

**PUTUSAN**  
**Perkara Nomor 013/PUU-I/2003**

DEMI KEADILAN BERDASARKAN KETUHANAN YANG MAHA ESA

MAHKAMAH KONSTITUSI REPUBLIK INDONESIA

Yang memeriksa, mengadili, dan memutus perkara konstitusi pada tingkat pertama dan terakhir, menjatuhkan putusan dalam perkara permohonan Pengujian Undang-undang Republik Indonesia Nomor 16 Tahun 2003 terhadap Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, yang diajukan oleh:

MASYKUR ABDUL KADIR, usia 39 tahun, pekerjaan: swasta, alamat: Jl. Pulau Pinang Gg. Rembingin I No. 9 Denpasar - Bali, dalam hal ini memberikan kuasa kepada H.M. Mahendradata, S.H., M.A., A. Wirawan Adnan, S.H., Achmad Michdan, S.H., Achmad Kholid, S.H., Made Rachman Marasabessy, S.H., M. Luthfie Hakim, S.H., Anatomi Muliawan, S.H., penasehat hukumnya Tim Pengacara Muslim (TPM) Pusat yang beralamat Jalan Pinang I No. 9 Pondok Labu - Jakarta Selatan, berdasarkan Surat Kuasa Khusus tertanggal 6 Juni 2003 (terlampir), selanjutnya disebut PEMOHON.

Telah mendengar keterangan Pemohon;

Telah mendengar Keterangan Pemerintah dan Dewan Perwakilan Rakyat Republik Indonesia;

Telah membaca keterangan Tertulis Pemerintah dan Dewan Perwakilan Rakyat Republik Indonesia;

Telah memeriksa bukti-bukti;

Telah mendengarkan saksi-saksi dan ahli;

**DUDUK PERKARA**

Menimbang, bahwa Pemohon dengan surat permohonannya bertanggal 1 Juli 2003 yang diterima di Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi tanggal 15 Oktober 2003 dan diregistrasi dengan No. 013/PUU-I/2003 pada tanggal 15 Oktober 2003 yang kemudian diperbaiki pada tanggal 14 Nopember 2003 telah mengajukan hal-hal sebagai berikut:

1. Dasar Hukum Pengajuan Permohonan Uji Terhadap Undang-undang No. 16 Tahun 2003 Bangsa Indonesia telah mengambil keputusan yang bersejarah dengan melakukan amandemen terhadap Undang-Undang Dasar 1945. Salah satu wujudnya adalah dimungkinkannya pengajuan hak uji atas peraturan perundang-undangan setingkat Undang-Undang terhadap Undang-Undang Dasar 1945.  
Oleh karena itu pengajuan permohonan uji ini didasarkan pada:
  1. Pasal 24C ayat (1) Undang-Undang Dasar 1945 yang menyatakan:  
"Mahkamah Konstitusi berwenang mengadili pada tingkat pertama dan terakhir yang putusannya bersifat final untuk menguji Undang-Undang terhadap Undang-Undang Dasar, memutuskan sengketa kewenangan lembaga negara yang kewenangannya diberikan oleh Undang-Undang Dasar, memutuskan pembubaran partai politik, dan memutuskan perselisihan tentang hasil pemilihan umum."
  2. Pasal III Aturan Peralihan Undang-Undang Dasar 1945 yang menyatakan:  
"Mahkamah Konstitusi dibentuk selambat-lambatnya pada 17 Agustus 2003 dan sebelum dibentuk segala kewenangannya dilakukan oleh Mahkamah Agung."
  3. Pasal 1 ayat (1) Peraturan Mahkamah Agung R.I. No. 02 Tahun 2002 yang menyatakan:  
"Mahkamah Agung adalah Lembaga Negara yang menjalankan sementara wewenang Mahkamah Konstitusi sebagaimana dimaksud Pasal 24C ayat (1) dan ayat (2) jo Pasal III Aturan Peralihan Undang-Undang Dasar 1945 dan perubahannya"

sebagaimana Peradilan Tingkat Pertama dan Terakhir yang putusannya bersifat final, selanjutnya disebut Mahkamah Agung, dengan kewenangan:

- a. Menguji Undang-Undang terhadap Undang-Undang Dasar;
- b. ....dst.”

4. Pasal 1 ayat (7) Peraturan Mahkamah Agung R.I. No. 02 Tahun 2002 pada intinya menyatakan bahwa “Permohonan adalah permintaan yang diajukan secara tertulis kepada Mahkamah Agung untuk salah satunya adalah menguji Undang-Undang terhadap Undang-Undang Dasar.”

Bahwa berdasarkan ketentuan-ketentuan tersebut di atas, maka adalah tepat dan benar upaya Pemohon mengajukan permohonan kepada Mahkamah Agung yang menjalankan kewenangan Mahkamah Konstitusi untuk mengajukan menguji diundangkannya Undang-undang No. 16 Tahun 2003 karena bertentangan dengan Undang-Undang Dasar 1945.

## 2. Alasan-alasan diajukannya permohonan Uji Terhadap Undang-undang NO. 16 Tahun 2003

### 1. Alasan Yuridis

- A. Bahwa untuk meneguhkan alasan-alasan diajukannya permohonan uji terhadap Undang-undang No. 16 Tahun 2003 ini, PEMOHON perlu menyampaikan hal-hal sebagai berikut:
  - i. Pasal 1 ayat (1) Kitab Undang-Undang Hukum Pidana menyebutkan “Tiada suatu perbuatan dapat dipidana, melainkan atas kekuatan pidana dalam perundang-undangan yang telah ada sebelum perbuatan itu terjadi.”<sup>1</sup>
  - ii. R. Sugandhi, S.H. menjelaskan “  
“(1) Tiada suatu perbuatan dapat dihukum, sebelum dinyatakan di dalam Undang-Undang. Dan apabila ada Undang-Undang sesudah perbuatan itu terjadi, tanggal berlakunya Undang-Undang tidak boleh surut (mundur).”<sup>2</sup>
  - iii. Pasal 28I ayat (1) Perubahan kedua (Amandemen II) Undang-Undang Dasar 1945 (vide bukti P-III) menyebutkan:  
“Hak untuk hidup, hak untuk tidak disiksa, hak untuk tidak di periksa, hak kemerdekaan pikiran dan hati nurani, hak beragama, hak untuk tidak diperbudak, hak untuk diakui sebagai pribadi di hadapan hukum, dan hak untuk tidak dituntut atas dasar hukum yang berlaku surut adalah hak asasi manusia yang tidak dapat dikurangi dalam keadaan apapun.”
- B. Bahwa berdasarkan hal-hal tersebut di atas, Undang-Undang Dasar 1945 Sebagian Konstitusi Negara Republik Indonesia sama sekali menolak Pemberlakuan Asas Retroatif (hukum berlaku surut) di mana penolakan terhadap asas tersebut merupakan Wujud sebuah Perlindungan terhadap Hak Asasi Manusia (Hak Dasar Seorang Manusia) yang tidak dapat Dikurangi dalam keadaan apapun juga dan oleh siapapun juga. Termasuk lembaga eksekutif, yudikatif maupun legislatif dinegara Republik Indonesia yang kita cintai ini.
- C. Bahwa kata-kata “....dalam keadaan apapun” yang tercantum pada pasal 28I ayat (1) Undang-Undang Dasar 1945 memiliki makna yang sangat jelas akan penolakan Undang-Undang Dasar 1945 atas diberlakukannya asas retroaktif dan oleh karenanya tidak perlu dan tidak dapat ditafsirkan lain.
- D. Bahwa Ketetapan MPR-RI No. III/MPR/2000 tentang Sumber Hukum dan Tata Urutan Peraturan Perundang-undangan (Bukti P-V) menyebutkan:
  - i. Pasal 2:  
“Tata urutan perundang-undangan merupakan pedoman dalam pembuatan aturan hukum dibawahnya.  
Tata urutan peraturan perundang-undangan Republik Indonesia adalah:  
1. Undang-Undang Dasar 1945;

2. Ketetapan Majelis Permusyawaratan Rakyat Republik Indonesia;
  3. Undang-Undang;
  4. Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang;
  5. Peraturan Pemerintah;
  6. Keputusan Presiden;
  7. Peraturan Daerah;
- ii. Pasal 4 ayat (1):  
 “Sesuai dengan tata urutan peraturan perundang-undangan ini, maka setiap aturan hukum yang lebih rendah tidak boleh bertentangan dengan aturan hukum yang lebih tinggi.”
- E. Bahwa oleh karena Undang-Undang Dasar 1945 memiliki urutan yang lebih tinggi dari Undang-Undang dan Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang (Perpu), maka Undang-undang dan Perpu tidak boleh bertentangan dengan Undang-Undang Dasar 1945.
- F. Bahwa oleh karena Perpu No. 2 Tahun 2002 jo. Undang-undang No. 16 Tahun 2003 secara materil bertentangan dengan Undang-Undang Dasar 1945, maka Perpu ataupun Undang-Undang sebagaimana tersebut di atas adalah batal demi hukum dan oleh karenanya harus dicabut dan tidak dapat diberlakukan.
2. Fakta Lapangan
- Bahwa Pemohon juga merasa sangat perlu untuk mengungkapkan fakta yang terjadi di lapangan, yaitu sebagai berikut:
- A. Dalam perkara No. PDM-148/Denpa/2003 di Pengadilan Negeri Bali di mana Pemohon sebagai Terdakwa, Jaksa Penuntut Umum dalam dakwaannya mendalilkan bahwa Terdakwa memberikan bantuan terhadap pelaku tindak pidana terorisme atau melaporkan informasi peledakan bom ditiga tempat, yaitu sebelah selatan Kantor Konsultan Amerika Serikat, di dalam Paddy's Pub dan di depan Sari Club pada tanggal 12 Oktober 2002 jam 23.08 WITA pada waktu yang hampir bersamaan.
- B. Bahwa Perpu No. 2 Tahun 2002 ditetapkan, diundangkan dan mulai diberlakukan pada tanggal 18 Oktober 2002, yaitu 6 hari setelah terjadinya peristiwa peledakan bom Bali yang didakwakan dilakukan oleh Pemohon bersama-sama terdakwa lain. Sedangkan Undang-Undang No. 16 Tahun 2003 disahkan, diundangkan dan mulai diberlakukan pada tanggal 4 April 2003, yaitu 6 (enam) bulan setelah peristiwa peledakan bom Bali yang didakwakan dilakukan oleh Pemohon bersama-sama dengan terdakwa lain.
- C. Bahwa secara nyata, jelas dan tak terbantahkan bahwa Perpu No. 2 Tahun 2002 jo. Undang-Undang No. 16 Tahun 2003 telah ditetapkan, disahkan, diundangkan dan mulai diberlakukan setelah terjadinya peristiwa peledakan bom yang didakwakan dilakukan oleh Pemohon.
- Bahwa berdasarkan fakta-fakta tersebut di atas, maka ditetapkan, disahkan, diundangkan dan diberlakukannya Perpu No. 2 Tahun 2002 jo. Undang-Undang No. 16 Tahun 2003 jelas-jelas menganut asas retroaktif yang bertentangan dengan Perubahan kedua (Amandemen II) Undang-Undang Dasar 1945 pasal 28I ayat (1) yang menolak dengan tegas penggunaan asas retroaktif dalam bentuk, waktu dan peristiwa apapun juga yang juga sekaligus sebagai bentuk pelanggaran terhadap hak asasi manusia.
3. Bahwa ditetapkan dan diundangkannya Perpu No. 2 Tahun 2002 menjadi Undang-undang No. 16 Tahun 2003 merupakan sebuah “pelanggaran secara prinsipil” terhadap Undang-Undang Dasar 1945 serta prinsip-prinsip hukum pidana di Indonesia.
- Oleh karena itu, Dewan Perwakilan Rakyat R.I. dan Presiden R.I telah melakukan kekeliruan yang nyata dengan menetapkan dan mengundangkan Perpu No. 2 tahun 2002 menjadi Undang-undang No. 16 Tahun 2003.

Hal ini juga menunjukkan inkonsistensi dan sikap diskriminasi yang ditunjukkan oleh DPR R.I. dan presiden R.I. terhadap penyelesaian kasus-kasus pelanggaran hak asasi manusia di Indonesia. Sebagai contoh adalah terjadinya pembunuhan ratusan bahkan ribuan muslim di Ambon pada hari Raya Idul Fitri tahun 1999 dan di Tobelo - Halmahera pada tahun 2000 yang disertai tempat ibadah umat Islam. Khusus untuk kejadian tahun 2000 kami akan mengajukan saksi-saksi yang memperoleh data akurat bahwa dalam tempo 3 (tiga) hari setidaknya 2.000 (dua ribu) muslimin dan muslimat baik tua, muda bahkan anak-anak kecil dan balita melayang dengan cara sadis.

Pada kasus tersebut, DPR R.I. dan Presiden R.I. tidak menerbitkan satu pun peraturan yang setingkat dengan Undang-Undang ataupun peraturan pemerintah pengganti Undang-Undang untuk menghentikan pembunuhan dan pengrusakan massal tersebut padahal jelas sekali telah terjadi kejahatan terhadap kemanusiaan (crime against humanity) dan juga extra ordinary crime yang menimbulkan korban jiwa dan harta lebih banyak dibandingkan dengan bom yang meledak di Bali. Upaya membandingkan kedua kejadian itu dengan pandangan diskriminatif dapat membuat timbulnya bibit-bibit bahkan buah disintegrasi bangsa, oleh karenanya disanggahnya kenyataan tersebut dimohon untuk tidak dilakukan.

4. Bahwa dilarang penerapan asas retroaktif dalam keadaan apapun merupakan satu kesatuan dengan pengakuan "Hak untuk hidup, hak untuk tidak disiksa, hak kemerdekaan pikiran dan hati nurani, hak beragama, hak untuk tidak diperbudak, hak diakui sebagai pribadi di hadapan hukum" yang juga tidak boleh dikurangi dalam keadaan apapun.

Sehingga adanya pelanggaran apalagi sampai disahkan oleh Mahkamah Konstitusi, terhadap pelanggaran penerapan asas retroaktif dengan alasan apapun termasuk tetapi tidak terbatas pada "demi menanggulangi extra ordinary crime" ataupun alasan lain yang mengada-ada, dapat mengancam pula pelanggaran terhadap hak-hak tersebut di atas. Jangan beralih untuk hak-hak lain dalam Perubahan kedua (Amandemen II) Undang-Undang Dasar 1945 Pasal 28I ayat (1) tidak akan dilanggar, karena bilamana salah satu hak dalam ketentuan tersebut sudah berani dilanggar maka tidak mungkin hak-hak lainnya dapat dilanggar dengan alasan yang bermacam-macam. Bilamana salah satu hak tersebut dilanggar atau terancam untuk dapat dilanggar, antara lain misalnya "Hak Beragama" bukan tidak mungkin kenyataan ini dapat menyebabkan disintegrasi bangsa, di mana bahkan Mahkamah Konstitusi pun tidak akan mampu mengembalikan keadaan tersebut.

5. Bahwa berdasarkan fakta, dalil dan alasan-alasan sebagaimana tersebut di atas, maka kami selaku kuasa hukum Pemohon, memohon kepada yang kami hormati Mahkamah Agung R.I. yang menjalankan kewenangan sementara Mahkamah Konstitusi untuk kiranya dapat memutuskan:
  1. Menerima permohonan uji atas Undang-Undang No. 16 Tahun 2003 terhadap Undang-Undang Dasar 1945 untuk seluruhnya;
  2. Menyatakan Undang-Undang No. 16 Tahun 2003 adalah tidak mempunyai kekuatan hukum yang mengikat;
  3. Mencabut Undang-Undang No. 16 Tahun 2003 dan menyatakan tidak berlaku.

Menimbang bahwa untuk menguatkan dalil-dalil permohonannya Pemohon telah mengajukan bukti-bukti sebagai berikut:

1. Bukti P-1 : Undang-Undang R.I No. 16 tentang Pemberlakuan Penetapan Perpu No. 2 tahun 2002 Tentang Pemberlakuan Perpu No. 1 tahun 2002 tentang Pemberantasan Tindak Pidana Terorisme pada Peristiwa Peledakan Bom Bali tanggal 12 Oktober 2002 menjadi Undang-Undang;
2. Bukti P-2 : Perpu No. 2 tahun 2002 Tentang Pemberlakuan Perpu No. 1 tahun 2002 tentang Pemberantasan tindak Pidana Terorisme pada Peristiwa Peledakan Bom Bali tanggal 12 Oktober 2002;
3. Bukti P-3 : Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia tahun 1945;

4. Bukti P-4 : Peraturan Mahkamah Agung R.I No. 02 tahun 2002 tentang Tatacara Penyelenggaraan wewenang Mahkamah Konstitusi Oleh Mahkamah Agung R.I;
5. Bukti P-5 : Ketetapan MPR-RI No. III/MPR/2000 tentang Sumber Hukum dan Tata Urutan Perundang-Undangan;
6. Bukti P-6 : Surat Dakwaan Reg Perk.No.PDM.148/Denpa/04.2003 atas nama Terdakwa Masykur Abdul Kadir;

Menimbang bahwa pada pemeriksaan pendahuluan yang dilaksanakan pada hari: Jum'at tanggal 07 Nopember 2003, Pemohon diwakili oleh Kuasa Hukumnya H.M. Mahendradata, S.H., M.A., A.Wirawan Adnan, S.H., Achmad Michdan, S.H., Achmad Kholid, S.H. Made Rachman Marasabessy, S.H., M.Luthfie Hakim, S.H., Anatomi Muliawan, S.H. penasehat hukumnya Tim Pengacara Muslim (TPM) Pusat yang beralamat Jalan Pinang I No. 9 Pondok Labu - Jakarta Selatan, berdasarkan Surat Kuasa Khusus tertanggal 6 Juni 2003;

Menimbang bahwa pemeriksaan persidangan hari Rabu tanggal 10 Desember 2003 Kuasa Pemohon datang menghadap, telah didengar keterangannya pada pokoknya menerangkan tetap pada isi permohonan;

Menimbang bahwa pada pemeriksaan persidangan tanggal 10 Desember 2003 telah didengar keterangan dari pihak Pemerintah yang diwakili oleh Menteri Kehakiman dan HAM Republik Indonesia Dr. Yusril Ihza Mahendra SH, dan keterangan tertulisnya tertanggal 2 Januari 2004 sebagai berikut:

I. UMUM

1. Bahwa penjelasan/keterangan Pemerintah secara lisan yang disampaikan Menteri Kehakiman dan HAM di hadapan sidang majelis Mahkamah Konstitusi pada tanggal 10 Desember 2003 merupakan satu kesatuan yang tidak terpisahkan dengan keterangan Pemerintah ini.
2. Bahwa sebagaimana dimaklumi, pada tanggal 18 Oktober 2002 Presiden Republik Indonesia telah menetapkan 2 (dua) Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-undang (Perpu), yakni Perpu Nomor 1 Tahun 2002 tentang Pemberantasan Tindak Pidana Terorisme dan Perpu Nomor 2 Tahun 2002 tentang Pemberlakuan Perpu Nomor 1 Tahun 2002 tentang Pemberantasan Tindak Pidana Terorisme pada Peristiwa Peledakan Bom di Bali Tanggal 12 Oktober 2002.
3. Bahwa Kedua Perpu tersebut ditetapkan oleh Presiden berdasarkan kewenangan konstitusional sebagaimana ditentukan dalam Pasal 22 Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945. Pasal 22 ayat (1) menentukan bahwa dalam hal ihwal kegentingan yang memaksa Presiden berhak menetapkan Peraturan Pemerintah sebagai Pengganti Undang-undang. Selanjutnya ketentuan dalam Pasal 22 ayat (2) menentukan bahwa peraturan pemerintah itu harus mendapat persetujuan Dewan Perwakilan Rakyat dalam persidangan yang berikut. Kemudian Pasal 22 ayat (3) menyatakan jika tidak mendapatkan persetujuan maka peraturan pemerintah itu harus dicabut .
4. Bahwa sejalan dengan ketentuan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 di atas, kedua Perpu tersebut diajukan kepada Dewan Perwakilan Rakyat dan kemudian disetujui menjadi Undang-undang, masing-masing melalui Undang-undang Nomor 15 Tahun 2002 tentang Penetapan Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-undang Nomor 1 Tahun 2002 tentang Pemberantasan Tindak pada Terorisme menjadi Undang-undang dan Undang-undang Nomor 16 Tahun 2003 tentang Penetapan Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-undang Nomor 2 Tahun 2002 tentang Pemberlakuan Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-undang Nomor 1 Tahun 2002 tentang Pemberantasan Tindak Pidana Terorisme pada Peristiwa Peledakan Bom di Bali tanggal 12 Oktober 2002 menjadi Undang-undang.
5. Bahwa Lahirnya kedua Perpu di atas yang telah disetujui oleh Dewan Perwakilan Rakyat menjadi Undang-undang sepenuhnya didasarkan pada kenyataan obyektif yang kita hadapi yang menuntut tanggung jawab kita bersama. Serangkaian peristiwa peledakan bom yang terjadi di beberapa bagian Wilayah Negara Indonesia dalam

beberapa tahun terakhir dan peristiwa peledakan bom di Bali tanggal 12 Oktober 2002, telah mempunyai dampak luas dalam kehidupan sosial, ekonomi, politik, dan hubungan internasional, bahkan dapat berpengaruh pada keutuhan dan integritas bangsa dan negara. Tindakan para pelaku terorisme tidak saja telah merenggut begitu banyak nyawa orang tak berdosa dan kerugian harta benda, tetapi telah pula mencederai kedaulatan dan integritas negara, termasuk di bidang ekonomi serta dalam hubungan internasional.

