

BAB VI

MODEL TRANSFORMASI NILAI-NILAI HUKUM PIDANA ISLAM DALAM PEMBAHARUAN HUKUM PIDANA DI INDONESIA

A. Ide Transformasi Hukum Pidana Islam di Indonesia

1. Hukum Pidana Islam dalam Persepsi Ormas Islam, Cendekiawan, dan Politisi Indonesia

Organisasi Massa Islam dalam kajian ini dimaksudkan sebagai penerimaan, respons serta reaksi mereka terhadap kemungkinan pengaturan hukum pidana Islam dalam konteks keindonesiaan. Maka uraian pemikiran ormas keislaman tersebut diurutkan berdasarkan kelompok yang bercorak moderat diwakili Nahdlatul Ulama, Muhammadiyah, Persis, dan MUI. Selanjutnya kelompok ekstrem kanan yang diwakili oleh Majelis Mujahidin, Front Pembela Islam, dan Hizbut Tahrir Indonesia. Kelompok ekstrem kiri liberal yang diwakili oleh Jaringan Islam Liberal. Akademisi diwakili Barda Nawawi Arief dan politisi diwakili Bambang Soesatyo.

- 1) Nahdlatul Ulama (NU)

Sebagai organisasi massa Muslim terbesar di Indonesia, Nahdlatul Ulama mendukung upaya dan inisiatif Pemerintah dalam mereformasi KUHP sebagai pijakan hukum pidana di Indonesia. Para sarjana dan ulama NU percaya bahwa KUHP yang bersumber pada *Wetboek van Strafrecht* (WvS) tidak selaras dengan semangat kemerdekaan Indonesia. Berangkat dari kesadaran kemerdekaan sebagai garis pemisah antara era kolonial dengan kemerdekaan, maka reformasi hukum merupakan keniscayaan. Meski harus pula dicatat bahwa secara organisatoris NU belum memiliki pernyataan resmi tertulis mengenai upaya reformasi hukum pidana. Namun, banyak

commit to user

pihak dari Pengurus Besar Nahdlatul Ulama (PBNU) memberikan komentar dan respons positif.

Salah seorang responden di PBNU menyatakan bahwa draft RUU KUHP hendaknya juga ditawarkan untuk mendapatkan konsepsi dari kalangan non-Muslim karena hukum pidana tersebut akan diberlakukan di Indonesia untuk seluruh lapisan masyarakat tanpa terkecuali, lepas dari agama yang mereka anut.¹ Dengan demikian, konsep KUHP, menurut ketua PBNU, bukan sekadar umat Islam, melainkan juga penganut Kristen, Katolik, Hindu, Budha dan Khonghucu. Mereka memiliki hak yang sama dengan Muslim untuk memberikan reaksi serta memberikan kritik yang konstruktif bagi draft RUU KUHP. Dengan kata lain, meski draft RUU KUHP memuat banyak pasal yang bernuansa Islami, tetapi pandangan dan pendapat non-Muslim terhadap elemen-elemen tersebut seharusnya penting dan harus diperhatikan.²

Salah seorang responden NU berkomentar mendalam mengenai pemberlakuan KUHP dan munculnya draft RUU KUHP. Menurutny, seseorang harus berhati-hati dalam memilah atau membedakan antara level verbal dan substansial dari hukum pidana Islam. Setiap hukum, khususnya hukum pidana Islam, selalu memiliki pertimbangan dan aspek-aspek filosofis dalam bentuk atau format hukumnya, di antaranya adalah aspek edukasi. Hukum Islam, khususnya hukum pidana Islam, harus dilihat tidak saja dari aspek verbal, khususnya berkenaan dengan bentuk hukuman atau sanksi. Elemen substantif

¹ M. Nur Kholis Setiawan, dkk., "Kontribusi Hukum Pidana Islam dalam Pembentukan Hukum Nasional [Penelusuran, Pemetaan, dan Pengujian Respons serta Pemikiran Majelis Mujahidin Indonesia (MMI), Hizbut Tahrir Indonesia (HTI), Front Pembela Islam (FPI), Majelis Ulama Indonesia (MUI), Muhammadiyah, Nahdlatul Ulama (NU), Persatuan Islam (Persis), Jaringan Islam Liberal (JIL), dan Kelompok Post-Tradisional terhadap RUU KUHP tahun 2004]", (Jakarta: LIPI, 2006), hlm. 74.

² *Ibid.*

dari hukuman hendaknya lebih dipertimbangkan ketimbang aspek verbalnya.

Dalam hal ini, NU memberikan komentar terhadap hukuman bagi pencuri yang diberi hukuman penjara. Pertimbangan hakim dalam menentukan bentuk hukuman berapa lama dalam penjara ditentukan oleh aspek sosial dari pencurian. Menurut Abbas Muin, meskipun dalam al-Qur'an surah al-Ma'idah ayat 38 menentukan bahwa hukuman dari pencuri perempuan dan pencuri laki-laki adalah potong tangan sebagai balasan atas perbuatan yang mereka lakukan, tidaklah mesti berarti hanya potong tangan yang merupakan bentuk hukuman yang layak. Ada beberapa elemen yang dipertimbangkan bagi hakim untuk menentukan model pencurian dan seperti apa yang bisa dikategorikan sebagai hukuman potong tangan. Sebab hukum Islam memiliki aspek edukatif, Abbas Muin menandakan, ada beberapa alternatif untuk mengganti hukuman potong tangan. Hukuman penjara menjadi salah satunya bagi kasus-kasus pencurian kecil dan biasa.³

Responden dari Nahdlatul Ulama memberikan respons terhadap tidak adanya pasal khusus mengenai murtad. Absennya pasal mengenai pindah agama atau murtad menurut NU dianggap sebagai sisi positif karena Indonesia bukanlah negara Islam maupun negara agama. Ketiadaan ini dianggap sebagai keinginan baik Pemerintah untuk tetap mempertahankan prinsip kebebasan beragama dalam kehidupan masyarakat.⁴

Dalam draft RUU KUHP 2016 terdapat beberapa pasal yang berisi ancaman hukuman penjara maksimal empat tahun penjara atau denda maksimal tujuh puluh lima juta rupiah bagi siapa saja yang

³ *Ibid.*

⁴ Pemikiran Yahya Cholil Staquf, sebagai Katib Aam PBNU, interview pada 05 November 2015.

memprovokasi di tempat umum dengan maksud untuk menghilangkan atau mengancam keyakinan seseorang akan agama tertentu. Hal ini, menurut NU, tentu juga merupakan segmen positif bagi kehidupan beragama di Indonesia yang merupakan hak tiap individu.

Pasal tentang pindah agama, *riddah*, dalam hukum pidana Islam merupakan sesuatu yang krusial. Buku-buku ajar maupun literatur fikih klasik dengan berbagai mazhab menempatkan murtad sebagai “dosa besar” sehingga layak untuk mendapatkan hukuman mati bagi para pelakunya.⁵ Yahya Cholil Staquf menganggap bahwa ketika pasal tentang pindah agama, *riddah*, dimasukkan dalam draft RUU KUHP, akan menjadi sangat kontradiktif karena Indonesia bukan negara Islam. Setiap orang memiliki hak untuk memeluk agama tanpa paksaan. Dalam hal ini, ketiadaan pasal mengenai *riddah* menunjukkan kesadaran Pemerintah mengenai prinsip kebebasan beragama.⁶

Pemikiran lain diberikan oleh responden NU terhadap tindak pidana pemberontakan yang bermaksud untuk memisahkan keutuhan wilayah Indonesia atau sebagian dari wilayah Indonesia agar bisa jatuh ke tangan kekuasaan asing, maka akan dihukum dengan hukuman seumur hidup, bahkan bisa dihukum mati. Pertimbangan bagi hukuman seperti ini menurut NU berdasarkan pada kenyataan kesatuan Negara Indonesia sebagai bentuk final negara sebagai hasil dari perjuangan yang panjang. Tidak ada pilihan lain lagi bagi bangsa kecuali bentuk negara kesatuan. Sebagai konsekuensinya, perbuatan

⁵ Pendapat ini sering disebut dalam literatur fikih, termasuk fikih mazhab Shafi'i yang populer di Indonesia, di antara literatur adalah al-Sirazi, *al-Muhazzab*, (Cairo: Dar al-Kutub al-Malayain, t.t.), al-Sa'rani, *al-Mizan al-Kubra*, (Bandung: Dar al-Ma'arif, 1976), 'Abd al-Ghani 'Abd al-Walid al-Jama'ili, *al-Umdah fi al-Ahkam fi Ma'alim wa al-Haram*, (ed.), Mustafa Ata, (Beirut: Dar al-Kutub al-Ilmiyyah, 1986).

⁶ M. Nur Kholis Setiawan, dkk., “Kontribusi Hukum Pidana Islam....”, hlm. 7.

makar dari wilayah manapun di Indonesia harus diantisipasi dengan hukuman yang berat.⁷

Responden memberikan komentar lebih jauh bahwa hukuman bagi pegawai atau pejabat pemerintah yang memberi hadiah dan suap tidak cukup dengan maksimal dua puluh tahun. Sebaliknya, hukuman tersebut harus disejajarkan dengan kejahatan besar, yakni hukuman seumur hidup.⁸

2) Muhammadiyah

Sama halnya dengan Nahdlatul Ulama, Muhammadiyah sebagai organisasi massa terbesar kedua di Indonesia juga memiliki komentar-komentar dan respons penting. Pengurus Pusat Muhammadiyah menganggap bahwa inisiatif Pemerintah untuk mereformasi hukum pidana melalui draft RUU KUHP 2016 merupakan sinyal positif untuk mengambil dan mengadopsi nilai-nilai hukum pidana Islam dalam bangunan hukum nasional. Argumen yang dikemukakan NU bahwa sumber bagi aturan hukum pidana adalah warisan kolonial karena sumber pokoknya adalah *Wetboek van Strafrecht voor Nederlandshe Indie* (WvSNI). KUHP memandang hendaknya mengadopsi elemen keislaman berbarengan dengan hukum Adat sebagai penguat. Hanya dengan kombinasi seperti ini reformasi KUHP bisa diapresiasi sebagai hukum nasional yang berbeda ketika dibandingkan dengan KUHP warisan kolonial.

Pertimbangan lain yang hendaknya perlu diperhatikan adalah mengenai pemahaman terhadap hukum pidana Islam. Apa yang dikatakan al-Qur'an dan al-Hadis tidak semestinya dan serta merta merupakan perintah yang tidak bisa ditafsirkan. Sebaliknya,

⁷ *Ibid.*, hlm. 77.

⁸ *Ibid.*

pemahaman terhadap al-Qur'an dan al-Hadis harus dikontekstualisasikan dengan kondisi sosial yang hidup dalam masyarakat.

Di sini, seorang responden Muhammadiyah membuat respons terhadap delik zina. Tindak pidana zina dalam Islam masuk wilayah *hudud*. *Hudud* didefinisikan sebagai perbuatan kriminal yang hukumannya telah ditentukan dalam al-Qur'an maupun as-Sunnah dan hukuman tersebut merupakan hak Allah yang tidak bisa dimaafkan.⁹ KUHP memandang harus mampu menyebutkan bahwa “suami ataupun isteri yang melakukan perbuatan zina harus dihukum, ketentuan diberlakukan juga bagi mereka yang melakukan hubungan seksual tanpa ikatan perkawinan yang sah”.

Dalam perpektif hukum pidana Islam, segala tindak pidana yang masuk dalam kategori *hudud* harus dikenai hukuman sesuai apa yang dikatakan oleh al-Qur'an maupun al-Hadis. Berbagai literatur fikih dari mazhab yang amat bervariasi merekomendasikan bahwa setiap tindakan kriminal yang masuk dalam kategori *hudud* harus dikenai hukuman sesuai dengan aturan dalam al-Qur'an. Kasus perzinaan dan menuduh orang berbuat zina dalam prinsip hukum pidana Islam mensyaratkan empat orang saksi yang adil. Sementara itu, melakukan hubungan seksual dengan seseorang yang bukan isteri ataupun suaminya, atau melakukan hubungan seksual dengan orang yang telah menikah merupakan tindakan yang sulit dibuktikan kecuali dengan pengakuan diri.¹⁰

⁹ Abi al-Barakat, *al-Muharrar fi al-Fiqh*, vol. II, (Beirut: Dar al-Kitab al-‘Arabi, t.t.), hlm. 155-156. Al-Samarqandi, *Tuhfat al-Fuqaha*, vol. III, (Damaskus: Matba’ah Jami’ah Dimasq, 1959), hlm. 211-212.

¹⁰ Interview dengan Fathurrahman Djamil dan Fahmi Muqoddas, Wakil Ketua Pimpinan Majelis Tarjih dan Tajdid PP Muhammadiyah, Jakarta 16 Oktober 2015.

Muhammadiyah¹¹ berpendapat bahwa pidana *hudud* seperti potong tangan bagi pelaku pencurian, hukuman mati, rajam selayaknya tidak diterapkan bagi semua tindakan kriminal. Hal ini sebenarnya juga menjadi ajang perdebatan di kalangan ahli hukum pidana Islam, apakah hukuman bagi tindak kriminal *hudud* bisa disubstitusi dengan model lain, seperti penjara ataupun hukuman lainnya. Dipengaruhi oleh beberapa pemikir Muslim modern seperti Muhammad Shahrur,¹² Abdullahi Ahmed an-Na'im,¹³ dan lainnya. Responden Muhammadiyah percaya bahwa pasal mengenai delik kesusilaan, pencurian, kejahatan terhadap jiwa dan lain-lain yang termuat dalam RUU KUHP 2016 sudah selaras dengan spirit hukum pidana di Indonesia yang mengadopsi elemen-elemen Islam yang dikombinasikan dengan hukum Adat dan kearifan lokal wilayah Nusantara.

Lebih lanjut, Fathurrahman Djamil dan Fahmi Muqoddas berkomentar mengenai sanksi mabuk. Hukuman bagi pemabuk yang mengganggu ketertiban apalagi membahayakan lingkungan, tidak cukup hanya dikenakan denda. Menurut responden, hukuman tersebut masih sangat kecil sehingga harus ditingkatkan karena akibat yang ditimbulkan sangat besar. Hal ini akan menjadi semakin buruk ketika pelaku adalah orang yang memiliki uang atau berasal dari kalangan ekonomi mapan. Berdasarkan pertimbangan adanya aspek edukatif dalam hukum pidana, akan lebih baik hukuman tersebut berupa

¹¹ Wakil dari pengurus PP Muhammadiyah melalui interview dengan Abdul Mu'ti , Sekretaris Umum PP Muhammadiyah, Jakarta 6 November 2015

¹² Pemikir Syria yang karya-karyanya memicu kontroversi di dunia Muslim. Di antara karnya Muhammad Syahrur adalah *al-Kitab wa al-Qur'an: Qira'ah Mu'asirah*, (Beirut: Dar al-Kutub al-Hadisah, 1999), *Dirasah Islamiyyah Mu'asirah fi al-Dawlah wa al-Mujtama'*, (Beirut: Dar al-Kutub al-Hadisah, 1998).

¹³ Tulisan-tulisannya berkenaan dengan ide-ide reformatif Mahmud Muhammad Thaha, seorang sarjana Sudan. Di antara tulisan-tulisannya adalah *Towards an Islamic Reformation: Civil Liberties, Human Rights and International Law*, (Syracuse: University Press, 1994)

penjara.¹⁴ Hukuman yang diterapkan harus sejalan dengan tujuan pemidanaan dalam Islam, di samping ada aspek pendidikan, pencegahan juga pembalasan.

Salah seorang responden Muhammadiyah menekankan bahwa hukum pidana Islam tidak berlawanan dengan nilai-nilai hak-hak asasi manusia. Beberapa bentuk hukuman pidana *qishas-diyat*¹⁵ yang disebutkan dalam al-Qur'an dan as-Sunnah mengimplikasikan nilai-nilai kemanusiaan, meski bentuknya tampak tidak manusiawi. Oleh karena itu, bagi siapa yang membunuh seseorang dengan sengaja atau merencanakan pembunuhan dengan sengaja akan dikenai hukuman sesuai dengan ketentuan hukuman yang disebutkan dalam al-Qur'an. Hukuman mati bagi pelaku pembunuhan sengaja bisa dipahami sebagai antisipasi tindak kriminal yang lebih tinggi dan sebagai alternatif hukuman terakhir.¹⁶

3) Persatuan Islam (Persis)

Menurut salah satu tokoh Persis, hukum pidana di Indonesia mendatang terutama masalah *hudud* (zina, *qazf*, *bughat*, *hirabah*, *qishas*, *diyat*) harus di dasarkan pada al-Qur'an dan as-Sunnah. Sebab aturan yang ada dalam al-Qur'an dan as-Sunnah apabila dikaji secara mendalam, tujuannya adalah demi kemaslahatan dan kebaikan umat manusia. Hukuman dalam Islam tidak bersifat semena-mena dalam menghukumi manusia. Hukuman yang ada dalam al-Qur'an terhadap

¹⁴ Interview dengan Muhammad Akhyar Adnan, anggota Majelis Tarjih PP Muhammadiyah, Jakarta 19 November 2015.

¹⁵ Literatur fikih mendefinisikan *qishas-diyat* sebagai tindak pidana yang hukumannya telah ditentukan oleh al-Qur'an dan as-Sunnah, tetapi manusia memiliki peran untuk melaksanakannya atau memaafkan pelaku pidananya. Lihat al-Sirazi, *al-Muhazzab fi Fiqh al-Imam al-Syafi'i*, Vol. I, (Beirut: Dar al-Ma'rifah li al-Tiba'ah, 1959), hlm. 191; Ibn al-Hasan al-Syaibani, *Kitab al-Asl*, (ed), Abu al-Wafa' al-Afghani, Vol. IV, (Heydarabad: Dar'irat al-Ma'arif al-'Usmaniyyah, 1973), hlm. 437-439.

¹⁶ Interview dengan M. Busyro Muqoddas, ketua PP Muhammadiyah, Yogyakarta tanggal 29 November 2015.

masalah-masalah *hudud* pada dasarnya di samping bertujuan untuk menjerakan para pelaku sehingga tidak mengulangi perbuatan jahatnya, juga supaya menjadi pelajaran dan cerminan bagi orang atau masyarakat lain. Semua itu bertujuan final untuk kebaikan dan ketertiban masyarakat. Namun demikian, dari masalah-masalah *hudud* yang ada, hanya permasalahan *bughat*¹⁷ yang sesuai dengan harapan Persis, karena bagi Persis pemberontakan terhadap pemerintahan merupakan kesalahan besar sehingga perlu mendapat hukuman yang berat.¹⁸

M. Abdurrahman sebagai Ketua Umum Persis, menambahkan bahwa ada tiga sanksi *qishas-diyat* dalam al-Qur'an, yaitu pembunuhan dengan sengaja, pembunuhan seperti sengaja, dan pembunuhan tidak sengaja. Pembunuhan yang disebut pertama sanksi hukumannya adalah hukuman mati (*qishas*), pembunuhan kedua adalah *diyat* (denda) yang diberikan pada keluarga korban, dan yang ketiga tergantung keluarga korban apakah pelaku memperoleh maaf ataukah tidak. Adanya *qishas*, yaitu pemberian hukuman yang seimbang dengan yang dilakukan atau dalam hal ini, pembunuhan dibalas dengan hukuman bunuh, bertujuan supaya "tidak ada pembunuhan setelah terjadinya pembunuhan". Dengan *qishas*, tidak ada dendam dan ketidakpuasan dari keluarga korban serta setiap orang yang berniat melakukan pembunuhan akan berpikir kembali apabila mengetahui bahwa ia juga akan dihukum bunuh. Sementara apabila dihukum dengan bentuk penjara sebagaimana aturan RUU KUHP 2016, tujuan di atas tidak dapat tercapai. Persis mengharapkan hukum Islam sebagaimana dalam al-Qur'an dan as-Sunnah dijadikan sebagai hukum negara.

¹⁷ *Bughat* dalam RUU KUHP masuk dalam kategori makar dan pemberontakan serta pelakunya dihukum berat.

¹⁸ Interview dengan M. Abdurrahman, sebagai Ketua Umum Persatuan Islam (PERSIS), di Bandung tanggal 29 Agustus 2015.

4) Majelis Ulama Indonesia (MUI)

Berkenaan dengan ragam respons yang diberikan oleh organisasi massa Islam terhadap RUU KUHP 2016, Majelis Ulama Indonesia memiliki pendapat yang provokatif. MUI menganggap bahwa KUHP yang berlaku di Indonesia tidak sesuai dengan masyarakat Indonesia, karena bukan saja watak kolonial yang masih terbawa, tetapi juga bagian dari pasal-pasal yang tidak mencerminkan hukum pidana Islam. KUHP yang berlaku di Indonesia selama ini menurut MUI sangat tidak ideal dikarenakan Indonesia berpenduduk mayoritas Muslim, sementara nilai-nilai Islam belum banyak terserap dalam sistem hukum nasional. Nilai-nilai dari hukum pidana adalah keadilan, sementara itu KUHP yang berlaku selama ini tidak bisa menjamin terwujudnya nilai-nilai keadilan karena tidak sebanding dengan nilai-nilai yang diusung oleh Islam.¹⁹

Mengenai pasal dalam RUU KUHP 2016 yang memuat hukuman penjara bagi pelaku pembunuhan, Majelis Ulama Indonesia sepenuhnya tidak setuju. Pembunuhan sengaja adalah tindakan yang sangat membahayakan bagi kemanusiaan. Hanya hukum pidana Islamlah yang menempatkan hukuman bagi pembunuh sengaja selaras dengan perbuatan pidananya. Hukuman penjara tidak mampu membuat pelaku pembunuhan jera. Oleh karenanya, *qishas-diyat*, dalam perpektif hukum pidana Islam merupakan hukuman yang ideal untuk menjamin keadilan. Pembunuhan sengaja ataupun pembunuhan yang direncanakan harus ditetapkan sebagai pidana berat dan layak untuk mendapatkan pidana mati.²⁰

¹⁹ Interview dengan Ma'ruf Amin, Ketua Umum Majelis Ulama Indonesia Pusat, Jakarta tanggal 1 September 2015.

²⁰ *Ibid.*

Berbeda dengan pendapat di atas, peneliti menganggap pemikiran yang mengharuskan pemberlakuan hukum pidana Islam, sebagaimana bunyi teks merupakan kegagalan dalam menangkap ruh syari'at Islam. Hal ini disebabkan, Nabi tidak selamanya menghukum kesalahan seseorang berdasarkan hukum murni dari al-Qur'an, melainkan ada pertimbangan dari berbagai aspek, seperti subjek, objek, dan materi perbuatan. Contoh orang zina ada yang dihukum rajam, dicambuk, dinikahkan, bahkan ada yang dibiarkan untuk bertaubat. Demikian halnya pencuri, ada yang dipotong tangan, dipenjara, didenda, atau dimaafkan dengan cara disuruh bertaubat.²¹

5) Majelis Mujahidin

Majelis Mujahidin bertujuan untuk menformalkan syari'at Islam. Salah satu pasal dari Piagam Yogyakarta menyatakan bahwa mendirikan *khilafah Islamiyah* sebagai sarana untuk formulasi syari'at Islam merupakan kewajiban dan amanat organisasi.²²

Islam menjadi ideologi Majelis Mujahidin. Fungsi utama ideologi seperti yang disinyalir oleh Lewis Coser adalah sebagai instrumen untuk membangun kohensivitas dalam gerakan dan sebagai elemen pembeda dibandingkan dengan gerakan-gerakan lainnya serta berkenaan dengan tujuan klaim kebenaran.²³ Dalam sebuah gerakan,

²¹ MUI terdiri dari berbagai organisasi Islam, baik yang berpola pikir moderat, ekstrem maupun liberal, sehingga pendapat MUI bisa subjektif tergantung siapa yang berpendapat. Peneliti sendiri termasuk pengurus MUI Kabupaten Purworejo sebagai anggota Komisi Fatwa. Pendapat peneliti ternyata berbeda dengan pendapat Ketua Umum MUI Pusat.

²² Noorhadi Hasan, *Laskar Jihad: Islam, Militancy, and the Quest for Identity in Post-New Order Indonesia*, (New York: University Ithaca Press, 2006), hlm. 18. Lihat juga Fauzan al-Anshari, *Saya Teroris? (Sebuah Pledoi)*, (Jakarta: Penerbit Republika, 2002), hlm. 65-67. Lihat juga Masdar Hilmy, *Islamism and Democracy in Indonesia: Piety and Pragmatism*, (Singapura: Insitute of Southeast Asian Studies Press, 2010), hlm. 131.

²³ Lewis Coser, *The Function of Social Conflict*, (New York: The Free Press, 1956), hlm. 90. Lihat juga David Apter, *Pengantar Analisa Politik*, alih bahasa Setiawan Abadi, (Jakarta: LP3ES, 1985), hlm. 332-335. Lihat juga R. Hrair Dek Mejian, *Islam in Revolution: Fundamentalism in The Arab World*, (New York: Syracuse University Press, 1993), hlm. 3-6.

ideologi menempati posisi afirmatif dan pada saat yang sama menegaskan elemen-elemen lainnya yang kontradiktif. Sebab ideologi ini pula, Majelis Mujahidin berkeyakinan kuat bahwa syari'at Islam merupakan solusi bagi segala persoalan masyarakat Indonesia dengan tetap menghormati hak-hak pemeluk agama lainnya.

Konstitusi Majelis Mujahidin menetapkan bahwa setiap anggota gerakan ini memiliki kewajiban untuk memformalkan Islam dan ajaran-ajarannya secara utuh tanpa kompromi dengan ajaran yang non-Islam. Islam harus diimplementasikan secara menyeluruh, dan untuk menjalankannya diperlukan perangkat kekuasaan negara untuk melakukan kontrol.²⁴ Di samping memprogandakan formulasi syari'at Islam, kelompok ini mengintruksikan kepada para anggotanya di seluruh Indonesia untuk menguatkan upaya formulasi melalui pemerintah daerah dalam rangka otonomi daerah.²⁵

Secara historis, beberapa prinsip Islam telah diakomodasi oleh Pemerintah Indonesia, khususnya di paro ketiga era Orde Baru. Politik akomodatif Pemerintah Orde Baru terhadap elemen-elemen Islam bisa dilihat dalam empat aspek. *Pertama*, akomodasi struktural yang memberikan tempat cukup bagi intelektual Muslim sebagai bagian pemegang kebijakan pemerintah.²⁶ *Kedua*, melalui fungsi legislatif yang mendukung dan mengesahkan undang-undang tentang Pendidikan Nasional tahun 1989 yang mengakomodasi ajaran dan pengajaran agama Islam dalam sekolah negeri sebagai perwujudan dari sistem pendidikan nasional. Demikian pula dalam undang-undang tentang Peradilan Agama tahun 1989, Kompilasi Hukum Islam tahun

²⁴ Irfan S Awwas, *Dakwah dan Jihad Abu Bakar Ba'asyir*, (Yogyakarta: Wihdah Press, 2003), hlm. 235. Lihat juga John T. Sidel, *Riots, Pogroms, Jihad: Religious Violence in Indonesia*, (Singapura: National University of Singapore Press, 2007), hlm. 39.

²⁵ Adi Prasetyo dan Imron Rosyid, "Syari'at Islam atau Murtad, *Tempo*, edisi 18-24 Agustus 2003, hlm. 102.

²⁶ Bahtiar Effendy, *Islam dan Negara, Transformasi Pemikiran dan Praktik Politik Islam Indonesia*, (Jakarta: Paramadina, 1998), hlm. 278.

1991, dan kebijakan pemerintah tentang jilbab.²⁷ *Ketiga*, dalam infratraktur, yakni naiknya anggaran negara untuk fasilitas-fasilitas Islam.²⁸ *Keempat*, pada akomodasi kultural yang bisa dilihat dalam penerimaan Pemerintah terhadap slogan-slogan dan idiom-idiom sebagai bagian dari kebudayaan Indonesia.²⁹

Salah satu pengurus Majelis Mujahidin waktu itu, mengatakan bahwa menerapkan syari'at Islam tidak saja dalam bentuk pelaksanaan ajaran ritual keseharian, tetapi juga mentransformasikannya dalam aktivitas sehari-hari. Menjadi seorang Muslim berarti memiliki kesadaran untuk menerapkan ajaran Islam secara utuh tanpa dicampuri elemen lainnya. Mengesampingkan atau menelantarkan ajaran Islam, syari'at Islam, apalagi menggantinya dengan yang lain memiliki konsekuensi tidak lagi sebagai Muslim.³⁰ Dengan konteks Indonesia, Majelis Mujahidin meyakini bahwa mengimplementasikan syariat Islam tidak saja berarti patuh kepada Allah, tetapi juga menyelamatkan Indonesia dari krisis yang salah satu sebabnya adalah jauhnya bangsa Indonesia dari perintah Allah. Semenjak zaman kemerdekaan, menurut Majelis Mujahidin, sistem hukum yang berlaku adalah sekuler yang merupakan warisan bangsa kolonial.³¹

Berkenaan dengan implemtasi syariat Islam, Majelis Mujahidin merekomendasikan rencana aksi pasca Kongres Majelis Mujahidin keempat tahun 2013 di Sentul City Bogor dengan menyatakan bahwa setiap orang yang menolak atau menghalangi formulasi syari'at Islam adalah kafir. Kekafiran di sini diartikan sebagai perbuatan seseorang yang beriman kepada Allah dan Rasul-Nya, tetapi tidak menjalankan ajaran yang diberikan serta yang membawanya dalam al-Qur'an dan

²⁷ *Ibid.*, hlm. 278-303.

²⁸ *Ibid.*, hlm. 303-306.

²⁹ *Ibid.*, hlm. 306-309.

³⁰ Alawi Makmun, *Daurah Syar'iyah Majelis Mujahidin*, Yogyakarta, 15 Oktober 2005.

³¹ *Ibid.*

as-Sunnah. Dengan demikian, kafir di sini sama halnya dengan musyrik.³²

Kebutuhan implementasi syari'at Islam di Indonesia menurut Majelis Mujahidin berdasarkan pada kenyataan bahwa nilai-nilai hukum Islam tidak sebanding dengan nilai-nilai yang dimiliki oleh sistem hukum lain. Hukum pidana Islam mengenal lima prinsip yang lazim disebut dengan prinsip-prinsip syariah, yaitu *maqashid asy-syari'ah*, yang rasional. Lima prinsip tersebut ialah (1) *hifz al-din*, yakni menjaga agama dan keyakinan; (2) *hifz an-nasl*, yakni menjaga keturunan; (3) *hifz al-'aql*, yakni menjaga akal; (4) *hifz al-nafs*, yakni menjaga jiwa; (5) *hifz al-mal*, yakni menjaga harta dan kekayaan.³³

Pada tahun 2003, Majelis Mujahidin Indonesia mengusulkan draft hukum pidana Islam sebagai respons terhadap kebijakan Pemerintah untuk mereformasi KUHP. Draft yang diajukan Majelis Mujahidin Indonesia dipublikasikan pada bulan Juli 2002. Menurut Pengurus Lajnah Tanfidziyah Majelis Mujahidin, draft tersebut merupakan hasil dari kompromi organisasi Islam khususnya yang memiliki wakil di parlemen, seperti Partai Persatuan Pembangunan, Partai Keadilan, Partai Bulan Bintang, dan sebagainya.³⁴

Draft milik Majelis Mujahidin Indonesia memuat lima prinsip hukum Islam seperti yang dikemukakan di atas dan terdiri dari lima bagian. Bagian *pertama* berisi tentang pengantar umum mengenai pemahaman terhadap peraturan yang tengah berlaku, bagian *kedua* berisi tentang tindakan kriminal dan pertanggungjawabannya, bentuk-

³² Interview dengan Irfan S. Awwas, sebagai Ketua Lajnah Tanfidziyah Majelis Mujahidin, di Yogyakarta tanggal 10 November 2015. Lihat juga di <http://www.majelisujahidin.com/2013/08/keputusan-kongres-mujahidin-iv-tentang-rekomendasi-indonesia-bersyariah/> di akses pada 15 November 2015.

³³ Irfan S. Awwas, *Risalah Kongres Majelis Mujahidin I dan Penegakkan Syari'ah Islam*, (Yogyakarta: Wihdah Press, 2001), hlm. 51.

³⁴ M. Nur Kholis Setiawan, dkk., "Kontribusi Hukum Pidana Islam....", hlm. 98. Lihat juga Abdurrahman Wahid, dkk., *Mengapa Partai Islam Kalah?; Perjalanan Politik Islam dari Pra-Pemilu '99 sampai Pemilihan Presiden*, (Jakarta: Alvabet, 1999), hlm. 201-204.

bentuk kriminal yang masuk dalam kategori *hudud* dan *qishas*. Bagian *ketiga* berisi tentang peraturan perundang-undangan untuk hakim, pengadilan dan jenis hukuman. Bagian *keempat* berisi tentang penjelasan mengenai sanksi, pengakuan, delik hukum, lembaga peradilan, dan hakim serta kewenang-kewenangannya. Kelima berisi tentang aturan umum mengenai pidana Islam yang bersumber pada ajaran dan hukum Islam.³⁵

Majelis Mujahidin tidak terlalu antusias memberikan tanggapan terhadap RUU KUHP mendatang sebagai inisiatif Pemerintah. Hal ini ditambah dengan isi pasal-pasal RUU KUHP 2016 tentang pidana *hudud* yang didominasi oleh jenis hukuman penjara. Menurut Majelis Mujahidin, hukuman penjara sama sekali tidak mencerminkan rasa keadilan. Pada saat yang sama, Majelis Mujahidin juga mengkritik inisiatif pemerintah yang dianggap tidak mampu menangkap dan menampung aspirasi umat Islam sebagai umat mayoritas negeri ini. Berkaitan dengan pasal-pasal RUU KUHP 2016, secara prinsip Majelis Mujahidin menyatakan menolak ketika draft pasal-pasal yang berisi hukuman kriminal tertentu bertentangan dengan prinsip-prinsip hukum pidana Islam.

Majelis Mujahidin tidak bisa menoleransi penggantian hukuman rajam dengan penjara. Demikian juga tentang hukuman penjara bagi delik pencuri yang seharusnya dipotong tangan berdasarkan ketentuan al-Qur'an dan as-Sunnah. Penjara, bagi Majelis Mujahidin bukanlah hukuman. Sebaliknya, hukuman potong tangan haruslah ditegakkan agar jaminan keamanan bagi masyarakat bisa terwujud.³⁶

³⁵ Majelis Mujahidin Indonesia, *Usulan Undang-undang Hukum Pidana Republik Indonesia Disesuaikan dengan Syari'at Islam*, (Yogyakarta: Mazkas Pusat Majelis Mujahidin Indonesia, 2002), hlm. 4.

³⁶ Pemikiran Fauzan al-Anshari, Departemen Data dan Informasi Majelis Mujahidin; M. Nur Kholis Setiawan, dkk., "Kontribusi Hukum Pidana Islam....", hlm. 87.

6) Front Pembela Islam (FPI)

FPI berpendapat bahwa hukuman yang ada dalam RUU KUHP 2016 sangat kurang berat dan berpotensi tidak dapat menjerakan para pelaku. Sanksi hukum dalam RUU KUHP disarankan agar hukuman minimalnya harus berupa hukuman yang berat, dan pada dasarnya yang diberlakukan adalah hukuman minimal itu. Sebab dengan hukuman minimal yang berat, pelaku kejahatan *hudud* akan berpikir ulang ketika akan melakukan kejahatan serta tidak akan ada permainan hakim. Jika dalam sanksi pidana hukuman minimal tidak berat, hakim akan dapat memainkan hukum sesuai perasaan. Pada dasarnya, dalam tindak pidana yang berkaitan dengan *hudud* seperti perzinaan, mencuri, dan menuduh berbuat zina, *hirabah* dan *bughat* (memberontak) harus disesuaikan dengan hukuman ada dalam syari'at yang tertuang dalam *nash* al-Qur'an dan as-Sunnah, karena tindak pidana *hudud* termasuk tindak pidana yang sanksi hukumannya adalah hak Allah.

Seperti dalam perzinaan, menurutnya hukuman bagi para pezina yang belum mempunyai suami atau isteri adalah hukuman cambuk, sedangkan para pezina yang sudah bersuami atau beristeri hukumannya adalah rajam. Dengan hukuman tersebut, orang yang melakukan perzinaan akan jera serta tidak akan melakukan perzinaan lagi di kemudian hari. Selain itu, hukuman rajam dan cambuk sangat sesuai dengan hukum Islam serta mempunyai nilai-nilai positif, antara lain dapat menjerakan karena selain hukuman fisik juga merupakan hukuman psikis, tidak membebani negara, dan pelaku dapat bebas kembali kepada keluarganya.

Mengenai delik pencurian, menurut FPI, hukuman dalam RUU KUHP 2016 ini tidak dapat mewakili hukum pidana Islam. Sebab dalam hukum pidana Islam sudah jelas aturannya bahwa orang yang

melakukan pencurian harus dihukum dengan hukuman potong tangan. Sementara dalam masalah *hirabah*, tidak ada hukuman yang sesuai, kecuali hukuman mati karena telah merusak mental, tempat-tempat strategis, dan dapat merenggut korban massal. Hal ini sesuai dengan logika, karena dalam Islam orang yang membunuh satu orang saja harus dihukumi *qishas*, apalagi merenggut nyawa orang banyak sehingga tentu harus diberi hukuman lebih berat. Berkenaan dengan murtad dengan menghasut di muka umum bermaksud meniadakan keyakinan suatu agama yang dianut di Indonesia, menurut FPI pelakunya harus dihukum pengasingan, karena masyarakat Indonesia adalah masyarakat beragama serta keberadaannya dijamin oleh undang-undang. Dalam masalah *bughat* secara umum hukuman yang harus disandang oleh pemberontak adalah hukuman mati.³⁷

Jarimah qishas-diyat sanksi hukuman dalam RUU KUHP 2016 tidak sesuai dengan ajaran syari'at Islam. Sebab permasalahan *qishas-diyat* dalam syari'at Islam telah mempunyai hukum yang pasti yang terdapat dalam al-Qur'an maupun as-Sunnah. Menurutny, segala bentuk pembunuhan apalagi yang disengaja, maka hukumannya adalah mati. Dengan hukuman mati, hak-hak korban akan terlindungi, dapat menjerakan pelaku yang akan melakukan kejahatan, serta sangat sesuai dengan *maqasid asy-syari'ah* yang sangat melindungi jiwa.

Qishas juga berlaku bagi ibu yang membunuh anaknya pada saat atau tidak lama setelah dilahirkan, sedangkan korban kejahatan aborsi menurutnya juga harus dihukum mati karena pada substansinya juga membunuh jiwa. Bagi dokter yang membantu melakukan aborsi menurutnya harus dihukum ditambah dengan pencabutan haknya sebagai dokter. Dalam tindak pidana penganiayaan berat yang

³⁷ Interview dengan Ahmad Shabri Lubis, Ketua Umum DPP FPI di Jakarta tanggal 20 November 2015.

berakibat matinya seseorang juga harus dihukumi dengan *qishas*, tidak hanya dihukumi penjara.

Kejahatan yang berkaitan dengan masalah-masalah *ta'zir*, walaupun secara tekstual tidak ada sanksi dalam al-Qur'an dan as-Sunnah, FPI juga belum sepakat karena aturan-aturannya dipandang kurang mewakili hukum Islam dan sanksinya terlalu ringan sehingga tidak akan dapat menyelesaikan masalah. Contohnya dalam masalah penghinaan terhadap agama yang dianut di Indonesia, hanya diancam dengan hukuman 2 (dua) tahun atau denda dengan maksimal Rp. 70.000.000,- (tujuh puluh juta) rupiah. Ini merupakan hukuman yang tidak setimpal serta tidak sesuai dengan syari'at Islam. Dalam masalah pornografi dan pornoaksi dihukum dengan penjara seumur hidup, masalah pemerkosaan dengan hukuman cambuk 100 (seratus) kali ditambah dengan hukuman penjara, sedangkan dalam tindak pidana korupsi hukuman yang pantas adalah hukuman mati karena telah menyengsarakan orang banyak dan menyebabkan kemiskinan serta kemelaratan.

Sanksi pidana dan tindakan yang dicantumkan dalam RUU KUHP 2016 menurutnya juga belum sesuai dengan harapan kelompok pembela ajaran Islam, yakni FPI. Sebab hukuman baku yang terdapat dalam al-Qur'an dan as-Sunnah belum ada yang dicantumkan, seperti hukuman cambuk, potong tangan, *qishas*, dan rajam. Oleh sebab itu, FPI menyarankan agar dalam pidana pokok ditambahkan sanksi rajam, cambuk, dan *qishas*.³⁸

7) Hizbut Tahrir Indonesia (HTI)

³⁸ Pemikiran Hasanuddin, Sekretaris Umum DPP FPI, hasil interview pada tanggal 20 November 2015 di Jakarta.

Menurut Hizbut Tahrir Indonesia,³⁹ terkait dengan usaha mengadopsi hukum Islam di Indonesia, termasuk di dalamnya RUU KUHP 2016, hukum pidana Islam merupakan “anak tiri” di Negeri Indonesia.⁴⁰ Kerangka hukum Indonesia masih disetting dengan kerangka hukum Belanda. Oleh karena itu, pengadopsian hukum pidana Islam di Indonesia disesuaikan dengan kerangka berpikir hukum yang ada lebih dahulu (Belanda). Setting ini berangkat dari persoalan mendasar dalam hukum pidana, yaitu tujuan hukum pidana.

Hukum pidana Islam sebenarnya berada di suatu ujung yang tidak dapat menyelesaikan suatu masalah. Harus ada yang dibangun terlebih dahulu sebelum hukum pidana Islam diterapkan. Ibarat rumah, hukum hanyalah pagar di luar rumah itu. Aplikasi konkretnya, dalam kasus pencurian yang diancam hukum dipotong tangan dapat diterapkan setelah negara menjamin kemakmuran. Dengan demikian, negara bertanggung jawab terlebih dahulu terhadap kejahatan. Setelah kesejahteraan warga terpenuhi, hukum pidana potong tangan dapat dijalankan. *‘uqubah* (pidana) terkait juga dengan tata aturan ekonomi dan ketatanegaraan atau pemerintahan. Zina diterapkan sanksi cambuk setelah mendapatkan kesejahteraan, sehingga tidak ada alasan orang melancurkan diri karena alasan ekonomi.

³⁹ Hizbut Tahrir menekankan pada *Daulah Islamiyah* atau *Daulah Khilafah* yang dipimpin oleh seorang *khilafah* yang dipilih secara demokratis oleh rakyat. *Khilafah* tersebut harus *dibai’at* oleh kaum muslimin untuk didengar dan ditaati agar menjalankan pemerintahan berdasarkan Kitabullah dan Sunnah Rasul-Nya dan mengembangkan risalah Islam ke seluruh dunia dengan dakwah dan jihad. Lihat Hizbut Tahrir, *Mengenal Hizbut Tahrir Partai Politik Islam Ideologis*, (Depok: Thariqul Izzah, 2000), hlm. 20. Hizbut Tahrir dalam rangka mengoperasionalkan gagasan idealnya menggunakan tiga konsep. *Pertama*, tahapan *tsaqif* (pembinaan dan pengkaderan) untuk melahirkan orang-orang yang menyakini fikrah Hizbut Tahrir dan untuk membentuk kerangka sebuah partai. *Kedua*, tahapan *tafa’ul* (berinteraksi) dengan umat agar mampu mengembangkan dakwah Islam sehingga umat akan menjadikannya sebagai masalah utama dalam kehidupannya, serta berusaha menerapkannya dalam realitas kehidupan. *Ketiga*, tahapan *istilamiil hukmi* (pengambilalihan kekuasaan) untuk menerapkan Islam secara praktis dan totalitas, sekaligus untuk menyebar luaskan risalah Islam ke seluruh dunia. Lihat juga Hizbut Tahrir, *Strategi Dakwah Hizbut Tahrir*, (Depok: Pustaka Thariqul Izzah, 2000), hlm. 57.

⁴⁰ Pemikiran Rahmat Kurnia, Ketua Lajnah Fa’aliyah DPP HTI, hasil interview pada 30 November 2015 di Jakarta.

Fungsi hukuman dalam Islam adalah sebagai balasan, pencegah, dan pendidikan. Misalnya eksekusi pidana potong tangan yang disaksikan oleh banyak orang. Orang yang menyaksikan merasa ngeri tidak akan melakukan kejahatan.⁴¹ Bagi si korban sebagai penebus di akhirat kelak. Filosofi ini tidak ada dalam hukum pidana Indonesia. Jadi, ada aspek *ruhiyyah* dalam hukum pidana Islam tentang kepercayaan terhadap hari akhir. Jika tidak ada kepercayaan terhadap hari akhir, hukum Islam tidak dapat diterapkan.

Selanjutnya, HTI menyatakan bahwa RUU KUHP 2016 merupakan produk yang masih banyak tarik ulur di antara beberapa pihak. Di samping itu, belum banyak pihak yang mengetahui keberadaannya, khususnya organisasi keislaman. Sebab tidak banyak kontribusi hukum pidana Islam terhadap RUU KUHP 2016, maka RUU KUHP belum merepresentasikan hukum pidana Islam.⁴²

Agenda HTI dalam mengubah Indonesia adalah melalui perubahan paradigma. Secara *de jure*, negara ini menganut pemikiran Barat atau sekuler. Secara *de facto*, cabang-cabang dari pemikiran sekuler pun tetap diadopsi. Presentase paling tampak adalah KUHP, sebagian besar merupakan salinan dari hukum pidana Belanda. Namun demikian, HTI tidak langsung memperbaharui KUHP, tetapi bagaimana perubahan paradigma dapat terjadi dan menggunakan pemikiran apa untuk membangun Negara Indonesia. Pancasila sebagai dasar negara perlu bantuan instrumen lain untuk mengaplikasikannya atau mewujudkannya. Orde Lama menggunakan instrumen sosialis. Orde

⁴¹ Dalam ilmu hukum pidana, konsep semacam ini pernah dicetuskan oleh Anselm von Feuerbach dalam bukunya *Lehrbuch des peinlichen Recht* (1801) dengan istilah teori paksaan psikis. Feuerbach mencetuskan teori ini saat merumuskan asas legalitas dengan "*nullum delictum nulla poena sient praevia lege poenali*" (tidak ada tindak pidana, tanpa undang-undang pidana yang mendahuluinya).

⁴² Dalam RUU KUHP 2016 disebutkan bahwa pidana bagi pencurian adalah sama dengan KUHP (*Wetboek van Strafrecht*) yaitu pidana penjara 5 (lima) tahun. Dalam pasal deliknya memang tidak disebutkan mengenai kewajiban hakim menyatakan motif pelaku melakukan pencurian. Namun dalam pasal yang lain setiap hakim dalam menetapkan berat atau ringannya pidana bagi pelaku tindak pidana salah satunya adalah mempertimbangkan motif pelakunya.

Baru menggunakan instrumen sekuler. Jika bangsa Indonesia ingin membangun Negara Indonesia berdasarkan Pancasila, menggunakan instrumen Islam adalah pilihan terbaik dengan meninggalkan sosialisme dan sekulerisme.

Terkait dengan pengadopsian berbagai sumber hukum (Islam, Adat, negara lain atau internasional) dalam RUU KUHP 2016, HTI memberikan apresiasi positif kepada pihak-pihak yang berusaha memasukkan hukum pidana Islam. Termasuk bagi mereka yang berusaha memasukkan syari'at dalam perda-perda yang sebenarnya menurut HTI tidak dapat menyelesaikan masalah. Namun, HTI tetap memberikan apresiasi positif dan siap membantu dalam argumentasi pemikiran mereka.

Pengambilan hukum Belanda sebagai salah satu sumber tidak berguna dan tidak beralasan. Negara Indonesia sekarang bukan jajahan Negara Belanda dan bukan bagian dari Negara Belanda. Selama ini hukum pidana Belanda pun tidak dapat menyelesaikan masalah.

Sementara hukum Adat yang dijadikan sebagai salah satu sumber pembentukan hukum pidana di Indonesia harus dilihat terlebih dahulu kesesuaiannya dengan hukum pidana Islam. Oleh karena itu, yang menjadi tolok ukur adalah hukum pidana Islam. Kenyataannya sekarang standar atau tolok ukur hukum pidana tetap pidana Belanda. Pengadopsian hukum Adat dan hukum Islam apakah sesuai dengan hukum Belanda.

