

BAB II

LANDASAN TEORI

A. Kerangka Teori

Teori digunakan untuk menerangkan atau menjelaskan mengapa gejala spesifik atau proses tertentu terjadi.¹ Sementara kerangka merupakan landasan dari teori atau dukungan teori dalam membangun atau memperkuat kebenaran permasalahan yang dianalisis.² Fungsi teori dalam kajian ilmiah untuk memberikan arahan atau petunjuk serta menjelaskan gejala yang diamati. dengan kata lain, dapat digunakan sebagai pisau analisis untuk memecahkan permasalahan (*problem solving*). Dalam hal ini, kerangka teori diarahkan secara ilmu hukum dan mengarahkan kepada unsur hukum.³ Penelitian disertasi ini menggunakan lima teori, sebagai berikut.

1. Teori Transformasi

Transformasi merupakan usaha untuk mengadakan perubahan terhadap sesuatu yang telah ada menjadi baru, antara lain dengan penyesuaian dan perubahan.⁴ Hukum pidana Islam merupakan sistem hukum yang terpisah dari hukum nasional sehingga agar dapat menjadi bagian dari hukum nasional harus ditransformasikan ke dalam bentuk peraturan perundang-undangan yang sah dan diakui. Dalam bidang hukum, transformasi sering dipakai dalam arti penyesuaian hukum dengan kebutuhan masyarakat. Proses atau upaya transformasi hukum Islam ke dalam tata hukum nasional dimaksudkan sebagai usaha menerapkan hukum

¹ Masri Singarimbun dan Sofyan Effendi, *Metode Penelitian Survey*, (Jakarta: LP3ES, 1997), hlm. 17.

² J.J. M. Wuisman, *Penelitian Ilmu-ilmu Sosial, Asas-asas*, Penyunting: M. Hisyam, (Jakarta: Fakultas Ekonomi Universitas Indonesia, 1996), hlm. 203.

³ M. Solly Lubis, *Filsafat Ilmu dan Penelitian*, (Bandung: Mandar Madju, 1994), hlm. 80.

⁴ Ahmad Rofiq, *Hukum Islam di Indonesia*, (Jakarta: Raja Grafindo Persada, 2003), hlm. 51.

Islam normatif menjadi hukum Islam positif atau sering disebut usaha positivisme hukum Islam ke dalam tata hukum Indonesia.⁵ Dalam hal ini, identik dengan sistem yang dipraktikkan oleh negara penganut paham dualisme.⁶ Hukum pidana Islam tidak akan berlaku sebelum konsep, kaidah, dan prinsip-prinsip hukumnya belum menjadi bagian dari prinsip atau kaidah-kaidah hukum nasional. Agar dapat berlaku, prinsip-prinsip hukum pidana Islam harus terlebih dahulu menjadi bagian dari prinsip-prinsip hukum nasional.⁷

Teori ini memiliki dua pandangan, yakni transformasi bersifat keras dan bersifat lunak. Pandangan yang bersifat keras menekankan hukum pidana Islam hanya dapat menjadi bagian dari hukum nasional melalui tindakan legislatif. Sementara itu, yang bersifat lunak menitik-beratkan pandangan bahwa hukum pidana Islam dapat menjadi bagian dari hukum nasional melalui tindakan legislatif dan yudikatif. Maksud dari tindakan yudikatif adalah adanya putusan pengadilan yang menyatakan bahwa kaidah-kaidah hukum pidana Islam telah menjadi bagian dari hukum nasional negara. Pandangan transformasi yang bersifat lunak identik dengan *indirect incorporation*, dimana hukum pidana Islam digunakan sebagai alat bantu untuk menafsirkan hukum nasional suatu negara jika dianggap tidak sesuai dengan kaidah-kaidah hukum pidana Islam.⁸

Proses transformasi dilakukan dengan melakukan perubahan terhadap undang-undang. Perubahan dapat dilakukan dengan cara melakukan penambahan, pengurangan, atau pembaharuan secara keseluruhan terhadap

⁵ Abd. Gani Abdullah, *Pengantar Kompilasi Hukum Islam dalam Tata Hukum Indonesia*, (Jakarta: Gema Insani Press, 1994), hlm. 35. Lihat juga Abdul Manan, *Reformasi Hukum Islam di Indonesia*, (Jakarta: Raja Grafindo Persada, 2006), hlm. 17.

⁶ Roeslan Saleh, *Beberapa Catatan Sekitar Perbuatan dan Kesalahan dalam Hukum Pidana*, (Jakarta: Aksara Baru, 1985), hlm. 13.

⁷ Warkum Sumitro, *Perkembangan Hukum Islam di Tengah Kehidupan Sosial Politik di Indonesia*, (Malang: Bayumedia Publishing, 2005), hlm. 7.

⁸ Jimly Asshiddiqie, *Konstitusi dan Konstitusionalisme Indonesia*, (Jakarta: Sinar Grafika, 2010), hlm. 192. Lihat juga Montesquie, *The Spirit of Law*, ed. David Wallace Corrithers, (London: University of Calofornia, 1977), hlm. 196; dan Ismail Suny, *Pergeseran Kekuasaan Eksekutif*, (Jakarta: CV. Calindra, 1965), hlm. 3.

isi undang-undang dan menggantikannya dengan yang baru. Proses perubahan tunduk dan diatur dalam ketentuan-ketentuan hukum ketatanegaraan, yang mekanisme kerjasamanya dengan pembuatan undang-undang, yakni pengajuan oleh DPR/DPRD atau presiden.⁹

Untuk mewujudkan transformasi hukum pidana Islam di Indonesia perlu dilakukan langkah-langkah dimulai dari kesiapan para ulama dan cendekiawan muslim merumuskan “fikih Indonesia”¹⁰ atau “hukum pidana Islam Indonesia”. Hukum pidana Islam diposisikan sebagai ruh yang dapat masuk ke berbagai corak budaya dalam sistem hukum dan dapat melegitimasi sejumlah formasi hukum yang pada awalnya bukan datang dari tradisi hukum pidana Islam. Transformasi hukum pidana Islam bersifat selektif untuk memilih bidang atau materi yang benar-benar memerlukan transformasi ke dalam hukum negara (*the state law*) dan materi hukum pidana Islam yang cukup menjadi hukum yang hidup di tengah masyarakat (*the living law*). Tidak perlu semua hukum pidana Islam diarahkan untuk dilegalisasi/legislasi karena kemajuan pembangunan hukum justru mulai mempertimbangkan prinsip “delegalisasi”.

Transformasi dapat dilakukan di seluruh level produk hukum pidana Islam yang meliputi hal-hal sebagai berikut. *Pertama*, produk berbentuk kaidah-kaidah normatif hukum Islam yang biasa disebut fikih.¹¹ Produk ini secara kuantitatif berjumlah banyak, tetapi bersifat sangat mendasar atau mendalam. Legislasi hukum pidana Islam di negara-negara muslim dan di Indonesia banyak merujuk pada produk ini. Transformasi pada level kaidah

⁹ Jimly Asshiddiqie, *Hukum Tata Negara dan Pilar-pilar Demokrasi*, (Jakarta: Konstitusi Press, 2006), hlm. 8-9.

¹⁰ Fikih Indonesia ialah fikih yang ditetapkan sesuai dengan kepribadian Indonesia, sesuai dengan tabiat dan watak Indonesia. Fikih yang berkembang dalam sebagian masyarakat kita sekarang adalah fikih hijaz. Fikih yang terbentuk atas dasar istiadat dan ‘urf yang berlaku di Hijaz. Atau fikih Mesir, yaitu fikih yang telah terbentuk atas dasar adat istiadat dan ‘urf yang berlaku di Mesir. Atau fikih Hindi, yaitu fikih yang telah terbentuk atas dasar adat istiadat dan ‘urf yang berlaku di India. Selama ini, kita belum menunjukkan kemampuan untuk berijtihad, menunjukkan fikih yang sesuai dengan kepribadian Indonesia. Karena itu kadang-kadang kita memaksakan fikih *hijazi*, fikih Misri atau fikih ‘Iraqi berlaku di Indonesia atas dasar taklid.” Hasbi ash-Shiddieqi, *Syari’at Islam Menjawab Tantangan Zaman*, (Surabaya: Bulan Bintang, 1966), hlm. 43.

¹¹ Amir Syarifudin, *Ushul Fiqh 1*, (Jakarta: Logos Wacana Ilmu, 1997), hlm. 29-30.

normatif bersifat partisipatif, artinya hukum pidana Islam menyambung materi dalam hukum nasional.

Kedua, produk berbentuk asas-asas dan prinsip-prinsip hukum Islam yang biasa disebut *qawaid fiqhiyyah*,¹² berjumlah banyak dan perlu dikembangkan. Produk ini sering digunakan sebagai instrumen proses produksi dan legislasi yang menghasilkan kaidah-kaidah normatif. Hukum pidana Islam dapat menyumbangkan produk pada level ini atau menjadikannya sebagai instrumen identifikasi titik temu dan legitimasi hukum pidana Islam terhadap hukum nasional.

Ketiga, produk berbentuk nilai-nilai filosofi dan tujuan hukum, dikenal sebagai *maqshidusy syari'ah*.¹³ Produk ini merupakan tolok ukur nilai sebagai pedoman dan dapat menjadi instrumen proses produksi hukum-hukum baru yang tidak memiliki landasan secara jelas dalam al-Qur'an maupun as-Sunnah. Nilai-nilai filosofi hukum pidana Islam seperti tujuan hukum, dapat mengintegrasikan hukum pidana Islam dengan hukum nasional dalam jangkauan yang sangat luas.

Keempat, produk berbentuk metodologi pengembangan hukum Islam yang dikenal sebagai ilmu ushul fikih.¹⁴ Produk instrumental ini menyumbang produk hukum pidana Islam dalam jumlah sangat besar. Berbeda dengan asas dan nilai hukum yang merupakan pedoman substansial, metodologi adalah pedoman teknik logika dan rasionalisasi memahami hukum pidana Islam dari sumber al-Qur'an dan as-Sunnah serta

¹² *Qawaid Fiqhiyyah* adalah kaidah umum yang disusun melalui penelian secara induktif terhadap materi-materi hukum yang disebutkan didalam nash al-Qur'an atau al-Hadits yang berfungsi sebagai pedoman dalam memberikan ketentuan hukum terhadap berbagai macam peristiwa hukum. Pemahaman secara baik mengenai kedudukan dan fungsi *kaidah fiqhiyyah* dalam struktur ajaran hukum Islam ini antara lain dapat dibaca tulisan Abdul Wahhab Khallaf, *Kaidah-kaidah Hukum Islam (Ilmu Ushul Fiqh)*, (Jakarta: Rajawali, 1984), hlm. 50. Lihat juga Ahmad Azhar Basyir, *Pokok-pokok Filsafat Hukum Islam*, (Yogyakarta: Perpustakaan FM-UII, 1984), hlm. 20. Lihat juga Asjmuni A. Rahman, *Qaidah-Qaidah Fiqh*, (Jakarta: Bulan bintang. 1976), hlm. 11.

¹³ Hans Wehr, *A Dictionary of Modern Written Arabic*, J. Milton Cowan (ed), (London: Mac Donald & Evan Ltd, 1980), hlm. 767.

¹⁴ Syahrul Anwar, *Ilmu Fiqh dan Ushul Fiqh*, (Bogor: Ghalia Indonesia, 2010), hlm. 77.

pengembangannya. Dari metode hukum pidana Islam, di antaranya dapat dilakukan transformasi dalam bentuk pengakuan atau akomodasi terhadap tradisi atau norma-norma hukum asing yang tidak bertentangan dengan prinsip syariah. Hukum Pidana Islam tidak menolak unsur-unsur tradisi atau kebiasaan dari luar, bahkan sejak pertama kali di Jazirah Arab. Maka, transformasi dapat dilakukan dengan pola hukum pidana Islam yang mengakui dan mengadaptasi hukum nasional yang tidak bertentangan secara prinsipiil.

Transformasi pada level nilai filosofi dan asas hukum adalah yang paling mendasar dan sangat penting, tetapi justru belum banyak dibahas. Analisis pada level ini sangat potensial untuk memperoleh titik temu antara hukum pidana Islam dengan sistem hukum nasional bahkan hukum-hukum lain di dunia. Jika identifikasi dimulai dari pengkajian terhadap pelaksanaan nilai-nilai filosofi dan asas-asasnya dalam sistem hukum nasional, akan ditemukan hukum pidana Islam terdapat dalam banyak aspek dalam perundang-undangan hukum nasional. Nilai filosofis dan asas-asas hukum akan mempertemukan inklusifitas hukum pidana Islam dan hukum nasional dalam dimensi yang sangat luas dan mendasar.

Materi-materi dalam kategori produk manapun yang hendak ditransformasikan dalam peraturan perundang-undangan negara hendaklah telah melampaui pengujian internal umat Islam. Untuk itu, harus diatasi kendala-kendala internal umat Islam, yakni bagaimana para ulama dan cendekiawan muslim secara intern dapat tunduk pada produk bersama yang kemudian disepakati untuk dilegislasikan ke dalam hukum nasional.

Transformasi hukum pidana Islam dalam bidang hukum perdata sangat berbeda dari bidang hukum pidana. Hal demikian karena kebijakan hukum nasional terhadap kedua bidang hukum tersebut berbeda. Kebijakan terhadap hukum perdata diperbolehkan terbentuk pluralitas hukum, sedangkan terhadap hukum pidana diperlukan unifikasi hukum. Sejauh

mana kebijakan tersebut dapat bertahan sangat bergantung di antaranya pada kekuatan politik atau legislator sebagai salah satu bentuk hukum. Kemungkinan yang terbuka misalnya hukum pidana Islam yang belum terakomodasi dalam KUHP diusulkan diundangkan tersendiri dan diadministrasikan pada Peradilan Agama sebagai hukum pilihan atau diperuntukkan hanya bagi umat Islam.

Corak keberlakuan produk transformasi hukum pidana Islam di Indonesia selama ini dapat dikategorikan menjadi empat, yaitu eksklusif, ekstra eksklusif, semi inklusif, dan inklusif dengan penjelasan sebagai berikut.

- a. Undang-undang sebagai perwujudan hukum nasional yang berlaku dan bersifat eksklusif diperuntukkan bagi umat Islam. Misalnya, Undang-undang No. 17 tahun 1999 tentang Penyelenggaraan Ibadah Haji, Undang-undang No. 44 tahun 1999 tentang Penyelenggaraan Otonomi Khusus Nangro Aceh Darussalam, Undang-undang No. 41 tahun 2004 tentang Wakaf, Undang-undang No. 23 tahun 2011 tentang Pengelolaan Zakat. Klausul ini meskipun tidak disebutkan secara eksplisit, praktik hukum hanya mungkin dilakukan dan diberlakukan oleh muslim. Dalam perspektif kebangsaan, hukum seperti ini tidak memiliki implikasi besar karena selain secara khusus, umat agama lain tidak diwajibkan untuk mengikuti aturan hukum ini.¹⁵
- b. Perda-perda sebagai perwujudan hukum lokal bersifat ekstra eksklusif karena diberlakukan pada semua warga, yang semestinya tidak dapat menerima pemberlakuan ketentuan tersebut, atau diberlakukan di area yang semestinya tidak proposional. Peraturan dalam kategori ekstra eksklusif mengabaikan eksistensi dan kepentingan warga non-

¹⁵ Siti Musdah Mulia, "Pemburuan Hukum Perkawinan Islam di Indonesia: Perspektif Keadilan Gender", dalam Khofifah Indar Parawansa, *Perkembangan Pemikiran Aktual Hukum Perkawinan di Indonesia dalam Perspektif Hukum Islam*, (Jakarta: Pucuk Pimpinan Muslimat Nahdlatul Ulama-Departemen Agama RI, 2005), hlm. 15-29.

muslim. Di ruang ini semestinya hukum Islam diberlakukan untuk orang Islam dan untuk non-muslim diberlakukan hukum tersendiri. Berdasarkan laporan The Wahid Institute tahun 2008, tidak kurang dari 29 kasus peraturan daerah bernuansa syari'at Islam dan "Ekstra-eksklusif" karena cenderung mengabaikan eksistensi dan kepentingan warga nonmuslim. Berbagai perda tersebut, misalnya:¹⁶

- 1) Pemerintah Daerah Kabupaten Gresik membuat peraturan yang mewajibkan seluruh PNS dan honorer di lingkungan Pemkab Gresik menggunakan busana muslim terkait hari jadi Kota Gresik ke-51 dan HUT Pemkab Gresik ke-34 termasuk jalan santai dengan menggunakan sarung dan baju koko ala santri.
- 2) Pemkab Bima NTB menetapkan Desa Cenggu sebagai desa percontohan program Jum'at Khusyu'. Program yang terkait dengan Perda No. 2 tahun 2002 Kab. Bima tentang Jum'at Khusyu' berisi, antara lain keharusan menjemput masyarakat yang tidak melaksanakan shalat Jum'at di desa ini dengan keranda mayat. Program ini merupakan bentuk intervensi negara dalam urusan agama masyarakat karena agama meminta tangan negara untuk memaksa warga melaksanakan ibadah yang merupakan hak pribadi.
- 3) Setidaknya 48 CPNS di Kab. Bulukumba batal menerima SK pengangkatan dari Bupati Sukri Suppewali karena tidak apat membaca al-Qur'an setelah Sukri melakukan tes langsung membaca al-Qur'an dan seputar masalah agama Islam kepada para CPNS. Para CPNS ini juga diharuskan mengikuti pelatihan membaca al-Qur'an dua kali seminggu di Pendopo bupati. Kewajiban mampu membaca al-Qur'an merupakan syarat rekrutmen CPNS sejak 2007 oleh Bupati Bulukumba.

¹⁶ The Wahid Institute, *Annual Report 2008 on Belief and Religious Pluralism in Indonesia*, hlm. 97-100.

- 4) Sebanyak 273 CPNSD di Kab. Bima, NTB, ditahan gajinya oleh BKD (Bidan Kepegawaian Daerah) karena tidak dapat membaca al-Qur'an.
- 5) Pemprov Sumatera Selatan melalui Keputusan Gubernur Sumsel No. 563/KTPS/BAN. KESBANGPOL & LINMAS/2008 melarang aliran Ahmadiyah dan aktivitas penganut dan atau anggota pengurus JAI dalam wilayah Sumsel yang mengatasnamakan Islam dan bertentangan dengan ajaran Islam. Keputusan Gubernur merupakan dampak ikutan dari SKB Menteri Agama, Menteri Dalam Negeri, dan Jaksa Agung No. 3 Th 2000 No. Kep-033/A/JA/6/2008 dan No. 199 Th 2008 berisi larangan terhadap Ahmadiyah.

Selain perincian di atas, masih terdapat Hukum Nasional *semi inklusif*, yaitu Hukum Nasional hasil intervensi hukum Islam yang hanya dimaksudkan untuk diberlakukan bagi umat Islam, tetapi terbuka kemungkinan bagi umat agama lain dan masyarakat umum masuk ke dalam sistem secara sukarela. Misalnya, UU No. 10 Tahun 1998 yang merupakan perubahan atas UU No. 7 Tahun 1992 tentang Perbankan. Undang-undang yang dilegalisasikan pada 10 November 1998 merupakan tonggak pertama memulai *dual system banking* yang bersesuaian dengan prinsip-prinsip syariah.

Adapun kelompok hukum Islam yang bersifat *inklusif* adalah ketentuan-ketentuan hukum Islam yang *sharing* nilai dengan hukum lain. Ketentuan hukum inklusif bisa diidentifikasi melalui pembuatan hukum atau transformasi aktif dan penentuan hukum atau transformasi pasif. Pembuatan hukum atau transformasi aktif dalam bidang hukum yang bersifat inklusif belum banyak dilakukan karena melibatkan penggunaan nilai-nilai filosofi dan asas-asas hukum Islam, yang justru aspek ini belum banyak

dikembangkan. Namun, kelompok hukum Islam ini bisa didapatkan melalui penemuan atau transformasi pasif dalam hukum-hukum negara yang sudah ada. Hukum Perdata banyak diwarnai sifat inklusivitas. Pada bidang hukum inilah contoh inklusivitas dan contoh inklusivitas hukum Islam dapat ditemukan.

Misalnya, inklusivitas Hukum Pidana di Indonesia. Penerimaan para ulama dan masyarakat muslim pada hukum pidana nasional sesungguhnya bukan semata karena ketundukan pada hukum negara, melainkan pandangan bahwa hukum pidana nasional sejalan dengan prinsip hukum pidana Islam khususnya penetapan prinsip *ta'zir*, walaupun hukum pidana *uqubat* dan *hudud* belum dilaksanakan. Meskipun belum secara komprehensif, para ulama mengingatkan untuk tidak menyia-nyiakan sesuatu yang telah dicapai. مَا لَا يَدْرُكُ كَلَّهُ لَا يَتْرُكُ جَلَّهُ (jika tidak bisa meraih semuanya, jangan tinggalkan semuanya). Pesan yang disampaikan, jangan dikarenakan hukum pidana Islam belum diakomodasi secara keseluruhan, maka hukum pidana nasional tidak dihormati.¹⁷ Hal-hal yang hukum Islam sendiri mendiamkan, diberlakukan prinsip bahwa untuk urusan murni keduniawian diserahkan sepenuhnya kepada manusia. Oleh karena itu, hukum-hukum negara produk pikiran dan pengalaman manusia, selama tidak melawan prinsip-prinsip syari'ah, akan *sharing* bagi untuk umat Islam, seperti hukum tata negara dan hukum administrasi keuangan maupun hukum administrasi lain.

Beberapa peraturan telah menyerap hukum Islam sehingga membuktikan legalisasi telah merambah dalam tata hukum nasional secara luas. Bentuknya berupa peraturan perundang-undangan, yakni UU/Perpu,

¹⁷ Gagasan substansialisme tentang pemberlakuan hukum pidana Islam dalam konteks keindonesiaan di atas, dalam ajaran agama Islam sendiri sesungguhnya dijustifikasi pula oleh suatu kaidah fikih yang berbunyi مَا لَا يَدْرُكُ كَلَّهُ لَا يَتْرُكُ جَلَّهُ. Artinya, sesuatu (kebaikan) yang belum dapat dicapai seluruhnya sebaiknya jangan ditinggalkan begitu saja. Maksudnya dalam konteks permasalahan di atas, janganlan karena keinginan untuk memberlakukan hukum pidana Islam secara formal tekstual, yang berdasarkan berbagai pertimbangan belum memungkinkan, lalu kita tinggalkan begitu saja peluang pemberlakuan hukum pidana Islam yang sudah ada meskipun baru secara substansial. Lihat Muhammad Khayr Haykal, *al-Jihâd wa al-Qitâl fî as-Siyâsah as-Syar'iyah*, Juz I, (Beirut: Dar al-Bayariq, 1996), hlm. 735.

PP, Perpres, Perda, baik Perda Provinsi atau Kabupaten/Kota dan Perdes, dan terdapat pula bentuk SK dan SE serta bentuk lain. Berkaitan dengan ini, pluralitas hukum terjadi tidak hanya pada level hukum nasional, tetapi juga pada pemerintah otonomi daerah. Bertolak pada cita hukum Pancasila menghasilkan produk hukum yang variatif, tidak semata ke arah unifikasi. Maka artinya sejalan dengan cita-cita, hanya berbeda dalam ekspresi.

Meskipun transformasi hukum Islam melibatkan banyak pemikiran dan energi politik, keberhasilannya tidak selalu mendapatkan dukungan kesadaran masyarakat. Sebagai contoh, kasus poligami, pengelolaan zakat, infak dan sedekah, pembagian waris, dan perbankan syariah. Beberapa kasus poligami tidak melalui proses pengadilan sehingga tidak ada sanksi, kecuali terdapat aduan dari pihak yang dirugikan. Dalam hal ini, wacana memberikan sanksi pidana memperoleh penolakan keras. Demikian pun dengan pengelolaan zakat, infak, dan sedekah belum mengikuti undang-undang tentang zakat. Ada indikasi masyarakat kurang percaya pada badan zakat, infak, dan sedekah yang dibentuk pemerintah. Sementara praktik pembagian waris juga belum banyak diselesaikan oleh pengadilan. Sebagaimana perbankan syariah belum banyak memperoleh dukungan meskipun mengalami banyak perkembangan. Contoh-contoh tersebut menggambarkan masih terdapat kompetisi hukum Islam sebagai hukum negara dan fikih sebagai *the living law*. Masih banyak muslim menganggap bahwa fikih adalah ukuran hukum agama mereka, meskipun telah ada ketentuan hukum di Pengadilan Agama. Kasus-kasus yang bermasalah saja yang banyak dibawa ke Pengadilan sebagai delik aduan, sedangkan kasus yang tidak bermasalah diurus oleh masyarakat sendiri.

Meskipun jalan untuk transformasi hukum Islam ke dalam hukum nasional telah meluas, hasil penelitian menunjukkan masih banyak kendala, di antaranya hambatan politik, akademis, praktis, dan sosiologis. Walaupun masyarakat dan kebudayaan asli Indonesia sebetulnya sangat akomodatif

dan *welcome* dengan nilai-nilai dan ajaran ke-Islaman, termasuk ideologi Pancasila yang menjadi dasar negara Indonesia.

2. Teori *Mashlahah* (Kemaslahatan)

Mashlahah adalah sesuatu yang bermanfaat atau suatu pekerjaan yang mengandung manfaat.¹⁸ *Mashlahah* menurut asy-Syatibi bila dilihat dari keberadaan *syara'* ada tiga macam, yakni a) *al-mashlahah al-mu'tabarah*, yaitu kemaslahatan yang mendapat dukungan *syara'*, baik jenis maupun bentuk.¹⁹ Contoh, memberikan sanksi kepada orang yang melanggar ketentuan *syara'*. Bentuk hukuman ini merupakan realisasi dari *al-mashlahah al-mu'tabarah*.²⁰

Selanjutnya, b) *al-mashlahah al-mulghah*, yaitu kemaslahatan yang bertentangan dengan hukuman *syara'*, seperti ahli fikih mazhab Maliki di Spanyol menerapkan hukuman puasa dua bulan berturut-turut kepada penguasa Spanyol yang melakukan hubungan suami-isteri di siang hari pada bulan Ramadhan. Disebabkan *syara'* menentukan hukuman bagi orang yang melakukan hubungan suami-isteri di siang hari pada bulan Ramadhan adalah *Pertama* memerdekakan budak, *Kedua* berpuasa dua bulan berturut-turut, memberi makan kepada enam puluh fakir-miskin. Oleh karena itu, menurut ulama *usul fiqh*, mendahulukan hukuman berupa puasa dua bulan berturut-turut dari memerdekakan budak merupakan bentuk *al-mashlahah al-mughah*. c) *al-mashlahah al-mursalah*, yaitu *mashlahah* yang tidak didukung dalil *syara'* secara terperinci, tetapi oleh makna sejumlah nash. Sifat *al-mashlahah al-mursalah* merupakan *illah* (alasan hukum) dalam

¹⁸ Abdul Aziz Dahlan (ed), *Ensiklopedi Hukum Islam*, (Jakarta: PT Ichtiar Baru van Hoeve, 1997), hlm. 1143. Lihat juga Muhammad Tahrir Azhary, *Negara Hukum: Suatu Studi tentang Prinsip-prinsipnya Dilihat dari Segi Hukum Islam, Implementasinya pada Periode Negara Madinah dan Masa Kini*, (Jakarta: Kencana Predana Media Group, 2010), hlm. 9.

