

DISERTASI

**PENERAPAN HUKUMAN CAMBUK DI ACEH
MENURUT SISTEM HUKUM PIDANA DI INDONESIA DALAM
PERSPEKTIF HAK ASASI MANUSIA**

*THE APPLICATION OF CANING PUNISHMENT IN ACEH
ACCORDING TO THE CRIMINAL LAW SYSTEM IN INDONESIA
FROM THE PERSPECTIVE OF HUMAN RIGHTS*



Oleh :

DEDY ARDIAN PRASETYO
201602026201

**PROGRAM DOKTOR ILMU HUKUM
UNIVERSITAS JAYABAYA
JAKARTA
2020**

Lembar Persetujuan Promotor

**PENERAPAN HUKUMAN CAMBUK DI ACEH
MENURUT SISTEM HUKUM PIDANA DI INDONESIA DALAM
PERSPEKTIF HAK ASASI MANUSIA**


***THE APPLICATION OF CANING PUNISHMENT IN ACEH
ACCORDING TO THE CRIMINAL LAW SYSTEM IN INDONESIA
FROM THE PERSPECTIVE OF HUMAN RIGHTS***

Disusun oleh :

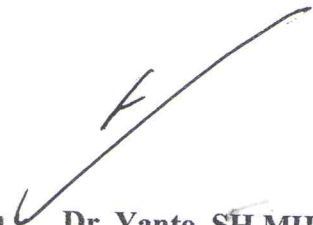
NAMA : DEDY ARDIAN PRASETYO

NIRM : 201602026201

Untuk Memenuhi Salah Satu Syarat Ujian Guna Memperoleh
Gelar Doktor Dalam Bidang Ilmu Hukum
Telah Disetujui Untuk Ujian Terbuka
Oleh Tim Promotor


Prof. Dr. H. Fauzie Yusuf Hasibuan, SH., M.Hum
Promotor


Prof. Dr. H. Abdul Manan., SH., S.IP., M.Hum
Ko-Promotor I


Dr. Yanto, SH.MH
Ko-Promotor II

LEMBAR PERSETUJUAN

**PENERAPAN HUKUMAN CAMBUK DI ACEH
MENURUT SISTEM HUKUM PIDANA DI INDONESIA DALAM
PERSPEKTIF HAK ASASI MANUSIA**

***THE APPLICATION OF CANING PUNISHMENT IN ACEH
ACCORDING TO THE CRIMINAL LAW SYSTEM IN INDONESIA
FROM THE PERSPECTIVE OF HUMAN RIGHTS***

Disusun oleh :

NAMA : DEDY ARDIAN PRASETYO

NIRM : 201602026201

Telah disetujui untuk diuji pada Ujian Terbuka pada
tanggal17 MAR 2020,

KETUA PROGRAM DOKTOR ILMU HUKUM



Prof. Dr. H. Fauzie Yusuf Hasibuan, SH., M.Hum

**PERNYATAAN KEASLIAN PENELITIAN
PROGRAM DOKTOR ILMU HUKUM
PASCASARJANA UNIVERSITAS JAYABAYA**

Dengan ini saya menyatakan bahwa :

Bertanda tangan dibawah ini :

Nama : **DEDY ARDIAN PRASETYO**

Perkerjaan : Mahasiswa S-3 Universitas Jayabaya Jakarta

Alamat : Jl. Ciwulan No. 4 B, Kel. Cipayung, Kec. Ciputat, Tangsel

Dengan ini menyatakan sebagai berikut :

1. Bahwa Penelitian ini dengan judul “Penerapan Hukuman Cambuk di Aceh Menurut Sistem Hukum Pidana di Indonesia Dalam Perspektif Hak Asasi Manusia” dibuat sendiri oleh Dedy Ardian Prasetyo, serta dibimbing oleh Promotor Prof. Dr. H. Fauzie Yusuf Hasibuan, SH., M.Hum, serta di bimbing oleh Ko-Promotor I Prof. Dr. H. Abdul Manan., SH., S.IP., M.Hum. dan Ko-Promotor II Dr. Yanto, SH.MH.
2. Penelitian ini tidak terdapat karya yang pernah di ajukan untuk memperoleh gelar kesarjanaan di suatu perguruan tinggi dan sepanjang pengetahuan penulis juga tidak terdapat karya atau pendapat yang pernah ditulis atau diterbitkan oleh orang lain, kecuali yang secara tertulis diacu dalam naskah ini dan disebutkan dalam daftar pustaka.

Jakarta, Maret 2020
Yang membuat pernyataan,

DEDY ARDIAN PRASETYO
201602026201

BAB I

PENDAHULUAN

A. Latar Belakang

Perkembangan sosio-politik-hukum di Aceh memasuki babak baru pasca ditandatanganinya perjanjian damai antara Pemerintah Republik Indonesia dengan Gerakan Aceh Merdeka (“GAM”). Perjanjian yang ditandatangani di Helsinki, Finlandia, pada tanggal 15 Agustus 2005 tersebut yang kemudian sering dikenal dengan “*Memorandum of Understanding (MoU) Helsinki*”,¹ merupakan langkah signifikan kedua belah pihak untuk menggunakan jalur diplomasi daripada konflik bersenjata.²

Secara prinsip *Memorandum of Understanding (MoU)* ini mengatur 6 hal penting yaitu (1) Penyelenggaraan Pemerintahan Aceh; (2) Hak Asasi Manusia; (3) Amnesti dan Reintegrasi ke dalam Masyarakat; (4) Pengaturan Keamanan; (5) Pembentukan Misi Monitoring Aceh; dan (6) Penyelesaian Perselisihan. Sebagai payung hukum dan politik penyelesaian konflik di Aceh, keberadaan MoU menjadi dasar bagi pengaturan penyelenggaraan pemerintahan di Aceh.

Dalam bidang penyelenggaraan pemerintahan Aceh, MoU³ ini mengamanatkan pembentukan undang-undang tentang pemerintahan Aceh,

¹ Naskah asli MoU Helsinki tertulis dalam bahasa Inggris dan diterjemahkan ke dalam bahasa Indonesia. Lihat, <http://www.aceh-mm.org/download/english/Helsinki%20MoU.pdf> (situs diakses 16 Juni 2010)

² Perjanjian damai antara Pemerintah RI dengan Gerakan Aceh Merdeka diprakarsai oleh Crisis Management Initiative dengan juru damainya adalah mantan Presiden Finlandia Martti Ahtisaari.

³ MoU Aceh, Pasal 1.1.1.

yang kemudian oleh Pemerintah RI diwujudkan dengan diundangkannya Undang-Undang No. 11 Tahun 2006 tentang Pemerintahan Aceh⁴. Secara khusus Undang-undang ini memberikan kewenangan penuh Pemerintah Aceh untuk melaksanakan kewenangan dalam semua sektor publik kecuali dalam bidang hubungan luar negeri, pertahanan luar, keamanan nasional, hal ihwal moneter dan fiskal, kekuasaan kehakiman dan kebebasan beragama, dimana kebijakan tersebut merupakan kewenangan Pemerintah RI sesuai dengan Undang-Undang Dasar Negara Kesatuan Republik Indonesia (“UUD 1945”).⁵

Dalam perumusan peraturan di tingkat daerah atau Qanun⁶, MoU⁷ mewajibkan bagi pembuat Qanun untuk merumuskan kembali ketentuan hukum bagi Aceh berdasarkan prinsip-prinsip universal hak asasi manusia sebagaimana tercantum dalam Kovenan Internasional Perserikatan Bangsa-bangsa mengenai Hak-hak Sipil dan Politik (Sipol)⁸ dan mengenai Hak-hak Ekonomi, Sosial dan Budaya (Ekosob)⁹. Dengan demikian pembuatan Qanun selain berpedoman pada undang-undang yang berlaku di Indonesia, juga harus selaras dengan peraturan-peraturan internasional yang disebut secara jelas oleh MoU.

Sebelum disetujuinya MoU Helsinki, pendekatan yang dipilih untuk menyelesaikan konflik Aceh lebih banyak *hard power*, yaitu dengan

⁴ Indonesia, *Undang-Undang tentang Pemerintahan Aceh*, UU No. 11, LN No. 62 Tahun 2006, TLN No. 4633.

⁵ Indonesia, Undang-Undang Dasar 1945 Amandemen ke-II.

⁶ Di Aceh, Qanun merupakan sebutan bagi Peraturan Daerah (Perda).

⁷ MoU Aceh Pasal 1.4.2

⁸ Indonesia, *Undang-Undang tentang Pengesahan International Covenant On Civil And Political Rights (Kovenan Internasional Tentang Hak-Hak Sipil Dan Politik)*, UU No. 12, LN No. 119 Tahun 2005, TLN No. 4558.

⁹ Indonesia, *Undang-Undang tentang Pengesahan International Covenant On Economic, Social And Cultural Rights (Kovenan Internasional Tentang Hak-Hak Ekonomi, Sosial Dan Budaya)*, UU No. 11, LN No. 118 Tahun 2005, TLN No. 4557.

kekerasan dan militer. Padahal, dalam diskursus resolusi konflik, masih ada opsi lain, yaitu *soft power*. Dalam wacana dan teori hubungan internasional, *soft power* sendiri relatif baru dikenal dalam pelaksanaan politik luar negeri dan diplomasi, termasuk dalam resolusi konflik. Joseph Nye, Jr., mendefinisikan *soft power* sebagai suatu kekuatan immaterial yang lebih menekankan pada citra non-kekerasan, dibandingkan dengan *hard power* yang lebih mengedepankan tindakan militer dan sanksi.

Pendekatan *soft power* lebih menekankan pada kekuatan non- militer. Kekuatan *hard power* lebih mengandalkan kekuatan fisik untuk memengaruhi negara lain, sedangkan *soft power* lebih mengutamakan pendekatan dengan kekuatan non-fisik yang berhubungan dengan "citra" suatu negara. *Hard power* berusaha untuk "menguasai" pihak lain dengan cara kekerasan, sedangkan *soft power* "memengaruhi" pihak lain dengan cara membangun citra positif dan nilai (*values*). Sumber-sumber kekuatan untuk membangun citra positif dapat dilakukan melalui promosi nilai-nilai yang terkandung dalam kebudayaan, cita-cita politik (seperti demokrasi), dan ide besar yang terkandung dalam kebijakan politik.

Pendekatan *soft power* ini, jika diterapkan dalam hubungan antar-negara, terutama dalam hubungan antara negara yang kuat dan negara yang lebih lemah, dipercaya lebih efektif untuk memengaruhi negara lain. Mengingat *soft power* itu lebih menekankan upaya mencitrakan diri secara positif melalui kebudayaan, nilai, dan ide besar dalam kebijakan politik, maka negara yang lebih lemah pun tidak akan merasa ditekan secara politik ketika ia dipengaruhi oleh negara kuat. Walaupun negara yang lebih lemah itu

terpengaruh oleh negara lain, itu lebih karena negara lemah tersebut merasa kagum atau memiliki kesan positif terhadap ide dan nilai yang dipromosikan oleh negara lain.

Dalam konteks relasi antar-negara, hubungan baik akan lebih mudah dicapai bila dilakukan melalui pendekatan *soft power*, karena *soft power* lebih mengedepankan pencitraan diri dengan menumbuhkan kekaguman/ketertarikan (*charms*) tanpa kekerasan (*disarms*). Sementara itu, *hard power* itu mengandalkan kekerasan, sehingga dapat menciptakan perlawanan (*resistance*) dan kebencian (*resentment*).

Disadari bahwa mulanya *soft power* ini diperkenalkan oleh Nye untuk menjelaskan interaksi hubungan politik antar-negara: bagaimana satu negara dengan segala kehebatannya, baik nilai dan kebijakan di bidang politik, ekonomi maupun sosial budaya, dapat memengaruhi negara lain, sehingga yang terakhir ini secara sukarela mengikuti keinginan pihak pertama, misalnya mencontoh kebijakan atau bekerja sama, karena didorong oleh kekaguman.

Soft power, yang per definisi dirujuk sebagai kekuatan non-fisik untuk "memengaruhi" pihak lain, dapat juga digunakan untuk menjelaskan hubungan Pusat-Daerah: bagaimana Pusat dapat memengaruhi Daerah agar dapat diajak bekerja sama. Dalam konteks Aceh, penerapan *soft power* dapat dimaknai sebagai upaya Pusat dalam memengaruhi Aceh, sehingga Aceh mau diajak bekerja sama untuk menyelesaikan konflik.

Konsep *hard power* dan *soft power* Nye tersebut sejatinya juga

menjelaskan bagaimana "cara" satu pihak menggunakan "kekuatan" (*force*) dan "pengaruh" (*influence*) terhadap pihak lain. Penggunaan power (*power exercise*) dalam kehidupan manusia sebetulnya tidak hanya terjadi pada konteks hubungan antar-negara. Fenomena *power exercise* juga dapat dilihat di dalam gejala pemerintahan, termasuk dalam hubungan Pusat dan Daerah. Dinamika hubungan Pusat-Daerah kerap kali diwarnai oleh tarik menarik kepentingan dalam wewenang pengambilan keputusan dan pengalokasian sumber-sumber. Untuk memperjuangkan atau mempertahankan kepentingannya, baik Pusat maupun Daerah tidak jarang menggunakan *power*, apakah itu dengan *hard power* (dengan kekerasan) atau dengan *soft power* (dengan dialog atau perundingan). Mengingat adanya fenomena penggunaan *power* dalam hubungan Pusat dan Daerah, maka konsep power, baik *hard power* maupun *soft power*, relevan untuk menjelaskan dinamika konflik antara Pusat dan Daerah, termasuk konflik Aceh.

Konflik Aceh pada akhirnya dapat diselesaikan dengan damai melalui dialog dan perundingan yang dimediasi oleh Mr. Martti Ahtisaari, mantan Presiden Finlandia, dari Crisis Management Initiative (CMI). Cara resolusi konflik Aceh melalui mediasi yang dipilih oleh Pemerintah Indonesia dan GAM sejatinya jamak dilakukan dalam tataran praksis dalam upaya menyelesaikan konflik. Seperti banyak dibahas dalam literatur ilmu hubungan internasional, setidaknya dikenal 3 (tiga) cara untuk menyelesaikan konflik, yaitu melalui: (a) negosiasi bilateral atau multilateral, (b) mediasi (perantara) oleh pihak ketiga, dan (c) keputusan hukum atau adjudikasi (*adjudication*) oleh lembaga independen.

Resolusi konflik melalui negosiasi adalah cara yang paling jamak dilakukan oleh negara atau pihak yang bertikai. Negosiasi ini dapat dilakukan secara bilateral jika konflik yang dibahas hanya menyangkut dua negara, tetapi jika melibatkan lebih dari dua negara negosiasi dilakukan secara multilateral.

Berbeda dengan negosiasi yang melibatkan kedua belah pihak yang bertikai dalam perundingan secara langsung, cara penyelesaian melalui mediasi dilakukan oleh pihak ketiga sebagai penengah atau perantara (mediator). Perlunya diadakan mediasi ini dilatarbelakangi oleh asumsi bahwa umumnya setiap konflik antara dua atau lebih pihak atau negara menunjukkan kecenderungan ke arah tindakan kekerasan dan penghancuran satu sama lain. Tindakan kekerasan pada tahapan lebih lanjut dapat membuat hubungan kedua belah pihak memburuk, sehingga kedua belah pihak sulit untuk berkomunikasi. Ketika kedua belah pihak tidak berkomunikasi inilah, sementara kekerasan terus berlanjut dan memakan korban sia-sia, peran mediasi dibutuhkan. Dalam tahapan konflik seperti ini, peran mediator adalah memulihkan kembali komunikasi antara pihak-pihak yang bertikai.

Resolusi konflik melalui ajudikasi/arbitrase dilakukan jika kedua belah pihak berdasarkan kesepakatan bersama mengajukan persengketaan mereka ke lembaga hukum yang independen. Dalam pembahasannya terhadap masalah yang dipersengketakan, lembaga tersebut lebih menekankan pada pertimbangan hukum internasional. Seperti halnya cara penyelesaian melalui negosiasi, ajudikasi/ arbitrase juga menekankan pentingnya kepentingan bersama di antara pihak-pihak yang bertikai untuk membawa

masalahnya ke proses hukum.

Pemilihan penggunaan ketiga cara resolusi konflik di atas tergantung pada jenis konflik yang akan diselesaikan. Menurut Miall, ada 2 (dua) jenis konflik, yaitu *symmetric conflict* dan *asymmetric conflict*. Terkait dengan konflik asimetris ini, Miall menjelaskan bagaimana sebuah konflik bertransformasi dari situasi yang penuh dengan kekerasan berkembang menuju ke upaya penyelesaian dengan cara damai. Dalam pandangannya, konflik simetris umumnya disebabkan oleh adanya perbenturan kepentingan antara dua pihak yang memiliki entitas dan legalitas yang sama.

Sedangkan konflik asimetris tidak hanya bersumber dari perbedaan kepentingan, tetapi juga disebabkan oleh struktur hubungan antara kedua belah pihak yang bertikai; satu pihak merupakan entitas yang legal dan mapan (*established*), seperti negara, dan pihak lain adalah kelompok penentang yang kelembagaannya tidak mapan dan tidak formal, seperti kelompok pemberontak. Meskipun disadari bahwa perbenturan kepentingan kedua belah pihak ini dapat saja dipicu oleh isu-isu tertentu, misalnya keadilan politik dan ekonomi, tetapi yang menjadi sumber utama konflik adalah struktur hubungan antara kedua belah pihak, terkait dengan status dan pola hubungan antara kedua belah pihak.

Sebagai subyek dan obyek perjanjian yang mengikat secara hukum dan politik, Pemerintah Aceh (eksekutif dan legislatif) berkewajiban untuk secara penuh melaksanakan dan menjabarkan dalam berbagai bentuk aturan di tingkat lokal yang selaras dengan mandat MoU. Dalam MoU tersebut

dimandatkan secara jelas bahwa segala aturan yang dibentuk oleh Pemerintah Aceh harus selaras dengan prinsip-prinsip universal hak asasi manusia, khususnya yang tercantum dalam Kovenan Internasional Sipol dan Ekosob.

Di lain sisi, UUD 1945 juga mengatur tentang penghormatan terhadap hak asasi manusia sebagaimana termaktub dalam Pasal 28A sampai 28J.¹⁰ Selain itu, hak asasi manusia juga diatur dalam dua undang-undang yaitu Undang-Undang No. 39 Tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia¹¹ dan Undang-Undang No. 26 Tahun 2000 tentang Pengadilan Hak Asasi Manusia¹².

Pembicaraan mengenai hak asasi manusia tidak akan terlepas dengan beberapa istilah lainnya, yaitu perlindungan, pemajuan, pemenuhan dan penghormatan. Namun bagaimanakah istilah tersebut dapat diartikan secara praktis terutama bila diperhatikan keadaan empiris yang ada, Kamus Besar Bahasa Indonesia (KBBI) mengartikan 'perlindungan' sebagai berikut.

Perlindungan:

- a. tempat berlindung;
- b. hal (perbuatan dan sebagainya) memperlindungi;

Ada banyak konsep perlindungan yang dikenal, dan salah satunya adalah istilah yang sering dipergunakan di dalam setiap instrumen hak asasi manusia internasional maupun nasional. Salah satu contoh yang dapat diperhatikan adalah pada saat membicarakan hak anak. Pada pasal 2 paragraf 2

¹⁰ Indonesia, Undang-Undang Dasar 1945 Amandemen ke-II.

¹¹ Indonesia, *Undang-Undang tentang Hak Asasi Manusia*, UU No. 39, LN No.165 Tahun 1999, TLN No. 3886.

¹² Indonesia, *Undang-Undang tentang Pengadilan Hak Asasi Manusia*. UU No. 26 Tahun 2000, LN No. 208 Tahun 2000, TLN No. 4026.

Konvensi tentang Hak Anak menyebutkan:

Negara-negara Peserta harus mengambil langkah-langkah yang layak untuk memastikan bahwa anak dilindungi dari segala bentuk diskriminasi atau hukuman yang didasarkan pada status, kegiatan, pendapat yang disampaikan, atau kepercayaan orang tua anak, walinya yang sah, atau anggota keluarganya.¹³

Selain di dalam Konvensi tentang Hak Anak, konsep tentang perlindungan juga ditemukan di dalam pasal 13 Konvensi Menentang Penyiksaan dan Perlakuan atau Hukuman Lain yang Kejam, Tidak Manusiawi, dan Merendahkan Martabat Manusia. Bunyi pasal tersebut selengkapnya sebagai berikut:

Setiap Negara Peserta harus menjamin agar setiap orang yang menyatakan bahwa dirinya telah disiksa dalam wilayah kewenangan hukumnya mempunyai hak untuk mengadu, dan agar kasusnya diperiksa dengan segera dan tidak memihak oleh pihak-pihak yang berwenang. Langkah-langkah harus diambil untuk menjamin bahwa orang yang mengadu dan saksi-saksi dilindungi dan segala perlakuan buruk atau intimidasi sebagai akibat dan kesaksian mereka.¹⁴

Kedua petikan ketentuan di atas hanya merupakan contoh mengenai bagaimana terminologi 'perlindungan' dipergunakan di dalam berbagai substansi instrumen hak asasi manusia, khususnya di dalam hukum internasional. Beberapa Konvensi sebagaimana tersebut di atas telah

¹³ Pasal 2 paragraf 2 Konvensi tentang Hak Anak

¹⁴ Pasal 13 Konvensi Menentang Penyiksaan dan Perlakuan atau Hukuman Lain yang Kejam Tidak Manusiawi dan Merendahkan Martabat Manusia. Beberapa Konvensi telah diratifikasi oleh Indonesia, antara lain:

- Undang-undang Republik Indonesia Nomor 7 Tahun 1984 tentang Pengesahan Konvensi tentang Penghapusan Segala Bentuk Diskriminasi terhadap Perempuan;
- Kepres No. 36 Tahun 1990 tentang Pengesahan Konvensi tentang Hak Anak;
- Undang-undang No.5 Tahun 1998 tentang Pengesahan Konvensi Menentang Penyiksaan dan Perlakuan atau Penghukuman Lain yang Kejam, Tidak Manusiawi, atau Merendahkan Martabat Manusia; dan
- Undang-undang No. 29 Tahun 1999 tentang Pengesahan Konvensi tentang Penghapusan Segala Bentuk Diskriminasi Rasial.

diratifikasi oleh Indonesia sebagai Negara Peserta di dalamnya.¹⁵ Bagaimana konsep perlindungan hak asasi manusia dikenal dan diterjemahkan ke dalam sistem hukum nasional? Perhatikan petikan ketentuan di bawah ini.

Setiap orang berhak atas pengakuan, jaminan, perlindungan, dan kepastian hukum yang adil serta perlakuan yang sama di hadapan hukum.⁷

Cukup jelas bahwa ketentuan di atas menjamin adanya 'perlindungan' sebagai wujud kepedulian Indonesia sebagai suatu Negara khususnya terhadap hak asasi manusia warga negaranya, karena ketentuan tersebut di atas merupakan salah satu pasal di dalam Undang-Undang Dasar 1945. Kemudian, di dalam Undang-undang Nomor 39 tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia juga cukup dijelaskan sebagai berikut:

Negara Republik Indonesia mengakui dan menjunjung tinggi hak asasi manusia dan kebebasan dasar manusia sebagai hak yang secara kodrati melekat pada dan tidak terpisahkan dan manusia, yang harus dilindungi, dihormati, dan ditegakkan demi peningkatan martabat kemanusiaan, kesejahteraan, kebahagiaan, dan kecerdasan serta keadilan.¹⁶

Bagaimana kemudian perlindungan hak asasi manusia itu seharusnya dijabarkan di dalam kerangka rasional dan dalam mengimplementasikan kesepakatan internasional mengenai hak asasi manusia? Terlepas dari segi normatif yang sudah dijelaskan sebelumnya, ada beberapa kewajiban negara sebagai subyek hukum internasional dalam kerangka hak asasi manusia, yang biasa dikenal dengan sebutan '*generic obligation*'. *Generic obligation*

¹⁵ Pasal 28D Undang-undang Dasar 1945

¹⁶ Pasal 2 Undang-undang No. 39 Tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia

yang dimaksudkan tersebut adalah *to respect*, *to protect* dan *to fulfill*. Perlu dicermati misalnya mengenai setiap hak asasi manusia, katakanlah hak-hak sebagai berikut:

- a. hak atas pendidikan (*right to education*);
- b. hak atas peradilan yang berimbang (*right to a fair trial*);
- c. hak atas kebebasan dari penyiksaan (*right to be free from torture*)

Di dalam mencermati hak asasi sebagaimana tersebut di atas akan sangat terkait dengan beberapa kondisi yang harus dipenuhi atau seharusnya tercipta, untuk hak asasi yang tersebut di atas misalnya akses atas pendidikan, kesempatan atas peradilan yang berimbang, dan kebebasan dari penyiksaan. Keadaan tersebut merupakan suatu standar, yang di dalam perspektif ekonomi, sosial dan budaya seharusnya merupakan gambaran dan kualitas hidup tertentu. Jika perspektif ekonomi, sosial dan budaya dipadukan dengan perspektif hak asasi maka akan didapatkan standar hak asasi manusia yang harus dipenuhi dalam rangka perlindungan hak asasi manusia bidang ekonomi, sosial dan budaya. Melalui pemahaman tentang standar hak asasi manusia, maka setiap orang seharusnya menikmati standar tersebut, dan negara berkewajiban melakukan setiap tindakan yang terbaik dalam rangka memastikan bahwa warga negaranya dapat menikmatinya. Oleh karena itu, perlu penjabaran mengenai hal ini yang dapat digambarkan sebagai berikut:¹⁷

1. Negara tidak boleh meniadakan suatu standar hak asasi manusia. Hal ini dimaksudkan bahwa setiap lembaga atau otoritas Negara tidak boleh

¹⁷ Circle of Rights, *Economic, Social and Cultural Rights Activism: a Training Resource* (2000), hlm. 58-159.

membiarkan warga negaranya belajar dengan sendirinya, negara tidak boleh membiarkan proses peradilan yang tidak berimbang, negara juga tidak boleh membiarkan penyiksaan terjadi. Kewajiban yang digolongkan pada hal tersebut di atas disebut kewajiban untuk menghormati (*to respect*) standar hak asasi manusia, secara singkat disebut kewajiban untuk menghormati (*obligation to respect*). Kewajiban ini suatu waktu juga disebut sebagai kewajiban negatif (*negative obligation*), khususnya pada saat dinyatakan bahwa negara tidak boleh melakukan penyiksaan terhadap warga negaranya, meniadakan kesempatan pendidikan, menyelenggarakan peradilan yang tidak berimbang.

2. Negara juga memastikan standar hak asasi manusia dinikmati oleh setiap orang, sehingga negara harus mencegah pihak ketiga untuk merusak standar hak asasi manusia. Di dalam konteks hak atas pendidikan, negara harus memastikan setiap anak tidak dilarang untuk sekolah (misalnya oleh orang tua mereka). Negara harus mencegah para hakim untuk berbuat curang yang berpengaruh pada proses peradilan yang tidak berimbang. Negara juga harus mencegah anak-anak atau para istri dari penyiksaan oleh suami atau orang tua mereka. Kewajiban negara dalam hal ini dapat digolongkan sebagai kewajiban untuk melindungi hak asasi manusia, secara singkat disebut kewajiban untuk melindungi (*obligation to protect*). Kewajiban ini juga disebut sebagai kewajiban positif (*positive obligation*) dengan kata lain mewajibkan negara untuk tidak diam akan tetapi aktif untuk melakukan tindakan.
3. Selain kewajiban negatif dan positif yang disebutkan di atas, negara mempunyai keharusan untuk melakukan tindakan-tindakan yang selayaknya diambil dalam rangka memastikan bahwa hak asasi manusia tercapai. Di dalam konteks hak asasi yang dicontohkan sebelumnya, negara harus memberikan upaya untuk menanggulangi proses peradilan yang tidak berimbang. Negara harus menjamin akses atas pendidikan baik publik maupun swasta. Negara juga yang berkewajiban untuk memberikan intervensi dalam situasi untuk menghentikan penyiksaan. Di dalam pelaksanaannya negara harus memberikan keleluasaan akses kepada sumber daya yang tersedia, jika dianggap perlu, memberikan jaminan hukum kepada kelompok yang menjadi korban ketidakadilan lembaga peradilan. Seluruh kebijakan tentang pemenuhan hak asasi manusia perlu dibentuk. Kewajiban ini disebut juga kewajiban positif yaitu kewajiban untuk memenuhi.

Apabila ilustrasi bagaimana satu aspek standar hak asasi manusia dijabarkan dalam ketiga kewajiban digambarkan secara detail di dalam

diagram di bawah ini. Karakteristik dan kewajiban negara dapat diringkas dalam satu kalimat: Negara harus menghormati, melindungi dan memenuhi standar hak asasi manusia. Kewajiban ini disebut sebagai kewajiban generik (*generic obligations*).

Aspek Hak	Kewajiban Menghormati	Kewajiban Melindungi	Kewajiban Memenuhi
Aksesibilitas	Tidak boleh mengurangi akses yang selama ini ada atas makanan bagi setiap orang	Tidak membiarkan pihak mana pun untuk melanggar penikmatan (misalnya pembangunan lapangan golf, dll)	Menetapkan program untuk menjamin akses yang lebih atas makanan
	Tidak boleh mengurangi tingkat kebutuhan pangan yang saat ini ada	Tidak mengizinkan pencemaran bahan pangan dan kualitas makanan (misalnya melalui pupuk tanaman)	Mengambil langkah untuk meningkatkan jumlah bahan dan kualitas gizi makanan

Pembicaraan tentang kewajiban Negara Indonesia dalam perlindungan hak asasi manusia dalam konteks bangsa Indonesia tidak akan terlepas dari dasar-dasar yuridis berkenaan dengan hal tersebut. Ketentuan di dalam *Bill of Rights* sebagaimana tercantum di dalam TAP MPR No. XVII/MPR/1998 tentang Hak Asasi Manusia, misalnya ketentuan yang menyatakan sebagai berikut:

Perlindungan, pemajuan, penegakan, dan pemenuhan hak asasi

manusia terutama menjadi tanggung jawab Pemerintah.¹⁸

Selain ada pada tingkat Ketetapan MPR, dalam rangka menegakkan dan melindungi hak asasi manusia ketentuan tersebut di atas lalu dituangkan dalam undang-undang sebagai ketentuan pelaksanaan dan peraturan di atasnya. Adapun ketentuan pelaksanaan ini berbunyi sebagai berikut:

Pemerintah wajib dan bertanggung jawab menghormati, melindungi, menegakkan dan memajukan hak asasi manusia yang diatur dalam undang-undang ini, peraturan perundang-undangan lain, dan hukum internasional tentang hak asasi manusia yang diterima oleh negara Republik Indonesia.¹⁹

Selanjutnya juga dijelaskan bahwa:

Kewajiban dan tanggung jawab Pemerintah sebagaimana dimaksud dalam pasal 71, meliputi langkah implementasi yang efektif dalam bidang hukum, politik, ekonomi, sosial, budaya, pertahanan keamanan negara, dan bidang lain.²⁰

Dalam perlindungan kelompok khusus sebagaimana diperlukan juga bagi setiap orang, hak asasi manusia mengenal berbagai bentuk perlindungan atau yang telah disinggung sebelumnya dengan istilah '*protection*'. Akan tetapi perlu pula dikemukakan di sini bahwa ada beberapa prinsip yang dianut dalam pemajuan dan perlindungan hak asasi manusia bagi setiap orang yang salah satunya adalah prinsip non-diskriminasi. Prinsip ini perlu terlebih dahulu dikembangkan karena merupakan ide dasar bagi pemajuan dan perlindungan hak asasi manusia.

¹⁸ Pasal 43 TAP MPR No. XVII/MPR/1998 tentang Hak Asasi Manusia.

¹⁹ Pasal 71 Undang-undang No. 39 Tahun 1999

²⁰ Pasal 72 Undang-undang No. 39 Tahun 1999

Sebagai suatu acuan legal formal, prinsip nondiskriminasi dapat dilihat dalam berbagai instrumen HAM secara internasional maupun yang telah ada di Indonesia yang berlaku secara nasional. Dalam Deklarasi Universal Hak Asasi Manusia (disingkat: DUHAM) ditemukan dasar dari ketentuan sebagai berikut.

Setiap orang berhak atas semua hak dan kebebasankebebasan yang tercantum di dalam Pernyataan ini tanpa perkecualian apa pun, seperti ras, warna kulit, jenis kelamin, bahasa, agama, politik atau pendapat yang berlainan, asal mula kebangsaan atau kemasyarakatan, hak milik, kelahiran ataupun kedudukan lain.

Di samping itu, tidak diperbolehkan melakukan perbedaan atas dasar kedudukan politik, hukum atau kedudukan internasional dari negara atau daerah dari mana seseorang berasal, baik dari negara yang merdeka, yang berbentuk wilayah-wilayah perwalian, jajahan atau yang berada di bawah batasan kedaulatan yang lain.²¹

Secara nasional, Indonesia telah pula mencantumkan prinsip non-diskriminasi ini di dalam Undang-undang No. 39 Tahun 1999 tentang Hak Asasi manusia khususnya di dalam Pasal 3 ayat (3) yang berbunyi sebagai berikut.

Setiap orang berhak atas perlindungan hak asasi manusia dan kebebasan dasar manusia, tanpa diskriminasi.

Sebagai bentuk pengenalan dan prinsip dasar, non diskriminasi juga dicantumkan di dalam Deklarasi maupun Konvensi yang merupakan instrumen HAM secara internasional. Prinsip non-diskriminasi dapat ditemukan di dalam Konvensi tentang Hak-hak Sipil dan Politik, Konvensi

²¹ Pasal 2 Deklarasi Universal Hak Asasi Manusia

Hak Anak, Konvensi tentang Penghapusan Segala Bentuk Diskriminasi terhadap Perempuan, Konvensi tentang Perlindungan Hak-hak Buruh Migran dan Anggota Keluarganya dan instrumen HAM internasional lainnya.

Selain prinsip *non-diskriminasi* yang perlu diberlakukan dalam pemajuan dan perlindungan kelompok khusus, harus pula diingat tentang adanya suatu bentuk upaya tentang penghapusan kekerasan. Seperti prinsip *non-diskriminasi* sebagaimana diilustrasikan di atas, anti-kekerasan juga merupakan kepedulian dunia internasional dan Indonesia dalam pemajuan dan perlindungan HAM bagi setiap warga negara. Bentuk perlindungan yang diberikan dalam perundang-undangan di Indonesia dapat berupa ketentuan sebagai berikut:

Setiap orang berhak untuk bebas dari penyiksaan, penghukuman, atau perlakuan yang kejam, tidak manusiawi, merendahkan derajat dan martabat kemanusiaannya.²²

Upaya penghapusan segala bentuk kekerasan perlu dilakukan di Indonesia, hal ini juga dilakukan terhadap kelompok-kelompok tertentu yang dinilai sangat rentan terhadap perlakuan kekerasan. Salah satu yang telah dilakukan di Indonesia adalah perlindungan kekerasan terhadap perempuan yang telah melahirkan produk perundang-undangan seperti Undang-undang No. 23 Tahun 2004 tentang Kekerasan Dalam Rumah Tangga.

²² Pasal 33 ayat (1) Undang-undang RI No. 39 Tahun 1999 tentang HAM

Kenyataan politik-hukum di Aceh menunjukkan fakta pemberlakuan qanun-qanun bernafaskan syariah Islam telah diterima secara filosofis, sosiologis, dan yuridis. Penerimaan ini termanifestasi dalam banyak qanun yang telah dikeluarkan oleh Pemerintah Aceh sebagai bagian dari keinginan menerapkan syariat Islam secara menyeluruh dalam aspek kehidupan politik dan masyarakat Aceh. Meskipun demikian, bukan tanpa kritikan pemberlakuan qanun-qanun yang menerapkan syariat Islam seperti hukum Jinayah, dimana salah satu jenis hukumannya adalah dengan hukuman cambuk.

Dalam Qanun No. 6 Tahun 2014 tentang Hukum Jinayah mereka yang meminum alkohol (*khamar*)²³, Pasal 15 ayat (1) Qanun *aquo* tersebut menjatuhkan hukuman cambuk sebanyak 40 kali.²⁴ Dalam Qanun Jinayah ini yang dikategorikan dalam kejahatan adalah *khamar*, *maisir*,²⁵ *khalwat*,²⁶

²³ Khamar sebagai minuman yang mengandung zat memabukkan dan atau mengandung alkohol, bila dikonsumsi dapat menyebabkan kecanduan, terganggu kesehatan dan atau kesadaran. (Pasal 1 Angka 21 Qanun Jinayah)

²⁴ Dalam hukum Islam dikenal adanya beberapa ketentuan seperti hudud, qishash, dan ta'zir. Yang dimaksud dengan hudud adalah ketentuan-ketentuan pidana yang telah diatur secara tegas dan jelas termasuk jenis hukumannya dalam Al Quran atau Sunnah Rasul. Contohnya, mencuri, menyamun, berzina, dan memfitnah. Sedangkan Qishash adalah pembalasan setimpal sehubungan dengan pembunuhan atau penganiayaan dimana hak menentukan hukumannya diserahkan kepada korban atau ahli waris korban, apakah ingin membalas yang setimpal atau membayar denda atau memaafkan pelakunya. Adapun Ta'zir adalah ketentuan yang diatur oleh penguasa atau hakim selain dari kedua hal di atas (hudud dan qishash). Fungsinya adalah untuk mengisi kekosongan hukum. Misalnya saja tentang percobaan pembunuhan, atau percobaan pencurian, atau percobaan perzinahan, yang tidak diatur dalam syariat Islam. Di sini, penguasa atau hakim diberikan wewenang untuk menentukan besarnya hukumannya yang harus diterima oleh pelaku tindak pidana.

²⁵ Maisir adalah setiap perbuatan yang mengandung unsur taruhan, yang dilakukan antara dua pihak atau lebih, yang bersepakat bahwa pihak yang menang akan mendapat bayaran dari pihak yang kalah secara langsung atau tidak langsung. (Pasal 1 Angka 22 Qanun Jinayah)

²⁶ Khalwat adalah perbuatan berada pada tempat tertutup atau tersembunyi antara dua orang yang berlainan jenis kelamin yang bukan muhrim dan tanpa ikatan perkawinan. (Pasal 1 Angka 23 Qanun Jinayah)

Ikhtilathh,²⁷ zina,²⁸ dan atau pemerkosaan²⁹. Jumlah hukuman cambuk dapat dilihat dalam tabel 1. Namun demikian, penjatuhan hukuman memberikan peluang hakim memilih jenis hukumannya. Hal ini karena pada rumusan pasalnya menyebut rumusan "atau" (bukan "dan", "dan/atau") sehingga pilihan bagi hakim untuk menjatuhkan hukuman.

Sebagai contoh rumusan Pasal 15 ayat (1) yang berbunyi: "Setiap Orang yang dengan sengaja minum Khamar diancam dengan Uqubat cambuk 40 (empat puluh) kali". Ayat (2) "Setiap Orang yang mengulangi perbuatan sebagaimana dimaksud pada ayat (1) diancam dengan Uqubat Hudud cambuk 40 (empat puluh) kali ditambah Uqubat Ta'zir cambuk paling banyak 40 (empat puluh) kali atau denda paling banyak 400 (empat ratus) gram emas murni atau penjara paling lama 40 (empat puluh) bulan."³⁰

Tabel 1.

Hukuman Bagi Pelaku Kejahatan

Jenis Kejahatan	Maksimal Hukuman Cambuk	Jumlah Maksimal Denda	Maksimal Penjara	Pasal	Pengulangan tindak pidana
Khamar	40 x	400 gram Emas	40 bulan	Pasal 15	2 x ancaman hukuman
Maisir	12 x	120 gram	12 bulan	Pasal 18	2 x ancaman

²⁷ Ikhtilathh adalah perbuatan bermesraan antara laki-laki dan perempuan yang bukan suami isteri atau muhrim baik pada tempat tertutup atau terbuka. (Pasal 1 Angka 24 Qanun Jinayah)

²⁸ Zina adalah persetubuhan antara seorang laki-laki dan seorang perempuan, yang bukan suami isteri dengan kerelaan kedua belah pihak. (Pasal 1 Angka 26 Qanun Jinayah)

²⁹ Pemerkosaan adalah penetrasi seksual terhadap faraj atau dubur korban dengan zakar pelaku atau benda lainnya yang digunakan pelaku atau mulut pelaku terhadap faraj korban atau zakar pelaku terhadap mulut korban, dengan kekerasan atau paksaan atau ancaman terhadap korban. (Pasal 1 Angka 30 Qanun Jinayah)

³⁰ Qanun No. 6 Tahun 2014 tentang Hukum Jinayat.

		Emas			hukuman
Khalwat	10 x	100 gram Emas	10 bulan	Pasal 23	2 x ancaman hukuman
Ikhtilathh	30 x	300 gram Emas	30 bulan	Pasal 28	2 x ancaman hukuman
Zina	100 x	120 gram Emas	12 bulan	Pasal 33	2 x ancaman hukuman
Pelecehan Seksual	45x	450 gram emas	45 bulan	Pasal 47	
Pemeriksaan	125 - 175 x	1.250 – 1.750 gram Emas	175 bulan	Pasal 48	2 x ancaman hukuman

Pro kontra pendapat mengenai pemberlakuan Qanun Jinayah ini dilandasi pada sudut pandang masing-masing yang diyakininya. Kalangan yang pro atau setuju terhadap pemberlakuan Qanun Jinayah ini berpendapat bahwa kekhususan Aceh sebagaimana dimaksud dalam UU No. 11 Tahun 2006 digunakan sebagai landasan yuridis penerapan qanun tersebut. Secara filosofis dan sosiologis, masyarakat Aceh secara turun temurun telah menganut agama Islam. Disamping itu, mayoritas penduduk di Aceh yang beragama Islam dianggap sebagai bukti bahwa penerapan Syariah Islam secara menyeluruh merupakan cara terbaik untuk masa depan Aceh, baik secara sosial maupun politik. Pada politik identitas, identitas ke-Islam-an Aceh dianggap memiliki nilai lebih dibanding provinsi-provinsi lain di Indonesia.

Sedangkan penentang Qanun Jinayah melihat bahwa pemberlakuan hukum pidana Islam ini hendaknya melihat 3 aspek yaitu filosofis, sosiologis

dan yuridis. Penekanan aspek yuridis dalam konteks ini menjadi mengemuka. Aspek yuridis perlu ditelaah lebih mendalam dan komprehensif dengan mempertimbangkan secara seksama tata urutan peraturan perundang yang berlaku di wilayah Negara Kesatuan Republik Indonesia. Dalam UU No. 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan menempatkan UUD 1945 sebagai sumber hukum dasar dalam peraturan perundang-undangan di Indonesia.³¹ Selain itu butuh harmonisasi dan sinkronisasi banyak peraturan perundang-undangan lain agar Qanun tersebut tidak bermasalah setelah diundangkannya.³²

Bersandar pada UU No. 12 Tahun 2011, asas-asas yang dipakai sebagai landasan dalam pembentukan peraturan perundang-undangan yang baik meliputi:³³

- a. Kejelasan tujuan;
- b. Kelembagaan atau pejabat pembentuk yang tepat;
- c. Kesesuaian antara jenis, hierarki, dan materi muatan;
- d. Dapat dilaksanakan;
- e. Kedayagunaan dan kehasilgunaan;
- f. Kejelasan rumusan; dan
- g. Keterbukaan.

Sedangkan jenis dan tata urutannya adalah sebagaimana termaktub dalam Pasal 7 ayat (1) yaitu:

- a. Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945;
- b. Ketetapan Majelis Permusyawaratan Rakyat;

³¹ Indonesia, *Undang-Undang tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan*, UU No. 12, LN No. 82 Tahun 2011, TLN No. 5234.

³² Misalnya saja, apabila ada kasus yang dimintakan Kasasi ke Mahkamah Agung, tentu saja lembaga tertinggi dibidang yudikatif ini akan memakai prosedur dan aturan yang selama ini berlaku, yaitu memutuskan menggunakan hukum acara yang dipakai oleh MA, bukan oleh Mahkamah Syariah.

³³ Indonesia, *Undang-Undang tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan*, UU No. 12, LN No. 82 Tahun 2011, TLN No. 5234., Pasal 5.

- c. Undang-Undang/Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang;
- d. Peraturan Pemerintah;
- e. Peraturan Presiden;
- f. Peraturan Daerah Provinsi; dan
- g. Peraturan Daerah Kabupaten/Kota.

Dalam tata urutan di atas memang posisi peraturan daerah (Qanun) terletak pada posisi paling bawah. Artinya, pembuatan dan materi yang diatur dalam peraturan daerah tersebut tidak boleh bertentangan dengan peraturan di atasnya. Hans Kelsen menjelaskan hal ini dalam teori *Stufenbau* yaitu teori mengenai sistem hukum yang menyatakan bahwa sistem hukum merupakan sistem anak tangga dengan kaidah berjenjang dimana norma hukum yang paling rendah harus berpegangan pada norma hukum yang lebih tinggi, dan kaidah hukum yang tertinggi (seperti konstitusi) harus berpegangan pada norma hukum yang paling mendasar (*grundnorm*).³⁴

Menjadi bahasan menarik bahwa posisi MoU dalam tata hirarki perundangan kita tidak terlalu tampak secara eksplisit. Namun, pembenaran atas posisi MoU bisa dilihat dari 'keterikatan' Pemerintah RI dalam beberapa konvensi diplomatik dimana kebiasaan-kebiasaan perjanjian tersebut mengikat Indonesia apabila Indonesia menandatangani. Selain keterikatan Pemerintah RI, Dewan Perwakilan Rakyat RI juga memberikan pengesahan atas inisiatif Pemerintah RI untuk berunding dan menghasilkan perjanjian damai dengan GAM untuk mengakhiri konflik bersenjata tersebut.

³⁴ Hans Kelsen. *Teori Hukum Murni, Dasar-Dasar Ilmu Hukum Normatif* (The Pure Theory of Law), Jakarta: Nusamedia, 2008, hlm. 179-189

Hukum merupakan suatu perangkat norma-norma, baik yang benar maupun yang salah, yang dibuat atau diakui eksistensinya oleh pemerintah, yang dituangkan secara tertulis maupun tidak tertulis, yang mengikat dan sesuai dengan kebutuhan masyarakat secara keseluruhan, serta dengan ancaman sanksi bagi para pelanggar aturan, sehingga hukum bukan hanya menjadi undang-undang dan tidak harus diciptakan oleh pemerintah, tetapi cukup diakui dan meliputi perkembangan dari berbagai konvensi internasional.³⁵

Pengertian hukum disampaikan oleh para ahli secara beragam, tetapi hukum dengan segala aktivitasnya telah lama memasuki ruang kehidupan sosial dalam bermasyarakat di belahan dunia ini. Kehadiran hukum dalam ruang sosial berlangsung terus menerus. Hukum sebagai sistem formal modern yang dirancang secara sentral nasional hadir dalam budaya lokal yang informal khas lokal. Rancangan pembangunan hukum nasional yang berporos pada politik kodifikasi dan unifikasi telah berhasil menerapkan pembangunan hukum yang modern.³⁶

Hukum yang telah dikodifikasi dan unifikasi, bertujuan untuk lebih memudahkan penerapannya, walaupun hukum tidak tertulis menjadi perhatian karena telah mencerminkan keadilan pada masyarakatnya. Pekikan yang paling lantang terjadi di abad ini adalah seruan keadilan dan tidak ada hujatan yang selalu terlontar dari pada teriakan, yaitu ketidakadilan. Ungkapan-ungkapan moral modern, harus dipahami sebagai rangkaian

³⁵ Akhmad Ali, *Menguak Realitas Hukum Rampai Koklom dan Artikel Pilihan Dalam Bidang Hukum*, Jakarta: Prenada Media Grup, 2008, hlm. 1-2

³⁶ Bernard L. Tanya. *Hukum Dalam Ruang Sosial*, Yogyakarta: Genta Publishing, 2010, hlm. 1-2

berbagai fragmen pergulatan hidup masa lalu memang masih bertahan. Namun tidak ada perekat sosial yang sanggup memberikannya kekuatan. Sayangnya, jeritan keadilan dan hujatan ketidakadilan muncul di dalam serpihan-serpihan tersebut.³⁷

Hukum bukanlah sesuatu yang dipilih dan dipertimbangkan sebelum dianut oleh negara, tetapi sistem tersebut, berevolusi bersama dengan masyarakat dari negara itu sendiri. Dalam sistem hukum yang dianut oleh suatu negara, terutama negara-negara bekas jajahan, sering ditemukan beberapa hal yang kurang sesuai dengan kebiasaan dan nilai-nilai tradisional masyarakat setempat. Praktik hukum dalam setiap negara mengembangkan sistem peradilan pidananya sendiri yang ditentukan oleh perkembangan kepercayaan, agama, kebiasaan, budaya, tradisi, pengalaman sejarah bangsa, struktur ekonomi, dan organisasi politik negara tersebut.³⁸

Hukum selalu berkaitan erat dengan kepastian dan keadilan sebagai dua poros yang saling berlawanan, bahkan saling melengkapi dari berbagai sudut pandang. Hal tersebut biasanya dipahami dalam pergulatan dengan kekuasaan, bahkan yang absolut di bidang ketatanegaraan. Bila pada setiap negara memiliki perkembangan hukum yang paling dahsyat, maka kekuasaan yang berkaitan erat dengan kedaulatan hukum atau prinsip hukum sebagai kekuasaan tertinggi akan terselenggara dengan baik. Hukum bermakna sebagai pemandu, pengendali, pengontrol, dan pengatur dari segala aktivitas berbangsa dan bernegara. Prinsip pembagian kekuasaan yang penting dari ciri

³⁷ Karen Lebacqz, *Teori-Teori Keadilan*, Diterjemahkan oleh Yudi Santoso, Bandung: Nusa Media, 1986, hlm. 1

³⁸ O.C. Kaligis, *Perlindungan Hukum atas Hak Asasi Tersangka Terdakwa dan Terpidana*, Bandung: Alumni, 2006, hlm. 3

negara hukum adalah adanya peradilan yang bebas dan tidak memihak, peradilan tata usaha negara, peradilan tata negara, perlindungan HAM, demokrasi berkesejahteraan transparansi, dan kontrol sosial. Berarti, setiap tindakan penguasa tersebut harus berdasarkan hukum, bukan kekuasaan belaka, yang bertujuan untuk membatasi kekuasaan penguasa dan melindungi kepentingan masyarakat, yaitu perlindungan terhadap HAM dan anggota masyarakat dari tindakan sewenang-wenang.³⁹

Secara yuridis formal, pengaturan Syari'at Islam di Aceh didasarkan pada Undang-Undang Nomor 44 Tahun 1999 tentang Penyelenggaraan Keistimewaan Provinsi Daerah Istimewah Aceh dan Undang-undang Nomor 11 Tahun 2006 tentang Pemerintahan Aceh. Kedua undang-undang ini menjadi dasar kuat bagi Provinsi Daerah Istimewa Aceh untuk menjalankan Syari'at Islam. Hal ini menandakan Syari'at Islam adalah bagian dari kebijakan negara yang diberlakukan di Aceh. Dalam pelaksanaannya pun tidak terlepas dari tanggung jawab negara.

Peran yang ditampilkan negara dalam rangka pelaksanaan Syari'at Islam di Aceh, berangkat dari pengakuan konstitusi UUD 1945 yang mengakui dan menghormati satuan-satuan pemerintah daerah yang bersifat khusus atau istimewa. Salah satu kekhususan dan keistimewaan Aceh adalah pelaksanaan Syari'at Islam. Masyarakat Aceh telah menjadikan norma agama sebagai standar untuk mengukur apakah suatu perbuatan sesuai atau tidak dengan Syari'at Islam. Setiap muslim meyakini bahwa Syari'at Islam

³⁹ Syaiful Bakhri, *Hukum Pembuktian dalam Praktik Peradilan Pidana*. Yogyakarta: Total Media, bekerjasama dengan P3IH Fakultas Hukum Universitas Muhammadiyah Jakarta, 2009, hlm. 1

merupakan jalan hidup yang dapat mengantarkan kebahagiaan dan keselamatan di dunia dan akhirat.

Pengakuan lebih lanjut terhadap pelaksanaan Syari'at Islam dalam konteks hukum negara terdapat dalam Undang-undang Nomor 11 Tahun 2006 tentang Pemerintahan Aceh. Dalam Undang-undang ini Syari'at Islam sudah menjadi hukum nasional, baik dalam proses penyusunan materi hukum, kelembagaan dan aparatur penegak hukum, maupun peningkatan kesadaran akan hukum syari'at.

Pengaturan tentang Qanun yang bernuansa syari'at, Mahkamah Syari'at Kejaksaan, Kepolisian, Polisi Wilayahul Hisbah dan berbagai pengaturan lainnya tentang syari'at, menandakan Undang-undang Nomor 11 Tahun 2006 sebagai payung hukum pelaksanaan Syari'at Islam di Aceh.

Proses penegakan hukum sejak dari penyidikan, penuntutan pada akhirnya bermuara di pengadilan. Pejabat yang menjalankan kekuasaan penyidikan disebut penyidik, pejabat yang menjalankan penuntutan disebut dengan penuntut umum dan pejabat yang menjalankan kekuasaan kehakiman disebut dengan hakim. Kekuasaan penyidikan, penuntutan dan kehakiman di Indonesia diatur dengan undang-undang tersendiri. Undang-undang terbaru tentang penyidikan adalah Undang-undang Nomor 2 Tahun 2002 tentang Kepolisian Negara Republik Indonesia, Undang-undang terbaru tentang penuntutan adalah Undang-undang Kejaksaan Republik Indonesia Nomor 16 Tahun 2004 dan Undang-undang Kekuasaan Kehakiman yang berlaku saat ini adalah Undang-undang Nomor 48 Tahun 2009. Sebelumnya, di masa Orde Baru, Undang-Undang Kekuasaan Kehakiman adalah Undang-Undang

Nomor 14 Tahun 1970. Memasuki era reformasi undang-undang ini diganti dengan undang-undang kekuasaan kehakiman yang baru, Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999, kemudian diganti dengan Undang-Undang Nomor 4 Tahun 2004, sebelum akhirnya diganti lagi dengan Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009.

Fungsi lembaga kepolisian dinyatakan dalam Pasal 2 Undang-Undang Nomor 2 Tahun 2002 tentang Kepolisian “fungsi kepolisian adalah salah satu fungsi pemerintahan negara di bidang pemeliharaan keamanan dan ketertiban masyarakat, penegakan hukum, perlindungan, pengayoman dan pelayanan kepada masyarakat”. Penegakan pembahasan ini sebatas tugas dan kewenangan polisi dalam proses penegakan hukum atau lebih khusus lagi dalam sistem peradilan pidana.

Lembaga penegak hukum selain kepolisian adalah lembaga kejaksaan. Jaksa sebagai pejabat fungsional yang diberi wewenang oleh undang-undang untuk bertindak sebagai penuntut umum dan pelaksana putusan pengadilan yang telah memperoleh kekuatan hukum tetap serta kewenangan lain yang diatur dalam undang-undang

Tugas pengadilan dalam penegakan hukum pidana adalah mengadili perkara yang dilimpahkan oleh penuntut umum. Mengadili adalah serangkaian tindakan hakim untuk menerima, memeriksa, dan memutus perkara pidana berdasarkan asas bebas, jujur dan tidak memihak di sidang pengadilan dalam hal dan menurut cara yang diatur dalam undang-undang.

Dalam penyelesaian perkara-perkara jinayat di Nanggroe Aceh Darussalam ketiga lembaga ini diberikan kewenangan oleh Qanun Nomor 7

Tahun 2013 tentang Hukum Acara Jinayat untuk melakukan penahanan terhadap tersangka, terdakwa dan terpidana.

Penyidik berwenang menahan tersangka dalam proses penyelidikan dan penyidikan selama 20 hari dan apabila diperlukan dapat diperpanjang selama 30 hari. Penuntut umum dapat menahan terdakwa dalam proses penuntutan selama 15 hari dan dapat diperpanjang selama 25 hari. Pengadilan tingkat pertama dalam proses penyelesaian perkara dapat menahan terdakwa selama 30 hari dan dapat diperpanjang selama 40 hari, tingkat banding dapat menahan terdakwa selama 30 hari dan dapat diperpanjang selama 20 hari dan Mahkamah Agung dapat menahan terdakwa selama 50 hari dalam penyelesaian perkara dalam tingkat kasasi. Untuk kepentingan pelaksanaan ‘*uqubat* (eksekusi), hakim juga dapat mengeluarkan penetapan penahanan.⁴⁰

Masa penahanan dalam setiap tahap penyelesaian perkara sejak dari penyelidikan, penyidikan, penuntutan dan persidangan dikurangkan dengan hukuman yang dijatuhkan, kecuali terhadap hukuman *hudud* dan hukuman yang kurang dari 12 bulan kurungan. Masa penahanan terhadap terpidana yang dijatuhi hukuman *hudud* dalam rangka menunggu pelaksanaan putusan (eksekusi) dituangkan dalam putusan sebagai bagian dari hukuman, sementara masa tahanan terpidana lain yang dilakukan untuk menunggu proses eksekusi tidak ditegaskan tidak ditegaskan dalam Qanun No. 7 Tahun 2013 dapat dikurangi dengan jumlah hukuman yang dijatuhkan sebagaimana masa tahanan selama proses perkara berlangsung atau dijadikan sebagai

⁴⁰ Qanun Nomor 7 Tahun 2013 tentang Hukum Acara Jinayat, Pasal 24-28.

bagian dari hukuman yang dijatuhkan sehingga para hakim tidak dapat menuangkannya dalam amar putusan.

Untuk memberikan perbandingan terhadap hasil penelitian yang dilakukan oleh peneliti maka, dilakukan kajian terhadap beberapa disertasi yang sudah pernah dibuat oleh beberapa universitas di Indonesia, yang antara lain:

1. **Darmansjah Djumala**, dengan judul disertasi *Soft power untuk Aceh, Resolusi Konflik dan Politik Desentralisasi*, Fakultas Hukum Universitas Padjajaran Bandung, Tahun 2012

Sejarah Aceh banyak diwarnai oleh kekerasan. Sejak pemberontakan Daud Beureueh 1953 hingga Hasan Tiro 1976, tak sedikit korban nyawa terbilang, tak kurang harta melayang. Tak kurang pula upaya yang dijalankan pemerintah untuk menyelesaikan konflik itu, mulai dari era Soekarno, Soeharto sampai era pasca-Soeharto. Serangkaian kebijakan desentralisasi, berupa pemberian keistimewaan dalam bidang ekonomi dan sosial budaya, tak kunjung mampu menyelesaikan konflik Aceh. Operasi militer penuh kekerasan pun tidak dapat meredam pemberontakan di Aceh. Cara dan pendekatan untuk menyelesaikan konflik Aceh bervariasi menurut pemerintahan masing-masing. Pemerintahan Orde Baru yang sentralistis lebih mengedepankan pendekatan militer (*security approach*). Pemerintahan Habibie, yang merupakan masa transisi dan awal reformasi, mulai berusaha mengubah cara resolusi konflik Aceh. Habibie berusaha menyelesaikan konflik Aceh dengan pendekatan berbeda, yaitu dengan pendekatan kesejahteraan (*prosperity approach*), antara lain dengan

mencabut DOM (Daerah Operasi Militer), memberikan amnesti kepada para mantan anggota Gerakan Aceh Merdeka (GAM), dan bantuan kesejahteraan bagi anak yatim dan janda korban konflik.

Di masa Pemerintahan Abdurrahman Wahid, pendekatan dialog mulai dilakukan dalam upaya resolusi konflik. Kedua belah pihak Pemerintah Indonesia dan GAM, sepakat untuk menghentikan kekerasan dengan ditandatanganinya *Joint Understanding on Humanitarian Pause for Aceh* (Kesepakatan Jeda Kemanusiaan) pada tanggal 12 Mei 2000, yang dimediasi oleh Henry Dunant Center (HDC). Kesepakatan mengenai Jeda Kemanusiaan yang dimediasi oleh HDC tersebut dimaksudkan untuk mengakhiri kekerasan yang terjadi di Aceh. Pada masa pemerintahan Abdurrahman Wahid, pendekatan resolusi konflik lebih menekankan aspek kemanusiaan. Dengan pendekatan ini, Wahid meyakini bahwa pemerintah akan dapat lebih mudah memberikan pelayanan dan perlindungan kepada warga Aceh. Walaupun kesepakatan Jeda Kemanusiaan sudah ditandatangani, situasi keamanan di Aceh masih diwarnai dengan kekerasan.

2. **Jailani**, dengan judul disertasi *Taqnin Hukum Pidana Islam (Studi Legislasi Hukum di Aceh)*, Fakultas Hukum Institut Agama Islam Negeri Jami'ah Ar-Raniry, Banda Aceh, Tahun 2012.

Taqnin al-Ahkam dalam perkembangan hukum Islam merupakan salah satu diskursus yang memicu kontroversi di kalangan para ahli hukum. Sebagian pakar hukum menyetujui hukum Islam berubah bentuk menjadi hukum positif, namun ada pula pakar hukum menentangnya. Polemik ini

terjadi karena Taqin al-Ahkam termasuk wacana yang relatif baru dalam konteks pembangunan hukum Indonesia. Wacana taqin hukum Islam menjadi fokus kajian para ahli setelah ditetapkan kebijakan otonomi khusus bagi provinsi Aceh untuk menerapkan hukum Islam dalam berbagai bidang kehidupan.

Keadaan ini menjadikan Aceh menarik perhatian berbagai pakar hukum untuk meneliti fenomena hukum Islam sebagai objek kajian nasional bahkan internasional berdasarkan asumsi, Aceh merupakan wilayah berpenduduk mayoritas muslim pertama di Indonesia yang telah berusaha menjadikan hukum Islam menjadi hukum positif untuk mengatur tata kehidupan masyarakat abad modern di tengah masyarakat muslim Indonesia yang diatur dengan hukum peninggalan Belanda.

Dalam suatu tatanan negara hukum (*rechtstaat*) yang berdasarkan Pancasila ini, masyarakat muslim dapat mengamalkan sebagian materi hukum Islam, namun sebagian materi hukum lainnya harus tunduk pada aturan hukum yang telah diakui keabsahannya oleh pemerintah melalui perjuangan panjang ummatnya. Perjuangan menegakkan hukum Islam mengalami masa-masa ketegangan (*tension*) dan tawar menawar (*bargaining of power*) antar eksponen masyarakat maupun dengan kekuasaan negara.

Fakta ini dapat ditelusuri berdasarkan sejarah pemberlakuan hukum Islam di Aceh dengan lahirnya Undang-undang Nomor 44 Tahun 1999 tentang keistimewaan Aceh hingga lahirnya Undang-undang Nomor 11 Tahun

2006 tentang Pemerintahan Aceh yang menegaskan dan memperkuat pelaksanaan Syari'at Islam secara *Kaffah*.

Namun keputusan pemerintah mengesahkan pemberlakuan hukum Islam di Aceh. Kenyataannya melahirkan beberapa persoalan yuridis, seperti belum adanya pedoman pelaksanaan pembentukan peraturan perundang-undangan hukum Islam tertulis baik formil maupun materiil yang menjadi ketentuan pelaksanaan hukum di Indonesia yang menganut sistem hukum sipil tertulis atau *civil law system*. Sistem hukum ini menyatakan bahwa peraturan yang dapat diterima sebagai hukum hanyalah yang telah ditentukan dan ditetapkan secara positif oleh negara. Hukum hanya berlaku karena hukum mendapat bentuk positifnya dari instansi yang berwenang (negara).

3. **Mohammad Hasib**, disertasi dengan *judul Hukum Pidana Islam dalam Sistem Hukum Nasional*, Fakultas Hukum Universitas Brawijaya Malang, 2016.

Dalam rangka untuk memenuhi reformasi dan melengkapi dibidang hukum nasional Indonesia, Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP) yang kini sudah dipegangi dan dimaklumi oleh masyarakat Indonesia adalah peninggalan kolonial Belanda, dan di samping itu terdapat materi hukum di dalamnya yang sudah tidak sesuai dengan jiwa dan budaya bangsa Indonesia serta keadaan perkembangan zaman, maka perlu KUHP itu untuk direvisi dan ditambah materinya atau dibuatkan peraturan hukum secara mandiri lepas dari KUHP dengan tujuan memperbaiki dan melengkapi hukum nasional Indonesia . Oleh karena

mayoritas penduduk Indonesia memeluk Agama Islam, kiranya sangat wajar apabila Hukum Nasional kita banyak diambil dari Hukum Islam, termasuk apabila akan melakukan revisi terhadap KUHP oleh yang berwenang, maka sangat perlu untuk di masukkan dari nilai-nilai materi Hukum Pidana Islam (HPI).

Mengingat ruang filsafat hukum, antara lain mengkaji hukum di atas Undang-undang, di luar undang-undang, mengkritisi Undang-undang yang telah ada dan hal-hal lain yang terkait dengan hukum secara filosofis dalam artian berfikir secara rasional, radikal dan universal, yang berkaitan dengan hukum, yang berintikan untuk meraih keadilan dan kebenaran, serta kebijaksanaan bagi seluruh rakyat Indonesia. Dengan demikian Hukum Pidana Islam itu dapat dipilih dan menempati posisi yang sangat dominan untuk dikontribusikan kepada Hukum Nasional Indonesia.

Banyak pakar hukum, menilai bahwa hukum Islam itu ketinggalan zaman, kuno, klasik dan sebagainya, kemudian menganggap bahwa hukum Barat yang lebih maju, lebih modern, lebih bagus, lebih manusiawi dan sebagainya. Namun banyak pula yang tidak sependapat dengan pendapat tersebut.

Menurut Ali Said, SH. Menteri Kehakiman pada era orde baru pada saat pembukaan symposium Pembaharuan Hukum Perdata Nasional di Yogyakarta tanggal 21 Desember 1981 menyatakan bahwa disamping hukum adat dan hukum Barat, hukum Islam adalah merupakan salah satu

bahan baku pembentukan hukum nasional Indonesia. Demikian juga menurut Ismail Saleh, SH. (Menteri Kehakiman 1988-1993) pernah menyatakan karena mayoritas rakyat Indonesia beragama islam, maka wajar kalau hukum Islam itu menjadi salah satu “bahan mentah” dalam pembinaan hukum nasional, di samping hukum adat, hukum International dan sebagainya.

Hukum Islam baik perdata maupun pidana, dalam hal ini yang kita bahas adalah pidana Islam sumbernya adalah: kitab *Alqur'an*, *Alhadis*, *Ijma'*, *Qiyas* dan lainnya. Dalam Alqur'an antara lain mengatur hukum pidana mati (Qishas jiwa), itupun apabila walinya memaafkannya tak ada hukum qishas jiwa (hukuman mati), namun diganti dengan hukum *diat* (denda).

Tentunya, hukum Islam termasuk hukum pidana Islam rasanya tidak ada kata ketinggalan zaman, karena ajaran Islam bersifat abadi. Sejak nabi Adam lahir, berlanjut anak cucunya, tidak semua berperangai baik, ada yang berbuat jahat, hingga kini kecenderungan nafsu manusia itu mau bebas tanpa batas atau tanpa aturan, maka perlu ada aturan dan sanksi hukuman, entah apa bentuk hukumannya. Aturan dan syariat dari Sang Maha Pengatur mengatur manusia, bukan manusia mengatur syariat Tuhan, dan Islam itu "*rahmatat lilalamin*" (rahmat bagi umat sedunia). Mungkin kita sepakat bahwa penduduk Indonesia meskipun yang beragama islam mayoritas (85%), namun tidak akan memberlakukan hukum Islam secara total di Indonesia, namun sebagian saja atau rohnya saja di dimasukkan kedalam berbagai hukum nasional Indonesia. Hukum

Islam dalam berbagai aspeknya diyakini merupakan rangkaian kesatuan dan bagian dari ajaran Islam, dan diyakini pengamalannya akan membawa umatnya kepada kebahagiaan, baik di dunia maupun di akherat kelak. Umat Islam melaksanakan ajaran Islam dinilai ibadah dalam arti luas (termasuk menerapkan hukum pidana Islam). Apabila materi hukum Islam dimasukkannya ke dalam hukum nasional secara total, tidak mungkin karena mengingat pluralitas penduduk Indonesia. Meskipun hanya sebagian darinya dengan harapan dapat mengatur seluruh umat baik muslim maupun non muslim, dan diterimanya secara suka rela.

B. Rumusan Masalah

Berdasarkan deskripsi dari latar belakang masalah di atas, dapat dirumuskan beberapa permasalahan untuk dilakukan penelitian lebih lanjut sebagai berikut:

1. Bagaimana penerapan hukuman cambuk di Aceh menurut sistem hukum pidana di Indonesia dalam perspektif hak asasi manusia?
2. Bagaimana posisi dan implikasi yuridis dari hukuman cambuk di Aceh dalam sistem hukum pidana di Indonesia?

C. Tujuan Penelitian

Adapun tujuan penelitian dalam penelitian ini adalah sebagai berikut:

1. Untuk menganalisis bagaimana penerapan hukuman cambuk di Aceh menurut sistem hukum pidana di Indonesia dalam perpektif hak asasi manusia.
2. Untuk menganalisis bagaimana posisi dan implikasi yuridis dari hukuman cambuk di Aceh dalam sistem hukum pidana di Indonesia.

D. Kegunaan Penelitian

Adapun kegunaan penelitian dalam penelitian ini adalah sebagai berikut:

1. Bagi masyarakat akademis dan non akademis (awam), agar mendapat pemahaman yang jelas mengenai hukuman cambuk dan implikasinya terhadap hak asasi manusia dan tata sistem hukum nasional di Indonesia.
2. Bagi dunia akademik sebagai bahan kajian di bidang hukum acara jinayat khususnya mengenai penahanan, sehingga berguna untuk mahasiswa pada umumnya dan khususnya mahasiswa Fakultas Hukum dan/atau Syariah.
3. Bagi peneliti, agar meningkatkan kreativitas dan terus berkarya serta mengetahui lebih mendalam tentang implikasi dari penerapan hukuman cambuk dan hukum acaranya selama proses berlangsung.

E. Kerangka Pemikiran

Manusia dilahirkan dalam keadaan merdeka dan sama dalam martabat dan untuk mendapatkan hak-haknya. Mereka dikaruniai sanubari dan keinsafan sehingga dapat memperlakukan yang lain sebagai saudara.

Tidak seorangpun boleh ditangkap, ditahan, dan diasingkan atau diperlakukan sewenang-wenang.

Hak-hak asasi manusia bukan sesuatu yang baru muncul tetapi sudah sejak zaman manusia itu ada. Di Eropa hak-hak asasi manusia pernah dituangkan dalam *Magna Charta*, *Petition of Rights* dan *Declaration of Rights* yang kemudian menjelma menjadi *Bill of Rights*. Di Amerika ditemukan *Declaration of Independence* yang mengandung nilai-nilai hak asasi manusia.⁴¹ Demikian juga di Indonesia hak asasi manusia tidak hanya dituangkan dalam Pancasila dan UUD 1945 tetapi sangat dijunjung tinggi nilai-nilai tersebut dalam kehidupan keseharian masyarakatnya. Berikut ini pasal-pasal dalam UUD 1945 yang berkaitan dengan hak-hak asasi manusia:

1. Hak Asasi Manusia sebelum Amandemen UUD 1945.

Pencerminan hak asasi manusia sebelum amandemen UUD 1945 terdiri atas 6 pasal yaitu:⁴² Pasal 7 ayat (1,2); Pasal 28; Pasal 29 ayat (2); Pasal 30 ayat (1); Pasal 31 ayat (1); Pasal 34.

2. Hak Asasi Manusia Sesudah Amandemen UUD 1945.

Pencerminan hak asasi manusia setelah amandemen UUD 1945 terdiri atas 10 pasal yaitu:⁴³ Pasal 28A; Pasal 28B (1,2); Pasal 28C (1,2); Pasal 28D (1,2,3,4); Pasal 28E (1,2,3); Pasal 28F; Pasal 28G (1,2); Pasal 28H (1,2,3,4); Pasal 28I (1,2,3,4,5); Pasal 28J (1,2).

⁴¹M. Karjadi, *Pembawaan, Pengangkutan, Pengawasan, Orang-orang Tangkapan, Tahanan dan Narapidana di Indonesia*, Bogor: Politia, tt. hlm. 3

⁴² Binsar Gultom, *Pelanggaran HAM Dalam Hukum Keadaan Darurat di Indonesia*, Jakarta: Gramedia Pustaka Utama, 2010, hlm. 110

⁴³ Redaksi Tamita Utama, *UUD 45 dan Amandemen I-IV*, Jakarta: Tamita Utama, 2007, hlm. 132-135

Hak asasi manusia tertuang secara jelas dalam Syari'ah Islam yang diturunkan melalui wahyu untuk kepentingan manusia. Menurut Syari'ah Islam, manusia adalah makhluk bebas yang mempunyai tugas dan tanggung jawab, dan karenanya ia juga mempunyai hak dan kewajiban. Tugas yang diemban tidak akan terwujud tanpa adanya kebebasan, sementara kebebasan secara eksistensial tidak terwujud tanpa adanya tanggung jawab itu sendiri. Sistem hak asasi manusia dalam Islam mengandung prinsip-prinsip dasar tentang persamaan, kebebasan dan penghormatan terhadap sesama manusia. Persamaan, artinya memandang semua manusia sama dan mempunyai kedudukan yang sama, satu-satunya keunggulan yang dinikmati seorang manusia atas manusia lainnya hanya ditentukan oleh tingkat ketakwaannya. Hal ini sesuai dengan firman Allah dalam Surat Al-Hujarat ayat 13, yang artinya: *"Hai manusia, sesungguhnya Kami ciptakan kamu dari laki-laki dan perempuan dan Kami jadikan kamu berbangsa-bangsa dan bersuku-suku agar kamu saling mengenal. Sesungguhnya yang paling mulia di antara kamu adalah yang paling takwa."*

Al-Qur'an dan Sunnah sebagai sumber hukum dalam Islam memberikan penghargaan yang tinggi terhadap hak asasi manusia. Al-Qur'an sebagai sumber hukum pertama bagi umat Islam telah meletakkan dasar-dasar hak asasi manusia serta kebenaran dan keadilan, jauh sebelum timbul pemikiran mengenai hal tersebut pada masyarakat dunia. Dalam Al-Qur'an terdapat sekitar 80 ayat tentang hidup, pemeliharaan hidup dan penyediaan sarana kehidupan, misalnya dalam Surat Al-Maidah ayat 32. Artinya: *"Oleh karena itu kami tetapkan (suatu hukum) bagi Bani Israil, bahwa barang siapa*

yang membunuh seseorang bukan karena orang itu (membunuh) orang lain atau karena membuat kerusakan di muka bumi, maka seakan-akan dia telah membunuh manusia seluruhnya. Dan barang siapa yang memelihara kehidupan seseorang, maka seolah-olah dia telah memelihara kehidupan manusia semuanya". Al-Qur'an juga berbicara tentang kehormatan dalam 20 ayat, misalnya dalam Surat Al-Isra' ayat 70, yang artinya: "Dan sesungguhnya telah kami muliakan anak-anak Adam, Kami angkat mereka di dataran dan lautan, Kami berikan mereka rezki yang baik-baik, dan Kami lebihkan mereka dengan kelebihan yang sempurna atas kebanyakan makhluk yang telah kami ciptakan". Al-Qur'an juga menjelaskan dalam sekitar 150 ayat tentang ciptaan dan makhluk-makhluk, serta tentang persamaan dalam penciptaan, misalnya dalam Surat Al-Hujarat ayat 13 sebagaimana tersebut di atas. Al-Qur'an telah mengetengahkan sikap menentang kezaliman dan orang-orang yang berbuat zalim dalam sekitar 320 ayat, dan memerintahkan berbuat adil dalam 50 ayat yang diungkapkan dengan kata-kata: *al-adl, al-qisth, al-mizan*, misalnya dalam Surat Al Maidah ayat 8" *Hai orang-orang yang beriman hendaklah kamu menjadi orang-orang yang selalu menegakkan kebenaran karena Allah, menjadi saksi dengan adil. Dan janganlah sekali-kali kebencianmu terhadap sesuatu kaum mendorong kamu untuk berlaku tidak adil. Berlaku adillah karena adil itu lebih dekat kepada takwa"*. Dalam Al-Qur'an terdapat sekitar 10 ayat yang berbicara mengenai larangan memaksa untuk menjamin kebebasan berpikir, berkeyakinan dan mengutarakan aspirasi, misalnya yang dikemukakan oleh Surat Al-Kahfi ayat 29 "Dan katakanlah, kebenaran itu datang dari Tuhanmu, maka barang

siapa yang ingin (beriman) hendaklah ia beriman dan barang siapa yang ingin (kafir) biarlah ia kafir...".

