pemberlakuan Pasal 43 ayat (1) UU Pengadilan HAM terhadap perkara pelanggaran HAM berat yang didakwakan kepada Pemohon terbukti telah merugikan hak konstitusional Pemohon; -----
13. Bahwa penerapan Asas Berlaku Surut yang diatur dalam pasal 43 Ayat (1) UU Pengadilan HAM yang mengakibatkan Pemohon harus menjalani proses persidangan sebagai terdakwa dan akhirnya harus menanggung hukuman pidana penjara yang sekarang ini telah dijalannya selama 112 hari juga terbukti merupakan bentuk pelanggaran terhadap hak asasi manusia Pemohon karena berdasarkan konstitusi yang berlaku di Negara Republik Indonesia, khususnya pasal 28 I ayat (1) UUD Negara Republik Indonesia

Tahun 1945, hak untuk tidak dituntut dengan Asas Berlaku Surut adalah hak asasi yang harus dijamin dan dilindungi; -----

14. Bahwa Pasal 43 ayat (1) UU Pengadilan HAM terbukti telah bertentangan dengan tujuan luhur UU Pengadilan HAM itu sendiri, dimana UU Pengadilan HAM dimaksudkan untuk melindungi hak asasi manusia, namun kenyataannya Pasal 43 ayat (1) UU Pengadilan HAM yang merupakan dasar berlakunya Asas Berlaku Surut justru telah melanggar hak asasi dari orang-orang yang terpaksa menjalani proses hukum akibat diberlakukannya Asas Berlaku Surut, termasuk Pemohon; -----

15. Bahwa dengan demikian terbukti selain telah melanggar hak konstitusional Pemohon, pemberlakuan Pasal 43 ayat (1) UU Pengadilan HAM terhadap pemohon juga telah melanggar hak asasi Pemohon yang seharusnya dijamin dan dilindungi oleh UUD 1945; -----

16. Bahwa Pemohon adalah pihak yang hak dan/atau kewenangan konstitusionalnya dirugikan dengan berlakunya Pasal 43 ayat (1) UU Pengadilan HAM dan karenanya memenuhi ketentuan Pasal 51 ayat (1) huruf a Undang-Undang No. 24 tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi yang menyebutkan "*Pemohon adalah pihak yang menganggap hak dan/atau kewenangan konstitusionalnya dirugikan oleh berlakunya undang-undang, yaitu:* -----

a. *perorangan warga negara Indonesia*"; -----

17. Bahwa berdasarkan Pasal 43 ayat (1) Undang-Undang No. 26 Tahun 2000 tersebut Pemohon telah dimajukan sebagai Terdakwa dengan dakwaan melanggar Pasal 9 jo. Pasal 42 UU Pengadilan HAM mengenai kejahatan terhadap kemanusiaan dan saat ini telah menjalani hukuman di Lembaga Pemasyarakatan Cipinang selama 112 hari; -----

PASAL 43 AYAT (1) UU PENGADILAN HAM BERTENTANGAN DENGAN AMANDEMEN KEDUA UUD NEGARA REPUBLIK INDONESIA TAHUN 1945 ;

18. Bahwa UU Pengadilan HAM dinyatakan berlaku sejak tanggal diundangkan, yaitu tanggal 23 Nopember 2000; -----

19. Bahwa *tempus delicti* dari pelanggaran HAM berat yang didakwakan kepada pemohon sesuai Pasal 42 ayat (2) huruf a dan b, Pasal 9 huruf a dan h, Pasal 37 dan Pasal 40 UU pengadilan HAM adalah pada waktu antara bulan April dan September tahun 1999 dan dengan demikian pelanggaran HAM berat yang didakwakan tersebut terjadi sebelum UU Pengadilan HAM diberlakukan; -----

20. Bahwa dengan demikian terhadap perkara pelanggaran HAM berat di mana Pemohon telah dijadikan sebagai Terdakwa di Pengadilan Hak Asasi Manusia Ad Hoc pada Pengadilan HAM Jakarta Pusat yang akhirnya mengakibatkan Pemohon mendekam di Lembaga Pemasyarakatan Cipinang Jakarta telah di berlakukan Asas Berlaku Surut atau yang juga dikenal dengan nama Asas Retroaktif; -----

21. Bahwa dasar hukum Pengadilan Hak Asasi Manusia Ad Hoc pada Pengadilan HAM Jakarta Pusat, Pengadilan Tinggi Hak Asasi Manusia Ad Hoc Jakarta dan Mahkamah Agung Republik Indonesia dalam memeriksa dan memutus perkara berturut-turut di tingkat pertama, tingkat banding dan tingkat kasasi adalah karena adanya ketentuan dalam UU Pengadilan HAM yang mengatur pemberlakuan Asas Berlaku Surut terhadap kasus pelanggaran HAM berat yang diperiksa dan diputus oleh Pengadilan HAM Ad Hoc, yaitu Pasal 43 ayat (1) UU Pengadilan HAM yang selengkapnya berbunyi sebagai berikut : -----

“(1) Pelanggaran hak asasi manusia yang berat dan terjadi sebelum diundangkannya Undang-undang ini, diperiksa dan diputus oleh Pengadilan HAM Ad Hoc”;-----

21. Bahwa Amandemen Kedua UUD 1945 Pasal 28 I ayat (1) selengkapnya berbunyi sebagai berikut:-----

“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 manusia yang tidak dapat dikurangi dalam keadaan apapun.”;-----

22. Bahwa Pasal 28 I ayat (1) UUD 1945 yang merupakan sumber hukum tertinggi di Negara Republik Indonesia dan berada pada urutan tertinggi dalam tata urutan peraturan perundang-undangan yang berlaku di Negara Republik Indonesia secara jelas dan tegas menyatakan bahwa hak untuk tidak dituntut atas dasar hukum yang berlaku surut adalah hak asasi manusia yang tidak dapat dikurangi dalam keadaan apapun, di mana ketentuan ini adalah bersifat mutlak, tanpa kecuali dan tidak dapat disimpangi dengan alasan apapun, termasuk alasan keadaan luar biasa atau “*extraordinary*” yang telah dijadikan alasan pembenar untuk memberlakukan Asas Berlaku Surut atas pemeriksaan perkara pelanggaran HAM Berat yang didakwakan kepada pemohon;-----
23. Bahwa dengan mengacu kepada ketentuan yang diatur dalam Pasal 28 I ayat (1) UUD 1945 terbukti bahwa Pasal 43 ayat (1) UU Pengadilan HAM yang mengatur berlakunya Asas Berlaku Surut terhadap kasus pelanggaran HAM Berat yang diperiksa dan diputus oleh Pengadilan HAM Ad Hoc jelas-jelas bertentangan dengan ketentuan UUD 1945; -----
24. Bahwa Pasal 43 ayat (1) UU Pengadilan HAM ini merupakan akseptasi dari berlakunya Asas Berlaku Surut atau Asas Retroaktif yang bertentangan dengan Amandemen Kedua dari UUD 1945 pada Pasal 28 I ayat (1) tersebut di atas; -----
25. Bahwa Pasal 28 huruf I ayat (1) UUD 1945 mengukuhkan peraturan perundang-undangan sebelumnya dan menempatkan asas *a quo* dalam tingkatan peraturan perundang-undangan yang tertinggi (*hogere optrekking*) pada tataran hukum konstitusional. *Constitutie is de hoogste wet!* Negara tidaklah dapat menegasi UUD, karena jika demikian halnya, niscaya konstitusi telah menyayat dagingnya sendiri (*de constitutie snijdt zijn eigen vlees*). Tidak ada penafsiran lain kecuali bahwa asas Non-Retroaktif adalah sesuatu yang bersifat mutlak;-----
26. Dr. Maria Farida Indrati, S.H., M.H. menyatakan bahwa ketentuan Pasal 28 huruf J ayat (2) UUD 1945 yang berisi kemungkinan untuk melakukan pembatasan hak asasi manusia tidak dapat diberlakukan terhadap Pasal 28

huruf I ayat (1), karena adanya anak kalimat (frasa) “dalam keadaan apapun”. Begitu pula, sifat eksepsionalitas terhadap pembatasan-pembatasan pada Pasal 28 huruf J tersebut harus tetap dalam batas-batas yang tidak dapat bertentangan dengan Pasal 1 ayat (2) KUHP sebagai asas umum/universal dalam Hukum Pidana. Jadi dalam kondisi darurat apapun tidak memberikan suatu justifikasi memberlakukan produk perundang-undangan untuk berlaku surut (Pidato pengukuhan Guru Besar Indriyanto Seno Adji tanggal 19 Pebruari 2004, halaman 16), karenanya pembatasan-pembatasan dimaksud tidaklah berada dalam posisi dan status yang merugikan kepentingan tersangka/terdakwa/terpidana; -----

27. Pada era Orde Lama maupun Orde Baru, Asas Retroaktif dengan segala bentuk dan alasan apapun juga tidak dikehendaki karena dianggap akan menimbulkan suatu bias hukum, tidak ada kepastian hukum dan akan menimbulkan kesewenang-wenangan dari pelaksanaan hukum dan politik, dan akhirnya akan menimbulkan apa yang dinamakan suatu “*political revenge*” (balas dendam politik). Bahkan studi komparasi pada Hukum Pidana Rusia (saat masih berbentuk sebagai negara *Hypercommunism*) di mana Krushev berkuasa menggantikan Stalin, asas legalitas dikembalikan lagi sebagai sumber primaritas dalam wacana Hukum Pidana Rusia. Agak terlalu berlebihan apabila di Indonesia, di Era Reformasi, sebagai representasi karakteristik Negara demokrasi, justru memberikan suatu justifikasi terhadap Asas Retroaktif, karena pepatah lama akan muncul kembali bahwa Asas Retroaktif adalah cermin dari *Lex Talionis* (balas dendam), karena indikasinya bahwa asas retroaktif hanyalah sarana untuk mencapai tujuan politik tertentu, bukan kehendak murni bagi pembaharuan Hukum Pidana; -----

28. Bahkan Prof. Dr. Muladi, S.H. menegaskan bahwa model peradilan HAM *Ad Hoc* yang berlaku retroaktif hendaknya terakhir kali, karena penolakan asas retroaktif yang universal ini sebagai bagian dari *The International Customary Law*. Asas Larangan Berlaku Surut juga diakui dalam Hukum Pidana Internasional sebagai hasil interaksi dan praktek diplomatik serta yudisial

(Prof. Dr. Muladi, S.H. Demokratisasi, Hak Asasi Manusia dan Reformasi Hukum di Indonesia, Jakarta: *The Habibie Centre* Cetakan I, 2002, halaman 75-76); -----

29. Bahwa *International Criminal Court* melalui *Statuta Roma* 1998 sebagai representasi terhadap pelaksanaan secara substansial yang mengatur pula ketentuan mengenai Hukum Pidana Internasional, yaitu kejahatan genosida (*genocide*) dan kejahatan terhadap kemanusiaan (*Crimes Against Humanity*) yang *indemdito* dengan Pasal 7 UU Pengadilan HAM secara tegas menolak pengaturan mengenai Asas Retroaktif, secara tegas menyebutkan: -----

Article 22 (*Noellum Crimen Sine Lege*); -----

“A person shall not be criminally responsible under this statute unless the conduct in question constitute, at the time it takes place, a crime within the jurisdiction of the court”; -----

Article 23: -----

“A person convicted by the court may be punished only in accordance with this Statute”; -----

Article 24 (*Non Retroactivity racione personae*):

“No person shall be criminally responsible under this statute for conduct prior to the entry into force of the statute”; -----

30. Bahwa sebagaimana dikatakan H. Suwardi Martowiriono, S.H., Hakim Agung, meskipun sebagai institusi peradilan yang bersifat pelengkap (*Complementary Principle*), yaitu dalam hal peradilan nasional dianggap melakukan keengganan (*unwillingness*) atau ketidakmampuan (*inability*), nyatanya ICC sebagai pengadilan permanent memberlakukan Asas Legalitas atau Non-Retroaktif sebagaimana tersebut di atas; -----

31. Bahwa andaikata pun diberlakukan Asas Retroaktif, maka haruslah dalam keterkaitan dengan kondisi darurat, sebagaimana asas ketatanegaraan “*abnormaal recht voor abnormale tijden*” (hukum darurat untuk kondisi darurat). Dalam kaitan Hukum Pidana dengan Hukum Tata Negara, maka apabila diberlakukan asas retroaktif hanyalah dapat dibenarkan apabila Negara dalam keadaan darurat, *case by case basis*, limitatif area berlakunya

dan selalu bersifat temporer, bukan permanent yang sangat bertentangan dengan prinsip berlakunya perlindungan HAM (Indriyanto Seno Adji, Seminar tentang “Terorisme, Perpu No. 1 Tahun 2002 Dalam Perspektif Hukum Pidana”, Minahasa Law Centre, halaman 15, 16, tanggal 23 Desember 2002, di Manado, Sulawesi Utara); -----

ASAS LEGALITAS DALAM HUKUM PIDANA (PASAL 1 AYAT 1 KITAB UNDANG-UNDANG HUKUM PIDANA) : -----

32. Pasal 43 ayat (1) UU Pengadilan HAM diadakan dengan tujuan agar pelanggaran HAM berat yang terjadi pada masa lalu atau setidaknya pada pasca Jajak Pendapat di Timor Timur pada tahun 1999 dapat diadili atau dihadapkan ke persidangan, seperti yang dialami Pemohon, meskipun berdasarkan Asas Legalitas dalam Hukum Pidana (Pasal 1 ayat 1 Kitab Undang-Undang Hukum Pidana), seseorang hanya dapat dipidana berdasarkan ketentuan undang-undang yang telah ada sebelum adanya perbuatan tersebut ; -----
33. Bahwa prinsip legalitas itu adalah primaritas sifatnya dan hal ini adalah bentuk representasi perlindungan hak asasi manusia, khususnya tersangka/terdakwa/terpidana dari penghindaran kekuasaan yang sewenang-wenang dari penguasa, karenanya *Nullum Delictum, Noella Poena Sine Praevia Lege Poenali* menjadi karakteristik dari setiap Negara yang mengakui prinsip *Rule of Law*;-----
34. Pasal 51 UU Pengadilan HAM berbunyi:-----
“Undang-undang ini berlaku pada tanggal diundangkannya” ; -----
Perundang-undangan Pidana, baik dalam konteks Hukum Pidana Formil maupun Materiel tidak membenarkan untuk diberlakukan surut atau *ex post facto law*. Hal ini dikarenakan pada dasarnya hukum itu harus berlaku ke depan (*prospectively*). 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 (*Procedural*) maupun Hukum Materiel (*Substance*);----

35. Prinsip *ex post facto law* ditentukan tegas pada Pasal 2 *Algemene Bepalingen van Wetgeving* (Ketentuan Umum tentang Perundang-undangan) yang dikeluarkan oleh Pemerintah Belanda dengan *publicatie* (Pengumuman) tanggal 30 April 1847 (*Staatsblad* 1847 No. 23) yang berbunyi: -----

“De wet verbindt alleen voor het toekomende en heeft geen terug werkende kracht”; -----

(Undang-undang hanya mengikat untuk masa depan dan tidaklah berlaku surut);-----

36. Seharusnya berdasarkan prinsip/asas Legalitas, Pasal 2 *Algemene Bepalingen van Wetgeving* dan Pasal 51 UU No.26 Tahun 2000 ini adalah sejalan dengan Pasal 1 ayat (1) KUHP, yaitu UU ini berlaku terhadap perbuatan-perbuatan yang terjadi pada tanggal atau setelah tanggal diundangkannya, sehingga ketentuan ini tidak dapat diberlakukan surut, karenanya *Nullum Delictum Noela Poena Sine Praevia Lege Poenali*;-----

37. Selain bertentangan dengan UUD 945, Pasal 43 ayat (1) UU Pengadilan HAM juga bertentangan dengan Pasal 4 Undang-Undang No. 39 Tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia menyatakan bahwa *“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-hak manusia yang tidak dapat dikurangi dalam keadaan apapun dan oleh siapapun”*; -----

38. Pasal 18 ayat (2) Undang-undang No. 39 Tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia menyatakan *“Setiap orang tidak boleh dituntut untuk dihukum atau dijatuhi pidana, kecuali berdasarkan suatu peraturan perundang-undangan yang sudah ada sebelum tindak pidana itu dilakukannya”*; -----