¹⁹ Pembinaan (penerapan) hukum berdasarkan *mashlahah* (kebaikan, kepentingan) yang tidak ada ketentuannya dari *syara'*, baik ketentuan secara umum atau khusus. Lihat Ahmad Hanafi, *Pengantar dan Sejarah Hukum Islam*, (Jakarta: Bulan Bintang, 1984), hlm. 135.

²⁰ Abdul Aziz Dahlan (ed), *Op. Cit.*, hlm. 1145.

menentukan hukuman demi tercipta kemaslahatan dan menolak kemadaratan.

Mashlahah menurut asy-Syatibi jika dilihat dari segi perubahan *mashlahah* ada dua macam, yaitu a) *al-mashlahah as-tsabitah*, kemaslahatan yang bersifat tetap dan tidak berubah sampai akhir zaman, seperti shalat, puasa, zakat, dan haji. b) *al-mashlahah al-mutaghayyirah*, yaitu kemaslahatan yang berubah-ubah sesuai perubahan tempat, waktu, dan subjek hukum, seperti pada masalah muamalah dan adat istiadat.²¹

Berangkat dari pemaparan teori *mashlahah* di atas, terdapat dua aspek yang relevan sebagai landasan teori dalam kajian desertasi ini, yakni *al-mashlahah al-mursalah* dan *al-mursalah al-mutaghayyirah*. Kedua kemaslahatan ini dipengaruhi dinamika waktu dan sosial. Di sinilah terjadi transformasi hukum Islam. Misalnya, teori penghapusan pemberlakuan hukum yang ada dengan ketetapan hukum dalam al-Qur'an karena dinamika waktu. Teori ini didukung oleh kaidah-kaidah:

الْأَحْكَامُ تَدُورُ مَعَ مَصَالِحِ الْعِبَادِ فَحَيْثُمَا وَجَدَتِ الْمَصْلَحَةُ فَتَمَّ حُكْمُ اللَّهِ

*Hukum berputar bersama kemaslahatan manusia, maka dimanapun ditemukan kemaslahatan di situlah dinamakan hukum Allah*²²

تَغْيِيرُ الْأَحْكَامِ بِتَغْيِيرِ الْأَزْمَنِ وَالْأَحْوَالِ وَالْعَوَائِدِ

*Berubahnya hukum karena perubahan waktu, tempat, keadaan dan kebiasaan.*²³

Setelah Nabi Muhammad Saw. wafat, transformasi pemikiran hukum Islam yang didasarkan pada al-Qur'an dan as-Sunnah tidak boleh terjadi. Transformasi pemikiran hanya diperbolehkan dilakukan terhadap interpretasi nash-nash. Transformasi inilah yang terjadi dari zaman ke zaman sampai sekarang. Contohnya, polemik pengumpulan ayat-ayat al-

²¹ *Ibid.*, hlm. 1159.

²² Jalaluddin asy-Syuyuti, *al-Asybah wa an-Nazā'ir*, (Beirut: Dar al-Fikr, t.t.), hlm. 176.

²³ *Ibid.*

Qur'an oleh Abu Bakar karena tidak diperintahkan oleh Nabi Muhammad Saw. Akan tetapi, dengan pertimbangan kemaslahatan, Abu Bakar melakukannya. Contoh lain, Umar Ibn al-Khattab memutuskan menghapus hukum potong tangan pada musim paceklik dan menghapus *muallafah qulubuhum* dalam daftar mustahiq zakat.²⁴ Sikap Umar Ibn al-Khattab bukan berarti mengubah ayat-ayat al-Qur'an, melainkan menafsirkan ayat-ayat tersebut sesuai dengan kondisi sosial masyarakat tanpa mengurangi makna dan pesan ayat tersebut. *Ijtihad* Umar Ibn al-Khattab dalam penangguhan hukum potong tangan, dikarenakan asumsi bahwa pencurian dilakukan dalam keadaan terpaksa dan jika tidak melakukan akan menimbulkan kematian.

Demikian juga *muallafah qulubuhum* dihapus dari *mustahiq* zakat, karena orang Islam pada saat itu tidak memerlukan simpatikan orang-orang nonmuslim, maka sampai sekarang perlu dilihat antara teks dan konteks tentang lafad *mu'allaf*. Teks tersebut tidak diterapkan jika mualaf memiliki tingkat ekonomi mapan. Demikian juga praktik penemuan hukum yang dilakukan oleh Usman Ibn Affan dalam hal pembukuan al-Qur'an. Sebab pertimbangan *mashlahah*, yakni kekhawatiran al-Qur'an akan hilang karena para penghafal meninggal dalam pertempuran, pembukuan al-Qur'an harus dilakukan.

Pertimbangan berikutnya ialah transformasi pemikiran pada imam mazhab dan para muridnya. Imam Malik oleh muridnya Abu Zaid al-Qairawani. Ia memelihara anjing sebagai penjaga rumah. Ketika hal tersebut disampaikan kepadanya, bahwa hal tersebut tidak disukai Imam Malik, al-Qairawani menjawab, "Seandainya Imam Malik hidup pada zamanmu, maka ia akan mengambil harimau sebagai penjaga rumahnya".²⁵

²⁴ Umar Shihab, *al-Qur'an dan Reakya Sosial*, (Jakarta: Pustaka Kartini, 1990), hlm. 26-27.

²⁵ Yusuf al-Qardawi, *Awamil al-Sa'ah wa al-Murunah fi asy-Syari'ah al-Islamiyyah*, alih bahasa Rifyal Ka'ban, (Jakarta: Minaret, 1988), hlm. 142.

Transformasi pemikiran hukum Islam pernah terjadi pada masa *tabi'in*, yakni pada masa Imam Ahmad Ibn Hambal dan Ibn Taimiyyah. Imam Ahmad memegang teguh hadis Nabi Muhammad Saw. yang melarang orang non-Muslim meminum minuman keras di tengah-tengah orang Muslim. Akan tetapi, Ibn Taimiyyah membiarkan orang Tartar mabuk di Kota Damaskus. Pertimbangannya karena dengan mabuk mereka tidak sempat melakukan pembunuhan dan perampasan harta benda masyarakat.

Sejarah juga telah mencatat tahapan dalam penerapan hukum, seperti hukum dalam delik perzinaan. Dalam kasus ini, terjadi perbedaan ketika menerapkan sanksi dalam kasus yang sama. Contoh, zina yang dianggap sebagai *jarimah hudud*. Awal sanksi zina adalah cercaan dan hinaan.

وَالَّذَانِ يَأْتِيَنِهَا مِنْكُمْ فَأَذُوهُمَا فَإِنْ تَابَا وَأَصْلَحَا فَأَعْرِضُوا عَنْهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ تَوَّابًا رَحِيمًا ﴿٦٦﴾

*Dan terhadap dua orang yang melakukan perbuatan keji di antara kamu, maka berilah hukuman kepada keduanya, kemudian jika keduanya bertaubat dan memperbaiki diri, maka biarkanlah mereka. Sesungguhnya Allah Maha penerima taubat lagi Maha penyayang.*²⁶

Selanjutnya kurungan rumah:

وَالَّتِي يَأْتِيَنَّ الْفَاحِشَةَ مِنْ نِسَائِكُمْ فَاسْتَشْهِدُوا عَلَيْهِنَّ أَرْبَعَةً مِّنْكُمْ فَإِنْ شَهِدُوا فَأَمْسِكُوهُنَّ فِي الْبُيُوتِ حَتَّىٰ يَتَوَفَّيَهُنَّ الْمَوْتُ أَوْ يَجْعَلَ اللَّهُ لَهُنَّ سَبِيلًا ﴿٦٧﴾

Dan (terhadap) para wanita yang mengerjakan perbuatan keji,²⁷ hendaklah ada empat orang saksi di antara kamu (yang

²⁶ QS an-Nisa' (4): 16.

²⁷ Perbuatan keji: menurut *jumhur mufasssirin* ialah perbuatan zina, sedangkan menurut pendapat lain ialah segala perbuatan mesum seperti zina, homoseks, dan sejenisnya. Menurut

menyaksikannya). kemudian apabila mereka telah memberi persaksian, maka kurunglah mereka (wanita-wanita itu) dalam rumah sampai mereka menemui ajalnya, atau sampai Allah memberi jalan lain kepadanya.²⁸

Tahap selanjutnya hukuman dera

الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا مِائَةَ جَلْدَةٍ وَلَا تَأْخُذْكُم بِهِمَا رَأْفَةٌ فِي دِينِ اللَّهِ إِنْ كُنْتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ وَلْيَشْهَدْ عَذَابَهُمَا طَائِفَةٌ مِّنَ الْمُؤْمِنِينَ ﴿٢٤﴾

Perempuan yang berzina dan laki-laki yang berzina, maka deralah tiap-tiap seorang dari keduanya seratus kali dera, dan janganlah belas kasihan kepada keduanya mencegah kamu untuk (menjalankan) agama Allah, jika kamu beriman kepada Allah, dan hari akhirat, dan hendaklah (pelaksanaan) hukuman mereka disaksikan oleh sekumpulan orang-orang yang beriman.²⁹

Sementara hukum rajam yang bersumber dari hadis Nabi diperdebatkan keauntetikannya. Terlebih jika hukum rajam dikaitkan dengan QS an-Nisa' ayat 25 dan QS al-Ahzab 31. Maka penerapan hukum rajam tidak rasional.

وَمَنْ لَّمْ يَسْتَطِعْ مِنْكُمْ طَوْلًا أَنْ يَنْكِحَ الْمُحْصَنَاتِ الْمُؤْمِنَاتِ فَمِنْ مَّا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ مِّنْ فَتَيَاتِكُمُ الْمُؤْمِنَاتِ وَاللَّهُ أَعْلَمُ بِإِيمَانِكُمْ بَعْضُكُم مِّنْ بَعْضٍ فَاَنْكِحُوهُنَّ بِإِذْنِ أَهْلِهِنَّ وَءَاتُوهُنَّ أَجُورَهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ مُحْصَنَاتٍ غَيْرَ مُسْفَحَاتٍ وَلَا مُتَّخِذَاتِ أَحْدَانٍ فَاِذَا

pendapat Muslim dan Mujahid maksud dari perbuatan keji ialah *musahaqah* (homoseks antara wanita dengan wanita).

²⁸ Menurut *jumhur mufassirin* jalan yang lain itu ialah dengan turunya ayat 2 Surah an-Nuur. Lihat Q.S. an-Nisa' (4): 15. *commut to user*

²⁹ Q.S. an-Nur (24): 2.

أُحْصِنَ فَإِنْ أَتَيْتَ بِفَحِشَةٍ فَعَلَيْهِنَّ نِصْفُ مَا عَلَى الْمُحْصَنَاتِ
 مِنَ الْعَذَابِ ذَٰلِكَ لِمَنْ خَشِيَ الْعَنَتَ مِنْكُمْ وَأَنْ تَصْبِرُوا خَيْرٌ لَّكُمْ
 وَاللَّهُ غَفُورٌ رَّحِيمٌ ﴿٣٠﴾

Dan barangsiapa di antara kamu (orang merdeka) yang tidak cukup perbelanjaannya untuk mengawini wanita merdeka lagi beriman, ia boleh mengawini wanita yang beriman, dari budak-budak yang kamu miliki. Allah mengetahui keimananmu; sebahagian kamu adalah dari sebahagian yang lain,³⁰ karena itu kawinilah mereka dengan seizin tuan mereka, dan berilah maskawin mereka menurut yang patut, sedang merekapun wanita-wanita yang memelihara diri, bukan pezina dan bukan (pula) wanita yang mengambil laki-laki lain sebagai piaraannya; dan apabila mereka telah menjaga diri dengan kawin, kemudian mereka melakukan perbuatan yang keji (zina), maka atas mereka separo hukuman dari hukuman wanita-wanita merdeka yang bersuami. (Kebolehan mengawini budak) itu, adalah bagi orang-orang yang takut kepada kemasyarakatan menjaga diri (dari perbuatan zina) di antara kamu, dan kesabaran itu lebih baik bagimu. Dan Allah Maha pengampun lagi Maha penyayang.³¹

وَمَنْ يَقْنُتْ مِنْكُمْ لِلَّهِ وَرَسُولِهِ وَتَعَمَلَ صَالِحًا نُؤْتَهَا أَجْرَهَا مَرَّتَيْنِ
 وَأَعْتَدْنَا لَهَا رِزْقًا كَرِيمًا ﴿٣١﴾

Dan barangsiapa di antara kamu sekalian (istri-istri Nabi) tetap taat kepada Allah dan Rasul-Nya dan mengerjakan amal yang saleh, niscaya Kami memberikan kepadanya pahala dua kali lipat dan Kami sediakan baginya rezki yang mulia.³²

Teori *mashlahah* guna menegakkan *maqasid asy-syari'ah* perlu mempertimbangkan empat sifat hukum Islam. Pertama, hukum Islam adalah sakral (*divine* atau *ilahi*) sekaligus profan (*human* atau manusiawi). Tanpa keterlibatan manusia, kesakralan wahyu tidak akan dioperasionalkan.

³⁰ Maksudnya: orang merdeka dan budak yang dikawininya itu adalah sama-sama keturunan Adam dan hawa dan sama-sama beriman.

³¹ Q.S. an-Nisa (4): 25.

³² Q.S. al-Ahzab (33): 31.

Perintah untuk menghadap kiblat, misalnya, adalah bersifat *ilahi*, tetapi metode penerapan arah kiblat bersifat manusiawi. *Kedua*, sifat hukum Islam adalah absolut sekaligus relatif. Perintah shalat lima waktu merupakan kewajiban bagi setiap *mukallaf*, tetapi bagi perempuan haid dilarang, bahkan tidak harus mengganti setelah masa haid berakhir. Demikian pula, bagi musafir diberi pilihan mengerjakan shalat dengan menjama' atau menqasar. *Ketiga*, sifat hukum Islam adalah universal sekaligus partikal. Waktu shalat misalnya, adalah universal berlaku bagi setiap *mukallaf*. Tetapi, di sisi lain, durasi jam shalat berbeda di setiap tempat dan negara. *Keempat*, hukum Islam adalah permanen sekaligus temporal.³³ Pengembangan ini dilakukan dengan menggunakan metode *istinbat* seperti *qiyas*, *istihsan*, *mashlahah mursalah*, dan *'urf* atau disebut sebagai dalil.³⁴

Problem mendasar dalam pemikiran hukum Islam adalah fungsi hukum ketika terjadi perubahan waktu, tempat, dan kondisi sosial. Hukum Islam pada umumnya memahami dan dipahami sebagai paradigma yang sakral dan religius selalu berhadapan dengan dilema. Dilema yang terjadi ialah kepastian hukum di satu sisi dan realitas sosial yang selalu berubah sehingga menuntut proses adaptasi pada sisi lain.³⁵ Perubahan sosial yang mendasar terkadang membawa tuntutan dan implikasi mendasar terhadap konsep dan tuntutan hukum yang ada karena hukum Islam disyari'atkan untuk kemaslahatan umat.³⁶

Menurut al-Syathibi, penetapan lima pokok kebutuhan manusia berdasarkan pada dalil-dalil al-Qur'an dan al-Hadis. Dalil-dalil tersebut berfungsi sebagai *al-qawaid al-kulliyyah* (kaidah-kaidah umum) dalam menetapkan *al-Kuliyyat al-khams*. Ayat-ayat al-Qur'an yang dijadikan sebagai dasar umumnya berupa ayat-ayat Makiyah, yang tidak di naskh dan

³³ Yudian Wahyudi, *Is Islamic Law Secular?; A Critical Study of Hasan Hanafi's Legal Philosophy*, (Yogyakarta: Nawesea, 2005), hlm. 43.

³⁴ Satria Effendi, *Ushul Fiqh*, (Jakarta: Prenada Media, 2005), hlm. 233.

³⁵ Lammens, *Islam: Beliefs and Institutions*, (New Delhi: Aryan Books International, 2002), hlm. 49.

³⁶ Abdul Wahab Khallaf, *Ilmu Usul al-Fiqh*, (Kairo: Dar al-Qalam, 1990), hlm. 198.

ayat-ayat Madaniyah yang mengukuhkan ayat-ayat Makiyah. Di antaranya ialah ayat yang berhubungan dengan kewajiban shalat, larangan membunuh jiwa, larangan meminum minuman keras, larangan berzina, dan larangan memakan harta orang lain dengan cara yang tidak benar.³⁷ Keberadaan lima kebutuhan pokok bagi manusia tersebut menempati suatu yang *qath'iy* sehingga dapat dijadikan dasar dalam menetapkan hukum dan dapat dipertanggungjawabkan.³⁸

Guna memperoleh gambaran jelas tentang *maqashid al-syariat*, berikut ini dijelaskan kelima pokok kemaslahatan secara sistematis. Uraian ini bertitik tolak dari kelima pokok kemaslahatan, yaitu agama, jiwa, akal, keturunan, dan harta. Selanjutnya masing-masing pokok kemaslahatan akan dilihat berdasarkan kepentingan dan kebutuhannya.³⁹

Pertama, memelihara agama (*hifzh al-din*). Menjaga atau memelihara agama berdasarkan kepentingan dapat dibedakan menjadi tiga peringkat. (1) Peringkat *daruriyat*, yaitu memelihara dan melaksanakan kewajiban keagamaan termasuk dalam peringkat primer, seperti melaksanakan shalat lima waktu. Jika shalat diabaikan, eksistensi agama akan terancam. (2) Peringkat *hajiyyat*, yaitu melaksanakan ketentuan agama untuk menghindari kesulitan, seperti shalat jamak dan shalat qashar bagi orang yang sedang bepergian. Jika ketentuan ini tidak dilaksanakan, tidak mengancam eksistensi agama. (3) Peringkat *tahsiniyat*, yaitu mengikuti petunjuk agama guna menjunjung tinggi martabat manusia, sekaligus melengkapi pelaksanaan kewajiban kepada Allah. Misalnya menutup aurat, membersihkan badan, pakaian, dan tempat. Peringkat ini erat berkaitan

³⁷ Asafri Jaya Bakri, *Konsep Maqashid Syari'ah menurut al-Syatibi*, (Jakarta: Rajawali Pers, 1996), hlm. 71.

³⁸ Fathurrahman Djamil, *Filsafat Hukum Islam*, (Jakarta: Logos Wacana Ilmu, 1997), hlm. 125-126.

³⁹ *Ibid.*, hlm. 127.

dengan akhlak terpuji. Apabila tidak dilakukan, tidak akan mengancam eksistensi agama.⁴⁰

Kedua, memelihara jiwa (*hifzh al-nafs*). Memelihara jiwa berdasarkan tingkat kepentingan dapat dibedakan menjadi tiga peringkat. (1) Peringkat *daruriyyat*, seperti memenuhi kebutuhan pokok berupa makanan untuk mempertahankan hidup. Jika kebutuhan ini diabaikan, eksistensi jiwa manusia akan terancam. (2) Peringkat *hajiyyat*, seperti diperbolehkan berburu binatang untuk menikmati makanan lezat dan halal. Jika kegiatan ini diabaikan, tidak akan mengancam eksistensi manusia. (3). Peringkat *tahsiniyyat*, seperti ketetapan tata cara makan dan minum. Peringkat ini hanya berhubungan dengan kesopanan dan etika, sama sekali tidak mengancam eksistensi jiwa manusia.⁴¹

Ketiga, memelihara akal (*hifzh al-'Aql*). Berdasarkan kepentingannya, memelihara akal dibedakan menjadi tiga peringkat. (1) Peringkat *daruriyyat* seperti diharamkan meminum minuman keras. Jika ketentuan ini tidak dipatuhi, eksistensi akal akan terancam. (2) Peringkat *hajiyyat*, seperti anjuran menuntut ilmu pengetahuan. Sekiranya dilakukan, tidak akan merusak akal. (3). Peringkat *tahsiniyyat*, seperti menghindarkan diri dari mengkhayal atau mendengarkan sesuatu yang tidak berfaedah. Hal ini berkaitan dengan etika dan tidak akan mengancam eksistensi akal secara langsung.

Keempat, memelihara keturunan (*hifzh al-Nasl*). Memelihara keturunan, ditinjau dari segi tingkat kebutuhan dapat dibedakan menjadi tiga peringkat. (1) Peringkat *daruriyyat*, seperti disyariatkan nikah dan dilarang berzina. Apabila aturan ini diabaikan, eksistensi keturunan akan terancam. (2) Peringkat *hajiyyat*, seperti ditetapkan ketentuan menyebutkan mahar bagi suami ketika akan menikah dan diberikan hak talaq padanya. Jika mahar tidak disebutkan pada waktu akad, suami akan mengalami kesulitan

⁴⁰ *Ibid.*, hlm. 128.

⁴¹ *Ibid.*, hlm. 129.

karena ia akan harus membayar mahar misalnya. (3) Peringkat *tahsiniyyat*, seperti disyariatkan khitbah atau walimah dalam perkawinan. Hal ini dilakukan untuk melengkapi kegiatan perkawinan. Jika diabaikan, tidak akan mengancam eksistensi keturunan.⁴²

Kelima, memelihara harta (*hifzh al-Mal*). Dilihat dari segi kepentingan, memelihara harta dapat dibedakan menjadi tiga peringkat. (1) Peringkat *daruriyyat*, seperti syariat tentang tata cara pemilikan harta dan larangan mengambil harta orang lain dengan cara yang tidak sah. Apabila aturan ini dilanggar, eksistensi harta akan terancam. (2) Peringkat *hajiyyat*, seperti syariat tentang jual beli dengan cara salam. Apabila cara ini tidak dipakai, tidak akan mengancam eksistensi harta. (3) Peringkat *tahsiniyyat*, seperti ketentuan menghindarkan diri dari pengecohkan atau penipuan. Hal ini erat berkaitan dengan etika bermuamalat atau etika bisnis.⁴³

Dari uraian di atas jelaslah bahwa lima kebutuhan pokok tersebut merupakan hal yang mutlak harus ada pada manusia. Oleh sebab itu, Allah memerintahkan untuk melakukan segala upaya bagi keberadaan dan kesempurnaannya. Sebaliknya, Allah melarang perbuatan yang dapat menghilangkan atau mengurangi salah satu dari kelima kebutuhan pokok tersebut. Hukuman atau sanksi atas larangan bersifat tegas dan mutlak. Semua ini ditetapkan untuk menjaga eksistensi lima kebutuhan pokok manusia atau hukuman-hukuman disyariatkan untuk kemaslahatan manusia. Dengan ancaman hukuman yang berat, orang akan takut melakukan perbuatan terlarang. Dengan demikian, pemberlakuan hukum pidana Islam juga merupakan upaya menciptakan kemaslahatan di antara umat manusia.

Harapan dan niat mengembangkan syariat Islam di Indonesia telah lama muncul, sejak hukum pidana positif berkembang pada zaman pemerintahan Hindia Belanda. Para perumus bangsa (*The Founding Fathers*) telah merencanakan memberlakukan hukum Islam di Indonesia.

⁴² *Ibid.*, hlm. 130.

⁴³ *Ibid.*, hlm. 131.

Namun, dengan mendasarkan pada pluralitas penduduk, rencana tersebut tidak terwujud. Sebagai gantinya, Pancasila menjadi dasar negara.

Seiring waktu, perkembangan politik hukum di Indonesia mengalami pertumbuhan dengan memperhatikan pengaruh nilai-nilai kemasyarakatan dan keagamaan. Maka, sudah waktunya para ulama dan kaum cendekiawan Muslim turut menegaskan kaidah agama sehingga tidak terjadi pelanggaran secara *self inforcement*. Penegakan hukum (kaidah) agama secara preventif membantu memantapkan pola penegakan hukum (*law enforcement*) negara secara *preventive repressive*. Tujuannya, agar masyarakat memahami dan menaati kaidah hukum negara dan kaidah agama sekaligus. Dengan demikian, hukum Islam bukan hanya didakwahkan, melainkan pula dilaksanakan (*self-enforcement*) melalui penegakan hukum *preventif* (bukan *represif*) guna mengisi kelemahan norma hukum pidana positif.⁴⁴

Hukum Pidana Islam, yang menurut asas legalitas dikategorikan sebagai hukum tidak tertulis, masih dapat diakui di Indonesia secara konstitusional sebagai hukum, dan masih terus berlaku menurut pasal II Aturan Peralihan UUD 1945. Namun demikian, ketentuan dasar ini belum ditindaklanjuti dengan instrumen hukum untuk masuk ke dalam wujud instrumen asas legalitas. Seperti halnya KUHP di atas, posisi hukum pidana Islam belum memperoleh kepastian untuk menjawab pertanyaan teoretis, mana hukum pidana dengan karenanya bagaimana ditegakkan.⁴⁵

Ketiadaan hukum pidana Islam secara tertulis di Indonesia menjadi penyebab belum dapat terpenuhinya hukum pidana Islam secara legal. Sebab itulah, hukum pidana Islam harus disiapkan secara tertulis sebagaimana hukum positif lain, bukan langsung mendasarkannya pada sumber hukum Islam, yakni al-Qur'an, as-Sunnah, dan ijtihad pada ulama (kitab-kitab fikih).

⁴⁴ Muhammad Amin Suma dkk, *Pidana Islam di Indonesia: Peluang, Prospek dan Tantangan*. Editor Jaenal Aripin dan M. Arskal Salim GP., (Jakarta: Pustaka Firdaus, 2001), hlm. 17.

⁴⁵ *Ibid.*, hlm. 246.

Sampai sekarang, sebagian umat Islam sebenarnya berkeinginan memberlakukan hukum Islam secara utuh, termasuk bidang hukum pidana. Argumennya, dengan diberlakukan hukum pidana Islam, tindak pidana akan dapat diminimalisasi. Sanksi tidak sepadan yang diberikan kepada para pelaku tindak pidana selama ini tidak menimbulkan efek jera. Sebab itu, sanksi yang tegas seperti dalam hukum pidana Islam, tampaknya merupakan alternatif terbaik untuk mengatasi permasalahan tindak pidana di Indonesia.

Di lain pihak, upaya pembuatan KUHP baru yang disebut KUHP Indonesia telah lama diupayakan. Hasil yang berhasil dicapai ialah RUU KUHP yang baru. Rancangan undang-undang yang baru memuat sejumlah materi yang bersumber pada hukum pidana Islam, meskipun tidak menyeluruh. Namun sampai sekarang, rancangan tersebut belum disepakati.

