

# **PEMBERLAKUAN ASAS RETROAKTIF DALAM PERADILAN HAM BERAT (Dialektika Konsep Mashlahat dan Hak Asasi Manusia)**

Oleh : Ibnu Qodir

## **Abstrak**

Hukum pada dasarnya adalah instrumen untuk melindungi hak-hak yang bersifat individu maupun kelompok (umum), oleh karena itu hukum harus bersifat pasti dengan asas legalitasnya. Menurut asas legalitas suatu perbuatan hanya dapat di berlakukan hukum jika perbuatan tersebut terjadi setelah adanya peraturan hukum yang mengaturnya. Artinya hukum tidak boleh diberlakukan surut (retroaktif). Asas legalitas merupakan asas pokok pemberlakuan hukum positif, maupun hukum Islam. Tujuan utama asas legalitas adalah untuk melindungi hak asasi seseorang dari kesewenang-wenangan hukum dengan adanya kepastian hukum.

Pemberlakuan asas retroaktif dalam peradilan HAM berat di Indonesia mempunyai implikasi hukum yang beragam, tergantung dari persepektif mana hal tersebut di pandang. Dari persepektif paradigma perlindungan HAM, pemberlakuan asas retroaktif dalam peradilan HAM berat merupakan suatu pelanggaran, karena hak untuk tidak dituntut atas dasar hukum yang berlaku surut, termasuk dalam *non derogable right* yaitu hak yang bersifat absolut dan tidak dapat dikurangi dalam keadaan apapun dan oleh siapapun termasuk sistem (negara). Jika ditinjau dari persepektif konsep mashlahat, pemberlakuan asas retroaktif dalam peradilan HAM berat adalah “boleh” dengan alasan bahwa pelanggaran HAM berat merupakan *jarimah* yang di dalamnya terdapat unsur yang mengancam eksistensi kemashlahatan yang bersifat *dharuriyah*, misalnya kewajiban menjaga jiwa (*hifdz al-nafs*).

Hubungan antara mashlahat dan HAM seharusnya menjadi hubungan yang “komplementer”, bukan hubungan yang “kompetitif”, oleh karena itu, penelitian ini mencoba untuk mendialogkan kedua persepektif yang berbeda diatas untuk mengharmoniskan hubungan keduanya. Bentuk dialektika antara konsep mashlahat dan HAM dalam pemberlakuan asas retroaktif dalam peradilan HAM berat adalah berupa batasan pembolehan asas retroaktif itu digunakan. Pelanggaran HAM berat mempunyai kategori kerusakan (kemafsadatan) yang ditimbulkan. Jika kemafsadatan tersebut mengancam eksistensi kemashlahatan *dharuriyah* berupa *hifdz dîn*, *hifdz al-nafs*, *hifdz al-‘aql*, *hifdz al-nasl* dan *hifdz al-māl*, maka pemberlakuan asas retroaktif boleh dilakukan. Akan tetapi jika kemafsadatan yang di timbulkan tidak sampai mengancam kemashlahatan yang bersifat *dharuriyah* maka pemberlakuan asas legalitas harus diutamakan untuk melindungi hak-hak asasi manusia pelaku pelanggaran.

Kata kunci : Retroaktif, Dialektika, Konsep Mashlahat dan HAM.

## I. PENDAHULUAN

### A. Latar Belakang Masalah

Hukum merupakan instrumen untuk menegakkan keadilan yang wujudnya berupa pedoman perilaku dengan fungsi utamanya mengatur perilaku manusia. Dalam pendekatan doktrinal, hukum dikonsepsikan sebagai *an instrumen of the state or polis concerned with justice, with rules of conduct to regulate human behavior*. Menurut pandangan ini hukum merupakan instrumen untuk menegakkan keadilan yang wujudnya berupa pedoman perilaku dengan fungsi utamanya mengatur perilaku manusia (Samekto, 2012 : 1).

Indonesia adalah negara hukum yang menganut sistem *civil law*.<sup>1</sup> Sistem hukum *civil law* lebih mengutamakan peraturan tertulis daripada peraturan yang tidak tertulis. Sebagai konsekuensi maka penerapan asas legalitas menjadi mutlak diperlukan dalam perberlakuan hukumnya. Penerapan asas ini dimaksudkan untuk menjamin adanya kepastian hukum bagi setiap orang yang berada di wilayah hukum tersebut.<sup>2</sup>

Asas legalitas atau yang dalam bahasa latin sering disebut dengan istilah "*nullum delictum nulla poena sine praevia lege poenali*" adalah asas yang memberlakukan hukum untuk hal-hal dan sesuatu yang akan datang, artinya untuk hal-hal yang terjadi sesudah peraturan itu diterapkan (Sudarto, 1990 : 22). Dalam Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP), asas legalitas terdapat pada pasal 1 ayat (1) yang berbunyi :

“Suatu perbuatan tidak dapat di pidana kecuali berdasarkan ketentuan-ketentuan perundang-undangan pidana yang telah ada.”<sup>3</sup>

Sudarto dalam *Hukum Pidana I* menjelaskan bahwa rincian dari pasal 1 ayat (1) Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP) tersebut mempunyai implikasi dua hal :

- a. Suatu tindak pidana harus dirumuskan / disebutkan dalam peraturan perundang-undangan yang tertulis.
- b. Peraturan undang-undang ini harus ada sebelum terjadinya tindak pidana.

Menurut Sudarto, konsekuensi dari poin pertama diatas adalah perbuatan seseorang yang tidak tercantum dalam undang-undang sebagai tindak pidana juga

tidak dapat dipidana. Jadi dengan adanya asas ini, hukum yang tidak tertulis tidak mempunyai kekuatan untuk diterapkan. Sedangkan konsekwensi kedua dari poin kedua diatas adalah adanya larangan penggunaan analogi untuk membuat suatu perbuatan menjadi suatu tindak pidana sebagaimana dirumuskan dalam undang-undang. Analogi disini artinya memperluas berlakunya suatu peraturan dan mengabtraksikanya menjadi aturan hukum yang menjadi dasar peraturan itu (*ratiolegis*) dan kemudian menetapkan aturan yang bersifat umum ini kepada perbuatan konkrit yang tidak diatur dalam undang-undang (Sudarto, 1990 : 23)

Asas legalitas (*non retroaktif*) merupakan asas utama yang digunakan dalam penerapan peraturan perundang-undangan di Indonesia, akan tetapi dalam peradilan HAM berat di Indonesia asas legalitas dapat dikecualikan. Artinya dalam peradilan HAM berat asas yang digunakan adalah asas retroaktif (pemberlakuan surut). Hal ini tercantum dalam Undang-Undang No. 26 Tahun 2000 Tentang Pengadilan Hak Asasi Manusia pasal 43 ayat (1)<sup>4</sup> yang berbunyi :

“Pelanggaran hak asasi manusia yang berat yang terjadi sebelum diundangkannya undang-undang ini, diperiksa dan diputus oleh pengadilan HAM ad hoc.”<sup>5</sup>

Selain itu dalam penjelasan pasal 4 Undang-undang No. 39 Tahun 1999 Tentang Hak Asasi Manusia disebutkan :

“... Hak untuk tidak dituntut atas dasar hukum yang berlaku surut dapat dikecualikan dalam hal pelanggaran berat terhadap hak asasi manusia yang digolongkan kedalam kejahatan kemanusiaan.”

Disisi lain hak untuk tidak di tuntutan atas dasar undang-undang yang berlaku surut juga merupakan hak asasi manusia yang paling asasi. Hal ini ditegaskan dalam Undang-undang Dasar Tahun 1945 pasal 28 I ayat (1) 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”.

Dalam hukum Islam, asas legalitas juga merupakan asas pokok dalam perberlakuan hukumnya. Hal ini ditegaskan dengan adanya kaidah *ushūliyah al-*

*syarîah*<sup>6</sup> dalam bidang *jinâyah* sebagaimana dijelaskan Abd. al-Qâdir ‘Audah dalam *Silsilah al-Tsaqâfah al-‘amah al-Tasyri’ al-Jinâi al-Islami Muqâranan bi al-Qanûn al-Wadh’i* yang berbunyi :

لا جريمة ولا عقوبة الا بنص

“Tidak ada jarimah (tindak pidana) dan tidak ada hukuman kecuali dengan nash” (Audah, tt : 115)

Kaidah yang serupa dengan kaidah diatas yaitu :

لا حكم لأفعال العقل قبل ورود النص

“Tidak ada hukuman bagi perbuatan orang yang berakal sebelum datangnya nash” (Djazuli, 2006 : 139)

Dalam sejarah hukum Islam, tidak pernah suatu perbuatan dianggap sebagai tindak pidana dan dijatuhi hukuman sebelum perbuatan tersebut dinyatakan sebagai tindak pidana oleh Al-Qurân maupun Al-Hadîts. Hal ini berlaku sejak Nabi pindah ke Madinah yaitu sekitar 14 abad yang lalu atau pada abad ke-7. Dunia barat baru menerapkan asas ini pada abad ke-18, sedangkan di Indonesia kaidah ini diterapkan sesuai dengan pasal 1 ayat (1) KUHP (Djazuli, 2006 : 139-140)

Selain kaidah-kaidah *fiqhiyah* diatas, dasar pemberlakuan asas legalitas dalam hukum Islam adalah Al-Qurân surat al-Nisâ (22) dan al-Isrâ (15) sebagai berikut :

وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ إِنَّهُ كَانَ

فَحِشَةً وَمَقْتًا وَسَاءَ سَبِيلًا ﴿٢٢﴾

“Dan janganlah kamu kawini wanita-wanita yang telah dikawini oleh ayahmu, terkecuali pada masa yang telah lampau. Sesungguhnya perbuatan itu amat keji dan dibenci Allah dan seburuk-buruk jalan (yang ditempuh).” (QS. Al-Nisâ Ayat 22)

Dalam penggalan surat al-Nisâ (22) disebutkan adanya larangan untuk mengawini wanita-wanita yang telah dikawini oleh ayahnya terkecuali bagi perbuatan-perbuatan terdahulu (sebelum diturunkannya ayat tersebut).

Pengecualian terhadap perbuatan-perbuatan terdahulu sebelum diturunkannya ayat tersebut dijadikan *hujjah* adanya larangan pemberlakuan surut dalam hukum Islam.