39. Bahwa dengan demikian Pasal 43 ayat (1) UU Pengadilan HAM yang menjadi dasar dan landasan berlakunya Asas Berlaku Surut atau Asas Retroaktif sehingga dilangsungkannya Pengadilan Hak Asasi Manusia terhadap Pemohon tersebut haruslah dinyatakan bertentangan dengan UUD Negara R.I. dan karenanya tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat dengan segala akibat hukumnya; -----

40. Bahwa UU Pengadilan HAM Tidaklah Bersifat Retroaktif; -----

- Pasal 43 ayat (1) UU Pengadilan HAM berbunyi : -----
*“Pelanggaran HAM yang berat yang terjadi **sebelum** diundangkannya Undang-undang ini, diperiksa dan diputus oleh Pengadilan HAM Ad Hoc”*
- Pasal 43 ayat (2) UU Pengadilan HAM berbunyi : -----
“Pengadilan HAM Ad Hoc sebagaimana dimaksud dalam ayat (1) dibentuk atas usul DPR RI berdasarkan peristiwa tertentu dengan Keputusan Presiden“; -----

Memang Pasal 43 UU Pengadilan HAM ini tidak mengandung eksplisitas terhadap tentang Retroaktif, artinya redaksional rumusan ini tidak menyatakan tegas jelas bahwa ketentuan ini dapat diberlakukan surut. Namun demikian haruslah diakui bahwa dengan substansi Pasal 43 ayat (1) yang berbunyi terhadap segala perbuatan (pelanggaran HAM Berat) yang terjadi **sebelum** diundangkannya Undang-undang ini diperiksa dan diputus oleh Pengadilan HAM Ad Hoc, maka ketentuan ini secara substansiel dapat diberlakukan surut setelah DPR menentukan suatu **peristiwa** tertentu itu. Apa yang diputuskan oleh DPR tentang *“peristiwa tertentu”* dalam kaitannya ayat (1) sudah dipastikan adalah segala peristiwa (pelanggaran HAM Berat) yang terjadi sebelum diundangkannya Undang-undang ini, yaitu peristiwa (pelanggaran HAM Berat) yang terjadi sebelum tanggal 23 Nopember 2000. Karenanya seperti halnya kasus Abilio Soares ini merupakan akseptasi terhadap pemberlakuan perbuatan secara retroaktif mengingat, peristiwa Timor Timur tentang jajak pendapat terjadi pada tahun 1999, sedangkan UU Pengadilan HAM berlaku sejak tanggal 23 Nopember 2000; -----

- **Pasal 51 UU Pengadilan HAM** berbunyi: -----
“Undang undang ini berlaku pada tanggal diundangkannya”; -----
 Perundang-undangan Pidana, baik dalam konteks Hukum Pidana Formil maupun Materiel tidak membenarkan untuk diberlakukan surut atau **ex post facto law**. Hal ini dikarenakan pada dasarnya hukum itu harus berlaku ke depan (**prospectively**). 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 (*Procedural*) maupun Hukum Materiel (*Substance*); -----
 Prinsip *ex post facto law* ditentukan tegas pada **Pasal 2 Algemene Bepalingen van Wetgeving** (Ketentuan Umum tentang Perundang-undangan) yang dikeluarkan oleh Pemerintah Belanda dengan *publicatie* (Pengumuman) tanggal 30 April 1847 (Staatsblad 1847 No. 23) yang berbunyi: -----
“De wet verbindt allen voor het toekomende en heft geen terug werkende kracht” (Undang-undang hanya mengikat untuk masa depan dan tidak berlaku surut); -----
 Seharusnya berdasarkan prinsip/asas Legalitas, Pasal 2 Algemene Bepalingen van Wetgeving dan Pasal 51 UU Pengadilan HAM ini adalah sejalan dengan Pasal 1 ayat 1 KUHP, yaitu undang-undang ini berlaku terhadap perbuatan-perbuatan yang terjadi pada tanggal atau setelah tanggal diundangkannya, sehingga ketentuan ini tidak dapat diberlakukan surut, karenanya *Nullum Delictum Noella Poena Sine Praevia Lege Poenali*; -----
 Perbuatan yang didakwakan terhadap Pemohon Abilio Soares adalah *tempus delicti* pada waktu antara bulan April dan September 1999 sedangkan UU PengAdilan HAM berlaku pada tanggal 23 Nopember

2000, artinya Undang-undang ini diberlakukan surut terhadap peristiwa yang terjadi sebelum tanggal 23 Nopember 2000; -----

41. Bahwa Pasal 43 ayat 1 UU Pengadilan HAM bertentangan dengan UUD 1945 ; -----

Bahwa eksistensi berlangsungnya proses Pengadilan HAM Ad Hoc terhadap Pemohon Abilio Soares pada peristiwa jajak pendapat Timor Timur ini sebenarnya berdasarkan Pasal 43 ayat 1 UU Pengadilan HAM tanggal 23 Nopember 2000 yang berbunyi:-----

“Pelanggaran HAM yang Berat yang terjadi sebelum diundangkannya Undang-undang ini, diperiksa dan diputus oleh Pengadilan HAM Ad Hoc”; ----

Kedudukan ketentuan Pasal 43 ayat 1 UU Pengadilan HAM ini berada di bawah UUD 1945 dan TAP MPR yang berdasarkan Pasal 2 TAP MPR R.I. No. III/MPR/2000 tentang Sumber Hukum dan Tata Urutan Peraturan Perundang-undangan yang menentukan sebagai berikut : -----

- UUD 1945; -----
- Ketetapan Majelis Permusyawaratan Rakyat Republik Indonesia;-----
- Undang-undang; -----
- Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-undang;-----
- Peraturan Pemerintah; -----
- Keputusan Presiden; -----
- Peraturan Daerah; -----

Secara materiel, produk hukum yang lebih rendah tidak boleh bertentangan dengan produk hukum yang lebih tinggi karenanya Pasal 43 ayat 1 UU Pengadilan HAM tidak diperkenankan bertentangan dengan UUD 1945, karena Pasal 4 ayat 1 TAP MPR No. III/MPR/2000 menentukan bahwa: -----

“Sesuai dengan tata urutan peraturan perundang-undangan ini, maka setiap aturan hukum yang lebih rendah tidak boleh bertentangan dengan aturan hukum yang lebih tinggi”; -----

Berdasarkan dalil-dalil dan pendirian-pendirian sebagaimana terurai di atas, Pemohon mohon agar Majelis Hakim memutus sebagai berikut ; -----

1. Mengabulkan permohonan yang diajukan oleh Pemohon untuk pengujian Pasal 43 ayat (1) dan ayat (2) Undang-Undang No. 26 Tahun 2000 tentang Pengadilan Hak Asasi Manusia terhadap Undang-Undang Dasar Negara R.I. 1945; -----
2. Menyatakan bahwa Pasal 43 ayat (1) dan ayat (2) Undang-Undang No. 26 Tahun 2000 tentang Pengadilan Hak Asasi Manusia bertentangan dengan Undang-Undang Dasar Negara R.I. 1945;-----
3. Menyatakan bahwa Pasal 43 ayat (1) dan ayat (2) Undang-Undang No. 26 Tahun 2000 tentang Pengadilan Hak Asasi Manusia tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat dengan segala akibat hukumnya; -----

Menimbang, bahwa pada pemeriksaan pendahuluan yang dilaksanakan pada hari : Jumat tanggal 22 Oktober 2004 dan sidang-sidang selanjutnya Pemohon telah hadir dengan didampingi Tim Kuasa Hukumnya dan menyatakan bahwa ia tetap pada permohonannya ; -----

Menimbang, bahwa untuk menguatkan dalil-dalil dalam permohonannya Pemohon telah melampirkan bukti-bukti-bukti berupa : -----

1. Bukti P-1 : Undang-undang No. 26 Tahun 2000 tentang Pengadilan Hak Asasi Manusia; -----
2. Bukti P-2 : Undang-undang Dasar 1945; -----
3. Bukti P-3 : Surat Dakwaan Nomor : Reg. Perkara : 02/HAM/TIM-TIM/02/2002 ; -----
4. Bukti P-4 : Putusan No. 01/PID.HAM/AD.HOC/2002/PN.JKT.PST;-----
5. Bukti P-5 : Putusan Nomor 01/PID.HAM/2002/PT.DKI; -----
6. Bukti P-6 : Putusan Reg.No. 04K/PID.HAM.AD.HOC/2003;-----

Menimbang, bahwa disamping telah mendengarkan keterangan Pemohon, telah didengar pula keterangan Pemerintah dan DPR-RI, yaitu sebagai berikut:

Keterangan Pemerintah : -----

**I. MENGENAI ASPEK FILOSOFIS- HISTORIS SERTA SOSIOLOGIS
PEMBENTUKAN PASAL 43 AYAT (1) UNDANG-UNDANG NOMOR 26
TAHUN 2000 TENTANG PENGADILAN HAK ASASI MANUSIA ;** -----

**A. MENGENAI ASPEK FILOSOFIS-HISTORIS PEMBENTUKAN PASAL 43
AYAT (1) UNDANG-UNDANG NOMOR 26 TAHUN 2000 TENTANG
PENGADILAN HAK ASASI MANUSIA ;** -----

Masalah Pengadilan Hak Asasi Manusia atau Pengadilan Hak Asasi Manusia Berat dengan segala aspeknya memiliki relevansi yang kuat dengan dunia Internasional dikarenakan masalah pengakuan dan penegakan Hak Asasi Manusia (HAM) sudah menjadi pembicaraan di kalangan masyarakat nasional maupun internasional. Semangat membentuk suatu Pengadilan Hak Asasi Manusia (HAM) begitu deras datangnya dari masyarakat, baik nasional maupun internasional. Pelanggaran yang dikategorikan sebagai "*gross violation of human rights*" begitu meningkat dari sisi kualitatif maupun kuantitatif. Arah kualitatif disadari melalui suatu premis dari formulasi perbuatan-perbuatan yang dapat dikatakan sangat tersistimatis, terkoordinatif bahkan akan sangat sulit pembuktiannya dari sisi hukum (pidana). Sisi kuantitatifnya adalah merupakan suatu peningkatan dari formulasi perbuatan pelanggaran hak asasi manusia melalui kriteria sisi waktu, tempat maupun para pelakunya ; --

Kehendak Pemerintah bersama-sama dengan Dewan Perwakilan Rakyat Republik Indonesia (DPR-RI) untuk membentuk Pengadilan HAM merupakan suatu pemberlakuan yang imperatif sifatnya. Memang, kuantitas pelanggaran HAM di Indonesia belumlah dapat dikategorikan sebagai salah satu negara dengan penuh prioritasnya sebagai *gross violation of human rights*, namun demikian sejak adanya peristiwa penculikan para aktivis pro-demokrasi sekitar tahun 1997 sampai dengan peristiwa era peralihan wilayah atau pasca jajak pendapat di wilayah Timor Timur, persoalan pelanggaran HAM di Indonesia menjadi sangat

primaritas dan memerlukan suatu ekspatasi yang dianggap serius dan urgensi penyelesaiannya ; -----

Sementara itu itu keberadaan Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP) Indonesia sampai saat ini belum sepenuhnya dapat menjangkau kejahatan yang bersifat genosida dan kejahatan terhadap kemanusiaan karena rumusan tentang pelanggaran HAM yang berat tidak sama dengan rumusan ketentuan dalam Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHPid). Sifat atau kualitas tindak pidana atau kejahatan yang terkandung dalam pelanggaran HAM yang berat adalah kejahatan yang sangat luar biasa (*extra ordinary crimes*), sedangkan ketentuan dalam Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHPid) hanya mengatur kualitas tindak pidana atau kejahatan yang termasuk kejahatan biasa (*ordinary crimes*). Sistem hukum pidana kita bahkan masih memungkinkan pemberlakuan ketentuan hukum pidana khusus yang ditujukan untuk mengatur setiap kejahatan yang belum diatur dalam Kitab Undang-Undang Pidana (KUHPid) serta memiliki sifat khusus atau luar biasa dengan tujuan untuk menciptakan kepastian hukum dan keadilan bagi (yang terutama) korban atau keluarganya ; -----

Pembentukan Undang-Undang No.26 tahun 2000 tentang Pengadilan HAM karena itu menjadi hal yang mendesak. Dari faktanya, Pembentukan Undang-Undang No.26 tahun 2000 tentang Pengadilan HAM telah dilakukan secara partisipatif melalui pembahasan (Rancangan) Undang-undang Pengadilan HAM yang mencapai pembahasan kesepuluh kali dengan segala perubahan, baik pengurangan, penambahan ataupun beberapa catatan revisi yang dianggap sebagai suatu pembahasan yang signifikan, kesemuanya untuk memperoleh hasil yang dapat mengakomodasi segala opini, kritik ataupun saran dari berbagai unsur masyarakat,

antara lain adanya peran pelbagai Lembaga Swadaya Masyarakat yang bergerak dalam persoalan HAM, seperti YLBHI, PBHI, dan lain-lainnya ; -----

Permasalahan Pengadilan HAM sebagai suatu institusi peradilan yang saat ini sudah memiliki efektifitas dalam mencapai kehendak masyarakat yang penuh dengan variabilitas hukum dan keadilan rasanya menjadi aneh apabila ternyata masih meninggalkan permasalahan mengenai validitas penerapan asas retroaktif dalam khasanah Sistem Hukum Pidana Indonesia. Asas retroaktif termasuk prinsip kadaluarsa harus diakui merupakan asas yang fundamental dari pengakuan asas kepastian hukum sebagai arah dan makna yang tegas dari asas legalitas yang menjadi tumpuan yang primaritas dari Sistem Hukum (Pidana) Indonesia ; -----

Untuk dapat memahami keberadaan Asas Retroaktif, maka kita perlu lebih mendalami keberadaan Asas Legalitas sebagai manifestasi dari prinsip kepastian hukum tersebut. Makna asas legalitas (*principle of legality*), begitu aslinya, yang dapat ditarik pengertiannya dari Pasal 1 ayat 1 KUHPidana sebagai makna yang berasal dari bahasa latin "**Noellun Delictum, Noella Poena Sine Praevia Lege Poenali**" (Tiada Delik, tiada pidana tanpa peraturan yang mengancam pidana lebih dulu). Dari perkembangan praktek hukum (pidana) yang kemudian ditarik sebagai suatu artian yang definitif yuridis, maka prinsip (asas) legalitas mengandung makna tersendiri. Ada 3 (tiga) ciri khusus yang terdapat didalam konsepsi "Negara Hukum" Indonesia, sebagaimana digariskan oleh Pemerintah dengan memperbandingkan antara prinsip-prinsip di dalam "*Rule of Law*" (Dicey) dan di dalam "*Socialist Legality*" yaitu pengakuan dan perlindungan terhadap hak-hak asasi yang mengandung perlakuan yang sama di bidang politik,

hukum, sosialekonomis, budaya dan pendidikan; legalitas, dalam arti hukum dalam segala bentuknya; dan peradilan yang bebas, tidak memihak dan bebas dari pengaruh kekuasaan ; -----

Menurut Prof. Oemar Seno Adji, S.H, ketiga karakteristik ini menunjukkan bahwa ada persamaan dengan prinsip-prinsip yang diterapkan di semua negara, termasuk di Amerika Serikat di bawah "Rule of Law", terutama yang secara luas digariskan oleh ***International! Commission of Jurists***, yang memusatkan pada martabat manusia di samping adanya perbedaan-perbedaan (Oemar Seno Adji, *Peradilan Bebas Negara Hukum*, 1980, halaman 167).

