

P U T U S A N
Nomor 18/PUU-V/2007

DEMI KEADILAN BERDASARKAN KETUHANAN YANG MAHA ESA

MAHKAMAH KONSTITUSI REPUBLIK INDONESIA

[1.1] Yang memeriksa, mengadili, dan memutus perkara konstitusi pada tingkat pertama dan terakhir, menjatuhkan putusan dalam perkara Permohonan Pengujian Undang-Undang Nomor 26 Tahun 2000 tentang Pengadilan Hak Asasi Manusia terhadap Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, diajukan oleh:

[1.2] EURICO GUTERRES, umur 38 tahun, agama Katolik, pekerjaan Mantan Wakil Panglima Pasukan Pejuang Integrasi Timor Timur, alamat Kelurahan Liliba RT/RW. 008/001 Kecamatan Oebobo Kota Kupang;

Berdasarkan Surat Kuasa Khusus bulan Juni 2007 memberikan kuasa kepada M. Mahendradatta, S.H.,MA.,MH.PhD, A. Wirawan Adnan, S.H., Achmad Michdan, S.H., Akhmad Kholid, S.H., Irwan H. Siregar, S.H.,LL.M., Guntur Fattahillah, S.H., Hery Susanto, S.H., Sutejo Sapto Jalu, S.H., Advokad/Penasihat Hukum yang berdomisili pada Kantor *The Law Offices of* M. Mahendradatta, Jalan Rumah Sakit Fatmawati Nomor 22 FG, Cipete Selatan, Cilandak Jakarta Selatan 12410, yang bertindak baik sendiri-sendiri maupun bersama-sama;

Selanjutnya disebut sebagai ----- **Pemohon**;

[1.3] Telah membaca permohonan Pemohon;
Telah mendengar keterangan Pemohon;
Telah membaca keterangan tertulis Dewan Perwakilan Rakyat;
Telah mendengar dan membaca keterangan tertulis Pemerintah;
Telah membaca keterangan tertulis Komisi Nasional Hak Asasi Manusia;
Telah mendengar dan membaca keterangan ahli dari Pemohon;
Telah memeriksa bukti-bukti yang diajukan oleh Pemohon;
Telah membaca kesimpulan dari Pemohon;

2. DUDUK PERKARA

[2.1] Menimbang bahwa Pemohon mengajukan permohonan pengujian Undang-Undang Nomor 26 Tahun 2000 tentang Pengadilan Hak Asasi Manusia (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2000 Nomor 208, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 4026, selanjutnya disebut UU Pengadilan HAM) terhadap Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 (selanjutnya disebut UUD 1945) dengan surat permohonan bertanggal 19 Juni 2007 yang diterima dan terdaftar di Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi (selanjutnya disebut Kepaniteraan Mahkamah) pada tanggal 21 Juni 2007 dengan registrasi Nomor 18/PUU-V/2007, yang mengemukakan hal-hal sebagai berikut:

Pemohon mengajukan permohonan pengujian undang-undang mengenai norma-norma yang terdapat di dalam Pasal 43 ayat (2) beserta Penjelasan Pasal 43 ayat (2) UU Pengadilan HAM, karena melanggar hak konstitusional Pemohon sebagai warga negara sebagaimana dirumuskan dalam Pasal 27 ayat (1), Pasal 28D ayat (1), Pasal 28G ayat (1) *juncto* Pasal 24A ayat (5), Pasal 28I ayat (2) UUD 1945;

Sebelum Pemohon menguraikan alasan dalam permohonan *a quo*, terlebih dahulu akan diuraikan *legal standing* Pemohon dan kewenangan Mahkamah Konstitusi untuk memeriksa dan memutuskan permohonan dimaksud. Segala alasan dan dasar hukum pengujian Undang-Undang *a quo* adalah bersifat materil, namun Pemohon juga mengajukan pengujian formil terhadap Undang-Undang *a quo*;

[2.1.1] KEDUDUKAN HUKUM (LEGAL STANDING) PEMOHON

1. Pemohon adalah perorangan warga negara Indonesia yang menganggap hak dan/atau kewenangan konstitusionalnya dirugikan oleh berlakunya UU Pengadilan HAM, khususnya Pasal 43 ayat (2) beserta Penjelasan Pasal 43 ayat (2);
2. Bahwa Pemohon dalam mengajukan permohonan ini bertindak dalam kapasitas atau kualifikasi pribadi sebagai warga negara Indonesia yang memiliki Kartu Tanda Penduduk warga negara Indonesia, sehingga dapat bertindak sendiri tanpa ijin maupun tanpa dapat dianggap mewakili kategori lain selain sebagai perorangan;

3. Bahwa sebagai warga negara Indonesia, Pemohon memiliki hak konstitusional yang diberikan oleh UUD 1945 yang antara lain tidak terbatas pada Pasal 28D ayat (1) yang berbunyi, "*Setiap orang berhak atas pengakuan, jaminan, perlindungan, dan kepastian hukum yang adil serta perlakuan yang sama terhadap hukum*". Untuk melaksanakan hak tersebut, UUD 1945 telah memberikan jaminan:
 - Pasal 24 UUD 1945:
 - (1) *Kekuasaan kehakiman merupakan kekuasaan yang merdeka untuk menyelenggarakan peradilan guna menegakkan hukum dan keadilan;*
 - (2) *Kekuasaan kehakiman dilakukan oleh sebuah Mahkamah Agung dan badan peradilan yang berada di bawahnya dalam lingkungan peradilan umum, lingkungan peradilan agama, lingkungan peradilan militer, lingkungan peradilan tata usaha negara, dan oleh sebuah Mahkamah Konstitusi;*
 - (3) *Badan-badan lain yang fungsinya berkaitan dengan kekuasaan kehakiman diatur dalam undang-undang;*
 - Pasal 24A ayat (5) UUD 1945: "*Susunan, kedudukan, keanggotaan, dan hukum acara Mahkamah Agung serta badan peradilan di bawahnya diatur dengan undang-undang*";
4. Bahwa selain Pasal 28D ayat (1) UUD 1945 tersebut, Pemohon juga memiliki hak konstitusional yang lain sebagaimana dimaksud dalam:
 - 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 28G ayat (1): "*Setiap orang berhak atas perlindungan diri pribadi, keluarga, kehormatan, martabat, dan harta benda yang di bawah kekuasaannya, serta berhak atas rasa aman dan perlindungan dari ancaman ketakutan untuk berbuat atau tidak berbuat sesuatu yang merupakan hak asasi*";
 - Pasal 28I ayat (2): "*Setiap orang bebas dari perlakuan yang bersifat diskriminatif atas dasar apa pun dan berhak mendapatkan perlindungan terhadap perlakuan yang bersifat diskriminatif itu*";
5. Bahwa DPR pernah membentuk Pansus Timor Timur Periode Pasca Jajak Pendapat yang berujung pada disampaikannya usulan yang kemudian

ditindaklanjuti menjadi pembentukan Pengadilan HAM *ad hoc* untuk mengadili tersangka pelanggaran HAM berat di Timor Timur;

6. Bahwa kegiatan DPR *a quo* merupakan pelaksanaan kegiatan dalam lingkup penerapan UU Pengadilan HAM, khususnya Pasal 43 ayat (2) dan Penjelasan Pasal 43 ayat (2);
 - Pasal 43 ayat (2) yang berbunyi "*Pengadilan HAM ad hoc sebagaimana dimaksud dalam ayat (1) dibentuk atas usul Dewan Perwakilan Rakyat Republik Indonesia berdasarkan peristiwa tertentu dengan Keputusan Presiden*".
 - Penjelasan Pasal 43 ayat (2) yang berbunyi "*Dalam hal Dewan Perwakilan Rakyat Republik Indonesia mengusulkan dibentuknya Pengadilan HAM ad hoc, Dewan Perwakilan Rakyat Republik Indonesia mendasarkan dugaan telah terjadinya pelanggaran hak asasi manusia yang berat yang dibatasi pada locus dan tempus delicti tertentu yang terjadi sebelum diundangkannya Undang-undang ini*". Sebagaimana ternyata pada butir konsideran "Mengingat" pada poin 2;
7. Bahwa dengan demikian Pasal 43 ayat (2) UU Pengadilan HAM telah diterapkan kepada Pemohon sebagai perorangan, karena kemudian DPR telah memutuskan 17 orang dari 21 orang yang diajukan oleh KPP-HAM dan Kejaksaan, untuk diadili pada Pengadilan HAM *ad hoc* di Pengadilan Negeri Jakarta Pusat, dimana Pemohon adalah termasuk diantara 17 orang tersebut;
8. Bahwa karena adanya Pasal 43 ayat (2) UU Pengadilan HAM, Pemohon telah dirugikan hak konstitusionalnya untuk memperoleh perlindungan, dan kepastian hukum yang adil sebagaimana tercantum dalam Pasal 28D ayat (1) UUD 1945, secara konkrit kerugian tersebut berupa pengadilan terhadap Pemohon di Pengadilan HAM *ad hoc* Pengadilan Negeri Jakarta Pusat dengan Nomor Perkara 04/Pid.Ham/ad.hoc/2002/PH.JKT.PST, yang telah menjatuhkan putusan kepada Pemohon berupa pidana penjara sepuluh tahun, yang kemudian akhirnya juga diputus hal yang sama oleh Mahkamah Agung dengan Nomor Putusan 06 K/Pid.HAM AD HOC/2005, tanggal 8 Maret 2006;
9. Bahwa disamping itu Pemohon yakin segala keputusan yang telah diambil oleh DPR memiliki landasan kepentingan politik, sehingga hak konstitusional Pemohon untuk mendapatkan jaminan, perlindungan dan kepastian hukum

telah terintervensi oleh kepentingan politik, hal ini merupakan kerugian konstitusional;

10. Bahwa Pemohon berpendapat segala bentuk badan-badan peradilan haruslah dibentuk berdasarkan UUD 1945 oleh undang-undang, sehingga akan sangat merugikan Pemohon apabila sampai diperiksa atau diadili oleh badan peradilan yang tidak dibentuk berdasarkan UUD 1945;
11. Bahwa fakta hukum kegiatan DPR yang membentuk Pansus *a quo*, bahkan sebelumnya Komisi III DPR telah mengajukan rekomendasi agar DPR memberikan usul kepada Presiden RI untuk membentuk Pengadilan HAM *ad hoc* untuk peristiwa *a quo*, adalah akibat dari diberlakukannya Pasal 43 ayat (2) beserta Penjelasan Pasal 43 ayat (2) UU Pengadilan HAM. Sehingga terdapat hubungan kausalitas antara diberlakukannya Pasal *a quo* dari Undang-Undang *a quo* dengan tindakan DPR yang dianggap merugikan hak konstitusional Pemohon;
12. Bahwa bilamana permohonan Pemohon dikabulkan, tentunya DPR dianggap tidak memiliki dasar hukum untuk membentuk Pengadilan HAM *ad hoc*, sehingga kerugian konstitusional Pemohon dapat direhabilitasi dengan cara mengajukan peninjauan kembali atas kerugian (hukuman pidana) yang saat ini sedang dijalankan;
13. Bahwa bilamana permohonan Pemohon dikabulkan juga tidak akan menimbulkan implikasi ketidakpastian hukum (*rechtsonzekerheid*) terhadap penanganan Pengadilan HAM dan Pengadilan HAM *ad hoc* karena Pemohon tidak mempersoalkan keberadaan pengadilan-pengadilan tersebut, namun prosesnya yang harus sesuai dengan UUD 1945;

[2.1.2] KEWENANGAN MAHKAMAH KONSTITUSI

1. Bahwa Pasal 43 ayat (2) dan Penjelasan Pasal 43 ayat (2) UU Pengadilan HAM yang diajukan oleh Pemohon memang sudah pernah diuji materiil oleh Mahkamah Konstitusi dalam perkara Nomor 065/PUU-II/2004 yang diajukan oleh Abilio Jose Osorio Soares, dengan keputusan permohonan ditolak;
2. Bahwa menurut hemat Pemohon, khususnya untuk Pasal 43 ayat (2) dan Penjelasan Pasal 43 ayat (2) UU Pengadilan HAM *a quo* hanya sekedar turut teruji oleh Pemohon sebelumnya dalam arti tidak dengan maksud yang serius dan argumentatif. Karena apabila dibaca permohonan

Pemohon sebelumnya tidak ada satu alasanpun yang dikemukakan oleh Pemohon sebelumnya untuk menguji Pasal 43 ayat (2) dan Penjelasan Pasal 43 ayat (2) Undang-Undang *a quo*;

3. Bahwa oleh karenanya, apapun alasan yang dikemukakan oleh Pemohon sudah pasti berbeda dengan Pemohon sebelumnya, karena Pemohon sebelumnya tidak mempunyai alasan apapun untuk menguji Pasal 43 ayat (2) dan Penjelasan Pasal 43 ayat (2) Undang-Undang *a quo*;
4. Bahwa sebaliknya justru Mahkamah Konstitusi yang memberikan pertimbangan terhadap Pasal 43 ayat (2) Undang-Undang *a quo* sebagaimana kutipan Putusan Nomor 065/PUU-II/2004 halaman 56 sampai dengan 58;
5. Alasan atau syarat konstitusional yang diajukan Pemohon berbeda dengan yang diajukan oleh Pemohon sebelumnya, hal ini terlihat dari kutipan Perkara Nomor 065/PUU-II/2004, dimana dasar konstitusional yang dijadikan argumentasi Pemohon sebelumnya adalah hanya Pasal 28I ayat (1) UUD 1945, sedangkan dasar konstitusional yang diajukan Pemohon *a quo* adalah Pasal 27 ayat (1), Pasal 28D ayat (1) *juncto* Pasal 24 dan Pasal 24A ayat (5), Pasal 28G ayat (1) UUD 1945;
6. Bahwa Pemohon perkara Nomor 065/PUU-II/2004 pun tidak memberikan alasan atau argumentasi apapun mengenai Pasal 43 ayat (2) Undang-Undang *a quo* selain dari mengkaitkannya dengan argumentasi untuk Pasal 43 ayat (1) Undang-Undang *a quo*. Sehingga apapun syarat konstitusional atau alasan Pemohon sudah pasti berbeda dengan Pemohon sebelumnya, karena Pemohon memberikan alasan sebaliknya dari Pemohon sebelumnya tidak ada alasannya;
7. Bahwa Pemohon sebelumnya dalam Perkara Nomor 065/PUU-II/2004, yang dikemukakan adalah tertuju hanya pada pembahasan asas *non-retroaktif versus asas retroaktif*, sedangkan Pemohon *a quo* sama sekali tidak mendalilkan permasalahan asas *retroaktif* tersebut karena sejak pada bagian permulaan sampai akhir permohonan ini, Pemohon akan membangun konstruksi uji materiel Pasal *a quo* berdasarkan kerugian Pemohon yang dilanggar hak konstitusionalitasnya dalam memperoleh jaminan, perlindungan dan kepastian hukum. Lebih khusus lagi Pemohon akan menyajikan dalil-dalil berkenaan dengan kekuasaan kehakiman yang bebas sebagai bentuk

- jaminan, perlindungan dan kepastian hukum bagi Pemohon. Disamping itu Pemohon juga akan menyampaikan dalil-dalil mengenai syarat konstitusional pembentukan badan peradilan demi kepastian hukum bagi Pemohon;
8. Bahwa oleh karena syarat konstitusional yang dipergunakan oleh Pemohon berbeda dengan Pemohon sebelumnya, maka sudah sepantasnya apabila Mahkamah Konstitusi berkenan menerima permohonan Pemohon dan menyatakan berwenang untuk memeriksa pokok permohonan Pemohon;
 9. Bahwa Mahkamah Konstitusi berdasarkan Pasal 10 huruf a Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi (selanjutnya disebut UU MK) memiliki kewenangan untuk mengadili pada tingkat pertama dan terakhir yang putusannya bersifat final untuk menguji undang-undang terhadap UUD 1945;
 10. Bahwa dari uraian *legal standing* permohonan *a quo*, Pemohon merasa sebagai perorangan warga negara Indonesia, telah memiliki *legal standing* untuk mengajukan permohonan uji materiil dari Pasal 43 ayat (2) dan Penjelasan Pasal 43 ayat (2) UU Pengadilan HAM terhadap Pasal 27 ayat (1), Pasal 28D ayat (1) *juncto* Pasal 24 dan Pasal 24A ayat (5), Pasal 28G ayat (1), dan Pasal 28I ayat (2) UUD 1945. Selain itu yang dimohonkan diuji adalah Ketentuan Normatif Undang-Undang *a quo* Pasal 43 ayat (2) dan Penjelasan Pasal 43 ayat (2) yang jelas-jelas merugikan hak konstitusional Pemohon;
 11. Bahwa bilamana Mahkamah memutuskan untuk menyatakan Pasal 43 ayat (2) UU Pengadilan HAM dan Penjelasan tidak memiliki kekuatan hukum mengikat, dapat dipastikan Pemohon dapat segera memperoleh rehabilitasi dan terbebas dari kemungkinan diperiksa bahkan diadili kembali oleh proses *criminal justice system* dan Lembaga Pengadilan yang bertentangan dengan UUD 1945. Sehingga putusan Mahkamah akan memiliki manfaat nyata/berpengaruh menghentikan kerugian hak konstitusional Pemohon;
 12. Bahwa Pasal 50 UU MK yang menyatakan bahwa undang-undang yang dapat dimohonkan untuk diuji adalah undang-undang yang diundangkan setelah perubahan UUD 1945 dengan perubahan terakhir yaitu perubahan ketiga yang disahkan pada tanggal 10 November 2001;
 13. Bahwa UU Pengadilan HAM diundangkan pada tanggal 23 November 2000 atau lahir sebelum adanya UU MK;

14. Bahwa akan tetapi Pasal 50 UU MK tersebut telah dinyatakan tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat berdasarkan putusan Mahkamah Konstitusi dalam Perkara Nomor 066/PUU-II/2004 tanggal 12 April 2005, sehingga Mahkamah Konstitusi berwenang untuk menguji secara materiil Pasal 43 ayat (2) UU Pengadilan HAM;

[2.1.3] ALASAN PERMOHONAN

1. Bahwa segala apa yang telah dikemukakan dalam bagian I dan II permohonan *a quo* di atas, mohon pula dipertimbangkan sebagai alasan-alasan permohonan *a quo* secara *mutatis mutandis* masuk pula kedalam bagian ini;
2. DPR sebagai lembaga legislatif dan lembaga politik tidak memiliki wewenang intervensi terhadap *criminal justice system*;
3. Bahwa menurut UU Pengadilan HAM menentukan bahwa Pengadilan HAM *ad hoc* hanya dapat dibentuk atas usulan DPR kepada Presiden RI untuk kemudian (bilamana menyetujui juga) dikeluarkan Keputusan Presiden untuk membentuknya;
4. Bahwa berdasarkan penjelasan Pasal 43 ayat (2) UU Pengadilan HAM, untuk menentukan ada atau tidaknya pelanggaran hak asasi manusia yang berat DPR diberikan wewenang untuk melakukan dugaan. Dengan demikian sebelum DPR mengusulkan dibentuknya Pengadilan HAM *ad hoc*, maka ketika itu DPR telah melakukan apa yang tindakan menduga terlebih dahulu tentang telah terjadinya pelanggaran hak asasi manusia yang berat di Timor Timur;
5. Bahwa pasal-pasal *a quo* jelas-jelas menunjukkan DPR haruslah memberikan putusan atau penilaian (*judgement*) terlebih dahulu sebelum mengajukan usul pembentukan Pengadilan HAM *ad hoc*. Berarti DPR telah melakukan fungsi pengadilan yang didasarkan atas dugaannya;
6. Bahwa secara normatif, menurut UU Pengadilan HAM *a quo*, DPR tidak membutuhkan adanya bahan-bahan atau syarat konstitusional apapun untuk melakukan tindakan menduga dan mengajukan usul pembentukan Pengadilan HAM *ad hoc* tersebut. Laporan ataupun rekomendasi dari Komnas HAM hanyalah merupakan kebiasaan dalam praktik belaka dan bukan merupakan suatu aturan yang mengikat. Dengan lain perkataan, DPR dapat mengajukan usul pembentukan

- Pengadilan HAM *ad hoc* bilamana menurut dugaannya telah terjadi pelanggaran HAM berat, tanpa harus mengikutsertakan lembaga lain;
7. Bahwa di dalam UU Pengadilan HAM, kata dugaan atau diduga ditemukan didalam Pasal 1 ayat (5) yang berbunyi, "*Penyelidikan adalah serangkaian tindakan penyidik untuk mencari dan menemukan ada tidaknya suatu peristiwa yang diduga merupakan pelanggaran hak asasi manusia yang berat guna ditindaklanjuti dengan penyidikan sesuai dengan ketentuan yang diatur dalam Undang-undang ini.*" Dimana berdasarkan pengertian pasal tersebut, maka dugaan merupakan suatu bagian dari sebuah tindakan hukum penyelidikan;
 8. Bahwa namun sebelum terlalu jauh, maka perlu dimengerti dahulu bahwa sesuai Undang-Undang *a quo*, penyelidikan merupakan suatu wewenang didalam sistim Pengadilan HAM yang hanya dimiliki oleh Komnas HAM sebagaimana Pasal 18 ayat (1) Undang-Undang *a quo* yang berbunyi, "*Penyelidikan terhadap pelanggaran hak asasi manusia yang berat dilakukan oleh Komisi Nasional Hak Asasi Manusia*". Sedangkan Penjelasan Pasal 18 ayat (1) UU Pengadilan HAM yang berbunyi, "*Kewenangan penyelidikan hanya dilakukan oleh Komisi Nasional Hak Asasi Manusia dimaksudkan untuk menjaga objektivitas hasil penyelidikan karena lembaga Komisi Nasional Hak Asasi Manusia adalah lembaga yang bersifat independen*";
 9. Bahwa dengan demikian fungsi DPR disini adalah menggantikan atau bahkan tumpang tindih (*overlap*) atau mengambil alih fungsi Komnas HAM sebagai penyidik dalam tindak pidana pelanggaran HAM berat;
 10. Pemohon sama sekali tidak mempersoalkan penerapan asas retroaktif maupun eksistensi Pengadilan HAM *ad hoc*, tetapi proses pembentukannya melalui usulan DPR dan dengan Keputusan Presiden RI yang menurut Pemohon merugikan hak konstitusionalnya. Dengan perkataan lain, Pemohon tidak mengajukan pembatalan eksistensi Pengadilan HAM *ad hoc* tetapi memohonkan uji materiel terhadap proses pembentukannya;
 11. Bahwa Pemohon saat ini bukan sedang mempermasalahkan keberadaan Pengadilan HAM *ad hoc* yang telah mengadili Pemohon, tetapi mempermasalahkan proses peradilanannya yang tidak sesuai dengan UUD 1945, sehingga Pemohon telah dirugikan karena telah diadili oleh suatu

- proses kekuasaan politik yang tidak merdeka karena bukan dalam rangka menegakkan hukum dan keadilan namun mengakomodasi kepentingan Politik;
12. Bahwa fungsi DPR yang diberikan oleh UUD 1945 adalah fungsi legislasi, fungsi anggaran dan fungsi pengawasan, serta utamanya menjalankan kekuasaan membentuk undang-undang. Di dalam UUD 1945 tidak ada satu pasal pun secara normatif yang memberikan hak kepada DPR untuk ikut serta di dalam *criminal justice system* atau *in casu* melakukan penyelidikan terhadap tindak pidana;
 13. Bahwa namun yang menjadi persoalan adalah bukan peran serta DPR dalam membentuk Pengadilan HAM *ad hoc* tetapi didalam proses mengusulkannya ternyata terkandung keharusan DPR untuk melakukan penilaian yang bersifat menghakimi tentang suatu peristiwa hukum pidana sebagaimana secara normatif disebut dalam Penjelasan Pasal 43 ayat (2);
 14. Bahwa akibat Pasal 43 ayat (2) dan Penjelasan Pasal 43 ayat (2) Undang-Undang *a quo* menentukan penilaian yuridis untuk menduga adanya pelanggaran HAM yang berat ditentukan secara politis, maka Pemohon tidak memperoleh kepastian hukum. Oleh karenanya sangatlah bijaksana apabila Pasal 43 ayat (2) dan Penjelasan Pasal 43 ayat (2) UU Pengadilan HAM dinyatakan tidak lagi mengikat secara hukum;
 15. Bahwa peranan lembaga lain dalam menentukan terbentuknya Pengadilan *ad hoc* dan menerapkan prinsip kehati-hatian dapat dikembalikan lagi dalam lingkup kekuasaan kehakiman, sebagaimana dalam penanganan tindak pidana terorisme (Undang-Undang Nomor 15 Tahun 2003 *juncto* Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang Nomor 1 Tahun 2002) yang mempergunakan hasil laporan intelijen;
 16. Bahwa UUD 1945 khususnya Pasal 28D ayat (1) yang berbunyi "*Setiap orang berhak atas pengakuan, jaminan, perlindungan, dan kepastian hukum yang adil serta perlakuan yang sama di hadapan hukum*" dan Pasal 28I ayat (2) berbunyi "*Setiap orang berhak bebas dari perlakuan yang bersifat diskriminatif atas dasar apa pun dan berhak mendapatkan perlindungan terhadap perlakuan yang bersifat diskriminatif itu*". Maka nyatalah hak Pemohon secara konstitusional untuk memperoleh perlakuan yang sama dihadapan hukum dan bebas dari perlakuan yang bersifat diskriminatif atas

dasar apapun, telah dilanggar dengan berlakunya Pasal 43 ayat (2) dan Penjelasan Pasal 43 ayat (2) Undang-Undang *a quo*;

17. Bahwa Pasal 43 ayat (2) UU Pengadilan HAM yang berbunyi, "*Pengadilan HAM ad hoc sebagaimana dimaksud dalam ayat (1) dibentuk atas usul Dewan Perwakilan Rakyat Republik Indonesia berdasarkan peristiwa tertentu dengan Keputusan Presiden*", secara normatif dan tegas menyatakan pembentukan Pengadilan HAM *ad hoc* adalah melalui Keputusan Presiden;
18. Bahwa Pemohon berpendapat bahwa pembentukan Pengadilan HAM *ad hoc* tidak dapat dilakukan dengan Keputusan Presiden karena bertentangan dengan Pasal 24 ayat (5) UUD 1945, sehingga pantas dinyatakan tidak lagi mengikat secara hukum;
19. Bahwa sangat jelas didalam Keputusan Presiden Nomor 53 Tahun 2001 tentang Pembentukan Pengadilan HAM *ad hoc* untuk peristiwa Timor Timur pasca jajak pendapat ditentukan kedudukan Pengadilan HAM *ad hoc* adalah di Pengadilan Negeri Jakarta Pusat. Padahal apabila mengikuti kedudukan Pengadilan HAM *ad hoc* yang ditentukan oleh UU Pengadilan HAM, khususnya Pasal 45 ayat (2), maka seharusnya *locus delicti* Timor Timur (masuk Nusa Tenggara Timur), sehingga seharusnya Pemohon diadili di Pengadilan Negeri Surabaya. Oleh karenanya sangat jelas bahwa Keputusan Presiden tersebut menentukan kedudukan Pengadilan HAM *ad hoc*, dan bukan ditentukan oleh Undang-Undang *a quo*;
20. Bahwa Pasal 24A ayat (5) UUD 1945 menyatakan, "*Susunan, kedudukan, keanggotaan, dan hukum acara Mahkamah Agung serta badan peradilan di bawahnya diatur dengan undang-undang*". Hal ini sesuai pula dengan ketentuan Pasal 15 ayat (1) Undang-Undang Nomor 4 Tahun 2004 tentang Kekuasaan Kehakiman sebagai implementasi dari Pasal 24A ayat (5) UUD 1945. Pasal 15 ayat (1) yang berbunyi, "*Pengadilan khusus hanya dapat dibentuk dalam salah satu lingkungan peradilan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 10 yang diatur dengan undang-undang*";
21. Bahwa penjelasan ayat tersebut berbunyi, "*Yang dimaksud dengan pengadilan khusus dalam ketentuan ini, antara lain, adalah pengadilan anak, pengadilan niaga, pengadilan hak asasi manusia, pengadilan tindak pidana korupsi, pengadilan hubungan industrial yang berada di lingkungan peradilan umum, dan pengadilan pajak di lingkungan peradilan tata usaha negara*".

Meskipun Undang-Undang Nomor 4 Tahun 2004 tentang Kekuasaan Kehakiman dibuat lebih kemudian dari UU KPK, akan tetapi ketentuan yang sama telah tercantum dalam Pasal 10 ayat (1) (beserta penjelasannya) Undang-Undang Nomor 14 Tahun 1970 tentang Ketentuan-ketentuan Pokok Kekuasaan Kehakiman (selanjutnya disebut UU Kekuasaan Kehakiman). Pasal 10 ayat (1) UU Kekuasaan Kehakiman yang berbunyi, "*Kekuasaan Kehakiman dilakukan oleh Pengadilan dalam lingkungan: a. Peradilan Umum; b. Peradilan Agama; c. Peradilan Militer; d. Peradilan Tata Usaha Negara*". Sementara itu, Penjelasannya berbunyi, "*Undang-undang ini membedakan antara empat lingkungan peradilan yang masing-masing mempunyai lingkungan wewenang mengadili tertentu dan meliputi Badan-badan Peradilan tingkat pertama dan tingkat banding. Peradilan Agama, Militer dan Tata Usaha Negara merupakan peradilan khusus, karena mengadili perkara-perkara tertentu atau mengenai golongan rakyat tertentu, sedangkan Peradilan Umum adalah peradilan bagi rakyat pada umumnya mengenai baik perkara perdata, maupun perkara pidana. Perbedaan dalam empat lingkungan peradilan ini, tidak menutup kemungkinan adanya pengkhususan (differensiasi/spesialisasi) dalam masing-masing lingkungan, misalnya dalam Peradilan Umum dapat diadakan pengkhususan berupa Pengadilan Lalu Lintas, Pengadilan Anak-anak, Pengadilan Ekonomi, dan sebagainya dengan undang-undang*". Di samping itu, frasa yang berbunyi diatur dengan undang-undang yang tersebut dalam Pasal 24A ayat (5) UUD 1945 juga berarti bahwa susunan, kedudukan, keanggotaan, dan hukum acara Mahkamah Agung serta badan peradilan di bawahnya itu tidak boleh diatur dengan bentuk peraturan perundang-undangan lain selain undang-undang;

22. Bahwa berdasarkan alasan-alasan di atas, sudah sepatutnya apabila permohonan Pemohon dikabulkan seluruhnya;
23. Bahwa bilamana permohonan Pemohon dikabulkan juga tidak akan menimbulkan implikasi ketidakpastian hukum (*rechtsonzekerheid*) terhadap penanganan Pengadilan HAM dan Pengadilan HAM *ad hoc* karena Pemohon tidak mempersoalkan keberadaan pengadilan-pengadilan tersebut, namun prosesnya yang harus sesuai dengan Undang-Undang Dasar 1945. Disamping itu untuk Pengadilan HAM *ad hoc* sampai saat ini tidak ada lagi

yang sedang diadili dan cukup waktu bagi pembentuk undang-undang untuk merumuskan kembali undang-undang yang sesuai;

Akhirul kata, dengan terlebih dahulu menghaturkan puji syukur dan mohon perlindungan kehadiran Allah SWT, maka perkenankanlah Pemohon memohon kepada Mahkamah untuk sudi memeriksa/mengadili permohonan Pemohon dan kemudian berkenan pula memutuskan antara lain tetapi tidak terbatas pada hal-hal sebagai berikut:

1. Mengabulkan Permohonan Pemohon untuk seluruhnya;
2. Menyatakan Undang-Undang Nomor 26 Tahun 2000 tentang Pengadilan Hak Asasi Manusia (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2000 Nomor 208 dan Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 4026) khususnya Pasal 43 ayat (2) dan Penjelasan Pasal 43 ayat (2). Pasal 43 ayat (2) yang berbunyi, *"Pengadilan HAM ad hoc sebagaimana dimaksud dalam ayat (1) dibentuk atas usul Dewan Perwakilan Rakyat Republik Indonesia berdasarkan peristiwa tertentu dengan Keputusan Presiden"* dan Penjelasan Pasal 43 ayat (2) Undang-Undang *a quo* berbunyi *"Dalam hal Dewan Perwakilan Rakyat Republik Indonesia mengusulkan dibentuknya Pengadilan HAM ad hoc, Dewan Perwakilan Rakyat Republik Indonesia mendasarkan dugaan telah terjadinya pelanggaran hak asasi manusia yang berat yang dibatasi Dalam hal Dewan Perwakilan Rakyat Republik Indonesia mengusulkan dibentuknya Pengadilan HAM ad hoc, Dewan Perwakilan Rakyat Republik Indonesia mendasarkan dugaan telah terjadinya pelanggaran hak asasi manusia yang berat yang dibatasi pada locus dan tempus delicti tertentu yang terjadi sebelum diundangkannya undang-undang ini"* bertentangan dengan UUD 1945;
3. Menyatakan Undang-Undang Nomor 26 Tahun 2000 tentang Pengadilan Hak Asasi Manusia, khususnya Pasal 43 ayat (2) yang berbunyi, *"Pengadilan HAM ad hoc sebagaimana dimaksud dalam ayat (1) dibentuk atas usul Dewan Perwakilan Rakyat Republik Indonesia berdasarkan peristiwa tertentu dengan Keputusan Presiden"* dan Penjelasan Pasal 43 ayat (2) Undang-Undang *a quo* yang berbunyi *"Dalam hal Dewan Perwakilan Rakyat Republik Indonesia mengusulkan dibentuknya Pengadilan HAM ad hoc, Dewan Perwakilan Rakyat Republik Indonesia mendasarkan dugaan telah terjadinya pelanggaran hak asasi manusia yang berat yang dibatasi Dalam*

hal Dewan Perwakilan Rakyat Republik Indonesia mengusulkan dibentuknya Pengadilan HAM ad hoc, Dewan Perwakilan Rakyat Republik Indonesia mendasarkan dugaan telah terjadinya pelanggaran hak asasi manusia yang berat yang dibatasi pada locus dan tempus delicti tertentu yang terjadi sebelum diundangkannya Undang-undang ini”, tersebut tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat;

Atau bilamana Mahkamah berpendapat lain sudilah kiranya memberikan putusan yang seadil-adilnya.

