

TRAINING TINGKAT LANJUT
RULE OF LAW DAN HAK ASASI MANUSIA
BAGI DOSEN HUKUM DAN HAM
Jakarta, 3-6 Juni 2015

MAKALAH PESERTA



EKSISTENSI PEMBERLAKUAN ASAS LEGALITAS HUKUM PIDANA TERHADAP PELANGGARAN HAM BERAT

Oleh:
Yahyanto, S.H., M.H.

EKSISTENSI PEMBERLAKUAN ASAS LEGALITAS HUKUM PIDANA TERHADAP PELANGGARAN HAM BERAT

“Yahyanto, S.H., M.H”¹

A. Pendahuluan

Makna asas legalitas dalam teori dan praktek hukum pidana yang salah satu nya melarang pemberlakuan hukum pidana secara retroaktif. Hal ini tertuang dalam Pasal 1 ayat (1) KUHP yang menyatakan “ tiada suatu perbuatan dapat dipidana kecuali atas kekuatan aturan pidana dalam perundang-undangan yang telah ada sebelum perbuatan dilakukan”.² Moelyatno menulis bahwa asas legalitas itu mengandung tiga pengertian : 1). Tidak ada perbuatan yang dilarang dan diancam dengan pidana kalau hal itu terlebih dahulu belum dinyatakan dalam suatu aturan undang-undang, 2). Untuk menemukan adanya perbuatan pidana tidak boleh digunakan analogi, 3). Aturan-aturan hukum pidana tidak berlaku surut.³

Para ahli hukum berpendapat bahwa akar gagasan asas legalitas adalah Pasal 39 *Magna Charta* (1215) di Inggris yang menjamin perlindungan rakyat dari penangkapan, penahanan, penyitaan, pembuangan, dan dikeluarkannya seseorang dari perlindungan hukum atau undang-undang, kecuali ada putusan peradilan yang sah.⁴ Ketentuan ini diikuti *Habeas Corpus Act* (1679) di Inggris yang mengharuskan seseorang yang ditangkap diperiksa dalam waktu singkat. Gagasan ini mengilhami munculnya salah satu ketentuan dalam *Declaration of Independence* (1776) di Amerika Serikat yang menyebutkan, tiada seorang pun boleh dituntut atau ditangkap selain dengan, dan karena tindakan-tindakan yang diatur dalam peraturan perundang-undangan. Gagasan itu akhirnya menyebar ke berbagai negara, termasuk Belanda dan akhirnya Indonesia.

Asas legalitas yang memiliki karakter antisipatif (pencegahan) terhadap tindakan-tindakan represi kekuasaan absolut yang di masa lalu kerap menyalahgunakan

¹ Dosen fakultas hukum Universitas Sembilanbelas November Kolaka, Sulawesi Tenggara

² Made Darma Weda “ *Pengecualian Asas Legalitas dalam Hukum Pidana*” Makalah tanpa tahun diakses tanggal 27 April 2015, Hal. 1

³ Moelyatno. *Asas-asas Hukum Pidana*, Jakarta: Bina Aksara, 1978, Hal. 25

⁴ Suparman Marzuki, *Robohnya Keadilan! Politik Hukum HAM era Reformasi*, Pusham UII, Yogyakarta, 2011, Hal. 70

kewenangannya. Kejahatan-kejahatan yang dikategorikan sebagai *Extra Ordinaria Criminal* (kejahatan-kejahatan yang tidak disebut dalam undang-undang tertulis) telah diterima oleh raja-raja dan menggunakan hukum pidana secara sewenang-wenang menurut kehendak dan kebutuhannya sendiri, antara lain dengan cara memanfaatkan implementasi asas retroaktif guna memenuhi kebutuhan politisnya. *Internasional Commission of jurists* telah mencanangkan pengakuan asas legalitas sebagai suatu wacana bagi setiap negara yang benar mengakui hukum sebagai fundamental operasionalisasi ketatanegaraan. Asas legalitas sangat dibutuhkan untuk menjamin terhadap setiap tindakan pencegahan atas perbuatan sewenang-wenang yang akan dilakukan oleh penguasa.

Dalam perkembangan hukum pidana terjadi penyimpangan asas legalitas ini yang didasarkan pada kebutuhan. Beberapa pengadilan Internasional yang pernah melakukan hukum pidana secara rekroaktif dan menjadi perdebatan dalam pemberlakuan hukum pidana secara retroaktif, yaitu *The Internasional Military Tribunal in Nuremberg* dan *The Internasional Military Tribunal at Tokyo*. Kedua pengadilan militer ini merupakan pengadilan yang dibentuk untuk mengadili para pelaku kejahatan perang, semasa terjadinya Perang Dunia II.⁵

Ketika pengadilan militer Nuremberg dan Tokyo dibentuk terdapat perlawanan dari berbagai pihak khususnya mereka yang ditangkap dan diadili, karena didasarkan pada hukum yang berlaku secara rekroaktif dan juga persis sama ketika dibentuk pengadilan Ad hoc di yugoslavia dan Rwanda. Di Indonesia kontroversi penerapan asas retroaktif juga terjadi ketika dalam pengadilan HAM Timor-Timur dan Tanjung Priok menjadi salah satu isu yang tajam diperdebatkan baik sebelum, selama dan setelah proses peradilan itu berlangsung. Padahal kita tahu larang penggunaan hukum yang berlaku surut atau retroaktif (*ex pos facto*) merupakan salah satu hak asasi yang tidak dapat dikurangi dalam situasi apapun (*non-derogable rights*), yang tercantum dalam Pasal 28 (i) amandemen ke-2 UUD 1945 dan Pasal 4 UU No. 39 tahun 1999 tentang