Implisitas berlakunya asas legalitas (*Principle of Legality*) berasal dari *Bill of Rights of Virginia* tahun 1776 di Amerika Serikat. Dalam *Bill of Rights* ini hanya ditentukan bahwa tidak ada orang yang boleh dituntut atau ditangkap selain dengan dan oleh peristiwa-peristiwa yang terdapat dalam undang-undang. Jadi, asas ini memberikan perlindungan terhadap tuntutan dan penangkapan yang dilakukan secara sewenang-wenang dari penguasa terhadap seseorang. Spirit dari *Bill of Rights* ini yang kemudian dibawa oleh Jenderal Lafayette ke Perancis yang kemudian dituangkan melalui Pasal 8 *Declaration Des Droits De L'Homme Et Du Citoyen* tahun 1789 yang berbunyi: "*Tidak ada orang dapat dipidana selain atas kekuatan Undang-undang yang sudah ada sebelumnya*" dan dimasukkan kedalam Pasal 4 Code Penal Perancis dibawah Pemerintahan Napoleon. Pengaruh asas legalitas ini sebenarnya adalah untuk melakukan antisipatif terhadap tindakan-tindakan represi dari kekuasaan yang absolut dari raja-raja atau penguasa saat itu. Kejahatan-kejahatan yang dinamakan ***Criminal Extra Ordinaria*** (kejahatankejahatan yang tidak disebut dalam Undang-undang tertulis) telah diterima oleh raja-raja, sehingga dengan adanya kejahatan yang dinamakan *Criminal Extra Ordinaria* tersebut, maka

penguasa ataupun para raja telah menggunakan Hukum Pidana secara sewenang-wenang menurut kehendak dan kebutuhannya sendiri (*Moeljatno, Asas-asas Hukum Pidana, Cetakan Keempat, Jakarta Bina Aksara. 1987, hlm 24.*) ; -----

Pengaruh asas legalitas Perancis inilah yang diadopsi oleh Belanda melalui *Wetboek van Strafrecht* dan kemudian masuk secara konkordansi melalui Pasal 1 ayat 1 KUHPidana Indonesia. Asas Legalitas ini merupakan salah satu pilar utama bagi setiap negara yang menghargai hukum sebagai supremasi (*Supremacy of Law*), selain adanya pengakuan perlindungan dan penghargaan HAM serta akseptabilitas terhadap independensi peradilan ; -----

Kejahatan-kejahatan yang dinamakan *Criminal Extra Ordinaria* inilah yang sering digunakan oleh penguasa untuk memanfaatkan Hukum Pidana secara sewenang-wenang, antara lain dengan memanfaatkan implementasi asas retroaktif untuk memenuhi kebutuhan politisnya, sebaliknya pengakuan adanya asas legalitas sebagai sumber primaritas hukum pidana dari setiap negara yang menghendaki hukum sebagai suatu supremasi (*Supremacy of Law*) adalah untuk melakukan suatu sikap preventif terhadap tindakan-tindakan penguasa yang berlebihan dan sewenang-wenang (*abuse of power*) ; -----

Makna yang terkandung dalam Asas Legalitas yang universalitas sifatnya, baik ilmu hukum, doktrin maupun yurisprudensi, adalah bahwa (1) tiada pidana tanpa peraturan Undang-undang terlebih dahulu, (2) larangan adanya analogi hukum, dan (3) larangan berlaku surut suatu Undang-undang atau yang dikenal sebagai larangan berlakunya asas retroaktif . Artikulasi yang terakhir inilah yang menimbulkan polemik dalam kerangka penyusunan (Rancangan) UU Pengadilan HAM, sehingga untuk memahami efektifitasnya perlu dilakukan suatu

historical approach dalam doktrin dan wacana Sistem Hukum Pidana Indonesia ; -----

International Commission of Jurists memang telah mencanangkan adanya pengakuan asas legalitas sebagai suatu wacana bagi setiap negara yang mengakui hukum sebagai suatu yang fundamental. Asas legalitas ini dibutuhkan untuk menjamin terhadap setiap tindakan pencegahan atas perbuatan sewenang-wenang yang akan dilakukan oleh penguasa. Penguasa yang absolut, anarkies dan otoriter biasanya berkehendak membentuk peraturan untuk melakukan pemidanaan terhadap perbuatan lawan politiknya yang tidak ada aturan tertulisnya. Untuk itu diciptakanlah suatu produk hukum positif dan kemudian diberlakukan suatu asas yang berlaku surut (retroaktif) untuk menjangkau perbuatan lawan politik atau oposannya agar dapat dikenakan pemidanaan. Memang, tragislah apabila Hukum (Pidana) hanya dipergunakan sebagai sarana kepuasan atau pemuasan kepentingan politik saja. Eksplisitas dari salah satu pandangan *International Commission of Jurists* itu adalah tidak diperkenankannya berlaku asas retroaktif yang sangat merugikan pihak pencari keadilan, dengan tetap memperhatikan secara fundamental dan essensial asas legalitas dalam kehidupan bernegara yang mengakui adanya hukum sebagai suatu supremasi (*lihat Indriyanto Seno Aji, Jurnal Keadilan, 2004*) ; -----

Di Indonesia, sejak tahun 1915 tidak pernah diberlakukan asas retroaktif, kecuali saat pemerintah Hindia Belanda dalam pengasingan (di Australia) menerbitkan suatu aturan yang dinamakan sebagai ***Brisbane Ordonnantie 1945*** mengenai penerapan delik terhadap keamanan negara. Tujuannya adalah melakukan pemidanaan terhadap pihak yang secara politis mengalami kekalahan perang, yaitu bala tentara Jepang beserta

para kolaboratornya. Pemberlakuan asas retroaktif saat itu bertujuan untuk melakukan suatu dominasi politis secara luas terhadap pihak-pihak lain yang dianggap sebagai oposannya sehingga menurut **Prof. Dr. Andi Hamzah, S.H.**, penerapan asas retroaktif saat itu hanyalah merupakan pengakuan terhadap eksistensi dari asas ***Lex Talionis*** (pembalasan). Hukuman mati terhadap Naomi merupakan salah satu buktinya. Naomi adalah seorang bintara Angkatan Laut Jepang yang bertanggung jawab sebagai Kepala Dapur Kamp Tawanan Sekutu di Makassar, sedangkan Komandan Garnisun yang secara militer bertanggung jawab pidana secara individualistik telah melakukan harakiri, sehingga secara hierarkis Naomi dijatuhkan pidana tersebut. Sifat pembalasan politis sebagai sikap dari *Lex Talionis* ini tercermin dari pertimbangan putusan peradilan militer yang menyatakan antara lain: "*karena kekuatan (angkatan perang) Sekutu akan mengejarnya sampai ke ujung langit untuk pada akhirnya akan diserahkan kepada instansi penuntut karena hukum akan ditegakkan*". Andi Hamzah, *Hukum Pidana Politik*, Jakarta, 1992, hlm 2-3) ; -----

Diberlakukan asas retroaktif ini sangat dikritik oleh pakar-pakar hukum pidana di Indonesia maupun di Belanda, namun mereka berpendapat asas ini dimungkinkan untuk diberlakukan sepanjang kondisi suatu negara dalam keadaan darurat, artinya harus memiliki suatu korelasi ketat antara berlakunya *Staatsnoodrecht* (Hukum Tata Negara Darurat) dengan Hukum Pidana. Asas Retroaktif merupakan suatu pengecualian yang sangat restriktif dan limitatif. Bagi Pemerintahan Hindia Belanda saat itu (dalam pengasingan), adanya Asas Retroaktif hanya dalam kondisi negara "darurat" dan diberlakukan dalam wilayah yang limitatif dan temporer sifatnya ; -----

Pada masa Orde lama, Bung Karno sangat menentang diberlakukannya prinsip retroaktif dalam wacana sistem hukum (pidana) Indonesia, begitu pula pada saat era Orde baru. Dalam era Orde baru, asas retroaktif, dengan segala bentuk dan alasan apapun juga, tidak dikehendaki karena dianggap akan menimbulkan suatu bias hukum, tidak ada kepastian hukum dan akan menimbulkan kesewenang-wenangan dari para pelaksana hukum dan politik, dan akhirnya akan menimbulkan apa yang dinamakan suatu "**political revenge**" (balas dendam politis) ; -----

Apabila mencermati pendekatan historis ini, maka di dalam masa penjajahan, era orde lama dan orde baru, ketidaksetujuan dan kekuatiran para ahli hukum saat itu terhadap pemberlakuan asas restroaktif dapat dipahami karena kondisi negara dan kekuasaan yang tidak populis dan tidak responsif terhadap masyarakatnya sehingga aspek "*political revenge*" menjadi hal yang sangat ditakuti. Hal ini tentu saja menjadi berbeda dengan masa era reformasi yang serba transparan terhadap pengakuan dan penghargaan HAM saat ini. Pemberlakuan asas retroaktif menurut para ahli hukum saat ini sangat dimungkinkan dan dapat dipertimbangkan sepanjang diberlakukan secara khusus dan tertentu (*Lihat Soejono Dirdjosiswono, Pengadilan Hak Asasi Manusia Indonesia, Bandung, 2002, vi -xii*) ; -----

Menurut Indriyanto Seno Adji, pemberlakuan asas retroaktif dapat dipahami dengan catatan keberadaan Asas Retroaktif haruslah bersifat akhir dengan memenuhi kriteria yang rigid dan darurat limitatif sifatnya antara lain: (1) adanya korelasi antara Hukum Tata Negara Darurat (*Staatsnoodrecht*) dengan Hukum Pidana, artinya asas retroaktif hanya dapat diberlakukan apabila negara dalam keadaan darurat (abnormal) dengan prinsip-prinsip hukum darurat (*abnormaal recht*), karenanya sifat penempatan

asas ini hanya bersifat temporer dan dalam wilayah hukum yang sangat limitatif, (2) asas retroaktif tidak diperkenankan bertentangan dengan Pasal 1 ayat 2 KUHPidana yang imperatif sifatnya, artinya sifat darurat kebertakuan asas retroaktif ini tidak berada dalam keadaan yang merugikan seorang tersangka/terdakwa, dan (3) substansiel dari suatu aturan yang bersifat retroaktif harus tetap memperhatikan **Asas Lex Ceria**, yaitu penempatan substansiel suatu aturan secara tegas dan tidak menimbulkan multi-interpretatif, sehingga tidak dijadikan sebagai sarana penguasa melakukan suatu perbuatan yang dikategorikan *abuse of power* (Indriyanto Seno Aji, *Op.cit*) ; -----

Semangat untuk memberlakukan eksistensi asas retroaktif sekarang ini bisa dianggap sebagai kemunduran dan menimbulkan suatu destruktif terhadap sistem hukum (pidana) apabila meletakkan asas *Lex Talionis* sebagai sumber primaritas. Namun demikian, pemberlakuan asas retroaktif dengan meletakkan pada upaya pencegahan dan penegakan hukum Hak Asasi Manusia secara universal khusus bagi kejahatan genosida (*genocide*) dan kejahatan terhadap kemanusiaan (*crimes against humanity*) adalah suatu hal dimungkinkan sepanjang diberlakukan secara khusus, tertentu dan limitatif ; -----

Penetapan asas retroaktif terhadap beberapa pelanggaran HAM berat sebagaimana yang terjadi di dalam Kasus Tanjung Priok Tahun 1984 dan Timor Leste pasca jajak pendapat secara filosofis-historis, menurut Pemerintah, sangat diperlukan agar selain dapat mematahkan upaya-upaya "*impunity*", juga agar dapat menyelesaikan secara tuntas konflik yang berlarut-larut di tengah masyarakat baik antara masyarakat yang satu dengan masyarakat yang lain, juga antara bangsa kita dengan bangsa yang lain di bumi ini ; -----

Dalam Sambutan dan Pengarahan pada Pembukaan Pelatihan Calon Hakim Pengadilan HAM Ad Hoc tanggal 5 November, **Prof.DR. Yusril Ihza Mahendra**, selaku Menteri Kehakiman dan HAM saat itu menyatakan kebijakan Pemerintah untuk membentuk Undang-Undang No. 26 Tahun 2000 tentang Pengadilan Hak Asasi Manusia pada pokoknya antara lain adatah (1) untuk menjawab sejumlah persoalan HAM yang bersifat "*recurrent*" yang telah dihadapi bangsa Indonesia dari masa ke masa dalam rentang waktu yang relatif lama sehingga Pengadilan HAM ini diharapkan dapat menyelesaikan sejumlah persoalan HAM masa lalu agar tidak menjadi duri dalam daging, (2) untuk menjawab sejumlah persoalan HAM yang bersifat kontemporer atau muncul sebagai "*burning issues*" yang berdimensi luas karena Indonesia tidak dapat mengisolasi dirinya dari sejumlah persoalan HAM yang dihadapi oleh bangsa-bangsa di dunia sebagai persoalan HAM kontemporer kolektif, dan (3) untuk memberdayakan institusi-institusi HAM dalam menjawab sejumlah persoalan HAM di masa kini dan masa mendatang karena akibat tidak memiliki orientasi masa depan dan ketidakmampuan bangsa kita menghadapi isu-isu HAM dalam bingkai pluralisme, bangsa kita telah dicap sebagai bangsa yang sarat dengan kekerasan. Dengan demikian jelaslah Undang-Undang No. 26 Tahun 2000 tentang Pengadilan Hak Asasi Manusia diharapkan dapat menjawab semua persoalan yang ada, dengan spirit penghargaan yang tinggi terhadap HAM dan keadilan bagi seluruh masyarakat dunia ; -----

B. MENGENAI ASPEK SOSIOLOGIS PEMBENTUKAN PASAL 43 AYAT (1) UNDANGUNDANG NOMOR 26 TAHUN 2000 TENTANG PENGADILAN HAK ASASI MANUSIA

Gelombang reformasi yang bergulir di Indonesia pada tahun 1998, telah memaksa berhentinya rezim masa lalu yang

dianggap otoriter dan dianggap telah banyak melakukan pelanggaran hak asasi manusia. Pemerintahan yang baru diharapkan melaksanakan tuntutan reformasi yang diusung oleh berbagai pihak, yang paling mengemuka adalah proses demokratisasi dan penegakan hukum (*law inforcement*) tanpa pandang bulu, termasuk didalamnya perlindungan dan penegakan hak asasi manusia yang banyak terjadi pelanggaran pada masa pemerintahan Orde Baru ; -----

Era Pemerintahan Presiden BJ Habibie dianggap sebagai tonggak sejarah mulai terbukanya era demokratisasi, yang ditandai dengan adanya kebebasan untuk memperoleh informasi dan menyampaikan pendapat, kebebasan untuk berekspresi, kebebasan untuk berbeda pendapat, sampai kepada petaksanaan jajak pendapat (*referendum*) di Timor Timur pada tahun 1999. Hal-hal tersebut merupakan wujud "*good trough, good faith*" terhadap dunia internasional bahwa Pemerintah Indonesia benar-benar melaksanakan proses demokratisasi yang lebih maju, adil, dan transparan ; -----

Campur tangan (*intervensi*) dunia internasional melalui UNTAET ternyata telah merubah dan membalikkan fakta-fakta yang terjadi di wilayah Timor Leste, sehingga diluar dugaan dan harapan ternyata hasil jajak pendapat tidak lagi menguntungkan bagi Negara Kesatuan Republik Indonesia (NKRI), tetapi justru menimbulkan persoalan baru. Hal ini dikarenakan pengumuman jajak pendapat tersebut diikuti dengan kerusuhan dan bentrokan antara ketompok pro-integrasi dan yang anti-integrasi secara meluas sehingga menjadi anarkisme, pembakaran gedung-gedung (bumi hangus), pencurian, penganiayaan dan pembunuhan, singkatnya Timor Timur pasca jajak pendapat dalam keadaan "*chaos*" dan tak terkendali ; -----

Gugatan dan tekanan internasional baik dalam representasi sebagai pemerintah, badan-badan internasional maupun lembaga-lembaga swadaya masyarakat (NGO) internasional telah memberikan justifikasi bahwa telah terjadi pelanggaran HAM berat pasca jajak pendapat di Timor Timur (1999), kemudian muncul Resolusi Dewan Keamanan Perserikatan Bangsa-bangsa Nomor 1319 yang menugasi Komisi Tinggi Hak Asasi Manusia PBB, Merry Robinson (sebagai Ketua Komisi) untuk membentuk Komisi pencari fakta (*fact finding commission*) dimana hasil temuannya sangat menyudutkan posisi Pemerintah Indonesia. Begitu pula gerakan-gerakan dan tekanan masyarakat Indonesia melalui Lembaga Swadaya Masyarakat (LSM) maupun para korban atau keluarga korban ; -----

Untuk menjawab tantangan nasional dan internasional, bangsa Indonesia telah mendemostrasikan jiwa besar, sikap kooperatif dan keberadaban yaitu secara sadar dan bertanggung jawab menanggapi dakwaan pelanggaran HAM di Timor Leste dengan membentuk Pengadilan HAM melalui Undang-Undang No. 26 Tahun 2000 dengan memberlakukan asas retroaktif untuk secara terhormat tanpa campur tangan dunia internasional berusaha keras mengadili mereka-mereka yang diduga melakukan kejahatan terhadap kemanusiaan di Timor Leste, dengan cara-cara yang beradab dengan menggunakan standar internasional yang berlaku dalam menangani *extraordinary crimes* ; -----

