

BAB 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 concerened 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*.¹ 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 diwilayah hukum tersebut.²

¹ 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 bagia :

- 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).

² 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 sistematika didalam kodifikasi atau kompilasi tertentu. Prinsip

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”.³

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, konsekwensi 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-

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).

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

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)⁴ yang berbunyi :

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

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.”⁶

Disisi lain hak untuk tidak di tuntutan atas dasar undang-undang yang berlaku surut juga merupakan hak asasi manusia yang paling asasi. Hal ini

⁴ 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.

⁵ 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.

⁶ Undang-undang No. 39 Tahun 1999 Tentang Hak Asasi Manusia diakses dari <http://konnasham.go.id/uuri39.pdf/> pada tanggal 18 Maret 2014.

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-syarāh*⁷ dalam bidang *jināyah* sebagaimana dijelaskan Abd. al-Qādir ‘Audah dalam *Silsilah al-Tsaqāfah al-‘amah al-Tasyri’ al-Jināi al-Islami Muqāranan bi al-Qanūn 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 العقلاً قبل ورود النص

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

Dalam sejarah hukum Islam, tidak pernah suatu perbuatan dianggap sebagai tindak pidana dan dijatuhi hukuman sebelum perbuatan tersebut

⁷ 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).

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
فَاحِشَةً 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) (Departemen Agama, 1971 : 508).

مَنْ أَهْتَدَىٰ فَإِنَّمَا يَهْتَدِي لِنَفْسِهِ ۗ وَمَنْ ضَلَّ فَإِنَّمَا يَضِلُّ عَلَيْهَا ۗ وَلَا تَزِرُ
وِازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَىٰ ۗ وَمَا كُنَّا مُعَذِّبِينَ حَتَّىٰ نَبْعَثَ رَسُولًا ﴿١٥﴾

“Barangsiapa yang berbuat sesuai dengan hidayah (Allah), Maka Sesungguhnya Dia berbuat itu untuk (keselamatan) dirinya sendiri; dan Barangsiapa yang sesat Maka Sesungguhnya Dia tersesat bagi (kerugian) dirinya sendiri. dan 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) (Departemen Agama, 1971 : 803).

Dalam penggalan surat al-Nisâ (5) 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.

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 (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 as-Sunnah 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 perspektif 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.⁸ Imam al-Ghazāli dalam *al-Mustasfā fī 'Ilm al-Ushūl* sebagaimana dikutip Nasroen Harun (1996 : 114) mengemukakan bahwa pada prinsipnya *mashlahat* adalah “menggambil manfaat dan menolak *kemudharatan* dalam rangka memelihara tujuan-tujuan *syara'* yang kemudian dikenal dengan *maqāshid al-khamsah*.”⁹

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

⁸ 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).

⁹ 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) (Haroen, 1996 : 114).

menolak segala bentuk *kemudharatan* yang berkaitan dengan kelima aspek tujuan *syara'* tersebut juga dinamakan mashlahat (Al-Būthi, tt: 116).

Pelanggaran HAM berat¹⁰ 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 massal), 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.

Berangkat dari permasalahan tersebut, penulis tertarik untuk mengkaji lebih mendalam tema diatas dalam bentuk penelitian tesis dengan judul “PEMBERLAKUAN ASAS RETROAKTIF DALAM PERADILAN HAM BERAT (Dialektika Konsep Mashlahat dan Hak Asasi Manusia)”.

¹⁰ 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.

B. Rumusan Masalah

Berdasarkan latar belakang yang telah dipaparkan diatas, dan untuk membatasi agar tesis lebih spesifik dan tidak terlalu melebar, maka dapat dikemukakan pokok permasalahan yang akan dibahas dalam tesis ini, antara lain 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?

C. Tujuan Penelitian

Sejalan dengan permasalahan di atas, maka dalam menyusun tesis ini ada beberapa tujuan yang hendak dicapai penulis antaranya:

- 1) Untuk mengetahui apakah pandangan hak asasi manusia (HAM) terhadap pemberlakuan asas retroaktif dalam peradilan HAM berat bertentangan dengan HAM itu sendiri.
- 2) Untuk mengetahui bagaimana pandangan konsep mashlahat terhadap pemberlakuan asas retroaktif dalam peradilan HAM berat.
- 3) Untuk mengetahui bagaimana hasil dialektika konsep mashlahat dan hak asasi manusia (HAM) dalam pemberlakuan asas retroaktif dalam peradilan HAM berat.

