

BAB II

ASAS RETROAKTIF DALAM TINDAK PIDANA KEMANUSIAAN DAN KEJAHATAN TERHADAP KEMANUSIAAN

2.1. Penerapan Asas Retroaktif dan Kejahatan Terhadap Kemanusiaan

Pada saat Kasus Perkara Nomor 45 PK/PID/HAM Ad Hoc/2004 diadili di tingkat Peninjauan Kembali, terjadi *dissenting opinion* di antara para Hakim Agung yang mengadili perkara tersebut mengenai pemberlakuan asas retroaktif dalam kasus pelanggaran HAM berat di Tim-Tim. *Dissenting opinion* yang timbul adalah mengenai penggunaan asas retroaktif dalam peradilan perkara tersebut.

Salah satu asas yang sangat terkenal dan sampai saat ini masih dinyatakan berlaku adalah asas legalitas (*principle of legality*). Asas Legalitas ini mengandung tiga pengertian, yaitu : tidak ada perbuatan yang dilarang dan diancam dengan pidana jika hal itu terlebih dahulu belum dinyatakan dalam aturan UU, untuk menentukan adanya perbuatan pidana tidak boleh digunakan analogi, aturan-aturan hukum pidana tidak berlaku surut (*retroaktif*)¹. Salah satu dari tiga pengertian yang terkandung dalam asas legalitas menyebutkan dengan jelas bahwa aturan-aturan hukum pidana tidak berlaku surut atau retroaktif. Asas legalitas, yang mengandung asas hukum tidak berlaku surut ini, berlaku universal dan dianut dalam semua sistem hukum

¹ Moeljatno. 2000. Asas-Asas Hukum Pidana. Jakarta : PT Rineka Cipta. h. 25.

pidana di semua negara di dunia². Penyimpangan terhadap asas tidak berlaku surut, atau pemberlakuan asas retroaktif, pernah dilakukan pada Mahkamah Militer Nuremberg pada tahun 1946, Mahkamah Militer Tokyo pada tahun 1948, Mahkamah Militer Ad Hoc Rwanda pada tahun 1993, dan Mahkamah Militer Ad Hoc Yugoslavia pada tahun 1994³.

Pemberlakuan asas retroaktif dalam kasus pelanggaran HAM berat di Tim-Tim masih dilematis karena beberapa sebab sebagai berikut⁴,

- a. Pelanggaran HAM berat merupakan peristiwa baru dalam sejarah bangsa Indonesia dan tidak/belum ada pengaturannya dalam perundang-undangan yang berlaku di Indonesia.
- b. Pelanggaran HAM berat tidak identik dengan pelanggaran dengan pelanggaran terhadap peraturan perundang-undangan pidana yang berlaku, dan untuk itu larangan penafsiran analogi masih tetap berlaku.
- c. Pemberlakuan surut UU Pengadilan HAM dengan muatan materi mengenai ketentuan pidana di satu sisi melanggar asas hukum tidak berlaku surut (non-retroaktif), tetapi di sisi lain, jika asas non-retroaktif diabaikan berarti KUHP diberlakukan terhadap pelanggaran HAM berat, dan hal itu berarti pelanggaran HAM berat dianggap sama dengan kejahatan biasa (*ordinary crime*).
- d. Pemberlakuan asas retroaktif memerlukan justifikasi-justifikasi yang sangat kuat, baik dari pertimbangan filosofis, yuridis, dan sosiologis.

Beberapa pokok pikiran penting berdasarkan keadaan dan masalah tersebut di atas adalah sebagai berikut di bawah ini⁵.

Konsekuensi pengabaian asas non-retroaktif di atas adalah pemberlakuan KUHP bagi pelanggaran HAM berat, dan hal itu berarti bahwa pelanggaran HAM berat dianggap sama dengan kejahatan biasa. Statuta Mahkamah Ad Hoc Rwanda dan

² Romli Atmasasmita. 2001. Reformasi Hukum, Hak Asasi Manusia & Penegakan Hukum. Cetakan I. Bandung : Penerbit Mandar Maju (selanjutnya disingkat Romli Atmasasmita II). h. 145.

³ Ibid.

⁴ Ibid. h. 145-146.

⁵ Ibid. h. 146.

bekas jajahan Yugoslavia menegaskan, bahwa jika Pengadilan HAM Nasional memandang pelanggaran HAM berat sebagai kejahatan biasa, Pengadilan Internasional akan menggantikan Pengadilan Nasional, sekalipun Statuta ICC tahun 1998 tidak mengakui ketentuan seperti itu. Asas non-retroaktif dalam hukum pidana di Indonesia sudah sejak lama dipertahankan secara konsisten dan berkesinamungan. Kebanyakan pakar hukum dan para praktisi hukum di Indonesia sangat mempercayai dan meyakini bahwa kepatuhan terhadap asas non-retroaktif merupakan sikap yang benar dan sekaligus dipandang sebagai suatu sikap yang dapat memenuhi kepastian hukum, sekaligus keadilan bagi terdakwa atau pelaku kejahatan. Sikap tersebut memerlukan kajian kritis dan progresif karena sikap seperti itu sama sekali belum mempertimbangkan sisi keadilan dan termasuk kepastian hukum bagi korban kejahatan, yang secara moral maupun materiil telah sangat dirugikan, khususnya bagi keluarga korban. Salah satu contoh penggunaan asas retroaktif adalah dalam Putusan PK No. 45 PK/Pid/Ham Ad Hoc/2004 tanggal 4 November 2004.

Pendapat Hakim Agung Artidjo Alkostar mengenai penggunaan asas retroaktif adalah bahwa, penerapan asas *retroaktif* dibenarkan hukum nasional maupun hukum HAM Internasional dalam hal menyangkut kejahatan terhadap kemanusiaan (*crime against humanity*), karena kejahatan ini merupakan musuh seluruh umat manusia, sehingga menjadi tanggung jawab internasional untuk mengadili kejahatan palung serius bagi eksistensi umat manusia. Tanpa adanya asas retroaktif, akan banyak penjahat kemanusiaan yang tidak diadili dan akan menimbulkan semakin banyak pelanggaran HAM berat. Penerapannya tidak dianggap

sebagai pelanggaran terhadap asas legalitas dalam HAM Internasional, demi menegakkan prinsip keadilan dan kemanusiaan.

