

# **Anomali Asas Non-Retroaktif dalam Kejahatan Genosida, Bertentangan dengan HAM?<sup>1</sup>**

## ***The Anomaly of the Non-Retrospective Principle in the Crime of Genocide, Is It against Human Rights?***

**Nurhidayatulloh**

Departemen Hukum Internasional, Fakultas Hukum Universitas Sriwijaya  
Jl. Raya Palembang - Prabumulih Km. 32 Indralaya, Sumatera Selatan, Indonesia  
Email: [nurhidayatulloh@fh.unsri.ac.id](mailto:nurhidayatulloh@fh.unsri.ac.id)

**Akhmad Idris**

Departemen Hukum Internasional, Fakultas Hukum Universitas Sriwijaya  
Jl. Raya Palembang - Prabumulih Km. 32 Indralaya, Sumatera Selatan, Indonesia  
Email: [akhmadidris@fh.unsri.ac.id](mailto:akhmadidris@fh.unsri.ac.id)

**Rizka Nurliyantika**

Departemen Hukum Internasional, Fakultas Hukum Universitas Sriwijaya  
Jl. Raya Palembang - Prabumulih Km. 32 Indralaya, Sumatera Selatan, Indonesia  
Email: [rizkanurliyantika@fh.unsri.ac.id](mailto:rizkanurliyantika@fh.unsri.ac.id)

**Fatimatuz Zuhro**

Fakultas Hukum Universitas Sriwijaya & Universitas Islam Negeri Raden Fatah Palembang  
Jl. Raya Palembang - Prabumulih Km. 32 Indralaya, Sumatera Selatan, Indonesia  
Email: [fatimatuzzuhro\\_uin@radenfatah.ac.id](mailto:fatimatuzzuhro_uin@radenfatah.ac.id)

**Naskah diterima:** 10-09-2021 **revisi:** 23-05-2022 **disetujui:** 31-05-2022

### **Abstrak**

Kejahatan genosida merupakan salah satu tindak pidana internasional paling serius yang terdapat dalam Statuta Roma 1998. Sebelumnya, genosida diatur di dalam Konvensi Kejahatan Genosida tahun 1948 yang berlaku 12 Januari 1951. Di Indonesia, kejahatan Genosida juga diatur di dalam Undang-Undang Pengadilan HAM. Dalam konvensi dan Statuta Roma tidak diperbolehkan adanya retroaktif, namun demikian

---

<sup>1</sup> Artikel ini merupakan hasil penelitian Skema Sains, Teknologi dan Seni Universitas Sriwijaya sesuai dengan Anggaran DIPA Badan Layanan Umum Universitas Sriwijaya Tahun Anggaran 2021 No. SP DIPA-023.17.2.677515/2021, tanggal 23 November 2020 Sesuai dengan SK Rektor Nomor: 0023/UN9/SK.LP2M.PT/2021 Tanggal 22 Juli 2021 tentang Persetujuan Judul dan Penunjukan Tenaga Pelaksana Penelitian Sains, Teknologi dan Seni Tahap II Bagi Dosen Universitas Sriwijaya Tahun 2021.

retroaktif muncul dalam Undang-Undang Pengadilan HAM dan diperkuat melalui Putusan MK. Penelitian ini berfokus pada pengabaian asas non-retroaktif dalam UU Pengadilan HAM dan sejauh mana waktu pemberlakuan “retroaktif” bisa diterapkan dalam kasus kejahatan ini. Metode yang digunakan dalam penelitian ini adalah metode hukum normatif dengan pendekatan perundang-undangan dan kasus. Hasil penelitian menunjukkan bahwa mengabaikan asas non-retroaktif bertentangan dengan hukum internasional dan HAM. Sementara Putusan MK yang menguatkan retroaktif dapat dimaknai bahwa MK menjaga HAM sekaligus melanggar HAM dengan kurang cermatnya menafsirkan kata “dikurangi” dan “pembatasan” dalam Pasal 28J UUD 1945.

**Kata Kunci:** Asas Non-retroaktif; Genosida; Putusan Mahkamah Konstitusi; Statuta Roma; Pengadilan HAM.

### **Abstract**

*The crime of genocide is one of the most serious international crimes stipulated in the Rome Statute. Previously, genocide was regulated in the Convention on Genocide entered into force on 12 January 1951. The convention and the Rome Statute do not allow retroactivity. However, retroactivity appears in the Indonesian Law on the Human Rights Court and is strengthened through the Indonesian Constitutional Court's Decision. This study focuses on the neglect of the non-retroactive principle in the Law on Human Rights Courts and the extent to which the retroactive period. This research uses normative-legal method with a statutory and case approaches. The result shows that ignoring the non-retroactive principle is contrary to international law and international human rights regulations. Hence, the Constitutional Court's decision that strengthens retroactivity can be interpreted that the Court maintains human rights while at the same time violates human rights by not accurately interpreting the word “derogation” and “limitation” in Article 28J of the 1945 Constitution.*

**Keywords:** Constitutional Court Decision; Genocide; Indonesian Human Rights Court; Non-Retrospective Principle; Rome Statute.

## **A. PENDAHULUAN**

### **1. Latar Belakang**

Pada abad ke-21 ini, perkembangan hukum internasional telah terjadi dengan sangat pesat terutama pasca Perang Dunia Pertama dan Perang Dunia Kedua. Hal ini harus dilakukan negara-negara di dunia untuk menjaga perdamaian dan keamanan internasional terutama mencegah terjadinya Perang Dunia Ketiga. Perkembangan hukum internasional ini juga terlihat pesat pada cabang hukum internasional yakni hukum pidana internasional. Saat ini negara-negara yang tergabung dalam Perserikatan Bangsa-Bangsa semakin kompak terutama dalam menyikapi dan mencegah terjadinya konflik yang memicu terjadinya perang dunia tersebut. Hal ini terlihat dalam resolusi Majelis Umum PBB yang baru saja dilakukan terkait dengan konflik Rusia dan Ukraina.

Dalam resolusi tersebut 141 negara yang ada di dalam Majelis Umum PBB menyetujui Resolusi yang meminta Rusia untuk menghentikan serangan militer di Ukraina.<sup>2</sup> Konflik militer ini perlu segera dihentikan untuk menghindari potensi terjadinya kejahatan internasional yang terjadi dalam konflik bersenjata tersebut.

Kejahatan internasional dapat disebut juga sebagai kejahatan paling serius yang menjadi perhatian komunitas internasional dimana pada awalnya belum terjadi kesepakatan jenis kejahatan apa saja yang termasuk dalam kejahatan internasional. M. Cherif Bassiouni membagi kejahatan internasional ke dalam beberapa tingkatan, yakni: a) Kejahatan internasional. Kejahatan ini seringkali disebut juga dengan *international crimes*. Bassiouni memasukan larangan kejahatan internasional ini termasuk dalam prinsip *jus cogens* oleh karena tipikal dan karakter *international crimes* ini berkaitan dengan terganggunya perdamaian dan keamanan internasional. Perkembangan hukum pidana internasional kemudian mengklasifikasikan *international crimes* kedalam empat jenis kejahatan, yakni kejahatan genosida, kejahatan terhadap kemanusiaan, kejahatan agresi dan kejahatan perang. b) Kejahatan internasional diklasifikasikan dalam jenis kedua ini adalah *international delict*. Karakteristik *international delict* ini berkaitan dengan kepentingan multilateral negara-negara di dunia. *International delict* mencakup pembajakan pesawat udara, pembiayaan terorisme, perdagangan obat-obatan terlarang secara melawan hukum, dan kejahatan terhadap petugas PBB. c) Kejahatan internasional jenis ketiga disebut dimaksudkan pada *international infraction*. Pada dasarnya *international infraction* tidak termasuk *international crimes* dan *international delict*. Kejahatan dalam jenis ini antara lain pemalsuan dan peredaran uang palsu serta penyupaan terhadap pejabat publik asing yang menyangkut lebih dari satu negara.<sup>3</sup> Pembahasan dalam penelitian ini yang dimaksud dengan kejahatan internasional adalah kejahatan internasional pada tingkat pertama yakni kejahatan internasional yang secara substansi telah menjadi larangan hukum internasional atau menjadi bagian dari prinsip *ius cogens* yang mencakup kejahatan agresi, kejahatan terhadap kemanusiaan, kejahatan perang, dan kejahatan genosida.