Banyak pemikiran berkembang untuk mengintegrasikan hukum pidana Islam ke dalam pembentukan hukum pidana nasional. Masykuri Abdillah menyarankan agar proses tersebut dilakukan jika memungkinkan dengan cara pengungkapan materi hukum Islam secara eksplisit ke dalam RUU KUHP. Namun jika tidak memungkinkan, ia mengusulkan untuk hanya mengungkapkan aspek prinsip dan moralitas. Misal, tindak pidana perzinahan dan minum minuman keras tidak harus memperoleh hukuman rajam atau cambuk empat puluh kali. Prinsipnya ialah bagaimana kedua contoh bentuk perbuatan tersebut dianggap sebagai tindak pidana yang tidak sesuai dengan prinsip dan moralitas Islam. Hal ini, menurut Masykuri Abdillah merupakan proses strategi legislasi hukum Islam yang bersifat gradual dan sejalan dengan kaidah fikih: مَا لَا يَنْزِلُكَ اللَّهُ لَا يَنْزِلُكَ اللَّهُ (sesuatu yang tidak dapat dicapai seluruhnya, tidak boleh ditinggalkan seluruhnya).⁴⁶

Langkah ini bukan yang paling ideal, tetapi cukup memberikan harapan pemberlakuan hukum pidana Islam secara bertahap. Tawaran tersebut kemungkinan juga dapat memuaskan pihak yang kerap melakukan

penolakan. Walaupun di lain pihak, pandangan Masykuri tersebut belum tentu diterima oleh semua kalangan umat Islam di Indonesia. Sebab, ada sebagian umat menginginkan pemberlakuan hukum pidana Islam secara penuh sesuai ketentuan yang pasti (*qath'iy*) dari al-Qur'an dan as-Sunnah Nabi. Pemberlakuan semestinya tidak hanya aspek fundamental, tetapi juga menyertakan aspek instrumental. Maka dari itu, harapan mereka ialah ketentuan pokok hukum pidana Islam dimasukkan ke dalam hukum pidana nasional. Apabila langkah tersebut tidak dapat dilakukan, diberlakukan hukum pidana Islam secara khusus.

Ahmad Sukardja mengajukan dua pendekatan dalam melaksanakan hukuman pidana Islam, yaitu pendekatan *jawahir* dan *zawajir*. Pendekatan *jawahir* menghendaki pelaksanaan secara tekstual berdasarkan nash. Hukuman ditegakkan dengan maksud menebus kesalahan dan dosa pelaku pidana. Sementara pendekatan *zawajir* melihat bagaimana agar tujuan penghukuman dapat dicapai, yaitu membuat jera si pelaku dan menimbulkan rasa takut pada diri orang lain untuk melakukan perbuatan pidana sejenis. Maka, sejalan dengan pengintegrasian hukum pidana Islam ke dalam hukum pidana nasional, kedua pendekatan ini patut dipertimbangkan. Bila dengan pendekatan *zawajir* (hukuman minimal) tujuan penerapan sanksi dapat tercapai, maka pendekatan *jawahir* (hukuman maksimal) yang disebutkan secara eksplisit dalam nash tidak perlu diterapkan.⁴⁷

Selanjutnya, berkaitan dengan penegakan syariat Islam, dalam hal ini hukum pidana Islam, paling tidak terdapat empat kelompok cara pandang. *Pertama*, mereka yang menginginkan hukum pidana Islam ditegakkan seutuhnya dan tidak dicampuri dengan hukum-hukum lain yang telah sah. *Kedua*, mereka menyakini kelaian hukum pidana Islam yang *notabene* setara dengan hukum Barat dan hukum Adat menjadi sumber hukum pidana di Indonesia. *Ketiga*, mereka yang menyakini bahwa syariat Islam harus

⁴⁷ *Ibid.*, hlm. 260.

ditegakkan seutuhnya sehingga harus ada pemerintah Islam. *Keempat*, mereka yang berpendapat bahwa hal paling penting ialah nilai-nilai syariat Islam dapat ditegakkan.⁴⁸

Perlu ditambahkan bahwa pembaharuan sistem hukum pidana nasional melalui pembahasan RUU KUHP harus diakui sebagai upaya mengakomodasi aspirasi sebagian besar umat beragama di Indonesia. Berbagai delik tentang agama atau yang berkaitan dengan agama mulai dirumuskan dalam RUU tersebut, misalnya tentang penghinaan agama, merintangi ibadah atau upacara keagamaan, perusakan bangunan ibadah, penghinaan terhadap Tuhan, penodaan terhadap agama dan kepercayaan, dan sebagainya. Rumusan semacam ini tidak mungkin didapati dalam hukum pidana yang diberlakukan di negara-negara sekuler, sebab urusan agama bukan urusan negara dan menjadi hak individu masing-masing warga negara.

Selain beberapa pasal yang terkait dengan delik agama, rancangan tersebut juga memasukkan pasal-pasal baru yang berkaitan dengan delik kesusilaan, seperti salah satu contohnya berbagai bentuk persetubuhan di luar pernikahan sah atau melanggar ketentuan agama. Langkah tersebut merupakan upaya positif pemerintah untuk memberlakukan ketentuan hukum sesuai aspirasi masyarakat, khususnya umat Islam. Namun, hingga sekarang langkah ini belum terwujud.

Proses pengakomodasian hukum Islam ke dalam hukum pidana nasional tidak lepas dari prosedur penyusunan peraturan perundang-undangan. Peran politik fraksi dan anggota DPR RI sangat dominan. Maka, perlu disimak pada tahapan mana ide dan materi hukum pidana Islam mulai diakomodasikan ke dalam RUU. Apakah pada saat penyampaian RUU beserta penjelasannya yang dibarengi oleh naskah akademis, yang berarti ide dan materi hukum pidana Islam sudah diakomodasi sejak awal

⁴⁸ Faisal, "Menimbang Wacana Formalisasi Hukum Pidana Islam di Indonesia", *Jurnal Ahkam*, vol. XII No. 1 Januari 2011, hlm. 48.

perumusan pasal demi pasal atau pada tahapan lain dalam pembicaraan tingkat I dan/atau tingkat II.

Proses perumusan RUU KUHP telah lama berlangsung (kurang lebih selama 50 tahun sejak 1966 sampai 2016). Pada satu sisi, lamanya proses menimbulkan kejenuhan, tetapi pada saat bersamaan memberikan peluang lebih luas dan komprehensif bagi perbaikan RUU KUHP sendiri. Alasannya, seiring waktu telah hadir sejumlah peraturan perundang-undangan baru yang secara langsung maupun tidak langsung perlu mendapatkan perhatian dalam Kitab Undang-Undang Hukum Pidana yang baru. Tambahan pula, perhatian serius berbagai pihak terhadap perkembangan RUU KUHP. Termasuk di dalamnya masyarakat agamis yang menghendaki agar Kitab Undang-Undang Hukum Pidana baru yang segera dimiliki bangsa Indonesia seberapa dapat harus menyerap nilai-nilai hukum agama sebagai konsekuensi logis dari sebuah bangsa dan negara yang religius.⁴⁹

Aspirasi demikian sejalan dengan Pancasila dan konstitusional. Sebab, Pancasila terutama sila pertama Ketuhanan Yang Maha Esa memberikan landasan/asas kokoh bagi setiap pembangunan peradaban dan kebudayaan yang ingin ditegakkan di Indonesia. Termasuk di dalamnya pembangunan di bidang hukum. Landasan asas teologis ini semakin memperoleh bentuk konkret dalam Pasal 29 Undang-undang Dasar 1945 yang menyatakan: (1) “Negara berdasar atas Ketuhanan Yang Maha Esa.” (2) “Negara menjamin kemerdekaan tiap-tiap penduduk untuk memeluk agamanya masing-masing dan untuk beribadat menurut agamanya dan kepercayaannya itu“. Dalam pandangan umat Islam, termasuk ke dalam pengertian ibadah (literal maupun terminologis) ialah mematuhi dan menghormati hukum yang telah ditetapkan oleh *addin* (agama).⁵⁰

⁴⁹ M. Amin Suma, "Telaah Kritis dan Sumbangan Konstruktif Terhadap RUU KUHP", Makalah.

⁵⁰ *Ibid.*

Tentu, dalam hal ini konteksnya luas, sebagaimana bidang hukum itu sendiri. Sama halnya dengan sistem hukum konvensional, sistem hukum Islam juga mengenal luas hukum pidana (*al-ahkam al-jina iyyah*) disamping hukum perdata (*al-ahkam al-madaniyayah*) atau lainnya. Hukum konvensional maupun hukum Islam memiliki persamaan dan saling melengkapi. Maka, di sinilah arti penting penyertaan hukum pidana Islam, disamping pelibatan sistem hukum pidana lain dalam upaya menggantikan hukum pidana peninggalan Pemerintah Kolonial Belanda dengan hukum pidana nasional yang berbasiskan Pancasila dan Undang-undang Dasar 1945.

Walaupun tidak secara keseluruhan diakomodasi, bukan tidak mungkin peluang pengakomodasian akan semakin terbuka di kemudian hari. Hal ini karena hukum merupakan produk politik dan RUU KUHP belum disahkan menjadi undang-undang. Keterbukaan peluang bergantung pada konstalasi dan kontestasi politik di DPR. Hukum Islam di Indonesia penting kedudukannya, baik bagi orang yang bukan beragama Islam maupun umat Islam. Dilihat dari sudut pandang mana pun, Hukum Islam di negara hukum Indonesia memiliki kedudukan strategis dan kuat serta memiliki peran yang penting dan sentral. *Pertama*, hukum Islam dikatakan strategis karena memiliki jangkauan sangat luas. *Kedua*, penting, karena hukum Islam mendapatkan jaminan dan perlindungan konstitusi. *Ketiga*, sentral, karena hukum Islam luas memiliki jangkauan ke seluruh aspek kehidupan masyarakat Indonesia.⁵¹ *Keempat*, strategis karena khazanah intelektual hukum Islam telah banyak dibukukan.

⁵¹ M. Amin Suma, *Kedudukan dan Peranan Hukum Islam di negara hukum Indonesia*, Makalah disampaikan pada Kuliah Umum dan seminar Fakultas Syariah dan Hukum Universitas Islam Negeri Syarif Hidayatullah Jakarta 1430 H/2009 M, hlm. 38.

3. Teori Konfigurasi Politik Hukum

Konfigurasi politik hukum menurut Mahfud MD adalah hukum merupakan suatu produk politik sehingga karakternya akan sangat ditentukan atau diwarnai oleh imbalan kekuatan atau konfigurasi politik yang melahirkan. Hal ini berdasarkan pada kenyataan bahwa setiap produk hukum merupakan keputusan politik sehingga dapat dilihat sebagai kristalisasi dari pemikiran politik yang saling berinteraksi di kalangan para politisi. Meskipun dari sudut *das sollen* ada pandangan bahwa politik harus tunduk pada ketentuan hukum, dari sudut *das sein* kenyataannya hukum ditentukan oleh konfigurasi politik.

Pada era Soekarno, politik adalah panglima, sedangkan pada zaman Soeharto jargon berganti menjadi ekonomi dan pembangunan. Pembangunanisme (*developmentalism*) menempatkan rakyat sebagai objek. Semua perbuatan negara selalu mengatasnamakan rakyat. Sementara posisi hukum dijadikan alat negara untuk membenarkan setiap tindakan penguasa. Pada sisi lain, hukum diproduksi untuk memfasilitasi dan mendukung politik. Akibatnya, segala peraturan dan produk hukum yang dinilai tidak dapat mewujudkan stabilitas politik dan pertumbuhan ekonomi harus diubah atau dihapus.⁵²

Pada konfigurasi dan pola pergulatan hukum, terdapat interaksi pusat-pusat kekuasaan (*power points*) di seputar hiruk-pikuk hukum Islam di Indonesia yang dipengaruhi tiga faktor penting. **Pertama**, aspek situasi konfigurasi politik terdiri atas konfigurasi politik demokratis dan otoriter. Dalam konteks hukum Islam, konfigurasi politik tidak secara signifikan mempengaruhi substansi produk yang diundangkan, tetapi dari segi proses politik dapat mengikuti konfigurasi politik. Dari aspek karakter hukum terdapat beberapa kemungkinan produk yang lahir. **Pertama**, Responsif artinya secara politis produk hukum lahir secara demokratis dan secara

⁵² Moh. Mahfud MD, *Pergulatan Politik dan Hukum di Indonesia*, (Yogyakarta: Gama Media, 1999), hlm. 15.

yuridis sejalan dengan substansi hukum Islam yang dianut umat Islam Indonesia dan dalam mekanisme pengundangannya bersifat *pluralistic* atau kompetitif. *Kedua*, Responsif-yuridis atau politis, artinya secara politik produk hukum Islam yang lahir tidak dalam konfigurasi politik demokratis atau bahkan berada dalam konfigurasi politik otoriter, tetapi dipandang dari substansial memenuhi syarat minimal dari substansi atau minimal tidak bertentangan dengan hukum Islam.

Selanjutnya, *Ketiga*, konservatif, yakni produk hukum Islam yang bertentangan dengan substansi hukum dan mekanisme lahirnya cenderung sentralistik. Hal ini membuktikan bahwa dalam konfigurasi demokratis dan konfigurasi politik otoriter bisa lahir karakter produk hukum responsif tetapi tidak sebaliknya. Sebab, dalam perspektif *siyâsah shar'iyah* pasti melahirkan produk hukum yang *al-'âdilah*/responsif, sedangkan *siyâsah wad'iyah* dimungkinkan melahirkan produk hukum yang *al-'âdilah* (responsif) atau *al-zâlimah* (konservatif). Hal ini dijelaskan antara lain oleh 'Abd al-Rahmân Tâj,⁵³ 'Abd al-Wahhâb Khallâf,⁵⁴ dan Muhammad Diyâ al-Dîn al-Rîs.⁵⁵

Kedua, politik hukum Islam bila dilihat dari faktor isi produk undang-undang mengenai hukum Islam yang lahir dari model Negara Indonesia dapat bersifat responsif dan konservatif. Jika model Negara Indonesia dilihat dari perspektif 'Abd al-Rahmân Tâj, 'Abd al-Wahhâb Khallâf, dan Muhammad Diyâ al-Dîn al-Rîs, dapat disebut menganut sistem *siyâsah wad'iyah* yang melahirkan dua kemungkinan produk hukum, yakni *al-'âdilah* dan *al-zâlimah* atau responsif dan konservatif.

⁵³ 'Abd al-Rahmân Tâj, *al-Siyâsah al-Shar'iyah wa al-Fiqh al-Islâmî*, (Mesir: Mathba'ah Dâr al-Ta'lîf, 1953), hlm. 7-12.

⁵⁴ 'Abd al-Wahhâb Khallâf, *al-Siyâsah al-Shar'iyah*, (Qâhirah: Dâr al-Ansâr, 1977), hlm. 4.

⁵⁵ Muhammad Diyâ al-Dîn al-Rîs, *al-Nazariyyât al-Siyâsah al-Islâmiyyah*, (Qâhirah: Dâr al-Ma'ârif, 1967), hlm. 280-292. Lihat juga 'Abd al-Wahhâb Khallâf, *al-Siyâsah al-Shar'iyah*, hlm. 24.

Karakter produk hukum Islam khususnya masa Orde Baru bersifat responsif maka ini juga mempertanyakan periodisasi hubungan Islam dan negara masa Orde Baru yang diajukan Bahtiar Effendy.⁵⁶ Studi ini menemukan nuansa berbeda dengan studi yang menggunakan perspektif politik hukum untuk memposisikan konfigurasi politik hukum Islam masa Orde Baru. Dalam perspektif temuan studi politik, hubungan Islam dan negara pada pemerintahan Presiden Soeharto dinilai terdapat pola atau periode antagonistik [1967-1982], resiprokal kritis [1982-1985], dan akomodatif [1985-1994].

Penilaian antagonistik pada masa awal Orde Baru hanya tepat untuk menggambarkan hubungan Islam politik dan politik pemerintahan yang bersimpangan kepentingan. Politik pemerintahan Orde Baru berorientasi pada penguatan modernisasi pembangunan, kebangsaan, dan keindonesiaan, sedangkan Islam politik berorientasi pada formalistik agama untuk membuka ruang yang luas bagi Islam politik, termasuk mengenai ideologi negara. Namun, bila periode yang sama dilihat dari aspek politik hukum Islam, justru pemerintahan Presiden Soeharto pada era awal pemerintahan sangat akomodatif terhadap aspirasi hukum Islam yang ditandai lahirnya kebijakan-kebijakan pro hukum Islam dan lembaganya. Proses pengakomodasian tersebut dilandasi pondasi bangunan politik negara memakai konsep dasar negara Pancasila dan mensejalkannya dengan nilai-nilai Islam, kemudian diikuti dengan membangun konsep kerukunan umat beragama menggunakan pendekatan *top-down*.

Ketiga, politik hukum Islam di Indonesia dilihat dari faktor orang atau kelompok pendukung atau penentang terdiri atas nasionalis Islam, nasionalis religius, dan nasionalis sekuler. Studi ini menunjukkan bahwa konflik nasionalis sekuler dan nasionalis Islam menjelma ketika terjadi interaksi antara pusat-pusat kekuasaan (*power points*), baik di tingkat infrastruktur

⁵⁶ Bahtiar Effendy, *Islam dan Negara Transformasi Pemikiran dan Praktik Politik Islam di Indonesia*, (Jakarta: Paramadina, 1998), hlm. 75.

maupun suprastruktur di tengah-tengah masyarakat dalam proses perumusan dasar negara dan proses legislasi hukum Islam. Pada masa Orde Baru, pola interaksi proses transformasi hukum Islam ke dalam hukum nasional melahirkan kelompok penentang (nasionalis sekuler) dan kelompok pendukung (nasionalis Islam). Hal ini sejalan dengan studi Nadirsyah Hosen yang mengedepankan posisi hukum Islam dalam UUD, melahirkan dua aliran pemikiran, yakni fundamentalis dan sekuler. Pernyataan yang saling bertentangan adalah kelompok yang menyatakan hukum Islam tidak *compatible* dengan UUD, sebaliknya kelompok yang berpendapat bahwa hukum Islam bisa berjalan seiring dengan UUD. Kelompok ini terbagi dua, yakni formalistik dan substantif.⁵⁷

Sementara itu, pada Era Reformasi jarak antara nasionalis sekuler dan nasionalis Islam semakin menipis. Bahkan, nasionalis sekuler mengubah nama menjadi kelompok nasionalis religius. Keduanya melakukan sinergi tanpa terjebak dalam isu menuju negara Islam dan Piagam Jakarta. Mencairnya hubungan antara dua kubu pemikiran di atas karena pergeseran paradigma berpikir dari formalistik menuju substantif di satu pihak, dan perubahan pemahaman di tingkat infrastruktur, seperti partai politik, parlemen, ormas atau LSM, dan media massa dalam memahami Islam dan kaitannya dengan negara di pihak lain. Hal ini juga ikut membantu perkembangan pemikiran hukum Islam menuju penciptaan mazhab hukum Islam Indonesia. Sejalan dengan M.B Hooker⁵⁸ dan Michael Feener⁵⁹ yang menyatakan bahwa hukum Islam di Indonesia adalah *work in progress* menuju hukum Islam Indonesia. Proses pembentukan hukum Islam mazhab

⁵⁷ Nadirsyah Hosen, *Shari'a and Constitutional Reform in Indonesia*, (Singapore: Intitute of Southeast Asian Studies, 2007), hlm. 178.

⁵⁸ M.B Hooker, *Indonesian Syariah: Defining a National School of Islamic Law*, (Singapore: ISEAS, 2008), hlm. 285. Hooker sebelumnya telah menerbitkan buku *Indonesian Islam: Social Change through Contemporary Fatawa* yang melihat kekhasan Islam di Indonesia melalui kajian terhadap pelbagai fatwa. Buku ini pun sebenarnya adalah kelanjutan beberapa kajian yang dilakukannya terhadap hukum Islam di Asia Tenggara termasuk Indonesia, seperti terlihat pada *Islamic Law in South-East Asia*.

⁵⁹ R. Michael Feener, *Muslim Legal Thought in Modern Indonesia*, (Cambridge: Cambridge University Press. 2007), hlm. 222-227.

Indonesia merupakan kontribusi penting dari pemerintah, cendekiawan atau ulama, lembaga swadaya masyarakat, lembaga pendidikan. *Mainstream* utama perkembangan pemikiran ini adalah menjadikan nilai-nilai agama sebagai etika publik dan bila melakukan legislasi harus melalui mekanisme konstitusional yang demokratis.

Dalam cita hukum, politik harus diposisikan sebagai variabel yang dipengaruhi hukum. Arah dan tujuan pembangunan di bidang hukum harus terus diupayakan berfokus dan bertahap menuju arah dan tujuan bernegara sebagaimana dicita-citakan. Pancasila adalah pokok kaidah negara yang fundamental sehingga timbul konsekuensi-konsekuensi yang bersifat imperatif bagi negara dan penyelenggaraan negara. Konsekuensi yang bersifat imperatif (mengharuskan/mewajibkan) bahwa segenap aspek kehidupan negara dan penyelenggaraan negara serta setiap realisasi dan pelaksanaan sistem hukum positif Indonesia harus senantiasa sesuai dengan Pancasila.⁶⁰

Legal policy yang akan atau telah dilaksanakan secara nasional oleh Pemerintah Indonesia meliputi: *Pertama*, pembangunan yang berintikan pembuatan dan pembaruan terhadap materi-materi hukum agar sesuai dengan kebutuhan. *Kedua*, pelaksanaan ketentuan hukum yang telah ada termasuk penegasan fungsi lembaga dan pembinaan para penegak hukum.⁶¹ Jadi, politik hukum adalah bagaimana hukum akan atau seharusnya dibuat dan ditentukan arahnya dalam kondisi politik nasional serta bagaimana hukum difungsikan. Dalam Islam, istilah politik hukum disebut *as-Siyasah as-Syar'iyah* yang merupakan aplikasi dari *al-maslahah al-mursalah*, yaitu mengatur kesejahteraan manusia dengan hukum yang ketentuan-ketentuannya tidak termuat dalam *syara'*. Sebagian ulama mendefinisikan politik hukum Islam sebagai perluasan peran penguasa untuk merealisasikan

⁶⁰ Herbert Feith, *The Decline of Constitutional Democracy in Indonesia*, (Ithaca: Cornell University Press, 1962), hlm. 583. *commit to user*

⁶¹ Moh. Mahfud, MD, *Politik Hukum di Indonesia*, (Jakarta: LP3ES, 1998), hlm. 9.

kemaslahatan manusia sepanjang hal-hal tersebut tidak bertentangan dengan dasar-dasar agama.⁶²

Hukum adalah produk politik⁶³ sehingga manakala membahas politik hukum cenderung mengedepankan pengaruh politik atau pengaruh sistem politik terhadap pembangunan dan perkembangan hukum.⁶⁴ Hukum adalah hasil tarik-menarik berbagai kekuatan politik yang menjejantah dalam produk hukum. Satjipto Raharjo menyatakan bahwa hukum adalah instrumentasi dari putusan atau keinginan politik sehingga pembuatan peraturan perundang-undangan sarat dengan kepentingan-kepentingan tertentu. Dengan demikian, pembuatan undang-undang menjadi medan perbenturan dan kepentingan. Badan pembuat undang-undang akan mencerminkan konfigurasi kekuatan dan kepentingan yang ada dalam masyarakat.⁶⁵

Perdebatan seputar penerapan hukum Islam dalam negara merupakan salah satu objek studi yang tidak pernah kehilangan daya tarik dan tetap aktual. Perdebatan tersebut telah berlangsung sejak periode awal sejarah pelebagaan hukum Islam, yakni masa pemerintahan khalifah kedua Daulah Abbasiyah, Abû Ja'far al-Mansûr (137 H/754 M-158 H/775 M)⁶⁶

⁶² Abdul Wahab Khallaf, *Politik Hukum Islam*, alih bahasa Zainudin Adnan, (Yogyakarta: Tiara Wacana, 2005), hlm. v-vii.

⁶³ Moh. Mahfud MD, *Op. Cit.*, (Jakarta: LP3ES, 1998), hlm. 2.

⁶⁴ Daniel S Lev juga berpendapat bahwa yang paling menentukan dalam proses hukum adalah konsepsi dan struktur kekuasaan politik. Lihat Daniel S. Lev, *Hukum dan Politik di Indonesia: Keseimbangan dan Perubahan*, (Jakarta: LP3ES, 1990), hlm. xii.

⁶⁵ Satjipto Raharjo, *Sosiologi Hukum, Perkembangan, Metode dan Pilihan Masalah*, (Surakarta: Muhammadiyah University Press, 2002), hlm. 126.

⁶⁶ Khalifah Abû Ja'far al-Mansûr meminta kesediaan Imâm Mâlik (94 H/716 M-179 H/795 M) untuk menjadikan kitab *al-Muwatta'* sebagai pedoman hukum negara, bahkan jika perlu melalui paksaan. Imâm Mâlik menolak usul khalifah al-Mansûr atas pertimbangan bahwa di masing-masing wilayah memiliki mazhab pemikiran sendiri dan masyarakat semestinya diberikan kebebasan melaksanakan hukum sesuai dengan pemahaman masyarakat. Penolakan Imâm Mâlik kelihatannya bukan karena tidak menghendaki setiap orang untuk mengikuti tradisi masyarakat Madinah, melainkan lebih disebabkan tradisi Madinah bukan sesuatu yang dapat dipaksakan melalui sebuah kekuatan perintah resmi negara. Lihat Yasin Dutton, *Asal Mula Hukum Islam al-Qur'an, Muwatta', dan Praktik Madinah*, (Yogyakarta: Islamika, 2003), hlm. 56-57.

dan Khalifah Hârûn al-Rashîd (170 H/786-193 H/ 809 M).⁶⁷ Intervensi negara dalam kebijakan agama juga terjadi pada abad XIX, yang mana Kekaisaran Turki Uthmani menetapkan hukum Barat sebagai hukum nasional yang berakibat terjadinya dikotomi antara hukum sekular (umum) dan hukum Islam.⁶⁸ Pada 1876 M, masyarakat Turki menjadikan kitab Undang-undang *al-Majallâh al-Ahkâm al-'Adliyyah* dan *Qânûn al-'Â'ilât* tahun 1917 M yang kemudian disebarluaskan ke seluruh wilayah Turki Uthmani sebagai rujukan resmi negara yang berorientasi pada mazhab Hanafi.⁶⁹

Kebijakan negara menjadikan syariat sebagai hukum negara semakin intens dilakukan awal abad XX, ketika terjadi proses pembentukan negara-negara di dunia Islam, bersamaan dengan berakhirnya dominasi kolonialisme Barat di negara-negara Muslim, seperti Turki, Mesir, Sudan, Maroko, Pakistan, Malaysia, dan Aljazair. Negara-negara Muslim ini mengalami kesulitan mengembangkan hubungan yang memungkinkan (*viable*) antara syariat dan negara. Perdebatan terhadap hukum Islam tidak hanya di negara mayoritas Muslim, tetapi merambah ke negara-negara

⁶⁷ Imâm Mâlik mengubah pendiriannya kemudian mengabulkan permintaan khalifah Hârûn al-Rashîd karena khalifah dianggap dapat bertindak lebih bijaksana dan terjaga dari tindakan kesewenang-wenangan. Kemudian atas dukungan penguasa, kitab *al-Muwatta'* karya Imâm Mâlik dijadikan sebagai pedoman resmi negara dalam menyelesaikan persoalan hukum di tengah-tengah masyarakat dan mazhab Maliki menjadi mazhab yang paling berpengaruh karena mendapat dukungan negara, sekaligus mazhab resmi negara. Lihat Muhammad Baltajî, *Minhâj al-Tashrî' al-Islâmî*, (Riyâd: t.p., 1977), hlm. 79. Lihat juga Joseph Schacht, *An Introduction to Islamic Law*, (London: Oxford University Press, 1964), hlm. 55-56.

⁶⁸ Mohammad Atho Mudzhar, *Fatwa-fatwa Majelis Ulama Indonesia: Sebuah Studi tentang Pemikiran Hukum Islam di Indonesia, 1975 – 1988*, (Jakarta: INIS, 1993), hlm. 3.