Pendapat Hakim Agung Sumaryo Suryokusumo mengenai penggunaan asas retroaktif adalah sebagai berikut,

- a. *Judex facti* tidak salah menerapkan hukum karena pemberlakuan asas *retroaktif* oleh *judex facti* sudah sesuai dengan Pasal 43 ayat (1) dan (2) UU No. 26 tahun 2006 di mana penerapan asas *retroaktif* tersebut dimungkinkan.
- b. Pemberlakuan asas *retroaktif* tidak bertentangan dengan ketentuan dalam Pasal 28 I ayat (1) UUD 1945 karena ketentuan ini tidaklah bersifat mutlak, karena adanya pembatasan hukum (*legal constrain*) yang tersirat dalam pasal berikutnya yaitu Pasal 28 J ayat (2) yang memungkinkan untuk menggunakannya sebagai *ex post facto law*, yaitu "... kewajiban untuk tunduk pada pembatasan yang ditetapkan dengan UU seperti UU No. 26 tahun 2000, Pasal 43 ayat (1) dan (2) tersebut untuk memenuhi tuntutan yang adil.
- c. Seperti juga halnya dalam ketentuan Pasal 11 ayat (2) *Universal Declaration of Human Right* penerapan asas *non-retroaktif* juga dibatasi oleh ketentuan dalam Pasal 29 ayat (2) yang kemudian diambil sebagai Pasal 28 J ayat (2) UUD 1945 yang telah diamandemen, yang berbunyi sebagai berikut : *In the exercise of these rights and freedom, everyone should be subject only to such limitations as are determined by the law.*
- d. Pengadilan HAM Ad Hoc dengan demikian mempunyai wewenang sepenuhnya untuk memeriksa dan memutus perkara pelanggaran HAM berat yang terjadi di Tim-Tim pada bulan April 1999 dan September 1999.

Pendapat kedua hakim agung di atas adalah bahwa penerapan asas retroaktif dapat dibenarkan, dengan menyebutkan dasar-dasar aturan yang dipergunakan. Dasar-dasar aturan yang disebut, akan dikutip di bawah agar dapat dibahas dengan lebih baik. Pasal 43 ayat (1) UU No. 26 tahun 2006 berbunyi, *pelanggaran hak asasi manusia yang berat yang terjadi sebelum diundangkannya Undang-undang ini, diperiksa dan diputus oleh Pengadilan HAM ad hoc*. Pasal 43 ayat (2) UU No. 26 tahun 2006 berbunyi, *Pengadilan HAM ad hoc sebagaimana dimaksud dalam ayat (1) dibentuk atas usul Dewan Perwakilan Rakyat Republik Indonesia berdasarkan peristiwa tertentu dengan Keputusan Presiden*. Didasarkan pada bunyinya maka Pasal 43 ayat (1) dan (2) UU No. 26 tahun 2006 memang dapat dijadikan dasar untuk berlakunya asas retroaktif.

Pasal 43 ayat (1) dan (2) UU No. 26 tahun 2006 bila dijadikan dasar berlakunya asas retroaktif, maka pakar hukum pidana yang lain menyatakan bahwa, Pasal 43 ayat (1) dan (2) UU No. 26 tahun 2006 itu bertentangan dengan Pasal 28 I 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 dihadapan hukum, dan hak untuk tidak dituntut atas dasar hukum yang berlaku surut adalah hak asasi manusia yang tidak dapat dikurangi dalam keadaan apa pun*. HAM seseorang memang juga meliputi hak untuk tidak dituntut atas dasar hukum yang berlaku surut. Hakim Agung Sumaryo Suryokusumo berpendapat bahwa Pasal 28 I ayat (1) UUD 1945 itu dibatasi oleh Pasal 28 J ayat (2) UUD 1945 yang memungkinkan untuk menggunakannya sebagai *ex post facto law*. Bunyi Pasal 28 J ayat (2) UUD 1945 adalah,

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 kebebasan orang lain dan untuk memenuhi tuntutan yang adil sesuai dengan pertimbangan moral, nilai-nilai agama, keamanan, dan ketertiban umum dalam suatu masyarakat demokratis.

Pasal 28 J ayat (2) UUD 1945 tersebut menentukan bahwa, setiap orang wajib tunduk kepada pembatasan yang ditetapkan dengan undang-undang, misalnya pembatasan yang ditetapkan dalam Pasal 43 ayat (1) dan (2) UU No. 26 tahun 2006. Penafsiran yang dilakukan oleh Hakim Agung Sumaryo Suryokusumo adalah bahwa Pasal 28 J ayat (2) UUD 1945 merupakan pembatasan dari Pasal 28 I ayat (1) UUD 1945, pembatasan mana diimplementasikan oleh Pasal 43 ayat (1) dan (2) UU No. 26 tahun 2006.

Hakim Agung Sumaryo Suryokusumo juga berpendapat bahwa dalam ketentuan Pasal 11 ayat (2) *Universal Declaration of Human Right* (UDHR) tentang penerapan asas *non-retroaktif* juga dibatasi oleh ketentuan dalam Pasal 29 ayat (2).

Pasal 11 ayat (2) UDHR berbunyi,

no one shall be held guilty of any penal offence on account of any act or omission which did not constitute a penal offence, under national or international law, at the time when it was committed. Nor shall a heavier penalty be imposed than the one that was applicable at the time the penal offence was committed.

(tidak seorang pun boleh dipersalahkan melakukan tindak pidana karena perbuatan atau kelalaian yang tidak merupakan suatu tindak pidana menurut undang-undang nasional atau internasional, ketika perbuatan tersebut dilakukan. Juga tidak diperkenankan menjatuhkan hukuman yang lebih berat daripada hukum yang seharusnya dikenakan ketika pelanggaran pidana itu dilakukan).

Pasal 11 ayat (2) UDHR itu dibatasi oleh ketentuan dalam Pasal 29 ayat (2) yang berbunyi,

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 a democratic society.