⁵ Made Darma Weda, op.cit. Hal. 1

HAM, adalah bersifat universal dan bersumber kepada Pasal 11 Deklarasi Universal HAM.⁶

B. Pelanggaran Hak Asasi Manusia yang Berat

Konsep pelanggaran hak asasi manusia yang berat tidak terdapat satu pemahaman yang disepakati secara umum dan menjadi standar untuk dipergunakan setiap kali menyebut istilah pelanggaran hak asasi manusia yang berat. Dalam istilah asing terdapat variasi pengertian, ada yang menggunakan rumusan *gross and sistematic violations, the most serious crimes, gross violations, grave violations, gross violation of human rights, dan seterusnya*.

Pandangan apa yang dianggap sebagai pelanggaran hak asasi manusia yang berat adalah sesuatu yang langsung mengancam kehidupan atau integritas fisik seseorang. Robers O. Mattews dan cranford Pratt menyebutkan daftar hak asasi manusia dasar, yaitu berisi kebebasan dari penahanan tanpa pengadilan, bebas dari penyiksaan, bebas dari eksekusi diluar hukum, dan hak untuk bertahan hidup. Daftar yang diajukan tersebut serupa dengan yang diajukan oleh satu kelompok kerja Belanja, Lieden, yang mengkategorikan pelanggaran hak asasi manusia yang berat sebagai ancaman terhadap kehidupan, kebebasan, dan keamanan seseorang seperti pembunuhan politik, penyiksaan, dan penghilangan.⁷

Dari berbagai pandangan, dan jika dicermati substansi uraian pada setiap karya ilmiah yang membahas pelanggaran hak asasi manusia berat dapat ditarik kesimpulan bahwa kata “berat” itu lebih mengacu pada tiga hal yang bersifat kumulatif. Pertama, menunjuk pada seriusnya perbuatan atau tindakan, baik dalam arti jenis perbuatan, cara maupun metode tindakan. Kedua, akibat yang ditimbulkan, dan ketiga, pada jumlah korban. Pembedaan hak-hak dalam kategori derogable dan non-derogable adalah contoh pembedaan berdasarkan seriusnya suatu kejahatan kemanusiaan dibanding kejahatan kemanusiaan lainnya.

Kualifikasi lain untuk menyatakan suatu pelanggaran hak asasi manusia masuk kategori berat atau bukan, didasarkan juga pada sifat dari kejahatan, yaitu sistematis

⁶ Suparman Marzuki, op.cit. Hal. 73

⁷ *Ibid.* Hal. 43

(*systematic*) dan meluas (*widespread*). Sistematis dikonstruksikan sebagai suatu kebijakan atau rangkaian tindakan yang telah direncanakan. Sementara meluas menunjuk pada akibat dari tindakan yang menimbulkan banyak korban dan kerusakan yang parah secara luas.

Dalam hukum nasional Indonesia, Undang-Undang Nomor 26 Tahun 2000 tentang Pengadilan Hak Asasi Manusia, tidak memuat pengertian “pelanggaran hak asasi manusia yang berat”. Pasal 1 (2) hanya menyatakan bahwa “pelanggaran hak asasi manusia yang berat adalah pelanggaran hak asasi manusia sebagaimana dimaksud dalam Undang-Undang ini”. Sementara Pasal 7 hanya memuat kategori kejahatan yang termasuk pelanggaran yang berat, yakni kejahatan genosida dan kejahatan terhadap kemanusiaan.

Penjelasan pasal demi pasal yang mengatur kedua jenis kejahatan kemanusiaan tersebut juga hanya menyebut pengertian kejahatan genosida dan kejahatan terhadap kemanusiaan sesuai dengan apa yang dimuat dalam Statuta Roma, bahwa pelanggaran hak asasi manusia yang berat mengandung unsur kesengajaan dan sikap membiarkan suatu perbuatan yang seharusnya dicegah (*act of omission*), unsur sistematis yang menimbulkan akibat dan rasa takut luar biasa, dan unsur serangan terhadap penduduk sipil.

Apa yang dimaksud dengan Genosida dan kejahatan Kemanusiaan yang menjadi yurisdiksi UU No. 26 tahun 2000 adalah sebagai berikut:

a. Genosida

Istilah genosida didefinisikan oleh konvensi tentang Pencegahan dan Penghukuman Kejahatan Genosida (Konvensi Genosida), 1948, Pasal II, yaitu:

“ *setiap tindakan yang dilakukan dengan maksud untuk menghancurkan, seluruh atau sebagian, kelompok kebangsaan, etnis, rasial, atau keagamaan*”, Tindakan tersebut adalah: (a). Membunuh anggota kelompok; (b). Menyebabkan bahaya badan atau mental yang serius pada anggota kelompok; (c). Secara sengaja menciptakan kondisi kehidupan kelompok yang diperhitungkan akan mengakibatkan kehancuran fisik seluruh atau sebagian kelompok tersebut; (d). Memaksakan tindakan dengan maksud

mencegah kelahiran dalam kelompok tersebut di atas; dan (e) Memindahkan secara paksa anak-anak dari kelompok tersebut di atas ke suatu kelompok lain”

Sedangkan UU No. 26 Tahun 2000 Pasal 8 merumuskan kejahatan genosida sebagai:

“setiap perbuatan yang dilakukan dengan maksud untuk menghancurkan atau memusnakan 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 dan kelompok tertentu ke kelompok lain.