Disamping diberikan sanubari dan keinsafan, manusia juga diberikan kepentingan dan keinginan untuk mendapatkan dan menguasai sehingga terkadang kepentingannya mengganggu kepentingan dan keinginan orang lain. Kesewenangan dan kezaliman yang dilakukan oleh satu pihak terhadap pihak lain tidak boleh dibiarkan berlanjut secara terus menerus, harus dihentikan dan dicari solusinya sehingga kemaslahatan dan ketentraman kembali terwujud dalam kehidupan bermasyarakat. Untuk ini negara harus turun tangan dan menciptakan perangkat hukum untuk dapat mencegah dan menindak semua pelaku kejahatan.

Untuk menjaga keseimbangan dalam masyarakat atau dalam suatu negara hak-hak asasi manusia harus dinyatakan dengan tegas dalam undang-undang demikian juga kewenangan aparat penegak hukum sehingga tidak terjadi kesewenangan dan mencari sendiri ukuran-ukuran yang dianggapnya benar yang akhirnya akan membuka kemungkinan untuk berbuat sewenang-wenang.

Undang-undang Dasar 1945 negara kita tidak secara terperinci menyebutkan hak-hak asasi manusia sebagai hak dari warga negara, namun apabila diperhatikan jiwa dan semangatnya yang tersirat dalam muqaddimah, pasal-pasal dan penjelasannya dapat dipastikan bahwa negara kita tidak hanya mengakui tetapi juga menjunjung tinggi hak-hak asasi manusia.

Pengakuan hak asasi juga dapat ditemukan dalam Pasal 7 Undang-undang No. 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman "Tidak seorang

pun dapat dikenakan penangkapan, penahanan, penggeledahan, dan penyitaan, kecuali atas perintah tertulis dari kekuasaan yang sah dalam hal dan menurut cara yang diatur dalam undang-undang", pasal 8 berbunyi "Setiap orang yang disangka, ditangkap, ditahan, dituntut atau dihadapkan di depan pengadilan wajib dianggap tidak bersalah sebelum ada putusan pengadilan yang menyatakan kesalahannya dan telah memperoleh kekuatan hukum tetap", pasal 9 ayat (1) berbunyi "Setiap orang yang ditangkap, ditahan, dituntut, atau diadili tanpa alasan berdasarkan undang-undang atau karena kekeliruan mengenai orangnya atau hukum yang diterapkannya, berhak menuntut ganti kerugian dan rehabilitasi", ayat (2) "Pejabat yang dengan sengaja melakukan perbuatan sebagaimana dimaksud pada ayat (1) dipidana sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan".

Nanggroe Aceh Darussalam sebagai salah satu provinsi dari Negara Kesatuan Republik Indonesia dengan mayoritas penduduknya beragama Islam. Undang-Undang No. 44 Tahun 1999 dan Undang-undang No. 11 Tahun 2006 pemerintah pusat telah memberikan keistimewaan untuk mengurus sendiri tentang pelaksanaan Syari'at Islam, dalam hal ini termasuk pelaksanaan hukum pidana Islam dan diberikan pula kebebasan untuk membuat aturan pendukung berupa hukum formil. Pada tahun 2013 dikeluarkan Qanun Nomor 7 Tahun 2013 tentang Hukum Acara Jinayat untuk menjalankan qanun-qanun hukum materil. Pada tahun 2014 dikeluarkan Qanun Nomor 6 Tahun 2014 tentang Hukum Jinayat sebagai pengganti Qanun Nomor 12 Tahun 2003 tentang Minuman Khamar dan Sejenisnya, Qanun Nomor 13 Tahun 2003 tentang Maisir (perjudian), dan Qanun Nomor

14 Tahun 2003 tentang Khalwat (mesum). Dalam qanun terakhir ini telah termuat hampir seluruh tindakan pidana dan hukuman yang akan dikenakan kepada pelakunya sesuai dengan ketentuan syari'at Islam.

Dalam penelitian disertasi ini, peneliti menggunakan negara hukum sebagai *Grand Theory*.

Dalam penjelasan UUD 1945, Negara Kesatuan Republik Indonesia adalah negara hukum (*rechts staat*)⁴⁴, tidak berdasarkan atas kekuasaan belaka (*machtstaat*). Hal ini berarti bahwa negara termasuk di dalamnya pemerintah dan lembaga-lembaga negara lainnya dalam melaksanakan tindakan-tindakannya harus dilandasi oleh peraturan hukum atau harus dapat dipertanggungjawabkan secara hukum. Prinsip ini di samping akan tampak dalam rumusan-rumusan pasal-pasal, juga akan sejalan dan merupakan pelaksanaan dari pokok-pokok pikiran yang terkandung dalam Pembukaan UUD 1945 yang diwujudkan oleh cita-cita hukum (*rechtsidee*) yang menjiwai UUD 1945 dan hukum tidak tertulis.⁴⁵

Pengertian negara hukum menurut UUD 1945 adalah negara hukum dalam arti luas, yaitu negara hukum baik dalam arti formal yang melindungi seluruh warga dan seluruh tumpah darah, dan juga negara bertanggungjawab terhadap kesejahteraan dan kecerdasan seluruh warganya. Sifat negara hukum

⁴⁴ Dalam kepustakaan Indonesia, istilah negara hukum merupakan terjemahan langsung dari *rechstaat*. Azhary dalam bukunya (Azhary, *Negara Hukum Indonesia: Analisis Yuridis Normatif Tentang Unsur-Unsurnya*, Jakarta: UI Press, 1995, hlm. 30-34, membahas sejarah munculnya istilah 'negara hukum' atau '*rechstaat*' ini dengan mengutip pendapat beberapa pakar hukum dan tokoh pendiri bangsa seperti Muhamad Yamin yang berpendapat bahwa "Republik Indonesia ialah suatu negara hukum (*rechstaat, government of laws*) tempat keadilan tertulis berlaku, bukanlah negara polisi atau negara militer, bukanlah pula negara kekuasaan (*machtsstaat*) tempat tenaga senjata dan kekuatan badan melakukan sewenang-wenang.

⁴⁵ Sentra HAM FHUI, *Modul Pendidikan Hak Asasi Manusia: 10 Kategori Hak Asasi Manusia* Depok: Sentra HAM FHUI, 2003, hlm.4.

hanya dapat ditunjukkan jikalau alat-alat perlengkapannya bertindak dan terikat pada aturan-aturan yang telah ditentukan.

Hal ini selaras dengan ciri negara hukum yang menekankan: a) pengakuan dan perlindungan hak asasi manusia; b) peradilan yang bebas dan tidak memihak; dan c) didasarkan pada *rule of law*. Hal yang terakhir ini berarti bahwa semua tindakan negara harus berdasar ketentuan hukum yang dipahami publik.⁴⁶

Dengan demikian dalam negara hukum harus ada jaminan dan perlindungan terhadap hak-hak asasi manusia yang didasarkan pada ketentuan hukum dan bukan berdasarkan kemauan atau kehendak seseorang atau golongan. Pengakuan dan perlindungan atas hak-hak asasi manusia tersebut mengandung persamaan dalam bidang politik, hukum, sosial, ekonomi dan kebudayaan. Di samping itu, dalam menegakkan hukum peradilan juga harus bebas dari pengaruh kekuasaan dan kekuatan manapun dan tidak boleh memihak.⁴⁷

Konsepsi bahwa sesuatu negara sebaiknya berdasarkan atas hukum dalam segala hal sudah didambakan sejak Plato menulis *Nomoi*, Immanuel Kant memaparkan prinsip-prinsip negara hukum formil, Friedrich Julius Stahl menengahkan negara hukum materiil, A.V.Dicey mengajukan *Rule of*

⁴⁶*Ibid.*, hlm.5.

⁴⁷*Ibid.*

Law.⁴⁸ Ringkasnya, mereka berpendapat bahwa suatu negara yang ideal jika segala kegiatan kenegaraan didasarkan atas hukum.⁴⁹

Oleh Stahl disebut empat unsur *Rechtsstaat* dalam arti klasik yaitu:⁵⁰

- a. Hak asasi manusia.
- b. Pemisahan atau pembagian kekuasaan untuk menjamin hak-hak itu (di negara-negara Eropa Kontinental biasanya disebut *Trias Politica*).
- c. Pemerintah berdasarkan peraturan-peraturan (*wetmatigheid van bestuur*).
- d. Peradilan administrasi dalam perselisihan.

Unsur-unsur *Rule of Law* dalam arti klasik, seperti yang dikemukakan oleh A.V. Dicey dalam *Introduction to the Law of the Constitution* mencakup:⁵¹

- a. Supremasi aturan-aturan (*supremacy of the law*); tidak adanya kekuasaan sewenang-wenang (*absence of arbitrary power*), dalam arti bahwa seseorang hanya boleh dihukum kalau melanggar hukum.
- b. Kedudukan yang sama dalam menghadapi hukum (*equality before the law*). Dalil ini berlaku baik untuk orang biasa maupun untuk pejabat.
- c. Terjaminnya hak-hak manusia oleh undang-undang (di negara lain oleh undang-undang dasar) serta keputusan-keputusan pengadilan.

Sudargo Gautama mengemukakan tiga ciri-ciri atau unsur-unsur dari negara hukum, yakni:⁵²

- a. Terdapat pembatasan kekuatan negara terhadap perorangan, maksudnya negara tidak dapat bertindak sewenang-wenang, tindakan negara dibatasi oleh hukum, individual mempunyai hak terhadap negara atau rakyat mempunyai hak terhadap penguasa.
- b. Asas legalitas. Setiap tindakan negara harus berdasarkan hukum yang telah diadakan terlebih dahulu yang harus ditaati juga oleh pemerintah atau aparturnya.
- c. Pemisahan kekuasaan. Agar hak-hak asasi itu betul-betul terlindung adalah dengan pemisahan kekuasaan.

⁴⁸ Ahli-ahli hukum Eropa Barat Kontinental seperti Immanuel Kant (1724-1804) dan Friedrich Julius Stahl memakai istilah *Rechtsstaat*, sedangkan ahli hukum Anglo Saxon seperti AV Dicey memakai istilah *Rule of Law*.

⁴⁹ Didi Nazmi Yunas, *Konsep Negara Hukum*, Padang: Penerbit Angkasa Raya, 1992, hlm.14-15.

⁵⁰ Miriam Budiardjo, *Dasar-Dasar Ilmu Politik*, Edisi Revisi, Jakarta: Gramedia Pustaka Utama, 2008, hlm. 113.

⁵¹ *Ibid.*

⁵² Didi Nazmi Yunas., *op cit.*, hlm.23.

Sementara Friedman, melihat negara hukum dalam dua arti yaitu formal dan materiil:⁵³

- a. Dalam arti formal, dimana kekuasaan umum yang terorganisir (*organize public power*) maksudnya setiap organisasi hukum atau organisasi negara mempunyai hukum.
- b. Dalam arti materiil, (*ideologic sense*) yaitu hukum atau undang-undang yang bisa diukur atau dinilai apakah baik atau tidak baik, adil atau tidak adil.

Azhary dalam kesimpulan disertasi doktornya menyatakan bahwa negara hukum Indonesia mempunyai ciri khas tersendiri, maka negara hukum Indonesia dirumuskan dengan konsep “negara berdasar atas hukum” dan unsur-unsur utamanya adalah:⁵⁴

- a. hukumnya bersumber pada Pancasila;
- b. berkedaulatan rakyat;
- c. sistem konstitusi;
- d. persamaan kedudukan dalam hukum dan pemerintahan bagi setiap warga negara;
- e. kekuasaan kehakiman yang bebas dari pengaruh kekuasaan lain;
- f. pembentuk undang-undang adalah Presiden bersama-sama dengan DPR.
- g. dianutnya sistem MPR.

Sunaryati Hartono berkesimpulan bahwa menegakkan *rule of law* itu belum tentu identik dengan membangun negara hukum, karenanya hanya hukum dalam arti materiil-lah yang membawa keadilan.⁵⁵ Sunaryati juga mengatakan: “Oleh sebab itu, agar supaya tercipta suatu Negara Hukum yang membawa keadilan bagi seluruh rakyat yang bersangkutan, penegakan *the rule of law* itu harus diartikan dalam artinya yang materiil.”⁵⁶ Sebaliknya Soerjono Soekanto berpendapat, penegakan *rule of law* berarti keseimbangan

⁵³ *Ibid.*, hlm.23-24.

⁵⁴ Azhary, *Negara Hukum Indonesia: Analisis Yuridis Normatif Tentang Unsur-Unsurnya* Jakarta: UI Press, 1995, hlm.153.

⁵⁵ Sunaryati Hartono, *Apakah The Rule of Law*, Bandung: Penerbit Alumni, 1969, hlm.16.

⁵⁶ Azhary, *op.cit.*, hlm.31.

antara segi formal dan materiilnya, oleh karena penekanan pada segi formalnya akan menimbulkan pemerintahan yang tiranis, sedangkan penekanan terhadap segi materialnya saja akan mewujudkan anarki.⁵⁷

Sementara itu, hukum (*recht* atau *droit* atau *diritto*) menurut **Hans Kelsen** adalah suatu tatanan perbuatan manusia dimana dia merupakan seperangkat peraturan yang mengandung semacam kesatuan sistem.⁵⁸ Sebuah "tatanan" merupakan sebuah sistem norma hukum yang keutuhannya diketahui dari fakta bahwa itu semua memiliki alasan keberlakuan atau keabsahan yang sama; dan alasan keabsahan dari sebuah tatanan norma adalah norma dasar yang merupakan sumber keabsahan bagi semua norma dalam tatanan tersebut. Sebuah norma merupakan norma hukum yang absah jika ia sesuai dengan konsep "hukum" dan merupakan bagian dari sebuah tatanan atau sistem hukum; dan ia merupakan bagian dari sebuah tatanan hukum jika keabsahannya dilandaskan pada norma dasar dalam tatanan tersebut.⁵⁹

Hukum sebagai sebuah tatanan pemaksa memiliki ciri-ciri antara lain: (1) bahwa semua tatanan itu merupakan tata perilaku manusia; (2) bahwa semua tatanan itu merupakan tatanan pemaksa. Hal ini berarti bahwa tatanan tersebut bereaksi terhadap kejadian-kejadian tertentu yang dianggap sebagai tidak dikehendaki karena merugikan masyarakat. Reaksi tersebut terutama ditujukan terhadap perilaku manusia yang merugikan ini, dengan

⁵⁷ Soerjono Soekanto, *Beberapa Permasalahan Hukum Dalam Kerangka Pembangunan di Indonesia*, Jakarta: Penerbit Universitas Indonesia, 1976, hlm.49.

⁵⁸ Hans Kelsen. *Teori Umum Tentang Hukum dan Negara (General Theory of Law and State)*, Jakarta: Nusamedia & Nuansa, 2006, Hlm. 3.

⁵⁹ Hans Kelsen. *Teori Hukum Murni, Dasar-Dasar Ilmu Hukum Normatif (The Pure Theory of Law)*, Jakarta: Nusamedia, 2008, Hlm. 34-35.

menggunakan tindakan paksa. Perilaku manusia yang menjadi sasaran tindakan paksa ini mesti dianggap sebagai tindakan yang terlarang atau ilegal – yakni sebagai delik.⁶⁰

Adapun *Middle Theory* digunakan Konsep Hukum Pidana Islam.

Istilah Hukum Pidana Islam berasal dari tiga kata dasar, yaitu ‘hukum’, ‘pidana’, dan ‘Islam’. Dalam Kamus Besar Bahasa Indonesia kata ‘hukum’ diartikan dengan (1) peraturan atau adat yang secara resmi dianggap mengikat, yang dikukuhkan oleh penguasa, pemerintah, atau otoritas; (2) undang-undang, peraturan, dsb. Untuk mengatur pergaulan hidup masyarakat; (3) patokan (kaidah, ketentuan) mengenai peristiwa (alam dsb.) yang tertentu; dan (4) keputusan (pertimbangan) yang ditetapkan oleh hakim (dalam pengadilan).⁶¹ Secara sederhana hukum dapat dipahami sebagai peraturan-peraturan atau norma-norma yang mengatur tingkah laku manusia dalam suatu masyarakat, baik peraturan atau norma itu berupa kenyataan yang tumbuh dan berkembang dalam masyarakat maupun peraturan atau norma yang dibuat dengan cara tertentu dan ditegakkan oleh penguasa.⁶²

Kata yang kedua, yaitu ‘pidana’, berarti kejahatan, (tentang pembunuhan, perampokan, korupsi, dan lain sebagainya); kriminal.⁶³ Adapun kata yang ketiga, yaitu ‘Islam’, oleh Mahmud Syaltut didefinisikan sebagai agama Allah yang diamanatkan kepada Nabi Muhammad Saw. untuk mengajarkan dasar-dasar dan syariatnya dan juga mendakwahnya kepada

⁶⁰ Hans Kelsen., *Ibid.* hlm. 37-39.

⁶¹ Tim Penyusun Kamus Pusat Pembinaan dan Pengembangan Bahasa, *Kamus Besar Bahasa Indonesia*. Jakarta: Balai Pustaka, 1997. Cet. IX. Hlm. 360.

⁶² Mohammad Daud Ali, “Kedudukan Hukum Islam dalam Sistem Hukum Indonesia”. Dalam Taufik Abdullah dan Sharon Siddique (ed.), *Tradisi dan Kebangkitan Islam di Asia Tenggara*. Terj. oleh Rochman Achwan. Jakarta: LP3ES, 1996, hlm. 38

⁶³ Tim Penyusun Kamus Pusat Pembinaan dan Pengembangan Bahasa., *Op Cit.* Hlm. 871.

semua manusia serta mengajak mereka untuk memeluknya.⁶⁴ Dengan pengertian yang sederhana, Islam berarti agama Allah yang dibawa oleh Nabi Muhammad Saw untuk disampaikan kepada umat manusia untuk mencapai kesejahteraan hidupnya baik di dunia maupun di akhirat kelak.

Dari gabungan ketiga kata di atas muncul istilah hukum pidana Islam. Dengan memahami arti dari ketiga kata itu, dapatlah dipahami bahwa hukum pidana Islam merupakan seperangkat norma atau peraturan yang bersumber dari Allah dan Nabi Muhammad Saw. untuk mengatur manusia di tengah-tengah masyarakatnya.

Banyak ulama Islam menggunakan istilah jinayah bisa dalam dua arti, yakni arti luas dan arti sempit. Dalam arti luas, jinayah merupakan perbuatan-perbuatan yang dilarang oleh *Syara'* dan dapat mengakibatkan hukuman *had* (hukuman yang ada ketentuan *nash*-nya seperti hukuman bagi pencuri, pembunuh, dll), atau *ta'zir* (hukuman yang tidak ada ketentuan *nash*-nya seperti pelanggaran lalu lintas, percobaan melakukan tindak pidana, dll). Dalam arti sempit, jinayah merupakan perbuatan-perbuatan yang dilarang oleh *Syara'* dan dapat menimbulkan hukuman *had*, bukan *ta'zir*.⁶⁵ Istilah lain yang identik dengan jinayah adalah jarimah.

Di Aceh, konsep-konsep hukum yang mengacu pada ketentuan Al Quran dan Al Hadits diberlakukan menjadi hukum positif (Syariat⁶⁶ Islam)⁶⁷.

⁶⁴ Mahmud Syaltout, *Al-Islam 'Aqidah wa Syari'ah*, Kairo: Dar al-Qalam, 1966. Cet.III. hlm.9

⁶⁵ A. Jazuli, *Fiqh Jinayah (Upaya Menanggulangi Kejahatan dalam Islam)*, Jakarta: Rajawali Pers, 2000. Cet. III. Hlm. 2

⁶⁶ Secara harafiah, Syariat berarti 'jalan yang harus diikuti' atau 'jalan yang benar', sedangkan fiqh berarti 'pemahaman'. Syariat sebagai sumber hukum Islam bersifat Ilahi dan tetap, sedangkan Fiqh sebagai pemahaman, penafsiran dan penerapan Syariat adalah produk manusiawi yang bisa berubah mengikuti zaman dan keadaan-keadaan yang ada. Syariat secara luas mencakup aspek-aspek moral, hukum, sosial, dan spiritual kehidupan Muslim, sedangkan Fiqh sebagian besar

Konsep-konsep ini kemudian dikonstruksikan dalam pasal-pasal pemidanaan (kriminalisasi). Hukum pidana Islam mengenal beberapa jenis sanksi pidana yaitu *Qishosh*, *Hadd*, dan *Ta'zir*. Dalam beberapa Qanun hukuman *had* dan *ta'zir* diberlakukan dalam bentuk hukuman cambuk dan denda yang dapat ditemukan dalam ketentuan pelanggaran *Khalwat*, *Maisir* dan *Khamar*.

Hukuman cambuk⁶⁸ tidak pernah dikenal dalam sistem pemidanaan menurut Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP atau *Wetboek van Strafrecht*). Pidana cambuk ini diperkenalkan pertama kali di Indonesia akibat dari penerapan Syariat Islam di Aceh untuk jenis pelanggaran tertentu seperti khalwat, maisir, khamar, ikhtilaat, dan zina.

Secara konseptual, telah banyak teori pemikiran mengenai penerapan Syariat Islam. Teori pemikiran ini merupakan penguatan terhadap pentingnya penerapan syariat Islam dalam segala aspek kehidupan manusia dan pada prinsipnya setiap umat Islam setuju sebagai tuntutan Allah dan Rasul-Nya.

Namun, bila pemberlakuan ini melalui formalisasi atau legalisasi negara,

meliputi aspek hukum dan yuridis Syariat yang dibedakan dari aspek moralnya. *Lebih lanjut* Lihat Mashood A. Baderin, *Hukum Internasional Hak Asasi Manusia & Hukum Islam (International Human Rights and Islamic Law)*, Jakarta: Komisi Nasional Hak Asasi Manusia, 2007, Hlm. 32-33.

⁶⁷ T.M. Hasby As Shiddieqy, *Pengantar Ilmu Fikih*, Jakarta: Bulan Bintang, 1974, Cet. 2, Hlm. 19 dalam buku A. Rahmat Rosyadi dan HM Rais Ahmad, *Formalisasi Syariat Islam Dalam Perspektif Tata Hukum Indonesia*, (Bogor: Ghalia Indonesia, 2006), Cet. 1, Hal; 37, memaparkan bahwa para ahli fikih memakat kata syariat sebagai nama bagi hukum yang ditetapkan Allah untuk hamba-Nya melalui Rasulullah, supaya melaksanakannya dengan dasar iman yang berkaitan dengan hukum *amaliyah lahiriyah* maupun yang berkaitan dengan *amaliyah bathiniyah*, yaitu akhlak dan akidah. Ulama pada abad ketiga (*jumhur mutaakhirin*) menggunakan kata syariat untuk nama "hukum fikih atau hukum Islam yang berhubungan dengan perbuatan *mukallaf* (orang yang sudah dibebani hukum dan yang dapat dipertanggungjawabkan tindakannya). Atas dasar pemakaian ini, timbul perkataan: Islam adalah akidah dan syariat. Syariat dalam arti sempit menurut pengertian *qawanienu Islam*. Ahli fikih memakai kata syariat dan qanun, sebagian ahli *ushul fiqh* memakai kata hukum dalam arti qanun.

⁶⁸ Jenis hukuman inilah yang oleh para pemerhati hak asasi manusia ditentang keras karena tidak mencerminkan tatanan dan norma hak asasi manusia di jaman modern. Hukuman ini dicap sebagai bentuk dan produk budaya Arab di masa lampau dan sudah tidak sepatasnya diterapkan di jaman modern. Dalam konteks hukum hak asasi manusia modern, penerapan pidana cambuk di Aceh dianggap bertentangan dengan Konvensi Menentang Penyiksaan dan Perlakuan atau Hukuman Lainnya yang Kejam, Tidak Manusiawi atau Merendahkan Martabat (CAT).

maka ada beberapa pemikiran teori tersebut: (1) *Teori Pemikiran Formalistik-Legalistik*, dimana teori ini ingin menyatakan bahwa penerapan syariat Islam harus secara formalistik-legalistik melalui institusi negara yaitu melalui konstitusi atau undang-undang untuk menjaga agar substansi agama bisa dilaksanakan dengan baik; (2) *Teori Pemikiran Strukturalistik*, dimana teori ini menyatakan bahwa pendekatan struktural menekankan transformasi dalam tatanan sosial dan politik agar bercorak Islami; (3) *Teori Pemikiran Kulturalistik*, pendekatan kultural ini hanya menyaratkan sosialisasi dan internalisasi syariat Islam oleh umat Islam sendiri, tanpa dukungan langsung dari otoritas politik dan institusi negara; dan (4) *Teori Pemikiran Substantialistik-Aplikatif*, pemikiran ini hanya lahir dari sudut teoritik ajaran Islam yang bersifat dogmatis dan aplikatif, dan penerapannya diserahkan kepada umat Islam sendiri, apakah harus berdasarkan otoritas negara atau bersifat struktural, kultural, substansial, individual atau kolektif.⁶⁹

Apabila dibandingkan antara teori pemidanaan dalam hukum Islam dengan hukum pidana Indonesia, maka ada beberapa persoalan yang patut dikemukakan seperti perbedaan dan persamaannya kedua teori pemidanaan tersebut. Teori dalam hukum pidana Islam tentang teori pemidanaan ini dapat diketahui dari tujuan dijatuhkannya pidana, yang dapat dirumuskan dari tujuan masing-masing pidana dalam hukum pidana Islam, yaitu *hudud*, *qishas*, *diyat* dan *ta'zir*. Adapun dalam hukum pidana Indonesia, teori pemidanaan terdiri atas tiga teori, yaitu teori absolut, teori relatif dan teori gabungan.

⁶⁹ A. Rahmat Rosyadi dan HM Rais Ahmad, *Formalisasi Syariat Islam Dalam Perspektif Tata Hukum Indonesia*, Bogor: Ghalia Indonesia, 2006, Cet. 1, Hlm. 19 – 35.

Ada perbedaan antara tujuan pemidanaan yang terdapat dalam hukum pidana Islam dan hukum pidana positif, yaitu sebagai berikut:

1. Teori pembalasan yang terdapat dalam hukum pidana Islam dikenal adanya afwa/pemaafan, sedangkan dalam hukum pidana positif tidak dikenal.
2. Teori relatif/tujuan yang terdapat dalam hukum pidana Islam lebih tegas dibandingkan dalam hukum pidana positif.
3. Prinsip dasar pelaksanaan dari penjatuhan pidana dalam hukum pidana Islam merupakan wujud ketaatan seorang hamba kepada Khalik-nya yang didasari keimanan, sedangkan dalam hukum pidana positif prinsip dasar pelaksanaan penjatuhan pidana karena semata-mata taat pada aturan yang dibuat manusia.

Persamaan tujuan pemidanaan dalam hukum pidana Islam dan hukum pidana positif adalah upaya akhir dalam menangani setiap tindak pidana, yaitu dengan menyingkirkan pelaku tindak pidana dengan pidana mati ataupun penjara seumur hidup. Baik hukum pidana Islam maupun hukum pidana positif tujuan dijatuhkannya pidana yaitu menyadarkan semua masyarakat untuk berbuat baik sehingga terpelihara ketentraman hidup dan kelangsungan hidup masyarakat.⁷⁰

Teori Hak Asasi Manusia adalah yang merupakan *Applied Theory* dalam penelitian ini.

Sejarah telah bercerita bahwa hukum alam (*natural law*) menempatkan perlakuan yang sama dan adil bagi semua orang, semua yang terlahirkan memiliki harkat dan martabat. Inilah yang disebut Hak Asasi Manusia. Hak yang melekat dan ada sebagai kodrat pemberian Tuhan. Bukan negara yang memberikan atau bukan pula orang lain (*the others*) di sekitar yang menciptakannya. Begitu seorang terlahirkan maka hak itu melekat dan

⁷⁰ Juhaya S. Praja., *op cit.* hlm.97-98.

wajib dilindungi oleh orang lain dan negara sebagai sistem yang berdiri di atas tatanan hukum dari hasrat publik.

Menurut John Locke, manusia itu sejak lahir telah memiliki kebebasan dan hak-hak asasi. Hak asasi itu ialah: hak kehidupan, kemerdekaan, kesehatan dan harta milik. Dalam hal ini dijumpai pada manusia dalam keadaan alami. Dan hak asasi manusia itu tidak dapat diganggu gugat oleh siapapun, terkecuali atas persetujuan pemiliknya.⁷¹

John Locke dalam bukunya yang terkenal *Two Treatise of Civil Government* mengatakan:

“Negara secara alamiah diatur oleh hukum alam yang harus dipatuhi setiap orang sebagai hukum, memberi arahan dalam kehidupan manusia dimana setiap orang mempunyai kebebasan dan persamaan, tidak seorang pun boleh mengganggu kehidupan, kemerdekaan atau memenjarakan yang lain.”⁷²

Pemikiran John Locke ini mewarnai proklamasi Deklarasi Kemerdekaan 13 Negara-Negara Amerika 1776: “...we hold these truths to be self-evident; that all men created equal; that they are endowed by their Creator with certain inalienable rights, liberty and the pursuit of happiness.” Proklamasi Amerika ini kemudian dikembangkan lebih lanjut oleh Perancis dalam *Declaration de l’Homme et du Citoyen* pada tahun 1789 di Paris: “men are born and remain free and equal in rights; indeed, that the purpose of all political associations is the concervation of the natural and inalienable right of man; these rights are liberty, property, security and resistance to oppression: liberty is defined as being unrestrained in doing anything that does not interfere with another’s rights, and is held to include the rights to

⁷¹Azhary,. *Op Cit.* Hlm. 25.

⁷² John Locke, *Two Treatise of Civil Government*, New York: Mentor Book, 1963, Revised Edition, Book II, ch. II, hlm. 6.

free speech, a free press, religion freedom, and freedom from arbitrary arrest.”⁷³

Dalam bukunya A. Masyhur Effendi, terbukti bahwa masalah HAM merupakan salah satu pemikiran yang sudah ada dan terbangun sejak zaman Yunani Kuno. Setiap kekuatan akan berhadapan dengan hukum keabadian (hukum alam)⁷⁴ yang berintikan menghormati HAM. Hukum alam, menurut Marcus G. Singer, merupakan suatu konsep dari prinsip-prinsip umum moral tentang sistem keadilan yang berlaku untuk seluruh umat manusia, dimana umumnya diakui dan diyakini oleh umat manusia itu sendiri. Oleh karena itu, hukum alam mempunyai ukuran yang berbeda dengan hukum positif yang berlaku pada suatu masyarakat. Diangkat dari konsep teori hukum alam, individu mempunyai hak alam yang tidak dapat dicabut atau dipindahkan.

Para filsuf kristiani menerima ajaran teori hukum alam *stoa*, dimana hukum alam diidentifikasi dengan hukum Tuhan. Menurut Thomas Aquino, hukum alam merupakan bagian dari hukum keabadian Tuhan (*the reason of devine wisdom*) yang dapat diketahui dan dirasakan oleh manusia lewat kekuatan otaknya. Sedangkan hukum positif merupakan aplikasi dari

⁷³ A. Masyhur Effendi dan Taufani Sukmana Evandri. *HAM Dalam Dimensi/Dinamika Yuridis, Sosial, Politik Dan Proses Penyusunan/Aplikasi HA-KHAM (Hukum Hak Asasi Manusia) Dalam Masyarakat*, Cet. 1 (Edisi Ketiga), Bogor: Penerbit Ghalia Indonesia, 2010, hlm. 19.

⁷⁴ Istilah *natural rights* berkembang menjadi *human rights* pada abad XVII oleh para pelopor teori hukum alam, antara lain Thomas Hobbes, John Locke, Montesquieu, dan JJ Rousseau yang mengakui adanya hak-hak yang dimiliki manusia. Walaupun didalam dasar pemikiran dan tataran aplikasinya, antara satu pemikir dengan pemikir lainnya terdapat perbedaan yang cukup tajam. Dalam perkembangannya lebih jauh, bahkan sampai dewasa ini, hak asasi manusia yang dikenal sebagai *fundamental rights* meliputi *moral rights* dan *legal rights*. Dikatakan fundamental, bukan karena hak-hak tersebut konsitutional sifatnya. Langkah tersebut menempatkan posisi HAM menjadi semakin kuat. Dengan semakin lengkapnya instrumen HAM yang disusun PBB, disamping UU HAM tingkat nasional semakin banyak perkembangan ha-kham (hukum hak asasi manusia), istilah dari A. Masyhur Effendi, semakin lengkap. Dengan demikian hukum hak asasi manusia semakin penting. Hukum hak asasi manusia (ha-kham) adalah seperangkat hukum yang dimuat dalam beragam peraturan perundangan nasional dan dalam berbagai instrumen hukum internasional, dalam rangka mewujudkan hak-hak dasar manusia seutuhnya tanpa diskriminasi.

hukum alam pada keadaan masyarakat tertentu. Seperti aliran *stoa*, Thomas Aquino percaya bahwa hukum manusia (*human law*) yang “tabrakan” dengan hukum alam bukan hukum yang benar. Hukum alam menurut Hugo Grotius (1583 – 1645) adalah suatu peraturan akal murni, karenanya bersifat tetap. Akibat sifat tetapnya tersebut, sampai-sampai Tuhan tidak mampu mengubahnya. Dengan akalnya, manusia mampu memimpin dirinya sendiri. Akal berjalan bebas, sama sekali tidak tergantung kepada kekuasaan atau kekuatan ghaib. Thomas Hobbes (1588 – 1679) melakukan modifikasi kebiasaan hukum alam yang semula di alam terdapat harmonisasi dan keadilan, kemudian berubah dan berkembang terjadi ketidakadilan. Hal ini disebabkan dalam diri manusia terdapat watak rakus, agresif, dan mementingkan diri sendiri yang mendominasi pribadi manusia. Ketika masing-masing pribadi mengedepankan sifat-sifat tersebut, demi kepentingan dan pengamanan diri sendiri, akal sehatnya mendorong antarsesamanya mengikatkan diri atau diformalkan dalam suatu ikatan/perjanjian sosial (*social contract*). Pandangan yang lebih optimis tentang keadaan hukum alam sebelumnya muncul dari John Locke (1632 – 1704) yang menyatakan bahwa manusia dalam keadaan bebas tetapi mempunyai hak-hak alamiah yang tidak dapat diserahkan kepada kelompok masyarakat lainnya, kecuali lewat perjanjian masyarakat. Ketika masuk menjadi anggota masyarakat, manusia hanya menyerahkan hak-hak tertentu demi keamanan dan kepentingan bersama. Masing-masing individu tetap memiliki hak prerogatif fundamental yang didapat dari alam. Hak tersebut merupakan bagian utuh yang tak

terpisahkan dari kepribadiannya sebagai manusia.⁷⁵ Pelopor teori hukum alam lain yang perlu dicatat adalah Jean Jacques Rousseau (1712 – 1778) yang juga dianggap sebagai Bapak Kedaulatan Rakyat. Pemikirannya diawali dengan melihat kekacauan di alam bebas yang menurut pemikir ini hanya dapat diatasi lewat perjanjian masyarakat. Perjanjian masyarakat membangun kebersamaan dan kesatuan, dimana setiap orang secara pribadi terlindungi sehingga tercipta keseimbangan antara kekuasaan dengan kebebasan. Dengan adanya perlindungan ini, setiap anggota masyarakat memiliki dan dijamin kebebasannya. Di sini, melalui instrumen perjanjian masyarakat berarti mengukuhkan kembali kebebasan manusia. Melalui perjanjian pula negara diciptakan, berarti terjadi peralihan pemikiran dari keadaan alam bebas (sering dapat menjurus anarkis) ke alam bernegara. Peralihan paradigma tersebut mengubah naluri manusia yang semula hanya mengenal kebebasan, cenderung dalam arti negatif ke pemikiran positif yang mengenal nilai-nilai keadilan, kesusilaan dan kemanusiaan lainnya.⁷⁶

Sebagaimana diketahui, ada tiga teori tentang pembentukan negara yaitu teori perjanjian masyarakat, teori teokrasi, dan teori kekuatan.⁷⁷ Dari ketiga teori tersebut, teori perjanjian masyarakat mempunyai “hubungan langsung” dengan langkah-langkah penegakan Hak Asasi Manusia. Dengan demikian, teori perjanjian masyarakat yang merupakan bagian dari teori hukum alam menjadi dasar utama dalam memahami HAM.

⁷⁵ Keyakinan dan pandangan adanya hak abadi yang melekat pada setiap manusia tersebut, menempatkan John Locke sebagai Bapak Hak Asasi Manusia. Teori hukum alam Locke ini memberi inspirasi basis filosofis atas Revolusi Amerika dan Perancis. *Lebih lanjut lihat A. Masyhur Effendi dan Taufani Sukmana Evandri., Ibid.* hlm.1-3.

⁷⁶ Lebih lanjut menyoal Kontrak Sosialnya Rousseau, bisa dibaca dalam bukunya. Jean-Jacques Rousseau, *Perihal Kontrak Sosial atau Prinsip-Prinsip Hukum Politik.*, Jakarta: Penerbit Dian Rakyat, 1989.

⁷⁷ A. Masyhur Effendi dan Taufani Sukmana Evandri., *Ibid.* hlm.3-4.

Lebih lanjut, berbicara mengenai hukum alam dan HAM akan terkait dengan persoalan antara “justice/gerecht/adil” dengan “truth/rechtig/benar” dalam hukum yang dibicarakan terus sepanjang masa, karena hal ini terkait dengan hakikat kemanusiaan dan martabat manusia sendiri. Seperti diketahui, Aristoteles menganggap hukum alam merupakan produk rasio manusia semata-mata demi terciptanya keadilan abadi, sehingga keadilan menurutnya ada dua makna, yaitu:

- a. Adil dalam undang-undang dan bersifat temporer/berubah-ubah sesuai dengan waktu dan tempat, sehingga sifatnya tidak tetap dan keadilannya pun tidak tetap (keadilan distributif);
- b. Adil menurut alam berlaku umum, sah, dan abadi sehingga terlepas dari kehendak manusia dan kadang bertentangan dengan kehendak manusia itu sendiri (keadilan komutatif).

Kedua keadilan tersebut diatas, menurut A Masyhur Effendi, merupakan landasan mengembangkan keadilan hukum (*legal justice*) dan keadilan masyarakat (*social justice*) sehingga terwujud *socio-legal justice*. Dari *socio-legal justice*, berkembanglah banyak teori yang berbicara keadilan.

John Rawls dalam buku Teori Keadilan (*The Theory of Justice*) mencoba untuk menganalisa kembali permasalahan mendasar dari kajian filsafat politik dengan merekonsiliasikan antara prinsip kebebasan dan prinsip persamaan. Rawls mengakui bahwa karyanya tersebut sejalan dengan tradisi kontrak sosial (*social contract*) yang pada awalnya diusung oleh beberapa sarjana seperti John Locke, Jean Jacques Rousseau, dan Immanuel Kant. Namun demikian, gagasan sosial kontrak yang dibawa oleh Rawls sedikit

berbeda dengan para pendahulunya, bahkan cenderung untuk merevitalisasi kembali teori-teori kontrak klasik yang bersifat utilitarianistik dan intuisionistik. Dalam hal ini, kaum utilitaris mengusung konsep keadilan sebagai suatu keadaan dimana masyarakat dapat memperoleh kebaikan dan kebahagiaan secara sama-rata. Rawls berpendapat bahwa keadilan adalah kebajikan utama dari hadirnya institusi-institusi sosial (*social institutions*). Akan tetapi, menurutnya, kebaikan bagi seluruh masyarakat tidak dapat mengesampingkan atau mengganggu rasa keadilan dari setiap orang yang telah memperoleh rasa keadilan, khususnya masyarakat lemah. Oleh karena itu, sebagian kalangan menilai cara pandang Rawls sebagai perspektif “*liberal-egalitarian of social justice*”.⁷⁸

Apabila dicermati jauh sebelum terbitnya karya-karya Rawls mengenai “keadilan sosial” (*social justice*), bangsa Indonesia sebenarnya telah menancapkan dasar kehidupan berbangsa dan bernegaranya atas dasar keadilan sosial. Dua kali istilah “keadilan sosial” disebutkan di dalam alinea keempat Pembukaan UUD 1945. Dengan demikian, keadilan sosial telah diletakkan menjadi salah satu landasan dasar dari tujuan dan cita negara (*staatsidee*) sekaligus sebagai dasar filosofis bernegara (*filosofische grondslag*) yang termaktub pada sila kelima dari Pancasila. Artinya, memang sejak awal “*the founding fathers*” mendirikan Indonesia atas pijakan untuk mewujudkan keadilan sosial baik untuk warga negaranya sendiri maupun masyarakat dunia.

⁷⁸Pan Mohamad Faiz, “Teori Keadilan John Rawls Dan Relevansi Konstitusi Indonesia” <http://ipenhi.blogspot.com/2013/01/teori-keadilan-john-rawls-dan-relevansi.html> (website dilihat pada 1 Mei 2013)

Dalam konsepsi Rawls, keadilan sosial tersebut dapat ditegakkan melalui koreksi terhadap pencapaian keadilan dengan cara memperbaiki struktur dasar dari institusi-institusi sosial yang utama, seperti misalnya pengadilan, pasar, dan konstitusi negara. Apabila kita sejajarkan antara prinsip keadilan Rawls dan konstitusi, maka dua prinsip keadilan yang menjadi premis utama dari teori Rawls juga tertera dalam konstitusi Indonesia, terlebih lagi setelah adanya perubahan UUD 1945 melalui empat tahapan dari 1999 sampai dengan 2002. Prinsip kebebasan yang sama (*equal liberty principle*) tercermin dari adanya ketentuan mengenai hak dan kebebasan warga negara (*constitutional rights and freedoms of citizens*) yang dimuat di dalam Bab XA tentang Hak Asasi Manusia, diantaranya yaitu Pasal 28E UUD 1945 mengenai kebebasan memeluk agama (*freedom of religion*), kebebasan menyatakan pikiran sesuai hati nurani (*freedom of conscience*), serta kebebasan berserikat dan mengeluarkan pendapat (*freedom of assembly and speech*).

Begitu pula dengan prinsip kedua bagian pertama sebagai prinsip perbedaan (*difference principle*), Konstitusi Indonesia mengadopsi prinsip yang sama pada Pasal 28H ayat (2) UUD 1945 yang berbunyi, “Setiap orang berhak mendapat kemudahan dan perlakuan khusus untuk memperoleh kesempatan dan manfaat yang sama guna mencapai persamaan dan keadilan”. Dari sinilah dasar penerapan *affirmative action* atau *positive discrimination* dapat dibenarkan secara konstitusional. Pengaturan demikian sama halnya dalam Konstitusi India yang menerapkan sistem “reservation” untuk mengangkat kelas terbelakang (*backward class*) di bidang pendidikan dan

sosial berdasarkan Pasal 15 ayat (4) dan Bagian IV tentang “*Directive Principles of State Policy*” Konstitusi India.

Terhadap prinsip persamaan kesempatan (*equal opportunity principle*) sebagai prinsip kedua bagian kedua dari teori keadilan Rawls, Konstitusi Indonesia secara tegas juga memberikan jaminan konstitusi (*constitutional guarantee*) yang serupa, sebagaimana salah satunya termuat pada Pasal 28D ayat (3) UUD 1945. Dengan demikian dapat dikatakan bahwa terlepas dari adanya kesengajaan ataupun tidak, Indonesia secara nyata telah memasukan prinsip-prinsip keadilan yang digagas oleh John Rawls ke dalam batang tubuh Konstitusi.

Begitu pula dalam praktik ketatanegaraan sehari-hari, walaupun tidak selalu digunakan, eksistensi teori keadilan Rawls telah malang-melintang penggunaannya baik di muka persidangan maupun di dalam Putusan Mahkamah Konstitusi. Ahli-ahli Hukum Tata Negara seringkali merujuk pemikiran Rawls ketika menafsirkan makna dan esensi keadilan yang terkandung di dalam Konstitusi, sebagaimana misalnya terekam dalam Perkara Nomor 51-52-59/PUU-VI/2008⁷⁹ dan Perkara Nomor 3/PUU-VII/2009.⁸⁰

Dalam konteks prinsip-prinsip keadilan, Mahkamah Konstitusi berpandangan bahwa keadilan tidak selalu berarti memperlakukan sama kepada setiap orang. Menurut Mahkamah, keadilan haruslah diartikan dengan

⁷⁹ “Pengujian Undang-Undang Nomor 42 Tahun 2008 Tentang Pemilihan Umum Presiden Dan Wakil Presiden Terhadap Undang-Undang Dasar 1945” http://www.mahkamahkonstitusi.go.id/putusan/risalah_sidang_Copy_%20%282%29%20of%20Perkara%2051.%2052.%2056.59.PUU-VI.2008.%2028%20Januari%202009%20new.pdf (website dilihat pada 10 Juli 2013)

⁸⁰ “Pengujian Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 10 Tahun 2008 Tentang Pemilihan Umum Anggota Dpr, Dpd Dan Dprd Terhadap Undang-Undang Dasar 1945” http://www.mahkamahkonstitusi.go.id/putusan/risalah_sidang_Perkara%203%20puu_%20VII%20-2008.%2013%20%20Februari%202009Final.pdf (website dilihat pada 10 Juli 2013)

“memperlakukan sama terhadap hal-hal yang sama, dan memperlakukan berbeda terhadap hal-hal yang memang berbeda”. Sehingga, apabila terhadap hal-hal yang berbeda kemudian diperlakukan sama, justru akan menjadi tidak adil. Pemaknaan yang demikian telah dituangkan dalam pelbagai Putusan Mahkamah Konstitusi, di antaranya yaitu Putusan Nomor 070/PUU-II/2004,⁸¹ Putusan Nomor 14-17/PUU-V/2007⁸² dan Putusan Nomor 27/PUU-V/2007.⁸³ Terakhir Mahkamah menggunakan teori Rawls dalam pertimbangan hukumnya yaitu dalam Putusan Nomor 53/PUU-VI/2008 bertanggal 15 April 2009.⁸⁴

Masih terkait dengan konstitusi, Rawls juga menggarisbawahi bahwa keadilan dapat tercapai manakala terjadi kepatuhan terhadap konstitusi dan terintegralisasinya hak dan kewajiban konstitusional yang berlandaskan nilai-nilai moral. Dengan kata lain, Rawls juga menempatkan moral konstitusi (*constitutional morality*) untuk menentukan apakah institusi-institusi yang diatur di dalamnya sudah bersifat adil. Oleh karenanya menurut Rawls, antara moral dan konstitusi, keduanya saling membutuhkan satu sama lain guna

⁸¹ “Pengujian UU No. 26 tahun 2004 Pasal 15 Ayat (7), (8), dan (9) Tentang Pembentukan Provinsi Sulawesi Barat Terhadap UUD 1945,” http://www.mahkamahkonstitusi.go.id/Risalah/risalah_sidang_Risalah%20Perkara%20070-PUU-II-2004%20TGL%202%20MARE%202005.pdf (website dilihat pada 10 Juli 2013)

⁸² “Pengujian Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2003 tentang Pemilihan Umum Presiden dan Wakil Presiden, Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi, Undang-Undang Nomor 5 Tahun 2004 tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 14 Tahun 1985 tentang Mahkamah Agung, Undang-Undang Nomor 32 Tahun 2004 tentang Pemerintahan Daerah, dan Undang-Undang Nomor 15 Tahun 2006 tentang Badan Pemeriksa Keuangan terhadap Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945” http://hukum.unsrat.ac.id/mk/mk_14_17_2007.pdf (website dilihat pada 10 Juli 2013)

⁸³ “Pengujian Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 3 Tahun 2005 Tentang Keolahragaan Nasional Terhadap Undang-Undang Dasar 1945” http://www.mahkamahkonstitusi.go.id/Risalah/risalah_sidang_Perkara%2027%20%20puu%20V%20-2007.%2026%20November%202007.pdf (website dilihat pada 10 Juli 2013)

⁸⁴ “Pengujian Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 40 Tahun 2008 Tentang Perseroan Terbatas Terhadap Undang-Undang Dasar 1945” http://www.mahkamahkonstitusi.go.id/putusan/risalah_sidang_Perkara%2053%20puu%20VI%20-2008.%20203%20februari%20i%202009.pdf (website dilihat pada 10 Juli 2013)

mewujudkan tatanan dasar kehidupan sosial dan bernegara. Artinya, konstitusi haruslah berlandaskan nilai-nilai moral dan sebaliknya juga agar berlaku efektif maka nilai-nilai moral harus didukung oleh konstitusi.

F. Metode Penelitian

1. Spesifikasi dan Ruang Lingkup

Spesifikasi penelitian ini adalah yuridis-normatif, yaitu menganalisis sejumlah norma (kaidah) hukum (peraturan perundang-undangan) yang berlaku saat ini (hukum positif). Penelitian ini bertujuan hendak menjawab masalah dan menguji teori yang ada terhadap situasi konkret. Penelitian yuridis-normatif ini bersifat *eksploratoris* dan *deskriptif* yang diarahkan untuk menganalisis data sekunder. Data sekunder yang ditelaah meliputi bahan hukum primer, bahan hukum sekunder, dan bahan hukum tersier. Hasilnya diharapkan dapat membantu untuk mendapatkan pandangan-pandangan baru dalam penelitian ini.

Sedangkan ruang lingkup penelitian yang hendak diuji terkait dengan beberapa cabang ilmu antara lain Hukum Pidana, Hukum Hak Asasi Manusia, dan Hukum Tata Negara dengan fokus penelitian pada pelaksanaan hukuman cambuk di Aceh dalam perspektif Hak Asasi Manusia.

2. Bahan-Bahan Hukum

Dalam penelitian yuridis-normatif ini, data atau bahan-bahan hukum yang diperlukan adalah peraturan perundang-undangan yang dikategorikan dalam:

- a. Bahan hukum primer, yaitu bahan-bahan hukum yang mengikat dan terdiri dari: Norma atau kaidah dasar, yaitu Pembukaan Undang-Undang Dasar 1945 dan Ketetapan-Ketetapan Majelis Permusyawaratan Rakyat (TAP MPR)
- b. Bahan hukum sekunder, yang memberikan penjelasan mengenai bahan hukum primer, seperti rancangan undang-undang, hasil-hasil penelitian, hasil karya dari kalangan hukum, dan lainnya.

Dalam penelitian ini, bahan-bahan hukum dibawah ini masuk dalam kategori bahan hukum sekunder, yaitu:

- 1) Peraturan Perundang-undangan:
 - a) Undang-undang dan peraturan yang setaraf.
 - b) Peraturan pemerintah dan peraturan yang setaraf.
 - c) Keputusan Presiden dan peraturan yang setaraf.
 - d) Keputusan Menteri dan peraturan yang setaraf.
 - e) Peraturan-peraturan Daerah.
 - 2) Bahan hukum yang tidak dikodifikasi, seperti hukum adat.
 - 3) Yurisprudensi.
 - 4) Traktat.
 - 5) Bahan Hukum dari zaman penjajahan/kolonial yang hingga kini masih berlaku seperti Kitab Undang-Undang Hukum Pidana.
- c. Bahan hukum tersier atau bahan hukum penunjang ini pada dasarnya mencakup: (1) bahan-bahan yang memberikan petunjuk atau penjelasan terhadap bahan hukum primer dan bahan hukum sekunder, yang lebih dikenal dengan nama bahan acuan bidang hukum atau bahan rujukan

hukum. Contohnya adalah abstrak perundang-undangan –pusat atau daerah, kamus hukum, ensiklopedia hukum, indeks majalah hukum, bibliografi hukum, direktori pengadilan, dan lainnya. (2) Bahan-bahan primer, sekunder dan penunjang (tersier) di luar bidang hukum, misalnya, yang berasal dari bidang sosiologi, ekonomi, ilmu politik, filsafat, dan lain sebagainya, yang oleh para peneliti hukum dipergunakan untuk melengkapi ataupun menunjang data penelitiannya.

3. Pengumpulan dan Analisa Bahan Hukum

Pengumpulan atau pengambilan data yang terkait dengan peraturan perundang-undangan dilakukan dari sumber otentik atau sumber resmi yang dipublikasikan secara resmi oleh negara atau pemerintah/daerah seperti Lembaran Negara, Tambahan Lembaran Negara, Lembaran Daerah, Berita Negara, dan sumber resmi lainnya. Analisa data menggunakan metode penafsiran (interpretasi) hukum secara deduktif untuk menguji dan menilai keterkaitan persoalan pokok dalam penelitian ini. Adapun penafsiran hukum yang digunakan adalah penafsiran gramatikal, teleologis, dan analogis serta penarikan kesimpulan dilakukan melalui generalisasi deduktif.

BAB II
PENERAPAN HUKUM CAMBUK DI ACEH
DAN HAK ASASI MANUSIA

A. Teori Negara Hukum

Hubungan negara hukum dengan hak asasi manusia, tentu sangat terkait erat dan bahkan tidak bisa dipisahkan. Argumentasinya adalah bahwa ciri negara hukum adalah perlindungan terhadap hak asasi manusia. Artinya, dalam negara hukum, hak asasi manusia terlindungi. Jika dalam suatu negara hukum hak asasi manusia tidak terlindungi maka negara tersebut bukanlah negara hukum, akan tetapi negara diktator dengan pemerintahan yang sangat otoriter. Perlindungan terhadap hak asasi manusia dalam negara hukum terwujud dalam bentuk penormaan hak tersebut dalam konstitusi dan undang-undang, dan untuk selanjutnya penegakannya melalui badan-badan peradilan sebagai pelaksana kekuasaan kehakiman.⁸⁵

Perlindungan terhadap hak asasi manusia tersebut dimasyarakatkan secara luas, dalam rangka mempromosikan penghormatan dan perlindungan terhadap hak asasi manusia, sebagai ciri yang penting suatu negara hukum - yang demokratis. Setiap manusia sejak kelahirannya menyanggah hak-hak dan kewajiban-kewajiban yang bersifat bebas dan asasi. Terbentuknya negara dan demikian pula penyelenggaraan kekuasaan suatu negara, tidak boleh mengurangi arti atau makna kebebasan dan hak-hak asasi kemanusiaan itu. Oleh karena itu, adanya perlindungan dan penghormatan terhadap hak-hak

⁸⁵ Bahder Johan Nasution, *Negara Hukum dan Hak Asasi Manusia*, CV Mandar Maju, Bandung, 2014, hlm.10.

asasi manusia merupakan pilar yang sangat penting dalam setiap negara yang disebut sebagai negara hukum.⁸⁶

Manusia diciptakan oleh Tuhan Yang Maha Esa dengan seperangkat hak yang menjamin derajatnya sebagai manusia. Hak-hak inilah yang kemudian disebut dengan hak asasi manusia, yaitu hak yang diperoleh sejak kelahirannya, sebagaimana dengan tegas dimuat dalam Pasal 1 Butir 1 Undang-Undang Nomor 39 Tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia yang mendefinisikan Hak Asasi Manusia sebagai “*seperangkat hak yang melekat pada hakikat keberadaan manusia sebagai makhluk Tuhan Yang Maha Esa dan merupakan anugerah-Nya yang wajib dihormati, dijunjung tinggi, dan dilindungi oleh negara, hukum, pemerintah, dan setiap orang demi kehormatan serta perlindungan harkat dan martabat manusia*”.⁸⁷

Setiap manusia diciptakan kedudukannya sederajat dengan hak-hak yang sama, prinsip persamaan dan kesederajatan merupakan hal utama dalam interaksi sosial, akan tetapi kenyataan menunjukkan bahwa hal ini tidak mungkin dapat dilakukan secara individual, pencapaiannya harus melalui organisasi atau perkumpulan. Untuk itu dibutuhkan kekuasaan untuk menjalankan organisasi sosial tersebut dan diberi kekuasaan secara demokratis.

Bersamaan dengan munculnya demokrasi sebagai gagasan untuk membatasi kekuasaan, maka kemudian berkembang pemikiran bagaimana pewadahan normatif dari gagasan tersebut. Hans Kelsen merupakan salah satu sarjana yang serius memberikan jawaban atas hal tersebut. Dalam hal ini,

⁸⁶ *Ibid.* hlm. 14.

⁸⁷ Indonesia, *Undang-Undang tentang Hak Asasi Manusia*, UU No. 39, LN No.165 Tahun 1999, TLN No. 3886.

Kelsen menjadikan gagasan kebebasan sebagai dasar pembeda antara otokrasi dan demokrasi dalam kaitan dengan pembuatan aturan hukum.⁸⁸ Pandangan Kelsen tersebut merupakan segi normatif konsepsi demokrasi karena melihat kebebasan dalam kaitannya dengan pembentukan aturan hukum. Dengan menggunakan kerangka kebebasan positif dan kebebasan negatif di atas, maka demokrasi yuristik ini dapat digolongkan ke dalam 2 model demokrasi, yaitu demokrasi konstitusional dan demokrasi partisipatoris. Kebebasan dalam konsep negatif yang mengagungkan kebebasan individu dan menolak segala pembatasan kebebasan telah melahirkan demokrasi konstitusional, sedangkan konsep kebebasan dalam pengertian positif yang menekankan kesamaan derajat untuk menggali potensi diri melahirkan demokrasi *partisipatoris*.⁸⁹

Demokrasi konstitusional pada dasarnya adalah model demokrasi yang menekankan kepada lembaga perwakilan dan prosedur konstitusi. Demokrasi dicirikan adanya kompetisi bebas yang membuka peluang terjadinya perubahan konstitusional secara berkelanjutan. Perubahan tersebut dilaksanakan lewat pemilihan umum yang melahirkan lembaga perwakilan rakyat.⁹⁰ Dengan demikian, dalam pengelolaan negara berlaku aturan mayoritas. Pada akhirnya, demokrasi konstitusional menekankan sepenuhnya pada aspek prosedural sehingga mengabaikan moral. Hal ini sejajar dengan

⁸⁸ Pemahaman paradigma di sini bukan paradigma sebagai kode etik versi Marton, akan tetapi pandangan hidup versi Thomas Kunt. Konsep paradigma tersebut mulai disebarluaskan pada tahun 1940-an dan segera mendapatkan sambutan hangat dari banyak pakar. Lihat Thomas Kunt, *The Structure of Scientific Revolutions*, Chicago: University of Chicago Press, 1970.

⁸⁹ Hans Kelsen, *General Theory of Law and State*, New York: Russel & Russel, 1973, hlm. 284.

⁹⁰ Lembaga perwakilan rakyat adalah ciri pemerintahan konstitusional dalam demokrasi modern, yang mana berlaku dalam sistem presidensial yang menggunakan pemilihan langsung untuk memilih eksekutif maupun dalam sistem yang lain.

ekonomi pasar bebas atau *laissez-faire* yang meyakini adanya tangan tersembunyi dalam mengatur bekerjanya mekanisme tersebut. Demokrasi konstitusional menghendaki “negara minimal” yang memberikan kebebasan penuh kepada individu dengan cara membatasi kekuasaan negara sebanyak mungkin. Dari sudut hukum, konsep demokrasi ini dikenal sebagai Negara Hukum Formal atau Negara Jaga Malam.⁹¹

Perumusan yuridis tentang gagasan konstitusionalisme dicapai pada abad ke 19 dan akhir abad ke 20 yang ditandai dengan pemberian istilah *Rechtsstaat* (diberikan oleh ahli-ahli hukum *Anglo Saxon*). *Rechtsstaat* atau *Rule of Law* yang di Indonesia diterjemahkan sebagai “Negara Hukum”⁹² ini berkembang dengan warna dan ciri-ciri tersendiri.

Frederich Julius stahl dari kalangan ahli Eropa Barat Kontinental memberikan ciri-ciri *Rechtsstaat* sebagai berikut:

- 1) hak asasi manusia;
- 2) pemisahan atau pembagian kekuasaan;
- 3) pemerintahan berdasarkan peraturan-peraturan (*Wetmatigheid van bestuur*); dan
- 4) peradilan administrasi dalam perselisihan.⁹³

⁹¹ Dalam pandangan Arief Budiman, konfigurasi negara demikian merupakan watak negara pluralis, yaitu negara yang tidak mandiri dan hanya bertindak sebagai penyaring berbagai keinginan dari *interst-group* dalam masyarakat. Setiap kebijaksanaan negara bukanlah inisiatif yang timbul dari kemandirian negara, akan tetapi lahir dari proses penyerapan aspirasi masyarakat secara penuh melalui parlemen. Periksa Arief Budiman, *Teori Negara*, Jakarta: Gramedia Pustaka Utama, 1997.

⁹² Dalam pembicaraan negara hukum di Indonesia di kalangan ahli muncul 2 sikap. Pertama, ahli yang tidak mempersoalkan padanan kata istilah negara hukum, seperti Ismail Sunny dan Sunaryati Hartono yang menyamakan istilah “negara hukum” dengan *the rule of law*. Periksa dalam Ismail sunny, *Mencari Keadilan*, Jakarta: Ghalia Indonesia, 1982, hlm. 123; Sunaryati Hartono, *Apakah the Rule of Law*, Bandung: Alumni, 1976, hlm. 35. Kedua, ahli yang mempermasalahkan penggunaan istilah “negara hukum” dan istilah asing tersebut, yaitu Phillipus M. Hadjon, yang menyebut “negara hukum” merupakan konsep dan tidak terjemahan dari *Rechtsstaat* dan *the Rule of Law*. Periksa: Phillipus M. Hadjon, *Perlindungan Hukum Bagi Rakyat di Indonesia*, Surabaya: Bina Ilmu, 1987, hlm. 71-74.

⁹³ Oemar Seno Adji, “Prasaran” Seminar Ketatanegaraan UUD 1945, Jakarta: Seruling Mas, 1966, hlm. 24.

Sementara itu, A.V. Dicey, seorang ahli dari kalangan *Anglo Saxon* memberikan ciri *Rule of Law* sebagai berikut:

- 1) supremasi hukum dalam arti tidak boleh ada kesewenang-wenangan sehingga seseorang hanya boleh di hukum jika melanggar hukum;
- 2) kedudukan yang sama di depan hukum bagi rakyat biasa maupun bagi pejabat; dan
- 3) terjaminnya hak asasi manusia oleh undang-undang dan keputusan-keputusan pengadilan.

Dari perincian itu pula semakin terlihat betapa peranan pemerintah hanya sedikit sebab ada dalil “pemerintahan yang paling sedikit yang paling baik” sehingga karena sifatnya yang pasif dan tunduk kepada kemauan rakyat yang liberalistik, maka dikenal sebagai “negara jaga malam” (*Nachtwachterstaat*). Ruang gerak pemerintah sangat sempit dan bukan saja di lapangan politik, akan tetapi juga dalam lapangan ekonomi dikuasai dalil *laissez faire, laissez aller* (keadaan ekonomi negara akan sehat jika setiap manusia dibiarkan mengurus kepentingan ekonominya masing-masing). Ditinjau dari sudut politik, *Nachtwachterstaat* mempunyai tugas primer untuk menjamin dan melindungi kedudukan ekonomi dari mereka yang menguasai alat-alat pemerintahan.

Konsep demokrasi konstitusional dan negara hukum formal di atas menjelang pertengahan abad ke 20 mulai digugat. Menurut Miriam Budiardjo, faktor pendorongnya antara lain adalah ekses-ekses negatif dalam industrialisasi dan kapitalisme, tersebarnya faham sosialisme yang menginginkan pembagian kekuasaan secara merata dan kemenangan

beberapa partai sosialis di Eropa.⁹⁴ Berpijak kepada pemikiran Rousseau, John Stuart Mill, dan Marxisme, pada tahun 1960-an dan 1970-an berkembang suatu pemikiran baru mengenai demokrasi yang selanjutnya dikenal sebagai demokrasi partisipatoris. Model demokrasi ini memandang bahwa demokrasi tidak hanya berurusan dengan legal formal dan sistem perwakilan saja, tetapi lebih dari itu mempunyai tujuan moral untuk membantu pengembangan hidup manusia. Dalam pandangan ini, suatu sistem demokrasi, betapapun terbatas cakupannya, bernilai sebagai alat peningkatan kapasitas manusia agar terbentuk masyarakat demokratis sebagai hasil dari peningkatan tersebut dan sebagai alat pengembangan kemudian.

Dengan demikian, model demokrasi ini bersesuaian dengan kebebasan positif karena mempunyai tujuan moral untuk persamaan kebebasan dan realisasi diri. Demokrasi partisipatoris lebih menekankan kepada partisipasi aktif warganegara secara berkelanjutan dan bukan hanya secara periodik dalam pemilu, proses politik, dan ketatanegaraan saja.⁹⁵ Partisipasi aktif inilah yang melahirkan prinsip “pemerintahan oleh orang banyak” sebagaimana terkandung di dalam definisi demokrasi yang sesungguhnya.

Dalam skala yang lebih luas, seiring dengan bertambahnya populasi dan luas wilayah, bentuk demokrasi langsung tersebut dilengkapi dengan institusi pokok demokrasi konstitusional termasuk lembaga perwakilan, sistem kepartaian yang kompetitif, dan pemilihan umum secara periodik, agar demokrasi partisipatoris dapat berlangsung secara wajar. Model demokrasi

⁹⁴ Miriam Budiardjo, *Dasar-Dasar Ilmu Politik*, Jakarta: Gramedia, 1993, hlm. 59.

⁹⁵ Dengan demikian, demokrasi partisipatoris ini mempunyai kesebandingan dengan teori Rousseau mengenai “kehendak bersama” (*volonte generale*) yang menghendaki demokrasi langsung dalam skala kecil.

partisipatoris jelas bukan penegasan demokrasi konstitusional, melainkan lebih merupakan pendalaman atau peningkatan kualitas atas model demokrasi sebelum agar tidak bersifat elitis.

Di sisi lain, gagasan bahwa pemerintah dilarang campur tangan dalam urusan warganegara di bidang sosial maupun ekonomi bergeser ke arah gagasan baru bahwa pemerintah harus bertanggung jawab atas kesejahteraan rakyat. Untuk itu, pemerintah tidak boleh bersifat pasif atau hanya sebagai “penjaga malam” melainkan harus aktif melaksanakan upaya-upaya untuk membangun kesejahteraan masyarakat dengan cara mengatur kehidupan ekonomi dan sosial. Peran yang demikian besar mendorong pertumbuhan birokrasi⁹⁶ pemerintah. Dengan kata lain, fungsi “*zorgen*” membawa akibat kekuasaan pemerintah seolah-olah tidak terbatas asalkan kekuasaan tersebut ditujukan untuk mewujudkan kesejahteraan masyarakat. Dalam kenyataannya, pengertian dan makna kesejahteraan masyarakat ini diidentikkan dengan kepentingan umum. Demi kepentingan umum, pemerintah dapat berbuat apa saja. Kepentingan umum menghalalkan segala cara.⁹⁷

Membengkaknya kekuasaan pemerintah ini semakin tidak terbendung, apabila dibarengi munculnya faktor-faktor sebagai berikut:⁹⁸

- 1) dalam mencampuri aspek kehidupan masyarakat yang diwujudkan dalam bentuk pengaturan dan perizinan, pemerintah meninggalkan metode pendekatan sosial (*social approach method*), dan hanya menggunakan

⁹⁶ Menurut Feisal Tamin, birokrasi merupakan suatu struktur otoritas atau organisasi yang didasarkan atas peraturan-peraturan yang jelas dan rasional serta posisi-posisi yang dipisahkan dari orang yang mendudukinya. Periksa: Feisal Tamin, *Reformasi Birokrasi: Analisis Pendayagunaan Aparatur Negara*, (Jakarta: Belantika, 2004), hlm. 173.

⁹⁷ Muchsan, “*Pembatasan Kekuasaan dalam Negara Kesejahteraan*”, dalam Dahlan Thaib dan Mila Karmila Adi (Eds.), *Hukum dan Kekuasaan*, (Yogyakarta: FH-UI, 1998), hlm. 106.

⁹⁸ *Ibid.*

satu macam pendekatan saja. Dengan hanya menggunakan pendekatan keamanan (*security approach method*), kebebasan pemerintah untuk mencampuri aspek kehidupan masyarakat tidak terbatas, yang berarti akan membelenggu kebebasan individu;

- 2) hukum yang berbentuk peraturan perundang-undangan yang digunakan sebagai aturan permainan dalam hidup bernegara itu bersifat paradoks. Peraturan perundang-undangan yang demikian akan berorientasi kepada keadilan dan kebenaran menurut penguasa, yang berarti sulit untuk menjamin perlindungan hukum yang berbobot yang diberikan kepada masyarakat dan
- 3) sistem paternalisme yang berakar kuat pada kehidupan masyarakat. Dengan kuatnya sistem ini, hubungan antara penguasa dan masyarakat merupakan hubungan antara *patroon* dan *client*. *Patroon* dapat dan berhak memaksakan kehendaknya kepada *client* dan apa yang diperbuat oleh *patron* pasti selalu baik.

Pembesaran peranan pemerintah yang membesar sering dianggap konsekuensi atas pertumbuhan dan perkembangan yang semakin kompleks dari suatu masyarakat yang membuat permintaan jasa pelayanan semakin besar. Huntington misalnya, menyatakan bahwa pembangunan ekonomi hanya dapat dilakukan dengan baik jika terdapat tingkat kestabilan dan ketertiban politik yang mapan.⁹⁹ Di negara-negara baru (*developing countries*) pembangunan politik dalam bentuk mobilisasi dan yang cepat justru akan menimbulkan kekacauan dan pertikaian politik. Dengan terjaminnya stabilitas politik sebagai prasyarat pembangunan ekonomi yang berorientasi pada pertumbuhan, maka dimulailah dilakukan serangkaian usaha untuk menyetatkan dan memodernisasikan birokrasi pemerintahan sebagai instrumen penting negara yang akan menopang dan memperlancar usaha-usaha pembangunan ekonomi tersebut.

⁹⁹ Yahya Muhaimin dan Mac Collin Anres, *Masalah-Masalah Pembangunan Politik*, Yogyakarta: Gadjah Mada University Press, 1997, hlm. 61-77.

Gagasan baru tersebut membawa demokrasi kepada hal yang lebih luas cakupannya yaitu demokrasi ekonomi dan sosial terutama harus mampu mengatasi ketidakmerataan distribusi kekayaan di kalangan rakyat. Ide ini sering disebut sebagai “Negara Kesejahteraan” (*Welfarestate*) atau Negara Hukum Material dengan ciri-ciri yang berbeda dengan Negara Hukum Formal. Pencirian yang dilakukan oleh para sarjana seperti *Stahl* dan *Dacey* ditinjau ulang sehingga mampu menggambarkan substansi yang lebih luas.

Negara kesejahteraan pada dasarnya dikembangkan dalam konteks ekonomi pasar (*market economy*) dan dalam hubungannya dengan sistem ekonomi campuran (*mixed economy*). Peranan negara dalam konsep negara kesejahteraan adalah memodifikasikan berbagai kekuatan pasar (*to modify the play of market forces*).¹⁰⁰ Perlunya pengendalian dan pembatasan terhadap bekerjanya kekuatan-kekuatan pasar tersebut untuk mengatasi unsur-unsur negatif yang tidak diharapkan sebagai hasil atau akibat bekerjanya kekuatan-kekuatan pasar tersebut. Menurut Goodin, campur tangan negara dalam negara kesejahteraan tersebut merupakan “campur tangan publik dalam mengatur pasar” (*a public intervention in privat marcet economy*).¹⁰¹ Tujuannya tidak lain untuk menciptakan kesejahteraan umum (*promiting public welfare*) dan memaksimalkan kesejahteraan sosial (*to maximize social welfare*) sehingga memperkecil dampak kegagalan pasar (*market failure*) terhadap masyarakat karena adanya *moral hazard* dan penggunaan yang keliru terhadap berbagai sumber daya (*misallocation of resources*).

¹⁰⁰ Donald J. Moon (Ed.), *Responsibility Rights and Welfare*, Colorado: Westview Press. Inc., Boulder, 1988, hlm. 22.

¹⁰¹ *Ibid.*, hlm. 24, 33.

Konsep negara kesejahteraan bermula dari gagasan yang muncul dalam *Beveridge Report* yaitu berisi dari laporan Beveridge, seorang anggota parlemen Inggris yang mengusulkan keterlibatan negara di bidang ekonomi atas hal-hal yang berhubungan dengan pemerataan pendapatan masyarakat atau kesejahteraan sosial sejak manusia dilahirkan sampai ia mati (*from the cradle to the grave*), Lapangan kerja, pengawasan atau upah pekerja oleh pemerintah, dan usaha dalam bidang pendidikan. Gagasan tersebut kemudian diterima di berbagai negara seperti Inggris, Jerman, dan Amerika Serikat.¹⁰² Meskipun konsep negara kesejahteraan tersebut mulai digugat dan wacana reformasi gagasan tersebut terus bergulir, namun dewasa ini konsep negara kesejahteraan masih tetap digunakan di negara Inggris dan Amerika Serikat. Dalam hubungan dengan pasar bebas, konsep negara kesejahteraan juga tetap relevan guna menjadi acuan bagi analisa terhadap berbagai kebijakan publik di bidang regulasi ekonomi yang dianggap sebagai intervensi pemerintah untuk menjaga kemurnian pasar.

Dari perspektif yang lain, Sri Rejeki Hartono berpendapat bahwa asas campur tangan negara terhadap kegiatan ekonomi merupakan salah satu dari 3 asas yang dibutuhkan untuk pembinaan citra hukum. Dua asas yang lain yaitu asas keseimbangan dan asas pengawasan publik.¹⁰³ Kegiatan ekonomi yang terjadi di dalam masyarakat membutuhkan campur tangan negara mengingat tujuan dasar dari kegiatan ekonomi itu adalah untuk mencari keuntungan. Sasaran tersebut mendorong timbulnya berbagai penyimpangan bahkan kecurangan yang dapat merugikan pihak-pihak tertentu, bahkan

¹⁰² Muchsan, *Peradilan Administrasi Negara*, Yogyakarta: Liberty, 1981, hlm. 1.

¹⁰³ Sri Rejeki Hartono, *Kapita Selekta Hukum Ekonomi*, Bandung: Mandar Maju, 2000, hlm. 13.

semua pihak. Campur tangan negara dengan demikian bertujuan untuk menjaga kepentingan semua pihak dalam masyarakat, melindungi kepentingan produsen dan konsumen, dan melindungi kepentingan negara dan kepentingan umum, terhadap kepentingan perusahaan dan pribadi.¹⁰⁴

Dalam hal ini dituntut peranan pemerintah yang lebih luas dan tidak lagi pasif. *International Commission of Jurist* pada konferensi di Bangkok tahun 1965 menekankan bahwa di samping hak-hak politik bagi rakyat harus diakui pula adanya hak-hak sosial dan ekonomi sehingga perlu dibentuk dasar-dasar standar sosial ekonomi. Dirumuskan juga bahwa pemerintahan demokratis di bawah *Welfarestate* mempunyai ciri-ciri sebagai berikut: (1) Perlindungan konstitusional, artinya selain menjamin hak-hak individu konstitusi juga harus menentukan prosedur untuk memperoleh perlindungan hak-hak yang dijamin; (2) badan Kehakiman yang bebas dan tidak memihak; (3) Pemilihan umum yang bebas; (4) Kebebasan menyatakan pendapat; (5) Kebebasan berserikat/ berorganisasi dan beroposisi; dan (6) Pendidikan Kewarganegaraan.

Dengan perincian seperti itu menjadi jelas bahwa ada pengakuan tentang perlunya perluasan tugas pemerintah agar menjadi lebih aktif. Pemerintah dalam negara hukum modern diberi tugas membangun kesejahteraan umum dalam berbagai lapangan dengan konsekuensi pemberian kemerdekaan kepada administrasi negara dalam menjalankannya. Pemerintah dalam rangka ini diberikan kemerdekaan untuk bertindak menurut inisiatif sendiri dan tidak selalu atas usul parlemen. Untuk itu kepada administrasi

¹⁰⁴*Ibid.*, hlm. 15.

negara diberikan *Freies Ermessen* atau *pouvoir discretionaire*, yaitu kemerdekaan yang dimiliki oleh pemerintah untuk turut serta dalam kehidupan sosial dan kekuasaan tak selalu terikat kepada produk legislasi parlemen. *Freies Ermessen* berasal dari bahasa Jerman dan diturunkan dari kata *frei* dan *freire* yang artinya bebas, merdeka, tidak terikat, lepas, dan orang bebas. Sementara itu, kata *Ermessen* mengandung arti mempertimbangkan, menilai, menduga, penilaian, pertimbangan, dan keputusan.¹⁰⁵ Jadi, secara etimologis *freies Ermessen* dapat diartikan sebagai “orang yang bebas mempertimbangkan, bebas menilai, bebas menduga, dan bebas mengambil keputusan”. Selain itu, istilah tersebut sepadan dengan *discretionaire* yang artinya menurut kebijaksanaan dan sebagai kata sifat berarti, menurut wewenang atau kekuasaan yang tidak atau tidak seluruhnya terikat dengan undang-undang. Menurut Prajudi Atmosudirjo, diskresi artinya pejabat atau penguasa negara tidak boleh menolak mengambil keputusan dengan alasan “tidak ada peraturannya” dan oleh karena itu, diberi kekuasaan untuk mengambil keputusan menurut pendapat sendiri asalkan tidak melanggar asas yurisdiksi dan asas legalitas.¹⁰⁶ Senada dengan pendapat tersebut Sjahrin Basah mengatakan bahwa diperlakukannya *freies Ermessen* oleh administrasi negara dimungkinkan oleh hukum agar dapat bertindak atas inisiatif sendiri terutama dalam penyelesaian persoalan-persoalan penting yang timbul tiba-tiba. Dalam hal demikian, administrasi negara terpaksa bertindak cepat dan membuat penyelesaian. Namun keputusan-keputusan yang diambil untuk menyelesaikan masalah-masalah itu harus dapat

¹⁰⁵ Adolf Heuken S.J., *Kamus Jerman-Indonesia*, Jakarta: Gramedia, 1987.

