

MENGGALI ASAS PENGADILAN HAK ASASI MANUSIA DALAM PUTUSAN MAHKAMAH KONSTITUSI TENTANG PENGUJIAN UNDANG-UNDANG PENGADILAN HAK ASASI MANUSIA

Susianto, Febriansyah Ramadhan

Program Studi Magister Ilmu Hukum, Pascasarjana
Universitas Al azhar Indonesia,
Komplek Masjid Agung Al Azhar, Jalan Sisingamangaraja,
Kebayoran Baru, Jakarta Selatan, 12110

susianto999@gmail.com, mrfebri18@gmail.com

Abstrak- Tulisan ini mengkaji asas-asas pengadilan HAM yang digali melalui Putusan Mahkamah Konstitusi tentang UU Pengadilan HAM. Hal tersebut diperlukan lantaran terjadi penelantaran terhadap penyelesaian pelanggaran HAM berat masa lalu. Penyelesaian tersebut seperti kehilangan arah, tidak pasti, berlarut-larut yang tentu merugikan korban/keluarganya. Pemaknaan asas hukum sebagai bintang pemandu, perlu dilakukan kembali untuk mengembalikan arah penegakan hukum yang telah kabur. Tulisan ini membahas dua hal, uraian tentang Pengujian UU Pengadilan HAM di Mahkamah Konstitusi. Kedua, Menggali asas pengadilan HAM dalam Putusan Mahkamah Konstitusi tentang UU Pengadilan HAM. Penelitian ini menggunakan jenis penelitian normatif, dengan pendekatan peraturan perundang-undangan, sejarah, dan filosofis.

Kata Kunci: Asas, Pengadilan HAM, Putusan Mahkamah Konstitusi.

PENDAHULUAN

Asas-asas dalam ilmu hukum merupakan fondasi dari kokohnya bangunan norma yang terbangun di atas. Asas hukum disebut juga, sebagai bintang pemandu yang memberikan arah, kemana norma hukum itu akan bergerak. Sebagai asas, tentu asas tersebut akan membentuk pola arah tertentu, yang tidak bertentangan antara

salah satu asas hukum dengan asas hukum lainnya, serta tidak bertentangan antara asas hukum dengan norma hukum. Jika asas hukum dicermati benar-benar, diamalkan dengan penuh keyakinan, niscaya apapun visi yang akan dicapai tentu akan terwujud.

Sudah memasuki 20 tahun dari diundangkannya Undang-Undang Nomor 26 tahun 2000 tentang

Pengadilan Hak Asasi manusia (UU Pengadilan HAM), tanda-tanda keberhasilan dari UU Pengadilan HAM tidak kunjung terlihat. Daya tekan, dan konsep yang terbangun dalam UU tersebut tidak kunjung menuai hasil. Tidak berlebihan, jika negara terkesan membiarkan Pelanggaran HAM berat masa lalu. Korban terus bertanya, dimana wujud keadilan bagi korban, dan tanggung jawab negara menyelesaikannya. Pertanyaan besarnya adalah, bagaimana asas-asas hukum dalam pengadilan HAM dipahami, direnungi, serta diamalkan? Tentu kecurigaan tentang pengamalan, dan pemahaman asas tersebut muncul lantaran pelanggaran HAM berat yang tidak kunjung usai.

Jika direnungkan kembali, tanda kemajuan bernegara, salah satunya adalah teraplikasinya ide-ide konstiusionalisme yang menempatkan negara (pemerintah) sebagai aktor utama. Iutisone Salevao menyatakan:¹

¹ *Iutisone Salevao, Rule of Law, Legitimate Governance and Development in the Pacific, Asia Pacific Press at the Australian National University, Canberra, 2005. Hlm. 72. Dikutip dari Permohonan Pemohon (Saldi Isra, Ali Safa'at, dkk) dalam Putusan Nomor 49/PUU-IX/2011*

Government is the government of the people. This is not mere pandering to the dictates of socialist thought; it is rather a reassertion of the proper status of the people in their mortal creation, the state, and a proper delineation of the often-nebulous connection between the government and the governed. (terjemahan bebas: Pemerintah adalah pemerintahan rakyat. Bukan sekadar menjadi pijakan bagi pemikiran sosialis, melainkan penegasan kembali status yang tepat dari orang-orang dalam penciptaan harapan mereka, negara, dan penggambaran yang tepat dari hubungan yang sering samar-samar antara pemerintah dan yang diperintah).

Pernyataan Iutisone Salevao, menjelaskan bahwa hubungan antara pemerintahan (lembaga negara) dengan yang diperintah (warga negara) sangat signifikan, jika tidak berjalannya fungsi pemerintahan maka yang paling dirugikan adalah warga negara. Negara kemudian membentuk hukum untuk mengatur tata kelola, serta cara-cara menyelesaikan setiap permasalahan dan kerugian yang dirasakan oleh setiap warga negara, tanpa terkecuali. Gagalnya pelaksanaan pemerintahan

yang baik sesuai kehendak rakyat/warga negara merupakan kegagalan dalam mewujudkan ide-ide konstitusionalisme.

Salah satu permasalahan krusial yang masih dimiliki Pemerintah hingga saat ini, adalah penyelesaian terhadap pelanggaran HAM berat. Jalan terjal penyelesaian pelanggaran HAM Berat (Pelanggaran HAM Berat) hampir mencapai titik kulminasi. Ragam instrumen hukum sudah dibentuk oleh Pembentuk Undang-Undang, namun masih sulit untuk diterapkan. Ragam instrumen hukum mengenai penyelesaian pelanggaran HAM Berat, sebagai berikut:

1. Undang-Undang Nomor 26 tahun 2000 tentang Pengadilan Hak Asasi Manusia (selanjutnya disebut UU Pengadilan HAM)
2. Undang-Undang Nomor 27 tahun 2004 tentang Komisi Kebenaran dan Rekonsiliasi (Selanjutnya disebut UU KKR).

Hingga detik ini, UU Pengadilan HAM telah diuji beberapa kali ke

Mahkamah Konstitusi, berikut uraiannya:

Daftar Putusan MK tentang Pengujian Undang-Undang Pengadilan Hak Asasi Manusia

No	Putusan	Legislasi Standing	Putuk Persepsi	Batu Uji	Absor Putusan
1	001/PUU-02/2004	Kitab 1 U.S	Pasal 43 (1) mengenai larangan kebebasan sumpah	Pasal 281 ayat (1)	Pemerintahan Ditolak
2	006/PUU-03/2006	NGO: Elsam, Kontra, Sisk, Inpresid, dll. Rencana Negara: Rencana Reformasi 1, 2, dan 3 Meyu-R	Pasal 1 (1) UU KKR, mengenai penghapusan/penyerahan terhadap pelaku kejahatan HAM Pasal 27 (1) UU KKR, mengenai adanya pelaksanaan terhadap jaminan anti diskriminasi, persamaan di hadapan hukum dan penghormatan terhadap martabat manusia (melindungi hak korban atau pemertan, baik semarang dengan pelaku) Pasal 44 (1) UU KKR, mengenai, menyangkut adanya korban melimpah atau ketidakadilan melalui proses pengadilan.	Pasal 280 ayat (1) dan ayat (4), ayat (1)	Pemerintahan dibatalkan, Undang-Undang KKR ditetapkan seluruhnya
3	001/PUU-03/2006	Arifin, Djones, R. R. Ercandi, R. H. Yusuf, R. H. M. Yusuf, R. H. M. Yusuf, dll.	Pemerintahan tidak dapat diterima, karena tidak ada Putusan 006/PUU-03/2006 yang membatalkan (1) UU		
4	001/PUU-03/2007	Datta Guberna	Pasal 43 ayat (2) dan Penghapusan Pasal 43 ayat (2) mengenai peran DPR dalam pembentukan pengadilan HAM ad-hoc	Pasal 27 ayat (1), Pasal 280 ayat (1), Pasal 280 ayat (1) dan Pasal 281 ayat (2)	Pemerintahan dibatalkan sebagian Pemerintahan Penghapusan Pasal 43 ayat (2) UU Pengadilan HAM bertentangan dengan UUD 1945, tetapi, oleh tidak memiliki kekuatan hukum mengikat
5	001/PUU-03/2007	Peter Solahan dan Yuli Bayati	Pasal 28 ayat (1) mengenai penghapusan dan/atau diskriminasi, persamaan di hadapan hukum, yang tidak memiliki kekuatan hukum	Pasal 280 ayat (1), 281 ayat (2), Pasal 281 ayat (2)	Ditolak Seluruhnya

Adapun Pasal -Pasal yang menjadi batu uji dalam seluruh putusan MK tentang pengadilan HAM:

Pasal 24A ayat (5)	Pasal 28G ayat (1)
Pasal 27 ayat (1)	Pasal 28H ayat (2),
Pasal 28D ayat (1)	Pasal 28 I ayat (1):
Pasal 28 D ayat (4)	Pasal 28 I ayat
Pasal 28 D ayat (5)	

Terhitung hingga saat ini, sudah terdapat 5 Putusan MK yang menguji UU Pengadilan HAM, 2 Putusan dikabulkan, dan 3 putusan ditolak. Meski sudah dilakukan berkali-kali pengujian, penyelesaian terhadap pelanggaran HAM berat masa lalu tidak kunjung menemukan titik terang. Dalam putusan MK yang terakhir misalnya, kerugian konstitusional yang dialami oleh para korban pelanggaran HAM berat masa lalu, baik langsung atau tidak langsung sudah sangat terlihat dan dirasakan.² Akan tetapi, MK tidak mengabulkan apa yang diajukan oleh pemohon, dan mengatakan bahwa domain tersebut adalah wilayah pembentuk undang-undang, bukan MK. Alhasil, penyelesaian pelanggaran HAM berat masa lalu, masih menemukan jalan buntu, meski sudah berkali-kali adanya pengujian di MK.