Dalam teori hukum positif pemberlakuan asas retroaktif hanya ada dalam hukum pidana, jika dikaitkan dengan hukum Islam, perbuatan pidana disebut dengan *jari'mah*. Menurut Abu Zahra dalam *al-Jarîmah wa al-'Uqûbat fi al-Fiqh al-Islami* pada dasarnya perbuatan yang bisa dikategorikan *jari'mah* mencakup tiga hal yaitu *al-itsmu* (perbuatan dosa), *al-khathî'ah* (perbuatan melanggar hukum) dan *al-ma'shiyah* (perbuatan yang dilarang Allah) (Zahra, tt : 24).

Perkawinan jika ditinjau dari presektif hukum positif memang tergolong dalam perkara perdata, akan tetapi bisa menjadi perkara pidana jika kemafsadatan yang ditimbulkan berkait dengan kepentingan publik misalnya menikahi anak dibawah umur. Dalam konteks ayat diatas menurut penulis bisa digolongkan menjadi *jarimah* karena jika melanggarnya termasuk perbuatan dosa dan melanggar ketentuan Allah. Oleh karena itu Allah menyebut perbuatan “mengawini wanita-wanita yang telah dikawini ayah sebelumnya” dengan *fākhisyah* (perbuatan keji). Uraian diatas menunjukkan bahwa ayat tersebut merupakan *hujjah* adanya larangan pemberlakuan surut dalam hukum Islam.

Selain QS. al-Nisa (22), ayat yang menjadi landasan bahwa asas legalitas merupakan asas pokok pembarlakuan hukum Islam yaitu QS. al-Israa (15) yang berbunyi :

وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَىٰ ۗ وَمَا كُنَّا مُعَذِّبِينَ حَتَّىٰ نَبْعَثَ رَسُولًا ۗ ﴿١٥﴾

“Seorang yang berdosa tidak dapat memikul dosa orang lain, dan Kami tidak akan meng'azab sebelum Kami mengutus seorang rasul.” (QS. Al-Isrâ Ayat 15)

Senada dengan pengecualian dalam surat al-Nisâ (5), penerapan hukum yang terkandung dalam surat al-Isrâ (15) juga mengandung asas legalitas. Hal ini ditunjukkan dengan keterangan bahwa Allah tidak akan mengadzab (menghukum) sebelum diturunkannya rasul (utusan) yang membawa syariat. Artinya tidak ada perbuatan yang bisa dihukumi sebelum syariat itu diturunkan.

Bedasarkan dalil-dalil yang disebutkan diatas maka penulis mengambil kesimpulan bahwa hukum Islam bersifat positivistik, artinya produk-produk hukum Islam di dasarkan pada aturan yang terdapat dalam *nash*, baik secara langsung maupun melalui proses *ijtihadiah* seorang mujtahid.

Tujuan utama dari prinsip legalitas dalam hukum Islam, selain untuk menjamin kepentingan umum (masyarakat) juga untuk melindungi hak-hak manusia asasi sebagai individu (perseorangan) yang bebas dan merdeka. Dengan adanya kejelasan hukum, maka keadilan akan dapat ditegakkan karena seseorang tidak akan di berikan sanksi atas perbuatan yang belum ada “*nash*” hukumnya. Hal tersebut merupakan upaya konkrit perlindungan terhadap hak asasi manusia. (Santoso, 2003 : 11-12)

Para ulama sepakat bahwa tujuan pokok hukum Islam adalah untuk mewujudkan kemaslahatan. Peran *maslahat* dalam hukum Islam sangatlah dominan dan menentukan, sebab Al-Qurân dan al-Sunah sebagai sumber utama hukum Islam sangatlah memperhatikan prinsip kemaslahatan. (Mannan, 2007 : 259)

Ramdhan Al-Būthi’ menjelaskan bahwa salah satu konsep penting dan fundamental yang menjadi pokok bahasan dalam filsafat hukum Islam adalah konsep *mashlahat al-tasyrī’* atau *maqāshid al-syarī’ah* yang menegaskan bahwa hukum Islam disyari’atkan untuk mewujudkan dan memelihara mashlahat umat manusia, Oleh karena itu hukum dalam prespektif syariat, Islam haruslah didasarkan pada sesuatu yang harus tidak disebut hukum, tetapi lebih mendasar dari hukum, yaitu sebuah sistem nilai yang dengan sadar dianut sebagai keyakinan yang harus diperjuangkan, yakni *mashlahat* dan keadilan. (Jamhar, 2012 : 20-21).

Secara terminologi terdapat beberapa definisi *mashlahat* yang dikemukakan ulama *ushūl al-fiqh*, tetapi seluruh definisi tersebut mengandung esensi yang sama.<sup>7</sup> Imam al-Ghazāli dalam *al-Musyashfâ fî ‘Ilm al-Ushūl* sebagaimana dikutip Nasroen Harun (1996 : 114) mengemukakan bahwa pada prinsipnya *mashlahat* adalah “mengambil manfaat dan menolak *kemudharatan* dalam rangka memelihara tujuan-tujuan *syara’* yang kemudian dikenal dengan *maqāshid al-khamsah*.”<sup>8</sup>

Dalam konteks ini dapat diambil kesimpulan apabila seseorang melakukan suatu perbuatan yang pada intinya untuk memelihara kelima aspek tujuan *syara'* di atas maka dinamakan mashlahat. Disamping itu upaya untuk menolak segala bentuk *kemudharatan* yang berkaitan dengan kelima aspek tujuan *syara'* tersebut juga dinamakan mashlahat. (Al-Būthi, tt: 116).

Pelanggaran HAM berat<sup>9</sup> merupakan kejahatan kemanusiaan yang bertentangan dengan mashlahat *dharūriyah* yang berupa *hifdz al-nafs* (menjaga jiwa). Jika kemashlahatan *dharūriyah* ini tidak terjaga maka eksistensi kehidupan manusia akan rusak. Pelanggaran HAM berat yang di dalamnya mengandung unsur kemafsadatan yang besar seperti *genosida* (pembunuhan masal) jika tidak di adili, maka akan mengancam eksistensi kehidupan manusia. Permasalahannya adalah, upaya penegakan hukum dalam pelanggaran HAM berat (yang berlaku retroaktif) bertentangan dengan asas legalitas dimana asas legalitas adalah asas kepastian hukum untuk melindungi hak asasi manusia. Permasalahan yang saling bertentangan tersebut menarik untuk di dialektikkan guna mencari formulasi hukum yang tepat dan sesuai dengan konteks sekarang.

## **B. Rumusan Masalah**

Berangkat dari permasalahan tersebut, penulis tertarik untuk mengkaji lebih mendalam tema diatas dalam bentuk makalah ilmiah, dan untuk membatasi agar pembahasan dalam makalah ini lebih spesifik dan tidak terlalu melebar, maka penulis membatasi pokok permasalahan yang akan dibahas sebagai berikut:

1. Bagaimana pemberlakuan asas retroaktif dalam peradilan HAM berat presepektif paradigma perlindungan hak asasi manusia (HAM)?
2. Bagaimana pemberlakuan asas retroaktif dalam peradilan HAM berat presepektif konsep mashlahat?
3. Bagaimana dialektika konsep mashlahat dan hak asasi manusia (HAM) dalam pemberlakuan asas retroaktif dalam peradilan HAM berat?

## **II. PEMBAHASAN**

### **A. Asas Retroaktif dan Ruang Lingkupnya**

Asas retroaktif merupakan lawan dari asas legalitas, yaitu asas tentang batas berlakunya hukum pidana dari segi waktu. Menurut asas legalitas tidak *ada*

perbuatan pidana, dan juga tidak ada pidana, kecuali atas dasar kekuatan peraturan yang telah mengaturnya, sebelum perbuatan tersebut dilakukan (*nullum delictum nulla poena sine praevia lege poenali*) (Moeljatno, 1987: 25).

Asas legalitas (*non retroaktif*) merupakan asas utama yang digunakan dalam *penerapan* peraturan perundang-undangan pidana di Indonesia. Hal ini ditegaskan dalam KUHP pasal 1 ayat (1) yang berbunyi:

“Suatu perbuatan tidak dapat di pidana kecuali berdasarkan ketentuan-ketentuan perundang-undangan pidana yang telah ada”

Merujuk pada ketentuan asas legalitas, suatu perbuatan, bisa dikatakan *sebagai* tindak pidana, jika:

1. Disebutkan atau dicantumkan dalam peraturan perundang-undangan yang tertulis. Artinya, perbuatan seseorang yang tidak tercantum dalam undang-undang sebagai tindak pidana, tidak dapat dijerat oleh hukum. Jadi dengan adanya asas ini, hukum yang tidak tertulis tidak mempunyai kekuatan untuk diterapkan.
2. Peraturan undang-undang (aturan dan ketentuan-ketentuan hukum yang disahkan) harus ada sebelum terjadinya tindak pidana. Artinya, hukum tidak boleh diberlakukan surut. Sebagai konsekwensinya, perbuatan seseorang yang dilakukan sebelum dikeluarkannya peraturan perundang-undangan yang sah, tidak dapat dijerat dengan hukum yang dikeluarkan setelah perbuatan tersebut dilakukan (Sudarto : 1990 : 19-20).

Dari uraian tentang penjelasan asas legalitas diatas, kiranya dapat disimpulkan bahwa asas retroaktif adalah asas tentang pemberlakuan hukum pidana yang berlaku surut. Dengan kata lain, perbuatan seseorang sebelum adanya aturan dan ketentuan-ketentuan hukum yang berlaku dapat dijerat dengan hukum yang dikeluarkan setelah perbuatan tersebut dilakukan.

Dalam praktik hukum internasional penerapan asas ini baru terbatas pada tindak pidana pelanggaran HAM berat sebagaimana tercantum dalam *IMTN (Internasional Military Tribunal Nurembreg Tahun 1946)*, *ICTR (International Criminal Tribunal For Rwanda)* dan *ICTY (International Criminal Tribunal For Former Yugoslavia)*.

Pemberlakuan asas retroaktif, tidaklah secara mutlak bisa diberlakukan tanpa dasar. Hukum Internasional hanya memberlakukan asas retroaktif terbatas pada kasus-kasus pelanggaran HAM berat yang tergolong dalam kejahatan kemanusiaan dengan dasar-dasar sebagai berikut :

1. Penerapan asas *non retroaktif* (legalitas) hanya berlaku bagi kejahatan biasa sebagai *ordinary crimes* (kejahatan kriminal biasa) yang terjadi di wilayah hukum suatu negara. Sehingga untuk kejahatan HAM berat yang tergolong dalam *extra ordinary crime* dapat diberlakukan asas retroaktif.
2. Asas retroaktif tidak berlaku bagi para pelaku pelanggaran HAM berat sebagai *extra ordinary crimes*, jika telah ada peraturan hukum humaniter internasional yang mengatur dan diterima oleh hukum suatu negara. Artinya sudah ada perundang-undangan yang mengatur sebelum perbuatan tersebut dilakukan.
3. Telah terjadi yurisprudensi dalam *IMTN (Internasional Military Tribunal Nurembreg Tahun 1946)*, *ICTR (International Criminal Tribunal For Rwanda Tahun 1994)* dan *ICTY (International Criminal Tribunal For Former Yugoslavia Tahun 1993)* (Setiyono, 2009 : 329).