(Dalam menjalankan hak-hak dan kebebasan-kebebasannya, setiap orang harus tunduk hanya pada pembatasan-pembatasan yang ditetapkan oleh undang-undang yang tujuannya semata-mata untuk menjamin pengakuan serta penghormatan yang tepat terhadap hak-hak dan kebebasan-kebebasan orang lain, dan untuk memenuhi syarat-syarat yang adil dalam hal kesusilaan, ketertiban dan kesejahteraan umum dalam suatu masyarakat yang demokratis).

Ketentuan dalam Pasal 28 J ayat (2) UUD 1945, menurut Hakim Agung Sumaryo Suryokusumo, berasal dari Pasal 29 ayat (2) UDHR, namun Pasal 24 ayat (1) Statuta Roma mengatur ketentuan mengenai penggunaan asas non retroaktif yang berbunyi, *no person shall be criminally responsible under this Statute for conduct prior to the entry into force of the Statute* (tidak seorang pun bertanggung jawab secara pidana berdasarkan Statuta ini atas perbuatan yang dilakukan sebelum diberlakukannya Statuta ini). Keunikan Pasal 24 ayat (1) Statuta Roma di atas adalah, tidak ada pembatasannya seperti yang didapati pada Pasal 29 ayat (2) UDHR. Hal ini dimuat dan ditegaskan dalam ketentuan Pasal 29 Statuta Roma yang berbunyi, *the crimes within the jurisdiction of the Court shall not be subject to any statute of limitations* (kejahatan dalam yurisdiksi Mahkamah tidak tunduk pada setiap ketentuan pembatasan).

MA tidak punya pendapat yang jelas mengenai penggunaan asas retroaktif. Dalam perkara AJOS yang diputuskan dalam Putusan PK No. 45 PK/Pid/Ham.Ad Hoc/2004 tanggal 4 November 2004, MA tidak menggunakan asas retroaktif. Dalam perkara Eurico Guterres yang diputuskan dalam Putusan No. 06 K/PID.HAM AD

HOC/2005 tanggal 8 Maret 2006, MA tidak mempermasalahkan penggunaan asas retroaktif. Hakim Agung Sumaryo Suryokusumo menjadi hakim anggota majelis yang mengadili kedua perkara tersebut.

Penggunaan asas retroaktif dalam proses peradilan merupakan suatu masalah yang selalu menimbulkan perbedaan pendapat, baik yang pro maupun yang kontra. Hal itu menyebabkan Menteri Hukum dan HAM menetapkan Surat Keputusan No. G1-13.PR.09.03 tanggal 16 Januari 2006 tentang pembentukan Tim Pelaksana Penyusunan Kompilasi Bidang Hukum Tentang Asas Retroaktif. Tim Pelaksana Penyusunan Kompilasi Bidang Hukum Tentang Asas Retroaktif (Tim) menyelesaikan tugasnya pada bulan Desember tahun 2006.

Tim kemudian mengkompilasikan pendapat pro dan kontra tentang penerapan asas retroaktif. Hasil kerja Tim memang cukup bagus, namun sayang ada kekurangtelitian yang sangat mengganggu. Disebutkan bahwa contoh penggunaan asas retroaktif dalam putusan pengadilan adalah Putusan Pengadilan HAM Jakarta Pusat No. 01/Pid.HAM/ADHOC/2002 tanggal 1 Agustus 2002⁶, padahal Putusan Pengadilan Negeri Jakarta Pusat itu telah dibatalkan oleh Majelis Hakim PK dalam Putusan PK No. 45 PK/Pid/Ham.Ad Hoc/2004 tanggal 4 November 2004. Tim dibentuk pada tanggal 16 Januari 2006, oleh karena itu seyogyanya Tim mengetahui Putusan PK bagi AJOS, yang pada tahun 2004 sudah banyak dikritik oleh para aktivis HAM. Putusan pengadilan yang seharusnya dijadikan contoh oleh Tim adalah

⁶ Tim Kompilasi Bidang Hukum tentang “Asas Retroaktif” Pusat Perencanaan Pembangunan Hukum Nasional Badan Pembinaan Hukum Nasional Departemen Hukum dan HAM RI. 2006. **Laporan Akhir Tim Kompilasi Bidang Hukum tentang “Asas Retroaktif”**. <https://www.google.com/#q=Laporan+Akhir+Tim+Kompilasi+Bidang+Hukum+tentang+%E2%80%9CAsas+Retroaktif%E2%80%9D>. h. 34.

Putusan MA No. 06 K/PID.HAM AD HOC/2005 tanggal 8 Maret 2006, dalam kasus perkara Eurico Guterres. Tim memang menggunakan hasil karya Romli Atmasasmita sebagai rujukan, namun karya Romli Atmasasmita yang seharusnya dijadikan rujukan malah tidak dipergunakan. Karya Romli Atmasasmita yang seharusnya dijadikan rujukan adalah yang berjudul, “Reformasi Hukum, Hak Asasi Manusia & Penegakan Hukum”, yang untuk pertama kali diterbitkan pada tahun 2001. Selain kekurangtelitian Tim tersebut, hasil Tim memang cukup bagus dan memudahkan orang yang ingin mengetahui dan mempelajari tentang asas retroaktif.

Kompilasi yang dilakukan oleh Tim berkaitan dengan pendapat pro dan kontra penggunaan asas retroaktif dirasakan sangat berguna bagi penulisan tesis ini. Asas retroaktif tidak hanya digunakan di pengadilan HAM Ad Hoc, tetapi juga digunakan dalam pengadilan terorisme dan pengadilan tindak pidana korupsi (Tipikor). Beberapa pakar hukum pidana yang mendukung dan menyetujui digunakannya asas retroaktif adalah,

- a. Muladi⁷ yang menyatakan, mendukung sepenuhnya pemberlakuan secara surut terhadap Perpu No.2/2002 (tentang terorisme), pemberlakuan secara retroaktif penting karena peristiwa di Bali merupakan *extra ordinary crime* yang korbannya luar biasa dan berskala internasional. Sekalipun itu melanggar asas legalitas, tapi dari segi keadilan sesuai dengan konstitusi Pasal 28I dan 28J itu dimungkinkan, tapi itu berlaku hanya untuk kasus itu saja.

⁷ *ibid.* h. 53.