Pengertian genosida maupun cara-cara dilakukannya tindakan tersebut, ditetapkan sebagai kejahatan genosida oleh Konvensi Genosida tahun 1948; sama dengan yang dirumuskan oleh Pasal 8 UU No 26 tahun 2000 tentang Pengadilan Hak Asasi Manusia. Perbedaannya, pertama, dicantumkannya ketentuan “ atau memusnakan” di samping”menghancurkan” seluruh atau sebagian kelompok sebagai unsur kejahatan genosida dalam UU No. 26 tahun 2000. Kedua, tidak dicantumkannya frasa “secara sengaja” (*deliberately*) dalam huruf c Pasal 8.

Konvensi Genosida 1948 merujuk pada resolusi Majelis Umum PBB No. 96 (1) tertanggal 11 Desember 1946 yang menyatakan bahwa “genosida adalah kejahatan menurut hukum internasional, bertentangan dengan semangat dan tujuan PBB, dan dikutuk oleh dunia beradab”

The Internasional Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia (ICTY) pada Pasal 4 ayat 2 mendefinisikan genosida sebagai tindakan yang disebut secara spesifik dalam Pasal 5 ayat 2 huruf (a) sampai (e), “yang dilakukan dengan maksud untuk menghancurkan, seluruhnya atau sebagian, suatu kelompok kebangsaan, etnis, rasial, atau religius”, sedangkan tindakan tersebut meliputi (a) membunuh anggota kelompok, (b) menyebabkan bahaya fisik atau mental yang serius pada anggota kelompok, (c) secara sengaja menciptakan kondisi kehidupan kelompok yang diperhitungkan akan

mengakibatkan kehancuran fisik seluruh atau sebagian kelompok tersebut, (d) memaksakan tindakan dengan maksud mencegah kelahiran dalam kelompok, dan (e) memindahkan secara paksa anak-anak dari kelompok ke suatu kelompok lain.

Definisi genosida sebagaimana tercantum dalam Pasal 4 ayat 2 b Statuta ICTY tersebut sama dengan definisi “genosida” yang tercantum dalam Pasal II Konvensi Genosida 1948. Definisi “genosida” sebagaimana tercantum dalam Pasal 8 UU No 26 tahun 2000 tentang Pengadilan HAM, sama esensinya dengan definisi yang tercantum dalam Pasal 4 ayat 2 Statuta ICTY dan dengan sendirinya, sama pula dengan yang tercantum dalam Pasal II Konvensi Genosida 1948.⁸

b. Kejahatan terhadap Kemanusiaan

Istilah kejahatan terhadap kemanusiaan (*crime against humanity*) sudah muncul pada tahun 1915 ketika pada 28 Mei 1915 Pemerintah Perancis, Inggris dan Rusia mengeluarkan deklarasi yang mengutuk pembantaian warga Armenia oleh Turki sebagai kejahatan terhadap kemanusiaan dan peradaban (*crime against humanity and civilization*) dan memintah semua aparat pemerintah Turki harus bertanggungjawab. Semenjak munculnya istilah kejahatan terhadap kemanusiaan tersebut, usaha untuk mencari pengertiannya terus dilakukan, dan melalui studi-studi mendalam yang dilakukan Cherif Bassiouni serta *Internasional Law Commission (ILC)*, konsep kejahatan terhadap kemanusiaan itu memperoleh pemahaman yang memadai.⁹

Pengadilan Nuremberg dan Tokyo adalah Pengadilan Internasional pertama yang menggunakan istilah *crime against humanity* untuk mengadili perwira militer dan sipil Jerman dan Jepang sebagai pelaku kejahatan perang setelah usainya Perang Dunia II. Statuta Nuremberg Pasal 6 (c) menyebutkan bahwa kejahatan terhadap kemanusiaan adalah pembunuhan, pemusnahan, perbudakan, deportasi dan tindakan tidak manusiawi lainnya yang diarahkan terhadap penduduk sipil, sebelum atau sesudah perang; atau persekusi atas dasar politik, ras, atau agama dalam rangka atau berkaitan dengan kejahatan yang ada dalam yuridiksi tribunal, baik melanggar atau tidak melanggar hukum domestik negara tempat terjadinya kejahatan.

⁸ To Fulfill dan To Protect : *Membaca Kasus-kasus Aktual tentang HAM*, Pusham UII, Yogyakarta, Hal. 580

⁹ *Ibid*

Control Council Law No. 10 (UU Dewan Pengawas No. 10), 20 Desember 1945 menyatakan bahwa kejahatan terhadap kemanusiaan meliputi; kekejaman dan pelanggaran, yang mencakup namun tidak terbatas pada pembunuhan, pemusnahan, perbudakan, deportase, penahanan, penyiksaan, perkosaan atau perbuatan tidak manusiawi lainnya yang diarahkan terhadap penduduk sipil atau persekusi atas dasar politik, ras, atau agama, baik melanggar maupun tidak melanggar hukum domestik negara tempat terjadinya.