Pembentukan Pengadilan HAM tersebut jauh dari maksud untuk melakukan "*impunity*" dan/atau menciptakan pengadilan pura-pura (*sham proceeding*), tetapi semata-mata dijiwai oleh semangat dan kehendak (*willingness*) dan memperlihatkan kemampuan (*ability*) untuk menyelesaikan dugaan pelanggaran HAM berat melalui mekanisme pengadilan nasional (*domestic mechanism as a primary*

forum) secara terhormat dan professional dengan mengadopsi Rome Statute of ICC 1998 sepanjang menyangkut elemen-elemen kejahatan (*elements of crimes*) berkaitan dengan genosida (*genocide*) dan kejahatan terhadap kemanusiaan (*crimes against humanity*). Bukti komitmen bangsa Indonesia untuk menegakkan HAM adalah dengan dibentuknya Pengadilan HAM Ad hoc yang tidak memihak (*impartiality*), pemberlakuan asas retroaktif atas dasar hukum kebiasaan Internasional, skema perlindungan korban dan saksi, ketentuan non-daluwarsa dan pengaturan tentang "*command responsibility*"; -----

Prof. Dr. Muladi, SH dalam diskusi panel yang diselenggarakan ELSAM (20 Januari 2004) mengatakan bahwa pelaksanaan Undang-Undang Nomor 26 Tahun 2000 Tentang Pengadilan Hak Asasi Manusia secara sungguh-sungguh (*genuinely*) sangat penting untuk membuktikan pada dunia luar (PBB), bahwa kita berkehendak (*willing*) dan mampu (*able*) mengadili pelanggaran HAM yang berat yang telah terjadi. Tidak mustahil Dewan Keamanan PBB akan membentuk *Tribunal Internasional Ad Hoc* bilamana (a) proses peradilan yang telah sedang dilakukan atau diputuskan ditujukan untuk melindungi (*shielding*) si pelaku dari pertanggungjawaban pidana; (b) terjadi keterlambatan proses pengadilan yang alasannya tidak dibenarkan (*unjustified delay*); (c) proses peradilan tidak dilaksanakan secara merdeka (*independently*) dan tidak memihak (*impartia(ly*; -----

Dari perpektif sosiologis internasional inilah, Pembentukan Undang-Undang No. 26 Tahun 2000 tentang Pengadilan Hak Asasi Manusia dengan pemberlakuan Asas Retroaktif dalam Pasal 43 ayat (1) Undang-Undang No. 26 Tahun 2000 tersebut merupakan suatu wujud dari komitmen bangsa Indonesia untuk menghargai dan menegakkan hak asasi manusia khususnya bagi para pelaku

kejahatan genosida (*genocide*) dan kejahatan terhadap kemanusiaan (*crimes against humanity* ; -----

II. MENGENAI ARGUMENTASI PEMERINTAH BAHWA PASAL 43 AYAT (1) UNDANG-UNDANG NOMOR 26 TAHUN 2000 TENTANG PENGADILAN HAK ASASI MANUSIA TIDAK BERTENTANGAN DENGAN Pasal 28I UNDANG-UNDANG DASAR NEGARA REPUBLIK INDONESIA TAHUN 1945 ; -----

Dalam Permohonannya, Pemohon pada pokoknya menyatakan sebagai berikut : -----

- Bahwa Rumusan Pasal 43 ayat (1) Undang-Undang No. 26 tahun 2000 Tentang Pengadilan Hak Asasi Manusia menyebutkan "*Pelanggaran hak asasi manusia yang berat yang terjadi sebelum diundangkannya undang-undang ini, diperiksa dan diputus oleh Pengadilan HAM Ad-hoc*". Kemudian ayat (2) menyebutkan "*Pengadilan HAM Ad-hoc sebagaimana dimaksud dalam ayat (1) dibentuk atas usul Dewan Perwakilan Rakyat Republik Indonesia berdasarkan peristiwa tertentu dengan Keputusan Presiden*". Ketentuan ini dianggap telah merugikan hak konstitusional Pemohon dan hak asasinya ; -----
- Bahwa dengan berlakunya Pasal 43 ayat (1) Undang-Undang Nomor 26 Tahun 2000 Tentang Pengadilan Hak Asasi Manusia sebagai asas *retroactive* (berlaku surut), maka Pemohon telah disidik dan diadili di Pengadilan HAM Ad-hoc, atas dugaan melakukan pelanggaran HAM yang berat di Timor Timur pasca jajak pendapat. Hal ini tentunya merugikan hak konstitusional Pemohon ; -----
- Bahwa Pasal 43 ayat (1) Undang-Undang Nomor 26 tahun 2000 Tentang Pengadilan Hak Asasi Manusia, bertentangan dengan Pasal 28I ayat (1) yang selengkapnya berbunyi "*Hak untuk hidup, hak untuk tidak disiksa, hak kemerdekaan pikiran dan hati nurani, hak beragama, hak untuk tidak diperbudak, hak untuk diakui sebagai pribadi dihadapan hukum, dan hak untuk tidak dituntut atas dasar hukum yang berlaku*

surut adalah hak asasi manusia yang tidak dapat dikurangi dalam keadaan apapun" ; -----

Terhadap dalil-dalil Pemohon dalam Permohonannya di atas, Pemerintah berketetapan bahwa dalil-dalil Pemohon tersebut adalah keliru dan tidak benar dikarenakan sebagai berikut : -----

B. PEMBENTUKAN UNDANG-UNDANG NOMOR 26 TAHUN 2000 TENTANG PENGADILAN HAK ASASI MANUSIA DIMAKSUDKAN UNTUK MELINDUNGI HAK ASASI MASYARAKAT ; -----

Menurut Pemerintah, dalil Pemohon yang menyatakan Pasal 43 ayat (1) Undang-Undang Nomor 26 Tahun 2000 tentang Pengadilan Hak Asasi Manusia telah merugikan Pemohon adalah keliru dan tidak berdasar, dengan alasan-alasan sebagai berikut: --

1. Bahwa Hak Asasi Manusia (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 setiap orang demi kehormatan serta perlindungan harkat dan martabat manusia. Setiap orang wajib saling menghormati HAM, oleh karena itu HAM harus dipahami atas dasar keseimbangan, artinya jika disatu pihak terdapat HAM yang harus dihormati maka disisi lain juga terdapat HAM orang lain yang juga harus dihormati dan dilindungi. Pemerintah berkewajiban untuk melindungi dan menegakkan HAM untuk kepentingan seluruh masyarakat ; -----
2. Bahwa kewajiban untuk menghormati hak asasi manusia tercermin dalam Pembukaan (*preamble*) Undang-Undang Dasar 1945 yang menjiwai keseluruhan pasal-pasal dalam batang tubuhnya, kemudian untuk melaksanakan jiwa yang tertuang didalam Pembukaan maupun batang tubuh Undang-Undang Dasar 1945, Majelis Permusyawaratan Rakyat Republik Indonesia

dengan Ketetapan MPR-RI Nomor XVII/MPR/1998 tentang Hak Asasi Manusia telah menugaskan kepada Lembaga-lembaga Tinggi Negara dan seluruh aparatur pemerintah untuk menghormati, menegakkan dan menyebarluaskan pemahaman mengenai hak asasi manusia kepada seluruh masyarakat, serta meratifikasi berbagai instrumen Perserikatan Bangsa-Bangsa tentang Hak Asasi Manusia, sepanjang tidak bertentangan dengan Pancasila dan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945. Oleh karena itu, Pemerintah berpendapat bahwa Hak Asasi Manusia disamping harus dihormati dan dilindungi, juga pemerintah berkewajiban untuk menegakkan pelanggaran hak asasi manusia dengan membuat peraturan perundang-undangan ; -----

3. Bahwa Pembentukan dan pemberlakuan Undang-Undang Nomor 39 Tahun 1999 Tentang Hak Asasi Manusia, adalah merupakan payung dari seluruh peraturan perundang-undangan tentang Hak Asasi Manusia, oteh karena itu terhadap pelaku pelanggaran HAM yang berat akan dikenakan sanksi pidana, perdata maupun sanksi administrasi sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan yang berlaku ; -----
4. Bahwa pembentukan Pengadilan Hak Asasi Manusia untuk menyelesaikan pelanggaran hak asasi manusia yang berat telah diupayakan oleh Pemerintah berdasarkan Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang (Perpu) Nomor 1 Tahun 1999 tentang Pengadilan Hak Asasi Manusia, untuk mengisi kekosongan hukum (*rechts vacuum*) dalam kaitannya untuk mengadili pelaku pelanggaran HAM yang berat, yang selanjutnya dicabut karena tidak mendapat persetujuan Dewan Perwakilan Rakyat Republik Indonesia ; -----
5. Bahwa sebagai tindak lanjut dari ketentuan yang tercantum di

dalam Pasal 104 ayat (1) Undang-Undang Nomor 39 Tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia, yang menyatakan "*untuk mengadili pelanggaran hak asasi manusia yang berat dibentuk pengadilan hak asasi manusia dilingkungan peradilan umum*", maka Pemerintah pada tanggal 23 Nopember 2000 memberlakukan Undang-Undang Nomor 26 Tahun 2000 tentang Pengadilan Hak Asasi, yang diharapkan dapat melindungi hak asasi manusia, baik perseorangan maupun masyarakat dan menjadi dasar di dalam penegakan, kepastian hukum, keadilan, dan perasaan aman baik bagi perseorangan maupun masyarakat terhadap pelanggaran hak asasi, manusia yang berat. Pemerintah berpendapat bahwa dengan diberlakukannya Undang-Undang No. 26 Tahun 2000 tentang Pengadilan Hak Asasi Manusia, justru bertujuan untuk melindungi hak asasi masyarakat, khususnya masyarakat korban Timor Timur pasca jajak pendapat dan masyarakat korban tragedi Tanjung Priok ; -----

6. Bahwa selain itu, Pembentukan Undang-Undang No. 26 Tahun 2000 tentang Pengadilan Hak Asasi Manusia dimaksudkan untuk melaksanakan kebijakan Pemerintah di dalam: -----
 - a. Menjawab sejumlah persoalan HAM yang bersifat "*recurrent*" yang telah dihadapi bangsa Indonesia dari masa ke masa dalam rentang waktu yang relatif lama sehingga Pengadilan HAM ini diharapkan dapat menyelesaikan sejumlah persoalan HAM masa lalu agar tidak menjadi duri dalam daging ; -----
 - b. Menjawab sejumlah persoalan HAM yang bersifat kontemporer atau muncul sebagai "*burning issues*" yang berdimensi luas karena Indonesia tidak dapat mengisolasi dirinya dari sejumlah persoalan HAM yang dihadapi oleh bangsa-bangsa di dunia sebagai persoalan HAM

kontemporer kolektif, dan ; -----

c. Memberdayakan institusi-institusi HAM dalam menjawab sejumlah persoalan HAM di masa kini dan masa mendatang karena akibat tidak memiliki orientasi masa depan dan ketidakmampuan bangsa kita menghadapi isu-isu HAM dalam bingkai pluralisme, bangsa kita telah dicap sebagai bangsa yang sarat dengan kekerasan ; -----

7. Bahwa dengan demikian jelas Pembentukan Undang-Undang Nomor 26 Tahun 2000 tentang Pengadilan Hak Asasi Manusia sama sekali tidak merugikan masyarakat termasuk Pemohon karena dimaksudkan justru untuk melindungi hak asasi masyarakat; -----

B. PEMBENTUKAN PASAL 43 AYAT (1) UNDANG-UNDANG NOMOR 26 TAHUN 2000 TENTANG PENGADILAN HAK ASASI MANUSIA TIDAK BERTENTANGAN DENGAN PASAL AYAT (1) UNDANG-UNDANG DASAR NEGARA REPUBLIK INDONESIA TAHUN 1945 ; -----

Menurut Pemerintah, dalil Pemohon yang menyatakan Pasal 43 ayat (1) Undang-Undang Nomor 26 Tahun 2000 tentang Pengadilan Hak Asasi Manusia telah merugikan Pemohon karena bertentangan dengan Pasal 28I Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 adalah keliru dan tidak berdasar, dengan alasan-alasan hukum sebagai berikut: -----

1. Bahwa Penjelasan Pasal 4 Undang-Undang Nomor 39 Tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia menyebutkan "... *Hak untuk tidak dituntut atas dasar hukum yang berlaku surut dapat dikecualikan dalam hal pelanggaran berat terhadap hak asasi manusia yang digolongkan kedalam kejahatan terhadap kemanusiaan*". Sebagai tambahan bahwa Undang-Undang No. 39 tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia disahkan pada tanggal 23 September 1999; Perubahan Kedua Undang-Undang Dasar 1945 disahkan pada tanggal 18 Agustus 2000; dan Undang-Undang No. 26 Tahun 2000

Tentang Pengadilan Hak Asasi Manusia disahkan pada tanggal 23 Nopember 2000 dengan memperhatikan ketentuan Pasal 28J Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 ; -

2. Bahwa sesuai ketentuan Pasal 4 Undang-Undang Nomor 26 tentang Pengadilan HAM yang menyebutkan "*Pengadilan HAM bertugas dan berwenang memeriksa dan memutus perkara pelanggaran hak asasi manusia yang berat*", sehingga prinsipnya Pengadilan Hak Asasi Manusia hanya akan mengadili kasus-kasus pelanggaran HAM ke depan (*asas nonretroaktif*). Pengecualian atau penyimpangan terhadap *asas nonretroaktif bersifat khusus dan spesifikasi* yaitu terhadap diberlakukannya Pengadilan HAM Ad Hoc yang berwenang untuk memeriksa dan mengadili pelanggaran HAM yang berat yang terjadi pada masa lalu kasus terjadinya dimana (*locus delicti*) dan waktu kejadiannya jelas (*tempus delicti*) dengan perkataan lain ketentuan pasal tersebut tidak untuk yang lain ; -----
3. Bahwa di dalam Penjelasan Undang-Undang Nomor 26 Tahun 2000 tentang Pengadilan HAM menyatakan Pelanggaran HAM berat seperti genosida (*genocide*) dan kejahatan terhadap kemanusiaan (*crimes against humanity*) dapat diberlakukan *asas retroactive* sebagaimana ketentuan Pasal 28J ayat (2) Undang-Undang Dasar 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 atas hak dan kebebasan orang lain dan untuk memenuhi tuntutan yang adil sesuai dengan pertimbangan moral, nilai-nilai agama, keamanan, dan ketertiban umum dalam suatu masyarakat demokratis*".; -----
4. Bahwa Pasal 28I ayat (1) yang setengkapnya berbunyi "*Hak untuk hidup, hak untuk tidak disiksa, hak kemerdekaan pikiran dan*

hati nurani, hak beragama, hak untuk tidak diperbudak, hak untuk diakui sebagai pribadi dihadapan hukum, dan hak untuk tidak dituntut atas dasar hukum yang berlaku surut adalah hak asasi manusia yang tidak dapat dikurangi dalam keadaan apapun", tidak bersifat absolut, namun harus dikaitkan dengan ketentuan Pasal 28J ayat (2) Undang-Undang Dasar 1945 yang sebagaimana tersebut di atas. Dengan adanya ketentuan-ketentuan Pasal 28J yang sifatnya sejajar dengan ketentuan Pasal 28I ayat (1), maka menurut ilmu perundang-undangan menjadi "norma yang memiliki kekuatan hukum yang sama" tetapi saling berkaitan. Dengan ditempatkan Pasal 28J setelah Pasal 28I ayat (1) maka secara ilmu perundangundangan, Pasal 28J dapat merupakan ketentuan yang bersifat khusus atau dapat dikatakan sebagai ketentuan "pengecualian" terhadap ketentuan diatasnya; -----

5. Bahwa selain itu, ketentuan Pasal 28I ayat (1) Undang-Undang Dasar 1945 adalah norma yang bersifat umum, sedangkan ketentuan Pasal 43 ayat (1) Undang-Undang Nomor 26 Tahun 2000 tentang Pengadilan Hak Asasi Manusia sebagai ketentuan "pembatasan" oleh undang-undang sebagaimana yang dimaksudkan dalam Pasal 28J Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 yang pada dasarnya berbunyi, *"dalam menjalankan hak dan kebebasannya setiap orang wajib tunduk kepada pembatasan yang ditetapkan dengan undang-undang dengan maksud semata-mata untuk menjamin pengakuan serta penghormatan atas hak dan kebebasan orang lain dan untuk memenuhi tuntutan yang adil sesuai dengan pertimbangan moral, nilai-nilai agama, keamanan, dan ketertiban umum dalam suatu masyarakat demokratis"* ; -----