[2.2] Menimbang bahwa untuk menguatkan dalil-dalil permohonannya, Pemohon telah mengajukan bukti berupa surat/atau tulisan dan oleh telah Pemohon diberi tanda Bukti P-1 sampai dengan Bukti P-3, sebagai berikut:

1. Bukti P-1 : Fotokopi Salinan Putusan Mahkamah Agung Nomor 06 K/PID. HAM AD HOC/2005, tanggal 13 Maret 2006 atas nama Eurico Guterres;
2. Bukti P-2 : Fotokopi Undang-Undang Nomor 26 Tahun 2000 tentang Pengadilan Hak Asasi Manusia;
3. Bukti P-3 : Fotokopi Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi;

[2.3] Menimbang bahwa Pemerintah pada persidangan tanggal 21 Agustus 2007 telah menyampaikan keterangan secara lisan, dan telah pula menyerahkan keterangan tertulisnya bertanggal 20 Agustus 2007, sebagai berikut:

UMUM

Bahwa hak asasi manusia yang tercantum dalam UUD 1945, Deklarasi Universal tentang Hak Asasi Manusia, Ketetapan MPR-I Nomor XVII/MPR/1998 tentang Hak Asasi Manusia, dan Undang-Undang Nomor 39 Tahun 1999 tentang Asasi Manusia harus dilaksanakan dengan penuh rasa tanggung jawab sesuai dengan falsafah yang terkandung dalam Pancasila dan UUD 1945 dan asas-asas hukum internasional;

Ketetapan MPR-RI Nomor XVII/MPR/1998 tentang Hak Asasi Manusia menugaskan kepada lembaga-lembaga tinggi negara dan seluruh aparatur pemerintah untuk menghormati, menegakkan, dan menyebarluaskan pemahaman mengenai hak asasi manusia kepada seluruh masyarakat serta segera meratifikasi berbagai instrumen Perserikatan Bangsa-Bangsa tentang Hak Asasi Manusia sepanjang tidak bertentangan dengan Pancasila dan UUD

1945. Pemberian perlindungan terhadap hak asasi manusia dilakukan melalui pembentukan Komnas HAM, Pengadilan Hak Asasi Manusia serta Komisi Kebenaran dan Rekonsiliasi;

Untuk melaksanakan amanat Ketetapan MPR-RI Nomor XVII/MPR/1998 tentang Hak Asasi Manusia tersebut, telah dibentuk Undang-Undang Nomor 39 Tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia. Pembentukan undang-undang tersebut merupakan perwujudan tanggung jawab bangsa Indonesia sebagai anggota Perserikatan Bangsa-Bangsa. Selain itu, pembentukan Undang-Undang Hak Asasi Manusia juga mengandung suatu misi guna mengemban tanggung jawab moral dan hukum dalam menjunjung tinggi dan melaksanakan Deklarasi Umum Hak Asasi Manusia (*The Universal Declaration of Human Rights*) yang ditetapkan oleh Perserikatan Bangsa-Bangsa, serta yang terdapat dalam berbagai instrumen hukum internasional lainnya yang mengatur hak asasi manusia, dan telah disahkan dan/atau diterima oleh negara Republik Indonesia;

Bertitik tolak dari perkembangan hukum, baik ditinjau dari kepentingan nasional maupun dari kepentingan internasional, maka untuk menyelesaikan masalah pelanggaran hak asasi manusia yang berat serta mengembalikan keamanan dan perdamaian di Indonesia perlu dibentuk Pengadilan Hak Asasi Manusia yang merupakan pengadilan khusus bagi pelanggaran hak asasi manusia yang berat. Untuk merealisasikan terwujudnya Pengadilan Hak Asasi Manusia tersebut, perlu dibentuk Undang-Undang tentang Pengadilan Hak Asasi Manusia;

Dasar pembentukan undang-undang tentang Pengadilan Hak Asasi Manusia adalah sebagaimana tercantum dalam ketentuan Pasal 104 ayat (1) Undang-Undang Nomor 39 Tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia;

Undang-Undang tentang Pengadilan Hak Asasi Manusia diharapkan dapat melindungi hak asasi manusia, baik perseorangan maupun masyarakat, dan menjadi dasar dalam penegakan, kepastian hukum, keadilan, dan perasaan aman baik bagi perseorangan maupun masyarakat, terhadap pelanggaran hak asasi manusia yang berat;

Pembentukan Undang-Undang tentang Pengadilan Hak Asasi Manusia didasarkan pada pertimbangan sebagai berikut:

1. Pelanggaran hak asasi manusia yang berat merupakan *extra ordinary crimes*

dan berdampak secara luas baik pada tingkat nasional maupun internasional dan bukan merupakan tindak pidana yang diatur di dalam Kitab Undang Undang Hukum Pidana serta menimbulkan kerugian baik materiil maupun immateriil yang mengakibatkan perasaan tidak aman baik terhadap perseorangan maupun masyarakat, sehingga perlu segera dipulihkan dalam mewujudkan supremasi hukum untuk mencapai kedamaian, ketertiban, ketenteraman, keadilan, dan kesejahteraan bagi seluruh masyarakat Indonesia;

2. Terhadap perkara pelanggaran hak asasi manusia yang berat diperlukan langkah-langkah penyelidikan, penyidikan, penuntutan, dan pemeriksaan yang bersifat khusus. Kekhususan dalam penanganan pelanggaran hak asasi manusia yang berat adalah:
 - a. diperlukan penyidik dengan membentuk tim *ad hoc*, penyidik *ad hoc*, penuntut umum *ad hoc* dan hakim *ad hoc*;
 - b. diperlukan penegasan bahwa penyelidikan hanya dilakukan oleh Komnas HAM sedangkan penyidik tidak berwenang menerima laporan atau pengaduan sebagaimana diatur dalam Kitab Undang-Undang Hukum Acara Pidana;
 - c. diperlukan ketentuan mengenai tenggang waktu tertentu untuk melakukan penyidikan, penuntutan, dan pemeriksaan di pengadilan;
 - d. diperlukan ketentuan mengenai perlindungan korban dan saksi;
 - e. diperlukan ketentuan yang menegaskan tidak ada kadaluarsa bagi pelanggaran hak asasi manusia yang berat;

Mengenai pelanggaran hak asasi manusia yang berat seperti genosida dan kejahatan terhadap kemanusiaan (*crimes against humanity*) yang berdasarkan hukum internasional dapat digunakan asas retroaktif, diberlakukannya ketentuan mengenai kewajiban untuk tunduk kepada pembatasan yang ditetapkan dengan undang-undang sebagaimana tercantum dalam Pasal 28J ayat (2) UUD 1945 yang berbunyi, "*Dalam menjalankan hak dan kebebasannya setiap orang wajib tunduk kepada pembatasan yang ditetapkan dengan undang-undang dengan maksud semata-mata untuk menjamin pengakuan serta penghormatan atas hak dan kebebasan orang lain dan untuk memenuhi tuntutan yang adil sesuai dengan pertimbangan moral,*

nilai-nilai agama, keamanan, dan ketertiban umum dalam suatu masyarakat demokratis";

Dengan perkataan lain asas retroaktif dapat diberlakukan dalam rangka melindungi hak asasi manusia itu sendiri berdasarkan Pasal 28J ayat (2) UUD 1945 tersebut. Karena itu, Undang-Undang ini mengatur pula tentang Pengadilan HAM *ad hoc* untuk memeriksa dan memutus perkara pelanggaran hak asasi manusia yang berat yang terjadi sebelum diundangkannya Undang-Undang ini. Pengadilan HAM *ad hoc* dibentuk atas usul Dewan Perwakilan Rakyat berdasarkan peristiwa tertentu dengan Keputusan Presiden dan berada di lingkungan Peradilan Umum;

Disamping adanya Pengadilan HAM *ad hoc*, undang-undang ini menyebutkan juga keberadaan Komisi Kebenaran dan Rekonsiliasi sebagaimana dimaksud dalam Ketetapan MPR-RI Nomor V/MPR/2000 tentang Pemantapan Persatuan dan Kesatuan Nasional. Komisi Kebenaran dan Rekonsiliasi yang akan dibentuk dengan undang-undang dimaksudkan sebagai lembaga ekstra yudisial yang ditetapkan dengan undang-undang yang bertugas untuk menegakkan kebenaran dengan mengungkapkan penyalahgunaan kekuasaan dan pelanggaran hak asasi manusia pada masa lampau, sesuai dengan ketentuan hukum dan perundang-undangan yang berlaku dan melaksanakan rekonsiliasi dalam perspektif kepentingan bersama sebagai bangsa;

KEDUDUKAN HUKUM (LEGAL STANDING) PEMOHON

Sesuai dengan ketentuan Pasal 51 ayat (1) UU MK, bahwa para Pemohon adalah pihak yang menganggap hak dan/atau kewenangan konstitusionalnya dirugikan oleh berlakunya undang-undang, yaitu:

- a. perorangan warga negara Indonesia;
- b. kesatuan masyarakat hukum adat sepanjang masih hidup dan sesuai dengan perkembangan masyarakat dan prinsip Negara Kesatuan Republik Indonesia yang diatur dalam undang-undang;
- c. badan hukum publik atau privat; atau
- d. lembaga negara.

Kemudian dalam penjelasannya dinyatakan, bahwa yang dimaksud dengan "*hak konstitusional*" adalah hak-hak yang diatur dalam Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945. Sehingga agar seseorang atau suatu pihak dapat diterima sebagai Pemohon yang memiliki kedudukan hukum

(*legal standing*) dalam permohonan pengujian undang-undang terhadap Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, maka terlebih dahulu harus menjelaskan dan membuktikan:

- a. Kualifikasinya dalam permohonan *a quo* sebagaimana disebut dalam Pasal 51 ayat (1) UU MK;
- b. Hak dan/atau kewenangan konstitusionalnya dalam kualifikasi dimaksud yang dianggap telah dirugikan oleh berlakunya undang-undang yang diuji;
- c. Kerugian hak dan/atau kewenangan konstitusional Pemohon sebagai akibat berlakunya undang-undang yang dimohonkan pengujian;

Lebih lanjut Mahkamah Konstitusi telah memberikan pengertian dan batasan secara kumulatif tentang kerugian hak dan/atau kewenangan konstitusional yang timbul karena berlakunya suatu undang-undang menurut Pasal 51 ayat (1) UU MK (*vide* putusan Nomor 006/PUU-III/2005 dan putusan-putusan berikutnya), harus memenuhi 5 (lima) syarat yaitu :

- a. adanya hak konstitusional para Pemohon yang diberikan oleh Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945;
- b. bahwa hak konstitusional para Pemohon tersebut dianggap oleh para Pemohon telah dirugikan oleh suatu undang-undang yang diuji;
- c. bahwa kerugian konstitusional para Pemohon yang dimaksud bersifat spesifik (khusus) dan aktual atau setidaknya bersifat potensial yang menurut penalaran yang wajar dapat dipastikan akan terjadi;
- d. adanya hubungan sebab akibat (*causal verband*) antara kerugian dan berlakunya Undang-Undang yang dimohonkan untuk diuji;
- e. adanya kemungkinan bahwa dengan dikabulkannya permohonan maka kerugian konstitusional yang didalilkan tidak akan atau tidak lagi terjadi.

Menurut Pemohon dalam permohonannya bahwa dengan berlakunya ketentuan Pasal 43 ayat (2) UU Pengadilan HAM beserta Penjelasannya, maka hak dan/atau kewenangan konstitusionalnya dirugikan, karena ketentuan *a quo* telah diterapkan kepada Pemohon sebagai tersangka pelanggaran HAM berat pasca jajak pendapat di Timor Timur, secara konkrit berupa putusan Pengadilan HAM *ad hoc* Jakarta, yang menjatuhkan putusan dengan menghukum Pemohon dengan pidana penjara sepuluh tahun, dan putusan tersebut dikuatkan oleh putusan Mahkamah Agung pada tingkat kasasi, padahal menurut Pemohon Pengadilan HAM *ad hoc* tersebut tidak dibentuk berdasarkan perintah dan/atau

diatur oleh UUD 1945, tetapi dibentuk berdasarkan kepentingan dan intervensi politik, sehingga jaminan perlindungan dan kepastian hukum Pemohon tidak terpenuhi atau setidaknya tidak terabaikan, dan karenanya ketentuan *a quo* dianggap bertentangan dengan ketentuan Pasal 24A ayat (5), Pasal 27 ayat (1), Pasal 28D ayat (1) Pasal 28G ayat (1), dan Pasal 28I ayat (2) UUD 1945;

Karena itu, Pemerintah perlu mempertanyakan kepentingan Pemohon apakah sudah tepat sebagai pihak yang menganggap hak dan/atau kewenangan konstitusional yang diatur dalam UUD 1945 dirugikan oleh keberlakuan ketentuan *a quo*. Juga apakah kerugian konstitusional Pemohon yang dimaksud bersifat spesifik (khusus) dan aktual atau setidaknya bersifat potensial yang menurut penalaran yang wajar dapat dipastikan akan terjadi, dan apakah ada hubungan sebab akibat (*causal verband*) antara kerugian dan berlakunya undang-undang yang dimohonkan untuk diuji;

Pemerintah beranggapan bahwa Pemohon tidak dapat mendalilkan dan mengkonstruksikan secara jelas adanya kerugian hak dan/atau kewenangan konstitusional yang timbul atas keberlakuan ketentuan *a quo*, karena Pemohon hanya mendalilkan adanya proses peradilan yang diterapkan kepada Pemohon, disisi lain dalam proses persidangan di Pengadilan HAM *ad hoc* hak-hak Pemohon telah diberikan dan dipenuhi sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan yang berlaku, misalnya hak untuk membela diri dengan membuat sanggahan (*pledoi*), hak untuk beribadah sesuai dengan kepercayaannya, hak untuk memperoleh informasi, hak untuk didampingi Advokat, dan lain sebagainya;

Menurut Pemerintah mempermasalahkan proses pembentukan Pengadilan HAM *ad hoc* sangatlah tidak tepat, keliru dan kabur (*obscuur libels*), karena hal tersebut berkaitan dengan fungsi dan wewenang suatu lembaga negara (Dewan Perwakilan Rakyat dan Presiden) untuk menentukan pilihan kebijakan (*legal policy*) utamanya dalam rangka penegakan hukum terhadap pelanggaran HAM yang berat yang terjadi pada masa lalu, disisi lain menurut Pemerintah jikaalaupun anggapan/argumentasi Pemohon yang menyatakan Presiden RI tidak berwenang menetapkan pembentukan Pengadilan HAM *ad hoc* atas usul Dewan Perwakilan Rakyat, benar adanya, maka hal tersebut menurut Pemerintah sama sekali tidak terkait dengan kerugian hak dan/atau kewenangan konstitusional Pemohon yang dijamin oleh konstitusi;

Pemerintah juga berpendapat adalah sangat tepat dan bijak bila Pemohon melakukan upaya hukum terhadap putusan pengadilan yang telah berkekuatan hukum tetap (*inkracht van gewijsde*) yaitu mengajukan upaya hukum peninjauan kembali (*herziening*), maupun mengajukan permohonan grasi kepada Presiden RI, dengan harapan dapat memberikan pengampunan yang berupa perubahan, peringanan, pengurangan, atau penghapusan pelaksanaan putusan kepada terpidana, dalam hal ini terhadap Pemohon;

Lebih lanjut Pemerintah beranggapan bahwa apa yang dikemukakan oleh Pemohon pada dasarnya berkaitan dengan pengujian formil (*formele toetsingrecht*), atas hal tersebut Jimly Asshiddiqie (2006: 62-67) menentukan beberapa kriteria yang dipakai untuk menilai konstitusionalitas suatu undang-undang *a quo* adalah sejauh mana undang-undang itu ditetapkan dalam bentuk yang tepat (*appropriate form*), oleh institusi yang tepat (*appropriate institution*), dan menurut prosedur yang tepat (*appropriate procedure*). Lebih lanjut berkenaan dengan pengujian formil diatur dalam Pasal 4 ayat (3) Peraturan Mahkamah Konstitusi Nomor 06/PMK/2005, yang menyatakan bahwa "*Pengujian formil adalah pengujian undang-undang yang berkenaan dengan proses pembentukan undang-undang dan hal-hal yang tidak termasuk pengujian materil*";

Menurut Pemerintah pembentukan Pengadilan HAM *ad hoc*, baik bentuk institusi maupun prosedurnya telah sesuai dengan peraturan perundang-undangan yang berlaku, antara lain pengusulan pembentukan Pengadilan HAM *ad hoc* dari Dewan Perwakilan Rakyat, sebagai representasi kehendak rakyat Indonesia dan dalam rangka menjalankan fungsi pengawasan, kemudian dengan Keputusan Presiden RI karena mengatur hal yang bersifat penetapan (*beschiking*) atas pembentukan Pengadilan HAM *ad hoc* dalam kasus atau peristiwa tertentu;

Atas hal-hal tersebut, Pemerintah meminta kepada Pemohon melalui Ketua/Majelis Hakim Mahkamah Konstitusi untuk menjelaskan dan membuktikan secara sah terlebih dahulu apakah benar Pemohon sebagai pihak yang hak dan/atau kewenangan konstitusionalnya dirugikan. Pemerintah berpendapat bahwa tidak terdapat dan/atau telah timbul kerugian terhadap hak dan/atau kewenangan konstitusional Pemohon atas keberlakuan UU Pengadilan HAM, karena itu kedudukan hukum (*legal standing*) Pemohon dalam permohonan

pengujian ini tidak memenuhi persyaratan sebagaimana tercantum dalam Pasal 51 ayat (1) UU MK maupun berdasarkan putusan-putusan Mahkamah Konstitusi yang terdahulu;

Berdasarkan uraian tersebut di atas, Pemerintah memohon agar Ketua/Majelis Hakim Mahkamah Konstitusi secara bijaksana menyatakan permohonan Pemohon tidak dapat diterima (*niet ontvankelijk verklaard*). Namun demikian apabila Ketua/Majelis Hakim Mahkamah Konstitusi berpendapat lain, berikut ini disampaikan penjelasan Pemerintah tentang materi pengujian UU Pengadilan HAM;

PENJELASAN PEMERINTAH ATAS PERMOHONAN PENGUJIAN UU PENGADILAH HAM.

Sebelum Pemerintah menyampaikan penjelasan lebih lanjut atas permohonan pengujian undang-undang *a quo*, terlebih dahulu disampaikan hal-hal sebagai berikut:

1. Bahwa permohonan pengujian Pasal 43 ayat (1) dan ayat (2) UU Pengadilan HAM terhadap UUD 1945, pernah diajukan oleh Abilio Jose Osorio Soares, seperti terdaftar pada registrasi Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi Nomor 065/PUU-II/2004 bertanggal 21 September 2004;
2. Terhadap permohonan pengujian tersebut telah diperiksa, diadili dan diputus oleh Mahkamah Konstitusi, diucapkan dalam sidang pleno Mahkamah Konstitusi yang terbuka untuk umum, pada tanggal 2 Maret 2005, dengan putusan menyatakan menolak permohonan Pemohon;
3. Bahwa sesuai ketentuan Pasal 24C ayat (1) UUD 1945, dan dipertegas dalam Pasal 10 ayat (1) UU MK bahwa Mahkamah Konstitusi berwenang mengadili pada tingkat pertama dan terakhir yang putusannya bersifat final, sehingga terhadap putusan tersebut tidak ada upaya hukum yang dapat ditempuh;
4. Bahwa sesuai ketentuan Pasal 60 UU MK yang menyatakan bahwa terhadap materi muatan ayat, pasal, dan/atau bagian dalam undang-undang yang telah diuji, tidak dapat dimohonkan pengujian kembali;
5. Pemerintah berpendapat bahwa permohonan pengujian undang-undang *a quo* yang diajukan oleh Pemohon (Eurico Guterres) memiliki kesamaan syarat-syarat konstitusionalitas dengan alasan Pemohon dalam permohonan pengujian Undang-Undang *a quo* yang diajukan oleh Pemohon sebelumnya, yaitu yang dimohonkan oleh Abilio Jose Osorio Soares (register perkara Nomor

065/PUU-II/2004), sehingga sepatutnyalah permohonan tersebut untuk dikesampingkan (*vide* Pasal 42 ayat (2) Peraturan Mahkamah Konstitusi Nomor 06/PMK/2005 tentang Pedoman Beracara Dalam Perkara Pengujian Undang-Undang);

Atas hal-hal tersebut di atas, Pemerintah berpendapat permohonan pengujian undang-undang *a quo* tidak dapat diajukan kembali (*ne bis in idem*), namun apabila Majelis Hakim Mahkamah Konstitusi berpendapat lain, berikut disampaikan Keterangan Pemerintah selengkapnya sebagai berikut:

Sehubungan dengan anggapan Pemohon dalam permohonannya yang menyatakan bahwa ketentuan Pasal 43 ayat (2) UU Pengadilan HAM beserta Penjelasannya, yang menyatakan sebagai berikut:

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

Ketentuan tersebut di atas oleh Pemohon dianggap bertentangan dengan ketentuan Pasal 24A ayat (5), Pasal 27 ayat (1), Pasal 28D ayat (1) Pasal 28G ayat (1), dan Pasal 28I ayat (2) UUD 1945 yang menyatakan sebagai berikut:

- Pasal 24A ayat (5) yang berbunyi, "*Susunan, kedudukan, keanggotaan, dan hukum acara Mahkamah Agung serta badan peradilan di bawahnya diatur dengan undang-undang*";
- Pasal 27 ayat (1) yang berbunyi, "*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) yang berbunyi, "*Setiap orang berhak atas pengakuan, jaminan, perlindungan, dan kepastian hukum yang adil serta perlakuan yang sama di hadapan hukum*";

- Pasal 28G ayat (1) yang berbunyi, “*Setiap orang berhak atas perlindungan diri pribadi, keluarga, kehormatan, martabat, dan harta benda yang di bawah kekuasaannya, serta berhak atas rasa aman dan perlindungan dari ancaman ketakutan untuk berbuat atau tidak berbuat sesuatu yang merupakan hak asasi*”;
- Pasal 28I ayat (2) yang berbunyi, “*Setiap orang berhak bebas dari perlakuan yang bersifat diskriminatif atas dasar apa pun dan berhak mendapatkan perlindungan terhadap perlakuan yang bersifat diskriminatif itu*”;

Karena menurut Pemohon ketentuan *a quo* telah menimbulkan hal-hal sebagai berikut:

1. Bahwa ketentuan Pasal 43 ayat (2) UU Pengadilan HAM beserta Penjelasanannya, telah memberikan justifikasi kepada Dewan Perwakilan Rakyat (DPR) untuk ikut serta dalam kewenangan *criminale justice system*, yang pada gilirannya dapat melakukan penilaian atau menduga yang bersifat menghakimi terhadap suatu peristiwa tindak pidana pelanggaran HAM berat pasca jajak pendapat di Timor Timur;
2. Bahwa ketentuan *a quo* juga dianggap telah menimbulkan proses peradilan yang tidak benar, karena dugaan telah terjadi pelanggaran HAM berat ditentukan atas muatan dan intervensi politik dan bukan dalam rangka penegakan hukum, selain itu pembentukan Pengadilan HAM *ad hoc* dengan Keputusan Presiden juga tidak sesuai dengan amanat Pasal 24A UUD 1945, yang pada gilirannya dapat menimbulkan ketidakpastian hukum (*unrechtszekerheid*);

Sehubungan dengan anggapan Pemohon tersebut, Pemerintah dapat menyampaikan penjelasan sebagai berikut:

1. Bahwa secara *limitative* kewenangan Pengadilan HAM *ad hoc* dalam Pasal 43 ayat (1) UU Pengadilan HAM adalah hanya untuk mengadili kasus pelanggaran HAM berat yang terjadi sebelum Undang-Undang ini diundangkan. Maka terhadap kasus pelanggaran HAM yang berat yang terjadi sebelum diundangkannya Undang-Undang Nomor 26 Tahun 2000 tentang Pengadilan Hak Asasi Manusia, termasuk yang berkaitan dengan kasus Pemohon, maka diperiksa dan diputus oleh Pengadilan HAM *ad hoc*;
2. Bahwa pembentukan Pengadilan HAM *ad hoc* adalah berkait erat dengan pemberlakuan asas retroaktif untuk mengadili pelanggaran HAM yang berat

yang terjadi sebelum UU Pengadilan HAM diberlakukan, misalnya kasus pelanggaran HAM yang berat yang terjadi di Tanjung Priok (1984) dan Timor Timur pasca jajak pendapat (1999), disisi lain menurut Pemerintah pembentukan Pengadilan HAM *ad hoc* secara filosofis historis sangat diperlukan, agar upaya-upaya *impunity* terhadap penegakan pelanggaran HAM yang berat dapat dikesampingkan, juga diharapkan dapat menyelesaikan secara tuntas konflik yang berlarut-larut yang terjadi antara masyarakat yang satu dengan masyarakat yang lain, ataupun antar bangsa yang satu dengan bangsa yang lain;

3. Bahwa Pemerintah tidak sependapat dengan pandangan Pemohon yang menyatakan bahwa usul pembentukan Pengadilan HAM *ad hoc* apabila terdapat dugaan telah terjadinya pelanggaran HAM berat berdasarkan ketentuan Pasal 43 ayat (2) beserta penjelasannya UU Pengadilan HAM, semata-mata ditentukan atas muatan dan intervensi politik dan bukan dalam rangka penegakan hukum. Pemerintah dapat menjelaskan bahwa intervensi politik dari Dewan Perwakilan Rakyat (DPR) dalam pembentukan Pengadilan *ad hoc*, selain dalam rangka menjalankan fungsi pengawasan (*vide* Pasal 20A ayat (1) dan ayat (2) UUD 1945), juga mengacu pada praktik-praktik kebiasaan internasional (*international custom*);

Misalnya: kasus Nuremberg, Yugoslavia dan Rwanda, maka *International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY)* dan *International Criminal Tribunal for Rwanda (ICTR)* yang dibentuk berdasarkan resolusi Dewan Keamanan PBB, yang tentunya tidak mungkin lepas dari intervensi politik, dan hal tersebut masih dapat dibenarkan oleh hukum, utamanya untuk kepentingan mengungkap kasus pelanggaran HAM berat (*gross violations of human rights*); Bahwa ICTY dan ICTR, kedua lembaga peradilan khusus tersebut, dibentuk berdasarkan Resolusi Dewan Keamanan PBB setelah terjadinya peristiwa atau pelanggaran HAM yang berat. Demikian pula halnya dengan pembentukan Pengadilan HAM *ad hoc* yang didasarkan atas usul dari Dewan Perwakilan Rakyat (DPR). Memperhatikan hal tersebut di atas, maka independensi kekuasaan kehakiman dari pengaruh politik dapat dipandang sebagai pengecualian (*exemptional*), hal tersebut dikarenakan kasus pelanggaran HAM yang berat merupakan tindak pidana yang bersifat spesifik, yang

pengungkapannya sangatlah sulit jika menggunakan perangkat dan mekanisme hukum yang sudah ada. Misalnya menggunakan KUHP;

4. Bahwa Pemerintah juga tidak sependapat dengan dalil atau argumen Pemohon yang menyatakan bahwa pembentukan Pengadilan HAM *ad hoc* tidak sesuai dengan lingkup kekuasaan kehakiman sebagaimana diatur dalam UUD 1945; Terhadap hal tersebut di atas Pemerintah dapat menjelaskan bahwa kedudukan Pengadilan HAM dan Pengadilan HAM *ad hoc* adalah berada di lingkungan Peradilan Umum (*vide* Pasal 2 dan Pasal 43 ayat (3) UU Pengadilan HAM);
 - Pasal 2 UU Pengadilan HAM berbunyi, "*Pengadilan HAM merupakan pengadilan khusus yang berada dilingkungan Peradilan Umum*";
 - Pasal 43 ayat (3) UU Pengadilan HAM berbunyi, "*Pengadilan HAM ad hoc sebagaimana dimaksud dalam ayat (1) berada di lingkungan Peradilan Umum*";

Bahwa Pembentukan dan kedudukan Pengadilan HAM dan Pengadilan HAM *ad hoc* juga telah sesuai dengan ketentuan Pasal 15 ayat (1) Undang-Undang Nomor 4 Tahun 2004 tentang Kekuasaan Kehakiman berbunyi, "*Pengadilan khusus hanya dapat dibentuk dalam salah satu lingkungan peradilan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 10 yang diatur dengan undang-undang*";

Lebih lanjut Penjelasan pasal dimaksud berbunyi, "*Yang dimaksud dengan pengadilan khusus dalam ketentuan ini, antara lain, adalah pengadilan anak, pengadilan niaga, pengadilan hak asasi manusia, pengadilan tindak pidana korupsi, pengadilan hubungan industrial yang berada di lingkungan peradilan umum, dan pengadilan pajak di lingkungan peradilan tata usaha negara*";

Atas hal tersebut di atas, maka pembentukan dan kedudukan Pengadilan HAM dan Pengadilan HAM *ad hoc*, termasuk dalam lingkup kekuasaan kehakiman, dan karenanya telah sesuai dan selaras dengan Pasal 24 UUD 1945 berbunyi:

- (1) *Kekuasaan kehakiman merupakan kekuasaan yang merdeka untuk menyelenggarakan peradilan guna menegakkan hukum dan keadilan;*
- (2) *Kekuasaan kehakiman dilakukan oleh sebuah Mahkamah Agung dan badan peradilan yang berada di bawahnya dalam lingkungan peradilan umum, lingkungan peradilan agama, lingkungan peradilan militer, lingkungan peradilan tata usaha negara, dan oleh sebuah Mahkamah Konstitusi;*

(3) *Badan-badan lain yang fungsinya berkaitan dengan kekuasaan kehakiman diatur dalam undang-undang.*

5. Lebih lanjut mengenai kedudukan Pengadilan HAM *ad hoc* sesuai dengan Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 065/PUU-III/2004, dapat dijelaskan bahwa:

... *“Menimbang bahwa pembentukan pengadilan HAM ad hoc, sebagai forum untuk mengadili pelaku kejahatan yang tergolong ke dalam "kejahatan serius terhadap masyarakat internasional secara keseluruhan" (the most serious crimes of concern to the international community as a whole), sebagaimana diatur dalam Pasal 43 ayat (1) UU Pengadilan HAM, di samping dapat dibenarkan menurut UUD 1945 juga dapat dibenarkan oleh praktik dan perkembangan hukum internasional, yang antara lain ditunjukkan oleh pembentukan Mahkamah Pidana ad hoc (Ad Hoc Criminal Tribunal) di bekas negara Yugoslavia, yaitu International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY) dan di Rwanda, yaitu, International Criminal Tribunal for Rwanda (ICTR). ICTY dibentuk (1993) dengan yurisdiksi untuk mengadili pelaku kejahatan perang dan kejahatan terhadap kemanusiaan, yang tempus delicti-nya dibatasi yaitu setelah 1 Januari 1991 dan locus delicti-nya adalah di wilayah bekas Yugoslavia. Sementara ICTR dibentuk (1994) dengan yurisdiksi untuk mengadili pelaku kejahatan genosida dan kejahatan serius lain terhadap hukum humaniter internasional (other serious crimes of international humanitarian law), dengan tempus delicti antara 1 Januari sampai dengan 31 Desember 1994, sedangkan locus delicti-nya adalah Rwanda dan negara-negara tetangganya. ICTY dan ICTR, yang keduanya didirikan berdasarkan Resolusi Dewan Keamanan Perserikatan Bangsa-Bangsa, meskipun dibentuk setelah terjadinya peristiwa tetapi secara substansial yurisdiksi kedua Mahkamah ad hoc tersebut sesungguhnya adalah terhadap pelanggaran-pelanggaran yang sebelumnya sudah merupakan kejahatan menurut hukum internasional (vide Otto Triffterer, Commentary on the Rome of the International Criminal Court, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1999, h. 324). Demikian pula halnya dengan Pengadilan HAM ad hoc yang dibentuk berdasarkan Pasal 43 ayat (1) UU Pengadilan HAM, yang meskipun dibentuk setelah terjadinya peristiwa atau pelanggaran, namun jenis jenis pelanggaran yang menjadi yurisdiksinya*

(ratione materiale-nya) sesungguhnya merupakan pelanggaran-pelanggaran yang sudah merupakan kejahatan sebelum dibentuknya Pengadilan HAM ad hoc dimaksud, yaitu dalam hal ini kejahatan genosida dan kejahatan terhadap kemanusiaan,”...