⁶⁹ Tahir Mahmood, *Family Law Reform in the Muslim World*, (New Delhi: The India Law Institute, 1972), hlm. 17. Lihat juga M. Atho' Mudzhar dan Khairuddin, *Hukum Keluarga di Dunia Islam Modern Studi Perbandingan dan Keberlanjutan UU Modern dari Kitab-kitab Fikih*, (Jakarta: Ciputat Press, 2003), hlm. 12.

sekuler.⁷⁰ Terlebih lagi, migrasi masyarakat Muslim telah membawa perdebatan ini ke Benua Eropa, Amerika Utara, dan Amerika Selatan.⁷¹

Tidak terkecuali Negara Indonesia modern. Ditinjau dari perspektif religio-politis, hukum Islam dan negara adalah dua entitas yang sepanjang sejarah senantiasa terlibat pergumulan dan ketegangan dalam memosisikan relasi agama (hukum Islam) dan negara, antara proyek sekularisasi dan Islamisasi negara dan masyarakat. Ketegangan ini terjadi dalam dua tataran penting yang berbeda. *Pertama*, tataran *scholastik* atau bersifat teoretik-idealistik. Perdebatan ini mencuat ke permukaan pada akhir tahun 1930-an antara Sukarno dan Mohammad Natsir.⁷² *Kedua*, tataran *realistic-politik* atau *ideologis-empirik*. Polemik ini terjadi ketika merumuskan dasar konstitusi Negara Indonesia modern pasca-kolonial yang berlangsung dalam sidang-sidang Badan Penyelidik Usaha-usaha Kemerdekaan Indonesia (BPUPKI), 28 Mei-1 Juni 1945 dan 10-17 Juli 1945, dan dalam sidang-sidang Panitia Persiapan Kemerdekaan Indonesia (PPKI) 18 sampai 22 Agustus 1945, dalam rangka penyusunan dan pengesahan UUD 1945.

Perdebatan dalam ranah ideologis berimplikasi pada perdebatan ranah hukum. Konflik dan pergumulan dalam ranah ini terjadi sebagai konsekuensi dari *Pertama*, dilihat dari segi pluralitas jenis penduduk. Masyarakat Indonesia mempunyai sistem hukum yang berlaku sejak zaman primitif dari kebiasaan atau adat istiadat sampai ketentuan yang diyakini bersama untuk dipatuhi. Kebiasaan atau adat istiadat dapat disebut hukum adat, hukum kebiasaan (*customary law*), atau hukum yang hidup di tengah-tengah masyarakat (*the living law*). *Kedua*, dari segi agama terdapat nilai-nilai yang diyakini bersama. Nilai-nilai tersebut dijadikan sebagai sistem

⁷⁰ Lihat Muhammad Tahir Azhary, *Negara Hukum Suatu Studi tentang Prinsip-prinsipnya Dilihat dari Segi Hukum Islam, Implementasinya pada Periode Negara Madinah dan Masa Kini*, (Jakarta: Kencana, 2004), hlm. 19-20.

⁷¹ Muhammad Khalid Mas'ud, "Pencarian Landasan Normatif Syariah Para Ahli Hukum Islam", dalam Dick van der Meij (ed.), *Dinamika Kontemporer dalam Masyarakat Islam*, (Leiden-Jakarta: INIS, 2003), hlm. 3.

⁷² Deliar Noer, *Gerakan Modern Islam di Indonesia 1900-1942*, cet. VIII, (Jakarta: LP3ES, 1996), hlm. 296-297.

kehidupan yang dianggap sebagai hukum yang bersumber dari agama yang diyakini sebagian besar masyarakat. *Ketiga*, sebagai negara yang pernah dijajah selama 350 tahun maka pemerintahan kolonial Belanda membawa sistem hukum Belanda ke Indonesia, bahkan memaksakan hukumnya kepada masyarakat jajahan.⁷³ Ketiga faktor ini melahirkan tiga sistem atau mazhab hukum di Indonesia, yaitu hukum adat, hukum Islam⁷⁴ dan hukum Barat (sipil). Oleh karena itu, beralasan penilaian Daniel S. Lev yang menyatakan bahwa sistem hukum Indonesia merupakan satu dari sekian banyak sistem hukum yang lebih rumit di dunia.⁷⁵

Selain problem politis dalam transformasi nilai-nilai Islam ke dalam perundang-undangan negara, kerumitan yang sama juga ditemui dalam intern umat Islam. Hal ini karena pemaknaan terhadap syariat memiliki problem tersendiri, yang mana mazhab pemikiran dan sistem hukum Islam tidak tunggal. Varian dan corak pemikiran dalam menyikapi hubungan hukum Islam dan negara melahirkan tiga persimpangan jalan.⁷⁶ *Pertama*, satu jalan menuju pemberlakuan berasal dari kelompok yang menghendaki hukum Islam dapat berlaku di Indonesia untuk mengatur pemeluknya.⁷⁷

Kedua, satu jalan dari kelompok yang menginginkan adanya kesatuan dan keseragaman hukum. Agama hanya sebagai bahan baku dalam pembentukan hukum nasional.⁷⁸ Paradigma berpikir kelompok ini adalah

⁷³ A. Qodri Azizy, *Hukum Nasional: Eklektisisme Hukum Islam dan Hukum Umum*, (Jakarta: Teraju, 2004), hlm. 138-139.

⁷⁴ Subekti, *Law in Indonesia*, (Jakarta: Yayasan Proklamasi Center for Strategic and International Studies, 1982), hlm.6.

⁷⁵ Daniel S. Lev, *Peradilan Agama Islam di Indonesia Suatu Studi Tentang Landasan Politik Lembaga-lembaga Hukum*, Alih bahasa oleh Zaini Ahmad Noeh, (Jakarta: Intermasa, 1986), hlm. 24.

⁷⁶ Satria Effendi M. Zein, "Ijtihad Sepanjang Sejarah Hukum Islam: Memposisikan K.H. Ali Yafie," dalam Jamal D. Rahman (Ed.), *Wacana Baru Fiqih Sosial 70 Tahun K.H. Ali Yafie*, (Bandung: Mizan, 1997), hlm. 153-156.

⁷⁷ Munawir Sjadzali, *Islam dan Tata Negara: Ajaran, Sejarah dan Pemikiran*, (Jakarta: UI Press, 1993), hlm. 1. Lihat juga M. Din Syamsuddin, *Islam dan Politik Era Orde Baru*, (Jakarta: Logos, 2001), hlm. x.

⁷⁸ Busthanul Arifin, "*Lâ Yanfa' Takallum bi Haqq lâ Nafâdha lah*", Makalah pada Sarasehan Sehari IAIN Syarif Hidayatullah, Jakarta, 10 Pebruari 2000, hlm. 2. Lihat juga Busthanul Arifin, "Menghidupkan Kembali Norma-norma Hukum Islam," Makalah pada seminar di Padang pada tanggal 27 Desember 2002, hlm. 2.

menjaga hubungan yang seimbang antara hukum Islam dan negara. Pada kondisi tertentu dilakukan formalisasi hukum Islam dalam perundang-undangan negara, pada saat yang lain Islam sebagai sumber etika-moral. Perspektif ini disebut *moderat-konstitusional*. Ketiga, simpang jalan lainnya adalah kelompok yang tidak menginginkan berlakunya hukum Islam secara terlembaga dan bahkan ada kecenderungan menyingkirkan hukum Islam.⁷⁹ Kubu pendukung paham ini diwakili sebagian besar non-muslim dan sebagian kecil umat Islam beraliran nasionalis sekuler. Perspektif ini disebut *liberal-sekularistik*.

Menurut J.N.D. Anderson, tiga sikap tersebut menjadi ciri umum dunia Islam dalam penerapan hukum Islam. Tiga sikap ini sejalan dengan sikap masyarakat Indonesia dalam menyikapi hukum Islam dalam negara. Sikap ini jelas tidak dapat dihindari dari polemik dan kepentingan politik dalam menentukan posisi hukum Islam dalam negara. Bahkan, jika dilihat dari teori sosial khususnya *critical theory*, polemik tersebut tidak bisa lepas dari kepentingan politik penguasa, masyarakat, dan elite politik. Oleh karena itu, sebenarnya dibalik pemikiran apa pun, pada hakikatnya implisit atau eksplisit mempunyai kandungan dan implikasi politik.⁸⁰ Perbedaan paradigma pemikiran tersebut terlihat jelas ketika terjadi interaksi antara pusat-pusat kekuasaan (*power points*), baik di tingkat infrastruktur maupun supra-struktur di tengah-tengah masyarakat seperti partai politik, pemerintah, ABRI, ormas keagamaan atau lembaga swadaya masyarakat, masyarakat muslim dan non-muslim serta media massa dalam proses legislasi hukum Islam di Indonesia.

Konfigurasi kekuatan dan kepentingan badan pembuat undang-undang adalah penting karena pembuatan undang-undang modern bukan sekadar

⁷⁹ Satria Effendi M. Zein, "Munawir Sjadzali dan Reaktualisasi Hukum Islam di Indonesia," dalam Muhammad Wahyu Nafis (ed.), *Kontekstualisasi Ajaran Islam 70 Tahun Prof. Dr. H. Munawir Sjadzali, M.A.*, (Jakarta: Paramadina, 1995), hlm. 288-289.

⁸⁰ Jurgen Habermas, *Knowledge and Human Interest*, (Boston: Beacon Press, 2001), hlm. 313. Lihat juga Fahry Ali dan Bahtiar Effendy, *Merambah Jalan Baru Islam Rekonstruksi Pemikiran Islam Masa Orde Baru*, (Bandung: Mizan, 1986), hlm. 9.

merumuskan materi hukum secara baku dan rambu-rambu yuridis, melainkan membuat keputusan politik. Disamping konfigurasi, intervensi dari eksternal maupun internal pemerintahan bahkan kepentingan politik global secara tidak langsung ikut memberikan warna dalam proses pembentukan undang-undang. Intervensi tersebut dilakukan terutama oleh golongan yang memiliki kekuasaan dan kekuatan, baik secara sosial, politik maupun ekonomi.⁸¹ Oleh karena itu, pemahaman terhadap politik hukum Islam dalam konteks bahasan ini berangkat dari asumsi bahwa sesungguhnya hukum Islam bukan sistem hukum matang yang datang dari langit dan terbebas dari dinamika sosial kemasyarakatan. Sebagaimana halnya dengan sistem hukum lain, hukum Islam selain berdimensi *ilahiah*, juga merupakan hasil interaksi manusia dengan kondisi sosial dan politik. Dalam masyarakat Indonesia yang plural, hukum senantiasa hidup dan berkembang sejalan dengan dinamika perkembangan, baik dari sisi sosio-kultural maupun politik.⁸²

Institusi sosial apa pun tidak dapat lepas diri dari pengaruh lingkungan sosial dan politik yang mengitarinya, baik hukum maupun lembaga sosial lain, termasuk hukum Islam dan lembaganya. Begitu pula dalam konteks upaya pengundangan hukum Islam menjadi undang-undang negara⁸³ harus terlebih dahulu memenangkan pertarungan sosial politik, bahkan harus melalui proses politik di lembaga legislatif. Kelompok masyarakat yang dominan dan dekat dengan kekuasaan politik akan terbuka peluang untuk memperoleh kekuasaan dalam menerapkan hukum tertentu sesuai dengan aspirasi dan pemikiran politiknya. Pertarungan dinamika politik inilah yang menyebabkan perubahan produk suatu hukum. Dalam hal ini, penguasa membuat undang-undang yang diciptakan untuk memperkuat kekuasaan,

⁸¹ *Ibid.*

⁸² N.J. Coulson, *A History of Islamic Law*, (Edinburgh: Edinburgh University Press, 1991), hlm. 1.

⁸³ *Ibid.*, hlm. 149

tetapi suatu saat dapat pula menjadi bumerang di mana pada era tertentu dapat memukul balik kekuasaan itu sendiri.⁸⁴

Menurut Yusril Ihza Mahendra, peliknya hubungan hukum dengan kekuasaan terletak pada dua relasi dilematis. Di satu pihak, hukum harus mendasari kekuasaan, sementara di pihak lain kekuasaan itu pula yang menciptakan hukum. Filsafat hukum memang mengajarkan *rechtsidee*, yaitu cita hukum yang harus membimbing arah perumusan nilai-nilai hukum. Cita hukum Indonesia ialah Pancasila, sebagaimana terkandung di dalam pembukaan UUD 1945. Salah satu nilai paling mendasar di dalam cita hukum itu ialah cita tentang keadilan. Artinya, hukum yang diciptakan harus adil bagi semua pihak,⁸⁵ termasuk adil dalam memenuhi aspirasi politik dan hukum yang menjadi kebutuhan sebagian besar masyarakat Indonesia, di antaranya yang beragama Islam.

Kajian ini menambahkan temuan Lucinda Price dalam kajian level islamisasi hukum bahwa mengenai proses transformasi hukum Islam ke dalam perundang-undangan negara dan dalam kehidupan sosial masyarakat dianggap menjadi bagian penting menuju negara Islam melalui lima level. *Pertama*, hukum Islam berlaku pada bidang hukum kekeluargaan seperti perkawinan, perceraian, dan warisan. *Kedua*, hukum Islam berlaku pada bidang ekonomi dan keuangan seperti bank Islam dan zakat. *Ketiga*, hukum Islam berlaku pada praktik-praktik ritual keagamaan seperti kewajiban mengenakan jilbab bagi wanita atau pelarangan secara resmi terhadap hal-hal yang bertentangan dengan ajaran Islam seperti alkohol dan perjudian. *Keempat*, hukum Islam berlaku juga pada penerapan hukum pidana Islam terutama berkenaan dengan jenis-jenis sanksi yang dijatuhkan bagi pelanggarnya. *Kelima*, penggunaan Islam sebagai dasar negara dan sistem pemerintahannya. Kelima level tersebut berlaku secara hierarkis dari

⁸⁴ Phippe Nonet dan Philip Selznick, *Law and Society in Transition: Toward Responsive Law*, (New York: Harper and Row, 1978), hlm. 76.

⁸⁵ Yusril Ihza Mahendra, *Dinamika Tata Negara Indonesia: Kompilasi Aktual Masalah Konstitusi Dewan Perwakilan dan Sistem Kepartaian*, (Jakarta: Gema Insani Press, 1996), hlm. 91.

terendah sampai pada tertinggi. Semakin tinggi level tuntutan penerapan hukum Islam, semakin dekat menuju gagasan negara Islam.⁸⁶

Dengan kata lain, semakin tinggi level tuntutan penerapan hukum Islam, semakin dekat menuju bentuk negara Islam. Penilaian ini bersifat apriori-hipotetis dan skeptis karena pemberlakuan hukum Islam harus merujuk pada konstitusi negara, Pancasila, Negara Kesatuan Republik Indonesia (NKRI), serta Pembukaan (*Preamble*) UUD 1945 sebagai bentuk final dari komitmen kebangsaan umat Islam Indonesia khususnya dan bangsa Indonesia pada umumnya.

Oleh karena itu, pembuatan hukum dan penerapan hukum harus pandai membaca dan menganalisis realitas sosial mengingat hukum bukan hanya sebagai formalisasi dan konkretisasi perilaku masyarakat dalam bentuk deretan pasal, melainkan pula jiwa masyarakat (*volkgeist*). Selain itu, hukum dibuat bukan untuk penguasa, melainkan rakyat. Hukum sebagai kaidah atau norma sosial tidak lepas dari nilai-nilai yang berlaku dalam suatu masyarakat, bahwa dapat dikatakan bahwa hukum merupakan cerminan dan konkretisasi nilai-nilai yang suatu saat berlaku dalam masyarakat. Artinya, hukum sedikit banyak akan selalu mengikuti tata nilai yang menjadi kesadaran bersama masyarakat tertentu dan berlaku secara efektif dalam mengatur kehidupan mereka. Hal yang sama terjadi juga dalam politik hukum.⁸⁷

Ditegaskan kembali sebagai salah satu faktor yang mempengaruhi budaya dan kesadaran hukum di masyarakat adalah sistem hukum. Sistem hukum perlu dibangun (*law making*) dan ditegakkan (*law enforcing*) sebagaimana mestinya, dimulai dengan konstitusi sebagai hukum yang

⁸⁶ Arskal Salim dan Azyumardi Azra (ed.), *Shari'ah and Politics in Modern Indonesia*, (Singapore: ISEAS, 2003), hlm. 48-75. Lihat juga Arskal Salim, "Syariat Sampai Level Mana?", *Harian Sumut Post*, 12 April 2002. Lihat juga Rusjdi Ali Muhammad, *Revitalisasi Syari'at Islam di Aceh Problem, Solusi dan Implementasi Menuju Pelaksanaan Hukum Islam di Nanggroe Aceh Darussalam*, (Jakarta: Logos dan Ar-Raniry Press, 2003), hlm. 227.

⁸⁷ Soerjono Soekanto, *Pokok-pokok Sosiologi Hukum*, (Jakarta: Raja Grafindo Persada, 1999), hlm. 14.

paling tinggi kedudukannya. Hukum Islam di sini juga berperan penting dalam pergulatan negara hukum Indonesia yang saling bersinergi, yaitu *state law*, *chthonic law*, dan *Islamic law*.

Transformasi nilai-nilai hukum Islam merupakan kewajiban konstitusional negara dalam membangun sistem hukum nasional di Indonesia yang bersumber dari tiga sumber hukum, yakni hukum adat, hukum positif (Belanda), dan hukum Islam. Ketiga subsistem hukum ini merupakan *the living law* bagi masyarakat dan bangsa Indonesia berdasarkan konstitusi negara yang tercermin dalam Pembukaan UUD 1945. Pasal 29 UUD 1945 menyatakan bahwa Indonesia bukan negara agama, tetapi merupakan Republik beragama, yakni negara mengakui agama resmi, yaitu Islam, Katolik, Protestan, Hindu, Kong Hu Cu, dan Budha, bukan negara sekuler. Dalam konteks politik hukum, negara wajib mengangkat nilai-nilai hukum agama-agama yang diakui secara resmi bila memiliki sistem hukum. Tujuannya untuk membangun sistem hukum nasional Indonesia melalui mekanisme konstitusional. Proses transformasi hukum Islam menjadi hukum nasional memiliki kerangka politik hukum. Transformasi nilai-nilai hukum agama ke dalam hukum nasional Indonesia merupakan kewajiban berdasarkan konstitusi negara (*obligation by constitution*) untuk membangun sistem hukum nasional melalui mekanisme konstitusional yang demokratis. Teori ini dibangun berdasarkan argumentasi bahwa secara struktural Undang-undang Dasar 1945 meletakkan posisi agama pada posisi yang tinggi. UUD 1945 mengakui dan menganut ide Ketuhanan Yang Maha Esa dalam kehidupan bermasyarakat, berbangsa, dan bernegara. Ide Ketuhanan Yang Maha Esa tidak saja ditegaskan dalam rumusan Pembukaan UUD secara eksplisit, tetapi juga dengan tegas mencantumkan ide Ketuhanan Yang Maha Esa sebagai sila pertama dan utama dalam rumusan Pancasila.

Negara berkewajiban mengakomodasi seluruh subsistem hukum nasional ke dalam perundang-undangan negara dengan menggunakan tolak

ukur hukum Islam sebagai hukum yang dianut mayoritas masyarakat Indonesia. Perkembangan ke arah adopsi yang semakin luas terhadap sistem hukum Islam bersesuaian dengan dinamika kesadaran hukum masyarakat, dituangkan ke dalam berbagai bentuk peraturan perundang-undangan serta diwujudkan dalam esensi kelembagaan hukum yang dapat dikaitkan pula dengan pertimbangan yang bersifat filosofis dan ketatanegaraan. Apabila dikaitkan dengan pemahaman konsep *theistic democracy* berdasarkan atas hukum ataupun konsep *divine nomocracy* yang demokratis, berhubungan erat dengan penafsiran inovatif terhadap al-Qur'an yang mewajibkan ketaatan kepada Allah, Rasulullah, dan *ulul amr* (Q.s. an-Nisâ'[4]: 59). Oleh karena itu, konsep parlemen dalam pengertian modern dapat diterima dalam kerangka pemikiran hukum Islam, melalui nilai-nilai hukum Islam yang diberlakukan dengan dukungan otoritas kekuasaan umum, yaitu melalui pelembagaannya menjadi peraturan perundang-undangan negara.

Secara akademik, mempunyai dasar pijakan yang kuat. *Pertama*, adanya jaminan terhadap hukum agama dalam UUD 1945. *Kedua*, umat Islam Indonesia terbesar di dunia sehingga Indonesia sering disebut negara muslim dan bangsa muslim. *Ketiga*, hukum Islam sebagai *the living law* adalah salah satu subsistem hukum nasional dan bernegara telah menunjukkan semakin kuatnya peran Islam di ruang publik (*public sphere*) dalam membangun tata hukum nasional.

Selanjutnya *Keempat*, iklim politik dan demokrasi di Indonesia telah memberi ruang gerak bagi transformasi hukum Islam karena sebagian besar lembaga politik didominasi umat Islam. *Kelima*, semakin kaburnya batas pemisah antara nasionalis sekuler dan nasionalis Islam akan memperbesar faktor akomodatif dan memperkecil dimensi konflik menuju transformasi hukum Islam dalam hukum nasional. *Keenam*, perkembangan pemahaman keagamaan yang semakin menuju substantif ajaran dibanding formalistik-legal. *Ketujuh*, perkembangan demokrasi semakin membuka ruang bagi akomodasi dan adopsi hukum Islam dalam peraturan perundang-undangan negara.

Dalam hal ini semakin demokratis suatu pemerintahan, semakin besar pula peluang mengadopsi nilai-nilai agama dalam kehidupan masyarakat berbangsa dan bernegara.

4. Teori Objektivikasi Hukum

Objektivikasi hukum, yakni hukum pidana Islam harus bersifat objektif dengan tidak membedakan suku, budaya, kelompok, dan agama untuk menundukkan diri pada hukum pidana Islam. Dalam objektivikasi, ditawarkan suatu jalan keluar agar nilai-nilai hukum Islam sebagai nilai universal tidak hanya diterima oleh umat Islam, tetapi juga oleh umat agama lain tanpa harus mempermasalahkan asal dari nilai-nilai tersebut. Nilai-nilainya harus diterjemahkan dalam kategori objektif.⁸⁸ Dengan cara objektivikasi, hukum pidana Islam lebih membumi dalam merespons dan menyelesaikan persoalan-persoalan konkret dan riil. Teori objektivikasi hukum di atas adalah upaya konkretisasi hukum pidana Islam di Indonesia, yakni nilai-nilai hukum yang ada diakui keberadaannya oleh seluruh masyarakat, termasuk hukum pidana Islam dapat dijadikan hukum konkret (positif) melalui tahapan proses, formulasi, dan legislasi.⁸⁹ Transplantasi atau difusi hukum dari *western law* (hukum Barat), khususnya *civil law system* ke dalam tata hukum dan tata kehidupan masyarakat Indonesia muncul dalam pengertian ada kombinasi kompleks dan sederhana. *Western law* yang ditransplantasikan disamping *civil law system*, juga berasal dari *common law system*, yang mengalami harmonisasi dalam bentuk konsonansi

⁸⁸ Kuntowijoyo, *Identitas Politik Umat Islam*, (Bandung: Mizan, 1997), hlm. 70-71.

⁸⁹ Adami Khazawi, *Pelajaran Pidana; Stelsel Pidana, Tindak Pidana, Teori-teori Pemidanaan dan Batasan Berlakunya Hukum Pidana*, (Jakarta: PT. Raja Grafindo Persada, 2002), hlm. 70.

maupun disonansi dengan hukum adat atau lokal, hukum Islam, dan nilai-nilai Pancasila.⁹⁰

Sementara itu, berkaitan dengan tindakan/perbuatan dan pelaku hukum, syarat suatu peristiwa dikatakan sebagai peristiwa hukum, jika memenuhi tiga syarat. Ketiganya ialah harus ada suatu perbuatan yang dikerjakan secara sadar, perbuatan harus sesuai dengan deskripsi dalam ketentuan hukum, dan harus terbukti adanya dosa (horizontal) pada pelaku, yaitu pelaku harus dapat mempertanggungjawabkan. Artinya, sebagai subjek hukum (pelaku) telah dapat dinyatakan cakap hukum, sedangkan dosa horizontal biasa disebut sebagai perilaku menyimpang (dari kebiasaan/norma). Sementara itu, perbuatan itu harus berlawanan dengan hukum dan tersedia ancaman hukuman terhadap perbuatan tersebut dalam undang-undang.⁹¹

Dalam hukum pidana Islam, jika dilihat dari berat ringannya hukuman tindak pidana (jarimah/delik) dibagi menjadi tiga macam. *Pertama*, tindak pidana dengan sanksi dominan ditentukan oleh Allah, disebut *jarimah hudud*. *Kedua*, tindak pidana dengan sanksi dominan ditentukan oleh Allah, tetapi haknya lebih ditekankan kepada manusia, disebut *jarimah qisas-diyat*. *Ketiga*, tindak pidana dengan sanksi merupakan kompetensi pemerintah untuk menentukannya, disebut *jarimah ta'zir*.⁹²

Konkretisasi nilai-nilai hukum pidana Islam di Indonesia dapat diberlakukan melalui *ijtihad jama'i* dengan lembaga *ahl al-hall wa al-aqd* yang terdiri berbagai unsur, semisal *al-hay'at al-tasyri'yyah* adalah Majelis Ulama Indonesia (MUI) yang beranggotakan dari NU, Muhammadiyah, PERSIS, MMI, HTI, al-Irsyad, dan lain sebagainya. *Ahl al-ikhtisas* dalam

⁹⁰ Hari Purwadi, Adi Sulistiyono, dan Adriana Grahari Firdausy, "Konsekuensi Transplansi Hukum Terhadap Pancasila Sebagai Norma Dasar dan Hukum Lokal", dalam *Jurnal Yustisia*, Edisi 91 Januari-April 2015, hlm. 55.

⁹¹ S.R. Sianturi, *Asas-asas Hukum Pidana di Indonesia dan Penerapannya*, (Jakarta: PBK.Gunung Mulia, 1996), hlm. 13.

⁹² Ahmad Wardi Muslich, *Pengantar dan Asas Hukum Pidana Islam Fikih Jinayat*, (Jakarta: Sinar Grafika, 2004), hlm. 18.

konteks kekinian adalah Ikatan Cendekiawan Muslim Indonesia (ICMI). *Al-hay'at al-siyasah* (lembaga politik) Dewan Perwakilan Rakyat (DPR), Dewan Perwakilan Daerah (DPD) dan Majelis Permusyawaratan Rakyat (MPR). Ini dilakukan karena lembaga tersebut merupakan tempat bangsa Indonesia melahirkan undang-undang. Umat Islam dapat memanfaatkannya demi terundangkannya nilai-nilai hukum pidana Islam yang bersifat *qada'i* (yuridis). Pelaksanaannya memang membutuhkan legitimasi kekuasaan.