- b. Sahetapy⁸ anggota DPR dari Komisi II (pada saat itu) menyatakan, pemberlakuan Perpu secara retroaktif tidak perlu dipermasalahkan lagi. Alasannya, terorisme dianggap sebagai kejahatan yang luar biasa dan ketentuan tersebut sebelumnya telah diberlakukan dalam UU tentang Pengadilan HAM. Dalam konstitusi memang tidak ada hukum yang berlaku surut, tapi dalam kenyataannya untuk Pengadilan HAM berlaku surut dan DPR bisa mempertimbangkan hal itu, oleh karena itu, tidak perlu lagi diributkan kalau HAM itu dianggap suatu kejahatan yang luar biasa, hal itu juga berlaku sama saja untuk terorisme.
- c. Romli Atmasasmita⁹ yang menyatakan, seharusnya Mahkamah Konstitusi (MK) tidak hanya mempertimbangkan Pasal 28I ayat (1) UUD 1945, melainkan juga memperhatikan pembukaan UUD 1945 dan pasal 28J UUD 1945. Pasal 28J memungkinkan negara untuk membatasi hak asasi seseorang jika diperintahkan berdasarkan undang-undang dan untuk kepentingan yang lebih luas. Harus dilihat secara keseluruhan dalam konteks yang lebih luas, bukan hanya pasal 28I (yang diperhatikan), termasuk juga Pembukaan UUD 1945. Pembukaan UUD 1945 untuk menciptakan kesejahteraan, ikut menertibkan perdamaian dan kedamaian dunia. Bagaimanapun konstitusi harus melindungi (rakyat Indonesia) yang 200 juta ini yang sewaktu-waktu akan menjadi sasaran bom.
- d. Satjipto Rahardjo¹⁰ berkaitan dengan pemberantasan Tipikor menyatakan, kita suka mengobral pendapat, korupsi di negeri ini merupakan kejahatan yang berdimensi yang luar biasa, maka cara-cara yang digunakan untuk menghadapi juga

⁸ *Ibid.* h. 54-55.

⁹ *Ibid.* h. 55.

¹⁰ *Ibid.* h. 63-64.

berkualitas luar biasa. Ini berarti tidak tradisional dan konvensional, tetapi terbuka untuk bertindak lebih progresif dan berani melakukan pembebasan. Penjagaan dan pemaknaan terhadap Undang-Undang Dasar tidak boleh dibelenggu doktrin, asas, dan teori status quo. Dalam suasana serba luar biasa ini, marilah kita bertindak progresif dengan berani membebaskan diri dari dominasi teknikalitas, prosedur, doktrin, serta asas konvensional, jika itu membelenggu kita untuk keluar dari penderitaan.

Selain ketiga pakar hukum pidana di atas, dua orang Hakim Agung yang menjadi anggota Majelis PK dalam kasus perkara AJOS, yaitu Artidjo Alkostar dan Sumaryo Suryokusumo, juga menyetujui penggunaan asas retroaktif dalam kasus perkara AJOS.

Beberapa pakar hukum pidana yang tidak menyetujui digunakannya asas retroaktif adalah tiga orang Hakim Agung yang menjadi anggota Majelis PK dalam kasus perkara AJOS, yaitu Iskandar Kamil, Eddy Djunaedi Karnasudirdja, dan H.T. Bustomi. Dalam Laporan Akhir Tim Kompilasi Bidang Hukum Tentang Asas Retroaktif, tidak ditemukan pakar hukum pidana yang tidak menyetujui penggunaan asas retroaktif dalam kasus *extra ordinary crime*, kecuali beberapa hakim MK.

2.2. Analisa Putusan Peninjauan Kembali No.45/PK/Pid/HAM. Ad. Hoc/2004

Pada tanggal 31 Januari 2000 KPP HAM melaporkan bahwa telah terjadi pelanggaran HAM yang berat di Tim-Tim, yang meliputi pembunuhan, pemusnahan, perbudakan, pengusiran dan pemindahan paksa serta tindakan tidak manusiawi lainnya terhadap penduduk sipil. KPP HAM juga menyebutkan beberapa nama yang

direkomendasikan untuk disidik karena diduga keras terlibat dalam berbagai aksi pelanggaran HAM yang berat di Tim-Tim, antara lain AJOS yang pada saat terjadinya peristiwa tersebut berkedudukan sebagai gubernur, mulai tahun 1992 sampai tahun 1999¹¹.

AJOS kemudian dijadikan sebagai terdakwa yang harus bertanggungjawab atas perbuatan bawahannya, Bupati Liquisa, Bupati Kovalima, dan Eurico Guterres, mantan Wakil Panglima PPI. AJOS didakwa melakukan tindak pidana pelanggaran HAM berat yang tersurat dan tersirat dalam Pasal 42 ayat (2) huruf a dan huruf b juncto (jo) Pasal 7 huruf b, Pasal 9 huruf a UU No. 26/2000, sebagai dakwaan kesatu, dan dakwaan kedua adalah, melakukan tindak pidana pelanggaran HAM berat yang tersurat dan tersirat dalam Pasal 42 ayat (2) huruf a dan huruf b jo Pasal 7 huruf b dan Pasal 9 huruf h UU No. 26/2000. Pasal 42 ayat (2) huruf a dan huruf b.

Pada tanggal 14 Agustus 2002 Pengadilan HAM Ad Hoc Jakarta Pusat menjatuhkan putusan No. 01/Pid.HAM/ADHOC/2002 PN.JKT.PST yang amarnya berbunyi, perbuatan AJOS merupakan pelanggaran HAM yang berat berupa kejahatan terhadap manusia, dan menjatuhkan pidana berupa pidana penjara selama 3 tahun. Pada tanggal 13 Maret 2003 Pengadilan Tinggi Jakarta menjatuhkan Putusan No. 01/Pid.HAM/AD.HOC/2002?PT.DKI yang amarnya berbunyi, menguatkan putusan Pengadilan HAM Jakarta. Pada tanggal 1 April 2004 MA menjatuhkan putusan No. 04 K/Pid.HAM.Ad.Hoc/2003 yang amarnya berbunyi, menolak permohonan kasasi Terdakwa dan Jaksa Penuntut Umum. Pada tanggal 4 November

¹¹ Eddy O.S. Hiariej. *op.cit.* h. 85-86.