Pasal pembunuhan dalam RUU KUHP 2016 tidak sesuai dengan semangat *jinayah* dalam hukum Islam. Di dalam *jinayah*, korban diberikan kewenangan untuk memilih dua alternatif, yaitu pembalasan atau dibayar *diyat*. Dengan pembayaran *diyat* akan dapat memberikan keadilan bagi keluarga korban.

Asas legalitas materiil dalam Pasal 1 ayat (3) RUU KUHP menurut HTI adalah konsep yang bias. Dalam pandangan HTI, kejahatan dapat terjadi melanggar *syara'* atau melaksanakan keharaman, atau melanggar keputusan khalifah. Jadi, bentuknya harus tertulis dahulu dengan tetap bertumpu pada *nash* dan tidak bergantung pada hukum Adat. Hukum Adat akan diuji kesesuaiannya terlebih dahulu dengan hukum Islam. Sebagai contoh, pada masa awal Islam terdapat hukum Adat (kebiasaan) orang Arab yang menikahi perempuan lebih dari satu. Oleh Islam kemudian dibatasi hanya sampai empat isteri. Ini artinya hukum Adat tidak boleh bertentangan dengan hukum Islam. Hukum Adat yang akan diadopsi ditelaah dahulu, apakah baik atau sesuai dengan hukum Islam. Jika baik atau sesuai, hukum Adat dapat diadopsi. Namun, jika tidak baik atau tidak sesuai dengan hukum Islam, pengadopsian dapat dibatalkan.

Substansi pengambilan hukum pidana Islam ialah memberikan interpretasi terhadap *nash-nash* al-Qur'an maupun as-Sunnah. Misalnya pencurian tidak harus dipotong tangan. HTI bersikap bahwa masalah substansi dan bukan substansi harus dikaji terlebih dahulu. Aristoteles yang mengajukan tentang substansi dan bukan substansi harus terlebih dahulu dibuktikan, apakah memang benar ada substansi dan tidak substansi dalam suatu materi dan siapakah yang berwenang menentukan substansi dari suatu hal. HTI berpandangan bahwa sesuatu itu ada yang *asyya'* dan *af'al*. *Asyya'* atau benda konkret atau nyata dapat dilihat substansinya. Misalnya gelas yang beraneka bentuk substansinya adalah tempat minuman, sedangkan *af'al* atau perbuatan seseorang akan sulit sekali ditentukan substansinya dan lembaga apa yang berwenang menentukan substansinya. Misalnya dalam ketentuan potong tangan bagi pencurian yang dimasukkan dalam *af'al* akan sulit mencari substansi dari potong tangan tersebut dan siapa yang

berwenang menentukan. Penafsiran *nash* hanya mempergunakan pendekatan bahasa (Arab) bukan menggunakan kaidah Aristoteles.

8) Jaringan Islam Liberal (JIL)

Sebagaimana dikemukakan oleh Abdul Moqsiith Ghazali yang berpandangan bahwa hukum pidana Islam dalam arti hukum Allah itu tidak ada. Adanya ialah prinsip-prinsip umum yang universal, yang dalam tradisi pengkajian hukum Islam klasik disebut *maqasid asy-syari'ah* (tujuan umum syariah Islam). Aturan-aturan hukum dalam al-Qur'an dan as-Sunnah atau biasa disebut *jarimah hudud* dan *qishas-diyat* merupakan hasil penerjemahan nilai-nilai dan prinsip-prinsip umum Islam sesuai konteks sosial budaya saat itu. Oleh karena itu, aturan-aturan tersebut hanya merupakan syariah historis, partikular, dan juga kontekstual. Dengan demikian, umat Islam harus berijtihad mencari formula baru dalam menerjemahkan nilai-nilai tersebut dalam konteks kehidupan masing-masing. Nabi dahulu hanya memberikan salah satu contoh penerapan nilai-nilai universal Islam dalam konteks masyarakat Madinah. Dengan kata lain, ada kemungkinan yang luas untuk menerjemahkan Islam dengan cara dan bentuk yang lain dari cara bentuk yang dipraktikkan oleh Nabi terdahulu. Oleh karena itu, umat Islam tidak seharusnya mandek dengan hanya melihat contoh pada masa Nabi, tetapi harus bergerak seiring perkembangan zaman.

Dalam pandangan JIL, yang ada adalah hukum manusia dan bukan hukum Allah, karena manusialah yang menjadi *stake holder* yang berkepentingan dalam semua perbincangan hukum. Pasal-pasal dalam RUU KUHP 2016 dalam pandangan JIL tidak bertentangan dengan ajaran Islam, hanya saja perlu pertimbangan dan didiskusikan lebih lanjut apakah sesuai dengan tujuan hukum. Apakah aturan-aturan tersebut telah membuat jera pelaku kejahatan sehingga tidak

akan mengulanginya kembali, dan apakah korban mendapatkan hak-hak dan ganti rugi yang layak. Dalam KUHP mendatang, terutama masalah *qishas-diyat*, menurut JIL, korban belum begitu diperhatikan. Sementara bentuk sanksi pidana dalam RUU KUHP telah mencukupi asalkan dalam pelaksanaannya dapat membuat jera pelaku dan melindungi hak-hak korban. Hukuman pidana mati yang diancamkan secara alternatif dengan pidana penjara seumur hidup atau penjara 20 (dua puluh) tahun, juga sudah tepat karena sudah mengakomodasi pandangan yang berbeda tentang kepatutan hukuman mati.

Adanya perbedaan hukuman pidana antara pelaku biasa dengan pemufakatan atau persengkokolan jahat dalam RUU KUHP dalam pandangan JIL dirasa tidak adil. Sebab, di samping akibatnya sama termasuk bagi korban dan keluarga korban, juga secara tidak langsung memberi peluang banyaknya tindak kejahatan dengan cara bersengkongkol karena hukumannya lebih ringan.⁴³

9) Barda Nawawi Arief

Menurut Barda Nawawi Arief,⁴⁴ modernisasi hukum pidana tidak hanya menyangkut masalah substansi, tetapi selalu berkaitan dengan nilai-nilai yang ada. “Modernisasi hukum pidana pada hakikatnya mengandung makna, suatu upaya untuk melakukan reorientasi dan reformasi hukum pidana yang sesuai dengan nilai-nilai sosio politik, sosio filosofik dan sosio kultural masyarakat Indonesia yang melandasi kebijakan sosial, kebijakan kriminal, dan kebijakan penegakan hukum di Indonesia.”⁴⁵

⁴³ Pemikiran Abdul Moqsi Ghazali, Koordinator JIL, hasil interview pada tanggal 30 November 2015 di Jakarta.

⁴⁴ Seorang Guru Besar Emeritus Fakultas Hukum Universitas Diponegoro Semarang.

⁴⁵ Barda Nawawi Arief, *Bunga Rampai Kebijakan Hukum Pidana*, (Bandung: PT. Citra Aditya Bakti, 2002), hlm. 28.

Kejahatan dari waktu ke waktu terus berkembang, mulai dari kejahatan tradisional sampai dengan kejahatan modern. Kejahatan merupakan produk masyarakat yang berkembang seiring kemajuan teknologi. Hukum sebagai instrumen yang berperan penting dalam upaya penanggulangan kejahatan seyogianya terus berkembang dan memiliki kemampuan selangkah lebih maju untuk melakukan langkah antisipasi. Dengan demikian, tidak selalu terlambat mencegah dan memberantas kejahatan, termasuk bentuk kejahatan yang menggunakan media teknologi. Berkaitan dengan perkembangan hukum, bahwa hukum bukan institusi yang statis, tetapi mengalami perkembangan dan berubah dari waktu ke waktu sebagai akibat dari hubungan timbal balik yang erat antara hukum dengan masyarakat.⁴⁶

Kebijakan hukum pidana pada hakikatnya mengandung kebijakan negara dalam mengatur dan membatasi kekuasaan, baik kewenangan masyarakat pada umumnya untuk bertindak dan bertingkah laku maupun kekuasaan atau kewenangan penguasa atau penegak hukum dalam menjalankan tugasnya memastikan bahwa masyarakat taat dan patuh pada aturan yang telah ditetapkan. Kebijakan hukum pidana merupakan serangkaian proses yang terdiri atas tiga tahapan yakni:

- a. Tahap kebijakan legislatif/formulatif,
- b. Tahap kebijakan yudikatif/aplikatif, dan
- c. Tahap kebijakan eksekutif/administratif

Berdasarkan tiga tahapan kebijakan penegakan hukum tersebut, penanggulangan kejahatan selalu diorientasikan pada upaya untuk mencapai kesejahteraan masyarakat. Menurut Barda Nawawi Arief, kebijakan atau upaya penanggulangan kejahatan (*criminal policy*)

pada hakikatnya merupakan bagian integral dari upaya perlindungan masyarakat (*social defence*) dan mencapai kesejahteraan masyarakat (*social welfare*).⁴⁷

Bukanlah modernisasi hukum pidana apabila orientasi nilai hukum pidana yang dicita-citakan serupa dengan orientasi nilai dari hukum pidana lama warisan penjajah (KUHP). Modernisasi hukum pidana harus jauh lebih baik pengaturannya dibandingkan KUHP dan juga harus ditempuh dengan pendekatan yang berorientasi pada kebijakan sekaligus pendekatan yang berorientasi nilai.

Selama ini diketahui bahwa tindak pidana dalam KUHP hanya berada dalam tataran teori bukan dalam suatu aturan umum sehingga dalam penerapannya orang-orang akan merujuk pada teori-teori yang ada. Maka dari pada itu, perlu pengkajian terhadap sistem pemidanaan dalam Ketentuan Umum Konsep Rancangan Undang-Undang Kitab Undang-Undang Hukum Pidana 2016 sebagai modernisasi dalam hukum pidana Indonesia.

Bambang Purnomo mengatakan, “Perkembangan modernisasi pidana dan pemidanaan saat itu telah memasuki era baru dari konsep reaksi pemidanaan (*punitive reactions*) tumbuh ke arah suatu modifikasi konsep reaksi pembinaan (*treatment reactions*)”.⁴⁸ Akibat munculnya paradigma baru dalam pemidanaan tersebut, berkembang ide individualisasi pemidanaan.

⁴⁷ Barda Nawawi Arief, *Masalah Penegakan Hukum dan Kebijakan Penanggulangan Kejahatan*, (Bandung: PT. Citra Aditya Bakti, 2010), hlm. 77.

⁴⁸ Widodo, *Sistem Pemidanaan dalam Cyber Crime: Alternatif Ancaman Pidana Kerja Sosial dan Pidana Pengawasan Bagi Pelaku Cyber Crime*, (Yogyakarta: Laksbang Mediatama, 2009), hlm. 270.

Barda Nawawi Arif berpendapat, individualisasi pidana dibangun berdasarkan ide keseimbangan dalam pidana, yaitu mencakup empat hal berikut:⁴⁹

- a. Keseimbangan monodualistik antara kepentingan umum atau masyarakat dengan kepentingan individu atau perorangan. Dalam ide keseimbangan, kepentingan umum dan kepentingan individu tercakup pada ide perlindungan/kepentingan korban dan ide individualisasi pidana.
- b. Keseimbangan antara unsur objektif (yaitu perbuatan atau lahiriah) dengan unsur subjektif (batiniah atau sikap batin), dan ide *daatdaader strafrecht*.
- c. Keseimbangan antara kriteria formal dan dengan material.
- d. Keseimbangan antara kepastian hukum dengan kelenturan atau elastisitas atau fleksibilitas, dan keadilan.

10) Bambang Soesatyo

Bambang Soesatyo⁵⁰ mengatakan saat ini draft RUU KUHP 2016 telah diserahkan Pemerintah ke DPR. Ada sedikit perubahan untuk hukuman pemerkosa di RUU. Ada pasal yang memuat bahwa hukuman minimal pemerkosa adalah 3 (tiga) tahun penjara. Namun tidak ada perubahan pada hukuman maksimal selama 12 (dua belas) tahun penjara. Tidak ada pasal hukuman mati, penjara 20 (dua puluh) tahun atau penjara seumur hidup.

⁴⁹ Barda Nawawi Arief, *Kapita Selekta Hukum Pidana*, (Bandung: Citra Aditya Bakti, 2010), hlm. 141.

⁵⁰ Ketua Komisi III DPR dari Fraksi Golkar Periode 2014-2019 dan sekarang menjabat sebagai Ketua DPR RI Periode 2014-2019 dengan sisa jabatan 1 tahun 9 bulan menggantikan Setya Novanto yang terjerat kasus dugaan korupsi proyek e-KTP.

Terkait RUU KUHP tersebut, DPR dan Pemerintah perlu mempersiapkan diri terhadap proses pembahasan RUU. Pemerintah dan DPR harus menyadari bahwa RUU KUHP bukan seperti rancangan lainnya, RUU KUHP memiliki karakter yang berbeda. Dari segi bentuk, RUU KUHP berencana akan menghasilkan sebuah Kitab Kodifikasi. Kemudian, pasal berjumlah 785 pasal penuh dengan isu krusial.

Ada lima tantangan sangat mempengaruhi hasil pembahasan RUU KUHP. Apakah dapat diselesaikan dengan baik sesuai niat awal para perumus KUHP atau justru kembali terpental, atau pembahasan dapat diselesaikan, tetapi dengan kualitas yang rendah.

- a. Masa kerja atau waktu kerja yang terbatas karena periode kerja pembahasan 2016 tersisa kurang lebih 3 bulan efektif. Di samping itu pula tata tertib DPR tidak mengatur sifat *“carryover”* pembahasan, yang tentunya akan menyulitkan penyelesaian Pembahasan RUU KUHP pada tahun ini. Sebab sifatnya melakukan kodifikasi, mendorong pembahasan RUU KUHP yang berkualitas.
- b. Anggaran pembahasan yang minim terutama di pihak pemerintah, akan menyulitkan proses pembahasan yang berkualitas. Masalah anggaran biaya pembahasan yang kurang berimbang antara pemerintah dan DPR. Ditengarai, biaya Pemerintah untuk Pembahasan RUU KUHP tidak sebanding dengan anggaran DPR (Berdasarkan informasi rencana anggaran Pemerintah sebesar Rp 500.000.000, sedangkan rencana anggaran DPR sebesar Rp 6.000.000.000).
- c. Prioritas kerja anggota DPR (komisi III) yang terpecah, baik karena cukup banyak isu yang harus direspons DPR juga

dikhawatirkan akan ada pembahasan RUU Lainnya. (RUU UU KPK, Kejaksaan, Kehakiman, dan lain-lain)

- d. Muatan substansi RUU KUHP sangat berat, termasuk jumlah pasal yang besar, yakni 785 pasal. Kemungkinan terdiri atas 1500an Daftar Rincian Masalah yang harus dibuat oleh DPR.
- e. Model pembahasan biasa atau konvensional yang selama ini digunakan oleh DPR tidak akan cukup mampu membahas RUU KUHP karena memiliki keterbatasan. Model pembahasan RUU KUHP di DPR yang dilakukan dengan cara yang konvensional, dengan membentuk Panja dan meminta masukan publik secara terbatas, cukup mengkhawatirkan. Terlebih dengan begitu banyak substansi ketentuan tentang kejahatan yang akan diatur, yang melingkupi hampir seluruh tindak-tanduk warga negara. Pembahasan RUU KUHP yang sembarangan, sembrono, dan tidak penuh kehati-hatian hanya akan berimplikasi pada terancamnya kebebasan sipil warga negara.

Peneliti menyatakan bahwa kegagalan pembahasan RUU KUHP pada tahun 2016 harus dijadikan pengalaman bagi pembahasan RUU KUHP tahun ini. Oleh karena itu peneliti, merekomendasikan terobosan baru termasuk beberapa prasyarat kunci, yakni:

- a. Harus ada perubahan model pembahasan di DPR, peneliti merekomendasikan pembahasan di DPR harus lebih efektif, fokus, dan terencana. Misalnya menggunakan “*model clustering*”, dan harus ada kelompok kerja khusus RUU KUHP di DPR, yang tidak bekerja par waktu untuk pembahasan RUU Lainnya. Perlu juga dibentuk panel ahli Pemerintah, akademisi, dan DPR untuk membantu proses perdebatan dan pembahasan substansi.

- b. DPR dalam hal ini Sekretariat Jenderal DPR maupun Badan Legislatif DPR harus merevisi peraturan DPR yang berkaitan dengan tata cara pembahasan Undang-Undang (tata tertib DPR) khusus terhadap pembahasan RUU KUHP. Dalam sejarah DPR, RUU KUHP 2016 merupakan RUU pertama dengan jumlah pasal terbesar dan terberat dari segi substansi. Peneliti juga mendorong DPR agar menyepakati pembahasan secara bertahap. Misalnya, Prioritas Pembahasan tahun 2016 hanya pada Buku I RUU KUHP lalu disusul untuk Buku II di tahun selanjutnya (2016) (mendorong sistem “*carry over*”). Peneliti secara tegas menolak pembahasan RUU KUHP yang terburu-buru.
- c. DPR harus membuka peluang partisipasi publik yang besar. Hal ini karena 200 juta rakyat Indonesia akan terkena imbas atas RUU KUHP 2016, maka DPR harus membuka akses seluas-luasnya atas rancangan tersebut kepada publik termasuk di tiap tahap pembahasannya. Peneliti mendorong agar tempat pembahasan sebaiknya difokuskan di Gedung DPR dengan sifat rapat pembahasan terbuka sehingga publik dan pengamat dapat mengikuti setiap tahap pembahasan. Dengan cara seperti ini akan mengurangi sikap defensif publik kepada rancangan versi Pemerintah sekaligus memupus kecurigaan kepada Pemerintah atas kepentingan tertentu dalam memprioritaskan RUU KUHP pada Prolegnas tahun ini.

2. Pendekatan Terhadap Hukum Pidana Islam

Al-Quran secara tegas mengharamkan bentuk perzinahan, bahkan perbuatan mendekati zina pun diharamkan. Artinya setiap bentuk perbuatan yang akan mengarah kepada terjadinya perzinahan dilarang dalam Islam. Ketika larangan dilanggar, Islam tegas, yakni pezina harus didera

(dicambuk) dan harus disaksikan di muka umum pada saat eksekusi.⁵¹ Bahkan masyarakat Mesir Kuno, Babilonia, Persia Lama, dan Yunani Kuno memandang perzinaan sebagai perbuatan yang sangat tercela dan pelakunya harus dihukum mati.⁵² Sejarah ini menunjukkan bahwa celaan bagi pezina bukan semata-mata dari kalangan ajaran Islam, melainkan datang dari semua ajaran agama.

Ada hikmah yang terkandung dalam penerapan sanksi perzinaan dengan hukuman badan sebagaimana diungkapkan oleh al-Jurjawi, ia secara tegas menyatakan bahwa perbuatan zina sangat dicela oleh Islam dan pelakunya dihukum *rajam* (dilempari batu sampai meninggal dengan disaksikan orang banyak) apabila sudah pernah menikah (*muhsan*) dan hukuman berupa cambuk 100 (seratus) kali apabila belum pernah menikah (*gairu muhsan*). Perbedaan hukuman tersebut karena *muhsan* seharusnya bisa lebih menjaga diri untuk tidak melakukan perbuatan tercela itu, apalagi kalau masih dalam ikatan perkawinan yang berarti menyakiti dan mencemarkan nama baik keluarganya. Sementara *gairu muhsan* belum pernah menikah sehingga nafsu syahwatnya lebih besar karena didorong rasa keingin-tahuannya. Namun, keduanya tetap sangat dicela oleh Islam dan tidak boleh diberi balas kasihan, sebagaimana firman Allah: *ولا تأخذكم بها رافة في*.

Ancaman keras bagi bagi pelaku zina karena dalam pandangan Islam, zina merupakan perbuatan tercela yang menurunkan derajat, harkat, dan martabat kemanusiaan secara umum. Apabila zina tidak diharamkan niscaya martabat manusia akan hilang karena tata aturan perkawinan akan rusak. Di samping itu, pelaku zina berarti mengingkari nikmat Allah tentang kebolehan dan anjuran untuk menikah.⁵³

Sejarah telah mencatat bahwa awal terjadinya perbedaan ketika menerapkan sanksi dalam kasus yang sama. Contoh zina yang dianggap

⁵¹ Baca selengkapnya Q.S. an-Nur (24): 2.

⁵² Abu A'la al-Maududi, *Tafsir Surah an-Nur*, (Beirut: Dar al-Fikr, 1960), hlm. 41-42.

⁵³ Al-Jurjawi, *Hikmah at-Tasyri wa al-Fasafatu*, (Beirut: Dar al-Fikr, t.t.), hlm. 296-

sebagai *jarimah hudud*. Teori graduasi diberlakukan dengan prinsip adanya tahapan-tahapan dalam menerapkan hukum dengan melihat kondisi individu dan struktur masyarakat. Awal sanksi zina adalah cernaan, ancaman dan hinaan (Q.S. an-Nisa' [4] ayat 16), selanjutnya kurungan dalam rumah (Q.S. an-Nisa' [4] ayat 15), tahap berikutnya hukuman dera (Q.S. an-Nur [24] ayat 2). Sementara hukuman rajam dikaitkan dengan Q.S. an-Nisa' (4) ayat 25 dan Q.S. al-Ahzab (33) ayat 30. Dengan demikian, para *fuqaha* di samping menerapkan teori graduasi juga merasionalisasikan prinsip *nasakh*. Jumhur ulama menganggap tetap eksisnya hokum rajam,⁵⁴ sementara golongan Khawarij, Mu'tazilah dan sebagian *fuqaha* Syi'ah menyatakan bahwa sanksi bagi pezina adalah hukuman dera (cambuk).⁵⁵

Kontekstualisasi sanksi pezina terjadi pada masa Nabi Muhammad Saw., dapat dilihat pada Hadis di bawah ini:

كَانَ بَيْنَ أَهْلَانَا رَجُلٌ مُّخَدَّجٌ ضَعِيفٌ فَلَمْ يَرِيعْ إِلَّا وَهُوَ عَلَى أُمَةٍ مِنْ إِمَامِ الدَّارِ يَخْبِثُ بِهَا، فَرَفَعَ سَائَهُ سَعْدُ بْنُ عُبَادَةَ إِلَى رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، فَقَالَ: إِيَّاكَ ضَرْبَ مِائَةٍ سَوْطٍ، قَالُوا يَا نَبِيَّ اللَّهِ هُوَ أَضْعَفُ مِنْ ذَلِكَ لَوْ ضَرَبْتَهُ مِائَةَ سَوْطٍ مَاتَ، قَالَ: فَخُذُوا لَهُ عِشْكَ لَا فِيهِ مِائَةُ شَمْرَاخٍ، فَاضْرِبُوهُ ضَرْبَهُ وَاحِدَةً.

*Di antara rumah-rumah kami ada laki-laki yang sangat lemah karena sakit dan tidak terurus hidupnya, kemudian datang seorang jaryah kepadanya dan ia memberi isyarat kepada jaryah itu. Lalu ia berbuat keji (zina) dengan wanita itu. Hal itu disampaikan Sa'ad ibn Ubadah kepada Rasulullah Saw. sedang laki-laki itu adalah seorang muslim. Kemudian Rasulullah Saw. bersabda: "Pukullah dia sebagai hukumannya" Para sahabat berkata: "Ya Rasulullah Saw. laki-laki itu sangat lemah" Seandainya aku memukulnya seratus kali pasti ia akan mati. Kemudian Rasulullah Saw. bersabda: "Ambillah pelepah kurma yang di dalamnya ada seratus buah tangkai, kemudian pukullah dia sekali pukulan."*⁵⁶

⁵⁴ Ali as-Sayis, *Tafsir Ayat al-Ahkam*, Juz II, (Beirut : Dar al-Fikr, t.t.), hlm. 107.

⁵⁵ Abdurrahman al-Jaziri, *Kitab al-Fiqh 'ala Maahib al-'Arba'ah*, Juz IV, (Beirut : Dar al-Fiqh, t.t.), hlm. 179.

⁵⁶ Hadis Riwayat Ibn Majah dari Sa'ad bin 'Ubadah hadis Nomor 2564.

عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ عَنْهُ سَمِعَهُ يَقُولُ سَمِعْتُ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يَقُولُ إِذَا زَنَتْ أُمَةٌ أَحَدِكُمْ فَتَبَيَّنَ زَنَاهَا فَلْيَجْلِدْهَا أَلْحَدَ وَلَا يَتْرَبْ عَلَيْهَا ثُمَّ إِنْ زَنَتْ فَلْيَجْلِدْهَا أَلْحَدَ وَلَا يَتْرَبْ عَلَيْهَا ثُمَّ إِنْ زَنَتْ الثَّالِثَةَ فَتَبَيَّنَ زَنَاهَا فَلْيَبِيعْهَا وَلَوْ بِجَبَلٍ مِنْ شَعَرٍ.

Diriwayatkan dari Abu Hurairah r.a. katanya: Aku mendengar Rasulullah Saw. bersabda: "Apabila seorang hamba perempuan milik salah seorang di antara kamu melakukan perbuatan zina dan telah terbukti, maka hukumlah dia dengan cambukan rotan dan janganlah kamu memakinya. Jika ia mengulangi lagi perbuatan zina, maka cambuklah ia dengan rotan dan jangan dimakinya. Jika ia mengulangi untuk yang ketiga kalinya dan terbukti, maka juallah dia walaupun dengan harga sehelai rambut".⁵⁷

Ketentuan sanksi di atas menunjukkan putusan Nabi Muhammad Saw. terhadap orang yang berzina. Manakala pelakunya adalah hamba sahaya maka diterapkan hukum yang berbeda dengan orang merdeka. Artinya, Nabi Muhammad Saw. menerapkan hukum berdasarkan kasus serta kondisi si pelaku. Maka, dapat dipahami bahwa Nabi Muhammad Saw. selalu berijtihad dalam menetapkan suatu hukum bagi pelaku tindak kejahatan.

Tidak ada maksud mengklaim kebenaran pada salah satu pihak yang pro maupun yang kontra tentang sanksi bagi pezina (dera atau rajam). Ada baiknya merujuk pada teks dengan mempertimbangkan realitas masyarakat kontemporer, seperti Indonesia yang plural. Artinya, harus bertolak dari kenyataan bahwa hukuman rajam bukan hukum yang hidup dalam sistem negara Islam manapun, kecuali Saudi Arabia. Realitas ini tentu tidak lepas dari perubahan konstruksi masyarakat sekarang dengan masyarakat Muslim pada saat hukum rajam diterapkan. Perubahan masyarakat pada gilirannya mengubah rasa hukum sehingga masyarakat enggan melaksanakan hukum rajam, di sisi lain pezina harus dihukum berdasarkan ketentuan al-Qur'an. Perintah Rasulullah untuk menghukum rajam bagi pezina harus diperhitungkan latar belakang historisnya.

Khawarij, Mu'tazilah, dan sebagian *fuqaha* Syi'ah menyatakan bahwa sanksi bagi pezina adalah hukum dera (cambuk).⁵⁸ Sebab, *pertama* hukum rajam tidak ditetapkan dalam al-Qur'an dan *kedua* hukum dera yang tertera dalam surah an-Nur ayat 2 berlaku umum, yakni pezina *muhsan* dan *ghairu muhsan*, sementara hadis Nabi Muhammad Saw. yang menyatakan berlakunya hukum rajam adalah lemah.⁵⁹

Hukum rajam ada dan dipraktikkan dalam Islam, tetapi terjadi sebelum diturunkannya surah an-Nur ayat 2, maka hukum yang *muhkam* dan *mutasyabih* sampai sekarang adalah hukum dera bagi pezina.⁶⁰ Alangkah bijaksana jika kita mengatakan hukum *hadd* tidak boleh dilaksanakan, kecuali telah sempurna perbuatan dosa seseorang, yakni terpenuhinya syarat, rukun, dan tanpa unsur *syubhat*.

Tindak pidana pencurian yang ketentuan sanksi berupa hukum potong tangan perlu dipahami secara tekstual, misalnya Umar ibn al-Khattab juga pernah tidak menerapkan hukuman potong tangan ketika terjadi era kelaparan.⁶¹ Argumentasi lain mengatakan bahwa hukuman tidak diterapkan karena pencurian dilakukan oleh orang yang terdesak untuk mencari makan⁶² yang terjadi pada musim paceklik.⁶³ Sikap Umar bukan mengkhianati hukum Allah, melainkan semangat ruh hukum Islam dengan pemahaman yang tekstual. Hal senada juga dilakukan Rasulullah, yakni ketika Rasulullah tidak menghukum pencuri buah-buahan yang dimakan di

⁵⁸ Abdurahman al-Jaziri, *Kitab al-Fiqh 'ala al-Mazahib al-'Arba'ah*, Juz IV, (Beirut: Dar al-Fiqh, t.t.), hlm. 179.

⁵⁹ Muhammad 'Afi as-Sayis, *Tafsir Ayat al-Ahkam*, Juz II, (Beirut: Dar al-Fikr, t.t.), hlm. 107.

⁶⁰ Hasbi ash Shiddieqy, *Tafsir al-Qur'an al-Majid an-Nur*, (Jakarta: Bulan Bintang, 1965), hlm. 88.

⁶¹ Subhi Mahmasani, "Falsafat al-Tasyri' fi al-Islam", terj. Adri Ahmad Sudjono, *Filsafat Hukum dalam Islam*, (Bandung: al-Ma'arif, 1981), hlm. 69.

⁶² Amir Syarifuddin, *Pembaharuan Pemikiran dalam Hukum Islam*, (Padang: Angkasa Raya, 1993), hlm. 98.

⁶³ Ibn al-Qayyim, *I'lam al-Muwaqqi'in 'an-Rab al-'Alamin*, Juz III, (Beirut: Dar al-Fikr, 1977), hlm. 22. Lihat juga Subhi Mahmasani, *Falsafah at-Tasyri' fi al-Islam*, (Mesir: Dar al-Qalam, 1945), hlm. 167.

tempat.⁶⁴ Maka, ada pembanding dalam mensikapi hukum potong tangan sebagaimana dijelaskan dalam al-Qur'an surah al-Maidah (5) ayat 39, yakni ayat berikutnya:

فَمَنْ تَابَ مِنْ بَعْدِ ظُلْمِهِ وَأَصْلَحَ فَإِنَّ اللَّهَ يَتُوبُ عَلَيْهِ إِنَّ اللَّهَ

غَفُورٌ رَحِيمٌ

39. Maka barangsiapa bertaubat (di antara pencuri-pencuri itu) sesudah melakukan kejahatan itu dan memperbaiki diri, maka sesungguhnya Allah menerima taubatnya. Sesungguhnya Allah Maha Pengampun lagi Maha Penyayang.⁶⁵

Ayat tersebut menggambarkan adanya ampunan Allah kepada para pencuri dengan cara bertaubat. Akan tetapi, kasus pencurian tetap akan diproses selagi sudah sampai di tangan hakim sesuai ketentuan hukum yang berlaku. Adapun hukum potong tangan hanya diberlakukan kepada pencuri yang sudah profesional. Hasbi ash Shiddiqy berpendapat, bahwa lafaz *as-sariq*, menunjukkan *ma'rifah*, artinya orang yang jelas sebagai pencuri yang pekerjaannya memang berulang-ulang mencuri.⁶⁶ Sementara pencuri yang telah mengembalikan barang sebelum kasusnya di tangan hakim, hanya berlaku hukum *ta'zir*.

Selanjutnya, Fazlur Rahman mengatakan bahwa dalam kasus pencurian perlu diterapkan teori graduasi. Artinya, pencuri yang baru pertama kali mencuri tidak harus dipotong tangan, melainkan hukuman *ta'zir*.⁶⁷ Sementara Muhammad Syahrur memahami hukum potong tangan dalam al-Qur'an sebagai hukum tertinggi. Artinya, diperbolehkan berjihad mengurangi hukuman tersebut, tetapi tidak boleh melebihi ketentuan hukum

⁶⁴ Abu Yusuf, *ar-Rad 'ala Siyar al-Auza'i*, (Mesir: Dar al-Qalam, 1357 H), hlm. 50.

⁶⁵ Q.S. al-Maidah (5): 39.

⁶⁶ Hasbi ash Shiddieqy, *Fakta Keagungan Syari'at Islam*, (Jakarta: Tinta Mas, 1972), hlm. 13-14.

⁶⁷ Fazlur Rahman, *Metode dan Alternatif Neomodernisme dalam Islam*, (Bandung: Mizan, 1986), hlm. 60.

lain yang lebih rendah, tetapi tidak boleh diganti dengan hukuman yang lebih tinggi.⁶⁸ Jika ternyata kejahatannya lebih tinggi dari kasus pencurian, hukuman yang diterapkan adalah delik perampokan (*hirabah*). Muhammad Syahrur secara tegas menyatakan dalam teori *halah al-had al-a'la* (batas maksimal):

وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا جَزَاءُ بِمَا كَسَبَا نَكَالًا مِّنَ اللَّهِ
وَاللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ

38. Laki-laki yang mencuri dan perempuan yang mencuri, potonglah tangan keduanya (sebagai) pembalasan bagi apa yang mereka kerjakan dan sebagai siksaan dari Allah. Dan Allah Maha Perkasa lagi Maha Bijaksana.⁶⁹

Ayat di atas menjelaskan bahwa hukum potong tangan adalah hukuman yang tertinggi dalam Islam.⁷⁰ Artinya seorang pencuri jika telah terbukti dengan terpenuhi syarat-syarat dan telah sampai ke tangan hakim, maka hukuman yang diterapkan berdasarkan al-Qur'an adalah hukuman potong tangan. Hukuman ini, menurut Muhammad Syahrur adalah batas tertinggi dalam al-Qur'an. Artinya hakim boleh meniadakan hukuman potong tangan jika ada alasan yang mengharuskan untuk menghindarinya.

Pengecualian hukum potong tangan (penyimpangan *nash*) dapat dibenarkan selagi ada alasan-alasan yang menguatkan dan mengharuskan diberlakukannya hukum selain potong tangan, seperti pencurian karena alasan darurat,⁷¹ terpaksa, dan dipaksa.⁷² Umar ibn al-Khattab tidak

⁶⁸ Muhammad Syahrur, *al-Kitab wa al-Qur'an: Qira'ah Mua'sirah*, (Damaskus: al-Ahali li at-Taba'ah wa an-Nasr wa at-Tawzi', 1990), hlm. 455.

⁶⁹ Q.S. al-Maidah (5): 39.

⁷⁰ Muhammad Syahrur, *Op. Cit.*, hlm. 455-456.

⁷¹ Sebagaimana yang ditegaskan dalam kaidah: الضرورات نبيح المحظورات. Asjmun A. Rahman, *Qaidah-qaidah Fiqh*, (Jakarta: Bulan Bintang, 1968), hlm. 86.

⁷² Praktik Umar ibn al-Khattab, tidak ada hukum potong tangan bagi pencuri di saat musim kelaparan (*paceklik*). Lihat lebih lanjut Ibn al-Qayyim, *I'lam al-Muwaqqi'in*....., Juz III, hlm. 22.

memotong tangan seorang budak yang mencuri seekor unta, sebagai gantinya pemilik budak Hatib ibn Abi Balta'ah harus mengganti dua kali harga unta.⁷³

Sanksi potong tangan dalam arti *majazi* (potong kemampuan) atau penjara dalam konteks Indonesia, merupakan bentuk hukuman yang tidak bertentangan dengan hukum pidana Islam.⁷⁴ Hal ini didukung oleh fakta sejarah yang tidak selamanya menghukum potong tangan bagi pencuri, juga adanya penafsiran *qat'u al-yad* yang artinya potong kemampuan atau kekuasaan. Bisa terjadi hukum penjara dibenarkan *syara'* jika dinilai efektif dan mampu membuat jera si pelaku sekaligus mendidik bagi masyarakat umum untuk tidak berbuat jahat.

Tindak pidana terkait dengan jiwa, yang di dalam Islam dianggap kejam dan sadis, yakni *qishas diyat*,⁷⁵ juga terjadi transformasi pemikiran. Baik *qishas* maupun *diyat* merupakan hukuman yang telah ditentukan batasannya, tidak ada batas terendah dan tertinggi, tetapi menjadi hak perorangan (si korban dan walinya), berbeda dengan hukuman *had* yang menjadi hak Allah Swt. semata. Ketentuan hukuman *qishas diyat*,⁷⁶ karena menjadi hak perorangan, maka penerapannya ada beberapa kemungkinan,

⁷³ Ahmad Hasan, *Pintu Ijtihad Sebelum Tertutup*, alih bahasa Agah Barmadi, (Bandung: Pustaka, 1985), hlm. 109.

⁷⁴ Sanksi penjara dibenarkan selagi bukan hukuman maksimal bagi pencuri, artinya hukum potong tangan tetap diberlakukan sebagai hukuman alternatif sebagaimana hukuman mati.

⁷⁵ *Qishas* ialah perbuatan yang diancam dengan hukuman *qishas* atau semisal dengan perbuatan yang dilakukan oleh terpidana, al-Jurjani, *at-Tarif*, (Dar al-Fikr, t.t.), hlm. 173. Adapun yang dimaksud dengan *diyat* ialah hukuman ganti rugi dengan cara membayar sejumlah harta benda yang diberikan terpidana kepada si korban atau walinya berdasarkan keputusan hakim, as-Sayyid Sabiq, *Fiqh as-Sunnah*, Juz II, (Beirut: Dar al-Fikr, 1972), hlm. 107.

⁷⁶ *Qishas diyat* ada beberapa jenis, yaitu (a) membunuh sengaja (*al-qatl al-amd*); (b) membunuh semi sengaja (*al-qatl sibh al-amd*); (c) membunuh keliru (*al-qatl al-khata'*); (d) penganiayaan sengaja (*al-jarh al-amd*); (e) penganiayaan salah (*al-jarh al-khata'*). *Qisas diyat* adalah suatu kejahatan terhadap jiwa (menghilangkan nyawa) dan anggota badan (pelukaan) yang diancam dengan hukuman serupa, semisal, atau hukuman ganti rugi dari si pelaku atau ahlinya kepada si korban atau walinya. Kejahatan yang termasuk golongan ini dalam hukum pidana Barat biasa dikenal sebagai tindak pidana terhadap tubuh dan jiwa. Dalam hukum pidana Islam, yang termasuk dalam *jarimah qisas diyat* ini adalah (1) pembunuhan dengan sengaja; (2) pembunuhan semi sengaja; (3) menyebabkan matinya orang karena kealpaan atau kesalahan; (4) penganiayaan dengan sengaja; dan (5) menyebabkan orang luka karena kealpaan atau kesalahan. Lihat Abd. al-Qadir 'Awdah, *al-Tasyri' al-Jina'i al-Islami*, Juz I, (Beirut: Dar al-Fikr, 1963), hlm. 149-153.

seperti hukuma *qishas* biasa berubah menjadi *diyat*, hukuman *diyat* menjadi dimaafkan dan apabila dimaafkan maka hukuman menjadi hapus.

Hikmah hukuman *qishas diyat*, sebagaimana dijelaskan oleh al-Jurjawi adalah demi keberlangsungan hidup manusia di dunia. Oleh karena itu, Islam menghukum orang yang membunuh orang lain dengan *qishas* (hukuman mati) atau *diyat* (ganti rugi) berupa harta benda. Jika pembunuhan terjadi secara tidak disengaja, untuk meringankan si pelaku, keluarganya juga harus membantu. Hal ini berbeda dengan pembunuhan sengaja, dimana denda hanya menjadi tanggungan pembunuh sebagai balasan bagi kejahatannya. Ayat al-Qur'an yang berkaitan dengan tindak pidana pembunuhan antara lain disebutkan dalam surah al-Baqarah (2) ayat 178-179. Makna ayat tersebut menjadi dasar pemberian sanksi bahwa dalam hukum pidana Islam terkandung nilai-nilai, di samping bentuk koreksi terhadap hukuman pada masa jahiliyah yang diskriminatif, juga menegakkan nilai-nilai keadilan demi tegaknya supremasi hukum dan perlindungan bagi si korban atau walinya secara langsung.

Hukum pidana Islam menerapkan hukum *qishas*, bukanlah atas pertimbangan balas dendam, melainkan menjustifikasi aturan konkret tentang nilai-nilai keadilan. Dengan kata lain, tidak boleh memberikan hukuman melebihi kesalahan seseorang. Spiritualitas hukum *qishas diyat* sangat memperhatikan aspek korban kejahatan dan yang terpenting tidak memanjakan pelaku kejahatan.

Konsep *qishas* dalam al-Qur'an surah al-Baqarah (2) ayat 178-179 harus dipahami sebagai balasan terhadap pelaku pembunuhan sengaja. Oleh karenanya, harus ditafsirkan bahwa hukum yang terkandung dalam surah al-Baqarah bersifat umum. Sementara ketentuan yang terkandung dalam al-Qur'an surah an-Nisa (4) ayat 92 mengenai pembunuhan karena kesalahan merupakan pengecualian dari pembunuhan sengaja sebagaimana dalam surah al-Baqarah ayat 178. Dengan demikian, ayat tersebut terkandung

hukumnya masih mutlak belum bentuk *muqayyad*, dan belum bersifat *mubayyan*, yakni pembunuhan sengaja.⁷⁷ Dengan demikian, hukum *qishas* dalam al-Qur'an merupakan hukuman maksimal. Maka, dapat diterapkan hukuman selain *qishas* seperti hukuman *diyat* bagi pembunuhan semi sengaja atau pembunuhan kerana kealpaan, bahkan dalam kasus tertentu dibenarkan cukup dimaafkan karena pelaku tidak berniat dan perbuatan yang dilakukan sah demi hukum.

Transformasi merupakan suatu usaha untuk mengadakan perubahan terhadap sesuatu yang telah ada menjadi sesuatu yang baru, antara lain dengan penyesuaian dan perubahan. Dalam bidang hukum, transformasi sering dipakai dalam arti penyesuaian hukum dengan kebutuhan masyarakat. Proses atau upaya transformasi hukum pidana Islam ke dalam tata hukum nasional dimaksudkan sebagai usaha menerapkan hukum pidana Islam yang normatif menjadi pidana hukum Islam yang positif atau yang sering disebut usaha positivisme hukum pidana Islam ke dalam tata hukum di Indonesia.

Hal ini dapat dilihat bahwa muatan yang terdapat dalam hukum pidana Islam yang mampu menyelesaikan segala persoalan masyarakat yang tumbuh dan berkembang sejak ratusan tahun lalu. Hukum ini dapat memenuhi aspirasi masyarakat bukan hanya masa kini, melainkan pula dapat dijadikan acuan dalam mengantisipasi pertumbuhan sosial, ekonomi dan politik sekarang dan pada masa yang akan datang. Hukum pidana Islam bukan sekadar norma statis yang mengutamakan kedamaian dan ketertiban, tetapi juga mampu mendinamisasikan pemikiran dan merekayasa perilaku masyarakat dalam mencapai cita-cita dalam kehidupan.

3. Objektivikasi Nilai-nilai Hukum Pidana Islam di Indonesia

⁷⁷ Haliman, *Hukum Pidana Islam Menurut Adjaran Ahli Sunnah wal Jamaah*, (Jakarta: Bulan Bintang, 1968), hlm. 201.

Metode jalan tengah dapat diartikan sebagai sebuah kompromi, yakni menyelesaikan perbedaan atau perselisihan antara dua paradigma hukum melalui persetujuan.⁷⁸ Kedua paradigma tersebut selama ini dianggap sebagai sebuah antagonisme, yakni hukuman pidana Islam dengan sumber wahyu dan hukum pidana positif dengan sumber akal (penalaran). Dari segi yuridis, kompromi diartikan *agreement* (persetujuan) antara kedua belah pihak untuk menyelesaikan permasalahan yang dipersengketakan.⁷⁹

Prinsip kompromi tidak bertentangan dengan hukum Islam, karena sepadan dengan istilah *wasatan* (tengah-tengah) dalam al-Qur'an.⁸⁰ Penggunaan metode ini didasarkan pada urgensi untuk menampung nilai-nilai yang hidup dalam masyarakat dan tidak bertentangan dengan nilai-nilai syari'ah. Pendekatan ini tidak semata-mata didorong oleh sikap pragmatisme, tetapi lebih menitikberatkan pada kaidah *maslahah*. Bahkan dengan meniadakan jalan tengah bisa menimbulkan jalan buntu. Padahal hukum yang hidup dalam masyarakat secara nyata dan objektif sangat potensial untuk dipertimbangkan jika secara substansial tidak bertentangan dengan nilai-nilai syari'ah. Hukum penjara bagi pencuri sangat dibenarkan dalam syari'at Islam, jika kasusnya baru pertama kali dan karena alasan ekonomi.

Ayat yang membicarakan tentang hukum potong tangan bagi delik pencurian merupakan hukum tertinggi yang ada dalam al-Qur'an. Hal ini sejalan dengan teori *halah al-hadd al-a'la* yang dilontarkan Muhammad Syahrur. Menurut teori ini, hukum potong tangan bagi pencuri adalah hukuman yang tertinggi sehingga seorang hakim boleh berijtihad dalam menerapkan hukum yang lebih rendah dari ketentuan al-Qur'an secara tegas mengatakan:

⁷⁸ Purwodarminto, *Kamus Besar Bahasa Indonesia*, (Jakarta: Balai Pustaka, 1986), hlm. 438.

⁷⁹ Bryan A. Carner, *A Dictionary of Modern Legal*, (London: Oxford University Press, 1987), hlm. 134.

⁸⁰ Yahya Harahap, *Sosialisasi Kompilasi Hukum Islam*, (Yogyakarta: UII Press, 1992), hlm. 94.

وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا جَزَاءُ بِمَا كَسَبَا نَكَالًا مِّنَ اللَّهِ

وَاللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ ﴿٣٨﴾

38. Laki-laki yang mencuri dan perempuan yang mencuri, potonglah tangan keduanya (sebagai) pembalasan bagi apa yang mereka kerjakan dan sebagai siksaan dari Allah. Dan Allah Maha Perkasa lagi Maha Bijaksana.⁸¹

Ayat di atas mengatakan bahwa hukum potong tangan adalah hukuman yang tertinggi dalam Islam.⁸² Ungkapan jalan tengah yang sesungguhnya terkandung secara substansif di dalam ajaran Islam.

Secara objektif, masyarakat Indonesia adalah plural. Beragam etnis, bahasa atau dialektika, bermacam-macam agama dan kepercayaan, masing-masing dengan varian dan aneka ragam kebudayaan serta adat istiadat hidup bersama-sama di Negara Indonesia. Berbagai macam ideologi dan aliran politik pernah menjadi catatan sejarah. Adanya perbedaan memang tidak serta merta menunjukkan konflik. Namun, perbedaan dapat berpotensi menimbulkan konflik apalagi jika dipolitisasi oleh kepentingan tertentu. Fakta sejarah menunjukkan bahwa konflik yang mengatasnamakan perbedaan sering terjadi di Indonesia, sehingga pluralitas jika tidak disikapi secara arif dapat menimbulkan konflik vertikal maupun horisontal yang berdampak negatif terhadap proses pembangunan.

Pluralisme bangsa dengan sendirinya menunjukkan adanya perbedaan kepentingan dalam tubuh bangsa ini. Pengakuan adanya perbedaan agama berarti mengakui bahwa masing-masing agama mempunyai kepentingan-kepentingan yang harus dihormati dan diakomodasi. Hal ini juga berlaku bagi pluralitas dalam bidang lain.

⁸¹ Q.S. al-Maidah (5): 38.

⁸² Muhammad Syahrur, *al-Kitab wa al-Qur'an Qira'ah Mu'asirah*, (Mesir: Dar al-Kutub, 1998), hlm. 455-456.

Jika menengok sejarah, artikulasi kepentingan tidak jarang menimbulkan ketegangan. Hal ini tampak dalam dikotomi yang sering dipakai antara santri versus abangan, sekuler versus Islamis, dan tradisional versus modernis atau antara nasionalis dengan Islam. Di zaman Orde Baru, ketegangan ini tampak dari hubungan antara penganut ideologi Pancasila dengan sebagian umat Islam yang tetap berpegang teguh pada ideologi Islam. Di masa Reformasi, menjelang Sidang Umum MPR tahun 1999, pertentangan ideologis seolah-olah muncul kembali. Pertentangan antara kubu Megawati dan kubu Habibie dipersangkakan orang sebagai pertentangan antara kubu sekuler melawan Islam. Maka wacana intelektual tentang sekulerisme politik dan Islam kembali mencuat ke permukaan. Seolah-olah bangsa ini tidak pernah mau belajar dari sejarah, hanya mengulang persoalan lama.

