



SKRIPSI

**PENERAPAN PRINSIP NON RETROAKTIF PADA HUKUM
FORMIL DALAM PEMENUHAN HAK ASASI MANUSIA
(STUDI PUTUSAN MAHKAMAH KONSTITUSI NOMOR
21/PUU-XII/2014 DAN 069/PUU-II/2004 DI BERBAGAI
PUTUSAN PRAPERADILAN)**

OLEH

NURUL ZASHKIA

B011171391

ILMU HUKUM

HUKUM TATA NEGARA

FAKULTAS HUKUM

UNIVERSITAS HASANUDDIN

MAKASSAR

2021

HALAMAN JUDUL

PENERAPAN PRINSIP NON RETROAKTIF PADA HUKUM
FORMIL DALAM PEMENUHAN HAK ASASI MANUSIA
(STUDI PUTUSAN MAHKAMAH KONSTITUSI NOMOR
21/PUU-XII/2014 DAN 069/PUU-II/2004 DI BERBAGAI
PUTUSAN PRAPERADILAN)

OLEH

NURUL ZASHKIA

B011171391

SKRIPSI

Sebagai Tugas Akhir dalam Rangka Penyelesaian Studi Sarjana pada
Departemen Hukum Tata Negara Program Studi Ilmu Hukum

PEMINATAN HUKUM TATA NEGARA

FAKULTAS HUKUM

UNIVERSITAS HASANUDDIN

MAKASSAR

2021

PENGESAHAN SKRIPSI

**PENERAPAN PRINSIP NON RETROAKTIF PADA HUKUM FORMIL
DALAM PEMENUHAN HAK ASASI MANUSIA (STUDI PUTUSAN
MAHKAMAH KONSTITUSI NO. 21/PUU/XII/2014 DAN 069/PUU-II/2004
DI BERBAGAI PUTUSAN PRAPERADILAN)**

Disusun dan diajukan oleh:

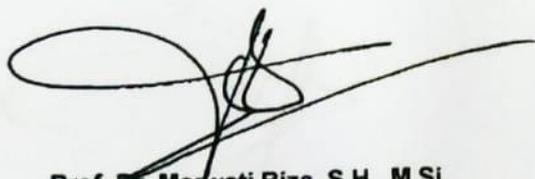
NURUL ZASHKIA

B011171391

Telah dipertahankan di hadapan Panitia Ujian Skripsi yang dibentuk
dalam rangka Penyelesaian Studi Program Sarjana
Prodi Ilmu Hukum
Fakultas Hukum Universitas Hasanuddin
pada hari Selasa, 16 Maret 2021
Dan Dinyatakan Diterima

Panitia Ujian

Ketua



Prof. Dr. Marwati Riza, S.H., M.Si.
NIP. 196408241991032002

Sekretaris



Dr. Romi Librayanto, S.H., M.H.
NIP. 197810172005011001

**Ketua Program Studi
Sarjana Ilmu Hukum**



Dr. Maskun, S.H., LL.M.
NIP. 19761129 199903 1 005

PERSETUJUAN PEMBIMBING

Diterangkan bahwa skripsi mahasiswa :

Nama : NURUL ZASHKIA
NIM : B011171391
Departemen : Hukum Tata Negara
Judul : Penerapan Prinsip Non Retroaktif Pada Hukum Formil Dalam Pemenuhan Hak Asasi Manusia (Studi Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 21/PUU-XII/2014 Dan 069/PUU-II/2004 Di Berbagai Putusan Praperadilan).

Telah diperiksa dan disetujui untuk diajukan pada ujian skripsi.

Makassar, 25 Februari 2021

Pembimbing Utama

Pembimbing Pendamping



Prof. Dr. Marwati Riza, SH., M.Si
NIP. 196408241991032002



Dr. Romi Librayanto, SH., MH.
NIP. 197810172005011001



**KEMENTERIAN PENDIDIKAN DAN KEBUDAYAAN
UNIVERSITAS HASANUDDIN
FAKULTAS HUKUM**
KAMPUS UNHAS TAMALANREA, JALAN PERINTIS KEMERDEKAAN KM.10
Telp : (0411) 587219,546686, FAX. (0411) 587219,590846 Makassar 90245
E-mail: hukumunhas@unhas.ac.id

PERSETUJUAN MENEMPUH UJIAN SKRIPSI

Diterangkan bahwa skripsi mahasiswa :

Nama	: NURUL ZASHKIA
N I M	: B011171391
Program Studi	: Ilmu Hukum
Departemen	: Hukum Tata Negara
Judul Skripsi	: Hak Untuk Tidak Dituntut Atas Dasar Hukum yang Berlaku Surut Pada Hukum Formil Dalam Pemenuhan HAM

Memenuhi syarat untuk diajukan dalam ujian skripsi sebagai ujian akhir program studi.

Makassar, Maret 2021

a.n. Dekan,
Wakil Dekan Bidang Akademik, Riset
dan Inovasi



Prof. Dr. Hamzah Halim SH.,MH
NIP: 19731231 199903 1 003

SURAT PERNYATAAN

Saya yang bertandatangan di bawah ini :

Nama : Nurul Zashkia

NIM : B011171391

Judul Skripsi : Penerapan Prinsip Non Retroaktif Pada Hukum Formil Dalam Pemenuhan Hak Asasi Manusia (Studi Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 21/PUU-XII/2014 Dan 069/PUU-II/2004 Di Berbagai Putusan Praperadilan).

Menyatakan bahwa benar ada Karya Ilmiah Saya dan bebas dari Plagiarisme (duplikasi).

Demikian Surat Pernyataan ini dibuat, jika di kemudian hari ditemukan bukti ketidakaslian atas Karya Ilmiah ini maka Saya bersedia mempertanggungjawabkan sesuai dengan Peraturan Perundang-Undangan yang berlaku.

Makassar, 29 Maret 2021



Yang bersangkutan

(Nurul Zashkia)

ABSTRAK

Nurul Zashkia (B011171391), Penerapan Prinsip Non Retroaktif Pada Hukum Formil Dalam Pemenuhan Hak Asasi Manusia (Studi Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 21/PUU-XII/2014 dan 069/PUU-II/2004 di Berbagai Putusan Praperadilan) (Dibawah bimbingan Marwati Riza, sebagai pembimbing I dan Romi Librayanto sebagai pembimbing II). Penelitian ini bertujuan untuk mengetahui bagaimana penerapan Pasal 28I ayat (1) UUD NRI Tahun 1945 mengenai hak untuk dituntut atas dasar hukum yang berlaku surut atau disebut prinsip non retroaktif dalam asas legalitas di berbagai putusan praperadilan dan bagaimana akibat hukum dari putusan praperadilan yang bertentangan dengan Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 21/PUU-XII/2014 dan 069/PUU-II/2004.

Penelitian ini adalah penelitian normatif, menggunakan pendekatan perundang-undangan, pendekatan konseptual, dan pendekatan kasus. Bahan hukum primer (peraturan perundang-undangan, Putusan Mahkamah Konstitusi, dan putusan praperadilan); bahan hukum sekunder (buku, jurnal, makalah, dan karya ilmiah lainnya); bahan hukum tersier (kamus dan hasil wawancara), dianalisis secara kualitatif dengan menggunakan metode deduksi logis.

Hasil penelitian ini menunjukkan bahwa terjadi perbedaan penerapan Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 21/PUU-XII/2014 di berbagai putusan praperadilan akibat perbedaan tafsir tentang penerapan prinsip non retroaktif sedangkan tafsir yang tepat dan benar adalah yang sesuai dengan tafsir konstitusional dalam Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 069/PUU-II/2004 dan akibat hukum dari putusan praperadilan yang tidak sejalan dengan Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 21/PUU-XII/2014 dan 069/PUU-II/2004 yaitu tercederainya hak pemohon, putusan praperadilan menjadi tidak sah menurut hukum, dan terjadi ketidaksesuaian penegakan hukum dengan sistem/tatanan hukum yang berlaku di Indonesia.

Kata Kunci : Prinsip Non Retroaktif, Hukum Formil, Hak Asasi Manusia.

ABSTRACT

Nurul Zashkia (B011171391), Application of Non-Retroactive Principles on Formil Law in The Fulfillment of Human Rights (Study of Constitutional Court Decision No. 21/PUU-XII/2014 dan 069/PUU-II/2004 in Various Pretrial Verdicts). (Under the guidance of Marwati Riza as Counselor I and Romi Librayanto as Counselor II).

This study aims to find out how the application of Article 28I paragraph (1) of the State Constitution of Republic of Indonesia 1945 concerning the right to be prosecuted on the basis of retroactive law or so-called non-retroactive principles in the principle of legality in various pretrial rulings and how the legal consequences of pretrial rulings are contrary to the Constitutional Court Decision No. 21/PUU-XII/2014 and 069/PUU-II/2004.

This research is normative research, using a statute approach, case approach, and a conceptual approach. Primary legal materials (statutory regulations, Constitutional Court Decision, and pretrial verdict); secondary legal materials (books, journals, papers, and other scientific works); and tertiary legal materials (dictionaries and interview results) were qualitatively analyzed using logical deduction method.

The results of this study show that there are differences in the application of Constitutional Court Decision No. 21/PUU-XII/2014 in various pretrial rulings due to differences in interpretation of the application of non-retroactive principles while the correct interpretation is in accordance with the constitutional interpretation in the Constitutional Court Decision No. 069/PUU-II/2 2004 and the legal consequences of pretrial decisions that are not in line with the Constitutional Court Decision No. 21/PUU-XII/2014 and 069/PUU-II/2004 i.e. the injury of the applicant's rights, the pretrial decision becomes invalid according to the law, and the breakdown of Indonesian legal system.

KATA PENGANTAR

Dengan ketundukan penuh keikhlasan, penulis mengucapkan *alhamdulillah rabbil 'alamin*, puji syukur kepada Allah SWT. Tuhan Yang Maha Kuasa yang telah memberikan begitu banyak nikmat, petunjuk, dan karunia-Nya yang tak terhingga kepada penulis. Penulis senantiasa diberikan kemudahan, kesabaran, kekuatan, dan keikhlasan sehingga penulis dapat menyelesaikan skripsi yang berjudul : **“Penerapan Prinsip Non Retroaktif Pada Hukum Formil Dalam Pemenuhan Hak Asasi Manusia (Studi Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 21/PUU-XII/2014 dan 069/PUU-II/2004 Di Berbagai Putusan Praperadilan).**

Tak lupa, shalawat serta salam juga selalu tucurahkan kepada Nabi besar Muhammad SAW, sosok manusia berakhlak mulia yang telah membawa kemajuan peradaban sehingga setiap orang khususnya penulis sebagai perempuan dapat memperoleh akses pendidikan seluas-luasnya. Semoga Allah SWT senantiasa memberikan karunia yang berlimpah kepada Beliau serta Keluarga, Sahabat dan Umat Islam.

Pada kesempatan ini, penulis menyampaikan terima kasih yang sedalam-dalamnya kepada beberapa sosok yang telah mendampingi penulis selama ini, sehingga Penulis dapat menyelesaikan Tugas Akhir ini dengan baik dan tepat waktu. Pertama-tama kepada Ayahanda Tasrim, S.Pd., M.Pd. dan Ibunda Bidaryati yang telah melahirkan, mendidik dan membesarkan penulis dengan penuh kesabaran dan kasih sayang. Khususnya kepada Ayahanda, dengan mengambil perkara hukum yang menimpa beliau sebagai objek utama penelitian, penulis ingin menyampaikan bahwa tulisan ini dipersembahkan utamanya kepada beliau dan semoga bermanfaat. Ucapan terima kasih juga ingin penulis haturkan kepada saudara sedarahku tercinta dan tersayang yakni : Muhammad Tasbih, S.E., Muhammad Aqib Al-Qodri, dan Nayla Aminah Najjah. Terima kasih atas bantuan dan dukungannya yang tulus untuk penulis selama menempuh sejak kecil hingga saat ini. Juga seluruh

Keluarga, rekan dan para sahabat penulis yakni Ainun Adillah, Ratna Sari, Fadil Al Hafidz, Suci Anggani Hasram, Iun Yustika, Rizka, dan Tari Thalia Tilameo yang telah memberikan segala bentuk bantuan dan dukungan kepada penulis, sehingga penulis dapat sampai pada ujung Proses Pendidikan Strata Satu pada Program Studi Ilmu Hukum Fakultas Hukum Universitas Hasanuddin Makassar Tahun 2021 ini.

Selain itu, penulis juga mengucapkan banyak terima kasih kepada Ibu Prof. Dr. Marwati Riza S.H., M.Si., selaku pembimbing I dan Bapak Dr. Romi Librayanto S.H., M.H. selaku pembimbing II yang telah banyak berperan memberikan arahan sehingga dapat terselesaikan skripsi ini. Ucapan terima kasih yang sama besarnya juga Penulis haturkan kepada Tim Penguji dalam Ujian Skripsi Penulis yakni Bapak Prof. Dr. Andi Pangerang Moenta S.H., M.H., DFM dan Ibu Eka Merdekawati Djafar, S.H., M.H.

Pada kesempatan ini, penulis juga berterima kasih kepada :

1. Ibu Prof. Dr. Dwia Aries Tina Palubuhu, M.A. sebagai Rektor Universitas Hasanuddin;
2. Ibu Prof. Dr. Farida Pattitingi S.H., M.Hum. sebagai Dekan Fakultas Hukum Universitas Hasanuddin;
3. Bapak Prof. Dr. Hamzah Halim, S.H., M.H. sebagai Wakil Dekan I Fakultas Hukum Universitas Hasanuddin, Bapak Dr. Syamsuddin Muchtar, S.H., M.H. sebagai Wakil Dekan II Fakultas Hukum Universitas Hasanuddin, dan Bapak Dr. Muh. Hasrul, S.H., M.H. sebagai Wakil Dekan III Fakultas Hukum Universitas Hasanuddin;
4. Bapak Prof. Dr. Aminuddin Ilmar, S.H., M.Hum. sebagai Ketua Departemen Hukum Tata Negara Fakultas Hukum Universitas Hasanuddin, dan Ibu Eka Merdekawati, S.H., M.H. sebagai

Sekretaris Departemen Hukum Tata Negara Fakultas Hukum Universitas Hasanuddin;

5. Ibu Dr. Andi Tenri Famauri S.H., M.H. sebagai Penasihat Akademik penulis selama kuliah di Fakultas Hukum Universitas Hasanuddin;
6. Seluruh dosen dan pegawai pada Fakultas Hukum Universitas Hasanuddin yang tidak dapat disebutkan namanya satu demi satu;
7. Seluruh sahabat yang pernah berjuang bersama penulis dalam berkompetisi baik debat, peradilan semu, dan penulisan yakni Agung Syaputra, Rifda Aprillia Rusfayanti, Asdar Nor, Wahyudi Pratama, Adesia Patulak, Dirwansyah, dan lainnya yang juga tidak bisa penulis sebutkan satu per satu;
8. Seluruh sahabat penulis di Lembaga Debat Hukum dan Konstitusi Fakultas Hukum Universitas Hasanuddin (LeDHaK FH-UH), *Asian Law Students Association Local Chapter* Universitas Hasanuddin (ALSA LC UNHAS), dan Keluarga Mahasiswa Hukum Sulawesi Tenggara Universitas Hasanuddin (KLAUSULA UNHAS);
9. Seluruh sahabat pada Angkatan 2017 (PLEDOI), juga mahasiswa Fakultas Hukum Universitas Hasanuddin atas kebersamaannya selama penulis menjalani kuliah; dan
10. Semua pihak yang telah membantu penulis, yang namanya tidak dapat disebutkan satu demi satu, semoga Tuhan membalas segala budi baiknya dengan segala kebaikan.

Terkhusus kepada Bapak Bapak Dr. Romi Librayanto S.H., M.H., penulis merasa sangat tidak cukup jika hanya berterima kasih karena menjadi Pembimbing II dalam penulisan skripsi ini. Namun lebih dari itu,

penulis mengucapkan terima kasih yang sebesar-besarnya atas segala bimbingan, motivasi, kebaikn hati yang diberikan kepada penulis sejak awal masuk Fakultas Hukum Unhas, serta kesediaan waktu, dan kesabaran dalam melayani setiap diskusi dan pertanyaan atas setiap ketidaktahuan penulis di bidang hukum.

Akhirnya, dengan segala kerendahan hati penulis menyadari bahwa skripsi ini masih sangat jauh dari kesempurnaan. Oleh karena itu, penulis mengharapkan saran dan kritikk yang bersifat konstruktif untuk memperbaiki kekurangan skripsi ini agar dapat bermanfaat bagi kehidupan masyarakat dibidang ilmu pengetahuan hukum. Secara khusus penulis berharap, tulisan ini dapat mengambil peran dalam mencegah dan memberantas munculnya korban-korban baru atas proses penegakan hukum yang tidak adil.

DAFTAR ISI

HALAMAN SAMPUL	i
HALAMAN JUDUL	ii
PENGESAHAN SKRIPSI	iii
PERSETUJUAN PEMBIMBING	iv
PERSETUJUAN PENEMPUH UJIAN SKRIPSI	v
PERNYATAAN KEASLIAN PENULISAN	vi
ABSTRAK	vi
ABSTRACT	vii
KATA PENGANTAR	viii
DAFTAR ISI	xi
BAB I PENDAHULUAN	1
A. Latar Belakang Masalah	1
B. Rumusan Masalah	12
C. Tujuan Penelitian	12
D. Manfaat Penelitian	13
E. Keaslian Penelitian	14
F. Metode Penelitian	16
BAB II TINJAUAN PUSTAKA DAN ANALISIS PERMASALAHAN PERTAMA	22
A. Tinjauan Pustaka	22
1. Asas Legalitas	22
a) Ratio Legis Lahirnya Asas Legalitas	22
b) Berbagai Penafsiran tentang Makna yang Terkandung dalam Asas Legalitas	37

c) Asas Legalitas dalam Konteks Hukum Pidana Nasional	55
2. Hukum Formil	70
a) Definisi Hukum Formil	70
b) Tujuan Hukum Pidana Formil	74
c) Pengesampingan Prinsip Non Retroaktif pada Hukum Formil	76
3. Praperadilan	74
a) Definisi dan Ruang Lingkup Praperadilan	92
b) Peran Praperadilan sebagai Perlindungan HAM	100
4. Hak Asasi Manusia (HAM)	110
a) Pengertian Hak	110
b) Pengertian Hak Asasi Manusia	114
c) Sejarah Hak Asasi Manusia	115
d) Pengaturan HAM di Indonesia	129
e) Tujuan Hukum sebagai Pemenuhan HAM	143
 B. Analisis Penerapan Prinsip Non Retroaktif Pada Berbagai Putusan Praperadilan	 164
B. 1. Perbandingan Beberapa Putusan Praperadilan	166
B. 2. Analisis Persamaan Beberapa Putusan Praperadilan	181
B. 3. Analisis Perbedaan Beberapa Putusan Praperadilan	181
B. 4. Analisis Beberapa Putusan Praperadilan dari Perspektif Tujuan Hukum Acara	209
B. 5. Analisis Beberapa Putusan Praperadilan dari	

Perspektif Hak Asasi Manusia	210
B. 6. Analisis Beberapa Putusan Praperadilan dari	
Perspektif Tujuan Hukum	215
BAB III TINJAUAN PUSTAKA DAN ANALISIS PERMASALAHAN	
KEDUA	223
A. Tinjauan Pustaka	223
1. Akibat Hukum	223
B. Analisis Akibat Hukum Pada Putusan Praperadilan	
Jika Bertentangan Dengan Putusan Mahkamah Konstitusi ..	226
BAB IV PENUTUP	238
A. Kesimpulan	238
B. Saran	240
DAFTAR PUSTAKA	242

BAB I

PENDAHULUAN

A. Latar Belakang Masalah

Pasal 1 ayat 3 Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 (UUD NRI 1945) menegaskan bahwa Negara Indonesia ialah negara hukum yang mana menurut Albert Venn Dicey dalam bukunya *Introduction To The Study Of The Law Of Constitution* menjelaskan adanya 3 unsur penting *Rule of Law* yaitu *Supremacy of Law* (supremasi hukum), *Equality Before The Law* (persamaan di hadapan hukum), dan *Constitution Based on Human Rights* (Konstitusi yang berdasarkan Hak Asasi Manusia).¹ Sedangkan menurut Friedrich Julius Stahl, negara hukum (*Rechtsstaat*) harus memiliki ciri-ciri yaitu adanya perlindungan Hak Asasi Manusia, pemisahan atau pembagian kekuasaan, pemerintahan berdasarkan peraturan-peraturan (*wetmatigheid van bestuur*) dan peradilan administrasi yang bebas dalam perselisihan. Secara *expressive verbis*, persamaan teori keduanya tentang unsur-unsur negara hukum ialah adanya perlindungan/penjaminan Hak Asasi Manusia.²

Konsekuensi dari konsep negara hukum tersebut, maka segala tindakan-tindakan untuk mewujudkan tujuan bernegara Indonesia haruslah

¹ Miriam Budiardjo, 1993, *Dasar-Dasar Ilmu Politik*, PT. Gramedia Pustaka Utama, Jakarta, hlm. 58.

² *Ibid*, hlm. 57-58.

didasari oleh hukum sehingga menunjukkan supremasi hukum.³ Oleh karena itu, dalam penegakan hukum harus selaras dengan tujuan dari hukum itu sendiri. Adapun Teori Tujuan Hukum menurut Gustav Radbruch, yakni Keadilan, Kepastian Hukum, dan Kemanfaatan. Baginya, ketiga unsur tujuan hukum tersebut merupakan tujuan hukum secara bersama-sama, dan tidak boleh dipisahkan secara kasusitis. Kendati demikian dalam tulisannya, Radbruchpun menyadari bahwa akan adanya kemungkinan-kemungkinan dimana diantara tujuan-tujuan hukum tersebut akan saling berbenturan dan menimbulkan ketegangan yang kemudian menimbulkan dilemma bagi penegak hukum mengenai manakah diantara tujuan hukum tersebut yang harus diprioritaskan, apakah keadilan, kepastian, atau kemanfaatan, atautkah ketiga tujuan hukum tersebut dapat terus saling beriringan dalam penegakan hukum itu sendiri. Tentunya, yang diharapkan dari penegakkan hukum adalah terwujudnya ketiga tujuan hukum tersebut. Akan tetapi untuk meminimalisir ketegangan tersebut, maka Gustav Radbruch menyatakan bahwa dalam tujuan hukum prioritas pertama ialah Keadilan, lalu Kemanfaatan, dan terakhir adalah Kepastian.⁴

Adapun hukum formil yang berfungsi sebagai penggerak hukum materiil, dalam penegakkannya termasuk menjadi hal yang dikhawatirkan oleh para ahli hukum dan terbukti terjadi saat ini di Indonesia yang sangatlah mengedepankan aspek kepastian hukum atas dasar asas

³ Fernando M. Manullang, 2016, *Legisme, Legalitas dan Kepastian Hukum*, Kencana, Jakarta, hlm. 166.

⁴ Achmad Ali, 2011, *Menguak Tabir Hukum*, Cet.Ke-3, Ghalia Indonesia, Bogor, hlm. 67-68.

legalitas khususnya prinsip non retroaktif dan terkadang mengesampingkan keberadaan tujuan hukum lainnya yaitu keadilan dan kemanfaatan yang justru berujung pada tidak terwujudnya pemenuhan Hak Asasi Manusia. Padahal *ratio legis* lahirnya asas legalitas ialah untuk memberikan penjaminan terhadap Hak Asasi Manusia. Hal ini terbukti jika kita kembali menilik sejarah lahirnya asas legalitas. Cikal bakal asas legalitas pada umumnya dimulai pada zaman dimana hukum pidana belum tertulis yang ditandai adanya Revolusi Prancis dimana rakyat bergejolak menuntut keadilan atas kesewenang-wenangan penguasa pada waktu itu. Pencetus asas legalitas yakni Paul Johan Anslem Von Fauerbach (1775-1883), seorang sarjana hukum pidana Jerman dalam bukunya *Lehrbuch des Penlichen recht* pada tahun 1801.⁵ Ada pula yang berpendapat bahwa asas legalitas seolah berasal dari ajaran Montesquieu, yang dituangkan dalam bukunya *l'Esprith des Lois*, 1748. Ajarannya yang paling terkenal adalah mengenai pemisahan kekuasaan menjadi tiga jenis (*trias politica*) yang dimaksudkan untuk melindungi hak-hak atau kepentingan individu terhadap kesewenang-wenangan penguasa yang selaras dengan tujuan asas legalitas.⁶ Selain keduanya, gagasan tentang asas legalitas juga berasal dari Jacques Rousseau (1712-1778) dan beberapa sarjana hukum lainnya dengan substansi teori yang sama yaitu bahwa asas legalitas lahir untuk melindungi Hak Asasi Manusia dari kesewenang-wenangan

⁵ Eddy O.S. Hiariej, 2009, *Asas Legalitas & Penemuan Hukum dalam Hukum Pidana*, Erlangga, Jakarta, hlm. 7.

⁶ *Ibid*, hlm. 9.

pemerintah.⁷ Secara umum, pandangan yang demikian juga selaras dengan pendapat Hans Kelsen bahwa hukum hadir untuk memberikan penjaminan Hak Asasi Manusia dan pendapat John Locke bahwa Negara hadir untuk menjamin Hak Asasi Manusia dan hukum sendiri adalah personifikasi dari sebuah Negara. Oleh karena itu, jika ketentuan-ketentuan yang berlaku pada hukum formil dalam penegakkannya justru menghalangi pemenuhan HAM maka ketentuan itu sejatinya bukanlah hukum.

Hukum pada dasarnya bertujuan untuk memastikan munculnya aspek-aspek positif dan menghambat aspek negatif kemanusiaan serta memastikan terlaksananya keadilan untuk semua warga negara tanpa memandang dan membedakan kelas sosial, ras, etnis, agama, maupun gender. Hukum yang ditaati dan diikuti akan menciptakan ketertiban dan keterjaminan hak-hak dasar masyarakat secara maksimal. Dapat dikatakan bahwa hukum bertujuan untuk menjamin kemerdekaan. Tantangan di dalam mewujudkan sistem hukum nasional yang ideal adalah mewujudkan sistem hukum nasional yang menjamin tegaknya supremasi hukum dan Hak Asasi Manusia (HAM) berdasarkan keadilan dan kebenaran. Hal ini juga selaras dengan tujuan bernegara

⁷ S.R. Sianturi, 1986, *Asas-Asas Hukum Pidana dan Penerapannya*, Alumni Ahaem Petehaem, Jakarta, hlm. 73.

sebagaimana yang diatur dalam Pembukaan UUD NRI Tahun 1945 yaitu melindungi segenap bangsa Indonesia.⁸

Berkaitan dengan hak untuk tidak dituntut atas dasar hukum yang berlaku surut atau disebut prinsip non retroaktif dalam Asas Legalitas sebagaimana yang dijamin oleh Pasal 28I ayat 1 UUD NRI 1945 sebagai hak yang tidak dapat dikurangi dalam keadaan apapun dalam penerapannya menimbulkan benturan atau *spanning* akibat perbedaan penafsiran yang berujung pada ketidakpastian penegakkan hukum. Secara garis besar terdapat 2 (dua) pandangan tentang prinsip non retroaktif. Pertama, prinsip non retroaktif berlaku pada hukum materiil maupun hukum formil. Kedua, prinsip non retroaktif hanya berlaku untuk hukum materiil saja dan tidak berlaku untuk hukum formil. Pendapat kedua dilandasi oleh pemikiran bahwa prinsip non retroaktif hanya terbatas pada *crime, delictum* atau perbuatan materiil saja yaitu dalam hal “pidana” atau kriminalisasi sesuatu yang bukan tindak pidana sebelumnya menjadi tindak pidana serta pemberatan atau inkriminasi, akan tetapi tidak berlaku untuk hukum formil sehingga ketentuan hukum formil dapat berlaku surut.⁹ Dualisme penafsiran terhadap penerapan prinsip non retroaktif dikalangan para ahli hukum terlihat pada persidangan pengujian Pasal 68 UU No. 30 Tahun 2002 Tentang Komisi Pemberantasan Korupsi Terhadap Pasal 28

⁸ Lampiran Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 17 Tahun 2007 tentang Rencana Pembangunan Jangka Panjang Nasional Tahun 2005-2025, IV. 1.3 Mewujudkan Indonesia yang Demokratis Berlandaskan Hukum.

⁹ Andi Irmanputra Sidin, 2007, “*Studi Konstitusi Tentang Hak Untuk Tidak Dituntut Atas Dasar Hukum Yang Berlaku Surut Menurut Pasal 28I Ayat (1) Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945*”, *Disertasi*, Program Pascasarjana, Fakultas Hukum Universitas Hasanuddin, Makassar, hlm 367-368.

Huruf I Ayat (1) Perubahan Kedua Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 di Mahkamah Konstitusi. Para ahli yang terdiri dari Akil Muhtar dan Indriyanto Senoadji berpendapat bahwa prinsip non retroaktif berlaku tidak hanya pada hukum pidana materiil namun juga hukum pidana formil. Sedangkan para ahli seperti Komariah Emong Sapardja dan Romli Atmasasmita berpendapat sebaliknya, bahwa retroaktif yang dimaksud pada Pasal 28 I UUD NRI 1945 adalah menyangkut perbuatan *feiten*, bukan hukum administrasi seperti hukum acara pidana.¹⁰

Untuk lebih membuktikan adanya dualisme penafsiran tentang prinsip non retroaktif dalam hukum formil pada ranah penegakkan hukum, penulis akan fokus pada fenomena dualisme penerapan norma dalam Putusan MK No. 21/PUU-XII/2014 yang pada intinya berisi tentang penambahan objek praperadilan. Melalui Putusan MK tersebut, objek praperadilan yang sebelumnya, berdasarkan Pasal 1 Butir 10 jo Pasal 77 UU No. 8 Tahun 1981 tentang Hukum Acara Pidana (KUHAP) dan Pasal 82 ayat 1 huruf b KUHAP, hanya meliputi :

- a. Sah atau tidaknya penangkapan, penahanan, penghentian penyidikan atau penghentian penuntutan;

¹⁰ Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia. Risalah Mendengarkan Keterangan Ahli Perkara No. 069/PUU-II/2004 Pengujian Pasal 68 UU No. 30 Tahun 2002 Tentang Komisi Pemberantasan Korupsi Terhadap Pasal 28 Huruf I Ayat (1) Perubahan Kedua Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, Selasa, 11 Januari 2005, 10:05 – 12:15 WIB, Ruang Sidang Mahkamah Konstitusi RI, Jalan Medan Merdeka Barat No. 7, Jakarta Pusat.

- b. Permintaan ganti kerugian dan/atau rehabilitasi oleh tersangka atau keluarganya atau pihak lain atau kuasanya yang perkara pidananya dihentikan pada tingkat penyidikan dan penuntutan (Pasal 1 butir 10 jo Pasal 77 KUHAP)
- c. Sah atau tidaknya penyitaan barang bukti (Pasal 82 ayat 1 huruf b KUHAP).

Setelah Putusan MK No. 21/PUU-XII/2014 berlaku maka berubah menjadi, sebagai berikut :

- Bahwa “Bukti Permulaan”. “Bukti Permulaan Yang Cukup”, dan “Bukti Yang Cukup” adalah **Minimal Dua Alat Bukti** yang termuat dalam Pasal 184 KUHAP;
- Bahwa Pasal 77 huruf a KUHAP dimaknai termasuk penetapan tersangka, penggeledahan, dan penyitaan.¹¹

Dalam penelitian ini Penulis akan fokus pada penerapan norma tentang **Penetapan Tersangka Sebagai Objek Praperadilan** setelah berlakunya Putusan MK No. 21/PUU-XII/2014. Dualisme penerapan norma tersebut dapat kita lihat pada perbedaan penafsiran Hakim praperadilan pada kasus yang hampir sama, antara Putusan Praperadilan No.1/Pid.Prap/2015/PN.Psw dengan Pemohon atas nama Tasrim, S.Pd., M.Pd. dengan Putusan Praperadilan No. 32/Pid.Prap/2015/PN.Jkt.Sel dengan Pemohon Dr. H. Ilham Arief Sirajuddin, MM.

¹¹ Mkri.id, diakses pada tanggal 20 Oktober 2020

Pada Putusan Praperadilan No.1/Pid.Prap/2015/PN.Psw dengan Pemohon atas nama Tasrim, S.Pd., M.Pd, objek praperadilannya tentang kesalahan penetapan tersangka. Dalam poin pertimbangannya, Hakim menyebutkan bahwa penetapan tersangka Tasrim, S.Pd., M.Pd. adalah cacat karena Penyidik tidak memiliki 1 (satu)pun alat bukti. Akan tetapi pada amar putusan, Hakim menolak permohonan pemohon karena penetapan tersangka pemohon dilakukan sebelum berlakunya Putusan MK No. 21/PUU-XII/2014 tentang penambahan penetapan tersangka sebagai objek praperadilan dan atas dasar prinsip non retroaktif maka permohonan pemohon ditolak. Sedangkan pada Putusan Praperadilan No. 32/Pid.Prap/2015/PN.Jkt.Sel dengan Pemohon Dr. H. Ilham Arief Sirajuddin, MM., Hakim menerima dan mengabulkan semua permohonan pemohon bahwa terjadi kesalahan penetapan tersangka pada kasus tersebut. Padahal penetapan tersangka terhadap Pemohon juga dilakukan sebelum penambahan penetapan tersangka sebagai objek praperadilan dalam Putusan MK No. 21/PUU-XII/2014 seperti halnya Pemohon atas nama Tasrim, S.Pd., M.Pd.

Pada kasus dalam Putusan Tasrim, S.Pd., M.Pd., setidaknya menunjukkan landasan berfikir yang kuat terhadap pendapat bahwa prinsip retroaktif yang dimaksud dalam Pasal 28 I UUD NRI 1945 hanya berlaku pada hukum materiil dan tidak termasuk hukum formil. Hal ini disebabkan dalam putusan praperadilan Tasrim, S.Pd., M.Pd., Hakim menjelaskan bahwa penyidik dalam melakukan penetapan tersangka

Tasrim, S.Pd., M.Pd. tidak didahului dengan melakukan pengumpulan bukti-bukti 1 (satu)pun atau dengan kata lain tidak didasari oleh 1 (satu)pun alat bukti sehingga bertentangan dengan Pasal 1 angka 2 dan angka 14 KUHAP. Kendati demikian, karena anggapan Hakim bahwa prinsip non retroaktif juga berlaku pada hukum formil, Hakim menolak permohonan sehingga proses hukum tetap berlanjut ke persidangan meskipun telah cacat. Hal ini tentu tidak lagi sesuai dengan *ratio legis* lahirnya asas legalitas sebagaimana Penulis telah paparkan sebelumnya yaitu untuk melindungi hak individu dari kesewenang-wenangan pemerintah, yang dalam kasus ini adalah hak Tasrim, S.Pd., M.Pd. sebagai korban dari Jaksa Penyidik yang sewenang-wenang melakukan penetapan tersangka terhadapnya. Dari perspektif konstitusionalitas, ini bertentangan dengan Pasal 28D Ayat (1) UUD NRI 1945, yang menjamin bahwa :

“Setiap orang berhak atas pengakuan, jaminan, perlindungan, dan kepastian hukum yang adil serta perlakuan yang sama dihadapan hukum”.

Juga bertentangan dengan Pasal 28G ayat (1) UUD NRI 1945, bahwa :

“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.”¹²

Masalah ini tidak hanya terjadi pada dua kasus tersebut, masih banyak putusan-putusan praperadilan lainnya dengan objek penetapan tersangka yang saling bertentangan dan sebagaimana penjelasan penulis sebelumnya. Seluruh masalah tersebut disebabkan oleh perbedaan penafsiran terhadap prinsip non retroaktif. Akibatnya, terjadi ketidakpastian dalam penegakkan hukum dan ketidakadilan yang menyebabkan tercederainya Hak Asasi Manusia yang menjadi dasar dari semua tujuan dan fungsi-fungsi hukum itu sendiri.

Melihat fenomena tersebut, ketika didudukkan pada konsep Negara Hukum sebagaimana yang telah penulis paparkan sebelumnya dengan membawa Teori Konsep Negara Hukum *Rule of Law* dari A.V. Dicey bahwa salah satu prinsip dasar negara hukum adalah supremasi hukum, yang berarti bahwa hukum sebagai kekuatan tertinggi, hukum sebagai patron tingkah laku individu, hukum yang mengatur hubungan relasi antara hak dan person, dan hukum berada pada garda terdepan untuk mewujudkan tujuan-tujuan hukum, yaitu keadilan, kepastian, dan kemanfaatan. Hal ini jika dikaitkan dengan pendapat Roscoe Pound yang menyatakan bahwa hukum sebagai *Tool of Social Engineering* yang memberikan landasan bagi kemungkinan digunakannya hukum secara

¹² Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia, 2003, Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia dan Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 24 Tahun 2003 Tentang Mahkamah Konstitusi, Sekretariat Jenderal, Jakarta, hlm. 34.

sadar untuk mengadakan perubahan masyarakat. Akan tetapi dengan melihat kondisi di atas, maka telah memunculkan sebuah hipotesa bahwa hukum bukan lagi menjadi alat/sarana dalam mengadakan perubahan masyarakat, melainkan hukum hanya dapat menjadi alat/sarana legitimasi terhadap hasil perubahan yang terjadi pada masyarakat (*tool to legitimacy the result of social change*). Bahkan ironisnya, hukum tidak lagi menjadi alat penjaminan Hak Asasi Manusia.

Tambah pula, masalah tersebut pun boleh jadi akan berujung pada terciptanya hukum yang tidak valid yang diemban oleh asas legalitas khususnya prinsip non retroaktif, mengingat menurut Hans Kelsen bahwa suatu norma akan kehilangan keabsahannya/validitasnya (Apa yang norma perintahkan tidak lagi berkedudukan sebagai obligatori), jika :

1. Dalam kenyataannya norma itu tidak dipatuhi/ditaati/diikuti lagi; atau
2. Tidak dapat diterapkan secara aktual.¹³

Hukum yang kehilangan keabsahannya tentu akan berujung pada “hukum tersebut tidak memiliki legitimasi yang valid”. Berdasarkan keseluruhan paparan di atas, sangatlah jelas bahwa perbedaan tafsir prinsip non retroaktif pada hukum formil bukanlah masalah yang *sepele* karena berhubungan dengan tujuan hukum itu sendiri yaitu keadilan dan

¹³ Hans Kelsen, 2013, *Hukum dan Logika*, Diterjemahkan oleh B. Arief Sidharta, Cet. Ke-5, Alumni, Bandung, hlm. 5.

kepastian, bahkan bertentangan dengan hakikat hukum sebagai alat pemenuhan Hak Asasi Manusia serta prinsip Negara Hukum.

B. Rumusan Masalah

Dari uraian latar belakang diatas, maka rumusan masalah yang dianalisis dalam penelitian ini, antara lain :

1. Bagaimana penerapan prinsip non retroaktif pada berbagai putusan praperadilan dalam pemenuhan hak sasi manusia?
2. Apakah akibat hukum terhadap putusan praperadilan yang tidak sejalan dengan Putusan Mahkamah Konstitusi No. 21/PUU-XII/2014 dan Putusan Mahkamah Konstitusi No. 069/PUU-II/2004?

C. Tujuan Penelitian

Berdasarkan rumusan masalah tersebut, maka tujuan yang dicapai dalam karya ilmiah ini, sebagai berikut :

1. Mengetahui penerapan prinsip non retroaktif pada berbagai putusan praperadilan dalam pemenuhan hak sasi manusia.
2. Mengetahui akibat hukum pada putusan praperadilan yang tidak sejalan dengan Putusan Mahkamah Konstitusi No. 21/PUU-XII/2014 dan Putusan Mahkamah Konstitusi No. 069/PUU-II/2004.

D. Manfaat Penelitian

Adapun manfaat yang hendak dicapai melalui penelitian ini terdiri dari manfaat secara teoritis dan manfaat secara praktis, dengan penjelasan sebagai berikut :

1. Manfaat Secara Teoritis

Penelitian ini merupakan upaya untuk memberi masukan kepada pembentuk kebijakan mengenai tindakan yang seharusnya dilakukan dalam menyelesaikan permasalahan ketidakadilan dan ketidakpastian hukum akibat dualisme penerapan prinsip non retroaktif dalam hukum formil yaitu dengan pembentukan Peraturan Mahkamah Agung yang berisi tafsir pemberlakuan prinsip non retroaktif yang tepat berdasarkan Putusan Mahkamah Konstitusi sehingga dapat mengikat Hakim dan mewujudkan putusan praperadilan yang koheren.

2. Manfaat Secara Praktis

Hasil penelitian ini diharapkan dapat menjadi masukan yang bersifat konstruktif kepada para praktisi hukum yang berperan dan terlibat dalam penegakan hukum agar menggunakan tafsir konstitusional Mahkamah Konstitusi dalam melakukan penafsiran mengenai penerapan prinsip non retroaktif.

E. Keaslian Penelitian

Penelitian hukum yang berjudul “Penerapan Prinsip Non Retroaktif Pada Hukum Formil Dalam Pemenuhan Hak Asasi Manusia (Studi Putusan Mahkamah Kosntitusi Nomor 21/PUU-XII/2014 dan 069/PUU-II/2004)” adalah asli yang dilakukan oleh penulis dengan berdasarkan isu hukum di masyarakat termasuk yang menimpah orang tua penulis sendiri. Penulis menggunakan beberapa pendekatan untuk menganalisis isu tersebut.

Adapun penelitian ini berfokus pada masalah penerapan prinsip non retroaktif pada hukum formil sehingga merupakan lanjutan dari penelitian yang telah ada sebelumnya, yang menurut penulis patut untuk mendapat tempat penting dalam bagian ini, yaitu hasil penelitian Irman Putra Sidin dalam disertasinya dengan detail sebagai berikut :

1. Judul :

Studi Konstitusi Tentang Hak Untuk Tidak Dituntut Atas Dasar Hukum Yang Berlaku Surut Menurut Pasal 28I Ayat (1) Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945

2. Rumusan Masalah :

- 1) Bagaimana eksistensi hak untuk tidak dituntut atas dasar hukum yang berlaku surut dalam kaitannya dengan peristiwa Bom Bali 2002?

2) Bagaimana eksistensi hak untuk tidak dituntut atas dasar hukum yang berlaku surut dalam kaitannya dengan pelaksanaan kewenangan Komisi Pemberantasan Korupsi?

3) Bagaimana eksistensi hak untuk tidak dituntut atas dasar hukum yang berlaku surut dalam kaitannya dengan Pengadilan HAM *Ad Hoc*?

3. Kesimpulan

Berdasarkan uraian diatas, dapat dipahami perbedaan substansial penelitian Irmanputra Sidin dengan penelitian penulis. Penelitian Irman Putra Sidin lebih fokus membahas secara konseptual untuk menghasilkan teori bahwa prinsip non retroaktif hanya terbatas pada *crime, delictum* atau perbuatan materiil saja yaitu dalam hal “pembedaan” atau kriminalisasi sesuatu yang bukan tindak pidana sebelumnya menjadi tindak pidana serta pemberatan atau inkriminasi, akan tetapi tidak berlaku untuk hukum formil sehingga ketentuan hukum formil dapat berlaku surut. Sedangkan substansi penelitian penulis fokus menganalisis dari perspektif penerapan prinsip non retroaktif pada hukum formil dalam pemenuhan Hak Asasi Manusia dengan melakukan studi terhadap penerapan Putusan MK No. 21/PUU-XII/2014 di

berbagai putusan praperadilan dengan berdasar pada teori yang dihasilkan melalui disertasi Irmanputra sehingga dapat dikatakan bahwa penelitian ini merupakan lanjutan dari penelitian Irmanputra tersebut.

F. Metode Penelitian

1. Tipe Penelitian

Tipe penelitian dalam penyusunan karya tulis ini adalah yuridis normatif. Penulis memilih tipe penelitian tersebut karena sesuai dengan permasalahan yang dikaji yaitu penerapan prinsip non retro aktif pada hukum formil, yakni penelitian yang difokuskan untuk mengkaji penerapan norma dalam hukum positif, dalam hal ini norma dalam Putusan MK No. 21/PUU-XII/2014 di berbagai putusan praperadilan. Sehingga dapat menjawab permasalahan mengenai penerapan prinsip non retroaktif pada hukum dalam pemenuhan HAM.

2. Metode Pendekatan

Dalam kaitannya dengan penelitian normatif, dapat digunakan beberapa pendekatan yaitu : pendekatan perundang-undangan (*statute approach*), pendekatan konsep (*conseptual approach*), pendekatan analitis (*analytical approach*), pendekatan

perbandingan (*comparative approach*), pendekatan historis (*historical approach*), pendekatan filsafat (*philosophical approach*), dan pendekatan kasus (*case approach*). Adapun pendekatan yang digunakan dalam penelitian ini, sebagai berikut :

- a. Pendekatan perundang-undangan (*statute approach*), digunakan untuk melihat berbagai aturan hukum yang normanya menjadi fokus penelitian, yaitu aturan hukum yang berkaitan dengan asas legalitas khususnya prinsip non retroaktif dan yang berkaitan dengan praperadilan. Aturan-aturan tersebut antara lain : Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 (UUD NRI 1945), Putusan MK No. 21/PUU-XII/2014, UU No. 8 Tahun 1981 tentang Hukum Acara Pidana (KUHAP), dan UU No. 39 Tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia.
- b. Pendekatan konseptual (*conseptual approach*), berdasar dari pandangan-pandangan dan doktrin-doktrin yang berkembang dalam kajian ilmu hukum. Penulis menggunakan pendekatan ini untuk memahami konsep asas legalitas khususnya prinsip non retroaktif sehingga tidak lagi memungkinkan dualisme penafsiran agar terwujud keadilan dan kepastian dalam hukum formil demi pemenuhan Hak Asasi Manusia di Indonesia.

c. Pendekatan Kasus (*case approach*), dilakukan dengan melakukan telaah terhadap kasus-kasus yang berkaitan dengan isu yang diteliti. Pendekatan ini digunakan untuk mengetahui penerapan prinsip non retroaktif pada berbagai putusan praperadilan dengan objek penetapan tersangka dalam rangka pemenuhan Hak Asasi Manusia, sebagai implementasi norma dalam Putusan MK No. 21/PUU-XII/2014.

3. Jenis dan Sumber Bahan Hukum

a. Bahan Hukum Primer, yaitu bahan hukum yang bersifat autoratif atau mengikat seperti peraturan perundang-undangan, catatan-catatan resmi resmi atau risalah dalam pembentukan peraturan perundang-undangan dan putusan Hakim. Adapun penulis menggunakan bahan hukum sebagai berikut :

1. Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 (UUD NRI 1945)
2. Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1981 tentang Hukum Acara Pidana (KUHAP)
3. Undang-Undang Nomor 39 Tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia
4. Putusan Mahkamah Konstitusi No. 21/PUU-XII/2014

5. Putusan Mahkamah Konstitusi No. 069/PUU-II/2004
 6. Putusan Mahkamah Konstitusi No. 013/PUU-I/2003
 7. Putusan Praperadilan No.1/Pid.Prap/2015/PN.Psw
 8. Putusan Praperadilan No. 32/Pid.Prap/2015/PN.Jkt.Sel
- b. Bahan Hukum Sekunder, yaitu bahan hukum yang memberikan penjelasan mengenai bahan hukum primer, yang meliputi buku teks, jurnal, dan pendapat para ahli, yang relevan dengan pembahasan penelitian ini.
- c. Bahan Hukum Tersier (bahan non-hukum), yaitu bahan lainnya yang memberikan petunjuk atau penjelasan bermakna terhadap bahan hukum primer. Contoh : kamus, ensiklopedia, indeks kumulatif, hasil wawancara dan seterusnya.