Pembangunan hukum nasional juga tergantung pada kemampuan negara mempengaruhi asimilasi hukum, yang dapat berfungsi menyelesaikan materi antara tradisi hukum yang berbeda dalam masyarakat. Strategi telah bekerja dengan baik dalam proses transplantasi hukum. Namun, berbagai tradisi hukum memiliki potensi konflik sehingga keselarasan diperlukan untuk menjembatani kesenjangan antara hukum. Ini berarti prinsip umum menyatakan bahwa semakin besar kesenjangan antara hukum pokok yang berbeda, semakin sulit mencapai hukum asimilasi dalam kasus-kasus tertentu, dan sebaliknya. Dengan demikian, ada dua metode transplantasi hukum. Pemahaman strategi negara dalam menangani hukum agama yang lebih normatif melalui doktrin agama dengan hukum resmi negara. Dalam proses ini, pemulihan hubungan hukum harus lebih mengandalkan asimilasi akulturasi. Hal ini dapat dilihat dari fakta bahwa konflik hukum biasanya lebih sulit diselesaikan ketika negara telah berusaha melakukan dominasi. Selain itu, sejarah hukum di negara ini telah ditandai oleh tekanan dari kelompok-kelompok Muslim untuk mengaplikasikan semaksimal mungkin ajaran hukum Islam dalam sistem hukum nasional substantif.⁹³

⁹³ Ratno Lukito, *Legal Pluralism in Indonesia: Bridging the Unbridgeable*, (New York: Routledge, 2013), hlm. 200-201.

5. Teori Keseimbangan dalam Pembaharuan Hukum Pidana

Membicarakan ide keseimbangan dalam pembaharuan sistem pidana, akan membahas gagasan dasar, pokok pemikiran, konsep, atau nilai dasar pembaharuan sistem hukum pidana Indonesia. Kajian tentang pokok-pokok pemikiran (ide dasar) penting dilakukan karena membangun atau melakukan pembaharuan hukum (*“law reform”* khususnya *“penal reform”*) yang pada hakikatnya adalah “membangun atau memperbaharui pokok-pokok pemikiran, konsep, atau ide dasar”. Jadi, bukan sekadar memperbaharui atau mengganti perumusan pasal (UU) secara tekstual. Oleh karena itu, penelitian tekstual mengenai Konsep atau RUU KUHP harus didahului atau disertai dengan penelitian konseptual.

Penggunaan pidana sebagai sarana penanggulangan kejahatan dilakukan melalui kebijakan hukum pidana.⁹⁴ Meskipun kebijakan hukum pidana merupakan persoalan yang lazim dilakukan oleh banyak negara, tidak berarti tanpa pertimbangan yang mendasar. Sebelum membahas urgensi pembaharuan hukum pidana, perlu diketahui makna pembaharuan hukum pidana. Apabila direnungkan lebih mendalam, pembaharuan berarti “peningkatan kualitas yang lebih baik *“to make better”*

⁹⁴ Kebijakan menggunakan hukum pidana sebagai salah satu sarana penanggulangan kejahatan dilakukan melalui proses sistematis, yaitu melalui penegakan hukum pidana dalam arti luas, yaitu penegakan hukum pidana dilihat sebagai suatu proses kebijakan, yang pada hakikatnya merupakan penegakan kebijakan yang melewati beberapa tahapan sebagai berikut:

- Tahap formulasi, yaitu tahap penegakan hukum *inabstracto* oleh badan pembuat undang-undang, disebut juga sebagai tahap kebijakan legislatif.
- Tahap aplikasi, yaitu tahap penerapan hukum pidana oleh aparat penegak hukum mulai dari Kepolisian sampai Pengadilan, disebut juga sebagai tahap kebijakan yudikatif.
- Tahap eksekusi, yaitu tahap pelaksanaan hukuman pidana secara konkret oleh aparat-aparat pelaksana pidana. Tahap ini dapat disebut kebijakan eksekutif atau administratif.

Dalam arti yang sempit, tahap kebijakan kedua dan ketiga biasanya disebut sebagai kegiatan penegakan hukum (*Law Enforcement*). Menyangkut pilihan pidana yang digunakan dalam kebijakan formulasi, dari berbagai jenis sanksi pidana yang dikenal dalam hukum pidana. Pidana penjara merupakan jenis sanksi yang paling banyak digunakan dalam perumusan hukum pidana di Indonesia. Bahkan jenis pidana ini boleh dikatakan telah mendunia, karena hampir dapat ditemui di setiap negara. Akan tetapi dalam perkembangannya, banyak kalangan yang mempersoalkan kembali jenis pidana ini. Hal tersebut terutama berkenaan dengan masalah efektivitas serta dampak negatif dari penggunaan pidana penjara. Lihat Muladi, *Kapita Selekta Sistem Peradilan Pidana*, (Semarang: UNDIP, 1995), hlm. 13. Lihat juga Barda Nawawi Arief, *Beberapa Aspek Kebijakan Penegakan dan Pengembangan Hukum Pidana*, (Bandung: Citra Aditya Bakti, 1998), hlm. 115.

dalam peraturan perundangan atau hukum pidana.” Adapun upaya pembaharuan hukum pidana menuju peningkatan kualitas yang lebih baik dapat dilakukan dengan berbagai cara, yaitu *re-evaluasi* (penilaian kembali), *review* (mempelajari kembali), *re-orientasi* (penyesuaian atau peninjauan kembali), *reformasi* (memperbaiki kembali), dan *reformulasi* (memformulasikan). Sebenarnya pembaharuan hukum pidana tidak identik dengan pembaharuan KUHP. Pembaharuan hukum pidana lebih bersifat komprehensif daripada sekadar mengganti KUHP. Pembaharuan hukum pidana meliputi bidang struktur, kultur, dan materi hukum.⁹⁵ Sementara pembaharuan KUHP hanya berarti pembaharuan materi hukum pidana.

Makna dan hakikat pembaharuan hukum pidana tidak dapat dilepaskan dari urgensi diadakannya pembaharuan hukum pidana. Urgensitasnya dapat ditinjau dari aspek sosio-politik, sosio-filosofik, sosio-kultural, atau dari aspek kebijakan (kebijakan sosial, kebijakan kriminal, dan kebijakan penegakan hukum).⁹⁶ Artinya, pembaharuan hukum pidana pada hakikatnya merupakan implementasi dari perubahan dan pembaharuan terhadap berbagai aspek (sosio-politik, sosio-filosofis, sosio-kultural) dan kebijakan yang melatar-belakanginya.⁹⁷ Dengan demikian, pembaharuan hukum pidana merupakan upaya re-evaluasi, reformulasi hukum pidana yang sesuai dengan nilai-nilai sentral sosio politik, sosio filosofis, dan sosio

⁹⁵ Barda Nawawi Arief menyebutkan bahwa tidak ada artinya hukum pidana (KUHP) diganti/diperbaharui, apabila tidak dipersiapkan atau tidak disertai dengan perubahan ilmu hukum pidananya. Dengan kata lain *criminal law reform* atau *legal substance reform* harus disertai pula dengan pembaharuan ilmu pengetahuan tentang hukum pidananya (*legal/criminal science reform*). Bahkan harus disertai pula dengan pembaharuan budaya hukum masyarakat (*legal culture reform*) dan pembaharuan struktur atau perangkat hukumnya (*legal structure reform*). Lihat Barda Nawawi Arief, *Beberapa Aspek Kebijakan Penegakan dan Pengembangan Hukum Pidana*, (Bandung: CitraAditya Bakti, 1998), hlm. 133. Sementara menurut Sudarto, pembaharuan hukum pidana yang menyeluruh harus meliputi pembaharuan hukum pidana material, hukum pidana formal, dan hukum pelaksanaan pidana. Sudarto, *Pembaharuan Hukum Pidana di Indonesia*, salah satu makalah dalam Simposium Pembaharuan Hukum Pidana Nasional, (Jakarta: Bina Cipta, 1986), hlm. 27.

⁹⁶ Barda Nawawi Arief, *Tujuan dan Pedoman Pemidanaan*, (Semarang: Badan Penerbit Universitas Diponegoro, 2009), hlm. 43.

⁹⁷ Barda Nawawi Arief, *Kebijakan Hukum Pidana*, (Jakarta: Kencana Prenada Media Group, 2008), hlm. 25.

kultural masyarakat yang melandasi kebijakan sosial, kriminal, dan penegakan hukum di Indonesia.⁹⁸

Di Indonesia, kebijakan formulasi mengenai “ide keseimbangan” mengundang pertanyaan, yakni apakah selama ini telah sesuai dengan ide dasar bahwa peraturan hukum positif telah dirumuskan dengan baik. Apakah perumusan telah sesuai dengan tujuan utama pemidanaan, yaitu melindungi masyarakat secara keseluruhan.

Implementasi ide keseimbangan dalam tindak pidana didasarkan pada aspek “sumber hukum” (asas legalitas). Sumber hukum selain diasaskan pada legalitas formal (berdasarkan undang-undang), juga pada asas legalitas material dengan memberi tempat kepada “hukum yang hidup dalam masyarakat atau hukum tertulis” (*the living law*). Penetapan sumber atau dasar hukum kepantasan pemidanaan suatu perbuatan, pada konsep KUHP baru bertolak pada pendirian sumber hukum utama adalah undang-undang (hukum tertulis). Jadi, bertolak dari asas legalitas dalam pengertian formal. Hal ini ditegaskan dalam Pasal 1 ayat (1) Konsep. Namun, berbeda dengan asas legalitas yang dirumuskan di dalam KUHP (WvSNI) selama ini, konsep memperluas rumusannya secara “material” menegaskan bahwa ketentuan dalam Pasal 1 ayat (1) tidak mengurangi keberlakuan “hukum yang hidup” di dalam masyarakat. Dengan demikian, keputusan suatu perbuatan mendapatkan pidana berdasarkan sumber hukum tertulis (undang-

⁹⁸ Pendekatan yang dilakukan terhadap pembaharuan hukum pidana ini dilakukan berdasarkan urgensi diadakannya pembaharuan hukum pidana. Singkatnya pendekatan kebijakan terdiri dari; a). Kebijakan sosial yang bertujuan sebagai penyelesaian masalah-masalah sosial, dan dalam rangka mensejahterakan masyarakat; b). Kebijakan kriminal yang berarti melakukan perlindungan masyarakat (*social defence*) (khususnya sebagai upaya penanggulangan kejahatan); c). Kebijakan penegakan hukum dalam rangka mengefektifkan penegakan hukum. Serta dalam hal pendekatan nilai pada dasarnya merupakan pembaharuan hukum pidana terhadap muatan normatif dan substansif. *Ibid.*, hlm. 29-30.

undang) sebagai kriteria/patokan formal yang utama dan hukum tidak tertulis.⁹⁹

Barda Nawawi Arief mengatakan bahwa pembaharuan hukum pidana harus dilakukan dengan pendekatan kebijakan, karena pada hakikatnya hanya merupakan bagian dari suatu langkah kebijakan atau “*policy*” (yaitu bagian dari politik hukum/penegakan hukum, politik hukum pidana, politik kriminal, dan politik sosial).¹⁰⁰ Dalam setiap kebijakan (*policy*) terkandung pula pertimbangan nilai. Oleh karena itu, pembaharuan hukum pidana harus pula berorientasi pada pendekatan nilai. Selanjutnya, ia menyimpulkan sebagai berikut.¹⁰¹

- a. Dilihat dari sudut pendekatan kebijakan:
 - i. Sebagai bagian dari kebijakan sosial, pembaharuan hukum pidana pada hakikatnya merupakan bagian dari upaya mengatasi masalah-masalah sosial (termasuk masalah kemanusiaan) untuk mencapai/menunjang tujuan nasional (kesejahteraan masyarakat, dll).¹⁰²
 - ii. Sebagai bagian dari kebijakan kriminal, pembaharuan hukum pidana pada hakikatnya merupakan bagian dari upaya

⁹⁹ Patut dicatat, bahwa berlakunya hukum yang hidup di dalam masyarakat hanya untuk delik-delik yang tidak ada bandingannya (persamaannya) atau tidak telah diatur di dalam undang-undang. Selengkapnya lihat Barda Nawawi Arief, *Bunga Rampai*, *Op. Cit.*, hlm. 78.

¹⁰⁰ Secara akademis, menurut Muladi, kriminalisasi dan dekriminalisasi harus berpedoman pada hal-hal sebagai berikut: (i) kriminalisasi tidak boleh berkesan menimbulkan *over criminalization* yang masuk kategori *the misuse of criminal sanction*; (ii) kriminalisasi tidak boleh bersifat *ad hoc*; (iii) kriminalisasi harus mengandung unsur korban, baik secara aktual maupun potensial; (iv) kriminalisasi harus mempertimbangkan analisa biaya dan hasil (*cost benefit principle*); (v) kriminalisasi harus memperoleh dukungan publik (*public support*); (vi) kriminalisasi harus menghasilkan peraturan yang *enforceable*; (vii) kriminalisasi harus mengandung unsur *subsosialitiet* (mengakibatkan bahaya bagi masyarakat meskipun kecil sekali; dan (viii) kriminalisasi harus memperhatikan peringatan bahwa setiap peraturan pidana membatasi kebebasan rakyat dan memberikan kemungkinan kepada aparat penegak hukum untuk mengekang kebebasan itu. Lihat Muladi, *Demokrasi, Hak Asasi Manusia, dan Reformasi Hukum di Indonesia*, (Jakarta: The Habibie Center, 2002), hlm. 262.

¹⁰¹ Barda Nawawi Arief, *Bunga Rampai Kebijakan Hukum Pidana*, (Bandung: PT.Citra Aditya Bakti, 1996), hlm. 31.

¹⁰² Barda Nawawi Arief, *Tujuan dan...Op.Cit.*, hlm. 43.

perlindungan masyarakat (khususnya upaya penanggulangan kejahatan).

- iii. Sebagai bagian dari kebijakan penegakan hukum, pembaharuan hukum pidana pada hakikatnya merupakan bagian dari upaya memperbaharui substansi hukum (legal substansi dalam kerangka lebih mengefektifkan penegakan hukum).

- b. Dilihat dari sudut pendekatan nilai:

Pembaharuan hukum pidana pada hakikatnya merupakan upaya melakukan peninjauan dan penilaian kembali (re-orientasi dan re-evaluasi) nilai-nilai sosio-politik, sosio-filosofis, dan sosio-kultural yang melandasi dan memberi isi terhadap muatan normatif dan substantif hukum pidana yang dicita-citakan. Bukanlah pembaharuan (reformasi) hukum pidana, apabila orientasi nilai dari hukum pidana yang dicita-citakan (misi KUHP baru) serupa dengan orientasi nilai dari hukum pidana lama warisan kolonial (KUHP lama atau WvS).¹⁰³

Sementara itu, urgensi pembaharuan KUHP dilihat dari sistem hukum pidana menurut KUHP atau WvS yang berasal dari kolonial Belanda¹⁰⁴ termasuk dalam keluarga hukum *Civil Law System* yang

¹⁰³ Sudarto, *Hukum dan Hukum Pidana*, (Bandung: Alumni, 1981), hlm. 70-71.

¹⁰⁴ KUHP yang berlaku mempunyai nama asli *Wetboek van Strafrecht voor Nederlandsch Indie* (WvSNI) yang diberlakukan di Indonesia pertama kali dengan *Koninklijk Besluit* (Titah Raja) Nomor 33 pada tanggal 15 Oktober 1915 dan mulai diberlakukan sejak tanggal 1 Januari 1918. WvSNI merupakan turunan dari WvS negeri Belanda yang dibuat pada tahun 1881 dan diberlakukan di Negara Belanda pada tahun 1886. Setelah Indonesia menyatakan kemerdekaannya pada tahun 1945, untuk mengisi kekosongan hukum pidana yang diberlakukan di Indonesia maka dengan dasar Pasal II Aturan Peralihan UUD 1945, WvSNI tetap diberlakukan. Pemberlakuan WvSNI menjadi hukum pidana Indonesia menggunakan Undang-undang Nomor 1 Tahun 1946 tentang Peraturan Hukum Pidana Indonesia. Dalam Pasal VI Undang-undang Nomor 1 Tahun 1946 disebutkan bahwa nama *Wetboek van Strafrecht voor Nederlandsch-Indie* diubah menjadi *Wetboek van Strafrecht* dan “dapat disebut Kitab Undang-Undang Hukum Pidana”.

berorientasi pada nilai-nilai individualis dan liberalis.¹⁰⁵ Sistem tersebut tidak sesuai dengan karakter bangsa Indonesia berdasarkan Pancasila yang bersifat religius, humanis, kekeluargaan, dan berkeadilan sosial.¹⁰⁶ Oleh karena itu, untuk memantapkan upaya pembaharuan hukum pidana Indonesia, selayaknya dilakukan kajian perbandingan atau alternatif terhadap konsep atau sistem hukum yang sesuai dengan karakter bangsa Indonesia. Konsep atau sistem hukum tersebut, yaitu kajian terhadap keluarga hukum (*family law*). Konsep atau sistem keluarga hukum merupakan salah satu alternatif karena lebih mendekatkan pada karakteristik masyarakat Indonesia yang bersifat monodualistik dan pluralistik serta berdasarkan nilai-nilai hukum yang hidup di masyarakat, yaitu hukum adat dan hukum agama.¹⁰⁷

Disamping itu, muncul ketidakpuasan, keprihatinan, dan krisis kepercayaan terhadap sistem hukum dan kebijakan hukum yang berlaku di Indonesia. Bahkan, menurut Barda Nawawi Arief, dalam berbagai kongres PBB mengenai *The Prevention of Crime and the Treatment of Offenders* menyatakan bahwa sistem hukum pidana yang selama ini ada di beberapa negara (terutama yang berasal/diimpor dari hukum asing semasa zaman kolonial) pada umumnya bersifat *absolote and unjust* (usang dan tidak adil) serta *outmoded and unreal* (ketinggalan zaman dan tidak sesuai dengan kenyataan). Selanjutnya menurutnya, hal itu dikarenakan sistem hukum tersebut tidak berakar pada nilai-nilai budaya, bahkan ada “diskrepansi” dengan aspirasi masyarakat serta tidak respons terhadap kebutuhan sosial saat ini. Kondisi demikian oleh kongres dinyatakan sebagai faktor kriminogen.¹⁰⁸

¹⁰⁵ Filsafat yang berperan dalam keluarga *Romano Germanic* dan *Common Law* adalah individualis, liberalis, dan hak-hak individu. Lihat Romli Atmasasmita, *Perbandingan Hukum Pidana*, (Bandung: Mandar Maju, 1996), hlm. 34.

¹⁰⁶ Muladi, *Proyeksi Hukum Pidana Materiil Dimasa yang Datang*, Pidato Pengukuhan Guru Besar Ilmu Hukum UNDIP, Semarang, tanggal 24 Februari 1990, hlm. 3.

¹⁰⁷ Barda Nawawi Arief, *Kebijakan Hukum...Op.Cit.*, hlm. 97.

¹⁰⁸ Barda Nawawi Arief, *Kapita Selekta Hukum Pidana*, (Bandung: Citra Aditya Bakti, 2003), hlm. 45.

Dengan pernyataan di atas, menegaskan bahwa KUHP sebagai peraturan perundang-undangan yang berasal dari kolonial Belanda sudah tidak dapat ditoleransi dalam implementasi penegakan hukum. Hal itu dikarenakan telah ketinggalan zaman dan tidak sesuai dengan kenyataan yang ada dan bahkan bersifat kriminogen, artinya dapat menjadi faktor kontribusi untuk terjadinya kejahatan atau tindak pidana. Bahkan, kebijakan pembangunan (termasuk bidang hukum) yang mengabaikan nilai-nilai moral dan kultural serta tidak mengakomodasi aspirasi masyarakat dapat menjadi faktor kriminogen. Dengan demikian, pembaharuan hukum pidana terhadap KUHP urgen untuk dilakukan. Hal ini tidak hanya merupakan suatu kebutuhan, tetapi juga suatu keharusan.

Di atas telah dikemukakan, bahwa pada hakikatnya melakukan pembaharuan hukum pidana tidak hanya sekadar mengubah atau mengganti pasal-pasal secara tekstual, tetapi membangun atau memperbaharui pokok-pokok pemikiran atau konsep dasarnya. Pembaharuan hukum pidana harus dilakukan dengan pendekatan kebijakan dan pendekatan nilai yang menjadi karakter bangsa Indonesia.¹⁰⁹ Adapun beberapa garis besar pokok-pokok pemikiran dalam pembaharuan KUHP, antara lain:¹¹⁰

- a. Di dalam konsep KUHP memuat prinsip monodualistik dan pluralistik yang merupakan karakter bangsa Indonesia, dan dituangkan dalam “ide keseimbangan”, antara lain:¹¹¹

¹⁰⁹ Segala perubahan membawa konsekuensi bahwa isi kehendak itu perlu diubah. Ketentuan-ketentuan hukum positif yang pernah berlaku di Indonesia, seperti *Indische Staatregeling*, *Algemene Bepalingen van Wetgeving*, *Burgerlijk Wetboek*, *Wetboek van Koophandel*, *Wetboek van Strafrecht* dan segala peraturan yang dikeluarkan pada masa penjajahan, dengan adanya proklamasi kemerdekaan menuntut pengantiannya secara tepat dan cepat. Oleh karena itu maka ditetapkan segera landasan tata hukum yang baru, yaitu Undang-undang Dasar 1945. Lihat selanjutnya dalam Moh. Koesnoe, "Pokok Permasalahan Hukum Dewasa Ini", dalam *Pembangunan Hukum dalam Perspektif Politik Hukum Nasional*, (Jakarta: Rajawali, 1986), hlm. 100.

¹¹⁰ *Ibid.*, hlm. 47.

¹¹¹ Widodo, *Sistem Pidana dalam Cyber Crime: Alternatif Ancaman Pidana Kerja Sosial dan Pidana Pengawasan Bagi Pelaku Cyber Crime*, (Yogyakarta, Laksbang Mediatama, 2009), hlm. 270.

- 1) Keseimbangan monodualistik antara kepentingan umum/masyarakat dan kepentingan individu disamping ide perlindungan korban dan ide individualisasi pidana.
 - 2) Keseimbangan antara unsur/faktor objektif (perbuatan lahiriah) dan subjektif (orang/sikap batin).
 - 3) Keseimbangan antara kriteria formal dan materiil.
 - 4) Keseimbangan antara kepastian hukum, kelenturan/elastisitas /fleksibilitas dan keadilan.
- b. Konsep KUHP masih mempertahankan asas legalitas formal [pasal 1 ayat (1)] sebagai dasar bagi penetapan suatu perbuatan dapat dipidana. Namun, dalam pelaksanaannya diimbangi dan diperluas ke perumusan materiil. Keberadaan asas legalitas materiil tersebut, memberi ruang berlakunya hukum yang hidup atau hukum tidak tertulis. Dengan demikian, tidak hanya didasarkan pada sifat melawan hukum formal, tetapi juga melawan hukum materiil atau kepastian hukum secara materiil. Oleh karena itu, masih memerlukan kajian ulang mengenai rambu-rambu yang dijadikan dasar dalam penerapan asas legalitas materiil tersebut.¹¹²
- Adapun dasar penerapan bersumber dari nilai-nilai (prinsip-prinsip) hukum Pancasila (berlandaskan moral relegius, humanis, berorientasi pada nilai persatuan, kerakyatan, dan berkeadilan sosial) dan prinsip-prinsip hukum umum yang diakui oleh masyarakat bangsa-bangsa.
- c. Bertolak dari ide keseimbangan, konsep juga memberi kemungkinan berlaku surutnya undang-undang (retroaktif) yang merupakan penyeimbang dari asas legalitas. Bahkan, dalam asas “retroaktif” menerapkan aturan yang lebih menguntungkan, tidak hanya berlaku

¹¹² Indriyanto Seno Adji, “Perspektif Mahkamah Konstitusi terhadap Perkembangan Hukum Pidana” dalam Adrianus Meliala, et al., *Marjono Reksodiputro: Pengabdian Seorang Guru Besar Hukum Pidana*, (Jakarta: Badan Penerbit FH UI, 2007), hlm. 235.

untuk tersangka/terdakwa sebelum *in kracht*, tetapi juga untuk terpidana setelah mendapatkan keputusan berkekuatan hukum tetap (*in kracht van gewijsde*).¹¹³

- d. Berdasarkan ide keseimbangan, ide perlindungan masyarakat, dan ide pembedaan yang berorientasi pada individualisasi pidana. Untuk itu, konsep menetapkan kebijakan formulasi sebagai berikut.¹¹⁴

- 1) Bertolak dari pemikiran, bahwa sistem hukum pidana merupakan satu kesatuan sistem yang bertujuan (*purposive system*) dan pidana hanya merupakan alat atau sarana untuk mencapai tujuan pembedaan yang bertolak pada keseimbangan 2 (dua) sasaran pokok, yaitu “perlindungan masyarakat” dan “perlindungan/pembinaan individu”.
- 2) Bertolak dari keseimbangan 2 (dua) sasaran pokok tersebut, maka syarat pembedaan menurut konsep juga bertolak dari keseimbangan monodualistik antara kepentingan masyarakat dan kepentingan individu. Oleh karena itu, syarat pembedaan didasarkan pada 2 (dua) pilar atau asas yang fundamental, yaitu “asas legalitas” (yang merupakan asas kemasyarakatan) dan “asas kesalahan atau *culpabilitas*” (yang merupakan asas kemanusiaan individual).

¹¹³ Pasal 4 Rancangan Undang-Undang Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (Konsep 2016).

¹¹⁴ Ketentuan mengenai modifikasi pidana atau penyesuaian dengan perkembangan individu (si terpidana) diatur dalam Pasal 54 yang antara lain menyatakan: (a) Mengingat perkembangan terpidana dan tujuan pembedaan, terhadap setiap putusan pembedaan dan tindakan yang telah memperoleh kekuatan hukum tetap, dapat dilakukan perubahan atau penyesuaian; (b) Perubahan atau penyesuaian tersebut hanya dapat dilakukan atas permohonan terpidana, orang tua, wali atau penasehat hukumnya, atau atas permintaan Jaksa Penuntut Umum atau permintaan Hakim Pengawas; (c) Perubahan atau penyesuaian tersebut tidak boleh lebih berat dari putusan semula dan harus dengan persetujuan terpidana; (d) Perubahan atau penyesuaian tersebut dapat berupa pencabutan atau penghentian sama sekali sisa pidana atas tindakan yang dijatuhkan terdahulu atau dapat berupa penggantian jenis pidana atau tindakan lainnya. Lihat Barda Nawawi Arief, “Sistem Pembedaan dalam Ketentuan Umum Konsep RUU KUHP 2016”, dalam *Bahan Sosialisasi RUU KUHP 2016*, hlm. 16-17.