#### **B. Hak Asasi Manusia, Pelanggaran HAM berat dan Pengadilan HAM di Indonesia**

Ahmad Kosasih menjelaskan, dalam Kamus Besar Bahasa Indonesia, hak asasi diartikan sebagai hak dasar atau hak pokok seperti hak hidup dan hak mendapat perlindungan sedangkan arti dari hak asasi manusia adalah hak-hak yang dimiliki manusia menurut kodratnya, yang tak dapat dipisahkan daripada hakikatnya dan karena itu bersifat suci. (Kosasih, 2003 : 18)

Jan Materson seperti halnya dikutip Kosasih mengartikan hak asasi manusia sebagai hak yang melekat pada manusia yang tanpa adanya hak tersebut manusia mustahil hidup sebagai manusia. "*Human right which are inherent in our nature and without which we can not live as human being*". Definisi yang diutarakan Materson diatas kemudian di komentari bahwa kalimat "*without which we can not live as human being*, (mustahil dapat hidup sebagai manusia) hendaklah diartikan mustahil dapat hidup sebagai manusia jika tanpa hak, tetapi harus di

imbangi dengan tanggung jawab atas segala perbuatan yang dilakukannya, sehingga tercipta suatu keseimbangan dan keteraturan. (Kosasih, 2003 : 18)

Secara terminologis, upaya perlindungan terhadap manusia terdapat banyak istilah, seperti HAM (hak asasi manusia) yang dalam bahasa Britania Raya (Inggris) disebut dengan “*human right*” dalam bahasa Belanda dikenal dengan “*mensenrechten*” dan dalam bahasa Prancis dikenal dengan istilah “*droits de l’homme*”. Ada juga istilah hak-hak dasar manusia (HDM) yang dalam bahasa Inggris dikenal dengan “*fundamental rights*”, dalam bahasa Belanda dikenal dengan “*grondrechten*” dan dalam bahasa Prancis disebut dengan “*droits fondamentaux*”. Perbedaan antara kedua istilah di atas antara lain HDM lebih fundamental sifatnya daripada HAM dan istilah HDM merupakan istilah yang digunakan dalam domain hukum tata negara sedangkan HAM merupakan istilah yang sering digunakan dalam hukum Internasional. (Mardenis, 2013 : 113)

Jika menelusuri pengertian HAM secara teoritik akan dijumpai banyak pendapat dari mulai yang sederhana sampai dengan pengertian secara komprehensif. Donnelly sebagaimana dikutip oleh Michael Freeman dalam bukunya yang berjudul *Human Right An Interdisciplinary Approach* menjelaskan :

*Human right must be a special kind of right. They are often contrasted with legal right or civil right that derive from the laws or customs of particular societies. Donnelly says that human rights are the rights one has simply because one is a human being. This is a very common and very unsatisfactory formulation. It is not clear why one has simply because one is a human being. Its particularity unclear why one has the rights listed in the Universal Declaration. (Freeman, 2002 : 60)*

Hak Asasi Manusia harus merupakan suatu bentuk hak yang khusus. HAM sering dipandang secara umum dengan hak hukum atau hak sipil yang berasal dari undang-undang atau adat istiadat masyarakat tertentu. Donnelly mengatakan bahwa hak asasi manusia adalah hak seseorang hanya karena seorang tersebut adalah manusia. Ini adalah formulasi yang sangat umum dan sangat tidak memuaskan. Tidak jelas mengapa seseorang hanya karena dia adalah manusia (maka dikatakan ia mempunyai hak asasi). Hal ini sangat partikular karena tidak jelas mengapa seseorang memiliki hak yang tercantum dalam Deklarasi Universal Hak Asasi Manusia.

Ahmad Rasyidi dalam *Huqūq al-Insān Dirāsah Muqāranah fi al-Nadzariyah wa al-Tatbiq* menjelaskan bahwa pengertian hak (الحق) secara bahasa adalah :

الشيء الثابت بلا شك أو هو النصيب الواجب سواء للفرد أو الجماعة

“Sesuatu yang pasti tanpa ada keraguan atau bagian yang wajib (diberikan) untuk perorangan maupun kelompok. Secara istilah pengertian hak asasi manusia menurut Ahmad Rasyidi adalah :

حقوق الإنسان هو فرع خاص من فروع العلوم الإجتماعية ، يختص بدراسة العلاقة بين الناس ،إستنادا إلى كرامة الإنسان ، بتحديد الحقوق والرخص الضرورية لازدهار-كل كائن انساني.

“Hak asasi manusia adalah bagian khusus dari ilmu sosial khususnya hubungan antar manusia yang di dasarkan untuk kemuliaan martabat manusia dengan pembatasan hak dan peringanan hal yang bersifat dasar untuk perkembangan segala bentuk kemanusiaan.” (Rasyidi, 2003 : 34)

Jika mengacu pada rumusan pengertian HAM yang tercantum dalam Undang-Undang Nomor 39 Tahun 1999 pada pasal 1 butir 1, maka pengertian HAM adalah sebagai berikut :

“Hak asasi manusia adalah seperangkat hak yang melekat pada hakikat keberadaan manusia sebagai makhluk Tuhan Yang Maha Esa dan merupakan anugrahnya yang wajib dihormati, dijunjung tinggi dan dilindungi oleh negara hukum pemerintah, dan setiap orang demi kehormatan serta perlindungan harkat dan martabat manusia”

Berpijak dari penjelasan diatas maka penulis mengambil suatu kesimpulan bahwa paradigma hak asasi manusia adalah penegakan HAM untuk mempertahankan umat manusia, baik secara individu maupun kolektif dari kehilangan kehidupan, kemerdekaan serta kebebasan dari segala bentuk diskriminasi. Keberadaan HAM melekat secara kodrati dan universal (tidak terbatas ruang dan waktu) tidak boleh diabaikan, dikurangi atau dirampas oleh siapapun dan sebaliknya HAM harus dihormati, dijunjung tinggi dan dilindungi oleh setiap manusia, negara dan hukum guna menjaga harkat dan martabat manusia.

Pelanggaran terhadap HAM dapat dikategorikan menjadi dua, pelanggaran HAM (bisasa) dan pelanggaran HAM berat. Pengertian pelanggaran terhadap hak asasi manusia (HAM) secara normatif di atur dalam Undang-Undang No. 39 Tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia Pasal 1 butir ke-6 yang berbunyi :

“Setiap perbuatan seseorang atau kelompok orang termasuk aparat negara baik di sengaja maupun tidak disengaja atau kelalaian yang secara melawan hukum mengurangi, menghalangi, membatasi, dan atau mencabut HAM seseorang atau kelompok orang yang dijamin oleh undang-undang ini, dan tidak mendapatkan, atau dikhawatirkan tidak memperoleh penyelesaian hukum yang adil dan benar, berdasarkan mekanisme hukum yang berlaku”<sup>10</sup>

Bedasarkan pengertian pelanggaran HAM dalam Undang-Undang No. 39 Tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia Pasal 1 butir ke-6, maka untuk dapat dikatakan sebagai pelanggaran HAM apabila :

- a. Adanya unsur perbuatan yang dilakukan oleh perseorangan atau kelompok termasuk aparat negara;
- b. Perbuatan tersebut dilakukan baik dengan cara disengaja maupun tidak disengaja ataupun karena kelalaian yang secara melawan hukum.
- c. Perbuatan tersebut dimaksudkan untuk mengurangi, menghalangi membatasi dan atau mencabut HAM seseorang atau kelompok orang yang dijamin oleh UU No. 39 Tahun 1999 tentang HAM.
- d. Adanya korban pelanggaran HAM, baik perseorangan maupun kelompok orang tidak mendapatkan, atau dikhawatirkan tidak memperoleh penyelesaian hukum yang adil dan benar. (Setiyono, 2009 : 50-51)

Sedangkan pengertian tentang pelanggaran HAM berat dijelaskan dalam Pasal 104 ayat (1) Undang-Undang No. 39 Tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia yang berbunyi :

“Pelanggaran HAM berat adalah pembunuhan massal (*genocide*) pembunuhan sewenang-wenang atau diluar putusan pengadilan (*arbitrary/extra judicial killing*), penyiksaan, penghilangan orang secara paksa, perbudakan, diskriminasi yang dilakukan secara sistematis (*systemic discrimination*).<sup>11</sup>

Dalam sejarah perjalanan hukum di Indonesia, kasus pelanggaran HAM berat kategori kejahatan kemanusiaan di Tanjung Priok, pernah diputus dalam pengadilan khusus ad.hoc pelanggaran HAM berat. Peristiwa Tanjung Priok berawal dari ditanhanya empat orang yaitu Achmad Sahi, Sofwan Sulaeman, Syarifuddin Rambe dan M. Nur yang di duga terlibat pembakaran sepeda motor

salah seorang Babinsa dari Koramil Koja. Mereka ditangkap oleh aparat Polres Jakarta Utara yang kemudian ditahan di Kodim Jakarta Utara.

Pada Tanggal 12 September 1984, diadakan tabligh akbar di jalan Sindang oleh Amir Biki, salah seorang tokoh masyarakat setempat. Dalam ceramahnya, Amir Biki menuntut aparat keamanan untuk membebaskan empat orang jamaah yang ditahan. Pada pukul 23.00 WIB Amir Biki mengerahkan massa ke kantor Kodim Jakarta Utara dan Polsek Koja dan kemudian dihadang oleh satu regu Arhadud dibawah komandi Pasi II Ops. Kodim Jakarta Utara, hingga terjadi penembakan yang menyebabkan korban luka yang dirawat di rumah sakit sebanyak 36 orang, korban luka yang diberi pengobatan dan tidak dirawat sebanyak 19 orang dan korban meninggal dunia sebanyak 23 orang dengan rincian 9 orang dapat dikenali dan 14 orang lainnya tidak diketahui identitasnya. (Setiyono, 2009 : 105-106)

Atas dasar peristiwa diatas dikeluarkanlah keppres No. 96 Tahun 2001 tentang pembentukan Pengadilan HAM ad.hoc pada pengadilan Negeri Jakarta Pusat, untuk mengadili para pelaku pelanggaran HAM pada peristiwa Tanjung Priok. Berdasarkan hasil temuan, pemeriksaan dan bukti-bukti, dapat di pastikan telah terjadi pelanggaran HAM berat kategori kejahatan kemanusiaan berupa pembunuhan secara kilat dalam jumlah masal (summary killing), penangkapan dan penahanan sewenang-wenangan (unlawful arrest and detention), penyiksaan (torture) dan penghilangan orang secara paksa.