¹⁰⁶ Prajudi Atmosudirjo, *Hukum Administrasi Negara*, Jakarta: Ghalia Indonesia, 1981, hlm. 185.

dipertanggungjawabkan.¹⁰⁷ Sehubungan dengan hal ini, Hans J. Wolf¹⁰⁸ mengatakan bahwa *freies Ermessen* tidak boleh diartikan secara berlebihan seakan-akan badan atau pejabat administrasi negara boleh bertindak sewenang-wenang atau tanpa dasar dan dengan dasar-dasar yang tidak jelas ataupun dengan pertimbangan yang individual-subjektif. Sebagai implikasi diberikan *freies Ermessen* kepada administrasi negara, maka administrasi negara memiliki *pouvoir discretionnaire* dan oleh karena itu dapat bertindak sebagai *vrijbestuur*. Ada 3 implikasi yang timbul di bidang legislasi, yaitu adanya hak inisiatif (membuat peraturan yang sederajat dengan undang-undang tanpa persetujuan parlemen meskipun daya lakunya dibatasi kurun waktu tertentu), hak delegasi (membuat peraturan yang sederajat di bawah undang-undang) dan *droit function* (menafsirkan sendiri aturan-aturan yang masih bersifat enunsiatif).

Paham negara hukum tidak dapat dipisahkan dengan paham kerakyatan sebab pada akhirnya hukum yang mengatur dan membatasi kekuasaan negara atau pemerintah diartikan sebagai hukum yang dibuat atas dasar kekuasaan atau kedaulatan rakyat. Begitu eratnya hubungan antara paham negara hukum dengan paham kedaulatan rakyat sehingga ada sebutan negara hukum yang demokratis (*demokratische rechtsstaat*).¹⁰⁹

Salah satu asas penting dari negara hukum adalah asas legalitas. Substansi dari asas legalitas tersebut adalah menghendaki agar setiap tindakan

¹⁰⁷ Sjahran Basah, *Eksistensi dan Tolok Ukur Badan Peradilan Administrasi Negara*, Bandung: Alumni, 1985, hlm. 151.

¹⁰⁸ Dikutip oleh Marcus Lukman, *Freies Ermessen Dalam Proses Perencanaan dan Pelaksanaan Rencana Kota di Kotamadya Pontianak*, Bandung: UNPAD, 1989, hlm. 145-146.

¹⁰⁹ Bagir Manan, *Hubungan Antara Pusat dan Daerah Menurut UUD 1945*, Jakarta: Sinar Harapan, 1994, hlm. 167.

badan/pejabat administrasi berdasarkan undang-undang. Tanpa dasar undang-undang, badan/pejabat administrasi negara tidak berwenang melakukan suatu tindakan yang dapat mengubah atau mempengaruhi keadaan hukum warga masyarakat. Asas legalitas berkaitan erat dengan gagasan demokrasi dan gagasan negara hukum. Gagasan demokrasi menuntut agar setiap bentuk undang-undang dan berbagai keputusan mendapatkan persetujuan dari wakil rakyat dan lebih banyak memperhatikan kepentingan rakyat. Gagasan negara hukum menuntut agar penyelenggaraan kenegaraan dan pemerintahan harus didasarkan kepada undang-undang dan memberikan jaminan terhadap hak-hak dasar rakyat yang tertuang di dalam undang-undang.¹¹⁰ Menurut Sjahran Basah, asas legalitas berarti upaya mewujudkan duet integral secara harmonis antara paham kedaulatan hukum dengan kedaulatan rakyat berdasarkan prinsip monodualistis selaku pilar-pilar yang sifat hakikatnya konstitutif.¹¹¹ Penerapan asas legalitas, menurut Indroharto yang dikutip oleh Ni'matul Huda¹¹², akan menunjang berlakunya kepastian hukum dan berlakunya kesamaan perlakuan.

Dalam konteks ini, secara operasional muncul perdebatan perihal eksistensi undang-undang atau peraturan perundang-undangan pada umumnya, sebagai salah satu subsistem hukum, berhubungan dengan politik. Dalam praktik kerap kali politik melakukan intervensi atas pembuatan dan pelaksanaan hukum sehingga menimbulkan pertanyaan manakah antara hukum dan politik yang lebih *supreme* dan sejauh mana pengaruh politik

¹¹⁰ Ridwan H.R., *Hukum Administrasi Negara*, Yogyakarta: UII Press, 2002, hlm. 68-69.

¹¹¹ Sjahran Basah, *Perlindungan Hukum Terhadap Sikap Tindak Administrasi Negara*, Bandung: Alumni, 1992, hlm. 2.

¹¹² Ni'matul Huda, *Hukum Tata Negara Indonesia*, Jakarta: Rajawali, 2005, hlm. 78-79.

terhadap hukum. Jika dilakukan pengkajian tentang hubungan kasualitas antara hukum dan politik, minimal ada 3 (tiga) macam jawaban, yaitu sebagai berikut:¹¹³

- a. hukum determinan atas politik, dalam arti, bahwa kegiatan-kegiatan politik harus diatur dan harus tunduk kepada aturan-aturan hukum.
- b. politik determinan atas hukum, karena hukum merupakan hasil atau kristalisasi kehendak-kehendak politik yang saling berinteraksi dan bahkan bersaing.
- c. politik dan hukum sebagai subsistem kemasyarakatan berada posisi sederajat determinasinya seimbang antara yang satu dengan yang lain, karena meskipun hukum merupakan produk keputusan politik tetapi begitu hukum ada, maka semua kegiatan politik harus tunduk kepada aturan-aturan hukum.

Jawaban atas pertanyaan tersebut tentang mana yang lebih determinan di antara keduanya (pertama dan kedua), tentu sangat ditentukan oleh sudut pandang masing-masing ahli. Kaum idealis yang lebih berdiri pada sudut *das sollen* mengatakan bahwa hukum harus mampu mengendalikan dan merencanakan perkembangan masyarakat, termasuk kehidupan politiknya. Sebagai keinginan tentu wajar, jika ada upaya untuk meletakkan hukum sebagai penentu arah perjalanan masyarakat karena dengan itu fungsi hukum untuk menjamin ketertiban dan melindungi kepentingan masyarakat akan menjadi lebih relevan.

Menurut Afan Gaffar, hukum tidaklah berada dalam keadaan yang vakum, akan tetapi merupakan entitas yang berada pada suatu *environment* di mana antara hukum dengan *environment* tersebut terjadi hubungan yang kait mengait. Akan tetapi tampaknya hukum merupakan produk berbagai elemen, termasuk di dalamnya elemen politik, ekonomi, sosial, budaya, dan sistem nilainya, dan agama. Oleh karena itu ekosistem hukum banyak tergantung

¹¹³*Ibid.*

kepada faktor-faktor yang berada di luar hukum. Jadi, hukum bukan sesuatu yang *supreme*. Adanya hukum karena adanya kepentingan politik, ekonomi, sosial, budaya, dan lain-lain.¹¹⁴ Untuk melihat siapa yang paling banyak terlibat di dalam pembentukan agenda sebelum keluarnya sebuah rancangan undang-undang, Afan Gaffar membuat perbandingan antara 2 (dua) model, yaitu yang demokratis dan yang tidak demokratis.¹¹⁵ Di negara-negara yang tingkat demokratisnya rendah sekali, yang terlibat di dalam pembentukan hukum, yaitu para elit utama di negara itu.

B. Konsep Hukum Pidana Islam

Adagium "*Nullum delictum nulla poena sine praevia lege poenali*" (tiada kejahatan, tiada hukuman tanpa undang-undang pidana lebih dahulu) sudah dihapal sejak tahun pertama oleh setiap mahasiswa Fakultas Hukum. Ia dikenal sebagai asas legalitas yang merupakan salah satu asas penting dalam hukum pidana. Bangsa-bangsa di dunia mengambalnya sebagai asas utama dalam undang-undang pidana mereka masing-masing. Bahkan pada Pasal 11 *Universal Declaration of Human Rights*-pun memuat prinsip fundamental ini, begitu pula dalam Pasal 15 *International Covenant on Civil and Political Rights*. Asas ini, bersama asas lainnya seperti asas tidak berlaku surut, asas praduga tak bersalah, persamaan di hadapan hukum, *ne bis in idem* (seseorang tidak boleh dituntut dua kali untuk hal yang sama), dan sebagainya menjadi asas-asas paling penting dalam hukum pidana modern.

¹¹⁴ Afan Gaffar, "Pembangunan Hukum dan Demokrasi" dalam Moh. Busryo Muqoddas, dkk. (Penyunting), *Politik Pembangunan Hukum Nasional*, (Yogyakarta: UII Press, 1992), hlm. 104.

¹¹⁵ *Ibid.*, hlm. 108.

Para ahli hukum pidana Barat mengklaim bahwa asas-asas di atas berasal dari hukum pidana mereka. Sebenarnya klaim ini tidak adil.¹¹⁶ Sejak 14 abad yang lalu hukum pidana Islam telah menjadi pionir dalam penerapannya dengan landasan yang valid, Al-Qur'an dan As-Sunnah Nabi Muhammad Saw.

Kini 14 abad kemudian para mahasiswa hukum kita tidak mengenal sumber aslinya. Gambaran umum yang mereka kenal dari hukum pidana Islam tinggallah gambaran yang buram. Sebagai sistem hukum yang telah berlaku pada abad ke-17 di padang pasir Arabia dan sekitarnya, ia dianggap ketinggalan dibanding sistem hukum pidana Barat, baik *continental* atau *common law*.

Sering dikatakan bahwa karena masyarakat berubah, hukum pun berubah untuk memenuhi kebutuhan masyarakat. Ide ini pun berlanjut bahwa hukum-hukum lama telah ketinggalan zaman, *obsolete*. Dengan kata lain hukum yang modern, yang baru, lebih unggul dari hukum yang lama. Hal ini lalu diterapkan untuk hukum apa saja, termasuk hukum Islam. Di sinilah letak kesalahannya. Mereka membandingkan syariah Islam dengan hukum modern, lalu mengklaim bahwa syariah Islam tidak lagi selaras dengan kehidupan global sekarang ini. Ia terlalu keras bagi masyarakat yang menjunjung tinggi hak-hak asasinya di abad supramodern.

Sekali lagi, letak kesalahannya adalah membandingkan hukum dari Pencipta, dengan hukum dari ciptaan-Nya yakni syariah Islam dan *man made law*. Pembuat dari jenis hukum yang pertama Maha Mengetahui masa lalu,

¹¹⁶ Nagaty Sanad, *The Theory of Crime and Criminal Responsibility in Islamic Law*; Sharia: Chicago: Office of International Criminal Justice, 1991, hlm. 37-38

kini dan akan datang, paling mengerti kebutuhan, sifat, tabiat, kecenderungan dan segala aspek pada manusia ciptaan-Nya. Ia Maha Hidup dan Kekal. Ia tidak memiliki kepentingan pada ciptaan-Nya. Sementara pembuat dari jenis hukum yang kedua adalah makhluk yang memiliki kelemahan. Mereka mempunyai kepentingan tertentu. Mereka tidak tahu apa yang terjadi di masa depan. Dengan demikian, tidak sah mengklaim bahwa yang pertama sudah ketinggalan zaman dan yang kedua lebih baik, sebab tidak mungkin membandingkan kualitas pembuat dari jenis hukum yang pertama dengan pembuat dari jenis hukum yang kedua.¹¹⁷

Beberapa prinsip berlakunya hukum pidana menurut hukum positif adalah:

1. Prinsip teritorialitas.
2. Prinsip nasionalitas aktif.
3. Prinsip nasionalitas pasif.
4. Prinsip universalitas.

Prinsip teritorialitas menganggap hukum pidana Indonesia berlaku di dalam wilayah Republik Indonesia, siapapun yang melakukan tindak pidana. Bahkan siapa saja yang melakukan tindak pidana di dalam atau di atas suatu kapal Indonesia, meskipun berada dalam wilayah laut negara lain, dapat dituntut oleh jaksa dan dihukum oleh pengadilan negara Indonesia. Tetapi orang itu juga dapat dihukum pengadilan negara tersebut. Kalau ini terjadi maka ia tidak akan dihukum lagi di Indonesia.

Prinsip nasionalitas aktif menganggap bahwa hukum pidana Indonesia

¹¹⁷ Abdul Qadir Audah, *Criminal Law of Islam*. Vol. 2. Karachi: International Islamic Publishers, 1987, hlm. 15-24

berlaku bagi warga negara Indonesia yang di luar wilayah negara Indonesia bersalah melakukan salah satu dari kejahatan dalam pasal-pasal tertentu, yaitu Pasal 160, Pasal 161, Pasal 240, Pasal 279, Pasal 450, dan Pasal 451 KUHP. Juga warga Indonesia yang melakukan suatu tindak pidana yang di Indonesia digolongkan sebagai kejahatan sementara di negara tempat dilakukan perbuatan tersebut diancam dengan pidana pula (jadi bisa berupa pelanggaran).

Prinsip nasionalitas pasif memperluas berlakunya ketentuan-ketentuan hukum pidana Indonesia di luar wilayah Indonesia, berdasar atas kerugian nasional yang besar, termasuk orang-orang asing yang melakukan di mana saja dapat dihukum oleh pengadilan negara Indonesia. Ini bisa terjadi jika orang tersebut dapat dibawa ke Indonesia. Tindak pidana yang dilakukan oleh Pasal 4 KUHP.

Prinsip universalitas melihat pada suatu tata hukum internasional di mana terlibat kepentingan bersama dari semua negara di dunia. Maka kalau ada suatu tindak pidana yang merugikan kepentingan bersama dari semua negara dapat dituntut dan dihukum oleh pengadilan setiap negara, tidak peduli siapa saja dan di mana saja perbuatan itu dilakukan.

Berlakunya ketentuan-ketentuan hukum pidana Indonesia dalam Pasal 2, Pasal 3, Pasal 4, Pasal 5, Pasal 6, Pasal 7 dan Pasal 8 KUHP dibatasi dengan kekecualian yang diakui dalam Hukum Publik Internasional, misalnya rumah dan pekarangan dari para duta besar negara asing dianggap dari wilayah negara tersebut, termasuk pula para diplomat asing dan kapal-kapal perang dari negara asing. Pembatasan inilah yang dikritik oleh Abdul Qadir

Audah yang memandang bahwa ini bertentangan dengan prinsip kesamaan di hadapan hukum, jadi ada diskriminasi dalam pelaksanaan undang-undang.

Secara teoretis, ajaran Islam itu adalah untuk seluruh dunia. Akan tetapi, secara praktis sesuai dengan kenyataan-kenyataan yang ada tidaklah demikian. Para ulama membagi dunia ini menjadi tiga klasifikasi: 1) negara-negara Islam; 2) negara-negara yang berperang dengan negara Islam; dan 3) negara-negara yang mengadakan perjanjian damai dengan negara Islam. Arah dan semangat ajaran Islam bukanlah kepada perang, melainkan kepada damai.¹¹⁸

Tentang lingkup berlakunya hukum pidana Islam ini, di kalangan para ulama terdapat tiga macam pendapat, yaitu: teori dari Imam Abu Hanifah; teori dari Imam Abu Yusuf; dan teori dari Imam Malik, Imam Syafi'i, dan Imam Ahmad.¹¹⁹

Imam Abu Hanifah menyatakan bahwa aturan pidana itu hanya berlaku secara penuh untuk wilayah-wilayah negeri Muslim. Di luar negeri Muslim, aturan tersebut tidak berlaku lagi, kecuali untuk kejahatan-kejahatan yang berkaitan dengan hak-hak perseorangan. Teori ini mirip dengan asas teritorialitas.

Imam Abu Yusuf berpendapat bahwa sekalipun di luar wilayah negara Muslim, aturan tersebut tidak berlaku. Akan tetapi, setiap yang dilarang tetap haram dilakukan, sekalipun tidak dapat dijatuhi hukuman. Teori ini mirip dengan teori nasionalitas.

Sedangkan Imam Malik, Imam Syafi'i, dan Imam Ahmad

¹¹⁸ D.A. Djazuli, *Fiqh jinayah (Upaya Menanggulangi Kejahatan dalam Islam)*, Jakarta: Rajawali Pers, 1996, hlm.9.

¹¹⁹ *Ibid*, hlm. 10

berpendapat bahwa aturan-aturan pidana itu tidak terikat oleh wilayah, melainkan terikat oleh subjek hukum. Jadi, setiap Muslim tidak boleh melakukan hal-hal yang dilarang dan atau meninggalkan hal-hal yang diwajibkan. Teori ini mirip dengan teori internasionalitas.¹²⁰

Beberapa asas-asas penting dalam hukum pidana Islam yang antara lain adalah sebagai berikut:

1. Asas Legalitas dalam Hukum Pidana Islam

Asas legalitas dalam kejahatan dan hukuman "*Nullum Deliktum Nulla Poena Sine Praevia Lege Poenali*" ("*Nullum Crimen Nulla Poena Sine Lege*"), merupakan suatu jaminan dasar bagi kebebasan individu dengan memberi batas-batas aktivitas apa yang dilarang secara tepat dan jelas. Asas ini melindungi dari penyalahgunaan kekuasaan atau kesewenang-wenangan hakim, menjamin keamanan individu dengan informasi apa yang boleh dan apa yang dilarang. Setiap orang harus diberi peringatan sebelumnya tentang perbuatan-perbuatan ilegal dan hukumannya. Hal ini adalah hak individu-individu dan merupakan suatu tugas dari masyarakat.¹²¹

Di bawah asas ini, tiada suatu perbuatan boleh dianggap melanggar hukum oleh hakim jika belum dinyatakan secara jelas oleh suatu hukum pidana sebelum perbuatan itu dilakukan. Hukum dapat menjatuhkan pidana hanya terhadap perbuatan-perbuatan yang dilakukan setelah dinyatakan sebelumnya sebagai tindak pidana. Dalam sejarah

¹²⁰ *ibid*

¹²¹ Taymor Kamel, "*The Principal of Legality and its Application in Islamic Criminal Justice*" dalam Bassiouni, M.Charif. *The Islamic Criminal Justice System*. London-RomeNew York: Oceana Publications, 1982, hlm.149

hukum Barat, revolusi Prancis mentasbih hak-hak individu sebagai suatu basis bagi legalitas. Hakim-hakim sebelumnya memiliki kekuasaan luas dalam mengkriminalisasi perbuatan-perbuatan yang belum diantisipasi sebelumnya oleh undang-undang tertulis, dan dapat memilih sesuai kehendaknya hukuman mana yang paling sesuai dengan sesuatu kasus. Dalam konteks ini, maka terjadilah kesewenang-wenangan dari para hakim.

The Declaration of the Right of Man and the Citizen (1789) dipandang sebagai tonggak sejarah dalam membasmi kesewenang-wenangan itu. Deklarasi ini memproklamirkan prinsip legalitas dengan tujuan meniadakan kesewenang-wenangan hakim.¹²² Kebebasan individu menjadi satu dari sekian batu landasan struktur judicial baru di Barat.¹²³

Sebenarnya Cesare Beccaria, dalam karyanya *Dei Delitti e della Pene (on Crimes and Punishment)* disebut oleh Voltaire sebagai "*le code de l'humanite*", memainkan peranan sangat penting dalam penerapan asas ini dalam sejarah hukum pidana Eropa. Dalam kesimpulan dari bukunya, yang pertama kali terbit tanpa nama di Tuscany pada tahun 1764, dia menulis:¹²⁴

"In order for punishment not to be, in every instance, an act of violence of one or of many against a private citizen, it must be

¹²² Hendry Pauluci, *Beccaria-on Crime and Punishment*, Eagle Wood Cliffs: Prentice-Hall, 1963, hlm. 99.

¹²³ Taymor Kamel, *The Principal of Legality and its Application in Islamic Criminal Justice* dalam Bassiouni, M. Cherif. *The Islamic Criminal Justice System*. London-Rome-New York: Oceana Publication, 1982, hlm. 150

¹²⁴ Pauluci, *Op.Cit*, hlm. 58

essentially public, prompt, necessary, the least possible in the given circumstances, proportionate to the crimes, dictated by the laws."

Nyatalah bahwa, menurut pandangan Barat, prinsip legalitas di atas ditemukan di Eropa, dan hukum pidana Islam tidaklah berlandaskan prinsip tersebut. Mereka meyakini bahwa esensi hal ini tidaklah ditemukan di dalam syariah.¹²⁵

Sikap Barat ini merefleksikan suatu arogansi sempit Eropa dalam memahami hukum pidana Islam. Jauh sebelum *Declaration of the Rights of Man and Citizen*, sistem peradilan pidana Islam telah menjalankan asas legalitas ini. Islam, karena berasal dari Tuhan, dapat mengerti sifat manusia, aspirasi-aspirasinya baik yang sah maupun tidak dan tujuan-tujuannya secara lebih tepat.¹²⁶

Asas legalitas dalam Islam bukan berdasarkan akal manusia, tetapi dari ketentuan Tuhan. Dalam kitab suci Al-Qur'an, Allah Swt. berfirman:

"... dan Kami tidak akan mengazab sebelum Kami mengutus seorang rasul". (QS 17: 15)

"... Tetapi bagi mereka ada waktu yang tertentu (untuk mendapat azab) ..." (QS 18: 59)

"... Dia menjadi saksi antara aku dan kamu. Dan Al-Qur'an ini diwahyukan kepadaku supaya dengannya aku memberi peringatan kepadamu dan kepada orang-orang yang sampai Al-Qur'an (zepadanya)..." (QS 6: 19)

"Allah tidak membebani seseorang melainkan sesuai dengan kesanggupannya. Ia mendapat pahala (dari kebajikan) yang diusahakannya dan ia mendapat siksa (dari kejahatan) yang dikerjakannya". (QS 2: 286)

Dengan jalan sama, bahwa Tuhan tidak menjatuhkan hukuman kepada manusia sebelum memberitahukan kepada mereka melalui Rasul-

¹²⁵ Kamel, *loc.cit*

¹²⁶ *ibid*

Nya, maka mengikuti *nash-nash* di atas jelaslah bahwa dalam Islam tidak ada kejahatan tanpa pemberitahuan jelas, dan tiada pidana tanpa peringatan.¹²⁷

Dalam kaidah fikih ditegaskan pula bahwa "tidak ada hukum bagi perbuatan manusia sebelum adanya aturan" serta "hukum asal sesuatu itu adalah boleh sampai datang petunjuk yang melarangnya".

Apakah asas legalitas berlaku untuk semua jenis kejahatan yang dikenal dalam hukum pidana Islam? Jawaban dari pertanyaan ini membutuhkan penjelasan lebih dahulu tentang kategorisasi kejahatan dalam hukum Islam. Berdasarkan keseriusan suatu perbuatan dan beratnya sanksi bagi perbuatan tersebut, para sarjana Muslim mengklasifikasikan kejahatan ke dalam tiga kategori. Pertama adalah kejahatan-kejahatan *hudud*; sanksi bagi kejahatan-kejahatan ini diberikan oleh kitab suci Al-Qur'an dan As-Sunnah. Kategori kedua adalah kejahatan-kejahatan *qisas* (kejahatan terhadap jiwa dan badan), yang juga didefinisikan dan diberi sanksi oleh Al-Qur'an atau As-Sunnah (sebagai suatu hak dari korban atau keluarganya). Kategori ketiga adalah kejahatan-kejahatan *ta'zir*. Kejahatan-kejahatan ini tidak ditegaskan atau diberi sanksi oleh Al-Qur'an atau As-Sunnah.¹²⁸

Prinsip legalitas ini diterapkan paling tegas pada kejahatan-kejahatan *hudud*, di mana pelanggarannya dihukum dengan sanksi-sanksi hukum yang pasti. Ia juga diterapkan bagi kejahatan-kejahatan *qisas* dan *diyyat* dengan diletakkannya prosedur-prosedur khusus dan sanksi-sanksi

¹²⁷ *Ibid*, hlm. 58

¹²⁸ Sanad, *Op.Cit.* hlm. 40-41

yang sesuai. Jadi tidak diragukan bahwa prinsip ini berlaku sepenuhnya bagi kedua kategori di atas.¹²⁹

Namun untuk kejahatan-kejahatan *ta'zir*, beberapa sarjana Barat berpendapat bahwa asas legalitas ini tidak berlaku bagi kategori ini karena tidak ditentukan sebelumnya baik dalam kitab suci Al-Qur'an maupun dalam Sunnah Nabi Saw. Pada kenyataannya pandangan Barat ini terlalu dangkal dan tidak benar. Kekuasaan diskresi dari hakim dalam kejahatan-kejahatan *ta'zir* bukan tanpa kendali. Dia harus memutuskan di bawah ketentuan-ketentuan umum dari syariah, dan prinsip legalitas adalah diantara prinsip-prinsip yang utama. Menurut Nagaty Sanad, profesor hukum pidana dari Mesir, pandangan yang benar adalah bahwa asas legalitas dalam Islam yang berlaku bagi kejahatan-kejahatan *ta'zir* adalah yang paling fleksibel (dibanding dengan dua kategori sebelumnya).¹³⁰

Dalam sejarah hukum pidana Eropa, pada akhirnya dicari suatu keseimbangan untuk memenuhi kebutuhan bagi perlindungan masyarakat melawan para penjahat, sebab pelaksanaan yang terlalu ketat dari prinsip ini tidak memenuhi kepentingan masyarakat. Mereka mencari keseimbangan antara hak-hak individu dan kebutuhan masyarakat.¹³¹

Keseimbangan yang diperlukan terdapat dalam syariah Islam berabad-abad sebelumnya. Hukum Islam menjalankan asas legalitas, tetapi juga melindungi kepentingan masyarakat. Ia menyeimbangkan hak-hak individu, keluarga dan masyarakat melalui kategorisasi

¹²⁹ Kamel, *Op.Cit.* hlm. 161

¹³⁰ Sanad, *Loc.Cit*

¹³¹ *ibid*

kejahatan dan sanksinya.

Ada dua macam penerapan asas legalitas dalam hukum pidana Islam, yaitu: 1) dari segi penentuan macamnya tindak pidana, pada tindak pidana *hudud* dan *qisas*, serta *ta'zir* biasa, syariat telah menentukan macamnya perbuatan-perbuatan yang membentuk tindak pidana, sedangkan pada tindak pidana *ta'zir* untuk kepentingan umum perbuatannya tidak ditentukan, hanya sifatnya saja yang ditentukan; dan 2) dari segi penentuan hukuman-hukuman, pada tindak pidana *hudud* dan *qisas*, syariat telah menentukan hukuman, sedangkan pada tindak pidana *ta'zir* syariat menyediakan sekumpulan hukuman, hakimlah yang akan menentukan.¹³²

Ada perbedaan antara asas legalitas dalam hukum positif dan hukum pidana Islam, yaitu: *pertama*, masa penerapan asas legalitas. Hukum pidana Islam telah mengenal dan menerapkannya lebih dari dua belas abad sebelum diterapkan oleh hukum Barat.¹³³

Kedua, cara penerapan asas legalitas. Dalam hukum pidana Islam ada tiga cara penerapan yang berbeda sesuai dengan gawatnya jenis tindak pidananya, yaitu *hudud* dan *qisas* diterapkan dengan tegas, pada tindak pidana *ta'zir* biasa ada kelonggaran dari sisi penentuan hukuman, dan pada *ta'zir* untuk kemaslahatan umum kelonggaran diberikan baik dalam penentuan tindak pidana maupun dalam penentuan hukuman. Akan tetapi dalam hukum positif, cara penerapan asas legalitas untuk

¹³² Ahmad Hanafi, *Asas-asas Hukum Pidana Islam*, Jakarta: Bulan Bintang, 1967, hlm. 73-74.

¹³³ *Ibid*, hlm. 77-80

semua tindak pidana sama, sehingga menimbulkan kritik.¹³⁴

Ketiga, segi penentuan tindak pidana. Dalam syariat Islam *nash-nash* yang menentukan macamnya tindak pidana bersifat umum dan elastis sekali, sehingga bisa menampung semua peristiwa. Kemudian dalam tindak pidana *hudud* dan *qisas* keumuman tersebut agak dibatasi. Akan tetapi untuk tindak pidana selainnya (tindak pidana *ta'zir*) maka keumuman tersebut berlaku. Akan halnya dalam hukum positif, tiap-tiap tindak pidana disebutkan seteliti-telitinya dengan menentukan unsur-unsur materilnya. Oleh karena itu, perbuatan-perbuatan merugikan yang terus berkembang yang tidak diatur dengan rinci unsur-unsurnya dalam perumusan tindak pidana tidak terjangkau oleh hukum pidana. Kalau kita mengikuti perkembangan di masa sekarang, karena penerapan asas legalitas yang sangat ketat ini banyak sekali perbuatan yang tidak dapat dipidana padahal merugikan seperti *money laundering*, *computer crime*, dan sebagainya. Meski perbuatan seperti itu nantinya dibuatkan undang-undangnya, masih banyak lagi perbuatan-perbuatan baru yang merugikan dan tidak terjamah oleh hukum pidana.¹³⁵

Keempat, dari segi hukuman. Pada dasarnya syariat Islam menentukan macamnya hukuman dengan jelas sehingga tidak mungkin bagi hakim untuk menciptakan hukuman dari dirinya sendiri, dan ketentuan itu berlaku bagi tindak pidana *hudud* dan *qisas*. Pada tindak pidana *ta'zir* dengan segala macamnya syariat hanya menentukan sekumpulan hukuman, kemudian diserahkan kepada hakim untuk

¹³⁴ *Ibid.*

¹³⁵ *Ibid.*

menjatuhkan satu hukuman atau lebih yang sesuai atau menjatuhkan yang terletak antara batas tertinggi dan batas terendah, menghentikan pelaksanaan hukuman atau memerintahkan pelaksanaan dengan segera. Kekuasaan hakim pada hukum positif jauh lebih sempit dibanding kekuasaan hakim pada syariat Islam, artinya hakim tidak mempunyai kekuasaan yang cukup untuk bertindak terhadap pembuat sesuai dengan kepentingan umum.¹³⁶

2. Asas Tidak Berlaku Surut dalam Hukum Pidana Islam

Asas tidak berlaku surut (*the principal of non retro activity*) dalam hukum pidana Islam, pada kenyataannya, merupakan konsekuensi dari asas sebelumnya, yaitu asas *legalitas*. Asas ini berarti bahwa undang-undang harus berlaku hanya bagi perbuatan-perbuatan yang dilakukan setelah diundangkannya ketentuan itu. Pentingnya asas ini karena ia melindungi keamanan individu dan mencegah penyalahgunaan kekuasaan dari pemegang otoritas.¹³⁷

Syariah Islam sangat kaya dengan bukti-bukti yang menegaskan asas tidak berlaku surut ini. Para sarjana Barat menyatakan bahwa asas ini ditetapkan pertama kalinya dalam Pasal 8 *The French Declaration of the Right of Man and the Citizen* (1789), padahal pada kenyataannya asas ini sudah diletakkan dalam syariah Islam lebih dari 1400 tahun yang lalu.¹³⁸ Syariah menentang beberapa praktik yang berlaku di antara bangsa Arab pra Islam. Akan tetapi, setiap larangan dari praktik-praktik ini mengandung suatu statemen bahwa tiada hukuman yang berlaku

¹³⁶ *Ibid.*

¹³⁷ Sanad, *Op.Cit.*, hlm. 4

¹³⁸ *Ibid.*, hlm. 41

surut. Sebagai contoh, di zaman pra Islam seorang anak diizinkan menikahi bekas satu isteri dari ayahnya. Islam melarang praktik ini, tetapi ayat Al-Qur'an secara khusus mengecualikan setiap perkawinan seperti itu yang dilakukan sebelum pernyataan larangan dari nabi.¹³⁹ Dalam Al-Qur'an ditegaskan larangan berikut: "*Dan janganlah kamu kawini wanita-wanita yang telah dikawini oleh ayahmu, terkecuali pada masa yang telah lampau*" (QS 4: 22). Sebagai akibatnya ikatan perkawinan seperti ini menjadi putus, namun dari sisi hukum pidana pelakunya tidak dipidana.

Juga, selama masa *paganisme*, pria Arab menikahi wanita bersaudara pada saat yang sama. Hukum Islam yang melarang praktik seperti ini mengandung pengecualian yang serupa.

"... dan menghimpunkan (dalam perkawinan) dua perempuan yang bersaudara, kecuali yang telah terjadi pada masa lampau; sesungguhnya Allah Maha Pengampun lagi Maha Penyayang." (QS 4: 23)

Sama dengan ketentuan larangan berlaku surut di atas, sanksi pidana terhadap zina, pencurian, minum khamr, dan kejahatan lainnya yang dilakukan sebelum diturunkan ketentuan tentang itu juga tidak dijatuhkan.¹⁴⁰

Sama dengan ketentuan di atas, Rasulullah Saw. tidak menghukum kejahatan karena darah atau perbuatan-perbuatan riba yang

¹³⁹ Kamel, *Op.Cit.*, hlm.158.

¹⁴⁰ Osman Abdul Malek Al-Saleh, "*The Right of the Individual to Personal Security in Islam*" dalam M.Charif Bassiouni, *The Islamic Criminal Justice System*, London-Rome New York: Oceana Publications, 1982, hlm.63; lihat juga Audah, *Criminal Law of Islam, Op.Cit.*, hlm.314-326.

terjadi sebelum Islam, tetapi menerapkan larangan tersebut mulai dari turunnya wahyu. Pada pidato haji perpisahannya, Nabi Saw. menyatakan:

"Setiap kesalahan darah yang terjadi di masa jahiliah harus dihapuskan, dan aku mulai dengan kesalahan dari al Harith Ibnu Abd al Muthalib; riba yang dilakukan selama periode itu juga dihapuskan mulai dari riba dari pamanku, al Abbas Ibnu Abd al Muthalib."

Riba yang dikumpulkan semasa jahiliah tidak harus dikembalikan, tetapi yang tersisa setelah turunnya wahyu tidak harus di bayar.¹⁴¹

Jelaslah bahwa asas tidak berlaku surut dalam hukum pidana yang di muat dalam Pasal 8 dari *The Declaration of the Right of Man and the Citizen* (1789), dan diikuti oleh beberapa konstitusi serta kitab undang-undang modern ini, telah dikenal dan diterapkan berabad-abad sebelumnya dalam syariah Islam.¹⁴² Ia mengikuti kitab suci dan praktik dari Nabi Saw. Jadi para ahli fikih modern menyimpulkan bahwa larangan berlaku surut adalah satu dari prinsip-prinsip dasar (kaidah ushuliah) dari syariah: "tidak ada hukum untuk perbuatan-perbuatan sebelum adanya suatu nash." Secara singkat, tiada kejahatan dan pidana kecuali ada hukumnya lebih dahulu.¹⁴³

Namun, walaupun asas tidak berlaku surut ini dikenal dan dipraktikkan dalam Islam, tetap ada pengecualian untuk asas ini. Menurut Osman Abdul Malek al Saleh, profesor hukum publik dari Universitas Kuwait dan Nagaty Sanad, kebanyakan ahli hukum Islam berpendapat bahwa hanya ada satu pengecualian bagi berlakunya asas ini, yaitu jika

¹⁴¹ Kamel, *Op.Cit.*, hlm. 159; Audah, *Op.Cit.*, hlm.314.

¹⁴² Al Saleh, *Op.Cit.*, hlm. 63

¹⁴³ *Loc.cit*

yang baru memberikan sanksi yang lebih ringan dibanding hukum yang ada pada waktu perbuatan dilakukan; dalam kasus seperti ini hukuman yang lebih ringanlah yang diterapkan.¹⁴⁴

Pengecualian ini dalam hukum pidana Islam terjadi misalnya dalam kejahatan *al zihar* (kejahatan ini terjadi jika seorang laki-laki mengatakan kepada istrinya: "Kamu bagiku tidak tersentuh seperti punggung ibuku"). Praktik seperti ini dilakukan secara luas oleh bangsa Arab pada masa jahiliah. Allah menghapus praktik seperti ini dan memberikan hukuman pada pelakunya. Dalam masa pra Islam hukuman dari kejahatan ini adalah perceraian yang diharuskan dan selamanya. Hukuman yang berat ini dikurangi oleh Al-Qur'an dengan membebaskan budak, berpuasa dua bulan berturut-turut atau memberi makan 60 orang miskin. Nabi Muhammad menerapkan sanksi yang lebih ringan itu dalam kasus istri Aus Ibnu el Samith yang terjadi sebelum turunnya wahyu mengenai kasus itu.¹⁴⁵ Contoh lainnya dari pelaksanaan pengecualian ini adalah untuk kejahatan *al li'an* (pernyataan di bawah sumpah oleh seorang suami yang menuduh istrinya melakukan zina tanpa menghadirkan empat orang saksi). Pada masa awal Islam praktik ini diancam dengan hukuman yang sama bagi tuduhan palsu perzinaan (yaitu 80 kali cambukan). Kemudian, Allah menurunkan wahyu berkaitan dengan hal itu yang lebih ringan (QS 5: 6-9). Ketentuan yang menguntungkan bagi terdakwa ini, diterapkan bagi perbuatan yang

¹⁴⁴ Al Saleh, *Op.Cit.*, hlm. 63-64; Sanad, *Op.Cit.*, hlm.42-43.

¹⁴⁵ *ibid*

dilakukan sebelum turunnya wahyu.¹⁴⁶

Suatu pendapat yang berbeda diajukan oleh ahli hukum Mesir Abdul Qadir Audah. Menurutnya ada dua pengecualian dari asas tidak berlaku surut yaitu:

- a. Bagi kejahatan-kejahatan berbahaya yang membahayakan keamanan dan ketertiban umum.
- b. Dalam keadaan sangat diperlukan, untuk suatu kasus yang penerapan berlaku surutnya adalah bagi kepentingan masyarakat.¹⁴⁷

3. Asas Praduga Tidak Bersalah

Suatu konsekuensi yang tidak bisa dihindarkan dari asas legalitas adalah asas praduga tidak bersalah ("*principle of lawfulness*"). Menurut asas ini semua perbuatan (kecuali ibadah khusus) dianggap boleh kecuali dinyatakan sebaliknya oleh suatu nash hukum. Selanjutnya, setiap orang dianggap tidak bersalah untuk suatu perbuatan jahat kecuali dibuktikan kesalahannya pada suatu kejahatan tanpa ada keraguan; jika suatu keraguan yang beralasan muncul, seorang tertuduh harus dibebaskan.¹⁴⁸

Konsep ini telah diletakkan dalam hukum Islam jauh sebelum dikenal dalam hukum-hukum pidana positif. Empat belas abad yang lalu Nabi Muhammad bersabda:

"Hindarkan bagi Muslim hukuman *hudud* kapan saja kamu dapat dan bila kamu dapat menemukan jalan untuk membebaskannya. Jika imam salah, lebih baik salah dalam membebaskan daripada salah dalam menghukum" .

¹⁴⁶ *ibid*

¹⁴⁷ Audah, *Op.Cit.*, hlm. 314

¹⁴⁸ Sanad, *Op. Cit.* hlm. 72

4. Tidak Sahnya Hukuman Karena Keraguan

Berkaitan erat dengan asas praduga tak bersalah di atas adalah batalnya hukuman dalam hal adanya keraguan (*doubt*). Nash hadis jelas dalam hal ini: "Hindari *hudud* dalam keadaan ragu, lebih baik salah dalam membebaskan daripada salah dalam menghukum". Menurut ketentuan ini, putusan untuk menjatuhkan hukuman harus dilakukan dengan keyakinan, tanpa adanya keraguan. Menurut Audah, keraguan di sini berarti segala hal yang kelihatan seperti sesuatu yang terbukti padahal pada kenyataannya tidak terbukti atau segala hal yang sah menurut hukum yang mungkin secara konkret muncul padahal tidak ada ketentuan untuk itu dan yang tidak ada dalam kenyataannya sendiri.¹⁴⁹

Mazhab Syafi'i mengklasifikasikan keraguan ke dalam tiga kategori: (1) keraguan berkaitan dengan tempat; (2) keraguan yang disebabkan oleh pelakunya; (3) keraguan formal (muncul karena tidak sepakatnya para fukaha untuk suatu masalah). Sedangkan mazhab Hanafi mengklasifikasikan keraguan ini ke dalam: (1) keraguan yang melekat dalam perbuatan itu; (2) keraguan yang melekat pada tempatnya; dan (3) keraguan yang melekat dalam perjanjiannya.¹⁵⁰

Abdul Qadir Audah memberi contoh dari keraguan itu dalam kasus pencurian. Misalnya, suatu kecurigaan mengenai kepemilikan dalam pencurian harta bersama. Jika seseorang mencuri sesuatu yang dia miliki bersama-sama orang lain, hukuman *hadd* bagi pencurian menjadi tidak valid, karena dalam kasus ini harta itu tidak secara khusus dimiliki

¹⁴⁹ Audah, *Op.Cit.*, hlm. 254

¹⁵⁰ *Ibid*, hlm. 258-261

orang lain tetapi melibatkan persangkaan adanya kepemilikan juga dari pelaku perbuatan itu. Contoh lainnya adalah pencurian harta milik seseorang oleh ayahnya sendiri. Di sini persangkaan tentang hak ayah terhadap hak milik anaknya muncul. Pertanyaan hak ayah ini muncul dalam kaitan hadis Rasulullah Saw.: "*Kamu dan yang kamu miliki adalah hak ayahmu*".¹⁵¹

Keraguan tersebut dapat muncul pula dari kekurangan bukti-bukti. Hal ini dapat terjadi jika, misalnya, seseorang melakukan suatu perbuatan yang diancam hukuman *hadd* dan bukti satu-satunya adalah pengakuannya sendiri. Akan muncul keraguan apabila dia menarik pengakuannya itu.

Dalam kaitan keraguan ini, Imam Abu Hanifah berpendapat bahwa remehnya atau tidak pentingnya sesuatu dapat pula memunculkan keraguan, sehingga pencurian benda-benda seperti itu tidak menjamin diterapkannya *hadd*. Tetapi pendapat ini tidak disetujui oleh Imam Abu Yusuf, Imam Malik, Imam Syafi'i, dan Imam Ahmad. Menurut mereka kualitas atau tahan lamanya suatu barang yang dicuri tidak memunculkan suatu kecurigaan, yang dapat menjadikan tidak validnya *hadd*.¹⁵²

Pertanyaannya sekarang adalah apakah prinsip tidak sahnya hukuman karena keraguan berlaku untuk semua kejahatan? Dari hadis Nabi Saw. yang disebutkan di atas, hakim tidak boleh menjatuhkan hukuman *hadd* jika ada keraguan. Dalam kejahatan-kejahatan *hudud*, keraguan membawa pembebasan si terdakwa dan pembatalan hukuman

¹⁵¹ *Ibid.*

¹⁵² *Ibid*, hlm. 257

hadd. Akan tetapi, ketika membatalkan hukuman *hadd* ini, jika diperlukan, hakim masih memiliki otoritas untuk menjatuhkan hukuman *ta'zir* kepada terdakwa itu.¹⁵³

Para sarjana Muslim sepakat pada penerapan prinsip di atas untuk kejahatan-kejahatan *hudud* dan *qisas*, namun mereka berbeda pada penerapannya untuk kejahatan-kejahatan *ta'zir*. Pandangan mayoritas adalah bahwa aplikasi prinsip ini tidak meliputi kejahatan-kejahatan *ta'zir*. Akan tetapi, sebagian sarjana memegang pendapat bahwa jenis kejahatan terakhir tadi semestinya tidak dikecualikan, atas dasar bahwa tidak ada sesuatupun dalam jiwa dari syariah menghalangi keberlakuannya.¹⁵⁴ Menurut mereka, ketentuan ini dibuat dengan tujuan untuk menjamin keadilan dan melindungi kepentingan terdakwa, baik dakwaan itu untuk kejahatan *hadd*, *qisas* atau *ta'zir*.¹⁵⁵

Pendapat terakhir ini didukung oleh Nagaty Sanad dengan alasan bahwa beberapa kejahatan *ta'zir* mungkin dapat dijatuhi sanksi yang sama beratnya dengan dua jenis kejahatan sebelumnya. Hukuman mati, yang merupakan sanksi paling serius, dapat diterapkan juga untuk kejahatan *ta'zir* ini. Atas dasar kedua alasan tersebut, kejahatan-kejahatan *ta'zir* harus diperlakukan sama dengan kejahatan-kejahatan *hudud* dan *qisas* dalam aplikasi prinsip batalnya hukuman karena keraguan ini.¹⁵⁶

5. Prinsip Kesamaan di Hadapan Hukum

¹⁵³ Sanad, *Op.Cit.*, hlm.73.

¹⁵⁴ Muhammad Salim Al Awwa, "The Basis of Islamic Penal Legislation" dalam M.Charif Bassiouni, *The Islamic Criminal Justice System*, London-Paris-Rome-New York: Oceana Publication, 1982, hlm.143-147.

¹⁵⁵ Sanad, *Loc.Cit.*

¹⁵⁶ *ibid*

Pada masa jahiliyah tidak ada kesamaan di antara manusia. Tidak ada kesamaan antara tuan dan budak, antara pemimpin dan rakyat biasa, antara si kaya dan si miskin, antara pria dan wanita. Dengan datangnya Islam, semua pembedaan atas dasar ras, warna, seks, bahasa, dan sebagainya dihapuskan.

Syariah memberi tekanan yang besar pada prinsip *equality before the law*. Rasulullah Saw. bersabda: "*Wahai manusia! Kalian menyembah Tuhan yang sama, kalian mempunyai bapak yang sama. Bangsa Arab tidak lebih mulia dari bangsa Persia, dan merah tidak lebih mulia dari hitam, kecuali dalam ketaqwaan*"

Prinsip kesamaan tidak hanya terkandung dalam teori dan filosofi hukum Islam tetapi dilaksanakan secara praktis oleh Rasulullah Saw. dan para khalifah penerus beliau.

Pernah terjadi di masa Rasulullah Saw., seorang wanita dari satu suku yang kuat didakwa kasus pencurian. Beberapa anggota keluarga wanita itu pergi menjumpai Rasulullah Saw. meminta pembebasan si wanita tadi dari hukuman yang ditentukan. Rasulullah dengan tegas menolak perantaraan itu dengan menyatakan: "Seandainya Fatimah binti Muhammad mencuri, ikatan kekeluargaannya tidak dapat menyelamatkannya dari hukuman *hadd*".

Syariah Islam juga tidak mengakui pengistimewaan kepada orang-orang tertentu. Abdul Qadir Audah menyebut beberapa pembedaan (diskriminasi) yang dilakukan oleh sistem hukum pidana modern.

Keistimewaan itu antara lain diberikan kepada:¹⁵⁷

- a. Para kepala negara asing.
- b. Para diplomat asing.
- c. Anggota-anggota legislatur.
- d. Orang-orang kaya.
- e. Anggota masyarakat terhormat.

Apabila mereka yang melakukan suatu tindak pidana maka perlakuan yang diterima akan berbeda dengan anggota masyarakat biasa. Sebaliknya, syariah Islam menerapkan suatu "*equality before the law*" yang lengkap sejak 14 abad yang lalu; sementara baru dikenal dalam hukum modern pada akhir abad ke-18 dalam bentuknya yang kurang lengkap.¹⁵⁸

Pembuat hukum tidak menyusun ketentuan-ketentuan hukum dari syariah tanpa tujuan apa-apa. Melainkan di sana ada tujuan-tujuan tertentu yang luas. Dengan demikian, untuk memahami pentingnya suatu ketentuan, mutlak perlu mengetahui apa tujuan dari ketentuan itu.

Di samping itu, karena kata-kata dan teks-teks dari satu ketentuan mungkin mengandung beberapa arti di atas berbagai dasar, adalah sukar untuk memilih satu arti dari sekian arti lain kecuali kita mengetahui tujuan nyata dari pembuat hukum dalam menyusunnya.

Lebih jauh, kita tidak dapat menghilangkan ketidaksesuaian antara ketentuan-ketentuan yang bertentangan kecuali kita mengetahui apa tujuan dari pembuat hukum. Singkatnya, adalah mutlak perlu bagi para mahasiswa

¹⁵⁷ Audah, *Op.Cit.*

¹⁵⁸ Audah, *Op.Cit.*, hlm. 1-7

dalam mempelajari hukum Islam untuk mengetahui maksud dan tujuan dari pembuat hukum dan keadaan atau kejadian yang memerlukan turunnya wahyu suatu ayat Al-Qur'an dan hadis Nabi Saw.

Para ahli hukum Islam mengklasifikasi tujuan-tujuan yang luas dari syariah sebagai berikut:¹⁵⁹

1. Tujuan Pertama

Menjamin keamanan dari kebutuhan-kebutuhan hidup merupakan tujuan pertama dan utama dari syariah. Ini merupakan hal-hal di mana kehidupan manusia sangat tergantung sehingga tidak bisa dipisahkan. Apabila kebutuhan-kebutuhan ini tidak terjamin, akan terjadi kekacauan dan ketidaktertiban di mana-mana. Kelima kebutuhan hidup yang primer ini (*daruriyyat*) dalam kepustakaan hukum Islam disebut dengan istilah *al-maqasid al-syariah al-khamsah* (tujuan-tujuan syariat), yaitu:

- a. *hifzh al-din* (memelihara agama).
- b. *hifzh al-nafsi* (memelihara jiwa).
- c. *hifzh al-`aqli* (memelihara akal pikiran).
- d. *hifzh al-nashli* (memelihara keturunan). e *hifzh al-mal* (memelihara harta).

Syariah telah menetapkan pemenuhan, kemajuan dan perlindungan tiap kebutuhan-kebutuhan itu dan menegaskan ketentuan-ketentuan yang berkaitan dengannya sebagai ketentuan-ketentuan yang esensial.

2. Tujuan Kedua

Tujuan berikutnya adalah menjamin keperluan-keperluan hidup

¹⁵⁹ Audah, *Op.Cit.*, hlm.246-249.

(keperluan sekunder) atau disebut *hajiyyat*. Ini mencakup hal-hal yang penting bagi ketentuan itu dari berbagai fasilitas untuk penduduk dan memudahkan kerja keras dan beban tanggung jawab mereka. Ketiadaan fasilitas-fasilitas tersebut mungkin tidak menyebabkan kekacauan dan ketidaktertiban, akan tetapi dapat menambah kesulitan-kesulitan bagi masyarakat. Dengan kata lain, keperluan-keperluan ini terdiri dari hal-hal yang menyingkirkan kesulitan-kesulitan dari masyarakat dan membuat hidup mudah bagi mereka.¹⁶⁰

3. Tujuan Ketiga

Tujuan ketiga dari perundang-undangan Islam adalah membuat perbaikan-perbaikan, yaitu menjadikan hal-hal yang dapat menghidupkan kehidupan sosial dan menjadikan manusia mampu berbuat dan urusan-urusan hidup secara lebih baik (keperluan sekunder) atau *tahsinat*. Ketiadaan perbaikan-perbaikan ini tidak membawa kekacauan dan anarki sebagaimana dalam ketiadaan kebutuhan-kebutuhan hidup; juga tidak mencakup apa-apa yang perlu untuk menghilangkan kesulitan-kesulitan dan membuat hidup mudah. Perbaikan adalah hal-hal yang apabila tidak dimiliki akan membuat hidup tidak menyenangkan bagi para intelektual.¹⁶¹

Dalam arti ini perbaikan mencakup kebajikan (*virtues*), cara-cara yang baik (*good manner*) dan setiap hal yang melengkapi bagi peningkatan cara hidup.

C. Teori Hak Asasi Manusia.

¹⁶⁰ *Ibid.*

¹⁶¹ *Ibid.*

Pembahasan konflik antara Teori Hukum Kodrat dan Positivisme Hukum menghasilkan kesimpulan bahwa walaupun bidang hukum harus dibedakan dari bidang moral, namun hukum tak dapat mempertahankan legitimasinya kalau dilepaskan dari tuntutan-tuntutan dasar wujud kehidupan yang adil dan sesuai dengan martabat manusia. Maksud untuk menjamin keadilan, kebebasan, dan kesetiakawanan sosial termasuk hakikat hukum. Namun, maksud itu sendiri tidak termasuk hukum positif. Tuntutan bahwa hukum harus sesuai dengan martabat manusia merupakan sebuah norma prapositif. Kita melihat bahwa masalah tuntutan itu adalah bahwa membuat hukum positif tergantung dari suatu kesesuaian dengan suatu hukum prapositif, mengancam kepastian hukum.¹⁶²

Yang mengatasi ancaman itu adalah hak-hak asasi manusia. Hak-hak asasi manusia adalah dua-duanya: Hak-hak itu merincikan, atau mengoperasionalkan, hormat terhadap martabat manusia ke dalam hak-hak konkret yang merumuskan apa yang boleh dan apa yang tidak boleh dilakukan agar kita menghormati martabat manusia-manusia yang bersangkutan. Dengan demikian, hukum yang prapositif, tuntutan agar martabat manusia dihormati, dapat dimasukkan ke dalam hukum positif. Maka, apakah hukum positif sesuai atau tidak dengan martabat manusia, dapat diukur dari apakah menghormati hak-hak asasi manusia. Hormat terhadap hak-hak asasi manusia menjadi sarana hormat terhadap martabat manusia.¹⁶³

¹⁶² Downie (1971, 46-54) menunjukkan bahwa tiga nilai dasar hukum (Bab VI) dan paham hak asasi manusia dapat dikembalikan pada keyakinan bahwa manusia individual bernilai mutlak.

¹⁶³ Untuk seluruh bab ini lihat: Budiardjo 1977, 120-137; Downie 1971, 4853; Hardjowirogo, 5-7; Heilmeyer; Hoffe 1981, 98-110; Huberrod, 75-156; Mabbot, 5762; Zippelius 1973a, 181-201. Lihat juga: Baur; Benn/Peters, 88-106, terutama 95-103; Cranston, terutama 1-8; Finnis, 198-226; Vereker, 83-116; Messner, 222-226.

Apa yang dimaksud dengan "hak asasi manusia"? Dengan paham ini dimaksud hak-hak yang dimiliki manusia bukan karena diberikan kepadanya oleh masyarakat, jadi bukan berdasarkan hukum positif yang berlaku, melainkan berdasarkan martabatnya sebagai manusia. Manusia memilikinya karena ia manusia. Dalam paham hak asasi termasuk bahwa hak itu tidak dapat dihilangkan atau dinyatakan tidak berlaku oleh negara. Negara dapat saja tidak mengakui hak-hak asasi itu. Dengan demikian, hak-hak asasi tidak dapat dituntut di depan hakim. Tetapi, dan itulah yang menentukan, hak-hak itu tetap dimiliki. Dan karena itu hak-hak asasi seharusnya diakui. Tidak mengakui hak-hak yang dimiliki manusia sebagai manusia itu menunjukkan bahwa dalam negara itu martabat manusia belum diakui sepenuhnya. Itulah paham tentang hak-hak asasi manusia.

Melalui hak asasi itu, tuntutan moral yang prapositif dapat direalisasikan dalam hukum positif. Di satu pihak, hak-hak asasi manusia mengungkapkan tuntutan-tuntutan dasar martabat manusia, jadi apa yang diperjuangkan oleh Teori Hukum Kodrat.¹⁶⁴ Tetapi di lain pihak, karena tuntutan-tuntutan itu dirumuskan sebagai hak atau kewajiban yang konkret dan operasional, tuntutan-tuntutan itu dapat dimasukkan ke dalam hukum positif sebagai norma-norma dasar dalam arti bahwa semua norma hukum lainnya tidak boleh bertentangan dengan mereka. Dengan demikian, tuntutan Positivisme Hukum terpenuhi, bahwa hanya norma-norma hukum positif boleh dipergunakan oleh hakim untuk mengambil keputusan. Dari situ dapat

¹⁶⁴ Heide Meyer menulis (25): ... "Masalah penjaminan hak-hak manusia dalam negara modern dikembalikan pada satu pertanyaan saja: bagaimana kebebasan dan martabat person manusiawi yang dimiliki sejak kelahirannya dapat dijamin oleh masyarakat dan sekaligus dilindungi melawan kesewenangan negara?"

ditarik kesimpulan bahwa semakin banyak dari tuntutan-tuntutan dasar keadilan dan martabat manusia dimasukkan sebagai hak asasi ke dalam hukum positif, semakin terjamin juga bahwa hukum itu memang adil dan sesuai dengan martabat manusia.

Paham hak-hak asasi manusia ini menimbulkan banyak pertanyaan tentang kedudukan hak asasi sebagai hak, tentang apakah dapat dipaksakan, tentang dasar perumusan hak-hak asasi tertentu, tentang universalitas dan konstektualitasnya, terutama apakah paham ini "berlaku" secara transkultural, tentang perubahan dan perkembangannya. Pertanyaan-pertanyaan itu sudah dikemukakan hampir sejak paham hak asasi lahir. Yang barangkali paling mengesankan ialah bahwa paham ini tidak dapat dimatikan, bahwa semakin banyak sistem kekuasaan, dengan rela atau karena ditekan oleh masyarakat, mengakui semakin banyak hak asasi; bahwa tidak ada sistem kekuasaan yang masih dapat bersikap masa bodoh terhadap hak-hak asasi manusia.

Uraian berikut bertolak dari perkembangan sejarah, lalu melihat hak asasi macam apa yang *de facto* berkembang, untuk kemudian membahas masalah-masalah teoretis utama: status hak asasi dan bagaimana mempertanggungjawabkannya; universalitas dan keterbatasan sosial-kultural; kontekstualitas dan kemutlakannya.

1. Sejarah Perkembangan Hak-Hak Asasi Manusia¹⁶⁵

Paham hak asasi lahir di Inggris dalam abad ke-17. Inggris memiliki tradisi perlawanan lama terhadap segala usaha raja untuk mengambil

¹⁶⁵ Franz Magnis-Soeseno, *Etika Politik (Prinsip-Prinsip Moral Dasar Kenegaraan Modern)*, Jakarta: Gramedia, 1999. Hal 159-162

kekuasaan mutlak. Pada tahun 1215 para bangsawan sudah memaksa raja untuk memberikan *Magna Charta Libertatum* yang melarang penahanan, penghukuman, dan perampasan benda dengan sewenang-wenang. Tahun 1679 menghasilkan pernyataan *Habeas Corpus*, suatu dokumen ke-beradaban hukum bersejarah yang menetapkan bahwa orang yang ditahan harus dihadapkan dalam waktu tiga hari kepada seorang hakim dan diberi tahu atas tuduhan apa ia ditahan. Pernyataan ini menjadi dasar prinsip hukum bahwa orang hanya boleh ditahan atas perintah hakim. Sesudah *the Glorious Revolution* menggantikan raja James II dengan William dari Oranye, William dalam *Bill of Rights* (1689) harus mengakui hak-hak parlemen sehingga Inggris menjadi negara pertama di dunia yang memiliki sebuah konstitusi dalam arti modern. Perkembangan itu dipengaruhi oleh filsafat John Locke (1632-1704) yang, di samping menuntut toleransi religius (kecuali terhadap orang Katolik dan ateis), mengemukakan bahwa semua orang diciptakan sama dan memiliki hak-hak alamiah (*natural rights*) yang tidak dapat dilepaskan (*inalienable*), di antaranya termasuk hak atas hidup, kemerdekaan dan hak milik, tetapi juga hak untuk mengusahakan kebahagiaan.¹⁶⁶

Gagasan-gagasan Locke amat berpengaruh dalam abad ke-18, terutama di daerah jajahan Inggris di Amerika dan di Prancis, dan menjadi dasar filosofis liberalisme. Kalimat-kalimat permulaan dari *Bill of Rights of Virginia* (1776), daftar hak-hak asasi manusia agak lengkap yang pertama, hampir secara harfiah mengumandangkan John Locke. Revolusi

¹⁶⁶ *Ibid.*,

Prancis pada 1789 menghasilkan suatu "pernyataan tentang hak-hak manusia dan warga negara" (*Declaration des droits des hommes et des citozens*) yang kemudian menjadi pedoman bagi banyak pernyataan hak-hak asasi manusia. Di dalamnya dibedakan antara hak-hak yang dimiliki manusia sebagai manusia, yang dibawanya ke dalam masyarakat, dan hak-hak yang diperoleh manusia sebagai warga masyarakat dan negara. Disebutkan bahwa semua orang lahir dengan bebas dan sama haknya. Disebutkan hak atas kebebasan, hak milik, hak atas keamanan, atas perlawanan terhadap penindasan. Sebagai warga negara orang berhak untuk ikut dalam pembuatan undang-undang.¹⁶⁷

Selama seluruh abad ke-19 borjuasi liberal memperjuangkan negara konstitusional dan pengakuan terhadap hak-hak asasi manusia melawan pemerintah-pemerintah yang feodal dan absolut. Akan tetapi, abad yang sama menyaksikan kontestan baru yang masuk ke panggung perjuangan: kaum buruh. Semula mereka mendukung perjuangan borjuasi melawan sisa-sisa feodalisme. Tetapi, sekaligus mereka melawan borjuasi untuk memperjuangkan hak-hak mereka sebagai manusia pekerja. Dari perjuangan yang mereka jalankan di bawah bendera sosialisme, lahirlah hak-hak asasi sosial. Dapat dikatakan bahwa sistem negara hukum demokratis dan sosial yang merupakan ciri khas bagi pola kenegaraan di Eropa Barat sekarang merupakan hasil perjuangan borjuasi dan gerakan buruh selama dua ratus tahun.¹⁶⁸

¹⁶⁷ *Ibid.*

¹⁶⁸ *Ibid*

Dalam abad ini perjuangan demi pengakuan terhadap hak-hak asasi manusia berubah arah. Kalau perjuangan borjuasi liberal dan kaum buruh terutama untuk mencapai kedudukan yang sama dengan kelas-kelas yang memonopoli pegangan atas kekuasaan, maka dalam abad ke-20 penindasan semakin dilakukan oleh negara sendiri atau oleh suatu sistem pemerintahan yang totaliter terhadap masyarakatnya sendiri atau sebagian daripadanya. Pernyataan hak-hak asasi sedunia yang pertama, yang diterima oleh Majelis Umum Perserikatan Bangsa-Bangsa pada tanggal 10 Desember 1948 tidak hanya memuat hak-hak asasi yang diperjuangkan oleh liberalisme dan sosialisme, melainkan juga mencerminkan pengalaman' penindasan oleh rezim-rezim fasis dan nasional sosialis tahun dua puluh sampai empat puluhan. Sementara ini, elite nasional bangsa-bangsa yang dijajah mempergunakan paham hak asasi, terutama "hak untuk menentukan dirinya sendiri", sebagai senjata ampuh dalam usaha untuk melegitimasi perjuangan mereka untuk mencapai kemerdekaan. Dua persetujuan PBB tahun 1966, Persetujuan Internasional tentang Hak-Hak Ekonomis, Sosial, dan Kultural, dan Persetujuan Internasional tentang Hak-Hak Sipil dan Politik, berbeda dengan Piagam PBB tahun 1948, juga memperhatikan masalah-masalah khusus negara-negara bekas jajahan. Pada tahun 70-an, perjuangan demi hak-hak asasi manusia semakin terarah pada apa yang sering disebut sebagai *repressive developmentalist regimes*, rezim-rezim sebagaimana banyak muncul di negara-negara berkembang yang menindas kebebasan politis, sosial, dan ekonomis masyarakat demi suatu pembangunan ekonomis yang hasilnya terutama dinikmati oleh

golongan-golongan elit. Contoh daftar hak asasi yang memperhatikan konstelasi politis sekarang adalah *Declaration of the Basic Duties of ASEAN Peoples and Governments* yang disepakati oleh sidang umum pertama *Regional Council On Human Rights In Asia* pada tanggal 9 Desember 1983. Sedangkan pada tahun 80-an ancaman baru muncul di cakrawala, yaitu pengadministrasian total manusia oleh negara birokratis melalui komputersasi masyarakat yang barangkali akan merangsang suatu perkembangan paham hak-hak asasi baru.¹⁶⁹

2. Universalitas dan kontekstualitas¹⁷⁰

Sesudah kita melihat sejarah beberapa pernyataan hak-hak asasi manusia, kita bertanya tentang sifat dan dasar hak-hak itu. Kita telah melihat bahwa dengan hak asasi manusia dimaksud hak-hak yang dimiliki manusia karena ia manusia dan bukan karena diberikan oleh masyarakat atau negara kepadanya. Karena itu, hak-hak asasi manusia bisa saja *diabaikan* dan *dilanggar* oleh negara, tetapi tidak bisa dibikin tidak berlaku. Sebagai hak-hak manusia yang asasi hak-hak itu di setiap negara *wajib berat* dihormati dan dijamin. Hak-hak asasi wajib dihormati karena manusia sebagai manusia berhak atas penghormatan itu.¹⁷¹

Karena hak-hak itu dimiliki manusia karena ia manusia, hak-hak itu berlaku bagi segenap manusia, atau dengan kata lain, klaim hak-hak asasi manusia bersifat *universal*. Setiap orang memiliki hak-hak asasi itu sejauh ia termasuk *species homo sapiens*, dan bukan karena ciri-ciri tertentu yang

¹⁶⁹ *Ibid.*

¹⁷⁰ Franz Magnis-Soeseno, *Op.cit.* hlm 162-169.

¹⁷¹ Franz Magnis-Soeseno, *Op.cit.* hlm 162-169.

dimilikinya. Paham hak asasi manusia mengatakan bahwa manusia, karena ia manusia, wajib diperlakukan dengan cara-cara tertentu. Maka, semua perbedaan antara manusia: pria wanita, perbedaan dalam hal ras, kedudukan, kekayaan, pandangan dan kepercayaan, perbedaan kualitas moral, sehat atau sakit, lahir belum lahir, normal atau tidak normal, tidak dapat mendasari perbedaan dalam penghormatan hak-hak asasi dia sebagai manusia. Universalitas itu terungkap dalam pasal 2 pernyataan PBB tahun 1948: "Setiap orang berhak atas semua hak dan kebebasan yang tercantum dalam Pernyataan ini dengan tak ada perkecualian apa pun, seperti misalnya bangsa, warna kulit, jenis bahasa, agama, politik atau pendapat lain, asal mula kebangsaan atau kemasyarakatan, milik kelahiran ataupun kedudukan lain."¹⁷²

Namun, universalitas itu menimbulkan pertanyaan: Kalau hak-hak itu begitu universal, mengapa hak-hak itu baru mulai disadari dan dirumuskan di Inggris pada abad ke-17? Kenyataan itu menunjukkan sesuatu yang penting: Kesadaran bahwa manusia memiliki hak-hak asasi itu baru muncul dalam sebuah konteks. Konteks itu adalah modernitas.¹⁷³

Lebih umum lagi dapat dikatakan bahwa konteks munculnya

¹⁷² *Ibid.*

¹⁷³ Tentang bahwa pemakluman hak-hak asasi manusia baru masuk akal dalam kerangka acuan negara modern yang berdaulat, lihat Huber/Todt, 77. Soedjatmoko menjelaskan hal ini dengan sangat baik: "Kita hendaknya tidak melupakan bahwa banyak kebudayaan tradisional di Asia tidak merasakan keperluan menjadikan kebebasan manusia sebagai nilai yang ielas (eksplisit) dalam persepsi mereka sendiri mengenai kebudayaan mereka. Kelangsungan hidup dan kepaduan masyarakat-masyarakat mereka dibangun di atas jalinan rapat tugas-tugas dan kewajiban-kewajiban bersama dan bukannya di atas individu manusia dan hak-haknya. Walaupun begitu, mereka semua mengakui dan menghargai martabat pribadi manusia dan mereka semua telah mengembangkan kepekaan serta bentuk-bentuk pergaulan sosial untuk dengan hati-hati melestarikan dan menjalankannya. Tetapi, sekali mereka mulai menjalani proses modernisasi dan pembangunan, bahkan masyarakat-masyarakat serupa itu memerlukan perlindungan yang jelas yang diberikan oleh hak-hak manusia karena dalam proses itu mereka dihadapkan pada fenomena baru negara birokrasi modernis." (Soedjatmoko, 35). *Dalam* Franz Magnis-Soeseno, *Etika Politik (Prinsip-Prinsip Moral Dasar Kenegaraan Modern)*, Jakarta: Gramedia, 1999. Hal 162-169

kesadaran akan hak-hak asasi manusia adalah robohnya masyarakat tradisional dan munculnya masyarakat modern. Hak-hak asasi manusia baru dapat disadari sesudah struktur-struktur sosial tradisional yang melindungi individu dan kelompok-kelompok masyarakat tidak lagi berdaya, jadi sesudah masing-masing kelompok dan golongan tidak lagi dilindungi oleh adat dan tradisi.¹⁷⁴

Selama keutuhan manusia masih terjamin oleh adat dan struktur-struktur sosial lainnya belum ada kebutuhan untuk merumuskan paham hak asasi manusia. Tetapi dalam situasi perubahan sosial di mana individu [yang ditangkap Kopkamtib], kelompok orang [kelompok tani yang tanahnya dibuldoser untuk lapangan golf], golongan [misalnya agama minoritas] maupun suku ["suku terasing" yang hutan ulayatnya mau dieksploitasi] terancam oleh kekuasaan negara maupun kekuatan-kekuatan sosial lain, hak-hak asasi manusia semakin menjadi sarana untuk menjamin keutuhan individu, kelompok, golongan dan suku itu. Antara kontekstualitas dan universalitas hak-hak asasi manusia tidak ada pertentangan. Universalitas menyangkut isi hak-hak asasi manusia, sedangkan kontekstualitas menyangkut relevansinya. Hak-hak asasi memang berlaku universal, jadi segenap orang harus diperlukan sesuai dengan hak-hak itu, tetapi dalam konteks pramodern kewajiban itu belum relevan, karena sudah dijamin lewat sarana-sarana sosial tradisional.¹⁷⁵

Pertimbangan itu tadi menunjukkan sesuatu: memang ada kaitan antara paham hak asasi manusia dan masyarakat modern yang lebih

¹⁷⁴ Franz Magnis-Soeseno, *Op.cit.*, hlm 162-169

¹⁷⁵ *Ibid.*

individualistik. Akan tetapi, kaitan itu berbeda dari apa yang sering dituduhkan. Hak-hak asasi manusia bukannya mendukung penyebaran individualisme; melainkan membendungkannya. Hak-hak asasi manusia adalah sarana etis dan hukum untuk melindungi individu, kelompok maupun golongan yang lemah terhadap kekuatan-kekuatan raksasa dalam masyarakat modern. Itu juga berlaku di Indonesia. Indonesia sudah lama bukan lagi sebuah masyarakat tradisional. Bukan konsepsi hak-hak asasi manusia yang membongkar struktur-struktur sosial tradisional di Indonesia, melainkan proses modernisasi sendiri yang membongkarnya. Proses itu untuk sebagian merupakan akibat tak terelakkan globalisasi komunikasi dan perekonomian, tetapi untuk sebagian sudah diinisiasikan oleh kekuasaan kolonial, dan kemudian secara sadar dipacu oleh semua pemerintah kita. Jauh sebelum hak-hak asasi manusia menjadi isu dalam masyarakat luas, individualisasi individu Indonesia sudah semakin menjadi realitas. Terutama karena empat faktor: (1) Kita mempunyai sistem pendidikan yang 100 persen Barat, modern, individualistik dengan sistem penilaian yang berfokus pada prestasi individu. (2) Ekonomi pasar diganti dengan ekonomi uang, di mana pemilikan individual terhadap uang menentukan hidup matinya seseorang. (3) Segala urusan administrasi negara maupun swasta individualistik murni (tak ada itu KTP kolektif). (4) Semakin banyak orang harus secara individual mencari tempat kerja untuk tidak mati kelaparan.¹⁷⁶

Jadi, tidak benar lagi bahwa kita memiliki sebuah mekanisme

¹⁷⁶ *Ibid.*

sosial yang bernama kekeluargaan atau gotong-royong yang membuat tak perlu individu Indonesia dilindungi. Strukturstruktur sosial lama tinggal kulitnya saja, tetapi substansinya sudah rusak dan individu berada dalam bahaya dihancurkan oleh tekanan dari kekuatan-kekuatan sosial modern (negara dan birokrasi, tetapi juga kekuatan-kekuatan sosial lain yang semuanya di zaman modern jauh lebih kuat dampaknya daripada di zaman pramodern). Persis itulah situasi di mana konsepsi hak-hak asasi manusia memainkan peranannya: Hak-hak itu secara efektif melindungi manusia, baik individu maupun kelompok atau golongan, terhadap kekuatan-kekuatan sosial raksasa itu. Memacu modernisasi masyarakat di semua bidang dan sekaligus memakai nilai-nilai budaya tradisional untuk menolak pengakuan hak-hak asasi masyarakat kelihatan kontradiktif.

