

HAM

AC ABADICOPYER
FOTOCOPY - JILID SKRIPSI - LAMINASI
DEPAH UNIVERSITAS
SAMP. RM. MINANG RAYA 8062

JURNAL KEADILAN

Vol 2, No.2, Tahun 2002

Terbit pertama kali Desember 2000

Dewan Pakar

- Prof. Dr. Koesnadi Hardjosoemantri, SH., M.L.
- Prof. Dr. Sri Soemantri, SH.
- Prof. Dr. Satjipto Rahardjo, SH.
- Prof. Erman Rajaguguk, SH., LL.M, PhD.
- Prof. Dr. Dimiyati Hartono, SH.
- Prof. Dr. Loebby Loeqman, SH.
- Prof. Dr. Jimly Asshiddiqie, SH.
- Prof. Dr. Paulus Effendi Lotulung, SH.
- Prof. Dr. Achmad Ali, SH., MH.
- Prof. Hikmahanto Juwana, SH., LL.M, Ph.D.
- Dr. Indriyanto Seno Adji, SH., MH.
- Dr. Zudan Arif Fakrulloh, SH., MH.
- Satya Arinanto SH., MH.
- Rildo Ananda Anwar, SH., MH.

Penanggung Jawab
Amir Syamsuddin, SH., MH.

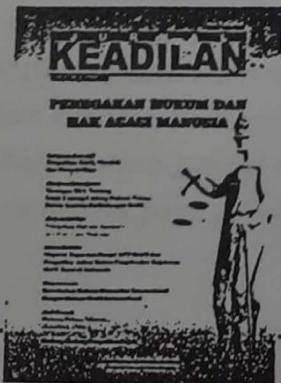
Pemimpin Redaksi
Nurhasyim Ilyas, SH.

Redaktur/Editor
Didi Irawadi Syamsuddin, SH., LL.M.
Yosef Badeoda, SH., MH.
Subani, SH.

Redaksi
Sugiyono, SH., MH.
Yusuf Hidayat, SH., MH.
Agus Suroso, SH., MH.
Riris Ardhanariswari, SH., MH.
Nurul D. Irawati, SH., MH.
Iwan Darmawan, SH., MH.
Widyaningrum S., SH., MH.
Dede Martinelly, SH., MH.
Henry Arianto, SH., MH.

Pemasaran/Distribusi/Iklan
Pusat Kajian Hukum dan Keadilan
(Center for Law and Justice Studies)

Alamat Penerbit/Redaksi
mark Building, Jalan Cikini Raya 58 G-H,
Jakarta 10330, Indonesia
Telp: (62-21) 3101970, 3140017 (hunting)
Fax: (62-21) 3101970
Email: jurnalkeadilan@yahoo.com atau
cjs_jkt@hotmail.com



Daftar Isi

Hal.

Dari Redaksi ii

FOKUS KITA
Hukum Dan Hak Asasi Manusia iii

Masalah HAM Dan Penegakan Hukum 1
Tim Redaksi

Pengadilan HAM, Masalah Dan Perspektifnya 5
Dr. Indriyanto Seno Adji, SH., MH.

Meninjau RUU Tentang Kitab Undang-Undang Hukum
Pidana Dalam Konteks Perlindungan HAM 13
Prof. H. Mardjono Reksodiputro, SH., MA.

Penegakan Hukum, Keadilan Dan Hak Asasi Manusia 16
Prof. Dr. Jimly Asshiddiqie, SH.

*) Menelaah Kebijakan Penegakan Hak Asasi Manusia 20
R. Muhammad Miharadi, SH.

Proses Peradilan Pidana Dan Penegakan Hak Asasi
Manusia 27
Hanafî, SH., MH.

Hak Asasi Manusia Dan Lingkungan Hidup Dalam Hukum
Internasional 37
Sri Rahayu Oktoberina, SH., MPA.

Kejahatan Terorisme 46
Bintatar Sinaga, SH., MH.

Wawancara:
Menyorot Tugas Dan Fungsi KPP-HAM Dan Pengadilan
HAM Ad Hoc Dalam Penyelesaian Kejahatan HAM Berat
di Indonesia 53
Irianto Subiakto, SH., LL.M.

Keterkaitan Hukum Humaniter Dengan Hukum HAM
Internasional 58
Prof. KGPH Haryomataram, SH. (Brig. Jen. Purn.)

Hukum Pidana Khusus (Economic Crime) 70
Prof. Dr. Andi Hamzah, SH.

Resensi Buku:
"Hukum Dan Lingkungan Hidup di Indonesia" 77

Istilah Hukum 79

Undang-Undang Pengadilan Pajak 81

R. Muhammad Miharadi, SH.

MENELAAH KEBIJAKAN PENEGAKAN HAK ASASI MANUSIA

ANALISIS SOSIO-YURIDIS

Human rights enforcement is indivisible from social and political conditions in which the human right exists. The projection and promotion of human rights will only take effect if there is an utmost good faith of the government. Such support should be stipulated in a normative framework as a guaranty of institutionalizing respect for human dignity. Notwithstanding their stipulation in a regulatory framework, put into practice efforts to enforce human rights still have political and technical shortage because they are influenced by the reigning government.