6. Bahwa dalam menanggapi peristiwa peledakan bom di Bali tersebut, Dewan Keamanan Perserikatan Bangsa-Bangsa (PBB) telah mengeluarkan pula Resolusi Nomor 1438 (2002) yang mengutuk sekeras-kerasnya peledakan bom itu, menyampaikan duka cita dan simpati kepada Pemerintah dan Rakyat Indonesia serta para korban dan keluarganya; dan dengan merujuk Resolusi Nomor 1373 (2001) menyerukan kepada semua negara untuk bekerjasama mendukung dan membantu Pemerintah Indonesia untuk mengungkap semua pelaku yang terkait dengan peristiwa itu dan membawanya ke pengadilan.
7. Bahwa di samping kenyataan obyektif yang kita hadapi, kebijakan kriminalisasi tindakan terorisme juga menunjukkan konsistensi komitmen negara kita dalam ikut serta memelihara dan menciptakan perdamaian dunia sebagaimana diamanatkan dalam Pembukaan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945. Terorisme, sebagaimana ditunjukkan dalam berbagai instrumen hukum internasional, merupakan ancaman besar yang membayangi upaya masyarakat bangsa-bangsa dalam memelihara perdamaian dan keamanan internasional, serta dalam meningkatkan hubungan persahabatan dan bertetangga yang baik dan kerjasama antar negara.
8. Bahwa sudah menjadi pengetahuan kita bersama dalam beberapa dekade terakhir ini terorisme telah menjadi fenomena umum yang terjadi di banyak negara. Berbagai peristiwa terorisme yang terjadi menunjukkan bahwa terorisme telah menjadi kejahatan lintas negara, terorganisasi dengan jaringan yang luas, sehingga telah menjadi kejahatan yang bersifat internasional. Terorisme tidak hanya melibatkan warga negara dari satu negara, dan sasarannya pun tidak hanya negara tertentu, tetapi dapat terjadi di negara mana saja.
9. Bahwa terorisme kini tidak lagi dipandang sebagai kejahatan biasa, tetapi telah dikategorikan sebagai "kejahatan luar biasa (extra ordinary crime)", dan bahkan dapat dikategorikan pula sebagai "kejahatan terhadap kemanusiaan (crime against humanity)". Terorisme selalu menggunakan ancaman atau kekerasan serta mengakibatkan hilangnya begitu banyak nyawa tanpa memandang siapa yang akan menjadi korban, penghancuran dan pemusnahan harta benda, lingkungan hidup, sumber-sumber ekonomi, menimbulkan kegoncangan kehidupan sosial dan politik, dan bahkan pada tingkat tertentu dapat menjadi ancaman terhadap keberadaan dan kelangsungan hidup suatu bangsa dan negara.
10. Bahwa komitmen masyarakat internasional dalam mencegah dan memberantas terorisme sudah diwujudkan dalam berbagai konvensi internasional, yang menegaskan bahwa terorisme merupakan kejahatan yang mengancam perdamaian dan keamanan internasional. Beberapa konvensi internasional yang dapat disebut, antara lain International Convention for the Suppression of Terrorist Bombings, 1997, dan International Convention for the Suppression of Financing of Terrorism, 1999. Di tingkat regional juga menunjukkan perkembangan serupa, seperti di kalangan Masyarakat Eropa telah ditandatangani European Convention on the Suppression of Terrorism, 1978, di lingkungan Negara-negara Arab terdapat The Arab Convention on the Suppression of Terrorism, 1998, dan Asosiasi Kerjasama Regional Negara-negara Asia Selatan memiliki SAARC Regional Convention on Suppression of Terrorism 1987.
11. Bahwa Indonesia sebagai anggota masyarakat bangsa-bangsa mempunyai kewajiban mendukung dan mengambil langkah-langkah dalam pemberantasan terorisme karena merupakan amanat Pembukaan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 yang menyatakan bahwa Pemerintah Indonesia berkewajiban melindungi

segenap bangsa Indonesia dan seluruh tumpah darah Indonesia, serta ikut melaksanakan ketertiban dunia yang berdasarkan kemerdekaan, perdamaian abadi, dan keadilan sosial.

Berdasarkan hal-hal yang dikemukakan di muka, pokok-pokok pikiran yang melandasi Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-undang Nomor 1 Tahun 2002 tentang Pemberantasan Tindak Pidana Terorisme yang telah ditetapkan menjadi Undang-undang berdasarkan Undang-undang Nomor 15 Tahun 2003 adalah:

- a. Sejalan dengan tujuan nasional sebagaimana dimaksud dalam Pembukaan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 yakni melindungi segenap bangsa Indonesia dan seluruh tumpah darah Indonesia, dan untuk memajukan kesejahteraan umum, mencerdaskan kehidupan bangsa, dan ikut melaksanakan ketertiban dunia yang berdasarkan kemerdekaan, perdamaian abadi, dan keadilan sosial, maka mutlak diperlukan penegakan hukum dan ketertiban secara konsisten dan berkesinambungan.
- b. Terorisme telah menghilangkan nyawa tanpa memandang korban dan menimbulkan ketakutan masyarakat secara luas, atau hilangnya kemerdekaan, serta kerugian harta benda, oleh karena itu perlu dilaksanakan langkah-langkah pemberantasan.
- c. Terorisme mempunyai jaringan yang luas sehingga merupakan ancaman terhadap perdamaian dan keamanan nasional maupun internasional.
- d. Pemberantasan terorisme didasarkan pada komitmen nasional dan internasional dengan membentuk peraturan perundang-undangan nasional yang mengacu pada konvensi internasional dan peraturan perundang-undangan yang berkaitan dengan terorisme.
- e. Peraturan perundang-undangan yang berlaku sampai saat ini belum secara komprehensif dan memadai untuk memberantas tindak pidana terorisme.

Prinsip-prinsip pokok pengaturan materi Undang-undang:

- a. Undang-Undang ini merupakan ketentuan payung terhadap peraturan perundang-undangan lainnya yang berkaitan dengan pemberantasan tindak pidana terorisme.
- b. Undang-Undang ini merupakan ketentuan khusus yang diperkuat sanksi pidana dan sekaligus merupakan Undang-undang yang bersifat koordinatif (coordinating act) dan berfungsi memperkuat ketentuan-ketentuan di dalam peraturan perundang-undangan lainnya yang berkaitan dengan pemberantasan tindak pidana terorisme.
- c. Undang-Undang ini memuat ketentuan khusus tentang perlindungan terhadap hak asasi tersangka/terdakwa yang disebut "safe guarding rules". Ketentuan tersebut antara lain memperkenalkan lembaga hukum baru dalam hukum acara pidana yang disebut dengan "hearing" dan berfungsi sebagai lembaga yang melakukan "legal audit" terhadap seluruh dokumen atau laporan intelijen yang disampaikan oleh penyelidik untuk menetapkan diteruskan atau tidaknya suatu penyidikan atas dugaan adanya tindakan terorisme.
- d. Di dalam Undang-Undang ini ditegaskan bahwa tindak pidana terorisme dikecualikan dari tindak pidana politik atau tindak pidana yang bermotif politik atau tindak pidana yang bertujuan politik sehingga pemberantasannya dalam wadah kerjasama bilateral dan multilateral dapat dilaksanakan secara lebih efektif.
- e. Undang-Undang itu memuat ketentuan yang memungkinkan Presiden mengambil langkah-langkah untuk merumuskan kebijakan dan langkah-langkah operasional pelaksanaan Undang-Undang ini yang harus dilandaskan pada prinsip transparansi dan akuntabilitas publik (sunshine principle) dan/atau prinsip pembatasan waktu efektif (sunset principle) sehingga dapat dihindarkan kemungkinan penyalahgunaan wewenang.
- f. Undang-Undang ini memuat ketentuan tentang yurisdiksi yang didasarkan kepada asas teritorial, asas ekstrateritorial, dan asas nasional aktif sehingga diharapkan dapat secara efektif memiliki daya jangkau terhadap tindak pidana terorisme sebagaimana dimaksud dalam Undang-Undang ini yang melampaui batas-batas teritorial Negara Republik Indonesia. Untuk memperkuat yurisdiksi tersebut Undang-Undang ini memuat juga ketentuan mengenai kerja sama internasional.

- g. Undang-Undang ini memuat ketentuan tentang pendanaan untuk kegiatan teroris sebagai tindak pidana terorisme sehingga sekaligus juga memperkuat Undang-Undang Nomor 15 Tahun 2002 tentang Tindak Pidana Pencucian Uang.
- h. Ketentuan dalam Undang-Undang ini tidak berlaku bagi kemerdekaan menyampaikan pendapat di muka umum, baik melalui unjuk rasa, protes, maupun kegiatan-kegiatan yang bersifat advokasi. Apabila dalam kemerdekaan menyampaikan pendapat tersebut terjadi tindakan yang mengandung unsur pidana, maka diberlakukan Kitab Undang-Undang Hukum Pidana dan ketentuan peraturan perundang-undangan di luar Kitab Undang-Undang Hukum Pidana.
- i. Undang-Undang ini tetap mempertahankan ancaman sanksi pidana dengan minimum khusus untuk memperkuat fungsi penjeraan terhadap para pelaku tindak pidana terorisme.

Selanjutnya pokok-pokok pikiran yang menjadi dasar Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-undang Nomor 2 Tahun 2003 tentang Pemberlakuan Undang-Undang tentang Pemberantasan Tindak Pidana Terorisme pada peristiwa Peledakan Bom di Bali Tanggal 12 Oktober 2002, yang telah ditetapkan menjadi undang-undang Nomor 16 Tahun 2003, sebagai berikut:

- a. peristiwa pemboman yang terjadi di Bali pada tanggal 12 Oktober 2002 telah menimbulkan suasana teror atau rasa takut terhadap orang secara meluas serta mengakibatkan hilangnya nyawa dan kerugian harta benda;
- b. peristiwa pemboman yang terjadi di Bali telah membawa dampak yang luas terhadap kehidupan sosial, ekonomi, politik, dan hubungan internasional serta mengancam perdamaian dan keamanan internasional, sehingga Perserikatan Bangsa-Bangsa mengeluarkan Resolusi Nomor 1438 (2002) dan Resolusi Nomor 1373 (2001);
- c. untuk memberi landasan hukum yang kuat dalam mengambil langkah-langkah segera dalam rangka penyelidikan, penyidikan, dan penuntutan atas peristiwa pemboman yang terjadi di Bali, telah diundangkan Undang-Undang tentang Pemberantasan Tindak Pidana Terorisme.

## II. Posisi Hukum (Legal Standing) Pemohon

Pemohon, dalam hal ini HM Mahendradatta, S.H., MA dkk. dari Tim Pengacara Muslim Pusat selaku kuasa hukum dari Masykur Abdul Kadir dan terdaftar dalam register perkara Nomor: 013/PUU-U2003 yang telah mengajukan permohonan untuk mencabut Undang-undang Nomor 16 Tahun 2002 perlu ditanggapi sebagai berikut:

- a. Sesuai dengan ketentuan Pasal 51 ayat (1) Undang-undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi, disebutkan bahwa Pemohon adalah pihak yang menganggap hak dan/atau kewajiban konstitusionalnya dirugikan oleh berlakunya Undang-undang, yaitu:
- b. perorangan warga negara Indonesia;
- c. kesatuan masyarakat hukum adat sepanjang masih hidup dan sesuai dengan perkembangan masyarakat dan prinsip Negara Kesatuan Republik Indonesia yang diatur dalam Undang-undang;
- d. badan hukum publik atau privat, atau lembaga negara.

Oleh karena itu, perlu dipertanyakan kepentingan Pemohon (Maskur Abdul Kadir) yang dikuasakan kepada Mahendradatta dkk., apakah tepat sebagai pihak (legal standing) yang hak konstitusionalnya dirugikan oleh Undang-undang Nomor 16 Tahun 2003.

Kalau dikatakan bahwa Undang-undang Nomor 16 Tahun 2003 bertentangan dengan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 (khususnya Pasal 28I ayat (1), dalam Pendahuluan sudah dikemukakan bahwa pelaksanaan Pasal 28I ayat (1) dibatasi oleh Pasal 28J ayat (1) dan (2) Undang-Undang Dasar negara Republik Indonesia Tahun 1945. Di samping itu terorisme secara internasional diklasifikasikan sebagai kejahatan terhadap kemanusiaan yang bersifat luar biasa (crime against humanity and extra ordinary crime), karena terorisme merupakan tindakan pelanggaran hak asasi manusia yang berat, yang secara nasional sekarang sudah diadopsi ke dalam Undang-undang No. 16 Tahun 2003.



- III. Fundamentum Petendi (Keterangan Pemerintah) atas Permohonan Pemohon berkaitan dengan pasal 28I ayat (1) Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia tahun 1945
- a. Bahwa menurut Pemohon Pengujian Undang-undang Nomor 16 Tahun 2002 tentang Pemberlakuan Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-undang Nomor 1 Tahun 2002 tentang Pemberantasan Tindak Pidana Terorisme pada Peristiwa Peledakan Bom di Bali Tanggal 12 Oktober 2002 adalah bertentangan/melanggar Pasal 28I ayat (1) Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945. yang berbunyi: Hak untuk hidup, hak untuk tidak disiksa, hak kemerdekaan pikiran dan hati nurani, hak beragama, hak untuk tidak diperbudak, hak untuk diakui sebagai pribadi di hadapan hukum dan hak untuk tidak dituntut atas dasar hukum yang berlaku surut adalah hak asasi manusia yang tidak dapat dikurangi dalam keadaan apapun, tidaklah benar.
  - b. Ketentuan dalam Pasal 28I ayat (1) Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 dibatasi dengan ketentuan yang dimuat dalam Pasal 28J ayat (1) dan ayat (2) Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945. Hal ini dimaksudkan untuk menyebandingkan agar diperoleh suatu keharmonisan hak dan kewajiban setiap individu dan keharmonisan hukum dan keadilan. Ketentuan Pasal 28J berbunyi: (1) Setiap orang wajib menghormati hak asasi manusia orang lain dalam tertib kehidupan bermasyarakat, berbangsa, dan bernegara. (2) Dalam menjalankan hak dan kebebasannya, setiap orang wajib tunduk kepada pembatasan yang ditetapkan 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.
  - c. Dari ketentuan di atas jelas bahwa undang-undang lain dapat membatasi hak orang lain dengan suatu kewajiban-kewajiban tertentu dalam rangka mencapai suatu keseimbangan. Kemungkinan ada suatu undang-undang yang dibentuk, namun pembentukannya kemudian setelah terjadinya suatu peristiwa yang sangat melanggar hak-hak orang lain dengan jalan memberlakukan surut ketentuan-ketentuannya dalam rangka untuk menjamin pengakuan dan penghormatan atas hak dan kebebasan orang lain. Jika pelanggaran hak tersebut tidak diselesaikan oleh suatu kebijakan dengan mengeluarkan suatu undang-undang, maka pelanggaran hak asasi manusia yang telah dilakukan tersebut dianggap sangat bertentangan dengan hak asasi manusia orang lain.
  - d. Pada tanggal 12 Oktober 2002 telah terjadi serangkaian peledakan bom di Bali dengan puncaknya adalah ledakan dahsyat yang terjadi di Sari Cafe, Jalan Legian Kuta. Peristiwa ini telah menelan 184 korban jiwa tewas dan ratusan lainnya luka-luka berat dan ringan. Bilangan terbesar dari para korban adalah warga negara asing yang menjadi wisatawan, di samping warga negara Indonesia sendiri. Ledakan tersebut juga telah meruntuhkan sejumlah bangunan serta menimbulkan suasana takut dan mencekam yang luas di masyarakat. Turis-turis asing beramai-ramai meninggalkan Bali. Wisatawan yang merencanakan untuk berlibur di sana membatalkan niatnya. Bahkan beberapa konferensi, seminar, dan pertemuan internasional lainnya ditunda atau dipindahkan ke tempat lain. Peristiwa ini menjadi perhatian masyarakat internasional. Bahkan Dewan Keamanan PBB mengeluarkan Resolusi Nomor 1438 (2002) yang mengutuk sekeras-kerasnya peledakan bom itu, menyampaikan duka cita dan simpati kepada pemerintah dan rakyat Indonesia serta para korban dan keluarganya dan menyerukan kepada semua negara berdasarkan Resolusi Nomor 1373 (2001) untuk bekerja sama mendukung dan membantu pemerintah Indonesia untuk mengungkap semua pelaku yang terkait dengan peristiwa itu dan membawanya ke pengadilan.
  - e. Permasalahan yang timbul adalah bahwa untuk memenuhi tuntutan di atas dan juga untuk menjaring pelaku tindak pidana terorisme tersebut, Indonesia belum mempunyai perangkat undang-undangnya, padahal peristiwa telah terjadi. Menghadapi kenyataan di atas dan untuk mengantisipasi segala kemungkinan terjadinya lagi berbagai serangan terhadap fisik, jiwa, harta benda, dan instalasi vital yang ada di negara kita, maka Pemerintah berpendapat bahwa syarat "hal ikhwal kegentingan yang memaksa"

sebagaimana diatur dalam ketentuan Pasal 22 ayat (1) Undang-Undang Dasar Negara Tahun 1945 telah terpenuhi. Sidang Kabinet hari Senin tanggal 14 Oktober 2002 yang secara khusus membahas peledakan bom di Bali juga telah mendiskusikan kemungkinan ditetapkan peraturan pemerintah pengganti undang-undang (Perpu). Perpu tersebut adalah Perpu Nomor 1 Tahun 2002 tentang Pemberantasan Tindak Pidana Terorisme yang kemudian ditetapkan menjadi Undang-undang Nomor 15 Tahun 2002, dan Perpu Nomor 2 Tahun 2002 tentang Pemberlakuan Perpu Nomor 1 Tahun 2002 tentang Pemberantasan Tindak Pidana Terorisme pada Peristiwa Peledakan Bom di Bali tanggal 12 Oktober 2002 yang kemudian ditetapkan menjadi Undang-undang Nomor 16 Tahun 2002.

- f. Dari uraian di atas, kiranya dapat dipahami bahwa keadilan merupakan pilar utama dan harus didahulukan daripada hukum, perlu dipertimbangkan untuk menjadi dasar berpijak mengapa asas non-retroaktif sedikit diabaikan berdasarkan Undang-undang Nomor 16 Tahun 2002 tersebut dengan mengingat peristiwa peledakan bom di Bali pada tanggal 12 Tahun 2002 yang telah menimbulkan korban yang tidak sedikit jumlahnya dan menimbulkan dampak yang luas di bidang sosial, ekonomi, politik, dan hubungan internasional. Di samping itu, peristiwa tersebut telah digolongkan sebagai kejahatan yang luar biasa (extra-ordinary crime) dan kejahatan terhadap kemanusiaan (crime against humanity), maka demi keadilan (balance principle of justice), ketentuan mengenai peristiwa peledakan bom di Bali pada tanggal 12 Oktober 2002 diberlakusurutkan.

#### IV. KESIMPULAN

Berdasarkan hal-hal di atas, kami mohon kepada Ketua/Majelis Hakim Mahkamah Konstitusi untuk menerima Keterangan Pemerintah seluruhnya dan selanjutnya memutuskan agar:

1. Menyatakan para Pemohon tidak mempunyai legal standing,
2. Menolak permohonan para Pemohon;
3. Menyatakan bahwa Undang-undang Nomor 16 Tahun 2003 tentang Penetapan Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-undang Nomor 2 Tahun 2002 tentang Pemberlakuan Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-undang Nomor 1 Tahun 2002 tentang Pemberantasan Tindak Pidana Terorisme pada Peristiwa Peledakan Bom di Bali tanggal 12 Oktober 2002 menjadi Undang-undang, tidak bertentangan dengan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, khususnya Pasal 28I ayat (1);

Menimbang bahwa pada pemeriksaan persidangan tanggal 10 Desember 2003 telah didengar keterangan dari DPR diwakili oleh A.Teras Narang SH. Dkk dan keterangan tertulisnya tertanggal 10 Februari 2004 sebagai berikut:

##### I. Mengenai Syarat Permohonan

1. Hak dan/atau kewenangan Konstitusional Pemohon  
Bahwa Pemohon tidak menguraikan secara jelas hak dan kewenangan konstitusionalnya yang dirugikan menurut Pasal 51 ayat (2) Undang-undang No. 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi.
2. Syarat Formalitas Permohonan
  - a. Bahwa Pemohon menguraikan Pemberlakuan Undang-undang No. 16 tahun 2003 tentang Penetapan Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang No. 2 tahun 2002 tentang Pemberlakuan Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang No. 1 tahun 2002 tentang Pemberantasan Tindak Pidana Terorisme Pada Peristiwa Peledakan Bom Bali Tanggal 12 Oktober 2002 bertentangan dengan Pasal 28I ayat (1) Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia 1945.
  - b. Bahwa dalam permohonan Pemohon tidak menguraikan dengan jelas ayat, pasal, dan/atau bagian dari undang-undang yang bertentangan dengan UUD 1945 sebagaimana dimaksud dalam Pasal 51 ayat (3) Undang-undang No. 24 tahun 2003.

Berdasarkan uraian di atas permohonan Pemohon tidak memenuhi syarat sebagaimana dimaksud dalam Pasal 51 Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 Tentang Mahkamah Konstitusi karenanya permohonan Pemohon harus dinyatakan tidak dapat diterima.

II. Mengenai Pokok Materi Permohonan

Bahwa pembentukan Undang-undang No. 16 tahun 2003 tentang Penetapan Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang No. 2 tahun 2002 tentang Pemberlakuan Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang No. 1 tahun 2002 tentang Pemberantasan Tindak Pidana Terorisme merupakan upaya dalam rangka mengatasi kelemahan hukum atas peristiwa atau perbuatan-perbuatan hukum yang dikategorikan sebagai kejahatan berat yang tidak lagi dapat menggunakan instrumen hukum pidana atau Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP).

Bahwa ketentuan Pasal 1 ayat (1) KUHP yang menyatakan bahwa "tiada suatu perbuatan dapat dipidana, melainkan atas kekuatan ketentuan pidana dalam peraturan perundangan-undangan yang telah ada sebelum perbuatan itu terjadi" merupakan asas umum pidana. Asas umum tersebut dapat dikesampingkan oleh asas atau ketentuan yang bersifat khusus. Asas atau ketentuan yang bersifat khusus timbul karena adanya kategori khusus terhadap suatu peristiwa atau perbuatan pidana.

Bahwa Pasal 28I UUD 1945 menyebutkan " hak hidup.....dan hak untuk tidak dituntut atas dasar hukum yang berlaku surut adalah hak asasi manusia yang tidak dapat dikurangi dalam keadaan apapun" merupakan hak dasar yang bersifat umum.