D. Signifikansi Penelitian

1. Diharapkan dapat diketahui apakah pandangan hak asasi manusia (HAM) terhadap pemberlakuan asas retroaktif dalam peradilan HAM berat bertentangan dengan HAM itu sendiri.
2. Diharapkan dapat memberi kontribusi dan pemahaman terhadap peranan konsep mashlahat dalam pembentukan hukum positif di Indonesia khususnya dibidang *jinâyah* sehingga dapat menjadi kontribusi dalam penyusunan undang-undang selanjutnya.
3. Dari sisi akademis kegunaan penelitian di samping berguna bagi pengembangan ilmu penulis juga dapat bermanfaat bagi peneliti-peneliti yang akan datang. Pentingnya hasil penelitian ini bagi peneliti-peneliti yang akan datang terutama terletak pada sisi pergulatan mashlahat dan hukum positif khususnya di bidang pelanggaran HAM berat sehingga bisa menjadi acuan penelitian dibidang-bidang lain.

E. Telaah Pustaka

Tahapan ini adalah tahapan *previous finding* atau telaah terhadap beberapa penelitian terdahulu. Langkah ini pada dasarnya juga bertujuan sebagai jalan pemecahan permasalahan penelitian. Telaah pustaka juga dilakukan untuk mendapatkan gambaran tentang hubungan pembahasan dengan penelitian yang sudah pernah dilakukan oleh peneliti sebelumnya, sehingga dengan upaya ini tidak terjadi pengulangan yang tidak perlu. Sejauh pengamatan penulis, belum ada tulisan maupun penelitian yang secara mendetail dan spesifik membahas tentang

pemberlakuan asas retroaktif dalam Pelanggaran HAM berat (Dialektika Konsep Mashlahat dan HAM).

Ada beberapa penelitian yang berhubungan dengan bidang mashlahat, HAM, pelanggaran HAM berat, dan asas retroaktif yang ditinjau dari berbagai segi. Seperti Basro Jamhar yang mengangkat tesis dengan judul Studi “Konsep Maslahat dan Penerapannya dalam Hukum Islam (Studi Pemikiran *Ushūl Fiqh* Said Ramdhan Al-Būthi)” yang mengungkap tentang konsep mashlahat menurut pemikiran Said Ramdhan Al-Būthi yang diteliti dari karya-karyanya seperti *Dhawābith al-Mashlahat fī as-Syarīah al-Islāmiyah, Qadhāya Fiqhiyah al-Mu’asirah* dan *Muhadharāt fī al-Fiqh al-Muqāran*. Tujuan penelitian tesis ini adalah mengungkap konsep mashlahat menurut pemikiran Said Ramdhan Al-Būthi dan penerapannya dalam hukum Islam.¹¹ Berbeda dengan penelitian yang akan penulis lakukan yaitu lebih kepada dialektika konsep mashlahat dan HAM dalam pemberlakuan asas retroaktif bukan kepada penerapan konsep mashlahat seperti penelitian yang dilakukan oleh Basro Jamhar.

Penelitian disertasi Asmawi yang kemudian dicetak dalam bentuk buku dengan judul “Teori Mashlahat dan Relevansinya dengan Perundang-Undangan Pidana Khusus di Indonesia”¹². Penelitian ini menjelaskan tentang relevansi konsep mashlahat terhadap perundangan-undangan pidana khusus yang dalam hal ini adalah Undang-undang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi dan Undang-

¹¹ Basro Jamhar, *Konsep Maslahat dan Penerapannya dalam Hukum Islam (Studi Pemikiran Ushūl Fiqh Said Ramdhan Al-Būthi)*, Tesis Program Pasca Sarjana IAIN Walisongo Semarang, 2012.

¹² Asmawi. *Teori Mashlahat dan Relevansinya dengan Perundang-Undangan Pidana Khusus di Indonesia*, Jakarta; Badan Litbang dan Diklat Kementerian Agama Republik Indonesia, 2010.

undang Terorisme. Tujuan penelitian tersebut adalah untuk mengetahui apakah konsep mashlahat relevan dengan UU pemberantasan Korupsi dan UU terorisme. Berbeda dengan penelitian yang dilakukan penulis bahwa obyek kajian penelitian diatas adalah UU Terorisme dan UU pemberantasan korupsi sedangkan penulis menitik beratkan penelitian pada Pelanggaran HAM berat.