Perkembangan lebih lanjut konsep kejahatan terhadap kemanusiaan dan pergeseran-pergeseran normatifnya terlihat pada dua pengadilan (pidana) internasional *ad hoc* yang berdiri pasca Nuremberg, yakni ICTY dan ICTR. Dalam statuta ICTY Pasal 5 pengertian kejahatan terhadap kemanusiaan tidak didefinisikan. Pasal tersebut hanya menetapkan kewenangan ICTY untuk menuntut orang-orang yang bertanggung jawab atas kejahatan yang disebut dalam Pasal tersebut, yaitu apabila dilakukan dalam konflik bersenjata, baik yang bersifat internasional maupun yang internasional, dan ditujukan terhadap penduduk sipil” berupa (a) pembunuhan; (b) pemusnahan; (c) perbudakan; (d) pengusiran; (e) pemenjaraan; (f) penyiksaan; (g) perkosaan; (h) persekusi karena alasan politis, rasial, dan religius; (i) tindakan tidak manusiawi lainnya.

Kejahatan terhadap kemanusiaan dalam pengertian ICTY mensyaratkan unsur “*committed in armed conflict*” (baik internasional maupun non-internasional), dan unsur “*directed against any civilion population*”. Tanpa kedua unsur tersebut, maka tidak ada kejahatan terhadap kemanusiaan dalam pengertian ICTY. Sedangkan Statuta ICTR menghilangkan persyaratan tersebut, karena pada kenyataannya, kejahatan terhadap kemanusiaan dapat terjadi pada masa damai, dan tidak selalu di masa perang.¹⁰

Dengan menghilangkan persyaratan itu, Statuta ICTR Pasal 3 mencantumkan persyaratan unsur baru, yakni “dilakukan sebagai bagian dari serangan sistematis atau meluas terhadap penduduk sipil atas alasan nasional, politik, etnik, rasial atau keagamaan. ICTR dengan demikian, mencantumkan persyaratan diskriminasi (*discriminatory intent*) sebagai elemen yang memastikan ada atau tidaknya kejahatan

¹⁰ *Ibid*

kemanusiaan, selain persyaratan lain yang sudah ada dalam Statuta Nuremberg, Statuta Tokyo, dan Statuta ICTY.

Sementara dalam UU No 26 Tahun 2000, kejahatan terhadap kemanusiaan dirumuskan sebagai 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 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

C. Asas Legalitas Konteks Hukum Nasional dan Internasional

1. Asas Legalitas Konteks Hukum Nasional

Asas legalitas ini pertama-tama mempunyai bentuk sebagai undang-undang adalah dalam Konstitusi Amerika 1776 dan sesudah itu dalam Pasal 8 *Declaration de droits de l'homme et du citoyen* 1789: “*nul ne peut etre puni qu'en vertu d'une loi etablie et promulguee anterieurement au delit et legalement appliquee*” (tidak ada seorang pun yang dapat dipidana berdasarkan hukum yang disusun dan diundangkan sebelum delik tersebut diterapkan secara legal.¹¹

Asas ini selanjutnya dimasukkan ke dalam Pasal 4 Code Penal Prancis yang disusun oleh Napoleon Bonaparte, “*Nulle contravention, nul delit, nul crime, ne peuvent etre punis de peines qui n'etaient pas prononcees par la loi avant qu'ils fussent commis*” (Tiada ada pelanggaran, tidak ada delik, tidak ada kejahatan yang dapat dipidana berdasarkan aturan hukum yang ada, sebelum aturan itu diadakan terlebih

¹¹ Eddy O.S. Hiariej, *Asas Legalitas dan Penemuan Hukum dalam Hukum Pidana*, Penerbit Erlangga, Jakarta, Hal. 28

dulu). Dari Code Penal Perancis inilah asas tersebut kemudian dimasukkan dalam Pasal 1 ayat (1) *Wetboek van Strafrecht* di Negara Belanda yang dengan tegas menyatakan, “*Geen feit is strafbaar dan uit kracht van eene daaraan voorafgegane wettelijke strafbepaling*”. Selanjutnya, asas tersebut dimuat dalam Pasal 1 ayat (1) KUHP Indonesia. Dalam perkembangan selanjutnya di tingkat nasional, asas legalitas ini tidak hanya dicantumkan dalam kitab undang-undang hukum pidana masing-masing negara, namun, lebih dari itu, asas legalitas termaktub dalam konstitusi masing-masing negara.

Di Belanda, asas legalitas baru dimasukkan dalam konstitusi tahun 1983 pada Pasal 16. Awalnya, asas legalitas dalam pengertian hukum tidak berlaku surut hanya mengikat pembentuk undang-undang yang lebih rendah, sementara pembentuk undang-undang pada tingkatan pusat dalam membuat aturan yang berlaku surut. Akan tetapi, setelah larangan berlaku surut suatu undang-undang diatur secara tegas dalam konstitusi, untuk menetapkan suatu undang-undang berlaku surut, konstitusinya harus diubah terlebih dahulu. Di Indonesia sendiri, asas legalitas dalam konstitusi baru dimasukkan dalam amandemen kedua UUD 1945. Pasal 28 I ayat (1) menyebutkan: “ Hak untuk hidup, hak untuk tidak disiksa, 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”. sedangkan Pasal 28 J ayat (2) 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”.¹²

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 untuk menghukum tentara negara yang kalah perang seperti Jepang dan para kolaboratornya. Tujuan yang ingin dicapai asas legalitas adalah memperkuat kepastian hukum, menciptakan keadilan dan kejujuran bagi