2004 MA menjatuhkan Putusan PK No. 45 PK/Pid.HAM.AD.HOC/2004 yang amarnya membebaskan AJOS.

Putusan PK di atas diputuskan dengan mengambil suara terbanyak dari majelis PK oleh karena terdapat perbedaan pendapat (*dissenting opinion*) di antara para *judex juris*. Hal itu sesuai dengan ketentuan yang diatur dan ditentukan dalam Pasal 182 ayat (6) Kitab Undang-Undang Hukum Acara Pidana (KUHAP). Hakim Agung Artidjo Alkostar dan Hakim Agung Sumaryo Suryokusumo punya pendapat yang berbeda dengan ketiga Hakim Agung lainnya. Perbedaan pendapat itu antara lain tentang penggunaan asas retroaktif.

Dalam sejarah modern, upaya internasional untuk mengadili para penjahat perang pertama kali dilakukan lewat peradilan Leipzig yang dibentuk pada akhir Perang Dunia I. Didasarkan perjanjian Versailles 1919 (*The Treaty of Peace Between the Allied and Associated Powers and Germany*), Jerman selaku pihak yang kalah dalam PD I diwajibkan untuk menyerahkan para tersangka pelaku kejahatan perang kepada pihak sekutu untuk diadili¹². Gagasan pembentukan mahkamah kejahatan internasional juga sempat muncul melalui Perjanjian Sevres tahun 1920, yang merupakan perjanjian perdamaian antara pasukan Sekutu dengan kekaisaran Usmaniyah Turki. Perjanjian tersebut meletakkan kewajiban bagi Turki untuk menyerahkan orang-orang yang disangka melakukan “kejahatan terhadap kemanusiaan”. Pada akhirnya para pelaku “kejahatan terhadap kemanusiaan “ itu memperoleh amnesti melalui Perjanjian Lausanne tahun 1923¹³.

¹² *ibid.* h. 45.

¹³ *ibid.*

Kegagalan untuk mengadili kejahatan internasional pada akhir PD II tampaknya mengilhami negara-negara Sekutu untuk mengadopsi model kejahatan mahkamah kejahatan internasional yang berbeda. Didasarkan pada berbagai pembicaraan di London dan Moscow pada tahun 1942-1943, pada akhirnya negara-negara Sekutu menyepakati Piagam London pada tanggal 8 Agustus 1945. Piagam London itu menjadi dasar bagi pembentukan Mahkamah Nuremberg yang merupakan forum untuk mengadili para penjahat perang Jerman. Sebanyak dua puluh empat tersangka penjahat perang Jerman diajukan ke mahkamah tersebut dan sebagai hasilnya, sembilan belas tersangka dinyatakan bersalah melakukan kejahatan yang didakwakan, dan mereka di jatuhkan pidana bervariasi, mulai dari pidana penjara selama sepuluh tahun, seumur hidup hingga pidana mati¹⁴.

Mahkamah Nuremberg dianggap memiliki arti penting bagi sejarah pembentukan mahkamah kejahatan internasional. Dalam konteks perkembangan hukum internasional, prinsip-prinsip penting yang diletakkan oleh Mahkamah Nurmberg adalah sebagai berikut,

- a. *That the initiation and waging of aggressive war is as crime as is a conspiracy to wage aggressive war.*
- b. *That the violation of the laws and customs of war is a crime.*
- c. *The inhumane acts upon civilians in execution of, or in connection with, aggressive war constitutes a crime.*
- d. *That individuals may be held liable for crimes committed by them pursuant to superior orders.*
- e. *That individual charged with a crime under international law is entitled to fair trial.*

Di antara prinsip-prinsip di atas, yang dianggap terpenting bagi perkembangan hukum pidana internasional adalah pertanggungjawaban individual (*individual*

¹⁴ *Ibid.* h. 46.

responsibility), irrelevansi posisi politik pelaku kejahatan internasional, serta tidak dapat dipakainya argumen perintah atasan (*superior order*) untuk menghindar dari pertanggungjawaban pidana. Perkembangan selanjutnya, ketiga prinsip tersebut secara kuat tercermin di dalam institusi peradilan kejahatan internasional pasca Nuremberg¹⁵.

Mahkamah Tokyo dibentuk untuk kawasan timur jauh dengan model yang kurang lebih sama dengan Mahkamah Nuremberg. Sejumlah dua puluh lima orang Jepang, pelaku kejahatan perang, diajukan ke mahkamah ini dan semua pelaku dinyatakan bersalah melakukan kejahatan yang didakwakan. Di antara dua puluh lima tersangka, tujuh orang terdakwa akhirnya dijatuhi pidana mati¹⁶.

Pembentukan mahkamah kejahatan internasional dapat dibedakan menjadi empat, masa pra Perang Dunia (PD) II, masa pasca PD II, masa *International Criminal Tribunal for formerly Yugoslavia (ICTY)* dan *International Criminal Tribunal for Rwanda (ICTR)*, dan masa *International Criminal Court (ICC)*¹⁷. *International Military Tribunal Nuremberg* (Mahkamah Nuremberg) yang muncul pada akhir Perang Dunia II dianggap peletak dasar bagi pembentukan mahkamah kejahatan internasional dalam sejarah modern. Gagasan tentang pembentukan mahkamah kejahatan internasional sesungguhnya telah dimulai pada masa sebelumnya.

¹⁵ *ibid.* h. 46-47.

¹⁶ *ibid.* h. 48.

¹⁷ *ibid.* h. 43-44.

Sharp¹⁸ berpendapat bahwa mahkamah kejahatan perang internasional yang tercatat pertama kali dibentuk adalah yang dibuat untuk mengadili Peter von Hagenbach pada tahun 1474. Dalam peradilan yang melibatkan dua puluh delapan negara di bawah kerajaan Romawi Suci (*The Holy Roman Empire*), Von Hagenbach dipersalahkan telah melakukan pembunuhan, perkosaan, dan kejahatan lain yang “melanggar hukum Tuhan dan hukum manusia” saat dia melakukan pendudukan militer. Peter von Hagenbach melalui peradilan tersebut dilucuti status kebangsawanannya dan kemudian di pidana mati. Cherif Bassiouni¹⁹ mencatat bahwa peradilan terhadap pelaku kejahatan internasional pertama kali diselenggarakan pada tahun 1268 di Naples, ketika Conradin von Hohenstaufen dijatuhi pidana karena ia dianggap melancarkan perang yang tidak dibenarkan (*unjust war*).