Berikutnya, sumber bahan hukum dalam penelitian ini antara lain :

- a. Penelitian Kepustakaan (*literature research*), yaitu menelaah berbagai buku kepustakaan, surat kabar, dan karya ilmiah yang berkaitan dengan objek penelitian ini.
- b. Penelitian Lapangan (*field research*), yaitu pengumpulan informasi yang dilakukan dengan wawancara dan diskusi bersama akademisi dan praktisi hukum serta pihak pemohon dari putusan praperadilan yang penulis teliti.

4. Teknik Pengumpulan Bahan Hukum

a. Bahan Hukum Primer

Cara pengumpulan bahan hukum primer dalam penelitian ini dilakukan dengan pendekatan terhadap peraturan perundang-undangan. Penulis mencari peraturan perundang-undangan yang berkaitan dengan pengaturan Asas Legalitas, praperadilan, dan Hak Asasi Manusia. Penulis juga melakukan studi dokumen terhadap putusan Mahkamah Konstitusi dan berbagai putusan praperadilan khususnya putusan dengan objek kesalahan penetapan tersangka.

b. Bahan Hukum Sekunder

Cara pengumpulan bahan hukum sekunder dilakukan dengan studi kepustakaan, yaitu dengan melakukan penelusuran terhadap berbagai sumber literatur seperti buku-buku, jurnal, artikel ilmiah, dan lain sebagainya yang berkaitan dengan penelitian ini.

c. Bahan Hukum Tersier

Cara pengumpulan bahan hukum tersier dilakukan dengan wawancara, yaitu teknik pengumpulan bahan hukum

dengan cara tanya jawab baik secara langsung maupun tidak langsung terhadap akademisi, praktisi, dan pihak pemohon dari putusan praperadilan yang penulis teliti. Hal ini dilakukan untuk mendapat petunjuk guna memperkuat serta membuat terang bahan hukum primer dan sekunder dalam penelitian ini.

5. Analisis Bahan Hukum

Segala informasi yang diperoleh dari bahan hukum primer, sekunder, dan tersier dianalisis dan diolah kemudian disajikan dalam penulisan yang sistematis guna menjawab permasalahan yang telah dirumuskan penulis. Bahan-bahan hukum tersebut dianalisis secara logis-deduktif (deduksi logis) berdasarkan perspektif normatif dan filosofis sehingga memberikan gambaran secara jelas dan konkrit terhadap objek yang diteliti secara kualitatif. Selanjutnya, informasi yang dihasilkan disajikan secara deskriptif sehingga dapat menjelaskan, menguraikan, dan menggambarkan sesuai dengan permasalahan yang erat kaitannya dengan penelitian ini.

BAB II
TINJAUAN PUSTAKA DAN ANALISIS PERMASALAHAN
PERTAMA

A. Tinjauan Pustaka

1. Tinjauan Umum tentang Prinsip Non Retroaktif

a. *Ratio Legis* Lahirnya Asas Legalitas

Moeljatno, dalam *Tijdschrift v. Strafrecht* 45, halaman 337, diutarakan bahwa pada zaman Romawi dikenal *crimine extra ordinaria*, yaitu kejahatan-kejahatan yang tidak disebutkan dalam undang-undang. Di antara *crimine extra ordinaria* ini terdapat *crimen stellionatus* yang secara *letterlijk* artinya perbuatan jahat atau durjana. Ketika hukum Romawi kuno diterima di Eropa Barat pada abad pertengahan, *crimine extra ordinaria* ini diterima oleh raja-raja yang berkuasa dan para raja itu cenderung menggunakan hukum pidana secara sewenang-wenang menurut kehendak dan kebutuhannya.¹⁴

Pada zaman itu, oleh karena sebagian besar hukum tidak tertulis, sehingga dengan kekuasaannya yang sangat absolut, raja dapat menyelenggarakan pengadilan secara sewenang-wenang. Penduduk tidak mengetahui secara pasti, mana perbuatan yang dilarang dan mana perbuatan yang tidak dilarang. Proses

¹⁴ Moeljatno, 2002, *Asas-Asas Hukum Pidana*, Rineka Cipta, Jakarta, hlm. 24.

pengadilan berjalan tidak adil karena hukum ditetapkan menurut perasaan hukum dari Hakim yang mengadili.¹⁵

Cikal bakal asas legalitas pada umumnya dimulai pada zaman dimana hukum pidana belum tertulis ditandai adanya Revolusi Perancis dimana rakyat bergejolak menuntut keadilan atas kesewenang-wenangan penguasa pada waktu itu. Saat memuncaknya reaksi terhadap kekuasaan yang mutlak (*absolutisme*) oleh raja maka mulailah muncul pemikiran tentang harus ditentukannya dalam undang-undang terlebih dahulu perbuatan-perbuatan yang dapat dipidana, agar rakyat terlebih dahulu dapat mengetahui dan tidak akan melakukan perbuatan tersebut dan jika memilih untuk melakukan kehendak bebasnya untuk berbuat kejahatan maka sanksi pidana sudah pasti harus dapat diterimanya sebagai konsekuensi akibat perbuatannya. Pada fase selanjutnya, asas ini berkembang dan berlaku di beberapa Negara seiring dengan sejarah Negara adikuasa terhadap Negara jajahannya. Keadaan ini dianulir oleh para filsuf bangsa barat untuk membuat suatu pemikiran baru dalam dunia hukum, ketatanegaraan, dan hak asasi manusia.¹⁶

¹⁵ Bambang Poernomo, 1982, *Asas-Asas Hukum Pidana*, Ghalia Indonesia, Yogyakarta, hlm. 24.

¹⁶ Andi Sofyan & Nur Azisa, 2016, *Buku Ajar Hukum Pidana*, Pustaka Pena Press, Makassar, hlm. 18.

Sejarah dunia mencatat bahwa pencetus asas legalitas yakni Paul Johan Anselm Von Feuerbach (1775-1883), seorang sarjana hukum pidana Jerman dalam bukunya *Lehrbuch des Penlichen recht* pada tahun 1801. Menurut Bambang Poernomo, apa yang dirumuskan oleh Feuerbach mengandung arti yang sangat mendalam, yang dalam bahasa latin berbunyi : “*nulla poena sine lege, nulla poena sinepraevia legi poenalli*”. Ketiga frasa tersebut kemudian dikembangkan oleh Feuerbach menjadi adagium *nullum delictum, “nulla poena sine praevia legi poenalli”*.¹⁷

Oleh karena asas legalitas dirumuskan dalam bahasa latin, maka sangatlah mungkin ada yang beranggapan bahwa rumusan ini berasal dari hukum Romawi kuno. Sesungguhnya, menurut Moeljatno, baik adagium maupun asas legalitas tidak dikenal dalam hukum Romawi kuno. Demikian pula menurut Sahetapy, yang menyatakan bahwa asas legalitas dirumuskan dalam bahasa latin semata-mata karena bahasa latin merupakan bahasa “dunia hukum” yang digunakan pada waktu itu.

Ada pula yang berpendapat bahwa asas legalitas sejatinya berasal dari ajaran Montesquie yang dituangkan dalam bukunya *l’Aspritn des Lois*, 1748. Ajarannya yang paling terkenal adalah mengenai pemisahan kekuasaan menjadi 3 (tiga) jenis (*trias*

¹⁷ Eddy O.S. Hiariej, *Op.Cit*, hlm. 7.

politica) yang dimaksudkan untuk melindungi hak-hak atau kepentingan individu terhadap kesewenang-wenangan penguasa. Menurut Montesquieu, dalam pemerintahan yang moderat, Hakim harus berkedudukan terpisah dari penguasa dan harus memberikan hukuman setepat mungkin sesuai ketentuan-ketentuan harfiah ukum. Hakim harus bertindak berhati-hati untuk menghindari tuduhan tidak adil terhadap orang-orang yang tidak bersalah. Tujuan Montesquieu untuk melindungi individu terhadap perlakuan sewenang-wenang pihak peradilan arbiter, yang pada zaman sebelum Revolusi Prancis menjadi suatu kenyataan yang umum di Eropa Barat. Beberapa literatur umumnya menjelaskan bahwa kemunculan konsep asas legalitas dimulai pada zaman dimana hukum masih belum tertulis, ketika kesewenang-wenangan penguasa pada masa itu yakni raja atau Hakim semakin membuat rakyat menderita akibat ketidakadilan. Pada masa itu, hukum yang berlaku adalah hukum adat atau kebiasaan, sementara kekuasaan raja bersifat absolut. Ukuran keadilan hanya dinilai secara subjektif berdasarkan keyakinan pribadi atau tergantung pada subjektifitas penguasa sehingga menimbulkan kesewenang-wenangan pemegang kekuasaan.¹⁸

Selain itu, kemunculan konsep asas legalitas juga tercermin dari Jean Jacques Rousseau (1712-1778) dengan ajarannya

¹⁸ *Ibid*, hlm. 9.

tentang “Fiksi Perjanjian Masyarakat” atau yang dikenal dengan Teori Kontrak Sosial. Melalui tulisannya yang berjudul *Du Contract Social* (1762), ia menggambarkan bahwa pemerintah adalah suatu badan yang terbentuk atas dasar kesepakatan antara warga Negara dan penguasa dalam hubungannya masing-masing yang ditugaskan untuk melaksanakan undang-undang dan menjamin kemerdekaan masyarakat. Sementara Beccaria di Italia (1764) menganjurkan pula agar hukum dituangkan secara tertulis agar hak asasi manusia dapat dijamin dan membuat terang bagi masyarakat mengenai tindakan-tindakan terlarang dan yang diharuskan.¹⁹

Menurut van der Donk dan Hazewinkel Suringa, baik ajaran Montesquieu maupun Rosseau mempersiapkan penerimaan umum terhadap asas legalitas, akan tetapi dalam ajaran kedua tokoh tersebut tidak terdapat rumusan asas legalitas. Maksud dari pelajaran kedua tokoh tersebut adalah melindungi individu terhadap tindakan Hakim yang sewenang-wenang, yaitu melindungi kemerdekaan pribadi individu terhadap tuntutan tindakan yang sewenang-wenang.²⁰ Sementara komentar Hans Kelsen terhadap prinsip *nulla poena sine lege, nullum crimen sine lege* adalah ekspresi *legal positivism* dalam hukum pidana.²¹

¹⁹ S.R. Sianturi, *Loc.Cit.*

²⁰ E. Utrecht, 1960, *Hukum Pidana I*, Penerbit Universitas, Bandung, hlm. 194.

²¹ Hans Kelsen, 1995, *Teori Hukum Murni (Dasar-Dasar Ilmu Hukum Normatif Sebagai Ilmu Hukum Empirik-Deskriptif)*, Diterjemahkan oleh Somardi, Rimdi Press, Bandung, hlm.52.

Jika dilihat dari situasi dan kondisi lahirnya asas legalitas, tidak dapat dinafikan bahwa asas tersebut ditujukan untuk melindungi kepentingan individu, sebagai ciri utama tujuan hukum pidana aliran klasik. Secara tegas, seorang juris terkenal dari Jerman, Franz von Liszt menulis, "*the nullum crimen against the State's omnipotence; they protect the individual against the brutal force of the majority, against the Leviathan*". Aliran klasik ini lahir sebagai reaksi terhadap *ancient regime* yang *arbitrair* pada abad ke-18 di Prancis, yang banyak menimbulkan ketidakpastian hukum, ketidaksamaan dalam hukum, dan ketidakadilan, sehingga menghendaki hukum yang tersusun secara sistematis dan bertitik berat pada kepastian hukum, semata-mata untuk melindungi kepentingan individu dari kesewenang-wenangan penguasa.

Jauh sebelum von Feuerbach, gagasan tersebut sudah disampaikan oleh Socrates, Plato, dan Aristoteles. Pada zaman Yunani kuno, ketika Kaum Sofis mengatakan bahwa keadilan itu subjektif, Socrates kemudian menanggapi dengan pemikirannya bahwa oleh karena keadilan bersifat subjektif, maka harus disepakati oleh subjek-subjeknya. Adapun Plato (427-347 SM) menulis buku *Politeia* dan *Nomoi*. Dalam buku *Politeia* melukiskan model negara yang adil bahwa dalam negara terdapat kelompok-kelompok dan yang dimaksud dengan keadilan adalah jika tiap-tiap kelompok berbuat dengan apa yang sesuai dengan tempat dan

tugasnya. Sedangkan dalam buku *Nomoi*, Plato menjelaskan tentang petunjuk dibentuknya tata hukum. Menurut Plato, bahwa peraturan-peraturan yang berlaku tertulis dalam kitab perundang-undangan karena jika tidak, maka penyelewengan dari hukum yang adil sulit dihindarkan.²²

Selain itu, konsep jaminan perlindungan hak-hak warga negara yang tercatat dalam sejarah, juga termaktub dalam *Magna Charta* (1215), *Bill of Rights* (1628), *Habeas Corpus Act* (1679), *Declaration des droits de l'homme et de citoyens* (1789), dan *Code Penal* (1791) pun telah memasukan prinsip-prinsip dalam asas legalitas sebagai bentuk penjaminan Hak Asasi Manusia. Gagasan tentang perlunya jaminan perlindungan hak-hak warga Negara Inggris dengan cara membatasi kekuasaan raja (termasuk kewenangan Hakim) teraktualisasikan sejak dibuatnya *Magna Charta* pada tahun 1215, yaitu pada ketentuan Angka 39 yang menjamin perlindungan rakyat dari penangkapan, penahanan, penyitaan, pembuangan, dan dikeluarkannya seseorang dari perlindungan hukum/undang-undang, kecuali ada putusan pengadilan yang sah. Kemudian diikuti oleh *Bill of Rights* pada tahun 1628 dan Inggris melalui *Habeas Corpus Act* pada tahun 1679. Gagasan ini mengilhami munculnya salah satu ketentuan dalam Declaration of Independence (1776) di Amerika Serikat yang

²² Putera Astomo, 2018, *Ilmu Perundang-undangan : Teori dan Praktik di Indonesia*, PT. RajaGrafindo Persada, Depok, hlm. 12

menyebutkan bahwa tiada seorangpun boleh dituntut atau ditangkap selain dengan, dan karena tindakan-tindakan yang diatur dalam peraturan perundang-undangan. Inilah yang akhirnya dibawa ke Perancis mengenai “tiada orang yang dapat dipidana selain atas kekuatan undang-undang yang sudah ada sebelumnya” dalam *Declaration des droits de l’homme et de citoyens* (1789) dan *Code Penal* (pernyataan tentang Hak Asasi Manusia dan warga Negara) sebagai produk *Assemble Nationale* (panitia pembaharuan hukum pidana) yang diprakarsai oleh Raja Louis XVI sehingga asas legalitas mempunyai bobot begitu besar dan dijadikan sebagai pangkal tolak dalam menentukan arah pembaharuan hukum pidana. Gagasan tersebut akhirnya menyebar ke berbagai negara, termasuk Belanda.²³

Berkaitan dengan prinsip non retroaktif, Glanville William menyebutkan bahwa prinsip non retroaktif (*non retroactivity principle*) pertama kali terbentuk dalam Pasal 8 Deklarasi Perancis (1789), yang kemudian diadopsi dalam Konstitusi Perancis 1791 (French Constitution) dan dimasukkan dalam Pasal 4 *Code Penal* Perancis dalam masa pemerintahan Napoleon (1801) yang kemudian menjajah Belanda sehingga asas ini mendapatkan tempat dalam Pasal 1 *Wetboek v Strafrecht* Nederland 1881 dan

²³ Deni Setyo Bagus Yuherawan, 2014, *Dekonstruksi Asas Legalitas Hukum Pidana*, Setara Press, Malang, hlm. 26-32.

kemudian dengan asas konkordansi antar Ned Indie dan Nederland masuklah kedalam Pasal 1 W.v.S Ned 1918.²⁴

Prinsip ini juga menjadi bagian Kode Bavarian (*Bavarian Code*) 1813, ketika Von Feuerbach memperkenalkan sebuah maksim *Latin nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege* yang kemudian menjadi judul Undang-Undang Tindak Pidana Jerman 1871 dan dijamin dalam Konstitusi Weimar (Weimar Constitution). Konsep ini kemudian diteima luas di Eropa pada akhir abad 19 dengan tujuan yang ingin dicapai yaitu memperkuat kepastian hukum, menciptakan keadilan dan kejujuran bagi terdakwa, mengefektifkan fungsi penjeraan dalam sanksi pidana, mencegah penyalahgunaan kekuasaan, dan memperkokoh *rule of law*.²⁵

Bahkan, apabila kita mengkaji lebih jauh, roh asas legalitas ini sebenarnya terdapat dalam Perjanjian Baru yang berisi Injil, yakni surat-surat Rasul Paulus dan surat-surat lainnya. Surat Paulus kepada jemaat di Roma, tepatnya Roma Pasal 5 ayat (13) berbunyi, "*Sebab, sebelum hukum Taurat ada, telah ada dosa dunia. Tetapi dosa itu tidak diperhitungkan kalau tidak ada hukum Taurat.*" Berdasarkan Roma Pasal 5 Ayat (13) tersebut, jika kita menganalogikan dosa sebagai perbuatan melanggar hukum, maka

²⁴ E. Utrecht, Op.Cit., hlm. 193.

²⁵ Thohari dan A Ahsin, "Dimensi Historia Asas Retroaktif", Kompas, Jakarta, Sabtu 19 Februari 2005. (opini).

tidak ada perbuatan melanggar hukum sebelum ada aturan hukumnya.²⁶

Menurut M. Shokry El-Dakkak, asas legalitas dalam hukum Islam secara implisit terdapat dalam Al-Qur'an, Surat Al-Israa' Ayat 15, yang berbunyi :

“Siapapun yang mengikuti petunjuk, maka perbuatan itu adalah untuk dirinya sendiri. Siapa yang berbuat salah, dirinya sendirilah yang akan menderita. Seseorang yang berdosa tidak dapat memikul dosa orang lain. Kami tidak akan menghukum sebelum Kami mengutus seorang Rasul.”

Berdasarkan ayat tersebut, hukum Islam tidak hanya mengakui asas legalitas, tetapi juga memberi dasar bagi asas pertanggungjawaban pribadi dalam hukum pidana.

Demikian menurut Irman Putra Sidin (dalam penelitian disertasinya) bahwa di dalam Al-Qur'an terdapat beberapa ayat yang mengatur prinsip asas legalitas seperti Surat Al-Qashas Ayat (59) yang menyatakan :

“Dan Tuhanmu tidak akan membinasakan kota-kota, sebelum Dia mengutus di ibukota itu seorang Rasul yang membacakan ayat-ayat Kami kepada mereka”.

²⁶ Eddy O.S. Hiariej, *Op.Cit*, hlm. 14.

Demikian pula dalam Surat An-Nissa' Ayat (165) dikatakan :

“(Mereka kami utus) selaku Rasul-Rasul pembawa berita gembira dan pemberi peringatan agar tidak ada alasan bagi manusia membantah Allah sesudah diutusnya rasul-rasul itu.”

Dari beberapa ayat tersebut, menjadi terang bahwa Islam tidak akan memberi hukuman pada suatu kejahatan yang tidak ditetapkan keharamannya oleh *nash*. Bahkan, sekalipun kejahatan tersebut telah dilarang oleh *nash*, namun jika seseorang melakukannya sebelum masuk Islam, ia tetap tidak akan dihukum. Karena itu, Allah Swt. Berfirman :

“Katakanlah kepada orang-orang yang kafir itu: Jika mereka berhenti (dari kekafirannya), niscaya Allah akan mengampuni mereka tentang dosa-dosa mereka yang sudah lalu” (QS. Al-Anfal: 38)

Ini menunjukkan bahwa Islam menganut asas non retroaktif, sehingga dikenal kaedah “tidak ada hukum sebelum ada ketentuan syara”. Dalam Islam, sanksi hanya akan diberikan kepada seorang hamba setelah hamba tersebut mendapat peringatan atau ia dihukum berdasarkan aturan yang jelas. Hal ini juga sejalan dengan prinsip yang dianut oleh hukum positif. Dalam istilah lain, disebut *nullum crimen sine lege*, artinya tidak ada kejahatan kecuali sesuai dengan hukum. Disamping itu terdapat prinsip *nulla poena sine lege*

yang berarti tidak ada hukuman kecuali sesuai dengan hukum (yang saat itu berlaku). Dalam doktrin hukum, hal ini dirumuskan sebagai asas legalitas yang menjadi salah satu pilar dari hukum yang berkeadilan (*rule of law*). Akan tetapi asas legalitas dalam arti seorang hamba tidak dikenai hukuman sebelum datangnya wahyu, yang dari lahir asas non retroaktif, bukanlah satu-satunya pendapat yang diterima dikalangan penganut Islam.²⁷

Kembali pada sejarah asas legalitas, dalam perkembangan selanjutnya asas ini mulai diadaptasi oleh beberapa Negara. Terkait adaptasi tersebut, Hazewinkel Suringa memberikan pendapat sebagai berikut :

“Het principe van ons art.1 is in de meeste codificaties der 19e eeuw opgenomen: in de 20e is het in sommige landen weer prijsgegeven. Zo heft in 1926 Rusland, in 1935 Duitsland dit palladium van individuele rechtszekerheid en rechtsgelijkheid vernietigd, in zoverre, dat de straf rechter tot taak kreeg de gedrangingen niet slechts aan de delictsformules te toetsen, maarook aan de sociale gevaarlijkheid, met als maatstraf het gezonde volksgevoelen. Analogische wetstoepassing werd onbeperkt toegestaan.”²⁸

²⁷ Andi Irmanputra Sidin, *Op.Cit*, hlm. 219-221.

²⁸ Hazewinkel Suringa, 1953, *Inleiding Tot De Studie Van Het Nederlandse Strafrecht*, H.D. Tjeenk Willink & Zoon N.V. – Haarlem, p. 275-276.

Artinya : Prinsip dari Pasal 1 dimuat dalam konstitusi pada abad ke-19; dalam abad ke-20 di beberapa negara asas tersebut dilepas. Di Ruasia pada tahun 1926, di Jerman pada tahun 1935 atas kepastian dan persamaan individu dihapus, selama Hakim pidana menilai perbuatan-perbuatan tidak saja dari rumusan delik, tetapi juga dari pandangan masyarakat (apakah perbuatan tersebut membahayakan masyarakat dengan akibat yang ditimbulkan). Penerapan undang-undang dengan dengan analogi dalam hal tertentu diperbolehkan).

Dari penjelasan tersebut, dapat kita ketahui bahwa pada tahun 1933, ketika Jerman memperkenalkan *Lex van der Lubbe*. Marines van der Lubbe adalah seorang Belanda yang diyakini sebagai kaki tangan komunis dan membakar *Reichtstaatgebouw* pada tanggal 27 Februari 1933. Pada tanggal 23 Maret 1933, pemerintah nasional sosialis (NAZI) Jerman kemudian mengeluarkan undang-undang, yang diberlakukan surut sampai pada tanggal 31 Januari 1933, dengan maksud agar peristiwa itu dapat diadili menggunakan hukum acara dalam undang-undang tersebut.²⁹ Sedangkan di Belanda, asas legalitas diberlakukan setelah perang dunia kedua berakhir tepatnya pada tahun 1945. Pemerintah Belanda kemudian mengeluarkan *Besluit Buitengewoon*

²⁹ E. Utrecht, *Op.Cit*, hlm. 197. Bandingkan dengan Bambang Poernomo, *Op.Cit*, hlm. 71.

Strafrecht (BBS) atau ketetapan hukum pidana luar biasa yang memberlakukan surut hukum acara tentang delik terhadap keamanan negara sejak tanggal 22 Desember 1943. Dalam Pasal 3, *Besluit Buitengewoon Strafrecht (BBS)* menetapkan Pasal 1 KUHP tidak berlaku bagi penetapan, sebagaimana yang diatur dalam Ketetapan London.³⁰

Adapun di Indonesia sendiri, pada zaman pemerintah kolonial Hindia Belanda, asas legalitas pernah dikesampingkan dengan diberlakukannya *Brisbane Ordonantie*. Brisbane adalah kota kecil di Australia yang digunakan oleh pemerintah kolonial Hindia Belanda untuk melarikan diri dari kejaran bala tentara Jepang (Dai Nippon) agar mereka bias terus melanggengkan kekuasaan pemerintah kolonial Hindia Belanda di sana selama peran dunia kedua. Ketika Jepang menyerah kepada sekutu, pemerintah kolonial Hindia Belanda mengeluarkan *staatsblad* yang kemudian dikenal dengan nama S. 45-135 atau disebut *Brisbane Ordonantie*.³¹

³⁰ Ch.J., Enshede, 2002, *Beginselen Van Strafrecht*, Kluwer, Deventer, hlm. 27.

³¹ J.E. Sahetapy, 2003, *Asas Retroaktif: Suatu Kajian Ulang*, KHN Nesletter, hlm. 20-21. Secara lengkap bunyi pertimbangan dan Pasal 18 dalam *Brisbane Ordonantie* adalah sebagai berikut: "*Vastelling van Tijdelijke Buitengewone Bepalingen van Strafrecht*". (Ord.v. 22 Sept. 1945.) S. 45 — 135 (jwg: 7 Oct. 1945) (Toelichting in Bb. 15046) *Consid.: Dat Hij, overwegende dat het in het belang van de veiligheid van den Staat dringend noodzakelijk is eenige aanvullingen en wijzigingen in het wetb.v.Strafr. aan to brengen alsmede daarnast tijdelijk buitengewone bepalingen van strafrecht vast te stellen voor de berechting van zekere gedurende den tijd van den huidige oorlog en de periode onmiddelijk daarop volgende beganefeiten, welke in zoo ernstige mate strafwaardig zijn, dat hun strafaarheid daarmede in overeenstemming dient to worden gebracht, zonder dat een beroep op het bepaalde in art. 1 van het Wetb.v. straf. Bij die berechting dient to*

Perihal sejarah perkembangan asas legalitas dalam hukum pidana, penulis setuju dengan pendapat Bambang Poernomo bahwa dengan segala faktor yang mempengaruhinya, terdapat empat macam sifat ajaran yang dikandung oleh asas legalitas. *Pertama*, asas legalitas hukum pidana yang bertitik berat pada perlindungan individu untuk memperoleh kepastian dan persamaan hukum. Adagium yang dipakai oleh ajaran ini, menurut G.W. Paton, adalah *nulla poena sine lege*. Perlindungan individu diwujudkan dengan adanya keharusan lebih dahulu untuk menentukan perbuatan pidana dan pemidanaan dalam undang-undang.

Kedua, asas legalitas hukum pidana bertitik berat pada dasar dan tujuan pemidanaan agar dengan sanksi pidana itu hukum pidana bermanfaat bagi masyarakat sehingga tidak ada lagi pelanggaran hukum yang dilakukan oleh masyarakat. Adagium yang dipakai oleh ajaran ini adalah ciptaan Feuerbach : *nullum delictum, nulla poena sine praevia lege poenali*. *Ketiga*, asas legalitas hukum pidana bertitik berat tidak hanya pada ketentuan tentang perbuatan pidana saja agar orang menghindari perbuatan tersebut, tetapi juga pada ancaman pidananya, agar penguasa tidak sewenang-wenang dalam menjatuhkan pidana.

worden toegelaten. Selanjutnya Pasal 18 Brisbane Ordonnantie berbunyi, "Het bepaalde an art. 1 van het Wetb.v. Strafr. Wordt voor wat betreft de toepassing van deze ord. Buiten werking gesteld".

Keempat, asas legalitas hukum pidana bertitik berat pada perlindungan hukum kepada negara dan masyarakat. Asas legalitas di sini bukan hanya didasarkan pada kejahatan yang ditetapkan oleh undang-undang saja, akan tetapi didasarkan pada ketentuan hukum yang berdasarkan ukurannya dapat membahayakan masyarakat. Oleh karena itu, tidak mungkin ada suatu perbuatan jahat yang timbul kemudian dapat meloloskan diri dari tuntutan hukum. Dengan mengutip pendapat Paton, Bambang Poernomo menyatakan bahwa adagium yang dipakai di sini adalah *nullum crimen sine poena*.³²

b. Berbagai Penafsiran Tentang Makna yang Terkandung dalam Asas Legalitas

J.E. Jonkers mendefinisikan asas legalitas, sebagai berikut :

“Het eerste lid van het eerste artikel van het W.v.S., dat inhoudt, dat geen feit strafbaar is dan uit kracht van een daaraan voorafgeganewettelijke strafbepaling, is een beginsel – artikel.”

Pada intinya Jonkers berpendapat bahwa menurut Pasal 1 Ayat (1) KUHP, tidak ada perbuatan yang dapat dipidana kecuali atas kekuatan undang-undang pidana yang ada sebelum perbuatan dilakukan. Mengingat betapa pentingnya asas legalitas, sehingga berbeda dengan asas lainnya, asas legalitas ini dituangkan secara

³² Bambang Poernomo. *Op.Cit*, hlm. 71-73.

eksplisit dalam peraturan perundang-undangan. Mengenai definisi asas legalitas tersebut, kiranya terdapat kesamaan pandangan diantara kalangan para ahli seperti T.J. Noyon, Ch. J. Enschede, J.E. Jonkers, W.P.J. Pompe, D. Simsons, VOS, Van Bemmelen, dan Van Hattum, begitupun ahli hukum tanah air seperti Moeljatno, pada intinya memberikan definisi sebagai berikut :

“Tiada perbuatan yang dapat dipidana kecuali atas dasar kekuatan ketentuan pidana menurut undang-undang yang sudah ada terlebih dahulu”.³³

Setelah mendefinisikan asas legalitas, yang selanjutnya penting untuk diulas adalah makna yang terkandung dalam asas legalitas. Sebagaimana penjelasan penulis sebelumnya, bahwa mengenai definisi asas legalitas terdapat kesamaan pendefinisian antara para ahli hukum, tetapi perihal makna yang terkandung dalam asas legalitas, terdapat banyak perdebatan pendapat di kalangan ahli hukum.

Menurut Enschede, hanya terdapat 2 (dua) makna yang terkandung dalam asas legalitas, yaitu :

Pertama, suatu perbuatan dapat dipidana hanya jika diatur dalam perundang-undangan pidana (...*wil een feit strafbaar zijn, dan moet het vallen onder een wettelijke strafbepaling*...). *Kedua*,

³³ Eddy O.S. Hiariej, *Op.Cit*, hlm. 19

kekuatan ketentuan pidana tidak boleh diberlakukan surut (...zo'n strafbepaling mag geen terugwerkende kracht hebben...).³⁴ Makna asas legalitas yang dikemukakan oleh Enschede ini sama dengan yang dikemukakan oleh Wirjono Prodjodikoro, yaitu bahwa sanksi pidana hanya dapat ditentukan dengan undang-undang dan bahwa ketentuan pidana tersebut tidak boleh berlaku surut.

Pendapat yang hampir serupa dengan Enschede dan Wirjono Prodjodikoro berasal dari Sudarto, yang juga mengemukakan dua prinsip yang terkandung dalam asas legalitas. *Pertama*, bahwa suatu tindak pidana harus dirumuskan dalam peraturan perundang-undangan. *Kedua*, peraturan perundang-undangan ini harus ada sebelum terjadinya tindak pidana. Sudarto juga menambahkan bahwa dari makna pertama terdapat dua konsekuensi, yaitu perbuatan seseorang yang tidak tercantum dalam undang-undang sebagai suatu tindak pidana tidak dapat dipidana dan adanya larangan penggunaan analogi untuk membuat suatu perbuatan menjadi suatu tindak pidana sebagaimana dirumuskan dalam undang-undang. Sedangkan konsekuensi dari makna yang kedua adalah tidak boleh berlaku surutnya hukum pidana.³⁵

³⁴ Ch.J. Enschede, *Op.Cit*, hlm. 26.

³⁵ Eddy O.S Hiariej, *Op.Cit*, hlm. 24-25.

Makna asas legalitas juga dikemukakan Jan Remmelink, bahwa terdapat 3 (tiga) makna yang terandung dalam asas legalitas. *Pertama*, konsep perundang-undangan, yang diandaikan dalam ketentuan Pasal 1 KUHP, yang menurutnya tidak hanya perundang-undangan dalam arti formil saja yang dapat memberikan pengaturan, tetapi menunjuk pada semua produk legislatif yang mencakup pemahaman bahwa pidana ditetapkan secara legitimate, termasuk didalamnya adalah peraturan yang dibuat oleh pemerintah daerah, baik pada tingkat provinsi maupun kabupaten atau kotamadya.

Kedua, undang-undang yang dirumuskan secara terperinci dan cermat atau *lex certa*. Prinsip ini juga dikenal dengan istilah *bestimmtheitsgebot*. *Ketiga*, perihal analogi. Pada asas legalitas juga terkandung makna larangan untuk menetapkan ketentuan pidana secara analogis.³⁶

Sementara itu, menurut Groenhuijsen seperti yang dikutip Komariah Emong Sapardjaja, ada 4 (empat) makna yang terkandung dalam asas legalitas. Dua dari yang pertama ditujukan kepada pembuat undang-undang dan dua yang lainnya merupakan pedoman bagi Hakim. *Pertama*, pembuat undang-undang tidak boleh memberlakukan suatu ketentuan pidana berlaku mundur.

³⁶ Jan Remmelink, 2003, *Hukum Pidana : Komentar atas Pasal-Pasal Terpenting dalam Kitab Undang-Undang Hukum Pidana Belanda dan Padanannya dalam Kitab Undang-Undang Hukum Pidana Indonesia*, Gramedia Pustaka Utama, Jakarta, hlm. 357-359.

Kedua, semua perbuatan yang dilarang harus dimuat dalam rumusan delik yang sejelas-jelasnya. *Ketiga*, Hakim dilarang menyatakan bahwa terdakwa melakukan perbuatan pidana didasarkan pada hukum tidak tertulis atau hukum kebiasaan. *Keempat*, terhadap peraturan hukum pidana dilarang menerapkan analogi.³⁷

Makna yang terkandung dalam asas legalitas lebih rinci dikemukakan oleh Schaffmeister, Keijzer, dan Sutorius, yang menegaskan adanya tujuh aspek dari asas legalitas. *Pertama*, seseorang tidak dapat dipidana kecuali berdasarkan ketentuan pidana menurut undang-undang. *Kedua*, tidak ada penerapan undang-undang pidana berdasarkan analogi. *Ketiga*, seseorang tidak dapat dipidana hanya berdasarkan kebiasaan. *Keempat*, tidak boleh ada perumusan delik yang kurang jelas (*lex certa*). *Kelima*, tidak ada kekuatan surut dari ketentuan pemidanaan (prinsip non retroaktif). *Keenam*, tidak ada pidana lain, kecuali yang ditentukan oleh undang-undang. *Ketujuh*, penuntutan pidana hanya boleh dilakukan menurut cara yang ditentukan oleh undang-undang.³⁸ Artinya, seluruh proses pidana, mulai dari penyelidikan sampai pelaksanaan putusan, haruslah didasarkan pada undang-undang.

³⁷ Komariah Emong Sapardjaja, 2002, *Ajaran Sifat Melawan Hukum Materiel Dalam Hukum Pidana Indonesia* (Studi Kasus tentang Penerapan dan Perkembangannya dalam Yurisprudensi), Penerbit Alumni Bandung, Bandung, hlm. 5-6.

³⁸ D. Schffmeister, N. Keijzer, E.PH. Sutorius, 1995, *Hukum Pidana*, Diterjemahkan oleh J.E Sahetapy, Liberty, Yogyakarta, hlm. 6-14.

Di sini, undang-undang yang dimaksud adalah undang-undang dalam arti formal.

Adapun menurut Eddy O.S. Hiariej berkaitan dengan makna asas legalitas, sesungguhnya hanya ada tiga makna yang terkandung di dalamnya. *Pertama*, ketentuan pidana yang berisi perbuatan pidana yang disertai ancaman pidana harus ditulis dalam peraturan perundang-undangan. *Kedua*, seseorang tidak dapat dipidana sebelum ada ketentuan pidana terlebih dahulu. *Ketiga*, pembentuk undang-undang tidak boleh memberlakukan surut suatu ketentuan pembedaan.³⁹

Berdasarkan apa yang dikemukakan oleh Enschede, Wirjono, Sudarto, Groenhuijsen, Schaffmeister, Keijzer dan Sutorius, serta Remmelink, jelaslah bahwa asas legalitas dalam hukum pidana dapat dibedakan dalam hukum pidana material dan hukum pidana formal. Oleh karena itu, asas ini mempunyai dua fungsi yaitu fungsi melindungi dan fungsi instrumentasi. Fungsi melindungi dapat diartikan bahwa undang-undang pidana melindungi rakyat terhadap kekuasaan pemerintah yang tanpa batas. Sedangkan fungsi instrumentasi dapat diartikan bahwa

³⁹ Eddy O.S. Hiariej, *Op.Cit*, hlm. 27.

dalam batas-batas yang ditentukan undang-undang, pelaksana kekuasaan oleh pemerintah tegas-tegas diperbolehkan.⁴⁰

Asas ini memang sangat efektif dalam melindungi rakyat dari perlakuan sewenang-wenang kekuasaan, tapi dirasa kurang efektif bagi penegak hukum dalam merespons pesatnya perkembangan kejahatan dan hal ini dianggap sebagian ahli sebagai kelemahan mendasar. Oleh karena itu, Utrecht (1966) mengatakan bahwa asas legalitas kurang melindungi kepentingan-kepentingan kolektif, karena memungkinkan dibebaskannya pelaku perbuatan yang sejatinya merupakan kejahatan tapi tidak tercantum dalam peraturan perundang-undangan. Jadi, paradigma yang dianut asas ini adalah konsep *mala in prohibita* (suatu perbuatan dianggap kejahatan karena adanya peraturan). bukan *mala in se* (suatu perbuatan dianggap kejahatan karena tercela).⁴¹

Dengan kelemahan asas legalitas tersebut, beberapa ahli menganggap perlu dimungkinkannya penerapan asas retroaktif minimal untuk menegakkan prinsip-prinsip keadilan yaitu mencegah terulangnya kembali perbuatan yang sama, mencegah terjadinya impunitas pelaku kejahatan, dan mencegah terjadinya kekosongan hukum, dan yang paling utama ialah mencegah tercederainya Hak Asasi Manusia yang menjadi *original intent* lahirnya asas legalitas itu

⁴⁰ D. Schffmeister, N. Keijzer, E.PH. Sutorius, *Op.Cit*, hlm. 4.

⁴¹ Thohari dan A Ahsin, *Loc.Cit*.

sendiri. Dengan alasan-alasan tersebut, asas legalitas yang sering mengalami kebuntuan ketika berhadapan dengan realitas yang semakin berkembang, dapat disimpangi secara selektif. Menurut Marie Tuma, asas retroaktif dapat diberlakukan terhadap situasi yang menghancurkan manusia apalagi jika kekacauan tersebut dilakukan oleh organ pemerintah.⁴²

Tentang *mala in se* dan *mala prohibita* diuraikan Blackstone yang membedakan antara kewajiban alamiah dan kewajiban positif. Dalam hal kewajiban alamiah dan kejahatan alamiah disebut *mala in se*. Disini manusia terikat dengan nurani karena diikat oleh hukum-hukum tertinggi, sebelum hukum-hukum manusia ada, untuk melakukan yang satu dan menghindari yang lain (perintah dan larangan). Dalam hubungan dengan hukum-hukum yang melarang kewajiban positif dan melarang yang demikian bukanlah *mala in se* melainkan *mala prohibita* saja, tanpa campur aduk kesalahan moral yang menghubungkan suatu hukuman kepada ketidakpatuhan.⁴³

Erik Luna dalam artikelnya *Principled Enforcement of Penal Codes* memberikan catatan penting, bahwa :

“Malum in se crimes are said to be “wrong with themselves” or “inherently evil,” being intrinsically dangerous or injurious.

⁴² *Ibid.*

⁴³ Hans Kelsen, *Teori Hukum...*, *Op.Cit.*, hlm. 51.

*Malum prohibitum offenses, in contrast, are not deemed criminal pursuant to an external moral standard but are banned to further some social goal or regulate the general welfare. (Stave v. Hertzog)... "A crime which is malum in se is defined as an act which is... "naturally evil, such as murder, rape, arson, burglary, and larceny"... A crime which is malum prohibitum is one prohibited by statute... "although no moral turpitude or dereliction may attach."...)*⁴⁴

Adapun Hans Kelsen menilai, bahwa pembuat undang-undang harus menilai suatu perbuatan tertentu yang membahayakan masyarakat, karena suatu perbuatan adalah *malum* untuk meletakkan padanya sebuah sanksi. Namun demikian, sebelum sanksi itu diberikan, perbuatan tersebut bukanlah *malum* menurut pengertian hukum atau disebut delik. Tidak ada *mala in se*, yang ada hanya *mala prohibita* karena suatu perbuatan adalah *malum* atau delik jika perbuatan ini *prohibitum* atau dilarang. Ini merupakan konsekuensi dari asas umum hukum pidana yaitu *nulla poena sine lege, nullum crimen sine lege*.⁴⁵

Kelsen menyebut asas legalitas merupakan ungkapan positivism hukum dalam hukum pidana, yang juga terdapat dalam

⁴⁴ Erik Luna, 2000, *Principled Enforcement of Penal Codes*, Buffalo Criminal Law Review Vol. 4-515 (New York : University of New York, Buffalo School of Law), p. 525-526.

⁴⁵ Hans Kelsen, *Teori Hukum...*, *Loc.Cit.*

hukum perdata sepanjang menyangkut delik dan sanksi perdata. Asas tersebut mengartikan bahwa perbuatan manusia dipandang sebagai delik hanya jika suatu norma hukum positif meletakkan suatu sanksi sebagai konsekuensi kondisi perbuatan tersebut.⁴⁶

Prinsip legalitas dalam hukum pidana terdiri dari berbagai bentuk yaitu penyelidikan (*investigation*), penuntutan (*persecution*), pengadilan (*trial*), dan eksekusi (*the execution of judgement*).⁴⁷ Beccaria menyatakan bahwa hukuman yang diberikan kepada kejahatan oleh hukum dan legislator memiliki hak khusus, sejak mewakili masyarakat yang ada dengan basis persetujuan sosial. Hakim yang menjadi anggota masyarakat tidak dapat menentukan jenis hukum diluar yang disetujui masyarakat. Dari teori tersebut dapat dipahami, dalam menyelesaikan perkara, penegak hukum khususnya Hakim haruslah menjadikan pemenuhan hak individu dari masyarakat sebagai prioritas utama agar menjaga semua prosedur hukum yang dilakukan sesuai dengan undang-undang sebagai basis persetujuan sosial.

Sebagaimana telah penulis paparkan pada poin sebelumnya, bahwa pencetus awal asas legalitas yaitu Von Feuerbach. Dapat dilihat pada teorinya yang dikenal dengan teori “*von psychologischen zwang*” yang menganjurkan agar dalam

⁴⁶ *Ibid.*

⁴⁷ Jafar Habidzadeh, *The Legality Principle of Crimes and Punishments in The Iranian Legal System*, Global Jurist Topics, Vol. 5, Issue 1 2005 Article 1, The Berkeley Electronic Press (bepress). <http://www.bepress.com/gj>, Berkeley, U.S.A.

menentukan perbuatan-perbuatan yang dilarang dalam peraturan bukan saja tentang macamnya perbuatan yang harus dituliskan dengan jelas, tetapi juga tentang macamnya pidana yang diancamkan. Dengan demikian, orang yang akan berbuat jahat telah mengetahui ancaman pidana yang akan dijatuhkan, sehingga dalam batinnya (*psyche*-nya) akan terjadi tekanan untuk tak berbuat jahat. Andaipun orang tersebut tetap melakukan perbuatan jahat, maka pidana yang dijatuhkan padanya dipandang telah disetujuinya sendiri terlebih dahulu.⁴⁸ Jika dipahami secara limitatif, teori tersebut menunjukkan bahwa sejatinya prinsip non retroaktif yang terkandung dalam asas legalitas hanya berlaku pada pidana materiil yaitu meliputi kriminalisasi dan pemberatan, namun tidak berlaku pada hukum formil.

Menurut H.L.Packer dalam bukunya *The Limits of Criminal Sanction* (1968) bahwa.

*"The rationale behind the principle of legality is twofold: dettrence and legal protection. This is the well known difference between the instrumental and the protective finstions of the (criminal) law, or in other word : between crime control and due process."*⁴⁹

⁴⁸ Moeljatno, *Op.Cit*, hlm. 25

⁴⁹ Roelov Haveman, 2002, *The Legality of Adat Criminal Law in Modern Indonesia*, PT. Tatanusa, Jakarta, hlm. 49.

Roelov H. Haveman menjelaskan kedua argumentasi Packer diatas sebagai berikut :

Pertama, Haveman mengutip teori *psyche* Feurbach alasan prinsip legalitas yaitu pencegahan (*deterrent*). *Kedua*, dijelaskannya dengan berangkat dengan teori *separation of power* Montesque dengan tiga cabang kekuasaan, kekuasaan yudikatif dengan adagium tentang Hakim dari Montesque "*la juge est la bouche qui prononce les paroles de la loi*", bahwa Hakim adalah "*the mouth that pronounces the word of the law*", yang artinya bahwa Hakim adalah mulut yang mengucapkan kata undang-undang. Jadi menurut Haveman, bahwa aspek kedua dari prinsip legalitas Parke diatas adalah untuk membatasi kekuasaan Negara dalam proses penegakkan hukum.

Allan B. Morrison dalam bukunya *Fundamentals of American Law* (1996) ada empat aspek dalam prinsip legalitas yaitu "*law, retroactivity, lex certa dan analogy*" yang kesemuanya diaplikasikan lebih ketat. Keempat aspek ini tidak memiliki kekuatan sendiri-sendiri melainkan gabungan atau kombinasi dari keempatnya memberikan pemahaman yang tepat akan prinsip legalitas. Amerika telah mengadopsi ide *civil law* dengan menegaskannya dalam konstitusinya, dan sebagai konsekuensinya maka berlaku *due process*, dan tindak pidana harus tertulis, *available and sufficiently definite* dan larangan

hukum yang berlaku surut. M Cherif Bassiouni dan Peter Manikas dalam bukunya *The Law of the International Tribunal for the Former Yugoslavia (1996)* menyatakan bahwa analogi tidak dilarang secara ketat hanya dapat digunakan dalam batasan-batasan tertentu.