Kejahatan genosida (*crimes of genocide*) merupakan salah satu kejahatan yang paling serius dan menjadi perhatian internasional. Begitu berbahayanya kejahatan ini, komunitas internasional telah merumuskan bahwa kejahatan ini merupakan kejahatan internasional dan menjadi yurisdiksi Mahkamah Pidana Internasional (ICC) sebagai

<sup>2</sup> UN News, "General Assembly resolution demands end to Russian offensive in Ukraine," <https://news.un.org/en/story/2022/03/1113152>, diakses 29 Mei 2022,

<sup>3</sup> Danel Aditia Situngkir, "Asas Legalitas Dalam Hukum Pidana Nasional Dan Hukum Pidana Internasional," *Soumatara Law Review* 1, no. 1 (2018): 22, <https://doi.org/10.22216/soumlaw.v1i1.3398>.

hasil kesepakatan yang telah dibuat oleh komunitas internasional di Roma pada tahun 1998. Hasil kesepakatan ini disebut dengan Statuta Roma dimana kejahatan genosida diatur dalam Pasal 6 Statuta Roma. Dalam Pasal ini dinyatakan bahwa:

*“For the purpose of this Statute, “genocide” means any of the following acts committed with intent to destroy, in whole or in part, a national, ethnical, racial or religious group, as such: (a) Killing members of the group; (b) Causing serious bodily or mental harm to members of the group; (c) Deliberately inflicting on the group conditions of life calculated to bring about its physical destruction in whole or in part; (d) Imposing measures intended to prevent births within the group; (e) Forcibly transferring children of the group to another group.” (Article 6)<sup>4</sup>*

Pasal tersebut menyatakan bahwa Genosida merupakan sebuah tindakan yang bertujuan untuk menghancurkan baik secara keseluruhan atau sebagian kelompok baik itu atas dasar perbedaan etnis, rasa tau bahkan karena perbedaan agama dengan berbagai macam cara seperti pembunuhan secara massif, pencegahan kelahiran sampai dengan pemindahan secara paksa anak-anak dari satu kelompok ke kelompok lain. Kejahatan seperti ini salah satunya terjadi pada masa pasca Perang Dunia II dimana etnis yahudi dibunuh secara massif oleh tentara Jerman dengan dasar kebencian hitler terhadap etnis Yahudi.

Secara umum perangkat dan mekanisme kejahatan genosida baru diatur di dalam Statuta Roma tahun 1998, namun demikian ketika dilacak lebih jauh ternyata secara konseptual kejahatan ini sudah diatur di dalam sebuah konvensi yang sampai saat ini juga berlaku yakni *Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (Konvensi Genosida) yang telah diadopsi oleh Resolusi Majelis Umum PBB 260 A (III) tanggal 9 Desember 1948. Konvensi ini sendiri berlaku enam puluh hari setelah ratifikasi kedua puluh oleh Negara anggotanya, yakni tanggal 12 Januari 1951. Secara konseptual definisi kejahatan genosida antara Statute Roma dan Konvensi ini sama sekali tidak berbeda. Bahkan bisa dikatakan bahwa definisi kejahatan genosida dalam Statute Roma mengadopsi secara langsung definisi yang ada dalam Konvensi tentang Genosida tersebut. Hal yang membedakan di antara keduanya adalah, di satu sisi, bahwa kejahatan genosida yang menjadi yurisdiksi ICC hanya yang terjadi setelah statute ini berlaku hal ini dinyatakan dalam Pasal 11 Statuta Roma bahwa *“the Court has jurisdiction only with respect to crimes committed after the entry into force of this Statute.”* Sementara itu, di sisi lain, bahwa konvensi Genosida tidak menyebutkan sama

<sup>4</sup> The Rome Statute of the International Criminal Court” (1998), <https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/RS-Eng.pdf>, diakses 9 September 2021.

sekali di dalam pasalnya mengenai apakah tindak kejahatan genosida yang terjadi sebelum konvensi ini bisa tercakup dalam konvensi.

Asas non-retroaktif pada dasarnya diatur tidak hanya di dalam konvensi internasional tentang HAM, akan tetapi juga diatur di dalam konstitusi Negara, UUD 1945. Dalam Kovenan Internasional tentang Hak Sipil dan Politik, persoalan asas non-retroaktif juga telah diatur secara tegas bahwa tidak dituntutnya seseorang oleh aturan yang berlaku surut merupakan hak asasi manusia yang *non-derogable* atau tidak dapat dikurangi dalam keadaan apapun. Sama halnya dengan Konstitusi RI, UUD 1945, Pasal 28I(1) juga menyatakan hal yang serupa dengan Kovenan Hak Sipil dan Politik. Namun yang menjadi persoalan adalah mengapa dalam Undang-Undang Pengadilan HAM hal ini malah diatur sebaliknya. Artinya pengabaian asas non-retroaktif malah dimungkinkan. Hal ini juga didukung dengan putusan Mahkamah Konstitusi (MK) yang memberi ruang terhadap pengabaian asas non-retroaktif.

Setelah melakukan *literature review*, penulis menemukan beberapa tulisan yang membahas tentang kejahatan genosida ini seperti *tulisan* Irsyad Dhahri S Suhaeb yang berjudul *Retrospectivity and Human Rights in Indonesia: How Can Irregularities Be Resolved.*" Dalam tulisan ini difokuskan pada implementasi pengabaian asas ini yang dapat diterapkan dalam kondisi sosial-politik yang mendesak.<sup>5</sup> Kemudian karya Made Darma Weda yang berjudul *Pengecualian Asas Legalitas Dalam Hukum Pidana dalam Jurnal Hukum dan Peradilan*" dalam tulisan ini dibahas tentang pengecualian asas legalitas dengan studi kasus *International Criminal Tribunal for The Farmer Yugoslavia (ICTY)* dan *International Criminal Tribunal for the Rwanda (ICTR)*.<sup>6</sup> Setelah penulis telusuri dari sekian banyak tulisan yang ada pembeda yang sekaligus menjadi *novelty* dari tulisan ini adalah bahwa telaah yang dilakukan oleh penulis terhadap asas legalitas ini berasal dari sudut pandang konteks dua konvensi internasional sekaligus, yakni Konvensi Genosida dan Konvensi Hak Sipil dan Politik. Selain itu juga dari dua sudut pandang tersebut disaripatikan dan kemudian dijadikan sebagai kaca mata untuk menganalisis asas non-retroaktif dalam UUD 1945 dan pengabaian asas tersebut dalam Undang-Undang Pengadilan HAM. Selain itu, penulis juga menganalisis Putusan Mahkamah Konstitusi menggunakan sudut pandang traktat yang telah diratifikasi Indonesia dan UUD 1945 perihal asas non-retroaktif yang pernah diputuskan oleh Mahkamah Konstitusi.

<sup>5</sup> Irsyad Dhahri S Suhaeb, "Retrospectivity and Human Rights in Indonesia: How Can Irregularities Be Resolved," *Indonesian Journal of International Law* 10, no. 2 (2013): 339–360.