Jika kembali melihat putusan MK tersebut, Putusan MK yang menguji UU Pengadilan HAM, terbilang sebagai putusan yang menangani *hardcases*, yang menimbulkan perselisihan paradigma antara hakim yang

memutusnya. **Pertama**, Putusan MK 65/PUU-II/2004. Perselisihan pendapat antar hakim MK terjadi, terdapat 3 hakim MK yang mengajukan *dissenting opinion*, yakni hakim H. Achmad Roestandi, Laica Marzuki, dan Abdul Mukthie Fadjar. Dan 6 hakim lainnya menolak permohonan pemohon, dan menyatakan asas berlaku surut dalam UU Pengadilan HAM, konstitusional. Para hakim yang menyepakati berlakunya asas berlaku surut, mengajukan argumentasi dengan merujuk kepada asas-asas yang terdapat dalam konvensi internasional mengenai kejahatan HAM, dimana dalam konvensi tersebut memberikan pengecualian terhadap kejahatan HAM, yang dibolehkan adanya asas berlaku surut.³ Namun 3 hakim yang mengajukan *dissenting opinion*, merujuk pada asas legalitas, baik dalam hukum pidana atau tata negara.⁴

Kedua, yakni Putusan MK 006/PUU-IV/2006. Putusan tersebut terbilang sebagai putusan yang menangani *hardcases*. Dalam putusan tersebut Hakim I Dewa Gede Palguna

² Lihat dalam Pertimbangan Hakim Putusan MK 75/PUU-XIII/2015, Hlm. 85.

³ Lihat dalam Pertimbangan Hakim Putusan MK 65/PUU-II/2004. Hlm, 57

⁴ Lihat dalam Pertimbangan Hakim Putusan MK 65/PUU-II/2004. Hlm, 61.

mengajukan dissenting opinion, yang menyatakan bahwa UU KKR adalah konstitusional karena memberikan opsional pada para korban mencapai keadilan, dan meruju kepada instrumen-instrumen hukum yang ada di wilayah hukum internasional.⁵ **Ketiga**, Putusan MK 18/PUU-V/2007, hakim I Dewa Gede Palguna kembali mengajukan dissenting opinion-nya yang juga merujuk kepada asas-asas dalam konvensi internasional mengenai kejahatan HAM. Ia menegaskan, bahwa unsur politis seperti keterlibatan DPR dalam pembentukan pengadilan HAM-ad hoc memang tidak bisa dihindarkan, karena keadilan yang akan dicapai dalam *transitional justice* bukan hanya keadilan hukum (*legal justice*), tetapi juga keadilan sosial dan moral (*social and moral justice*).

Keempat, putusan MK 75/PUU-XIII/2015. Jika melihat dari pertimbangan hakim putusan ini, dapat dikatakan putusan ini bukanlah *hardcases* lantaran suara hakim MK bulat dalam menolak permohonan pemohon. Problem bolak-balik perkara antara Jaksa Agung dan Komnas-HAM

dinilai sebagai masalah implementasi, bukan yuridis. Putusan ini juga ‘kering’ dari pertimbangan yang menggunakan pendekatan konvensi internasional tentang kejahatan HAM, baik aspek materil/formil. MK tidak memberikan solusi, terhadap kebuntuan penyelesaian pelanggaran HAM berat yang dirasakan oleh pemohon.

Uraian singkat dari seluruh putusan tersebut, tentu memiliki ragam pertimbangan. Akan tetapi, tergambar perbedaan yang signifikan dalam hal penggunaan asas-asas dalam konvensi internasional dan upaya penyelesaian pelanggaran HAM berat masa lalu. Selain putusan MK yang terakhir, keempat putusan lainnya mengandung penalaran yang begitu terbuka, hingga kepada asas-asas dalam konvensi internasional, sedangkan dalam putusan terakhir, penalaran yang digunakan sangat tertutup, dan terbatas pada hukum positif saja. Atas hal tersebut, tulisan ini akan menggali asas-asas dalam Pengujian UU Pengadilan HAM satu persatu. Rumusan masalah dalam tulisan ini adalah: Pertama, uraian tentang Pengujian UU Pengadilan HAM di MK. Kedua, Menggali asas pengadilan HAM dalam Putusan MK

⁵ Lihat dalam dissenting Opinion, Putusan MK 006/PUU-IV/2006, Hlm. 138.

tentang UU Pengadilan HAM. Urgensi dari penggalian asas tersebut, adalah untuk melihat bagaimana perkembangan MK memaknai norma-norma yang ada di UU Pengadilan HAM, selanjutnya adalah dalam rangka menghidupkan ingatan akan tugas besar negara, yakni menuntaskan pelanggaran HAM berat masa lalu.

Pelanggaran HAM berat masa lalu di Indonesia sebagai bagian dari penguasa otoriter banyak yang tidak diselesaikan secara adil oleh sistem yang ada, sehingga dapat menjadi bom waktu atau menjadi duri yang menghalangi upaya perbaikan menuju tatanan yang lebih demokratis. Padahal, sudah tersedia banyak instrumen yang dapat dirujuk dan difungsikan sebagai mekanisme untuk menyelesaikan masalah, baik pada tingkat internasional maupun secara nasional.⁶

Dalam pembukaan UUD 1945 tercantum tujuan negara yaitu melindungi segenap bangsa Indonesia. Makna ini dapat diartikan bahwa Negara wajib melindungi hak asasi

manusia setiap warga negaranya. Perlindungan Negara dapat diwujudkan dalam pembentukan peraturan perundang-undangan yang bersifat tegas dan mengikat bagi seluruh rakyat Indonesia, seperti membentuk perangkat hukum menyelesaikan pelanggaran HAM berat.⁷ Jika perangkat hukum sudah terbentuk, dan tidak dapat dijalankan, tentu wibawa kekuasaan akan tergerus, lantaran membuat sesuatu yang tidak dapat dijalankan.

1. Pembahasan

A. Putusan Mahkamah Konstitusi tentang Pengujian Undang-Undang Pengadilan Hak Asasi manusia

Judicial review lahir sebagai alat untuk melindungi hak-hak yang dimiliki oleh warga negara dari keotoritarian yang dilakukan oleh negara melalui produk hukum yang dimilikinya. Lebih lanjut, kehadiran MK di seluruh dunia menandakan adanya kemajuan peradaban untuk melindungi hak asasi yang dimiliki

⁶ Trisno Raharjo. Upaya Membangun Demokrasi Melalui Penyelesaian Pelanggaran Hak Asasi Manusia. Jurnal Hukum Dan Ham 4. NO. 18 VOL. 8. OKTOBER 2001

⁷ Nunik Nurhayati. Quo Vadis Perlindungan Hak Asasi Manusia Dalam Penyelesaian Pelanggaran HAM Berat Masa Lalu Melalui Jalur Non Yudisial. Jurisprudence, Vol. 6 No. 2 September 2016

manusia sebagai subyek hukum. Kehadiran *judicial review* dalam perspektif hukum, memiliki beberapa aspek: **Pertama**, Kewenangan melakukan pengujian undang-undang tidak hanya didasarkan pada adanya peraturan yang melanggar hak konstitusional yang dimiliki oleh warga negara, namun permasalahan perbedaan makna dari penafsiran yang berbeda antara warga negara dengan warga negara bahkan warga negara dengan pembentuk undang-undang/pelaksana undang-undang. Perbedaan makna konstitusi dalam kehidupan masyarakat dalam tingkat paling ahir di putuskan oleh lembaga peradilan konstitusi atau di beberapa negara termasuk di Indonesia dikenal sebagai Mahkamah konstitusi (*constitutional Court*), inilah kemudian tradisi konstitusionalisme yaitu kondisi penyelenggaraan negara yang sesuai atau merujuk pada konstitusi. Peran peradilan konstitusi dalam penyelenggaraan negara sangat penting karena setiap orang dapat dan berhak untuk menafsirkan makna dari setiap teks konstitusi. Tetapi perbedaan tersebut itu harus berhenti ketika lembaga peradilan konstitusi menjadi satu-satunya penentu ahir atas makna teks konstitusi yang diperebatkan (*the sole interpreter of contitution*) serta menjadi pengawal konstitusi (*the guardian of constitution*) dengan demikian keputusan mengenai penafsiran mana yang benar tidak lagi berada pada lembaga yang membentuknya. Karna kedudukan konstitusi sebagai hukum yang terus berjalan menuju perbaikan (*law in making*).