Penegakan Hak Asasi Manusia (HAM) tidak dapat dilepaskan dari kondisi sosial politik dimana hak asasi itu berada. Proyeksi dan promosi hak Asasi manusia hanya baru terlaksana bila ada itikad baik dari penyelenggara negara. Dorongan tersebut harus terumuskan dalam kerangka normatif sebagai jaminan pelebagaan penghormatan terhadap martabat manusia. Dalam prakteknya, upaya penegakan HAM walaupun sudah dirumuskan secara normatif masih saja menimbulkan kendala, baik politik maupun teknis karena dipengaruhi oleh ciri pemerintahan negara yang sedang berkuasa.

Dewasa ini, isu pelanggaran berat Hak Asasi Manusia (HAM) kembali mengemuka di peta konstelasi sosial-politik Indonesia. Hal ini ditandai terutama dengan mulai dilaksanakannya Pengadilan HAM Adhoc untuk menyelesaikan kasus pelanggaran HAM berat di Timor-Timur. Disamping kasus Timor-Timur, sebenarnya ada beberapa kasus-kasus pelanggaran HAM lainnya pun sudah mulai diproses meski belum sampai tahap penyidikan dan pengajuan tuntutan di pengadilan.

Di dalam kerangka penegakan HAM, proses yuridis untuk menjerat para pelaku pelanggaran HAM menjadi sangat esensial dimajukan untuk membangun kembali kepercayaan masyarakat terhadap penghormatan martabat manusia oleh negara. Namun, di dalam praktek, harapan adanya hukuman terhadap pelanggaran HAM masih banyak menghadapi berbagai kendala, baik politik maupun teknis. Tulisan ini mencoba melacak dan mendeskripsikan kendala yang dihadapi di dalam penegakan HAM.

Selintas Historis Konsep HAM

Hak Asasi Manusia yang secara universal diartikan sebagai "*those rights which are inherent in our nature and without which we cannot live as human being*"¹, pada realitasnya, oleh masyarakat internasional telah diperjuangkan sejak lama. Setidaknya, di dalam dokumen historis, banyak ahli di bidang HAM yang menyepakati bahwa Magna Charta 1215 di Inggris sebagai ujung tombak kesadaran arti penting perlindungan HAM. Proses ini berkembang dengan diwarnai berbagai peristiwa kekejaman

¹ Muladi, dalam Bagir Manan, (Ed), *Kedaulatan Rakyat, Hak Asasi Manusia dan Negara Hukum: Kumpulan Esai Menghormati Prof. Sri Soemantri*, (Jakarta: Gaya Media Pratama, 1996), Hlm: 113

terhadap martabat kemanusiaan yang pada akhirnya, sesuai Perang Dunia Ke II, melahirkan komitmen internasional untuk menghormati HAM. Komitmen ini dituangkan melalui Deklarasi Universal HAM PBB pada tahun 1948.

Sejak kelahiran Deklarasi Universal HAM PBB (*Universal Declaration of Human Rights*) maka telah banyak berbagai perjanjian internasional, model perjanjian (*treaty*), pedoman (*guidelines*) yang dibuat untuk menegakkan HAM. Adapun perjanjian internasional yang menjadi standar sumber terdiri dari dua kovenan dan satu protokol yaitu *International Covenant on Economic, Social and Culture Rights*, *International Covenant on Civil and Political Rights* dan *Optional Protocol to the International Covenant on Civil and Political Rights*.

Pada hakikatnya, HAM itu universal, karena hak-hak ini melekat pada manusia. Dan karena manusia itu

Dari segi teoritik, sebenarnya pelanggaran HAM berat (gross violation of human rights) merupakan tindak pidana sebagaimana tindak pidana lain yang bersifat melawan hukum (unlawful) dan sama sekali tidak ada alasan pembenarnya

pada dasarnya tidaklah sama maka tidak boleh ada perbedaan dalam pemberian jaminan atau perlindungan HAM.² Ditinjau dari konsep HAM, sebagaimana diulas Yash Ghai,³ penegakan HAM senantiasa berubah konsep dasarnya dari waktu ke waktu. Hal tersebut sangat dipengaruhi oleh perkembangan sosial-politik internasional. Dari aspek prioritas penegakan, misalnya, semula pemikiran di dunia barat sangat mendominasi

bahwa perlindungan HAM dalam bidang hak-hak politik harus diutamakan. Pemikiran ini mendapat kritik keras dari negara-negara di Asia yang masih bergelut dengan kesulitan ekonomi. Bagi negara tersebut, pemenuhan HAM di bidang ekonomi harus diprioritaskan. Selain itu, penegakan HAM juga harus memperhatikan budaya yang berkembang di suatu negara, terutama dalam hal pluralisme.

Perkembangan konsep HAM di atas dapat tercermin oleh adanya berbagai konvensi yang meletakkan prioritas sesuai kebutuhan dan kewajiban. Hal tersebut nampak dari adanya Charter di Kawasan Afrika ataupun Deklarasi HAM yang dilakukan oleh Organisasi Islam Internasional sesuai dengan Syariah

Islam (Cairo Declaration, 1990).