<sup>6</sup> Made Darma Weda, "Pengecualian Asas Legalitas Dalam Hukum Pidana," *Jurnal Hukum dan Peradilan* 2, no. 2 (2013): 203, <https://doi.org/10.25216/jhp.2.2.2013.203-224>.

## 2. Perumusan Masalah

Adapun penelitian ini berusaha untuk memecahkan dua persoalan utama, yakni: 1) mengapa Indonesia mengabaikan asas non-retroaktif dalam konteks kejahatan genosida sementara hal ini tidak diatur di dalam Konvensi tentang Genosida dan bahkan bertentangan dengan Kovenan Hak Sipil dan Politik? dan 2) sampai sejauh mana waktu “retroaktif” dalam kasus kejahatan genosida dapat diberlakukan di Indonesia?

## 3. Metode Penelitian

Pendekatan yang dipakai dalam penelitian ini adalah pendekatan normatif<sup>7</sup> atau doktrinal<sup>8</sup> dengan tujuan untuk meneliti asas non-retroaktif dalam ketentuan kejahatan genosida di Indonesia. Instrument hukum nasional dan hukum Internasional terkait tentang hak asasi manusia dan kejahatan genosida juga menjadi kajian utama dalam penelitian ini. Data tersebut kemudian dianalisis secara deskriptif-analitis menggunakan analisis data kualitatif dan dicari pemecahan masalahnya.<sup>9</sup> Bahan primer penelitian ini terdiri dari Konvensi Internasional tentang Genosida, *International Law of the Law of Treaties* dan peraturan perundang-undangan di Indonesia mulai dari Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, Undang-undang Nomor 26 Tahun 2000 tentang Pengadilan HAM, dan Putusan Mahkamah Konstitusi RI. Bahan hukum sekunder yang digunakan dalam penelitian ini adalah karya ilmiah dalam bentuk tulisan seperti buku dan jurnal artikel yang terkait dengan kejahatan internasional dan hak asasi manusia. Kemudian bahan hukum tersier penelitian ini adalah ensiklopedia dan kamus hukum.

## B. PEMBAHASAN

### 1. Paradigma Asas Non-Retroaktif Kejahatan Genosida dalam Konvensi

Dalam pembahasan kali ini ada dua konvensi internasional yang menjadi sumber penting dalam pembahasan pemberlakuan asas non-retroaktif. Pertama adalah Konvensi Genosida dan yang kedua adalah Konvensi Internasional tentang Hak Sipil dan Politik. Konvensi Genosida diadopsi oleh Resolusi Majelis Umum PBB 260 A (III) tanggal 9 Desember 1948. Konvensi ini dibuat persis setelah Perang Dunia II berakhir dengan tujuan adalah bahwa kejadian pembantaian tentara Jerman terhadap etnis Yahudi

<sup>7</sup> Soerjono Soekanto, *Penelitian Hukum Normatif*, (Jakarta: Rajawali Press, 2013).

<sup>8</sup> Bambang Sunggono, *Metode Penelitian Hukum*, (Jakarta: Rajawali Pers, 1997).

<sup>9</sup> Restu Kartiko Widi, *Asas Metodologi Penelitian Sebuah Pengenalan dan Penuntunan Langkah demi Langkah Pelaksanaan Penelitian*, (Yogyakarta: Graha Ilmu, 2010).

tidak terulang kembali di masa yang akan datang.<sup>10</sup> Peristiwa *Holocaust* inilah yang menjadi latar belakang utama mengapa Konvensi Genosida dibuat.<sup>11</sup> Pencegahan ini penting oleh karena dalam sejarah umat manusia, genosida telah Konvensi juga mengakui bahwa dalam sejarah manusia genosida telah mengakibatkan kerugian yang sangat besar terhadap kemanusiaan.<sup>12</sup> Hal ini disinggung juga di dalam pembukaan konvensi yang menyatakan bahwa "*Recognizing that at all periods of history genocide has inflicted great losses on humanity.*"

Kovenan Genosida secara substansi tidak mengatur sama sekali tentang pengabaian asas non-retroaktif dalam kasus kejahatan ini. Sebaliknya ketika dilihat melalui *travaux preparatoires* konvensi ini terlihat bahkan mendukung pemberlakuan prospektif bukan retrospektif (retroaktif). Dalam *legal memorandum* yang dibuat oleh *International Center for Transitional Justice* menyebutkan bahwa dalam *Official Records of the Third Session of the General Assembly* salah seorang delegasi, Mr. Morozov, menegaskan bahwa:

*"The travaux preparatoires of the Convention support the contention that the negotiators understood that they were accepting prospective, not retrospective, obligations on behalf of the States they represented, including the 'prevention of future crimes'. One delegate described the purpose of the Convention as expressing 'the peoples' desire to punish all those who, in the future, might be tempted to repeat the appalling crimes that had been committed'.*"<sup>13</sup>

Selain itu, dalam Pasal 28 Konvensi Wina 1969 tentang Perjanjian Internasional menyatakan bahwa:

*"Unless a different intention appears from the treaty or is otherwise established, its provisions do not bind a party in relation to any act or fact which took place or any situation which ceased to exist before the date of the entry into force of the treaty with respect to that party"*<sup>14</sup>

<sup>10</sup> William A Schabas, "Retroactive Application of the Genocide Convention," *University of St. Thomas Journal of Law and Public Policy* 4, no. 2 (2010): 36–59.

<sup>11</sup> Geoffrey Robertson, "Was There an Armenian Genocide?," *University of St. Thomas Journal of Law and Public Policy* 4, no. 2 (2009): 83–127, [http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/tjlp4&id=441&div=&collection=journals%5Cnhttp://ezproxy.library.nyu.edu:2177/HOL/Page?handle=hein.journals/tjlp4&div=20&collection=journals&set\\_as\\_cursor=4&men\\_tab=srchresults](http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/tjlp4&id=441&div=&collection=journals%5Cnhttp://ezproxy.library.nyu.edu:2177/HOL/Page?handle=hein.journals/tjlp4&div=20&collection=journals&set_as_cursor=4&men_tab=srchresults).

<sup>12</sup> "Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide" (1948), <https://doi.org/10.5771/9783845258911>, diakses pada 9 Juni 2021.

<sup>13</sup> International Center for Transitional Justice, "The Applicability of the United Nations Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide to Events Which Occurred During the Early Twentieth Century Legal Analysis Prepared for the International Center for Transitional Justice," 2002.

<sup>14</sup> "The 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties, Article 2 (1) (b)."

Dalam konvensi ini jelas-jelas juga dinyatakan bahwa setiap kejadian yang terjadi sebelum suatu perjanjian internasional dibuat, maka pasal-pasal yang terdapat dalam perjanjian internasional ini tidak dapat mengikat tanggung jawab suatu negara.