Pluralisme dalam berbagai segi, termasuk politik merupakan kenyataan yang tidak terbantahkan di wilayah Indonesia. Oleh sebab itu, yang dibutuhkan sesungguhnya, sebagaimana diungkapkan oleh Nurcholis Madjid, adalah suatu sistem politik yang tidak hanya baik peruntukan bagi umat Islam, tetapi yang sekiranya juga baik untuk semua anggota masyarakat yang sangat plural.⁸³ Dalam konteks inilah gagasan objektivikasi Islam dilontarkan. Memang, pembicaraan tentang penerapan syari'at Islam terasa berat, terlebih pada bidang hukum pidana Islam. Hal ini disebabkan oleh berbagai faktor sebagaimana diungkapkan oleh Topo Santoso dalam karyanya *Membumikan Hukum Pidana Islam: Penegakan Syariat dalam Wacana dan Agenda*. Ia mengungkapkan hal-hal yang menjadi kendala tegakaknya hukum pidana Islam di Indonesia, sebagai berikut.

⁸³ Siti Nadrah, *Wacana Keagamaan dan Politik Nurcholis Madjid*, (Jakarta: Raja Grafindo Persada, 1999), hlm. 188-189.

1. Kendala kultural dan sosiologis, yakni adanya sebagian umat Islam yang belum menerima untuk diberlakukan secara objektif di Indonesia.
2. Kendala *fikrah* (pemikiran), yakni banyaknya pandangan negatif terhadap hukum pidana Islam dan kurang yakin dengan efektivitasnya.
3. Kendala filosofis, yakni tuduhan bahwa hukum ini tidak adil bahkan kejam dan *out of date* serta bertentangan dengan cita-cita hukum nasional.
4. Kendala yuridis, yakni belum ada ketentuan hukum pidana yang bersumber dari syari'ah Islam.
5. Kendala konsolidasi, yakni belum bertemunya para pendukung pemberlakuan syari'ah Islam, bahkan terjadi adu argumentasi yang berkepanjangan.
6. Kendala akademis, yakni masih terlihat belum meluas dan kurang tersosialisasinya pembelajaran hukum pidana Islam di berbagai perguruan tinggi, khususnya fakultas hukum, sekalipun kenyataannya semua mahasiswa 90 persen beragama Islam.
7. Kendala ilmiah, yakni kurang literatur yang mengulas hukum pidana Islam, terutama dari segi efektivitasnya dalam menanggulangi angka kriminalitas.
8. Kendala politis, yakni kurang sinerginya kekuatan politik untuk menggolkan penegakkan syariat Islam melalui proses politik.⁸⁴

Bagi Kuntowijoyo, objektivikasi adalah sebuah sintesis yang ia tawarkan sebagai solusi atau jalan tengah bagi pertentangan antara Islam

⁸⁴ Topo Santoso, *Membumikan Hukum Pidana Islam; Penegakan Syariat dalam Wacana dan Agenda*, (Jakarta: Gema Insani Press, 2003), hlm. 86.

(negara Islam) dengan sekularisasi (negara sekuler). Sebagai sebuah sintesis, objektivikasi berusaha merangkul semua golongan, baik golongan Islam maupun golongan lain di luar Islam. Maksudnya jelas, supaya sejarah tidak hanya mengulang persoalan-persoalan lama, tetapi bergerak maju.⁸⁵

Berpijak pada deskripsi kedudukan hukum pidana Islam yang ternyata hanya sebagai salah satu sumber bahan di antara sekian banyak bahan yang sedemikian pluralistik bagi upaya modernisasi KUHP Nasional, maka untuk kondisi sekarang ini berdasarkan berbagai pertimbangan, belum saatnya mewujudkan gagasan formalisme pemberlakuan hukum pidana Islam di Indonesia. Oleh karena itu, gagasan substansialisme yang mungkin dapat dikatakan lebih prospektif bagi perwujudan keinginan pemberlakuan hukum pidana Islam di Indonesia. Paling tidak sedikit kemungkinan munculnya risiko dibanding penerapan gagasan formalisme.

Namun demikian, perlu pula ditegaskan bahwa asumsi di atas tidak berarti boleh menyurutkan keinginan umat Islam untuk terus berproses dan berjuang sehingga bisa menjalankan ajaran agamanya secara kaffah.⁸⁶ Apabila gagasan substansialisme dapat disepakati, hal yang perlu dipikirkan selanjutnya ialah ajaran atau nilai-nilai apakah dari hukum pidana Islam yang benar-benar prospektif-implementatif bisa dikonstruksikan bagi modernisasi KUHP di Indonesia mendatang.

Untuk mengkaji hal di atas, perlu dikemukakan setidaknya tiga permasalahan mendasar yang biasa dikenal dalam ajaran hukum pidana, yaitu masalah yang terkait dengan konsep tentang tindak pidana, konsep

⁸⁵ Wan Anwar, *Kuntowijoyo; Karya dan Dunianya*, (Serang: Grasindo, 2007), hlm. 167.

⁸⁶ Gagasan substansialisme tentang pemberlakuan hukum pidana Islam dalam konteks ke-Indonesiaan di atas, dalam ajaran agama Islam sendiri sesungguhnya dijustifikasi pula oleh kaidah fikih yang berbunyi “*ma la yudraku kulluh la yutraku kulluh*”. Artinya, sesuatu (kebaikan) yang belum dapat dicapai seluruhnya sebaiknya jangan ditinggalkan seluruhnya. Maksudnya dalam konteks permasalahan di atas, janganlah karena keinginan untuk memberlakukan hukum pidana Islam secara formal tekstual, yang berdasarkan berbagai pertimbangan belum memungkinkan, lalu ditinggalkan begitu saja peluang pemberlakuan hukum pidana Islam yang sudah ada meskipun baru pada aspek substansial.

tentang pertanggungjawaban pidana, konsep tentang sanksi pidana.⁸⁷ Tiga masalah dasar di atas dalam RUU KUHP baru saja ditampilkan konseptualisasinya secara eksplisit sebagaimana termaktub dalam Rancangan Buku I yang berisi tentang Ketentuan Umum atau asas-asas fundamental dari sosok hukum pidana Indonesia mendatang. Berdasarkan teori di atas, pengkajian terhadap nilai-nilai apa sajakah dari hukum pidana Islam yang prospektif dapat diimplementasi dalam konteks ke Indonesiaan mutlak harus dilakukan.

Salah satu sumbangan penting dari gagasan objektivikasi Islam adalah tawaran untuk menjadi jalan tengah bagi artikulasi kepentingan berbagai kekuatan sosial politik bangsa Indonesia yang sangat plural, baik dari segi agama, sosial, politik, maupun budaya. Pluralitas memang tidak serta merta berarti konflik, tetapi berpotensi menjadi konflik yang dapat mengganggu perjalanan sejarah bangsa. Objektivikasi dikemukakan sebagai salah satu bentuk penyikapan atas pluralitas bangsa secara arif dan bijak. Sebab, pluralisme agama, sosial, dan budaya yang berkonsekuensi pada trikotomi sistem hukum di Indonesia tidak cukup menjadi alasan guna membatasi implementasi hukum Islam hanya pada hukum keluarga. Demikian pula, pengadilan agama sebagai pengadilan Muslim akan mengalami perluasan makna dan lingkup gagasan menjadi peradilan negara. Sebab, banyak masalah keluarga dan kemasyarakatan yang memerlukan penyelesaian dengan pendekatan syari'at, khususnya fikih. Bahkan, kontribusi Islam dalam sistem hukum nasional dapat diperluas lagi dalam hukum pidana di Indonesia. Sebab, perjalanan hukum pidana Islam dengan hukum pidana sesuai dengan kebutuhan mayoritas rakyat Indonesia yang mayoritas beragama Islam.

⁸⁷ Hukum pidana harus mencakup tiga aspek, yaitu tindak pidana, pertanggungjawaban pidana, dan sanksi pidana. Dalam seminar tentang *Penelaahan Modernisasi Hukum Pidana Nasional* yang diselenggarakan oleh BPHN pada tanggal 14-16 Juni 1982, telah terjadi kesepakatan pendapat dari Tim Pengkajian Bidang Hukum Pidana.

Oleh karena itu, unsur hukum Islam dapat mewarnai hukum pidana positif Indonesia. Dalam konteks demikian, prospek hukum Islam akan semakin mengisi sistem hukum nasional dan mengurangi trikotomi sistem hukum (Islam, adat, dan Barat). Dengan terwakilinya nilai-nilai yang dimiliki mayoritas masyarakat dalam sistem hukum nasional, maka stabilitas sosial, ekonomi, dan politik akan semakin terpelihara. Pola pikir yang demikian sejalan dengan Pasal 29 ayat (1) UUD 1945 yang menyatakan, “Negara berdasarkan atas Ketuhanan Yang Maha Esa”. Penegasan ini mengandung konsekuensi logis bagi semua warga negara berhak berperan serta dalam membangun sistem hukum nasional sebagai bagian integral yang tidak terpisahkan dengan konsep khilafah dan ibadah kepada Allah Yang Maha Esa.

Selain itu, perlu dicatat bahwa penanaman hukum publik dengan syari’at apalagi dengan idiom-idiom Islam akan melahirkan ketidakrelaan non-Muslim. Oleh karena itu, rumusan tersebut harus dilucuti dari simbol-simbol sehingga yang tertinggal hanyalah substansi atau semangatnya. Objektivikasi Islam menjadi sangat penting, sebab hanya dengan cara inilah keberadaan hukum publik tidak menyinggung legitimasi perorangan dan kelompok pihak lain.⁸⁸

Berdasarkan perspektif ini, yang lebih tepat adalah melakukan perubahan cara pandang umat terhadap “pelaksanaan syariat”. Pelaksanaan syari’at tidak dimaknai sebagai formulasi syari’at lengkap dengan struktur, nama, idiom, dan sumber, tetapi lebih dimaknai sebagai adopsi semangat dan pesannya dalam sistem hukum nasional. Pemahaman terhadap syari’at lebih diutamakan unsur substansi dan eksistensi, bukan literalnya. Substansional dalam pengertian mengambil isi tanpa mementingkan “bahasa” atau simbol. Sebagai contoh, hukuman bagi pelaku pembunuhan, meski tidak bernama *qishas* tetapi isinya sama dengan ketentuan *qishas*.

⁸⁸ M. Imadudin Rahmat, “Jalan Alternatif Syari’at Islam”, dalam *Jurnal Tashwirul Afkar*, Edisi No. 12 tahun 2002, hlm. 5.

Jika implementasi dengan cara substansial tidak tercapai dapat dipakai pendekatan esensial, yakni perspektif yang tidak memandang isi atau bentuk, tetapi lebih mementingkan esensi atau maksud dan semangatnya. Contoh lain, hukuman *jilid* bagi peminum khamar dan pengedar narkoba bisa diganti dengan cambuk atau penjara yang secara substansial tidak bertentangan dengan kedua hukum tersebut.

Memang, agenda ini memerlukan pengkajian yang teliti dan serius. Namun, jika tidak dilakukan akan selalu saja muncul ketegangan yang melahirkan pendekatan yang sama-sama tidak bijaksana, yakni menuntut pemberlakuan syari'at Islam konvensional yang menimbulkan berbagai diskriminasi, atau membiarkan sistem hukum nasional tetap dalam posisi tidak legitimit dan tidak aplikatif di tengah kebangkitan religiusitas umat karena cap "sekuler" yang disandangnya. Dengan demikian, akan terus muncul gugatan penerapan syari'at Islam pada saat muncul momentum. Jika ini pilihannya, tarik-menarik antara *nation-state* dengan Islam dalam urusan hukum publik tidak akan pernah berakhir.

Dalam konteks hukum pidana Indonesia, kesadaran masyarakat akan hukum pidana Islam mempunyai arti penting dan telah menjadi *living law* secara positif.⁸⁹ Kecenderungan yang tampak dalam mengisi nilai dan prinsip hukum Islam dalam hukum pidana nasional yang bersifat umum sesuai dengan tujuan hukum Islam yang bersifat primer. Itulah tujuan-tujuan hukum yang disebut *maqasid asy-syari'ah* atau lima universal (*al-kulliyyat al-khams*) yang meliputi pemeliharaan agama, akal, jiwa, kehormatan, keturunan, dan harta.⁹⁰

Pada dasarnya, ajaran Islam dapat dibedakan menjadi dua kelompok. *Pertama*, ajaran yang bersifat absolut, universal dan permanen, tidak

⁸⁹ Bagir Manan, "Peranan Peradilan Agama dalam Pembinaan Hukum Nasional", dalam *Hukum Islam di Indonesia Pemikiran dan Praktek*, Kata Pengantar Juhaya S. Praja, (Bandung: Remaja Rosda Karya, 1994), hlm. 143.

⁹⁰ Asy-Syatibi, *al-Muwafaqot fi Usul asy-Syari'ah*, Juz II, (Beirut: Dar al-Fikr, t.t.), hlm. 194.

berubah dan tidak dapat diubah. Termasuk kelompok ini adalah ajaran Islam yang tercantum dalam al-Qur'an dan al-Hadis *mutawatir* yang penunjukannya jelas (*qat'i al-dalahah*). Kedua, ajaran Islam yang bersifat relatif, dapat berubah, dan diubah. Termasuk kelompok kedua ini adalah ajaran Islam yang dihasilkan melalui proses ijtihad.⁹¹ Dengan demikian, ajaran Islam ada yang bersifat absolut (*qat'iyyah*), ada pula yang bersifat relatif (*zanniyyah*).

Hukum yang telah ditetapkan dalam al-Qur'an dan al-Hadis Nabi tidak harus diterapkan secara harfiah. Tetapi jenis dan bentuk hukuman apa pun dapat dibenarkan selama dapat berfungsi sebagai pencegah serta mampu mewujudkan tujuan persyariaan hukum pidana Islam. Oleh karena itu, perumusan hukuman yang sejalan dengan kondisi masa kini dapat dibenarkan pula, sedangkan hukuman yang ditetapkan dalam al-Qur'an dan al-Hadis Nabi hanya dipandang sebagai batas maksimal yang diterapkan manakala bentuk hukuman lain tidak dapat mewujudkan tujuan hukuman.

Perhatian utama dalam kajian hukum pidana adalah bentuk hukuman yang akan dibebankan kepada setiap pelanggar hukum. Dengan demikian, studi yang dilakukan terhadap teori hukuman sebenarnya merupakan langkah esensial untuk memahami suatu sistem hukum pidana tertentu. Pada kenyataannya, aplikasi sistem pidana apa pun tidak akan mungkin dapat dijustifikasi tanpa kejelasan bahwa teori tentang hukuman yang dibangun di dalamnya dapat memenuhi tujuan dari sistem pidana.

Praktik hukum pidana dan teori-teorinya, kerangka aplikasi hukum Islam dalam sistem hukum pidana nasional diperlukan penafsiran-penafsiran yang luas atas ayat-ayat atau *nash* yang semula ditafsirkan secara literer. Penafsiran sebagaimana yang dimaksud, dapat dikemukakan seperti mengartikan “memotong tangan” atas pencurian dalam al-Qur'an surah al-Maidah ayat 38 “وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا”. Kata فَاقْطَعُوا diartikan “memotong” bukan

⁹¹ Harun Nasution, “Ijtihad Sumber Ketiga Ajaran Islam”, dalam Haidar Bagir, *Ijtihad dalam Sorotan*, (Bandung: Mizan, 1988), hlm. 112.

dalam arti harfiah, melainkan makna “memotong” berarti memutus berbagai daya dan kemampuan si pelaku pidana agar tidak memungkinkan melakukan pencurian ulang atau dipenjara bagi para pencuri. Hal ini merupakan sanksi⁹² hukuman yang tidak menyimpang dari hukum Islam.⁹³ Dengan menerapkan hukuman seperti ini, fungsi hukuman dalam bentuk *zawajir* telah dilaksanakan. Praktik ini bisa dalam bentuk seperti yang berkembang dalam lembaga kemasyarakatan.

Pada delik *qishas diyat* dalam hukum pidana Islam dikenal asas pemaafan sebagaimana diperkenalkan dalam al-Qur'an Surah al-Baqarah ayat 178. Namun, asas pemaafan tidak dilakukan begitu saja tanpa diimbangi dengan pembinaan keselarasan sosial, terutama pihak-pihak yang berkaitan dengan peristiwa pembunuhan, khususnya pihak keluarga yang terbunuh dan pembunuh sehingga tidak timbul rasa dendam serta terjalin rasa keadilan dan ketenteraman masyarakat. Dalam hukum pidana Islam

⁹² Adanya sanksi dimaksudkan untuk mewujudkan keteraturan dan ketertiban hidup manusia sehingga terpelihara dari kerusakan dan berbuat kerusakan; selamat dari berbuat kebodohan dan kesesatan; tertahan dari berbuat maksiat dan mengabaikan ketaatan. Oleh karena itu, sanksi hanya diberikan kepada orang-orang yang melanggar yang disertai maksud jahat, agar mereka tidak mau mengulangnya kembali. Selain itu sanksi tersebut menjadi pencegah bagi orang lain agar tidak berbuat hal yang sama. Lihat Jaih Mubarak dan Enceng Arif Faizal, *Kaidah Fiqh Jinayah*, (Jakarta: Anggota IKAPI, 2004), hlm. 18. Menurut R. Soesilo, tujuan pemberian sanksi itu bermacam-macam tergantung dari sudut mana soal itu ditinjaunya, misalnya: Pujangga Jerman E. Kant mengatakan, bahwa hukuman adalah suatu pembalasan berdasar atas pepatah kuno: Siapa membunuh harus dibunuh". Pendapat ini biasa disebut teori pembalasan" (*vergeldings theorie*) Pujangga Feurbach berpendapat, bahwa hukuman harus dapat mempertakutkan orang supaya jangan berbuat jahat. Teori ini biasa disebut teori mempertakutkan" (*afchrikungstheorie*). Pujangga lain berpendapat bahwa hukuman itu bermaksud pula untuk memperbaiki orang yang telah berbuat kejahatan. Teori ini biasa disebut teori memperbaiki (*verbeteringstheorie*). Selain dari pada itu ada pujangga yang mengatakan, bahwa dasar dari penjatuan hukuman itu adalah pembalasan, akan tetapi maksud lain-lainnya (pencegahan, mempertakutkan, mempertahankan tata tertib kehidupan bersama, memperbaiki orang yang telah berbuat) tidak boleh diabaikan. Mereka ini menganut teori yang biasa disebut teori gabungan. Lihat juga R. Soesilo, *Kitab Undang-undang Hukum Pidana (KUHP) Serta Komentar-komentarnya Lengkap Pasal Demi Pasal*, (Bogor: Politeia, 1996), hlm. 35-36. Sanksi mengandung inti berupa suatu ancaman pidana (*strafbedreiging*) dan mempunyai tugas agar norma yang sudah ditetapkan itu supaya ditaati. Lihat juga Bambang Poernomo, *Asas-asas Hukum Pidana*, (Yogyakarta: Ghalia Indonesia, 2006), hlm. 36. Lihat dalam Kamus Hukum karya Fockema Andreae, sanksi artinya semacam pidana atau hukuman. Lihat Fockema Andreae, *Fockema Andreae's Rechtsgeleerd Handwoordenboek*, Terj Saleh Adwinata, et. al., *Kamus Istilah Hukum*, (Bandung: Binacipta, 1983), hlm. 496.

⁹³ Lihat Umar Syihab, *Hukum Islam dan Transformasi Pemikiran*, cet. 1, (Semarang: Dina Utama, 1996), hlm. 177.

(fikih *jinayah*), tindak pidana yang macam sanksinya dinyatakan secara tegas dalam al-Qur'an disebut *jarimah hudud*.

Secara umum dapat dikatakan bahwa berbeda dengan sistem pidana Barat yang mendasarkan dan menjustifikasi teori hukuman pada pandangan tentang utilitas sosial (*social utility*), maka teori hukuman dalam sistem hukum pidana Islam lebih didasarkan pada teks wahyu Allah yang dituliskan dalam al-Qur'an dan as-Sunnah Nabi Muhammad. Tindak keras hukuman dalam hukum pidana Islam tampaknya lebih dipengaruhi oleh fenomena bentuk hukuman badan yang dominan. Hampir semua bentuk hukuman untuk perbuatan pidana yang disebutkan dalam teks Islam berkisar pada hukuman yang bersifat fisik, seperti potong tangan, dicambuk, dilempar dengan batu (dirajam), dan lain-lainnya. Hal inilah yang tampaknya menjadi ciri kekejaman terhadap bentuk hukuman dalam Islam.

Satu hal yang perlu dicatat adalah hukum pidana Islam merupakan sistem hukum yang paling kuat pengadopsiannya terhadap aspek penjeratan bila dibanding dengan sistem pidana lain. Islam memandang sifat penjeratan menjadi hal yang paling utama. Kekentalan sifat penjeratan dalam teori hukuman dalam Islam, baik penjeratan terhadap si pelaku maupun masyarakat inilah yang umumnya mendukung pandangan teori penjeratan sebagai motivasi di balik ayat-ayat tentang pemberian hukuman.

B. Transformasi Nilai-nilai Hukum Pidana Islam tentang Delik Perzinaan dan Delik Menuduh Zina (*Qazf*)

1. Transformasi Nilai-nilai Delik Zina dan Penerapan Sanksi

Upaya penanggulangan kejahatan senantiasa menjadi pembicaraan yang menarik bagi banyak kalangan, khususnya ahli hukum pidana dan kriminologi. Dalam hukum pidana, ada pembicaraan mengenai norma, yakni larangan atau suruhan, dan ada sanksi atas pelanggaran norma-norma

berupa ancaman pidana. Dalam kriminologi, masalah penanggulangan kejahatan menjadi bagian penting dengan kajian fenomenologi yang menaruh perhatian pada pengendalian kejahatan dengan sistem sanksi pidana. Kejahatan perlu mendapatkan kajian serius karena kerugian yang ditimbulkan. Kerugian tersebut dapat terjadi pada negara, masyarakat maupun individu sehingga perlu diatasi. Oleh karena itu, negara memberikan reaksi berupa larangan terhadap perbuatan tersebut serta memberikan sanksi bagi orang yang melanggarnya.

Di samping itu, dalam kenyataan sosial, reaksi sebagai upaya untuk menanggulangi kejahatan tidak hanya diberikan oleh negara. Masyarakat dan individu yang merasa dirugikan rasa keadilannya akan memberikan reaksi pula. Aturan pidana yang kurang layak sering menjadi objek ketidakpuasan masyarakat yang akhirnya menumbuhkan reaksi sosial. Hal ini semakin jelas apabila memperhatikan hasil penelitian yang diselenggarakan oleh Badan Pembinaan Hukum Nasional mengenai Pengaruh Agama terhadap Hukum Pidana. Masyarakat Bali, Aceh, ataupun Manado memandang bahwa KUHP sekarang belum dapat memenuhi rasa keadilan masyarakat. Kondisi ini dimungkinkan terjadi karena pengertian kejahatan menurut hukum pidana berbeda dengan pengertian kejahatan menurut masyarakat.

Berkaitan dengan hal tersebut, terjadi ketidakpuasan dari sebagian masyarakat mengenai perilaku-perilaku menyimpang terutama dalam lingkup kesusilaan. Hal ini disebabkan perilaku yang menyimpang dari norma-norma masyarakat belum mendapatkan tempat semestinya dalam hukum pidana. Misal, perbuatan zina yang menurut pengertian masyarakat berbeda dengan pengertian zina dalam hukum pidana Indonesia (KUHP). Namun demikian, Sudarto telah memberikan pijakan awal bahwa apabila hukum pidana digunakan untuk mengatasi permasalahan sosial, harus dipertimbangkan secara matang. Sebab, hukum pidana mempunyai fungsi subsidier. Artinya baru digunakan apabila upaya-upaya lain diperkirakan

kurang memberikan hasil yang memuaskan. Jika hukum pidana tetap dilibatkan untuk mengatasi permasalahan sosial, hendaknya dilihat dalam hubungan keseluruhan politik kriminal.⁹⁴

Para penegak hukum maupun ahli hukum banyak yang menyetujui delik perzinaan tetap diatur sebagai salah satu delik, baik dalam hukum pidana sekarang, maupun masa mendatang. Meskipun demikian, pengertian perzinaan menurut aturan hukum pidana sekarang tidak seluas perzinaan menurut pandangan masyarakat, berdasarkan pada beberapa peraturan perundang-undangan yang mengakui keberadaan hukum tidak tertulis. (RUU KUHP Pasal I ayat [3]). Berdasarkan Pasal 284 KUHP, suatu perbuatan yang disebut perzinaan adalah perbuatan bersetubuh yang dilakukan oleh seorang pria dan seorang wanita yang keduanya atau salah satu dari mereka telah menikah. Dengan demikian, apabila perbuatan bersetubuh dilakukan oleh seorang pria dan seorang wanita yang keduanya tidak diikat oleh perkawinan dengan orang lain maka bukan termasuk perzinaan.

Batasan yang diberikan KUHP dirasa sangat sempit. Namun, hal ini dimaklumi karena KUHP disusun oleh Kolonial Belanda yang mempunyai pandangan berbeda dengan pandangan masyarakat. Menurut pembentuk undang-undang, perzinaan hanya dapat terjadi karena pelanggaran terhadap kesetiaan perkawinan, seperti yang disebut dalam *Van Dale's Groot Woordenboek der Nederlanche* yang menyatakan perzinaan berarti pelanggaran terhadap kesetiaan perkawinan. Padahal menurut pandangan masyarakat Indonesia umumnya, perbuatan zina dapat terjadi apabila ada persetubuhan antara seorang laki-laki dengan seorang perempuan tanpa adanya ikatan perkawinan yang sah. Pengertian seperti ini lebih luas daripada pengertian *overspel* dalam KUHP.

Menurut Sahetapy, perbuatan bersetubuh yang tidak sah berarti persetubuhan yang bukan saja dilakukan oleh suami atau isteri di luar lembaga perkawinan, melainkan pula yang dilakukan oleh pria dan wanita yang belum menikah, kendatipun sudah bertunangan. Sah di sini harus ditafsirkan sah dalam ruang lingkup lembaga perkawinan. Dengan demikian, zina meliputi *fornication*, yaitu persetubuhan yang dilakukan secara suka rela antara seorang yang belum menikah dengan seseorang dari jenis kelamin yang berlawanan (juga belum menikah). Meskipun persetubuhan bersifat *volunter*, atas dasar suka sama suka, perbuatannya tetap tidak sah. Menurut anggota masyarakat, persetubuhan yang sah hanya dilakukan dalam lembaga perkawinan. Dengan demikian, pengertian berzina mencakup pengertian *overspel*, *fornication*, dan prostitusi.⁹⁵

Dengan demikian, menurut KUHP, seseorang melakukan hubungan kelamin atau persetubuhan di luar perkawinan atas dasar suka sama suka pada prinsipnya tidak dapat dipidana, kecuali terbukti ada perzinaan. Persetubuhan yang dipidana menurut KUHP hanya terjadi apabila dilakukan secara paksa (Pasal 285 KUHP), persetubuhan dengan perempuan dalam keadaan pingsan atau tidak berdaya (Pasal 286 KUHP), dan persetubuhan dengan perempuan yang belum cukup lima belas tahun (Pasal 287 KUHP).

Mengenai makna persetubuhan yang secara spesifik bertalian dengan perzinaan dalam Pasal 284, menurut Soesilo, adalah perpaduan antara anggota kemaluan laki-laki dan perempuan yang biasa dilakukan untuk memperoleh keturunan. Jadi, organ kelamin laki-laki harus masuk ke dalam organ kelamin perempuan sehingga mengeluarkan air mani.⁹⁶ Menanggapi pengertian yang dipaparkan oleh Soesilo, Sahetapy berpendapat bahwa apabila berpangkal tolak dari pembuktian perzinaan dan bukan berpangkal tolak dari pembuktian kebabakan dari anak secara biologis, maka penambahan kata-kata “....sehingga mengeluarkan air mani” adalah sangat

⁹⁵ J.E. Sahetapi dan B. Mardjono Reksodiputro, *Paradoks dalam Kriminologi*, (Jakarta: Rajawali, 1989), hlm. 62.

⁹⁶ Soesilo, *Kitab Undang-undang Hukum Pidana*, (Bogor: Politea, 1956), hlm. 166.

berlebihan. Bahkan sangat sulit dibuktikan, karena bukan merupakan kompetensi hukum pidana untuk menentukan kebabakan dan keturunan, melainkan termasuk wewenang dan ruang lingkup hukum perdata.⁹⁷

Telah disebut di bagian awal bahwa partner yang disetubuhi belum menikah hanya dianggap sebagai peserta pelaku (*medepleger*). Ini berarti jika partner yang disetubuhi sudah menikah, maka ia dianggap bukan sebagai peserta pelaku. Padahal ketentuan Pasal 284 KUHP mengancam dengan pidana peserta pelaku dalam hal ini patner yang belum menikah. Dengan kata lain, patner yang belum menikah yang terlibat atau melibatkan diri dalam perzinaan tidak diancam dengan pidana, kecuali atas pengaduan dari isteri atau suaminya. Ini merupakan konstruksi yuridis yang bukan saja diskriminatif, melainkan pula tidak masuk akal bagi pikiran yang sehat.⁹⁸

Di samping itu, Pasal 284 KUHP mensyaratkan pemberlakuan Pasal 27 BW bagi pria menikah yang berbuat zina. Banyak ahli yang tidak setuju dengan disebutkan hanya Pasal 27 BW sebagai ukuran. Hal ini disebabkan warga Negara Indonesia yang takluk pada Pasal 27 BW adalah orang-orang Eropa dan Cina. Orang yang tidak takluk adalah orang-orang Indonesia asli, orang-orang Arab, India, Pakistan, dan lain-lain yang bukan orang Eropa, kecuali Cina.⁹⁹

Permasalahan yang timbul akibat pemakaian ukuran Pasal 27 BW misalnya berkaitan dengan Pasal 284 ayat (1) angka (2) huruf (b) KUHP. Dalam pasal ini undang-undang telah mensyaratkan dua pengetahuan dari seorang wanita tidak menikah yang telah berzina dengan seorang pria yang telah menikah, yaitu *Pertama*, pria tersebut terikat dengan perkawinan dengan wanita lain. *Kedua*, ketentuan Pasal 27 BW berlaku bagi pria tersebut.

⁹⁷ J.E. Sahatepi dan B. Mardjono Reksodiputro, *Paradoks.....*, hlm. 64.

⁹⁸ *Ibid.*, hlm. 60.

⁹⁹ Wiryono Prodjodikoro, *Tindak-tindak Pidana Tertentu di Indonesia*, (Bandung: Eresco, 1986), hlm. 116-117.

Maka, jelas bahwa karena pengetahuan yang disyaratkan terakhir tidak akan pernah dibuktikan, baik oleh penuntut umum maupun hakim, dengan sendirinya wanita yang telah menikah sebagaimana yang telah disebutkan, tidak akan pernah dapat dinyatakan melanggar larangan Pasal 284 ayat (1) angka (2) huruf (b) KUHP. Dengan kata lain, undang-undang pidana yang berlaku saat ini tidak melarang melakukan perzinaan oleh wanita yang tidak menikah dengan pria yang menikah jika pria tersebut tidak menundukkan diri pada Pasal 27 BW.¹⁰⁰

Selain itu, permasalahan persetubuhan yang tidak merupakan tindak pidana menurut KUHP, yaitu:

1. Dua orang yang belum kawin yang melakukan persetubuhan, walaupun:
 - a. Perbuatan itu dipandang bertentangan dengan atau mengganggu perasaan moral masyarakat;
 - b. Wanita itu mau melakukan persetubuhan karena tipu muslihat atau janji akan dinikahi, tetapi diingkari;
 - c. Berakibat hamilnya wanita itu dan laki-laki yang menghamilinya tidak bersedia menikahinya atau ada halangan untuk nikah menurut undang-undang;
2. Seorang laki-laki telah bersuami menghamili seorang gadis (berarti telah melakukan perzinaan), tetapi istrinya tidak membuat pengaduan untuk menuntut;
3. Seorang melakukan hidup bersama dengan orang lain sebagai suami isteri di luar perkawinan, padahal perbuatan itu tercela dan bertentangan atau mengganggu perasaan kesusilaan/moral.

¹⁰⁰ P.A.F. Lamintang, *Delik-delik Khusus, Tindak Pidana-tindak pidana yang Melanggar Norma-norma Kesusilaan dan Norma Kepatutan*, (Bandung: Mandar Maju, 1990), hlm. 97.

Pasal-Pasal Perzinaan yang kontroversial dalam RUU KUHP tahun 2016, di antaranya:

Pasal 482

Seorang yang secara terang-terangan mempertunjukkan suatu sarana untuk mencegah kehamilan atau tanpa diminta menawarkan, atau secara terang-terangan atau dengan menyiarkan tulisan tanpa diminta, menunjukkan untuk dapat diperoleh alat pencegah kehamilan, dipidana dengan denda kategori I (Rp. 150.000,-).

Pasal 483

Dipidana karena permukahan, ayat (1) dipidana karena zina, dengan pidana penjara paling lama 5 (lima) tahun:

- a. Laki-laki yang berada dalam ikatan perkawinan melakukan persetubuhan dengan perempuan yang bukan istrinya
- b. Perempuan yang berada dalam ikatan perkawinan melakukan persetubuhan dengan laki-laki yang bukan suaminya
- c. Laki-laki yang tidak dalam ikatan perkawinan melakukan persetubuhan dengan perempuan, padahal diketahui bahwa perempuan tersebut berada dalam ikatan perkawinan
- d. Perempuan yang tidak dalam ikatan perkawinan melakukan persetubuhan dengan laki-laki, padahal diketahui bahwa laki-laki tersebut berada dalam ikatan perkawinan
- e. Laki-laki dan perempuan yang masing-masing tidak terikat dalam perkawinan yang sah melakukan persetubuhan.

Pasal 483 ayat (2)

Laki-laki dan perempuan yang masing-masing tidak terikat perkawinan yang sah melakukan persetubuhan, dan karenanya mengganggu perasaan kesusilaan masyarakat setempat, dipidana dengan penjara paling lama satu tahun atau denda dalam kategori II (Rp. 750.000,-).

Janji akan dikawini masuk dalam Pasal 484

- (1) Laki-laki yang bersetubuh dengan perempuan tidak bersuami dengan persetujuan perempuan tersebut karena janjikan dikawini, kemudian mengingkari janji tersebut, atau karena tipu muslihat yang lain, dipidana dengan pidana penjara paling lama empat tahun atau denda dalam kategori IV (Rp. 7.500.000,-).
- (2) Laki-laki yang tidak beristri bersetubuh dengan perempuan tidak bersuami dengan persetujuan perempuan tersebut, yang mengakibatkan perempuan tersebut hamil dan tidak bersedia mengawini atau ada halangan untuk kawin, dipidana penjara lima tahun.

Pasal 485

Setiap orang yang melakukan hidup bersama sebagai suami-istri di luar perkawinan yang sah, dipidana pidana penjara paling lama 1 (satu) tahun.

Kumpul Kebo diatur dalam Pasal 486

Seorang yang melakukan hidup bersama sebagai suami-istri di luar perkawinan yang sah karenanya mengganggu perasaan kesusilaan masyarakat setempat dipidana penjara dua tahun. Tidak dilakukan

penuntutan kecuali atas pengaduan keluarga salah seorang sampai derajat ketiga, kepala adat atau oleh kepala desa atau lurah setempat.

Pemeriksaan, hanya ada tambahan pemeriksaan tanpa paksaan (*not torciblerope*) pada Pasal 486 poin d; laki-laki yang melakukan persetubuhan dengan perempuan dengan persetujuan perempuan tersebut, karena perempuan tersebut percaya bahwa laki-laki tersebut adalah suaminya yang sah.

Dianggap juga melakukan tindak pidana pemeriksaan jika laki-laki memasukkan alat kelaminnya ke dalam anus atau mulut perempuan atau laki-laki memasukkan suatu benda yang bukan merupakan bagian tubuhnya ke dalam vagina atau anus perempuan.

Hubungan seks sejenis, dalam Pasal 490; Setiap orang yang melakukan perbuatan cabul dengan orang lain yang sama jenis kelaminnya yang diketahui atau patut diduga belum berumur 18 tahun dipidana paling singkat satu tahun penjara dan paling lama tujuh tahun.

Dianggap delik zina, dan pelakunya dapat dipidana:

- a. Laki-laki yang melakukan persetubuhan dengan perempuan, baik dalam ikatan perkawinan atau tidak.
- b. Perempuan yang melakukan persetubuhan dengan laki-laki, baik dalam ikatan perkawinan atau tidak.
- c. Laki-laki yang tidak dalam ikatan perkawinan melakukan persetubuhan dengan perempuan, padahal diketahui bahwa perempuan tersebut berada dalam ikatan perkawinan;
- d. Perempuan yang tidak dalam ikatan perkawinan melakukan persetubuhan dengan laki-laki, padahal diketahui bahwa laki-laki tersebut berada dalam ikatan perkawinan; atau

- e. Laki-laki dan perempuan yang masing-masing tidak terikat dalam perkawinan yang sah melakukan persetubuhan.

Pelaku zina dipidana jika dilakukan penuntutan oleh suami, istri, atau pihak ketiga yang tercemar. Peneliti setuju zina itu delik aduan. Hal ini didasarkan adanya hukum nikah hamil yang ada legalitasnya dalam Islam. Pengaduan dapat ditarik kembali selama pemeriksaan di sidang pengadilan belum dimulai.

Dalam KUHP, kategori zina *muhsan* dan *ghairu muhsan* tidak dikenal. Dalam Pasal 284 KUHP, zina hanyalah zina yang pelakunya sudah terikat dengan akad nikah, yaitu kasus perselingkuhan yang terjadi dalam rumah tangga dan termasuk dalam delik aduan, sehingga di samping KUHP tidak mengenal istilah zina *ghairu muhsan*, di dalamnya juga mengandung pengertian bahwa selama para pelaku suami atau istri yang tetap merasa aman dengan delik perzinaan yang dilakukan pasangannya. Maka, pelaku tidak dapat dituntut karena tidak diadukan oleh pihak yang merasa dirugikan.

Satu langkah maju, versi Pasal 483 RUU KUHP 2016 tidak membedakan antara mereka yang telah kawin dan yang belum kawin. Begitu pula tidak dibedakan antara laki-laki dan perempuan dalam melakukan tindak pidana tersebut. Dengan kata lain, laki-laki dan perempuan yang berada dalam ikatan perkawinan, dan yang tidak dalam ikatan perkawinan dapat diancam pidana. Hanya saja sifat deliknya masih delik aduan bahwa meskipun Pasal 483 RUU KUHP 2016 masih banyak kekurangannya, ada satu langkah maju, yaitu dapat dipidananya perempuan atau laki-laki yang melakukan zina. Apakah dia terikat dalam ikatan perkawinan atau tidak terikat dalam ikatan perkawinan.

Mencermati dan menyikapi perlunya perbaikan kembali dalam merumuskan tindak pidana perzinaan, maka makin diperlukan peninjauan

ulang konsep KUHP 2016. Itulah sebabnya, kebutuhan pembaruan hukum pidana bersifat menyeluruh sudah dipikirkan oleh pakar hukum pidana sejak tahun 1960-an yang meliputi hukum pidana materiil (substantif), hukum pidana formal (prosedural, hukum acara pidana), dan hukum pelaksanaan pidana. Ketiga bidang hukum pidana tersebut harus sama-sama diperbarui sebagai konsekuensi asas legalitas yang dianut dalam hukum pidana Indonesia.¹⁰¹ Apabila hanya salah satu bidang hukum pidana diperbarui dan yang lain tidak, akan timbul kesulitan dalam pelaksanaan hukum dan tujuan pembaruan tidak tercapai. Ini karena tujuan utama pembaruan hukum pidana ialah penanggulangan kejahatan. Reformasi hukum pidana¹⁰² harus dapat mengacu kepada kebijakan hukum pidana supaya sinergi dengan kepentingan penegakan hukum. Kebijakan tersebut meliputi tentang apa saja yang dapat dikriminalisasikan di dalam undang-undang pidana agar tidak menimbulkan penentangan keras dari masyarakat. Undang-undang pidana bakal dilaksanakan oleh Pemerintah bersama aparat penegak hukum.

Dari berbagai bentuk sanksi delik perzinaan, dapat ditarik benang merah sebagaimana diungkapkan oleh Jalaludin Rahmat, hukum rajam mempunyai fungsi sebagai penjara yang dalam konteks masyarakat modern dapat diganti dengan hukuman lain.¹⁰³ Di sisi lain, hukum pidana Islam harus diberlakukan secara substansial dengan tidak meninggalkan ruh syari'ah. Senada dengan pernyataan di atas, menurutnya, ketika memahami hukum pidana Islam, teori gradasi layak dipertimbangkan. Demikian halnya dengan prinsip *nasikh wa mansukh*, serta kondisi masyarakat sebagai syarat mutlak dalam pemberlakuan sistem hukum. Yusuf al-Qardhawi

¹⁰¹ Selain asas legalitas, asas-asas hukum pidana terdiri atas asas kesamaan, asas proporsionalitas, asas personalitas, asas publisitas, dan asas solidaritas. Lihat Roeslan Saleh, *Beberapa Asas Hukum Pidana dalam Perspektif*, (Jakarta: Aksara Baru, 1983), hlm. 24-25.

¹⁰² Reformasi hukum pidana merupakan upaya untuk mengganti tatanan hukum pidana positif (*ius constitutum*) dengan tatanan hukum pidana yang dicita-citakan (*ius constitutumendum*). Penggantian ini perlu segera dilaksanakan oleh pemerintah dan badan legislatif. Lihat Salman Luthah, "Kebijakan Kriminalisasi dalam Reformasi Hukum Pidana", *Jurnal Hukum*, No. 11, Vol 6, Yogyakarta: FH UII, 1999, hlm. 1.

¹⁰³ Jalaludin Rahmat, "Pengantar dalam Islam dan Tantangan Modernitas", (Bandung: Mizan, 1996), hlm. 16.

berkomentar, sanksi perzinaan akan efektif diberlakukan sebagaimana yang diinginkan oleh *nash* jika masyarakat sempurna memahami agamanya. Sebaliknya, jika iman masyarakat lemah dan lingkungan tidak mendukung, seperti wanita banyak mempertontonkan kecantikannya, film-film porno banyak beredar, adegan perzinaan terbuka lebar di mana-mana, kondisi seperti ini tidak efektif untuk memberlakukan hukum secara definitif.¹⁰⁴

Sementara sanksi delik kesusilaan di Indonesia tidak lagi merujuk secara tekstual kepada ketentuan hukum dalam Islam. Sebab, tidak ada ketentuan pasti tentang sanksi serta penerapannya. Oleh karena itu, ketentuan yang diambil dari Islam secara substansial hanya tentang pelanggaran, yakni zina adalah perbuatan tercela dan dianggap sebagai sebuah kejahatan dan pelakunya dapat dipidana. Pemikiran ini secara nyata diakui oleh penduduk Indonesia tanpa memandang agama, etnis, budaya, suku bangsa, dan adat istiadat. Jika dibandingkan dengan model penerapan hukum Islam dalam bidang perdata misalnya perkawinan. Rukun perkawinan di kalangan *fuqaha* terjadi perbedaan pendapat. Ada yang berpendapat wali nikah sebagai rukun ada yang tidak, tetapi hukum perkawinan di Indonesia mengambil pendapat yang paling maslahat bagi penduduk Muslim Indonesia yang mayoritas Sunni, yakni wali sebagai rukun dalam perkawinan. Itulah hukum perkawinan Islam yang berlaku di Indonesia.

Di Indonesia, dengan adanya lembaga resmi yang membuat undang-undang, segala sesuatu yang berkaitan dengan kebijakan harus diterapkan menurut mekanisme yang berlaku dan hasilnya mengikat bagi semua warga negara dan tidak bisa diklaim sebagai produk perorangan atau kelompok. Kesepakatan tersebut dalam konsep Islam disebut *ijma*. Maka konsep delik perzinaan dalam RUU KUHP 2016 secara *ruhiyyah* sejalan dengan prinsip-prinsip aturan pidana dalam Islam. Faktor penting yang tidak dapat

¹⁰⁴ Yusuf al-Qaradawi, *Syariat Islam Ditantang Zaman*, alih bahasa Abu Zaki, (Surabaya: Pustaka Progresif, 1983), hlm. 119-120.

dikesampingkan adalah asas legalitas dalam penerapan hukum. Secara substansial, hukum pidana Islam melegitimasi aturan tersebut. Misalnya kaidah:

لَا يُمَكِّنُ إِعْتِبَارُ فِعْلٍ أَوْ تَرْكُ جَرِيْمَةٍ إِلَّا بِنَصِّ صَرِيحٍ يَحْرِمُ الْفِعْلَ أَوْ التَّارِكُ فَإِنْ لَمْ يَرِدْ نَصٌّ يَحْرِمُ الْفِعْلَ أَوْ التَّارِكُ فَلَا مَسْئُوْلِيَّةٌ وَلَا عِقَابٌ عَلَى فَاعِلٍ أَوْ تَارِكٍ

*Suatu perbuatan atau sikap tidak berbuat tidak bisa dipandang sebagai suatu jarimah sebelum adanya nash yang tegas melarang perbuatan atau sikap tidak berbuat. Apabila tidak ada ketentuan nash yang mengaturnya maka perbuatan seseorang tidak bisa dimintai pertanggungjawaban pidana dan tidak dapat dipidana.*¹⁰⁵

Penerapan legalitas di Indonesia dapat dilihat Pasal I ayat (1) Kitab Undang-undang Hukum Pidana (KUHP) yang berbunyi "Suatu perbuatan tidak dapat dipidana kecuali berdasarkan kekuatan peraturan perundang-undangan pidana". Konsekuensi hukum dari asas legalitas adalah bahwa tidak pernah ada perbuatan zina kalau tidak ada ketentuannya dalam undang-undang. Maka undang-undang itulah sebagai alat yang mempunyai kekuatan mengikat untuk menghukum orang yang oleh undang-undang dikatakan perbuatan zina.

Berdasarkan ketentuan al-Qur'an surah an-Nur ayat 2, zina tidak dibedakan antara *muhsan* dan *ghairu muhsan*, juga tidak dikenal sebagai delik biasa atau aduan. Jelasnya, pezina harus dihukum cambuk 100 kali sebagai balasan melawan ketentuan hukum al-Qur'an. Oleh karena itu, ketentuan hukum yang berlaku di Indonesia pezina harus diberikan sanksi sebagaimana ketentuan al-Qur'an surah an-Nur ayat 2, yakni hukum dera 100 kali dan dilakukan di muka umum.

Adapun lafaz وَلْيَشْهَدْ عَذَابَهَا طَائِفَةٌ مِّنَ الْمُؤْمِنِينَ pada ayat 2 Surah an-Nur menggambarkan adanya balasan terhadap kejahatan dan ketika membalas

harus diumumkan atau dilakukan di muka umum. Di sini, ada dua aspek yang hendak dicapai, yakni:

1. Pidanaan dimaksudkan sebagai pencegahan kolektif (*generale prevention*), yang berarti pidanaan bisa memberikan pelajaran bagi orang lain untuk tidak melakukan kejahatan serupa. Contohnya orang berzina harus didera di muka umum sehingga orang yang melihat diharapkan tidak melakukan perzinaan.¹⁰⁶
2. Pidanaan dimaksudkan sebagai *speciale prevention* (pencegahan khusus), artinya seseorang yang melakukan tindak pidana setelah diterapkan sanksi, akan bertaubat dan tidak mengulangi kejahatannya lagi. Dalam aspek ini terkandung nilai *treatment*, sebab seseorang dapat dicegah berbuat jahat melalui penderitaan akibat dipidana atau timbul dari kesadaran pribadi selama menjalani pidana.