Dapat disajikan peta konsep HAM yang saat ini berkembang, yang dirumuskan oleh Muladi menjadi empat kelompok pandangan sebagai berikut:

- (1) Mereka yang berpandangan Universal-absolut, yang melihat HAM sebagai nilai-nilai universal sebagaimana dirumuskan di dalam *The International Bill of Human Rights*. Mereka tidak menghargai sama sekali profil budaya yang melekat pada masing-masing bangsa.
- (2) Mereka yang berpandangan Universal-relatif. Mereka ini juga memandang persoalan HAM sebagai masalah universal, namun demikian perkecualian (*exceptions*) yang didasarkan atas asas-asas hukum internasional tetap diakui keberadaannya.
- (3) Mereka yang berpandangan Partikularistik-absolut, yang melihat HAM sebagai persoalan masing-masing bangsa, tanpa memberikan alasan kuat, khususnya dalam melakukan penolakan terhadap berlakunya dokumen internasional.
- (4) Mereka yang berpandangan Partikularistik-relatif, yang memandang persoalan HAM disamping masalah universal juga merupakan masalah nasional masing-masing bangsa. Berlakunya dokumen-dokumen internasional harus diselaraskan, diserasikan, discimbangkan serta memperoleh dukungan dan tertanam (*embedded*) dalam budaya bangsa.⁴

Indonesia, sebagaimana dipaparkan Muladi, jelas menganut Partikularistik-relatif dengan berusaha menemukan titik dialogis di antara empat pandangan atas dasar Pancasila, UUD 1945 dan dokumen internasional tentang HAM. Tinggal persoalannya, bagaimana konsep di atas mampu diimplementasikan dalam norma hukum positif nasional serta konsisten ditegakkan.

Pelanggaran HAM Berat

Saat ini, diskursus mengenai pelanggaran HAM berat menjadi ulasan yang terus menerus diperdebatkan. Dari segi teoritik, sebenarnya pelanggaran HAM berat (*gross violation of human rights*) merupakan tindak pidana sebagaimana tindak pidana lain yang bersifat melawan hukum (*unlawful*) dan sama sekali tidak ada alasan pembenarnya.

Namun, terdapat hal-hal khusus yang membedakannya dengan kejahatan lain (*ordinary crimes*) atau paling tidak dianggap demikian dan mengakibatkan berlakunya yurisdiksi universal.

Karakter tersebut antara lain bahwa tindak pidana HAM berat merupakan salah satu bentuk khusus dari kejahatan politik (*political crimes*) yang memiliki

² Mardjono Reksodiputra, *Hak Asasi Manusia Dalam Sistem Peradilan Pidana*, (Jakarta: Pusat Pelayanan Keadilan & Pengabdian Hukum UI, 1997), Hlm: 7

³ Yash Ghai dalam Philip Alston (Ed), *Human Rights Law*, (England: Dartmouth Publishing Company Ltd, 1996), pp. 21-220.

⁴ Muladi, *op.cit.*, Hlm: 115-116.

ibansa khusus yakni penyalahgunaan kekuasaan dalam arti para pelaku berbuat dalam konteks pemerintahan dan difasilitasi oleh kekuasaan pemerintah. Jadi, mengandung unsur "state action or policy". Kemudian dari segi sifat tindak pidana yang cukup luas jangkauan korbannya. Seperti pada *crimes against humanity* (salah satu kejahatan HAM berat) yang mempersyaratkan adanya elemen bahwa perbuatan tersebut adalah "committed as part of a widespread or systematic attack directed against any civilian population".³

Secara lengkap, Romli Atmasasmita⁴ mengidentifikasi perbedaan pelanggaran HAM berat dengan kejahatan biasa sebagai berikut:

- 1) Pelanggaran HAM berat bersifat universal, sedangkan dalam kejahatan biasa lebih dominan "local content";
- 1) Pelanggaran HAM berat memiliki sifat sistematis, meluas dan kolektif dengan korban yang bersifat kolektif, sedangkan kejahatan biasa bersifat spontanitas, berencana dan kasuistik dengan korban pada umumnya bersifat individual;
- 2) Terhadap pelanggaran HAM berat dapat dituntut dan diadili di negara manapun, sedangkan terhadap kejahatan biasa dituntut dan dipidana di negara tempat tindak pidana (*locus delicti*). Tersangka/terdakwa dituntut dan diadili di negara lain sangat tergantung dari perjanjian bilateral yang disepakati masing-masing negara;
- 3) Terhadap pelanggaran HAM berat, prinsip "ne bis in idem" dapat disimpangi sedangkan terhadap kejahatan biasa prinsip "ne bis in idem" dan asas hukum tidak berlaku surut (*non retroaktif*), berlaku mutlak;
- 4) Pelanggaran HAM berat merupakan kejahatan internasional sedangkan kejahatan biasa merupakan "kejahatan lokal" atau "kejahatan nasional" dan tidak diakui secara universal, dan
- 5) Terhadap pelanggaran HAM berat berlaku selain standar-standar nasional juga standar-standar internasional, sedangkan terhadap kejahatan biasa hanya berlaku standar-standar hukum nasional.

Ditinjau dari aspek hukum internasional humaniter, pelanggaran HAM berat menyangkut empat macam bentuk, yaitu:

- (1) *Grave breaches of the Geneva Conventions of 1949* (Pasal 2 Statuta International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia (ICTY)).
- (2) *Violations of the laws or customs of war* (Pasal 3 Statuta ICTY).

³ Dielaborasi dari Muladi, "Pengadilan Pidana Bagi Pelanggar HAM Berat di Era Demokrasi", *Jurnal Demokrasi & HAM*, Vol. 1, No. 1, Mei-Agustus 2000, Hlm: 41-43.

⁴ Romli Atmasasmita, *Reformasi Hukum, Hak Asasi Manusia & Penegakan Hukum*, (Bandung: Mandar Maju, 2001), Hlm: 147-148.

(3) *Genocide* (Pasal 4 Statuta ICTY).

(4) *Crimes Against Humanity* (Pasal 5 Statuta ICTY).