Pada tanggal 1 Juli 2002 Statuta Roma sudah mempunyai kekuatan hukum dan dapat diberlakukan. Hal itu berarti bahwa Pengadilan HAM Internasional tidak lagi bersifat Ad Hoc, tetapi sudah bersifat permanen. Pasal 1 Statuta Roma berbunyi,

An International Criminal Court ('the Court') is hereby established. It shall be a permanent institution and shall have the power to exercise its jurisdiction over persons for the most serious crimes of international concern, as referred to in this Statute, and shall be complementary to national criminal jurisdictions. The jurisdiction and functioning of the Court shall be governed by the provisions of this Statute.

[Dengan ini Mahkamah Pidana Internasional (selanjutnya disebut “Mahkamah”) dibentuk. Mahkamah ini merupakan suatu lembaga permanen dan mempunyai kekuasaan untuk melaksanakan yurisdiksinya atas orang-orang untuk kejahatan paling serius yang menjadi perhatian internasional, sebagaimana dicantumkan dalam Statuta ini, dan merupakan pelengkap terhadap yurisdiksi pengadilan nasional. Kewenangan dan fungsi Mahkamah ini diatur oleh ketentuan-ketentuan Statuta ini.]

¹⁸ *ibid.* h. 44.

¹⁹ *ibid.* h. 44-45.

Pasal 1 Statuta Roma memberikan penjelasan bahwa, yurisdiksi Mahkamah Pidana Internasional (MPI) merupakan pelengkap terhadap yurisdiksi pengadilan nasional. Ketentuan ini merupakan ketentuan yang sangat penting bagi semua negara. Arti dari ketentuan tersebut adalah bahwa, yurisdiksi MPI baru dapat dilaksanakan apabila proses peradilan yang efektif melalui tindakan hukum di tingkat nasional tidak dapat dilaksanakan. MPI dengan demikian tidak mempunyai yurisdiksi secara langsung atau serta merta terhadap pelanggaran HAM berat yang terjadi di sesuatu negara²⁰.

Ketentuan bahwa yurisdiksi MPI merupakan pelengkap terhadap yurisdiksi pengadilan nasional, dijabarkan lebih lanjut dalam Pasal 17 ayat 1 Statuta Roma yang berbunyi sebagai berikut,

Having regard to paragraph 10 of the Preamble and article 1, the Court shall determine that a case is inadmissible where :

- (a) The case is being investigated or prosecuted by a State which has jurisdiction over it, unless the State is unwilling or unable genuinely to carry out the investigation or prosecution.*
- (b) The case has been investigated by a State which has jurisdiction over it and the State has decided not to prosecute the person concerned, unless the decision resulted from the unwillingness or inability of the State genuinely to prosecute.*
- (c) The person concerned has already been tried for conduct which is the subject of the complaint, and a trial by the Court is not permitted under article 20 paragraph 3.*
- (d) The case is not of sufficient gravity to justify further action by the Court.*

(Dengan mengingat ayat 10 dari Mukadimah Statuta ini dan pasal 1, Mahkamah menetapkan bahwa suatu kasus tidak dapat diterima kalau :

- (a) Kasusnya sedang diselidiki atau dituntut oleh suatu Negara yang mempunyai yurisdiksi atas kasus tersebut, kecuali kalau Negara tersebut tidak bersedia atau benar-benar tidak dapat melakukan penyelidikan atau penuntutan.

²⁰ R. Wiyono. 2006. Pengadilan Hak Asasi Manusia di Indonesia. Cetakan ke-2 edisi kedua. Jakarta : Kencana Prenada Media Group. h. 16-17.

- (b) Kasusnya telah diselidiki oleh suatu Negara yang mempunyai yurisdiksi atas kasus tersebut dan Negara itu telah memutuskan untuk tidak menuntut orang yang bersangkutan, kecuali kalau keputusan itu timbul dari ketidaksediaan atau ketidakmampuan Negara tersebut untuk benar-benar melakukan penuntutan.
- (c) Orang yang bersangkutan telah diadili atas perbuatan yang merupakan pokok pengaduan itu, dan suatu sidang oleh Mahkamah tidak diperkenankan berdasarkan pasal 20 ayat 3.
- (d) Kasusnya tidak cukup gawat untuk membenarkan tindakan lebih lanjut oleh Mahkamah.)

Kriteria ketidaksediaan (*unwillingness*) untuk melakukan penyidikan dan penuntutan diatur dalam Pasal 17 ayat 2 Statuta Roma yang berbunyi sebagai berikut,

In order to determine unwillingness in a particular case, the Court shall consider, having regard to the principles of due process recognized by international law, whether one or more of the following exist, as applicable :

- (a) *The proceedings were or are being undertaken or the national decision was made for the purpose of shielding the person concerned from criminal responsibility for crimes within the jurisdiction of the Court referred to in article 5.*
- (b) *There has been an unjustified delay in the proceedings which in the circumstances is inconsistent with an intent to bring the person concerned to justice.*
- (c) *The proceedings were not or are not being conducted independently or impartially, and they were or are being conducted in a manner which, in the circumstances, is inconsistent with an intent to bring the person concerned to justice.*

(Untuk menentukan ketidaksediaan dalam suatu kasus tertentu, Mahkamah mempertimbangkan, dengan mengingat prinsip-prinsip proses yang seharusnya yang diakui oleh hukum internasional, apakah satu atau lebih dari yang berikut ini ada, dan dapat diterapkan :

- (a) Langkah-langkah hukum sudah atau sedang dilakukan atau keputusan nasional diambil untuk tujuan melindungi orang yang bersangkutan dari tanggung jawab pidana atas kejahatan yang berada di bawah yurisdiksi Mahkamah sebagaimana tercantum dalam pasal 5.
- (b) Ada suatu penangguhan yang tidak dapat dibenarkan dalam langkah-langkah hukum yang dalam keadaan itu tidak sesuai dengan maksud untuk membawa orang yang bersangkutan ke depan Mahkamah.
- (c) Langkah-langkah hukum dulu atau sekarang tidak dilakukan secara mandiri atau tidak memihak, dan langkah-langkah tersebut dilakukan dengan cara di mana, dalam hal itu, tidak sesuai dengan maksud untuk membawa orang yang bersangkutan ke depan Mahkamah.)