¹² Edy O.S. Hiariej, *Prinsip-prinsip hukum pidana*, Cahaya Atma Pustaka, Yogyakarta, 2014. Hal. 72

terdakwa, mengefektifkan fungsi penjeraan dalam sanksi pidana, mencegah penyalahgunaan kekuasaan, dan memperkuat *rule of law*. Asas ini sangat efektif dalam melindungi rakyat dari perlakuan sewenang-wenang kekuasaan, tetapi dirasa kurang efektif bagi penegakan hukum dalam merespons pesatnya perkembangan kejahatan. Bahkan asas legalitas kurang melindungi kepentingan-kepentingan kolektif (*collectieve belangen*), karena memungkinkan dibebaskannya pelaku perbuatan yang sejatinya merupakan kejahatan tetapi tidak tercantum dalam peraturan perundang-undangan.

2. Asas Legalitas Konteks Hukum Internasional

Terhadap asas legalitas dalam konteks hukum Internasional, terdapat perbedaan di antara para ahli hukum pidana. Dengan mengambil perbandingan pelaksanaan asas legalitas di negara-negara Civil law yang sangat demokratis, Antonio Cassese menyatakan adanya empat hal yang terkandung dalam asas legalitas. Pertama, makna asas legalitas terkandung dalam postulat *nullum crimen sine lege scripta*. Postulat ini mempunyai makna bahwa pelanggaran hukum pidana hanya ada dalam hukum tertulis yang dibuat oleh legislatif atau parlemen dan tidak didasarkan pada aturan-aturan kebiasaan. Kedua, makna asas legalitas terkandung dalam *postulat nullum crimen sine lege stricta*. Artinya, kebijakan kriminal harus didasarkan pada prinsip spesifik melalui aturan-aturan yang mengkriminalisasikan suatu kelakuan manusia secara khusus dan sejelas mungkin, sehingga tidak diinterpretasikan lain. Ketiga, makna asas legalitas terdapat dalam postulat *nullum crimen sine praevia lege*. Artinya, aturan-aturan pidana tidak boleh berlaku surut sehingga seseorang tidak boleh dipidana berdasarkan ketentuan yang belum ada pada saat pelaku melakukannya. Keempat, makna asas legalitas adalah larangan menerapkan aturan-aturan pidana secara analogi.¹³

Berlawanan dengan pendapat Cassese, Machteld Boot mengemukakan bahwa asas legalitas dalam konteks hukum pidana Internasional harus diterapkan dengan standar yang berbeda dengan hukum pidana nasional yang berkaitan dengan tanggung jawab pidana individu terhadap kejahatan-kejahatan Internasional. Masih menurut Boot, hukum pidana Internasional tidak dikodifikasi seperti halnya hukum pidana nasional tetapi juga bersumber dari hukum kebiasaan Internasional. Oleh karena itu asas legalitas

¹³ *Ibid*

tidak mengikat seluruhnya dalam konteks kejahatan-kejahatan di bawah hukum internasional.¹⁴

Senada dengan Boot adalah Cherif Bassiouni. Iya menyatakan bahwa dalam konteks hukum pidana nasional, asas legalitas menganut prinsip yang fundamental yaitu larangan terhadap *ex post facto* dalam hukum pidana. Selain itu juga ada larangan penerapan sanksi pidana secara retroaktif dan analogi dalam yudisial interpretasi. Oleh karena itu, aturan hukum pidana tidak boleh bersifat ambigu. Akan tetapi, dalam konteks hukum pidana internasional, yang sumber hukumnya berasal dari kebiasaan internasional, asas legalitas tidak dapat diterapkan seperti dalam sistem hukum pidana nasional. Asas legalitas dalam hukum pidana internasional tidak dapat diberlakukan secara ketat dalam hukum pidana internasional akibat adanya perbedaan prinsip antara kedua sistem hukum tersebut. Hukum pidana internasional berlaku secara universal sehingga asas legalitas lebih mengarah pada suatu prinsip keadilan yang berasal dari kebiasaan untuk melindungi masyarakat internasional.

Demikian pula, Steven R. Ratner dan Jason S. Abrams menyatakan bahwa dalam konteks hukum pidana internasional, asas legalitas memiliki dimensi khusus. Tidak seperti hukum pidana nasional di sebagian besar negara, hukum pidana internasional tidak dikodifikasikan dalam kitabundang-undang. Akibatnya, kejahatan-kejahatan yang didasarkan pada asas legalitas pada tingkat internasional tidak hanya didasarkan pada perjanjian internasional, tetapi juga didasarkan pada hukum kebiasaan internasional. Pendapat yang sama juga dikemukakan oleh Muladi, yang menyatakan bahwa asas legalitas dalam kaitannya dengan *gross violation of human rights* dapat memberlakukan surut perundang-undangan pidana atas dasar hukum kebiasaan internasional dan keadilan.