Bahwa berdasarkan Putusan Mahkamah Konstitusi tersebut maka kedudukan Pengadilan HAM *ad hoc* di samping dapat dibenarkan menurut UUD 1945, juga dapat dibenarkan oleh praktik dan perkembangan hukum internasional, yang antara lain adanya pembentukan Mahkamah Pidana *ad hoc* (*Ad Hoc Criminal Tribunal*) di bekas negara Yugoslavia;

Bahwa mengenai pandangan Pemohon bahwa pembentukan Pengadilan HAM *ad hoc* tidak dapat dilakukan dengan Keputusan Presiden, maka Pemerintah dapat menjelaskan bahwa pada dasarnya Presiden baru dapat menerbitkan Keputusan Presiden guna pembentukan Pengadilan HAM *ad hoc* hanya apabila telah ada usul dari Dewan Perwakilan Rakyat yang berpendapat bahwa dalam suatu peristiwa tertentu diduga terdapat pelanggaran hak asasi manusia yang berat. Keputusan Presiden tersebut bukan bersifat pengaturan (*regelling*) terhadap Pengadilan HAM *ad hoc*, tapi lebih bersifat penetapan (*beschikking*) dibentuknya Pengadilan HAM *ad hoc* dalam kasus atau peristiwa tertentu;

Selain itu pembentukan Pengadilan HAM *ad hoc* dengan Keputusan Presiden (Keppres) atas usul DPR merupakan pelaksanaan dari ketentuan Pasal 43 ayat (3) UU Pengadilan HAM. Dengan demikian, pembentukan Pengadilan HAM *ad hoc* ini memenuhi ketentuan Pasal 24 ayat (3) UUD 1945;

6. Jika yang dipersoalkan adalah ketentuan Pasal 43 ayat (3) UU Pengadilan HAM, yang memberlakukan asas retroaktif sehingga dianggap bertentangan dengan ketentuan Pasal 28I ayat (1) UUD 1945 yang menganut asas non retroaktif, Pemerintah berpendirian bahwa ketentuan Pasal 43 ayat (3) UU Pengadilan HAM, merupakan pembatasan dari ketentuan Pasal 28I ayat (1) UUD 1945. Pembatasan demikian diperkenankan sesuai ketentuan Pasal 28J ayat (2) UUD 1945 berbunyi, "*Dalam menjalankan hak dan kebebasannya, setiap orang wajib tunduk kepada pembatasan yang ditetapkan dengan undang-undang dengan maksud semata-mata untuk menjamin pengakuan serta penghormatan atas hak dan kebebasan orang lain dan untuk memenuhi tuntutan yang adil sesuai dengan pertimbangan moral, nilai-nilai agama, keamanan, dan ketertiban umum dalam suatu masyarakat demokratis*";

Dari uraian tersebut di atas, Pemerintah berpendapat bahwa ketentuan-ketentuan Pasal 43 ayat (2) UU Pengadilan HAM beserta Penjelasannya, baik secara formil (*formel toetsingrecht*), maupun materil (*materiele toetsingrecht*), tidak bertentangan dengan ketentuan Pasal 24A ayat (5), Pasal 27 ayat (1), Pasal 28D ayat (1) Pasal 28G ayat (1), dan Pasal 28I ayat (2) UUD 1945, dan tidak merugikan hak dan/atau kewenangan konstitusional Pemohon;

KESIMPULAN

Berdasarkan penjelasan dan argumentasi tersebut di atas, Pemerintah memohon kepada yang terhormat Ketua/Majelis Hakim Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia yang memeriksa dan memutus permohonan pengujian UU Pengadilan HAM dapat memberikan putusan sebagai berikut:

1. Menyatakan bahwa Pemohon tidak mempunyai kedudukan hukum (*legal standing*);
2. Menolak permohonan pengujian Pemohon (*void*) seluruhnya atau setidaknya menyatakan permohonan pengujian Pemohon tidak dapat diterima (*niet onvankelijk verklaard*);
3. Menerima Keterangan Pemerintah secara keseluruhan;
4. Menyatakan ketentuan Pasal 43 ayat (2) beserta Penjelasannya Undang-Undang Nomor 26 Tahun 2000 tentang Pengadilan Hak Asasi Manusia, tidak bertentangan dengan ketentuan Pasal 24A ayat (5), Pasal 27 ayat (1), Pasal 28D ayat (1) Pasal 28G ayat (1), dan Pasal 28I ayat (2) UUD 1945;
5. Menyatakan Pasal 43 ayat (2) Undang-Undang Nomor 26 Tahun 2000 tentang Pengadilan Hak Asasi Manusia beserta Penjelasannya, tetap mempunyai kekuatan hukum dan berlaku mengikat diseluruh Wilayah Negara Kesatuan Republik Indonesia;

Namun demikian apabila Ketua/Majelis Hakim Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia berpendapat lain, mohon putusan yang bijaksana dan seadil-adilnya (*ex aequo et bono*);

[2.4] Menimbang bahwa Dewan Perwakilan Rakyat telah menyampaikan keterangan tertulisnya bertanggal 21 Agustus 2007 yang diterima di Kepaniteraan Mahkamah pada tanggal 19 September 2007, menguraikan sebagai berikut:

Ketentuan Pasal UU Pengadilan HAM yang dimohonkan pengujian terhadap UUD 1945.

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

Hak Konstitusional yang menurut Pemohon dilanggar dengan berlakunya UU Pengadilan HAM.

Pemohon dalam permohonannya mengemukakan hak konstitusionalnya dilanggar dengan berlakunya Pasal 43 ayat (2) UU Pengadilan HAM dan Penjelasan, yaitu:

- Dalam permohonannya dikemukakan bahwa karena adanya Pasal 43 ayat (2) UU Pengadilan HAM, maka Pemohon telah dirugikan hak konstitusionalnya untuk memperoleh perlindungan dan kepastian hukum yang adil sebagaimana tercantum dalam Pasal 28D ayat (1) UUD 1945. Secara konkrit kerugian tersebut berupa pengadilan terhadap Pemohon di Pengadilan HAM *ad hoc* Pengadilan Negeri Jakarta Pusat yang telah mengadili dan menjatuhkan putusan dan menghukum Pemohon dengan pidana penjara sepuluh tahun yang kemudian juga diputus hal yang sama oleh Mahkamah Agung dengan Nomor Putusan 06 K/PID.HAM.AD HOC/2005 pada tanggal 8 Maret 2006;
 - Pasal 43 ayat (2) berbunyi, "*Pengadilan HAM ad hoc sebagaimana dimaksud dalam ayat (1) dibentuk atas usul Dewan Perwakilan Rakyat Republik Indonesia berdasarkan peristiwa tertentu dengan Keputusan Presiden*".
 - Penjelasan Pasal 43 ayat (2) berbunyi, "*Dalam hal Dewan Perwakilan Rakyat Republik Indonesia mengusulkan dibentuknya Pengadilan HAM ad hoc, Dewan Perwakilan Rakyat Republik Indonesia mengusulkan dibentuknya Pengadilan HAM ad hoc, Dewan Perwakilan Rakyat*

Republik Indonesia mendasarkan pada dugaan telah terjadinya pelanggaran hak asasi manusia yang berat yang dibatasi pada locus dan delicti tertentu yang terjadi sebelum diundangkannya undang-Undang ini”.

Ketentuan Pasal 43 ayat (2) UU Pengadilan HAM dan Penjelasan oleh Pemohon dianggap bertentangan dengan UUD 1945, sebagai berikut:

- Pasal 27 ayat (1) berbunyi, *"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) berbunyi, *"Setiap orang berhak atas pengakuan, jaminan, perlindungan, dan kepastian hukum yang adil serta perlakuan yang sama dihadapan hukum ";*
- Pasal 24A ayat (5) berbunyi, *"Susunan, kedudukan, keanggotaan, dan hukum acara Mahkamah Agung serta badan peradilan di bawahnya diatur dengan undang-undang";*
- Pasal 28G ayat (1) berbunyi, *"Setiap orang berhak atas perlindungan diri pribadi, keluarga, kehormatan, martabat, dan harta benda yang dibawah kekuasaannya, serta berhak atas rasa aman dan perlindungan dari ancaman ketakutan untuk berbuat atau tidak berbuat sesuatu yang merupakan hak asasi ";*
- Pasal 28I ayat (2) berbunyi, *"Setiap orang berhak bebas atas perlakuan yang bersifat diskriminatif atas dasar apa pun dan berhak mendapatkan perlindungan terhadap perlakuan yang bersifat diskriminatif itu";*

Keterangan Dewan Perwakilan Rakyat

Atas dasar permohonan Pemohon dapat dijelaskan sebagai berikut:

1. Latar belakang terbentuknya Pengadilan HAM *ad hoc* berdasarkan pada Risalah Rapat Pansus RUU tentang Pengadilan Hak Asasi Manusia pada tanggal 2 November 2000 dapat dijelaskan bahwa bertitik tolak dari perkembangan hukum, baik ditinjau dari kepentingan nasional maupun kepentingan internasional, maka untuk menyelesaikan masalah pelanggaran hak asasi manusia yang berat dan mengembalikan keamanan dan perdamaian di Indonesia perlu dibentuk Pengadilan HAM; Dasar pembentukan Undang-Undang tentang Pengadilan HAM adalah sebagaimana tercantum dalam Ketentuan Pasal 104 ayat (1) Undang-Undang Nomor 39 Tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia. Undang-Undang tentang

Pengadilan Hak Asasi Manusia diharapkan dapat melindungi hak asasi manusia, baik perseorangan maupun masyarakat, dan menjadi dasar dalam penegasan, kepastian hukum, keadilan, dan perasaan aman, baik bagi perseorangan maupun masyarakat terhadap pelanggaran HAM yang berat;

2. Pelanggaran hak asasi manusia yang berat merupakan *extra ordinary crimes* dan berdampak secara luas, baik tingkat nasional maupun internasional dan bukan merupakan tindak pidana yang diatur di dalam KUHP, serta menimbulkan kerugian baik materil maupun inmateril yang mengakibatkan perasaan tidak aman, baik terhadap perseorangan maupun masyarakat sehingga perlu segera dipulihkan dalam mewujudkan supremasi hukum untuk mencapai kedamaian, ketertiban, ketentraman, keadilan, dan kesejahteraan bagi seluruh masyarakat Indonesia;
3. Dalam Risalah Rapat Pansus RUU tentang Pengadilan HAM pada tanggal 2 November 2000 dikemukakan bahwa pelanggaran hak asasi manusia yang berat yang terjadi sebelum diundangkannya Undang-undang ini diperiksa dan diputus oleh Pengadilan HAM *ad hoc* dan ketentuan Pasal 43 ayat (2) memberi kewenangan kepada DPR untuk membantu supaya Pemerintah dapat segera memproses, sebab kalau tidak, penyelesaiannya akan berkepanjangan;
4. Terhadap perkara pelanggaran hak asasi manusia yang berat diperlukan langkah-langkah penyelidikan, penyidikan, penuntutan, dan pemeriksaan yang bersifat khusus, kekhususan dalam penanganan pelanggaran hak asasi manusia yang berat adalah:
 - a. diperlukan penyidik dengan membentuk tim *ad hoc*, penyidik *ad hoc*, penuntut umum *ad hoc*, dan hakim *ad hoc*;
 - b. diperlukan penegasan bahwa penyelidikan hanya dilakukan oleh Komnas HAM, sedangkan penyidik tidak berwenang menerima laporan atau pengaduan sebagaimana diatur dalam Kitab Undang-Undang Hukum Pidana;
 - c. diperlukan ketentuan mengenai tenggang waktu tertentu untuk melakukan penyidikan, penuntutan, dan pemeriksaan di pengadilan;
 - d. diperlukan ketentuan mengenai perlindungan korban dan saksi;
 - e. diperlukan ketentuan yang menegaskan tidak ada kadaluarsa bagi pelanggaran hak asasi manusia yang berat;

Mengenai pelanggaran terhadap hak asasi manusia seperti genosida dan kejahatan terhadap kemanusiaan yang berdasarkan hukum internasional dapat digunakan asas retroaktif diberlakukan pasal mengenai kewajiban untuk tunduk kepada pembatasan yang ditetapkan dengan undang-undang sebagaimana tercantum dalam Pasal 28J ayat (2) UUD 1945 yang berbunyi *"Dalam menjalankan hak dan kebebasannya setiap orang wajib tunduk kepada pembatasan yang ditetapkan dengan Undang-undang dengan maksud semata-mata untuk menjamin pengakuan serta penghormatan atas hak dan kebebasan orang lain dan untuk memenuhi tuntutan yang adil sesuai dengan pertimbangan moral, nilai-nilai agama, keamanan, dan ketertiban umum dalam suatu masyarakat demokratis"*.

Dengan ungkapan lain asas retroaktif dapat diberlakukan dalam rangka melindungi hak asasi manusia itu sendiri berdasarkan Pasal 28J ayat (2) UUD 1945 tersebut. Oleh karena itu undang-undang ini mengatur pula tentang Pengadilan HAM *ad hoc* untuk memeriksa dan memutus perkara pelanggaran HAM yang berat yang terjadi sebelum diundangkannya Undang-undang ini; Pengadilan HAM *ad hoc* dibentuk atas usul DPR berdasarkan peristiwa tertentu dengan Keputusan Presiden dan berada di lingkungan peradilan umum;

5. Bahwa Pemohon dalam permohonannya mendalilkan bahwa terkait dengan kasus Pelanggaran HAM berat di Timor Timur, DPR pernah membentuk Pansus Timor Timur Pasca Jajak Pendapat yang berujung pada disampaikannya usulan yang kemudian ditindaklanjuti menjadi pembentukan Pengadilan HAM *ad hoc* untuk mengadili tersangka pelanggaran HAM berat di Timor Timur dan memutuskan 17 orang tersangka dari 21 orang dimana Pemohon termasuk diantara 17 orang tersebut. Pengadilan HAM *ad hoc* telah mengadili dan menjatuhkan Putusan yang menghukum Pemohon dengan pidana penjara sepuluh tahun, putusan tersebut telah dikuatkan oleh Mahkamah Agung dengan Putusan Nomor 06 K/PID.HAM AD HOC/2005 pada tanggal 8 Maret 2006, dan Pemohon mendalilkan bahwa segala keputusan yang telah diambil oleh DPR dalam Pansus tersebut memiliki landasan kepentingan politik, sehingga jaminan, perlindungan, dan kepastian hukum yang merupakan hak konstitusional Pemohon telah terintervensi oleh kepentingan politik, hal ini merupakan kerugian konstitusional;

Bahwa berdasarkan hal tersebut menurut Pemohon menjadi dasar kerugian yang diderita Pemohon dengan adanya ketentuan Pasal 43 ayat (2) UU Pengadilan HAM dan Penjelasannya;

Terhadap dalil Pemohon tersebut dapat dijelaskan bahwa pembentukan Pansus Timor Timur Pasca Jajak Pendapat yang berujung pada disampaikannya usulan yang kemudian ditindaklanjuti menjadi pembentukan Pengadilan HAM *ad hoc* untuk mengadili tersangka pelanggaran HAM berat di Timor Timur oleh DPR tak lain sebagai pelaksanaan kegiatan dalam lingkup penerapan UU Pengadilan HAM. Selain itu proses pembentukan Pengadilan HAM *ad hoc* melalui usul dari DPR sejalan dengan fungsi DPR di bidang pengawasan sebagaimana diatur dalam Pasal 20A ayat (1) dan ayat (2) UUD 1945 berbunyi:

- (1) *Dewan Perwakilan Rakyat memiliki fungsi legislasi, fungsi anggaran dan fungsi pengawasan.*
- (2) *Dalam melaksanakan fungsinya, selain hak yang diatur dalam pasal-pasal lain Undang-Undang Dasar ini, Dewan Perwakilan Rakyat mempunyai hak interpelasi, hak angket, dan hak menyatakan pendapat.*

DPR adalah lembaga negara yang anggota-anggotanya dipilih secara langsung oleh rakyat melalui pemilihan umum. Hal ini sesuai dengan ketentuan Pasal 19 ayat (1) UUD 1945 yang menegaskan, "*Anggota Dewan Perwakilan Rakyat dipilih melalui pemilihan umum*". Sejalan dengan ketentuan tersebut karena anggota DPR dipilih melalui pemilihan umum berarti rakyat secara langsung memilih wakil-wakilnya di DPR. Dengan demikian, DPR merupakan representasi rakyat Indonesia, sehingga wajar apabila undang-undang memberikan kewenangan pada DPR untuk menentukan dugaan telah terjadinya pelanggaran HAM berat yang telah terjadi sebelum berlakunya undang-undang *a quo*. Kewenangan tersebut perlu diberikan kepada DPR karena dalam masalah Pengadilan HAM *ad hoc* akan diberlakukan ketentuan mengenai pengesampingan asas retroaktif, sehingga diperlukan kebijakan yang bersifat politis. Kewenangan DPR untuk menentukan dugaan telah terjadinya pelanggaran HAM berat tidak terlepas dari kewajiban untuk mendasarkan kewenangan tersebut pada ketentuan peraturan perundang-undangan yang berlaku. Dalam hal ini berlaku ketentuan

sebagaimana diatur dalam Pasal 17 KUHAP bahwa dugaan tersebut harus didasarkan pada bukti permulaan yang cukup;

6. Bahwa ketentuan Pasal 43 ayat (2) UU Pengadilan HAM sebenarnya sudah pernah diuji oleh Mahkamah Konstitusi pada perkara Nomor 065/PUU-II/2004 yang dimohonkan oleh Abilio Jose Osorio Soares. Terhadap hal tersebut dapat dijelaskan bahwa pengajuan permohonan dari Pemohon terhadap pasal yang sama tidak dapat dimohonkan pengujian kembali sesuai dengan Pasal 60 UU MK berbunyi, "*Terhadap materi muatan ayat, pasal, dan/atau bagian dalam undang-undang yang telah diuji, tidak dapat dimohonkan pengujian kembali*";
7. Bahwa berdasarkan pandangan Pemohon mengenai terjadinya intervensi politik dari DPR terkait dengan pembentukan Pengadilan HAM *ad hoc* apabila terdapat dugaan telah terjadinya pelanggaran HAM berat berdasarkan ketentuan Pasal 43 ayat (2) UU Pengadilan HAM beserta Penjelasannya. Untuk itu, dapat dijelaskan bahwa intervensi politik dari DPR yang didasarkan pada Pasal 43 ayat (2) UU Pengadilan HAM beserta Penjelasannya, selain sebagaimana telah dijelaskan pada point dua juga mengacu pada kebiasaan internasional. Contohnya, kasus Nuremberg, Yugoslavia dan Rwanda, yaitu ICTR (*International Criminal Tribunal for the former Rwanda*) dan ICTY (*International Criminal Tribunal for Yugoslavia*) yang terbentuk berdasarkan resolusi Dewan Keamanan PBB, sehingga intervensi politik masih dapat dibenarkan dalam koridor hukum untuk menguak kasus HAM berat; ICTY dan ICTR, keduanya didirikan berdasarkan Resolusi Dewan keamanan PBB dan dibentuk setelah terjadinya peristiwa atau pelanggaran HAM, demikian pula halnya dengan Pengadilan HAM *ad hoc* yang terbentuk berdasarkan usul dari DPR. Dengan demikian, independensi kekuasaan kehakiman dari pengaruh politik bisa dipandang sebagai pengecualian, sebab kejahatan HAM berat merupakan kejahatan terhadap kemanusiaan yang sifatnya sangat khusus dan sulit diselesaikan dengan perangkat hukum yang ada;
8. Bahwa Pemohon mendalilkan dalam permohonannya bahwa Pemohon tidak mempersoalkan keberadaan Pengadilan HAM *ad hoc*, namun Pengadilan HAM *ad hoc* harus dibentuk sesuai dengan UUD 1945 dan masuk dalam lingkup kekuasaan kehakiman;

Terhadap dalil Pemohon tersebut dapat diterangkan bahwa di dalam ketentuan Pasal 24 UUD 1945 berbunyi:

- (1) *Kekuasaan kehakiman merupakan kekuasaan yang merdeka untuk menyelenggarakan peradilan guna menegakkan hukum dan keadilan.*
- (2) *Kekuasaan kehakiman dilakukan oleh sebuah Mahkamah Agung dan badan peradilan yang berada di bawahnya dalam lingkungan peradilan umum, lingkungan peradilan agama, lingkungan peradilan militer, lingkungan peradilan tata usaha negara, dan oleh sebuah Mahkamah Konstitusi.*
- (3) *Badan-badan lain yang fungsinya berkaitan dengan kekuasaan kehakiman diatur dalam undang-undang.*

Berdasarkan ketentuan Pasal 24 UUD 1945 tersebut, maka dapat diartikan bahwa kekuasaan kehakiman dilakukan oleh sebuah Mahkamah Agung dan badan peradilan yang berada di bawahnya dalam lingkungan peradilan umum, lingkungan peradilan agama, lingkungan peradilan militer, lingkungan peradilan tata usaha negara, dan oleh sebuah Mahkamah Konstitusi yang diatur dengan undang-undang. Ketentuan dalam konstitusi tersebut juga telah diterapkan dalam sistem kekuasaan kehakiman saat ini yang diatur dalam Pasal 10 Undang-Undang Nomor 4 Tahun 2004 tentang Kekuasaan Kehakiman. Selanjutnya dalam Undang-Undang Kekuasaan Kehakiman, khususnya Pasal 15 ayat (1) dan penjelasannya berbunyi:

- Pasal 15 ayat (1), *"Pengadilan khusus hanya dapat dibentuk dalam salah satu lingkungan peradilan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 10 yang diatur dengan undang-undang"*.
- Penjelasannya, *"Yang dimaksud dengan pengadilan khusus dalam ketentuan ini, antara lain, adalah pengadilan anak, pengadilan niaga, pengadilan hak asasi manusia, pengadilan tindak pidana korupsi, pengadilan hubungan industrial yang berada di lingkungan peradilan umum, dan pengadilan pajak di lingkungan peradilan tata usaha negara"*;

Bahwa Kedudukan Pengadilan HAM berdasarkan Pasal 2 UU Pengadilan HAM merupakan pengadilan khusus yang berada di lingkungan Peradilan Umum. Selain itu di dalam Pasal 43 ayat (3) UU Pengadilan HAM juga dinyatakan bahwa Pengadilan HAM *ad hoc* sebagaimana dimaksud dalam ayat (1) berada di lingkungan Peradilan Umum;

Bahwa berdasarkan beberapa dasar hukum di atas maka Pengadilan HAM yang diatur dalam UU Pengadilan HAM telah sesuai dengan UUD 1945 dan telah masuk dalam lingkup kekuasaan kehakiman. Selanjutnya mengenai keberadaan Pengadilan HAM *ad hoc* dalam Pengadilan HAM telah sesuai juga dengan UUD 1945 dan telah masuk dalam lingkup kekuasaan kehakiman karena berdasarkan Pasal 43 ayat (1) UU Pengadilan HAM, bahwa Pengadilan HAM *ad hoc* adalah pengadilan yang memeriksa, mengadili, dan memutus pelanggaran HAM yang berat yang terjadi sebelum berlakunya UU Pengadilan HAM. Dengan demikian UU Pengadilan HAM berlaku surut atau *retroaktif*. Pelanggaran HAM berat mempunyai sifat khusus dan digolongkan sebagai kejahatan yang luar biasa (*extra ordinary crime*);

9. Bahwa mengenai pandangan Pemohon yang mengemukakan pembentukan Pengadilan HAM *ad hoc* tidak dapat dilakukan dengan Keputusan Presiden dapat dijelaskan bahwa Presiden baru dapat menerbitkan Keputusan Presiden guna membentuk Pengadilan HAM *ad hoc* hanya apabila telah ada usul dari Dewan Perwakilan Rakyat yang berpendapat bahwa dalam suatu peristiwa tertentu diduga terdapat pelanggaran hak asasi manusia yang berat, bahwa Keputusan Presiden tersebut bukan bersifat pengaturan (*regelling*) terhadap Pengadilan HAM *ad hoc* tetapi lebih bersifat penetapan (*beschikking*) terhadap dibentuknya Pengadilan HAM *ad hoc* dalam kasus atau peristiwa tertentu;
10. Bahwa dalam permohonannya, Pemohon menyatakan Pasal 43 ayat (2) UU Pengadilan HAM beserta Penjelasannya bertentangan dengan Pasal 27 ayat (1), Pasal 28D ayat (1), Pasal 28G ayat (1) *juncto* Pasal 24A ayat (5), dan Pasal 28I ayat (2) UUD 1945, serta menyatakan pasal *a quo* tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat;

Terhadap hal tersebut dapat dijelaskan bahwa perlindungan terhadap hak asasi manusia pada seseorang yang diatur dalam konstitusi kita khususnya Pasal 27 ayat (1), Pasal 28D ayat (1), Pasal 28G ayat (1) *juncto* Pasal 24A ayat (5), dan Pasal 28I ayat (2) UUD 1945 sebagaimana yang dimohonkan Pemohon terdapat pembatasan yang diatur dalam Pasal 28J ayat (2) UUD 1945 berbunyi, "*Dalam menjalankan hak dan kebebasannya, setiap orang wajib tunduk kepada pembatasan yang ditetapkan dengan undang-undang dengan maksud semata-mata untuk menjamin pengakuan serta*

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

[2.5] Menimbang bahwa pada persidangan tanggal 31 Oktober 2007, tanggal 29 November 2007, dan 14 Januari 2008 telah didengar keterangan dibawah sumpah tiga orang ahli dari Pemohon bernama Dr. M. Sholehuddin, S.H., M.H, ahli dalam bidang Sistem Peradilan Pidana, DR. Bernard L. Tanya, S.H.,M.H, ahli dalam bidang Filsafat dan Teori Hukum, keduanya Dosen Fakultas Hukum Universitas Bhayangkara Surabaya dan Prof. Dr. M. Arief Amrullah, S.H.,M.Hum, Dosen Fakultas Hukum Universitas Negeri Jember, ahli dalam bidang Hukum Pidana Internasional. Selain memberikan keterangan lisan di persidangan, ketiga ahli tersebut tersebut telah pula menyampaikan keterangan tertulis, sebagai berikut:

[2.5.1] Keterangan Tertulis Dr. M. Sholehuddin, S.H., MH.

Pendahuluan

Pasal 43 ayat (2) dalam UU Pengadilan HAM berbunyi, *“Pengadilan HAM ad hoc sebagaimana dimaksud dalam ayat (1) dibentuk atas usul Dewan Perwakilan Rakyat Republik Indonesia berdasarkan peristiwa tertentu dengan Keputusan Presiden”;*

Selanjutnya Penjelasan Pasal tersebut berbunyi, *“Dalam hal Dewan Perwakilan Rakyat Republik Indonesia mengusulkan dibentuknya Pengadilan HAM ad hoc, Dewan Perwakilan Rakyat Republik Indonesia mendasarkan pada dugaan telah terjadinya pelanggaran hak asasi manusia yang dibatasi pada locus dan tempos delicti tertentu yang terjadi sebelum diundangkannya undang-undang ini”;*

Interpretasi dari bunyi pasal tersebut di atas adalah bahwa DPR RI diberi kewenangan untuk mengusulkan pembentukan Pengadilan HAM *ad hoc* terhadap suatu peristiwa tertentu dan pada waktu tertentu serta di tempat tertentu yang diduga telah terjadi pelanggaran HAM yang berat, pada saat UU Pengadilan HAM belum diundangkan. Pengusulan tersebut diajukan ke Presiden dan dibentuknya Pengadilan HAM *ad hoc* harus berdasarkan Surat Keputusan Presiden;

Dengan demikian objek yang menjadi alasan untuk dibentuknya Pengadilan HAM *ad hoc* itu adalah kasus-kasus masa lalu sebelum berlakunya UU Pengadilan HAM. Kasus yang menjadi objek tersebut hanyalah peristiwa-peristiwa yang diduga telah terjadi pelanggaran HAM berat, yakni kejahatan *genosida* dan kejahatan terhadap kemanusiaan. DPR hanya diberi kewenangan untuk mengusulkan pembentukan, bukan melakukan pembentukan. Pembentukan Pengadilan HAM *ad hoc* tetap berada di tangan Presiden melalui Surat Keputusan Presiden. Apakah Pengadilan HAM *ad hoc* itu perlu dibentuk atau tidak, subjek yang mengambil keputusan adalah Presiden. Akan tetapi surat keputusan tersebut harus didasarkan pada usul DPR RI. Dengan kata lain, Presiden tidak dapat membentuk Pengadilan HAM *ad hoc* tanpa adanya usulan terlebih dahulu dari DPR;

Berkaitan dengan Pasal 43 ayat (2) UU Pengadilan HAM yang menyatakan bahwa DPR berwenang mengusulkan untuk membentuk Pengadilan HAM *ad hoc*, dapat saja diinterpretasikan sebagai salah satu bentuk implementasi dari hak DPR seperti yang tercantum dalam Pasal 20A ayat (2) dan ayat (3) UUD 1945. Namun demikian, penjelasan pasal tersebut menekankan tentang prosedur yang harus dilakukan oleh DPR. Bahwa untuk sampai kepada suatu usulan agar dibentuk Pengadilan HAM *ad hoc*, DPR tidak boleh sewenang-wenang dengan hanya mendasarkan pada dugaan semata. DPR harus melakukan upaya atau tindakan aktif semacam investigasi terlebih dahulu terhadap peristiwa tertentu yang terjadi sebelum berlakunya UU Pengadilan HAM, sehingga sampai pada kesimpulan bahwa peristiwa tersebut dapat diduga sebagai pelanggaran HAM yang berat;

Dari penjelasan singkat di atas, dapat dipertanyakan tentang dua hal sebagai berikut:

- Pertama, apakah prosedur pembentukan Pengadilan HAM *ad hoc* sebagaimana diatur oleh Pasal 43 ayat (2) UU Pengadilan HAM dan Penjelasannya termasuk ruang lingkup tugas yuridis hukum pidana?
- Kedua, apakah substansi Pasal 43 ayat (2) UU Pengadilan HAM dan Penjelasannya bertentangan dengan konsepsi *Criminal Justice System* sebagai bagian dari sistem kekuasaan kehakiman yang diatur dalam Pasal 24 UUD 1945?

Pembahasan UU Pengadilan HAM dan Hukum Pidana.