Kriteria ketidakmampuan (*unability*) dalam suatu kasus tertentu diatur dalam Pasal 17 ayat 3 Statuta Roma yang berbunyi sebagai berikut,

In order to determine inability in a particular case, the Court shall consider whether, due to a total or substantial collapse or unavailability of its national judicial system, the State is unable to obtain the accused or the necessary evidence and testimony or otherwise unable to carry out its proceedings.

(Untuk menentukan ketidakmampuan dalam suatu kasus tertentu, Mahkamah mempertimbangkan apakah, disebabkan oleh keruntuhan menyeluruh atau sebagian besar dari sistem pengadilan nasionalnya, Negara tersebut tidak mampu menghasilkan tertuduh atau bukti dan kesaksian yang perlu atau sebaliknya tidak dapat melaksanakan langkah-langkah hukumnya.)

Ketentuan bahwa yurisdiksi MPI merupakan pelengkap terhadap yurisdiksi pengadilan nasional, juga dijabarkan dalam Pasal 20 ayat 3 Statuta Roma mengenai asas *ne bis in idem* yang berbunyi sebagai berikut,

No person who has been tried by another court for conduct also proscribed under article 6, 7 or 8 shall be tried by the Court with respect to the same conduct unless the proceedings in the other court :

- (a) *Were for the purpose of shielding the person concerned from criminal responsibility for crimes within the jurisdiction of the Court; or*
- (b) *Otherwise were not conducted independently or impartially in accordance with the norms of due process recognized by international law and were conducted in a manner which, in the circumstances, was inconsistent with an intent to bring the person concerned to justice.*

(Tidak seorang pun yang telah diadili oleh suatu pengadilan lain untuk perbuatan yang juga dilarang berdasarkan pasal 6, 7 atau 8 boleh diadili oleh Mahkamah berkenaan dengan perbuatan yang sama kecuali kalau proses perkara dalam pengadilan lain itu :

- (a) Adalah dengan tujuan untuk melindungi orang yang bersangkutan dari tanggung jawab pidana untuk kejahatan yang berada di dalam yurisdiksi Mahkamah; atau
- (b) Sebaliknya tidak dilakukan secara mandiri atau tidak memihak sesuai dengan norma-norma mengenai proses yang diakui oleh hukum internasional dan dilakukan dengan cara yang, dalam keadaan itu, tidak sesuai dengan maksud untuk membawa orang yang bersangkutan ke depan Mahkamah.)

Dalam kaitan dengan yurisdiksi MPI di atas, logika hukum Romli Atmasasmita lebih tepat untuk digunakan sebagai dasar diberlakukannya asas retroaktif dalam Pengadilan HAM di Indonesia, khususnya dalam kasus Tim-Tim di atas. Pemberlakuan asas retroaktif memang masih dilematis karena beberapa sebab sebagai berikut²¹,

- a. Pelanggaran HAM merupakan hal baru dalam sejarah bangsa Indonesia dan tidak/belum ada pengaturannya dalam peraturan yang berlaku di Indonesia.
- b. Pelanggaran HAM yang berat tidak identik dengan pelanggaran terhadap peraturan perundang-undangan pidana yang berlaku, sedangkan penggunaan analogi tidak diperbolehkan menurut asas legalitas yang masih berlaku.
- c. Pemberlakuan asas retroaktif dalam UU Pengadilan HAM dengan muatan materi mengenai ketentuan pidana, di satu sisi melanggar asas hukum tidak berlaku surut, tetapi di sisi lain jika asas hukum berlaku surut diabaikan itu berarti Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP) diberlakukan terhadap pelanggaran HAM yang berat. Hal itu berarti bahwa pelanggaran HAM yang berat dianggap sama dengan kejahatan biasa (*ordinary crimes*), yang berarti mengundang pembentukan *International Tribunal Ad Hoc* untuk pelanggaran HAM berat di Tim-Tim.

DK PBB sudah mengeluarkan Resolusi No. 1264 pada tanggal 15 September 1999 dan Resolusi 1999/S-4/1 pada tanggal 27 September 1999 yang menuntut Pemerintah NKRI bekerja sama dengan Komnas HAM menjamin bahwa orang-orang yang bertanggung jawab atas tindak kekerasan dan pelanggaran sistematis terhadap

²¹ Romli Atmasasmita II. *op.cit.* h. 145-146.

HAM, diadili. Statuta Mahkamah Ad Hoc Rwanda dan bekas jajahan Yugoslavia menegaskan bahwa, jika Pengadilan HAM Nasional memandang pelanggaran HAM berat sebagai kejahatan biasa, maka Pengadilan Internasional akan menggantikan Pengadilan Nasional, sekalipun Statuta *International Criminal Court* (ICC) tahun 1998 tidak mengakui ketentuan semacam itu²². Pendapat Romli Atmasasmita ini seyogyanya didokumentasi oleh Tim. Pemberlakuan asas retroaktif dalam kasus Pelanggaran HAM yang berat di Tim-Tim dengan demikian tujuan utamanya adalah untuk menghindari agar tidak dibentuk *International Criminal Tribunal for Tim-Tim*.

Apakah yang akan terjadi apabila NKRI tidak bersedia untuk mengadili orang-orang yang bertanggung jawab atas tindak kekerasan dan pelanggaran sistematis terhadap HAM di Tim-Tim, khususnya perkara AJOS, dan tidak menyetujui pembentukan *International Criminal Tribunal for Tim-Tim*, serta menolak untuk mengirimkan orang-orang yang bertanggung jawab atas tindak kekerasan dan pelanggaran sistematis terhadap HAM di Tim-Tim untuk diadili di *International Criminal Tribunal for Tim-Tim*? Hal ini memang tidak diharapkan, namun tetap perlu diketahui apa akibatnya seandainya NKRI menolak *International Criminal Tribunal for Tim-Tim*.

Resolusi 1264 PBB, sebagaimana sudah disebutkan di atas, menurut Soedjono Dirdjosisworo²³, memberikan kewajiban internasional secara *mandatory* kepada Pemerintah Indonesia untuk mengadili orang-orang yang bertanggung jawab atas tindak kekerasan dan pelanggaran sistematis terhadap HAM di Tim-Tim melalui

²² *Ibid.* h. 146.