Skripsi Ahmad Muzani dengan judul “Konsep Masalahah Ibnu Taimiyah ditinjau dari *Maqâshid al-Syarîah* dan Implikasinya terhadap Pembaharuan Hukum Islam” yang membahas tentang langkah yang ditawarkan oleh Ibnu Taimiyah dalam menyelesaikan pencarian masalah, menurutnya masalah diberlakukan berdasarkan dari hasil pencarian ‘*illat* yang tidak ditemukan dalam kedua nash baik Al-Qurân maupun al-Hadîts. Menurutnya ketentuan yang ada dalam *syar’i* dalam rangka terciptanya kemaslahatan dan kebaikan bagi makhluknya. Tujuan penelitian tersebut yaitu untuk mengetahui landasan berfikir Ibnu Taimiyah dalam merumuskan konsep mashlahat dan implikasinya terhadap pembaharuan hukum Islam.¹³

Disertasi Joko Setiyono Program Pasca Sarjana Doktor Ilmu Hukum Universitas Diponegoro tahun 2009 dengan judul “Pertanggungjawaban Komando (*Comand Responsibility*) dalam Pelanggaran HAM Berat (Studi Kasus Kejahatan Terhadap Kemanusiaan). Fokus penelitian dalam disertasi ini ada dua permasalahan *pertama* terkait urgensi pemerintah Indonesia membuat UU No. 26 tahun 2006 tentang Pengadilan HAM, *kedua* tentang penerapan prinsip pertanggungjawaban pidana komandan atau atasan dalam pelanggaran HAM berat

¹³ Ahmad Muzani, *Konsep Masalahah Ibnu Taimiyah ditinjau dari Maqâshid al-Syarîah dan Implikasinya terhadap Pembaharuan Hukum Islam*, Skripsi Fakultas Syariah IAIN Walisongo Semarang, 2005.

kategori kejahatan kemanusiaan pada peradilan HAM di Indonesia pada khususnya maupun peradilan HAM internasional pada umumnya. Penelitian ini tentu berbeda dengan penelitian yang penulis lakukan, dari segi fokus permasalahannya. Penulis memfokuskan permasalahan dalam pemberlakuan asas retroaktif dalam pengadilan HAM berat sedangkan fokus penelitian dalam disertasi ini adalah pertanggungjawaban pidana komandan terhadap pelanggaran HAM berat.¹⁴

Skripsi G. Antonius Triyogo Whisnu, fakultas hukum Universitas Atma Jaya, Yogyakarta Tahun 2011 dengan judul “Tinjauan Terhadap Penerapan Asas Retroaktif Dalam Undang-Undang Nomor 26 Tahun 2000 Tentang Pengadilan Ham.” Fokus permasalahan dalam penelitian ini adalah latar belakang dibentuknya Undang-Undang Nomor 26 Tahun 2000 tentang Pengadilan HAM yang didalamnya menganut asas retroaktif dan diskripsi pelaksanaan asas retroaktif dalam penyelesaian kasus pelanggaran HAM berat yang terjadi sebelum di undangkannya peraturan tersebut.¹⁵

Dari pemaparan telaah pustaka diatas, belum ada kajian ilmiah baik berupa skripsi, tesis maupun disertasi yang membahas secara spesifik tentang Pemberlakuan Asas Retroaktif Dalam Peradilan Ham Berat (Dialektika Konsep Maslahat Dan Hak Asasi Manusia).

¹⁴ Joko Setiyono, *Pertanggungjawaban Komando (Comand Responsibility) dalam Pelanggaran HAM Berat (Studi Kasus Kejahatan Terhadap Kemanusiaan)*, Disertasi Program Pasca Sarjana Doktor Ilmu Hukum Universitas Diponegoro, Semarang, 2009.

¹⁵ G. Antonius Triyogo Whisnu, *Tinjauan Terhadap Penerapan Asas Retroaktif Dalam Undang-Undang Nomor 26 Tahun 2000 Tentang Pengadilan HAM*, Skripsi Fakultas Hukum Atma Jaya, Yogyakarta; 2011.