Jadi, bukannya hak-hak asasi manusia mendorong individualisme, melainkan hak-hak asasi manusia itu melindungi individu, kelompok dan golongan-golongan yang terancam dalam masyarakat modern. Oleh karena itu, salah besar kalau hak-hak asasi manusia dianggap tanda egoisme atau *Anspruchdenken* tadi. Melainkan sebaliknya: Jaminan terhadap hak-hak asasi manusia merupakan *tanda solidaritas* dan *kepedulian* sosial dalam masyarakat yang bersangkutan. Karena menjamin hak-hak asasi manusia berarti: Masyarakat memasang standar atau tolok-ukur bagaimana segenap anggota masyarakat harus diperlakukan dan bagaimana tidak, entah dia kuat atau lemah, menang atau kalah. Hak-hak asasi selalu berupa perlindungan bagi pihak yang lemah: Minoritas-minoritas etnis, religius, budaya, atau bahasa dilindungi terhadap mayoritas kuat, mayoritas

mereka yang secara sosial dan ekonomis lemah terhadap elite atau kelompok berkuasa di atas, wanita terhadap pria, dst. Hak-hak asasi manusia merupakan jaminan yang diberikan oleh pihak kuat kepada pihak lemah dalam masyarakat: meskipun kau tidak punya kekuatan, tetapi kau tetap akan diperlakukan sebagai manusia dan tetap boleh hidup sesuai dengan harkatmu sebagai manusia. Maka, jauh daripada individualisme, hak-hak asasi manusia merupakan sarana utama untuk menjamin solidaritas antara yang kuat dan lemah dalam masyarakat modern. Mengakui hak asasi manusia berarti, bahwa dalam masyarakat itu mereka yang lemah atau minoritas tetap merupakan warga masyarakat yang sama bebas dan terhormat dalam harkat kemanusiaannya dengan yang lain-lain. Semua kasus hak asasi manusia selalu menyangkut pihak yang lemah, yang terancam, yang tidak dapat membela diri, yang dianggap tidak berguna dsb.¹⁷⁷

Dalam kondisi-kondisi sosial, budaya, ekonomi, dan politik modern, hak-hak asasi manusia bukanlah pendukung individualisme, melainkan sebaliknya merupakan tanda solidaritas nyata sebuah bangsa dengan warga-warganya yang paling lemah. Dalam kondisi modern, kekeluargaan sebuah bangsa justru menjadi nyata apabila ia menyatakan dengan ser resmi-resminya bahwa semua warganya, dalam situasi apa pun, selalu akan diperlakukan sebagai manusia. Jadi, dalam hal-hal yang terkait secara paling dasariah dengan harkat kemanusiaan seseorang, sekelompok orang maupun golongan orang, masyarakat menyatakan bahwa ia diakui,

¹⁷⁷ *Ibid.*

dihormati, dilindungi, tidak ditinggalkan. Pertimbangan ini sekaligus menjawab suatu pertanyaan yang sering dikemukakan di Indonesia: apakah paham hak asasi manusia sesuai dengan budaya Indonesia yang inenekankan kekeluargaan dan gotong-royong dan bukan individualisme. Penjaminan hak-hak asasi manusia bukan tanda individualisme, melainkan tanda kepedulian sosial bangsa. Kekeluargaan yang tidak menghormati martabat segenap warga menjadi sarana penindasan dan pengisapan. Maka, jaminan terhadap hak-hak asasi manusia menjadi sarana ampuh untuk menerjemahkan kepedulian sosial yang khas bagi masyarakat Indonesia ke dalam kondisi-kondisi masyarakat modern. Dalam Indonesia modern yang semakin membuyarkan tradisi dan adat, paham hak asasi manusia justru dapat menjaga kelestarian kekeluargaan seluruh bangsa.¹⁷⁸

Bahkan, berbeda dengan kekhawatiran Supomo bahwa jaminan hak-hak asasi akan merusak persatuan antara warga dan negara,¹⁷⁹ pengakuan terhadap hak-hak asasi manusia tidak akan menjauhkan para warga masyarakat dari bangsa dan negaranya. Persis sebaliknya: Hanya orang dan kelompok orang yang merasakan diakui dalam keutuhannya sebagai manusia dapat mengidentifikasi diri dengan bangsa dan negaranya. Justru, bagi Indonesia yang begitu majemuk, pengakuan sepenuhnya terhadap semua generasi hak asasi manusia merupakan salah satu kondisi bagi kesatuan dan persatuan bangsa. Suatu bangsa yang secara etnik, kultural, dan religius majemuk hanya dapat kuat dari dalam apabila

¹⁷⁸ *Ibid.*

¹⁷⁹ Pidato Supomo tentang. "idea integralistik dari bangsa Indonesia" dalam *Rapat BPUPKI* tgl. 31 Mei 1945, dalam: Muhamad Yamin 1945, Naskah Persiapan UUD 1945 Jld I, Jakarta, hlm. 119.

semua komunitas itu mengidentifikasikan diri dengan bangsa dan negara. Dan hal itu hanya mungkin apabila mereka tahu bahwa eksistensi dan identitas mereka terjamin dalam kehidupan bangsa. Dan itulah yang dijamin oleh hak-hak asasi manusia.¹⁸⁰

3. Dasar Hak-Hak Asasi Manusia¹⁸¹

Para filsuf mempunyai peran yang penting dalam menggali ide dan dasar-dasar hak asasi manusia. Hak asasi adalah hasil suatu proses berkembangnya suatu kesadaran terhadap hak-hak dasar manusia sebagai manusia itu sendiri. Hak-hak tersebut sifatnya kodrati, dalam arti: (1) Kodratlah yang menciptakan dan mengilhami akal budi dan pendapat manusia; (2) setiap orang dilahirkan dengan hak-hak kodrati tersebut; (3) hak-hak kodrati itu dimiliki manusia dalam hidup bermasyarakat.¹⁸²

Pasal 3 Pernyataan PPB: "Setiap orang berhak atas kehidupan, kebebasan dan keamanan pribadi". Dibunuh begitu saja, dirampas kebebasannya (ditahan), diancam oleh tetangga kaya yang punya kaki tangan preman dirasa sebagai sesuatu yang sangat mengkhawatirkan. Semula tiga bidang itu dilindungi oleh adat dan cara hidup tradisional. Tetapi, sesudah tradisi-tradisi itu memudar, masing-masing orang langsung berhadapan dengan, misalnya, raja atau bangsawan, atau dengan bos para preman di kotanya sendiri. Ia menjadi sadar bahwa ancaman itu bukan hanya sesuatu yang negatif, melainkan sesuatu yang tidak wajar, yang seharusnya tidak terjadi. Adalah sering para filsuf, dalam hal ini John

¹⁸⁰ Franz Magnis-Soeseno, *Op.cit.*, hlm 162-169

¹⁸¹ Bahder Johan Nasution, *Op.cit.*, hlm. 172.

¹⁸² Franz Magnis-Soeseno, *Op.cit.*, hlm 162-169

Locke, yang lantas merumuskan kesadaran itu sebagai hak yang *tidak dapat dihilangkan (inalienable right)*. Kalau rumusan filsuf itu diterima umum, maka disadari bahwa hak itu ternyata suatu hak yang sangat asasi yang dimiliki setiap orang. Hak asasi itu tidak diciptakan, melainkan ditemukan, karena masyarakat merasa bahwa mereka memang memilikinya, tetapi juga diciptakan dalam arti bahwa perumusannya adalah hasil refleksi, pembicaraan, dan kesepakatan bersama.¹⁸³

Jadi, penetapan suatu tuntutan sebagai hak asasi merupakan hasil suatu proses dialogal dalam masyarakat yang sering berlangsung lama." Permulaan proses itu biasanya berupa pengalaman negatif, misalnya suatu ketidakadilan atau perlakuan yang tak wajar. Pengalaman itu lama-lama dilihat bukan sebagai peristiwa dalam isolasi, melainkan sebagai pelanggaran prinsipil terhadap apa yang wajar dan adil. Semakin disadari bahwa perlu pelanggaran itu secara prinsipil dinyatakan sebagai tak adil dan jahat, dan bahwa segenap orang *berhak* untuk tidak diperlakukan seperti itu. Maka, disadari bahwa perlakuan macam itu harus ditolak karena bertentangan dengan martabat manusia. Akhirnya tercetus rumusan bahwa setiap orang, berdasarkan martabatnya sebagai manusia, berhak atas perlakuan tertentu, misalnya atas kemerdekaan. Jadi, hak-hak asasi tidak diciptakan dari udara kosong, melainkan mengungkapkan sejarah pengalaman sekelompok orang yang secara mendalam memengaruhi cara seluruh masyarakat menilai kembali tatanan kehidupannya dari segi martabat manusia. Sejarah itu berwujud penderitaan, ketidakadilan, dan

¹⁸³ Franz Magnis-Soeseno, *Op.cit.*, hlm 169-171

pemeriksaan. Akhirnya, suatu komunitas dalam pernyataan hak-hak asasi manusia PBB 1948 seluruh dunia menyadari dan menyepakati bahwa suatu tuntutan, misalnya kebebasan beragama, merupakan hak yang tidak boleh dihilangkan oleh penguasa mana pun, yang asasi.¹⁸⁴

4. Pengelompokan Hak-Hak Asasi Manusia¹⁸⁵

Baik dari sejarah rumusan hak-hak asasi manusia maupun dari pertimbangan tentang proses perumusannya, menjadi jelas mengapa hak-hak asasi manusia tidak dirumuskan sekaligus pada satu saat. Hak-hak asasi manusia disadari satu-satu sesuai dengan ancaman dan tantangan yang dialami masyarakat, dan bisa masih berkembang terus (misalnya bisa saja terwujud hak asasi berkaitan dengan dunia maya).

Franz Magnis-Soeseno membedakan tiga generasi dan lima kelompok hak-hak asasi manusia. Generasi pertama adalah hak-hak asasi manusia yang diangkat dalam perlawanan terhadap kesewenangan para raja dan bangsawan, jadi dalam pemberontakan masyarakat terhadap monopoli kekuasaan kaum feodal. Hak-hak itu dirumuskan sejak akhir abad ke-17 dan mendapat rumusan klasik dalam daftar hak-hak manusia dan warga negara yang disahkan oleh parlemen Prancis 1789 sebagai salah satu buah pertama Revolusi Prancis (*les droit de l'homme et du citoyen*). Dalam generasi pertama itu, termuat tiga kelompok hak-hak asasi manusia: (1) Kebebasan-kebebasan dasar, seperti misalnya kebebasan dari penangkapan sewenang-wenang, kebebasan beragama, kebebasan untuk

¹⁸⁴ *Ibid.*

¹⁸⁵ *Ibid.* Hlm 172-181

bergerak, kebebasan untuk mencari informasi, (2) Hak-hak dasar demokratis, seperti: hak untuk berkumpul dan berserikat, untuk menyatakan pendapatnya secara lisan dan tertulis, hak untuk ikut aktif dan pasif dalam pemilihan umum, (3) Hak atas perlindungan negara, misalnya terhadap serangan kriminal, hak atas proses pengadilan adil, termasuk hak untuk mendapat pembela. Latar belakang filosofis tiga macam hak asasi itu adalah *liberalisme*, dengan tokoh-tokoh John Locke dan Montesquieu, dan republikanisme dengan tokoh Jean-Jacque Rousseau.¹⁸⁶

Generasi kedua hak-hak asasi manusia lahir sebagai hasil perjuangan kaum buruh industri dan kelompok-kelompok kelas bawah lain di abad ke-19. Latar belakang filosofisnya adalah sosialisme. Generasi kedua ini memuat *hak-hak asasi sosial*, seperti hak atas tempat tinggal, atas pekerjaan, atas upah yang adil, atas nafkah hidup. Pasal 33 dan 34 Undang-undang Dasar 1945 termasuk kelompok itu.

Generasi ketiga hak-hak asasi manusia baru muncul sesudah kolonialisme dipatahkan dan memuat kelompok hak-hak asasi manusia yang kelima, *hak-hak kolektif*, misalnya hak minoritas atas kelestarian budaya dan identitas sosial dan religius mereka. Berikut beberapa penjelasan atas lima kelompok hak-hak asasi manusia itu.

a. Hak-Hak Asasi Negatif atau Liberal

Kelompok kebebasan-kebebasan asasi ini diperjuangkan oleh liberalisme dan pada hakikatnya mau melindungi kehidupan pribadi manusia terhadap campur tangan negara dan kekuatankekuatan sosial

¹⁸⁶ *Ibid.*

lain. Hak-hak asasi ini berdasarkan hak individu untuk mengurus diri sendiri. Di sini termasuk hak atas hidup, keutuhan jasmani, kebebasan bergerak, kebebasan untuk memilih jodoh, perlindungan terhadap hak milik, hak untuk mengurus kerumahtanggaan sendiri, untuk memilih pekerjaan dan tempat tinggal; hak atas kebebasan beragama, kebebasan suara hati, kebebasan berpikir; hak untuk tidak ditahan secara sewenang, dan seterusnya. Hak-hak ini disebut negatif dalam arti logis: hak-hak ini hanya dapat dirumuskan dengan memakai kata "tidak". Tidak dikatakan apa yang boleh, melainkan apa yang tidak boleh dilakukan: yaitu kehidupan saya tidak boleh dicampuri oleh pihak-pihak luar. Hak-hak ini menjamin suatu ruang kebebasan, di mana kita sendirilah yang berhak untuk menentukan diri, mirip dengan pagar di sekitar rumah yang merupakan tanda batas bagi hak orang lain untuk masuk.

Dasar etis hak-hak asasi negatif adalah tuntutan agar otonomi setiap orang atas dirinya sendiri dihormati. Tidak ada orang atau lembaga yang begitu saja berhak untuk menentukan bagaimana orang lain harus mengurus diri. Hak-hak asasi merumuskan bidang-bidang minimal kehidupan manusia yang harus bebas dari pemaksaan oleh masyarakat. Hak-hak itu sangat penting demi keutuhan manusia. Sebagai makhluk jasmani, manusia hanya dapat memiliki diri, apabila tubuhnya sendiri, sarana-sarana kelangsungan kehidupannya, lingkungan sosial akrab dan pewujudan kehidupan pribadinya kebal terhadap rongrongan pihak-pihak luar yang lebih kuat. Penjaminan

otonomi manusia atas kehidupan pribadinya semakin penting berhadapan dengan tendensi totaliter negara modern untuk mengatur (istilah halus: membina) semua segi kehidupan manusia. Dan karena keutuhan manusia dalam kedaulatannya atas dirinya sendiri merupakan dasar segala usaha: lain, maka hak-hak negatif ini tetap merupakan inti hak-hak asasi manusia.

b. Hak-Hak Asasi Aktif atau Demokratis

Kelompok hak-hak asasi kedua adalah hak-hak demokratis yang diperjuangkan oleh kaum liberal dan republikan. Dasar hak-hak itu adalah keyakinan bahwa rakyat berdaulat memerintahkan diri sendiri dan bahwa setiap pemerintah berada di bawah kekuasaan rakyat. Hak-hak itu disebut *aktif* karena merupakan hak atas suatu aktivitas manusia, yaitu hak untuk ikut menentukan arah perkembangan masyarakat. Hak-hak demokratis menentang anggapan tradisional dan feodal, bahwa ada orang atau golongan tertentu yang karena derajat atau pangkat kelahirannya mempunyai hak khusus untuk memerintah masyarakat dan untuk menguasai negara. Hak-hak demokratis ini berdasarkan keyakinan bahwa semua orang sama derajatnya sebagai manusia dan karena itu berhak untuk mengurus diri sendiri. Tidak ada pemerintahan yang sah, kecuali berdasarkan penugasan oleh rakyat (pemerintah sebagai mandataris rakyat). Jadi, bagaimana masyarakat dikembangkan melalui lembaga pusatnya, yaitu negara, adalah hak semua anggota masyarakat untuk menentukannya.

Di sini termasuk hak semua warga negara untuk memilih siapa yang mewakilinya dalam membuat undang-undang. Pemilihan itu harus umum, rahasia, dan bebas. Rakyat berhak untuk mengangkat dan mengontrol pemerintah. Di sini termasuk juga hak untuk menyatakan pendapatnya, kebebasan untuk berkumpul dan berserikat, hak atas kebebasan pers, hak untuk membentuk perkumpulan politik. Bersama dengan hak-hak kebebasan, hak-hak asasi demokratis merupakan hak asasi klasik yang untuk pertama kalinya mendapat kedudukan hukum dalam konstitusi-konstitusi negara-negara bagian Amerika Serikat yang terbentuk dalam perang kemerdekaan melawan Inggris dan kemudian diperjuangkan oleh borjuasi dan kaum buruh selama abad ke-18 dan ke-19.

c. Hak-Hak Asasi atas Perlindungan

Kalau hak-hak negatif menghalau campur tangan negara dalam urusan pribadi manusia, di sini terdapat hal-hal yang berhak dituntut oleh manusia dan masyarakat dari negara. Maka, disebut juga *hak-hak positif* karena menuntut tindakan positif. Ada pelayanan-pelayanan yang wajib diberikan oleh negara kepada masyarakat. Hak utama adalah hak atas perlindungan hukum. Di sini termasuk hak atas perlakuan sama di depan hukum, hak agar suatu pelanggaran terhadap hak-hak yang dimiliki tidak dibiarkan, dan hak-hak yang mau menjamin keadilan perkara pengadilan, misalnya larangan terhadap hukum yang berlaku surut. Di sini juga dapat dikelompokkan hak warga masyarakat atas kewarganegaraan. Hak-hak positif ini tidak diperjuangkan oleh salah

satu aliran historis tertentu, melainkan untuk sebagian besar merupakan keyakinan sejak lama tentang tugas dan kewajiban negara. Dalam anti ini, hak atas perlindungan hukum termasuk hak asasi yang paling tua.

Paham hak asasi positif berdasarkan anggapan bahwa negara bukan tujuan pada dirinya sendiri, melainkan merupakan lembaga yang diciptakan dan dipelihara oleh masyarakat untuk memberikan pelayanan-pelayanan tertentu. Maka, masyarakat dengan sendirinya berhak atas pelayanan itu dan negara wajib untuk memberikannya. Menurut paham itu, pelayanan negara terhadap masyarakat bukanlah suatu anugerah yang harus dimohonkan oleh masyarakat, melainkan masyarakat berhak untuk menuntutnya. Negara yang memberi pelayanan itu hanya memenuhi kewajibannya saja. Oleh karena itu, pelayanan keperluan masyarakat oleh negara pada prinsipnya tidak boleh ditarik pembayarannya. Salah satu implikasi hak atas perlindungan hukum dan pelayanan oleh negara pada umumnya adalah bahwa tidak boleh ada anggota masyarakat yang tidak mendapat pelayanan itu hanya karena ia terlalu miskin untuk membayar biayanya.

d. Hak-Hak Asasi Sosial

Golongan keempat hak-hak asasi ini, yang merupakan perluasan paham tentang kewajiban negara, merupakan hasil kesadaran yang tumbuh dari perjuangan kaum buruh terhadap eksploitasi kapitalistik dalam perjuangan mereka melawan borjuasi untuk memperoleh hasil kerja mereka yang wajar.⁷ Berhadapan dengan keadaan buruk kaum buruh di abad ke-19, orang menjadi sadar bahwa kebebasan-kebebasan

dan tuntutan-tuntutan asasi (kelompok 1 dan 2) hanya dapat dinikmati oleh orang yang cukup kaya. Secara kasar: kalau domba dan serigala sama saja dibiarkan bebas, serigala akan memakan domba. Berhadapan dengan para pemilik modal, kaum buruh tidak berdaya untuk memperoleh upah dan syarat-syarat kerja yang memadai. Walaupun buruh secara formal bebas untuk mengikat diri dalam suatu perjanjian kerja, namun karena yang memerlukan pekerjaan adalah buruh, sedangkan majikan dapat memilih di antara buruh-buruh yang mencari pekerjaan, buruh terpaksa menerima syarat-syarat kerja yang ditentukan oleh majikan secara sepihak. Pengalaman ini tidak hanya berlaku bagi kaum buruh. Pada umumnya kebebasan yang dijamin dalam hak-hak asasi manusia hanya dapat dipergunakan oleh mereka yang kebutuhan dasarnya sudah terjamin. Kalau tidak, maka kebebasan bergerak, kebebasan untuk mencari pekerjaan, atau untuk berpartisipasi dalam kehidupan politik tidak mempunyai arti karena tidak dapat dipergunakan. Dan bagaimana orang yang buta huruf dapat memperjuangkan hak-haknya di depan pengadilan? Mengisi formulir saja ia tidak bisa.

Pertimbangan-pertimbangan seperti itu menimbulkan kesadaran bahwa negara berkewajiban untuk menjamin agar tidak ada orang yang terlantar dan agar mereka yang kaya dan berkuasa tidak dapat mempermainkan maupun mengisap tenaga kerja mereka yang miskin dan lemah. Negara wajib mengusahakan agar segenap warga dapat hidup secara wajar. Ketidaksamaan alamiah yang dengan sendirinya

terdapat suatu masyarakat dan cenderung masih diperbesar melalui struktur-struktur eksploitatif (yang kaya semakin kaya) wajib diimbangi oleh negara.

Dengan demikian, sejak akhir abad ke-19 disadari bahwa masyarakat, dan itu berarti: negara, wajib untuk memperhatikan mereka yang lemah. Negara yang melakukannya disebut *negara sejahtera*. Hak-hak asasi sosial paling penting adalah hak atas jaminan-jaminan sosial, hak atas pekerjaan, atas pilihan tempat dan jenis pekerjaan, atas syarat-syarat kerja yang memadai, atas upah yang wajar, atas tempat tinggal, atas perlindungan terhadap pengangguran, hak untuk membentuk serikat kerja dengan bebas dan hak atas pendidikan; begitu pula hak atas kemungkinan untuk ikut serta dalam kehidupan kultural masyarakat.

Namun, kelompok 4 hak-hak asasi manusia ini mempunyai kesulitan. Pelanggaran hak-hak asasi kelompok satu, dua dan tiga dapat, sebagaimana memang semestinya bagi suatu hak hukum, diadakan ke pengadilan. Tetapi orang tidak dapat ke pengadilan menuntut agar is mendapat pekerjaan, tempat tinggal dan diangkat dari keadaan melarat. Karena itu, ada yang berpendapat bahwa hak-hak asasi sosial bukan hak dalam arti yang sebenarnya. Namun kesulitan teoretis ini tidak perlu dilebih-lebihkan. Bukan hanya karena beberapa hak asasi sosial, misalnya hak atas pendidikan, sudah dapat dituntut di pengadilan karena memang sudah ditetapkan dalam undangundang yang dapat ditagih. Melainkan karena hak-hak sosial dapat dipahami sebagai hak

moral untuk menuntut dari negara pewujudan kondisi-kondisi yang memungkinkan hak-hak sosial itu terpenuhi. Dengan kata lain, hak-hak sosial membawa implikasi bahwa negara berkewajiban berat untuk memilih *option for the poor*, artinya membuat penghapusan kemiskinan dan keterlantaran menjadi prioritasnya yang pertama. Begitu pula negara wajib berat untuk menyediakan undang-undang yang memaksakan para pelaku ekonomi untuk membayarkan upah yang wajar serta membiayai asuransi kesehatan, kecelakaan waktu kerja, hari tua serta menjamin bahwa orang yang diputuskan hubungan kerjanya tetap menerima pembayaran yang memungkinkan ia dan keluarganya hidup dengan wajar.

e. Hak-Hak Asasi kolektif

Hak-hak asasi kolektif adalah sejumlah hak yang bukan hak masing-masing orang meskipun akhirnya harus dapat diterjemahkan ke dalam hak masing-masing orang melainkan hak sekelompok orang. Biasanya kelompok itu adalah minoritas minoritas etnik atau religius, penduduk ash, komunitas adat yang cara hidup terancam oleh masyarakat luas. Kesadaran akan hak-hak itu tumbuh sesudah dekolonialisasi. Mendadak disadari bahwa dalam suatu negara yang sudah merdeka, ada suku-suku asli, komunitas agama, minoritas ras dan etnik yang tidak tertampung dalam kehidupan bangsa, yang adat, budaya, agama, dan keyakinan terancam oleh mayoritas negara mereka.

Sebagai jawaban atas situasi ini, di beberapa negara sudah diakui hak-hak asasi kolektif yang wajib dihormati dan dilindungi. Di

situ termasuk hak untuk bicara dalam bahasa mereka sendiri dan mendidik anak-anak mereka dalam bahasa itu, hak perlindungan budaya mereka, hak penduduk asli atas tanah dan sumber daya alam yang mereka miliki secara kolektif, hak atas udara, air dan tanah yang bersih (jadi misalnya tidak dikotori oleh perusahaan besar), pengembalian tanah yang dicuri dari mereka di masa lampau, hak otonomi khusus terbatas dsb. Hak-hak ini selalu sangat terancam oleh kepentingan-kepentingan ekonomis raksasa (misalnya eksploitasi hutan), kebijakan politik pemerintah pusat, dan segala macam pendatang.

6. Beberapa Pertimbangan Tambahan¹⁸⁷

Kita telah melihat bahwa hak-hak asasi manusia menjadi ukuran moral apakah suatu sistem hukum etis atau tidak etis, benar atau tidak benar, karena hormat terhadap hak-hak asasi manusia menjadi tanda dan bukti apakah suatu sistem hukum menghormati martabat manusia. Hukum yang melanggar martabat manusia adalah busuk.

a. Hak asasi apa yang boleh dibatasi?

Dengan demikian, sudah jelas bahwa hak-hak asasi manusia tidak dapat ditawar. Hormat terhadap hak-hak asasi manusia tidak bisa berlebihan, tidak bisa kebablasan, karena merupakan garis dasar (*bottom line*) kemanusiaan yang adil dan beradab. Apakah itu berarti bahwa hak-hak asasi manusia sama sekali tidak boleh dibatasi? Kebanyakan hak asasi yang dalam kondisi tertentu boleh dibatasi.

¹⁸⁷ Ibid, hal 181

Misalnya, hak atas kebebasan mengungkapkan pendapat kebebasan pers dapat dalam situasi tertentu, misalnya ada bahaya kerusuhan, dibatasi. Atau kebebasan bergerak. Namun, pembatasan suatu hak asasi manusia hanyalah sah apabila berdasarkan ketentuan dalam undang-undang dasar, disetujui oleh para wakil rakyat dan hanya untuk sementara waktu.

Bisa juga ada ketegangan antara dua hak asasi. Kalau kebebasan berlebihan, keadilan sosial sudah pasti menderita. Kalau makanan terbatas dan ada kebebasan penuh, para penjual akan menaikkan harga makanan sehingga mereka yang mempunyai uang dapat makan sekenyang-kenyangnya, sementara yang lain kelaparan. Kalau mau dijamin bahwa semua dapat sama-sama makan, kebebasan untuk menaikkan harga, maupun untuk membeli, harus dibatasi. Kalau kesamaan dimutlakkan, kebebasan orang untuk mengembangkan kemampuannya dan untuk berusaha akan lumpuh. Suatu aturan tentang mana yang harus didahulukan tidak dapat diberikan.¹⁸⁸

Namun, ada patokan. Makin terbatas kepentingan yang bersangkutan, makin kebebasan harus didahulukan terhadap tuntutan untuk menjaga kesamaan situasi. Dan sebaliknya, semakin umum kepentingan yang bersangkutan, semakin kewajiban untuk memperlakukan semua pihak dengan sama harus diunggulkan terhadap

¹⁸⁸ John Rawls dalam bukunya yang termasyur *A Theory of Justice* mencoba mengatasi ketegangan antara kebebasan dan kesamaan itu. Menurut Rawls suatu masyarakat tertata baik apabila ditata menurut dua prinsip dasar. Pertama: kebebasan yang sebesar-besarnya bagi semua. Tetapi, kedua, setiap perbedaan dalam kedudukan dan akses ke suatu keuntungan hanya diizinkan kalau bagi mereka yang paling lemah perbedaan lebih menguntungkan daripada usaha untuk menyamakannya.

kebebasan masing-masing. Seorang iburumah tangga bebas memilih pembantunya, misalnya menurut agamanya sendiri, sedangkan sebuah perusahaan besar tidak boleh menolak calon karyawan atas dasar agamanya. Negara yang per *definitionem* bersifat umum tidak boleh memilih pegawai-pegawainya berdasarkan kriteria etnik atau agama, melainkan seleksi harus berdasarkan kecakapan calon untuk mengerjakan pekerjaan yang harus dikerjakan. Kesimpulannya: baik kebebasan maupun kesamaan tidak boleh dimutlakkan supaya tidak meniadakan dirinya sendiri.

b. Hak asasi paling dasar

Akan tetapi, tidak semua hak asasi manusia boleh dibatasi. Di antara hak-hak asasi ada *hak-hak yang paling dasar*, paling dasar dalam arti bahwa hak-hak itu dengan alasan apa pun tidak boleh ditangguhkan atau dibatasi. Hak-hak asasi paling dasar itu bersifat larangan terhadap tindakan-tindakan yang tak pernah dapat dibenarkan: Pembunuhan sewenang-wenang; penggunaan sistematis penyiksaan (*torture*), baik fisik maupun psikis; hukuman kejam dan bengis, pengekangan kebebasan seseorang atau sekelompok orang untuk beragama dan berkepercayaan menurut iman atau keyakinan mereka, penangkapan sewenang-wenang, perbudakan, perdagangan orang (misalnya wanita, anak di bawah umur), kekejaman rutin oleh aparat keamanan seperti pembunuhan, perampokan, pemerkosaan, penghancuran basis penghidupan terhadap para penduduk dalam wilayah operasi pemulihan keamanan; penindasan berbentuk genosida, pemerkosaan hak

minoritas-minoritas etnik, agama, atau budaya atas budaya, bahasa, agama, dan atas otonomi terbatas berdasarkan adat-istiadat.

Salah satu hak asasi paling dasar mengungkapkan hormat terhadap kewajiban manusia untuk mengikuti suara hati dalam hubungan dengan Tuhan, yaitu *hak asasi kebebasan beragama*, yang, menurut rumusan pasal 18 Pernyataan Umum Hak-hak Manusia PBB menyatakan: Setiap orang berhak atas kebebasan pikiran, keinsyafan batin dan agama; dalam hak ini termasuk kebebasan berganti agama atau kepercayaan, dan kebebasan untuk menyatakan agama atau kepercayaan dengan cara mengajarkannya, melakukannya, beribadat dan menepatinya, baik sendiri maupun bersama-sama dengan orang lain, baik di tempat umum maupun yang tersendiri. Adalah suatu kehormatan bagi bangsa Indonesia bahwa beberapa "hak asasi manusia yang tidak dapat dikurangi dalam keadaan apa pun" dimasukkan ke dalam pasal 281 Undang-undang Dasar 1945 yang sudah diamendemen.

c. Berkembang ke depan

Apakah hak-hak asasi dapat berubah? Hak-hak asasi manusia ditetapkan sebagai hasil suatu proses pertumbuhan dalam kesadaran manusia. Manusia menjadi sadar akan martabatnya sebagai manusia ciptaan Allah yang khusus, dan tentang hal-hal mana yang harus dihormati agar martabat manusia itu tidak tercoreng. Proses itu tidak dapat dibalik. Maka, sudah jelas bahwa sesuatu yang pernah diakui sebagai hak asasi manusia tidak dapat dihapus lagi. Misalnya tak mungkin pernah hak atas kebebasan suara hati dicoret lagi.

Tetapi yang dapat berubah, atau lebih baik, berkembang adalah rumusan. Bahasa manusia sering tidak pernah sempurna sehingga rumusan hak-hak asasi manusia barangkali masih perlu diperbaiki, dipertajam. Tetapi, dari segi isi pun, hak-hak asasi dapat berubah. Namun, hanya ke depan. Ke depan dalam arti bahwa perumusannya dapat diperbaiki, dipertajam, diimbangi oleh hak-hak lain (sebagaimana hak-hak kebebasan yang diperjuangkan oleh liberalisme perlu diimbangi oleh hak-hak sosial yang dijagokan oleh sosialisme), tetapi intinya, apa yang dimaksud, tidak dapat dihapus kembali.

Tambahan lagi, struktur-struktur kehidupan sosial manusia akan terus berkembang. Akan timbul situasi baru dengan masalah-masalah baru yang memerlukan tanggapan baru pula.

Tetapi, masyarakat tidak dapat berkembang ke belakang, tidak dapat, misalnya, menjadi naif dan tradisional kembali. Suatu tahap kesadaran sosial dan individual yang pernah ditinggalkan tidak dapat seakan-akan diambil kembali. Itu tidak berarti bahwa pola-pola tradisional yang pernah dibuang berdasarkan semangat modernisasi yang bergelora, kemudian tidak dapat dicari kembali apabila orang sudah kecewa. Tetapi, gerak "kembali ke yang lama" itu tetap berada di tingkat perkembangan yang lebih tinggi, tidak mungkin polos, mirip dengan beberapa pelukis modern yang "keprimitifannya" merupakan ekspresi kecanggihan mereka. Dan, karena masyarakat di seluruh dunia tidak akan berkembang kembali ke arah masyarakat tradisional, maka juga tak mungkin muncul kembali suatu situasi di mana penjaminan

hak-hak asasi manusia tidak dibutuhkan. Belum tentu bahwa para suami istri di zaman dulu kurang bahagia di mana mereka dipertemukan oleh kepala keluarga atau marga mereka, daripada di zaman sekarang di mana mereka saling memilih sendiri. Tetapi sesudah hak untuk memilih jodohnya sendiri menjadi kesadaran umum, tidak mungkin, bahwa hak untuk memilih sendiri siapa yang mau dikawini dibatalkan lagi.

Tambahan pula, perkembangan hak-hak asasi manusia menunjukkan juga suatu kemajuan dalam paham tentang martabat manusia sendiri. Walaupun ada cukup alasan untuk meragukan klaim bahwa umat manusia maju dalam kemanusiaannya, namun sulit untuk meragukan bahwa ada kemajuan dalam paham tentang kemanusiaan dan dalam kesadaran tentang apa yang seharusnya menjadi tanggung jawab kita (walaupun itu tidak menjamin bahwa kita lebih bertanggung jawab dari pada generasi-generasi sebelum kita!). Di sini dapat disebut suatu kesadaran baru akan harga nyawa manusia (betapa mudahnya orang dulu dihukum mati di seluruh dunia!); kesadaran bahwa hukuman yang melanggar keutuhan fisik terhukum adalah biadab (dan bahwa suatu kebrutalan tidak menjadi terhormat hanya karena dibenarkan dengan argumen-argumen suci); kesadaran bahwa lembaga sosial perbudakan dan perhambaan secara prinsipial harus ditolak; penghargaan terhadap kebebasan suara hati dalam hal-hal yang menyangkut seorang pribadi, seperti dalam hal agama; kesadaran akan nilai unik setiap orang secara individual (yang, berbeda dengan binatang, tak pernah boleh dipakai semata-mata sebagai sarana, juga

tidak atas nama kekeluargaan).

Oleh sebab itu, hak-hak asasi manusia yang pernah diakui boleh saja diperbaiki dan diperlengkap, tetapi intinya tidak dapat dihapus lagi. Kita tidak dapat meramalkan masa depan. Mungkin sekali martabat manusia akan berhadapan dengan ancaman-ancaman yang belum dapat kita bayangkan sekarang dan yang akan memerlukan usaha pengamanan yang baru juga. Tetapi, tidak mungkin bahwa suatu tindakan atau perlakuan yang sekarang kita anggap sebagai bertentangan dengan martabat manusia, di masa yang akan datang akan dinilai sebagai "tidak apa-apa". Dalam hubungan ini, kita harus membedakan dua hal dengan tajam: perkembangan umat manusia yang *de facto* akan terjadi, dan norma-norma kemanusiaan yang seharusnya mengatur perkembangan masyarakat itu. Bentuk masyarakat di masa mendatang belum kita ketahui. Barangkali kaum pesimis akan dibenarkan yang meramalkan bahwa masyarakat masa depan adalah masyarakat yang dikontrol secara ketat oleh suatu elite teknokratis melalui peralatan elektronik mutakhir di mana segala kebebasan dan individualitas akan hilang dan masyarakat akan mirip dengan sarang semut. Akan tetapi, meskipun masyarakat berkembang ke situ, penghapusan kebebasannya tidak menghapuskan hak masyarakat atas kebebasan itu. Hak-hak asasi manusia tidak kehilangan kekuatan moralnya hanya karena tidak diakui oleh mereka yang berkuasa. Mungkin sekali bahwa perlu dirumuskan juga hak-hak asasi manusia baru bagi komunitas dunia virtual.

Inti paham hak-hak asasi manusia terletak dalam kesadaran bahwa masyarakat atau umat manusia tidak dapat dijunjung tinggi, kecuali setiap manusia individual, tanpa diskriminasi dan tanpa pengecualian, dihormati dalam keutuhannya. Hanya kalau satu orang pun tidak boleh dipakai sebagai alat bagi kemajuan yang lain-lain, martabat semua manusia tetap utuh. Paham adanya hak-hak yang dimiliki manusia karena ia diciptakan sebagai manusia merupakan batas moral bagi segenap positivisme kekuasaan. Kesadaran akan hak-hak asasi manusia secara historis sudah terasa dampaknya karena menaikkan ambang legitimasi moral yang dibutuhkan oleh kekuasaan. Tingkat peradaban dan kemanusiaan yang adil suatu masyarakat diukur dalam jaminan terhadap hak-hak asasi manusia yang diberikan olehnya.

D. Sejarah Singkat Lahirnya Mahkamah Syar'iyah

Peradilan Islam telah ada di Aceh sejak zaman kerajaan. Pada masa itu peradilan dipimpin oleh Qadhi Malikul Adil yang berkedudukan di Kuta Raja (Banda Aceh) sebagai ibu kota kerajaan. Qadhi Malikul Adil sama tingkatannya dengan Mahkamah Agung sekarang sebagai peradilan tertinggi. Untuk peradilan tingkat pertama berada di tiap-tiap wilayah Ulee Balang (kabupaten) yang dipimpin oleh Qadhi Ulee Balang sebagai pihak yang berwenang menyelesaikan perkara. Dengan demikian peradilan yang ada waktu itu hanya peradilan tingkat pertama dan peradilan tingkat banding sebagai peradilan terakhir.

Para Qadhi Malikul Adil dan Qadhi Ulee Balang biasanya direkrut dan diangkat dari kalangan para ulama yang mempunyai kemampuan mengadili suatu perkara dan punya kharismatik dalam kehidupan sehari-hari di masyarakat. Qadhi Malikul Adil di samping bertugas sebagai hakim mereka juga bertugas memberikan fatwa dan nasehat kepada sultan (raja).

Pada zaman pendudukan Hindia Belanda, peradilan Islam sekaligus bagian dari peradilan adat yang dipimpin oleh seorang Ulee Balang (bupati), sedangkan untuk tingkat afdeling ada peradilan yang diberi nama dengan peradilan Meusapat yang diketuai oleh *Controller*, sementara Ulee Balang (bupati) dan pejabat-pejabat kabupaten tertentu lainnya ditunjuk sebagai anggota¹⁸⁹.

Dalam penyelesaian sengketa, apabila perkara berkaitan dengan hukum agama diserahkan kepada Ulee Balang (bupati) untuk memutuskannya, namun apabila perkara berkaitan dengan hukum lain maka persidangan diketuai sendiri oleh *Controller* dengan dibantu oleh Qadhi Ulee Balang sebagai hakim anggotanya.

Sidang peradilan Meusapat terdiri atas lima orang hakim, seorang ketua majelis, 3 orang anggota dan didampingi oleh seorang ulama. Apabila perkara yang diselesaikan berkaitan dengan masalah pidana, maka harus ada seorang opsir justisi bumi putra.¹⁹⁰

Pada zaman penjajahan Jepang, kekuasaan peradilan dilaksanakan oleh Gunpokaigi, Gunritugaiki, Gunsei Hooiin, Peradilan Agama, Peradilan

¹⁸⁹Zulkarnain Lubi dan Bakti Ritonga, *Dasar-dasar Hukum Acara Jinayat*, Jakarta, Aditya Andrebina Agung, 2016, hlm. 12

¹⁹⁰Nur Mukhlis dan Agus Sinwani Alif, *Penerapan Hukum Acara Pidana/jinayah Mahkamah Syarriyah Aceh*, e-book, hlm. 26

Swapraja dan Peradilan Adat.

Pada zaman kemerdekaan, pelaksanaan syar'iat Islam berdasarkan surat Gubernur Sumatera melalui surat kawat Nomor 1189 tanggal 13 Januari 1947 yang memberi izin kepada Residen Aceh untuk membentuk Mahkamah Syar'iyah. Keadaan ini berlangsung sampai pembubaran propinsi Aceh kedalam propinsi Sumatera Utara pada tahun 1950, dilanjutkan dengan lahirnya Undang-Undang Swapraja dan meleburnya peradilan agama kedalam peradilan umum.

Diawal masa kemerdekaan tidak banyak mengalami perubahan, kewenangan Pengadilan Agama masih meneruskan sistem yang dibangun oleh Pemerintah Belanda, kecuali selain membentuk pengadilan tingkat pertama, juga membentuk pengadilan tingkat tinggi (Mahkamah Islam Tinggi) yang berkedudukan di pusatpropinsi. Kekuasaan untuk mengatur, membina dan mengawasi jalannya peradilan Agama diserahkan kepada Kementerian Agama. Putusan-putusan Pengadilan Agama untuk dapat dijalankan (eksekusi) harus mendapatkan pengesahan dari Pengadilan Negeri, karena Pengadilan agama tidak mempunyai kewenangan eksekutorial.

Undang-undang No. 14 Tahun 1970 memposisikan pengadilan agama dalam status yang sama dengan tiga peradilan lainnya, namun dalam tataran praktis, prinsip persamaan derajat masih belum terealisasi. Peraturan-peraturan kolonial sebelumnya masih saja diberlakukan. Beberapa kebijakan yang tidak responsif terlihat dari posisi peradilan agama yang masih saja sebagai sub-ordinasi dari pengadilan negeri (umum), dimana setiap putusannya harus dikukuhkan oleh pengadilan umum.

Kenyataan ini juga menunjukkan bahwa lembaga peradilan tidak otonomi hukum. Putusan-putusan pengadilan agama tidak memiliki kekuatan hukum jika tidak diakui oleh pengadilan negeri. Disamping itu, pengadilan agama tidak berwenang memaksakan putusan-putusannya, eksekusi pengadilan agama tetap berada di tangan pengadilan negeri.

Kehadiran undang-undang Nomor 7 Tahun 1989 yang diubah dengan Undang-undang No. 3 Tahun 2006 dan perubahan kedua dengan undang-undang Nomor 50 Tahun 2009 membawa dampak positif dan dapat mengakhiri perlakuan tidak wajar terhadap peradilan agama sebagai lembaga peradilan yang sudah ada sejak tahun 1882. Dengan diundangkannya rancangan undang-undang tersebut, maka pengadilan agama memperoleh status yang kuat dan kedudukan yang sejajar dengan tiga peradilan lainnya dan kompetensi absolut tidak lagi hanya berkaitan dengan bidang perkawinan tetapi juga mencakup bidang kewarisan, wakaf, sadaqah dan ekonomi Islam serta pengadilan agama dapat menjelankan sendiri putusannya tanpa harus mendapat pengukuhan dari pengadilan negeri (umum).

Sesuai dengan perkembangan masa dan tuntutan keadaan, pemerintah Indonesia dengan Undang-undang No. 44 tahun 1999 dan Undang-undang No. 18 tahun 2001 memberikan hak otonomi bagi masyarakat Aceh untuk menjalankan beberapa bidang keistimewaan, salah satu diantaranya menjalankan hukum Islam sebagai hukum terapan dan pengadilan agama yang telah ada dan dijalankan di Aceh sejak zaman kerajaan dirubah menjadi Mahkamah Syariah untuk tingkat kabupaten/kota dan Mahkamah Syariah Aceh untuk tingkat banding. Dan diberikan kewenangan untuk

menangani perkara-perkara jinayat (pidana islam) yang tidak diberikan kepada pengadilan agama lain di seluruh wilayah Indonesia.

E. Kedudukan Qanun Dalam Hirarki Perundang-undangan Nasional

Istilah qanun sudah digunakan di kalangan masyarakat Melayu sejak lama sekali. Kitab Undang-undang Malaka yang disusun pada abad ke-lima belas atau enam belas Masehi telah menggunakan istilah ini. Istilah qanun berasal dari bahasa Arab (*qaanuun* jamaknya *qawaaniin*) berarti undang-undang, kebiasaan atau adat¹⁹¹, kemudian masuk kedalam budaya Melayu, istilah ini mulai digunakan bersamaan dengan kehadiran agama Islam dan penggunaan tulisan Arab Melayu di Nusantara. Dalam literatur Barat pun istilah ini sudah digunakan sejak lama, diantaranya merujuk kepada hukum Kristen (*canon law*) yang sudah ada sejak sebelum zaman Islam.¹⁹²

Dalam bahasa Aceh istilah ini relatif sangat populer dan tetap digunakan ditengah masyarakat, karena salah satu pepatah adat (*qanun bak putroe phang reusam bak laksamana*) yang menjelaskan hubungan adat dan syari'at yang tetap hidup bahkan sangat sering istilah ini digunakan dalam membicarakan suatu masalah hukum. Dalam literatur Melayu Aceh *qanun* sudah digunakan sejak lama dan diartikan sebagai aturan yang berasal dari hukum Islam yang telah menjadi adat. Salah satu naskah tersebut berjudul *Qanun Syara'* Kerajaan Aceh yang ditulis oleh Teungku di Mulek atas perintah Sultan Alauddin Mansur Syah yang wafat pada tahun 1870 M. Naskah singkat ini hanya membicarakan beberapa aspek di bidang hukum

¹⁹¹Mahmud Yunus, *Kamus Arab Indonesia*, Jakarta, Hidakarya Agung, 1990, hlm. 357

¹⁹²Al Yasa' Abubakar, *Hukum Pidana Islam di Propinsi Nangroe Darussalam*, Banda Aceh, Dinas Syariat Islam Provinsi Nangroe Aceh Darussalam, 2006, hlm. 6.

tata negara, pembagian kekuasaan, badan peradilan dan kewenangan mengadili, fungsi kepolisian dan kejaksaan serta aturan protokoler dalam berbagai upacara kenegaraan.

Dari keterangan di atas dapat dipahami bahwa dalam arti sempit, qanun merupakan suatu aturan yang dipertahankan dan diterapkan oleh seorang sultan dalam wilayah kekuasaannya yang bersumber pada hukum Islam. Sedangkan dalam arti luas, qanun sama dengan aturan hukum atau adat. Dalam perkembangannya boleh juga disebutkan bahwa qanun merupakan istilah atau nama suatu kumpulan aturan yang bersumber dari hukum Islam yang ditetapkan oleh raja (sultan) untuk diberlakukan di tengah masyarakat yang telah disesuaikan dengan kondisi setempat. Sekarang istilah qanun digunakan sebagai sebutan bagi "Peraturan Daerah yang menjadi peraturan pelaksana langsung terhadap undang-undang dalam rangka otonomi khusus di Nanggroe Aceh Darussalam". Hal ini ditegaskan dalam Pasal 1 angka 8 Ketentuan Umum Undang-undang Nomor 18 Tahun 2001 "Qanun Propinsi Nanggroe Aceh Darussalam adalah Peraturan Daerah sebagai pelaksanaan undang-undang di wilayah Provinsi Nanggroe Aceh Darussalam dalam rangka penyelenggaraan otonomi khusus" dan Pasal 31 ayat (2) Undang-undang Nomor 18 Tahun 2001 "Ketentuan pelaksanaan undang-undang ini yang menyangkut kewenangan Pemerintah Provinsi Nanggroe Aceh Darussalam ditetapkan dengan Qanun Provinsi Nanggroe Aceh Darussalam".

Qanun dibentuk oleh DPRD Provinsi Nanggroe Aceh Darussalam dan disahkan oleh Gubernur sebagai kepala Daerah setelah mendapatkan

persetujuan bersama. Ketentuan ini berdasarkan rumusan Pasal 20 ayat (1) dan (2) UUD 1945 amandemen pertama yang berisi: "Dewan Perwakilan Rakyat memegang kekuasaan membentuk Undang-Undang. Setiap RUU dibahas oleh DPR dan Presiden untuk persetujuan bersama". Dengan demikian qanun merupakan peraturan perundang-undangan di daerah yang dibuat untuk menyelenggarakan otonomi khusus bagi Provinsi Nanggroe Aceh Darussalam dan karena itu qanun merupakan bagian yang tak terpisahkan dari kesatuan sistem perundang-undangan nasional.

Berkaitan dengan masalah ini, kedudukan peraturan daerah dalam hirarkhi tata sistem Perundang-undangan Republik Indonesia yang diatur berdasarkan Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundangan-undangan sebagai berikut:¹⁹³

1. Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945;
2. Ketetapan Majelis Permusyawaratan Rakyat;
3. Undang-Undang/Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-undang;
4. Peraturan Pemerintah
5. Peraturan Presiden
6. Peraturan Daerah Provinsi; dan
7. Peraturan Daerah Kabupaten/Kota

Tata urutan peraturan perundang-undangan di atas, dengan sendirinya menempatkan qanun (Peraturan Daerah) sebagai sub-sistem dalam tata peraturan perundang-undangan nasional, bahkan sistem hukum nasional pada umumnya. Karena itu qanun sebagai peraturan daerah tidak boleh bertentangan dengan peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi tingkatannya¹⁹⁴.

¹⁹³ Indonesia, *Undang-Undang tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan*, UU No. 12, LN No.82 Tahun 2011, TLN No. 5234., Pasal 7.

¹⁹⁴ Pengembang teori legislasi seperti Hans Kelsen dengan *stufenbau* teorinya menyatakan bahwa sistem hukum itu memiliki hirarki dengan ketentuan: (1) peraturan

Dengan demikian, ketentuan Pasal 31 ayat (2) UU No.18 Tahun 2001 sebagaimana telah disebutkan diatas menghadapkan kita pada permasalahan baru, yaitu secara kenyataan berdasarkan pasal 31 ayat (2) memberi pemahaman bahwa qanun tidaklah sama persis dengan peraturan daerah. Walaupun pada satu sisi qanun disebutkan sebagai peraturan daerah, namun di sisi lain qanun diberi kekuatan khusus yaitu merupakan peraturan pelaksanaan langsung terhadap undang-undang otonomi khusus yang menjadi kewenangan Provinsi Nanggroe Aceh Darussalam. Dengan kata lain qanun merupakan peraturan pelaksana yang secara hirarkhis berada langsung dibawah undang-undang, tidak diselingi oleh peraturan perundangan lainnya. Mengikuti ketentuan ini, maka tidak ada keraguan bahwa untuk pelaksanaan otonomi khusus yang menjadi kewenangan Provinsi Nanggroe Aceh Darussalam, qanun menurut tata hukum nasional berada setingkat dengan peraturan pemerintah.

Pemahaman di atas sesuai dengan maksud Pasal 1 angka 8 dan Pasal 31 ayat (2) UU No. 18 Tahun 2001 yang menyatakan bahwa "Qanun Provinsi Nanggroe Aceh Darussalam adalah Peraturan Daerah Provinsi Nanggroe Aceh Darussalam, yang dapat mengesampingkan peraturan perundang-undangan yang lain dengan mengikuti asas *lex specialis derogat lex generalis*

perundangan-undangan yang lebih rendah tidak boleh bertentangan dengan undang-undang yang lebih tinggi; dan (2) peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi tidak boleh bertentangan dengan peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi lagi.

Teori Hans Kelsen ini dikembangkan lebih lanjut oleh Hans Nawiasky dengan sebuah teori "*Die theorie vom stufenordnung der rechnormen*" yaitu: (a) suatu norma hukum dari negara selalu berlapis-lapis dan berjenjang-jenjang; (b) suatu norma hukum yang lebih rendah berlaku, bersumber, dan berdasar pada norma yang lebih tinggi; (c) norma hukum yang lebih tinggi berlaku, bersumber dan berdasar pada norma hukum yang lebih tinggi lagi; (d) sampai pada suatu norma yang tidak dapat ditelusuri lebih lanjut, yaitu *staatsfundamentalnorm*.

Lihat dalam Salim HS dan Erlies Septiana Nurbani, *Penerapan Teori Hukum Pada Penelitian Tesis dan Disertasi*, Rajawali Pers, Jakarta, 2017, hlm.57-59.

dan Mahkamah Agung berwenang melakukan uji materil terhadap Qanun." Dari rumusan ini dapat dipahami bahwa qanun dapat menyingkirkan peraturan pemerintah dan keputusan presiden sepanjang menyangkut otonomi khusus yang menjadi kewenangan Provinsi Nanggroe Aceh Darussalam.

Pasal 33 UU No. 18 Tahun 2001 menyatakan bahwa "Perubahan atas undang-undang ini dapat dilakukan dengan memperhatikan Pertimbangan Dewan Perwakilan Rakyat Daerah Provinsi Nanggroe Aceh Darussalam." Dari pasal ini dapat dipahami secara tidak langsung bahwa undang-undang yang tidak sejalan dengan UU No. 18 Tahun 2001 yang datang sesudahnya, tidak serta merta berlaku di Provinsi Nanggroe Aceh Darussalam. Undang-undang tersebut baru berlaku setelah mendapat pertimbangan dari DPRD Provinsi Nanggroe Aceh Darussalam. Pasal di atas secara tidak langsung juga memberi pemahaman bahwa Qanun Provinsi Nanggroe Aceh Darussalam dapat mengensampingkan undang-undang barn (yang datang belakangan) yang tidak sejalan dengan UU No. 18 Tahun 2001.

Dari uraian di atas dapat disimpulkan bahwa kedudukan Qanun Provinsi Nanggroe Aceh Darussalam dalam hirarkhi perundang-undangan nasional sebagai berikut:

- a. Sebagai aturan yang mengatur hal-hal yang belum jelas, yang oleh undang-undang otonomi khusus menyerahkan kepada qanun untuk mengaturnya.
- b. Sebagai aturan yang mengatur hal-hal yang belum diatur oleh peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi yaitu undang-undang otonomi khusus.

Sejak dimulainya penyelenggaraan otonomi khusus berdasarkan UU No. 18 Tahun 2001, pemerintahan Aceh bersama DPRD Aceh telah mensahkan qanun-qanun sebagai berikut:

1. Qanun Nomor 10 Tahun 2002 tentang Peradilan Syari'at Islam.
2. Qanun Nomor 11 Tahun 2002 tentang Pelaksanaan Syari'at Islam.
3. Qanun Nomor 12 Tahun 2003 tentang Minum Khamar dan Sejenisnya.
4. Qanun Nomor 13 Tahun 2003 tentang Maisir (Perjudian).
5. Qanun Nomor 14 Tahun 2003 tentang Khalwat (Mesum).
6. Qanun Nomor 7 Tahun 2013 tentang Hukum Acara Jinayat.
7. Qanun Nomor 6 Tahun 2014 tentang Hukum Jinayat.

F. Kedudukan dan Kewenangan Mahkamah Syariah

Keberadaan Mahkamah Syariah di Propinsi Nanggroe Aceh Darussalam merupakan tuntutan sejarah yang secara formal legalistik ditetapkan pula sebagai salah satu "alat kelengkapan Daerah Otonomi Khusus Provinsi Daerah Istimewa Aceh sebagai Provinsi Nanggroe Aceh Darussalam", seperti termaktub dalam Pasal 25 dan 26 Undang-undang Nomor 18 tahun 2001. Kehadirannya adalah dalam rangka menyelenggarakan salah satu keistimewaan Aceh, yakni keistimewaan di bidang penyelenggaraan kehidupan beragama (baca Agama Islam), sebagaimana digariskan dalam Pasal 3 ayat (2) Undang-undang Nomor 44 Tahun 1999.

Undang-Undang Nomor 44 Tahun 1999 tentang Otonomi Khusus merupakan legalitas dan landasan formal bagi pelaksanaan Syari'at Islam di Aceh yang sebelumnya hanya sebatas slogan. Undang-Undang ini juga

mengakui penyelenggaraan tiga keistimewaan lain (penyelenggaraan kehidupan adat, penyelenggaraan pendidikan dan peran ulama dalam penetapan kebijakan Daerah), yang sesungguhnya merupakan sebagai unsur pendukung pelaksanaan syari'at Islam tersebut.

Undang-Undang No. 18 Tahun 2001 sebagai aturan pendukung dan penguat terhadap UU Nomor 44 Tahun 1999 sekaligus sebagai aturan pelaksanaan syari'at Islam. Jika UU Nomor 44 Tahun 1999 sebagai undang-undang keistimewaan yang mengatur tentang substansi penyelenggaraan otonomi khusus, maka UU Nomor 18 Tahun 2001 mengatur keberadaan lembaga-lembaga pemerintahan dalam rangka penyelenggaraan keistimewaan tersebut.

Undang-Undang Nomor 18 Tahun 2001 memuat tiga bab tentang penegakan hukum yaitu Bab X tentang Kepolisian Daerah, Bab XI tentang Kejaksaan Provinsi Nanggroe Aceh Darussalam dan Bab XII tentang Mahkamah Syariah Provinsi Nanggroe Aceh Darussalam. Mengenai Kepolisian, undang-undang menyatakan bahwa tugas fungsional kepolisian di bidang ketertiban dan ketentraman masyarakat di Provinsi Nanggroe Aceh Darussalam diatur lebih lanjut dengan Qanun Provinsi Nanggroe Aceh Darussalam (Pasal 22 ayat 4). Sedang mengenai Kejaksaan tidak ada perintah untuk mengaturnya dengan qanun.

Mengenai Mahkamah Syariah, diatur dalam Pasal 25 dan 26 Undang-Undang Nomor 18 tahun 2001 yang bunyinya secara lengkap sebagai berikut:

Ayat (1): Peradilan Syariat Islam di Provinsi Nanggroe Aceh Darussalam

sebagai bagian dari sistem peradilan nasional dilakukan oleh Mahkamah Syariah yang bebas dari pengaruh pihak manapun;

Ayat (2): Kewenangan Mahkamah Syariah sebagaimana dimaksud pada ayat (1), didasarkan atas Syariah Islam dalam sistem hukum nasional, yang diatur lebih lanjut dengan Qanun Provinsi Nanggroe Aceh Darussalam;

Ayat (3): Kewenangan sebagaimana dimaksud pada ayat (2) diberlakukan bagi pemeluk agama Islam.

Pasal 26

Ayat (1): Mahkamah Syar'iyah sebagaimana dimaksud dalam Pasal 25 ayat (1) terdiri atas Mahkamah Syariah Kabupaten/ Sagoe dan Kota/Banda atau nama lain sebagai pengadilan tingkat pertama dan Mahkamah Syariah Provinsi sebagai pengadilan tingkat banding di ibukota Propinsi Nanggroe Aceh Darussalam;

Ayat (2): Mahkamah Syariah untuk pengadilan tingkat kasasi dilakukan pada Mahkamah Agung Republik Indonesia;

Ayat (3): Hakim Mahkamah Syariah diangkat dan diberhentikan oleh Presiden sebagai Kepala Negara atas-usul Menteri Kehakiman setelah mendapat pertimbangan Gubernur Provinsi Nanggroe Aceh Darussalam dan Ketua Mahkamah Agung.

Berkenaan dengan lembaga peradilan dalam pelaksanaan syari'at Islam di Nanggroe Aceh Darussalam UU No.18 Tahun 2001 menyatakan bahwa peradilan syari'at Islam di Propinsi Nanggroe Aceh Darussalam dilaksanakan oleh Mahkamah Syariah yang juga merupakan bagian dari

sistem peradilan nasional. Dalam Undang-Undang Nomor 18 Tahun 2001 ini tidak menyebutkan secara jelas apakah Mahkamah Syariah merupakan lembaga peradilan baru atau perubahan atas lembaga peradilan yang sudah ada dan apakah merupakan lembaga daerah (otonomi khusus) ataukah lembaga Pusat (masuk ke Departemen Kehakiman, Departemen Agama atau Mahkamah Agung).

Sebagai tindak lanjut terhadap ketentuan Pasal 25 dan 26 UU No.18 Tahun 2001 di atas maka pemerintah Propinsi Nanggroe Aceh Darussalam mengesahkan Qanun No. 10 Tahun 2002 tentang peradilan Syari'at Islam. Untuk lebih jelas di sini perlu dikutip Pasal 2 Qanun tersebut, yang berbunyi sebagai berikut:

- (1) Mahkamah Syariah adalah lembaga peradilan yang dibentuk dengan qanun ini serta melaksanakan Syari'at Islam dalam wilayah Propinsi Nanggroe Aceh Darussalam.
- (2) Dalam melaksanakan kewenangannya, Mahkamah Syariah bebas dari pengaruh pihak manapun.
- (3) Mahkamah Syariah sebagaimana dimaksud pada ayat (1) merupakan pengembangan dari peradilan agama yang telah ada.

Dari ayat 3 di atas dapat dipahami bahwa Mahkamah Syariah adalah pengembangan dari pengadilan agama yang ada, namun qanun ini tidak memberikan penjelasan rinci mengenai makna "pengembangan" yang dimaksudkan.

Pada tahun 2003 setahun setelah disahkan Qanun Nomor 10 Tahun 2002, maka keluar Keputusan Presiden Nomor 11 Tahun 2003 (Keppres)

yang memperjelas masalah teknis pengalihan pengadilan agama menjadi Mahkamah Syariah yang telah disebutkan sepintas oleh Qanun Nomor 10 Tahun 2002, sebagaimana termuat dalam Pasal 1 ayat (1):

"Pengadilan Agama yang telah ada di Propinsi Nanggroe Aceh Darussalam diubah menjadi Mahkamah Syariah. Selanjutnya pada ayat 2 dan ayat 3 pasal ini dinyatakan bahwa semua pengadilan agama tingkat pertama yang tersebar di berbagai kabupaten/kota di Aceh diubah semuanya menjadi Mahkamah Syariah. Sedangkan untuk tingkat banding, maka Pengadilan Tinggi Agama yang berkedudukan di Banda Aceh diubah menjadi Mahkamah Syariah Propinsi".

Undang-undang Nomor 11 Tahun 2006 tentang Pemerintahan Aceh Pasal 128 ayat (1) menyebutkan "Peradilan syari'at Islam di Aceh adalah bagian dari sistem peradilan nasional dalam lingkungan peradilan agama yang dilakukan oleh Mahkamah Syariah yang bebas dari pengaruh pihak manapun".

Dari ketentuan-ketentuan di atas dapat dipahami bahwa Mahkamah Syariah merupakan pengembangan dari Pengadilan Agama yang telah ada dalam sistem peradilan nasional, tidak mengalami perubahan kecuali perubahan nama dengan penambahan kewenangan sebagaimana yang diamanatkan oleh undang-undang otonomi khusus yang selanjutnya diatur dengan qanun-qanun.

Mahkamah Syariah sebagai suatu sistem peradilan baru bisa berjalan apabila dilengkapi dengan perangkat yang memadai, baik perangkat keras maupun perangkat lunak. Perangkat keras dari suatu peradilan berupa sumber

daya manusia yang menjalankan roda peradilan, sarana dan prasarana serta pembiayaannya. Hal ini telah diatur dalam Undang-undang Nomor 7 Tahun 1989 tentang Peradilan Agama yang dirubah dengan Undang-undang Nomor 3 Tahun 2006 dan perubahan kedua dengan Undang-undang Nomor 50 Tahun 2009, Qanun Nomor 10 Tahun 2002 serta Keppres Nomor 11 Tahun 2003. Secara singkat dapat dikatakan bahwa semua perangkat keras yang adapada pengadilan agama baik di tingkat pertama maupun pada tingkat banding dialihkan menjadi perangkat keras Mahkamah Syariah dan Mahkamah Syariah Propinsi. Sementara perangkat lunak dalam bentuk hukum formil dan hukum materil merupakan aturan-aturan yang dijadikan acuan dalam menyelesaikan perkara-perkara yang menjadi kewenangan Mahkamah Syariah.

Mahkamah Syariah dalam menyelesaikan perkara di Nanggroe Aceh Darussalam sebagai wilayah kompetensi relatifnya berpedoman kepada Pasal 49 Undang-undang Nomor 7 Tahun 1989 jo. Undang-undang Nomor 3 Tahun 2006 tentang Peradilan Agama yang memberikan kewenangan "memeriksa, memutus dan menyelesaikan perkara-perkara di tingkat pertama antara orang-orang yang beragama Islam dalam bidang perkawinan, waris, wasiat, hibah, wakaf, zakat, infak, sadaqah dan ekonomi syari'ah".

Mahkamah Syariah sebagai pengembangan dari peradilan agama dalam menjalankan amanat Pasal 25 Undang-undang Nomor 18 Tahun 2001 dan Pasal 49 Qanun Propinsi Nanggroe Aceh Darussalam Nomor 10 tahun 2001 bertugas dan berwenang memeriksa, memutuskan dan menyelesaikan perkara-perkara pada tingkat pertama, dalam bidang *ahwal al syakhshiyah*,

Mu'amalah dan jinayah.

Secara rinci kewenangan absolut Mahkamah Syariah dapat dikelompokkan sebagai berikut:

a. Bidang *ahwal al syakhshiyah*

Kewenangan bidang *ahwal al syakhshiyah* adalah sebagaimana yang di atur dalam Pasal 49 Undang-undang Nomor 7 Tahun 1989 jo. Undang-undang Nomor 3 Tahun 2006 yaitu dalam bidang perkawinan, waris, wasiat, hibah, wakaf, zakat, infak dan sadaqah.

b. Bidang *Muamalah*

Dalam bidang muamalah pada dasarnya Mahkamah Syariah berwenang mengadili semua bidang muamalah yang sesuai dengan syar'at Islam. Namun yang telah diatur hanya meliputi jual beli, utang piutang, *qiradh* (permodalan), *muzara 'ah/mukhabarah* (bagi hasil pertanian), wakalah(kuasa), *syirkah* (perkongsian), *ariyah* (pinjam-meminjam), *syuf 'ah* (hak langgeh), *hajru* (sita), *rahnun* (gadai), *ihyaaul mawaat* (membuka lahan baru), pertambangan (*ma 'din*), *luqathah* (barang temuan), *ijarah* (sewa menyewa), *takaful*, perburuhan, *wadi 'ah* (penitipan) dan perbankan.

c. Bidang *Jinayah*

Sebagaimana dalam bidang muamalah Mahkamah Syariah pada dasarnya juga berwenang mengadili semua bidang jinayah, namun Qanun Nomor 6 Tahun 2014 tentang Hukum Jinayat sebagai pengganti qanun-qanun materil jinayat sebelumnya hanya memberi kewenangan kepada Mahkamah Syariah untuk memeriksa dan memutuskan perkara-perkara

jinayat dalam bidang *hudud* dan *ta 'zir*. *Hudud* meliputi: zina, *qazhaf* (menuduh berzina), minuman keras, pemerkosaan. *Ta 'zir* meliputi: *maisir* (judi), *khalwat*, *ikhtilath*, *liwath*, *musahaqah*, dan pelecehan seksual.

Berkenaan dengan hukum formil Mahkamah Syariah dalam menyelesaikan perkara perdata berpedoman kepada Pasal 54 Undang-undang Nomor 7 Tahun 1989 jo. Undang-undang Nomor 3 Tahun 2006 yaitu: "Hukum Acara yang berlaku pada Pengadilan dalam lingkungan Peradilan Agama adalah Hukum Acara Perdata yang berlaku pada Pengadilan dalam lingkungan Peradilan Umum, kecuali yang telah diatur secara khusus dalam Undang-undang ini". Dan dalam menyelesaikan perkara-perkara pidana (jinayat) Mahkamah Syariah berpedoman pada Qanun Nangroe Aceh Darussalam Nomor 7 Tahun 2013 tentang Hukum Acara Jinayat. Hal ini sesuai dengan yang diatur oleh Qanun Nomor 10 Tahun 2002 tentang peradilan syari'at Islam, Pasal 53 dan Pasal 54 menetapkan bahwa hukum materil' dan hukum formil yang dipergunakan oleh Mahkamah Syariah adalah hukum materil dan formil yang bersumber dari syari'at Islam yang akan diatur dengan qanun tersendiri.

G. Penahanan Menurut Qanun Nomor 7 Tahun 2013 dan KUHAP

1. Dasar hukum penahanan

Sebelum dikeluarkannya Qanun Hukum Acara, mengenai penahanan diatur dalam KUHAP, akan tetapi setelah berlakunya Qanun Nomor 7 Tahun 2013, mengenai penahanan diatur dalam pasal 21 sampai pasal 32, dimana untuk kepentingan penyidikan, penuntutan dan

pemeriksaan masing-masing penegak hukum berwenang melakukan penahanan.

Tindakan yang berkaitan dengan penahanan harus sesuai dengan ketentuan hukum. Ketentuan hukum yang dimaksud adalah:

- a. Tersangka dapat dikenakan penahanan dalam hal:
 - Diduga keras melakukan/percobaan melakukan/ membantu melakukan tindak pidana berdasarkan bukti yang cukup (Pasal 22 ayat 1 Qanun No. 7 Tahun 2013 dan dalam KUHAP diatur pada Pasal 21 ayat 1).
 - Adanya keadaan yang menimbulkan kekhawatiran bahwa tersangka akan melarikan diri, merusak atau menghilangkan barang bukti dan/atau mengulangi tindak pidana (Pasal 22 ayat (1) Qanun No. 7 Tahun 2013 dan Pasal 21 ayat (1) KUHAP).
- b. Tindak pidana yang dipersangkakan termasuk dalam rumusan Pasal 22 ayat (1) Qanun No. 7 Tahun 2013 adalah semua jarimah (tindak pidana) yang ditentukan dalam Qanun No. 6 Tahun 2014 tentang Hukum Jinayat dan tindak pidana yang dipersangkakan termasuk dalam rumusan Pasal 21 ayat (1) KUHAP, sebagai berikut:
 - Tindak pidana yang diancam dengan pidana penjara lima tahun atau lebih.
 - Tindak pidana sebagaimana dimaksud dalam pasal 372 ayat (3), pasal 296 ayat (1), pasal 379a, pasal 453, pasal 454, pasal 455, pasal 459, pasal 480 dan 506 KUHP, Pasal 25 dan 26 *Rechten ordonantie* (pelanggaran terhadap ordonansi Bea dan Cukai,

terakhir diubah dengan St. tahun 1931 Nomor 471). Pasal 1, Pasal 2, dan Pasal 4 Undang-Undang Tindak Pidana Imigrasi (UU No. 8 Drt. Tahun 1855 L.N. Tahun 1855 No. 8). Pasal 36 ayat (7), Pasal 41, Pasal 42, Pasal 43. Pasal 47, dan Pasal 48 UU No. 9 Tahun 1976 tentang Narkotika (L.N. Tahun 1976 No. 37. T.L.H No. 3086).

2. Pengertian

Menurut Qanun No. 7 Tahun 2013 dan KUHAP yang dimaksud dengan penahanan adalah penempatan tersangka atau terdakwa di tempat tertentu oleh penyidik, penuntut umum atau hakim dengan penetapannya, dalam hal serta menurut cara yang diatur dalam Undang-undang atau Qanun (Pasal 1 sub 26 Qanun No.7 Tahun 2013 dan Pasal 1 sub 21 KUHAP). Atau dengan kata lain Tindakan untuk menghentikan kemerdekaan seseorang dan menempatkannya di tempat tertentu dan biasanya ditempatkan di rumah tahanan negara.

3. Jenis Tahanan

Berbicara mengenai jenis tahanan, Qanun No.7 Tahun 2013 tidak mengenal jenis tahanan selain tahanan rumah tahanan negara atau tempat lain yang disediakan untuk itu, hal ini diatur dalam Pasal 23 ayat (1) "Penahanan dilakukan di rumah tahanan negara atau disuatu tempat pembinaan yang disediakan oleh Pemerintah Aceh". Sementara KUHAP diatur dalam ketentuan Pasal 23 (1). Menurut ketentuan ini, jenis penahanan berupa:

- Penahanan rumah tahanan negara,

- Penahanan rumah, dan
- penahanan kota.
- a. Penahanan rumah tahanan Negara Tersangka atau terdakwa yang masih sedang dalam proses penyidikan, penuntutan dan pemeriksaan pengadilan ditahan di rumah tahanan negara (Rutan).

Di antara ketiga jenis penahanan, penahanan rumah tahanan negara yang paling banyak permasalahannya. Masalah utama yang dihadapi pada saat KUHAP mulai berlaku ialah mengenai pembangunan penyediaan Rutan. Pemerintah dihadapkan kepada masalah mendirikan sekian banyak Rutan, yang memerlukan biaya besar. Oleh karena itu, dapat dibayangkan betapa beratnya memenuhi penyediaan Rutan dalam waktu singkat. Sedang orang yang dikenakan penahanan terus juga mengalir. Namun untuk waktu sekarang rumah tahanan telah tersedia pada setiap ibu kota kabupaten atau kota madya di seluruh wilayah Indonesia. Malah jika dianggap perlu, didirikan cabang Rutan di luar ibu kota kabupaten, seperti pada suatu kecamatan tertentu.

Di Nanggroe Aceh Darussalam ketika Qanun No. 7 Tahun 2013 diberlakukan, pemerintah Aceh tidak lagi menghadapi banyak masalah menyangkut penahanan, karena rumah tahanan negara yang selama ini digunakan untuk menahan para pelaku kejahatan yang ditangani oleh pengadilan negeri digunakan juga oleh polisi, jaksa penuntut umum dan Mahkamah Syariah untuk menahan para pelaku jarimah.

b. Penahanan rumah. Penahanan dilakukan di rumah tempat tinggal atau rumah kediaman tersangka atau terdakwa. Selama tersangka berada di dalam rumah dia harus diawasi.

Jadi terhadap tersangka atau terdakwa yang sedang menjalani penahanan rumah berada dalam pengawasan pejabat yang melakukan tindakan penahanan rumah. Bagaimana cara pengawasan, undang-undang sendiri tidak menentukan. Dengan demikian pengaturan pengawasan penahanan rumah sepenuhnya tergantung pada kebijaksanaan pejabat yang bersangkutan. Teknik pengawasan sangat tergantung pada kebutuhan dan keadaan tindak pidana yang disangkakan kepada tersangka atau terdakwa serta sifat dan perilakunya.

Tujuan utama pengawasan adalah untuk menghindari terjadi sesuatu yang dapat menimbulkan kesulitan dalam penyidikan, penuntutan atau pemeriksaan di depan pengadilan, karena itu intensitas pengawasan penahanan rumah merupakan daya upaya tindakan pengawasan yang benar-benar serasi mencapai maksud agar bisa terhindar dari sesuatu yang dapat menimbulkan kesulitan dalam penyidikan, penuntutan ataupun pemeriksaan di depan pengadilan. Dalam masa penahanan rumah, tersangka atau terdakwa dapat keluar rumah dengan izin dari penyidik, penuntut umum atau hakim yang memberi perintah penahanan. Izin keluar rumah dimintakan dari masing-masing pejabat yang memerintahkan penahanan terhadap tersangka atau terdakwa.

c. Penahanan kota

Pelaksanaan penahanan kota dilakukan di kota tempat kediaman tersangka atau terdakwa. Pengertian kota dalam pasal ini mencakup desa atau kampung (gampong). Sebab kalau pengertian kota ditafsirkan secara sempit, maka peraturan penahanan hanya berlaku terhadap masyarakat yang hidup di kota, sementara masyarakat yang bertempat tinggal di desa atau kampung tidak tercakup dalam aturan ini. Hal yang seperti ini jelas tidak diinginkan oleh suatu undang-undang karena menyimpang dari rasa keadilan dan tujuan penerapan hukum untuk menghilangkan kerusakan atau menciptakan kenyamanan dalam kehidupan masyarakat tidak akan tercapai.

Berbeda halnya dengan penahanan rumah dimana tersangka atau terdakwa yang sedang menjalani masa tahanan diawasi, namun penahanan kota tidak dilakukan pengawasan. Bagi mereka, undang-undang hanya memberikan kewajiban melapor pada waktu-waktu yang telah ditentukan (Pasal 22 (3) KUHAP). Berkaitan dengan jadwal kewajiban melapor diri, undang-undang tidak mengaturnya. Hal ini secara tidak langsung diserahkan kepada kebijakan pejabat yang memerintahkan penahanan kota tersebut. Sebagaimana dalam penahanan rumah, dalam penahanan kota tersangka atau terdakwa juga dilarang untuk keluar kota (Pasal 22 ayat (2 dan 3) KUHAP). Mereka hanya dapat keluar kota apabila telah mendapat izin dari pejabat yang

mengeluarkan perintah penahanan.

4. Penyidikan

Penyidikan adalah serangkaian tindakan penyidik dalam hal dan menurut cara yang diatur dalam undang-undang dan/atau Qanun untuk mencari serta mengumpulkan bukti yang dengan bukti itu membuat terang jarimah yang terjadi guna menemukan tersangka. (Pasal 1 sub 26 Qanun No.7 Tahun 2013).

Dalam melaksanakan tugasnya penyidik wajib menjunjung ketentuan hukum yang berlaku. Pemberian wewenang kepada penyidik bukan semata-mata didasarkan atas kekuasaan tetapi berdasarkan pendekatan kewajiban dan tanggung jawab yang diembannya. Pada pemeriksaan tersangka, penyidik wajib memperhatikan segi-segi kemanusiaan karena tersangka mempunyai hak dan kewajiban.

Penyidik atas dasar wewenang yang diberikan qanun/undang-undang kepadanya, hanya dapat melakukan perintah penahanan untuk jangka waktu 20 hari (Pasal 24 ayat(1) Qanun No.7 Tahun 2013). Apabila diperlukan demi untuk kepentingan pemeriksaan penyidikan yang belum selesai dapat memintakan "perpanjangan" kepada penuntut umum "paling lama 30 hari menurut (Pasal 24 ayat (2) Qanun No.7 Tahun 2013). Dengan demikian lama "maksimum" atau "batas jangka waktu" masa penahanan yang diperbolehkan qanun bagi instansi penyidik, dalam tahap pemeriksaan penyidikan terbatas $20 + 30 \text{ hari} = 50 \text{ hari}$, dengan ketentuan:

- tidak menutup kemungkinan untuk mengeluarkan tersangka dari

tahanan sekalipun belum berakhir jangka waktu penahanan, jika ternyata kepentingan pemeriksaan sudah terpenuhi (Pasal 24 ayat (3)),

- pemberian perpanjangan dari penuntut umum bukan mutlak mesti 30 hari. Tiga puluh (30) hari ini adalah batas perpanjangan maksimum. Ini berarti, penuntut umum dapat memberi perpanjangan secara "parsial" atau sebagian saja menurut kebutuhan pemeriksaan penyidikan. Misalnya perpanjangan yang diberikannya hanya 10 hari atau 20 hari. Kalau diperlukan lagi dapat dipenuhi sampai batas maksimum perpanjangan yang ditentukan Pasal 22 ayat (1) Qanun No. 7 Tahun 2013. Setelah lewat jangka waktu 50 hari, penyidik harus mengeluarkan tersangka dari tahanan "demi hukum". Jadi, apabila jangka waktu maksimum sudah dilewati, dengan sendirinya penahanan tersangka batal menurut hukum dan dengan sendirinya tersangka harus dikeluarkan dari penahanan "tanpa melalui prosedur apa pun". Hal ini dapat mengakibatkan tersangka bebas berkeliaran di tengah-tengah kehidupan masyarakat pada saat kepastian hukum belum diberikan kepadanya.

Oleh karena itu, untuk mengatasi permasalahan ini dalam praktek, agar seorang penjahat jangan sampai berkeliaran di tengah masyarakat sebelum perkaranya selesai diperiksa di sidang pengadilan, masing-masing instansi mulai dari penyidik sampai kepada hakim, mengusahakan suatu mata rantai penahanan yang "berkesinambungan". Mulai dari penyidik sudah memikirkan dan berusaha agar sebelum habis batas jangka waktu penahanan yang menjadi haknya, agar melimpahkan berkas dan tersangka

kepada penuntut umum. Demikian pula penuntut umum sebelum jangka waktu maksimum masa penahanan yang dimilikinya habis, segera melimpahkan berkas perkara kepada Mahkamah Syariah. Seterusnya, Mahkamah Syariah atau hakim Mahkamah Syariah segera melimpahkan berkas perkara yang telah diputus ke Mahkamah Syariah Propinsi sebelum batas penahanan yang dimilikinya berakhir. Demikian seterusnya sampai ke Mahkamah Agung. Dengan cara demikian terjamin "kontinuitas penahanan" yang berkesinambungan sampai perkara memperoleh keputusan yang berkekuatan tetap.