RUU KUHP 2016 yang mengatur delik perzinaan ada dalam Bab XVI: tentang Tindak Pidana Kesusilaan, tepatnya pada bagian keempat. Zina dan Perbuatan Cabul. Pasal 485:

- (I) Dipidana karena zina, dengan pidana paling lama 5 (lima) tahun:
 - a. Laki-laki yang berada dalam ikatan perkawinan melakukan persetubuhan dengan perempuan yang bukan istrinya.
 - b. Perempuan yang berada dalam ikatan perkawinan melakukan persetubuhan dengan laki-laki yang bukan suaminya.
 - c. Laki-laki yang tidak dalam ikatan perkawinan melakukan persetubuhan dengan perempuan, padahal diketahui bahwa perempuan tersebut berada dalam ikatan perkawinan;

¹⁰⁶ *Ibid*

- d. Perempuan yang tidak dalam ikatan perkawinan melakukan persetubuhan dengan laki-laki, padahal diketahui bahwa laki-laki tersebut berada dalam ikatan perkawinan; atau
 - e. Laki-laki dan perempuan yang masing-masing tidak terikat dalam perkawinan yang sah melakukan persetubuhan.
- (2) Tidak dipidana sebagaimana dimaksud pada ayat (1) tidak dilakukan penuntutan kecuali atas pengaduan suami, istri, atau pihak ketiga yang tercemar.
- (3) Terhadap pengaduan sebagaimana dimaksud ayat (2) tidak berlaku ketentuan pasal 25, pasal 26 dan pasal 28.
- (4) Pengaduan dapat ditarik kembali selama pemeriksaan di sidang pengadilan belum dimulai.

Hukuman dalam konsep KUHP tentang delik perzinaan didominasi oleh hukum penjara. Mestinya jika disepakati bersama, hukuman cambuk lebih efektif dan efisien. Di samping aplikasi dari pidana badan (fisik) sesuai ketentuan hukum pidana Islam, juga lebih efisien karena tidak membebani negara. Kuantitas cambukan sangat relatif, baik alat, kapasitas alat, bentuk maupun model penerapan. Hukum rajam yang dipahami sebagian kalangan tidak tepat dilaksanakan, karena zina adalah kejahatan umum yang diakui semua agama, juga tidak disebut dalam al-Qur'an.

RUU KUHP (Konsep KUHP) mungkin akan membawa perubahan besar. Hakim tidak harus selalu berpegang erat pada undang-undang. Hukum adat bisa diadopsi sebagai pidana pokok dalam putusan. Walaupun dalam konsep KUHP masih berpegang teguh pada asas legalitas yang tertuang pada Pasal 1 ayat (1) "Tiada seorang pun dapat dipidana atau dikenakan tindakan, kecuali perbuatan yang dilakukan telah ditetapkan sebagai tindak pidana dalam peraturan perundang-undangan yang berlaku

pada saat perbuatan itu dilakukan", tetapi dalam ayat 3 disebutkan "ketentuan sebagaimana dimaksud pada ayat (1) tidak mengurangi berlakunya hukum yang hidup dalam masyarakat yang menentukan bahwa seseorang patut dipidana walaupun perbuatan tersebut tidak diatur dalam peraturan perundang-undangan" yang kemudian diterangkan dalam ayat (4) sepanjang tidak bertentangan dengan nilai-nilai Pancasila dan atau prinsip-prinsip hukum umum yang diakui oleh masyarakat dunia.

Dari penjelasan di atas, dapat ditarik pernyataan bahwa perbuatan yang tidak diatur dalam perundang-undangan, tapi bertentangan dengan hukum yang hidup di masyarakat (nilai-nilai yang ada dalam masyarakat) dapat dijerat pidana. Salah satunya adalah berhubungan intim di luar ikatan perkawinan yang sah atau zina.

Jika dibandingkan dengan RUU KUHP 2016, seperti kutipan berikut ini.

Pasal 486

Setiap orang yang melakukan persetubuhan dengan anak-anak, dipidana dengan pidana penjara paling singkat 3 (tiga) tahun dan paling lama 12 (dua belas) tahun dan pidana denda paling sedikit Kategori IV dan paling banyak Kategori VI.

Pasal 487

Setiap orang yang melakukan hidup bersama sebagai suami istri di luar perkawinan yang sah, dipidana penjara paling lama 5 (lima) tahun dan pidana denda paling banyak Kategori IV.

commit to user

Pasal 488

Setiap orang yang bergelandangan dan berkeliaran di jalan atau di tempat umum dengan tujuan melacurkan diri, dipidana dengan pidana denda paling, banyak Kategori I.

Pasal 489

- (1) Setiap orang yang melakukan persetubuhan dengan seseorang yang diketahuinya bahwa orang tersebut anggota keluarga sedarah dalam garis lurus atau ke samping sampai derajat ketiga, dipidana dengan pidana penjara paling singkat 3 (tiga) tahun dan paling lama 12 (dua belas) tahun.
- (2) Jika tindak pidana sebagaimana dimaksud pada ayat (I) dilakukan oleh laki-laki terhadap perempuan yang belum berumur 18 (delapan belas) tahun dan belum kawin, maka pembuat tindak pidana dipidana dengan pidana penjara paling singkat 3 (tiga) tahun dan paling lama 15 (lima belas) tahun.

Pasal 490

Perkosaan

- (1) Dipidana karena melakukan tindak pidana perkosaan, dengan pidana penjara paling singkat 3 (tiga) tahun dan paling lama 12 (dua belas) tahun:
 - a. Laki-laki yang melakukan persetubuhan dengan perempuan di luar perkawinan, bertentangan dengan kehendak perempuan tersebut;

- b. Laki-laki yang melakukan persetubuhan dengan perempuan di luar perkawinan, tanpa persetujuan perempuan tersebut;
 - c. Laki-laki yang melakukan persetubuhan dengan perempuan, dengan persetujuan perempuan tersebut, tetapi persetujuan tersebut dicapai melalui ancaman untuk dibunuh atau dilukai;
 - d. Laki-laki yang melakukan persetubuhan dengan perempuan, dengan persetujuan perempuan tersebut karena perempuan tersebut percaya bahwa laki-laki tersebut adalah suaminya yang sah;
 - e. Laki-laki yang melakukan persetubuhan dengan perempuan yang berusia di bawah 14 (empat belas) tahun, dengan persetujuannya; atau
 - f. laki-laki yang melakukan persetubuhan dengan perempuan, padahal diketahui bahwa perempuan tersebut dalam keadaan pingsan atau tidak berdaya.
- (2) Dianggap juga melakukan tindak pidana perkosaan, jika dalam keadaan sebagaimana dimaksud pada ayat (1):
- a. Laki-laki memasukkan alat kelaminnya ke dalam anus atau mulut perempuan; atau
 - b. Laki-laki memasukkan suatu benda yang bukan merupakan bagian tubuhnya ke dalam vagina atau anus perempuan.

Menurut peneliti, rancangan undang-undang tentang KUHP 2016 merupakan *ijtihad* besar dan bersejarah dalam memperjuangkan masuknya nilai-nilai hukum pidana Islam dalam konteks perundang-undangan di Indonesia. Pembentukan undang-undang selalu dipengaruhi kultur, sosial, dan moralitas masyarakat yang membentuknya. Di samping itu, KUHP

sekarang ini yang notabene ditransfer dari KUHP Belanda merupakan cerminan dari kultur Barat yang individualis dan sekuler. Orang Belanda waktu itu tidak memandang buruk persetubuhan asalkan tidak terikat perkawinan. Hal ini tidak cocok dengan nilai masyarakat Indonesia yang religius. Semua agama melarang perzinahan khususnya Islam yang menjadi agama mayoritas penduduk di Indonesia. Jadi, nilai-nilai Islam yang universal seharusnya bisa tertampung dalam perundang-undangan nasional, sepanjang tidak merugikan umat beragama lain.

Dengan demikian, perlu pemikiran yang bijaksana dalam upaya mengintegrasikan hukum pidana Islam ke dalam pembentukan hukum pidana nasional. Jika memungkinkan dengan cara pengungkapan materi hukum Islam secara eksplisit ke dalam Rancangan Undang-undang KUHP. Namun, jika tidak memungkinkan diungkapkan prinsip-prinsip dan moralitasnya. Misalnya bentuk hukuman zina tidak sama persis seperti yang disebut dalam al-Qur'an, yakni bahwa hukuman pezina adalah dicambuk seratus kali.

Mestinya dalam kasus zina lebih efektif jika diterapkan hukum cambuk dan pelaksanaannya diserahkan sepenuhnya kepada hakim. Substansi pidananya merujuk kepada *jarimah hudud*, tetapi pada pelaksanaannya diserahkan kepada hakim. Namun di sini yang terpenting adalah perbuatan itu dianggap sebagai tindak pidana karena merupakan perbuatan yang tidak sesuai dengan prinsip dan moralitas Islam.¹⁰⁷ Proses ini menurut peneliti merupakan upaya strategis legislasi hukum Islam yang bersifat bertahap dan sejalan dengan kaidah:

مَا لَا يَدْرِكُ كُلَّهُ لَا يُتْرَكُ كُلُّهُ

¹⁰⁷ Arskal Salim, "Politik Hukum Pidana Islam di Indonesia: Eksistensi Historis, Kontribusi Fungsional dan Prospek Masa Depan" dalam Jaenal Aripin dan M. Arskal Salim GP (ed.), *Pidana Islam di Indonesia: Peluang Prospek dan Tantangan*, (Jakarta: Pustaka Firdaus, 2001), hlm. 259.

*Jika sesuatu yang tidak didapat dicapai atau dilakukan seluruhnya, jangan ditinggalkan seluruhnya (yang mampu dikerjakan).*¹⁰⁸

Kaidah ini mempunyai arti jika hukum pidana Islam belum bisa diterapkan secara keseluruhan sebagaimana ketentuan dalam al-Qur'an, bukan berarti ketentuan dalam Islam tentang pidana tidak diterapkan. Akan tetapi diterapkan berdasar kadar kemampuan dimana hukum pidana Islam dapat diterapkan. Misalnya hukum pidana Islam di Indonesia hanya baru dapat diakomodasi tentang bentuk kejahatannya, seperti zina, mencuri, membunuh adalah sesuatu yang dilarang dalam al-Qur'an, maka dilarang pula dalam hukum di Indonesia, dan pelakunya dikenakan sanksi.

Ketentuan hukum pidana Islam tentang delik zina lebih jelas dan tegas dibandingkan pembahasan delik pemukahan yang diatur dalam hukum positif. Menurut peneliti, zina bagian dari tindak pidana yang ketentuan pidana disebut secara definitif oleh al-Qur'an. Konsekuensi hukumnya tergantung kadar kejahatan, maka harus ada perincian tegas dalam aturan hukum sebagaimana dalam pasal-pasal dalam KUHP. Hanya pasal-pasal di atas, sebagaimana tindak pidana lain diancam dengan pidana penjara secara keseluruhan.

Bentuk hukuman alternatif di Indonesia seperti hukuman penjara di satu sisi dapat dijadikan solusi, karena dalam hukum pidana Islam pendekatan dalam pelaksanaan hukuman ada dua macam, yaitu *jawabir* dan *zawajir*. Di sisi lain, hukuman yang ditetapkan dalam al-Qur'an perlu diakomodasi dalam KUHP secara terperinci. Meskipun tidak sampai pada menghukum rajam bagi pezina *muhsan*. Jika pendekatan *jawabir* menghendaki pelaksanaan secara tekstual berdasarkan *nash*. Artinya hukum

¹⁰⁸ Abd al-Hamid Hakim, *Mabadi Awwaliyyah: Usul al-Fiqh wa al-Qawaid al-Fiqhiyyah*, (Jakarta; Maktabah Sa'adiyyah Putra, t.t.), hlm. 44. A. Djazuli, *Kaidah-kaidah Fikih: Kaidah-kaidah Hukum Islam dalam Menyelesaikan Masalah-masalah yang Praktis*, (Jakarta: Prenada Media, 2006), hlm. 98. Abdurrahman Asy-Suyuti, *al-Asybah wa an-Nazair fi al-Furu'*, (Beirut: Dar al-Fikr, t.t.), hlm. 269;

harus ditegakkan dengan maksud menebus kesalahan dan dosa si pelaku kejahatan. Maka pendekatan ini akan berlaku secara universal. Siapa pun yang melanggar ketentuan al-Qur'an akan dikenakan hukuman berdasarkan hukum al-Qur'an. Sebaliknya, *zawajir* lebih melihat bagaimana agar tujuan dari pembedaan tercapai, yaitu membuat jera pelaku dan menjadi pelajaran bagi orang lain untuk tidak melakukan kejahatan serupa.¹⁰⁹

Senada dengan pernyataan di atas, Sukardja sebagaimana dikutip oleh Arskal Salim, menyatakan bahwa dalam rangka pengintegrasian hukum pidana Islam ke dalam hukum pidana nasional, pendekatan *jawabir* dan *zawajir* patut dipertimbangan. Artinya jika dengan pendekatan *zawajir* (hukum minimal) tujuan penerapan sanksi hukum pidana yang berlaku di Indonesia saat ini merupakan hukum warisan penjajahan Belanda. Hukum pidana yang sekarang berlaku merupakan hukum pidana Belanda yang berdasarkan pada asas konkordansi diberlakukan di Indonesia sehingga tidak memenuhi tuntutan keberlakuan secara sosiologis dan filosofis. Hal ini disebabkan setiap hukum yang baik dapat efektif diterapkan dalam masyarakat selalu menuntut persyaratan keberlakuan secara yuridis, sosiologis, filosofis, bahkan historis. Keberlakuan secara yuridis harus sah, didukung oleh masyarakat, dan sesuai dengan nilai-nilai dan cita-cita hidup masyarakat serta memiliki relevansi dengan tradisi hukum masyarakat.

Dasar diadakannya kriminalisasi terhadap delik kesusilaan khususnya dalam hal ini delik perzinaan karena (*fornication*) perbuatan zina bertentangan dengan nilai kesesuaian/kepatutan yang ada di masyarakat, yakni berkaitan dengan moral. Perbuatan zina dalam mayoritas masyarakat Indonesia, baik *fornication* maupun *adultery* dipandang tidak patut/mencederai perasaan moral masyarakat.

¹⁰⁹ Makhrus Munajat, "Penegakan Supremasi Hukum di Indonesia dalam Perspektif Islam", dalam *Jurnal Asy-Syir'ah*, Yogyakarta: Fakultas Syariah IAIN Yogyakarta, 2001, hlm. 66.

2. Transformasi Nilai-nilai Delik Menuduh Zina (*Qazf*) dan Sanksinya

Qazf adalah suatu pelanggaran karena melakukan tuduhan zina terhadap seorang Muslim yang *akil baligh* dan dikenal suci yang tidak dapat dibuktikan oleh empat orang saksi. Termasuk pelanggaran *qazf* adalah setiap orang yang membuat pernyataan secara tegas bahwa orang tertentu telah melakukan zina atau secara tersirat mengatakan bahwa seseorang bukan orangtua atau bukan keturunan dari individu atau orang tertentu. Sebuah pernyataan dianggap *qazf* apabila dibuktikan oleh empat orang saksi laki-laki. Jika tidak terbukti maka orang yang membuat pernyataan bersalah melakukan suatu pelanggaran *qazf*. Namun, apabila pernyataan tersebut terbukti, orang yang dikatakan dalam pernyataan bersalah melakukan pelanggaran zina.

Unsur tindak pidana dalam *jarimah qazf* ada tiga, yaitu menuduh zina atau mengingkari nasab; orang yang dituduh itu *muhsan* dan bukan pezina; ada itikad jahat. Orang yang menuduh zina harus membuktikan kebenaran tuduhannya.¹¹⁰ Tuduhan zina harus diucapkan dalam bahasa yang tegas (eksplisit), seperti "hai pezina", atau "Aku telah melihatmu berzina".¹¹¹ Sementara itu, terhadap tuduhan yang berupa sindiran harus ada bukti-bukti lain yang menunjukkan maksud *qazf*. Untuk menuduh zina tidak disyaratkan menggunakan kata-kata tuduhan, tapi cukup dengan membenarkan tuduhan. Contohnya, A berkata kepada B, "Ibumu pezina", kemudian C berkata, "Itu benar", maka A dan C sama-sama penuduh zina. Namun demikian, dalam tuduhan disyaratkan sasarannya atau orang yang dituduh harus jelas. Dalam tindak pidana ini juga disyaratkan adanya gugatan (pengaduan) dari orang yang terkena tuduhan zina. Pembuktian dalam tindak pidana ini dapat

¹¹⁰ A. Djazuli, *Fiqh Jinayah: Upaya Menanggulangi Kejahatan dalam Islam*, (Jakarta: Rajawali Press, 1996), hlm. 66.

¹¹¹ *Ibid.*, 69.

diperoleh, baik melalui pengakuan terdakwa maupun alat bukti dua orang saksi.¹¹²

Rincian perbuatan yang dapat dikategorikan menuduh palsu zina adalah sebagai berikut:

1. Adanya tuduhan zina atau menghilangkan nasab.

Unsur dapat terpenuhi apabila pelaku menuduh korban dengan tuduhan melakukan zina atau tuduhan menghilangkan nasabnya, dan pelaku tidak mampu membuktikan apa yang dituduhkan. Tuduhan yang pelakunya dikenai hukuman *hadd* harus memenuhi syarat-syarat sebagai berikut.

- a. Kata-kata tuduhan harus jelas dan tegas, yaitu tidak mengandung pengertian lain selain tuduhan zina. Adapun tuduhan yang bersifat kinayah hukumnya masih diperselisihkan oleh ulama.
- b. Orang yang dituduh harus jelas, jika yang dituduh tidak jelas maka pelaku tidak dapat dikenakan hukuman *hadd*.

2. Orang yang dituduh harus *muhsan*

Orang yang menjadi objek dalam tindak pidana ini adalah muhsan artinya orang yang terjaga atau orang baik-baik (*ihsan*) untuk *mazquf* (tertuduh). Dasar hukum untuk syarat di atas adalah:

¹¹² *Ibid.*, hlm. 66-67.

وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ
فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا وَأُولَئِكَ
هُمُ الْفَاسِقُونَ ﴿٤٠﴾

Dan orang-orang yang menuduh wanita-wanita yang baik-baik¹¹³ (berbuat zina) dan mereka tidak mendatangkan empat orang saksi, maka deralah mereka (yang menuduh itu) delapan puluh kali dera, dan janganlah kamu terima kesaksian mereka buat selama-lamanya. Dan mereka itulah orang-orang yang fasik.¹¹⁴

إِنَّ الَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ الْغَافِلَاتِ الْمُؤْمِنَاتِ لُعْنُوا فِي
الدُّنْيَا وَالْآخِرَةِ وَهُمْ عَذَابٌ عَظِيمٌ ﴿٤١﴾

Sesungguhnya orang-orang yang menuduh wanita yang baik-baik, yang lengah¹¹⁵ lagi beriman (berbuat zina), mereka kena laknat di dunia dan akhirat, dan bagi mereka azab yang besar.¹¹⁶

Dalam surah an-Nur ayat 4 yang dimaksud *ihsan* adalah *al-iffah mina al-zina* (bersih dari zina). Pendapat lain lafad *muhsan* diartikan *al-hurriyah* (merdeka), sedangkan dalam surah an-Nur ayat 23, arti *muhsanat* adalah *al-ghafilat* (lengah) diartikan *al-'afaih* (bersih) dan diartikan juga *al-mu'minat* (mukmin) artinya muslimah. Dari kedua ayat itu disimpulkan bahwa syarat *ihsan* bagi *maqzuf* adalah iman (Islam), merdeka, dan *iffah* (bersih).¹¹⁷

¹¹³ Maksud wanita-wanita yang baik di sini adalah wanita-wanita yang suci, akil baligh, dan muslimah.

¹¹⁴ Q.S. an-Nur (24): 4.

¹¹⁵ Maksud dari wanita-wanita yang lengah ialah wanita-wanita yang tidak pernah sekali juga teringat oleh mereka akan melakukan perbuatan yang keji itu.

¹¹⁶ Q.S. an-Nur (24): 23.

¹¹⁷ Ahmad Wardi Muslih, *Hukum Pidana Islam*, (Jakarta: Sinar Grafika, 2005), hlm. 65.

3. Adanya Niat Melawan Hukum (*al-qasd al jina'i*)

Unsur melawan hukum dalam tindak pidana pencemaran nama baik terpenuhi jika *qazif* tahu bahwa perbuatan itu dilarang dan jika dilakukan bertentangan dengan hukum. Ketentuan ini didasarkan kepada ucapan Rasulullah Saw. kepada Hilal ibn Umayyah ketika ia menuduh istrinya berzina dengan Syarik ibn Sahma:

....البينة والافخ في ظهرك (الحديث أخرجه أبو يعلى)
...buktikan, jika tidak hukuman hadd akan diberikan kepadamu.

Maksud melawan hukum merupakan bentuk pertanggungjawaban pidana seseorang, artinya bentuk pembebanan kepada seseorang akibat perbuatan melakukan sesuatu yang dilarang atau tidak berbuat sesuatu yang seharusnya dikerjakan dengan kemauan sendiri dan ia tahu akibat-akibat dari berbuat atau tidak berbuat.¹¹⁸ Maka pertanggungjawaban pidana dapat ditegakkan karena adanya tiga hal:

- a. Adanya perbuatan yang dilarang untuk dikerjakan atau perintah untuk dikerjakan.
- b. Adanya sikap berbuat atau tidak berbuat dan atas kehendak atau kemauan sendiri
- c. Pelaku mengetahui akibat-akibat dari perbuatan yang dilakukan.¹¹⁹

Dengan adanya syarat di atas, dapat dipahami bahwa yang dapat dibebani hukum adalah manusia sebagai subjek hukum dan harus memenuhi

154. ¹¹⁸ Ahmad Hanafi, *Asas-asas Hukum Pidana Islam*, (Jakarta: Bulan Bintang, 1967), hlm. 154.

¹¹⁹ Abd Qadir Awdah, *at-Tasyri'*....., Juz I. hlm. 380.

syarat-syarat tertentu, seperti dewasa, berakal, dan atas kehendak sendiri (bukan adanya paksaan). Syarat-syarat lain dan berkait adalah mengenai sifat melawan hukum. Sifat melawan hukum merupakan unsur *jarimah* sebagaimana telah diuraikan pada subbab unsur-unsur *jarimah*. Unsur melawan hukum tidak selamanya disinggung secara jelas dalam ayat. Adakalanya bersifat larangan yang tegas, adakalanya bersifat pengecualian (terkecuali dengan hak) seperti dalam firman Allah:

وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ وَمَنْ قَتَلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لَوْلِيَّهِ سُلْطٰنًا فَلَا يَسْرِفُ فِي الْقَتْلِ إِنَّهُ كَانَ مَنْصُورًا ٣٣

33. Dan janganlah kamu membunuh jiwa yang diharamkan Allah (membunuhnya), melainkan dengan suatu (alasan) yang benar. Dan barangsiapa dibunuh secara zalim, maka sesungguhnya Kami telah memberi kekuasaan kepada ahli warisnya, tetapi janganlah ahli waris itu melampaui batas dalam membunuh. Sesungguhnya ia adalah orang yang mendapat pertolongan.¹²⁰

Ayat lain yang menggambarkan sifat melawan hukum sehingga seseorang dapat dimintai pertanggungjawaban pidana ada pada surah an-Nur ayat 2. Ayat ini menggambarkan adanya pertanggungjawaban pidana bagi pezina yakni dicambuk 100 (seratus) kali. karena sebelumnya adanya peringatan tentang larangan zina, yakni ayat وَلَا تَقْرَبُوا الزَّيْنٰ (surah al-Isra" ayat: 32), maka ketika ada larangan kemudian terjadi perbuatan yang melanggar hukum, sementara orang tersebut mengetahui akibat-akibatnya, di sinilah letak melawan hukum sehingga pelaku dapat dipidana.

Berikutnya adalah surah al-Maidah ayat 33. Dari ayat tersebut dapat diketahui sifat melawan hukum dari delik itu sendiri, yakni bagi siapa yang memerangi hukum Allah dan Rasul-Nya, maka baginya adalah hukum bunuh, disalib atau dipotong tangan dan kaki secara bersilang atau diasingkan.

¹²⁰ Q.S. al-Isra" (17): 33.

Sementara dari surah al-Maidah ayat 38 diketahui adanya unsur melawan hukum dari sifat delik itu sendiri seperti diungkapkan oleh Syarbini al-Khatib bahwa unsur pidana dalam delik pencurian dapat dilihat dari sifat kezaliman seseorang yang mengambil harta orang lain. Pengertian ini dilihat dari definisi yang dibuatnya bahwa mencuri adalah mengambil harta secara sembunyi-sembunyi dengan cara aniaya atau zalim dari tempat persembunyiannya dengan syarat tertentu.¹²¹

Di dalam al-Qur'an, delik menuduh zina ditegaskan bahwa fitnah dalam persoalan ini akan sangat mengganggu ketertiban masyarakat. Bahkan, pada saat ayat yang berkaitan dengan delik ini turun (Q.S. an-Nur [24]: 4) kondisi umat Islam dalam keadaan kacau, karena ketidakjelasan hukum apa yang akan diterapkan sebelumnya. Bahkan, hampir terjadi peperangan antara sahabat golongan Aus dan sahabat golongan Khazraj, karena fitnah tersebut.¹²² Oleh karena itu, di dalam penerapannya sangat pantas diterapkan berlaku surut, artinya kejadian peristiwanya lebih awal dibandingkan dengan *nash* yang mengaturnya. Setelah adanya ketegasan dalam surah an-Nur ayat 4, akhirnya Nabi memerintahkan mencambuk 80 kali terhadap sang *gizfi* (pemfitnah).¹²³ Sementara di Indonesia, persoalan ini tampaknya sepele sehingga lontaran atau tuduhan terhadap orang lain berbuat zina (keji) menjadi hal biasa. Bahkan dalam kasus perceraian dengan alasan zina bukan hal yang tabu untuk dibeberkan di muka umum. Hal ini dikarenakan tidak ada sanksi tegas, baik dalam kasus perzinaan atau tuduhan terhadap perzinaan.

Islam menghukum orang yang menuduh zina tanpa bukti yang kuat dengan 80 kali cambukan dan tidak menerima persaksiannya sampai dia bertaubat. Pemberian hukuman ini tidak hanya karena kebohongannya, tetapi juga karena pencemaran nama baik orang yang dituduh. Hukuman

¹²¹ Syarbini al-Khatib, *Mughni al-Muhtij*, Juz IV, (Beirut: Dar al-Fikr, t.t.), hlm. 158.

¹²² Ahmad Hanafi, *Asas-asas...*, hlm. 85.

¹²³ Orang yang dicambuk adalah kaum munafik yang bernama Hizah, dan Hilah. Demikian menurut pendapat yang dikutip as-Sayid Sabiq, *Fiqh...*, Juz II, hlm. 377.

bagi penuduh zina adalah hukuman fisik, yaitu 80 (delapan puluh) kali cambukan dan hukuman nonfisik dengan tidak menerima persaksiannya. Hal ini menunjukkan supaya orang tidak semena-mena dan gampang menuduh zina orang lain serta orang yang telah melakukan agar tidak mengulangi perbuatannya. Dihukum 80 (delapan puluh) kali cambukan karena memang dosa penuduh zina lebih kecil daripada pelaku zina, dan tidak diterima persaksiannya karena kalau ia tidak bertaubat berarti dianggap sebagai seorang pembohong, dan persaksian hanya dapat diterima dari orang yang jujur.¹²⁴

Di Indonesia, bentuk hukuman apa pun yang terkait dengan tindak pidana menuduh palsu zina belum ditemukan. Demikian juga dalam KUHP maupun konsep RUU KUHP 2016 berdasarkan pengamatan peneliti belum ada satu pun ayat yang secara spesifik mengatur tentang delik menuduh palsu zina. Adapun pasal yang dimuat lebih bersifat umum, yakni menyerang kehormatan pencemaran nama baik. Menyerang kehormatan dan pencemaran nama baik dapat terjadi pada berbagai kasus, seperti dituduh korupsi, dituduh menyuap, dituduh menggelapkan barang. Berikut peneliti kutip konsep KUHP tentang delik pencemaran nama baik yang dimuat di beberapa pasal:

Pasal 530

- (1) Setiap orang yang dengan lisan menyerang kehormatan atau nama baik orang lain dengan cara menuduhkan suatu hal, dengan maksud supaya orang lain tercemar dipidana 1 (satu) tahun atau pidana denda paling banyak Kategori II.
- (2) Jika tindak pidana sebagaimana dimaksud pada ayat (1) dilakukan dengan tulisan atau gambar yang disiarkan, dipertunjukkan, atau ditempelkan di tempat umum, pembuat tindak pidana dipidana karena

¹²⁴ Ali Ahmad Al-Jurjawi, *Hikmah Al-Tasyri wa Falsafatuhu*, (Beirut: Dar al-Fikr, t.t.), hlm. 299-300.

pencemaran tertulis, dengan pidana penjara paling lama 2 (dua) tahun atau dipidana denda paling banyak Kategori III.

- (3) Tidak merupakan pencemaran atau pencemaran tertulis, jika perbuatan sebagaimana dimaksud pada ayat (1) dan ayat (2) nyata-nyata dilakukan untuk kepentingan umum atau karena terpaksa untuk membela diri

Bagian Kedua

Pasal 531

- (1) Jika pembuat tindak pidana sebagaimana dimaksud dalam Pasal 530 diberi kesempatan membuktikan kebenaran hal yang dituduhkan tetapi tidak dapat membuktikannya, dan tuduhan tersebut bertentangan dengan yang diketahuinya, dipidana karena fitnah, dengan pidana penjara paling singkat 1 (satu) tahun dan paling lama 5 (lima) tahun atau pidana denda paling sedikit Kategori III dan paling banyak Kategori IV.
- (2) Pembuktian kebenaran tuduhan sebagaimana dimaksud pada ayat (1). hanya dapat dilakukan dalam hal:
 - a. Hakim memandang perlu untuk memeriksa kebenaran tuduhan tersebut guna mempertimbangkan keterangan terdakwa bahwa terdakwa melakukan perbuatan tersebut untuk kepentingan umum atau karena terpaksa membela diri; atau
 - b. Pegawai negeri dituduh melakukan suatu hal dalam menjalankan tugas jabatannya.
- (3) Pembuktian sebagaimana dimaksud pada ayat (2) tidak dapat dilakukan, jika hal yang dituduhkan tersebut hanya dapat dituntut atas pengaduan, dan pengaduan tidak diajukan.

Mestinya dalam kasus *qazf* lebih efektif jika diterapkan hukum cambuk dan pelaksanaannya diserahkan sepenuhnya kepada hakim. Substansi pidananya merujuk kepada *jarimah hudud*, tetapi pada pelaksanaannya diserahkan kepada hakim. Setidaknya, ada materi khusus yang menyatakan bahwa menuduh wanita baik-baik berbuat zina atau menuduh laki-laki baik berbuat zina adalah sesuatu yang bertentangan dengan moral agama. Konsekuensi dari aturan tersebut pelaku dapat dikenakan sanksi. Dengan kata lain, perbuatan itu dianggap sebagai tindak pidana karena menuduh zina adalah perbuatan yang tidak sesuai dengan prinsip dan moralitas Islam.¹²⁵ Proses ini menurut hemat peneliti merupakan upaya strategis legislasi hukum pidana Islam yang bersifat bertahap dan sejalan dengan kaidah:

مَا لَا يَدْرِكُ كُلَّهُ لَا يَتْرُكُ كُلَّهُ

*Jika sesuatu yang tidak didapat dicapai atau dilakukan seluruhnya, jangan ditinggalkan seluruhnya (yang mampu dikerjakan).*¹²⁶

Penerapan kaidah tersebut, jika dikaitkan dengan hukuman cambuk bagi si *qazif* sebagaimana ketentuan al-Qur'an adalah delapan puluh kali cambukan. Namun demikian, dengan memperhatikan substansi, struktur dan kultur hukum di Indonesia, maka belum diterima oleh semua lapisan masyarakat. Ketidaksempurnaan penerapan hukuman sesuai ketentuan al-Qur'an tidak berarti hukuman itu harus ditinggalkan, sebagaimana orang yang akan mengerjakan shalat belum bisa membaca surah al-Fatihah, tetapi baru bisa membaca *basmalah*, maka dia tetap wajib mengerjakan shalat

¹²⁵ Arskal Salim, "Politik Hukum Pidana Islam di Indonesia: Eksistensi Historis, Kontribusi Fungsional dan Prospek Masa Depan" dalam Jaenal Aripin dan M. Arskal Salim GP (ed.), *Pidana Islam di Indonesia: Peluang Prospek dan Tantangan*, (Jakarta: Pustaka Firdaus, 2001), hlm. 259.

¹²⁶ Abdul Hamid Hakim, *Mabadi' Awwaliyyah*, (Jakarta: Sa'adiyah Putra, t.t.), hlm. 44. A. Djazuli, *Kaidah-kaidah Fikih: Kaidah-kaidah Hukum Islam dalam Menyelesaikan Masalah-masalah yang Praktis*, (Jakarta: Pranada Media, 2006), hlm. 98.

meskipun tidak sempurna rukunnya. Secara hukum (*taklif*), dia wajib mengerjakan shalat sesuai dengan, kemampuan yang ia miliki. Hal ini sejalan dengan kaidah:

الميسور لا يسقط بالمعسور

*Sesuatu yang mudah tidak gugur dengan sesuatu yang sulit.*¹²⁷

Kaidah-kaidah di atas melegitimasi berlakunya hukum pidana Islam di Indonesia berdasarkan kemampuan maksimal para mujtahid untuk mengimplementasikannya. Prinsip ini dikukuhkan oleh Hadis Nabi:

إِذَا أَمَرْتُكُمْ بِأَمْرٍ فَأَتُوا مِنْهُ مَا سَئِطَعْتُمْ

*Apabila aku memerintahkan kamu sekalian dengan suatu perintah, maka kerjakanlah perintah itu semampu kalian.*¹²⁸

Menurut peneliti, *qazf* menjadi bagian dari tindak pidana pencemaran nama baik bahkan bisa masuk pada tindak fitnah. Konsekuensi hukumnya tergantung kadar kejahatannya. Maka, harus ada perincian tegas dalam aturan hukum sebagaimana dalam pasal-pasal di atas. Pasal-pasal di atas, sebagaimana tindak pidana lain diancam dengan pidana penjara.

Bentuk hukuman alternatif di Indonesia, seperti hukuman penjara dapat dijadikan solusi. Hal ini karena dalam hukum pidana Islam, sebagaimana telah dijelaskan sebelumnya, mengenal dua pendekatan, yaitu *jawabir* dan *zawajir*. Dalam pengintegrasian hukum pidana Islam ke dalam hukum pidana nasional, pendekatan *jawabir* dan *zawajir* patut dipertimbangan. Artinya jika dengan pendekatan *zawajir* (hukum minimal) tujuan penerapan sanksi dapat tercapai, maka pendekatan *jawabir* (hukum

¹²⁷ A. Djazuli, *Kaidah-kaidah Fikih.....*, hlm. 98.

¹²⁸ Hadis riwayat Baihaqi dan Ibn Abbas.

maksimal) yang disebutkan secara eksplisit dalam *nash* tidak perlu lagi diterapkan.¹²⁹

Terkait masalah tuduhan zina secara umum yang menyangkut hukum publik. Islam mengatur penuduh palsu zina yang terjadi antara suami istri. Dalam Islam, disebut *li'an*. *Li'an* merupakan tuduhan zina dengan sumpah yang dilakukan oleh seorang suami terhadap istrinya, sedangkan istrinya dengan sumpah menolak tuduhan tersebut. Baik tuduhan maupun penolakan, dibuat di hadapan hakim dengan mengucapkan kata-kata yang menurut hukum syariah cukup untuk membuktikan *li'an*. Suami yang melakukan tuduhan harus mengulangi empat kali secara berturut-turut ucapan yang berikut ini "Allah adalah saksi saya bahwasanya saya berbicara benar bahwa istri saya telah melakukan zina."

Ketika dia telah selesai mengulangi kata-kata tuduhan empat kali, dia harus mengucapkan kalimat yang berbunyi: "Kutukan Allah akan jatuh kepada saya jika saya berbohong". Untuk menolak tuduhan tersebut, si istri juga harus mengulangi empat kali berturut-turut ucapan yang berikut ini: "Allah adalah saksi saya bahwa suami saya telah berbohong dalam melakukan tuduhan terhadap saya".

Apabila pasangan yang menikah menggunakan *li'an* untuk menyelesaikan suatu tuduhan zina di antara mereka, maka suami tidak akan bersalah karena meng*qazf* istri dan keduanya harus bebas dari hukuman untuk pelanggaran tersebut. Tetapi, pernikahan mereka akan bubar secara otomatis dan hakim akan memberikan perintah sesuai dengan hal tersebut. Pasangan tersebut selamanya tidak dapat menikah lagi satu sama lain dan apabila mereka setelah itu melakukan hubungan seksual, perbuatannya adalah tindakan zina.¹³⁰

¹²⁹ Arskal Salim, "Politik Hukum Pidana Islam...", hlm. 261.

¹³⁰ Topo Santoso, *Membumikan Hukum Pidana Islam: Penegakan Syari'at Islam dalam Wacana dan Agenda*, (Jakarta: Gema Insani Press, 2003), hlm. 243. Pasal Rekomendasi.

Penelitian ini mencoba menawarkan guna mensikapi paradigma negatif dengan mendeskripsikan hukum pidana Islam secara komprehensif, yakni kajian yang tidak terbatas pada tataran normatif, tetapi lebih ke arah kajian kontekstual. Kajian ini lebih menitikberatkan pada asas-asas hukum pidana Islam dan relevansinya untuk setiap ruang dan waktu serta aspek perlindungan hak-hak asasi manusia. Persoalan yang tidak kalah pentingnya dalam kajian ini adalah bagaimana mengobjektivisasikan hukum pidana Islam sekaligus memberikan wacana kontribusi terhadap pembangunan hukum nasional guna membentuk masyarakat anti kriminal.¹³¹

Dalam masalah sanksi menuduh zina, ada beberapa konsep pemikiran Islam yang patut digarisbawahi karena signifikan untuk diimplementasikan dalam RUU KUHP 2016. Konsep mengenai stelsel pidana (terutama yang terkait dengan konsep tentang penempatan kedudukan suatu jenis pidana). Dalam masalah ini, RUU KUHP 2016 mendatang menetapkan jenis pidana menuduh zina sebagai pidana khusus yang eksepsional (di luar stelsel pidana pokok).

3. Perluasan Makna Delik Perzinaan dalam RUU KUHP 2016

Delik perzinaan dalam RUU KUHP 2016 sebagaimana yang telah dijelaskan sebelumnya, telah mengalami perkembangan ke arah kriminalisasi delik *fornication* atau zina di luar perkawinan. Artinya, sesuai dengan pembahasan ini, hubungan persetubuhan di luar perkawinan yang sah yang dalam hukum positif Indonesia tidak dipidana, kini dijadikan bagian dari delik perzinaan sebagaimana tertera dalam Bab XVI tentang Tindak Pidana Kesusilaan Bagian Keempat mengenai Delik Zina dan Perbuatan Cabul pada pasal 483 RUU KUHP 2016, rumusan pasal tersebut yakni:

¹³¹ Topo Santoso, *Membumikan Hukum Pidana Islam*, (Jakarta : Gema Insani, 2003), hlm. XV.

1. Dipidana karena zina, dengan pidana penjara paling lama 5 (lima) tahun:
 - a. Laki-laki yang berada dalam ikatan perkawinan melakukan persetubuhan dengan perempuan yang bukan istrinya;
 - b. Perempuan yang berada dalam ikatan perkawinan melakukan persetubuhan dengan laki-laki yang bukan suaminya;
 - c. Laki-laki yang tidak dalam ikatan perkawinan melakukan persetubuhan dengan perempuan, padahal diketahui bahwa perempuan tersebut berada dalam ikatan perkawinan;
 - d. Perempuan yang tidak dalam ikatan perkawinan melakukan persetubuhan dengan laki-laki, padahal diketahui bahwa laki-laki tersebut berada dalam ikatan perkawinan; atau
 - e. Laki-laki dan perempuan yang masing tidak terikat dalam perkawinan yang sah melakukan persetubuhan.
2. Tindak pidana sebagaimana dimaksud pada ayat (1) tidak dilakukan penuntutan kecuali atas pengaduan suami, istri, atau pihak ketiga yang tercemar.
3. Terhadap pengaduan sebagaimana dimaksud pada ayat (2) tidak berlaku ketentuan pasal 25, pasal 26, dan pasal 28.
4. Pengaduan dapat ditarik kembali selama pemeriksaan di sidang pengadilan belum dimulai.¹³²

Rancangan KUHP 2016 inilah yang menjadi rancangan terbaru KUHP sampai sekarang. Perkembangan yang dapat dilihat mengenai delik perzinahan yang semula dalam hukum positif hanya mempidana *adultery*,

tetapi sejak adanya kriminalisasi terhadap perbuatan pidana melakukan hubungan persetubuhan di luar nikah yang menyebabkan hamilnya perempuan dan laki-laki tidak bersedia mengawini, kemudian berkembang lagi delik ke arah kriminalisasi terhadap hubungan persetubuhan antara laki-laki dan perempuan yang masing-masing tidak terikat hubungan perkawinan yang sah.

Formulasi delik perzinaan sejak konsep KUHP 2004 hingga 2016 tidak mengalami perubahan dari segi redaksi dan substansi, hanya saja ada sedikit perubahan pada pasalnya, yakni pada Konsep 2004 sampai dengan 2006, delik perzinaan yang mengatur delik *adultery* dan *fornication* diatur dalam pasal 484, sedangkan dalam Konsep 2007 sampai dengan 2010 diatur dalam pasal 485 dan pada konsep terbaru, yakni konsep 2016 diatur pada pasal 483.¹³³

Suatu perilaku dikenakan ancaman pidana hanya apabila perilaku itu dipandang dapat mengancam keseimbangan dalam masyarakat. Dalam hal ini, mungkin ada sejumlah perilaku yang dipandang "tidak baik" atau "bahkan buruk" dalam masyarakat, tetapi karena tingkat ancamannya dipandang tidak terlalu besar, maka tidak dirumuskan sebagai suatu tindak pidana. Menurut Oemar Seno Adji, hal semacam ini juga mencerminkan bentuk atau kualitas hubungan antara hukum pidana dan ukuran-ukuran moral (*moral standar*).¹³⁴

Tindak pidana kesusilaan pada dasarnya, dapat dirumuskan sebagai tindak pidana yang berhubungan dengan perilaku seksual. Hal ini karena perilaku seksual merupakan bentuk perilaku manusia yang sangat pribadi. Maka mudah dipahami jika perumusan tentang perilaku ini tidak mudah

¹³³ Barda Nawawi Arief, *Buku II: Bunga Rampai Kebijakan Hukum Pidana "Perkembangan Penyusunan Konsep KUHP Baru"*, (Jakarta: Kencana, 2011), hlm. 260-261.

¹³⁴ Oemar Seno Adji, *Delik-delik Khusus dalam Masyarakat yang Mengalami Modernisasi, Makalah* pada Seminar Perkembangan Delik-delik Khusus dalam Masyarakat yang Mengalami Modernisasi. Diselenggarakan oleh Badan Pembinaan Hukum Nasional di Surabaya, 25-27 Februari 1998.

dibandingkan dengan perilaku-perilaku melanggar hukum pidana lainnya. Misalnya tindak pidana terhadap nyawa atau harta benda, terutama dikaitkan dengan nilai-nilai setempat. Kitab Undang-undang Hukum Pidana (KUHP) yang pada awalnya diselesaikan pada akhir abad ke-19 oleh suatu komisi di Belanda, lebih mencerminkan nilai-nilai di Negara Eropa pada era itu daripada nilai-nilai Indonesia (atau, Hindia Belanda, pada saat itu).¹³⁵

Akan tetapi hal ini tidak berarti bahwa seluruh nilai yang termuat dalam perumusan tindak pidana pada Kitab ini bertentangan dengan nilai-nilai masyarakat Indonesia. Hal ini berkenaan dengan adanya seperangkat nilai yang dianggap universal, dan yang berlaku pada semua tempat di seluruh dunia. Perumusan tindak pidana semacam itu dimaksudkan untuk menjaga moral dalam masyarakat. Akan tetapi, sejauh mana efektivitasnya selain tergantung pada nilai-nilai masyarakat, juga pada persepsi dan kesigapan penegak hukum.

Selanjutnya, perumusan tindak pidana kesusilaan sangat penting. Sebab berbagai penelitian menunjukkan bahwa dampak, terutama dampak psikologis, yang ditimbulkan oleh tindak pidana kesusilaan terhadap anak-anak di bawah umur akan membekas sepanjang hidupnya. Sebagai perilaku yang berhubungan dengan masalah seksual, tindak pidana kesusilaan dalam konstruksi hukum pidana, sebagaimana dirumuskan dalam Bab XIV KUHP, terdiri atas beberapa jenis yang pada pokoknya mencakup:

- a. Merusak kesopanan di muka umum
- b. Pornografi
- c. Perzinaan
- d. Perkosaan

¹³⁵ Harkristuti Haerkrisnowo. "Tindak Pidana Kesusilaan dalam Perspektif Kitab Undang-undang Hukum Pidana" dalam Jaenal Aripin dan M. Arskal Salim GP (ed.), *Pidana Islam di Indonesia: Prospek, Peluang dan Tantangan*, (Jakarta: Pustaka Firdaus, 2001), hlm. 179.

- e. Perbuatan cabul
- f. Perdagangan perempuan dan anak laki-laki
- g. Pengguguran kandungan.

Selain itu, terdapat beberapa jenis tindak pidana yang tidak ada hubungannya dengan perilaku seksual. Misalnya membuat orang mabuk, membiarkan orang mabuk, membiarkan/menyerahkan anak di bawah 12 tahun untuk mengemis, penganiayaan binatang, dan perjudian. Seperti dikatakan oleh van Bemmelen, "...pada prinsipnya, memang tidak tepat untuk menempatkan delik-delik ini dalam bab yang terutama membicarakan delik kesusilaan seksual".¹³⁶

Dari bentuk yang diatur dalam Bab XIV tersebut, beberapa prinsip mendasar yang dapat dijumpai, antara lain:

- a. Tindakan seksual adalah perbuatan manusia yang sangat pribadi;
- b. Sebagai tindakan pribadi, ia harus dilakukan secara pribadi/tertutup;
- c. Sebagai tindakan pribadi yang konsensual, yang hanya melibatkan dua orang, apabila hal ini merupakan orang ketiga, maka tindakan ini hanya dapat diruntut atas keinginan orang ketiga tersebut. Karena hal itu menyangkut kehormatannya (misalnya suami-istri dalam kasus perzinahan);
- d. Anak-anak atau orang di bawah umur harus dilindungi dari segala bentuk tindakan yang berkenaan dengan seksualitas. Apakah berupa eksposur pada materi pornografi maupun tindakan fisik, baik yang dilakukan dengan kekerasan, dengan bujukan, atau pun atas dasar persetujuan anak itu sendiri;

¹³⁶ J.M. Bemellen, *Hukum Pidana 3: Bagian Khusus Delik-delik Khusus*, (Bandung: Bina Cipta, 1968), hlm. 176.

- e. Wanita harus dilindungi dari tindak seksual yang dilakukan melalui kekerasan/ancaman kekerasan, atau ketika ia sedang pingsan atau tak berdaya.
- f. Wanita dan anak-anak lelaki harus dilindungi dari tindak perdagangan manusia;
- g. Orang-orang yang menyalahgunakan hubungan kekuasaannya terhadap orang lain dengan melakukan perbuatan cabul; atau memudahkan perbuatan cabul antara orang lain dengan anak yang ada di bawah kekuasaannya tersebut, yang harus diperberat ancaman pidananya.