Dewan Perwakilan Rakyat mempunyai beberapa fungsi dan hak untuk pedoman menjalankan tugasnya. Dalam Pasal 20A ayat (1) UUD 1945 (hasil perubahan kedua) dinyatakan, "*Dewan Perwakilan Rakyat memiliki fungsi legislasi, fungsi anggaran dan fungsi pengawasan*". Berkaitan dengan fungsi legislasi tersebut, DPR RI memegang kekuasaan membentuk undang-undang, termasuk perundang-undangan pidana. UU Pengadilan HAM secara substantif dapat dikategorikan ke dalam peraturan perundang-undangan pidana karena di dalamnya memuat ketentuan-ketentuan tentang berbagai perbuatan yang dikriminalisasikan. Selain mencantumkan ketentuan hukum pidana materil, dalam undang-undang tersebut ditetapkan pula ketentuan hukum pidana formilnya. Seperti dalam Pasal 43 ayat (2) UU Pengadilan HAM dan Penjelasan yang mengatur tentang prosedur atau tata cara dalam pembentukan Pengadilan HAM *ad hoc*;

Sebagaimana telah dijelaskan di atas, menurut Pasal 43 ayat (2) UU Pengadilan HAM dinyatakan bahwa pembentukan Pengadilan HAM *ad hoc* ditetapkan melalui Surat Keputusan Presiden atas usul DPR berdasarkan peristiwa tertentu. Sedangkan penjelasan pasal tersebut menegaskan bahwa untuk mengusulkan dibentuknya Pengadilan HAM *ad hoc*, DPR RI mendasarkan pada dugaan telah terjadinya pelanggaran HAM yang berat yang dibatasi pada *locus* dan *tempus delicti* tertentu. Dalam terminologi hukum pidana, dugaan bukanlah sekedar sebuah kata, tapi ia merupakan suatu istilah umum yang sudah diterima di kalangan teoritis maupun praktisi hukum pidana. Arti dari sebuah kata disebut makna, sedangkan arti dari suatu istilah disebut konsep. Kata dugaan bermakna mengajuk; mengukur dalam laut atau mengira. Jadi sangat naif bila menilai atau menetapkan suatu kasus yang dianggap pelanggaran HAM berat dengan cara mengira-ngira atau memperkirakan begitu saja karena menyangkut persoalan nasib calon tersangka yang harus pula dilindungi hak-haknya secara hukum. Apabila hal ini diabaikan, maka perbuatan mengira-ngira terhadap suatu peristiwa pidana yang mengakibatkan diajukannya seseorang ke depan sidang peradilan pidana, dapat juga dikatakan sebagai perbuatan melanggar HAM;

Sedangkan secara konseptual, istilah dugaan berkaitan dengan tindakan penyelidikan untuk mencari dan menemukan ada tidaknya suatu

peristiwa yang merupakan pelanggaran pidana. Dengan demikian, untuk sampai pada dugaan telah terjadinya pelanggaran HAM yang berat, DPR RI harus melakukan tindakan penyelidikan untuk dijadikan dasar hukum atau pertimbangan dalam menetapkan bahwa suatu peristiwa tertentu diduga telah terjadi pelanggaran HAM yang berat. Menurut Pasal 1 ayat (5) UU Pengadilan HAM, sesungguhnya penyelidikan itu merupakan tugas dan serangkaian tindakan penyelidikan. Sedangkan penyelidik yang ditunjuk oleh Undang-Undang tentang Pengadilan HAM hanyalah Komnas HAM sebagaimana diatur dalam Pasal 18 ayat (1) undang-undang *a quo*. Dengan kata lain, DPR RI tidak mempunyai kewenangan secara yuridis normatif untuk melakukan penyelidikan terhadap peristiwa pelanggaran HAM berat;

Mengapa kewenangan penyelidikan tersebut hanya ditunjuk dan diserahkan oleh undang-undang kepada Komnas HAM? Tidak lain dan tidak bukan karena Komnas HAM diasumsikan sebagai lembaga yang bersifat independen (terbebas dari kepentingan politik apapun), sehingga diharapkan tercipta dan terjaga objektivitas hasil penyelidikan. Selain itu, dari aspek kebijakan hukum pidana (*penal policy*) sebagai bagian dari kebijakan kriminal (*criminal policy*), penunjukan lembaga Komnas HAM sebagai penyelidik terhadap peristiwa-peristiwa yang diduga sebagai tindak pidana pelanggaran HAM berat merupakan salah satu bentuk kehati-hatian dan rasionalitas penggunaan dan penerapan hukum pidana karena tiga alasan sebagai berikut:

1. Secara fungsional, Komnas HAM memang suatu lembaga negara yang bertugas melakukan pengkajian, penelitian, penyuluhan, pemantauan dan mediasi tentang hak asasi manusia, sehingga sinkron dengan wewenang penyelidikan yang diembannya;
2. Komnas HAM beranggotakan tokoh masyarakat yang profesional, berdedikasi dan berintegritas tinggi, menghayati cita-cita negara hukum dan negara kesejahteraan yang berintikan keadilan, menghormati hak asasi manusia dan kewajiban dasar manusia. Dengan demikian sebagai penyelidik, profesionalisme, kapabilitas, dan kredibilitasnya benar-benar dapat terjaga;

3. Kedudukan Komnas HAM sebagai lembaga mandiri yang setingkat dengan lembaga negara lainnya sehingga menutup kemungkinan intervensi dari pihak manapun;

Dengan tiga alasan tersebut, pemilihan dan penetapan Komnas HAM sebagai penyelidik tunggal dalam melakukan upaya penyelidikan terhadap peristiwa yang diduga terjadi pelanggaran HAM yang berat, benar-benar telah memperhitungkan semua faktor yang dapat mendukung berfungsinya atau bekerjanya hukurn (acara) pidana itu dalam praktiknya. Inilah yang dimaksud sebagai kebijakan kriminal (*criminal policy*) dengan menggunakan kebijakan hukum pidana (*penal policy*) yang harus dilakukan melalui upaya atau langkah-langkah yang dibuat dengan sengaja dan sadar. Suatu kebijakan kriminal yang tidak rasional, justru bertentangan dengan definisinya sebagai *a rational total of the responses to crime*”;

Tidak dapat dibayangkan berbagai eksese negatif yang akan terjadi dalam kehidupan berbangsa dan bernegara, apabila penilaian yang lebih bersifat *judgement* terhadap suatu peristiwa hukum pidana (tindak pidana pelanggaran HAM yang berat) diserahkan kepada lembaga politik, seperti DPR. Hal ini justru akan menjadi *boomerang* terhadap eksistensi hukum pidana positif itu sendiri;

Hukum pidana dikatakan sebagai hukum sanksi istimewa karena jenis dan bentuk sanksinya yang bersifat keras dan menekan. Begitu kerasnya sanksi yang terkandung dalam hukum pidana sehingga sering dikiaskan bahwa hukum pidana bagai mengiris dagingnya sendiri. Ada lagi pendapat yang mengibaratkan, hukum pidana bagaikan pedang bermata dua. Di satu sisi, hukum pidana bertujuan hendak melindungi kepentingan hukum dan hak asasi manusia yang dilanggar. Di sisi lain, hukum pidana justru menyerang dan dapat merendahkan martabat kemanusiaan melalui sistem sanksinya yang sangat keras. Cukup banyak pakar hukum pidana dan kriminologi yang telah memperingatkan tentang pentingnya sikap kehati-hatian dalam penggunaan hukum pidana karena sifatnya yang paradoksal itu. Salah satunya juga dilontarkan oleh Herbert L. Packer di akhir tulisan dalam salah satu bukunya yang berjudul *"The Limits of The Criminal Sanction"*, demikian: *"The criminal sanction is at once primer guarantor and prime threatener of human freedom. Used providently and humanely, it is guarantor; used indiscriminately and coercively, it is threatener"*;

Pandangan Packer ini sejogianya dapat membuka mata hati setiap pihak yang terlibat dalam penentu kebijakan legislasi (*legislation policy*) yang akan menggunakan atau menerapkan hukum pidana sebagai alat penjamin utama terhadap penanggulangan kejahatan. Hukum pidana jangan sekali-kali digunakan secara sembarangan dan secara paksa serta tidak manusiawi. Ketidakcermatan dan sikap tidak hemat dalam penggunaan hukum pidana, justru akan menjadikan hukum pidana sebagai alat pengancam utama terhadap kebebasan dan kesejahteraan umat manusia;

Dari berbagai pandangan itu dapat ditangkap satu pengertian mendasar, seyogianya segala aktivitas yang berkaitan dengan bidang hukum pidana diserahkan kepada lembaga atau institusi yang memang secara ketatanegaraan dalam konsitusi diberikan kekuasaan atau kewenangan dalam penegakan hukum pidana. Di Negara Republik Indonesia, kekuasaan tersebut berada pada lingkup kekuasaan kehakiman sebagaimana tertuang dalam Pasal 24 ayat (1), ayat (2), dan ayat (3) UUD 1945;

Dengan demikian, dapat lebih ditegaskan bahwa Pasal 43 ayat (2) UU Pengadilan HAM dan Penjelasannya secara substantif mengandung norma yang berisi ketentuan hukum acara pidana (hukum pidana formil) yang termasuk dalam ruang lingkup kekuasaan kehakiman. Setiap rumusan norma dalam hukum pidana, pada hakikatnya memuat pula pembatasan dan pengendalian terhadap kewenangan atau kekuasaan aparatur negara karena di sinilah dimensi yuridis yang sesungguhnya dari hukum pidana. Sebagaimana pernah diungkapkan oleh Peters, Guru Besar Hukum Pidana dari Belanda yang menegaskan bahwa "*The limititations of, and control over, the powers of the State constitute the real juridicial dimension of criminal law; the juridical task of criminal law is not policing society but policing the police*";

Demikian pula setiap rumusan norma dalam peraturan perundang-undangan pidana harus terkandung asas *lex certa* yang menegaskan bahwa perumusan ketentuan perundang-undangan pidana harus membatasi secara tajam dan jelas wewenang pemerintah terhadap rakyatnya. Asas ini menekankan setiap rumusan norma dalam peraturan perundang-undangan tidak boleh mengandung arti *ambiguous* (multi tafsir) sehingga memunculkan ketidakpercayaan warga negara terhadap pemerintah. Seperti rumusan norma dalam Penjelasan Pasal 43 ayat (2) UU Pengadilan HAM pada

kalimat "... Dewan Perwakilan Rakyat Republik Indonesia mendasarkan dugaan telah terjadinya pelanggaran hak asasi manusia yang berat yang dibatasi pada *locus dan delicti* tertentu ...". Kalimat dalam rumusan norma pada kalimat "*dibatasi pada locus dan delicti*" akan menimbulkan peluang masuknya kepentingan-kepentingan (politik) tertentu untuk memilih dan memilah peristiwa yang diduga terjadi pelanggaran HAM berat sesuai dengan kehendak politik DPR. Dalam hal ini dapat dicontohkan beberapa peristiwa yang diduga telah terjadi pelanggaran HAM berat, namun DPR tidak mampu memberikan kriteria yang jelas dan bahkan berbeda-beda dalam menilai peristiwa-peristiwa tersebut. Seperti peristiwa Tanjung Priok, peristiwa Trisakti-Semanggi I dan II, peristiwa Talangsari dan peristiwa Operasi Anti Terorisme di Poso yang terjadi pada awal Tahun 2007;

Berbeda kalau dibandingkan misalnya dengan rumusan norma yang terdapat dalam *Statuta ICTY (International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia)* dan *Statuta ICTR (International Criminal Tribunal for Rwanda)* yang membatasi secara tegas dan jelas yurisdiksi *ratione temporis*nya. Artikel 1 dalam *Statuta ICTY* menentukan bahwa kasus yang dapat diajukan ke depan sidang pengadilan *ICTY*, hanya pelanggaran-pelanggaran yang dilakukan sejak tahun 1991. Sedangkan Artikel 1 *Statuta ICTR* menentukan *yurisdiksi ratione temporis*nya hanya mencakup pelanggaran-pelanggaran yang dilakukan antara tanggal 1 Januari 1994 sampai dengan 31 Desember 1994;

Sistem Peradilan Pidana dalam Kekuasaan Kehakiman

Sistem Peradilan Pidana di Indonesia merupakan terjemahan dari istilah criminal justice system yang diperkenalkan dan disebarluaskan oleh *The President's Crime Commission di Amerika Serikat*. Frank Remington adalah orang pertama yang menggagas administrasi peradilan pidana melalui pendekatan sistem (*system approach*). Gagasan mengenai sistem ini terdapat dalam laporan Pilot Proyek Tahun 1958 yang dilekatkan pada mekanisme administrasi peradilan pidana dan kemudian diberi nama *criminal justice system*;

Konsepsi sistem peradilan pidana mengedepankan keterjalinan sikap atau perilaku aparat yang terlibat dalam sistem peradilan pidana dan mengharuskan kesamaan pandang di antara semua komponen sistem terhadap misi yang diembannya. Sistem peradilan pidana tidak hanya merupakan kelembagaan penegakan hukum (*legal structure*), tetapi lebih dari

itu adalah kesamaan pandang tentang substansi hukum (*legal substance*), budaya hukum (*legal culture*) dan kebijakan penegakan hukum (*law enforcement policy*) yang harus terbentuk dalam semua komponen sistem;

Kata *system* dalam istilah *criminal justice system* menunjuk pada suatu pengertian adanya interkoneksi (*interconnection*) antara keputusan atau kebijakan dari setiap komponen sistem peradilan pidana (*criminal justice system*) yang terlibat dalam proses peradilan pidana (*criminal justice process*). Hagan (1987) sebagaimana dikutip Romli Atmasasmita, membedakan pengertian *criminal justice process* dengan *criminal justice system*. *Criminal justice process* merupakan tahapan dari suatu putusan yang menghadapkan seorang tersangka ke dalam proses yang membawanya pada putusan pidana bagi dirinya. Prosedur dalam pembentukan Pengadilan HAM *ad hoc* yang dimulai atas dasar dugaan telah terjadinya pelanggaran HAM yang berat seperti termaktub dalam Penjelasan Pasal 43 ayat (2) UU Pengadilan HAM merupakan bagian dari *criminal justice process* karena akan membawa (calon) tersangka ke dalam tahapan proses pemidanaan;

Dengan demikian, secara konseptual *criminal justice process* sama dengan pengertian hukum acara pidana yang ruang lingkupnya lebih sempit daripada sistem peradilan pidana. Menurut Andi Hamzah, hukum acara pidana sistem bekerjanya dimulai pada tahap mencari kebenaran, penyelidikan, penyidikan dan berakhir pada pelaksanaan pidana (eksekusi) oleh jaksa. Hukum acara pidana hanya mempelajari hukum, sedang sistem peradilan pidana ruang lingkupnya lebih luas yang juga meliputi non-hukum. Pendapat beliau ini sejalan dengan Joan Miller, Guru Besar dari Amerika Serikat, ketika menjadi pembicara dalam Lokakarya *Criminal Justice System* di Universitas Indonesia. Menurut beliau, operasionalisasi sistem peradilan pidana dimulai sejak pembentukan undang-undang pidana di DPR sampai pada pembinaan narapidana hingga babas dari penjara (lembaga masyarakatan);

Pendapat kedua pakar di atas senada dengan konsep *criminal justice system* yang tidak hanya terkandung aspek-aspek hukum, melainkan juga aspek sosial. Aspek hukumnya menitikberatkan pada operasionalisasi peraturan perundang-undangan dalam upaya menanggulangi kejahatan dan bertujuan untuk mencapai kepastian hukum (*certainty*). Sedangkan aspek sosialnya lebih menitikberatkan pada kegunaan (*expediency*) dan melihat sistem peradilan pidana

sebagai bagian dari pelaksanaan *social defence* yang terkait dengan tujuan mewujudkan kesejahteraan masyarakat (*social welfare*). Pembentukan undang-undang oleh DPR, menyediakan tempat dan kondisi yang layak bagi narapidana serta merehabilitasi narapidana merupakan upaya untuk mewujudkan kesejahteraan masyarakat;

Hukum acara pidana merupakan bagian dari sistem peradilan pidana yang tugas yuridisnya dibebankan kepada tiga institusi, yakni kepolisian, kejaksaan dan pengadilan. Ketiga institusi tersebut sekaligus bagian dari komponen sistem peradilan pidana ditambah dengan lembaga pembentuk undang-undang (DPR) dan lembaga pemasyarakatan. Masing-masing komponen mempunyai fungsi yang berbeda tetapi saling terkait. Perbedaannya, terletak pada kewenangan tugas masing-masing yang tidak boleh tumpang tindih (*overlapping*) atau intervensi antar komponen sistem. Keterkaitannya bersimpul pada mata rantai tahapan-tahapan dalam penanganan perkara pidana yang terjalin dalam praktek administrasi peradilan;

Menyimak uraian di atas, maka semakin jelas bagi kita untuk melihat kewenangan DPR dalam lingkup sistem peradilan pidana. Dapat ditegaskan bahwa kewenangannya terbatas pada konteks pembentukan undang-undang pidana belaka. Penambahan tugas dan wewenang kepada suatu lembaga negara yang sebenarnya merupakan tugas dan wewenang lembaga negara lainnya, di samping akan membuat pelampauan beban tugas (*overbelasting*), juga cenderung menimbulkan kesewenang-wenangan (*abus de droit*) dan penyalahgunaan wewenang (*detournement de pouvoir*). Karena itu, pembatasan kekuasaan negara dan organ-organ negara melalui cara penerapan prinsip pemisahan kekuasaan secara horizontal seperti yang ditegaskan oleh Jimly Asshiddiqie harus dilakukan dan dijunjung tinggi dalam kehidupan bernegara. Menurut beliau, setiap kekuasaan pasti memiliki kecenderungan untuk berkembang menjadi sewenang-wenang sesuai dengan hukum besi kekuasaan;

Pembatasan kekuasaan DPR dalam konsep *criminal justice system* seperti yang diuraikan di atas sesuai dengan fungsinya sebagai legislator yang melahirkan kebijakan legislasi. Dari aspek sistem peradilan pidana, kebijakan legislasi dalam undang-undang pidana merupakan tahap awal dan sekaligus sebagai sumber landasan dari tahap berikutnya, yakni tahap penerapan pidana

atau disebut kebijakan yudikasi dan tahap pelaksanaan pidana yang dikenal dengan sebutan kebijakan eksekusi. Jadi fungsi DPR tetap pada habitatnya sebagai pemegang kekuasaan membentuk undang-undang. Pada proses pembentukan undang-undang (hukum) inilah, ruang politik terbuka lebar. Ketika proses penegakan hukum, ranah politik harus ditutup rapat-rapat. Bila tidak demikian, hukum akan jadi kekerasan dan kejahatan yang diformalkan. Pada gilirannya dapat meruntuhkan bangunan ilmu hukum (pidana) dan memporak-porandakan sistem peradilan pidana;

Pemahaman dan penerapan yang benar terhadap konsepsi sistem peradilan pidana yang mempunyai pengertian luas itu sangat esensial bagi semua komponen yang terlibat dalam bekerjanya sistem peradilan pidana. Salah satu penyebab buruknya sistem peradilan pidana adalah penerapan yang kacau balau dari perundang-undangan pidana karena kekurangpahaman terhadap konsep-konsep sistem peradilan pidana itu sendiri. Kondisi seperti ini akan memunculkan sikap kecewa dan perasaan ketidakadilan. Menurut Davies Cs, perasaan ketidakadilan yang dahsyat di kalangan masyarakat luas sebagai akibat buruknya sistem peradilan pidana dalam suatu negara, dapat dijadikan ukuran pembeda bagi suatu bangsa bahwa masyarakat dalam negara tersebut termasuk ke dalam masyarakat anarki. Sebaliknya, bila sistem peradilan pidana itu adil dan efektif, maka masyarakat dalam suatu negara itu dapat dikatakan sebagai masyarakat beradab;

Penutup

UU Pengadilan HAM memuat ketentuan norma-norma hukum pidana materiil maupun formil yang proses penegakannya secara konstitusional masuk ke dalam lingkup kekuasaan kehakiman. Penyimpangan yang menyangkut kewenangan dalam hukum acara pidananya hanya dibenarkan sepanjang berkaitan dengan aspek-aspek profesionalisme, akuntabilitas kerja dan kebutuhan yang bersifat teknik spesifik serta tidak menerobos batas koridor pemisahan kekuasaan seperti yang telah ditetapkan oleh Konstitusi;

Peradilan pidana bukanlah sekadar sistem hukum yang sarat dengan aturan-aturan yang mengikat bagi setiap komponen dalam sistem peradilan pidana. Bukan pula sekadar berisi aturan yang memberikan perlindungan terhadap harkat dan martabat seorang tersangka, terdakwa

atau terpidana. Lebih dari itu, sistem peradilan pidana mengatur dan menyeimbangkan serta memadukan fungsi dan tugas semua komponen sistem agar terwujud rasa adil (yang bukan sekedar kata) dalam kalimat sistem peradilan pidana;

[2.5.2] Keterangan Tertulis DR. Bernard L. Tanya, S.H.,MH.

Kewenangan yang diberikan kepada DPR untuk mengusulkan pembentukan Pengadilan *ad hoc* (kepada Presiden) sebagaimana diatur dalam Pasal 43 ayat (2) UU Pengadilan HAM, memunculkan problem teori dan filsafat hukum yang cukup mendasar. Pokok soalnya adalah, frasa dalam penjelasan Pasal 43 ayat (2) UU Pengadilan HAM, yang berbunyi "*Dalam hal Dewan Perwakilan Rakyat Republik Indonesia mengusulkan dibentuknya Pengadilan HAM ad hoc, Dewan Perwakilan Rakyat Republik Indonesia mendasarkan pada dugaan telah terjadinya pelanggaran hak asasi manusia yang berat yang dibatasi pada locus dan delicti tertentu yang terjadi sebelum diundangkannya undang-undang ini*";

Berikut adalah beberapa problem teoritis dan filosofis (hukum) yang berkaitan dengan Penjelasan Pasal 43 ayat (2) UU Pengadilan HAM di atas;

Intervensi Kekuasaan Politik dalam Proses Hukum

Institusi hukum, sejak era Yunani kuno hingga kini, selalu diasumsikan sebagai institusi yang mandiri dan tidak memihak. Socrates, filsuf Athena generasi pertama, memandang hukum sebagai tatanan rasional bagi kebajikan [Cara pandang Socrates itu mencerminkan ciri pemikiran Yunani masa itu yang selalu mengaitkan masalah negara dan hukum dengan aspek moral, yakni keadilan (*lih dalam Dennis Lloyd, The Idea of Law...*)]. Hukum bukanlah aturan yang dibuat untuk melanggengkan nafsu orang kuat (*kontra filsuf Ionia*), bukan pula aturan untuk memenuhi naluri hedonisme diri (*kontra kaum Sofis*). Hukum, sejatinya, adalah tatanan obyektif (Carl J. Friedrich, *The philosophy of Law...*) untuk mencapai kebajikan dan keadilan umum (K. Bartens, *Sejarah Filsafat Yunani . . .*). Cara untuk mencapai itu adalah menjaga institusi peradilan tetap mandiri dan tidak memihak. Tiap usaha untuk merampas kemandirian peradilan atau hukum, pada dasarnya mencabik landasan hidup bersama (*TS Lavine, From Socrates to Sartre: The Philosophic Quest, 1984*). Filsafat Socrates itu, dikukuhkan kemudian oleh Plato, dengan mengatakan,

hanya dengan institusi hukum/peradilan yang mandiri dan tidak memihak itulah, maka hukum dapat berfungsi sebagai instrumen untuk menghadirkan keadilan di tengah situasi ketidakadilan (*Bernard L. Tanya, et al, Teori Hukum Teori Tertib Manusia Lintas Ruang dan Generasi 2007*). Dalam dunia modern, imparsialitas dan kemandirian peradilan menjadi kata kunci bagi terwujudnya proses hukum yang adil untuk memperoleh kepastian dan keadilan;

Oleh karena itu, intervensi kekuasaan apapun dalam proses hukum, selalu ditanggapi sebagai ancaman dan distorsi terhadap keluhuran peradilan. Dikaitkan dengan Penjelasan Pasal 43 ayat (2) UU Pengadilan HAM, dugaan yang dibuat DPR untuk dipakai sebagai dasar mengusulkan pembentukan Pengadilan *ad hoc*, merupakan bentuk intervensi kekuasaan politik dalam proses hukum. Perlu ditegaskan di sini bahwa, pokok soal yang menjadi objek dugaan dalam Penjelasan Pasal 43 ayat (2) adalah persoalan kejahatan atau pelanggaran hukum. Oleh karena itu, kata dugaan di sini, mau tidak mau menunjuk pada terminologi hukum pidana, khususnya berkaitan dengan tindakan penyelidikan (untuk mencari dan menemukan ada tidaknya suatu peristiwa yang merupakan pelanggaran pidana). Kata dugaan di sini, mengandaikan bahwa DPR melakukan penilaian tertentu terhadap suatu peristiwa sebelum dinyatakan sebagai pelanggaran HAM berat. Persoalannya adalah apa yang menjadi dasar penilaian DPR (investigasi atau mengira-ngira?), serta dalam ranah apakah DPR melakukan penilaian dimaksud (hukum atau non hukum?). Tidak ada rumusan dan penjelasan normatif jelas mengenai hal tersebut, sehingga cenderung memancing spekulasi. Dalam konteks ini, ketentuan tersebut telah membuka ruang pada ketidakpastian hukum. Ketidakpastian hukum selalu berakibat pada ancaman terhadap kebebasan dan rasa aman individu;

Mengingkari *Lex Certa*

Frasa "*terjadinya pelanggaran hak asasi manusia yang berat yang dibatasi pada locus dan delicti tertentu yang terjadi sebelum . . .dst*", juga memunculkan problem lain secara yuridis (hukum pidana). Perumusan yang tidak jelas dan tegas mengenai kasus serta *locus* dan *tempus delicti* telah membuka ruang bagi penentuan secara sepihak tentang kasus yang diadili lewat Pengadilan HAM *ad hoc*. Dengan ketidaktegasan tersebut, maka DPR sebagai lembaga politik dapat saja terjerumus dalam praktik tebang-pilih ketika menentukan sebuah kasus sebagai pelanggaran HAM berat yang mesti diadili lewat Pengadilan *ad hoc*. Untuk

menyebut beberapa contoh saja beberapa peristiwa yang diduga telah terjadi pelanggaran HAM yang berat, namun DPR tidak menganggap demikian, misalnya peristiwa Tanjung Priok, peristiwa Trisakti-Semanggi I dan II, peristiwa Talangsari dan sebagainya;

Pengingkaran terhadap asas *lex certa*, dengan sendiri membuat suatu peraturan menjadi sangat elastis dan mudah ditarik ulur sesuai kepentingan tertentu dan sesaat. Dengan begitu, sifat kritis-normatif suatu aturan hukum juga akan terdesak ke belakang. Padahal, menurut Nico Kijzer, sifat kritisnormatif setiap aturan hukum pidana dalam konteks asas legalitas, selalu menghadirkan dua fungsi utama, yakni:

1. Undang-undang (pidana) berfungsi untuk melindungi rakyat terhadap pelaksanaan kekuasaan tanpa batas oleh pemerintah;
2. Pelaksanaan kekuasaan oleh pemerintah untuk menuntut setiap orang yang melanggar, dibolehkan dalam batas-batas yang ditentukan oleh undang-undang;

Menurut Nico Keijzer (*Keijzer, Nico: Legaliteitsbeginsel, Makalah pada Penataran Nasional Hukum Pidana Angkatan III Kerjasama Indonesia-Belanda di Kupang, 30 Juli sampai dengan 19 Agustus 1989 hat. 3 – 4*), di samping fungsi melindungi, undang-undang pidana juga mempunyai fungsi instrumental, artinya di dalam batas-batas yang ditentukan oleh undang-undang pelaksanaan kekuasaan oleh pemerintah untuk menuntut setiap orang yang melanggar, tegas-tegas diperbolehkan. Menurut Kijzer, fungsi melindungi dan fungsi instrumental dalam legalitas dan *lex certa*, berkaitan pula dengan keharusan untuk adanya jaminan prosedur yang memadai dan kepastian hukum dalam hukum pidana. Oleh karena itu, dimensi lain yang tercakup dalam asas *legalitas* dan *lex certa* adalah dimensi politik hukum yang berarti perlakuan yang sama di depan hukum bagi semua orang tanpa kecuali. Asas perlakuan yang sama inilah menurut Keijzer menjadi landasan perlindungan hak asasi manusia dalam hukum pidana;

Menyimpangi Trias Politica

Masuknya DPR dalam wilayah proses hukum pidana, telah pula menyimpangi prinsip *Trias Politica*. Sejak Montesquieu merevisi konsep Locke, kekuasaan kehakiman mendapat posisi sentral sebagai pilar negara demokrasi modern. Montesquieu mendudukan kekuasaan kehakiman dalam areal yang otonom lepas dari kooptasi kekuasaan eksekutif versi Locke. Gebrakan

Montesquieu itu, tidak hanya melepaskan genggamannya eksekutif atas yudikatif, tetapi juga pada perkembangan kemudian menjadi inspirasi untuk mengakhiri superioritas parlemen warisan Yunani Antik (kuno);

Untuk diketahui, dalam konsep Yunani abad ke-4 Sebelum Masehi, parlemen merupakan poros republik. Ia merupakan satu-satunya lembaga utama dalam negara. Bahkan dalam refleksinya atas konsepsi Yunani tersebut, Jean Bodin berujar demikian "Dimana tidak ada kekuasaan legislatif, di situ tidak ada *republica*, tidak ada pemerintahan yang sah, dan dengan demikian, tidak ada negara" (*Carl J. Friedrich, The philosophy of Law in Historical Perspective, The University of Chicago Press, 1969, hal. 72*). Alhasil, kekuasaan dan produk yang dihasilkannya pun, tidak dapat diganggu-gugat. Dari sinilah muncul asas undang-undang tidak dapat diganggu gugat. Dengan begitu, hakim hanya bertindak sebagai mulut undang-undang, tugas seorang hakim hanya menuruti secara harfiah apa kata undang-undang (*Lih G.J. Wiarda, Die Typen van Rechtsvinding, Zwolle, W.E.J. Tjeenk Willink 2de Herziene Druk, 1980, hal. 11*);

Konsep yang bertahan cukup lama di daratan Eropa Kontinental itu, akhirnya ditinggalkan juga pada sekitar abad ke-18 berkat inspirasi pemikiran Montesquieu melalui *trias politica*-nya. Lalu muncullah gagasan *judicial review of legislation* yang dipercayakan pada yudikatif. Negaranegara Eropa Kontinental pasca abad ke-18, akhirnya juga menempatkan lembaga yudikatif menjadi seimbang dengan kedudukan lembaga legislatif dan eksekutif;

Jelas kiranya, yudikatif (kekuasaan kehakiman), lalu menjadi cabang kekuasaan dengan otoritas menjaga supremasi hukum atas semua cabang kekuasaan yang lain. Yudikatif lalu menjadi salah satu unsur esensial negara hukum modern. Oleh karena itu, setiap kali orang berbicara tentang negara hukum, maka inklusif berbicara tentang kekuasaan yudikatif yang merdeka. Semua teori negara hukum, memberi tempat pada yudikatif sebagai kekuasaan yang vital dalam negara (hukum) modern;

Point dari pergeseran tersebut adalah munculnya politik hukum yang non represif. Kekuasaan dalam negara pun dikelola melalui mekanisme *check and balances* menurut prinsip *Trias Politica* dalam maknanya yang sejati. Sebagaimana konstataasi Montesquieu sendiri, pemisahan kekuasaan (*separation of powers*) mengandung pengertian bahwa tiap cabang kekuasaan harus dipegang oleh pejabat yang berbeda dan tidak boleh merangkap jabatan cabang kekuasaan

lain (*Montesquieu, The Spirit of Law, translated by Thomas Nugent, New York: Hafner Press, 1949, hal. 151*). Asumsi di balik konsep itu adalah bahwa wewenang yang dimiliki pemerintah selalu berpeluang disalahgunakan. Untuk mencegah itu, kekuasaan negara tidak boleh tersentralisasi dan dimonopoli oleh seorang penguasa atau lembaga politik tertentu. Kekuasaan negara perlu di bagi-bagi. Gagasan pemisahan kekuasaan ini, semata-mata demi memperoleh kepastian bahwa kebebasan politik rakyat tidak diciderai;

Sesuai dengan kosmologi *Aufklärung*, soal kebebasan memang merupakan hal penting dalam pemikiran Montesquieu. Gagasan tentang keharusan adanya jaminan kebebasan inilah, yang mendorong Montesquieu memperjuangkan perlunya pembatasan kekuasaan lewat mekanisme *check and balances* di antara kekuasaan yang ada. Bagi Montesquieu, *Trias Politica* merupakan mekanisme yang dapat menjamin terwujudnya kehendak rakyat dalam sebuah masyarakat yang mempunyai pemerintah (*Montesquieu, The Spirit of Law, translated by Thomas Nugent, New York: Hafner Press, 1949, hal. 151*). Montesquieu berpendapat bahwa bila kekuasaan dalam negara dipisahkan secara tegas yang masing-masing kekuasaan itu dilaksanakan oleh suatu badan yang berdiri sendiri, maka hal ini akan menghilangkan kemungkinan timbulnya tindakan sewenang-wenang dari seorang penguasa (*Montesquieu, The Spirit of Law, translated by Thomas Nugent, New York: Hafner Press, 1949, hal. 151*). Pendeknya, *Trias Politica* mempersempit kemungkinan lahirnya pemerintahan yang absolutistis. Montesquieu menganggap pemisahan kekuasaan yang ketat di antara tiga kekuasaan dalam *trias politica*-nya, merupakan prasyarat kebebasan politik bagi warga negara;

Langsung maupun tidak, Montesquieu seolah menghantar kita pada apa yang dalam literatur hukum konstitusi disebut konstitusionalisme. Friedrich, merumuskan konstitusionalisme secara padat sebagai sistem atau prinsip regulasi yang membatasi kekuasaan dan tindakan pemerintah/penguasa (*to keep a government in order*) [*C.J. Friedrich, Man and His Government, New York: McGraw-Hill, 1963, hal. 217*]. Demi tujuan *to keep a government in order* itulah dibutuhkan pengaturan yang sedemikian rupa, sehingga dinamika kekuasaan dalam proses pemerintahan dapat dibatasi dan dikendalikan agar tidak melibas

hak-hak dasar rakyat (*Walton H. Hamilton, Constitutionalism, Encyclopedia of Social Science, Edwin Seligman & Alvin Johnson, eds, 1931, hal. 255*). Gagasan mengatur dan membatasi kekuasaan ini secara alamiah muncul karena adanya kebutuhan menghindari penyalahgunaan kekuasaan oleh pemegang kekuasaan.

Gagasan tersebut ada kaitannya dengan pengalaman historis di Eropa abad ke-16 dan ke-17. Ketika negara-negara bangsa (*nation states*) mendapatkan bentuknya yang sangat kuat, sentralistis, dan sangat berkuasa selama abad-abad itu, terjadi pula praktik otoritarianisme yang sangat keji. Pengalaman itu memicu munculnya perlawanan untuk mengakhiri kekejian tersebut. Inilah embrio kemunculan gagasan perlindungan hak-hak dasar rakyat yang kemudian terkristal dalam apa yang dikenal sekarang dengan konstitusi dan konstitusionalisme;

Oleh karena itu, konstitusionalisme di zaman sekarang dianggap sebagai suatu konsep yang niscaya bagi setiap negara modern yang berporos pada hak asasi, demokrasi, dan *rule of law*. Basis materialnya adalah kemenangan rakyat yang dipelopori kaum borjuis untuk menjatuhkan sistem standestaat yang berlaku zaman itu. Dengan begitu, kesepakatan dan persetujuan umum antara mayoritas rakyat, menjadi basis format negara ideal negara hukum yang demokratis. Organisasi negara yang demikian itu diperlukan oleh rakyat agar kepentingan mereka bersama dapat dilindungi dan dipromosikan melalui pembentukan dan penggunaan mekanisme yang disebut konstitusi dalam semangat konstitusionalisme (*William G. Andrew, Constitutions and Constitutionalism, New Jersey: Van Nostrand Company, 1968, hal. 9*);

Konstitusionalisme bukan pertama-tama aturan-aturan ketatanegaraan, melainkan prinsip final tentang hak warga negara. Itulah sebabnya paham konstitusionalisme lalu menjadi identik dengan prinsip negara hukum, karena pasangan prinsip itu beroperasi untuk tujuan yang sama, yakni perlindungan warga negara dan supremasi hukum. Dari sinilah kemudian diterima suatu kredo universal tentang keniscayaan hubungan antara demokrasi, negara hukum, dan konstitusionalisme. Saling mengandaikan dan saling membutuhkan (*William G. Andrew, Constitutions and Constitutionalism, New Jersey: Van Nostrand Company, 1968, hal. 9*);

Kembalikan pada Komnas HAM

Penyelidik yang ditunjuk oleh Undang-Undang tentang Pengadilan HAM hanyalah Komisi Nasional Hak Asasi Manusia (Komnas HAM) sebagaimana diatur dalam Pasal 18 ayat (1) undang-undang tersebut. Dengan kata lain, DPR RI tidak mempunyai kewenangan secara yuridis normatif untuk melakukan penyelidikan terhadap peristiwa pelanggaran HAM yang berat;

Bukan tanpa alasan mengapa kewenangan penyelidikan tersebut diserahkan oleh undang-undang kepada Komnas HAM. Komnas HAM diasumsikan sebagai lembaga yang bersifat independen sehingga diharapkan tercipta dan terjaga objektivitas hasil penyelidikannya (*Lihat Penjelasan Pasal 18 ayat (1) UU No. 26 Tahun 2000 tentang Pengadilan HAM*). Selain itu, dari aspek *penal policy* sebagai bagian dari kebijakan kriminal (*criminal policy*), penunjukan lembaga Komnas HAM sebagai penyelidik terhadap peristiwa-peristiwa tindak pidana pelanggaran HAM yang berat merupakan salah satu bentuk kehati-hatian dan rasionalitas penggunaan dan penerapan hukum pidana karena tiga alasan sebagai berikut:

1. Secara fungsional, Komnas HAM memang suatu Lembaga Negara yang bertugas melakukan pemantauan tentang hak asasi manusia, sehingga sesuai dengan wewenang penyelidikan yang diembannya;
2. Komnas HAM beranggotakan tokoh masyarakat yang profesional, berdedikasi dan berintegritas tinggi, menghayati cita-cita negara hukum dan negara kesejahteraan yang berintikan keadilan, menghormati hak asasi manusia dan kewajiban dasar manusia. Dengan demikian sebagai penyelidik, profesionalisme, kapabilitas, dan kredibilitasnya benar-benar dapat terjaga;
3. Kedudukan Komnas HAM sebagai lembaga mandiri yang setingkat dengan lembaga negara lainnya, menutup kemungkinan intervensi dari pihak manapun;

[2.5.5] Keterangan Tambahan DR. Bernard L. Tanya, S.H.,MH, yang disampaikan dan diterima di Kepaniteraan Mahkamah tanggal 14 Januari 2008, pada pokoknya menguraikan sebagai berikut:

- Ahli tidak menolak bahwa dalam keadaan transisi, nuansa politis dapat dijadikan alasan untuk membentuk Pengadilan HAM *ad hoc*, namun yang menjadi persoalan adalah masuknya DPR (lembaga non hukum) ke dalam proses hukum. Berbeda dengan penyelesaian melalui Komisi Kebenaran dan

Rekonsiliasi (KKR) sebagaimana tercantum dalam Pasal 47 UU Pengadilan HAM yang bersifat alternatif (*alternatif dispute resolution*), bahwa pembentukan Pengadilan HAM *ad hoc* bersifat imperatif yang mengandung perintah yang tidak dapat ditawar. Lebih tegasnya, bahwa penyelesaian pelanggaran HAM berat dapat dilakukan melalui upaya non-hukum, seperti lembaga KKR yang pembentukannya harus melalui undang-undang sebagaimana diatur dalam Pasal 47 ayat (2) UU Pengadilan HAM. Sedangkan penyelesaian pelanggaran HAM berat harus melalui lembaga Pengadilan HAM *ad hoc*. Oleh karena itu penyelesaian pelanggaran HAM berat melalui Pengadilan HAM *ad hoc* tidak menjadi kewenangan DPR (legislatif) melainkan sudah menjadi wilayah kekuasaan yudikatif;

- DPR sebagai lembaga politik wajar jika membawa kepentingan dari masyarakat yang diwakilinya, tetapi tidak dapat ditarik logika yang sama terhadap Jaksa Agung yang berada di bawah kekuasaan eksekutif. Sekalipun Jaksa Agung berada di wilayah eksekutif, namun dalam konteks pelaksana hukum, Jaksa Agung tidak boleh diintervensi. Itulah sebenarnya perbedaan mendasar antara Presiden sebagai lembaga politik dengan parlemen sebagai lembaga politis, dimana keduanya tetap mempunyai nuansa politis tetapi mempunyai kewajiban interaktif berbeda. Menyangkut DPR yang ikut campur dalam pembentukan Pengadilan HAM *ad hoc*, titik berat persoalannya ada pada proses untuk mengusulkan pembentukan Pengadilan HAM *ad hoc* yang didahului dengan tindakan menduga. Ini artinya bahwa DPR harus melakukan upaya penyelidikan yang notabenenya sudah masuk ke dalam criminal justice process. Sedangkan mengenai pembentukan Pengadilan HAM *ad hoc* sudah sesuai dengan perintah Pasal 104 dalam Undang-Undang Nomor 39 Tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia yang telah menegaskan bahwa untuk mengadili pelanggaran HAM yang berat dibentuk Pengadilan HAM di lingkungan Peradilan Umum yang dibentuk dengan undang-undang dan Pengadilan HAM dimaksud telah dibentuk dengan Undang-Undang Nomor 26 Tahun 2000 tentang Pengadilan HAM;
- Untuk menentukan apakah Penjelasan Pasal 43 ayat (2) UU Pengadilan HAM tersebut masuk dalam proses hukum pidana atau tidak, maka terlebih dahulu harus diketahui kapan dimulai dan berakhirnya?