Sebagaimana telah penulis paparkan pada poin sebelumnya bahwa asas legalitas dalam arti seorang hamba tidak dikenai hukuman sebelum datangnya wahyu, yang dari lahir asas non retroaktif, bukanlah satu-satunya pendapat yang diterima dikalangan penganut Islam. Dalam sejarah aliran-aliran kalam (*tarikh al-milal wa al-nihal*) dikenal adanya pandangan yang mengatakan bahwa sekalipun wahyu belum diturunkan, seorang hamba tetap dikenai sanksi atas “kejahatan-kejahatan” yang dilakukannya.⁵⁰ *Mu'tazilah* adalah aliran yang menganut paham ini. Bagi mereka, akal dapat menentukan perbuatan baik dan buruk, dan dapat pula mengetahui perintah dan larangan. Singkatnya, ada yang disebut kebaikan dan keburukan rasional, dan ada pula imperatif-imperatif rasional. Jika suatu kewajiban rasional dilaksanakan, maka pelakunya mendapat pahala (rasional), dan jika dia melanggar larangan-larangan, maka dia akan mendapat siksa. Dengan kata lain, sekalipun wahyu belum turun, tetap ada aturan-

⁵⁰ Rachmat Syafei, Ceramah : “Asas Retroaktif Dalam Perspektif Hukum Islam”, Fakultas Syariah Institut Agama Islam Negeri Sunan Gunung Jati, Bandung, 21 September, 2002.

aturan yang harus dipatuhi, dan aturan-aturan itu didasarkan atas akal. Pandangan ini didukung oleh Abdullah Darraz.⁵¹

Dalam disertasinya, *Dustur Al-Akhlaq fi Al-Qur'an*, Darraz menambahi argumen *Mu'tazilah* dengan menegaskan bahwa, hampir semua ayat yang berisi perintah dan larang, selalu dikembalikan pertimbangannya pada akal dan hati nurani manusia. Ungkapan-ungkapan yang berbunyi “Tidakkan kamu berpikir” “Apakah kamu tidak mempunyai akal?” “Tidakkah kamu mengetahui?” yang menjadi penutup berbagai ayat yang berisi perintah dan larangan, mengisyaratkan adanya pertimbangan akal dalam menetapkannya. Pandangan seperti ini, menurut Abdullah Darraz, mirip dengan teori “moral imperatif” yang diperkenalkan oleh Emmanuel Kant.⁵²

Agaknya, melalui pandangan *Mu'tazilah* dan pengembangannya di tangan Darraz di atas, asas retroaktif dapat menemukan pijaknya. Dengan begitu, sesungguhnya Islam mengenal dan mengakui kedua asas tersebut secara luas. Akan tetapi, dominasi suatu aliran atas aliran lainnya, kadangkadang membuat suatu pandangan menjadi terlupakan, bahkan mungkin saja lenyap dari peredaran.⁵³ Pelarangan berlaku surut dalam hukum pidana juga berhubungan dengan prinsip peradilan jujur

⁵¹ *Ibid.*

⁵² *Ibid.*

⁵³ *Ibid.*

sebagaimana dinyatakan oleh Rhoda K.M. Smith bahwa pelarangan pembuatan hukum pidana yang berlaku surut berhubungan dengan hak setiap orang atas peradilan yang jujur dan netral dimana kepastian hukum bahwa tindak pidana didefinisikan dan ditentukan dalam undang-undang.⁵⁴

Glanville Williams menyatakan bahwa *principle of non retroactivity* berhubungan dengan teori penghukuman *retributive (the retributive theory of punishment)*, yang berlawanan dengan teori pencegahan (*the deterrent theory*). Jika penghukuman dilakukan untuk mencegah kejahatan kedepan, undang-undang baru (*new laws*) dapat diterapkan secara prospektif (*prospectively*). Jika kejahatan sebelumnya diharapkan dihukum maka penghukuman tak akan berguna sebagai pencegahan (*useless as a deterrent*). Bagaimanapun jika penghukuman dipandang sebagai pembalasan sosial bagi yang melakukan pelanggaran moralitas (*society's retribution for moral wrong doing*), maka retroaktif dapat dibenarkan. William kemudian menyatakan bahwa penerimaan hukum berlaku surut dalam penghukuman yang sifatnya pembalasan (*retributive punishment*) tidak berarti bahwa hukum retrospektif menjadi kebutuhan sebagai sebuah prinsip umum. Para ahli pendukung retrospektif hanya berpendapat bahwa pembuatan hukum berlaku surut dalam situasi tertentu yaitu dimana tindakan

⁵⁴ Rhoda K.M. Smith, 2003, *International Human Rights*, Oxford University Press, New York, p. 252.

pelaku kesalahan atau pembiarannya secara moralitas adalah salah meski sah pada saat itu dilakukan, ketika keluar dari batasan hukum alam (*transgressed the natural law*).

James Popple sendiri juga menguraikan bahwa prinsip larangan hukum berlaku surut berhubungan dekat dengan prinsip ketidaktahuan hukum bukan alasan pemaaf (*ignorance of the law is no excuse, ignorantia juris non excusat*), karena prinsip ini bergantung pada kemampuan mengetahui hukum sebagai justifikasi. Undang-undang yang berlaku surut tidak dapat diketahui ketika itu bahwa saat ini sudah bukan lagi merupakan tindakan hukum atau dibolehkan. Secara jelas, penerapan maksim *ignorantia juris non excusat* dalam situasi tersebut tidak berimbang (*in fair*). Hukum yang berlaku surut berarti bahwa seseorang yang memiliki pengetahuan tentang hukum yang kemudian mengabaikan kitadaksahihan (*illegality*) tindakannya karena tidak menimbang terlebih dahulu hingga hukum yang berlaku surut itu dibuat. Oleh karenanya undang-undang yang berlaku surut berbeda dengan prinsip *ignorantia juris non excusat*.

Thomas Hobbes menyatakan tiada hukum yang dibuat setelah suatu perbuatan yang kemudian menyatakannya sebagai kejahatan, "*no law made after a fact done can make it a crime*" karena jika perbuatan itu bertentangan dengan hukum alam, hukum sebelum perbuatan dan sebuah hukum positif tidak dapat

diberlakukan sebelum hukum itu dibuat dan karenanya hukum itu tidak menjadi kewajiban hukum, namun ketika hukum yang melarang perbuatan itu dibuat sebelum perbuatan itu dilakukan atau segera setelahnya perbuatan itu dilakukan bertanggungjawab terhadap sanksi hukum setelahnya dalam kasus ini tidak ada hukuman yang lebih ringan dari yang ditentukan sebelumnya bukan karena tertulis atau sebagai peringatan karena alasan yang berubangan dengan hukum itu baru saja dibuat sebelum didakwa (*in case no lesser penalty were made known before, neither by writing nor by example, for the reason immediately before alleged*).⁵⁵

Von Savigny memberikan pendapat yang senafas dengan prinsip non retroaktif dalam bukunya *Private International Law, and The Retrospective Operation of Statutes* (1880) menyatakan bahwa sebuah hukum baru selalu diundangkan dengan keyakinan bahwa hal itu lebih baik dari yang sebelumnya. Guna efektifitas hukum baru ini dicapai dengan menyebarkan seluas mungkin atau dengan kata lain mensosialisasikan dalam ruang yang terluas. Savigny kemudian menjelaskan batasan otoritas dari sebuah hukum baru terindikasi oleh prinsip non retroaktif.⁵⁶

⁵⁵ Thomas Hobbes, 1998, *Leviathan Chapter XXVII-XXVIII*, University Adelaide Library, Australia North Terrace.

⁵⁶ James Popple dalam Irmanputra Sidin, *Op.Cit*, hlm. 230.

Sheldon Glueck juga memberikan argumen yang senafas dengan prinsip non retroaktif dalam *War Criminal, Their Prosecution and Punishment* (1994) menyatakan bahwa secara tidak langsung *the principle of non-retroactivity* adalah legitimasi yang telah diberikan melalui *by reference* untuk *ex post facto law-making* di Nazi Germany.⁵⁷ Menurut Carol Devine dalam analisisnya terhadap ketentuan Pasal 11 DUHAM yang jo Pasal 13 Kovenan Hak Sipil tentang prinsip non retroaktif bahwa seseorang yang melakukan suatu perbuatan yang bukan tindak pidana pada saat dilakukannya tetapi Negara kemudian menggolongkannya sebagai tindak pidana, maka orang tersebut tidak dapat dituntut telah melakukan tindak pidana berdasarkan hukum yang dibuat negara tersebut. Padananya, bahwa seseorang yang didakwa telah melakukan kejahatan, tidak dapat diberikan hukuman yang lebih berat daripada hukum yang telah ada saat kejahatan tersebut dilakukannya.⁵⁸ Hal ini tidak lain didasarkan pada asas *In Dubio Pro Reo* yang pada intinya menyatakan bahwa jika terjadi keragu-raguan pemberlakuan hukum (termasuk pemberian sanksi) terhadap terdakwa, maka sebaiknya diberikan hal yang menguntungkan bagi terdakwa termasuk prinsip lebih baik membebaskan 1000 (seribu) orang yang bersalah, daripada menghukum 1 (satu) orang yang tidak bersalah.

⁵⁷ *Ibid.*

⁵⁸ Devina Carol dalam Irmanputra Sidin, *Op.Cit*, hlm. 231.

Dapat dikatakan bahwa asas *In Dubio Pro Reo* ini merupakan penjelmaan dari fungsi asas legalitas.

c. Asas Legalitas dalam Konteks Hukum Pidana Nasional

Jika kembali menilik sejarah, asas legalitas pertama kali terwujud sebagai undang-undang dalam Konstitusi Amerika 1776 dan setelah itu dalam Pasal 8 *Declaration de droits de l'homme et du citoyen* 1789: "*nul ne peut etre puni qu'en vertu d'une loi etablie et promulguee anterieurement au delit et legalement appliquee*"⁵⁹ (Tidak ada seorangpun yang dapat dipidana berdasarkan hukum yang disusun dan diundangkan sebelum delik tersebut diterapkan secara legal). Selanjutnya, asas ini dimasukkan ke dalam Pasal 4 *Code Penal* Perancis yang disusun oleh Napolen Bonaparte, "*Nulle Contravention, nul delit, nul crime, ne peuvent etre punis de peines qui n' etaient pas prononcees par la loi avant qu'ils fussent commis*"⁶⁰ (Tidak ada pelanggaran, tidak ada delik, tidak ada kejahatan yang dapat dipidana berdasarkan aturan hukum yang ada, sebelum aturan itu diadakan terlebih dulu). Dari *Code Penal* Perancis inilah asas tersebut kemudian dimasukkan dalam Pasal 1 Ayat (1) *Wetboek van Strafrecht* di Negeri Belanda yang dengan tegas menyatakan, "*Geen feit is strafbaar dan uit kracht van eene*

⁵⁹ Hazewinkel Suringa, *Op.Cit.*, hlm. 275.

⁶⁰ E. Utrecht, *Op.Cit.*, hlm. 193.

daaraan voorafgegane wettelijke strafbepaling".⁶¹ Kemudian asas tersebut dimuat dalam Pasal 1 Ayat (1) KUHP Indonesia.

Di Inggris, asas legalitas ini dirumuskan oleh seorang filsuf, Francis Bacon dalam adagium *moneat lex, piusquam feriat*. Artinya, undang-undang harus memberikan peringatan terlebih dahulu sebelum merealisasikan ancaman yang terkandung didalamnya.⁶² Dalam perkembangan selanjutnya di tingkat nasional, asas legalitas ini tidak hanya dicantumkan dalam kitab undang-undang hukum pidana masing-masing negara, namun, lebih dari itu, asas legalitas termaktub dalam konstitusi masing-masing negara.

Pada tahun 1958, Prancis memasukkan asas legalitas dalam konstitusinya pada Pasal 7, yang menyatakan :

"A person may be accused, arrested, or detained only in the cases specified by law and in accordance with the procedures which the law provides. Those who solicit, forward, carry out or have arbitrary orders carried out shall be punished; however, any citizen summoned or apprehended pursuant to law must obey forthwith' by resisting, he admits his guilt".

Artinya : Seseorang dapat dituduh, ditahan, atau ditangkap hanya untuk kasus-kasus yang ditetapkan oleh hukum dan sesuai dengan

⁶¹ M.W. Van 'T Hof, 1930, *Wetboek Van Strafrecht*, N.V.G. Kolff & Co. Batavia Centrum, Batavia (Jakarta), p. 38.

⁶² Jan Remmelink, *Op.Cit*, hlm. 356.

prosedur yang telah ditetapkan oleh hukum. Mereka yang memohon, meneruskan, atau telah melakukan tindakan-tindakan yang sewenang-wenang akan dihukum. Bagaimanapun, setiap warga negara yang ditahan atau dipanggil berdasarkan hukum harus segera mentaati, dengan melawan maka mengakui bahwa bersalah).

Sedangkan dalam Pasal 8 konstitusi tersebut, menyatakan :

“Only penalties which are strictly and clearly necessary may be established by law, and noone may be punished other than pursuant to a law established and enacted prior to the offence, and applied lawfully”.

Artinya : Hanya sanksi- yang tegas dan nyata-nyata dibutuhkanlah yang akan dijatuhkan oleh hukum, dan tidak seorangpun dapat dihukum di luar hukum yang telah adadan diberlakukan sebelum pelanggaran dilakukan serta digunakan secara sah.⁶³

Berdasarkan konstitusi Prancis tersebut, jelas terlihat bahwa perlindungan terhadap kepentingan individu dari proses hukum yang sewenang-wenang mendapatkan perhatian yang lebih utama dengan ketentuan dalam Pasal 7. Hal ini dikarenakan hukum acara

⁶³ Eddy O.S. Hiariej, Op.Cit, hlm. 29.

adalah penggerak hukum materiil sehingga dalam pelaksanaannya, sedikit banyak terjadi pengekangan terhadap hak asasi manusia.⁶⁴

Oleh sebab itulah, di negara-negara yang cenderung menggunakan *due process model* dalam sistem peradilan pidana⁶⁵, menurut King, hak asasi manusia dari tindakan sewenang-wenang aparat penegak hukum lebih terjamin. Kaitannya dengan asas legalitas, Hebert L. Packer berpendapat bahwa asas tersebut lebih mengarah pada perlindungan hukum terhadap individu dalam system peradilan pidana. Di Belanda, sebagai salah satu negara yang cenderung menggunakan *due process model* dalam system peradilan pidana, mengatur hak-hak masyarakat untuk mengajukan gugatan terhadap tindakan polisi yang sewenang-wenang dalam menangani perkara, yang tertuang dalam Pasal 12 *Wetboek van Strafvordering*.⁶⁶

Sementara itu, di Jerman, asas legalitas ini dikenal dengan istilah *gesetzlichkeitsprinsip*, yang tidak hanya dimuat dalam Pasal 1 KUHP, namun juga termaktub dalam Pasal 103 Konstitusi

⁶⁴ *Ibid*

⁶⁵ Sistem peradilan pidana adalah *term* yang secara sempit meliputi kerja institusi-institusi yang bertanggungjawab secara resmi terhadap pelaku kejahatan, khususnya polisi, jaksa, dan pengadilan. Lebih lanjut, lihat dalam Michael Cavadino dan James Dignan, 1997, *The Penal System An Introduction*, SAGE Publication Ltd, hlm. 1.

⁶⁶ D.J. Elzinga, PH.S. van Rest, J. de Valk, 1995, *Het Nederlandse Politierecht*, Tjeenk Willink Zwolle, p. 141.

Jerman.⁶⁷ Secara lugas dan mantap, Pasal 103 menyatakan sebagai berikut :

“An act can be punished only where it constituted a crime offence under the law before the act was committed”.

Artinya : Suatu perbuatan dapat dihukum ketika perbuatan itu merupakan perbuatan pidana yang berdasarkan hukum terlebih dahulu berlaku pada saat perbuatan tersebut dilakukan.

Di Belgia, asas legalitas secara singkat termuat dalam Pasal 14 konstitusi Belgia yang menyatakan :

“No punishment can be made or given except in pursuance of the law”

Artinya : Tidak ada hukuman yang diberikan atau dijatuhkan kecuali menurut hukum.

Konstitusi Spanyol menjamin asas legalitas dalam 2 (dua) pasal. *Pertama*, di dalam Pasal 9 yang berbunyi :

“The Constitution guarantees the principle of legality, the hierarchy of legal provisions , the publicity of legal statutes, the nonretroactivity of punitive provisions that are not favorable to or restrictive of individual rights, the certainty that the rule of law shall

⁶⁷ Machteld Boot, 2001, *Nullum Crimen Sine Lege and the Subject Matter Jurisdiction of the International Criminal Court : Genocide, Crimes Against Humanity, War Crimes, Intersentia, Antwerpen, Oxford, New York*, p. 90.

*prevail, the accountability of public authorities, and the prohibition of arbitrary action of public authorities”.*⁶⁸

Artinya : Konstitusi menjamin asas legalitas, hirarki perundang-undangan, publisitas naskah-naskah ketentuan-ketentuan, asas non retroaktif pada ketentuan-ketentuan hukum yang tidak sesuai dengan atau membatasi hak-hak perseorangan, kepastian bahwa pemerintahan berdasarkan hukum akan berlaku, pertanggungjawaban otoritas publik, dan larangan perbuatan sewenang-wenang dari otoritas public.

Kedua, dalam Pasal 25 yang menyatakan :

*“No one may be convicted or sentenced for actions or omissions which when committed did not constitute a criminal offence, misdemeanor or administrative offence under the law then in force”.*⁶⁹

Artinya : Tidak seorangpun yang akan dinyatakan bersalah atau dijatuhi hukuman untuk perbuatan atau kelalaian yang dilakukannya yang bukan merupakan perbuatan pidana, tindak pidana ringan, atau pelanggaran administratif berdasarkan hukum yang berlaku.

Di Italia, asas legalitas diatur dalam Pasal 25 konstitusi, yang berbunyi :

⁶⁸ Eddy O.S. Hiariej, Op.Cit, hlm. 31.

⁶⁹ *Ibid.*

*“No one shall be punished on the basis of a law which has entered into force before the offence has been committed”.*⁷⁰

Artinya : Tidak seorangpun dapat dihukum berdasarkan hukum yang kemudian berlaku atas pelanggaran yang telah dilakukan sebelumnya.

Sementara di Hongaria, Pasal 57 konstitusi menyatakan :

*“No one shall be declared guilty and subjected to punishment for an offense that was not a criminal offense under Hungarian law at the time such offense was committed”.*⁷¹

Artinya : Tidak seorangpun dapat dinyatakan bersalah dan dijatuhkan hukuman untuk pelanggaran yang bukan merupakan pelanggaran pidana berdasarkan Hukum Hongaria pada saat pelanggaran tersebut dilakukan.

Dalam Pasal 42 konstitusi Republik Polandia disebutkan:

“Only a person who has committed an act prohibited by a statute in force at the moment of commission thereof, and which is subject to a penalty, shall be held criminally responsible. This principle shall not prevent punishment of any act which, at the

⁷⁰ *Ibid.*

⁷¹ *Ibid*, hlm. 32.

moment of its commission, constituted an offence within the meaning of international law".⁷²

Artinya : Barangsiapa melakukan perbuatan yang dilarang undang-undang yang berlaku pada saat perbuatan tersebut terjadi, akan diwajibkan mempertanggung-jawabkannya secara pidana dan dijatuhi hukuman. Asas-asas ini tidak akan menghalangi atas segala tindakan apapun yang pada saat perbuatan telah ditentukan sebagai pelanggaran sesuai dengan pengertian hukum internasional.

Sedangkan dalam konstitusi Republik Portugal disebut secara tegas dalam Pasal 29 sebagai berikut:

"No one shall be convicted under the criminal law except for an act or omission made punishable under existing law; and no one shall be subjected to a security measure, except for reasons authorised under existing law. No sentences or security measures shall be ordered that are not expressly provided for in existing laws. No one shall be subjected to a sentence or security measure that is more severe than those applicable at the time the act was committed or the preparations for its commission were made.

⁷² Ibid.

Criminal laws that are favourable to the offender shall apply retroactively".⁷³

Artinya : Tidak seorang pun dapat dinyatakan bersalah berdasarkan hukum pidana, kecuali untuk perbuatan atau kelalaian berdasarkan hukum yang berlaku, dan tidak seorang pun dapat tunduk pada tindakan perlindungan, kecuali untuk alasan-alasan yang diperbolehkan berdasarkan hukum yang berlaku. Tidak ada hukuman atau tindakan perlindungan dapat diperintahkan yang tidak diatur secara jelas dalam hukum yang berlaku. Tidak seorang pun akan dijatuhi hukuman atau perlindungan yang lebih tinggi daripada yang dapat diterapkan pada saat perbuatan tersebut dilakukan atau pada saat persiapan perbuatan tersebut dibuat. Hukum pidana yang lebih menguntungkan bagi terpidana akan diterapkan secara retroaktif.

Di Belanda, asas legalitas baru dimasukkan dalam konstitusi tahun 1983 pada Pasal 16. Awalnya, asas legalitas dalam pengertian hukum tidak berlaku surut hanya mengikat pembentuk undang-undang yang lebih rendah, sementara pembentuk undang-undang pada tingkat pusat dapat membuat aturan yang berlaku surut. Akan tetapi, setelah larangan berlaku surut suatu undang-undang diatur secara tegas dalam konstitusi, untuk menetapkan

⁷³ *Ibid.*

suatu undang-undang berlaku surut, konstitusinya harus diubah terlebih dahulu.⁷⁴

Di Indonesia sendiri, asas legalitas dalam konstitusi baru dimasukkan dalam amandemen kedua UUD 1945. Pasal 28I ayat (1) menyebutkan:

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

Sedangkan Pasal 28J ayat (2) menyatakan:

“Dalam menjalankan hak dan kebebasannya, setiap orang wajib tunduk kepada pembatasan yang ditetapkan dengan undang-undang dengan maksud semata-mata untuk menjamin pengakuan serta penghormatan atas hak dan kebebasan orang lain dan untuk memenuhi tuntutan yang adil sesuai dengan pertimbangan moral, nilai-nilai agama, keamanan, dan ketertiban umum dalam suatu masyarakat demokratis”.⁷⁵

Berdasarkan ketentuan bebetapa konstitusi negara tersebut di atas, tampak adanya pembatasan berlakunya asas legalitas

⁷⁴ Ch.J. Enschede, *Op.Cit*, hlm.28.

⁷⁵ Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia, *Op.Cit*, hlm. 35-36.

dalam hal terjadinya perubahan peraturan perundangundangan. Deiniain pula, dalam kitab undang-undang hukum pidana beberapa negara terdapat pembatasan terhadap asas *lex temporis delicti*. Pasal 1 ayat (2) WvS Belanda secara tegas menyatakan, "*Bij veradering in de wetgeving na et tijdstip waarop het feit began is, Woorden de voor den veMachte gunstigste bepalingen toegepast*".⁷⁶

Demikian pula Pasal 1 ayat (2) KUHP Indonesia berbunyi, "*Jika sesudah perbuatan dilakukan ada perubahan dalam perundang-undangan, dipakai aturan yang paling ringan bagi terdakwa*." Hal yang sama juga terdapat dalam undang-undang pidana Jerman yang dengan tegas menyatakan, "*Bei Verschiedenheit der Gesetze von der Zeit der begangene Handlung bis zu deren Aburteilung ist das mildeste Gesetz anzuwenden*" (Jika ada perbedaan antara ketentuan pidana yang berlaku pada waktu tindak pidana dilakukan dan ketentuan pidana yang kemudian berlaku pada waktu tindak pidana yang sama diperiksa di pengadilan, ketentuan pidana yang paling ringanlah yang harus ditetapkan).⁷⁷

Berdasarkan ketentuan Pasal 1 ayat (2) KUHP, menurut Utrecht, ada dua pertanyaan mendasar yang harus dijawab. Pertama, apa yang dimaksud dengan perubahan perundang-

⁷⁶ Eddy O.S. Hiariej, *Op.Cit*, hlm. 34.

⁷⁷ *Ibid*.

undangan (*verandering in de wetgeving*). Kedua, apa yang dimaksud dengan aturan yang paling meringankan (*gunstigste bepalingen*). Terhadap pertanyaan pertama, ada tiga ajaran atau teori yang dapat kita pakai untuk menjawab pertanyaan tersebut, yaitu ajaran formil (*formele leer*), ajaran materiil terbatas (*beperkete materiele leer*) dan ajaran materiil tidak terbatas (*onbeperkete materiele leer*).

Ajaran formil yang dipelopori oleh Simons menyatakan bahwa “perubahan perundang-undangan” yang dimaksud dalam Pasal 1 Ayat (2) dilakukan hanya jika terdapat perubahan redaksi dalam undang-undang pidana.⁷⁸ Sedangkan ajaran materiil terbatas dianut oleh van Geuns yang menyatakan bahwa makna “perubahan perundang-undangan” dalam Pasal 1 Ayat (2) adalah setiap perubahan keyakinan hukum pada pembuat undang-undang. Ajaran materiil terbatas mencakup juga perubahan di luar undang-undang pidana yang mempengaruhi undang-undang pidana yang bersangkutan.⁷⁹ Ajaran materiil tidak terbatas menyatakan bahwa setiap perubahan, baik dalam keyakinan hukum pembuat undang-undang, maupun dalam keadaan karena waktu, dapat diterima

⁷⁸ D. Simons, 1937, *Leerboek Van Het Nederlandsche Strafrecht*, Eerste Deel, Zesde Druk, P. Noordhoof, N.V., Groningen, Batavia (Jakarta), p. 101.

⁷⁹ E. Utrecht, *Op.Cit.* hlm. 224. Ajaran ini dianut dalam Putusan Hoge Raad, 3 Desember 1906 W. Nr. 8468: Pada bulan Desember 1904, seorang mucikari memperkerjakan seorang wanita berusia 22 tahun sebagai pelacur. Perbuatan mucikari tersebut dapat dituntut Pasal 295 ayat (1) ke-2 karena memperkerjakan wanita di bawah umur sebagai pelacur. Berdasarkan Pasal 330 KUH Perdata, batas usia dewasa adalah 23 tahun. Pada saat mucikari tersebut sedang diadili, Pasal 330 KUH Perdata mengalami perubahan batas usia dewasa menjadi 21 tahun. Hoge Raad membebaskan mucikari tersebut dengan alasan telah terjadi ‘perubahan perundang-undangan’ sebagaimana yang dimaksudkan dalam Pasal 1 ayat (2) KUHP sehingga harus diputus yang meringankan tindakannya. Lihat selanjutnya dalam J.M. Van Bemmelen En H. Burgersdijk, 1955, *Arresten Over Strafrecht*, Vijfde Druk, H.D. Tjeenk Willink & Zoon N.v. - Haarlem, p. 33.

sebagai perubahan perundangundangan menurut Pasal 1 ayat (2) KUHP.⁸⁰

Komentar Utrecht, ajaran materiil tidak terbatas adalah teori tentang waktu delik yang paling luas dan cocok dengan jiwa hukum pidana dan peradilan pidana modern. Perihal ajaran yang terakhir ini, khususnya yang dengan keadaan karena waktu, Jonkers menyatakan bahwa peraturan darurat pada prinsipnya dibuat untuk dapat mengatasi suatu keadaan darurat dan kemudian dicabut kembali setelah keadaan normal. Peraturan darurat dimaksudkan bersifat sementara dan bukan suatu perubahan keyakinan hukum pembuat undang-undang. Oleh karena itu, Jonkers tidak menyetujui ajaran materiil tidak terbatas ini.

Selanjutnya, menjawab pertanyaan kedua, yakni perihal apa yang dimaksud dengan aturan yang paling meringankan (*gunstigste bepalingen*), kiranya hal ini tidak hanya diterapkan dalam pemidanaan semata, namun juga mencakup segala sesuatu yang mempunyai pengaruh atas penilaian suatu delik.

Baik VOS maupun Jonkers berpendapat bahwa apa yang ditentukan dalam Pasal 1 Ayat (2) KUHP terhadap ketentuan-ketentuan yang memuat kaidah pidana dan ketentuan-ketentuan mengenai dapat dituntut atau tidaknya si pelaku. Akan tetapi, ada

⁸⁰ *Ibid*, hlm. 225-226.

juga beberapa negara yang tidak menggunakan ketentuan seperti yang tercantum dalam Pasal 1 Ayat (2) KUHP Indonesia tersebut, pada umumnya di negara-negara *Common Law* seperti Inggris dan Swedia. Di Inggris, prinsip legalitas tidak diakui (setidak-tidaknya secara resmi) dan tidak ada pemisahan tegas kekuasaan menurut Doktrin Trias Politika. Pada prakteknya, prinsip legalitas diterapkan secara berbeda dengan yang dilakukan pada tradisi *Civil Law* sebagai konsekuensi kekuasaan pembuatan hukum oleh kekuasaan yudikatif (*judge made law*). Persyaratan hukum tertulis (*written laws*) dan batasan *retroactivitas, for instances are difficult to live up to*. Lagipula penerapan definisi kejahatan melalui analogi pada umumnya diterima.⁸¹

Sebagai contoh dalam putusan UK ECHRt disebutkan, sebagai berikut :

"Not only statute but also unwritten law. Accordingly, the court does not attach important here to the fact that contempt of court is creature of the common law and not of legislation. It would clearly be contrary the intention of the drafters of the convention (for the protection of human rights and Fundamental Freedoms) to hold tha a restriction imposed by virtue of the common law is not "prescribed by law" on the sole ground that it is not enunciated in legislation: this woul deprive a common law State which is party to

⁸¹ Roelov Haveman dalam Irmanputra Sidin, *Op.Cit*, hlm. 51.

the Convention on the protection of Article 10 (2) . .and strike at the very roots of that State's legal system".⁸²

Kesimpulan dari putusan ini menurut Haveman bahwa karakteristik hukum tertulis dari tradisi *Civil Law* tidak ditegakkan di *Common Law* yang putusan ini mutatis mutandis pada prinsip legalitas. Selain itu, pelaku kejahatan tetap diadili menurut undang-undang yang lama, meskipun terjadi perubahan peraturan perundang-undangan pada saat perbuatan itu dilakukan dan pada saat pelaku diadili. Dengan kata lain, pelaku diadili dengan undang-undang yang berlaku pada saat perbuatan pidana dilakukan. Hal ini dianggap lebih tepat untuk menghormati kepastian dan keadilan hukum. Sebaliknya, di Swedia, undang-undang barulah yang diberlakukan terhadap terdakwa apabila terjadi perubahan peraturan perundang-undangan pada saat perbuatan dilakukan dan pada saat pelaku diadili. Adapun argumentasi Swedia yang secara konsisten menggunakan undang-undang baru adalah bahwa setiap perubahan perundang-undangan niscaya merupakan suatu perbaikan dan hal itu selalu membawa akibat baik terhadap perkara-perkara yang belum diadili.⁸³

⁸² *Ibid*, hlm. 52.

⁸³ *Ibid*.

2. Tinjauan Umum Tentang Hukum Formil

a. Definisi Hukum Formil

Hukum formil biasa dikenal sebagai hukum acara, hukum prosedur atau peraturan keadilan) yaitu serangkaian aturan yang mengikat dan mengatur tata cara penegakan hukum pidana, perdata, maupun tata usaha negara. Hukum acara dibuat untuk menjamin adanya sebuah proses hukum yang semestinya dalam menegakkan hukum dengan mengatur tata cara pendakwaan, pemberitahuan, pembuktian, dan pengujian hukum materiil demi terwujudnya penegakan hukum yang adil yaitu penegakan hukum yang melindungi hal individu dari kesewenang-wenangan penegak hukum sebagai perwakilan negara (pemerintah).

Oleh karena penelitian ini membahas prinsip retroaktif yang menjadi bagian dalam asas legalitas dalam hukum pidana, maka penulis akan lebih fokus pada disebut hukum pidana formil atau biasa juga disebut hukum acara pidana. Dalam bahasa Belanda, hukum pidana formil disebut dengan "*Strafvordering*", dalam bahasa Inggris disebut "*Criminal Procedure Law*", dalam bahasa Prancis disebut "*Code d'instruction Criminelle*", dan di Amerika Serikat disebut "*Criminal Procedure Rules*".⁸⁴ Simon berpendapat bahwa Hukum Acara Pidana disebut juga Hukum Pidana Formil, yang

⁸⁴ Andi Hamzah, 2002, *Hukum Acara Pidana Indonesia*, Cet. Ke-3, Sinar Grafika, Jakarta, hlm. 2.

mengatur bagaimana negara melalui perantara alat-alat kekuasaannya melaksanakan haknya untuk menghukum dan menjatuhkan hukuman, dan dengan demikian termasuk acara pidananya (*Het formele strafrecht regelt hoe de Staat door middle van zijne organen zijn recht tot straffen en strafvoegging doet gelden, en omvat dus het strafproces*).⁸⁵

Hal ini dibedakan dari hukum pidana materiil yaitu hukum pidana yang berisi petunjuk dan uraian tentang delik, peraturan tentang syarat-syarat dapatnya dipidana sesuatu perbuatan, petunjuk tentang orang yang dapat dipidana, dan aturan tentang pemidanaan (sanksi/hukuman), dan mengatur kepada siapa dan bagaimana pidana itu dapat dijatuhkan. Menurut Van Bemmelen, ilmu hukum acara pidana berarti mempelajari peraturan-peraturan yang diciptakan oleh negara karena adanya dugaan terjadi pelanggaran undang-undang pidana.⁸⁶ Van Bemmelen juga mendefinisikan hukum formil sebagai kaidah-kaidah untuk menegakan hukum materiil. Sedangkan menurut Van Hattum, hukum pidana formil adalah peraturan yang mengatur bagaimana secara nyata (*Het formale strafrecht bevat de voorshriften volges welke het abstracte strafrecht in concretis tot gelding moet worden*

⁸⁵ Simons, *Op.Cit*, hlm. 3.

⁸⁶ M. Taufik Makarao dan Suhasril, 2004, *Hukum Acara Pidana dalam Teori dan Praktek*, Ghalia Indonesia, Jakarta, hlm. 1.

gebracht).⁸⁷ Satochid Kertanegara menyatakan bahwa Hukum Acara Pidana sebagai hukum pidana dalam arti “*concreto*” yaitu mengandung peraturan mengenai bagaimana hukum pidana *in abstracto* dibawa ke dalam suatu *in concreto*.⁸⁸ Hukum acara pidana menurut Andi Hamzah memiliki ruang lingkup yang lebih sempit yaitu dimulai dari mencari kebenaran, penyelidikan, penyidikan, dan berakhir pada pelaksanaan pidana (eksekusi oleh jaksa).⁸⁹

Beberapa pendapat lainnya mengenai pengertian hukum acara pidana yaitu :

- Menurut Wiryono Prodjodikoro, hukum acara pidana merupakan suatu rangkaian peraturan-peraturan yang memuat cara bagaimana badan-badan pemerintah yang berkuasa yaitu Kepolisian, Kejaksaan, dan Pengadilan harus bertindak guna mencapai tujuan negara dengan mengadakan hukum pidana.⁹⁰
- Menurut Samidjo, hukum acara pidana ialah rangkaian peraturan hukum yang menentukan bagaimana cara-cara mengajukan ke depan pengadilan, perkara-perkara kepidanaan,

⁸⁷ Van Hattum, 1953, *Hand en Leerboek van het Nederlanse Strafrecht I*, S. Gouda uint D. Brouwer en Zoon, Arnhem, Martinus Nijhoff, s' Gravenhage, p. 48.

⁸⁸ Satochid Kertanegara, *Hukum Pidana I (kumpulan kuliah)*, Balai Lektor Mahasiswa, Jakarta, hlm. 2.

⁸⁹ Andi Hamzah, *Op.Cit*, hlm. 3.

⁹⁰ Wiryono Prodjodikoro, 1967, *Hukum Acara Pidana di Indonesia*, Penerbit Sumur Bandung, Jakarta, hlm. 7.

dan bagaimana cara-cara menjatuhkan hukuman oleh Hakim, jika ada orang yang disangka melanggar aturan hukum pidana yang telah ditetapkan sebelum perbuatan melanggar hukum itu terjadi; dengan kata lain, Hukum Acara Pidana ialah hukum yang mengatur tata cara bagaimana alat-alat negara (Kepolisian, Kejaksaan, dan Pengadilan) harus bertindak jika terjadi pelanggaran.⁹¹

- Menurut Bambang Poernomo, hukum acara pidana ialah pengetahuan tentang hukum acara dengan segala bentuk dan manifestasinya yang meliputi berbagai aspek proses penyelenggaraan perkara pidana dalam hal terjadi dugaan perbuatan pidana yang diakibatkan oleh pelanggaran hukum pidana.⁹²

Adapun di Indonesia, hukum pidana formil tertuang dalam UU No. 8 Tahun 1981 tentang Hukum Acara Pidana (KUHAP). Meskipun KUHAP tidak memberikan pengertian yuridis tentang hukum acara pidana, namun pada hakikatnya, hukum acara pidana memuat kaidah-kaidah yang mengatur tentang penerapan atau tata cara antara lain penyelidikan, penyidikan, penuntutan, pemeriksaan di depan persidangan, pengambilan keputusan oleh pengadilan,

⁹¹ Samidjo, 1985, *Pengantar Hukum Indonesia*, CV. Armico, Bandung, hlm. 189.

⁹² Bambang Poernomo, *Op. Cit*, hlm. 25.

upaya hukum, dan pelaksanaan penetapan atau putusan pengadilan. Oleh karena itu, hukum pidana formil dapat didefinisikan sebagai hukum yang mengatur tentang kaidah dalam beracara di seluruh proses peradilan pidana. Perbedaannya dengan hukum materiil ialah kalau hukum materiil mengandung ketentuan kriminalisasi dan pengaturan sanksinya, sementara hukum formil tidak, sebagaimana yang telah didefinisikan sebelumnya.

b. Tujuan Hukum Pidana Formil (Hukum Acara Pidana)

Timbulnya penemuan hukum baru dan pembentukan peraturan perundang-undangan baru terutama sejak pemerintah Orde Baru cukup menggembirakan dan merupakan titik cerah dalam kehidupan hukum di Indonesia, termasuk di dalamnya adalah disusunnya KUHAP. Apabila diteliti beberapa pertimbangan yang menjadi alasan disusunnya KUHAP maka secara singkat KUHAP memiliki lima tujuan sebagai berikut :⁹³

- 1) Perlindungan atas harkat dan martabat manusia (tersangka atau terdakwa).
- 2) Perlindungan atas kepentingan hukum dan pemerintahan.

⁹³ Romli Atmasasmita, 2010, Sistem Peradilan Pidana Kontemporer, Prenada Media Group, Jakarta, hlm. 35.

- 3) Kodifikasi dan unifikasi Hukum Acara Pidana.
- 4) Mencapai kesatuan sikap dan tindakan aparat penegak hukum.
- 5) Mewujudkan Hukum Acara Pidana yang sesuai dengan Pancasila dan UUD 1945.

Dalam Pedoman Pelaksanaan KUHAP telah dirumuskan mengenai tujuan Hukum Acara Pidana yakni “Untuk mencari dan mendapatkan atau setidaknya mendekati kebenaran materiil, ialah kebenaran yang selengkap-lengkapya dari suatu perkara pidana dengan menerapkan ketentuan Hukum Acara Pidana secara jujur dan tepat, dengan tujuan untuk mencari siapakah pelaku yang dapat didakwakan melakukan suatu pelanggaran hukum, dan selanjutnya meminta pemeriksaan dan putusan dari pengadilan guna menentukan apakah terbukti bahwa suatu tindak pidana telah dilakukan dan apakah orang yang didakwa itu dapat dipersalahkan.”

Jika menilik rumusan tersebut di atas maka dapat dirinci tujuan Hukum Acara Pidana sebagai berikut :

- 1) Suatu kebenaran materiil yaitu kebenaran hakiki dan lengkap dari suatu perkara pidana melalui penerapan ketentuan Hukum Acara Pidana secara tepat dan jujur.

- 2) Menentukan subyek hukum berdasarkan alat bukti yang sah, hingga dapat didakwa melakukan suatu tindak pidana.
- 3) Menggariskan suatu pemeriksaan dan putusan pengadilan, agar dapat ditentukan apakah suatu tindak pidana telah terbukti dilakukan orang yang didakwa itu.

Tujuan Hukum Acara Pidana ini sejalan dengan fungsi hukum menurut van Bemmelen yaitu mencari dan menemukan kebenaran, pemberian keputusan oleh Hakim, dan pelaksanaan keputusan.⁹⁴

c. Pengesampingan Prinsip Non Retroaktif Pada Hukum Formil

Sebagaimana telah penulis paparkan sebelumnya, bahwa penelitian ini dapat dikatakan sebagai kelanjutan dari penelitian disertasi Irmanputra Sidin yang berjudul "Studi Hukum Konstitusi Tentang Hak Untuk Tidak Dituntut Atas Dasar Hukum Berlaku Surut Pasal 28l Ayat (1) Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945. Dalam disertasi tersebut, Irman berkesimpulan bahwa prinsip non retroaktif adalah aksiomatik mutlak pada hukum materiil, mekanisme transisional bukanlah

⁹⁴ J.M. Van Bemmelen, *Strafvordering, Leerboek van het Ned, Strafprocesrecht.*'s-Gravenhage: Martinus Nijhoff, p.8. lihat juga Andi Hamzah, *Op. Cit.*, hlm. 6.

perdebatan retroaktif. Hal tersebut adalah alternatif prosedur formil penegakan hukum era transisi, karena non retroaktif terbatas pada crime, delictum atau sebatas perbuatan pidana materiil saja.⁹⁵ Sehingga jika suatu kejahatan tersebut sesungguhnya sudah menjadi kejahatan *mala in se* atau *mala prohibita* baik baik dalam hukum domestik maupun hukum atau kebiasaan internasional maka lahirnya suatu norma baru baik melalui peraturan perundang-undangan maupun putusan pengadilan pengujian peraturan perundang-undangan untuk memberikan bingkai hukum dalam proses penghukuman kejahatan tersebut, bukanlah perdebatan guna diperhadap-hadapkan dengan prinsip non retroaktif.⁹⁶

Kesimpulan tersebut ditarik dengan melakukan penelitian terhadap berbagai perkara antara lain, perkara No. 069/PUU-II/2004 tentang pengujian Pasal 68 UU No. 30 Tahun 2002 tentang Komisi Pemberantasan Korupsi terhadap Pasal 28I Ayat (1) Perubahan Kedua UUD Tahun 1945 dan Putusan MK No. 013/PUU-I/2003 tentang Pengujian UU No. 16 Tahun 2003 tentang Penetapan Perppu No. 2 tahun 2002 tentang Pemberlakuan Perppu No. 1 Tahun 2002 tentang Pemberantasan Tindak Pidana Terorisme Pada Peristiwa Peledakan Bom di Bali terhadap Pasal 28I Ayat (1) Perubahan Kedua UUD Tahun 1945. Oleh karena itu, penulis merasa perlu untuk memaparkan secara komprehensif konstruksi

⁹⁵ Andi Irmanputra Sidin, *Loc.Cit.*

⁹⁶ Andi Irmanputra Sidin, *Loc.Cit.*

berfikir dalam penarikan kesimpulan dalam disertasi tersebut agar dapat memahami tentang pengesampingan prinsip non retroaktif pada hukum formil.

Pada Putusan MK No. 069/PUU-II/2004, terdapat beberapa bagian penting yang perlu dipahami dengan cermat. *Pertama*, diantaranya bahwa prinsip non retroaktif yaitu perbuatan pidana (*nullum crimen sine lege*), dan aturan tentang sanksi pidana (*nulla poena sine lege*). Maka seharusnya MK cukup mengatakan bahwa Pasal 68 UU KPK tidak bersifat retroaktif, dan tidak menambah pertimbangan baru, bahwa secara *a contrario* KPK tidak boleh memeriksa perkara sebelum UU KPK diundangkan. Padahal merujuk pada pengertian retroaktif, KPK sesungguhnya tidak melakukan suatu kegiatan yang melanggar bahkan berkaitan dengan prinsip non retroaktif meskipun ia memeriksa dan mengambil alih perkara yang terjadi dengan *tempus delicti* sebelum 27 Desember 2002.⁹⁷

Kedua, pemahaman bias tentang prinsip non retroaktif hingga seolah-olah menafsirkannya secara sama rata bahwa semua wilayah hukum baik pidana materiil, pidana formil, bahkan pelimpahan kewenangan yang berada pada wilayah hukum administrasi juga “seolah” bertentangan dengan prinsip non

⁹⁷ Andi Irmanputra Sidin, *Op.Cit*, hlm. 363.

retroaktif. Hal ini terindikasi ketika terjadi kontradiksi argumentasi MK sendiri antara satu bagian dengan bagian lainnya.⁹⁸

Dalam pertimbangan MK menyatakan bahwa Pasal 68 UU KPK sama sekali tidak mengandung ketentuan hukum yang berlaku surut karena tidak memenuhi unsur pemberlakuan hukum secara retroaktif sehingga tidak bertentangan dengan Pasal 28 I UUD 1945, yang kemudian dalam amar putusan, MK menyatakan menolak permohonan pemohon.⁹⁹ Dalam putusan tersebut, MK menyatakan bahwa suatu ketentuan adalah mengandung pemberlakuan hukum secara retroaktif (*ex post facto law*) jika ketentuan yang dimaksud antara lain :

- a. Menyatakan seseorang bersalah karena melakukan suatu perbuatan yang ketika perbuatan tersebut dilakukan bukan merupakan perbuatan yang dapat dipidana; dan
- b. Menjatuhkan hukuman atau pidana yang lebih berat daripada hukuman atau pidana yang berlaku pada saat perbuatan itu dilakukan.¹⁰⁰

Dari tafsir konstitusional ini, maka ada dua prinsip non retroaktif yang ditegaskan MK yaitu :¹⁰¹

⁹⁸ *Ibid.*

⁹⁹ *Ibid.* hlm. 364.

¹⁰⁰ Andi Irmanputra Sidin, *Loc.Cit.*

1. "Pemidanaan" atau kriminalisasi sesuatu yang bukan tindak pidana sebelumnya menjadi tindak pidana. Misalnya, orang yang "menangis" sebelumnya bukan terkategori tindak pidana kemudian lahir suatu "Undang-Undang Anti Menangis", maka orang yang menangis sebelum UU tersebut diundangkan/diberlakukan tidak dapat dijatuhi pidana dengan Undang-Undang Anti Menangis tersebut bahkan "dituntut sekalipun sangat diharamkan". Ditunjang lagi bahwa dalam bingkai hukum internasional yang diakui oleh masyarakat beradab bahwa "menangis" bukanlah kejahatan yang harus dihukum.
2. Pemberatan atau inkriminalisasi. Misalnya, suatu korupsi berdasarkan Undang-Undang Anti Korupsi Tahun 1971 ancaman maksimalnya hanya 15 tahun kemudian lahir Undang-Undang Anti Korupsi Tahun 1999 dengan ancaman maksimalnya hukuman mati, maka pelaku korupsi tahun 1975, tidak dapat dijatuhi hukuman mati karena Undang-Undang Anti Korupsi Tahun 1999 belum hadir dan berlaku. Hal ini berlaku asas dalam hukum pidana yaitu bahwa yang berlaku adalah ketentuan yang paling menguntungkan terdakwa.

¹⁰¹ Andi Irmanputra Sidin, *Loc.Cit.*

Nampaknya, MK menggunakan landasan hukum internasional guna membangun prinsip non retroaktif Pasal 28I Ayat 1 Perubahan Kedua UUD 1945. Dalam pertimbangannya, MK mengutip Pasal 12 Ayat (2) Deklarasi Universal HAM 1948, yaitu :¹⁰²

“No one shall be held guilty of any penal offence on account of any act or omission which did not constitute a penal offence ... at the time when it was committed. Not shall be heavier penalty shall be imposed than the one that was applicable at the time the penal offence was committed”.

Selain ketentuan UDHR tersebut meski tidak eksplisit, MK juga mengakui keterangan Komariah E. Sapardja ketika menjadi ahli dalam persidangan perkara pengujian undang-undang tersebut. Ahli menyampaikan keterangannya bahwa sesungguhnya prinsip non retroaktif hanya sebatas perbuatan pidana saja. Secara lengkap Ahli Komariah E. Sapardja menyatakan :¹⁰³

“Sebelumnya, saya sebenarnya ingin melakukan klarifikasi dulu terhadap asas retroaktif. Asas retroaktif ini sebetulnya hanya dikenal di dalam bidang hukum pidana materiil, sebagaimana tidak dibantah oleh Pemohon Pasal 1 Ayat (1). Jadi, kalau ini Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2002 yang menurut pendapat saya

¹⁰² Andi Irmanputra Sidin, *Ibid.* hlm. 368.

¹⁰³ Andi Irmanputra Sidin, *Ibid.* hlm. 369

termasuk bidang hukum administrasi Pasal 68-nya, maka sama sekali tidak ada kaitannya karena menurut pendapat saya, Pasal 1 Ayat (1) KUHP yang didalilkan merupakan tindak pidana sebelum undang-undang itu dinyatakan berlaku. Jadi berkenaan dengan tindak pidana tidak berkenaan dengan hukum administrasi... bahwa fungsi dari hukum acara pidana itu untuk menegakkan kaidah-kaidah hukum pidana materiil.”