Kedua, *judicial review* sebagai sarana menghidupkan konstitusi. Hamdan Zoelfa menjelaskan, untuk memahami konstitusi sebagai konstitusi yang hidup perlu dilihat dari dua perspektif yang berbeda. *Pertama*, konstitusi sebagai teks otoritatif yang dilahirkan oleh para perumusny, dengan keadaan kebatinan yang sesuai dengan cita negara. Perubahan terhadap konstitusi dapat dilakukan melalui perubahan terhadap norma yang dilakukan secara formal ataupun perubahan makna dalam praktik ketatanegaraan tergantung pada konstitusi itu di terapkan. *Kedua*, ketika konstitusi menghadapi kehidupan *real* dalam penyelenggaraan negara. Pada saat ini konstitusi bukan lagi menjadi milik dari *founding father* tapi menjadi

milik seluruh rakyat Indonesia dan seluruh *stakeholder*-nya.⁸ Hal tersebut menjadikan konstitusi menjadi bergerak secara dinamis dan hidup, dengan demikian penafsiran terhadap konstitusi menjadi banyak diperdebatkan oleh masyarakat sendiri, sehingga pada akhirnya negara menyerahkan kewenangan untuk memberikan tafsir konstitusional suatu norma kepada lembaga peradilan.

Ketiga, Ali Safa'at membedakan secara tegas mengenai keberadaan MK, yakni dari aspek politik dan aspek hukum.⁹ Dari aspek politik, keberadaan MK adalah sebagai sarana mewujudkan *check and balances* antar cabang kekuasaan negara, berdasarkan prinsip demokrasi. Hal itu terlihat dari dua kewenangan MK yakni menguji undang-undang yang merupakan produk Presiden dan DPR, serta memutus sengketa kewenangan lembaga negara.¹⁰ Adapun dari aspek

hukum, keberadaan MK dalam menguji undang-undang adalah konsekuensi dari prinsip supremasi konstitusi, yang menurut Hans Kelsen, untuk menjaganya diperlukan Pengadilan khusus guna menjamin kesesuaian aturan hukum antara yang diatas, dengan dibawahnya. Kelsen, sebagaimana dikutip oleh Ali Safa'at mengatakan:¹¹

The application of the constitutional rules concerning legislaion can be effectively guaranteed only if an organ other than the legislative body is entrusted with the task of testing wether a llaw is constituonal and of annualling it if – according to the opinion of this organ – it is unconstituional. There may be a special organestablishied for this purpose, for instance, a special court, a so-called constituional court.

(terjemahan bebas dari penulis: Penerapan aturan konstitusional mengenai legislasi dapat dijamin secara efektif hanya jika suatu organ diluar badan legislatif, dipercayakan untuk menguji apakah suatu undang-undang adalah konstituonal. Mungkin organisasi khusus yang didirikan untuk

⁸ Hamdan Zoelva, *Mengawal Konstitusionalisme*, Kontpress, Jakarta , 2016, Hlm 3

⁹ M. Ali Safa'at. *Mahkamah Konstitusi dalam Sistem Check and Balances*. Dalam Buku Bunga Rampai Konstitusionalisme Demokrasi. Kado Ulang Tahun untuk Prof. A Mukhtie Fadjar. Malang: Intrans Publishing, 2010. Hlm, 26.

¹⁰ Ibid. M. Ali Safa'at. Hlm, 27.

¹¹ Ibid. M. Ali Safa'at. Hlm, 27.

tujuan ini, misalnya, pengadilan khusus, yang disebut pengadilan konstitusi).

Pandangan tersebut merupakan konsekuensi dari dalil hirarki norma hukum yang berpuncak pada konstitusi sebagai the supreme law of the land. Hirarki tersebut sekaligus menempatkan landasan validitas suatu norma hukum, adalah norma hukum yang berada di atasnya demikian seterusnya hingga ke puncak dan sampai konstitusi pertama. Konsekuensi dari supremasi konstitusi tidak hanya terbatas pada hirarki norma, melainkan juga mengikat kepada tindakan negara, sehingga tidak boleh ada satupun tindakan negara yang boleh bertentangan dengan konstitusi.¹²

Jika ditelusuri dari kelima Putusan tersebut, konteks pengujian adalah dalam rangka pemohon meminta pembatalan lantaran bertentangan dengan UUD 1945. Hal ini merupakan bentuk dari supremasi konstitusi yang menghendaki, seluruh aturan dibawahnya sejalan/harmoni dengan UUD 1945. Berikut beberapa pengujian undang-undang mengenai UU Pengadilan HAM:

1. **Putusan 65/PUU-II/2004.**

Pelanggaran HAM berat sebelum UU Pengadilan HAM yang diselesaikan dengan Pengadilan HAM Ad-hoc. Banyak pelanggaran ham berat sebelum UU Pengadilan HAM yang terjadi, mulai dari penumpasan terhadap G30 S/PKI beserta partisan-partisannya, hingga kasus penembakan Semanggi dalam demonstrasi penuntutan turunya Suharto dari Jabatannya. Keberadaan ketentuan pengadilan ham berat adhoc, adalah dalam rangka mengakomodasi penyelesaiannya. Pengaturan tentang pengadilan HAM ad hoc, diatur dalam Pasal 43 dan 44 UU Pengadilan HAM, yang mengatur:

(1) *Pelanggaran HAM yang berat yang terjadi sebelum diundangkannya Undang-undang ini, diperiksa dan diputus oleh Pengadilan HAM ad hoc.*

¹² Ibid. M. Ali Safa'at. Hlm, 27.

(2) *Pengadilan HAM ad hoc sebagaimana dimaksud dalam ayat (1) dibentuk atas usul Dewan Perwakilan Rakyat*

pelaksanaan hukum acara terhadap pelanggaran ham berat sebelum UU Pengadilan HAM, juga merujuk pada hukum acara pidana. Hal ini ditegaskan dalam Pasal 10, yakni: *Dalam hal tidak ditentukan lain dalam Undang-undang ini, hukum acara atas perkara pelanggaran HAM yang berat dilakukan berdasarkan ketentuan hukum acara pidana.* Terhadap aturan mengenai pengadilan HAM ad hoc (Pasal 43 dan 44), terdapat penjelasannya, namun hanya sebatas pada Pasal 43 ayat (2), sehingga kesatuan dalam Pasal tersebut adalah sebagai berikut:

Pasal 43 ayat (2)	Penjelasan Pasal 43 ayat (2)
Pengadilan HAM ad hoc sebagaimana dimaksud dalam ayat (1) dibentuk atas usul Dewan Perwakilan Rakyat Republik Indonesia berdasarkan peristiwa tertentu dengan Keputusan Presiden.	Dalam hal Dewan Perwakilan Rakyat Republik Indonesia mengusulkan dibentuknya Pengadilan HAM ad hoc, Dewan Perwakilan Rakyat Republik Indonesia <u>mendasarkan pada dugaan</u> telah terjadinya pelanggaran HAM yang berat yang dibatasi pada <i>locus</i> dan <i>tempus delicti</i> tertentu yang terjadi sebelum diundangkannya Undang-undang ini.

Republik Indonesia berdasarkan peristiwa tertentu dengan Keputusan Presiden.