Masa perpanjangan penahanan bagi penyidik yang ditentukan dalam qanun berbeda dengan masa perpanjangan menurut KUHAP. Apabila diperlukan demi untuk kepentingan pemeriksaan penyidikan yang belum selesai penyidik dapat memintakan "perpanjangan" kepada penuntut umum "paling lama 40 hari, (Pasal 24 ayat (2) KUHAP).

5. Penuntutan

Atas wewenang dan perintahnya sendiri yang "*inherent*" diberikan undang-undang atau qanun, penuntut umum dapat melakukan penahanan paling lama untuk jangka waktu 15 hari (Pasal 25 ayat (1) Qanun No.7 Tahun 2013). Lewat dan 15 hari apabila tidak ada perpanjangan dari Ketua Mahkamah Syariah, dengan sendirinya penahanan berakhir dan terdakwa harus dikeluarkan "demi hukum". Penuntut umum dapat meminta perpanjangan penahanan dari Ketua Mahkamah Syariah dan perpanjangan yang dapat diberikan Ketua Mahkamah Syariah paling lama 25 hari (Pasal 25 ayat (2) Qanun No.7 Tahun 2013). Perpanjangan ini diminta oleh

penuntut umum demi kepentingan penuntutan yang belum selesai.

Dari ketentuan wewenang penuntut umum mengeluarkan perintah penahanan ditambah dengan haknya untuk meminta perpanjangan, batas waktu maksimum yang dimiliki tidak lebih dari 15 hari + 25 hari =40 hari, dengan penggarisan tidak menutup kemungkinan untuk mengeluarkan terdakwa dan tahanan sekalipun batas waktu maksimum belum berakhir, apabila kepentingan pemeriksaan sudah terpenuhi (Pasal 25 ayat (3)),juga permintaan perpanjangan bukan otomatis harus dikabulkan oleh Ketua Mahkamah Syariah. Dia dapat menolak permintaan apabila berdasar yang disampaikan penuntut umum kepadanya, ternyata cukup alasan untuk menolak perpanjangan. Atau perpanjangan itu diberikan tidak penuh 25 hari. Tapihanya untuk 7 hari ataupun 20 hari saja, sesuai dengan kebutuhan nyata dari kepentingan pemeriksaan. Jika perpanjangan yang diberikan Ketua Mahkamah Syariah bersifat parsial, masih memberi kemungkinan lagi bagi penuntut umum untuk memintakan perpanjangan sampai terpenuhi batas maksimum perpanjangan yang ditentukan Pasal 25 ayat (2) Qanun No.7 Tahun 2013, setelah lewat batas waktu masa penahanan yang ditentukan qanun siap atau tidak siap pemeriksaan, terpaksa terdakwa harus dikeluarkan dari penahanan "demi hukum". Dalam qanun tidak dikenal permintaan dan pemberian perpanjangan yang berkali kali. Selesai atau tidak selesai pemeriksaan, tidak ada jalan lain selain mengeluarkan tersangka atau terdakwa dari tahanan, apabila batas waktu maksimum sudah berakhir. Dan mengeluarkan dari tahanan oleh karena terlampaui batas waktu adalah demi hukum dan tanpa syarat".

(Pasal 25 ayat (4) Qanun No.7 Tahun 2013).

Masa penahanan bagi penuntut umum yang ditentukan dalam qanun berbeda dengan masa penahan menurut KUHAP. Penuntut umum dapat melakukan penahanan paling lama untuk jangka waktu 20 hari dan penuntut umum dapat meminta perpanjangan penahanan dari Ketua Pengadilan Negeri paling lama 40 hari, batas waktu maksimum yang dimiliki tidak lebih dari 20 hari + 40 hari = 60 hari (Pasal 25 ayat (2) KUHAP). Perpanjangan ini diminta oleh penuntut umum demi kepentingan penuntutan yang belum selesai.

6. Pemeriksaan

Semua hakim pada semua tingkat peradilan mulai dari hakim pada Mahkamah Syariah, Mahkamah Syariah Aceh, dan Mahkamah Agung, masing-masing mempunyai wewenang melakukan penahanan sesuai dengan batas waktu yang ditentukan undang-undang atau qanun.

a. Hakim Mahkamah Syariah

Setiap hakim Mahkamah Syariah sesuai dengan kompetensi relatif yang dimilikinya, demi untuk kepentingan pemeriksaan berwenang mengeluarkan "surat perintah penahanan" untuk jangka waktu paling lama 20 hari (Pasal 26 ayat (1) Qanun No.7 Tahun 2013).

Apabila diperlukan guna kepentingan pemeriksaan, hakim yang bersangkutan dapat meminta "perpanjangan" kepada Ketua Mahkamah Syariah setempat, tapi perpanjangan tidak boleh lebih dari 40 hari. Selesai atau tidak selesai pemeriksaan, tidak ada jalan lain untuk memperpanjang penahanan dan terdakwa harus dikeluarkan dari tahanan

"demi hukum" apabila batas maksimum waktu penahanan berakhir (Pasal 26 ayat (4) Qanun No.7 Tahun 2013).

Dengan demikian batas waktu penahanan yang dapat dilakukan hakim Mahkamah Syariah baik atas perintah yang "inherent" diberikan undangundang atau qanun kepada dirinya, maupun atas dasar perpanjangan yang diberikan Ketua Mahkamah Syariah, maksimum 20 + 40 hari = 60 hari, dengan catatan:

- Tidak menutup kemungkinan untuk mengeluarkan terdakwa dari penahanan sekalipun masa tahanan belum berakhir jika penahanan dianggap tidak diperlukan lagi untuk kepentingan pemeriksaan (Pasal 26 ayat (3) Qanun No.7 Tahun 2013).
- Permintaan perpanjangan tidak otomatis harus dikabulkan Ketua Mahkamah Syariah, bisa menolak permintaan apabila berpendapat, penahanan terhadap terdakwa tidak relevan untuk kepentingan pemeriksaan persidangan. Atau pengabulan perpanjangan hanya untuk sebagian. Misalnya 10 hari atau 30 hari saja. Jika pemberian perpanjangan sebagian saja, hakim yang bersangkutan masih dapat mengajukan permintaan perpanjangansampaibatasmaksimum perpanjangan yang dibenarkan Pasal 26 ayat (2) Qanun No.7 Tahun 2013. Apabila batas jangka waktu penahanan telah berakhir, dengan sendirinya menurut hukum terdakwa harus dikeluarkan dari penahanan. Pengeluara demi hukum adalah tanpa syarat dan tanpaprosedur (Pasal 26 ayat (4)) Qanun No.7 Tahun 2013.

Memang pada saat seperti ini terjadi hal yang riskan. Apabila

pemeriksaan belum selesai, sedang batas waktu penahanan sudah berakhir, otomatis terdakwa harus dikeluarkan, dan kembali ke tengah-tengah kehidupan masyarakat, padahal kejahatan yang didakwakan kepadanya kejahatan berat. Dan Mahkamah Syariah Aceh sebagai peradilan tingkat banding, belum bisa berbuat apa-apa, sebab perkaranya sendiri pada Mahkamah Syariah belum putus. Pengadilan banding baru berwenang mengeluarkan perintah penahanan apabila ada permintaan banding. Selama belum ada permintaan banding, pengadilan banding belum bisa mencampuri urusan penahanan terdakwa dan terpaksa terdakwa yang telah melakukan tindak pidana bebas di tengah-tengah kehidupan masyarakat. Oleh karena itu, hendaknya terhadap kasus-kasus yang istimewa, Mahkamah Syariah benar-benar memperkirakan jalannya pemeriksaan persidangan agar dapat diselesaikan dan diputus sebelum masa tahanan berakhir. Sehingga dapat terjalin kesinambungan penahanan antara pengadilan tingkat pertama dan pengadilan tingkat banding, agar jangan sampai terdakwa dikeluarkan dari tahanan demi hukum.

Masa penahanan bagi pengadilan tingkat pertama yang ditentukan dalam qanun berbeda dengan masa penahanan menurut KUHAP. Hakim pengadilan tingkat pertama dapat melakukan penahanan paling lama untuk jangka waktu 30 hari dan dapat meminta perpanjangan penahanan dari Ketua Pengadilan Negeri paling lama 60 hari, batas waktu maksimum yang dimiliki tidak lebih dari 30 hari + 60 hari = 90 hari (Pasal 26 ayat (2) KUHAP). Perpanjangan ini diminta

oleh Hakim pengadilan tingkat pertama demi kepentingan pemeriksaan yang belum selesai.

b. Hakim Mahkamah Syariah Aceh

Setiap hakim Mahkamah Syariah Aceh berwenang memerintahkan penahanan seorang terdakwa guna kepentingan pemeriksaan dalam tingkat banding. Dengan surat perintah penahanan, hakim Mahkamah Syariah Aceh berwenang memerintahkan penahanan terdakwa guna pemeriksaan dalam tingkat banding, paling lama 20 hari (Pasal 27 ayat (1) Qanun No.7 Tahun 2013).

Apabila diperlukan lagi guna kepentingan pemeriksaan tingkat banding yang belum selesai, dapat meminta "perpanjangan" kepada Ketua Mahkamah Syariah Aceh tetapi permintaan dan pemberian perpanjangan hanya paling lama 30 hari (Pasal 27 ayat (2) Qanun No.7 Tahun 2013).

Dengan demikian, batas waktu penahanan yang dapat dilakukan hakim Mahkamah Syariah Aceh baik berdasar wewenang yang dapat diperintahkannya sendiri maupun berdasar perpanjangan yang diberikan Ketua Mahkamah Syariah Aceh, tidak lebih dari 20 hari + 30 hari, dengan catatan: tidak menutup kemungkinan untuk mengeluarkan terdakwa dari penahanan walaupun batas waktu penahanan belum berakhir, jika dianggap penahanan tidak dibutuhkan lagi untuk keperluan pemeriksaan. Jadi, di samping wewenang melakukan perintah penahanan sebagaimana juga halnya pejabat penegak hukum pada instansi lain, hakim Mahkamah Syariah Aceh mempunyai

wewenang untuk mengeluarkan terdakwa dari penahanan sekalipun batas waktu penahanan belum berakhir dan permintaan perpanjangan waktu penahanan bukan dengan sendirinya harus dipenuhi oleh Ketua Mahkamah Syariah Aceh. Dia dapat menolak, jika hal itu dianggapnya tidak perlu. Atau pemberian perpanjangan hanya untuk memenuhi kebutuhan nyata, sesuai dengan yang diperlukan pemeriksaan, bisa 10 hari atau 20 hari. Seandainya perpanjangan penahanan diberikan sebagian, hal itu masih membuka kemungkinan baginya untuk mengajukan permintaan perpanjangan sampai habis batas maksimum perpanjangan yang ditentukan Pasal 27 ayat (2) Qanun No.7 Tahun 2013, apabila jangka waktu 50 hari telah berakhir, tidak ada jalan lain selain mengeluarkan terdakwa dari penahanan "demi hukum" tanpa syarat dan tanpa prosedur(Pasal 27 ayat (4) Qanun/KUHAP).

Masa penahanan bagi pengadilan tingkat banding yang ditentukan dalam qanun berbeda dengan masa penahan menurut KUHAP. Hakim pengadilan tingkat banding dapat melakukan penahanan paling lama untuk jangka waktu 30 hari dan dapat meminta perpanjangan penahanan dari Ketua Pengadilan Tinggi paling lama 60 hari, batas waktu maksimum yang dimiliki tidak lebih dari 30 hari + 60 hari =90 hari (Pasal 27 ayat (2) KUHAP). Perpanjangan ini diminta oleh Hakim pengadilan tingkat banding demi kepentingan pemeriksaan yang belum selesai.

c. Hakim pada Mahkamah Agung

Setiap Hakim Agung berwenang memerintahkan penahanan

terhadap terdakwa yang perkaranya sedang diperiksa pada tingkat kasasi. Perintah penahanan dilakukan demi untuk kepentingan pemeriksaan pada tingkat kasasi. Pengeluaran surat perintah penahanan tersebut, paling lama untuk batas waktu 50 hari (Pasal 28 ayat (2) Qanun).

Setelah waktu 50 (lima puluh) hari walaupun perkara sebagaimana dimaksud pada ayat (1) belum diputus, Terdakwa wajib dikeluarkan dan tahanan demi hukum. (Pasal 28 ayat (3) Qanun).

Qanun tidak memberi wewenang kepada hakim agung untuk meminta perpanjangan penahanan terhadap terdakwa kepada Ketua Mahkamah Agung walau perkara yang ditangani belum selesai diputus. Dengan demikian wewenang penahanan yang dapat ditahan oleh hakim agung pada tingkat kasasi terbatas sampai 50 hari, dengan catatan tidak menutup kemungkinan untuk mengeluarkan terdakwa dari penahanan sekalipun jangka waktu batas penahanan belum berakhir, apabila dianggapnya pemeriksaan tidak lagi memerlukan penahanan terhadap terdakwa.

Hal ini berbeda dengan yang diatur dalam KUHAP, hakim agung dapat melakukan penahanan paling lama untuk jangka waktu 50 hari dan dapat meminta perpanjangan penahanan dari Ketua Mahkamah Agung paling lama 60 hari, batas waktu maksimum yang dimiliki tidak lebih dari 50 hari + 60 hari = 110 hari (Pasal 28 ayat (2) KUHAP). Perpanjangan ini diminta oleh hakim agung demi kepentingan pemeriksaan yang belum selesai.

Jika masa penahanan dijumlah seluruhnya dari setiap tingkat pemeriksaan, mulai dari penahanan pada tingkat penyidikan, penuntutan, dan masa penahanan pada semua tingkat pemeriksaan peradilan, mulai dari Mahkamah Syariah, Mahkamah Syariah Aceh dan Mahkamah Agung total maksimum adalah 20 + 30 hari (pada tahap penyidikan), 15 + 25 hari (pada tahap penuntutan), 20 + 40 hari (pada Mahkamah Syariah), 20 + 30 hari (pada Mahkamah Syariah Aceh) dan 50 hari (pada pemeriksaan tingkat kasasi) = 250 hari. Dengan demikian batas maksimum penahanan yang dapat dikenakan pada seseorang mulai dari status tersangka pada tahap penyidikan, sampai status terdakwa pada pemeriksaan peradilan tingkat kasasi pada Mahkamah Agung, tidak boleh lebih daripada 250 hari. Lewat dan batas waktu ini, sekalipun pemeriksaan perkara belum selesai, yang bersangkutan harus dikeluarkan dari penahanan "demi hukum", tanpa dibebani syarat dan prosedur.

7. Penahanan Dalam Pelaksanaan Eksekusi

Pasal 26 ayat 5 Qanun No.7 Tahun 2013 menetapkan "Untuk kepentingan pelaksanaan *`Uqubat*, hakim dapat mengeluarkan penetapan Penahanan paling lama 30 (tiga puluh) hari". Untuk eksekusi suatu putusan baik terhadap hukuman *hudud* maupun hukuman *ta 'zir* qanun memberi kekuasaan kepada ketua Mahkamah Syariah kabupaten dan kota untuk mengeluarkan penetapan penahanan terhadap terpidana. Untuk jarimah yang ancaman *uqubatnya* di atas 12 (dua belas) bulan penjara atau *`uqubat* lain yang setara dengan 12 (dua belas) bulan penjara sebanyak-banyaknya

30 hari dan untuk jarimah yang ancaman uqubatnya paling lama 12 (dua belas) bulan penjara ke bawah atau uqubat lain yang setara dengan 12 (dua belas) bulan penjarasebanyak-banyaknya 5 (lima) hari. Hal ini tentu tidak berlaku terhadap hukuman *ta'zir* berupa kurungan. Masa penahanan ini diberikan oleh Ketua Mahkamah Syariah yang memutus perkara berdasarkan permohonan dan Jaksa Penuntut Umum.

Sementara KUHAP tidak memberikan kesempatan secara tegas kepada ketua pengadilan maupun lembaga penegak hukum lainnya untuk menahan terpidana dalam rangka pelaksanaan eksekusi.

1) Jenis Hukuman

Qanun No. 6 Tahun 2014 tentang Hukum Jinayat membagi hukuman terhadap pelaku kejahatan kepada 2 jenis hukuman yaitu:

- Uqubat Hudud = Cambuk (Pasal 4 ayat 1 huruf a).
- Uqubat Ta'zir (Pasal 4 ayat 1 huruf b).

Uqubat Ta'zir terbagi 2 yaitu :

Utama :

- a. Cambuk.
- b. Denda.
- c. Penjara.
- d. Restitusi.

Tambahan :

- a. Pembinaan oleh Negara.
- b. Restitusi oleh orang tua/wali.
- c. Pengembalian kepada orang tua.
- d. Pemutusan perkawinan/wali.
- e. Pencabutan izin dan pencabutan hak.
- f. Perampasan barang-barang.
- g. Kerja Sosial.

2) Teknis Eksekusi perkara Jinayat

Setelah diputus Mahkamah Syariah Kabupaten/ Kota (tingkat pertama) atau Mahkamah Syariah Aceh (tingkat banding) atau

Mahkamah Agung dan telah mempunyai kekuatan hukum tetap, maka Jaksa/ Kejaksaan Negeri di Kab/Kota yang bersangkutan selaku eksekutor melaksanakan eksekusi putusan sesuai amar putusan yang telah berkekuatan hukum tetap tersebut, dengan teknis sebagai berikut:

- Apabila Terdakwa diputus bebas, maka jaksa akan langsung membebaskan Terdakwa;
- Apabila Terdakwa diputus dengan hukuman penjara, maka jaksa akan mengeksekusi dengan hukuman penjara;
- Apabila Terdakwa diputus dengan hukuman denda atau Konpensasi/alternatifnya, maka jaksa akan menghukum dengan hukuman denda beserta hukuman alternatifnya.
- Apabila Terdakwa diputus dengan hukuman cambuk, maka jaksa akan melaksanakan hukuman cambuk di depan umum sejumlah sesuai putusan dan setelah dikurangi dengan masa tahanan (kalau Terdakwa menjalani masa tahanan saat penyidikan, penuntutan dan persidangan sesuai amar putusan).

Adapun Teknis Pelaksanaan Eksekusi putusan khususnya hukuman cambuk sebagai berikut:

- Dilaksanakan di depan umum biasanya di depan mesjid Kabupaten setempat;
- Dilaksanakan setelah atau sebelum shalat jumat atau setelah shalat ashar;
- Dalam acara pelaksanaan cambuk tersebut diundang/ dihadiri oleh Jaksa (eksekutor/algojo yang ditunjuk oleh jaksa), Terpidana, Pihak Keamanan dari Kepolisian RI, Tim dokter, rohaniwan yang ditunjuk untuk memberikan tausiyah/nasehat, Bupati (KDH), Ketua Mahkamah Syar'iyah, Hakim Pengawas dari Mahkamah Syariah tingkat pertama yang memutus, Tokoh Masyarakat/Ulama setempat, keluarga Terpidana dan masyarakat umum;
- Dilaksanakan di atas panggung yang tingginya kira-kira 1,5 meter

dengan ukuran luas kira-kira 5m x 7m;

- Panggung tersebut dibangun khusus untuk pelaksanaan cambuk terhadap terpidana yang dilaksanakan setelah sambutan dari Pejabat Daerah, tausiyah dan pembacaan isi Putusan yang telah berkekuatan hukum tetap;
- Pada saat pelaksanaan cambuk dilakukan, yang berada di atas panggung adalah Terpidana, Pihak Kejaksaan/Eksekutor, Penghitung jumlah pukulan cambuk, Tim Dokter dan pihak keamanan dari Kepolisian RI dan Wilayatul Hisbah, sedangkan para undangan dan pengunjung lainnya berada pada tempat yang telah ditentukan;
- Pada saat pelaksanaan hukuman cambuk dilakukan, eksekutornya menggunakan penutup muka atau memakai topeng sehingga semua yang hadir tidak mengenal siapa yang menjadi eksekutor tersebut, sedangkan terpidana tidak memakai topeng dan dapat dilihat/dikenali wajahnya oleh siapapun yang hadir;
- Sebelum pelaksanaan hukuman cambuk terpidana diperiksa kesehatannya oleh tim dokter;
- Pelaksanaan hukuman cambuk terhadap terpidana laki-laki, pihak-pihak yang berada di atas panggung yaitu Terpidana, Eksekutor, Penghitung pukulan cambuk, Tim Dokter dan pihak keamanan posisi semuanya dalam keadaan berdiri, Terpidananya memakai baju khusus yang disediakan oleh pihak eksekutor;
- Pelaksanaan hukuman cambuk bagi terpidana wanita, pihak-pihak yang berada di atas panggung yaitu Eksekutor, Penghitung pukulan cambuk, Tim Dokter dan pihak keamanan posisi semuanya dalam keadaan berdiri, sedangkan terpidana wanitanya dalam posisi bersimpuh dengan memakai baju muslimah khusus yang disediakan oleh pihak eksekutor;
- Pelaksanaan hukuman cambuk dilaksanakan satu persatu terhadap terpidana dan cambukan di panggung terpidana;
 - Setelah selesai pencambukan, terpidana diperiksa kembali kesehatannya oleh tim dokter, kalau terjadi gangguan kesehatan terpidana yang disebabkan eksekusi putusan tersebut maka tim dokter akan mengobatinya dan kalau tidak terganggu kesehatannya maka terpidana diserahkan kepada keluarganya/dilepas kembali ke masyarakat;

8. Hukuman dikurangi masa tahanan

Pasal 23 ayat 2 dan 3 Qanun No.7 Tahun 2013 menetapkan "Masa penangkapan dan/atau penahanan dikurangkan seluruhnya dari `Uqubat yang dijatuhkan, kecuali Uqubat Hudud"."Pengurangan Uqubat sebagaimana dimaksud pada ayat (2), untuk penahanan paling lama 30 (tiga puluh) hari dikurangi 1 (satu) kali cambuk".

Qanun No. 6 Tahun 2014 tentang Jinayat membagi hukuman yang akan dikenakan terhadap pelaku kejahatan kepada dua bahagian, bagian pertama hukuman hudud dan kedua hukuman ta'zir. Terhadap hukuman ta'zir ada tiga kemungkinan hukuman yang akan dijatuhkan, yaitu: hukuman cambuk, kurungan dan denda. Dari Pasal 23 Qanun No. 7 di atas dapat dipahami bahwa pengurangan hukuman dengan masa tahanan selama proses penyelesaian perkara hanya berlaku terhadap hukuman cambuk, demikian juga terhadap penahanan yang dilakukan dalam rangka melaksanakan eksekusi.

Pasal 23 di atas terlihat kurang berimbang dengan memberikan pengurangan hukuman hanya terhadap hukuman cambuk, padahal hukuman kurungan dan hukuman denda semuanya merupakan hukuman ta'zir yang membuka peluang kepada pemerintah (hakim) untuk menerapkan kebijakan dalam menyelesaikan suatu kasus.

KUHAP juga menganut hal yang sama dengan qanun, memberi pengurangan hukuman terhadap perkara yang diancam hukuman 5 tahun kurungan atau lebih dan juga terhadap perkara-perkara sebagaimana telah disebutkan pada bagian "dasar hukum penahanan" di atas. KUHAP memberikan pengurangan hukuman sesuai dengan jenis penahanan yang dialami oleh tersangka atau terdakwa selama proses penyelesaian perkara. Terhadap terpidana yang ditahan dengan tahanan rumah tahanan negara akan dikurangi hukuman dengan seluruh masa tahanan yang telah dilalui, sementara yang ditahan dengan tahanan rumah dan tahanan kota masing-masing akan dikurangi 1/3 dan 1/5 masa tahanan yang telah dijalankan.

BAB III
KEBERADAAN QANUN HUKUM JINAYAT DAN
HUKUM ACARA JINAYAT DALAM KEISTIMEWAAN ACEH

A. Pemberlakuan Syariat Islam di Aceh

Dalam rangka merebut kembali kepercayaan rakyat guna penyelesaian konflik Aceh secara mendasar, pemerintah telah melahirkan tiga Undang-undang, yaitu: Undang-undang Nomor 44 Tahun 1999 tentang Penyelenggaraan Keistimewaan Aceh,¹⁹⁵ Undang-undang Nomor 18 Tahun 2001 tentang Otonomi Khusus Nanggroe Aceh Darussalam (NAD),¹⁹⁶ dan Undang-Undang No. 11 Tahun 2006 tentang Pemerintahan Aceh.¹⁹⁷

Lahirnya ketiga Undang-undang tersebut telah membuat masyarakat Aceh sekarang ini memiliki sebuah *Common Platform* (gagasan bersama) yang dapat meningkatkan kepercayaan masyarakat dan membuat harkat dan martabat mereka yang kental dengan nuansa syari'at Islam terlindungi.

Selain itu, penghargaan terhadap nilai dan budaya lokal dalam ketiga Undang-undang tersebut juga merupakan nilai tambah yang sangat positif. Jadi ketiga Undang-undang ini dapat menjadi sumbangan penting bagi peluang penyelesaian konflik di Aceh secara damai dan bermartabat. Tinggal lagi pengisian dan aktualisasinya di dalam kenyataan juga benar-benar sejalan dengan harapan sebelumnya. Dalam hal ini ada beberapa masalah yang perlu lebih dahulu diberikan jawaban.

Persoalan penting yang bakal timbul di sini pertama-tama adalah menentukan pilihan hukum dari sekian banyak perbedaan mazhab dan perbedaan pendapat dalam khazanah Fiqh Islam baik yang klasik maupun yang modern, pendapat manakah yang diambil untuk diterapkan dalam

¹⁹⁵ Indonesia, *Undang-Undang tentang Penyelenggaraan Keistimewaan Aceh*, UU No. 44, LN No.172 Tahun 1999, TLN No.3893.

¹⁹⁶ Indonesia, *Undang-Undang tentang Otonomi Khusus Nanggroe Aceh Darussalam (NAD)*, UU No. 18, LN No.114 Tahun 2001, TLN No.4134.

¹⁹⁷ Indonesia, *Undang-Undang tentang Pemerintahan Aceh*, UU No. 11, LN No.62 Tahun 2006, TLN No.4633.

rangka pelaksanaan syari'at Islam di Aceh? Syari'at Islam kiranya harus diterjemahkan atau diturunkan ke dalam hukum *inconcreto*, dalam hal ini *Qanun* yang dihasilkan melalui proses metode pilihan hukum dari khazanah pemikiran dan ijtihad para *fuqaha'*. Selain itu juga harus dibuka peluang penemuan hukum atau ijtihad baru dalam hal-hal yang dibutuhkan pada masa kini.

Jadi menciptakan *Qanun* seperti itu adalah sangat strategis sifatnya. Apakah *Qanun* seperti ini tidak bertentangan dengan azas hirarki perundang-undangan. Jawaban konkrit dari pertanyaan ini, menurut penulis, adalah inti permasalahan tentang syari'at Islam di Aceh. Dan itu sangat tergantung dari iktikad baik, keikhlasan dan kemauan politik dari semua pihak yang berwenang. Jalan keluar dapat ditempuh melalui azas *Lex Specialis* yang memberi kekhasan kepada wilayah yang diberi apa yang disebut sebagai Otonomi Khusus.

Berkenaan dengan Penyusunan Hukum Materiil Islam apabila kita mengacu kepada ketentuan Fiqh *Jinayah*, maka persoalan-persoalan yang berkenaan dengan *Qishash* dan *Hudud* sudah ada nas dan ketentuan pasti baik dalam al-Qur'an maupun al-Hadits. Sementara *ta'zir* masih memerlukan kodifikasi hukum, kebijakan dan kearifan para hakim untuk menetapkannya. Boleh jadi bidang kuasa *hudud* dan *qishash* yang tidak sampai hukuman kepadanya akan beralih kepada ketentuan *ta'zir* nantinya. Persoalan penting yang bakal timbul di sini selain masalah pilihan hukum adalah kualifikasi Sumber Daya Manusia (SDM) kita termasuk kualifikasi moral / etika dalam lapangan hukum dan dunia peradilan. Sudah lama disinyalir rendahnya

kepercayaan masyarakat terhadap dunia peradilan kita misalnya dengan istilah "mafia KUHP" peradilan, kasih uang habis perkara dan sebagainya. Pembinaan serius dalam masalah ini sangat mendesak.

1. Mengapa Syari'at Islam?

Ketakutan atau fobia kepada syari'at Islam adalah hal yang terlalu dibesar-besarkan. Syari'at Islam sama sekali tidak bertujuan untuk menganiaya manusia, bahkan menurut Islam binatang dan lingkungan pun tidak boleh dizalimi. Tujuan syari'at Islam adalah untuk memelihara hak-hak manusia dan memberi mereka perlindungan serta keselamatan atau kedamaian. Karena itu merasa takut terhadap syari'at Islam, apa lagi memusuhinya adalah sikap dan tindakan yang tidak beralasan. Meskipun demikian ketentuan-ketentuan normatif semacam ini tentu saja harus diwujudkan dalam aktualisasinya dan ini tentu saja merupakan salah satu pekerjaan rumah umat Islam untuk membuktikannya dalam kenyataan.¹⁹⁸

Kekerasan dan penyelewengan hukum memang pernah terjadi dalam sejarah Islam, tetapi itu juga pernah terjadi dalam agama dan komunitas mana pun di dunia ini, termasuk Yahudi, Kristen dan Barat. Demikian juga sebaliknya, sejarah menjadi saksi atas kesuksesan syari'at Islam menciptakan masyarakat yang makmur dan sejahtera serta penegakan hukum yang adil secara mengagumkan. Oleh karena itu, jika kita mau bersikap objektif, fair dan terbuka maka jangan hanya sisi gelap sejarah Islam yang dilihat, tetapi juga sisi cemerlangnya.

Titik paling penting yang harus diingat adalah bahwa syari'at

¹⁹⁸Rusjdi Ali Muhammad, *Revitalisasi Syari'at Islam di Aceh, Problem, Solusi dan Implementasi, Menuju Pelaksanaan Hukum Islam di Nanggroe Aceh Darussalam*, Logos Wacana Ilmu, Jakarta, 2003, hlm. 47

Islam bukanlah sebuah kumpulan peraturan yang baku, statis dan rigid; bukan pula sebuah petunjuk teknis atau *manual* yang menjadi pegangan setiap muslim dalam menjalankan kehidupan di dunia ini, sehingga ia tidak perlu lagi berpikir, apa yang harus dilakukan dan bagaimana ia harus melakukannya. Syari'at secara harfiah artinya jalan atau metode. Syari'at Islam adalah sebuah paradigma moral yang bersandar pada ketundukan kepada Tuhan.

Karena itu penerjemahan kata “syari'at Islam” dengan “hukum Islam” sebenarnya dapat dipandang sebagai sebuah kekeliruan, walaupun telah digunakan secara luas. Istilah hukum Islam barangkali lebih tepat disamakan dengan *fiqhs*, yakni syari'at yang telah ditafsirkan dan dituangkan dalam sebuah undang-undang sehingga menjadi realistik dan aplikatif. Dengan kata lain ia menjadi hukum positif. Tetapi meskipun aturan-aturan ini telah menjadi hukum positif, ia tetap memiliki dimensi spiritual. Sehingga pelaksanaan atau penerapan hukum dalam Islam tetap dipandang sebagai bagian yang tidak terpisahkan dari pengabdian kepada Tuhan. Ketundukan kepada hukum itu adalah juga ketundukan kepada Tuhan.

Di sinilah letak muatan psikologis pentingnya penyerapan syari'at Islam bagi masyarakat Muslim. Dan ini juga yang menjadi bagian dari alasan mengapa penerapan syari'at Islam di Aceh akan sangat menentukan masa depan daerah ini, ini memang soal nama atau simbol. Tetapi mengabaikan sama sekali nama atau simbol juga dapat menyesatkan dan menjebak kita dalam bahaya.

2. Syari'at Islam dalam Sejarah Aceh

Ini tidak berarti bahwa penerapan syari'at Islam di Aceh hanya sebatas nama atau simbol. Syari'at Islam memang merupakan tuntutan masyarakat, sebab penduduk Aceh mayoritas Muslim dan orang Aceh itu sendiri seratus persen Muslim. Seorang antropolog Belanda B.J. Boland, setelah membuat penelitian di Aceh mengatakan: *being an Acehnese is equivalent to being a Muslim* (menjadi orang Aceh identik dengan menjadi Muslim). Sejak zaman kesultanan, abad ke-17, Nanggroe Aceh telah menjadikan syari'at Islam sebagai landasan bagi undang-undang yang diterapkan untuk masyarakatnya. Undang-undang itu disusun oleh ulama atas perintah atau kerja sama dengan umara, yakni penguasa atau sultan. Lahirlah karya-karya besar berupa kitab-kitab yang menjadi rujukan para hakim dan semua aparat penegak hukum di Nanggroe Aceh pada waktu itu. Di antara para ulama yang berkiprah pada waktu itu adalah Nuruddin Ar Raniry (w. 1658 M) Syamsuddin al-Sumatrani (w. 1661 M) dan Abdurrauf al-Singkili (1615-1691 M). Sebuah karya yang lebih akhir adalah *Safinat al-Hukkam* yang ditulis oleh Jalal al-Din alTarusani. Kitab ini ditulis secara khusus atas perintah Sultan Alaidin Johansyah (1735-1760 M/1147-1174 H) dan isi kitab ini adalah aturan-aturan hukum perdata dan pidana serta berbagai penjelasan tentang ihwal penyelesaian perkara dan pokok-pokok hukum acara dalam sebuah peradilan. Sasaran utama buku ini sangat jelas yaitu untuk menjadi pegangan para hakim. Judul lengkap kitab tersebut adalah: *Safinat al-Hukkam fi Takhlis al-Khashsham*, artinya bahtera para hakim dalam menyelesaikan perkara

segala orang yang bertikai. Di samping itu, terkenal pula *Qanun al-Asyi* (Adat Meukuta Alam) yang mengandung hukum-hukum *Dusturiyyat* dan *'Alaqah Dauliyyah* yang ditulis dalam huruf Jawi yang menjadi Undang-undang Kerajaan.

Semua karya tersebut menjadi saksi atas keberadaan dan peran yang dimainkan syari'at Islam di Aceh sejak zaman silam dan betapa hal tersebut telah mampu mengantarkan masyarakat negeri ini dalam membangun peradabannya hingga diperhitungkan secara internasional sebagai sebuah kerajaan Yang kuat dan makmur. Jadi secara sosiologis dan historis, syari'at Islam adalah jelas telah menjadi spirit masyarakat Aceh itu sendiri sejak lama.

3. Piagam Madinah: Sebuah Rujukan

Persoalan yang muncul di sini, seperti telah disebutkan di atas: bagaimana dengan non-Muslim yang datang atau tinggal di Aceh? Ini memang sebuah tantangan dan perlu dipikirkan lebih matang. Tetapi secara umum dapat dijelaskan sebagai berikut: Syari'at Islam pada dasarnya hanya diwajibkan kepada umat Islam. Tetapi non-muslim yang telah bergabung dengan Muslim juga harus menyatakan kesetiaannya kepada segala aturan yang diterapkan dalam masyarakat tersebut. Dalam hal ini jika kita merujuk kepada praktik yang dilakukan oleh Nabi Muhammad SAW sendiri, persoalannya menjadi jelas. Setelah nabi hijrah ke Madinah, beliau membuat sebuah perjanjian yang kemudian dikenal dengan istilah "Piagam Madinah".

Isi piagam tersebut adalah sebuah kesepakatan untuk hidup rukun

dan damai antara orang-orang *Muhajirin* (Mekah), orang-orang *Anshar* (Madinah) dan kaum Yahudi; mereka saling membela dan mempertahankan negara mereka secara bersama-sama dari serangan musuh. Orang-orang Yahudi bergabung dengan masyarakat Muslim sebagai sebuah komunitas, meskipun kepada mereka tetap diberikan otonomi untuk menjalankan ajaran agamanya. Mereka diajak dan terus menerus diajak kepada Islam. Namun, dalam kenyataannya hal itu sangat sulit bagi mereka, karenanya nabi (berdasarkan ajaran Al-Qur'an) memerintahkan mereka menjalankan Taurat secara konsekuen. Ketika mereka berperkara, mereka diperintahkan untuk menyelesaikannya sejalan dengan agama mereka. Jika perkara diajukan kepada nabi, beliau akan memutuskannya dengan ajaran Islam. Jika terjadi pertengkaran antara Yahudi dan Muslim, maka nabi sendiri yang memutuskannya.

Sejauh ini sebenarnya tidak ada persoalan, sebab yang menjadi landasan bagi hukum Islam adalah keadilan. Al-Qur'an memerintahkan agar keadilan itu ditegakkan terhadap siapa saja, semua manusia, baik Muslim atau bukan. *Wa idza hakamturn baina al-nas antahkumu bi al-'adl*. Dalam hal perdata seperti ini hukum Islam berlaku kepada siapa saja dalam masyarakat yang menegakkan hukum tersebut. Tetapi menyangkut aturan-aturan yang berkaitan dengan ibadah ritual-formal, maka terserah kepada masing-masing pemeluk agama atau pemilik keyakinan.

Namun demikian pertanyaan masih tersisa; bagaimana mengenai hukum pidana? Jawaban terhadap masalah ini sebenarnya sama saja. Syari'at yang telah dituangkan menjadi aturan hukum dalam suatu

masyarakat harus dijunjung secara bersama-sama. Sungguh sangat aneh sekali, jika dua orang pencuri, misalnya atau dua orang pelaku kejahatan diberikan hukuman yang berbeda hanya karena yang satu Muslim sedangkan yang lainnya bukan Muslim. Namun hal ini perlu dijadikan wacana. Pada masa nabi, ini tidak begitu menjadi masalah sebab kepemimpinan dipegang langsung oleh nabi sendiri. Sedangkan orang Yahudi yang bergabung dalam masyarakat Muslim itu memiliki hukum yang hampir sama atau bahkan lebih keras lagi. Karena itu, dalam masyarakat yang plural, hal ini patut dipertimbangkan dan dikaji lebih serius, untuk menemukan ketetapan hukum yang lebih tepat. Bagi syari'at Islam ini tidak jadi masalah seba materi hukum pidana itu sebenarnya dalam perbincangan para sarjana Muslim sendiri masih diperdebatkan. Apa yang dimaksud dengan potong tangan dalam al-Qur'an? Sebab kata *qatha'a* dalam bahasa Arab dan mungkin juga dalam bahasa lain, seperti istilah "memotong jalan" dalam bahasa Indonesia memiliki pengertian ganda. Begitu juga mengenai hukum rajam, yang sebenarnya dalam al-Qur'an tidak pernah disebutkan. Sebagian sarjana Muslim mengemukakan bahwa hukuman-hukuman pidana Islam tersebut sebenarnya hanya tiga hukuman keras yang disebutkan al-Qur'an, yakni *qishash* bagi pembunuh, dera bagi pezina dan potong tangan bagi pencuri hanyalah batasan maksimal. Itupun jika kejahatannya benar-benar terbukti dan tidak ada alasan-alasan sosiologis lainnya yang dapat meringankannya.

Menurut sebuah riwayat dari Abu Daud dan Nasa'i, bahwa seseorang telah mencuri buah-buahan dalam sebuah kebun dan

menyimpan dalam bajunya. Pemilik kebun tahu, lalu menangkap orang tersebut, mengambil buah-buahan tersebut dan membuang bajunya. Ia dihadapkan kepada Rasulullah dan pemilik kebun itu meminta agar nabi menghukumnya. Tetapi setelah nabi mengetahui persoalan yang sebenarnya, beliau bukan hanya tidak menghukum pencuri itu tetapi juga mengembalikan bajunya dan berkata kepada pemilik kebun: ia jahil, mengapa kamu tidak mengajarnya dan ia lapar, mengapa kamu tidak memberinya makan?

Kisah di atas kita kutip untuk menunjukkan bagaimana gambaran hukum pidana Islam sebenarnya. Sebelum hukum diterapkan dalam suatu masyarakat, perlu dipertimbangkan kesiapan masyarakat itu sendiri. Hukuman bukan tujuan syari'at Islam, tujuan utamanya adalah moral dan penegakan keadilan. Semua argumentasi ini sudah cukup memberikan bukti keadilan dan betapa manusiawinya syari'at Islam. Karena itu, patut diingat dan digarisbawahi bahwa penegakan syari'at Islam memang harus didahului dengan pendidikan masyarakat yang memadai serta pemerataan ekonomi yang berkeadilan.

4. Jaminan Penerapan Hukum Publik

Kami telah lahir jaminan keistimewaan Aceh dalam bidang agama, Pendidikan, adat istiadat dan peran ulama dalam penetapan kebijakan daerah melalui Undang-undang nomor 44 Tahun 1999. Telah lahir pula Undang-undang Nomor 18 Tahun 2001 tentang Nangroe Aceh Darussalam (NAD) yang mengisyaratkan adanya kesatuan Lembaga Peradilan di Aceh yang dilakukan oleh *Mahkamah* Syariah. Kewenangan

Mahkamah Syariah ini disebutkan didasarkan atas syari'at Islam dalam sistem hukum Nasional yang diatur lebih lanjut dengan *Qanun* Propinsi NAD. Dalam hal ini sebenarnya kita masih meraba-raba tentang kewenangan *Mahkamah* Syariah ini yang lebih luas daripada Peradilan Agama sebelumnya.

Menurut hemat kami, sesuai dengan kekhususan Otonomi Nanggroe Aceh Darussalam, wewenang *Mahkamah* Syariah yang baru ini harus lebih luas daripada sebelumnya. Jika sebelumnya peradilan agama hanya berwenang menyelesaikan perkara sekitar hukum privat semacam perkawinan, warisan dan wakaf maka kini perlu mencakup kewenangan dalam bidang hukum publik, terutama hukum pidana. Memang ini pekerjaan besar serta menghendaki adanya perubahan paradigma yang mendasar. Saya sendiri tidak berfikir bahwa hal ini akan terjadi dalam waktu singkat. Akan tetapi yang paling penting wacana dan peluang ini perlu dibuka. Untuk itu jaminan hukum yang lebih kuat perlu dilahirkan misalnya dengan menerbitkan Peraturan Pemerintah sebagai aturan pelaksana pasal 25 Undang-undang NAD tersebut. Dalam sejarah Aceh hal ini sudah pernah terjadi dengan lahirnya Peraturan Pemerintah Nomor 29 Tahun 1957 tentang pembentukan Peradilan Agama serta susunan dan kewenangannya di seluruh Aceh. Pada kenyataannya Peraturan Pemerintah ini yang awalnya khusus untuk Aceh lalu diubah menjadi Peraturan Pemerintah Nomor 45 Tahun 1957 yang diberlakukan ke seluruh Indonesia, kecuali Jawa dan Madura.

Persoalan lain yang perlu jelas dalam penyusunan hukum materil

Islam adalah azas teritorial. Terhadap siapakah ketentuan hukuman *gishash*, *hudud* dan *ta'zir* diberlakukan dalam Nanggroe Aceh Darussalam? Siapa pula yang harus dikenakan denda karena terdapat kecurangan dalam persoalan *mu'amalah*? Secara ideal ajaran Islam itu tentu diharapkan untuk dijalankan di seluruh dunia. Akan tetapi, secara praktis sesuai dengan kenyataan-kenyataan yang ada tidaklah demikian. Para ulama membagi dunia ini menjadi tiga klasifikasi: (1). Negara-negara Islam; (2). Negara-negara yang berperang dengan negara Islam; dan (3) Negara-negara yang mengadakan perjanjian damai dengan negara Islam.. Tentang lingkungan berlakunya Hukum Pidana Islam ini, di kalangan para ulama terdapat tiga macam pendapat, yaitu: Teori dari Imam Abu Hanifah; Teori dari Imam Abu Yusuf; dan Teori dari Imam Malik, Imam Syafi'i, dan Imam Ahmad bin Hanbal (Djazuli, 1997: 9).

Imam Abu Hanifah menyatakan bahwa aturan pidana itu hanya berlaku secara penuh untuk wilayah-wilayah negeri muslim. Di luar negeri Muslim, aturan tadi tidak berlaku lagi, kecuali untuk kejahatan-kejahatan yang berkaitan dengan hak-hak perseorangan. Teori ini mirip dengan azas teritorialitas. Imam Abu Yusuf berpendapat bahwa di luar wilayah negara Muslim, aturan ini tidak berlaku. Akan tetapi, setiap yang dilarang tetap haram dilakukan, sekalipun tidak dapat dijatuhi hukuman. Teori ini mirip dengan teori nasionalitas. Sedangkan Imam Malik, Imam Syafi'i dan Imam Ahmad berpendapat bahwa aturan-aturan pidana itu tidak terikat oleh wilayah, melainkan terikat oleh subjek hukum. Jadi, setiap Muslim tidak boleh melakukan hal-hal yang dilarang dan atau meninggalkan hal-hal

yang diwajibkan. Teori ini mirip dengan teori internasionalitas.

Ketentuan pasal 25 ayat 3 Undang-undang Nomor 18 Tahun 2001 mengisyaratkan bahwa ketentuan hukum Islam "diberlakukan bagi pemeluk agama Islam". Jadi ketentuan tersebut tampaknya hanya berlaku bagi umat Islam yang berada di wilayah Aceh. Ini bermakna di wilayah Aceh terdapat dua jenis hukum yang berbeda untuk satu ketentuan hukum publik yang sama. Hal ini agaknya berlawanan dengan logika hukum yang ada selama ini.

Sebagai perbandingan, Singapore pernah menjatuhkan hukuman cambuk kepada seorang pemuda Amerika Serikat yang kebetulan berada di sana dan membuat kerusakan dengan merusak beberapa mobil orang yang sedang diparkir. Walaupun mendapat protes keras dari Amerika Serikat dan negara-negara lainnya, hukum Singapura tetap dijalankan terhadap pelaku kejahatan di sana. Persoalan yang hampir sama juga pernah terjadi terhadap Basri Masse asal Sulawesi Selatan yang kedapatan memperdagangkan ganja melebihi batas di Malaysia, lalu Kerajaan Malaysia tidak mendengar protes apa pun dan langsung menjatuhkan hukuman mati kepadanya. Contoh lain adalah sejumlah kisah tentang tenaga kerja Indonesia baik lelaki maupun perempuan di Arab Saudi yang dijatuhi berbagai macam hukuman, termasuk hukuman pancung (*qishash*) sesuai dengan hukum Arab Saudi. Barangkali kasus ini juga bisa menjadi referensi untuk menentukan batas teritorial hukum dalam hukum kriminal Islam di Nanggroe Aceh Darussalam nantinya.

Sebagai bahan pertimbangan perlu juga kita ketahui bahwa Negara

Malaysia dari dulu telah memberikan kebebasan untuk menentukan hukum sendiri kepada negara-negara bahagian yang ada dalam negara Malaysia. Karena itu kita melihat *Qanun* yang dimiliki oleh Negeri Pahang berbeda dengan yang dimiliki oleh Negeri Selangor, Kedah, Wilayah Persekutuan dan sebagainya, baik yang berkenaan dengan persoalan *jinayah*, *munakahah* maupun yang lainnya.

5. Ruang Lingkup Hukum Pidana Islam

Dalam hukum pidana Islam (*fiqh jinayah*) dikenal tiga macam ketentuan pidana; istilah yang sekaligus juga menyebut nama hukumannya, yaitu *hudud*, *qishash*, *diyat*, dan *ta'zir*.

Ada tujuh macam tindak pidana *hudud*, yang jenis pidana dan hukumannya telah ditentukan yaitu; *zina* (berhubungan seksual di luar nikah), *qadhaf* (menuduh orang lain berzina tanpa cukup saksi), *al-riddah* (*murtad* atau keluar dari agama Islam dan menganut agama lain), *khamar* (minum minuman keras), *sariqa* (pencurian), *qath' al-thariq* (perampokan), dan *al-baghyu* (pemberontakan).

Ada pula yang membatasinya hanya pada lima macam kejahatan saja yaitu: Pembunuhan (al-Baqarah: 178), Perampokan (al-Maidah: 33), Pencurian (al-Maidah: 38-39), Perzinaan (al-Nur: 2), dan Penuduhan Berzina (al-Nur: 4) (lihat Abdurrauf, t.th: 156).

Qishash merupakan satu ketentuan Allah berkenaan dengan pembunuhan sengaja di mana pelakunya dikenakan hukuman mati. Akan tetapi keluarga si korban dapat menurunkan hukuman mati menjadi

hukuman denda atau *diyat*. Gagasan ini sangat khas dan sangat berbeda dengan sistem hukum positif selama ini. Paling tidak, ada tiga kategori yang berkaitan langsung dengan persoalan ini yaitu: kejahatan membunuh, kejahatan memukul dan mencederakan dan kejahatan menggugurkan kandungan (Ismail, 1991: 107).

Perlu juga dicatat di sini adanya pendapat penulis yang mengatakan bahwa hukum *qishash* hanya ditujukan kepada kejahatan pembunuhan. Terhadap kejahatan lain atas diri manusia tidak dilakukan *qishash*. Apa yang diatur dalam al-Qur'an (al-Maidah: 45) yang populer disebut: "gigi dibayar dengan gigi dan mata dibayar dengan mata" menurut penulis ini adalah menceritakan hukum yang berlaku bagi umat Yahudi; bukan hukum yang berlaku bagi umat Islam (Abdurrauf, t.th: 156-157).

Dasar pelaksanaan *qishash* ini adalah firman Allah SWT: *Hai orang-orang yang beriman, diwajibkan atas kamu qishash berkenaan dengan orang-orang yang dibunuh; orang merdeka dengan orang merdeka, hamba dengan hamba dan wanita dengan wanita. Maka barangsiapa yang mendapat suatu pema'afan dari saudaranya, hendaklah (yang mema'afkan) mengikuti dengan cara yang baik, dan hendaklah (yang diberi ma'af) membayar (diyat) kepada yang memberi ma'af dengan cara yang baik (pula). Yang demikian itu adalah suatu keringanan dari tuhan kamu dan suatu rahmat. Barangsiapa yang melampaui batas sesudah itu, maka baginya siksa yang sangat pedih (al-Bagarah: 178).*

Hukuman *qishash* tersebut diberikan kepada pelaku kejahatan pembunuhan sesuai dengan ketentuan Allah, kecuali keluarga terbunuh

lebih dulu mema'afkannya. Dalam hal ini maka berlakulah *diyat* kepada keluarga si pembunuh terhadap keluarga korban. Dalam perkara pembunuhan juga ada beberapa jenis pembunuhan yang hukumannya sudah diklasifikasikan para *fuqaha'* seperti pembunuhan bersengaja, tidak bersengaja, dan *semi* sengaja.

Sementara *ta'zir* berasal dari kata '*azar* yang bermakna mencegah, menghormati dan membentuk. *Ta'zir* adalah perbuatan pidana yang jenis dan hukumannya tidak ditentukan lebih dahulu dalam *nash*. Jenis perbuatan dan ancaman hukumannya didasarkan pada *ijma'* (konsensus) berkaitan dengan hak negara untuk menetapkan ketentuan umum dan menghukum semua perbuatan yang menyebabkan kerusakan fisik, sosial, finansial dan moral bagi individu atau masyarakat secara keseluruhan.

Hukum *ta'zir* juga dapat dijatuhkan terhadap perbuatan yang tergolong *hudud* tetapi ada alasan untuk mengecualikannya (misalnya ada keraguan dalam bukti, pencurian ringan dan lain-lain). Atau terhadap perbuatan yang dilarang (haram) tetapi tidak ditetapkan hukuman tertentu (misalnya makan daging babi, mengurangi timbangan dan lain-lain). Hukum *ta'zir* juga dapat dikenakan terhadap perbuatan-perbuatan yang merugikan kepentingan umum atau merusak ketertiban masyarakat (misalnya pelanggaran lalu lintas, pemberantasan korupsi dan lain-lain) (Santoso, 2000: 149).

Implementasi syari'at Islam hanyalah salah satu aspek dari penyelesaian konflik Aceh yang membutuhkan penanganan secara komprehensif. Karena itu konflik Aceh tidak akan selesai hanya dengan

sekadar penerapan syari'at Islam, tanpa didukung oleh berbagai aspek lain seperti mewujudkan keadilan dan membangun perekonomian untuk menyejahterakan masyarakat. Implementasi syari'at Islam akan mendorong efektifitas penegakan hukum bagi ketertiban masyarakat, karena aturan-aturan hukum diturunkan dari ajaran agama yang telah menyatu dalam kesadaran kolektif masyarakat. Ketaatan terhadap hukum dipandang sebagai bahagian dari ketaatan beragama.

Implementasi syari'at Islam memenuhi salah satu aspirasi rakyat Aceh, yaitu kebutuhan untuk menjaga identitas. Islam merupakan identitas Aceh yang telah terbangun melalui satu proses perjalanan sejarah yang panjang. Rakyat Aceh sendiri telah menuntut implementasi syari'at Islam tersebut sejak masa awal kemerdekaan. Konon syari'at Islam ini pula yang menumbuhkan semangat nasionalisme rakyat Aceh untuk membela wilayah nusantara ini. Karena pengabaian kebutuhan tersebut pula konflik antara Aceh dengan pusat terjadi.

Ketentuan Islam yang lebih akrab disebut syari'ah atau hukum Islam sudah lama terwujud semenjak hadirnya Muhammad Rasulullah SAW di belahan jazirah Arabia. Ketika para pengikutnya mengambil syari'ah tersebut secara *kaffah* maka mereka senantiasa mendapat berkah dan ketenangan serta ketentraman sepanjang masa. Sebaliknya ketika sebagian umat Islam masa kini lebih mementingkan hukum buatan kafir maka kaum tersebut senantiasa berada dalam problema yang berkepanjangan dan hampir tiada batasnya seperti apa yang tengah dialami rakyat Indonesia hari ini. Malah yang lebih parah lagi adalah ada pihak-pihak tertentu yang berusaha untuk

mengkombinasikan antara hukum Islam dengan hukum kafir atau hukum sekuler.

Dalam hal ini apabila kita berbicara penyelesaian konflik yang melanda Indonesia dalam kaitan syari'ah, maka persoalan esensial yang perlu kita pikirkan dan lakukan adalah bagaimana caranya kita bersihkan konstitusi negara sebagai langkah awal menuju penerapan syari'ah dan seterusnya apabila syari'ah sudah berjalan jalan dengan baik, maka konflik tidak mungkin berkelanjutan. Persoalan esensial lain di sini adalah, apabila berhadapan antara satu kelompok Muslim yang ingin memastikan syari'ah itu berjalan di Indonesia, maka pihak berkuasa negara mencap mereka separatis atau pengacau keamanan dan sebagainya. Padahal kalau kita tinjau dari kaca mata *jinayah*, apabila kasus seumpama ini muncul, maka Muslim tersebut justru harus melakukannya demi tegaknya hukum Allah karena negara dan penguasanya zalim serta tidak mau menerapkan hukum Allah dalam wilayah kuasanya.

Apabila jalan objektif dan logis dalam perspektif Islam seumpama ini tidak ditempuh, lalu modifikasi dan kombinasi antara *haq* dengan *bathil* yang selalu dikedepankan, maka sulit dipastikan konflik demi konflik itu bisa diredam, kecuali dengan cara kekerasan seperti yang selama ini dilakukan. Atau boleh jadi satu konflik akan muncul konflik lainnya; demikianlah seterusnya.

B. Hak Asasi Manusia dan Pelaksanaan Syari'at Islam di Aceh

Dalam dialog antara Allah SWT. dengan malaikat menjelang

penciptaan Adam, al-Qur'an menyatakan beberapa hal yang berkaitan dengan tujuan dan maksud penciptaan, serta berbagai kenyataan yang mengiringi penciptaan tersebut. Di bawah ini dikutipkan sedikit yang berhubungan dengan maksud tulisan ini. Allah memberitahu malaikat bahwa Allah akan menciptakan *khalifah* (pengganti, penerus sering dipahami sebagai penguasa) di atas bumi. Malaikat menyatakan kekuatirannya bahwa makhluk baru tersebut akan membuat kerusakan dan saling menumpahkan darah. Allah tidak membantah pernyataan malaikat ini, sebaliknya menyatakan ada rahasia dalam penciptaan ini yang tidak diketahui oleh malaikat.¹⁹⁹ Setelah Adam (manusia) diciptakan, Allah memberikan kepadanya kemampuan untuk mengetahui (memberi) nama berbagai jenis benda. Kemampuan ini tidak diberikan Allah kepada malaikat-sehingga dengan demikian manusia menjadi lebih unggul dari malaikat. (*al-Baqarah* 30 – 38).²⁰⁰ Setelah ini Adam (manusia) diberi kemampuan, hak untuk memilih patuh kepada Allah atau tidak patuh. Patuh kepada Allah disamakan dengan mengikuti fitrah kemanusiaannya, mengikuti akal dan nuraninya. Sedang tidak patuh kepada Allah dianggap keluar dari fitrah kemanusiaannya, boleh jadi karena mengikuti nafsu atau boleh jadi juga karena tergoda oleh iblis yang sejak awal dan secara sadar berusaha menjerumuskan manusia, agar ikut tersesat seperti dia. Secara tidak langsung ayat ini memberitahukan bahwa salah satu ciri, perbedaan atau kelebihan manusia atas makhluk yang lain adalah kemampuannya untuk memilih: tetap dalam fitrah kemanusiaannya atau

¹⁹⁹ Al Yasa Abubakar, *Ham dan Pelaksanaan Syari'at Islam di Aceh dalam Bunga Rampai Pelaksanaan Syariat Islam (Pendukung Qanun Pelaksanaan Syariat Islam)*, Dinas Syariat Islam Provinsi Nanggroe Aceh Darussalam, 2005, hlm. 150

²⁰⁰ Lihat Surat Al-Baqarah ayat 30-38

keluar dari fitrah kemanusiaannya (patuh kepada Allah atau membangkang kepada-Nya). Dalam ayat yang lain Allah secara lebih gamblang memberitahukan bahwa manusia diberi kebebasan untuk memilih dan dia akan dimintai pertanggung-jawaban untuk pilihannya itu.

Selanjutnya, al-Qur'an menuturkan bahwa setelah Adam berada di bumi dan menjalani kehidupan dengan keluarganya, dua orang anaknya bertengkar dan berkelahi sampai salah seorang membunuh yang lainnya. Berbagai tafsiran bisa diberikan kepada kisah yang dituturkan al-Qur'an ini. Namun disini ingin dikatakan bahwa menurut al-Qur'an, manusia adalah makhluk sosial karena fitrahnya. Dalam kehidupan sosial ini mereka memerlukan bimbingan, petunjuk, serta aturan agar mereka bisa hidup dengan damai, aman dan selamat.²⁰¹ Dilihat dari perspektif ini bisa dikatakan bahwa hampir seluruh al-Qur'an adalah kisah tentang penyelewengan berbagai kelompok manusia dari fitrahnya serta upaya Allah untuk mengingatkan dan menyadarkan mereka, agar selalu berada di dalam fitrah. Para Rasul adalah utusan Allah SWT untuk membimbing manusia agar tetap berada di dalam fitrahnya, atau untuk meluruskan kembali karena terjadi penyelewengan berat, bahkan untuk menghancurkan sesuatu kelompok sekiranya mereka tidak mau kembali kepada fitrah. Al-Qur'an menyatakan bahwa tujuan penciptaan manusia adalah untuk menyembah atau mengabdikan diri tunduk dan patuh kepada Allah SWT. Namun begitu, seperti telah disebutkan di atas tadi, Allah memberi kebebasan kepada manusia untuk patuh dan tidak patuh, berada dalam fitrah atau keluar dari

²⁰¹ Al-Yasa, *Op.Cit*, hlm. 151

fitriah. Kelompok yang patuh, yang berada dalam fitrah, oleh beberapa ayat al-Qur'an dianggap sebagai kelompok yang baik, malah yang terbaik karena mereka melakukan tiga buah tugas yaitu: mengajak kepada kebaikan, mencegah perbuatan buruk serta beriman kepada Allah SWT. Dalam surat Ali 'Imran ayat 110 Allah berfirman:²⁰²

Kalian adalah umat yang terbaik yang dilahirkan untuk manusia, menyuruh kepada yang patut dan mencegah dari yang buruk dan beriman kepada Allah. Andainya Ahli kitab mau beriman, tentulah itu lebih baik bagi mereka; sebagian dari mereka mau beriman namun kebanyakan mereka adalah orang yang fasik.

Dalam surat Ali 'Imran ayat 104 Allah berfirman:

Hendaklah ada di antara kamu segolongan umat yang mengajak kepada kebaikan. menyuruh kepada yang patut dan mencegah dari yang mungkar; merekalah orang-orang yang beruntung.

Kedua ayat ini dan beberapa ayat lain yang semakai memberitahukan bahwa tugas utama manusia adalah berupaya (melakukan sesuatu) supaya semua orang mengerjakan yang patut, yang layak, yang bermanfaat dan sebaliknya berusaha agar semua orang tidak mengerjakan sesuatu yang buruk, yang merugikan atau yang merusak.

Makna atau tugas yang disebutkan dalam kedua ayat di atas di kalangan kaum muslimin dikenal secara luas sebagai tugas *amar ma'ruf nahi munkar*. Semua kaum muslimin tahu bahwa inilah tugas mulia yang harus dilaksanakan oleh semua orang yang mengaku Islam, lebih-lebih lagi mereka yang menganggap diri sebagai tokoh, pemimpin, cendekia, ulama ataupun panutan umat. Tugas ini dalam ayat yang lain dirumuskan dengan formulasi

²⁰²Lihat Surat Al-Imran ayat 110

yang agak berbeda, *Ya Allah berikan kami kesjahteraan di dunia dan kesejahteraan di akhirat dan selamatkan kami dari api neraka.*

Persoalan yang mungkin menggoda, bagaimana menjelaskan keterkaitan antara tugas mengajak kepada yang patut dan mencegah dari yang mungkar (kebahagiaan di dunia dan di akhirat) dengan hak asasi manusia. Untuk menjawab ini perlu dilihat (diteliti) pelaksanaan *amar ma'ruf nahi munkar* dalam perjalanan sejarah umat Islam serta perintah menjalankan berbagai hak dan kewajiban di dalam fiqih.

Namun sebelum itu akan dikutipkan beberapa ayat lain untuk lebih memperjelas persoalan.

Dalam surat al-Maidah ayat 8 Allah berfirman:²⁰³

Wahai orang-orang yang beriman, hendaklah kamu menjadi orang-orang yang selalu menegakkan kebenaran karena Allah (dengan cara) menjadi saksi dengan adil. Dan janganlah sekali-kali kebencianmu terhadap sesuatu kaum mendorong kamu untuk berlaku tidak adil (kepada mereka). Berlaku adillah karena adil itu lebih dekat kepada takwa. Dan bertakwalah kepada Allah sesungguhnya Allah Maha Mengetahui apa yang kamu kerjakan.

Dalam ayat ini Allah secara sangat gamblang memerintahkan orang yang beriman untuk selalu menegakkan kebenaran dan selalu berlaku adil walau terhadap musuhnya sekalipun. Allah menyatakan agar kaum muslimin mengikhlaskan hati dan membulatkan tekad dalam menegakkan kebenaran, dengan menyatakan bahwa menegakkan kebenaran itu hendaknya dilakukan semata-mata karena Allah SWT. Umat Islam juga disuruh menegakkan kebenaran walau terhadap musuhnya sekalipun. Kebencian terhadap seseorang (kelompok), dan begitu juga perilaku jelek atau kejahatan

²⁰³Lihat Al-Quran, Surat Al-Maidah ayat 8

seseorang atau sesuatu kelompok, tidak boleh digunakan sebagai penghalang atau alasan pembenaran untuk tidak menegakkan keadilan.

Dalam surat al-Nahl ayat 90 - 91 Allah berfirman:

Sesungguhnya Allah menyuruh (kamu) berlaku adil dan berbuat kebajikan, memberi (nafkah) kepada kaum kerabat, mencegah perbuatan keji dan perbuatan mungkar serta permusuhan. Allah mengingatkan kamu agar kamu dapat mengambil pelajaran.

Ayat ini senada dengan ayat sebelumnya; secara gamblang menyuruh manusia berlaku adil, selalu berbuat yang baik, dan sebaliknya menyuruh manusia untuk tidak melakukan bahkan mencegah agar seseorang tidak melakukan kemungkaran dan perbuatan keji.

Dari rangkaian ayat ini barangkali semakin kuat kesimpulan yang di atas tadi bahwa nilai kemanusiaan yang paling dalam adalah kesadaran tentang keadilan, tentang hak-hak orang lain yang menjadi kewajiban kita, dan kesadaran bahwa semua (setiap) orang berhak memperoleh apa yang menjadi haknya dan juga kesadaran bahwa setiap orang wajib dilindungi dari kezaliman, ketidak-adilan serta kejahatan.

Di antara tindakan besar yang dilakukan Rasulullah SAW. sejak masa awal kerasulannya adalah membebaskan manusia dari ikatan perbudakan.

Rasul beberapa kali membeli budak yang disiksa oleh tuannya dan lantas memerdekakannya. Begitu juga beliau selalu meminta agar Sahabat yang kaya membeli budak-budak muslim dan lantas memerdekakannya. Bekas budak (dalam istilah Islam disebut *mawla*) diberi kedudukan sama dengan orang Islam yang lain, yang tidak pernah menjadi budak. Akibat kebijakan ini, sebagai ilustrasi bisa disebutkan bahwa banyak ulama-ulama besar pada generasi kedua dan ketiga (*tabi'in* dan *tabi' tabi'in*) sesudah Rasul

adalah bekas budak (*mawla*) dari para ulama atau Sahabat kenamaan

Pada masa Nabi SAW para sahabat yang miskin mendapat bantuan keuangan dari Nabi. Dana bantuan ini ada yang diperoleh dari zakat, ada yang diperoleh dari kekayaan sebagai hasil rampasan perang ataupun dari infaq dan kekayaan negara lainnya. Sekiranya dibandingkan dengan berbagai kegiatan lain, maka kegiatan memberikan bantuan keuangan kepada yang miskin termasuk kegiatan paling awal dan terus menerus dilakukan Nabi secara berkesinambungan sampai akhir hayat beliau. Menurut Nabi jumlah tertentu dari harta yang diperoleh dari suatu peperangan, atau harta yang ditinggalkan oleh musuh yang melarikan diri, harus diserahkan kepada kelompok miskin, baik yang ikut berperang ataupun tidak. Dengan cara ini kesenjangan ekonomi antara kelompok kaya dengan miskin di Medinah dapat dikurangi secara sangat signifikan. Sejarah mencatat bahwa menjelang akhir hayat Nabi, semua penduduk Medinah (kecuali beberapa orang Ahli Suffah) telah memiliki tanah sendiri. Sedang pada awal kedatangan Nabi penduduk yang memiliki tanah di Medinah tidak sampai separuh dari jumlah penduduk yang ada.

Mengenai kesamaan di depan pengadilan, beberapa hadits memberitahukan bahwa Nabi memberi hak sama kepada para pencari keadilan. Mereka diperlakukan sama di depan hukum dan peradilan. Pada suatu hari ketika seorang suami memperlakukan isterinya secara tidak adil, si isteri mengadu kepada Nabi. Lalu Nabi bertanya, apakah kamu tidak rela dengan perlakuan suamimu itu? Si wanita menjawab, bukan masalah rela atau tidak ya Rasulullah. Tetapi saya ingin memberitahu para isteri tentang

apa yang menjadi hak mereka dan apa yang merupakan kesewenang-wenangan suami.

Ketika Nabi mempunyai masalah utang piutang dengan seorang penduduk non muslim, Nabi meminta lawannya memilih *hakam* (arbiter) untuk menyelesaikan sengketa mereka. Nabi tidak mau diperlakukan secara istimewa oleh *Hakam* yang dipilih ini. Beliau meminta diperlakukan sama dan ketika beliau dikalahkan, beliau menerima keputusan itu dengan baik. Lebih dari itu, kenyataan di atas dan beberapa kenyataan lain di dalam berbagai Hadis menunjukkan bahwa Nabi tidak mau memberi keputusan atau menjatuhkan hukuman (menyelesaikan sengketa) sebelum mendengar kedua belah pihak. Putusan baru akan diberikan setelah kedua belah pihak mengajukan pernyataan, bukti dan bantahan. Tidak ada hukuman tanpa peradilan. Bahkan sering Nabi hanya mau menghukum orang yang mengaku dan tidak mencari atau melibatkan pihak lain yang tidak terbukti secara jelas ataupun yang menjadi korban sekiranya tidak mengaku atau menuntut. Misalnya dalam beberapa kasus perzinaan, Nabi hanya menghukum orang yang mengaku berzina, beliau tidak mau mengusut dengan siapa berzina, karena pengusutan ini mungkin akan terbentur pada kekurangan bukti dan juga tidak ada pengakuan dari pihak yang satu lagi. Dalam contoh ini pengakuan hanya memberatkan dirinya sendiri tidak akan memberatkan orang lain.

Sekiranya dibandingkan dengan wacana yang sekarang berkembang, apakah nilai kemanusiaan dalam Islam berkaitan dengan hak politik dan hukum semata, ataukah juga berkaitan dengan hak ekonomi dan sebagainya,

mungkin agak sukar untuk dijawab. Hal ini karena perbincangan tentang hak asasi, dalam bentuk seperti sekarang ini, relatif merupakan masalah modern, yang muncul dalam khazanah peradaban Barat, sebagai akibat dari pertarungan dan perkembangan masyarakat mereka. Dalam perjalanan sejarah Islam, sebagian dari isi perbincangan ini telah diperbincangkan secara intens di kalangan para ulama, tetapi tentunya dengan pendekatan dan sudut pandang mereka sendiri dan sering dibahas secara terpencar-pencar. Sedang sebagiannya tidak terbahas sama sekali, karena pada waktu itu belum merupakan masalah; misalnya kebebasan untuk berdagang (larangan monopoli) dan kebebasan mengeluarkan pendapat; kedua bidang ini diterima secara luas di kalangan umat Islam dan tidak ditemukan bukti bahwa hal ini pernah dihalangi. Di dalam fiqh masalah hak asasi tidak dibahas secara khusus atau mendalam, karena hal ini tidak menjadi fokus atau problem penting di masa mereka. Tampaknya kuat kecenderungan kalangan ulama fiqh bahwa masalah ini dianggap sebagai sesuatu yang memang sudah harus ada dan relatif harus dihormati secara layak oleh semua pihak, baik oleh pemerintah yang berkuasa ataupun rakyat yang dikuasai. Hak ini merupakan hak dasar yang diberikan Tuhan dan karena harus dihormati. Perbudakan umpamanya, tidak pernah dianjurkan dan berbagai cara dibuka untuk menghapuskannya. Perdagangan bebas adalah hak semua orang dan dalam perjalanan sejarah dihormati semua orang. Sedang hak politik tidak dibicarakan karena sultan atau khalifah cenderung dianggap sebagai hak "istimewa" dari kelompok atau suku tertentu.

Kecenderungan ini terlihat dari pembahasan mereka tentang fungsi

dan tugas para khalifah atau sultan sebagai penguasa di kalangan masyarakat muslim. Semua ulama sepakat bahwa tugas mereka adalah melaksanakan Syari'at Allah. Mereka tidak boleh memerintah sesuka hati dan kemauan sendiri. Walaupun mungkin di dalam praktek, dalam perjalannya sejarah Islam yang panjang, banyak penyimpangan yang dilakukan dan sering terjadi ketidakpastian hukum, tetapi pada tingkat teoritis atau isi buku fiqih bisa dikatakan semua ulama berpendapat bahwa para penguasa tidak boleh berlaku sewenang-wenang. Seperti telah disebutkan di atas, tugas mereka adalah melaksanakan Syari'at Allah. Sekiranya kehadiran kelompok minoritas bisa digunakan sebagai ukuran tentang pengamalan hak asasi, maka bisa dikatakan bahwa dalam perjalanan sejarah Islam yang panjang kelompok minoritas ini selalu mendapat tempat yang layak, bahkan kadang-kadang lebih layak dari sebagian kelompok muslim. Hal ini tentunya selama mereka tidak melakukan pemberontakan atau tindak kejahatan yang lain

Mengenai hak untuk menjadi kepala negara atau kepala pemerintahan, para teoritikus politik muslim cenderung tidak membahasnya secara detil. Mereka lebih memberikan perhatian kepada fungsi atau tugas yang harus dijalankan oleh pemerintah atau kepala negara tersebut, serta adanya hak rakyat untuk menjatuhkan (*memasukkan*) si penguasa sekiranya dianggap sudah tidak layak memerintah. Dalam hubungan ini pantas disebutkan bahwa sejak awal Islam sampai sekitar pertengahan abad ke 13 Masehi umum anggapan di kalangan Sunni bahwa kepala negara, sekurang-kurangnya secara simbolis haruslah orang Arab Quraisy. Tetapi setelah kehancuran Baghdad, pendapat ini bergeser bahkan hilang dan semua orang Islam

dianggap berhak menjadi kepala negara sekiranya memenuhi syarat untuk itu.

Dengan demikian dapat dikatakan bahwa nilai-nilai kemanusiaan dalam Islam adalah kesadaran, upaya, kesungguhan dan komitmen seseorang untuk selalu berbuat adil, baik terhadap diri sendiri ataupun orang lain termasuk musuh. Sikap atau perilaku selalu berbuat adil ini diperlukan agar manusia mampu memperoleh kebahagiaan di dunia dan kebahagiaan di akhirat; terbebas dari kezaliman (yang dilakukan orang lain terhadap dia) dan dari berbuat zalim (terhadap orang lain). Dengan kalimat yang lebih bebas, nilai di atas perlu agar seseorang memperoleh kebahagiaan di dunia; dalam arti setiap orang terlindungi hak dan kewajibannya, termasuk hak untuk kehidupan yang layak, terbebas dari ketakutan dan kesewenangan dan mempunyai kebebasan untuk menyatakan pendapatnya.

Dalam hubungan pengamalan HAM dengan pelaksanaan Syari'at Islam di Aceh, ada beberapa sudut pembagian tugas untuk mengontrol pelaksanaan Syari'at kepada tiga kategori: kategori pertama pengamalan Syari'at yang kontrolnya diserahkan kepada masing-masing individu, kategori kedua amal yang diserahkan kepada masyarakat untuk mengontrolnya, dan kategori ketiga amal yang diserahkan kepada negara atau pemerintah untuk mengontrolnya. Sebagian ajaran Islam secara jelas diserahkan kepada negara untuk mengontrolnya, seperti pencurian dan minum minuman keras. Sebagian lagi diserahkan kepada masyarakat untuk mengontrolnya, seperti jual beli, shalat hari raya, zakat fitrah, dan sedekah, ada juga yang diserahkan kepada individu untuk mengontrolnya seperti shalat sunat tahajjud. Tetapi ada bagian yang tidak terlalu jelas, siapa yang harus mengontrolnya. Misalnya saja

masalah perkawinan, nafkah keluarga, shalat fardhu berjamaah di mesjid dan sebagainya, Harus dipikirkan, merenungkan dan merumuskan bagian ajaran Islam yang tidak tegas mana yang akan diserahkan kepada negara untuk mengawasinya, mana yang diserahkan kepada masyarakat dan mana yang diserahkan kepada individu saja. Sekiranya kita keliru menyerahkan urusan kontrol mengontrol ini maka kita akan mengalami kesulitan, akan jatuh ke dalam sikap berlebih-lebih, tidak sejalan dengan keinginan Islam itu sendiri, dan menurut istilah yang sedang kita dalami sekarang akan berlawanan dan bertentangan dengan HAM. Contoh sederhana adalah kontrol terhadap shalat fardhu berjamaah di mesjid atau meunasah. Bahwa shalat lima kali sehari semalam adalah wajib, semua orang tahu; bahwa shalat lima kali bila dikerjakan berjamaah di meunasah dan mesjid semua kita merasa suka dan senang. Semua gampong berusaha agar shalat berjamaah ini hidup dan bergairah, bahwa meunasah ramai dengan shalat fardhu, selalu ada azan dan banyak jamaah yang datang. Pemerintah (Daerah) juga membuat program agar shalat fardhu berjamaah ini dapat hidup dan bergairah di setiap gampong. Yang ingin diselesaikan apa yang harus dilakukan sekiranya penduduk suatu gampong tidak mau datang ke meunasah untuk shalat berjamaah. Apakah mereka ini dibawa ke pengadilan dan dijatuhi hukuman, atau diserahkan kepada kontrol masyarakat saja, atau kepada kontrol pribadi saja. Dengan kata lain apakah pelanggaran perintah shalat berjamaah ini diserahkan menjadi urusan pemerintah, urusan masyarakat atau urusan pribadi-pribadi saja. Al-Qur'an dan hadis tidak secara tegas mengatur hal ini dan karena itu sangat tergantung kepada ijtihad dan musyawarah para ulama.