Dari dua puluh tiga nama para pelaku pelanggaran HAM berat kategori kejahatan terhadap kemanusiaan hasil rekomendasi Komnas HAM, oleh Kejaksaan Agung hanya ditetapkan empat belas orang terdakwa, yang dibagi dalam empat berkas perkara. Semua terdakwa adalah para komandan militer, tanpa ada terdakwa yang berasal dari atasan polisi maupun sipil. Proses peradilan para terdakwa tidak hanya sampai di pengadilan (ad.hoc) tingkat pertama, melainkan sampai pengadilan tingkat kasasi.

Hasil putusan MA, menyatakan dari sekian banyak terdakwa, RA Butar-Butar yang terbukti secara sah dan meyakinkan bersalah telah mebiarkan dan bertanggung jawab atas peristiwa Tanjung Priuk dan dijatuhi pidana penjara 10

Tahun serta memberi kompensasi kepada korban atau ahli warisnya yang proses serta jumlahnya sesuai dengan ketentuan yang berlaku. (Setiyono, 2009 : 283-284)

Peristiwa Tanjung Priok (1984), merupakan salah satu kasus yang diputus oleh pengadilan ad.hoc yang memberlakukan asas retroaktif dalam pemberlakuan hukumnya. Selain kasus Tanjung Priok, pelanggaran HAM berat yang terjadi Indonesia yang telah diputus oleh pengadilan ad.hoc antara lain adalah kasus Timor-Timor, DOM (Daerah operasi Militer Aceh) dan Peristiwa Trisakti dan Semanggi I, II. (Setiyono, 2009 : 104).

### **C. *Maqāshid al-Syarī'ah*, Mashlahat dan Legislasi Hukum Islam**

Secara etimologi *maqāshid al-syarī'ah*, merupakan istilah gabungan dari dua kata yaitu *maqāshid* dan *al-syarī'ah*. *Maqāshid* adalah bentuk plural dari *qashd*, *maqshad* yang merupakan derivasi dari kata kerja *qhasada*, *yaqshidu*, *qashdan* yang maknanya bisa berarti menuju arah, tujuan, tengah-tengah, adil dan tidak melampaui batas. Sementara *al-syarī'ah* secara etimologi bermakna jalan menuju mata air. Menurut ar-Raisyuni menyatakan bahwa *al-syarī'ah* bermakna sejumlah hukum 'amaliyah yang dibawa oleh agama Islam, baik yang berkaitan dengan konsepsi aqidah maupun legislasi hukumnya. (Jamhar, 2012 : 51)

'Allāl al-Fāsy, sebagaimana dikutip Basro Jamhar mendefinisikan *maqāshid al-syarī'ah* sebagai tujuan yang dikehendaki syara' dan rahasia-rahasia yang ditetapkan oleh Syāri' (pembuat hukum) dalam menetapkan hukum terhadap hamba-Nya. Adapun inti dari *maqāshid al-syarī'ah* adalah untuk mewujudkan kebaikan sekaligus menghindarkan keburukan, atau menarik manfaat dan menolak mudharrat, atau dengan kata lain adalah untuk mencapai kemashlahatan, karena tujuan penetapan hukum dalam Islam adalah untuk menciptakan kemashlahatan dalam rangka memelihara tujuan-tujuan syara'. (Jamhar, 2010 : 52)

Sumber hukum Islam utama yang menjadi konsensus para ulama adalah al-Qur'an dan Al-Hadīts . Sebagai sumber utama hukum Islam Al-Qurân telah meletakkan dasar-dasar pokok dan prinsip-prinsip umum hukum Islam. salah satu diantaranya yang paling dominan adalah prinsip mashlahat. Pada umumnya ayat-ayat yang berkaitan dengan legislasi hukum (*tasyri'*) selalu menjadikan mashlahat

sebagai faktor penentunya. Atas dasar itu para ulama mengambil kesimpulan bahwa mashlahat merupakan tujuan inti/pokok legislasi dalam hukum Islam.

“Maslahat” merupakan kata bahasa Indonesia yang diserap dari bahasa arab “mashlahah”. Secara leksikal-etimologis kata “maslahat” sebagai kata benda diartikan dengan “sesuatu yang mendatangkan kebaikan (keselamatan dan sebagainya)”, “faedah” dan “guna”. Sedangkan “kemaslahatan” juga sebagai kata benda yang mengandung arti kegunaan, kebaikan, manfaat, kepentingan.<sup>12</sup>

Maslahat (المصلحة) secara bahasa berarti al-manfa’ah atau manfaat/faidah. Maslahat merupakan ism al-masdar dari shalaha, shalaha dan berlawanan kata dengan al-mafsadah (mafsadat) yang berarti kerusakan. Dalam Lisan al-Arab sebagaimana dikutip Said Ramdhan Al-Buthi pada karyanya *Dhawabith al-Mashlahah fi al-Syariah al-Islamiyah*, dijelaskan bahwa :

المصلحة واحدة المصالح، فكل ماكان فيه النفع - سواء كان بالجلب والتحصيل الفوائد والذائد، أو بالدفع والا تقاء، كاستبعاد المضار والآلام - فهو جدير بأن يسمى مصلحة.

“Bentuk jama’ dari kata maslahat adalah al-mashalih, dan setiap hal yang di dalamnya terdapat manfaat - seperti halnya mencari faidah dan kenikmatan, menolak seperi menjauhkan dari kesusahan dan kesakitan - maka bisa dikatakan sebagai maslahat.” (Al-Buthi, tt : 23)

Secara terminologis, mashlahat telah diberi muatan makna oleh beberapa ulama ushul al-fiqh. Al-Ghazali (w.505 H) misalnya mengatakan bahwa makna dasar dari mashlahat adalah menarik/ mewujudkan kemanfaatan atau menyingkirkan/menghindari kemudaratan. Menurut al-Ghazali, yang dimaksud maslahat dalam terminologi syar’i adalah memelihara dan mewujudkan tujuan hukum Islam (syariah) yang berupa memelihara agama, jiwa, akal budi, keturunan dan harta benda. Ditegaskan oleh Al-Ghazali bahwa setiap sesuatu yang dapat menjamin dan melindungi eksistensi salah satu dari kelima hal tersebut dikualifikasikan sebagai mashlahat. Sebaliknya, setiap sesuatu yang dapat mengganggu dan merusak salah satu dari kelima hal tersebut dinilai dengan al-Mafsadah; maka mencegah dan menghilangkan sesuatu yang dapat mengganggu dan merusak salah satu dari kelima hal tersebut dikualifikasikan sebagai mashlahat. (Al-Ghazali, 1997 : 416-417)

Pengertian mashlahat juga dikemukakan oleh Izz al-Din Abd al-Salam (w.660 H) dalam pandangannya mashlahat itu identik dengan al-khair (kebajikan), al-naf (kebermanfaatan), dan al-husn (kebaikan). Sementara Najm al-Din al-Tufi (w. 716 H) berpendapat bahwa mashlahat dapat ditinjau dari segi urfi dan syar'i. Menurut al-Tufi dalam arti urfi maslahat adalah sebab yang membawa kepada kebaikan dan kemanfaatan, seperti perniagaan yang merupakan sebab yang membawa kepada keuntungan, sedang dalam arti syar'i mashlahat adalah sebab yang membawa kepada tujuan al-syari' baik yang menyangkut ibadah maupun muamalah, dan ditegaskan bahwa mashlahat masuk dalam cakupan maqashid al-syari'ah. (Asmawi, 2010 : 35-36)

Menurut Al-Syatibi, mashlahat merupakan salah satu metode istinbath hukum syara'. Mashlahat sebagai metode istinbath bertumpu pada tiga pokok tujuan kemashlahatan yaitu konsep pemeliharaan dharūriyah, hajjiyah dan tahsīniyah. Ini artinya bahwa mashlahat tidaklah bedasar pada pemahaman Al-Qurān secara dhahir, sehingga menurut Al-Syatibi maslahat merupakan metode istinbath hukum yang bedasar rasionalitas dan analisis terhadap tujuan-tujuan syari'at yang terkandung dalam Al-Qurān . (Farih, 2008 : 114)

Metode istinbat hukum dengan dasar mashlahat, lebih sering dikenal dengan metode istishlah. Sebagaimana metode ijtihad lainnya, istishlah juga merupakan metode penetapan hukum yang kasusnya tidak diatur secara eksplisit dalam sumber utama syariah yaitu Al-Quran dan Al-Hadits. Hanya saja metode ini lebih menekankan pada aspek mashlahat secara langsung.

Sehubungan dengan metode ini, dalam ilmu ushul fiqh dikenal ada tiga macam mashlahat yaitu mashlahat mu'tabarah, mashlahat mulgah, dan mashlahat mursalah.<sup>13</sup> Mashlahat mu'tabarah adalah mashlahat yang diungkapkan secara langsung baik dalam al-Quran maupun dalam al-Hadits. Sedangkan mashlahat mulgah adalah mashlahat yang bertentangan dengan ketentuan yang termaktub dalam kedua sumber hukum Islam al-Quran dan al-Hadits. Mashlahat mursalah yaitu mashlahat yang tidak ditetapkan oleh kedua sumber tersebut dan tidak pula bertentangan dengan keduanya (al-Quran dan al-Hadits) (Djamil, 1997 : 141).

Imam Al-Ghazali dalam *al-Musthafa min 'Ilm al-Ushul*, menetapkan beberapa syarat agar mashlahat dapat dijadikan sebagai dasar hukum. Adapun syarat-syarat tersebut adalah sebagai berikut :

- a. Kemashlahatan itu termasuk kategori peringkat *dharuriyyat*.<sup>14</sup> Artinya bahwa untuk menetapkan suatu kemashlahatan, tingkat keperluan-nya harus diperhatikan. Apakah akan sampai mengancam eksistensi lima unsur pokok mashlahat atau belum sampai pada batas tersebut.
- b. Kemashlahatan itu bersifat *qath'i*. Artinya, yang dimaksud dengan mashlahat tersebut benar-benar telah diyakini sebagai mashlahat tidak pada dugaan atau *dzan* semata.<sup>15</sup>
- c. Kemaslahatan itu bersifat *kulli*. Artinya bahwa kemaslahatan itu berlangsung secara umum dan kolektif, tidak bersifat individual. Apabila mashlahat itu bersifat individual, maka al-Ghazali mensyaratkan mashlahat tersebut harus sesuai dengan *maqhasid al-syari'at* (Djamil, 1997 : 142).