(3) *Pengadilan HAM ad hoc sebagaimana dimaksud dalam ayat (1) berada di lingkungan Peradilan Umum.*

Terhadap kedua Pasal mengenai pengadilan HAM ad hoc, terdapat dua kali pengujian undang-undang di Mahkamah Konstitusi terhadap Pasal tersebut, yakni Putusan 65/PUU-II/2004 dan Putusan 18/PUU-V/2007. Putusan 65/PUU-II/2004 menguji ketentuan Pasal 43 ayat (1) UU Pengadilan HAM,¹³ esensi dari keberadaan Pasal tersebut adalah

Selanjutnya Pasal 44, mengatur: *Pemeriksaan di Pengadilan HAM ad hoc dan upaya hukumnya dilakukan sesuai dengan ketentuan dalam Undang-undang ini.* Berdasarkan ketentuan dalam Pasal 44, maka

¹³ Pasal 43 ayat (1): *Pelanggaran HAM yang berat yang terjadi sebelum diundangkannya Undang-undang ini, diperiksa dan diputus oleh Pengadilan HAM ad hoc.*

diperbolehkannya keberlakuan norma surut, yakni mengadili perbuatan yang dilakukan sebelum UU Pengadilan, dimana saat perbuatan tersebut dilakukan, tidak memiliki alas hukum. Pengujian ini diajukan oleh Abilio Jose Osorio Soares, yang dikuasakan kepada OC. Kaligis, dkk. Rancunya pengaturan tentang pengecualian asas non retroaktif terhadap peristiwa kejahatan HAM di masa lampau memberikan ketidak pastian hukum terhadap hak dasar, yang dimohonkan oleh pemohon berpotensi untuk melanggar hak konstitusional yang dimiliki oleh pemohon sebagaimana diatur dan dijamin dalam ketentuan pasal 28 I ayat 1 “ hak untuk hidup, hak untuk tidak disiksa, hak kemerdekaan pikiran dan hati nurani, hak beragama, hak untuk tidak diperbudak, hak untuk diakui sebagai pribadi dihadapan hukum, dan hak untuk tidak dituntut atas dasar hukum yang berlaku surut adalah hak asasi manusia yang tidak dapat dikurangi dalam keadaan apapun “. Namun Dalam putusannya, Mahkamah menolak permohonan pemohon, dengan pertimbangan:¹⁴

1. 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. Harus dilihat secara utuh, adanya keberlakuan surut adalah dalam rangka besarnya kepentingan umum dan sifat dari kejahatan tersebut.
2. Konstruksi Pasal yang diuji memiliki prinsip kehati-hatian dalam penerapannya, tidak sembarangan, dan disertai dengan persetujuan DPR, sebagai manifestasi daulat rakyat.
3. Pelanggaran HAM Berat, adalah kejahatan luar biasa yang melanggar *jus cogens*, bertentangan dengan prinsip keadilan, dan dianggap sebagai kejahatan

¹⁴ Lihat dalam Pertimbangan Hakim Putusan 65/PUU-II/2004, hlm 47-58.

serius, dalam dunia nasional dan internasional.

2. Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 006/PUU-IV/2006

Permohonan dalam putusan mahkamah Konstitusi Nomor 006/PUU-IV/2006 diajukan oleh beberapa badan hukum dan perorangan yaitu: Lembaga Study dan Advokasi Masyarakat (ELSAM), Komisi Untuk Orang Hilang Dan Korban Kekerasan Seksual (KONTRAS), solidaritas Nusa Bangsa (SNB), Inisiatif Masyarakat partisipatif dan Untuk Transisi Berkeadilan (IMPARSIAL), permohonan uji materil tersebut diajukan atas dasar pemberian amnesty bagi pelaku kejahatan HAM sebagaisyarat untuk mendapatkan ganti rugi bagi korban atau keluarga korban. Pengajuan pengujian pasal 27 Undang-Undang Nomor 27 Tahun 2004 Tentang Komisis Kebenaran dan Rekonsiliasi. Pengaturan peberian amneti yang terdapat dalam pasal 27 “Kompensasi dan rehabilitasi sebagaimana dimaksud dalam Pasal 19 dapat diberikan apabila permohonan amnesti dikabulkan.” Maka dengan demikian selama negara tidak menemukan dan tidak terdapat

permohonan amnesty maka hak korban dan keluarga korban untuk dilakukan restitusi tidak dapat dilakukan. Hal tersebut menciptkana ketidak pastian hukum bagi korban dan keluarga korban atas perbuatn yang dilakukan oleh negara, namun dengan tanggung jawab yang belum dapat dilakukan oleh negara. Dengan berlakunya ketentuan pasal 27 UU KKR memiliki makna yang sama dengan pencabutan secara tidak langsung hak-hak korban dan keluarga korban atas restituti dan ganti kerugian. Hal tersebut dilandasai oleh ketidakmapuan korban dan komisi investiga untuk menemukan pelaku kejahatan sehingga membutuhkan waktu yang lama bahkan tidak dapat ditemukan, maka selama itu pula hak-hak korban yang telah dijamin di dalam undang-undang tidak dapat dipenuhi oleh negara. Oleh karena itu, pemohon menilai bahwa ketentuan pasal 27 UU KKR dapat menimbulkan ketidak pasian terhadap pengakuan dan jaminan terhadap hak anti diskriminasi, persamaan hak dimuka hukum sebagaimana bertentangan dengan ketentuan pasal 27 Ayat (1): Segala warga negara bersamaan kedudukannya di dalam hukum dan pemerintahan dan

wajib menjunjung hukum dan pemerintahan itu dengan tidak ada kecualinya. Pasal 28D Ayat (1): Setiap orang berhak atas pengakuan, jaminan, perlindungan, dan kepastian hukum yang adil serta perlakuan yang sama di hadapan hukum. Secara progresif Mahkamah dalam pertimbangannya memberikan penafsiran bahwa ketentuan pasal 27 UU KKR tidak hanya bertentangan dengan hak yang dimiliki oleh korban karena memberikan ketidakpastian korban atas hak restitusi dengan memberikan syarat bahwa perlu ditemukan pelaku kejahatan HAM terlebih dahulu dalam waktu yang lama, namun Mahkamah Konstitusi juga menemukan suatu problematika hukum melalui penafsiran struktural yang dilakukan oleh Mahkamah, yaitu antara ketentuan pasal 27 UU KKR bertentangan dengan ketentuan pasal 28 dan 29 UU KKR, dalam hal pemberian restitusi dalam ketentuan pasal 27 harus diberikan amnesti terlebih dahulu sebagai syarat untuk dilakukannya restitusi dan pemenuhan hak korban. Namun pemerintah dalam ketentuan pasal 29 juga memberikan peluang untuk dilakukan restitusi yaitu: dalam hal

antara pelaku dan korban pelanggaran HAM berat telah saling memaafkan dan melakukan perdamaian, maka KKR dapat memberikan rekomendasi kepada Presiden untuk memberikan amnesti. Akan tetapi Pasal 29 Ayat (1) menyatakan dalam hal pelaku dan korban saling memaafkan, rekomendasi amnesti wajib diputuskan oleh KKR. Dengan digunakannya kata dapat dalam Pasal 28 Ayat (1) dan kata wajib dalam Pasal 29 Ayat (1), maka tidak ada konsistensi dalam UU KKR yang menimbulkan ketidakpastian hukum (*rechtsonzekerheid*). Atas dasar pertimbangan tersebut Mahkamah Konstitusi secara tegas dalam amar putusannya mengabulkan permohonan pemohon, dengan membatalkan UU KKR secara keseluruhan.

3. Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 18/PUU-V/2007.

Putusan ini menguji keberadaan penjelasan Pasal 43 ayat (2) UU Pengadilan HAM,¹⁵ esensi dari

¹⁵ Penjelasan Pasal 43 ayat (2) UU Pengadilan HAM : *Dalam hal Dewan Perwakilan Rakyat Republik Indonesia mengusulkan dibentuknya Pengadilan HAM ad hoc, Dewan Perwakilan Rakyat Republik Indonesia mendasarkan pada dugaan telah terjadinya pelanggaran HAM yang berat yang dibatasi pada locus dan tempos delicti tertentu yang terjadi sebelum diundangkannya Undang-undang ini.*

keberadaan Pasal tersebut, adalah menjadikan Dewan Perwakilan Rakyat menjadi pengusul pembentukan pengadilan HAM ad hoc, sehingga secara tidak langsung menjadikan DPR menjadi bagian dari sistem peradilan pidana (*Pro justitia*). Pengujian Pasal ini, diajukan oleh Eurico Guterres, seorang Wakil Panglima Pasukan Pejuang Integrasi Timor Timur. Atas keterlibatan DPR dalam mengusulkan pembentukan pengadilan Ad hoc berpotensi untuk melanggar hak konstitusional yang terdapat dalam ketentuan pasal 27 ayat 1, 28 G ayat 1, 28 I ayat 1 UUD NRI Tahun 1945 tentang hak konstitusional persamaan dihadapan hukum, perlindungan terhadap diri pribadi, dan kehormatan serta. Terhadap pengujian ini, Mahkamah mengabulkan permohonan (sebagian), dan membatalkan keberadaan frasa “dugaan” dalam penjelasan Pasal 43 ayat (2) dan menyatakan bertentangan dengan UUD 1945. Adapun pertimbangan MK adalah sebagai berikut:

Mahkamah berpendapat untuk menentukan perlu tidaknya pembentukan Pengadilan HAM ad hoc atas suatu kasus tertentu menurut locus dan tempus delicti memang memerlukan keterlibatan institusi politik yang mencerminkan representasi rakyat yaitu DPR. Akan tetapi, DPR dalam merekomendasikan pembentukan Pengadilan HAM ad hoc harus memperhatikan hasil penyelidikan dan penyidikan dari institusi yang memang berwenang untuk itu. Oleh karena itu, DPR tidak akan serta merta menduga sendiri tanpa memperoleh hasil penyelidikan dan penyidikan terlebih dahulu dari institusi yang berwenang, dalam hal ini Komnas HAM sebagai penyelidik dan Kejaksaan Agung sebagai penyidik sesuai ketentuan Undang-Undang Nomor 26 Tahun 2000. Harus dipahami bahwa kata ”dugaan” dalam Penjelasan Pasal 43 ayat (2) UU Pengadilan HAM dapat menimbulkan ketidakpastian hukum (*rechtsonzekerheid*) sebagai akibat dapat ditafsirkannya kata ”dugaan” berbeda dengan mekanisme sebagaimana diuraikan di atas. Dengan demikian, sebagian permohonan Pemohon yang terkait dengan Penjelasan Pasal 43 ayat (2) UU Pengadilan HAM sepanjang mengenai kata ”dugaan” beralasan.