Dibandingkan dengan sejumlah nilai yang dianut masyarakat Indonesia atau mayoritas masyarakat Indonesia, tampak ada sejumlah kesenjangan yang dijumpai di sini. Sebagai contoh adalah:

a. Perzinaan

Konsep perzinaan yang diatur dalam Pasal 284 KUHP, dengan jelas merumuskan bahwa hubungan seksual dalam pernikahan hanya merupakan suatu kejahatan apabila antara atau salah satu pelakunya adalah orang yang terikat dalam perkawinan dengan orang lain. Hubungan seksual di luar perkawinan, antara dua orang yang sama-sama lajang sama sekali bukan merupakan tindak pidana perzinaan.

b. Hubungan seksual antar orang dewasa yang sama jenis kelaminnya

Tindakan yang dilarang adalah perbuatan cabul oleh orang dewasa dengan orang yang belum dewasa dari jenis kelamin yang sama; tidak pula diatur bagaimana bila kedua pelaku sama-sama di bawah umur.

c. Hubungan *incest* atau kawin sumbang

commit to user

Hubungan ini terjadi antara dua orang dalam keluarga batih. Ada ketentuan yang dapat digunakan untuk mengatasi masalah *incest* yang menyangkut Pasal 294 (tentang melakukan perbuatan cabul).

Apabila dikaitkan dengan nilai-nilai yang dipegang oleh masyarakat Indonesia jelas bahwa perilaku-perilaku di atas melanggar nilai-nilai. Namun demikian, tidak dirumuskan sebagai tindak pidana. Ini menjadi suatu hal yang harus diterima saat ini karena adanya asas konkordansi yang diterapkan oleh pemerintah jajahan, sedangkan pribumi tidak mempunyai hak suara.

Uraian singkat di atas agaknya cukup menunjukkan bahwa ketentuan tentang perilaku seksual yang dikenakan ancaman pidana di negara-negara Barat tidaklah terlampau liberal, sebagaimana dibayangkan oleh sebagian masyarakat. Hal yang sangat membedakannya dengan kondisi di Indonesia. Di Barat, nilai-nilai masyarakatnya sangat mengedepankan individualisme dan tidak mau mencampuri urusan orang lain. Hal ini membawa warna khusus pada penerapan hukumannya.

Apabila dikaitkan dengan kondisi saat ini, sejumlah perubahan harus dilakukan untuk menyadarkan KUHP dengan berbagai perkembangan yang telah ada. Kalau perlu, kita mencontoh apa yang berlaku di luar negeri, tentu dengan menyesuaikannya dengan nilai-nilai dan norma-norma, masyarakat Indonesia. Beberapa perubahan yang diusulkan, misalnya:

1. Perluasan konsep perkosaan, sehingga mencakup:
 - a. Tidak hanya dibatasi pada laki-laki sebagai pelaku dan wanita sebagai korban;
 - b. Tidak hanya dibatasi pada korban perempuan;

- c. Tidak hanya dibatasi pada perempuan yang bukan istri pelaku, tetapi termasuk juga istri pelaku yang lebih dikenal dengan nama *marital rape*;
- d. Saran, yang dipakai tidak dibatasi pada kekerasan atau ancaman kekerasan tapi juga tipuan (*deceit*); dan
- e. Korbannya bukan hanya orang yang sadar atau pingsan, tetapi juga orang yang sudah meninggal;¹³⁷
- f. Dirumuskannya hubungan seksual dengan anak di bawah umur, walaupun dengan persetujuan mereka, dan walaupun tidak menimbulkan rasa sakit atau luka, sebagai tindak pidana;
- g. Dirumuskannya *incest* sebagai tindak pidana;
- h. Dirumuskan perilaku seksual yang tidak alamiah, misalnya dengan binatang, baik dengan kekerasan atau tidak;
- i. Dirumuskan prostitusi sebagai tindak pidana.¹³⁸

Tindak pidana perzinaan seharusnya memiliki sanksi yang berat, karena mengganggu perasaan kesusilaan masyarakat. Tindak pidana tersebut membuat banyaknya anak yang terlantar karena banyak wanita hamil di luar nikah dan menyebabkan maraknya tindakan aborsi yang merupakan tindakan pelanggaran terhadap hak asasi manusia. Hukuman/sanksi yang terdapat dalam RUU KUHP 2016 terhadap tindak pidana perzinaan dinilai sudah bagus karena sudah lebih berat dibandingkan dengan ketentuan yang terdapat dalam KUHP. Hukum pidana Islam yang menerapkan hukuman

¹³⁷ Dalam rancangan KUHP, sebagian dari usulan ini sudah ada, akan tetapi masih perlu diperluas dan dipertegas sehingga tidak menimbulkan kesulitan dalam penafsirannya kelak oleh petugas penegak hukum.

¹³⁸ Harkristuti Haerkrisnowo. "Tindak Pidana Kesusilaan dalam Perspektif Kitab Undang-undang Hukum Pidana" dalam Jaenal Aripin dan M. Arskal Salim GP (Ed.), *Pidana Islam di Indonesia: Prospek, Peluang dan Tantangan*, (Jakarta: Pustaka Firdaus, 2001), hlm. 191.

rajam dan cambuk bagi pelaku zina juga dinilai cukup efektif bila diterapkan karena dapat membuat orang yang akan melakukan tindak pidana perzinaan akan berpikir dua kali untuk melakukannya karena sanksinya sangat berat. Seharusnya delik yang diterapkan dalam tindak pidana perzinaan adalah delik biasa/umum bukan delik aduan absolut. Seharusnya tindak pidana perzinaan dihukum lebih berat dari yang diterapkan dalam KUHP, karena merusak moral bangsa, seperti halnya tindak pidana narkoba yang dapat merusak generasi bangsa.

C. Transformasi Nilai-nilai Hukum Pidana Islam tentang Delik Pencurian

1. Sanksi Delik Pencurian dalam Hukum Pidana Islam dan RUU KUHP 2016

Konsep dialektika Islam awal dan budaya Arab setidaknya menampakkan tiga pola. *Pertama*, Islam mengambil sebagian tradisi dan meninggalkan sebagian lainnya. *Kedua*, Islam mengambil dan meninggalkan tradisi Arab secara setengah-setengah dengan mengurangi atau menambahkan adat dan praktik pra-Islam. *Ketiga*, Islam meminjam norma-norma tersebut dalam bentuknya yang paling sempurna tanpa mencerna dan mengubah namanya.

Respons al-Qur'an terhadap kehidupan masyarakat *jahiliyah* saat itu dapat dibagi menjadi tiga bagian. *Pertama*, mempertahankan suatu tradisi yang dimiliki masyarakat *jahiliyah*, misalnya hukum potong tangan bagi pencuri, baik laki-laki maupun perempuan. Artinya, hukum potong tangan bagi pencuri sudah dikenal di tengah masyarakat Arab pra-Islam yang kemudian dipertahankan oleh Islam. Secara substansial dan material, tidak ada perbedaan antara hukum potong tangan yang berlaku pada masyarakat Arab *jahiliyah* dan hukum potong tangan yang ditetapkan oleh Islam. Walaupun ada yang berbeda, hanyalah sumbernya. Hukum potong tangan yang diberlakukan masyarakat Arab pra-Islam bersumber dari tradisi masyarakat yang sudah berjalan ratusan tahun. Ketika Islam turun, hukum

tersebut dipertahankan dengan mengalihkan sumbernya dari tradisi masyarakat Arab pada wahyu Allah Swt. (al-Qur'an).

Kedua, al-Qur'an mempertahankan sebagian dari tradisi pra-Islam dan menolak sebagian lainnya, misalnya dalam hukum poligami. Poligami bisa berarti poliandri (seorang perempuan bersuami lebih dari satu) dan poligini (seorang laki-laki beristri lebih dari satu). Poligami dalam arti pertama (poliandri) diharamkan oleh Islam, sedangkan dalam arti yang kedua (poligami) diterima dengan pembatasan. Jika sebelum dan di awal Islam seorang laki-laki boleh memiliki isteri dalam jumlah yang tidak terbatas, Islam membatasinya hanya empat orang.

Ketiga, al-Qur'an menghapus suatu tradisi yang berlaku pada masyarakat Arab jahiliyah, misalnya riba. Seperti diketahui, perekonomian masyarakat Arab pra-Islam berada di tangan para saudagar kaya yang bersikap zalim terhadap rakyat kecil dan kaum lemah dengan, misalnya memberlakukan sistem riba. Melalui sistem ini golongan yang kaya semakin kaya, yang miskin semakin miskin dan tertindas. Ketika seorang miskin meminjam uang dengan sistem riba, seringkali tidak dapat melunasi utangnya. Jika demikian, dia dirampas dan dijadikan budak. Tidak jarang pula yang dirampas adalah istri atau anak-anak perempuannya. Dengan demikian, perbudakan pada masyarakat Arab pra-Islam terkait erat dengan sistem ekonomi yang berlaku. Islam mengharamkan riba dan memberlakukan pinjam-meminjam dengan sistem *mudzarabah* (bagi hasil). Selanjutnya Islam mengatasi perbudakan yang menjadi akibat sistem riba dengan kewajiban membebaskan budak sebagai hukuman atas pelanggaran-pelanggaran tertentu. Misalnya, tebusan untuk suatu pembunuhan atau denda bagi orang yang melakukan hubungan seksual dengan suami atau istri di siang hari bulan Ramadhan.¹³⁹ Karena sifatnya yang selalu berdialektika dengan realitas, tradisi keagamaan dapat berubah sesuai konteks sosial dan

¹³⁹ Khalil Abdul Karim, *Syariah Sejarah, Perkelahian, Pemaknaan*, terj. Kamran As'ad dari judul asli *al-Juzur at-Tirikhiyyah li asy-Syari'ah al-Islimiyyah*, (Yogyakarta: LKiS, 2003), hlm. 86.

kultural suatu masyarakat. Dalam konteks Indonesia, Islam yang baik adalah yang memahami kebutuhan-kebutuhan masyarakat Indonesia.

Ada sebagian orang mengatakan bahwa budaya bersumber dari akar historis, sedangkan wahyu bersumber non-historis, yaitu Allah Swt. Pandangan seperti itu meletakkan seolah-olah antara budaya dan wahyu saling bertentangan. Sumber wahyu memang a-historis, tetapi ketika Allah hendak berbicara dengan manusia melalui Rasul-Nya, Allah menggunakan peralatan yang historis untuk bisa menyampaikan pesan kepada manusia. Artinya, wahyu dan firman Tuhan mewujudkan diri melalui bahasa budaya lokal. Itulah sebabnya, al-Qur'an turun secara gradual, karena Allah tidak bisa mengabaikan begitu saja konteks historis yang ada. Bagaimana mungkin Allah yang a-historis berbicara dengan manusia yang historis kalau tidak menggunakan piranti-piranti kultural yang historis.¹⁴⁰ Sebab penerapan hukum sangat kasuistik, hukum potong tangan tetap harus ditegakkan sebagai alternatif terakhir.

Pada kasus pencurian yang ditegaskan dalam al-Qur'an dikenakan hukum potong tangan. Ternyata hukum tersebut bukan harga mati dalam Islam. Umar ibn al-Khattab juga pernah tidak menerapkan hukuman potong tangan ketika terjadi era kelaparan.¹⁴¹ Argumentasi lain mengatakan bahwa hukuman tidak diterapkan karena pencurian dilakukan oleh orang yang terdesak untuk mencari makan¹⁴² asas legalitas dalam hukum potong tangan yang terjadi pada musim paceklik.¹⁴³ Sikap Umar bukan mengkhianati hukum Allah, melainkan semangat menangkap ruh syari'at Islam dengan pemahaman yang kontekstual. Hal senada juga dilakukan oleh Rasulullah jauh sebelum peristiwa tersebut, yakni ketika Rasulullah tidak menghukum

¹⁴⁰ *Ibid.*

¹⁴¹ Subhi Mahmasani, "Falsafat al-Tasyri' fi al-Islam", terj. Adri Ahmad Sudjono, *Filsafat Hukum dalam Islam*, (Bandung: al-Ma'arif, 1981), hlm. 69.

¹⁴² Amir Syarifuddin, *Pembaharuan Pemikiran dalam Hukum Islam*, (Padang: Angkasa Raya, 1993), hlm. 98.

¹⁴³ Ibn al-Qayyim, *I'lam al-Muwaqqi'in 'an Rabb al-Alamin*, (Beirut: Dar al-Fikr, 1977), hlm. 22; Subhi Mahmasani, *Falsafah al-Tasyri' fi al-Islam*, (Mesir: Dar al-Qalam, 1945), hlm. 167.

apa-apa bagi pencuri buah-buahan yang dimakan di tempat.¹⁴⁴ Ini bukti bahwa hukum Islam tidak tertutup bagi mujtahid untuk dijtihadi, sehingga hukum berperan sesuai dengan tujuannya, yakni *maslahat ammah*.¹⁴⁵

Ada bahan yang perlu direnungkan bersama, yakni perkataan Nabi Muhammad Saw.:

انما هلك الذين من قبلكم انهم كانوا اذا سرق فيهم الشريف تركوه واذا سرق فيهم الضعيف اقاموا عليه الحد وأيم الله لو أن فاطمة بنت محمد سرقت لقطعت يدها

*Bahwasanya yang menyebabkan kehancuran umat sebelum kamu ialah karena apabila ada kaum bangsawan mencuri dibiarkan, tetapi sebaliknya jika yang mencuri adalah kaum lemah, maka hukum ditegakkan dengan seadil-adilnya, saya bersumpah demi Allah seandainya Fatimah putri Muhammad mencuri niscaya akan kupotong tangannya.*¹⁴⁶

Prinsip keadilan dalam menegakkan hukum yang dilakukan oleh Rasulullah semata-mata menjalankan keadilan Ilahi. Rasulullah sebagai hakim pada saat itu hanya mengemban hukum Allah sehingga setiap keputusannya selalu berpegang kepada hukum Allah, yaitu al-Qur'an. Sanksi tegas dan penegakannya sangat didukung untuk menciptakan masyarakat yang berkeadilan. Ada beberapa faktor yang selalu dipertimbangkan oleh seseorang sebelum melakukan tindak kejahatannya. Carrol merumuskannya sebagai berikut:

$$SU = (P(S)XG) - (P(F)XL)$$

SU = *Subjectivity Utility*, yaitu pertimbangan si pelaku tindak kejahatan, apakah akan melaksanakan atau tidak tindak kejahatan yang direncanakan. Secara garis besar, keputusan yang ia buat hanya ada dua keputusan: dilaksanakan atau tidak.

¹⁴⁴ Abu Yusuf, *ar-Rad 'Ala Siyar al-Auza'i*, (Mesir: Dar al-Qalam, 1357 H), hlm. 50.

¹⁴⁵ Abdul Wahab Khalaf, *Ilm Usul al-Fiqh*, (Kairo: Dar al-Qalam, 1990), hlm. 198.

¹⁴⁶ Imam al-Bukhari, *Sahih al-Bukhari*, Juz IV, (Beirut: Dar al-Fikr, t.t.), thn. 48.

$P(S) = \text{Probability of Success}$, yaitu pertimbangan pelaku tentang sejauh mana perbuatan jahat yang direncanakan akan berhasil atau sukses.

$G = \text{Gain}$, yaitu pertimbangan besar kecilnya keuntungan yang akan diperoleh jika kejahatan yang direncanakan berhasil atau sukses. Keuntungan ini bersifat materi seperti harta benda dan barang-barang berharga lainnya dan pula berupa keuntungan psikologis, seperti kepuasan jiwa yang diperoleh dari tindak kejahatan.

$P(F) = \text{Probability of Failure}$, yaitu pertimbangan si pelaku tindak kejahatan tentang besar kecilnya kemungkinan gagal, atau diketahui orang lain atau tertangkap ketika melakukan tindak kejahatan yang direncanakan.

$L = \text{Loss}$, yaitu besar kecilnya kerugian apabila si pelaku kejahatan tertangkap ketika melakukan kejahatannya. Kerugian dapat berupa lamanya hukuman yang dijalani, kehilangan nyawa akibat hukuman mati, kerugian psikologis karena berpisah dengan keluarga (istri, anak yang dicintai), kehilangan kemerdekaan, dan lain-lain.¹⁴⁷

Banyak hal dapat mempengaruhi tindak kejahatan. Faktor $P(S)$ dan $P(F)$ sangat tergantung pada petugas keamanan dan penegak hukum, yakni keaktifan, kesungguhan hati, dan sikap pro-aktif masyarakat dalam mencegah tindak kejahatan. Selain itu, sistem tata kota juga sangat berpengaruh pada besar kecilnya tindak kejahatan. Faktor L sangat dipengaruhi oleh kepastian hukum. Semakin berat hukuman dan semakin pasti hukuman, semakin kecil keberanian orang untuk melakukan tindak kejahatan. Maka, yang dibutuhkan adalah tidak sekadar ancaman, tetapi bukti. Interaksi antara pertimbangan sukses dan gagal, antara keuntungan yang diperoleh dengan kerugian yang akan didapat sangat menentukan

¹⁴⁷ Jamaludin Ancok, "Efektifitas Hukum Pidana Islam", *Makalah* tidak diterbitkan, (Yogyakarta: Fak Hukum UII, 1992), hlm. 5-6.

kemungkinan timbulnya kejahatan. Semakin besar kemungkinan untuk gagal semakin kecil orang untuk melakukan tindak kejahatan.¹⁴⁸

Ancaman dalam hukum pidana Islam yang tegas dan dibarengi dengan penegakan hukum yang nyata akan mengurangi dan dapat menekan angka kriminalitas di tempat masyarakat hukum itu ditegakkan. Berangkat dari pemahaman norma-norma hukum pidana Islam, maka kriteria sanksi dalam Islam sangat layak dipertimbangkan. Namun, perlu dikaji ulang tentang pemahaman sanksi yang harus diterapkan sebagaimana bunyi teks. Hukum potong tangan bisa diterapkan jika telah terpenuhi beberapa syarat, baik yang berkenaan dengan subjek, objek maupun materi curian. Hukum potong tangan tidak berlaku bagi orangtua yang mencuri harta anaknya, pembantu mencuri harta tuannya, pencurian di musim larang pangan (paceklik).

Selanjutnya, Fazlurrahman mengatakan bahwa dalam kasus pencurian perlu diterapkan teori gradual atau gradasi. Artinya, pencuri yang baru pertama kali tidak harus dipotong tangan, melainkan hukum *ta'zir*.¹⁴⁹ Muhammad Syahrur memahami bahwa hukum potong tangan dalam al-Qur'an sebagai hukum yang tertinggi. Artinya diperbolehkan berijtihad mengurangi hukuman tersebut, tetapi tidak boleh melebihi ketentuannya. Dengan demikian, hukum potong tangan boleh diganti dengan hukuman lain yang lebih rendah, tetapi tidak boleh diganti dengan hukuman yang lebih tinggi.¹⁵⁰ Jika ternyata kejahatannya lebih tinggi dari kasus pencurian, hukuman yang diterapkan adalah delik *hirabah*. Ia secara tegas menyatakan dalam teori *halal al-hadd al-a'la* (batas maksimal).

Q.S. al-Maidah ayat 38 menjelaskan bahwa hukum potong tangan adalah hukuman yang tertinggi dalam Islam.¹⁵¹ Artinya seorang pencuri jika

¹⁴⁸ *Ibid.*, hlm. 7.

¹⁴⁹ Fazlur Rahman, *Metode dan Alternatif Neomodernisme dalam Islam*, (Bandung: Mizan, 1986), hlm. 60.

¹⁵⁰ Muhammad Syahrur, *al-Kitab wa al-Qur'an: Qira'ah Mua'sirah*, (Damaskus: al-Ahali li at-Taba'ah wa an-Nasr wa at-Tawzi', 1990), hlm. 455.

¹⁵¹ *Ibid.*, hlm. 455-456.

telah terbukti terpenuhi syarat-syarat dan telah sampai ke tangan hakim, maka hukuman yang diterapkan berdasarkan al-Qur'an adalah hukum potong tangan. Hukum ini, menurut Syahrur adalah batas tertinggi dalam al-Qur'an. Artinya hakim boleh meniadakan hukum potong tangan jika ada alasan yang mengharuskan untuk menghindarinya.

Pengecualian hukum potong tangan (penyimpangan *nash*) dapat dibenarkan selagi ada alasan-alasan yang menguatkan dan mengharuskan diberlakukan hukum selain potong tangan. Seperti pencurian karena ada alasan darurat sebagaimana yang ditegaskan dalam kaidah:

الضَّرُورَاتُ تُبِيحُ الْمَحْظُورَاتِ

*Kemadaraman dapat menghilangkan larangan-larangan.*¹⁵²

Termasuk alasan yang mengharuskan untuk menghindari hukum potong tangan adalah keadaan terpaksa dan dipaksa, sebagaimana dipraktikkan oleh Umar ibn al-Khattab bahwa tidak ada hukum potong tangan bagi pencuri di saat musim kelaparan (*paceklik*).¹⁵³

Berdasarkan ketentuan al-Qur'an, praktik tindak pidana pencurian dikenakan berbagai alternatif hukuman:

1. Potong tangan

Hukum potong tangan diterapkan jika memahami ayat al-Qur'an surah al-Maidah ayat 38 secara hakiki. Pencuri profesional, mencuri untuk kekayaan, untuk berfoya-foya, bahkan melakukan kejahatan untuk modal melakukan kejahatan berikutnya, misal mencuri untuk modal memberi minum-minuman keras, mabuk, dan meresahkan dan mengganggu ketenteraman masyarakat. Mencuri sebagai modal untuk

¹⁵² Asjmuni A. Rahman, *Qaidah-qaidah Fiqh*, (Jakarta: Bulan Bintang, 1968), hlm. 86.

¹⁵³ Ibn al-Qayyim, *I'lam al-Muwaqqi'in*..., Juz III, hlm. 22.

melacur, main perempuan, mencuri untuk modal berjudi. Pencuri pada tingkat ini biasanya tidak segan melakukan kekerasan terhadap korbannya. Tindakan yang masuk pada kategori kejahatan ini adalah pembegal, perampas (penjambret), perampok, perompak, pembajak, bisa diberlakukan sanksi sesuai dengan ketentuan al-Qur'an surah al-Maidah ayat 33 dan 38. Pertimbangan peneliti, kejahatan semacam ini sangat merusak tatanan kehidupan manusia yang paling prinsip karena bertentangan dengan *maqashid asy-syariah*.

Pencuri merusak perlindungan terhadap harta. Jika membunuh, merusak perlindungan terhadap jiwa. Jika berjudi merusak perlindungan terhadap akal. Jika melacur merusak perlindungan terhadap nasab, bahkan tindakan yang demikian akan merusak kepentingan umum yang itu semua bertentangan dengan ajaran apa pun, termasuk *hifz al-'ammah*. Ketentuan yang pasti tentang legitimasi hukum potong tangan bagi pencuri harus dengan *ijma'* ala Indonesia (*ijtihad jamai*) melalui lembaga *Ahl al-Hall wa al-Aqdnnya*, yang terdiri dari berbagai unsur, semisal *Hay'at al-Tasyri'iyyah* adalah Majelis Ulama Indonesia (MUI) dengan mujtahid-mujtahid yang diambil dari perwakilan ormas Islam semisal NU, Muhammadiyah, PERSIS, MMI, HTI, Al-Irsyad. *Ahl al-Ikhtisis* dalam konteks kekinian adalah Ikatan Cendekiawan Muslim Indonesia (ICMI). Lebih lanjut *Hay'at al-Siyisah* (lembaga politik) dapat diterjemahkan menjadi Dewan Perwakilan Rakyat (DPR) dan Majelis Permusyawaratan Rakyat (MPR). Model *ijtihad jama'i* mutlak harus dilakukan karena lembaga tersebut merupakan tempat bangsa Indonesia melahirkan undang-undang.

2. Penjara dan/atau Ganti Rugi

Pencuri tidak harus dikenakan sanksi potong tangan. Sejarah telah mencatat praktik Nabi dan Umar ibn al-Khattab yang tidak selalu menghukum potong tangan bagi pencuri. Contoh pencurian dilakukan dengan keadaan terpaksa, hasilnya bukan untuk kekayaan, harta yang diambil sekadar yang dibutuhkan, maka pada kondisi seperti ini haram diterapkan hukum potong tangan. Hukuman yang patut pada kasus pencurian macam ini cukup dengan hukuman penjara atau dikenakan ganti rugi. Pemahaman ini didasarkan kepada:

- a. Penilaian surah al-Maidah ayat 38:

وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا جَزَاءُ بِمَا كَسَبَا
نَكَالًا مِّنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ

*Laki-laki yang mencuri dan perempuan yang mencuri, potonglah tangan keduanya (sebagai) pembalasan bagi apa yang mereka kerjakan dan sebagai siksaan dari Allah. dan Allah Maha Perkasa lagi Maha Bijaksana.*¹⁵⁴

Lafaz *فاقطعوا أيديهما* diartikan secara majazi, maka bukan potong tangan, melainkan potong kemampuan. Tujuannya adalah agar seseorang tidak bisa melakukan tindak pidana pencurian lagi. Dengan demikian, hukuman penjara bagi pencuri dibenarkan karena dengan penjara seseorang tidak bisa melakukan kejahatannya kembali.

- b. Hukum potong tangan dalam al-Qur'an adalah hukum tertinggi. Konsekuensinya, hakim tidak boleh memberikan sanksi lebih berat dari hukum potong tangan, tetapi boleh menentukan hukuman lebih rendah dari hukum potong tangan. Sebagaimana dijelaskan oleh Muhammad Syahrur:

¹⁵⁴ QS al-Maidah (5): 38.

فِي هَذِهِ الْآيَةِ بَيْنَ الْعُقُوبَةِ الْقُصْوَى لِلسَّارِقِ وَهِيَ قَطْعُ الْيَدِ أَيْ أَنَّهُ لَا يَجُوزُ أَبَدًا أَنْ تَكُونَ عُقُوبَةُ السَّرِقَةِ أَكْثَرَ مِنْ قَطْعِ الْيَدِ وَلَكِنْ يُمْكِنُ أَنْ تَكُونَ عُقُوبَةُ سَرِقَةٍ مَا أَقَلُّ مِنْ قَطْعِ الْيَدِ.....

Dalam ayat ini antara hukuman maksimal pencuri dan pemotongan tangan, yaitu tidak bisa menjadi hukuman pencurian lebih dari potongan tangan, tapi hukuman pencurian bisa kurang dari pemotongan tangan¹⁵⁵

Dalam surah al-Maidah ayat 38 dijelaskan bahwa hukuman tertinggi bagi pencuri adalah hukuman potong tangan, sehingga tidak boleh melakukan hukuman lebih berat dari hukuman potong tangan, tetapi kemungkinan diberlakukan hukuman yang lebih ringan dari hukuman potong tangan.

Di Indonesia, bentuk penjara bagi tindak pidana pencurian dapat dijadikan alternatif. Akan tetapi dilihat materi tindak kejahatannya, seperti mencuri bukan profesi, nilainya tidak sampai senisab, bukan untuk kekayaan, bahkan dalam keadaan terpaksa dan tidak menghendaki perbuatan tersebut. Terdapat dua macam pendekatan dalam pelaksanaan hukuman, yaitu *jawabir* dan *zawajir*. Jika pendekatan *jawabir* menghendaki pelaksanaan secara tekstual berdasarkan *nash*. Artinya, hukum harus ditegakkan dengan maksud menebus kesalahan dan dosa si pelaku kejahatan. Pendekatan ini akan berlaku secara universal, siapapun yang mencuri berarti melanggar ketentuan al-Qur'an surah al-Maidah ayat (38), pelaku dihukum potong tangan. Sebaliknya, *zawajir* lebih melihat tujuan pemidanaan tercapai, yakni membuat jera pelaku dan menjadi pelajaran bagi orang lain.¹⁵⁶

Dalam mengintegrasikan hukum pidana Islam ke dalam hukum pidana nasional, pendekatan *jawabir* dan *zawajir* patut dipertimbangkan. Artinya, pemidanaan harus mencerminkan tujuan yang tepat bahwa si pelaku harus

¹⁵⁵ Muhammad Syahrur, *al-Kitab*....., hlm. 455.

¹⁵⁶ Makhrus Munajat, "Penegakan Supremasi Hukum di Indonesia dalam Perspektif Islam", dalam *Jurnal Asy-Syir'ah*, (Yogyakarta: Fakultas Syariah IAIN Yogyakarta, 2001), hlm. 66.

mendapatkan balasan dari apa yang dikerjakan. Dengan hukuman, diharapkan timbul efek jera sehingga tidak mengulangi perbuatan jahatnya. Contoh bentuk hukuman yang bersifat *jawabir* ialah pencuri dapat dikenakan hukuman potong tangan (surah al-Maidah ayat 38), dapat dihukum penjara (*ta'zir*), mengembalikan barang curian. Dengan bentuk hukuman demikian, diharapkan tujuan penerapan sanksi dapat tercapai. Adapun pendekatan *zawajir* (pencegahan dan pendidikan) tujuannya untuk mencegah pelaku mengulangi kejahatan dan mendidik orang lain untuk tidak melakukan kejahatan serupa. Prinsip ini tertuang dalam al-Qur'an surah an-Nur (24) ayat 2: *"..... dan janganlah belas kasihan kepada keduanya mencegah kamu untuk (menjalankan) agama Allah, jika kamu beriman kepada Allah, dan hari akhirat, dan hendaklah (pelaksanaan) hukuman mereka disaksikan oleh sekumpulan orang-orang yang beriman"*. Perintah ayat ini merupakan bentuk hukuman yang mempunyai tujuan bersifat *zawajir*.¹⁵⁷

Peneliti setuju dengan pendapat Muhammad Syahrur yang menyatakan bahwa pencuri dapat dikenakan hukum potong tangan sebagai hukuman maksimal dalam al-Qur'an. Jika pencurian dilakukan secara profesional, berulang-ulang, dijadikan mata pencaharian, untuk menambah kekayaan pribadi, hasilnya untuk berhura-hura (maksiat kepada Allah), maka hukum potong tangan layak ditegakkan. Bahkan jika dibarengi dengan kekerasan, hakim berpaling dari surah al-Maidah ayat 38, lalu merujuk kepada surah al-Maidah ayat 33. Artinya pencuri yang tidak terpaksa, hasilnya untuk berfoya-foya, dalam aksinya tidak segan melukai si korban bahkan tega membunuh dan kejahatan sangat meresahkan masyarakat, pelaku layak dikenakan hukuman mati sebagai balasan akibat perbuatannya.

¹⁵⁷ Arskal Salim, "Politik Hukum Pidana Islam di Indonesia: Eksistensi Historis, Kontribusi Fungsional dan Prospek Masa Depan" dalam Jaenal Aripin dan M. Arskal Salim GP (ed.), *Pidana Islam di Indonesia: Peluang Prospek dan Tantangan*, (Jakarta: Pustaka Firdaus, 2001), hlm. 261.

Sebaliknya, jika pencurian dilakukan karena ada unsur keterpaksaan, bukan untuk kekayaan dan tidak melebihi, maka gugurlah hukuman potong tangan. Pada kondisi seperti ini hukuman dapat digantikan bentuk lain, termasuk hukuman penjara atau cukup mengganti harga barang yang dicuri.¹⁵⁸

Sanksi potong tangan dalam arti *majazi* (potong kemampuan) atau penjara dalam konteks Indonesia merupakan bentuk hukuman yang tidak bertentangan dengan syari'at Islam.¹⁵⁹ Hal ini didukung oleh fakta sejarah bahwa pencuri tidak selalu dihukum potong tangan, ada penafsiran *qat'u al-yad* yang artinya potong kemampuan atau kekuasaan. Bisa terjadi hukum penjara dibenarkan *syara'* jika dinilai efektif dan mampu membuat jera si pelaku sekaligus mendidik masyarakat umum untuk tidak berbuat jahat. Namun demikian, hukuman maksimal dalam Islam dalam kasus pencurian perlu dipertimbangkan. Walaupun dalam tataran aplikatif perlu disistematisasi dan diobjektivisasikan oleh manusia melalui nalarnya dengan pertimbangan sosio kultural.¹⁶⁰

Alasan campur tangan manusia dalam mengaplikasikan syariah karena memang fikih seharusnya identik dengan masyarakat dan hukum, karena ilmu pengetahuan tentang hukum selalu bekerja untuk masyarakat tertentu dan dalam waktu tertentu. Demikian halnya fikih seharusnya terikat pada tempat dan masa tertentu, sama-sama dengan ilmu hukum.¹⁶¹ Ketentuan

¹⁵⁸ Hal ini pernah dipraktikkan oleh Nabi yang tidak menghukum apa-apa pencuri buah-buahan dan dimakan di tempat, jika yang punya rela atau tersangka membayar harga dari buah kurma yang dicurinya. Lihat Abd Qadir Awdah, *at-Tasyri' al-Jina'i al-Islami*, Juz I, (Beirut: Dar al-Fikr, 1963), hlm. 127.

¹⁵⁹ Sanksi penjara dibenarkan selagi itu hasil konsesus bangsa Indonesia, ما لا يتركه لا يتركه
“Jika sesuatu yang tidak didapat dicapai atau dilakukan seluruhnya, jangan ditinggalkan seluruhnya (yang mampu dikerjakan)”.

¹⁶⁰ Amin Suma, dkk, *Hukum Pidana Islam di Indonesia: Prospek, Peluang dan Tantangan*, (Jakarta: Pustaka Firdaus, 2001), catatan Editor, hlm. 1.

¹⁶¹ Masalah ini berhadapan dengan konsep pemikiran fikih selama ini, yakni fikih hasil ijtihad para *fuqaha* masa lampau yang menganggapnya sebagai sesuatu yang tidak dapat diubah lagi atau ditinjau kembali. Padahal ilmu fikih harus terikat oleh waktu dan tempat sama halnya dengan ilmu hukum. Sebab itu, tugas kajian fikih sekarang harus merombak paradigma tersebut terlebih dahulu. Tanpa perombakan cara berpikir yang demikian, tidak mungkin mengembangkan fikih itu sendiri. Fikih dan hukum merupakan dua entitas yang tidak berpautan. Baca Rifyal

hukum yang ada dalam fikih harus memperhatikan dan memperhitungkan politik, sosial, dan budaya masyarakat. Tanpa memperhatikan hal-hal itu, apalagi bertentangan dengannya, aturan-aturan yang dibentuk hanya sekadar slogan atau basa basi.¹⁶²

Kasus hukum potong tangan bagi pencuri yang didasarkan pada al-Qur'an surah al-Maidah ayat 38 di Indonesia sulit diterapkan karena masyarakat tidak mengakui hukum tersebut dalam dataran empirik. Bahkan, dunia pesantren yang biasanya selalu paling lantang menyuarakan penerapan hukum Islam lebih senang memakai istilah *ta'zir* ketimbang *hudud*. Artinya, ada kebebasan dalam menentukan sanksi ketimbang memakai hukum al-Quran. Jika pesantren dalam komunitas kecil berjalan tanpa ada hambatan, apalagi negara yang mengatur sendi-sendi kehidupan yang kompleks sehingga sangat dibenarkan berijtihad secara *jama'i* untuk menentukan sanksi bagi tindak pidana pencurian.

Hukuman *hudud* untuk pencurian tidak boleh diberlakukan pada kondisi berikut ini:

- (a) Apabila harta yang dicuri kurang dari *nisab*;
- (b) Adanya unsur *syubhat*;
- (c) Apabila pelanggar bukan seseorang yang *mukallaf*;
- (d) Apabila pemilik harta yang dicuri tidak melakukan tindakan pencegahan yang memadai untuk melindungi terhadap pencurian, yakni berkaitan dengan sifat dari harta dari tempat di mana harta tersebut disimpan atau ditinggalkan;

Ka'bah, *Hukum Islam di Indonesia Perspektif Muhammadiyah dan NU*, (Jakarta: Universitas Yasri Jakarta, 1999), hlm. xiii-xiv.

¹⁶² M. Zein Satria Effendi, "Metodologi Hukum Islam", dalam Amrullah Ahmad, dkk (ed.), *Dimensi Hukum Islam Dalam Sistem Hukum Nasional*, (Jakarta: Gema Insan Press, 1996), hlm. 126; Rifyal Ka'bah, *Hukum Islam.....*, hlm. xv.

- (e) Apabila pelaku pelanggaran belum sepenuhnya memiliki harta yang dicuri, meskipun pemiliknya telah kehilangan atas penjagaan dan kepemilikannya;
- (f) Apabila harta yang dicuri tidak terlalu bernilai dan banyak ditemukan di tanah atau bersifat mudah hancur;
- (g) Apabila harta tersebut tidak bernilai menurut hukum syariah, seperti minuman yang memabukkan atau alat yang digunakan untuk hiburan;
- (h) Apabila pelanggaran dilakukan oleh pemberi utang berkaitan dengan harta dari si penghutang, yang menolak membayar utangnya. Asalkan nilai dari harta yang dicuri tidak melebihi jumlah utang tersebut atau nilai dari harta yang dicuri melebihi jumlah utang tetapi tidak melewati *nisab*;
- (i) Apabila pelanggaran tersebut dilakukan pada kondisi kesulitan yang sangat, seperti peperangan, kelaparan, wabah penyakit, dan bencana alam;
- (j) Apabila pelanggaran tersebut dilakukan di dalam keluarga, seperti istri mencuri dari suaminya dan sebaliknya atau seorang anak dari ayahnya dan sebaliknya;
- (k) Apabila pada kasus suatu pelanggaran yang dilakukan oleh sekelompok orang, bagian dari masing-masing pelaku pelanggaran setelah membagi harta yang dicuri atau hasil dari pencurian tersebut kurang dari *nisab*;
- (l) Apabila pelanggar mengembalikan harta yang dicuri sebelum eksekusi hukuman *hudud*;
- (m) Apabila pemilik dari harta yang dicuri mengingkari pencurian tersebut meskipun ada pengakuan dari pelaku pelanggaran;

- (n) Apabila pelaku pelanggaran mengemukakan keberatan yang diterima oleh hukum syariah terhadap kesaksian dan alat bukti;
- (o) Apabila harta yang dicuri atau kondisi pelanggaran dilakukan sedemikian rupa sehingga menurut hukum syariah tidak ada hukuman *hudud*.

Oleh karena itu, pada saat belum ada realisasi atas ketentuan al-Qur'an tentang sanksi hukum potong tangan di Indonesia, sebagaimana bunyi teks, maka harus ada nilai-nilai hukum yang mengakomodasi kepentingan masyarakat untuk melindungi hartanya. Dengan demikian, prinsip syari'ah yang menyatakan bahwa pencuri merupakan bentuk kejahatan dan setiap kejahatan harus diberikan sanksi sudah diterjemahkan dalam bahasa undang-undang. Bentuk *ijtihad jama'i* ini sesuai dengan prinsip *maqasid asy-syari'ah*.

Islam mengajarkan agar semua manusia menaati hukum-hukum Allah, tetapi hukum Allah (syari'ah) banyak yang bersifat *zanni*. Kewajiban ahli hukum untuk merumuskan hukum-hukum yang *zanni* tersebut bisa dipahami dan diterapkan dan pada akhirnya dapat tercapai tujuan *syara'*, yakni merealisasi kemaslahatan umat dalam rangka memenuhi kebutuhannya, baik bersifat *daruriyyah*, *hajiyyah* maupun *tahsiniyyah*. Dalam rangka mengintegrasikan hukum pidana Islam di Indonesia yang tidak semuanya bisa diterapkan, maka cukup yang dapat diserap saja yang diambil sebagaimana pengklasifikasian tindak pidana.

الْأُمُورُ بِمَقَاصِدِهَا

*Segala sesuatu tergantung pada tujuannya.*¹⁶³

¹⁶³ Abd al-Hamid Hakim, *Mabadi' Awwaliyyah Usul al-Fiqh wa al-Qawi'id al-Fiqhiyyah*, (Jakarta: Maktabah Sa'adiyyah Putra, t.t.), hlm. 44; A. Djazuli, *Kaidah-kaidah Fikih.....*, hlm. 98.

Kaidah ini memberikan pemahaman bahwa niat dari perumus undang-undang tidak mengkhianati ruh syariat Islam, justru semaksimal mungkin memperjuangkan nilai-nilai hukum pidana Islam dalam aturan perundang-undangan di Indonesia.

الْمَشَقَّةُ تَجْلِبُ التَّيْسِيرَ

*Kesempitan melahirkan kemudahan.*¹⁶⁴

Memperjuangkan syari'at Islam, dalam hal ini hukum pidana Islam secara legal formal adalah suatu pekerjaan yang amat berat. Maka, ada kemudahan yang perlu diambil, yakni memperjuangkan secara substansial. *Qa'idah* ini menjadi landasan dibenarkan melakukan transformasi hukum pidana Islam dalam konteks keindonesiaan.

تَصَرَّفُ الْإِمَامِ عَلَى الرِّعْيَةِ مَنُوطٌ بِالْمَصْلَحَةِ

*Perilaku Imam bertindak atas suatu masalah bergantung pada kepentingan.*¹⁶⁵

Sesuai dengan konsep *ta'zir*, sikap dan kebijakan yang diambil oleh Pemerintah demi menjamin keamanan dan ketenteraman serta kemaslahatan umat.

Peneliti membandingkan dengan Draft KUHP 2016 yang oleh para penyusunnya diusahakan diadakan pembaruan hukum pidana nasional. Adapun ketentuan pasal-pasal dalam Draf KUHP 2016 yang memuat delik pencurian, sebagai berikut.

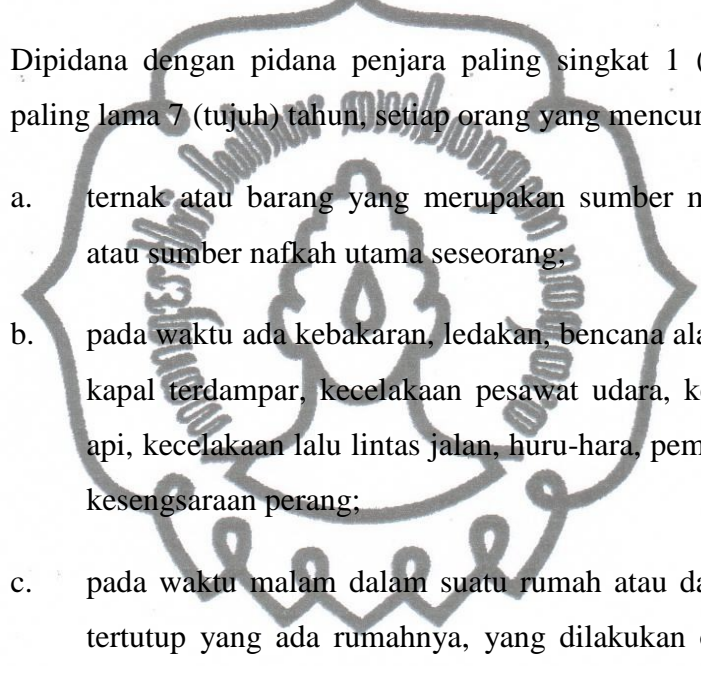
Pasal 594:

24. ¹⁶⁴ Asjmuni A. Rahman, *Qaidah-qaidah Fiqhiyah*, (Jakarta: Bulan Bintang, 1976), hlm. *commit to user*

¹⁶⁵ Jalaluddin asy-Suyuthi, *al-Asybah wa Nazhair*, (Beirut: Darul Kutub, 2012), hlm. 316.

Setiap orang yang mengambil suatu barang yang sebagian atau seluruhnya milik orang lain, dengan maksud untuk memiliki barang tersebut secara melawan hukum, dipidana karena pencurian dengan pidana penjara paling lama 5 (lima) tahun atau pidana denda paling banyak Kategori IV.

Pasal 596:

- 
- (1) Dipidana dengan pidana penjara paling singkat 1 (satu) tahun dan paling lama 7 (tujuh) tahun, setiap orang yang mencuri:
 - a. ternak atau barang yang merupakan sumber mata pencaharian atau sumber nafkah utama seseorang;
 - b. pada waktu ada kebakaran, ledakan, bencana alam, kapal karam, kapal terdampar, kecelakaan pesawat udara, kecelakaan kereta api, kecelakaan lalu lintas jalan, huru-hara, pemberontakan, atau kesengsaraan perang;
 - c. pada waktu malam dalam suatu rumah atau dalam pekarangan tertutup yang ada rumahnya, yang dilakukan oleh orang yang adanya di situ tidak diketahui atau tidak dikehendaki oleh yang berhak; atau
 - d. yang untuk masuk ke tempat melakukan tindak pidana atau untuk dapat sampai pada barang yang akan diambil, dilakukan dengan membongkar, memecah, memanjat, memakai anak kunci palsu, perintah palsu, atau pakaian jabatan palsu.

Ketentuan pidana dalam Draft KUHP 2016 tampaknya belum mencerminkan aspek hukum Islam dari segi tujuan pemidanaan. Sebab, dengan hukuman penjara 5 (lima) tahun dan denda kategori IV (Rp. 300.000.000) bisa dikatakan belum memenuhi rasa keadilan. Orang bisa

mencuri bernilai miliaran rupiah, tetapi hanya disuruh mengembalikan Rp. 300.000.000. Mestinya, ketika hukuman diterapkan harta yang dicuri dikembalikan semua dan didenda minimal sebesar harta yang dicuri. Sebagaimana dijelaskan dalam Islam bahwa Umar tidak memotong tangan seorang budak yang mencuri seekor unta, sebagai gantinya pemilik budak Hatib ibn Abi Balta'ah harus mengganti dua kali harga unta.¹⁶⁶

Adapun kejahatan terhadap harta kekayaan yang sangat berat dan banyak mengakar di Indonesia adalah korupsi. Masalah tersebut telah terjadi pada masa pemerintahan Umar ibn al-Khattab ketika Muim ibn Zaid memalsukan stempel pemerintahan, lalu harta pajak dari Kufah datang kepadanya. Umar kemudian meminta pendapat rakyat dalam hal tersebut. Salah seorang dari mereka mengatakan "Potonglah tangannya." Orang yang lainnya berkata, "Gantung saja". Ali ibn Abi Thalib berkata "Orang yang berdusta besar, maka hukumannya pada tubuhnya (di kulitnya)". Maka, ia pun dicambuk sampai babak belur dan dipenjarakan sampai ia sadar dan insyaf. Lalu ia minta dikeluarkan dari penjara dan permintaan itu diterima sehingga dibebaskan.

Usulan memotong tangan tidak sesuai dengan keadaan, karena syarat menerapkan hukuman tersebut belum terpenuhi dalam tindakan kriminal tersebut. Selain itu, karena rakyat pada umumnya mempunyai *syubhat* kepemilikan terhadap harta negara. Maka, perkara ini termasuk dalam tindak pidana korupsi harta kekayaan negara melalui penipuan dan dikenakan hukuman *ta'zir*.

Usulan untuk melakukan hukum gantung sangat berlebihan, karena tindak kriminal itu belum sampai kepada batas mendapat hukuman gantung. Maka, keputusan Umar tentang hukuman terhadap si pelaku sudah tepat,

¹⁶⁶ Ahmad Hasan, *Pintu Ijtihad Sebelum Tertutup*, alih bahasa Agah Barmadi, (Bandung Pustaka, 1985), hlm. 109.

yaitu mencambuk dan memenjarakannya.¹⁶⁷ Dengan demikian, kejahatan terhadap harta, seperti pencurian, yang tidak sempurna syaratnya, korupsi dan suap dalam Islam masuk dalam wilayah *ta'zir*. Artinya bentuk kejahatan yang materi dan jenis sanksinya diserahkan sepenuhnya kepada penguasa. Secara prinsip, sanksi *ta'zir* mengacu kepada kepentingan umum (*maslahah ammah*) sehingga penetapan dan penerapan hukuman *ta'zir* mempunyai beberapa alternatif, yakni dari hukuman yang terberat (mati) sampai kepada hukuman yang teringan (teguran).¹⁶⁸

2. Transformasi Nilai-nilai Sanksi Delik Pencurian dengan Kekerasan

Ketentuan *jarimah hirabah* dalam Islam dapat dikatakan jelas dari segi sanksi yang ditentukan dalam al-Qur'an, yakni hukum mati, salib, potong tangan dan kaki secara bersilang serta diasingkan. Ketentuan tindak pidananya tidak jelas, seperti bentuknya, kriteria pelakunya, bahkan siapa yang menjadi korban. Jika dicermati surah al-Maidah ayat 33:

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

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

¹⁶⁷ Quthb Ibrahim Muhammad, *Kebijakan Ekonomi Umar bin Khattab*, terj. Ahmad Syariffuddin Shaleh, (Jakarta: Pustaka Azzam, 2002), hlm. 181.