UUD 1945 yang dinyatakan Pemohon menolak Pemberlakuan asas retroaktif seperti tersebut di atas sama sekali tidak benar. Pemohon tidak teliti mempelajari UUD 1945, Pasal 28J ayat (1) menyebutkan bahwa "setiap orang wajib menghormati hak asasi manusia orang lain dalam tertib kehidupan bermasyarakat, berbangsa, dan bernegara". Selanjutnya ayat (2) menyebutkan bahwa "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 nilai moral, nilai-nilai agama, keamanan, ketertiban umum dalam suatu masyarakat demokratis". Ketentuan ini menjadi dasar untuk pembatasan hak asasi manusia yang diatur dengan UU. Oleh karena itu asas retroaktif tidak bertentangan dengan UUD dan dapat diterapkan atas dasar pertimbangan nilai moral, agama, keamanan, dan ketertiban umum. Oleh karena itu, Undang-undang No. 16 tahun 2003 tidak bertentangan atau mempunyai dasar hukum yaitu Pasal 28J UUD 1945.

Berdasarkan hal-hal tersebut di atas, kami berpendapat bahwa permohonan yang diajukan oleh Pemohon untuk menolak asas retroaktif dengan mendalilkan Pasal 28I UUD 1945 tidak tepat sama sekali karena Pemohon seharusnya memahami Pasal 28J UUD 1945, karena itu permohonan harus dinyatakan ditolak.

Menimbang bahwa Pemohon selain mengajukan bukti-bukti tertulis telah pula didengar keterangan Saksi/Ahli di dalam persidangan yaitu:

1. saksi Prof.Dr. Harun Al Rasid pada pokoknya memberikan keterangan dibawah sumpah sebagai berikut:
  - Bahwa pada prinsipnya perpu No.2 tahun 2002 tentang Pemberlakuan Perpu No.1 tahun 2002 yang telah menjadi Undang-Undang yang pada hakekatnya berlaku surut akan tapi tidak dengan kata-kata yang menunjukkan bahwa itu untuk berlaku surut;
  - Bahwa pemohon mengatakan, bahwa hak untuk tidak dapat dituntut atas dasar hukum yang berlaku surut adalah Hak Azasi Manusia yang tidak dapat dikurangi dalam keadaan apapun;
  - Bahwa yang menjadi masalah adalah bukan undang-undang yang bertentangan dengan undang-undang tetapi masalahnya adalah konflik antara undang-undang subversi dan Undang-undang No.1 tahun 2002 itu kewenangan siapa;
  - Bahwa pasal 24C Undang-Undang Mahkamah Konstitusi hanya berwenang menguji undang-undang terhadap undang-undang Dasar;

- Bahwa maksud kewenangan diberikan kepada Mahkamah Konstitusi mengenai hak menguji itu ialah untuk menjaga kedalam tata hukum itu tidak bertentangan Undang-Undang Dasar;
  - Bahwa maksud dan tujuannya adalah agar jangan sampai terjadi konflik antara undang-undang yang satu dengan yang lain;
  - Bahwa perpu No. 2 tahun 2002 dan perpu No.1 tahun 2002 adalah melanggar prinsip sistim hukum pidana di Indonesia;
  - Bahwa perpu tersebut sama sekali tidak dapat untuk mengisi kekosongan hukum di Indonesia dalam peristiwa bom Bali dan berdasarkan pasal 340 KUHPid pelaku tindak pidana tersebut dapat diancam dengan hukuman maksimal dan juga dengan hukuman mati atau seumur hidup;
  - Bahwa perpu No. 2 tahun 2002 yang mengatakan berlaku surut itu saya tegaskan bahwa perpu tersebut bertentangan dengan pasal 1 ayat (1) KUHP, akan tapi tidak bertentangan dengan UUD 1945;
  - Bahwa saksi tidak sependapat dengan Undang-Undang anti terorisme karena undang-undang yang sudah ada, sudah dapat menghukum siapa saja yang melakukan perbuatan yang kualifikasinya sama dengan terorisme;
2. Mutamimul Ulla pada pokoknya memberikan keterangan dibawah sumpah sebagai berikut:
- Bahwa benar saksi adalah anggota Dewan Perwakilan Rakyat;
  - Bahwa benar pada tanggal 7 Nopember presiden RI mengantarkan Rancangan Undang - Undang dan penjelasan tentang perpu No.1 tahun 2002 dan Perpu No.2 tahun 2002 ke Dewan Perwakilan Rakyat, kemudian tanggal 12 Nopember Dewan Perwakilan Rakyat memberitahukan kepada anggota dewan, pada tanggal 26 Nopember di Dewan membentuk pansus Rancangan Undang - Undang tentang perpu tersebut, yang ditandatangani oleh 50 orang anggota dari fraksi-fraksi termasuk saya;
  - Bahwa pada tanggal 7 Februari pansus disahkan, kemudian tanggal 7 Februari s/d 4 Maret pansus mengadakan pembahasan masalah perpu tersebut;
  - Bahwa tanggal 6 Maret diadakan pengambilan keputusan rapat paripurna untuk menjadikan Perpu menjadi Undang-undang;
  - Bahwa pada saat itu pemerintah mengajukan 4 rancangan yaitu tentang rancangan perpu No.1 tahun 2002 dan perpu No. 2 tahun 2002 dan yang ke 3 dan ke 4 adalah Rancangan Undang-Undang tentang pemberantasan tindak pidana Terorisme pada peristiwa bom Bali tanggal 12 Oktober 2002;
  - Bahwa terhadap Rancangan Undang-Undang tersebut pemerintah mengusulkan kepada Dewan Perwakilan Rakyat untuk menentukan sikap
  - Bahwa sikap pasus ditanggapi oleh Dewan Perwakilan Rakyat dan pemerintah, selanjutnya diadakan rapat konsultasi tanggal 4 Maret yang diikuti oleh seluruh pimpinan fraksi dan Dewan Perwakilan Rakyat yang intinya Dewan Perwakilan Rakyat harus mengambil sikap lebih dahulu menolak atau menerima perpu sebagai undang-undang;
  - Bahwa pada tanggal 6 Maret saya dan teman dari fraksi reformasi terkejut sehingga dari fraksi kami diberikan kesempatan untuk menyampaikan pendapat akhir terhadap persetujuan perpu tersebut menjadi undang-undang, dan disitu ada fraksi yang tidak setuju yaitu setahu saya adalah fraksi Reformasi yang tidak setuju Perpu tersebut menjadi undang-undang dengan alasan antara lain yang berkaitan dengan konsideran perpu itu dan ikhwal kepentingan yang memaksa tidak terpenuhi;
  - Bahwa pemahaman ikhwal yang memaksa bagi sebuah negara menyangkut hal-hal:
    1. Mengancam keadaulatan dan keutuhan NKRI;
    2. Mengubah Dasar Negara bahkan Idiologi negara dengan cara inkonstitusional;
    3. Mengancam kewibawaan pemerintah yang sah dengan cara inkonstitusional sehingga tidak efektif diseluruh atau disebagian NKRI;

4. Ancaman bersenjata dari luar dan dalam negeri berupa misalnya pemberontakan, kejahatan bersenjata yang terorganisir bersifat ekstensif dan menyeluruh.
  - Bahwa menghancurkan perekonomian bangsa secara sistimatis dengan cara sabotase inilah menjadi alasan penolakan dan alasan lain adalah menyangkut prosedural;
  - Bahwa Fraksi Reformasi mencatat proses dan mekanisme pengundangan perpu tersebut tidak sesuai dengan Prosedur dan tata tertib Dewan Perwakilan Rakyat-Republik Indonesia No 131, 120,122, (tata tertib prosedur persetujuan perpu menjadi Undang-undang);
  - Bahwa pendapat resmi dari Fraksi mengenai Pemberlakuan surut belum ada karena baru ada dengan pendapat saja karena pansus tidak membahas Perpu, tapi membahas Rancangan Undang-Undang yang resmi diajukan bukan perpu No.3 dan 4;
  - Bahwa Rancangan Undang-Undang yang disetujui oleh pemerintah adalah yang pertama dan yang kedua sedangkan yang ke tiga dan ke empat begitu disetujui oleh Dewan Perwakilan Rakyat tentang Rancangan Undang-Undang tindak pidana Terorisme yang sudah direvisi sampai persidangan ini pemerintah belum mengajukan;
  - Bahwa saksi mengikuti rapat pansus sebanyak 5 kali;
  - Bahwa benar perpu no. 2 sekarang sudah menjadi Undang-undang adalah dengan persetujuan Dewan Perwakilan Rakyat;
  - Bahwa benar dengan diterimanya perpu No.1 Tahun 2002 menjadi undang-undang satu paket dengan perpu no. 2 tahun 2002;
3. Ny.Maria Farida Indrati pada pokoknya memberikan keterangan dibawah sumpah sebagai berikut:
  - Bahwa azas legalitas adalah yang menyatakan bahwa semua perbuatan adalah berlandasan hukum seperti yang tercantum dalam pasal 1 (ayat) 1 KUHP;
  - Bahwa benar azas tersebut diundangkan pada tahun 1915 sampai sekarang di Indonesia masih berlaku dan sebelum itu kita mengenal juga adanya algemeene bepalingen van wetgeving voor Indonesie yang diundangkan tahun 1847 dimana dalam artikel kedua disebutkan de wet verbindt alleen voor het toekomstige en heeft geene terugwerkende kracht, suatu undang-undang hanya mengatur dan mengikat kedepan;
  - Bahwa di dalam Undang-Undang dasar 1945 yang telah dirumuskan dalam pasal 28I yang menyebutkan bahwa hak untuk hidup hak untuk disiksa, hak kemerdekaan pikiran dan hati nurani, hak beragama, hak untuk tidak diperbudak, hak untuk diakui sebagai pribadi dihadapan hukum dan hak untuk tidak dituntut atas dasar hukum yang berlaku surut adalah hak asasi manusia;
  - Bahwa azas berlaku surut pada dasarnya tidak diperkenankan oleh undang-undang karena undang-undang berlaku dan mengikat kedepan;
  - Bahwa pasal 28J ayat (2) ini menguatkan untuk memberikan sandaran yang lebih tegas bahwa hak asasi manusia yang dituliskan dalam pasal 28 ini walaupun dibatasi oleh undang-undang, tapi hanya dibatasi dalam hal yang dapat membuat suatu keadilan bagi masyarakat;
  - Bahwa benar Pemberlakuan perpu No. 2 tahun 2002 terhadap peristiwa bom di Bali adalah peraturan yang berlaku surut;
  - Bahwa amandemen kedua yang tidak ada kata-kata kapan efektif berlaku itu hanya secara teknis pembentukan hukum, maka sebetulnya perubahan kedua tanggal 18 Agustus 2000 belum berlaku, karena belum ada pernyataan mulainya berlaku kapan, akan tetapi dalam perubahan ke empat Undang-undang Dasar, Majelis Permusyawaratan Rakyat melihat adanya kekeliruan sehingga dalam pembukaan Undang-undang Dasar disebutkan dalam huruf d dikatakan MPR RI menetapkan b, penambahan bagian akhir pada perubahan UUD 1945 dengan kalimat Perubahan tersebut diputuskan dalam Rapat Paripurna MPR-RI IX tanggal 18 Agustus tahun

2002, berarti perubahan ke empat memberlakukan surutkan ketentuan dalam untuk berlakunya perubahan ke dua;

- Bahwa benar konstitusi merupakan hukum terkuat di Indonesia, tetapi kalau tindak pidana yang dimasukkan extra ordinary crime, maka Indonesia menganut pada hukum Internasional, dan itu bisa sepanjang Indonesia sudah meratifikasi perjanjian-perjanjian (Statuta Roma) akan tetapi sampai sekarang Indonesia belum meratifikasi Hukum Internasional tersebut oleh karena itu saya menganggap bahwa Undang-undang Dasar tidak bisa di intervensi;

Menimbang bahwa Pemohon pada persidangan tanggal 16 Maret 2004 telah pula menyerahkan kesimpulan yang pada pokoknya:

**A. MENGENAI OBYEK PERMOHONAN**

- A.1. Bahwa Pemohon adalah seorang warga negara Indonesia yang hak konstitusionalnya telah dilanggar karena saat ini Pemohon telah diadili dan dijatuhi hukuman oleh Pengadilan Negeri Denpasar yang diperkuat dengan putusan Pengadilan Tinggi Bali atas dasar hukum yang berlaku surut, yaitu Perpu No 2 tahun 2002 yang kemudian ditetapkan menjadi Undang-undang No 16 Tahun 2003.
- A.2. Bahwa permohonan Pemohon kepada Mahkamah Konstitusi adalah untuk menguji diundangkannya Undang-undang No 16 Tahun 2003 karena bertentangan dengan Undang-Undang Dasar 1945.

**B. MENGENAI HUKUMNYA**

Bahwa pokok argumentasi Pemohon adalah Pemohon sebagai warga negara Republik Indonesia secara konstitusional memiliki hak untuk memperoleh perlindungan untuk tidak dituntut atas dasar hukum yang berlaku surut (selanjutnya mohon disebut "asas retroaktif") sebagaimana dimaksud secara tegas dan jelas dalam 281 ayat 1 Perubahan Kedua dari UUD 1945.

**C. PENDAPAT PEMERINTAH DAN DPR-RI**

Pada tanggal 10 Desember, 2003 pihak Pemerintah dan DPR telah hadir di persidangan ini dan atas masalah dan permohonan yang diajukan oleh Pemohon telah memberikan keterangan dan pendapatnya yang pada pokoknya dapat kami simpulkan sebagai berikut;

- C.1. Pengakuan secara tegas bahwa Pemerintah dan DPR telah memberlakukan asas retroaktif terhadap peristiwa Bom Bali pada umumnya dan terhadap Pemohon pada khususnya.
- C.2. Bahwa menurut Pemerintah dan DPR, Pemberlakuan hukum secara surut terhadap peristiwa bom Bali (termasuk Pemohon) adalah sah karena peristiwa tersebut adalah merupakan kejahatan luar biasa (extra ordinary crime).
- C.3. Bahwa menurut pendapat Pemerintah dan DPR, Pasal 281 UUD 1945 tidak berdiri sendiri namun berhubungan dengan Pasal 28J, sehingga berlakunya Pasal 281 tidak mutlak karena dibatasi oleh berlakunya Pasal 28J.

**D. TANGGAPAN PEMOHON atas PENDAPAT PEMERINTAH dan DPR**

Bahwa atas pendapat Pemerintah dan DPR tersebut, Pemohon pada sidang tanggal 20 Januari, 2004 menanggapi dengan mengemukakan dalil-dalil yang pada pokoknya adalah sebagai berikut:

- D.1. Pemberlakuan asas retroaktif di Indonesia adalah merupakan ancaman bagi kepastian hukum. Jika Pemerintah memberikan hak bagi penegak hukum untuk menuntut dan mengadili seseorang atas dasar hukum yang berlaku surut maka sama saja Pemerintah telah memberikan lisensi bagi penegak hukum untuk berbuat sewenang-wenang.
- D.2. Pengesahan atas Pemberlakuan hukum secara retroaktif yang didasarkan pada alasan bahwa suatu kejahatan dimaksud merupakan kejahatan yang luar biasa (extra ordinary crime) tidak dapat diterima karena alasan ini sama sekali tidak didasarkan pada alasan yang bersumber pada hukum positif, dan jelas merupakan sumber yang potensial bagi para penegak hukum untuk berbuat sewenang-wenang karena tidak disertai dengan kejelasan tentang siapa yang berhak menentukan bahwa suatu

kejahatan termasuk dalam kategori "extra ordinary" atau "ordinary" dan apakah batasan-batasannya.

- D.3. Meskipun Pasal 28I tidak berdiri sendiri, tetapi mempunyai arti tersendiri yang tidak dapat dihubungkan dengan Pasal lain dalam UUD untuk dicari-cari kelemahannya. Kata "dalam keadaan apapun" yang tertulis dalam Pasal 28I memberikan ketegasan tidak boleh ada pengecualian ataupun pengurangan sedikitpun terhadap hak tersebut.

#### E. PEMBUKTIAN

Bahwa untuk memperkuat argumentasinya Pemohon menghadirkan 1 orang saksi dan 2 orang saksi ahli yang memiliki kompetensi untuk dimintai keterangannya sebagai ahli yang relevan dengan perkara ini. Saksi ahli dan saksi (fakta) yang telah kami hadirkan pada persidangan ini adalah,

- Bpk. Prof. DR. Harun al Rasyid, SH. (Guru Besar Hukum Tata Negara UI)
  - Bpk. Mutammimul Ula (Anggota Komisi II DPR-RI dari Fraksi Reformasi);
  - Ibu DR. Maria Farida, SH. (Pengajar Ilmu Perundang-undangan Fak. Hukum UI).
- E.1. Pokok-pokok kesaksian ahli Prof. DR. Harun Alrasid, SH. adalah sebagai berikut;
- E.1.1. Pemberlakuan asas retroaktif tidak dapat dibenarkan karena bertentangan dengan asas "nullum delictum nulla poena sine praevia lege poenali" yang terpatir dalam Pasal 1 ayat (1) KUHP.
  - E.1.2. Perpu No. 2 tahun 2002 jo. Undang-undang No. 16 tahun 2003 adalah suatu peraturan yang memberlakukan secara surut Perpu No. 1 Tahun 2002 jo. Undang-undang No 15/2003).
  - E.1.3. Perpu No. 1 Tahun 2002 jo. Undang-undang No 15/2003 seharusnya berlaku terhadap setiap tindak pidana terorisme yang dilakukan sejak tanggal berlakunya, yaitu 18 Oktober 2002. Memberlakukan secara surut peraturan ini bertentangan dengan asas dasar (grondbeginsel) dalam sistem hukum pidana Indonesia, sebagaimana tercantum dalam Pasal 1 ayat (1) KUHP. Hal ini juga diperkuat oleh ketentuan Pasal 28 I dari UUD.
  - E.1.4. Larangan memberlakukan secara surut suatu undang-undang juga dilarang oleh Konstitusi Amerika Serikat.
  - E.1.5. Arti kata "dalam keadaan apapun" sebagaimana termuat dalam Pasal 28I berarti sama sekali tidak boleh ada pengecualian sehingga sama sekali tidak boleh ada pengurangan terhadap hak terdakwa.
- E.2. Pokok-pokok kesaksian Mutammimul Ula, SH., adalah sebagai berikut;
- E.2.1. Proses pembahasan Perpu No 2 tahun 2002 menjadi Undang-Undang no.16 tahun 2003 tidak melalui prosedur pembahasan sebagaimana yang diatur dalam tata tertib persidangan DPR/MPR, yang mengharuskan pembahasan dilakukan dalam 2 tahap. Pada proses ini, DPR mengabaikan prosedur dan langsung memberikan persetujuannya tanpa ada pembahasan atas materi Perpu. Sehingga tidak pernah ada pembahasan Pasal demi Pasal sebagaimana yang seharusnya berlaku
  - E.2.2. Selama proses persetujuan di DPR tidak pernah ada diskusi, wacana, maupun yang menyinggung tentang adanya Pasal 28I dari UUD 45 yang melarang penetrapan asas retroaktif.
- E.3. Pokok-pokok kesaksian DR. Maria Farida , SH., adalah sebagai berikut;
- E.3.1. Pemberlakuan surut suatu Undang-Undang adalah dilarang karena bertentangan dengan asas legalitas dan bertentangan dengan konstitusi negara Republik Indonesia, khususnya bertentangan dengan Pasal 28I UUD 45.
  - E.3.2. UUD 45 sebagai konstitusi negara Republik Indonesia sama sekali menolak Pemberlakuan hukum secara surut. UUD kita menganut asas non-retroaktif.
  - E.3.3. Hak seseorang untuk tidak dapat dituntut atas dasar hukum yang berlaku surut adalah merupakan hak yang dijamin oleh UUD 45 khususnya Pasal

28I. Hak ini sama sekali tidak boleh dikurangi. Pasal berikutnya yaitu Pasal 28J dari UUD 45 bukanlah Pasal yang membatasi berlakunya Pasal 28I namun justru memperkuat berlakunya Pasal 28I.

- E.3.4. Hukum Internasional baik yang tertulis maupun yang tidak tertulis, tidak dapat diberlakukan di Indonesia apabila hal itu bertentangan dengan UUD 45 sebagai hukum yang tertinggi di Republik Indonesia.
- E.3.5. Tentang berlakunya Amendemen Kedua UUD 45, yang di dalam naskahnya tidak terdapat ketentuan tanggal berlakunya, hal ini tidak berarti Amendemen Kedua belum pernah berlaku, namun hal tersebut adalah suatu kehilafan yang sebetulnya telah diperbaiki oleh Amendemen Keempat konsideran huruf "b". Sehingga menurut ahli, Amendemen Kedua telah berlaku sejak tanggal 18 Agustus, 2000.