Implikasi dari putusan 18/PUU-V/2007 adalah, DPR RI tidak lagi mendasarkan Pada dugaan, melainkan mendasarkan pada penyelidikan, penyidikan, dan penuntutan yang dilakukan sebelumnya oleh Komnas-HAM dan Jaksa Agung dalam pembentukan pengadilan HAM ad hoc, hal ini dalam rangka meningkatkan kepastian hukum, sehingga tidak ada dugaan-dugaan yang tidak memiliki dasar yang kuat.

4. **Putusan 75/PUU-XIII/2015.**

Terdapat beberapa Pasal dalam hukum acara yang diuji di Mahkamah Konstitusi, salah satunya Pasal 20 ayat (3) mengenai pengembalian berkas (bolak-balik perkara) dari Jaksa Agung kepada Komnas-HAM.¹⁶ Pengujian ini diajukan oleh Paian Siahaan dan Yati Ruyati. **Penyelidikan** (Pasal 18-20). Dalam hal penyelidikan terhadap pelanggaran HAM yang

berat dilakukan oleh Komisi Nasional HAM (Komnas HAM). Komnas HAM dalam melakukan penyelidikan dapat membentuk tim ad hoc yang terdiri atas anggota Komnas HAM dan unsur masyarakat (Pasal 18). Dalam hal Komnas HAM berpendapat bahwa terdapat bukti permulaan yang cukup telah terjadi peristiwa pelanggaran HAM yang berat, maka kesimpulan hasil penyelidikan disampaikan kepada penyidik. Kemudian, paling lambat 7 (tujuh) hari kerja setelah kesimpulan hasil penyelidikan disampaikan, Komnas HAM menyerahkan seluruh hasil penyelidikan kepada penyidik (Pasal 20 ayat 1 dan 2). Bila penyidik berpendapat bahwa hasil penyelidikan masih kurang lengkap, penyidik segera mengembalikan hasil penyelidikan tersebut kepada penyidik disertai petunjuk untuk dilengkapi dan dalam waktu 30 (tiga puluh) hari sejak tanggal diterimanya hasil penyelidikan, penyidik wajib melengkapi kekurangan tersebut (Pasal 20 ayat 3). **Penyidikan** (Pasal 21-22)

¹⁶ Pasal 20 ayat (3) UU Pengadilan HAM: Dalam hal penyidik berpendapat bahwa hasil penyelidikan sebagaimana dimaksud dalam ayat (2) masih kurang lengkap, penyidik segera mengembalikan hasil penyelidikan tersebut kepada penyidik disertai petunjuk untuk dilengkapi dan dalam waktu 30 (tiga puluh) hari sejak tanggal diterimanya hasil penyelidikan, penyidik wajib melengkapi kekurangan tersebut.

Penyidikan perkara pelanggaran HAM yang berat dilakukan oleh Jaksa Agung (Pasal 21 ayat 1). Dalam pelaksanaan tugas penyidikan, Jaksa Agung dapat mengangkat penyidik ad hoc yang terdiri atas unsur pemerintah dan atau masyarakat (Pasal 21 ayat 3). Penyidikan wajib diselesaikan paling lambat 90 (sembilan puluh) hari terhitung sejak tanggal hasil penyelidikan diterima dan dinyatakan lengkap oleh penyidik (Pasal 22 ayat 1), dan dapat diperpanjang untuk waktu paling lama 90 (sembilan puluh) hari oleh Ketua Pengadilan HAM sesuai dengan daerah hukumnya. Bila dalam batas waktu tersebut penyidikan belum dapat diselesaikan, penyidikan dapat diperpanjang paling lama 60 (enam puluh) hari oleh Ketua Pengadilan HAM sesuai dengan daerah hukumnya (Pasal 22 ayat 3). Bila hasil penyidikan tidak diperoleh bukti yang cukup, maka wajib dikeluarkan surat perintah penghentian penyidikan oleh Jaksa Agung (Pasal 22 ayat 4), sampai penyidikan dapat dibuka kembali

dan dilanjutkan apabila terdapat alasan dan bukti lain yang melengkapi hasil penyidikan untuk dilakukan penuntutan.¹⁷ Pada tahap penyelidikan dan penyidikan inilah yang menjadi isu hukum, dimana terjadi bolak balik berkas antara Komnas-HAM dan Jaksa Agung, dimana pemohon menduga adanya ketidakpaduan antara kedua institusi tersebut, sehingga penegakan hukum tersendat dalam proses tersebut. sehingga pemohon menilai bahwa proses tersebut berpotensi untuk melanggar hak-hak konstitusional pemohon sebagai keluarga korban kejahatan HAM, sebagaimana diatur dalam pasal 28 D ayat 1 UUD NRI Tahun 1945 “setiap orang berhak atas pengakuan, jaminan, perlindungan dan kepastian hukum yang adil dan perlakuan yang sama dihadapan hukum. Pasal 28 H ayat 2 “setiap orang berhak mendapatkan kemudahan dan perlakuan khusus untuk memperoleh kesempatan dan

¹⁷ R. Herlambang Perdana Wiratraman. 2008. Hukum Acara Peradilan HAM: Pengantar. Makalah untuk Pendidikan Khusus Profesi Advokat (PKPA), IKADIN-PERADI-Fakultas Hukum Universitas Airlangga, Surabaya.

manfaat yang sama guna mendapai manfaat dan keadilan. Pasal 28 I ayat 2 “setiap orang bebas dari perlakuan yang diskriminatif atas dasar apapun dan berhak mendapatkan perlindungan dari perlakuan diskriminatif itu. Melalui Putusan 75/PUU-XIII/2015, MK menolak permohonan pengujian pemohon seluruhnya. Adapun pertimbangan MK secara garis besar adalah, permasalahan yang dialami oleh pemohon bukanlah, masalah normatif, melainkan masalah implementatif, antara standar pelaksanaan di Komnas-HAM dan Jaksa Agung, dengan demikian tidak terdapat alasan hukum bagi permohonan untuk dikabulkan oleh mahkamah, dan MK membatasi diri untuk menerima permintaan pemohon, untuk menjadi *positive legislator*.

B. Asas – Asas dalam Putusan MK tentang Pengujian UU HAM

Untuk menyelesaikan pelanggaran HAM berat masa lalu, dibutuhkan pemahaman terhadap asas-asas yang mendasari instrumen hukum Pengadilan HAM. Karl Larenz dalam

bukunya *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, yang dikutip oleh O. Notohamidjoyo menjelaskan, asas adalah ukuran-ukuran hukum-ethis yang memberikan arah kepada pembentukan hukum. Mudah dipahami bahwa asas-asas hukum syarat dengan nilai-nilai etis-moral dalam aturan atau norma/kaidah hukum baik dalam pembentukan peraturan perundang-undangan maupun putusan hakim sebagai pembentukan hukum *inconcrita*.¹⁸ Bernard Arief Shidarta menjelaskan, asas hukum yang menjadi fondasi hukum positif itu sesungguhnya adalah abstraksi sebuah kaidah yang lebih umum yang penerapannya lebih luas dari ketentuan norma-norma hukum positif. Asas-asas hukum itu lahir dari kandungan akal budi dan nurani manusia yang menyebabkan manusia dapat membedakan baik-buruk, adil - tidak adil, dan manusiawi-tidak manusiawi.¹⁹ Shidarta menegaskan, dalam sudut pandang ilmu hukum asas hukum hanya bersifat

¹⁸ Dalam O. Notohamidjoyo, *Demi Keadilan Dan Kemanusiaan: Beberapa Bab Dari Filsafat Hukum*, Jakarta: Gunung Mulia, Jakarta, 1975. Hlm, 49.

¹⁹ Dewa Gede Atmadja. Asas-Asas Hukum Dalam Sistem Hukum. *Jurnal Kertha Wicaksana* Volume 12, Nomor 2, 2018.

mengatur dan menjelaskan (eksplanasi), tujuannya hanya memberi ikhtisar dan tidak normatif, karena itu tidak termasuk hukum positif, tentu tidak dapat diterapkan secara langsung untuk menyelesaikan sengketa, harus melalui penafsiran/pemaknaan oleh hakim.