3) Permasalahan yang berkaitan dengan “Aturan Peralihan” (ATPER) seperti termuat dalam pasal 1 ayat (2) KUHP patut dipermasalahkan, masih dapat dipertahankan atau tidak? Masalah “Aturan Peralihan” (ATPER) sehubungan dengan masa transisi karena adanya perubahan undang-undang ada beberapa alternatif yang dapat dipilih, yaitu:

- a. Yang berlaku adalah “undang-undang lama”
- b. Yang berlaku adalah “undang-undang baru”
- c. Yang berlaku adalah “undang-undang lama” dengan ketentuan “undang-undang baru dapat diterapkan apabila menguntungkan” (gabungan I & III)
- d. Yang berlaku adalah “undang-undang baru” dengan ketentuan, “undang-undang lama dapat diterapkan apabila menguntungkan” (gabungan II & III)

Keempat alternatif di atas, dapat dikelompokkan ke dalam 3 (tiga) model kebijakan formulasi, yaitu:

- a. Kebijakan formulasi Aturan Peralihan (ATPER) yang berorientasi pada ide/nilai “kepastian hukum” (yaitu alternatif I dan II)
- b. Kebijakan formulasi Aturan Peralihan (ATPER) yang berorientasi pada ide/nilai “keadilan” (yaitu alternatif III), dan
- c. Kebijakan formulasi Aturan Peralihan (ATPER) yang berorientasi pada ide/nilai “keseimbangan antara kepastian hukum dan keadilan” (alternatif IV dan V)

Dilihat dari model-model kebijakan formulasi di atas, KUHP atau WvS yang sekarang berlaku di Indonesia (juga diadopsi

oleh Konsep untuk sementara ini), memilih model B (alternatif III). Sekiranya Konsep KUHP baru akan bertolak dari ide “keseimbangan”, model ketiga (sub-C) sepatutnya dapat dikaji dan dipertimbangkan sebagai alternatif untuk melakukan perubahan terhadap pasal 1 ayat (2) KUHP.

- 4) Ide keseimbangan dalam konsep diimplementasikan dalam asas pembedaan yang fundamental (yaitu asas legalitas dan *culpa bilitas*). Namun untuk menghindari kekakuan dari kedua asas yang fundamental tersebut, konsep memberi kemungkinan dalam hal-hal tertentu untuk menerapkan asas “*strict liability*” asas “*vicarious liability*” dan asas pemberian maaf atau ampunan oleh hakim (*rechterlijk pardon* atau *judicial pardon*).
- 5) Kewenangan hakim untuk memberi maaf (*rechterlijk pardon*) dengan tidak menjatuhkan sanksi pidana atau tindakan apapun¹¹⁵ diimbangi pula dengan adanya asas “*culpa in causa*” (atau asas “*actio libera in causa*”) yang dirumuskan dalam pasal 52 konsep 2016, “Seseorang yang melakukan tindak pidana tidak dibebaskan dari pertanggungjawaban pidana berdasarkan alasan penghapusan pidana, jika orang tersebut patut dipersalahkan sebagai penyebab terjadinya keadaan yang dapat menjadi alasan penghapus pidana tersebut”.¹¹⁶ Jadi, kewenangan hakim untuk memaafkan (tidak mempidana) diimbangi dengan

¹¹⁵ Dalam RUU KUHP tahun 2016, penjelasan mengenai ketentuan ini dirumuskan :
Ketentuan dalam ayat ini dikenal dengan asas *rechtelijke pardon* yang member kewenangan kepada hakim untuk member maaf kepada seseorang yang bersalah melakukan tindak pidana yang sifatnya ringan (tidak serius). Pemberiaan maaf ini dicantumkan dalam putusan hakim dan tetap harus dinyatakan bahwa terdakwa terbukti melakukan tindak pidana yang didakwakan kepadanya. Direktorat Jenderal Peraturan Perundang-undangan Kementerian Hukum dan Hak Asasi Manusia, *Rancangan Kitab Undang-undang Hukum Pidana*, penjelasan, 2016, hlm. 24.

¹¹⁶ Dalam rumusan RUU KUHP konsep 2016, Pasal 55 ayat (2) tersebut dirumuskan dengan tegas kata “hakim dapat member maaf”, yaitu dengan rumusan sebagai berikut :

“Jika hakim memandang perlu, sehubungan dengan ringannya perbuatan, keadaan pribadi pembuat, atau keadaan pada waktu dilakukan perbuatan atau yang terjadi kemudian, hakim dapat member maaf kepada si pembuat dengan tidak menjatuhkan pidana atau tindakan apapun dengan mempertimbangkan segi keadilan dan kemanusiaan”.

Lihat Barda Nawawi Arief, *Bunga Rampai Kebijakan Hukum Pidana*....., hlm. 97.

kewenangan untuk tetap mempidana sekalipun ada alasan penghapusan pidana.¹¹⁷

- 6) Bertolak dari ide perlindungan masarakat, konsep tetap mempertahankan jenis-jenis pidana berat, yaitu pidana mati dan penjara seumur hidup. Namun, dalam kebijakan formulasinya mempertimbangkan perlindungan atau kepentingan individu, yaitu dengan diadakannya ketentuan mengenai “penundaan pelaksanaan pidana mati atau pidana mati bersyarat”. Apabila dalam masa percobaan 10 (sepuluh) tahun terpidana menunjukkan sikap terpuji, pidana mati itu dapat diubah menjadi pidana penjara seumur hidup atau penjara 20 (dua puluh) tahun. Demikian pula dengan pidana penjara seumur hidup apabila terpidana telah menjalani pidana minimal 10 (sepuluh) tahun dengan berkelakuan baik, penjara seumur hidup itu dapat diubah menjadi penjara 15 (lima belas) tahun sehingga dimungkinkan terpidana mendapatkan pelepasan bersyarat.¹¹⁸
- 7) Adanya aspek perlindungan korban dan pemulihan keseimbangan nilai yang terganggu di dalam masyarakat. Untuk itu, konsep KUHP menyediakan sanksi tambahan berupa “pembayaran ganti rugi” dan “pemenuhan kewajiban adat”. Jadi, disamping pelaku tindak pidana mendapatkan sanksi pidana, korban atau masyarakat pun mendapatkan perhatian dan santunan dalam sistem pemidanaan.
- 8) Aspek perlindungan masyarakat lainnya di dalam konsep adalah dengan diadakannya ancaman pidana minimal khusus untuk delik-delik tertentu yang dianggap serius. Namun, konsep juga

¹¹⁷ Pemaafan di sini dibedakan dengan alasan pembeda ada alasan pemaaf dalam alasan yang dapat menghapus pidana. Dalam ilmu hukum pidana, alasan pemaaf diberikan karena hapusnya pertanggungjawaban pidana/kesalahan dari pelaku, sedangkan alasan pembeda menghapuskan sifat melawan hukumnya perbuatan.

¹¹⁸ Muladi, *Lembaga Pidana Bersyarat*, (Bandung: Alumni, 2005), hlm. 4.

memberi kemungkinan peringanan terhadap acaman pidana minimal apabila ada alasan-alasan peringanan pidana bagi terpidana.

- 9) Adanya pedoman dan aturan pembedaan, antara lain:
 - a. Walaupun sanksi pidana dirumuskan secara tunggal (bersifat imperatif atau kaku), hakim dapat memilih alternatif pidana lain yang tidak tercantum dalam perumusan delik atau mengenakan pidana secara kumulatif dengan pidana lain.
 - b. Walaupun sanksi pidana dirumuskan secara alternatif, hakim dapat menjatuhkan sanksi pidana secara kumulatif.
 - c. Walaupun sudah ada putusan pembedaan yang berkekuatan hukum tetap, masih dimungkinkan modifikasi, perubahan, penyesuaian, atau peninjauan kembali terhadap putusan tersebut berdasarkan perubahan perundang-undangan atau kebijakan legislatif dan perubahan, perbaikan, atau perkembangan pada diri terpidana.
- 10) Walaupun pada prinsipnya konsep bertolak dari ide keseimbangan, dalam hal ada perbenturan antara kepastian hukum dan keadilan, konsep memberikan pedoman agar dalam mempertimbangkan hukum yang akan diterapkan, hakim sejauh mungkin mengutamakan keadilan di atas kepastian hukum.

Pada paparan di atas dikemukakan bahwa urgensi kontribusi hukum pidana Islam diperlukan sebagai salah satu alternatif atau upaya dalam rangka melakukan pembaharuan hukum pidana (KUHP) yang bersifat nasional. Sehubungan dengan hal itu, tentu memerlukan masukan atau

kajian dari berbagai macam sumber bahan yang salah satu di antaranya berupa nilai-nilai hukum agama.

Salah satu nilai-nilai hukum agama, yaitu hukum Islam, mengingat pada realitasnya Islam merupakan agama yang dipeluk, diyakini, dan diikuti oleh mayoritas penduduk Indonesia. Namun demikian, agar keharusan terakomodasikannya nilai-nilai hukum pidana Islam dalam pembaharuan KUHP tersebut benar-benar memiliki justifikasi dan legitimasi atas dasar kebijakan bukan hanya karena agama mayoritas semata maka perlu pengkajian lebih mendalam.

Kajian mendalam mengenai kedudukan hukum pidana Islam dalam tata hukum nasional Indonesia untuk mengetahui seberapa besar peluang hukum Islam dalam upaya pembaharuan hukum materiil, disamping perlunya kajian komparatif tentang keberadaan hukum pidana Islam. Lebih khusus berkaitan dengan tiga permasalahan mendasar dalam hukum pidana, yaitu tindak pidana, pertanggungjawaban pidana, dan pidana (sanksi).¹¹⁹

Urgensitas kajian komparatif untuk mengungkap dan menemukan asas-asas dan nilai-nilai hukum apakah yang terkandung dalam kaidah-kaidah normatif dari hukum pidana Islam tentang tiga masalah tersebut (tindak pidana, pertanggungjawaban pidana, dan sanksi pidana). Terutama konsep-konsep pemikiran tradisi hukum fikih jinayat selain nash-nash hukum tekstual al-Qur'an atau as-Sunnah yang menggariskan asas-asas atau prinsip hukum pidana Islam yang umumnya bersifat global. Disamping itu, intepretasi yuridis terhadap asas-asas tersebut yang dilakukan oleh para

¹¹⁹ Barda Nawawi Arief, *Pembaharuan Hukum Pidana dalam Perspektif Kajian Perbandingan*, (Bandung: CV Citra Aditya Bakti, 2005), hlm. 12. Dilihat dari sudut dogmatis-normatif, memang materi/substansi atau masalah pokok dari hukum pidana (maksudnya hukum pidana materiil) terletak pada masalah mengenai : a) perbuatan apa yang sepatutnya dipidana; b) syarat apa yang seharusnya dipenuhi untuk mempersalahkan/mempertanggungjawabkan seseorang yang melakukan perbuatan itu; dan c) sanksi (pidana) apa yang sepatutnya dikenakan kepada orang itu. Ketiga materi/masalah pokok itu biasa disebut secara singkat dengan istilah: (1) masalah "tindak pidana"; (2) masalah "kesalahan"; dan (3) masalah "pidana". Barda Nawawi Arief, *Beberapa Aspek Pengembangan Ilmu Hukum Pidana (Menyongsong Generasi Baru Hukum Pidana Indonesia)*, pidato pengukuhan guru besar tetap pada Fakultas Hukum Universitas Diponegoro, Semarang, 25 Juni 1994, hlm. 10.

fuqoha (ahli hukum Islam) melalui lembaga *ijtihad* yang biasa disebut “tradisi hukum fikih jinayat” yang akan memberikan kontribusi dalam hukum pidana materiil.

B. Kerangka Konseptual

Disertasi ini menggunakan pendekatan kebaruan dalam arti bahwa antara teori transformasi, teori *mashlahat*, teori konfigurasi politik hukum, teori objektivikasi hukum, dan teori keseimbangan dalam pembaharuan hukum pidana. Dengan demikian, menghasilkan teori baru karena kelima teori tersebut bila berdiri sendiri-sendiri, masing-masing mempunyai kelemahan. Dimaksudkan untuk melindungi masyarakat dengan mewujudkan ketertiban dan pembedanaan bukan saja untuk masa lalu, melainkan pula untuk masa yang akan datang, menghendaki diterapkannya atas pelaku kejahatan, hukuman bagi tiap-tiap kejahatan yang dilakukan, karenanya pembedanaan harus dapat memberi kepuasan bagi hakim, penjahat, maupun masyarakat.

Studi ini membangun suatu teori baru yang menyatakan bahwa konfigurasi politik demokratis memberi ruang yang luas bagi transformasi hukum Islam ke dalam hukum nasional dengan karakter produk hukum yang responsif. Semakin demokratis suatu negara, akan semakin memperkecil potensi terjadinya konflik di antara nasionalis sekuler (nasionalis religius) dan nasionalis Islam. Sebagai standar untuk mengukur konfigurasi politik demokratis atau otoriter bergantung pada terpenuhinya pilar-pilar demokrasi di tingkat infrastruktur maupun suprastruktur. Untuk mengukur dari segi isi dan sifat suatu produk hukum apakah responsif atau konservatif, dapat lihat dari segi sejauh mana aturan-aturan sejalan dengan hierarki perundang-undangan, sejalan dengan hukum Islam, atau sekurang-kurangnya tidak bertentangan nilai-nilai ajaran Islam atau bertentangan dengan dasar negara, Pancasila, dan UUD 1945.

Transformasi hukum pidana Islam ke dalam hukum pidana di Indonesia tidak memiliki hubungan dengan perjuangan menuju negara Islam atau Islam

sebagai dasar negara. Legislasi hukum Islam menjadi perundang-undangan memiliki kontribusi positif dalam memperkuat komitmen umat Islam terhadap negara kebangsaan Indonesia. Studi ini membantah pendapat yang menyatakan bahwa akomodasi hukum Islam oleh peraturan perundang-undangan merupakan agenda menuju negara Islam. Proses akomodasi hukum Islam tidak perlu dikhawatirkan karena proses tersebut didorong oleh kekuatan Islam kultural. Selain itu, hukum Islam berada pada tataran sumber hukum sehingga pengakomodasian ke dalam perundang-undangan terlebih dahulu mengalami pengujian yang ketat agar selalu sesuai dengan Pancasila dan UUD 1945.

Hal yang relevan untuk diajukan dalam temuan baru studi ini, yakni teori yang mengatakan bahwa, “Negara memiliki kewajiban konstitusional untuk mengakomodasi dan menjadikan hukum pidana Islam sebagai referensi hukum pidana di Indonesia.” Dengan demikian, semua produk perundang-undangan yang dilahirkan oleh negara harus sejalan dengan substansi nilai-nilai universal Islam dan nilai-nilai hukum pidana Islam atau sekurang-kurangnya peraturan perundang-undangan tersebut tidak bertentangan dengan hukum pidana Islam yang diyakini mayoritas masyarakat dan bangsa Indonesia.

Hal yang menjadi perhatian adalah bagaimana pengembangan teori kebaruan ini khususnya pembedaan dalam Islam dapat diberlakukan di Indonesia dengan menetapkan rumusan-rumusan pembedaan sehingga relevan untuk ditetapkan. Masyarakat tidak hanya ingin melihat keadilan diciptakan oleh hukum dan kepentingannya dilayani oleh hukum, tetapi juga menginginkan terdapat peraturan yang menjamin kepastian dalam hubungan mereka satu sama lain. Dengan demikian, hukum dituntut untuk memenuhi berbagai karya yang oleh Gustaf Radbruch disebut sebagai tiga nilai dasar hukum. Tiga nilai dasar meliputi Keadilan, Kegunaan atau Manfaat, dan Kepastian. Ketiga nilai dasar ini mempunyai dasar keabsahannya sendiri-sendiri. Nilai dasar Keadilan, keabsahan berlakunya adalah secara filosofis. Nilai dasar Kegunaan keabsahan berlakunya

adalah secara sosiologis dan Nilai dasar Kepastian keabsahan berlakunya adalah secara yuridis.¹²⁰

Agama bisa menjadi faktor pemersatu, sumber inspirasi sebuah peradaban. Namun pada waktu yang lain, agama juga sering menampilkan wajahnya sebagai faktor pemecah-belah manusia. Hal demikian kemudian melahirkan ketegangan, bahkan konflik antar-pemeluk agama satu dan pemeluk agama lain, sesuatu yang justru bertentangan dengan tujuan agama itu sendiri. Konflik yang berkepanjangan, kemudian memancing pihak lain dalam negara untuk melakukan intervensi dalam mengatur kehidupan keberagamaan warganya.¹²¹

Peraturan perundang-undangan adalah semua hukum dalam arti luas yang dibentuk dengan cara tertentu oleh pejabat berwenang dan dituangkan dalam bentuk tertulis. Dalam arti luas, hukum juga dapat diartikan sebagai putusan hakim, terutama yang sudah berkekuatan hukum tetap dan menjadi yurisprudensi.¹²² Adanya mekanisme pengkajian undang-undang sepintas lalu merupakan kemajuan dalam kehidupan kenegaraan. Sebab selama ini UUD 1945 tidak menyediakan sistem atau mekanisme demikian. Akan tetapi, permasalahannya tidak semudah itu. Pengkajian undang-undang bisa menjadi dilema dan hasilnya dapat bersifat kontraproduktif sehingga justru berbahaya.¹²³

Dalam negara demokrasi Pancasila, nilai-nilai agama diakomodasi dalam pembentukan dan pelaksanaan kehidupan sosial. Pengertian seperti ini merupakan legitimasi regulasi pelaksanaan keagamaan di Indonesia yang secara monumental tertuang dalam Piagam Jakarta dan UUD 1945. Piagam Jakarta secara yuridis normatif menjawab UUD 1945. Keduanya merupakan rangkaian konstitusi yang diberlakukan sebagai dasar implementasi kehidupan beragama dan sistem hukum.

¹²⁰ Satjipto Rahardjo, *Ilmu Hukum*, (Bandung: Citra Aditya Bakti, 2000), hlm. 19.

¹²¹ Rumadi, *Renungan Santri dari Jihad Hingga Wacana Agama*, (Jakarta: Erlangga, 2006), hlm. 250.

¹²² Moh. Mahfud MD, *Konstitusi dan Hukum dalam Kontroversi Isu*, (Jakarta: Rajawali Pers, 2010), hlm. 255.

¹²³ J. Soedjati Djiwandono, "Mahkamah Konstitusi dan Pengkajian Undang-Undang" dalam Abdul Rozak dkk (ed), *Buku Suplemen Pendidikan Kewargaan (Civic Education): Demokrasi Hak Asasi Manusia dan Masyarakat Madani*, (Jakarta: Kencana, 2004), hlm. 67.

Pasal 29 UUD 1945 menjadi dasar bagi kehidupan hukum di bidang keagamaan. Dengan demikian, dapat diciptakan perundang-undangan bagi para pemeluk agama Islam.¹²⁴

Upaya untuk melakukan institusionalisasi atau pelebagaan hukum pidana Islam dalam tata hukum merupakan kebutuhan sejarah perkembangan hukum pidana Islam di Indonesia. Hal ini dilakukan sebagai salah satu strategi pengembangan ajaran Islam yang lebih menyatu dengan karakter dan kebutuhan atas rasa keadilan dan kedamaian dalam kehidupan bermasyarakat. Implementasi-institusionalisasi hukum pidana Islam termanifestasi dari pergulatan hukum dalam upaya perumusan perundang-undangan dan tata hukum. Pemikiran ini mencoba menganalisis perkembangan hukum pidana Islam dalam perspektif sejarah dan yuridis formal dalam tata hukum di Indonesia.

Institusionalisasi atau legislasi adalah upaya yang dilakukan untuk mempositifkan hukum pidana Islam secara nasional di Indonesia. Hukum pidana Islam dalam pengertian ini adalah segala norma hukum yang berasal dari hukum Islam seperti hukum keluarga atau perbankan. Hukum ibadah yang membutuhkan keterlibatan negara dalam mengatur terselenggaranya ritual agama secara lebih baik. Demikian juga dengan sistem hukum publik yang berusaha mengatur dan mencegah pelanggaran yang lebih besar sehingga legislasi hukum publik Islam menjadi salah satu alternatif pelaksanaannya.

Dalam perspektif hukum pidana Islam, hukum positif Indonesia dapat diklasifikasikan ke dalam tiga kelompok menurut Masykuri Abdullah,¹²⁵ yaitu *pertama*, hukum-hukum positif yang sejalan dengan hukum Islam, seperti hukum keluarga dan sebagian besar hukum perdata. *Kedua*, hukum-hukum positif yang tidak bertentangan dengan hukum Islam meski tidak sama persis, seperti hukum tentang pembunuhan dan perampokan. *Ketiga*, hukum-hukum positif yang bertentangan dengan hukum Islam, seperti hukum tentang hubungan seksual tanpa

¹²⁴ Suwandi, "Pembangunan Hukum Perbankan Syari'ah di Indonesia", *Jurnal Ilmiah Fakultas Syari'ah UIN Malang El-Qisth*, Volume 3, Nomor 1, September 2006, hlm. 155.

¹²⁵ Masykuri Abdullah, "Kedudukan Hukum Islam dalam Sistem Hukum Nasional" dalam *Jurnal Jauhar* Vol. 1 No. I Desember 2000, hlm. 51-71.

nikah, minuman keras, dan perjudian yang pelakunya dikenakan hukuman hanya jika merusak atau mengganggu orang lain.

Padmo Wahjono mencatat bahwa mengfungsikan hukum Islam dalam pembangunan hukum nasional mempunyai dua bentuk. *Pertama*, mengfungsikan hukum Islam sebagai hukum positif yang berlaku hanya bagi pemeluk Islam. *Kedua*, mengfungsikan hukum Islam melalui ekspresi nilai-nilai atau prinsip-prinsip hukum Islam yang akan berlaku tidak hanya bagi kaum muslim, tetapi juga bagi semua warga negara.¹²⁶

Hukum Islam adalah hukum yang berlaku dan menyatu dengan kenyataan, meskipun belum menjadi penyelesaian resmi secara formal (pemerintahan seperti hukum positif yang berlaku saat ini). Namun secara *de facto* kenyataan berlakunya hukum Islam paralel dengan kesadaran umat Islam dalam kehidupan sehari-hari dalam menyelesaikan berbagai kemelut sosial yang ada.¹²⁷

Memang, dinamika hubungan Islam dan negara menarik untuk disimak dan disinkronkan dengan kebutuhan dan kebuntuan. Kebuntuan dalam penyelesaian politik dan hukum. Secara politik, dinamika perpolitikan nasional sangat kental dengan persoalan kepentingan. Sementara persoalan politis ini tidak akan cepat memberikan jaminan penyelesaian. Perdebatan soal hubungan Islam dan politik sudah lama mewarnai panggung perpolitikan nasional. Fenomena tersebut menyatakan bahwa paradigma lama yang berusaha mengisolasi agama dari politik otomatis bangkrut dan digantikan paradigma baru, yakni hubungan agama dan politik yang saling mempengaruhi.

Menurut peneliti, politik konstitusionalisme merupakan upaya kalangan umat Islam untuk melaksanakan hukum agamanya dalam kehidupan berbangsa

¹²⁶ Padmo Wahjono, "Budaya Hukum Islam dalam Perspektif Pembentukan Hukum di Masa Datang" dalam *Mimbar Hukum*, Nomor 3 Thn. II 1991, hlm. 1-9.

¹²⁷ Proses tersebut juga bisa dilakukan melalui transformasi, yaitu proses dinamika yang mengarahkan kepada pembentukan karakter dan penampilan baru terhadap suatu masalah, transformasi pemikiran adalah timbulnya bentuk baru terhadap suatu hasil pemikiran karena terjadinya dinamika waktu dan sosial. Lihat Umar Syihab, *Hukum Islam dan Transformasi Pemikiran*, (Semarang: Dina Utama, 1996), hlm. 45.

dan bernegara. Sifat ajaran Islam sangat tergantung dari persepsi dan tafsir pemeluknya, sekalipun pola pemahaman dan pemikiran berkaitan dengan pelaksanaan hukum Islam terbelah menjadi tiga arus utama. Akan tetapi, pada prinsipnya adalah implementasi ajaran Islam dalam kehidupan masyarakat muslim.¹²⁸ Apa pun bentuk sistem pemerintahan dan sistem kenegaraan pada hakikatnya adalah nilai-nilai ajaran Islam dapat diimplementasi dalam mengatasi masalah kehidupan sosial.

Aspirasi dalam bidang hukum Islam tidak pernah sirna dan surut dari periode ke periode, selama terjadi ketidakadilan terhadap masyarakat Islam.¹²⁹ Sebab secara politik hukum, umat Islam sering ditindas dan tidak didudukkan secara proporsional dalam peta politik nasional sehingga terjadi gejolak yang terus-menerus. Hipotesis dari realitas tersebut adalah kekuatan Islam yang terabaikan dalam percaturan politik nasional. Meskipun diberi peran, selalu dicurigai akan menghambat modernisasi dan demokratisasi. Kuatnya arus pelaksanaan hukum Islam karena kesadaran masyarakat muslim terhadap ajaran agama. Selain itu, keyakinan dengan melaksanakan ajaran Islam secara murni dan

¹²⁸ Di kalangan umat Islam sampai sekarang terdapat tiga aliran tentang hubungan antara Islam dan ketatanegaraan. *Pertama*, Islam adalah suatu agama yang serba lengkap. Di dalamnya terdapat sistem ketatanegaraan atau politik. *Kedua*, sistem ketanegaraan atau politik Islami yang harus diteladani adalah sistem yang telah dilaksanakan oleh Nabi Muhammad Saw. dan empat *al-Khalifa al Rasyidin*. *Ketiga*, dalam Islam tidak terdapat sistem ketatanegaraan, yang terdapat seperangkat tata nilai etika bagi kehidupan bernegara. Lihat penjelasan Munawir Sjadzali, *Islam dan Tata Negara: Ajaran, Sejarah dan Pemikiran*, (Jakarta: UI Press, 1993), hlm. 1-2.

¹²⁹ Masyarakat Islam adalah suatu komunitas yang menghedaki sebuah tatanan sosial yang tidak hanya bersifat Islami *an sich*, tetapi segala sistem kehidupan masyarakatnya Islam menjadi aturan hukum yang konkret dijalankan dalam kehidupan bermasyarakat, berbangsa, dan bernegara. Sementara masyarakat muslim adalah komunitas muslim yang menghendaki pelaksanaan ajaran Islam secara subtansif, dimana tata kehidupan diatur secara Islami tanpa harus mengedepankan simbol-simbol Islam secara konkret. Masyarakat muslim merupakan tahap dari perkembangan menuju masyarakat Islam. Menurut pendapat Mohammad Daud Ali masyarakat Islam mempunyai ciri-ciri sebagaimana yang disebutkan dalam al-Qur'an dan as-Sunnah. Di antaranya persaudaraan, persamaan, toleransi, *amar ma'ruf nahi munkar*, musyawarah, keadilan, keseimbangan antara kewajiban dan hak antara kepentingan individu dan hak individu, antara kewajiban individu antara kewajiban masyarakat, antara kepentingan individu dengan kepentingan masyarakat. Dengan demikian, cita perjuangan politik termasuk dalam legislasi nasional adalah masyarakat Islam. Sebab masyarakat Islam merupakan kerangka acuan untuk masyarakat muslim. Masyarakat muslim yang ada sekarang harus dikembangkan menuju masyarakat Islam dengan berbagai cara dan upaya. Lihat Mohammad Daud Ali, "Hukum Islam dan Masalahnya di Indonesia" dalam *Mimbar Hukum* No. 31 Thn VII 1997, hlm. 11.

konsekuen akan mewujudkan kesejahteraan yang dicitakan serta diamanahkan dalam konstitusi negara.