Persoalan ini dapat dikembangkan kepada pakaian, dan yang lainnya.²⁰⁴

Di sinilah letak HAM yang harus diperhatikan, termasuk dalam hubungan dengan masyarakat minoritas, masyarakat non muslim yang ada di sekitar kita. Pelaksanaan Syariat Islam tidak boleh menzalimi siapapun. Syari'at Islam adalah *rahmatan lil 'alamin* karena itu tidak boleh dirasakan menganiaya oleh kelompok manapun Kalau hal ini terjadi, pasti ada yang keliru dalam pengamalannya yang tidak sesuai dengan keinginan al-Qur'an dan Sunnah Rasulullah.

C. Eksistensi Hukum Pidana Islam dalam Sistem Hukum Pidana Nasional

Manusia adalah bagian dari kesatuan totalitas alam yang sinergis dengan proses peradaban yang mempunyai kedudukan yang unik karena mempunyai akal yang berfungsi melakukan interpretasi proses kehidupan, akal menjadikan manusia eksklusif dari makhluk lainnya, akal itu merdeka dan abadi dalam wataknya yang esensial, akal adalah kekuatan tertinggi dari jiwa *insaniyah*.²⁰⁵ Manusia juga mempunyai kelebihan dibandingkan dengan benda-benda alam lainnya seperti gunung dan lautan dengan diberikan amanat untuk mengurus muka bumi (menjadi *khalifah*).²⁰⁶

Mereka diperintah untuk menjadi pemimpin di muka bumi, kepemimpinan manusia meliputi jagat raya serta isinya, makhluk hayati maupun nonhayati. Hal ini menunjukkan bahwa manusia sebagai makhluk penting di dunia. Kehidupan manusia mempunyai daya pemicu yang berupa gerak (*al-harakah*)

²⁰⁴ Al Yasa Abubakar, *Op.Cit.*, hlm. 159

²⁰⁵ Titus *etc*, *Living Issues in Philosohy*, (alih Bahasa HM Rasjidi "*Persoalan Persoalan Filsafat*) Jakarta: Bulan Bintang, 1984, hlm. 41

²⁰⁶ Surah al-Ahzab ayat 72

yang berfungsi mengambil yang bermanfaat dan menolak yang merusak, *al-harakah* dalam diri manusia untuk meraih kebahagiaan di dunia dan akhirat.²⁰⁷

Manusia baru akan mencapai suatu pengetahuan manusia akan dicapai jika memulainya dari pintu keyakinan, termasuk keyakinan dalam beragama seorang yang mempelajari ilmu agamanya tidak akan sampai kepada pengetahuan dalam ilmu agama jika ia tidak terlebih dahulu meyakini kebenaran ajaran agamanya.²⁰⁸ Pelaksanaan hukum dalam masyarakat, baru dapat dilaksanakan jika masyarakat sudah memiliki keimanan yang kuat, memiliki rasa keadilan yang tinggi bertaqwa kepada Allah SWT., dan menjunjung tinggi nilai kebenaran.²⁰⁹

Manusia diciptakan Allah SWT. mempunyai naluri beragama yaitu agama tauhid. Jika ada manusia tidak beragama tauhid, maka hal itu tidak wajar, kecuali jika sudah terpengaruh oleh lingkungan, hadis Nabi berbunyi, "Setiap orang yang dilahirkan ada dalam keadaan fitrah kedua orang tuanyalah yang menjadikannya seorang Yahudi, Nasrani atau Majusi".²¹⁰ Fitrah merupakan bawaan manusi sejak lahir, meliputi tiga potensi: *Quwwat al-'Aql* yaitu potensi intelektual, *Quwwat al-Ghadab* yaitu potensi *defensive*, dan *Quwat Syahwat* yaitu potensi *opensif*. Akal adalah potensi tertinggi manusia yang berfungsi untuk mengetahui Allah SWT. (*marifat*) serta mengimaninya *gadhhab* berfungsi *defensif* untuk menghindarkan diri secara naluriah dari segala yang membahayakan. Oleh karena itu, daya ini seringkali

²⁰⁷ Izz al-Din Ibn Abd Salam, *Qawaid Ahkam f Mashalih Anam*, Tijariyah Mesir, him. 10-12.

²⁰⁸ Juhaya S. Praja, *Filsafat Hukum Islam*, LPPM UNISBA, Bandung, 1995, hlm. 32.

²⁰⁹ Muhammad Said al-Asmawi, *Al-Syarah al-Islamiah wa al-qanun al-Misriyah*, terj. dalam Saiful Ibad. *Problematika & Penerapan Syarrah Islam dalam Undang-Undang*, Gaung Persada, Jakarta, 2005, hlm. 120.

²¹⁰ Ahmad Ibnu hanbal, Musnad Ahmad Nomor 6884 (*CD kutub al-Tis'ah*)

disebut *al-Quwat al-Difiyah* secara harfiah berarti daya defensif, syahwat berfungsi sebagai daya ofensif yang berfungsi mengintrodusir objek-objek yang menyenangkan.²¹¹

Pada pertengahan abad ke-19, di Italia munculah Teori Atavisme dan tipe penjahat. C. Lambroso menyatakan manusia yang pertama adalah penjahat semenjak lahir (*beden wilden*). Lambroso merumuskan bahwa laki-laki adalah "penjahat" sejak lahir (pencuri, suka memperkosa, pembunuh) dan perempuan adalah pelacur.²¹² Selanjutnya, pada pertengahan abad ke-20, lahirlah aliran kriminologi kritis dipelopori oleh Toyar dan Jue Young berkembang di Inggris dan Amerika Serikat menyatakan kekuasaan adalah penyebab dari kejahatan maka negara harus bertanggung jawab atas merebaknya kejahatan.²¹³

Hukum Islam mengandung kemaslahatan sehingga senantiasa relevan dengan situasi dan kondisi masyarakat itu berada dan mempunyai tujuan penciptaan hukum yang pada hakikatnya sebagai tolok ukur bagi manusia dalam rangka mencapai kebahagiaan hidup di dunia dan akhirat. Tujuan hukum Islam dari segi fitrah dan potensi manusia itu sebagai berikut:

Potensi Manusia

Potensi Manusia	Fungsi Daya Manusia	Tujuan
Aql (intelektual)	Mengetahui dan mengesahkan Allah SWT	Tuntunan dan keridaan Allah SWT
Syahwat	Menginduksi objek menyenangkan	Kebahagiaan hidup

²¹¹ Ibnu Taimiyah, *Majmu al-Fatawa* Jilid XV H428-429 sebagaimana dikutip oleh Juhaya S. Praja, *Filsafat Hukum Islam, Loc Cit.*

²¹² Bongor WA, *Inleidendeng tot de Criminologi, ter.* dalam RA. Koesnoen, *Pengantar Tentang Kriminologi*, Cet. 7, Pustaka Sarjana, Tanpa tempat, 1996, hlm. 75.

²¹³ Romli Atmasasmita, *Teori dan Kapita Seleka Kriminologi*, Refika Aditama, Bandung, Tanpa tahun, hlm. 3.

Gadlba	Mempertahankan kesenangan	Kebahagiaan
--------	---------------------------	-------------

Tujuan dari peringkat kepentingan bagi manusia, yaitu:

1. Tujuan Primer (*al-Dlarury*) harus ada dalam kehidupan Manusia.
2. Tujuan Sekunder (*al-Haajiy*) ada jika tidak ada menimbulkan *masyaqa*.
3. Tujuan Tersier (*al-Tahsiniy*), pelengkap akhlak.²¹⁴

Substansi hukum Islam yang paling penting adalah tercapainya tujuan hukum Islam untuk membentuk sebuah kemaslahatan bersama. Ukuran kemaslahatan tersebut mengacu pada ilmu ushul fiqh *al-kulliyatul kharus* (lima pokok pilar) atau *maqashid al-Syari'ah* (tujuan-tujuan universal syari'ah Islam). Lima pokok pilar tersebut adalah:

1. *Hifdz al-Dien*, menjaga ajaran agama;
2. *Hifdz al-Nafs*, memelihara kelangsungan hidup;
3. *Hifdz al Aql*, kreatifitas berpikir dan berekspresi;
4. *Hifdz al-nasl*, menjaga kehormatan dan keturunan;
5. *Hifdz al-maal*, pemilikan harta.

Kelima *maqashid* ini kemudian diikat dengan *hifdz ummah* tujuan memelihara ummat manusia.²¹⁵

Abdul Qadir Audah membagi perbuatan manusia, yaitu:

1. Perbuatan sebagai hak Allah SWT. murni, seperti, salat, zakat, merampok, mencuri dan berzina.
2. Perbuatan sebagai hak perorangan murni, seperti, utang dan penghinaan, dijatuhi hukuman jika ada pengaduan pihak korban.
3. Perbuatan yang melanggar hak jemaah dan hak adami tapi hak jemaah lebih dominan (menuduh zina dan mencemarkan agama).
4. Perbuatan yang melanggar hak jemaah dan hak adami tapi hak adami

²¹⁴ Juhaya S. Praja, *Filsafat Islam*, LPPM UNISBA, Bandung, 1995, hlm. 100

²¹⁵ A. Djazuli, *Hifdz Ummah*, Pidato Penganugrahan Gelar Dr Honoris Causa, UIN Bandung, 2009.

lebih dominan misalnya pembunuhan.²¹⁶

Hukuman yang diancam terhadap tindak pidana itu terkadang berupa *had* (jamaknya *hudud*) dan adakalanya berupa *ta 'zir*. Menurut Abu Zahrah, *had* adalah semua jenis hukuman yang telah ditentukan dalam al-Quran dan al-Sunnah, karenanya masuk kedalam pengertian hukum *had* adalah hukum *Qisash* dan *diyat*. Peraturan ini disebut Hukum Pidana Islam (*Fiqih Jinayah Al-Tasyri al-Jina 'i*).²¹⁷

Indonesia pernah dijajah oleh Belanda selama 350 tahun. Gambaran singkat tersebut menggambarkan adanya pluralitas sistem hukum yang berlaku. Terdapat tiga sistem hukum yang merupakan konsekuensi.²¹⁸ Sistem hukum yang berlaku di Indonesia terdiri dari tiga sistem hukum yakni hukum adat, hukum Islam, dan hukum kolonial. Dengan segala perangkat dan persyaratan, siapa saja dan dalam aspek atau esensi apa saja yang harus mematuhi hukum dari ketiga sistem hukum tersebut.²¹⁹ Ketiga sistem hukum tersebut dalam pengertian dinamis akan menjadi sistem Hukum Nasional. Reaktualisasi pemikiran hukum sebagai upaya pergerakan untuk menjadikan sesuatu konsep hukum dikaji secara aktual dan tidak mengubah nilai dasar dari sesuatu yang diperbaharui.²²⁰ Oleh karena itu, aktualisasinya melalui pemikiran, sikap, mental dan perilaku meliputi ilmu,

²¹⁶ Abdul Qadir Audah, *Tasri al-Jina'i al-Islami*, dar al-Urubah, Mesir, hlm. 205-206.

²¹⁷ Ahmad Fathi Bahansi, *Al-Uriabat fi al fighi Islami*, dar al-urubah, Mesir, 1961, hlm. 9

²¹⁸ Qodri Azizi, *Hukum Nasional Eklektisisme Hukum Islam & Hukum Umum*, Tanpa penerbit, Jakarta, 2004, hlm. 2.

²¹⁹ Supomo, *Sistem Hukum di Indonesia sebelum Perang Dunia ke II*, Tanpa penerbit, Jakarta, 1982.

²²⁰ Rahmat Ritonga, *Ensiklopedi Hukum Islam* dalam A.Aziz Dahlan Ed., Tanpa penerbit, Jakarta, 1977, hlm. 1488.

iman, dan amal.²²¹

Hukum pidana Islam perlu menjadi sumber materi hukum pidana nasional di samping sumber lainnya, seperti hukum adat dan hukum kolonial. Upaya mengakomodasi materi hukum pidana Islam merupakan perjuangan untuk membentuk hukum pidana nasional. Dalam demokrasi Pancasila, yang paling penting adalah peraturan perundang-undangan yang dijiwai semangat demokrasi Pancasila. Hal yang menjadi ideologi bangsa Indonesia, Pancasila berfungsi sebagai pelaksanaan *amar makruf* dan *nahi munkar*, negara tidak terpisahkan dari bangsa dan negara pun tidak terlepas dari pemerintahan. Pemahaman ajaran Islam sesuai dengan *bi'ah* (lingkungan), *zuhruf* (kondisi) ke-Indonesia-an, seperti wilayah, bahasa, dan bangsa kemudian disebut Wawasan Nusantara, Pancasila, Undang-Undang Dasar 1945, demokrasi Pancasila dan kemajemukan di Indonesia. Objektivikasi, reinterpretasi, reaktualisasi dan konstruksionalisasi membawa sinergi paham keagamaan dan kebangsaan dalam formulasi nasional, berisi keagamaan, keindonesiaan, dan keislaman.²²²

Manusia diciptakan oleh Allah SWT. dalam keadaan fitrah, mengandung potensi untuk menciptakan kedamaian dan kemungkinan terjadi kejahatan. Demi keharmonisan dan keadilan beradab, maka hukum pidana Islam menyajikan hukuman *qisash* dan *hudud*. Namun, sebagian orang di dunia menganggap sebagai hukuman yang sadis dan bertentangan dengan kemanusiaan, padahal umat Islam meyakini hukum Islam adalah

²²¹ Umar Syihab, *Hukum Islam dan Objektivikasi pemikiran*, D.Utama, Semarang, 1996, hlm. 14.

²²² Ahmad Sukarja, *Posisi Hukum Pidana Islam Dalam Peraturan Perundang-undangan dan Kontek politik hukum Indonesia* dalam Pidana Islam di Indonesia, Firdaus, Jakarta, 2001, hlm. 219.

universal (*rahmatan lit alamin*). Sementara itu, di Indonesia hukum Islam adalah subsistem dari hukum nasional.

Masyarakat Indonesia harus tunduk dan patuh kepada hukum agama yang dianutnya, termasuk hukum pidana. Mengingat mayoritas masyarakat Indonesia beragama Islam, maka konsekuensi logisnya, berlaku hukum pidana Islam yang dilandasi semangat pembukaan dan batang tubuh UUD 1945, yang menghendaki kedaulatan Tuhan yang implementasinya bertujuan pada keadilan dan kemanusiaan beradab serta kehidupan yang makmur dan sejahtera.

Menurut hakikatnya, teori mempunyai unsur-unsur sebagai berikut:

1. Hakikat adalah sesuatu yang ada (materialisme, idealisme, dualisme dan agnostisisme).
2. Hakikat berkaitan dengan alam yang berakibat perbedaan ruang dan waktu dan menelusuri asal kejadian, proses kejadian dan tujuan kejadian.
3. Hakikat menetapkan manusia sebagai subjek sehingga hakikat berorientasi pada manusia baik kelompok maupun perorangan.
4. Hakikat berhubungan dengan kehendak Tuhan.

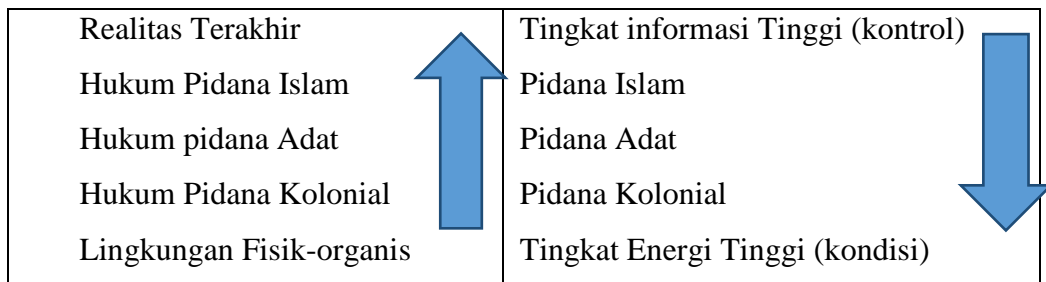
Sementara itu, menurut Teori *Ijtihad*, harus memenuhi unsur-unsur sebagai berikut:

1. Pengerahan kemampuan dengan sungguh-sungguh.
2. Tujuan memperoleh hukum *syari* yang bersifat amaliah dari dalil-dalil dzani.
3. Tidak bertentangan dengan *Ruh hukmi Syar'i*.
4. Berorientasi pada kemaslahatan.

Teori *Cybernetic* menjelaskan kedudukan hukum dalam masyarakat bersumber dari Teori Talcott Parsons yang mengemukakan tentang

kerangka masyarakat dan tindakan individu.²²³ Sistem memiliki fungsi primer, yaitu integrasi, mempertahankan pola, serta mencapai tujuan adaptasi yang dibatasi realitas dan alam fisika, sebagai berikut:

Hubungan Cybernetic



Dalam konsep negara hukum Pancasila, bersumber dari Pasal 1 ayat (3) UUD 1945 kalimat itu ialah "*Indonesia ialah* negara yang berdasarkan atas hukum (*rechtsstaat*) tidak atas kekuasaan (*machtsstaat*)."²²⁴

Berdasarkan teori di atas, Teori Tujuan mengandung dua hal, yaitu tujuan menurut hukum Islam dan tujuan menurut hukum pidana, untuk mewujudkan dan memelihara kemaslahatan umat manusia demi kebahagiaan dunia dan akhirat.²²⁵

Hukum pidana Islam dalam sistem hukum pidana nasional antara lain terdiri dari

1. Manusia Sebagai Subjek Hukum Pidana

Manusia mempunyai naluri beragama tauhid. Hakikat manusia adalah jiwa (pikirannya), *idealisme*, *spiritualisme*, dan *rasionalisme*,

²²³ Satjipto Raharjo, *Hukum dan Perubahan Sosial*, Alumni, Bandung, 1983, hlm. 25. Di Indonesia yang pertama menggunakan teori Talcott Parson untuk menjelaskan hukum dalam masyarakat adalah Harsja W. Bahtiar yang disampaikan pada simposium hubungan timbal balik antara hukum dan kenyataan masyarakat 1976 dengan menggunakan buku *Parsons The social System*.

²²⁴ Penjelasan UUD 1945 "*Sistem Pemerintahan Negara*" dalam Harun al-Rasyid "*Himpunan Peraturan Hukum Tata Negara*", UI Press, Jakarta, 1983, hlm. 15

²²⁵ Ahmad Fathi Bahansi, *Al-Utgibat fi al-fighi Islami*, dar al-urubah, Mesir, hlm. 13.

sebagai hakikat dari manusia adalah ragawi: *materialisme*, *empirisme*, dan *sensisme*. Terdapat beberapa pemikiran tentang hakikat manusia, yaitu kosmologi, "alam fisika", antropologi, "*hakikat manusia interaksi sosial*" dan teodisi.

Zaman renaissance menempatkan manusia sebagai pusat dalam kehidupan. Pada zaman ini, masyarakat sebagai pangkal dari cita-cita politik yang diwujudkan oleh negara. Pada zaman aufklarung, konsep kekuasaan berdaulat mutlak. Manusia adalah makhluk yang bertugas sebagai khalifah di muka bumi, manusia berasal dari tanah jasad diciptakan dari unsur kimiawi dari tanah *ruh* adalah daya hidup, *nafs* adalah jiwa, *aqal* adalah daya pikir dan *qalb*. Hukum Islam adalah kesatuan sistem yang tidak terpisahkan mengajarkan sosialisasi hukum sejak kelahiran anak, azan pada di telinga kanan dan ikamah di telinga kiri. Manusia berkewajiban mengabdikan pada Allah SWT. yang memiliki aturan "hukum" dan rakyat berkewajiban melaksanakan aturan "tugas", beribadah, dan menjadi khalifah. Hakikat manusia adalah benda fisik yang mengalami perubahan. Manusia berinteraksi secara antropologis dan sosiologis, sehingga menimbulkan hak dan kewajiban.

Manusia sebagai makhluk yang diciptakan Yang Maha Kuasa (Allah SWT.) mengetahui ada hakikat akhir kehidupan ini, maka manusia adalah "makhluk sosial yang berketuhanan". Mereka memiliki sifat individu dan sosial. Sifat individu adalah aliran *individualisme* dan *liberalisme*. Sementara itu, sifat sosial adalah aliran *altruisme* dan *sosialisme*. Manusia harus berbuat baik pada Sang Pencipta dan sesama

manusia tetapi pada kenyataannya tidak sedikit manusia yang melakukan perbuatan jahat. Menurut Teori Kriminologi dan beberapa penyebab manusia melakukan perbuatan jahat, yaitu sebagai berikut:

- a. Teori Klasik, manusia berbuat jahat karena melanggar perjanjian sosial.
- b. Teori Positif, manusia jahat karena bawaan sejak lahir.
- c. Teori Sosiologi, manusia jahat karena dipacu oleh situasi yang tidak pastian, lingkungan yang tidak normal dengan aturan-aturan hukum yang tidak terbina, maka memicu manusia berlaku kejahatan.
- d. Teori *Defense School*, menitik beratkan studi kejahatan pada aspek moral dan nilai kemanusiaan yang bersifat abstrak, kekuasaan adalah penyebab dari kejahatan.
- e. Teori Hukum Islam, manusia fitrah, manusia jahat akibat pengaruh lingkungan. Kejahatan disebabkan oleh manusia yang melakukan pelanggaran-pelanggaran terhadap orang lain.

2. Hukum Pidana Islam dalam Sistem Hukum Pancasila

Hakikat hukum pidana adalah sistem norma/kaidah yang hidup di tengah masyarakat. Kaidah/norma ini dapat berupa norma kesopanan, kesusilaan, agama dan hukum yang mengatur segala aspek kehidupan masyarakat, kepentingan individu (hukum privat), dan kepentingan negara (hukum publik). Hukum sebagai gejala sosial yang bertujuan untuk mengusahakan adanya keseimbangan dari berbagai kepentingan. Proses interaksi anggota masyarakat untuk mencukupi kepentingan hidupnya, perlu dijaga oleh hukum.²²⁶

Hukum pidana adalah untuk menentukan perbuatan yang dilarang disertai ancaman/sanksi, dijatuhkan sanksi, bagaimana cara pengenaan pidana. Hukum pidana adalah bagian dari keseluruhan hukum yang berlaku disuatu negara kemudian dinamakan perbuatan pidana atau

²²⁶ Syahrul Anwar, "Hakikat Manusia Dan Eksistensi Hukum Pidana Islam Dalam Sistem Hukum Pidana Nasional", 2010, <http://drsyahrulanwar.blogspot.com/2010/10/hakikat-manusia-dalam-hukum-pidana.html> [diakses 6 Desember 2016, pukul 20.30]

delik. Perbuatan pidana bertentangan dengan ketertiban masyarakat dan melanggar/melawan hukum serta merugikan masyarakat.

Hukum pidana Islam menganut teori adaptabilitas, yaitu hukum Islam beradaptasi demi mewujudkan kemaslahatan manusia, dengan perspektif *simpatis partisipatoris* atau *kritis emansipatoris*. Hukum pidana Islam mampu merespon perkembangan zaman dan lebih jauh ia harus mampu mendorong proses pembangunan yang dijalankan oleh negara. Ibrahim Hosen yang mengajukan konsep *jawabir* dan *zawajir* dalam hukum pidana Islam. Perspektif kedua kritis emansipatoris hukum Islam sebagai medium kritis sosial, hukum pidana Islam dihadirkan sebagai sarana yang dapat digunakan untuk mengkritisi kebijakan negara dan sekaligus mampu memberdayakan potensi masyarakat dalam berhadapan dengan negara. Teori Imam Abu Hanifah bahwa syariat Islam diterapkan atas *jarimah-jarimah* yang diperbuat di negeri Islam yakni di daerah teritorial negeri Islam. Berdasarkan teori ini, maka hukum pidana Islam harus disesuaikan dengan wilayah daerah hukum itu diterapkan. Setiap wilayah memiliki budaya yang berbeda, sehingga praktik hukum pidana Islam di jazirah Arab akan berbeda dengan hukum pidana Islam di Indonesia, karena hukum pidana Islam memiliki nilai kemaslahatan sesuai dengan lingkungannya.

Teori *Maqashid* terdiri dari:

1. *Hifdz al-Din*
2. *Hifdz al-Nafs*
3. *Hifdz al-Aql*
4. *Hifdz al-Nasal*
5. *Hifdz al-Maal*
6. *Hifdz al-Ummah*

Pancasila merupakan harmonisasi nilai dan norma bertujuan untuk mendapatkan pengertian mendasar dan menyeluruh agar menjadi landasan filsafat yang sesuai dengan keperibadian bangsa, yaitu :

1. bersifat religius yang mengenal adanya kebenaran mutlak dari Tuhan Yang Maha Esa (kebenaran religius);
2. memiliki arti praktis, sebagai pedoman hidup (*way of life* /*weltanschauung*).

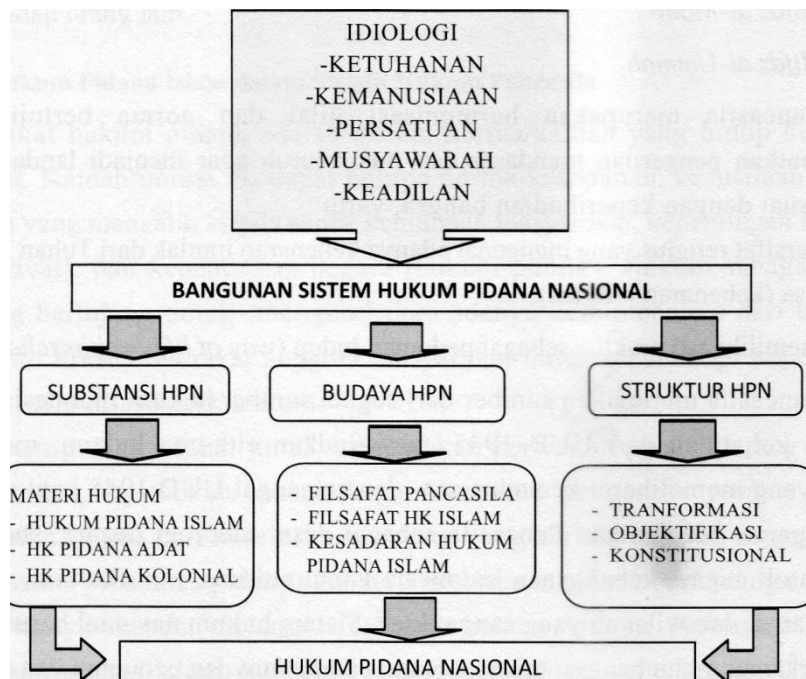
Pancasila merupakan sumber dari segala sumber hukum Indonesia, meliputi suasana kebatinan dari UUD 1945, mewujudkan cita-cita hukum, mengandung norma yang memelihara kemanusiaan, dan semangat UUD 1945 bagi penyelenggara negara. Menjadikan Pancasila sebagai dasar ideologi negara, sudah sangat tepat untuk negara kebangsaan Indonesia yang multiras, multikultural, multietnis, multiagama, dan wilayah yang sangat luas. Sistem hukum nasional harus dibangun berdasarkan cita-cita bangsa, tujuan negara, cita hukum dan penuntun yang terkandung di dalam Pembukaan UUD 1945, artinya tidak boleh ada produk hukum yang bertentangan dengan hal-hal tersebut. Sistem hukum nasional mencakup dimensi yang luas dalam konsep Negara Hukum Pancasila (penjelasan UUD 1945). Hukum Nasional terdiri dari tiga sistem hukum, kolonial, adat dan hukum agama (Islam). Pancasila sebagai bangunan piramid paling atas adalah Ketuhanan Yang Maha Esa, Kemanusiaan yang Adil dan Beradab, Persatuan Indonesia, Kerakyatan yang dipimpin oleh hikmah kebijaksanaan dalam Permusyawaratan Perwakilan, dan Keadilan Sosial

Bagi Seluruh Rakyat Indonesia. Sila pertama menjadi pancaran atas sila berikutnya maka sila-sila yang lain tidak boleh bertentangan dengan sila yang pertama.

Selanjutnya, sistem hukum tersusun dari tiga unsur, yaitu struktur hukum, substansi hukum, dan kultur hukum. Setiap hukum Indonesia harus berdasarkan Pancasila dan tidak bertentangan dengan sila pertama tentang ketuhanan (*tauhidullah*). *Tauhidullah* yang ada dalam sistem hukum nasional adalah sistem hukum Islam. Sistem hukum kolonial dan hukum adat tidak dibangun berdasarkan tauhid tetapi hanya merupakan konsensus nilai dan norma. Hukum pidana Islam dapat ditegakan di Indonesia karena sesuai dengan ideologi Pancasila yang memiliki nilai *tauhidullah* berlandaskan kemaslahatan.

Sistem hukum pidana Pancasila adalah sebagai berikut:

1. Epistemologi Hukum Pidana Islam



Ilmu hukum pidana Islam adalah bagian dari ilmu fiqih, yang

bersumber dari wahyu yang *mathlu* (al-Qur'an) dan wahyu yang *ghaer mathlu* (al-Hadits), dan termasuk katagori ilmu *Fiqih Mu'amalah*. Hukum pidana Islam tidak akan tegak kecuali dengan terbentuknya "negara". Ilmu hukum pidana Islam erat kaitannya dengan ilmu politik dan tata negara sebagai ilmu penyelenggara institusi negara. Ilmu hukum pidana Islam termasuk bagian hukum publik, yaitu hukum yang penegakannya membutuhkan penguasa (*ulil amri*) dengan sistematika filsafat ilmu syariah dapat menggunakan dua pendekatan, pendekatan kefilisafatan dan pendekatan empiris historis ilmu syariah itu sendiri. Oleh karena itu, secara empiris historis dijumpai tiga pilar utama ialah filsafat ilmu syariah, metodologi ilmu syariah dan ilmu syariah atau ilmu fiqih. Ilmu syariah terapan yakni *as-syiasah syariyah*, dari ilmu terapan inilah lahir pranata sosial, kemudian muncul cabang ilmu agama Islam dengan label *fiqih* dan pranata sosial, menjadi kajian hukum dan pranata sosial sebagai institusi penerapan hukum Islam praktis. Filsafat ilmu syariat meliputi filsafat teoritis (*al-hikmah al-nadzariyah*) dan filsafat praktis (*al-hikmatul amaliyah*), metodologi ilmu syariat melahirkan ilmu ushul-fiqih, ilmu syariat melahirkan berbagai cabang yang kemudian disebut dengan fiqih *ibadah*, *fiqih mu'amalah*, *fiqih mawarits*, *fiqih jinayah* dan seterusnya. Ilmu syariat terapan melahirkan *fiqih siyasah*. Syariat Islam dalam konteks hukum negara di dunia Islam baik konstitusional maupun yang lain secara umum adalah *fiqih*. Sementara itu, *fiqih* tidak mungkin secara

langsung menjadi hukum negara, karena semua *madzhab* dalam Islam melahirkan fiqih yang bercirikan *ikhtilaf* (perbedaan) sedangkan hukum negara membutuhkan adanya aturan yang sama tidak dalam konteks *ikhtilaf*. Jalan keluar yang ditempuh adalah membuat kompilasi dan kodifikasi hukum Islam.

Filsafat adalah suatu ilmu yang berusaha menyelidiki hakikat segala sesuatu untuk memperoleh kebenaran. Ontologi adalah "segala yang ada", studi tentang yang ada pada tataran studi filsafat dilakukan oleh filsafat metafisika. Hukum pidana Islam pada eksistensinya bertujuan menciptakan kemaslahatan umum (*maslahatu amah*) sehingga derajat manusia sangat diperhatikan, setiap penjatuhan hukum selalu berlandaskan preventif penegakan hukum pidana Islam sebagai upaya membangun humanisme berlandaskan teologi al-Quran dan al-Sunah. Epistemologi ilmu hukum pidana berdasarkan epistemologi religious adalah ilmu yang berupaya menafsirkan hukum-hukum yang terdapat dalam al-Quran dan al-Hadis, yang berjalan sesuai dengan peradaban manusia, maka hukum pidana Islam akan berjalan disetiap waktu dan keadaan, *nash-nash* hukum pidana Islam memerlukan interpretasi sesuai dengan ruang dan waktu.

Ilmu hukum pidana Islam berdasarkan struktur hukum termasuk bagian hukum publik, yaitu hukum yang penegakannya membutuhkan penguasa (*ulil amri*) dengan sistematika sebagai berikut: Aksiologi Ilmu Hukum Pidana Islam membutuhkan filsafat

hukum sebagai landasan operasional yang dapat terwujud hukum yang humanis dan konstitusional. Hukum pidana Islam dalam aplikasinya diserahkan pada umatnya, Nabi hanya memberikan batasan disebut *Had.* ("*Hudud*")

2. Prinsip Hukum Pidana Islam dalam Pancasila

Peraturan Daerah (Perda) tentang syariat Islam telah menjadi wacana yang sangat menarik, dan signifikansi. Perda syariat bila ditinjau dari perspektif disiplin ilmu *fiqih* dalam potret sejarah perjuangan penerapan syariat Islam di Indonesia. Formalisasi syariat Islam telah mewarnai sejarah pembentukan negara kesatuan Indonesia. Kontroversi penerapan syariat Islam secara formal di Indonesia terus berlangsung. Konstituante berdebat keras berkait dengan eksistensi syariat Islam dalam konstitusi. Majelis Permusyawaratan Rakyat (MPR) bersepakat untuk tidak memasukkan tujuh kata Piagam Jakarta pada detik-detik akhir proses perubahan UUD 1945. Fenomena historic tersebut menjelaskan bahwa syariat Islam tidak diformalkan menjadi aturan konstitusi. Pada periode 1999-2002, tercatat, dukungan sosio-politik masuknya tujuh kata Piagam Jakarta ke dalam konstitusi jauh menurun dibandingkan dengan tahun 1945 dan 1956-1959. Namun, itu bukan berarti syariat Islam tidak menjadi bagian hukum nasional. Undang-Undang (UU) Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan, yang tidak sedikit mengadopsi nilai-nilai hukum Islam. Syariat Islam semakin marak di akhir 1980-an dan 1990-an. Lokalitas yang menjiwai menjamurnya

Perda syariat Islam secara formal telah mereduksi universalitas dan elastisitas ajaran Islam yang *rahmatan lil alamin*. Implementasi syariat Islam saat itu, bersendikan prinsip-prinsip utama Islam, seperti keadilan, persamaan, kemaslahatan, kesejahteraan, dan hikmah-kebijaksanaan. Penerapan syariat Islam cukup problematik jika hanya memuat daftar hukum-hukum syariat zaman lampau yang belum tentu cocok untuk diterapkan di Indonesia. Cita-cita hukum nasional dalam penjelasan UUD 1945, sebagai berikut:²²⁷

1. negara melindungi segenap bangsa Indonesia dan seluruh tumpah darah Indonesia dengan berdasar atas persatuan;
2. negara hendak mewujudkan keadilan sosial bagi seluruh rakyat Indonesia;
3. negara yang berkedaulatan rakyat, berdasar atas kerakyatan dan permusyawaratan perwakilan
4. negara berdasarkan atas Ketuhanan Yang Maha Esa menurut dasar kemanusiaan yang adil dan beradab.

Pancasila merupakan filsafat negara hasil kesepakatan dan perenungan para tokoh-tokoh Indonesia, kemudian dihayati dan merupakan perwujudan dari jiwa bangsa, sikap mental dan tingkah laku serta amal perbuatan. Pancasila juga merupakan filsafat hidup ideologi moral negara yang harus dikembangkan dan dijadikan dasar untuk memberikan arah untuk dicapai dalam kehidupan nasional sesuai dengan kodrat manusia. Rumusan Pancasila termuat dalam Pembukaan UUD 1945 landasan kuat dan tumbuh subur dalam kehidupan manusia, yaitu: ketuhanan, kemanusiaan, persatuan, kerakyatan dan keadilan.

Filsafat Pancasila mempunyai fungsi sebagai berikut:

²²⁷ Syahrul Anwar, *Op.cit.*

1. sebagai pandangan hidup;
2. sebagai dasar Negara Republik Indonesia;
3. sebagai jiwa dan kepribadian bangsa Indonesia.

Syari'at Islam yang berlaku sejak adanya umat Islam, adalah jalan hidup menyangkut hukum tertinggi, yaitu kedaulatan Tuhan Yang Maha Esa, melalui prinsip hirarki dan elaborasi norma. Hal ini mencerminkan keadilan berdasarkan Ketuhanan yang terdapat dalam syari'at Islam. Nilai yang telah diadopsikan menjadi hukum nasional berdasarkan Pancasila, esensinya "Syariat Islam". Aktualisasi hukum Islam dalam bentuk peraturan yang berlaku bagi umat Islam harus dilakukan secara sistemik, yaitu sebagai berikut:

1. aktualisasi hukum Islam tidak hanya dengan pernyataan raja;
2. merumuskan prinsip-prinsip hukum sebagai acuan pengembangan sistem hukum nasional;
3. berdasarkan prinsip hirarki makna dan elaborasi syariat Islam.
4. hukum yang berlaku khusus bagi umat Islam dan yang berlaku umum sebagai hukum nasional proses selanjutnya adalah memperjuangkannya dalam proses legislasi nasional.

Formalisasi/legislasi hukum Islam dalam sejarah peradaban Islam terdapat pada riwayat Abu Zur'ah dari Sulaiman Ibn Habib bahwa Umar Ibn Abdul Aziz pernah menginginkan unifikasi hukum bagi masyarakat sipil dan militer, tetapi rencana itu belum terealisasi mengingat masing-masing daerah memiliki karakteristik yang berbeda.²²⁸ Umar Ibn Abdul Aziz memerintahkan Gubernur Madinah Abu Bakar Ibn Muhammad untuk melakukan kodifikasi terhadap

²²⁸ Abi Zur'ah, *Tarikh Abi Zur'ah al Dimasyqi*, Damaskus: Majma' al-Lughah al-'Arabiyah, 1972, Dirasah wa Tahqiq Syukrullah Ni'matullah al-Qujani, hlm.1-202. Lihat Ridhwan al-Sayyid, *al-Fiqh wa al-Fuqaha' wa al-Daulah "Shim' al-Fuqaha"ala al-Shulthah wa al-Shulthan fi al-'Ashri al-mamluki*, majallah al-Ijtihad. Hasan al-Turabi, *Qiraah Ushuliyah fi al-Fiqh al-Siyasi al-Islami*, Buhus wa Dirasat...

sunnah qauliyah dan *sunnah amaliyah* Nabi dan para sahabat. Umar Ibn Abdul Aziz berusaha mengkonstruksi *sunnah Nabawiyah* menjadi *sunnah Daulah* (hukum negara) dan berlaku secara nasional, riwayat Ibn Habib mengindikasikan adanya politik *taqnin* istilah (*tadwin*).

Al-Walid Ibn Abdul Malik (86-96 H), pernah merencanakan unifikasi hukum, tetapi masih belum berhasil. Karena kegagalan tersebut, khalifah kemudian memberlakukan hukum yang sudah menjadi tradisi masyarakat. Ibn al-Muqaffa (138 H) menjelaskan argumen Umar terdapat perbedaan yang besar antara satu daerah dengan yang lain, *Kufah* dan *Basrah*, misalnya terdapat perbedaan signifikan dalam hukum pidana, perdata maupun hukum keluarga.

Hukum nasional suatu negara merupakan gambaran dasar mengenai tatanan hukum nasional. Tatanan hukum nasional yang sesuai dengan masyarakat Indonesia adalah berdasarkan Pancasila. Sumber dasar hukum nasional adalah kesadaran atau perasaan hukum masyarakat yang menentukan isi suatu kaedah hukum, dengan demikian sumber dasar tatanan hukum Indonesia adalah perasaan hukum masyarakat Indonesia yang terjelma dalam pandangan hidup Pancasila. Oleh karena itu, dalam kerangka sistem hukum Indonesia, Pancasila menjadi sumber hukum. Politik hukum nasional adalah politik hukum yang berkaitan erat dengan wawasan nasional yakni cara pandang bangsa Indonesia mengenai kebijaksanaan politik dalam rangka pembinaan hukum Indonesia.

Indonesia sebagai negara yang pernah dijajah Belanda,

seringkali mengadopsi instrumen hukum kolonial, salah satunya *Penal Code* (kitab hukum pidana). Dalam hukum pidana, Indonesia belum mengalami perkembangan yang signifikan. Ketika Indonesia merdeka, hukum yang berlaku dalam bidang kedinasan adalah Kitab Undang-Undang Hukum Pidana yaitu *Wetboek van strafrecht* sejak tahun 1918 M, *wetboek van strafrecht* tidak berlaku di daerah tersebut, hanya pasal-pasal yang oleh Undang-Undang 1932 No.80 dinyatakan berlaku. Norma-norma ditemukan dari adat kebiasaan suatu masyarakat atau dalam ajaran keagamaan atau kesusilaan, misalnya dalam KUHP Pasal 338 ditentukan: "Siapa yang dengan sengaja membunuh orang lain dihukum dengan hukuman penjara selama-lamanya lima belas ahun" demikian bunyi hukum pidana, sedangkan norma yang dilanggar berbunyi: "orang tidak boleh membunuh orang lain". Norma ini berada dalam bidang hukum perdata, tetapi tidak ada suatu undang-undang bidang hukum perdata yang memuat kalimat ini. Norma ini juga dapat ditemukan dalam adat kebiasaan dan dalam kitab al-Qur'an. Dalam pengertian yang dinamis, akan menjadi bahan baku hukum nasional yang menampilkan wajah keindonesiaannya.

Hukum Islam sebagai salah satu dari tiga bahan baku hukum nasional, secara konstitusional dengan lahirnya Garis-Garis Besar Haluan Negara (GBHN) 1999, produk konstitusional dalam era reformasi. Sejak 1977, pemerintah Indonesia telah membentuk sebuah tim yang bertugas menyusun konsep Rancangan Undang-

Undang Kitab Hukum Pidana (RUU KUHP) Nasional yang kini sedang dipersiapkan untuk dibahas di Dewan Perwakilan Rakyat (DPR). Konsep RUU tersebut berasal dari KUHP lama, KUHP negara-negara lain, hasil simposium, seminar, lokakarya dan masukan dari berbagai kalangan. KUHP Indonesia yang sudah diperjuangkan selama 30 tahun, belum selesai.

RUU KUHP mengakui adanya tindak pidana adat untuk lebih memenuhi rasa keadilan di dalam masyarakat. Suatu kenyataan bahwa di beberapa daerah di tanah air masih terdapat ketentuan-ketentuan hukum yang tidak tertulis yang hidup dan diakui sebagai hukum di daerah yang bersangkutan, yang menentukan bahwa pelanggaran atas hukum itu patut dipidana. Hakim dapat menerapkan sanksi berupa "kewajiban adat" yang harus dipenuhi oleh pelaku tindak pidana.

3. Transformasi Hukum Pidana Islam dalam RUU KUHP Nasional

Transformasi berarti perubahan bentuk, rupa, sifat keadaan dan fungsi.²²⁹ Transformasi merupakan gagasan akademis yang memiliki latar sosio kultural dan historisnya sendiri. Istilah transformasi berasal dari subdisiplin ilmu ekonomi yaitu sosiologi pembangunan.²³⁰ Pembahasan transformasi hukum pidana Islam adalah upaya perubahan bentuk hukum dalam esensi yang sama pada Rancangan Undang-Undang Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (RUU

²²⁹ Lukman Ali, *Kamus Besar Bahasa Indonesia*, Edisi II, Balai Pustaka, Jakarta, Tanpa tahun, hlm. 1070.

²³⁰ Lukman Hakim Mudzafir, "Pendekatan Transformatif Paradigma Pembaharuan Islam Alternatif" dalam *Jurnal WACANA Studi Islam*, Vol. IV No. 1, IAIN Sunan Ampel, Surabaya, 2004, hlm. 21

KUHP) Republik Indonesia. RUU KUHP yang merupakan rancangan hukum nasional tentunya akan mengadopsi materi hukum pidana Islam melalui transformasi dalam upaya dinamisasi dan objektivikasi hukum Pidana Islam di Indonesia, yang sesuai dengan budaya bangsa Indonesia. Wawasan Nusantara dan wawasan kebangsaan tidak terlepas dari tujuan hukum pidana Islam, supaya tercapainya penegakan Hukum Pidana Islam sebagai hukum yang dinamis dan objektif.²³¹

Setelah kemerdekaan Indonesia tahun 1945, terdapat dualisme hukum pidana yang berlaku di Indonesia dan keadaan ini berlangsung hingga tahun 1958. Dengan diundangkannya Undang-Undang Nomor 73 Tahun 1958 maka Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1946 tentang Peraturan Hukum Pidana, semua perubahan dan tambahannya berlaku untuk seluruh Indonesia. Dengan demikian berlakulah hukum pidana materiil yang seragam untuk seluruh Indonesia yang bersumber pada hukum yang berlaku pada tanggal 8 Maret 1942, yaitu *Wetboek van Strafrecht voor Nederlandsch-Indice*, selanjutnya disebut Kitab Undang-Undang Hukum Pidana.

Pada KUHP (*WvS*) selama ini, tidak ada khusus mengenai delik agama, walaupun ada beberapa delik yang sebenarnya dapat dikategorikan juga sebagai delik agama dalam ketiga pengertian di atas. Delik agama dalam pengertian sub (a) banyak tersebar di dalam KUHP, seperti delik pembunuhan, pencurian, penipuan/perbuatan

²³¹ Syahrul Anwar, *Op.cit*

curang, penghinaan, fitnah, delik-delik kesusilaan (zina, perkosaan, dsb.). Delik-delik sub (a) dalam KUHP itu belum tentu sama dan tidak mencakup semua perbuatan dosa/terlarang/tercela menurut ajaran atau norma-norma hukum agama. Delik agama dalam pengertian sub (b) terlihat terutama dalam Pasal 156 a KUHP (penodaan terhadap agama dan melakukan perbuatan agar orang tidak menganut agama).

Oemar Senoadji memasukkan juga delik dalam Pasal 156-157 KUHP (penghinaan terhadap golongan/penganut agama; dikenal dengan istilah grup *libel*) ke dalam kelompok delik agama sub (b) juga. Adapun delik agama dalam pengertian sub (c), tersebar antara lain di dalam Pasal 175-181 dan 503 ke-2 KUHP yang meliputi:

1. merintangi pertemuan/upacara agama upacara penguburan jenazah (Pasal 175);
2. mengganggu upacara keagamaan dan upacara penguburan jenazah (Pasal 176);
3. menertawakan petugas agama dalam menjalankan tugasnya yang diijinkan (Pasal 177 ayat(1));
4. menghina benda-benda keperluan ibadah (Pasal 177 ke-2);
5. merintangi pengangkutan mayat ke kuburan (Pasal 178);
6. menodai/merusak kuburan (Pasal 179);
7. menggali, mengambil, memindahkan jenazah (Pasal 180);
8. menyembunyikan/menghilangkan jenazah untuk menyembunyikan kematian/ kelahiran (Pasal 181);
9. membuat gaduh dekat bangunan untuk ibadah atau pada waktu ibadah dilakukan (Pasal 503 ke-2).

Aktualisasi hukum Pidana Islam adalah suatu upaya untuk menciptakan suatu yang baru dalam menerapkan hukum berdasarkan kebutuhan masyarakat pada bidang hukum pidana Islam. Perkembangan hukum Islam selalu mengalami kemajuan yang dinamis, sejak masa Rasulullah (610-632 M) dengan turunnya wahyu kepada Nabi

Muhammad SAW. mulailah *tasyri'* Islami. Umar Ibn Khatab dikenal sebagai *imamul-mujtahidin*. Beliau berijtihad "tidak menghukum pencuri dengan potong tangan" karena tidak ada *illat* untuk memotongnya. Para sahabat pada zaman *Khulafa 'ur-Rasyidin*, memakai ijtihad dengan berpegang kepada *ma 'quul an-nash* dan mengeluarkan *'illah*. Pada masa Amawiyah dan Abasiyah pembentukan fiqih Islami, hukum-hukum diambil dari dalil-dalil *tafsili*.²³²

Fuqaha sunni terbagi tiga, yaitu *ahli ra'yi*, Abu Hanifah di Iraq sebagai tokohnya, *ahli hadits* Imam Malik di Hijaz sebagai tokohnya, dan *al-jam'u*, al-Syafi'i sebagai tokohnya.

Ibrahim Hosen seorang ahli hukum Islam Indonesia menawarkan langkah-langkah pembaharuan hukum pidana Islam, yang dilakukan dengan cara ijtihad dan menjadi intisari pembaharuan. Dengan ijtihad, dapat diadakan penafsiran dan interpretasi baru terhadap ajaran-ajaran yang *zanni*, dapat ditimbulkan pemikiran baru sebagai pengganti pemikiran ulama-ulama terdahulu yang tidak sesuai dengan perkembangan zaman sesuai dengan kaidah fiqih.²³³

Reaktualisasi hukum pidana Islam dalam sistem hukum nasional dilakukan pembaharuan, yaitu pengembangan hukum dengan menggunakan metode yang disampaikan oleh Ibrahim Hosen adalah sebagai berikut:²³⁴

1. Pemahaman baru terhadap *Kitabullaha*.
2. Pemahaman baru terhadap *sunnah*.

²³² Syahrul Anwar, *Op.cit*

²³³ *Al-Islam Salih Li Kulli zaman wa Makan dan Tagayyur Al-Ahkam bi Tagayyur Al-Amkinah wa Al-Zaman*

²³⁴ Syahrul Anwar, *Op.cit*

3. Pendekatan *ta 'aqquli* (rasional).
4. Penekanan *zawajir* (*zawajir dan jawabir*).
5. Masalah *ijmak*.
6. *Masalik al-'illat* (cara penetapan ilat).
7. *Masalih mursalah*.
8. *Sadd az-zari'ah* *Sadd az-zari 'ah*.
9. *Irtijab akhalf ad-dararain*.
10. Keputusan *waliyy al-amr*.
11. Mem-fiqih-kan hukum *gat'i*.

Qishash menurut bahasa adalah «*al-musyawah wa ta 'adul*.»

Qishash adalah hukuman yang sama dan seimbang dengan jarimah yang diperbuat. *Diyat* ialah harta yang harus diberikan *pelaku jarimah qishash* kepada pihak korban. Ibnu Qudamah menganjurkan supaya menyebarkan sikap pemaafan, karena pemaafan itu adalah *shadaqah*, sehingga dengan banyak yang memaafkan, maka semakin sedikit eksekusi *qishash*. Dalam tindak pidana *qishash*, ada tanda kehidupan, artinya dengan adanya *qishash* tidak akan terjadi dendam, apalagi jika keluarga korban memaafkan. *Hudud*, bentuk jamak dari *had* adalah hukuman yang ditetapkan secara pasti sebagai *haqullah* (*haq Allah*), *had sariqah* (*pencurian*), *had zina* *had hirabah*, *had syarib khamer*, *had ridah*, *had bagyu* (*pemberontak*). Hukuman jenis *hudud* dan *kifarat* dengan berbagai bentuknya selain *hadd al-qadzaf*. *Had al-qadzaf* baru dapat dijatuhkan jika ada tuntutan dari pihak yang dirugikan (*maqdzuf*) dan menjadi gugur jika *maqdzuf* memaafkan, sedangkan yang termasuk katagori kedua ini pihak yang dirugikan dapat memaafkannya. *Hudud* dapat terjadi pembaharuan, sesuai dengan tujuan hukum. Pada *ta'zir*, pengadilan bertugas membuktikan terjadinya tindak pidana serta menjatuhkan hukumannya. Ulama *fiqih* tidak memberikan aturan

mengenai hak kepala negara untuk memberikan grasi terhadap pelaku tindak pidana jenis *ta'zir* adalah wujud pemaafan.

Wilayah kesultanan Islam yang telah memberlakukan hukum pidana Islam (sebagiannya masih bercampur dengan hukum adat) dijadikan bahan cemoohan karena dianggap bengis, kejam dan tidak manusiawi. Belanda ketika membuat kodifikasi hukum untuk penduduk bumiputera, menyebutkan berbagai jenis kejahatan dan berdasar fiqih Islam, seperti *Pepakem Tjirebon* (1758) dan *Kompendium Freijer* (1760).

Hukum Islam bertujuan untuk membentuk sebuah kemaslahatan bersama yang mengacu pada ilmu *ushul fiqih al-kulliyatul kharus* atau *Maqashid al-Syari'ah*. Dalam hukum pidana Islam, hukuman yang diancam terhadap tindak pidana itu berupa *had* (jamaknya *hildud*) dan *ta'zir*.

Hukum Pidana Islam perlu menjadi sumber materi hukum pidana nasional di samping sumber lainnya seperti hukum adat dan hukum warisan kolonial. Upaya mengakomodasi materi hukum pidana Islam merupakan perjuangan untuk membentuk hukum pidana nasional, dalam Demokrasi Pancasila. Pancasila berfungsi sebagai pelaksanaan *amar makruf* dan *nahi munkar*, negara tidak terpisahkan dari bangsa dan negarapun tidak terlepas dari pemerintahan.

D. Qanun Sebagai Hukum Acara dalam Proses terhadap Pelaku Jarimah, Jarimah dan 'Uqubatnya

Pelaksanaan syariat Islam di Aceh, diatur secara legal formal dalam UU No. 44 Tahun 1999 tentang Penyelenggaraan Keistimewaan Provinsi Daerah Istimewa Aceh dan UU No. 11 Tahun 2006 tentang Pemerintahan Aceh. Kedua undang-undang ini menjadi dasar kuat *bagi Aceh untuk menjalankan Syari'at Islam secara menyeluruh (kaffah)*. Hal ini menandakan Syari'at Islam adalah bagian dari kebijakan negara yang diberlakukan di Aceh. Oleh karena itu, dalam konteks pelaksanaannya pun tidak terlepas dari tanggung jawab negara.

Dalam Pasal 3 UU No. 44 Tahun 1999 dinyatakan bahwa pelaksanaan Syari'at Islam merupakan keistimewaan bagi Aceh. Keistimewaan ini merupakan bagian dari pengakuan bangsa Indonesia yang diberikan kepada daerah Aceh, karena perjuangan dan nilai hakiki masyarakat, yang tetap dipelihara secara turun temurun sebagai landasan spiritual, moral dan kemanusiaan. Keistimewaan yang dimiliki Aceh meliputi; penyelenggaraan kehidupan beragama, adat, pendidikan dan peran ulama dalam penetapan kebijakan daerah.

Penyelenggaraan kehidupan beragama yang diwujudkan dalam bentuk pelaksanaan Syari'at Islam dilakukan secara menyeluruh (*kaffah*). Artinya, seluruh dimensi kehidupan masyarakat Aceh mendapat pengaturan dari hukum syari'ah. Pengaturan tersebut meliputi dimensi politik, pemerintahan, hukum, ekonomi, pendidikan, kesehatan, sosial-budaya, dan lain-lain. Oleh karenanya, hukum yang diberlakukan di Aceh adalah hukum yang bersumber pada ajaran agama yaitu Syari'at Islam. Pertanyaan yang muncul apakah dalam Negara Kesatuan Republik Indonesia (NKRI)

dibenarkan suatu komunitas menjalankan hukum agamanya seperti hukum agama Islam.

Pertanyaan ini dapat dijawab bila dicermati kandungan makna Pasal 29 UUD 1945 ayat (2) di mana negara menjamin kemerdekaan tiap-tiap penduduk untuk memeluk agamanya masing-masing dan untuk beribadat menurut agama dan kepercayaannya itu. Kata `menjamin' dalam Pasal 29 UUD 1945 jelas bermakna *imperatif* Artinya, negara berkewajiban melakukan upaya-upaya agar tiap penduduk memeluk agama dan beribadat menurut agama dan kepercayaannya itu. Keaktifan negara di sini adalah memberikan jaminan bagaimana penduduk dapat memeluk dan menjalankan agamanya. Dalam konteks Syari'at Islam di Aceh, negara bukan hanya berperan memfasilitasi kehidupan keagamaan, tetapi juga negara terlibat mendesain formulasi-formulasi hukum yang bersumber pada ajaran agama Islam melalui kegiatan legislasinya (*taqnin*). Keikutsertaan negara dalam menjalankan Syari'at Islam di Aceh sebagai kewajiban konstitusional.²³⁵

Peran yang ditampilkan negara dalam rangka pelaksanaan Syari'at Islam di Aceh, berangkat dari pengakuan konstitusi UUD 1945 yang mengakui dan menghormati satuan-satuan pemerintahan daerah yang bersifat khusus atau istimewa. Salah satu kekhususan dan keistimewaan Aceh adalah pelaksanaan Syari'at Islam, yang merupakan pandangan hidup masyarakat Aceh. Masyarakat Aceh dikenal sebagai komunitas agamis yang menjadikan syariat Islam sebagai dasar dan standar menata hubungan

²³⁵ Syahrizal Abbas, *Paradigma Baru Hukum di Aceh, Analisis terhadap Qanun Hukum Jinayat dan Qanun Hukum Acara Jinayat*, Aceh, Dinas Syariat Aceh, 2015, hlm. vi

manusia dengan Allah SWT, hubungan manusia dengan sesama dan hubungan manusia dengan alam lingkungannya. Setiap muslim meyakini bahwa Syari'at Islam merupakan jalan hidup yang dapat mengantarkan kebaikan, keadilan, kesejahteraan dan keselamatan di dunia dan di akhirat.

Dalam Pasal 1 ayat (7) UU No. 44 Tahun 1999 disebutkan bahwa syari'at Islam adalah tuntunan ajaran Islam dalam semua aspek kehidupan. Jadi, Syari'at Islam yang diberlakukan di Aceh tidak hanya dalam aspek aqidah dan *ibadah mandhah*, tetapi juga dalam bidang muamalah dalam anti luas dan bahkan dalam bidang jinayah.²³⁶ Dimensi-dimensi Syari'at Islam ini, ada yang memerlukan kekuasaan negara dalam pelaksanaannya, dan ada yang tidak memerlukan kekuasaan negara dalam pelaksanaannya. Dalam bidang akidah dan pengamalan ibadah tentu tidak memerlukan kekuasaan negara, sedangkan dalam bidang pidana (*jinayah*) sangat memerlukan kekuasaan negara untuk penegakannya. Oleh karena itu, pelaksanaan Syari'at Islam di Aceh, berada dalam kekuasaan negara, di mana negara berperan penting dan bertanggung jawab dalam melaksanakan Syari'at Islam secara kaffah di Aceh.

Pengakuan lebih lanjut terhadap pelaksanaan Syari'at Islam di Aceh dalam konteks hukum negara terdapat dalam Pasal 125 UU No. 11 Tahun 2006 tentang Pemerintahan Aceh (UUPA). Dalam undang-undang ini Syari'at Islam sudah menjadi hukum nasional, baik dalam proses penyusunan materi hukum, kelembagaan dan aparat penegak hukum, maupun peningkatan kesadaran hukum syari'ah. Pengaturan dan

²³⁶ Lihat Pasal 1 ayat (7) UU Nomor 44 Tahun 1999

pembentukan Qanun Aceh yang bermateri syari'ah, pengaturan Mahkamah Syariah, Kejaksaan, Kepolisian, Polisi Wilayatul Hisbah, Baitul Mal dan berbagai pengaturan lainnya tentang syari'ah menandakan Undang-undang No. 11 Tahun 2006 sebagai payung hukum pelaksanaan Syari'at Islam di Aceh.

Undang-undang No. 11 Tahun 2006 menghendaki adanya sejumlah peraturan perundang-undangan organik lainnya, terutama Qanun Aceh dalam rangka pelaksanaan Syari'at Islam. Qanun berfungsi sebagai peraturan perundang-undangan operasional untuk menjalankan amanat Undang-undang Pemerintahan Aceh. Positivikasi hukum syariah dilakukan melalui proses legislasi (*taqnin*) antara Dewan Perwakilan Rakyat Aceh (DPRA) dan Gubernur Aceh yang dituangkan dalam bentuk Qanun Aceh. Qanun-qanun inilah yang akan menjadi hukum materil dan hukum formil dalam rangka pelaksanaan Syari'at Islam di Aceh.

Konsep Syari'at Islam yang universal memerlukan *derivasi aplikatif* sehingga dapat dilaksanakan dalam realitas sosial masyarakat Aceh. Upaya melakukan derivasi terhadap sumber ajaran Islam yaitu al-Qur'an dan al-Sunnah sudah dilakukan oleh para ulama melalui ijtihad (*legal reasoning*), dan hasilnya telah disusun di dalam berbagai buku fiqh. Namun, materi *fiqh* tidak semuanya aplikatif dalam konteks pelaksanaan Syari'at Islam di Aceh, terutama ketika berhadapan dengan problematika kekinian dan sistem hukum nasional. Oleh karenanya, materi *fiqh* yang terdapat dalam sejumlah kitab fiqh sudah semestinya dilakukan re-interpretasi, penyesuaian, pengembangan dan positivikasi yang sesuai dengan kebutuhan hukum di

Aceh. Materi fiqh yang telah menjalani proses *tagnin* dan dituangkan dalam Qanun Aceh adalah hukum nasional yang hanya berlaku di Aceh.²³⁷

Qanun Aceh adalah peraturan perundang-undangan sejenis peraturan daerah provinsi yang mengatur penyelenggaraan pemerintahan dan kehidupan masyarakat Aceh (Pasal 1 butir 21 UUPA). Definisi qanun ini memberikan pemahaman bahwa qanun di Aceh terdiri atas dua katagori yaitu qanun yang mengatur materi penyelenggaraan pemerintahan dan qanun yang mengatur materi penyelenggaraan kehidupan masyarakat Aceh. Qanun Aceh yang memuat materi hukum syari'ah termasuk dalam kategori qanun yang berkaitan dengan penyelenggaraan kehidupan masyarakat Aceh.

Dalam konteks peraturan perundang-undangan di Aceh, semua produk perundang-undangan yang dibentuk bersama eksekutif dan legislatif (Gubernur dan DPRA) disebut Qanun Aceh. Namun, Qanun Aceh yang berkaitan dengan syari'ah memiliki kekhususan dan perbedaan, bila dibandingkan dengan Qanun Aceh yang mengatur penyelenggaraan pemerintahan. Qanun Aceh yang berkaitan dengan penyelenggaraan pemerintahan sama kedudukannya dengan Peraturan Daerah (Perda) pada umumnya. Perbedaan Qanun Aceh dengan Perda pada umumnya seperti dalam pengaturan materi *jinayah* (pidana). Qanun Aceh dikecualikan untuk mengatur ancaman pidana kurungan 6 bulan dan/atau denda Rp. 50.000.000.- (Pasal 241 ayat (2) UUPA). Demikian pula dengan upaya pembatalan terhadap Qanun Aceh yang materi muatannya *jinayah* tidak dapat dibatalkan melalui Peraturan Presiden (Perpres), tetapi harus melalui

²³⁷*Op.Cit*, hlm. ix

mekanisme uji materil (*judicial review*) di Mahkamah Agung RI.

Atas dasar kekhususan itulah, maka Qanun Aceh berwenang mengatur hukuman cambuk bagi pelaku *jinayah*. Rumusan hukuman cambuk yang diatur dalam qanun merupakan hasil ijtihad dan telah menjadi hukum positif nasional, sehingga dalam penegakannya memerlukan kekuasaan negara melalui aparat penegak hukum yaitu institusi kepolisian, kejaksaan, mahkamah syar'iyah dan advokat serta lembaga lain terkait.

Dalam rangka pelaksanaan syariat Islam secara kaffah melalui kekuasaan negara, Pemerintah Aceh telah melahirkan sejumlah Qanun Aceh, baik yang mengatur kelembagaan hukum, hukum materil maupun hukum formil (hukum acara). Qanun Aceh tersebut antara lain:

1. Peraturan Daerah Propinsi Daerah Istimewa Aceh No. 5 Tahun 2000 tentang Pelaksanaan Syariat Islam di Propinsi Daerah Istimewa Aceh;
2. Qanun Aceh No. 10 Tahun 2002 tentang Peradilan Syari'at Islam;
3. Qanun Aceh No. 11 Tahun 2002 tentang Pelaksanaan Syari'at Islam bidang Akidah, Ibadah, dan Syiar Islam;
4. Qanun Aceh No. 12 Tahun 2003 tentang Minuman Khamar dan Sejenisnya;
5. Qanun Aceh No. 13 Tahun 2003 tentang Maisir (Perjudian);
6. Qanun Aceh No. 14 Tahun 2003 tentang Khalwath (Mesum);
7. Qanun Aceh No. 7 Tahun 2004 tentang Pengelolaan Zakat;
8. Qanun Aceh No. 11 Tahun 2004 tentang Tugas Fungsional Kepolisian Daerah Nanggroe Aceh Darussalam;
9. Qanun Aceh No. 9 Tahun 2008 tentang Pembinaan Kehidupan Adat dan Adat Istiadat;
10. Qanun Aceh No. 10 Tahun 2008 tentang Kelembagaan Adat;
11. Qanun Aceh No. 2 Tahun 2008 tentang Majelis Permusyawaratan Ulama;
12. Qanun Aceh No. 10 Tahun 2010 tentang Baitul Mal;
13. Qanun Aceh No. 7 Tahun 2013 tentang Hukum Acara Jinayat;
14. Qanun Aceh No. 6 Tahun 2014 tentang Hukum Jinayat;
15. Qanun Aceh No. 8 Tahun 2014 tentang Pokok-pokok Syariat Islam.

Pada tanggal 22 Oktober 2014 Gubernur Aceh telah mengesahkan Qanun Aceh Nomor 6 Tahun 2014 tentang Hukum Jinayat. Qanun Aceh ini

relatif banyak menimbulkan pro kontra di berbagai kalangan baik akademisi, praktisi maupun masyarakat biasa. Prokontra terhadap suatu kebijakan daerah, apalagi berkaitan dengan pembentukan materi hukum syariah adalah hal wajar yang perlu disikapi secara arif dan bijaksana. Prokontra terhadap Qanun Hukum Jinayah tidak hanya muncul di daerah, tetapi juga di tingkat nasional dan bahkan internasional. Pada taraf tertentu pro dan kontra tersebut mengarah pada penolakan dan penentangan terhadap pemberlakuan Qanun Hukum Jinayah di Aceh.²³⁸

Penolakan dan penentangan terhadap pemberlakuan Qanun Hukum Jinayah di Aceh, karena banyak pihak belum memahami dengan benar hakikat hukum jinayah, tujuan penghukuman dan kemaslahatan yang ingin diwujudkan dengan penegakan hukum jinayah. Bagi masyarakat Aceh dan pemerintah Aceh, hukum jinayah sudah sangat mendesak diwujudkan di Aceh demi menjaga harkat dan martabat masyarakat Aceh. Hukum jinayah merupakan jalan utama untuk melindungi masyarakat Aceh dari berbagai perbuatan *maksiat* yang melanggar ajaran Allah SWT dan Rasulullah SAW sebagaimana tertera dalam al-Qur'an dan al-Sunnah. Masyarakat Aceh meyakini bahwa dengan melaksanakan hukum jinayah, akan dapat terwujud kedamaian, ketenangan, kebahagiaan dan keselamatan hidup di dunia dan di akhirat.

Penolakan terhadap pemberlakuan hukum jinayah di Aceh gencar dilakukan oleh berbagai pihak yang merongrong perdamaian Aceh. Alasan penolakan cukup banyak diajukan baik secara tertulis, maupun secara lisan

²³⁸*Ibid*, hlm. xi

yang berkembang di dalam berbagai diskusi di Aceh, maupun di luar Aceh. Pada dasarnya, kritikan terhadap pemberlakuan hukum jinayah di Aceh sangat penting yang perlu dihargai dan dihormati. Kritikan ini sangat membantu pemerintah, aparat penegak hukum dan berbagai pihak yang terlibat dalam penegakan hukum jinayah agar tidak keluar dari ketentuan al-Qur'an dan alSunnah. Kritikan konstruktif juga berfungsi sebagai *koridor pengawas* bagi penegakan hukum jinayah sebagai bagian dari sistem penegakan hukum nasional. Pemberlakuan hukum jinayah tidak dilakukan secara serta merta, tanpa mempertimbangkan pengetahuan masyarakat, situasi ekonomi dan keadilan sosial. Ketiga aspek ini menjadi pertimbangan substansial pemberlakuan hukum jinayah dalam sejarah hukum Islam. Umar ibn Khattab tidak menerapkan hukum potong tangan bagi pencuri, karena situasi ekonomi yang paceklik, dan keadilan sosial yang tidak terjamin pada masa itu. Hukum jinayah sangat memperhatikan situasi dan kondisi masyarakat di mana hukum tersebut diberlakukan.

Dasar penolakan yang sering dimunculkan adalah hukum jinayah melanggar Hak Asasi Manusia (HAM), hukum jinayah bersifat kejam dan barbaris karena menyiksa fisik manusia, sehingga hukum jinayah dianggap tidak layak tumbuh dalam kehidupan modern. Hukum jinayah hanya tepat berlaku pada masa Jahiliyah 14 abad yang lalu, dan tidak relevan diberlakukan pada masa sekarang yang penuh dengan kehidupan beradab. Alasan ini perlu dicermati secara seksama, mengingat hukum jinayah tidak terlepas dari kehendak Allah SWT untuk memuliakan hamba-Nya, melindungi, menjaga harkat dan martabat manusia serta memastikan

kehidupan manusia berada dalam kondisi damai, adil, sejahtera dan bahagia di dunia dan di akhirat. Oleh karena itu, hukum jinayah yang terdapat dalam al-Qur'an dan al-Sunnah adalah kemuliaan bagi umat manusia, karena di dalamnya terkandung kemaslahatan yang hakiki, baik kemaslahatan Allah maupun kemaslahatan manusia (hamba). Kemaslahatan inilah yang menjadi inti dari *maqashid al-syariah* dalam hukum jinayah di Aceh.

Qanun Aceh No. 6 Tahun 2014 tentang Hukum Jinayat disusun dan berpedoman pada kemaslahatan yang terdapat dalam al-Qur'an dan al-Sunnah. Al-Qur'an dan al-Sunnah adalah dasar utama agama Islam yang membawa rahmat bagi seluruh alam dan telah menjadi keyakinan serta pegangan hidup masyarakat Aceh. Konsideran ini bermakna bahwa hukum jinayah yang dibentuk melalui Qanun Aceh atas 10 (sepuluh) BAB dan 75 (tujuh puluh lima) Pasal. Qanun ini mengandung asas keislaman, legalitas, keadilan dan keseimbangan, kemaslahatan, perlindungan hak asasi manusia, dan asas pembelajaran kepada masyarakat. Asas ini dirumuskan sebagai dasar filosofis bagi perumusan norma hukum jinayah dalam batang tubuh ganun, sekaligus menjadi referensi dalam penegakan hukum jinayah di tengah-tengah masyarakat Aceh.

Pada dasarnya Qanun Aceh No. 6 Tahun 2014 tentang Hukum Jinayat mengatur 3 (tiga) hal, yaitu pelaku pidana, perbuatan pidana (*jarimah*) dan ancaman pidana (*`uqubat*).²³⁹

Pelaku jarimah yang dimaksud dalam Qanun Aceh Nomor 6 Tahun

²³⁹ Lihat Qanun Aceh No. 6 Tahun 2014 tentang Hukum Jinayat

2014 adalah *mukallaf* Mukallaf adalah orang yang dibebani hukum atau *mahkumy*aitu orang yang kepadanya diberlakukan hukum. Dalam studi hukum, *mukallaf* sering disebut dengan subjek hukum yaitu orang atau badan hukum yang mampu memikul hak dan kewajiban. Orang disebut *mukallaf* bila ia mampu mengetahui tuntutan Allah SWT dan mampu melaksanakan tuntutan tersebut secara hukum. Dua hal ini merupakan syarat *taklif* atas subjek hukum.

Mengetahui tuntutan Allah SWT bermakna seseorang mengetahui dan memahami titah Allah SWT dan menyatakan bahwa ia terkena tuntutan dari Allah baik berupa perintah, larangan maupun pilihan perbuatan. Seseorang mengetahui dan memahami titah atau hukum Allah SWT berdasarkan kemampuan akal. Akal merupakan instrumen penting bagi manusia untuk memahami dan mengetahui sesuatu termasuk agama. Hal ini sejalan dengan ungkapan Rasulullah SAW yang artinya, "*Agama itu didasarkan pada akal, tidak ada arti agama bagi orang yang tidak berakal*".²⁴⁰

Akal seseorang tumbuh dan berkembang sesuai dengan perkembangan dan pertumbuhan fisiknya. Pembebanan hukum (*taklif*) atas seseorang baru berlaku, bila akalnya telah sempurna. Orang akan mencapai kesempurnaan akal, bila telah dewasa atau *baligh*, kecuali terdapat kelainan pada pertumbuhan akalnya. Dengan demikian, syarat untuk *mukallaf* atau subjek hukum sebagai pelaku jarimah adalah *baligh* dan berakal. Oleh karena itu, bila syarat ini tidak dipenuhi seseorang, maka ia tidak dapat

²⁴⁰ Syahrizal Abbas, *Op.Cit*, hlm. xvi

dijatuhkan hukuman sebagaimana yang termaktub di dalam Qanun Hukum Jinayah. Hal ini sejalan dengan ungkapan Rasulullah SAW yang artinya, "*Diangkat kalam (tuntutan) dari tiga hal yaitu anak-anak sampai ia dewasa, dari orang tidur sampai ia terjaga dan dari orang gila sampai ia waras*".

Persyaratan kedua bagi *mukallaf* adalah mampu menerima beban *taklif* atau beban hukum. Kecakapan menerima beban hukum (*ahliyat*) adalah kepantasan menerima *taklif* baik kepantasan untuk dikenai hukum dan kepantasan untuk menjalankan hukum. Kepantasan untuk menerima hukum disebut *ahliyat al-wujub*, yaitu kepantasan seorang manusia untuk menerima hak-haknya dan dikenai kewajiban. Kepantasan ini berlaku bagi setiap manusia sejak lahir sampai ia meninggal dunia. Contoh anak yang baru lahir, di samping berhak secara pasti menerima warisan dari orang tuanya, ia juga dikenai kewajiban berupa zakat fitrah. Kepantasan menjalankan hukum disebut *ahliyat al-ada'* yaitu kecakapan menjalankan hukum.

Seseorang diperhitungkan segala tindakannya baik berupa perkataan dan/atau perbuatannya menurut hukum. Ia dapat dimintakan pertanggungjawaban hukum atau pertanggungjawaban pidana terhadap akibat perbuatan atau tidak berbuatanya seseorang dengan kemauan sendiri, padahal ia mengetahui maksud dan akibat dari perbuatannya. Dengan demikian, dalam hukum jinayah pertanggungjawaban pidana didasarkan pada tiga hal, yaitu adanya perbuatan dilarang, dikerjakan dengan kemauan sendiri dan pelakunya mengetahui akibat perbuatan tersebut. Bila tiga hal

tersebut tidak ada, maka tidak ada pertanggungjawaban pidana.

Dalam Qanun Hukum Jinayah, badan usaha atau badan hukum dikategorikan juga sebagai subjek hukum, sehingga dapat dimintakan pertanggungjawaban pidana. Dalam studi hukum jinayah, badan hukum atau badan usaha secara institusi tidak dapat dihukum, karena ia tidak memiliki *ahliyat al-wujub* dan *ahliyat* namun orang yang bertindak atas nama badan hukum dapat dimintakan pertanggungjawaban pidana, apabila terjadi perbuatan yang dilarang. Qanun Hukum *Jinayah* di Aceh memaknai subjek hukum dengan orang pribadi dan badan usaha atau badan hukum. Oleh karenanya, bila *mukallaf* atau badan usaha dan badan hukum melakukan *jarimah*, maka ia dapat dijatuhkan "*uqubat*."