## 2. Asas Non-Retroaktif dalam Hak Asasi Manusia

Pembahasan asas hukum yang tidak boleh retroaktif akan sangat terbatas apabila hanya mengacu pada sumber-sumber hukum nasional semata. Oleh karena itu akan lebih komprehensif ketika diskusi asas ini dengan mengacu kepada instrumen-instrumen hukum internasional yang telah diratifikasi Indonesia dan hukum kebiasaan internasional yang wajib menjadi rujukan, seperti Deklarasi HAM Univesal (UDHR) dan Konvensi Internasional tentang Hak Sipil dan Politik. Meskipun UDHR hanya merupakan Resolusi Majelis Umum PBB yang secara hukum tidak mengikat, akan tetapi instrumen hukum internasional ini merupakan tonggak sejarah awal munculnya instrumen-instrumen HAM internasional berikutnya yang memiliki kekuatan hukum mengikat seperti Konvensi HAM Eropa dan Kovenen Hak Sipil dan Politik.<sup>15</sup>

UDHR menyatakan dalam Pasal 11 ayat (2) bahwa *“No one shall be held guilty of any penal offence on account of any act or omission which did not constitute a penal offence, under national or international law, at the time when it was committed.”*<sup>16</sup> Hal ini ditegaskan kembali dalam Konvensi HAM Eropa Pasal 7 ayat (1) yang menyatakan bahwa *“No one shall be held guilty of any criminal offence on account of any act or omission which did not constitute a criminal offence under national or international law at the time when it was committed.”* Konvensi ini memang hanya berlaku bagi Negara-negara Eropa akan tetapi konvensi ini tercatat dalam sejarah sebagai Konvensi HAM internasional pertama yang memiliki kekuatan hukum mengikat.<sup>17</sup> Baru setelah dua puluh tahun kemudian Konvensi Hak Sipil dan Politik disahkan. Tidak jauh berbeda, dalam konvensi terakhir ini juga diatur hal yang sama dalam Pasal 15 ayat (1) dinyatakan bahwa *“no one shall be held guilty of any criminal offence on account of any act or omission which did not constitute a criminal offence, under national or international law, at the time when it was committed.”*

<sup>15</sup> Nurhidayatuloh & Febrian, “ASEAN and European Human Rights Mechanisms, What Should be Improved?,” *Padjadjaran Journal of Law* 6, no. 1 (2019): 151–67, <https://doi.org/10.22304/pjih.v6n1.a8>.

<sup>16</sup> United Nations, “Universal Declaration of Human Rights, adopted by the General Assembly on 10 Dec 1948” (1948).

<sup>17</sup> Nurhidayatuloh et al., “Does limitation rule in international and regional human rights law instruments restrict its implementation?,” *International Journal of Recent Technology and Engineering* 8, no. 2 Special Issue 9 (2019): 597-600. <https://doi.org/10.35940/ijrte.B1125.0982S919>.

Ketiga instrumen HAM tersebut secara prinsip dan substansi hampir sama bahkan bisa dikatakan sama persis yang menjamin bahwa seseorang tidak dapat dipidana kecuali telah diatur hukumnya. Pada dasarnya tiga aturan tersebut secara eksplisit mengatur tentang asas legalitas (*nullum crimen sine lege*) dimana suatu tindak pidana baru dapat dihukum ketika ada aturannya. Namun demikian, ketika digali lebih jauh lagi asas pasal ini juga mengandung makna asas non-retroaktif. Di Eropa bahkan telah dikuatkan berdasarkan putusan-putusan hakim Pengadilan HAM Eropa yang menegaskan bahwa larangan *retrospective* (retroaktif) adalah hal yang tanpa syarat yang tidak hanya sebatas pada definisi tindak pidana semata akan tetapi juga mencakup pada hukuman yang tidak boleh diterapkan.<sup>18</sup> Hal ini dilihat dalam putusan *Vasiliauskas v. Lithuania* [GC], §§ 165-166 dan *Jamil v. France*, §§ 34-36 serta *M. v. Germany*, §§ 123. Putusan itu bermakna bermakna bahwa selain diatur dalam pasal terkait, preseden juga menguatkan bahwa non-retroaktif bersifat mutlak. Selain di Konvensi HAM Eropa, Konvensi Hak Sipil dan Politik juga menegaskan bahwa Pasal 15 merupakan hak asasi manusia yang tidak dapat dikurangi dalam keadaan apapun. Hal ini sesuai dengan amanat Pasal 4(2) Konvensi yang menyatakan bahwa “*No derogation from articles 6, 7, 8 (paragraphs 1 and 2), 11, 15, 16 and 18 may be made under this provision.*” Sehingga dalam konteks HAM dapat disimpulkan juga bahwa pemberlakuan retroaktif terhadap suatu tindak pidana merupakan pelanggaran terhadap aturan-aturan HAM Internasional dan regional.

### 3. Genosida Dalam Undang-Undang Pengadilan HAM

Diskusi pemberlakuan retroaktif mulai mengemuka di Indonesia pada saat pembuatan Undang-Undang Nomor 26 tahun 2000 dimana dalam Pasal 43 dimungkinkan bahwa Pengadilan HAM *ad hoc* untuk menangani kasus genosida dan kejahatan terhadap kemanusiaan sebelum undang-undang ini dibuat. Bahkan pasal menurut MK sebagai pasal yang tidak dapat dihindarkan lagi mengandung makna retroaktif.<sup>19</sup>

Sebelum dibahas lebih lanjut, penulis akan menggaris bawahi bahwa dalam tulisan ini tidak mengenal penyebutan “asas” terhadap kata retroaktif sebagaimana diungkapkan beberapa sarjana hukum Indonesia. Penulis dalam hal ini hanya mengenal istilah asas non-retroaktif dimana dalam beberapa *literature* non-retroaktif memang telah menjadi asas atau prinsip dan pegangan para pakar hukum di dunia. Adapun yang dimaksud dengan retroaktif adalah pengabaian terhadap asas non-retroaktif.

<sup>18</sup> Council of Europe/European Court of Human Rights, “Guide on Article 7 of the European Convention on Human Rights No punishment without law: the principle that only the law can define a crime and prescribe a penalty,” n.d., [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int).

<sup>19</sup> Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia, “Putusan Mahkamah Konstitusi (MK) Nomor 0065/PUU-II/2004.”

Pada dasarnya, asas non-retroaktif juga dikenal dalam konstitusi, UUD 1945, Pasal 28(I) yang menyatakan bahwa:

*“Hak untuk hidup, hak untuk tidak disiksa, hak untuk kemerdekaan pikiran dan hati nurani, hak beragama, hak untuk tidak diperbudak, hak untuk diakui sebagai pribadi di hadapan hukum, dan hak untuk tidak dituntut atas dasar hukum yang berlaku surut adalah hak asasi manusia yang tidak dapat dikurangi dalam keadaan apapun.”*

Dalam pasal ini jelas dinyatakan bahwa pengabaian asas non-retroaktif dengan melakukan retroaktif suatu kasus pidana merupakan pelanggaran terhadap konstitusi. Terlebih lagi konstitusi juga menegaskan hal ini merupakan hak asasi manusia yang paling mendasar dan tidak dapat dikurangi oleh Negara sekalipun.

Faktanya, aturan retroaktif ini tetap saja ada dan diatur dalam Undang-Undang Nomor 26 Tahun 2000 tentang Pengadilan HAM. Pasal 43 Undang-undang tersebut menyatakan bahwa “Pelanggaran hak asasi manusia yang berat yang terjadi sebelum diundangkannya undang-undang ini, diperiksa dan diputus oleh Pengadilan HAM *ad hoc*.” Pasal ini berarti ada sebuah kewenangan yang diberikan kepada Pengadilan HAM *ad hoc* untuk Menangani perkara yang terjadi sebelum aturan ini lahir. Hal ini juga diperkuat dengan penjelasan pasal yang menyatakan bahwa:

*“Mengenai pelanggaran hak asasi manusia yang berat 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 28 J (2) UUD NRI 1945 dengan ungkapan lain asas retroaktif dapat diberlakukan dalam rangka melindungi hak asasi manusia itu sendiri.”*

Hal ini juga diperkuat dalam Putusan Mahkamah Konstitusi (MK) Nomor 0065/PUU-II/2004 bahwa dalam pertimbangannya MK sendiri menegaskan sifat multak asas non retroaktif dengan menyatakan bahwa:

*“Menimbang bahwa ketentuan Pasal 28I ayat (1) UUD 1945, menyatakan bahwa hak untuk tidak dituntut berdasarkan hukum yang berlaku surut merupakan hak asasi manusia yang tidak dapat dikurangi dalam keadaan apapun. Meskipun rumusan harfiah demikian menimbulkan kesan seolah-olah bahwa hak untuk tidak dituntut berdasarkan hukum yang berlaku surut bersifat mutlak, namun sesuai dengan sejarah penyusunannya, Pasal 28I ayat (1) tidak boleh dibaca secara berdiri sendiri melainkan harus dibaca bersama-sama dengan Pasal 28J ayat (2). Dengan cara demikian maka akan tampak bahwa, secara sistematis, hak asasi manusia -termasuk hak untuk tidak dituntut berdasarkan hukum yang berlaku surut- tidaklah bersifat mutlak, karena dalam menjalankan hak*

*dan kebebasannya, setiap orang wajib menghormati hak asasi manusia orang lain dan wajib tunduk pada pembatasan yang ditentukan undang-undang dengan maksud semata-mata untuk menjamin penegakan dan penghormatan atas hak dan kebebasan orang lain serta untuk memenuhi tuntutan yang adil sesuai dengan pertimbangan moral, nilai-nilai agama, keamanan dan ketertiban umum dalam satu masyarakat demokratis sebagaimana diatur dalam Pasal 28J ayat (2). Dengan membaca Pasal 28I ayat (1) bersama-sama dengan Pasal 28J ayat (2), tampaklah bahwa hak untuk tidak dituntut berdasarkan hukum yang berlaku surut (retroaktif) tidaklah bersifat mutlak, sehingga dalam rangka 'memenuhi tuntutan yang adil sesuai dengan pertimbangan moral, nilai-nilai agama, keamanan, dan ketertiban,' dapat dikesampingkan."<sup>20</sup>*

Mahkamah Konstitusi dalam kasus ini mengemukakan secara tegas ternyata penerapan asas non-retroaktif tidak bersifat mutlak oleh karena kemutlakan ini dibatasi dengan Pasal UUD 1945 28J ayat (2) yang mana pertimbangan moral, nilai-nilai agama, dan kemanan menjadi penghalang sifat kemutlakan asas non-retroaktif ini. Sehingga ketika ada persoalan mengapa Indonesia menganut ketidakmutlakan terhadap asas padahal hal ini bertentangan dengan aturan hukum internasional tentang HAM adalah karena asas ini dibatasi oleh hak dan kebebasan orang lain dan pembatasan yang dibuat oleh undang-undang sesuai dengan pertimbangan moral, nilai-nilai keagamaan dan keamanan. Kemudian alasan demikian di dukung oleh MK sebagai penjaga konstitusi.

Dalam konteks ini penulis ingin mengkritisi pertimbangan hukum yang terdapat dalam putusan tersebut. Nampaknya hakim dalam hal ini tidak dapat membedakan kata "tidak dapat dikurangi" yang terdapat dalam Pasal UUD 1945 28I ayat (1) dengan kata "pembatasan" sebagaimana disebutkan dalam Pasal UUD 1945 28J ayat (2) oleh karena kata-kata inilah yang menjadi tolak ukur MK dalam mendukung pengabaian asas non-retroaktif. Padahal dalam *instrument* hukum HAM internasional konsep pembatasan (*limitation*) dan pengurangan (*derogation*) memiliki makna yang berbeda dan perbedaan kedua konsep ini juga dikenal dalam Kovenan Hak Sipil dan Politik.

Limitasi adalah hal ikhwal dimana suatu negara dapat membatasi hak asasi manusia individu di dalam yurisdiksinya. Pembatasan ini hanya dimungkinkan pada pasal-pasal suatu perjanjian internasional.<sup>21</sup> Dalam konteks Kovenan Sipil dan Politik pembatasan hanya dapat dilakukan pada pasal-pasal yang disebutkan dalam pasal

<sup>20</sup> Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia, "Putusan Mahkamah Konstitusi (MK) Nomor 0065/PUU-II/2004."

<sup>21</sup> Emanuele Sommario, "Derogation from Human Rights Treaties in Situations of Natural or Man-Made Disasters," in *International Disaster Response Law*, ed. Andrea de Guttry, Marco Gestri, dan Gabriella Venturini (The Hague: Asser Press, 2012), 323-52, <https://doi.org/10.1007/978-90-6704-882-8>.

tersebut untuk dilakukan pembatasan. Hal ini juga dijelaskan dalam *Siracusa Principle* dimana justifikasi limitasi adalah:

*“1) No limitations or grounds for applying them to rights guaranteed by the Covenant are permitted other than those contained in the terms of the Covenant itself; 2) The scope of a limitation referred to in the Covenant shall not be interpreted so as to jeopardize the essence of the right concerned; 3) All limitation clauses shall be interpreted strictly and in favor of the rights at issue; 4) All limitations shall be interpreted in the light and context of the particular right concerned; 5) All limitations on a right recognized by the Covenant shall be provided for by law and be compatible with the objects and purposes of the Covenant; 6) No limitation referred to in the Covenant shall be applied for any purpose other than that for which it has been prescribed; 7) No limitation shall be applied in an arbitrary manner; 8) Every limitation imposed shall be subject to the possibility of challenge to and remedy against its abusive application.”<sup>22</sup>*

Dalam konteks ini limitasi dalam Kovenan Hak Sipil dan Politik hanya terbatas pada pasal-pasal tertentu semata dimana limitasi itu dimungkinkan dalam pasal tersebut. Contohnya dalam Pasal 18(3) yang menyebutkan bahwa *“Freedom to manifest one’s religion or beliefs may be subject only to such limitations as are prescribed by law and are necessary to protect public safety, order, health, or morals or the fundamental rights and freedoms of others.”* Limitasi dalam hal ini dimungkinkan pada kebebasan untuk menjalankan agama oleh karena diatur secara langsung dalam pasal tersebut.

Di sisi lain, derogasi juga diatur dalam *Siracusa Principle*. Derogasi yakni negara dapat melakukan pengurangan terhadap kewajiban pemenuhan hak asasi manusia terhadap individu di dalam yurisdiksinya. Secara umum derogasi ini diatur di dalam Pasal 4 Kovenan Hak Sipil dan Politik dengan logika bahwa derogasi dimungkinkan terhadap pasal-pasal yang terdapat dalam konvensi kecuali terhadap pasal-pasal yang diatur dalam Pasal 4 (2). *Siracusa Principle* mengatur sedemikian rupa tentang derogasi, yakni:

*“A state party may take measures derogating from its obligations under the International Covenant on Civil and Political Rights pursuant to Article 4 (hereinafter called “derogation measures” ) only when faced with a situation of exceptional and actual or imminent danger which threatens the life of the nation. A threat to the life of the nation is one that: (a) affects the whole of the population and either the whole or part of the territory of the state; and (b) threatens the physical integrity of the population, the political independence or the territorial integrity of the state or the existence or basic functioning of*

<sup>22</sup> American Association for the International Commission of Jurists, “Siracusa Principle on the Limitation and Derogation Provisions in the International Covenant on Civil and Political Rights,” 1985, [www.icj.org](http://www.icj.org)., diakses pada 9 Juni 2021.

*institutions indispensable to ensure and protect the rights recognized in the Covenant.*"<sup>23</sup>

Ketentuan tentang derogasi berkebalikan dengan limitasi dimana dalam limitasi aturannya harus jelas dalam pasal tersebut memperbolehkan limitasi. Di sisi lain, derogasi dimungkinkan dalam semua pasal yang terdapat dalam Kovenan Hak Sipil dan Politik kecuali hak-hak yang *non derogable* sebagaimana yang terdapat dalam Pasal 4 ayat (2). Contoh dari hak yang *non derogable* adalah Pasal 15 Kovenan yang menyatakan bahwa "*No one shall be held guilty of any criminal offence on account of any act or omission which did not constitute a criminal offence, under national or international law, at the time when it was committed.*" Sehingga dapat disimpulkan bahwa dalam hal ini "Kovenan Hak Sipil dan Politik" Pasal 15 yang mengatur soal asas non-retroaktif tidak dimungkinkan adanya derogasi atau pengurangan karena termasuk dalam "Kovenan Hak Sipil dan Politik" Pasal 4 ayat (2) dan juga tidak dimungkinkan adanya limitasi karena tidak diatur secara langsung dalam pasal tersebut tentang pembolehan limitasinya.