Asas-asas dalam penanganan pelanggaran HAM berat memiliki keragaman, baik yang bersifat materil (hakiakt HAM dan jenis kejahatan) dan formil (cara menanggulangnya/hukum acara). Berikut penulis jabarkan, asas-asas yang terkandung dalam aspek formil penanggulangan pelanggaran HAM berat, yang terkandung dalam Putusan MK, dan digunakan oleh hakim dalam pertimbangannya:

1. Kewajiban diadili oleh negara.

Dalam segala benutuknya, pemenuhan HAM adalah kewajiban negara, terlebih jika HAM dilanggar, maka negara pun berkewajiban untuk memulihkannya. Cf. Absjorn Eid, yang dikutip oleh Ida Elisabeth Koch, menjabarkan mengenai kewajiban negara terhadap hak asasi manusia, adalah to respect, to protect dan

to fulfill. Selanjutnya ia menjelaskan:²⁰

The obligation to respect requires the state to abstain from doing anything that violates the integrity of the individual or infringes on her or his freedom, including the freedom to use the material resources available to that individual in the way she or he finds best to satisfy basic needs. The obligation to protect requires from the state the measures necessary to prevent other individuals or groups from violating the integrity, freedom of action, or other human rights of the individual including the prevention of infringements of his or her material resources. The obligation to fulfill requires the state to take the measures necessary to ensure for each person within its jurisdiction opportunities to abstain satisfaction of those needs, recognised in the human rights instruments, which cannot be secured by personal efforts.

Negara tidak boleh memberikan amnesti/ampunan dalam bentuk

²⁰ Cf. Absjorn Eide, dikutip oleh Ida Elisabeth Koch. *Human Rights as Indivisible Rights- The Protection of Socio Economic Demands Under Ther European Convention on Human Rights*. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2009.

apapun. Hak negara untuk memberikan amnesti terhadap suatu kejahatan dapat dilangkahi oleh perjanjian yang ditandatangani negara tersebut. Seperti dijelaskan Pasal 27 Konvensi Wina tentang Hukum Perjanjian, *“salah satu pihak tidak boleh menggunakan ketentuan hukum nasionalnya sebagai justifikasi atas kegagalan menaati sebuah perjanjian.”* Terdapat beberapa konvensi internasional yang jelas menunjukkan adanya kewajiban untuk mengadili kejahatan kemanusiaan atau hak asasi yang didefinisikan di dalamnya. Yang penting di antaranya adalah Konvensi Jenewa 1949, Konvensi Genosida dan Konvensi Penyiksaan. Dalam pemberlakuan konvensi-konvensi tersebut, pemberian amnesti terhadap orang-orang yang didefinisikan di dalamnya bertanggungjawab atas terjadinya kejahatan yang merupakan pelanggaran terhadap kewajiban yang dimuat dalam konvensi tersebut.

A. Konvensi Jenewa 1949. Keempat Konvensi Jenewa dinegosiasikan pada tahun 1949 untuk mengkodifikasi aturan internasional tentang perlakuan terhadap tawanan perang dan

warga sipil di wilayah yang diduduki. Konvensi Jenewa termasuk perjanjian yang paling banyak diratifikasi. Masing-masing konvensi tersebut memuat pernyataan spesifik tentang “pelanggaran berat,” yaitu kejahatan perang di bawah hukum internasional yang memiliki liabilitas individual dan **wajib diadili oleh negara**. Pelanggaran berat tersebut mencakup pembunuhan, penyiksaan atau perlakuan tidak manusiawi, termasuk eksperimen biologi, menyebabkan penderitaan atau cedera berat terhadap badan atau kesehatan, penghancuran harta benda secara berlebihan yang secara militer tidak bisa dijustifikasi, secara sengaja tidak memberikan kesempatan pengadilan yang adil bagi penduduk sipil, dan penahanan secara melanggar hukum terhadap warga sipil. Para penandatangan Konvensi jenewa memiliki kewajiban untuk menyelidiki, mengadili dan menghukum para pelaku pelanggaran berat konvensi

tersebut kecuali bila mereka menyerahkan para pelaku tersebut untuk diadili pihak negara lainnya. *Commentary to the Conventions*, yang merupakan sejarah resmi proses negosiasi yang berujung pada disahkannya Konvensi tersebut, memperkuat bahwa kewajiban untuk mengadili tersebut bersifat “mutlak,” berarti, *inter-alia*, tidak ada negara yang sudah mengesahkan konvensi tersebut boleh, dalam kondisi apa pun, memberikan imunitas atau amnesti dari pengadilan terhadap pelanggaran berat.²¹

B. Konvensi Genosida. Konvensi Genosida mulai berlaku sejak tanggal 12 Januari 1952, dan sudah diratifikasi oleh banyak negara. Seperti konvensi-konvensi Jenewa, Konvensi Genosida memberikan kewajiban mutlak untuk mengadili orang-orang yang bertanggung jawab atas genosida, seperti didefinisikan di dalam Konvensi.

Konvensi tersebut mendefinisikan genosida sebagai salah satu tindakan berikut ini, bila dilakukan “dengan tujuan untuk menghancurkan, secara keseluruhan maupun sebagian, sebuah kelompok nasional, etnis, rasial atau religius. Konvensi Genosida memiliki dua pembatasan yang menjadikannya tidak bisa diterapkan pada sebagian terbesar kasus di atas. Pertama, konvensi tersebut hanya berlaku pada mereka yang memiliki tujuan spesifik untuk menghancurkan sebagian besar populasi kelompok yang menjadi sasaran. Kedua, para korban harus merupakan salah satu kelompok yang dijelaskan dalam Konvensi Genosida, yaitu nasional, etnik, rasial atau religius. Perlu diperhatikan bahwa para perancang Konvensi Genosida secara sengaja mengabaikan tindakan-tindakan yang ditujukan kepada “kelompok politik” dan tidak mencantumkannya dalam definisi genosida.

²¹ Harifin A. Tumpa. *Peluang dan Tantangan: Eksistensi Pengadilan HAM di Indonesia*. Jakarta: Prenada Media Group, 2010. Hlm, 62.

C. Konvensi Penyiksaan. Konvensi Penyiksaan mulai berlaku pada tanggal 26 Juni 1987 dan saat ini hanya disahkan oleh 79 negara. Banyak kejahatan brutal yang dilakukan di negara-negara yang disebutkan di atas; tercakup dalam definisi ini. Konvensi Penyiksaan mensyaratkan bahwa semua penanda-tanggannya menjadikan semua tindakan penyiksaan sebagai pelanggaran hukum domestiknya, menerapkan yurisdiksinya terhadap pelanggaran demikian bila, *inter alia*, tersangka pelaku adalah warga negara tersebut, dan bila negara tidak mengekstradisi tersangka penyiksaan, Konvensi mewajibkannya untuk menyerahkan kasus tersebut pada otoritas yang kompeten untuk proses pengadilan.

Berdasarkan jabaran prinsip tentang kewajiban negara, maka dalam segala bentuk pelanggaran HAM berat, negara memangku kewajiban untuk menuntaskannya.

2. *Crimes Against Humanity*. Sesuai dengan prinsip hukum

internasional, khususnya prinsip universal dimana tidak mungkin memperlakukan pelanggaran HAM berat sebagai *ordinary crimes*, dan adanya kualifikasi universal tentang *crimes against humanity* masyarakat mengharuskan di dayagunakannya pengadilan HAM yang bersifat khusus, yang mengandung pula acara pidana yang bersifat khusus. Pengertian tentang perlunya peradilan yang secara khusus dengan aturan yang bersifat khusus pula inilah yang menjadi landasan pemikiran untuk adanya pengadilan khusus yang dikenal dengan pengadilan HAM.²²

3. Independensi, Imparsial dan Kemandirian proses Peradilan.

Penegakan terhadap pelanggaran HAM berat memiliki asas serupa, dengan kejahatan lainnya. Akan tetapi, yang harus diperhatikan adalah, setiap pelanggaran HAM berat selalu menjadikan kekuasaan/pemerintah sebagai

²² Op.cit. Eddy. OS. Hiariej.

aktornya. Dalam hal ini Eddy O.S Hiariej menegaskan:²³

Tidak bisa dipungkiri, bahwa penindakan pelanggaran HAM berat dengan menggunakan instrumen hukum pidana tidaklah mudah, karena lebih bernuansa politik daripada masalah hukum. Disatu sisi, dalam konteks hukum pidana nasional, situasi politik suatu negara sangat mempengaruhi penindakan terhadap pelakunya, karena biasanya berkaitan erat dengan otoritarian suatu rezim. Sedangkan di sisi lain, dalam konteks hukum pidana internasional, terdapat tarik menarik antara kedaulatan suatu negara yang dihadapkan dengan tuntutan masyarakat internasional dalam penegakan HAM. Kompleksitas masalah ini diperumit dengan adanya sikap politik yang selalu mendua dari negara-negara barat terhadap pelanggaran HAM yang berat yang dilakukan secara sistematis di belahan bumi lainnya