Jarimah adalah perbuatan yang dilarang oleh syariat Islam yang diancam dengan hukuman *hudud* dan/atau *ta'zir*. Perbuatan pidana atau *jarimah* yang diatur dalam Qanun Aceh No. 6 Tahun 2014 meliputi; *zina*, *qadzaf* pemerkosaan, *pelecehan seksual*, *khamar*, *maisir*, *khalwat*, *ikhtilath*, *liwath* dan *musahaqah*. Jumlah dan jenis perbuatan pidana pemerkosaan. Hukuman cambuk dapat juga ditetapkan sebagai "*uqubat ta'zir*" tambahan kepada pelaku *zina*, *qadzaf* dan *khamar* yang mengulangi perbuatannya atau melibatkan anak-anak. *Uqubat ta'zir* tambahan terhadap ketiga jenis *jarimah* ini dapat juga diterapkan hukuman denda berupa emas murni maupun penjara. Hal yang sama juga berlaku kepada *jarimah maisir*, *khalwath*, *ikhtilath*, *liwath*, *musahaqah*, *pelecehan seksual*, dan pemerkosaan.²⁴¹

²⁴¹*Ibid*, hlm. xix

Pada jarimah *ta'zir* sebenarnya ada kemungkinan untuk memperluas atau menambah *`uqubat* dengan jenis *`uqubat* lain yang dianggap layak dan sesuai dengan syariaah. Dalam qanun ini *'uqubat ta'zir* dibagi dua yaitu *`uqubat ta'zir* utama yang bentuk dan besarannya ditentukan di dalam qanun, dan yang kedua *`uqubat ta'zir* pelengkap yang hanya bentuknya ditentukan dalam qanun, sedangkan besarannya dan alasan serta pertimbangan menjatuhkannya diatur dalam Peraturan Gubernur, sehingga akan lebih lentur dan fleksibel. Qanun Hukum Jinayah memberikan izin kepada hakim untuk menjatuhkannya, walaupun tidak dituntut oleh jaksa penuntut umum. Dengan demikian, hakim juga bisa tidak menjatuhkan hukuman walaupun dituntut oleh jaksa penuntut umum.

Jarimah *hudud* dalam Qanun Hukum Jinayah tidak menganut prinsip pilihan (*alternatif*). Sedangkan untuk *jarimah ta'zir* menganut prinsip *`uqubat alternatif* yaitu cambuk atau denda atau penjara. Berdasarkan alur pikir di atas, bahwa *`uqubat hudud* zina ditetapkan 100 (seratus) kali cambuk, *`uqubat qadzaf* 80 (delapan puluh) kali cambuk dan *`uqubat minum khamar* 40 (empat puluh) kali cambuk. Namun untuk orang yang sudah diputuskan bersalah, yang mengulangi kembali jarimah yang sama (*residivis*), maka hakim dapat menambahkan dengan *'uqubat ta'zir* yang ditentukan dalam qanun ini. Sedangkan untuk *jarimah ta'zir* seperti khalwat ditetapkan 10 (sepuluh) kali cambuk setara dengan 10 (sepuluh) bulan penjara atau 100 (seratus) gram emas murni. Sedangkan *jarimah ta'zir* yang dianggap lebih berbahaya dari *jarimah hudud* yaitu pemerkosaan ditetapkan *`uqubat* lebih berat, namun tetap bersifat alternatif, antara cambuk, denda

dan penjara.

Prinsip bahwa *`uqubat* ditetapkan secara alternatif dimaksudkan untuk memberikan kebebasan dan keleluasaan kepada hakim untuk berjihad guna lebih mendekatkan dan memenuhi rasa keadilan masyarakat. Dalam beberapa kasus, misalnya pengulangan dan pemerkoasaan, hakim berdasarkan pertimbangannya dapat menetapkan *`uqubat* tambahan, sehingga *`uqubat* yang dijatuhkan secara kumulatif telah melebihi ketentuan untuk *`uqubat hudud*.

Adapun besaran *`uqubat* dalam qanun ini ditetapkan batasan tertinggi dan terendah. Batasan terendah ada tiga bentuk. Pertama. Ditentukan langsung oleh masing-masing *jarimah*. Kedua. Batasan umum yaitu $\frac{1}{4}$ (seperempat) dari batasan tertinggi. Ketiga. Tidak disebutkan yaitu *`uqubat* utama sebagai tambahan. Jadi, untuk yang ketiga ini batas terendahnya adalah *`uqubat* terendah yang dapat disetarakan yaitu cambuk satu kali, penjara satu bulan atau denda 20 gram emas murni.

Selain *`uqubat* utama, hakim atas pertimbangannya dapat menjatuhkan *`uqubat* pelengkap walaupun tidak diminta oleh jaksa penuntut umum. Dengan demikian, hakim diberikan kekuasaan yang lebih besar untuk menjatuhkan *`uqubat*, dan inilah yang digariskan dalam fiqh Islam bahwa hakim bukanlah semata-mata "corong") undang-undang. Peluang untuk menjatuhkan *'uqubat* pelengkap dibuka dalam qanun ini, agar rasa keadilan yang tumbuh dan berkembang di dalam masyarakat yang mungkin berbeda antara satu kasus dengan kasus yang lain. Atau antara satu waktu dengan waktu yang lainnya, dapat tertampung.

Kehidupan manusia menjadi mulia dan bermakna, bila *hukum syara'* dijadikan sebagai norma hukum positif dalam menata perilaku sehari-hari. Hukum Syara' adalah hukum yang berasal dari *titah* Allah SWT (*khithab Allah*), yang tertera dalam al-Qur'an dan as-Sunnah. Titah Allah yang dijadikan norma hukum positif adalah titah Allah berdimensi hukum, yang menyangkut perbuatan lahiriah subjek hukum (*al-mukallafin*). Batasan ini dianggap penting, mengingat *khithab* Allah sangat luas cakupannya, tidak hanya pada aspek hukum lahiriah, tetapi juga mencakupi aspek teologi dan moral (etika).²⁴²

Positivikasi norma hukum syara' memerlukan kerja *ijtihad* terhadap dua dimensi yaitu; dimensi normatif ajaran hukum dan dimensi praktis perumusan norma dalam peraturan perundang-undangan. Dimensi normatif ajaran hukum bermakna *khithab Allah* ditelusuri, dipahami, dikonstruksi dalam bangunan aplikatif, sehingga akan mudah dilaksanakan dalam era kekinian.

Dimensi perumusan norma hukum dalam peraturan perundang-undangan dimaknai sebagai upaya perumusan norma hukum dari *khithab Allah* ke dalam bahasa perundang-undangan berdasarkan sistem hukum yang berlaku pada suatu negara. Proses terakhir ini dikenal dengan legislasi (*taqrzin*).

Penelusuran dan pemahaman norma hukum dari *khithab Allah* ditujukan untuk menemukan suasana kebatinan, situasi sosial dan psikologi masyarakat ketika norma hukum tersebut diturunkan dan diterapkan pada

²⁴² Syahrizal Abbas, *ibid*, hlm. xxi

masyarakat (*asbab an-nuzul*). Penelusuran terhadap realitas sosial dilakukan dengan pembacaan teks, mencari korelasi antarteks secara terintegral berdasarkan tema tertentu (*maudhu'i*), dan penggambaran serta penjelasan kandungan makna teks melalui sunnah Nabi dan praktek sahabat (*tabyin*). Demikian pula halnya, pemahaman terhadap teks yang mengandung norma hukum dari al-Qur'an dan as-Sunnah dilakukan dengan memaknai kata demi kata (*bayani*), menemukan alasan hukum atau tambahan hukum dan mencari kemaslahatan dari norma hukum yang diberlakukan pada masyarakat (*istislahi*).

Norma hukum yang diperoleh melalui kerja *ijtihad* dituangkan dalam sistem hukum dan bahasa hukum. Kerja ini memerlukan kemampuan memahami sistem hukum seperti sistem hukum sipil dan bahasa peraturan perundang-undangan. Transformasi norma hukum dari *khitab Allah* ke dalam bahasa hukum positif, kadangkala mengalami hambatan cara kerja dan makna bahasa hukum. Pada cara kerja, cenderung terjadi ketidaksinkronan antara maksud norma hukum syara' dengan cara kerja sistem hukum tertentu. Pada sisi bahasa, kata dan kalimat dari norma hukum tertentu belum tentu sepenuhnya *tercover* secara substansial dalam bahasa baku peraturan perundang-undangan. Problema transformasi bahasa peraturan perundang-undangan menjadi salah satu faktor penghambat pertegakan hukum.

Pola kerja transformatif menjadi referensi bagi Aceh dalam membentuk Qanun Aceh yang mengatur aspek keistimewaan berupa pelaksanaan Syariat Islam. Aceh memiliki kewenangan luas dalam

melaksanakan Syariat Islam secara menyeluruh (*kaffah*). Kewenangan tersebut diatur dalam UU No. 44 Tahun 1999 dan UU No. 11 Tahun 2006.²⁴³ Kedua undang-undang ini menjadi landasan bagi Pemerintah Aceh bersama Dewan Perwakilan Rakyat Aceh (DPRA) dalam menyusun Qanun Aceh yang mengatur pelaksanaan Syariat Islam. Kewenangan ini mengandung makna bahwa proses transformasi norma hukum, dari *titah Allah* dalam al-Qur'an dan as-Sunnah, menjadi norma hukum positif memiliki landasan yuridis dalam sistem hukum nasional Indonesia.

Penyusunan produk hukum syariah dan pemberlakuannya di Aceh berada dalam bingkai sistem hukum nasional. Positivikasi norma hukum dari al-Qur'an dan as-Sunnah ke dalam Qanun Aceh dilakukan melalui proses legislasi (*tagnin*), yang melibatkan Gubernur Aceh dan Dewan Perwakilan Rakyat Aceh (DPRA) sebagai pemegang otoritas pembentuk Qanun Aceh.

Proses *tagnin* Syari'at Islam di Aceh adalah *proses akomodatif* materi hukum al-Qur'an dan as-Sunnah dengan sistem hukum nasional. Penyusunan materi hukum, struktur dan kelembagaan hukum, serta bagian tertentu dari materi hukum berasal dari hukum nasional. Hal ini tidak berarti Qanun Aceh yang memuat materi hukum syariah adalah adopsi total hukum nasional. Pengadopsian materi tertentu dilakukan untuk memudahkan penegakan hukum dalam sistem hukum nasional seperti pada Qanun Aceh No. 7 Tahun 2013 tentang Hukum Acara Jinayat, yang diundangkan pada tanggal 13 Desember tahun 2013.²⁴⁴

²⁴³ Lihat Undang-undang Nomor 44 Tahun 1999 dan UU Nomor 11 Tahun 2006

²⁴⁴ Lihat Qanun Aceh No. 7 Tahun 2013 tentang Hukum Acara Jinayat

Dalam khazanah kitab fiqh, penulisan dan pembahasan materi hukum acara jinayat tidak mendapat tempat tersendiri, sebagaimana dalam sistem hukum sipil. Penulisan dan pembahasan materi hukum acara jinayat (hukum formil) dilakukan *fugaha'* bersamaan dengan hukum materil jinayat pada berbagai kitab fiqh. Pola pembahasan integralistik hukum formil dan hukum materil, ternyata mengalami kesulitan pada verifikasi, klasifikasi dan kategorisasi perumusan norma hukum acara jinayat yang diterapkan pada sistem peradilan pidana di Indonesia. Meskipun, hukum acara jinayat pernah diterapkan dalam sejarah peradilan di dunia Islam.

Pengadopsian materi Kitab Undang-undang Hukum Acara Pidana (KUHP) dalam Qanun Hukum Acara Jinayat memunculkan paradigma baru hukum di Aceh. Kedua produk hukum ini memiliki paradigma berbeda satu sama lain. Paradigma hukum syariah berangkat dari pesan Ilahi yang bersifat sakral. Manusia tidak memiliki hak intervensi dalam perumusan pesan tersebut. Ia hanya memiliki tugas memaknai dan menjalankan pesan Ilahi dalam menata kehidupannya. Manusia adalah makhluk Allah sekaligus hamba yang setiap saat mengabdikan kepada-Nya. Tugas sebagai *khalifah Allah* adalah menjalankan pesan Ilahi termasuk norma hukum, guna memakmurkan bumi. Oleh karena itu, kepatuhan dan ketundukan manusia pada hukum al-Qur'an dan as-Sunnah, bukan sekedar mewujudkan ketentraman, ketertiban, keadilan dan kesejahteraan, tetapi juga sebagai bentuk penghambaan chri kepada Allah SWT.

Sebaliknya, paradigma hukum positif menitikberatkan pada kepentingan manusia semata, tanpa mendasari pada nilai sakralitas

ketuhanan. Hukum tidak memiliki hubungan dengan anasir psikologi, sosial, moral dan ketuhanan (*teori hukum murni*). Hukum hanya mengatur kepentingan manusia di dunia, dan tidak menjangkau pengaturan manusia menuju hari akhir. Hukum dibentuk untuk menghindari tabrakan kepentingan, mewujudkan ketentraman, ketertiban, keadilan dan kesejahteraan manusia secara lahiriah semata. Akibatnya, hukum kering dari nilai moral dan nilai ketuhanan. Paradigma hukum ini lahir sebagai akibat ketidakmampuan hukum rasional melepaskan diri dari hukum peninggalan Kolonial Belanda yang menganut paradigma *positivistik, individualistik* dan *kapitalistik*.

Paradigma hukum acara jinayat adalah paradigma hukum syari'ah yang bersifat *akomodatif* terhadap materi KUHAP. Paradigma ini perlu dipahami, mengingat berkembang anggapan bahwa *figh* tidak mengenal hukum acara, dan apa yang dirumuskan dalam Qanun Hukum Acara Jinayat sepenuhnya *copy paste* KUHAP. Pandangan ini tidak seluruhnya tepat karena paradigma dan filosofi hukum acara Jinayat berbeda dengan paradigma KUHAP. Sebagai contoh, dasar pertimbangan penyusunan Qanun Hukum Acara Jinayah adalah syariat Islam. Kepastian hukum, keadilan dan kesamaan di depan Hukum dapat ditegakan, bila memiliki hukum acara jinayat yang berlandaskan syariat Islam. Materi hukum jinayat yang bersumber pada al-Qur'an dan as-Sunnah tidak dapat ditegakan oleh hukum acara yang tidak berlandaskan Syariat Islam. Realitas ini menjadi dasar bahwa KUHAP dianggap belum sepenuhnya memenuhi kebutuhan penegakan hukum di Aceh, sebagaimana tercantum dalam konsideran huruf

c, Qanun Aceh Nomor 7 Tahun 2013 tentang Hukum Acara Jinayat.²⁴⁵

Hukum acara jinayat memiliki asas berbeda dengan KUHAP, yang salah satu di antaranya adalah asas pembelajaran kepada masyarakat (*tadabbur*). Asas pembelajaran kepada masyarakat adalah asas yang mana semua proses peradilan, mulai dari penangkapan sampai kepada pelaksanaan *uqubat* harus mengandung unsur pendidikan, agar masyarakat mematuhi hukum, mengetahui proses penegakan hukum dan perlindungan masyarakat, adanya perlindungan hak - hak asasi manusia yang seimbang terutama bagi korban dan pelaku jarimah. Asas ini sangat penting karena keberadaan *hukum* dalam

Islam, hakikatnya bukan tujuan menghukum orang tetapi mendidik, memberikan pembelajaran dan menumbuhkan kesadaran hukum. Tindakan melanggar hukum dalam Syariat Islam, tidak hanya dirasakan akibatnya di dunia, tetapi juga di hari akhir. Oleh karenanya, keberadaan hukum dalam Syariat Islam sebenarnya membentengi masyarakat, menghindari dan melindungi mereka dari kejahatan dan yang pelanggaran, karena perbuatan ini adalah maksiat kepada Allah SWT.

Qanun Aceh Nomor 7 Tahun 2013 memuat asas hukum yang dianut dalam sistem peradilan pidana pada umumnya seperti asas legalitas, keadilan dan keseimbangan, perlindungan HAM, praduga tidak bersalah (*presumption of innocent*), ganti kerugian dan rehabilitasi, peradilan menyeluruh, sederhana, cepat dan biaya ringan, peradilan terbuka untuk umum, kekuasaan hakim yang sah, mandiri dan tetap, can asas bantuan

²⁴⁵ Lihat Qanun Aceh No. 7 Tahun 2013

hukum bagi terdakwa.

Asas legalitas adalah asas yang menyatakan bahwa tidak ada suatu perbuatan dapat dijatuhi *uqubat* kecuali atas ketentuan-ketentuan Jinayat dalam perundang-undangan yang telah ada sebelum perbuatan dilakukan. Asas keadilan dan keseimbangan yang dikandung dalam hukum acara jinayat mengandung maksud bahwa proses hukum yang ada haruslah memperhatikan keadilan dan keseimbangan antara tiga pihak, yaitu perlindungan terhadap harkat dan martabat korban, serta penjatuhan *`uqubat* yang adil dan seimbang dengan kejahatan yang dilakukan oleh pelaku kejahatan sebagai manusia pribadi di satu pihak, dengan perlindungan terhadap kepentingan dan ketertiban syarakat di pihak yang lain.

Asas perlindungan HAM adalah asas yang menjamin bahwa proses penegakan hukum akan melindungi hak asasi korban dan pelaku serta pihak lain yang terlibat seperti saksi secara sungguh-sungguh. Hakim berhak dan bahkan harus memberi tahu para pihak yaitu korban, saksi, terdakwa dan penuntut umum tentang hak-hak mereka selama dalam persidangan dan hak mereka di dalam putusan yang akan dijatuhkan. Asas praduga tidak bersalah adalah asas yang menghendaki agar orang yang terlibat dalam perkara jinayat harus dianggap belum bersalah sebelum ada putusan Mahkamah Syar'iyah yang menyatakan kesalahannya itu. Dalam pemeriksaan perkara pada semua tingkatan pemeriksaan, semua pihak harus menganggap bagaimana pun juga tersangka/terdakwa yang menggunakan istilah belum bersalah sewaktu berdialog dengan terdakwa.

Asas ganti kerugian dan rehabilitasi adalah adanya hak orang yang

dirampas kebebasannya (ditahan) secara tidak sah atau dinyatakan bebas atau tidak terbukti bersalah oleh hakim untuk mendapatkan ganti kerugian atas penahanan tersebut serta pemulihan nama baik, karena telah ditahan atau diproses atas tuduhan melakukan jarimah. Asas peradilan menyeluruh, sederhana, cepat dan biaya ringan adalah pelaksanaan peradilan yang mencakup semua aspek yang berhubungan, termasuk aspek perdatanya. Prosedur sesederhana mungkin sehingga tidak berbelit-belit dan dengan biaya yang seminimal mungkin guna menjaga stabilitas psikologi terdakwa. Asas sederhana mengandung arti bahwa penyelenggaraan peradilan dilakukan dengan simpel, tidak berbelit-belit, sehingga dapat diselesaikan sesegera mungkin dalam waktu yang singkat. Biaya murah dimaksudkan dengan penyelenggaraan peradilan dilakukan dengan menekan pembiayaannya sedemikian rupa, agar terjangkau oleh pencari keadilan, menghindari pemborosan dan tindakan bermewahmewahan yang hanya dinikmati oleh kelompok yang berduit.

Asas peradilan yang terbuka untuk umum adalah hak dari publik untuk menyaksikan dan mengawasi jalannya peradilan (kecuali dalam hal-hal tertentu), sedangkan pemeriksaan pendahuluan, penyidikan, dan pra peradilan dapat tidak terbuka untuk umum. Asas ini menjadi dasar pemberian peluang kepada masyarakat untuk mengajukan permohonan agar pemeriksaan yang dihentikan oleh polisi atau jaksa diteruskan ke pengadilan. Asas kekuasaan hakim yang sah dan tetap adalah peradilan harus dipimpin oleh seseorang/beberapa hakim yang memiliki kewenangan yang sah dari pemerintah. Hal ini berarti pengambilan keputusan mengenai

salah tidaknya terdakwa dilakukan oleh hakim karena jabatannya yang bersifat mandiri dan tetap.

Asas bantuan hukum bagi terdakwa adalah adanya bantuan hukum yang diberikan bagi terdakwa pada setiap tingkatan pemeriksaan sampai pada pelaksanaan uqubat. Bantuan hukum tersebut akan didapat oleh tersangka/terdakwa secara bebas dan luas. Bantuan hukum dapat diberikan sejak saat tersangka ditangkap atau ditahan, sampai pada pelaksanaan uqubat. Penasihat hukum dapat menghubungi tersangka atau terdakwa pada semua tingkat pemeriksaan sampai pada pelaksanaan uqubat. Pembicaraan antara penasihat hukum dan tersangka tidak didengar oleh penyidik dan penuntut umum kecuali pada delik yang menyangkut keamanan negara.

Asas-asas umum ini dianut hukum acara jinayat agar penegakan hukum dapat berjalan sesuai dengan Syariat Islam. Hukum materil jinayat akan tegak sempurna, bila hukum formil jinayat juga dipedomani secara lengkap dan sempurna oleh aparat penegak hukum. Keberadaan hukum acara jinayat bertujuan mencari dan mendapatkan kebenaran materil yang selengkap-lengkapnyanya dari perkara jinayat, dengan menerapkan aturan hukum acara jinayat secara tepat dan benar, serta memberikan jaminan perlindungan hukum kepada korban, pelapor, saksi dan masyarakat, tersangka dan terdakwa secara seimbang sesuai dengan ajaran Islam. Di samping itu, Qanun Hukum Acara Jinayat berupaya agar mereka yang pernah melakukan jarimah bertaubat secara sungguh-sungguh, sehingga tidak lagi mengulangi perbuatan jarimah.

Tujuan ini secara fundamental berbeda dengan KUHAP, karena

penghukuman dalam Syariat Islam memiliki hubungan dengan pertaubatan. Orang yang menjalani hukuman karena melanggar Qanun Jinayah, diharapkan menjadi sadar dan bertaubat sehingga tidak melakukan pengulangan pelanggaran atau kejahatan. Penghukuman menjadi salah satu bentuk pertaubatan manusia atas kesalahan melanggar larangan Allah yang bentuk dan jenis perbuatan tersebut tertuang dalam Qanun Jinayah.

Keberadaan Qanun Aceh Nomor 7 Tahun 2013 tentang Hukum Acara Jinayah yang telah disahkan oleh Dewan Perwakilan Rakyat Aceh (DPRA) dan ditandatangani oleh Gubernur Aceh pada tanggal 13 Desember 2013 merupakan kebutuhan hukum mendesak, mengingat Qanun Aceh tentang *khamar*, *maisir* dan *khalwat* dan beberapa Qanun Aceh lain mengalami kesulitan dalam penegakannya. Aparat penegakan hukum seperti polisi, jaksa dan hakim mengalami kesulitan dalam menjalankan tugas, terutama berkaitan dengan penahanan.

Di samping filosofi, asas dan tujuan yang dikandung hukum acara jinayah yang berlandaskan Syariat Islam, terdapat prinsip dan materi muatan Qanun Hukum Acara Jinayah yang berbeda dengan KUHAP antara lain :²⁴⁶

1. Mahkamah Syariah berwenang memeriksa, mengadili dan memutuskan suatu perkara jinayah atas dasar permohonan si pelaku jarimah. Dalam Syariat Islam, para pelaku jarimah yang sadar dan ingin bertaubat melalui penjatuhan hukuman kepadanya, sangat dapat diterima. Mahkamah/hakim tidak boleh menolak permohonan pelaku jarimah agar dijatuhkan hukuman atas kesalahannya melakukan jarimah.

Prinsip ini sangat berbeda dengan peradilan pidana pada umumnya, yang mana lembaga Pengadilan hanya memiliki kewenangan menerima, memeriksa, mengadili dan memutuskan perkara pidana yang diajukan Jaksa Penuntut Umum (JPU). Perkara yang diajukan penuntutan oleh Jaksa adalah perkara yang telah dinyatakan lengkap

²⁴⁶ Syahrizal Abbas, *Op.Cit.*, hlm. xxx

dan telah melalui proses penyelidikan dan penyidikan terlebih dahulu oleh penyidik. Aparat penegak hukum proaktif melakukan penyelidikan guna memastikan suatu perbuatan tergolong perbuatan pidana dan proaktif melakukan penyidikan untuk menetapkan siapa tersangka yang melakukan perbuatan pidana. Proaktif aparat penegak hukum sebagai wujud tanggung jawab negara dalam penegakan supremasi hukum demi menjaga kepentingan umum.

2. Penahanan yang dilakukan untuk kepentingan penyidikan, penuntutan dan pemeriksaan Mahkamah, hanya dapat dilakukan dalam hal adanya kenyataan yang nyata-nyata menimbulkan kekhawatiran bahwa tersangka/terdakwa akan melarikan diri, merusak atau menghilangkan barang bukti dan/atau mengulangi jarimah. Dalam catatan sejarah hukum Islam, penahanan terhadap pelaku jarimah hampir tidak dikenal pada masa Nabi dan sahabat. Penahanan dengan penjara bagi pelaku kejahatan baru dikenal pada masa Dinasti Bani Umayyah yang menganut sistem penahanan Kerajaan Rumawi. Nabi tidak menahan para pelaku jarimah pada saat itu, karena pelaku jarimah cenderung bertaubat atas kesalahannya. Mereka penuh kesadaran bersedia menerima hukuman di dunia, ketimbang hukuman di hari akhir yang amat pedih. Penjara atau tempat penahanan juga tidak tersedia pada masa Nabi dan sahabat.
3. Pemuatan norma hukum penahanan dalam Qanun Aceh Nomor 7 Tahun 2013 didasarkan pada pertimbangan bahwa kesadaran hukum masyarakat masa Nabi sangat berbeda dengan masa sekarang. Dalam era sekarang masyarakat ingin menghindari hukuman, walaupun sudah berbuat salah, sehingga perlu dilakukan penahanan. Bila penahanan tidak dilakukan, maka akan mengalami kesulitan dalam penegakan hukum. Pertimbangan "kemaslahatan" menjadi dasar utama pemuatan norma hukum penahanan dalam Qanun Hukum Acara Jinayat, meskipun tidak dikenal dalam tradisi Nabi. Penahanan terhadap pelaku jarimah hanya dilakukan untuk kepentingan penyidikan, penuntutan dan pemeriksaan di hadapan Mahkamah, dengan alasan-alasan yang sah. Alasan yang digunakan untuk melakukan penahanan didasarkan pada alasan objektif yaitu kekhawatiran bahwa tersangka/terdakwa akan melarikan diri, merusak atau menghilangkan barang bukti dan/atau mengulangi jarimah.
4. Penggunaan kata atau lafaz sumpah diawali dengan "Basmallah" dan "Wallahi". Penggunaan kata ini dimaksudkan bahwa sumpah yang diucapkan di hadapan sidang Mahkamah didasarkan pada keyakinan bahwa apa yang didengar, dilihat dan/atau diketahui oleh saksi atau pihak-pihak yang bersumpah benar-benar memberikan keterangan (*kesaksian*) apa adanya, dan tidak akan memberikan kesaksian palsu karena dimulai dengan nama Allah, dan nama Allah pula dijadikan sebagai ungkapan sumpah. Penggunaan nama Allah pada lafaz sumpah berkaitan dengan pertanggungjawaban sumpah, bukan hanya

di dunia tetapi juga di hari akhir. Pemuatan lafaz ini mengingatkan para pihak yang terlibat dalam proses peradilan pidana, selalu berada di bawah pengawasan Allah SWT. dan akan dimintai pertanggungjawaban oleh Allah terhadap kesaksian yang diberikan di hadapan Mahkamah.

5. Penyidik dapat menerima penyerahan perkara dari petugas Wilayatul Hisbah. Keberadaan petugas Wilayatul Hisbah dalam penanganan perkara jinayat merupakan hal baru dalam penegakan hukum di Indonesia, khususnya penegakan Qanun di Aceh. Petugas Wilayatul Hisbah yang diangkat menjadi Pejabat Penyidik Pegawai Negeri Sipil (PPNS) adalah Pegawai Negeri Sipil (PNS) yang telah mendapat pendidikan penyidik dan pemahaman tentang Syariat Islam.
6. Dalam Qanun Hukum Acara Jinayat tidak hanya memuat alat bukti yang tertuang dalam KUHAP, tetapi juga memuat ketentuan alat bukti dalam hukum acara peradilan Islam. Pemuatan alat bukti yang terdapat dalam hukum acara peradilan Islam terkait dengan jenis dan kriteria perbuatan pidana dalam hukum pidana Islam (*fiqh jinayah*). Dalam hukum pidana Islam perbuatan pidana dan ancaman pidana dibagi ke dalam tiga kategori yaitu *hudud*, *gishahs/ diyat dan ta'zir*. Khusus pada jarimah zina dibuktikan dengan 4 (empat) orang saksi yang melihat secara langsung proses yang menunjukkan telah terjadi perbuatan zina pada waktu, tempat serta orang yang jelas. Saksi zina yang memberikan keterangan palsu dapat dikenakan *jarimah qadhaf*
7. Memperkenalkan penjatuhan *uqubat* secara alternatif antara penjara, cambuk, dan denda dengan perbandingan 1 (satu) bulan penjara disetarakan dengan 1 (satu) kali cambuk atau denda 10 (sepuluh) gram emas murni. Pemuatan ancaman pidana alternatif dalam Qanun Aceh ditujukan agar hakim memiliki kebebasan dalam memilih *uqubat* yang tepat dan adil bagi terdakwa sesuai dengan pembuktian di hadapan sidang Mahkamah. Hakim harus mampu menggali hukum yang hidup (*living law*), menemukan realitas hukum yang objektif, realitas sosial dan psikologi terdakwa, sehingga hakim dapat menjatuhkan hukuman (*uqubat*) yang memenuhi rasa keadilan. Penggunaan takaran emas murni sebagai denda, karena nilai tukar emas murni sangat stabil dan tidak fluktuatif.
8. Penundukan diri pada hukum jinayat. Qanun Aceh No. 7 Tahun 2013 tentang Hukum Acara Jinayat membuka kesempatan kepada pelaku jarimah yang beragama bukan Islam dapat memilih dan menundukan diri pada Qanun ini, diperiksa dan diadili oleh Mahkamah Syar'iyah. Penundukan diri pelaku yang beragama bukan Islam pada hukum jinayah dan hukum acara jinayah merupakan hal Baru, karena dalam studi hukum pidana nasional tidak dikenal adanya pilihan hukum (*choice of law*) dan penundukan diri. Penundukan diri dapat dilakukan oleh pelaku jarimah yang tidak beragama Islam, karena melakukan jarimah secara bersama sama dengan orang yang beragama Islam. Pilihan hukum penundukan diri oleh pelaku jarimah yang bukan beragama Islam, karena Qanun ini menganut asas personalitas keislaman dan bukan asas teritorial

murni.

Pembentukan Qanun Aceh Nomor 6 Tahun 2014 tentang Hukum Jinayat berlandaskan pada 4 (empat) prinsip falsafah hukum syariah. Pertama. Ketentuan pidana yang terdapat dalam Qanun Hukum Jinayah bersumber pada al-Qur'an dan al-Sunnah, dan beberapa praktik sahabat. Kedua, penafsiran atau pemahaman terhadap al-Qur'an dan al-Sunnah tersebut dihubungkan dengan keadaan dan kebutuhan lokal (adat) masyarakat Aceh pada khususnya, dan dunia Melayu Indonesia pada umumnya, serta dengan tata aturan yang berlaku dalam Negara Kesatuan Republik Indonesia (NKRI).

Ketiga, penafsiran dan pemahaman tersebut diupayakan berorientasi ke masa depan, demi memenuhi kebutuhan masyarakat Indonesia yang sedang membangun di awal abad kelima hijriyah atau abad ke dua puluh satu masehi, serta mampu menyahuti semangat zaman modern seperti isu perlindungan Hak Asasi Manusia (HAM), kesetaraan gender dan mempertimbangkan kemajuan ilmu pengetahuan dan teknologi, terutama ilmu hukum yang perkembangannya relatif sangat pesat dan cepat.

Keempat, guna melengkapi tiga prinsip di atas dipedomani prinsip yang dikandung dalam sebuah *kaidah fiqhiyah kulliyah* yang dikenal luas: *al-muhafadhah `ala al-qadimi al-shalih wa al-akhzu hi al-jadid ashlah* yang artinya, memelihara dan memakai ketentuan-ketentuan lama (mazhab) yang masih baik (relevan), serta berusaha mencari dan merumuskan ketentuan

baru yang lebih baik dan lebih unggul.²⁴⁷

Keempat prinsip ini menjadi dasar filosofis dan kerangka kerja perumusan Qanun Hukum Jinayah sebagai hukum (*fiqh*) positif di Aceh. Qanun Hukum Jinayah menjadi sub sistem dari sistem hukum nasional dan sistem peradilan nasional. Qanun Hukum Jinayah di Aceh tetap berada di bawah naungan al-Qur'an dan as-Sunnah Rasulullah SAW, sekaligus berada dalam bingkai sejarah panjang pemikiran fikih dan penerapan syariat Islam di berbagai belahan dunia. Perumusan qanun ini juga bertumpu pada budaya dan adat istiadat lokal masyarakat Indonesia, khususnya Aceh, serta berkolaborasi dengan sistem hukum yang berlaku di dalam NKRI.

Dengan demikian filosofi, asas, tujuan dan prinsip yang dikandung Hukum Jinayat atau Hukum Acara Jinayat menunjukkan adanya paradigma baru hukum di Aceh. Para penegak hukum dan masyarakat diharapkan mampu mewujudkan sebuah tatanan Hukum Fiqh baru yang berakar dan menyatu dengan kesadaran hukum rakyat. Konstruksi hukum yang sedang dikerjakan ini, juga diharapkan mampu memenuhi kebutuhan masa depan bangsa yang semakin rumit dan kompleks, serta tidak tersandung pada tuduhan mengabaikan perlindungan HAM dan kesetaraan gender. Dalam ungkapan masyarakat lokal yang dikutip dari al-Qur'an, upaya ini sering dinyatakan sebagai *ijtihad* merumuskan aturan hukum yang "*rahmatan lil 'alamin*"

D. Kasus – Kasus

²⁴⁷ Syahrizal Abbas, *ibid*, hlm. xxxv

1. Jaksa Penuntut Umum

Mahkamah Syar'iyah di Sigli yang memeriksa dan mengadili perkara

Jinayat pada tingkat pertama dalam acara singkat telah menjatuhkan

Putusan sebagai berikut atas nama Terdakwa:

Nama Lengkap : FAUZI bin A. RANI
Tempat Lahir : Glee Gapui
Umur/Tanggal Lahir : 48 Tahun/01 Juli 1966
Jenis Kelamin : Laki-laki
Suku : Aceh
Kebangsaan : Indonesia
Tempat Tinggal : Gampong Bale Baroh, Kecamatan Indrajaya,
Kabupaten Pidie
Agama : Islam
Pekerjaan : Wiraswasta (Tukang Tambal Ban)
Pendidikan : SD (tidak tamat)

Telah mendengar tuntutan Penuntut Umum yang dibacakan dipersidangan yang pada pokoknya memohon kepada Majelis Hakim yang memeriksa dan mengadili perkara ini agar menjatuhkan terhadap diri Terdakwa yang tuntutananya sebagai berikut:

1. Menyatakan bahwa Terdakwa Fauzi bin A. Rani terbukti secara sah dan meyakinkan bersalah melakukan tindak pidana Maisir/Perjudian sebagaimana diatur dan diancam pidana dalam Pasal 5 jo. Pasal 23 ayat (1) Qanun Provinsi NAD Nomor 13 Tahun 2003 tentang Maisir sesuai Dakwaan Penuntut Umum;
2. Menjatuhkan pidana terhadap Terdakwa Fauzi bin A. Rani dengan pidana uqubat cambuk didepan umum sebanyak 12 (dua belas) kali dikurangi selama Terdakwa dalam tahanan sementara;
3. Menyatakan barang bukti dirampas untuk diserahkan kepada Baitul Mal Kota Sigli
4. Menetapkan supaya Terdakwa Fauzi bin A. Rani membayar biaya perkara sebesar Rp. 2.000,- (dua ribu rupiah)

2. Tuntutan Hakim

Menimbang bahwa terdakwa telah didakwa oleh penuntut umum dengan dakwaannya yaitu perbuatan terdakwa-terdakwa melanggar dan diancam pidana/uqubat Pasal 23 ayat (1) dan ayat (2) Qanun Provinsi NAD Nomor 13 Tahun 2003 tentang maisir / perjudian;

Menimbang bahwa oleh karena dakwaan Penuntut Umum pelanggaran Pasal 23 ayat (1) dan ayat (2), maka Majelis Hakim akan membuktikan terlebih dahulu dakwaan melanggar Pasal 23 Qanun Provinsi NAD Nomor 13 Tahun 2003

Menimbang, berdasarkan Pasal 23 ayat (2) Qanun Provinsi NAD No. 13 Tahun 2003 yang dikehendaki dalam Pasal 23 ayat (2) tersebut adalah

pelanggaran terhadap apa yang dimaksud dalam Pasal 5 Qanun Provinsi NAD No. 13 Tahun 2003 yang unsurnya sebagai berikut:

1. Unsur setiap orang;

Yang dimaksud "setiap orang" adalah menunjukkan kepada individu seseorang yang berada di wilayah hukum Provinsi Aceh sebagai subyek hukum (seseorang yang mempunyai hak dan kewajiban) yang mempertanggung jawabkan perbuatannya secara pidana dalam perkara ini;

Menimbang bahwa unsur ini menghendaki kepada subjek hukum yaitu setiap individu yang beragama Islam yang dapat dimintakan pertanggung jawaban suatu jarimah yang dilakukan;

Menimbang, bahwa dipersidangan Saksi-saksi telah memberikan keterangan dibawah sumpahnya dan Terdakwa sendiri telah mengakui bahwa Terdakwa yang hadir dan diperiksa di persidangan adalah Terdakwa yang identitasnya sesuai dengan yang termuat dalam Catatan Penuntut Umum

Menimbang bahwa berdasarkan fakta hukum yang diperoleh dalam persidangan telah membenarkan indentitasnya yang tercantum dalam surat dakwaan Penuntut Umum dan yang dimaksud dengan unsur setiap **orang**" disini adalah Terdakwa **Fauzi bin A. Rani**, dengan demiki an atas dasar tersebut Majelis Hakim berkeyakinan bahwa unsur setiap orang telah cukup terpenuhi dan terbukti secara sah dan meyakinkan menurut hukum;

Menimbang, bahwa berdasarkan fakta-fakta tersebut dapat disimpulkan bahwa dalam perkara ini tidak terdapat kesalahan orang yang diajukan kemuka persidangan,;

2. Unsur melakukan perbuatan maisir

Menimbang, yang dimaksud dengan "Dilarang" adalah seseorang melakukan perbuatan tidak mempunyai hak atau kewenangan untuk melakukan perbuatan tersebut atau bukan hanya tidak ada izin dari yang berwenang untuk melakukan perbuatan tersebut atau bukan hanya tidak ada izin dari yang berwenang atau tidak dibenarkan oleh Undangundang atau perbuatan melawan hokum atau tidak ada alasan pemaaf atau alasan pembenaran ;

Menimbang, bahwa yang dimaksud dengan "Perbuatan Maisir" atau perjudian adalah kegiatan dan atau perbuatan yang bersifat taruhan antara dua pihak atau lebih dimana pihak yang menang mendapatkan bayaran ;

Menimbang unsur perbuatan Maisir /perjudian ini menghendaki adanya suatu sifat taruhan antara dua pihak atau lebih dan bagi yang menang memperoleh bayaran.

Menimbang, bahwa berdasarkan keterangan pars saksi, dimana Terdakwa ditangkap karena telah melakukan menjadi pelaku agen judi togel pada pada hari Rabu tanggal 16 Juli 2014 sekira pukul 23.30 Wib Terdakwa Fauzi bin A. Rani sebagai Agen judi Togel dan

Terdakwa telah mengakui dan menyadari tertangkap oleh Petugas dari Pokes Pidie sebagai agen judi togel sedang mengumpulkan nomor judi Togel bersifat taruhan saat ditulis pada sebuah Hand Phone milik Terdakwa yang berada di depan sebuah kedai jahit pakaian yang sedang tutup yang terletak di Gampong Bale Baroh, Kecamatan Indrajaya, Kabupaten Pidie, dimana dilarang oleh Agama dan Negara dan rela menerima hukumannya;

Menimbang bahwa dan fakta yang terungkap berdasarkan pengakuan Terdakwa sendiri dan keterangan para saksi serta dihubungkan dengan barang bukti, ternyata terdakwa telah terbukti secara sah dan meyakinkan menurut hukum telah melakukan perbuatan tersebut adalah dilarang dan pelakunya di kenakan sanksi sebagaimana yang diatur dalam pasal 2 ayat (1) Qanun Propinsi NAD Nomor : 13 Tahun 2003 sejalan pula dengan firman Allah dalam Al-Quran surah Al-Maidah ayat 90 yang bunyi :

يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِنَّمَا الْخَمْرُ وَالْمَيْسِرُ وَالْأَنْصَابُ وَالْأَزْلَامُ
رِجْسٌ مِّنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ فَاجْتَنِبُوهُ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ

Artinya: Hai orang-orang yang beriman sesungguhnya minuman keras (arak), judi, berhala, bertenung adalah pekerjaan yang keji daripada pekerjaan syaitan. Sebab itu hendal dah kamu jauhi, mudah-mudahan kamu mendapat kemenangan ;

Menimbang bahwa oleh karena terdakwa telah terbukti secara sah menurut hukum telah melakukan jarimah Maisir/perjudian sebagaimana diatur dalam pasal (5) Qanun Prop. NAD No. 13 tahun dan diancam dengan uqubat cambuk sebagaimana ketentuan pasal 23 (1) dengan uqubat cambuk di depan umum paling banyak 12 (dua belas) kali dan paling sedikit 6 (enam) kali ;

Menimbang, bahwa berdasarkan ancaman dengan uqubat cambuk terhadap Terdakwa tersebut, oleh karena Terdakwa telah ditahan berdasarkan surat perintah penahanan Kepolisian Negera Republik Indonesia Daerah Aceh Resor Pidie nomor: SP.Han/6/V11/2014/Reskim tanggal 17 Juli 2014 dan Kepala Kejaksaan Negeri Sigli nomor :Print-448/N.1.12/Euh.2/08/2014 tanggal 15 Agustus 2014, berdasarkan Pasal 23 ayat 3 Qanun nomor 7 tahun 2013 tentang Hukum Acara Jinayat, maka Majelis Hakim berpendapat uqubat cambuk di depan umum terhadap Terdakwa dikurangi dengan masa tahanan sementara Terdakwa ;

Menimbang bahwa menurut pengamatan Majelis Hakim, selama proses persidangan berlangsung dimana terhadap Terdakwa tidaklah tergolong kepada yang dikecualikan dari tanggngng jawab pidana baik karena adanya alasan pemaaf maupun alasan pembenar, maka karenanya terhadap Terdakwa haruslah dinyatakan bersalah

terhadap jarimah Maisir/perjudian yang dilakukan dan karena itu pula Terdakwa harus dihukum yang setimpal dengan kesalahannya.

Menimbang, terhadap barang bukti dalam surat tuntutan Penuntut umum berupa:

- a. 1 (satu) unit Hand Phone Merek Nokia dirampas untuk dimusnahkan ; Majelis Hakim berpendapat terhadap 1 (satu) unit Hand Phone Merek Nokia adalah dikembalikan kepada Terdakwa ;
- b. Uang tunai sejumlah Rp.326.000,- (tiga ratus dua puluh enam ribu rupiah) dengan perincian sebagai berikut:
 - 1) 1 (satu) lembar uang pecahan Rp.100.000,- ;
 - 2) 2 (dua) lembar uang pecahan Rp. 50.000,- ;
 - 3) 3 (tiga) lembar uang pecahan Rp. 20.000,- ;
 - 4) 1 (satu) lembar uang pecahan Rp. 10.000,- ;
 - 5) 10 (sepuluh) lembar uang pecahan Rp. 5.000,- ;
 - 6) 2 (dua) lembar uang pecahan Rp. 2.000;
 - 7) 2 (dua) lembar uang pecahan Rp.1.000,- ;

Dirampas untuk Baitul Mal;

Majelis Hakim berpendapat sebagaimana tuntutan Penuntut Umum namun dengan perbaikan kalimat yaitu Dirampas untuk Baitul Mal Kabupaten Pidie ;

Menimbang, bahwa oleh karena Terdakwa dinyatakan telah terbukti secara sah dan meyakinkan bersalah melakukan tindak pidana dan dijatuhi pidana maka berdasarkan pasal 222 KUHAP biaya perkara dibebankan kepada Terdakwa;

Menimbang, bahwa dengan memperhatikan pembelaan Terdakwa, tuntutan pidana dari Penuntut Umum, maka sebelum Majelis Hakim menjatuhkan pemidanaan sebagaimana yang akan disebutkan cialam amar putusan terlebih dahulu dipertimbangkan hal-hal yang meringankan dan hal-hal yang memberatkan pada diri terdakwa sebagai berikut :

Hal-hal yang memberatkan:

- 1) Terdakwa sebagai orang muslim yang seharusnya menjunjung tinggi syariat Islam yang sedang ditegakkan di Propinsi Aceh ;
- 2) Perbuatan Terdakwa tidak mendukung program pemerintah dalam memberantas perjudian ;
- 3) Perbuatan Terdakwa meresahkan masyarakat ;

Hal-hal yang meringankan :

- 1) Terdakwa bersikap sopan dipersidangan ;
- 2) Terdakwa mengakui tents terang perbuatannya sehingga memperlancar proses persidangan ;
- 3) Terdakwa menyesali dan berjanji tidak akan mengulangi perbuatannya ;
- 4) Terdakwa belum pernah dihukum;

Memperhatikan segala ketentuan perundang-undangan dan

Qanun Propinsi NAD serta ketentuan Hukum Syara' yang berkaitan dengan perkara ini :

MENGADILI

1. Menyatakan Terdakwa Fauzi bin A. Rani secara sah dan meyakinkan bersalah terbukti telah melakukan tindak pidana Maisir perjudian Togel;
2. Menjatuhkan pidana terhadap Terdakwa Fauzi bin A. Rani dengan uqubat cambuk di hadapan umum sebanyak 8 (delapan) kali cambuk dikurangi selama Terdakwa berada dalam tahanan sementara;
3. Memerintahkan barang bukti berupa:
 - a) Uang tunai sejumlah Rp.326.000.- (tiga ratus dua puluh enam ribu rupiah) dengan rincian :
 - 1) Uang pecahan kertas Rp.100 000.- (seratus ribu rupiah) sebanyak 1 lembar ;
 - 2) uang pecahan kertas Rp. 50.000,- (lima puluh ribu rupiah) sebanyak 2 lembar
 - 3) uang pecahan kertas Rp. 20.000,- (dua puluh ribu rupiah) sebanyak 3 lembar
 - 4) uang pecahan kertas Rp. 10.000,- (sepuluh ribu rupiah) sebanyak 1 lembar ;
 - 5) uang pecahan kertas Rp. 5.000,- (lima ribu rupiah) sebanyak 10 lembar ;
 - 6) uang pecahan kertas Rp. 2.000,- (dua ribu rupiah) sebanyak 2 lembar ;
 - 7) uang pecahan kertas Rp.1.000,- (seribu rupiah) sebanyak 2 lembar ;Dirampas untuk Baitul Mal Kabupaten Pidie;
 - b) 1 (satu) unit Hand Phone Merek Nokia type X2 warna hitam dikembalikan kepada Terdakwa ;
4. Menghukum Terdakwa untuk membayar biaya perkara sebesar Rp.2.000 (dua ribu rupiah);

Demikianlah Putusan ini dijatuhkan di Mahkamah Syar' iyah Sigh pada hari ini Selasa tanggal 23 Syawal Akhir 1435 Hijriyah bertepatan dengan tanggal 19 Agustus 2014 Masehi, dalam rapat permusyawaratan Majelis Hakim, Oleh kami Drs. SAID SAFNIZAR, M.H, sebagai Ketua Majelis, IRWAN, S.H.I, dan ZULICIFLI FIRDAUS, S.H.I, Masing-masing sebagai Hakim Anggota, yang dibacakan pada hari itu juga dalam sidang yang dinyatakan terbuka untuk umum oleh Ketua Majelis tersebut didampingi oleh Hakim-hakim Anggota serta dibantu oleh KAMARIAH, SH sebagai Panitera Pengganti dengan dihadiri oleh Jaksa Penuntut Umum dan Terdakwa.

BAB IV
PELAKSANAAN HUKUMAN CAMBUK DAN PENYELESAIAN

PERKARA JINAYAT DI ACEH DALAM PERSPEKTIF HAK ASASI MANUSIA

A. Penerapan Hukuman Cambuk Di Aceh Menurut Sistem Hukum Pidana di Indonesia Dalam Perspektif Hak Asasi Manusia

Hakekat hukum pada prinsipnya terkait dengan kehidupan bersama manusia sehingga keberadaan hukum berdampingan dengan tujuan yang hendak diwujudkan. Hukum dengan daya pemaksa dan daya pengikatnya akan mendorong perilaku warga masyarakat ke arah tujuan yang dikehendaki bersama. Manusia dalam kebersamaannya dengan yang lain di samping dihadapkan pada pertentangan atau konflik kepentingan juga mendambakan ketertiban dan kedamaian serta keseimbangan. Konflik dan ketertiban merupakan 2 (dua) sisi yang berbeda dalam kehidupan sosial manusia. Konflik mengarahkan kehidupan bersama pada persaingan, pertikaian, dan bahkan peperangan yang berdampak pada keretakan sosial atau instabilitas sosial. Sebaliknya ketertiban mengarahkan kehidupan manusia pada penciptaan hubungan sosial yang harmonis dan damai. Untuk meminimalkan konflik dan memperbesar ketertiban hukum memberikan peranannya yang penting melalui skenario perilaku yang harus atau tidak boleh dilakukan dan pembagian hak dan kewajiban diantara warga masyarakat.²⁴⁸

Minimalisasi konflik dan optimalisasi ketertiban dapatlah dinyatakan sebagai tujuan akhir dari penggunaan hukum sebagai pengatur kehidupan

²⁴⁸Sudikno Mertokusumo, *Sistem Hukum*, Yogyakarta: UGM Press, 1999, hlm. 71.

masyarakat. Untuk menjamin terwujudnya tujuan akhir tersebut, norma hukum harus dibentuk dan dilaksanakan dengan mendasarkan nilai-nilai dasar tertentu. Nilai dasar tersebut menjadi pengarah dan acuan dalam berperilaku serta sekaligus berfungsi sebagai ukuran untuk menilai potensi dan realita keberhasilan hukum mencapai tujuan akhirnya. Terjabarkannya atau teraktualisasikannya nilai dasar dalam substansi hukum atau dalam perilaku hukum merupakan tujuan antara yang menentukan peranan hukum menciptakan ketertiban dan meminimalkan konflik. Artinya tujuan akhir dari hukum akan dapat diwujudkan jika nilai dasar hukum dapat dijabarkan dengan tepat.

Di masa reformasi keinginan ini disahuti Pemerintah Pusat secara lebih baik, melalui dua produk perundangan, Undang-Undang Nomor 44 tahun 1999 dan Undang-Undang Nomor 18 tahun 2001. Dalam UU. No 44 tahun 1999, pasal 1 angka 10 disebutkan bahwa *syariat Islam adalah tuntunan ajaran Islam dalam semua aspek kehidupan*". Sedang dalam angka 11 disebutkan *Adat adalah aturan atau perbuatan yang bersendikan Syariat Islam yang lazim dituruti, dihormati dan dimuliakan sejak dahulu yang dijadikan sebagai landasan hidup*. Dalam pasal 4 ayat (1) dinyatakan bahwa: *Penyelenggaraan kehidupan beragama di daerah diwujudkan dalam bentuk pelaksanaan syariat Islam bagi pemeluknya dalam bermasyarakat*". Sedang ayat 2 berbunyi: *Daerah mengembangkan dan mengatur penyelenggaraan kehidupan beragama, sebagaimana dimaksud pada ayat (1) dengan tetap menjaga kerukunan hidup antar umat beragama*': Undang-undang ini juga memberikan pengakuan tentang

adanya tatanan ekonomi yang islami yang harus dilaksanakan di daerah, serta peranan lembaga ulama dalam menentukan kebijakan daerah (pasal 9).

Dalam UU No. 18 tahun 2001, pasal 25 ayat (1) disebutkan: *Peradilan syariat Islam di Provinsi NAD sebagai bagian dari sistem peradilan nasional dilakukan oleh Mahkamah Syar'iyah yang bebas dari pengaruh pihak manapun.* Dalam ayat (2) disebutkan: *Kewenangan Mahkamah Syar'iyah sebagaimana dimaksud pada ayat (1) didasarkan atas syariat Islam dalam sistem hukum nasional, yang diatur lebih lanjut dengan Qanun Provinsi NAD.* Sedang ayat (3) berbunyi: *Kewenangan sebagaimana dimaksud pada ayat (2) diberlakukan bagi pemeluk agama Islam.* Sekiranya aturan dalam dua undang-undang di atas dikaitkan dengan Undang-Undang Nomor 22 tahun 1999, yang menyatakan bahwa hukum tidak termasuk dalam kewenangan daerah (pasal 7 ayat 1), maka adanya lembaga peradilan yang akan melaksanakan syariat Islam di Aceh, jelas sekali merupakan pemberian otonomi khusus dalam bidang peradilan dan hukum. Jadi aturan ini harus dipahami sebagai tambahan atau perkecualian terhadap aturan umum yang ada.

Masalah ketidak-taatan warga, pengawasan, serta pemaksaan oleh penguasa (pemerintah) agar anggota masyarakat patuh kepada aturan fiqih, dalam tradisi Islam masuk ke dalam fiqih juga, tetapi pembahasannya tidak dalam buku fiqih melainkan dalam disiplin *al-ahkam-us sulthaniyyah* atau *siyasah asy-syar'iyah*. Dalam disiplin ini di uraikan hak dan kewajiban penguasa dalam hubungan dengan penjagaan ketertiban masyarakat dan

pengamalan Syaria Islam. Sekiranya dibandingkan dengan istilah 'modern", disiplin ini merupakan bagian dari hukum publik yang akan membahas hukum pidana, hukum acaranya, fungsi kepolisian dan kejaksaan, serta sistem dan kekuasaan peradilan.

Ada 3 (tiga) nilai dasar yang berfungsi sebagai pengarah dan acuan dalam pembentukan dan pelaksanaan hukum, yaitu:

a. Kepastian hukum

Kepastian hukum dimaknakan sebagai adanya kejelasan skenario perilaku yang bersifat umum dan mengikat semua warga masyarakat termasuk konsekuensi-konsekuensi hukumnya.²⁴⁹ Kepastian hukum dalam pengertian yang demikian dapat diciptakan baik dalam hukum kebiasaan maupun hukum perundang-undangan negara. Dalam kelompok primer atau tradisional dengan hukum tidak tertulisnya, kepastian hukum diperoleh melalui pitutur atau wejangan dan kontrol informal yang menjadi sarana sosialisasi dan internalisasi norma hukum pada setiap warga masyarakat serta sekaligus menjadi cerminan tentang keberadaan norma hukum itu sendiri. Tokoh penyampai pitutur atau wejangan dan kontrol dari setiap orang merupakan penjamin kepastian hukum yang berlaku dalam masyarakat. Dalam perkembangannya, seiring dengan meluasnya keanggotaan kelompok dan terstrukturnya kekuasaan yang memuncak pada terbentuknya organisasi negara, tuntutan akan kepastian hukum mengalami perubahan bentuknya ke arah yang lebih kongkret tertulis dalam peraturan perundang-undangan.

²⁴⁹LJ van Apeeldom, *Pengantar Ilmu Hukum*, Jakarta: Sinar Grafika, 1975, hlm. 24-25; Lihat juga Achmad Ali, *Menguak Tahir Hukum : Suatu Kajian Filosofis dan Sosiologis*, PT Toko Gunung Agung, Jakarta, 2002, hlm. 82.

Adanya kejelasan skenario perilaku yang berlaku umum dan mengikat semua orang termasuk konsekuensi hukumnya memberikan arahan mengenai kewajiban yang harus dilaksanakan dalam hubungannya dengan warga masyarakat yang lain dan hak-hak yang dapat diperolehnya. Dengan kejelasan tersebut, setiap orang mempunyai kebebasan untuk melakukan pilihan perilaku antara memenuhi kewajiban dan menjauhi perilaku yang dilarang atau mengingkari kewajiban dan menabrak larangan. Pilihan-pilihan tersebut mempunyai konsekuensinya yang berbeda yaitu terpenuhinya hak-hak tertentu sebagai imbalan pemenuhan kewajiban atau diterimanya sanksi sebagai imbalan terhadap pengingkaran kewajibannya. Dengan kejelasan itu, norma hukum merupakan instrumen yang potensial untuk mewujudkan ketertiban dalam masyarakat.

Penciptaan kepastian hukum terutama dalam peraturan perundang-undangan memerlukan persyaratan yang berkenaan dengan struktur internal dari norma hukum itu sendiri. Persyaratan internal tersebut adalah: *Pertama*, kejelasan konsep yang digunakan. Norma hukum berisi deskripsi mengenai perilaku tertentu yang kemudian disatukan ke dalam konsep tertentu pula.

Kedua, kejelasan hirarkhi kewenangan dari lembaga pembentuk peraturan perundang-undangan. Dalam sistem hukum sipil, ada hirarkhi peraturan perundang-undangan dan masing-masing hirarkhi hanya dapat dibentuk oleh lembaga yang sudah ditunjuk. Undang-undang hanya boleh dibuat badan legislatif, peraturan pemerintah hanya boleh dibuat

oleh lembaga eksekutif secara koordinatif, peraturan presiden hanya dibuat oleh pimpinan eksekutif, peraturan menteri hanya dapat dibuat oleh departemen yang membawahi bidang substansi yang diaturnya. Hirarkhi mengandung konsekuensi bahwa peraturan perundang-undangan yang lebih rendah tidak boleh bertentangan dengan yang lebih tinggi dan peraturan yang lebih rendah hanya dapat dibuat jika peraturan yang lebih tinggi mendelegasikan untuk dibuatnya peraturan tersebut. Kejelasan hirarkhi ini penting karena menyangkut sah atau tidak dan mengikat atau tidaknya peraturan perundang-undangan yang dibuatnya. Kejelasan hirarkhi akan memberi arahan pembentuk hukum yang mempunyai kewenangan untuk membentuk suatu peraturan perundang-undangan tertentu.

Ketiga, adanya konsistensi norma hukum perundang-undangan. Artinya ketentuan-ketentuan dari sejumlah peraturan perundang-undangan yang terkait dengan satu subyek tertentu tidak saling bertentangan antara satu dengan yang lain. Secara vertikal, kepastian hukum dapat diwujudkan jika ketentuan dalam peraturan yang lebih rendah dengan lebih tinggi terdapat kesesuaian. Ketidakesesuaian akan menghadapkan warga masyarakat pada pilihan-pilihan ketentuan yang berujung pada kebingungan untuk memilih. Akibatnya antara warga masyarakat yang satu dengan lainnya dapat melakukan pilihan ketentuan yang berbeda menurut pertimbangan yang paling menguntungkan bagi dirinya. Kondisi yang demikian menunjukkan tiadanya kejelasan mengenai skenario perilaku yang harus diikuti oleh semua orang.

b. Nilai dasar keadilan

Keadilan merupakan konsep yang abstrak yang tidak begitu mudah untuk mengkongkretkan dalam suatu rumusan yang dapat memberikan gambaran yang menjadi intinya. Satjipto mengidentifikasi 9 (sembilan) definisi keadilan yaitu: memberikan kepada setiap orang yang seharusnya diterima, memberikan kepada setiap orang yang menurut aturan hukum menjadi haknya, kebajikan untuk memberikan hasil yang telah menjadi bagiannya, memberikan sesuatu yang dapat memuaskan kebutuhan orang, persamaan pribadi, pemberian kemerdekaan kepada individu untuk mengejar kemakmurannya, pemberian peluang kepada setiap orang mencari kebenaran, dan memberikan sesuatu secara layak.²⁵⁰ Penulis lain yaitu Sudikno Mertokusumo mengemukakan keadilan sebagai penilaian terhadap perlakuan seseorang terhadap yang lainnya dengan menggunakan norma tertentu sebagai ukurannya.²⁵¹

Keragaman definisi tentang keadilan menunjukkan bahwa upaya untuk mewujudkan sesuatu dapat disebut adil tidaklah mudah dilakukan sehingga suatu perilaku yang oleh satu kelompok dikatakan adil namun bagi kelompok lain dapat dinilai sebaliknya. Upaya yang dapat dilakukan adalah mendekatkan keputusan hukum pada rasa keadilan yang dihayati oleh masyarakat agar pelaksanaan hukum dapat berkontribusi pada penciptaan ketertiban, seperti halnya dengan penerapan qanun jinayat bagi masyarakat Aceh atau yang mau mengikuti ketentuan ini, maka kepadanya tetap diberitahukan.

²⁵⁰Satjipto Rahardjo, *Ilmu Hukum*, Alumni, Bandung, 1982, hlm. 49-51.

²⁵¹Sudikno Mertokusumo, *Sistem Hukum*, Yogyakarta: UGM Press, 1999, hlm. 71-72.

c. Nilai kemanfaatan

Yaitu optimalisasi pencapaian tujuan sosial dari hukum. Setiap ketentuan hukum di samping dimaksudkan untuk mewujudkan ketertiban dan keteraturan sebagai tujuan akhir, juga mempunyai tujuan sosial tertentu yaitu kepentingan-kepentingan yang diinginkan untuk diwujudkan melalui hukum baik yang berasal dari orang perseorangan maupun masyarakat dan Negara. Demikian pula dengan diberlakukannya syariat Islam di Aceh dengan qanunnya.

Fungsi Hukum

Penggunaan hukum untuk mewujudkan tujuan tertentu menuntut adanya fungsi-fungsi tertentu yang harus dijalankan oleh hukum. Dilihat dari kedudukan dan peranannya, Mulyana W. Kusumah mengemukakan 4 (empat) macam fungsi hukum²⁵² yang dapat diklasifikasi dalam 2 (dua) kelompok, yaitu: *Pertama*, hukum berfungsi mempertahankan tatanan tertib sosial kehidupan masyarakat dengan cara melakukan kontrol sosial terhadap perilaku manusia. Kontrol sosial melalui hukum dalam kondisi tertentu dijalankan dengan memberikan diskresi yang terlalu luas kepada pemegang kekuasaan. Pemberian diskresi yang luas menyebabkan posisi hukum tidak independen terhadap kekuasaan politik sehingga hukum lebih berkarakter repressif karena tertib sosial yang hendak diciptakan lebih sesuai dengan yang dikehendaki oleh pihak penguasa. Namun kontrol sosial melalui hukum dapat dilakukan dengan membatasi adanya diskresi kepada

²⁵²Mulyana W. Kusumah, *Instrumentasi Hukum dan Reformasi Politik*, dalam *Majalah Prisma*, nomor 7, bulan Juli 1995, hlm. 4-6.

pemegang kekuasaan dan sebaliknya lebih menekankan pada nilai-nilai atau prinsip-prinsip atau doktrin-doktrin dari hukum sendiri. Pembatasan diskreasi menyebabkan hukum lebih mempunyai otonomi dan tertib sosial yang diciptakan lebih sejalan dengan nilai-nilai dari hukum itu sendiri.

Kedua, hukum berfungsi melakukan perubahan dari suatu kondisi sosial tertentu yang ada ke dalam suatu kondisi sosial yang lain sesuai dengan yang dikehendaki. Kondisi sosial yang baru dapat berasal pihak yang berkuasa dalam negara sehingga perubahan yang terjadi lebih merupakan suatu bentuk rekayasa sosial atau "*social engineering*" karena lebih mencerminkan keinginan atau cita-cita dari pihak penguasa negara. Substansi perubahan sosial dapat juga berasal dari pengembangan nilai-nilai atau prinsip-prinsip atau doktrin-doktrin dari hukum sendiri yang disertai dengan sikap tanggap sosial sehingga perubahan sosial yang terjadi lebih merupakan upaya *emansipatif* atau hasil dari sikap *responsif* hukum terhadap keinginan atau cita-cita yang berkembang dalam masyarakat.

Fungsi hukum untuk melakukan perubahan sosial merupakan perkembangan dari fungsi hukum yang konvensional. Pada kelompok-kelompok masyarakat yang lebih sederhana, hukum lebih ditekankan pada fungsinya yang konvensional yaitu melakukan kontrol terhadap perilaku warga masyarakat dalam rangka terciptanya tertib sosial. Ketika masyarakat berkembang ke arah yang semakin kompleks dan modern, manusia tidak merasa puas dengan kondisi sosial yang ada termasuk perubahan-perubahannya yang hanya bersifat evolutif. Mereka melakukan berbagai perencanaan untuk melakukan perubahan sosial yang relatif lebih terarah,

cepat, dan tertib. Sejalan dengan politik pengembangan perubahan sosial dengan karakter tersebut di atas, hukum kemudian ditempatkan sebagai instrumen untuk mendukung terciptanya perubahan sosial yang terencana tersebut.

Reaktualisasi ajaran kausalitas dalam pilar penegakan hukum Hak Asasi Manusia di Aceh dengan menerapkan hukum cambuk seperti diatur dalam Qanun Jinayat yang telah berlaku kurang lebih satu tahun pada prinsipnya terdapat pro dan kontra menyangkut penerapannya.

Prinsip kausalitas menitikberatkan pada hubungan antara sebab dan akibat dalam hukum pidana, sedangkan pembangunan dalam bidang hukum mempunyai peranan yang signifikan, terutama untuk mengantisipasi dan menanggulangi adanya penyimpangan dengan timbulnya tindak pidana, dalam GBHN telah menggariskan sasaran pembangunan di bidang hukum adalah:

"Terbentuk dan berfungsinya sistem hukum nasional yang mantap dan bersumberkan Pancasila dan UUD 1945 dengan memperhatikan kemajemukan tatanan hukum yang berlaku, yang mampu menjamin kepastian, ketertiban penegakan dan perlindungan hukum yang berintikan keadilan dan kebenaran serta mampu mengamankan dan mendukung pembangunan nasional".

Meskipun sistem hukum nasional mengikuti berbagai kecenderungan perkembangan, namun harus tetap sesuai dengan nilai-nilai filsafat, budaya dan hukum yang menunjukkan jati diri bangsa Indonesia. Sistem hukum nasional harus dapat menggambarkan interaksi dengan lingkungan baik

lingkungan nasional maupun internasional,²⁵³ sebagai konsekuensi dari negara hukum. Hal ini sebagaimana diamanatkan dan digariskan dalam Pasal 1 ayat (3) UUD 1945 amandemen ketiga, dan teori negara hukum didasarkan kepada prinsip bahwa dalam negara hukum sistem hukum ini sangat menghormati hak asasi manusia. Hukum sebagai panglima merupakan *conditio sine quanon*.²⁵⁴ Secara teoritik, nilai-nilai yang terkandung dalam pokok pikiran pembukaan UUD 1945 dapat menjadi nilai filsafati dan dasar hukum fundamental untuk mengkaji penyesuaian substansi dari teori hukum pidana, termasuk nilai-nilai dalam proses penegakan hukum.

Terkait dengan penegakan hukum harus memperhatikan unsur penting, yaitu:

1. Filosofis (adanya keadilan, etika dan moral);
2. Sosiologis (adanya kemanfaatan); dan
3. Yuridis/normatif (adanya kepastian).

Dalam penegakan hukum yang dihadapkan pada kehidupan masyarakat, ketiga unsur dimaksud tidak dapat dipisahkan satu sama lain, dan saling mempengaruhi, serta saling mendukung. Upaya untuk penegakan hukum dalam menanggulangi kejahatan dilihat dari literatur hukum pidana disebut kebijakan kriminal atau politik kriminal. Dengan mengacu pada definisi Marc Ancel kebijakan kriminal menurut Sudarto secara singkat diartikan sebagai upaya rasional dari masyarakat dalam menanggulangi

²⁵³ Sunarjati Hartono, "Perencanaan Pembangunan Hukum Nasional (Materi Hukum, Proses dan Mekanisme) Dalam PJP II," Bandung, *Majalah Padjadjaran*, Nomor 1, 1995, hlm. 48.

²⁵⁴ Sudargo Gutama, *Pengertian Tentang Negera Hukum*, Alumni, Bandung, 1983, hlm. 3.

kejahatan.²⁵⁵

Perlu juga disimak pandangan dari Barda Nawawi Arief, yang menyatakan bahwa masalah pokok dan hukum pidana dalam masalah hubungan kekuasaan antar negara dan warga masyarakat, yang mempunyai hubungan dengan konsep nilai sosio-filosofik, sosio-politik, dan sosio-kultural dari suatu masyarakat atau negara.²⁵⁶ Hukum Pidana sebagai seperangkat norma, dogma dan sistem aturan, menempatkan tingkah laku individu manusia sebagai objek sekaligus subjek utama dalam pengaturannya. Hal ini menunjukkan bahwa hukum pidana memiliki fungsi mempertahankan ketertiban dan memelihara keteraturan dalam tata pergaulan masyarakat. Selain itu hukum pidana juga memiliki kekuasaan yang dapat menghapuskan hak-hak pribadi yang bahkan itu dilindungi oleh konstitusi negara. Penggunaan hukum pidana juga disandarkan pada usaha untuk melindungi hak-hak individu beserta hak-hak komunalnya. Kekuasaan itu ialah kewenangan untuk menentukan perilaku yang bagaimana disebut sebagai tindak pidana (*strafbaarfeit*) dan bentuk ancaman hukum (sanksi) sebagai akibat perbuatan seseorang yang memenuhi rumusan undang-undang sebagai tindak pidana.²⁵⁷

Walaupun demikian hukum pidana sebagai salah satu sub sistem hukum tetap diperlukan untuk menanggulangi kejahatan yang terjadi dalam

²⁵⁵ Sudarto, *Hukum dan Hukum Pidana*, Alumni, Bandung, 1988, hlm.93., lihat juga Barda Nawawi Arief, *Beberapa Aspek Kebijakan Penegakkan dan Pengembangan Hukum Pidana*, Citra Aditya Bakti, Bandung, 1986, hlm.2.

²⁵⁶ Barda Nawawi Arief, *Ibid*, hlm.111.

²⁵⁷ Lihat dalam Bukunya Mokhammad Najih, *Politik Hukum Indonesia Pasca Reformasi*, In Trans Publishing Malang, 2008, hlm. 18, Lihat juga dalam J. Rammelink, 2003, hlm. 1-2.

masyarakat. Namun, menurut Lili Rasjidi²⁵⁸ bahwa kemampuan hukum untuk menyelenggarakan fungsinya sangat ditentukan oleh kemampuan komponen-komponen sistemnya, baik secara otonom maupun dalam kerangka sistem sebagai suatu keseluruhan. Lemahnya salah satu komponen sistem, akan membawa pengaruh besar terhadap gerak sistem itu, dan jika gerak sistem itu berlangsung dalam keadaan tidak stabil dalam kurun waktu yang melampaui batas-batas waktu yang wajar, gerak sistem itu akan mempengaruhi pula kemampuan otonom dari komponen-komponen sistem lainnya. Jika hal demikian terjadi, maka hukum sebagai sistem akan terancam kemampuannya, dan dalam keadaan demikian hukum akan sangat sulit mengemban fungsi dan mewujudkan tujuan-tujuannya. Oleh karena itu, untuk melakukan pengkajian dan penilaian perlu juga digunakan pendekatan sistem sekaligus dengan menganalisisnya secara sistem pula terkait dengan permasalahan dalam penelitian disertasi ini.

Sebagai salah satu sistem penggunaan hukum pidana dalam penanggulangan kejahatan tersebut berkaitan dengan masalah kebijakan hukum pidana (*penal policy*). Mengenai pengelompokan atau jenis perbuatan pidana, buku-buku fiqih membaginya menjadi tiga: hudud, jinayat (qishash dan diyat) serta ta'zir. Hudud yang disepakati ulama hanya mencakup empat perbuatan yaitu pencurian, perzinahan, menuduh berbuat zina dan pemberontakan. Sedang yang tidak disepakati ada dua buah juga yaitu murtad dan minum-minuman keras. Ciri utama perbuatan pidana jenis

²⁵⁸ Lili Rasjidi, "Pembangunan Sistem Hukum Dalam Rangka Pembinaan Hukum Nasional", Dalam kumpulan Karya Ilmiah Pakar Hukum: Bunga Rampai Pembangunan Hukum Indonesia, Eresco, Bandung 1995, Lihat Juga Dalam *Butir-Butir Pemikiran Dalam Hukum*, Refika Aditama, Jakarta. 2011, hlm.129-130.

ini adalah hukumannya. Hukuman untuk setiap perbuatan pidana kelompok ini hanya satu. Hakim harus menjatuhkan hukuman itu sekiranya perbuatan terbukti; tidak ada pilihan dan tidak ada hukuman alternatif.

Sedang pada jinayat yaitu pembunuhan atau perlukaan (perlukaan lebih luas dari penganiayaan), tugas pengadilan hanyalah membuktikan adanya perbuatan pidana, sedang penjatuhan hukuman menjadi hak korban atau keluarga korban. Kalau keluarga atau korban memberikan maaf kepada pelaku pembunuhan atau perlukaan, maka hukuman boleh dikurangi atau sama sekali tidak dijatuhkan. Aturan tentang adanya hak keluarga untuk menjatuhkan hukuman, termasuk di dalamnya pemaafan, ini banyak dikritik oleh orientalis karena dianggap sebagai sisa dari hukum masyarakat primitif kesukuan, dan sama sekali belum mencerminkan kemoderenan. Untuk ini sebagian ulama Islam menyatakan bahwa diantara hikmah aturan qishah diyat adalah untuk membatasi dendam terhadap si pembunuh hanya pada keluarga korban, tidak diperluas kepada seluruh masyarakat. Bahwa pembunuhan adalah urusan keluarga korban, tidak perlu diperluas sehingga menjadi urusan masyarakat. Bahwa pembunuhan hanya mengancam orang atau keluarga tertentu, tidak mengancam masyarakat secara keseluruhan. Menurut para ulama ini, pembunuhan pada umumnya ditujukan pada orang tertentu bukan pada perbuatannya, jadi berbeda dengan pencurian atau perzinaan (perkosaan) yang dapat mengancam siapa saja, maksudnya tujuan pencurian adalah harta sedang pada perkosaan adalah perbuatannya, bukan orangnya.

Mengenai *ta'zir* adalah perbuatan yang dianggap mengganggu

ketertiban masyarakat, yang tidak dicantumkan secara jelas di dalam al-Qur'an, tetapi diperlukan oleh masyarakat. Menurut buku fiqh hak menentukan bentuk perbuatan serta besarnya hukuman diserahkan kepada hakim (yudikatif, dan tentu juga eksekutif serta legislatif). Untuk perbuatan pidana jenis ini hakim diberi kebebasan untuk memilih hukuman yang dianggap layak. Peraturan (undang-undang) boleh memberikan batas maksimal dan minimal dalam hukuman serta memberikan berbagai alternatif hukuman sehingga hakim boleh memilih yang dia anggap paling layak.

Sekiranya ketentuan di atas dibandingkan dengan bentuk perbuatan pidana yang tertera dalam RUUHP yang sekarang dibicarakan, yang menetapkan adanya 32 jenis perbuatan pidana, maka semua perbuatan pidana dalam rancangan tersebut masuk dalam kategori *ta'zir*, karena hukumannya mempunyai batas maksimal dan minimal yang harus dipilih oleh hakim. Perbuatan pidana dalam RUUHP tidak ada yang berkategori hudud dengan hukuman hanya satu bentuk, pun tidak masuk dalam kategori *qishas/diyat* yang boleh dimaafkan oleh korban atau keluarganya.

Selanjutnya mengenai jenis atau bentuk hukuman, dalam al-Qur'an ditemukan hukuman mati, hukuman cambuk, hukuman potong tangan, hukuman *diyat*, dan hukuman penjara. Namun begitu tidak tertutup kemungkinan untuk mengembangkan jenis hukuman lain sesuai dengan kebutuhan dan rasa keadilan, yaitu hukuman untuk perbuatan pidana yang dikategorikan sebagai *ta'zir*.

Hukuman cambuk adalah hukuman yang paling luas digunakan karena

oleh para ulama direkomendasikan untuk perbuatan pidana *ta'zir*.

Mengenai diyat adalah hukuman yang dijatuhkan atas pembunuhan tidak sengaja dan perlukaan. Seperti halnya disebutkan, hukuman ini dijatuhkan atas permintaan korban atau keluarga korban. Jadi penjatuhan hukuman ini tidak tergantung pada kebijakan atau pertimbangan hakim, tetapi sekali lagi atas permintaan atau tuntutan keluarga atau korban sendiri. Walaupun hukuman ini merupakan konsep yang berdiri sendiri, tetapi barangkali sampai batas tertentu dengan sedikit modifikasi, dapat tertampung dalam konsep pembayaran ganti kerugian yang ditetapkan sebagai hukuman tambahan dalam Pasal 62 RUUHP. Untuk ini penjelasan dalam Pasal 92 perlu ditambah dan dipertajam, baik mengenai jenis perbuatan yang dapat dihukum atau juga mengenai besarnya ganti kerugian yang harus dijatuhkan (wajib dibayarkan).