Adapun kasus-kasus pelanggaran HAM berat yang pernah ditangani atau diadili oleh dunia internasional, hingga kini baru ada empat kasus yaitu kasus pelanggaran HAM yang diadili Pengadilan Nuremberg dan Pengadilan Tokyo (keduanya berkaitan erat dengan pelanggaran HAM pada saat Perang Dunia Ke II), dan terakhir adalah kasus pelanggaran HAM berat yang ditangani oleh Pengadilan Kriminal Internasional untuk bekas Yugoslavia dan Rwanda. Untuk kasus Yugoslavia diadili di Den Haag melalui Resolusi No. 827 dari Dewan Keamanan PBB pada tahun 1993 sedangkan untuk Rwanda di adili di Arusha Tanzania melalui Resolusi No. 955 dari Dewan Keamanan PBB pada tahun 1994.

Dari segi piranti normatif, hukum internasional telah menyediakan banyak instrumen untuk

Pelanggaran terhadap hak asasi manusia berat dapat dimintakan pertanggung-jawaban secara pidana dan perdata. Negara yang melakukan pelanggaran HAM harus bertanggung jawab.

menangani kasus pelanggaran HAM berat. Ini terlihat antara lain dari *Report of the ILC (International Law Commission) tahun 1950, Convention on the Non Applicability of Statutory to War Crimes Against Humanity* dan *Statuta UNHCR* hingga yang terakhir the 1998 *Rome Statute of the International Criminal Court*.

Dengan demikian, ketentuan di atas merupakan upaya menjerat pelaku pelanggaran HAM berat tidak saja dapat dimintakan pertanggungjawaban secara pidana tapi juga perdata. Timbul pertanyaan, siapa yang bertanggung jawab bila terjadi pelanggaran norma hukum internasional? Bila mengacu pada hukum internasional, negara yang melakukan pelanggaran HAM haruslah bertanggung jawab. Ini mengandung arti bahwa pelanggaran terhadap kewajiban negara dapat digolongkan sebagai *international wrongful acts* yang didalamnya menyangkut pelanggaran HAM berat sehingga dapat dikategorikan sebagai kejahatan internasional (*international crimes*).

Problema lain yang menuntut penyelesaian adalah bagaimana mengimplementasikan norma hukum internasional tersebut? Pertanyaan tersebut mengundang jawaban yang dilematis. Dalam konteks ini, ada dua faktor penghambat: pertama, adanya argumentasi bahwa upaya dari lembaga internasional

yang kompeten untuk menegakkan norma hukum tersebut dianggap bertentangan dengan kedaulatan negara yang dijamin oleh prinsip non intervensi dari Piagam PBB. Prinsip ini kerap kali dijadikan tabir untuk tidak mengangkat kasus pelanggaran hak asasi manusia ke wilayah domestik suatu negara oleh rezim otoriter-konservatif. Kedua, adanya ambivalensi atau sikap mendua antara kehendak suatu negara menghukum pelaku pelanggaran berat HAM dengan keengganan melakukan proses hukum terhadap pelanggaran tersebut.

Kondisi ambivalensi ini biasanya dihadapi oleh negara yang baru mengalami transisi dari rezim otoriter ke demokratis. Bisa saja terjadi sebagaimana dianalisis Bambang Widjojanto, bahwa suatu penguasa rezim kekuasaan berhasil ditumbangkan tapi tidak berarti pengaruh dan kekuatan dari berbagai elemen rezim itu bisa disingkirkan dan dikendalikan secara menyeluruh.⁷

Negara yang konfigurasi politiknya demokratis, produk hukum pasti berkarakter responsif, sedangkan bila konfigurasi otoriter, maka produk hukumnya ortodoks/konservatif

Analisis Bambang Widjojanto, diperkuat oleh tulisan Stanley Diamond⁸ yang pernah mengemukakan bahwa penegakan hukum (termasuk HAM) sangat berkaitan dengan kultur dan kondisi politik suatu masyarakat. Atau bila mengacu pada disertasi Moh. Mahfud⁹ bahwa konfigurasi politik suatu negara akan melahirkan karakter produk hukum tertentu di negara tersebut. Di dalam negara yang konfigurasi politiknya demokratis, maka produk hukum (berikut penegakannya) akan berkarakter responsif/populistik, sedangkan di negara yang konfigurasi politiknya otoriter, maka produk hukumnya berkarakter ortodoks/konservatif/elitis. Perubahan konfigurasi politik dari otoriter ke demokratis atau sebaliknya berimplikasi pada perubahan karakter produk hukum (termasuk penegakannya).

Tentu saja, kondisi ambivalensi di dalam penegakan HAM harus segera diakhiri. Hal ini disadari oleh kalangan ahli hukum internasional sehingga direspon melalui pengembangan konsep sistem

yuridiksi universal. Konsep tersebut dimaksudkan untuk mencegah adanya tempat berlindung bagi pelaku kejahatan kemanusiaan (*no save haven principle*). Menurut sistem ini, apabila pelaku berada di wilayah yuridiksi suatu negara maka negara tersebut harus mengadili dan menghukum pelaku berdasarkan hukum pidananya atau mengekstradisi ke negara lain yang memiliki kehendak untuk melakukan yuridiksinya. Dan bila negara pelaku pelanggaran HAM tidak memiliki itikad untuk melakukan penindakan, dimungkinkan masyarakat internasional melalui PBB mengajukan dibentuknya pengadilan internasional.