Sebagai konsekuensi logis dari negara kebangsaan (*nation-state*), yang mana Islam tidak menjadi dasar negara, tetapi setara dengan agama lain. Islam mendapatkan tempat terhormat dalam konstitusi bahwa Negara Kesatuan Republik Indonesia bukanlah negara sekuler dan bukan negara agama, hukum Islam tidak mungkin dapat secara formal/langsung menjadi sumber otoritatif satu-satunya bagi hukum nasional. Tetapi, hukum Islam, dalam kontestasinya dengan hukum Barat dan hukum adat, dapat menjadi sumber materiil dan persuasif bagi hukum nasional.¹³⁰

Sementara politik konstitusionalisme merupakan gerakan politik yang berupaya memasukkan perangkat ajaran Islam atau hukum Islam dalam konstitusi negara dalam sistem hukum nasional, tanpa adanya perlawanan dan pertentangan dengan hukum positif. Kerangka pikir ini merupakan perjuangan politik sekaligus mendorong gerakan kultural maupun gerakan struktural.¹³¹ Strategi kultural lebih menitikberatkan kepada sosialisasi dan penerapan nilai-nilai Islam secara kultur dalam kehidupan masyarakat Indonesia. Jadi, tanpa harus secara formal melegitimasi dengan simbol Islam secara vulgar. Pendekatan ini lebih bersifat inklusif dan siap berdialog dengan berbagai ideologi yang berbeda. Strategi struktural mengedepankan pencapaian kekuasaan dan distribusinya oleh umat Islam dalam pemerintahan yang sah sehingga segala kebijakan untuk membangun bangsa akan bercorak Islami lebih kuat. Ini karena kebijakan tersebut diambil oleh

¹³⁰ Muchith A Karim (ed.), *Pelaksanaan Hukum Waris di Kalangan Umat Islam Indonesia*, (Jakarta: Badan Litbang Kemenag, 2010), hlm. 1.

¹³¹ Gerakan kultural merupakan satu produk yang diciptakan oleh manusia yang memuat nilai-nilai tertentu. Islam kultural adalah gerakan Islam yang menitik beratkan pada perjuangan Islam non politik seperti gerakan kerakyatan, pemahaman terhadap budaya lokal, pendidikan dan gerakan sosial kemasyarakatan lainnya yang mengambil level di masyarakat. Sedangkan Islam struktural yang berorientasi pada politik dan mencari kekuasaan pada tingkat negara atau "*state*" konotasinya negatif. Lihat M. Amin Abdullah, "Islam Kultural" dalam *Suara Muhammadiyah* No. 18 Th ke-86, 16-30 September 2001, hlm. 10. Islam kultural selanjutnya muncul dalam bentuk sikap yang lebih menunjukkan inklusivitas. Yaitu sikap yang tidak mempermasalahkan bentuk atau simbol dari suatu pengamalan agama, tetapi yang lebih penting tujuan atau misi dari pengamalan tersebut. Lihat Abuddin Nata, *Peta Keragaman Pemikiran Islam di Indonesia*, (Jakarta: Raja Grafindo Persada, 2001), hlm. 177.

pemimpin yang berasal dari kalangan Islam. Kedua pendekatan atau strategi perjuangan politik Islam bisa saling padu dan mengisi kekurangan masing-masing, tanpa ketakutan secara ideologis terhadap dinamika politik masa silam.

Kiprah politik umat Islam masa silam mempunyai pengalaman yang menyedihkan, kalau tidak mau dikatakan sebagai konsesi politik antar-elite negeri.¹³² Ikhtiar untuk mewujudkan tata kehidupan yang lebih harmonis, serta tidak meninggalkan basis agama menjadi cita yang tidak pernah padam. Bagi kalangan Islam, saat ini adalah momentum partisipasi penuh dalam konteks kenegaraan. Sebab, hanya melalui upaya struktur kekuasaan misi sosial dan misi politik bisa dijalankan seiring dan seimbang sehingga terdapat mekanisme saling kontrol dan memberikan evaluasi yang lebih baik untuk mewujudkan cita proklamasi.

Faktor kondisi sosiologis masyarakat mayoritas muslim memberi pengaruh pada setiap penyusunan peraturan perundang-undangan. Hukum Islam memberikan banyak kontribusi terhadap hukum positif. Hal ini dibuktikan dari banyaknya produk perundang-undangan yang dibuat untuk mengatur kehidupan berbangsa dan bernegara oleh pemerintah yang mengacu kepada hukum Islam.¹³³ Segala peraturan-perundangan yang bertentangan dengan hukum Islam akan selalu berhadapan dengan kekuatan massa Islam dan sistem hukumnya. Dengan demikian, RUU yang bertentangan dengan nilai-nilai Islam harus dihapus dari rancangan UU. Hal ini telah terbukti dalam perkembangan RUU Perkawinan 1974¹³⁴ dan RUU Peradilan Anak tahun 1996. RUU keduanya bertentangan dengan hukum Islam, yaitu masalah anak angkat dan perwalian. Rancangan Undang-Undang peradilan anak ditolak karena tidak mengakomodasi kepentingan

¹³² Konfigurasi politik hukum Islam merupakan hasil perbenturan antara kepentingan implementasi (*'amaliyyah*) hukum agama (Islam) dengan kehendak-kehendak sosial-politik dan hukum negara. Masing-masing mempunyai dan berdiri di atas paradigmanya sendiri. Lihat Marzuki Wahid dan Rumadi, *Fiqh Madzhab Negara Kritik Atas Politik Hukum Islam di Indonesia*, (Yogyakarta: LKiS, 2001), hlm. 185.

¹³³ <http://www.umsida.ac.id/hukum-konstitusi-dalam-pandangan-islam.html>. diakses, 26 Maret 2015.

¹³⁴ Ratno Lukito, *Hukum Sakral dan Hukum Sekuler: Studi Tentang Konflik dan Resolusi dalam Sistem Hukum Nasional*, (Jakarta: Pustaka Alvabet, 2008), hlm. 261.

umat Islam dalam menjalankan ajaran agamanya. Perdebatan terjadi dalam lembaga legislatif yang mempunyai otoritas untuk membahas, sedangkan kekuatan umat Islam di luar parlemen juga memberikan kontribusi akan adanya tuntutan maupun aspirasi hukum Islam. Keduanya akan saling menyokong legislasi yang lebih aspiratif.

Oleh karena itu, menurut Moh. Mahfud MD keterlibatan secara aktif dalam proses legislasi sangat penting. Sebab pada kenyataannya hukum merupakan produk politik sehingga politik menjadi sangat independen bahkan determinan atas hukum. Sebagai produk politik, hukum merupakan kristalisasi kehendak-kehendak politik yang saling berinteraksi dan saling bersaing yang kemudian lahir sebagai kesepakatan politik. Apa yang selanjutnya dikenal sebagai hukum dalam arti peraturan umum yang abstrak dan mengikat sebenarnya tidak lain dari hasil pertarungan aspirasi politik.¹³⁵

Maka, secara riil siapa atau kelompok apa yang ingin memasukkan nilai-nilai tertentu dalam suatu produk hukum, dia atau mereka harus mampu menguasai atau meyakinkan pihak legislatif bahwa nilai-nilai itu perlu dan harus dimasukkan dalam produk hukum. Di sinilah agenda hukum Islam akan berhadapan dengan sosialisasi hukum Islam secara nasional sebelum menjadi konsep hukum atau pengkanunan.¹³⁶

Usaha pengkanunan hukum Islam menurut Bustanul Arifin¹³⁷ dengan mengikuti saran Padmo Wahjono mengungkapkan teori pertingkatan hukum. Teori ini terdiri tiga tingkat norma: norma abstrak, norma antara, dan norma konkret. Norma abstrak merupakan nilai-nilai di dalam kitab suci al-Qur'an

¹³⁵ Moh. Mahfud MD, "Politik Hukum: Perbedaan Konsepsi Antara Hukum Barat dan Hukum Islam" dalam *al-Jami'ah*, Nomor 63/VI/1999, hlm. 44.

¹³⁶ Pengkanunan merupakan upaya yang dilakukan untuk mentransformasikan hukum agama menjadi hukum positif dengan mengambil sumber dari doktrin agama yang telah melalui penurunan (*derevasi*), sehingga bahasa yang digunakan bukan lagi bahasa agama secara utuh sebagaimana pengalaman sistem hukum di Arab Saudi, tetapi sudah menjadi bahasa hukum.

¹³⁷ Bustanul Arifin, *Pelebagaan Hukum Islam di Indonesia Akar Sejarah Hambatan dan Prospeknya*, (Jakarta: Gema Insani Press, 1996), hlm. 73. Selanjutnya ikuti pemaparan Taufiq, "Transformasi Hukum Islam dalam Legislasi Nasional" dalam *Mimbar Hukum*, Nomor 49 Thn XI 2000, hlm. 7-25.

(universal dan abadi dan tidak boleh diubah manusia). Norma antara merupakan asas-asas (*principles*) serta pengaturan, hasil kreasi manusia sesuai dengan situasi, kondisi, budaya dan kurun waktu, muncul sebagai peraturan negara, pendapat ulama, pakar atau ilmuwan, kebiasaan. Sementara norma konkret adalah semua (hasil) penerapan dan pelayanan hukum kreasi manusia bukan Nabi, serta hasil penegakan hukum di pengadilan (hukum positif, *living law*).¹³⁸

Selain dalam bentuk peraturan perundang-undangan yang secara nasional diberlakukan, di beberapa daerah juga muncul respons terhadap dinamika masyarakat dan kebutuhannya. Dengan demikian, muncul berbagai bentuk peraturan daerah yang bernuansa syariah.¹³⁹ Peraturan tidak hanya meliputi bidang hukum keluarga atau *al-Ahwal al-Syakhshiyah*, tetapi juga hukum *jinayah* atau pidana.¹⁴⁰ Sementara untuk daerah lain, masih dalam bidang hukum perdata, sedangkan hukum pidana yang berlaku tidak bertentangan dengan nilai-nilai hukum Islam. Adanya Perda yang bernuansa Syariah tidak bertentangan dengan UUD 1945, justru malah memberikan penguatan tentang pentingnya menjaga

¹³⁸ Padmo Wahjono, "Budaya Hukum Islam...", hlm. 8-9.

¹³⁹ Padang Pariaman perda Nomor 2 tahun 2004 tentang Pencegahan, Penindakan dan Pemberantasan Maksiat, Solok Perda Nomor 10 tahun 2001 tentang Wajib Baca al-Qur'an untuk Siswa dan Pengantin, Perda Nomor 6 tahun 2002 tentang Wajib Berbusana Muslim. Sumatera Barat Perda Nomor 11 tahun 2001 tentang Pemberantasan dan Pencegahan Maksiat. Bengkulu Perda Nomor 24 tahun 2000 tentang Pelanggaran Pelacuran. Sumatera Selatan Perda Nomor 13 tahun 2002 tentang Pemberantasan Maksiat. Palembang Perda Nomor 2 tahun 2004 tentang Pemberantasan Pelacuran. Batam Perda Nomor 6 tahun 2002 tentang Ketertiban Sosial (Pelacuran, Pakaian Warga, dan Kumpul Kebo). Depok Raperda Pemberantasan Pelacuran dan Minuman Keras. Kota Tangerang Perda Nomor 8 tahun 2005 tentang Pemberantasan Maksiat. Garut Perda Nomor 6 tahun 2000 tentang Kesusilaan. Cianjur Surat Edaran 29 Agustus 2003 tentang Wajib Berjibab Siswa Sekolah. Indramayu Perda Nomor 7 tahun 1999 tentang Prostitusi. Pamekasan Surat Edaran 450 tahun 2002 tentang Pemberlakuan Syariat Islam. Jember Perda Nomor 14 tahun 2002 tentang Penanganan Pelacuran. Enrekang Perda Nomor 6 tahun 2005 tentang Busana Muslim dan Perda tentang Pancai Baca Tulis al-Qur'an. Gorontalo Perda Nomor 10 tahun 2003 tentang Pencegahan Maksiat. Maros Perda Nomor 15 tahun 2005 tentang Gerakan Bebas Buta Aksara al-Qur'an. Bulukumba Perda Nomor 4 tahun 2003 tentang Baca al-Qur'an Bagi Siswa dan Calon Pengantin (Jawa Pos, 14 Juni 2006).

¹⁴⁰ Beberapa tahun terakhir aspirasi hukum Islam di berbagai daerah, terlihat adanya perkembangan aspirasi hukum Islam yang tercermin dari maraknya wacana, sikap, upaya legislasi, hingga tindakan konkret. Berbagai seminar tentang hukum Islam digelar dengan topik yang beragam, mulai perbankan Islam, pemerintahan Islam, hingga hukum pidana Islam. Lihat Topo Santoso, *Membumikan Hukum Pidana Islam Penegakan Syariat dalam Wacana dan Agenda*, (Bandung: Gema Insani Press, 2003), hlm. 103.

moralitas masyarakat.¹⁴¹ Terdapatnya ajaran Islam yang menjadi substansi dari perda-perda tersebut adalah bagian dari transformasi ajaran kemaslahatan ke dalam sistem hukum nasional berupa hukum positif.

Disamping memperhatikan kelaziman yang berkembang dalam ilmu hukum, keberlakuan pembedaan dalam Islam harus dapat diterima oleh pikiran ilmiah kalangan akademisi hukum. Artinya, berlakunya norma pembedaan dalam Islam harus pula diterima oleh jalan pikiran kalangan akademisi. Dengan demikian, transfer bentuk pembedaan Islam ke dalam hukum pidana Indonesia harus mengikuti prosedur yang berlaku dan didasarkan pada penerimaan masyarakat serta dilegitimasi oleh kekuasaan negara. Selain itu, transfer tersebut tidak bertentangan dengan nilai-nilai Pancasila dan UUD 1945 serta dapat dipertanggungjawabkan secara ilmiah dilihat dari perspektif teori gabungan.

C. Penelitian yang Relevan

Kajian tentang hukum pidana Islam bukanlah suatu yang baru, melainkan sudah banyak dikaji, baik ulama klasik maupun kontemporer. Persoalan yang perlu diperhatikan adalah bagaimana kajian asas-asas hukum pidana Islam dapat memberikan kontribusi pemikiran bagi pembangunan hukum pidana Indonesia.

Kajian kitab klasik hampir semuanya bernuansa normatif, seperti al-Jurjawi, *Hikmah at-Tasyri' wa Falasafatu*,¹⁴² Kitab ini membahas tentang kebijakan Allah dalam membuat suatu aturan hukum, suatu yang diperintahkan pasti bermanfaat besar bagi pelakunya dan jika ditinggalkan akan ada kemadaraman. Sebaliknya, larangan ditetapkan karena ada bahaya jika dilakukan serta jika ditinggalkan ada manfaatnya. Hal ini sangat terkait dengan persoalan hukum pidana yang mengatur tentang larangan dan sanksi.

¹⁴¹ <http://hukum.kompasiana.com/2012/07/11/perda-syari%E2%80%99ah-dan-pluralisme-hukumdi-indonesia/>. Diakses, 26 Maret 2015.

¹⁴² al-Jurjawi, *Hikmah at-Tasyri' wa Falasafatu*, (Beirut: Dar al-Fikr, t.t).

Abdul Qadir 'Awdah, *al-Tasyri' al-Jina'i al-Islami: Muqaranan bi al-Qanun al-Wad'i*,¹⁴³ telah membahas tentang asas-asas hukum pidana Islam dari pengertian, unsur-unsur tindak pidana, sumber-sumber hukum pidana Islam, asas legalitas, retroaktif, delik percobaan, delik penyertaan, pertanggungjawaban pidana, dan masalah hukuman. Kajian hukuman juga tampak sangat tekstual, sekalipun dilatarbelakangi kajian perbandingan antara hukum Islam dengan hukum positif. Kajian dari delik perzinahan sampai pada persoalan delik yang terkait dengan menghilangkan nyawa seseorang. Semua itu didasarkan pada ayat dan hadis serta pendapat fuqaha tanpa mendekonstruksikan pemikiran. Padahal dari pemikiran Abdul Qadir 'Awdah ditemukan kekayaan teori yang terkandung di dalamnya.

Muhammad Abu Zahrah, *al-Jarimah wa al-'Uqubah fi al-Fiqh al-Islami*,¹⁴⁴ membicarakan tentang kriteria jarimah, baik zina, *ariqah*, *hirabah*, *bughat*, *syurb al-khamr*, *riddah*, *qisas diyat*, dan *ta'zir*, ketentuan sanksi serta tujuan hukuman.

Abd al-Khaliq, *al-Jara'im wa al-Darb Baina asy-Syari'ah wa al-Qanun*.¹⁴⁵ Kitab ini membicarakan tentang perbandingan teori hukum positif dan hukum Islam.

Muhammad Syamsudin al-Ramli, *Nihayat al-Muhtaj ila Sharh al-Minhaj fi al-Fiqh 'ala Madhhab al-Imam al-Shafi'i*,¹⁴⁶ hanya dalam bab XI mengkaji persoalan hukum pidana Islam. Isinya norma-norma yang masih *debatable*.

Wahbah az-Zuhaili dalam kitab *al-Fiqh al-Islami wa Adillatuha*¹⁴⁷ memuat kitab *jinayah* pada juz VI, ulasannya tidak berbeda dengan ulama klasik lainnya.

¹⁴³ Abdul Qadir 'Awdah, *al-Tasyri' al-Jina'i al-Islami*, (Beirut: Dar al-Fikr, 1963).

¹⁴⁴ Muhammad Abu Zahrah, *al-Jarimah wa al-'Uqubah fi al-Fiqh al-Islami*, (Beirut: Dar al-Fikr al Arabi, t.t).

¹⁴⁵ Abd al-Khaliq, *al-Jara'im wa al-Darb Baina asy-Syari'ah wa al-Qanun*, (Beirut: Dar al-Fikr, t.t).

¹⁴⁶ Muhammad Syamsudin al-Ramli, *Nihayat al-Muhtaj ila Sharh al-Minhaj fi al-Fiqh 'ala Madhhab al-Imam al-Shafi'i*, (Beirut: Dar Ihya' al-Turath al-'Arabi, 1992).

¹⁴⁷ Wahbah az-Zuhaili, *al-Fiqh al-Islami wa Adillatuha*, (Beirut: Dar al-Fikr, 1992).

Abdullahi Ahmed an-Na'im dengan *Dekonstruksi Syari'ah*-nya,¹⁴⁸ sudah mulai menggagas reaktualisasi hukum pidana Islam dari satu sisi. Sayangnya, buku tersebut tidak berkonsentrasi membahas hukum pidana Islam.

Adapun kajian ilmiah disertasi maupun tesis diantaranya karya. Sabri Samin pada disertasi berjudul *Konsep Pemidanaan dalam Islam dan Kemungkinan Implementasinya di Negara Hukum Indonesia*,¹⁴⁹ sudah mulai mengurai faktor sejarah perkembangan hukum Islam dan efektivitas pemidanaan yang selama ini menjadi pertimbangan untuk menerapkan konsep pemidanaan Islam.

M. Abdul Kholiq pada tesis berjudul, *Kontribusi Hukum Pidana Islam dalam Pembaharuan Hukum Pidana di Indonesia*.¹⁵⁰ Dalam kajian menurut historis maupun yuridis-konstitusional diketahui bahwa eksistensi hukum pidana Islam merupakan bagian tidak terpisahkan dari ajaran agama Islam secara keseluruhan. Hukum pidana Islam memang memiliki prospek atau peluang besar untuk berkontribusi sebagai salah satu bahan bagi pembaharuan hukum pidana nasional (KUHP) Indonesia.

Asmawi pada disertasi berjudul *Teori Mashlahah dan Relevansinya dengan Perundang-undangan Pidana Khusus di Indonesia*¹⁵¹ mengkaji teori *mashlahah* yang ber-relevansi dengan perundang-undangan pidana khusus di Indonesia, yakni Undang-undang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi dan Undang-undang Pemberantasan Tindak Pidana Terorisme. Relevansi yang demikian membawa implikasi bahwa hukum pidana Islam telah mengalami transformasi melalui aplikasi *mashlahah* ke dalam tatanan hukum pidana nasional, yang pada gilirannya mencerminkan integrasi Hukum Agama (Islam) ke dalam Hukum

¹⁴⁸ Abdullahi Ahmed An-Naim, *Dekonstruksi Syariah*, terj. Ahmad Suaedy dan Amiruddin Arrani, (Jakarta: LKiS, 1994).

¹⁴⁹ Sabri Samin, *Konsep Pemidanaan dalam Islam dan Kemungkinan Implementasinya di Negara Hukum Indonesia, Disertasi*, (Jakarta: Sekolah Pascasarjana Universitas Islam Negeri Syarif Hidayatullah, 2007).

¹⁵⁰ M. Abdul Kholiq, *Kontribusi Hukum Pidana Islam dalam Pembaharuan Hukum Pidana di Indonesia, Tesis*, (Semarang: Program Pasca Sarjana Magister Ilmu Hukum Universitas Diponegoro, 2001).

¹⁵¹ Asmawi, *Teori Mashlahah dan Relevansinya dengan Perundang-undangan Pidana Khusus di Indonesia, Disertasi*, (Jakarta: Sekolah Pascasarjana UIN Syarif Hidayatullah, 2009).

Negara. Kesimpulan tersebut didukung bukti-bukti berikut. *Pertama*, aplikasi *mashlahah* telah terbukti dalam aspek kriminalisasi yang terdapat di dalam kedua undang-undang tersebut. *Kedua*, aplikasi *mashlahah* telah terbukti dalam aspek formulasi sanksi pidana yang tertuang di dalam kedua undang-undang tersebut. *Ketiga*, aplikasi *mashlahah* juga telah terbukti dalam konsepsi pertanggungjawaban pidana korporasi yang diatur oleh kedua undang-undang tersebut.

Idi Amin pada tesis berjudul *Kebijakan Formulasi Hukum Pidana terhadap Penanggulangan Delik Agama dalam Rangka Pembaharuan Hukum Pidana Indonesia*.¹⁵² Dalam tesis tersebut dinyatakan bahwa hukum pidana saat ini yang digunakan dalam upaya penanggulangan delik agama adalah Kitab Undang-undang Hukum Pidana (KUHP) mengandung beberapa kelemahan pada substansi pengaturan. Yaitu, delik agama dikategorikan sebagai kejahatan terhadap ketertiban umum dan ada ketidakharmonisan antara status dan penjelasan delik dengan teks atau rumusan delik. Upaya penanggulangan delik agama dalam Konsep KUHP 2005 dirumuskan sebagai tindak pidana terhadap agama dan yang berhubungan dengan agama atau terhadap kehidupan beragama. Formulasi hukum pidana yang akan datang khususnya yang mengatur tentang delik agama seyogianya dirumuskan dengan mempertimbangkan pengintegrasian delik agama dalam Konsep KUHP 2005 dengan mempertimbangkan hal-hal berikut. *Pertama*, harmonisasi materi/substansi tindak pidana. *Kedua*, kebijakan formulasi pertanggung-jawaban pidana. *Ketiga*, kebijakan formulasi sistem pidana dan pemidanaan.

Mardani pada disertasi berjudul *Penyalahgunaan Narkoba dalam Perspektif Hukum Pidana Islam dan Hukum Pidana Nasional*.¹⁵³ Sanksi hukum bagi pelaku penyalahgunaan narkoba adalah *ta'zir*, yaitu hukuman yang mendidik yang

¹⁵² Idi Amin, *Kebijakan Formulasi Hukum Pidana terhadap Penanggulangan Delik Agama dalam Rangka Pembaharuan Hukum Pidana Indonesia*, Tesis, (Semarang: Magister Ilmu Hukum Program Pasca Sarjana Universitas Diponegoro, 2007).

¹⁵³ Mardani, *Penyalahgunaan Narkoba dalam Perspektif Hukum Pidana Islam dan Hukum Pidana Nasional*, Disertasi, (Jakarta: Program Pascasarjana UIN Syarif Hidayatullah, 2004).

dijatuhkan oleh hakim terhadap perbuatan kejahatan atau maksiat yang belum ditentukan hukumannya oleh syariat. Berat atau ringan hukuman *ta'zir* tergantung pada proses pengadilan (otoritas hakim). Oleh karena itu, pemerintah mempunyai wewenang untuk membuat ketentuan-ketentuan hukuman *ta'zir* berupa undang-undang hukum pidana sebagai sumber hukum materiil di pengadilan.

Ali Imron pada disertasi berjudul *Kontribusi Hukum Islam terhadap Pembangunan Hukum Nasional (Studi tentang Konsepsi Taklif dan Mas'uliyat dalam Legislasi Hukum)*.¹⁵⁴ Pertanggungjawaban hukum melekat pada pribadi subjek hukum. Pertanggungjawaban hukum dipahami sebagai keadaan wajib menanggung segala sesuatu akibat dari tindakannya. Apabila terjadi sesuatu boleh dituntut, dipersalahkan, diperkarakan, dan sebagainya, atau sebagai fungsi menerima pembebanan sebagai akibat sikap pihak sendiri atau pihak lain. Pertanggungjawaban dalam hukum Islam dikenal dengan istilah *taklif* dan *mas'uliyat*. Pertanggungjawaban untuk berbuat dan memikul kewajiban menggunakan beberapa kriteria, yaitu *'aqil*, *baligh*, *mumayyiz*, *fahmul mukallaf* dan *ikhtiyar*. Sementara untuk menerima hak seseorang hanya disyaratkan masih mempunyai nyawa, berlaku sejak berwujud janin di dalam rahim dengan mempertimbangkan kemanfaatan, kemaslahatan, dan keadilan. Penilaian terhadap kriteria tersebut menggunakan ciri-ciri fisik dan biologis seseorang.

Jimly Asshiddiqie pada tesis berjudul *Bentuk-bentuk Pidana dalam Tradisi Islam dan Relevansinya bagi Pembaharuan Hukum Pidana di Indonesia*,¹⁵⁵ menekankan pada permasalahan bentuk-bentuk sanksi pidana dalam hukum Islam, baik *hudud*, *qisas-diyat*, maupun *ta'zir* serta bagaimana relevansi bentuk-bentuk pidana tersebut dalam pembaharuan hukum pidana Indonesia. Dengan pendekatan hukum Islam.

¹⁵⁴ Ali Imron, *Kontribusi Hukum Islam terhadap Pembangunan Hukum Nasional (Studi tentang Konsepsi Taklif dan Mas'Uliyyat dalam Legislasi Hukum)*, Disertasi, (Semarang: Program Doktor Ilmu Hukum Universitas Diponegoro, 2008).

¹⁵⁵ Jimly Asshiddiqie, *Bentuk-bentuk Pidana dalam Tradisi Islam dan Relevansinya bagi Pembaharuan Hukum Pidana di Indonesia*, Tesis, (Jakarta: Program Pascasarjana Universitas Indonesia, 1988).

Agus Moh. Najib pada disertasi berjudul, *Pengembangan Metodologi Fikih Indonesia dan Kontribusinya bagi Pembentukan Hukum Nasional*,¹⁵⁶ menyatakan bahwa hukum Islam memberikan kontribusi maksimal terhadap pembinaan dan pembentukan hukum nasional. Pengembangan metodologi pemikiran fikih Indonesia yang berbeda dengan pemikiran hukum Islam lain merupakan pemikiran yang berupaya melakukan kontekstualisasi hukum Islam dengan budaya dan realitas masyarakat Indonesia serta berupaya memformalkan hasil kontekstualisasinya dalam aturan perundang-undangan.

Jailani pada disertasi berjudul *Taqnin Hukum Pidana Islam Studi Legislasi Hukum di Aceh*,¹⁵⁷ menjelaskan proses *Taqnin* hukum pidana Islam di Aceh. Aspek pembahasan terutama aspek hukum yang digolongkan ke dalam pidana Islam, baik program legislasi hukum pidana yang telah diselesaikan dan yang sedang dilegislasikan. Pada tahapan ini, dilakukan penelitian terhadap rancangan *qanun* yang sedang dipersiapkan atau diajukan ke lembaga legislatif dan yang tertunda pengesahannya dengan menelaah penyebab perbedaan pandangan terutama yang berhubungan dengan materi muatan *qanun* pidana (Jinayah).