Secara keseluruhan, terdapat beberapa hal penting yang diungkapkan oleh Komariah E. Sapardja dalam keterangannya sebagai ahli, antara lain, bahwa :¹⁰⁴

“Pertama, sebelumnya Ahli ingin melakukan klarifikasi terhadap asas retroaktif. Asas retroaktif ini sebetulnya hanya dikenal di dalam bidang hukum pidana materiil, sebagaimana tidak dibantah oleh Pemohon Pasal 1 Ayat (1). Sehingga menurut pendapat Ahli, Pasal 68 Undang-Undang Nomor 30 tahun 2002, termasuk bidang hukum administrasi, karena itu tidak ada kaitannya dengan Pasal 1 ayat (1) KUHP yang didalilkan oleh Pemohon, yang menyatakan bahwa suatu perbuatan itu merupakan tindak pidana sebelum undang-undang itu dinyatakan berlaku. Jadi, berkenaan dengan tindak pidana tidak berkenaan dengan hukum administrasi.

¹⁰⁴ Andi Irmanputra Sidin, *Ibid.* hlm. 389

Kedua, Ahli kira semua mengetahui bahwa asas non retroaktif ini dapat disimpangi. Contoh Pasal 103 KUHP, dan jika kita ingat kepada asas umum *lex specialist non derogat lex generali*, maka Undang-Undang Tindak Pidana Korupsi kalau mau, dapat dinyatakan berlaku surut.

Ketiga, jika hal ini dikaitkan dengan tindak pidana yang dituduhkan oleh KPK kepada tersangka, perbuatan tersangka tersebut sudah ada sebelum Undang-undang Nomor 20 Tahun 2001. Sehingga tindak pidananya sudah ada, tapi tidak ada kaitannya dengan asas retroaktif yang menjadi alasan dari pemohon.

Keempat, mengenai hukum acara pidana, seperti yang didalilkan oleh Profesor Andi Hamzah Pasal 3 bahwa KUHAP mengandung asas legalitas. Akan tetapi asas legalitas yang ada dalam Pasal 3 KUHAP harus dibaca berbeda dengan apa yang ada dalam Pasal 1 Ayat (1) KUHP. Mengapa? Karena hukum acara pidana baru berjalan kalau hukum pidana materiil ada. Ahli hanya akan mengingatkan kepada Van Dammelen Yang Ahli kira terlupakan oleh Profesor Andi Hamzah, bahwa fungsi dari hukum acara pidana untuk menegakkan kaidah-kaidah hukum pidana materiil, atau lebih khusus lagi, hukum acara pidana memberi tugas kepada para penegak hukum untuk mencari kebenaran materiil. Kebenaran materiil itu hanya ada pada feiten atau fakta-fakta yang ada di dalam hukum pidana materiil. Jadi asas-asas hukum acara

pidana hanya ditujukan kepada para penegak hukum terutama Hakim yang akhirnya harus mencari kebenaran.”

Pendapat yang serupa juga berasal dari Ahli Romi Atmasasmita yang juga banyak mempengaruhi konstruksi prinsip non retroaktif yang dibangun MK pada kutub pemikiran Hakim konstitusi yang memiliki landasan konstitusional. Secara lengkap Ahli Romi Atmasasmita menjelaskan bahwa :¹⁰⁵

“... Bandingkan dengan pendapat ahli yang diajukan pihak terkait KPK bahwa Pasal 68 tidak ada hubungan dengan retroaktif, sebab retroaktif Pasal 28 I adalah menyangkut perbuatan feiten, bukan hukum administrasi seperti hukum acara pidana. Saya mengatakan Pasal 68 tidak ada kaitannya dengan retroaktif. Kami dari orang-orang hukum pidana yang betul-betul mematuhi dan mendalami hukum pidana dan benar-benar ahli, saya kira kita tahu bahwa dalam sejarah hukum pidana, retroaktif itu hanya untuk delik materiil, hukum pidana materiil, tidak dalam hukum acara pidana. Karena apa? Karena memang Pasal 1 Ayat (1) asas legalitas itu lahirnya dari akibat rezim Yang otoriter. Untuk membatasi kesewenang-wenangan penguasa pada waktu itu, kalau dia menuntut tidak ada undang-undangnya. Hanya atas dasar kebencian saja. Jadi saya kira tidak ada perubahan sampai saat ini.”

¹⁰⁵ Andi Irmanputra Sidin, *Ibid.* hlm. 388.

Adapun menurut Irmanputra Sidin terkait perkara pengujian UU KPK tersebut, dalam disertasinya, Irman memberikan pendapat yang sangat substansial dan penulis merasa penting paparkan. Irman berpendapat bahwa UU KPK tidak melakukan kriminalisasi baru terhadap korupsi karena korupsi itu sendiri sudah merupakan pemidanaan atas ter kriminalisasi sejak Undang-Undang Nomor 24 Prp. Tahun 1960 tentang Pengusahaan, Penuntutan, dan Pemeriksaan Tindak Pidana Korupsi yang terus mengalami metamorfosa perubahan menjadi Undang-Undang Nomor 3 Tahun 1971 tentang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi, Undang-Undang Republik Nomor 31 Tahun 1999 tentang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi, Undang-Undang Republik Nomor 20 Tahun 2001 tentang Perubahan atas Undang Republik Nomor 31 Tahun 1999 tentang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi. UUKPK dengan organ negara yang dilahirkannya juga tidak melakukan kategori normatif yaitu pemberatan atau inkriminalisasi hukuman, karena hukuman karena hukuman berada pada penilaian Hakim secara individual dalam Pengadilan Tipikor, sedangkan pada ranah kewenangan KPK dan Pengadilan Tipikor dalam UUKPK tetap berada dalam bingkai hukum peraturan perundang-undangan yang masih mengikat.¹⁰⁶

¹⁰⁶ Andi Irmanputra Sidin, *Ibid.* hlm. 371-372.

Ahmad Ali menyatakan bahwa asas legalitas mengenai ada tidaknya perbuatan yang dikategorikan sebagai kejahatan atau tindak pidana dan bukan mengenai prosedur atau hukum acara atau kelembagaan yang berlaku. UUKPK hanya mengatur tata cara, hukum formil dari suatu mekanisme penegakan hukum pemberantasan korupsi, jadi UU KPK tidak ada hubungannya dengan prinsip non retroaktif yang dianut menjadi norma Pasal 28I Ayat (1) Perubahan Kedua UUD 1945. Jadi, sesungguhnya bahwa pelaksanaan segala kewenangan dengan segala mekanismenya dalam UU KPK baik bagi KPK maupun Pengadilan Tipikor dapat dilakukan pada tindak pidana korupsi yang *tempus delictinya* sebelum UUKPK tersebut berlaku.¹⁰⁷

Terdapat beberapa hal dalam perjalanan konstitusionalisme di Indonesia yang berkaitan dengan argumentasi hukum ini. *Pertama*, dalam perkara Nomor 066/PUU-II/2004), MK telah menyatakan Pasal 50 Undang-Undang Mahkamah Konstitusi tidak mengikat karena melintasi kewenangan MK terhadap undang-undang yang dapat diuji dengan konsekuensinya MK berwenang menguji seluruh undang-undang yang mengikat saat ini tidak lagi dibatasi terhadap undang-undang yang lahir setelah Perubahan Pertama UUD 1945 yaitu pada tanggal 19 Oktober 1999. Hal ini sudah tepat adanya, selain karena UUD 1945 tidak memlimitasi

¹⁰⁷ Andi Irmanputra Sidin, *Ibid.* hlm. 372.

kewenangan MK (Pasal 24C Perubahan Ketiga UUD 1945) yang bertentangan dengan doktrin hierarki norma hukum (*stufen theorie*) juga karena materi kewenangan MK dalam UUMK tersebut bukan terkategori pemidanaan dan pemberatan seperti dalam konstruksi prinsip non retroaktif Pasal 28I ayat (1) Perubahan Kedua UUD 1945.¹⁰⁸

Oleh karenanya, KPK dan Pengadilan Tipikor pun mempunyai konstruksi yuridis kewenangan yang sama terhadap tindak pidana korupsi sebelum UUKPK diundangkan dan berlaku, karena UUKPK materinya bukanlah pemidanaan dan pemberatan seperti UUMK. Apalagi dalam UUKPK sendiri tidak satupun materi, muatan, ayat atau pasal yang memberikan limitasi secara eksplisit akan *tempus delicti* korupsi yang menjadi objek pelaksanaan kewenangan KPK dan Pengadilan Tipikor seperti Pasal 50 UUMK sebelum dinyatakan invalid oleh MK.¹⁰⁹

Pembatalan pasal 50 UUMK dengan pertimbangan bahwa MK adalah lembaga negara yang kekuasaan dan kewenangannya ditentukan oleh Undang-Undang Dasar 1945 sejatinya memang merupakan argumen yang tepat, namun sesungguhnya bukan hanya karena MK organ yang lahir dari UUD tidak seperti organ KPK maupun Pengadilan Tipikor yang lahir dari UU. Akan tetapi, karena

¹⁰⁸ Andi Irmanputra Sidin, *Ibid.* hlm. 373.

¹⁰⁹ *Ibid.*

UUD sebagai Rahim kelahiran MK bukanlah tipe peraturan perundang-undangan yang bersifat pemidanaan dan pemberatan (asas legalitas). Andai suatu saat UUD berisi materi pemidanaan dan pemberatan, maka hal tersebut sesungguhnya bertentangan dengan prinsip non retroaktif yang berlaku universal, karenanya MPR tidak boleh mencantumkan dalam UUD. Oleh karenanya, maka jenis peraturan perundang-undangan dibawah UUD seperti UU dan lainnya yang tidak mengandung pemidanaan dan pemberatan yang merupakan rahim kelahiran kewenangan suatu organ negara seperti KPK dan Pengadilan sesungguhnya organ negara tersebut dapat melaksanakan kewenangannya terhadap objek/subjek kewenangan yang diberikan oleh peraturan perundang-undangan tersebut selama tidak bertentangan dengan konstitusi dan doktrin hierarki norma hukum.¹¹⁰

Kedua, eksistensi UUKPK dengan segala organ dilahirkannya termasuk kewenangannya merupakan kontinuitas hukum (*continuity of law*) sehingga kewenangannya terhadap tindak pidana korupsi tidak dibatasi dengan korupsi yang *tempus delictinya* sejak UUKPK tersebut diundangkan/diberlakukan KPK dengan dalih Pasal 70 jo Pasal 72 UUKPK karena sesungguhnya ketentuan pasal tersebut menyangkut “pengundangan” dengan implikasi “berlaku dan mengikatnya”. UUKPK dengan makna KPK “mulai

¹¹⁰ Andi Irmanputra Sidin, *Ibid.* hlm. 374.

melaksanakan kewenangannya” alias “mulai bekerja” bukan hanya dapat melaksanakan kewenangan yang lahir setelah UU KPK tersebut diundangkan tetapi juga terhadap korupsi yang *tempus delictinya* sebelum UUKPK diundangkan. Selain itu, original intent yang tertuang dalam poin konsideran “Menimbang” UUKPK itu sendiri yang pada intinya menjelaskan bahwa UUKPK yang memuat pemberian kewenangan dan lahirnya organ negara baru adalah dalam rangka mempercepat akselerasi perwujudan cita negara (*staatsidee*) dan cita hukum (*rechtsidee*) mewujudkan masyarakat yang adil dan makmur yang tercantum dalam Pembukaan Alinea 2 (dua) dan 4 (empat) serta Batang Tubuh UUD 1945 (tentang hak-hak konstitusional warga negara).¹¹¹

Nampaknya analisis Irmanputra diatas teradopsi dalam Putusan MK berikutnya dalam perkara pengujian UUKPK. Dalam pertimbangan Putusan Nomor 021-016-019/PUU-IV/2006 tentang pengujian UU KPK yang dibacakan jelang akhir Desember 2006, MK menyatakan bahwa :¹¹²

“... KPK dibentuk dalam rangka mewujudkan masyarakat yang adil, makmur, dan sejahtera berdasarkan Pancasila dan Undang-Undang Negara Republik Indonesia Tahun 1945, karena pemberantasan tindak pidana korupsi yang terjadi sampai

¹¹¹ Andi Irmanputra Sidin, *Ibid.* hlm. 375-377.

¹¹² Andi Irmanputra Sidin, *Ibid.* hlm. 377-378.

sekarang, belum dapat dilaksanakan secara optimal. Sehingga perlu ditingkatkan secara profesional, intensif, dan berkesinambungan karena sampai karena korupsi telah merugikan keuangan negara, perekonomian negara, dan menghambat pembangunan nasional. Sementara itu, lembaga yang menangani perkara tindak pidana korupsi belum berfungsi secara efektif dalam memberantas tindak pidana korupsi, sehingga pembentukan lembaga seperti KPK dapat dianggap penting secara konstitusional (*constitutionally important*) dan termasuk lembaga yang fungsinya berkaitan dengan kekuasaan kehakiman sebagaimana dimaksud oleh Pasal 24 Ayat (3) UUD 1945”.

Lebih lanjut MK juga menyatakan dalam pertimbangannya bahwa

“Mahkamah memandang tindak pidana korupsi yang telah merugikan hak asasi sosial dan ekonomi masyarakat Indonesia adalah kejahatan yang luar biasa dan musuh bersama (*common enemy*) masyarakat dan bangsa Indonesia secara keseluruhan. Oleh karena itu, tujuan perlindungan hak asasi yang hendak dicapai melalui pengujian ketentuan dimaksud di depan Mahkamah dipandang skalanya lebih kecil dibanding dengan perlindungan hak asasi ekonomi dan sosial rakyat banyak yang dirugikan oleh tindak pidana korupsi. Korupsi telah melemahkan kemampuan negara untuk memberikan pelayanan umum yang baik dan menghambat

berfungsinya penyelenggaraan negara secara efektif. Hal itu menjadi beban ekonomi yang berat karena menciptakan tingginya risiko ekonomi makro yang membahayakan stabilitas keuangan, keamanan umum, hukum, dan ketertiban. Terlebih lagi hal demikian dapat merongrong legitimasi dan kredibilitas negara di mata rakyat”.

Dari pendapat Irmanputra Sidin tersebut yang kemudian juga diadopsi dalam pertimbangan Putusan MK, dapat ditarik kesimpulan bahwa terdapat alasan pendukung pengesampingan prinsip non retroaktif yaitu jika pengesampingan prinsip non retroaktif dapat mendorong akselerasi perwujudan cita negara (*staatsidee*) dan cita hukum (*rechtsidee*) mewujudkan masyarakat yang adil dan makmur yang tercantum dalam Pembukaan Alinea 2 (dua) dan 4 (empat) serta Batang Tubuh UUD 1945 (tentang hak-hak konstitusional warga negara). Apalagi dalam perkara-perkara yang disebabkan oleh kesewenangan pemerintah yang menjadi *original intent* lahirnya asas legalitas maka demi perlindungan terhadap hak individu untuk mewujudkan cita negara (*staatsidee*) dan cita hukum (*rechtsidee*) masyarakat yang adil dan makmur, maka pintu penegakan hukum haruslah dibuka dengan lebar dan sebanyak-banyaknya bagi para pencari keadilan dan prinsip non retroaktif seharusnya tidak boleh menjadi pembatas yang menutup pintu keadilan itu.

3. Tinjauan Umum tentang Praperadilan

a. Definisi dan Ruang Lingkup Praperadilan

Luhut Pangaribuan menyebutkan praperadilan merupakan inovasi dalam KUHAP bersamaan dengan inovasi-inovasi yang lain, seperti limitasi atas proses penangkapan atau penahanan.¹¹³ Luhut Pangaribuan juga menuliskan pendapat A. Hamzah sebagai berikut:

“Menurut Dr. A. Hamzah, praperadilan merupakan tempat mengadakan pelanggaran, pelanggaran hak-hak asasi manusia sebab niat praperadilan adalah sebagai “terjemahan” *habeas corpus* yang merupakan substansi HAM. Sebab penyusunan KUHAP banyak disemangati oleh Hukum HAM Internasional yang telah menjadi *Internatioal Customary Law*.”¹¹⁴

Beberapa sumber menyebutkan istilah praperadilan dengan kata terpisah yakni “pra peradilan”.¹¹⁵ Dalam KUHAP istilah yang digunakan adalah praperadilan. Praperadilan merupakan salah satu hal baru dalam sistem penegakan hukum di Indonesia yang bertujuan untuk menegakkan dan melindungi hak asasi tersangka

¹¹³ Luhut M.P. Pangaribuan, 2008, *Hukum Acara Pidana: Surat-surat Resmi di pengadilan oleh Advokat: Praperadilan, Eksepsi, Duplik, Memori Banding, Kasasi, Peninjauan Kembali*, Cet.Ke-V, Djambatan, Jakarta, hlm. 39.

¹¹⁴ *Ibid.*

¹¹⁵ S. Tanusubroto, 1983, *Peranan Praperadilan dalam Hukum Acara Pidana*, Alumni, Badung, hlm. 2.

dalam tingkat pemeriksaan penyidikan dan penuntutan.¹¹⁶ Apabila “praperadilan” diartikan secara harfiah maka dapat dimaknai pra artinya sebelum atau mendahului. Berarti “praperadilan” sama dengan sebelum pemeriksaan di sidang pengadilan.

Lembaga praperadilan merupakan tiruan atau dapat disamakan dengan lembaga Hakim komisaris (*Rechter Commisaris*) di negeri Belanda dan *judge d' Instruction* di Perancis, tetapi praperadilan di Indonesia memiliki perbedaan yaitu kewenangannya tidak seluas Hakim komisaris di Eropa.¹¹⁷ Hakim komisaris di Eropa, selain menentukan sah tidaknya penangkapan, penahanan, penyitaan, juga melakukan pemeriksaan pendahuluan atas suatu perkara. Misalnya penuntut umum di Belanda, dapat meminta pendapat Hakim mengenai suatu kasus, apakah misalnya kasus itu pantas dikesampingkan dengan transaksi (ganti kerugian) ataukah tidak. Meskipun ada kemiripannya dengan Hakim komisaris, namun wewenang praperadilan terbatas, yaitu hanya berwenang memutus apakah penangkapan atau penahanan, penghentian penyidikan, dan penuntutan sah atau tidak.

Menurut Oemar Seno Adji, lembaga *Rechter Commisaris* (Hakim yang memimpin pemeriksaan pendahuluan) muncul sebagai perwujudan keaktifan Hakim, yang di Eropa Tengah mempunyai

¹¹⁶ Andi Sofyan dan Abd. Aziz, 2014, *Hukum Acara Pidana*, Kencana Prenadamedia Group, Jakarta, hlm. 187.

¹¹⁷ *Ibid*, hlm. 185.

posisi penting yaitu mempunyai kewenangan untuk menangani upaya paksa (*dwangmiddelen*), penahanan, penyitaan, penggeledahan badan, rumah, dan pemeriksaan surat-surat. Hakim komisaris selain berwenang untuk menilai sah tidaknya suatu penangkapan, penahanan seperti praperadilan, juga sah atau tidaknya suatu penyitaan yang dilakukan oleh jaksa.¹¹⁸

Selain itu, Hakim Komisaris di negeri Belanda melakukan pengawasan terhadap pelaksanaan tugas jaksa dan kemudian jaksa melakukan hal yang sama terhadap pelaksanaan tugas polisi. Berbeda dengan praperadilan di Indonesia melakukan pengawasan terhadap kedua instansi tersebut. Begitu pula *judge d' Instruction* di Prancis mempunyai wewenang yang luas dalam pemeriksaan pendahuluan. Ia memeriksa terdakwa, saksi-saksi dan alat-alat bukti yang lain. Ia dapat membuat berita acara, penggeledahan rumah, dan tempat-tempat tertentu, melakukan penahanan, penyitaan, dan menutup tempat-tempat tertentu. Setelah pemeriksaan pendahuluan yang dilakukan rampung, ia menentukan apakah suatu perkara cukup alasan untuk dilimpahkan ke pengadilan ataukah tidak.¹¹⁹ Jika cukup alasan, ia akan mengirimkan perkara tersebut dengan surat pengiriman yang

¹¹⁸ Oemar Seno Adji, 1980, *Hukum Pidana*, Erlangga, Jakarta, hlm. 88.

¹¹⁹ Andi Hamzah, 2016, *Hukum Acara Pidana Indonesia Edisi Kedua*, Cet. Ke-XI, Sinar Grafika, Jakarta, hlm. 188.

disebut *ordonance de Renvoi*, sebaliknya jika tidak cukup alasan ia akan membebaskan tersangka dengan *ordonance de non lieu*.

Namun demikian, menurut Lintang Oloan Siahaan, tidak semua perkara harus melalui *Judge d' Instruction*, hanya perkara-perkara besar dan yang sulit pembuktiannya yang ditangani olehnya. Selebihnya yang tidak begitu sulit pembuktiannya pemeriksaan pendahuluannya dilakukan sendiri oleh polisi di bawah perintah dan petunjuk-petunjuk jaksa.¹²⁰ Hakim komisaris di Belanda dapat selalu minta agar terdakwa dihadapkan kepadanya walaupun terdakwa berada di luar tahanan. Jika perlu untuk kepentingan pemeriksaan yang mendesak meminta dalam waktu satu kali dua puluh empat jam dapat pula memeriksa saksi-saksi dan ahli-ahli.

Di Indonesia sendiri, berdasarkan KUHAP tidak ada ketentuan dimana Hakim praperadilan melakukan pemeriksaan pendahuluan atau memimpinnya. Hakim praperadilan tidak melakukan penggeledahan, penyitaan dan seterusnya yang bersifat pemeriksaan pendahuluan. Ia tidak pula menentukan apakah suatu perkara cukup alasan ataukah tidak untuk diteruskan ke pemeriksaan sidang pengadilan. Penentuan diteruskan ataukah tidak suatu perkara tergantung kepada jaksa penuntut umum.

¹²⁰ Lintang Oloan Siahaan, 1981, *Jalanya Peradilan Prancis Lebih Cepat Dari Peradilan Kita*, Ghalia Indonesia, Jakarta, hlm 92-94.

Bahkan tidak ada kewenangan Hakim praperadilan untuk menilai sah tidaknya suatu penggeledahan dan penyitaan yang dilakukan oleh jaksa dan penyidik. Padahal kedua hal itu sangat penting dan merupakan salah satu asas dasar hak asasi manusia. Penggeledahan yang tidak sah merupakan pelanggaran terhadap ketentraman rumah tempat kediaman seseorang. Begitu pula penyitaan yang tidak sah merupakan pelanggaran serius terhadap hak milik orang.

Praperadilan merupakan salah satu lembaga baru yang diperkenalkan sejak adanya Kitab Undang-Undang Hukum Acara Pidana (KUHAP) di tengah-tengah kehidupan penegakan hukum. Praperadilan dalam Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1981 tentang KUHAP ditempatkan dalam Bab X, Bagian Kesatu, sebagai salah satu bagian ruang lingkup wewenang mengadili bagi Pengadilan Negeri. Ditinjau dari segi struktur dan susunan peradilan, Praperadilan bukan lembaga pengadilan yang berdiri sendiri. Bukan pula sebagai instansi tingkat peradilan yang mempunyai wewenang memberi putusan akhir atas suatu kasus peristiwa pidana. Praperadilan hanya suatu lembaga baru yang ciri dan eksistensinya:

- Berada dan merupakan kesatuan yang melekat pada Pengadilan Negeri, dan sebagai lembaga pengadilan, hanya

dijumpai pada tingkat Pengadilan Negeri sebagai satuan tugas yang tidak terpisah dari Pengadilan Negeri;

- Praperadilan bukan berada di luar atau disamping maupun sejajar dengan Pengadilan Negeri, tetapi hanya merupakan divisi dari Pengadilan Negeri.

- Administratif yustisial, personil, peralatan dan finansial bersatu dengan Pengadilan Negeri dan berada di bawah pimpinan serta pengawasan dan pembinaan Ketua Pengadilan Negeri, - tata laksana fungsi yustisialnya merupakan bagian dari fungsi yustisial Pengadilan Negeri itu sendiri.¹²¹

Dari gambaran diatas, eksistensi dan kehadiran Praperadilan bukan merupakan lembaga tersendiri. Tetapi hanya merupakan pemberian wewenang dan fungsi baru yang dilimpahkan KUHAP kepada setiap pengadilan negeri, sebagai wewenang dan fungsi tambahan Pengadilan Negeri yang telah ada sebelumnya. Selama ini wewenang dan fungsi Pengadilan Negeri mengadili dan memutus perkara pidana dan perkara perdata sebagai tugas pokok, maka terhadap tugas pokok tadi diberi tugas tambahan untuk menilai sah atau tidaknya penangkapan,

¹²¹ M. Yahya Harahap, 2006, *Pembahasan Permasalahan dan Penerapan KUHAP Pemeriksaan Sidang Pengadilan, Banding, Kasasi dan Peninjauan Kembali*, Edisi Ke-II, Sinar Grafika, Jakarta, hlm. 1.

penahanan, penyitaan, penghentian penyidikan atau penghentian penuntutan yang dilakukan penyidik atau penuntut umum yang wewenang pemeriksaannya diberikan kepada Praperadilan.

Hal tersebut tertuang dalam Pasal 1 butir 10 KUHAP yang menegaskan :¹²²

“Praperadilan adalah wewenang Pengadilan Negeri untuk memeriksa dan memutus menurut cara yang diatur dalam undang-undang ini, tentang :

- a) Sah atau tidaknya suatu penangkapan atau penahanan;
- b) Sah atau tidaknya penghentian penyidikan atau penghentian penuntutan atas permintaan demi tegaknya hukum dan keadilan;
- c) Permintaan ganti rugi atau rehabilitasi oleh tersangka atau keluarganya atau pihak lain atau kuasanya yang perkaranya tidak diajukan ke pengadilan.

Maka berdasarkan KUHAP, Hakim praperadilan tidak memiliki wewenang untuk melakukan pemeriksaan pendahuluan. Kewenangan yang dimiliki oleh Hakim praperadilan ditentukan

¹²² UU No. 8 Tahun 1981 Tentang Kitab Undang-Undang Hukum Acara Pidana (KUHAP).

berdasarkan ketentuan KUHAP dan kewenangan tersebut tidak seluas kewenangan Hakim pemeriksa pendahuluan.

Dalam perkembangannya, terjadi perluasan objek praperadilan melalui pengujian KUHAP di Mahkamah Konstitusi. Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 21/PUU-XII/2014 merupakan putusan yang menjadi dasar dari penambahan kewenangan praperadilan diluar ketentuan KUHAP. Putusan ini merupakan hasil dari permohonan pengujian Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1981 Tentang Kitab Undang-undang Hukum Acara Pidana (KUHAP) terhadap Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945.

Permohonan pengujian undang-undang ini diajukan oleh Bachtiar Abdul Fatah. Permohonan diajukan terhadap Pasal 1 Angka 3, Pasal 1 Angka 14, Pasal 17, Pasal 21 Ayat (1), Pasal 77 huruf (a), dan Pasal 156 Ayat (2) KUHAP. Pasal-pasal tersebut dianggap telah merugikan hak konstitusional pemohon dalam proses pidana pada penetapan pemohon sebagai tersangka, penangkapan, penahanan, praperadilan dan sidang pengadilan. Terkait dengan dimohonkannya pengujian Pasal 77 huruf (a) KUHAP yang mengatur tentang praperadilan, permohonan dilakukan terhadap ketentuan UUD 1945 Pasal 1 Ayat (3), Pasal 28D Ayat (1), dan Pasal 28I Ayat (5) UUD NRI 1945. Majelis Hakim dalam amar putusan terkait pengujian terhadap sah tidaknya

penetapan tersangka mengabulkan permohonan pemohon untuk sebagian dan menyatakan Pasal 77 huruf a KUHAP tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat sepanjang tidak dimaknai termasuk penetapan tersangka, penggeledahan dan penyitaan. Konsekuensi dari amar putusan tersebut, maka objek praperadilan bertambah termasuk sah atau tidaknya penetapan tersangka, penggeledahan dan penyitaan.¹²³

Adapun maksud dan tujuan yang hendak diwujudkan dari lembaga Praperadilan adalah demi tegak dan dilindunginya hukum serta perlindungan hak asasi tersangka dalam tingkat pemeriksaan penyidikan dan penuntutan.

b. Peran Praperadilan Sebagai Perlindungan Hak Asasi Manusia

Sesuai dengan tujuan Kitab Undang-Undang Hukum Acara Pidana, yang lebih baik yang memberi perlindungan kepada hak-hak asasi manusia dalam keseimbangannya dengan kepentingan umum, maka dalam Kitab Undang-Undang Hukum Acara Pidana terdapat perbedaan yang fundamental dengan pengaturan Hukum Acara Pidana sebelumnya (HIR), terutama mengenai perlindungan terhadap harkat dan martabat manusia. Sistem yang dianut HIR dirasakan telah ketinggalan zaman, tidak sesuai lagi dengan cita -

¹²³ Mkri.id, diakses pada tanggal 20 Oktober 2020

cita hukum nasional, seiring dengan tuntutan kebutuhan yang asasi dari setiap negara yang lebih maju, termasuk tuntutan pada dasar-dasar pemikiran pada beberapa lembaga hukum tertentu dalam Hukum Acara Pidana yang dikaitkan dengan kebutuhan perlindungan hak asasi manusia dalam pergaulan masyarakat.

Perlindungan Hak Asasi Manusia merupakan istilah yang sangat luas maknanya. Undang-Undang HAM tidak memberikan penafsiran yang lengkap terhadap istilah perlindungan tersebut. Penjelasan Undang-Undang tentang HAM, khususnya penjelasan Pasal 8 hanya menyatakan “Yang dimaksud dengan “perlindungan” adalah termasuk pembelaan HAM. Sudah tentu pada masa era sistem KUHAP ini, telah pula dipikirkan bagaimana pokok pikiran yang didasari pada pikiran perlindungan HAM itu dapat diterapkan dan dilaksanakan di negara kita, berdasarkan pada jangkauan keseluruhan sistem peradilan pidana, sehingga aturan atau ketentuan yang dimuat dalam KUHAP dapat mencapai sasaran dan tujuannya, serta dapat mewujudkan suatu penyelesaian yang baik dan luhur bagi kepentingan masyarakat Indonesia, sebagai salah satu usaha guna menciptakan tata tertib, keamanan, ketenteraman dalam keseluruhan dari sistem peradilan pidana sebagai suatu rangkaian yang terpadu.

Apabila KUHAP secara tegas dan prinsipil, telah menentukan adanya pembagian fungsi, tugas dan wewenang dari masing-

masing instansi penegak hukum, seperti Kepolisian, Kejaksaan, Pengadilan dan Lembaga Pemasyarakatan, maka dalam pelaksanaannya diisyaratkan pula adanya keserasian hubungan serta koordinasi antara instansi penegak hukum. Atas dasar itu dalam pelaksanaannya diperlukan adanya konsepsi "*integrated criminal justice system*" yang memandang proses penyelesaian perkara pidana sebagai satu rangkaian kesatuan, mulai dari tahap penyidikan, penuntutan, pemutus perkara sampai pada penyelesaian di Lembaga Pemasyarakatan. Meskipun dalam realitas konkritnya kadang-kadang terjadi kesulitan sehingga menimbulkan masalah-masalah hukum, dalam arti bagaimana suatu ketentuan dalam KUHAP itu harus dilaksanakan kemudian terdapat adanya pihak-pihak yang merasa hak-hak dan kepentingannya dilanggar, kemudian terdapat permasalahan disertai dengan adanya persepsi dan penafsiran yang berbeda satu dengan yang lain, maka guna menjaga dan melindunginya itu, telah dibuka kesempatan adanya suatu lembaga hukum di dalam KUHAP yaitu melakukan penuntutan (permintaan) melalui proses praperadilan.

Maksud dan tujuan diadakannya lembaga praperadilan adalah secara umum sesuai dengan maksud dan tujuan dibentuknya KUHAP karena dipandang bahwa HIR sudah ketinggalan zaman, tidak sesuai lagi dengan kemajuan dan

perkembangan masyarakat yang semakin maju dan modern. Serta bertujuan demi tegaknya hukum, kepastian hukum dan perlindungan hak asasi tersangka, sebab menurut sistem KUHAP setiap tindakan upaya paksa haruslah diturut sesuai dengan ketentuan ketentuan KUHAP. Sebab setiap tindakan upaya paksa seperti penangkapan, penggeledahan, penyitaan, penahanan, penuntutan dan sebagainya yang dilakukan bertentangan dengan hukum dan perundangundangan adalah suatu tindakan perkosaan atau perampasan hak asasi manusia.

Tujuan diadakan lembaga Praperadilan dalam dunia penegakan hukum di negara kita adalah untuk memantapkan pengawasan terhadap pemeriksaan pendahuluan perkara pidana, khususnya pemeriksaan pada tingkat penyidikan dan penuntutan. Dengan adanya Praperadilan ini diharapkan pemeriksaan perkara pidana akan berjalan dengan sebaikbaiknya, sesuai dengan peraturan hukum yang berlaku. Penangkapan, Penahanan, Penggeledahan, Penyitaan, Penyidikan, Penuntutan, Penghentian Penyidikan dan Penuntutan dan sebagainya tidak bisa dilakukan dengan semena-mena. Kesemuanya ini untuk mewujudkan perlindungan terhadap hak-hak asasi manusia agar jangan sampai diperkosa.¹²⁴

¹²⁴ Riduan Syahrani, 1983, *Beberapa Hal Tentang Hukum Acara Pidana*, Alumni, Bandung, hlm. 74

Penegakan hukum atau law enforcement adalah rangkaian kegiatan dalam usaha pelaksanaan ketentuan-ketentuan hukum yang berlaku baik yang bersifat penindakan maupun pencegahan mencakup keseluruhan kegiatan baik teknis maupun administratif yang dilaksanakan oleh aparat penegak hukum, sehingga dapat melahirkan suasana aman, damai dan tertib demi pemantapan kepastian hukum dalam masyarakat.¹²⁵ Kepastian hukum menjadi salah satu pokok pemikiran aliran yuridis dogmatis. Kepastian hukum dapat diwujudkan dengan penerapan hukum yang dirumuskan dalam undang-undang. Akan tetapi penerapan hukum seringkali terhambat, oleh karena undang-undang tidak sempurna (kurang jelas).¹²⁶

Menurut Soerjono Soekanto penegakan hukum merupakan pasangan nilai-nilai yang harus diserasikan dalam wujud yang lebih kongkrit, yang kemudian menjadi pedoman bagi perilaku atau sikap tindakan yang dianggap pantas atau yang seharusnya. Oleh karena itu dapat dikatakan penegakan hukum bukan semata-mata berarti pelaksanaan perundang-undangan, walaupun kecenderungannya adalah demikian, sehingga pengertian law enforcement begitu terkenal, tetapi lebih jauh dari itu, masalah pokok penegakan hukum

¹²⁵ R. Abdussalam, 1997, *Penegakan Hukum di Lapangan oleh Polri*, Cet. Ke-I, Dinas Hukum Polri, Jakarta, hlm. 21.

¹²⁶ Soedikno Mertokusumo, *Op.Cit*, hlm. 132

sebenarnya terletak pada faktor-faktor yang mempengaruhinya.

Faktor-faktor tersebut meliputi :¹²⁷

- a) Faktor hukum itu sendiri (dalam hal ini adalah undang-undang);
- b) Faktor penegak hukum, yaitu pihak yang membentuk atau menerapkan hukum;
- c) Faktor sarana atau fasilitas yang mendukung;
- d) Faktor masyarakat, tempat hukum diterapkan;
- e) Faktor kebudayaan, sebagai hasil karya, cipta dan rasa yang didasarkan pada karsa manusia.

Muladi menambahkan penegakan hukum merupakan proses penyerasian antara nilai-nilai, kaidah-kaidah dan pola perilaku nyata yang bertujuan untuk mencapai kedamaian. Oleh karena itu tugas utama penegakan hukum adalah mencapai keadilan.¹²⁸

Penegakan hukum pidana merupakan suatu rangkaian proses yang terdiri dari tahapan-tahapan yaitu :

¹²⁷ Soerjono Soekanto, 1993, *Faktor-Faktor yang Mempengaruhi Penegakan Hukum*, Raja Grafindo Persada, Jakarta, hlm. 5.

¹²⁸ Muladi, 1978, *Penegakan Hukum dan Keadilan Melalui Upaya Peraturan Perundang-Undangan*, Makalah Seminar Sehari Penegakan Hukum dan Masalahnya, Semarang, hlm. 1-2.

- a) Tahapan perumusan perbuatan-perbuatan yang dapat dipidana, yang menjadi wewenang lembaga legislative;
- b) Tahapan penerapan/aplikatif yang menjadi wewenang lembaga yudikatif; dan
- c) Tahapan pelaksanaan administratif yang menjadi wewenang lembaga eksekutif.

Penegakan hukum disini diartikan secara luas tidak hanya menerapkan hukum pidana tetapi dimaknai lebih dari sekedar penerapan hukum pidana positif yaitu tidak hanya mengatur perbuatan warga masyarakat pada umumnya namun juga mengatur kewenangan/kekuasaan aparat penegak hukum.¹²⁹ Selanjutnya menurut Muladi, dalam realitasnya penegakan hukum secara menyeluruh (*total enforcement*) tidak mungkin terlaksana, karena adanya *non enforcement area*, dimana tindakan aparat penegak hukum dibatasi oleh ketentuan-ketentuan hukum materiil (misalnya syarat harus ada pengaduan) maupun ketentuan hukum formil (misalnya syarat-syarat penangkapan, penahanan, penyitaan dsb). Selanjutnya yang ada hanyalah ruang lingkup penegakan hukum secara penuh (*area of full enforcement*). Pada lingkup ini penegakan hukum diharapkan menegakkan hukum secara

¹²⁹ Nyoman Serikat Putra Jaya, 2008, *Bahan Kuliah Sistem Peradilan Pidana (Criminal Justice System)*, Program M I H Undip, Semarang, hlm. 8.

maksimal. Namun penegakan hukum secara penuh ini merupakan harapan yang tidak realitis¹³⁰ karena banyaknya kendala dalam pelaksanaannya seperti keterbatasan waktu, personil, alat-alat investigasi, dan sebagainya.¹³¹ Dengan demikian yang tersisa hanyalah “*actual enforcement*”, yaitu penegakan hukum yang kongkrit. Ruang lingkup penegakan ini senyatanya berlangsung. Demikian pula pengaruh kekuatan-kekuatan sosial yang dirasakan juga dalam bidang penerapan hukum.

Gustav Radbruch mengemukakan adanya tiga nilai dasar yang ingin dikejar dan perlu mendapat perhatian serius dari para pelaksana hukum yaitu nilai keadilan, kepastian hukum dan kemanfaatan.¹³² Oleh karena itu, prinsip yang terkandung pada praperadilan bermaksud dan bertujuan guna melakukan tindakan pengawasan horisontal untuk mencegah tindakan hukum upaya paksa yang berlawanan dengan undang-undang. Sifat dan atau fungsi praperadilan yang khas, spesifik dan karakteristik tersebut akan menjembatani pada usaha pencegahan tindakan upaya paksa sebelum seorang diputus oleh pengadilan, pencegahan tindakan yang merampas hak kemerdekaan setiap warga negara, pencegahan atas tindakan yang melanggar hak-hak asasi

¹³⁰ Joseph Goldstein dalam Nyoman Serikat Putra Jaya, *Artikel Penegakan Hukum dalam Era Reformasi Hukum*, Majalah Masalah-Masalah Hukum Edisi II/Juli September 1998, hlm. 4.

¹³¹ Menurut Richard Quinney, *full enforcement of criminal law, however is far from possible, because of numeries limitation and circumstances*” (1975 : 13)

¹³² Achmad Ali, *Loc. Cit.*

tersangka/terdakwa, agar segala sesuatunya berjalan atau berlangsung sesuai dengan hukum dan perundang-undangan yang berlaku dan sesuai dengan aturan main.

Fungsi kontrol itu akan lebih nampak dan efektif manakala setiap tindakan/peristiwa yang menyimpang dari ketentuan undang-undang tersebut dapat segera dicegah atau dilakukan tindakan hukum guna meluruskan kembali sesuai dengan ketentuan-ketentuan perundang-undangan yang berlaku demi tegaknya hukum dan keadilan serta kepastian hukum. Juga fungsi kontrol yang menjadi bagian wewenang Pengadilan Negeri tersebut atas praperadilan, akan mengkaji ulang, apakah tindakan/peristiwa yang telah dilakukan pejabat penegak hukum itu telah sesuai dan proporsional, dalam kaitan tindakan/peristiwa hukum yang telah ditempuh oleh penyidik atau penuntut umum atau Hakim telah sesuai dengan prosedur menurut ketentuan perundang-undangan ataukah tidak.

Sekalipun wewenang praperadilan tersebut belum pernah ada pada era *Herzine Indiche Reglement (HIR)*, namun wewenang preperadilan yang terdapat di dalam KUHAP tersebut tidak menjadi masalah ataupun hambatan bagi Pengadilan Negeri, sebab dapat dikatakan, karena KUHAP sendiri memang dibentuk dalam situasi dan kondisi bagi kepentingan keserasian hubungan dan koordinasi atas dasar pandangan bahwa proses penyelesaian perkara pidana

itu sebagai satu rangkaian kesatuan atas dasar sistem peradilan pidana yang terpadu. Sehingga tidaklah dimaksud bahwa dengan adanya praperadilan kemudian Pengadilan Negeri akan memutuskan ulang atau semacam peradilan yang mengadili dalam tingkatan banding, sebab sistem semacam itu tidak dikenal dalam KUHAP. Oleh sebab itu, tidak dapat dikatakan pula instansi penegak hukum satu dengan lainnya saling mengawasi dalam arti vertikal ataupun hubungan sub-ordinasi, tetapi semata-mata guna saling mengisi, koordinatif, sinkronisasi dan keterpaduan (integral) dalam hal penanganan dan penyelesaian suatu perkara sesuai dengan fungsi, kewenangan dan tugasnya masing-masing bagi penyelidikan, penyidikan, penuntutan dan peradilan, sebab berdasarkan sistem KUHAP sebagai hukum acara pidana telah menegaskan secara prinsipil adanya pembagian fungsi, tugas dan wewenang masing-masing instansi penegak hukum, sehingga di dalam pelaksanaannya diisyaratkan mutlak adanya peningkatan keserasian hubungan kerja dan koordinasi instansi penegak hukum.

Syarat mutlak yang melekat pada konsepsi “sistem peradilan pidana terpadu” yang memandang proses penyelesaian perkara pidana sebagai satu rangkaian kesatuan sejak dari penyidikan, penuntutan, pemutusan perkara hingga ke penyelesaian di tingkat (lembaga) pasyarakatan.

Bahkan Mahkamah Konstitusi melalui Putusan Nomor 65/PUU-IX/2011 pada halaman 30 menyatakan bahwa “... ***filosofi diadakannya pranata Praperadilan yang justru menjamin hak-hak tersangka/terdakwa sesuai dengan harkat dan martabatnya sebagai manusia***”. Dengan kata lain, Praperadilan adalah untuk menjamin hak tersangka/terdakwa dari kesewenang-wenangan aparat penegak hukum. Hal inilah yang membuat putusan praperadilan yang sudah berkekuatan hukum tetap, tidak dapat dilakukan banding atau kasasi dan tentu saja putusan praperadilan tidak dapat dibatalkan atau dianggap batal oleh satu surat keterangan saja.

4. Tinjauan Umum Tentang Hak Asasi Manusia

a. Pengertian Hak

Sebelum meninjau hak asasi manusia (HAM), perlu dikemukakan terlebih dahulu apa yang dimaksud dengan hak. Satjipto Rahardjo mengemukakan bahwa hukum melindungi kepentingan seseorang dengan cara mengalokasikan suatu kekuasaan untuk bertindak dalam rangka kepentingan tersebut. Pengalokasian kekuasaan ini dilakukan secara terukur, dalam arti

ditentukan keluasan dan kedalamannya. Kekuasaan yang demikian itulah yang disebut sebagai hak.¹³³

Salmond mengemukakan bahwa hak mengandung empat pengertian sekaligus. Apabila kita menyebut hak, maka sebetulnya semua pengertian itu sudah termasuk di dalamnya, yaitu masing-masing sebagai :¹³⁴

1. Hak dalam arti sempit;
2. Kemerdekaan;
3. Kekuasaan;
4. Imunitas.

Hak dalam arti sempit, secara singkat dapat diartikan sebagai hal-hal yang harus didapatkan dari orang lain. Dengan kata lain, hak secara otomatis berkorelasi dengan kewajiban, yakni hal-hal yang harus dilakukan oleh orang lain terhadap pemilik hak. Terpenuhinya suatu hak seseorang, menuntut penunaian kewajiban dari orang lain. Sedangkan kemerdekaan, hanya berkaitan dengan hal-hal yang boleh dilakukan oleh dan untuk pemilik hak. Pemilik hak tidak memiliki kewajiban hukum terhadap diri sendiri, sehingga bebas melakukan apapun yang ingin dilakukan, seluas bidang

¹³³ Satjipto Rahardjo, 2014, *Ilmu Hukum*, Citra Aditya Bakti, Semarang, hlm. 53.

¹³⁴ *Ibid*, hlm. 56.

kegiatan yang oleh hukum dibiarkan untuk dilakukan, tidak boleh dipaksa atau dilarang. Tetapi, kebebasan itu hanya untuk diri sendiri, tidak mengganggu hak yang sama milik orang lain.¹³⁵

Berbeda dengan hak dalam arti sempit dan kemerdekaan, kekuasaan merupakan hak yang diberikan kepada seseorang melalui jalan hukum untuk mewujudkan kemauannya guna mengubah hak-hak, kewajiban-kewajiban, pertanggungjawaban atau hubungan hukum lain, baik dari dirinya sendiri maupun orang lain. Sebagai contoh dari kekuasaan seperti ini adalah: hak untuk membuat surat wasiat atau mengalihkan hak milik, hak untuk menjual yang terkandung dalam hipotik, hak untuk mengawini saudara dari istri yang telah meninggal, hak untuk melaksanakan eksekusi keputusan pengadilan, berbagai kekuasaan yang diberikan kepada Hakim atau pejabat lain untuk dapat melaksanakan tugasnya sebagaimana mestinya. Sedangkan imunitas, adalah kutub yang berseberangan dengan kekuasaan. Sebagaimana halnya kekuasaan itu adalah kemampuan untuk mengubah hubungan-hubungan hukum, kekebalan (imunitas) ini merupakan pembebasan dari adanya suatu hubungan hukum untuk bisa diubah oleh orang lain. Jadi, jika dibuat dalam bentuk korelasi pengertian hak, kekebalan adalah pembebasan dari kekuasaan

¹³⁵ *Ibid*, hlm. 54-56.

orang lain, sedangkan kemerdekaan adalah pembebasan dari hak orang lain.¹³⁶

Adapun hubungan hak dan hukum, dalam bahasa Eropa Kontinental, hak dan hukum dinyatakan dalam istilah yang sama, yaitu *ius* dalam bahasa Latin, *droit* dalam bahasa Prancis, *Recht* dalam bahasa Jerman, dan *recht* dalam bahasa Belanda. Oleh karena itu, dalam literatur bahasa Belanda guna membedakan antara hak dan hukum digunakan istilah *subjectief recht* atau hak dan *objectief recht* atau hukum.¹³⁷ Dengan demikian, jika ditinjau dari segi etimologis, antara uang logam yang satu sisinya merupakan hak dan sisi lain merupakan hukum.

Terhadap perumpamaan ini pun dapat dipertanyakan hak atau hukum yang berada di bagian kepala uang logam itu untuk menjawab pertanyaan apakah eksistensi hak ditentukan oleh hukum atau sebaliknya. Manusia merupakan makhluk sosial yang berbudaya karena mampu mempunyai dua aspek, yaitu aspek fisik dan aspek eksistensial sehingga kehidupan masyarakat merupakan modus *survival* bagi manusia, sehingga dapat dikatakan bahwa hak adalah sesuatu yang melekat pada manusia secara kodrati dan karena hak inilah diperlukan hukum untuk menjaga kelangsungan eksistensi hak dalam pola kehidupan masyarakat. Oleh sebab itu,

¹³⁶ *Ibid*, hlm. 57-58.