6. Bahwa para ahli berpendapat pemberlakuan asas retroaktif dimungkinkan dengan pembatasan tertentu. Pendapat-pendapat para ahli tersebut antara lain: -----
- a. **Ildal Kasim** (ELSAM) sangat mengkhawatirkan jika pemberlakuan *asas retroactive* didalam Undang-Undang Pengadilan HAM dicabut maka akan semakin banyak para pelanggar HAM yang berat bebas berkeliaran tanpa proses peradilan yang jelas ; -----
 - b. **Prof. Dr. Muladi, SH** berpendapat bahwa walaupun pemberlakuan *asas retroactive* melahirkan perdebatan (*debatable*) namun sisi positif dari pemberlakuan Undang-Undang Pengadilan HAM (UU No. 26 tahun 2002) adalah untuk mengakhiri praktek "*Impunity*" yaitu pengabaian tanpa memberi hukuman bagi para pelanggar HAM berat tanpa perkecualian ; -----
 - c. **Artidjo Alkostar, SH, LL.M**, Hakim Agung pada Mahkamah Agung RI, berpendapat bahwa penerapan *asas retroactive* dibenarkan oleh hukum nasional maupun internasional sepanjang menyangkut kejahatan maupun internasional terutama menyangkut kejahatan terhadap kemanusiaan (*crime against humanity*) karena kejahatan ini merupakan musuh seluruh umat manusia maupun kejahatan paling serius bagi eksistensi umat manusia, *principle of justice (prinsip keadilan)* adalah sebagai dasar keberlakuan *asas retroactive*, tanpa-nya maka banyak penjahat kemanusiaan yang tidak dapat diadili dan akan menimbulkan semakin banyak pelanggaran hak asasi manusia yang berat ; -----
 - d. **Prof. Dr. Sumaryo Suryokusumo, SH, LL.M**, Hakim Agung pada Mahkamah Agung RI dalam *Complementary Principle*, pada pokoknya menyampaikan pendapatnya bahwa

pemberlakuan asas retroaktif tidak bertentangan dengan ketentuan dalam Pasal 28I ayat (1) Undang-Undang Dasar 1945 karena ini tidak bersifat mutlak, karena adanya pembatasan hukum (*legal constrain*) yang memungkinkannya sebagai *ex post facto law* yaitu "... Adanya kewajiban untuk tunduk pada pembatasan yang ditetapkan dengan undang-undang, seperti Undang-Undang No. 26 Tahun 2000, Pasal 43 ayat (1) dan (2) tersebut untuk memenuhi tuntutan yang adil ; -----

- e. **Prof. DR. Soedjono Dirdjosisworo**, dalam bukunya, "Pengadilan Hak Asasi Manusia Indonesia", 2002, halaman 18, menyatakan pada pokoknya bahwa pemberlakuan asas retroaktif dapat dilakukan dengan menggunakan Pasal 28J Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 atau dengan kata lain untuk melindungi hak asasi manusia asas retroaktif dapat digunakan ; -----

III. KESIMPULAN ; -----

Dari uraian secara singkat tentang aspek filosofis-historis dan sosiologis di atas, maka pemberlakuan asas retroaktif di dalam Pasal 43 ayat (1) Undang-Undang No. 26 Tahun 2000 dilatarbelakangi dengan kondisi dan alasan antara lain sebagai berikut : -----

1. Bahwa Majelis Permusyawaratan Rakyat Republik Indonesia (MPR-RI) telah mengeluarkan ketetapan MPR Nomor XVII/ MPR/ 1998 tentang Hak Asasi Manusia, dan selanjutnya pada tanggal 23 September 1999 diberlakukan Undang-Undang Nomor 39 tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia, yang antara lain mengatur tentang hak asasi manusia, kebebasan dasar manusia, dan kewajiban dasar manusia. Pasal 104 ayat 1 UU No. 39 tahun 1999 dengan jelas menyebutkan "*untuk mengadili pelanggaran hak asasi manusia yang berat dibentuk Pengadilan Hak Asasi Manusia di*

lingkungan Peradilan Umum" ; -----

2. Bahwa sebagai tindak lanjut atas penugasan Majelis Permusyawaratan Rakyat RI kepada Presiden untuk menyelesaikan kasus-kasus pelanggaran HAM berat, maka dibentuklah Undang-Undang No. 26 Tahun 2000 tentang Pengadilan Hak Asasi Manusia. Dan, sebagai pelaksanaan Pasal 43 ayat (1) Undang-Undang No. 26 tahun 2000 tentang Pengadilan Hak Asasi Manusia, Presiden mengeluarkan Keputusan Presiden (Keppres) No. 53 Tahun 2001 tanggal 23 April 2001 tentang Pembentukan Pengadilan Hak Asasi Manusia Ad-hoc pada Pengadilan Negeri Jakarta Pusat. Pengadilan ini berwenang untuk memeriksa dan memutus perkara pelanggaran HAM yang berat yang terjadi di Timor Timur pasca jajak pendapat dan yang terjadi di Tanjung Priok (pada tahun 1984). Dan pada era Presiden Megawati Soekarnoputri Keputusan Presiden (Keppres) tersebut direvisi dengan Keppres Nomor 96 Tahun 2001, yang intinya untuk lebih memperjelas tempat dan waktu tindak pidana (*locus dan tempus delicti*) pelanggaran HAM berat yang terjadi di Timor Timur dan Tanjung Priok ; -----
3. Bahwa untuk menjaga agar pelaksanaan HAM sesuai dengan harkat dan martabat manusia serta memberi perlindungan, kepastian, keadilan dan perasaan aman bagi perorangan maupun masyarakat, maka perlu diambil tindakan atas pelanggaran HAM yang terjadi pada waktu-waktu tertentu ; -----
4. Bahwa pembentukan Undang-Undang Nomor 26 Tahun 2000 Tentang Pengadilan Hak Asasi Manusia pada dasarnya dimaksudkan untuk: -----
 - a. Menjawab sejumlah persoalan HAM yang bersifat "*recurrent*" yang telah dihadapi bangsa Indonesia dari masa ke masa dalam rentang waktu yang relatif lama sehingga Pengadilan HAM ini diharapkan dapat menyelesaikan sejumlah persoalan HAM masa

lalu agar tidak menjadi duri dalam daging ; -----

- b. Menjawab sejumlah persoalan HAM yang bersifat kontemporer atau muncul sebagai "*burning issues*" yang berdimensi luas karena Indonesia tidak dapat mengisolasi dirinya dari sejumlah persoalan HAM yang dihadapi oleh bangsa-bangsa di dunia sebagai persoalan HAM kontemporer kolektif, dan ; -----
 - c. Memberdayakan institusi-institusi HAM dalam menjawab sejumlah persoalan HAM di masa kini dan masa mendatang karena akibat tidak memiliki orientasi masa depan dan ketidakmampuan bangsa kita menghadapi isu-isu HAM dalam bingkai pluralisme, bangsa kita telah dicap sebagai bangsa yang sarat dengan kekerasan ; -----
5. Bahwa selain itu pembentukan dan pemberlakuan Undang-Undang No. 26 Tahun 2000 tentang Pengadilan HAM juga mempunyai semangat (*spirit*) yang secara umum dimaksudkan untuk: -----
- a. mengamankan penghormatan dan penghargaan terhadap hak asasi manusia; -----
 - b. Menciptakan keadilan bagi semua masyarakat (*to achieve justice for all*); -----
 - c. Mengakhiri praktek "*impunity*" yaitu sikap mengabaikan tanpa memberi hukuman bagi para pelanggar HAM yang berat tanpa perkecualian; -----
 - d. Mencegah terjadinya hal serupa dimasa yang akan datang.
6. Bahwa pembentukan dan pemberlakuan Undang-Undang Nomor 26 Tahun 2000 Tentang Pengadilan Hak Asasi Manusia, disamping hal-hal di atas, juga didasarkan atas pertimbangan yuridis antara lain: -----
- Peraturan perundang-undangan yang berlaku (yang ada) belum

dapat menjangkau setiap pelanggaran HAM yang berat karena rumusan tentang pelanggaran HAM yang berat tidak sama dengan rumusan ketentuan dalam Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHPid);-----

- Bahwa sifat atau kualitas tindak pidana atau kejahatan yang terkandung dalam pelanggaran HAM yang berat adalah kejahatan yang sangat luar biasa (*extra ordinary crimes*), sedangkan ketentuan dalam Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP) hanya mengatur kualitas tindak pidana atau kejahatan yang termasuk kejahatan biasa (*ordinary crimes*); -----
- Sistem hukum pidana di Indonesia masih memungkinkan pemberlakuan ketentuan hukum pidana khusus yang ditujukan untuk mengatur setiap kejahatan yang belum diatur dalam Kitab Undang-Undang Pidana (KUHP) serta memiliki sifat khusus atau luar biasa dengan tujuan untuk menciptakan kepastian hukum dan keadilan bagi korban atau keluarganya ; -----

7. Dari seluruh uraian tersebut di atas jelas pembentukan dan pemberlakuan asas retroaktif dalam Pasal 42 ayat (1) Undang-Undang Nomor 26 Tahun 2000 tentang Pengadilan Hak Asasi Manusia cukup **beralasan** terhadap pelaku pelanggaran HAM yang berat yang terjadi di Timor Timur pasca jajak pendapat dan Tanjung Priok Tahun 1984 ; -----

Berdasarkan seluruh uraian tersebut di atas, Pemerintah dengan ini memohon kepada Majelis Hakim Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia yang terhormat untuk memberikan putusan dengan amar sebagai berikut: -----

1. Menolak Permohonan Pemohon (*void*) atau setidaknya menyatakan Permohonan Pemohon tidak dapat diterima (*niet onvanke(ijke verklaard)*); -----

2. Menyatakan Pasal 43 ayat (1) Undang-Undang Nomor 26 Tahun 2000 tentang Pengadilan Hak Asasi Manusia tidak bertentangan dengan Pasal 28I Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 ; -----

3. Menyatakan bahwa Pasal 43 ayat (1) Undang-Undang Nomor 26 Tahun 2000 Tentang Pengadilan Hak Asasi Manusia tetap mempunyai kekuatan hukum mengikat dan tetap berlaku di seluruh Wilayah Negara Kesatuan Republik Indonesia ; -----

ATAU, apabila Majelis Hakim Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia berpendapat lain, mohon putusan yang seadil-adilnya (*ex aequo et bono*; -----

Keterangan DPR-RI : -----

Di dalam permohonannya, Pemohon menyatakan bahwa: -----

1. Penerapan asas berlaku surut atau asas Retroaktif yang diatur dalam Pasal 43 ayat (1) Undang-Undang Nomor 26 Tahun 2000 tentang Pengadilan Hak Asasi Manusia telah mengakibatkan kerugian bagi Pemohon karena Pemohon harus menjalani proses persidangan sebagai terdakwa dan dijatuhi pidana penjara selama tahun, yang menurut Pemohon merupakan bentuk pelanggaran terhadap hak asasi manusia, karena berdasarkan konstitusi yang berlaku di Indonesia khususnya Pasal 28 I ayat (1) Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, hak untuk tidak dituntut dengan asas berlaku surut adalah hak asasi yang harus dijamin dan dilindungi ; -----

Terhadap permohonan tersebut dapat disampaikan keterangan sebagai berikut: Pernyataan pemohon tersebut pada dasarnya keliru dan tidak berdasar karena sebagaimana dimaksud dalam penjelasan pasal 4 Undang-Undang Nomor 39 Tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia disebutkan "... *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 " ; -----

Pengecualian atau penyimpangan terhadap asas nonretroaktif bersifat khusus dan spesifikasi yaitu diberlakukannya Pengadilan HAM Ad Hoc yang berwenang untuk memeriksa dan mengadili pelanggaran HAM yang berat pada masa lalu kasus terjadinya dimana (*locus delicti*) dan waktu kejadiannya jelas (*tempus delicti*), dengan kata lain ketentuan pasal tersebut tidak untuk kasus yang lain ; -----

Sedangkan untuk mengadili kasus-kasus pelanggaran HAM berat yang terjadi di masa mendatang menjadi wewenang Pengadilan HAM, sebagaimana diatur dalam Pasal 4 Undang-Undang Nomor 26 Tahun 2000 tentang Pengadilan Hak Asasi Manusia yang menyebutkan "*Pengadilan HAM bertugas dan berwenang memeriksa dan memutus perkara pelanggaran hak asasi manusia yang berat " ; -----*

2. Bahwa pandangan Pemohon yang menyatakan penerapan ketentuan Pasal 43 ayat (1) Undang-Undang Nomor 26 Tahun 2000 tentang Pengadilan Hak Asasi Manusia telah merugikan hak konstitusional Pemohon tidaklah beralasan, karena adanya ketentuan Pasal 43 ayat (1) tersebut untuk melindungi hak asasi manusia, baik perseorangan maupun masyarakat dan menjadi dasar dalam penegakan, kepastian hukum, keadilan dan perasaan aman bagi perseorangan maupun masyarakat terhadap pelanggaran hak asasi manusia yang berat ; -----

Kejahatan terhadap kemanusiaan merupakan kejahatan paling serius bagi eksistensi umat manusia, prinsip keadilan merupakan dasar keberlakuan asas retroaktif, tanpa asas tersebut maka banyak penjahat kemanusiaan tidak dapat diadili dan banyak pihak korban pelanggaran HAM berat tidak memperoleh keadilan ; -----

3. Bahwa pandangan Pemohon yang menyatakan ketentuan Pasal 43 ayat (1) Undang-Undang Nomor 26 Tahun 2000 tentang Pengadilan Hak Asasi

Manusia bertentangan dengan Pasal 28I ayat (1) Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 adalah tidak berdasar ; -----

Berdasarkan pandangan Pemohon tersebut dapat disampaikan bahwa: ketentuan Pasal 28I ayat (1) yang menyebutkan "*Hak untuk hidup, hak untuk tidak disiksa, hak kemerdekaan pikiran dan hati nurani, hak beragama, hak untuk tidak diperbudak, hak untuk diakui sebagai pribadi dihadapan hukum, dan hak untuk tidak dituntut atas dasar hukum yang berlaku surut adalah hak asasi manusia yang tidak dapat dikurangi dalam keadaan apapun*", tidak bersifat absolute. Pemberlakuan pasal tersebut dibatasi dengan ketentuan Pasal 28J ayat (2) Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia ; -----

Tidak beralasan apabila frase "tidak dapat dikurangi dalam keadaan apapun" dalam Pasal 28I ayat (1) menyebabkan ketentuan dalam Pasal 28J ayat (2) menjadi tidak berarti, karena dalam Pasal 28J ayat (2) juga terdapat penegasan "*dalam menjalankan hak dan kewajibannya setiap orang wajib tunduk kepada pembatasan yang ditetapkan dengan Undang-Undang dengan maksud semata-mata untuk menjamin pengakuan serta penghormatan atas hak dan kebebasan orang lain dan untuk memenuhi tuntutan yang adil sesuai dengan pertimbangan moral, nilai-nilai, agama, keamanan, dan ketertiban umum dalam suatu masyarakat demokratis* " ; ----

Ketentuan Pasal 28J ayat (2) merupakan jaminan pengakuan serta penghormatan atas hak dan kebebasan orang lain dan untuk memenuhi tuntutan yang adil, sesuai dengan pertimbangan moral, nilai-nilai agama, keamanan, dan ketertiban umum dalam suatu masyarakat demokratis. Jadi tetap dapat diberlakukan asas retroaktif walaupun kejahatan tersebut telah dilakukan pada masa yang lalu, sebelum diberlakukannya Undang-Undang Nomor 26 Tahun 2000 tentang Pengadilan Hak Asasi Manusia ; -

Ketentuan Pasal 28I ayat (1) Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia adalah norma yang bersifat umum, sedangkan ketentuan Pasal 43 ayat (1) Undang-Undang Nomor 26 tahun 2000 tentang Pengadilan

Hak Asasi Manusia sebagai ketentuan pembatasan oleh Undang-Undang, sebagaimana yang dimaksudkan dalam Pasal 28J ayat (2) Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 ; -----