Mashlahat menurut Said Ramdhan al-Buthi' bisa dipahami maksudnya dengan pernyataan "mashlahat adalah manfaat yang dimaksudkan oleh pembuat hukum (al-Syari') untuk menjaga agama, jiwa, akal, nasab dan harta benda dengan menetapkan peraturan-peraturan yang jelas." (Al-Buthi, tt : 23)

Dari hal ini dapat dipahami bahwa hubungan antara metode istishlah (konsep mashlahat) dengan maqashid al-syari'ah sangatlah erat. Imam Malik mengungkapkan bahwa mashlahat itu harus sesuai dengan tujuan disyariatkannya hukum dan diarahkan pada upaya menghilangkan kesulitan, jelas memperkuat asumsi ini. Begitu pula dengan syarat pertama yang di kemukakan Al-Ghazali bahwa yang dimaksud memelihara aspek daruriyyat adalah untuk memelihara lima unsur pokok mashlahat yang berupa agama, jiwa, akal, keturunan dan harta (Djamil, 1997 : 143).

Abu Zahra dalam *al-jarîmah wa al-'uqûbah fî al-fiqh al-islâmi*, menjelaskan bahwa hukuman atau sanksi dalam hukum Islam merupakan bagian dari syariat yang tujuannya adalah untuk menjaga kemashlahatan yang bersifat umum (*al-af'âl al-khamsah*). Perbuatan yang melawan *al-af'âl al-khamsah* maka disebut dengan *jarîmah*, sebagai contohnya perbuatan zina merupakan perbuatan

yang melawan kemashlahatan menjaga nasab (*hifdz al-nasl*), perbuatan mencuri merupakan perbuatan yang melawan kemashlahatan menjaga harta (*hifdz al-māl*) dan lain sebagainya (Zahra, tt : 22).

Dari uraian diatas maka dapat disimpulkan bahwa legislasi hukum Islam, mempunyai tujuan utama yaitu mewujudkan kemashlahatan manusia di dunia dan akhirat (*mashālih al-‘ibād fi al-dunya wa al-ākhirah*), dengan cara memelihara tujuan-tujuan *syara’* yang paling pokok (*dharuriyah*)<sup>16</sup> yaitu *al-af’āl al-khamsah* berupa *hifdz al-dîn* (menjaga agama/aqidah), *hifdz al-nafs* (menjaga jiwa/nyawa), *hifdz al-aql* (menjaga kesehatan akal pikiran), *hifdz al-nasl* (menjaga keturunan) dan *hifdz al-māl* (menjaga harta benda). Jika kelima aspek diatas tidak ada atau tidak terpelihara secara baik, kehidupan manusia akan kacau, kemashlahatannya tidak terwujud dengan baik di dunia maupun akhirat.

#### **D. Tinjauan Paradigma Perlindungan HAM Terhadap Pemberlakuan Asas Retroaktif dalam Pengadilan HAM Berat**

Makna asas legalitas sebagai bentuk hak asasi yang berhubungan dengan perlindungan hukum, Menurut Mujahidin (2011) pada prinsipnya sama dengan pengertian “*rule of law*”. Jika asas legalitas dipandang sebagai bentuk perlindungan hukum itu dikaitkan dengan kedudukan Negara Republik Indonesia adalah “negara hukum”, maka sudah sewajarnya bahwa peran dan fungsi pengadilan untuk menegakkan hukum harus berpijak dan berlandaskan atas hukum. Dengan demikian, akan terbangun satu kesatuan tindakan dan arah *law inforcement* bertindak menurut *rule of law*. (Mujahidin, 2011 : 25)

Gagasan tentang negara hukum ( *the rule of law*) telah muncul dalam bentuk-bentuk yang bervariasi dalam sistem hukum yang berbeda-beda, akan tetapi pada hakikatnya memiliki tujuan umum yang sama, yaitu “*the achievement and preservation of freedom of individual human being againts the arbitrary assaults of collective power*” (penghargaan atas hak-hak individu manusia dari penyalahan gunaan wewenang kekuasaan yang kolektif/negara). (Fadjar, 2000 : 13)

Retro aktif adalah asas yang menyatakan bahwa ketentuan hukum dapat diberlakukan surut pada pelaku tindak pidana. Praktik internasional penerapan

asas ini baru terbatas pada tindak pidana pelanggaran HAM berat sebagaimana terlihat dalam *IMTN (Internasional Military Tribunal Nurembreg Tahun 1946)*, *ICTR (International Criminal Tribunal For Rwanda)* dan *ICTY (International Criminal Tribunal For Former Yugoslavia)*.

Pemberlakuan asas retroaktif, tidaklah secara mutlak diberlakukan tanpa syarat. Hukum Internasional hanya memberlakukan asas retroaktif terbatas pada *kasus-kasus* pelanggaran HAM berat yang tergolong dalam kejahatan kemanusiaan dengan dasar-dasar sebagai berikut :

- 1) Penerapan asas *non retroaktif* (legalitas) hanya berlaku bagi kejahatan biasa sebagai *ordinary crimes* yang terjadi diwilayah hukum nasional suatu negara. Sehingga untuk kejahatan HAM berat yang tergolong dalam *extra ordinary crime* dapat diberlakukan asas retroaktif.
- 2) Asas retroaktif tidak berlaku bagi para pelaku pelanggaran HAM berat sebagai *extra ordinary crimes*, jika telah ada peraturan hukum humaniter internasional yang mengatur dan diterima oleh hukum suatu negara.
- 3) Telah terjadi yurisprudensi dalam *IMTN (Internasional Military Tribunal Nurembreg Tahun 1946)*, *ICTR (International Criminal Tribunal For Rwanda Tahun 1994)* dan *ICTY (International Criminal Tribunal For Former Yugoslavia Tahun 1993)*. (Setiyono, 2009 : 329)

Dalam konteks pemberlakuan asas retroaktif pada Undang-Undang No. 26 Tahun 2000 Tentang Pengadilan Hak Asasi Manusia pasal 43 ayat (1) yang berbunyi :

“Pelanggaran hak asasi manusia yang berat yang terjadi sebelum diundangkannya undang-undang ini, diperiksa dan diputus oleh pengadilan HAM ad hoc.”

Dan ditegaskan kembali dalam penjelasan pasal 4 Undang-undang No. 39 Tahun 1999 Tentang Hak Asasi Manusia yang berbunyi :

“... Hak untuk tidak dituntut atas dasar hukum yang berlaku surut dapat dikecualikan dalam hal pelanggaran berat terhadap hak asasi manusia yang digolongkan kedalam kejahatan kemanusiaan.”

Jika ditinjau secara “yuridis normatif” kedua pasal dalam undang-undang tersebut tidaklah bertentangan dengan Undang-Undang Dasar dimana pasal 28 I

menyebutkan “...hak untuk tidak dituntut atas dasar hukum yang berlaku surut adalah hak asasi manusia yang tidak dapat dikurangi dalam keadaan apapun”, tidaklah menyalahi undang-undang dasar. Hal ini karena menurut putusan Mahkamah Konstitusi, pasal 28 I masih berkaitan dengan pasal 28 J dimana pasal tersebut berbunyi “dalam menjalankan hak dan kebebasannya, setiap orang wajib menghormati hak asasi manusia orang lain dan wajib tunduk pada pembatasan yang ditentukan undang-undang..” (Marzuki, 2013 : 195-196)

Akan tetapi menurut penulis jika ditinjau dari persepektif “perlindungan HAM,” kedua pasal yang memberlakukan asas retroaktif bagi pelanggar HAM berat, merupakan pelanggaran HAM karena hak untuk tidak dapat dituntut atas dasar hukum yang berlaku surut adalah hak asasi manusia yang tergolong didalam hak asasi absolut yang tidak dapat dikurangi (*non-derogable rights*). Menurut Irdal Kasim, *non-derogable rights* adalah hak-hak yang tercakup dalam hak sipil dan politik yang bersifat absolut yang tidak boleh dikurangi dalam keadaan apapun dan oleh siapapun termasuk sistem (negara).

Hak hak yang tergolong dalam *non-derogable right* antara lain adalah hak untuk hidup (*rights to life*), hak untuk bebas dari penyiksaan (*rights to be free from torture*), hak bebas dari perbudakan (*rights to be free from slavery*), hak bebas dari pemidanaan yang berlaku surut dan hak atas kebebasan berfikir, keyakinan dan agama. (Kasim, 2001 : xii-xiii)

Lebih jauh Mukhtie Fadjar berpendapat bahwa pembatasan oleh pasal 28 J ayat (2) hanya dapat dilakukan terhadap hak-hak yang belum/tidak diatur secara limitatif berdasarkan pasal 28 I ayat (1) yang antara lain adalah 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 termasuk hak untuk tidak dituntut atas dasar hukum yang berlaku surut. Dengan kata lain pembatasan yang diperkenankan hanyalah pada hak-hak yang tergolong dalam kategori *derogable rights* (hak yang boleh dikurangi oleh negara dalam keadaan tertentu). Yang termasuk dalam *derogable rights* antara lain hak atas kebebasan berkumpul secara damai, hak atas kebebasan berserikat, termasuk membentuk dan menjadi anggota serikat buruh serta hak kebebasan

menyatakan pendapat atau berekspresi (baik melalui lisan atau tulisan). (Marzuki, 2013 : 197)

Ahmad Roestandi sebagaimana dikutip Mukhtie Fadjar menilai bahwa frasa "...hak untuk tidak dituntut atas dasar hukum yang berlaku surut adalah hak asasi manusia yang tidak dapat dikurangi dalam keadaan apapun", khususnya kata-kata "tidak dapat dikurangi dalam keadaan apapun" adalah kata-kata yang jelas yang dalam bahasa fiqh Islam adalah *qoth'i al-dilāl*h. Jika pasal 28 ayat (2) bisa dimaknai untuk mengurangi dan membatasi ketujuh hak yang diakui dalam pasal 28 I ayat (1), maka tidak perlu ada pengkhususan terhadap ketujuh kategori hak dalam pasal tersebut. (Marzuki, 2013 : 198)

#### **E. Tinjauan Konsep Mashlahat Terhadap Pemberlakuan Asas Retroaktif dalam Pengadilan HAM Berat**

Manusia sebagai makhluk Tuhan paling sempurna pada dasarnya di karuniai sebuah "fitrah" (*destiny*) untuk menjadi khalifah di bumi. Untuk merealisasikan fitrah-nya maka manusia memerlukan agama sebagai ajaran kebajikan yang menuntun manusia untuk mencapai derajat khalifah. (Abdullah, 2003 : 125)

Meskipun harus berhadapan dengan tantangan modrenitas, agama akan tetap mampu memainkan peran dan fungsinya dalam menciptakan kesejahteraan, ketentraman manusia dalam peradabanya. Hal tersebut tentu saja bergantung pada kemampuan umat beragama dalam memberikan jawaban atas permasalahan sosial, ekonomi, budaya dalam tata kehidupannya.