¹³⁷ Wayne Morrison, 1998, *Jurisprudence : From the Greeks to post-modernism*, Cavendish, London, hlm. 189.

sangat jelas jawabannya bahwa hak berada pada sisi kepala sedangkan hukum pada sisi ekor. Penjelasan ini membantah pandangan yang menyatakan bahwa hak diciptakan oleh hukum, tetapi sebaliknya, hukum diciptakan karena adanya hak

b. Pengertian Hak Asasi Manusia

Hak asasi manusia (HAM) adalah seperangkat hak yang melekat pada hakikat dan keberadaan manusia sebagai makhluk Tuhan Yang Maha Esa dan merupakan anugerah-Nya yang wajib dihormati, dijunjung tinggi dan dilindungi oleh negara, hukum, pemerintah, dan setiap orang demi kehormatan serta perlindungan harkat dan martabat manusia.¹³⁸ Aswanto, mengutip D.F. Scheltens, mengemukakan bahwa HAM adalah hak yang diperoleh setiap manusia sebagai konsekuensi ia dilahirkan menjadi manusia. Hakikat HAM adalah kebebasan, tetapi kebebasan itu berakhir ketika mulai merambah ke wilayah kebebasan orang lain.¹³⁹

Jack Donnelly mengemukakan bahwa HAM adalah hak-hak yang dimiliki manusia semata-mata karena ia manusia. Umat manusia memilikinya bukan karena diberikan kepadanya oleh masyarakat atau berdasarkan hukum positif, melainkan semata-

¹³⁸ UU No. 39 Tahun 1999 Pasal 1 Angka 1.

¹³⁹ Aswanto dalam Nurul Qamar, 2013, *Hak Asasi Manusia dalam Negara Hukum Demokrasi*, Sinar Grafika, Jakarta, hlm. 16-17.

mata berdasarkan martabatnya sebagai manusia.¹⁴⁰ Sementara Moh. Mahfud M.D. mengartikan HAM sebagai hak yang melekat pada martabat manusia sebagai makhluk ciptaan tuhan, dan hak tersebut dibawa manusia sejak lahir ke muka bumi sehingga hak tersebut bersifat fitri (kodrati), bukan merupakan pemberian manusia atau negara.¹⁴¹

c. Sejarah Hak Asasi Manusia

Sebelum sampai ke tahap perkembangannya yang sekarang, baik yang dicantumkan dalam berbagai piagam maupun dalam naskah undang-undang dasar berbagai negara, ide HAM itu sendiri telah memiliki riwayat yang panjang.¹⁴² Secara konseptual sejarah HAM dapat dirumuskan secara kronologis. Penandatanganan Magna Charta di Inggris pada tahun 1215 oleh Raja John Lackland biasa dianggap sebagai permulaan sejarah perjuangan HAM, meskipun sebenarnya, piagam ini belumlah merupakan perlindungan HAM seperti yang dikenal sekarang. Dari segi isinya, *Magna Charta* hanya melindungi kepentingan kaum bangsawan dan gereja. Akan tetapi, jika dilihat dari segi perjuangan HAM, *Magna Charta*, setidaknya-tidaknya menurut orang Eropa, diakui sebagai yang

¹⁴⁰ Jack Donnely dalam Rhona K.M. Smith, 2008, *Hak Asasi Manusia*, Pusham UII, Yogyakarta, hlm. 11.

¹⁴¹ Moh. Mahfud M.D. dalam Muladi, 2009, *Hak Asasi Manusia*, Refika Aditama, Bandung, hlm. 39.

¹⁴² Moh. Kusnardi dan Harmaily Ibrahim dalam Jimly Asshiddiqie, 2006, *Pengantar Ilmu Hukum Tata Negara Jilid II*, Sekretariat Jenderal dan Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia, Jakarta, hlm. 85.

pertama dalam sejarah perjuangan HAM seperti yang dikenal sekarang. Adapun isi dokumen *Magna Charta* tersebut pada intinya adalah hendaknya raja tidak melakukan pelanggaran terhadap hak milik dan kebebasan pribadi seorang pun dari rakyat. Pajak yang tinggi dan dipaksakannya para bangsawan untuk membolehkan anak-anak perempuan mereka kawin dengan rakyat biasa adalah sebagian dari pendorong lahirnya tuntutan para bangsawan.¹⁴³

Selanjutnya, penandatanganan *Petition of Rights* di Inggris pada tahun 1628 oleh Raja Charles I. Apabila pada tahun 1215 raja berhadapan dengan kaum bangsawan dan gereja sehingga lahir *Magna Charta*, maka pada tahun 1628, Raja berhadapan dengan Parlemen yang terdiri dari utusan rakyat (*House of Commons*). Oleh karena itu, menurut Moh. Kusnardi dan Harmaily Ibrahim, kenyataan ini memperlihatkan bahwa perjuangan HAM memiliki korelasi yang erat sekali dengan perkembangan demokrasi. Sebab, perjuangan HAM itu pada akhirnya berkaitan dengan soal jauh dekatnya rakyat dengan ide demokrasi.¹⁴⁴

Setelah itu, perjuangan yang lebih nyata terlihat pula dalam *Bill of Rights* di Inggris yang ditandatangani oleh Raja Willem III pada tahun 1689 sebagai hasil dari pergolakan politik yang dahsyat yang biasa disebut *The Glorious Revolution*. *Glorious Revolution* ini

¹⁴³ Majda El-Muhtaj, 2009, *Hak Asasi Manusia dalam Konstitusi Indonesia*, Kencana, Jakarta, hlm.51.

¹⁴⁴ Jimly Asshiddiqie, *Loc.Cit.*

tidak saja mencerminkan kemenangan parlemen atas raja, akan tetapi juga menggambarkan rentetan kemenangan rakyat dalam pergolakan-pergolakan yang menyertai perjuangan Bill of Rights yang berlangsung tak kurang dari 60 tahun lamanya. Adapun Bill of Rights berisi tentang penegasan atas pembatasan kekuasaan raja dan dihilangkannya hak raja untuk melaksanakan kekuasaan terhadap siapapun, atau untuk memenjarakan, menyiksa dan mengirimkan tentara kepada siapapun, tanpa dasar hukum.¹⁴⁵

Dalam perkembangan selanjutnya, gagasan tentang HAM banyak dipengaruhi oleh pemikiran para sarjana seperti John Locke, Thomas Hobbes, Montesquieu, dan Jean Jacques Rousseau. John Locke bersama Hobbes dan Rousseau mengembangkan teori perjanjian masyarakat, yang sering dinisbatkan kepada Rousseau dengan istilah kontrak sosial (*contract social*). Teori perjanjian masyarakat dalam pandangan John Locke pada intinya bahwa masyarakat dalam kehidupan bersama melakoni dua macam perjanjian. Perjanjian pertama yang disebut *pactum unionis*, yakni perjanjian antara individu dengan individu warga yang ditujukan untuk terbentuknya masyarakat politik dan negara. Perjanjian kedua yang disebut *pactum subjectionis*, menurut John Locke, karena pada dasarnya *pactum unionis* terbentuk atas suara mayoritas, dan setiap individu selalu memiliki

¹⁴⁵ Majda El Muhtaj, *Op.Cit.*, hlm. 52.

hak-hak yang tak tertanggalkan yaitu *life, liberty, serta estate*, maka adalah logis jika tugas negara adalah memberikan perlindungan kepada masing-masing individu. Apabila penguasa negara mengabaikan kontrak sosial itu dengan melanggar hak-hak kodrati individu, maka rakyat di negara itu bebas menurunkan sang penguasa dan menggantikannya dengan suatu pemerintah yang bersedia menghormati hak-hak tersebut.¹⁴⁶

Berbeda dengan John Locke, Hobbes berpendapat bahwa HAM merupakan jalan keluar untuk mengatasi keadaan yang disebutnya *hommo homini lupus, bellum omnium contra omnes* (manusia adalah serigala bagi manusia lain, perang semua melawan semua). Keadaan seperti itulah yang mendorong terbentuknya perjanjian masyarakat dimana rakyat menyerahkan hak-haknya kepada penguasa. Pandangan Thomas Hobbes ini menghasilkan monarki absolut, sedangkan John Locke menghasilkan monarki konstitusional. Barawal dari dua pandangan ini, Montesquieu melalui teori *Trias Politica* berpandangan bahwa untuk mencegah absolutisme pemerintahan raja, maka kekuasaan harus dibagi dalam tiga bagian yang sama sekali terpisah yakni eksekutif, legislatif, dan yudikatif. Sementara itu, Rousseau melalui bukunya *Le Contract Social* atau *Du Contract Social* menghendaki

¹⁴⁶ Rhona K.M. Smith, *Op.Cit*, hlm. 12.

adanya suatu demokrasi, yakni kedaulatan berada di tangan rakyat.¹⁴⁷

Perkembangan selanjutnya adalah lahirnya *Declaration of Independence* dari Amerika Serikat pada tanggal 4 juli 1776. Pemikiran John Locke menginspirasi deklarasi ini. Di kemudian hari, pemikiran inilah yang dijadikan landasan bagi pengakuan hak-hak asasi manusia.¹⁴⁸ Isi dari deklarasi tersebut pada intinya menegaskan bahwa setiap orang dilahirkan dalam persamaan dan kebebasan dengan hak untuk hidup dan mengejar kebahagiaan, serta keharusan mengganti pemerintahan yang tidak mengindahkan ketentuan-ketentuan dasar dalam deklarasi tersebut. Perjuangan HAM itu disebabkan oleh karena rakyat Amerika Serikat yang berasal dari Eropa sebagai imigran merasa tertindas oleh pemerintahan Inggris.¹⁴⁹

Kemudian, pada tanggal 26 Agustus 1789 ditetapkan "Pernyataan Hak-Hak Asasi Manusia dan Warga Negara" (*declaration des droit de l'homme et du citoyen*) di Perancis yang juga menjadi cikal bakal lahirnya asas legalitas sebagaimana telah penulis uraikan pada pembahasan tentang sejarah asas legalitas. Sesudah itu, yaitu pada tanggal 13 September 1789, lahirlah Konstitusi Perancis yang pertama. Pernyataan HAM dan warga

¹⁴⁷ Jimly Asshiddiqie, *Op.Cit*, hlm. 89-90.

¹⁴⁸ *Ibid.*

¹⁴⁹ Jimly Asshiddiqie, *Loc.Cit.*

negara Perancis tersebut (*declaration des droit de l'homme et du citoyen*) dapat dikatakan banyak dipengaruhi oleh *Declaration of Independence* Amerika Serikat, terutama berkat jasa antara lain seorang warga negara Perancis yang bernama La Fayette yang pernah ikut berperang di Amerika Serikat. Setelah rakyat Amerika berhasil mencapai kemenangan dan *American Declaration of Independence* ditandatangani pada tahun 1776, La Fayette kembali ke Perancis dengan membawa salinan naskah deklarasi tersebut.¹⁵⁰

Pada waktu Perancis menyusun *Declaration des droit de l'homme et du Citoyen* (1789), *Declaration of Independance* Amerika Serikat (1776) itu banyak ditiru yang alam perkembangan selanjutnya, banyak ditiru pula oleh negara-negara Eropa lainnya. Oleh karena itu, kedua naskah deklarasi yaitu *Declaration of Independence* Amerika Serikat (1776) dan *Declaration des Droit de l'homme et du Citoyen* Perancis (1789) sangat berpengaruh dan merupakan peletak dasar bagi perkembangan universal perjuangan HAM. Kedua deklarasi ini, kemudian disusul oleh *The Universal Declaration of Human Rights* tahun 1948 menjadi contoh bagi semua negara yang hendak membangun dan mengembangkan diri sebagai negara demokrasi yang menghormati dan melindungi HAM.¹⁵¹

¹⁵⁰ *Ibid.*, hlm. 90-91.

¹⁵¹ *Ibid.*

Peristiwa yang juga penting dalam perkembangan HAM adalah kemenangan demokrasi atas pemerintahan ditaktor dan fasis Jerman, Italia, dan Jepang pada Perang Dunia ke-II. Setelah Perang Dunia ke-II berakhir dengan kemenangan berada di pihak Sekutu, maka melalui Perserikatan Bangsa-Bangsa (PBB) disepakatilah suatu *Universal Declaration of Human Right* di Paris pada tahun 1948.¹⁵² Meskipun *Universal Declaration of Human Rights* tersebut tidak mengikat bagi negara-negara yang ikut menandatangani, namun diharapkan agar negara-negara anggota PBB dapat mencantumkannya dalam undang-undang dasar masing-masing atau peraturan perundang-undangan lainnya, sehingga norma hukum yang terkandung di dalamnya dapat diberlakukan sebagai hukum domestik di masing-masing negara anggota. Setelah 18 tahun kemudian, PBB berhasil juga melahirkan *Covenant on Economic, Social and Cultural Rights* (perjanjian tentang hak-hak ekonomi, sosial dan budaya) dan *Covenant on Civil and Political Rights* (perjanjian tentang hak-hak sipil dan politik). Kedua covenant tersebut dapat dipandang sebagai peraturan pelaksanaan atas naskah pokok *Universal Declaration of Human Rights*. Setelah kedua konvenan ini, berbagai instrumen hukum internasional diadopsikan oleh PBB untuk melengkapinya lebih

¹⁵² *Ibid.*, hlm. 91-92.

lanjut. Sampai saat ini, instrumen-instrumen PBB dimaksud dapat kita susun secara berturut-turut sebagai berikut :¹⁵³

- 1) *Universal Declaration of Human Rights, 1948;*
- 2) *Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, 1948;*
- 3) *International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, 1965;*
- 4) *International Covenant on Economic, Social, and Cultural Rights, 1966;*
- 5) *International Covenant on Civil and Political Rights, 1966;*
- 6) *Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women, 1979;*
- 7) *Convention Against Torture and Other Cruel, Inhuman, and Degrading Treatment or Punishment, 1984;*
- 8) *Convention on the Rights of the Child, 1989.*

Karel Vasak, seorang ahli hukum dari Perancis, turut membantu untuk dalam memahami perkembangan substansi hak-hak yang terkandung dalam konsep HAM. Vasak menggunakan istilah “generasi” untuk menunjuk ruang lingkup hak-hak yang

¹⁵³ *Ibid.*, hlm. 92-93.

diprioritaskan pada satu kurun waktu tertentu. Vasak kemudian membuat kategori generasi berdasarkan slogan Revolusi Perancis yang terkenal, yaitu: “kebebasan, persamaan, dan persaudaraan”. Menurut Vasak, masing masing kata dari slogan itu, sedikit banyak mencerminkan perkembangan dari kategori-kategori atau generasi-generasi hak yang berbeda.¹⁵⁴

a. Generasi Pertama Hak Asasi Manusia

Hak asasi manusia generasi pertama, kadang-kadang disebut hak “biru”, padadasarnya berurusan dengan “kebebasan” dan partisipasi dalam kehidupan politik.

Nilai pembeda pada generasi HAM pertama :¹⁵⁵

“These rights began to emerge as a theory during the seventeenth and eighteenth centuries and were based mostly on political concerns. It had begun to be recognised that there were certain things that the all-powerful state should not be able to do and that people should have some influence over the policies that affected them.”

Artinya : Hak-hak ini mulai muncul sebagai teori selama abad ketujuh belas dan kedelapan belas dan sebagian besar didasarkan pada masalah politik. Sudah mulai diakui bahwa ada hal-hal tertentu

¹⁵⁴ Rhona K.M. Smith, *Op.Cit.*, hlm. 15-16.

¹⁵⁵ Birkah Latif (dkk), 2019, Konsep dan perlindungan HAM : Aktualisasi Kearifan Lokal Menuju Kabupaten HAM, Pustaka Pena Press, Makassar, hlm. 15.

yang tidak dapat dilakukan oleh negara yang berkuasa dan bahwa orang-orang seharusnya memiliki pengaruh terhadap kebijakan yang akan diterapkan pada kehidupan mereka.

Generasi HAM pertama pada dasarnya bersifat sipil dan politis. Mereka melayani secara negatif untuk melindungi individu dari eksekusi negara. Hak-hak generasi pertama meliputi, hak untuk hidup, kesetaraan di hadapan hukum, kebebasan berbicara, hak untuk pengadilan yang adil, kebebasan beragama, dan hak memilih. Generasi ini dipelopori dengan hadirnya beberapa pengaturan HAM, seperti :¹⁵⁶

- 1) di Amerika melalui *The United States Bill of Rights*; dan
- 2) di Perancis oleh Deklarasi Hak Asasi Manusia (*the Declaration of the Rights of Man*) dan Warga Negara (*the Citizen*) pada abad ke-18, meskipun beberapa dari hak-hak ini dan hak untuk proses yang berasal dari Magna Carta (1215) dan *the Rights of Englishmen*, yang dinyatakan dalam *Bill of Rights* Inggris pada tahun 1689.

Generasi ini dimasukkan di tingkat global dan diberi status dalam hukum internasional pertama kali oleh Pasal 3 sampai 21 Deklarasi Universal Hak Asasi Manusia 1948 dan kemudian dalam

¹⁵⁶ *Ibid*, hlm. 15-16.

Perjanjian Internasional 1966 tentang Hak Sipil dan Politik. Di Eropa, mereka diabadikan dalam Konvensi Eropa tentang Hak Asasi Manusia pada tahun 1953. Arah pemikiran generasi ini berpusat pada bidang hukum dan politik yang dilatarbelakangi dari dampak dan situasi perang dunia II serta keinginan negara-negara yang baru merdeka untuk menciptakan sesuatu tertib hukum yang baru.

b. Generasi Kedua Hak Asasi Manusia

Pada generasi kedua HAM ini terkait dengan isu “kesetaraan” dan mulai diakui oleh pemerintah setelah Perang Dunia II. Generasi ini menysasar pada dimensi ekonomi, sosial, dan Budaya. Generasi ini berusaha menjamin anggota yang berbeda dari warga negara untuk mendapatkan kondisi dan perlakuan yang sama. Dalam generasi ini dikenali hak-hak sekunder mencakup hak untuk dipekerjakan dalam kondisi yang adil dan menguntungkan, hak atas makanan, perumahan dan perawatan kesehatan, serta jaminan sosial dan tunjangan pengangguran. Seperti halnya hak generasi pertama, generasi kedua dimasukkan juga kedalam Deklarasi Universal Hak Asasi Manusia, dan selanjutnya tercantum dalam Pasal 22 hingga 28 Deklarasi Universal, dan Kovenan Internasional tentang Hak Ekonomi, Sosial, dan Budaya.¹⁵⁷

¹⁵⁷ *Ibid*, hlm. 16.

Generasi HAM kedua ini disebut sebagai hak “merah” dimana generasi HAM ini memaksakan pada pemerintah kewajiban untuk menghormati dan mempromosikan dan memenuhinya, dengan tetap bergantung pada ketersediaan sumber daya. Tugas itu dibebankan pada negara karena negara memiliki kontrol atas sumber dayanya sendiri.

Felipe Gomez Isa menyebutkan bahwa :

“...This new generation of human rights are not satisfied with the purely passive role of the State, but rather demand a positive attitude by the State towards guaranteeing these rights.”

Generasi baru HAM ini tidak puas dengan peran negara yang murni pasif, melainkan menuntut sikap positif oleh Negara untuk menjamin hak-hak ini. Tugas pemerintah adalah merealisasikan hak-hak positif ini. Dengan melihat perkembangan atas generasi HAM kedua ini didapatkan bahwa pemikiran HAM tidak saja menuntut hak yuridis melainkan juga hak-hak sosial, ekonomi, politik dan budaya. Ini menunjukkan perluasan pengertian konsep dan cakupan hak asasi manusia.

c. Generasi Ketiga Hak Asasi Manusia

Hak asasi manusia generasi ketiga adalah hak-hak yang melampaui hak-hak sipil dan sosial. Adapun hak-hak tersebut

tersebar ke dalam banyak dokumen hukum internasional yang berkembang seperti Deklarasi Stockholm tahun 1972 dari Konferensi PBB tentang Lingkungan Manusia, Deklarasi Rio 1992 tentang Lingkungan dan Pembangunan, dan bagian lain dari “hukum lunak” yang secara umum bersifat aspirasional.¹⁵⁸

Istilah “hak asasi manusia generasi ketiga” dalam penggunaannya dinamakan sebagai hak-hak "hijau" dan memiliki spektrum hak-hak yang sangat luas, yaitu:

- a) Hak kelompok dan kolektif (*Group and collective rights*);
- b) Hak untuk menentukan nasib sendiri (*Right to self-determination*);
- c) Hak atas pembangunan ekonomi dan sosial (*Right to economic and social development*);
- d) Hak atas lingkungan yang sehat (*Right to a healthy environment*);
- e) Hak atas sumber daya alam (*Right to natural resources*);
- f) Hak untuk berkomunikasi dan hak komunikasi (*Right to communicate and communication rights*);
- g) Hak untuk berpartisipasi dalam warisan budaya (*Right to participation in cultural heritage*); dan

¹⁵⁸ *Ibid.* hlm. 17.

h) Ha katas keadilan dan keberlanjutan antargenerasi
(*Rights to intergenerational equity and sustainability*).

Tujuan dari generasi HAM ketiga adalah menjanjikan adanya kesatuan antara hak ekonomi, sosial, budaya, politik, dan hukum dalam suatu wadah yang disebut dengan hak-hak melaksanakan pembangunan.

d. Generasi Keempat Hak Asasi Manusia

Generasi HAM ke empat merupakan generasi HAM yang masih berevolusi pengenalan dan penjelasan atas skope dan ruang lingkungannya. Dalam generasi HAM ke empat ini disebutkan oleh Soh dan kawan-kawan :¹⁵⁹

“Each generation of human rights evolved in response to specific threats. In the first wave, they were civil and political. In the second and third waves, they were economic, social, cultural and environmental. Today, as a fusion of biological and digital technologies raises existential questions about it means to be human, the time is ripe for a fourth generation of human rights to emerge.”

¹⁵⁹ Changrok Soh, Daniel Connolly and Seunghyun Nam, *Time for a Fourth Generation of Human Rights?*, United Nations Research Institute for Social Development (UNRISD), 1 Maret 2018, <http://www.unrisd.org/TechAndHumanRights-Soh-et-al>, akses pada tanggal 2 Desember.

Artinya : Dikatakan bahwa setiap generasi hak asasi manusia berkembang sebagai terhadap ancaman khusus. Pada gelombang HAM pertama, mereka berada pada isti sipil dan politik. Pada gelombang HAM kedua dan ketiga, mereka adalah ekonomi, sosial budaya dan lingkungan. Saat ini, ketika perpaduan teknologi material, biologis dan digital menimbulkan pertanyaan eksistensial tentang apa artinya menjadi manusia, waktunya sudah tiba bagi generasi keempat hak asasi manusia untuk muncul.

Generasi keempat sebagian besar terkait dengan masalah keadilan antargenerasi atau hak-hak generasi masa depan. Di bawah pengaruh globalisasi, kemajuan ilmiah dan teknis, terutama di bidang ilmu komputer, kedokteran, genetika, kloning, transplantasi, dan daftar hak baru terus bertambah. Keunikan generasi HAM keempat ini membawa pada “implikasi” hukum yang harus digarisbawahi oleh para pemangku hukum.

d. Pengaturan Hak Asasi Manusia di Indonesia

Sebelum perubahan, ketentuan mengenai HAM dalam UUD NRI 1945 telah mencerminkan secara sederhana hak asasi klasik dan hak asasi sosial-ekonomi (*subsistence rights*). Selain itu, struktur HAM dalam UUD NRI 1945 memuat pula kewajiban. Namun apabila dibandingkan dengan ketentuan hak asasi yang pernah dimuat dalam Konstusi Republik Indonesia Serikat 1949-

1950 (KRIS) dan Undang-undang Dasar Sementara 1950 (UUDS), muatan HAM dalam UUD NRI 1945 sebelum perubahan sangat terbatas. Setelah perubahan, materi muatan HAM dalam UUD NRI 1945 terlihat masif, karena UUD NRI 1945 sebelum perubahan tidak memuat rincian HAM. Dalam berbagai tulisan para ahli dinyatakan bahwa penambahan rincian tersebut dilakukan dengan cara memasukkan berbagai hak yang dimuat dalam Deklarasi Universal Hak Asasi Manusia (Universal Declaration of Human Rights) 1948.¹⁶⁰

Sebagaimana yang termaktub dalam Pasal 1 Ayat (3) UUD NRI 1945, Negara Indonesia adalah negara hukum. Dalam paham negara hukum,¹⁶¹ jaminan perlindungan HAM dianggap sebagai ciri yang mutlak harus ada.¹⁶² Dengan demikian, pengaturan HAM dalam UUD NRI 1945 tidak lahir semerta-merta, tetapi memiliki landasan teoritis yang kuat. Konsep negara hukum adalah terjemahan dari dua konsep/istilah yang berbeda, *rechtsstaat* dan *rule of law*. Kedua istilah ini lahir dari sejarah dan perpolitikan yang berbeda. Di kemudian hari, paham *rule of law* bertumpu pada sistem hukum *Anglo Saxon* atau *Common Law System*, sementara *rechtsstaat* bertumpu pada sistem *Civil Law* atau *Eropa*

¹⁶⁰ Bagir Manan dan Susi Dwiharijanti, "Konstitusi dan Hak Asasi Manusia", Jurnal Ilmu Hukum, Bandung, Fakultas Hukum Universitas Padjadjaran, Volume 3 Nomor 3 Tahun 2016 [ISSN 2460-1543] [e-ISSN 2442-9325], hlm. 448467.

¹⁶¹ Lihat UUD NRI 1945 Pasal 1 Ayat (3).

¹⁶² Jimly Asshiddiqie, *Op.Cit*, hlm. 85.

Continental.¹⁶³ Mengadaptasi pandangan dari Albert Venn Dicey dan Friedrich Julius Stahl, Suparman Marzuki menerangkan dua istilah tersebut. The rule of law, mengandung tiga arti :

- a. Absolutisme hukum (the absolute predominance of law) untuk menentang pengaruh arbitrary power serta meniadakan kesewenang-wenangan yang luas dari pemerintah;
- b. Persamaan di depan hukum;
- c. Konstitusi bukanlah sumber, tetapi merupakan konsekuensi hak-hak individu yang dirumuskan dan ditegaskan oleh pengadilan.

Sedangkan *rechtsstaat* memuat empat unsur, yaitu :

- a. Perlindungan HAM;
- b. Pemisahan atau pembagian kekuasaan untuk menjamin hak;
- c. Pemerintahan berdasarkan peraturan-peraturan;
- d. Peradilan administrasi dalam perselisihan.¹⁶⁴

Romi Librayanto mengemukakan bahwa dalam kepustakaan Indonesia, istilah negara hukum merupakan terjemahan langsung dari *Rechtsstaat*. Selain itu juga negara hukum disamakan artinya dengan *Rule of Law*. Namun dalam kenyataannya, terjadi

¹⁶³ Suparman Marzuki, 2014, Politik Hukum HAM, Erlangga, Yogyakarta, hlm. 43.

¹⁶⁴ *Ibid*.

perbedaan pendapat di antara para pakar tentang ketiga istilah tersebut. Ada yang menganggap bahwa istilah negara hukum sama artinya dengan *rechtsstaat* dan *Rule of Law*, namun di lain pihak ada juga yang menganggap bahwa istilah negara hukum tidak dapat dipersamakan dengan istilah *Rechtsstaat* dan *Rule of Law*.¹⁶⁵

Jika melihat unsur dari ketiga istilah tersebut, maka akan nampak persamaan semangat yang menginginkan pembatasan kekuasaan sehingga terjadi kesewenang-wenangan, terjaminnya HAM, dan terjaminnya suatu peradilan yang bebas dan mandiri. Oleh karena itu, pada hakikatnya, ketiga istilah itu dapat dipersamakan.¹⁶⁶ *Rechtsstaat* dan *Rule of Law* dikenal sebagai konsep negara hukum formal.¹⁶⁷ Dalam perkembangannya, konsep negara hukum tersebut mendapat kritik karena dampaknya yang kapitalistik-eksploitatif, seiring dengan berkembangnya sosialisme yang menginginkan pembagian kesejahteraan secara merata. Gagasan yang membatasi pemerintah untuk mengurus kepentingan warganya bergeser ke arah gagasan bahwa pemerintah harus proaktif mewujudkan kesejahteraan warganya. Ide ini dikenal

¹⁶⁵ Romi Librayanto, 2008, *Trias Politica dalam Struktur Ketatanegaraan Indonesia*, PuKAP-Indonesia, Makassar, hlm. 9.

¹⁶⁶ *Ibid.*

¹⁶⁷ Romi Librayanto, 2013, *Ilmu Negara - Suatu Pengantar*, Arus Timur, Makassar, hlm. 154.

dengan sebutan *Welfare State* (negara kesejahteraan) atau negara hukum material.¹⁶⁸

Namun di sisi lain, gagasan ini dikhawatirkan akan mengulangi kembali kekuasaan yang sewenang-wenang (*arbitrary power*) yang sebelumnya menjadi antitesis dari negara hukum formal. Oleh karena itu, konsep negara hukum dirumuskan kembali, antara lain oleh *International Commission of Jurist* dalam konferensinya di Bangkok tahun 1965 mencirikan konsep negara hukum material sebagai berikut :¹⁶⁹

1. Perlindungan konstitusional, artinya selain menjamin hak-hak individu, konstitusi harus pula menentukan cara prosedural untuk memperoleh perlindungan atas hak-hak yang dijamin;
2. Adanya badan keHakiman yang bebas dan dan tidak memihak;
3. Adanya pemilihan umum yang bebas;
4. Adanya kebebasan menyatakan pendapat;
5. Adanya kebebasan berserikat/berorganisasi dan beroposisi;
6. Adanya pendidikan kewarganegaraan.

Pada saat diadopsi dalam konteks keindonesiaan, konsep negara hukum disesuaikan dengan keadaan spesifik Indonesia.

¹⁶⁸ Romi Librayanto, *Trias Politica...*, *Op.Cit*, hlm.13.

¹⁶⁹ *Ibid.*

MaHFud M.D. menyimpulkan bahwa negara hukum Indonesia adalah sintesis dari konsep *Rechtstaat*, *The Rule of Law*, negara hukum formal, dan negara hukum material, yang kemudian diberi nilai keindonesiaan sebagai nilai spesifik, sehingga menjadi negara hukum Pancasila.¹⁷⁰ Demikian pula yang dikemukakan oleh Sjachran Basah. Terkait HAM, Sjachran menjelaskan bahwa negara hukum Indonesia terdapat hak dan kewajiban asasi manusia, hak perorangan yang bukan hanya harus diperhatikan tetapi juga harus ditegakkan dengan mengingat kepentingan umum, menghormati hak orang lain, mengindahkan perlindungan/kepentingan keselamatan bangsa, serta moral umum dan ketahanan nasional berdasarkan undang-undang.¹⁷¹

Selanjutnya, Azhary memberikan unsur-unsur dari negara hukum Indonesia, sebagai berikut :¹⁷²

1. Hukum bersumber pada Pancasila;
2. Kedaulatan rakyat;
3. Pemerintahan berdasar atas sistem konstitusi;
4. Persamaan kedudukan dalam hukum dan pemerintahan;
5. Kekuasaan keHakiman yang bebas dari kekuasaan lainnya;

¹⁷⁰ *Ibid.*

¹⁷¹ *Ibid.*

¹⁷² *Ibid*, hlm. 17.

6. Pembentuk undang-undang Presiden bersama DPR;

7. Sistem MPR.

Selain sebagai negara hukum, Indonesia juga adalah negara demokrasi.¹⁷³ Dalam konsepsi demokrasi terkandung prinsip-prinsip kedaulatan rakyat (*democratie*), sedangkan di dalam konsepsi negara hukum terkandung prinsip-prinsip negara hukum (*nomocratie*), yang masing-masing prinsip dari kedua konsepsi tersebut dijalankan secara beriringan sebagai dua sisi dari satu mata uang. Paham negara hukum yang demikian dikenal dengan sebutan “negara hukum yang demokratis” (*democratische rechtsstaat*) atau dalam bentuk konstitusional disebut *constitutional democracy*.¹⁷⁴

Konsepsi HAM dan demokrasi dalam perkembangannya sangat terkait dengan konsepsi negara hukum. Dalam sebuah negara hukum, sesungguhnya yang memerintah adalah hukum, bukan manusia. Hukum dimakanai sebagai kesatuan hierarkis tatanan norma hukum yang berpuncak pada konstitusi. Hal ini berarti dalam sebuah negara hukum menghendaki adanya supremasi konstitusi. Supremasi konstitusi di samping merupakan konsekuensi dari konsep negara hukum, sekaligus merupakan

¹⁷³ Lihat UUD NRI 1945 Pasal 1 Ayat (2).

¹⁷⁴ Jimly Asshiddiqie, 2008, *Menuju Negara Hukum yang Demokratis*, Sekretariat Jenderal dan Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia, Jakarta, hlm. 690.

pelaksanaan demokrasi karena konstitusi adalah wujud perjanjian sosial tertinggi.¹⁷⁵ Menurut Jimly Asshiddiqie, gagasan demokrasi yang berdasarkan atas hukum (*constitutional democracy*) mengandung 4 (empat) prinsip pokok, yaitu :¹⁷⁶

- 1) Adanya jaminan persamaan dan kesetaraan dalam kehidupan bersama;
- 2) Pengakuan dan penghormatan terhadap perbedaan atau pluralitas;
- 3) Adanya aturan yang mengikat dan dijadikan sumber rujukan bersama;
- 4) Adanya mekanisme penyelesaian sengketa berdasarkan mekanisme aturan yang ditaati bersama dalam konteks kehidupan bernegara, di mana terkait pula dimensi-dimensi kekuasaan yang bersifat vertikal antar institusi negara dengan warga negara.

Keempat prinsip pokok dari demokrasi tersebut lazimnya dilembagakan dengan menambahkan prinsip-prinsip negara hukum (nomokrasi), yaitu:

- 1) Pengakuan dan penghormatan terhadap HAM;

¹⁷⁵ Jimly Asshiddiqie, 2012, *Hukum Tata Negara dan Pilar-pilar Demokrasi*, Sinar Grafika, Jakarta, hlm. 200-201.

¹⁷⁶ Jimly Asshiddiqie, 2000, *Demokrasi dan Nomokrasi: Prasyarat Menuju Indonesia Baru*, Kapita Selekta Teori Hukum (Kumpulan Tulisan Tersebar), Fakultas Hukum Universitas Indonesia, Jakarta, hlm. 141-144.

- 2) Pembatasan kekuasaan melalui mekanisme kekuasaan dan pembagian kekuasaan disertai mekanisme penyelesaian sengketa ketatanegaraan antar lembaga negara, baik secara vertikal maupun horizontal;
- 3) Adanya peradilan yang bersifat independen dan tidak memihak (*independent and impartial*) dengan kewibawaan putusan yang tertinggi atas dasar keadilan dan kebenaran;
- 4) Dibentuknya lembaga peradilan yang khusus untuk menjamin keadilan warga negara yang dirugikan akibat putusan atau kebijakan pemerintahan (pejabat administrasi negara);
- 5) Adanya mekanisme *judicial review* oleh lembaga legislatif maupun lembaga eksekutif;
- 6) Dibuatnya konstitusi dan peraturan perundang-undangan yang mengatur jaminan-jaminan pelaksana prinsip-prinsip tersebut;
- 7) Pengakuan terhadap asas legalitas atau *due process of law* dalam keseluruhan sistem penyelenggaraan negara.

Mengutip Suparman Marzuki, uraian di atas dapat diringkas bahwa salah satu perwujudan negara hukum dan demokrasi adalah adanya pemenuhan (*to fulfill*), penghormatan (*to respect*), dan perlindungan (*to protect*) terhadap HAM. Pemenuhan adalah bahwa negara harus memiliki dan mengambil kebijakan hukum dan

anggaran (*budget*) bagi terpenuhinya HAM. Penghormatan adalah bahwa negara tidak mengambil atau melakukan langkah-langkah atau tindakan-tindakan yang bisa mengakibatkan sulitnya atau gagalnya orang atau warga negara mendapatkan hak-haknya. Perlindungan adalah bahwa negara menjamin tegaknya hukum apabila terjadi pelanggaran HAM. Ketiga aspek tersebut bersifat kumulatif. Satu diantaranya tidak terwujud, maka di negara tersebut terdapat pelanggaran HAM.¹⁷⁷

Materi HAM di Indonesia dapat dikategorikan pada empat kelompok materi. Keempat kelompok materi tersebut antara lain :¹⁷⁸

1. Kelompok Hak-hak Sipil yang dapat dirumuskan sebagai berikut :
 - a. Setiap orang berhak untuk hidup, mempertahankan hidup dan kehidupannya.
 - b. Setiap orang berhak untuk bebas dari penyiksaan, perlakuan atau penghukuman lain yang kejam, tidak manusiawi, dan merendahkan martabat kemanusiaan.
 - c. Setiap orang berhak untuk bebas dari perbudakan.
 - d. Setiap orang berhak untuk beragama dan beribadat menurut kepercayaan agamanya.

¹⁷⁷ Shidarta dan Jufrina Rizal, 2014, *Pendulum Antinomi Hukum*, Genta Publishing, Yogyakarta, hlm. 67.

¹⁷⁸ Jimly Asshiddiqie, 2012, *Hukum Tata Negara dan Pilar-Pilar Demokrasi*, Sinar Grafika, Jakarta, hlm. 206-210.

- e. Setiap orang berhak untuk bebas memiliki keyakinan, pikiran dan hati nurani.
- f. Setiap orang berhak untuk diakui sebagai pribadi dihadapan hukum.
- g. Setiap orang berhak atas kepastian hukum yang adil dan perlakuan yang sama dihadapan hukum.**
- h. Setiap orang berhak atas perlakuan yang sama dihadapan hukum dan pemerintahan.
- i. Setiap orang berhak untuk tidak dituntut berdasarkan hukum yang berlaku surut.
- j. Setiap orang berhak membentuk keluarga dan melanjutkan keturunan berdasarkan perkawinan yang sah.
- k. Setiap orang berhak atas status kewarganegaraan.
- l. Setiap orang berhak untuk bebas bertempat tinggal di wilayah negaranya, meninggalkan dan kembali ke negaranya.
- m. Setiap orang berhak untuk mendapatkan suaka politik.
- n. Setiap orang berhak untuk bebas dari perlakuan diskriminatif dan berhak mendapatkan perlindungan hukum dari perlakuan yang bersifat diskriminatif tersebut.

2. Kelompok Hak-hak Politik, Ekonomi, Sosial dan Budaya :

- a. Setiap warga negara berhak untuk berserikat, berkumpul dan menyatakan pendapatnya secara damai.

- b. Setiap warga negara berhak untuk memilih dan dipilih dalam rangka lembaga perwakilan rakyat.
- c. Setiap warga negara dapat diangkat untuk menduduki jabatan-jabatan publik.
- d. Setiap orang berhak untuk memperoleh dan memilih pekerjaan yang sah dan layak bagi kemanusiaan.
- e. Setiap orang berhak untuk bekerja, mendapat imbalan, dan mendapat perlakuan yang layak dalam hubungan kerja yang berkeadilan.
- f. Setiap orang berhak mempunyai hak milik pribadi.
- g. Setiap warga negara berhak atas jaminan sosial yang dibutuhkan untuk hidup layak dan memungkinkan pengembangan dirinya sebagai manusia yang bermartabat.
- h. Setiap orang berhak untuk berkomunikasi dan memperoleh informasi.
- i. Setiap orang berhak untuk memperoleh dan memilih pendidikan dan pengajaran.
- j. Setiap orang berhak mengembangkan dan memperoleh manfaat dari ilmu pengetahuan dan teknologi, seni dan budaya untuk peningkatan kualitas hidup dan kesejahteraan umat manusia.

- k. Negara menjamin penghormatan atas identitas budaya dan hak-hak masyarakat lokal selaras dengan perkembangan zaman dan tingkat peradaban bangsa.
- l. Negara mengakui setiap budaya sebagai bagian dari kebudayaan nasional.
- m. Negara menjunjung tinggi nilai-nilai etika dan moral kemanusiaan yang diajarkan oleh setiap agama, dan menjamin kemerdekaan tiap-tiap penduduk untuk memeluk dan menjalankan ajaran agamanya.

3. Kelompok Hak-hak Khusus dan Pembangunan :

- a. Setiap warga negara yang menyandang masalah sosial, termasuk kelompok masyarakat yang terasing dan yang hidup di lingkungan terpencil, berhak mendapat kemudahan dan perlakuan khusus untuk memperoleh kesempatan yang sama.
- b. Hak perempuan dijamin dan dilindungi untuk mencapai kesetaraan gender dalam kehidupan nasional.
- c. Hak khusus yang melekat pada diri perempuan yang dikarenakan oleh fungsi reproduksinya dijamin dan dilindungi oleh hukum.
- d. Setiap anak berhak atas kasih sayang, perhatian dan perlindungan orangtua, keluarga, masyarakat dan negara

- bagi pertumbuhan fisik dan mental serta perkembangan pribadinya.
- e. Setiap warga negara berhak untuk berperan serta dalam pengelolaan dan turut menikmati manfaat yang diperoleh dari pengelolaan kekayaan alam.
 - f. Setiap orang berhak atas lingkungan hidup yang bersih dan sehat.
 - g. Kebijakan, perlakuan atau tindakan khusus yang bersifat sementara dan dituangkan dalam peraturan perundang-undangan yang sah yang dimaksudkan untuk menyetarakan tingkat perkembangan kelompok tertentu yang pernah mengalami perlakuan diskriminasi dengan kelompok-kelompok lain dalam masyarakat, dan perlakuan khusus sebagaimana ditentukan dalam ayat (1) Pasal ini, tidak termasuk dalam pengertian diskriminasi sebagaimana ditentukan dalam Pasal 1 ayat (13).

4. Tanggung Jawab Negara dan Kewajiban Hak Asasi Manusia :

- a. Setiap orang wajib menghormati hak asasi manusia orang lain dalam tertib kehidupan bermasyarakat, berbangsa, dan bernegara.
- b. Dalam menjalankan hak dan kebebasannya, setiap orang wajib tunduk pada pembatasan yang ditetapkan oleh undang-undang dengan maksud semata-mata untuk

- menjamin pengakuan dan penghormatan atas hak dan kebebasan orang lain serta untuk memenuhi tuntutan keadilan sesuai dengan nilai-nilai agama, moralitas dan kesusilaan, keamanan dan ketertiban umum dalam masyarakat yang demokratis.
- c. Negara bertanggung jawab atas perlindungan, pemajuan, penegakan, dan pemenuhan hak-hak asasi manusia.
 - d. Untuk menjamin pelaksanaan hak asasi manusia, dibentuk Komisi Nasional Hak Asasi Manusia yang bersifat independent dan tidak memihak yang pembentukan, susunan dan kedudukannya diatur dengan undang-undang.

e. Tujuan Hukum Sebagai Pemenuhan HAM

Sebagaimana telah penulis paparkan pada poin-poin sebelumnya bahwa hukum hadir sebagai penjamin HAM. Hans Kelsen menjelaskan bahwa hukum hadir untuk memberikan aturan pelaksanaan hak atau dengan kata lain mengatur hubungan person dan haknya. Hampir serupa dengan pendapat John Locke bahwa negara hadir untuk memberikan pemenuhan HAM dan hukum sebagai personifikasi dari negara. Dari teori kontrak sosial yang telah penulis paparkan sebelumnya juga menunjukkan bahwa hasil kontrak sosial antara pemerintah dan masyarakat yang berisi peraturan-peraturan dalam menjalankan hak dan kewajiban juga

menunjukkan bahwa sejatinya hukum memang hadir sebagai alat pemenuhan HAM.

Adapun Teori Tujuan Hukum menurut Gustav Radbruch, yakni Keadilan, Kepastian Hukum, dan Kemanfaatan. Baginya, ketiga unsur tujuan hukum tersebut merupakan tujuan hukum secara bersama-sama, dan tidak boleh dipisahkan secara kasusitis.¹⁷⁹ Berikut penulis berusaha memaparkan makna yang terkandung dari ketiga tujuan hukum tersebut.

1. Keadilan

Pengertian Keadilan memiliki sejarah pemikiran yang panjang dan tema utama dalam hukum semenjak masa Yunani Kuno. Memang secara hakiki, dalam diskursus hukum, sifat dari Keadilan itu dapat dilihat dalam 2 arti pokok, yakni dalam arti fomal yang menuntut bahwa hukum itu berlaku secara umum, dan dalam arti materil, yang menuntut agar setiap hukum itu harus sesuai dengan cita-cita keadilan masyarakat.¹⁸⁰ Namun apabila ditinjau dalam konteks yang lebih luas, pemikiran mengenai Keadilan itu berkembang dengan pendekatan yang berbeda-beda, karena perbincangan tentang Keadilan yang tertuang dalam banyak literatur itu, tidak mungkin tanpa

¹⁷⁹ Achmad Ali, *Ibid.*

¹⁸⁰ Frans Magnis Suseno dalam Fernando M. Manullang, 2007, *Menggapai Hukum Berkeadilan : Tinjauan Hukum Kodrat dan Antinomi Nilai*, KOMPAS, Jakarta, hlm. 96.

melibatkan tema-tema moral, politik dan Teori Hukum yang ada. Oleh sebab itu, menjelaskan mengenai Keadilan secara tunggal hampir-hampir sulit untuk dilakukan.¹⁸¹

Namun pada garis besarnya, perdebatan mengenai keadilan terbagi atas 2 arus pemikiran, yang pertama adalah Keadilan yang metafisik, sedangkan yang kedua Keadilan yang rasional. Keadilan yang metafisik, diwakili oleh Plato, sedangkan Keadilan yang rasional diwakili oleh pemikiran Aristoteles. Keadilan yang metafisik, sebagaimana diutarakan oleh Plato, menyatakan bahwa sumber Keadilan itu asalnya dari inspirasi dan intuisi. Sementara, Keadilan yang rasional mengambil sumber pemikirannya dari prinsip-prinsip umum dari rasionalitas tentang Keadilan.¹⁸² Keadilan yang rasional pada dasarnya mencoba menjawab perihal Keadilan dengan cara menjelaskannya secara ilmiah, atau setidaknya-tidaknya kuasi-ilmiah, dan itu semua harus didasarkan pada alasan-alasan yang rasional. Sementara Keadilan yang metafisik, mempercayai eksistensi Keadilan sebagai sebuah kualitas atau suatu fungsi di atas dan di luar makhluk hidup, dan oleh sebab itu tidak dapat dipahami menurut kesadaran manusia berakal.¹⁸³

¹⁸¹ Raymon Wacks dalam Fernando M. Manullang, *Ibid.*

¹⁸² W. Friedmann dalam Fernando M. Manullang, *Menggapai..., Op.Cit*, hlm. 97

¹⁸³ *Ibid.*

Pemetaan dua arus utama pemikiran Keadilan ini kemudian ditegaskan kembali oleh John Rawls. John Rawls menjelaskan perihal aliran pemikiran Keadilan, yang pada dasarnya tidak berbeda dengan yang di atas, bahwa pada umumnya, aliran pemikiran dalam tema Keadilan juga terbagi atas dua arus utama, yakni yang pertama, aliran etis dan yang kedua, aliran institutif. Aliran yang pertama menghendaki Keadilan yang mengutamakan pada hak daripada manfaat Keadilan itu sendiri, sementara yang kedua, sebaliknya, lebih mengutamakan manfaat daripada haknya.¹⁸⁴

Dengan adanya dua aliran pemikiran utama dalam Keadilan, bukan berarti bahwa pemikiran mengenai Keadilan dapat dirumuskan secara konseptual dengan sederhana. Mengapa? Walau pemikiran Keadilan itu terbagi dalam dua aliran itu, masing-masing pemikir mempunyai pengertian (konsep) yang beragam tentang Keadilan itu sendiri.¹⁸⁵ Satjipto Rahardjo telah mencatat beberapa rumusan atau pengertian Keadilan, yang disampaikan oleh banyak pemikir Keadilan yang di antaranya :¹⁸⁶

1. Keadilan adalah kemauan yang bersifat tetap dan temsmenerus untuk memberikan kepada setiap orang apa yang semestinya untuknya

¹⁸⁴ *Ibid.*

¹⁸⁵ Raymon Wacks dalam Fernando M. Manullang, *Menggapai..., Op.Cit*, hlm. 98.