Studi kasus Indonesia dalam masalah Timor-Timur, mengindikasikan adanya upaya untuk menarik kasus pelanggaran HAM di Timor-Timur ke Mahkamah Internasional. Hal ini terlihat misalnya dengan keluarnya Resolusi Dewan Keamanan PBB No. 1264 yang menuntut pertanggungjawaban pelaku pelanggaran HAM di Timor-Timur. Situasi tersebut kemudian mendorong Pemerintah Indonesia menerbitkan UU No. 26 tahun 2000 tentang Pengadilan HAM yang merupakan implementasi UU No. 39 tahun 1999 tentang HAM.

Agenda *Transitional Justice*

Di dalam konsep penegakan HAM, yang mendesak saat ini untuk segera diakomodasikan adalah bagaimana menangani tuntutan pelanggaran HAM di masa lalu dan memberikan rambu-rambu agar tidak terulang di masa datang. Konsep di atas, di dalam literer penegakan HAM dikenal dengan agenda *transitional justice* yang berkaitan dengan tantangan yang dihadapi negara transisional dalam upaya keluar dari pemerintahan otoriter ke pemerintahan yang lebih demokratis.

Untuk membangun penegakan HAM yang kondusif di masa depan, berkenaan dengan agenda *transitional justice* maka perlu dibentuk piranti hukum yang memadai. Dan piranti tersebut harus dimulai dari dibentuknya konstitusi yang sanggup memberikan jaminan atau proteksi terhadap HAM. Konstitusi yang merupakan kontrak sosial antara rakyat dan negara yang menjadi norma dasar bagi jalannya pemerintahan.¹⁰ Dengan demikian sepatutnya konstitusi merumuskan materi HAM secara baik di dalam pasal-pasal konstitusi. Hal tersebut, pada kasus Indonesia, dirasakan sangat tidak memadai. Peristiwa "lolosnya" pasal 281 ayat (1) Perubahan Kedua UUD 1945 yang dianggap memberi landasan terhadap praktek *impunity* (kebebasan dari hukuman) untuk membebaskan para pelanggaran berat hak asasi manusia dari tuntutan hukum, merupakan salah satu

⁷ Bambang Widjojanto, "Refleksi Proses Transisi Menuju Konsolidasi Demokratis", *Artikel*, Harian Kompas 7 Januari 2001, Hlm: 6.

⁸ Stanley Diamond dalam Robert Paul Wolff, *The Rule of Law*, (USA: Simon & Schuster, 1971), pp: 117-120.

⁹ Moh. Mahfud MD, *Politik Hukum di Indonesia*, (Jakarta: LPJES, 1998), Hlm: 14-15.

¹⁰ Dielaborasi dari John Alder & Peter English, *Constitutional and Administrative Law*, (London: Mac Millan, 1989), pp: 3.

indikasi lemahnya komitmen membangun konstitusi yang menghormati martabat manusia.

Perlu dipaparkan pada tulisan ini bahwa perumusan Pasal 28 I ayat (1) di atas masih mengundang kontroversi penafsiran. Setidaknya, penulis mengidentifikasi ada dua pandangan berbeda, yang menarik ditelaah. Pandangan pertama diwakili oleh Suwoto Mulyosudarmo,¹¹ mengemukakan bahwa perumusan ketentuan Pasal 28 I ayat (1) Perubahan Kedua UUD 1945 di satu sisi dirumuskan sebagai upaya memberikan perlindungan hukum dengan menegakkan asas legalitas yang melarang adanya ketentuan berlaku surut. Namun, pengaruh internasional dan perkembangan keilmuan menuntut adanya pasal pengecualian yang menyimpang dari asas *Non-Retroactivity*. Persoalannya, UUD 1945 pada perubahannya tidak secara tegas memberikan dasar hukum pengecualian sehingga sulit dipertanggungjawabkan penerapan asas *retroactivity* dalam perundang-undangan yang berlaku. Sementara UU No. 26 Tahun 2000 memberi peluang terhadap penerapan asas *retroactivity* yaitu hanya dengan persetujuan DPR.

Sedangkan pandangan kedua, yang berbeda dengan Suwoto, dikemukakan oleh Alan Tieger. Menurut Alan Tieger, larangan terhadap pengkriminalan perilaku yang belum diatur di dalam ketentuan hukum merupakan prinsip universal. Namun, prinsip ini tidak mengecualikan pendakwaan terhadap perilaku jika perilaku itu merupakan pelanggaran terhadap hukum internasional pada saat itu. Singkatnya, pada kasus kontroversi di atas bahwa UU Pengadilan HAM Indonesia tidak memiliki efek retroaktif karena UU itu tidak dapat mengkriminalkan tindakan-tindakan yang sebelumnya dianggap legal. UU ini tidak menciptakan kejahatan baru; ia melulu mengakui pelanggaran-pelanggaran hukum yang telah ada sejak bertahun-tahun sebelumnya. Karenanya, orang-orang yang didakwa karena pelanggaran terhadap hukum yang sudah dijadikan statuta Hak Asasi Manusia tidak memiliki klaim yang sah bahwa mereka jadi korban dari suatu hukum yang tidak ada sebelum kejahatan itu berlangsung.¹²

Penulis berpendapat, kedua perbedaan pandangan di atas berangkat dari kekurangcermatan perumus ketentuan konstitusi yang tidak secara memadai memahami konsep-konsep HAM. Di masa datang, perumus konstitusi harus memiliki visi dan wawasan HAM sehingga tidak terjebak untuk merumuskan norma atau ketentuan di dalam konstitusi

¹¹ Suwoto Mulyosudarmo, "Reformasi Hukum Terhadap Putusan Sidang Umum MPR 1999 dan Sidang Tahunan MPR 2000", *Analisis CSIS*, Tahun XXX/2001 No. 1 Hlm: 57-58.