¹⁶⁸ Adapun hukuman *ta'zir* dalam Islam ada berbagai macam tergantung jenis kejahatannya, di antara adalah sebagai berikut: hukuman mati, hukuman cambuk, hukuman penjara, hukuman pengasingan, dirampas hartanya, hukuman denda, hukuman pengucilan, pemecatan, hukuman publikasi (*at-tasyhu*).

dengan bertimbal balik,¹⁶⁹ atau dibuang dari negeri (tempat kediamannya). yang demikian itu (sebagai) suatu penghinaan untuk mereka didunia, dan di akhirat mereka beroleh siksaan yang besar .¹⁷⁰

Ayat di atas *zanni* dari segala *dalalah* (makna yang dikehendaki oleh teks), maka kejahatan dalam ayat tersebut multi tafsir.¹⁷¹ Kejahatan yang masuk kategori *hirabah*, sekarang bisa terjadi di tempat keramaian seperti di bank dan toko swalayan. Dengan senjata otomatis, penjahat leluasa melakukan aksinya dan orang lain takut memberikan pertolongan. Sasaran tidak hanya terbatas harta dan nyawa, tetapi gangguan keamanan, seperti sabotase, terorisme, penipuan, korupsi, pemutusan aliran listrik, pengrusakan jalan, pengrusakan saluran air minum, pengeboman, pemerkosaan dan bentuk-bentuk kejahatan lain yang pada akhirnya memakan korban, baik jiwa, harta maupun kehormatan.

Ketentuan hukum ini oleh az-Zarqa masuk dalam kategori sifat hukum Islam yang *qada'i* (yuridis). Untuk menetapkan kriteria kejahatan ini mutlak melalui kebijakan negara. Tanpa kebijakan, sulit untuk mengimplementasikannya. RUU KUHP telah mengakomodasi berbagai kebijakan terkait dengan tindak pidana yang berhubungan dengan *jarimah hirabah*. Bentuk transformasi yang paling relevan adalah memahami *lafdz aw*, dalam surah al-Maidah ayat 33 sebagai *takhyir* (pilihan). Mestinya dalam KUHP mendatang perlu adanya pernyataan:

- a) Bila hanya mengambil harta dan membunuh, ia dihukum salib.
- b) Jika ia tidak mengambil harta tetapi membunuh, ia dihukum bunuh.
- c) Jika hanya mengambil harta dengan paksa dan tidak membunuh, maka sanksinya adalah potong tangan dan kaki secara bersilang.

¹⁶⁹ Maksudnya ialah: memotong tangan kanan dan kaki kiri; dan kalau melakukan lagi Maka dipotong tangan kiri dan kaki kanan.

¹⁷⁰ Q.S. al-Maidah (5): 33. *commit to user*

¹⁷¹ Zainuddin Ali, *Hukum Pidana Islam*, (Jakarta: Sinar Grafika, 2007), hlm. 67-72.

- d) Bila hanya menakut-nakuti, maka dihukum penjara.¹⁷²

Mujtahid Indonesia setidaknya mempertimbangkan keempat alternatif hukuman di atas, yakni tidak diambil sanksi teringan bentuk penjara, melainkan hukuman mati, sebagai pertimbangan hukuman bunuh dan salib patut diakomodasi. Misalnya, pada tindak pidana pengambilan harta disertai kekerasan, memerkosa dan membunuh si korban. Maka dalam kasus ini hukum mati layak diterapkan sebagai hukuman alternatif demi mengayomi masyarakat.

Bab dan pasal-pasal seperti diatur di atas dalam RUU KUHP 2016 telah memerinci sedemikian rupa bentuk-bentuk kejahatan yang berangkat dari ketentuan surah al-Maidah ayat 33 yang merupakan wujud dari *maqasid al-syari'ah al-daruriyyah* (tujuan *syara'* yang paling esensi). Tanpa kebijakan tersebut, harta dan jiwa tak terlindungi. Hal ini akan berdampak pada terganggunya keamanan dan ketertiban (lingkungan), serta berdampak pada ketidaknyamanan beragama.

Draft KUHP 2016 dalam rangka pembaruan hukum pidana di Indonesia merupakan upaya yang perlu pembenahan dari segi konsep dan substansi dari sanksi yang terkait dengan *jarimah al-hirabah*, sebagaimana dijelaskan dalam surah al-Maidah ayat 33. Jenis tindak pidana ini dapat dikembangkan lebih luas dan tidak terbatas pada pencurian dengan kekerasan, melainkan jenis kejahatan yang lain, seperti kejahatan terorisme. Sebab dalam kejahatan terorisme, ada beberapa istilah yang sangat terkait dengan jenis kejahatan *hiribah*, yaitu:

مَنْ حَمَلَ عَلَى النَّاسِ السَّلَاحَ وَأَخَافَهُمْ

Orang yang mengangkat senjata melawan orang banyak dan menakut-nakuti mereka (menimbulkan rasa takut di kalangan masyarakat).¹⁷³

commit to user

¹⁷² *Ibid.*, hlm, 401.

Terorisme termasuk tindakan kejahatan terhadap kemanusiaan dan peradaban yang menimbulkan ancaman serius terhadap kedaulatan negara, perdamaian dunia serta merugikan kesejahteraan masyarakat.¹⁷³ Adapun bunyi pasal 6 Undang-undang No.15 tahun 2003 tentang Penetapan Perpu No. 1 tahun 2002 tentang Pemberantasan Tindak Pidana Terorisme menjadi Undang-undang.

Setiap orang yang dengan sengaja menggunakan kekerasan atau ancaman kekerasan menimbulkan suasana teror atau rasa takut terhadap orang secara meluas atau menimbulkan korban yang bersifat massal, dengan cara merampas kemerdekaan atau hilangnya nyawa dan harta benda orang lain atau mengakibatkan kerusakan atau kehancuran terhadap objek-objek vital yang strategis atau lingkungan hidup atau fasilitas publik atau fasilitas internasional, dipidana dengan pidana mati atau penjara seumur hidup atau pidana penjara paling singkat 4 (empat) tahun dan paling lama 20 (dua puluh) tahun.

Undang-undang tersebut memberikan ketentuan tegas bahwa kejahatan terorisme dapat diancam dengan hukuman mati. Ancaman ini sesuai dengan hukum pidana Islam. Sebagaimana disebut dalam surah al-Maidah ayat 33. Maksud dalam ayat tersebut adalah orang-orang yang memerangi kekasih-kekasih Allah dan Rasul-Nya (orang-orang yang tidak berdosa yang menjadi korban) dan membuat kerusakan di muka bumi adalah hukuman bunuh (mati), hukuman salib, potong tangan dan kaki secara bersilang serta hukuman pengasingan (penjara). Prinsip undang-undang anti terorisme merupakan bentuk tindak pidana *hirabah* yang diakomodasi dalam peraturan perundang-undangan dan ini sesuai dengan teori *masalahah*. Terorisme adalah bentuk kejahatan *well organized* (diorganisasi dengan baik), kejahatan yang bersifat transnasional, kejahatan yang luar biasa (*extra ordinary crime*), dan tidak membedakan sasaran (indiskriminatif).

¹⁷³ Fatwa Majelis Ulama Indonesia Nomor 3 Tahun 2004 Tentang Terorisme, hlm. 11.

¹⁷⁴ *Ibid.*, hlm. 12.

Ijtihad yang dilakukan MUI di atas semata-mata untuk alasan kemaslahatan umum. Dengan dalih kemaslahatan, sebuah hukum dapat diubah, diberi warna, atau diberi bentuk yang berbeda dengan tujuan sama. Seperti halnya Fatwa MUI tentang *jarimah al-hiribah* identik dengan kejahatan terorisme. Dalam hal ini selagi penetapan hukum didasarkan atas maslahat dan tidak didasari keinginan individu atau hawa nafsu. Sebagaimana tujuan penetapan syari'ah di samping mengekang hawa nafsu juga merealisasikan kemaslahatan hamba.¹⁷⁵ Maka, *ijtihad* dalam rangka menafsirkan dan menjelaskan serta menafsirkan bahasa al-Qur'an tentang tindak pidana, misalnya, *sariqah*, *qazf*, *hiribah*, *riddah*, *bughat*,¹⁷⁶ *syurb al-khamr*¹⁷⁷ ke dalam bahasa undang-undang merupakan nilai ibadah.¹⁷⁸ Hal

¹⁷⁵ Imran Ahsan Khan Nyazee, *Theories of Islamic Law*, (Islamabad: International of Islamic Thought and Islamic Research Institut, 1994), hlm. 235.

¹⁷⁶ Delik pemberontakan termasuk gerakan separatis dalam suatu wilayah. Masalah ini sangat erat kaitannya dengan kejahatan politik. Oleh karena itu, perlu aturan khusus. Ketentuan itu harus memuat sanksi bahwa pemberontak berhukum wajib untuk diperangi serta menjadi kewajiban warga negara untuk ikut memerangi pemberontak. Kejahatan ini perlu diperinci karena besar pengaruhnya terhadap kestabilan suatu tatanan negara atau bangsa. Sebagaimana dijelaskan dalam pemikiran hukum Islam bahwa para pemberontak merupakan kelompok jahat karena berupaya melakukan kerusakan di muka bumi. Mereka meresahkan masyarakat, merusak keamanan dan ketenteraman negara, dan menimbulkan fitnah di tengah-tengah masyarakat. Islam memerintahkan Pemerintah yang sah untuk mengajak dan berunding supaya mereka kembali bergabung dengan mayoritas orang Islam atau mayoritas warga negara. Apabila tidak bersedia bergabung, Pemerintah harus memerangi mereka sampai mereka sadar dan bergabung kembali.

فإن بغت رحداهما على الأخرى فقاتنوا التي تبغي حتى تفي إلى أمر الله

Apabila ada perintah dari pemerintah untuk ikut memerangi kaum pemberontak. Maka setiap Muslim yang mampu wajib melaksanakan perintah tersebut, karena taat pada pemerintah pada hal-hal yang bukan maksiat hukumannya adalah wajib. Lihat al-Jurjawi, *Hikmah at-Tasyri' wa Falasafatu*, (Beirut: Dar al-Fikr, t.t.), hlm.. 317-319.

¹⁷⁷ Delik yang terkait dengan minum-minuman keras, termasuk di dalamnya adalah narkoba. Pemerintah harus berani menerapkan sanksi berupa hukuman badan, yakni hukum cambuk bagi pelaku. Islam sangat memelihara kesehatan badan, jiwa, dan kemanfaatan harta benda. Karena itu, Islam mengharamkan *khamr* dan menghukum pemabuk dengan 40 (empat puluh) kali cambukan, bahkan ada yang berpendapat sampai 90 (sembilan puluh) kali cambukan. Hal ini karena *khamr* dan hal-hal yang memabukkan merupakan racun yang mematikan. Dengan demikian, Islam mengharamkan *khamr* demi memelihara kesehatan dan menghindari penggunaan harta untuk membeli hal-hal yang tidak bermanfaat apalagi membahayakan. Undang-undang harus tegas, siapa yang mabuk harus dihukum cambuk paling banyak 80 (delapan puluh) kali dan sekurang-kurangnya 40 (empat puluh) kali.

¹⁷⁸ Pendapat ini telah merangsang munculnya *ijtihad-ijtihad* spektakuler yang tidak lagi memperdulikan *nash*. Ia tidak lagi dijadikan sebagai acuan dalam *ijtihad*, tetapi hanya berfungsi sebagai penjustifikasi *maslahat*. Orang-orang yang mendukung pendapat ini mengemukakan kaidah ushul fikih dimana ada *maslahat*, di situlah syariat Allah berada. Kaidah ini memberikan pengertian bahwa dasar pijakan *ijtihad* adalah *maslahat*, tanpa memperdulikan apakah sesuai dengan *nash* atau tidak. Dalam sebuah diskursus ilmiah di Al-Jazair, seorang peserta

ini karena hukum yang digunakan manusia di dunia ada dua macam, *Pertama*, hukum sekuler, yaitu hukum yang bersumber dari pikiran manusia sebagai akibat dari kebutuhan akan ketertiban, ketenteraman (*law and order*), jaminan atas hak-hak dasar (*fundamental human right*), yang pada dataran empirik banyak diilhami oleh Deklarasi Universal Hak Asasi Manusia (*The Universal Declaration of Human Right*). *Kedua*, hukum agama, yaitu hukum yang nilai dasarnya bersumber dari wahyu, kemudian pada tahap pengaplikasian disistematisasi dan diobjektifkan oleh manusia sesuai dengan kondisi masyarakatnya.

Pertimbangan hukum yang diambil bagi siapapun yang melakukan perampokan (*muharib*) berdasarkan ketentuan hukum pidana Islam harus dihukum dengan hukuman pokok, sebagai berikut.

- (a) Hukuman mati (sebagai hukuman alternatif terakhir) bagi perampok yang mengambil harta dan membunuh korbannya serta kejahatan yang dilakukan sangat meresahkan dan mengganggu ketenteraman masyarakat. Adapun hukuman salib tidak perlu diterapkan di Indonesia karena hukuman mati cukup mewakili tujuan dari pemidanaan.¹⁷⁹
- (b) Hukuman *ta'zir* bagi perampok yang tidak melakukan kejahatan sebagaimana huruf (a) di atas.

mengemukakan satu pendapat yang cukup menarik. Ia mengatakan bahwa shalat Jumat bagi umat Islam Amerika bisa dilakukan pada hari Ahad demi tercapainya kemaslahatan (kebaikan bersama), karena jika shalat Jumat tetap dilaksanakan pada hari Jumat, maka hanya sebagian kecil umat Islam Amerika yang bisa melaksanakannya. Ini disebabkan hari Jumat adalah hari kerja bagi setiap warga Amerika (termasuk umat Islam). Seandainya shalat Jumat dilaksanakan pada hari Ahad, maka sudah tentu sebagian besar umat Islam Amerika berkesempatan untuk melaksanakannya; Fahmi Huwaedi, *Tazyif al-Wa'yi*, cet 11, (Kairo: Dar al- Syuruq, 1992), hlm. 79.

¹⁷⁹ Dalam Islam bisa dilihat ada kategori yang dihalalkan darahnya: *pezina muhsan*, pembunuh, dan pengkhianat.

لا يحل دم امرء مسلم إلا بأحدى من ثلاث: الثيب الزاني، والنفس بالنفس، والتارك لدينه المفارق للجماعة

Tidaklah halal darah seorang Muslim kecuali salah satu dari tiga, yaitu pezina muhsan, membunuh orang tanpa hak dan murtad atau kafir setelah Iman dan meninggalkan jamaah.

- (c) Pemenjaraan selama jangka waktu sebagaimana dianggap oleh pengadilan akan menyebabkan pelaku pelanggaran bertaubat, jika ancaman hanya diucapkan tanpa mengambil harta atau menimbulkan luka tubuh.

Ketiga alternatif hukuman bagi tindak pidana kejahatan terhadap harta yang dibarengi dengan kekerasan dianggap telah mengakomodasi kepentingan hukum di Indonesia secara demokratis. Hal ini sesuai cita-cita dari tujuan pembedaan. Sebuah hukuman yang ditegakkan dalam syari'at Islam mempunyai dua aspek, yakni *preventif* (pencegahan) dan *edukatif* (pendidikan). Dengan diterapkan kedua aspek tersebut, akan dihasilkan kemaslahatan (positif) dengan terbentuknya moral yang baik sehingga akan menjadikan masyarakat aman, tenteram, damai, dan penuh keadilan. Hal ini karena moral yang dilandasi agama akan membawa perilaku manusia sesuai dengan tuntutan agama.

Menurut Andi Hamzah dan A. Simanglipu, sepanjang perjalanan sejarah, tujuan penjatuhan pidana dapat dihipunkan dalam empat bagian, yakni:

1. Pembalasan (*revenge*), seseorang yang telah menyebabkan kerusakan dan malapetaka pada orang lain, menurut alasan ini wajib menderita seperti yang ditimpakan kepada orang lain.
2. Penghapusan dosa (*ekspiation*), konsep ini berasal dari pemikiran yang bersifat religius yang bersumber dari Allah.
3. Menjerakan (*deterren*).

4. Memperbaiki si pelaku tindak kejahatan (*rehabilitation of the criminal*), pidana ini diterapkan sebagai usaha untuk mengubah sikap dan perilaku kejahatan agar tidak mengulangi kejahatannya.¹⁸⁰

Dalam hukum pidana Islam secara implisit ada penekanan tujuan pemidanaan yang bersifat pembalasan seperti dalam surah al-Maidah ayat 33 dan 38. Lafaz "جزاء" pada ayat 33 pada surah al-Maidah merupakan tujuan konkret pemidanaan yang bersifat pembalasan. Contohnya dalam hal hukum *qishas* yang merupakan bentuk keadilan tertinggi yang memuat keseimbangan antara dosa dan hukuman.¹⁸¹

Ayat lain yang mendukung tujuan pemidanaan yang bersifat *zawajir* adalah surah an-Nur ayat 2. Lafaz "وليشهد عليها طائفة من المؤمنين" pada ayat 2 tersebut digambarkan adanya balasan terhadap sebuah kejahatan dan ketika membalas harus diumumkan atau dilakukan di muka umum. Di sini ada dua aspek yang hendak dicapai, yakni pencegahan kepada diri pelaku agar tidak mengulangi perbuatannya dan pendidikan kepada orang lain supaya tidak melakukan kejahatan serupa.

D. Transformasi Nilai-nilai Hukum Pidana Islam tentang Tindak Pidana Delik Pindah Agama (*Riddah*)

1. Transformasi Nilai-nilai Delik *Riddah* di Indonesia

Sejak Seminar Hukum Nasional I tahun 1963 dan dikuatkan dengan laporan Penelitian Pengaruh Agama terhadap Hukum Pidana Lembaga Pembinaan Hukum Nasional (LPHN) tahun 1973 telah digagas pasal-pasal

¹⁸⁰ Andi Hamzah dan A. Simanglipu, *Pidana Mati di Indonesia di Masa Lalu, Masa Kini dan Masa yang akan Datang*, cet. 2 (Jakarta: Ghalia Indonesia, 1985), hlm. 15.

¹⁸¹ Makhruh Munajat, "Penegakkan Supremasi Hukum di Indonesia dalam Perspektif Islam", dalam *Jurnal Asy-Syirah*, (Yogyakarta: Fakultas Syariah IAIN Yogyakarta, 2001), hlm. 66.

dalam hukum pidana nasional yang memberikan perlindungan terhadap agama. Akhirnya dalam RUU KUHP 2016 (Bab VII) yang mengatur tentang tindak pidana terhadap agama dan kehidupan beragama mengatur beberapa delik:

- a. penghinaan terhadap agama (Pasal 290);
- b. merintangi dan sebagainya ibadah atau upacara pertemuan keagamaan [Pasal 291 ayat (1)];
- c. membuat gaduh dekat bangunan untuk ibadah [Pasal 291 ayat (2)];
- d. mengejek orang yang sedang beribadah atau petugas agama (Pasal 292);
- e. merusak, membakar, menodai bangunan, benda untuk beribadah (Pasal 293);
- f. menghasut untuk meniadakan keyakinan/kepercayaan terhadap agama (Pasal 294);
- g. menghina ke-agungan Tuhan, firman dan sifat-Nya (Pasal 295);
- h. mengejek, menodai atau merendahkan agama, rasul, nabi, kitab suci, ajaran atau ibadah keagamaan (Pasal 296); dan
- i. menyiarkan atau mempertunjukkan tindak pidana dalam Pasal 290 atau Pasal 296 di atas (Pasal 297).

Berdasarkan keterangan di atas, semakin jelas bahwa pindah dari suatu agama ke agama yang lain, khususnya pindah dari agama Islam ke agama lain bukanlah termasuk delik menurut Konsep KUHP. Hal ini tidak terlepas dari tinjauan tujuan hukum pidana itu sendiri. Secara umum dan sederhana, dapat disebutkan bahwa tujuan hukum pidana adalah terciptanya keteraturan dalam masyarakat. Dimasukkannya delik baru yang justru akan

menimbulkan ketidakdamaian dan ketidakteraturan masyarakat jelas tidak sesuai dengan tujuan hukum pidana.

Pernyataan di atas diperkuat oleh Mohamed S. El Awa, seorang guru besar hukum Islam di Universty of Riyadh. Menurutnya, ketika berbicara *riddah*, tinjauan dari aspek tujuan hukum pidana banyak dilupakan oleh beberapa ahli hukum Islam, baik yang menganggap *riddah* sebagai tindak pidana maupun tidak. Bagi pihak yang memasukkan *riddah* sebagai tindak pidana, aspek tujuan tidak mungkin dianalisis karena pidana *hudud* tidak dibicarakan. Mereka menangkap aturan tersebut sebagai *nash* yang tidak perlu lagi diperdebatkan. Demikian pula yang menolak *riddah* sebagai tindak pidana. Mereka terlalu mengonsentrasikan pada bukti kebenaran pandangannya. Akhirnya, Mohamed S. El Awa menyimpulkan bahwa *riddah* tidak termasuk *hudud*, tetapi termasuk *ta'zir* yang berat ringannya ditentukan oleh penguasa. Namun, hukuman *ta'zir* diberikan hanya jika *riddah* menyebabkan kerusakan dalam masyarakat. Hal ini berarti, jika perbuatan *riddah* tidak menimbulkan kerusakan dalam masyarakat, tidak perlu ada hukuman apa pun.¹⁸²

Namun demikian, terdapat pasal yang berkaitan dengan masalah pindah agama, yaitu Pasal 294. Selengkapnya, bunyi Pasal 294 tersebut adalah:

*Setiap orang yang di muka umum menghasut dalam bentuk apa pun dengan maksud meniadakan keyakinan terhadap agama yang dianut di Indonesia, dipidana dengan pidana penjara paling lama 4 (empat) tahun atau denda paling banyak Kategori IV.*¹⁸³

Ada beberapa permasalahan yang berkaitan dengan pindah agama dalam Pasal 294 ini, yaitu:

¹⁸² Mohamed S. El Awa, *Punishment in Islami Law: A Comparative Study*, (Indianapolis: American Trust Publication, 1982), hlm. 55.

¹⁸³ Mengenai pidana denda dijelaskan dalam RUU KUHP 2016 pasal 80 ayat (3) butir (d). pidana denda kategori IV sebesar 75.000.000,00 (Tujuh Puluh Lima Juta Rupiah).

1. Pasal 294 RUU KUHP 2016 tersebut menyebutkan adanya larangan menghasut untuk meniadakan kepercayaan atau keyakinan terhadap agama. Kata "agama" yang dipakai dalam Pasal 294 menggunakan kata umum yang berarti meliputi seluruh agama yang diakui di Indonesia. Hal ini berbeda dengan hukum Islam tentang *riddah* yang hanya memberikan hak istimewa kepada agama Islam.
2. Dalam pasal ini juga ditegaskan bahwa yang dilarang adalah "menghasut" *dalam bentuk apapun* (garis miring dari peneliti). Istilah menghasut dalam bentuk apa pun merupakan istilah yang sangat luas, sehingga dapat dipermasalahkan apakah penyiaran kepada orang lain yang sudah beragama, untuk pindah agama lain, termasuk di dalamnya penyiaran yang dimaksudkan agar orang lain pindah dari agamanya dapat dikategorikan ke dalam ketentuan pasal ini. Oleh karena itu, apabila penyiaran itu dimaksudkan agar orang lain pindah dari agamanya, hal tersebut dapat dikategorikan ke dalam Pasal 294. Hanya saja, dalam Pasal 294 disebutkan syarat penghasutan dilakukan di muka umum yang tidak mudah diterapkan dalam kasus *riddah* di atas.
3. Hal lain yang membedakan Pasal 294 konsep KUHP dengan aturan *riddah* dalam hukum Islam adalah pelaku tindak pidana penghasutannya, bukan pelaku yang tidak yakin atau tidak percaya lagi pada agamanya. Menurut hukum pidana Islam, orang yang berbuat *riddah*-lah yang dikenakan pidana.

Akan tetapi, jika dilihat dari penjelasan maksud Pasal 294 KUHP adalah adanya larangan untuk menghasut orang agar dia tidak beragama. Selengkapnya penjelasan Pasal 294 KUHP tersebut berbunyi sebagai berikut:

commit to user

"Penghasutan dilakukan dalam bentuk apa pun, dengan tujuan agar pemeluk agama yang dianut di Indonesia menjadi tidak beragama."

Berdasarkan paparan mengenai tindak pidana terhadap agama dan kehidupan beragama dalam konsep KUHP di atas, hukum Islam tentang *riddah* tidak dimasukkan ke dalam konsep KUHP sebagai salah satu tindak pidana yang dapat dikenakan pidana. Hal ini didasarkan pada pertimbangan politik kriminal Indonesia yang melihat permasalahan *riddah* dari perspektif sosio-kultural Indonesia dan standar internasional mengenai hak asasi manusia.

2. Transformasi Nilai-nilai Sanksi Delik *Riddah* di Indonesia

Pembaharuan hukum pidana pada hakikatnya mengandung upaya untuk melakukan reorientasi dan reformasi hukum pidana yang sesuai dengan nilai-nilai sentral sosio-politik, sosio-filosofik, dan sosio-kultural masyarakat yang melandasi kebijakan sosial, kebijakan kriminal dan kebijakan penegakan hukum di Indonesia.¹⁸⁴ Indonesia merupakan salah satu negara di dunia yang mayoritas penduduknya beragama Islam. Kurang lebih 89% penduduk Indonesia menganut agama Islam. Dalam ajaran yang diyakininya, terdapat sistem hukum Islam yang mengatur segala aspek kehidupan. Salah satu cabang dari hukum pidana Islam (*jinayah*) adalah ketentuan *riddah* atau murtad, yaitu tindak pidana bagi seseorang yang berpindah agama dari agama Islam ke agama lain.

Dalam rangka ini, beberapa norma hukum yang dikenal masyarakat Indonesia, termasuk di dalamnya norma hukum pidana dalam Islam, diintegrasikan ke dalam hukum pidana di Indonesia yang akan datang.

¹⁸⁴ Barda Nawawi Afif, *Bunga Rampai Kebijakan Hukum Pidana*, (Bandung: Citra Aditya Bakti, 1996), hlm. 325.

Namun demikian, persoalan muncul ketika berhadapan dengan aturan mengenai *riddah* yang menurut *jumhur* ulama termasuk ke dalam salah satu *hudud* yang dapat dikenai pidana *hadd*. Hal dihadapkan pada tataran hukum Indonesia yang menghargai pluralisme dan tidak memandang *riddah* sebagai tindak pidana. Di samping itu, deklarasi Perserikatan Bangsa-bangsa menyatakan bahwa kebebasan beragama merupakan salah satu hak asasi manusia yang diakui oleh negara-negara di dunia dan termasuk di Indonesia.

Persoalan konversi agama yang jelas dilegalkan dalam al-Qur'an, *la ikraha fi addin* (tidak ada paksaan dalam agama), dan hadis Nabi yang mengatakan *man badala dinahu faqtuluhu* (siapa menukar agama bunuhlah ia), ini pernyataan apriori dalam pemikiran, karena sesungguhnya yang dibunuh bukan karena *riddah*-nya, tetapi sitat desersi (pengkhianatan negara yang dibarengi dengan murtad).¹⁸⁵

Peneliti menganggap konversi agama (*riddah*)¹⁸⁶ sebagai persoalan hak asasi manusia. Dengan demikian, jika seseorang berpindah agama, tidak ada sanksi baginya. Persoalan Islam yang menyatakan siapa yang mengganti agama hendaklah dibunuh, ini disebabkan tidak dibedakan *riddah* yang termasuk delik dan *riddah* sebagian dari hak asasi manusia. Islam menghukum pelaku *riddah* dengan hukuman mati disebabkan adanya unsur desersi.¹⁸⁷ Untuk hukum di Indonesia, bisa terjadi perbuatan *riddah* dianggap tindak pidana jika berbarengan dengan delik lain, seperti menjelek-jelekkan agama orang lain atau membuat retaknya kerukunan umat beragama. Sebab, Indonesia adalah negara multi agama. Tindakan ini dianggap sebagai *riddah* yang dikenakan hukuman. Sementara itu, *riddah*

¹⁸⁵ Haliman, *Hukum Pidana Islam Menurut Ajaran Ahl Sunah Wal Jamaah*, (Jakarta: Bulan Bintang, 1968), hlm. 384.

¹⁸⁶ *Riddah* yang secara harfiah berasal dari *radda* yang berarti mengembalikan (*aija'uhu*) atau memalingkan (*sarafahu*) adalah kembalinya orang Islam yang berakal dan dewasa ke kekafiran dengan kehendaknya sendiri tanpa paksaan dari orang lain, baik laki-laki maupun perempuan. Lihat As-Sayyid Sabiq, *Fiqh as-Sunah*, Vol. II, (Beirut: Dar al Fikr, 1983), hlm. 381.

¹⁸⁷ Haliman, *Hukum Pidana Islam.....*, hlm. 384.

yang tidak mempengaruhi orang lain dan hanya untuk diri sendiri, baginya tidak ada hukuman.

Hadis yang paling jelas menyatakan jenis sanksi bagi tindakan *riddah* adalah yang diriwayatkan dari Ibn Abbas bahwa Rasulullah bersabda, “Barangsiapa mengganti agamanya, maka bunuhlah ia.” Cakupan hadis ini sangat lugas, meliputi seluruh perpindahan dari suatu agama ke agama lain, bahkan dibarengi kejahatan lainnya. Oleh karena itu, hadis ini tidak dapat dipakai sebagai dasar pembenaran pidana *riddah*.¹⁸⁸

Al-Qur'an memang bermaksud memberikan hukuman pidana bagi pelaku *riddah*, tetapi sifatnya ukhrawi dan beberapa hadis yang digunakan sebagai dasar dipidananya *riddah* adalah sah. *Ijtihad* merupakan alternatif untuk menjawab persoalan *riddah* di Indonesia.

Riddah disebut di dalam *nash*, yakni dalam al-Qur'an surah al-Baqarah ayat 217:

يَسْأَلُونَكَ عَنِ الشَّهْرِ الْحَرَامِ قِتَالٍ فِيهِ قُلْ قِتَالٌ فِيهِ كَبِيرٌ وَصَدٌّ عَنْ سَبِيلِ اللَّهِ وَكُفْرٌ بِهِ وَالْمَسْجِدِ الْحَرَامِ وَإِخْرَاجُ أَهْلِهِ مِنْهُ أَكْبَرُ عِنْدَ اللَّهِ وَالْفِتْنَةُ أَكْبَرُ مِنَ الْقَتْلِ وَلَا يَزَالُونَ يُقَاتِلُونَكُمْ حَتَّى يَرُدُّوكُمْ عَنْ دِينِكُمْ إِنِ اسْتَطَاعُوا وَمَنْ يَرْتَدِدْ مِنْكُمْ عَنْ دِينِهِ فَيَمُتْ وَهُوَ كَافِرٌ فَأُولَئِكَ حَبِطَتْ أَعْمَالُهُمْ فِي الدُّنْيَا وَالْآخِرَةِ وَأُولَئِكَ أَصْحَابُ النَّارِ هُمْ فِيهَا خَالِدُونَ ﴿٢١٧﴾

Mereka bertanya kepadamu tentang berperang pada bulan Haram. Katakanlah: "Berperang dalam bulan itu adalah dosa besar; tetapi menghalangi (manusia) dari jalan Allah, kafir kepada Allah, (menghalangi masuk) Masjidilharam dan mengusir penduduknya dari

¹⁸⁸ Sisters in Islam, Do Not Legislate on Faith, <http://www.ResourcesSistersinIslam.htm>. Diakses pada tanggal 21 Juni 2015.

sekitarnya, lebih besar (dosanya) di sisi Allah.¹⁸⁹ Dan berbuat fitnah¹⁹⁰ lebih besar (dosanya) daripada membunuh. Mereka tidak henti-hentinya memerangi kamu sampai mereka (dapat) mengembalikan kamu dari agamamu (kepada kekafiran), seandainya mereka sanggup. Barangsiapa yang murtad di antara kamu dari agamanya, lalu dia mati dalam kekafiran, maka mereka itulah yang sia-sia amalannya di dunia dan di akhirat, dan mereka itulah penghuni neraka, mereka kekal di dalamnya.¹⁹¹

Dalam hadis diriwayatkan bahwa Rasulullah Saw. bersabda:

مَنْ بَدَلَ دِينَهُ فَأَقْتُلُوهُ

Barang siapa mengganti agamanya, maka bunuhlah ia.¹⁹²

Para ulama beragam dalam membuat batasan tentang perbuatan *riddah*. *Riddah* dapat dilakukan dengan perbuatan (atau meninggalkan perbuatan), dengan ucapan, dan dengan itikad. Maksud murtad dengan perbuatan adalah melakukan perbuatan yang haram dengan menganggapnya tidak haram atau meninggalkan perbuatan wajib dengan menganggapnya perbuatan tidak wajib, misalnya sujud kepada matahari atau bulan atau melakukan zina dengan menganggap zina bukan perbuatan haram. Murtad dengan ucapan adalah ucapan yang menunjukkan kekafiran, seperti menyatakan bahwa Allah punya anak dengan anggapan bahwa ucapan tersebut tidak dilarang. Adapun murtad dengan itikad adalah itikad langgengnya alam, Allah sama dengan makhluk. Tetapi, itikad semata-mata

¹⁸⁹ Jika kita ikuti pendapat Ar Razy, Maka terjemah ayat di atas sebagai berikut: Katakanlah: "Berperang dalam bulan itu adalah dosa besar, dan (adalah berarti) menghalangi (manusia) dari jalan Allah, kafir kepada Allah dan (menghalangi manusia dari) Masjidilharam. tetapi mengusir penduduknya dari Masjidilharam (Makkah) lebih besar lagi (dosanya) di sisi Allah." Pendapat Ar Razy ini mungkin berdasarkan pertimbangan, bahwa mengusir Nabi dan sahabat-sahabatnya dari Masjidilharam sama dengan menumpas agama Islam.

¹⁹⁰ Fitnah di sini berarti penganiayaan dan segala perbuatan yang dimaksudkan untuk menindas Islam dan muslimin.

¹⁹¹ Q.S. al-Baqarah (2): 217. *commit to user*

¹⁹² Imam Bukhari, *Sahih al-Bukhari*, Juz IV, (Beirut: Dar al-Fikr, t.t.), hlm. 87.

tidak menyebabkan seseorang menjadi kufur sebelum dibuktikan dalam bentuk ucapan atau perbuatan.¹⁹³

Ketentuan di antara para ahli hukum Islam bahwa tindak pidana ini diancam dengan hukuman mati perlu dikaji ulang. Sebab, pernyataan Nabi ketika orang yang mengganti agama harus dihukum mati, hal itu terjadi pada musim perang, yakni ada sebagian tentara Islam yang berjiwa munafik melakukan tindakan desersi (pengkhianat negara), maka orang yang melakukan desersi diperintahkan untuk dibunuh.¹⁹⁴ Itu pun diawali dengan upaya untuk menyadarkan si pelaku agar ia kembali kepada Islam.¹⁹⁵

Konseptualisasi perbuatan *riddah* yang ada dalam al-Qur'an dan as-Sunah dalam upaya transformasi pemikiran hukum pidana di Indonesia harus dipertemukan dengan pendekatan komplementatif, bukan kontradiktif. Artinya, jika perbuatan *riddah* hanya ditujukan pada keyakinan diri sendiri, tanpa mempengaruhi dan mengajak orang lain untuk murtad, kondisi negara sedang damai, serta orang lain tidak terganggu dengan kemurtadan orang tersebut, maka baginya tidak ada sanksi di dunia. Sanksi yang diperolehnya yang bersifat ukhrawi. Sementara jika murtad dibarengi dengan mengajak Muslim lainnya serta menjelek-jelekkan agama Islam, maka dapat dikenakan hukuman *ta'zir* dan termasuk dalam *jarimah sabb din al ghair* (mencaci maki agama lain).¹⁹⁶ Termasuk tindak pidana juga adalah mencaci maki agama orang lain (non-Islam). Adapun jika pelaku murtad dibarengi dengan desersi, sedangkan negara dalam keadaan perang, pelakunya dapat dikenakan hukuman mati dengan dasar hukuman *ta'zir* bukan *hadd*.

Kemurtadan seseorang yang dibarengi dengan tindak kejahatan lain, seperti desersi dapat dipidana bukan karena perbuatan murtadnya, melainkan kegiatan makar yang dalam fikih disebut *jarimah al-baghy*.

¹⁹³ *Ibid.*, hlm. 114-115.

¹⁹⁴ Haliman, *Hukum Pidana...*, hlm. 263.

¹⁹⁵ *Ibid.*

¹⁹⁶ Marsum, *Fiqh Jinayah: Hukum Pidana Islam*, (Yogyakarta: Fak Hukum UII, 1988), hlm. 27.

Dalam Kitab Undang-undang Hukum Pidana (KUHP) Indonesia, kejahatan makar diatur dalam Buku II Bab I tentang kejahatan melanggar keamanan negara. Pasal 104 berbunyi: “Makar yang dilakukan dengan maksud membunuh Presiden yang sedang memerintah atau dengan maksud menjadikan Presiden tidak mampu memerintah (*tot regeeren ongeschiki to maken*) dihukum dengan hukuman mati atau hukuman penjara seumur hidup, atau penjara selama-lamanya 20 (dua puluh) tahun”.¹⁹⁷

Pasal 107 ayat (1) berbunyi: “Makar yang dilakukan dengan maksud akan meruntuhkan Pemerintahan (*omwenteling teveeg to brengen*), dihukum dengan hukuman penjara selama-lamanya 15 (lima belas) tahun”.

Pasal 107 ayat (2) berbunyi: “Pemimpin dan pengatur makar yang dimaksudkan dalam ayat (1) dihukum dengan hukuman penjara seumur hidup atau penjara selama-lamanya 20 (dua puluh) tahun”.

Meskipun tidak disebutkan secara eksplisit dalam dua pasal tersebut, secara hukum dapat dipahami (dipersepsikan), bahwa:

- a. Maksud dari Presiden atau Pemerintahan adalah Presiden atau Pemerintahan yang sah.
- b. Makar dilakukan dengan kekerasan, sebab tanpa kekerasan tidak dapat dilaksanakan pembunuhan Presiden atau penggulingan Pemerintahan.

¹⁹⁷ RUU KUHP tidak membagi kembali tindak pidana menjadi kejahatan (*mala prohibita*) dan pelanggaran (*mala perse*). Penghapusan kualifikasi tindak pidana menjadi kejahatan dan pelanggaran ini di dasarkan pada resolusi Seminar Hukum Nasional I Tahun 1963 dan hasil Lokakarya Buku II KUHP Tahun 1985, dengan alasan sebagai berikut :

- a. Tidak dapat dipertahankannya lagi criteria pembedaan kualitatif antara *rechdelict* dan *wetdelict* yang melatarbelakangi penggolongan dua jenis tindak pidana itu;
- b. Penggolongan kedua jenis tindak pidana itu pada zaman Hindia Belanda memang relevan dengan kompetensi pengadilan waktu itu; pelanggaran pada dasarnya diperiksa oleh *Landgerecht* (Pengadilan Kepolisian) dengan hukum acaranya sendiri, dan kejahatan diperiksa oleh *Landraad* (Pengadilan Negeri) atau *Raad van Justitie* (Pengadilan Tinggi) dengan hukum acaranya sendiri pula. Pembagian kompetensi pengadilan itu tidak dikenal saat ini.
- c. Pandangan mutakhir mengenai *afkoop* (seperti yang diatur pada Pasal 82 KUHP sebagai alasan penghapus penuntutan tidak hanya berlaku terbatas untuk pelanggaran, tetapi dapat berlaku untuk semua tindak pidana walaupun dengan pembatasan ancaman maksimum pidananya).

Lihat Barda Nawawi Arief, *Bunga Rampai Kebijakan Hukum Pidana*....., hlm. 93.

Ini berarti sekelompok orang dengan pernyataan tertulis disertai atau tidak disertai dengan unjuk rasa yang menghendaki supaya Presiden atau Pemerintah turun/diganti tidaklah dapat disebut melakukan kejahatan makar.¹⁹⁸

Makar atau berontak dalam bahasa hukum pidana Barat, dalam bahasa hukum pidana Islam berpadanan kata dengan *baghyu*, sedangkan pelaku pemberontakan disebut dengan istilah *bughat*. Menurut A. Hassan, “*Bughat* ialah golongan yang melawan khalifah yang sudah sah dan tidak melakukan sesuatu yang menyalahi agama”.¹⁹⁹ Sanksi makar (*bughat*) berdasarkan ketentuan surah al-Hujurat ayat 9 harus diperangi.

Al-baghyu (pemberontakan) sering diartikan sebagai keluarnya seseorang dari ketaatan kepada imam yang sah tanpa alasan. Ulama Syafi'iyah berpendapat, bahwa yang dimaksud *al-baghyu* (pemberontak) adalah orang-orang Muslim yang menyalahi imam dengan cara tidak menaatinya dan melepaskan diri darinya atau menolak kewajiban dengan kekuatan, argumentasi, dan memiliki pemimpin.²⁰⁰ Sementara menurut ulama mazhab Maliki, *al-baghy* diartikan sebagai penolakan untuk menaati imam yang sah dengan jalan kekuatan. Penolakan untuk taat ini mungkin didasarkan pada penafsiran tertentu. Mereka mendefinisikan *bughat* sebagai satu kelompok orang-orang Islam yang menentang imam atau wakil-wakilnya.²⁰¹

Hukum bunuh bagi pemberontak dipahami oleh sebagian ulama sebagai serangan balik dan hanya ditujukan untuk mematahkan

¹⁹⁸ A. Dahlan Ranuwiharjo, “Makar dan Murtad dalam Perspektif Hukum Pidana Islam dan Barat” dalam Jaenal Aripin dan M. Arskal Salim GP (ed.), *Pidana Islam di Indonesia: Prospek, Peluang dan Tantangan*, (Jakarta: Pustaka Firdaus. 2001). hlm. 70-72.

¹⁹⁹ Ibnu Hajar al-Asqalani, *Bulughul Maram*, terj. A. Hasan, Jilid II, (Bandung: Diponegoro, 1996), hlm. 186.

²⁰⁰ A. Djazuli, *Fiqh Jinayah: Upaya Menanggulangi Kejahatan dalam Islam*, (Jakarta, PT Raja Grafindo Persada, 1997), hlm. 105-106.

²⁰¹ Marsum, *Fiqh Jinayah....*, hlm. 109.

pemberontak guna mengembalikan ketaatannya kepada penguasa yang sah. Memerangi pemberontak hukumnya adalah wajib karena menegakkan hukum Allah, sebagaimana dijelaskan dalam al-Qur'an dalam surah al-Hujurat ayat 9:

وَإِنْ طَائِفَتَانِ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ اقْتَتَلُوا فَأَصْلَحُوا بَيْنَهُمَا فَإِنْ بَغَتْ إِحْدَاهُمَا عَلَى الْأُخْرَىٰ فَقَاتِلُوا الَّتِي تَبْغِي حَتَّىٰ تَفِيءَ إِلَىٰ أَمْرِ اللَّهِ فَإِنْ فَاءَتْ فَأَصْلَحُوا بَيْنَهُمَا بِالْعَدْلِ وَأَقْسِطُوا إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ



*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.*²⁰²

Para pemberontak merupakan kelompok jahat karena berupaya melakukan kerusakan di muka bumi. Mereka meresahkan masyarakat, merusak keamanan dan ketenteraman negara, dan menimbulkan fitnah di tengah-tengah masyarakat. Islam memerintahkan Pemerintah yang sah untuk mengajak dan berunding supaya mereka kembali bergabung dengan mayoritas orang Islam atau mayoritas warga negara. Apabila tidak bersedia bergabung, Pemerintah harus memerangi mereka sampai mereka sadar dan bergabung dengan pemerintahan yang didukung oleh mayoritas warga negara.²⁰³ Dengan demikian, hukuman mati bagi pemberontak adalah suatu ketentuan hukum yang tidak bertentangan dengan syari'at Islam. Contohnya gerakan-gerakan separatis yang ada di Indonesia. Hadis Nabi menyebutkan:

²⁰² Q.S. al-Hujurat (49):9.

²⁰³ Ali Ahmad al-Jurjawi, *Hikmah at-Tasyri wa Falsafatuhu*, (Beirut: Dar al-Fikr, t.t.), hlm. 317-319.

وَمَنْ بَايَعَ إِمَامًا فَأَعْطَاهُ صَفَقَةً يَدِهِ وَثَمَرَةً قَلْبِهِ فَلْيُطِغْهُ إِنْ اسْتَطَاعَ فَإِنْ جَاءَ آخَرُ
يُنَازِعُهُ فَاصْرِبُوا عَنْقُ الْآخَرِ

Barangsiapa setia kepada imam, maka taatilah sedapat mungkin, jika orang lain datang dengan mempersengketakan kekuasaan (imam) maka penggallah leher orang tersebut (hukum mati).²⁰⁴

Sebagaimana halnya dalam istilah kejahatan makar atau berontak, dalam istilah perbuatan *al-baghy* pun terdapat dua unsur, yakni: a) *al-baghy* dilakukan dengan kekerasan, b) *al-baghy* dilakukan terhadap khalifah atau pemerintah yang sah.

Pemerintah yang sah adalah pemerintahan yang dipilih berdasarkan musyawarah dan tidak melakukan perbuatan yang menyalahi agama. Apakah pemberontakan terhadap seorang raja muslim dapat disebut *al-baghy* menurut Islam? Apakah Islam membenarkan sistem raja atau Kerajaan (Monarki)?

Menurut teori ilmu negara, bentuk negara di bawah empat Khulafaur Rasyidin (Abu Bakar, Umar, Utsman dan Ali) adalah republik. Jadi dari dalil sejarah ini, raja dapat disimpulkan bahwa yang dibenarkan oleh Islam adalah bentuk republik, bukan monarki. Esensi dari republik adalah Pemerintah dipilih oleh rakyat. Islam tidak membenarkan sistem Monarki. Hal ini bukan hanya berdasarkan dalil sejarah (khalifah yang empat), tetapi juga berdasarkan dalil-dalil al-Qur'an, sebagai berikut.

- a. Monarki tidaklah dipilih oleh rakyat berdasarkan musyawarah dari wakil-wakil rakyat. Jadi, monarki bertentangan dengan perintah dalam al-Qur'an mengenai pengambilan sesuatu keputusan melalui musyawarah.
- b. Dalam sistem monarki selalu ada perbedaan kelas: kelas aristokrasi dan kelas rakyat biasa. Perbedaan kelas ini bertentangan dengan

²⁰⁴ H. R. Muslim dan Urfa'ah Ibn Syuraih, Hadis No. 3431.

perintah al-Qur'an, yang menegaskan orang yang mulia di sisi Allah di antara kamu sekalian adalah orang yang paling bertakwa.

- c. Kedudukan raja yang diperoleh berdasarkan keturunan bertentangan dengan perintah al-Qur'an (kedudukan yang kamu peroleh hendaknya berdasarkan jerih-payahmu).²⁰⁵

Oleh karenanya dalam hukum pidana nasional ada pemisahan tindak pidana yang terkait dengan penodaan agama dan tindak pidana makar. Sementara dalam Islam ada kajian tindak pidana yang berkaitan antara kejahatan yang satu dengan kejahatan lainnya dalam suatu peristiwa, yakni antara murtad dan makar.

Syekh Mahmud Syaltut menyatakan bahwa sanksi orang murtad diserahkan kepada Allah, tidak ada sanksi duniawi atasnya. Alasannya karena firman Allah dalam surah al-Baqarah ayat 217 hanya menunjukkan kesia-siaan amal kebaikan orang murtad dan sanksi akhirat, yaitu kekal dalam neraka. Alasan lainnya adalah kekafiran sendiri tidak menyebabkan bolehnya orang dihukum mati, sebab membolehkan hukuman mati bagi orang yang kafir itu karena memerangi dan memusuhi orang Islam (makar : *baghyu*) dan pelakunya dikenakan hukuman *ta'zir*.²⁰⁶

Konversi agama dalam konteks keindonesiaan dapat dijabarkan dalam tiga kategori, yaitu:

1. *Riddah* hanya ditujukan pada keyakinan diri sendiri, tanpa mempengaruhi orang lain untuk murtad dan orang lain tidak terganggu dengan kemurtadannya tidak ada sanksi.
2. Murtad dibarengi dengan mengajak Muslim lainnya serta menjelek-jelekkan agama Islam, maka termasuk dalam *jarimah sabb din al*

²⁰⁵ A. Dahlan Ranuwiharjo. "Makar dan Murtad.....", hlm. 75-76.