4. Bahwa berdasarkan ketentuan pasal 43 Ayat (2) Undang-Undang Nomor 26 Tahun 2000 tentang Pengadilan Hak Asasi Manusia secara eksplisit dinyatakan bahwa: Pengadilan HAM *ad hoc* sebagaimana dimaksud pada ayat (1) dibentuk atas usul Dewan Perwakilan Rakyat Republik Indonesia berdasarkan peristiwa tertentu dengan Keputusan Presiden ; -----
5. Bahwa pembentukan Undang-Undang Nomor 26 Tahun 2000 tentang Pengadilan Hak Asasi Manusia telah sesuai dengan ketentuan Pasal 5 dan Pasal 20 Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, dengan demikian tidak ada alasan untuk mempermasalahkan mekanisme pembentukan Undang-Undang Nomor 26 Tahun 2000 tentang Pengadilan Hak Asasi Manusia ; -----

Menimbang, bahwa untuk menyingkat uraian putusan ini maka segala sesuatu yang tertera dalam berita acara persidangan dianggap telah termasuk dan merupakan bagian yang tak terpisahkan dari putusan ini ; -----

PERTIMBANGAN HUKUM

Menimbang bahwa maksud permohonan Pemohon *a quo* adalah sebagaimana tersebut di atas;-----

Menimbang bahwa sebelum memasuki pokok perkara, Mahkamah terlebih dahulu harus mempertimbangkan hal-hal sebagai berikut;-----

1. Apakah Mahkamah berwenang memeriksa, mengadili, dan memutus permohonan pengujian Undang-Undang Nomor 26 Tahun 2000 tentang Pengadilan Hak Asasi Manusia yang diundangkan pada tanggal 23 November 2000;-----
2. Apakah Pemohon *a quo* mempunyai kedudukan hukum (*legal standing*) untuk mengajukan permohonan pengujian Undang-Undang Nomor 26 Tahun

2000 tentang Pengadilan Hak Asasi Manusia (UU Pengadilan HAM) terhadap UUD 1945. -----

Terhadap kedua permasalahan tersebut Mahkamah berpendapat sebagai berikut: -----

1. Tentang Kewenangan Mahkamah ; -----

Bahwa berdasarkan ketentuan Pasal 24 C ayat (1) UUD 1945 *juncto* Pasal 10 ayat (1) Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi, salah satu kewenangan Mahkamah adalah melakukan pengujian undang-undang terhadap UUD 1945; -----

Bahwa berdasarkan ketentuan Pasal 50 Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 dan Penjelasannya, undang-undang yang dapat dimohonkan untuk diuji adalah undang-undang yang diundangkan setelah perubahan pertama UUD 1945 tanggal 19 Oktober 1999, sedangkan Undang-Undang Nomor 26 Tahun 2000 tentang Pengadilan Hak Asasi Manusia diundangkan tanggal 23 November 2000 dengan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 208; -----

Bahwa berdasarkan hal-hal tersebut di atas, Mahkamah berwenang untuk memeriksa, mengadili, dan memutuskan permohonan *a quo*;-----

2. Tentang Kedudukan Hukum (*legal standing*) Pemohon -----

Bahwa berdasarkan ketentuan Pasal 51 ayat (1) Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi, yang dapat mengajukan permohonan pengujian undang-undang terhadap UUD 1945 adalah pihak yang menganggap hak dan/atau kewenangan konstitusionalnya dirugikan oleh berlakunya undang-undang, yaitu perorangan Warga Negara Indonesia, atau kesatuan masyarakat hukum adat sepanjang masih hidup dan sesuai dengan perkembangan masyarakat dan prinsip Negara Kesatuan Republik Indonesia yang diatur dalam undang-undang, atau badan hukum publik atau privat, atau lembaga negara; -----

Bahwa Pemohon, Abilio Jose Osorio Soares (mantan Gubernur KDH Tingkat I Timor Timur), adalah seorang Warga Negara Indonesia yang telah menjalani proses sebagai Terdakwa dalam perkara pelanggaran hak asasi manusia berat di Pengadilan Hak Asasi Manusia Ad Hoc pada Pengadilan Hak Asasi Manusia Jakarta Pusat menganggap hak konstitusionalnya dirugikan oleh Pasal 43 ayat (1) UU Pengadilan HAM yaitu hak yang diatur dalam Pasal 28I ayat (1) UUD 1945 yang berbunyi, "*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 manusia yang tidak dapat dikurangi dalam keadaan apapun*". 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 Hak Asasi Manusia Ad Hoc telah diterapkan terhadap Pemohon;-

Dengan demikian, Pemohon *a quo* memiliki kedudukan hukum (*legal standing*) untuk mengajukan permohonan pengujian Pasal 43 ayat (1) UU Pengadilan HAM; -----

Menimbang bahwa karena Mahkamah berwenang untuk memeriksa, mengadili, dan memutuskan permohonan *a quo* yang diajukan oleh Pemohon yang memiliki kedudukan hukum (*legal standing*), maka Mahkamah lebih lanjut akan mempertimbangkan pokok permohonan yang didalilkan oleh Pemohon; -----

POKOK PERMOHONAN ; -----

Menimbang bahwa pokok permohonan *a quo* adalah mengenai pemberlakuan Pasal 43 ayat (1) UU Pengadilan HAM yang mengatur keberadaan Pengadilan Hak Asasi Manusia Ad Hoc yang mempunyai kewenangan memeriksa pelanggaran hak asasi manusia yang berat yang terjadi sebelum diundangkannya undang-undang *a quo*, yang atas dasar itu Pemohon dalam permohonan *a quo* telah diadili dan dihukum, sehingga

Pemohon menganggap hak konstitusionalnya dirugikan karena telah diadili dan dihukum berdasarkan ketentuan hukum yang berlaku surut (*retroaktif*). Hal itu, menurut Pemohon, bertentangan dengan Pasal 28I ayat (1) UUD 1945 yang menyatakan, *"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 manusia yang tidak dapat dikurangi dalam keadaan apapun"*. Oleh karena itu, Pasal 43 ayat (1) undang-undang *a quo* dimohonkan kepada Mahkamah agar dinyatakan tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat; -----

Menimbang bahwa Pasal 43 Ayat (1) UU Pengadilan HAM yang menyatakan, *"pelanggaran hak asasi manusia yang berat dan terjadi sebelum diundangkannya undang-undang ini, diperiksa dan diputus oleh Pengadilan HAM ad hoc"*, tak dapat dibantah memang mengandung ketentuan hukum yang berlaku surut (*retroaktif*). Namun yang menjadi persoalan hukum yang harus dipertimbangkan dan diputus oleh Mahkamah dalam permohonan *a quo* adalah apakah benar ketentuan demikian secara serta-merta bertentangan dengan Pasal 28I Ayat (1) UUD 1945; -----

Menimbang bahwa sebelum mempertimbangkan permohonan Pemohon lebih jauh, terlebih dahulu perlu diketahui latar belakang pembentukan UU Pengadilan HAM. Guna keperluan dimaksud, Mahkamah telah mendengar keterangan lisan dan tertulis Pemerintah dan telah pula meminta keterangan tertulis Dewan Perwakilan Rakyat, yang darinya diperoleh hal-hal sebagai berikut: -----

- o bahwa masalah Pengadilan Hak Asasi Manusia dengan segala aspeknya memiliki relevansi yang kuat dengan dunia internasional dikarenakan masalah pengakuan dan penegakan hak asasi manusia sudah menjadi tekad masyarakat internasional maupun nasional. Lagipula, tuntutan untuk membentuk Pengadilan Hak Asasi Manusia begitu deras datangnya dari masyarakat;-----

- o bahwa hak asasi manusia yang tercantum dalam UUD 1945, Deklarasi Universal tentang Hak Asasi Manusia, Ketetapan MPR-RI Nomor XVII/MPR/1998 tentang Hak Asasi Manusia, dan Undang-undang Nomor 39 Tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia harus dilaksanakan dengan penuh tanggung jawab. Ketetapan MPR-RI Nomor XVII/MPR/1998 tentang Hak Asasi Manusia, yang berlaku pada saat itu, menugaskan kepada lembaga-lembaga tinggi negara dan seluruh aparatur pemerintah untuk menghormati, menegakkan dan menyebarluaskan pemahaman mengenai hak asasi manusia kepada seluruh masyarakat serta segera meratifikasi berbagai instrumen Perserikatan Bangsa-Bangsa tentang Hak Asasi Manusia sepanjang tidak bertentangan dengan Pancasila dan UUD 1945; -----
- o bahwa bertitik tolak dari perkembangan hukum, baik ditinjau dari kepentingan nasional maupun internasional, maka untuk menyelesaikan masalah pelanggaran berat hak asasi manusia dan mengembalikan keamanan dan perdamaian di Indonesia dipandang perlu untuk membentuk Pengadilan Hak Asasi Manusia yang merupakan pengadilan khusus bagi pelanggaran berat hak asasi manusia (*gross violation of human rights*). Meskipun telah ditetapkan Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-undang (PERPU) Nomor 1 Tahun 1999 tentang Pengadilan Hak Asasi Manusia namun karena dinilai tidak memadai, Dewan Perwakilan Rakyat Republik Indonesia (DPR RI) tidak menyetujui PERPU dimaksud untuk disahkan menjadi undang-undang;-----
- o bahwa pembentukan Pengadilan Hak Asasi Manusia yang tertuang dalam Undang-undang Nomor 26 Tahun 2000, juga didasarkan atas pertimbangan, Pertama, untuk menjawab sejumlah persoalan hak asasi manusia yang selalu berulang (*recurrent*) yang telah dihadapi Bangsa Indonesia dari masa ke masa dalam rentang waktu yang relatif lama sehingga Pengadilan Hak Asasi Manusia ini diharapkan dapat menyelesaikan sejumlah persoalan hak asasi manusia masa lalu agar

tidak selalu menjadi ganjalan yang tak terselesaikan; Kedua, untuk menjawab sejumlah persoalan yang bersifat kontemporer atau muncul sebagai “*burning issues*” yang berdimensi luas mengingat Indonesia tidak dapat mengisolasi dirinya dari sejumlah persoalan hak asasi manusia yang dihadapi oleh bangsa-bangsa di dunia sebagai persoalan kolektif hak asasi manusia kontemporer, dan Ketiga, untuk memberdayakan institusi-institusi hak asasi manusia dalam menjawab sejumlah persoalan hak asasi manusia di masa kini dan masa mendatang;-----

- o bahwa pemberlakuan undang-undang secara retroaktif dalam Pasal 43 ayat (1) adalah sebagai upaya Pemerintah untuk menyelesaikan secara terhormat perkara pelanggaran berat hak asasi manusia yang terjadi sebelum UU Pengadilan HAM diundangkan tanpa campur tangan dunia internasional melalui cara-cara beradab dan menggunakan standard yang berlaku dalam menangani kejahatan-kejahatan yang luar biasa (*extraordinary crimes*); -----
- o bahwa pembentukan Pengadilan Hak Asasi Manusia Ad Hoc jauh dari maksud untuk memberikan “*impunity*” dan/atau menciptakan pengadilan pura-pura (*sham proceeding*), tetapi semata-mata dijiwai oleh semangat dan kehendak (*willingness*) dan memperlihatkan kemampuan (*ability*) untuk menyelesaikan dugaan pelanggaran berat hak asasi manusia melalui mekanisme pengadilan nasional (*domestic mechanism as a primary forum*) secara terhormat dan profesional dengan mengadopsi *Rome Statute of International Criminal Court 1998*, sepanjang menyangkut elemen-elemen kejahatan (*elements of crimes*) yang berkaitan dengan kejahatan genosida (*genocide*) dan kejahatan terhadap kemanusiaan (*crimes against humanity*); -----

Menimbang bahwa setelah mengetahui latar belakang pembentukan UU Pengadilan HAM sebagaimana diuraikan di atas, maka kini hal yang harus dipertimbangkan oleh Mahkamah adalah: apakah pembentukan Pengadilan Hak Asasi Manusia Ad Hoc yang menggunakan ketentuan hukum yang

berlaku surut (retroaktif) bertentangan dengan Pasal 28I ayat (1) UUD 1945, sebagaimana dimohonkan Pemohon *a quo*. Untuk menjawab persoalan ini perlu dijawab lebih dahulu: apakah hak untuk tidak dituntut berdasarkan ketentuan hukum yang berlaku surut (retroaktif) merupakan hak yang bersifat mutlak, sebagaimana secara tekstual dirumuskan dalam Pasal 28I ayat (1) UUD 1945; -----

Menimbang bahwa ketentuan Pasal 28I ayat (1) UUD 1945, menyatakan bahwa hak untuk tidak dituntut berdasarkan hukum yang berlaku surut merupakan hak asasi manusia yang tidak dapat dikurangi dalam keadaan apapun. Meskipun rumusan harfiah demikian menimbulkan kesan seolah-olah bahwa hak untuk tidak dituntut berdasarkan hukum yang berlaku surut bersifat mutlak, namun sesuai dengan sejarah penyusunannya, Pasal 28I ayat (1) tidak boleh dibaca secara berdiri sendiri melainkan harus dibaca bersama-sama dengan Pasal 28J ayat (2). Dengan cara demikian maka akan tampak bahwa, secara sistematis, hak asasi manusia – termasuk hak untuk tidak dituntut berdasarkan hukum yang berlaku surut -- tidaklah bersifat mutlak, karena dalam menjalankan hak dan kebebasannya, setiap orang wajib menghormati hak asasi manusia orang lain dan wajib tunduk pada pembatasan yang ditentukan undang-undang dengan maksud semata-mata untuk menjamin penegakan dan penghormatan atas hak dan kebebasan orang lain serta untuk memenuhi tuntutan yang adil sesuai dengan pertimbangan moral, nilai-nilai agama, keamanan dan ketertiban umum dalam satu masyarakat demokratis sebagaimana diatur dalam Pasal 28J ayat (2). Dengan membaca Pasal 28I ayat (1) bersama-sama dengan Pasal 28J ayat (2), tampaklah bahwa hak untuk tidak dituntut berdasarkan hukum yang berlaku surut (retroaktif) tidaklah bersifat mutlak, sehingga dalam rangka “memenuhi tuntutan yang adil sesuai dengan pertimbangan moral, nilai-nilai agama, keamanan, dan ketertiban”, dapat dikesampingkan; -----

Menimbang bahwa dalam menerapkan asas non-retroaktif haruslah juga diperhitungkan apakah dengan penerapan secara kaku asas non-retroaktif dimaksud akan menimbulkan ketidakadilan, merongrong nilai-nilai agama, keamanan dan ketertiban umum, sehingga apabila hal itu terjadi justru perlindungan kepada seorang individu secara demikian bukanlah menjadi tujuan hukum. Keseimbangan harus ditemukan antara kepastian hukum dan keadilan dengan memahami arti Pasal 28I ayat (1) UUD 1945 dengan tidak hanya mendasarkan pada teksnya, tetapi juga mempelajari pengertian asas tersebut dari sejarah, praktik dan tafsiran secara komprehensif: -----

Menimbang bahwa ukuran untuk menentukan keseimbangan kepastian hukum dan keadilan, khususnya dalam menegakkan asas non-retroaktif harus dilakukan dengan mempertimbangkan tiga tugas/tujuan hukum yang senantiasa saling tarik-menarik (*spannungsverhältnis*) yaitu kepastian hukum (*rechtssicherheit*), keadilan hukum (*gerechtigkeit*), dan kebergunaan hukum (*zweckmassigkeit*). Dengan mempertimbangkan ketiga tujuan hukum tersebut secara seimbang maka pemberlakuan hukum secara retroaktif yang terbatas, terutama terhadap kejahatan yang luar biasa (*extraordinary crimes*), secara hukum dapat dibenarkan; -----

Menimbang pula bahwa penerapan secara retroaktif suatu undang-undang tidaklah otomatis menyebabkan undang-undang yang bersangkutan bertentangan dengan Undang-Undang Dasar dan oleh karenanya sertamerta menjadi tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat. Pemberlakuan demikian juga tidak selalu dengan sendirinya mengandung pelanggaran hak asasi, melainkan harus dinilai dari dua faktor atau syarat yang harus dipenuhi dalam pemberlakuan hukum atau undang-undang secara retroaktif:-----

Pertama, besarnya kepentingan umum yang harus dilindungi undang-undang tersebut; -----