Oleh karena itu, ikhwal independensi dan kemandirian menjadi

juru kunci utama penyelesaian. Norma-norma hukum yang melandasi tiap penyelesaian pelanggaran HAM berat, harus dibentuk secara ketat dengan berpedoman pada asas independensi dan kemandirian. Persoalan independensi (mandiri) merujuk pada bebasnya proses peradilan dari segala campur tangan, tekanan, paksaan, pengaruh atau kontrol, baik langsung maupun tidak langsung dari badan eksekutif atau legislatif. Sedangkan persoalan imparial merujuk pada sikap netral tidak ada keberpihakan dan terbebas dari prasangka atau bias secara personal (*free of prejudice or bias*), sehingga imparialitas dimaksudkan untuk menjaga integritas peradilan. Ketidakberpihakan didasarkan pada keterbukaan pikiran, objektivitas dan tidak adanya bias, sehingga putusan pengadilan seharusnya hanya berdasarkan argumen objektif dan bukti yang disajikan. Institusi pengadilan harus menentukan masalah-masalah yang berkaitan dengan ketidakberpihakkannya berdasarkan hukum tanpa pembatasan, pengaruh yang tidak sepatasnya, bujukan, tekanan, ancaman atau gangguan baik secara langsung maupun tidak langsung

²³ Eddy O.S Hiariej, "Asas Legalitas dalam Pelanggaran HAM yang Berat (Disertasi: Universitas Gadjah Mada, 2009). Dibukukan dalam Eddy OS. Hiariej. *Pengadilan Atas Beberapa Kejahatan Serious terhadap HAM*. Jakarta: Erlangga, 2010.

dari setiap kekuasaan apapun maupun dari setiap alasan apapun.²⁴

4. Yurisdiksi. Secara tradisional, para pelaku kejahatan terhadap kemanusiaan diperlakukan seperti para bajak laut, sebagai *hostis humani generis* (musuh umat manusia), dan semua negara, termasuk negara mereka, bisa menghukum mereka melalui pengadilan domestiknya. Dengan ketiadaan traktat yang memuat prinsip *aut dedere aut judicare* (mengeksradisi atau mengadili), “yurisdiksi universal” ini sebenarnya bersifat memungkinkan, dan bukan memaksa. Namun, seperti dicatat di muka, beberapa pakar menganggap bahwa hukum kebiasaan internasional tidak hanya mengizinkan pengadilan terhadap pelaku kejahatan terhadap kemanusiaan, namun mewajibkan pengadilan terhadap mereka, dan sebaliknya melarang pemberian amnesti bagi orang-orang tersebut.

Mengadili atau menghukum para pelaku pelanggaran hak asasi manusia telah diterima menjadi salah satu prinsip dalam hukum hak asasi manusia internasional, yang dikenal dengan prinsip “*human rights violators must be punished*”; negara-negara tidak dapat begitu saja mengabaikan kewajiban tersebut. Apabila kewajiban tersebut diabaikan oleh suatu negara, maka barulah kewajiban tersebut dapat diambil alih oleh masyarakat internasional. Dalam konteks inilah kita bicara mengenai hubungan antara pengadilan nasional dan internasional dalam mengadili kejahatan-kejahatan serius tersebut. Kehadiran pengadilan hak asasi manusia pada suatu negara (ditingkat nasional seperti yang terdapat di Indonesia dengan UU Pengadilan HAM) dapat dipandang sebagai usaha untuk memenuhi kewajiban internasional yang digambarkan di atas. Dengan menyediakan mekanisme remedi yang efektif di tingkat nasional--apakah dalam bentuk menghadirkan pengadilan hak

²⁴ Yustina Trihoni Nalesti Dewi. Hak Konstitusional Korban atas Pengadilan HAM yang Kompeten, Independen, dan Imparsial. *Jurnal Konstitusi*, Volume 11, Nomor 2, Juni 2014.

asasi manusia secara khusus, negara tersebut dapat dipandang menunjukkan keseriusannya dalam menanggapi pelanggaran hak asasi manusia di dalam negerinya. Hukum internasional mengenal prinsip *exhaustion of domestic remedies*, yang mengharuskan penggunaan semaksimalnya semua upaya hukum yang tersedia di tingkat nasional terlebih dahulu sebelum menggunakan mekanisme remedi di tingkat internasional dan regional. Jadi mekanisme remedi internasional hanya diperlukan bila mekanisme remedi nasional tidak bekerja secara efektif, sehingga korban merasa belum mendapatkan keadilan. Dengan demikian boleh menggunakan mekanisme remedi ke tingkat internasional. Karena itu menyediakan mekanisme remedi yang efektif di tingkat nasional, menjadi tanggung jawab setiap negara. prinsip "*exhaustion of domestic remedies*" tersebut sebetulnya dimaksudkan untuk menjaga agar remedi internasional tidak berfungsi sebagai pengganti remedi di tingkat nasional. Dalam

kaitan dengan mengutip pendapat Louis Henkin, yang menyatakan:²⁵

The law, politics, and institutions of international human rights, then, do not replace national laws and institutions; they provide additional international protections for rights under national law. The international law of human rights is implemented largely by national law and institutions; it is satisfied when national laws and institutions are sufficient.

Menjadi jelas, bahwa pengadilan nasional merupakan pintu pertama yang harus dilalui dalam usaha menagih pertanggungjawaban bagi pelanggaran berat hak asasi manusia. Pengadilan internasional tidak dapat serta-merta menggantikan peran pengadilan nasional, tanpa melewati pengadilan nasional suatu negara. Jadi peran pengadilan internasional hanya bersifat komplementer, artinya melengkapi proses pertanggung jawaban ditingkat

²⁵ Dalam Ifdhal Kasim. Pengadilan Hak Asasi Manusia Dalam Konteks Nasional Dan Internasional. Disampaikan pada Seminar dan Lokakarya Pembangunan Hukum Nasional Ke-VIII, BPHN, Bali 14-18 Juli 2003. Diakses melalui <http://www.lfip.org/english/pdf/bali-seminar/Pengadilan%20HAM%20dalam%20konteks%20-%20ifdhal%20kasim.pdf>, pada 16 April 2020.

nasional. Jika proses di dalam negeri sudah berjalan dengan memuaskan, maka peran pengadilan internasional tidak diperlukan lagi. Kecuali proses yang berjalan di dalam pengadilan nasional lebih ditujukan untuk melindungi tersangka (atau dijalankan dengan tidak jujur), maka terbuka bagi pengadilan internasional mengambil perannya. Prinsip ini juga dikuatkan dalam statuta Roma mengenai Mahkamah Pidana Internasional. Dalam konteks norma-norma internasional itulah kita harus melihat atau menimbang kehadiran Pengadilan Hak Asasi Manusia di Indonesia. Kehadirannya tidak dengan sendirinya menutup kemungkinan bagi Pengadilan Internasional menerapkan yurisdiksinya atas kejahatan atau pelanggaran berat hak asasi manusia yang terjadi di Indonesia. Oleh karena itu, masyarakat internasional hingga saat ini masih terus mengamati dengan tekun proses pertanggungjawaban yang sedang berlangsung. Itu artinya yurisdiksi pengadilan internasional tetap masih terbuka bagi Indonesia (meskipun Indonesia secara khusus sudah memiliki Pengadilan HAM), sepanjang pengadilan HAM hanya sekedar

dijadikan tameng bagi perlindungan bagi para pelaku. Ukuran-ukuran yang sering dijadikan rujukan untuk menyatakan suatu Negara gagal menjalankan kewajibannya adalah ketidakinginan mengadili dan ketidakmampuan.²⁶ Dalam hal penerapan yurisdiksi ICC pada suatu Negara, terdapat prinsip yang paling fundamental, yakni ICC harus merupakan komplementer (pelengkap) dari yurisdiksi pidana nasional suatu negara (*complementarity principle*). Fungsi ICC bukanlah untuk menggantikan fungsi sistem hukum nasional suatu negara, namun ICC merupakan mekanisme pelengkap bagi Negara ketika negara menunjukkan ketidakmauan (*unwillingness*) atau ketidakmampuan (*inability*) untuk menghukum pelaku kejahatan yang merupakan yurisdiksi ICC. Selanjutnya Statuta Roma menegaskan bahwa pengadilan nasional yang merupakan kedaulatan suatu negara tidak dapat dikontrol oleh ICC. Prinsip komplementer berlaku juga terhadap negara yang bukan merupakan negara pihak akan tetapi memberikan pernyataan pengakuannya atas

²⁶ Ibid. Ifdhal Kasim.