Islam menaruh perhatian yang serius dalam menjaga nilai-nilai dasar hak asasi manusia. Dalam presepektif sosio-historis Islam, hukum dan hak asasi manusia diformulasikan sarat dengan muatan nilai kemashlahatan dan keadilan. (Mujahidin, 2011 : 24). Menurut Majid Khaduri dalam *The Islamic Conception of justice*, dijelaskan bahwa :

*"No subjects is more closely connected with the concept of justice than "human rights" since justice would be meaningless if fundamental rights of man were to be unrecognized or ignored by society. In revelation, it will be recalled, two concepts of justice and rights were implied in the abstract terms of al haq, wich is one of the ultimate goals of the law. (Khaduri, 1984 : 233)*

“Tidak ada hal yang lebih dekat dengan konsep keadilan dari “hak asasi manusia” karena keadilan akan tidak berarti jika hak-hak dasar manusia itu harus tidak diakui atau diabaikan oleh masyarakat. Dalam nash konsep keadilan dan hak-hak yang tersirat dalam istilah abstrak “*al haq*”, yang merupakan salah satu tujuan utama dari hukum.

Hukum Islam (*syari'ah*) sangat *compatibel* bagi segala kebutuhan dan tuntutan kehidupan manusia. Melalui teks-teks sucinya (*an-Nusus al-Muqaddasah*) dapat mewujudkan mashlahat pada setiap ketentuan hukumnya. Fondasi bangunan hukum Islam itu dipresentasikan oleh mashlahat yang ditujukan bagi kepentingan hidup manusia sebagai hamba Allah, baik menyangkut kehidupan duniawi maupun kehidupan *ukhrawinya*. Hukum Islam menjunjung tinggi prinsip-prinsip keadilan (*'adalah*), kasih sayang (*rahmah*) dan mashlahat. Eksistensi mashlahat dalam hukum Islam (*syariah*) memang tidak bisa dinafikan karena *al-mashlahat* dan *al-syari'ah* telah bersenyawa dan menyatu, sehingga kehadiran *al-mashlahat* meniscayakan adanya tuntutan *al-Syari'ah* (hukum Islam). (Asmawi, 2010 : 38)

Dalam konteks pengadilan terhadap pelanggaran HAM berat di Indonesia ada beberapa permasalahan yang jika ditinjau dari hukum Islam saling bertentangan. Yang *pertama* terkait dengan pemberlakuan asas retroaktif (berlaku surut) dalam peradilanya. Hal ini tentu bertentangan dengan konsep legalitas (hukum tidak boleh diberlakukan surut) dimana asas legalitas dalam pemberlakuan hukum Islam mempunyai tujuan untuk melindungi hak asasi manusia.

*Kedua* pelanggaran ham berat merupakan *jarîmah* (pidana) yang jika tidak diadili maka akan mengancam kemashlahatan yang bersifat *dharūriyah*, berupa *hifdz al-nafs* (menjaga jiwa), sehingga kewajiban untuk mengadili pelaku pelanggaran terhadap HAM berat menjadi wajib supaya kemashlahatan *dharūriyah* tetap terjaga.

Permasalahan selanjutnya adalah jika kewajiban menjaga kemashlahatan bersifat *dharūriyah*, berupa *hifdz al-nafs* bertentangan dengan legalitas pemberlakuan hukum, maka apakah hal itu bisa menghalangi pemberlakuan asas

retroaktif dalam peradilan HAM berat, yang artinya “mengharamkan” pemberlakuan asas retroaktif.

Dalam hal ini penulis memandang pemberlakuan asas retroaktif dalam pengadilan HAM berat, jika ditinjau dari konsep maslahat menjadi boleh, berdasarkan pada kaidah *usuliyah*<sup>17</sup> dalam *al-Asybah wa al-Nadzāir ‘ala Madzāhib Abī Hanifah al-Nu’māni* yang berbunyi :

إذا تعارض مفسدتان رعي أعظمهما ضرًا بارتكاب أخفهما

“Jika ada dua mafsadat yang bertentangan maka, di utamakan untuk mencegah kemafsadatan yang lebih besar dengan menumpangi kemafsadatan yang lebih ringan.” (Al-Syahîr, 1999 : 76)

*Mafsadah* yang saling bertentangan dalam hal ini yaitu :

- a) Jika asas retroaktif ini diberlakukan maka akan melanggar asas legalitas dalam hukum Islam. Hukum Islam yang bersifat positivistik merupakan bentuk konkrit penghargaan dan perlindungan terhadap hak asasi manusia sebagai individu yang dilindungi hak-hak nya di hadapan hukum dengan adanya kepastian hukum. Artinya, secara tidak langsung pemberlakuan asas retroaktif merupakan *mafsadah* atas hak-hak kepastian hukum setiap individu.
- b) Jika memberlakukan asas legalitas sebagaimana diatur dalam hukum Islam berdasarkan kaidah “tidak ada *jarimah* (pidana) dan hukuman sebelum adanya *nash* (ketentuan hukum)”, artinya pelaku pelanggaran HAM berat di Indonesia sebelum diundang-undangkannya UU No. 26 Tahun 2000 seperti kasus Tanjung Priok, tidak bisa diadili, hal ini merupakan *kemafsadatan* yang besar, karena mengancam eksistensi kemashlahatan manusia yang bersifat *dharuriyah* misalnya berupa *hifdz al-nafs* (menjaga jiwa).

Jika ditinjau dari segi maslahatnya, maka kemaslahatan untuk menegakan keadilan dalam mengadili pelaku pelanggaran HAM berat, dimana didalamnya terdapat kemaslahatan *daruriyah* yang bersifat umum (publik) lebih besar dibanding kemaslahatan menegakkan asas legalitas untuk melindungi hak asasi manusia pelaku pelanggaran yang bersifat parsial (individual).

Bedasarkan dari dalil-dalil diatas maka penulis berkesimpulan bahwa pemberlakuan asas retroaktif dalam peradilan terhadap pelanggaran HAM berat,

jika ditinjau dari konsep *mashlat al-tasyri'* dalam hukum Islam hukumnya adalah boleh berdasarkan pada kemaslahatan yang lebih besar dan bersifat umum.

#### **F. Dialektika HAM dan Konsep Mashlahat Terhadap Pemberlakuan Asas Retroaktif dalam Peradilan HAM Berat.**

Hukum sebagai manifestasi nilai-nilai luhur yang mengatur kehidupan manusia dalam semua aspek, selalu sarat dengan muatan ruang dan waktu yang melingkupinya. Hukum bukan lahir dari “yang hampa” (eksnihilo) di ruang yang hampa (innihilo), melainkan lahir ditengah dinamika pergulatan kehidupan masyarakat sebagai jawaban solusi atas problematika aktual yang muncul.

Problematika masyarakat selalu berkembang dan berubah seiring dengan perubahan masyarakat itu sendiri. Secara fungsional, perubahan masyarakat dalam berbagai aspeknya (baik ekonomi, sosial, politik, budaya dan lain sebagainya) harus di hadapi hukum secara sistematis, bervisi kedepan dan secara sadar dirancang. Hal ini merupakan pengejawantahan dari fungsi hukum sebagai pengendali masyarakat (social control), perekayasa sosial (social engineering) dan pensejahtera sosial (social welfare). Melalui pola seperti ini hukum akan mampu menghindari kekosongan peran dan akan selalu efektif ditengah masyarakatnya (Abdillah, 2003 : 2).

Pelanggaran HAM berat merupakan extra ordinary crime (kejahatan luar biasa) yang dalam hukum sistem pengadilan di Indonesia dimasukkan kedalam pengadilan khusus dibawah pengadilan umum. Kejahatan ini merupakan kejahatan kemanusiaan yang harus dicegah guna kemaslahatan yang lebih luas. Jika dikaitkan dengan teori penghukuman dalam arti luas, apapun bentuk pelanggaran HAM haruslah di beri sanksi supaya ada efek kejeraan terhadap pelaku dan efek pencegahan terhadap lainnya, karena HAM merupakan kebutuhan dasar manusia yang harus dilindungi hukum.

Permasalahanya, jika upaya penegakan HAM dalam upaya mengadili pelaku pelanggaran HAM berat diberlakukan retroaktif, maka upaya tersebut secara langsung melanggar hak asasi pelaku pelanggaran karena hak untuk tidak dituntut berdasarkan hukum yang berlaku surut merupakan hak asasi yang tidak dapat dikurangi dalam kondisi apapun.

Jika ditinjau dari konsep mashlahat, pelanggaran HAM berat harus di adili, meskipun dalam proses penegakan keadilanya di berlakukan surut. Hal ini berdasarkan pada kemashlahatan yang lebih besar dan bersifat dharuri (kemashlahatan yang jika tidak terjaga dengan baik maka keseimbangan hidup manusia di dunia dan akhirat akan rusak, misalnya hifdz al-nafs) dibanding dengan menjaga kemashlahatan hak individual pelaku pelanggaran (melindungi HAM pelaku).

Secara singkat dapat disimpulkan bahwa pemberlakuan asas retroaktif dalam pengadilan HAM berat jika di tinjau dari presepektif HAM merupakan pelanggaran HAM terhadap pelaku, sedangkan jika di tinjau dari presepektif istishlāh (konsep mashlahat) hukumnya menjadi boleh atau “legal”. Dua permasalahan yang bertentangan diatas menjadi fokus penulis dalam penelitian ini untuk di dialogkan dalam konteks sekarang.

Dalam penelitian ini penulis ingin menggunakan teori dialektika dalam pemaknaan klasik oleh Sokrates dimana dialektika diartikan sebagai sebuah metode menemukan kebenaran dengan jalan dialog. Penerapan metode ini adalah dengan membenturkan sebuah ide dengan ide lain melalui proses dialog antara kedua pandangan yang berbeda satu dengan lainnya (Syahrur, 2004 : 20).