Criminal justice process merupakan tahapan yang menghadapkan seorang tersangka ke dalam proses putusan pidana. Prosedur pembentukan Pengadilan HAM *ad hoc* dimulai berdasarkan dugaan telah terjadinya pelanggaran HAM yang berat (Penjelasan Pasal 43 ayat (2) UU Pengadilan HAM), yang hal tersebut merupakan bagian dari *criminal justice process* karena akan membawa atau menghadapkan tersangka ke dalam tahapan proses pemidanaan. Dengan demikian, secara konseptual *criminal justice process* sama artinya dengan hukum acara pidana yang ruang lingkungannya lebih sempit daripada *criminal justice system* (sistem peradilan pidana). Menurut Andi Hamzah, bahwa sistem bekerjanya hukum acara pidana dimulai pada tahap mencari kebenaran, penyelidikan, penyidikan dan berakhir pada pelaksanaan pidana (eksekusi) oleh jaksa. Hukum acara pidana hanya mempelajari hukum, sedang sistem peradilan pidana ruang lingkungannya lebih luas yang juga meliputi non-hukum. Pendapat tersebut telah sejalan dengan Joan Miller, Guru Besar dari Amerika Serikat, yang disampaikan pada waktu menjadi pembicara dalam Lokakarya *Criminal Justice System* di Universitas Indonesia yang menyatakan bahwa operasionalisasi sistem peradilan pidana dimulai sejak pembentukan undang-undang pidana di DPR sampai pada pembinaan narapidana hingga bebas dari penjara (lembaga pasyarakatan). Dengan demikian, tugas pembuatan undang-undang yang mengatur mengenai suatu perbuatan, termasuk tindak pidana (kriminalisasi) merupakan kewenangan DPR. Dalam konteks ini, secara konseptual, lembaga DPR merupakan bagian dari *criminal justice system*. Namun ketika menentukan apakah suatu perbuatan seseorang termasuk (diduga) ke dalam suatu tindak pidana atau tidak, itu bukan kewenangan DPR karena hal tersebut telah masuk ke dalam *criminal justice process* yang menjadi kewenangan penyidik, penuntut umum dan hakim. DPR sebagai lembaga pembuat undang-undang mempunyai kewenangan untuk membuat rumusan norma hukum, tetapi DPR tidak mempunyai kewenangan untuk menentukan kualifikasi adanya pelanggaran HAM berat. Pelanggaran HAM yang berat termasuk dalam bentuk kejahatan yang masuk ruang lingkup tindak pidana. Oleh karena itu kata 'dugaan' dalam Penjelasan Pasal 43 ayat (2) UU Pengadilan HAM harus merujuk kepada terminologi penyelidikan dalam tindak pidana dan masuk ke dalam wilayah proses peradilan pidana (*criminal*

justice process). Dalam proses tersebut semestinya lembaga politik tidak boleh memasuki wilayah itu;

- Ketentuan Konstitusi yang berkaitan dengan *impeachment*, secara teori dan filsafat sama dengan argumentasi tersebut di atas, bahwa secara normatif, pengajuan *impeachment* oleh DPR tidak didasarkan pada dugaan, tetapi sekedar pendapat DPR bahwa Presiden telah melakukan pelanggaran hukum berupa pengkhianatan terhadap Negara, korupsi, penyuapan, tindak pidana berat lainnya atau perbuatan tercela. Oleh karena itu harus diajukan permintaan kepada Mahkamah Konstitusi untuk memeriksa, mengadili, dan memutus pendapat DPR tersebut. Jadi pendapat DPR demikian tetap harus diputus oleh hakim melalui proses peradilan khusus yang dalam hal ini Mahkamah Konstitusi;
- Penjelasan Pasal 43 ayat (2) UU Pengadilan HAM telah merugikan hak konstitusional Pemohon, karena pasal *a quo* telah memberikan rumusan yang mengizinkan lembaga politik untuk ikut menentukan kualifikasi adanya pelanggaran HAM berat. Rumusan pasal *a quo* akan menciptakan sebuah panggung hukum dimana kelompok/golongan yang satu, mengadili kelompok/golongan yang lain. UU Pengadilan HAM dan Perpu Nomor 1 Tahun 1999 telah mengatur siapa yang berwenang melakukan penyelidikan dan penyidikan terhadap pelanggaran HAM berat, tetapi yang menjadi persoalan substansial adalah proses pembentukan Pengadilan HAM *ad hoc* yang melibatkan DPR sebagai lembaga legislatif. DPR dalam mengusulkan pembentukan Pengadilan HAM *ad hoc* mendasarkan pada dugaan telah terjadinya pelanggaran HAM berat. DPR sebagai lembaga politik tidak mempunyai kewenangan untuk menduga adanya pelanggaran HAM berat.

[2.5.3] Keterangan Tertulis Prof.Dr.M. Arief Amrullah, S.H.M.Hum.

PENDAHULUAN

Dibentuknya UU Pengadilan HAM tanggal 23 November 2000 tidak terlepas dari suatu keadaan yang menghendaki agar pelaku pelanggaran HAM yang berat diadili. Karena itu, dalam bagian menimbang telah disebutkan:

- a. bahwa hak asasi manusia merupakan hak dasar yang secara kodrati melekat pada diri manusia bersifat universal dan langgeng, olen karena itu

- harus dilindungi, dihormati, dipertahankan, dan tidak boleh diabaikan, dikurangi, atau dirampas oleh siapapun;
- b. bahwa untuk ikut serta memelihara perdamaian dunia dan menjamin pelaksanaan hak asasi manusia serta memberi perlindungan, kepastian, keadilan, dan perasaan aman kepada perorangan ataupun masyarakat, perlu segera dibentuk suatu Pengadilan HAM untuk menyelesaikan pelanggaran HAM yang berat sesuai dengan ketentuan Pasal 104 ayat (1) Undang-Undang Nomor 39 Tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia;
 - c. bahwa pembentukan Pengadilan HAM untuk menyelesaikan pelanggaran HAM yang berat telah diupayakan oleh Pemerintah berdasarkan Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1999 tentang Pengadilan HAM yang dinilai tidak memadai, sehingga tidak disetujui oleh Dewan Perwakilan Rakyat Republik Indonesia menjadi undang-undang, dan oleh karena itu Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang tersebut perlu dicabut;
 - d. bahwa berdasarkan pertimbangan sebagaimana dimaksud dalam huruf a, b, dan c perlu dibentuk Undang-Undang tentang Pengadilan Hak Asasi Manusia;

Sehubungan dengan itu, UU Pengadilan HAM, Bab VIII telah mengatur mengenai Pengadilan HAM *ad hoc*, yaitu sebagaimana tercantum dalam Pasal 43 undang-undang tersebut:

- (1) Pelanggaran hak asasi manusia yang berat yang terjadi sebelum diundangkannya undang-undang ini, diperiksa dan diputus oleh Pengadilan HAM *ad hoc*;
- (2) Pengadilan HAM *ad hoc* sebagaimana dimaksud dalam ayat 1 dibentuk atas usul Dewan Perwakilan Rakyat Republik Indonesia berdasarkan peristiwa tertentu dengan Keputusan Presiden;
- (3) Pengadilan HAM *ad hoc* sebagaimana dimaksud dalam ayat (1) berada di lingkungan Peradilan Umum;

Berdasarkan ketentuan Pasal 43 UU Pengadilan HAM, khususnya Pasal 43 ayat (2) UU Pengadilan HAM, permasalahannya terletak pada adanya kewenangan Dewan Perwakilan Rakyat Republik Indonesia untuk mengusulkan pembentukan Pengadilan HAM *ad hoc* dengan Keputusan Presiden. Dan, di dalam Penjelasan Pasal 43 ayat (2) UU Pengadilan HAM ditegaskan "*Dalam hal*

Dewan Perwakilan Rakyat Republik Indonesia mengusulkan dibentuknya Pengadilan HAM ad hoc, Dewan Perwakilan Rakyat Republik Indonesia mendasarkan pada dugaan telah terjadinya pelanggaran hak asasi manusia yang berat yang dibatasi pada locus dan tempus delicti tertentu yang terjadi sebelum diundangkannya Undang-undang ini";

Dengan demikian suatu hal yang perlu digarisbawahi adalah ketentuan Pasal 43 ayat (2) UU Pengadilan HAM. Dan, dengan itu pula dalam tulisan ini ada tiga hal yang ahli akan kemukakan terkait dengan pengujian Pasal 43 ayat (2) UU Pengadilan HAM terhadap UUD 1945, yaitu:

1. Pasal 43 ayat (2) UU Pengadilan HAM kaitannya dengan hierarki peraturan perundang-undangan;
2. Pasal 43 ayat (2) UU Pengadilan HAM kaitannya dengan Pasal 24 UUD 1945;
3. Pasal 43 ayat (2) UU Pengadilan HAM kaitannya dengan Kekuasaan Kehakiman dalam Sistem Peradilan Pidana;

Pasal 43 ayat 2 UU Pengadilan HAM kaitannya dengan hierarki peraturan perundang-undangan.

Ketentuan Pasal 43 tersebut, antara ayat (1), ayat (2), dan ayat (3) secara berurutan saling terkait satu sama lain, namun untuk ketentuan Pasal 43 ayat (2) khususnya kalimat "... dibentuk ... dengan Keputusan Presiden. Kalimat demikian, apabila dikaitkan dengan peraturan perundang-undangan lainnya tampaknya terjadi ketidaksinkronan baik vertikal maupun horizontal, demikian juga halnya bila dikaitkan dengan asas hukum *lex superior derogat legi inferiori*;

Karena itu, pertanyaan yang patut dikemukakan, apakah ketentuan Pasal 43 ayat (2) UU Pengadilan HAM tidak bertentangan dengan hierarki peraturan perundang-undangan dan asas hukum *lex superior derogat legi inferiori*;

Untuk menjawab pertanyaan tersebut, terlebih dahulu perlu menelusuri ketentuan hierarki peraturan perundang-undangan sebelum berlakunya Undang-Undang Nomor 10 Tahun 2004 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-Undangan (Lembaran Negara Tahun 2004 Nomor 53, Tambahan Lembaran Negara Nomor 4389) tanggal 22 Juni 2004. Berdasarkan Tap MPRS Nomor XX/MPRS/1966 tentang Memorandum DPR-GR mengenai Sumber Tertib Hukum Republik Indonesia dan Tata Urutan Peraturan Perundang Republik Indonesia,

tanggal 5 Djuli 1966, bahwa Tata Urutan Peraturan Perundangan Republik Indonesia menurut Undang-Undang Dasar Tahun 1945, adalah sebagai berikut:

1. Undang-Undang Dasar Republik Indonesia 1945;
2. Ketetapan MPR;
3. Undang-Undang/Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang;
4. Peraturan Pemerintah;
5. Keputusan Presiden;
6. Instruksi Presiden;
7. Peraturan-peraturan Pelaksana lainnya, seperti Peraturan Menteri, Instruksi Menteri dan lain-lainnya;

Demikian juga dengan Tap MPR Nomor III/MPR/2000 tentang Sumber Hukum dan Tata Urutan Peraturan Perundang-Undangan, tanggal 18 Agustus 2000, yang sekaligus mencabut dan menyatakan Tap MPRS Nomor XX/MPRS/1966 tersebut tidak berlaku lagi. Dalam Pasal 2 Tap MPR Nomor III/MPR/2000 dinyatakan, bahwa Tata Urutan Peraturan Perundang-Undangan merupakan pedoman dalam pembuatan aturan hukum di bawahnya. Tata Urutan Peraturan Perundang-Undangan Republik Indonesia adalah:

1. Undang-Undang Dasar 1945;
2. Ketetapan Majelis Permusyawaratan Rakyat Republik Indonesia;
3. Undang-undang;
4. Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-undang (Perpu);
5. Peraturan Pemerintah;
6. Keputusan Presiden yang bersifat mengatur;
7. Peraturan Daerah.

Dengan demikian, baik Tap MPRS Nomor XX/MPRS/1966 maupun Tap MPR Nomor III/MPR/2000 bahwa Keputusan Presiden selalu berada di bawah Undang-Undang Dasar 1945;

Kemudian Pasal 7 ayat 1 Undang-Undang Nomor 10 Tahun 2004, yang menentukan bahwa jenis dan hierarki peraturan perundang-undangan adalah sebagai berikut:

- a. Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945;
- b. Undang-Undang/Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang;
- c. Peraturan Pemerintah;
- d. Peraturan Presiden;

e. Peraturan Daerah.

Dalam ketentuan Pasal 7 ayat (1) Undang-Undang Nomor 10 Tahun 2004 tersebut, malah "Keputusan Presiden" tidak termasuk dalam jenis dan hierarki peraturan perundang-undangan sebagaimana halnya dengan Tap MPRS Nomor XX/MPRS/1966 dan Tap MPR Nomor III/MPR/2000. Sementara itu, Pasal 43 ayat (2) UU Pengadilan HAM menentukan bahwa Pengadilan HAM *ad hoc* sebagaimana dimaksud dalam ayat (1) dibentuk atas usul Dewan Perwakilan Rakyat Republik Indonesia berdasarkan peristiwa tertentu dengan Keputusan Presiden. Ketentuan Pasal 43 ayat (2) ini yang perlu digarisbawahi adalah *"Pengadilan HAM ad hoc ... dibentuk atas usul Dewan Perwakilan Rakyat Republik Indonesia ... dengan Keputusan Presiden"*;

Keputusan Presiden yang tercantum pada bagian akhir dalam Pasal 43 ayat (2) ini, apabila dikaitkan dengan ketentuan Pasal 7 ayat (1) Undang-Undang Nomor 10 Tahun 2004, ternyata Keputusan Presiden yang dimaksud oleh ketentuan Pasal 43 ayat (2) UU Pengadilan HAM tidak masuk dalam jenis dan hierarki peraturan perundang-undangan dimaksud, walaupun sebagaimana yang diatur dalam Bab XIII Ketentuan Penutup Pasal 56 Undang-Undang Nomor 10 Tahun 2004 menentukan bahwa "Semua Keputusan Presiden, Keputusan Menteri, dan seterusnya ... sebagaimana dimaksud dalam Pasal 54 yang sifatnya mengatur, yang sudah ada sebelum Undang-Undang ini berlaku, harus dibaca *peraturan*, sepanjang tidak bertentangan dengan Undang-Undang ini". Akan tetapi, dalam Penjelasan Pasal 7 ayat (5) Undang-Undang Nomor 10 Tahun 2004 dinyatakan *"Dalam ketentuan ini yang dimaksud dengan hierarki adalah penjenjangan setiap jenis peraturan perundang-undangan yang didasarkan pada asas bahwa peraturan perundang-undangan yang lebih rendah tidak boleh bertentangan dengan peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi"*;

Dengan demikian, terlepas dari ketentuan Pasal 56 Undang-Undang Nomor 10 Tahun 2004 tersebut, bahwa Keputusan Presiden, dan seterusnya itu, kesemuanya urutannya berada di bawah UUD 1945. Karenanya, apa yang telah saya pertanyakan di atas, yaitu apakah ketentuan Pasal 43 ayat (2) UU Pengadilan HAM tidak bertentangan dengan hierarki peraturan perundang-undangan. Jawabannya adalah jelas (sebagai penegasan), bahwa ketentuan

Pasal 43 ayat (2) UU Pengadilan HAM bertentangan dengan hierarki peraturan perundang-undangan;

Hal itu, relevan pula jika dikaitkan dengan asas *lex superior (lex superior derogat legi inferiori)* yang menyatakan bahwa undang-undang yang lebih tinggi mengalahkan yang lebih rendah, sementara itu Pasal 43 ayat (2) UU Pengadilan HAM menentukan "*Pengadilan HAM ad hoc ... dst dibentuk atas usul Dewan Perwakilan Rakyat Republik Indonesia ... dst dengan Keputusan Presiden*". Dengan demikian, apabila dihadapkan dengan asas *lex superior* tersebut, maka ketentuan Pasal 43 ayat (2) UU Pengadilan HAM sudah seharusnya ditinjau kembali. Hal itu penting, sebagai upaya untuk mencegah terjadinya penyalahgunaan wewenang dengan bersaranakan undang-undang;

Pasal 43 ayat UU Pengadilan HAM kaitannya dengan Pasal 24 UUD 1945.

Pertanyaannya, apakah ketentuan Pasal 43 ayat (2) UU Pengadilan HAM tidak bertentangan dengan UUD 1945, khususnya Pasal 24 ayat (3) UUD 1945. Untuk menjawab pertanyaan tersebut, terlebih dahulu dikemukakan ketentuan Pasal 24 UUD 1945:

- (1) Kekuasaan Kehakiman merupakan kekuasaan yang merdeka untuk menyelenggarakan peradilan guna menegakkan hukum dan keadilan;
- (2) Kekuasaan Kehakiman dilakukan oleh sebuah Mahkamah Agung dan badan peradilan yang berada di bawahnya dalam lingkungan peradilan umum, lingkungan peradilan agama, lingkungan peradilan militer, lingkungan peradilan tata usaha negara, dan oleh sebuah Mahkamah Konstitusi;
- (3) Badan-badan lain yang fungsinya berkaitan dengan kekuasaan kehakiman diatur dalam undang-undang;

Dalam Pasal 24 ayat (2) UUD 1945 secara limitatif telah menentukan bahwa Kekuasaan Kehakiman dilakukan oleh sebuah Mahkamah Agung dan badan peradilan yang berada di bawahnya, yaitu dalam:

1. lingkungan peradilan umum;
2. lingkungan peradilan agama;
3. lingkungan peradilan militer;
4. lingkungan peradilan tata usaha negara; dan
5. oleh sebuah Mahkamah Konstitusi.

Selanjutnya, sesuai dengan ketentuan Pasal 24 ayat (3) UUD 1945, jika akan dibentuk suatu badan lain yang fungsinya berkaitan dengan kekuasaan kehakiman diatur dalam undang-undang. Demikian juga halnya apabila dikaitkan dengan ketentuan Pasal 24A ayat (5) UUD 1945 yang berbunyi "*Susunan, kedudukan, keanggotaan, dan ... dst, serta badan peradilan di bawahnya diatur dengan undang-undang*".

Pertanyaannya, mengapa harus dengan undang-undang? jawabannya dapat dikaitkan dengan pandangan van Bemmelen yang mengutip tulisan Rousseau, bahwa hukum seluruhnya bersandar pada suatu perjanjian masyarakat, dalam perjanjian itu dinyatakan kehendak bersama. Mengenai tingkah laku yang menurut kehendak bersama tersebut harus dipidana, maka hal itu sudah sejak semula harus diuraikan atau ditulis dalam undang-undang. Penguraian yang rinci demikian dimaksudkan untuk menghindari adanya pelanggaran terhadap kebebasan individu, sebab dalam perjanjian masyarakat, setiap orang hanya bersedia melepaskan sebagian kecil kebebasannya ke dalam wadah bersama itu. Ini berarti, sebagaimana yang ditulis oleh Beccaria, bahwa orang lain jangan menggugat kebebasan yang selebihnya. Kesimpulan yang ditarik oleh van Bemmelen, hanya undang-undang yang boleh menentukan pidana terhadap setiap delik. Karena itu, hak pembuat undang-undang untuk membuat undang-undang pidana yang didasarkan perjanjian masyarakat, yang berarti mewakili seluruh masyarakat;

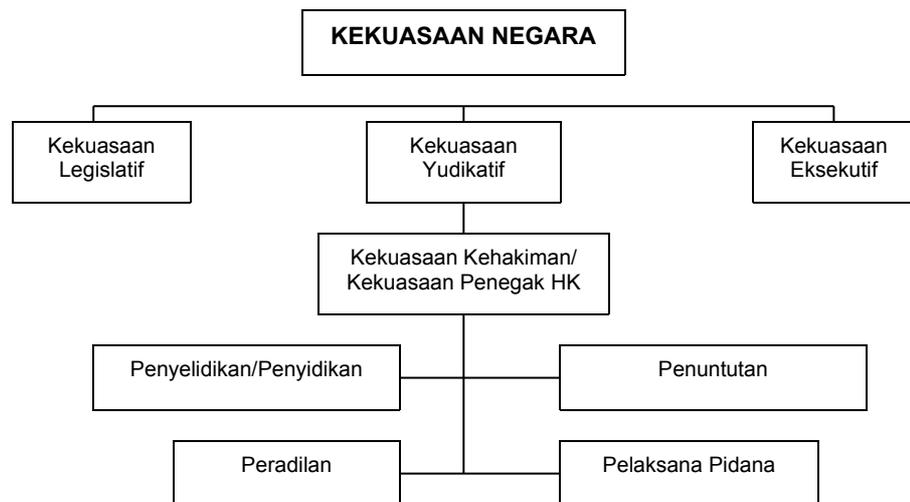
Sementara itu, Pasal 43 ayat (2) UU Pengadilan HAM menentukan "*Pengadilan HAM ad hoc ... dst dibentuk atas usul Dewan Perwakilan Rakyat Republik Indonesia dengan Keputusan Presiden*". Dengan demikian, apa yang diatur dalam Pasal 43 ayat (2) UU Pengadilan HAM selain bertentangan dengan Pasal 24 ayat (3) UUD 1945 juga dengan Pasal 24A ayat (5) UUD 1945;

Dengan demikian, untuk pembentukan Pengadilan HAM *ad hoc* dalam rangka mengadili pelaku pelanggaran HAM yang berat seharusnya bersarkan undang-undang, dan bukan bersarkan Keputusan Presiden. Atau, dengan kata lain, jangan sampai dibuatnya UU Pengadilan HAM tersebut bertentangan dengan semangatnya sendiri;

Pasal 43 ayat (2) UU Pengadilan HAM kaitannya dengan Kekuasaan Kehakiman dalam Sistem Peradilan Pidana.

Konsep pemisahan kekuasaan yang meliputi kekuasaan eksekutif, legislatif dan yudikatif. Konsep ini mendalilkan bahwa ketiga bidang kekuasaan tersebut dapat ditentukan sebagai tiga fungsi Negara yang dikoordinasikan secara berbeda, dan bahwa dimungkinan untuk menentukan batas-batas yang memisahkan masing-masing fungsi itu dari fungsi-fungsi lain;

Ketiga bidang kekuasaan Negara tersebut apabila dikaitkan dengan konsep kekuasaan kehakiman dapat digambarkan dalam skema berikut ini:



Berdasarkan gambaran skema tersebut terlihat jelas, bahwa kekuasaan kehakiman berada pada bidang kekuasaan yudikatif, bukan pada kekuasaan legislatif atau pun eksekutif. Oleh karena itu, merupakan suatu kejanggalan jika ketentuan Pasal 43 ayat (2) Undang-Undang Nomor 26 Tahun 2000 yang berbunyi bahwa "Pengadilan HAM *ad hoc* sebagaimana dimaksud pada ayat (1) dibentuk atas usul Dewan Perwakilan Rakyat Republik Indonesia berdasarkan peristiwa tertentu dengan Keputusan Presiden, sehingga memberikan gambaran bahwa Dewan Perwakilan Rakyat Republik Indonesia oleh pembentuk undang-undang dibiarkan memasuki wilayah bidang kekuasaan kehakiman atau kekuasaan penegakan hukum pidana;

Padahal, dalam Undang-Undang Nomor 26 Tahun 2000 itu sendiri tidak mengatur Dewan Perwakilan Rakyat Republik Indonesia sebagai lembaga penegakan hukum (pidana). Hal itu dapat dilihat dalam ketentuan pasal-pasal yang menyebutkan bahwa yang berwenang:

- a. melakukan penyelidikan adalah Komisi Nasional Hak Asasi Manusia (Pasal 18-20);
- b. bidang penyidikan dilakukan oleh Jaksa Agung (Pasal 21-22); dan

c. bidang penuntutan dilakukan oleh Jaksa Agung (Pasal 23-25).

Dengan demikian, ketentuan Pasal 43 ayat (2) Undang-Undang Nomor 26 Tahun 2000, di samping tidak sinkron dengan ketentuan Pasal 18-20, Pasal 21-22, dan Pasal 23-25, juga bertentangan dengan ketentuan Pasal 24 ayat (1) UUD 1945 yang berbunyi "*Kekuasaan kehakiman merupakan kekuasaan yang merdeka untuk menyelenggarakan peradilan guna menegakkan hukum dan keadilan*".

Sehubungan dengan ketentuan Pasal 24 ayat (1) UUD 1945 tersebut, dalam Pasal 1 Undang-Undang Nomor 4 Tahun 2004 tentang Kekuasaan Kehakiman, menegaskan "*Kekuasaan kehakiman adalah kekuasaan negara yang merdeka untuk menyelenggarakan peradilan guna menegakkan hukum dan keadilan berdasarkan Pancasila, demi terselenggaranya Negara Hukum Republik Indonesia*". Selanjutnya, dalam Pasal 4 ayat (3) Undang-Undang Nomor 4 Tahun 2004 berbunyi "*Segala campur tangan dalam urusan peradilan oleh pihak lain diluar kekuasaan kehakiman dilarang, kecuali dalam hal-hal sebagaimana disebut dalam Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945*".

Ini berarti, apabila kewenangan Dewan Perwakilan Rakyat Republik Indonesia tetap dipertahankan dalam ketentuan Pasal 43 ayat (2) Undang-Undang Nomor 26 Tahun 2000, maka sangat berpotensi akan mengacaukan tatanan kekuasaan kehakiman dan bekerjanya sistem peradilan pidana;

Penutup

Dengan demikian, bahwa Pasal 43 ayat (2) Undang-Undang Nomor 26 Tahun 2000 selain bertentangan dengan ketentuan Pasal 24 ayat (1) UUD 1945 dan Pasal 4 ayat (3) Undang-Undang Nomor 4 Tahun 2004, Pasal 24 ayat (3), dan Pasal 24A ayat (5) UUD 1945, juga dengan hierarki peraturan perundang-undangan dan asas *lex superior derogat legi inferiori*; teori perjanjian masyarakat; bahkan bertentangan dengan dalam undang-undang itu sendiri;

[2.5.4] Menimbang bahwa pada persidangan tanggal 29 November 2007, ahli Pemohon bernama Prof. Dr. Dahlan Thaib, S.H., M.Si tidak hadir di persidangan, namun ahli tersebut telah menyerahkan keterangan tertulisnya melalui Pemohon, pada pokoknya menguraikan sebagai berikut:

Landasan Teori

1. Pengertian Konstitusi.

Istilah konstitusi berasal dari bahasa Perancis, yakni *Constituer*, yang berarti membentuk. Pemakaian istilah konstitusi dimaksudkan ialah membentuk suatu negara atau menyusun dan menyatakan suatu negara (*Wirjono Prodjodikoro, Asas-Asas Hukum Tata Negara di Indonesia, Penerbit Dian Rakyat, Jakarta, cetakan I, 1989, hal 10*);

Secara sederhana, konstitusi dapatlah didefinisikan sebagai sejumlah ketentuan hukum yang disusun secara sistematis untuk menata dan mengatur pokok-pokok struktur dan fungsi lembaga-lembaga pemerintahan, termasuk hal ihwal kewenangan lembaga-lembaga itu;

2. Teori Pemisahan Kekuasaan (*Trias Politica*).

Dalam teori pemisahan kekuasaan, lembaga legislatif merupakan salah satu lembaga di antara lembaga lainnya yaitu eksekutif dan yudikatif. Interpretasi pemisahan kekuasaan secara ekstrim ini mustahil dicapai dalam praktik di bawah kondisi modern. Urusan kenegaraan suatu pemerintahan konstitusional sangatlah kompleks, sehingga setiap bidang kewenangan itu memiliki kebebasan dan supremasi seperti yang dikatakan oleh H.J. Laski bahwa pemisahan kekuasaan tidak berarti keseimbangan yang sama di antara kekuasaan, tetapi dalam pengertian yang lebih luas bahwa ketiga kekuasaan yang terpisah itu harus menyesuaikan diri dengan prinsip pemisahan kekuasaan;

Pemisahan kekuasaan antara eksekutif dan legislatif jelas ada pada negara yang menerapkan sistem eksekutif non-parlementer. Pada tingkat-tingkat tertentu, pemisahan kekuasaan antara legislatif dan eksekutif itu juga terdapat dalam negara yang menerapkan sistem eksekutif parlementer karena eksekutif hanya merupakan bagian dari legislatif dan bukan menjadi legislative secara keseluruhan;

Tugas lembaga legislatif adalah membuat undang-undang dan tugas lembaga yudikatif adalah peradilan yaitu memutuskan penerapan undang-undang, meskipun dalam beberapa negara *anglosaxon*, hakim membuat undang-undang lewat putusannya (yurisprudensi). Profesor Dicey yang menyatakan pada dasarnya kewenangan para hakim adalah kewenangan legislatif. Justice Holmes seorang hakim terkemuka dari Amerika Serikat juga berpendapat bahwa hakim harus membuat undang-undang, namun di beberapa negara *continental* di mana hukumnya telah lama terkodifikasi termasuk Indonesia, pembuatan hukum oleh hakim adalah mustahil;

Meskipun saat ini sulit ditemukan pemisahan kekuasaan secara ekstrim, akan tetapi memberikan kekuasaan yang terlampau besar pada salah satu pemegang kekuasaan akan menimbulkan kekacauan dalam sistem ketatanegaraan suatu negara. Disamping itu berpotensi menimbulkan penyalahgunaan wewenang sebagaimana dikatakan Lord Acton “*power tends to corrupt and absolute power tends to corrupt absolutely*”;

3. Teori Hierarki Norma Hukum (*Stufentheorie Kelsen*).

Norma hukum itu bertingkat-tingkat, norma hukum yang lebih rendah bersumber pada norma hukum yang lebih tinggi;

Hans Kelsen mengemukakan teori mengenai jenjang norma hukum (*Stufentheorie*) berpendapat bahwa norma-norma hukum itu berjenjang-jenjang dan berlapis-lapis dalam suatu hierarki tata susunan, suatu norma yang lebih rendah berlaku, bersumber, dan berdasar pada norma yang lebih tinggi, norma yang lebih tinggi berlaku, bersumber dan berdasar pada norma yang lebih tinggi lagi, demikian seterusnya sampai pada suatu norma yang tidak dapat ditelusuri lebih lanjut dan bersifat hipotetis dan fiktif, yaitu Norma Dasar (*Grundnorm*);

Norma Dasar yang merupakan norma tertinggi dalam sistem norma tersebut tidak lagi dibentuk oleh suatu norma yang lebih tinggi lagi, tetapi Norma Dasar itu ditetapkan terlebih dahulu oleh masyarakat sebagai Norma Dasar yang merupakan gantungan bagi norma-norma yang berada di bawahnya, sehingga suatu Norma Dasar itu disebut *pre-supposed*;

Teori jenjang norma hukum dari Hans Kelsen ini diilhami oleh seorang muridnya yang bernama Adolf Merkl yang mengemukakan bahwa suatu norma hukum itu selalu mempunyai dua wajah (*das Doppelte Rechtsantlitz*). Menurut Adolf Merkl bahwa suatu norma hukum itu ke atas ia bersumber dan berdasar pada norma yang di atasnya, tetapi ke bawah ia juga menjadi dasar dan menjadi sumber bagi norma hukum di bawahnya, sehingga suatu norma hukum itu mempunyai masa berlaku (*rechtskracht*) yang relatif oleh karena masa berlakunya suatu norma hukum itu tergantung pada norma hukum yang berada di atasnya, sehingga apabila norma hukum yang berada di atasnya dicabut atau dihapus, maka norma-norma hukum yang berada di bawahnya tercabut atau terhapus pula;

Berdasarkan teori Adolf Merkl tersebut, dalam teori jenjang normanya Hans Kelsen juga mengemukakan bahwa suatu norma hukum itu selalu berdasar

dan bersumber pada norma yang di atasnya, tetapi ke bawah norma hukum itu juga sumber dan menjadi dasar bagi norma yang lebih rendah daripadanya;

Dalam hal tata susunan/hierarki sistem norma, norma yang tertinggi (norma dasar) itu menjadi tempat bergantungnya norma-norma di bawahnya sehingga apabila norma dasar itu berubah, maka akan menjadi rusaklah sistem norma yang ada di bawahnya;

4. Tata Susunan Norma Hukum Negara (*Die Theorie vom Stufenordnung der Rechtsnormen*, oleh Hans Nawiasky).

Hans Nawiasky, salah seorang murid dari Hans Kelsen, mengembangkan teori gurunya tentang teori jenjang norma dalam kaitannya dengan suatu negara. Hans Nawiasky dalam bukunya yang berjudul *Allgemeine Rechtslehre* mengemukakan bahwa sesuai dengan teori Hans Kelsen suatu norma hukum dari negara manapun selalu berlapis-lapis dan berjenjang-jenjang, di mana norma yang di bawah berlaku, berdasar, dan bersumber pada norma yang lebih tinggi, norma yang lebih tinggi berlaku, berdasar, dan bersumber pada norma yang lebih tinggi lagi, sampai pada suatu norma yang tertinggi yang disebut Norma Dasar. Tetapi Hans Nawiasky juga berpendapat bahwa selain norma itu berlapis-lapis dan berjenjang-jenjang, norma hukum dari suatu negara itu juga berkelompok-kelompok;

Hans Nawiasky mengelompokkan norma-norma hukum dalam suatu negara itu menjadi empat kelompok besar yang terdiri atas:

1. Kelompok I : *Staatsfundamentalnorm* (Norma Fundamental Negara);
2. Kelompok II : *Staatsgrundgesetz* (Aturan Dasar/Pokok Negara);
3. Kelompok III: *Foretell Gesetz* (Undang-undang formal)
4. Kelompok IV : *Verordnung & Autonome Satzung* (aturan pelaksana & aturan otonom);

Kelompok-kelompok norma hukum tersebut hampir selalu ada dalam tata susunan norma hukum setiap nagara walaupun mempunyai istilah yang berbeda-beda ataupun jumlah norma hukum yang berbeda dalam tiap kelompoknya;

Hierarki Peraturan Perundang-undangan menurut Undang-Undang Nomor 10 Tahun 2004.