¹² Alan Tieger dalam Komnas HAM, *Keadilan Dalam Masa Transisi*. (Jakarta: Komnas HAM, 2001), Hlm: 56-57.

yang menimbulkan multi interpretasi. Sukarnya, untuk kasus yang saat ini dialami, penyelesaian tafsir atas ketentuan konstitusi belum ada institusi yang dianggap kompeten untuk hal tersebut. Bila diserahkan pada lembaga MPR, mengacu pada Ketetapan MPR No. III/MPR/2000 yang memungkinkan MPR menguji undang-undang maka hal tersebut menjadi bias karena MPR adalah lembaga politik dan bukan lembaga yudisial. Namun, jika diserahkan kepada Mahkamah Agung (mengingat Mahkamah Konstitusi belum terbentuk) maka persoalannya menjadi rumit karena adanya kasus di Pengadilan HAM Ad Hoc tengah berjalan dengan menggunakan ketentuan peraturan yang diperdebatkan. Mahkamah Agung tentu saja tidak dapat memberikan pendapat hukum pada kasus yang masih berjalan (atau berproses) di pengadilan, sebelum sampai ke tingkat kasasi.

Adapun agenda *transitional justice* untuk korban pelanggaran HAM di masa lalu, di dalam praktek, agak mengalami kesulitan untuk mengupayakannya. Banyak ambivalensi di sana-sini, terutama dengan kenyataan ketiadaan jarak yang tegas antara rezim otoriter di masa lalu dengan rezim demokratis yang hendak dibangun. Di satu sisi, rezim yang lama belum sepenuhnya hilang kekuatannya sementara di sisi lain rezim baru belum dapat melakukan pelembagaan pranata

*Di masa datang,
perumus konstitusi
harus memiliki visi
dan wawasan HAM
sehingga tidak
terjebak untuk
merumuskan
norma atau
ketentuan di dalam
konstitusi yang
menimbulkan multi
interpretasi.*

demokrasi secara utuh. Tak heran, bila proses tawar menawar dan akomodasi dengan kekuatan rezim lama menjadi pilihan tak terelakkan.

Secara umum, Kertas Posisi Masyarakat *Transitional Justice* Komnas HAM (2001), telah memberikan arahan bahwa kebijakan yang menyangkut penyelesaian pelanggaran HAM sedapat-dapatnya memenuhi dua tujuan utama. Pertama, menyangkut masa lalu ialah berhubungan dengan menciptakan keadilan bagi para korban, sekaligus memperbaiki berbagai kerusakan yang telah ditimbulkan akibat tindakan-tindakan masa lalu. Dan Kedua, menyangkut masa depan ialah menentukan norma-norma sehingga dapat mencegah peristiwa yang melanggar hak dan martabat manusia.

Untuk kasus-kasus pelanggaran HAM kategori berat, Alan Tieger mengajukan dua model utama untuk menyelesaikan, yaitu model pendakwaan dan model

kebenaran dan rekonsiliasi. Ada tiga tujuan utama yang hendak diperoleh dari dua model di atas. Pertama untuk mencegah supaya kejahatan-kejahatan itu tidak terulang (*deterrence*); kedua memperbaiki kerusakan yang ditimbulkan kejahatan-kejahatan itu (*restorasi*) dan ketiga, memastikan penjatuhan hukuman untuk tindak-tanduk kejahatan itu (*retribusi*).¹¹

Model pendakwaan menekankan pada digunakannya instrumen sistem *judicial* di dalam menghukum para pelanggar HAM. Proses ini tentu saja mengasumsikan adanya lembaga peradilan yang fair, yang mampu dan berani menjatuhkan vonis bersalah dengan menghukum berat bagi pelanggar HAM atas kejahatan mengerikan. Sementara, model kebenaran dan rekonsiliasi lebih memfokuskan pada pendekatan restorasi dan retribusi dengan melakukan sejumlah wawancara dengan korban dan saksi, investigasi dan pendokumentasian pelanggaran HAM. Hasil dari investigasi dan wawancara tersebut kemudian dipublikasikan secara luas dan diberi rekomendasi agar peristiwa pelanggaran HAM tersebut tidak terulang lagi.

Di dalam praktek, kedua model di atas, tidak hanya bersifat komplementer satu sama lain tapi juga saling tergantung. Misalnya, karena model pendakwaan dianggap lambat dan mahal maka bisa saja komisi kebenaran dan rekonsiliasi (*truth and reconciliation commission*) mengisi kekosongan dengan mempublikasikan lebih banyak kasus kejahatan dan para pelanggar HAM. Bahkan, di Afrika Selatan, penggunaan kedua model ini saling dipertukarkan. Hal ini dilakukan misalnya dengan adanya pemberian amnesty bagi para pelanggar yang mau menyingkapkan informasi yang lengkap dan benar atas pelanggaran HAM. Tentu saja praktek Afrika Selatan, kerap kali mengundang kritik dari pengamat HAM, karena dianggap memberikan potensi terhadap berkembangnya perilaku *impunity*. Namun, untuk kasus Afrika Selatan, hal tersebut terpaksa dilakukan sebagai alternatif pengaman ancaman destabilisasi dari rezim lama.