Menyambung persoalan limitasi pada Kovenan Hak Sipil dan Politik Pasal 18 ayat (3), ternyata dalam Pasal 4 ayat (2) hak yang tidak boleh untuk dilakukan derogasi adalah keseluruhan Pasal 18 termasuk Pasal 18 ayat (3). Perlu dipahami bahwa "Kovenan Hak Sipil dan Politik" Pasal 18 adalah berkenaan dengan kebebasan berfikir, berkeyakinan dan beragama dimana dalam hal ini adalah termasuk memiliki agama, berpindah agama dan menjalankan (*manifest*) ibadah menurut agama ataupun keyakinannya. Dalam konteks ini ada beberapa hak yang berkaitan dengan agama diatur. Berdasarkan "Kovenan Hak Sipil dan Politik" Pasal 4 ayat (2) keseluruhan hak kebebasan yang terdapat dalam "Kovenan Hak Sipil dan Politik" Pasal 18 ini tidak boleh di derogasi dalam keadaan apapun. Namun khusus untuk "Kovenan Hak Sipil dan Politik" Pasal 18 ayat (3) yang berkenaan dengan kebebasan untuk menjalankan (*manifest*) agama atau kepercayaan dapat dilakukan limitasi. Hal ini menandakan bahwa antara limitasi dan derogasi adalah sesuatu yang berbeda baik secara konseptual dan implementasinya di dalam pasal-pasal Kovenan Hak Sipil dan Politik. Konsep ini oleh Mahkamah Konstitusi dianggap sama sehingga memunculkan pertimbangan hukum bahwa hak non-retroaktif dapat dilakukan limitasi, padahal faktanya hak tersebut tidak dimungkinkan untuk diderogasi dan tidak diberikan ruang untuk limitasi.

Persoalan kenapa dalam konteks "Kovenan Hak Sipil dan Politik" Pasal 18 ayat (3) ini tidak dimungkinkan derogasi tapi dapat dilimitasi menjadi perhatian nalar penulis dalam menyusun logika mengapa asas non-retroaktif tidak mungkin untuk dilakukan

<sup>23</sup> American Association for the International Commission of Jurists.

desogasi sekaligus limitasi. Syarat derogasi dapat diterapkan adalah: 1) ada darurat publik yang mengancam eksistensi suatu bangsa; 2) dinyatakan secara resmi oleh negara; 3) tidak bertentangan dengan kewajiban dalam hukum internasional; dan 4) tidak diskriminatif atas dasar agama, ras dan sebagainya. Di sisi lain, syarat penerapan limitasi adalah: 1) diatur melalui hukum; 2) dalam masyarakat yang demokratis; dan 3) untuk melindungi keamanan publik, ketertiban, kesehatan, moral atau hak dan kebebasan dasar orang lain. Syarat derogasi dan limitasi ini diatur dalam Kovenan Hak Sipil dan Politik.

Misalnya, sehubungan dengan Pasal 18 Kovenan yakni hak kebebasan untuk menjalankan agama. Hak ini tidak boleh dikurangi sama sekali dalam keadaan apapun yang berarti bahwa negara tidak boleh melarang individu untuk memmanifestasikan agama seperti (dalam konteks agama Islam) beribadah sholat, puasa, haji bahkan *adzan* sekalipun. Dalam hal ini Negara tidak memiliki kewenangan untuk melarang individu untuk melakukan ibadah-ibadah tersebut dalam keadaan apapun. Alasannya karena hak ini termasuk hak yang tidak dapat diderogasi. Namun demikian hak ini dapat dilakukan limitasi dengan syarat-syarat tersebut di atas. Sehingga dalam konteks ini, benar adanya negara tidak memiliki kewenangan untuk melarang manifestasi agama, tapi Negara dapat membatasi manifestasi agama dengan membuat aturan sholat tidak boleh dilakukan di tempat-tempat umum, misalnya. Dalam kasus ini bukan sholatnya yang dilarang akan tetapi pelaksanaan sholat di tempat umum inilah yang bermasalah oleh karena akan mengganggu ketertiban publik. Di sebagian negara Eropa, misalnya, *adzan* tidak boleh menggunakan pengeras suara. Bukan tindakan *adzan* yang dilarang akan tetapi menggunakan pengeras suara sehingga mengganggu ketertiban publik masyarakat atau penduduk sekitar inilah yang bermasalah. Di sebagian besar wilayah Indonesia *adzan* dengan menggunakan pengeras suara tidak ada masalah oleh karena masyarakat sekitar tidak merasa keberatan dan tidak terganggu sehingga tidak ada ketertiban publik yang dirugikan. Hal ini berbeda dengan asas non-retroaktif yang tidak memungkinkan untuk diderogasi dalam keadaan apapun termasuk untuk kasus genosida dan juga tidak diberikan ruang untuk limitasi.

Oleh karena itu, menurut hemat penulis dalam konteks UUD 1945, pada dasarnya Pasal 28I ayat (1) benar mengatur soal asas non-retroaktif yang tidak dapat “dikurangi” dalam keadaan apapun, namun interpretasi yang menyamakan limitasi dan derogasi inilah yang bermasalah, termasuk interpretasi Mahkamah Konstitusi dalam putusan tersebut yang ternyata ada tiga hakim konstitusi yang *dissenting opinion*. Sehingga oleh karena interpretasi yang salah inilah yang menyebabkan Pasal 28J ayat (2) menjadi dasar diterapkannya limitasi pada asas non-retroaktif. Padahal seharusnya MK lebih

teliti dalam membedakan konsep limitasi dan derogasi, oleh karena asas non-retroaktif tidak dimungkinkan untuk derogasi dan juga tidak dimungkinkan untuk dilakukan limitasi. Dengan demikian, menurut hemat penulis, atas keluarnya putusan tersebut sebenarnya MK berargumen bahwa ia telah menjaga hak asasi manusia dan pada saat yang bersamaan ia juga telah melanggar hak asasi manusia.

#### 4. Asas Non-Retroaktif dan Kedaulatan Negara

Beberapa pendapat yang telah dikemukakan di atas, termasuk pertimbangan MK yang menegaskan sifat mutlak asas non-retroaktif menjadi perhatian khusus penulis dengan melihat dan mempertimbangkan beberapa kasus dan pendapat para hukum internasional mengenai asas ini. Ada dua hal yang akan di jawab dalam sub bab ini yakni apakah dimungkinkan *extend* terhadap penerapan asas non-retroaktif yakni dengan tidak dibatasi kedaulatan Negara atau dengan kata lain melihat hukum internasional (konvensi internasional, putusan pengadilan atau hukum kebiasaan internasional) sebagai satu variabel yang menentukan dalam cakupan asas non-retroaktif, dan yang kedua sampai sejauh mana waktu “retroaktif” dalam kasus kejahatan genosida dapat diberlakukan. Pertanyaan ini juga sekaligus menjawab pertanyaan kedua yang menjadi fokus penelitian ini.