²⁰⁶ A. Djazuli, *Fiqh Jinayah...*, hlm. 118-119.

ghair (mencaci maki agama lain).²⁰⁷ Pelakunya dapat dipidana berupa hukuman penjara.

3. Murtad dibarengi dengan desersi, sedangkan negara dalam keadaan perang, maka pelakunya dapat dikenakan hukuman mati dengan dasar hukuman *ta'zir* bukan *hadd*.

E. Transformasi Tindak Pidana dengan Pembalasan-Denda (*Qishas-Diyat*), Pembunuhan dan Pelukaan

1. Transformasi Ketentuan Delik *Qishas Diyat*

Unsur *jarimah* pembunuhan sengaja sebagai berikut. *Pertama*, Pelaku adalah mukallaf dan berakal. *Kedua*, Adanya niat dan rencana untuk membunuh. *Ketiga*, Korban adalah orang yang dilindungi darahnya. *Keempat*, Alat yang digunakan pada umumnya dapat mematikan.²⁰⁸ Pelaku pembunuhan sengaja dalam Islam dapat dikenakan hukum *qishas*, jika si korban menghendaki. Hukum *qishas* dianggap sebagai hukuman tertinggi dalam al-Qur'an, maka pada kondisi tertentu hukum *qishas* dapat diganti dengan hukuman lain.

Unsur pembunuhan semi sengaja adalah *pertama*, pelaku melakukan perbuatan yang mengakibatkan kematian, *kedua*, ada maksud penganiayaan atau permusuhan, *ketiga*, si korban darahnya dilindungi, *keempat*, yang digunakan untuk membunuh pada umumnya tidak mematikan.²⁰⁹ Dalam kasus demikian, haram bagi keluarga untuk menghukum *qishas* karena ketidak sengajaan seseorang untuk membunuh atau menghilangkan nyawa orang. Oleh karena itu, alternatif hukumannya adalah hukum *diyat* (ganti rugi).

²⁰⁷ Marsum, *Jarimah Ta'zir...*, hlm. 27.

²⁰⁸ as-Sayyid Sabiq, *Fiqh as-Sunnah*, Juz II, hlm. 435-436.

²⁰⁹ *Ibid.*, hlm 438. Lihat juga A. Djazuli, *Fiqh Jinayah: Upaya Menaggulangi Kejahatan dalam Hukum Islam*, (Jakarta: Raja Grafindo Persada, 1997), hlm. 128.

Maksud dari pembunuhan karena kesalahan adalah perbuatan yang tidak melanggar ketentuan *syara'*, tetapi berakibat nyawa orang lain hilang. Contoh seseorang sedang memburu binatang liar, tetapi ternyata peluru mengenai manusia yang berakibat korban jiwa. Membuat lubang di tanah pekarangan sendiri, tetapi ada orang lain terperosok dan meninggal. Jadi, dalam pembunuhan karena salah ada sebab akibat dan tidak adanya unsur kesengajaan. Orang mati karena jatuh dari lubang, jadi matinya seseorang disebabkan lubang. Namun, lubang ada bukan untuk membunuh. Oleh karena itu, yang menjadi unsur delik pembunuhan karena kesalahan adalah:

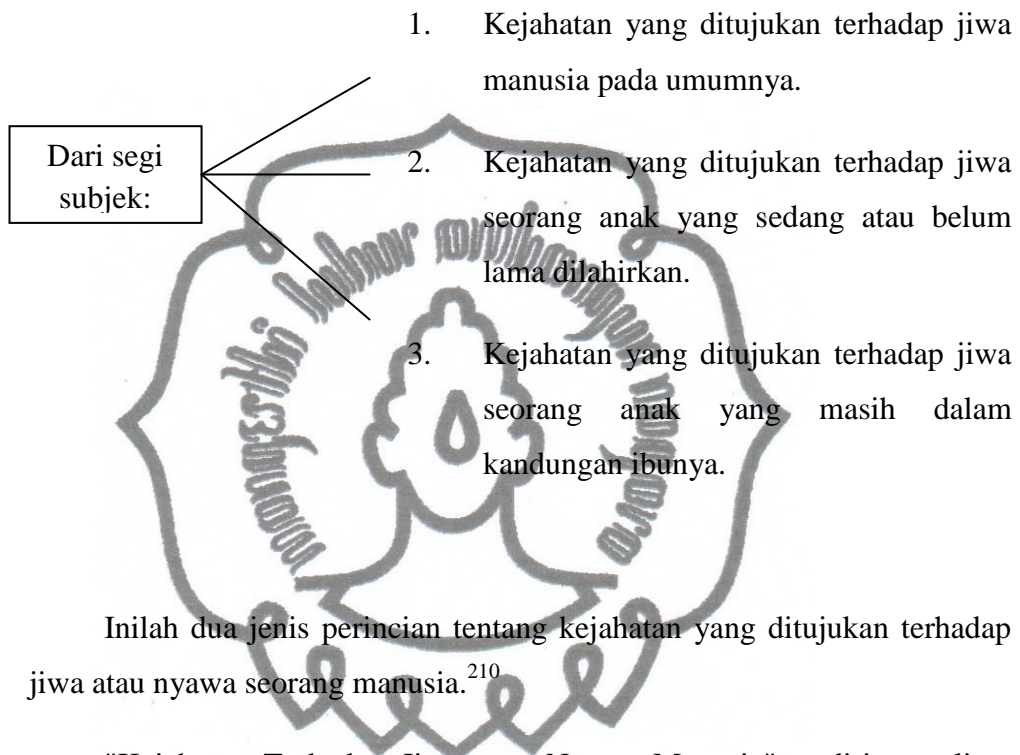
1. Adanya perbuatan yang menyebabkan kematian;
2. Terjadinya perbuatan tersebut karena kesalahan bukan kesengajaan;
3. Adanya hubungan sebab akibat antara perbuatan kesalahan dan kematian korban; dan
4. Korban darahnya dilindungi.

Tentang kejahatan terhadap jiwa manusia terdapat di dalam bab XIX Pasal 338 sampai dengan 350 Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP). Menurut sistematika KUHP, jenis kejahatan ini disandarkan kepada *subjective element*-nya, diperinci atas dua golongan yang pokok.

Dari segi
subjek:

1. Kejahatan yang ditujukan terhadap jiwa manusia yang dilakukan dengan sengaja (*dolense misdrijven*). Lihat bab XIX Pasal 338 sampai dengan 350 KUHP
2. Kejahatan yang ditujukan terhadap jiwa manusia yang terjadi karena kealpaan (*culpose misdrijven*). Lihat Pasal 359

Namun, di samping itu, juga dikenal perincian yang lain. Menurut sistematika KUHP, perincian ini terdiri dari tiga golongan. Itu pun apabila disandarkan pada sasaran dari kejahatan; yang terkait dengan kepentingan hukum yang dilanggar.

- 
1. Kejahatan yang ditujukan terhadap jiwa manusia pada umumnya.
 2. Kejahatan yang ditujukan terhadap jiwa seorang anak yang sedang atau belum lama dilahirkan.
 3. Kejahatan yang ditujukan terhadap jiwa seorang anak yang masih dalam kandungan ibunya.

Inilah dua jenis perincian tentang kejahatan yang ditujukan terhadap jiwa atau nyawa seorang manusia.²¹⁰

"Kejahatan Terhadap Jiwa atau Nyawa Manusia" terdiri atas lima jenis. Yaitu: *Pertama*, Pembunuhan dengan sengaja (*Doodslag*). Lihat Pasal 338 KUHP; *Kedua*, Pembunuhan yang direncanakan terlebih dahulu (*Moord*). Lihat Pasal 340 KUHP; *Ketiga*, Pembunuhan dalam bentuk yang dapat memperberat hukuman (*Geaualificere Doodrlag*). Lihat Pasal 339 KUHP; *Keempat*, Pembunuhan yang dilakukan dengan permintaan sangat dan tegas oleh korban. Lihat Pasal 344 KUHP; *Kelima*, Tindakan seseorang yang dengan sengaja menganjurkan atau membantu atau memberi daya upaya kepada orang lain untuk melakukan bunuh diri, Pasal 345 KUHP.²¹¹

²¹⁰ Zubair Laini, "Kejahatan terhadap Jiwa Manusia", dalam Jaenal Aripin dan M. Arskal Salim GP (ed.), *Pidana Islam di Indonesia: Peluang, Prospek, dan Tantangan*, (Jakarta: Pustaka Firdaus, 2001), hlm. 144.

²¹¹ Menurut Barda Nawawi Arief, dari 776 jumlah keseluruhan jenis pidana yang tercantum dalam perumusan delik kejahatan di dalam KUHP, sanksi pidana mati di ancam

Namun tentang *Materieel Delict* ini penting untuk dipahami ajaran *Causaliteit* (*Der Leer Van De Causaliteit*). Sebagaimana diketahui bahwa tujuan dari *Der Leer Van De Causaliteit* adalah untuk menentukan hubungan antara sebab dan akibat. Artinya, harus dapat dibuktikan bahwa akibatnya ditimbulkan oleh perbuatan yang dilakukan dengan sengaja oleh seseorang.

Setiap perbuatan, apa pun namanya, asal dilakukan dengan sengaja untuk menimbulkan akibat yang mematikan orang lain adalah kejahatan pembunuhan berdasarkan Pasal 338 KUHP. Akan tetapi, harus dapat dibuktikan bahwa akibat itu ditimbulkan oleh perbuatan sengaja seseorang. Sebab adakalanya dengan tindakan menembak, misalnya sebelum si korban menderita luka-luka oleh perbuatan yang disengaja itu, si korban ternyata sedang menderita sakit yang sangat berat. Maka, untuk itu perlu dibuktikan apakah matinya si korban betul-betul diakibatkan oleh perbuatan sengaja seseorang atau kematian disebabkan oleh penyakitnya.²¹²

Sekarang timbul pertanyaan, “Bagaimanakah, di dalam praktiknya, kita dapat mengetahui atau dapat membuktikan perbuatan tersebut?” Dalam praktiknya (contohnya dalam perkara pembunuhan tadi) selalu dimintai nasihat dari seorang ahli (dokter) yang melakukan pemeriksaan secara ilmiah. Si dokter kemudian dapat menyimpulkan apakah matinya korban betul-betul diakibatkan oleh perbuatan seseorang dengan memberi keterangan (*visum et repertum*)”.

Sebagaimana telah diutarakan, setiap perbuatan, asal dilakukan dengan sengaja dan bertujuan merampas jiwa orang lain adalah pembunuhan menurut Pasal 338 KUHP. Namun, walaupun pada umumnya

sebanyak 13 kali (1,68%), sanksi pidana penjara 575 kali (74,10%), sanksi pidana kurungan 42 kali (5,41%), dan sanksi pidana denda 146 kali (18,81%). Barda Nawawi Arief, *Kebijakan Legislatif Dalam Penanggulangan Kebijakan Dengan Pidana Penjara*, (Semarang: Badan Penerbit Universitas Diponegoro, 2006), hlm. 227. R. Soesilo menyebut 10 tindak pidana yang diancam pidana mati dalam KUHP. Lihat R. Soesilo, *KUHP serta Komentar-komentar Lengkap Pasal Demi Pasal*, (Bogor: Pelitia, 1965), hlm. 26

²¹² *Ibid.*

suatu pembunuhan dapat dilakukan dengan suatu tindakan yang konkret, adakalanya dapat pula terjadi tanpa berbuat. Contoh seorang ibu tidak memberi air susu ibu (ASI) dan makanan pada bayinya sehingga si bayi mati kelaparan atau seorang juru rawat atau dokter tidak memberi obat kepada seseorang pasiennya sehingga mengakibatkan kematian si pasien.

Adapun pembunuhan yang direncanakan diatur dalam pasal 340 KUHP yang berbunyi: “Barangsiapa yang dengan sengaja dan dengan direncanakan terlebih dahulu dalam keadaan tenang menimbulkan matinya orang lain, dipidana karena pembunuhan yang direncanakan (*moord*) dengan pidana mati, atau penjara seumur hidup”. Di samping pembunuhan dengan sengaja, perbuatan tersebut juga dapat dilakukan dengan direncanakan terlebih dahulu (*met voorbedachte rade*). Perbuatan itu dimaksudkan untuk menimbulkan kematian orang lain.

Ketentuan sanksi dalam KUHP di atas sudah mencerminkan hukuman yang ditetapkan dalam al-Qur'an. Ayat al-Qur'an yang berkaitan dengan tindak pidana pembunuhan antara lain disebutkan dalam surah al-Baqarah ayat 178-179. Dalam kedua ayat tersebut termaktub adanya hukuman seimbang atas kesalahan yang diperbuat oleh seseorang, yakni bisa dikenakan hukuman mati (meskipun bentuknya berbeda) karena dalam Islam dikenal hukuman *qishas*, tetapi di Indonesia dengan cara dieksekusi dengan hukuman tembak. Prinsip ini sesuai dengan prinsip maslahat sebagai *al-maqasid asy-syari'ah* dalam rangka melindungi jiwa (*hifz-an-nafs*). Adapun alternatif lain dalam kasus pembunuhan adalah hukuman *diyat* pada pembunuhan semi sengaja atau karena kealpaan. Oleh KUHP diakomodasi dengan alternatif hukuman penjara. Prinsip yang belum diakomodasi dalam KUHP pada tindak pidana pembunuhan adalah hukuman ganti rugi, yakni hukuman berupa pembayaran sejumlah uang (harta benda) oleh terpidana kepada si korban atau walinya.

Masalah kejahatan yang direncanakan (*moord*) dan memiliki unsur *opzet* (*doleus*) atau kehendak, ini harus diartikan bahwa perbuatan yang bertujuan menimbulkan akibat kematian orang lain dilakukan dengan sengaja. Sebagaimana disebutkan dalam hukum pidana I, *opzet* dapat berupa tiga bentuk, yaitu *Opzet Als Oogherk* (tujuan), *Opzet Biz. Zeigrbeids Bewustzijn of Noodzake Lijkeidsbe Wuztzijin* (kepastian), dan *Opzet By Mogelijkheidsebewustzijn of Dolus Eventualis of Voorwaardelijk Opzet* (kemungkinan).

Dengan demikian, unsur *opzet* dalam Pasal 340 harus ditafsirkan dalam arti yang luas dan dengan sendirinya meliputi ketiga bentuk *opzet*. Selanjutnya jika *moord* dibandingkan dengan sengaja (*doodslag*), kejahatan *moord* (direncanakan) memiliki unsur-unsur yang sama, hanya berbeda bahwa kejahatan *moord* masih memiliki unsur lain, yaitu *met voorbedachte rade*. *Met voorbedachte rade* bukanlah bentuk *opzet*, tetapi cara membentuk *opzet*, yang syaratnya adalah:

- a. *Opzet* dibentuk dengan direncanakan terlebih dahulu;
- b. Setelah *opzet* direncanakan, yang kemudian penting ialah cara *opzet* dibentuk (*de vorm waarin de opzel wordt gevormd*), yang harus dalam keadaan tenang (*in koelen bloede*);
- c. Pada umumnya, perencanaan pelaksanaan *opzet* atau kehendak itu memerlukan jangka waktu yang agak lama.

Contohnya sebagai berikut. Pada suatu saat, timbul kehendak pada A untuk membunuh B. Akan tetapi, untuk melaksanakan kehendaknya, A tidak dengan seketika melakukan perbuatan pembunuhan; ia merancangnya lebih dahulu. Bagaimana, misalnya, caranya melaksanakan kehendaknya, apakah dengan senjata api atau dengan senjata tajam. Dan tindakannya dipikirkannya secara tenang. Selanjutnya, setelah segala persiapan telah

cukup matang, A menuju rumah B pada siang hari, si B ternyata belum tidur. A lalu menunggu sampai B tidur. Ketika keadaan sudah sunyi senyap, barulah A melaksanakan kehendaknya membunuh B.

Telah diutarakan, syarat terpenting di dalam *voorbdenachte rode* adalah cara *opzet* terbentuk, yang harus dilakukan dalam keadaan tenang. Sebab, walaupun seseorang telah lebih dahulu merencanakan kehendaknya itu. Akan tetapi jika ia masih dalam keadaan gelisah atau gugup, itu tidak dapat dikatakan *met voorbedachte rade*. Karena pada umumnya, perancangan terlebih dahulu memerlukan jangka waktu yang agak lama. Dikatakan pada umumnya karena adakalanya waktu merencanakannya dalam waktu singkat, tetapi perbuatan ini tergantung kepada masalah-masalah yang meliputi perbuatan tersebut. Sekali lagi, apakah perceraian dilakukan dalam keadaan tenang.

Contoh konkret: Pada waktu timbul kehendak pada A untuk membunuh B, ia sudah merencanakan bahwa ia akan menikam B pada suatu malam yang sunyi dua hari kemudian. Akan tetapi pada hari yang pertama, A sekonyong-konyong berjumpa dengan B. Karena A sudah dibakar rasa amarah yang amat sangat, saat itu juga A melaksanakan kehendaknya, dengan menikam B.

Dari contoh di atas, timbul pertanyaan, apakah perbuatan A memenuhi syarat pasal 338 ataukah pasal 340? Namun, menurut pendapat para sarjana, yang penting adalah kondisi pelaksanaannya, yaitu harus dilakukan dalam keadaan tenang. Dalam kasus tadi, si A sudah merencanakan kehendaknya terlebih dahulu. Saat merencanakannya ia tenang, tetapi pada saat melaksanakannya ia tidak tenang atau gugup. Ketika A menikam B, ia dalam keadaan gelisah, sehingga, justru pada saat itu terjadi pembentukan kehendak yang baru. Jadi, bukan pelaksanaan dari kehendak yang direncanakan semula. Dalam kasus ini, A harus dipersalahkan atas pembunuhan biasa, sebagaimana dirumuskan di dalam Pasal 338 dan bukan

dipersalahkan terhadap pembunuhan yang direncanakan (*moord*), sebagaimana dirumuskan dalam Pasal 340.

Sementara itu, *Doodslag* (Pasal 338) memberi ancaman pidana paling tinggi 15 tahun. Padahal *moord* (Pasal 340) mengancam dengan pidana mati atau penjara seumur hidup atau penjara paling tinggi 20 tahun. Dalam delik ini, unsur-unsur yang sama dengan *Doodslag* ditambah dengan unsur *voorbedachte roede*.

Berhubungan dengan hal-hal di atas ini, sekarang timbul persoalan: Apakah kejahatan *Moord* merupakan kejahatan yang memperberat ancaman hukuman (*stafverswarende omstandigheid*), ataukah harus dianggap kejahatan yang berdiri sendiri (*een zelfstanding misdrijf*) di samping *Doodslag*? Mengenai hal ini, ada sarjana yang berpendapat bahwa: *Moord* adalah kejahatan pembunuhan yang memperberat ancaman hukuman (*stafverswarende omstandigheid*). Akan tetapi, sebaliknya, kebanyakan sarjana berpendapat *moord* merupakan kejahatan yang berdiri sendiri (*een zelfstanding misdrijf*) di samping *Doodslag*.

Para sarjana itu mengemukakan alasan-alasannya. Sebab di dalam Pasal 340 itu, semua unsur yang disebut dalam Pasal 338 diulangi kembali dan ditambah dengan unsur *met voorbedachte roede*. Oleh sebab itu, hal tersebut harus dianggap *een zelfstanding misdrijf* di samping *Doodslag*. Sementara para sarjana ini mengatakan *Moord* merupakan *stafverswarende omstandigheid*, oleh undang-undang hanya akan disebut unsur yang memberatkan hukuman, yang menurut Pasal 339 KUHP disebut kejahatan (kualifikasi). Lalu, apakah *Moord* harus dianggap sebagai kejahatan pembunuhan yang memperberat ancaman hukumannya? Ataukah harus dianggap sebagai kejahatan yang berdiri sendiri, karena yang penting manfaatnya ini apabila dihubungkan dengan *deelneming* atau penyertaan.

Contoh: A dan B secara bersama-sama melakukan pembunuhan terhadap C. Dalam pembunuhan ini, A yang merencanakannya, sedangkan

B tidak ikut merencanakan, ia hanya diajak. Dalam contoh ini, apabila kejahatan *moord* harus dianggap sebagai kejahatan pembunuhan yang memperberat ancaman hukumannya, yang dipersalahkan menurut pasal 340 adalah A sendiri. Sementara terhadap B dipersalahkan karena kejahatan pembunuhan biasa, sebagaimana yang diatur dalam Pasal 338 KUHP. Namun, keduanya harus dipersalahkan berdasarkan pasal 340 KUHP, apabila kejahatan yang direncanakan (*moord*) dianggap sebagai kejahatan yang berdiri sendiri, di samping pembunuhan sengaja (*doodslag*).²¹³

Dalam hukum pidana Islam, kasus di atas disebut *ta'adud al jarimah*, yaitu berbilang tindak pidana. Artinya, seseorang melakukan beberapa kejahatan sebelum adanya keputusan akhir dari pengadilan. Dalam kasus ini memang ada hukuman yang khusus, bahkan dikenal ada teori hukuman.

Hukuman dalam Islam dapat dikelompokkan dalam beberapa jenis, hal ini dapat diperinci, sebagai berikut :

1. Hukuman dilihat dari pertalian hukuman yang satu dengan yang lain ada empat macam
 - a. Hukuman pokok, yaitu hukuman yang diterapkan secara definitif, artinya hakim hanya menerapkan sesuai dengan apa yang telah ditentukan oleh nash.²¹⁴
 - b. Hukuman pengganti, yaitu hukuman yang diterapkan sebagai pengganti, karena hukuman pokok tidak dapat diterapkan dengan alasan yang sah, seperti *qishas* diganti dengan *diyat*, dan *diyat* diganti dengan dimaafkan.

²¹³ Zuhair Laini, "Kejahatan terhadap Jiwa Manusia", hlm. 146.

²¹⁴ *Hudud* adalah *jami'* dari *hadd*, yang artinya semulanya adalah batas, pada perkembangannya *hudud* diartikan sebagai hukuman yang telah ditentukan dengan pasti oleh nas (al-Qur'an dan as-Sunnah). Yang termasuk dalam *jarimah hudud* adalah, *zina*, *qazf*, *sariqqah*, *syrub al-khamr*, *baghyu*, *hirabah*, dan *riddah*. Lihat A. Djazuli, *Fiqh Jinayat*...., hlm. 24. Lihat pula Marsum, *Fiqh Jinayah: Hukum Pidana Islam*, (Yogyakarta: Fakultas Hukum UII, 1988). hlm. 126.

- c. Hukuman tambahan, yaitu suatu hukuman yang menyertai hukuman pokok tanpa adanya keputusan hakim tersendiri misalnya bagi pelaku *qazf* hak persaksian hilang dan bagi pembunuh hak pewarisan hilang.
 - d. Hukuman pelengkap, yaitu tambahan hukuman pokok melalui keputusan hakim tersendiri, misalnya pencuri selain dipotong tangan juga diberi tambahan dengan dikalungkannya tangan di lehernya.²¹⁵
2. Hukuman dilihat dari kewenangan hakim dalam memutuskan perkara maka ada dua macam yaitu:
- a. Hukuman yang bersifat terbatas, yakni ketentuan pidana yang ditetapkan secara pasti oleh *nash* artinya tidak ada batas tertinggi dan terendah. Contoh hukum dera bagi pezina penuduh zina delapan puluh kali.²¹⁶
 - b. Hukuman yang memiliki alternatif untuk dipilih.
3. Hukuman dari segi objeknya, hal ini dapat dibagi menjadi tiga kelompok.
- a. hukuman jasmani, seperti potong tangan, rajam, jilid,
 - b. hukuman yang berkenaan dengan psikologis, ancaman dan teguran,
 - c. hukuman benda, ganti rugi, diyat dan penyitaan harta.²¹⁷

²¹⁵ *Ibid*

²¹⁶ *Ibid.*, hlm. 186

²¹⁷ *Ibid.*

Adapun tindak pidana yang dilakukan berulang-ulang oleh seseorang sebelum putusan pengadilan, maka pelaku dapat dikenakan sanksi dengan dijerat beberapa pasal atau hukuman sistem gabungan. Yakni, serangkaian sanksi yang diterapkan kepada seseorang apabila ia telah nyata melakukan *jarimah* secara berulang-ulang dan antara perbuatan *jarimah* yang satu dengan lainnya belum mendapatkan putusan terakhir.²¹⁸

Gabungan hukuman bagi pelaku *jarimah* pada intinya dapat dibagi ke dalam dua sifat:

1. Gabungan anggapan (*concurcus idealis*) artinya adanya gabungan *jarimah* karena hanya bersifat anggapan, sedangkan pelakunya sebenarnya hanya berbuat satu *jarimah*.

Contoh seseorang yang memukul petugas, dia dianggap melakukan *jarimah* ganda walaupun pelakunya menganggap berbuat *jarimah* tunggal. Hal ini dikarenakan yang dipukul adalah petugas sehingga oleh hukum dianggap berbuat *jarimah* ganda, yaitu memukul seseorang dan melawan petugas.

2. Gabungan nyata (*concurcus realis*), yaitu seseorang melakukan perbuatan *jarimah* ganda secara jelas, baik berkenaan dengan *jarimah* sejenis atau berbeda.

Misal A melakukan penganiayaan terhadap B, sebelum dijatuhi hukuman juga melakukan pembunuhan terhadap C, (contoh *jarimah* ganda berbeda). Adapun *jarimah* ganda sejenis adalah A mencuri, sebelum dihukum dia melakukan pencurian lagi.²¹⁹

²¹⁸ Abd al-Qadir Awdah, *at-Tasyri al-Jina'i*, Juz I, hlm. 267.

²¹⁹ Ahmad Ali al-Jurjawi, *Hikmah al-Tasyri wa Falsafatuhu*, Juz II, (Kairo: al-Maktabahal-Halabi, t.t.), hlm. 307.

Adapun yang menjadi pertimbangan *fuqaha* tentang eksistensi gabungan hukuman adalah berdasar atas dua teori:

1. Teori saling memasuki atau melengkapi

Dalam teori ini dimaksudkan bahwa pelaku *jarimah* dikenakan satu hukuman, walaupun melakukan tindak kejahatan ganda, karena perbuatan yang satu dengan yang lainnya dianggap saling melengkapi atau saling memasuki. Teori ini didasarkan atas dua pertimbangan pula:

- a. Bila pelaku *jarimah* hanya melakukan tindakan kejahatan sejenis sebelum diputuskan oleh hakim, maka hukumannya dapat dijatuhkan hanya satu macam. Alasannya hukuman itu dijatuhkan untuk edukasi (pendidikan) dan preventif (pencegahan). Jika satu hukuman dianggap cukup, tidak perlu hukuman berulang. Akan tetapi, jika ia belum *insaf* dan mengulangi perbuatan jahatnya, dapat dikenai hukuman lagi.²²⁰

Contoh: seorang mencuri, sebelum dikenai hukuman ia mencuri lagi.

- b. Bila *jarimah* yang dilakukan oleh seseorang secara berulang-ulang dan terdiri dari bermacam-macam *jarimah*, maka pelakunya dapat dijatuhi satu kepentingan bersama dan untuk mewujudkan tujuan yang sama.

Contoh: seseorang makan daging babi, kemudian minum *khamr* serta makan bangkai.

²²⁰ Ahmad Hanafi, *Asas-asas Hukum Pidana Islam*, (Jakarta: Bulan Bintang, 1969), hlm. 168.

2. Teori Penyerapan

Maksud dari teori penyerapan adalah penjatuhan hukuman dengan menghilangkan hukuman yang lain karena telah diserap oleh hukuman yang lebih berat.

Contoh: penjatuhan hukuman mati, otomatis hukuman yang lain dianggap tidak ada, karena telah diserap oleh hukuman mati.

Teori penyerapan dipegang oleh Imam Abu Hanifah, Imam Malik dan Imam Ahmad. Sementara Imam Syafi'i menolak, beliau berpendapat bahwa semua hukuman harus dijatuhkan. Adapun teknis pelaksanaannya adalah mendahulukan bagi hak manusia yang bukan hukuman mati, seperti hukuman *diyat* harus didahulukan, kemudian baru hak Allah, seperti hukuman potong tangan bagi pencuri, jilid bagi pezina.

Dalam beberapa kasus yang memunculkan opini dan polemik yang masih dianggap aktual adalah tentang pelaksanaan hukuman (lebih-lebih hukuman mati). Bila kasus yang dibicarakan adalah hukuman mati, dalam Islam penerapan hukuman tersebut mempunyai hikmah yang besar, yakni jika pelaku hukuman tidak dikenai hukuman mati maka akan membawa kobaran api bagi keluarga.²²¹

Sekalipun dalam Islam mengakui *jarimah qishas diyat*, tetapi tidak sekaku yang dibayangkan. Islam justru dalam menerapkan hukuman sangat memperhatikan kepentingan individu dan masyarakat. Ditegakkannya hukuman dalam Islam pada prinsipnya demi kemaslahatan manusia. Kewajiban-kewajiban dalam syari'ah menyangkut perlindungan

²²¹ *Maslahah* artinya apa yang menyangkut kepentingan manusia seperti Perolehan rizki, pemenuhan hak, dengan kata lain dapat diartikan sebagai perlindungan kepentingan. Lihat asy-Syatibi, *al-Muwafaqat*, Juz II, (Mesir: Dar al-Bab al-Halabi, t.t.), hlm. 25.

kemaslahatan manusia.²²² Perlindungan terhadap kepentingan manusia yang paling pokok adalah dalam kategori *masalah daruri* yang terdiri dari lima bidang yaitu *ad-din* (agama), *nafs* (jiwa), *nasl* (keturunan), *mal* (harta), dan *aql* (akal).²²³ Kelima unsur tersebut perlu adanya perlindungan, seperti ibadah untuk melindungi agama, ibadah, shalat, zakat, haji untuk melindungi jiwa dan harta. Demikian juga masalah *uqubah* untuk melindungi harta, jiwa, dan kehormatan.

Adapun penerapan dan pelaksanaan hukuman, dalam Islam terkenal dua teori, yaitu teori absolut dan relatif. Standar keadilan dalam penerapan hukuman mutlak adalah dengan menyesuaikan kehendak masyarakat dan sekaligus mempertimbangkan bentuk, kualitas dan kuantitas kejahatan yang dilakukan. Sementara pada hukum dalam arti bahwa dirinya merupakan suatu yang formal, dalam hal ini lebih dititik beratkan pada fungsi ditetapkan hukuman, artinya bahwa penerapan hukuman mutlak diupayakan sebagai upaya mewujudkan keadilan.

2. Transformasi Nilai-nilai Sanksi Tindak Pidana *Qishas-Diyat*

Hukum pidana Indonesia yang teras dan intinya tercantum di dalam Kitab Undang-undang Hukum Pidana (KUHP) berasal dari Belanda. KUHP atau (*Wetboek van Strafrecht*) WvS Indonesia yang disusun pada tahun 1915 dan mulai berlaku pada 1 Januari 1918 (yang tidak diubah dan ditambah) adalah tiruan dari WvS Belanda yang berlaku sejak tahun 1886. Kemudian, dalam perjalanan sejarah, kedua KUHP yang semula hampir sama itu lambat laun menjadi berbeda jauh, ibarat yang itu bergerak ke kanan, yang lain bergerak ke kiri. Secara umum, ketentuan di dalam KUHP

²²² M. Khalid Mas'ud, *Filsafat Hukum Islam*, (Bandung: Pustaka, 1996), hlm. 245.

²²³ Murtandho Muthohhari, *Keadilan Ilahi: Asas dan Pandangan Dunia Islam*, cet. 2 (Bandung: Mizan, 1992), hlm. 53.

Indonesia terutama ancaman pidananya makin hari makin berat, sedangkan KUHP Belanda semakin hari semakin lunak.²²⁴

Di samping ancaman pidana yang semakin lunak, beberapa rumusan delik atau tindak pidana juga diperlunak di Belanda. Misalnya, ketentuan tentang delik kesusilaan. Jika dahulu sama dengan KUHP Indonesia yang ada unsur dilakukan di muka umum, sekarang diperlunak dengan menggantinya menjadi "di tempat yang menjadi lalu-lintas umum". Di samping itu, diperkenalkan lagi apa yang disebut pernyataan bahwa hakim dapat menyatakan seseorang bersalah melakukan tindak pidana, tetapi tidak menjatuhkan pidana jika ada hal yang meringankan pada waktu tindak pidana dilakukan, dan sesudah dilakukan.

Kejahatan terhadap nyawa diatur di dalam Bab XIX Buku II KUHP yang berjudul "Kejahatan yang Ditujukan Terhadap Nyawa (*misdrifven tegen be, leven gericht*) dari pasal 338 sampai dengan Pasal 350 KUHP.²²⁵

Jenis pembunuhan sebagaimana yang dimaksud dalam Pasal 338 KUHP ini adalah: "Pembunuhan dalam bentuk pokok (*doodslag in zijing grondvorm*) yang pada umumnya dilakukan dengan sengaja untuk menimbulkan matinya orang lain." Adapun Pasal 338 KUHP yang mengatur tentang jenis kejahatan pembunuhan dengan sengaja (*doodslag*) berbunyi: "Barangsiapa yang dengan sengaja menimbulkan matinya orang lain (merampas jiwanya orang lain) dipidana oleh karena bersalah melakukan pembunuhan dengan penjara paling tinggi 15 (lima belas) tahun".

Adapun unsur delik *doodslag*, sebagaimana terdapat dalam Pasal 338 KUHP itu adalah: Menimbulkan matinya orang lain (merampas jiwa orang lain) dan dengan sengaja. Lebih jauh, disebut dalam pasal 338 KUHP bahwa Delik *Doodslag* sebagaimana dirumuskan di dalam Pasal 338 KUHP

²²⁴ Andi Hamzah, "Kejahatan Terhadap Nyawa dan Harta Perspektif Hukum Pidana Islam dan Barat", dalam Jaenal Aripin dan M. Arskal Salim GP (ed.), *Pidana Islam di Indonesia: Peluang, Prospek, dan Tantangan*, (Jakarta: Pustaka Firdaus, 2001), hlm. 165.

²²⁵ *Ibid.*

bersifat *Materieel Delict*. Oleh karena itu, di sini tidak dirumuskan perbuatan yang dilarang, melainkan hanya akibatnya yang dirumuskan secara tegas".

Karena tidak dirumuskan secara tegas, perbuatan itu mengandung arti: "Setiap perbuatan apa pun yang dapat mengakibatkan matinya orang lain (seperti: mencekik, menikam, menembak, meracuni, memukul, mendorong ke dalam jurang, sungai, laut dan sebagainya), asal saja perbuatan itu dilakukan dengan sengaja, adalah pembunuhan, menurut Pasal 338 KUHP".²²⁶

Menurut syariat Islam, tindak pidana pembunuhan menjadi hak Allah sekaligus hak *adami*, tetapi hak *adami* lebih besar.²²⁷ Oleh sebab itu, jika terjadi pembunuhan dengan sengaja misalnya, maka wali si korban berhak menuntut dilaksanakannya hukuman *qishas*, atau memberikan maaf dengan meminta ganti rugi. Maaf sebagai unsur pengecualian hukuman, hanya berlaku bagi tindak pidana yang diancam dengan hukuman *qishas*, tidak berlaku bagi tindak pidana yang diancam dengan hukuman *hadd*. Dalam hal ini, Ibn Abbas menafsirkan maaf berarti menerima ganti rugi, sedangkan Muhammad Abduh menjelaskan bahwa maaf datangnya dari wali, yaitu orang-orang yang berhak menuntut *qishas*. Sesuai dengan penafsiran tersebut, Imam Syafi'i berpendapat bahwa apabila seseorang telah mati terbunuh, wali terbunuh melakukan pilihan, apakah ia menghendaki menerima ganti rugi dengan memberikan maaf atau menghendaki memaafkannya tanpa ganti rugi.²²⁸ Kekuasaan wali yang mempunyai wewenang di atas berdasarkan firman Allah surah al-Isra' ayat 33:

²²⁶ Zubair Laini. "Kejahatan terhadap Jiwa Manusia" ..., hlm. 145.

²²⁷ Marsum, *Jinayah*..., hlm. 126.

²²⁸ *Ibid.*, hlm. 127.

وَلَا تَقْتُلُوا النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ وَمَنْ قُتِلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لَوْلِيهِ سُلْطَانًا فَلَا يُسْرِفُ فِي الْقَتْلِ إِنَّهُ كَانَ مَنْصُورًا ﴿٣٩﴾

Dan janganlah kamu membunuh jiwa yang diharamkan Allah (membunuhnya), melainkan dengan suatu (alasan) yang benar.²²⁹ Dan barangsiapa dibunuh secara zalim, maka sesungguhnya Kami telah memberi kekuasaan²³⁰ kepada ahli warisnya, tetapi janganlah ahli waris itu melampaui batas dalam membunuh. Sesungguhnya ia adalah orang yang mendapat pertolongan.²³¹

Dalam makna yang lain, *diyat* sering juga disebut *al-aqd* (pengikat).²³² Disebut demikian karena bilamana seseorang membunuh orang lain, dia harus membayar *diyat* berupa unta, kemudian unta tersebut diikat di halaman rumah wali si korban untuk diserahkan kepada mereka sebagai tebusan.²³³

Adapun pembunuhan dalam bentuk yang memperberat ancaman hukuman (*qeequalificeerde doodslag*), sebagaimana dirumuskan dalam pasal 339 KUHP, pembunuhan yang diikuti, disertai atau didahului dengan tindak pidana yang lain dan pembunuhan tersebut dilakukan dengan maksud mempersiapkan atau mempermudah pelaksanaan kejahatannya. Lainnya, dapat pula apabila si pembunuh tertangkap tangan sehingga dengan demikian ia sendiri atau teman tidak akan dipidana atau agar dapat tetap memiliki barang yang diperoleh dengan tindak pidana tadi, ia dapat dipidana dengan penjara seumur hidup atau penjara 20 (dua puluh) tahun.

Perlu diketahui apa yang dimaksudkan dengan unsur "tertangkap tangan" yang justru supaya si pelaku sendiri atau para peserta lain terhindari

²²⁹ Maksudnya yang dibenarkan oleh syara' seperti qishash membunuh orang murtad, rajam dan sebagainya.

²³⁰ Maksudnya: kekuasaan di sini ialah hal ahli waris yang terbunuh atau penguasa untuk menuntut *qisas* atau menerima diat.

²³¹ Q.S. al-Isra' (17): 33.

²³² Ahmad Warson Munawwir, *Kamus al-Munawwir: Arab-Indonesia*, (Yogyakarta: Pustaka Progresif, 1984), hlm. 1027. *commit to user*

²³³ As-Sayyid Sabiq, *Fiqih as-Sunnah*, Juz II, hlm. 551.

dari hukuman (tertangkap tangan) dalam bahasa Belanda disebut *bij betrapping op heterdaad*. Hukum Acara Pidana yang mirip dengan bangunan hukum *betrapping op heterdaad* adalah yang disebut dengan *ontdekkink op heiderdaad*. *Ontdekkink op heiderdaad* antara lain diterjemahkan dengan "tertangkap tangan atau tertangkap basah". Panitia Istilah Hukum menerjemahkannya dengan "tepergok". Menurut H.I.P., *betrapping op heterdaad* lebih sempit daripada *ontdekkink op heterdaad*.

Bila ditinjau lebih jauh rumusan Pasal 339 KUHP, kejahatan di sini memiliki sejumlah besar unsur dan ditentukan secara alternatif, disebut *Qualificatie*, "pembunuhan (sebagai delik pokok), di samping unsur-unsur yang memperberat ancaman hukumannya. Inilah perumusan kejahatan pembunuhan dalam bentuk yang memperberat hukuman *gequalificeerde doodslag*. Dalam pada itu, justru karena *gequalificeerde doodslag* memiliki sejumlah besar unsur. Dalam hal ini mudah terjerumus, jika tidak mengetahui terlebih dahulu apa yang menjadi unsur pokok, yakni kejahatan pembunuhan dengan tindak pidana yang lain.

Jadi, ada dua tindak pidana, "pembunuhan" dan yang bukan pembunuhan. Hal ini sudah dapat disimpulkan bahwa "tindak pidana yang lain" (yang didahului, disertai atau diikuti oleh pembunuhan itu) yang tidak perlu merupakan perbuatan kejahatan (*misdrif*), tetapi hanya pelanggaran (*overtrading*). Namun, kedua tindak pidana tersebut harus mempunyai hubungan sebab-akibat, tidak berdiri sendiri-sendiri.

Jadi, di antara kedua tindak pidana itu, harus mempunyai hubungan sebab-akibat karena justru pembunuhan dilakukan dengan maksud tertentu. Yaitu, jika pembunuhan itu:

- a. Diikuti (*gevolg*) oleh tindak pidana lain, yang dimaksudkan untuk mempersiapkan tindak pidana yang lain.
- b. Disertai (*vergezeld*) oleh tindak pidana yang lain, yang dimaksudkan untuk mempermudah terlaksananya pidana lain.

- c. Didahului (*vorafgegaan*) oleh tindak pidana lain. Tindak pidana itu terjadi ketika pelaku atau pelaku peserta tertangkap tangan (terpergok). Pembunuhan tersebut bertujuan menghindarkan si pelaku atau peserta lain dari hukuman, atau untuk menjamin agar barang-barang yang diperoleh dengan tindak pidana dengan cara pemilikannya melawan hak.²³⁴

Dalam Rancangan KUHP lebih baik. Delik pembunuhan biasa dan yang dipikirkan lebih dahulu diatur hanya dalam satu pasal, yaitu "pembunuhan dengan sengaja". Ini sama halnya dengan KUHP negara-negara di Asia yang lain, seperti Jepang, Korea, dan RRC yang mengenal satu jenis pembunuhan yang disengaja. Begitu pula ketentuan di dalam al-Qur'an, pada surah an-Nisa' ayat 93, yang tidak mengenal pembunuhan yang dipikirkan lebih dahulu (*met Poor bedachten rude atau premeditated murder*). Pada ayat (2) rumusan delik pembunuhan dapat dicantumkan hal yang memperberat pidana jika pembunuhan dilakukan setelah dipikirkan lebih dahulu. Jadi, seharusnya sama dengan ketentuan al-Qur'an yang mengenal satu jenis, yakni pembunuhan yang disengaja (dengan ancaman *qishas*). Tidak perlu sama dengan bangsa-bangsa Eropa yang mengenal dua jenis pembunuhan yang disengaja, yaitu *doodslug* dan *moord* di Belanda.²³⁵

Semua pembunuhan yang dilakukan dengan tenang, yang biasa disebut pembunuhan yang dilakukan dengan darah dingin adalah pembunuhan dengan dipikir lebih dahulu. Jadi, ini bukan pembunuhan biasa. Tidak perlu ada rencana sama sekali.

Sebagaimana telah dikemukakan di muka, pembunuhan disebut dalam al-Qur'an pada surah an-Nisa', ayat 92-93. Ayat 92 mengenai pembunuhan

²³⁴ Zubair Laini, "Kejahatan terhadap Jiwa Manusia", hlm. 146.

²³⁵ Andi Hamzah. *Kejahatan Terhadap Nyawa* "...", hlm. 165. Zubair Laini, "Kejahatan terhadap Jiwa Manusia" ..., hlm. 146. dalam Jaenal Aripin dan M. Arskal Salim GP (ed.), *Pidana Islam di Indonesia: Peluang, Prospek, dan Tantangan*, (Jakarta: Pustaka Firdaus, 2001), hlm. 166.

karena kelalaian sejajar dengan Pasal 359 KUHP. Ayat 93 mengenai pembunuhan dengan sengaja, yang sejajar dengan Pasal 338 KUHP, terjemahannya adalah "dan barangsiapa membunuh seorang mukmin dengan sengaja, maka balasannya ialah jahanam, kekal ia di dalamnya dan Allah murka kepadanya dan mengutuknya serta menyediakan adzab yang bestir baginya".

Jenis pembunuhan dalam KUHP terdiri atas beberapa variasi. Pasal 339 KUHP mengatur tentang pembunuhan yang diikuti, disertai atau didahului oleh sesuatu delik yang dilakukan dengan maksud untuk mempersiapkan atau mempermudah pelaksanaannya. Atau untuk melepaskan diri sendiri maupun peserta yang lain dalam hal tertangkap basah ataupun untuk memastikan penguasaan barang yang diperolehnya serta melawan hukum.

Pasal 340 KUHP mengenai pembunuhan yang telah dipikirkan lebih dahulu, seperti telah diuraikan di muka. Pasal 339 KUHP dan 340 KUHP mengancam sampai pidana mati, Pasal 341 KUHP dan 342 KUHP tentang pembunuhan anak (*kinder doodslag/kinder moord*). Pasal 344 KUHP mengenai pembunuhan atas permintaan sendiri yang diancam dengan pidana yang lebih ringan, yaitu maksimum 12 (dua belas) tahun penjara (pembunuhan biasa, Pasal 338 KUHP maksimum 15 [lima belas] tahun penjara).

Pasal 345 KUHP mengenai orang yang mendorong orang lain membunuh diri. Pasal itu dapat diterapkan kepada orang yang melakukan *euthanasia*. Pasal 346 KUHP tentang pengguguran kandungan. Begitu pula Pasal 347 KUHP mengenai orang yang menggugurkan kandungan serta perempuan tanpa persetujuannya. Sementara Pasal 348 KUHP mengatur hal yang sama, tetapi dengan persetujuan perempuan tersebut.

Masyarakat Indonesia pada umumnya, ketika berbicara tentang delik *qishas*, terkesan mengerikan, seram, dan menakutkan. Jika Islam dipahami

secara tekstual, sama saja dengan konsepsi primitif.²³⁶ Tentang hal ini Joseph Schacht mengatakan:

*Hukum pidana Islam merupakan perpaduan dua unsur secara berdampingan tanpa menjadikan satu kesatuan ilmu yang universal. Unsur utama adalah ide-ide Arab kuno, seperti konsepsi balas dendam, klasifikasi kejahatan serta penerapan hukuman ala primitif, sehingga terasa sebagai sebuah dogma yang menakutkan, kejam dan kolot. Unsur pertama dimodifikasi dengan ajaran-ajaran Qur'ani, sedang unsur yang kedua murni dari al-Qur'an.*²³⁷

Hukum Islam ketika menerapkan hukum *qishas* (balas dendam) bukanlah pertimbangan pembalasan yang setimpal semata, melainkan menjustifikasi aturan konkret tentang nilai-nilai keadilan. Dengan kata lain, tidak boleh memberikan hukuman melebihi kesalahan seseorang. Spiritualitas hukum *qishas-diyat* sangat memperhatikan aspek korban kejahatan, dan yang terpenting tidak memanjakan pelaku kejahatan.²³⁸

Konsep *qishas* dalam surah al-Baqarah ayat 178-179 harus dipahami sebagai balasan terhadap pelaku pembunuhan sengaja. Oleh karenanya, harus ditafsirkan bahwa hukum yang terkandung dalam surah al-Baqarah mengenai *qishas* bersifat umum. Sementara ketentuan hukum yang terkandung dalam surah an-Nisa' ayat 92 mengenai pembunuhan karena kesalahan merupakan pengecualian dari pembunuhan sengaja sebagaimana dalam surah al-Baqarah ayat 178. Dengan demikian, kandungan hukum dalam ayat tersebut masih *mutlaq* belum *muqayyad* dan belum bersifat *mubayyan*, yakni pembunuhan sengaja.²³⁹

²³⁶ David de Santilana, *Law and Society*, (London: Oxford University Press, 1952), hlm. 303; Anwar Harjono, *Hukum Islam: Keluasan dan Keadilannya*, (Jakarta: Bulan Bintang, 1968), hlm. 151.

²³⁷ Joseph Schacht, "The Law" dalam G. von Grunebaum (ed.), *Unity and Variety in Muslim Civilisation*, (Chicago: Chicago of University Press, 1955), hlm. 67.

²³⁸ Joseph Schacht, *An Introduction to Islamic Law*, (London: Oxford University Press, 1965), hlm. 289.