Kedua, bobot dan sifat (*nature*) hak-hak yang terlanggar akibat pemberlakuan undang-undang demikian lebih kecil dari kepentingan umum yang terlanggar;

Menimbang bahwa kejahatan-kejahatan yang terhadapnya diberlakukan pengesampingan asas non-retroaktif oleh Pasal 43 ayat (1) UU Pengadilan HAM adalah “pelanggaran terhadap hak asasi manusia yang berat”, yaitu kejahatan genosida dan kejahatan terhadap kemanusiaan (*vide* Pasal 7 UU Pengadilan HAM). Kejahatan genosida adalah setiap perbuatan yang dimaksudkan untuk menghancurkan atau memusnahkan seluruh atau sebagian kelompok bangsa, ras, kelompok etnis, kelompok agama, dengan cara: (a) membunuh anggota kelompok; (b) mengakibatkan penderitaan fisik atau mental yang berat terhadap anggota-anggota kelompok; (c) menciptakan kondisi kehidupan kelompok yang akan mengakibatkan kemusnahan secara fisik baik seluruh atau sebagiannya; (d) memaksakan tindakan-tindakan yang bertujuan mencegah kelahiran di dalam kelompok, atau (e) memindahkan secara paksa anak-anak dari kelompok tertentu ke kelompok lain (*vide* Pasal 8 UU Pengadilan HAM). Sedangkan kejahatan terhadap kemanusiaan adalah salah satu perbuatan yang dilakukan sebagai bagian dari serangan yang meluas atau 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 dalam 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 politik, ras, kebangsaan, etnis, 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* (*vide* Pasal 9 UU Pengadilan HAM); -----

Menimbang bahwa kejahatan-kejahatan sebagaimana disebutkan di atas adalah bertentangan dengan semangat untuk menegakkan dan

menjunjung tinggi perikemanusiaan dan perikeadilan, yang secara jelas dinyatakan oleh Pembukaan UUD 1945, serta pada saat yang sama juga bertentangan dengan prinsip-prinsip hukum umum yang diakui oleh bangsa-bangsa yang beradab. Oleh karenanya, terhadap kejahatan-kejahatan demikian, pengesampingan asas non-retroaktif bukan hanya tidak bertentangan dengan UUD 1945 melainkan sebaliknya, sebagai undang-undang dasar dari sebuah bangsa yang beradab, semangat UUD 1945 justru mengamankan agar perikemanusiaan dan perikeadilan ditegakkan, sehingga kejahatan terhadap kemanusiaan sebagaimana dimaksud di atas harus diberantas. Tatkala tuntutan untuk menegakkan perikemanusiaan dan perikeadilan itu terhalang oleh asas non-retroaktif – yang secara historis pada awalnya dilatarbelakangi oleh maksud melindungi kepentingan manusia sebagai individu dari kesewenang-wenangan penguasa absolut – maka pengesampingan asas non-retroaktif dimaksud adalah tindakan yang tak dapat dihindari karena kepentingan yang hendak diselamatkan melalui tindakan pengesampingan itu adalah kepentingan kemanusiaan manusia secara keseluruhan yang nilainya melebihi kepentingan manusia sebagai individu; -----

Menimbang bahwa kendatipun Mahkamah berpendapat pengesampingan asas non-retroaktif dapat dibenarkan, bukanlah maksud Mahkamah untuk menyatakan bahwa pengesampingan demikian setiap saat dapat dilakukan tanpa pembatasan. UUD 1945 sendiri, Pasal 28J ayat (2), sebagaimana telah diuraikan di atas, telah menegaskan pembatasan dimaksud, yakni bahwa asas non-retroaktif hanya dapat disimpangi semata-mata demi menjamin pengakuan dan penghormatan atas hak dan kebebasan orang lain dan demi memenuhi tuntutan yang adil sesuai dengan pertimbangan moral, nilai-nilai agama, keamanan, dan ketertiban umum dalam suatu masyarakat demokratis; -----

Menimbang bahwa meskipun UUD 1945 memberi kemungkinan bagi pengesampingan asas non-retroaktif, bukan berarti UUD 1945 tidak

mengutamakan asas non-retroaktif. Asas non-retroaktif tetap diutamakan namun pengutamaan tersebut tidak dimaksudkan untuk dipahami sebagai kemutlakan. Semangat yang terkandung dalam UUD 1945 dalam hubungan ini sejalan dengan semangat yang terdapat dalam sejumlah instrumen hukum internasional maupun regional, di antaranya: -----

- Pasal 29 ayat (2) Deklarasi Universal Hak-hak Asasi Manusia (*Universal Declaration of Human Rights*) yang menyatakan, “*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 freedoms of others and of meeting the just requirements of morality, public order, and the general welfare in democratic society*”. Pembatasan ini hampir sepenuhnya sama dengan pembatasan sebagaimana dirumuskan dalam Pasal 28J ayat (2) UUD 1945; -----
- Pasal 15 Kovenan Internasional tentang Hak-hak Sipil dan Politik (*International Covenant on Civil and Political Rights*) pada ayat (1)-nya menyatakan “*No one shall be held guilty of any criminal offence on account of any act or omission which did not constitute a criminal offence, under national or international law, at the time when it was committed...*” namun ketentuan tersebut disertai sebuah klausul, sebagaimana ditegaskan pada ayat (2)-nya yang menyatakan, “*Nothing in this article shall prejudice the trial and punishment of any person for any act or omission which, at the time when it was committed, was criminal according to the general principles of law recognised by the community of nations*”. Bahkan Kovenan ini, dalam Pasal 4-nya, secara tegas memperbolehkan negara peserta kovenan untuk mengambil langkah-langkah yang dibutuhkan dalam keadaan darurat yang mengancam kehidupan bangsanya kendatipun hal itu berakibat pada pelunakan kewajiban negara yang bersangkutan terhadap kovenan sepanjang langkah-langkah tersebut tidak bertentangan dengan kewajiban-kewajiban

negara bersangkutan menurut hukum internasional dan sepanjang tidak mencakup diskriminasi yang semata-mata didasarkan atas ras, warna kulit, jenis kelamin, bahasa, agama, atau asal-usul sosial (*“in time of public emergency which threatens the life of the nation, and the existence of which is officially proclaimed, the States Parties to the present Covenant may take measures derogating from their obligations under the present Covenant to the extent strictly required by the exigencies of the situation, provided that such measures are not inconsistent with their obligations under international law and do not involve discrimination solely on the ground of race, colour, sex, language, religion or social origin”*); -----

- o Pasal 7 Konvensi Eropa tentang Hak-Hak Asasi Manusia (*European Convention on Human Rights*) yang secara tegas melarang penerapan hukum secara retroaktif juga memuat pengecualian yang membuka kemungkinan bagi diberlakukannya suatu ketentuan hukum secara retroaktif dengan menyatakan bahwa larangan penerapan hukum secara retroaktif dimaksud "tidak boleh mengesampingkan pengadilan dan penghukuman terhadap setiap orang yang melakukan setiap perbuatan baik berupa kesengajaan ataupun kealpaan yang merupakan kejahatan menurut prinsip-prinsip hukum umum yang diakui oleh bangsa-bangsa beradab pada saat perbuatan itu dilakukan (*“shall not prejudice trial and punishment of any person for any act or omission which, at the time when it was committed, was criminal according to the general principles of law recognized by civilized nations*); -----

Menimbang bahwa selain pembatasan-pembatasan terhadap pengesampingan asas non-retroaktif sebagaimana secara konstitusional ditegaskan oleh Pasal 28J ayat (2) UUD 1945, yang ternyata sejalan pula dengan pembatasan-pembatasan yang secara umum diakui oleh berbagai instrumen hukum internasional sebagaimana telah diuraikan di atas, dalam hubungan dengan “pelanggaran hak asasi manusia yang berat” sebagaimana diatur dalam Pasal 43 ayat (1) UU Pengadilan HAM, pembentuk undang-

undang juga memberikan persyaratan yang ketat dalam pengesampingan asas non-retroaktif, yang dapat dilihat dalam rumusan Pasal 43 ayat (2) yang menyatakan, “*Pengadilan HAM ad hoc sebagaimana dimaksud dalam ayat (1) dibentuk atas usul Dewan Perwakilan Rakyat Republik Indonesia berdasarkan peristiwa tertentu dengan Keputusan Presiden*”. Dengan ketentuan Pasal 43 ayat (2) UU Pengadilan HAM ini tampak jelas bahwa kendatipun UUD 1945 membenarkan untuk dalam batas-batas tertentu mengesampingkan asas non-retroaktif, pembentuk undang-undang telah sangat berhati-hati dalam menjabarkan maksud undang-undang dasar dimaksud, yakni bahwa: -----

- i. Pengadilan HAM *ad hoc* dibentuk hanya terhadap peristiwa-peristiwa tertentu, yaitu bukan terhadap semua peristiwa melainkan hanya terhadap peristiwa-peristiwa yang *locus delicti* dan *tempus delicti*-nya dibatasi sebagaimana disebutkan dalam Penjelasan Pasal 43 ayat (2) UU Pengadilan HAM; -----
 - ii. peristiwa tertentu yang diduga mengandung pelanggaran hak asasi manusia yang berat harus dinilai terlebih dahulu oleh Dewan Perwakilan Rakyat sebelum dapat dinyatakan adanya dugaan pelanggaran hak asasi manusia yang berat atau tidak; -----
 - iii. Presiden baru dapat menerbitkan Keputusan Presiden guna membentuk Pengadilan HAM *ad hoc* hanya apabila telah ada usul dari Dewan Perwakilan Rakyat yang berpendapat bahwa dalam suatu peristiwa tertentu diduga terdapat pelanggaran hak asasi manusia yang berat;-----
- Kehati-hatian demikian yang secara substansial merupakan langkah untuk membatasi pengesampingan asas non-retroaktif, menunjukkan dua hal: **Pertama**, bahwa pada dasarnya UU Pengadilan HAM adalah mengutamakan prinsip non-retroaktif, hanya dalam keadaan tertentu saja dapat diberlakukan pengesampingan terhadapnya dengan membentuk Pengadilan HAM *ad hoc*; **Kedua**, bahwa Pengadilan HAM *ad hoc* tersebut hanya dapat dibentuk atas usul Dewan Perwakilan

Rakyat karena menurut UUD 1945 Dewan Perwakilan Rakyat adalah representasi rakyat Indonesia, yang berarti bahwa pada dasarnya rakyat Indonesialah yang sesungguhnya berhak menentukan kapan suatu pelanggaran hak asasi manusia yang berat telah terjadi sebelum berlakunya undang-undang *a quo*, sehingga karenanya timbul kebutuhan hukum untuk membentuk Pengadilan HAM *ad hoc*;-----

Menimbang bahwa pembentukan pengadilan HAM *ad hoc*, sebagai forum untuk mengadili pelaku kejahatan yang tergolong ke dalam “kejahatan serius terhadap masyarakat internasional secara keseluruhan” (*the most serious crimes of concern to the international community as a whole*), sebagaimana diatur dalam Pasal 43 ayat (1) UU Pengadilan HAM, di samping dapat dibenarkan menurut UUD 1945 juga dapat dibenarkan oleh praktik dan perkembangan hukum internasional, yang antara lain ditunjukkan oleh pembentukan Mahkamah Pidana *ad hoc* (*ad hoc Criminal Tribunal*) di bekas negara Yugoslavia, yaitu *International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia* (ICTY) dan di Rwanda, yaitu, *International Criminal Tribunal for Rwanda* (ICTR). ICTY dibentuk (1993) dengan yurisdiksi untuk mengadili pelaku kejahatan perang dan kejahatan terhadap kemanusiaan, yang *tempus delicti*-nya dibatasi yaitu setelah 1 Januari 1991 dan *locus delicti*-nya adalah di wilayah bekas Yugoslavia. Sementara ICTR dibentuk (1994) dengan yurisdiksi untuk mengadili pelaku kejahatan genosida dan kejahatan serius lain terhadap hukum humaniter internasional (*other serious crimes of international humanitarian law*), dengan *tempus delicti* antara 1 Januari sampai dengan 31 Desember 1994, sedangkan *locus delicti*-nya adalah Rwanda dan negara-negara tetangganya. ICTY dan ICTR, yang keduanya didirikan berdasarkan Resolusi Dewan Keamanan Perserikatan Bangsa-Bangsa, meskipun dibentuk setelah terjadinya peristiwa tetapi secara substansial yurisdiksi kedua mahkamah *ad hoc* tersebut sesungguhnya adalah terhadap pelanggaran-pelanggaran yang sebelumnya sudah merupakan kejahatan menurut hukum internasional (*vide* Otto Triffterer, *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, Nomos

Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1999, h. 324). Demikian pula halnya dengan Pengadilan HAM ad hoc yang dibentuk berdasarkan Pasal 43 ayat (1) UU Pengadilan HAM, yang meskipun dibentuk setelah terjadinya peristiwa atau pelanggaran, namun jenis-jenis pelanggaran yang menjadi yurisdiksinya (*ratione materiae*-nya) sesungguhnya merupakan pelanggaran-pelanggaran yang sudah merupakan kejahatan sebelum dibentuknya Pengadilan *ad hoc* HAM dimaksud, yaitu dalam hal ini kejahatan genosida dan kejahatan terhadap kemanusiaan; -----

Menimbang lebih jauh bahwa UU Pengadilan HAM hanya memasukkan dua jenis kejahatan yang terhadapnya asas non-retroaktif dapat dikesampingkan, yaitu kejahatan genosida (*genocide*) dan kejahatan terhadap kemanusiaan (*crimes against humanity*). Undang-undang *a quo* tidak memasukkan kejahatan perang dan kejahatan agresi, meskipun kedua jenis kejahatan ini menurut hukum kebiasaan internasional (*international customary law*) juga tergolong dalam kejahatan serius terhadap masyarakat internasional secara keseluruhan (*the most serious crimes of concern to the international community as a whole*). Hal ini dapat dimengerti karena pada waktu itu, tidak ada kebutuhan hukum untuk memasukkan kedua bentuk kejahatan tersebut ke dalam pengaturan undang-undang *a quo*, khususnya Pasal 43 ayat (1), karena tidak relevan dengan konteks maksud dan tujuan pembentukan Pengadilan HAM *ad hoc* tersebut; -----

Menimbang bahwa pelanggaran berat hak asasi manusia (*gross violation of human rights*) berbeda dari kejahatan terorisme yang menurut pandangan sebagian ahli, terorisme juga merupakan kejahatan yang tergolong ke dalam kejahatan serius terhadap masyarakat internasional secara keseluruhan (*the most serious crimes of concern to the international community as a whole*), tetapi hingga saat ini belum terdapat definisi hukum yang tepat dan objektif tentang terorisme yang dapat diterima secara universal, sehingga belum terdapat keyakinan yang dapat diterima umum (*communis opinio juris sive necessitatis*). Hal ini sejalan pula dengan apa

yang dikatakan oleh Omer Y. Elagab, “*As concerns terrorism, it is extremely difficult to offer a precise and objective definition which can be universally accepted*” (vide Omer Y. Elagab, *International Law Documents Relating to Terrorism*, Cavendish Publishing Limited, 2000, h. xix). Dengan demikian berarti belum terdapat kebiasaan umum yang diterima sebagai hukum dalam praktik pengadilan yang berhubungan dengan terorisme, sehingga belum dapat dikatakan terbentuk hukum kebiasaan internasional (*international customary law*), yang merupakan salah satu sumber primer hukum internasional (*primary source of international law*) sebagaimana dimaksud oleh Pasal 38 Ayat (1) Statuta Mahkamah Internasional (*International Court of Justice*). Padahal, keadaan demikian merupakan kondisi yang harus dipenuhi bagi pembentukan suatu pengadilan ad hoc menurut praktik dan perkembangan hukum internasional; -----