F. Kerangka Teori

a) Dialektika dan Pola Berfikir Dialektik

Kata “dialektika” dalam *Kamus Besar Bahasa Indonesia* berarti “1.hal berbahasa dan bernalar dengan dialog sebagai cara untuk menyelidiki suatu masalah, 2. Ajaran Hegel yang menyatakan bahwa segala sesuatu yang terdapat dalam alam semesta itu terjadi dari hasil pertentangan dua hal yang menimbulkan hal lain”. Sedangkan kata “dialektik” berarti seni berfikir secara teratur, logis dan teliti yang diawali dari tesis, antitesis dan sintesis”.¹⁶

Jika merujuk pada pengertian secara *lugawiyah* dialektika dalam konteks ini memang masih sulit untuk dipahami, maka seharusnya dalam memahami dialektika harus secara komprehensif. Dalam sejarah pemikiran manusia orang yang pertama menggunakan istilah dialektika sebagai sebuah metode ialah Sokrates, seorang filosof Yunani sebelum Plato. Dalam pemaknaan klasik ala Sokrates, dialektika diartikan sebagai sebuah metode menemukan kebenaran dengan jalan dialog. Ini sesuai dengan asal kata dialektika dari bahasa Yunani *dialegistai* yang artinya bercakap-cakap atau berdialog. Metode ini adalah dengan membenturkan sebuah ide dengan ide lain melalui proses dialog antara kedua pandangan yang berbeda satu dengan lainnya (Syahrur, 2004 : 20).

Pada tahapan selanjutnya konsep dialektika milik Sokrates dikembangkan oleh Hegel dan dijadikan sebagai teori untuk menjelaskan sejarah. Dialektika yang dikembangkan Hegel bercorak idealis dengan menggadai gerak sejarah sebagai perkembangan ide atau pemikiran.

¹⁶ Pusat Pengembangan dan Pembinaan Bahasa, *Kamus Besar Bahasa Indonesia Edisi Kedua*, Jakarta; Balai Pustaka, 1994, hlm. 231.

Ditangan Hegel dialektika ini dijadikan sebagai pola perkembangan ide atau pikiran yang secara terus menerus akan mengarah kepada bentuk yang lebih sempurna.

Menurut Hegel, proses perkembangan pemikiran melalui pola dialektik yang secara praktis melalui tahapan tesis, anti tesis dan sintesis. Tesis adalah ide pertama yang menjadi preposisi pertama yang dari tesis ini kemudian memunculkan sesuatu yang menjadi lawanya yaitu anti tesis. Dua yang berlawanan ini (tesis dan anti tesis) kemudian menjadi proses interaksi secara terus menerus yang kemudian memunculkan apa yang di istilahkan oleh Hegel dengan sintesis. Sintesis ini adalah tesis lain yang muncul setelah terjadinya konflik antara dua yang berlawanan yang kemudian menghasilkan sebuah kompromi antara keduanya (Syahrur, 2004 : 21).

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).

Penerapan metode dialektik dalam pemahaman diatas pada penelitian ini yaitu penulis ingin mencari sebuah “kebenaran” (sebuah jawaban atau kesimpulan atas dua permasalahan yang saling bertentangan) melalui proses dialogis antara kedua pandangan yang berbeda tersebut. Proses dialogis dua pandangan yang berbeda dalam penelitian ini adalah pandangan HAM atas pemberlakuan asas retroaktif dalam pengadilan HAM berat (yang dinilai

“haram” karena merupakan pelanggaran HAM) dan pandangan mashlahat atas pemberlakuan asas retroaktif dalam pengadilan HAM berat (yang dinilai “wajib” atas dasar menjaga kemashlahatan *dharūriyah*).

b) Teori Mashlahat dalam Legislasi Hukum Islam

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.¹⁷

Secara terminologis, maslahat diperkaya definisinya oleh beberapa ulama ahli *ushūl fiqh* seperti Al-Ghazāli I (w.505 H) mengatakan bahwa makna dasar dari maslahat adalah menarik/mewujudkan kemanfaatan atau menghindari kemudharatan (*jalb al-manfa'ah* atau *daf' al-mafsadah*), menurut Al-Ghazāli,

¹⁷ Pusat Pengembangan dan Pembinaan Bahasa, *Kamus Besar Bahasa Indonesia Edisi Kedua*, Jakarta; Balai Pustaka, 1994, hlm. 720..

masalahat dalam arti terminologis-syar'i adalah memelihara dan mewujudkan tujuan hukum Islam (*syar'ah*) yang berupa memelihara jiwa, akal budi, keturunan dan harta kekayaan. Hal ini berarti setiap segala sesuatu yang dapat mengganggu dan merusak salah satu dari kelima hal tersebut. Pengertian masalahat juga dikemukakan oleh Izz al-Dîn Abd al-Salâm (w.660 H). Dalam pandangannya masalahat itu identik dengan *al-khair* (kebajikan), *al-naf'* (kebermanfaatan), dan *al-husn* (kebaikan) (Asmawi, 2010 : 36).