¹⁸⁶ Sacipto Rahardjo dalam Fernando M. Manullang, *Ibid.*

(*Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi* dari Ulpianus);

2. Keadilan adalah suatu kebijakan politik yang aturannya menjadi dasar dari peraturan negara dan aturan-aturan ini merupakan ukuran tentang apa yang hak (Aristoteles);
3. Keadilan adalah kebijakan yang memberikan hasil, bahwa setiap orang mendapat apa yang merupakan bagiannya (Keadilan Justinian);
4. Setiap orang bebas untuk menentukan apa yang akan dilakukannya, asal ia tidak melanggar kebebasan yang sama dari orang lain (Herbert Spencer);
5. Roscoe Pound melihat Keadilan dalam hasil-hasil konkret yang bisa diberikannya kepada masyarakat;
6. Tidak ada arti lain bagi keadilan kecuali persamaan pribadi (Nelson);
7. Norma keadilan menentukan ruang lingkup dari kemerdekaan individual dalam mengejar individual, sehingga dengan demikian membatasi kemerdekaan individu di dalam batas-batas

sesuai dengan kesejahteraan umat manusia (John Salmond);

8. Keadilan, buat saya adalah, suatu tertib sosial tertentu yang di bawah lindungannya usaha untuk mencari kebenaran bisa berkembang dengan subur. Keadilan saya karenanya adalah, keadilan kemerdekaan, keadilan perdamaian, keadilan demokrasi-keadilan toleransi (Hans Kelsen);
9. John Rawls mengkonsepkan keadilan sebagai fairness, yang mengandung asas-asas, "bahwa orang-orang yang merdeka dan rasional yang berkehendak untuk mengembangkan kepentingan-kepentingannya hendaknya memperoleh suatu kedudukan yang sama pada saat akan memulainya dan itu merupakan syarat yang fundamental bagi mereka untuk memasuki perhimpunan yang mereka kehendaki (Rawls).

Ragam pengertian Keadilan yang demikian banyaknya, merupakan konsekuensi dari substansi teori Keadilan yang dikembangkan oleh pemikir-pemikir tersebut di atas. Tiap pemikir

mempunyai substansi (teori) Keadilan yang pasti berbeda, tergantung dari pendekatannya masing-masing.

John Rawls misalnya, membangun teorinya secara teliti mengenai Keadilan itu, dimana baginya, Keadilan itu tidak saja meliputi konsep moral tentang individunya, tetapi juga memersoalkan mekanisme dari pencapaian keadilan itu sendiri, termasuk juga bagaimana hukum turut serta mendukung upaya tersebut.¹⁸⁷ Begitu pula dengan Aristoteles, Yang menyusun pemikiran Keadilannya dipengaruhi pendekatan yang aritmetis atau geometris, ketika Keadilan itu dibagi ke dalam dua lingkup, yakni *Justitia Distributiva* dan *Justitia Comutativa*.¹⁸⁸ Dengan keadaan demikian, jelas sekali bahwa dalam menentukan pengertian Keadilan, baik secara formal maupun substansial, hal ini rasanya amat sulit ditentukan secara definitif. Keadilan itu dapat berubah-ubah isinya, tergantung dari pihak siapa yang menentukan isi Keadilan itu, termasuk juga faktor-faktor lainnya yang turut membentuk konteks Keadilan itu, seperti tempat maupun waktunya. Namun secara umum, ada unsur-unsur formal dari

¹⁸⁷ Andre Ata Ujan dalam Fernando M. Manullang, *Menggapai..., Op.Cit*, hlm. 99.

¹⁸⁸ Untuk *Justitia Distributiva*, pengaruh yang aritmetis atau geometris tampak nyata karena keadilannya dipertimbangkan berdasarkan bagian (ukuran keseimbangan) bagi setiap orang. Lihat dalam K. Bertens, 1975, *Filsafat Hukum dalam Lintas Sejarah*, Penerbit Kanisius, Yogyakarta, hlm. 29. Sementara *Justitia Commutativa* adalah memberikan kesamaan kewajiban kepada setiap orang. Lihat dalam Soedikno Mertokusumo, 1999, *Mengenal Hukum : Sebuah Pengantar*, Penerbit Liberty, Yogyakarta, hlm. 72-73.

Keadilan sesuai dengan pembagian aliran Keadilan menurut Kelsen dan Rawls yang pada dasarnya terdiri atas :

1. Bahwa Keadilan merupakan nilai yang mengarahkan setiap pihak untuk memberikan perlindungan atas hak-hak yang dijamin oleh hukum (unsur hak);
2. Bahwa perlindungan ini pada akhirnya harus memberikan manfaat kepada setiap individu (unsur manfaat).

Dengan unsur nilai Keadilan yang demikian, yang dikaitkan dengan unsur hak dan manfaat ditambah bahwa dalam diskursus hukum, perihal realisasi hukum itu berwujud lahiriah, tanpa mempertanyakan terlebih dahulu itikad moralnya,¹⁸⁹ maka nilai keadilan di sini mempunyai aspek empiris juga, di samping aspek idealnya.¹⁹⁰ Maksudnya adalah apa yang dinilai adil, dalam konteks hukum, harus dapat diaktualisasikan secara konkret menurut ukuran manfaatnya. Dengan adanya ukuran manfaat nilai Keadilan ini pada akhirnya Keadilan dapat dipandang menurut konteks yang empiris juga.

Seorang terdakwa misalnya, dapat merasakan suatu nilai Keadilan jika apa yang dilakukan sebagai tindak pidana menurut

¹⁸⁹ S.P. Lili Tjahjadi dalam dalam Fernando M. Manullang, *Menggapai...*, *Op.Cit*, hlm. 100.

¹⁹⁰ Fernando M. Manullang, *Menggapai...*, *Ibid*.

hukumnya, dihukum sesuai dengan berat dari kesalahannya. Dengan demikian, si terdakwa merasakan bahwa hukumannya adalah sebanding atau setimpal dengan kesalahan yang telah diperbuat, dan apa yang dianggapnya sebagai hal yang setimpal atau sebanding itu, merupakan pencerminan dari nilai Keadilan yang ideal. Jika hukumannya dirasakan tidak sebanding atau setimpal, maka hukuman itu dapat dinyatakan sebagai perwujudan yang melawan nilai-nilai ideal dalam Keadilan. Di sinilah nilai Keadilan berfungsi menentukan secara nyata, apa yang pantas (sebanding atau setimpal) diterima oleh seseorang sebagai konsekuensi lanjutan dari norma hukum yang mengaturnya.¹⁹¹

2. Kepastian Hukum

Kepastian memiliki arti “ketentuan; ketetapan” sedangkan jika kata kepastian itu digabungkan dengan kata hukum menjadi kepastian hukum, yang memiliki arti “perangkat hukum suatu negara yang mampu menjamin hak dan kewajiban setiap warga negara.”¹⁹² Menurut Soedikno Mertokusumo, kepastian hukum merupakan perlindungan *yustisiabel* terhadap tindakan sewenang-

¹⁹¹ Roscoe Pound dalam Fernando E. Manullang, *Menggapai..., Op.Cit*, hlm. 101.

¹⁹² Anton M. Moeliono dalam dalam Fernando E. Manullang, *Menggapai..., Op.Cit*, hlm. 92.

wenang, yang berarti bahwa seseorang akan dapat memperoleh sesuatu yang diharapkan dalam keadaan tertentu. Sehingga kepastian hukum adalah salah satu syarat yang harus dipenuhi dalam penegakan hukum.¹⁹³

Secara historis, kepastian hukum dalam penegakan hukum hanya dapat diwujudkan melalui gagasan legalitas khususnya dalam ranah hukum pidana . Jika dikaji secara filosofis dan historis lebih dalam, gagasan legalitas adalah sebuah gagasan yang lahir berkat gagasan legisme, sebagaimana pendapat L. J. van Apeldoorn, seorang yuris Belanda yang amat mempengaruhi dasar-dasar pendidikan hukum di Hindia Belanda berupaya menjelaskan asas legalitas itu lahir yang kurang lebih telah penulis paparkan di poin-poin sebelumnya tentang sejarah asas legalitas dan teori-teori kontraksosial.¹⁹⁴

Adapun Rousseau, menurut van Apeldoorn, pada pokoknya menjelaskan bahwa undang-undang adalah pernyataan kehendak yang orisinal dari rakyat, dan itu menjadi sumber hukum yang tidak diakui secara formal, atau dalam istilah van Apeldoorn, ia disebut sebagai “undang-undang secara diam-diam” yang menawarkan bangkitnya eksistensi negara melalui gagasan tentang kedaulatan negara karena negara menjadi bentuk nyata dari pernyataan

¹⁹³ Soedikno Mertokusumo, *Op.Cit*, hlm. 145.

¹⁹⁴ Van Apeldoorn dalam Fernando E. Manullang, *Legisme...*, *Op.Cit*, hlm. 10.

kehendak rakyat yang ditawarkan oleh Rousseau.¹⁹⁵ Akan tetapi van Apeldoorn, belum menerangkan secara tuntas, apa dan bagaimana hubungan gagasan kontrak sosial dengan legalitas itu sendiri. Hubungan keduanya menjadi terang ketika J.M. van Bemmelen yang menjelaskan prinsip legalitas ini memiliki relasi dengan gagasan filosofis Montesquieu sebagaimana telah penulis paparkan sebelumnya pada poin sejarah lahirnya asas legalitas bahwa pada tahun 1748, Montesquieu melalui bukunya *De l'esprit des lois (The Spirit of Laws)* berpendapat yang merupakan reaksi terhadap kesewenang-wenangan kaum monarki, dimana kepala kerajaan amat menentukan sistem hukum dan peradilan pada saat itu secara nyata menjadi pelayan monarki, yang kemudian pada tahun 1764, melalui bukunya yang berjudul *De delitti e delle pene*, ia menerapkan gagasan Montesquieu dalam bidang hukum pidana. Baginya, seseorang dapat dihukum jika tindakan itu telah diputuskan oleh legislatif sebelumnya, dan oleh sebab itu, eksekutif dapat menindak dan menghukum apabila terdapat seseorang yang melanggar apa yang telah diputuskan oleh pihak eksekutif. Inilah yang melahirkan asas legalitas dengan tujuan untuk memberikan perlindungan hukum bagi setiap warga negara terhadap kesewenangan negara.¹⁹⁶

¹⁹⁵ *Ibid.*

¹⁹⁶ *Ibid*, hlm. 10-11.

Persoalan kepastian yang diungkapkan diatas, karena selalu dikaitkan dengan hukum, memberikan konsekuensi bahwa kepastian (hukum) disini selalu mempersoalkan hubungan hukum antara warga negara dan negara. Padahal sebagai sebuah nilai, kepastian hukum tidak semata-mata selalu berkaitan dengan negara, karena esensi dari kepastian hukum adalah masalah perlindungan dari tindakan kesewenang-wenangan. Maka itu, aktor-aktor yang mungkin melakukan kesewenang-wenangan, tidak terbatas pada negara saja, tetapi juga oleh sekelompok pihak lain di luar negara.¹⁹⁷ Namun, bukan hal yang keliru jika diskursus hukum soal Keastian (hukum) selalu dikaitkan dengan negara. Dalam diskursus orisinalnya, pada masa Yunani Kuno perdebatan mengenai peran negara, dan relasinya dengan hukum, dalam melindungi warga negara merupakan salah satu topik utamanya. Perlindungan terhadap warga negara memang terletak pada negara, jika negara itu mengakui adanya konsep *Rechtstaat*. Dalam konsep ini, suatu negara dianggap menganut prinsip *Rechstaat*, apabila dalam penyelenggaraan negara itu dilakukan menurut hukum, yang dituangkan dalam konstitusi.¹⁹⁸ Jadi, apabila ada sekelompok pihak di luar negara, yang mempunyai kekuasaan dan berpotensi untuk digunakan secara sewenang-wenang, negaralah pertama-tama bertanggung jawab untuk memberikan perlindungan

¹⁹⁷ Fernando E. Manullang, *Menggapai...*, *Op.Cit*, hlm. 94.

¹⁹⁸ *Ibid.*

bagi warga negaranya, karena negara adalah subjek yang mendapat perintah dari konstitusi dan hukum untuk melaksanakan kepentingan umum menurut ketentuan hukum yang baik. Negara dan hukum (konstitusi) pada dasarnya merupakan perwujudan dari kehendak bersama rakyat yang berdaulat, oleh sebab itu nilai kepastian yang dalam hal ini berkaitan dengan hukum merupakan nilai yang pada prinsipnya memberikan perlindungan hukum bagi setiap warga negara dari kekuasaan yang bertindak sewenang-wenang, sehingga hukum memberikan tanggung jawab pada negara untuk menjalankannya. Di sinilah letak relasi antara persoalan Kepastian (hukum) dengan peranan negara dapat terlihat. Oleh sebab itu, dalam memahami nilai Kepastian (hukum), yang harus diperhatikan adalah bahwa nilai itu mempunyai relasi yang erat dengan instrumen hukum yang positif dan peranan negara dalam mengaktualisasikannya dalam hukum positif. Bahkan peranan negara itu tidak hanya sebatas hal itu, negara pun mempunyai tanggung jawab untuk menjalankan dan menegakkannya. Pemikiran inilah yang menjadi latar belakang, perumusan pengertian kepastian (hukum) oleh Anton M. Moeliono dan Soedikno Mertokusumo seperti di atas.¹⁹⁹

Kembali pada kajian historis kepastian hukum, pengaruh pemikiran Montesquieu dan lainnya terus berlangsung panjang,

¹⁹⁹ *Ibid.*, hlm. 95.

hingga mencapai puncaknya di masa abad ke-19. Pada masa itu, menurut van Apeldoorn, lahirlah sebuah gerakan hukum legisme yaitu gerakan isme hukum yang mengansumsikan bahwa setiap kegiatan penerapan hukum itu semata-mata hanyalah suatu penerapan isi dari undang-undang terhadap perkara-perkara konkret. Penerapan ini dilaksanakan secara rasional dan logis, sebab undang-undang dianggap sebagai suatu sistem yang logis, yang bias diberlakukan terhadap setiap perkara. Penjelasan van Apeldoorn dan van Bemmelen telah menunjukkan perihal sumber awal gagasan legalitas, dan bagaimana suatu gerakan hukum; legisme, menjadi ibu kandung dari gagasan legalitas untuk diterapkan dalam penyelesaian setiap perkara-perkara yang konkret. Disini tampak bahwa klaim kepastian hukum yang diberikan oleh legalitas tidak boleh dipandang terputus dengan legisme sebab keduanya sama-sama menjadi peletak atau fondasi dasar dari kepastian hukum yang tertuang dalam hukum (undang-undang).²⁰⁰

Gagasan tentang kepastian hukum, juga diutarakan oleh H.L.A. Hart (1907-1922), John Austin (1790-1859), dan Oliver Wendell Holmes (1841-1935), akan tetapi tidak menyentuh klaim akan kepastian hukum dengan merealisasikannya dengan tema legisme dan legalitas. Hart melihat hukum yang pasti itu jika ia termuat

²⁰⁰ Fernando E. Manullang, *Legisme...*, *Op.Cit*, hlm. 14-15.

dalam sistem. Austin menunjukkan bahwa hukum itu dapat dicapai jika hukum itu memiliki penjelasan dan akibat yang kuat. Sementara Holmes, Jr. menyatakan hukum yang pasti itu jika Hakim berperan sesuai prediksinya akan harapan para pencari keadilan. Hukum yang sejatinya itu sesungguhnya adalah hukum yang direproduksi di pengadilan. Mereka menarik persoalan hukum itu ke lingkup refleksi yang berdasarkan situasi dan pengalaman nyata saat itu, akan tetapi refleksi kritis tersebut melulu dipenuhi dengan perdebatan pemikiran hukum, namun sayangnya tidak menjangkau ranah teknis instrumental, seperti legalitas sebagai salah satu bukti paling awal adanya klaim kepastian hukum. Refleksi mereka lebih dipengaruhi oleh ideologi-ideologi modernitas yang menjadi latar belakang lahirnya gagasan hukum yang pasti, yakni : positivism dan liberalisme.²⁰¹

Padahal apabila diperhatikan lebih seksama lagi, persoalan hukum yang pasti atau tidak itu, selain dibenarkan oleh pilihan ideologis, ia pun didukung oleh penerapan gagasan hukum yang bersifat teknis instrumental yaitu legalitas.²⁰² Oleh karena itu, wacana kepastian hukum yang diklaim oleh para yuris melalui doktrin legisme dan legalitas, terdapat sebuah kunci yang amat penting untuk direfleksikan secara kritis yakni mengenai legalitas itu sendiri sebab secara konseptual, di dalam legalitas ditemukan ciri-

²⁰¹ *Ibid.* hlm. 17-19.

²⁰² *Ibid.*

ciri atau unsur-unsur yang mewakili seluruh gagasan atau pemikiran mengenai kepastian hukum, penegakan hukum, legisme dan teori kontrak sosial, serta gagasan politik dan kekuasaan, sebagaimana dijabarkan oleh Michael Jefferson berikut ini, mengenai sejumlah syarat dan konsekuensi yang ada dalam prinsip dan metode legalitas, bahwa :²⁰³

“(a) laws must not be vague; (b) the legislature must not create offences to cover wrongdoings retrospectively; (c) the judiciary must not create new offences; and perhaps (d) criminal statutes should be strictly construed.”

Artinya : (a) hukum tidak boleh samar; (b) badan legislative dilarang menciptakan hukum yang berlaku retroaktif; (c) badan yudikatif dilarang menciptakan delik baru; dan mungkin (d) kitab hukum pidana harus ditafsirkan secara ketat.

Jika keempat di atas hendak dikategorisasikan, secara garis besarnya dapat dikatakan bahwa pencapaian kepastian hukum terbagi atas dua unsur utama. *Pertama*, hukumnya (undang-undang) itu sendiri yang harus tegas dan tidak boleh multitafsir. *Kedua*, kekuasaan itu sendiri, yang memberlakukan hukum (undang-undang) tidak boleh semena-mena menerapkan hukum, dan tetap kukuh menerapkan prinsip legalitas. Selain diikuti dengan

²⁰³ Michael Jefferson dalam Fernando E. Manullang, *Legisme....*, *Op.Cit.*, hlm. 177.

sebuah struktur kekuasaan yang berdasar *trias politica*, sehingga dapat menjamin adanya kepastian hukum.²⁰⁴

3. Antinomi Nilai Keadilan dan Kepastian

Memandang kepastian hukum dan keadilan, seperti memandang dua sisi mata uang, karena keduanya harus ada, jika keadaan ketertiban dan kedamaian ingin dicapai. Sebuah keadilan tidak dapat digapai jika kepastian tidak dipenuhi, karena subjek hukum tertentu dapat dihukum tanpa memerhatikan terlebih dahulu, apakah perbuatan yang dianggap pelanggaran atau kejahatan memang merupakan suatu delik atau dengan kata lain, apakah sebelumnya sudah dipastikan lebih dahulu bahwa perbuatan pelanggaran atau kejahatan merupakan suatu delik? Apabila belum dirumuskan, maka penghukuman terhadap tindakan tersebut merupakan tindakan kesewenang-wenangan yang pada prinsipnya menghilangkan nilai keadilan.²⁰⁵

Ilustrasi yang kerap kali terjadi dalam praktik peradilan, bahwa ada Hakim-Hakim yang menolak suatu perkara dengan dalil tidak ada hukum yang mengaturnya, sehingga pengadilan tidak berwenang merneriksanya, merupakan pandangan yang mendasarkan daripada nilai Kepastian (hukum), tetapi apakah sikap itu dapat memberikan Keadilan bagi pemohon keadilan, apalagi si

²⁰⁴ *Ibid*, hlm. 178.

²⁰⁵ Fernando E. Manullang, *Menggapai...*, *Op.Cit*, hlm. 101-102.

pemohon tersebut adalah anggota masyarakat yang terpinggirkan secara sosial, seperti fakir miskin dan lainnya?²⁰⁶

Ilustrasi lainnya yang kerap terjadi, yaitu seumpamanya seorang pelaku tindak pidana yang kategorinya tidak berat seperti pencurian sepatu, dihukum seberat-beratnya oleh peradilan. Sanksi itu memang dasar hukumnya pasti. Namun, apakah hal itu dapat disebut sebagai keadilan, karena rasanya masih dibutuhkan perenungan yang bijak, apakah sanksi yang dijatuhkan pada si pencuri sepatu, sebanding atau setimpal dengan tindak pidananya. Walau penjatuhan sanksi tersebut berdasarkan pada hukum yang pasti, tetapi ada persoalan genting di sini, apakah sanksi itu setimpal dengan perbuatan yang telah dilakukannya?²⁰⁷

Jadi apa yang pasti dalam hukum, belum tentu memberikan keadilan. Begitu pula apabila keadilan saja yang dipenuhi, tanpa memperhatikan apakah hal itu memberikan kepastian hukum, juga dapat menghancurkan nilai keadilan itu sendiri. Hakim dapat menyatakan bahwa keputusannya adil, namun apabila itu diambil tanpa dasar hukum yang pasti, apakah hal itu dapat diterima, sehingga apa yang diputuskan sungguh-sungguh dapat dipertanggungjawabkan? Apa yang adil, jika tidak berdasarkan

²⁰⁶ *Ibid.*

²⁰⁷ *Ibid.*

pada suatu kepastian hukum, pada akhirnya juga tidak bernilai adil.²⁰⁸

Ilustrasi yang tepat untuk hal ini adalah, apa yang selalu disuarakan oleh anggota masyarakat di Indonesia, mengenai putusan-putusan pengadilan yang kerap kali menguntungkan kaum elite, merupakan contoh yang amat mewakili. Bagi pihak tertentu, apalagi untuk kaum elite yang diuntungkan oleh praktik ketidakwajaran dalam lembaga peradilan di Indonesia, apa yang telah diputuskan oleh lembaga peradilan, adalah sebuah nilai Keadilan.

Namun apakah yang tadinya dinilai adil, belum tentu didasarkan pada nilai ideal bagi seluruh anggota masyarakat, karena pada banyak kasus, putusan-putusan itu tetap digugat oleh anggota masyarakat, bahkan terjadi perusakan-perusakan fisik terhadap kantor-kantor lembaga penegak hukum, yang dianggap telah melecehkan keadilan. Gugatan dan perusakan ini merupakan cerminan bahwa apa yang adil harus sebanding atau setimpal dengan perbuatannya. Jika sanksi yang diberikan tidak sebanding atau setimpal dengan perbuatannya, maka amat lumrah, jika keadilan merupakan satu-satunya nilai yang hendak dicapai, akan digugat. Gugatan dan perusakan ini justru memberikan

²⁰⁸ *Ibid*, hlm. 102-103.

ketidapastian (hukum) secara umum yang berujung pada ketidaktertiban dalam masyarakat.²⁰⁹

Jadi, mengedepankan nilai keadilan saja, belum tentu secara otomatis memberikan kepastian (hukum). Oleh sebab itu, hukum yang pasti seharusnya juga adil, dan hukum yang adil juga seharusnya memberikan kepastian. Di sinilah kedua nilai itu mengalami situasi yang antinomis sebab menurut derajat tertentu, nilai-nilai kepastian dan keadilan harus mampu memberikan kepastian terhadap hak tiap orang secara adil, tetapi juga harus memberikan manfaat daripadanya.²¹⁰

²⁰⁹ *Ibid.* hlm. 103.

²¹⁰ *Ibid.*

Namun dengan pemahaman yang ideal sebagaimana disebutkan dalam paragraf di atas, ini tidak berarti bahwa adanya kesatuan pengertian mengenai apa yang di pasti atau adil menurut hukum. Akan tetapi, apa yang adil atau apa yang palsu amat tergantung menurut konteksnya dan ketika konteksnya menentukan pengertian kepastian hukum dan keadilan, maka masing-masing diharapkan selalu berpasangan untuk membentuk suatu ketegangan antara yang “baik” dan “buruk”. Walaupun konteks mempengaruhi apakah nilai kepastian (hukum) itu adalah nilai yang “baik” atau “buruk”, begitu juga sebaliknya, tetap saja keduanya harus hadir secara antinomis untuk menyempurnakan satu sama lainnya perihal pengertian orang kebanyakan tentang apa yang disebut adil dan pasti secara hukum.²¹¹

Jadi apa yang dianggap pasti atau adil masih dapat diperdebatkan, karena nilai “baik” atau “buruk”-nya itu bersifat kontekstual. Walaupun demikian, yang perlu digaris bawahi di sini, apapun perdebatannya, yang penting adalah, bahwa dalam nilai kepastian hukum maupun nilai keadilan, keduanya mengandung prinsip pemikiran yang pokok yang sama, yakni keduanya akan memberikan perlindungan yang bermanfaat bagi hak-hak setiap individu, dimana hal tersebut dilaksanakan menurut prosedur-

²¹¹ *Ibid*, hlm. 104.

prosedur yang seadil-adilnya. Jadi, sepanjang pemikiran pokok itu masih belum diimplementasikan secara wajar, maka amatlah lumrah, jika gugatan-gugatan tentang pemenuhan nilai-nilai kepastian hukum dan Keadilan masih terus bermunculan.²¹²

Oleh sebab itu, perlu sekali pemikiran dan sikap yang bijaksana untuk mengatualisasikan konsep-konsep yang sesuai dengan nilai kepastian hukum dan keadilan. Jika hal ini tidak dilakukan, maka kemungkinan untuk mencederai substansi nilai kepastian dan keadilan itu amat terbuka lebar. Dan apabila hal ini terjadi, maka apa yang hendak dicapai dari cita-cita nilai tersebut, boleh jadi malah tidak terwujud yang disebabkan oleh pemikiran dan sikap tidak bijaksana dalam memandang hal ini, justru akan mencederai nilai sesungguhnya dari kepastian hukum dan keadilan. Di situlah pentingnya hubungan yang antinomis dari keduanya.²¹³

B. Analisis Penerapan Prinsip Non Retroaktif Pada Berbagai Perkara Praperadilan Dalam Pemenuhan HAM

Berdasarkan tinjauan pustaka di atas, maka penulis akan melakukan analisis permasalahan pertama, yaitu terkait penerapan prinsip non retroaktif pada berbagai perkara praperadilan dalam

²¹² *Ibid*, hlm. 108.

²¹³ *Ibid*.

rangka mencapai pemenuhan HAM dengan melakukan perbandingan berbagai putusan praperadilan dan disesuaikan dengan pengaturan dalam peraturan perundang-undangan, putusan MK, dan berbagai teori untuk kemudian ditarik sebuah kesimpulan apakah penerapan prinsip non retroaktif pada berbagai perkara praperadilan telah memberikan pemenuhan terhadap HAM ataukah tidak. Akan tetapi, sebagaimana yang telah penulis paparkan bahwa objek kajian dalam penelitian ini ialah perkara praperadilan dengan objek penetapan tersangka sebagaimana yang telah tertuang dalam Putusan MK No. 21/PUU/XII/2014.

Dalam melakukan perbandingan, penulis akan menganalisis dan membahas 3 (tiga) putusan praperadilan dengan objek yang sama yaitu sah atau tidaknya penetapan tersangka, antara lain :

1. Putusan Praperadilan No. 1/Pid.Prap/2015/PN.Psw dengan pemohon atas nama Tasrim.
2. Putusan Praperadilan No. 32/Pid.Prap/2015/PN.Jkt.Sel dengan pemohon atas nama Ilham Arief Sirajuddin.
3. Putusan Praperadilan No. 36/Pid.Prap/2015/PN.Jkt.Sel dengan pemohon atas nama Hadi Poernomo.

B. 1. Perbandingan Beberapa Perkara Praperadilan

Pertama-tama penulis akan menguraikan hal-hal yang menjadi pertimbangan serta metode penafsiran yang digunakan oleh setiap Hakim dalam memutus tiap-tiap perkara untuk kemudian menjadi poin-poin perbandingan yang sistematis dan komprehensif antara ketiga putusan praperadilan tersebut.

1. Perkara Praperadilan No. 1/Pid.Prap/2015/PN.Psw

Kronologi perkara ini dimulai pada tanggal 23 Mei Tahun 2013, melalui Surat Perintah Penyidikan Kepala Kejaksaan Negeri Pasarwajo Nomor : Print-01/R.3.15/Fd.I/05/2013 yang secara tiba-tiba, Tasrim ditetapkan sebagai tersangka oleh Jaksa Penyidik atas dugaan melakukan tindak pidana korupsi dalam Program Bantuan Dana Alokasi Khusus (DAK) saat menjabat sebagai Kepala Dinas Pendidikan Pemuda dan Olahraga Kabupaten Buton Tahun 2012.

Pada tanggal 28 April 2015, Mahkamah Konstitusi mengucapkan Putusan No. 21/PUU-XII/2014 yang berisi penambahan objek praperadilan termasuk sah atau tidaknya penetapan tersangka yang membuka jalan bagi para pencari keadilan dari kesewenang-wenangan penegak hukum. Tasrim yang merasa tidak bersalah kemudian mengajukan permohonan praperadilan dengan objek sah atau tidaknya penetapan tersangka

pada tanggal 28 Oktober 2015 di Pengadilan Negeri Pasarwajo dengan register perkara No. 11/SK/2015/PN.Psw.

Pada tanggal 12 November 2015, berdasarkan fakta-fakta yang diperoleh dalam persidangan, Hakim mengucapkan putusan dengan poin-poin penting pertimbangan Hakim sebagai berikut :

- a) Menimbang, bahwa dari hal-hal tersebut diatas dapatlah disimpulkan Termohon yang melakukan penetapan tersangka terhadap Pemohon tidak didahului dengan melakukan pengumpulan bukti-bukti satu pun atau dengan kata lain tidak didasari oleh satupun alat bukti dalam melakukan penetapan tersangka pada Pemohon tanggal 23 Mei 2013 berdasarkan Surat Perintah Penyidikan Nomor : Print-01/R.3.15/Fd.I/05/2013;

- b) Menimbang, bahwa oleh karena Termohon dalam menetapkan tersangka pada Pemohon tidak didasari oleh satu alat bukti pun, maka Termohon telah melakukan suatu kekeliruan atau kesalahan karena tindakan penetapan tersangka yang dilakukan Termohon pada Pemohon tidak sesuai dengan ketentuan Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1981 tentang Kitab Undang-Undang Hukum Acara Pidana khususnya dalam Pasal 1 Angka 2 dan Angka 14 mengenai Penyidikan hingga penetapan tersangka;

Dari pertimbangan Hakim tersebut dapat disimpulkan bahwa terjadi kesalahan dalam penetapan tersangka Tasrim akibat kesewenang-wenangan penegak hukum yaitu Jaksa Penyidik dalam melakukan penetapan tersangka tanpa adanya bukti permulaan. Kendati demikian dalam amar putusan, Hakim menolak seluruh permohonan Tarsim dengan dalih sebagai berikut :

- a) Menimbang, bahwa karena putusan Mahkamah Konstitusi mengikat dan final sejak diucapkan maka segala apa yang telah diputuskan oleh Mahkamah Konstitusi berlaku saat itu juga, artinya haruslah dilaksanakan mulai saat itu juga, yang dalam kaitannya dengan permohonan praperadilan yang diajukan oleh pemohon karena dirinya ditetapkan sebagai tersangka pada tanggal 23 Mei 2013 maka Putusan Mahkamah Konstitusi tidaklah dapat menjangkau hal-hal yang terjadi sebelum Putusan MK No. 21/PUU-XII/2014 tanggal 28 April 2015 karena aturan dalam Pasal 77 KUHAP dengan tegas dan jelas membatasi wewenang praperadilan dimana penetapan tersangka bukan bagian dari wewenang praperadilan;
- b) Menimbang, bahwa berdasarkan segala hal-hal yang telah dipertimbangkan tersebut diatas Hakim berpendapat bahwa untuk menguji penetapan tersangka dalam perkara ini bukan

masuk kewenangan praperadilan karena yang diperiksa terhadap permohonan ini berkaitan dengan surat penetapan tersangka pada tanggal 23 Mei 2013 sesuai dengan Surat Perintah Penyidikan Nomor : Print-01/R.3.15/Fd.I/05/2013 jauh sebelum Putusan Mahkamah Konstitusi diucapkan, sehingga dengan demikian maka permohonan praperadilan Pemohon dinyatakan ditolak dan untuk itu permohonan selain dan selebihnya tidak perlu dipertimbangkan;

Sehingga meskipun terbukti Jaksa Penyidik sewenang-wenang, proses hukum tetap berlanjut dengan cacat formil karena Hakim menolak permohonan pemohon.

2. Putusan Praperadilan No. 32/Pid.Prap/2015/PN.Jkt.Sel

Kronologi perkara ini dimulai pada tanggal 2 Mei Tahun 2014, melalui Surat Perintah Penyidikan Nomor : Sprint.Dik-20/01/05/2014, Ilham Arief Sirajuddin ditetapkan sebagai tersangka oleh Penyidik Komisi Pemberantasan Korupsi (KPK) atas dugaan melakukan tindak pidana korupsi dalam kasus Kerjasama Kelola dan Transfer PDAM Kota Makassar tahun 2006. Ilham Arief Sirajuddin yang merasa tidak bersalah kemudian mengajukan permohonan praperadilan dengan objek sah atau tidaknya penetapan tersangka pada tanggal 10 April 2015 di Pengadilan

Negeri Jakarta Selatan dengan register perkara No. 32/Pid.Prap/2015/PN.Jkt.Sel.

Pada tanggal 12 Mei 2015, berdasarkan fakta-fakta yang diperoleh dalam persidangan, Hakim mengucapkan putusan dengan poin-poin penting pertimbangan Hakim sebagai berikut :

- a) Menimbang, bahwa bukti yang diajukan Termohon dalam menetapkan tersangka pada tanggal 2 Mei Tahun 2014 belum ditemukan bukti awal 2 alat bukti. Oleh karena dugaan terjadi perbuatan pidana, maka penetapan tersangka baru dapat ditetapkan setelah ditemukan 2 alat bukti, yaitu setelah dilakukan pengumpulan bukti pada tahap penyidikan. Hal ini juga sejalan dengan Putusan MK No. 21/PUU-XII/2014 bahwa penetapan tersangka bagian dari proses penyidikan yang merupakan perampasan terhadap hak asasi manusia;
- b) Menimbang, LHP yang dibuat Penyelidik yang akan disampaikan kepada Penyidik bukti yang diajukan Termohon dalam proses penyelidikan belum ditemukan minimal dua alat bukti sah yang membuat terang suatu perbuatan pidana yang terjadi guna menentukan tersangkanya.
- c) Menimbang, bahwa oleh karena penetapan tersangka tidak memenuhi syarat tentang ditemukan 2 (dua) alat bukti sah

pada tahap penyidikan, maka Pengadilan Negeri berpendapat penetapan Pemohon sebagai tersangka oleh Pemohon tidak sah menurut hukum.

Dari pertimbangan Hakim tersebut dapat disimpulkan bahwa terjadi kesalahan dalam penetapan tersangka Ilham Arief Sirajuddin karena Penyidik KPK melakukan penetapan tersangka tanpa adanya bukti permulaan. Oleh karena itu, dalam putusan tersebut Hakim mengabulkan permohonan pemohon bahkan mengabulkan permohonan rehabilitasi.

Berkaitan dengan penerapan Putusan MK No. 21/PUU-XII/2014 pada perkara praperadilan tersebut, yang menjadi poin-poin keberatan termohon dalam eksepsi adalah sebagai berikut :

- a) Bahwa objek permohonan pemohon yang diajukan pada tanggal 10 April 2015 tidak termasuk kewenangan Hakim Praperadilan sebab berdasarkan Pasal 1 angka 10 *jo* Pasal 77 *jo* Pasal 82 ayat (1) huruf b KUHAP objek praperadilan tidak termasuk penetapan tersangka sejalan pula dengan pandangan Mahkamah Agung sebagaimana termuat dalam Pedoman Pelaksanaan Tugas dan Administrasi Pengadilan Dalam Empat Lingkungan Peradilan (Buku II Edisi 2007);

- b) Bahwa seluruh ketentuan hukum acara pidana termasuk mengenai lingkup kewenangan praperadilan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 1 angka 10 *jo* Pasal 77 *jo* Pasal 82 ayat (1) huruf b KUHAP harus diberlakukan secara ketat, mengingat ketentuan tersebut berkaitan erat dengan kepastian hukum dan karenanya berlaku juga asas hukum pidana yaitu asas legalitas sebagaimana dimaksud dalam ketentuan Pasal 3 KUHAP, yang menyatakan “Peradilan dilakukan menurut cara yang diatur dalam undang-undang ini”.
- c) Bahwa mengenai penerapan asas legalitas sebagaimana ditegaskan dalam Pasal 3 KUHAP tersebut, maka perlu dipahami terlebih dahulu empat makna dari asas legalitas. Pertama, terhadap ketentuan pidana tidak boleh berlaku surut (*non retroaktif/lex praevia*). Kedua, ketentuan pidana harus tertulis dan tidak boleh dipidana berdasarkan hukum kebiasaan (*lex scripta*). Rumusan ketentuan pidana harus jelas (*lex certa*). Keempat, ketentuan pidana harus ditafsirkan secara ketat dan larangan analogi (*lex stricta*).
- d) Bahwa berbeda dengan hukum acara, asas legalitas dalam hukum acara pidana hanya mengandung 3 (tiga) makna.

Pertama, *lex scripta*, yang berarti bahwa penuntutan dalam acara pidana harus bersifat tertulis. Kedua, *lex certa*, yang berarti hukum acara pidana harus memuat ketentuan yang jelas. Ketiga, *lex stricta*, yang berarti bahwa hukum acara pidana harus ditafsirkan secara ketat mengingat sifat keresmian dalam hukum acara pidana dan karakter hukum acara pidana yang sedikit banyaknya mengekang hak asasi manusia.

- e) Bahwa berdasarkan penjelasan tersebut, maka jelas kewenangan praperadilan terbatas hanya menguji dan menilai tentang kebenaran dan ketepatan tindakan upaya paksa yang tercantum dalam Pasal 1 angka 10 *jo* Pasal 77 *jo* Pasal 82 ayat (1) huruf b KUHAP sehingga pemohon tidak mempunyai dasar untuk mengajukan permohonan atas dasar penetapan tersangka.

Terhadap keberatan tersebut, Hakim memberikan pertimbangannya sebagai berikut :

- a) Menimbang, yang menjadi permasalahan dalam eksepsi ini adalah apakah Pengadilan Negeri berwenang memeriksa dan mengadili tentang “sah atau tidaknya penetapan tersangka” yang diajukan dalam praperadilan.

- b) Menimbang, bahwa objek kewenangan Pengadilan Negeri untuk memeriksa dan memutus perkara praperadilan yang diatur dalam Pasal 1 angka 10 *jo* Pasal 77 *jo* Pasal 82 ayat (1) huruf b KUHAP, telah diperluas dengan adanya Putusan MK No. 21/PUU-XII/2014 tanggal 28 April 2015, yang mengadili pada tingkat pertama dan terakhir, telah menjatuhkan putusan dalam permohonan Pengujian Undang-undang No. 8 Tahun 1981 tentang KUHAP terhadap UUD NRI 1945, yaitu Pasal 77 huruf a KUHAP sepanjang tidak dimaknai termasuk penetapan tersangka, penggeledahan, dan penyitaan. Pasal 77 huruf a KUHAP sepanjang dimaknai termasuk penetapan tersangka, penggeledahan, dan penyitaan;
- c) Menimbang bahwa setelah mempelajari permohonan pemohon yang pada pokoknya adalah mengenai tidak sahnya penetapan tersangka dan tidak sahnya penyitaan dan penggeledahan, maka Pengadilan Negeri dalam lembaga praperadilan berwenang memeriksa dan memutus permohonan praperadilan tentang sah atau tidaknya penetapan tersangka dan sah atau tidaknya penyitaan dan penggeledahan.

- d) Menimbang bahwa berdasarkan pertimbangan tersebut diatas maka eksepsi Termohon tentang ini harus ditolak.

3. Perkara No. 36/Pid.Prap/2015/PN.Jkt.Sel.

Kronologi perkara ini dimulai pada tanggal 21 April Tahun 2014, melalui Surat Perintah Penyidikan Nomor : Sprin.Dik-17/01/04/2014 yang secara tiba-tiba, Hadi Poernomo ditetapkan sebagai tersangka oleh Penyidik Komisi Pemberantasan Korupsi (KPK) atas dugaan melakukan tindak pidana korupsi dalam kasus Pajak kelebihan bayar PT. BCA, Tbk saat menjabat sebagai Dirjen Pajak Kementerian Keuangan tahun 2002-2004. Hadi Poernomo yang merasa tidak bersalah kemudian mengajukan permohonan praperadilan dengan objek sah atau tidaknya penetapan tersangka pada tanggal 4 Mei 2015 di Pengadilan Negeri Jakarta Selatan dengan register perkara No. 36/Pid.Prap/2015/PN.Jkt.Sel.

Pada tanggal 26 Mei 2015, berdasarkan fakta-fakta yang diperoleh dalam persidangan, Hakim mengucapkan putusan dengan poin-poin penting pertimbangan Hakim sebagai berikut :

- a) Menimbang bahwa dengan demikian penetapan tersangka tersebut dilakukan setelah kegiatan pemeriksaan saksi, ahli, dan barang bukti karena pada tahap kedua SOP KPK sendiri

menyebutkan antara lain masih memeriksa calon tersangka dan belum menyebut istilah tersangka tetapi kenyataannya dalam perkara in casu penetapan Pemohon sebagai tersangka dilakukan bersamaan dengan perintah penyidikan yaitu tanggal 21 April 2014 sedangkan pemeriksaan saksi-saksi, ahli, tersangka, penggeledahan, serta penyitaan dilakukan sesudah tanggal 21 April 2014 tersebut;

b) Menimbang, bahwa dengan demikian penetapan Pemohon sebagai tersangka bertentangan dengan undang-undang dan SOP KPK sendiri;

c) Menimbang, bahwa oleh karena itu diperintahkan kepada Termohon untuk menghentikan penyidikan berdasarkan Surat Perintah Penyidikan Nomor : Sprin.Dik-17/01/04/2014.

Dari pertimbangan Hakim tersebut dapat disimpulkan bahwa terjadi kesalahan dalam penetapan tersangka Hadi Poernomo akibat kesewenang-wenangan penegak hukum yaitu Penyidik KPK. Oleh karena itu, dalam putusan tersebut Hakim mengabulkan permohonan pemohon bahwa penetapan tersangka Hadi Poernomo tidak sah menurut hukum.

Berkaitan dengan penerapan Putusan MK No. 21/PUU-XII/2014 pada perkara praperadilan tersebut, yang menjadi poin-poin keberatan termohon dalam eksepsi adalah sebagai berikut :

- a) Bahwa Putusan MK No. 21/PUU-XII/2014 tanggal 28 April 2015 yang menjadikan penetapan tersangka sebagai salah satu objek praperadilan yang sebelumnya tidak terdapat dalam KUHAP adalah membuat norma baru yang bukan kewenangan Mahkamah Konstitusi melainkan pembentuk undang-undang sehingga patut dikesampingkan mengingat banyak pula putusan Mahkamah Agung dan badan peradilan dibawahnya yang tidak mengikuti Putusan Mahkamah Konstitusi.

- b) Bahwa penetapan tersangka sebagai objek praperadilan menyerobot kewenangan penuntut umum karena pejabat yang berwenang untuk mempelajari berkas perkara adalah penuntut umum.

Terhadap keberatan tersebut, Hakim memberikan pertimbangannya sebagai berikut :

Menimbang, bahwa Putusan Mahkamah Konstitusi adalah final dan mengikat, Putusan Mahkamah Konstitusi dalam pengujian undang-undang adalah sama kuat daya ikatnya

dengan undang-undang yang dibuat oleh lembaga legislatif dimana lembaga legislatif adalah sebagai positif legislator sedangkan Mahkamah Konstitusi merupakan negatif legislator sehingga dengan demikian semua putusan pengujian atas undang-undang yang telah dikeluarkan Mahkamah Konstitusi berlaku sebagai undang-undang sehingga dengan demikian penetapan tersangka, penggeledahan, dan penyitaan secara yuridis adalah wewenang praperadilan ini dan hal tersebut tidak menyerobot kewenangan penuntut umum yang diatur dalam Pasal 138 KUHP, karena secara tegas Pasal 138 KUHP tersebut hanya mengatur kewajiban mempelajari dan meneliti lengkap atau belum lengkapnya penyidikan yang dilakukan penyidik dan petunjuk tentang hal-hal apa saja yang perlu dilengkapi.

Dari uraian tersebut, maka penulis menarik pokok-pokok perbandingan sebagai berikut :²¹⁴

²¹⁴ Putusan Praperadilan No. 01/Pid.Prap/2015/PN.Psw, Putusan Praperadilan No. 32/Pid.Prap/PN.Jkt.Sel, dan Putusan Praperadilan No. 36/Pid.Prap/PN.Jkt.Sel.

Tabel Perbandingan Putusan Praperadilan

Indikator Perbandingan	Perkara No. 01/Pid.Prap/2015 /PN.Psw. (Tasrim)	Perkara No. 32/Pid.Prap/PN. Jkt.Sel. (Ilham Arief)	Perkara No. 36/Pid.Prap/PN. Jkt.Sel. (Hadi. P)
Penetapan Tersangka	Sebelum Putusan MK (23 Mei 2013)	Sebelum Putusan MK (2 Mei 2014)	Sebelum Putusan MK (21 April 2014)
Pengajuan Permohonan	Setelah Putusan MK (28 Oktober 2015)	Sebelum Putusan MK (10 April 2015)	Setelah Putusan MK (4 Mei 2015)
Putusan Diucapkan	Setelah Putusan MK (12 November	Setelah Putusan MK (12 Mei 2015)	Setelah Putusan MK (26 Mei 2015)

	2015)		
Metode Penafsiran Hakim	Penafsiran gramatikal dan harfiah	Penafsiran gramatikal, harfiah, historis, holistik, filosofis, dan teleologis	Penafsiran gramatikal, harfiah, historis, holistik, filosofis, dan teleologis
Pertimbangan Hakim	Penetapan tersangka tidak sah karena tidak ada bukti	Penetapan tersangka tidak sah karena tidak ada bukti	Penetapan tersangka tidak sah karena tidak ada bukti
Tafsir Terhadap Prinsip Non Retroaktif	Putusan MK No. 21/PUU-XII/2014 tidak dapat berlaku surut	Putusan MK No. 21/PUU-XII/2014 dapat berlaku surut	Putusan MK No. 21/PUU-XII/2014 dapat berlaku surut
	Menolak	Mengabulkan	Mengabulkan

Amar Putusan Hakim	permohonan karena bertentangan dengan prinsip non retroaktif	permohonan pemohon dan tidak mempersoalkan prinsip non retroaktif	permohonan pemohon dan tidak mempersoalkan prinsip non retroaktif
--------------------	--	---	---

B. 2. Analisis Persamaan Beberapa Putusan Praperadilan

Berdasarkan perbandingan diatas, dapat ditarik persamaan antara ketiga perkara praperadilan tersebut, antara lain :

- a) Pada ketiga perkara tersebut, penetapan tersangka dilakukan sebelum penambahan objek praperadilan atau sebelum diucapkan Putusan Mahkamah Konstitusi;
- b) Perkara praperadilan diputus setelah diucapkan Putusan Mahkamah Konstitusi;
- c) Fakta-fakta dan pertimbangan Hakim sama, bahwa Penetapan tersangka tidak sah karena tidak ada bukti.