Ukuran berlakunya asas legalitas dalam hukum pidana internasional tidak dapat disamakan dengan ukuran berlakunya asas legalitas dalam hukum pidana nasional. Masalahnya, selain karena hukum pidana internasional tidak dikodifikasi sebagaimana hukum pidana nasional, hukum pidana internasional juga bersumber dari kebiasaan internasional sehingga sangat mungkin bahwa berlakunya asas legalitas didasarkan pada hukum kebiasaan internasional. Padahal, dalam konteks hukum pidana nasional, ukuran berlakunya asas legalitas antara lain adalah *lex scripta* dan *lex certa* atau didasarkan

¹⁴ Edy O.S. Hiariej, op.cit. Hal. 41

pada hukum tertulis dan aturan yang jelas, sehingga tidak dibenarkan jika berlakunya asas legalitas hanya didasarkan pada hukum kebiasaan semata.¹⁵

3. Asas Legalitas dalam Deklarasi Hak Asasi Manusia

Deklarasi universal adalah instrumen hak asasi manusia yang pertama dinyatakan secara komprehensif oleh organisasi internasional. Dengan deklarasi tersebut, status moral, hukum, dan politik hak asasi manusia diterima secara menyeluruh setelah Magna Charta, deklarasi hak asasi manusia di Amerika, dan deklarasi hak asasi manusia di Perancis. Menurut Jack Donnelly, ada empat hal pokok yang tertuang dalam deklarasi tersebut. Pertama, fokus pada hak-hak itu sendiri. Kedua, pembatasan terhadap hak-hak individu. Ketiga, keseimbangan antara hak-hak budaya. Keempat, tanggung jawab nasional dalam implementasi hak-hak asasi manusia yang diakui secara internasional.

Deklarasi diterima dan diumumkan oleh resolusi Majelis umum PBB 217A (III) pada tanggal 10 Desember 1948. Asas legalitas tersimpul dalam Pasal 11 deklarasi yang secara tegas menyatakan:

1. Setiap orang yang dituntut karena diduga melakukan suatu tindak pidana dianggap tidak bersalah, sampai dibuktikan kesalahannya menurut hukum dalam suatu pengadilan yang terbuka, di mana dia memperoleh semua jaminan yang diperlukan untuk pembelaannya.
2. Tidak seorang pun dapat dipersalahkan melakukan tindak pidana karena perbuatan atau kelalaian yang tidak merupakan perbuatan 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 dilakukan.

Berdasarkan pasal tersebut di atas, ada beberapa catatan sebagai berikut:¹⁶ Pertama, asas praduga tidak bersalah adalah asas yang fundamental untuk melindungi hak asasi manusia dari proses pidana dan peradilan pidana yang sewenang-wenang. Kedua, menyangkut perlindungan hak asasi manusia terhadap kekuatan berlaku surut suatu ketentuan hukum pidana. Ketiga, jika terjadi perubahan peraturan, pelaku harus

¹⁵ *Ibid*

¹⁶ *Ibid*

dijatuhi hukuman yang tidak lebih berat daripada hukum yang berlaku pada saat pelaku melakukan perbuatan kriminalnya.

D. Penerapan Asas Retroaktif di Indonesia

Berkaitan dengan semangat penegakan Hak Asasi Manusia dan pemberantasan tindak pidana terorisme, tentunya suatu undang-undang menghendaki adanya pengadilan HAM dan pemberantasan tindak pidana terorisme yang bersifat permanen, sehingga agaklah terasa absurd apabila pengaturan prinsip retroaktif tentang Pengadilan HAM Ad Hoc bersifat intra pada UU No. 26 Tahun 2000 tentang Pengadilan HAM dan UU No 15 dan No. 16 Tahun 2003 tentang Pemberantasan Tindak Pidana Terorisme, UU Pengadilan HAM maupun Terorisme yang bersifat permanen seharusnya tidak mengenal prinsip retroaktif. Permasalahan yang timbul adalah penyelesaian hukum terhadap berbagai perbuatan yang dikategorisir sebagai *gross violation of human rights* di masa lalu. Pendapat Hendardi¹⁷ bahwa perlu dibentuk Pengadilan HAM Ad Hoc yang temporer dan terpisah dari Pengadilan HAM yang permanen dengan sedikit kekeleluasan dari asas legalitasnya, patut menjadi perhatian. Pembentukan suatu pengadilan HAM Ad Hoc yang akan memeriksa dan mengadili pelanggaran *gross violation of human rights* di masa lalu haruslah bersifat temporer (sementara) dengan diberikan suatu kriteria yang jelas masa berlakunya dan sifatnya yang *case by case basis* (kasuistis), tentunya ini untuk menghindari suatu bentuk pelanggaran gaya baru terhadap HAM.

Pemberlakuan hukum pidana secara retroaktif untuk pertama kalinya dirumuskan dalam Pasal 43 ayat (1) UU tentang Pengadilan HAM yang menyatakan: “Pelanggaran hak asasi yang berat, yang terjadi sebelum diundangkannya undang-undang ini, diperiksa dan diputus oleh Pengadilan HAM ad hoc”. Ketentuan tersebut, dihadapkan pada Pasal 4 UU No. 39 tahun 1999 tentang HAM, yang melarang pemberlakuan secara retroaktif. Pemberlakuan secara retroaktif dinyatakan dalam penjelasan Pasal 4, yang menyatakan bahwa: “hak untuk tidak dituntut atas dasar hukum yang berlaku surut

¹⁷ Loby Lukman, *Perkembangan Asa legalitas dalam Hukum Pidana Indonesia*, Makalah di sampaikan pada Seminar Tentang Asas-asas Hukum Pidana Nasional, Semarang, Hal. 16

dapat dikecualikan dalam hal pelanggaran berat terhadap hak asasi manusia yang digolongkan ke dalam kejahatan kemanusiaan”.¹⁸

Penyusun Statuta Roma pun tetap saja mendasarkan inspirasinya kepada konvensi-konvensi internasional, kebiasaan internasional yang telah diterima sebagai hukum, dan prinsip-prinsip umum hukum yang telah diakui bangsa-bangsa. Dengan demikian dapat disimpulkan bahwa asas legalitas tersebut tidak berlaku mutlak dan terhadap asas tersebut masih dapat dikecualikan dengan menyatakan asas retroaktif berlaku untuk hal-hal tertentu.