Hukum Islam (*syar'ah*) sangat *compatibel* bagi segala kebutuhan dan tuntutan kehidupan manusia. Melalui teks-teks sucinya (*al-nushûs al-muqaddasah*) dapat mewujudkan masalahat pada setiap ketentuan hukumnya. Fondasi bangunan hukum Islam itu di presentasikan oleh masalahat yang di tujukan bagi kepentingan hidup manusia sebagai hamba Allah, baik menyangkut kehidupan duniawi maupun kehidupan ukhrawinya. Hukum Islam menjunjung tinggi prinsip-prinsip keadilan (*'adâlah*), kasih sayang (*rahmah*) dan masalahat. Eksistensi masalahat dalam hukum Islam (*syar'ah*) memang tidak bisa dinafikan karena *al-mashlahah* dan *al-syar'ah* telah bersenyawa dan menyatu, sehingga kehadiran *al-mashlahah* meniscayakan adanya tuntutan *al-syar'ah* (hukum Islam) (Asmawi, 2010 : 38).

Menurut Al-Syatibi, masalahat merupakan salah satu metode *istinbath* hukum *syara'*. Masalahat sebagai metode *istinbath* bertumpu pada tiga pokok tujuan kemashlahatan yaitu konsep pemeliharaan *dharûriyah*, *hajjiyah* dan *tahsîniyah*. Ini artinya bahwa masalahat tidaklah bedasar pada pemahaman Al-Qurân secara *dhahir*, sehingga menurut Al-Syatibi masalahat merupakan metode

istinbanth hukum yang bedasar rasionalitas dan analisis terhadap tujuan-tujuan syari'at yang terkandung dalam Al-Qurân (Farih, 2008 : 114).

Dasar hukum perasionalisasian dan analisis tersebut karena hal tersebut menurut Al-Syatibi merupakan interpretasi terhadap tujuan-tujuan syari'at yang ada dalam beberapa ayat Al-Qurân yang menjelaskan tentang adanya kemaslahatan yang harus selalu dijaga demi kelangsungan hidup manusia. Diantaranya yaitu :

يَأْتِيهَا النَّاسُ قَدْ جَاءَتْكُمْ مَوْعِظَةٌ مِّن رَّبِّكُمْ وَشِفَاءٌ لِّمَا فِي الصُّدُورِ
وَهُدًى وَرَحْمَةٌ لِّلْمُؤْمِنِينَ ﴿٥٧﴾ قُلْ بِفَضْلِ اللَّهِ وَبِرَحْمَتِهِ فَبِذَلِكَ فَلْيَفْرَحُوا
هُوَ خَيْرٌ مِّمَّا تَجْمَعُونَ ﴿٥٨﴾

“Hai manusia, Sesungguhnya telah datang kepadamu pelajaran dari Tuhanmu dan penyembuh bagi penyakit-penyakit (yang berada) dalam dada dan petunjuk serta rahmat bagi orang-orang yang beriman. Katakanlah: “dengan kurnia Allah dan rahmat-Nya, hendaklah dengan itu mereka bergembira. kurnia Allah dan rahmat-Nya itu adalah lebih baik dari apa yang mereka kumpulkan” (QS. Yūnus ayat 57-58) (Departemen Agama, 1971 : 237).

فِي الدُّنْيَا وَالْآخِرَةِ وَيَسْأَلُونَكَ عَنِ الْيَتَامَىٰ ۖ قُلْ إِصْلَاحُهُمْ خَيْرٌ وَإِنْ
تُخَالَفُوهُمْ فَاخْوَانُكُمْ ۚ وَاللَّهُ يَعْلَمُ الْمُفْسِدَ مِنَ الْمُصْلِحِ ۚ وَلَوْ شَاءَ اللَّهُ
لَأَعْتَبْتُكُمْ ۚ إِنَّ اللَّهَ عَزِيزٌ حَكِيمٌ ﴿٢٢٠﴾