F. Pendapat Ahli Diluar Sidang

- F.1. Menurut Profesor DR. Indriyanto Seno Adji, dalam pidatonya (Tanggal 19 Februari, 2004) pada acara pengukuhan sebagai guru besar tetap Fakultas Hukum Universitas Krisnadwipayana, dengan judul Prospek Hukum Pidana Indonesia pada Masyarakat yang mengalami Perubahan, berpendapat antara lain sebagai berikut;
  - F.1.1. Asas Legalitas sangat dibutuhkan untuk menjamin terhadap setiap tindakan pencegahan atas perbuatan yang sewenang-wenang yang dilakukan oleh penguasa.
  - F.1.2. Pandangan International Commision of Jurist adalah tidak memperkenankan berlakunya asas retroaktif karena sangat merugikan kepentingan pihak pencari keadilan.
  - F.1.3. Tidak pernah sekalipun Hukum Pidana Indonesia memberlakukan asas retroaktif kecuali oleh pemerintahan Hindia Belanda dalam rangka untuk melakukan pembalasan terhadap lawan politiknya.
  - F.1.4. Pada zaman Orla maupun Orba, asas retroaktif dengan segala bentuk dan alasan apapun juga tidak dikehendaki karena dianggap akan menimbulkan suatu bias hukum, tidak ada kepastian hukum dan akan menimbulkan kesewenang-wenangan dari para pelaksana hukum dan politik, dan akhirnya akan menimbulkan apa yang dinamakan "political revenge" (balas dendam politis).
  - F.1.5. Apabila mencermati pendekatan historis, sistem hukum (pidana) Indonesia tidak eksis terhadap asas retroaktif, maka agak janggal bila di era reformasi yang lebih menghargai HAM ada semangat pengakuan Asas Retroaktif.
  - F.1.6. Semangat untuk melakukan eksistensi asas retroaktif justru dianggap kemunduran dan menimbulkan suatu destruksi terhadap sistem hukum (pidana) yang ada, bahkan meletakkan asas Talionis (balas dendam) sebagai sumber primaritas.
  - F.1.7. Jadi kondisi darurat apapun tidak memberikan justifikasi memberlakukan produk perundang-undangan untuk berlaku surut.
- F.2. Salah seorang Hakim konstitusi, H. Achmad Roestand SH dalam desenting opinion-nya, dikutip oleh Refly Harun dalam tulisannya berjudul Saat Dewi Keadilan Menolak Tunduk, Kompas halaman 4 - Kamis tanggal 26 Februari 2004, mengatakan "secara jelas tidak boleh dikurangi HAM-nya dalam UUD 1945 adalah hak-hak yang tercantum dalam Pasal 28I, yaitu (1) hak hidup, (2) hak untuk tidak disiksa, (3) hak kemerdekaan pikiran dari hati nurani, (4) hak beragama, (5) hak untuk tidak diperbudak, (6) hak diakui sebagai pribadi di hadapan hukum, dan (7) hak untuk tidak dituntut atas dasar hukum yang berlaku surut. Diluar ketujuh hak tersebut bisa dikurangi asal untuk sementara waktu (non permanen).
- F.3. DR. James Popple, barrister and solicitor, Asisten pada Kejaksaan Agung Australia menyampaikan pendapat antara lain sebagai berikut (yang dimuat dalam Criminal Law Journal, vol. 13, no. 4, August 1989, halaman 251-62, dan Australasian Caw Students' Association Journal, 1989, vol. 2, halaman 5-18 ):



- F.3.1. The essentiality of a right to protection from retroactive criminal law has generally been accepted without argument. Literature on the justification for the principle is scarce. Yet, it has become well accepted that individuals have such a right. The principle has been enunciated in various declarations of human rights from 1789 until the present. (Pada pokoknya hak seseorang Surut pengetrapan hukum pidana secara dapat diterima tanpa argumentasi. Meskipun literatur yang mendukungnya sedikit namun telah banyak diakui bahwa setiap orang mempunyai hak seperti itu. Asas ini telah banyak disuarakan dalam berbagai deklarasi tentang HAM sejak tahun 1789 hingga sekarang).
- F.3.2. The principle that people should be free from retroactive law has its roots in another principle: that there is no crime or punishment except in accordance with law. (Asas bahwa setiap orang harus dibebaskan dari ancaman pengetrapan hukum yang berlaku surut berakar pada asas lain yang mengatakan bahwa; tidak ada pidana atau hukuman kecuali hal itu telah lebih dahulu dinyatakan dalam suatu undang-undang).
- F.3.3. No law, made after a fact done, can make it a crime ... For before the law, there is no transgression of the law. This principle was stated in 1789 in Article I, section 9(3) of the American Constitution which prohibited ex post facto laws. Article 7 of the European Convention on Human Rights provides that no one shall be held guilty of a penal offence made so retrospectively. Article 7 includes the important proviso that it: (Tidak boleh ada hukum yang dibuat setelah peristiwa terjadi. Untuk menegakkan hukum tidak boleh ada petanggaran hukum Asas ini telah berlaku sejak tahun 1789 pada Pasal I Bab 9 ayat 3, dari UUD Amerika Serikat yang melarang membuat peraturan untuk diterapkan setelah peristiwa terjadi. Pasal 7 dari Konvensi Eropa tentang HAM menentukan seorang tidak boleh dinyatakan bersalah atas dasar hukum yang berlaku surut).
- F.3.4. Article 15 of the International Covenant on Civil and Political Rights states, inter alia: No one shall be held guilty of any criminal offence on account of any act or omission which did not constitute a criminal offence, under national or international law, at the time when it was committed. (Pasal 15 dari Konvensi Internasional tentang perlindungan hak sipil dan hak politik menentukan, tidak seorangpun dapat dinyatakan bersalah atas perbuatannya baik menurut hukum nasional maupun internasional, jika perbuatan tersebut dilakukan sebelum ada peraturan hukum yang melarangnya).

#### G. KESIMPULAN

Bahwa berdasarkan tahapan-tahapan persidangan yang dilalui yang telah menghadirkan Pemohon, Pemerintah (diwakili sendiri oleh Menteri Kehakiman & HAM), DPR-RI dan saksi serta saksi-saksi ahli, maka Pemohon menyampaikan kesimpulan atas jalannya persidangan sebagai berikut:

- G.1. Pemohon merupakan warga negara yang memiliki kompetensi untuk mengajukan permohonan uji materil Undang-Undang terhadap Undang-Undang Dasar NKRI tahun 1945 karena Pemohon merupakan warga negara yang hak konstitusionalnya terlanggar dengan diterbitkannya Undang-undang. No 16/2003.
- G.2. Oleh karena Pemohon mengajukan permohonan uji undang-undang terhadap UUD tahun 1945, maka berdasarkan Pasal 24C ayat (1) UUD 1945 jo. Pasal 10 ayat (1) Undang-undang No. 24 tahun 2003, maka adalah tepat dan benar permohonan uji ini diajukan oleh Pemohon kepada Mahkamah Konstitusi R.I.
- G.3. Bahwa pemerintah dan wakil-wakil dari DPR-RI tidak dapat mempertahankan dalil-dalilnya untuk mendukung keberlakuan Perpu No 2 tahun 2002 yang kemudian ditetapkan menjadi Undang-undang No 16 Tahun 2003 yang menganut asas retroaktif, karena:

- G.3.1. Pemberlakuan asas retroaktif bertentangan dengan Pasal 28I UUD RI tahun. Hal ini diperkuat oleh keterangan saksi-saksi Prof. DR. Harun al Rasyid, SH., dan DR. Maria Farida, SH. dan ahli-ahli lain diluar persidangan.
- G.3.2. Dalil Pemerintah dan DPR-RI yang pada pokoknya menyatakan bahwa Pasal 28J memberikan batasan terhadap Pasal 28I ayat (1) adalah tidak benar. Sebaliknya Pasal 28J justru menguatkan Pemberlakuan Pasal 28I ayat (1), hal ini dikemukakan oleh saksi ahli DR. Maria Farida, SH.
- G.3.3. Pemberlakuan asas retroaktif bertentangan dengan Pasal 1 ayat (1) KUHP yang menganut asas legalitas, yaitu "nullum delictum nulla poena sine previa lege poenali." Hal ini diperkuat dengan pendapat dari keterangan saksi-saksi Ahli, Prof. DR. Harun al Rasyid, SH., dan DR. Maria Farida, SH dan ahli-ahli lain diluar persidangan.
- G.4. Bahwa konvensi-konvensi internasional, termasuk resolusi dari PBB, hukum Internasional, baik yang tertulis maupun tidak, telah diratifikasi atau belum, kedudukannya adalah di bawah UUD 45, sehingga kalau eksistensinya bertentangan dengan UUD 45 maka tidak mempunyai kekuatan berlaku.
- G.5. Alasan apapun, istilah apapun termasuk "extra ordinary crime" jika hal itu berarti menerapkan asas retroaktif di Indonesia maka hal All tidak berlaku karena bertentangan dengan norma dan kaidah hukum di Indonesia sebagaimana disebutkan dalam Pasal 28I UUD 1945.
- G.6. Proses pengesahan Perpu No. 2 tahun 2002 menjadi Undang-undang No. 16 tahun 2003 yang melanggar prosedur dan kebiasaan yang berlaku di DPR memberikan kesan bahwa Pemerintah sangat memaksakan kehendaknya sehingga DPR pun terdesak dan terpaksa memberikan persetujuannya.
- G.7. Tidak pernah ada wacana pembahasan tentang eksistensi Pasal 28I UUD 45 dalam proses pengesahan Perpu No. 2 tahun 2002 menjadi Undang-undang No. 16 tahun 2003. Ketidadaan pembahasan perihal asas non retroaktif yang dianut oleh UUD 45 menjadikan pembahasan berjalan tanpa ada kontroversi sehingga terkesan bahwa DPR ingin sengaja meloloskan Perpu ini dengan cara yang mudah atau DPR telah khilaf membicarakan hal ini sebagai isu penting karena tidak mengetahui atau sengaja agar tidak diketahui bahwa sebetulnya UUD kita menganut asas Nonretroaktif yang tidak mengijinkan adanya ketentuan sebagaimana yang diatur oleh Perpu ini. Yang ingin kami sampaikan adalah, jika kontroversi ini terjadi dalam proses pembahasan di DPR maka ada kemungkinan besar Perpu ini tidak Akan Lolos dari persetujuan DPR.
- G.8. Salah seorang Hakim Konstitusi (H. Achmad Roestandi,SH) sendiri berpendapat bahwa hak untuk tidak dituntut atas dasar hukum yang berlaku surut adalah hak konstitusionalnya seorang WNI yang sama sekali tidak boleh dikurangi.
- G.9. Asas Non-Retroaktif juga dianut oleh konstitusi Amerika Serikat. Asas NonRetroaktif juga merupakan asas yang dianut oleh Hukum Internasional.
- G.10. Perpu No. 2 tahun 2002 yang kemudian menjadi Undang-undang No. 16 tahun 2003 bertentangan dengan UUD 45, Pasal 28I.

Bahwa berdasarkan dalil-dalil, alasan-alasan dan bukti-bukti sebagaimana tersebut di atas, maka Pemohon memohon kepada yang kami hormati Mahkamah Konstitusi untuk kiranya dapat memutuskan:

1. Menerima permohonan uji atas Undang-Undang No. 16 Tahun 2003 terhadap Undang-Undang Dasar 1945 untuk seluruhnya;
2. Menyatakan Undang-Undang No. 16 Tahun 2003 adalah bertentangan dengan Undang-Undang Dasar 1945;
3. Menyatakannya Undang-Undang No. 16 Tahun 2003 tidak mempunyai kekuatan hukum yang mengikat sejak diundangkannya.

Menimbang bahwa untuk mempersingkat uraian dalam putusan ini, segala sesuatu yang terjadi dalam persidangan ditunjuk dalam berita acara sidang, yang merupakan bagian tak terpisahkan dari putusan ini;

## **PERTIMBANGAN HUKUM**

Menimbang bahwa maksud dan tujuan permohonan Pemohon a quo adalah sebagaimana tersebut di atas;

Menimbang bahwa sebelum memasuki pokok perkara, Mahkamah perlu terlebih dahulu mempertimbangkan hal-hal sebagai berikut:

1. Apakah Mahkamah berwenang memeriksa, mengadili, dan memutus permohonan pengujian Undang-undang No. 16 Tahun 2003 Tentang Penetapan Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang No. 2 Tahun 2002 Tentang Pemberlakuan Peraturan Pemerintah No. 1 Tahun 2002 Tentang Pemberantasan Tindak Pidana Terorisme Pada Peristiwa Peledakan Bom di Bali Tanggal 12 Oktober 2002 Menjadi Undang-Undang (selanjutnya disebut Undang-undang No. 16 Tahun 2003).
2. Apakah Pemohon a quo mempunyai kedudukan hukum (legal standing) untuk mengajukan permohonan pengujian Undang-undang No. 16 Tahun 2003 terhadap UUD 1945.

Menimbang bahwa terhadap kedua permasalahan tersebut Mahkamah berpendapat sebagai berikut:

1. Kewenangan

Bahwa berdasarkan ketentuan Pasal 24C ayat (1) UUD 1945 jo Pasal 10 ayat (1) Undang-undang No. 24 Tahun 2003 Tentang Mahkamah Konstitusi, salah satu kewenangan Mahkamah adalah melakukan pengujian undang-undang terhadap UUD 1945. Kemudian berdasarkan ketentuan Pasal 50 Undang-undang No. 24 Tahun 2003 tersebut dan Penjasannya, undang-undang yang dapat dimohonkan untuk diuji adalah undang-undang yang diundangkan setelah perubahan pertama UUD 1945 tanggal 19 Oktober 1999, sedangkan Undang-undang No. 16 Tahun 2003 diundangkan pada tanggal 4 April 2003 dengan Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2003 Nomor 46, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 4285.

Berdasarkan hal-hal tersebut di atas, Mahkamah berwenang untuk memeriksa, mengadili, dan memutus permohonan a quo.

2. Kedudukan Hukum (Legal Standing) Pemohon

Bahwa berdasarkan ketentuan Pasal 51 ayat (1) Undang-undang No. 24 Tahun 2003 Tentang Mahkamah Konstitusi, yang dapat mengajukan permohonan pengujian undang-undang terhadap UUD 1945 adalah pihak yang menganggap hak dan/atau kewenangan konstitusionalnya dirugikan oleh berlakunya undang-undang, yaitu perorangan warga negara Indonesia, atau kesatuan masyarakat hukum adat sepanjang masih hidup dan sesuai dengan perkembangan masyarakat dan prinsip Negara Kesatuan Republik Indonesia yang diatur dalam undang-undang, atau badan hukum publik atau privat, atau lembaga negara.

Bahwa Pemohon, Masykur Abdul Kadir, adalah seorang warga Negara Indonesia yang menjadi salah seorang terdakwa dalam kasus peledakan bom di Bali tanggal 12 Oktober 2002 yang menganggap hak-hak konstitusionalnya dirugikan oleh Undang-undang No. 16 Tahun 2003, yaitu hak yang diatur dalam Pasal 28I ayat (1) UUD 1945 yang berbunyi "Hak untuk hidup hak untuk tidak disiksa, hak kemerdekaan pikiran dan hati nurani, hak beragama, hak untuk tidak diperbudak, hak untuk diakui sebagai pribadi di hadapan hukum, dan hak untuk tidak dituntut atas dasar hukum yang berlaku surut adalah hak asasi manusia yang tidak dapat dikurangi dalam keadaan apapun". Padahal, terhadap Pemohon telah diterapkan hukum yang berlaku surut, yaitu Undang-undang No. 16 Tahun 2003, karena terhadap kasus yang terjadi pada tanggal 12 Oktober 2002 (Peristiwa Peledakan Bom di Bali) telah diterapkan Perpu No. 1 Tahun 2002 yang diundangkan pada tanggal 18 Oktober 2002 (Lembaran Negara RI Tahun 2002 No. 106).

Dengan demikian, Pemohon a quo memiliki kedudukan hukum (legal standing) untuk mengajukan permohonan pengujian Undang-undang No. 16 Tahun 2003 terhadap UUD 1945.

Menimbang bahwa karena Mahkamah berwenang untuk memeriksa, mengadili, dan memutus permohonan a quo yang diajukan oleh Pemohon yang memiliki kedudukan hukum (legal standing),

maka Mahkamah perlu mempertimbangkan lebih lanjut pokok perkara yang didalilkan oleh Pemohon.

### **Pokok Perkara**

Menimbang bahwa pokok perkara permohonan a quo adalah mengenai Undang-undang No. 16 Tahun 2003 yang semula Perpu No. 2 Tahun 2002 yang memberlakukan surut Undang-undang No. 15 Tahun 2003 yang semula Perpu No. 1 Tahun 2002 yang oleh Pemohon a quo didalilkan bertentangan dengan Pasal 28I ayat (1) Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 dan oleh karena itu dimohonkan untuk dinyatakan tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat.

Menimbang bahwa terlebih dahulu perlu dibedakan antara pengertian (makna) Undang-undang yang berlaku surut dengan pembenaran (justifikasi) Pemberlakuan surut suatu undang-undang. Suatu undang-undang dikatakan berlaku surut jika keberlakuan efektifnya dinyatakan mundur ke belakang, yang berarti mengatur suatu perbuatan yang dilakukan oleh seseorang sebelum undang-undang itu diundangkan. Berdasarkan pengertian dimaksud, maka Undang-undang No. 16 Tahun 2003 yang memberlakukan Undang-undang No. 15 Tahun 2003 yang diundangkan pada tanggal 18 Oktober 2002 terhadap peristiwa peledakan bom di Bali pada tanggal 12 Oktober 2002 merupakan undang-undang yang berlaku surut (*ex post facto law*).

Menimbang bahwa sebagaimana diuraikan selanjutnya, hingga kini dalam ilmu hukum masih terdapat pro dan kontra terhadap pembenaran (justifikasi) atau penyangkalan terhadap Pemberlakuan surut suatu undang-undang. Baik mereka yang berpendapat tidak membenarkan Pemberlakuan surut suatu undang-undang yang hingga kini tetap dominan, maupun mereka yang berpendapat membenarkan Pemberlakuan surut suatu undang-undang, keduanya pada hakikatnya sama berpendapat bahwa Pemberlakuan surut undang-undang merupakan suatu pelanggaran terhadap hak asasi manusia dan standar perikemanusiaan sebagaimana dinyatakan oleh World Organization Against Torture, USA.

Menimbang memang ada kelompok pendapat yang membenarkan bahwa dalam keadaan tertentu asas tidak berlaku surut dapat dikesampingkan (*non-retroactive principles* dari World Organization Against Torture) dengan mengajukan 6 (enam) alasan (*arguments*) sebagai berikut:

1. Argumen Gustav Radbruch, yang menyatakan bahwa suatu perbuatan dapat dihukum walaupun ketika dilakukan perbuatan itu belum dinyatakan sebagai perbuatan pidana (*crime*), karena asas superioritas keadilan bisa mengesampingkan asas non-retroaktif. Namun, Radbruch tetap meyakini bahwa asas non-retroaktif sedemikian pentingnya, sehingga pengesampingan asas tersebut hanya boleh dilakukan dalam situasi yang sangat ekstrim, seperti yang pernah diterapkan pada rezim Nazi yang telah melakukan tindakan pemusnahan peradaban.
2. Argumen yang menyatakan bahwa adanya pengetahuan dari pelaku tentang perbuatan yang dilakukannya itu merupakan subyek yang patut dihukum di masa datang, walaupun pada saat dilakukan perbuatan itu adalah legal. Argumen dimaksud menyimpulkan bahwa dalam keadaan apapun asas non-retroaktif tidak bisa digunakan untuk melindungi seorang pelaku yang tahu bahwa perbuatannya adalah salah.
3. Argumen yang menyatakan bahwa asas umum dari keadilan dapat mengesampingkan keberadaan hukum positif. Suatu perbuatan yang walaupun pada saat dilakukannya bukan merupakan perbuatan pidana menurut hukum positif, dapat diterapkan hukum yang berlaku surut jika perbuatan itu bertentangan dengan asas keadilan yang bersifat umum.
4. Argumen yang menyatakan bahwa asas hukum internasional dapat mengesampingkan hukum domestik. Oleh karena itu walaupun menurut hukum domestik sebelumnya perbuatan itu tidak melanggar hukum tetapi asas non-retroaktif dapat dikesampingkan karena perbuatan itu melanggar asas hukum positif internasional.
5. Argumen yang menyatakan bahwa asas non-retroaktif dapat dikesampingkan melalui penafsiran kembali (*re-interpretation*) hukum yang berlaku sebelumnya. Dengan menggunakan penafsiran kembali terhadap hukum yang berlaku pada saat perbuatan dilakukan, maka perbuatan yang semula tidak merupakan perbuatan yang dapat dihukum menjadi perbuatan yang dapat dihukum.

6. Argumen yang menyatakan bahwa perbuatan itu menurut hukum yang berlaku pada saat dilakukannya, sebenarnya telah merupakan pelanggaran yang jelas terhadap hukum yang berlaku saat itu.

Menimbang bahwa di samping aliran pandangan yang diuraikan di atas, ternyata sebagian terbesar para sarjana hukum di dunia – dengan memperhatikan perkembangan pandangan sebagaimana tersebut – tetap berpendapat bahwa bagaimanapun juga asas non-retroaktif itu tidak dapat dikesampingkan hanya atas dasar alasan seperti tercermin dalam aliran pandangan di atas. Oleh karena itu, terlepas dari adanya perbedaan pendapat di antara para hakim konstitusi, Mahkamah berpendapat:

1. Bahwa pada dasarnya hukum itu harus berlaku ke depan (prospectively). Adalah tidak fair, jika seseorang dihukum karena perbuatan yang pada saat dilakukannya merupakan perbuatan yang sah. Adalah tidak fair pula jika pada diri seseorang diberlakukan suatu ketentuan hukum yang lebih berat terhadap suatu perbuatan yang ketika dilakukannya diancam oleh ketentuan hukum yang lebih ringan, baik yang berkenaan dengan hukum acara (procedural), maupun hukum material (substance).
2. Bahwa asas non-retroaktif lebih mengacu kepada filosofi pemidanaan atas dasar pembalasan (retributive), padahal asas ini tidak lagi merupakan acuan utama dari sistem pemidanaan di negara kita yang lebih merujuk kepada asas preventif dan edukatif.
3. Bahwa telah menjadi pengetahuan umum bahwa pengesampingan asas non-retroaktif membuka peluang bagi rezim penguasa tertentu untuk menggunakan hukum sebagai sarana balas dendam (revenge) terhadap lawan-lawan politik sebelumnya. Balas dendam semacam ini tidak boleh terjadi, oleh karena itu harus dihindari pemberian peluang sekecil apapun yang dapat memberikan kesempatan ke arah itu.
4. Bahwa saat ini tengah berlangsung upaya penegakan hukum (rule of law) termasuk penegakan peradilan yang fair. Adapun jaminan minimum bagi suatu proses peradilan yang fair adalah: asas praduga tak bersalah (presumption of innocence), persamaan kesempatan bagi pihak yang berperkara, pengucapan putusan secara terbuka untuk umum, asas ne bis in idem, Pemberlakuan hukum yang lebih ringan bagi perbuatan yang tengah berproses (pending cases), dan larangan Pemberlakuan asas retroaktif. Dengan mengacu kepada syarat-syarat minimum tersebut di atas maka Undang-undang No. 16 Tahun 2003 justru berselisihan arah dengan jaminan bagi suatu peradilan yang fair, karena jelas-jelas telah melanggar salah satu syarat yang harus dipenuhi, yaitu Pemberlakuan asas retroaktif.