Menimbang bahwa berdasarkan uraian di atas, sebagian dari dalil Pemohon yang dijadikan dasar penolakan terhadap pengesampingan asas non-retroaktif adalah dapat dibenarkan sepanjang menyangkut kejahatan-kejahatan biasa (*ordinary crimes*) ataupun kejahatan luar biasa (*extraordinary crimes*) yang cukup diadili melalui forum pengadilan biasa dan tanpa harus mengesampingkan asas non-retroaktif. Namun, dalil-dalil tersebut tidak dapat digunakan untuk membangun konstruksi pemikiran hukum (*legal construction*) yang bersifat aksiomatik sehingga melahirkan kesimpulan bahwa hak untuk tidak dituntut berdasarkan hukum yang berlaku surut adalah hak asasi manusia yang bersifat mutlak. Sebab, jika konstruksi pemikiran demikian digunakan maka terhadap perbuatan-perbuatan yang tergolong ke dalam kejahatan-kejahatan luar biasa (*extraordinary crimes*) yang secara universal telah dianggap sebagai kejahatan serius terhadap masyarakat internasional secara keseluruhan (*the most serious crimes of concern to the international community as a whole*), yang di dalamnya termasuk kejahatan-kejahatan sebagaimana diatur dalam undang *a quo*, sangat mungkin lolos dari tuntutan hukum tatkala hukum atau undang-undang tidak secara tegas mengatur perbuatan-perbuatan demikian sebagai kejahatan. Apabila itu

terjadi, maka telah terjadi pelanggaran terhadap suatu prinsip fundamental yang telah diterima secara universal sebagai asas hukum yaitu “tidak boleh ada kejahatan yang dibiarkan berlalu tanpa hukuman” (*aut punere aut de dere*). Konstruksi pemikiran hukum aksiomatik yang mengabsolutkan asas non-retroaktif, secara rasional, berarti juga harus diartikan sebagai penolakan terhadap mekanisme keadilan transisional (*transitional justice*) yang merupakan mekanisme penyelesaian pelanggaran-pelanggaran hukum yang terjadi di masa lalu, terutama pelanggaran berat terhadap hak-hak asasi manusia. Sebab, mekanisme keadilan transisional (*transitional justice*), terlepas dari sedikit banyaknya, pasti mengandung elemen pengesampingan asas non-retroaktif; -----

Menimbang bahwa dari seluruh uraian di atas jelaslah Pasal 43 ayat (1) dan ayat (2) Undang-undang Negara Republik Indonesia Nomor 26 Tahun 2000 tentang Pengadilan Hak Asasi Manusia (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2000 Nomor 208, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 4026) sebagaimana dimohonkan oleh Pemohon, tidak terbukti bertentangan dengan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, dan oleh karenanya permohonan Pemohon harus dinyatakan ditolak; -----

Mengingat Pasal 56 ayat (5) Undang-undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi; -----

M E N G A D I L I :

Menyatakan menolak permohonan Pemohon ; -----

PENDAPAT BERBEDA

Terhadap putusan di atas terdapat 3 (tiga) orang Hakim Konstitusi yang menyatakan pendapat berbeda (*dissenting opinion*), masing-masing sebagai berikut: -----

1. H. Achmad Roestandi, S.H.

Hakim H. Achmad Roestandi, S.H. berpendapat bahwa permohonan Pemohon seharusnya dikabulkan dengan alasan berikut: -----

- a. Penerapan asas retroaktif bertentangan dengan asas hukum yang dianut oleh hampir seluruh sistem hukum pidana di dunia. Asas retroaktif, memang pernah diterapkan di dalam pengadilan, tetapi pengadilan yang melakukannya adalah pengadilan internasional seperti dalam pengadilan di Nuremberg, Tokyo, Rwanda, dan Yugoslavia. Walaupun di dalam hukum internasional, dalam keadaan tertentu dan darurat, pernah diterapkan asas retroaktif, tetapi pada akhirnya selalu kembali kepada sikap untuk tidak menerapkan asas tersebut. Dalam lingkup nasional, bahkan negara paling maju dan “beradab”, seperti Amerika Serikat, tetap mempertahankan asas non-retroaktif sebagaimana tercantum dalam Article I Section 9 Konstitusinya yang berbunyi: *“No bill of attainder or ex post facto law shall be passed”*; -----
- b. Asas retroaktif meliputi baik hukum pidana materiil (*substance*) maupun hukum pidana formil (*procedural*), karena hukum pidana materiil dan formil merupakan satu kesatuan. Adanya hukum pidana formil adalah akibat dari adanya pidana materiil. Selain itu, ketentuan yang tercantum dalam hukum pidana formil yang baru bisa lebih berat daripada hukum pidana formil yang lama. (Contoh: lama penahanan, tindakan penyidikan, alat-alat bukti, bentuk-bentuk eksekusi hukuman);
- c. Asas retroaktif bertentangan dengan salah satu standar minimal dalam menjamin proses pengadilan yang baik (*fair trial*) yang merupakan tonggak-tonggak dalam penegakan *rule of law* (negara hukum). Standar minimal dimaksud meliputi: -----
 - 1) persamaan kesempatan bagi para pihak ; -----

- 2) pengucapan putusan terbuka untuk umum ; -----
 - 3) asas praduga tak bersalah ; -----
 - 4) *ne bis in idem* ; -----
 - 5) penerapan hukum yang lebih ringan, bagi terdakwa seandainya terjadi perubahan di bidang hukum ; -----
 - 6) larangan pemberlakuan asas retroaktif ; -----
- d. Membiarkan penerobosan terhadap asas non retroaktif, ibarat membiarkan musuh merebut *beach-head* yang akan digunakan sebagai pancangan kaki untuk merebut medan-medan strategis berikutnya. Penerobosan terhadap asas non-retroaktif, dapat dijadikan awal dari penerobosan terhadap keenam HAM lainnya, termasuk hak untuk *beragama* dan hak untuk *tidak diperbudak*, dengan alasan-alasan yang direka-reka. Jika hal ini tidak diwaspadai sejak dini, maka penerobosan ini akan merupakan awal dari bencana besar yang mengancam HAM di masa yang akan datang. Penerapan asas retroaktif mungkin akan memuaskan kepentingan sesaat tetapi akan merugikan kepentingan jangka panjang, karena dapat digunakan sebagai alat untuk balas dendam (*talionis*) bagi penguasa terhadap lawan politiknya, sehingga hukum akan diposisikan sebagai alat kekuasaan belaka; -----
- e. Kita memang harus mempertimbangkan perkembangan politik dan hukum internasional, tetapi norma pengujian yang tertinggi adalah UUD 1945. Kaitan antara keseluruhan Pasal 28 (Bab XV Hak Asasi Manusia), dengan menggunakan logika dan konstruksi hukum yang runtut harus dibaca sebagai berikut: “Ada sejumlah HAM yang dijamin dalam UUD 1945. Berdasarkan Pasal 28J semua HAM itu dapat dibatasi dengan alasan tertentu, kecuali HAM yang disebutkan dalam Pasal 28I”. Sekali lagi, harus dibaca seperti itu, sebab jika ketujuh HAM yang tercantum dalam Pasal 28I masih bisa diterobos dengan

pembatasan yang ditentukan dalam Pasal 28J, berarti tidak ada lagi perbedaan antara ketujuh HAM itu dengan HAM yang lainnya. Jika demikian untuk apa ketujuh HAM itu diatur secara khusus dalam Pasal 28J. Dengan kata lain untuk apa Pasal 28J diadakan!. Frasa "...hak untuk tidak dituntut atas dasar hukum yang berlaku surut adalah hak asasi manusia yang tidak dapat dikurangi dalam keadaan apapun", khususnya kata-kata "*tidak dapat dikurangi dalam keadaan apapun*" adalah kata-kata yang sudah terang dan jelas, atau dengan meminjam istilah hukum fiqih Islam, merupakan sesuatu *dalil yang qoth'i*. Untuk menemukan maksud sesungguhnya dari penyusun UUD 1945, penafsiran terhadap kata-kata itu boleh dilakukan dengan menggunakan metoda penafsiran *otentik, gramatikal, historis, teleologis*, dan sebagainya. Konstruksi hukum melalui metoda *analogi, argumentum a contrario*, atau *penghalusan hukum* pun boleh dilakukan untuk memperluas pengertian dari kata-kata tersebut. Namun, hasil penafsiran itu jangan sampai menyimpulkan hal yang sudah jelas *tidak boleh* menjadi *boleh*, atau menyimpulkan hal yang sudah jelas *negatif* menjadi *positif*. Sebab analisis seperti itu tidak lagi dapat digolongkan kepada pekerjaan *menafsir* atau *membangun konstruksi hukum*, tetapi lebih mendekati pekerjaan tukang sulap. Oleh karena itu ketujuh HAM yang tercantum dalam Pasal 28I itu adalah mutlak, sepanjang UUD 1945 belum mengubahnya! "*A retroactive law is not unconstitutional, unless ... is constitutionally forbidden*", kata Bryan A. Garner dalam Black's Law Dictionary hal. 1343; -----

Dari uraian di atas, dapat disimpulkan bahwa Pasal 43 (1) UU a quo bertentangan dengan Pasal 28I UUD 1945, oleh karena itu harus dinyatakan tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat, sesuai dengan permohonan Pemohon; -----

2. Prof. Dr. H.M. Laica Marzuki, SH ; -----

Hakim Konstitusi H.M. Laica Marzuki berpendapat bahwa asas *non-retroactive* dilarang konstitusi. Pasal 28I ayat (1) UUD NRI Tahun 1945 menentukan bahwasanya "...hak untuk tidak dituntut atas dasar hukum yang berlaku surut adalah hak asasi manusia yang tidak dapat dikurangi dalam keadaan apapun". Asas *non-retroactive* adalah amanah dan perintah konstitusi, tidak dapat disimpangi, apalagi dinegasi oleh peraturan perundang-undangan lainnya. *Constitutie is de hoogste wet!* ----

Larangan penerapan asas retroaktif tidak lagi sekadar diatur pada Pasal 1 ayat (1) KUH Pidana yang memuat asas '*nullum delictum, nulla poena sine preavia lege poenali*', walau pun prinsip *Nullum Delictum* dimaksud memang pernah – secara *buiten werking gesteld* – dikesampingkan oleh pemerintah pendudukan NICA di tahun 1945, berdasarkan stbl 1945 nr 135, lebih dikenal dengan nama *Brisbane Ordonnantie*, tetapi asas non-retroaktif sudah tidak dapat disimpangi, apalagi dilanggar, dengan telah dicantumkan prinsip tersebut pada Pasal 28I UUD NRI Tahun 1945. Juga Pasal 28I UUD NRI Tahun 1945 tidak dapat di-negasi oleh Pasal 28J UUD NRI Tahun 1945 yang hanya menetapkan pembatasan penggunaan hak dan kebebasan setiap orang atas dasar undang-undang dalam makna *wet, Gesetz*, tetapi sama sekali bukan dalam makna pembatasan atas dasar *Grundgesetz* (undang-undang dasar); -----

Berdasarkan uraian di atas, seyogianya Mahkamah mengabulkan permohonan Abilio Jose Osorio Soares selaku *justitiabel*; -----

3. Prof. H. Abdul Mukthie Fadjar, SH, M.S.

Tuhan tidak akan mengazab (menghukum dengan siksaan berat) suatu ummat sebelum Tuhan mengutus seorang rasul kepada mereka (Q.S. 17 : 15)

Hakim Konstitusi H.A. Mukthie Fadjar berpendapat sebagai berikut:-----

1. Dalam perspektif teologis, nukilan firman Tuhan dari penggalan ayat Al Quran tersebut di atas, menunjukkan bahwa betapa Tuhan sendiri sebagai Sang Maha Pencipta tidak menerapkan asas retroaktif bagi risalah agama, termasuk hukum-hukumnya, sebelum ada hukum yang termuat dalam risalah agama yang dibawa oleh para rasul diberlakukan buat suatu ummat; -----
2. Oleh karena itu, dapatlah dimengerti apabila asas non-retroaktif menjadi salah satu prinsip yang menjadi pilar utama dalam hukum, khususnya hukum pidana, bagi semua masyarakat, bangsa, dan negara yang demokratis. Tidak hanya demi kepastian hukum, tetapi juga demi keadilan, dan demi harkat dan martabat manusia (hak asasi manusia);-----
3. Penerimaan asas non-retroaktif dalam *The Universal Declaration of Human Rights* PBB tahun 1948, dalam Pasal 11 ayat 2 **“Tiada seorang jua pun boleh dipersalahkan melakukan pelanggaran pidana karena perbuatan atau kelalaian yang tidak merupakan suatu pelanggaran pidana menurut undang-undang nasional atau internasional, ketika perbuatan tersebut dilakukan”**, tentulah dengan kesadaran bahwa asas tersebut memang merupakan salah satu pilar HAM. Demikian pula ketika Deklarasi HAM Islami Cairo yang dibuat oleh konferensi negara-negara OKI yang merumuskan dalam Pasal 19 huruf d **“Tidak boleh ada kejahatan atau penghukuman kecuali ditetapkan oleh syariat”** adalah sejalan dengan ketentuan firman Tuhan dalam perspektif teologis di atas;-
4. Dalam perspektif hukum pidana internasional, Statuta Roma tentang Mahkamah Pidana Internasional (*International Criminal Court/ICC*) tahun 1998 menyatakan dalam: -----
 - Pasal 11 ayat (1): “Mahkamah memiliki yurisdiksi hanya terhadap tindak pidana yang dilakukan setelah berlakunya statuta ini”; -----

- Pasal 24 ayat (1): “Seseorang tidak dapat bertanggung jawab secara pidana berdasarkan Statuta ini untuk suatu tindakan sebelum berlakunya Statuta ini”; -----
5. Dalam perspektif Hukum Tata Negara (Hukum Konstitusi) boleh dikatakan hampir semua Konstitusi di dunia mengadopsi asas non-retroaktif, sehingga apabila UUD 1945 dalam Pasal 28I ayat (1) merumuskan “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 manusia yang tidak dapat dikurangi dalam keadaan apa pun**” adalah tentu dengan penuh kesadaran dan bukti komitmen religiusitas serta kepada universalitas HAM. Pasal 28J ayat (2) UUD 1945 adalah untuk restriksi terhadap sejumlah HAM di luar apa yang secara limitatif telah disebutkan dalam Pasal 28I ayat (1); -----
 6. Berbagai argumentasi untuk menerapkan asas retroaktif secara terbatas bagi berbagai kasus pidana yang dikategorikan sebagai “*extra-ordinary crime*” dengan ukuran-ukuran yang belum jelas, lebih bernuansa pertimbangan politik (*political judgement*) ketimbang pertimbangan hukum, baik politik dalam dimensi nasional maupun internasional;-----
 7. Kehadiran UU No. 26 tahun 2000 tentang Pengadilan Hak Asasi Manusia, khususnya Pasal 43-nya yang menerapkan asas retroaktif, dari argumentasi yang dikemukakan oleh pembentuk undang-undang, menunjukkan adanya “*political pressure*” yang mempengaruhinya. Oleh karena itu, sudah seharusnya apabila Konstitusi [Pasal 28I ayat (1)] tidak bisa digoyahkan oleh undang-undang *a quo*, sebab jika tidak, Mahkamah akan menjadi **penjagal Konstitusi, bukan penjaga Konstitusi**; -----

Demikian diputuskan dalam rapat permusyawaratan pleno yang dihadiri oleh 9 (sembilan) Hakim Konstitusi pada hari: **Rabu, 2 Maret 2005**, dan diucapkan dalam Sidang Pleno Mahkamah Konstitusi yang terbuka untuk

umum pada hari ini **Kamis, 3 Maret 2005**, oleh kami **Prof. Dr. Jimly Asshiddiqie, S.H.** selaku Ketua merangkap Anggota dan **Prof. Dr. H.M. Laica Marzuki, SH, Prof. H.A.S. Natabaya, SH, LL.M, H. Achmad Roestandi, SH, Dr. Harjono, S.H., M.CL., Prof. H. Abdul Mukthie Fadjar, SH, M.S., I Dewa Gede Palguna, S.H., M.H., Maruarar Siahaan, S.H., dan Soedarsono, S.H.** masing-masing sebagai anggota, dengan dibantu oleh **Teuku Umar, S.H., M.H.** sebagai Panitera Pengganti serta dihadiri oleh Pemohon/Kuasa Pemohon, Pemerintah, dan Dewan Perwakilan Rakyat;-----

K E T U A

Prof. Dr. Jimly Asshiddiqie, S.H.

ANGGOTA-ANGGOTA,

Prof.Dr.H.M.Laica Marzuki,SH

Prof.H.A.S.Natabaya,SH.LL .M

H.Achmad Roestandi, SH

Prof.H.A.Mukthie Fadjar,SH,M.S

Dr. Harjono, SH, MCL

I Dewa Gede Palguna, SH, MH

Maruarar Siahaan, S.H.

Soedarsono, S.H.

PANITERA PENGGANTI,

Teuku Umar, SH, MH