“Tentang dunia dan akhirat. dan mereka bertanya kepadamu tentang anak yatim, katakalah: “Mengurus urusan mereka secara patut adalah baik, dan jika kamu bergaul dengan mereka, Maka mereka adalah saudaramu; dan Allah mengetahui siapa yang membuat kerusakan dari yang Mengadakan perbaikan. dan Jikalau Allah menghendaki, niscaya Dia dapat mendatangkan kesulitan kepadamu. Sesungguhnya Allah Maha Perkasa lagi Maha Bijaksana” (QS. al-Baqārah Ayat 220) (Departemen Agama, 1971 : 57)

..... مَا يُرِيدُ اللَّهُ لِيَجْعَلَ عَلَيْكُمْ مِنْ حَرَجٍ وَلَكِنْ يُرِيدُ لِيُطَهِّرَكُمْ وَلِيُتِمَّ

نِعْمَتَهُ عَلَيْكُمْ لَعَلَّكُمْ تَشْكُرُونَ ﴿٦﴾

“Allah tidak hendak menyulitkan kamu, tetapi Dia hendak membersihkan kamu dan menyempurnakan nikmat-Nya bagimu, supaya kamu bersyukur” (QS. al-Maidah Ayat 6) (Departemen Agama, 1971 : 299).

وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَوةٌ يَا أُولِيَ الْأَلْبَابِ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ ﴿١٧٩﴾

“Dan dalam *qishâsh* itu ada (jaminan kelangsungan) hidup bagimu, Hai orang-orang yang berakal, supaya kamu bertakwa” (QS. al-Baqârah 179) (Departemen Agama, 1971 : 38).

Itulah beberapa pijakan rasional imam Al-Syatibi dalam rangka menyikapi terhadap beberapa permasalahan yang tidak dijelaskan dalam *nash* Al-Qurân dan al-Hadits secara rinci dengan metode mashlahat (Farih, 2008 : 115-116).

c) Paradigma Perlindungan Hak Asasi Manusia

Secara etimologis hak adalah sesuatu yang benar dan berhubungan dengan milik, kewenangan, kekuasaan untuk berbuat sesuatu karena ditentukan undang-undang. Dengan demikian hak merupakan unsur normatif yang melekat pada diri setiap umat manusia yang berfungsi sebagai pedoman berperilaku melindungi kebebasan serta menjamin harkat dan martabat sesuai kodratnya.

Hak yang paling mendasar dan melekat pada diri setiap individu adalah hak asasi manusia. Hak asasi manusia bersifat universal sehingga harus dihormati dan dilindungi dalam suatu peraturan perundangan-undangan untuk

menjamin pelaksanaan dan perlindungan hukum jika terjadi pelanggaran terhadapnya.

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’home*”. 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 “*droit fondamentaux*”. Perbedaan antara kedua istilah diatas anatara 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 human being. This is a very common and very unsatisfactory formulations. It is not clear why one has simply because one is a human being. Its particular 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.

Argumentasi tentang HAM secara teoritik yang dikemukakan Donnelly memang sangat sederhana dimana menurutnya hak asasi manusia adalah hak yang ada karena seseorang adalah manusia. Hal ini berarti bahwa satu-satunya makhluk Tuhan yang mempunyai hak asasi adalah manusia, karena itu maka penyebutan untuk hak istimewa bagi manusia adalah hak asasi manusia.

Miriam Budiarjo sebagaimana dikutip Mardenis berpendapat bahwa HAM secara teoritik “hak asasi” adalah hak yang dimiliki manusia yang telah diperoleh dan dibawanya bersamaan dengan kelahirannya di dalam kehidupan masyarakat. Jelasnya bahwa hak-hak itu di miliknya tanpa perbedaan atas dasar bangsa, ras agama atau kelamin, oleh sebab itu bersifat asasi dan universal (Mardenis, 2013 : 113-114).

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”

Dari pengertian-pengertian diatas dapat disimpulkan bahwa pada hakikatnya hak asasi manusia dapat diterjemahkan sebagai :

- a) *Pertama*, hak-hak dasar itu melekat secara *inner* kepada diri manusia dan bukan karena diada-adakan.
 - b) *Kedua*, bersifat kodrati, artinya sifat asli yang secara alamiah karena kekuasaan Tuhan Yang Maha Esa.
 - c) *Ketiga*, secara universal, artinya tidak dibatasi oleh ruang.
 - d) *Keempat*, secara eternal (abadi), artinya tidak dibatasi oleh waktu
 - e) *Kelima*, karunia Tuhan Yang Maha Esa, adalah dasar dari hakikat keberadaan manusia sebagai makhluk ciptaan Tuhan Yang Maha Esa.
- (Mardenis, 2013 : 118)