yurisdiksi ICC. Dengan demikian, ICC merupakan the last resort dan hal ini merupakan jaminan bahwa ICC bertujuan untuk mengefektifkan sistem pengadilan pidana nasional suatu negara. Meskipun ICC merupakan pengadilan yang bersifat permanen, namun sebagaimana tersurat Mukadimah Statuta Roma 1998, yaitu *emphasizing that the international criminal court established under the Statute shall be complementary to national criminal jurisdiction*. Prinsip komplementaris ini memperkuat dan melengkapi mekanisme nasional, dengan tetap menghormati kedaulatan setiap negara. Hal ini disebabkan karena setiap negara tetap mempunyai kesempatan yang sama untuk mengatur mekanisme nasionalnya atas pelanggaran hukum internasional yang termasuk kejahatan internasional.²⁷ Juga berkaitan dengan batas waktu, dalam pasal 29 Statuta Roma ditegaskan, bawa yurisdiksi pengadilan tidak seharusnya dipengaruhi oleh batas waktu. Hal ini akan menjamin bahwa komplementaritas tidak dapat diminta

atas nama orang-orang yang diduga melakukan kejahatan yang melewati batas waktu penuntutan yang dijalankan oleh sistem hukum nasional.²⁸

5. Asas Non-retroaktif. Asas legalitas (non retroaktif) merupakan asas utama yang digunakan dalam penerapan peraturan perundang-undangan di Indonesia, akan tetapi dalam peradilan HAM berat di Indonesia asas legalitas dapat dikecualikan. Artinya dalam peradilan HAM berat asas yang digunakan adalah asas retroaktif (pemberlakuan surut). Hal ini tercantum dalam UU Pengadilan, pasal 43 ayat (1) yang berbunyi : *“Pelanggaran hak asasi manusia yang berat yang terjadi sebelum diundangkannya undang-undang ini, diperiksa dan diputus oleh pengadilan HAM ad hoc*. Pasal ini diuji oleh Abilio Osario Soares melalui putusan MK No. 065/PUU-II/2004. MK menolak, dan tetap menyatakan bahwa pemberlakuan surut dari pasal tersebut adalah konstitusional. Pertimbangan MK

²⁷ Zulkarnain. Pengadilan Hak Asasi Manusia Dan Mahkamah Pidana Internasional. Jurnal Aktualita. Vol 6, No 3. 2011. Hlm, 12.

²⁸ Harifin A. Tumpa. Op.cit.

adalah: 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. Harus dilihat secara utuh, adanya keberlakuan surut adalah dalam rangka besarnya kepentingan umum dan sifat dari kejahatan tersebut. Konstruksi Pasal yang diuji memiliki prinsip kehati-hatian dalam penerapannya, tidak sembarangan, dan disertai dengan persetujuan DPR, sebagai manifestasi daulat rakyat. Pelanggaran HAM Berat, adalah kejahatan luar biasa yang melanggar *jus cogens*, bertentangan dengan prinsip keadilan, dan dianggap sebagai kejahatan serius, dalam dunia nasional dan internasional.

Asas-asas dalam pengadilan HAM tersebut, harusnya menjadi dasar bagi siapapun yang menjadi penanggung jawab terhadap

penyelesaiannya. Luka masyarakat yang tersimpan dalam “diam-nya” tentu harus diselesaikan, agar negara tidak berpura-pura menjadi organisasi kekuasaan yang pro-demokrasi, tetapi isinya menyimpan luka masyarakatnya. Terdapat tiga model menyikapi pelanggaran HAM berat masa lalu:²⁹

1. *To Forget and to forgive.* Melupakan dan memaafkan, artinya, tidak ada pengadilan dan lupakan masa lalu. Melupakan dan memaafkan tanpa proses hukum mungkin pilihan yang diinginkan para pelaku. Tapi itu kontradiktif dengan keinginan masyarakat korban. Model ini juga akan menjadi preseden diburuk di masa depan, melanggengkan praktek *impunity* dan tidak memberikan efek jera.
2. *Never to forget, never to forgive.* Tidak melupakan dan tidak memaafkan. Artinya, peristiwa masa lalu akan diproses secara hukum. Para pelaku akan diadili dan apabila terbukti bersalah maka dijatuhi hukuman. Tetapi model ini agak beresiko,

²⁹ Trisno Raharjo. Op.cit.

mengundang resistensi pelaku dan berdampak bagi proses damai.

3. *Never to forget but to forgive.*

Tidak melupakan, tetapi kemudian memaafkan. Artinya, ungkapkan terlebih dulu, sampaikan kebenaran, kemudian ampuni). Hal ini merupakan bentuk kompromi.

Jika ditelisik kembali pada hakikat, urgensi penyelesaian pelanggaran HAM berat masa lalu, beserta asas-asasnya, tidak ada alasan untuk memberikan pemaafan dan melupakan kejahatan yang sudah dilakukan, sangat terbuka kemungkinan untuk menyelesaikan seluruh pelanggaran HAM berat masa lalu, dan memberikan keadilan bagi korban. Sehingga pilihan sikap paling ideal dan sangat adil, adalah *Never to forget, never to forgive.*

2. Penutup

a. Kesimpulan

Penyelesaian pelanggaran HAM Berat masa lalu, sudah berjalan 20 tahun sejak diundangkannya UU Pengadilan HAM. Dalam praktik, tidak kunjung menuai hasil. Pengujian sudah dilakukan sebanyak 5 kali, namun Putusan MK tersebut juga belum

mampu memberikan solusi terhadap buntutnya penegakan hukum pelanggaran HAM berat.

Terdapat lima asas yang sering digunakan oleh MK dalam pengujian UU Pengadilan HAM. Asas-asas tersebut harus dibaca kembali, dalam rangkai menghidupkan kembali spirit penyelesaian pelanggaran HAM berat masa lalu, yang sudah kehilangan arah. Dari sekian model sikap yang ada, tentu sikap *Never to forget, never to forgive,* adalah sikap yang harus terus dipegang.

DAFTAR PUSTAKA

BUKU

M. Ali Safa'at. *Mahkamah Konstitusi dalam Sistem Check and Balances*. Dalam Buku Bunga Rampai Konstitusionalisme Demokrasi. Kado Ulang Tahun untuk Prof. A Mukhtie Fadjar. Malang: Intrans Publishing, 2010.

Hamdan Zoelva, *Mengawal Konstitusionalisme*, Kontpress, Jakarta, 2016.

O. Notohamidjoyo, *Demi Keadilan Dan Kemanusiaan: Beberapa Bab Dari Filsafat Hukum*, Jakarta: Gunung Mulia, Jakarta, 1975.

Iutisone Salevao, Rule of Law, Legitimate Governance and Development in the Pacific, Asia Pacific Press at the Australian National University, Canberra, 2005.

Ida Elisabeth Koch. *Human Rights as Indivisible Rights- The Protection of Socio Economic*

Demands Under The European Convention on Human Rights. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2009.

Eddy O.S Hiariej, "Asas Legalitas dalam Pelanggaran HAM yang Berat (Disertasi: Universitas Gadjah Mada, 2009). Dibukukan dalam Eddy OS. Hiariej. *Pengadilan Atas Beberapa Kejahatan Serius terhadap HAM*. Jakarta: Erlangga, 2010.

Harifin A. Tumpa. *Peluang dan Tantangan: Eksistensi Pengadilan HAM di Indonesia*. Jakarta: Prenada Media Group, 2010.

Kertha Wicaksana Volume 12, Nomor 2, 2018.

Zulkarnain. *Pengadilan Hak Asasi Manusia Dan Mahkamah Pidana Internasional*. Jurnal Aktualita. Vol 6, No 3. 2011.

JURNAL DAN MAKALAH

Trisno Raharjo. *Upaya Membangun Demokrasi Melalui Penyelesaian Pelanggaran Hak Asasi Manusia*. Jurnal Hukum Dan Ham 4. NO. 18 VOL. 8. OKTOBER 2001

Nunik Nurhayati. *Quo Vadis Perlindungan Hak Asasi Manusia Dalam Penyelesaian Pelanggaran HAM Berat Masa Lalu Melalui Jalur Non Yudisial*. Jurisprudence, Vol. 6 No. 2 September 2016

Ifdhal Kasim. *Pengadilan Hak Asasi Manusia Dalam Konteks Nasional Dan Internasional*. Disampaikan pada Seminar dan Lokakarya Pembangunan Hukum Nasional Ke-VIII, BPHN, Bali 14-18 Juli 2003. Diakses melalui <http://www.lfip.org/english/pdf/bali-seminar/Pengadilan%20HAM%20dalam%20konteks%20-%20ifdhal%20kasim.pdf>,

Yustina Trihoni Nalesti Dewi. *Hak Konstitusional Korban atas Pengadilan HAM yang Kompeten, Independen, dan Imparsial*. Jurnal Konstitusi, Volume 11, Nomor 2, Juni 2014.

Dewa Gede Atmadja. *Asas-Asas Hukum Dalam Sistem Hukum*. Jurnal