Menimbang bahwa sebagai bahan bandingan di negara-negara yang mempunyai sejarah penegakan hukum yang panjang dan mantap, semisal Amerika Serikat, dalam konstitusinya tetap melarang penerapan asas retroaktif sebagaimana termuat dalam Article I Section 9 yang berbunyi: "No bill of attainder or ex post facto law shall be passed". Memang hakim dalam putusannya kadang-kadang mengesampingkan larangan itu, tetapi pada umumnya hanya dilakukan dalam perkara perdata. Sementara itu lembaga legislatif tetap memegang teguh asas itu, dan hingga kini tidak pernah mengamandemennya.

Untuk menunjukkan betapa penerapan asas retroaktif sangat tidak diinginkan, dapat dilihat dari kutipan berikut ini:

An ex post facto violation can occur in several ways. No legislative body may pass a law that makes criminal any conduct occurring prior to the passage of the law. Neither may a law redefine a statute to make previous conduct a more serious or aggravated violation. The ex post facto prohibition also precludes retroactively increasing the severity of punishment for criminal conduct. No law may alter evidentiary rules in a way that makes successful prosecution more likely or diminishes any legal prosecutions a person may exercise. In sum, the ex post facto provision prohibits any legislative action that retroactively disadvantages a person in a criminal context. (Ralph C. Chandler et. al "The Dictionary of Constitutional Law page 615").

Menimbang bahwa memang benar asas ini pernah dilanggar ketika mengadili kejahatan perang di Pengadilan Nuremberg. Tetapi sebagaimana dikemukakan di atas, hal itu dilakukan sebagai perkecualian dan dorongan emosional yang sangat kuat untuk memberi hukuman kepada kekejian Nazi, dan setelah pengadilan itu berakhir masyarakat internasional selalu kembali menekankan bahwa asas non-retroaktif ini tidak boleh dilanggar.

Hal ini nampak dari rumusan dalam instrumen-instrumen HAM termasuk yang dibuat setelah itu, seperti berikut ini:

1. United Nations Universal Declaration of Human Rights  
Article 11. (2)  
No one shall be held guilty of any penal offence on account of any act or omission which did not constitute a penal offence, under national or international law, at the time when it was committed. Nor shall a heavier penalty be imposed than the one that was applicable at the time the penal offence was committed.
2. European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms and Its Eight Protocols  
Article 7
  - (1) No one shall be held guilty of any criminal offence on account of any act or omission which did not constitute a criminal offence under national or international law at the time when it was committed. Nor shall a heavier penalty be imposed than the one that was applicable at the time the criminal offence was committed.
  - (2) This article shall not prejudice the trial and punishment of any person for any act or omission which, at the time when it was committed, was criminal according to the general principles of law recognized by civilised nations.
3. United Nations International Covenant on Civil and Political Rights (1966)  
Article 4
  - (2) No derogation from articles 6, 7, 8 (paragraphs 1 and 2), 11, 15, 16 and 18 may be under this provision.  
Article 15
  - (1) No one shall be held guilty of any criminal offence on account of any act or omission which did not constitute a criminal offence, under national or international law, at the time when it was committed. Nor shall a heavier penalty be imposed than the one that was applicable at the time when the criminal offence was committed. If, subsequently to the commission of the offence, provision is made by law for the imposition of a lighter penalty, the offender shall benefit thereby.
  - (2) Nothing in this article shall prejudice the trial and punishment of any person for any act or omission which, at the time when it was committed, was criminal according to the general principles of law recognized by the community of nations.
4. American Convention on Human Rights  
Article 9: Freedom from Ex Post Facto Laws  
No one shall be convicted of any act or omission that did not constitute a criminal offence, under the applicable law, at the time it was committed. A heavier penalty shall not be imposed than the one that was applicable at the time the criminal offence was committed. If subsequent to the commission of the offence the law provides for the imposition of a lighter punishment, the guilty person shall benefit there from.
5. Rome Statute of the International Criminal Court (1998)  
PART 3. GENERAL PRINCIPLES OF CRIMINAL LAW  
Article 22. Nullum crimen sine lege
  - (1) A person shall not be criminally responsible under this statute unless the conduct in question constitutes, at the time it takes place, a crime within the jurisdiction of the Court.
  - (2) The definition of a crime shall be strictly construed and shall not extended by analogy. In case of ambiguity, the definition shall be interpreted in favour of the person being investigated, prosecuted or convicted.
  - (3) This article shall not affect the characterization of any conduct as criminal under the international law independently of this Statute.  
Article 23. Nulla poena sine lege  
A person convicted by the Court may be punished only in accordance with this Statute.

Article 24. Non-retroactivity *ratione personae*

- (1) No person shall be criminally responsible under this Statute for conduct prior to the entry into force of the Statute.
- (2) In the event of a change in the law applicable to a given case prior to a final judgement, the law more favourable to the person being investigated, prosecuted or convicted shall apply.

Menimbang bahwa pelarangan diterapkannya asas retroaktif dalam hukum Indonesia telah dianut sejak waktu yang sangat panjang.

1. Pasal 6 Algemene Bepalingen van Wetgeving voor Nederlands Indie (AB) Staatsblad 1847 Nomor 23 berbunyi: "De wet verbind alleen voor het toekomende en heeft geene terug werkende kracht".
2. Pasal 1 ayat (1) Wetboek van Strafrecht berbunyi: "geen feit is strafbaar dan uit kracht van eene daar aan voor afgegane wettelijk strafbepaling (Suatu perbuatan tidak dapat dipidana kecuali berdasarkan kekuatan ketentuan perundang-undangan pidana yang telah ada sebelumnya)".
3. UU Nomor 39 Tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia,
  - Pasal 4 berbunyi: "Hak untuk hidup, hak untuk tidak disiksa, hak kebebasan pribadi, pikiran dan hati nurani, hak beragama, hak untuk tidak diperbudak, hak untuk diakui sebagai pribadi dan persamaan di hadapan hukum dan hak untuk tidak dituntut atas dasar hukum yang berlaku surut adalah hak asasi manusia yang tidak dapat dikurangi dalam keadaan apapun dan oleh siapapun".
  - Pasal 18 ayat (2) berbunyi: "Setiap orang tidak boleh dituntut untuk dihukum atau dijatuhi pidana, kecuali berdasarkan suatu peraturan perundang-undangan yang sudah ada sebelum tindak pidana itu dilakukannya".
4. UUD 1945, Pasal 28I ayat (1) berbunyi: "Hak untuk hidup, hak untuk tidak disiksa, hak kemerdekaan pikiran dan hati nurani, hak beragama, hak untuk tidak diperbudak, hak untuk diakui sebagai pribadi dihadapan hukum, dan hak untuk tidak dituntut atas dasar hukum yang berlaku surut adalah hak asasi manusia yang tidak dapat dikurangi dalam keadaan apapun".

Dengan merujuk pada ruh yang terkandung dalam Pasal 1 ayat (1) Wetboek van Strafrecht yang merupakan asas yang bersifat universal, Prof. Dr. Harun Alrasid, S.H., sebagai ahli, dalam persidangan berpendapat bahwa tidak ada penafsiran lain kecuali bahwa asas non-retroaktif adalah sesuatu yang bersifat mutlak.

Menimbang bahwa Pasal 28I ayat (1) UUD 1945 itu mengukuhkan peraturan perundang-undangan sebelumnya dan menempatkan asas *a quo* dalam tingkatan peraturan perundang-undangan yang tertinggi (*hogere optrekking*) pada tataran hukum konstitusional. *Constitutie is de hoogste wet* ! Negara tidaklah dapat menegasi UUD, karena jika demikian halnya, niscaya konstitusi telah menyayat-nyayat dagingnya sendiri (*de constitutie snijdt zijn eigen vlees*). Dengan mengacu pula kepada pendapat ahli Dr. Maria Farida Indrati, S.H., M.H. maka ketentuan Pasal 28J ayat (2) UUD 1945 yang berisi kemungkinan untuk melakukan pembatasan hak asasi manusia tidak dapat diberlakukan terhadap Pasal 28I ayat (1), karena adanya anak kalimat (frasa) "dalam keadaan apapun".

Menimbang bahwa dengan demikian Mahkamah berpendapat bahwa semua hak asasi dapat dibatasi, kecuali dinyatakan sebaliknya dalam UUD. Hal ini sesuai dengan kesimpulan Bryan A. Garner dalam *Black's Law Dictionary* page 1318 yang menyatakan: "A retroactive law is non unconstitutional unless ... is constitutionally forbidden".

Menimbang bahwa terorisme memang merupakan suatu kejahatan yang sangat mengancam, mengerikan dan menyebabkan ketakutan masyarakat, meskipun sampai saat ini belum ada definisi dan pemahaman yang universal tentang apa yang disebut terorisme tersebut. Kecenderungan yang terjadi lebih menekankan *One Dimensional Conception on Terrorism*, dengan konstruksi gagasan bahwa terorisme secara dominan dan resmi didefinisikan dalam kerangka yang *one direction*, dalam pengertian bahwa pelaku yang ditunjuk bersifat tunggal, yakni semata-mata *non-state actors*, sehingga dengan demikian, tindakan terorisme senantiasa dilihat dalam kegiatan yang menurut istilah Johan Galtung (*Exiting From The Terrorism-State Terrorism Vicious Cycle: Some Psychological Conditions*, 2001) sebagai terrorism from below, seperti yang ditunjukkan

dalam definisi terorisme oleh League of Nations Convention, 1937 dan juga Resolusi PBB No. 50/186, 22 Desember 1995. Pada hal, terorisme juga dapat dilakukan oleh negara (state terrorism) dalam bentuk berbagai kekerasan struktural (Michael Tilger, Terrorism and Human Rights, 2001).

Menimbang bahwa terlepas dari masih rancu dan kontroversialnya pengertian dan makna terorisme seperti dikemukakan di atas, Mahkamah berpendapat bahwa segala bentuk terorisme memang harus diberantas, bahkan sampai kepada akar permasalahan dan penyebab awalnya, sesuai dengan harapan yang berkembang dalam masyarakat internasional. Oleh karena itu harus dibuat undang-undang yang memberikan jaminan untuk mencegah, menghindari dan memberantasnya. Undang-Undang dimaksud selain harus memberikan ancaman hukuman yang lebih berat, juga harus menjamin kemudahan bagi proses pengungkapan penanggulangan dan penindakannya.

Menimbang bahwa Undang-undang Nomor 15 Tahun 2003 tentang Penetapan Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-undang Nomor 1 Tahun 2002 tentang Pemberantasan Tindak Pidana Terorisme menjadi Undang-Undang telah cukup memenuhi harapan para justisiabel. Namun Undang-undang Nomor 15 Tahun 2003 tidak perlu diberlakukan surut, karena unsur-unsur dan jenis kejahatan yang terdapat dalam terorisme menurut undang-undang dimaksud sebelumnya telah merupakan jenis kejahatan yang diancam dengan pidana berat.

Menimbang bahwa Pemberlakuan prinsip retroaktif dalam hukum pidana hanyalah merupakan suatu pengecualian yang hanya dibolehkan dan diberlakukan pada perkara pelanggaran HAM berat (gross violation on human rights) sebagai kejahatan yang serius, yang merupakan jaminan terhadap hak-hak yang tidak dapat dikurangi (non-derogable rights). Sementara itu, yang dikategorikan sebagai pelanggaran HAM berat menurut Statuta Roma Tahun 1998 adalah kejahatan genosida, kejahatan terhadap kemanusiaan, kejahatan perang, dan kejahatan agresif; sedangkan menurut Pasal 7 Undang-undang No. 39 Tahun 1999 Tentang Hak Asasi Manusia yang dikategorikan sebagai pelanggaran HAM berat adalah hanya kejahatan genosida dan kejahatan terhadap kemanusiaan. Dengan demikian, baik merujuk kepada Statuta Roma Tahun 1998, maupun Undang-undang No. 39 Tahun 1999, peristiwa peledakan bom di Bali tanggal 12 Oktober 2002 belumlah dapat dikategorikan sebagai kejahatan yang luar biasa (extra-ordinary crime) yang dapat dikenai prinsip hukum retroaktif, melainkan masih dapat dikategorikan sebagai kejahatan biasa (ordinary crime) yang sangat kejam, tetapi masih dapat ditangkal dengan ketentuan hukum pidana yang ada. Perpu No. 1 Tahun 2002 dan Perpu No. 2 Tahun 2002 mendapat banyak tantangan, karena secara legal formal digunakannya asas retroaktif sebenarnya tidak dapat diterapkan, sebab terorisme tidak termasuk kategori kejahatan yang bisa diterapkan asas retroaktif (Posisi Paper YLBHI, No. 1, Desember 2002). Apabila terorisme dipandang telah bertentangan dengan hak asasi manusia (HAM), namun ketentuan dan tindakan hukum untuk memberantasnya juga tak dapat mengesampingkan HAM, sebab di Amerika Serikat sendiri terdapat penilaian bahwa Terrorism Law is major setback for civil liberties.

Menimbang bahwa selain pertimbangan yang telah dikemukakan tersebut di atas, Mahkamah perlu mempertimbangkan pula perkaitan dan keselarasan antara materi muatan (substansi) normatif yang terkandung di dalam Undang-undang No. 16 Tahun 2003 dengan bentuk aturan hukum penuangannya. Dengan mengacu kepada teori yang secara umum dianut dalam ilmu hukum, yaitu Stufen Theorie des Recht dari Hans Kelsen, undang-undang sebagai produk legislatif berisi kaidah-kaidah hukum mengatur (regels) yang bersifat umum dan abstrak (abstract and general norms). Undang-undang tidak memuat kaidah-kaidah yang bersifat individual dan konkrit (individual and concrete norms), sebagaimana kaidah-kaidah yang terdapat dalam keputusan hukum yang dibuat oleh pejabat tata usaha negara yang berupa penetapan administrasi (beschikking) ataupun produk hukum pengadilan berupa putusan (vonis). Karena itu, dapat dikatakan bahwa pada pokoknya bukanlah kewenangan pembentuk undang-undang untuk menerapkan sesuatu norma hukum yang seharusnya bersifat umum dan abstrak ke dalam suatu peristiwa konkrit, karena hal tersebut sudah seharusnya merupakan wilayah kewenangan hakim melalui proses peradilan atau kewenangan pejabat tata usaha negara melalui proses pengambilan keputusan menurut ketentuan hukum administrasi negara.

Menimbang bahwa Undang-undang No. 16 Tahun 2003 yang berasal dari Perpu No. 2 Tahun 2002 bertanggal 18 Oktober 2002 berisi kaidah hukum berupa pernyataan Pemberlakuan Undang-undang No. 15 Tahun 2003 yang berasal dari Perpu No. 1 Tahun 2002 bertanggal 18 Oktober 2002. Pernyataan Pemberlakuan suatu kaidah hukum terhadap peristiwa hukum yang bersifat konkrit tidak tepat, dan karenanya tidak dapat dibenarkan untuk dituangkan dalam bentuk produk



legislatif berupa undang-undang, melainkan seharusnya merupakan material sphere pengadilan dalam menerapkan sesuatu kaidah hukum umum dan abstrak. Oleh karena itu, Pemberlakuan Undang-undang No. 16 Tahun 2003 untuk menilai peristiwa konkrit, yaitu peristiwa peledakan bom di Bali pada tanggal 12 Oktober 2002 yang terjadi sebelum undang-undang tersebut ditetapkan, bertentangan dengan prinsip pemisahan dan pembagian kekuasaan yang dianut dalam Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945. Dalam hal ini, pembentuk undang-undang dapat dianggap telah melakukan sesuatu yang merupakan kewenangan kekuasaan kehakiman sebagaimana dimaksud dalam Pasal 24 ayat (1) sebagai kekuasaan yang merdeka, yang terpisah dari cabang kekuasaan pemerintahan negara yang diatur dalam Bab III ataupun dari cabang kekuasaan pembentukan undang-undang yang diatur dalam Bab VII dan Bab VIIA Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945.

Menimbang bahwa di samping itu, sekiranya Pemberlakuan kaidah hukum oleh pembentuk undang-undang terhadap sesuatu peristiwa konkrit yang terjadi sebelumnya, sebagaimana dengan Pemberlakuan Undang-undang No. 16 Tahun 2003 seperti tersebut di atas dibenarkan adanya, atau dianggap konstitusional oleh Mahkamah, maka hal tersebut di masa-masa yang akan datang dapat menjadi preseden buruk yang dijadikan rujukan bahwa pembentuk undang-undang dapat memberlakukan sesuatu kaidah hukum dalam undang-undang secara eksplisit atau *expressis verbis* terhadap satu atau dua peristiwa konkrit yang telah terjadi sebelumnya, hanya atas dasar penilaian politis (*political judgement*) oleh Dewan Perwakilan Rakyat (DPR) bersama-sama Pemerintah bahwa peristiwa hukum yang telah terjadi sebelumnya itu termasuk kategori kejahatan yang sangat berat bagi kemanusiaan. Padahal, dalam kenyataannya untuk menanggulangi dan melakukan penindakan terhadap kejahatan dimaksud telah tersedia perangkat hukum yang cukup atau setidaknya belum terbukti bahwa berbagai perangkat hukum yang tersedia tersebut telah dipergunakan secara maksimal dalam upaya menindak kejahatan dimaksud.

Menimbang pula bahwa, melalui putusan Mahkamah, para penegak hukum Indonesia di manapun mereka berada perlu diyakinkan bahwa penindakan terhadap setiap bentuk kejahatan yang terjadi haruslah dilakukan dengan menegakkan hukum (*law enforcement*) secara adil dan pasti, bukan dengan cara membuat norma hukum baru (*law making*) melalui pembentukan Perpu ataupun Undang-Undang baru. Apalagi jika ternyata kebijakan legislasi semacam itu didasarkan atas pertimbangan yang bersifat politis (*political judgement*). Jikalau kejahatan yang terjadi di depan mata, selalu kita hadapi dengan membuat hukum baru, maka niscaya tidak akan pernah ada hukum yang kita tegakkan, karena hukum yang tersedia selalu dirasakan tidak mencukupi. Oleh sebab itu, Mahkamah berpendapat bahwa meskipun pembaruan hukum Indonesia yang menyeluruh dewasa ini sungguh sangat mendesak untuk dilakukan dalam upaya membangun sistem hukum yang makin tertib dan berkeadilan, namun tindakan penegakan hukum secara nyata tidak boleh ditunda-tunda karena pertimbangan bahwa hukum yang tersedia tidak sempurna. Keadilan yang ditunda sama dengan keadilan yang diabaikan (*justice delayed, justice denied*). Preseden kekeliruan seperti diuraikan di atas apabila dibiarkan dapat merusak sendi-sendi negara hukum, karena membenarkan pertimbangan politik dijadikan sebagai panglima yang paling menentukan berlaku tidaknya sesuatu kaidah hukum ke dalam sesuatu peristiwa yang bersifat konkrit dan membiasakan tindakan yang salah yaitu mengatasi suatu peristiwa kejahatan yang bersifat konkrit dengan membuat hukum baru. Preseden semacam itu akan memperlemah upaya perwujudan prinsip negara hukum sebagaimana yang seharusnya ditegakkan berdasarkan ketentuan Pasal 1 ayat (3) Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, yang secara tegas menyatakan bahwa "Negara Indonesia adalah negara hukum". Padahal, hakikat keberadaan Mahkamah Konstitusi sebagai pelembagaan upaya untuk mengawal konstitusi dan menegakkan prinsip supremasi hukum dalam sistem ketatanegaraan Indonesia setelah era reformasi, tidak lain ialah upaya untuk memperkuat perwujudan cita-cita Negara Hukum itu.

Menimbang bahwa selain dari kelemahan ditinjau dari segi bentuknya, dan juga kekeliruan dari sudut kewenangan pembentuk undang-undang untuk memberlakukan sesuatu kaidah hukum yang bersifat abstrak terhadap sesuatu peristiwa yang bersifat konkrit, dan karena itu bertentangan dengan prinsip pemisahan kekuasaan kehakiman yang dianut oleh Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, materi muatan Undang-undang No. 16 Tahun 2003 tersebut memang ternyata dapat dikatakan sebagai undang-undang yang diberlakukan surut (*ex post facto law* atau *retroactive legislation*) sebagaimana dimaksud oleh ketentuan Pasal 28I ayat (1) UUD 1945.

Menimbang bahwa berdasarkan alasan-alasan tersebut di atas Mahkamah berpendapat permohonan a quo harus dikabulkan, karena Undang-Undang Nomor 16 Tahun 2003 bertentangan dengan ketentuan dan semangat Pasal 1 ayat (3) dan Pasal 28I ayat (1) UUD 1945, dan oleh karena itu Mahkamah harus menyatakan Undang-undang a quo tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat.

Mengingat Pasal 56 ayat (2) dan (3) Undang-Undang Republik Indonesia No. 24 Tahun 2003 Tentang Mahkamah Konstitusi.

## **MENGADILI**

Mengabulkan permohonan Pemohon untuk pengujian Undang-Undang No. 16 Tahun 2003 Tentang Penetapan Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang No. 2 Tahun 2002 Tentang Pemberlakuan Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang No. 1 Tahun 2002 Tentang Pemberantasan Tindak Pidana Terorisme, Pada Peristiwa Peledakan Bom Di Bali Tanggal 12 Oktober 2002 Menjadi Undang-Undang terhadap Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945;

Menyatakan bahwa Undang-Undang No. 16 Tahun 2003 Tentang Penetapan Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang No. 2 Tahun 2002 Tentang Pemberlakuan Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang No. 1 Tahun 2002 Tentang Pemberantasan Tindak Pidana Terorisme Pada Peristiwa Peledakan Bom Di Bali Tanggal 12 Oktober 2002 Menjadi Undang-Undang (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2003 No. 46, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 4285) bertentangan dengan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945;

Menyatakan bahwa Undang-Undang No. 16 Tahun 2003 Tentang Penetapan Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang No. 2 Tahun 2002 Tentang Pemberlakuan Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang No. 1 Tahun 2002 Tentang Pemberantasan Tindak Pidana Terorisme Pada Peristiwa Peledakan Bom Di Bali Tanggal 12 Oktober 2002 Menjadi Undang-Undang (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2003 No. 46, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia No. 4285) tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat.