Hierarki peraturan perundangan-undangan menurut Undang-Undang Nomor 10 Tahun 2004 diatur dalam Pasal 7 ayat (1), dan ayat (2), selengkapnya berbunyi sebagai berikut:

(1) Jenis dan Hierarki Peraturan Perundang-undangan adalah sebagai berikut:

- a. Undang-Undang 1945;
- b. Undang-Undang/Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang;
- c. Peraturan Pemerintah;
- d. Peraturan Presiden;
- e. Peraturan Daerah;

Apabila dikaitkan dengan teori Hans Kelsen dalam *Stufentheorie* dan teori Hans Nawiasky dalam *Die Theorie vom Stufenordnung der Rechtsnormen*, penyebutan atau penggolongan peraturan perundang-undangan adalah sebagai berikut:

1. Kelompok I : *Staatsfundamentalnorm* (Norma Fundamental Negara) adalah Pancasila yang merupakan sumber segala sumber hukum;
2. Kelompok II : *Staatsgrundgesetz* (Aturan Dasar/Pokok Negara) meliputi Undang-Undang Dasar 1945 dan Tap-Tap MPR;
3. Kelompok III : *Formell Gesetz* (undang-undang 'formal') adalah undang-undang, dan
4. Kelompok IV : *Verordnung & Autonome Satzung* (aturan pelaksana & aturan otonom) meliputi peraturan Pemerintah, Peraturan Daerah Provinsi, Peraturan Daerah Kabupaten/Kota dan Peraturan Desa atau yang sejenisnya.

Materi Undang-Undang Yang Dapat Diajukan Uji Materiil.

Materi Undang-undang yang dapat diajukan uji materiil adalah materi yang berlawanan atau melanggar Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 sebagaimana bunyi Pasal 10 ayat (1) butir a Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi yang berbunyi, "*Mahkamah Konstitusi berwenang mengadili pada tingkat pertama dan terakhir yang putusannya bersifat final untuk: a. menguji undang-undang terhadap Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945*";

Materi undang-undang yang diajukan uji materiil sesuai yang diatur dalam Pasal 52 ayat (2) Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 adalah undang-undang yang pembentukannya tidak memenuhi ketentuan berdasarkan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945; dan atau materi muatan dalam ayat, pasal, dan/atau bagian undang-undang dianggap bertentangan dengan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945;

Materi Undang-Undang Nomor 26 Tahun 2000 tentang Pengadilan Hak Asasi Manusia Yang dimohonkan uji materiil.

Berdasarkan pencermatan yuridis konstitusional, ahli menemukan bahwa materi Undang-Undang Nomor 26 Tahun 2000 tentang Pengadilan Hak Asasi Manusia bertentangan dengan materi Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945. Khususnya Pasal 43 ayat (2) beserta Penjelasannya Undang-Undang Nomor 26 Tahun 2000 tentang Pengadilan Hak Asasi Manusia bertentangan dengan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945;

Dengan demikian yang dimohonkan uji materiil adalah Pasal 43 ayat (2) beserta Penjelasannya Undang-Undang Nomor 26 Tahun 2000 tentang Pengadilan Hak Asasi Manusia terhadap Undang-undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945;

Pihak Yang Mempunyai Hak dan Kewenangan Mengajukan Uji Materiil.

Pihak yang dapat mengajukan permohonan uji materiil undang-undang terhadap Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 adalah pihak yang merasa dirugikan karena berlakunya suatu undang-undang baik perorangan maupun lembaga sebagaimana tercantum dalam Pasal 51 ayat (1) Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 berbunyi, *"Pemohon adalah pihak yang menganggap hak dan/ atau kewenangan konstitusionalnya dirugikan oleh berlakunya undang-undang, yaitu:*

- a.perorangan warga negara Indonesia;*
- b.kesatuan masyarakat hukum adat sepanjang masih hidup dan sesuai dengan perkembangan masyarakat dan prinsip Negara Kesatuan Republik Indonesia yang diatur dalam undang-undang;*
- c.badan hukum publik atau privat; atau*
- d.lembaga Negara.*

Dalam hal ini Saudara Eurico Guterres mempunyai hak dan kewenangan mengajukan permohonan uji materiil undang-undang terhadap Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945. Saudara Eurico Guterres melalui para kuasanya mengajukan permohonan uji materiil Pasal 43 ayat (2) beserta Penjelasannya Undang-Undang Nomor 26 Tahun 2000 tentang Pengadilan Hak Asasi Manusia terhadap Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945;

Alasan Mengajukan Uji Materiil

Sebagaimana bunyi Pasal 51 ayat (2) dan (3) Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2000 yang berbunyi:

Ayat (2): *"Pemohon wajib menguraikan dengan jelas dalam permohonannya tentang hak dan/atau kewenangan konstitusionalnya sebagaimana dimaksud pada ayat (1);*

Ayat (3): *"Dalam permohonan, sebagaimana dimaksud pada ayat (2) pemohon wajib menguraikan dengan jelas bahwa:*

- a. pembentukan undang-undang tidak memenuhi ketentuan berdasarkan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945; dan atau*
- b. materi muatan dalam ayat, pasal, dan/atau bagian undang-undang dianggap bertentangan dengan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945.*

Dengan berlakunya Pasal 43 ayat (2) beserta Penjelasannya Undang-Undang Nomor 26 Tahun 2000 tentang Pengadilan Hak Asasi Manusia terhadap Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, hak konstitusional Saudara Eurico Guterres mengalami beberapa kerugian sebagai berikut:

- Pasal 43 ayat (1) yang berbunyi, *"Pelanggaran hak asasi manusia yang berat yang terjadi sebelum diundangkannya Undang-undang ini, diperiksa dan diputus oleh oleh Pengadilan HAM ad hoc;*
- Pasal 43 ayat (2) yang berbunyi, *"Pengadilan HAM ad hoc sebagaimana dimaksud dalam ayat (1) dibentuk atas usul Dewan Perwakilan Rakyat Republik Indonesia berdasarkan peristiwa tertentu dengan Keputusan Presiden";*
- Penjelasannya yang berbunyi, *"Dalam hal Dewan Perwakilan Rakyat Republik Indonesia mengusulkan dibentuknya pengadilan HAM ad hoc, Dalam hal Dewan Perwakilan Rakyat Republik Indonesia mendasarkan pada dugaan terjadinya pelanggaran hak asasi manusia yang berat yang dibatasi pada locus da delicti tertentu terjadi sebelum diundangkannya Undang-undang ini".*

Pasal 43 ayat (2) beserta Penjelasannya Undang-Undang Nomor 26 Tahun 2000 tentang Pengadilan HAM memberikan kewenangan yang berlebihan kepada Dewar Perwakilan Rakyat Republik Indonesia, sehingga berakibat melanggar beberapa materi Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia

Tahun 1945. Dengan diberikannya kewenangan dalam penyelidikan menyebabkan proses penyidikan menjadi tidak objektif dan lebih menonjolkan aspek politis dari pada aspek hukum. Akibatnya Saudara Eurico Guterres dirugikan hak konstitusionalnya yaitu atas penyelidikan Dewan Perwakilan Rakyat Republik Indonesia yang syarat akan muatan politik menyebabkan Saudara Eurico Guterres menjadi tersangka dalam kasus HAM di Timor Timur;

Materi Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 yang Dilanggar

Materi Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 yang dilanggar adalah seluruh isi Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 yang mengatur kedudukan, tugas dan fungsi Dewan Perwakilan Rakyat Republik Indonesia, dan materi Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 yang mengatur kewenangan di bidang peradilan, khususnya Pasal 20 ayat (1) dan (2) dan Pasal 20A ayat (1), (2), dan (3), yang masing-masing berbunyi:

- Pasal 20 ayat (1), *"Dewan Perwakilan Rakyat memegang kekuasaan membentuk undang-undang;"*
- Pasal 20 ayat (2), *"Setiap rancangan undang-undang dibahas oleh Dewan Perwakilan Rakyat dan Presiden untuk mendapatkan persetujuan bersama;"*
- Pasal 20A ayat (1), *"Dewan Perwakilan Rakyat memiliki fungsi legislasi, fungsi anggaran, dan fungsi pengawasan;"*
- Pasal 20A ayat (2), *"Dalam melaksanakan fungsinya, selain hak yang diatur dalam pasal-pasal lain Undang-Undang Dasar ini, Dewan Perwakilan Rakyat mempunyai hak interpelasi, hak angket, dan hak menyatakan pendapat;"*
- Pasal 20A ayat (3), *"Selain yang diatur dalam pasal-pasal lain Undang-Undang Dasar ini, setiap anggota Dewan Perwakilan Rakyat mempunyai hak mengajukan pertanyaan, menyampaikan usul dan pendapat serta hak imunitas;"*

Fungsi konstitusi atau Undang-Undang Dasar antara lain adalah untuk mengatur dan membatasi kekuasaan, sehingga apa-apa yang telah diatur dan dibatasi tersebut tidak boleh ditambahi. Penambahan kekuasaan melebihi dari kekuasaan yang diatur dalam konstitusi atau Undang-Undang Dasar dapat berarti sebuah pelanggaran;

Dari bunyi Pasal 20 dan 20A tersebut jelas, hak, tugas dan fungsi Dewan

Perwakilan Rakyat sebagai anggota maupun secara kelembagaan tidak diatur kekuasaan dalam bidang peradilan. Dengan demikian Pasal 43 ayat (2) beserta Penjelasannya Undang-Undang Nomor 26 Tahun 2000 tentang Pengadilan Hak Asasi Manusia yang memberikan kekuasaan dalam bidang peradilan atau tepatnya Dewan Perwakilan Rakyat memberikan usul pembentukan Pengadilan HAM *ad hoc* atas pelanggaran hak asasi manusia yang berat yang terjadi sebelum diundangkannya Undang-Undang Nomor 26 Tahun 2000 tentang Pengadilan Hak Asasi Manusia adalah melanggar Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, terutama melanggar Pasal 20 ayat (1) dan (2) dan Pasal 20A ayat (1), ayat (2), dan ayat (3);

Pasal lain yang dilanggar adalah Pasal 24 Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 yang berbunyi:

- Ayat (1): *"Kekuasaan kehakiman merupakan kekuasaan yang merdeka untuk menyelenggarakan peradilan guna menegakkan hukum dan keadilan";*
- Ayat (2): *"Kekuasaan kehakiman dilakukan oleh sebuah Mahkamah Agung dan badan peradilan yang berada di bawahnya dalam lingkungan peradilan umum, lingkungan peradilan agama, lingkungan peradilan militer, lingkungan peradilan tata usaha negara, dan oleh sebuah Mahkamah Konsititusi";*
- Ayat (3): *"Badan-badan lain yang fungsinya berkaitan dengan kekuasaan kehakiman diatur dalam undang-undang";*

Berdasarkan bunyi ayat (2) dan ayat (3) tersebut, berarti dimungkinkan adanya peradilan lain termasuk Pengadilan Hak Asasi Manusia *ad hoc*, namun demikian tidak boleh dalam proses penyelidikan pelanggaran Hak Asasi Manusia, Dewan Perwakilan Rakyat diberi kewenangan untuk melakukan penyelidikan sebagaimana isi dari materi Pasal 43 ayat (2) beserta Penjelasannya. Hal ini berarti bertentangan dengan Pasal 24 ayat (1) yang mengamanatkan kekuasaan kehakiman yang merdeka untuk menyelenggarakan peradilan guna menegakkan hukum dan keadilan;

Dari landasan teori yang telah saya sampaikan dan setelah melakukan pencermatan Pasal 43 ayat (2) beserta Penjelasannya Undang-Undang Nomor 26 Tahun 2000 tentang Pengadilan Hak Asasi Manusia terhadap materi Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, ahli berkesimpulan Pasal 43 ayat (2) beserta Penjelasannya Undang-Undang Nomor 26 Tahun 2000 tentang Pengadilan Hak Asasi Manusia terhadap materi Undang-Undang Dasar Negara

Republik Indonesia Tahun 1945 melanggar atau bertentangan dengan beberapa materi Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945. Oleh karena itu Pasal 43 ayat (2) beserta Penjelasannya Undang-Undang Nomor 26 Tahun 2000 tentang Pengadilan Hak Asasi Manusia secara hukum tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat;

Di samping itu Pasal 43 ayat (2) beserta Penjelasannya Undang-Undang Nomor 26 Tahun 2000 tentang Pengadilan Hak Asasi Manusia bertentangan dengan teori dan asas hirarkhi peraturan perundang-undangan dan teori tujuan dibentuknya konstitusi yang mengatur dan membatasi kekuasaan serta teori pemisahan kekuasaan;

[2.6] Menimbang bahwa Komisi Nasional Hak Asasi Manusia atas pertanyaan tertulis Kuasa Hukum Pemohon telah menyampaikan keterangan tertulisnya bertanggal 4 Februari 2008 yang dikirimkan melalui faksimili dan diterima di Kepaniteraan Mahkamah pada tanggal 8 Februari 2008, pada pokoknya menguraikan sebagai berikut:

- Ketentuan sebagaimana yang diatur dalam Pasal 43 ayat (2) dan Penjelasannya tersebut dalam penerapannya telah menimbulkan permasalahan yang tidak menunjang adanya kepastian penyelesaian terhadap perkara pelanggaran HAM yang berat yang terjadi sebelum diundangkannya Undang-Undang Nomor 26 Tahun 2000. Sebab Pasal 43 ayat (2) dan Penjelasannya tersebut telah ditafsirkan oleh DPR, bahwa DPR sendirilah yang menetapkan terdapat atau tidaknya dugaan terjadinya pelanggaran HAM yang berat dalam suatu peristiwa. Frasa "mendasarkan pada dugaan telah terjadinya pelanggaran hak asasi manusia yang berat" yang dirumuskan dalam Penjelasan Pasal 43 ayat (2) telah ditafsirkan oleh DPR, bahwa ia memiliki kewenangan melakukan penyelidikan untuk menemukan "dugaan". Penafsiran ini benar-benar pernah terjadi dengan implikasi yang jauh jangkauannya (*far-reaching implication*) terhadap pencari keadilan;
- Penafsiran sebagaimana dimaksud di atas diterapkan oleh DPR dalam Peristiwa Trisaksi 12 Mei 1998, Semanggi I 13 – 14 November 1998, dan Semanggi II 23 – 24 September 1999. DPR membentuk Panitia (Pansus) untuk melakukan penyelidikan terhadap ketiga peristiwa tersebut agar menemukan dugaan terdapat atau tidaknya pelanggaran hak asasi manusia yang berat dalam ketiga peristiwa itu. Hasilnya adalah Pansus tidak menemukan adanya

dugaan pelanggaran hak asasi manusia yang berat dalam ketiga peristiwa tersebut yang kemudian kemudian disampaikan kepada Badan Musyawarah (Banmus) pada rapat tanggal 28 Juni 2001. Rekomendasi yang dibuat oleh DPR adalah penanganan ketiga kasus tersebut agar dilakukan melalui Pengadilan Umum/Militer yang sudah dan sedang berjalan ketika itu. DPR tidak merekomendasikan pembentukan Pengadilan HAM *ad hoc* kepada Presiden;

- Apa yang dilakukan oleh DPR tersebut sudah tentu tidak sah, karena DPR sebagai lembaga politik dengan sendirinya tidak mempunyai kewenangan penyelidikan dalam perkara-perkara pidana. Penyelidikan dalam perkara pelanggaran hak asasi manusia yang berat merupakan tindak yudisial yang memerlukan tingkat ketelitian dan kehati-hatian yang tinggi, mengingat kejahatan yang dirumuskan dalam undang-undang ini berlapis-lapis unsurnya, yang harus sudah dapat diidentifikasi pada saat penyelidikannya. Selain itu, Undang-Undang Nomor 26 Tahun 2000 menetapkan secara khusus, artinya menyimpang dari ketentuan KUHAP, bahwa penyelidikan pelanggaran HAM yang berat hanya dilakukan oleh Komnas HAM, agar hasil penyelidikan terjaga objektivitasnya karena Komnas HAM adalah lembaga yang bersifat independen;
- Langkah yang keliru dan yang berada di luar kewenangan DPR sebagaimana dipaparkan di atas telah menimbulkan ketidakpastian hukum dengan implikasi yang bersifat dasar dan berjangkauan jauh, yakni terhentinya proses perkara yang bersangkutan (Peristiwa Trisakti, Peristiwa Semanggi I, dan Peristiwa Semanggi II), dan terkorbannya penegakan hukum dan keadilan. Dengan demikian, para korban peristiwa-peristiwa tersebut kehilangan kesempatan untuk mendapatkan pemulihan (*reparation*) atas apa yang mereka alami, dan untuk mendapatkan keadilan;
- Menjawab pertanyaan pemohon tentang bagaimana penafsiran Komnas HAM terhadap Pasal 43 ayat (2) dan Penjelasan Pasal 43 ayat (2), Komnas HAM berpendapat bahwa usulan pembentukan Pengadilan HAM *ad hoc* berasal dari DPR, tetapi berdasarkan atas hasil penyelidikan terhadap suatu peristiwa pelanggaran HAM yang berat yang dilakukan oleh Komnas HAM. Bukan oleh DPR. Dengan demikian frasa "mendasarkan pada dugaan telah terjadinya pelanggaran hak asasi manusia yang berat" yang dirumuskan dalam Penjelasan Pasal 43 ayat (2) itu harus diartikan mengacu kepada hasil

penyelidikan Komnas HAM. Bukannya DPR sendiri yang malah melakukan penyelidikan. DPR hanya menimbanginya secara politik. Penafsiran ini lebih tepat, sebab Undang-Undang Nomor 26 Tahun 2000 sendiri yang menetapkan Komnas HAM sebagai satu-satunya lembaga penyelidik pelanggaran HAM yang berat;

- Pasal 43 ayat (2) berikut Penjelasannya tersebut oleh DPR telah ditafsirkan, bahwa DPR memiliki kewenangan melakukan "penyelidikan" dengan membentuk Panitia Khusus (Pansus) dengan tujuan untuk mencari dan menemukan 'dugaan' ada atau tidaknya pelanggaran HAM yang berat. Berdasarkan pada proses inilah DPR kemudian mengusulkan pembentukan Pengadilan HAM *ad hoc* kepada Presiden. Proses ini mengakibatkan DPR masuk ke dalam wilayah yudisial, yakni ke ranah penyelidikan perkara pidana. Padahal maksud pasal ini memberikan kewenangan kepada DPR mengusulkan atau tidak pembentukan Pengadilan HAM *ad hoc* didasarkan pada pertimbangan politik, bukan pertimbangan hukum. Pertimbangan politik DPR tersebut didasarkan pada 'dugaan' pelanggaran HAM yang berat yang dihasilkan oleh penyelidikan Komnas HAM;
- Komnas HAM merasakan penafsiran yang demikian itu sangat merugikan bagi perlindungan hak asasi manusia, selain membuat ketidakpastian hukum. Hal ini terlihat dari terhentinya proses penyelesaian Peristiwa Trisakti 1998, Semanggi I 1998, dan Semanggi II 1999. Terhentinya proses penyelesaian kasus-kasus ini, karena DPR (melalui Pansusnya) menyatakan tidak menemukan adanya dugaan pelanggaran HAM yang berat pada kasus-kasus tersebut. Dengan penyelidikan yang dilakukan oleh DPR itu, maka fungsi penyelidikan Komnas HAM untuk kasus-kasus pelanggaran HAM yang berat menjadi mubazir;
- Keputusan DPR ini kemudian dijadikan preseden oleh penyidik (Kejaksaan Agung) untuk menolak hasil-hasil penyelidikan Komnas HAM terhadap kasus-kasus lainnya, seperti Peristiwa Kerusuhan Mei 1998, dan Peristiwa Penghilangan Aktivis 1997 yang hasilnya sudah diserahkan kepada penyidik. Akibatnya jelas, bukan hanya merugikan bagi Komnas HAM. Tetapi kerugian juga dirasakan oleh para korban dari kasus-kasus tersebut terkatung-katung nasibnya, maupun masyarakat yang mengharapkan tegaknya keadilan;
- Berdasarkan pada butir-butir paparan di atas, maka dapat dikatakan Penjelasan Pasal 43 ayat (2) tersebut lebih banyak kerugiannya ketimbang

manfaatnya untuk Komnas HAM dalam rangka menjalankan tugas dan fungsinya;

[2.5.5] Menimbang bahwa Pemohon telah menyampaikan kesimpulannya bertanggal 14 Februari 2008 yang diterima di Kepaniteraan Mahkamah pada tanggal 15 Februari 2008 pada pokoknya menyatakan tetap pada dalil permohonannya dan secara tegas membantah segala dalil yang disampaikan oleh Pemerintah dan Dewan Perwakilan Rakyat;

[2.5.6] Menimbang bahwa untuk mempersingkat uraian dalam putusan ini, maka segala sesuatu yang tertera dalam berita acara persidangan telah termuat dan merupakan bagian yang tidak terpisahkan dari putusan ini;

3. PERTIMBANGAN HUKUM

[3.1] Menimbang bahwa maksud dan tujuan permohonan Pemohon adalah sebagaimana telah diuraikan di atas;

[3.2] Menimbang bahwa sebelum mempertimbangkan substansi atau pokok permohonan *a quo*, Mahkamah Konstitusi (selanjutnya disebut Mahkamah) terlebih dahulu akan mempertimbangkan hal-hal sebagai berikut:

1. Apakah Mahkamah berwenang memeriksa, mengadili, dan memutus permohonan *a quo*;
2. Apakah Pemohon memiliki kedudukan hukum (*legal standing*) untuk diterima sebagai Pemohon di hadapan Mahkamah dalam permohonan *a quo*;

Terhadap kedua hal tersebut, Mahkamah akan mempertimbangkan sebagai berikut:

Kewenangan Mahkamah

[3.3] Menimbang bahwa permohonan *a quo* adalah permohonan pengujian undang-undang, *in casu* Pasal 43 ayat (2) dan Penjelasannya Undang-Undang Nomor 26 Tahun 2000 tentang Pengadilan Hak Asasi Manusia (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2000 Nomor 208, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 4026, selanjutnya disebut UU Pengadilan HAM)

terhadap Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 (selanjutnya disebut UUD 1945);

[3.4] Menimbang bahwa perihal kewenangan Mahkamah, menurut Pasal 24C ayat (1) UUD 1945, antara lain menentukan bahwa Mahkamah berwenang mengadili pada tingkat pertama dan terakhir yang putusannya bersifat final untuk menguji undang-undang terhadap Undang-Undang Dasar. Ketentuan tersebut ditegaskan kembali dalam Pasal 10 ayat (1) huruf a Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi (selanjutnya disebut UU MK);

[3.5] Menimbang bahwa objek permohonan yang diajukan oleh Pemohon adalah pengujian undang-undang, *in casu* Pasal 43 ayat (2) dan Penjelasan UU Pengadilan HAM terhadap UUD 1945;

[3.6] Menimbang sepanjang menyangkut Pasal 43 ayat (2) UU Pengadilan HAM pernah dimohonkan pengujian dalam perkara Nomor 065/PUU-II/2004. Sesuai dengan Pasal 60 UU MK *juncto* Pasal 42 ayat (2) Peraturan Mahkamah Kontitusi Nomor 06/PMK/2005 tentang Pedoman Beracara Dalam Perkara Pengujian Undang-Undang yang berbunyi, "...permohonan pengujian UU terhadap muatan ayat, pasal, dan/atau bagian yang sama dengan perkara yang pernah diputus oleh Mahkamah dapat dimohonkan pengujian kembali dengan syarat-syarat konstitusionalitas yang menjadi alasan permohonan yang bersangkutan berbeda";

[3.7] Menimbang bahwa dalam perkara Nomor 065/PUU-II/2004 tersebut yang dijadikan alasan oleh Pemohon adalah larangan menggunakan asas retroaktif karena bertentangan dengan Pasal 28I UUD 1945, sedangkan dalam permohonan *a quo* yang menjadi alasan adalah keterlibatan DPR dalam pembentukan Pengadilan HAM *ad hoc* yang oleh Pemohon dianggap bertentangan dengan Pasal 24A ayat (5) UUD 1945. Dengan demikian, Mahkamah berwenang memeriksa, mengadili, dan memutus permohonan *a quo*;

Kedudukan Hukum (*Legal Standing*) Pemohon

[3.8] Menimbang bahwa untuk dapat mengajukan permohonan pengujian undang-undang terhadap UUD 1945, Pasal 51 ayat (1) UU MK menentukan bahwa yang dapat bertindak sebagai Pemohon adalah (a) perorangan warga negara

Indonesia, (b) kesatuan masyarakat hukum adat sepanjang masih hidup dan sesuai dengan perkembangan masyarakat dan prinsip Negara Kesatuan Republik Indonesia yang diatur dengan undang-undang, (c) badan hukum publik atau privat, atau (d) lembaga negara;

[3.9] Menimbang bahwa dengan demikian, agar seseorang atau suatu pihak dapat diterima sebagai Pemohon dalam perkara pengujian undang-undang terhadap UUD 1945, menurut Pasal 51 ayat (1) UU MK, harus dijelaskan:

- a. kualifikasinya dalam permohonan, yaitu apakah perorangan warga negara Indonesia, kesatuan masyarakat hukum adat, badan hukum, atau lembaga negara;
- b. kerugian hak dan/atau kewenangan konstitusionalnya, dalam kualifikasi sebagaimana dimaksud pada huruf a, sebagai akibat diberlakukannya undang-undang yang dimohonkan pengujian;

[3.10] Menimbang pula, sejak Putusan Mahkamah Nomor 006/PUU-III/2005 hingga saat ini, telah menjadi pendirian Mahkamah bahwa untuk dapat dikatakan ada kerugian hak dan/atau kewenangan konstitusional harus dipenuhi syarat-syarat:

- a. Adanya hak dan/atau kewenangan konstitusional Pemohon yang diberikan oleh UUD 1945;
- b. Hak dan/atau kewenangan konstitusional tersebut oleh Pemohon dianggap dirugikan oleh berlakunya undang-undang yang dimohonkan pengujian;
- c. Kerugian konstitusional tersebut harus bersifat spesifik (khusus) dan aktual atau setidaknya-tidaknya potensial yang menurut penalaran yang wajar dapat dipastikan akan terjadi;
- d. Adanya hubungan sebab-akibat (*causal verband*) antara kerugian dimaksud dan berlakunya undang-undang yang dimohonkan pengujian;
- e. Adanya kemungkinan bahwa dengan dikabulkannya permohonan maka kerugian konstitusional seperti yang didalilkan tidak akan atau tidak lagi terjadi.

[3.11] Menimbang bahwa Pemohon *Eurico Guterres* oleh Pengadilan HAM *ad hoc* pada Pengadilan Negeri Jakarta Pusat dalam perkara Nomor 04/PID.HAM/AD.HOC/2002/PN.JKT.PST, telah dijatuhi pidana penjara selama sepuluh tahun, putusan tersebut telah dikuatkan oleh Mahkamah Agung dalam Putusan Nomor 06 K/PID.HAM AD HOC/2005, tanggal 13 Maret 2006;

[3.12] Menimbang bahwa Pemohon selaku perorangan warga negara Indonesia dalam permohonannya mendalilkan telah dirugikan hak konstitusionalnya oleh berlakunya Pasal 43 ayat (2) dan Penjelasannya. Pemohon berdasarkan pasal tersebut telah ternyata diajukan ke Pengadilan HAM *ad hoc* dan dijatuhi pidana penjara selama sepuluh tahun. Oleh karena itu, Pemohon memenuhi syarat guna dinyatakan memiliki kedudukan hukum (*legal standing*) selaku Pemohon dalam perkara ini;

Pokok Permohonan

[3.13] Menimbang bahwa pokok permohonan Pemohon adalah mengenai pengujian konstitusionalitas Pasal 43 ayat (2) dan Penjelasannya UU Pengadilan HAM, yang berbunyi sebagai berikut:

"Pengadilan HAM ad hoc sebagaimana dimaksud dalam ayat (1) dibentuk atas usul Dewan Perwakilan Rakyat Republik Indonesia berdasarkan peristiwa tertentu dengan Keputusan Presiden", sedangkan Penjelasannya berbunyi, *"Dalam hal Dewan Perwakilan Rakyat Republik Indonesia mengusulkan dibentuknya Pengadilan HAM ad hoc, Dewan Perwakilan Rakyat Republik Indonesia mendasarkan pada dugaan telah terjadinya pelanggaran hak asasi manusia yang berat, yang dibatasi pada locus dan tempus delicti tertentu yang terjadi sebelum diundangkannya undang-undang ini"*.

Bahwa Pemohon menganggap ketentuan Pasal 43 ayat (2) UU *a quo*, beserta Penjelasannya bertentangan dengan UUD 1945, sebagai berikut:

- Pasal 24A ayat (5) UUD 1945, *"Susunan, kedudukan, keanggotaan, dan hukum acara Mahkamah Agung serta badan peradilan di bawahnya diatur dengan undang-undang"*;
- Pasal 27 ayat (1) UUD 1945, *"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) UUD 1945, *"Setiap orang berhak atas pengakuan, jaminan, perlindungan, dan kepastian hukum yang adil serta perlakuan yang sama di hadapan hukum"*;
- Pasal 28G ayat (1) UUD 1945, *"Setiap orang berhak atas perlindungan diri pribadi, keluarga, kehormatan, martabat, dan harta benda yang di bawah"*

kekuasaannya, serta berhak atas rasa aman dan perlindungan dari ancaman ketakutan untuk berbuat sesuatu yang merupakan hak asasi”;

- Pasal 28I ayat (2) UUD 1945, *”Setiap orang berhak bebas dari perlakuan yang bersifat diskriminatif atas dasar apa pun dan berhak mendapatkan perlindungan terhadap perlakuan yang bersifat diskriminatif itu”;*

[3.14] Bahwa Pemohon dalam permohonannya tidak mempersoalkan keberadaan (*the existence*) Pengadilan HAM *ad hoc*, sebagaimana diatur dalam Pasal 43 ayat (1) UU Pengadilan HAM, tetapi terhadap proses pembentukan Pengadilan HAM *ad hoc* yang dipandang bertentangan dengan UUD 1945. Bagi Pemohon, proses pembentukan Pengadilan HAM *ad hoc*, menurut Pasal 43 ayat (2) UU *a quo*, diadakan atas usul DPR berdasarkan peristiwa tertentu dengan Keputusan Presiden, dan dalam Penjelasan, dinyatakan bahwa dalam hal DPR mengusulkan dibentuknya Pengadilan HAM *ad hoc*, DPR mendasarkan pada dugaan telah terjadinya pelanggaran hak asasi manusia yang berat yang dibatasi pada *locus* dan *tempus delicti* tertentu yang terjadi sebelum diundangkannya UU Pengadilan HAM, pada hakikatnya membuka peluang intervensi kekuasaan politik terhadap proses hukum yang menjadi bagian dari kekuasaan kehakiman. Bagi Pemohon DPR menurut UUD 1945, memiliki fungsi legislasi, fungsi anggaran, dan fungsi pengawasan, utamanya menjalankan kekuasaan membentuk undang-undang. Dalam UUD 1945 tidak ada satu pasal pun secara normatif yang memberikan hak kepada DPR untuk melakukan ‘penilaian’ yang bersifat *menghakimi* suatu peristiwa hukum pidana, sebagaimana secara normatif tercantum dalam Penjelasan Pasal 43 ayat (2) *a quo*;

[3.15] Menimbang bahwa dengan uraian permohonan dan keterangan Pemohon sebagaimana dikemukakan di atas, maka persoalan hukum yang harus dipertimbangkan oleh Mahkamah adalah apakah benar Pasal 43 ayat (2) UU Pengadilan HAM, beserta Penjelasan bertentangan dengan pasal-pasal UUD 1945, sehingga harus dinyatakan tidak mempunyai kekuatan hukum yang mengikat;

[3.16] Menimbang bahwa untuk memperkuat dalil-dalilnya, Pemohon mengajukan bukti berupa surat/atau tulisan (Bukti P-1 s.d. Bukti P-3) dan menghadirkan tiga orang ahli masing-masing bernama Dr. M. Sholehuddin, S.H., M.H., Dr. Bernard L. Tanya, S.H., M.H., dan Prof. Dr. M. Arief Amrullah S.H.,

M.Hum., yang memberikan keterangan di bawah sumpah dan telah pula menyampaikan keterangan tertulisnya yang selengkapnya telah diuraikan dalam Duduk Perkara, pada pokoknya menguraikan hal-hal sebagai berikut:

Ahli Dr. M. Sholehuddin, S.H., M.H.