HAM dan konsep mashlahat mempunyai pandangan yang berbeda terhadap satu obyek kajian (terhadap pemberlakuan asas retroaktif dalam HAM berat), hal ini tentu saja didasarkan atas dua sistem nilai sebagai ukuran yang berbeda. HAM di dasarkan pada sistem nilai pikiran (logika) manusia sedangkan konsep mashlahat di dasarkan pada sistem nilai ajaran syariat Islam.

Hubungan hukum Islam dan HAM, menurut penulis bukanlah hubungan yang “kompetitif”. Seharusnya, hubungan keduanya menjadi hubungan yang “komplementer”. Artinya antara hukum Islam dan HAM bisa di dialogkan untuk menemukan formulasi hukum yang sesuai. Kesesuaian ini jika diartikan dalam arti yang luas bukan hanya berupa suatu hukum baru hasil penggabungan dari keduanya, tetapi bisa juga berupa “rasionalisasi” dari alasan-alasan hukum yang dapat diterima.

Sebelum lebih jauh mendialogkan kedua permasalahan tersebut, penulis ingin mendefinisikan ulang pengertian pelanggaran HAM berat dalam Undang-Undang No. 26 Tahun 2000 di jelaskan bahwa pelanggaran HAM berat adalah pembunuhan massal (*genocide*) pembunuhan sewenang-wenang atau diluar putusan pengadilan (*arbitrary/extra judicial killing*), penyiksaan, penghilangan orang secara paksa, perbudakan, diskriminasi yang dilakukan secara sistematis (*systemic descrimination*).

Dari pengertian tersebut maka pada dasarnya kriteria pelanggaran HAM berat dapat dibagi menjadi dua kelompok, kelompok yang pertama menyebabkan hilangnya nyawa atau perbuatan yang menyebabkan luka pada badan (fisik) dan kelompok kedua menyebabkan kerugian “nonmaterial” misalnya diskriminasi yang menyebabkan kerugian hak-hak tertentu bagi seseorang.

Jika ditinjau dari presepektif konsep mashlahat, alasan pembolehan asas retroaktif dalam pelanggaran HAM berat adalah untuk menjaga kemashlahatan manusia yang merupakan tujuan disyariatkannya sebuah hukum (*maqāsid al-khamsah*). Sedangkan dalam presepektif HAM, alasan utama ketidak bolehanya adalah untuk menjaga HAM pelaku pelanggaran karena hak untuk tidak dituntut atas dasar hukum yang berlaku surut merupakan salah satu hak asasi manusia yang paling asasi.

Dari uraian ini, penulis dapat menyimpulkan bahwa ada titik temu antara mashlahat dan HAM dalam pemberlakuan retroaktif. Pembolehan konsep mashlahat dalam pemberlakuan asas retroaktif terbatas pada kejahatan-kejahatan yang melanggar *maqāsid al-khamsah* yang berupa menjaga agama, jiwa, akal, harta benda dan akal. Jika pelanggaran terhadap HAM berat tidak mengancam eksistensi *maqāshid al-syarīah* yang bersifat dharuriyah, maka perlindungan terhadap HAM pelaku pelanggaran haruslah di utamakan karena penerapan asas legalitas (hukum yang tidak berlaku surut) juga merupakan asas pokok pemberlakuan hukum syariat Islam.

Batasan pembolehan atas pemberlakuan asas retroaktif dalam pelanggaran HAM berat pada perkara-perkara yang bertentangan dengan *maqāshid al-syarīah* yang bersifat dharuriyah (*maqāsid al-khamsah*) menurut penulis adalah bentuk

dialektika (kompromi) yang paling mungkin dalam permasalahan tersebut. Dengan adanya dialektika antara keduanya maka hubungan antara hukum Islam dan HAM bukanlah bersifat “kompetitif” melainkan bisa bersifat “komplementer”.

### III. KESIMPULAN

Dari uraian materi diatas maka penulis mengambil kesimpulan dari pokok permasalahan dalam makalah ini antara lain sebagai berikut :

1. Pemberlakuan asas retroaktif dalam pengadilan HAM berat jika di tinjau dari presepektif HAM (paradigma perlindungan HAM), merupakan suatu pelanggaran terhadap hak asasi pelaku pelanggaran, karena hak untuk tidak dituntut atas dasar hukum yang berlaku surut termasuk dalam *non derogable rights* yaitu hak asasi manusia yang paling fundamental dan bersifat absolut dan tidak dapat dikurangi oleh siapapun (termasuk sistem/negara).

Akan tetapi, pasal 43 ayat (1) UU No. 26 Tahun 2000 tentang Pengadilan Hak Asasi Manusia dan penjelasan pasal (4) UU No. 39 Tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia yang menjadi dasar hukum pemberlakuan asas retroaktif dalam pengadilan HAM berat, jika ditinjau secara “yuridis normatif”, kedua pasal dalam undang-undang tersebut tidaklah bertentangan dengan Undang-Undang Dasar dimana pasal 28 I ayat (1) menyebutkan “...hak untuk tidak dituntut atas dasar hukum yang berlaku surut adalah hak asasi manusia yang tidak dapat dikurangi dalam keadaan apapun”. Hal ini di dasarkan pada putusan Mahkamah Konstitusi nomor 065/PUU-II/2004. Alasan MK dalam putusan tersebut yaitu pasal 28 I masih berkaitan dengan pasal 28 J ayat (2) dimana pasal tersebut berbunyi “dalam menjalankan hak dan kebebasannya, setiap orang wajib menghormati hak asasi manusia orang lain dan wajib tunduk pada pembatasan yang ditentukan undang-undang...”

2. Jika ditinjau dari presepektif konsep mashlahat, pemberlakuan asas retroaktif dalam pelanggaran HAM berat, hukumnya adalah “legal” (boleh). Artinya, boleh memberlakukan asas retroaktif (hukum berlaku surut) dalam kasus mengadili pelaku kasus pelanggaran HAM berat. Hal tersebut di dasarkan pada pertimbangan kemashlahatan yang lebih besar dan bersifat umum (publik) dibanding dengan kemashlahatan menolak pemberlakuan asas

retroaktif bagi pelaku pelanggaran HAM untuk melindungi kemashlahatan hak-hak dasar manusia pelaku, yang bersifat individual.

Landasan pembolehan asas retrokatif dari presepektif mashlahat adalah berdasarkan pada kaidah *fiqhiyah* dalam yang berbunyi “ jika ada dua mafsadat yang bertentangan maka, di utamakan untuk mencegah kemafsadatan yang lebih besar dengan melakukan kemafsadatan yang lebih ringan”.

Atas dasar tersebut, kemaslahatan untuk menegakan keadilan dalam mengadili pelaku pelanggaran HAM berat, harus diutamakan karena didalamnya terdapat kemaslahatan *daruriyah* yang bersifat umum (publik) yang lebih besar dibanding kemaslahatan menegakkan asas legalitas untuk melindungi hak asasi manusia pelaku pelanggaran yang bersifat parsial (individual).

3. Bentuk dialektika antara konsep mashlahat dan HAM terhadap pemberlakuan asas retroaktif pelanggaran HAM berat, adalah berupa batasan kebolehan (“kelegalan”) asas retroaktif itu digunakan untuk pengadilan HAM berat. Batasan-batasan tersebut berupa kategori kemashlahatan yang dilanggar dari setiap perbuatan-perbuatan yang melanggar HAM berat.

Kategori pelanggaran ham berat yang ditentukan undang-undang yang mengatur tentang pelanggaran HAM berat, secara umum dapat digolongkan menjadi dua kelompok yang *pertama* menyebabkan hilangnya nyawa atau perbuatan yang menyebabkan luka pada badan (fisik) dan kelompok *kedua* menyebabkan kerugian “nonmaterial” misalnya diskriminasi yang menyebabkan kerugian hak-hak tertentu bagi seseorang.

Jika perbuatan yang melanggar HAM berat mengancam eksistensi *maqāsid al-khamsah* yang berupa menjaga agama, jiwa, akal, harta benda dan nasab seperti pembunuhan masal (*genosida*), maka menerapkan asas retroaktif dalam proses pengadilanya boleh dilakukan. Akan tetapi jika pelanggaran terhadap HAM berat tidak mengancam eksistensi *maqāshid al-syarīah* yang bersifat *dharuriyah*, maka perlindungan terhadap HAM pelaku pelanggaran haruslah di utamakan karena penerapan asas legalitas (hukum

yang tidak berlaku surut) juga merupakan asas pokok pemberlakuan hukum syariat Islam yang tujuan utamanya adalah melindungi hak individu seseorang dengan kepastian hukumnya.

## END NOTE

<sup>1</sup> Istilah *civil law* merupakan istilah yang diambil dari sumber hukum sipil itu sendiri pada zaman kaisar Justianus yang bernama *Corpus Juris Civilis*. Hukum sipil ini dapat di definisikan sebagai suatu tradisi hukum yang berasal dari Roma yang terkodifikasikan dalam *Corpus Juris Civilis* Justianus dan tersebar ke seluruh benua Eropa dan seluruh dunia. Dalam *civil law* ini, sumber hukum tidak terlepas dari teori pemisahan kekuasaan. Teori pemisahan kekuasaan atau dikenal dengan "*trias politica*" yang di kemukakan Montesque ini memisahkan kekuasaan atau fungsi pemerintahan atas tiga bagian :

- a. Kekuasaan *legislative* yaitu kekuasaan untuk membuat undang-undang (*pouvoir legislative*)
- b. Kekuasaan *eksekutif* yaitu kekuasaan untuk melaksanakan undang-undang (*pouvoir eksekutif*)
- c. Kekuasaan *Yudikatif* yaitu kekuasaan untuk melaksanakan pengadilan (*pouvoir judiciar*)

(Yesmil Anwar & Adang, 2008 : 91)

<sup>2</sup> Prinsip utama yang menjadi dasar sistem hukum Eropa Continental (*civil law*) adalah hukum memperoleh kekuatan mengikat karena diwujudkan dalam peraturan-peraturan yang berbentuk undang-undang dan tersusun secara sistematis didalam kodifikasi atau kompilasi tertentu. Prinsip dasar ini dianut mengingat bahwa nilai utama yang merupakan tujuan hukum adalah 'kepastian hukum'. Dan kepastian hukum hanya dapat diwujudkan kalau tindakan-tindakan manusia didalam pergaulan hidup manusia diaur dengan Undang-undang (peraturan yang tertulis) (Yesmil Anwar & Adang, 2008 : 92).

<sup>3</sup> Lihat A. Rayhan, *Undang-Undang KUHP dan KUHP*, Jakarta; Citra Media Wacana, 2008, hal. 13.

<sup>4</sup> Undang-Undang No. 26 Tahun 2000 Tentang Pengadilan Hak Asasi Manusia diakses dari <http://polkam.go.id/LinkClick.aspx?fileticket>, pada tanggal 18 Maret 2014.