Kedua model di atas, yaitu model pendakwaan dan komisi kebenaran dan rekonsiliasi, di Indonesia telah diakomodasi dengan terbitnya UU No. 26 Tahun 2000 tentang Pengadilan HAM dan dibentuknya RUU tentang Komisi Kebenaran dan Rekonsiliasi. Namun persoalannya kembali bertumpu pada itikad baik dari penyelenggara negara untuk benar-benar menuntaskan pelanggaran HAM dengan instrumen yuridis yang ada.

Hal lain yang dirasakan masih lemah di dalam penegakan HAM adalah terlalu terbatasnya rumusan pelanggaran berat HAM. UU No. 26 Tahun 2000 tidak mengakomodasi pelanggaran terhadap hak-hak

ekonomi, sosial dan budaya. Bahkan, pelanggaran terhadap Geneva Convention 1949 dan kebiasaan perang (*the laws or customs of war*), tidak dirumuskan. UU No. 26 Tahun 2000 hanya membatasi sebatas genosida dan kejahatan terhadap kemanusiaan. Dengan demikian, perlu dipikirkan adanya badan nasional yang bersifat sementara dan bertugas untuk memfasilitasi penyelesaian pelanggaran hak ekonomi, sosial dan budaya di masa lalu.

Idealnya, sebagaimana dimajukan Kertas Posisi Masyarakat *Transitional Justice*, bahwa penyelesaian pelanggaran HAM harus dilakukan dengan metode berikut. Pertama, diungkapnya terlebih dahulu adanya kesalahan, baik lewat proses peradilan ataupun di luar proses peradilan mengenai adanya pelanggaran HAM. Kedua, harus ada pengakuan dan penyesalan pelaku akan kesalahan. Ketiga, disusul oleh adanya penghukuman terhadap pelaku, Kempat, institusi pendukung tindak pelanggaran, baik berstatus resmi negara atau bukan harus dilikuidasi dan kelima, proses pemulihan dan/atau penyembuhan demi kepentingan korban harus diberikan dengan cara rehabilitasi, restitusi dan kompensasi.

Studi kasus penanganan pelanggaran HAM di Indonesia, menurut penulis harus memperhatikan beberapa hal yang dapat menjadi kendala di dalam proteksi dan promosi HAM. Pertama, adanya perumusan asas retroaktif menuntut perlunya ada pertimbangan dan argumen yang logis-rasional menyangkut batas waktu (*time limits*). Sangat sulit untuk menentukan kurun waktu kapan suatu kasus pelanggaran HAM dapat dituntut. Tak heran bila pembuat UU Pengadilan HAM menyerahkan urusan batas waktu ke DPR sebagaimana tercantum dalam Pasal 43 UU No. 26 Tahun 2000. Yang sangat penting, pemberlakuan asas surut ini harus dapat menjamin keadilan, kepentingan korban terlindungi dan tersangka memperoleh jaminan minimum.

Kedua, dari segi kualitas substansi pelanggaran berat HAM. Penulis melihat bahwa penilaian ataupun pembuktian kasus pelanggaran berat HAM termasuk memiliki derajat kesulitan cukup tinggi. Hal ini terutama berkaitan pada aspek adakah peran "*state policy or action*". Bukan mustahil, pelanggaran HAM berat dilakukan tidak atas kebijakan negara tapi karena kelalaian aparaturnya secara individual. Atau dapat juga didukung perangkat normatif bahwa tindakan pelanggaran HAM berat tersebut di masa lalu adalah tindakan legal. Hal tersebut kemudian berkenaan pula menyangkut sistem pertanggungjawabannya untuk menentukan siapa yang paling bertanggung jawab. Dan untuk kasus-kasus pelanggaran HAM yang lama seringkali sulit pembuktiannya.

Untuk itu, kehadiran konsep rekonsiliasi dan kebenaran menjadi pilihan yang paling

¹¹ Alan Tieger, *Ibid*, Hlm: 51.

memungkinkan meski perlu didukung adanya pengungkapan kebenaran. Proses pengungkapan kebenaran inilah yang sering kali menjadi kendala, karena tidak mungkin ada pengampunan dan rehabilitasi oleh negara pada korban tanpa sebelumnya diungkapkan terlebih dahulu kebenaran dari pelanggaran HAM berat. Berarti, perlu ada pengakuan salah dari pelaku dan baru dipertukarkan dengan pengampunan. Itu berarti menuntut komitmen dan integritas dari pelaku untuk mengakui adanya perlakuan pelanggaran HAM di masa lalu.

Berkenaan dengan komitmen, melakukan proteksi dan promosi HAM, Indonesia kini mengalami ujian dengan adanya Pengadilan HAM ad hoc untuk kasus Timor-Timur. Hal di atas menjadi penting karena proses peradilan tersebut merupakan tolok ukur sejauhmana ada kesungguhan di dalam melakukan perlindungan terhadap HAM. Dan, sesuai dengan Pasal 20 ayat (2) dan (3) Statuta Roma (1998) dimungkinkan bila Pengadilan HAM Ad Hoc Nasional dianggap tidak benar-benar memperhatikan norma hukum internasional maka kasus tersebut diadili lagi di Mahkamah Pidana Internasional.