B. 3. Analisis Perbedaan Beberapa Putusan Praperadilan

Adapun perbedaannya, terletak pada metode penafsiran dan tafsir pemberlakuan prinsip non retroaktif yang menyebabkan

perbedaan pada amar putusan ketiga perkara tersebut. Oleh karenanya, penulis akan melakukan analisis terhadap perbedaan ketiga putusan praperadilan tersebut dari perspektif metode penafsiran Hakim, dan tafsir penerapan prinsip non retroaktif yang tepat.

Dari perspektif metode penafsiran Hakim, Visser't Hoff sebagaimana diterjemahkan oleh Arief Sidarta mengemukakan terdapat 7 (tujuh) model penafsiran hukum, yaitu : ²¹⁵

- a) Teori penafsiran *letterlijk* atau harfiah, yaitu penafsiran yang menekankan pada arti atau makna kata-kata yang tertulis;
- b) Teori penafsiran gramatikal atau interpretasi bahasa, yaitu penafsiran yang menekankan pada makna teks yang di dalamnya kaidah hukum dinyatakan. Penafsiran dengan cara demikian bertolak dari makna menurut pemakaian pemakaian bahasa sehari-hari atau makna teknis-yuridis yang lazim atau dianggap sudah baku. Menurut Visser't Hoff, di negara yang menganut tertib hukum kodifikasi, maka teks harfiah undang-undang sangat penting. Namun, penafsiran gramatikal saja dianggap tidak mencukupi, apalagi jika

²¹⁵ Visser't Hoft, 2001, *Penemuan Hukum*, judul asli *Rechtsvinding*, diterjemahkan oleh B. Arief Sidharta, Laboratorium Hukum FH Univ. Parahiayangan, Bandung, hlm. 25.

mengenai norma yang hendak ditafsirkan itu sudah menjadi perdebatan;

- c) Teori penafsiran historis, yaitu penafsiran historis mencakup dua pengertian penafsiran sejarah perumusan undang-undang yang memfokuskan diri pada latar belakang sejarah perumusan naskah. Kedua, penafsiran sejarah hukum yang berusaha mencari makna yang dikaitkan dengan konteks kemasyarakatan masa lampau. Dalam pencarian makna tersebut harus merujuk pada pendapat-pendapat pakar dari masa lampau, termasuk pula merujuk kepada norma-norma hukum masa lalu yang masih relevan;

- d) Teori penafsiran sosiologis, yaitu fokus mencari tahu konteks sosial yang terjadi ketika suatu naskah dirumuskan. Peristiwa yang terjadi dalam masyarakat tersebut acapkali mempengaruhi legislator ketika naskah hukum itu dirumuskan dirumuskan dapat dijadikan;

- e) Teori penafsiran sosio-historis. Berbeda dengan penafsiran sosiologis, penafsiran sosio-historis memfokuskan pada konteks sejarah masyarakat yang mempengaruhi rumusan naskah hukum;

- f) Teori penafsiran filosofis, yaitu penafsiran dengan fokus perhatian pada aspek filosofis.

- g) Teori penafsiran teleologis, yaitu penafsiran yang difokuskan pada penguraian atau formulasi kaidah-kaidah hukum menurut tujuan dan jangkauannya. Tekanan tafsiran pada fakta bahwa pada kaidah hukum terkandung tujuan atau asas sebagai landasan dan bahwa tujuan dan atau asas tersebut mempengaruhi interpretasi. Dalam penafsiran demikian juga diperhitungkan konteks kenyataan kemasyarakatan yang aktual; dan

- h) Teori penafsiran holistik, yaitu penafsiran yang mengaitkan suatu naskah hukum dengan konteks keseluruhan jiwa dari naskah tersebut.

Pada perkara Ilham Arief Sirajuddin penafsiran-penafsiran tersebut dapat dilihat pada pertimbangan Hakim sebagai berikut :

- a) Menunjukkan adanya inkonsistensi dan kelabilan dari Termohon selaku penyidik dan sekaligus mengacaukan orientasi pembelaan diri secara baik dari pemohon, dan sekaligus tidak menjamin adanya kepastian hukum baik

- mengenai status pemohon sebagai tersangka maupun jenis tidak pidana yang disangkakan kepada pemohon (penafsiran sosiologis)
- b) Dampak lanjutan dari tindakan termohon potensial merusak kepastian tentang penerapan hukum terhadap kasus pemohon sebagai tersangka apalagi proses penyidikan baru dilakukan setelah adanya pengumuman melalui media cetak tentang penetapan tersangka pemohon (penafsiran sosiologis)
- c) Dalam konteks itu, menunjukkan adanya kesewenangan atau *abuse of power* dari termohon yang tidak hanya melanggar hukum tapi juga mengarah pada pelanggaran Hak Asasi Manusia (HAM) karena sejak penetapan tersangka berakibat pada hilangnya sejumlah hak-hak sipil dan politik pemohon (penafsiran filosofis)
- d) Menimbang, bahwa Negara Republik Indonesia adalah negara hukum yang mendasarkan kepada Undang-Undang Dasar 1945 dan Pancasila yang menjunjung tinggi hak asasi manusia serta menjamin segala warga negara bersamaan kedudukannya di dalam hukum dan pemerintahan dan wajib

menjunjung hukum dan pemerintahan itu dengan tidak ada kecualinya (penafsiran teleologis dan filosofis)

e) Bahwa apa yang dilaksanakan penegak hukum dalam menegakan hukum materiil dalam menjalankan fungsinya dan kewenangannya adalah upaya melindungi warga negara dan penduduk dari kesewenangan tindakan penegak hukum sebagai aparat pejabat publik, yang bertujuan menjaga harkat dan martabat manusia, menciptakan ketertiban dan serta kepastian hukum, seperti tujuan penegakan hukum untuk mencapai keadilan berdasarkan UUD NRI 1945 dan terselenggaranya sistem penegakan hukum yang adil dan transparan (penafsiran teleologis, filosofis, dan holistik)

f) Bahwa dengan diratifikasinya konvensi internasional tentang *human right*, salah satu hak yang mendapatkan perlindungan sebagai wujud pelaksanaan hak asasi manusia yang ditegaskan dalam piagam PBB tentang *Declaration Universal of Human Right* 1948 adalah hak untuk memperoleh perlindungan hukum sebagaimana diatur dalam Undang-Undang Nomor 39 Tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia, bahwa warga negara atau penduduk berkedudukan sama dimuka hukum, berhak mendapatkan perlindungan hukum

dalam menegakan hukum materiil (penafsiran historis dan holistik)

- g) Bahwa hukum acara pidana umum atau khusus, bertujuan memberikan perlindungan baginya warga negara dan penduduk untuk mendapatkan perlakuan sama dimuka hukum dalam beracara pidana dan terhindar dari perbuatan sewenang-wenang aparat penegakan HAM, yang dapat menimbulkan kerugian. Hukum acara pidana yang ada juga untuk memberikan perlindungan bagi penegak hukum dalam melakukan kewenangannya agar tidak dapat dinyatakan melakukan perbuatan melanggar kewenangan. Bahwa sehingga dari dua sisi penegak hukum dan warga negara dan penduduk memperoleh hak persamaan dimuka hukum secara adil (penafsiran filosofis dan holistik)

Adapun pada perkara Hadi Poernomo, penafsiran-penafsiran tersebut dapat dilihat pada pertimbangan Hakim sebagai berikut :

- a) Menimbang bahwa tujuan akhir dari sebuah proses penegakan hukum dan proses peradilan adalah untuk menemukan keadilan, kebenaran, dan manfaat dari penegakan hukum tersebut sehingga oleh karena itu penegakan hukum harus didasarkan dengan tepat memperhatikan ketentuan-ketentuan yang terdapat dalam

undang-undang dan berbagai peraturan lain yang mengatur dalam rangka mewujudkan rasa keadilan masyarakat (*social justice*), rasa keadilan moral (*moral justice*), dan keadilan menurut undang-undang itu sendiri (*legal justice*) sehingga pada akhirnya diperoleh suatu keadilan total (*total justice*) (penafsiran teleologis, filosofis, dan holistik)

b) Menimbang, bahwa sejalan dengan tuntutan reformasi dan paradigma dalam penyelenggaraan peradilan, maka sesungguhnya peran dan tugas aparat penegak hukum adalah mengembalikan fungsi dan tujuan penegakan hukum agar tidak kehilangan kekuatannya memberikan perlindungan hukum bagi semua orang sehingga penegakan hukum tersebut tidak hanya tajam kebawah tapi juga tajam keatas yang mencerminkan rasa keadilan yang bersifat *total justice* tersebut (penafsiran historis dan filosofis)

c) Menimbang, bahwa oleh karena itu adanya lembaga praperadilan adalah sebagai kontrol yang bersifat horizontal dari lembaga yudikatif terhadap proses penegakan hukum oleh aparat penegak hukum sehingga pada akhirnya diharapkan para aparat penegak hukum tersebut tetap bekerja pada ruang dan ruang lingkup yang ditentukan

peraturan hukum dan perundang-undangan (penafsiran filosofis dan holistik)

- d) Menimbang, bahwa pertimbangan-pertimbangan tersebut perlu dikemukakan karena apabila pengadilan negeri mempertimbangkan dasar-dasar dan alasan yuridis putusan ini menjadi jelas baik ratio pertimbangan hukumnya maupun obitur diktum putusan sehingga dapat dipahami oleh semua pihak dan masyarakat, bagaimana sesungguhnya penegakan hukum telah dilaksanakan dengan sungguh-sungguh dalam rangka menegakan keadilan dan kebenaran, sehingga semangat pemberantasan korupsi tetap dilakukan dalam koridor-koridor aturan hukum tanpa melanggar aturan hukum itu sendiri (penafsiran filosofis)

Sedangkan pada perkara Tasrim, penafsiran hukum dapat dilihat pada pertimbangan Hakim sebagai berikut :

- a) Menimbang, bahwa berdasarkan Pasal 10 ayat (1) UU No. 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Kosntitusi sebagaimana telah diubah dengan UU No. 8 Tahun 2001 tentang perubahan atas UU No. 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi berbunyi Mahkamah Konstitusi berwenang

mengadili pada tingkat pertama dan terakhir yang putusannya bersifat final....;

- b) Menimbang, bahwa dari ketentuan tersebut sekali lagi diperjelas bahwa Putusan Mahkamah Konstitusi langsung memperoleh kekuatan hukum tetap sejak diucapkan dan tidak ada upaya hukum yang dapat ditempuh. Sifat final dalam Putusan Mahkamah Konstitusi dalam undang-undang mencakup pula ketentuan hukum mengikat (*final and binding*) sebagaimana dalam penjelasan Pasal 10 ayat (1) Undang-Undang Mahkamah Konstitusi;
- c) Menimbang, bahwa selain dari itu makna kata final dalam Putusan Mahkamah Konstitusi berarti Putusan Mahkamah Konstitusi berkekuatan hukum tetap setelah selesai diucapkan dalam sidang yang terbuka untuk umum dan tidak terdapat upaya hukum yang dapat ditempuh terhadap putusan itu. Sifat mengikat bermakna bahwa Putusan Mahkamah Konstitusi tidak hanya berlaku bagi pihak tetapi juga masyarakat Indonesia.
- d) Menimbang, bahwa oleh karena Putusan Mahkamah Konstitusi mengikat dan final sejak diucapkan maka segala

apa yang telah diputuskan oleh Mahkamah Konstitusi berlaku saat itu juga, artinya haruslah dilaksanakan mulai saat itu juga, yang dalam kaitannya dengan permohonan praperadilan yang diajukan oleh pemohon karea dirinya ditetapkan sebagai tersangka pada tanggal 23 Mei 2013 maka Putusan Mahkamah Konstitusi tidaklah dapat menjangkau hal-hal yang terjadi sebelum Putusan Nomor 21/PUU-XII/2014 tanggal 28 April 2015 karena dalam Pasal 77 KUHAP dengan tegas dan jelas membatasi wewenang praperadilan dimana penetapan tersangka bukan bagian dari wewenang praperadilan;

- e) Menimbang, bahwa dari uraian pertimbangan tersebut diatas, Hakim tidak sependapat dengan pendapat ahli pemohon Prof. Dr. H. Said Karim, S.H., M.H. M.Si. mengenai penetapan tersangka sebelum Putusan Mahkamah Konstitusi merupakan wewenang praperadilan, terlebih lagi mengacu pada amar Putusan Mahkamah Konstitusi No. 21/PUU-XII/2014 yaitu sejak tanggal putusan diucapkan tanggal 28 April 2015 maka Pasal 77 huruf a KUHAP tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat sepanjang tidak dimaknai termasuk penetapan tersangka, penggeledahan, dan penyitaan;

- f) Menimbang, berdasarkan segala hal-hal yang telah dipertimbangkan tersebut diatas, Hakim berpendapat bahwa untuk menguji penetapan tersangka dalam perkara ini bukan masuk kewenangan praperadilan karena yang diperiksa terhadap permohonan ini berkaitan dengan surat penetapan tersangka pada tanggal 23 Mei 2013 sesuai dengan Surat Perintah Penyidikan Nomor : PRINT-01/R.3.18/Fd.1/05/2013 jauh sebelum Putusan Mahkamah Konstitusi diucapkan, sehingga dengan demikian maka permohonan praperadilan pemohon dinyatakan ditolak dan untuk itu permohonan selain dan selebihnya tidak perlu dipertimbangkan lagi;
- g) Menimbang, bahwa mengenai bukti-bukti yang diajukan baik oleh pihak pemohon maupun termohon yang menyangkut dengan unsur-unsur dari tindak pidana *a quo* dan materi perkara maka tidak akan dipertimbangkan lebih lanjut.

Penafsiran dalam hukum bertujuan agar proses penegakan hukum di pengadilan dapat mewujudkan tujuan hukum yaitu keadilan, kemanfaatan, dan kepastian, sehingga semakin banyak penafsiran yang digunakan maka putusan yang dilahirkan akan semakin mendekati nilai-nilai keadilan, kepastian, dan kemanfaatan

serta jauh dari tercederainya hak asasi seseorang. Hal ini dikarenakan putusan yang menggunakan banyak penafsiran telah dipertimbangkan dan diverifikasi dari berbagai aspek khususnya aspek tujuan, sampai pada aspek yang filosofis mengenai nilai-nilai keadilan yang sifatnya sangat fundamental. Mengenai jenis-jenis penafsiran hukum sendiri, hampir tidak ada putusan yang lahir tanpa menggunakan penafsiran gramatikal dan harfiah sebab dengan penafsiran ini Hakim dapat mengerti makna kata dan kalimat yang terkandung pada pasal-pasal sehingga dapat diimplementasikan pada suatu perkara. Penafsiran gramatikal pula yang membuka jalan dapat dilakukan penafsiran-penafsiran lainnya. Maka untuk mencapai tujuan hukum khususnya dalam bingkai sistem hukum Indonesia yang menganut kodifikasi, penafsiran gramatikal dan harfiah saja tidaklah cukup, sebagaimana pendapat Visser't Hoff bahwa di negara yang menganut tertib hukum kodifikasi, maka teks harfiah undang-undang sangat penting, namun penafsiran gramatikal saja dianggap tidak mencukupi, apalagi jika mengenai norma yang hendak ditafsirkan itu sudah menjadi perdebatan²¹⁶. Oleh karena itu, berdasarkan analisis penulis pada ketiga perkara dengan kronologi yang sama terkait dengan penerapan prinsip non retroaktif, pertimbangan Hakim pada perkara Ilham Arief Sirajuddin dan Hadi Poernomo jauh lebih mendekati tujuan hukum karena menggunakan berbagai penafsiran

²¹⁶ *Ibid.*

mulai dari harfiah, gramatikal, historis, teleologis, filosofis, dan holistik. Berbeda dengan perkara Tasrim yang mana Hakim hanya menggunakan penafsiran harfiah dan gramatikal, terlihat dari cara Hakim yang sejak awal hanya menafsirkan makna kata “final” pada Putusan Mahkamah Konstitusi dalam Undang-Undang Mahkamah Konstitusi secara harfiah tanpa menganalisis bagaimana penerapan sifat final tersebut sehingga ditafsirkan sama dengan prinsip non retroaktif pada asas legalitas yang mana tafsir Hakim pun terhadap penerapan prinsip non retroaktif bertentangan dengan tafsir konstitusional Mahkamah Konstitusi dalam Putusan MK No. 65/PUU-IX/2011 yang akan penulis elaborasi lebih lanjut pada poin analisis berikutnya. Selain itu, Hakim tidak menggunakan tafsir historis dan filosofis untuk mengetahui *ratio legis* penambahan objek melalui Putusan MK No. 21/PUU-XII/2014, serta Hakim juga tidak menggunakan tafsir holistik untuk mengetahui alasan-alasan kodifikasi hukum acara pidana dalam KUHAP sebagaimana pada putusan praperadilan Ilham Arief Sirajuddin dan Hadi Poernomo. Oleh karena itu, menurut penulis hal inilah yang membuat putusan praperadilan Tasrim sangat jauh dari tujuan hukum yaitu nilai-nilai keadilan, kemanfaatan, dan kepastian.

Kemudian penulis akan menganalisis dari perspektif asas legalitas. *Ratio legis* Asas Legalitas sebagaimana penulis telah paparkan pada tinjauan pustaka bahwa cikal bakal asas legalitas

pada umumnya dimulai pada zaman dimana hukum pidana belum tertulis ditandai adanya Revolusi Perancis dimana rakyat bergejolak menuntut keadilan atas kesewenang-wenangan penguasa pada waktu itu. Bahkan sejarah mencatat berbagai teori-teori yang menjadi benih lahirnya Asas Legalitas seperti ajaran Montesquie yang dituangkan dalam bukunya *l'Aspritrn des Lois*, 1748 mengenai pemisahan kekuasaan menjadi 3 (tiga) jenis (*trias politica*), termasuk kemunculan konsep asas legalitas juga tercermin dari Jean Jacques Rousseau (1712-1778) dengan ajarannya tentang “Fiksi Perjanjian Masyarakat” atau yang dikenal dengan Teori Kontrak Sosial. Melalui tulisannya yang berjudul *Du Contract Social* (1762). Meskipun tidak pernah menggunakan istilah asas legalitas secara langsung, akan tetapi maksud dari pelajaran kedua tokoh tersebut adalah melindungi individu terhadap tindakan penegak hukum yang sewenang-wenang, yaitu melindungi kemerdekaan pribadi individu terhadap tuntutan tindakan yang sewenang-wenang.

Adapun secara *expressive verbis*, pencetus asas legalitas yakni Paul Johan Anslern Von Feuerbach (1775-1883), seorang sarjana hukum pidana Jerman dalam bukunya *Lehrbuch des Penlichen recht* pada tahun 1801. Jika dilihat dari situasi dan kondisi lahirnya asas legalitas, tidak dapat dinafikan bahwa asas tersebut ditujukan untuk melindungi kepentingan individu, sebagai ciri utama tujuan hukum pidana aliran klasik. Secara tegas, seorang

juris terkenal dari Jerman, Franz von Liszt menulis, “*the nullum crimen against the State’s omnipotence; they protect the individual against the brutal force of the majority, against the Leviathan*”. Aliran klasik ini lahir sebagai reaksi terhadap *ancient regime* yang *arbitrair* pada abad ke-18 di Prancis, yang banyak menimbulkan ketidakpastian hukum, ketidaksamaan dalam hukum, dan ketidakadilan, sehingga menghendaki hukum yang tersusun secara sistematis dan bertitik berat pada kepastian hukum, semata-mata untuk melindungi kepentingan individu dari kesewenang-wenangan penguasa.

Dari sini dapat dipahami bahwa pada dasarnya kepastian hukum yang ingin dicapai dengan menggunakan alat yaitu asas legalitas ialah untuk melindungi hak dan kepentingan individu dari tindakan penegak hukum yang sewenang-wenang sehingga seharusnya setiap pertimbangan Hakim dalam memutus perkara di pengadilan haruslah berarah pada perlindungan individu. Oleh karena itu, penulis berpendapat bahwa Putusan Praperadilan Ilham Arief Sirajuddin dan Putusan Praperadilan Hadi Poernomo telah sejalan dengan gagasan *ratio legis* asas legalitas. Sedangkan Putusan Perkara Praperadilan No.1/Pid.Prap/2015/PN.Psw dengan pemohon Tasrim yang mendalihkan asas legalitas dalam pertimbangannya namun justru berujung pada tercederainya hak Tasrim untuk mendapat kepastian hukum yang adil dan pembiaran

terhadap tindakan sewenang-wenang Jaksa Penyidik dalam proses penegakan hukum bertentangan dengan *ratio legis* lahirnya asas legalitas itu sendiri.

Senafas dengan *ratio Legis* lahirnya Putusan MK No. 21/PUU-XII/2014 yang berisi penambahan objek praperadilan termasuk didalamnya adalah penetapan tersangka sebagaimana penulis telah paparkan pada tinjauan pustaka yaitu untuk melindungi hak seseorang dari tindakan sewenang-wenang penyidik yang kemungkinan besar dapat terjadi ketika seseorang ditetapkan sebagai tersangka. Hal ini dapat dilihat pada pertimbangan Hakim Mahkamah Konstitusi pada putusan tersebut, sebagai berikut :

“Bahwa hakikat keberadaan pranata praperadilan adalah sebagai bentuk pengawasan dan mekanisme keberatan terhadap proses penegakan hukum yang terkait erat dengan jaminan perlindungan Hak Asasi Manusia. Namun demikian, dalam perjalanannya ternyata lembaga praperadilan tidak dapat berfungsi secara maksimal karena tidak mampu menjawab permasalahan yang ada dalam proses pra-adjudikasi. Fungsi pengawasan yang diperankan pranata praperadilan hanya bersifat post facto sehingga tidak sampai pada penyidikan dan pengujiannya hanya bersifat formal yang mengedepankan unsur objektif, sedangkan unsur subjektif tidak dapat diawasi oleh pengadilan.”

Hakim Mahkamah Konstitusi kemudian melanjutkan pertimbangan pada poin selanjutnya, sebagai berikut “

“Bahwa untuk memenuhi maksud dan tujuan yang hendak ditegakkan dan dilindungi dalam proses praperadilan adalah tegaknya hukum dan perlindungan hak asasi manusia sebagai tersangka/terdakwa dalam pemeriksaan penyidikan dan penuntutan (vide pertimbangan hukum Mahkamah dalam Putusan MK No. 65/PUU-IX/2011, bertanggal 1 Mei 2012, juncto Putusan MK No. 78/PUU-XI/2013, bertanggal 20 Februari 2014), serta dengan memperhatikan nilai-nilai hak asasi manusia yang terdapat dalam Undang-Undang Nomor 39 Tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia dan perlindungan hak asasi manusia yang termaktub dalam Bab XA UUD 1945, maka setiap tindakan penyidik yang tidak memegang teguh prinsip kehati-hatian dan diduga telah melanggar hak asasi manusia dapat dimintakan perlindungan kepada pranata praperadilan. Oleh karena penetapan tersangka adalah bagian dari proses penyidikan yang merupakan perampasan terhadap hak asasi manusia maka seharusnya penetapan tersangka oleh penyidik merupakan objek yang dapat dimintakan perlindungan melalui ikhtiar hukum pranata praperadilan. Hal tersebut semata-mata untuk melindungi seseorang dari tindakan sewenang-wenang penyidik yang kemungkinan besar dapat terjadi ketika seseorang ditetapkan sebagai tersangka, padahal dalam prosesnya ternyata

ada kekeliruan maka tidak ada pranata lain selain pranata praperadilan yang dapat memeriksa dan memutusnya. Dimasukkannya keabsahan penetapan tersangka sebagai objek pranata praperadilan adalah agar perlakuan terhadap seseorang dalam proses pidana memperhatikan tersangka sebagai manusia yang mempunyai harkat, martabat, dan kedudukan yang sama di hadapan hukum.”

Melalui pertimbangan Mahkamah Konstitusi tersebut maka penulis berpendapat bahwa Putusan Perkara Praperadilan No. 32/Pid.Prap/2015/PN.Jkt.Sel dan Putusan Perkara Praperadilan No. 36/Pid.Prap/2015/PN.Jkt.Sel telah sejalan dengan *ratio legis* lahirnya Putusan MK No. 21/PUU-XII/2014 yaitu dengan menyatakan bersalah penyidik KPK yang telah sewenang-wenang melakukan penetapan tersangka tanpa adanya bukti permulaan sehingga bertentangan dengan prosedur yang diatur dalam KUHAP serta melindungi hak Ilham Arief Sirajuddin dan Hadi Poernomo untuk mendapat kepastian hukum yang adil melalui proses hukum yang semestinya. Berbanding terbalik dengan perkara Tasrim, meskipun kronologinya sama yaitu penetapan tersangka dilakukan sebelum penambahan objek praperadilan melalui Putusan Mahkamah Konstitusi, penulis berpendapat Putusan Perkara Praperadilan No. 1/Pid.Prap/2015/PN.Psw tidak sejalan dengan *ratio legis* lahirnya Putusan MK No. 21/PUU-XII/2014. Hal ini

disebabkan karena Hakim telah mengamini bahwa dalam proses penetapan tersangka Tasrim, Jaksa Penyidik sewenang-wenang melakukan penetapan tersangka Tasrim tanpa satu pun bukti yang sah dan bertentangan dengan prosedur yang semestinya berdasarkan KUHAP, akan tetapi Hakim dengan menggunakan penafsiran gramatikal yang kaku tanpa bantuan penafsiran historis dan sistematis tentang makna dan *ratio legis* lahirnya prinsip non retroaktif dalam asas legalitas, Hakim melakukan pembiaran terhadap tindakan sewenang-wenang itu dengan menolak permohonan Tasrim yang tentu berujung pada tercederainya hak asasi Tasrim untuk mendapatkan kepastian hukum yang adil dalam proses penegakan hukumnya sebagaimana yang telah dijamin oleh UUD NRI 1945 pada Pasal Pasal 28D Ayat (1) UUD NRI 1945, yang berbunyi :

“Setiap orang berhak atas pengakuan, jaminan, perlindungan, dan kepastian hukum yang adil serta perlakuan yang sama dihadapan hukum”.

Juga bertentangan dengan Pasal 28G ayat (1) UUD NRI 1945, bahwa :

“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.”

Masih dalam perspektif asas legalitas, penulis akan menganalisis keabsahan pertimbangan Hakim mengenai tafsir terhadap penerapan prinsip non retroaktif pada ketiga perkara tersebut telah sejalan dengan Putusan MK No. 069/PUU-II/2004 yang berisi tafsir konstitusional terhadap prinsip non retroaktif dalam asas legalitas. Sebagaimana telah penulis paparkan sebelumnya, bahwa terjadi dualisme penegakan hukum akibat perbedaan tafsir mengenai penerapan prinsip non retroaktif yang terbukti pada perbedaan pertimbangan Hakim pada ketiga perkara tersebut.

Sebagaimana yang telah penulis paparkan sebelumnya pada tinjauan pustaka bahwa Putusan MK No. 069/PUU-II/2004, Mahkamah Konstitusi menyatakan bahwa suatu ketentuan adalah mengandung pemberlakuan hukum secara retroaktif (*ex post facto law*) jika ketentuan yang dimaksud antara lain :

- a) Menyatakan seseorang bersalah karena melakukan suatu perbuatan yang ketika perbuatan tersebut dilakukan bukan merupakan perbuatan yang dapat dipidana; dan

- b) Menjatuhkan hukuman atau pidana yang lebih berat daripada hukuman atau pidana yang berlaku pada saat perbuatan itu dilakukan.²¹⁷

Dari tafsir konstitusional ini, maka Irmanputra Sidin dalam disertasinya menyimpulkan bahwa hanya terdapat dua prinsip non retroaktif yang ditegaskan MK yaitu :²¹⁸

- a) Pemidanaan atau kriminalisasi sesuatu yang bukan tindak pidana sebelumnya menjadi tindak pidana. Misalnya, orang yang “menangis” sebelumnya bukan terkategori tindak pidana kemudian lahir suatu “Undang-Undang Anti Menangis”, maka orang yang menangis sebelum UU tersebut diundangkan/diberlakukan tidak dapat dijatuhi pidana dengan Undang-Undang Anti Menangis tersebut bahkan “dituntut sekalipun sangat diharamkan”. Ditunjang lagi bahwa dalam bingkai hukum internasional yang diakui oleh masyarakat beradab bahwa “menangis” bukanlah kejahatan yang harus dihukum.
- b) Pemberatan atau inkriminalisasi. Misalnya, suatu korupsi berdasarkan Undang-Undang Anti Korupsi Tahun 1971 ancaman maksimalnya hanya 15 tahun kemudian lahir

²¹⁷ Andi Irmanputra Sidin, *Loc.Cit.*

²¹⁸ Andi Irmanputra Sidin, *Loc.Cit.*

Undang-Undang Anti Korupsi Tahun 1999 dengan ancaman maksimalnya hukuman mati, maka pelaku korupsi tahun 1975, tidak dapat dijatuhi hukuman mati karena Undang-Undang Anti Korupsi Tahun 1999 belum hadir dan berlaku. Hal ini berlaku asas dalam hukum pidana yaitu bahwa yang berlaku adalah ketentuan yang paling menguntungkan terdakwa.

Mahkamah Konstitusi menggunakan landasan hukum internasional guna membangun prinsip non retroaktif Pasal 28I Ayat 1 Perubahan Kedua UUD 1945. Dalam pertimbangannya, Mahkamah Konstitusi mengutip Pasal 12 Ayat (2) Deklarasi Universal HAM 1948, yaitu :²¹⁹

“No one shall be held guilty of any penal offence on account of any act or omission which did not constitute a penal offence ... at the time when it was committed. Not shall be heavier penalty shall be imposed than the one that was applicable at the time the penal offence was committed”.

Selain ketentuan UDHR tersebut meski tidak eksplisit, Mahkamah Konstitusi juga mengakui keterangan Komariah E. Sapardja dan Romli Atmasasmita ketika menjadi ahli dalam persidangan perkara pengujian undang-undang tersebut. Ahli menyampaikan

²¹⁹ Andi Irmanputra Sidin, *Loc.Cit.*

keterangannya bahwa sesungguhnya prinsip non retroaktif hanya sebatas perbuatan pidana saja.

Dari pertimbangan Mahkamah Konstitusi, teori Irmanputra Sidin, dan pendapat ahli Komariah E. Sapardja dan Romli Atmasasmita dapat disimpulkan bahwa ketentuan hukum formil mengenai penambahan objek praperadilan dalam Putusan MK No. 21/PUU-XII/2014 tidak mengandung pemberlakuan hukum secara retroaktif yang diatur dalam pasal 28l Ayat 1 UUD NRI 1945 karena sama sekali tidak memuat unsur-unsur pembedaan (kriminalisasi) dan pemberatan (inkriminalisasi) sehingga seharusnya dapat berlaku surut.

Melalui analisis terhadap pertimbangan Mahkamah Konstitusi tersebut maka penulis berpendapat bahwa Putusan Perkara Praperadilan No. 32/Pid.Prap/2015/PN.Jkt.Sel dan Putusan Perkara Praperadilan No. 36/Pid.Prap/2015/PN.Jkt.Sel telah sejalan dengan Putusan MK No. 069/PUU-II/2004 karena mengabulkan permohonan Ilham Arief Sirajuddin dan Hadi Poernomo serta tidak mempersoalkan pemberlakuan hukum retroaktif terhadap penetapan tersangka keduanya yang dilakukan sebelum penambahan objek praperadilan melalui Putusan MK No. 21/PUU-XII/2014 pada tanggal 28 April 2015 semata-mata demi memberikan perlindungan bagi Ilham Arief Sirajuddin dan Hadi Poernomo dari proses penegakan hukum yang sewenang-wenang.

Dalam hal ini, Hakim Pengadilan Jakarta Selatan meyakini bahwa materi muatan Putusan MK No. 21/PUU-XII/2014 yang mengatur persoalan hukum formil tidak mengandung pemberlakuan hukum retroaktif sebagaimana tafsir konstitusional dalam Putusan MK No. 069/PUU-II/2004 diatas sehingga dapat diterapkan pada penetapan tersangka yang dilakukan sebelum penambahan objek praperadilan.

Sedangkan pada perkara Tasrim, pertimbangan Hakim dalam Putusannya No.1/Pid.Prap/2015/PN.Psw sangat berbanding terbalik dengan Putusan MK No. 069/PUU-II/2004 serta Putusan Praperadilan Perkara Ilham Arief Sirajuddin dan Hadi Poernomo. Hakim menolak seluruh permohonan Tasrim karena menganggap Putusan MK No. 21/PUU-XII/2014 yang mengatur persoalan hukum formil, mengandung pemberlakuan hukum retroaktif jika diterapkan pada perkara sebelum diucapkannya Putusan Mahkamah Konstitusi tersebut sehingga terhadap perkara yang penetapan tersangkanya dilakukan sebelum penambahan objek praperadilan, tidak menjadi kewenangan pranata praperadilan meskipun terbukti penyidik melakukan tindakan sewenang-wenang dalam proses penetapan tersangka. Hal ini terbukti dari poin pertimbangan Hakim yang berbunyi :

- a) Menimbang, bahwa karena putusan Mahkamah Konstitusi mengikat dan final sejak diucapkan maka segala apa yang

telah diputuskan oleh Mahkamah Konstitusi berlaku saat itu juga, artinya haruslah dilaksanakan mulai saat itu juga, yang dalam kaitannya dengan permohonan praperadilan yang diajukan oleh pemohon karena dirinya ditetapkan sebagai tersangka pada tanggal 23 Mei 2013 maka Putusan Mahkamah Konstitusi tidaklah dapat menjangkau hal-hal yang terjadi sebelum Putusan MK No. 21/PUU-XII/2014 tanggal 28 April 2015 karena aturan dalam Pasal 77 KUHAP dengan tegas dan jelas membatasi wewenang praperadilan dimana penetapan tersangka bukan bagian dari wewenang praperadilan;

- b) Menimbang, bahwa berdasarkan segala hal-hal yang telah dipertimbangkan tersebut diatas Hakim berpendapat bahwa untuk menguji penetapan tersangka dalam perkara ini bukan masuk kewenangan praperadilan karena yang diperiksa terhadap permohonan ini berkaitan dengan surat penetapan tersangka pada tanggal 23 Mei 2013 sesuai dengan Surat Perintah Penyidikan Nomor : Print-01/R.3.15/Fd.I/05/2013 jauh sebelum Putusan Mahkamah Konstitusi diucapkan, sehingga dengan demikian maka permohonan praperadilan Pemohon dinyatakan ditolak dan untuk itu permohonan selain dan selebihnya tidak perlu dipertimbangkan.

Tafsir konstitusional Mahkamah tersebut, kiranya mendukung landasan teori penelitian ini terkait tafsir makna yang terkandung dalam asas legalitas sebagaimana pada tinjauan pustaka. Dari berbagai tafsir tentang makna yang terkandung dalam asas legalitas, penulis sepakat dengan tafsir dari Groenhuisen seperti yang dikutip oleh Komariah Emong Sapardja, bahwa terdapat 4 (empat) makna yang terkandung dalam asas legalitas, yaitu *pertama*, pembuat undang-undang tidak boleh memberlakukan suatu ketentuan pidana berlaku mundur. *Kedua*, semua perbuatan yang dilarang harus dimuat dalam rumusan delik yang sejelas-jelasnya. *Ketiga*, Hakim dilarang menyatakan bahwa terdakwa melakukan perbuatan pidana didasarkan pada hukum tidak tertulis atau hukum kebiasaan. *Keempat*, terhadap peraturan hukum pidana dilarang menerapkan analogi. Artinya, dalam hukum formil tidak berlaku larangan pemberlakuan hukum retroaktif sehingga tidak bertentangan dengan Pasal 28I ayat (1) UUD NRI Tahun 1945 tentang hak untuk tidak dituntut atas dasar hukum yang berlaku surut.

Pendapat diatas juga sejalan dengan pemikiran Penyidik KPK sebagai termohon dalam perkara Ilham Arief Sirajuddin yang meyakini bahwa prinsip non retroaktif hanya berlaku pada hukum materiil tetapi tidak berlaku pada hukum formil. Pemikiran tersebut dapat dilihat pada poin keberatan (eksepsi)nya sebagai berikut :

- a) Bahwa mengenai penerapan asas legalitas sebagaimana ditegaskan dalam Pasal 3 KUHAP tersebut, maka perlu dipahami terlebih dahulu empat makna dari asas legalitas. Pertama, terhadap ketentuan pidana tidak boleh berlaku surut (non retroaktif/*lex praevia*). Kedua, ketentuan pidana harus tertulis dan tidak boleh dipidana berdasarkan hukum kebiasaan (*lex scripta*). Rumusan ketentuan pidana harus jelas (*lex certa*). Keempat, ketentuan pidana harus ditafsirkan secara ketat dan larangan analogi (*lex stricta*).
- b) Bahwa berbeda dengan hukum acara, asas legalitas dalam hukum acara pidana hanya mengandung 3 (tiga) makna. Pertama, *lex scripta*, yang berarti bahwa penuntutan dalam acara pidana harus bersifat tertulis. Kedua, *lex certa*, yang berarti hukum acara pidana harus memuat ketentuan yang jelas. Ketiga, *lex stricta*, yang berarti bahwa hukum acara pidana harus ditafsirkan secara ketat mengingat sifat keresmian dalam hukum acara pidana dan karakter hukum acara pidana yang sedikit banyaknya mengekang hak asasi manusia.

Oleh karena bertentangan dengan *ratio legis* Putusan MK No. 21/PUU-XII/2014 dan tafsir konstitusional dalam Putusan MK No. 069/PUU-II/2004 maka menurut penulis dalih Hakim menolak

permohonan Tasrim atas dasar asas legalitas justru bertentangan dengan *ratio legis* dan makna yang terkandung dalam asas legalitas itu sendiri khususnya mengenai prinsip non retroaktif dengan kata lain tafsir Hakim tentang prinsip non retroaktif dalam putusan praperadilan Tasrim adalah tafsir yang salah. Sedangkan pada putusan praperadilan Ilham Arief Sirajuddin dan Hadi Poernomo telah tepat dan benar.

B. 4. Analisis Beberapa Putusan Praperadilan dari Perspektif Tujuan Hukum Acara

Dari perspektif tujuan hukum acara, menurut penulis Putusan Praperadilan Tarsim No.1/Pid.Prap/2015/PN.Psw juga bertentangan dengan tujuan disusunnya Kitab Undang-undang Hukum Acara Pidana (KUHAP). Sebagaimana yang penulis telah jelaskan pada tinjauan pustaka dengan mengutip pendapat Romli Atmasasmita bahwa secara singkat KUHAP memiliki 5 (lima) tujuan, yaitu :²²⁰

- 1) Perlindungan atas harkat dan martabat manusia (tersangka atau terdakwa);
- 2) Perlindungan atas kepentingan hukum dan pemerintahan;
- 3) Kodifikasi dan unifikasi Hukum Acara Pidana;

²²⁰ Romli Atmasasmita, *Loc. Cit.*

- 4) Mencapai kesatuan sikap dan tindakan aparat penegak hukum; dan
- 5) Mewujudkan Hukum Acara Pidana yang sesuai dengan Pancasila dan UUD 1945.

Jika menilik rumusan tersebut maka penulis berpendapat bahwa tujuan Hukum Acara Pidana tidak tercapai pada proses penegakan hukum dalam perkara Tasrim yaitu *pertama*, suatu kebenaran materiil berupa kebenaran hakiki dan lengkap dari suatu perkara pidana melalui penerapan ketentuan Hukum Acara Pidana secara tepat dan jujur. *Kedua*, menentukan subjek hukum berdasarkan alat bukti yang sah, hingga dapat didakwa melakukan suatu tindak pidana. *Ketiga*, menggariskan suatu pemeriksaan dan putusan pengadilan, agar dapat ditentukan apakah suatu tindak pidana telah terbukti dilakukan orang yang telah didakwa. Faktanya, tindak pidana korupsi tidak terbukti dilakukan oleh Tasrim karena penyidik tidak memiliki satu pun alat bukti yang sah.

B. 5. Analisis Beberapa Putusan Praperadilan dari Perspektif Hak Asasi Manusia

Dari perspektif hak asasi manusia. Dari perspektif hak asasi manusia yang dijamin oleh hukum, penulis berpendapat bahwa

untuk	Putusan	Perkara	Praperadilan	No.
-------	---------	---------	--------------	-----

32/Pid.Prap/2015/PN.Jkt.Sel dan Putusan Perkara Praperadilan No. 36/Pid.Prap/2015/PN.Jkt.Sel yang mengabulkan permohonan Ilham Arief Sirajuddin dan Hadi Poernomo telah selaras dengan penjaminan atas hak-hak sipil yang diatur dalam UUD NRI Tahun 1945 sebagaimana yang telah penulis jelaskan sebelumnya pada tinjauan pustaka dengan mengutip pendapat Jimly Asshiddiqie yang melakukan pembagian materi HAM menjadi 4 (empat kelompok). Sedangkan pada perkara No.1/Pid.Prap/2015/PN.Psw dengan Pemohon Tasrim, menurut penulis bertentangan dengan banyak sekali hak-hak sipil yang dijamin oleh UUD NRI Tahun 1945 dan UU No. 39 Tahun 1999 Tentang Hak Asasi Manusia (HAM), diantaranya :

- a) Hak untuk diakui sebagai pribadi di hadapan hukum (Pasal 28I ayat (1) UUD NRI 1945);
- b) Hak atas kepastian hukum yang adil (Pasal 28D ayat (1) UUD NRI 1945);
- c) Hak atas perlakuan yang sama di hadapan hukum (Pasal 28H ayat (2) dan Pasal 4 UU HAM);
- d) Hak untuk bebas dari perlakuan diskriminatif dan mendapatkan perlindungan hukum dari perlakuan yang bersifat diskriminatif tersebut (Pasal 28I ayat (2) dan Pasal 3 ayat (3), 17, 26 (2) UU HAM); dan

- e) Hak untuk memperoleh keadilan melalui proses peradilan dan hukum acara yang menjamin pemeriksaan yang obyektif dan adil untuk memperoleh putusan yang adil dan benar (Pasal 17 UU HAM).

Hak sipil merupakan hak dasar yang bersifat fundamental melekat pada diri seseorang sejak kelahirannya dan termasuk kategori hak negatif yang dijamin oleh konstitusi, peraturan perundang-undangan nasional maupun instrumen hukum internasional seperti Pasal 3 sampai 21 Deklarasi Universal Hak Asasi Manusia Tahun 1948 (DUHAM 1948) dan kemudian dalam Konvenan Internasional Tahun 1966 tentang Hak Sipil dan Politik. Hak sipil menjadi isu krusial yang diangkat pada periode generasi pertama HAM yang kemudian melahirkan Deklarasi Prancis yang fenomenal sebagai sebuah mahakarya dalam sejarah HAM dunia. Oleh karena itu, pelanggaran terhadap hak sipil sejatinya merupakan pelanggaran HAM yang sangat serius.

Indonesia sendiri telah mengesahkan Konvenan Internasional tentang Hak Sipil dan Politik dalam UU No. 12 Tahun 2005 tentang Pengesahan *International Covenant On Civil and Politic Rights*, yang merupakan bentuk komitmen negara untuk melakukan penjaminan dan perlindungan hak-hak sipil dan politik warga negara. Bahkan, sejarah mencatat bahwa pada tanggal 13 November 1998, Majelis Permusyawaratan Rakyat (MPR) sebagai

lembaga tertinggi negara dan representatif rakyat Indonesia, mengambil keputusan yang sangat penting artinya bagi pemajuan dan perlindungan HAM, yaitu dengan mengesahkan Ketetapan Majelis Permusyawaratan Rakyat Republik Indonesia Nomor XVII/MPR/1998 tentang Hak Asasi Manusia, yang lampirannya memuat “Pandangan dan Sikap Bangsa Indonesia terhadap Hak Asasi Manusia” dan “Piagam Hak Asasi Manusia”. Konsideran Ketetapan MPR Nomor XVII/MPR/1998 tersebut menyatakan, antara lain :²²¹

“Bahwa Pembukaan Undang-Undang Dasar 1945 telah mengamanatkan pengakuan, penghormatan, dan kehendak bagi pelaksanaan hak asasi manusia dalam menyelenggarakan kehidupan bermasyarakat, berbangsa dan bernegara” (Huruf b) dan

“Bahwa bangsa Indonesia sebagai bagian masyarakat dunia patut menghormati hak asasi manusia yang termaktub dalam Deklarasi Universal Hak Asasi Manusia Perserikatan Bangsa-Bangsa serta instrumen internasional lainnya mengenai hak asasi manusia” (Huruf c).

Selanjutnya, Ketetapan MPR tersebut menyatakan bahwa :²²²

²²¹ Konsideran UU No. 12 Tahun 2005 tentang Pengesahan *International Covenant On Civil and Politic Rights*.

²²² *Ibid.*

“Bangsa Indonesia sebagai anggota Perserikatan Bangsa-Bangsa mempunyai tanggung jawab untuk menghormati Deklarasi Universal Hak Asasi Manusia (Universal Declaration of Human Rights) dan berbagai instrumen internasional lainnya mengenai hak asasi manusia”.

Sebagaimana diketahui bahwa DUHAM 1948, Kovenan Internasional tentang Hak Sipil dan Politik, Protokol Opsional pada Kovenan Internasional tentang Hak Sipil dan Politik serta Kovenan Internasional tentang Hak Ekonomi, Sosial, dan Budaya adalah instrumen-instrumen internasional utama mengenai HAM dan yang lazim disebut sebagai *“International Bill of Human Rights”* (Prasasti Internasional tentang Hak Asasi Manusia), yang merupakan instrumen-instrumen internasional inti mengenai HAM.²²³ Melihat fenomena tersebut, tentu bertentangan dengan ketika didudukkan pada konsep Negara Hukum sebagaimana yang telah penulis paparkan sebelumnya dengan membawa Teori Konsep Negara Hukum *Rule of Law* dari A.V. Dicey dan Teori Negara Hukum *Rechtsstaat* oleh Friedrich Julius Stahl bahwa unsur mutlak sebuah negara hukum adalah adanya jaminan perlindungan HAM.

²²³ *Ibid*

B. 6. Analisis Beberapa Putusan Praperadilan dari Perspektif Tujuan Hukum

Terakhir, penulis juga merasa penting untuk membawa fenomena ini pada tataran tujuan hukum keadilan dan kepastian untuk melihat, apakah dalih penolakan Hakim terhadap permohonan Tasrim pada Perkara Praperadilan No.1/Pid.Prap/2015/PN.Psw telah mewujudkan ketiga tujuan hukum tersebut atau justru sebaliknya. Dari perspektif keadilan, sebagaimana yang telah penulis paparkan sebelumnya bahwa pada garis besarnya, perdebatan mengenai keadilan terbagi atas 2 arus pemikiran, yang pertama adalah Keadilan yang metafisik yang diwakili oleh Plato bahwa sumber Keadilan itu asalnya dari inspirasi dan intuisi, sedangkan yang kedua Keadilan yang rasional diwakili oleh Aristoteles. Keadilan yang metafisik, diwakili oleh Plato, sedangkan Keadilan yang rasional diwakili oleh pemikiran Aristoteles yang mengambil sumber pemikirannya dari prinsip-prinsip umum dari rasionalitas tentang Keadilan. Pemetaan dua arus utama pemikiran Keadilan ini kemudian ditegaskan kembali oleh John Rawls bahwa aliran pemikiran dalam tema Keadilan juga terbagi atas dua arus utama, yakni yang pertama, aliran etis dan yang kedua, aliran institutif. Aliran yang pertama menghendaki Keadilan yang mengutamakan pada hak daripada manfaat Keadilan

itu sendiri, sementara yang kedua, sebaliknya, lebih mengutamakan manfaat daripada haknya.²²⁴

Dengan adanya dua aliran pemikiran utama dalam Keadilan, bukan berarti bahwa pemikiran mengenai Keadilan dapat dirumuskan secara konseptual dengan sederhana sebab masing-masing pemikir juga mempunyai pengertian (konsep) yang beragam tentang Keadilan itu sendiri tergantung dari pendekatannya masing-masing. John Rawls misalnya, membangun teorinya secara teliti mengenai Keadilan bahwa Keadilan itu tidak saja meliputi konsep moral tentang individunya, tetapi juga mempersoalkan mekanisme dari pencapaian keadilan itu sendiri, termasuk juga bagaimana hukum turut serta mendukung upaya tersebut.²²⁵ Begitu pula dengan Aristoteles, yang menyusun pemikiran Keadilannya dipengaruhi pendekatan yang aritmetis atau geometris, ketika Keadilan itu dibagi ke dalam dua lingkup, yakni *Justitia Distributiva* dan *Justitia Comutativa*.²²⁶ Dengan keadaan demikian, jelas sekali bahwa dalam menentukan pengertian Keadilan, baik secara formal maupun substansial, hal ini rasanya amat sulit ditentukan secara definitif. Keadilan itu dapat berubah-ubah isinya, tergantung dari pihak siapa yang menentukan isi Keadilan itu, termasuk juga faktor-faktor lainnya yang turut membentuk konteks Keadilan itu, seperti

²²⁴ W. Friedmann dalam Fernando M. Manullang, *Menggapai...*, *Loc. Cit.*

²²⁵ Andre Ata Ujan dalam Fernando M. Manullang, *Menggapai...*, *Loc. Cit.*

²²⁶ K. Bertens, *Filsafat Hukum...*, *Loc. Cit.*

tempat maupun waktunya. Namun secara umum, ada unsur-unsur formal dari Keadilan sesuai dengan pembagian aliran Keadilan menurut Kelsen dan Rawls yang pada dasarnya terdiri atas :²²⁷

- a) Bahwa Keadilan merupakan nilai yang mengarahkan setiap pihak untuk memberikan perlindungan atas hak-hak yang dijamin oleh hukum (unsur hak);
- b) Bahwa perlindungan ini pada akhirnya harus memberikan manfaat kepada setiap individu (unsur manfaat).

Jika teori tersebut diimplementasikan untuk menguji Perkara Praperadilan No.1/Pid.Prap/2015/PN.Psw, maka penulis berpendapat putusan tersebut tidak mengandung atau mencerminkan nilai-nilai keadilan karena *pertama*, tidak memberikan perlindungan terhadap hak sipil Tasrim yang dijamin oleh hukum sehingga tidak memenuhi unsur hak. *Kedua*, tidak memenuhi unsur manfaat, justru membawa kemudharatan berupa pencederaan terhadap hak Tasrim yang bertentangan dengan nilai-nilai kemanusiaan, pembiaran atas kesewenang-wenangan Jaksa Penyidik yang justru menjerumuskannya ke arah yang salah dan jika dilakukan secara terus menerus maka akan menimbulkan

²²⁷ Andre Ata Ujan dalam Fernando M. Manullang, *Menggapai...*, *Loc. Cit.*

keresahan masyarakat terhadap proses penegakan hukum, serta terjadi sebuah proses penegakan hukum yang cacat di Pengadilan.

Selanjutnya dari perspektif kepastian, sebagaimana yang telah penulis paparkan pada tinjauan pustaka bahwa kepastian hukum berasal dari kata “kepastian” yang memiliki arti “ketentuan; ketetapan”, digabungkan dengan kata “hukum” yang memiliki arti “perangkat hukum suatu negara yang mampu menjamin hak dan kewajiban setiap warga negara.”²²⁸ Menurut Soedikno Mertokusumo, kepastian hukum merupakan perlindungan *yustisiabel* terhadap tindakan sewenang-wenang, yang berarti bahwa seseorang akan dapat memperoleh sesuatu yang diharapkan dalam keadaan tertentu. Sehingga kepastian hukum adalah salah satu syarat yang harus dipenuhi dalam penegakan hukum.²²⁹

Secara historis, kepastian hukum dalam penegakan hukum hanya dapat diwujudkan melalui gagasan legalitas khususnya dalam ranah hukum pidana . Jika dikaji secara filosofis dan historis lebih dalam, gagasan legalitas adalah sebuah gagasan yang lahir berkat gagasan legisme, sebagaimana pendapat L. J. van Apeldoorn yang menjelaskan sejarah gagasan kepastian hukum berawal dari gagasan-gagasan tentang perjanjian masyarakat. Oleh

²²⁸ Anton M. Moeliono dalam dalam Fernando E. Manullang, *Menggapai...*, *Loc. Cit.*

²²⁹ Soedikno Mertokusumo, *Loc. Cit.*

karena itu, gagasan kepastian hukum ini sangat banyak dipengaruhi oleh pemikiran para sarjana seperti John Locke, Thomas Hobbes, Montesquieu, dan Jean Jacques Rousseau. John Locke bersama Hobbes dan Rousseau mengembangkan teori perjanjian masyarakat, yang sering dinisbatkan kepada Rousseau dengan istilah kontrak sosial (*contract social*). Teori perjanjian masyarakat dalam pandangan John Locke pada intinya bahwa masyarakat dalam kehidupan bersama melakoni dua macam perjanjian. Perjanjian pertama yang disebut *pactum unionis*, yakni perjanjian antara individu dengan individu warga yang ditujukan untuk terbentuknya masyarakat politik dan negara. Perjanjian kedua yang disebut *pactum subjectionis*, menurut John Locke, karena pada dasarnya *pactum unionis* terbentuk atas suara mayoritas, dan setiap individu selalu memiliki hak-hak yang tak tertanggalkan yaitu *life, liberty, serta estate*, maka adalah logis jika tugas negara adalah memberikan perlindungan kepada masing-masing individu.²³⁰

Barawal dari pandangan Locke dan Hobbes, Montesquieu melalui teori *Trias Politica* berpandangan bahwa untuk mencegah absolutisme pemerintahan raja, maka kekuasaan harus dibagi dalam tiga bagian yang sama sekali terpisah yakni eksekutif, legislatif, dan yudikatif. Bagi Montesquieu, seseorang dapat dihukum jika tindakan itu telah diputuskan oleh legislatif

²³⁰ Rhona K.M. Smith, *Loc. Cit.*

sebelumnya, dan oleh sebab itu, eksekutif dapat menindak dan menghukum apabila terdapat seseorang yang melanggar apa yang telah diputuskan oleh pihak eksekutif. Inilah yang melahirkan gagasan asas legalitas dan kepastian hukum dengan tujuan untuk memberikan perlindungan hukum bagi setiap warga negara terhadap kesewenangan negara, maka segala aturan pelaksanaan hak yang meliputi hak dalam arti sempit, kemerdekaan, kekuasaan, dan imunitas sebagaimana yang telah penulis paparkan sebelumnya pada tinjauan pustaka bahwa kesepakatan berupa aturan pelaksanaan tersebut haruslah dituangkan dalam kontrak sosial yang menjadi patron bagi pemerintah dalam menyelenggarakan pemerintahan termasuk didalamnya proses penegakan hukum. Dapat disimpulkan bahwa tujuan penegakan kepastian hukum tidak lain ialah untuk memberikan penjaminan dan perlindungan hak dan kepentingan individu dari kesewenangan penguasa (pemerintah).

Jika diimplementasikan gagasan kepastian diatas untuk menguji Perkara Praperadilan No.1/Pid.Prap/2015/PN.Psw, maka penulis berpendapat putusan tersebut tidak mengandung dan mencerminkan nilai-nilai kepastian hukum karena justru melakukan pembiaran terhadap kesewenang-wenangan pemerintah yang berujung pada tercederainya hak Tasrim. Selain itu, dalih Hakim menolak permohonan Tasrim atas dasar asas legalitas untuk

mewujudkan kepastian hukum sangat tidak beralasan, sebab justru putusan tersebutlah yang membuat warna lain dalam putusan praperadilan di Indonesia sehingga terjadi ketidakpastian hukum penegakan hukum praperadilan. Kesimpulan ini penulis tarik setelah melakukan studi terhadap berbagai putusan praperadilan dengan kronologi yang sama yaitu perkara dengan penetapan tersangkanya dilakukan sebelum penambahan objek praperadilan tanggal 28 April 2015, kemudian mengajukan permohonan praperadilan dengan objek sah atau tidaknya penetapan tersangka setelah diucapkan Putusan MK No. 21/PUU-XII/2014. Dari semua putusan praperadilan, hanya Putusan Praperadilan No.1/Pid.Prap/2015/PN.Psw yang menolak permohonan dengan dalih Putusan MK tidak dapat berlaku surut.

Adapun dalih Hakim menolak permohonan Tasrim untuk mewujudkan kepastian hukum adalah keliru dan tidak berdasar, karena amar putusan termasuk segala pertimbangannya justru bertentangan dengan putusan-putusan (yurisprudensi) praperadilan sebelum itu seperti putusan praperadilan Ilham Arief Sirajuddin dan Hadi Poernomo sebagaimana telah penulis paparkan sebelumnya. Juga terutama karena tafsir Hakim mengenai penerapan prinsip non retroaktif adalah salah karena bertentangan dengan tafsir konstitusional Mahkamah Konstitusi tentang pemberlakuan hukum yang retroaktif dalam Putusan MK No. 069/PUU-II/2004 serta

bertentangan dengan tujuan kepastian hukum itu sendiri yaitu untuk melindungi hak individu dari kesewenang-wenangan penguasa (pemerintah) sebagaimana telah penulis paparkan sebelumnya.

BAB III

TINJAUAN PUSTAKA DAN ANALISIS PERMASALAHAN KEDUA

A. Tinjauan Pustaka

1. Tinjauan Umum Tentang Akibat Hukum

a. Pengertian Akibat Hukum

Secara harfiah, “akibat” dalam Kamus Besar Bahasa Indonesia (KBBI) diartikan sebagai sesuatu yang merupakan akhir, timbul, lahir, atau hasil suatu peristiwa (perbuatan, keputusan), sehingga pengertian akibat hukum adalah sesuatu yang timbul karena peristiwa hukum.²³¹ Secara teoritis, menurut Achmad Ali akibat hukum adalah suatu akibat yang ditimbulkan oleh hukum, terhadap suatu perbuatan yang dilakukan oleh subjek hukum.²³² Adapun menurut suatu akibat dari tindakan yang dilakukan, untuk memperoleh suatu akibat yang diharapkan oleh pelaku hukum.²³³ Secara singkat, akibat hukum timbul dari suatu peristiwa hukum yang mendahuluinya. Oleh karena itu, untuk lebih memahami pengertian akibat hukum maka kita harus mengetahui apa yang dimaksud dengan :

²³¹ <https://kbbi.web.id/akibat> (diakses pada tanggal 31 Januari 2021)

²³² Achmad Ali, *Op.Cit*, hlm. 192.

²³³ R. Soeroso, 2006, *Pengantar Ilmu Hukum*, Sinar Grafika, Jakarta, hlm. 296.

a) Peristiwa Hukum

Dalam kamus besar bahasa Indonesia peristiwa diartikan sesuatu kejadian, jadi secara bahasa peristiwa hukum dapat diartikan kejadian yang menimbulkan suatu adanya hukum dapat berlaku atau kejadian yang berhubungan dengan hukum. Aturan hukum terdiri dari peristiwa dan akibat yang oleh aturan hukum tersebut dihubungkan. Peristiwa demikian disebut sebagai peristiwa hukum dan akibat yang ditimbulkan dari peristiwa tersebut sebagai akibat hukum.²³⁴

Menurut Van Apeldoorn, peristiwa hukum ialah suatu peristiwa yang didasarkan hukum menimbulkan atau menghapuskan hak. Dengan pengertian yang lebih mudah dipahami peristiwa hukum atau kejadian hukum atau *rechtsfeit* adalah peristiwa kemasyarakatan yang akibatnya diatur oleh hukum. Peristiwa hukum ini adalah kejadian dalam masyarakat yang menggerakkan suatu peraturan hukum tertentu sehingga ketentuan ketentuan yang tercantum didalamnya lalu diwujudkan. Secara lebih terperinci dapat dikatakan bahwa apabila dalam masyarakat timbul suatu peristiwa, sedang peristiwa itu sesuai

²³⁴ *Ibid*, hlm. 191.

dengan yang dilukiskan dalam peraturan hukum, maka peraturan itu pun lalu dikenakan kepada peristiwa tersebut.²³⁵

b) Perbuatan Hukum

Terdapat definisi Perbuatan hukum menurut ahli, antara lain :

- a) Menurut R. Soeroso, Perbuatan Hukum adalah setiap perbuatan subjek hukum (manusia atau badan hukum) yang akibatnya diatur oleh hukum dan karena akibat tersebut dapat dianggap sebagai kehendak dari yang melakukan hukum.²³⁶
- b) Menurut Chainur Arrasjid mengemukakan pengertian perbuatan hukum, ialah setiap perbuatan yang akibatnya diatur oleh hukum dan akibat itu dikehendaki oleh yang melakukan perbuatan.²³⁷
- c) Menurut Sudarsono, Pengertian Perbuatan Hukum adalah setiap perbuatan yang akibatnya diatur oleh hukum karena akibat itu boleh dianggap menjadi kehendak dari yang melakukan perbuatan itu.²³⁸

Dari pengertian perbuatan hukum yang diungkapkan para ahli di atas, dapat disimpulkan bahwa pengertian perbuatan hukum

²³⁵ *Ibid*, hlm. 292.

²³⁶ Yunasril Ali, 2009, *Dasar-Dasar Ilmu Hukum*, Sinar Grafika, Jakarta, hlm. 55.

²³⁷ *Ibid*.

²³⁸ *Ibid*.

adalah suatu perbuatan yang dilakukan oleh subjek hukum (orang atau badan hukum), perbuatan mana dapat menimbulkan suatu akibat yang dikehendaki oleh yang melakukannya. Jika perbuatan itu akibatnya tidak dikehendaki oleh yang melakukan atau salah satu di antara yang melakukannya, maka perbuatan itu bukan perbuatan hukum.

Adapun akibat hukum tersebut dapat berwujud :

- a) Lahir, berubah atau lenyapnya suatu keadaan hukum.
- b) Lahir, berubah atau lenyapnya suatu hubungan hukum antara dua atau lebih subjek hukum, dimana hak dan kewajiban pihak yang satu berhadapan dengan hak dan kewajiban pihak yang lain.
- c) Lahirnya sanksi apabila dilakukan tindakan yang melawan hukum.²³⁹

B. Analisis Akibat Hukum Pada Putusan Praperadilan Jika Tidak Sejalan Dengan Putusan MK No. 069/PUU-II/2004 dan Putusan MK No. 21/PUU-XII/2014

Berdasar pada tinjauan pustaka di atas, maka penulis akan menganalisis permasalahan ke dua yaitu akibat hukum pada

²³⁹ Soeroso, *Op.Cit*, hlm. 295.

putusan praperadilan yang tidak sejalan dengan Putusan MK No. 069/PUU-II/2004 dan Putusan MK No. 21/PUU-XII/2014. Untuk menjawab permasalahan tersebut maka terlebih dahulu penulis akan menguraikan sifat kekuatan Putusan Mahkamah Konstitusi dalam sistem ketatanegaraan Indonesia.

1) Sifat Putusan Mahkamah Konstitusi

Pasal 24C Ayat (1) UUD NRI 1945 menyatakan bahwa:
“Mahkamah Konstitusi berwenang mengadili pada tingkat pertama dan terakhir yang putusannya bersifat final untuk menguji undang-undang terhadap Undang-Undang Dasar”

Sesuai ketentuan tersebut, putusan pengujian undang-undang oleh Mahkamah Konstitusi adalah final. Lebih lengkapnya dapat dilihat dalam penjelasan Pasal 10 Ayat (1) UU No. 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi sebagaimana telah diubah dengan UU No. 8 Tahun 2011 yang berbunyi bahwa :

“Putusan Mahkamah Konstitusi bersifat final, artinya putusan Mahkamah Konstitusi langsung memperoleh kekuatan hukum tetap sejak diucapkan dan tidak ada upaya hukum yang dapat ditempuh untuk membatalkan putusan tersebut. Sifat final dalam Putusan

Mahkamah Konstitusi dalam Undang-Undang ini mencakup pula kekuatan hukum mengikat (final and binding).”

Putusan Mahkamah Konstitusi dalam pengujian undang-undang kebanyakan bersifat *declatoir constitutief*. Artinya, putusan Mahkamah Konstitusi tersebut menciptakan atau meniadakan satu keadaan hukum baru atau membentuk hukum baru sebagai *negative legislator* sebagai contoh Putusan MK No. 21/PUU-XII/2014 yang menjadi bahan hukum primer dalam penelitian ini. Putusan Mahkamah Konstitusi dapat mempunyai 3 (tiga) kekuatan, antara lain :²⁴⁰

a) Kekuatan Mengikat

Mahkamah Konstitusi berwenang mengadili perkara konstitusi dalam tingkat pertama dan terakhir yang putusannya bersifat final. Itu berarti bahwa Putusan Mahkamah Konstitusi langsung memperoleh kekuatan hukum tetap sejak diucapkan dan tidak ada upaya hukum yang dapat ditempuh.²⁴¹ Putusan sebagai perbuatan hukum pejabat negara menyebabkan para pihak-pihak dalam perkara tersebut akan terikat pada putusan dimaksud yang telah menetapkan apa yang menjadi hukum, baik dengan mengubah keadaan hukum yang lama maupun dengan sekaligus menciptakan

²⁴⁰ Maruarar Siahaan, 2011, *Hukum Acara Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia*, Sinar Grafika, Jakarta, hlm 214

²⁴¹ *Ibid.*

keadaan hukum baru. Pihak-pihak terkait pada putusan tersebut juga dapat diartikan sebagai pihak-pihak yang akan mematuhi perubahan keadaan hukum yang tercipta akibat putusan tersebut dan melaksanakannya.²⁴²

Berdasarkan Pasal 10 ayat (1) huruf a UU Mahkamah Konstitusi, Putusan Mahkamah Konstitusi bersifat final dalam pengujian undang-undang. Selanjutnya, dinyatakan pula dalam Pasal 47 UU Mahkamah Konstitusi bahwa putusan Mahkamah Konstitusi memperoleh kekuatan hukum tetap sejak selesai diucapkan dalam sidang pleno terbuka untuk umum. Artinya, sejak putusan diucapkan dalam sidang yang terbuka untuk umum, putusan Mahkamah Konstitusi bersifat final and binding sehingga tidak tersedia upaya hukum untuk meninjau dan/atau memperbaiki putusan tersebut.

Berbeda dengan putusan peradilan biasa, putusan Mahkamah Konstitusi memiliki kekuatan mengikat "*erga omnes*", artinya mengikat bagi siapa saja tidak hanya bagi para pihak yang bersengketa (pemohon dan termohon) sebagaimana telah penulis jelaskan sebelumnya.

b) Kekuatan Pembuktian

²⁴² *Ibid.*

Pasal 60 UU Mahkamah Konstitusi menentukan bahwa materi muatan, ayat, pasal dan/atau bagian dalam undang-undang yang telah diuji, tidak dapat dimohonkan untuk diuji kembali. Dengan demikian, adanya putusan mahkamah yang telah menguji salah satu undang-undang merupakan alat bukti yang dapat digunakan bahwa telah diperoleh satu kekuatan pasti (*gezag van gewijsde*).²⁴³ Kekuatan pasti atau *gezag van gewijsde* tersebut bisa bersifat negatif maupun positif. Kekuatan pasti satu putusan secara negatif berarti bahwa Hakim tidak boleh lagi memutus perkara permohonan yang sebelumnya pernah diputus, sebagaimana disebut dalam Pasal 60 UU MK.²⁴⁴

Perkara yang dalam putusannya bersifat *erga omnes*, maka permohonan pengujian yang menyangkut materi yang sama tidak dapat lagi diajukan untuk diuji oleh siapapun. Putusan Mahkamah Konstitusi yang telah berkekuatan pasti secara positif berarti bahwa apa yang diputus oleh Hakim itu dianggap telah benar sehingga pembuktian sebaliknya tidak diperkenankan.

c) Kekuatan Eksekutorial

Putusan yang memiliki kekuatan eksekutorial adalah putusan yang menetapkan secara tegas hak dan hukumnya untuk kemudian direalisasikan melalui eksekusi oleh alat negara. Oleh karena itu,

²⁴³ *Ibid*, hlm. 215.

²⁴⁴ *Ibid*.

Putusan Mahkamah Konstitusi tidak cukup hanya mengikat, tetapi juga harus dapat dilaksanakan.²⁴⁵

Berdasarkan ketentuan Pasal 57 ayat (3) UU Mahkamah Konstitusi, kekuatan eksekutorial Putusan Mahkamah Konstitusi dianggap telah terwujud dalam bentuk pengumuman yang termuat dalam berita negara dalam jangka waktu paling lama 30 hari sejak putusan itu diucapkan dalam sidang pleno terbuka untuk umum. Artinya, sejak dimuat dalam berita negara, maka sejak itu pula Putusan Mahkamah Konstitusi harus dilaksanakan.

Perkara pengujian undang-undang secara teknis yuridis di dalamnya bersifat *declaratoir* dan *constitutief* karena menyatakan apa yang menjadi hukum dari suatu norma undang-undang, yaitu bertentangan dengan UUD NRI 1945, namun pada saat yang bersamaan putusan tersebut meniadakan keadaan hukum berdasarkan norma yang dibatalkan dan menciptakan keadaan hukum baru.²⁴⁶ Akibat hukum yang timbul dari satu putusan Hakim jika menyangkut pengujian undang-undang diatur dalam Pasal 58 UU Mahkamah Konstitusi yang berbunyi bahwa :

“Undang-Undang yang diuji oleh Mahkamah Konstitusi tetap berlaku sebelum ada putusan yang menyatakan bahwa undang-

²⁴⁵ Bachtiar, 2015, *Problematika Implementasi Putusan Mahkamah Konstitusi Pada Pengujian UU Terhadap UUD*, Raih Asa Sukses, Jakarta, hlm. 162

²⁴⁶ *Ibid.*

undang tersebut bertentangan dengan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945.”

Setiap amar putusan tentunya dapat menimbulkan akibat hukum bagi para pihak. Jika permohonan pengujian undang-undang dikabulkan oleh Mahkamah Konstitusi, tindak lanjut sebagai konsekuensinya, peraturan berupa undang-undang itu akan diubah sebagian ataupun keseluruhannya, oleh pihak pembuat undang-undang. Jika Mahkamah Konstitusi menolak permohonan pengujian undang-undang, siapapun tidak boleh mengajukan permohonan pengujian undang-undang, baik segi pembuatannya maupun segi materi muatannya (substansi materinya) dari undang-undang yang sama, yang pernah diuji dan diputus oleh Mahkamah Konstitusi tersebut.²⁴⁷

2) Akibat Hukum Pada Putusan Praperadilan Bertentangan Dengan Putusan MK

Menurut Bagir Manan, maksud putusan bersifat *erga omnes* yaitu putusan yang akibat-akibatnya berlaku bagi semua perkara yang mengandung persamaan yang mungkin terjadi di masa yang akan datang, jadi ketika peraturan perundang-undangan dinyatakan tidak sah karena bertentangan dengan Undang-Undang Dasar atau peraturan perundang-undangan lain yang lebih tinggi maka menjadi

²⁴⁷ *Ibid*, hlm. 164-165.

batal dan tidak sah untuk setiap orang. Putusan erga omnes dapat dianggap memasuki fungsi perundang-undangan (*legislative function*), Hakim tidak lagi semata-mata menetapkan hukum bagi peristiwa yang akan datang (*abstract*) dan ini mengandung unsur pembentukan hukum. Pembentukan hukum untuk peristiwa yang bersifat abstrak adalah fungsi perundang-undangan bukan fungsi peradilan.²⁴⁸

Sebagai sebuah putusan yang memiliki fungsi perundang-undangan (*negative legislator*), sifat putusan Mahkamah Konstitusi yang final tersebut mengikat semua pihak baik warga negara ataupun lembaga-lembaga negara, termasuk Mahkamah Agung dan badan peradilan yang ada di bawahnya. Sejalan dengan itu, Hans Kelsen juga mengemukakan, undang-undang yang “tidak konstitusional” tidak dapat diterapkan oleh setiap organ lainnya. Dalam konteks ini, Mahkamah Agung dan badan peradilan dibawahnya merupakan salah institusi atau organ negara yang juga terikat pada hasil pengujian undang-undang terhadap Undang-Undang Dasar oleh Mahkamah Konstitusi. Sebab, dalam mengadili suatu perkara, Mahkamah Agung tentu akan mendasarkan proses pemeriksaan dan putusannya pada undang-undang tertentu. Dalam konteks itu, jika undang-undang yang dijadikan pedoman

²⁴⁸ Machfud Aziz, 2010, *Pengujian Peraturan Perundang-undangan dalam Sistem Peraturan Perundang-undangan Indonesia*, Sekretariat Jenderal & Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi, Jakarta, hlm. 132-133

memeriksa perkara telah dibatalkan oleh Mahkamah Konstitusi, maka Mahkamah Agung berkewajiban untuk memedomaninya. Bukan hanya perubahan bunyi pasalnya tetapi termasuk semua pertimbangan mahkamah dalam memutus pengujian pasal tersebut yang menjadi bagian inheren dari putusan tersebut haruslah menjadi pedoman siapapun dan lembaga apapun. Oleh karena itu, menurut penulis akibat hukum pada putusan praperadilan yang tidak sejalan dengan Putusan Mahkamah Mahkamah Konstitusi seperti yang menjadi objek penelitian dalam skripsi ini yaitu Putusan Praperadilan No.1/Pid.Prap/2015/PN.Psw yang tidak sejalan dengan Putusan MK No. 069/PUU-II/2004 dan Putusan MK No. 21/PUU-XII/2014 maka putusan praperadilan tersebut sejatinya cacat menurut hukum begitupun segala proses hukum setelahnya sehingga dapat dimohonkan peninjauan kembali di Mahkamah Agung.

Menurut J. G. Steenbeek sebagaimana dikutip oleh Sri Soemantri bahwa pada umumnya konstitusi berisi 3 (tiga) hal pokok, yaitu :²⁴⁹

- a) Adanya jaminan terhadap hak-hak asasi manusia dan warga negaranya;

²⁴⁹ Sri soemantri, 1987, *Prosedur dan Sistem Perubahan Konstitusi*, Penerbit Alumni, Bandung, hlm. 51.

- b) Ditetapkannya susunan ketatanegaraan suatu negara yang bersifat fundamental; dan
- c) Adanya pembagian dan pembatasan tugas ketatanegaraan yang juga bersifat fundamental.

Mahkamah Konstitusi sendiri sebagai pengawal konstitusi (*guardian of the constitutions*) berwenang menafsir konstitusi dengan maksud agar segala peraturan perundang-undangan dan putusan peradilan sesuai dengan nilai-nilai yang terkandung dalam konstitusi, yang salah satunya adalah penjaminan terhadap hak asasi manusia. Maka jelaslah terhadap Putusan Praperadilan No.1/Pid.Prap/2015/PN.Psw yang tidak sejalan dengan Putusan MK No. 069/PUU-II/2004 dan Putusan MK No. 21/PUU-XII/2014 telah menyebabkan tercederainya hak Tasrim sebagai pemohon praperadilan.

Adapun menurut K. C Wheare, interpretasi Hakim Mahkamah Konstitusi merupakan salah satu cara perubahan konstitusi secara informal. Artinya putusan-putusan Mahkamah Konstitusi atas pengujian suatu undang-undang merupakan konstitusi baru yang memiliki kekuatan hukum yang mengikat. Tidak ada alasan bagi penyelenggara negara untuk tidak menjalankan putusan Mahkamah Konstitusi, karena kekuatan hukum putusan itu sama dengan

perintah konstitusi.²⁵⁰ Oleh sebab itu, menurut penulis apabila putusan praperadilan yang tidak sejalan dengan Putusan Mahkamah Mahkamah Konstitusi maka akibat yang paling fundamental ialah terjadinya pembangkangan terhadap konstitusi dan prinsip negara hukum sehingga ketika konstitusi tidak lagi menjadi patron atau arah dalam kehidupan berbangsa dan berbegara maka terjadi ketidaksesuaian penegakan hukum dengan sistem/tatanan hukum yang berlaku di Indonesia atau oleh Bagir Manan disebut deviasi (kehancuran) dalam masyarakat.

Meskipun Mahkamah Konstitusi tidak memiliki instrumen untuk memaksa pelaksanaan putusan tersebut (*enforcement*), tetapi menurut Safrina Fauziyah bahwa implementasi putusan Mahkamah Konstitusi akan ditegakkan oleh mekanisme hukum itu sendiri. Jika masih ada pihak-pihak yang masih menggunakan ketentuan hukum yang lama, yang telah dinyatakan inkonstitusional dan tidak berlaku lagi maka tuntutan ganti rugi dalam proses hukum pidana, perdata atau tata usaha negara boleh digerakkan. Dalam hal demikian juga dapat dikatakan bahwa putusan Mahkamah Konstitusi baru menyelesaikan tataran nilai yang baru pada tingkat penyelarasan nilai yang termuat dalam UUD NRI 1945 sebagai hukum dasar dan hukum tertinggi yang menjadi sumber legitimasi dari perundang-

²⁵⁰ Safrina Fauziyah R dalam Dri Utari Cristina dan Ismail hasani (ed), 2013, *Masa Depan Mahkamah Konstitusi RI: Naskah Konfrensi Mahkamah Konstitusi dan Pemajuan Hak Konstitusional Warga*, Pustaka Masyarakat Setara, Jakarta, hlm. 430.

undangan dibawahnya.²⁵¹ Maka menurut penulis sama halnya, jika dalam proses peradilan, Hakim memutus perkara tidak sejalan dengan pertimbangan Hakim Mahkamah Konstitusi dalam melakukan pengujian peraturan perundang-undangan yang menjadi bagian inheren dari perubahan suatu pasal dalam undang-undang yang tidak dapat dipisahkan, sehingga atas putusan tersebut dapat dimintai ganti rugi melalui proses hukum pidana, perdata atau tata usaha negara.

Oleh karena itu, singkatnya dapat dikatakan bahwa terdapat tiga akibat hukum apabila putusan praperadilan yang tidak sejalan dengan Putusan Mahkamah Konstitusi yaitu akibat hukum terhadap putusan praperadilannya, terhadap seseorang yang dikenai putusan praperadilan, dan terhadap sistem hukum Indonesia.

²⁵¹ *Ibid*, hlm. 432.

BAB IV

PENUTUP

A. Kesimpulan

Berdasarkan penelitian yang telah dilakukan, penulis menarik kesimpulan sebagai berikut :

1. Terjadi perbedaan penerapan norma dalam Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 21/PUU-XII/2014 tentang penambahan penetapan tersangka sebagai objek praperadilan pada berbagai putusan praperadilan yang disebabkan oleh perbedaan penafsiran tentang penerapan Pasal 28f ayat (1) UUD NRI Tahun 1945 mengenai hak untuk tidak dituntut atas dasar hukum yang berlaku surut (prinsip non retroaktif). Secara *de jure*, terdapat tafsir konstitusional Hakim Konstitusi mengenai penerapan prinsip non retroaktif dalam Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 069/PUU-II/2004 bahwa suatu ketentuan adalah mengandung pemberlakuan hukum secara retroaktif (*ex post facto law*) jika ketentuan yang dimaksud mengandung pemidanaan atau kriminalisasi dan pemberatan atau inkriminalisasi. Adapun materi muatan pada Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 21/PUU-XII/2014 ialah berkaitan dengan hukum acara atau hukum formil yang tidak memuat ketentuan pemidanaan

maupun pemberatan, artinya putusan tersebut tidak mengandung pemberlakuan hukum secara retroaktif sehingga dapat diberlakukan pada perkara yang penetapan tersangkanya dilakukan sebelum diucapkan Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 21/PUU-XII/2014. Oleh karena itu, putusan yang menolak permohonan praperadilan dengan objek penetapan tersangka atas dasar prinsip non retroaktif adalah pertimbangan yang sangat keliru karena tidak sejalan dengan Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 069/PUU-II/2004 dan *ratio legis* penambahan penetapan tersangka sebagai objek praperadilan dalam Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 21/PUU-XII/2014 yaitu untuk melindungi hak seseorang dari tindakan sewenang-wenang penyidik yang kemungkinan besar dapat terjadi ketika seseorang ditetapkan sebagai tersangka.

2. Bahwa terdapat tiga akibat hukum apabila putusan praperadilan tidak sejalan dengan Putusan Mahkamah Konstitusi yaitu akibat hukum terhadap putusan praperadilannya, terhadap seseorang yang dikenai putusan praperadilan, dan terhadap sistem hukum Indonesia. *Pertama*, putusan praperadilan tersebut menjadi cacat formil dan materiil begitupun segala proses hukum setelahnya

sehingga dapat dimohonkan peninjauan kembali di Mahkamah Agung dan permintaan ganti kerugian. *Kedua*, menyebabkan tercederainya hak sipil pemohon yang dijamin oleh konstitusi. *Ketiga*, terjadi ketidaksesuaian penegakan hukum dengan sistem/tatanan hukum yang berlaku di Indonesia sebagai akibat dari pembangkangan terhadap konstitusi dan prinsip negara hukum.

B. Saran

Berdasarkan penelitian yang telah dilakukan, penulis memberikan saran sebagai agar Pimpinan Mahkamah Agung dapat melakukan upaya dengan membuat Peraturan Mahkamah Agung untuk mengatur dan mengikat para Hakim terkait tafsir penerapan prinsip non retroaktif yang tepat dan benar yaitu sesuai dengan tafsir konstitusional Mahkamah Konstitusi terhadap Pasal 28I ayat (1) di dalam pasal-pasal KUHP dan KUHAP bahwa hak untuk tidak dituntut atas dasar hukum yang berlaku surut atau prinsip non retroaktif dalam asas legalitas hanya berlaku pada hukum materill (hal-hal yang diatur dalam KUHP) dan tidak berlaku pada hukum acara atau formil (hal-hal yang diatur dalam KUHAP) sehingga dapat mengatasi perbedaan tafsir mengenai penerapan prinsip non retroaktif

dalam berbagai putusan Hakim khususnya putusan praperadilan demi terwujudnya keadilan dan kepastian hukum.

DAFTAR PUSTAKA

Buku

Achmad Ali. 2011. *Menguak Tabir Hukum*. Cet. Ke-3. Ghalia Indonesia. Bogor.

Andi Hamzah. 2002. *Hukum Acara Pidana Indonesia*. Cet. Ke-3. Sinar Grafika. Jakarta.

-----, 2016. *Hukum Acara Pidana Indonesia*. Edisi Ke-II. Cet. Ke-XI. Sinar Grafika. Jakarta.

Andi Sofyan, Abd. Aziz. 2014. *Hukum Acara Pidana*. Kencana Prenadamedia Group. Jakarta.

Andi Sofyan, Nur Azisa. 2016. *Buku Ajar Hukum Pidana*. Pustaka Pena Press. Makassar.

Bachtiar. 2015. *Problematika Implementasi Putusan Mahkamah Konstitusi Pada Pengujian UU Terhadap UUD*. Raih Asa Sukses. Jakarta.

Bambang Poernomo. 1982. *Asas-Asas Hukum Pidana*. Ghalia Indonesia. Yogyakarta.

Birkah Latif (dkk). 2019. *Konsep dan perlindungan HAM : Aktualisasi Kearifan Lokal Menuju Kabupaten HAM*. Pustaka Pena Press. Makassar.

Ch.J. Enshede. 2002. *Beginselen Van Strafrecht*. Kluwer. Deventer.

- D. Schffmeister, N. Keijzer, E.PH. Sutorius. 1995. *Hukum Pidana*, Diterjemahkan oleh J.E Sahetapy. Liberty. Yogyakarta.
- D. Simons. 1937. *Leerboek Van Het Nederlandsche Strafrecht. Eerste Deel*, Zesde Druk, P. Noordhoof, N.V. Groningen. Batavia (Jakarta).
- D.J. Elzinga, PH.S. van Rest, J. de Valk. 1995. *Het Nederlandse Politierecht*. Tjeenk Willink Zwolle.
- Deni Setyo Bagus Yuherawan. 2014. *Dekonstruksi Asas Legalitas Hukum Pidana*. Setara Press. Malang.
- Dri Utari Cristina dan Ismail hasani. 2013. *Masa Depan Mahkamah Konstitusi RI: Naskah Konfrensi Mahkamah Konstitusi dan Pemajuan Hak Konstitusional Warga*. Pustaka Masyarakat Setara. Jakarta.
- E. Utrecht. 1960. *Hukum Pidana I*. Penerbit Universitas. Bandung.
- Eddy O.S. Hiariej. 2009. *Asas Legalitas & Penemuan Hukum dalam Hukum Pidana*. Erlangga. Jakarta.
- Fernando M. Manullang. 2007. *Menggapai Hukum Berkeadilan : Tinjauan Hukum Kodrat dan Antinomi Nila*. KOMPAS. Jakarta.
- , 2016. *Legisme. Legalitas. dan Kepastian Hukum*. Kencana. Jakarta.

- Hans Kelsen. 1995. *Teori Hukum Murni (Dasar-Dasar Ilmu Hukum Normatif Sebagai Ilmu Hukum Empirik-Deskriptif)*. Diterjemahkan oleh Somardi. Rimdi Press. Bandung.
- , 2013. *Hukum dan Logika*. Diterjemahkan oleh B. Arief Sidharta. Cet. Ke-5. Alumni. Bandung.
- Hazewinkel Suringa. 1953. *Inleiding Tot De Studie Van Het Nederlandse Strafrecht*. H.D. Tjeenk Willink & Zoon N.V. – Haarlem.
- J.M. Van Bemmelen. *Strafvordering, Leerboek van het Ned, Strafprocesrecht.*'s-Gravenhage: Martinus Nijhoff.
- Jack Donnely dalam Rhona K.M. Smith. 2008. *Hak Asasi Manusia*. Pusham UII. Yogyakarta.
- Jan Remmelink. 2003. *Hukum Pidana : Komentar atas Pasal-Pasal Terpenting dalam Kitab Undang-Undang Hukum Pidana Belanda dan Padanannya dalam Kitab Undang-Undang Hukum Pidana Indonesia*. Gramedia Pustaka Utama. Jakarta.
- Jimly Asshiddiqie. 2000. *Demokrasi dan Nomokrasi: Prasyarat Menuju Indonesia Baru*. Kapita Selekta Teori Hukum (Kumpulan Tulisan Tersebar). Fakultas Hukum Universitas Indonesia. Jakarta.
- , 2006. Pengantar Ilmu Hukum Tata Negara Jilid II. Sekretariat Jenderal dan Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia. Jakarta.
- , 2008. *Menuju Negara Hukum yang Demokratis*. Sekretariat Jenderal dan Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia. Jakarta.

- , 2012. *Hukum Tata Negara dan Pilar-pilar Demokrasi*. Sinar Grafika. Jakarta.
- K. Bertens. 1975. *Filsafat Hukum dalam Lintas Sejarah*. Penerbit Kanisius. Yogyakarta.
- Komariah Emong Sapardjaja. 2002. *Ajaran Sifat Melawan Hukum Materiel Dalam Hukum Pidana Indonesia (Studi Kasus tentang Penerapan dan Perkembangannya dalam Yurisprudensi)*. Penerbit Alumni Bandung. Bandung.
- Lintong Oloan Siahaan. 1981. *Jalanya Peradilan Prancis Lebih Cepat Dari Peradilan Kita*. Ghalia Indonesia. Jakarta.
- Luhut M.P. Pangaribuan. 2008. *Hukum Acara Pidana: Surat-surat Resmi di pengadilan oleh Advokat: Praperadilan, Eksepsi, Duplik, Memori Banding, Kasasi, Peninjauan Kembali*. Cet.Ke-V. Djambatan. Jakarta.
- M. Taufik Makarao dan Suhasril. 2004. *Hukum Acara Pidana dalam Teori dan Praktek*. Ghalia Indonesia. Jakarta.
- M. Yahya Harahap. 2006. *Pembahasan Permasalahan dan Penerapan KUHAP Pemeriksaan Sidang Pengadilan, Banding, Kasasi dan Peninjauan Kembali*. Edisi Ke-II. Sinar Grafika. Jakarta.
- M.W. Van 'T Hof. 1930. *Wetboek Van Strafrecht*. N.V.G. Kolff & Co. Batavia Centrum. Batavia (Jakarta).
- Machfud Aziz. 2010. *Pengujian Peraturan Perundang-undangan dalam Sistem Peraturan Perundang-undangan Indonesia*. Sekretariat Jenderal & Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi. Jakarta.

Machteld Boot. 2001. *Nullum Crimen Sine Lege and the Subject Matter Jurisdiction of the International Criminal Court : Genocide, Crimes Against Humanity, War Crimes, Intersentia*, Antwerpen. Oxford. New York.

Majda El-Muhtaj. 2009. *Hak Asasi Manusia dalam Konstitusi Indonesia*. Kencana. Jakarta.

Maruarar Siahaan. 2011. *Hukum Acara Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia*. Sinar Grafika. Jakarta.

Michael Cavadino dan James Dignan. 1997. *The Penal System An Introduction*. SAGE Publication Ltd.

Miriam Budiardjo. 1993. *Dasar-Dasar Ilmu Politik*. PT. Gramedia Pustaka Utama. Jakarta.

Moeljatno. 2002. *Asas-Asas Hukum Pidana*. Rineka Cipta. Jakarta.

Muladi. 1978. *Penegakan Hukum dan Keadilan Melalui Upaya Peraturan Perundang-Undangan*. Makalah Seminar Sehari Penegakan Hukum dan Masalahnya. Semarang.

----- . 2009. *Hak Asasi Manusia*. Refika Aditama. Bandung.

Nurul Qamar. 2013. *Hak Asasi Manusia dalam Negara Hukum Demokrasi*. Sinar Grafika. Jakarta.

Oemar Seno Adji. 1980. *Hukum Pidana*. Erlangga. Jakarta.

Putera Astomo. 2018. *Ilmu Perundang-undangan : Teori dan Praktik di Indonesia*. PT. RajaGrafindo Persada. Depok.

- R. Abdussalam. 1997. *Penegakan Hukum di Lapangan oleh Polri*. Cet. Ke-I. Dinas Hukum Polri. Jakarta.
- R. Soeroso. 2006. *Pengantar Ilmu Hukum*. Sinar Grafika. Jakarta.
- Rhoda K.M. Smith. 2003. *International Human Rights*. Oxford University Press. New York.
- Riduan Syahrani. 1983. *Beberapa Hal Tentang Hukum Acara Pidana*. Alumni. Bandung.
- Romi Librayanto. 2008. *Trias Politica dalam Struktur Ketatanegaraan Indonesia*. PuKAP-Indonesia. Makassar.
- , 2013. *Ilmu Negara - Suatu Pengantar*. Arus Timur. Makassar.
- Romli Atmasasmita. 2010. *Sistem Peradilan Pidana Kontemporer*. Prenada Media Group. Jakarta.
- S. Tanusubroto. 1983. *Peranan Praperadilan dalam Hukum Acara Pidana*. Alumni. Bandung.
- S.R. Sianturi. 1986. *Asas-Asas Hukum Pidana dan Penerapannya*. Alumni Ahaem Petehaem. Jakarta.
- Samidjo. 1985. *Pengantar Hukum Indonesia*. CV. Armico. Bandung.
- Satjipto Rahardjo. 2014. *Ilmu Hukum*. Citra Aditya Bakti. Semarang.

Satochid Kertanegara. *Hukum Pidana I (kumpulan kuliah)*. Balai Lektor Mahasiswa. Jakarta.

Shidarta dan Jufrina Rizal. 2014. *Pendulum Antinomi Hukum*. Genta Publishing. Yogyakarta.

Soerjono Soekanto. 1993. *Faktor-Faktor yang Mempengaruhi Penegakan Hukum*. Raja Grafindo Persada. Jakarta.

Sri soemantri. 1987. *Prosedur dan Sistem Perubahan Konstitusi*. Penerbit Alumni. Bandung.

Suparman Marzuki. 2014. *Politik Hukum HAM*. Erlangga. Yogyakarta.

Thomas Hobbes. 1998. *Leviathan Chapter XXVII-XXVIII*, University Adeleide Library. Australia North Terrace.

Van Hattum. 1953. *Hand en Leerboek van het Nederlansche Strafrecht I*, S. Gouda uint D. Brouwer en Zoon. Arnhem. Martinus Nijhoff, s' Gravenhage.

Wayne Morrison. 1998. *Jurisprudence : From the Greeks to Post-Modernism*. Cavendish. London.

Wiryono Prodjodikoro. 1967. *Hukum Acara Pidana di Indonesia*. Penerbit Sumur Bandung. Jakarta.

Yunasril Ali. 2009. *Dasar-Dasar Ilmu Hukum*. Sinar Grafika. Jakarta.

Disertasi

Andi Irmanputra Sidin. 2007. *Studi Konstitusi Tentang Hak Untuk Tidak Dituntut Atas Dasar Hukum Yang Berlaku Surut Menurut Pasal 28l Ayat (1) Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945*. Disertasi. Program Pascasarjana. Fakultas Hukum Universitas Hasanuddin.

Jurnal

Bagir Manan dan Susi Dwiarijanti. "Konstitusi dan Hak Asasi Manusia". *Jurnal Ilmu Hukum*. Bandung. Fakultas Hukum Universitas Padjadjaran. Volume 3 Nomor 3 Tahun 2016 [ISSN 2460-1543] [e-ISSN 2442-9325].

Changrok Soh, Daniel Connolly, and Seunghyun Nam. *Time for a Fourth Generation of Human Rights?. United Nations Research Institute for Social Development (UNRISD)*. 1 Maret 2018, <http://www.unrisd.org/TechAndHumanRights-Soh-et-al>.

Erik Luna, 2000, *Principled Enforcement of Penal Codes*, Buffalo Criminal Law Review. Vol. 4-515. Buffalo School of Law. University of New York. New York.

Jafar Habidzadeh. *The Legality Principle of Crimes and Punishments in The Iranian Legal System*. *Global Jurist Topics*. Vol. 5. Issue 1 2005 Article 1, The Berkeley Electronic Press (bepress). Berkeley. U.S.A. <http://www.bepress.com/gj>.

Nyoman Serikat Putra Jaya. *Artikel Penegakan Hukum dalam Era Reformasi Hukum*. *Majalah Masalah-Masalah Hukum* Edisi II/Juli September 1998.

Surat Kabar

Thohari dan A Ahsin. "Dimensi Historia Asas Retroaktif". Kompas. Jakarta. Sabtu 19 Februari 2005. (opini).

Peraturan Perundang-Undangan

Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945

Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1981 Tentang Kitab Undang-Undang Hukum Acara Pidana (KUHAP).

Undang-Undang Nomor 39 Tahun 1999 Tentang Hak Asasi Manusia

Lampiran Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 17 Tahun 2007 tentang Rencana Pembangunan Jangka Panjang Nasional Tahun 2005-2025. IV. 1.3 Mewujudkan Indonesia yang Demokratis Berlandaskan Hukum.

Putusan dan Catatan Resmi Sidang

Putusan Mahkamah Konstitusi No. 21/PUU-XII/2014

Putusan Mahkamah Konstitusi No. 069/PUU-II/2004

Putusan Mahkamah Konstitusi No. 013/PUU-I/2003

Putusan Praperadilan No.1/Pid.Prap/2015/PN.Psw

Putusan Praperadilan No. 32/Pid.Prap/2015/PN.Jkt.Sel

Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia. Risalah Mendengarkan Keterangan Ahli Perkara No. 069/PUU-II/2004 Pengujian Pasal 68 UU No. 30 Tahun 2002 Tentang Komisi Pemberantasan Korupsi Terhadap Pasal 28 Huruf I Ayat (1) Perubahan Kedua Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945. Selasa, 11 Januari 2005. 10:05 – 12:15 WIB. Ruang Sidang Mahkamah Konstitusi RI. Jalan Medan Merdeka Barat No. 7. Jakarta Pusat.

Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia. 2003. Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia dan Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 24 Tahun 2003 Tentang Mahkamah Konstitusi. Sekretariat Jenderal. Jakarta.

Internet

Mkri.id

<https://kbbi.web.id/akibat>