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”.¹⁸

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. Korban pelanggaran HAM, baik perseorangan maupun kelompok orang tidak mendapatkan, atau dikhawatirkan tidak memperoleh penyelesaian hukum yang adil dan benar, berdasarkan mekanisme hukum yang berlaku.
- (Setiyono, 2009 : 50-51)

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

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*).¹⁹

G. Metodologi Penelitian

Metode dalam suatu penelitian merupakan suatu hal yang sangat penting karena suatu metodologi nantinya akan menentukan bagaimana cara kerja sebuah mekanisme penelitian untuk sampai ke sasaran. Adapun metode yang penulis gunakan dalam penyusunan tesis ini adalah sebagai berikut :

1. Jenis Penelitian

Jenis penelitian ini adalah penelitian kualitatif kepustakaan atau *library research*, Menurut Mestika Zed pengertian dari *library research* yaitu serangkaian kegiatan yang berkenaan dengan pengumpulan data pustaka sebagai bahan untuk kemudian diolah dalam bentuk penelitian (Mestika Zed, 2004 : 3).

Penelitian ini menggunakan *library research* karena data pokok yang menjadi obyek kajian adalah peraturan perundang-undangan yang memberlakukan asas retroaktif dalam pelanggaran HAM berat yaitu Undang-Undang No. 26 Tahun 2000 Tentang Pengadilan Hak Asasi Manusia.

¹⁹ Lihat Undang-Undang No. 39 Tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia, diakses dari <http://konnasham.go.id/uuri39.pdf> diakses pada tanggal 18 Maret 2014. Penjelasan tentang ruang lingkup pelanggaran HAM berat seperti *genosida*, *sitemic discrimination* dan lain sebagainya akan di uraikan pada Bab selanjutnya.

2. Sumber Data

1) Sumber Data Primer

Sumber primer dalam penelitian ini adalah Undang-Undang No. 26 Tahun 2000 Tentang Pengadilan Hak Asasi Manusia dan Undang-Undang No. 39 Tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia, dimana kedua undang-undang tersebutlah yang secara empirik menyatakan pemberlakuan asas retroaktif (berlaku surut) terhadap pengadilan pelanggaran HAM berat.

2) Sumber Data Sekunder

Sumber data sekunder dalam penelitian ini adalah buku-buku, artikel-artikel, karya ilmiah yang dimuat dalam jurnal ilmiah maupun laporan-laporan hasil penelitian yang berkaitan dengan hak asasi manusia, konsep mashlahat dalam fiqh maupun ushul fiqh dan ilmu hukum yang berisi data-data pendukung atau tambahan untuk memperlengkap data primer dalam penelitian ini.

3. Metode Pengumpulan Data

Metode pengumpulan data dalam penelitaian ini adalah metode kepustakaan atau dokumentasi. Menurut Suharsmi Arikunto yang dimaksud dengan metode dokumentasi adalah upaya mencari, dan mengumpulkan data mengenai suatu hal atau variable tertentu dari buku-buku, artikel, manuskrip, prasasti dan lain sebagainya. Dari metode ini penyusun mengumpulkan data sekunder (pendukung) dari berbagai sumber yang mempunyai kaitan dengan tema penelitian yaitu tentang konsep mashlahat dan hak asasi manusia untuk kemudia di olah secara deduktif untuk menghasilkan premis (kesimpulan).

Premis yang dihasilkan dari kedua tema tersebut digunakan sebagai pisau analisis bagi sumber data primer (pemberlakuan asas retroaktif dalam pengadilan terhadap pelanggaran HAM berat dalam Undang-Undang No. 26 Tahun 2000 Tentang Pengadilan Hak Asasi Manusia dan Undang-Undang No. 39 Tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia) untuk kemudian dilakukan upaya dialektik atas kedua pandangan (premis) tersebut.

4. Metode Analisis Data

Data-data yang telah terkumpul selanjutnya akan di analisis secara kualitatif dengan metode deskriptif analitik. Menurut Hadrawi Nawawi pengertian deskriptif analitik yaitu suatu metode penelitian dengan mengumpulkan data-data yang tertuju pada masa sekarang, disusun, dijelaskan, dianalisa dan diinterpretasikan dan kemudian disimpulkan (Nawawi, 1993 : 30).