²³⁹ Haliman, *Hukum Pidana Islam.....*, hlm. 201.

Selain pembunuh dihukum *qishas* sebagai hukuman pokok atau dihukum membayar *diyat* sebagai hukuman pengganti, pelaku juga dibebani hukuman tambahan, yaitu *Pertama*, pencabutan hak mewarisi. Ketentuan ini berdasarkan sabda Nabi Saw.

ليس لقاتل ميراث

*Tidak ada warisan bagi pembunuh.*²⁴⁰

Imam Malik dan Imam Ahmad mengatakan bahwa pencabutan hak mewarisi ini hanya diterapkan kepada pembunuhan sengaja, sedangkan Imam Abu Hanifah dan Imam as-Syafi'i berpendapat bahwa segala macam pembunuhan yang dilakukan oleh orang *mukalaf* berakibat pencabutan hak mewarisi.

Kedua, pencabutan hak menerima wasiat. Dalam hal ini ulama sepakat bahwa bila pembunuhan itu tidak disengaja, tidak berakibat gugurnya hak menerima wasiat. Namun, terhadap pembunuhan sengaja terdapat perbedaan pendapat. Imam Abu Hanifah misalnya berpendapat bahwa hak itu menjadi gugur meskipun mendapat persetujuan ahli waris, sedangkan Abu Yusuf berpendapat bahwa hak itu menjadi gugur meskipun mendapat persetujuan ahli waris. Sebagian ulama Syafi'iyah berpendapat bahwa hak menerima wasiat tidak gugur bagaimanapun bentuk pembunuhan itu dan tanpa tergantung ahli waris.²⁴¹

Ketiga, membayar *kafarat*, yaitu sebagai pertanda bahwa ia telah bertaubat kepada Allah Swt. Kewajiban ini didasarkan pada firman Allah Swt. Surah an-Nisa' (92).

²⁴⁰ Abu Abdullah Muhammad Yazid Ibnu ar-Rabi al-Qazwini, *Sunan Ibnu Majah*, Hadis No. 2626, Jilid II.

²⁴¹ *Ibid.*

وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ أَنْ يَقْتُلَ مُؤْمِنًا إِلَّا خَطَاً وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَاً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ وَدِيَّةٌ مُسْلَمَةٌ إِلَى أَهْلِهِ إِلَّا أَنْ يَصَّدَّقُوا فَإِنْ كَانَ مِنْ قَوْمٍ عَدُوٍّ لَكُمْ وَهُوَ مُؤْمِنٌ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ وَإِنْ كَانَ مِنْ قَوْمٍ بَيْنَكُمْ وَبَيْنَهُمْ مِيثَاقٌ فَدِيَّةٌ مُسْلَمَةٌ إِلَى أَهْلِهِ وَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ تَوْبَةً مِّنَ اللَّهِ وَكَانَ اللَّهُ عَلِيمًا حَكِيمًا ﴿٤١﴾

Dan tidak layak bagi seorang mukmin membunuh seorang mukmin (yang lain), kecuali karena tersalah (tidak sengaja),²⁴² dan barangsiapa membunuh seorang mukmin karena tersalah (hendaklah) ia memerdekakan seorang hamba sahaya yang beriman serta membayar diat²⁴³ yang diserahkan kepada keluarganya (si terbunuh itu), kecuali jika mereka (keluarga terbunuh) bersedekah.²⁴⁴ jika ia (si terbunuh) dari kaum (kafir) yang ada perjanjian (damai) antara mereka dengan kamu, maka (hendaklah si pembunuh) membayar diat yang diserahkan kepada keluarganya (si terbunuh) serta memerdekakan hamba sahaya yang beriman. Barangsiapa yang tidak memperolehnya,²⁴⁵ maka hendaklah ia (si pembunuh) berpuasa dua bulan berturut-turut untuk penerimaan taubat dari pada Allah. Dan adalah Allah Maha mengetahui lagi Maha Bijaksana.²⁴⁶

Dengan demikian, *kafarat* membebaskan seorang hamba mukmin (merupakan hukuman pokok). Kalau tidak bisa memperolehnya, ia diwajibkan berpuasa dua bulan berturut-turut. Dalam hal ini, para ulama telah sepakat bahwa wajib *kafarat* dibebankan kepada pembunuhan tidak sengaja, sedangkan pada pembunuhan sengaja terdapat perselisihan. Imam

²⁴² Seperti menembak burung terkena seorang mukmin.

²⁴³ *Diyat* ialah pembayaran sejumlah harta karena sesuatu tindak pidana terhadap sesuatu jiwa atau anggota badan.

²⁴⁴ Bersedekah di sini maksudnya membebaskan si pembunuh dari pembayaran *diyat*.

²⁴⁵ Maksudnya: tidak mempunyai hamba; tidak memperoleh hamba sahaya yang beriman atau tidak mampu membelinya untuk dimerdekakan. menurut sebagian ahli tafsir, puasa dua bulan berturut-turut adalah sebagai ganti dari pembayaran diat dan memerdekakan hamba sahaya.

²⁴⁶ Q.S. an-Nisa' (4): 92.

Syafi'i misalnya mewajibkannya, sedangkan Imam Abu Hanifah tidak mewajibkannya dan Imam Malik hanya mensunnahkannya.²⁴⁷

As-Sayid Sabiq mengomentari ayat-ayat al-Qur'an yang berkaitan dengan hukum *qishas-diyat* mengandung beberapa pengertian:

1. Hukum *qishas* merupakan bentuk koreksi hukum *jahiliyah* yang diskriminatif.
2. Adanya hukum alternatif, yaitu *qishas*, *diyat*, atau maaf.
3. Adanya keringanan dan kemudahan dari Allah tentang penerapan hukum *qishas*.
4. Adanya sistem rekonsiliasi dalam proses pemidanaan antar para pihak yang bersangkutan (korban atau wali dan pelaku).
5. Dalam *qishas* akan terjamin kelangsungan hidup.²⁴⁸

Muhammad Syahrur dalam teori batas maksimal (*halah al-hadd al-a'la*) mengatakan bahwa hukum *qishas* dalam al-Qur'an merupakan hukum yang tertinggi, sehingga hakim dalam kasus tertentu dapat menentukan hukum yang lebih rendah atas persetujuan si korban atau walinya.²⁴⁹ Hukum *diyat* (ganti rugi), *ta'zir* berupa penjara atau bahkan pembebasan (maaf) merupakan hal yang sangat mungkin diterapkan dalam masalah pembunuhan. Kuncinya, sanksi diterapkan secara kondisional. Apa jenis pembunuhannya, siapa pelakunya, kenapa terjadi pembunuhan, hal ini menjadi pertimbangan hakim dalam menjatuhkan keputusan. Dalam kisah *zunis'ah* (orang terikat) diceritakan:

²⁴⁷ Ahmad Hanafi, *Asas-asas Hukum.....*, hlm. 296-297.

²⁴⁸ As-Sayid Sibiq, *Fiqh as-Sunnah*, Juz II, hlm. 433-434.

²⁴⁹ Muhammad Syahrur, *Al-Kitab wa al-Qur'an: Qira'ah Mu'asirah*, (Damaskus:al-Ahali li-attiba'ah wa an-Nasy wa at-Tawzi, 1990), hlm. 458.

فُتِلَ رَجُلٌ عَلَى عَهْدِ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَرَفَعَ ذَلِكَ إِلَى النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَدَفَعَهُ إِلَى وَلِيِّ الْمُقْتُولِ فَقَالَ الْقَاتِلُ يَا رَسُولَ اللَّهِ وَاللَّهِ مَا أَرَدْتُ قَتْلَهُ قَالَ فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لِلْوَلِيِّ أَمَا إِنَّهُ إِنْ كَانَ صَادِقًا ثُمَّ قَتَلْتَهُ دَخَلْتَ النَّارَ قَالَ فَحَلَّى سَبِيلَهُ قَالَ وَكَانَ مَكْثُوفًا بِنِسْعَةٍ فَخَرَجَ يَجُرُّ نِسْعَتَهُ فَسُيِّي ذَا النِّسْعَةِ

Pada masa Nabi ada seorang laki-laki terbunuh. Hal ini dilaporkan kepada Nabi. Beliau menyerahkan pembunuh kepada wali si terbunuh. Pembunuh berkata, "Wahai Rasulullah, demi Allah saya tidak sengaja membunuhnya." Nabi bersabda kepada wali si terbunuh, "Ingat, seandainya perkataan orang ini benar kemudian kamu membunuhnya, engkau pasti masuk neraka." Akhirnya wali si terbunuh melepaskan orang tersebut yang pada saat itu terikat dengan tali kulit. Sambil menarik talinya ia keluar. Abu Hurairah berkata, "Orang itu sejak peristiwa tersebut dijuluki zunis'ah (orang yang terikat)".²⁵⁰

Kisah di atas dapat dipahami bahwa hukum *qishas* bukanlah hukum mutlak sebagaimana bunyi *nash*, melainkan sebagai sebuah hukum yang dapat menjamin kebutuhan masyarakat akan keadilan. Hukum *qishas* (mati) bila ditinjau dari segi historis, sosiologis dan psikologis, sesungguhnya sah diterapkan di dunia modern, hanya aplikasinya tidak harus dilihat dari segi dan bentuk semata. Namun bagaimana substansi hukum *qishas* dapat menjadi rumusan hukum yang mampu menyerap semangat keadilan sehingga dapat diterima oleh semua golongan dalam masyarakat.²⁵¹

Mengenai delik *qishas-diyat*, pada tataran ini kebijakan RUU tentang KUHP 2016 sesungguhnya dapat dinilai sebagai cermin kurangnya perhatian hukum pidana Indonesia mendatang terhadap korban kejahatan, khususnya yang bersifat langsung dan individual. Hal ini karena konsep RUU KUHP 2016 hanya memosisikan kedua jenis pidana tersebut dalam kedudukan yang implementasinya cenderung bersifat sangat fakultatif.

²⁵⁰ H. R. Abu Dawud, nomor hadis 3900, dan H. R. at-Tirmiz'i, *Kitab ad-Diyat*, nomor hadis 1327.

²⁵¹ Jimly ash-Shiddieqy, *Pembaharuan Hukum Pidana Indonesia*, (Bandung: Angkasa, 1985), hlm. 195.

Artinya, jatuh tidaknya kedua pidana tersebut tergantung penuh kepada perlu tidaknya menurut pertimbangan-pertimbangan hakim sebagai pemilik hak atau kewenangan dari putusan pemidanaan. Dalam hal ini bukan menurut pertimbangan korban kejahatan, betapapun sangat menginginkan.

Menurut Islam, kedua jenis pidana yang dikenal dengan pidana *qishas* dan pidana *diyat* di atas dikonsepkan sebagai pidana pokok yang penjatuhannya diserahkan secara penuh kepada korban atau keluarga korban sebagai pemilik hak. Berdasarkan ini, terlihat dengan jelas bahwa konsep hukum pidana Islam dapat dikatakan memiliki komitmen kuat dalam masalah perlunya perhatian hukum terhadap korban kejahatan sebagai pihak yang langsung, nyata dan pertama kali yang merasakan akibat suatu kejahatan.

Surah al-Baqarah ayat 178-179 merupakan dasar sanksi *qishas-diyat*. Dalam ayat tersebut terkandung nilai-nilai humanisme, sebagai berikut: *Pertama*, hukum *qishas diyat* merupakan bentuk koreksi hukuman pada masa *jahiliyah* yang diskriminatif terhadap persoalan hukum. Artinya, kabilah yang kuat di antara beberapa kabilah di Jazirah Arab akan berpeluang mendominasi keputusan hukum. Suku yang lemah akan selalu tertindas oleh suku yang kuat dan ketika diterapkan hukum *qishas* tidak ada keseimbangan hukum antara pembuat kesalahan dan hukuman yang harus diterima.

Ada kisah yang dikutip oleh Abd Qadir Awdah sebagai berikut. Salah seorang kabilah Gani membunuh Syas ibn Zuhair, maka datanglah Zuhair ayah Syas untuk meminta balasan terhadap suku Gani. Mereka bertanya, "Apa maksud dan kehendakmu atas kematian anakmu Syas". Ia menjawab, "Saya akan menuntut tiga hal atas kematian anakku". Yakni, *Pertama*, hidupkan kembali anakku Syas, *Kedua*, isi surbanku dengan bintang-bintang

yang kau ambil dari langit dan *Ketiga*, serahkan semua suku Gani dan akan saya bunuh sebagai balasan atas kematian anakku Syas.²⁵²

Tuntutan ini akan semakin rawan jika yang menjadi korban adalah suku terhormat atau kepala suku. Di sisi lain, orang-orang Arab di waktu itu mempunyai tradisi balas dendam, bahkan terhadap peristiwa yang telah silam.²⁵³ Kalau ada keluarga yang terbunuh, maka yang dibalas adalah keluarga lain yang tidak ikut berdosa di samping pembunuh itu sendiri. Islam datang dengan legitimasi hukum *qishas* dengan prinsip penegakan nilai-nilai keadilan dan persamaan di muka hukum tanpa memandang kabilah dan kehormatan.

Kedua, menegakkan nilai-nilai keadilan bagi tegaknya supremasi hukum,²⁵⁴ baik pada saat merevisi hukum *jahiliyah* maupun kebutuhan hukum untuk sepanjang zaman. *Ketiga*, perlindungan bagi si korban atau walinya secara langsung. Misalnya ada kasus pembunuhan semi sengaja atau karena salah.²⁵⁵

Oleh karena itu, jika hukum pidana Indonesia ke depan benar-benar dikehendaki sebagai sosok hukum yang *victim oriented* (memperhatikan secara proporsional terhadap korban kejahatan), maka konsep Islam di atas patut dipertimbangkan sebagai bahan untuk diakomodasikan dalam penyusunan RUU KUHP. Hal ini karena prespektif viktimologis dewasa ini sudah menjadi kecenderungan internasional yang ikut mewarnai konsep-konsep hukum pidana modern, sehingga pembaharuan KUHP idealnya juga harus beradaptasi dengan kecenderungan hukum internasional. Sekali lagi, alasan adaptif merupakan salah satu *background* diadakannya pembaharuan KUHP Indonesia.

²⁵² Abd Qadir Awdah, *at-Tasyri' al-Jina'i*...., Juz I, hlm. 271. A. Hanafi, *Asas-asas*..., hlm. 87-89.

²⁵³ Abdurrahman A. Doi, *Tindak Pidana dalam Syari'ah Islam*, alih bahasa wadi Masturi dan Basri Iba Asghari, (Jakarta: Metro Putra, 1992), hlm. 24.

²⁵⁴ M. Abu Zahrah, *Usul al-Fiqh*, (Kairo: Matba'ah Muhaimar, 1957), hlm. 351-352; Subhi Mahmasani, *Falsafah at-Tasyri' fi al-Islam*, (Mesir: Dar al-Qalam, 1945), hlm. 200.

²⁵⁵ *Op. Cit.*

Konsep Islam berikutnya tentang pidana yang patut diimplementasikan dalam pembaharuan KUHP mendatang ialah yang berkait dengan pandangan mengenai masalah falsafah dan tujuan pemidanaan. Konsep ini memiliki keterkaitan erat dengan pemikiran tentang pedoman pemidanaan sebagai imbas atau penjabaran gagasan.

Dalam masalah ini, pandangan RUU tampaknya terlalu berorientasi kepada konsep pemidanaan yang memberi perhatian terhadap pelaku kejahatan. Akibatnya, perhatian yang seharusnya diberikan terhadap korban kejahatan khususnya yang bersifat individual justru menjadi kurang. Hal ini antara lain dapat dilihat pada konsep tujuan pemidanaan. Apabila diperhatikan merupakan rumusan-rumusan yang sangat "protektif" dan terkesan "memanjakan" terhadap terpidana sebagai pelaku kejahatan. Misalnya ketentuan yang menyatakan bahwa tujuan pemidanaan harus dapat memasyarakatkan kembali si terpidana sehingga menjadi orang yang baik dan berguna. Tujuan pemidanaan harus bisa membebaskan rasa bersalahnya dan tidak boleh menderitakan dirinya.²⁵⁶

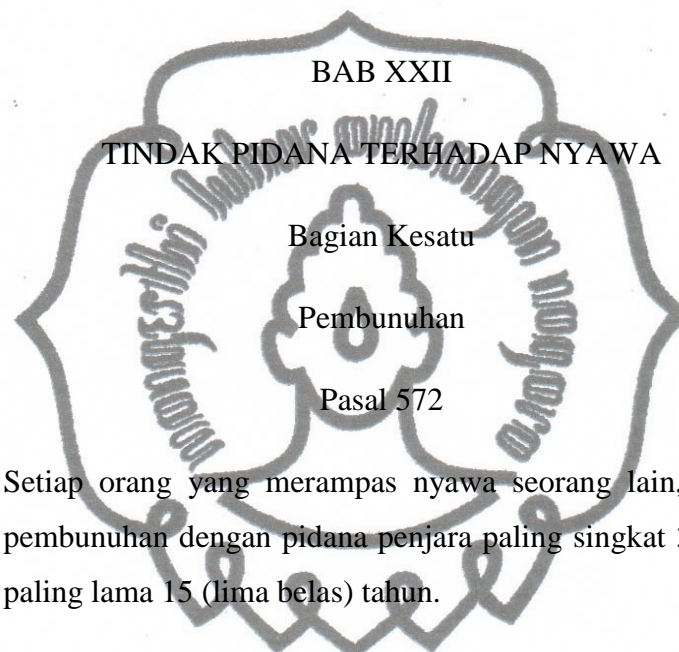
Begitu pula kebijakan mengenai pedoman pemidanaan, baik yang bersifat umum maupun untuk penerapan tiap-tiap jenis sanksi pidana beserta konsep-konsep pasal tentang individualisasi pidana.²⁵⁷ Semuanya itu secara sempurna sangat mengesankan bangunan hukum pidana Indonesia mendatang yang sesuai dengan teori *reference effect* dan *rehabilitation offeder*. Dengan teori tersebut sejalan dengan ajaran Islam yang menghendaki suatu pemidanaan yang dapat memancarkan efek utilitas secara seimbang baik terhadap pelaku kejahatan, korban kejahatan (individual) maupun masyarakat luas. Ajaran yang dimaksud adalah

²⁵⁶ Pasal 50 ayat (1) dan ayat (2) RUU KUHP Rancangan Tahun 1999 sampai dengan 2000 tentang Tujuan Pemidanaan.

²⁵⁷ Pasal 51 sampai dengan 53 tentang Pedoman Pemidanaan secara umum. Perhatikan pula ketentuan Pasal 64 sampai dengan 93 tentang Pedoman Penerapan untuk tiap-tiap jenis sanksi pidana.

sebagaimana tercermin dalam konsep tentang fungsi pemidanaan, baik yang bersifat *jawabir* dan *zawajir*.²⁵⁸

RUU KUHP 2016 sudah berupaya memerinci tentang tindak pidana yang terkait dengan delik pembunuhan dan pelukaan yang dalam Islam dihukum *qishas* atau *diyat* bahkan dapat dimaafkan.



- (1) Setiap orang yang merampas nyawa seorang lain, dipidana karena pembunuhan dengan pidana penjara paling singkat 3 (tiga) tahun dan paling lama 15 (lima belas) tahun.
- (2) Jika tindak pidana sebagaimana dimaksud pada ayat (1) dilakukan terhadap ibu, bapak, istri, suami, atau anaknya, maka pidananya dapat ditambah dengan 1/3 (satu per tiga).
- (3) Pembunuhan yang diikuti, disertai, atau didahului oleh suatu tindak pidana yang dilakukan dengan maksud untuk mempersiapkan atau mempermudah pelaksanaannya, atau untuk melepaskan diri sendiri atau peserta lainnya dari pidana dalam hal tertangkap tangan, atau untuk memastikan penguasaan barang yang diperolehnya secara melawan hukum, dipidana dengan pidana penjara seumur hidup atau

²⁵⁸ Keterangan lebih mendalam tentang falsafah dan tujuan pemidanaan Islam di atas antara lain dapat dilihat dalam tulisan Ibrahim Hussein, "Jenis-jenis Hukuman dalam Hukum Pidana Islam: Reinterpretasi terhadap Pelaksanaan Aturan", *Artikel* sumbangan dalam buku *Wacana Baru Fiqih Sosial*, yang diterbitkan dalam rangka memperingati 70 tahun KH. Ali Yafie, (Bandung: Mizan, 1997), hlm. 100.

pidana penjara paling singkat 5 (lima) tahun dan paling lama 20 (dua puluh) tahun.

Pasal 573

Setiap orang yang dengan rencana terlebih dahulu merampas nyawa orang lain, diancam karena pembunuhan berencana, dipidana dengan pidana mati atau dipidana penjara seumur hidup atau pidana penjara paling singkat 5 (lima) tahun dan paling lama 20 (dua puluh) tahun.

Pasal 574

- (1) Seorang ibu yang merampas nyawa anaknya pada saat atau tidak lama setelah dilahirkan, karena takut kelahiran anak tersebut diketahui orang lain, dipidana dengan pidana penjara paling singkat 1 (satu) tahun dan paling lama 7 (tujuh) tahun.
- (2) Orang lain yang turut serta melakukan perbuatan sebagaimana dimaksud pada ayat (1) dipandang sebagai melakukan pembunuhan.

BAB XXIII

TINDAK PIDANA PENGANIAYAAN

Pasal 582

- (1) Setiap orang yang melakukan penganiayaan, dipidana dengan pidana penjara paling singkat 1 (satu) tahun dan paling lama 7 (tujuh) tahun atau dipidana denda paling sedikit kategori III dan paling banyak kategori IV.

- (2) Jika tindak pidana sebagaimana dimaksud pada ayat (1) mengakibatkan luka berat, maka pembuat tindak pidana dipidana dengan pidana penjara paling singkat 2 (dua) tahun dan paling lama 9 (sembilan) tahun.
- (3) Jika tindak pidana sebagaimana dimaksud pada ayat (1) mengakibatkan matinya orang, maka pembuat tindak pidana dipidana dengan pidana penjara paling singkat 3 (tiga) tahun dan paling lama 12 (dua belas) tahun.
- (4) Percobaan melakukan tindak pidana sebagaimana dimaksud pada ayat (1) dipidana dengan pidana denda paling banyak kategori II.

Dalam RUU KUHP tidak ada diktum yang berbunyi bahwa pelaku pembunuhan dapat dikenakan hukum *qishas*, tetapi di Indonesia dikenal hukuman mati sebagai alternatif terakhir. Prinsip ini termasuk kolaborasi dengan doktrin *maqasid al-syariah*. Sebagaimana dijelaskan as-Syitibi, doktrin *maqasid al-syariah* menjelaskan bahwa tujuan akhir dari hukum adalah kemaslahatan atau kebaikan dan kesejahteraan umat manusia.²⁵⁹ Hukuman mati yang termuat dalam hukum Nasional yang bersifat eksepsional merupakan bentuk dan wujud dari tujuan hukuman, yakni di samping bersifat *jawibir* sebagai pembalasan bagi orang yang melanggar undang-undang, juga bersifat *zawawajir* yakni mencegah kepada terpidana untuk jera dan tidak mengulangi perbuatan pidananya, juga memberi pendidikan kepada orang lain agar tidak melakukan kejahatan serupa.

Di dalam KUHP maupun draft RUU KUHP 2016 belum disinggung tentang hukuman ganti rugi yang dibebankan kepada pelaku tindak pembunuhan karena kealpaan. Termasuk aturan ganti rugi yang dibebankan kepada keluarga sekiranya si pelaku tidak mampu membayar ganti. Konsep

²⁵⁹ Muhammad Khalid Mas'ud, *Filsafat Hukum Islam dan Perubahan Sosial*, terj. Yudian W. Asmin, (Surabaya: Al-Ikhlash, 1995), hlm. 225.

ini sangat penting dan sesuai dengan prinsip *maslahah* dengan pertimbangan seseorang tidak boleh dikenakan hukuman yang melebihi dari kesalahan terpidana. Juga pada praktiknya terjadi dalam masyarakat dengan sistem peradilan non-formal.

Islam melibatkan *aqilah* dalam menanggung beban *diyat*, bertujuan untuk ikut berbela sungkawa terhadap pelaku pembunuhan, untuk meringankan bebannya akibat dari perbuatan yang dilakukan tanpa sengaja. Secara tersurat, hal ini seolah-olah merupakan pengakuan terhadap sistem Arab yang menuntut anggota-anggota kabilah bekerja sama, saling menolong dan mendukung. Dalam hal ini, mayoritas ulama fikih berpendapat bahwa *aqilah* tidak bertanggung jawab atas *diyat* pembunuhan kesalahan, kecuali dalam nilai sepertiga ke atas, sedangkan di bawah sepertiga lainnya diambil dari harta si pelaku kejahatan. Selanjutnya, dari segi orang yang membayar *diyat* didahulukan kerabat yang dekat daripada yang jauh (ahli waris cadangan).²⁶⁰

Imam Malik dan Imam Ahmad berpendapat bahwa salah satu di antara *asabah* tidak diwajibkan atasnya jumlah tertentu dari *diyat*. Dalam hal ini, hakim berijtihad berapakah yang harus ditentukan kepada setiap orang di antara mereka dengan syarat tidak memberatkannya. Hakim mulai terlebih dahulu dari keluarga terdekat kemudian dekat lainnya. Imam Syafi'i berpendapat bahwa orang yang kaya membayar satu dinar dan orang yang miskin membayar setengah dinar dan ditertibkan sesuai dengan tingkatan kekerabatan. Bilamana pembunuh tidak mempunyai *asabah* nasab dan *wala'* (hamba yang dimerdekakan), maka *diyat*nya ditanggung oleh baitul mal.²⁶¹

Demikian pula bilamana pembunuhan adalah kebutuhan secara ekonomis tidak mampu, begitupun *aqilahnya* tidak mampu menanggung beban *diyat*, maka *baitul mal* lah yang menanggung beban *diyat*. Selain itu,

²⁶⁰ as-Sayyid Sabiq, *Fiqh as-Sunnah...*, Juz II, hlm. 559.

²⁶¹ Ahmad Hanafi, *Asas-asas Hukum Pidana Islam*, (Jakarta: Bulan Bintang 1993), hlm.

bila seorang Muslim dalam sebuah pertempuran terbunuh karena ia diduga kafir, maka *diyat*-nya ditanggung *baitul mal*. Dalam hal ini, Imam Syafi'i telah meriwayatkan bahwa Rasulullah Saw. telah membayar *diyat*-nya al-Yaman (anaknya Khuzaifah) yang telah dibunuh oleh orang-orang Islam karena mereka tidak mengetahuinya. Demikian pula orang yang mati karena berdesakkan, *diyat*nya dibebankan kepada *baitul mal*. Musyadad meriwayatkan bahwa seorang pria mati karena berdesakkan pada hari Jumat, kemudian Khalifah Ali r.a. menunaikan *diyat*nya yang diambil dari *baitul mal*.²⁶²

Sebagai uraian akhir dari masalah ini, para pengikut Imam Abu Hanifah berkesimpulan bahwa *diyat* pada masa itu dibebankan kepada harta pelaku kejahatan. Selanjutnya dikatakan bahwa sesungguhnya tolong menolong adalah inti dari bab *diyat* ini, oleh karenanya jika tolong menolong ada, maka *aqilah* pun ada begitu juga sebaliknya. Bilamana tidak ada kabilah-kabilah dan tidak ada prinsip tolong-menolong, maka *diyat* ditanggung oleh *baitul mal*. Apabila *baitul mal* tidak ada atau masih belum teratur, *diyat* ditanggung oleh pelaku tindak pidana.²⁶³

Alasan yang dijadikan dasar pembenaran terhadap pengecualian tersebut, sebagai berikut. *Pertama*, alasan keadilan. Jika si pelaku orang miskin, jika tidak diperkenankan adanya bantuan dari keluarga yang lain akan kehilangan hak si korban atau walinya dari hak kebendaan, karena faktor kemiskinan dari orang yang harus membayar *diyat*.

Kedua, meskipun *diyat* berupa hukuman, ia menjadi hak kebendaan bagi korban atau walinya, kalau pembuat saja yang membayar. Kebanyakan si korban atau walinya tidak dapat menerimanya karena pada umumnya orang yang membuat kekayaannya lebih sedikit dari jumlah harta yang harus diberikan untuk membayar *diyat*.

²⁶² As-Sayyid Sabiq, *Fiqh as-Sunnah*..., Juz II, hlm. 559.

²⁶³ *Ibid.*

Ketiga, kehidupan keluarga pada dasarnya adalah tolong-menolong dan kerja sama. Maka setiap terjadi *jarimah* yang semi sengaja atau tidak sengaja diperkenankan pelaku berhubungan dengan anggota keluarga lainnya. Karena *jarimah* tidak sengaja bisa terjadi sewaktu-waktu dan dapat menimpa kepada siapa saja. Oleh karena itu, sikap tolong-menolong dalam kasus ini sangat dijunjung tinggi oleh Islam. *Keempat*, pemeliharaan terhadap jiwa sangat dijunjung tinggi dalam Islam. Jika si pembuat tidak dapat membayar *diyat* sementara keluarga lain yang mampu tidak diperkenankan membantunya, hal ini sama dengan menyia-nyiakan nyawa si korban.²⁶⁴

Konsep ini menurut syariat Islam mengandung pesan agar semua pihak merasa bertanggung jawab dan sehingga harus berhati-hati agar tidak mudah terjadi tindak pidana yang merugikan pihak atau kepentingan lain. Selain itu, konsep tersebut juga menyiratkan komitmen kuat dari Islam dalam menawarkan hukum-hukumnya yang *victim oriented* karena melalui konsep *structural responsibility* tersebut, korban sangat diperhatikan hak-haknya oleh hukum.

3. Transformasi tentang Delik Pembunuhan dan Pelukaan

Peraturan *diyat* sudah sejak lama dilakukan oleh orang-orang Arab pada masa jahiliyah kemudian ditetapkan oleh Islam sesudahnya. *Diyat* telah diterapkan oleh Rasulullah Saw., untuk seorang lelaki merdeka dan Muslim sebanyak seratus ekor unta bagi pemilik unta, dua ratus ekor sapi bagi pemilik sapi, dua ribu ekor domba bagi pemilik domba, seribu dinar untuk pemilik emas, dua belas ribu dirham untuk pemilik perak dan dua ratus stel pakaian untuk pemilik pakaian. Jenis apa pun yang ditunaikan oleh orang yang terkena *diyat* harus diterima oleh wali korban sekalipun mereka

²⁶⁴ *Ibid.*, hlm. 289-291. *commit to user*

bukan pemilik barang tersebut, sebab secara prinsip pelaku kejahatan telah menunaikan kewajibannya.²⁶⁵

Di Mesir, Imam Syafi'i berpendapat bahwa untuk penduduk Syam dan Mesir serta penduduk Irak tidaklah diambil dari mereka kecuali hanya nilai harga unta berapapun harganya. Dari sini kemudian as-Sayyid Sabiq mengomentari bahwa dalil yang terkuat belum pernah ditetapkan oleh Rasulullah. Munculnya pemikiran baru untuk menetapkan nilai *diyat* selain unta harus diakui karena ada 'illat baru yang muncul dan memerlukan diterapkannya hal tersebut. Hal ini merupakan hasil pemikiran Umar r. a.

Para ulama fiqh bersepakat bahwa *diyat* diwajibkan terhadap pembunuhan kesalahan dan serupa kesengajaan, dan dalam kondisi kesengajaan yang dilakukan oleh orang yang kehilangan salah satu syarat *taklif*, seperti pembunuhan yang dilakukan oleh anak kecil dan orang gila. Selanjutnya, dalam kasus pembunuhan sengaja dimana kehormatan orang yang terbunuh lebih rendah daripada kehormatan pembunuh, seperti orang merdeka dan hamba sahaya.²⁶⁶ Demikian pula *diyat* diwajibkan atas orang yang sedang dan menindih orang lain sampai mati, juga terhadap orang yang jatuh menimpa orang lain sampai mati. Demikian pula wajib membayar *diyat* atas orang yang menggali lubang, lalu ada orang yang terperosok ke dalamnya sampai mati.²⁶⁷

Di kalangan para ulama muncul beberapa pendapat mengenai kadar dan macam *diyat*. Namun intinya, pendapat mereka berkisar pada masalah intensitas sekitar berat ringannya *diyat*. As-Sayyid Sabiq misalnya, ia menyimpulkan bahwa *diyat* adakalanya berat dan adakalanya ringan. Adapun *diyat* yang ringan dibebankan atas pembunuhan kesalahan dan *diyat* yang berat dibebankan atas serupa kesengajaan. Sementara *diyat* pembunuhan sengaja bilamana wali si korban memberi maaf. Imam Syafi'i

²⁶⁵ *Ibid.*, hlm. 552-553.

²⁶⁶ Ibn Rusyd al-Qurthubî, *Bidayah al-Mujtahid wa Nihâyat al-Muqtashid*, Juz II, (Beirut: Dâr Kutub al-‘Ilmiyah, 1993), hlm. 306. *commit to user*

²⁶⁷ As-Sayyid Sabiq, *Fiqh as-Sunnah*, Juz II, hlm. 553.

dan Imam Hambali berpendapat bahwa dalam kondisi demikian, *diyat* wajib diberatkan. Imam Abu Hanifah berpendapat bahwa dalam kasus tersebut tidak ada *diyat*, tetapi yang wajib ialah berdasarkan persetujuan kedua belah pihak. Demikian pula Imam Syafi'i dan yang lainnya berpendapat dalam kasus pembunuhan atau pelukaan yang terjadi di tanah haram dan pada bulan suci juga terhadap kerabat yang masih muhrim, *diyat* menjadi diberatkan. Hal ini karena syariat menganggap agung hal-hal tersebut sehingga menurut para ulama *diyat*nya pun diberatkan.²⁶⁸ Jumlah *diyat* yang diberatkan adalah sebanyak seratus unta, yang mana yang empat puluh di antaranya sedang mengandung tua.

Berkaitan dengan orang yang diwajibkan membayar *diyat*, dalam hal ini tidak ada perselisihan di kalangan *fuqaha* bahwa *diyat* pembunuhan tersalah diwajibkan kepada keluarga si pembunuh (*al-aqilah*) dan dia bisa ditangguhkan sampai waktu tiga tahun.²⁶⁹ Pembebanan kepada *aqilah* tersebut merupakan bentuk pengecualian (ketentuan khusus) dari keumuman firman Allah Swt. Surah al-Faathir 18:

وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَىٰ ۚ وَإِن تَدْعُ مُثْقَلَةٌ إِلَىٰ حِمْلِهَا لَا يُحْمَلْ مِنْهُ شَيْءٌ وَلَوْ كَانَ ذَا قُرْبَىٰ ۖ إِنَّمَا تُنذِرُ الَّذِينَ يَخْشَوْنَ رَبَّهُم بِالْغَيْبِ وَأَقَامُوا الصَّلَاةَ ۚ وَمَن تَرَكِيَ فَاِنَّمَا يَتَرَكَ لِنَفْسِهِ ۚ وَإِلَى اللَّهِ الْمَصِيرُ ﴿١٨﴾

Dan orang yang berdosa tidak akan memikul dosa orang lain.²⁷⁰ Dan jika seseorang yang berat dosanya memanggil (orang lain) untuk memikul dosanya itu tiadalah akan dipikulkan untuknya sedikitpun meskipun (yang dipanggilnya itu) kaum kerabatnya. Sesungguhnya yang dapat kamu beri peringatan hanya orang-orang yang takut kepada azab Tuhannya (sekalipun) mereka tidak melihatNya²⁷¹ dan mereka mendirikan sembahyang. Dan barangsiapa yang mensucikan

²⁶⁸ *Ibid.*, hlm. 555.

²⁶⁹ Ibn Rusyd al-Qurthubî, *Bidayah al-Mujtahid*....., hlm. 309.

²⁷⁰ Maksudnya: masing-masing orang memikul dosanya sendiri-sendiri.

²⁷¹ Sebagian ahli tafsir menafsirkan *bil ghaib* dalam ayat ini ialah ketika orang-orang itu sendirian tanpa melihat orang lain.

*dirinya, sesungguhnya ia mensucikan diri untuk kebaikan dirinya sendiri. Dan kepada Allahlah kembali(mu).*²⁷²

Tentang *diyat* pembunuhan sengaja, baik Ibn Rusyd, as-Sayid Sabiq, maupun Wahbah Az-Zuhaili berkomentar bahwa *jumhur fuqaha* telah sepakat bahwa dalam kasus tersebut *diyat* tidak ditanggung oleh *aqilah*, tetapi dibebankan pada harta pembunuhan.²⁷³

Selanjutnya, mengenai *diyat* kejahatan yang dilakukan oleh orang gila dan anak-anak, *fuqaha* berbeda pendapat tentang siapakah yang harus membayar *diyat*. Dalam hal ini Imam Malik, Imam Abu Hanifah, dan golongan *fuqaha* berpendapat bahwa seluruh *diyat* ditanggung oleh *aqilah*. Imam Syafi'i berpendapat bahwa kesengajaan yang dilakukan oleh anak-anak, *diyamya* adalah terhadap hartanya.²⁷⁴ Silang pendapat di antara mereka berpangkal kepada ketidak jelasan perbuatan anak-anak antara yang sengaja dan tersalah. *Fuqaha* yang memandang segi kemiripannya dengan tersalah lebih kuat, mewajibkan *diyat* atas *aqilah*.

Kata *al-aqilah* dalam bahasa Arab diambil dari kata *al-aql* yang berarti "darah menjadi tertahan tidak sampai dialirkan". Dari pengertian inilah menurut as-Sayid Sabiq kata *al-aql* diambil, karena akal fungsinya menahan orang dari keterlibatan dalam hal-hal yang buruk.²⁷⁵

Pengertian *aqilah* menurut terminologi fikih Islam adalah sekelompok orang yang menanggung *diyat*.²⁷⁶ Menurut *jumhur fuqaha Hijaz*, mereka berasal dari pihak ayah, yaitu keluarga "asabah", bukan *ahl diwan* (bukan penerimaan bantuan tetapi dari negara). Pengertian *aqilah* di zaman Nabi Saw. berarti kabilah dari pelaku kejahatan. Keadaan ini terus berlangsung pada masa pemerintahan Khalifah Umar r.a. di waktu ia mengadakan

²⁷² Q.S. al-Faathir (35): 18.

²⁷³ Ibn Rusyd al-Qurthubî, *Bidayah al-Mujtahid*....., hlm. 309.

²⁷⁴ *Ibid.*

²⁷⁵ As-Sayyid Sabiq, *Fiqih as-Sunnah*, Juz II, hlm. 309.

²⁷⁶ *Ibid.*

regularisasi militer dan menetapkan dewan-dewan. Ia kemudian menjadikan *aqilah* sebagai orang-orang yang duduk di dewan, berbeda dengan dahulu pada masa Rasulullah.²⁷⁷

Diyat yang diwajibkan kepada *aqilah* bisa diantarkan sampai pada masa tiga tahun. Adapun *diyat* yang diwajibkan pada harta si pembunuh maka harus disegerakan menurut pendapat Imam Syafi'i. Hal ini karena perpanjangan waktu hanya berlaku bagi *aqilah* guna memperingan mereka. Dengan demikian, keringanan tidak diberikan kepada si pembunuh yang dalam melakukan tindakannya bermotivasi sengaja.²⁷⁸

Selain dikenakan kepada kasus tindak pidana pembunuhan, *diyat* juga diwajibkan kepada pelukaan kepala (*syijaj*) dan pemotongan anggota badan. Mengenai hukum-hukum pelukaan kepala (*syijaj*), para *fuqaha* sepakat bahwa *diyat* dikenakan pada pelukaan *mudihah* yang dilakukan dengan sengaja. Sementara pelukaan yang kurang dari *mudihah* dikategorikan kepada pelukaan yang tidak sengaja dan tidak dikenai *diyat*, tetapi *hukumah*.²⁷⁹ Adapun *diyat* pada pemotongan anggota badan (*jurh*), maka besar nilai yang dikenakan masing-masing setengah *diyat* apabila anggota badan yang terkena *jarimah* berpasangan, sedangkan memperoleh *diyat* penuh apabila anggota badan tersebut tidak berpasangan.²⁸⁰

Selain yang dikenakan pada pelukaan kepala (*syijaj*) dan pemotongan anggota tubuh (*jurh*), *diyat* juga dikenakan pada *jarimah* menghilangkan manfaat anggota badan, yaitu akal, pendengaran, penciuman, kemampuan berbicara, perasaan, rasa pengunyahan, kekuatan inzal, lenyapnya kemampuan wanita untuk memiliki keturunan, lenyapnya kemampuan untuk bersetubuh, rusaknya saluran sehingga air mani tidak sampai ke rahim, lenyapnya daya gerak tangan sehingga lumpuh, demikian pula lenyapnya daya berjalan. Seluruhnya masing-masing wajib satu *diyat*,

²⁷⁷ *Ibid.*, hlm. 557.

²⁷⁸ Ibn Rusyd al-Qurthubî, *Bidayah al-Mujtahid*....., hlm. 309.

²⁷⁹ Ibn Rusyd al-Qurthubî, *Bidayah al-Mujtahid*....., hlm. 314.

²⁸⁰ Marsum, *Jinayah*...., hlm. 136-137.

sedangkan lenyapnya daya pandang, maka pada setiap mata dikenai setengah *diyat*.²⁸¹

Demikian pula dalam Islam, *diyat* dikenakan kepada janin yang mati dalam kandungan. Dalam hal ini, Syarbini al-Khafib berpendapat bahwa ada tiga kemungkinan terjadinya pengguguran kandungan. *Pertama*, dengan menggertak atau melakukan intimidasi. *Kedua*, dengan memukul atau memberikan obat. *Ketiga*, dengan tidak memberikan makanan sehingga berakibat gugurnya kandungan.²⁸² Apabila pengguguran janin sampai mengakibatkan meninggalnya si ibu, diharuskan kepada pelaku membayar *diyat*.²⁸³

Selanjutnya dalam ketentuan pembayaran *diyat* sebagaimana dikemukakan di atas selalu digunakan pengertian dan istilah hukuman (*arsy*) sebagai pengganti *diyat*, yakni ganti rugi menurut penetapan atau *ijtihad* hakim. Dalam hal ini hukuman diwajibkan dalam masalah yang pada dasarnya tidak terdapat ketentuan kadar mengenai *diyat* dan ia dinisbatkan kepada *diyat* jiwa dan anggota badan yang terkena *jarimah*.²⁸⁴

Adapun besar dan macam nilai *diyat* dalam masalah *diyat* jiwa sangat ditentukan oleh motif yang dilakukan oleh pelaku. Imam Syafi'i dalam hal ini membaginya menjadi dua macam, yaitu *diyat* ringan yang dikenakan kepada pembunuh tersalah dan *diyat* berat yang dikenakan kepada pembunuh sengaja dan mirip sengaja.²⁸⁵ Demikian pula terhadap pembunuhan dan perlukaan yang dilakukan di Tanah Suci. Dalam kasus pembunuhan sengaja bila pelaku dimaafkan, menurut jumhur *fuqaha*, *diyat* dibebankan kepada harta pembunuh, bukan ditanggung oleh keluarga.

²⁸¹ *Ibid.*, hlm. 137.

²⁸² Haliman, *Hukum Pidana Islam menurut Adjaran Ahli Sunah wal Jamaah*, (Jakarta: Bulan Bintang, 1968), hlm. 364-365.

²⁸³ As-Sayyid Sabiq, *Fiqh as-Sunnah....*, Juz II, hlm. 566.

²⁸⁴ Haliman, *Hukum Pidana Islam.....*, hlm. 364-365.

²⁸⁵ Ibn Rusyd al-Qurthubî, *Bidayah al-Mujtahid.....*, hlm. 304-305.

Adapun *diyat* tersalah, *diyat* tersebut diwajibkan kepada keluarga terbunuh.²⁸⁶

Pada *diyat* selain jiwa (*diyat* pelukaan dan *diyat* anggota badan), terbagi menjadi dua macam, yaitu *diyat* pelukaan kepala (*syijaj*) dan *diyat* pemotongan anggota badan (*jurh*). Mengenai pelukaan kepala, an-Nawawi membaginya menjadi *mudihah* (luka sampai tulang), apabila sampai menimbulkan cacat, maka *diyatnya* dapat ditambah setengahnya, *hasyimah* (luka sampai pecah tulang), *munaqqilah* (luka sampai melesakan tulang), *ma'mumah* (luka sampai kulit tengkorak), dan *ja'ifah* (pelukaan yang sampai ke bagian dalam).²⁸⁷

Selain pelukaan yang dianggap luka berat, terdapat juga jenis pelukaan ringan, seperti *dami'ah* (luka berdarah), *harisah* (terkelupas kulit), *badi'ah* (tergores daging), *mutalahhimmah* (luka sampai daging), dan *simhaq* (luka sampai lapis tulang). Para *fuqaha* telah sepakat bahwa hukuman *diyat* dikenakan pada pelukaan *mudihah* yang dilakukan dengan sengaja, sedangkan pelukaan yang kurang dari *mudihah* dikategorikan sebagai pelukaan yang tidak disengaja dan tidak dikenakan *diyat*, tetapi *hukumah* (*arsy*).²⁸⁸

Berkaitan dengan pemotongan anggota badan, dibagi menjadi enam belas macam. Adapun besarnya nilai *diyat* yang dikenakan masing-masing setengah *diyat* apabila anggota badan yang terkena *jarimah* berpasangan. Anggota badan tersebut di antaranya telinga, mata, kelopak mata, hidung, lidah, bibir, tangan, kaki, putting susu, pelir, zakar, pinggul, kemaluan wanita, kulit, dan rahang.

Selanjutnya, dalam ketentuan pembayaran *diyat* selalu digunakan pengertian dan istilah *hukumah* (*arsy*) sebagai ganti *diyat*, yakni ganti rugi menurut yang ditetapkan berdasarkan pertimbangan atau *ijtihad* hakim.

²⁸⁶ *Ibid.*, hlm. 309.

²⁸⁷ Marsum, *Jinayah....*, hlm. 136.

²⁸⁸ Ibn Rusyd al-Qurthubî, *Bidayah al-Mujtahid....*, hlm. 314.

Dalam hal ini, hukumah diwajibkan dalam masalah yang pada dasarnya tidak terdapat ketentuan kadar ganti rugi, dan *hukumah (arsy)* merupakan bentuk lain dari *diyat* yang dinisbatkan kepada *diyat* jiwa, juga dinisbatkan kepada *diyat* anggota badan yang terkena *jarimah*.²⁸⁹

Dari uraian di atas, dapat dicatat bahwa di dalam Islam, seluruh bentuk tindak pidana yang pelakunya terkena beban kewajiban membayar *diyat* adalah yang banyak berkaitan dengan kepentingan jiwa dan anggota badan manusia. Modus operandinya sering dilakukan dengan sengaja menampakkan motif dan ciri-ciri tertentu (kekerasan). Namun lebih dari itu, menurut Ahmad Hanafi,²⁹⁰ pada dasarnya kedua macam bentuk tindak pidana tersebut adalah satu model dan timbul dari satu motif pula. Sebab, dalam kasus tindak pidana pembunuhan pada umumnya dilakukan dengan penganiayaan atau pelukaan. Hanya saja sebagian penganiayaan lainnya dapat disembuhkan, dan yang terakhir ini lazim disebut penganiayaan, sedangkan terhadap keadaan yang pertama disebut pembunuhan.

Apabila bentuk tindak pidana tersebut sama, hukumnya juga sama. Sebaliknya, jika akibat dari kedua macam bentuk tindak pidana tersebut berbeda, besarnya hukuman juga harus dibedakan sesuai dengan besarnya tindak pidana dan kerugian yang diderita korban. Mengingat konsep di atas belum tampak dalam RUU KUHP mendatang, maka ajaran Islam tersebut kiranya cukup signifikan dan urgen untuk diakomodasikan. Terlebih lagi memperhatikan perkembangan ilmu viktimologi yang sangat penting sebagai ilmu bantu dari hukum pidana guna merumuskan kebijakan hukum yang ideal untuk penanggulangan kejahatan di masa mendatang.

²⁸⁹ Haliman, *Hukum Pidana Islam.....*, hlm. 364-365.

²⁹⁰ Ahmad Hanafi, *Asas-asas Hukum.....*, hlm. 306-307.