Dalam sistem hukum di Indonesia dikenal istilah traktat dimana konsep ini merupakan *treaty* atau secara sederhana perjanjian sebagai salah satu sumber hukum. Tidak dapat dipungkiri bahwa kedudukan hukum internasional tidak secara serta merta atau *embed* mengikat Negara sebagai hukum namun harus ada adopsi khusus yang dinamakan ratifikasi (mencakup aksesori atau aprobasikan atau istilah lain yang pada intinya pernyataan pengikatan diri terhadap suatu perjanjian internasional). Namun demikian hal ini menjadi pengecualian ketika norma hukum internasional ini merupakan norma *ius cogens* atau *customary international law* atau *general principle of law* yang mengikat negara karena kesemuanya ini mengatur norma dan prinsip-prinsip hukum.<sup>24</sup> Dalam praktiknya, setelah dilakukan ratifikasi, Indonesia sesuai dengan asas *pacta sunt servanda* harus terikat dan tunduk terhadap perjanjian internasional. Artinya dalam hal ini eksistensi hukum internasional pada dasarnya diakui dan mengikat ketika hal ini mengatur soal asas dan norma hukum.

Kembali kepada asas non-retroaktif, pada dasarnya asas ini bersifat universal dan telah dipraktikkan di semua negara bahkan telah diformulasikan di dalam pasal-pasal dalam perjanjian internasional. Selain itu juga ketika dicermati di dalam ketiga instrumen hukum HAM internasional yakni *Universal Declaration of Human Rights/*

<sup>24</sup> Anthony A. D'Amato, "The Concept of Special Custom in International Law," *American Journal of International Law* 63, no. 2 (1969): 211-23, <https://doi.org/10.2307/2197411>.

UDHR, Konvensi HAM Eropa dan Kovenan Internasional tentang Hak Sipil dan Politik terlihat jelas terdapat kata “*under national or international law*” yang berarti bahwa asas non-retroaktif memang bersifat mutlak, akan tetapi harus dilihat terlebih dahulu apakah kasus genosida ini selain diatur di dalam hukum nasional juga diatur di dalam hukum internasional. Artinya meskipun genosida tidak diatur di dalam hukum nasional akan tetapi hanya diatur dalam hukum internasional (termasuk praktik internasional), bukan berarti penerapan hukum dan sanksi terhadap genosida merupakan pengabaian terhadap asas non-retroaktif.

Hal ini juga didukung oleh pakar hukum sekelas Hans Kelsen dan Wiliam Schabas. Schabas mengemukakan dalam kasus seperti genosida, hal-hal menarik ditemukan dalam putusan Pengadilan Nuremberg dalam kasus Perancis dan lain-lain v. Goring (Hermann) dan lain-lain (1 Oktober 1946) ia menyatakan bahwa “*it is to be observed that the maxim nullum crimen sine lege is not a limitation of sovereignty, but is in general a principle of justice.*”<sup>25</sup> Hal ini berarti bahwa meskipun tindak pidana internasional tidak diatur di suatu negara tertentu, bukan berarti pelaku kejahatan internasional bebas dari tuntutan hukum. Namun, ini perlu dilihat dalam konteks global yang lebih luas. Jika dalam hukum internasional atau dalam asas keadilan umum sudah diatur, maka pelakunya bisa dihukum dengan aturan tersebut. Ini juga berlaku untuk kejahatan terhadap kemanusiaan. Senada dengan itu, Kelsen menyatakan:

*“Since the internationally illegal acts for which the London Agreement established individual criminal responsibility were certainly also morally most objectionable, and the persons who committed these acts were certainly aware of their immoral character, the retroactivity of the law applied to them can hardly be considered as absolutely incompatible with justice. Justice required the punishment of these men, in spite of the fact that under positive law, they were not punishable at the time they performed the acts made punishable with retroactive force. In case two postulates of justice are in conflict with each other, the higher one prevails; and to punish those who were morally responsible for the international crime of the Second World War may certainly be considered as more important than to comply with the rather relative rule against ex post facto laws, ‘open to so many exceptions.’”<sup>26</sup>*

Dalam konteks ini penulis lebih sepakat terhadap pendapat Kelsen dan Schabas yang menekankan bahwa penerapan asas non-retroaktif tidak terbatas pada kedaulatan Negara akan tetapi berlaku secara universal, sehingga konsekuensinya adalah ketika memutuskan apakah suatu hukum telah ada atau tidak juga harus melihat bukan

<sup>25</sup> Schabas, “Retroactive Application of the Genocide Convention.”

<sup>26</sup> Hans Kelsen, “Will the Judgment in the Nuremberg Trial Constitute a Precedent in International Law?,” *The International Law Quarterly* 1, no. 2 (1947): 153–171.

hanya hukum nasional akan tetapi hukum internasional. Apabila di dalam hukum nasional genosida tidak/belum diatur, akan tetapi dalam hukum internasional telah ada, maka penerapan hukum genosida yang mengacu pada hukum internasional tidak dimaknai sebagai pengabaian terhadap asas non-retroaktif.

Sehubungan dengan praktik internasional dimana terdapat anggapan bahwa ICTY dan ICTR merupakan bukti pengabaian terhadap asas non-retroaktif, John R.W.D. Jones dan Steven Powless beranggapan bahwa dalam kasus Yugoslavia dan Rwanda melalui ICTY dan ICTR yang diberlakukan secara retroaktif hanyalah merupakan prosedural semata bukan secara substansi atau materi hukumnya. Secara substansi hukum telah ada larangan atas perbuatan tersebut, hanya saja belum ada mekanisme yang dapat menegakkan substansi tersebut. Dengan kata lain belum ada pengadilan yang berwenang untuk memproses para pelaku tindak kejahatan internasional dan baru diwujudkan kemudian setelah dibentuk pengadilannya.<sup>27</sup> Oleh karena itu, pengadilan yang baru dibentuk tersebut haruslah memastikan dan membuktikan bahwa tindakan yang dilanggar tersebut adalah tindakan yang secara substansi telah diatur sebelumnya dalam aturan-aturan hukum yang bersifat internasional atau universal.

## 5. Waktu “Retroaktif” dalam Kasus Kejahatan Genosida

Secara sederhana penulis dalam penelitian ini membagi dua macam maksud retroaktif ke dalam dua hal, yakni retroaktif secara substansi dan retroaktif secara prosedural. Perlu penulis tekankan kembali bahwa dalam konteks apapun termasuk dalam kejahatan internasional retroaktif secara substansi tidak boleh dilakukan. Hal ini berbeda dengan retroaktif secara prosedural. Dengan pemahaman bahwa prosedural ini dimaknai dengan mekanisme untuk menegakkan substansi tersebut memang belum ada. Sebagai contoh ICTY dan ICTR sebagaimana telah diungkapkan dalam pembahasan di atas.

Sebagaimana telah disinggung di atas bahwa ketika mendiskusikan asas non-retroaktif, seharusnya pasal-pasal yang dilihat di dalam kovenan internasional, putusan pengadilan dan konstitusi harus dibaca secara detail dan komprehensif sehingga memunculkan makna yang komprehensif juga. Menegasikan kata “*under national and international law*” dalam Putusan MK juga merupakan hal yang fatal oleh karena tidak menganggap hukum internasional (perjanjian internasional, yurisprudensi, *general principle of law* dan *customary international law*) terutama yang telah diratifikasi sebagai bagian integral peraturan perundang-undangan di Indonesia. Padahal dengan adanya ratifikasi, aturan hukum internasional menjadi mengikat dan telah layak untuk menjadi pertimbangan hukum hakim dalam memutuskan suatu perkara.

<sup>27</sup> Weda, “Pengecualian Asas Legalitas Dalam Hukum Pidana.”