- Pasal 20A UUD 1945 berbunyi "*Dewan Perwakilan Rakyat memiliki fungsi legislasi, fungsi anggaran dan fungsi pengawasan. Berkaitan dengan fungsi legislasi tersebut, bahwa DPR memegang kekuasaan membentuk undang-undang, termasuk perundang-undangan pidana. UU Pengadilan HAM secara substantif dapat dikategorikan ke dalam peraturan perundang-undangan pidana karena di dalamnya memuat ketentuan-ketentuan tentang berbagai perbuatan yang dikriminalisasikan. Selain mencantumkan ketentuan hukum pidana materiil dalam undang-undang tersebut ditetapkan pula ketentuan hukum pidana formilnya, seperti halnya Pasal 43 ayat (2) dan Penjelasannya yang mengatur tentang 'prosedur' atau 'tata cara' dalam pembentukan Pengadilan HAM ad hoc;*
- Menurut Pasal 43 ayat (2) UU Pengadilan HAM, pembentukan Pengadilan HAM *ad hoc* ditetapkan melalui Keputusan Presiden atas usul DPR berdasarkan peristiwa tertentu. Kemudian penjelasan pasal *a quo* menegaskan bahwa untuk mengusulkan dibentuknya Pengadilan HAM *ad hoc*, DPR mendasarkan pada dugaan telah terjadinya pelanggaran HAM yang berat yang dibatasi pada *locus* dan *tempus delicti* tertentu. Dalam terminologi hukum pidana, "dugaan" bukanlah sekedar sebuah *kata*, melainkan sudah merupakan suatu istilah umum yang sudah diterima di kalangan teoritisi maupun praktisi hukum pidana. Kata "dugaan" bermakna mengajukan, mengukur dalam laut atau mengira. Jadi sangat naif apabila menilai atau menetapkan suatu kasus yang dianggap pelanggaran HAM yang berat dengan cara mengira-ngira atau memperkirakan begitu saja, karena hal tersebut menyangkut persoalan *nasib* calon tersangka yang harus pula dilindungi hak-haknya secara hukum. Secara konseptual, istilah "dugaan" berkaitan dengan tindakan penyelidikan untuk mencari dan menemukan ada tidaknya suatu peristiwa yang dipandang merupakan pelanggaran pidana. Dengan demikian, untuk sampai pada "dugaan" telah terjadinya pelanggaran HAM yang berat, DPR harus melakukan tindakan penyelidikan untuk dijadikan dasar hukum atau pertimbangan dalam menetapkan adanya suatu peristiwa tertentu yang diduga telah terjadi

pelanggaran HAM yang berat. Tidak dapat dibayangkan eksekusi negatif yang akan terjadi dalam kehidupan berbangsa dan bernegara apabila 'penilaian' yang lebih bersifat *judgement* terhadap suatu peristiwa hukum pidana (pelanggaran HAM yang berat) diserahkan kepada lembaga politik, seperti DPR;

- Menurut Pasal 1 angka 5 UU Pengadilan HAM, bahwa penyelidikan adalah serangkaian tindakan penyidik untuk mencari dan menemukan ada tidaknya suatu peristiwa yang "diduga" merupakan pelanggaran HAM yang berat guna ditindaklanjuti dengan penyidikan. Sedangkan penyidik yang ditunjuk oleh UU Pengadilan HAM hanyalah Komisi Nasional Hak Asasi Manusia (Komnas HAM). Dengan kata lain, DPR tidak mempunyai kewenangan secara yuridis normatif untuk melakukan penyelidikan terhadap peristiwa pelanggaran HAM yang berat;

Ahli Dr. Bernard L. Tanya, S.H., M.H.

- Dalam dunia modern, imparialitas dan kemandirian peradilan menjadi kata kunci bagi terwujudnya proses hukum yang adil untuk memperoleh kepastian dan keadilan. Intervensi kekuasaan apapun dalam proses hukum selalu ditanggapi sebagai ancaman dan distorsi terhadap keluhuran peradilan. Dikaitkan dengan Penjelasan Pasal 43 ayat (2) UU Pengadilan HAM, bahwa dugaan yang dibuat DPR untuk dipakai sebagai dasar mengusulkan pembentukan Pengadilan HAM *ad hoc* merupakan bentuk intervensi kekuasaan politik dalam proses hukum;
- Pokok soal yang menjadi objek "dugaan" dalam Penjelasan Pasal 43 ayat (2) UU Pengadilan HAM adalah merupakan persoalan kejahatan atau pelanggaran hukum. Kata dugaan dalam penjelasan pasal *a quo*, harus menunjuk pada terminologi hukum pidana, khususnya berkaitan dengan tindakan penyelidikan terhadap pelanggaran pidana. Hal dimaksud, juga merupakan pengingkaran terhadap fungsi melindungi dan fungsi instrumental dalam legalitas dan asas *Lex Certa*;
- Masuknya DPR dalam wilayah proses hukum pidana telah menyimpangi prinsip *Trias Politica*. Sejak Montesquieu merevisi konsep Locke, kekuasaan

kehakiman mendapat posisi sentral sebagai pilar negara demokrasi modern. Montesquieu mendudukan kekuasaan kehakiman dalam areal yang otonom, lepas dari kooptasi kekuasaan eksekutif. Gebrakan Montesquieu itu, tidak hanya melepaskan genggaman eksekutif atas yudikatif, tetapi juga pada perkembangan kemudian menjadi inspirasi untuk mengakhiri *superioritas* parlemen warisan Yunani Purba;

- Penyelidik yang ditunjuk oleh UU Pengadilan HAM hanyalah Komnas HAM, sebagaimana diatur dalam Pasal 18 ayat (1) UU Pengadilan HAM. DPR tidak mempunyai kewenangan secara yuridis normatif melakukan penyelidikan terhadap peristiwa pelanggaran HAM yang berat. Penunjukan lembaga Komnas HAM sebagai penyelidik terhadap peristiwa-peristiwa pelanggaran HAM yang berat merupakan salah satu bentuk kehati-hatian dan rasionalitas penggunaan dan penerapan hukum pidana;

Ahli Prof. Dr. M. Arief Amrullah, S.H., M.Hum.

- Letak permasalahan Pasal 43 ayat (2) UU Pengadilan HAM adalah adanya kewenangan DPR mengusulkan pembentukan Pengadilan HAM *ad hoc* dengan Keputusan Presiden. Pasal 43 ayat (2) UU Pengadilan HAM berbunyi "*Pengadilan HAM ad hoc sebagaimana dimaksud dalam ayat (1) dibentuk atas usul Dewan Perwakilan Rakyat Republik Indonesia berdasarkan peristiwa tertentu dengan Keputusan Presiden*". Kalimat tersebut, apabila dikaitkan dengan Undang-Undang Nomor 10 Tahun 2004 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-Undangan (UU Nomor 10 Tahun 2004) dan asas hukum *lex superior derogat legi inferiori*, terjadi ketidaksinkronan baik vertikal maupun horizontal. Apabila dibaca dalam UU Nomor 10 Tahun 2004, maka Keputusan Presiden tidak termasuk dalam jenis dan hierarki peraturan perundang-undangan. Kemudian apabila Pasal 43 ayat (2) UU Pengadilan HAM dikaitkan dengan asas *lex superior derogat legi inferiori* yang menyatakan undang-undang lebih tinggi mengalahkan yang lebih rendah, maka Pasal 43 ayat (2) UU Pengadilan HAM yang menentukan "... Pengadilan HAM *ad hoc* dibentuk atas usul DPR dengan Keputusan Presiden", jelas bertentangan dengan Pasal 24 ayat (1), Pasal 24 ayat (3), Pasal 24A ayat (5) UUD 1945, dan Pasal 4 ayat (3) Undang-Undang Nomor 4 Tahun 2004 tentang Kekuasaan Kehakiman. Oleh karena itu Pasal 43 ayat (2) UU Pengadilan HAM yang menentukan Pengadilan HAM *ad hoc* dibentuk atas usul

DPR dengan Keputusan Presiden, perlu ditinjau ulang, hal tersebut dimaksudkan untuk mencegah terjadinya penyalahgunaan wewenang dengan bersaranakan undang-undang;

- Konsep pemisahan kekuasaan meliputi kekuasaan eksekutif, legislatif dan yudikatif. Kekuasaan kehakiman berada pada bidang kekuasaan yudikatif, bukan pada kekuasaan legislatif ataupun eksekutif, sehingga merupakan suatu kejanggalan, jika Pasal 43 ayat (2) UU Pengadilan HAM dibentuk atas usul DPR berdasarkan peristiwa tertentu dengan Keputusan Presiden;
- UU Pengadilan HAM tidak menyebutkan bahwa DPR sebagai lembaga penegakan hukum (pidana). Hal tersebut dapat dibaca dalam Pasal 18 – 20 yang memberikan kewenangan kepada Komnas HAM untuk melakukan penyelidikan terhadap pelanggaran HAM yang berat, Pasal 21 – 22 yang memberikan kewenangan kepada Jaksa Agung untuk melakukan penyidikan dalam pelanggaran HAM yang berat, dan Pasal 23 – 25 yang memberikan kewenangan kepada Jaksa Agung untuk melakukan penuntutan dalam pelanggaran HAM yang berat.

Apabila kewenangan DPR dalam Pasal 43 ayat (2) UU Pengadilan HAM tersebut tetap dipertahankan, sangat berpotensi akan mengacaukan tatanan kekuasaan kehakiman dan bekerjanya sistem peradilan pidana;

[3.17] Menimbang bahwa Mahkamah telah meminta keterangan pembentuk undang-undang (Dewan Perwakilan Rakyat dan Pemerintah), yang keterangan selengkapnya telah diuraikan pada bagian Duduk Perkara Putusan ini, pada pokoknya menerangkan hal-hal sebagai berikut:

Keterangan Dewan Perwakilan Rakyat (DPR).

- Latar belakang terbentuknya Pengadilan HAM *ad hoc* berdasarkan Risalah Rapat Pansus RUU tentang Pengadilan HAM tanggal 2 November 2000 adalah bertitik tolak dari perkembangan hukum, baik ditinjau dari kepentingan nasional maupun kepentingan internasional. Oleh karena itu untuk menyelesaikan masalah pelanggaran HAM yang berat dan mengembalikan keamanan dan perdamaian di Indonesia perlu dibentuk Pengadilan HAM;

Dasar pembentukan Undang-Undang tentang Pengadilan HAM adalah sebagaimana tercantum dalam Ketentuan Pasal 104 ayat (1) Undang-Undang Nomor 39 Tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia, di mana Undang-Undang

tentang Pengadilan HAM diharapkan dapat melindungi hak asasi manusia, baik perseorangan maupun masyarakat, dan menjadi dasar dalam penegakan, kepastian hukum, keadilan, dan perasaan aman, baik bagi perseorangan maupun masyarakat terhadap pelanggaran HAM yang berat;

- Dalam Risalah Rapat Pansus RUU tentang Pengadilan HAM pada tanggal 2 November 2000 dikemukakan bahwa pelanggaran HAM berat yang terjadi sebelum diundangkannya Undang-undang ini diperiksa dan diputus oleh Pengadilan HAM *ad hoc*, kemudian memberi kewenangan kepada DPR [Pasal 43 ayat (2)] untuk membantu dalam penyelesaiannya, sehingga Pemerintah dapat segera memproses pelanggaran HAM dimaksud;
- Pelanggaran HAM yang berat merupakan *extra ordinary crimes*, berdampak secara luas, baik tingkat nasional maupun internasional dan bukan merupakan tindak pidana yang diatur di dalam Kitab Undang-Undang Hukum Pidana, serta menimbulkan kerugian materil maupun immateril yang mengakibatkan perasaan tidak aman, baik terhadap perseorangan maupun masyarakat, sehingga perlu segera dipulihkan dalam mewujudkan supremasi hukum untuk mencapai kedamaian, ketertiban, ketentraman, keadilan, dan kesejahteraan bagi seluruh masyarakat Indonesia. Oleh karena itu, penyelidikan, penyidikan, penuntutan, dan pemeriksaan pelanggaran HAM yang berat harus dilakukan secara khusus, yaitu:
 - a. diperlukan penyidik dengan membentuk tim *ad hoc*, penyidik *ad hoc*, penuntut umum *ad hoc*, dan hakim *ad hoc*;
 - b. diperlukan penegasan bahwa penyelidikan hanya dilakukan oleh Komnas HAM, sedangkan penyidik tidak berwenang menerima laporan atau pengaduan sebagaimana diatur dalam Kitab Undang-Undang Hukum Pidana;
 - c. diperlukan ketentuan mengenai tenggang waktu tertentu untuk melakukan penyidikan, penuntutan, dan pemeriksaan di pengadilan;
 - d. diperlukan ketentuan mengenai perlindungan korban dan saksi;
 - e. diperlukan ketentuan yang menegaskan tidak ada kadaluarsa bagi pelanggaran hak asasi manusia yang berat;
- Pembentukan Pansus DPR Pasca Jajak Pendapat di Timor Timur merupakan pelaksanaan kegiatan dalam lingkup penerapan UU Pengadilan HAM. Proses pembentukan Pengadilan HAM *ad hoc* melalui usul dari DPR, telah sejalan

dengan fungsi DPR di bidang pengawasan sebagaimana diatur dalam Pasal 20A ayat (1) dan ayat (2) UUD 1945 yang berbunyi:

- (1) *Dewan Perwakilan Rakyat memiliki fungsi legislasi, fungsi anggaran dan fungsi pengawasan.*
- (2) *Dalam melaksanakan fungsinya, selain hak yang diatur dalam pasal-pasal lain Undang-Undang Dasar ini, Dewan Perwakilan Rakyat mempunyai hak interpelasi, hak angket, dan hak menyatakan pendapat.*

- Pasal 19 ayat (1) UUD 1945 berbunyi "*Anggota Dewan Perwakilan Rakyat dipilih melalui pemilihan umum*". Sejalan dengan ketentuan tersebut, maka DPR merupakan representasi rakyat Indonesia, wajar apabila undang-undang memberikan kewenangan pada DPR untuk menentukan dugaan telah terjadinya pelanggaran HAM berat yang telah terjadi sebelum berlakunya undang-undang *a quo*. Kewenangan demikian perlu diberikan kepada DPR, karena terhadap Pengadilan HAM *ad hoc* diberlakukan ketentuan mengenai pengesampingan asas non-retroaktif, sehingga diperlukan kebijakan yang bersifat politis. Kewenangan DPR untuk menentukan dugaan telah terjadinya pelanggaran HAM yang berat tidak terlepas dari kewajiban untuk mendasarkan kewenangan tersebut pada ketentuan peraturan perundang-undangan yang berlaku sebagaimana diatur dalam Pasal 17 Kitab Undang-undang Hukum Acara Pidana (KUHP) yang menegaskan bahwa "dugaan" harus didasarkan pada bukti permulaan yang cukup;
- Intervensi politik DPR dalam pembentukan Pengadilan HAM *ad hoc*, mengacu pada kebiasaan internasional, misalnya dalam kasus Nuremberg, Yugoslavia dan Rwanda, bahwa Pengadilan HAM *ad hoc* yang mengadili kasus tersebut terbentuk berdasarkan resolusi Dewan Keamanan PBB, sehingga intervensi politik masih dapat dibenarkan dalam koridor hukum untuk mengungkap kasus HAM berat;

Keterangan Pemerintah:

- Secara *limitative* kewenangan Pengadilan HAM *ad hoc* adalah hanya untuk mengadili kasus pelanggaran HAM berat yang terjadi sebelum undang-undang ini diundangkan. Pembentukan Pengadilan HAM *ad hoc* adalah berkait erat dengan pemberlakuan asas retroaktif untuk mengadili pelanggaran HAM yang berat yang terjadi sebelum UU Pengadilan HAM diberlakukan. Pembentukan Pengadilan HAM *ad hoc* demikian secara filosofis historis sangat diperlukan,

agar upaya-upaya "*impunity*" terhadap penegakan pelanggaran HAM yang berat dapat dikesampingkan, dan juga diharapkan dapat menyelesaikan secara tuntas konflik yang berlarut-larut yang terjadi antara masyarakat yang satu dengan masyarakat yang lain, ataupun antar bangsa yang satu dengan bangsa yang lain;

- Intervensi politik dari DPR dalam pembentukan Pengadilan HAM *ad hoc*, selain dalam rangka menjalankan fungsi pengawasan (*vide* Pasal 20A ayat (1) dan ayat (2) UUD 1945), juga mengacu pada praktek-praktek kebiasaan internasional (*international custom*). Misalnya kasus Nuremberg, Yugoslavia dan Rwanda, bahwa Pengadilan HAM *ad hoc* yang mengadili perkara tersebut dibentuk berdasarkan resolusi Dewan Keamanan PBB dan intervensi politik demikian dapat dibenarkan oleh hukum, utamanya untuk kepentingan mengungkap kasus pelanggaran HAM berat (*gross violations of human rights*). Demikian juga dengan pembentukan Pengadilan HAM *ad hoc* yang didasarkan atas usul dari DPR harus dipandang sebagai suatu pengecualian (*exceptional*), karena kasus pelanggaran HAM yang berat merupakan tindak pidana yang bersifat spesifik, maka pengungkapannya sangatlah sulit jika menggunakan Kitab Undang-Undang Hukum Pidana;
- Keberadaan Pengadilan HAM dan Pengadilan HAM *ad hoc* menurut ketentuan Pasal 2 dan Pasal 43 ayat (3) UU Pengadilan HAM berada di lingkungan Peradilan Umum. Oleh karena kedudukan Pengadilan HAM dan Pengadilan HAM *ad hoc* berada di lingkungan umum, maka hal tersebut telah sesuai dan selaras dengan ketentuan Pasal 24 UUD 1945. Keberadaan Pengadilan HAM *ad hoc* demikian telah pula dibenarkan oleh Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 065/PUU-II/2004;

[3.18] Menimbang bahwa Komisi Nasional Hak Asasi Manusia (Komnas HAM) telah menyampaikan keterangan tertulisnya bertanggal 4 Februari 2008 yang diterima di Kepaniteraan pada tanggal 8 Februari 2008, pada pokoknya menguraikan sebagai berikut:

- Ketentuan Pasal 43 ayat (2) dan Penjelasan Pasal 43 ayat (2) UU Pengadilan HAM dalam penerapannya telah menimbulkan permasalahan yang tidak menunjang adanya kepastian dalam penyelesaian perkara pelanggaran HAM yang berat sebelum diundangkannya Undang-Undang Nomor 26 Tahun 2000 tentang Pengadilan HAM. Hal tersebut terjadi karena frasa "mendasarkan pada

dugaan telah terjadinya pelanggaran hak asasi manusia yang berat” yang dirumuskan dalam Penjelasan Pasal 43 ayat (2) UU Pengadilan HAM telah ditafsirkan DPR bahwa DPR memiliki kewenangan melakukan penyelidikan terhadap pelanggaran HAM yang berat. Maksud pasal *a quo* memberikan kewenangan pada DPR, hal tersebut didasarkan pada pertimbangan politik, bukan pertimbangan hukum. Pertimbangan politik DPR yang melakukan ”dugaan” adanya pelanggaran HAM yang berat, harus mendasarkan pada hasil penyelidikan yang dilakukan oleh Komnas HAM. Oleh karena itu frasa ”*mendasarkan pada dugaan telah terjadinya pelanggaran hak asasi manusia yang berat*”, harus diartikan mengacu pada hasil penyelidikan Komnas HAM;

- DPR sebagai lembaga politik tidak mempunyai kewenangan melakukan penyelidikan dalam perkara-perkara pidana, khususnya perkara pelanggaran HAM yang berat. Penyelidikan terhadap perkara pelanggaran hak asasi manusia yang berat merupakan tindak yudisial yang memerlukan tingkat ketelitian dan kehati-hatian yang tinggi, karena kejahatan yang dirumuskan dalam undang-undang tersebut berlapis-lapis unsurnya. Oleh karena itu agar penyelidikan pelanggaran HAM yang berat tersebut terjaga objektivitasnya, maka penyelidikannya diserahkan pada lembaga independen yang dalam ini Komnas HAM;

Pendapat Mahkamah

[3.19] Menimbang bahwa sebelum Mahkamah memberikan pendapatnya tentang Pokok Permohonan, Mahkamah lebih dahulu akan mempertimbangkan latar belakang pembentukan Pengadilan HAM *ad hoc* yang diatur dalam Bab VIII Undang-Undang Nomor 26 Tahun 2002 tentang Pengadilan HAM;

[3.20] Bahwa pembentukan Pengadilan HAM *ad hoc* oleh Pemerintah Indonesia pada hakikatnya didasarkan atas mandat yang diberikan Dewan Keamanan PBB seperti termuat di dalam Resolusi 1264 (1999) yang telah diputuskan pada tanggal 15 September 1999 yang isinya antara lain, Dewan Keamanan PBB sangat prihatin karena memburuknya situasi keamanan di Timor Timur, khususnya adanya kekerasan yang berlanjut yang dilakukan terhadap warga sipil di Timor Timur sehingga mengakibatkan pemindahan yang sangat luas, termasuk laporan mengenai pelanggaran yang berat terhadap hukum humaniter dan HAM yang terjadi di Timor Timur dan Dewan Keamanan mendesak agar

orang-orang yang melakukan kekerasan tersebut memikul tanggung jawabnya. Karena itu, Dewan Keamanan PBB juga mengutuk semua tindakan kekerasan di Timor Timur dan meminta agar mereka yang bertanggung jawab terhadap kekerasan tersebut dibawa ke pengadilan;

"Deeply concerned by deterioration in the security situation in East Timor, and in particular by continuing violence against and large scale displacement and relocation of East Timorese civilians";

"Expressing its concern at reports indicating that systematic, widespread and flagrant violation of international humanitarian and human rights law have been committed in East Timor, and stressing that person committing such violation bear individual responsibility";

"Determining that present situation in East Timor constitutes a threat to peace and security."

"Condemned all acts of violation in East Timor, calls for their immediate end and demands that those responsible for such acts be brought to justice."

[3.21] Bahwa dengan Resolusi Dewan Keamanan tersebut, maka pemerintah Indonesia terikat akan kewajiban internasional untuk mengadili mereka yang bertanggung jawab terhadap kekerasan-kekerasan yang terjadi setelah jajak pendapat di Timor Timur melalui Pengadilan HAM *ad hoc*. Untuk tujuan tersebut, Komnas HAM telah membentuk Komite Penyelidik Pelanggaran HAM di Timor Timur (KPPHAM) untuk melakukan penyelidikan dan setelah melakukan tugasnya kemudian telah menyampaikan laporannya kepada Jaksa Agung pada tanggal 31 Januari 2000 dan telah memberikan rekomendasi antara lain sebagai berikut:

- a. Minta kepada Jaksa Agung untuk melakukan penyidikan terhadap para pelaku yang diduga terlibat dalam pelanggaran-pelanggaran berat HAM yang berat di Timor Timur setelah jajak pendapat;
- b. Minta kepada DPR dan Pemerintah untuk membentuk pengadilan nasional HAM yang mempunyai kewenangan untuk mengadili perkara-perkara pelanggaran HAM dan kejahatan terhadap kemanusiaan yang mengacu pada hukum nasional dan internasional (*human rights dan humanitarian law*);

Bahwa atas rekomendasi KPPHAM, Kejaksaan Agung telah melakukan penyidikan dan pada 1 September 2000 telah menetapkan kurang lebih 23 orang

sebagai tersangka yang juga sebagai pelaku pelanggaran HAM di Timor Timur dan salah satunya Pemohon *a quo*;

[3.22] Menimbang bahwa setelah Mahkamah memeriksa dengan saksama uraian permohonan, dan dalil-dalil yang dikemukakan Pemohon, bukti-bukti yang diajukan, keterangan lisan maupun tertulis dari ahli Pemohon, Pemerintah, Dewan Perwakilan Rakyat, Komisi Nasional Hak Asasi Manusia dan latar belakang pembentukan Pengadilan HAM, Mahkamah berpendapat:

[3.23] Menimbang bahwa Pemohon dalam permohonannya telah mendalilkan **Pasal 43 ayat (2) UU Pengadilan HAM** yang berbunyi, "*Pengadilan HAM ad hoc sebagaimana dimaksud dalam ayat (1) dibentuk atas usul Dewan Perwakilan Rakyat Republik Indonesia berdasarkan peristiwa tertentu dengan Keputusan Presiden*" dan Penjelasannya yang berbunyi, "*Dalam hal Dewan Perwakilan Rakyat Republik Indonesia mengusulkan dibentuknya Pengadilan HAM ad hoc, Dewan Perwakilan Rakyat Republik Indonesia mendasarkan dugaan telah terjadinya pelanggaran hak asasi manusia yang berat yang dibatasi pada locus dan tempus delicti tertentu yang terjadi sebelum diundangkannya undang-undang ini*", bertentangan dengan Pasal 24A ayat (5) UUD 1945; Namun demikian Pemohon pada dasarnya tidak mempersoalkan eksistensi Pengadilan HAM *ad Hoc*, melainkan mempermasalahkan proses pembentukannya yang melalui usulan DPR kepada Presiden yang kemudian menetapkannya dengan Keppres yang merugikan hak konstitusionalnya untuk mendapatkan jaminan kepastian hukum dan keadilan;

Terhadap dalil-dalil Pemohon tersebut, Mahkamah berpendapat bahwa terhadap ketentuan Pasal 43 ayat (2) UU *a quo* dan Penjelasannya, Mahkamah telah memberikan pertimbangan hukum atas keberadaan Pasal *a quo* dalam Putusan Nomor 065/PUU-II/2004 dalam kaitannya dengan asas non-retroaktif yaitu, "*... Pembentuk undang-undang juga memberikan persyaratan yang ketat dalam pengesampingan asas non-retroaktif, yang dapat dilihat dalam rumusan Pasal 43 ayat (2) yang menyatakan, "Pengadilan HAM ad hoc sebagaimana dimaksud dalam ayat (1) dibentuk atas usul Dewan Perwakilan Rakyat Republik Indonesia berdasarkan peristiwa tertentu dengan Keputusan Presiden": Dengan ketentuan Pasal 43 ayat (2) UU Pengadilan HAM ini tampak jelas bahwa kendatipun UUD 1945 membenarkan untuk dalam batas-batas tertentu mengesampingkan asas*

non-retroaktif, pembentuk undang-undang telah sangat berhati-hati dalam menjabarkan maksud undang-undang dasar dimaksud, yakni bahwa:

- i. Pengadilan HAM ad hoc dibentuk hanya terhadap peristiwa-peristiwa tertentu, yaitu bukan terhadap semua peristiwa melainkan hanya terhadap peristiwa-peristiwa yang locus delicti dan tempus delicti-nya dibatasi sebagaimana disebutkan dalam Penjelasan Pasal 43 ayat (2) UU Pengadilan HAM;*
- ii. Peristiwa tertentu yang diduga mengandung pelanggaran hak asasi manusia yang berat harus dinilai terlebih dahulu oleh Dewan Perwakilan Rakyat sebelum dapat dinyatakan adanya dugaan pelanggaran hak asasi manusia yang berat atau tidak;*
- iii. Presiden baru dapat menerbitkan Keputusan Presiden guna membentuk Pengadilan HAM ad hoc hanya apabila telah ada usul dari Dewan Perwakilan Rakyat yang berpendapat bahwa dalam suatu peristiwa tertentu diduga terdapat pelanggaran hak asasi manusia yang berat;*
Kehati-hatian demikian yang secara substansial merupakan langkah untuk membatasi pengesampingan asas non-retroaktif, menunjukkan dua hal. Pertama, bahwa pada dasarnya UU Pengadilan HAM adalah mengutamakan prinsip non-retroaktif, hanya dalam keadaan tertentu saja dapat diberlakukan pengesampingan terhadapnya dengan membentuk Pengadilan HAM ad hoc. Kedua, bahwa Pengadilan HAM ad hoc tersebut hanya dapat dibentuk atas usul Dewan Perwakilan Rakyat karena menurut UUD 1945 Dewan Perwakilan Rakyat adalah representasi rakyat Indonesia, yang berarti bahwa pada dasarnya rakyat Indonesialah yang sesungguhnya berhak menentukan kapan suatu pelanggaran hak asasi manusia yang berat telah terjadi sebelum berlakunya undang-undang a quo, sehingga karenanya timbul kebutuhan hukum untuk membentuk Pengadilan HAM ad hoc;

Di samping itu, Pemohon tidak mempersoalkan eksistensi Pengadilan HAM *ad hoc* sebagaimana telah diuraikan di atas, sehingga permohonan Pemohon mengenai Pasal 43 ayat (2) UU Pengadilan HAM di atas beserta dalil-dalil yang terkait itu tidak perlu dipertimbangkan;

[3.24] Menimbang bahwa Pemohon mendalilkan pembentukan Pengadilan HAM *ad hoc* dengan Keppres sebagaimana diamanatkan dalam Penjelasan Pasal 43 ayat (2) UU Pengadilan HAM bertentangan dengan Pasal 24A ayat (5) UUD

1945. Mahkamah dalam pertimbangan hukum Putusan Nomor 012-016-019/PUU-IV/ 2006 telah menyatakan pendapatnya sebagai berikut:

"Bahwa, pelaku kekuasaan kehakiman, menurut Pasal 24 ayat (2) UUD 1945, adalah sebuah Mahkamah Agung (dan badan-badan peradilan yang berada di empat lingkungan peradilan yang berada di bawah Mahkamah Agung) dan sebuah Mahkamah Konstitusi. Bahwa, badan-badan peradilan dari keempat lingkungan peradilan sebagaimana dimaksud oleh Pasal 24 ayat (2) UUD 1945 adalah badan-badan peradilan yang berada di bawah Mahkamah Agung; Bahwa, dengan demikian pula, pembentukan pengadilan-pengadilan khusus, sepanjang masih berada dalam salah satu dari empat lingkungan peradilan sebagaimana diatur dalam Pasal 24 ayat (2) UUD 1945, dimungkinkan;

Bahwa, selanjutnya Pasal 24A ayat (5) UUD 1945 menyatakan, "Susunan, kedudukan, keanggotaan, dan hukum acara Mahkamah Agung serta badan peradilan di bawahnya diatur dengan undang-undang. Pengertian frasa "diatur dengan undang-undang" dalam Pasal 24A ayat (5) UUD 1945 tersebut berarti pembentukan badan peradilan di bawah Mahkamah Agung harus dilakukan dengan undang-undang. Hal ini sesuai pula dengan ketentuan Pasal 15 ayat (1) Undang-Undang Nomor 4 Tahun 2004 tentang Kekuasaan Kehakiman sebagai implementasi dari Pasal 24A ayat (5) UUD 1945. Pasal 15 ayat (1) tersebut berbunyi, "Pengadilan khusus hanya dapat dibentuk dalam salah satu lingkungan peradilan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 10 yang diatur dengan undang-undang". Penjelasan ayat tersebut berbunyi, "Yang dimaksud dengan "pengadilan khusus" dalam ketentuan ini antara lain, adalah pengadilan anak, pengadilan niaga, pengadilan hak asasi manusia, pengadilan tindak pidana korupsi, pengadilan hubungan industrial yang berada di lingkungan peradilan umum, dan pengadilan pajak di lingkungan peradilan tata usaha negara": Meskipun Undang-Undang Nomor 4 Tahun 2004 tentang Kekuasaan Kehakiman dibuat lebih kemudian dari UU KPK, akan tetapi ketentuan yang sama telah tercantum dalam Pasal 10 ayat (1) (beserta Penjelasan) Undang-Undang Nomor 14 Tahun 1970 tentang Ketentuan-ketentuan Pokok Kekuasaan Kehakiman. Bunyi ketentuan Pasal 10 ayat (1) tersebut adalah, "Kekuasaan Kehakiman dilakukan oleh Pengadilan dalam lingkungan: a. Peradilan Umum; b. Peradilan Agama; c. Peradilan Militer; d. Peradilan Tata Usaha Negara. "Sementara itu, Penjelasan berbunyi, "Undang-undang ini membedakan

antara empat lingkungan peradilan yang masing-masing mempunyai lingkungan wewenang mengadili tertentu dan meliputi Badan-badan Peradilan tingkat pertama dan tingkat banding. Peradilan Agama, Militer dan Tata Usaha Negara merupakan peradilan khusus, karena mengadili perkara-perkara tertentu atau mengenai golongan rakyat tertentu, sedangkan Peradilan Umum adalah peradilan bagi rakyat pada umumnya mengenai baik perkara perdata, maupun perkara pidana. Perbedaan dalam empat lingkungan peradilan ini, tidak menutup kemungkinan adanya pengkhususan (diferensiasi/spesialisasi) dalam masing-masing lingkungan, misalnya dalam Peradilan Umum dapat diadakan pengkhususan berupa Pengadilan lalu lintas, Pengadilan Anak-anak, Pengadilan Ekonomi, dan sebagainya dengan undang-undang. Di samping itu, frasa yang berbunyi "diatur dengan undang-undang" yang tersebut dalam Pasal 24A ayat (5) UUD 1945 juga berarti bahwa susunan, kedudukan, keanggotaan, dan hukum acara Mahkamah Agung serta badan peradilan di bawahnya itu tidak boleh diatur dengan bentuk peraturan perundang-undangan lain selain undang-undang";

[3.25] Menimbang bahwa berdasarkan pertimbangan hukum tersebut di atas, Mahkamah menyatakan bahwa yang diatur dengan undang-undang adalah Mahkamah Agung dan empat lingkungan peradilan di bawah Mahkamah Agung serta pengadilan-pengadilan khusus yang merupakan diferensiasi atau spesialisasi dari empat lingkungan peradilan tersebut. Pengadilan HAM sebagai pengadilan khusus di lingkungan peradilan umum telah dibentuk dengan UU Pengadilan HAM;

[3.26] Menimbang bahwa walaupun pembentukan Pengadilan HAM *ad hoc* yang merupakan kekhususan dari Pengadilan HAM tidak diatur oleh undang-undang tersendiri, hal ini tidaklah berarti bertentangan dengan Pasal 24 ayat (5) UUD 1945 karena keberadaan Pengadilan HAM *ad hoc* merupakan bagian yang tidak terpisahkan dari ruang lingkup Pengadilan HAM yang diatur dalam BAB VIII UU Pengadilan HAM. Sehingga, keberadaan lembaga Pengadilan HAM *ad hoc* dengan Keputusan Presiden (Keppres) tidaklah bertentangan dengan Pasal 24A ayat (5) UUD 1945. Dengan demikian dalil Pemohon tidak beralasan;

[3.27] Menimbang bahwa Pemohon mendalilkan proses pembentukan Pengadilan HAM *ad hoc* yang melibatkan DPR dengan mendasarkan adanya dugaan telah terjadinya pelanggaran HAM berat, menurut Pemohon sangat bernuansa politis dan membuka peluang intervensi politis atas proses hukum.