²³ Soedjono Dirdjosisworo. 2002. **Pengadilan Hak Asasi Manusia Indonesia**. Cetakan ke-1. Bandung : Citra Aditya Bakti. h. 235.

Pengadilan HAM Ad Hoc. Pasal 25 Piagam PBB menyebutkan bahwa Indonesia terikat secara hukum oleh Resolusi DK PBB. Pasal 25 Piagam PBB berbunyi, *the Members of the United Nations agree to accept and carry out the decisions of the Security Council in accordance with the present Charter* (anggota-anggota PBB menyetujui untuk menerima dan menjalankan keputusan-keputusan DK sesuai dengan Piagam ini), sehingga tidak ada jalan lain bagi Pemerintah Indonesia kecuali melaksanakannya.

Pemerintah Indonesia apabila tidak menjalankan Resolusi 1264 PBB, DK menurut Pasal 5 Piagam PBB, dapat menangguhkan hak-hak dan keistimewaannya sebagai anggota PBB. Pasal 5 Piagam PBB berbunyi,

A Member of the United Nations against which preventive or enforcement action has been taken by the Security Council may be suspended from the exercise of the rights and privileges of membership by the General Assembly upon the recommendation of the Security Council. The exercise of these rights and privileges may be restored by the Security Council.

(Suatu Anggota Perserikatan Bangsa-Bangsa yang dikenakan tindakan pencegahan atau pelarangan oleh DK dapat dikenakan penangguhan hak-hak dan hak-hak istimewanya sebagai Anggota oleh Majelis Umum atas rekomendasi DK. Penggunaan hak-hak dan hak-hak istimewa tersebut dapat dipulihkan kembali oleh DK).

PBB berdasarkan Pasal 6 Piagam PBB dapat mengeluarkan Indonesia dari keanggotaannya di PBB. Pasal 6 Piagam PBB berbunyi, *A Member of the United Nations which has persistently violated the Principles contained in the present Charter may be expelled from the Organisation by the General Assembly upon the recommendation of the Security Council* (Suatu Anggota PBB yang senantiasa melanggar prinsip-prinsip sebagaimana tercantum dalam Piagam, dapat dikeluarkan dari Organisasi oleh Majelis Umum atas rekomendasi DK).

Sanksi lain yang dapat dijatuhkan kepada Indonesia apabila tidak melaksanakan Resolusi DK PBB No. 1264 dan 1272 sebagaimana yang tersurat dan tersirat dalam Pasal 41 dan Pasal 42 Piagam PBB. Ketentuan Pasal 41 Piagam PBB perlu dikutip sekali lagi untuk mempertegas adanya sanksi embargo ekonomi sebagai berikut,

The Security Council may decide what measures not involving the use of armed force are to be employed to give effect to its decisions, and it may call upon the Members of the United Nations to apply such measures. These may include complete or partial interruption of economic relations and of rail, sea, air, postal, telegraphic, radio, and other means of communication, and the severance of diplomatic relations.

(DK dapat memutuskan tindakan-tindakan apa di luar penggunaan kekuatan senjata harus dilaksanakan agar keputusan-keputusannya dapat dijalankan dan dapat meminta kepada Anggota-anggota PBB untuk melaksanakan tindakan-tindakan ini. Termasuk tindakan-tindakan memulai dengan pemutusan seluruhnya atau sebagian hubungan-hubungan ekonomi, termasuk hubungan kereta api, laut, udara, pos, telegraf, radio dan alat-alat komunikasi lainnya. serta sampai pada pemutusan hubungan diplomatik).

Embargo ekonomi ini pernah dijatuhkan DK PBB kepada Yugoslavia dan Lybia, oleh karena itu Indonesia tidak dapat meremehkan keputusan DK PBB seperti yang tersurat dan tersirat dalam Resolusi No. 1264 dan Resolusi No. 1272 tahun 1999²⁴. Dalam perniagaan dan politik internasional, embargo adalah pelarangan perniagaan, perdagangan, dan ekspor impor dengan sebuah negara. Embargo umumnya dideklarasikan oleh sekelompok negara terhadap negara lain untuk mengisolasiannya dan dapat menyebabkan pemerintah negara tersebut dalam keadaan internal yang sulit. Keadaan yang sulit ini dapat terjadi akibat pengaruh dari embargo yang menyebabkan ekonomi negara yang di-embargo tersebut menderita. Embargo biasanya digunakan sebagai hukuman politik bagi pelanggaran terhadap

²⁴ *Ibid.* h. 236.

sebuah kebijakan atau kesepakatan. Salah satu contoh embargo adalah yang pernah diterapkan Amerika Serikat (AS) terhadap Indonesia dari tahun 1999 hingga 2005 dalam hal pengadaan senjata militer akibat pelanggaran HAM berat yang terjadi setelah jajak pendapat di Timor Timur.

Romli Atmasasmita berpendapat bahwa, Hukum Pidana Internasional dan HAM berkaitan erat satu sama lain. Keterkaitan itu seyogyanya ditambah menjadi, Hukum Pidana Internasional, HAM, dan embargo ekonomi, berkaitan erat satu sama lain. Embargo ekonomi merupakan salah satu sanksi yang dapat dikenakan apabila suatu negara tidak melaksanakan keputusan DK PBB. Selain embargo yang pernah diterapkan Amerika Serikat terhadap Indonesia dari tahun 1999 hingga 2005 dalam hal pengadaan senjata militer akibat pelanggaran HAM berat yang terjadi setelah jajak pendapat di Tim-Tim, Amerika Serikat juga menjadi sponsor embargo internasional terhadap Korea Utara (Korut) sejak dimulai Perang Korea tahun 1950. Sanksi yang dilakukan terhadap Korut sejak Perang Korea meletus mencakup aspek politik dan ekonomi, yang pada intinya dimaksudkan untuk melumpuhkan pemerintahan Korut yang oleh AS dianggap sebagai rezim otoriter, menghancurkan perekonomian negara tersebut, dan pada akhirnya memaksa Pemerintah Korut agar mau bekerja sama. Dalam kaitan dengan Hukum Bisnis maka tujuan embargo adalah menghancurkan perekonomian suatu negara.