Dalam konteks penerapan asas non-retroaktif seharusnya oleh karena ini adalah asas hukum yang sifatnya universal, maka rujukan hukumnya juga harus universal tidak serta merta ketika tidak diatur di dalam hukum nasional maka hal tersebut adalah retroaktif. Harus dicari juga aturan internasional yang secara asas mengikat suatu negara sebagaimana Konvensi Genosida. Sehingga meskipun kejahatan genosida tidak diatur di dalam hukum nasional akan tetapi diatur dalam hukum internasional, maka ketentuan Konvensi Genosida tersebut dapat menjadi rujukan untuk menghindari pengabaian terhadap asas non-retroaktif. Oleh karena itu, ketika konteks ini disandarkan pada Konvensi Genosida yang dibuat pada tahun 1948 namun mulai berlaku pada 12 Januari 1951 dapat disimpulkan bahwa Konvensi genosida tidak dapat mengikat tanggung jawab individu maupun negara sebelum tanggal 12 Januari 1959.<sup>28</sup>

### C. KESIMPULAN

Sehubungan dengan persoalan mengapa Indonesia mengabaikan asas non-retroaktif dalam konteks kejahatan genosida, penulis menemukan ada sebuah anomali yang berlaku dalam asas hukum ini. Hal ini dikarenakan beberapa aturan hukum turunan di bawah UUD 1945 di Indonesia memberlakukan retroaktif meskipun dalam Pasal 28 J menyatakan sebaliknya. Selanjutnya, anomali pemberlakuan retroaktif ini diperkuat dalam putusan Mahkamah Konstitusi dimana menurut hemat penulis MK dalam putusannya telah menjaga hak asasi manusia dengan melanggar hak asasi manusia dengan cara mencampuradukkan kata “dikurangi” dalam pasal 28I ayat (1) dan kata “dibatasi” dalam Pasal 28J ayat (2). Penulis menemukan bahwa dalam kasus ini MK telah mempersempit makna dan cakupan asas non-retroaktif dalam ruang lingkup batas negara, tidak melihat konteks yang lebih luas yakni hukum internasional yang mencakup perjanjian internasional, yurisprudensi, dan hukum kebiasaan internasional sehingga dapat ditemukan sumber hukum lain yang berlaku secara universal yang dapat diterapkan di Indonesia. Kedua sehubungan dengan waktu pemberlakuan “retroaktif” dalam kasus kejahatan genosida, penulis menemukan bahwa kasus genosida diatur di dalam Konvensi Genosida tahun 1948 yang berlaku pada tanggal 12 Januari 1951. Dalam konteks ini penulis berpendapat bahwa kejahatan genosida baru dianggap berlaku surut ketika kejahatan itu dilakukan sebelum 12 Januari 1951 oleh karena ada aturan dan prinsip hukum umum yang bersifat universal yang tidak terpengaruh pada batas-batas negara.

<sup>28</sup> Justice, “The Applicability of the United Nations Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide to Events Which Occurred During the Early Twentieth Century Legal Analysis Prepared for the International Center for Transitional Justice.”

## DAFTAR PUSTAKA

### Buku

- Soekanto, Soejono. *Penelitian Hukum Normatif*. Jakarta: Rajawali Press, 2013.
- Sommario, Emanuele. "Derogation from Human Rights Treaties in Situations of Natural or Man-Made Disasters." In *International Disaster Response Law*, diedit oleh Andrea de Guttry, Marco Gestri, dan Gabriella Venturini, 323–52. The Hague: Asser Press, 2012.
- Sunggono, Bambang. *Metode Penelitian Hukum*. Jakarta: Rajawali Pers, 1997.
- Sunggono, Bambang. *Asas Metodologi Penelitian Sebuah Pengenalan dan Penuntunan Langkah demi Langkah Pelaksanaan Penelitian*. Yogyakarta: Graha Ilmu, 2010.

### Jurnal

- D'Amato, Anthony A. "The Concept of Special Custom in International Law." *American Journal of International Law* 63, no. 2 (1969): 211–23. <https://doi.org/10.2307/2197411>.
- Justice, International Center for Transitional. "The Applicability of the United Nations Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide to Events Which Occurred During the Early Twentieth Century Legal Analysis Prepared for the International Center for Transitional Justice," 2002. <https://www.ictj.org/publication/applicability-un-convention-prevention-and-punishment-crime-genocide-events-which>, diakses pada 9 September 2021.
- Kelsen, Hans. "Will the Judgment in the Nuremberg Trial Constitute a Precedent in International Law?" *The International Law Quarterly* 1, no. 2 (1947): 153–71.
- Nurhidayatulloh & Febrian. "ASEAN and European Human Rights Mechanisms, What Should be Improved?" *Padjadjaran Journal of Law* 6, no. 1 (2019): 151–67. <https://doi.org/10.22304/pjih.v6n1.a8>.
- Nurhidayatulloh, Febrian, Y. Annalisa, A. Idris, R.M. Ikhsan, S. Helena Primadianti, dan F. Zuhro. "Does limitation rule in international and regional human rights law instruments restrict its implementation?" *International Journal of Recent Technology and Engineering* 8, no. 2 Special Issue 9 (2019): 597-600. <https://doi.org/10.35940/ijrte.B1125.0982S919>.
- Robertson, Geoffrey. "Was There an Armenian Genocide?" *University of St. Thomas Journal of Law and Public Policy* 4, no. 2 (2009): 83–127. <http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/tjlp4&id=441&div=&collection=journals%5Cn> [http://ezproxy.library.nyu.edu:2177/HOL/Page?handle=hein.journals/tjlp4&div=20&collection=journals&set\\_as\\_cursor=4&men\\_tab=srchresults](http://ezproxy.library.nyu.edu:2177/HOL/Page?handle=hein.journals/tjlp4&div=20&collection=journals&set_as_cursor=4&men_tab=srchresults).

Schabas, William A. "Retroactive Application of the Genocide Convention." *University of St. Thomas Journal of Law and Public Policy* 4, no. 2 (2010): 36–59.

Situngkir, Danel Aditia. "Asas Legalitas Dalam Hukum Pidana Nasional Dan Hukum Pidana Internasional." *Soumatara Law Review* 1, No.1 (2018): 22-42. <https://doi.org/10.22216/soumlaw.v1i1.3398>.

Suhaeb, Irsyad Dhahri S. "Retrospectivity and Human Rights in Indonesia: How Can Irregularities Be Resolved." *Indonesian Journal of International Law* 10, no. 2 (2013): 339–60.

Weda, Made Darma. "Pengecualian Asas Legalitas Dalam Hukum Pidana." *Jurnal Hukum dan Peradilan* 2, no.2 (2013): 203-224. <https://doi.org/10.25216/jhp.2.2.2013.203-224>.

### **Peraturan UUD 1945**

#### **Undang-undang Nomor 26 Tahun 2000 tentang Pengadilan HAM**

Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (1948). <https://doi.org/10.5771/9783845258911>.

Council of Europe/European Court of Human Rights. "Guide on Article 7 of the European Convention on Human Rights No punishment without law: the principle that only the law can define a crime and prescribe a penalty," <http://www.echr.coe.int>. Diakses pada 9 September 2021.

Jurists, American Association for the International Commission of. "Siracusa Principle on the Limitation and Derogation Provisions in the International Covenant on Civil and Political Rights," 1985. <http://www.icj.org>. Diakses pada 9 September 2021.

The 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties, Article 2 (1) (b).

The Rome Statute of the International Criminal Court" (1998). <https://www.icc-cpi.int/sites/>

United Nations. Universal Declaration of Human Rights, adopted by the General Assembly on 10 Dec 1948 (1948). sumber Internet <https://www.un.org/en/about-us/universal-declaration-of-human-rights#:~:text=Drafted%20by%20representatives%20with%20different,all%20peoples%20and%20all%20nations>. Diakses pada 9 September 2021.

### **Putusan**

Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia. Putusan Mahkamah Konstitusi (MK) Nomor 0065/PUU-II/2004.