Sehingga, menurut Pemohon, peranan DPR dapat diartikan memasuki ranah kekuasaan yudisial dan merusak prinsip "*integrated justice system*".

Terhadap dalil Pemohon tersebut, 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.

4. KONKLUSI

[4.1] Berdasarkan keseluruhan uraian pertimbangan tersebut di atas, menurut Mahkamah, permohonan Pemohon mengenai Penjelasan Pasal 43 ayat (2) UU Pengadilan HAM sepanjang mengenai kata "dugaan" beralasan, sehingga harus dikabulkan;

[4.2] Sedangkan permohonan Pemohon terhadap Pasal 43 ayat (2) UU Pengadilan HAM tidak beralasan, sehingga harus ditolak;

5. AMAR PUTUSAN

Dengan mengingat Pasal 56 ayat (2), ayat (3) dan ayat (5) serta Pasal 57 ayat (1) dan ayat (3) Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2003 Nomor 98, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 4316);

Mengadili:

- [5.1]** Menyatakan permohonan Pemohon dikabulkan untuk sebagian;
- [5.2]** Menyatakan Penjelasan Pasal 43 ayat (2) Undang-Undang Nomor 26 Tahun 2000 tentang Pengadilan Hak Asasi Manusia (Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 4026), sepanjang mengenai kata "dugaan" bertentangan dengan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945;
- [5.3]** Menyatakan Penjelasan Pasal 43 ayat (2) Undang-Undang Nomor 26 Tahun 2000 tentang Pengadilan Hak Asasi Manusia (Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 4026), sepanjang mengenai kata "dugaan" tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat;
- [5.4]** Menolak permohonan Pemohon untuk selebihnya;
- [5.5]** Memerintahkan pemuatan putusan ini dalam Berita Negara Republik Indonesia sebagaimana mestinya;

Demikian diputuskan dalam Rapat Permusyawaratan Hakim yang dihadiri oleh sembilan Hakim Konstitusi pada hari Rabu, 20 Februari 2008 dan diucapkan dalam Sidang Pleno Mahkamah Konstitusi terbuka untuk umum pada hari ini, Kamis, 21 Februari 2008, oleh kami berdelapan, yaitu Jimly Asshiddiqie selaku Ketua merangkap Anggota, H.M. Laica Marzuki, H.A.S. Natabaya, H. Abdul Mukthie Fadjar, H. Achmad Roestandi, I Dewa Gede Palguna, Maruarar Siahaan, dan Soedarsono, masing-masing sebagai Anggota dengan didampingi oleh Sunardi sebagai Panitera Pengganti serta dihadiri oleh Pemohon/Kuasanya, Pemerintah atau yang mewakili, dan Dewan Perwakilan Rakyat atau yang mewakili.

KETUA,

ttd

Jimly Asshiddiqie

ANGGOTA-ANGGOTA,

ttd

H.M. Laica Marzuki

ttd

H. Abdul Mukthie Fadjar

ttd

I Dewa Gede Palguna

ttd

H.A.S. Natabaya

ttd

H. Achmad Roestandi

ttd

Maruarar Siahaan

ttd

Soedarsono**6. PENDAPAT BERBEDA (*DISSENTING OPINION*)**

Terhadap putusan Mahkamah tersebut di atas, seorang Hakim Konstitusi mempunyai pendapat berbeda (*dissenting opinion*), yaitu **Hakim Konstitusi I Dewa Gede Palguna**, sebagai berikut:

Isu konstitusional dari permohonan *a quo* adalah bahwa Pemohon **bukanlah** mempersoalkan konstitusionalitas keberadaan Pengadilan HAM *ad hoc*, sebagaimana dinyatakan dalam permohonannya (*vide* Permohonan h. 9) dan berulang-ulang ditegaskan dalam persidangan, melainkan **cara atau mekanisme pembentukan** pengadilan itu yang menurut Pemohon bertentangan dengan UUD 1945, dengan alasan-alasan yang pada pokoknya sebagai berikut:

- 1) Bahwa, dalam ketentuan UU Pengadilan HAM, *in casu* Pasal 43 ayat (2) dan Penjelasan Pasal 43 ayat (2), DPR sebagai lembaga legislatif telah melakukan intervensi terhadap *criminal justice system*.

- 2) Bahwa pembentukan Pengadilan HAM *ad hoc* tidak dapat dilakukan dengan Keputusan Presiden karena hal itu bertentangan dengan Pasal 24A ayat (5) UUD 1945.

Dalam memahami ketentuan Pasal 43 ayat (2) dan Penjelasan Pasal 43 ayat (2) UU Pengadilan HAM, yang dimohonkan pengujian dalam permohonan ini, tidak dapat dilepaskan konteksnya dari keseluruhan ketentuan dalam Pasal 43 UU Pengadilan HAM yang berada dalam BAB VIII (PENGADILAN HAM AD HOC). Bab ini hanya terdiri atas dua pasal, yaitu Pasal 43 dan Pasal 44. Pasal 43 UU Pengadilan HAM selengkapnya berbunyi sebagai berikut:

- (1) *Pelanggaran hak asasi manusia yang berat yang terjadi sebelum diundangkannya Undang-undang ini, diperiksa dan diputus oleh Pengadilan HAM ad hoc.*
- (2) *Pengadilan HAM ad hoc sebagaimana dimaksud dalam ayat (1) dibentuk atas usul Dewan Perwakilan Rakyat Republik Indonesia berdasarkan peristiwa tertentu dengan Keputusan Presiden.*
- (3) *Pengadilan HAM ad hoc sebagaimana dimaksud dalam ayat (1) berada di lingkungan Peradilan Umum.*

Sementara itu, Penjelasan Pasal 43 ayat (2) UU Pengadilan HAM berbunyi, “*Dalam hal Dewan Perwakilan Rakyat Republik Indonesia mengusulkan dibentuknya Pengadilan HAM ad hoc, Dewan Perwakilan Rakyat Republik Indonesia mendasarkan pada dugaan telah terjadinya pelanggaran hak asasi manusia yang berat pada locus dan tempus delicti tertentu yang terjadi sebelum diundangkannya Undang-undang ini*”.

Selanjutnya, sebelum menjawab persoalan konstitusional-tidaknya Pasal 43 ayat (2) dan Penjelasan Pasal 43 ayat (2) UU Pengadilan HAM, terlebih dahulu perlu dipahami bahwa substansi persoalan yang diatur dalam Bab VIII (Pasal 43 dan Pasal 44) UU Pengadilan HAM adalah persoalan keadilan transisional (*transitional justice*). Penyelesaian persoalan *transitional justice* tersebut menjadi pertanyaan karena Pengadilan Hak Asasi Manusia, yang dibentuk berdasarkan UU Pengadilan HAM, hanyalah berlaku terhadap pelaku pelanggaran hak asasi manusia yang berat yang terjadi **setelah** diundangkannya undang-undang *a quo*, sehingga timbul pertanyaan: bagaimanakah dengan pelanggaran hak asasi manusia yang berat yang terjadi **sebelum** diberlakukan/diundangkannya UU

Pengadilan HAM, apakah akan dibiarkan demikian saja? Di sinilah timbul persoalan *transitional justice* yaitu yang secara umum dalam kasus *a quo* dapat diberi pengertian sebagai upaya untuk memberikan penyelesaian yang adil baik kepada korban maupun pelaku pelanggaran hak asasi manusia yang berat yang terjadi di masa lampau. Persoalan demikian acapkali terjadi di negara-negara yang mengalami pergantian rezim dari rezim otoriter ke rezim yang demokratis, seperti halnya yang terjadi di Indonesia.

Dalam menyelesaikan persoalan *transitional justice*, negara-negara pada umumnya akan menempuh dua alternatif, yaitu melalui pembentukan pengadilan hak asasi manusia *ad hoc* atau melalui komisi kebenaran dan rekonsiliasi, yang satu sama lain sifatnya substitutif. Secara umum, dasar pemikiran yang melandasi pilihan-pilihan model penyelesaian persoalan *transitional justice* tersebut adalah:

- Pertama, beralih dari masa lalu yang menyakitkan memerlukan penyediaan ruang bagi kebenaran, rekonsiliasi, dan keadilan untuk kejahatan yang dilakukan oleh rezim sebelumnya namun tanpa mengadili rezim sebelumnya itu dengan cara yang semena-mena.
- Kedua, di lain pihak, sangatlah penting untuk membuat peralihan yang cepat dan menyeluruh ke dalam suatu sistem hukum, sosial, dan politik tanpa menyebabkan terjadinya pergolakan sosial dan politik

Penyediaan dua model alternatif penyelesaian persoalan *transitional justice* demikian adalah untuk mengakomodasi dan sekaligus mengakhiri konfrontasi dua kepentingan antara pihak-pihak yang pro proses hukum (pengadilan) dan yang kontra, yang sama-sama memiliki argumentasi kuat. Mereka yang pro proses hukum (pengadilan) mengajukan argumentasi, antara lain: proses hukum mutlak dilakukan terhadap pelaku untuk menjamin kebenaran dan keadilan; proses hukum juga merupakan cermin tanggung jawab moral terhadap korban dan keluarganya; proses hukum adalah demi penegakan hukum, karena demokrasi bersumber pada hukum; proses hukum juga untuk mencegah terjadinya pelanggaran serupa di masa yang akan datang; proses hukum penting untuk membangun nilai-nilai demokrasi dan mendorong masyarakat agar mempercayainya; proses hukum itu menjamin adanya pertanggungjawaban publik atas apa yang telah dilakukan oleh negara. Sementara itu, mereka yang kontra proses hukum mengajukan argumentasi, antara lain: demokrasi harus dibangun atas dasar rekonsiliasi di mana sebagian masyarakat mungkin akan mengesampingkan masa lalu; proses

demokratisasi harus menyertakan pemahaman yang sama dari berbagai kelompok dalam masyarakat tentang kemungkinan tidak adanya ganti rugi atas kekejaman yang terjadi di masa lalu; dalam banyak hal, pelanggaran tidak hanya dilakukan oleh rezim lalu yang otoriter tetapi juga oleh pihak oposisi; kejahatan itu terjadi dengan dalih untuk menekan terorisme yang didukung oleh masyarakat luas; tanggung jawab juga ada pada masyarakat karena masyarakat juga menerimanya; amnesti sangat dibutuhkan untuk membangun demokrasi baru; dibutuhkan adanya suatu sistem demokrasi yang stabil terlebih dahulu untuk membawa pelaku ke pengadilan (*vide Lokakarya Nasional IV Hak Asasi Manusia*, 21-24 November 2000 di Surabaya).

Dengan demikian, tampak jelas bahwa alternatif mana pun yang dipilih, unsur politis memang tidak mungkin terhindarkan karena keadilan yang hendak ditegakkan dalam penyelesaian persoalan *transitional justice* bukan hanya keadilan hukum (*legal justice*) tetapi juga keadilan sosial dan moral (*social and moral justice*). Namun, dengan mengambil salah satu dari dua model alternatif tersebut, asas atau prinsip *aut punere aut de dere* atau *nullum crimen sine poena* (tidak ada kejahatan tanpa hukuman), yang merupakan asas penting dalam setiap negara hukum yang demokratis, telah terpenuhi. Meskipun wujud hukuman dalam rangka *transitional justice* tersebut tidak selalu berupa pemidanaan, khususnya apabila jalan yang ditempuh adalah melalui pembentukan komisi kebenaran dan rekonsiliasi.

Dengan memahami substansi persoalan *transitional justice* sebagaimana diuraikan di atas dan dengan memahami bahwa Bab VIII UU Pengadilan HAM (yang terdiri atas Pasal 43 dan Pasal 44) adalah ketentuan yang dibuat dalam rangka penyelesaian persoalan *transitional justice*, maka akan diperoleh pemahaman:

- (a) Bahwa harus **dibedakan** antara Pengadilan HAM dan Pengadilan HAM *ad hoc*. **Pengadilan HAM** adalah pengadilan khusus yang dibentuk untuk mengadili pelaku pelanggaran hak asasi manusia yang berat **yang terjadi di masa yang akan datang** (prospektif), sedangkan **Pengadilan HAM *ad hoc***, tujuan pembentukannya adalah sebagai bagian dari upaya penyelesaian persoalan *transitional justice*, yaitu mengadili pelaku pelanggaran hak asasi manusia yang berat yang **terjadi di masa lalu** (retrospektif). Oleh karena itu, berbeda halnya dengan pembentukan pengadilan-pengadilan lain, termasuk

- Pengadilan HAM, yang relatif bebas dari pertimbangan-pertimbangan politik karena ditujukan bagi penyelesaian persoalan-persoalan yang terjadi pada masa yang akan datang (prospektif), pembentukan Pengadilan HAM *ad hoc* justru merupakan keputusan politik karena tujuan pembentukannya adalah untuk menyelesaikan persoalan-persoalan yang terjadi pada masa lampau (retrospektif), khususnya yang menyangkut pelanggaran hak asasi manusia yang berat (*gross violations of human rights*), dan sifatnya yang alternatif. Demikianlah, sebagai contoh dan sekaligus perbandingan, pembentukan komisi kebenaran dan rekonsiliasi di Afrika Selatan, yang dibentuk setelah jatuhnya rezim *apartheid* sebagai alternatif pembentukan pengadilan hak asasi manusia *ad hoc* dalam rangka penyelesaian persoalan *transitional justice* di negeri itu, adalah sebuah keputusan politik. Demikian pula halnya di tingkat internasional, misalnya dalam pembentukan pengadilan *ad hoc* di bekas wilayah negara Yugoslavia (*International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia* atau *ICTY*) maupun pengadilan *ad hoc* di Rwanda (*International Criminal Tribunal for Rwanda*) adalah juga sebuah keputusan politik, karena dibentuk berdasarkan resolusi Dewan Keamanan PBB (*U.N. Security Council*);
- (b) Bahwa semangat pembentukan Pengadilan HAM *ad hoc* adalah untuk menghapuskan impunitas (*impunity*), yaitu sikap membiarkan pelanggaran-pelanggaran hak asasi manusia yang berat yang terjadi di masa lampau tanpa penyelesaian. Oleh karena itu, pembentukan Pengadilan HAM *ad hoc* adalah bagian dari upaya untuk menegakkan prinsip “tiada kejahatan yang dibiarkan berlalu demikian saja tanpa hukuman” (*aut punere aut de dere, nullum crimen sine poena*), yang merupakan asas penting dalam negara hukum yang demokratis;
- (c) Bahwa meskipun pembentukan Pengadilan HAM *ad hoc* adalah sebuah keputusan politik, untuk menjaga keseimbangan antara kepentingan politik, kepentingan hukum, dan tuntutan rasa keadilan agar tidak menjadi sewenang-wenang, maka dilakukan pembatasan bukan hanya terhadap jenis perbuatan yang menjadi kompetensi mengadili (*ratione materiae*) dari pengadilan HAM *ad hoc* yang dibentuk itu, tetapi juga pembatasan terhadap *locus delicti* dan *tempus delicti* dari perbuatan yang masuk dalam *ratione materiae* Pengadilan HAM *ad hoc* tersebut, yang dilakukan melalui proses penyelidikan yang mendalam. Dalam hal *ICTY* yang dibentuk pada tahun 1993, misalnya, *ratione*

materiae-nya adalah kejahatan perang dan kejahatan terhadap kemanusiaan (*war crimes and crimes against humanity*), *locus delicti*-nya adalah wilayah bekas Yugoslavia, dan *tempus delicti*-nya adalah setelah 1 Januari 1991. Sementara itu, dalam hal ICTR (yang dibentuk tahun 1994), *ratione materiae*-nya adalah kejahatan genosida dan kejahatan serius terhadap hukum humaniter internasional lainnya (*genocide and other serious crimes of international humanitarian law*), *locus delicti*-nya adalah Rwanda dan negara-negara di sekitarnya, sedangkan *tempus delicti*-nya ditentukan antara 1 Januari sampai dengan 31 Desember 1994.

- (d) Bahwa, berdasarkan pemahaman sebagaimana diuraikan pada huruf (a) sampai dengan (c) di atas, maka Pengadilan HAM *ad hoc* adalah sebuah kebutuhan, yaitu sebagai salah satu sarana untuk menyelesaikan pelanggaran hak asasi manusia yang berat yang terjadi di masa lalu yang tidak mungkin diselesaikan (diadili) melalui Pengadilan (khusus) HAM karena, meskipun *ratione materiae*-nya sama, Pengadilan (khusus) HAM hanya mempunyai kewenangan mengadili pelanggaran hak asasi manusia yang berat yang terjadi setelah diundangkannya UU Pengadilan HAM.

Selanjutnya, oleh karena pembentukan Pengadilan HAM *ad hoc* adalah dalam rangka menyelesaikan persoalan *transitional justice*, maka dalam menilai konstitusionalitas pembentukan pengadilan ini pun tidak boleh dilepaskan dari makna keberadaannya sebagai sarana *transitional justice*. Atas dasar itu, dalam mempertimbangkan dalil-dalil Pemohon, saya berpendapat sebagai berikut:

- (i) Pemohon mendalilkan, dari ketentuan Pasal 43 ayat (2) dan Penjelasan Pasal 43 ayat (2) UU Pengadilan HAM berarti bahwa dalam mengusulkan pembentukan Pengadilan HAM *ad hoc*, DPR mendasarkan atas dugaan telah terjadinya pelanggaran hak asasi manusia yang berat. Hal itu, menurut Pemohon, berarti DPR harus memberikan putusan atau penilaian (*judgement*) terlebih dahulu sebelum mengajukan usul pembentukan Pengadilan HAM *ad hoc*, yang dengan demikian berarti DPR telah melakukan fungsi pengadilan yang didasarkan atas dugaannya. Selanjutnya, oleh Pemohon dikatakan pula bahwa “tindakan menduga” jika dihubungkan dengan Pasal 1 angka 5 [*sic!*] adalah bagian dari sebuah tindakan hukum penyelidikan. Padahal, menurut ketentuan Pasal 18 ayat (1) dan Penjelasan Pasal 18 ayat (1) UU Pengadilan HAM, kewenangan

untuk melakukan penyelidikan adalah kewenangan dari Komisi Nasional Hak Asasi Manusia. Dengan demikian berarti DPR telah melakukan fungsi menggantikan atau tumpang tindih atau mengambil alih fungsi Komisi Nasional Hak Asasi Manusia. Atas dasar itu Pemohon berpendapat bahwa DPR telah ikut serta dalam *criminal justice system*. Akibatnya, Pemohon merasa telah dirugikan hak konstitusionalnya atas kepastian hukum karena telah diadili oleh suatu proses kekuasaan politik yang bukan dalam rangka menegakkan hukum dan keadilan namun mengakomodasi kepentingan politik (*vide* Permohonan, h. 7-10, angka 1-16).

Terhadap dalil Pemohon tersebut saya berpendapat bahwa, sebagaimana telah diuraikan pada huruf (a) sampai dengan (d) di atas, dibentuknya Pengadilan HAM *ad hoc* adalah dalam rangka penyelesaian persoalan *transitional justice* terhadap pelanggaran hak asasi manusia yang berat yang terjadi di masa lalu. Karena itu, faktor pertimbangan politik memang melekat di dalamnya. Sebab, keputusan untuk menyelesaikan persoalan *transitional justice* itu sendiri adalah keputusan politik. Meskipun pembentukan Pengadilan HAM *ad hoc* itu merupakan keputusan politik, bukan berarti tanpa pertimbangan dan kehati-hatian yang mendalam, sebagaimana telah pernah ditegaskan oleh Mahkamah dalam pertimbangan hukum putusan tentang pengujian UU Pengadilan HAM berkenaan dengan pengesampingan asas non-retroaktif, sebagaimana tertuang dalam Putusan Nomor 065/PUU-II/2004. Namun, sehubungan dengan dalil Pemohon ini, masalah yang perlu dipertimbangkan lebih jauh adalah:

- Pertama, apakah dalam kata-kata "*mendasarkan pada dugaan*", sebagaimana terdapat dalam Penjelasan Pasal 43 ayat (2) UU Pengadilan HAM, berarti DPR telah melakukan tindakan penyelidikan dalam kerangka *criminal justice process* atau *due process of law*?
- Kedua, Apakah benar bahwa Komisi Nasional Hak Asasi Manusia memiliki kewenangan melakukan penyelidikan terhadap pelanggaran hak asasi manusia yang berat yang terjadi sebelum diundangkannya UU Pengadilan HAM?

Sebelum menjawab pertanyaan pertama, penting ditegaskan bahwa pengertian *criminal justice system* berbeda dengan pengertian *criminal justice process* atau *due process of law*. Pengertian *criminal justice system* dalam

arti luas juga mencakup pembentukan hukum pidana (materiil maupun formil), bahkan juga penentuan arah politik hukum pidana. Sehingga, dalam hubungan ini, DPR jelas merupakan bagian darinya. Namun, setelah meneliti dengan cermat argumentasi Pemohon, tampaknya yang dimaksud adalah bahwa, menurut anggapan Pemohon, dengan adanya ketentuan dalam Pasal 43 ayat (2) dan Penjelasan Pasal 43 ayat (2) UU Pengadilan HAM, DPR dianggap telah mencampuri urusan *criminal justice process* atau *due process of law* yang merupakan kewenangan yudikatif. Selanjutnya, terhadap pertanyaan pertama di atas saya berpendapat bahwa kata-kata “*mendasarkan pada dugaan*”, sebagaimana terdapat dalam Penjelasan Pasal 43 ayat (2) UU Pengadilan HAM, tidaklah dapat diartikan bahwa DPR telah mencampuri kewenangan yudikatif. Dalam pertimbangan putusan Mahkamah Nomor 065/PUU-II/2004, pada angka romawi kecil (ii) telah ditegaskan “*peristiwa tertentu yang diduga mengandung pelanggaran hak asasi manusia yang berat harus dinilai terlebih dahulu oleh Dewan Perwakilan Rakyat sebelum dapat dinyatakan adanya dugaan pelanggaran hak asasi manusia yang berat atau tidak*” (vide Nomor 065/PUU-II/2004, h. 57). Kata-kata “*harus dinilai terlebih dahulu*” berarti bahwa hal atau bahan yang hendak dinilai itu telah ada sebelumnya, barulah kemudian DPR menilainya apakah hal itu menurut anggapan DPR merupakan pelanggaran hak asasi manusia yang berat, sehingga dipandang perlu untuk mengambil keputusan politik yaitu mengusulkan pembentukan Pengadilan HAM *ad hoc*, atau tidak. Secara rasional, hal yang menjadi bahan bagi DPR untuk melakukan penilaian itulah yang merupakan hasil penyelidikan. Dengan demikian kata “*dugaan*” dalam Penjelasan Pasal 43 ayat (2) UU Pengadilan HAM tersebut justru keharusan karena merupakan kelanjutan dari hasil penyelidikan. Pertanyaan yang kemudian timbul adalah: lantas siapakah yang melakukan penyelidikan itu, apakah Komisi Nasional Hak Asasi Manusia? Jawaban atas pertanyaan ini berkait dengan jawaban atas pertanyaan kedua, yaitu apakah Komisi Nasional Hak Asasi Manusia memiliki kewenangan untuk melakukan tindakan penyelidikan terhadap pelanggaran hak asasi manusia yang berat yang terjadi sebelum diundangkannya UU Pengadilan HAM?

Benar bahwa menurut Pasal 18 ayat (1) UU Pengadilan HAM Komisi Nasional Hak Asasi Manusia adalah lembaga yang diberi kewenangan oleh

UU Pengadilan HAM untuk melakukan penyelidikan. Namun hendaklah diingat bahwa kewenangan itu oleh UU Pengadilan HAM adalah diberikan dalam rangka *criminal justice process* di Pengadilan HAM, bukan di Pengadilan HAM *ad hoc*. Dengan kata lain, Komisi Nasional Hak Asasi Manusia tidak mempunyai kewenangan untuk melakukan penyelidikan terhadap pelanggaran hak asasi manusia yang berat yang terjadi sebelum diundangkannya UU Pengadilan HAM.

Jika demikian halnya, lalu siapa yang memiliki kewenangan itu? Untuk menjawab pertanyaan ini, kita harus kembali ingat bahwa keberadaan Pengadilan HAM *ad hoc* adalah dalam rangka penyelesaian persoalan *transitional justice*. Sebagai bagian dari upaya penyelesaian persoalan *transitional justice*, maka keputusan untuk menentukan siapa yang akan diberikan kewenangan melakukan penyelidikan adalah juga sebuah keputusan politik. Namun, sebagaimana telah diuraikan pada huruf (c) di atas, agar keputusan politik itu tidak menjadi sewenang-wenang, maka kewenangan penyelidikan itu tidak boleh dipegang sendiri oleh DPR melainkan harus dilakukan oleh suatu institusi yang independen. Bahwa keputusan politik itu ternyata kemudian misalnya menunjuk Komisi Nasional Hak Asasi Manusia, hal itu dapat saja dilakukan. Namun, dalam hal demikian, kewenangan Komisi Nasional Hak Asasi Manusia untuk melakukan penyelidikan terhadap adanya dugaan pelanggaran hak asasi manusia yang berat yang terjadi sebelum diundangkannya UU Pengadilan HAM, **bukanlah** lahir dari Pasal 18 ayat (1) UU Pengadilan HAM melainkan sebagai hasil dari keputusan politik DPR.

Dengan uraian di atas, maka khusus terhadap Penjelasan Pasal 43 ayat (2) UU Pengadilan HAM, ia menjadi konstitusional apabila ditafsirkan bahwa dugaan telah terjadinya pelanggaran hak asasi manusia yang berat, yang *locus* dan *tempus delicti*-nya telah ditentukan itu, **bukan semata-mata keputusan DPR melainkan hasil penyelidikan dari institusi independen yang khusus dibentuk oleh DPR dan diberi kewenangan untuk melakukan penyelidikan.**

- (ii) Pemohon mendalilkan bahwa pembentukan Pengadilan HAM *ad hoc* tidak dapat dilakukan dengan Keputusan Presiden karena bertentangan dengan Pasal 24A ayat (5) UUD 1945 yang menyatakan, “*Susunan, kedudukan,*

keanggotaan, dan hukum acara Mahkamah Agung serta badan-badan peradilan di bawahnya diatur dengan undang-undang". Sementara itu, menurut Pasal 15 ayat (1) Undang-Undang Nomor 4 Tahun 2004 tentang Kekuasaan Kehakiman dikatakan, *"Pengadilan khusus hanya dapat dibentuk dalam salah satu lingkungan peradilan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 10 yang diatur dengan undang-undang"*. Sedangkan Penjelasan Pasal 15 ayat (1) Undang-Undang Nomor 4 Tahun 2004 tersebut berbunyi, *"Yang dimaksud 'pengadilan khusus' dalam ketentuan ini, antara lain, pengadilan anak, pengadilan niaga, pengadilan hak asasi manusia, pengadilan tindak pidana korupsi, pengadilan hubungan industrial yang berada di bawah lingkungan peradilan umum, dan pengadilan pajak di lingkungan peradilan tata usaha negara"* (vide Permohonan h. 10-11, angka 17-21).

Terhadap dalil Pemohon ini, saya berpendapat, maksud Pemohon dengan dalilnya itu adalah Pemohon hendak menyatakan bahwa Pengadilan HAM *ad hoc* adalah pengadilan khusus dan karena itu menurut Pasal 24A ayat (5) UUD 1945 *juncto* Pasal 15 ayat (1) Undang-Undang Nomor 4 Tahun 2004 dan Penjelasan Pasal 15 ayat (1) Undang-Undang Nomor 4 Tahun 2004, pengadilan khusus harus dibentuk dengan undang-undang, bukan dengan keputusan presiden. Padahal telah dengan jelas dinyatakan dalam Penjelasan Pasal 15 ayat (1) Undang-Undang Nomor 4 Tahun 2004 bahwa yang dimaksud dengan "pengadilan khusus" di sini adalah Pengadilan Hak Asasi Manusia, bukan Pengadilan Hak Asasi Manusia *ad hoc*. Sehingga, dalam konteks dalil Pemohon ini, yang oleh UUD 1945 diwajibkan untuk dibentuk dengan undang-undang adalah Pengadilan Hak Asasi Manusia. Sedangkan berkenaan dengan Pengadilan HAM *ad hoc*, meskipun benar kata "*ad hoc*" (yang berasal dari Bahasa Latin) dapat diartikan "khusus" karena mengandung arti "*formed for a particular purpose*" (dibentuk untuk suatu tujuan tertentu; vide **Black's Law Dictionary**, 1999, h. 41), namun jelas bukan pengadilan ini yang dimaksud sebagai "pengadilan khusus" oleh Pasal 15 ayat (1) dan Penjelasan Pasal 15 ayat (1) Undang-Undang Nomor 4 Tahun 2004. Istilah "*ad hoc*" (*formed for a particular porpose*) juga mengandung pengertian "tidak permanen". Artinya, keberadaan suatu badan

atau lembaga *ad hoc* akan berakhir apabila maksud pembentukan badan itu telah selesai dilaksanakan.

Pengadilan HAM, yang telah dibentuk dengan UU Pengadilan HAM, bukan dimaksudkan sebagai sarana penyelesaian masalah *transitional justice*. Selain itu, Pengadilan HAM adalah pengadilan yang bersifat permanen yang khusus menangani pelanggaran hak asasi manusia yang berat (*vide* Pasal 4 dan Pasal 5 UU Pengadilan HAM) yang terjadi setelah berlakunya UU Pengadilan HAM. Sedangkan Pengadilan HAM *ad hoc*, sebagai sarana penyelesaian persoalan *transitional justice*, hanya dibentuk dalam hal terjadi kasus-kasus pelanggaran HAM berat tertentu di masa lalu yang *locus delicti* maupun *tempus delicti*-nya ditentukan atau dibatasi dan tidak bersifat permanen. Dengan kata lain, dalil Pemohon dalam hubungan ini baru dapat diterima apabila ditujukan terhadap Pengadilan HAM, jika pembentukan Pengadilan HAM sebagai pengadilan khusus dianggap bertentangan dengan UUD 1945 oleh Pemohon, **bukan terhadap Pengadilan HAM *ad hoc***.

Berdasarkan seluruh uraian di atas, terhadap permohonan *a quo* saya berpendapat bahwa permohonan Pemohon sepanjang menyangkut Pasal 43 ayat (2) UU Pengadilan HAM harus dinyatakan **ditolak**, sedangkan menyangkut Penjelasan Pasal 43 ayat (2) UU Pengadilan HAM harus dinyatakan **ditolak dengan konstitusional bersyarat** (*conditionally constitutional*) dalam pengertian bahwa Penjelasan itu harus ditafsirkan bahwa keputusan DPR untuk mengusulkan pembentukan Pengadilan HAM *ad hoc* kepada Presiden diambil setelah terlebih dahulu ada hasil penyelidikan yang dilakukan oleh suatu institusi independen yang khusus dibentuk dan diberi kewenangan untuk melakukan penyelidikan terhadap dugaan telah terjadinya pelanggaran hak asasi manusia yang berat sebelum berlakunya UU Pengadilan HAM yang *locus delicti* maupun *tempus delicti*-nya ditentukan secara jelas.

PANITERA PENGGANTI

ttd

Sunardi