Penelitian ini adalah upaya untuk mencari suatu kesimpulan dari dialektika konsep mashlahat dan hak asasi manusia dalam hal pemberlakuan asas retroaktif dalam pengadilan pelanggaran HAM berat. Maka sebelum mendialektikkan kedua pandangan tersebut, terlebih dahulu penulis mendiskripsikan bagaimana pemberlakuan asas retroaktif tersebut dalam sistem hukum Indonesia dari teoritis dan praktis, mendiskripsikan bagaimana konsep mashlahat dalam hukum Islam, mendiskripsikan bagaimana konsep dan paradigma perlindungan HAM untuk kemudian dianalisis. Selanjutnya hasil analisis konsep maslahat dan paradigma perlindungan HAM terhadap

pemberlakuan asas retroaktif dalam peradilan HAM berat, didialektikkan untuk mencari format hukum baru.

Metode dialektika dalam penelitian ini adalah metode dialektika Sokrates yang sebagaimana dikutip oleh M. Syahrur diartikan sebagai sebuah metode menemukan kebenaran dengan jalan dialog. Ini sesuai dengan asal kata dialektika dari bahasa Yunani *dialegistai* yang artinya bercakap-cakap atau berdialog. Metode ini adalah dengan membenturkan sebuah ide dengan ide lain melalui proses dialog antara kedua pandangan yang berbeda satu dengan lainnya (Syahrur, 2004 : 20).

Metode dialkektika dalam penelitian ini digunakan untuk mencari kesimpulan atas pandangan konsep mashlahat terhadap pemberlakuan asas retroaktif dalam pengadilan HAM berat dimana hal tersebut secara “eksplisit” bertentangan dengan HAM.²⁰ Dari dua pandangan tersebut penulis ingin mendialogkan antara HAM dan mashlahat untuk mendapatkan kesimpulan (*tesis*) atas pemberlakuan asas retro aktif dalam pengadilan HAM berat.

²⁰ Dalam Undang-undang Dasar Tahun 1945 pasal 28 I ayat (1) di sebutkan bahwa hak untuk hidup, hak untuk tidak disiksa, hak untuk tidak diperiksa, 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”.

H. Sistematika Penulisan

Tesis ini terdiri atas tiga bagian besar pertama bagian muka meliputi halaman judul, persetujuan pembimbing, pengesahan, motto, persembahan, deklarasi, abstrak, kata pengantar dan daftar isi.

Bagian kedua adalah bagian isi terdiri atas 5 bab dengan masing-masing sub bab permasalahan. Bab I berupa pendahuluan meliputi latar belakang masalah, perumusan masalah, tujuan penelitian, manfaat penelitian, telaah pustaka, kerangka teori, metodologi penelitian dan sistematika penulisan.

Bab II dalam penelitian ini akan mengurai tentang konsep asas retroaktif dan pelanggaran HAM berat. Di dalamnya akan memuat beberapa sub bab diantaranya yaitu, asas retroaktif dan ruanglingkupnya, pengertian dan hakikat hak asasi manusia (HAM), sejarah perkembangan hak asasi manusia (HAM), konsepsi dan prinsip-prinsip hak asasi manusia (HAM), instrumen-instrumen penegakan hak asasi manusia (HAM), ruang lingkup pelanggaran HAM berat dan pengadilan HAM berat di Indonesia.

Bab III dalam penelitian ini membahas tentang landasan teori konsep mashlahat dalam hukum Islam. Dalam bab ini ada beberapa sub bab yang akan penulis bahas diantaranya adalah definisi mashlahat, mashlahat sebagai metode *istinbath* hukum, mashlahat dan *maqāshid al-syar'ah* dan dasar-dasar ke-*hujjahan* mashlahat.

Bab IV merupakan pokok daripada pembahasan penulisan tesis ini yakni meliputi analisis pemberlakuan asas retroaktif dalam peradilan HAM berat prespektif paradigma perlindungan HAM, analisis pemberlakuan asas retroaktif

dalam peradilan HAM berat dalam tinjauan konsep mashlahat dan yang terakhir adalah dialektika konsep mashlahat dan HAM terhadap pemberlakuan asas retro aktif dalam peradilan HAM berat.

Terakhir adalah Bab V berupa penutup. Dalam penutup ini dipaparkan kesimpulan, saran-saran dan kata penutup. Dan pada bagian ketiga adalah lampiran-lampiran yang menerangkan dan mendukung data-data pada tesis ini, baik berupa surat keterangan, maupun data hasil wawancara dan lain-lain.