Oktoberrinsyah pada disertasi berjudul *Hukuman Mati dalam Islam dan Relevansinya dengan Hukum Pidana Indonesia*,¹⁵⁸ memuat kontroversi masyarakat tentang hukuman mati. Pertanyaan yang diajukan, apakah hukuman mati masih layak diterapkan dalam konteks hukum kekinian di Indonesia. Secara detail dijelaskan teori-teori hukum pidana Islam dan dikonsultasikan dengan teori-teori hukum pidana umum. Kemudian, melakukan pengkajian terhadap sejumlah data tentang kajian-kajian dan perdebatan di dalam masyarakat tentang penerapan hukuman mati. Dalam konteks kekinian, hukuman mati dalam perkara-perkara pidana tertentu masih relevan diterapkan di Indonesia. Kategori tindak pidana

¹⁵⁶ Agus Moh. Najib, *Pengembangan Metodologi Fikih Indonesia dan Kontribusinya bagi Pembentukan Hukum Nasional, Disertasi*, (Yogyakarta: Program Pascasarjana UIN Sunan Kalijaga Yogyakarta, 2011).

¹⁵⁷ Jailani, *Taqnin Hukum Pidana Islam Studi Legislasi Hukum di Aceh, Disertasi*, (Banda Aceh: Program Pascasarjana Institut Agama Islam Negeri Ar-Raniry Banda Aceh, 2012).

¹⁵⁸ Oktoberrinsyah, *Hukuman Mati dalam Islam dan Relevansinya dengan Hukum Pidana Indonesia, Disertasi*, (Yogyakarta: Program Pascasarjana UIN Sunan Kalijaga Yogyakarta, 2011).

dengan ancaman hukuman mati yang relevan dengan fikih, *pertama*, tidak pidana yang mengancam HAM (perbuatan dengan disengaja yang mengakibatkan hilangnya nyawa seperti pembunuhan murni, perampokan, pemberontakan, terorisme dll). *Kedua*, tindak pidana yang mengancam kepentingan masyarakat dan negara, yang berdampak lebih buruk dari pembunuhan, seperti tindak pidana korupsi, pengedar, dan bandar narkoba.

Ahmad Bahiej pada disertasi berjudul *Kontruksi Hukum Islam Tentang Kisas-Diyat Terhadap Ancaman Pidana Pembunuhan*,¹⁵⁹ menulis prinsip-prinsip dalam hukum Islam tentang kisas-diyat yang membedakannya dengan sanksi pidana pembunuhan dalam hukum pidana Indonesia. Dikatakan bahwa nilai keadilan, kemanusiaan, kemanfaatan, dan perlindungan masyarakat dalam hukum Islam lebih komprehensif.

Waluyadi pada disertasi berjudul *Perdamaian Dalam Penegakan Hukum Pidana Pada Tingkat Penyidikan Relevasinya dengan Ishlah Menurut Hukum Islam*.¹⁶⁰ Praktik perdamaian dalam penegakan hukum pidana pada tingkat penyidikan tidak diatur dalam undang-undang, tetapi didasarkan pada kesepakatan perdamaian antara korban dan pelaku. Kesepakatan yang meniadakan pemidanaan menunjukkan bahwa hukum bukan hanya undang-undang dan berlakunya fungsi hukum pidana sebagai sarana terakhir/ultimum remidium, yang selama ini terabaikan. Disamping itu juga menunjukkan adanya pengalihan penyelesaian kasus pidana yang selama ini menjadi monopoli lembaga peradilan kepada pelaku dan korban. Perdamaian dalam kasus pidana pada tingkat penyidikan, hanya untuk perkara pidana yang memiliki nilai kerugian relatif kecil, bersifat individu, dan bukan residivis. Model perdamaian pada tingkat penyidikan yang relevan dengan Islam menurut hukum Islam: *Pertama*, perdamaian dalam penyelesaian kasus pidana, bukan sebagai alternatif, melainkan pilihan yang keberadaannya sejajar

¹⁵⁹ Ahmad Bahiej, *Kontruksi Hukum Islam Tentang Kisas-Diyat Terhadap Ancaman Pidana Pembunuhan, Disertasi*, (Yogyakarta: Program Doktor Ilmu Hukum Fakultas Hukum Universitas Gadjah Mada, 2015).

¹⁶⁰ Waluyadi, *Perdamaian Dalam Penegakan Hukum Pidana Pada Tingkat Penyidikan Relevasinya dengan Ishlah Menurut Hukum Islam, Disertasi*, (Sukarta: Program Doktor Ilmu Hukum UNS, 2015).

dengan penyelesaian dengan menggunakan prosedur hukum pidana; *Kedua*, kejahatan yang dimaksud bukan kejahatan yang berakibat terganggunya keamanan dan ketertiban umum; *Ketiga*, bukan pengulangan/residivis; *Keempat*, kejahatan tersebut diatur dalam undang-undang, baik materiil maupun prosedur; *Kelima*, korban mencabut laporan; *Keenam*, adanya pernyataan bersama yang ditandatangani oleh korban, pelaku, saksi dan diketahui oleh penyidik serta menggunakan kop kepolisian; *Ketujuh*, biaya menjadi tanggung jawab pelaku; *Kedelapan*, dalam pelaksanaannya melibatkan penyidik, pelaku korban saksi, tokoh masyarakat dan pihak lain yang dianggap perlu serta melibatkan dan mempertimbangkan pranata sosial, niat, usia, kondisi sosial, tingkat kerugian serta hubungan kekeluargaan; *Kesembilan*, dilakukan pengawasan dalam pelaksanaannya; *Kesepuluh*, pihak yang mengingkari surat pernyataan bersama, menjadi dasar untuk dilakukan proses sesuai prosedur hukum pidana.

Rokhmadi pada disertasi berjudul *Kritik Terhadap Konstruksi Hukum Pidana Islam Pemikiran 'Abd A-Qadir 'Audah*.¹⁶¹ 'Audah mengonstruksi hukum pidana Islam dalam karya monumentalnya *al-Tasyri' al-Jina'i al-Islami: Muqaranan bi al-Qanun al-Wad'i* berdasarkan al-Qur'an, as-Sunnah, *Ijma'* dan *Qiyas* secara tekstualis, bukan melihat jangka panjangnya. 'Audah dipengaruhi oleh kondisi politik Islam pada masanya sehingga faktor sosio-kultural, sosio-politik, dan sosio-keagamaan sangat mempengaruhi keputusannya. Penerapan hukum pidana tidak hanya memahami teks yang ada, tetapi juga harus memahami makna kontekstual yang tersirat dalam nash al-Qur'an. Akan tetapi, jika hukuman *hadd* dan *qisas* dapat memberikan pemaafan tentu akan lebih baik, karena pemaafan lebih baik daripada hukuman.

Hal tersebut tidak jauh berbeda dengan pemikiran Abd Qadir 'Awdah dan Abu Zahra, yaitu masalah jenis tindak pidana dan sanksinya menurut aliran tertentu dalam teologi Islam. Karya Topo Santoso berjudul *Menggagas Hukum*

¹⁶¹ Rokhmadi, *Kritik Terhadap Konstruksi Hukum Pidana Islam Pemikiran 'Abd A-Qadir 'Audah*, Disertasi, (Semarang: Program Pascasarjana UIN Walisongo Semarang, 2016).

*Pidana Islam dan Membumikan Hukum Pidana Islam.*¹⁶² Buku ini membicarakan tentang bagaimana peluang dan tantangan hukum pidana Islam jika diterapkan di Indonesia. Akan tetapi, kajian ini belum menyakinkan publik bagaimana model transformasi pemikiran asas-asas hukum pidana Islam dapat diterapkan di Indonesia.

Adapun penelitian yang terkait dengan pembaharuan hukum pidana di Indonesia, misalnya karya Ahmad Sukarja dengan judul *Posisi Hukum Pidana Islam dalam Peraturan Perundang-undangan dan Konteks Politik Hukum Indonesia.*¹⁶³ Isi penelitian ini mengenai hubungan agama dan negara, kedudukan hukum Islam dalam tata hukum Indonesia serta penerapan teori objektivikasi. Karya lainnya adalah karya Abdul Ghani Abdullah “Eksistensi Hukum Pidana Islam dalam Reformasi Sistem Hukum Nasional”.¹⁶⁴ Isi penelitian ini tentang materi hukum dan sistem penegakan hukum. Kemudian karya Jaenal Aripin dan M. Arskal Salim GP berjudul “Politik Hukum Pidana Islam di Indonesia: Eksistensi, Historis, Kontribusi Fungsional dan Prospek Masa Depan”.¹⁶⁵ Ketiga hasil penelitian tersebut menjelaskan tentang peluang, tantangan dan prospek serta kemungkinan pembaharuan hukum pidana nasional.

Mohamad Nur Kholis Setiawan dkk, tahun 2006 meneliti tentang kontribusi hukum pidana Islam dalam pembentukan hukum nasional melalui penelusuran, pemetaan, dan pengujian respons serta pemikiran Majelis Mujahidin Indonesia (MMI), Hizbut Tahrir Indonesia (HTI), Front Pembela Islam (FPI), Majelis Ulama Indonesia (MUI), Muhammadiyah, Nahdlatul Ulama (NU), Persatuan Islam (PERSIS), Jaringan Islam Liberal (JIL), dan kelompok Post-Tradisional terhadap RUU KUHP tahun 2004. Penelitian ini memaparkan secara deskriptif

¹⁶² Topo Santoso, *Menggagas Hukum Pidana Islam dan Membumikan Hukum Pidana Islam*, (Bandung: Assyamil, 2000).

¹⁶³ Ahmad Sukarja, *Posisi Hukum Pidana Islam dalam Peraturan Perundang-undangan dan Konteks Politik Hukum Indonesia*, (Jakarta: Pustaka Firdaus, 2001).

¹⁶⁴ Abdul Ghani Abdullah “Eksistensi Hukum Pidana Islam dalam Reformasi Sistem Hukum Nasional”. Dalam Jaenal Aripin dan M. Arskal Salim GP, (ed.), *Pidana Islam di Indonesia: Peluang, Prospek, dan Tantangan*, (Jakarta: Pustaka Firdaus, 2001).

¹⁶⁵ Jaenal Aripin dan M. Arskal Salim GP, (ed.), *Pidana Islam di Indonesia: Peluang, Prospek, dan Tantangan*, (Jakarta: Pustaka Firdaus, 2001).

tentang persepsi ormas-ormas Islam tentang RUU KUHP. Kesimpulannya ada tiga karakter pemikiran, yaitu pemikiran radikal, seperti MMI, FPI, HTI. Pemikiran moderat diwakili MUI, NU, Muhammadiyah, dan terakhir pemikiran yang liberal diwakili oleh JIL dan Postrad.¹⁶⁶

Noel J. Coulson, menulis buku berjudul *The History of Islamic Law*.¹⁶⁷ Dalam bab pertama buku ini dibahas tentang keberadaan hukum Islam pada masa pewahyuan al-Qur'an. Coulson mengungkapkan bahwa banyak hukum Islam yang mengadopsi hukum-hukum Arab pra-Islam seperti mahar dan *qisas*. Islam melanjutkan hukum tersebut dengan memodifikasi sistemnya. Pernyataan senada juga dikemukakan oleh Schacht dalam bukunya, *An Introduction to Islamic Law*.¹⁶⁸

Robert Roberts dalam bukunya *The Social Laws of the Qur'an*¹⁶⁹ juga membahas tentang aspek-aspek sosial yang mempengaruhi pembentukan hukum Islam. Kajiannya difokuskan pada hukum yang terkait dengan hubungan perkawinan, perbudakan, kewarisan, pidana, perdagangan, serta makanan dan minuman. Analisisnya dilakukan dengan melihat ayat-ayat al-Qur'an yang terkait dengan permasalahan dan aspek sosial yang mempengaruhinya. Menurut Roberts, penerapan hukum dalam al-Qur'an sangat dipengaruhi oleh situasi sosial masyarakat waktu itu.

Sayed Kidandar Shah Haneef mengulas tentang hukum pembunuhan dalam bukunya berjudul *Homicide in Islam, legal Structure and the Evidence Requirements*.¹⁷⁰ Buku ini mengulas secara khusus tentang jenis pembunuhan dan

¹⁶⁶ Nurkholis Setiawan, dkk., "Kontribusi Hukum Pidana Islam dalam Pembentukan Hukum Nasional [Penelusuran, Pemetaan, dan Pengujian Respons serta Pemikiran Majelis Mujahidin Indonesia (MMI), Hizbut Tahrir Indonesia (HTI), Front Pembela Islam (FPI), Majelis Ulama Indonesia (MUI), Muhammadiyah, Nahdlatul Ulama (NU), Persatuan Islam (Persis), Jaringan Islam Liberal (JIL), dan Kelompok Post-Tradisional terhadap RUU KUHP tahun 2004]", Jakarta: LIPI, 2006.

¹⁶⁷ Noel J. Coulson, *The History Of Islamic Law*, (Edinburgh: Edinburgh University Press, 1964). Diterjemahkan ke dalam bahasa Indonesia dengan judul: *Hukum Islam dalam Perspektif Sejarah*, terj. Hamid Ahmad, (Jakarta: LP3M, 1987).

¹⁶⁸ Joseph G. Schacht, *An Introduction to Islamic Law*, (Oxford: Oxford University Press, 1964).

¹⁶⁹ Robert Roberts, *The Social Laws of the Qoran*, (New Delhi: Kitab Bhavan, 1977).

¹⁷⁰ Sayed Kidandar Shah Haneef, *Homicide in Islam, legal Structure and the Evidence Requirements*, (Kuala Lumpur: A.S. Noordeen, 2000).

prosedur pembuktian. Analisisnya didasarkan pada berbagai pendapat para fuqaha dengan mempertimbangkan kesesuaiannya dengan kondisi modern. Sistematika pembahasan dilakukan secara detail dalam menjelaskan definisi dan implementasi pembunuhan sengaja, semi sengaja, dan tidak sengaja. Bahasannya juga diperluas terhadap pembunuhan akibat kecelakaan lalu lintas, kesalahan medis, hingga akibat kelalaian manusia (*human error*). Sebagaimana judulnya, fokus analisis buku ini adalah dari sisi hukum (legal) dan prosedur pembuktian di pengadilan.

Abdullahi Ahmed an-Na'im dalam bukunya *Islam and the Secular State*¹⁷¹ lebih banyak membahas syariah memiliki masa depan cerah dalam kehidupan publik masyarakat Islam. Namun, an-Naim dengan tegas menolak penerapan syariah yang dipaksakan oleh tangan-tangan negara. Menurutnya, sebagai ajaran suci, syariah haruslah dilaksanakan oleh setiap muslim secara sukarela, karena penerapannya oleh negara secara formal dan paksa, dapat menyebabkan prinsip-prinsip syariah kehilangan otoritas dan nilai kesucian. Oleh karena itu, negara secara kelembagaan harus dipisahkan dari Islam agar syari'at bisa berperan positif dan mencerahkan bagi kehidupan umat Islam itu sendiri.

Rudolph Peters dalam bukunya *Crime and Punishment in Islamic Law; Theory and Practice From the Sixteenth to the Twenty-First Century*,¹⁷² membahas keuntungan dari kodifikasi bagi negara-negara dengan birokrasi sentralistik, seperti akhir abad kesembilan belas Kerajaan Ottoman. Keuntungan yang paling penting adalah kontrol yang lebih besar oleh negara, yaitu kekuasaan legislatif dan eksekutif hukum. Untuk alasan ini hukum pidana Islam telah diperkenalkan oleh undang-undang yang disahkan oleh negara, bukan dengan memberikan wewenang kepada badan doktrin fikih klasik. Kini disadari oleh banyak orang bahwa dengan peminggiran hukum mu'amalah dan hukum pidana Islam dalam masa yang panjang tersebut, justru berdampak pada kebakuan dan anti perubahan dan perkembangan terhadap hukum Islam itu sendiri. Ia seperti

¹⁷¹ Abdullahi Ahmed an-Na'im, *Islam and the Secular State*, (Cambridge: Harvard University Press, 2008).

¹⁷² Rudolph Peters, *Crime and Punishment in Islamic Law; Theory and Practice From the Sixteenth to the Twenty-First Century*, (New York: Cambridge University Press, 2005).

secara intelektual teoretis maupun praktis, tidak lagi bersentuhan dengan perkembangan masyarakat, tetapi tetap hidup dan diyakini oleh umat Islam. Selama ratusan tahun hukum-hukum tersebut teralienasi dari praktik hukum negara dan masyarakat sepanjang masa kolonialisme.

Berikutnya, Clark B. Lombardi mengulas tentang islamisasi konstitusi dalam buku *State Law as Islamic Law in Modern Egypt; The Incorporation of the Shari'a into Egyptian Constitutional Law*.¹⁷³ Ketentuan tentang wajibnya hukum negara konsisten dengan norma syariah semakin banyak diadopsi oleh negara Islam atau berpenduduk mayoritas Muslim dalam beberapa dekade terakhir. Syariah adalah hukum yang mengikat dan semua peraturan perundang-undangan yang bertentangan, tidak dapat diterapkan. Konsep *siyasah shar'iyyah* sebagai dasar teori hukum Islam untuk penggabungan norma syariah ke dalam hukum negara, klause supremasi syariah sebagai sumber penyusunan peraturan perundang-undangan di negara Muslim. Hukum Islam dianggap sebagai *jurist law* karena secara teori dan fakta, sejarah dikembangkan dan dijaga oleh para ahli hukum Islam (*fuqaha*) yang independen dari institusi negara. Hal ini berlaku terutama ketika hukum Islam adalah sebuah *living law* dan tidak ada keraguan terhadap legitimasi para penguasa (Imam atau Khalifah) yang memberlakukan hukum. Jadi, *siyasah shar'iyyah* berarti kebijaksanaan dalam mengatur urusan publik sesuai dengan norma syariah, baik ketika memberlakukan hukum/peraturan ataupun memutuskan perkara di pengadilan.

Konsep *siyasah shar'iyyah* semakin dikembangkan di zaman modern oleh para ahli hukum Islam yang berhaluan modernis. Contohnya Rasyid Ridha, ia menawarkan struktur pemerintahan dan tatanan konstitusional baru yang didasarkan pada norma syariah dan konsultasi intensif dengan para ulama ahli hukum Islam. Dengan ini, negara akan menerapkan hukum yang konsisten dengan prinsip-prinsip ajaran Islam (*the clear scriptural principles*) yang berorientasi kepada kemaslahatan umum. Berdasarkan konsep tradisional dan pendekatan

¹⁷³ Clark B. Lombardi, *State Law as Islamic Law in Modern Egypt; The Incorporation of the Shari'a into Egyptian Constitutional Law*, (Leiden: Koninklijke Brill NV, 2006).

modern terhadap *siyasah syar'iyah*, ada dua aksi penting supaya kebijakan pemerintah di bidang pemberlakuan hukum/peraturan bisa masuk kategori *siyasah syar'iyah*.

Pertama, mengidentifikasi prinsip-prinsip universal dan tujuan syariah melalui analisis tekstual terhadap sumber-sumber utama syariah (al-Qur'an, al-Hadis, dan aturan-aturan yang telah disepakati oleh ulama fikih klasik atau *Ijma'*). Proses identifikasi dilakukan oleh ulama dengan menggunakan metode ijtihad. Langkah ini biasanya diikuti dengan proses pemilihan aturan khusus yang diyakini bisa mencapai tujuan sosial tertentu. *Kedua*, pemberlakuan aturan khusus tersebut menjadi hukum atau peraturan negara. Jika aparat hukum negara berpandangan bahwa aturan khusus ini akan memajukan kesejahteraan umum. Cara lain mereka menyimpulkan melalui proses pembahasan rancangan hukum/peraturan tentang aturan khusus yang diyakini bisa memajukan kesejahteraan umum. Secara teori, *siyasah syar'iyah* menghendaki kerjasama langsung antara ulama dan pemerintah untuk menjamin bahwa produk hukum dan perundang-undangan yang dikeluarkan negara memenuhi unsur legitimasi dari sisi syariah dan kebijakan publik. Secara praksis, tugas ulama untuk menjamin legitimasi produk hukum/peraturan yang dikeluarkan negara dari sisi syariah dapat berupa *negative check* terhadapnya, sepanjang ulama menerima produk hukum/peraturan yang materinya terkait dengan ajaran Islam tersebut.

Berdasarkan *review* terhadap berbagai hasil penelitian sebelumnya, peneliti menyimpulkan bahwa belum ada kajian tentang bagaimana bentuk dan model transformasi hukum pidana Islam dalam konteks keindonesiaan serta implementasi transformasi nilai-nilai hukum pidana Islam dalam upaya pembaharuan dan positivisasi hukum pidana di Indonesia.

D. Definisi Operasional

Ada beberapa istilah kunci di dalam disertasi ini yang perlu peneliti jelaskan secara singkat. *Pertama* adalah istilah transformasi.¹⁷⁴ Transformasi adalah proses dinamika yang mengarah kepada pembaharuan sesuatu peristiwa. *Tajdid* (pembaharuan atau modernisasi) dibenarkan dalam rangka memahami ajaran atau hukum pidana Islam, tetapi tidak boleh melampaui batas, sebab harus dibedakan antara yang boleh diubah dan yang tidak boleh diubah. Artinya, semangat pembaharuan tetap tidak boleh lepas dari semangat tujuan hukum Islam, yakni merealisasi kemaslahatan umat (*li tahqiqi masalih al-ibad*).¹⁷⁵

Pembaharuan dalam Islam merupakan tuntutan, sebab pembaharuan diperlukan untuk mengaktualisasi ajaran-ajaran Islam dengan ketentuan bahwa pembaharuan tidak boleh mengubah nash al-Qur'an dan al-Hadis. Hal yang perlu diperbaharui adalah interpretasi terhadap nash-nash tersebut. Dengan kata lain, nash tidak boleh takluk terhadap perubahan zaman, tetapi pemahaman terhadap nash yang boleh mengikuti perkembangan zaman.¹⁷⁶

Kedua adalah istilah nilai-nilai. Maksud nilai-nilai adalah sesuatu yang berguna dan baik yang dicita-citakan dan dianggap penting oleh masyarakat. Sesuatu dikatakan mempunyai nilai apabila mempunyai/kegunaan, kebenaran, kebaikan, keindahan, dan religiusitas. Selain itu, merupakan ketentuan yang berisi perintah-perintah atau larangan-larangan yang harus dipatuhi warga masyarakat demi terwujudnya nilai-nilai. merupakan suatu hal yang dianggap baik atau buruk bagi kehidupan. Nilai merupakan sesuatu yang abstrak, yang menjadi pedoman bagi kehidupan masyarakat.¹⁷⁷

¹⁷⁴ Transformasi dapat diartikan perubahan atau menjadikan sesuatu berubah, John M. Echols dan Hasan Shadily, *Kamus Inggris-Indonesia*, cet XVIII, (Jakarta: PT Gramedia, 1990), hlm. 601.

¹⁷⁵ Abd Wahab Khalaf, *Ilmu Usul al-Fiqh*, (Kairo: Dar al-Qalam, 1990), hlm. 198.

¹⁷⁶ Umar Shihab, *Transformasi...*, hlm. 40.

¹⁷⁷ Hamzah Ahmad dan Nanda Santoso, *Kamus Lengkap Bahasa Indonesia*, (Surabaya: Fajar Mulya, 1996), hlm. 264.

Ketiga adalah istilah hukum pidana Islam. Maksud dari hukum pidana Islam adalah suatu larangan *syara'*, baik berkaitan dengan agama, akal, jiwa, harta, keturunan atau lainnya.¹⁷⁸ Jika larangan dilanggar, pelaku dapat dikenakan sanksi, baik berupa hukuman *had*, *qisas*, *diyat*, *kaffarah* ataupun hukuman *ta'zir*. Hukum pidana Islam dalam konsep fikih disebut *jinayah*. Para fuqaha sering pula menggunakan istilah *jinayah* dengan sebutan *jarimah*.¹⁷⁹

Keempat adalah istilah pembaharuan hukum pidana. Maksud pembaharuan hukum pidana di sini adalah suatu upaya untuk melakukan reorientasi dan reformasi hukum pidana yang sesuai dengan nilai-nilai sentral sosio-politik, sosio-filosofis, dan sosio-kultural masyarakat Indonesia yang melandasi kebijakan sosial, kebijakan kriminal dan kebijakan penegakan hukum di Indonesia. Pada hakikatnya harus ditempuh dengan pendekatan yang berorientasi pada kebijakan (*policy-oriented approach*) dan sekaligus pada nilai (*value-oriented approach*).¹⁸⁰

Kelima adalah istilah konteks keindonesiaan. Maksud dari konteks keindonesiaan adalah masyarakat Indonesia yang plural, baik agama, adat, bahasa maupun suku dalam lingkup Pancasila dan UUD 1945. Bahkan ketika dihadapkan pada persoalan yang sangat kompleks dalam memahami ajaran Islam terjadi pluralisme pemahaman dan pemikiran tentang Islam itu sendiri di kalangan internal Islam yang kebetulan terdiri dari berbagai organisasi sosial keagamaan.

E. Kerangka Pemikiran

Penelitian tentang transformasi nilai-nilai hukum pidana Islam dalam konteks keindonesiaan melalui beberapa tahap. *Pertama*, kajian terhadap teks hukum yang terkait dengan asas-asas hukum pidana Islam, seperti aturan tindak pidana, pertanggungjawaban pidana, dan pidananya untuk menegakkan kemaslahatan dan prinsip-prinsip *maqasid asy-syari'ah*.

¹⁷⁸ Abd Qadir 'Awdah, *at-Tasyri' al-Jina'i*..., I: 169.

¹⁷⁹ *Ibid.*, hlm. 67.

¹⁸⁰ Syaiful Bakhri, *Hukum Pidana: Perkembangan dan Pertumbuhannya*, (Yogyakarta: Total Media, 2013), hlm. 195.

Kedua, penggalian terhadap nilai universal dan filosofis dari asas-asas hukum pidana Islam berdasarkan teori *mashlahah* dan objektivikasi hukum. Dengan demikian, bentuk dan model transformasi hukum pidana Islam dapat memenuhi harapan hukum pidana baru di Indonesia, tanpa memperdebatkan tentang asal-usul hukumnya.

Ketiga, transformasi hukum pidana Islam dalam konteks keindonesiaan melalui proses berikut ini a) menyakinkan bahwa fikih terkait pada tempat dan masa tertentu. Dengan kata lain, fikih punya sifat lokalitas dan kontekstualitas, b) memformulasikan bahwa hukum pidana Islam dapat dilihat dari sudut pembagiannya kepada yang bersifat *diyani* (ketaatan keagamaan) dan yang bersifat *qada'i* (yuridis). Hukum yang bersifat *qada'i* (yuridis) diputuskan melalui *ijtihad jama'i* dengan lembaga *alh al-hall wa al-aqdnya*.

Alur dan kerangka pemikiran serta tahapan penelitian di atas dapat dilihat melalui bagan di bawah sebagai gambaran *action research* disertasi ini:

