

BAB V

PENERAPAN TRANSFORMASI HUKUM PIDANA ISLAM DALAM UPAYA PEMBAHARUAN HUKUM PIDANA DI INDONESIA

A. Tindak Pidana dalam Hukum Pidana Islam

1. Unsur-unsur Tindak Pidana dalam Islam

Secara singkat dapat dijelaskan bahwa suatu perbuatan dianggap delik (*jarimah*) bila terpenuhi syarat dan rukun. Adapun unsur *jarimah* dapat dikategorikan menjadi dua. *Pertama*, unsur umum. Artinya unsur-unsur yang harus dipenuhi pada setiap *jarimah*. *Kedua*, unsur khusus, artinya unsur-unsur yang harus dipenuhi pada jenis *jarimah* tertentu.¹ Adapun yang termasuk dalam unsur-unsur umum *jarimah*, sebagai berikut.

- a. *Ar-rukn asy-syar'i* (unsur formil = adanya undang-undang atau *nash*). Artinya setiap perbuatan tidak dianggap melawan hukum dan pelakunya tidak dapat dipidana, kecuali adanya *nash* atau undang-undang yang mengatur sebelum perbuatan itu dilakukan. Dalam hukum pidana, masalah ini dikenal dengan istilah asas legalitas, yaitu sesuatu perbuatan tidak dapat dianggap tidak melawan hukum dan pelakunya tidak dapat dikenai, sebelum ada peraturan yang mengundangkannya.² Kaidah yang mengandung unsur ini adalah “tidak ada perbuatan yang dianggap melanggar hukum dan tidak ada hukuman yang menjatuhkan kecuali adanya ketentuan *nash*”.³

¹ Bahnassi, Ahmad Fathi, “Criminal Responsibility in Islamic Law”, dalam M. Cherif Bassiouni (ed)... *The Islamic Criminal Justice System*, (New York: Oceana Publication, 1982), hlm. 110-111.

² KUHP Pasal 1 ayat (1).

³ Abd al-Qadir Awdah, *at-Tasyri' al-Jina'i al-Islami*, Juz I, (Beirut: Dar al-Kitab al-Arabi, t.t), hlm. 121.

- b. *Ar-rukṇ al-madī* (unsur materiil = sifat melawan hukum), artinya tingkah laku seseorang yang membentuk *jarimah*, baik dengan sikap berbuat maupun sikap tidak berbuat.
- c. *Ar-rukṇ al-adabī* (unsur moril, pelakunya *mukallaḥ*). Artinya, pelaku *jarimah* adalah orang yang dapat dimintai pertanggungjawaban pidana terhadap *jarimah* yang diperbuat. Haliman menambahkan bahwa orang yang melakukan tindak pidana dapat disalahkan dan dapat disesalkan, artinya bukan orang gila, bukan anak-anak, dan bukan karena dipaksa atau karena pembelaan diri.⁴

Unsur-unsur umum di atas tidak selamanya terlihat jelas dan terang. Namun, tetap dikemukakan guna mempermudah dalam mengkaji persoalan-persoalan hukum pidana Islam dari sisi kapan peristiwa pidana terjadi.⁵

Kedua, unsur khusus. Unsur khusus adalah suatu syarat yang hanya terdapat pada peristiwa pidana (*jarimah*) tertentu dan membedakan antara jenis *jarimah* satu dengan lainnya. Misalnya pada *jarimah* pencurian, harus terpenuhi unsur-unsur yang berbeda antara *jarimah* pencurian dengan kekerasan. Pada delik pencurian, perbuatan dilakukan dengan cara sembunyi-sembunyi. Barang yang dicuri milik orang lain secara sempurna, ada di tempat penyimpanan, dan barang sudah ada pada penguasaan pihak pencuri. Pencurian tidak dilakukan ketika ada unsur *syubḥat* serta barang yang dicuri mencapai satu *nisab*.⁶ Sementara unsur-unsur khusus yang ada pada *jarimah hirabah* (penyamunan atau pencurian dengan kekerasan), pelakunya harus *mukallaḥ*, membawa senjata, jauh dari keramaian dan menggunakan senjata, dan pengambilan harta dilakukan dengan cara terang-

⁴ Haliman, *Hukum Pidana Islam Menurut Adjaran Ahli Sunnah wal Jama'ah*, (Jakarta: Bulan Bintang: 1968), 48.

⁵ Ahmad Hanafi, *Asas-asas Hukum Pidana Islam*, (Jakarta: Bulan Bintang, 1976), hlm. 36.

⁶ Abu Zahrah, *al-Jarimah wa al-Uqubah fi Fiqh al-Islam*, Juz I, (Mesir: Mustafa Bab al-Halabi wa Awladuhu, t.t), 147.

terangan). Maka *jarimah hirabah* (penyamunan) sering disebut oleh fuqaha dengan istilah *qat'u at-tariq*.

Dengan demikian, dapat disimpulkan bahwa antara unsur umum dan unsur khusus pada *jarimah* ada perbedaan. Unsur umum *jarimah* hanya satu dan sama pada *jarimah*, sedangkan unsur khusus bermacam-macam serta berbeda-beda pada jenis *jarimah*.

2. Jenis-jenis Tindak Pidana dalam Islam

Tindak pidana dalam Islam diklasifikasikan menjadi tiga macam, yaitu *hudud*, *qishas*, *diyat* dan *ta'zir*.⁷ *Hudud* dikatakan sebagai pelanggaran yang hukumannya khusus ditetapkan secara tegas tanpa memberi peluang bagi pertimbangan, baik lembaga, badan hukum, maupun perseorangan. *Qishas diyat* mencakup pelanggaran pembunuhan dan luka-luka dan dikenai hukuman *qishas* atau *diyat*, mengenai *ta'zir* kebijakan hukumnya diserahkan sepenuhnya kepada hakim (penguasa).

1. *Jarimah hudud*

Jarimah hudud,⁸ yaitu perbuatan melanggar hukum yang jenis dan ancaman hukumannya ditentukan oleh *nash*, yaitu hukum *hadd* (hak Allah). Hukuman *hadd* tidak mempunyai batas terendah dan tertinggi serta tidak dapat dihapus oleh perorangan (si korban atau walinya) atau masyarakat yang mewakili (*ulil amri*).

⁷ Abd al-Qadir Awdah, *at-Tasyri' al-Jina'i*....., hlm. 136.

⁸ *Hudud* adalah bentuk *jama'* dari *had*, yang artinya semulanya adalah batas, pada perkembangannya *hudud* diartikan sebagai sanksi pidana yang telah ditentukan dengan pasti oleh *nash* (al-Qur'an dan as-Sunnah). Yang termasuk dalam *jarimah hudud* adalah zina, *qazf*, *sariqah*, *syurb*, *al-khamr*, *bagyu*, *hirabah* dan *riddah*. A. Djazuli, *Fiqh Jinayah; Upaya Menanggulangi Kejahatan dalam Islam*, (Jakarta: PT Raja Grafindo Persada, 2000), hlm. 24. Lihat juga Marsum, *Hukum Pidana Islam*, (Yogyakarta: Fakultas Hukum UII, 1988), hlm. 126.

Jarimah hudud sering diartikan sebagai tindak pidana dengan macam dan sanksinya ditetapkan secara mutlak oleh Allah.⁹ Dengan demikian, manusia tidak berhak menetapkan hukuman yang lain, selain yang ditetapkan berdasarkan kitab Allah. Ketetapan ini sesungguhnya hasil *ijtihad* para ulama terdahulu dengan berbagai pertimbangan. Alasan para *fuqaha* mengklasifikasikan *jarimah hudud* sebagai hak Allah, *Pertama*, karena perbuatan yang disebut secara rinci oleh al-Qur'an sangat mendatangkan kemaslahatan, baik perorangan maupun kolektif.¹⁰ *Kedua*, jenis pidana dan sanksinya secara definitif disebut secara langsung oleh *lafad* yang ada di dalam al-Qur'an, sementara tindak pidana lain tidak.

Kejahatan *hudud* adalah yang paling serius dan berat dalam hukum pidana Islam. Jenis ini merupakan kejahatan terhadap kepentingan publik. Walaupun demikian, bukan berarti tidak mempengaruhi kepentingan pribadi, tetapi terutama berkaitan dengan hak Allah. Kejahatan dalam kategori ini dapat didefinisikan sebagai kejahatan yang diancam dengan hukuman *hadd*, yaitu hukuman yang ditentukan sebagai hak Allah. Dalam definisi ini, hukuman yang ditentukan berarti bahwa, baik kuantitas maupun kualitasnya ditentukan dan tidak mengenal tingkatan.

Hasil *ijtihad* ini diikuti oleh pemikir selanjutnya karena melihat urgensinya ketika ada pembagian *jarimah* berdasarkan berat-ringannya hukuman, yaitu *hudud*, *qishas*, *diyat* dan *ta'zir*. Disebabkan bentuk *ijtihad*, maka penggolongannya pun terjadi perselisihan pendapat. *Jumhur* ulama merumuskan *jarimah hudud* ada tujuh, yaitu zina, *qazf* (tuduhan palsu zina), *sariqah* (pencurian), *hirabah* (perampokan), *riddah* (keluar dari agama Islam), *al-baghy*

⁹ *Ibid.*

¹⁰ *Ibid.*

(pemberontakan), dan *syurb al-khamr* (meminum minuman keras).¹¹ Sementara mazhab Malikiyah hanya memasukkan *jarimah hudud* dalam lima kategori, yaitu zina, *qazf* (tuduhan palsu zina), *sariqah* (pencurian), *hirabah* (perampokan), dan *baghy* (pemberontakan).¹²

2. *Jarimah Qishas Diyat*

Hukuman *jarimah qishas diyat* telah ditentukan batasnya, yakni tidak ada batas terendah dan tertinggi, tetapi menjadi hak perorangan (si korban dan walinya). Hal ini berbeda dengan hukuman *hadd* yang menjadi hak Allah semata. Penerapan hukum *qishas diyat* ada beberapa kemungkinan, misalnya hukum *qishas* bisa berubah menjadi *diyat*, hukuman *diyat* menjadi dimaafkan dan apabila dimafaatkan, hukumannya terhapus.

Qishas diyat adalah suatu kejahatan terhadap jiwa (menghilangkan nyawa) dan anggota badan yang diancam dengan hukuman *qishas* (serupa) atau hukuman *diyat* (ganti rugi) dari si pelaku atau ahlinya kepada si korban atau walinya. Kejahatan yang masuk golongan *qishas diyat* dalam hukum pidana Barat biasa dikenal sebagai tindak pidana terhadap tubuh dan jiwa. Dalam hukum pidana Islam, perbuatan yang termasuk dalam *jarimah qishas-diyat* ada lima, yaitu : *Pertama, qatl al-amd* (pembunuhan dengan sengaja), *Kedua, qatl syibh al-amd* (pembunuhan semi sengaja), *Ketiga, qatl al-khata'* (pembunuhan karena kesalahan), *Keempat, jarh al-amd* (penganiayaan dengan sengaja), dan *Kelima, jarh al-khata'* (penganiayaan karena kealpaan atau kesalahan).¹³

¹¹ *Ibid.*, hlm. 79. Lihat juga As-Sayid Sabiq, *Fiqh as-Sunnah*, Juz II, (Beirut: Dar al-Fikr, 1992), hlm. 302.

¹² Marsum, *Fiqh Jinayah*, (Yogyakarta: Fakultas Hukum UII, 1986), hlm. 86.

¹³ Abd al-Qadir Awdah, *at-Tasyri' al-jina'i*..., juz I, hlm. 79.

Ayat al-Qur'an yang berkaitan dengan tindak pidana pembunuhan antara lain disebutkan dalam Surah al-Baqarah ayat 178-179:

يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلِ ۖ الْحُرُّ بِالْحُرِّ
وَالْعَبْدُ بِالْعَبْدِ ۖ وَالْأُنْثَىٰ بِالْأُنْثَىٰ ۚ فَمَنْ عُفِيَ لَهُ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ
فَاتَّبِعْ بِالْمَعْرُوفِ وَأَدِّ إِلَيْهِ بِإِحْسَنٍ ۚ ذَٰلِكَ تَخْفِيفٌ مِّن رَّبِّكُمْ
وَرَحْمَةٌ ۚ فَمَنِ اعْتَدَىٰ بَعْدَ ذَٰلِكَ فَلَهُ عَذَابٌ أَلِيمٌ ۖ وَلَكُمْ
فِي الْقِصَاصِ حَيَوةٌ ۚ يَأْتُوايَ الْأَلْبَبُ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ ۖ

178. Hai orang-orang yang beriman, diwajibkan atas kamu qishaash berkenaan dengan orang-orang yang dibunuh; orang merdeka dengan orang merdeka, hamba dengan hamba, dan wanita dengan wanita. Maka barangsiapa yang mendapat suatu pema'afan dari saudaranya, hendaklah (yang memaafkan) mengikuti dengan cara yang baik, dan hendaklah (yang diberi maaf) membayar (diat) kepada yang memberi maaf dengan cara yang baik (pula). yang demikian itu adalah suatu keringanan dari Tuhan kamu dan suatu rahmat. Barangsiapa yang melampaui batas sesudah itu, maka baginya siksa yang sangat pedih.¹⁴ 179. Dan dalam qishaash itu ada (jaminan kelangsungan) hidup bagimu, Hai orang-orang yang berakal, supaya kamu bertakwa.¹⁵

Hikmah adanya hukuman *qishas diyat*, sebagaimana dijelaskan oleh al-Jurjawi adalah untuk keberlangsungan hidup manusia di dunia.

¹⁴ *Qishaash* ialah mengambil pembalasan yang sama. *Qishaash* tidak dilakukan, bila yang membunuh mendapat permaafan dari ahli waris yang terbunuh Yaitu, dengan membayar *diyat* (ganti rugi) yang wajar. Pembayaran *diyat* diminta dengan baik, umpamanya dengan tidak mendesak yang membunuh, dan yang membunuh hendaklah membayarnya dengan baik, umpamanya tidak menangguh-nangguhkannya. Bila ahli waris si korban sesudah Tuhan menjelaskan hukum-hukum ini, membunuh yang bukan si pembunuh, atau membunuh si pembunuh setelah menerima *diyat*, maka terhadapnya di dunia diambil *qishaash* dan di akhirat dia mendapat siksa yang pedih.

¹⁵ Q.S. al-Baqarah (2): 178-179.

Oleh karena itu, Islam menghukum orang yang membunuh orang lain. Hukuman ditetapkan pada dasarnya sebagai tindakan preventif supaya manusia tidak gampang saling membunuh yang akan mengakibatkan kekacauan dalam masyarakat. Hukuman bagi pembunuh dalam Islam adalah *qishas* (hukuman mati) atau *diyat* (ganti rugi) berupa harta benda. Hikmah *qishas* dengan hukuman mati adalah untuk menegakkan keadilan di tengah-tengah masyarakat, sebagaimana firman Allah اِنْفُسٌ بِالْاِنْفُسِ (jiwa dibalas jiwa). Hukuman mati bagi *jarimah qishas diyat* juga untuk menghindari kemarahan dan dendam bagi keluarga yang terbunuh. Sebab, apabila tidak dilakukan *qishas* niscaya dendam tersebut akan berkelanjutan dan pada akhirnya akan terjadi saling membunuh antar-keluarga.¹⁶

Sementara hikmah *diyat* (ganti rugi) dengan harta adalah untuk kepentingan kedua belah pihak. Bagi pihak pembunuh, dengan membayar denda secara damai kepada keluarga terbunuh, dia akan merasakan kehidupan baru yang aman. Dia juga akan bertobat di jalan yang benar karena merasakan betapa berharganya kehidupan. Sementara bagi keluarga terbunuh yang menerima denda dengan cara damai akan dapat memanfaatkan harta tersebut untuk kelangsungan hidupnya dan meringankan beban kesedihannya.¹⁷ Inilah makna firman Allah:

وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيٰوةٌ يٰۤاُولٰٓئِىۤىۡ اَلَّا يَلْبَسَ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُوْنَ ﴿١٧٩﴾

179. Dan dalam *qishaash* itu ada (jaminan kelangsungan) hidup bagimu, Hai orang-orang yang berakal, supaya kamu bertakwa.¹⁸

¹⁶ Al-Jurjawi, *Hikmah at-Tasyri' wa Falasafatuhu*, (Beirut: Dar al-Fikr, t.t.), hlm. 346.

¹⁷ *Ibid.*

¹⁸ Q.S. al-Baqarah (2): 179.

Dalam kasus pembunuhan, baik sengaja maupun tidak disengaja berakibat kerugian bagi keluarga terbunuh dari dua sisi. *Pertama*, biasanya mereka kehilangan orang yang mencari nafkah bagi keluarga. *Kedua*, hatinya sangat sedih karena kehilangan orang yang dicintainya. Oleh karena itu, Islam menerapkan *diyat* untuk meringankan beban nafkah keluarga dan meringankan sedikit kesedihan hati pihak yang ditinggalkan.

Keberadaan *diyat* juga dimaksudkan agar pelaku pembunuhan sadar atas kelalaiannya sehingga akan lebih berhati-hati. Dalam konteks masyarakat Arab, bentuk denda berupa unta atau memerdekakan budak. Unta dalam masyarakat Arab memiliki nilai ekonomis yang tinggi sehingga denda berupa unta akan dapat meringankan beban ekonomi keluarga terbunuh atau korban. Sementara itu, pilihan memerdekakan budak dilatarbelakangi bahwa tradisi perbudakan masih sangat kuat di masyarakat Arab dan masyarakat lainnya di dunia, dan Islam datang untuk menghilangkan tradisi perbudakan manusia tersebut.

Pihak yang membayar tidak hanya pembunuh, tetapi juga keluarganya. Kewajiban ini dikarenakan ikatan suku dan kekeluargaan masyarakat Arab sangat kuat. Apabila ada anggota suku atau keluarga terbunuh, anggota keluarga lainnya tidak hanya merasa dendam terhadap si pembunuh tetapi juga keluarga pembunuh. Di samping itu, jika pembunuhan terjadi secara tidak disengaja maka untuk meringankan pembunuh, keluarganya harus membantu.

3. *Jarimah Ta'zir*

a. Pengertian dan Dasar Hukum *Jarimah Ta'zir*

Menurut bahasa, *lafad ta'zir* berasal dari kata *azzara* yang berarti *man'u wa radda* (mencegah dan menolak). *Ta'zir* dapat berarti *addaba* (mendidik) atau *azamu wa waqra* yang artinya mengagungkan dan menghormat.¹⁹ Dari berbagai pengertian, *ta'zir* yang paling relevan adalah *al-man'u wa ar-raddu* (mencegah dan menolak) dan pengertian kedua *ta'dib* (mendidik). Pengertian ini sesuai dengan yang dikemukakan oleh Abdul Qadir Awdah²⁰ dan Wahbah az-Zuhaili. *Ta'zir* diartikan mencegah dan menolak karena dapat mencegah pelaku agar tidak mengulangi perbuatannya. *Ta'zir* diartikan mendidik karena dimaksudkan untuk mendidik dan memperbaiki pelaku agar menyadari perbuatan *jarimah*-nya kemudian meninggalkan dan menghentikannya.

Menurut istilah, sebagaimana diungkapkan oleh al-Mawardi, bahwa maksud *ta'zir* adalah hukuman yang bersifat pendidikan atas perbuatan dosa (maksiat) yang bentuknya belum ditetapkan oleh *syara'*.²¹ *Ta'zir* hukumannya ditetapkan oleh Pemerintah. Meskipun bersifat pendidikan atas perbuatan dosa (maksiat), hukuman *ta'zir* bisa lebih berat dari hukuman *jarimah hudud*. Sebab, maksud mendidik di sini bukan sekadar memperingatkan, melainkan hukuman yang mampu memberikan pendidikan kepada orang lain untuk tidak melakukan kejahatan serupa. Sementara Wahbah az-Zuhaili memberikan definisi yang mirip dengan definisi al-Mawardi:

¹⁹ Ibrahim Unais, *al-Mu'jam al-Wasit*, (Mesir: Dar at-Turas al-Arabi, t.t.), hlm. 598.

²⁰ Abd. Qadir Awdah, *at-Tasyri'*, hlm. 81.

²¹ Al-Mawardi, *al-Ahkam al-Sultaniyyah*, (Beirut: Dar al-Fikr, 1966), hlm. 236.

وَهُوَ شَرْعًا : الْعُقُوبَةُ الْمَشْرُوعَةُ عَلَى مَعْصِيَةٍ أَوْ جُنَايَةٍ لَا حَدَّ فِيهَا وَلَا كَفَّارَةً

*Ta'zir menurut syara' adalah hukuman yang ditetapkan atas perbuatan maksiat atau jarimah yang tidak dikarenakan hadd tidak pula kaffarat.*²²

Dengan demikian, hukuman *jarimah ta'zir* diserahkan kepada hakim atau penguasa. Hakim dalam hal ini diberi kewenangan untuk menjatuhkan hukuman bagi pelaku *jarimah ta'zir*.²³ Dari definisi-definisi yang dikemukakan di atas, jelaslah bahwa *ta'zir* adalah suatu istilah untuk hukuman atas *jarimah-jarimah* yang hukumannya belum ditetapkan oleh *syara'*.²⁴

Dari definisi tersebut juga dapat dipahami bahwa *jarimah ta'zir* terdiri atas perbuatan-perbuatan maksiat yang tidak dikenakan *hadd* dan *kaffarat*. Dengan demikian, inti dari *jarimah ta'zir* adalah perbuatan maksiat. Adapun maksud dari maksiat adalah meninggalkan perbuatan yang diwajibkan dan melakukan perbuatan yang diharamkan (dilarang).²⁵ Para *fuqaha* memberikan contoh meninggalkan kewajiban, seperti menolak membayar zakat, meninggalkan shalat fardhu, tidak membayar utang padahal mampu, mengkhianati amanah, seperti menggelapkan titipan, memanipulasi harta anak yatim, hasil wakaf, dan lain sebagainya.

²² Wahbah az-Zuhaili, *al-Fiqh al-Islami wa Adilatuhi*, Juz. VI, (Beirut: Dar al-Fikr, 1989), hlm. 197.

²³ Marsum, *Jarimah Ta'zir: Perbuatan Dosa dalam Hukum Pidana Islam*, (Yogyakarta: Fakultas Hukum UII, 1988), hlm. 1.

²⁴ Ahmad Wardih Muslih, *Hukum Pidana Islam*, (Jakarta: Sinar Grafika, 2005), hlm. 249.

²⁵ Abd Aziz Amir, *at-Ta'zir fi asy-Syari'ah al-Islamiyyah*, (Beirut: Dar al-Fikr al-Arabi, 1979), hlm. 83.

Di samping itu, hukuman *ta'zir* dijatuhkan apabila dikehendaki oleh kemaslahatan umum, meskipun perbuatannya bukan maksiat. Perbuatan-perbuatan yang termasuk kelompok ini tidak dapat ditentukan karena perbuatannya tidak diharamkan karena zatnya, melainkan karena sifatnya.²⁶ Apabila sifatnya tidak ada, perbuatannya diharamkan. Akan tetapi apabila sifatnya tidak ada maka perbuatannya mubah. Sifat yang dijadikan alasan (*'illah*) karena hukuman atas perbuatan tersebut membahayakan atau merugikan kepentingan umum. Apabila dalam suatu perbuatan terdapat unsur merugikan kepentingan umum maka dianggap *jarimah* dan pelaku dikenakan hukuman.

Penjatuhan hukuman *ta'zir* untuk kepentingan umum didasarkan kepada tindakan Rasulullah Saw. yang menahan seorang laki-laki yang diduga mencuri unta. Setelah diketahui ternyata tidak mencuri, Rasulullah Saw. melepaskannya. Analisis terhadap tindakan Rasulullah Saw. adalah penahanan merupakan hukuman *ta'zir*, sedangkan hukuman hanya dapat dikenakan terhadap suatu *jarimah* yang telah dibuktikan. Apabila pada peristiwa tersebut tidak terdapat unsur pidana, Rasulullah Saw. mengenakan hukuman penahanan (penjara) hanya karena tuduhan semata-mata (*tuhmah*). Hal ini mengandung arti bahwa Rasulullah Saw. membolehkan menjatuhkan hukuman terhadap seseorang yang berada dalam posisi tersangka, meskipun tidak melakukan perbuatan yang dilarang. Tindakan yang diambil oleh Rasulullah Saw. dibenarkan oleh kepentingan umum. Sebab, membiarkan si tersangka hidup bebas sebelum dilakukan penyelidikan tentang kebenaran tuduhan, dapat berakibat si tersangka lari atau divonis

²⁶ *Ibid.*, hlm. 250.

tidak benar, atau menyebabkan tidak dapat menjalankan hukuman yang telah diputuskan.

b. Sumber Hukum *Jarimah Ta'zir*

Al-Qur'an dan al-Hadis tidak menjelaskan secara terperinci tentang *jarimah ta'zir*, baik dari segi bentuk maupun hukuman.²⁷ Menurut Syarbini al-Khatib,²⁸ ayat al-Qur'an yang dijadikan landasan adalah surah al-Fath ayat 8-9.

إِنَّا أَرْسَلْنَاكَ شَهِيدًا وَمُبَشِّرًا وَنَذِيرًا ﴿٨﴾ لِّتُؤْمِنُوا بِاللَّهِ
وَرَسُولِهِ ۖ وَتُعَزِّرُوهُ وَتُوَقِّرُوهُ وَتُسَبِّحُوهُ بُكْرَةً وَأَصِيلًا ﴿٩﴾

8. Sesungguhnya Kami mengutus kamu sebagai saksi, pembawa berita gembira dan pemberi peringatan, 9. Supaya kamu sekalian beriman kepada Allah dan Rasul-Nya, menguatkan (agama)Nya, membesarkan-Nya dan bertasbih kepada-Nya di waktu pagi dan petang.²⁹

Adapun al-Hadis yang dijadikan dasar *jarimah ta'zir* sebagai berikut.

1. Hadis Nabi yang diriwayatkan oleh Bahz ibn Hakim

عَنْ بَهْزِ بْنِ حَكِيمٍ عَنْ أَبِيهِ عَنْ جَدِّهِ أَنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ
عَلَيْهِ وَسَلَّمَ حَبَسَ فِي التُّهْمَةِ (رواه أبو داود الترمذی
والنساعی و البيهقی و صححه الحاكم)

²⁷ Jaih Mubarak, *Kaidah-kaidah Fiqh Jinayah*, (Bandung: Pustaka Bani Quraisy, 2004), hlm. 47.

²⁸ Syarbani al-Khatib, *Mughni al-Muhidj*, Jilid II, (Mesir: al-Muniriyah, t.t.), hlm. 191.

²⁹ Q.S. al-Fath (48): 8-9.

Dari Bahz ibn Hakim dari ayahnya dari kakeknya, bahwa Nabi Saw. menahan seseorang karena disangka melakukan kejahatan.³⁰

2. Hadis Nabi yang diriwayatkan oleh Abi Burdah

عَنْ أَبِي بُرْدَةَ الْأَنْصَارِيِّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أَنَّ سَمِعَ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يَقُولُ : لَا يُجْلَدُ فَوْقَ عَشْرَةِ أَسْوَاطٍ إِلَّا فِي حَدٍّ مِنْ حُدُودِ اللَّهِ تَعَالَى (متفق عليه)

Dari Abi Burdah al-Anshari ra bahwa ia mendengar Rasulullah Saw. bersabda: “Tidak dijilid di atas sepuluh cambuk di dalam hukuman yang telah ditentukan oleh Allah Ta’ala (Muttafaq alaih).³¹

3. Hadis Nabi yang diriwayatkan oleh Aisyah:

وَعَنْ عَائِشَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا صَلَّيَ اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَ : أَقْبِلُوا ذَوِي الْهَيْئَاتِ عَنَّا تِهِمُ إِلَّا الْحُدُودَ (رواه أحمد وأبو داود والنسائي والبيهقي)

Dari A’isyah r.a. bahwa Nabi Saw. bersabda: “Ringankanlah hukuman bagi orang-orang yang tidak pernah melakukan kejahatan atas perbuatan mereka, kecuali dalam jarimah-jarimah hudud.³²

Secara umum, ketiga hadis tersebut menjelaskan tentang eksistensi *ta’zir* dalam hukum Islam. Hadis *Pertama*, menjelaskan tindakan Nabi yang menahan seseorang yang diduga melakukan tindak pidana dengan tujuan untuk

³⁰ Hadis diriwayatkan oleh Abu Dawud, Turmuzy, Nasa’i, dan Baihaqi, serta disahihkan oleh Hakim, lihat As-Sayid Sabiq, *Fiqh as-Sunnah*, Juz II, (Beirut: Dar al-Fikr, 1990), hlm. 497.

³¹ Al-Kahlani, *Subul as-Salam*, (Mesir: Dar al-Maktabah al-Mustafa al-Halibi, 1960), hlm. 37.

³² *Ibid.*, hlm. 38. Hadis riwayat Ahmad, Abu Dawud, Nasa’i dari Aisyah.

memudahkan pemeriksaan. Hadis *Kedua*, pukulan tidak boleh lebih dari sepuluh kali cambukan tujuannya untuk membedakan dengan *jarimah hudud* dan *ta'zir*. Dengan batas hukuman ini, dapat diketahui mana perbuatan yang termasuk *jarimah hudud* atau mana perbuatan *jarimah ta'zir*. Hadis *Ketiga* mengatur tentang teknis pelaksanaan hukuman *ta'zir* yang bisa berbeda antara satu pelaku dengan pelaku lainnya, tergantung kepada status dan kondisi-kondisi lain yang menyertai.

Adapun tindakan Sahabat yang dapat dijadikan dasar hukuman *jarimah* dan hukuman *ta'zir*, antara lain tindakan Sayidina Umar ibn Khattab ketika melihat seseorang yang melentangkan seekor kambing untuk disembelih, kemudian ia mengasah pisaunya. Khalifah Umar memukul orang tersebut dengan cemeti dan berkata: “Asah dulu pisau itu!”

c. Perbedaan Antara *Jarimah Hudud* dan *Jarimah Ta'zir*

Jarimah hudud adalah *jarimah* yang hukumannya telah ditentukan secara definitif oleh *syara'*, baik jenis *jarimah* maupun sanksinya.³³ *Jarimah ta'zir* adalah *jarimah* yang hukumannya belum ditentukan oleh *syara'* dan diserahkan kepada pemerintah (*ulil amri*) untuk menetapkan.³⁴ Adapun *jarimah ta'zir* dapat terjadi pada peristiwa-peristiwa sebagai berikut: a) perbuatan yang identik dengan *jarimah hudud* atau *qishas*, tetapi ada unsur *syubhat*; b) tindak pidana yang dilarang oleh *nash*, tetapi tidak ditentukan hukumannya; c) bentuk kejahatan dan hukumannya tidak ditentukan oleh *nash*.³⁵ Dari

³³ Abd Qadir Awdah, *at-Tasyri'*...., Juz I, hlm. 129. Lihat juga Makhrus Munajat, *Dekontruksi Hukum Pidana Islam*, (Yogyakarta: Logung Pustaka 2004), hlm. 4.

³⁴ *Ibid.*

³⁵ Abd Qadir Awdah, *at-Tasyri'*...., Juz I, hlm. 15

pengertian ini, jelas bahwa antara *hudud* dan *ta'zir* terdapat beberapa perbedaan.

As-Sayid Sabiq mengemukakan bahwa perbedaan yang dimaksud sebagai berikut. Hukuman *hudud* diberikan secara sama untuk semua orang (pelaku), sedangkan hukumannya *ta'zir* pelaksanaannya dapat berbeda antara satu pelaku dengan pelaku lainnya, tergantung keadaan masing-masing pelaku.³⁶ Apabila ada seseorang yang terhormat dan berperilaku baik, suatu ketika tergelincir melakukan tindak pidana *ta'zir* maka kondisinya dapat dijadikan pertimbangan untuk membebaskannya atau menjatuhkan hukuman lebih berat.³⁷ Hal ini didasarkan kepada hadis Nabi:

وَعَنْ عَائِشَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا أَنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَ: أَقِيلُوا ذَوِي
الْهِئَاتِ عَثَرَاتِهِمْ إِلَّا الْحُدُودَ (رواه أحمد وأبو داود والنسائي والبيهقي)

Dari Aisyah r.a. bahwa Nabi Saw. bersabda:
"Ringankanlah hukuman untuk orang yang baik-baik atas kesalahan mereka kecuali dalam jarimah hudud."³⁸

Jarimah hudud berlaku pembelaan (*syafa'at*) dan pengampunan apabila perkaranya sudah dibawa ke pengadilan, sedangkan untuk *jarimah ta'zir* kemungkinan untuk memberikan pengampunan terbuka lebar, baik oleh individu maupun *ulil amri*. Orang yang mati karena dikenakan hukuman *ta'zir*, berhak memperoleh ganti rugi, sedangkan untuk *jarimah hudud* tidak berlaku. Akan tetapi, menurut Imam Malik dan Imam Hanafi, kematian akibat hukuman *ta'zir* tidak

³⁶ As-Sayyid Sabiq, *Fiqh as-Sunnah*, Juz II, hlm. 498.

³⁷ Ahmad Wardi Muslih, *Hukum Pidana....*, hlm. 254.

³⁸ Al-Kahlani, *Subul as-Salam*, hlm. 38. H.R. Imam Ahmad, Abu Dawud, Nasa'i dari

mengakibatkan ganti rugi apa pun, karena dalam hal ini *ta'zir* dan *hadd* adalah sama. Alasan pendapat pertama adalah tindakan Khalifah Umar yang menggertak seorang wanita. Wanita itu kemudian merasa perutnya mulas (sakit) dan janinnya gugur dalam keadaan mati. Lalu, Khalifah Umar menanggung dan membayar *diyat* janin tersebut.³⁹

Menurut Djazuli, mengutip pendapat Ibn Abidin, di samping perbedaan yang telah disebutkan, ada perbedaan lain. Yaitu, hukuman *hadd* tidak dapat dikenakan kepada anak kecil, karena syarat penjatuhan hukuman adalah pelaku harus telah *balig*, sedangkan *ta'zir* karena sifatnya yang mendidik dapat dikenakan kepada anak kecil dan hukumnya boleh. Dengan demikian, mengecualikan hukuman *hadd* bagi anak kecil adalah sesuai dengan prinsip peradilan Islam, yaitu menghindari hukuman *hadd* karena adanya unsur *subhat* dan prinsip seorang imam (hakim) lebih baik salah memberikan maaf daripada salah menjatuhkan hukuman.⁴⁰

d. Jenis-jenis *Jarimah Ta'zir*

Jarimah ta'zir adalah suatu tindak pidana yang tidak dijelaskan tentang macam dan sanksinya oleh *nash*, tetapi diserahkan kepada *ulil amri* dan hakim untuk menetapkan. Adapun pembagian *jarimah ta'zir* menurut Abdul Qadir Awdah ada tiga macam, sebagai berikut.

1. *Jarimah ta'zir* berasal dari *jarimah hudud* atau *qishas*, tetapi persyaratannya tidak terpenuhi atau ada *syubhat*,

³⁹ Admad Wardi Muslih, *Hukum...*, hlm. 254.

⁴⁰ Jaih Mubarak, *Kaidah-kaidah...*, hlm. 62.

seperti pencurian yang tidak mencapai *nisab* atau boleh keluarga sendiri.

2. *Jarimah ta'zir* yang jenisnya disebutkan dalam *nash*, tetapi hukumannya belum ditetapkan, seperti riba, suap, mengurangi takaran, dan korupsi.
3. *Jarimah ta'zir* yang baik jenis maupun sanksi belum ditentukan oleh *syara'*. Jenis ini sepenuhnya diserahkan kepada *ulil amri*, seperti pelanggaran disiplin pegawai pemerintah dan kejahatan terhadap lingkungan atau jalan raya.⁴¹

Abdul Aziz Amir membagi *jarimah ta'zir* secara rinci menjadi beberapa bagian, yaitu:

- a. *Jarimah ta'zir* yang berkaitan dengan pembunuhan;
- b. *Jarimah ta'zir* yang berkaitan dengan pelukaan;
- c. *Jarimah ta'zir* yang berkaitan dengan kejahatan terhadap kehormatan dan kerusakan akhlak;
- d. *Jarimah ta'zir* yang berkaitan dengan harta benda;
- e. *Jarimah ta'zir* yang berkaitan dengan kemaslahatan individu;
- f. *Jarimah ta'zir* yang berkaitan dengan keamanan umum.⁴²

⁴¹ Abd Qadir Awdah, *at-Tasyri'*....., Juz I, hlm. 15.

⁴² Abd Aziz Amir, *at-Ta'zir fi asy-Syari'at al-Islamiyyah*, (Mesir: Mustafa Bab al-Halabi wa Awladuhu, t.t), hlm. 91.

Dari pembagian *jarimah ta'zir* yang dikemukakan oleh Abd Aziz Amir, dapat dijelaskan sebagai berikut.

a. *Jarimah ta'zir* yang berkaitan dengan pembunuhan

Pembunuhan diancam dengan hukuman mati. Apabila hukuman mati (*qishas*) dimaafkan maka diganti dengan *diyat*. Apabila hukuman *diyat* dimaafkan juga, *ulil amri* berhak menjatuhkan hukuman *ta'zir* apabila dipandang lebih *maslahat*. Hal ini didasarkan Q.S. al-Baqarah (2): 178-179.

Maksud ayat tersebut dalam kaitannya hukum *ta'zir* adalah bahwa asal hukum *qishas* ialah mengambil pembalasan yang sama. *Qishas* gugur jika yang membunuh memperoleh maaf dari ahli waris yang terbunuh, yaitu dengan membayar *diyat* (ganti rugi) yang wajar. Pembayaran *diyat* diminta dengan baik, umpamanya dengan tidak mendesak yang membunuh dan yang membunuh hendaklah membayarnya dengan baik, umpamanya tidak menangguh-nangguhkannya. Bila ahli waris bukan si pembunuh atau membunuh si pembunuh setelah menerima *diyat*, maka terhadapnya di dunia diambil *qishas* dan di akhirat mendapat siksa yang pedih.

Kasus lain yang berkaitan dengan pembunuhan yang diancam dengan *ta'zir* adalah percobaan pembunuhan, apabila dapat dikategorikan kepada maksiat. Contohnya, seseorang mau meracuni orang lain, tetapi ternyata tidak mati. Maka, perbuatan orang tersebut tidak bisa dikenakan hukum *qishas*, tetapi hukum *ta'zir* karena sikap ini masuk pada kriteria *asy-syuru' fi al-jarimah al-mustahilah*.

commit to user

b. *Jarimah ta'zir* yang berkaitan dengan pelukaan

Hukuman *ta'zir* dapat digabungkan dengan *qishas* dalam *jarimah* pelukaan. Hal ini karena *qishas* merupakan hak adami, sedangkan *ta'zir* sebagai imbalan atas hak masyarakat. Di samping itu, *ta'zir* juga dapat dikenakan terhadap *jarimah* pelukaan apabila *qishas*nya dimaafkan atau tidak dapat dilaksanakan karena suatu sebab yang dibenarkan oleh *syara'*.⁴³ Hal ini didasarkan pada penjelasan surah al-Maidah (5) ayat 45 oleh as-Sayyid Sabiq:

وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ وَالْعَيْنَ
بِالْعَيْنِ وَالْأَنْفَ بِالْأَنْفِ وَالْأُذُنَ بِالْأُذُنِ وَالسِّنَّ
بِالسِّنِّ وَالْجُرُوحَ قِصَاصٌ فَمَن تَصَدَّقَ بِهِ فَهُوَ
كَفَّارَةٌ لَهُ ۚ وَمَن لَّمْ يَحْكَمْ بِمَا أَنزَلَ اللَّهُ فَأُولَٰئِكَ
هُمُ الظَّالِمُونَ ﴿٤٥﴾

45. Dan Kami telah tetapkan terhadap mereka di dalamnya (At Taurat) bahwasanya jiwa (dibalas) dengan jiwa, mata dengan mata, hidung dengan hidung, telinga dengan telinga, gigi dengan gigi, dan luka luka (pun) ada kisasnya. Barangsiapa yang melepaskan (hak kisas) nya, maka melepaskan hak itu (menjadi) penebus dosa baginya. Barangsiapa tidak memutuskan perkara menurut apa yang diturunkan Allah, maka mereka itu adalah orang-orang yang zalim.⁴⁴

⁴³ A. Djazuli, *Fiqh Jinayah; Upaya Menanggulangi Kejahatan dalam Islam*, (Jakarta: PT Raja Grafindo Persada, 2000), hlm. 27. Ahmad Wardi Muslih, *Hukum Pidana.....*, hlm. 256.

⁴⁴ Q.S. al-Maidah (5): 45.

Ayat ini menjelaskan bahwa setiap manusia mempunyai hak hidup dan tidak seorang pun boleh mengganggu hak hidup orang lain. Dengan demikian, jika terjadi perbuatan yang menyebabkan hilangnya nyawa orang lain, meskipun dilakukan dengan tidak sengaja, maka pelakunya diperintahkan untuk membayar ganti rugi. Demikian halnya dalam perkara pelukaan. Jika pelaku dalam keadaan *alpha* (*khata'*) tetap ada *diyat* atau ganti rugi. Ganti rugi merupakan jenis hukuman yang bersifat *badaliyyah* (pengganti), yakni dari hukuman pokok *qishas* berubah menjadi hukuman *diyat* (ganti rugi).⁴⁵

- c. *Jarimah ta'zir* berkaitan dengan kehormatan dan kerusakan akhlak

Jarimah ta'zir ini berkaitan dengan *jarimah zina*, menuduh zina, dan penghinaan. Di antara kasus perzinahan yang diancam dengan *ta'zir* adalah perzinahan yang tidak memenuhi syarat yang dikenakan hukuman *hadd*, atau terdapat *syubhat* pada pelakunya, perbuatannya, atau tempat (objeknya). Demikian pula kasus percobaan zina dan perbuatan mendekati zina, seperti meraba-raba, berpelukan dengan wanita bukan isterinya, tidur bersama tanpa hubungan seksual, dan sebagainya.

Penuduhan zina yang dikategorikan kepada *ta'zir* adalah apabila orang yang dituduh bukan orang *muhsan*. Kriteria *muhsan* menurut para ulama adalah berakal, *baligh*, Islam, dan *iffah* (bersih) dari zina. Apabila seseorang tidak memiliki syarat-syarat tersebut, ia

⁴⁵ As-Sayyid Sabiq, *Fiqh as-Sunnah*..., Juz. II, hlm. 432.

termasuk *ghairu muhsan*. Termasuk juga *ta'zir*, penuduhan terhadap sekelompok orang yang sedang berkumpul dengan tuduhan zina, tanpa menjelaskan orang yang dimaksud. Demikian pula tuduhan zina dengan *kinayah* (sendirian), menurut pendapat Imam Abu Hanifah termasuk kepada *ta'zir*, bukan *hudud*. Secara substansi, jenis *jarimah hudud* yang mengandung unsur *syubhat* dalam Islam harus dihindari penerapan hukuman *hadd* melainkan *ta'zir*, sebagaimana hadis Nabi:

ادرؤوا الحدود بالشبهات⁴⁶

Adapun tuduhan selain tuduhan zina digolongkan kepada penghinaan dan statusnya termasuk kepada *ta'zir*, seperti tuduhan mencuri, mencaci maki, dan sebagainya. Panggilan-panggilan seperti wahai kafir, wahai munafik, wahai fasik, dan semacamnya termasuk penghinaan yang dikenakan hukuman *ta'zir*. Sebab panggilan tersebut termasuk perbuatan yang dilarang oleh Allah sebagaimana ditegaskan dalam Surah al-Hujurat (49) ayat 11-12:

يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا يَسْخَرْ قَوْمٌ مِّن قَوْمٍ عَسَىٰ أَن
يَكُونُوا خَيْرًا مِّنْهُمْ وَلَا نِسَاءٌ مِّن نِّسَاءٍ عَسَىٰ أَن يَكُنَّ
خَيْرًا مِّنْهُنَّ^ط وَلَا تَلْمِزُوا أَنفُسَكُمْ وَلَا تَنَابَزُوا بِاللَّغَبِ
بِئْسَ الْإِلْسَامُ الْفُسُوقُ بَعْدَ الْإِيمَانِ^ج وَمَن لَّمْ يَتُبْ
فَأُولَٰئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ ﴿١٢﴾ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا

أَجْتَنِبُوا كَثِيرًا مِّنَ الظَّنِّ إِنَّ بَعْضَ الظَّنِّ إِثْمٌ وَلَا
تَجَسَّسُوا وَلَا يَغْتَب بَّعْضُكُم بَعْضًا أَتُحِبُّ أَحَدُكُمْ
أَنْ يَأْكُلَ لَحْمَ أَخِيهِ مَيْتًا فَكَرِهْتُمُوهُ وَاتَّقُوا اللَّهَ
إِنَّ اللَّهَ تَوَّابٌ رَّحِيمٌ ﴿١٢﴾

11. Hai orang-orang yang beriman, janganlah sekumpulan orang laki-laki merendahkan kumpulan yang lain, boleh jadi yang ditertawakan itu lebih baik dari mereka. Dan jangan pula sekumpulan perempuan merendahkan kumpulan lainnya, boleh jadi yang direndahkan itu lebih baik. Dan janganlah suka mencela dirimu sendiri⁴⁷ dan jangan memanggil dengan gelaran yang mengandung ejekan. Seburuk-buruk panggilan adalah (panggilan) yang buruk sesudah iman⁴⁸ dan barangsiapa yang tidak bertobat, maka mereka itulah orang-orang yang zalim. 12. Hai orang-orang yang beriman, jauhilah kebanyakan purba-sangka (kecurigaan), karena sebagian dari purba-sangka itu dosa. Dan janganlah mencari-cari keburukan orang dan janganlah menggunjingkan satu sama lain. Adakah seorang di antara kamu yang suka memakan daging saudaranya yang sudah mati? Maka tentulah kamu merasa jijik kepadanya. Dan bertakwalah kepada Allah. Sesungguhnya Allah Maha Penerima taubat lagi Maha Penyayang.⁴⁹

d. *Jarimah ta'zir* yang berkaitan dengan harta benda

Jarimah yang berkaitan dengan harta benda adalah *jarimah* pencurian dan perampokan. Apabila kedua

⁴⁷ Jangan mencela dirimu sendiri Maksudnya ialah mencela antara sesama mukmin karena orang-orang mukmin seperti satu tubuh.

⁴⁸ Panggilan yang buruk ialah gelar yang tidak disukai oleh orang yang digelari, seperti panggilan kepada orang yang sudah beriman, dengan panggilan seperti: Hai fasik, Hai kafir dan sebagainya.

⁴⁹ Q.S. al-Hujurat (49): 11-12.

jarimah tersebut syarat-syaratnya telah dipenuhi, pelaku dikenakan hukuman *hadd*. Namun, apabila syarat untuk dikenakannya hukuman *hadd* tidak terpenuhi, pelaku tidak dikenakan hukuman *hadd*, tetapi hukuman *ta'zir*. *Jarimah* yang termasuk jenis ini, antara lain percobaan pencurian, pencopetan, pencurian yang tidak mencapai batas *nisbah*, menghasab, dan perjudian. Termasuk juga ke dalam kelompok *ta'zir*, pencurian karena adanya *syubhat*, seperti pencurian oleh keluarga dekat.⁵⁰

- e. *Jarimah ta'zir* yang berkaitan dengan kemaslahatan individu

Jarimah ta'zir yang termasuk dalam kelompok ini, antara lain sanksi palsu, berbohong (tidak memberikan keterangan yang benar) di depan sidang pengadilan, menyakiti hewan, melanggar hak privasi orang lain (misalnya masuk rumah orang lain tanpa izin).

- f. *Jarimah ta'zir* yang berkaitan dengan kemaslahatan umum

Jarimah ta'zir yang termasuk dalam kelompok ini adalah *spionase* dan percobaan kudeta, suap, penolakan hakim untuk mengadili suatu perkara, atau kesewenang-wenangan hakim dalam memutuskan suatu perkara, pelayanan yang buruk dari aparat pemerintah terhadap masyarakat, melawan petugas pemerintah dan membangkang terhadap peraturan, seperti melawan petugas pajak, penghinaan terhadap pengadilan dan menganiaya polisi, melepaskan narapidana dan menyembunyikan buronan (penjahat, pemalsuan tanda tangan dan stempel, kejahatan yang berkaitan dengan

commit to user

⁵⁰ Ahmad Wardih Muslih, *Hukum....*, hlm. 257.

ekonomi, seperti penimbunan bahan-bahan pokok, mengurangi timbangan dan takaran, dan menaikkan harga dengan semena-mena).⁵¹

Hukuman *ta'zir* dipahami sebagai hukuman yang ditetapkan Pemerintah dengan mempertimbangkan aspek kemaslahatan manusia. Oleh Islam, Pemerintah diberi keleluasaan untuk menentukan jenis tindak pidana dan ketentuan sanksi, baik dari sanksi terberat (hukuman mati) sampai sanksi yang teringan (bersifat peringatan).

Adapun hukuman *ta'zir* dalam Islam ada berbagai macam tergantung jenis kejahatan yang dilakukan, di antaranya sebagai berikut. *Pertama*, hukuman mati. Hukuman mati ditetapkan oleh para *fuqaha* secara beragam. Hanafiyah membolehkan kepada *ulil amri* untuk menetapkan hukuman mati sebagai *ta'zir* dalam jenis *jarimah* yang diancam hukuman mati apabila dilakukan berulang-ulang. Contohnya pencurian yang berulang-ulang dan menghina Nabi beberapa kali yang dilakukan oleh kafir *dzimmi*. Hukuman bagi pengkhianat (tindakan desersi).⁵²

Kedua, hukuman cambuk. Pelaksanaan cambuk tidak boleh diarahkan ke muka, *farji* dan kepala, tetapi ke bagian punggung. Imam Abu Yusuf menambahkan tidak boleh mencambuk bagian dada dan perut karena pemukulan daerah tersebut bisa membahayakan keselamatan terhukum.

⁵¹ Abd Aziz Amir, *at-Ta'zir*..., hlm. 268.

⁵² Makhrus Munajat, *Reaktualisasi Pemikiran Hukum Pidana Islam: Upaya ke Arah Objektivikasi Hukum Pidana Islam dalam Sistem Hukum Nasional*, (Yogyakarta: Cakrawala, 2005), hlm. 128.

Ketiga, hukuman penjara. Hukuman penjara dalam hukum Islam dibagi menjadi dua bagian, yaitu hukuman penjara yang waktunya terbatas dan tidak terbatas. Hukuman penjara terbatas adalah yang lama waktunya dibatasi secara tegas. Sementara hukuman penjara tidak terbatas, tidak dibatasi waktunya dan terus berlangsung sampai orang terhukum mati atau sampai bertaubat.

Keempat, hukuman pengasingan. Hukuman pengasingan dijatuhkan kepada pelaku *jarimah* yang dikhawatirkan berpengaruh kepada orang lain sehingga pelakunya harus dibuang (diasingkan) untuk menghindari pengaruh yang dibawanya. *Kelima*, merampas harta. Para ulama berbeda pendapat tentang dibolehkannya hukuman *ta'zir* dengan cara mengambil harta.

Keenam, hukuman denda. Hukuman denda dapat menjadi hukuman pokok yang berdiri sendiri dan dapat pula digabungkan dengan hukuman pokok lain. Contoh yang pertama seperti penjatuhan hukuman denda terhadap orang yang duduk di bar tempat minuman keras atau denda terhadap orang yang mencuri buah-buahan dari pohonnya.

Ketujuh, hukuman pengucilan. Maksud dari pengucilan adalah melarang pelaku untuk berhubungan dengan orang lain dan sebaliknya melarang masyarakat untuk berhubungan dengan pelaku. *Kedelapan*, pemecatan (*al-'azl*). Pemecatan adalah melarang seseorang dari pekerjaannya dan diberhentikan dari pekerjaan itu. Hukuman *ta'zir* berupa pemberhentian dari pekerjaan atau jabatan diterapkan terhadap setiap pegawai yang

melakukan *jarimah*, baik berhubungan dengan pekerjaan atau jabatannya maupun dengan hal-hal lainnya.

Kesembilan, hukuman publikasi (*at-tasyhir*). Dasar hukum untuk hukuman berupa pengumuman kesalahan atau kejahatan pelaku secara terbuka adalah tindakan Khalifah Umar terhadap seorang saksi palsu yang sesudah dijatuhi hukuman jilid lalu diarak keliling kota. Saat diarak, diumumkan kepada masyarakat bahwa ia adalah seorang saksi palsu. Di samping itu, apabila diteliti secara seksama dalam surah an-Nur ayat 2 tentang hukuman zina, disebutkan bahwa pelaksanaan hukuman jilid harus disaksikan oleh sekelompok orang-orang mukmin. Ini mengandung arti bahwa di dalamnya terdapat unsur *tasyhir* atau *maklumat* (pengumuman) tentang kesalahan pelaku zina.

B. Pertanggungjawaban Pidana dalam Perspektif Hukum Pidana Islam dan Relevansinya Terhadap Pembaharuan Hukum Pidana Indonesia

1. Pertanggungjawaban Pidana dalam Hukum Pidana Islam

Pertanggungjawaban pidana dalam Islam (*syariat*) adalah pembebanan seseorang dengan akibat perbuatan atau tidak adanya perbuatan yang dikerjakannya (unsur objektif) dengan kemauan sendiri, dimana orang tersebut mengetahui maksud dan akibat dari perbuatannya (unsur subjektif).⁵³ Pembebanan tersebut dikarenakan perbuatan yang dilakukan telah menimbulkan sesuatu yang bertentangan dengan hukum, dalam arti dilarang secara *syar'i*, baik dilarang melakukan atau meninggalkan. Pembebanan juga dikarenakan perbuatan tersebut dikerjakan berdasarkan

⁵³ Ahmad Hanafi, *Azas-azas Hukum Pidana Islam*, (Jakarta: PT. Bulan Bintang, 1967), hlm. 154.

keinginan dan kehendak yang timbul dalam dirinya, bukan dorongan dari orang lain atau dipaksakan.

Maka dapat disimpulkan bahwa dalam syariat (hukum) pidana Islam pertanggungjawaban didasarkan pada tiga hal:

1. Adanya perbuatan yang dilarang
2. Perbuatan dikerjakan dengan kemauan sendiri
3. Pelaku mengetahui akibat dari perbuatannya.

Apabila ada ketiga hal tersebut, pertanggungjawaban ditanggung oleh orang yang melakukan perbuatan pidana (kejahatan). Namun jika sebaliknya, tidak ada perbuatan yang dapat dipertanggungjawabkan. Oleh karena itu, pertanggungjawaban tidak dapat dikenakan kepada orang gila, anak-anak yang belum *baligh* atau orang yang dipaksa melakukan perbuatan kejahatan, yang mengakibatkan jiwanya terancam.

Dalam hal pertanggungjawaban pidana, hukum Islam hanya membebaskan hukuman pada orang yang masih hidup dan *mukallaf*.⁵⁴ Hukum Islam juga mengampuni anak-anak dari hukuman yang semestinya dijatuhkan bagi orang dewasa kecuali jika telah *baligh*.⁵⁵ Hal ini didasarkan pada dalil al-Qur'an surah an-Nur, ayat 59:

وَإِذَا بَلَغَ الْأَطْفَالُ مِنْكُمُ الْحُلُمَ فَلْيَسْتَعِذُوا كَمَا أَسْتَعِذْنَ الَّذِينَ
مِنْ قَبْلِهِمْ ۚ كَذَلِكَ يُبَيِّنُ اللَّهُ لَكُمْ ءَايَاتِهِ ۚ وَاللَّهُ عَلِيمٌ حَكِيمٌ ﴿٥٩﴾

59. Dan apabila anak-anakmu telah sampai umur balig, maka hendaklah mereka meminta izin, seperti orang-orang yang sebelum

⁵⁴ *Mukallaf* adalah muslim yang dikenai kewajiban atau perintah dan menjauhi larangan agama (pribadi muslim yang sudah dapat dikenai hukum). Seseorang berstatus *mukallaf* bila telah dewasa dan tidak mengalami gangguan jiwa maupun akal.

⁵⁵ Jalaluddin As Sayuhuti, *Al Jami' Ash Shaghir*, Juz II, (Beirut: Dar Al Fikr, t.t), hlm. 24.

mereka meminta izin.⁵⁶ Demikianlah Allah menjelaskan ayat-ayat-Nya. dan Allah Maha mengetahui lagi Maha Bijaksana.⁵⁷

Prinsip dasar yang ditetapkan dalam hukum Islam adalah segala sesuatu yang tidak diharamkan berarti dibolehkan. Akan tetapi, jika suatu perbuatan diharamkan, hukumannya dijatuhi sejak pengharamannya diketahui. Adapun perbuatan yang terjadi sebelum pengharaman maka termasuk dalam kategori pemaafan.

Hukum pidana Islam memberikan alternatif bagi seorang *mukallaf* dalam melaksanakan hukuman. Hal ini berbeda dengan hukum positif terutama pada masa sebelum Revolusi Perancis, karena pertanggungjawaban pidana mempunyai pengertian tersendiri. Setiap orang bagaimanapun keadaannya dapat dibebani pertanggungjawaban pidana. Apakah orang itu mempunyai kemauan sendiri atau tidak, dewasa atau belum dewasa, bahkan hewan ataupun benda yang bisa menimbulkan kerugian kepada pihak lain dapat dibebani pertanggungjawaban.

Pertanggungjawaban pidana dapat dilakukan manakala perbuatan yang dilakukan adalah terlarang (*criminal conduct*) yang mencakup unsur-unsur secara fisik dari kejahatan tersebut.⁵⁸ Tanpa unsur tersebut, pertanggungjawaban tidak dapat dilakukan karena mensyaratkan dilakukannya suatu perbuatan yang dilarang undang-undang. Perbuatan tersebut bisa dihasilkan dari perbuatan aktif (*delik komisi*) maupun perbuatan pasif (*delik omisi*).

Hukum pidana Islam mensyaratkan keadaan si pelaku harus memiliki pengetahuan dan pilihan. Oleh karena itu, sangat alamiah manakala menjadi

⁵⁶ Maksudnya: anak-anak dari orang-orang yang merdeka yang bukan mahram, yang telah *baligh* haruslah meminta izin terlebih dahulu jika hendak masuk menurut cara orang-orang yang disebutkan dalam ayat 27 dan 28 surah ini meminta izin.

⁵⁷ Q.S. an-Nur (24): 59.

⁵⁸ Arahman I. Doi, *Penjelasan Lengkap Hukum-hukum Allah (syariah)*, Cet. I, (Jakarta: PT. Raja Grafindo Persada, 2005), hlm 286.

objek dari pertanggungjawaban pidana. Ini adalah salah satu prinsip dasar dalam hukum pidana Islam, bahwa pertanggungjawaban pidana bersifat personal. Artinya, seseorang tidak mempertanggungjawabkan selain apa yang dilakukan. Itulah sebabnya ada faktor yang menjadi alasan suatu tindak pidana untuk dapat dipertanggungjawabkan. Faktor atau sebab merupakan sesuatu yang dijadikan oleh *syara'* sebagai tanda atas musabab (hasil/efek), yang mana keberadaan musabab dipertautkan dengan sebab.

Adapun unsur yang mengakibatkan terjadi pertanggungjawaban pidana antara lain;

1. Adanya unsur melawan hukum

Asas pertanggungjawaban hukum adalah adanya perbuatan melawan hukum atau perbuatan maksiat, yaitu melakukan hal-hal yang dilarang atau meninggalkan hal-hal yang diperintahkan oleh hukum Islam. Pertanggungjawaban tindak pidana berbeda-beda sesuai tingkat pelanggaran atau perbuatan maksiatnya. Pelaku yang mempunyai niat bermaksud untuk melawan hukum maka sanksinya (hukumannya) diperberat. Namun jika sebaliknya, hukumannya diperingan. Dalam hal ini, faktor yang utama adalah melawan hukum.

Maksud dari melawan hukum adalah melakukan perbuatan yang dilarang oleh *syara'* setelah diketahui bahwa *syar'i* melarang atau mewajibkan perbuatan tersebut. Perbuatan melawan hukum merupakan unsur pokok yang harus ada pada setiap tindak pidana. Artinya, perbuatan maksiat atau perbuatan melawan hukum merupakan faktor yang harus ada dalam pertanggungjawaban pidana. Ini karena sebab (faktor) dijadikan sebagai pertanda menentukan atau menghasilkan musabab.

Ketiadaan sebab tidak mengharuskan adanya musabab. Dengan demikian, keberadaan perbuatan maksiat atau perbuatan melawan hukum dalam syariat mengharuskan adanya pertanggungjawaban.

Keberadaan melakukan tindakan maksiat/melawan hukum adalah meninggalkan perintah agama atau mengerjakan sesuatu yang dilarang oleh agama. Perbuatan yang dilarang mencakup semua unsur-unsur fisik kejahatan. Tanpa unsur-unsur ini, tidak terjadi kejahatan dan tidak ada pertanggungjawaban pidana karena pertanggungjawaban pidana mensyaratkan dilakukannya suatu perbuatan yang dilarang undang-undang.⁵⁹

Kaitannya pada pertanggungjawaban karena melawan hukum, dapat dibedakan pemahaman antara melawan hukum dan maksud melawan hukum. Melawan hukum berarti melakukan perbuatan yang dilarang atau meninggalkan kewajiban tanpa ada maksud dari si pelaku itu sendiri, tetapi menimbulkan kerugian terhadap orang lain. Sementara maksud melawan hukum adalah kecenderungan niat si pelaku untuk melakukan atau meninggalkan suatu perbuatan yang diketahui bahwa hal itu dilarang atau membuat kemaksiatan dengan maksud melawan hukum.⁶⁰

2. Adanya kesalahan

Faktor yang menyebabkan adanya pertanggungjawaban pidana adalah perbuatan maksiat, yaitu mengerjakan perbuatan yang dilarang oleh *syara'*. Maksudnya di sini adalah kesalahan seseorang terhadap perbuatan yang telah ditentukan untuk tidak boleh dilakukan. Hal ini menyangkut seseorang telah meninggalkan kewajiban atau perintah sehingga dapat dimintai pertanggungjawaban.

Ada perbedaan dalam memahami kesalahan sebagai faktor pertanggungjawaban. Perbedaan ini berkaitan dengan pengertian antara tindak pidana dengan kesalahan, yang mana menurut beberapa ahli hukum bahwa pengertian tindak pidana tidak ditemukan dalam

⁵⁹ Topo Santoso, *Menggagas Hukum Pidana Islam*..., hlm. 166.

⁶⁰ Ali Yafie, Ahmad Sukarja, Muhammad Amin Suma, dkk, *Ensiklopedi Hukum Pidana Islam*, Edisi Indonesia, (Jakarta: Kharisma Ilmu, 2003), hlm. 81.

undang-undang, tetapi merupakan kreasi teoretis yang dikemukakan oleh para ahli hukum. Hal ini membawa beberapa konsekuensi dalam memahami tindak pidana. Menurut para ahli hukum, kesalahan harus dipisahkan dari pengertian tindak pidana dan kesalahan itu sendiri merupakan faktor penentu dari pertanggungjawaban. Pengertian tindak pidana hanya berisi tentang karakteristik perbuatan yang dilarang dan diancam dengan hukuman. Pemahaman ini penting bukan saja secara akademis, tetapi juga sebagai suatu kesadaran dalam membangun masyarakat yang sadar hukum.

Sebagaimana disebutkan, tidak ada pidana tanpa kesalahan artinya seseorang tidak dapat mempertanggungjawabkan secara pidana jika kesalahan yang melekat pada subjek pelaku belum terbukti. Kesalahan yang dimaksudkan di sini adalah yang bersifat objektif artinya dapat dicela kepada pelakunya. Jonkers memberi pengertian tentang kesalahan dalam keterangannya tentang *schuldbegrip* dengan membagi menjadi tiga bagian.

- a. Kesalahan selain kesengajaan atau kealpaan (*opzeto of schuld*)
- b. Kesalahan meliputi juga sifat melawan hukum (*de wederrechtelijk heid*)
- c. Kesalahan dengan kemampuan bertanggung jawab (*de toerekenbaaheid*).⁶¹

Dasar penghapusan pidana atau yang disebut dengan alasan-alasan menghilangkan sifat tindak pidana termuat dalam buku I KUHP. Di samping itu, ada juga alasan penghapusan tindak pidana di luar KUHP atau yang ada dalam masyarakat. Misalnya, suatu

⁶¹ Teguh Prasetyo dan Abdul Halim Barkatullah, *Politik Hukum Pidana*, (Yogyakarta: Pustaka Pelajar, 2005), hlm. 56

perbuatan oleh masyarakat tidak dianggap sebagai tindak pidana karena mempunyai alasan tersendiri yang secara hukum materiil juga tidak dianggap terlarang. Juga disebabkan alasan pendidikan oleh orangtua untuk mengajarkan kebaikan kepada anak, bisa saja orangtua tidak mempunyai kesalahan sama sekali karena keliru dalam fakta.

Pada keadaan tertentu, terkadang suatu perbuatan dapat berujung pada tindak pidana, walaupun orang yang melakukan tidak menghendakinya. Dengan kata lain, tindak pidana dapat terjadi adakalanya seseorang tidak dapat menghindari karena sesuatu yang berasal dari luar dirinya. Faktor luar tersebut membuat ia tidak dapat berbuat lain sehingga mengakibatkan kesalahannya menjadi terhapus. Artinya, pada diri si pelaku terdapat alasan penghapus kesalahan. Sekalipun kepada pelaku dapat dicela, tetapi dalam hal-hal tertentu celaan tersebut hilang atau tidak dapat diteruskan.⁶²

Berbeda halnya apabila kesalahan dipahami dalam pengertian psikologi si pelaku. Sekalipun terdapat faktor eksternal yang dipandang telah menghilangkan kesalahan, tetapi mengingat kesalahan selalu dipandang sebagai kondisi psikologis si pelaku ketika melakukan tindak pidana maka alasan penghapusan kesalahan merupakan alasan yang menghilangkan kesengajaan atau kealpaan.

Dalam masalah penghapusan pidana, terdapat dua alasan/dasar, yaitu dasar pembenar (*permissibility*) dan dasar pemaaf (*legal excuse*). Suatu perbuatan pidana di dalamnya terdapat alasan pembenar sebagai penghapus pidana sehingga kehilangan sifat melawan hukum. Maka perbuatannya menjadi legal atau secara agama terdapat kebolehan sehingga pelaku tidak dikenai hukuman. Adanya alasan pembenar berujung pada “pembenaran” atas tindakan yang sepiantas melawan hukum, sedangkan alasan pemaaf berdampak pada “pemaafan”

⁶² Chairul Huda, *Dari Tiada Pidana Tanpa Kesalahan Menuju Kepada Tiada Pertanggungjawaban Pidana Tanpa Kesalahan*, Cet.I, (Jakarta: Kencana, 2006), hlm. 119.

pelakunya sekalipun telah melakukan tindak pidana yang melawan hukum.

Hal yang termasuk dalam alasan pembeda di antaranya bela paksa, keadaan darurat, pelaksanaan peraturan perundang-undangan dan perintah jabatan. Seseorang yang karena membela badan/jiwa, kesusilaan atau membela harta miliknya dari sifat melawan hukum orang lain maka kepadanya tidak dapat dimintakan pertanggungjawaban jika perbuatan melawan hukum terjadi padanya.

Pertanggungjawaban pidana dapat dinyatakan hapus karena perbuatan yang terjadi atau berkaitan dengan hal-hal yang terjadi menurut keadaan bagi si pelaku. Dalam keadaan yang *Pertama* ini adalah perbuatan yang dilakukan merupakan perbuatan mubah (dalam agama tidak ada pelarangan karena hukum asal). Sementara keadaan yang *Kedua* adalah yang dilakukan merupakan perbuatan terlarang, tetapi si pelaku tidak dapat diberi hukuman karena ada suatu keadaan pada si pelaku yang dapat terhindar dari hukuman. Kedua keadaan ini (perbuatan dan pelaku) dalam kaidah agama disebut *Asbab al-Ibahah* dan *Asbab Raf 'i al-Uqubah*. *Asbab al-Ibahah* atau sebab dibolehkannya perbuatan yang dilarang, pada umumnya berkaitan dengan pelaksanaan hak dan kewajiban.⁶³

1) Disebabkan perbuatan mubah (*asbab al-ibahah*)

Pada dasarnya perbuatan yang dilarang oleh hukum pidana Islam merupakan pelarangan secara umum bagi semua orang. Meski demikian, hukum pidana Islam melihat pengecualian atas dasar pembolehan bagi sebagian orang yang memiliki karakter-karakter khusus disebabkan oleh keadaan dan tuntutan dari masyarakat tertentu. Contohnya adalah pembunuhan. Perbuatan ini diharamkan dalam Islam bagi setiap orang. Hukuman bagi pembunuh adalah

⁶³ Ahmad Wardi Muslich, *Pengantar dan Asas Hukum Pidana Islam Fikih Jinayat*, (Jakarta: Sinar Grafika, 2004), hlm. 85.

qishas, yaitu hukuman mati dan Islam memberikan hak bagi si wali korban. Namun suatu perbuatan yang dilarang, tetapi dibolehkan secara logika, hanya jika demi mewujudkan suatu kemaslahatan tertentu. Akan tetapi, perbuatan terlarang yang dikerjakan di luar maksud kemaslahatan, tetap dianggap tindak pidana.

Melaksanakan kewajiban mempunyai sifat mutlak yang harus dilakukan, tetapi melaksanakan hak tidak mutlak harus dilakukan. Antara kewajiban dan hak mempunyai perbedaan tabiat satu sama lain. Dalam hal ini, tidak melaksanakan/menggunakan hak, tidak berdosa dan tidak dihukum. Sementara orang yang dibebani kewajiban akan berdosa dan dapat dihukum apabila tidak melaksanakannya. Semua hal ini disepakati oleh para *fuqaha*. Hak mempunyai keterikatan dengan syarat keselamatan. Artinya, orang yang menggunakan haknya senantiasa mempunyai tanggung jawab terhadap keselamatan objek dari hak tersebut karena yang menggunakannya mempunyai pilihan antara mengerjakan dan tidak. Lain halnya kewajiban tidak terikat dengan keselamatan karena orang yang melaksanakannya tidak mempunyai tanggung jawab terhadap objek dari kewajiban itu.

2) Disebabkan hapusnya hukuman (*asbab raf 'i al-uqubah*).

Sebab hapusnya hukuman tidak mengakibatkan perbuatan yang dilakukan itu dibolehkan, tetapi tetap pada asalnya, yaitu dilarang. Hanya saja, karena keadaan si pelaku tidak mungkin dilaksanakan hukuman maka ia dibebaskan dari hukuman. Di dalam hukum Islam, terdapat 3 (tiga) macam sebab yang dapat menghapus hukuman.⁶⁴

Pertama, karena paksaan. Paksaan dalam istilah hukum pidana disebut *overmacht* yang selama berabad-abad telah menarik perhatian

⁶⁴ *Ibid.*, hlm. 116.

para yuris maupun filosof.⁶⁵ Salah seorang filosof Jerman, Immanuel Kant, menyatakan bahwa ada alasan bahwa seseorang tidak dapat dipidana karena mempunyai daya paksa terhadap perbuatan yang terjadi. Ia menekankan bahwa tidak ada efek pidana sebagai dasar peniadaan pidana. Dalam pandangan hukum alam, perbuatan yang dilakukan dalam keadaan *overmacht* dianggap keadaan darurat sehingga tidak mengenal larangan (*Necessitas non habet legem*). Dikatakan oleh Fichte bahwa perbuatan *overmacht* dikecualikan dari tertib hukum. Paksaan merupakan perbuatan yang dilakukan karena pengaruh orang lain untuk melakukannya atau suatu perbuatan yang kehilangan kerelaan dan rusaknya kemampuan memilih. Para fuqaha berpendapat bahwa dalam paksaan harus ada perbuatan material yang ditimpakan kepada orang yang dipaksa yang membuatnya melakukan perbuatan yang dipaksakan kepadanya. Itulah sebabnya paksaan harus bersifat material dan didahului oleh perbuatan penyiksaan yang ditimpakan kepada orang yang dipaksa.

Kedua, mabuk. Mabuk dalam Islam sangat dilarang, baik disebabkan minuman atau makanan yang sifatnya disengaja. Mabuk termasuk dalam salah satu kelompok *jarimah*, yaitu meminum minuman keras. Secara umum, maksud dari mabuk adalah hilangnya akal sehat sebagai akibat minum minuman keras, khamar, atau sejenisnya. Semua *fuqaha* sependapat bahwa mabuk dapat menghilangkan akal sehat dan orang yang mabuk akan selalu mengigau dalam setiap pembicaraannya.

Ketiga, gila. Pertanggungjawaban pidana dibebankan kepada seseorang yang *mukallaf*, yaitu yang memiliki kemampuan berpikir dan memilih dalam berbuat. Jika kedua faktor tersebut tidak dimiliki,

⁶⁵ Jam Rmmelink, *Hukum Pidana Komentar Atas Pasal-pasal Terpenting dari Kitab Undang-undang Hukum Belanda dan Padanannya dalam kitab Undang-undang Hukum Pidana Indonesia*, diterjemahkan oleh Tristam Pascal Moeliono, Marjanne Termorshuizen-Arts dan Widati Wulandari, (Jakarta: PT. Gramedia Pustaka Utama, 2010), hlm. 225.

seseorang tidak dapat dimintai pertanggungjawaban. Kemampuan berpikir bisa atau dapat hilang sejak lahir atau karena sebab-sebab tertentu. Seorang individu setelah mencapai taraf kedewasaan telah dapat menggunakan berpikirnya, tetapi karena adanya gangguan atau serangan penyakit, kemampuan berpikirnya dapat hilang. Hilangnya kemampuan berpikir (akal sehat) dalam kehidupan sehari-hari dinamakan gila. Abdul Qadir ‘Audah memberikan definisi gila, sebagai “Gila adalah hilangnya akal, rusak atau lemah.”⁶⁶

2. Eksistensi dan Relevansi Hukum Pidana Islam tentang Pertanggungjawaban Pidana dalam RUU KUHP

Islam sebagai agama yang dianut oleh mayoritas masyarakat, tentu sangat berpengaruh dalam pola kehidupan bangsa Indonesia. Melaksanakan syariat agama berupa hukum-hukum yang dikandung di dalamnya menjadi parameter ketaatan seseorang dalam menjalankan agama. Tentu pelaksanaan hukum pidana Islam berkaitan dengan adat kebiasaan yang berlaku karena masyarakat Indonesia hidup dalam budaya yang dipengaruhi oleh agama. Dalam hal ini, ada pernyataan menarik yang dikemukakan oleh Taufiq Abdullah dan Sharon Siddique dalam bukunya *Tradisi dan Kebangkitan Islam di Asia Tenggara*. Dikatakan bahwa Islam di Asia Tenggara memiliki sejarah paling tidak tujuh abad, dan selama waktu itu Islam telah dipengaruhi oleh lingkaran Asia yang unik. Dengan kata lain, Islam telah menjadi tradisi tersendiri yang secara kultur tertanam dalam konteks sosial ekonomi dan politik selama tujuh abad.

Perkembangan hukum pidana Islam di Indonesia merupakan wujud dari aktualitas dinamika sosial masyarakat. Semua elemen masyarakat mempunyai andil dalam menghidupkan nuansa hukum yang bersumber dari

⁶⁶ Abdul Qadir ‘Audah, *al-Tasyri’ al-Jan’iy al-Islamy, Muqaranan bil-Qammil Wadhi’iy*, Juz Awal, (Beirut: Muasasah Riasalah, 1996), hlm. 127.

agama Islam. Perkembangan hukum pidana Islam di Indonesia tentu telah mengalami pasang surut dengan berbagai tantangan dan harapan. Meskipun demikian, hukum pidana Islam tetap eksis dan berkembang. Oleh karenanya, berbagai kemungkinan perkembangan harus menjadi tanggung jawab semua pihak dan elemen masyarakat dalam menjadikan hukum pidana Islam sebagai suatu perundang-undangan di Negara Republik Indonesia.

Hukum pidana Islam sebagai salah satu hukum tidak tertulis telah diakui keberadaannya dalam sistem hukum di Indonesia. Hal ini membawa implikasi positif terhadap relevansi konsep pertanggungjawaban pidana dalam rangka pembaharuan hukum pidana di Indonesia. Secara redaksional, ada sedikit perbedaan antara konsep hukum pidana Islam dengan konsep hukum pidana di Indonesia, tetapi pada hakikatnya memiliki pengertian sama. Pada hakikatnya, baik dalam hukum pidana Islam maupun hukum positif, bahwa yang dapat dipertanggungjawabkan secara hukum pidana adalah setiap manusia yang berakal sehat, dewasa, dan atas dasar kemauan sendiri. Oleh karena itu, tidak ada pertanggungjawaban pidana bagi orang yang belum dewasa, orang gila, orang dungu, orang yang dipaksa, dan orang yang sudah hilang kemauannya. Secara umum konsep KUHP mendatang juga memuat prinsip yang sama, yang dapat dilihat dalam pasal 31 sampai 43 RUU KUHP 2016.

Dalam konsep KUHP dan hukum pidana Islam mensyaratkan bahwa untuk dapat dikatakan seseorang mampu mempertanggungjawabkan maka perbuatan yang dilakukan harus atas dasar keinginan sendiri. Pelaku juga menyadari akibat yang terjadi dan mengetahui bahwa perbuatannya dilarang. Syarat-syarat tersebut tentu hanya melekat pada seseorang yang sudah dewasa, tidak mabuk, dan tidak dalam keadaan *overmacht*.⁶⁷

⁶⁷ Muladi, "Perkembangan Pengaturan Tindak Pidana dalam KUHP Mendatang," *Makalah Penataran Nasional Hukum pidana dan Kriminologi*, Semarang, 1993, hlm., 4.

Diakui dan diadopsinya nilai hukum pidana Islam ke dalam hukum nasional khususnya mengenai pertanggungjawaban pidana, memang dianggap relevan dengan nilai berlakunya suatu kebijakan. Relevansi yuridis filosofis artinya adopsi hukum pidana Islam dibentuk menurut cara-cara yang telah ditentukan dan ditetapkan. Selain itu, kaidah hukum pidana Islam yang diadopsi harus sesuai dan tidak bertentangan dengan cita-cita hukum sebagai nilai positif tertinggi dalam falsafah hidup masyarakat Indonesia, yaitu Pancasila yang diakui sebagai *Grand Norm*. Artinya, Pancasila sebagai sumber dari segala sumber hukum harus mewarnai kehidupan masyarakat Indonesia, juga seluruh jenjang hukum yang berlaku. Hal ini sebagaimana dikemukakan oleh Hans Kelsen dalam teorinya *Stufenbau theory* bahwa suatu kaidah hukum memiliki kekuatan berlaku apabila penetapannya didasarkan pada kaidah hukum yang tingkatannya lebih tinggi.⁶⁸

KUHP sebagai sumber hukum pidana di Indonesia seharusnya dapat mencerminkan nilai-nilai budaya bangsa sebagaimana tercermin dalam Pancasila. Dengan demikian, usaha pembaharuan hukum pidana nasional harus mampu mengakomodasi dan menampung nilai-nilai luhur tersebut. Untuk itu, hendaknya pembaharuan hukum pidana dilakukan melalui suatu pendekatan yang terpadu antara pendekatan yang berorientasi pada kebijakan (*policy oriented approach*) dan pendekatan yang berorientasi pada nilai (*value oriented approach*).

Dalam pembaharuan hukum pidana nasional melalui pendekatan nilai telah menghasilkan rumusan pertanggungjawaban pidana yang mengadopsi dan mengakomodasi nilai-nilai dan hukum yang hidup dalam masyarakat, yaitu hukum pidana Islam. Maka, sudah tampak bahwa telah terdapat kesepahaman antara rumusan pertanggungjawaban pidana dalam rancangan KUHP dengan nilai-nilai yang terkandung dalam hukum pidana Islam yang diakui sebagai salah satu norma dan nilai yang hidup dalam masyarakat.

⁶⁸ Satochid Kartanegara, "Hukum Pidana I", *Diktat Kumpulan Kuliah*, (Jakarta: Balai Mahasiswa, tt), hlm, 243-244.

Baik dalam konsep KUHP mendatang maupun dalam hukum pidana Islam, keduanya mensyaratkan perbuatan konkret yang dilakukan oleh pelaku yang patut dicela dan dikenakan pidana (mampu bertanggung jawab). Artinya, jika hanya berupa niat dan belum diwujudkan dalam tindakan nyata, tidaklah memiliki implikasi yuridis apa pun.

Pada dasarnya, kedua konsep tersebut sama-sama mengakui prinsip “Tiada Pidana Tanpa Kesalahan”. Kesalahan yang terjadi harus dalam bentuk kesengajaan (*Dolus*), sedangkan kesalahan yang dilakukan karena *culpa* bersifat pengecualian. Atas dasar pemikiran tersebut, dapat dikatakan bahwa pertanggungjawaban pidana dalam hukum Islam relevan dengan falsafah Pancasila sebagai falsafah negara yang berbasis agama.

Selain itu juga kemungkinan untuk memberlakukan hukum pidana Islam sebagai salah satu bahan pembentukan Hukum Pidana nasional, juga didukung oleh landasan yuridis yang cukup kuat yang terdapat dalam pasal 29 UUD 1945. Dengan demikian, hal ini pun dapat dijadikan alasan kuat untuk mengatakan bahwa keberadaan hukum pidana Islam sangat relevan dalam KUHP mendatang.

Selanjutnya juga memiliki relevansi sosiologis, yakni secara sosiologis nilai-nilai dan ajaran hukum pidana Islam telah diakui dan diterima oleh sebagian besar masyarakat Indonesia. Hal ini juga dipengaruhi oleh perkembangan masyarakat Islam di Indonesia sebagai agama mayoritas. Dengan demikian, hukum pidana Islam memiliki pengaruh dalam kehidupan hukum di Indonesia. Namun demikian, besar tidaknya pengaruh belum dapat digunakan sebagai alasan yang cukup kuat untuk mengatakan bahwa hukum pidana Islam relevan untuk situasi sosio kultural masyarakat Indonesia. Ada tidaknya relevansi, harus didasarkan atas kekuasaan umum yang berlaku. Sehubungan dengan hal tersebut terdapat dua teori yang menjadi dasar relevansi bahwa secara sosiologis konsep pertanggungjawaban pidana dalam hukum pidana Islam relevan untuk

diakomodasi dan diadopsi dalam KUHP mendatang, yaitu Teori Pengakuan (*Anerkennung*) dan Teori Kekuasaan (*Macht Theorie*).⁶⁹

C. Perumusan Penerapan Sanksi dalam Hukum Pidana Islam

1. Sistem Sanksi dalam Hukum Pidana Islam

a. Pengertian Sanksi

Sesuatu disebut sanksi karena mengiringi perbuatan dan dilaksanakan setelah perbuatan dilakukan. Sementara dalam pengertian lainnya, sanksi dapat dipahami sebagai balasan terhadap perbuatan menyimpang yang telah dilakukannya. Sanksi berarti siksaan atau pembalasan kejahatan.

Dalam hukum pidana di Indonesia, istilah sanksi hampir sama dengan pidana. Sanksi sebagai istilah tidak dapat menggantikan kata pidana karena ada istilah hukuman pidana dan hukuman perdata. Istilah pidana lebih tepat daripada sanksi sebagai terjemahan dari kata *starf*. Kata *starf* diterjemahkan dengan sanksi maka *starfrecht* harus diterjemahkan hukum sanksi.⁷⁰

Sanksi dalam bahasa Arab disebut *Uqubah* yang artinya mengiringinya. Adapun pengertian sanksi sebagaimana dikemukakan oleh Abdul Qadir Awdah bahwa hukuman adalah pembalasan yang ditetapkan untuk kemaslahatan masyarakat karena pelanggaran atas ketentuan-ketentuan *syara'*:

العقوبة هي الجزاء المُقرَّر لمصلحة الجماعة على عصيان أمر الشارع

⁶⁹ Bahnassi, Ahmad Fathi, "Criminal Responsibility in Islamic Law", dalam M. Cherif Bassiouni (ed)... *The Islamic Criminal Justice System*, (New York: Oceana Publication, 1982), hlm. 176.

⁷⁰ Mustafa Abdullah dan Ruben Ahmad, *Intisari Hukum Pidana*, (Jakarta: Ghalia Indonesia, 1983), hlm. 47.

*Sanksi adalah pembalasan atas pelanggaran perintah syara' yang ditetapkan untuk kemaslahatan masyarakat.*⁷¹

Dari sini dapat disimpulkan bahwa sanksi merupakan balasan yang setimpal atas perbuatan pelaku kejahatan yang mengakibatkan orang lain menjadi korban akibat perbuatannya. Dalam pengertian lain, sanksi merupakan penimpaan derita dan kesengsaraan dari pelaku kejahatan sebagai balasan yang diterima si pelaku akibat pelanggaran perintah syara'.⁷²

b. Dasar Hukum Pemberlakuan Sanksi

Sanksi harus mempunyai dasar, baik dari al-Qur'an maupun al-Hadis. Berbagai kebijakan ditempuh oleh Islam dalam upaya menyelamatkan manusia, baik individu maupun masyarakat dari kerusakan dan menyingkirkan hal-hal yang menimbulkan kejahatan. Islam berusaha mengamankan dengan berbagai ketentuan berdasarkan al-Qur'an, al-Hadis, dan berbagai ketentuan *ulil amri*. Semua itu pada hakikatnya ditujukan untuk menyelamatkan umat manusia dari ancaman kejahatan. Adapun dasar-dasar penjatuhan sanksi, antara lain:

يَدَاوُدُ إِنَّا جَعَلْنَاكَ خَلِيفَةً فِي الْأَرْضِ فَاحْكُم بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ
وَلَا تَتَّبِعِ الْهَوَىٰ فَيُضِلَّكَ عَنْ سَبِيلِ اللَّهِ إِنَّ الَّذِينَ يَضِلُّونَ عَنْ
سَبِيلِ اللَّهِ لَهُمْ عَذَابٌ شَدِيدٌ بِمَا نَسُوا يَوْمَ الْحِسَابِ ﴿٥٨﴾

⁷¹ Abdul Al-Qadir Awdah, *at-Tasyri al-Jinal al-Islami*, Jilid I, (Bairut :Dar al-Kutub, 1963), hlm. 609.

⁷² Rahmat Hakim, *Hukum Pidana Islam*, (Bandung: Pustaka Setia, 2000), hlm. 59.

26. Hai Daud, sesungguhnya Kami menjadikan kamu khalifah (penguasa) di muka bumi, maka berilah keputusan (perkara) di antara manusia dengan adil dan janganlah kamu mengikuti hawa nafsu, karena ia akan menyesatkan kamu dari jalan Allah. Sesungguhnya orang-orang yang sesat dari jalan Allah akan mendapat azab yang berat, karena mereka melupakan hari perhitungan.⁷³

﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ لِلّٰهِ وَلَوْ عَلَىٰ
 أَنفُسِكُمْ أَوِ الْوَالِدِينَ وَالْأَقْرَبِينَ ۚ إِن يَكُنْ غَنِيًّا أَوْ فَقِيرًا فَاللّٰهُ
 أَوْلَىٰ بِهِمَا ۖ فَلَا تَتَّبِعُوا أَهْوَىٰ ۖ إِن تَعْدِلُوا ۖ وَإِن تَلْوُوا أَوْ تُعْرِضُوا
 فَإِنَّ اللّٰهَ كَانَ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرًا ۝١٣٥﴾

135. Wahai orang-orang yang beriman, jadilah kamu orang yang benar-benar penegak keadilan, menjadi saksi karena Allah biarpun terhadap dirimu sendiri atau ibu bapa dan kaum kerabatmu. Jika ia⁷⁴ kaya ataupun miskin, maka Allah lebih tahu kemaslahatannya. Maka janganlah kamu mengikuti hawa nafsu karena ingin menyimpang dari kebenaran. Dan jika kamu memutar-balikkan (kata-kata) atau enggan menjadi saksi, maka sesungguhnya Allah adalah Maha mengetahui segala apa yang kamu kerjakan.⁷⁵

﴿إِنَّ اللّٰهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا أَلَّامَنَتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ
 النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ ۚ إِنَّ اللّٰهَ نِعِمَّا يَعِظُكُمْ بِهِ ۚ إِنَّ اللّٰهَ كَانَ
 سَمِيعًا بَصِيرًا ۝٥٨﴾

58. Sesungguhnya Allah menyuruh kamu menyampaikan amanat kepada yang berhak menerimanya, dan (menyuruh kamu) apabila menetapkan hukum di antara manusia supaya kamu menetapkan dengan adil. Sesungguhnya Allah memberi

⁷³ Q.S. Shaad (38): 26.

⁷⁴ Maksudnya: orang yang tergugat atau yang terdakwa.

⁷⁵ Q.S. an-Nisa' (4): 135.

*pengajaran yang sebaik-baiknya kepadamu. Sesungguhnya Allah adalah Maha mendengar lagi Maha melihat.*⁷⁶

لَا حُكْمَ لِأَفْعَالِ الْعُقَلَاءِ قَبْلَ وُرُودِ النَّصِّ

*Tidak ada sanksi bagi perbuatan orang yang berakal sebelum adanya ketentuan nash.*⁷⁷

لَا جَرِيْمَةَ وَلَا عُقُوْبَةَ إِلَّا بِالنَّصِّ

*Tidak ada tindak pidana dan tidak ada sanksi kecuali adanya nash.*⁷⁸

c. Tujuan Sanksi

Esensi dari pemberian sanksi bagi pelaku *jarimah* menurut Islam adalah pencegahan (*ar-rad'u waz zahru*), perbaikan, dan pengajaran (*al-ishlah wat-tahdzib*). Dengan tujuan tersebut, pelaku *jarimah* diharapkan tidak mengulangi perbuatannya kembali. Adapun tujuan pemberian sanksi, yaitu:⁷⁹

a) Pencegahan

Pencegahan adalah menahan orang yang berbuat *jarimah* agar tidak mengulangi perbuatannya atau tidak akan terus-menerus melakukan *jarimah* tersebut. Pencegahan juga mengandung arti mencegah orang lain selain pelaku agar tidak ikut melakukan *jarimah*. Dengan begitu, ia mengetahui bahwa sanksi yang dikenakan kepada pelaku juga akan dikenakan terhadap orang lain yang melakukan perbuatan yang sama.

⁷⁶ Q.S. an-Nisa' (4): 58.

⁷⁷ Abdul Qadir Audah, *at-Tasyri'*...., hlm. 118.

⁷⁸ Makhrus Munajat, *Dekonstruksi Hukum*...., hlm. 20.

⁷⁹ Ahmad Wardi Muslich, *Pengantar dan Asas*...., hlm. 137-140.

b) Perbaikan dan Pengajaran

Tujuan kedua dari penjatuhan sanksi adalah mendidik pelaku *jarimah* agar menjadi orang yang baik dan menyadari kesalahannya. Sementara tujuan sanksi pada hukum pidana telah mengalami beberapa fase, yakni:

1) Fase balasan perseorangan (*Vengeance-Privee : al-Intiqamul Fardi*)

Pada fase ini, sanksi berada di tangan perseorangan yang bertindak atas dasar perasaan hendak menjaga diri dari penyerangan dan atas dasar naluri hendak membalas orang yang menyerangnya.

2) Fase balasan Tuhan atau balasan umum (*Vengeance Divine : al-Intiqamul Illahi*)

Maksud dari balasan Tuhan adalah orang yang berbuat harus menebus kesalahannya. Sementara balasan umum adalah agar orang yang berbuat merasa jera dan orang lain pun tidak berani meniru perbuatannya.

3) Fase kemanusiaan (*Humanitaire : al-Ashrul Insani*)

Pada fase kemanusiaan, prinsip-prinsip keadilan dan kasih sayang dalam mendidik dan memperbaiki diri orang yang berbuat mulai dipakai.

4) Fase keilmuan (*Scientifique : al-Ashrul 'Ilmi*)⁸⁰

Pada fase ini muncullah aliran Italia yang didasarkan pada pikiran, bahwa sanksi mempunyai tujuan dan tugas ilmiah, macam masa dan bentuk sanksi aturan-aturan

abstrak yang mengharuskan diberlakukannya pembuat-pembuat *jarimah* dalam tingkatan dan keadaan yang sama.

d. Syarat-syarat Sanksi

a) Sanksi harus berdasarkan *Syara'*

Sanksi dianggap mempunyai dasar (syariah) apabila didasarkan pada sumber-sumber *syara'*, seperti al-Qur'an, as-Sunnah, *Ijma'*, *Qiyas* atau undang-undang yang ditetapkan oleh lembaga yang berwenang. Untuk sanksi yang ditetapkan oleh *ulil amri*, disyaratkan tidak bertentangan dengan ketentuan *syara'*. Apabila ada sanksi yang bertentangan maka ketentuannya batal. Dengan adanya persyaratan tersebut, seorang hakim tidak boleh menjatuhkan sanksi atas dasar pemikirannya sendiri walaupun berkeyakinan bahwa sanksi dari pemikirannya lebih baik dan lebih utama dibandingkan sanksi yang telah ditetapkan.

b) Sanksi harus bersifat pribadi (perseorangan)

Sanksi disyaratkan harus bersifat pribadi atau perseorangan. Artinya, sanksi harus dijatuhkan pada orang yang melakukan tindak pidana dan tidak mengenai orang lain yang tidak bersalah. Syarat ini merupakan salah satu dasar dan prinsip yang ditegakkan oleh hukum pidana Islam dan telah dibicarakan berkaitan dengan topik pertanggungjawaban.⁸¹

c) Sanksi harus berlaku umum

Sanksi harus bersifat umum karena seluruh pelaku pidana dihadapan hakim sama derajatnya, tanpa membedakan status

⁸¹ *Ibid.*, hlm. 141-142.

sosial atau derajat apa pun. Namun demikian, prinsip persamaan sanksi secara sempurna hanya dapat diberlakukan dalam tindak pidana *hudud*, pembunuhan, dan perlukaan.⁸²

e. Macam-macam Sanksi

Sanksi dibagi menjadi beberapa macam sesuai dengan tindak pidana, antara lain:⁸³

- a) Sanksi ditinjau dari segi terdapat atau tidak terdapat *nash* dalam al-Qur'an dan al-Hadis, dibedakan menjadi dua, yaitu:
 - 1) Sanksi yang terdapat *nash*, yaitu *hudud*, *qishas*, *diyat*, dan *kafarat*. Misal, sanksi bagi pezina, pencuri, perampok, pemberontak, pembunuh dan orang yang men-*dzhihar* istrinya.
 - 2) Sanksi yang tidak terdapat *nash*, sanksi ini disebut dengan hukuman *ta'zir*, seperti percobaan melakukan tindak pidana, tidak melaksanakan amanah, saksi palsu, dan melanggar aturan lalu lintas.
- b) Sanksi ditinjau dari segi hubungan antara satu sanksi dengan sanksi lainnya, dibedakan menjadi empat, yaitu:
 - 1) Sanksi pokok (*al-'uqubat al-ashliyah*), yaitu sanksi yang menempati tempat sanksi yang asal bagi satu kejahatan, seperti sanksi mati bagi pembunuh dan sanksi jilid seratus kali bagi pezina *ghairu muhsan*.

⁸² Abdul Aziz Dahlan, *Ensiklopedia Hukum Islam*, (Jakarta: Ichtiar Baru van Hoeve, 2006), hlm. 1872.

⁸³ A. Djazuli, *Fiqh Jinayah*, (Jakarta: Raja Grafindo Persada, 1997), hlm. 28-30.

- 2) Sanksi pengganti (*al-'uqubah al-badaliyah*), yaitu sanksi yang menempati tempat sanksi pokok apabila sanksi pokok tidak dapat dilaksanakan karena alasan hukum, seperti sanksi *diyat* atau denda bagi pembunuhan sengaja yang dimaafkan *qishas*-nya oleh keluarga korban atau sanksi *ta'zir* apabila karena alasan sanksi pokok berupa *hadd* tidak dapat dilaksanakan.
 - 3) Sanksi tambahan (*al-'uqubat al-taba'iyah*), yaitu sanksi yang dijatuhkan kepada pelaku atas dasar mengikuti sanksi pokok, seperti terhalangnya seorang pembunuh untuk mendapat warisan dari harta terbunuh.
 - 4) Sanksi pelengkap (*al-'uqubat al-takmiliyah*), yaitu sanksi yang dijatuhkan sebagai pelengkap terhadap sanksi yang telah dijatuhkan, seperti mengalungkan tangan pencuri yang telah dipotong lehernya. Sanksi ini harus berdasarkan keputusan hakim tersendiri.
- c) Sanksi ditinjau dari segi kekuasaan hakim yang menjatuhkan sanksi, dibagi menjadi dua, yaitu:
- 1) Sanksi yang memiliki satu batas tertentu, dimana hakim tidak dapat menambah atau mengurangi batas, seperti sanksi *hadd*.
 - 2) Sanksi yang memiliki dua batas, yaitu batas tertinggi dan batas terendah, dimana hakim dapat memilih sanksi yang paling adil dijatuhkan kepada terdakwa, seperti dalam kasus-kasus maksiat yang diancam dengan *ta'zir*.

d) Sanksi ditinjau sasaran hukum, dibagi menjadi empat, yaitu:

- 1) Sanksi badan, yaitu sanksi yang dikenakan kepada badan manusia, seperti sanksi jilid.
- 2) Sanksi yang dikenakan kepada jiwa, yaitu sanksi mati.
- 3) Sanksi yang dikenakan pada kemerdekaan manusia, seperti sanksi penjara atau pengasingan.
- 4) Sanksi harta, yaitu sanksi yang dikenakan kepada harta, seperti *diyat*, denda, dan perampasan.

Sanksi pada KUHP dapat berbeda menurut perbedaan *jarimah*, dibagi menjadi tiga bagian, yakni *jinayah*, *janhah*, dan *mukhalafah*. Masing-masing jenis sanksi dikenakan secara tersendiri. Untuk *jarimah jinayat* dikenakan sanksi mati, atau kerja berat seumur hidup, atau sementara kawalan. Untuk *jarimah janhah* dikenakan sanksi kawalan, atau diletakkan di bawah pengawasan, atau denda. Untuk *jarimah mukhalafah* dikenakan sanksi kawalan atau denda. Perbedaan antara sanksi kawalan pada *janhah* dan *mukhalafah* tidak lebih dari tujuh hari, sedangkan pada *janhah* mencapai tiga tahun. KUHP tidak menyebutkan tujuan dan pedoman pemidanaan bagi hakim atau penegak hukum yang lain, sehingga arah pemidanaan tidak tertuju kepada tujuan dan pola yang sama. Pidana dalam KUHP juga bersifat kaku dalam arti tidak dimungkinkannya modifikasi pidana yang didasarkan pada perubahan atau perkembangan diri pelaku. Sistem pemidanaan dalam KUHP juga lebih kaku sehingga tidak memberi keleluasaan bagi hakim untuk memilih pidana yang tepat untuk pelaku tindak pidana. Sebagai contoh mengenai jenis-jenis pidana,

pelaksanaan pidana pidana mati,⁸⁴ pidana denda,⁸⁵ pidana penjara,⁸⁶ dan pidana bagi anak.

Di kalangan *fuqaha*, *jarimah-jarimah* yang belum ditetapkan sanksinya oleh *syara'* dinamakan dengan *jarimah ta'zir*. *Jarimah ta'zir* juga dapat dipahami sebagai perbuatan maksiat yang tidak dikenakan sanksi *had* dan *kaffarat*. Menurut istilah, *ta'zir* bermakna *al-Ta'dib* (pendidikan) dan *at-Tankil* (pengekangan). Sanksi *ta'zir* disesuaikan dengan tingkat kejahatannya. Kejahatan yang besar dikenai sanksi yang berat sehingga tercapai tujuan pencegahan. Begitu juga dengan kejahatan kecil, akan dikenai sanksi yang dapat mencegah orang lain untuk melakukan kejahatan serupa.

Pengertian *ta'zir* adalah menjatuhkan *ta'zir* (sanksi disiplin) terhadap dosa-dosa yang tidak terdapat *hudud*. *Ta'zir* ini berbeda menurut kondisi *ta'zir* dan pelakunya. Di satu sisi *ta'zir* sesuai dengan *hudud*, yaitu sama-sama memperbaiki dan melarang. Di sisi lain *ta'zir* berbeda dengan *hudud*, yaitu pada dosa yang dilakukan pelaku.⁸⁷

⁸⁴ Di hukum pidana beberapa negara, seperti Venezuela, Columbia, Rumania, Brazilia, Costarica, Uruguay, Chili, Denmark, dan Belanda sendiri, pidana mati telah dihapuskan karena dianggap tidak sesuai dengan tujuan pemidanaan berupa pembinaan kepada pelaku kejahatan. Dalam KUHP Indonesia, pidana mati dianggap masih diperlukan namun pelaksanaannya belum manusiawi karena tetap dianggap sebagai sebuah "harga mati" walaupun terpidana telah menanti eksekusi selama puluhan tahun. Lihat Andi Hamzah, *Sistem Pidana dan Pemidanaan Indonesia: dari Retribusi ke Reformasi*, (Jakarta: Pradnya Paramita, 1986), hlm. 26-27. Andi Hamzah dan A. Sumangelipu, *Pidana Mati di Indonesia*, (Jakarta: Ghalia Indonesia, 1985), hlm. 34. Lihat juga Djoko Prakoso dan Nurwachid, *Studi tentang Pendapat-pendapat Mengenai Efektivitas Pidana Mati di Indonesia Dewasa Ini*, (Jakarta: Ghalia Indonesia, 1984), hlm. 47.

⁸⁵ Masalah pidana denda dalam KUHP terutama terkait dengan jumlah denda yang sangat minim, karena penyesuaian kurs pidana denda terakhir kali dilakukan dengan UU Nomor 18 Prp Tahun 1960. Sebagai contoh adalah ketentuan tentang pidana kurungan pengganti denda. Dalam KUHP, persamaan pidana denda dengan pidana kurungan adalah Rp. 7,50 (tujuh, lima puluh rupiah) disamakan dengan 1 hari kurungan.

⁸⁶ Pembahasan, kritik dan usulan perubahan mengenai pidana penjara diulas dalam R. Achmad S. Soema di Pradja dan Romli Atmasasmita, *Sistem Pemasyarakatan di Indonesia*, (Jakarta: BPHN/Bina Cipta, 1979), hlm. 87. Lihat juga Bambang Poernomo, *Pelaksanaan Pidana Penjara dengan Sistem Pemasyarakatan*, (Yogyakarta: Liberty, 1986), hlm. 85. Lihat juga Barda Nawawi Arief, *Kebijakan Legislatif dalam Penanggulangan Kejahatan dengan Pidana Penjara*, (Semarang: Badan Penerbit Universitas Diponegoro, 1994), lihat juga Muladi, *Lembaga Pidana Bersyarat*, (Bandung: Alumni, 1985), hlm. 172.

⁸⁷ Imam Mawardi, *al-Ahkam al-Sulhaniyyah*, (Jakarta: Darul Falah, 2006), hlm. 390.

Hadis Nabi yang diriwayatkan oleh Bahz ibn Hakim, sebagai berikut.

حَدَّثَنَا إِبْرَاهِيمُ بْنُ مُوسَى الرَّازِيُّ، أَخْبَرَنَا عَبْدُ الرَّزَّاقِ، عَنْ مَعْمَرٍ، عَنْ بَهْزِ بْنِ حَكِيمٍ، عَنْ جَدِّهِ: أَنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ حَبَسَ رَجُلًا فِي تُهُمَةٍ (رواه ابو داودو الترمذى والنسائى والبيهقى وصححه الحاكم)

Telah menceritakan Ibrahim bin Musa ar-Razi, Abdur Razaq memberi kabar kepada kami, dari Ma'mar, dari Bahz ibn Hakim, dari ayahnya dari kakeknya bahwa Nabi saw menahan seseorang karena disangka melakukan kejahatan. (Hadis diriwayatkan oleh Abu Daud, Turmudzi, Nasa'i dan Baihaqi serta dishahihkan oleh Hakim)⁸⁸

Dari Hadis Nabi diriwayatkan oleh Abi Burdah yang artinya: *Dari Abi Burdah al-Ansari ra bahwa ia mendengar Rasulullah Saw. bersabda: tidak boleh dijilid di atas sepuluh cambuk kecuali didalam sanksi yang telah ditentukan oleh Allah Ta'ala (Muttafaq Alaih).*⁸⁹

1) Perbedaan antara *Hudud* dan *Ta'zir*

Sayyid Sabiq mengemukakan perbedaan antara *hudud* dan *ta'zir*, sebagai berikut.⁹⁰

- a) Sanksi *hudud* dilaksanakan secara sama untuk semua orang (pelaku), sedangkan sanksi *ta'zir* pelaksanaannya dapat berbeda antara satu pelaku dengan pelaku lain, bergantung kepada perbedaan kondisi masing-masing pelaku.

⁸⁸ Abi Daud Sulaiman, *Sunan Abi Daud Bab fi Jassi Fiddaini Waghoirihhi*, (Beirut: Maktabah asriyah, t.t.), hlm. 314.

⁸⁹ Ahmad Wardi Muslich, *Hukum Pidana Islam*, (Jakarta: Sinar Grafika, 2005), hlm. 252-253.

⁹⁰ *Ibid.*, hlm. 254-255.

- b) Dalam *jarimah hudud* tidak berlaku pembelaan (*syafa'at*) dan pengampunan apabila perkaranya sudah dibawa ke pengadilan. Sementara untuk *jarimah ta'zir*, ada kemungkinan untuk memberikan pengampunan apabila perkaranya terdapat kesempatan untuk pemberian ampunan, baik oleh individu maupun *ulil amri*.
- c) Orang yang mati karena dikenakan sanksi *ta'zir* berhak memperoleh ganti rugi, sedangkan pada *jarimah hudud* tidak berlaku. Akan tetapi, menurut Imam Malik dan Imam Abu Hanifah kematian akibat sanksi *ta'zir* tidak mengakibatkan ganti rugi apa pun, karena dalam *had* dan *ta'zir* sama.

2) Macam-macam *jarimah ta'zir*

Jarimah ta'zir dapat dibagi menjadi dua bagian, yaitu yang menyinggung hak Allah dan yang menyinggung hak individu. Sementara dari segi sifat, *jarimah ta'zir* dibagi menjadi tiga bagian, yaitu *ta'zir* karena melakukan perbuatan maksiat, melakukan perbuatan yang membahayakan kepentingan umum, dan melakukan pelanggaran.

Di samping itu, dilihat dari segi dasar hukum penetapannya, *ta'zir* dapat dibagi menjadi tiga, sebagai berikut.

- a. *Jarimah ta'zir* yang berasal dari *jarimah-jarimah hudud* atau *qishas*, tetapi syarat-syaratnya tidak terpenuhi atau ada *syubhat*, seperti pencurian yang tidak mencapai nisab atau oleh keluarganya sendiri.

- b. *Jarimah ta'zir* yang jenisnya disebutkan dalam *nash syara'*, tetapi sanksinya belum ditetapkan, seperti riba, suap, dan mengurangi takaran atau timbangan.
- c. *Jarimah ta'zir* yang, baik jenis maupun sanksinya belum ditentukan oleh *syara'*.

Adapun Abdul Azis Amir membagi *jarimah ta'zir* menjadi enam bagian, yaitu:⁹¹

- a. *Jarimah ta'zir* yang berkaitan dengan pembunuhan
- b. *Jarimah ta'zir* yang berkaitan dengan perlukaan
- c. *Jarimah ta'zir* yang berkaitan dengan kejahatan terhadap kehormatan dan kerusakan akhlak
- d. *Jarimah ta'zir* yang berkaitan dengan harta
- e. *Jarimah ta'zir* yang berkaitan dengan individu
- f. *Jarimah ta'zir* yang berkaitan dengan keamanan umum.

3) Macam-macam sanksi *ta'zir*

- a. Sanksi *ta'zir* yang mengenai badan
 - i) Hukuman mati

Untuk *jarimah ta'zir* pada hukuman/sanksi mati, ditetapkan oleh para *fuqaha* secara beragam. Hanafiyah membolehkan kepada *ulul amri* untuk menerapkan hukuman mati sebagai *ta'zir* dalam

⁹¹ *Ibid.*, hlm. 255.

jarimah-jarimah yang jenisnya diancam dengan hukuman mati apabila dilakukan secara berulang kali. Malikiyah juga membolehkan hukuman mati sebagai *ta'zir* untuk *jarimah-jarimah ta'zir* tertentu. Sementara *fuqaha* Syafi'iyah membolehkan hukuman mati sebagai *ta'zir* dalam kasus penyebaran aliran-aliran sesat yang menyimpang dari ajaran al-Qur'an dan as-Sunnah.

ii) Sanksi jilid (dera)

Alat yang digunakan untuk sanksi jilid adalah cambuk pertengahan (sedang, tidak terlalu besar dan tidak terlalu kecil) atau tongkat. Pukulan atau cambukan tidak boleh diarahkan ke muka, farji, dan kepala. Sanksi jilid tidak boleh sampai menimbulkan cacat dan membahayakan organ-organ tubuh yang terhukum, apalagi sampai membahayakan jiwa. Sebab, tujuannya adalah memberi pelajaran dan pendidikan kepada terhukum.⁹²

iii) Sanksi yang berkaitan dengan kemerdekaan

a. Sanksi penjara⁹³

Dalam bahasa Arab ada dua istilah untuk sanksi penjara, yaitu *al-Habsu* dan *as-Sijau*. *Al-Habsu* artinya menahan atau mencegah, *al-Habsu* juga diartikan *as-Sijnu*. Dengan demikian, kedua kata tersebut mempunyai arti yang sama. Sanksi penjara menurut para ulama

⁹² *Ibid.*, hlm. 258-260.

⁹³ A. Djazuli, *Fiqh Jinayah...*, hlm. 202.

dibagi menjadi dua, yaitu penjara yang waktunya dibatasi dan tidak dibatasi.

Sanksi penjara yang dibatasi waktunya adalah yang dibatasi lamanya hukuman yang secara tegas harus dilaksanakan oleh si terhukum. Contohnya sanksi penjara bagi pelaku penghinaan, pemakan riba, penjual khamr, saksi palsu, orang yang mengairi ladangnya dengan air tetangganya tanpa izin, dan sebagainya.

Sementara itu, untuk sanksi penjara yang tidak dibatasi waktunya tidak ada kesepakatan di antara ulama. Sanksi ini bisa berupa penjara seumur hidup, bisa juga dibatasi sampai terhukum bertaubat. Sanksi penjara seumur hidup adalah hukuman penjara untuk kejahatan-kejahatan yang sangat berbahaya, misalnya pembunuhan yang terlepas dari sanksi *qishas*.

b. Sanksi pengasingan

Dasar sanksi pengasingan ialah firman Allah:

إِنَّمَا جَزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ
وَيَسْعَوْنَ فِي الْأَرْضِ فَسَادًا أَنْ يُقَتَّلُوا أَوْ
يُصَلَّبُوا أَوْ تُقَطَّعَ أَيْدِيهِمْ وَأَرْجُلُهُمْ مِّنْ
خَلْفٍ أَوْ يُنْفَوْا مِنَ الْأَرْضِ ذَٰلِكَ

لَهُمْ خِزْيٌ فِي الدُّنْيَا وَلَهُمْ فِي الْآخِرَةِ

عَذَابٌ عَظِيمٌ ﴿٣٣﴾

33. Sesungguhnya pembalasan terhadap orang-orang yang memerangi Allah dan Rasul-Nya dan membuat kerusakan di muka bumi, hanyalah mereka dibunuh atau disalib, atau dipotong tangan dan kaki mereka dengan bertimbal balik,⁹⁴ atau dibuang dari negeri (tempat kediamannya). yang demikian itu (sebagai) suatu penghinaan untuk mereka di dunia, dan di akhirat mereka beroleh siksaan yang besar.⁹⁵

Meskipun ketentuan sanksi pengasingan dalam ayat tersebut diancam kepada pelaku *jarimah hudud*, tetapi para ulama juga menerapkan dalam *jarimah ta'zir*. Hukuman pengasingan dijatuhkan pada pelaku kejahatan yang dikhawatirkan berpengaruh kepada orang lain sehingga pelaku harus dibuang atau diasingkan untuk menghindarkan pengaruh-pengaruh yang dibawanya.

c. Sanksi *ta'zir* yang berkaitan dengan harta

Sanksi terhadap harta dapat berupa denda atau penyitaan harta si mujrim. Sanksi berupa denda, umpamanya pencurian buah yang masih tergantung di pohonnya dengan keharusan pengembalian dua kali lipat harga asalnya. Sanksi denda ini juga dapat dijatuhkan bagi orang yang menyembunyikan,

⁹⁴ Maksudnya ialah memotong tangan kanan dan kaki kiri; dan kalau melakukan lagi maka dipotong tangan kiri dan kaki kanan.

⁹⁵ Q.S. al-Maidah (5): 33.

menghilangkan, atau merusakkan barang milik orang lain dengan sengaja.

Adapun bentuk lain adalah perampasan terhadap harta yang diduga merupakan hasil perbuatan jahat atau mengabaikan hak orang lain yang ada di dalam hartanya. Dalam hal ini, boleh menyita harta tersebut bila terbukti dimiliki dengan jalan yang tidak sah. Selain itu, dapat menahan harta selama dalam persengketaan kemudian mengembalikan kepada pemiliknya setelah selesai persidangan.⁹⁶

f. Pelaksanaan Sanksi

Pihak yang melaksanakan sanksi adalah petugas yang ditunjuk oleh imam untuk melaksanakannya. Sebagaimana ulama berpendapat bahwa untuk hukuman *qishas* dapat dilakukan sendiri (keluarga korban) dengan pengawasan imam. Akan tetapi di sisi lain, menurut sebagian ulama pelaksanaan *qishas* diserahkan kepada petugas yang berpengalaman sehingga tidak melalui batas yang ditentukan. Adapun untuk melaksanakan sanksi hukuman mati menurut Imam Abu Hanifah dan Imam Ahmad menggunakan pedang, berdasarkan hadis:

لَا قُودَ إِلَّا بِالسَّيْفِ

Tidak ada qishas (hukuman mati) kecuali dengan pedang (HR. al-Bazar dan ibn Adi dari Abu Bukrah)

Sementara menurut Imam Malik, Imam Syafi'i, dan sebagian ulama Hanabilah alat untuk melaksanakan *qishas* harus dengan alat yang sama dengan yang digunakan untuk membunuh korban. Para ulama hukum pidana Islam terkemuka dewasa ini membolehkan

⁹⁶ *Ibid.*, hlm. 169.

penggunaan alat selain pedang. Asalkan lebih cepat mematikan dan lebih meringankan penderitaan terhukum, misalnya dengan menggunakan kursi listrik. Hal ini berdasarkan hadis Nabi:

حَدَّثَنَا أَبُو بَكْرِ بْنُ أَبِي شَيْبَةَ، حَدَّثَنَا إِسْمَاعِيلُ بْنُ عَبْدِ اللَّهِ، عَنْ خَالِدِ الْحَدَّاءِ، عَنْ أَبِي قِلَابَةَ، عَنْ أَبِي الْأَشْعَثِ، عَنْ سَدَّادِ بْنِ أَوْسٍ، قَالَ: ثِنْتَانِ حِفْظُهُمَا عَنْ رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، قَالَ: إِنَّ اللَّهَ كَتَبَ الْإِحْسَانَ عَلَى كُلِّ شَيْءٍ، فَإِذَا قَتَلْتُمْ فَأَحْسِنُوا الذَّبْحَ، وَلْيُجِدْ أَحَدُكُمْ شَفْرَتَهُ، فَلْيُرْخِ ذَ بِيحَتَهُ.

Telah diceritakan kepada kami Abu Bakar bin Abi Syaibah, telah menceritakan Ismail bin Ulaiyahm dari Khalid al-Jada', dari Abi Qilabah, dari Abi as-Ash, dari Syahad bin Aus, Rasulullah Saw. bersabda: Sesungguhnya Allah mewajibkan ihsan kepada segala sesuatu. Oleh karena itu apabila kamu membunuh (memberi hukuman mati), maka bunuhlah dengan cara yang baik. Dan apabila kamu menyembelih, maka sembelihlah dengan cara yang baik. Hendaklah salah seorang di antara kamu mempertajam mata pedangnya dan meringankan penderitaan binatang yang disembelihnya. (HR Muslim dari Saddad bin Ask).⁹⁷

الشَّهْرُ الْحَرَامُ بِالشَّهْرِ الْحَرَامِ وَالْحُرُمَتُ قِصَاصٌ ۚ فَمَنْ أَعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَأَعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا أَعْتَدَى عَلَيْكُمْ ۚ وَاتَّقُوا اللَّهَ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ مَعَ الْمُتَّقِينَ

194. bulan Haram dengan bulan haram,⁹⁸ dan pada sesuatu yang patut dihormati,⁹⁹ berlaku hukum qishaash. Oleh sebab itu, barangsiapa yang menyerang kamu, maka seranglah ia, seimbang dengan serangannya terhadapmu. Bertakwalah

⁹⁷ Muslim Ibnu al-Hajjaj, *Shohih Muslim Bab al-Amru Bi Ihsan adz-Dzabhi Qital*, Jilid III, (Beirut: Dar Ihya at-Turost, t.t), hlm. 1548.

⁹⁸ Kalau umat Islam diserang di bulan haram, yang sebenarnya di bulan itu tidak boleh berperang, maka diperbolehkan membalas serangan itu di bulan itu juga.

⁹⁹ Maksudnya antara lain ialah: bulan Haram (bulan Zulkaidah, Zulhijjah, Muharram dan Rajab), tanah Haram (Mekah) dan Ihram.

*kepada Allah dan ketahuilah, bahwa Allah beserta orang-orang yang bertakwa.*¹⁰⁰

g. Penundaan Sanksi

Sebagian ulama berpendapat bahwa jika kondisi fisik orang yang akan dihukum lemah maka pelaksanaan sanksi dapat ditunda sampai kondisinya kuat. Namun, sebagian ulama juga tidak memperbolehkan penundaan sanksi dengan syarat tidak membahayakan kesehatan orang yang akan dihukum. Untuk sanksi cambuk, jika keadaan terpidana lemah boleh dicambuk dua atau tiga kali dengan jumlah cabang anak cambuk yang sesuai dengan jumlah sanksi cambuk yang harus diterimanya.¹⁰¹

Penundaan sanksi yang selanjutnya dilakukan kepada wanita yang sedang hamil. Hukum pidana Islam telah menetapkan aturan tidak melaksanakan sanksi terhadap wanita hamil. Sebagaimana dalam sebuah hadis dijelaskan:

حَدَّثَنَا مُسْلِمُ بْنُ أَبِإِبْرَاهِيمَ، أَنَّ هِشَامًا الدَّسْتَوَائِيَّ، وَأَبَانَ ابْنَ يَزِيدَ، حَدَّثَاهُمَا، الْمَعْنَى، عَنْ يَحْيَى، عَنْ أَبِي قِلَابَةَ، عَنْ أَبِي الْمُهَلَّبِ، عَنْ عُمَرَ ابْنِ حُصَيْنٍ، أَنَّ امْرَأَةً – قَالَ فِي حَدِيثِ أَبَانَ: مِنْ جُحَيْنَةَ، أَمَّتِ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ وَسَلَّمَ، فَقَالَتْ إِنَّهَا زَنْتٌ، وَهِيَ حُبْلَى، فَدَعَا النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ وَسَلَّمَ وَلِيًّا لَهَا، فَقَالَ لَهُ رَسُولُ اللَّهِ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: أَحْسِنُ إِلَيْهَا، فَإِذَا وَضَعَتْ فَجِئِي بِهَا، فَلَمَّا أَنْ وَضَعَتْ جَاءَ بِهَا النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ وَسَلَّمَ، فَشَكَتْ عَلَيْهَا نِيَابَهَا، ثُمَّ أَمَرَ بِهَا فَرَجَمَتْ (رواه مسلم)

Telah menceritakan Muslim bin Ibrahim, sesungguhnya Hisyam ad-Dastuwai dan dari ayahnya Yazid, mereka telah bercerita kepada yang artinya dari Yahya, dari Abu Qilabah, dari Abi

¹⁰⁰ Q.S. al-Baqarah (2): 194.

¹⁰¹ Abdul Qadir Audah, *Ensiklopedia Hukum Pidana Islam (at-Tasyiri' al-Jina'i al-Islamiy Muqaranan bil Qanunil Wad'iy)*, (Alie Yfie dkk), Jilid III, (Bogor: PT Kharisma Ilmu t.t), hlm. 157-158.

Muhallah, dari Imam bin Husain r.a bahwa seorang wanita suku Juhainah pernah datang kepada Nabi Saw. sedangkan ia dalam keadaan hamil karena berzina, maka ia berkata, 'Berbuat baiklah kepadanya (jangan dicela-cela), bila ia telah melahirkan anak, bawalah ia kepadaku. 'Nabi Muhammad Saw. memerintahkan untuk had; lalu aku tutupkan kainnya ke badannya, kemudian ia memerintahkan (untuk dirajam), lalu dirajamlah perempuan itu. (HR. Muslim)¹⁰²

Kasus serupa juga terdapat Hadis Mu'adz dimana Rasulullah Saw. bersabda, jika engkau memiliki alasan (menjatuhkan hukuman dan sanksi) atas perempuan, engkau tidak memiliki alasan atas apa yang berada di dalam kandungannya. Para *fuqaha* sepakat dalam aturan pokok tersebut, tetapi mereka berbeda pendapat mengenai batas penundaannya. Imam asy-Syafi'i berkata, tidak boleh melaksanakan hukuman dan sanksi terhadap wanita yang mengaku sedang hamil sampai si wanita tersebut melahirkan atau terbukti bahwa ia tidak hamil. Jika tidak ada wanita lain yang menyusui anak wanita hamil tersebut ia diberi tenggang waktu sampai mendapatkan wanita yang menyusui anaknya jika wanita tersebut dijatuhi hukuman.”

Sementara menurut Ahmad bin Hanbal, apabila sanksi yang dijatuhkan terhadap wanita yang sedang hamil berupa *qishas* atau rajam maka ditunda sampai ia melahirkan dan menyusui anaknya. Apabila ada wanita lain yang dapat menyusui anaknya, wanita tersebut segera menjalani sanksinya. Namun jika tidak ada wanita lain yang menyusui anaknya maka ditunggu sampai dua tahun dan menyapihnya. Ketetapan ini juga berlaku pada sanksi cambuk yang pelaksanaannya harus ditunda sampai ia melahirkan anaknya.¹⁰³

¹⁰² Abi Daud, *Sunan Abi Daud Bab al-Imroatul latiamaro*, Juz IV, (Beirut: Maktabah Asriyah, t.t), hlm. 152.

¹⁰³ Abdul Qadir Audah, *Ensiklopedia Hukum...*, hlm. 158-159.

h. Penghapusan Sanksi

Salah satu penghapusan sanksi adalah ketidaksaan sanksi karena keraguan. Jika adanya suatu keraguan maka pemberian sanksi menjadi batal. Hal ini sesuai dengan Hadis, “Hindarkan *hudud* dalam keadaan ragu, lebih baik salah dalam membebaskan daripada salah dalam menghukum.” Abdul Qadir Audah memberi contoh dari keraguan dalam pencurian. Misalnya suatu kecurigaan mengenai kepemilikan dalam pencurian harta bersama. Jika seseorang mencuri harta orang lain kemudian dimiliki bersama orang lain juga, sanksinya adalah *hadd* maka bagi pencurian tidak valid, karena dalam kasus harta tidak secara khusus dimiliki orang lain, tetapi melibatkan persangkaan adanya kepemilikan juga dari perbuatan itu.¹⁰⁴

Sementara pada kondisi gila dan anak di bawah umur juga menjadi sebab hapusnya suatu sanksi. Sebagaimana dijelaskan dalam Hadis Nabi Saw.:

عَنْ عَلِيٍّ عَنِ النَّبِيِّ صَلَّى عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَ : رُفِعَ الْقَلَمُ عَنْ ثَلَاثَةٍ : عَنِ النَّائِمِ حَتَّى يَسْتَيْقِظَ وَعَنِ الصَّبِيِّ حَتَّى يَحْتَلِمَ وَ عَنِ الْمَجْنُونِ حَتَّى يَعْقِلَ (رواه أحمدو أبوداود)

Diriwayatkan dari Ali, bahwa Nabi Saw. bersabda: Tidaklah dicatat dari tiga hal: dari orang tidur hingga dia bangun, dari anak-anak hingga dewasa dan orang gila hingga dia berakal (sembuh). (HR. Abu Dawud)¹⁰⁵

Hukum pidana Islam memandang seseorang sebagai *mukallaf*, yakni bertanggung jawab secara pidana apabila ia mempunyai kekuatan berpikir (*idrak*) dan kekuatan memilih (*ikhtiyar*). Apabila

¹⁰⁴ Topo Santoso, *Membumikan Hukum Pidana Islam*, (Jakarta: Gema Insani Press, 2003), hlm. 15.

¹⁰⁵ Abi Daud, *Sunan Abi Daud Bab fi al-Majnun Yasriqu au-Yasibu Haddan*, Juz IV, (Beirut: Maktabah Asriyah, t.t), hlm. 139.

salah satu dari kedua unsur tersebut tidak ada, tanggung jawab menjadi gugur. Gila dapat didefinisikan dengan hilangnya akal, rusaknya akal atau lemahnya akal. Pengertian ini mencakup gila dan dungu serta berbagai keadaan sakit jiwa yang mengakibatkan hilangnya kekuatan berpikir.¹⁰⁶

Penghapusan sanksi selanjutnya adalah terhadap anak di bawah umur. Sanksi bagi anak kecil yang belum *mumayyiz* adalah mendidik murni (*ta'dibiyah khalisah*), bukan sanksi pidana. Ini karena anak kecil bukan orang yang pantas menerima sanksi. Hukum pidana Islam tidak menentukan jenis sanksi yang dijatuhkan kepada anak kecil, tetapi memberikan hak kepada *ulil amri* untuk menentukan sanksi yang sesuai menurut pandangannya. Sanksi dapat berupa memukul, menegur, menyerahkan kepada orang lain, menempatkan pada tempat rehabilitasi anak atau menempatkannya di suatu tempat dengan pengawasan khusus.¹⁰⁷

Ketentuan baligh dalam penjatuhan sanksi terhadap anak di bawah umur dimulai sejak usia 7 (tujuh) tahun hingga mencapai kedewasaan (baligh). Para *fuqaha* membatasinya dengan usia 15 (lima belas) tahun, yaitu masa kemampuan berpikir lemah (*tamyiz* yang belum baligh). Jika seorang anak telah mencapai usia tersebut dianggap dewasa meskipun belum dewasa dalam arti sebenarnya.¹⁰⁸

2. Sinkronisasi Tindak Pidana dengan Sanksi Pidana Islam dalam KUHP

Meminjam pandangan Richard Nixon yang dikutip Bustanul Arifin bahwa sistem hukum yang berlaku di dunia Barat sesungguhnya berasal dari warisan Islam. Sistem hukum kontinental yang berlaku di Indonesia melalui

¹⁰⁶ Abdul Qadir Audah, *Ensiklopedia Hukum*, Jilid II, hlm. 242-243.

¹⁰⁷ *Ibid.*, hlm. 259.

¹⁰⁸ Ahmad Hanafi, *Asas-asas ...*, hlm. 370.

Belanda dan sistem hukum *Anglo Saxon* yang berlaku di Inggris dan Amerika merupakan pengembangan lebih lanjut yang dilakukan oleh pakar hukum, baru selama berabad-abad dikembangkan dari hukum warisan Islam.¹⁰⁹ Terlepas dari kebenaran informasi tersebut, senyatanya dari segi perdata dapat dibenarkan oleh realitas dalam KUHP Perdata. Kenyataannya hukum perdata Indonesia dapat dikatakan tidak pernah digugat secara frontal, baik di kalangan ulama maupun para ahli hukum. Berbeda dengan hukum pidana yang sejak awal dikritik oleh ulama dan pakar hukum sebagai bertentangan dengan hukum Islam.

Pada praktiknya, fenomena seperti ini berbeda dengan apa yang dikemukakan oleh Bustanul Arifin bahwa setiap pemeriksaan dan putusan perkara pidana di Pengadilan Negeri (*landraad*), majelis hakim senantiasa didampingi anggota penasihat (*Lid Adviseur*) dari ahli agama Islam (penghulu). Jika seorang Muslim yang terdakwa, hakim bertanya kepada penghulu tentang sanksi pidana yang dikenakan. Jika berkaitan dengan pembunuhan artinya sanksi pidana *qishas* yang ditetapkan oleh hakim. Padahal pedoman putusan yang dijatuhkan berdasarkan pada KUHP Belanda, tidak ada sangkut pautnya dengan hukum pidana Islam.¹¹⁰

Untuk melihat sinkronisasi antara *jarimah* (tindak pidana Islam) dengan *uqubah* (sanksi pidana) dalam KUHP peninggalan Belanda, berikut ini dikemukakan contoh pasal 362 KUHP bahwa;

“Barangsiapa mengambil barang, yang sama sekali atau sebagian kepunyaan orang lain dengan maksud untuk memiliki barang itu dengan melawan hukum dipidana karena mencuri dengan pidana

¹⁰⁹ Bustanul Arifin dalam Muhammad Amin Suma, et.al., *Pidana Islam di Indonesia, Peluang.....*, hlm. 32, hlm. 34-35. Bustanul Arifin menyatakan bahwa hukum perdata yang berlaku di Indonesia sebagai konkordansi dari hukum perdata Belanda yang berasal dari Code Napoleon di Prancis. Lihat juga Bustanul Arifin dalam Muhammad Amin Suma, et.al., *Pidana Islam di Indonesia, Peluang.....*, hlm. 36. Agak berbeda dengan data lainnya bahwa Code Napoleon dari Prancis itu terdiri dari *Code Civil* (hukum perdata) dan *Code Penal* (hukum pidana). Lihat CST. Kansil, *Pengantar Ilmu Hukum dan Tata Hukum Indonesia*, (Jakarta: Balai Pustaka, 1980), hlm. 285.

¹¹⁰ Lihat Bustanul Arifin dalam Muhammad Amin Suma, et.al., *Pidana Islam di Indonesia, Peluang.....*, hlm. 46.

*penjara selama-lamanya lima tahun denda sebanyak-banyaknya sembilan ribu rupiah”.*¹¹¹

Perbuatan mencuri yang disebut pada pasal tersebut tergolong kategori tindak pidana *hudud* yang harus ditetapkan sanksi pidana potong tangan bilamana memenuhi kriteria pemidanaan sebagai pidana maksimal yang telah ditetapkan Allah. Dalam KUHP Indonesia, sanksi pidana yang diterapkan adalah pidana penjara paling lama 5 (lima) tahun atau denda paling banyak Rp. 9.000,-¹¹² Pasal pencurian KUHP Indonesia menerapkan sanksi pidana yang tidak sinkron dengan tindak pidana bila dilihat dari rumusan hukum pidana Islam. Tegasnya rumusan tindak pidana *hudud* (mencuri) telah ditetapkan Allah sebagai delik yang melanggar hak Allah, tetapi sanksi pidananya berupa *ta'zir*, suatu sanksi pidana yang tidak sesuai dengan konsep pemidanaan dalam Islam yang menghendaki *hudud*, melainkan ditentukan oleh penguasa atau penyusun undang-undang (*ta'zir*).

Apabila menelusuri rumusan tindak pidana dan sanksi pidana yang tercantum dalam KUHP Indonesia maupun undang-undang tindak pidana yang tersebar di luar KUHP Indonesia, hampir seluruhnya mencerminkan *ta'zir* dilihat dari sanksi pidana. Hal ini terlepas dari persoalan kecocokan dari korelasi antara rumusan tindak pidana dengan sanksi pidana menurut hukum pidana Islam.

Untuk mengetahui sinkronisasi KUHP Indonesia jika dilihat dari kecocokan rumusan tindak pidana dengan sanksi pidana menurut hukum pidana Islam, berikut ini dikemukakan pasal-pasal dalam KUHP dan undang-undang tersebar di luar KUHP Indonesia.

¹¹¹ R. Sugandhi, *KUHP dan Komenta-komentarnya*, (Surabaya: Usaha Nasional, 1980), hlm. 376.

¹¹² Dengan adanya Peraturan Mahkamah Agung Nomor 2 tahun 2012 tentang Penyesuaian Batasan Tindak Pidana Ringan dengan Jumlah Denda dalam KUHP, denda dalam KUHP telah mencapai ukuran realitas harga mata uang rupiah saat ini, yaitu kata-kata “dua ratus lima puluh rupiah” dalam Pasal 364, 373, 379, 384, 407, dan Pasal 482 KUHP dibaca menjadi Rp. 2.500.000,- dan jumlah maksimum hukuman denda yang diancam dalam KUHP kecuali Pasal 303 ayat (1) dan ayat (2), 303 bis ayat (1) dan ayat (2), dilipat gandakan 1000 (seribu) kali Pasal 3.

1. Rumusan yang mencerminkan hudud baik ditinjau dari rumusan tindak pidana maupun sanksi pidana.

Hal ini dapat dilihat pada pasal 104 KUHP:

*“Penyerangan (makar) yang dilakukan dengan maksud hendak menghilangkan nyawa presiden atau wakil presiden, atau dengan maksud hendak merampas kemerdekaan mereka itu atau hendak menjadikan mereka itu tidak cakap memerintah dipidana dengan pidana mati, atau penjara semur hidup atau penjara sementara selama-lamanya dua puluh tahun”.*¹¹³

Pasal ini dapat dikategorikan *al-bughat* sebagai *jarimah hudud* oleh sebagian *fuqaha* dengan sanksi pidananya dalam hukum Islam adalah hukuman mati sebagaimana ditegaskan dalam al-Qur'an surah al-Hujurat (49): 9-10.

وَأِنْ طَائِفَتَانِ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ اقْتَتَلُوا فَأَصْلَحُوا بَيْنَهُمَا فَإِنْ بَغَتْ
إِحْدَاهُمَا عَلَى الْأُخْرَىٰ فَقَاتِلُوا الَّتِي تَبْغِي حَتَّىٰ تَفِيءَ إِلَىٰ أَمْرِ اللَّهِ
فَإِنْ فَأَتْ فَأَصْلَحُوا بَيْنَهُمَا بِالْعَدْلِ وَأَقْسِطُوا إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ
الْمُقْسِطِينَ ﴿٩﴾ إِنَّمَا الْمُؤْمِنُونَ إِخْوَةٌ فَأَصْلَحُوا بَيْنَ
أَخَوَيْكُمْ وَأَتَّقُوا اللَّهَ لَعَلَّكُمْ تُرْحَمُونَ ﴿١٠﴾

9. Dan kalau ada dua golongan dari mereka yang beriman itu berperang hendaklah kamu damaikan antara keduanya! Tapi kalau yang satu melanggar perjanjian terhadap yang lain, hendaklah yang melanggar perjanjian itu kamu perangi sampai surut kembali pada perintah Allah. Kalau dia telah surut, damaikanlah antara keduanya menurut keadilan, dan hendaklah kamu berlaku adil; Sesungguhnya Allah mencintai orang-orang yang berlaku adil. 10. Orang-orang beriman itu sesungguhnya bersaudara. Sebab itu damaikanlah (perbaikilah hubungan)

¹¹³ Ibid., hlm. 120.

*antara kedua saudaramu itu dan takutlah terhadap Allah, supaya kamu mendapat rahmat.*¹¹⁴

Ayat ini menurut para ulama menegaskan tentang hukuman mati yang harus diterapkan kepada pelaku pemberontakan politik setelah terlebih dahulu diajak berdamai untuk tidak melakukan pemberontakan kepada pemerintah yang sah dan tidak melanggar kemaksiatan.¹¹⁵ Ketentuan lain yang mencerminkan hudud walaupun tidak utuh dapat dilihat kecocokan rumusan tindak pidana dengan beberapa sanksi pidana sebagaimana pasal 365 ayat (4) KUHP Indonesia:

*“Pidana mati atau penjara seumur hidup atau penjara sementara selama-lamanya dua puluh tahun dijatuhkan jika perbuatan itu ada orang luka berat atau mati dan perbuatan itu dilakukan bersama-sama oleh dua orang atau lebih dan lagi pula disertai salah satu yang diterapkan dalam ayat (1) dan ayat (3).”*¹¹⁶

Pasal ini berkaitan dengan pencurian dengan kekerasan kepada orang. Menurut R. Sugandhi, pencurian dan kekerasan apabila disertai salah satu hal berikut:

- a. Apabila perbuatan itu dilakukan pada waktu malam di sebuah rumah atau di pekarangan tertutup yang ada rumahnya atau di jalan umum atau di dalam kereta api.

¹¹⁴ Q.S. al-Hujurat (49): 9-10. Lihat Departemen Agama Republik Indonesia, *Al-Qur'an dan Terjemahnya*, (Jakarta : Yayasan Penterjemah/Penafsir Al-Quran, 1971), hlm. 846. Terjadi perbedaan pandangan berkaitan berkaitan dengan *al-bughat*. Ada yang menyetujui sebagai tindak pidana melainkan perang. Al-Mawardi dan Abdul Qadir Awdah menganggap *al-Bughat* sebagai *jarimah hudud*. Lihat Abi al-Hasan Ali bin Muhammad bin Habib al-Bashri al-Baghdadi al-Mawardi, *Al-Ahkam al-Suthaniyyah fi al Wilayat al-Diniyyah*, (Beirut: Dar al-Kitab al-'Arabi, 1999 M/1420 H), hlm. 366-367. dan lihat juga Abdul Qadir Awdah, *at-Tasyri' al-Jina'i al-Islami Muqaranah bi al-Qanun al-Wadh'i*, Juz I, (Beirut: Dar al-Kitab al-'Arabi, t.th.), hlm. 79 dan dijelaskan secara mendalam dalam Juz II, hlm. 671-705.

¹¹⁵ Sebagian *fuyaha* lainnya mengatakan bukan tindak pidana karena berkaitan dengan perang.

¹¹⁶ R. Sugandhi, *KUHP*....., hlm. 382.

- b. Apabila perbuatan itu dilakukan bersama dua orang atau lebih.
- c. Apabila pelaku masuk ke tempat melakukan kejahatan dengan memakai anak kunci palsu, perintah, atau pakaian jabatan palsu.
- d. Apabila perbuatan itu mengakibatkan ada orang mendapat luka berat.¹¹⁷

Secara kontekstual dilihat dari rumusan tindak pidana pencurian dengan kekerasan dapat disebut sebagai pencurian besar (*sariqah al-kubra*) atau dalam hukum pidana Islam populer dengan *al-hirabah*. Walaupun dalam hal ini tidak seluruh unsur *al-hirabah* terdapat dalam pencurian dalam kekerasan. Namun, sanksi pidananya hanya menetapkan pidana mati dan pidana penjara. Pidana potong tangan dan/atau kaki secara bersilang tidak disebutkan dalam pasal tersebut.

2. Rumusan tindak pidana *jarimah hudud*, tetapi sanksi pidana adalah *'uqubah ta'zir*

Kecocokan rumusan tindak pidana dengan sanksi pidana yang dimuat dalam satu perundang-undangan turut mempengaruhi rasa keadilan yang ditunggu masyarakat. Suatu tindak pidana yang membahayakan kelangsungan hidup masyarakat memerlukan sanksi pidana yang sinkron dengan rumusan tindak pidana. Ketidak-sesuaian rumusan tindak pidana dilihat dari sanksi terdapat pada pasal 284 KUHP Indonesia sebagai berikut.

- (1) Dipidana dengan pidana penjara selama-lamanya sembilan bulan:

¹¹⁷ *Ibid.*, hlm. 383-384.

Ke-1. a. Laki-laki yang beristri yang berzina sedang diketahuinya bahwa pasal 27 KUHPerdara berlaku padanya;

b. Perempuan yang bersuami berzina;

ke-2. a. Laki-laki yang turut melakukan perbuatan itu sedang diketahuinya bahwa yang turut bersalah itu bersuami;

b. Perempuan yang tidak bersuami yang turut melakukan perbuatan itu, padahal diketahuinya bahwa yang turut bersalah itu beristri dan pada 27 kitab undang-undang hukum perdata berlaku yang turut bersalah itu.....¹¹⁸

Rumusan tindak pidana 284, 286, 287 mengatur perbuatan zina. Pasal 292 tentang homoseksual, pasal 294 tentang *incest*, dan pasal 296 tentang prostitusi. Pasal-pasal ini secara keseluruhan diatur dan dimuat dalam KUHP Indonesia.

Rumusan tindak pidana pada pasal-pasal tersebut pada umumnya adalah perzinahan yang dilakukan untuk memenuhi kebutuhan seksual. Apabila pasal tersebut diteliti, maka 284 hanya mengancam perempuan yang bersuami. Perempuan yang tidak mempunyai suami jika melakukan hubungan seksual dengan laki-laki yang tidak bersuami tidak dikenakan oleh pasal ini. Pasal 285 adalah perzinahan yang dilakukan dengan kekerasan (pemeriksaan) dapat dikenakan sanksi pidana. Sementara perbuatan yang dilakukan atas dasar kemauan bersama dan tidak dalam ikatan perkawinan tidak

¹¹⁸ *Ibid.*, hlm. 300. Pasal 27 Kitab Undang-undang Hukum Perdata menetapkan bahwa dalam waktu yang sama seorang laki-laki hanya diperbolehkan mempunyai satu orang perempuan sebagai isteri, sebaliknya seorang perempuan hanya diperbolehkan mempunyai satu orang laki-laki sebagai suaminya. Lihat R. Subekti dan R. Tjitrosudibio, *Kitab Undang-undang Hukum Perdata*, (Jakarta: Pradnya Paramita, 2002), hlm. 8. Mereka yang tunduk pada pasal ini, baik laki-laki maupun perempuan dilarang bersebutah dengan orang lain selain isteri atau suaminya.

dikenakan sanksi pidana. Pasal 286 mengancam perzinaan jika perempuan sedang pingsan atau tidak berdaya akibat bius. Dengan demikian, terhadap perzinaan perempuan yang sehat, suka sama suka, tidak dalam ikatan perkawinan tidak dapat dihukum. Pasal 287 mengancam perzinaan yang berumur 15 tahun ke bawah, sedangkan perzinaan yang dilakukan perempuan yang berumur 15 tahun ke atas tidak dapat dikenakan sanksi pidana. Tindak pidana perzinaan dan dengan segala macam jenisnya dikenakan pidana penjara bukan cambuk sebagaimana ditegaskan dalam al-Qur'an.

الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا مِائَةَ جَلْدَةٍ وَلَا تَأْخُذْكُمْ بِهِمَا رَأْفَةٌ فِي دِينِ اللَّهِ إِنْ كُنْتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ وَلَيَشْهَدَ عَذَابُهُمَا طَائِفَةٌ مِّنَ الْمُؤْمِنِينَ

2. 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 beriman¹¹⁹.

Dalam hukum pidana Islam, tindak pidana perzinaan merupakan salah satu *jarimah hudud*, sanksi pidananya adalah salah satu dari 'uqubat hudud, yaitu pidana rajam bagi pelaku zina *muhshan*,¹²⁰ pidana cambuk dan pengasingan bagi pelaku zina *ghairu muhshan*. KUHP Indonesia membedakan beberapa kriteria terjadinya zina sehingga sanksi pidananya turut berbeda. Dalam hukum pidana Islam, *jarimah* perzinaan tidak memberikan kriteria sebab terjadinya tindak pidana. Hal ini dijelaskan oleh Abdoerraoef bahwa dalam lapangan

¹¹⁹ Q.S. an-Nur (24): 2.

¹²⁰ Lihat hadis pidana rajam dalam al-Hafidz Abi Abdillah Muhammad bin Yazid al-Qarwani Ibn Majah, *Sunan Ibnu Majah*, (Beirut: Dar al-Fikr, t.th.), hlm. 852-853.

kejahatan seksual terdapat perbedaan besar antara ilmu hukum dengan hukum al-Qur'an. Hukum Islam tidak membedakan antara perzinaan, *incest*, dan prostitusi. Segala bentuk persetubuhan antara jenis laki-laki dan jenis perempuan yang diadakan di luar nikah yang sah, sekalipun suka sama suka termasuk kategori zina. Perbedaannya terletak pada apakah pelaku berstatus janda atau duda, gadis atau perjaka dan beristri atau bersuami. Jadi, melakukan dengan paksaan atau di bawah umur tidak termasuk zina menurut hukum Islam, walaupun dapat dihukum dengan pidana cambuk. Siapa yang melakukan persetubuhan di luar nikah yang sah adalah melakukan kejahatan zina.¹²¹

Pasal-pasal yang rumusan tindak pidananya adalah *jarimah hudud*, tetapi sanksi pidana berupa '*uqubah ta'zir*' sebagai berikut:

- a. Kejahatan terhadap kesopanan pada tindak pidana zina, pasal 284, 285, 286, 287, 289, 290, 293, 294, 296;

Zina merupakan tindak pidana *hudud* dalam hukum pidana Islam, tetapi hanya mendapat sanksi pidana penjara dalam KUHP Indonesia, bukan dengan pidana cambuk atau rajam serta sanksi pidana pengasingan.

- b. Tindak pidana pencurian pasal 362 sampai dengan pasal 367

Dalam hukum pidana Islam, pencurian merupakan tindak pidana *hudud* dan sanksi pidananya seharusnya amputasi tangan. Dalam KUHP Indonesia menetapkan pidana penjara.

- c. Pidana umum bagi orang, barang, dan kesehatan umum pada tindak pidana mabuk (akibat minuman keras) terdapat pada pasal 492, 536, 537, 538, dan 539. Pasal ini merupakan *jarimah hudud* dalam hukum pidana Islam dengan sanksi pidana yang

¹²¹ Abdoerraoef, *al-Qur'an dan Ilmu Hukum*, (Jakarta: Bulan Bintang, 1986), hlm. 74.

ditetapkan dalam al-Hadis berupa pidana cambuk. Sementara dalam KUHP Indonesia ditetapkan pidana penjara.

- d. Kejahatan terhadap keamanan negara berupa pemberontakan politik kepada penguasa negara (*al-baghyu*), terdapat pada pasal 105 sampai dengan pasal 108, pasal 111 sampai dengan pasal 129. Tindak pidana ini merupakan *jarimah hudud* dalam hukum pidana Islam dengan sanksi pidana berupa pidana mati, dalam KUHP Indonesia ditetapkan dengan pidana penjara.
- e. Kejahatan yang mendatangkan kekacauan dan kerusakan bagi keamanan umum manusia atau barang dijelaskan pada pasal 187 sampai dengan pasal 206 dan pasal 365 ayat (4) tentang Pencurian Kekerasan. Pasal ini termasuk kategori *jarimah al-hirabah* (tindak pidana perampokan dan pengganggu sebagai *jarimah hudud* dengan sanksi berupa pidana mati, pidana salib, pidana amputasi tangan dan/atau kaki secara bersilang dan pidana pengasingan.¹²² Dalam KUHP Indonesia ditetapkan pidana penjara.

3. Rumusan tindak pidana yang dapat dianggap mencerminkan *qishas*, baik dilihat dan sinkronisasi tindak pidana dengan sanksi pidananya, dapat dilihat pada pasal 340 KUHP Indonesia:

*Barangsiapa dengan sengaja dan dengan direncanakan lebih dahulu menghilangkan nyawa, karena bersalah melakukan pembunuhan berencana dipidana dengan pidana mati atau penjara seumur hidup atau penjara sementara selama-lamanya dua puluh (20) tahun.*¹²³

¹²² Mengenai jenis-jenis sanksi pidana pada *jarimah al-hirabah* ini sangat bervariasi sesuai dengan jenis tindak pidana yang terjadi. Selengkapnya lihat al-Qadhi Abu al-Walid Muhammad bin Ahmad bin Muhammad bin Ahmad al-Qurthubi al-Andalusi Ibnu Rusyd, *Bidayah al-Mujtahid wa Nihayah al-Muqtashid*, Juz II, (T.tp: Dar al-Kutub al-Islamiyyah, t.th), hlm. 333-334.

¹²³ R. Sugandhi, *KUHP*....., hlm. 359.

Pasal ini menerapkan pidana mati sampai pada pembunuhan disengaja dan berencana walaupun menetapkan pidana alternatif berupa penjara. Pasal ini agak longgor dalam menetapkan hukuman persamaan (*qishas*) dengan menetapkan pilihan-pilihan sanksi pidana. Ketidak-tegasan sanksi pidana pada pembunuhan berencana bisa melahirkan ketidakadilan dalam hukum sebab rumusan redaksi *dengan sengaja dan berencana* sudah cukup memenuhi kriteria untuk penerapan pidana mati. Tetapi bila ketegasan dilihat pada sanksi pidana maksimal tanpa melihat sanksi pidana minimalnya, maka pasal 340 KUHP dapat dikategorikan mencerminkan *qishas*. Apabila unsur berencana tidak terbukti maka tindak pidana ini dikategorikan pembunuhan dengan adanya unsur kesengajaan sebagaimana disebut pada pasal 338 KUHP dengan sanksi pidana penjara paling lama lima belas tahun, seimbang dengan tindak pidana pembunuhan sengaja yang berakibat hilangnya nyawa seseorang.¹²⁴

Qishas dicantumkan dalam al-Qur'an surah al-Baqarah ayat 178. Sementara penegasan dan penjabaran sanksi pidana *qishas* terdapat dalam al-Qur'an Surah al-Maidah ayat 45:

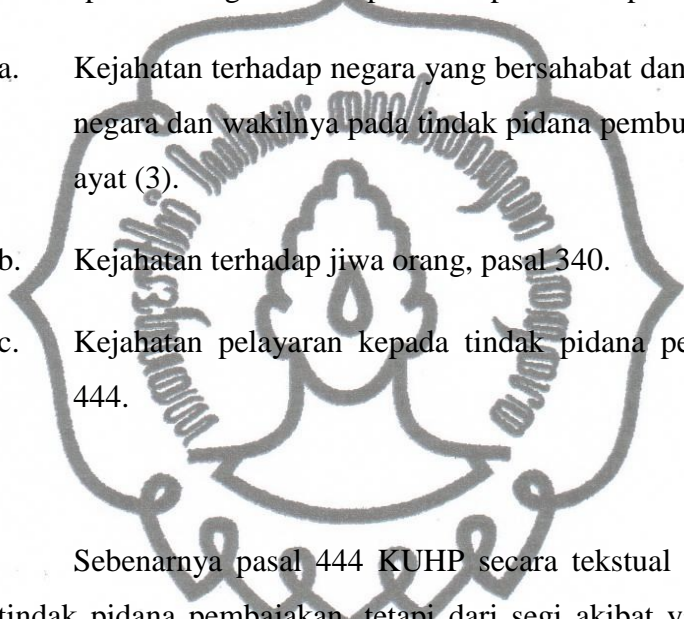
وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ وَالْعَيْنَ بِالْعَيْنِ وَالْأَنْفَ
بِالْأَنْفِ وَالْأُذُنَ بِالْأُذُنِ وَالسِّنَّ بِالسِّنِّ وَالْجُرُوحَ قِصَاصٌ
فَمَنْ تَصَدَّقَ بِهِ فَهُوَ كَفَّارَةٌ لَهُ ۚ وَمَنْ لَّمْ يَحْكَمْ بِمَا
أَنْزَلَ اللَّهُ فَأُولَٰئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ ﴿٤٥﴾

45. Dan Kami telah tetapkan terhadap mereka di dalamnya (At Taurat) bahwasanya jiwa (dibalas) dengan jiwa, mata dengan mata, hidung dengan hidung, telinga dengan telinga, gigi

¹²⁴ Bandingkan pasal 338 KUHP dalam R. Sugandhi, *KUHP*....., hlm. 357.

*dengan gigi, dan luka luka (pun) ada kisasnya. Barangsiapa yang melepaskan (hak qishas) nya, maka melepaskan hak itu (menjadi) penebus dosa baginya. Barangsiapa tidak memutuskan perkara menurut apa yang diturunkan Allah, maka mereka itu adalah orang-orang yang zalim.*¹²⁵

Pasal-pasal yang mencerminkan *qishas* dari segi sinkronisasi tindak pidana dengan sanksi pidana dapat dilihat pada:

- 
- a. Kejahatan terhadap negara yang bersahabat dan terhadap kepada negara dan wakilnya pada tindak pidana pembunuhan, pasal 140 ayat (3).
 - b. Kejahatan terhadap jiwa orang, pasal 340.
 - c. Kejahatan pelayaran kepada tindak pidana pembajakan, pasal 444.

Sebenarnya pasal 444 KUHP secara tekstual adalah persoalan tindak pidana pembajakan, tetapi dari segi akibat yang ditimbulkan, menghilangkan nyawa seseorang sehingga dapat dikategorikan sebagai pembunuhan dengan sanksi pidana harus berupa *qishas*. Demikian juga dengan pasal 140 ayat (3) KUHP tindak pidananya menonjolkan kejahatan terhadap negara lain atau pemimpinnya. Akan tetapi, karena berakibat hilangnya nyawa orang maka dapat diberi sanksi pidana *qishas*.

4. Rumusan tindak pidananya adalah *jarimah qishas*, tetapi sanksi pidana adalah '*uqubah ta'zir*'

¹²⁵ Q.S. al-Maidah (5): 45.

Ketidaksesuaian rumusan tindak pidana dengan sanksi pidana dalam hukum pidana di Indonesia dapat dilihat pasal 338 KUHP Indonesia:

*Barangsiapa dengan sengaja menghilangkan nyawa orang, karena pembunuhan biasa dipidana dengan pidana penjara selama-lamanya lima belas tahun.*¹²⁶

Rumusan tindak pidana pada pasal ini menunjukkan *jarimah qishas*. Tindak pidana ini sudah ditentukan sanksi pidana. Perbuatan menghilangkan nyawa orang lain semestinya memperoleh sanksi pidana mati sebagai *qishas*. Artinya, menetapkan sanksi pidana yang sama dengan bentuk perbuatan yang dilakukan. Siapa yang membunuh seseorang dengan sengaja atau menganiaya orang dengan sengaja, maka berdasarkan putusan hakim ia harus dibunuh dan dianiaya. Dalam KUHP Indonesia tindak pidana *qishas* ditetapkan sanksi pidana *ta'zir* berupa pidana penjara atau kurungan.

Beberapa pasal yang mencerminkan sanksi pidana *ta'zir* pada tindak pidana *qishas*, antara lain:

- a. Kejahatan yang mendatangkan keamanan umum bagi manusia pada tindak pidana pembunuhan, terdapat pada pasal 140 ayat (2), 188, 194 ayat (2), 195 ayat (2), 204 ayat (2), 205 ayat (2) KUHP;
- b. Kejahatan tentang jiwa orang lain pada tindak pidana pembunuhan, terdapat pada pasal 338, 339, 341, 342, 344, 346, 347, 348, 349 KUHP;
- c. Tindak pidana penganiayaan, terdapat pada pasal 351 sampai dengan pasal 356 dan pasal 358 KUHP;

- d. Mengakibatkan orang mati atau karena salahnya pada tindak pidana pembunuhan, terdapat pada pasal 359, 360, 361 KUHP.

5. Rumusan tindak pidana dan sanksi pidana yang mencerminkan *ta'zir*

Sanksi pidana *ta'zir* kadangkala dijatuhkan pada *jarimah hudud* ataupun pada *jarimah qishas-diyat* dalam bentuk sanksi pidana pelengkap ataupun sanksi pidana pengganti. Tetapi pada dasarnya tindak pidana *ta'zir* menjadi tindak pidana pokok pada *jarimah-jarimah ta'zir*. Adapun rumusan tindak pidana yang mencerminkan tindak pidana *ta'zir*, sebagai berikut:

Barangsiapa yang menyerang kehormatan atau nama baik seseorang dengan jalan menuduh dia melakukan suatu perbuatan dengan maksud yang nyata akan tersiarnya tuduhan itu supaya diketahui umum, karena bersalah menista orang, dipidana dengan pidana penjara selama-lamanya sembilan bulan atau dengan sebanyak-banyaknya empat ribu lima ratus rupiah (Rp.4.500).¹²⁷

Pasal ini menyangkut larangan menghina seseorang, baik bersifat tuduhan maupun dengan usaha menyebarkan kepada orang lain. Untuk penerapan pasal penghinaan, hakim berwenang menentukan berat ringannya tindak pidana. Dasar hukumnya telah disebutkan pada pasal ini, yakni tidak boleh melebihi ketentuan sembilan bulan pidana penjara atau melebihi denda Rp. 4.500,- Perbuatan menghina orang lain dikategorikan sebagai *jarimah ta'zir*. Maka, bersanksi pidana *ta'zir*, yakni memilih sanksi yang sudah ada, seperti pidana penjara bagi perbuatan menghina. Menghina ditegaskan sebagai tindak pidana atau *jarimah ta'zir* menurut hukum pidana Islam. Tindak pidana yang dikenakan sanksi pidana *ta'zir* sebagai

¹²⁷ *Ibid.*, hlm. 194.

penghinaan, yaitu menuduh orang kafir berzina, menuduh orang Muslim dengan *fasiq* atau kafir, mengatakan kepada seseorang hai busuk (*khabits*), hai pencuri, hai penjahat, hai munafik, hai homoseks, hai pemakai riba, hai penghianat, pelacur, anak penjahat, *zindiq*, hai haram *jadah*.¹²⁸

Rumusan tindak pidana penghinaan yang disertai dengan sanksi pidana penjara adalah salah satu bukti bahwa KUHP Indonesia, baik hubungan timbal balik antara tindak pidana maupun sanksi pidananya merupakan tindak pidana *ta'zir*. Namun demikian, semua rumusan tindak pidana dalam KUHP Indonesia maupun undang-undang tindak pidana lainnya, tidak mempunyai korelasi dan relevansi yang sama seperti *ta'zir*.

Pasal-pasal yang mencerminkan *ta'zir* dilihat dari segi rumusan tindak pidana dan sanksi pidananya, sebagai berikut:

- a. Kejahatan melanggar martabat presiden dan wakilnya, pasal 131, 134, 136 bis,
- b. Kejahatan terhadap negara yang bersahabat dan terhadap kepala negara dan wakilnya, pasal 139 sampai dengan pasal 146;
- c. Kejahatan mengenai perlakuan kewajiban negara dan hak-hak negara, pasal 146 sampai dengan pasal 153;
- d. Kejahatan terhadap ketertiban umum, pasal 154 sampai dengan pasal 181;
- e. Kejahatan terhadap kekuasaan umum, pasal 207 sampai dengan pasal 141;
- f. Sumpah palsu dan keterangan palsu, pasal 242;

¹²⁸ Haliman, *Hukum Pidana Syari'at Islam menurut Ajaran Ahlul-sunnah*, (Jakarta: Bulan Bintang, 1970), hlm. 462.

- g. Memalsukan mata uang dan uang kertas negara serta uang kertas bank, pasal 224 sampai dengan pasal 252;
- h. Memalsukan materai dan merek, pasal 253 sampai dengan pasal 262;
- i. Memalsukan surat-surat, pasal 263 sampai dengan pasal 286;
- j. Kejahatan terhadap kedudukan warga negara, pasal 277 sampai dengan pasal 280;
- k. Kejahatan terhadap kesopanan, pasal 281, 283, 288;
- l. Meninggalkan orang yang memerlukan pertolongan, pasal 304 sampai dengan pasal 309;
- m. Penghinaan, pasal 210 sampai dengan 321;
- n. Membuka rahasia, pasal 322 sampai dengan 333;
- o. Kejahatan terhadap kemerdekaan seseorang, pasal 334 sampai dengan pasal 337;
- p. Kejahatan terhadap jiwa orang lain, pasal 345;
- q. Pemerasan dan ancaman, pasal 368 sampai dengan pasal 371;
- r. Penggelapan, pasal 372 sampai dengan 377;
- s. Penipuan, pasal 378 sampai dengan pasal 395;
- t. Merugikan penagih utang atau orang lain yang berhak, pasal 396 sampai dengan pasal 405;
- u. Menghancurkan atau merusak barang, pasal 406 sampai dengan pasal 412;
- v. Kejahatan yang dilakukan dalam jabatan, pasal 413 sampai dengan pasal 437;

- w. Kejahatan pelayaran, pasal 438 sampai dengan pasal 443, pasal 445 sampai dengan 445, pasal 457 sampai dengan pasal 479;
- x. Pertolongan jahat, pasal 480 sampai dengan 485;
- y. Pelanggaran tentang keamanan umum bagi orang, barang, dan kesehatan umum, pasal 489 sampai dengan pasal 497;
- z. Pelanggaran ketertiban umum, pasal 503 sampai dengan pasal 520;
- aa. Pelanggaran kekuasaan umum, pasal 521 sampai dengan pasal 528;
- bb. Pelanggaran kedudukan kewarganegaraan, pasal 529 sampai dengan pasal 530;
- cc. Pelanggaran bagi orang yang perlu ditolong, pasal 531;
- dd. Pelanggaran kesopanan, pasal 532 samapi dengan pasal 547;
- ee. Pelanggaran polisi daerah, pasal 548 sampai dengan pasal 551;
- ff. Pelanggaran yang dilakukan dalam jabatan, pasal 552, 554 sampai dengan 559;
- gg. Pelanggaran dalam pelayaran, pasal 560 sampai dengan pasal 569.

Demikian pula rumusan tindak pidana dan sanksi pidana yang mencerminkan *ta'zir* tersebar di luar KUHP Indonesia, antara lain:

- a. Pasal-pasal dalam Undang-undang No. 12 tahun 1991 tentang Senjata Api dan Bahan Peledak;

- b. Pasal-pasal dalam Undang-undang No. 22 tahun 1994 tentang Undian;
- c. Pasal-pasal dalam Undang-undang No. 7 tahun 1955 tentang Tindak Pidana Ekonomi;
- d. Pasal-pasal dalam Undang-undang No. 8 tahun 1955 tentang Tindak Pidana Imigrasi;
- e. Pasal-pasal dalam undang-undang (PNPS) No. 11 tahun 1963 tentang Tindak Pidana Subversi;
- f. Pasal-pasal dalam undang-undang (PNPS) No.1 tahun 1963 tentang Pencegahan Penyalahgunaan dan/atau Penodaan Agama;
- g. Pasal-pasal dalam Undang-undang No. 14 tahun 1992 tentang Lalu Lintas dan Angkutan Jalan dan Undang-undang no. 22 tahun 2009 tentang Lalu Lintas dan Angkutan Jalan;
- h. Pasal-pasal dalam Undang-undang No. 3 tahun 1999 tentang Tindak Pidana Korupsi;
- i. Pasal-pasal dalam Undang-undang No. 5 tahun 1997 tentang Psikotropika
- j. Pasal-pasal dalam Undang-undang No. 22 tahun 1997 Narkotika.

Masih banyak undang-undang negara yang mencerminkan *ta'zir*, tetapi tidak dapat dikemukakan seluruhnya di sini.

Proses kriminalisasi, yakni penetapan suatu perbuatan yang dapat dikenakan pidana terus berlangsung. Perumusan tindak pidana harus mencerminkan keadaan masyarakat dan negara pada waktu penyusunan KUHP, di samping memperhatikan perkembangan ipteks, pertumbuhan

masyarakat, kemajuan zaman, perubahan situasi dan pergeseran pola pikir masyarakat dan senantiasa diupayakan dalam kondisi keislaman, keindonesiaan, dan kekinian. Tersebarinya tindak pidana baru di luar KUHP merupakan bukti bahwa permasalahan-permasalahan baru senantiasa timbul menyesuaikan dengan modernisasi. Kenyataan seperti ini dikemukakan oleh Sudarto.¹²⁹ Itulah sebabnya proses penyelesaian KUHP baru membutuhkan waktu yang lama dengan harapan dapat menjangkau masa depan.

Berikut ini gambaran sinkronisasi dan korelasi antara rumusan *jarimah* (tindak pidana) dengan *uqubah* (sanksi pidana) yang terdapat dalam draft RUU KUHP Indonesia dilihat dari konsep fikih jinayah:

1. Rumusan tindak pidana dan sanksi pidana yang mencerminkan *hudud*. Mengenai hal ini dapat dilihat pada pasal mengenai pemberontakan (*bughat*) mulai pasal 193 sampai dengan pasal 245, tetapi ancaman hukuman sesuai dengan konsep *huhud* pada pasal 199, 204 ayat (2), 218 ayat (3), 231 ayat (2), 203 ayat (3). Tindak pidana ini diancam dengan maksimum hukuman mati. Suatu tindak pidana yang serupa dengan *qadzaf* dapat dilihat pada pasal 447 walaupun hukumannya adalah penjara bukan pidana cambuk 80 kali.
2. Rumusan tindak pidana dan sanksi pidana yang mencerminkan *qishas*. Hal ini dapat dilihat pada pasal 302 ayat (3) tentang terorisme yang berakibat matinya orang, dipidana dengan pidana mati, pidana penjara seumur hidup, pidana penjara dua puluh (20) tahun dan minimal penjara lima (5) tahun.
3. Rumusan tindak pidana dan sanksi pidana yang mencerminkan *ta'zir*. Apabila diteliti substansi pasal draft RUU KUHP ternyata rumusan *jarimah ta'zir* inilah yang mendominasi, seperti pasal 375 tentang sumpah palsu dan keterangan palsu, pasal 376-381 tentang pemalsuan mata uang dan uang kertas, pasal 384 tentang pemalsuan segel, merek,

commit to user

¹²⁹ Lihat Sudarto, *Hukum dan Hukum Pidana*, (Bandung: Alumni, 1977), hlm. 41-42.

pasal 395-405 tentang pemalsuan surat, pasal 406-459 tentang pembocoran rahasia, pasal 460-474 tentang kemerdekaan orang, pasal 498-501 tentang pemerasan dan pengancaman, pasal 508-533 tentang perbuata curang (penipuan), pasal 534-543 tentang merugikan kreditor atau orang yang berhak, pasal 544-550 tentang penghancuran dan pengrusakan barang, pasal 551 tentang jabatan, pasal 620-637 tentang penerbangan dan pasal 638-645 tentang penadahan, dan lain-lain. Sanksi pidana *jarimah ta'zir* ini sesuai dengan ketentuan hukum Islam yang menyerahkan pengaturan tindak pidana yang tersebar di luar *hudud* dan *qishas-diyat* diserahkan kepada negara dengan tetap memelihara rasa keadilan masyarakat.

4. Rumusan tindak pidananya *qishas-diyat* tetapi sanksi pidananya *ta'zir*. Mengenai hal ini dapat dilihat pasal 475 sampai dengan 483 tentang pidana terhadap nyawa, pasal 484 sampai dengan 488 tentang penganiayaan, pasal 489-490 tentang kematian dan luka karena kealpaan. Sanksi pidana pada pasal ini tidak sesuai dengan *qishas-diyat* karena merupakan pidana *ta'zir* berupa penjara dan denda.
5. Rumusan tindak pidananya *huhud*, tetapi sanksi pidananya *ta'zir*. Mengenai hal ini dapat dilihat pasal 419-423 ayat (1) tentang zina termasuk pemerkosaan, pasal 419-497 tentang *al-sariqah* (pencurian), pasal 436 tentang *al-syaribah* (minuman keras). Kecuali *al-hirabah* memungkinkan sesuai dengan *uqubah hudud* walaupun tidak murni sanksi pidana minimal, sedangkan pasal ini mempunyai sanksi pidana maksimal dan tidak secara tekstual, tetapi dapat diinterpretasi sebagai pasal 477.

Jika dilihat dari konsep *al-dharuriyyah al-khamsah*, permasalahan agama terdapat pada pasal 290-297, permasalahan jiwa terdapat pasal 475-483, permasalahan keturunan terdapat pada pasal 411-439, permasalahan

pemeliharaan akal terdapat pada pasal 437, permasalahan pemeliharaan harta terdapat pada pasal 544-550 dan pasal 491-497.

Jika dilihat dari segi rumusan *jarimah* (tindak pidana) sebenarnya draft RUU KUHP secara sederhana telah mencerminkan fikih jinayah khususnya rumusan *jarimah hudud* dan *qishas-diyat* seperti pemberontakan (*al-bughat*), gangguan keamanan (*al-hirabah*), hubungan seksual (zina), mencuri (*al-sariqah*), minum minuman keras (*al-syaribah*), pembunuhan dan penganiayaan. Kecuali itu tindak pidana *al-qadzif* (menuduh berbuat zina) secara tekstual tidak ditemukan, tetapi dapat dikelompokkan sebagai tindak pidana menuduh zina pada pasal 447. Demikian juga *al-riddah* (murtad) tidak ditemukan dalam draft RUU KUHP.

Jika dilihat dari *uqubah* (sanksi pidana) belumlah mencerminkan konsep jinayah dalam beberapa jenis *uqubah*. Ini karena tidak diterapkan pidana potong tangan pada pencurian, pidana cambuk, pada tindak pidana zina dan sebagainya sebagai pidana pokok atau pidana salib (gantung) sebagai pidana alternatif pada *jarimah al-hirabah* sebagaimana uraian korelasi tersebut.

Pada dasarnya muatan isi yang terdapat dalam draft RUU KUHP Indonesia tidak jauh berbeda dengan KUHP Indonesia peninggalan kolonial Belanda yang masih berlaku sekarang. Perubahan hanya dalam bentuk penyempurnaan, penghapusan dan penambahan pada masalah-masalah baru sesuai perkembangan ilmu pengetahuan dan teknologi.

Beberapa modifikasi dan hal baru yang terdapat dalam draft RUU KUHP Indonesia, antara lain:

1. Rumusan tindak pidana zina disusun secara komprehensif walaupun masih tetap bentuk tindak pidana aduan (pasal 419-42);
2. Tindak pidana janji kawin (pasal 421);
3. Pelarangan ajaran komunisme dan lanisme (pasal 193 dan 195);

4. Santet (pasal 255);
5. Menyadap pembicaraan orang (pasal 263-265);
6. Penggunaan gelar (pasal 279);
7. Terorisme (pasal 302);
8. Rasialisme (pasal 304) dan lain-lain.

Beberapa hal baru disebutkan dalam penjelasan umum, sebagaimana dijelaskan oleh para Tim Pakar Hukum Kementerian Hukum dan HAM RI antara lain:

1. Tidak ada perbedaan antara kejahatan (*rechterdelict*) dengan pelanggaran (*wetdelict*) sebagaimana KUHP peninggalan kolonial Belanda. Draft RUU KUHP Indonesia menggunakan istilah tindak pidana;
2. Pengakuan adanya tindak pidana adat;
3. Korupsi sebagai *judicial person* (manusia hukum);
4. Adanya jenis pidana pengawasan dan kerja sosial;
5. Sanksi pidana pada beberapa tindak pidana menyebutkan pidana maksimal sekaligus pidana minimal;
6. Penerapan pidana denda dengan sistem kategori;
7. Cara pemidanaan terhadap anak;
8. Penghinaan terhadap penyelenggara peradilan;
9. Pencurian uang.¹³⁰

¹³⁰ Lihat Tim Pakar Hukum Departemen Kehakiman dan HAM RI, *Gagasan dan Pemikiran tentang Modernisasi Hukum Nasional*, (Jakarta: t.p., 2000), hlm. 1-6.

Draft RUU KUHP Indonesia telah menampung berbagai aspirasi masyarakat terkait dengan modernisasi dan perubahan KUHP peninggalan kolonial Belanda. Walaupun sebagian draft RUU KUHP tampak sebagai tambal sulam dari KUHP peninggalan Belanda. Sebagian lainnya merupakan jawaban terhadap persoalan yang belum diatur bertalian dengan perkembangan iptek dan antisipasi problem-problem hukum di masa mendatang. Hanya saja, hukum Islam sebagai salah satu sumber hukum belum sepenuhnya terakomodasi dengan tidak masuknya konsep pembedaan semisal pidana cambuk, pidana amputasi tangan dan/atau kaki, pidana salib, pidana rajam dan *qishas*. Memasuki November 2016, draft RUU KUHP belum juga dibahas di DPR. Maka, masih ada waktu untuk memperjuangkan dan menyakinkan para legislator tentang efektivitas konsep pembedaan dalam Islam dibandingkan hanya menerapkan pidana penjara.

D. Peluang dan Tantangan Penerapan Pidana Islam di Indonesia

1. Kedudukan Pidanaan dalam Islam dan Relevansinya dengan Pembaharuan Hukum Pidana Indonesia

Secara sosiologis, dilihat dari komposisi agama penduduk Indonesia umat Islam menempati posisi mayoritas.¹³¹ Keadaan ini meningkat empat tahun berikutnya.¹³² Keberadaan umat Islam Indonesia berjumlah 244.775.796 jiwa dan 87,18% penduduknya mayoritas beragama Islam atau

¹³¹ Jumlah umat Islam tahun 1986 sebanyak 152.497.800 orang setara dengan 90,00% dari 169.442.000 orang pada tahun 1986 sesuai data dari *The World Almanac and The Book of Facts 1986*. Rangkaian berikutnya ditempati Pakistan dengan 93.535.904 orang. Bangladesh dengan 85.543.515 orang, India dengan 86.581.008 orang, Turki dengan 49.805.344 orang, dan Iran dengan 42.371.120 orang menyusul Nigeria, Mesir, Cina dan Maroko. Lihat Matthew Lippman, Sean Mc Conville and Mordechai Yerushalmi selanjutnya disebut Lipman, et.al., *Islamic Criminal Law and Procedure: An Introduction*, (New York: Praeger, t.th.), hlm. 27.

¹³² Pada tahun 1990 menunjukkan angka 156.316.610 jiwa sepadan dengan 87,21% dari 179.247.783 jiwa penduduk Indonesia. Lihat Biro Pusat Statistik dalam Kamaruddin, *Partai Politik Islam di Pentas Reformasi*, (Jakarta: Visi Publishing, 2003), hlm. 56. Menurut Biro Pusat Statistik (BPS) hingga Maret 2006, jumlah penduduk Indonesia mencapai 221.328 juta dan pada Maret 2007, meningkat menjadi 224.177 juta. Data ini tidak memerinci jumlah umat Islam. Lihat Media Indonesia, Rabu, 4 Juli 2007, hlm. 1.

sekitar 182.570.000 jiwa.¹³³ Data tersebut menunjukkan bahwa umat Islam di Indonesia bukan hanya mayoritas di negerinya, melainkan pula menempati ranking teratas jumlah umat Islam di dunia.

Bercermin dari kuantitas, seharusnya umat Islam di Indonesia kuat dalam segala bidang, baik ekonomi, ideologi, politik maupun bidang lainnya. Bahkan, seharusnya kuat berpengaruh dalam menentukan kebijakan-kebijakan dunia yang berkaitan dengan Islam dan umat. Akan tetapi, mencermati rentang sejarah perjalanan negeri ini tidaklah demikian kenyataannya. Banyak faktor turut memengaruhi dinamika sejarah bangsa. Dalam keadaan itulah, hukum Islam tampak tidak utuh diterapkan. Umat Islam juga terpola menjadi beberapa aliran dan kelompok, terpola berdasarkan tingkat pengetahuan keislaman, pendidikan keislaman, dan lain-lain.

Namun demikian, masih dapat dikatakan mempunyai kekuatan dalam bidang sosial politik termasuk eksistensi hukum Islam dalam bidang privat. Berbeda dengan hukum publik semisal konsep pemidanaan dalam Islam, penerapannya menghadapi hambatan dan tantangan. Apabila memperhatikan kedudukan konsepnya, terlihat beberapa faktor yang dapat memberi sumbangan dan modernisasi hukum pidana Indonesia, utamanya terkait dengan proses legislasi draft RUU KUHP.

Sebagai negara yang berpenduduk mayoritas Muslim, konsep pemidanaan dalam Islam dapat menjadi bahan utama penyusunan draft RUU KUHP sebagaimana halnya Undang-undang No. 1 tahun 1974 tentang Perkawinan di Indonesia. Undang-undang itu berlaku untuk seluruh warga Negara Indonesia tanpa membedakan agama, adat, etnis dan sebagainya. Berpijak pada hal tersebut, kedudukan konsep pemidanaan dalam Islam dapat menjadi bahan utama peraturan perundangan di Indonesia, baik

¹³³ Sumber dari <http://sp2010.bps.go.id/index.php/site/tabel?tid=321>, dan <http://mastonie-go2blog.blogspot.com/2012/01/tentang-agama-islam-di-indonesia.html>, di akses pada 24 Februari 2013.

bersifat nasional maupun regional di provinsi, kabupaten, dan kota. Keadaan ini diperkuat pula dengan realitas hukum yang dikemukakan para ahli bahwa dalam menentukan suatu peraturan perundang-undangan di Indonesia harus digali dan bersumber dari hukum adat, hukum Islam (hukum Allah), dan hukum Barat (hukum manusia).

Hukum Islam yang bersumber dan digali dari al-Qur'an dan al-Hadis dapat menjadi sumber baku penyusunan hukum nasional.¹³⁴ Di dalam al-Qur'an secara tegas ditetapkan perintah pembedaan. Seluruh *nash* tersebut menunjukkan bentuk *amar* (perintah) yang sewaktu-waktu menunjuk kepada makna yang harus diterapkan. Oleh karena itu, kedudukan hukum Islam sejak masa kerajaan merupakan bagian integral dari perjuangan kerajaan Islam di Nusantara. Secara struktural oleh dan melalui raja dan secara kultural menjadi bagian dari rakyat. Hukum Islam menjadi bagian dari alat perjuangan.¹³⁵

Keadaan ini membuat VOC dahulu sulit mencegah maraknya pelaksanaan hukum Islam dan menguatnya basis pesantren sehingga dengan terpaksa mendukung dan mengeluarkan aturan tentangnya. Kolonial Belanda mencoba dengan berbagai teori pemberlakuan hukum Islam juga mengembangkan kawasan adat serta menempatkan hukum Barat terhadap umat Islam. Setelah merdeka, Indonesia berdiri bukan sebagai negara agama, tetapi juga bukan negara sekuler. Dalam keadaan demikian, umat Islam sedikit demi sedikit berjuang menerapkan hukum Islam. Keadaan tersebut ditunjang dari sejarah perjalanan bangsa yang menegaskan hukum Islam sebagai hukum yang hidup.¹³⁶ Oleh karena itu, logis bahwa dalam

¹³⁴ M. Yahya Harahap, *Kedudukan, Kewenangan, dan Acara Peradilan Agama: Undang-undang No. 7 tahun 1989*, (Jakarta: Pustaka Kartini, 1993), hlm. 17. Bandingkan Lili Rasyidi, *Hukum Sebagai Suatu Sistem*, (Bandung: Remaja Rosda Karya, 1993), hlm. 110. dan Muhammad Daud Ali, *Hukum Islam dan Peradilan Agama*, (Jakarta: Raja Grafindo Persada, 1997), hlm. 161-162 dan hlm. 167.

¹³⁵ Bandingkan Jimly Asshiddiqie, *Modernisasi Hukum Pidana Indonesia*, (Bandung: Angkasa, 1996), hlm. 202.

¹³⁶ S.R. Nur, *Politik Hukum Islam dalam Pembangunan Nasional*, (Ujungpandang: t.p., 1992), hlm. 2 dan hlm. 4. Istilah-istilah yang dikemukakan S.R. Nur itu serupa dengan istilah *the*

upaya legislasi draft RUU KUHP, kedudukan konsep pemidanaan dalam Islam dijadikan bahan utama atau bagian integral dari KUHP Indonesia. Apabila hal itu sulit tercapai, konsep pemidanaan dalam Islam dapat dibuat sebagai hukum mandiri yang berkekuatan sebagai hukum nasional.¹³⁷

Pada dasarnya, hukum pidana Islam secara bertahap telah dapat diakomodasi oleh tim penyusun draft RUU KUHP terutama yang berkaitan dengan rumusan tindak pidana secara umum. Pada dimensi ini, hukum pidana Islam berfungsi sebagai bahan penyaring KUHP peninggalan Belanda dan draft RUU KUHP. Selain itu, dapat juga dikategorikan sebagai bagian bahan dan unsur utama draft RUU KUHP. Kecuali itu, penempatan rumusan pemidanaan masih berorientasi pada alam pikiran manusia, belum seutuhnya mempertimbangkan masuknya konsep pidana cambuk, pidana amputasi tangan dan/atau kaki, rajam dan *qishas* yang bersumber dari kitab suci. Kedudukan konsep pemidanaan dapat juga dilihat pada proses perkembangan berlakunya hukum Islam dengan beberapa tahapan.¹³⁸

Berbagai literatur tidak mengungkapkan sejauh mana konsep pemidanaan dalam Islam diberlakukan. Teori itu lebih banyak menonjolkan hukum-hukum privat seperti perkawinan, kewarisan, dan wakaf. Teori *receptio in complexu* hanya mungkin diterapkan pada kondisi masyarakat yang homogen atau berideologi tertentu. Teori *receptio* hanya tepat untuk masyarakat heterogen dengan berbagai keragaman agama, etnis, budaya, dan sebagainya. Di sini, tampaknya sulit menerapkan konsep pemidanaan dalam Islam, kecuali hal tersebut telah membudaya dan mentradisi dalam kehidupan masyarakat. Sesungguhnya teori *receptio* merupakan proses pembelajaran dan pembudayaan untuk menjadikan posisi hukum Islam

people's law (hukum yang hidup di kalangan rakyat), *the state law* (hukum negara) dan *the lawyer's law* (hukum dari ahli hukum). Lihat Jimly Asshiddiqie, *Modernisasi Hukum.....*, hlm. 181-182.

¹³⁷ Lihat teori eksistensi hukum Islam oleh Ichianto dalam Tjun Surjaman, (ed.), *Hukum Islam di Indonesia Perkembangan dan Pembentukan*, (Bandung: Remaja Rosdakarya, 1994), hlm. 133.

¹³⁸ Lihat Ichianto dalam Tjun Surjaman, (ed.), *Hukum Islam di Indonesia Pemikiran dan Praktiknya*, (Bandung: Remaja Rosdakarya, 1994), hlm. 101-102.

berakar kuat karena telah teruji dalam masyarakat. Walaupun Hazairin menolak teori *receptio* dengan mengedepankan teori *receptio exit* bahwa teori *receptio* harus keluar dari hukum nasional Indonesia karena bertentangan dengan UUD 1945 serta al-Qur'an dan al-Hadis.¹³⁹ Teori *receptio exit* sejatinya dapat mendukung kemungkinan masuknya konsep pembedaan dalam Islam, tetapi kenyataannya pada penyusunan draft RUU KUHP teori *receptio* lebih berfungsi. Teori *receptio exit* dapat dipahami hanya mendukung masuknya rumusan tindak pidana dalam draft RUU KUHP.

Upaya modernisasi hukum pidana nasional yang kini dalam proses menggantikan KUHP warisan kolonial Belanda, memerlukan kajian yang mendalam, filosofis,¹⁴⁰ sosiologis,¹⁴¹ praktis,¹⁴² adaptif,¹⁴³ komparatif¹⁴⁴ yang kritis dan konstruktif¹⁴⁵ untuk memecahkan masalah hukum pidana. KUHP peninggalan kolonial Belanda bukan satu-satunya sistem dalam merumuskan KUHP Indonesia yang baru. Muladi menyebutkan, selain KUHP yang ada sekarang, sumber hukum nasional diharapkan berorientasi pada nilai-nilai yang hidup dalam masyarakat (*the living law*) yang bersumber dari hukum Adat dan hukum agama.¹⁴⁶ Kecenderungan dunia

¹³⁹ Hazairin, *Tujuh Serangkai tentang Hukum*, (Jakarta: Pradnya Paramita, 1976), hlm. 34.

¹⁴⁰ Alasan filosofis mengarah pada dasar falsafah bangsa Indonesia, yaitu Pancasila dan UUD 1945 artinya bahwa masih banyak kebijakan di Indonesia yang tidak sesuai dengan falsafah bangsa yang notabene berasal dari penjajah kolonial

¹⁴¹ Alasan sosiologis, yakni alasan yang merupakan tuntutan dari masyarakat untuk memiliki produk-produk hukum yang bersendikan sistem nilai nasional sehingga hukum yang berlaku berasal dari aspirasi rakyat dengan segala keragaman nilai dan budaya yang ada.

¹⁴² Alasan praktis, yakni alasan kegunaan dimana banyak produk hukum di Indonesia yang masih menggunakan bahasa kolonial sebab merupakan warisan penjajah, sehingga bangsa Indonesia menginginkan bahwa produk hukum di Indonesia menggunakan bahasa Indonesia yang baik dan mudah dipahami oleh seluruh rakyat Indonesia.

¹⁴³ Alasan adaptif bahwa diharapkan segala ketentuan hukum di Indonesia harus dapat menyesuaikan diri dengan perkembangan-perkembangan baru khususnya perkembangan internasional yang sudah disepakati oleh masyarakat beradab.

¹⁴⁴ Alasan komparatif, yakni alasan suatu hal yang bersifat dapat diperbandingkan dengan suatu hal lainnya.

¹⁴⁵ Alasan konstruktif, yakni alasan sesuatu yang bersifat membangun, membina, memperbaiki.

¹⁴⁶ Permasalahan seperti ini sedikit terobati dengan dikenalnya asas legalitas materiel yang mengakui adanya nilai-nilai yang hidup di masyarakat dalam perundang-undangan seperti

internasional menganjurkan penggalian hukum yang berorientasi pada pendekatan nilai kemanusiaan (*humanis*), nilai identitas budaya (kultural), dan nilai-nilai moral keagamaan (*religius*). Nilai-nilai itu diintegrasikan dengan pendekatan rasional yang berorientasi kepada kebijakan. Selain nilai-nilai utama itu, perlu pula memperhatikan nilai-nilai universal, dokumen, instrumen internasional dan kecenderungan kesepakatan ilmiah dalam forum-forum internasional.¹⁴⁷

Ada kecenderungan konsep pemidanaan sekarang berkembang dari teori menghukum (*punishment*) yang berlangsung pada zaman pramodern mengarah ke gagasan membina (*treatment*) pada era modern. Pemidanaan model ini telah digagas oleh sarjana Barat seperti Wolfgang Friedmann dan Hyman Gross.¹⁴⁸ Walaupun hal itu merupakan refleksi dari kondisi Barat, pada saatnya akan berpengaruh dan terjadi di Indonesia. Andi Hamzah mengungkapkan bahwa pemidanaan di Indonesia juga mengalami transformasi konseptual dari sistem retribusi (pembalasan) menuju ke arah konsep reformasi (perbaikan). Sebagai bukti, ditunjukkan dengan berubahnya sistem lembaga penjara menjadi lembaga pemasyarakatan sejak tahun 1963.¹⁴⁹

Kecenderungan tersebut terus berkembang dengan berpegang pada prinsip kemanusiaan atas pelaku tindak pidana. Akan tetapi, pandangan seperti itu tampaknya menonjolkan keberpihakan kepada pelaku kejahatan dan tidak mempertimbangkan rasa kemanusiaan yang diderita oleh korban. Prinsip pemidanaan yang lebih berorientasi kepada pelaku tindak pidana

UU Drt Nomor 1 Tahun 1951 dan UU Nomor 14 Tahun 1970 tentang Kekuasaan Kehakiman. Barda Nawawi Arief, *Bunga Rampai Kebijakan...*, hlm. 109.

¹⁴⁷ Muladi, Sambutan Menteri Kehakiman dalam Muhammad Amin Summa, et.al., *Pidana Islam di Indonesia, Peluang, Prospek dan Tantangan*, (Jakarta: Pustaka Firdaus, 2001), hlm. 23-24. Selanjutnya, dapat dilihat dalam Muladi, "Perbandingan Sistem Pidana dan Kemungkinan Aplikasinya di Indonesia", dalam *Hak Asasi Manusia, Politik dan Sistem Peradilan Pidana*, (Semarang: Badan Penerbit Universitas Diponegoro, 1997), hlm. 152.

¹⁴⁸ Wolfgang Friedmann dan Hyman Gross, dalam Jimly Asshiddiqie, *Modernisasi Hukum...*, hlm. 160-161.

¹⁴⁹ Andi Hamzah, *Sistem Pidana di Indonesia dari Retribusi ke Reformasi*, (Jakarta: Pradya Paramita, 1984), hlm. 96.

tanpa memperhatikan para korban kejahatan merupakan suatu ketidakadilan. Konsep peralihan sistem pidanaanaan dari retributif ke reformasi adalah suatu yang positif, tetapi hendaknya penerapannya memperhatikan rasa keadilan masyarakat secara umum, khususnya korban kejahatan.

Konsep pidanaanaan dalam Islam bukan hanya menerapkan sistem retributif semata, tetapi juga sistem reformatif sesuai dengan rasa keadilan, baik pelaku tindak pidana maupun korban kejahatan.¹⁵⁰ Tampaknya, pendekatan baru ke arah perhatian kepada korban dalam studi ilmu hukum dewasa ini sudah berkembang. Perhatian terhadap korban seharusnya berimbang dengan perhatian terhadap pelaku kejahatan. Konsep rasa keadilan (keseimbangan) inilah yang terdapat dalam tujuan pidanaanaan sebagaimana nyata dalam konsep *qishas-diyat*¹⁵¹ dan pada *hudud* serta *ta'zir*. Penerapan pidanaanaan model retributif tetap relevan sehubungan dengan intensitasnya dan meningkatnya cara-cara terjadinya kejahatan. Model retributif masih tetap diberlakukan untuk kasus-kasus tertentu seperti pembunuhan sengaja, sementara model reformatif dibutuhkan untuk merehabilitasi pelaku-pelaku kejahatan tertentu, seperti penganiayaan tidak sengaja. Oleh karena itu, model retributif diterapkan sebagai pilihan mengimbangi model reformatif. Eklektisisme hukum menjadi sangat penting sehingga tidak meninggalkan sama sekali model retributif.

Perhatian terhadap pelaku kejahatan melahirkan kriminologi dan perhatian terhadap korban kejahatan yang sekarang mulai berkembang menghasilkan viktimologi¹⁵² harus menjadi patokan dalam menyusun draft RUU KUHP 2016. Dengan demikian, tidak cenderung berorientasi pada

¹⁵⁰ Bandingkan Masykuri Abdillah, "Budaya Hukum Islam dalam Perspektif Pembentukan Hukum di Masa Datang", dalam *Jurnal Mimbar Hukum* No. 56 Tahun XIII Januari-Februari 2002, hlm. 48.

¹⁵¹ Lihat Q.S al-Baqarah (2): 178. Ayat ini menjelaskan bahwa konsep *qishas* itu disamping memiliki hukuman yang setimpal juga ada alternatif ganti rugi (*diyat*) bila korban atau walinya menghendaki pemberian maaf kepada pelaku tindak pidana. Lihat Departemen Agama Republik Indonesia, *al-Qur'an dan Terjemahnya*, (Jakarta : Yayasan Penerjemah/Penafsir al-Qur'an, 1971), hlm. 43.

¹⁵² Lihat Jimly Asshiddiqie, *Modernisasi Hukum.....*, hlm. 184. Lihat juga Sudarto, *Hukum dan Hukum Pidana*, (Bandung: Alumni, 1985), hlm. 158-159.

kepentingan pelaku kejahatan saja, tetapi RUU KUHP memberi perhatian terhadap korban kejahatan. Pada intinya, hukum pidana disebut hukum publik karena menitik-beratkan kepada perlindungan terhadap kepentingan umum atau kepentingan masyarakat.¹⁵³ Selama ini hubungan hukum yang terlihat dalam perkara pidana hanya menonjol pada pemerintah yang diwakili oleh penegak hukum, seperti polisi, jaksa, hakim dan petugas pemasyarakatan. Sementara para pelaku kejahatan yang disebut tersangka, terdakwa atau terpidana sebagai sasaran utama pemeriksaan,¹⁵⁴ walaupun tersangka dan terdakwa didampingi penasihat hukum. Dalam keadaan ini, ada dua pihak yang terlibat dan berhadapan, yaitu pelaku kejahatan dan penegak hukum. Penekanan perhatian terhadap korban dalam Islam bukan sekadar sistem ganti rugi (*diyat*) yang diperuntukkan kepada korban atau walinya sebagai kompensasi,¹⁵⁵ tetapi rasa keadilan yang melekat pada sistem *qishas*.

Penerapan sanksi pidana yang sama atas pelaku kejahatan atau pemberian ganti rugi, menegaskan perhatian terhadap korban kejahatan. Jimly Asshiddiqie menegaskan juga bahwa konsep yang menekankan perhatian terhadap korban sesuai dengan gagasan dalam tradisi pidana Islam yang terus dipertahankan.¹⁵⁶ Oleh karena itu, penerapan konsep pemidanaan dalam Islam menekankan perhatian kepada korban kejahatan dan pelaku tindak pidana sangat relevan untuk semua zaman dan di tempat manapun. Dengan begitu, tujuannya relevan untuk dunia modern dan kemajuan ipteks.

Hal lain yang perlu diperhitungkan dalam penerapan konsep pemidanaan dalam Islam terkait dengan penyusunan KUHP baru adalah

¹⁵³ Bambang Purnomo, *Asas-asas Hukum Pidana*, (Jakarta: Ghalia Indonesia, 1985), hlm. 37.

¹⁵⁴ Jimly Asshiddiqie, *Modernisasi Hukum.....*, hlm. 183-184.

¹⁵⁵ Bandingkan Jimly Asshiddiqie, *Modernisasi Hukum.....*, hlm. 185. Jimly Asshiddiqie lebih menekankan perhatian terhadap kepentingan korban pada gagasan ganti rugi tanpa menekankan pada aspek penderitaan fisik. Pada bagian lain Jimly Asshiddiqie juga menjelaskan bahwa ganti rugi selama ini beralih menjadi pidana denda yang dikuasai negara dengan pertimbangan kalau dilaksanakan secara individual tanpa ketertiban negara dapat menimbulkan penyalahgunaan. Lihat Jimly Asshiddiqie, *Modernisasi Hukum.....*, hlm. 188.

¹⁵⁶ *Ibid.*

aspek politik, yuridis, historis, sosiologis, dan filosofis.¹⁵⁷ Aspek politik berkaitan dengan dukungan masyarakat, terutama masyarakat Islam dan pemerintah. Ketergantungan pada keinginan masyarakat dan kemauan politik pemerintah sangat dominan. Seluruhnya berkaitan erat dengan pengetahuan dan pengalaman hukum Islam oleh kedua komponen tersebut, lepas dari pengaruh non-Muslim dan negara-negara luar. Selama ini yang tampak di permukaan ialah upaya sebagian orang Islam awam dan orang Islam yang phobia turut bersama dengan kelompok non-Muslim dan pihak luar menentang pemberlakuan hukum Islam. Penentangan tidak hanya hukum publik, tetapi juga hukum privat. Ahmad Sukarja menyatakan bahwa upaya mengakomodasi materi hukum pidana Islam merupakan bagian dari perjuangan membentuk hukum pidana nasional. Pada sisi lain, ia tidak tegas dalam menerapkan konsep pembedaan dalam Islam secara utuh dan menyeluruh. Ini karena ia menawarkan kontekstualisasi dalam pembumian dan aktualisasi hukum Islam di Indonesia dengan memperhatikan lingkungan (*bi'ah*) dan kondisi (*zhufuf*). Dalam upaya kontekstualisasi, pembumian dan aktualisasi ia menawarkan konsep kajian yang berwawasan modern, reinterpretasi, enveronmentasi atau biatisasi, dan objektivikasi.¹⁵⁸

Secara filosofis, Jimly Asshiddiqie mengatakan bahwa untuk situasi Indonesia relevansi keberlakuan hukum pidana Islam masih perlu dilihat dan ditelaah lebih jauh kesesuaiannya dalam alam pikiran hukum dan filsafat bangsa Indonesia, yakni Pancasila. Singkatnya semua ketentuan hukum yang dibuat tidak boleh bertentangan dengan agama sekaligus tidak boleh bertentangan dengan Pancasila.¹⁵⁹ Pada akhirnya ia berkesimpulan bahwa secara filosofis, tradisi hukum Islam secara keseluruhan mempunyai

¹⁵⁷ Lihat kembali Muladi, sambutan Menteri Kehakiman dalam Muhammad Amin Summa, et.al., *Pidana Islam di Indonesia, Peluang.....*, hlm. 27. dan Jimly Asshiddiqie, *Modernisasi Hukum.....*, hlm. 160. serta Muhammad Daud Ali, *Hukum Islam.....*, hlm. 155.

¹⁵⁸ Ahmad Sukarja, *Hukum Pidana Islam dalam Peraturan Perundang-undangan dan Konteks Politik Hukum Indonesia*, dalam Muhammad Amin Suma, et.al., *Pidana Islam di Indonesia, Peluang.....*, hlm. 219.

¹⁵⁹ Oemar Senoadji, "Peradilan Bebas Negara Hukum", dalam M. Tahir Azhary, *Negara Hukum: Suatu Study Tentang Negara Hukum dilihat dari segi prinsip-prinsipnya dan dilihat dari hukum Islam, ed.2, cet.I*, (Jakarta: Prenada Media, 2003), hlm. 93.

landasan yang kuat untuk diberlakukan di Indonesia. Kemungkinan untuk memberlakukan tradisi hukum Islam sebagai bahan pembentukan hukum pidana nasional di Indonesia sangat terbuka. Hal ini didukung oleh landasan yuridis konstitusional yang kuat pada pasal 29 UUD 1945 untuk menjadikan bentuk-bentuk pidana dalam tradisi Islam sebagai bahan yang sah.¹⁶⁰

Pandangan tersebut sebenarnya mewakili beberapa pandangan politik hukum, seperti Muladi, Jimly Asshiddiqie, Bambang Purnomo, dan lain-lain. Sesungguhnya kecenderungan pandangan seperti itu tidak serta merta menjadi pegangan. Posisi terkalahkan dan terjinakkan umat Islam didahulukan oleh pandangan ini demi keutuhan negara dan bangsa Indonesia. Persoalan yang muncul kemudian, justru tidak melihat tujuan dan efektivitas konsep pembedaan dalam Islam. Oleh karena itu, alasan-alasan politik dan yuridis lebih tepat dibandingkan dengan alasan-alasan reinterpretasi, modernisasi, reaktualisasi. Alasan sosiologis dan filosofis, masih dapat dipahami sehingga upaya minimal pun dapat dilaksanakan karena suatu undang-undang tidak boleh dipaksakan, tetapi memerlukan waktu sosialisasi dan pencerdasan.

Masuknya rumusan tindak pidana dalam draft RUU KUHP Indonesia yang tidak bertentangan dengan konsep *jarimah*, merupakan keberhasilan yang perlu diakui, kecuali murtad.¹⁶¹ Jimly Asshiddiqie berpendapat bahwa dari segi perkembangan teori dan pemikiran mengenai pidana dan pembedaan, tradisi pidana Islam masih memiliki relevansi kuat untuk dikembangkan pada masa modern zaman sekarang.¹⁶²

¹⁶⁰ Jimly Asshiddiqie, *Modernisasi Hukum.....*, hlm. 195.

¹⁶¹ Qanun Provinsi NAD No. 11 tahun 2002 tentang Pelaksanaan Syari'at Islam bidang Aqidah, Ibadah, dan Syiar Islam pasal 5 ayat (3) menegaskan tentang tindak pidana murtad (sengaja keluar dari aqidah Islam dan/atau menghina atau melecehkan agama Islam). Pasal 20 ayat (2) tentang ketentuan sanksi pidana yang akan ditentukan dalam qanun tersendiri. Lihat Qanun Provinsi NAD No. 11 tahun 2002 dalam Ramly Hutabarat, *Kedudukan Hukum Islam dan Konstitusi Indonesia dan Peranannya dalam Pembinaan Hukum Nasional*, (Jakarta: PS-HTN FH UI, 2005), 193. dan hlm. 200.

¹⁶² Jimly Asshiddiqie, *Modernisasi Hukum.....*, hlm. 188-189.

Sesungguhnya dalam proses perancangan KUHP nasional sejak 1963, agama telah dijadikan bahan pertimbangan perumusan bentuk sanksi pidana. Latar belakang dicantumkannya agama tidak didukung oleh dasar yang kuat dan tidak dicantumkan ketentuan agama tidak jelas alasannya. Hal ini berkaitan dengan kebijakan dan persepsi para perancang dan pejabat pembentuk hukum pidana tentang agama. Pemerintah memperlihatkan sikap positif terhadap kemungkinan dikembangkannya berbagai usaha modernisasi hukum pidana dari sumber keagamaan. Pengisian wawasan baru pada peralihan KUHP lama dengan KUHP baru, disesuaikan dengan kepribadian bangsa dan tuntutan hukum masyarakat. Hal itu penting karena masyarakat Indonesia bersifat religius, apalagi konstitusi menghendaki sifat hukum pidana yang sekuler.¹⁶³

Dilihat dari aspek historis, berlakunya hukum Islam sebagai bagian yang tidak terpisahkan dari mayoritas umat Islam Indonesia, seharusnya mendapat prioritas dalam penerapannya. Sekurang-kurangnya berlaku untuk umat Islam, sebagaimana beberapa bagian dari pidana Islam yang telah diterapkan di Provinsi NAD.

Kedudukan hukum Islam yang bersifat universal (*rahmatan lil 'alamin*) sepatutnya tidak mengenal sekat dalam penerapannya. Aturan kepidanaan Islam berlaku untuk semua umat manusia. Akan tetapi, kenyataannya di dunia ini berdiri bermacam-macam negara sehingga pemberlakuannya mengarah pada negara tertentu. Pemberlakuannya terbatas pada negara-negara Islam atau negeri Muslim yang memiliki konstitusi yang mendukung. Kecenderungan terakhir hukum Islam hanya berlaku pada beberapa negara yang diperuntukkan bagi umat Islam, seperti Arab Saudi, Iran, Pakistan, Libya, dan Sudan.¹⁶⁴

¹⁶³ Jimly Asshiddiqie, *Modernisasi Hukum.....*, hlm. 37. hlm. 46-47. dan hlm. 49.

¹⁶⁴ Jamila Hussain, *Islam Its Law and Society*, (Sidney-Australia: The Federation Press, 2004), hlm. 152.

Tarik-menarik antara hukum pidana Islam atau hukum Adat dengan hukum pidana Barat untuk mengisi hukum pidana nasional menjadi tidak terelakkan. Dasar hukum secara konstitusi mengakui keberadaan sistem hukum Islam dalam bidang keperdataan seperti perkawinan, kewarisan, wakaf dan diakui secara sah tanpa pilah-pilih. Namun dalam bidang kepidanaan, khususnya jenis-jenis pemidanaan para pakar hukum berbeda pandangan. Sebagian setuju menerapkan jenis-jenis pidana secara utuh, sebagian lagi menolak, sedangkan ada juga yang setuju dengan modifikasi dan interpretasi. Seiring dengan perkembangan hukum yang mengarah pada perhatian kepada korban (viktimologi), sangat penting mengakomodasi konsep *qishas* dalam draft RUU KUHP Indonesia. Pidana cambuk juga dapat diterapkan pada tindak pidana yang relevan. Demikian juga pidana amputasi tangan dan/atau kaki, pidana rajam dan salib untuk mewujudkan tujuan pemidanaan yang menghasilkan efek jera untuk kasus tertentu. Pidana penjara tetap dipertahankan untuk sebagian besar tindak pidana yang tidak ditetapkan ketentuan pidananya dalam *nash*.

2. Faktor Penunjang Penerapan Konsep Pemidanaan dalam Islam di Indonesia

Berangkat dari pengalaman sejarah, perkembangan pemberlakuan hukum Islam di Indonesia menunjukkan proses yang tidak mulus. Berbagai kendala yang dihadapi dalam menerapkan hukum Islam yang bersifat perorangan (hukum privat) tampak pada penetapan undang-undang perkawinan, kewarisan, dan lain-lain. Pada persoalan yang berkaitan dengan ibadah *mahdhah*, penerapannya hampir tidak ada hambatan. Selainnya, pada aspek yang membawa keuntungan material, cenderung mendapatkan dukungan luas dari masyarakat dan Pemerintah, seperti pengelolaan ibadah haji, pengelolaan zakat, dan pengelolaan ekonomi Islam atau perbankan syariah.

Lain hanya dengan hukum Islam yang menekankan aspek hukum publik seperti konsep pembedaan. Pada bidang ini tantangan datang dari berbagai golongan. Selain orang Islam yang awam dan tokoh Muslim nasional (sekuler) juga dari kelompok non-Muslim dan Pemerintah. Penentangan terjadi dalam bentuk seminar, diskusi, demonstrasi melalui media cetak dan elektronik. Sejak digulirkan diskusi dan seminar merumuskan draft RUU KUHP Indonesia untuk menggantikan KUHP warisan kolonial Belanda, berbagai polemik dan komentar datang untuk menentang pemberlakuan hukum pidana Islam, khususnya konsep pembedaan.

Sesungguhnya harapan, kemungkinan, dan peluang penerapan hukum Islam secara terbuka dapat terwujud pada Pemilu 1955¹⁶⁵ bahkan memasuki Era Reformasi pasca Orde Baru peluang tersebut tampak terbuka.¹⁶⁶ Namun, fakta menentukan sebaliknya. Pemilu 1999 sampai 2014, partai Islam tidak memperoleh suara signifikan¹⁶⁷ untuk perjuangan mendukung pemberlakuan hukum Islam.

Pada era reformasi, beberapa kebijakan pemerintah dan peraturan perundang-undangan yang merugikan masyarakat dan menyimpang telah ditata. Setidak-tidaknya ada tiga bidang yang menjadi sasaran reformasi pasca Orde Baru, yaitu bidang politik, ekonomi, dan hukum. Dalam bidang

¹⁶⁵ Hasil pemilu 1955 jika dilihat dari komposisi penduduk Indonesia yang mayoritas muslim seharusnya partai Islam menjadi pemenang dalam Pemilu itu. Kenyataannya PNI memperoleh 8.434.653 suara atau setara dengan 22,3% dengan perolehan 57 kursi parlemen. Masyumi memperoleh 7.903.886 suara atau setara dengan 20,9% yang memperoleh 57 kursi parlemen. NU memperoleh 6.955.141 suara atau setara dengan 18,4% dengan perolehan 45 kursi parlemen. PKI memperoleh 6.176.913 suara atau setara dengan 16,4% yang memperoleh 39 kursi parlemen. Partai kecil lainnya memperoleh 8.314.705 suara atau setara dengan 22,0% dengan perolehan 59 kursi parlemen. Lihat Herbert Feitrh dalam Kamaruddin, *Partai Politik Islam di Pentas Reformasi*, (Jakarta: Visi Publishing, 2003), hlm. 21.

¹⁶⁶ Perhatikan berbagai peraturan perundang-undangan yang diperuntukkan bagi umat Islam sebagaimana telah dikemukakan.

¹⁶⁷ Menguatnya peran masyarakat yang ditunjukkan oleh berbagai gejala seperti dipenuhinya berbagai tuntutan masyarakat oleh pemerintah. Sikap Presiden Habibie yang terbuka terhadap suara-suara masyarakat adalah yang baik bagi perkembangan masyarakat. Lihat Maswadi Rauf, *Masyarakat Madani (Civil Society) Akar Demokrasi di Indonesia*, dalam TIM Maulana, *Jika Rakyat Berkuasa, Upaya Membangun Masyarakat Madani dalam Kultur Feodal*, (Bandung: Pustaka Hidayah, 1999), hlm. 304.

politik, hukum Islam yang telah memperoleh kekuatan hukum dan terlaksana dalam kehidupan berbangsa dan bernegara masa Orde Baru, tampaknya tidak menyadari bagian yang direformasi.¹⁶⁸ Terdapat perbedaan pendapat dalam upaya menerapkan hukum Islam. Pendapat pertama menghendaki pendekatan struktural sebagaimana diperjuangkan Amien Rais bahwa transformasi hukum Islam harus dilegislati secara formal sebagai hukum nasional sekurang-kurangnya untuk umat Islam melalui partai-partai politik, lobi politik, sosialisasi ide-ide, dan dukungan masyarakat Muslim. Namun, pendekatan ini berhadapan dengan keinginan para tokoh bangsa semisal Aburrahman Wahid yang menekankan pada pendekatan kultural. Pendekatan ini menekankan bahwa transformasi hukum Islam diterapkan dalam perilaku sosial agar bercorak Islam yang diimplementasikan secara sadar oleh umat Islam dengan cara sosialisasi dan internalisasi oleh umat Islam sendiri tanpa dukungan langsung dari otoritas politik.¹⁶⁹ Meskipun demikian, sebenarnya kedua pendekatan ini dapat dilakukan secara bersamaan dan simultan dengan mempertimbangkan peluang yang ada. Maka, lambat laun hukum Islam dapat diimplementasikan secara utuh dan menyeluruh di Negara Indonesia.

Prospek pemberlakuan hukum Islam secara umum masih memiliki peluang dengan menerapkan teori eksistensi sesuai situasi dan kondisi yang melingkupinya. Penerapan konsep pembedaan dalam Islam memiliki peluang yang sama dengan dimensi hukum Islam dalam bidang hukum keluarga bila dilihat secara parsial. Penerapan konsep hukum pidana Islam secara utuh sebagai undang-undang mandiri yang berkekuatan hukum dan berlaku secara nasional tampaknya sulit terwujud. Hal ini ditandai dengan selesainya konsep draft RUU KUHP yang dibahas di tingkat organisasi

¹⁶⁸ Reformasi yang dimaksud adalah pembatalan pemberlakuan peraturan perundang-undangan seperti beberapa TAP MPR RI dan Kepres bermasalah. Kecuali penyempurnaan beberapa kebijakan dan peraturan perundang-undangan seperti penyempurnaan undang-undang pokok kekuasaan Kehakiman, undang-undang Kepegawaian, dan undang-undang terapan Peradilan Agama.

¹⁶⁹ Lihar Masykuri Abdillah dalam *Jurnal Jauhar*, Vol. I, No. 1 Desember 2000, hlm. 56-60.

masyarakat dan Pemerintah. Draft RUU KUHP tersebut tidak mengakomodasi konsep pembedaan dalam Islam khususnya pidana cambuk, pidana amputasi tangan dan/atau kaki, pidana mati dalam bentuk pidana rajam, pidana salib atau gantung, dan qishas.¹⁷⁰ Sanksi pidana dalam draft RUU KUHP berupa pidana mati sebagai pidana yang bersifat khusus dan diancam secara alternatif.¹⁷¹ Selainnya adalah pidana penjara, pidana tutupan, pidana pengawasan, pidana denda, dan pidana kerja sosial sebagai pidana pokok. Pencabutan hak tertentu, perampasan barang tertentu dan atau tagihan, pengumuman putusan hakim, pembayaran ganti kerugian dan pemenuhan kewajiban data sebagai pidana tambahan.¹⁷²

Dilihat dari segi tindak pidana dalam draft RUU KUHP Indonesia tampaknya rumusan *jarimah* (tindak pidana) dapat dikatakan telah terakomodasi secara sempurna, kecuali *jarimah al-riddah* (tindak pidana murtad, pidana dan beralih agama) tidak terakomodasi. Sementara *jarimah al-qadzaf* (menuduh perempuan baik-baik berbuat zina) telah terakomodasi secara kontekstual pada pasal menuduh palsu.¹⁷³

Apabila konsep-konsep pembedaan itu diterapkan, tampaknya teori eksistensi tidak dapat berfungsi. Tidak hanya dilihat dari segi kemandirian undang-undang, tetapi juga dari segi bahan utama atau sebagai bagian integral dari hukum nasional. Dilihat dari segi eksistensi sebagai bahan penyaring peraturan perundang-undangan, dapat dikatakan memiliki kecocokan dengan konsep tindak pidana Islam, kecuali terkait dengan

¹⁷⁰ Lihat jenis-jenis pembedaan dalam draft RUU KUHP Indonesia pasal 60-62 dalam Departemen Hukum dan Perundang-undangan RI, *Rancangan Undang-undang Republik Indonesia tentang KUHP*, (Jakarta: t.p., 2000), hlm. 24-25. Dalam rancangan KUHP yang dibuat tahun 1968, 1971, 1981, 1982, dan 1987 oleh Tim Perancang mengemukakan jenis-jenis sanksi pidana tidak jauh berbeda dengan yang terdapat dalam rumusan terakhir draft RUU KUHP, bahwa di dalamnya tidak dimasukkan jenis-jenis pembedaan dalam Islam seperti pidana cambuk, pidana rajam, pidana amputasi tangan dan/atau kaki, pidana salib dan qishas. Lihat Jimly Asshiddiqie, *Modernisasi Hukum.....*, hlm. 38-44.

¹⁷¹ Lihat pasal 60 ayat (2), draft RUU KUHP dalam Departemen Hukum dan Perundang-undangan RI, *Rancangan Undang-undang.....*, hlm. 24.

¹⁷² Lihat pasal 60 ayat (1) dan pasal 62, draft RUU KUHP dalam Departemen Hukum dan Perundang-undangan RI, *Rancangan Undang-undang.....*, hlm. 24-25.

¹⁷³ Lihat pasal 375 draft RUU KUHP Indonesia tentang keterangan palsu, dalam Departemen Hukum dan Perundang-undangan RI, *Rancangan Undang-undang.....*, hlm. 24.

penerapan pidana cambuk, amputasi tangan dan/atau kaki, pidana mati dengan teknis pidana rajam, pidana salib (gantung). Peluang untuk penyempurnaan pembedaan dalam draft RUU KUHP masih terbuka pada pembahasan di DPR RI. Menurut Hamdan Zoelva, jika draft RUU KUHP dibahas di DPR sangat berpeluang lolos, khususnya upaya memasukkan pidana *qishas* dalam bentuk hukuman mati, pidana ganti rugi (*diyat*), dan pemberian maaf oleh keluarga korban.¹⁷⁴ Kesempatan untuk mendesak anggota-anggota DPR yang beragama Islam masih terbuka untuk mendukung mereka menerapkan konsep pembedaan dalam Islam.

Beberapa faktor yang dapat diupayakan oleh umat Islam dan politisi Muslim sebagai kekuatan umat Islam, sebagai berikut. *Pertama*, kondisi mayoritas muslim terbesar di dunia dapat menjadi pertimbangan dan faktor penekan dalam menerapkan konsep pembedaan dalam Islam. Kekuatan masyarakat Islam sangat berperan dan berpengalaman dalam menekan pihak legislatif dan eksekutif. Namun demikian, masyarakat Islam harus terlebih dahulu kuat dalam bidang ekonomi dan pendidikan. Kekuatan masyarakat Islam dapat mengimbangi dominasi kekuatan Pemerintah. Pada sisi lain, para legislator dan Pemerintah yang berasal dari orang-orang Islam harus memiliki pengetahuan keislaman yang mendalam dan kuat untuk mengamalkan agamanya. Apabila masyarakat Islam dan orang-orang Islam yang berperan dalam pemerintahan dan legislatif kuat memberikan tekanan maka menjadi faktor penting dalam upaya penerapan konsep pembedaan dalam Islam. Di negara manapun di dunia senantiasa terjadi kelompok mayoritas menekan minoritas.

Pandangan-pandangan yang sering dijadikan alasan pembenar bagi negara bahwa tidak ada dominasi mayoritas terhadap minoritas, tidaklah sepenuhnya tepat.¹⁷⁵ Contohnya tampak pada berbagai peristiwa di berbagai

¹⁷⁴ Rita Triana Budiari, *Pergulatan Konstitusi Hamdan Zoelva*, (Jakarta: Konpress, 2014), hlm. 240.

¹⁷⁵ Sutandyo Wignyosubroto, *mencontohkan konsep demokrasi dari rakyat, untuk rakyat, dan oleh rakyat sebagai demos dan kratein*. Sebagai kekuatan *demos* menyiratkan makna

negara sebagai imbas dari dominasi mayoritas terhadap minoritas. Persoalan yang berkaitan dengan HAM yang paling dasar sekalipun, minoritas selalu tampak menjadi korban. Konsep mayoritas dan minoritas perlu dikembangkan menjadi “tidak ada dominasi mayoritas atas minoritas, tetapi harus ada pengakuan terhadap mayoritas sepanjang tidak mengorbankan secara langsung kelompok minoritas”. Dominasi mayoritas dapat terlihat pada sidang umum MPR RI tahun 1999 yang menetapkan empat tokoh nasional Muslim sebagai pemimpin Negara Indonesia. Keempat tokoh tersebut, tiga di antaranya memiliki basis pendidikan agama yang kuat, yakni Presiden Abdurrahman Wahid, Ketua MPR Amin Rais, dan Ketua DPR Akbar Tanjung, kecuali Megawati Soekarno Putri sebagai Wakil Presiden yang tidak secara khusus mendalami ajaran Islam. Demikian juga hasil seluruh pemilu legislatif yang mendudukkan mayoritas umat Islam di DPR.

Hasil pemilu presiden dan wakil presiden tahun 2004 mendudukkan tokoh Muslim bahkan seluruh calon presiden dan wakil presiden adalah Muslim. Pemilihan umum tahun 2004 juga mencapai hal yang sama, baik pada level legislatif maupun eksekutif. Konsep mayoritas Muslim menjadi modal besar dalam menunjang penerapan hukum Islam di Indonesia termasuk penerapan konsep pembedaan dalam Islam.¹⁷⁶ Di sini, umat Islam tidak dapat ditekan dan dimarginalkan. Jika umat Islam tidak

diskriminatif. *Demos* bukan rakyat keseluruhan tetapi hanya populis tertentu sehingga diskriminasi dalam kegiatan politik tetap saja berlangsung. Lihat Sutandyo Wignyosubroto, “Demokrasi, Demokratisasi dalam Usaha Membangun Masyarakat Warga yang Berkeberdayaan di Hadapan Negara”, dalam *Jurnal Dinamika HAM*, Vol. I, No. I, (Jakarta: Gramedia Pustaka Utama dan Universitas Surabaya, 1997), hlm. 86-87.

¹⁷⁶ Walaupun posisi mayoritas selalu memenangkan pertarungan dalam setiap perdebatan yang membahas kebijakan negara, tetapi kebijakan yang ditetapkan selalu berkaitan dengan keputusan-keputusan netral, misalnya ketika terjadi pergantian tujuh kata pada sila pertama Pancasila Piagam Jakarta menjadi tiga kata pada UUD 1945. Pergantian ini oleh Alamsyah Ratuprawiranegara dikatakan sebagai pengorbanan dari umat Islam. Lihat Alamsyah Ratuprawiranegara, *Strategi Perjuangan Umat Islam dalam Bidang Hukum*, dalam Amrullah Ahmad SF et.al., *Dimensi Hukum Islam dalam Sistem Hukum Nasional*, (Jakarta: Gema Insani Press, 1996), hlm. 239.

diperhitungkan, pembangunan akan gagal, mengingat kedudukan umat Islam yang mayoritas.¹⁷⁷

Kedua, menjamurnya lembaga-lembaga pendidikan formal dan nonformal yang berbasis Islam. Animo yang tinggi dari masyarakat untuk mempelajari dan mendalami Islam merupakan faktor yang dapat menunjang penerapan konsep pemidanaan dalam Islam. *Ketiga*, penunjang lainnya adalah lahirnya organisasi-organisasi keagamaan yang berbasis Islam sejak awal abad ke-20. Organisasi sosial keagamaan tidak mengalami tekanan, walaupun para tokohnya gerak-geriknya diwaspadai. Memasuki Era Reformasi, partai yang berdasar dan berbasis Islam meramaikan panggung demokratisasi.¹⁷⁸

Keempat, kehadiran partai yang berlabel Islam dapat mendukung eksistensi Islam. Banyaknya partai Islam membawa dampak positif bila bersatu dalam memperjuangkan aspirasi umat Islam. Sebaliknya, dampak negatifnya akan tampak ketika partai Islam mempunyai agenda dan tujuan berbeda sehingga mudah menceraikan persatuan umat Islam.

Dalam kaitannya dengan faktor penunjang ini, menarik apa yang dikemukakan oleh Ernest Geller bahwa dalam perkembangan yang dialami masyarakat Islam, posisi agama dalam kehidupan mereka justru tidak mengalami perubahan mendasar seperti di Barat. Dalam beberapa hal, Islam menjadi semakin kuat dan mengakar. Islam tidak hanya kuat dalam strata masyarakat di daerah pedalaman, tetapi juga di kalangan penguasa dan kelas masyarakat kota dan elite-elite kultural lainnya. Apabila mereka

¹⁷⁷ Lihat Sayidiman Surjohadiprodjo dalam Ahmad Baso, *Civil Society Versus Masyarakat Madani, Arekologi Pemikiran Civil Society dalam Islam Di Indonesia*, (Bandung: Pustaka Hidayah, 1420 H/1999 M), hlm. 143. Azyumardi Azra mengatakan bahwa umat Islam yang sebelumnya berada pada margin politik mulai masuk ke tengah kekuasaan. Lihat Azyumardi Azra, *Menuju Masyarakat Madani, Gagasan, Fakta dan Tantangan*, (Bandung: Remaja Rosdakarya, 1999), hlm. 5.

¹⁷⁸ Pada Pemilu 1999 Partai Politik peserta pemilu mencapai 48 partai. Dari 148 partai mendaftar di Departemen Kehakiman. 106 mendaftar pada Panitia Persiapan Pembentukan KPU, 60 partai memenuhi syarat administrasi dan setelah diverifikasi oleh TIM 11, partai peserta pemilu 1999 sebanyak 48 partai. Lihat data P3KPU yang disajikan sebagai peserta pemilu 1999 oleh Mendagri sesuai SK No. 31 tahun 1999 dalam Kamaruddin, *Partai Politik.....*, hlm. 66-67.

mempertahankan keyakinan, sebagian justru semakin radikal, nilai-nilai modernisme yang bersifat Barat tidak berhasil secara mendasar mengubah kehidupan masyarakat Islam dalam menyikapi dan mengaplikasikan agama.¹⁷⁹ Azyumardi Azra berpendapat bahwa kelompok Islam radikal bisa menang dalam sistem demokrasi, kemudian mengubah konstitusi sesuai hukum Islam, selama tidak melakukan pemberontakan dan cita-cita kekerasan. Ada kemungkinan kelompok Islam radikal dalam suatu masyarakat yang memiliki penduduk Muslim yang besar dan memenangi pemilihan umum dalam sistem demokrasi.¹⁸⁰

Selain kekuatan-kekuatan di atas, beberapa peluang sebagai faktor penunjang dalam mewujudkan hukum Islam di Indonesia termasuk konsep pembedaan, sebagai berikut. *Pertama*, faktor sejarah panjang eksistensi hukum Islam sebagai *the living law* dalam bentuk *law in idea*, *law in action*, dan *law in book*. Hal ini telah terbukti mempunyai posisi kuat berhadapan dengan lawan yang hendak meniadakan penerapan hukum Islam. Berbagai kasus yang timbul dengan maksud melecehkan umat Islam senantiasa mendapat reaksi kuat, seperti kasus pelarangan jilbab, pemurtadan, penghinaan Nabi Muhammad Saw., atau produk makanan dan minuman yang mengandung lemak babi. Hal yang terakhir ini seharusnya sama sensitifnya ketika konsep pembedaan dalam Islam tidak diakomodasi dalam draft RUU KUHP.

Kedua, hal penting yang dapat menunjang penerapan konsep pembedaan dalam Islam adalah ajaran Islam yang bersifat terbuka untuk seluruh umat manusia.¹⁸¹ Hal ini dilengkapi pula dengan kesesuaian konsep

¹⁷⁹ Lihat Ernest Gellner, *Condition of Liberty, Civil Society and its Rival*, diterjemahkan oleh Redaksi Mizan dengan judul *Membangun Masyarakat Sipil Prasyarat Menuju Kebebasan*, (Bandung: Mizan, 1995), hlm. 115., dan lihat juga Adi Suryadi Cula, *Masyarakat Madani, Pemikiran, Teori dan Relevansinya dengan Cita-cita Reformasi*, (Jakarta: Raha Grafindo Persada, 1999), hlm. 38.

¹⁸⁰ Pandangan ini dikemukakan pada *International Conference on the Future of Islam, Democracy, and Authoritarianism in the Muslim World*, di Jakarta. Lihat Azyumardi Azra, *Kompas*, rabu 8 Desember 2004, hlm. 2. *commit to user*

¹⁸¹ Lihat Q.S. al-Anbiya' (21): 107., dan Q.S. Saba' (34): 28.

pidana dalam Islam dengan prinsip-prinsip keadilan dan kemanusiaan yang mendasar. Pemaafan oleh korban atau keluarganya yang diimbangi dengan pemberian *diyat*¹⁸² oleh pelaku sebagai wujud nilai-nilai keadilan dan kemanusiaan dalam mempertahankan hidup dan kehidupan. Demikian juga nilai keadilan dan kemanusiaan dalam melaksanakan *qishas*¹⁸³ pada tindak pidana pembunuhan sengaja dan penganiayaan sengaja. Di dalamnya terdapat hukum persamaan yang menekankan nilai keadilan dan kemanusiaan. Pencabutan hak waris mewaris (jika pembunuhan dan penganiayaan tersebut antara pelaku dan korban terhadap hubungan waris), pencabutan hak menerima wasiat, atau pembayaran *kafarat*.¹⁸⁴

Konsep *rahmatan lil alamin* pada dasarnya menekankan prinsip internasionalitas hukum Islam. Keadaanlah yang menjadikan umat Islam terpecah dalam berbagai kelompok dan negara. Terpecahnya ini dimungkinkan berdasarkan al-Qur'an surah al-Hujarat ayat 13 yang menghendaki terciptanya manusia atas laki-laki dan perempuan, menjadikan berbangsa-bangsa dan bersuku-suku untuk senantiasa menjalin persaudaraan. Ayat ini pula memungkinkan umat Islam memilih pemimpin dunia. Jika ini terwujud akan memudahkan solidaritas sesama umat Islam, khususnya dalam implementasi hukum Islam. Salah satu keagungan dan kesempurnaan hukum Islam adalah sifatnya yang *alamiyah* (keuniversalan) bukan *makaniyah* (lokal). Berdasarkan ide humanitas yang sempurna itulah selama berabad-abad kaum muslimin masa lampau dapat mengunjungi negara-negara Islam tanpa mendapat rintangan dan kesulitan. Seorang Muslim dapat bepergian ke mana saja, bahkan dapat berdomisili dalam

¹⁸² *Diyat* merupakan adalah harta yang wajib diberikan kepada korban atau walinya sebagai pengganti pidana kisas atas terjadinya tindak pidana pembunuhan dan penganiayaan. As-Sayyid Sabiq, *Fiqh as-Sunnah*, (Beirut: Dar al-Fikr, 1997), hlm. 465.

¹⁸³ Istilah kisas berasal dari istilah dalam bahasa Arab *qisas*, yang sering diartikan pembalasan. Kisas merupakan bentuk pidana bagi orang yang membunuh atau menganiaya dengan pidana seperti apa yang dilakukan pelakunya.

¹⁸⁴ *Kafarat* adalah denda yang harus dibayar karena melanggar Allah atau melanggar janji. *Kafarat* diartikan juga sebagai persembahan kepada Allah sebagai tanda mohon pengampunan karena telah melanggar hukumnya. Departemen Pendidikan Nasional, *Kamus Besar Bahasa Indonesia*, Edisi IV, (Jakarta: Gramedia Pustaka Utama, 2012), hlm. 601.

suatu negara sampai kapan saja untuk bekerja, menduduki posisi di pemerintahan, berdagang, kawin, dan menimba ilmu. Bepergian ke manapun di wilayah Islam tanpa visa dan kebangsaan. Ide internasionalitas dalam hukum Islam sampai sekarang masih dipegang terus di kalangan umat Islam meskipun telah dilanda bencana dan musibah dari pengaruh dipraktikannya sistem nasional dari dunia Barat.¹⁸⁵ Sifat keuniversalan itu bukan hanya untuk umat Islam, tetapi juga untuk seluruh umat manusia. Hal itu tercermin dalam al-Qur'an surah al-A'raf ayat 158 dan surah Saba' ayat 28.¹⁸⁶

Meskipun hukum Islam secara ideal bersifat universal berlaku untuk seluruh bangsa dan negara, tetapi kenyataannya hanya berlaku pada bangsa dan negara yang di dalamnya tegak kekuasaan pemerintahan Islam. Agar hukum Islam dapat dipraktikkan, hal ini berkaitan dengan ide nasionalitas yang memerlukan daya juang tinggi dari umat Islam setempat. Salah satu perjuangan dalam menerapkan hukum Islam di Indonesia sebagaimana diupayakan oleh Pimpinan Pusat Persatuan Islam (PERSIS) yang mendukung amandemen pasal 29 UUD 1945 dengan mencantumkan tujuh kata Piagam Jakarta. Dukungan itu berdasarkan antara lain pada pandangan bahwa, "Islam merupakan agama yang bukan hanya berkaitan dengan persoalan individual antara makhluknya dengan Allah, tetapi juga menyangkut hubungan horizontal dengan sesama manusia. Islam bukan hanya soal akidah, ibadah dan muamalah, tetapi juga soal jinayah." Di samping itu, telah ada beberapa bagian hukum Islam yang telah diakomodasi dalam peraturan perundang-undangan. Kebijakan negara tentang otonomi daerah melahirkan sejumlah pemerintah provinsi, kabupaten dan kota yang mencanangkan pemberlakuan hukum Islam.¹⁸⁷

¹⁸⁵ Abul A'la al-Maududi, *Wahdat al-Umam al-Islamiyah*, dialih bahasakan oleh Dian dengan judul *Kesatuan Umat Islam*, (Jakarta: al-Hidayah, t.th), hlm. 20.

¹⁸⁶ Ayat itu memperjelas bahwa Nabi Muhammad Saw. diutus untuk semua umat manusia sebagai pembawa berita gembira dan pemberi peringatan.

¹⁸⁷ Lihat Pikiran Rakyat 8 Agustus 2002 dalam Taufik Adnan Amal dan Samsu Rijal Panggabean, *Politik Syari'at Islam dari Indonesia hingga Nigeria*, (Jakarta: Pustaka Alfabet, 2004), hlm. 59. Mengenai otonomi daerah model penerapan hukum Islam terlihat pada beberapa

Daerah-daerah tersebut menyusul Provinsi NAD yang terlebih dahulu telah menerapkan pidana cambuk dan menetapkan peraturan daerah yang bernuansa hukum Islam, seperti larangan pelacuran, perjudian, dan minuman alkohol.¹⁸⁸

Ketiga, semaraknya kegiatan Islam. Hal ini dapat dilihat di berbagai perkantoran pemerintah dan perusahaan yang mengadakan tempat shalat dan pengajian-pengajian. *Keempat*, Indonesia oleh beberapa kalangan dikategorikan sebagai negara Islam. *Kelima*, dilihat dari sisi dimensi utama ilmu hukum, yaitu ontologi, epistemologi dan aksiologi.

Dilihat dari segi *ontologi*, konsep pembedaan dalam Islam yang menjatuhkan sanksi pidana terhadap tingkah laku manusia dan mengatur hubungan antar sesama manusia. Aturan-aturan itu dapat dipahami manusia *mukallaf*. Pelanggaran yang merugikan orang lain telah terakumulasi dalam hukum positif seperti zina (prostitusi), *al-hirabah* (perampokan), *al-sariqah* (pencurian), dan lain-lain. Seluruh perintah, larangan dan anjuran yang termaktub dalam hukum Islam telah teruji dan sesuai dengan fitrah manusia. Tidak satu pun perintah dan larangan yang tidak dapat dijangkau dan dilaksanakan oleh manusia. Semua sesuai dengan asas tidak memberatkan dan tidak melebihi beban yang seharusnya, sejalan dengan kebaikan orang banyak, menghendaki prinsip persamaan, keadilan dan berangsur-angsur dalam menetapkan hukum.¹⁸⁹

Dilihat dari segi epistemologi, konsep pembedaan dalam Islam bersumber dari kitab suci al-Qur'an dan al-Hadis. Jenis-jenis pembedaan dalam Islam dicantumkan secara tegas di dalamnya. Penerapannya harus

provinsi seperti Riau, Banten, dan Sulawesi Selatan, dan beberapa kabupaten/kota seperti Cianjur, Tasikmalaya, Kebumen, Indramayu, Pamekasan, Pandeglang, Bulukumba, Enrekang dan Gowa. Lihat Taufik Adnan Amal dan Samsu Rizal Panggabean, *Politik Syari'at.....*, hlm. 85-95. Lihat juga Khamami Zada, "Perda Syari'at, Proyek Syariatisasi yang Sedang Berlanjut", dalam *Jurnal Afkar* No. 20 tahun 2006, Khamami Zada, *Perda Syari'at Islam Memuai Makna*, (Jakarta: Lakspesdam NU, 2006), hlm. 17-18.

¹⁸⁸ Lihat Khamami Zada, *Perda Syari'at.....*, hlm. 12.

¹⁸⁹ Ahmad Hanafi, *Asas-asas Hukum Pidana Islam*, (Jakarta: Bulan Bintang, 1976), hlm. 26-34.

secara utuh dan menyeluruh serta tidak mengambil sebagian sanksi pidana yang ringan dan meninggalkan sanksi pidana yang dianggap berat. Sebab bersumber dari al-Qur'an dan al-Hadis, ia memiliki nilai religius yang berorientasi pada dimensi *ilahiyyah* dan *insaniyyah* dan suasana spiritual dari kemanusiaan yang lebih tinggi.¹⁹⁰ Sebab nilai itulah pada zaman Nabi Saw. orang yang bersalah datang meminta kepada Nabi Saw. untuk diberi sanksi pidana, sebagaimana seorang perempuan yang mengaku berzina dan meminta dijatuhi pidana. Faktor suasana spritual dan dimensi ilahiyyah itulah yang membedakan dengan hukum ciptaan manusia. Para pelaku tindak pidana zaman sekarang berupaya menghindari sanksi pidana hal itu bisa disebabkan oleh nilai-nilai pembedaan yang diberlakukan tidak memiliki nilai religius, nilai spiritual dan nilai ilahiyyah.

Aspek aksiologi mengetengahkan tujuan pembedaan dalam Islam untuk tujuan moral dan sosial. Berbeda dengan kehendak sebagian manusia yang beranggapan bahwa urusan moral tidak perlu diatur oleh negara, bahkan menganggapnya sebagai ruang privat. Persoalan zina misalnya dianggap sebagai bukan hukum kejahatan (kriminal) karena terdapat unsur suka sama suka. Hal ini berbeda dengan hukum Islam yang selalu mengutamakan nilai-nilai moral dalam sosialisasi konsepnya.

Berdasarkan kekuatan-kekuatan yang dimiliki umat Islam dan peluang-peluang yang ada memungkinkan penerapan konsep pembedaan dalam Islam di Indonesia. Apabila hal itu tidak terlaksana, menurut Bismar Siregar jangan menyalahkan pihak mana pun, tetapi salahkan umat Islam seluruhnya dan khususnya ulama, karena kunci untuk membuka pintu dalam menerima dan melaksanakan hukum Islam sebagai sumber hukum telah

¹⁹⁰ Amir Syarifuddin, *Modernisasi Pemikiran Hukum Islam*, (Padang: Angkasa Raya, 1990), hlm. 15.

ada.¹⁹¹ Persoalan terletak kepada keinginan masyarakat yang didukung kemauan politik oleh penguasa negara.

3. Hambatan dan Tantangan Penerapan Konsep Pemidanaan dalam Islam di Indonesia

Di samping faktor-faktor penunjang kemungkinan berlakunya konsep, terdapat beberapa hambatan yang dihadapi positivisasi konsep pemidanaan dalam Islam dilihat dari halangan-halangan yang berasal dari dalam. *Pertama*, ada anggapan bahwa Indonesia bukan negara agama (Islam). Anggapan ini ada benarnya jika dilihat dari sisi tekstual UUD 1945 yang tidak menyebutkan agama (Islam) sebagai dasar negara, tetapi lima prinsip dasar (Pancasila) pada alinea keempat pembukaan UUD 1945. Kelima sila itu sesuai dengan prinsip-prinsip dalam Islam. Selain itu, berdasarkan Dekrit Presiden 5 Juli 1959 Pancasila Piagam Jakarta menjiwai UUD 1945.¹⁹²

Pada segi lain, Indonesia dikategorikan sebagai negara Islam dengan bergabung dalam Organisasi Konferensi Islam (OKI). Indonesia selalu mengirimkan delegasi pada setiap pertemuan yang diselenggarakan OKI. Bahkan, dalam pemetaan penggunaan agama sebagai konstitusi, Indonesia termasuk negara Islam.¹⁹³ Keadaan ini tidak cukup menyakinkan orang-orang non-Muslim dan nasionalis sekuler untuk menerima pernyataan bahwa: “Negara Indonesia adalah negara Islam”. Padahal realitas menunjukkan hukum Islam mendominasi peraturan perundang-undangan

¹⁹¹ Bismar Siregar, *Tafsir Ahkam dan Kontekstualisasi Hukum Islam di Indonesia*, dalam Tjun Surjaman (ed.), *Pemikiran....*, hlm. 171.

¹⁹² Sila pertama Pancasila Piagam Jakarta: *Ketuhanan dengan kewajiban menjalankan syari'at islam bagi pemeluk-pemeluknya* sebagai sila yang menjiwai UUD 1945 sesuai Dekrit Presiden 5 juli 1959 dan pada alinea kedua pembukaan UUD 1945 menegaskan bahwa kemerdekaan dicapai atas berkat rahmat Allah Yang Maha Kuasa. Demikian juga pasal 29 ayat (1) UUD 1945 menegaskan bahwa negara berdasarkan atas Ketuhanan Yang Maha Esa. Lihat kembali Endang Saefudin Anshari, *Piagam Jakarta 22 juni 1945 Sebuah Konsensus Nasional tentang Dasar Negara RI*, (Jakarta: Gema Insani Press, 1997), hlm. 111.

¹⁹³ Lihat Zainal Abidin Ahmad, *Piagam Nabi Muhammad saw*, (Jakarta: Bulan Bintang, 1973), hlm. 173.

dan kebijakan pemerintah. Bahkan, hampir setiap kebijakan yang diterapkan Pemerintah dan legislatif tidak bertentangan dengan nilai-nilai Islam. Namun demikian, kondisi ini sebagai akibat kegagalan tokoh-tokoh Islam sejak awal berdirinya negara ini.

Setiap aturan dan kebijakan yang mencerminkan hukum Islam senantiasa mendapatkan tantangan bukan saja dari pihak non-Muslim, melainkan pula dari sebagian umat Islam. Hukum Islam ditentang oleh orang Islam sendiri, bahwa Islam berhenti, stagnan, dan tidak mampu menyelesaikan problem-problem manusia dalam setiap zaman dan tempat. Hukum Islam tidak mampu melihat masalah yang muncul pada era kontemporer sehingga harus mencari undang-undang buatan manusia untuk mengatur sistem sosial politik. Masyarakat selalu berubah dan berkembang dalam setiap zamannya, sehingga muncul problem-problem yang dahulu tidak pernah muncul. Mereka menduga bahwa penggunaan hukum Islam tidak cukup tanpa bantuan yang lain. Islam secara politik terpinggirkan oleh orang-orang Islam sendiri. Orang Islam memaksakan hukum non-Muslim dan gagal melaksanakan hukum Islam. Hukum Islam tidak saja diabaikan, tetapi juga disingkirkan dan diganti dengan sistem hukum non-Islam.¹⁹⁴

Tegasnya, dikatakan bahwa Negara Indonesia secara *dejure* tidak disebut sebagai negara Islam, tetapi secara *defacto* realitasnya adalah negara Islam. Pernyataan bahwa Negara Indonesia bukan negara agama sering dijadikan komoditas politik oleh politisi non-Muslim, nasionalis Muslim bahkan para pejabat dalam mengendalikan negara.¹⁹⁵ Abdurrahman Wahid sebagai Presiden RI periode 1999-2001 ketika diwawancarai wartawan Malaysia pada awal November 1999 tentang hubungan antara agama dan

¹⁹⁴ Lihat Bernard Lewis, *The Political Language of Islam*, (London: University of Chicago Press, 1988), hlm. 122. Lihat juga Abdul Rahman al-Maliki, *Nizham al-Uqubah*, (Bairut: Darul Amanah, 1990), hlm. 127-128.

¹⁹⁵ Bahtiar Effendi mengomentari hal ini sebagai persoalan ideologi dalam sejarah politik Indonesia modern. Hal ini terjadi bukan hanya karena lebarnya jurang perbedaan pendapat antara para aktivis dan pemikir politik yang terlibat dalam masalah ini, tetapi juga karena nuansa-nuansa kepentingan politik yang ikut menyertainya. Lihat Bahtiar Effendi, *Teologi Baru Politik Islam Pertautan Agama, Negara dan Demokrasi*, (Yogyakarta: Galang Press, 2001), hlm. 143.

negara, ia melihat agama sebagai akhlak atau etika, bukan sebagai ideologi yang dipakai untuk mengislamisasi negara. Ketika ditanya tentang sekularisme, pemisahan agama dari negara, ia mengatakan: “Saya tidak mendukung sekularisme, tetapi ada beberapa nilai sekularisme yang baik”.¹⁹⁶

Mencermati pernyataan tersebut bahwa sekalipun tidak menempatkan Islam sebagai ideologi, Islam tetap disertakan dalam membangun dan menyukseskan pembangunan, walaupun tidak harus dipahami sebagai upaya islamisasi. Pernyataan Negara Indonesia bukan negara agama bagaimanapun keadaannya merugikan umat Islam sebagai kelompok mayoritas. Pernyataan ini dapat mempengaruhi berbagai kebijakan pemerintah yang menguntungkan umat Islam termasuk alotnya sidang-sidang di DPR dalam pembahasan RUU yang menguntungkan umat Islam seperti RUU Anti Pornografi dan Pornoaksi. Bahtiar Effendi mengatakan bahwa tantangan politik Islam pasca Orde Baru berupa antagonisme politik Pemerintah terhadap umat Islam yang bersumber dari situasi ideologis. Kecurigaan politik negara terhadap umat Islam merupakan kelanjutan dari gesekan ideologis yang semakin menyudutkan politisi umat Islam. Menurutnya, antagonisme politik merupakan hal yang aneh dan membingungkan karena mayoritas penduduk Indonesia beragama Islam.¹⁹⁷

Kedua, hambatan perwujudan konsep pemidanaan Islam datang dari orang-orang non-Muslim dan nasionalis Muslim. Dari kalangan Muslim antara kelompok santri dan abangan, serta orang-orang Islam yang menganggap konsep pemidanaan dalam Islam tidak sesuai dengan perkembangan zaman, kejam, melanggar HAM, dan lain-lain. Sepanjang sejarah, orang-orang atau kelompok-kelompok ini senantiasa berusaha menghadang setiap pembahasan peraturan perundang-undangan yang

¹⁹⁶ Lihat Ahmad Baso, *Islam Liberal sebagai Ideologi: Nuscholish Madjid versus Abdurrahman Wahid*, dalam *Majalah Gerbang*, Vol. 06 No. 03 Edisi Februari-April 2000, hlm. 117.

¹⁹⁷ Bahtiar Effendi, *Teologi Baru....*, hlm. 144.

berkenaan dengan umat Islam yang secara langsung tidak merugikan umat beragama lain. Di sini muncul sentimen keberagamaan dari orang-orang nasionalis Muslim dan sentimen agama yang muncul dari orang-orang non-Muslim. Hal ini boleh jadi sebagai bias terhadap balas dendam dan sentimen agama¹⁹⁸ yang sering muncul, baik skala kecil maupun besar. Penembakan dan perusakan gereja versus pembakaran dan perusakan masjid menimbulkan rasa saling curiga antara pihak Muslim dan non-Muslim merupakan fenomena konflik keagamaan. Hambatan yang bisa membongceng dari sentimen agama dan sentimen keberagamaan adalah semboyan Indonesia yang tidak mengenal dominasi mayoritas dan tirani minoritas.¹⁹⁹

Konsep tersebut yang bermaksud menghadang keinginan mayoritas Muslim di Indonesia. Hal ini tampaknya efektif untuk melemahkan gairah keagamaan umat Islam secara bertahap. Termasuk mereka yang dianggap ekstrem dan radikal dalam upaya mewujudkan konsep pembedaan dalam Islam. Pada tataran ini, kadang-kadang umat Islam berada pada posisi ditekan untuk mengalah (toleran), kalau tidak dapat dikatakan dikalahkan.²⁰⁰ Contohnya adalah pengalaman pada masa Orde Baru seperti kasus Tanjung Priok. Di sini kelompok minoritas yang diuntungkan.

¹⁹⁸ Berbagai kasus telah tersirat kuat adanya kebangkitan sentimen agama dan penggunaan simbol-simbol agama dalam kekerasan politik dan ekonomi. Lihat Azyumardi Azra, *Masyarakat Madani*..., hlm. 10-11. Lihat juga M. Dawam Rahardjo menguraikan secara panjang lebar tentang konflik-konflik agama yang sangat bervariasi. Jika tidak ditangani oleh pemerintah secara berhati-hati dapat berakibat buruk pada persatuan dan kesatuan bangsa melalui doktrin trilogi kebangsaan, yaitu satu nusa, satu bangsa, dan satu bahasa. Lihat M. Dawam Rahardjo, *Masyarakat Madani: Agama, Kelas Menengah dan Perubahan Sosial*, (Jakarta: LP3ES, 1999), hlm. 174, 178, dan hlm. 184-187.

¹⁹⁹ Pertentangan antara mereka yang menginginkan pemberlakuan ajaran agama secara penuh dalam kehidupan bernegara dengan konsekuensi terjadinya diskriminasi terhadap kaum minoritas. Hal ini masih mewarnai perkembangan kehidupan di negara-negara dengan mayoritas penduduk beragama Islam. Lihat Abdurrahman Wahid (Ketua PBNU), *Wawasan Kebangsaan dan Formalisme Islam*, dalam Edi Sudradjat, *Gagasan dan Pemikiran Indonesia Memasuki Milenium Ketiga*, (Surabaya: Pusat Studi Indonesia, 1998), hlm. 318.

²⁰⁰ Lihat kembali Bahtiar Effendi tentang konsep domestikasi dan dekonfesionalisasi, hlm. 29 dan hlm 25 dan bukunya yang lain, *Teologi Baru*..., hlm. 144.

Ketiga, kemunculan berbagai partai Islam dengan kepentingan yang berbeda pada Era Reformasi dengan segala kebebasannya. Kehadiran partai politik berbasis Islam, bagaimanapun juga, menggembirakan umat karena dapat menyalurkan rasa keislaman yang beragam dan bervariasi dengan tetap menjaga keutuhan umat Islam secara keseluruhan. Namun, munculnya partai-partai Islam juga mengkhawatirkan karena dapat menceraikan persatuan umat Islam yang tampak telah rukun.²⁰¹

Hal yang logis bahwa kebangkitan partai-partai Islam terutama bukan didorong oleh motivasi memperjuangkan paham keagamaan masing-masing, melainkan lebih didorong motif politik dan kekuasaan, baik pada level individu maupun kelompok. Dari sini bisa diduga *contest for power* akan membuat elite politik dan umat Islam semakin terpecah dalam konflik yang kian tajam.²⁰² Oleh karena itu, sekalipun partai-partai Islam banyak, diharapkan dapat bersatu dalam memperjuangkan Islam sebagai suatu kekuatan melawan berbagai bentuk penindasan terhadap umat Islam.

Keempat, munculnya organisasi-organisasi dan partai-partai berbasis nasionalis, tetapi didukung oleh mayoritas Muslim. Hal ini dapat menjadi ancaman hubungan keagamaan yang berakibat pada perpecahan sesama umat Islam. Dalam keadaan demikian, memungkinkan dimanfaatkan oleh orang-orang dari kelompok non-Muslim untuk mengadu domba dan mengambil keuntungan.²⁰³ Pada akhirnya, akan menyulitkan kebersamaan

²⁰¹ Pemilu 1955 sebagai pemilu yang bebas partai yang berbasis Islam terdiri atas Masyumi, NU, PSII dan Perti sebagai partai Islam yang besar. Lihat Endang Saefudin Anshari, *Perjuangan Konstitusional Para Nasionalis Muslim (Islam)*, dalam bidang konstitusi dalam Tjun Surdjaman (ed.), *Hukum Islam....*, hlm. 43. Sedangkan pemilu 1999 era reformasi dengan segala kebebasannya, organisasi NU yang pada pemilu 1955 hanya satu partai, pada pemilu 1999 setidaknya menjadi empat partai yaitu PKB, SUNI, PNU dan PKU. Ahli waris Masyumi menjadi PBB, PUI, PK(S), Masyumi Baru dan lain-lain. Lihat Azyumardi Azra, *Menuju Masyarakat....*, hlm. 8-9. Bandingkan juga dengan pemilu 2004, 2009, dan 2014.

²⁰² Lihat Azyumardi Azra, *Masyarakat Madani....*, hlm. 9.

²⁰³ Secara kelembagaan NU dan Muhammadiyah terlihat memposisikan diri sebagai organisasi Islam yang berupaya memayungi kaum non muslim untuk menjaga keutuhan bangsa. Walaupun suatu fenomena yang menarik kedua organisasi kemasyarakatan ini tidak mendukung penegalan hukum Islam. Lihat Taufik Adnan Amal dan Samsu Rizal Panggabean, *Politik Syari'at....*, hlm. 59.

dalam memperjuangkan kepentingan umat Islam sebagaimana agama lain memperjuangkan kepentingan agama dan penganutnya.

Kelima, menjamurnya organisasi sosial keagamaan Islam yang kadang-kadang menonjolkan pertentangan yang tidak sehat. Dalam keadaan demikian, persatuan internal umat Islam sulit terwujud. Pertentangan sering terjadi dalam perkara penetapan 1 Ramadhan dan 1 Syawal yang sering menjadi polemik yang mengganggu hubungan sesama umat.

Keenam, kondisi pluralitas agama menjadi hambatan penerapan konsep pembedaan dalam Islam. Akan tetapi, masalah ini merupakan realitas yang tidak dapat dipungkiri dan sering dijadikan komoditas untuk menghambat penerapan hukum Islam di Indonesia. Oleh karena itu, perjuangan umat untuk menerapkan hukum Islam dapat dibatasi pada ruang lingkup pemberlakuannya secara terbatas bagi kalangan kaum muslimin.

Selain berbagai hambatan yang telah dikemukakan, beberapa tantangan yang menghadang penerapan konsep pembedaan dalam Islam meliputi, sebagai berikut. *Pertama*, globalisasi dunia berhadapan dengan perseteruan antara kepentingan penegakan hukum Islam dengan penegakan HAM, dua kutub yang saling berseberangan. Para profokator hukum menilai bahwa konsep pembedaan dalam Islam tidak cocok untuk bangsa Indonesia. Di samping penduduk Indonesia terdiri dari beragam pemeluk agama, juga dianggapnya konsep pembedaan dalam Islam tidak sesuai dengan asas perikemanusiaan. Hukum Islam tentang pidana dinilai kejam, sadis, dan menakutkan. Lantaran ada hukum *qishas* dalam delik pembunuhan, rajam dalam delik perzinahan, potong tangan dan/atau kaki dalam delik pencurian/perampokan, dan lain-lain. Sanksi pidana dianggap mengerikan terhadap pelaku kriminal dan kurang mempertimbangkan aspek-aspek manfaat hukum secara utuh dan menyeluruh.²⁰⁴

²⁰⁴ Lihat, Sahirul Alim, et. al., *Islam untuk Disiplin Ilmu Pengetahuan Alam dan Teknologi*, (Jakarta: Departemen Agama RI, 1995), hlm. 312.

Konsep pemidanaan dalam Islam dianggap bertentangan dengan HAM. Padahal HAM menempati posisi penting dalam konsep pemidanaan dalam Islam. Sanksi pidana yang tegas terhadap pelaku kejahatan tidak bisa dikatakan sebagai suatu pelanggaran HAM. Ancaman yang keras bagi pelaku kejahatan mengandung hikmah besar yang membangkitkan kesadaran bahwa tindakannya keliru. Dalam hukum Islam, hak fundamental manusia tidak diciptakan oleh manusia, tetapi hanya bersifat menegaskan.²⁰⁵ Konsep pemidanaan dalam Islam menegaskan prinsip HAM sebagai aspek sekunder, sedangkan aspek primer adalah mendahulukan hak-hak Allah seperti terlihat dalam *hudud*. HAM hanya terdapat dalam *qishas-diyat*. Ini pun tidak bersifat mutlak. Ketegasan konsep pemidanaan dalam Islam bahwa kepada orang yang bertindak tidak berperikemanusiaan, maka hendaknya diberi sanksi pidana dengan tidak berperikemanusiaan pula. Balasan suatu kejahatan harus dengan kejahatan pula, kecuali ada pemaafan dan kehendak korban untuk berbuat baik.²⁰⁶ Dengan demikian, konsep pemidanaan dalam Islam justru menjunjung tinggi HAM. Benturan pemahaman tentang HAM terjadi karena perbedaan pandangan. Islam melihat HAM dari dua sisi, berupa kewajiban dan hak. Islam mendahulukan kewajiban asasi manusia, kemudian hak asasi manusia. Sementara pihak Barat menekankan HAM dari sisi hak belaka, tanpa menegaskan kewajiban asasi sebagai yang utama.

Kedua, penegasan sementara pihak yang mendikotomikan hukum Islam dengan hukum umum. Pendikotomian secara sistemis dipropagandakan para ahli hukum sekuler. Mereka menegaskan bahwa hukum Islam tidak termasuk dalam rumpun ilmu hukum. Hukum Islam merupakan bagian dari ajaran agama, yang lebih cenderung berorientasi pada dimensi spiritual dan etika. Padahal hukum Islam adalah salah satu

²⁰⁵ Topo Santoso, *Membumikan Hukum Pidana Islam, Penegakan Syari'at Islam dalam Wacana dan Agenda*, (Jakarta: Gema Insani Press, 2003), hlm. 67-68.

²⁰⁶ Q.S. asy-Syura' (42): 40. Ayat ini menurut Muhammad Hashim Kamali sebagai dasar penetapan sanksi pidana bagi orang yang berlaku jahat harus dibalas dengan sanksi pidana yang bersifat jahat. Lihat Muhammad Hashim Kamali, *Principle of Islamic Jurisprudence*, (Cambridge: Islamic Text Society, 1991), hlm. 232.

sistem hukum yang diakui.²⁰⁷ Berkaitan dengan ini, produk suatu negara harus bersifat umum dan tidak khusus atau hukum tidak ditujukan kepada seseorang atau kelompok tertentu.²⁰⁸ Pernyataan ini seharusnya memang demikian, tetapi realitasnya berbeda. Dalam bidang kepidanaan, di Aceh memiliki model pembedanaan sendiri. Nuansa otonomi daerah telah menghasilkan berbagai produk hukum yang bersifat lokal walaupun hanya bersifat larangan-larangan dalam bentuk peristiwa pidana, tetapi sanksi pidana merujuk pada jenis pembedanaan dalam KUHP.²⁰⁹

Dikotomi ini tampak pada pernyataan Jimly Assiddiqie bahwa terjadinya dikotomi hukum umum dan hukum Islam yang berujung pada perbedaan hubungan agama dengan negara disebabkan faktor sejarah antara agama Islam dengan Kristen. Dalam pandangan Islam, hukum dipandang sebagai turunan dari ajaran agama. al-Qur'an mengatur secara konkret norma hukum. Dalam pandangan Kristen, agama dipisahkan dengan hukum bahkan dianggap sebagai bidang yang berbeda. Hukum bersifat horizontal, sedangkan agama bersifat vertikal. Kedua pandangan tersebut berkembang hingga sekarang ke berbagai negara. Negara yang pernah dijajah oleh Barat pada umumnya mempunyai kecenderungan meninggalkan unsur agama dari filsafat hukum. Akibat proses kolonialisasi yang lama oleh dunia Barat, di negara-negara Islam dan Muslim, berkembang tiga kecenderungan umum dalam merespons kebudayaan hukum Barat:

1. Kelompok yang ingin kembali kepada hukum Islam berdasarkan al-Qur'an dan al-Hadis, seperti Iran, Pakistan, dan Maroko.

²⁰⁷ Bambang Purnomo mengatakan apakah ukuran moral atau akhlaq menurut agama itu dapat disamakan moral atau akhlak menurut peraturan hukum dan adat dikalangan masyarakat. Lihat Bambang Purnomo dalam Amrullah Ahmad SF et.al., *Dimensi Hukum.....*, hlm. 159.

²⁰⁸ Lihat Moh. Mahfud MD, *Politik Hukum di Indonesia*, (Jakarta: LP3ES, 1998), hlm. 19.

²⁰⁹ Lihat Qanun Provinsi NAD No. 10 tahun 2003 tentang Peradilan Syari'at Islam pasal 49 dan penjelasannya dalam Rusydi Ali Muhammad, *Revitalisasi Syari'at Islam di Aceh Problem, Solusi dan Implementasi*, (Jakarta: Logos, 2003), hlm. 324-335. Lihat juga Rifyal Ka'ban, *Penegakkan Syari'at Islam di Indonesia*, (Jakarta: Khairul Bayan, 2004), hlm. 23.

2. Kelompok yang cenderung melakukan adaptasi dan kombinasi antara tradisi hukum Islam dengan unsur-unsur hukum baru, seperti Mesir dan beberapa negara Arab lain.
3. Kelompok pragmatis yang cenderung hanya menerapkan alam pikiran hukum Barat dalam pemikiran hukum seperti Turki. Agama dipandang tidak lebih sebagai objek dari pengaturan hukum pidana.²¹⁰

Salah kaprah anggapan hukum Islam bukan hukum hanya karena mendasarkan pada konsep syari'ah. Sementara konsep syari'ah yang berdimensi ganda (*samawi* dan *ardhi*) melahirkan hukum Islam sebagai hukum yang telah dirumuskan oleh ulama dan dioperasionalkan. Ilmu hukum dibicarakan sebagai penjabaran, pengujian, dan pengembangan teori-teori hukum yang berasal dari komponen filsafat hukum. Tujuannya berkaitan erat dengan dimensi utama ilmu hukum, yakni dimensi ontologi, epistemologi dan aksiologi.²¹¹ Beberapa negara Islam yang menerapkan konsep pemidanaan dalam Islam ditekan oleh negara-negara Barat termasuk Amerika Serikat. Hal ini tampak dalam upaya Barat menekan Turki untuk meninggalkan sanksi pidana cambuk jika ingin bergabung dengan negara-negara Uni Eropa. Tekanan itu juga dalam bentuk embargo ekonomi dan bentuk tekanan lain. Komentar yang bernada negatif juga dikemukakan oleh Syaiful Mujani yang menilai kasus Arab Saudi yang mengindikasikan bahwa penerapan hukum Islam tidak membuat kemaslahatan publik menjadi lebih baik dibanding dengan negara-negara yang tidak menerapkan hukum Islam. Jika ada yang mengklaim bahwa angka kriminalitas di negara ini

²¹⁰ Lihat Jimly Asshiddiqie, *Modernisasi Hukum....*, hlm. 31-32.

²¹¹ Lihat Lili Rasyidi, *Hukum Sebagai....*, hlm. 110. Setiap jenis pengetahuan mempunyai ciri-ciri yang spesifik mengenai apa yang dikaji oleh pengetahuan itu (ontologi), bagaimana cara mendapatkan pengetahuan (epistemologi), dan untuk apa pengetahuan itu digunakan (aksiologi). Ketiga landasan itu saling berkaitan. Ontologi ilmu terkait dengan epistemologi ilmu dan epistemologi ilmu terkait dengan aksiologi dan seterusnya seperti sebuah siklus. Kalau membicarakan ontologi ilmu harus dikaitkan epistemologi ilmu dan aksiologi ilmu. Lihat Jujun S. Suriasumantri, *Filsafat Ilmu Sebuah Pengantar Populer*, (Jakarta: Pustaka Sinar Harapan, 1995), hlm. 35 dan hlm. 105.

rendah karena pemberlakuan hukum Islam, hal ini harus diuji secara empirik.²¹²

Dikotomi juga ditampakkan oleh Bambang Purnomo dengan menyatakan bahwa KUHP mengatur delapan delik agama. Sembilan delik dalam RUU KUHP yang berhubungan dengan agama dan delik kesusilaan yang dilarang karena tidak sesuai dengan akhlak atau moral hukum Islam. Demikian juga delik pembunuhan, meminum minuman keras, pencurian, tindak kekerasan, murtad, pemberontakan, penganiayaan dan beberapa kejahatan lain yang dilarang agama.²¹³

Ketiga, Belanda berhasil mencampuri penerapan hukum Islam di Indonesia, khususnya ketika diterapkan teori *receptio* untuk mengukuhkan politik *divide at impera*, dengan mengacaukan lembaga keislaman seperti peradilan agama. Upaya pecah-belah ini dimungkinkan untuk menjadikan orang Islam taat yang menghendaki hukum Islam diterapkan saling berhadapan dengan orang Islam tidak taat yang tidak menghendaki penerapan hukum Islam. Model pecah-belah dapat juga berbentuk konfrontasi antar satu daerah dengan hukum adatnya berhadapan dengan daerah lain yang berlainan adat, lalu antar hukum adat akan berhadapan dengan hukum Islam. Keadaan ini menjadikan hukum Islam berada pada posisi yang kuat dan menang khususnya setelah Pemerintah Hindia Belanda membentuk 19 adat kawasan Indonesia.²¹⁴

²¹² Lihat Saiful Mujani, *Muslim Demokrat: Islam, Budaya, Demokrasi, dan Partisipasi Politik di Indonesia Pasca Orde Baru*, (Jakarta: Gramedia Pustaka Utama, 2007), hlm. 26-27.

²¹³ Menghina agama, menghina Tuhan, merusak rumah ibadah dikelompokkan sebagai delik agama. Padahal seharusnya delik-delik dalam KUHP itu hanya terdiri atas delik *hudud*, *qishas-diyat* sebagaimana dalam tulisan Bambang Purnomo. Tampaknya bambang purnomo memaknai delik agama (Islam) sebagai suatu delik yang hanya berhubungan dengan kegiatan ritual dan spiritual. Lihat Bambang Purnomo dalam Amrullah Ahmad SF et.al., *Dimensi Hukum.....*, hlm. 161.

²¹⁴ Politik hukum yang bermuatan politik pecah-belah bertujuan menghambat dan menghentikan meluasnya hukum Islam dan membentuk konsep hukum tandingan. Menurut kolonial Belanda bukan Islam sebagai agama yang menjadi musuh yang mereka takutkan, melainkan Islam sebagai doktrin yang sering sekali membahayakan Belanda. Lihat Ahmad Rofiq, *Hukum Islam di Indonesia*, (Jakarta: PT Raja Grafindo Persada, 1998), hlm. 17. Lihat juga Munawwir Sadzali dalam Tjun Surjaman (ed.), *Pemikiran....*, hlm. 45.

Berbagai isu kontemporer yang dijadikan sandaran dan standard dunia untuk menyoroti umat Islam dan ajarannya tampaknya mendapatkan perhatian serius dari dunia Barat. Kesetaraan gender, demokrasi, *civil society*, HAM dan lain-lain menjadi polemik di antara para ulama dan cendekiawan Muslim untuk saling bertentangan. Ada anggapan bahwa konsep-konsep itu sengaja dikedepankan Barat untuk mengkerdikan dan mendiskreditkan Islam. Keadaan ini sering dijadikan momen oleh pihak Barat untuk memperhadapkan sesama umat Islam dalam polemik yang tidak menguntungkan. Bahkan negara-negara Islam di Timur Tengah menjadi sasaran untuk diperbenturkan, sebagaimana terlihat antara syiah dan sunni, bahkan sesama bangsa Timur Tengah.

Selain hambatan dan tantangan, beberapa kelemahan umat Islam yang perlu dibenahi, antara lain *Pertama*, sumber daya manusia yang belum kuat. *Kedua*, kelemahan dalam bidang ekonomi. *Ketiga*, ajaran Islam ditentang oleh sebagian umat Islam. *Keempat*, Islam terpinggirkan oleh umat Islam sendiri. *Kelima*, sebagian umat Islam memaksakan hukum non-Islam untuk menggantikan hukum Islam. *Keenam*, terpolanya umat Islam secara tajam atas santri dan abangan dan lain-lain. *Ketujuh*, munculnya partai Islam dengan kepentingan yang berbeda.

4. Upaya Implementasi Konsep Pemidanaan dalam Islam di Negara Hukum Indonesia

Berdasarkan sejarah panjang perkembangan hukum Islam di Indonesia dan peluang pemberlakuan selama ini, upaya ke arah implementasi konsep pemidanaan dalam Islam dilakukan dengan berbagai langkah. Langkah-langkah tersebut dilakukan dengan tetap mempertimbangkan beberapa tantangan, hambatan, dan kelemahan umat Islam sehingga pergerakannya secara bertahap sesuai dengan kondisi dan peluang yang terbuka.

Tahap Pertama, upaya sosiologis dengan menggunakan beberapa cara, sebagai berikut.

1. Dengan cara pencerdasan melalui pendidikan dan pengetahuan hukum Islam untuk mendekatkan dan mencerdaskan umat Islam dan memahami secara komprehensif konsep pemidanaan dalam Islam. Cara ini dapat diimplementasikan melalui kurikulum agama Islam pada sekolah-sekolah umum dan kurikulum fikih atau hukum Islam pada sekolah agama (Islam) mulai dari pendidikan dasar sampai pendidikan tinggi untuk pendidikan formal. Basis penting dari langkah ini adalah pendidikan di pesantren dengan menekankan pada intensitas pendalaman fikih jinayah yang selama ini terasa kurang serius dipelajari. Tidak kalah pentingnya adalah pendalaman materi ini dalam masyarakat melalui pengajian-pengajian di majelis taklim, di lingkungan keluarga dan diri sendiri. Dengan demikian, gagasan Bambang Purnomo menjadi relevan bahwa diperlukan aktivitas para ulama atau cendekiawan Islam untuk turut menegaskan kaidah agama dengan cara *self inforcement* agar para penganutnya tidak melanggar ajaran agamanya. Pola penegakan hukum secara preventif dari kaidah agama sangat membantu memantapkan pola penegakan hukum negara (*law inforcement*) secara preventif-represif agar masyarakat memahami serta menaati kaidah hukum negara sekaligus kaidah agama. Dengan demikian, hukum Islam tidak cukup didakwahkan, tetapi dilaksanakan *self inforcement* lewat penegakan hukum preventif bahkan represif guna mengatasi kelemahan dan kekurangan norma hukum pidana positif.²¹⁵
2. Dengan cara sosialisasi melalui dakwah. Hal ini erat berkaitan dengan proses pencerdasan melalui pendidikan informal pada level keluarga dan masyarakat. Dakwah sangat penting dalam upaya mendekatkan

²¹⁵ Bambang Purnomo dalam Muhammad Amin Suma et.al., *Pidana Islam di Indonesia, Peluang.....*, hlm. 162.

pemahaman masyarakat tentang konsep pembedaan dalam Islam. Media secara lisan (*da'wah bi al-lisan*) melalui ceramah, diskusi, seminar dan sejenisnya dan melalui media elektronik. Sosialisasi juga dapat dilakukan secara tertulis melalui media cetak (*da'wah bi al-qalam*) buku-buku, kitab-kitab, tulisan-tulisan di koran dan majalah. Hukum pidana Islam penting ditulis dan diperbanyak. Upaya melalui teladan dan contoh yang baik (*da'wah bi al-hal*) untuk menjauhi perbuatan-perbuatan yang terlarang dan mengerjakan perbuatan yang baik. Selanjutnya dapat dilakukan dengan *da'wah bi al-jihad* dengan cara damai dan mengkampanyekan seperti dilakukan Front Pembela Islam, Majelis Mujahidin, dan Hizbut Tahrir.

Secara sederhana, langkah yang perlu ditegaskan dapat dilakukan melalui jalur *iman takwa*. Bila memiliki iman yang baik dan bertakwa secara benar, hukum Islam akan berjalan dalam masyarakat Islam yang anggotanya beriman dan bertakwa. Langkah tersebut relevan dengan metode *da'wah bi al-hal*. Hal ini dapat terwujud kalau rasa keberagamaan seseorang semakin berkualitas, berkesadaran tinggi dalam menjalankan hukum Islam sebagai bagian dari kehidupannya, sebagaimana pesan pada pasal 29 ayat (2) UUD 1945.²¹⁶

Mendukung orientasi dakwah dengan pendekatan sosiologis sesuai dengan proses yang berjalan di Indonesia selama ini. Untuk memudahkan pelaksanaan hukum Islam, perlu penekanan pada teori pengakuan daripada teori kekuasaan.²¹⁷ Dengan begitu, hukum Islam lebih menonjolkan *the living law* dalam bentuk *law in action* daripada *law in book*, walaupun *law in idea* dan *law in book* juga sangat penting untuk diperjuangkan. Teori

²¹⁶ Lihat Muhammad Daud Ali dalam Cik Hasan Bisri, *Hukum Islam dalam Tatahan Masyarakat Indonesia*, (Jakarta: Logos Wacana Ilmu, 1998), hlm. 49-50.

²¹⁷ Kedua teori ini dikemukakan oleh Jimly Asshiddiqie, meminjam pandangan Soerjono Soekanto dalam menilai keberlakuan hukum adat di Indonesia. Lihat Jimly Asshiddiqie, *Modernisasi Hukum.....*, hlm. 196.

pengakuan yang dijelaskan Jimly bahwa berlaku tidaknya suatu norma hukum ditentukan oleh sejauh mana masyarakat menerima dan mengakuinya sebagai norma yang ditaati. Norma hukum dikatakan berlaku hanya apabila diterima dan diakui oleh masyarakat yang diatur. Suatu ketentuan hukum baru boleh dianggap hukum apabila diakui sah oleh masyarakatnya sehingga norma hukum bukan hanya diterapkan berlaku oleh pembuat undang-undang dan penegak hukum, melainkan yang secara nyata menentukan tingkah laku masyarakat. Pelanggaran atas norma tidak dibiarkan oleh masyarakat.²¹⁸

Teori pengakuan tergambar pada proses sejarah panjang terlaksananya hukum Islam di Indonesia sebagai uraian terdahulu *the living law* melalui *law in idea*, *law in action*, dan *law in book*.²¹⁹ Bila berdasar pada faktor sejarah berlakunya bagi masyarakat pribumi Indonesia pada masa lalu, dapat ditarik kesimpulan bahwa tidak ada kesulitan pemberlakuan tradisi hukum dalam situasi masyarakat Indonesia. Dari pengalaman masa lalu, tradisi hukum Islam dapat berfungsi sebagai hukum yang mengatur kehidupan masyarakat.²²⁰ Model teori pengakuan diawali dari proses kultural, yakni suatu upaya pembudayaan berlakunya hukum Islam, khususnya diterimanya konsep pembedaan dalam Islam sebagai hukum yang berlaku bukan karena tekanan dan keterpaksaan. Untuk itu, kekuatan umat Islam yang bersatu menjadi salah satu modal dasar dalam menyamakan persepsi pemberlakuan konsep pembedaan dalam Islam.

Tahap Kedua, upaya pemberdayaan ekonomi, suatu perjuangan masyarakat bersama Pemerintah meningkatkan kesejahteraan ekonomi dan meminimalkan kemiskinan penduduk. Bila kebutuhan pokok penduduk suatu wilayah sudah terpenuhi, niscaya kejahatan dengan sendirinya akan berkurang, ekonomi dan taraf kehidupan masyarakat meningkat. Pemerintah telah berusaha memperhatikan kesejahteraan ekonomi rakyat. Bila ini telah

²¹⁸ Lihat Jimly Asshiddiqie, *Modernisasi Hukum*....., hlm. 196-198.

²¹⁹ Lihat kembali S.R. Nur, *Politik Hukum Islam*....., hlm. 2 dan hlm. 4.

²²⁰ Lihat Jimly Asshiddiqie, *Modernisasi Hukum*....., hlm. 208.

dilakukan maka penegakan hukum dapat dilakukan dengan mudah, termasuk pidana potong tangan bagi pencuri. Memotong tangan pencuri sebagai alat vital untuk menopang hidupnya harus diikuti kewajiban negara, menyantuni diri dan keluarganya. Seluruh kebutuhan terpidana potong tangan harus ditanggung oleh negara. Jika tidak, pidana potong tangan tidak dapat diterapkan. Khalifah Umar bin Khatab pernah tidak memotong tangan orang yang mencuri pada musim paceklik.²²¹ Namun krisis ekonomi tidak dapat dijadikan *karinah* dan *illat* untuk tidak menghukum potong tangan pencuri. Pencuri tetap diproses melalui prosedural hukum. Paceklik tidak dapat dijadikan alasan tunggal untuk tidak memperoses pelaku pencurian. Pemberian grasi atau pengampunan kepada terpidana pencuri adalah soal lain, dan penegakan hukum adalah hal lain pula. Pemberian grasi tergantung dan diserahkan sepenuhnya kepada kepala negara berdasarkan pada pertimbangan tertentu, dengan berpedoman pada alasan pemaaf dan alasan pembenar.

Tahap Ketiga, upaya politik. Dilihat dari segi ideologi, masih terbuka kemungkinan penekanan pada berlakunya prinsip-prinsip Piagam Jakarta secara *dejure* dan *defacto*. Bahkan, kemungkinan yang lebih luas pun masih bisa diupayakan, bila upaya pada tahap sosialisasi dan pendekatan ekonomi berhasil dicapai. Apabila *platform* politik berubah ke arah yang menguntungkan Islam dan umatnya, maka tidak mustahil seluruh hukum Islam dapat diterapkan termasuk konsep pembedaan dalam Islam. Keterlibatan seluruhnya umat Islam ke dalam partai politik Islam disertai pemahaman mendalam dan komprehensif tentang konsep pembedaan dalam Islam, bukan tidak mungkin hal ini terwujud.²²² Apabila jalan ini terbuka, aspek yuridis formal pun dapat mudah diterima.²²³

²²¹ Lihat Abdul Qadir Awdah, *at-Tasyri' al-Jina'i al-Islami Muqaranah bi al-Qanun al-Wadh'i*, Juz II, (Beirut: Dar al-Kitab al-Arabi, t.th.), hlm. 189. Lihat juga Yusuf al-Qaradhawi, *al-Siyasah al-Syar'iyah*, (Kairo: Maktabah Wahbah, 1419 H/1999 M), hlm. 87.

²²² Bandingkan Abdul Ghani Abdullah dalam Muhammad Amin Summa et.al., *Pidana Islam di Indonesia, Peluang.....*, hlm. 242-245.

²²³ Bandingkan Muhammad Daud Ali dalam Cik Hasan Bisri, *Hukum Islam.....* hlm. 50.

Upaya amandemen pasal 29 UUD 1945 yang selama ini terkendala oleh kelompok penyelenggara negara khususnya para legislatif non-Muslim dan nasionalis Muslim (sekuler, Muslim abangan) yang berpandangan keagamaan yang berbeda dengan Muslim santri dapat terwujud. Kuat atau lemahnya aspirasi keagamaan, akan berpengaruh terhadap semangat dan isi dari semangat mereka. Jika rasa dan aspirasi keagamaan kuat, agama akan mendapatkan prioritas. Sebaliknya jika berpandangan sekuler, mereka akan memisahkan agama dari urusan negara.²²⁴ Peran kunci yang menentukan untuk melaksanakan kemauan politik ini sangat ditentukan oleh penguasa negara dan seluruh jalur struktural dalam pemerintahan sebagaimana masa-masa Islam terdahulu. Mengenai hal ini, Jimly Asshiddiqie menjelaskan bahwa berlaku tidaknya suatu norma dilihat dari sejauhmana diberlakukan oleh kekuasaan tertentu. Norma hukum berlaku karena kekuatannya yang bersifat imperatif, terpisah dari pertimbangan ada tidaknya pengakuan dari masyarakat yang diatur.²²⁵

Ada beberapa pemahaman yang terekam dalam teori kekuasaan hukum. *Pertama*, adanya kekuatan yang ditujukan kepada kekuasaan, penguasa atau negara (eksekutif, legislatif, dan yudikatif), dan masyarakat sebagai kekuatan yang memberlakukan hukum. Paksaan hukum berawal dari paksaan dan kemauan bebas dari masyarakat, tentu tidak akan melahirkan perlawanan dalam implementasinya. Di sini tidak dipersoalkan adanya fungsi kehendak yang bersifat spontan dari hukum atau fungsi perasaan yang bersifat subjektif. Dalam keadaan demikian, memungkinkan konsep pembedaan dalam Islam terealisasi.

Kedua, kekuasaan tampak pada bentuknya yang otoriter. Hukum di sini sebagai perintah yang memaksa tanpa kehendak murni dari masyarakat. Pada tataran ini hukum bersifat kaku dan mutlak diterapkan. Keadaan inilah yang sering melahirkan perlawanan dari masyarakat karena dianggap tidak

²²⁴ Ahamd Sukarja, *Keberlakuan Hukum Agama dalam Tata Hukum Indonesia*, dalam Cik Hasan Bisri (ed.), hlm. 25. *commit to user*

²²⁵ Jimly Asshiddiqie, *Modernisasi Hukum*....., hlm. 112, dan hlm. 196.-197

demokratis.²²⁶ Agak sulit mempertimbangkan faktor penerimaan suatu hukum secara mutlak dan sukarela, utamanya pada masyarakat yang plural seperti Indonesia sehingga daya tekan yang dimiliki penguasa menjadi sangat penting. Tentu saja hal seperti ini bukan faktor yang harus dipaksakan, melainkan mempertimbangkan faktor mayoritas mutlak suatu masyarakat dimana hukum hendak diterapkan. Apabila konsep terakhir ini diterapkan, implementasi konsep pembedaan dalam Islam menjadi relevan jika telah teraktualisasi secara kultural dan tersosialisasi secara terbuka sebagai sesuatu yang dapat diterima oleh seluruh masyarakat Islam. Ada tidaknya penerimaan dan pengakuan masyarakat tidaklah menentukan berlakunya pembedaan dalam Islam. Jadi, tidak dapat diserahkan secara mutlak kepada penerimaan masyarakat, tetapi mempertimbangkan keinginan masyarakat Islam yang mayoritas jika pemberlakuannya hanya diperuntukkan kepada masyarakat Muslim. Dalam sistem politik Islam, penguasa mempunyai kewajiban menerapkan aturan-aturan yang bersumber dari hukum Islam, sekurang-kurangnya untuk umat Islam.

Ketiga, kekuatan hukum yang datang dari sisi rumusan dan kegunaannya untuk seluruh masyarakat. Hukum diterapkan atas penerimaan masyarakat tanpa paksaan. Penerimaannya sebagai sesuatu yang bersifat untuk masyarakat dan negara tanpa kecuali. Kesukarelaan hukum mengatur masyarakat, melahirkan kesukarelaan masyarakat menerima hukum.

Keempat, adanya keinginan dari sebagian masyarakat yang disambut secara terbuka dengan penerimaan yang baik oleh penguasa. Peristiwa perubahan Pancasila Piagam Jakarta UUD 1945 sebagai contoh konkret. Pada bagian ini, variabel pluralitas masyarakat sering menjadi alasan pembenar untuk menerapkan suatu hukum. Dalam situasi seperti itu, teori eksistensi dan teori *receptio* masih relevan untuk dipraktikkan sesuai

²²⁶ Bandingkan Jimly Asshiddiqie, *Modernisasi Hukum.....*, hlm. 212-213. Pandangan Jimly Asshiddiqie merujuk kepada pandangan Gustave Redbruch dan Wolfgang Fiedmann. Lihat kembali Jimly Asshiddiqie, *Modernisasi Hukum.....*, hlm. 214.

peluangnya.²²⁷ Dilihat dari sisi ideologi, secara ekstrem Indonesia perlu diarahkan menjadi negara *teokrasi* agar hukum Islam dapat berlaku secara total, utuh, dan menyeluruh. Langkah ini dilakukan secara damai, bertahap dan bila memungkinkan.²²⁸

Masykuri Abdillah menyikapi upaya mengintegrasikan hukum pidana Islam ke dalam pembentukan hukum pidana nasional menyarankan agar prosesnya dilakukan jika memungkinkan dengan cara pengungkapan materi hukum Islam secara eksplisit ke dalam RUU KUHP. Namun jika tidak memungkinkan, ia mengusulkan agar dilakukan dengan cara pengungkapan prinsip-prinsip dan moralitasnya. Misalnya, memasukkan perbuatan zina dan meminum minuman keras (mabuk) sebagai tidak pidana karena tidak sesuai dengan prinsip dan moralitas Islam.²²⁹

Pilihan hukum merupakan alternatif untuk menyesuaikan dengan perkembangan zaman dan kondisi plural bangsa Indonesia. Upaya secara bertahap ini merupakan keniscayaan yang rasional sebagaimana Yusuf al-Qaradhawi memperkenalkan konsep fikih prioritas dengan mendahulukan hal-hal yang harus didahulukan dan menunda hal yang perlu ditunda. Hal yang menjadi prioritas adalah akidah sebagai hal pokok dan fundamental.

²²⁷ Lihat kembali teori eksistensi dalam Tjun Surjaman (ed.), *Pembentukan...*, hlm. 137 dan teori *receptio* dalam Sayuti Thalib, *Receptio A Contrario, Hubungan Hukum Adat dengan Hukum Islam*, (Jakarta: Bina Aksara, 1985), hlm. 5, hlm. 9, dan hlm 58.

²²⁸ Ahmad Sukarja menegaskan ulang komitmen kenegaraan yang telah disepakati para pendiri negara dan tokoh-tokoh lainnya, bahwa Pancasila adalah penciptaan senergi yang mendalam antara paham kebangsaan dan paham keagamaan. Indonesia, bukan negara *teokrasi* tetapi juga bukan negara sekuler. Agama di negara Pancasila dihormati secara yuridis dan dipraktikkan dalam kenyataan. Lihat Ahmad Sukarja dalam Cik Hasan Bisri (ed.), *Keberlakuan Hukum Agama...*, hlm. 36.

²²⁹ Lihat Masykuri Abdillah dalam Muhammad Amin Summa et.al., *Pidana Islam di Indonesia, Peluang.....*, hlm. 259. dan lihat juga Masykuri Abdillah, et.al., *Formalisasi Syari'at Islam di Indonesia Sebuah Pergulatan yang Tak Pernah Tuntas*, (Jakarta: Renaisan, 2005), hlm. 8. Lihat juga Muhammad Daud Ali yang menegaskan tentang pilihan hukum dalam Cik Hasan Bisri, *Hukum Islam.....*, hlm. 50. Upaya seperti ini juga relevan dengan teori eksistensi hukum Islam oleh Ichtiyanto dengan empat tahapan. *Pertama*, hukum Islam sebagai hukum Islam yang mandiri yakni seluruh bahannya bersumber dari hukum Islam. *Kedua*, hukum Islam sebagai bahan utama hukum nasional. Sebagian hukum Islam menjadi unsur utama hukum nasional. *Ketiga*, hukum Islam sebagai bagian integral dari hukum nasional, salah satu unsur hukum Islam masuk dalam hukum nasional. *Keempat*, hukum Islam sebagai penyaring hukum nasional. Tidak ada satu aturan pun yang dapat ditetapkan jika bertentangan dengan hukum Islam. Lihat Ichtiyanto dalam Tjun Surjaman, (ed.), *Pembentukan...*, hlm. 137.

Setelah akidah mantap dilanjutkan dengan mengamalkan rukun Islam (syahadat, shalat, puasa, zakat, dan haji) dilanjutkan dengan mengamalkan ketetapan-ketetapan hukum yang *qath'i* seperti nikah, talak, waris, jual beli, riba, keharusan *qishas*, tebusan dan denda potong tangan, cambuk dan lain-lain. Masalah moral juga tetap memperoleh perhatian dan dilanjutkan dengan prioritas kepada kemaslahatan (*maqashid al-syari'ah*).²³⁰

Apabila secara sosiologis dan politik sudah siap, dilanjutkan secara berturut-turut dengan upaya legislasi, magistrasi, dan aplikasi konsep pembedaan dalam Islam. Upaya implementasi dan menegakkan hukum Allah di Indonesia membutuhkan kesabaran dan dilakukan secara bertahap (berangsur-angsur), sebagai konsekuensi dari perjuangan. Ada tiga modal perjuangan menegakkan hukum Islam. *Pertama*, tidak meninggalkan perjuangan karena tantangan. *Kedua*, mempunyai keyakinan adanya bantuan Allah. *Ketiga*, tidak menuruti kehendak orang yang ingkar dan membangkang terhadap ajaran Allah.²³¹

Penolakan sebagian kelompok masyarakat terhadap upaya memasukkan konsep pembedaan dalam Islam dalam draft RUU KUHP pada dasarnya hanyalah sikap phobia terhadap hukum Islam yang datang dari orang-orang non-Muslim dan Muslim sekuler. Tidak ada alasan rasional yang dapat dipertaruhkan untuk tidak menerapkannya dalam draft RUU KUHP Indonesia.

Sebagai upaya preventif, konsep pembedaan dalam Islam sangat tepat dan relevan untuk menjadi alternatif jenis pembedaan menghadapi model pemenjaraan dengan sistem pemasyarakatan yang tidak efektif dan tidak efisien. Penerapan konsep pembedaan dalam Islam tidaklah serta-merta dan otomatis dapat diterapkan. Hal itu berkaitan dengan hati nurani hakim dan

²³⁰ Lihat Yusuf al-Qaradhawi, *Al-Siyasah....*, hlm. 89.

²³¹ Abdul Muin Salim mengomentari pandangan tersebut berkaitan dengan Q.S. al-Qalam (68): 48, Q.S. al-Thuur (52): 48-49, dan Q.S. al-Insan (76): 23-24. Lihat Abdul Muin Salim, *Konsep Kekuasaan Politik dalam al-Qur'an*, (Jakarta: Raja Grafindo Persada, 1994), hlm. 175-179.

asas keadilan. Pidana mati atau pidana seumur hidup sangat jarang diterapkan oleh hakim pengadilan karena berkaitan dengan pembuktian dan lain-lain.

Apabila upaya implementasi sulit dilakukan, alternatif penerapannya melalui otonomi daerah sesuai keinginan masing-masing daerah provinsi, kabupaten, dan kota. Apabila upaya politik tidak berhasil, dilakukan melalui referendum, yaitu meminta pendapat masyarakat di seluruh Indonesia. Langkah ini sebagai upaya terakhir untuk melihat kemungkinan penerapan pembedaan dalam Islam di negara hukum Indonesia.

Upaya penerapan hukum pidana Islam di Indonesia tidak lepas dari adanya pertentangan antara aspirasi politik dari para pendukung dan penentang juga dari adanya resistensi dari negara sekuler. Tekanan ini telah melahirkan perbedaan politik hukum yang sangat serius terkait penerapan hukum pidana Islam secara formal di negara ini. Perdebatan atau perbedaan yang terus-menerus tentang makna atau maksud dari kata syariah itu sendiri dan istilahnya menyebabkan munculnya perdebatan tentang syariah yang mana, penafsiran dan pandangan siapa yang akan diterapkan.

Menelisik akar dan sumber perdebatan dan perbedaan pandangan tentang politik hukum penerapan syariah. Disertasi ini menganalisis faktor-faktor yang menyebabkan artikulasi dan ungkapan tentang penerapan syariah secara nyata berbeda. Menegaskan bahwa perbedaan yang paling nyata dapat secara jelas terlihat dalam hal aspirasi masyarakat Muslim atas penerapan hukum pidana Islam secara formal dan perlindungan hak-hak konstitusional kebebasan beragama. Dalam hal ini menampilkan argumen bahwa meskipun penerapan syariah telah terlihat dalam beberapa bidang hukum yang diterapkan di Indonesia dan Pemerintah telah mengupayakan syariah terkorporasi ke dalam sistem hukum baik secara nasional maupun lokal, Pemerintah masih melakukan kontrol dan pembatasan. Syariah akhirnya pemberlakuannya masih ketat dibatasi.

Peneliti berargumen bahwa setiap upaya penerapan hukum pidana Islam di Indonesia selalu ditandai dengan ketegangan antara aspirasi politik pendukung dan penentang. Selain itu juga adanya penolakan dari negara yang sekuler dalam penerapan formal ketentuan-ketentuan syariah. Hal ini tidak jelas, dalam artian perbedaan politik hukum ditandai dengan adanya perdebatan atau perbedaan yang terus-menerus tentang makna dan istilah syariah.

Mengeksplorasi perbedaan politik dan hukum yang terjadi pada usaha islamisasi sistem hukum Indonesia, disertasi ini berusaha melihat ke akar sekaligus sumber dari inkongruensi tersebut. Perbedaan-perbedaan tersebut dapat ditarik kembali kepada fakta bahwa sifat hukum agama dalam sejarahnya tidak berubah dari berabad-abad lalu, dan bahwa gagasan tentang negara modern pada saat ini sangat berbeda secara fundamental dengan pemahaman peran negara pada saat awal perkembangan hukum agama di zaman pra-modern. Maka dari itu, disertasi ini mencoba menerangkan kondisi apa saja yang dapat membuat artikulasi hukum agama tidak sejalan dengan konsep negara-bangsa. Untuk mencapai tujuan ini, peneliti tidak hanya membicarakan tentang artikulasi hukum pidana Islam pada saat perdebatan konstitusional dalam sejarah Indonesia modern, tetapi juga menelisik beberapa pandangan yang disampaikan berhubungan dengan syariah yang mana dan milik siapa yang akan diterapkan pada konteks hukum Indonesia kontemporer.

Pandangan bahwa terdapat perpindahan makna yang besar tentang syari'ah dalam sejarah Islam selama berabad-abad. Makna syari'ah yang aslinya luas, termasuk di dalamnya nilai-nilai, dalil-dalil, institusi, praktek, dan peraturan-peraturan hukum yang penting, telah disempitkan dan dibatasi untuk menunjukkan beberapa peraturan hukum yang tetap.²³² Dalam hal ini, evolusi makna syari'ah berlangsung dalam empat tahap. *Pertama*, makna

²³² Muhammad S. Ashmawi, *Against Islamic Extremism*, (Florida: University Press of Florida, 1998), hlm. 75-80.

asli syari'ah dalam bahasa Arab yang terdapat dalam al-Qur'an bukan hanya merujuk pada peraturan-peraturan hukum, tetapi lebih kepada jalan hidup Islam yang terdiri atas tiga cabang, yaitu (1) ibadah, (2) kode etik, dan (3) hubungan sosial. Makna syari'ah yang benar ini awalnya diterapkan oleh generasi pertama kaum Muslim. *Kedua*, seiring berjalannya waktu, makna syari'ah meluas merujuk pada peraturan-peraturan hukum yang terdapat dalam al-Qur'an. *Ketiga*, setelah beberapa waktu, walaupun tampaknya makna syari'ah meluas, sebenarnya dipersempit dengan memasukkan peraturan-peraturan hukum lain yang terdapat dalam al-Qur'an dan al-Hadis Nabi. *Keempat*, konsep syari'ah sampai kepada memasukkan seluruh peraturan hukum yang berkembang dalam sejarah Islam, dengan berbagai tafsiran dan fatwa dari para ulama.

Keempat tahapan ini mengindikasikan bahwa cara istilah syari'ah diterapkan pada saat ini tidak sesuai dengan apa yang dimaksudkan dalam al-Qur'an. Malahan, tidak lagi sesuai dengan makna aslinya dalam bahasa Arab.²³³ Sebagai hasilnya, konsep syari'ah terdiri dari nilai-nilai penting syari'ah dan materi hukumnya, dan bagian kedua inilah yang pada kenyataannya tersebar luas di negara-negara Muslim. Tidaklah mengherankan apabila pemahaman syariah sebagai "peraturan hukum" memiliki dampak tidak terelakkan pada tuntutan politik yang saat ini berkembang untuk menerapkan syari'ah di banyak negara termasuk Indonesia.

Walaupun tidak selalu mudah mengidentifikasi secara jelas sampai dimana sebuah peraturan atau undang-undang dapat dimasukkan ke dalam istilah syari'ah, paling tidak ada dua cara untuk mengidentifikasi atau mengklasifikasikan sebuah peraturan sebagai bagian dari hal tersebut. *Pertama*, menurut Ibn Qayyim al-Jawziyya. Menurutnya, faktor penentu yang membedakan Syari'ah dari sistem lain adalah gagasan keadilan yang terkandung di sana, seperti dijelaskan Ibn Qayyim, "*Fa'in zaharat ammara*

commit to user

²³³ *Ibid.*, hlm. 97-98.

al-adl, wa asfara wajhuhu biayyi tariqin kana, fa thamma sharullah wa dinuh...Fa'ayyu tariqin istakhraja biha al-adl wa al-qist fahiya min al-din" (Bila indikasi keadilan atau ungkapannya tercermin nyata dalam segala caranya, maka Syari'ah Allah pasti ada di sana Setiap cara yang dapat menghasilkan keadilan pastilah sebagian dari agama).²³⁴

Kedua, adalah legitimasi, yaitu dengan cara membuat rujukan yang valid kepada Syari'ah atau, paling tidak, terinspirasi dari hal tersebut. Hal ini berarti suatu produk hukum diidentifikasi sebagai Syari'ah melalui sebuah cara yang disebut "inkorporasi melalui rujukan valid". Hal ini dikarenakan semua hal yang berada di dunia tidak selalu harus suci dan tunduk pada aturan agama, sehingga menolak adanya hal-hal sekuler menjadi suatu hal yang tidak praktis. Maka, hal-hal yang tidak religius dapat dijustifikasi secara religius bila ada legitimasi atau ada rujukan valid yang dibuat merujuk pada Syari'ah ataupun sumber-sumber Syari'ah.²³⁵

Sejak paro pertama abad ke-20, diskusi mengenai Syari'ah yang mana dan milik siapa yang akan diterapkan di Indonesia telah muncul. Polemik yang terjadi antara Natsir dan Soekarno pada awal tahun 1940-an menerangkan perbedaan pandangan pada topik kontroversial ini. Di satu pihak berpendapat bahwa Syari'ah di Indonesia akan membuat diskriminasi, khususnya di kalangan non-Muslim. Selain itu, ada anggapan bahwa tidak pantas di dalam negara-bangsa modern untuk menetapkan menerapkan sebuah hukum nasional dengan hanya melihat dari satu sumber agama pada berbagai macam orang dengan berbagai macam latar belakang. Sementara di pihak lain berargumen bahwa penerapan Syari'ah tidak akan merusak, ataupun membahayakan agama atau kelompok agama lain. Bahkan dikatakan bahwa penolakan untuk menerapkan hukum Islam di Indonesia

²³⁴ Ibn Qayyim al-Jawziyya, *al-Turuq al-Hukmiyyah fi al-Siyasa al-Shar'iyyah aw al-Firasat al-Mardiyyah fi Ahkam al-Siyasa al-Shar'iyyah*, (Bayrut: Dar al-Kutub al-Ilmiyyah, 1995), hlm. 11.

²³⁵ See Knut S. Vikor, "The Shari'a and the Nation State: Who Can Codify the Divine Law?", *The Middle East in A Globalized World*, ed. Bjorn Olav Utvik and Knut S. Vikor, (Bergen: Nordic Society for Middle Eastern Studies, 2000), hlm. 232.

yang didasarkan pada alasan tersebut akan melukai perasaan kalangan Muslim yang memiliki populasi terbesar sehingga akan melanggar hak-hak dan kepentingan mayoritas penduduk.²³⁶

Inkongruensi ini berakar dari fakta bahwa rencana partai-partai Islam menitikberatkan pada tanggung jawab (agama) daripada hak, walaupun rencana tersebut diungkapkan dengan istilah-istilah hak. Apabila hal ini berhasil, rencana penerapan Syari'ah akan membatasi kebebasan beragama pribadi atas nama kewajiban beragama secara kelompok. Warga Negara Indonesia tertentu akan diperlakukan bukan sebagai pribadi rakyat yang otonom, tetapi sebagai anggota masyarakat agama tertentu-sebuah hal yang berkontradiksi secara fundamental dengan konsep negara-bangsa. Hal ini akan sangat mungkin memisahkan dan memaksa rakyat yang tidak patuh pada tafsiran agama yang resmi atau dominan dan akan menumbuhkan perpecahan politik antara rakyat dengan afiliasi keagamaan yang berbeda-beda.²³⁷

Inkonsistensi yang lebih jelas dapat dilihat pula antara keinginan menerapkan Syari'ah secara formal dan hak konstitusional kebebasan beragama. Sebagaimana nilai konstitusional kewarganegaraan yang setara dikemukakan dalam Pasal 28I ayat (2), yang mewajibkan semua warga negara memiliki hak setara, terlepas dari kesukuan, gender, maupun agama.²³⁸ Perancangan peraturan perundangan yang didasarkan pada dan untuk kepentingan satu agama tertentu akan melanggar ketentuan Undang-Undang Dasar.

Meskipun Syari'ah telah dapat merembes masuk ke dalam aspek-aspek hukum yang tersebar di dalam negara dan masyarakat Indonesia,

²³⁶ Arskal Salim, *Challenging the Secular State: The Islamization of Laws in Indonesia*, (Honolulu: Hawaii University Press, 2008), hlm. 55.

²³⁷ Bandingkan dengan Lucinda Peach, *Legislating Morality: Pluralism and Religious Identity in Lawmaking*, (Oxford: Oxford University Press, 2002), hlm. 7.

²³⁸ Secara khusus, Pasal 28I ayat (2) UUD 1945 menyatakan, Setiap orang berhak bebas atas perlakuan yang bersifat diskriminatif atas dasar apa pun dan berhak mendapatkan perlindungan terhadap perlakuan yang bersifat diskriminatif itu.

sebagian besar merupakan hasil legislasi negara, bukanlah sebuah proses budaya. Negara tidak hanya memperbolehkan Syari'ah untuk dimasukkan dengan berbagai macam cara ke dalam struktur dan sistem hukumnya, baik dalam tingkat nasional maupun daerah, tetapi juga mengontrol dan membatasi penyebaran hal ini secara terampil. Pendeknya, Syari'ah tetap dibatasi secara ketat di Indonesia.

Konstitusi negara memiliki peran yang sangat vital dalam mengatur kehidupan bernegara. Konstitusi Negara Indonesia adalah UUD 1945. Di dalamnya diatur tentang konsep negara hukum secara detail dan menyeluruh. Pasalnya, UUD 1945 adalah jantung dan jiwa negara yang menguraikan mengenai apa maksud membentuk negara, bagaimana cita-cita dalam bernegara, apa yang ingin dilakukan, serta asas-asas kehidupan yang terdapat di dalamnya.²³⁹ Oleh karena itu, sebagai konstitusi negara, UUD 1945 memuat aturan fundamental dalam kehidupan bernegara. Misalnya, tentang penghormatan terhadap HAM, pembatasan kekuasaan negara (dalam hal ini pengaturan mengenai tugas dan fungsi dari tiap-tiap lembaga negara), serta struktur ketatanegaraan Indonesia.

Berpijak pada hal di atas, maka kerangka utama strategi politik mengenai pembinaan atau pembangunan hukum nasional sejak dasawarsa lalu mengacu pada konstitusi UUD 1945 dengan landasan Pancasila. Hal tersebut juga menjadi landasan struktural kelembagaan pemerintah yang akan mendukung beban pembangunan negara. Selain itu, tujuan nasional yang tercantum dalam pembukaan UUD 1945 menjadi landasan politis operasional.²⁴⁰

Pancasila berkedudukan sebagai dasar negara dan ideologi bangsa Indonesia. Ideologi Pancasila merupakan nilai-nilai luhur budaya dan nilai-nilai religius bangsa Indonesia. Oleh karena itu, sila-sila Pancasila

²³⁹ Satjipto Rahardjo, *Negara Hukum yang Membahagiakan Rakyatnya*, (Yogyakarta: Genta Publishing, 2009), hlm. 81.

²⁴⁰ Solly Lubis, "Pembangunan Hukum Nasional", *Makalah Seminar Pembangunan Hukum Nasional VIII*, Denpasar: BPHN, 2003.

merupakan suatu sistem nilai sehingga pada hakikatnya merupakan satu kesatuan.²⁴¹ Apalagi, fungsi Pancasila sebagai ideologi negara adalah menyatukan bangsa Indonesia, memperkuat dan memelihara kesatuan dan persatuan. Fungsi lain adalah sebagai pedoman bagi kehidupan bangsa dalam upaya menjaga keutuhan negara dan memperbaiki kehidupan bangsa Indonesia.

Pancasila mempunyai arti yang bersifat substantif dan regulatif.²⁴² Adanya nilai yang bersifat substantif karena Pancasila merupakan paham atau pandangan hidup yang fundamental dan merupakan norma dasar serta menjadi landasan dari norma-norma lainnya. Adapun sifat regulatifnya karena di dalam butir-butir masing-masing sila tampak nilai operatif dan regulatif sebagai satu kesatuan sistem yang juga berinteraksi dan bekerja sama, serta memberikan pengaturan yang dapat memberikan pedoman kehidupan rakyat Indonesia secara langsung.

Dari sanalah kemudian muncul ragam teori dari Pancasila yang salah satunya adalah teori hukum Pancasila. Teori hukum Pancasila adalah sebuah teori hukum yang mendasarkan pada nilai-nilai Pancasila sebagai landasan ontologis, epistemologis, dan aksiologis. Hukum sebagai suatu produk (struktur hukum) harus berdasarkan pada asas-asas hukum dan asas-asas hukum Pancasila.²⁴³ Pancasila menjadi sangat aksiomatik dan ilmiah dalam ukuran kesepakatan kolektif bangsa Indonesia membentuk serangkaian sistem ideologis, filosofis yang logik saintifik sebagai dasar hukum utama

²⁴¹ Kaelan, *Pendidikan Pancasila*, (Yogyakarta: Paradigma, 2010), hlm. 79-84.

²⁴² Bahder Johan Nasution, *Negara hukum dan HAM*, (Bandung : Bandar Maju, 2011), hlm. 110.

²⁴³ Mochtar Kusumaatmadja dan Bernard Arief Sidharta, *Pengantar Ilmu Hukum: Suatu Pengenalan Pertama Ruang Lingkup Berlakunya Ilmu Hukum*, (Bandung: Alumni, 1999), hlm. 137-139.

yang menempatkannya sebagai *grundnorm*, sehingga Pancasila disebut sebagai sumber dari segala sumber hukum.²⁴⁴

Dasar ontologis Pancasila pada prinsipnya ialah manusia yang memiliki hakikat mutlak monopluralis²⁴⁵ dan memiliki unsur susunan kodrat jasmani dan ruhani, sifat kodrat individu-makhluk sosial dan kedudukan kodrat sebagai pribadi yang berdiri sendiri sebagai makhluk Tuhan Yang Maha Esa. Unsur-unsur hakikat manusia tersebut merupakan satu kesatuan yang bersifat organis dan harmonis. Setiap unsur mempunyai fungsi masing-masing tetapi saling berhubungan. Oleh karena itu, Pancasila merupakan penjelmaan hakikat manusia monopluralis yang merupakan kesatuan organis, sehingga Pancasila juga memiliki kesatuan yang bersifat organis pula. Subjek pendukung pokok sila-sila Pancasila adalah manusia, dengan penjelasan yang berketuhanan Yang Maha Esa.²⁴⁶

Namun yang menjadi pertanyaan adalah, bagaimana sila pertama Pancasila yang berbunyi “Ketuhanan Yang Maha Esa” tersebut dapat diturunkan menjadi sebuah postulat hukum? Pertanyaan inilah hingga saat ini belum terjawab dengan tuntas. Bahkan, sejak pra-kemerdekaan hingga saat ini belum ditemukan jawaban secara komprehensif. Permasalahan ini bermuara pada sejauh mana karakter bangsa yang berketuhanan dapat menjiwai sistem hukum nasional yang secara esensial dibentuk dari tradisi masyarakat modern (Eropa) yang sekuler?

Persoalan ini menjadi enigma besar yang menghantui hampir semua negara dunia ketiga, yang mana tradisi hukum Islam sangat kuat dalam

²⁴⁴ Prasetyo Rijadi dan Sri Priyati, “Membangun Ilmu Hukum Mazhab Pancasila”, dalam *Memahami Hukum dari Konstruksi sampai Implementasi*, (Jakarta: Raja Grafindo Persada, 2011), hlm. 33.

²⁴⁵ Hakikat manusia yang bersifat yang bersifat monopluralis mengandung bawaan mutlak untuk dijemakan ke dalam perbuatan lahir dan batin, tabiat, watak, dan pribadi saleh. Tabiat saleh mengandung empat watak, yaitu kebijaksanaan, keadilan, kesederhaan dan keteguhan. Lihat, HM. Nasruddin Anshoriy CH, *Dekonstruksi Kekuasaan: Konsolidasi Semangat Kebangsaan*, (Yogyakarta: LKiS, 2008), hlm. 133

²⁴⁶ Notonegoro dalam Kaelan, *Pendidikan Pancasila*, (Yogyakarta: Paradigma, 2010), hlm. 62.

kehidupan masyarakatnya. Begitu pula di Indonesia, perdebatan tentang hubungan antara agama dan negara menjadi isu yang sangat sensitif karena pergumulan yang keras antara kelompok nasionalis sekuler dan Muslim yang masing-masing mempunyai perbedaan ide yang *detrimental* bagi masing-masing kelompok. Kelompok nasionalis sekuler selalu menginginkan Indonesia sebagai negara sekuler yang secara *rigid* memisahkan antara agama dan negara. Menurut kelompok ini, dalam bidang hukum, misalnya, sistem hukum nasional harus bersifat sekuler sehingga ide-ide hukum yang datang dari ajaran agama (Islam) harus ditolak. Pendapat ini sangat bertentangan dengan kelompok Muslim yang selalu menginginkan Islam sebagai dasar negara. Bagi kelompok Muslim, Islam harus selalu disatukan dengan kehidupan masyarakat dalam segala dimensi, baik dalam politik, ekonomi, pendidikan, maupun budaya. Ini karena tidak boleh ada pemisahan antara Islam dengan kehidupan masyarakat secara luas. Islam adalah sistem ajaran agama yang tidak pernah memisahkan antara urusan negara dengan urusan ibadah, tidak ada pemisahan antara kehidupan privat maupun publik.²⁴⁷

Dasar epistemologis Pancasila pada hakikatnya tidak dapat dipisahkan dari dasar ontologis, yaitu hakikat manusia. Ada tiga persoalan mendasar yang muncul dalam dasar epistemologis Pancasila. *Pertama*, tentang sumber pengetahuan manusia. *Kedua*, tentang teori kebenaran pengetahuan manusia. *Ketiga*, tentang watak pengetahuan manusia.²⁴⁸ Persoalan epistemologi dalam hubungannya dengan Pancasila ialah kedudukan kodrat manusia sebagai makhluk Tuhan Yang Maha Esa. Maka sesuai dengan sila pertama, epistemologi Pancasila seharusnya juga mengakui kebenaran

²⁴⁷ Ratno Lukito, "(R)evolusi Hukum Indonesia: Menggagas Postulat Hukum Pancasila", *Makalah*, 2017, hlm. 21.

²⁴⁸ Titus Harold H., Marlyn S. Smith, Richard T. Nolan dalam *Living Issues Philosophy*, diterjemahkan oleh HM Rasyidi, yang dikutip oleh Kaelan, Pendidikan..., hlm. 67.

wahyu (kebenaran profetik)²⁴⁹ yang bersifat mutlak sebagai tingkatan kebenaran yang tertinggi.

Postulat hukum yang bisa ditarik dari nilai ketuhanan adalah bahwa hukum nasional di Indonesia harus dibangun berlandaskan pada ajaran dan nilai-nilai keagamaan. Meskipun harus diakui bahwa tidak berarti hukum nasional bersifat agamis atau berlandaskan pada satu ajaran hukum agama tertentu. Refleksi dari ajaran ini adalah pada pemilihan ideologi hukum Indonesia yang meski sekuler, tidak memisahkan secara mutlak antara agama dan negara. Artinya, walaupun Negara Indonesia bukan negara agama, ajaran-ajaran hukum agama dapat diterima pengaruhnya dalam proses pembangunan hukum nasional. Di sinilah sistem *rules of recognition* negara harus sejak awal merumuskan nilai-nilai dasar dari hukum nasional yang berketuhanan sehingga secara teoretis negara tidak menolak segala bentuk adopsi ajaran-ajaran hukum agama ke dalam hukum resmi (*official law*). Dengan kata lain, negara mempunyai rumusan untuk membangun filter bagi masuknya ajaran hukum agama ke dalam hukum nasional sehingga meskipun Indonesia bukan negara sekuler, melainkan pula bukan negara yang didasari oleh ideologi agama.

Oleh sebab itu, antara agama dan negara harus dilihat sebagai kontinum yang saling berhubungan. Antara agama dan negara tidak akan dapat dipisahkan oleh dimensi apa pun, baik dimensi politik pemerintahan, ekonomi, pendidikan, maupun budaya dalam kehidupan berbangsa dan negara. Bahkan, selalu ada jalan tengah yang bisa menjembatani antara agama dan negara. Apa yang disebut sebagai Ideologi Jalan Tengah (*in-between ideology*) dapat menjadi *trademark* bagi postulat hukum Pancasila pertentangan antara hukum agama dan hukum sekuler negara dapat

²⁴⁹ Kebenaran profetik adalah puncak kebenaranyang harus menjadi tujuan dari setiap perjalanan ataupun kebijakan setiap individu maupun pemerintah. Puncak kebenaran ini berpijak pada nilai-nilai ketuhanan (agama) yang sangat luhur. Lihat Sanerya Hendrawan, *Spiritual Management: From Personal Enlightenment Towards God Corporate Governance*, (Bandung: Mizan, 2009), hlm. 191

dijembatani dengan mengadopsi ajaran-ajaran hukum agama untuk masuk ke dalam sistem hukum nasional.²⁵⁰

Pancasila mengandung banyak nilai. Salah satunya adalah nilai keruhanian yang di dalamnya menyimpan nilai-nilai lain secara lengkap dan harmonis, baik nilai material, vital, kebenaran (kenyataan), estetis, etis, dan religius. Nilai-nilai tersebut tersusun secara hierarkis dengan nilai ketuhanan sebagai nilai tertinggi, kemudian nilai kemanusiaan, nilai persatuan, nilai kerakyatan, dan nilai keadilan. Meskipun nilai-nilai tersebut memiliki tingkat dan cakupan yang berbeda-beda, secara keseluruhan merupakan satu kesatuan yang tidak saling bertentangan satu sama lain. Nilai ketuhanan adalah nilai tertinggi dan bersifat mutlak dalam kehidupan masyarakat secara luas. Nilai tersebut menjadi pondasi pokok dalam setiap peraturan perundang-undangan yang berlaku. Oleh karena itu, hukum positif atau perundang-undangan yang berlaku di Indonesia tidak boleh bertentangan dengan nilai ketuhanan.²⁵¹

Asumsi dasar nilai Ketuhanan dapat menjadi pijakan pokok terhadap pembentukan karakter hukum Indonesia. Meskipun Indonesia bukan negara yang mendasarkan pada ideologi dan ajaran agama tertentu, sistem hukum nasional yang dibangun bukanlah sistem hukum sekuler, dalam arti memisahkan sepenuhnya antara entitas agama dan negara, atau pemisahan yang kaku antara hukum agama dengan hukum negara (*separation between church and state*). Integrasi antara agama dan negara adalah suatu keniscayaan di Indonesia mengingat karakteristik masyarakat secara umum adalah religius. Berbeda halnya dengan konstitusi Amerika Serikat atau ideologi negara-negara Eropa pada umumnya secara tegas memisahkan secara total antara agama dan negara.

Berangkat dari asumsi bahwa nilai hukum Pancasila menempatkan nilai Ketuhanan sebagai satu nilai utama maka adalah sebuah kewajiban

²⁵⁰ Ratno Lukito, *Op. Cit.*, hlm. 22.

²⁵¹ Kaelan, *Op. Cit.*, 69-70.

dengan tidak mengatakan keharusan apabila sistem hukum Indonesia harus berkarakter agamis (*religious*). Hal ini memberikan arti bahwa, baik substansi institusi maupun kultur hukum yang dibangun di Negara Indonesia tidak bersifat sekuler karena dibangun di atas pondasi spiritualisme, bukan sekularisme. Artinya, hukum Tuhan bisa menjadi sumber hukum nasional atau diyakini sebagai jiwa bagi pembangunan sistem hukum tersebut. Dengan kata lain, aturan-aturan hukum di Indonesia tidak boleh bertentangan dengan ajaran agama atau melawan prinsip-prinsip ajaran agama apa pun. Refleksi utama dari asumsi dasar Ketuhanan adalah hukum Indonesia memegang prinsip non-sekularisme yang direfleksikan dalam dua prinsip pokok. *Pertama*, penerimaan terhadap ajaran-ajaran hukum agama tertentu untuk menjadi dasar bagi pembentukan hukum Indonesia (*establishment of religious law*). *Kedua*, penjaminan terhadap kemerdekaan masyarakat untuk mengamalkan ajaran hukum agamanya (*religious freedom*).²⁵²

Inti sila pertama pada Ketuhanan Yang Maha Esa adalah kesesuaian sifat dan hakikat Negara dengan hakikat Tuhan. Kesesuaian tersebut dalam arti kesesuaian sebab-akibat. Maka dalam segala aspek penyelenggaraan Negara Indonesia harus sesuai dengan hakikat nilai-nilai yang berasal dari Tuhan, yaitu nilai-nilai agama. Sebagaimana yang telah dijelaskan sebelumnya bahwa pendukung pokok dalam penyelenggaraan negara adalah manusia, sedangkan hakikat kedudukan kodrat manusia adalah sebagai makhluk yang individu dan makhluk Tuhan. Dalam pengertian ini, antara manusia dengan Tuhan juga memiliki hubungan sebab-akibat. Tuhan adalah sebagai sebab pertama atau *causa prima*, maka segala sesuatu termasuk manusia merupakan ciptaan Tuhan.²⁵³

Upaya menciptakan kerukunan antar umat beragama di tengah masyarakat tidak selalu berjalan mulus seperti yang dicita-citakan. Fakta di

²⁵² Ratno Lukito, *Op. Cit.*, hlm. 22-23.

²⁵³ Notonegoro, *Pancasila Dasar Falsafah Negara*, (Jakarta: Pancuran Tujuh, t.th), hlm.

kehidupan sehari-hari memperlihatkan masih banyak hambatan untuk melahirkan kerukunan antar umat beragama. Hambatan-hambatan tersebut dapat muncul dari campur tangan Pemerintah maupun golongan penganut agama dan kepercayaan itu sendiri. Hal ini bisa saja disebabkan penghayatan terhadap Pancasila, khususnya sila pertama tidak dipahami dan dihayati secara mendalam dan menyeluruh.

Salah satu kesalahan fatal dalam memahami Pancasila adalah sila pertama seakan-akan hanya dimiliki oleh salah satu agama tertentu. Padahal, sila pertama mengandung nilai-nilai agama secara universal, tidak hanya Islam. Dengan kesalahan itu, toleransi dan sikap menghargai agama atau umat kepercayaan lain ternyata belum sepenuhnya dapat diwujudkan. Hal ini disebabkan adanya golongan-golongan tertentu yang memiliki paham bahwa hanya ajaran agamanya sajalah yang paling baik dan paling benar. Pandangan sempit mengenai pemahaman terhadap agama dan kepercayaan seperti ini dapat menimbulkan konflik serta gejolak dalam hidup bermasyarakat dan bernegara.

Dua prinsip di atas menjadi prinsip utama bagi penerjemahan postulat hukum Ketuhanan yang diturunkan dari sila pertama Pancasila. Di sinilah esensinya, bahwa negara harus berhati-hati dalam menghadapi permasalahan hukum agama agar tidak menjadi alasan bagi kelompok-kelompok separatis agama tertentu untuk memaksakan kehendak pemahaman agamanya dalam sistem hukum Indonesia. Kerumitan dalam hal ini adalah di satu sisi bagaimana prinsip non-sekularisme sekaligus non-agama (tidak didasarkan pada satu ideologi agama tertentu), di sisi lain yang ingin dijadikan sebagai dasar pendekatan ideologi bangsa dapat diterapkan dalam membangun ideologi hukum nasional. Prinsip tengah-tengah (bukan negara agama juga bukan negara sekuler) hanya bisa diwujudkan jika sistem *rules of recognition* dari sistem hukum Indonesia dibangun berdasar landasan teori yang matang.

Pertama, harus diperjelas bagaimana pendekatan negara dalam menghadapi keberadaan ajaran hukum agama di Indonesia. Ajaran-ajaran hukum agama hidup di tengah-tengah masyarakat dan berlaku sebagai hukum yang tidak resmi (*non-state normative orderings*). Artinya, sejak awal harus dirumuskan bagaimana kebijakan negara terhadap berbagai ajaran hukum agama tersebut; apakah akan diterima menjadi hukum resmi negara atau tetap dibiarkan menjadi hukum yang tidak resmi. *Kedua*, bagaimana wujud dari kebebasan beragama dapat direfleksikan ke dalam sistem hukum nasional. Dengan kata lain, bagaimana aturan dan kebijakan negara dalam menjamin kebebasan setiap penduduk untuk menjalankan ajaran agamanya masing-masing dapat terwujud. Kedua hal di atas secara esensial menjadi agenda utama sistem hukum Indonesia saat ini yang diharapkan dapat memberikan penghargaan terhadap kenyataan pluralisme hukum yang hidup dalam masyarakat yang beragam.²⁵⁴

Secara teoretis, terdapat tiga pendekatan yang dapat diadopsi dalam strategi kebijakan negara menghadapi eksistensi hukum agama di Indonesia, yaitu (1) pendekatan liberal; (2) pendekatan komunitarian; (3) pendekatan pragmatis.²⁵⁵ Kelompok *Pertama*, pendekatan liberal (*liberal approach*) terhadap eksistensi ajaran agama pada dasarnya didasari atas kenyataan eksistensi agama yang beragam dalam masyarakat. Negara berkewajiban untuk melindungi setiap agama yang dianut oleh warga negara. Oleh karena itu, perlindungan terhadap masyarakat yang menganut suatu ajaran agama, terutama kaum minoritas harus didasarkan pada prinsip utama penghormatan kepada individu, yang dijunjung tinggi oleh negara melalui konstitusi. Dalam hal ini, kelompok liberalis cenderung mengabaikan peran fundamental yang dapat dimainkan oleh agama dalam pembangunan sistem hukum negara. Dengan demikian, pendekatan liberal cenderung menolak eksistensi agama dalam sistem hukum negara yang sekuler.

²⁵⁴ Ratno Lukito, *Op. Cit.*, hlm. 23.

²⁵⁵ Lucinda Peach, *Legislating Morality: Pluralism and Religions Identity Lawmaking* (Oxford: Oxford University Press, 2002), hlm. 95-157.

Andai pun ajaran agama tetap hidup dalam masyarakat, negara tidak harus mencampuri terlalu dalam karena agama pada hakikatnya adalah urusan pribadi masing-masing yang berhubungan dengan eksistensi kelompok. Agama dilihat sebagai entitas yang terpisah dengan negara, dan karenanya praktik agama merupakan area privat yang sepenuhnya menjadi urusan pribadi pemeluk agama. Meskipun para teoretikus liberalis kontemporer lebih memberikan perhatian terhadap kenyataan peran ajaran agama dalam proses penciptaan hukum negara, pada umumnya mereka masih menganggap bahwa negara tidak perlu memberikan perhatian yang besar terhadap ajaran agama. Sebab, agama adalah persoalan individual sehingga tidaklah tepat jika negara melakukan campur tangan terhadapnya.²⁵⁶

Kelompok *Kedua, communitarian*, memberikan pandangan sedikit berbeda. Berbeda dengan liberalis yang memandang agama sangat individual, kelompok komunitarian lebih fokus kepada kehidupan sosial dan prinsip-prinsip kemasyarakatan dalam memahami status agama. Agama pada dasarnya merupakan konstruksi masyarakat. Ia terbentuk dari hasil relasi antar-anggota masyarakat. Oleh karena itu, peran agama dalam kehidupan sosial harus diapresiasi dan diperhatikan sehingga karakternya sebagai produk sosial tidak terkesampingkan. Artinya, menurut kelompok *communitarian*, peran agama dalam pembangunan hukum nasional dalam sebuah negara harus direkognisi. Namun, teori ini pada dasarnya mengesampingkan peran individu dalam pengamalan ajaran agama sehingga sejauh mana suatu ajaran agama akan diterima atau tidak oleh institusi negara sangat tergantung kepada peran komunitas. Dengan demikian, negara hanya bersifat reaktif, tergantung dari desakan yang berasal dari komunitas agama tertentu. Kelemahan dari pendekatan ini ada pada sikap negara yang cenderung memihak kepada komunitas yang dominan, yang

²⁵⁶ *Ibid.*, hlm. 95-117.

karenanya lebih sering merugikan kelompok-kelompok rentan dan minoritas.²⁵⁷

Kelompok *Ketiga*, pragmatis. Berbeda dengan dua kelompok sebelumnya, kelompok ini lebih menekankan pada pendekatan pragmatisme. Bagi kelompok pragmatis, eksistensi ajaran agama tidak harus bergantung secara total kepada individu (sebagaimana pendapat individualis) maupun sepenuhnya ditentukan oleh komunitas (sebagaimana pandangan komunitarian). Agama adalah eksistensi yang berada di antara dua faktor individu dan masyarakat. Seorang penganut ajaran agama memiliki hak untuk mendasarkan diri pada pandangan-pandangan pribadinya (*moral self*), sebagaimana pada saat yang lain dia mungkin akan mengikuti pemahaman masyarakatnya (*social self*). Teori ini merefleksikan suatu pemahaman bahwa ajaran agama harus dilihat secara utuh dan seimbang dalam kenyataan kehidupan individu dan masyarakat tempat individu itu berada.

Dalam hubungannya dengan kemungkinan rekognisi dari negara terhadap ajaran agama, kelompok ini berpendapat bahwa untuk menerima suatu ajaran agama bergantung pada kenyataan eksistensinya, baik pada level individu maupun kelompok. Artinya, pendekatan pragmatis mengusulkan penerimaan agama didasarkan pada pertimbangan yang lebih komprehensif, dengan melibatkan aspek-aspek individu pemeluk agama maupun masyarakat agama secara luas, sehingga dapat memajukan kepentingan masyarakat secara luas pula, tidak hanya kepentingan pribadi. Paling tidak, Pemerintah harus dapat memfokuskan kebijakan pada penciptaan keputusan hukum yang lebih berlandaskan pada kepentingan publik yang lebih luas.²⁵⁸ Postulat Ketuhanan dalam sistem hukum nasional boleh jadi lebih *match* dengan kelompok ketiga ini, ketimbang kelompok pertama dan kedua, untuk menentukan pendekatannya dalam membangun

²⁵⁷ *Ibid.*, hlm. 118-139.

²⁵⁸ *Ibid.*, hlm. 140-157.

arah hukum negara yang berkenaan dengan eksistensi agama di tanah yang plural seperti Indonesia. Sebagai postulat hukum, nilai Ketuhanan harus menjadi *guidance* bagi penciptaan *rules of recognition* dalam masalah penerimaan hukum agama dalam sistem hukum nasional, sehingga dengannya substansi, institusi maupun kultur hukum yang tercipta dapat mempertahankan nilai-nilai Ketuhanan.

Dengan dasar dan elemen negara hukum yang spesifik itulah dapat dipahami perubahan UUD 1945 ketika mengadopsi hak-hak asasi manusia, diadopsi pula pembatasan hak-hak asasi yang ditetapkan dengan undang-undang dengan maksud untuk menjamin hak dan kebebasan orang lain dan untuk memenuhi tuntutan yang adil sesuai dengan pertimbangan moral, nilai-nilai agama, keamanan serta ketertiban umum dalam masyarakat yang demokratis. Elemen negara hukum Indonesia di samping mengandung elemen negara hukum dalam arti *rechtstaat* maupun *rule of law*, juga mengandung elemen-elemen yang spesifik, yaitu elemen Ketuhanan serta tidak ada pemisahan antara agama dan negara, elemen musyawarah, keadilan sosial serta persatuan Indonesia.

5. Transformasi dalam Undang-undang Hukum Pidana Islam

Transformasi dalam bahasa Inggris disebut dengan istilah *transformation* yang artinya perubahan bentuk atau menjadi suatu yang berubah.²⁵⁹ Transformasi adalah proses dinamika yang mengarah kepada pembentukan baru (modernisasi) terhadap suatu peristiwa. *Tajdid* (modernisasi) dibenarkan dalam rangka memahami ajaran atau hukum Islam, tetapi tidak boleh melampaui batas, sebab harus dibedakan antara yang boleh diubah dan yang tidak boleh diubah. Artinya, semangat modernisasi

²⁵⁹ John M Echols dan Hassan Shadiq, *Kamus Inggris-Indonesia: An English-Indonesian Dictionary*, (Jakarta: Gramedia Pustaka Utama, 1988), hlm. 601.

tetap tidak boleh lepas dari semangat tujuan syariat, yakni merealisasikan kemaslahatan umat (*li tahqiqi masalih al-ibad*).²⁶⁰

Transformasi pemikiran dapat diterapkan terhadap ajaran-ajaran Islam termasuk di dalamnya adalah pada aspek hukum. Para ulama kontemporer menyakini adanya dasar hukum persoalan tersebut, yakni Hadis Nabi:

جددوا إيمانكم، قيل يا رسول الله وكيف نجدد إيماننا؟ قال أكثروا من قول لا اله إلا الله

Perbaikilah imanmu! Rasul bertanya, bagaimana caranya memperbaharui iman kami? Rasul menjawabnya: perbanyaklah ucapan *la ilaha illallah*.²⁶¹

Hadis di atas dapat dijadikan argumentasi bahwa Nabi Muhammad Saw. selalu menganjurkan kepada umatnya untuk senantiasa mengadakan modernisasi terhadap ajaran agama, termasuk hukum-hukumnya.

Transformasi hukum Islam menghimpun tiga pengertian yang tidak dapat dipisahkan satu sama lain, yaitu *Pertama*, sesuatu berubah karena diperbaharui, pada mulanya pernah ada dan pernah dialami. *Kedua*, sesuatu yang diperbaharui adalah yang usang dan ditinggalkan zaman, dan *Ketiga*, sesuatu yang diaktualkan dan ditransformasikan dalam bentuk kreasi baru.²⁶²

Transformasi hukum Islam dapat dipengaruhi pada perubahan dan modernisasi hukum Islam, yakni sesuatu yang pernah aktual pada awalnya, tetapi karena perkembangan waktu dan tuntutan zaman serta desakan kebutuhan, menjadi baru lagi. Oleh sebab itu, untuk mengaktualisasikannya perlu dan harus mengacu kepada teks dan konteksnya semula. Al-Qurni sebagaimana yang dikutip oleh M. Abd ar-Rauf al-Manawi mendefinisikan

²⁶⁰ Abd Wahab Khalaf, *Ilmu Usul al-Fiqh*, (Kairo: Dar al-Qalam, 1990), hlm. 198.

²⁶¹ Ahmad ibn Hanbal, *Musnad Ibn Hanbal*, Juz III, (Beirut: Dar al-Fikr, 1978), hlm. 309.

²⁶² Rifal Ka'ban dan Bustami Sa'id, *Reaktualisasi Ajaran Islam (Modernisasi Agama Visi Modernis dan Modernisasi Agama Visi Salaf)*, (Jakarta: Minaret, 1987), hlm. 52.

tajdid sebagai menghidupkan kembali al-Qur'an dan al-Hadis yang aktual dan menetapkan hukum berdasarkan suatu perubahan dan kedua sumber tersebut.²⁶³

Berdasarkan pengertian di atas, memperbaharui agama bukan berarti mengadakan hal yang baru terhadap agama, tetapi mengembalikan ajaran agama yang sudah bercampur dengan *bid'ah* menjadi murni kembali seperti semula. Maka, seseorang pembaharu adalah orang yang ahli dalam bidang agama, baik yang bertalian dengan *amaliyah* maupun hukum pokok. Sebagian pemikir seperti Thahan dan Ahmad Husnan mengakui *tajdid* (modernisasi). Akan tetapi, tidak boleh melampaui batas sebab harus dibedakan mana yang boleh diubah dan mana yang tidak boleh. Artinya, semangat modernisasi tetap tidak boleh lepas dari semangat tujuan hukum Islam.

Sejarah telah membuktikan bahwa jauh sebelum dunia Barat (abad 1 H) maju, muncul seorang pembaharu (*mujaddid*) terkenal bernama Umar ibn Abd Aziz yang telah merombak tradisi yang sudah berjalan turun-temurun dan mengembalikan citra kepemimpinan Islam sebagaimana kepemimpinan Nabi Muhammad Saw. dan Khulafaurrasyidin. Demikian juga Imam asy-Syafi'i yang mencetuskan metodologi pengkajian hukum Islam (*usul fiqh*).²⁶⁴ Oleh karena itu, tidak pantas umat Islam menolak modernisasi terhadap ajaran-ajaran Islam (terutama dalam bidang studi hukum Islam), sebab modernisasi diperlukan dalam mengaktualisasikan ajaran Islam. Dengan ketentuan bahwa modernisasi tidak boleh berubah dari *nash* al-Qur'an dan al-Hadis. Pembaharuan dilakukan pada interpretasi terhadap *nash-nash* tersebut. Dengan kata lain, *nash* tidak boleh takluk

²⁶³ M. Abd ar-Rauf al-Manawi, *Fath al-Qadir bi Syarh al-Jami' al-Saghir*, Juz II, (Beirut: Dar al-Fikr, 1972), hlm. 281.

²⁶⁴ Ibn Hajar al-Asqalani, *Fath al-Bari bi Syarh al-Bukhari*, Juz XIII, (Mesir: Mustafa Bab al-Halabi wa Awladuh, t.t.), hlm. 295.

terhadap perubahan zaman, tetapi pemahaman terhadap *nash* yang boleh mengikuti perkembangan zaman.²⁶⁵

1. Transformasi Undang-undang Hukum Islam dalam al-Qur'an

Transformasi adalah perubahan-perubahan ketetapan hukum dalam al-Qur'an dan as-Sunnah sebagaimana dilihat dalam ayat terkait dengan pengharaman *khamr* dan perubahan arah kiblat. Contohnya al-Qur'an Surah al-Baqarah ayat 219:

﴿ يَسْأَلُونَكَ عَنِ الْخَمْرِ وَالْمَيْسِرِ قُلْ فِيهِمَا إِثْمٌ كَبِيرٌ وَمَنْفَعٌ لِلنَّاسِ وَإِثْمُهُمَا أَكْبَرُ مِنْ نَفْعِهِمَا قُلْ وَمَاذَا يُنْفِقُونَ قُلِ الْعَفْوَ كَذَلِكَ يُبَيِّنُ اللَّهُ لَكُمْ الْآيَاتِ لَعَلَّكُمْ تَتَفَكَّرُونَ ﴾

219. Mereka bertanya kepadamu tentang *khamr*²⁶⁶ dan judi. Katakanlah: "Pada keduanya terdapat dosa yang besar dan beberapa manfaat bagi manusia, tetapi dosa keduanya lebih besar dari manfaatnya". Dan mereka bertanya kepadamu apa yang mereka nafkahkan. Katakanlah: " Yang lebih dari keperluan." Demikianlah Allah menerangkan ayat-ayat-Nya kepadamu supaya kamu berpikir.²⁶⁷

Ayat di atas belum mengharamkan *khamr* dan judi, melainkan berbentuk peringatan, yakni minuman *khamr* dan bermain judi ada manfaatnya, tetapi mengandung *mudharat*, dan *mudharatnya* lebih besar daripada manfaat. Ketidakharaman minuman *khamr* dan judi di awal Islam, di samping keduanya merupakan kebiasaan orang Arab juga bentuk transformasi hukum yang ada dalam al-Qur'an.

²⁶⁵ Umar Shihab, *Hukum Islam dan Transformasi Pemikiran*, (Semarang: Dina Utama, 1996), hlm. 40.

²⁶⁶ Segala minuman yang memabukkan.

²⁶⁷ Q.S. al-Baqarah (2): 219.

Peringatan berikutnya supaya jangan melakukan shalat dalam keadaan mabuk, belum sampai pada tahap pengharaman, yaitu:

يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَقْرَبُوا الصَّلَاةَ وَأَنْتُمْ سُكَرَىٰ حَتَّىٰ تَعْلَمُوا
مَا تَقُولُونَ وَلَا جُنُبًا إِلَّا عَابِرِي سَبِيلٍ حَتَّىٰ تَغْتَسِلُوا وَإِنْ كُنْتُمْ
مَّرْضَىٰ أَوْ عَلَىٰ سَفَرٍ أَوْ جَاءَ أَحَدٌ مِّنْكُم مِّنَ الْغَايَةِ أَوْ لَمَسْتُمُ
النِّسَاءَ فَلَمْ تَجِدُوا مَاءً فَتَيَمَّمُوا صَعِيدًا طَيِّبًا فَامْسَحُوا
بُيُوتَهُمْ وَأَيْدِيكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَفُورًا غَفُورًا ﴿٤٣﴾

43. Hai orang-orang yang beriman, janganlah kamu shalat, sedang kamu dalam keadaan mabuk, sehingga kamu mengerti apa yang kamu ucapkan, (jangan pula hampiri masjid) sedang kamu dalam keadaan junub,²⁶⁸ terkecuali sekadar berlalu saja, hingga kamu mandi. Dan jika kamu sakit atau sedang dalam musafir atau datang dari tempat buang air atau kamu telah menyentuh perempuan, kemudian kamu tidak mendapat air, maka bertayamumlah kamu dengan tanah yang baik (suci); sapulah mukamu dan tanganmu. Sesungguhnya Allah Maha pema'af lagi Maha pengampun.²⁶⁹

Sebab turunnya ayat di atas adalah ketika Abd Rahman ibn Auf mengundang para sahabat untuk makan bersama dihidangkan *khamr*. Pada saat tiba waktu shalat, salah satu dari mereka dalam keadaan mabuk diangkat menjadi imam dan ternyata keliru membaca:

قُلْ يَتَأْتِيهَا الْكَافِرُونَ ﴿١﴾ لَا أَعْبُدُ مَا تَعْبُدُونَ ﴿٢﴾

1. Katakanlah: "Hai orang-orang kafir, 2. aku tidak akan menyembah apa yang kamu sembah."²⁷⁰

²⁶⁸ Menurut sebahagian ahli tafsir dalam ayat ini termuat juga larangan untuk bersembahyang bagi orang junub yang belum mandi.

²⁶⁹ Q.S. an-Nisa' (4): 43.

²⁷⁰ Q.S. al-Kafirun (109): 1-2.

Ia membacanya:

قُلْ يَٰٓأَيُّهَا الْكَافِرُونَ ﴿١﴾ أَعْبُدُوا مَا تَعْبُدُونَ ﴿٢﴾

1. Katakanlah: "Hai orang-orang kafir, 2. aku menyembah apa yang kamu sembah.

Peringatan terakhir adalah pengharaman mutlak dari jenis minum-minuman keras.

يَٰٓأَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِنَّمَا الْخَمْرُ وَالْمَيْسِرُ وَالْأَنصَابُ وَالْأَزْلَمُ
رَجْسٌ مِّنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ فَاجْتَنِبُوهُ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ ﴿٩٠﴾

90. Hai orang-orang yang beriman, sesungguhnya (meminum) khamar, berjudi, (berkorban untuk) berhala, mengundi nasib dengan panah,²⁷¹ adalah termasuk perbuatan syaitan. Maka jauhilah perbuatan-perbuatan itu agar kamu mendapat keberuntungan.²⁷²

Demikian halnya dengan perubahan hukum dalam hal menghadap arah kiblat pada waktu shalat, seperti dijelaskan dalam ayat berikut.

وَلِلَّهِ الْمَشْرِقُ وَالْمَغْرِبُ ۚ فَأَيْنَمَا تُوَلُّوا فَثَمَّ وَجْهُ اللَّهِ ۚ إِنَّ اللَّهَ وَاسِعٌ

عَلِيمٌ ﴿١١٥﴾

²⁷¹ *al-Azlaam* artinya anak panah yang belum memakai bulu. Orang Arab Jahiliyah menggunakan anak panah yang belum pakai bulu untuk menentukan Apakah mereka akan melakukan suatu perbuatan atau tidak. Caranya ialah: mereka ambil tiga buah anak panah yang belum pakai bulu. setelah ditulis masing-masing Yaitu dengan: "lakukanlah, jangan lakukan, sedang yang ketiga tidak ditulis apa-apa", diletakkan dalam sebuah tempat dan disimpan dalam Ka'bah. bila mereka hendak melakukan sesuatu Maka mereka meminta supaya juru kunci ka'bah mengambil sebuah anak panah itu. Terserahlah nanti Apakah mereka akan melakukan atau tidak melakukan sesuatu, sesuai dengan tulisan anak panah yang diambil itu. kalau yang terambil anak panah yang tidak ada tulisannya, Maka undian diulang sekali lagi.

²⁷² Q.S. al-Maidah (5): 90.

115. Dan kepunyaan Allah-lah timur dan barat, maka kemana pun kamu menghadap di situlah wajah Allah.²⁷³ Sesungguhnya Allah Maha Luas (rahmat-Nya) lagi Maha mengetahui.²⁷⁴

Ayat selanjutnya:

قَدْ نَرَى تَقَلُّبَ وَجْهِكَ فِي السَّمَاءِ فَلَنُوَلِّيَنَّكَ قِبْلَةً تَرْضَاهَا فَوَلِّ وَجْهَكَ شَطْرَ الْمَسْجِدِ الْحَرَامِ وَحَيْثُ مَا كُنْتُمْ فَوَلُّوا وُجُوهَكُمْ شَطْرَهُ وَإِنَّ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ لَيَعْلَمُونَ أَنَّهُ الْحَقُّ مِنْ رَبِّهِمْ وَمَا اللَّهُ بِغَفِلٍ عَمَّا يَعْمَلُونَ

144. sungguh Kami (sering) melihat mukamu menengadahkan ke langit,²⁷⁵ maka sungguh Kami akan memalingkan kamu ke kiblat yang kamu sukai. Palingkanlah mukamu ke arah Masjidil Haram. Dan dimana saja kamu berada, palingkanlah mukamu ke arahnya. Dan sesungguhnya orang-orang (Yahudi dan Nasrani) yang diberi Al-Kitab (Taurat dan Injil) memang mengetahui, bahwa berpaling ke Masjidil Haram itu adalah benar dari Tuhannya; dan Allah sekali-kali tidak lengah dari apa yang mereka kerjakan.²⁷⁶

Perdebatan yang terjadi karena dinamika waktu dan sosial pada saat itu dan dijelaskan secara langsung oleh al-Qur'an merupakan awal dan dasar hukum transformasi hukum dalam Islam.

²⁷³ Di situlah wajah Allah maksudnya; kekuasaan Allah meliputi seluruh alam; sebab itu di mana saja manusia berada, Allah mengetahui perbuatannya, karena ia selalu berhadapan dengan Allah.

²⁷⁴ Q.S. al-Baqarah (2): 115.

²⁷⁵ Maksudnya ialah Nabi Muhammad Saw. sering melihat ke langit berdoa dan menunggu-nunggu turunnya wahyu yang memerintahkan beliau menghadap ke Baitullah.

²⁷⁶ Q.S. al-Baqarah (2): 144.

2. Transformasi Undang-undang Hukum Islam dalam As-Sunnah

Transformasi dalam hadis Nabi dapat dilihat pada riwayat at-Turmuji dari Sulaiman bin Buraidah dari Ayahnya, Nabi bersabda:

قد كنت نهيتكم عن زيارة القبور، أذن لمحمد في زيارة القبر أمه فزورها، فإنه
تذكرة لا خرة

“Saya telah melarang Anda untuk mengunjungi makam tersebut, memberi wewenang kepada Muhammad untuk mengunjungi makam ibunya dan mengunjungi mereka, dia menyeka bola tersebut.”²⁷⁷

Hadis ini menjelaskan larangan berziarah kubur di awal Islam. Hal ini dikhawatirkan banyak umat Islam yang musyrik karena masih lemahnya iman dan akidah mereka, tetapi pada perkembangannya berubah dan dianjurkan untuk berziarah kubur. Kasus larangan menziarahi kubur dan anjuran menziarahi kubur merupakan bukti perubahan hukum yang dipengaruhi oleh dinamika waktu dan sosial.

Demikian halnya kasus boleh tidaknya menyimpan daging kurban lebih dari tiga hari. Pada mulanya, Nabi melarang menyimpan daging kurban. Hal ini disebabkan pada saat itu ada serombongan tamu dari Madinah dan daging disarankan untuk menjamu para tamu sebagai bentuk penghormatan. Dengan alasan di atas, Nabi melarang kepada para Sahabat menyimpan daging kurban. Pada tahun berikutnya, Nabi ditanya apakah kami harus melakukan daging kurban seperti tahun lalu, Nabi menjawab, “Makanlah dan simpanlah daging kurbanmu”.²⁷⁸ Nabi tidak memberikan fatwa hukum yang sama karena disebabkan dinamika waktu dan sosial, yang mana pada tahun

²⁷⁷ At-Turmuji, *Sunan at-Turmuji*, Juz III, (Mesir: Mustafa Bab al-Halabi wa Awladuhu, 1937), hlm. 270.

²⁷⁸ Yusuf al-Qaradhwai, *Awamil al-Sa'ah wa al-Murunah fi asy-Syari'ah al-Islamiyyah*, alih bahasa Rifyal Ka'ban, (Jakarta: Minaret, 1988), hlm. 102.

kedua tidak ada kedatangan tamu yang harus dijamu dan dimormati, maka hukum menyimpan daging kurban adalah boleh.

Pada perkembangan hukum Islam kontemporer, menyimpan daging kurban juga bisa dilarang ketika masyarakat Muslim sekitar membutuhkan. Akan tetapi, boleh jadi bisa dianjurkan ketika masyarakat sudah berkecukupan. Bahkan, tidak terbatas tiga hari, bisa satu minggu atau sebulan karena kemajuan teknologi. Demikian halnya larangan Hadis tentang menyimpan dan memproduksi patung. Pada saat itu, kondisi umat Islam masih lemah dan bisa trauma tentang Tuhan mereka sebelumnya yang dibuat dari benda mati dan berupa patung sehingga ada kekhawatiran terjadi kemusyrikan. Pada dunia modern sekarang ini, seni patung merupakan kreativitas manusia sehingga hukumnya tidak lagi dilarang, tetapi mubah.

3. Transformasi Undang-undang Hukum Islam pada Masa Sahabat

Setelah Nabi Muhammad Saw. wafat, transformasi undang-undang hukum Islam yang didasarkan pada al-Qur'an dan as-Sunnah tidak terjadi lagi. Hal yang terjadi dan berkembang pada masa Sahabat adalah transformasi terhadap interpretasi *nash-nash*. Transformasi inilah yang terjadi dari zaman ke zaman sampai sekarang.

Contohnya adalah polemik pengumpulan ayat-ayat al-Qur'an oleh Abu Bakar ash-Shiddiq karena tidak diperintahkan oleh Nabi Muhammad Saw., tetapi dengan pertimbangan *maslahat*, ayat-ayat al-Qur'an dikumpulkan. Umar ibn al-Khattab dikenal sebagai sosok dan tokoh yang pendapatnya menimbulkan kontroversi di kalangan sahabat kala itu. Salah satu kebijakan kontroversial adalah mengenai keputusan penghapusan hukum potong tangan pada musim kelaparan

dan dihapuskannya *mu'allafah qulubuhum* dalam penerimaan zakat.²⁷⁹ Sikap Umar ibn Khattab bukan berarti mengubah ayat-ayat al-Qur'an, melainkan menafsirkan ayat tersebut sesuai dengan kondisi sosial masyarakat tanpa mengurangi makna dan pesan ayat, seperti penangguhan hukum potong tangan. Hal ini karena asumsi bahwa pencurian dilakukan dalam keadaan terpaksa dan jika tidak dilakukan akan menimbulkan kematian. Demikian juga *mu'allafah qulubuhum*, dihapuskan dari penerimaan zakat karena orang Islam pada saat itu tidak perlu simpatisan dari orang-orang non-Muslim. Demikian juga praktik penerimaan hukum yang dilakukan oleh Usman ibn Affan dalam hal pembukuan al-Qur'an, karena mempertimbangkan *maslahat*, sebab dikawatirkan al-Qur'an akan hilang akibat para penghafal al-Qur'an meninggal di medan pertempuran.

Perkembangan berikutnya adalah transformasi pemikiran yang terjadi antara imam mazhab dan para murid setianya. Imam Malik melarang memelihara anjing dalam rumah. Larangan tersebut dilanggar oleh muridnya Abu Zaid al-Qairawani, ia memelihara anjing sebagai penjaga rumah.²⁸⁰ Transformasi antara Imam Ahmad ibn Hambal dengan Ibn Taimiyah. Imam Ahmad memegang teguh Hadis Nabi yang melarang orang non-Muslim meminum minuman keras di tengah-tengah orang Muslim, tetapi Ibn Taimiyah membiarkan orang Tartar mabuk-mabukan di Kota Damaskus.

Perubahan mendasar dalam kehidupan manusia sesuai dengan perkembangan zaman selalu menuntut modernisasi, reformasi, dan formulasi rumusan hukum. Jika tidak, hukum yang ada tidak akan mampu melahirkan kemaslahatan bagi kehidupan manusia. Hal yang terjadi justru sebaliknya, hukum menjadi pengekan kemajuan umat. Pertanyaannya adalah bagaimana cara melakukan perubahan, tetapi

²⁷⁹ Umar Syihab, *al-Qur'an dan Rekayasa Sosial*, (Jakarta: Pustaka Kartini, 1990), hlm. 26-27.

²⁸⁰ Yusuf al-Qaradhawi, *Awamil.....*, hlm. 142.

masih dalam batas-batas yang dibenarkan oleh Allah?²⁸¹ Secara metodologis, upaya pemahaman ajaran hukum Islam harus meliputi dua model pendekatan.²⁸² *Pertama*, pendekatan *doktriner-normatif*, artinya memahami ajaran hukum Islam berdasarkan teks-teks yang datang dari Allah. *Kedua*, pendekatan *empiris-induktif*, yakni pemahaman al-Qur'an dan as-Sunnah secara relatif sesuai dengan sifat manusia. Pendekatan filosofis, sosiologis, antropologis, dan historis juga sangat penting sebab pemahaman terhadap suatu teks akan sangat dipengaruhi oleh banyak faktor, baik bahasa maupun konteks sosial teks itu sendiri. Bahkan, sekarang semakin dirasakan pentingnya kajian hermeneutika hukum (*legal hermeneutics*) yang dalam kajian hukum konvensional kurang mendapat perhatian.²⁸³

Suatu hal yang perlu diperhatikan adalah tentang sifat teologis hukum Islam. Sifat ini dapat dilihat dari tujuan-tujuan tertentu yang hendak dicapai. Memang banyak teori dikemukakan dalam rangka menjabarkan cita-cita ini. Teori yang paling terkenal adalah teori *maqasid asy-syari'ah*. Pencetus teori ini adalah aj-Jawaini dan dikembangkan oleh muridnya yang terkenal Imam al-Ghazali.²⁸⁴ Setelah mengalami pengembangan puncak melalui Imam asy-Syatibi, teori ini mengalami stagnasi panjang seiring dengan stagnan ilmiah dunia Islam kala itu. Muhammad Abduh dan Rasyid Ridha di Mesir, juga al-Maududi di India, merekomendasikan agar murid-murid

²⁸¹ Akh. Minhaji, "Tradisi *Ishlah* dan *Tajdid* dalam Hukum Islam" dalam *Jurnal Profetika*, Jurnal Studi Islam, Yogyakarta, 2001, hlm. 246-247.

²⁸² Akh. Minhaji, "Reorientasi Kajian Ushul Fiqh" ditulis dalam jurnal dengan tema Tradisi *Ishlah* dan *Tajdid* dalam Hukum Islam" dalam *Jurnal Profetika*, Jurnal Studi Islam, Yogyakarta, 2001, hlm. 248.

²⁸³ *Ibid.*

²⁸⁴ Yudian Wahyudi, *Usul Fiqh Versus Hermeneutika: Membaca Islam dari Kanada dan Amerika*, (Yogyakarta: Nawaesea Press, 2006), hlm. 44.

mereka mengkaji *al-Muafaqat fi Usul al-Ahkam*, karya asy-Syatibi yang mengaplikasikan teori ini.²⁸⁵

Tuntutan perubahan dan perkembangan zaman, modernisasi, reformasi, dan reformulasi perumusan hukum dapat dijelaskan dan dijabarkan dalam contoh berikut ini. Persoalan zakat sebagai salah satu rukun Islam yang bercorak sosial ekonomi memerlukan pemikiran baru, misalnya zakat penghasilan, binatang kuda, dan hasil tanaman. Masalah kuda, Nabi pernah bersabda, “Tidak wajib zakat atas seseorang Muslim pada hamba dan kudanya”. Hadis ini diikuti oleh Jumhur ulama kecuali Abu Hanifah. Untuk kondisi kekinian, pendapat jumhur ulama perlu ditinjau kembali dan berpaling ke pendapat Abu Hanifah, sebab sekarang banyak orang memanfaatkan kuda sebagai harta kekayaan yang berharga relatif mahal. Ada sesuatu yang kurang logis dalam hal ini, kambing wajib dizakati sementara kuda tidak perlu dizakati.²⁸⁶ Demikian halnya tentang zakat hasil tanaman, jumhur ulama mewajibkan zakat terbatas pada tanaman makanan pokok, pendapat tersebut disanggah oleh Abu Hanifah dan mewajibkan zakat pada semua hasil tanaman termasuk sayur-sayuran. Alasannya karena pada zaman dahulu hanya terbatas menanam tanaman bahan makanan pokok. Saat sekarang yang ditanam memiliki nilai jual tinggi, seperti teh, cengkeh, coklat, dan sebagainya. Tanaman yang menghasilkan laba tinggi tidak dikenakan zakat, sementara yang bernilai ekonomi rendah malah wajib dizakati. Dalam hal ini pendapat Abu Hanifah perlu dilegalisasikan.²⁸⁷

Lainnya mengenai ibadah haji. Banyak kasus berkenaan dengan ibadah haji yang perlu reformulasi pemikiran hukum. Untuk *tawaf*

²⁸⁵ Satria Efendi, “Maqashid as-Syari’at dan Perubahan Sosial” dalam *Dialog*, Badan Litbang Depag No. 33 Tahun XV, Januari 1991, hlm. 29.

²⁸⁶ Imam an-Nawawi, *Imam Muslim bi Syarh an-Nawawi*, Juz VII, (Mesir: al-Matba’ah al-Maktabah al-Misriyyah, t.t.), hlm. 55.

²⁸⁷ Yusuf al-Qaradhawi, *Fiqh az-Zakat*, alih Bahasa Didin Hafidhudin, (Jakarta: Litera Antar Nusa, 1988), hlm. 232-233.

ifadah, dahulu jamaah harus dalam keadaan suci, tetapi bagi wanita haid untuk kondisi kekinian dibolehkan dengan cara menjaga agar darah tidak menetes atau dengan mengonsumsi obat penunda haid. Pertimbangannya, karena kalau harus menunggu berakhirnya masa haid, jamaah bisa ketinggalan pesawat. Demikian juga dalam melempar *jumrah* yang seharusnya dilakukan setelah tergelincirnya matahari. Pada era sekarang bisa dilakukan sebelum tergelincirnya matahari mengingat jamaah haji sekarang berbeda kualitasnya dibandingkan dengan masa Nabi.²⁸⁸

Mabit di Mina dilakukan oleh jamaah yang hendak melempar *jumrah* pada tanggal 12-13 Dzulhijah.²⁸⁹ Tetapi dengan banyaknya jumlah jamaah, *mabit* di Mina dapat diartikan bermalam di atas kendaraan dengan ketentuan boleh meninggalkan Mina apabila lewat tengah malam. Bahkan menurut pendapat Abu Hanifah, bermalam di Mina bukan rukun haji tetapi sunnah haji.²⁹⁰ Selanjutnya permasalahan pembayaran *dam* (denda) yang harus dibayarkan di Kota Makkah dan hanya dibagikan masyarakat Muslim di sana. Padahal, akan lebih bermanfaat jika *dam* dibayarkan di Tanah Air melalui kerabatnya atau dibayar sebelum berangkat ke Tanah Suci. Hal ini karena masyarakat Indonesia lebih membutuhkan dibandingkan masyarakat Arab. Hal ini terkait dengan tujuan pembayaran *dam*, yaitu keadilan sosial.

Transformasi pemikiran hukum Islam merupakan tuntutan perkembangan zaman yang membutuhkan modernisasi dan reformulasi. Ada satu kesimpulan penting dari pembahasan sebelumnya, yakni *ijtihad* merupakan suatu keharusan dan menjadi tuntutan untuk dilakukan setiap saat untuk menjawab persoalan umat.

²⁸⁸ Yusuf al-Qaradhawi, *al-Ijtihad fi asy-Syari'at al-Islamiyyah: Ma'a Nazarah Tahliliyyah fi al-Ijtihad al-Mu'asir*, (Mesir: Mustafa Bab al-Halabi wa Awladulu, 1958), hlm. 168.

²⁸⁹ *Ibid.*

²⁹⁰ Abdurrahman al-Jaziri, *Kitab al-Fiqh ala al-Mazahib al-Arba'ah*, Juz I, (Mesir: Dar al-Bab al-Halabi wa Awladuh, t.t.), hlm. 665-666.

Oleh karena itu, ketergantungan terhadap mazhab secara membabi buta semakin tidak mendapat tempat di mata umat. Tampaknya pemikiran Akh. Minhaji mengenai model pendekatan dalam berijtihad perlu disikapi secara positif. Pendekatan *pertama, doktriner-normatif*, artinya Islam sebagai agama mendasarkan segala ajaran pada al-Qur'an dan as-Sunnah sehingga setiap individu Muslim harus mendasarkan segala aktivitas pada keduanya. *Kedua*, pendekatan *empiris-induktif*, artinya pemahaman al-Qur'an dan as-Sunnah tidak absolut, melainkan relatif, sesuai dengan sifat relativitas manusia.²⁹¹ Lebih lanjut, ditegaskan bahwa hasil hukum dari proses berijtihad melalui model logika bersifat relatif, luwes, fleksibel, dan sekaligus dipandang mampu mengikuti denyut jantung dan perkembangan umat dengan tetap berlandaskan pada prinsip yang telah ada. Model pendekatan empiris-historical-induktif yang bercirikan *dialectical logic* sepadan dengan model kajian ilmu pengetahuan lainnya seperti dikenal di Barat dengan istilah *scientific approach* dengan hasil yang bersifat relatif.

Kedua model, baik normatif maupun empirik mempunyai implikasi jauh terhadap ijtihad yang berkembang selama ini. Tidak jarang misalnya, sebagai mujtahid lebih menekankan pada pola pertama (normatif) dan tidak memberi perhatian pada pola kedua (empiris). Akibatnya, hasil ijtihad cenderung tidak membumi dan tidak menyentuh persoalan umat. Sebaliknya, sebagian mujtahid lebih menekankan pada pola kedua (empiris) dengan *al-aql* yang lebih dominan, baik dalam bentuk *maslahah*, *istihsan*, *qiyas* atau lainnya. Dengan alasan untuk menjawab persoalan riil di masyarakat, mujtahid

²⁹¹ Akh. Minhaji, "Perubahan Sosial dalam Perpektif Sejarah Hukum Islam (Kerangka Metologi)", dalam *Jurnal Dialektika Peradaban Islam: Dinamika*, Yogyakarta, Edisi Juli 2003, hlm. 20-21.

model ini sering terjebak pada pola pragmatisme dan utilitarianisme yang justru membawa mereka semakin jauh dari ketentuan teks.²⁹²

Kompleksitas masalah yang dihadapi umat Islam dewasa ini menuntut para mujtahid berusaha mengantisipasi bentuk ijtihad. Pada dasarnya, semua masalah telah ada dalam al-Qur'an dan as-Sunnah, tetapi ada yang ditegaskan secara terperinci dan ada yang secara global dan diperlukan penalaran mendalam. Permasalahan yang dihadapi umat Islam di berbagai tempat sangat kasuistik. Artinya, tidak semua persoalan yang dihadapi umat Islam di suatu tempat sama dengan permasalahan umat di tempat lain.²⁹³

Bentuk ijtihad yang sesuai dengan situasi dan kondisi, sebagai berikut.

1. Ijtihad *intiqā'i* (*tarjih*), yakni memilih salah satu pendapat terkuat dari beberapa pendapat yang ada dalam karya para mujtahid.²⁹⁴ Ijtihad diperlukan karena ada berbagai teks yang bersifat relatif sehingga tidak setiap persoalan terlepas dari perbedaan pendapat. Para mujtahid telah menetapkan hukum pada masanya dan sifatnya belum final, maka perlu ditilik kembali, apakah masih sesuai dengan situasi dan kondisi zaman. Upaya tersebut bukan berarti menolak pendapat para mujtahid terdahulu, melainkan ditransformasikan sesuai perkembangan zaman.
2. Ijtihad *insyā'i* (penalaran baru) artinya mengambil kesimpulan hukum baru (pendapat baru) terhadap suatu masalah yang belum pernah ditemukan oleh para ulama terdahulu. Ijtihad ini sangat diperlukan karena berbagai permasalahan yang timbul dalam

²⁹² Akh. Minhaji, "Tradisi Ijtihad dalam Islam, Dulu, Kini dan masa Mendatang", dalam *Jurnal Hukum*, Yogyakarta, Edisi Juni 2001, hlm. 15.

²⁹³ Umar Shihab, *Hukum Islam dan.....*, hlm. 78.

²⁹⁴ Yusuf al-Qaradawi, *Al-Ijtihad fi asy-Syari'at.....*, hlm. 150.

perkembangan iptek, seperti pencangkokan organ tubuh, donor mata, bayi tabung (inseminasi buatan) dan lain sebagainya. Masalah-masalah ini mutlak persoalan ijtihadiyyah sehingga tidak akan tercapai jika hanya terpaku pendapat mujtahid terdahulu, sebab mereka belum menentukan kasus tersebut.

3. *Al-ijtiḥad al-jamī' bain al-intiqā' wa al-insyā'* artinya menggabungkan kedua bentuk ijtihad sebelumnya. Dengan demikian, untuk menguatkan atau mengompromikan beberapa pendapat, juga diupayakan ada pendapat baru sebagai jalan keluar yang lebih sesuai dengan tuntutan zaman.²⁹⁵

Penelusuran ijtihad kekinian dengan berbagai kombinasi pemikiran ulama terdahulu merupakan suatu keharmonisan berpikir. Evaluasi dan kaji ulang terhadap proses ijtihad guna menjawab persoalan umat harus selalu dilakukan, sebab persoalan umat tidak sesederhana yang dibayangkan. Evaluasi bisa berhasil dengan baik jika umat Islam, terutama para mujtahid, terbuka dan mampu mengapresiasi perkembangan dan perubahan yang terjadi. Sebagaimana ungkapan Ibn Qayyim al-Jauziyyah: *taghayyur al-aḥkam bi taghayyur al-amkan wa al-azman wa al-ahwal*. Hukum berubah karena perubahan tempat, zaman, dan keadaan.

Ungkapan Iskandar Mirza sebagaimana dikutip oleh Akh. Minhaji menjelaskan, “Islam terdahulu dinamis dan terlalu sakral untuk hanya dibatasi dan dikaitkan dengan perjalanan waktu, sebagaimana akal manusia berkembang sejalan dengan penemuan-penemuan baru dalam bidang ilmu pengetahuan, pemahaman manusia mengenai kehidupan dan agama akan selalu berkembang dan berjalan seiring. Adalah sebuah ironi bahkan tragedi sejarah, ketika Islam

commit to user

²⁹⁵ Umar Shihab, *Hukum Islam dan.....*, hlm. 79-81.

sering kali terjebak pada pengakuan para “ahli agama” (yang justru anti perubahan),²⁹⁶ meskipun Islam sendiri menolak sistem kerahiban (yang otoriter) dalam praktik umat Islam.

6. Dinamika Penerapan Hukum Pidana Islam di Indonesia

Di zaman awal Islam, pluralisme merupakan pilihan Nabi Besar Muhammad Saw. sebagai pondasi hidup bernegara. Pluralisme politik pertama kali dikenalkan Nabi Muhammad Saw. pada periode pasca hijrah di Madinah. Nabi Saw. mengadakan kontrak sosial politik dengan elemen masyarakat Madinah yang pluralis. Kontrak sosial politik ini dikenal dengan istilah *Sahifah Madinah* atau Piagam Madinah.²⁹⁷ Di dalam Piagam Madinah, salah satunya dinyatakan tentang hak kewarganegaraan dan partisipasi kaum non-Muslim di Kota Madinah yang dipimpin langsung oleh Nabi Muhammad Saw. Kaum Yahudi yang semula merupakan himpunan suku-suku juga diangkat statusnya oleh Piagam tersebut menjadi warga negara yang sah. Jadi, dengan Piagam Madinah, Nabi ingin memproklamasikan bahwa semua warga negara, baik Muslim maupun non-Muslim adalah satu bangsa atau *ummatan wahidah* dan bahwa semua memiliki hak dan kewajiban yang sama. Dalam konteks Indonesia, menurut Nurcholish Madjid, kedudukan serta fungsi Pancasila dan UUD 1945 bagi umat Islam Indonesia, sekalipun tidak dapat disamakan, sebenarnya dapat dianalogikan dengan kedudukan serta fungsi dokumen politik pertama dalam sejarah Islam, yakni Piagam Madinah.²⁹⁸

²⁹⁶ Ceramah Iskandar Mirza, Presiden Pakistan pada acara *Islamic Collogium* di Pakistan tahun 1957 sebagaimana dikutip Akh. Minhaji, “Tradisi Ijtihad dalam Islam, Dulu, Kini dan masa Mendatang”, dalam *Jurnal Hukum*, Yogyakarta, Edisi Juni 2001, hlm. 18.

²⁹⁷ Teks asli Piagam Madinah bisa dilihat dalam karya Ibn Kasir, *al-Bidayah wa al-Nihayah*, (Beirut: Maktabah al-Ma’arif, t.t.), hlm. 224-226.

²⁹⁸ Nurcholish Madjid, *Agama dan Negara dalam Islam*, seri KKA No. 55/Tahun V/1991, hlm. 11-15.

Kelahiran Pancasila menjadi tonggak ideologi bangsa Indonesia dalam menciptakan tatanan bangsa yang adil, sejahtera, dan berketuhanan. Sebuah ideologi yang mana konsep ketuhanan menjadi spirit dalam dasar negara, tetapi meniscayakan pemisahan antara wilayah agama dan negara. Pancasila hadir sebagai alat pemersatu keberagaman suku, bangsa, bahasa, budaya dan adat istiadat, lebih-lebih agama sebagai perbedaan yang paling mendasar diwadahi dalam Bhinneka Tunggal Ika.

Namun seiring waktu dari pergantian rezim Orde Lama ke Orde Baru, babak baru ideologi Pancasila dimulai. Orde Baru memonopoli penafsiran Pancasila melalui indoktrinasi kepada seluruh warga negara dengan segala profesi dan usia serta pendidikan. Pada masa itu, Pancasila menjadi alat untuk “menikam” siapa saja yang divonis melanggar, termasuk di dalamnya gerakan Islam radikal.

Sementara itu, sekarang ini masyarakat Islam Indonesia sedang mengalami suatu gejala gerakan “formulasi syariat Islam”. Maraknya formulasi syariat Islam di daerah melalui penerapan Peraturan Daerah (Perda) sesungguhnya tidak bisa dipisahkan dari berlakunya Otonomi Daerah (Otonoda) sebagai bagian dari agenda demokratisasi Indonesia pasca runtuhnya Orde Baru.²⁹⁹ Fenomena semacam ini, secara teoretik sebenarnya bukan sesuatu yang mengejutkan. Willian R. Liddle, pernah meramalkan keadaan seperti ini. Meneurutnya, dalam ikhlim politik yang terbuka, gerakan Islam yang cenderung skriptualis akan muncul.³⁰⁰

Sementara di masa Orde Baru, perda-perda bernuansa syariat Islam tidak bermunculan karena kontrol ketat dari pemerintah pusat. Ketika Orde

²⁹⁹ Otonomi daerah merupakan bentuk pemerataan kekuasaan melalui pemberian otonomi atau pemberian wewenang kepada daerah-daerah untuk mengurus dan mengatur rumah tangga mereka sendiri melalui desentralisasi dan dekonsentrasi. Moh. Mahfud MD, *Membangun Politik Hukum, Menegakkan Konstitusi*, (Jakarta: LP3ES, 2006), hlm. 221.

³⁰⁰ Willian R. Liddle, “Media Dakwah Sciptualism: One Form of Islamic Political Though and Action in New Order Indonesia”, dalam Mark R. Woodward (ed.), *Toward a New Paradigm: Recent Development in Indonesia Islamic Thought*, (Arizona: Arizona State University, 1996), 323.

Baru runtuh dan kontrol kekuasaan memudar seiring dengan tuntutan reformasi, salah satunya adalah desentralisasi kekuasaan melalui Otonomi Daerah. Perda-perda ini mulai bermunculan dalam kurun waktu enam belas tahun terakhir atau sejak Otonomi Daerah diberlakukan pada tahun 1999.³⁰¹

Wacana formulasi syariat Islam kembali menguat pasca reformasi 1998, semenjak Sidang Tahunan MPR tahun 2000-2002 dan menjadi wacana penting, baik dalam ranah intelektual maupun politik yang dipicu oleh usulan beberapa partai politik di parlemen.³⁰² Sementara di luar parlemen, upaya formulasi intens dilakukan oleh beberapa organisasi massa Islam yang mengusung ideologi transnasional.³⁰³ Namun, pembahasan tentang pencantuman “tujuh kata” dari Pancasila Piagam Jakarta terbentur pada Sidang Tahunan MPR, karena muncul penolakan dari sejumlah tokoh³⁰⁴ dan organisasi massa Islam.³⁰⁵

³⁰¹ Majalah Gatra, “Gelora Syari’ah Islam Mengepung Kota”, 01 Mei 2006.

³⁰² Partai pengusung teks Pancasila Piagam Jakarta antara lain adalah Partai Bulan Bintang (PBB), Partai Keadilan Sejahtera (PKS), dan Partai Persatuan Pembangunan (PPP). Dalam pemberitaan, PPP tetap akan memperjuangkan Pancasila Piagam Jakarta untuk masuk dalam UUD 1945. Hal ini diungkapkan Ketua Umum PPP Hamzah Haz (saat itu) dalam Tabligh Akbar Warga PPP di Provinsi Daerah Istimewa Yogyakarta (DIY), 26 November 2001. Menurut Hamzah Haz, memperjuangkan Pancasila Piagam Jakarta masuk dalam UUD 1945 bukan berarti PPP menginginkan Indonesia menjadi negara Islam. PPP sama sekali tidak menginginkan berdirinya Negara Islam Indonesia. Yang ingin ditegakkan adalah Syari’at Islam. Lihat Satya Arinanto, “Piagam Jakarta dan Cita-cita Negara Islam”, dalam Kuriawan Zein dan Saripudin HA (ed.), *Syari’at Islam Yes, Syari’at Islam No. Dilema Piagam Jakarta dalam Amandemen UUD 1945*, (Jakarta: Paramadina, 2001), hlm. 57.

³⁰³ Sejumlah Organisasi Massa Islam penggusung Pancasila Piagam Jakarta adalah Front Pembela Islam (FPI), Kesatuan Aksi Mahasiswa Muslim Indonesia (KAMMI), Gerakan Pemuda Islam (GPI), Pelajar Islam Indonesia (PII), Himpunan Muslim Antar Kampus (HAMMAS), Himpunan Mahasiswa Muslim Indonesia (HMII), Komite Indonesia untuk Solidaritas Islam (KISDI), Dewan Dakwan Islamiyah Indonesia (DDII), Hizbut Tahrir Indonesia (HTI), dan Majelis Mujahidin Indonesia (MMI). Lihat Syafi’i Ma’arif, et. all, *Syari’at Islam Yes, Syari’at Islam No*, dalam Kurniawan Zein dan Saripudi HA (ed.), *Ibid.*, hlm. xix. Hizbut Tahrir Indonesia (HTI) dan Majelis Mujahidin Indonesia (MMI) memiliki visi yang sama dalam metode perjuangannya. MMI masih percaya hukum Islam bisa diterapkan di negara Indonesia dengan mengakomodir bentuk negara Republik Indonesia. Sedangkan HTI menyakini bahwa pelaksanaan hukum Islam hanya bisa dilakukan melalui penegakan *Khilafah Islamiyah*. Lihat Muhammad Iqbal Ahnaf, dalam A. Maftuh Abegebriel, A. Yani Abeveiro, et. all., *Negara Tuhan, The Thematic Encyclopaedia*, (Yogyakarta: SR-Ins Publishing, 2004), hlm. 699.

³⁰⁴ Sejumlah tokoh yang menolak Pancasila Piagam Jakarta diantaranya adalah: Abdurrahman Wahid, Syafi’i Ma’arif, Nurcholish Madjid, Hasyim Muzadi, Gunawan Muhammad, Masdar Farid Mas’udi, dan lain-lain. *Sekadar contoh* tentang pandangan-pandangan kalangan muslim progresif terhadap formulasi syari’at Islam bisa dilihat dalam Zuly Qodir, *Syari’ah*

Setelah usaha tersebut gagal, upaya formulasi syariat Islam melalui penegakan hukum positif negara dialihkan melalui perkembangan pelaksanaan Otonomi Daerah (Otda). Di sini terjadi kolaborasi antara kelompok Islam dengan lembaga legislatif dan eksekutif di daerah untuk menerbitkan Peraturan Daerah (Perda) yang bernuansa Syariat Islam yang menyangkut empat hal, yakni perjudian, pelacuran, minuman keras, dan jilbab.

Naggroe Aceh Darussalam (NAD), misalnya, merupakan wilayah Indonesia yang paling awal memberlakukan syariah Islam, khususnya yang berkaitan dengan ibadah *mahdah* dan pemberantasan kemaksiatan. Pemberlakuan sejak 1 Muharram 1423 H atau 15 Maret 2002. Demi stabilitas pemberlakuan syariat Islam, Pemerintah Naggroe Aceh Darussalam telah mengangkat 2500 polisi syariat yang bertugas mengawasi jalannya syariat Islam.³⁰⁶

Di Sulawesi Selatan dan Sumatera Barat, perda syari'at dibuat di tingkat provinsi secara umum dengan harapan akan dikembangkan dan dijadikan aturan induk bagi pelaksanaan perda serupa di kabupaten/kota. Beberapa kabupaten/kota di kedua provinsi tersebut telah memberlakukan aturan serupa. Sementara di Provinsi Riau, Sumatera Selatan, dan Gorontalo, perda syari'ah dibuat di tingkat provinsi, tetapi tidak diikuti

Demokratik: Pemberlakuan Syari'ah Islam di Indonesia, (Yogyakarta: Pustaka Pelajar, 2004), hlm. 297-298.

³⁰⁵ Sejumlah Organisasi Kemasyarakatan Islam, Organisasi Mahasiswa dan organisasi lainnya yang menolak Pancasila Piagam Jakarta diantaranya adalah: Muhammadiyah, Nahdlatul Ulama (NU), Jaringan Islam Liberal (JIL), Pergerakan Mahasiswa Islam Indonesia (PMII), Ikatan Pelajar Nahdlatul Ulama (IPNU), Ikatan Putra Putri Nahdlatul Ulama (IPPNU), Persatuan Pekerja Muslim Indonesia (PPMI), Jaringan Islam Emanspatiris, Rahima, dan Paramadina. Lihat Akh. Muzakki, "Importisasi dan Lokalisasi Ideologi Islam: Ekspresi Gerakan Islam Pinggiran Pasca Soeharto", dalam *Jurnal Ma'arif* Vol. 2, No. 4, Juni 2007, hlm. 10.

³⁰⁶ Penetapan Aceh sebagai provinsi dengan sejumlah keistimewaan diputuskan mulai dua undang-undang. Undang-undang No. 44 tahun 1999 tentang Penyelenggaraan Keistimewaan di Aceh dan Undang-undang No. 18 tahun 2001 tentang Otonomi Khusus Aceh. Lihat, Khamami Zada, "Perda Syari'at: Proyek Syariatisasi yang Sedang Berlangsung", *Tashwirul al-Afkar*, Jurnal Refleksi Pemikiran Keagamaan dan Kebudayaan, (Jakarta: Lakpesdam NU, Edisi No. 20 Tahun 2006), hlm. 45. Lihat juga Jawahir Thontowi, *Islam, Politik dan Hukum; Esai-esai Ilmiah untuk Perubahan*, (Yogyakarta: Madya Press, 2002), hlm. 27.

pemerintah kabupaten/kota. Aturan umumnya berkaitan dengan pelarangan pelacuran dan peredaran minuman keras. Bentuk lain dari pemberlakuan perda syari'ah adalah perda yang dibuat oleh pemerintah kabupaten atau kota, tanpa ada aturan induk di tingkat provinsi. Perda macam ini seperti di Kabupaten Cianjur Provinsi Jawa Barat, Tangerang Provinsi Banten, Banjarmasin Provinsi Kalimantan Selatan, dan Kabupaten Pamekasan Madura Provinsi Jawa Timur.³⁰⁷

Sekalipun perda syari'ah mendapat dukungan elite politik dan eksekutif daerah, fenomena penerapannya tetap memicu pendapat pro dan kontra. Masyarakat yang menolak penerapan perda syari'ah memandangnya sebagai ancaman bagi eksistensi Negara Kesatuan Republik Indonesia (NKRI) yang sangat plural. Jadi, masalahnya bukan pada soal apakah penolakan terhadap perda syari'ah sebagai sikap apriori atau bukan, melainkan pada sejauh mana prinsip penyelenggaraan negara demokrasi yang sudah disepakati secara bersama ditaati atau tidak, serta apakah sebuah kebijakan dipetuntukkan bagi seluruh masyarakat dan tidak mengatur secara parsial.

Sejumlah politisi Senayan bahkan merasa resah atas fenomena tersebut. Tidak kurang dari 56 anggota DPR RI melayangkan surat kepada Ketua DPR RI untuk segera menyurati Presiden, Menteri Dalam Negeri, dan Mahkamah Konstitusi agar memperbaiki dan mencabut semua Perda Kabupaten/Kota yang bernuansa syariah Islam. Perda tersebut dinilai telah melanggar dan bertentangan dengan prinsip konstitusi dan Pancasila.³⁰⁸

³⁰⁷ Surat Edaran Bupati Pamekasan. Lihat *Gerbang Salam* (Gerakan Pembangunan Masyarakat Islami), Upaya Mewujudkan Masyarakat Pamekasan Amanah (Aman dan Sakinah) Dalam Rangka Penegakan Syari'at Islam Melalui Peningkatan Pengalaman Nilai-nilai Ajaran Islam. Lembaga Pengkajian dan Penerapan Syari'at Islam (LP2SI) Kabupaten Pamekasan Madura, Provinsi Jawa Timur 2002.

³⁰⁸ Lihat *Harian Kompas* 14 Juni 2006, menurunkan sebuah berita berjudul, "Anggota DPR RI Terbelah: Perda Syari'at Islam Dipersoalkan 56 Anggota". Lihat juga dalam *Harian Media Indonesia*, 16 juni 2006. *Harian sore Suara Modernisasi* 14 juni 2006, juga menurunkan berita, "56 Anggota DPR RI Desak Pemerintah Cabut Perda Bernuansa Syari'ah Islam".

Namun, usaha sebagian anggota DPR RI untuk mencabut perda bernuansa syari'ah Islam gagal karena sebagian besar anggota DPR RI, termasuk Ketua Umum MPR RI Hidayat Nur Wahid, menghadang langkah DPR RI tersebut. Menurut Hidayat Nur Wahid, perda tersebut tidak melanggar konstitusi, tidak menyakiti kelompok minoritas, dan tidak mengancam keutuhan bangsa. Perda itu hakikatnya merupakan wujud aspirasi rakyat yang diartikulasikan anggota DPRD pada tingkat lokal.³⁰⁹

Kelompok penganjur formulasi syari'at Islam menyakini bahwa syari'at Islam merupakan satu-satunya solusi bagi persoalan multidimensi dan sebagai sarana memperbaiki moral bangsa dalam memberantas berbagai penyakit masyarakat. Bila dicermati secara saksama, tampaknya kehadiran perda syari'ah, pada satu sisi merefleksikan kegagalan pemerintah dalam mengimplementasi hukum yang telah ada di Indonesia. Hukum dan perundangan yang ada dinilai tidak mampu memberantas kemaksiatan, perjudian, korupsi, dan lain sebagainya.

Dalam penawaran formula legitimasi keagamaan untuk melawan hukum yang berbasis sekuler, Islam dianggap menawarkan alternatif hukum dan politik yang kukuh. Ini merupakan fenomena yang mendapat pengaruhnya dari gaung "kebangkitan Islam" di dunia Islam pada umumnya. Kebangkitan Islam di negara-negara Muslim pada umumnya merupakan respons atas bencana akhlak, krisis politik, dan ekonomi.³¹⁰ Bahkan, tidak hanya untuk menentang Barat, tetapi lebih merupakan perlawanan terhadap segala sesuatu yang dianggap sebagai penyebab frustrasi dan penindasan, baik internal maupun eksternal.³¹¹

³⁰⁹ Majalah *Tempo*, edisi 17/XXXV/19-25 Juni 2006.

³¹⁰ R. Hrair Dekmejian, *"The Anatomy of Islamic Revival: Legitimacy Crisis, Ethnic Conflict, and the Search for Islamic Alternatives"*, dalam Curtis, ed., *Religion and Politics in the Middle East*, hlm. 33.

³¹¹ Khursid Ahmad, *The Nature of the Islamic Resurgence*, dalam John L. Esposito, (ed.), *Voices of Resurgent Islam*, (New York: Oxford University Press, t.t.), hlm. 218-228.

Dengan demikian, fenomena formulasi syari'at Islam sebagai dasar negara merupakan salah satu bentuk pencapaian identitas (*identity reconstruction*). Samuel P. Huntington, misalnya, mencatat bahwa saat ini, para Islamis tengah mencari penyelesaian atas persoalan-persoalan demestiknya tidak dengan ideologi-ideologi Barat, tetapi berpaling kepada Islam yang mereka gambarkan dalam slogan "*Islam is Solution*".³¹² Selain itu, mereka menginterpretasi "kebabasan" di dalam *frame of reference* syariah Islam, tidak di dalam pemahaman HAM perpektif Barat.

Di Indonesia, multikritis yang melahirkan frustasi dan rasa ketertindasan menampakkan wujudnya dalam bentuk sejumlah besar penyalahgunaan kekuasaan (*abuse of power*) oleh para elite yang menyebabkan maraknya tindak korupsi, kejahatan politik, lemahnya penegakkan hukum dan tidak-berdayaan ekonomi, yang nyaris membawa negeri ini ke jurang kehancuran. Di tingkat masyarakat, krisis tersebut berbentuk munculnya konflik dan isu disintegrasi di berbagai daerah, meningkatnya kriminalitas, mudarnya solidaritas sosial, dan merajalelanya tindak kemaksiatan dan kekerasan. Hal yang demikian berdampak pada merosotnya legitimasi sistem politik dan hukum. Kenyataan ini diperparah oleh berbagai kebijakan pemerintah yang tidak berpihak kepada masyarakat bawah (*grass root*), seperti kenaikan harga bahan pokok. Begitupun bencana akhlak yang semakin parah telah merusak tatanan kehidupan masyarakat. Kemiskinan multidimensi ini merupakan penyakit yang sangat berbahaya bagi kelangsungan hidup sebuah bangsa yang berdaulat.

Rakyat Indonesia saat ini mengalami derita panjang dan bertubi-tubi, ditambah akibat berbagai musibah bencana alam. Bencana alam yang melanda hampir seluruh wilayah Indonesia, selain menimbulkan trauma, juga telah menurunkan daya beli dan memiskinkan masyarakat. Dengan

³¹² Samuel P. Huntington, *The Clash of Civilizations and the Remaking of World Order*, (New York: Touchstone Rockefeller Center, 1996), hlm. 21.

demikian, kepercayaan masyarakat pada pemerintahan sekuler kian menurun. Maka muncullah keinginan untuk kembali pada nilai-nilai dan sistem yang berbasis Islam. Kembali kepada sistem Islam merupakan alternatif terbaik dalam menghadapi multikritis di negeri ini.³¹³ Secara umum, pandangan khas mereka adalah Islam merupakan satu-satunya agama yang lengkap dan sempurna (*kaffah*) yang datang dari Allah untuk kemaslahatan alam semesta (*rahmatan lil 'alamin*). Islam dipandang tahan terhadap gesekan sejarah sebab bukan merupakan produk sejarah dan bukan pula ideologi uji coba yang bersifat sementara.

Secara kebahasaan, syari'ah berarti jalan. Secara umum, syari'ah berarti "cara hidup Islam yang ditetapkan berdasarkan wahyu Illahi". Pada periode awal (*daur al-tasyri'*), syariah Islam identik dengan wahyu Allah dalam al-Qur'an ditambah as-Sunnah Rasulullah. as-sunnah merupakan otoritas teks kedua setelah al-Qur'an yang berarti Nabi diakui sebagai suara otoritatif yang mewakili kehendak Allah. Nabi dipandang sebagai penerima wahyu Allah atau *sahib asy-syari'ah* (pemilik syari'ah), sehingga secara efektif berperan sebagai pemegang otoritas dalam masyarakat Muslim pada periode awal Islam.³¹⁴ Artinya, Nabi Muhammad Saw. mempunyai otoritas

³¹³ Irfan S. Awwas, Ketua Lajnah Tanfidziyah Majelis Mujahidin, *Implementasi Syari'ah Islam dalam Perpekstif Hukum dan Politik di Indonesia*, Makalah yang disampaikan Irfan S. Awwas dalam Diskusi Ahli tentang Syari'ah Islam dalam Perpekstif Hukum dan Politik di Indonesia, yang diselenggarakan oleh Departemen Komunikasi dan Informatika RI, pada hari Sabtu tanggal 29 Juni 2006, bertempat di Hotel Quality, Jalan Ahmad Yani No. 40 Surakarta Jawa Tengah.

³¹⁴ Khaled M. Abou El-Fadl, mengkritisi sikap otoriter sejumlah kalangan umat Islam yang merasa "paling benar" dalam menafsirkan teks Suci al-Qur'an dan al-hadist. Mereka, menurut Khaled M. Abou El-Fadl, seharusnya mengatakan bahwa tafsiran mereka hanya salah satu dari tafsir atas Kitab Suci selain ribuan tafsir yang berbeda di tengah umat Islam. Khaled M. Abou El-Fadl, lebih menekankan kajian pada kritik atas fiqh Islam. Penguasannya yang luas atas khazanah klasik fiqh Islammemungkinkannya mengkritik kesalahan cara ijtihad sekelompok umat Islam. Misalnya, kelompok-kelompok yang literal hadis atau Ayat Suci tanpa memahami konteks, makna, dan signifikansi moral-Nya. Ayat Suci dan Hadist mereka jadikan jadi proyek hukum positif tanpa menyadari bahwa kedua sumber otoritatif tersebut adalah sumber moral. Sebagaimana sumber moral, al-Qur'an dan as-Sunnah akan memberikan pencerahan kepada para pembacanya dalam kehidupan mereka. Lihat Khaled M. Abou El Fadl, *Atas Nama Tuhan dari Fiqh Otoriter ke Fiqh Otoritatif*, terj. R. Cecep Lukman Yasin, (Jakarta: PT Serambi Ilmu Semesta, 2004), hlm. 26.

penafisran teks-teks wahyu yang diterima dari Allah dalam bentuk al-Qur'an.

Pada periode kedua, yaitu periode ijtihad, syari'ah bukan lagi berfungsi sebagai hukum dalam arti bersifat langsung, melainkan berkembang menjadi sumber hukum. Pada tahap ini harus dibedakan antara syariah, pemahaman terhadap syariah, dan penerapan terhadap pemahaman syariah.

Pemahaman terhadap syari'ah dalam pemikiran hukum Islam pada umumnya disebut dengan istilah fikih. Adapun penerapan fikih merupakan pandangan relatif manusia terhadap ajaran syariah yang absolut disebut dengan istilah *tatbiq ahkam al-fiqh* (penerapan terhadap hukum-hukum fikih), bukan *tatbiq as-syari'ah* (penerapan terhadap syari'ah). Definisi tersebut memberi pengertian bahwa fikih merupakan produk pemikiran manusia (fikih) yang bersifat temporal, lokal, dan kontekstual. Lokalitas dan konstektualitas pada dasarnya merupakan sifat dasar dari fikih, dan ini yang membedakan dengan syari'ah.

Pada tahap selanjutnya, fikih menjadi disiplin keilmuan. Sebagian kalangan Muslim memandang fikih sebagai produk hukum yang final dan baku tanpa mempertimbangkan aspek epistemologisnya.³¹⁵ Oleh karena itu, memperlakukan fikih sebagai kehendak mutlak Allah merupakan sikap otoriter dan sewenang-wenang.³¹⁶ Berbeda dengan syari'ah yang tunggal, fikih terbagi dalam banyak aliran mazhab. Beberapa mazhab, di antaranya

³¹⁵ Sejak abad VII M. *Fiqh* berada pada puncak kesakralan dan kemapanan. Orientasi keberagamaan umat selalu merujuk pada *fiqh* sebagai justifikasi keselamatan dan kesesatan. Sebagai sebuah rujukan hukum, *fiqh* tampak secara subjektif: hitam-putih, benar-salah, dan halal-haram. Gerakan menjaga otoritas *fiqh* yang cukup massif, misalnya dengan memunculkan "kampanye" tertutupnya pintu ijtihad, jelas mengorientasikan (memaksa) orang untuk senantiasa tunduk pada produk pemahaman keagamaan puluhan abad silam dan menisbikan hentakan gelombang zaman. Lihat Muhammad Salman Ghanin, *Kritik Ordoksi: Tafsir Ayat Ibadah, Politik, dan Peminisme*, (Yogyakarta: LKiS, 2004), hlm. viii. Lihat juga Nurcholis Madjid dkk., *Fiqh Lintas Agama, Membangun Masyarakat Inklusif-Pluralis*, (Jakarta: Paramadina, 2004), hlm. 135. Lihat juga Zuhairi Misrawi dkk., *Islam Negara dan Civil Society, Gerakan dan Pemikiran Islam Kontemporer*, (Jakarta: Paramadina, 2005), hlm. 282-300.

³¹⁶ Khaled M. Abou El Fadl, *Melawan Tentara Tuhan*, alih bahasa Kurniawan Abdullah, (Jakarta: Serambi Ilmu Semesta, 2003), hlm. 25-34.

mazhab Syafi'i, Hambali, Maliki, Hanafi, Dzahiri, dan lainnya. Bahkan, tidak berlebihan apabila dikatakan bahwa setiap Muslim mempunyai fikihnya sendiri terhadap ajaran syari'ah. Oleh karenanya, perbedaan pluralitas pemahaman atau bahkan debat terbuka merupakan hal yang lumrah dalam dunia fikih.

Periode berikutnya disebut periode pengundangan atau legislasi (*daur al-taqqin*). Pada periode ini, formalisasi syari'at Islam sebenarnya merupakan *qanun*. Sesuai dengan prinsip elaborasi norma, *qanun* Islam bersumber pada fikih, dan fikih bersumber kepada syari'ah. Dengan demikian, penerapan syari'ah Islam (*tatbiq asy-syari'ah*) sebenarnya merupakan penerapan terhadap keputusan atau hukum-hukum fikih (*tatbiq ahkam al-fiqh*) yang tidak lain adalah hasil ijtihad imam atau mazhab tertentu dalam permasalahan tertentu. Bila demikian, keputusan atau hukum fikih mana yang hendak diterapkan? Dengan kata lain, pandangan fikih mazhab mana dan pandangan fikih imam siapa yang hendak dijadikan sebagai landasan perda syari'ah? Pertanyaan ini selamanya akan tetap menggantung dan pendukung perda syari'ah akan bungkam dan tidak bisa memberikan jawaban. Ini disebabkan para pendukung "jargon penerapan syari'ah Islam" sebenarnya tidak memperhatikan perbedaan syari'ah, fikih, dan *qanun*.³¹⁷ Sebagian barangkali memahami perbedaan ini, tetapi karena alasan dan kepentingan tertentu, lebih memilih diam, bahkan secara terbuka memberikan dukungan. Untuk itu, harus dibedakan antara syari'ah, fikih maupun *qanun*. *Qanun* merupakan aspek yang paling jelas tentang formulasi, sedangkan syariah Islam adalah aspek yang paling jelas tentang

³¹⁷ *Qanun* berasal dari bahasa Arab *al-Qanun* berarti asal, pangkal, pokok, dan undang-undang. Lihat Adib Bisri dan Muawir al-Fattah, *Kamus al-Bisri*, (Surabaya: Pustaka Progressif, 1999), hlm. 616. Dalam tradisi fikih, *qanun* diartikan sebuah peraturan tertulis yang ditetapkan oleh penguasa dalam wilayah tertentu. Lihat Abdul Qadir Audah, *Ensiklopedi Hukum Pidana Islam*, Jilid III, (Bogor: PT Kharisma Ilmu, 2007), hlm. 485. Dalam Kamus Besar Bahasa Indonesia, "*qanun*" berarti (1) undang-undang, peraturan, hukum, kaidah; dan (2) kitab undang-undang. Departemen Pendidikan Nasional, *Kamus Besar Bahasa Indonesia*, (Jakarta: Gramedia Pustaka Utama, 2012), hlm. 1126.

ajaran Allah. Jika aturan Allah diundangkan oleh negara, itu disebut *qanun*, yang sifatnya relatif (*zanni*).

Bagi al-Asnawi, ada kerancuan tentang mana yang syariah dan mana yang fikih serta mana yang *qanun* (undang-undang). Hal ini berakibat pada kerancuan tentang apa yang tidak berawal atau tidak mempunyai permulaan (*azli*), yang dikodrati, dan apa yang manusiawi. Sebab pada hakikatnya syari'ah adalah cara, metode atau jalan agama. Sementara Muhammad Abid al-Jabiri, berpandangan bahwa syari'ah Islam bukanlah keseluruhan teks yang mesti diberlakukan, melainkan bagaimana menafsirkannya secara memadai dalam kehidupan sekarang. Hal ini disebabkan syari'ah Islam lebih merupakan metodologi atau sumber hukum dan bukan hukum itu sendiri. Karena itulah, syari'ah Islam tidak dapat diundangkan sebagai hukum positif atau diformalkan secara total, tetapi yang harus dilakukan adalah objektivikasi syari'ah Islam dalam hukum modern. Artinya, syari'ah (hukum Islam) sekadar menjadi bagian dari hukum nasional bersama dengan hukum-hukum yang lain.³¹⁸

Jika dikaitkan dengan hukum nasional Indonesia, *qanun* identik dengan hukum negara berupa peraturan perundang-undangan yang harus bersumber dan berpuncak pada UUD 1945. Sumber inspirasinya adalah segala norma yang berkembang dengan keyakinan-keyakinan hukum atau keyakinan keagamaan segenap warga Negara Indonesia yang menjadi subjek hukum yang diatur oleh hukum nasional. Sesuai dengan prinsip Ketuhanan Yang Maha Esa, dengan sendirinya tidak boleh ada hukum nasional yang bertentangan dengan norma agama yang diyakini oleh warga Negara Indonesia secara keseluruhan.³¹⁹

³¹⁸ Khamami Zada, "Perda Syari'ah: Proyek Syariatisasi yang Sedang Berlangsung", *Tashwirul al-Afkar*, Jurnal Refleksi Pemikiran Keagamaan dan Kebudayaan, Lakpesdam NU, Edisi No. 29 Tahun 2006, hlm. 15-16.

³¹⁹ Jimly Asshiddiqie, "Hukum Islam dan Reformasi Hukum Nasional", *Makalah* disampaikan dalam Seminar Penelitian Hukum tentang Eksistensi Hukum Islam dalam Reformasi Sistem Hukum Nasional, diselenggarakan oleh BPHN Departemen Kehakiman dan Hak Asasi Manusia, Jakarta 27 September 2000.

Indonesia sesungguhnya beruntung memiliki rumusan politik Pancasila yang dapat menjembatani pertentangan antara kelompok yang menghendaki formalisasi syari'ah Islam dan pihak yang memperjuangkan syariah Islam pada ranah budaya.³²⁰ Untuk itu, bangsa Indonesia patut berterima kasih kepada para *founding fathers* yang telah menyatukan kemajemukan dalam Negara Kesatuan Republik Indonesia yang tidak semua negara di dunia ini mampu melakukannya. Menurut Nurcholish Madjid, Pancasila sudah sangat islami. Sifat islami didasarkan pada dua pertimbangan. *Pertama*, nilai-nilainya dibebarkan oleh ajaran agama Islam. *Kedua*, fungsinya sebagai noktah-noktah kesepakatan antar berbagai golongan untuk mewujudkan kesatuan sosial-politik bersama. Bahkan Pancasila merupakan wujud kemenangan politik wakil-wakil Muslim, bahkan kemenangan kaum Muslim itu sendiri di Indonesia.

Pancasila melalui slogannya “Bhineka Tunggal Ika” (berbeda-beda tetapi tetap satu) mengandung makna bahwa meskipun masyarakat Indonesia sangat plural, baik dari segi agama, suku bangsa, bahasa dan sebagainya, tetapi diikat dan disatukan oleh landasan hidup bersama (*common platform*), yakni Pancasila. Secara serupa, Piagam Madinah juga merupakan rumusan tentang prinsip-prinsip kesepakatan antara kaum Muslim Madinah di bawah pimpinan Nabi Muhammad Saw. dengan berbagai kelompok non-Muslim untuk membangun tatanan sosial-politik bersama.³²¹

³²⁰ Sejarah panjang Islam di bumi Nusantara ini sejak awal sudah memperlihatkan bahwa penerapan syari'at Islam yang tidak mempertimbangkan keragaman kultural akan mengalami kegagalan. Sebaliknya, implementasi syari'at Islam dengan memanfaatkan purnati-piranti budaya yang sudah mengakar di tengah masyarakat terbukti jauh lebih berhasil. Salah satu tesis yang mendukung tentang Islam yang toleran dan harmonis adalah tesis yang diajukan oleh Azyumardi Azra tentang masuknya Islam ke Indonesia. Azyumardi Azra mengatakan bahwa Islam datang ke Indonesia dibawa oleh para saudagar sari Gujarat Arab dengan jalan *penetration pacifique* (penetrasi damai). Azyumari Azra, “Merayakan Kemajemukan, Merawat Indonesia”, *Makalah* pada Orasi Budaya yang di selenggarakan oleh *Institute for Multiculturalism and Pluralism Studies* (IMPULSE), Yogyakarta, 30 Agustus 2007.

³²¹ Dalam Piagam Madinah, salah satunya, dinyatakan tentang hak kewarganegaraan dan partisipasi kaum non-Muslim di Kota Madinah yang dipimpin oleh Nabi Muhammad Saw. Kaum Yahudi yang semula merupakan himpunan suku-suku juga diangkat statusnya oleh Piagam

Atribut “Ketuhanan Yang Maha Esa” dalam sila pertama jelas merefleksikan ajaran tauhid.³²² Bahkan setiap sila dalam Pancasila merupakan objektivikasi, dalam istilah Kuntowijoyo, dari nilai-nilai universal dalam setiap agama dan kepercayaan. Walaupun berbeda-beda dari segi syariat dan akidah, ada nilai-nilai yang diyakini bersama sebagai nilai-nilai luhur.³²³ Sementara menurut Nurcholish Madjid, nilai-nilai bersama itu dalam al-Qur’an disebut *kalimatan sawa’*. Pancasila adalah *kalimatan sawa’ (common ground)*.³²⁴

Dengan demikian, jika selama ini perjuangan sebagian kecil kaum Muslim bermuara pada obsesi mengganti Pancasila sebagai dasar Negara dengan membawa slogan *al-Islamu huwa al-dinu wa al-daulah* (Islam adalah agama dan sekaligus negara) tampaknya telah mengaburkan hakikat yang sebenarnya dari *din* dan posisi kenabian Muhammad.³²⁵ Sebab menurut Ahmad Syafi’i Ma’arif, *din* adalah sesuatu yang *immutable* (abadi), sedangkan *daulah* adalah sesuatu sistem yang *mutable* (berubah). Menempatkan *daulah* setara dengan posisi *din* (Islam), sama artinya dengan mengagungkan negara seperti halnya mengagungkan *din al-Islam*.³²⁶ Apalagi istilah *daulah* yang berarti negara tidak dijumpai dalam al-

Madinah. Nabi Muhammad Saw. ingin memproklamasikan bahwa semua warga negara, baik Muslim maupun non-Muslim adalah bangsa atau *ummatan wahidah* dan bahwa mereka semua memiliki hak dan kewajiban yang sama. Lihat Nurcholish Madjid, *Agama dan Negara dalam Islam*, seri KKA No. 55/Tahun V/1991, hlm. 11-15.

³²² *Ibid.*, hlm. 110.

³²³ Menurut Kuntowijowijoyo, nilai-nilai Islam harus diterjemahkan dalam kategori obyektif sehingga dapat diterima semua pihak. Suatu perbuatan disebut obyektif bila perbuatan itu dirasakan oleh orang non Muslim sebagai suatu yang natural (sewajarnya), tidak sebagai perbuatan keagamaan, walaupun di sisi lain orang Islam memandangnya sebagai ibadah. Lihat Kuntowijoyo, *Identitas Politik Umat Islam*, (Bandung: Mizan, 1997), hlm. 67-69.

³²⁴ Nurcholish Madjid, *Agama dan Negara dalam Islam*, seri KKA No. 55/Tahun V/1991, hlm. 11-15.

³²⁵ Posisi Muhammad sebagai Rasul Allah tetap tidak berubah sampai saat wafatnya 623 M. Dalam al-Qur’an surat Ali Imran (3) ayat 144: “*Muhammad hanyalah seorang Rasul*”. Salah satu buku yang secara komprehensif menjelaskan sejarah kepemimpinan politik Islam dapat dibaca dalam buku Munawir Sjadzali, *Islam dan Tata Negara: Ajaran, Sejarah, dan Pemikiran*, (Jakarta: UI Press, 1990).

³²⁶ M. Syafi’i Anwar, “Ahmad Syafi’i Ma’arif, Bung Hatta, dan Deformalisasi Syari’at”, dalam Abd. Rohim Ghzali dan Saleh Partaonon Daulay (ed.), *Muhammadiyah dan Politik Islam Inklusif, 70 Tahun Ahmad Syafi’i Ma’arif*, (Jakarta: Ma’arif Institute, 2005), hlm. 40.

Qur'an.³²⁷ Hanya negara yang baik, penuh pengampunan Allah (*baldatun tayyibatun wa rabbun ghafur*).

Dengan demikian, pada dasarnya Islam dan Pancasila adalah dua hal yang tidak dapat dipisahkan, sebab keduanya bertujuan mewujudkan keadilan, kesejahteraan, dan perdamaian di muka bumi. Oleh karena itu, perlu ada rumusan dan diplomasi baru guna menjadikan keduanya sebagai ruh bangsa Indonesia. Indonesia yang dapat membentuk masyarakat dan bangsa tanpa merasa berdosa kepada Allah, demikian pula dapat beragama tanpa mengkhianati bangsanya. Sebab Pancasila merupakan implementasi atau turunan dari ajaran agama Islam melalui ajaran *hablun min Allah* (hubungan kepada Allah) dan *hablun min al-nas* (hubungan kepada sesama manusia). Begitu pula melalui ajaran persaudaraan sesama manusia (*ukhuwwah basyariyyah*) dan persaudaraan sesama anak bangsa (*ukhuwwah wataniyyah*).

Perlu didasari pula bahwa sejak awal lahirnya negara ini sudah disepakati Pancasila menjadi dasar dan ideologi sebagai *platform* bangsa yang pluralistik. Meminjam istilah Soekarno saat menggagasnya, Pancasila adalah *philosophische grondslag* atau *weltanschauung* bangsa Indonesia. Organisasi Islam terbesar di Indonesia seperti Nahdlatul Ulama dan Muhammadiyah telah pula menganggap Pancasila sebagai ideologi final bagi NKRI,³²⁸ sehingga walau berganti-ganti rezim, nilai-nilai Pancasila harus tetap dipertahankan.

Oleh karena itu, perawatan terhadap Pancasila pada Era Reformasi ini membutuhkan ekstra tenaga yang kuat dikarenakan demokrasi yang mengharuskan untuk lebih terbuka dan toleran, ditambah dengan gerakan-gerakan yang sengaja dan terbuka ingin mengganti ideologi bangsa dengan

³²⁷ Istilah *daulah* memang ada dalam al-Qur'an akan tetapi bukan berarti negara. Istilah ini dipakai secara figuratif untuk melukiskan peredaran atau pergantian tangan dari kekayaan. Lihat Ahmad Syafi'i Ma'arif, *Islam dan Pancasila Sebagai Dasar Negara: Studi tentang Perdebatan dalam Konstituante*, (Jakarta: LP3ES, 2006), hlm. 15.

³²⁸ Jawahir Thontowi, *Islam, Politik dan Hukum.....*, hlm. 30

yang lain. Perawatan Pancasila itu penting karena hanya dengan ideologi Pancasila lah yang bisa menjadi perekat bangsa. Kebhinekaan dalam lanskap kesatuan dan persatuan merupakan modal dasar (*basic capital*) dalam mewujudkan kesejahteraan yang berketuhanan di masa depan dengan mengedepankan prinsip-prinsip toleransi dan kebebasan yang bertanggung jawab.

Di samping itu, Pancasila adalah ideologi terbuka dan sangat siap menerima nilai-nilai dari luar sepanjang positif dan konstruktif. Bangsa ini memiliki khazanah yang sangat bernilai, yaitu agama yang dianut baik Islam, Kristen, Katolik, Hindu, Budha dan Khonghucu yang semua memiliki akar historis dan ikatan emosional yang kuat, serta sudah diakui secara resmi hak hidupnya dalam NKRI. Walau secara teologi dan ritual masing-masing agama berbeda, tentu memiliki nilai moral dan sosial yang luhur dan relatif sama dalam membangun bangsa.

Agama sudah menjadi modal hidup (*life capital*) bangsa Indonesia sejak dahulu tanpa harus ada formalisasi. Sejak era perjuangan melawan penjajahan yang sangat lama dan mempertahankan kemerdekaan, semua itu karena kita punya agama. Jadi mengamalkan Pancasila sebagai *kalimatun sawa* adalah bagian dari ibadah yang sesuai dengan ajaran agama Islam adalah bentuk pengabdian dan kesetiaan kepada bangsa Indonesia.