## **PENDAPAT YANG BERBEDA**

### **PENDAPAT YANG BERBEDA (DISSENTING OPINION)**

Terhadap putusan Mahkamah Konstitusi tersebut di atas, 4 (empat) orang Hakim Mahkamah Konstitusi, masing-masing Maruarar Siahaan, S.H., I Dewa Gede Palguna, S.H., M.H., Prof. H.A.S. Natabaya, S.H., LL.M., dan Dr. Harjono, S.H., MCL menyatakan pendapat atas substansi perkara yang berbeda sebagai berikut;

- I. Terhadap kasus-kasus yang pernah memberlakukan ketentuan hukum pidana secara retroaktif pada umumnya adalah kasus-kasus kejahatan berat terhadap kemanusiaan, genocide, kejahatan perang. Penerapan secara retroaktif tersebut merupakan tuntutan keadilan, karena dipandang sangat bertentangan dengan moral manusia, apabila hak asasi manusia (HAM) pelaku yang dilindungi dengan dalil larangan perlakuan asas retroaktif, hal tersebut justru membiarkan pelanggaran HAM yang lebih besar dan parah. Oleh karenanya keadilan merupakan landasan yang rasional untuk mengesampingkan asas Non-retroaktif, dalam keadaan tertentu secara terbatas.

Bagaimana harus melihat ketentuan Pasal 28I Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 (UUD 1945) yang mengatakan sebagai Hukum Dasar berlakunya asas Non-Retroaktif, yang merupakan HAM yang tidak dapat dikesampingkan dalam keadaan apapun? Meskipun rumusan harfiah demikian menimbulkan kesan seolah-olah asas retroaktif tersebut bersifat mutlak, akan tetapi jika dilihat secara sistematis, satu HAM tidaklah bersifat mutlak, karena dalam menjalankan hak dan kebebasannya, ia wajib menghormati Hak Asasi Manusia orang lain dan wajib tunduk pada pembatasan yang ditentukan Undang-undang dengan maksud semata-mata untuk menjamin penegakan dan

penghormatan atas Hak dan Kebebasan orang lain serta untuk memenuhi tuntutan yang adil sesuai dengan pertimbangan moral, nilai-nilai agama, keamanan dan ketertiban umum dalam satu masyarakat demokratis (Pasal 28J ayat (2)).

Dengan membaca Pasal 28J ayat (2) bersama-sama dengan Pasal 28I ayat (1), dapat disimpulkan bahwa asas Non-retroaktif tidaklah bersifat mutlak dan karenanya mengenal pengecualian dalam rangka "memenuhi tuntutan yang adil sesuai dengan pertimbangan moral, nilai-nilai agama, keamanan, dan ketertiban umum".

Sebelum sampai pada syarat-syarat pengecualian yang mungkin terjadi, harus disinggung lebih dahulu tujuan diberlakukannya prinsip Non-retroaktif, yaitu agar penguasa tidak secara sewenang-wenang membuat hukum untuk menghukum warganya. Dilihat dari filosofinya, maka tentu saja prinsip ini tidak boleh digunakan untuk melindungi orang-orang yang melakukan pelanggaran terhadap Hak Asasi Manusia, apabila hal tersebut menimbulkan keadaan dimana pelaku-pelaku pelanggaran HAM berat justru bebas dari penghukuman (impunity). Penerapan asas Non-retroaktif tidak bisa dijalankan secara kaku. Pada dasarnya prinsip Non-retroaktif berisi asas Legalitas, yang dalam bidang Hukum Pidana, diatur dalam Pasal 1 ayat 1 KUHP, yang sesungguhnya telah lama diterima menjadi bagian dari hukum dasar, meskipun tidak secara tegas disebut dalam Undang-undang Dasar, sehingga ketika azas tersebut secara eksplisit disebut dalam Undang-undang Dasar 1945 setelah perubahan, maka tafsirannya tidak bisa dilepaskan dari sudut historis, comparative interpretation dengan instrumen-instrumen HAM International dan praktek yang diterima di Indonesia.

Tafsiran atas Pasal 28 ayat 1 (I) UUD 1945 setelah amandemen, harus memperhatikan kenyataan bahwa Undang-undang Dasar suatu negara hanya sebagian dari hukum dasar negara itu. Undang-Undang Dasar ialah hukum Dasar yang tertulis, sedang disamping Undang-Undang Dasar itu berlaku juga hukum dasar yang tidak tertulis, ialah aturan-aturan dasar yang timbul dan terpelihara dalam praktek penyelenggaraan negara meskipun tidak tertulis. Untuk menyelidiki hukum dasar (*droit constitutionnel*) suatu negara, tidak cukup hanya menyelidiki Pasal-Pasal Undang-undang Dasar (*loi constitutionnelle*) saja, akan tetapi harus menyelidiki juga bagaimana prakteknya dan bagaimana suasana kebatinannya (*Geistlichen Hintergrund*) dari Undang-Undang Dasar tersebut. Undang-Undang Dasar manapun tidak dapat dimengerti kalau hanya dibaca teksnya saja. Untuk mengerti sungguh-sungguh maksudnya Undang-Undang Dasar dari satu Negara, kita harus mempelajari juga bagaimana terjadinya teks itu, harus diketahui keterangan-keterangannya dan juga harus diketahui dalam suasana apa teks itu dibikin (Penjelasan Tentang Undang-Undang Dasar Negara Indonesia 1945, sebelum amandemen). Oleh karena itu adalah menjadi tugas Hakim Mahkamah Konstitusi untuk melakukan interpretasi atas ketentuan UUD apabila terdapat hal yang tidak jelas karena adanya kontradiksi antara satu Pasal dengan Pasal lain.

Pasal 1 ayat (1) KUHP berbunyi:

"Tiada suatu perbuatan dapat dipidana, melainkan atas kekuatan ketentuan pidana dalam perundang-undangan yang telah ada sebelum perbuatan itu terjadi."

Bunyi Pasal tersebut mengandung azas-azas penting dalam Hukum Pidana yang dirumuskan dengan maxim "Nullum Crimen Sine Lege" (Tiada kejahatan Tanpa Undang-undang) Nulla Poena Sine Crimine (Tiada Pidana tanpa Kejahatan) Nullum Crimen Sine Lege Praevia (Tiada kejahatan tanpa Undang-undang sebelumnya). Dengan kata lain, dilarang menerapkan secara Ex Post Facto Criminal Law. Tujuannya adalah demi kepastian Hukum dan mencegah penyalahgunaan kekuasaan dan memperkuat penerapan Rule of Law.

Oleh karenanya dalam penerapan asas Non-Retroaktif haruslah juga diperkirakan apakah dengan menerapkan secara kaku demikian akan menimbulkan ketidakadilan, merongrong nilai-nilai agama, keamanan dan ketertiban umum, sehingga apabila justru hal itu terjadi, maksud perlindungan bagi seorang individu secara demikian bukan menjadi tujuan Hukum. Satu titik keseimbangan harus ditemukan antara kepastian Hukum dan Keadilan dengan mencoba memahami arti Pasal 28 I ayat 1 UUD 1945 dengan tidak hanya mendasarkan pada teksnya saja, akan tetapi juga mempelajari pengertian azas tersebut dari sejarahnya, praktek dan tafsiran secara komparatif.

Ukuran untuk menentukan keseimbangan kepastian Hukum dan Keadilan khususnya dalam menegakkan asas Retroaktif, boleh dilakukan dengan formula sebagai berikut:

- a. Nilai keadilan tidak diperoleh dari tingginya nilai kepastian Hukum, melainkan dari keseimbangan perlindungan Hukum atas korban dan pelaku kejahatan;
- b. Semakin serius satu kejahatan, maka semakin besar nilai Keadilan yang harus dipertahankan lebih dari nilai kepastian Hukum (Naskah Akademis Penelitian Hak Asasi Manusia, Mahkamah Agung 2003)

Nilai keadilan lebih tinggi dari kepastian Hukum, terlebih dalam mewujudkan keadilan universal, karenanya apabila terjadi pertentangan antara dua asas tersebut maka yang didahulukan adalah prinsip yang dapat mewujudkan keadilan secara nyata, sehingga oleh karenanya memperlakukan Hukum secara Retroaktif yang bersifat terbatas, terutama dalam kejahatan-kejahatan yang luar biasa dilihat dari metode dan akibat yang ditimbulkan (korban), tidak bertentangan dengan UUD 1945 dan bukan menjadi maksud pembuat UUD 1945 untuk memperlakukan asas Non-Retroaktif secara mutlak tanpa pengecualian.

Penerapan secara Retroaktif satu Undang-undang tidaklah otomatis menyebabkan satu Undang-undang bertentangan dengan Undang-undang Dasar dan menjadi batal oleh karenanya, dan Pemberlakuan demikian juga tidak selalu dengan sendirinya mengandung pelanggaran Hak Asasi, yang dinilai dari 3 faktor atau syarat yang harus dipenuhi dalam Pemberlakuan Retroaktif:

1. Besarnya kepentingan umum yang harus dilindungi Undang-undang demikian;
2. Bobot hak-hak yang terlanggar akibat Pemberlakuan UU demikian lebih kecil dari kepentingan umum yang terlanggar;
3. Sifat-sifat hak-hak yang terkena oleh UU yang retroaktif (Robin C. Trueworthy, 1997).

Meski diakui sukar untuk merasionalisasi Pemberlakuan Undang-undang Tindak Pidana secara Retroaktif, akan tetapi harus dipahami inti azas Non-retroaktif adalah larangan untuk mengkriminalisasi perbuatan yang bukan satu tindak pidana saat dilakukan ataupun menaikkan hukuman yang diancamkan pada perbuatan yang dilarang. In casu dalam kasus bom Bali, delik yang diatur pada dasarnya telah merupakan kejahatan yang dilarang dan diancam pidana-dalam Undang-undang tindak pidana sebelumnya dan dengan ancaman pidana maksimum yang sama dengan yang diatur dalam Undang-undang sebelumnya telah ada dan kesadaran hukum yang hidup sebelum Pemberlakuan UU tersebut telah juga menganggapnya satu kejahatan (*Mala Propria*), oleh karenanya secara substantive larangan *Nulla Poena, Nullum Delictum Sine Lege Praevia*, tidak dilanggar meski ada aspek lain dalam UU No. 15 dan 16 tahun 2002 yang menyangkut acara juga dinyatakan surut.

Dilihat dari tiga unsur dalam menilai validitas Pemberlakuan terbatas UU secara retroaktif tersebut di atas, dengan memperhatikan jumlah korban yang sangat besar dan ditujukan pada ras atau golongan tertentu dan dengan jaringan yang luas dan terorganisasi bahkan melalui persiapan secara transnasional, dengan akibat-akibat yang luar biasa terhadap wilayah-wilayah RI secara sosial, ekonomi dan politik, maka kepentingan umum yang perlu dilindungi sangat besar dibanding dengan bobot Hak Asasi secara individual dari pemohon. Pemberlakuan secara terbatas dengan berlaku surut UU 15/2003 tentang Tindak Pidana Terorisme dengan UU No.16/2003 pada peristiwa bom Bali, cukup layak sebagai satu pengecualian atas asas umum Non-Retroaktif tersebut, dengan memperhatikan praktek dan tafsiran comparative study interpretation yang akan diuraikan di bawah ini.

- II. Bahwa sebelum tiba pada kesimpulan tentang bertentangan atau tidaknya Pemberlakuan surut suatu ketentuan hukum dengan UUD 1945 adalah sangat penting untuk memahami gagasan dasar yang berada di belakang prinsip non-retroaktif tersebut di satu pihak, termasuk pengesampingannya, dan sejarah lahirnya ketentuan Pasal 28I Ayat (1) UUD 1945 di pihak lain;

Bahwa prinsip atau asas non-retroaktif, yang dalam bahasa asalnya adalah sebuah maksim Latin yang berbunyi "*nullum delictum nulla poena sine praevia lege punali*", sesungguhnya bukanlah prinsip atau asas hukum yang berdiri sendiri. Ada sejumlah asas hukum yang mendahului asas *nullum delictum tadi*. Asas-asas hukum dimaksud adalah asas *nullum crimen sine poena* (tiada kejahatan tanpa hukuman), *nullum crimen sine lege* (tidak ada kejahatan kecuali ditentukan oleh hukum atau undang-undang), *nulla poena sine lege* (tiada

hukuman kecuali ditentukan oleh hukum atau undang-undang). Dengan demikian ternyata bahwa gagasan yang berada di belakang atau yang mendahului asas non-retroaktif itu adalah berupa sejumlah asas hukum yang pada akhirnya, sebagaimana dikatakan James Popple, bermuara pada satu pemahaman atau pengertian yaitu bahwa “tidak ada kejahatan atau hukuman di luar yang ditentukan oleh hukum” (there is no crime or punishment except in accordance with law).

Bahwa, menurut sejarahnya, maksud utama asas non-retroaktif tersebut adalah untuk menghindari kesewenang-wenangan negara atau penguasa yaitu agar negara atau penguasa tidak secara seenaknya menghukum seseorang yang melakukan suatu perbuatan dengan serta-merta menyatakan bahwa perbuatan itu adalah kejahatan atau perbuatan pidana padahal, ketika perbuatan itu dilakukan, hukum atau undang-undang tidak menyatakan perbuatan itu sebagai perbuatan pidana. Prinsip ini kemudian diterima secara luas di Eropa menjelang akhir Abad ke-19, dimulai dari Perancis ketika asas ini dimasukkan ke dalam ketentuan Pasal 8 Deklarasi Perancis tentang Hak-hak Asasi Manusia Tahun 1789 (French Declaration of the Rights of Man of 1789), yang kemudian juga dimasukkan ke dalam kitab undang-undang hukum pidana Perancis dan Konstitusi Perancis 1791. Sedangkan dalam Konstitusi Amerika Serikat ketentuan serupa baru dimasukkan pada tahun 1789 dengan sebutan *ex post facto laws*, sebagaimana kemudian dimuat dalam Pasal 1 ayat 9 (3).

Bahwa, sejalan dengan perkembangan gerakan hak asasi manusia, asas atau prinsip non-retroaktif atau *ex post facto laws* tadi kemudian juga dituangkan dalam berbagai instrumen hukum internasional. Pasal 11 (2) Universal Declaration of Human Rights menyatakan, “No one shall be held guilty of any penal offence on account of any act or omission which did not constitute a penal offence, under international law, at the time when it was committed. Nor shall a heavier penalty shall be imposed than the one that was applicable at the time the penal offence was committed”. Ketentuan ini dengan jelas menyatakan bahwa yang dilarang adalah:

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

Ketentuan inilah yang oleh banyak ahli dianggap sebagai dasar larangan Pemberlakuan surut (retroaktif) suatu ketentuan hukum atau undang-undang.

Sementara itu, dalam Pasal 7 Konvensi Eropa tentang Hak-hak Asasi Manusia dinyatakan bahwa tidak seorang pun boleh secara retroaktif dinyatakan bersalah telah melakukan pelanggaran ketentuan hukum pidana. Namun ketentuan tersebut disertai dengan satu klausula penting yang menyatakan bahwa ketentuan tersebut “tidak boleh mengesampingkan pengadilan dan penghukuman terhadap setiap orang yang melakukan setiap perbuatan baik berupa kesengajaan ataupun kealpaan yang merupakan kejahatan menurut prinsip-prinsip hukum umum yang diakui oleh bangsa-bangsa yang beradab pada saat perbuatan itu dilakukan” (“shall not prejudice trial and punishment of any person for any act or omission which, at the time when it was committed, was criminal according to the general principles of law recognized by civilized nations”). Ketentuan yang identik juga terdapat dalam Kovenan Internasional tentang Hak-hak Sipil dan Politik (International Covenant on Civil and Political Rights) Pasal 15, juga dengan disertai satu klausula yang serupa. Sedikit perbedaannya adalah istilah “bangsa-bangsa yang beradab” (civilized nations) pada Konvensi Eropa tentang Hak-hak Asasi Manusia diganti dengan istilah “komunitas bangsa-bangsa” (community of nations) pada Kovenan Internasional tentang Hak-hak Sipil dan Politik.

Bahwa, dengan uraian tadi jelaslah, prinsip non-retroaktif sesungguhnya tidak bersifat mutlak untuk keseluruhan substansinya. Yang secara mutlak tidak dibenarkan adalah menciptakan suatu aturan hukum yang menyatakan bahwa suatu perbuatan yang dilakukan di masa lalu adalah sebuah kejahatan atau perbuatan pidana padahal ketika perbuatan itu dilakukan hal itu bukan merupakan kejahatan atau perbuatan pidana. Sebaliknya, tidak terdapat larangan untuk mengadili dan menghukum seseorang yang melakukan suatu

perbuatan berdasarkan ketentuan hukum yang meskipun baru dibuat kemudian namun perbuatan itu sendiri sudah merupakan kejahatan ketika dilakukan di masa lalu.

Bahwa proposisi sebagaimana disebut tadi bukan sekadar konklusi teoritik melainkan juga merupakan praktik yang sudah diterima tampak dari, antara lain, gagalnya Rancangan Undang-undang Hak Asasi Manusia Australia Tahun 1985 memperoleh persetujuan. Pasal 28 rancangan tersebut memuat ketentuan yang berbunyi, "No person shall be convicted of any criminal offence on account of any act or omission which did not constitute a criminal offence at the time when it occurred" tanpa menyertakan klausula (proviso) sebagaimana yang terdapat dalam Pasal 7 Konvensi Eropa tentang Hak-hak Asasi Manusia maupun sebagaimana terdapat dalam Pasal 15 Kovenan Internasional tentang Hak-hak Sipil dan Politik. Praktik lain yang menunjukkan bahwa dalam batas-batas tertentu prinsip berlaku surutnya suatu ketentuan hukum diterima, dan sudah menjadi contoh klasik, adalah Pengadilan Nuremburg yang dibentuk berdasarkan Piagam London (London Charter) dan ditujukan terhadap para pelaku kejahatan selama berlangsungnya Perang Dunia II. Kiranya akan sangat bermanfaat bagi pemahaman yang komprehensif akan batas-batas Pemberlakuan prinsip non-retroaktif apabila di sini dikutipkan pernyataan dari Hakim Jackson ketika memeriksa perkara termaksud, yang seperti diketahui bukan hanya mengadili pelaku dengan tuduhan telah melakukan kejahatan perang melainkan juga tuduhan melakukan "kejahatan terhadap kemanusiaan" (crimes against humanity) yang oleh Pasal 6 Piagam London tersebut di atas dirumuskan sebagai "pembunuhan, pembasmian, perbudakan, pengusiran, dan perbuatan tak berperikemanusiaan lainnya yang ditujukan terhadap penduduk sipil, yang dilakukan sebelum maupun selama berlangsungnya peperangan, atau penyiksaan yang didasarkan atas alasan politik, ras atau keagamaan sebagai pelaksanaan dari atau berhubungan dengan setiap kejahatan yang berada dalam yurisdiksi Mahkamah Nuremburg, tanpa mempedulikan apakah perbuatan itu melanggar atau tidak hukum nasional dari negara tempat perbuatan itu dilakukan" (murder, extermination, enslavement, deportation, and other inhumane acts committed against any civilian population, before or during the war, or persecution on political, racial, or religious grounds in execution of or in connection with any crime within the jurisdiction of the Tribunal, whether or not in violation of the domestic law of the country where perpetrated). Dalam opening statement-nya, Hakim Jackson menyatakan, antara lain:

"Kurang dari 8 bulan yang lalu...hukum (yang diberlakukan pada pengadilan) ini belum dikodifikasikan, belum ada prosedur yang dibuat, belum ada pengadilan, belum ada gedung pengadilan berdiri di sini...

Piagam ini (c.q. Piagam London), yang dengannya Pengadilan ini diadakan, memasukkan sejumlah konsep hukum yang tidak terpisahkan dari yurisdiksinya dan yang harus mengatur keputusannya...

Mungkin dikatakan bahwa ini adalah ketentuan hukum baru yang tidak dinyatakan memiliki kekuatan mengikat pada saat para tawanan yang sedang diadili ini melakukan perbuatan yang dikutuk oleh ketentuan hukum ini, dan pernyataan bahwa ini adalah hukum telah membuat mereka terkejut...

Saya tentu saja tidak dapat menyangkal kalau mereka terkejut bahwa inilah hukumnya; mereka benar-benar terkejut bahwa ternyata ada ketentuan hukum semacam itu. Namun, para terdakwa ini tidak mendasarkan sama sekali perbuatan mereka pada hukum apa pun. Program mereka mengabaikan dan menyimpangi segala hukum... Hukum internasional, hukum alam, hukum Jerman, pendeknya segala hukum bagi mereka ini tidak lebih dari sekadar alat propaganda yang diberlakukan apabila menolong mereka dan akan diabaikan apabila mengutuk apa yang hendak mereka lakukan. Orang-orang ini mungkin dilindungi oleh hukum yang berlaku pada saat mereka melakukan perbuatannya adalah alasan di mana kita menemukan hukum yang diberlakukan secara retrospektif tidak adil. Namun orang-orang ini tidak dapat menempatkan diri mereka pada alasan tersebut, yang dalam beberapa sistem peradilan melarang hukum berlaku surut (ex post facto laws). Mereka tidak mampu menunjukkan bahwa mereka mendasarkan tindakannya pada hukum internasional atau menghargainya walau sedikit saja...

Tuduhan keempat adalah kejahatan terhadap kemanusiaan. Yang terutama di antaranya adalah pembunuhan secara berdarah dingin terhadap umat manusia yang tak terhitung jumlahnya. Adakah orang-orang ini terkejut bahwa pembunuhan adalah kejahatan? Dalam suatu masyarakat yang beradab, sudah pasti bahwa seseorang yang menyerang orang lain dengan tangan kosong adalah kejahatan. Bagaimana mungkin perbuatan yang sejuta kali melebihi itu, dan ditambah dengan penggunaan senjata api, menjadi perbuatan yang secara hukum tidak salah?.....

Kegagalan orang-orang Nazi untuk mengindahkan, atau untuk memahami, kekuatan dan makna dari evolusi pemikiran tentang hukum di dunia ini, tidak dapat dijadikan alasan pembenar atau alasan yang dapat meringankan.... tetapi jika Piagam ini, yang pernyataan-pernyataannya diakui mengikat kita semua, dianggap mengandung ketentuan-ketentuan hukum baru, saya tetap tidak bergeser dari tuntutan penerapannya secara tegas melalui Pengadilan ini. Rule of law dunia, yang telah dilecehkan melalui pelanggaran-pelanggaran yang dikobarkan oleh para terdakwa ini, harus ditegakkan kembali atas nama jutaan korban dari negara saya, untuk tidak menunjuk korban-korban dari bangsa-bangsa lain. Saya tidak dapat menerima alasan sesat di mana masyarakat bisa maju dan memegang teguh rule of law di atas pengorbanan nyawa manusia yang secara moral tak berdosa namun kemajuan dalam bidang hukum itu tidak pernah dibuat dengan harga nyawa dari orang-orang yang secara moral bersalah...”

Bahwa, selanjutnya dalam Pengadilan Nuremburg tersebut dikemukakan pula sejumlah argumen mengapa prinsip non-retroaktif tidak bersifat mutlak dalam keseluruhannya sehingga, dalam batas-batas tertentu, justru dirasakan ada kebutuhan untuk memberlakukannya. Argumen-argumen tersebut, antara lain, adalah:

- (1) Argumen yang diistilahkan sebagai “ ‘Strong’ Radbruch argument of the superior and compelling needs of justice”. Dengan argumen ini dimaksudkan bahwa bahkan jika perbuatan itu (maksudnya, perbuatan terdakwa dalam Pengadilan Nuremburg) legal pun, perbuatan tersebut sedemikian tercelanya sehingga keadilan membenarkan (atau menuntut kita) untuk menghukum perbuatan tersebut sekarang. Oleh karena itu, penghukuman yang diberikan saat ini adalah retroaktif, namun ini adalah contoh di mana penghukuman yang bersifat retroaktif dibenarkan karena prinsip-prinsip keadilan yang lebih tinggi derajatnya mengalahkan prinsip non-retroaktif (even if the action was legal at the time when it was committed, the action was so reprehensible that justice allows [or requires us] to penalize that action now. Therefore, present penalization is retroactive, but this is an instance in which retroactive penalization is justified because superior principles of justice outweigh the principle of non-retroactivity);
- (2) Argumen “Pengetahuan akan kesalahan dan/atau pengetahuan bahwa perbuatan tersebut dapat dikenakan hukuman yang dijatuhkan kemudian” (Knowledge of Guilt and/or Knowledge that the Action Could be Subject to Later Punishment). Maksudnya, bahkan jika perbuatan itu legal pada saat dilakukan, si pelaku sesungguhnya mengetahui (a) bahwa dalam beberapa pertimbangan penting perbuatan itu adalah salah, dan/atau (b) bahwa perbuatan tersebut dapat dihukum yang dijatuhkan di kemudian hari. Dikarenakan adanya pengetahuan ini, penghukuman yang dijatuhkan saat ini mungkin bersifat retroaktif namun prinsip yang mendasarinya adalah untuk memajukan keamanan dengan cara melindungi harapan-harapan yang masuk akal akan tiadanya hukuman, namun di sini tidak ada harapan yang masuk akal bahwa perbuatan tersebut pada akhirnya tidak akan dihukum. Dalam keadaan apa pun, prinsip tersebut tidak boleh melindungi seseorang yang tahu bahwa perbuatannya adalah salah (even if the action was legal at the time when it was committed, the actor knew [a] that in some important senses the action was wrong, and/or [b] that the action could well be subject to later punishment. Because of this knowledge, present penalization may be retroactive, but the underlying principle seeks to enhance security by preserving reasonable expectations of non-penalization, but here there was no reasonable expectation that the action would not be penalized eventually. In any case, the principle should not protect a person who knew his actions were wrong);

- (3) Argumen “Prinsip-prinsip umum keadilan mengesampingkan hukum nasional yang ada/berlaku” (General Principles of Justice Override Existing Domestic Law). Prinsip ini menyatakan, “bahkan jikaalaupun perbuatan itu secara formal sah menurut rejim hukum sebelumnya, perbuatan tersebut sedemikian tercelanya sehingga sesungguhnya menurut rejim hukum sebelumnya pun perbuatan itu tidak sungguh-sungguh legal karena perbuatan itu telah melanggar prinsip-prinsip umum keadilan yang mengesampingkan hukum positif yang berlaku saat itu. Oleh karena itu, penghukuman yang dilakukan saat ini bukanlah retroaktif, sebab prinsip-prinsip keadilan yang lebih tinggi mengesampingkan bahkan hukum formal yang ada pada saat perbuatan itu dilakukan (Even if the action was formally legal under the law of the prior regime, the action was so reprehensible that it was not truly legal even then, because it violated principles of justice which overrode positive law at the time. Therefore, present penalization is not retroactive, because superior principles of justice overrode the formal law even then);
- (4) Argumen “Ketidakberlakusurutan melalui reinterpretasi terhadap hukum terdahulu” (Non-retroactivity through Re-interpretation of the Prior Law), maksudnya: perbuatan tersebut sedemikian tercelanya sehingga sesungguhnya berdasarkan hukum yang berlaku sebelumnya pun perbuatan tersebut tidak benar-benar legal secara formal; artinya, jika hukum nasional yang berlaku sebelumnya diinterpretasikan dengan tepat, meskipun didasarkan atas hukum yang berlaku pada saat itu pun perbuatan tersebut seharusnya telah dihukum, namun hukum tersebut telah diinterpretasikan sedemikian rupa sehingga tidak menghukum perbuatan tersebut (The action was so reprehensible that it was not even formally legal under the law of the prior regime: the domestic law of the prior regime, if properly interpreted, penalized the action at the time when it was committed – even though, under the legal practice of the prior regime, the law was interpreted in a manner that did not penalize the action);
- (5) Argumen “Pelanggaran yang nyata terhadap hukum sebelumnya” (Clear Violation of Prior Law). Maksudnya, perbuatan tersebut sedemikian tercelanya sehingga perbuatan itu bahkan tidak benar-benar legal secara formal berdasarkan hukum yang berlaku sebelumnya; hukum tersebut, melalui setiap interpretasi yang masuk akal, menghukum perbuatan itu pada saat dilakukan. Oleh karena itu, penghukuman yang dilakukan pada saat ini bukanlah retroaktif karena hukum sebelumnya pun, melalui setiap interpretasi yang masuk akal, sesungguhnya menghukum perbuatan tersebut bahkan pada saat dilakukan (the action was so reprehensible that it was not even formally legal under the law of the prior regime; the law, under any plausible interpretation, penalized the action at the time when it was committed. Therefore, present penalization is not retroactive because the law of the prior regime, in any plausible interpretation, penalized the action even then)

Bahwa, berdasarkan uraian di atas tampak tidak keseluruhan substansi asas non-retroaktif berlaku secara mutlak. Dari uraian tadi, khususnya tiga instrumen hukum internasional yang dijadikan rujukan, juga tampak bahwa, sepanjang berkenaan dengan bidang hukum pidana, inti dari permasalahan asas non-retroaktif adalah perlindungan terhadap upaya kriminalisasi suatu perbuatan yang bukan dianggap sebagai kejahatan ketika perbuatan itu dilakukan, inilah yang benar-benar dilarang. Yang juga dilarang adalah merumuskan aturan hukum baru yang memuat hukuman atau pidana yang lebih berat daripada hukuman atau pidana yang diberlakukan pada saat suatu perbuatan pidana dilakukan berdasarkan rejim hukum sebelumnya. Dengan demikian, secara a contrario, sesungguhnya pengesampingan penerapan prinsip non-retroaktif dapat dibenarkan sepanjang tidak melanggar kedua larangan tadi, yang sekaligus merupakan pembatasan terhadap tindakan pengesampingan prinsip non-retroaktif tersebut yang aktualisasinya dalam praktik kita temukan dalam Pengadilan Nuremberg.

Bagaimana dengan peristiwa Bom Bali? Benar bahwa, secara hukum, pengeboman yang berlangsung di Kuta-Bali itu bukanlah kejahatan perang dan juga tidak memenuhi definisi yuridis kejahatan terhadap kemanusiaan. Tetapi ketiadaan definisi hukum tidaklah semata berarti meniadakan peristiwa dan akibat hukum yang ditimbulkannya dan apalagi membebaskan pelakunya, karena hal itu akan mencederai asas yang sangat mendasar dalam hukum pidana umum yang bahkan telah diakui sebagai “norma dasar” (jus cogens,



peremptory norm) yaitu “setiap kejahatan tidak boleh dibiarkan berlalu tanpa hukuman” (aut punere aut de dere, nullum crimen sine poena).

Akibat peristiwa pengeboman itu ada 202 orang tewas, 188 di antaranya adalah warga negara asing, 519 orang luka-luka atau cacat seumur hidup, yang semuanya adalah laki-laki, perempuan, dan anak-anak yang tidak berdosa. Belum termasuk kerugian materiil akibat hancurnya tidak kurang dari 450 gedung atau bangunan, menurun drastisnya kunjungan wisatawan akibat adanya 440.000 ribu pembatalan kunjungan wisatawan asing, belum termasuk domestik, bertambahnya jumlah pengangguran hingga mencapai angka 450.000 hingga 500.000 orang. Hilangnya pekerjaan dari ribuan anak, perempuan, dan buruh tak terampil. Angka-angka itu belum mencakup immaterial lost yang diderita oleh ratusan orang yang bahkan hingga kini masih ada yang menjalani terapi akibat trauma dan ketakutan berkepanjangan. Tanpa penyebut angka dan data statistik, dengan hanya menyimak tayangan televisi yang merekam kekejaman akibat peristiwa itu, kiranya sudah cukup untuk menyatakan bahwa perbuatan pengeboman yang terjadi di Kuta-Bali adalah kejahatan yang memenuhi kelima argumentasi yang mengesampingkan asas non-retroaktif, sebagaimana diuraikan di atas, jika berbicara tentang ideal hukum yang harus mengabdikan pada tegaknya keadilan.

Bahwa, berdasarkan pertimbangan-pertimbangan di atas, Pemberlakuan PERPU Nomor 1 Tahun 2002 melalui PERPU Nomor 2 Tahun 2002, yang kemudian ditetapkan sebagai undang-undang, yaitu Undang-undang Nomor 16 Tahun 2003, tidak terdapat cukup alasan untuk menyatakan bahwa Pemberlakuan secara retroaktif PERPU Nomor 1 Tahun 2002 tentang Pemberantasan Tindak Pidana Terorisme oleh PERPU Nomor 2 Tahun 2002 (yang kemudian ditetapkan menjadi Undang-undang Nomor 16 Tahun 2003) telah menyimpang baik dari pembatasan-pembatasan normatif yang dikenal dalam berbagai instrumen hukum internasional maupun dari argumen-argumen praktis dalam hubungannya dengan pengesampingan prinsip non-retroaktif karena:

- a. Perbuatan yang dinyatakan sebagai perbuatan pidana terorisme oleh PERPU Nomor 1 Tahun 2002 berdasarkan hukum positif yang telah ada sebelumnya pun sudah merupakan perbuatan pidana atau kejahatan;
- b. PERPU Nomor 1 Tahun 2002 juga tidak memperberat ancaman hukuman terhadap perbuatan yang oleh PERPU Nomor 1 Tahun 2002 itu dinyatakan sebagai tindak pidana terorisme.

Dari sudut pandang pelaku pun, tanpa mempertimbangkan apakah perbuatan pelaku Bom Bali itu memenuhi definisi hukum kejahatan terhadap kemanusiaan, Pemberlakuan surut PERPU Nomor 1 Tahun 2002 juga memenuhi kelima argumen pengesampingan asas non-retroaktif sebagaimana tampak dalam proses yang berlangsung dalam Pengadilan Nuremberg.

Jika secara teori dan praktik yang telah diterima secara internasional diakui bahwa asas atau prinsip non-retroaktif tidaklah berlaku mutlak dalam keseluruhan substansinya, maka pertanyaan berikutnya adalah, apakah pengesampingan prinsip non-retroaktif yang dilakukan oleh PERPU Nomor 1 Tahun 2002 bertentangan dengan UUD 1945, khususnya Pasal 28I Ayat (1)? Untuk menjawab pertanyaan ini terlebih dulu haruslah diketahui maksud dari ketentuan Pasal 28I Ayat (1) tersebut sebagaimana dapat ditemukan dari sejarah kelahiran rumusan Pasal itu.

Pasal 28I Ayat (1) UUD 1945 menyatakan, “Hak untuk hidup, hak untuk tidak disiksa, hak kemerdekaan pikiran dan hati nurani, hak beragama, hak untuk tidak diperbudak, hak untuk diakui sebagai pribadi di hadapan hukum, dan hak untuk tidak dituntut berdasarkan hukum yang berlaku surut adalah hak asasi manusia yang tidak dapat dikurangi dalam keadaan apa pun”.

Bahwa sejarah masuknya rumusan Pasal ini ke dalam UUD 1945, yang diadaptasi dari Pasal 15 International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR), diwarnai oleh perdebatan yang panjang baik pada saat dibahas di Panitia Ad Hoc I Badan Pekerja MPR, yaitu panitia yang menyiapkan naskah rancangan perubahan UUD 1945, maupun dalam sidang-sidang Komisi A selama berlangsungnya Sidang Tahunan MPR Tahun 2000, khususnya berkenaan dengan frase “tidak dapat dikurangi dalam keadaan apa pun”. Yang menjadi persoalan pada saat itu adalah dengan adanya frase tersebut terkesan bahwa

ketentuan yang tertuang dalam Pasal 28I Ayat (1) itu bersifat mutlak. Sumber perdebatannya adalah pada istilah “non-derogable rights” dalam Pasal 15 ICCPR yang diterjemahkan menjadi “tidak dapat dikurangi dalam keadaan apa pun” sehingga sebagian ada yang mengartikan bahwa hal itu bersifat mutlak sedangkan sebagian besar yang lain justru berpendapat sebaliknya karena jika diartikan demikian justru akan dapat menimbulkan pertentangan dalam pelaksanaannya. Karena pelaksanaan hak asasi seseorang berhadapan hak asasi yang sama yang dimiliki oleh seseorang lainnya. Namun, perbedaan pendapat tetap berlangsung hingga saat-saat terakhir menjelang pengambilan keputusan pada Sidang Pleno Komisi A pada Sidang Tahunan MPR Tahun 2000 dan baru berakhir setelah ditemukannya jalan keluar berupa masuknya satu Pasal tambahan yang berisikan dua ayat yakni Pasal 28J yang berbunyi:

- (1) Setiap orang wajib menghormati hak asasi manusia orang lain dalam tertib kehidupan bermasyarakat, berbangsa, dan bernegara;
- (2) 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.

Bahwa, dengan demikian, berdasarkan maksud pembentukannya, rumusan Pasal 28I Ayat (1) dalam UUD 1945 memang tidak pernah dimaksudkan sebagai ketentuan yang bersifat mutlak dan terbebas dari pembatasan-pembatasan selama pembatasan-pembatasan termaksud dilakukan dengan atau melalui undang-undang.

- III. Pasal 28I ayat (1) menyebutkan bahwa “Hak untuk hidup, hak untuk tidak disiksa, hak kemerdekaan pikiran dan hati nurani, hak beragama, hak untuk tidak diperbudak, hak untuk diakui sebagai pribadi dihadapan hukum, dan hak untuk tidak dituntut atas dasar hukum yang berlaku surut adalah hak asasi manusia yang tidak dapat dikurangi dalam keadaan apapun.”

Pasal 28J ayat (2) menyebutkan bahwa: “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”.

Namun demikian menafsirkan konstitusi tidaklah cukup dengan penafsiran secara harfiah semata, apalagi dilakukan dengan cara menafsirkan satu Pasal yang terisolasi dari pasal UUD yang lain. Perintah UUD dalam pengujian Undang-undang ialah apakah Undang-undang bertentangan dengan UUD, jadi artinya UUD secara keutuhan bukan pasal per pasal. Penafsiran secara komprehensif dan sistematis diperlukan agar Mahkamah Konstitusi dapat menjalankan fungsi yang diamanatkan oleh UUD tersebut. Penafsiran secara harfiah parsial akan menimbulkan hasil yang tidak konsisten.

Dengan rumusan yang dinyatakan dalam Pasal 28I seperti tersebut apakah kemudian untuk rasa keadilan maka rumusan ini harus secara mutlak harfiah dilaksanakan. Dalam kasus hipotetis jika saja Pasal ini harus dilaksanakan secara harfiah, maka tidaklah diperbolehkan melakukan penuntutan dengan menggunakan hukum baru yang berlaku surut, meskipun hukum yang baru tersebut justru meringankan bagi terdakwa bila dibandingkan dengan tuntutan hukum atas perbuatan yang sama atas dasar hukum pada masa lalu. Apabila tidak dituntut atas dasar hukum yang berlaku surut adalah merupakan sebuah hak, pada hal hukum yang baru justru malah meringankan, akankah ketentuan untuk tidak dituntut atas dasar hukum yang berlaku surut tersebut masih merupakan hak? Dalam menghadapi kasus dimana hukum yang baru lebih meringankan, justru hak yang diberikan oleh hukum kepada terdakwa adalah untuk diperlakukan sesuai dengan hukum yang baru. Ketentuan Pasal 1 ayat (2) Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP) yang menyatakan bahwa ; “Bilamana ada perubahan dalam perundang-undangan sesudah perbuatan dilakukan, maka terhadap terdakwa diterapkan ketentuan yang paling menguntungkan. Pasal tersebut di atas mengandung makna jika hukum atau perundang-undangan yang baru meringankan bagi terdakwa maka menjadi hak bagi terdakwa untuk

diperlakukan hukum atau undang-undang yang baru”, artinya terhadapnya diperlakukan hukum yang retroaktif. Dari kasus ini jelas bahwa sesuai dengan asas hukum dan keadilan yang mendasari pasal 1 ayat (2) KUHP penerapan larangan retroaktif yang norma positifnya terdapat dalam pasal 1 ayat (1) KUHP tidaklah mempunyai sifat yang mutlak, tetapi justru diukur oleh nilai keadilan. Nilai keadilan tersebut yang kemudian akan menentukan perubahan dari hak untuk tidak dikenai aturan retroaktif pada suatu situasi tertentu kemudian menjadi hak untuk dikenai aturan yang harus diterapkan secara retroaktif pada keadaan atau situasi lain. Perubahan hak terjadi secara kontradiktif.

Dengan dasar rasionalitas sebagaimana tersebut di atas, maka penerapan ketentuan hukum yang lama terhadap suatu perbuatan yang oleh hukum yang baru diancam hukuman yang lebih ringan akan sangat bertentangan dengan rasa keadilan. Nilai keadilan adalah merupakan asas hukum yang berlaku secara universal, dan secara inheren terkandung dalam hukum. Sebagai sebuah pelaksana kekuasaan kehakiman Mahkamah Konstitusi terikat dengan ketentuan yang terkandung dalam Pasal 24 UUD, bahwa kekuasaan kehakiman merupakan kekuasaan yang merdeka untuk menyelenggarakan peradilan guna menegakkan hukum dan keadilan.

Nilai keadilan ternyata terkait langsung dengan kasus yang konkrit dan tidak dapat diterapkan secara umum, karena setiap kasus mempunyai kekhususannya sendiri. Akan dirasakan sangat tidak adil apabila memberlakukan ketentuan yang baru sedangkan ketentuan tersebut lebih memberatkan dibandingkan dengan ketentuan yang lama terhadap seorang yang didakwa berdasarkan aturan yang lama namun karena perbuatan tersebut belum sempat diadili. Dengan demikian sifat absolut dari larangan retroaktif dapat menimbulkan rasa ketidakadilan.

Dalam kasus permohonan yang diajukan oleh pemohon perlu untuk dikaji berdasarkan nilai keadilan, apakah ketentuan yang baru, yaitu Undang-undang yang dimohonkan untuk diuji (terorisme) secara absolute melahirkan perbuatan pidana baru artinya menjadikan perbuatan yang dahulunya bukan perbuatan pidana menjadi perbuatan pidana. Perbuatan terorisme sebenarnya bukanlah perbuatan pidana yang sama sekali baru, karena meskipun belum ada Undang-undang Terorisme, perbuatan yang diancam pidana oleh Undang-undang anti teroris tetap dapat dikenai ketentuan hukum pidana yang berlaku sebelumnya karena menyebabkan orang lain meninggal dunia, adalah perbuatan pidana biasa, demikian juga menyebabkan orang lain luka parah, serta menyebabkan rusaknya harta benda orang lain, dan masih banyak lagi ancaman pidana yang dapat diarahkan bagi pelaku terorisme dengan dasar perbuatan pidana biasa. Seseorang yang telah melakukan perbuatan pidana terorisme sebelum Undang-undang terorisme tetap dapat diancam pidana oleh ketentuan hukum pidana yang berlaku sebelumnya. Hal yang demikian tersebut dipahami benar oleh pelaku-pelakunya oleh karenanya mereka harus bersembunyi atau menghindarkan diri dari kejaran aparat hukum setelah perbuatan tersebut dilakukan. Alasan mengapa perbuatan tersebut perlu diancam pidana meskipun tidak menggunakan dasar Undang-undang terorisme, karena perbuatan tersebut sangat bertentangan dengan rasa keadilan manusia secara universal. Dengan adanya Undang-undang anti teroris sebenarnya tidak ada perubahan rasa keadilan, namun dengan terjadinya peristiwa bom Bali yang terjadi justru terkoyaknya rasa keadilan, disebabkan jumlah korban yang sangat banyak dan dampak terror yang ditimbulkan oleh bom Bali. Terorisme tidak menentukan target korban tertentu, rasa aman masyarakat yang akan dirusak, semakin banyak korban yang jatuh - dengan tidak memandang bulu siapa korban tersebut maka semakin tercapai niat untuk menimbulkan terror terhadap masyarakat. Kondisi psikologi masyarakat tergoyahkan, bahwa setiap orang merasa terancam keselamatannya dan keamanannya tanpa dasar alasan apa pun. Memang benar bahwa akibat materiil dari perbuatan terorisme, yaitu matinya orang atau cederanya orang masih tetap dapat dituntut oleh hukum yang telah berlaku. Namun demikian hukum juga mempertimbangkan motif atau pendorong dari pelaku perbuatan. Perbuatan pidana pembunuhan biasa mempunyai “mens rea” yang berbeda dengan terorisme dimana terorisme tujuannya adalah menciptakan teror atau ketakutan pada masyarakat.

Asas non retroaktif dan asas legalitas dimaksudkan pada mulanya untuk melindungi anggota masyarakat terhadap kesewenangan penguasa yang melalui lembaga pembuat Undang-undang dapat membuat hukum sesuai dengan keinginannya yang sangat bersifat represif,

dan penggunaan hukum sebagai upaya penekan untuk semata kepentingan penguasa. Teroris bermaksud untuk membuat teror masyarakat sehingga sasarannya adalah masyarakat secara luas. Terorisme selalu mengambil sasaran tempat yang ramai tetapi paling lemah pengawasan keamanannya oleh aparat hukum. Dengan demikian terorisme adalah kejahatan dengan target korbannya masyarakat, bukan ditujukan utamanya kepada aparat hukum atau korban yang mempunyai persoalan langsung dengan pelakunya. Apabila asas non-retroaktif secara mutlak tidak dapat diterapkan pada terorisme yang modusnya adalah menimbulkan terror atau rasa takut dan korbannya atau anggota masyarakat yang tidak mempunyai persoalan dengan pelaku, maka rasa keadilan akan sangat terkoyak. Terorisme adalah kejahatan tanpa target perorangan yang jelas, tetapi justru masyarakatlah targetnya, dan ciri ini yang membedakan terorisme dengan perbuatan pidana biasa. Sehingga Undang-undang Anti Teroris tujuannya adalah melindungi masyarakat secara langsung dari adanya gangguan terhadap perbuatan yang dapat menimbulkan rasa takut yang luar biasa, yaitu teror. Fungsi Negara untuk melindungi anggota masyarakat dalam kasus ini jelas yaitu harus melaksanakan amanat yang terkandung dalam Pembukaan UUD 1945, yaitu : melindungi segenap bangsa Indonesia dan seluruh tumpah darah Indonesia dan untuk memajukan kesejahteraan umum, mencerdaskan bangsa, dan ikut melaksanakan ketertiban dunia yang berdasarkan kemerdekaan, perdamaian abadi dan keadilan sosial".

Dasar ini berbeda dengan larangan retroaktif yang mendasarkan pada perlindungan warga Negara dari perbuatan sewenang-wenang dari pembuat Undang-undang belaka.

Penerapan Undang-undang anti terorisme secara retroaktif hanya kepada kasus bom Bali, sangatlah tepat karena jelas unsur motif dari kasus tersebut dan unsur target perbuatannya yaitu menimbulkan teror atau rasa takut masyarakat, sedangkan pada kasus lain motifnya berbeda. Konflik Maluku atau konflik yang lain memang dapat menimbulkan rasa takut dan dapat menimbulkan korban yang tidak sedikit, namun demikian sebab jatuhnya korban adalah jelas, yaitu adanya konflik fisik antar golongan dalam masyarakat. Korban lain di luar golongan yang berkonflik adalah korban tidak langsung saja karena adanya konflik fisik yang meluas. Adalah sangat tepat langkah pembuat Undang-undang tidak memberlakukan Undang-undang Anti Teroris terhadap konflik Maluku, dan konflik lainnya di Indonesia Timur karena memang konflik tersebut mempunyai sebab yang berbeda. Pihak atau golongan yang berkonflik mempunyai kesalahfahaman atas hal-hal yang dapat menimbulkan konflik antar mereka, sehingga dengan cara mediasi konflik antar mereka dapat didamaikan. Korban yang besar atas suatu kejadian, bukanlah satu-satunya ukuran untuk menentukan bahwa sesuatu perbuatan dapat dikualifikasi sebagai perbuatan teror. Pada kasus bom Bali tidak ada dasar untuk melakukan usaha perdamaian antara pelaku teror dengan masyarakat yang menjadi korban karena diantara ke dua pihak pelaku dan korban tidak ada hal-hal yang dapat mengarah pada adanya kesalahfahaman. Dengan demikian Pemberlakuan Undang-undang Anti Teroris hanya pada kasus bom Bali dan tidak kepada kasus kasus konflik di Ambon dan Poso tidak merupakan perbuatan diskriminasi tetapi didasarkan atas alasan yang esensial dan tepat, yaitu perbedaan latar belakang perbuatan yang menimbulkan korban jiwa manusia.

Dalam penyidikan dan penyelidikan terhadap kasus bom Bali penyidik diberi kewenangan yang lebih besar dibandingkan dengan penyidikan berdasarkan acara biasa. Namun demikian hal ini tidak berarti bahwa kemudian akan menghilangkan hak terdakwa yang timbul dari asas praduga tidak bersalah, serta untuk diadili oleh peradilan yang bebas, serta jaminan atas proses peradilan yang fair atau due process of law. Terdakwa masih tetap mempunyai hak untuk mendapatkan ganti rugi atau rehabilitasi atas perlakuan yang tidak berdasarkan hukum.

- IV. Bahwa menurut hukum internasional hak asasi manusia, hak sipil dan politik tidaklah absolut. Hak seseorang mungkin konflik dengan hak orang lain, dan hak seseorang harus dikorbankan terhadap hak orang lain, atau hak pribadi (individual) dapat melanggar nilai-nilai masyarakat dan kepentingan orang banyak (public interest). Baik pernyataan umum Perserikatan Bangsa Bangsa (PBB) tentang Hak Asasi Manusia maupun International Covenant on Civil and Political Rights mengakui bahwa negara dapat membatasi hak-hak jika dianggap perlu untuk melindungi kepentingan masyarakat tertentu. Pernyataan umum PBB, Pasal 29 (2) menyatakan: "In the exercise of his rights and freedoms, everyone shall

be subject only to such limitations as are determined by law solely for the purpose of securing due recognition and respect for the rights and freedoms of others and of meeting the just requirements of morality, public order, and the general welfare in democratic society”.

Dari ketentuan Pasal 29 (2) Deklarasi Umum PBB di atas dapat disimpulkan bahwa limitasi terhadap hak asasi itu diperbolehkan (permissible) bahkan memenuhi kriteria “just” (adil) menurut moralitas (morality), public order, dan kemakmuran umum dalam masyarakat demokratis (general welfare in a democratic society). Kovenan tentang hak sipil dan politik International Covenant on Civil and Political Rights memperbolehkan pelunakan (derogation) terhadap ketentuan-ketentuan kovenan yang ditentukan dalam keadaan darurat (emergency).

Pasal 4 Kovenan mengatakan: “in time of public emergency which threatens the life of the nation and the existence of which is officially proclaimed, the States Parties to the present Covenant may take measures derogating from their obligations under the present Covenant to the extent strictly required by the exigencies of the situation, provided that such measures are not inconsistent with their other obligations under international law and do not involve discrimination solely on the ground of race, colour, sex, language, religion or social origin”.

Dari ketentuan Pasal 4 International Covenant on Civil and Political Rights, disimpulkan bahwa Negara Pihak (State Parties) dapat melakukan derogasi terhadap kewajibannya menurut kovenan sebatas kebutuhan yang diperlukan dalam keadaan darurat. Dengan tetap memperhatikan kewajiban yang lain menurut kovenan dan termasuk tidak melakukan diskriminasi yang didasarkan pada ras, warna, seks, bahasa, agama dan asal usul sosial.

Dalam kaitan ini dilihat apakah terdapat relativisme kultural terhadap hak-hak asasi yang dianggap universal.

Mengenai hal ini, Konferensi Dunia tentang Hak Asasi Manusia di Wina tahun 1993, merumuskan sebagai berikut: “All human rights are universal, indivisible and interdependent and interrelated. The international community must treat human rights globally in a fair and equal manner, on the same footing, and with the same emphasis. While the significance of national and regional particularities and various historical, cultural and religious backgrounds must be borne in mind, it is the duty of States, regardless of their political, economic and cultural systems, to promote and protect all human rights and fundamental freedoms”.

Indonesia mengakui bahwa Hak-hak Asasi Manusia bersifat universal. Namun perlu dicatat bahwa masyarakat internasional sebagaimana dinyatakan dalam Deklarasi Wina Tahun 1993, juga telah mengakui dan menyepakati bahwa pelaksanaannya merupakan wewenang dan tanggung jawab setiap pemerintah negara dengan memperhatikan sepenuhnya keanekaragaman tata nilai, sejarah, kebudayaan, sistem politik, tingkat pertumbuhan sosial dan ekonomi serta faktor-faktor lain yang dimiliki bangsa yang bersangkutan.

Asas non retroactive dalam hukum pidana yang terkenal dengan asas Nullum Delictum, Nulla poena; sine previa lege poenali” dalam prakteknya telah terdapat pro dan kontra dalam pelaksanaannya.

Bagi pihak yang pro terhadap asas non-retroactive mendasarkan pendapatnya pada asas legalitas (legality principles) dalam hukum pidana demi untuk adanya kepastian hukum, sehingga ketentuan mengenai asas non-retroactive dapat kita lihat dalam Pasal 1 (1) KUHP maupun juga dalam pernyataan Umum PBB tentang Hak Asasi Manusia. Pasal 11 (2) maupun International Covenant on Civil and Political Rights Pasal 15(1). Tetapi bagi pihak yang pro terhadap asas retroactive sebagai pengecualian terhadap asas non-retroactive berpendapat bahwa dalam praktek yang dilakukan baik Mahkamah Internasional maupun Mahkamah Nasional terdapat kebutuhan hukum untuk melakukan pengecualian dalam penerapan asas non retroactive. Adapun alasan yang digunakan oleh pihak yang pro terhadap asas retroactive adalah:

- i. Bahwa tindak pidana yang dilakukan sudah merupakan tindak pidana menurut hukum internasional, sehingga Undang-Undang yang diundangkan kemudian hari dapat diperlakukan secara retroactive terhadap tindak pidana tersebut;
- ii. Walaupun suatu tindakan pada waktu tindakan dilakukan secara formal merupakan tindakan yang sesuai dengan hukum, tetapi tindakan tersebut merupakan perbuatan

tercela (reprehensible) yang bertentangan dengan prinsip-prinsip umum keadilan (general principles of justice) maka prinsip-prinsip umum keadilan tersebut dapat mengenyampingkan (override) hukum positif (hukum yang berlaku);

- iii. Walaupun tindakan (perbuatan) adalah legal menurut hukum nasional (domestic law) tetapi karena tindakan tersebut melanggar hukum internasional yang berlaku maka dalam hal ini hukum internasional dapat mengenyampingkan (override) hukum nasional (domestic law);
- iv. Walaupun tindakan yang dilakukan merupakan tindakan legal pada waktu dilakukan, tetapi tindakan tersebut begitu tercela (reprehensible) dan menurut kebutuhan keadilan yang lebih tinggi dan memaksa, tindakan tersebut harus diberi ganjaran hukuman (superior and compelling need of justice);
- v. Walaupun tindakan adalah legal pada waktu dilakukan, pelaku tahu bahwa tindakan tersebut dapat dihukum menurut hukuman kemudian. Karena pengetahuannya, maka pelaku dapat dijatuhi hukuman secara retroactive.

Selain mempertimbangkan hal-hal tersebut, Mahkamah harus juga membahas konsep asas *Nullum Delictum*, *Nulla poena, sine previa lege poenali* yang tercantum dalam Pernyataan Umum PBB tentang HAM, *International Covenant on Civil and Political Rights*.

Article 11 (2) *Universal Declaration of Human Rights* berbunyi : "No one shall be held guilty of any penal offence on account of any act or omission which did not constitute a penal offence on account, under national or international law, at the time when it was committed. Nor shall a heavier penalty be imposed than the one that was applicable at the time the penal offence was committed". Sedang Article 15 *International Covenant on Civil and Political Rights* berbunyi:

- (1) "No one shall be held guilty of any criminal offence on account of any act or omission which did not constitute a criminal offence, under national or international law, at the time when it was committed. Nor shall a heavier penalty be imposed than the one that was applicable at the time when the criminal offence was committed. If, subsequent to the commission of the offence, provision is made by law for the imposition of a lighter penalty, the offender shall benefit thereby.
- (2) Nothing in this Article shall prejudice the trial and punishment of any person for any act or omission which, at the time when it was committed, was criminal according to the general principles of law recognized by the community of nations.

Dari kedua Article di atas baik yang diatur dalam Deklarasi Umum maupun *International Covenant on Civil and Political Rights* terlihat bahwa asas *Nullum Delictum* itu hanya berlaku apabila tindak pidana yang dimaksud bukan merupakan tindak pidana menurut hukum nasional maupun hukum internasional. Dengan demikian, apabila tindak pidana yang dimaksud telah merupakan tindak pidana menurut hukum nasional dan hukum internasional maka asas *Nullum Delictum* tidak dapat dipergunakan.

Patut juga diperhatikan, ketentuan Pasal 15 (2) *International Covenant on Civil and Political Rights* di atas yang mengatakan bahwa tidak sesuatupun dalam pasal ini yang boleh mengurangi pemeriksaan dan hukuman bagi seseorang karena melakukan atau tidak melakukan suatu perbuatan yang pada saat dilakukan atau tidak dilakukannya merupakan kejahatan menurut asas-asas hukum yang diakui oleh masyarakat bangsa-bangsa.

Dari ketentuan ini dapat disimpulkan bahwa apabila perbuatan itu menurut asas-asas hukum yang diakui oleh masyarakat bangsa-bangsa merupakan suatu kejahatan, maka asas *Nullum Delictum* dapat dikesampingkan.

Undang-Undang Nomor 16 Tahun 2003 tentang Penetapan Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang Nomor 2 Tahun 2002 tentang Pemberlakuan Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang Nomor 1 Tahun 2002 tentang Pemberantasan Tindak Pidana Terorisme, Pada Peristiwa Peledakan Bom di Bali, dilakukan pada suasana dunia diguncang oleh tindakan terorisme yang menjadi perhatian penting masyarakat dunia secara keseluruhan yang telah menggunakan tindakan kekerasan yang mengancam keselamatan jiwa tanpa memilih-milih siapa yang menjadi korbannya yang tidak terbatas pada bangsa dan korban jiwa, tetapi juga perusakan bahkan penghancuran dan pemusnahan harta benda, lingkungan hidup, sumber-sumber ekonomi, dan juga dapat

menimbulkan kegoncangan sosial dan politik, bahkan dapat meruntuhkan eksistensi suatu bangsa.

Sesuai dengan amanat sebagaimana dikemukakan dalam Pembukaan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia 1945 yakni, agar negara melindungi segenap Bangsa Indonesia dan seluruh tumpah darah Indonesia. Negara berkewajiban untuk melindungi setiap warganegara dari setiap ancaman kejahatan baik bersifat nasional, transnasional apalagi bersifat internasional. Negara juga berkewajiban untuk mempertahankan kedaulatan dirinya serta memelihara keutuhan dan integritas nasionalnya dari setiap bentuk ancaman baik yang datang dari dalam maupun dari luar. Berdasarkan pertimbangan yang disebut di atas pemerintah melihat adanya kebutuhan yang mendesak (public emergency) untuk mengeluarkan Perpu Nomor 2 Tahun 2002 tentang Pemberlakuan Perpu Nomor 1 Tahun 2002 tentang Pemberantasan Tindak Pidana Terorisme Pada Peristiwa Peledakan Bom di Bali tanggal 12 Oktober 2002.

Selain pertimbangan dalam paragraf di atas, Perserikatan Bangsa Bangsa telah juga mengeluarkan dua (2) instrument internasional dalam bentuk Convention, dalam rangka penindakan terorisme internasional. Adapun Convention tersebut adalah :

- i. International Convention for the Suppression of Terrorist Bombings (1997) dan
- ii. International Convention for the Suppression of the Financing of Terrorism (1999).

Disamping itu sebelumnya Perserikatan Bangsa Bangsa telah mengeluarkan dua (2) Deklarasi yaitu:

- i. Declaration on Measures to Eliminate International Terrorism (1994) dan
- ii. Declaration to Supplement the 1994 Declaration on Measures to Eliminate International Terrorism (1996).

Dari uraian di atas terlihat bahwa masyarakat dunia telah bersepakat untuk melenyapkan terorisme internasional dalam segala bentuk dan manifestasinya dari muka bumi dan berketetapan hati bahwa yang bertanggungjawab atas perbuatan terorisme harus dibawa kedepan pengadilan.

Untuk melihat, apakah Undang-Undang Nomor 16 Tentang Perpu Nomor 2 Tahun 2002 tentang Pemberlakuan Perpu Nomor 1 Tahun 2002 tentang Pemberantasan Tindak Pidana Terorisme Pada Peristiwa Peledakan Bom Bali tanggal 12 Oktober bertentangan dengan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945. Pasal 28I (1), khususnya kalimat “hak untuk tidak dituntut atas dasar hukum yang berlaku surut adalah hak asasi manusia yang tidak dapat dikurangi dalam keadaan apapun”, maka lebih dahulu harus diuraikan apa yang dimaksud dengan “tidak dapat dituntut atas dasar hukum yang berlaku surut dan tidak dapat dikurangi dalam keadaan apapun.

Dalam hukum pidana pengertian tidak dapat dituntut atas dasar hukum yang berlaku surut adalah bahwa dalam hukum pidana tidak diperkenankan menggunakan asas retroaktif. Asas ini dikenal dengan asas *Nulum Delictum*, *Nulla poena sine previa lege poenali*. Asas ini tertuang dalam Pasal 1 ayat 1 KUHP yang berbunyi “suatu perbuatan tidak dapat dipidana, kecuali berdasarkan ketentuan-ketentuan perundang-undangan pidana yang telah ada sebelumnya”. Artinya harus sudah ada tindak pidana lebih dahulu dan ancaman pidananya juga sudah harus ada sebelumnya. Sekarang, apakah Undang-Undang Nomor 16 di atas membuat delik baru. Apabila kita perhatikan dengan cermat, Undang-Undang Nomor 16 tidak membuat tindak pidana baru, karena semua tindak pidana yang dilarang oleh Undang-Undang Nomor 16 adalah perbuatan yang dilarang oleh KUHP, maupun Konvensi Internasional yang telah berlaku, dan ini terlihat pada perbuatan-perbuatan yang dirumuskan dalam Pasal 6 sampai dengan Pasal 19. Di samping itu, pelaku dalam Peristiwa Peledakan Bom di Bali, semua sadar dan tahu bahwa perbuatan mereka ini diancam hukuman oleh undang-undang, dan juga pelaku tahu dan sadar perbuatannya akan menimbulkan korban yang banyak, khususnya ditujukan ke bangsa lain (kulit putih), berarti telah mengandung rasa kebencian terhadap orang asing, ini berarti suatu perbuatan yang *immorality* (bertentangan dengan moralitas). Perbuatan yang didasarkan atas dasar kebencian pada bangsa lain dan perbuatan yang *immorality* adalah perbuatan yang dikualifikasikan bertentangan dengan prinsip umum hukum yang diakui masyarakat beradab, the general

principles of law as recognized by civilized nations. Ini sekaligus bertentangan dengan hukum alam (natural law).

- V. Berdasar seluruh uraian tersebut di atas, Undang-undang No. 16 tahun 2002 jo. Perpu No. 2 tahun 2002 tentang perberlakuan Undang-undang No. 15 tahun 2002 jo. Perpu No. 1 tahun 2002 tentang Pemberantasan Tindak Pidana Terorisme secara retroaktif atau berlaku surut pada peristiwa Peledakan Bom di Bali tanggal 12 Oktober 2002 tidak bertentangan dengan Undang-undang Dasar 1945, karena dilakukan secara terbatas dan dilakukan demi tegaknya rasa keadilan dalam situasi yang khusus, serta tidak terdapat alasan yang memaksakan (compelling reason) untuk tidak memperlakukan Undang-undang tentang Pemberantasan Tindak Pidana Terorisme tersebut, pada Peristiwa Peledakan Bom Bali Tanggal 12 Oktober 2002.

Demikianlah diputuskan dalam Rapat Permusyawaratan Hakim pada hari Kamis, tanggal 22 Juli 2004, dengan 5 (lima) orang hakim mendukung dan 4 (empat) orang hakim mengemukakan pendapat berbeda (dissenting opinion), dan diucapkan pada hari ini, Jum'at, tanggal 23 Juli 2004, oleh kami Prof. Dr. Jimly Asshiddiqie, S.H., sebagai Ketua merangkap Anggota, didampingi oleh Prof. Dr. H.M. Laica Marzuki, S.H., Prof. H.A.S. Natabaya, S.H.,LLM., Prof. H.A. Mukthie Fadjar, SH.,MS., Dr. Harjono, S.H.,M.CL., H. Achmad Rustandi, S.H., I Dewa Gede Palguna, S.H.,M.H., Maruarar Siahaan, S.H., dan Soedarsono, S.H., masing-masing sebagai Anggota, dan dibantu oleh Widi Astuti, S.H., sebagai Panitera Pengganti, dengan dihadiri oleh Para Kuasa Pemohon dan Pemerintah.

KETUA,

Prof. Dr. Jimly Asshiddiqie, S.H.

ANGGOTA-ANGGOTA,

Prof. Dr. H.M. Laica Marzuki, S.H.

Prof. H.A.S. Natabaya, S.H., LLM.

Prof. H.A. Mukthie Fadjar, S.H., MS.

Dr. Harjono, S.H., M.CL.

H. Achmad Rustandi, S.H.

I Dewa Gede Palguna, S.H., MH.

Maruarar Siahaan, S.H.

Soedarsono, S.H.

PANITERA PENGGANTI,

Widi Astuti, S.H.