<sup>5</sup> Pengadilan HAM Ad Hoc adalah pengadilan khusus yang berada dibawah peradilan umum yang dibentuk oleh pemerintah, untuk menuntut, dan mengadili para pelaku pelanggaran HAM yang berat sebagaimana diatur dalam Bab VIII Undang-undang No.26 Tahun 2000 Tentang Pengadilan HAM.

<sup>6</sup> Dalam hukum Islam ada dua macam kaidah, yang *pertama* adalah kaidah-kaidah *ushūl al-fiqh*, yang kita temukan dari kitab-kitab *ushūl al-fiqh*. Kaidah ini digunakan untuk mengeluarkan hukum (*takhrīj al-ahkām*) dari sumbernya yaitu Al-Qurān dan al-Hadits. *Kedua* adalah kaidah-kaidah *fiqh*, yaitu kaidah-kaidah yang disimpulkan secara general dari materi fikih dan kemudian digunakan pula untuk menentukan hukum dari kasus-kasus baru yang timbul, yang tidak jelas hukumnya di dalam *nash*. Jadi secara sederhana kaidah *ushūliyah* dan kaidah *fiqhiyah* bisa disebut sebagai metodologi dalam hukum Islam hanya saja kaidah-kaidah *ushūl* sering digunakan dalam *takhrīj al-ahkām* dari Al-Qurān dan al-Hadits sedangkan kaidah-kaidah fikih sering digunakan di dalam *tabtīq al-ahkām*, yaitu penerapan hukum atas kasus-kasus yang timbul di dalam bidang kehidupan manusia ( Djazuli, 2006 : 4).

<sup>7</sup> Dalam *ushūl al-fiqh*, *maslahat* dibahas panjang lebar, namun hanya segi filosofis-epistemologis dengan meninggalkan segi-segi yang lebih bersifat praktis-aplikatif. Di dalam kajian *ushūl al-fiqh*, *maslahat*, *mashlahat* dibela dengan argumentasi filosofis dan normatif, dibagi jenis-jenisnya dalam berbagai cara dan kriteria pembagian. Di dalam *al-qawā'id al-fiqhiyah*, *mashlahat* tidak lagi dibela seperti itu, tetapi dituangkan kedalam kaidah-kaidah umum yang memiliki karakteristik aplikatif yang sangat umum. (Shaleh, 2009 : 297)

<sup>8</sup> Tujuan *Syara'* yang harus di pelihara menurut al-Ghazāli l ini ada lima bentuk yaitu *hifdz ad-dīn* (memelihara agama), *hifdz al-nafs* (memelihara jiwa), *hifdz al-'aql* (memelihara akal), *hifdz al-nasl* (memelihara keturunan) dan *hifdz al-māl* (memelihara harta benda).

<sup>9</sup> Dalam Undang-Undang No. 39 Tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia, yang termasuk dalam pelanggaran HAM Berat adalah pembunuhan massal (*genocide*) pembunuhan sewenang-wenang atau diluar putusan pengadilan (*arbitrary/extra judicial killing*), penyiksaan, penghilangan orang secara paksa, perbudakan, diskriminasi yang dilakukan secara sistematis (*systemic discrimination*). Penjelasan tentang ruanglingkup pelanggaran HAM berat akan di jelaskan dalam bab selanjutnya.

<sup>10</sup> Lihat Undang-Undang No. 39 Tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia, diakses dari <http://komnasham.go.id/uuri39.pdf/> diakses pada tanggal 18 Maret 2014.

<sup>11</sup> Lihat Undang-Undang No. 39 Tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia, diakses dari <http://komnasham.go.id/uuri39.pdf/> diakses pada tanggal 18 Maret 2014.

<sup>12</sup> Pusat Pengembangan dan Pembinaan Bahasa, *Kamus Besar Bahasa Indonesia Edisi Kedua*, Jakarta; Balai Pustaka, 1994, hlm. 720.

<sup>13</sup> Pembagian mashlahat dalam segi ini adalah pembagian dari adanya pengakuan syara'. Mashlahat yang *mu'tabarrah* yaitu mashlahat yang secara khusus mendapatkan pengakuan syara', mashlahat jenis ini merupakan *al-hujjah as-syar'iyah* dan buahnya adalah *qiyas* yang mengandung makna memetik hukum dari kandungan makna logis suatu *nash* dan *ijma'*. Kedua mashlahat *mulghah* yaitu mashlahat yang secara tegas mendapat dalil penolakannya. Al-Ghazali mencontohkan mashlahat *mulgha* yang terjadi pada kasus fatwa seorang ulama kepada seorang raja yang menyetubuhi istrinya disiang hari pada bulan Ramadhan. Ketiga mashlahat *mursalah* yaitu mashlahat yang tidak terdapat dalil dari syara' yang secara khusus mengakui maupun menolaknya. Jumbuh ulama ushul sepakat bahwa mashlahat mursalah bisa dijadikan *hujjah syariyyah*. Untuk menggunakan metode ini para ulama memberikan syarat. Imam malik memberikan persyaratan pertama mashlahat tersebut harus bersifat *reasonable (ma'qul)* dan *relevan (munasib)* dengan kasus hukum yang ditetapkan. Kedua mashlahat tersebut harus bertujuan memelihara sesuatu yang *dharuri* dan menghilangkan kesulitan (*raf'u al-haraj*) dengan menghilangkan *masyaqqat* dan *madharat*. Ketiga mashlahat tersebut harus sesuai dengan maksud yang di syariatkan huku (*maqashid al-syariat*). (Djamil, 1997 : 141)

<sup>14</sup> al-Ghazali juga mengkategorisasikan mashlahat berdasarkan kekuatan subtansinya (*quwwatiha fi dzatiha*), dimana mashlahat itu dibedakan menjadi tiga, yaitu mashlahat tingkat *dharuriyyat*, mashlahat tingkat *hajjiyat* dan mashlahat tingkat *tahsiniyat*. Masing-masing bagian disertai oleh mashlahat penyempurna/pelengkap (*takmiliah*). Pemeliharaan lima tujuan/prinsip dasar (*al-ushul al-khomsah*) yang berada pada tingkatan *daruriyyat* merupakan tingkatan tertinggi dari mashlahat. Kelima tujuan/prinsip dasar mencakup memelihara (*hifdz al-din*), memelihara jiwa (*hifdz al-nafs*), memelihara akal pikiran (*hifdz al-'aql*), memelihara keturunan (*hifdz al-nasl*) dan memelihara harta kekayaan (*hifdz al-mal*). Pandangan al-Ghazali tentang *al-ushul al-khamsah* ini disempurnakan lagi oleh Syihab al-Din al-Qarafi dengan menambahkan satu tujuan/prinsip dasar lagi yakni memelihara kehormatan diri (*hifdz al 'ird*) meskipun diakui sendiri oleh al-Qarafi bahwa hal ini menjadi bahan perdebatan para ulama. Pandangan ini nampaknya cukup berdasar lantaran adanya teks suci Syariah yang secara eksplisit melarang *al-qadzaf* (tindakan melempar tuduhan palsu zina terhadap orang lain) dan sekaligus mengkriminalisasikanya. (Asmawi, 2010 : 51)

<sup>15</sup> Husain Hamid Hisan dalam *nadzariyat al-mashlahat fi al-Fiqh al-Islami*, sebagaimana dikutip Bazro Jamhar menjelaskan bahwa ditinjau dari sisi cakupannya, mashlahat dibagi menjadi tiga jenis yang *pertama*, berkaitan dengan semua orang. Seperti menjatuhkan hukuman mati terhadap pembuat bid'ah merupakan kemashlahatan yang berhubungan erat dengan semua orang, sebab akibat perbuatannya dapat mengakibatkan kemudharatan bagi semua orang. *Kedua*, mashlahat yang berkaitan dengan mayoritas (kebanyakan) orang, tetapi tidak bagi semua orang. Seperti orang yang mengerjakan bahan baku pesanan orang lain untuk dijadikan sebagai barang jadi atau setengah jadi, wajib mengganti bahan baku yang dirusakny. Kewajiban ini diberlakukan jika kenyataan menunjukkan pada umumnya penerimaan pesan tidak berhati-hati dalam pekerjaanya. *Ketiga*, mashlahat yang berkaitan dengan orang-orang tertentu. Hal ini sebenarnya jarang terjadi, seperti adanya kemashlahatan bagi seorang istri agar hakim menetapkan keputusan *fasakh* karena suaminya dinyatakan hilang (*mafqud*) (Jamhar, 2012 : 57)

---

<sup>16</sup> Kebutuhan *dharuriyyat*, yaitu segala hal yang menjadi sendi eksistensi kehidupan manusia yang harus ada demi kemashlahatan mereka. Hal-hal tersebut mencakup lima sendi utama yaitu agama, jiwa, *akal*, keturunan dan harta benda. Bila sendi itu tidak ada atau tidak terpelihara secara baik, kehidupan manusia akan kacau, kemashlahatannya tidak terwujud dengan baik di dunia maupun akhirat. Menurut al- Ghazali, yang menjadi inti pokok dari apa yang dimaksud dengan mashlahat. Dengan kata lain, mashlahat itu adalah segala bentuk perbuatan yang mengacu kepada terpeliharanya lima kebutuhan paling mendasar bagi manusia seperti disebutkan diatas. (Kotto, 2006 : 122).

<sup>17</sup> Dalam hukum Islam ada dua macam kaidah, yang *pertama* adalah kaidah-kaidah *ushūl al-fiqh*, yang kita temukan dari kitab-kitab *ushūl al-fiqh*. Kaidah ini digunakan untuk mengeluarkan hukum (*takhrīj al-ahkām*) dari sumbernya yaitu Al-Qurān dan al-Hadits. *Kedua* adalah kaidah-kaidah *fiqh*, yaitu kaidah-kaidah yang disimpulkan secara general dari materi fikih dan kemudian digunakan pula untuk menentukan hukum dari kasus-kasus baru yang timbul, yang tidak jelas hukumnya di dalam *nash*. Jadi secara sederhana kaidah *ushūliyah* dan kaidah *fiqhiyah* bisa disebut sebagai metodologi dalam hukum Islam hanya saja kaidah-kaidah *ushūl* sering digunakan dalam *takhrīj al-ahkām* dari Al-Qurān dan al-Hadits sedangkan kaidah-kaidah fikih sering digunakan di dalam *tatbiq al-ahkām*, yaitu penerapan hukum atas kasus-kasus yang timbul di dalam bidang kehidupan manusia ( Djazuli, 2006 : 4).