Pasal 28 J ayat (2) 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.

Meskipun UUD 1945 memberikan 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, diantaranya Pasal 29 ayat (2) Deklarasi Universal HAM yang telah disinggung di atas.

Para pemerhati HAM secara umum berpendapat bahwa asas retroaktif tidak boleh digunakan kecuali telah memenuhi syarat kumulatif: (1) kejahatan berupa pelanggaran HAM berat atau kejahatan yang tingkat kekejaman dan destruksinya setara dengannya; (2) peradilannya bersifat internasional, bukan peradilan nasional; (3) peradilannya bersifat ad hoc, bukan peradilan permanen; dan (4) keadaan hukum nasional negara bersangkutan tidak dapat dijalankan karena sarana, aparat, atau ketentuan hukumnya

¹⁸ Made Darma Weda, op.cit. Hal. 8

tidak sanggup menjangkau kejahatan pelanggaran HAM berat atau kejahatan yang tingkat kekejaman dan destruksinya setara dengannya.¹⁹

Dalam hubungannya dengan “ pelanggaran HAM 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 usulan DPR Indonesia berdasarkan peristiwa tertentu dengan Keputusan Presiden”. Dengan ketentuan Pasal 43 ayat (2) UU tersebut, maka 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.²⁰

Pasal 7 Konvensi Eropa tentang HAM (*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.

Tuntutan untuk menyelesaikan pelanggaran HAM berat di masa lalu, tidak dapat dilepaskan dari kondisi politik di masa lalu, yang dirasakan sangat otoriter. Ada dua hal yang perlu mendapat perhatian berkaitan dengan pemberlakuan surut UU tentang pengadilan HAM, yaitu: (1) desakan dari masyarakat Indonesia agar kasus-kasu pelanggaran HAM berat di masa lalu dapat diadili dan pelakunya dijatuhi pidana; (2) desakan dari masyarakat internasional berkaitan dengan terjadinya pelanggaran HAM berat pasca jejak pendapat di Tim-Tim. Upaya yang dilakukan pemerintah dalam menyelesaikan kasus-kasus pelanggaran HAM berat, nampak bahwa upaya yang dilakukan dimaksudkan untuk memberikan keadilan bagi para korban (*restorative*

¹⁹ Suparman Marzuki, op.cit. Hal. 76

²⁰ *Ibid*

justice). Putusan pengadilan terhadap para pelaku pelanggaran HAM berat Timor-Timur, maka tujuan pemidanaan yang dimaksudkan dengan memperlakukan hukum pidana secara retroaktif perlu dipertanyakan. Banyaknya pelaku pelanggaran HAM berat untuk Timor-Timur serta Tanjung Priok, yang diputus bebas oleh pengadilan menunjukkan bahwa hukum pidana yang diberlakukan secara retroaktif tidak memiliki kekuatan sebagai upaya pencegahan (*deterrence*), tetapi *limited criminal sanction*²¹

Pemberlakuan hukum pidana secara retroaktif untuk kasus pelanggaran HAM berat, memiliki kelemahan sebagai berikut: (1) proses peradilan tidak ditentukan oleh dipidana tidaknya para terdakwa. Dalam proses peradilan pidana, bila tuntutan jaksa tidak dapat dibuktikan, maka terdakwa harus dibebaskan; (2) pemberlakuan secara retroaktif, untuk kasus-kasus yang telah lama terjadi, akan menimbulkan kesulitan-kesulitan dalam menemukan alat bukti, sehingga dapat dipastikan bahwa apa yang ingin dicapai dalam pemberlakuan secara retroaktif, tidak terpenuhi; (3) penanganan terhadap kasus-kasus pelanggaran HAM berat merupakan kasus baru untuk peradilan Indonesia, sehingga aparat yang terlibat dalam proses peradilan pidana belum sepenuhnya memahami; (4) pelanggaran HAM berat, yang melibatkan unsur-unsur yang pernah berkuasa, sarat dengan kepentingan politik, sehingga mekanisme peradilan tidak dapat berjalan secara fair.²²

E. Penerapan Asas Retroaktif dalam Pengadilan Internasional

Berdasarkan *London Agreement* tanggal 8 Agustus 1945, oleh pemerintah Amerika, Prancis, Inggris, Irlandia utara, dan Sovyet, didirikanlah *The International Military Tribunal At Nuremberg*, yang bertugas untuk menyelenggarakan peradilan yang cepat dan adil untuk menghukum tokoh-tokoh utama penjahat perang dari negara-negara European AXIS. Pembentukan pengadilan Nuremberg di dasarkan bahwa tidak ada hak-hak tanpa pemulihan kembali. Sama halnya bahwa tidak ada hak-hak asasi manusia tanpa pemulihan untuk setiap pelanggarannya. Pendekatan inilah yang digunakan sebagai dasar untuk menghukum mereka yang bersalah atas kejahatan terhadap kemanusiaan.