Dapat disimpulkan bahwa hak asasi manusia dengan demikian memiliki dimensi kompleks. Hak asasi manusia melibatkan hubungan antar individu, dan antar individu-individu dengan negara. Karena itu tugas praktis melindungi hak asasi manusia merupakan tugas nasional dan masing-masing negara harus bertanggung jawab. Pada tingkat nasional, hak-hak tersebut paling baik dilindungi oleh peraturan yang memadai, lembaga pengadilan yang independen, pembuatan dan pemberlakuan rambu-rambu dan upaya pemulihan hak individu serta pembentukan dan penguatan lembaga-lembaga demokratis.¹⁴

Dapat ditafsirkan bahwa perlindungan nilai-nilai hak asasi manusia hanya dapat berjalan di dalam negara yang mengartikulasikan prinsip-prinsip demokrasi secara konsisten. Demokrasi dapat menyediakan pranata agar negara senantiasa dikontrol dan tidak tercipta sistem pemerintahan absolut. Elemen demokrasi merupakan media untuk mengontrol negara dan bukan melegitimasi kekuasaan negara. Dan kesemuanya dikelola di bawah konsepsi negara hukum (*rechts staat* atau *rule of law*) sehingga perlindungan HAM dapat dijamin keberadaannya.¹⁵

Studi kasus Pemerintahan Orde Baru menunjukkan bahwa tanpa kontrol yang efektif melalui pelembagaan institusi demokrasi maka yang terjadi adalah terbentuknya rezim otoriter. Hal ini, biasanya, dilakukan dengan memanfaatkan aparatur di bidang keamanan yang menciptakan stabilitas politik

dengan pendekatan represif dan koersif.¹⁶

Penutup

Proteksi dan promosi hak asasi manusia, pada hakikatnya merupakan upaya terus menerus yang harus dimajukan sebagai sebuah tuntutan dari masyarakat modern, demokratis dan beradab. Problemanya, ketika komitmen di atas hendak diimplementasikan maka hal tersebut sangat dipengaruhi oleh situasi sosial, politik dan budaya serta hukum di mana hak asasi manusia itu ditegakkan.

Pendekatan normatif di dalam proteksi dan promosi hak asasi manusia tidak akan terwujud secara memadai bila tidak didukung proses politik yang memiliki pemahaman dan kemauan menghormati martabat manusia.

Dengan demikian, adanya pemutusan rantai antara pemerintahan masa silam dan pemerintahan sekarang yang hendak membangun masyarakat demokratis merupakan prioritas utama. Dan perjuangan penghormatan hak asasi manusia merupakan proses panjang yang harus senantiasa dievaluasi dan didorong dengan memperhatikan keragaman kultural. □

Penulis:

Staf Badan Pekerja Konsorsium Reformasi Hukum Nasional (KRHN) di Jakarta dan Pengajar di F.H. Univ. Pakuan Bogor

¹⁴ Lihat Afan Gaffar, *Javanese Voters: A Case Study of Election Under A Hegemonic Party System*, (Yogyakarta: Gadjah Mada University Press, 1992), Hlm: 37-38.

DAFTAR PUSTAKA

- Atmasasmita, Romli, *Reformasi Hukum, Hak Asasi Manusia dan Penegakan Hukum*, Bandung: Mandar Maju, 2001.
- Diamond, Stanley dalam Robert Paul Wolff, *The Rule of Law*, USA: Simon & Schuster, 1971.
- Gaffar, Afan, *Javanese Voters: A Case Study of Election Under A Hegemonic Party System*, Yogyakarta: Gadjah Mada University Press, 1992.
- Ghai, Yash dalam Philip Alston (Ed), *Human Rights Law*, England: Dartmouth Publishing Company Ltd, 1996.
- Manan, Bagir, (Ed), *Kedaulatan Rakyat, Hak Asasi Manusia dan Negara Hukum: Kumpulan Esai Menghormati Prof. Sri Soemantri*, Jakarta: Gaya Media Pratama, 1996.
- Moh, Mahfud Md., *Politik Hukum Di Indonesia*, Jakarta: LP3ES, 1998.
- Muladi, "Pengadilan Pidana Bagi Pelanggar HAM Berat Di Era Demokrasi", *Jurnal Demokrasi dan HAM*, Vol. 1 Mei-Agustus 2000.
- Mulyosudarmo, Suwoto, "Refleksi Hukum Terhadap Putusan Sidang Umum MPR 1999 dan Sidang Tahunan MPR 2000", *Analisis CSIS*, Tahun XXX/2001 No. 1.
- Mardjono Reksodiputro, *Hak Asasi Manusia Dalam Sistem Peradilan Pidana*, Jakarta: Pusat Pelayanan Keadilan & Pengabdian Hukum UI, 1997.
- Widjojanto, Bambang, "Refleksi Proses Transisi menuju Konsolidasi Demokrasi", *Artikel Harian Kompas* 7 Januari 2001.
- John Alder & Peter English, *Constitutional and Administrative Law*, London: Mac Milan, 1989.
- Tieger, Alan dalam Komnas HAM, *Keadilan Dalam Masa Transisi*, Jakarta: Komnas HAM, 2001.
- Jon Elster dan Rune Slagstad, *Constitutionalism and Democracy*, England: Cambridge University Press, 1997.
- Perserikatan Bangsa-Bangsa, *Seri Pelatihan Profesional No. 4: Institusi Nasional Hak Asasi Manusia*, Februari 2000.

¹⁵ Perserikatan Bangsa-Bangsa, *Seri Pelatihan Profesional No. 4: Institusi Nasional Hak Asasi Manusia*, Februari 2000, Hlm: 2.

¹⁶ Dieelaborasi dari Jon Elster dan Rune Slagstad, *Constitutionalism and Democracy*, (England: Cambridge University Press, 1997), Hlm: 134-135.