²¹ Made Darma Weda, op.cit. Hal. 11

²² *Ibid*

Tribunal ini mempunyai kewenangan untuk mengadili dan menghukum para pelaku baik secara individu maupun sebagai suatu organisasi yang telah melakukan kejahatan sebagaimana disebut dalam statuta. Adapun jenis kejahatan tersebut adalah: (1) kejahatan terhadap kedamaian (*crimes against peace*); (2) kejahatan perang (*war crime*); (3) kejahatan terhadap kemanusiaan (*crimes against humanity*). Peradilan yang berlangsung dari tanggal 14 November 1945 sampai dengan 1 Oktober 1946 ini mengatur beberapa hal, yaitu: (a) setiap orang yang melakukan suatu perbuatan yang merupakan suatu kejahatan internasional bertanggung jawab atas perbuatannya dan harus dihukum; (b) fakta bahwa hukum internal (nasional) tidak mengancam dengan pidana atas perbuatan yang merupakan suatu kejahatan menurut hukum internasional tidaklah membebaskan orang yang melakukan perbuatan itu dari tanggung jawab menurut hukum internasional; (c) fakta bahwa orang tersebut melakukan perbuatan yang merupakan suatu kejahatan menurut hukum internasional bertindak sebagai kepala negara atau pejabat pemerintah yang bertanggungjawab, tidak membebaskan dia dari tanggung jawab menurut hukum internasional; (d) fakta bahwa orang tersebut melakukan perbuatan itu untuk melaksanakan perintah dari pemerintahnya atau dari atasannya tidaklah membebaskan dia dari tanggung jawab menurut hukum internasional, asal saja pilihan moral (*moral choice*) yang bebas dimungkinkan olehnya; (e) setiap orang yang didakwa melakukan kejahatan menurut hukum internasional mempunyai hak untuk mendapat peradilan yang adil berdasarkan fakta dan hukum; (f) kejahatan-kejahatan ini dapat dihukum menurut hukum internasional: (1) kejahatan terhadap perdamaian; (2) kejahatan perang; (3) kejahatan kemanusiaan; (4) keterlibatan dalam pelaksanaan suatu kejahatan terhadap perdamaian, suatu kejahatan perang, atau suatu kejahatan terhadap kemanusiaan seperti disebutkan dalam prinsip VI adalah suatu kejahatan menurut hukum internasional.

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

Beberapa hal baru yang diberlakukan dan dilaksanakan di Peradilan Nuremberg, adalah: (1) tanggungjawab pribadi yang secara jelas tercantum dalam Pasal 6 statuta; (2) keberlakuan hukum pidana secara retroaktif, dimana statuta yang dibuat pada tahun 1945 ini berlaku secara retroaktif untuk kejahatan yang dilakukan sebelumnya, yaitu selama perang dunia II dan berlangsung di mana saja. Pemberlakuan secara retroaktif ini, dalam persidangan telah ditolak dan mendapatkan tantangan dari para pengacara terdakwa karena bertentangan dengan prinsip hukum pidana yang berlaku. Bantahan ini mendapat penolakan oleh majelis hakim IMT Nuremberg dengan alasan bahwa prinsip non retroaktif hanya berlaku: bagi kejahatan biasa (*ordinary crimes*), dan (b) yang terjadi di wilayah hukum nasional, di mana yang berlaku adalah hukum nasional.²³

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

F. Kesimpulan

Pemberlakuan hukum pidana retroaktif merupakan asas yang mendasar dalam hukum pidana, namun dalam perkembangannya hukum pidana menunjukkan adanya pengikisan eksistensinya yang didasarkan pada hukum pidana internasional serta kebiasaan yang diakui masyarakat internasional khususnya terhadap kejahatan yang dikategorikan pelanggaran HAM yang berat.

Pemberlakuan asas retroaktif dapat diberlakukan dengan perkecualian telah memenuhi empat syarat kumulatif : (1) kejahatan berupa pelanggaran HAM berat atau kejahatan yang tingkat kekejaman dan destruksinya setara dengannya; (2) peradilannya bersifat internasional, bukan peradilan nasional; (3) peradilannya bersifat ad hoc, bukan peradilan permanen; dan (4) keadaan hukum nasional negara bersangkutan tidak dapat dijalankan karena sarana, aparat, atau ketentuan hukumnya tidak sanggup menjangkau

²³ *Ibid*

kejahatan pelanggaran HAM berat atau kejahatan yang tingkat kekejaman dan destruksinya setara dengannya.

DAFTAR PUSTAKA

Buku

Eddy O.S. Hiariej, *Asas Legalitas dan Penemuan Hukum dalam Hukum Pidana*, Penerbit Erlangga, Jakarta

....., *Prinsip-prinsip hukum pidana*, Cahaya Atma Pustaka, Yogyakarta, 2014

Moelyatno. *Asas-asas Hukum Pidana*, Jakarta: Bina Aksara, 1978

Made Darma Weda “ *Pengecualian Asas Legalitas dalam Hukum Pidana*” Makalah tanpa tahun diakses tanggal 27 April 2015

Loby Lukman, *Perkembangan Asa legalitas dalam Hukum Pidana Indonesia*, Makalah di sampaikan pada Seminar Tentang Asas-asas Hukum Pidana Nasional, Semarang.

Suparman Marzuki, *Robohnya Keadilan! Politik Hukum HAM era Reformasi*, Pusham UII, Yogyakarta, 2011

To Fulfill dan To Protect : *Membaca Kasus-kasus Aktual tentang HAM*, Pusham UII, Yogyakarta