Kebijakan hukum pidana itu sendiri menurut Sudarto adalah upaya mewujudkan peraturan perundang-undangan pidana yang sesuai dengan keadaan dan situasi pada suatu waktu dan untuk masa-masa yang akan datang.²⁵⁹ Sedangkan menurut *Mulder* politik hukum pidana (*stafrechtspolitik*) ialah garis kebijakan untuk menentukan:²⁶⁰

- a. Seberapa jauh ketentuan-ketentuan pidana yang berlaku perlu diubah atau diperbaharui;
- b. Apa yang dapat diperbuat untuk menegah terjadinya tindak pidana;
- c. Cara bagaimana penyidik, penuntutan, peradilan dan pelaksanaan pidana harus dilaksanakan.

²⁵⁹ Sudarto, *Op.Cit.*, hlm.93, 109.

²⁶⁰ Lihat Barda Nawawi Arief, *Op.Cit.* hlm.28.

Pandangan dari *Mulder* di atas bertolak dan pengertian "Sistem Hukum Pidana" menurut *Marc Ancel* yang menyatakan, bahwa tiap masyarakat yang terorganisir memiliki sistem hukum pidana yang terdiri dari:

1. Perturan-peraturan hukum Pidana dan sanksinya;
2. Suatu Prosedur Hukum Pidana
3. Suatu Mekanisme Pelaksanaan (Pidana);²⁶¹

Dengan demikian, dilihat dari suatu politik hukum pidana usaha penanggulangan kejahatan dengan hukum pidana pada hakekatnya juga merupakan bagian dari usaha penegakan hukum, khususnya penegakan hukum pidana. Politik hukum Pidana hanyalah merupakan bagian politik hukum nasional yang di dalamnya memiliki bagian-bagian yang berbeda. Meskipun demikian pelaksanaan politik hukum pidana bisa terjadi secara bersama dari semua bagian secara terintegrasi, yang bagian-bagian itu adalah sebagai berikut:

1. *Criminalisation Policy* adalah strategi politik hukum pidana untuk memfokuskan kajian pada perbuatan-perbuatan mana yang dapat dikategorikan sebagai perbuatan pidana, perbuatan yang dianggap jahat, yang dapat merugikan orang lain, melanggar norma dan perbuatan itu layak mendapatkan ancaman sanksi bagi siapa pun yang melakukannya. Proses ini sering disebut sebagai proses kriminalisasi. Dalam bagian ini juga bisa terjadi sebaliknya, bahwa dalam "*criminal policy*" itu juga bisa terjadi "*decriminalisation policy*" suatu strategi politik hukum pidana yang menentukan suatu perbuatan yang semua dianggap

²⁶¹ A. Mulder, *Strafrechtspolitik. Delikt en Delinkwent*, Mei, 1980, hlm. 332.

melanggar ketentuan pidana dan dapat diberikan sanksi menjadi dihapuskan dari ketentuan sebagai perbuatan pidana.²⁶²

2. *Punishment Policy* dan *Penal Policy*, suatu bagian dari politik hukum pidana untuk menentukan kriteria dan bentuk sanksi dalam pemidanaan. Apa bentuk sanksi yang dapat digunakan bagi perbuatan pidana tertentu, apakah hukuman penjara, hukuman denda, hukuman kerja sosial dan sebagainya. Selain juga bagian ini merancang bagaimana strategi pelaksanaan hukuman itu akan dilaksanakan, bagaimana bentuk lembaga, prosedur taru cara pelaksanaannya dan sebagainya.
3. *Criminal Justice Policy*, adalah bagian dari politik hukum pidana yang membicarakan bagaimana strategi kelembagaan bagi penyelenggaraan "*criminal law enforcement*" (penegakan hukum pidana), badan-badan ac: saja, seperti lembaga penuntutan, lembaga penyidikan, lembaga peradilan lembaga advokasinya, perlindungan saksi, perlindungan korban, lembaga penjara dan sebagainya.
4. *Law Enforcement Policy*, bagian dari politik hukum pidana yang mencermati strategi penggunaan hukum pidana dalam penanggulangan kejahatan, dan strategi melaksanakan penegakan hukum pidana;

²⁶² Lihat dalam Bukunya Mokhammad Najih, *Op Cit*, hlm. 34-35. Muladi, memberikan Batasan-batasan atau kriteria sebagai berikut: Mengenai ukuran kriminalisasi dan dekriminalisasi secara doktrinal harus berpedoman pada hal-hal sebagai berikut:

- a. Kriminalisasi Tidak boleh berkesan menimbulkan "*overcriminalization*" yang masuk kategori "*the misuse of criminal sanction*";
- b. Kriminalisasi tidak boleh bersifat *ad hoc*;
- c. Kriminalisasi harus mengandung unsur korban (*victimizing*), bisa actual bisa pula potensial;
- d. Kriminalisasi harus memperhitungkan analisa biaya dan hasil,serta prinsip ultimum remedium;
- e. Kriminalisasi harus menghasilkan peraturan yang "*enforceable*";
- f. Kriminalisasi harus memperoleh dukungan publik (*public support*);
- g. Kriminalisasi harus mengandung unsur "*subsosialiteit*" (mengakibatkan bahaya bagi masyarakat, sekali pun kecil sekali);
- h. Kriminalisasi harus memperhatikan peringatan bahwa setiap peraturan pidana membatasi kebebasan rakyat dan memberikan kemungkinan kepada penegak hukum untuk mengekang kebebasan itu;

5. *Administrative Policy*, bagian ini membicarakan dan memfokuskan peradilan pada strategi perancangan administrasi penyelenggaraan sistem peradilan pidana, oleh sebab itu bagian ini sebenarnya tidak bisa terpisah dari bagian lainnya dan bisa menjadi satu dengan strategi perancangan *criminal justice system* yang terintegrasi.

Oleh karena itu, menjadi penting untuk diketahui dan dipahami hubungan sebab akibat dari suatu tindak pidana, karena persoalan kausalitas ini kadang-kadang sukar untuk menetapkan apa yang menjadi sebab dari suatu persoalan ini pun tidak diperjelas oleh undang-undang pidana sendiri tidak memberi penyelesaian dalam persoalan kausalitas tersebut, meskipun dalabanyak Pasal-Pasal KUHP ditentukan sebagai syarat (*tot voorwaardegeste* terutama dalam hal delik-delik materiil.²⁶³ Aturan tentang tindak pidana pada mulanya memang tidak dimaksudkan untuk melindungi negara dan masyarakat dari kejahatan atau pelaku kejahatan, baik yang telah nyata maupun berpotensi. Perspektifnya tidak positif tetapi justru negatif, yaitu bukan negara yang berada dalam keadaan terancam dengan adanya berbagai tindak pidana, tetapi justru sebaliknya para *potential offender* atau *offender* itu sendiri yang jika perbuatannya tidak dinyatakan dilarang dan diancam dengan pidana akan mendapat perlakuan yang sewenang-wenang dari penguasa/negara atau pun tindakan "main hakim sendiri" dari masyarakat.²⁶⁴

Penentuan tindak pidana merupakan persoalan sekitar pengaturan

²⁶³ E. Utrecht, *Rangkaian Sari Kuliah Hukum Pidana I*, Universitas Pajajaran Bandung, 1985, hlm. 381.

²⁶⁴ Chairul Huda, *Dari Tiada Pidana Tanpa Kesalahan Menuju Kepada Tiada Pertanggungjawaban Pidana, Tanpa Kesalahan*, Kencana, Jakarta, 2008, hlm. 17.

kewajiban-kewajiban terhadap individu untuk tidak melakukan (atau justru keharusan untuk melakukan) suatu perbuatan tertentu. Substansi demikian menyebabkan hal ini mendapat tempat primer. Pada satu sisi, kewajiban-kewajiban tersebut dapat saja diartikan sebagai perintah. Perintah untuk tidak berbuat yang dilarang oleh hukum pidana. Remmelink mengatakan hukum pidana memiliki karakter khas sebagai hukum (yang berisikan) perintah.²⁶⁵ Hal ini terutama tampak ketika suatu perbuatan dinyatakan sebagai tindak pidana. Setiap orang diperintahkan untuk menyesuaikan kehendaknya sehingga sejauh mungkin dapat menghindar dari melakukan perbuatan tersebut. Dengan demikian, adanya larangan yang disertai ancaman pidana terhadap perbuatan-perbuatan tertentu, dapat dipandang sebagai pengaturan kewajiban-kewajiban tertentu bagi anggota masyarakat.

Dalam hal ini hukum pidana bukan hanya menormakan gejala kemasyarakatan tentang perbuatan-perbuatan tertentu, justru menentukan arah masyarakat terhadap perbuatan-perbuatan tersebut. Aturan tindak pidana bukan saja melarang perbuatan-perbuatan yang oleh masyarakat dirasakan sebagai "jahat" tetapi juga menetapkan perbuatan-perbuatan tersebut sebagai "terlarang" sekalipun masyarakat menganggapnya sebagai "legitimasi". Watak menentukan arah perkembangan masyarakat dengan melarang dan mengancam pidana perbuatan-perbuatan tertentu, menjadi ciri utama aturan tentang tindak pidana.²⁶⁶ Pengaturan hukum mengenai tindak pidana mempunyai jenis dan kualifikasi yang berbeda-beda. Artinya,

²⁶⁵ Remmelink, *Hukum Pidana; komentar atas Pasal-Pasal terpenting dari KUHP Belanda dan Padanannya dalam KUHP Indonesia*, terjemahan Tristam P. Moeliono, Gramedia Pustaka, Jakarta, 2003, hlm. 9. Lihat juga Chairul Huda, *Dari Tiada Pidana Tanpa Kesalahan Menuju Kepada Tiada Pertanggungjawaban Pidana Tanpa Kesalahan*, Kencana, Jakarta, 2008, hlm. 19.

²⁶⁶ *Ibid*

penegakan terhadap jenis dan kualifikasi dari tindak pidana tidak dapat di generalisasikan, melainkan diperlukan spesialisasi bagi perumusan yang menitikberatkan pada "akibatnya" yang dilarang. Oleh karena itu, ini tidak bisa dilepaskan dari persoalan mengenai "alibi" dan atau "modus operandi".

Penentuan hubungan sebab akibat ini menjadi perhatian yang sangat penting dalam delik materiil dan dalam delik yang dikualifikasi oleh akibatnya. Adapun teori-teori yang hendak menentukan hubungan objektif antara perbuatan (manusia) dan akibat, yaitu:²⁶⁷

1. Teori ekivalensi (*conditio sine qua non*) dari Von Buri.

Teori ini menegaskan bahwa tiap syarat adalah sebab dan semua syarat itu nilainya sama, sebab kalau salah satu syarat tidak ada maka akibat akan lain pula atau dengan kata lain kalau satu syarat dihilangkan, maka tidak akan terjadi akibat konkrit.

2. Teori Individualisasi

Teori ini menegaskan bahwa untuk menentukan sebab harus memilih secara *post factum (in concreto)*, artinya setelah peristiwa konkrit terjadi rangkaian faktor yang aktif dan pasif dipilih sebab yang paling menentukan dari peristiwa tersebut, sedangkan faktor-faktor lainnya hanyalah merupakan syarat belaka.

3. Teori Generalisasi (Teori *Adequat*)

Teori ini menegaskan, untuk menentukan sebab harus memilih secara *ante factum* (sebelum kejadian) apakah di antara rangkaian syarat itu perbuatan manusia yang pada umumnya dapat menimbulkan akibat

²⁶⁷ Sudarto, *Op.Cit.* hlm.67.

semacam itu, maksudnya menurut pengalaman perhitungan yang layak.

Ketiga teori dimaksud di atas, perlu dikaji lagi dalam kaitan penegakan hukum terkait dengan persoalan kausalitas dilihat dari putusan-putusan Mahkamah Agung yang sudah menjadi yurisprudensi. Terutama teori Von Buri²⁶⁸ yang dianut oleh Van Hamel bahwa pada prinsipnya teori Von Buri dapat diterima walaupun harus diimbangi dengan pembatasan (restriksi). Menurut Van Hamel restriksi tersebut, dapat ditemukan dalam pelajaran tentang kesengajaan dan kealpaan.

Dalam perkembangannya teori dari Von Buri ini banyak kelemahan-kelemahannya sehingga muncul teori-teori baru yang berusaha untuk memperbaiki serta menyempurnakan kekurangan di dalam teori Von Buri dimaksud, karena pada prinsipnya teori Von Buri ini terlalu luas sehingga harus dipilih sebab atau faktor-faktor yang betul-betul berkaitan dengan akibat yang ditimbulkan. Penentuan sebab atau faktor yang dipilih dalam praktik tidak mudah untuk memilah memilih sebab atau faktor manakah yang menurut ukuran objektivitas dapat dipertanggungjawabkan secara hukum.

Untuk mengaktualisasikan ajaran kausalitas tidak bisa dilepaskan perkembangan pola pemikiran, terutama pola berpikir legalistik akan berpengaruh pada upaya pengungkapan suatu kejadian/peristiwa, cara ini akan menutup ruang anasir-anasir yang berkembang di dalam masyarakat dan mudah terjadi adanya "diskrepansi" (ketidakcocokan) antara hukum dengan kenyataan yang berlaku di dalam masyarakat. Pemikiran demikian,

²⁶⁸ E. Utrecht, *Op.cit.* hlm. 384. Lihat Juga Andi Hamzah, *Asas-Asas Hukum Pidana*, Penerbit Rineka Cipta. hlm.. 170-171.

akan membatasi penerapan hukum oleh hakim terhadap peristiwa/kejadian.

Apalagi bila masyarakat ini sedang bergerak dan berubah, seperti layaknya suatu masyarakat yang "ber-revolusi" atau membangun. Jadi ada ketidakcocokan antara *law in the books* dan *law in action*, antara *sollen* menurut peraturan hukum yang ada dan *sein* berdasarkan kebutuhan dan kenyataan masyarakat, antara nilai-nilai dan norma-norma yang terdapat dalam undang-undang yang dianut oleh penguasa, dalam hal ini pembentuk undang-undang dan nilai-nilai serta norma-norma yang dianut oleh para anggota masyarakat. Hakim dan para anggota masyarakat dalam menerapkan undang-undang harus berpikir dalam suatu sistem atau kerangka anggapan yang dianut oleh pembentuk undang-undang.²⁶⁹

Dalam pandangan hukum yang legalistik, antara hukum dan keadilan diidentikkan dengan undang-undang, artinya hanya melihat hubungan yang logis atau antilogis, ataupun dengan cara lain yang sistematis di dalam keseluruhan perangkat norma. Sebaliknya apabila yang dilihat itu tidak hanya hubungan di dalam perangkat norma belaka, tetapi juga bahkan terutama dilihat pentingnya efek sosial dari pembentukan norma-norma (hukum), sehingga justru dilihat pentingnya latar belakang kemasyarakatannya. Pandangan ini sebagai kritik terhadap "formalisme" yang terlepas dari kenyataan dalam masyarakat, atau dengan kata lain hukum tidak bisa terlepas dari gejala masyarakat sebagai sesuatu yang hidup dalam suasana masyarakat, dan mempelajari fungsi dari asas kemasyarakatan (*non juridis*) serta memberikan gambaran yang jelas

²⁶⁹ Soedarto, *Hukum dan Hukum Pidana*. Alumni, Bandung, 1977, hlm.12.

tentang sistem hukum yang bersifat dinamis (*Sociological Jurisprudence*).²⁷⁰ Terkait dengan hal tersebut, hukum dipandang sebagai instrumen untuk pengaturan masyarakat (ajaran hukum yang fungsional). Pendekatan secara fungsional dari hukum berarti senantiasa mengukur norma-norma hukum berdasarkan efektivitasnya, sehingga cara berpikir secara fungsional adalah berpikir dalam problema dan tidak semata-mata didasarkan kepada suatu sistem yang cenderung untuk menghendaki *status quo*.²⁷¹ Namun ternyata pandangan fungsional ini menitikberatkan kepada tujuan (kemanfaatan sosial) dan tidak memberi dasar terhadap keadilan.

Adanya keberatan dimaksud, lahirlah pandangan hukum yang kritis (ajaran hukum yang kritis). Ajaran ini, memandang hukum sebagai bagian dari masyarakat (hukum dalam masyarakat), hukum harus berisi nilai-nilai dan asas-asas hukum yang berkedudukan relatif otonom. Asas-asas hukum itu sebagaimana dicitrakan dalam perundang-undangan, yurisprudensi, dan untuk sebagian berasal dari kesadaran hukum (keyakinan kesusilaan).

Menurut Peters²⁷² bahwa penggunaan secara kreatif dan kritis dari tracts yuridis dan penempatannya dalam konteks yang modern, serta mengeksplisitkan dan menggunakan nilai-nilai dan asas-asas hukum itu sebagai ukuran legitimasi dalam prosedur pembentukan, penemuan dan pelaksanaan hukum.

Dengan pandangan tersebut, akan memberikan landasan pemikiran meng esensi dari ajaran kausalitas (ajaran sebab-akibat) terutama teori generalise yang akan memberi arah:

²⁷⁰*Ibid.* hlm. 13-14.

²⁷¹*Ibid.*, hlm. 15-16.

²⁷²*Ibid.*, hlm. 20.

1. Untuk menilai secara objektif;
2. Untuk mengukur, mengarahkan atau menunjukkan kebenaran pernyataan);
3. Untuk menentukan hubungan antar variabel;
4. Untuk menjelaskan fenomena yang sebenarnya.

Namun dalam praktik, ukuran objektivitas secara hukum dalam ajaran kausalitas tidak diterapkan secara sistematis atau tidak proposional oleh aparat penegak hukum. Hal ini berdampak pada proses tuntutan keadilan masyarakat melalui penegakan hukum sampai sekarang belum memadai. Bahkan sebagian besar penegakan hukum yang terjadi di Indonesia menunjukan bahwa hukum lebih mengedepankan sebagai alat kekuasaan daripada sebagai sarana untuk mencapai kepentingan masyarakat.

Menurut Bredemeier²⁷³ untuk melaksanakan tugasnya itu, pengadilan membutuhkan tiga keadaan, atau di dalam istilah yang digunakan oleh Talcott Parsons dan para koleganya pengadilan bergantung pada tiga jenis "input":

1. Pengadilan membutuhkan suatu analisis tentang hubungan sebab-akibat. Pengadilan membutuhkan suatu cara untuk memastikan:
 - a. "hubungan masa lalu" antara tindakan yang diduga telah dilakukan oleh tergugat (atau terdakwa) dan kerugian yang diderita oleh (atau penuntut).
 - b. "kemungkinan di masa depan" mengenai hubungan antara putusan dan aktivitas-aktivitas tergugat dan penggugat, serta seluruh *person*

²⁷³ Lihat Achmad Ali, *Menguak Realitas Hukum : Rampai Kolom dan Artikel Pilihan Bidang Hukum*, Kencana, Jakarta, 2008, hlm.. 231.

da situasi yang serupa.

2. Pengadilan membutuhkan satu konsep tentang "pembagian kerja", suatu konsep tentang tujuan dari sistem-sistem yang ada, serta mengetahui usaha apa yang diupayakan negara untuk menciptakan atau mempertahankan pelaksanaan kekuasaan. Dengan perkataan lain, ada kebutuhan-kebutuhan standar untuk mengevaluasi tuntutan-tuntutan yang saling bertentangan dan mengantisipasi efek-efek dari suatu putusan terhadap struktur peran.
3. Untuk melaksanakan fungsinya, pengadilan membutuhkan suatu kemauan dari para pihak untuk menggunakan pengadilan sebagai mekanisme penyelesaian konflik mereka. Motivasi untuk menerima pengadilan dan menaati putusannya adalah suatu "input" dimana pengadilan menukarnya dengan "output" berupa keadilan.

Dalam kaitan dengan poin 1 dan poin 3 di atas, bila yang dijadikan pilihan oleh pencari keadilan adalah pengadilan, maka proses aktualisasi mengenai konsep, teori, ajaran kausalitas harus secara optimal dilakukan dalam mengungkap kebenaran materiil, karena dengan cara mengoptimalkan nilai-nilai dari ajaran kausalitas kedalam penegakan hukum niscaya akan mampu membangun langkah-langkah terobosan untuk mengatasi "*the limit of law*" dan mengatasi ketertinggalan Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP) sebagai perundangundangan warisan kolonial.

Di sisi lain dengan menggunakan pola pikir yang logis dan sistematis secara ilmiah, termasuk metodologinya dapat melahirkan suatu kebenaran

yang dapat dipertanggungjawabkan. Kondisi inilah yang perlu dievaluasi dan dikaji kembali agar dapat menyadarkan dan menemukan kembali esensi kebenaran dan keadilan selalu sinergis dalam mewujudkan putusan yang benar-benar di dambakan oleh masyarakat pada umumnya (pencari keadilan). Hasil pengamatan penulis, terjadinya proses tuntutan keadilan masyarakat melalui penegakan hukum sampai sekarang belum memadai, bahkan sebagian besar penegakan hukum yang terjadi di Indonesia menunjukkan bahwa hukum lebih mengedepankan sebagai alat kekuasaan daripada sebagai sarana untuk mencapai kepentingan masyarakat. Oleh karenanya, dalam proses penegakan hukum orientasinya harus berdasarkan pada nilai-nilai filsafat, termasuk landasan-landasan keilmuannya.

Hukum baru memiliki makna setelah ditegakkan, dengan demikian untuk menegakkan hukum perlu kekuasaan, sebab tanpa kekuasaan hukum itu hanya angan-angan, tetapi kekuasaan tanpa hukum akan terjadi kedzaliman.²⁷⁴ Sehingga yang penting dari norma hukum itu adalah penegakannya oleh aparat penegak hukum. Menurut Zevenbergen, norma hukum mengandung dua hal:²⁷⁵

1. Patokan penilaian, yaitu menilai kehidupan masyarakat dengan menyatakan apa yang dianggap baik dan tidak baik;
2. Patokan tingkah laku, yaitu berdasarkan suatu penilaian tertentu, maka dibuatlah petunjuk-petunjuk tentang tingkah laku atau perbuatan-perbuatan mana yang harus dijalankan dan yang harus ditinggalkan;

²⁷⁴ Mochtar Kusumatmadja, *Fungsi dan Perkembangan Hukum Dalam Pembangunan Nasional*, Bina Cipta, Bandung, tanpa tahun, hlm. 5. Lihat juga Soerjono Soekanto, *Sosiologi Hukum Dalam masyarakat*, Rajawali Press, Jakarta, 1976, hlm. 9

²⁷⁵ Satjipto Rahardjo, *Ilmu Hukum*, PT. Citra Aditya Bakti, Bandung, 2000, hlm. 30.

Dengan demikian, norma hukum mengandung makna di satu pihak patokan yang memuat penilaian mengenai perbuatan tertentu menurut hukum dan di lain pihak merupakan patokan atau ukuran ataupun pedoman berperilaku atau bersikap tindak dalam hidup menurut peraturan hukum. Zippelius memandang bahwa eksistensi hukum hanya masuk akal apabila hukum dapat menjamin nilai kesamaan.²⁷⁶ Penyelesaian proses hukum tentunya harus didasarkan pada kriteria objektif yang berlaku bagi pihak kuat dan pihak yang lemah. Ini memperlihatkan setiap pihak dipandang sama di hadapan hukum.

Penegakan hukum akan tercapai apabila dalam pelaksanaannya menjunjung tinggi asas persamaan di depan hukum. Tanpa pelaksanaan asas ini, tujuan penegakan hukum yaitu mencapai kebenaran dan keadilan tidak akan tercapai. Secara umum faktor-faktor yang mempengaruhi penegakan hukum dapat dibedakan dalam dua hal yaitu:

1. Faktor-faktor yang terdapat di luar sistem;
2. Faktor-faktor yang terdapat dalam sistem.

Faktor yang terdapat dalam sistem hukum meliputi faktor hukumnya, faktor penegak hukum, dan faktor sarana dan prasarana. Sedangkan faktor di luar hukum yang memberikan pengaruh adalah faktor kesadaran hukum masyarakat kebudayaan dan faktor penguasa.²⁷⁷

Selain itu, menurut Is Susanto bahwa paling tidak ada 4 dimensi yang dapat mempengaruhi kualitas penegakkan hukum, yaitu di samping undang-

²⁷⁶ Franz Magnis-Suseno, *Etika Politik (Prinsip-Prinsip Moral Dasar Kenegaraan Modern)*, Gramedia Pustaka Utama, Jakarta, 1999, hlm. 115.

²⁷⁷ Salman Luthan, "Penegakan Hukum dalam konteks sosiologis", *Jurnal Hukum* No. 7 Vol. 4, 1977, Fakultas Hukum UII Jogjakarta, hlm. 67.

undang, maka penegakan hukum secara konkrit melibatkan pelanggar hukum, Korban (Masyarakat), dan aparat penegak hukum di dalam satu hubungan bersifat saling mempengaruhi dan berlangsung dalam wadah struktur, politik, sosial, ekonomi, dan budaya pada situasi tertentu.²⁷⁸ Penegakan hukum pada dasarnya adalah bagaimana negara bisa menjamin atau memberikan ketenteraman kepada warga negara, apabila tersangkut masalah hukum. Penegakan hukum pada hakekatnya adalah usaha atau upaya untuk menciptakan keadilan. Sesuatu yang dilindungi dalam penegakan hukum adalah seluruh tatanan sosial kemasyarakatan di samping dalam kasus-kasus tertentu menyangkut urusan yang sangat pribadi dari warga negara.

Lemahnya penegakan hukum di Indonesia sebenarnya tidak hanya dari struktur kelembagaan pengadilan yang tidak independen, dan buruknya aturan perundang-undangan, tetapi pangkal tolaknya adalah rendahnya kualitas moral dari aparat penegak hukum. Merebaknya mafia peradilan dan makelar kasus di dalam proses penegakan hukum telah menambah rusaknya proses penegakan hukum baik pada tingkat kepolisian, kejaksaan, pengadilan dan birokrasi penegak hukum lainnya. Aspek terpenting dari kebobrokan dalam perjalanan penegak hukum adalah berhubungan dengan perilaku masyarakat Indonesia.²⁷⁹ Muladi menyebutkan penegakan hukum yang ideal harus disertai dengan kesadaran bahwa penegakan hukum merupakan sub-sistem sosial, sehingga pengaruh lingkungan cukup berarti,

²⁷⁸ IS. Susanto, "*Pemahaman Kritis terhadap reaksi sosial*", *Majalah Masalah-Masalah Hukum*, No. 9 Undip, Semarang, 1992, hlm. 17.

²⁷⁹ Satjipto Rahardjo, "*Pembinaan dan Kesadaran Perilaku Hukum*", Makalah Pada Seminar Hukum Nasional IV, Jakarta 25-29 Juli 1994, hlm. 1.

seperti pengaruh perkembangan politik, sosial, budaya, Hankam, Iptek, Pendidikan dan sebagainya.²⁸⁰

Begitu pula, pendapat Romli Atmasasmita bahwa penegakan hukum yang baik ialah apabila sistem peradilan pidana bekerja secara objektif dan tidak memihak serta memperhatikan dan mempertimbangkan secara seksama nilai-nilai yang hidup dan berkembang dalam masyarakat. Nilai-nilai tersebut tampak dalam wujud reaksi masyarakat terhadap setiap kebijakan kriminal yang telah dilaksanakan oleh aparat penegak hukum.²⁸¹

Lain lagi, pandangan Baharudin Lopa bahwa ada tiga komponen atau unsur yang memungkinkan tegaknya hukum dan keadilan di tengah masyarakat; Pertama, diperlukan adanya peraturan hukum yang sesuai dengan aspirasi masyarakat; Kedua, adanya aparat penegak hukum yang profesional dan bermental tangguh atau memiliki integritas moral yang terpuji; ketiga, adanya kesadaran hukum masyarakat yang memungkinkan dilaksanakannya penegakan hukum. Oleh karena itu, Baharudin Lopa menegaskan bahwa baik pembuat undang-undang maupun pelaksanaan Undang-Undang harus menyelami dan merasakan hati nurani masyarakat yang selalu mendambakan keadilan objektif, keadilan yang dikehendaki umumnya oleh berpikiran sehat.²⁸²

Penegakan hukum yang tidak diskriminatif akan mendapatkan hasil positif antara lain:

²⁸⁰ Muladi, *Hak Asasi Manusia, Politik dan Sistem Peradilan Pidana*, Badan Penerbit Universitas Diponegoro, Semarang, 1997, hlm. 58.

²⁸¹ Romli Atmasasmita, *Sistem Peradilan Pidana, Prespektif eksistensialisme dan Abolitionisme*, Bina Cipta, Bandung, 1996, hlm. 39.

²⁸² Baharudin Lopa, *Permasalahan Pembinaan dan Penegakan Hukum di Indonesia*, Bulan Bintang, Jakarta, 1987, hlm. 4-5.

1. Memulihkan kepercayaan masyarakat kepada Pemerintah;
2. Memberikan Pendidikan Hukum untuk masyarakat;
3. Melanjutkan pembangunan;
4. Membuka peluang investasi karena pemerintah menjalankan hukum konsekuen.²⁸³

Oleh karena itu, penegakan dalam penerapan teori hukum pidana terkait dengan ajaran kausalitas harus ditentukan secara hati-hati, cermat, dan pertanggungjawaban agar mendekati objektivitas untuk mendapatkan rasa kepastian dan keadilan yang sesuai dengan tuntutan para pihak yang terlibat dalam proses hukum. Ini penting mengingat lembaga penegak hukum ini memiliki hubungan esensial dengan penegak hukum lain dari sistem peradilan pidana.

Selain itu, perlu juga dipahami bahwa dalam tataran proses hukum aparat penegak hukum harus memperhatikan esensi dari undang-undang, dalam undang-undang pidana. Undang-undang ini digunakan oleh aparat penegak hukum untuk mencapai dan mewujudkan tujuan-tujuan tertentu. Dalam arti ini, sistem hukum tersusun secara sistematis atas sejumlah sub sistem sebagai komponen yang saling berkaitan dan berinteraksi. Mochtar Kusumaatmadja²⁸⁴ memandang komponen system hukum itu terdiri atas:

1. Asas-asas dan kaidah-kaidah;
2. Kelembagaan hukum;
3. Proses-proses perwujudan kaidah-kaidah dalam kenyataanya.

²⁸³ Baharudin Lopa, *Kejahatan Korupsi dan Penegakan Hukum*, Penerbit Buku Kompas, Jakarta. 2001, hlm. 131.

²⁸⁴ Mochtar Kusumaatmadja, *Op Cit*, Lihat juga Dalam B. Arief Sidharta, *Refleksi Tentang Struktur Ilmu Hukum*, Mandar Maju, Bandung, 2000, hlm. 75.

Menurut Sudarto²⁸⁵ bahwa undang-undang itu mempunyai 2 (dua) fungsi, yaitu:

1. Fungsi untuk mengekspresikan nilai-nilai;
2. Fungsi instrumental.

Menurut Sahetapy,²⁸⁶ peranan hukum dengan pendekatan fungsional tidak sama dengan hukum yang berperan sebagai suatu alat (instrumen) belaka. Pendekatan secara fungsional, hukum dalam penerapannya harus diarahkan untuk mencapai tujuan dari mana hukum itu berasal. Jika hukum di Indonesia bersumber pada Pancasila, maka setiap produk perundang-undangan tidak mungkin terlepas dari sumbernya, yakni dari mana hukum dijiwai, dipersepsikan dan dalam penjabarannya atau diwujudkan dalam bentuk manifestasinya harus selalu bernafaskan Pancasila. Jika tidak, hukum itu tidak lagi berfungsi dalam arti sebenarnya sehingga lebih tepat disebut sebagai instrumen. Hukum dalam pengertian ini hanya demi kepentingan tertentu yang sama sekali tidak dijiwai oleh semangat dan idealisme Pancasila.

Dalam hal memilih dan menetapkan hukum pidana sebagai sarana untuk ditegakkan harus benar-benar memperhitungkan semua faktor yang dapat mendukung berfungsinya atau bekerjanya hukum pidana dalam kenyataan.²⁸⁷ Oleh karena itu, proses penegakan hukum yang berlangsung harus dilakukan evaluasi, karena sebagaimana yang digariskan oleh

²⁸⁵ Lihat Teguh Prasetyo dan Abdul Halim Barkatullah, *Politik Hukum Pidana Kajian Kriminalisasi dan Dekriminalisasi*, Pustaka Pelajar, Yogyakarta, 2005, hlm. 14.

²⁸⁶ Sahetapy, "Hukum dalam Konteks Politik dan Budaya, dalam Kebijakan Pembangunan Sistem Hukum", Analisis CSIS (Januari -Pebruari, XXII), Nomor 1, 1993, hlm.55-56.

²⁸⁷ Barda Nawawi Arief, *Bunga Rampai Kebijakan Pidana*, Penerbit Citra Aditya Bakti, Bandung, 1996, hlm. 37.

Bruggink,²⁸⁸ bahwa dewasa ini orang mungkin mengeluh dengan melimpahnya aturan-aturan hukum mempunyai dampak sebaliknya ketimbang yang dituju. Semula aturan hukum dimaksudkan untuk mengatur kehidupan kemasyarakatan dengan cara yang lebih baik akan tetapi aturan-aturan hukum justru mencekik kehidupan kemasyarakatan itu, dengan terlalu membelenggu kreativitas dan spontanitas. Untuk itu diperlukan wawasan tentang peranan kaidah-kaidah hukum di dalam masyarakat sebagai titik tolak.

Namun demikian, menurut Sudarto²⁸⁹ mengingatkan, pengaruh umum pidana hanya dapat terjadi di suatu masyarakat yang mengetahui tentang adanya sanksi (pidana) itu. Intensitas pengaruhnya tidak sama untuk semua tindak pidana. Khusus tindak pidana yang oleh masyarakat dianggap sepele, misalnya dalam pelanggaran lalu lintas, ancaman pidana berat merupakan mekanisme kontrol yang cukup ampuh untuk mencegah perbuatan tersebut. Akan tetapi, ancaman pidana berat tidak banyak artinya jika tidak dibarengi dengan penjatuhan pidana yang berat pula.

Sebaliknya penegakan hukum bukan saja akan menciptakan ketertiban masyarakat, tetapi juga mendidik pribadi-pribadi anggota masyarakat aparat penegak hukum lebih susila. Disinilah terjadi internalisasi hukum, sehingga seperti kata Von Ihering: "Mempertahankan hukum adalah kewajiban susila."²⁹⁰ Selain itu, dalam penegakan hukum perlu diorientasikan kembali

²⁸⁸ Bruggink, *Refleksi Tentang Hukum*, dialih bahasakan oleh Arief Sidharta, Penerbit Citra Aditya Bhakti Bandung, 1996, hlm.. 167.

²⁸⁹ Sudarto, *Op.Cit.* hlm. 90-91.

²⁹⁰ Apeldoorn, *Pengantar Ilmu hukum*, Noordhoff - kolff, N.V, Jakarta tahun 1954. hlm. 42. Lihat juga Achmad Roestandi, *Etika dan Kesadaran Hukum Internalisasi Hukum Eksternalisasi Etika, Jelajah Nusa*, Tangerang tahun 2012, hlm. 89.

pada esensi kebenaran dan keadilan, yang berpijak pada kebijakan moral.

Kebenaran dan kebajikan moral selalu memiliki hubungan yang signifikan dengan upaya manusia dalam memfungsikan akal pikirannya dalam hubungannya dengan unsur kehendak dan kesadaran dirinya, sedangkan kualitas akal pikiran manusia itu berbeda-beda, tentu akan membawa pada perbedaan dan penetapan nilai moral. Konsekuensinya, tindakan moral erat kaitannya dengan kualitas diri seorang individu yang tidak mungkin terlepas dari situasi dan masyarakat yang mengitarinya sehingga menjadikan nilai moralitas pun bersifat relatif subjektif, nilai moralitas itu perlu dikaitkan dengan normativitas agama terjadi keseimbangan dalam memberikan putusan.²⁹¹

Terkait dengan hal dimaksud, hakim seharusnya mampu merefleksikan hukum yang terkait dengan fakta kejadian yang ditemukan di persidangan dalam putusan hakim yang mengandung nilai kebenaran dan nilai keadilan dalam kerangka menjunjung tinggi nilai filosofis dan nilai konstitusi dasar dalam 1945 sehingga setiap putusan hakim merefleksikan nilai filosofis tinggi, konkritnya ditandai oleh karakter putusan yang berke-Tuhanan, berperikemanusiaan, menjaga persatuan, penuh kebajikan, dan berkeadilan sosial bagi seluruh rakyat Indonesia.

Sebagai bentuk konkritnya, di dalam Putusannya Hakim menurut R. Sardjono harus memperhatikan dan mempertimbangkan, antara lain:²⁹²

1. Pertimbangan-pertimbangan itu harus merupakan keseluruhan yang

²⁹¹ Hendra Akhdiat dan Rosleny Marliani, *Psikologi Hukum*, Pustaka Setia, Bandung, 2011, hlm.268.

²⁹² Abdullah Sani, *Hakim dan Keadilan Hukum*, Bulan Bintang, Jakarta, hlm. 34-35, lihat juga Achmad S. Soema di Pradja, *Hukum Pidana Dalam Yurisprudensi*, Armico, Bandung, hlm. 11-12.

lengkap tersusun sistematis dan satu sama lainnya mempunyai hubungan logis tidak ada pertentangan (*tegenstrijdigheid*) satu sama lain (*innerlike tegenstrijdigheid*), pertentangan-pertentangan yang sejenis mana juga : boleh terdapat antara pertimbangan-pertimbangan putusan dan diktum putusan;

2. Hakim harus menilai kekuatan pembuktian tiap alat bukti dan memberi kesimpulannya mengenai soal terbukti atau tidaknya tuduhan terhadap si terdakwa;
3. Hakim dalam mempertimbangkan perkara adalah tidak bebas, melainkan terikat pada hukum, Undang-Undang dan rasa keadilan, sehingga dengan demikian segala kesan bahwa Hakim bertindak sewenang-wenang sekaligus dapat di lenyapkan;

Sebaliknya proses penegakan hukum akan terlepas dari esensi kebenaran dan keadilan bila tidak dilandasi dengan landasan keilmuan, dan akan tercermin dalam pertimbangan hukum sebuah putusan. Pertimbangan hukum yang tidak benar dapat terjadi karena berbagai kemungkinan:²⁹³

1. Hakim tidak mempunyai cukup pengetahuan hukum tentang masalah yang sedang ditangani. Namun secara normatif seharusnya hal ini tidak boleh terjadi, karena Hakim dapat memerintahkan setiap pihak untuk menyediakan ahli yang akan memberikan keterangan dan menjelaskan pokok persoalannya di dalam persidangan.
2. Hakim sengaja menggunakan dalil hukum yang tidak benar atau tidak semestinya karena adanya faktor lain seperti adanya tekanan pihak-pihak tertentu, suap, dan faktor-faktor lain yang mempengaruhi independensi Hakim yang bersangkutan.
3. Hakim tidak memiliki cukup waktu untuk menuliskan semua argumen hukum yang baik disebabkan karena terlalu banyaknya perkara yang harus diselesaikan dalam kurun waktu yang relatif singkat.
4. Hakim malas untuk meningkatkan pengetahuan dan wawasannya, sehingga berpengaruh terhadap kualitas putusan yang dibuatnya. Faktor ini merupakan faktor yang pengaruhnya tidak langsung, namun cukup menentukan kualitas putusan.

Beranjak dari landasan keilmuan dan mempertimbangkan pula prinsip-prinsip agama, maka menurut penulis penegakan hukum melalui putusan hakim harus dapat mencerminkan nilai kebenaran dan keadilan yaitu:

²⁹³ *Ibid.*

1. Putusan hakim tidak hanya semata-mata bersifat legalistik yakni hanya sebatas menjadi corong undang-undang, meskipun memang hakim selalu harus legalistik karena putusannya tetap berpedoman pada peraturan perundang-undangan yang berlaku;
2. Putusan hakim tidak hanya sekedar memenuhi formalitas hukum atau sekedar memelihara ketertiban saja, tetapi putusan hakim harus berfungsi mendorong perbaikan dalam masyarakat dan membangun harmonisasi sosial dalam pergaulan;
3. Putusan hakim yang mempunyai pemikiran kedepan (visioner), mempuru keberanian moral untuk melakukan terobosan hukum, dimana dalam suatu ketentuan undang-undang yang ada bertentangan dengan kepentingan umum, kepatutan, kebenaran, dan kemanusiaan, yakni nilai-nilai yang hidup dalam masyarakat, maka hakim harus bebas dan berwenang melakukan tindakan dengan apa yang disebut *contra legem* yaitu mengambil putusan yang bertentangan dengan Pasal undang-undang Pasal yang bersangkutan dengan tujuan untuk mencapai kebenaran dan keadilan;
4. Putusan hakim yang memihak dan peka pada nasib dan keadaan masyarakat pada umumnya;

Lebih lanjut, dengan landasan pemikiran keilmuan dan ajaran agama akan mendorong dan memberi semangat untuk penegakan hukum yang berasaskan pada kebenaran dan keadilan, termasuk dalam penafsiran dan cara pelaksanaannya. Pembaharuan dan penyempurnaan hukum, termasuk terinternalisasi nilai-nilai dari hukum pidana terutama prinsip-prinsip dari ajaran kausalitas adalah perlu sejalan dengan perkembangan ilmu pengetahuan, kondisi jaman dan situasi. Perlu juga dilandasi nilai etika dan nilai agama yang terintegrasikan dalam setiap proses penegakan hukum, terutama di pengadilan agar melahirkan putusan yang menjunjung nilai kebenaran dan keadilan.

Berdasarkan uraian sebagaimana dalam pembahasan tersebut di atas, maka perlu dilakukan reaktualisasi ajaran kausalitas dalam penegakan hukum, yang dapat disimpulkan sebagai berikut:

1. Penentuan ukuran objektif dalam ajaran kausalitas melalui proses penegakan hukum (putusan hakim), agar menjaga dan mempertimbangkan nilai kebenaran dan keadilan, sebaiknya dan seharusnya putusan hakim itu tidak hanya sebatas berdasarkan undang-undang tetapi mempunyai pemikiran kedepan (*visioner*) dan bebas untuk melakukan apa yang disebut *contra legem*, yaitu mengambil putusan dengan tujuan mencapai kebenaran dan keadilan, meskipun bertentangan dengan perundang-undangan yang berlaku, bahkan putusan hakim itu sendiri harus dapat memihak dan peka terhadap nilai kebenaran, kepatutan dan keadilan yang menjadi dambaan masyarakat pada umumnya (pencari keadilan).
2. Proses penegakan melalui pribadi-pribadi penegak hukum, terutama hakim harus terintegrasi dan seharusnya mampu merefleksikan norma hukum, etika dan agama yang terkait dengan fakta dan kejadian di persidangan dalam mengungkap relevansi sebab (*causa*) dengan akibat, maka hakim dalam putusannya harus menjunjung tinggi nilai kebenaran dan nilai keadilan sebagai nilai filosofis tinggi dengan dilandasi landasan-landasan keilmuan dan prinsip-prinsip agama, sehingga putusan hakim itu sendiri memiliki nilai dan bobot dalam pertimbangan yang mengarah pada terwujudnya dan tercapainya keputusan yang berkeadilan. Oleh karena itu, atas dasar tinjauan keilmuan dan prinsip-prinsip ajaran kausalitas sudah seharusnya nilai etika dan nilai-nilai fundamental (Pancasila) harus terintegrasikan dalam setiap proses penegakan hukum, agar terciptanya dan terwujudnya nilai kebenaran

dan keadilannya.

Perjalanan sejarah yang panjang masyarakat Aceh selalu menjunjung tinggi ajaran Islam, dalam berbagai aspek kehidupannya. Hal ini tercermin dalam ungkapan bijak “*Adat bak Poteu Meureuhom, Hukum bak Syiah kuala, Qanun bak putro phang Reusam bak Laksamana.*” Pelaksanaan syariat Islam secara kaffah telah dilakukan sejak kerajaan Aceh Darussalam. Berlaku syariat Islam sebagai hukum positif tidak hanya untuk kerajaan Aceh, tetapi juga beberapa kerajaan Islam lainnya di Nusantara seperti Demak, Banten dan lain-lain.

Sejak pendudukan Belanda, Syariat Islam berjalan dengan kaffah di wilayah kerajaan Aceh, karena Pemerintah Belanda menjalankan politik hukum kolonial. Tuntutan untuk melaksanakan Syariat Islam muncul kembali sejak Indonesia merdeka, lebih-lebih di era reformasi. Khususnya untuk Provinsi Daerah Istimewa Aceh kesempatan untuk melaksanakan syariat Islam didasarkan pada Undang-undang Nomor 44 Tahun 1999 tentang penyelenggaraan keistimewaan bagi Provinsi Daerah Istimewa Aceh.

Undang-undang Nomor 11 Tahun 2006 tentang Pemerintahan Aceh dan Undang-undang Nomor 44 Tahun 1999 tentang Penyelenggaraan Keistimewaan Provinsi Daerah Istimewa Aceh sebagai Provinsi Nanggroë Aceh Darussalam, mengakui adanya peradilan Syariat Islam sebagai bagian sistem peradilan nasional yang dilakukan oleh Mahkamah Syar’iyah yang bebas dari pengaruh pihak manapun.

Berdasarkan hasil penelitian *Institute for Criminal Justice Reform* (ICJR) pada tanggal 22 Oktober 2016 menyatakan bahwa setahun berlakunya Qanun Jinayat, penggunaan hukuman cambuk yang semakin eksekif di Aceh. Menyangkut keberadaan hal ini sudah seharusnya Pemerintah Indonesia harus mengakhiri hukum cambuk sebagai sebuah bentuk penghukuman dan mencabut atau merevisi ketentuan-ketentuan di dalam Qanun Jinayat (Hukum Pidana Islam di Aceh) yang menyediakan pelanggaran-pelanggaran hukum internasional dan hukum pidana nasional. Hukum cambuk telah digunakan sebagai penghukuman sebagai bagian dari serangkaian ‘tindak pidana’, termasuk menjual minuman beralkohol (*khamar*), hubungan seksual konsensual di luar ikatan perkawinan (*zina*), dan berduaan di dalam suatu tempat tertutup bersama orang lain yang berbeda kelamin di luar ikatan perkawinan (*khalwat*).

Lima hari yang lalu, tepatnya pada 17 Oktober 2016, di halaman Masjid Baiturrahman, Kampung Kramat, Banda Aceh, Aceh. 13 orang dieksekusi hukum cambuk . Satu terpidana ditunda dieksekusi karena dalam kondisi hamil tiga bulan (namun akan tetap dieksekusi hingga selesai melahirkan). Mereka dihukum karena melakukan *khalwat*. Peristiwa tersebut melengkapi setahun pelaksanaan qanun Jinayat dan menggambarkan semakin eksekifnya hukuman cambuk di wilayah paling ujung barat Indonesia.

Tanggal 23 Oktober 2016 satu tahun pemberlakuan Qanun Jinayat di Aceh, Qanun nomor 6 tahun 2014 tentang Hukum Jinayat (qanun Jinayat). Peraturan Daerah Aceh yang secara resmi diberlakukan pada Oktober 2015

tahun lalu. Sebelumnya, Pemerintah Aceh dan DPRA (Dewan Perwakilan Rakyat Aceh) mengesahkan Qanun (Peraturan Daerah) Aceh Nomor 6 Tahun 2014 tentang Hukum Jinayat dan efektif berlaku pada 23 Oktober 2015.

Dalam aturan tersebut Ada 10 tindak pidana utama (jarimah) yang diatur dalam qanun ini dan yang mencakup 46 jenis tindak pidana baru yang memberikan ancaman pidana cambuk bagi pelakunya. Qanun (setara Peraturan Daerah) ini mengatur perilaku tindak pidana kesusilaan yang sesuai dengan syariat Islam di Aceh. Qanun ini merupakan konsolidasi dari 3 Qanun sebelumnya yang disahkan di di Aceh tahun 2012 dengan penambahan-penambahan yang lebih banyak tindak pidana. Rumusan pidana dalam Qanun ini menduplikasi pengaturan pidana di KUHP dan UU lainnya Indonesia. Ini menimbulkan dualisme penegakan hukum pidana di NAD, Khususnya untuk pasal-pasal kesusilaan yang telah di atur dalam KUHP.

Qanun Jinayat juga melegitimasi penggunaan hukuman badan/tubuh (*Corporal Punishment*) di Indonesia, yakni cambuk. Padahal sistem pemidanaan di Indonesia secara tegas melarang penggunaan hukuman cambuk. Penggunaan hukuman cambuk ini juga masuk dalam kategori penyiksaan, hukuman kejam tidak manusiawi dan merendahkan martabat. Hukum cambuk dan bentuk lain penghukuman yang kejam melanggar larangan hukum internasional tentang penyiksaan, dan perlakuan kejam, tidak manusiawi, atau tidak bermartabat lainnya yang tersedia di dalam Kovenan Internasional Hak-Hak Sipil dan Politik (ICCPR) dan Konvensi

Internasional Melawan Penyiksaan dan Perlakuan atau Penghukuman yang Kejam, Tidak Manusiawi, atau Merendahkan Martabat (CAT), yang mana Indonesia merupakan Negara Pihaknya. Pada 2013, Komite HAM PBB yang memonitor kepatuhan negara-negara terhadap kewajiban mereka di bawah ICCPR, menyerukan Indonesia untuk mencabut ketentuan-ketentuan yang mengesahkan penggunaan penghukuman yang kejam di produk-produk hukum lokal di Aceh. Pada 2008 Komite Anti Penyiksaan PBB juga menyerukan kepada Indonesia untuk mengevaluasi semua produk hukum nasional dan lokal yang mengesahkan penggunaan penghukuman yang kejam sebagai bentuk pemidanaan, dengan pandangan untuk menghapuskan segera bentuk-bentuk penghukuman semacam itu.

Data Badan Perlindungan Perempuan dan Anak Aceh menyatakan bahwa pada tahun 2013, jumlah kasus yang tercatat sebanyak 428 kasus, Tahun 2014 sebanyak 515 kasus dan tahun 2015 sebanyak 548 kasus. Pada 2015, paling tidak 108 orang dieksekusi hukum cambuk. Hukum cambuk ini secara rutin dilakukan di ruang-ruang publik untuk menarik perhatian banyak orang di mana mereka bisa mengambil foto dan video yang bisa menambah malu dan penderitaan jangka panjang bagi mereka yang dihukum oleh penghukuman yang kejam, menyakitkan, dan merendahkan martabat semacam ini.

Di tahun 2016 Data Monitoring *Institute for Criminal Justice Reform* (ICJR) sepanjang 2016, Mahkamah Syariah Aceh paling tidak telah memutuskan 221 putusan perkara jinayat sejak Januari sampai dengan September 2016.

Sedangkan 5 besar daerah yang memutus perkara jinayat terbanyak, yaitu :

1. Banda Aceh, sebanyak 40 perkara
2. Kualasimpang, sebanyak 29 perkara
3. Kutacane, sebanyak 24 perkara
4. Blangkejeren dan Jantho, sebanyak 21 perkara
5. Langsa, sebanyak 17 perkara

Dalam Monitoring tersebut ICJR menemukan sedikitnya 180 terpidana telah di eksekusi cambuk di seluruh wilayah Aceh.

Pemberian eksekusi cambuk terberat dilakukan di halaman Masjid Agung Istiqamah Tapaktuan, pada Jumat, 5 Agustus 2016. Ali Imran Bin Abdul Samad warga Desa Sawah Tingkeum, Kecamatan Bakongan Timur telah di eksekusi cambuk sebanyak 125 kali, ia terbukti melakukan Perkosaan berdasarkan putusan Mahkamah Syar'iyah Tapaktuan Nomor : 0004/JN/2016/MSY-TTN tanggal 6 Juni 2016.

Sebelumnya, Hukuman cambuk 100 cambukan yang di berikan kepada tindak pidana zina yakni kepada dua orang warga Kampung Burlah. Mereka Di Eksekusi cambuk Tugu kota Blangkejeren, Kabupaten Gayo Lues pada Tanggal 2 September 2016 masing-masing dicambuk 100 kali. Juga kepada warga Kampung Burlah dan warga Kampung Kemili, Kecamatan Bebesen, mereka terkena eksekusi 100 kali di halaman Gedung Olah Seni (GOS), Kota Takengon pada tanggal 26 Mei 2016. Hukuman cambuk diatas termasuk hukuman paling tinggi selama sejarah penerapan hukuman cambuk di Aceh

Dalam pemberian hukuman cambuk tersebut ICJR juga menemukan pelanggaran, yakni pemberian hukuman cambuk yang diberikan lebih dari putusan pengadilan (kasus Risman), Risman merupakan salah satu dari 38 orang yang dieksekusi cambuk di Masjid Agung Baitul Makmur, Meulaboh, Aceh Barat tanggal 12 Februari 2016. Risman divonis lima kali cambukan, namun eksekutor mencambuk sebanyak enam kali.

Dalam kasus Nanda Irwansyah Bin Bachtiar Effendi yang dieksekusi cambuk di Masjid Al-A'la, Gampong Cot Mesjid, Lueng Bata, Banda Aceh pada 19 Februari 2016. Pada cambukan pertama, algojo melibas alat cambuk yang terbuat dari rotan itu sehingga mengenai bagian belakang kepala Nanda Irwansyah, bukan bagian punggungnya. Proses cambukan tetap berjalan meskipun terjadi kesalahan pada cambukan pertama.

Hukuman cambuk juga telah menimbulkan luka fisik dan psikis, umumnya terpidana perempuan mengalami kesakitan dan pingsan saat di cambuk. Contohnya dalam kasus Sa. Sa merupakan salah satu dari terpidana ikhtilat atau bermesra-mesraan dalam Qanun Jinayat, ia dicambuk sebanyak 20 kali. Dalam eksekusi cambuk pada 1 Agustus 2016 di Masjid Al Furqan, Gampong Beurawe, Kecamatan Kuta Alam, Banda Aceh ia terluka saat dikenai hukuman cambuk. Prosesi cambuk terhadapnya bahkan dihentikan sementara untuk pemeriksaan medis. Namun ia kembali mendapat cambukan sesuai putusan.

Praktek pemberian hukuman cambuk juga dilakukan kepada warga Aceh yang bukan beragama muslim yakni seorang perempuan bernama Remita Sinaga ia dipidana cambuk pada Tanggal 12 April 2016 di halaman

Gedung Olah Seni (GOS) Kota Takengon, Kabupaten Aceh Tengah. Perempuan tersebut dieksekusi hukum cambuk 28 kali karena menjual alkohol, tersebut merupakan warga non-Muslim pertama yang dihukum cambuk di bawah hukum Syariah, yang sebelum Oktober 2015 hanya diterapkan kepada orang-orang Muslim di propinsi Aceh.

Dalam sepanjang pelaksanaan eksekusi cambuk tersebut ICJR juga mendapati pelaksanaannya sarat akan pelanggaran. Penggunaannya yang diskriminatif karena tidak berlaku untuk beberapa orang yang memiliki jabatan. Hukuman cambuk yang di pertontonkan secara umum juga menghasilkan budaya kekerasan di masyarakat Aceh.

ICJR Meminta Pemerintah Indonesia untuk menghapuskan segala bentuk corporal punishment dalam peraturan perundang-undangnya dalam hal ini menghapuskan hukuman cambuk. Meminta Pemerintah Indonesia untuk mengambil langkah-langkah evaluasi terhadap Qanun Jinayat yang secara faktual telah mengakibatkan adanya praktik penyiksaan, perbuatan sewenang-wenang dan tidak manusiawi. Meminta Pemerintah pusat khususnya Presiden, Kementerian Dalam Negeri, dan Mahkamah Agung untuk melakukan peninjauan kembali terhadap Qanun Jinayat secara keseluruhan.

ICJR mendorong Masyarakat Aceh di setiap lapisan untuk terus mengawasi pelaksanaan Qanun Jinayat yang sarat akan kekerasan, diskriminasi, dan pelanggaran. Meminta masyarakat Indonesia juga turut mengawasi pelaksanaan Qanun Jinayat. Meminta Organisasi Internasional untuk terus mengawasi dan melakukan tindakan dalam menghentikan

hukuman cambuk khususnya Qanun Jinayat, yang menyebabkan terjadinya kekerasan dan diskriminasi terhadap masyarakat khususnya perempuan, anak-anak, dan LGBT.

Dalam wawancara yang dilakukan oleh peneliti untuk memperoleh data mengenai pemberlakuan hukum Islam di Aceh, peneliti telah memperoleh data yang antara lain dari wawancara:

1. Ketua Mahkamah Syariah Banda Aceh

Qanun No.7 Tahun 2013 telah berlaku sejak diundangkan yaitu tanggal 13 Desember 2013.

Setiap perkara yang dilimpahkan ke Mahkamah Syariah setelah qanun ini berlaku tersangka atau terdakwa semuanya ditahan.

Setiap tahap penyelesaian perkara (penyidik, jaksa penuntut umum dan pengadilan) semuanya telah menahan tersangka atau terdakwa apabila diperlukan dan ternyata selama ini semuanya ditahan dan penahanan di pengadilan selama ini belum pernah ada perpanjangan.

Untuk pelaksanaan eksekusi selama ini terpidana ditahan kurang dari 5 (lima) hari, dan pelaksanaan eksekusi sangat tergantung dengan PEMDA karena menyangkut dengan biaya eksekusi yang ditanggung PEMDA.

Setiap penahanan dikurangi dengan hukuman yang dijatuhkan. Setiap 30 hari penahanan dikurangi 1 (satu) kali cambuk, apabila penahanan tidak sampai 30 hari hukuman tidak dikurangi.

Pengurangan hukuman dituangkan oleh majelis hakim dalam amar putusan secara umum.

Dalam penyelesaian perkara jinayat sekarang terkendala di bagian penahanan selama menjalani persidangan di pengadilan karena ruang tahanan yang ada di pengadilan sangat kecil (2x3 m), sehingga agak kesulitan apabila terdakwa yang disidangkan dalam jumlah yang banyak dalam hari yang bersamaan.

2. Ketua Mahkamah Syariah Meulaboh

Qanun No.7 Tahun 2013 telah diterapkan di Mahkamah Syariah Meulaboh sejak tahun 2015.

Para terdakwa atau tersangka yang perkaranya dilimpahkan ke Mahkamah Syariah sejak tahun 2015 sudah mulai ditahan.

Setiap tahap penyelesaian perkara (penyidik, jaksa penuntut umum dan pengadilan) semuanya telah menahan terdakwa atau tersangka apabila diperlukan dan ternyata selama ini semuanya ditahan.

Untuk pelaksanaan eksekusi selama ini terpidana ditahan kurang dari 5 (lima) hari, atas permintaan jaksa penuntut umum dan pelaksanaan eksekusi selama ini dikumpul beberapa perkara yang telah diputus dilaksanakan eksekusi secara serentak oleh jaksa.

Setiap penahanan dikurangi dengan hukuman yang dijatuhkan. Setiap 30 hari penahanan dikurangi 1 (satu) kali cambuk, apabila penahanan tidak sampai 30 hari hukuman tetap dikurangi satu kali cambuk.

Pengurangan hukuman dituangkan oleh majelis hakim dalam amar putusan secara umum.

Dalam penyelesaian perkara jinayat sekarang terkendala di

bagian penahanan selama menjalani persidangan di pengadilan, karena ruang tahanan di Mahkamah Syariah Meulaboh belum ada, demikian juga sarana dan prasarana untuk kelengkapan administrasi juga belum tersedia dalam DIPA.

3. Wakil Ketua Mahkamah Syariah Sabang

Qanun No.7 Tahun 2013 telah berlaku sejak diundangkan, dan ketika qanun No. 7 ini berlaku hukum materiil terbaru (Qanun No. 6 Tahun 2014) belum ada, sehingga yang digunakan hukum materiil sebelumnya.

Untuk tahun 2015 Mahkamah Syariah Sabang menangani 2 kasus jinayat dan tahun 2016 sampai bulan Juni belum ada perkara yang masuk.

Setiap perkara yang dilimpahkan ke Mahkamah Syariah setelah qanun ini berlaku terdakwa semuanya ditahan.

Setiap tahap penyelesaian perkara (penyidik, jaksa penuntut umum dan pengadilan) semuanya telah menahan tersangka atau terdakwa.

Untuk pelaksanaan eksekusi selama ini terpidana tidak ditahan, karena setelah perkara diputus, apabila tidak ada upaya hukum banding, eksekusi langsung dilaksanakan pada hari itu juga oleh jaksa.

Dalam penyelesaian perkara jinayat sekarang terkendala di bagian penahanan selama menjalani persidangan di pengadilan karena ruang tahanan di Mahkamah Sabang belum ada, demikian juga dengan sarana lain seperti buku register belum disiapkan oleh Mahkamah Agung

dan biaya yang berkaitan dengan perkara jinayat belum ada dalam DIPA.

4. Ketua Mahkamah Syariah Langsa

Qanun No.7 Tahun 2013 tentang hukum materil telah berlaku sejak diundangkan yaitu tanggal 13 Desember 2013 dan Qanun No.6 tentang Hukum Materil Jinayat mulai berlaku Oktober 2015.

Untuk tahun 2015 Mahkamah Syariah Langsa menangani 15 kasus jinayat dan tahun 2016 sampai bulan juni menangani 19 kasus jinayat.

Setiap perkara yang dilimpahkan ke Mahkamah Syariah Langsa setelah qanun ini berlaku terdakwa semuanya ditahan.

Setiap tahap penyelesaian perkara (penyidik, jaksa penuntut umum dan pengadilan) semuanya telah menahan terdakwa atau tersangka apabila diperlukan.

Penyelesaian perkara jinayat di Mahkamah Syariah Langsa selesai sebelum 30 (tiga puluh) hari. Sehingga masa penahanan 50 (lima puluh) hari yang diberikan qanun tidak pernah digunakan semuanya.

Untuk pelaksanaan eksekusi selama ini jaksa tidak pernah meminta penahanan, karena setelah perkara diputus apabila tidak ada upaya hukum banding, eksekusi langsung dilaksanakan pada hari itu juga oleh jaksa.

Masa tahanan selama proses penyelesaian perkara baik di tahap penyidikan, penuntutan maupun pemeriksaan di pengadilan dikurangi langsung oleh jaksa pada saat pelaksanaan ekskeusi.

Setiap penahanan dikurangi dengan hukuman yang dijatuhkan.

Setiap 30 hari penahanan dikurangi 1 (satu) kali cambuk, namun apabila penahanan tidak sampai 30 hari hukuman tetap dikurangi satu kali cambuk.

Dalam penyelesaian perkara jinayat sekarang terkendala di bagian penahanan selama menjalani persidangan di pengadilan karena ruang tahanan yang ada di pengadilan sangat kecil (2x3 m), sehingga tidak mungkin menampung para terdakwa dalam jumlah banyak apabila sidang dilaksanakan secara bersamaan, demikian juga dengan sarana lain seperti buku register dan biaya makan para tahanan belum disiapkan oleh Mahkamah Agung.

5. Wakil Ketua Mahkamah Syariah Idie

Untuk tahun 2015 Mahkamah Syariah Idie menangani 15 kasus jinayat dan tahun 2016 sampai bulan Juni menangani 1 kasus jinayat.

Setiap perkara yang dilimpahkan ke Mahkamah Syariah setelah qanun ini berlaku tersangka atau terdakwa semuanya ditahan.

Setiap tahap penyelesaian perkara (penyidik, jaksa penuntut umum dan pengadilan) semuanya telah menahan terdakwa atau tersangka sesuai dengan kebutuhan. Penyelesaian perkara jinayat di Mahkamah Syariah Idie selesai sebelum 30 (tiga puluh) hari.

Perkara yang telah diputus sejak tahun 2015 sampai saat ini belum pernah dilaksanakan eksekusi, karena pelaksanaan eksekusi sangat tergantung dengan dana dari PEMDA Kabupaten.

Dalam penyelesaian perkara jinayat sekarang terkendala di bagian penahanan selama menjalani persidangan di pengadilan karena

ruang tahanan yang ada di pengadilan sangat sempit, sehingga tidak mungkin menampung para terdakwa dalam jumlah banyak apabila sidang dilaksanakan secara bersamaan, demikian juga dengan sarana lain seperti buku register dan biaya makan para tahanan belum disiapkan oleh Mahkamah Agung.

6. Ketua Mahkamah Syariah Lhoksukon

Mahkamah Syariah Lhoksukon telah menerima perkara jinayat sejak tahun 2009 sampai 2016, namun penahanan baru dilakukan setelah berlakunya Qanun No.7 Tahun 2013.

Setiap perkara yang dilimpahkan ke Mahkamah Syariah setelah qanun ini berlaku terdakwa sudah mulai ditahan. Setiap tahap penyelesaian perkara (penyidik, jaksa penuntut umum dan pengadilan) semuanya telah menahan terdakwa atau tersangka sesuai dengan kebutuhandan selama ini di Mahkamah Syariah Lhoksukon ada satu perkara yang tidak ditahan karena terdakwa kooperatif.

Perkara yang telah diselesaikan sejak tahun 2009 sampai tahun 2014 ada 19 perkara dan barn dilaksanakan eksekusi pada tahun 2015. Pada tahun 2015 sampai tahun 2016 telah menyelesaikan sebanyak 6 perkara dan semuanya juga telah dilaksanakan eksekusi.

Pelaksanaan eksekusi terhadap perkara jinayat sangat terikat dengan PEMDA, karena PEMDA yang membiayai pelaksanaan eksekusi.

Untuk pelaksanaan eksekusi selama ini terpidana juga ditahan dan penahanan diberikan oleh pengadilan berdasarkan permohonan dari jaksa.

Setiap penahanan dikurangi dengan hukuman yang dijatuhkan. Setiap 30 hari penahanan dikurangi 1 (satu) kali cambuk, namun apabila penahanan tidak sampai 30 hari hukuman tetap dikurangi satu kali cambuk.

Pengurangan hukuman dengan masa tahanan dilakukan oleh jaksa pada saat pelaksanaan eksekusi, setelah jaksa membacakan masa tahanan yang dijalani oleh terpidana.

Dalam penyelesaian perkara jinayat sekarang terkendala di bagian penahanan selama menjalani persidangan di pengadilan karena ruang tahanan yang ada di pengadilan sangat kecil, sehingga agak kesulitan apabila terdakwa yang disidangkan pada hari yang bersamaan dalam jumlah yang banyak. Demikian juga dengan biaya yang diperlukan dalam penyelesaian perkara jinayat, karena biaya tersebut belum tersedia dalam DIPA.

7. Ketua Mahkamah Syariah Bireuen

Qanun Nanggroe Aceh Darussalam No.7 Tahun 2013 telah berlaku di Mahkamah Syariah Bireuen sejak tahun 2015.

Untuk tahun 2015 Mahkamah Syariah Bireuen menangani 4 kasus jinayat dan tahun 2016 sampai bulan juni jaksa baru meminta penetapan penyitaan alat bukti sementara berkasnya masih di kejaksaan.

Setiap perkara yang dilimpahkan ke Mahkamah Syariah setelah qanun ini berlaku tersangka atau terdakwa sudah mulai ditahan.

Setiap tahap penyelesaian perkara (penyidik, jaksa penuntut umum dan pengadilan) semuanya telah menahan tersangka atau terdakwa

apabila diperlukan dan selama ini di Mahkamah Syariah Bireuen ada satu perkara yang tidak ditahan karena terdakwa kooperatif.

Eksekusi perkara jinayat di Mahkamah Syariah Bireuen dilaksanakan sehari atau dua hari setelah perkara diputus dan jaksa tidak meminta penahanan untuk eksekusi kepada pengadilan karena terpidana masih dalam masa tahanan sebelumnya yang belum berakhir.

Setiap penahanan dikurangi dengan hukuman yang dijatuhkan. Setiap 30 hari penahanan dikurangi 1 (satu) kali cambuk, namun apabila penahanan tidak sampai 30 hari hukuman tetap dikurangi satu kali cambuk.

Pengurangan hukuman dengan masa tahanan dilakukan oleh jaksa pada saat pelaksanaan eksekusi.

Dalam penyelesaian perkara jinayat sekarang terkendala dengan sarana dan prasarana yang belum memadai, seperti buku register dan biaya makan para tahanan belum disiapkan dalam DIPA.

8. Ketua Mahkamah Syariah Sigli

Qanun Nanggroe Aceh Darussalam No.7 Tahun 2013 telah dilaksanakan di Mahkamah Syar'iyah Sigli sejak tahun 2015.

Untuk tahun 2015 Mahkamah Syariah Sigli menangani 29 kasus jinayat yang didominasi oleh perkara maisir dan tahun 2016 sampai bulan Juni menangani 2 perkara, satu perkara khalwat dan satu maisir.

Setiap perkara yang dilimpahkan ke Mahkamah Syariah setelah qanun ini berlaku tersangka sudah mulai ditahan.

Setiap tahap penyelesaian perkara (penyidik, jaksa penuntut

umum dan pengadilan) semuanya telah menahan terdakwa atau tersangka sesuai dengan kebutuhan. Dan selama ini di Mahkamah Syariah Sigli belum pernah ada perpanjangan penahanan.

Selama ini Mahkamah Sigli tidak pernah menahan terpidana untuk pelaksanaan eksekusi karena setelah diputus langsung dilaksanakan eksekusi sementara terpidana masih dalam masa tahanan.

Setiap penahanan dikurangi dengan hukuman yang dijatuhkan. Setiap 30 hari penahanan dikurangi 1 (satu) kali cambuk, namun apabila penahanan tidak sampai 30 hari hukuman tetap dikurangi satu kali cambuk. Dan pengurangan hukuman ini dimuat dalam amar putusan secara umum.

Dalam penyelesaian perkara jinayat sekarang terkendala karena sarana dan prasarana yang belum memadai, misalnya ruang tahanan yang ada di pengadilan sangat kecil, sehingga agak kesulitan apabila terdakwa yang disidangkan dalam jumlah yang banyak dalam hari yang bersamaan, biaya untuk penahanan terdakwa, dan belum ada petunjuk yang jelas mengenai praperadilan di dalam qanun.

Mahkamah Syariah Lhokseumawe dan Mereudu sejak Qanun Nomor 7 Tahun 2013 tentang Hukum Acara Jinayat diundangkan sampai penelitian ini dilakukan belum ada perkara yang diajukan ke pengadilan.

Hasil wawancara dengan para ketua Mahkamah Syariah di Aceh dan bentuk-bentuk pertanyaan kuisisioner yang diberikan kepada responden yang berkaitan dengan pokok permasalahan dalam penelitian ini dapat dijadikan sebagai data Hasil penelitian yang berguna untuk

menjawab pokok-pokok permasalahan penelitian.

Data hasil penelitian menunjukkan bahwa para penegak hukum di Aceh, baik penyidik, penuntut umum maupun pengadilan telah mulai melakukan penahanan terhadap para tersangka atau terdakwa setelah Qanun Nomor 7 Tahun 2013 diundangkan, namun tak semua pengadilan seragam dalam penerapannya. Hal ini sangat tergantung pada kasus yang masuk ke pengadilan, sebagaimana yang ditemukan di Mahkamah Syariah Lhoksukon, Bireuen, Langsa, Sabang dan Idi.

Penahanan yang dilakukan oleh penyidik telah sesuai dengan ketentuan Pasal 24 Qanun No. 7 tahun 2013, penahanan di tingkat penuntut umum telah memenuhi ketentuan sebagaimana yang diatur dalam Pasal 25 dan pengadilan juga telah melaksanakan penahanan sesuai dengan ketentuan Pasal 26.

Penahanan terhadap tersangka atau terdakwa pada hakikatnya tidak mesti dilakukan kecuali telah memenuhi syarat objektif dan syarat subjektif untuk dilakukan penahanan sebagaimana yang dilakukan oleh Mahkamah Syariah Bireuen terhadap salah satu perkara dari empat perkara yang diterima pada tahun 2015 dan Mahkamah Syar'iyah Lhoksukon terhadap salah satu perkara dari enam perkara yang diterima pada tahun 2015, disebabkan terdakwa sangat kooperatif dalam mengikuti proses penyelesaian perkara.

Hal ini sesuai dengan ketentuan pasal 21 Qanun No.7 Tahun 2013 "Untuk kepentingan Penyidikan, Penuntutan, Penyidangan dan/ atau pelaksanaan `Uqubat terhadap Tersangka, Terdakwa dan terpidana

dapat dilakukan Penahanan", kalimat "dapat" dalam ayat tersebut memberi pemahaman boleh sehingga penahanan terhadap para tersangka atau terdakwa tidak bersifat imperatif, karena pada dasarnya seseorang tidak boleh ditahan (dibatasi kebebasannya) tanpa alasan yang dibenarkan undang-undang, hal ini diatur dalam pasal 7 Undang-undang No. 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman "Tidak seorangpun dapat dikenakan penangkapan, penahanan, penggeledahan, dan penyitaan, kecuali atas perintah tertulis dari kekuasaan yang sah dalam hal dan menurut cara yang diatur dalam undang-undang".

Menurut data yang diperoleh, semua perkara yang telah diputus oleh Mahkamah Syariah telah dilaksanakan eksekusi. Dalam pelaksanaan eksekusi tidak setiap wilayah hukum melakukan secara seragam, hal ini sangat tergantung pada lembaga kejaksaan sebagai eksekutor terhadap suatu putusan jinayat. Ada yang melaksanakan eksekusi pada hari perkara diputus, ada yang melaksanakan setelah dua atau tiga hari setelah perkara diputus dan ada juga yang mengumpulkan beberapa perkara kemudian dilaksanakan eksekusi secara serentak seperti di Mahkamah Syar'iyah Banda aceh dan Mahkamah Syar'iyah Meulaboh.

Eksekusi yang dilaksanakan pada hari perkara diputus, terpidana tidak lagi ditahan, eksekusi yang dilaksanakan dua atau tiga hari setelah perkara diputus para terpidana ditahan berdasarkan pada masa tahanan yang belum habis, jaksa tidak meminta kepada ketua pengadilan untuk memperpanjang masa penahanan. Sementara eksekusi yang dilaksanakan dengan tenggang waktu yang lama, para terpidana dibebaskan karena tidak

ada alasan untuk menahan mereka. Jaksa memohon kepada ketua mahkamah untuk melaksanakan penahanan terhadap terpidana yang hendak dieksekusi. Praktek perjalanan pelaksanaan eksekusi yang telah dilakukan sebagaimana diuraikan di atas masih dalam batas yang dibenarkan oleh Pasal 247 ayat (2) Qanun No. 7 Tahun 2013, "Pelaksanaan Uqubat sebagaimana dimaksud pada ayat (1) segera dilaksanakan setelah adanya putusan Mahkamah yang mempunyai kekuatan hukum tetap", kalimat segera dalam pasal di atas masih bersifat relatif, dapat bermakna pada had yang sama dengan putusan, 2 atau 3 hari atau beberapa hari kemudian, pemahaman ini juga didukung oleh pasal 252 ayat (1) "Pelaksanaan Uqubat cambuk dilakukan oleh jaksa dengan menyiapkan tempat pencambukan, menentukan waktu dan menunjuk pencambuk", menyiapkan tempat pelaksanaan eksekusi, waktu dan pencambuk itu sendiri tentu tidak mungkin dilakukan dalam waktu yang sebentar. Berdasarkan analisa ini pelaksanaan eksekusi yang dilaksanakan oleh jaksa terhadap putusan jinayat selama ini di Nanggroe Aceh Darussalam tidak melanggar terhadap kebebasan dan hak asasi para terpidana.

Berkaitan dengan pengurangan hukuman dengan masa tahanan selama proses penyelesaian perkara sebagaimana yang diatur dalam pasal 23 ayat (3) "Pengurangan Uqubat sebagaimana dimaksud pada ayat (2), untuk penahanan paling lama 30 (tiga puluh) hari dikurangi 1 (satu) kali cambuk", dalam pelaksanaan di lapangan masih terjadi perbedaan pendapat antara para penegak hukum di Nanggroe Aceh Darussalam. Mahkamah Syariah Banda Aceh dan Kejaksaan Banda Aceh mengurangi hukuman terhadap terpidana

1 kali cambuk apabila masa tahanan yang dilalui telah mencapai 30 (tiga puluh) hari, jika belum mencapai 30 (tiga puluh) hari hukuman tidak dikurangi, mereka menerapkan pasal 23 ayat (3) di atas secara tekstual. Berbeda dengan Mahkamah Syariah lain yang diteliti, apabila terpidana telah menjalani penahanan 1 (satu) hari saja, hukuman akan dikurangi satu kali cambuk, demikian juga apabila masa tahanan telah dilalui 31 (tiga puluh) hari akan dikurangi 2 kali cambuk walaupun belum mencapai 60 (enam puluh) hari. Dalam hal ini mereka menerapkan pasal 23 ayat (3) secara kontekstual dengan memperhatikan rasa keadilan dan kemanusiaan terhadap para terpidana karena batas 30 (tiga) puluh hari dalam pasal tersebut merupakan batas maksimal, seandainya terpidana telah menjalani satu hari masa tahanan, sudah termasuk dalam pemahaman ayat dimaksud atau dengan kata lain mengurangi hukuman terhadap terpidana dengan masa tahanan yang telah dilalui walaupun belum mencapai masa 30 hari lebih baik daripada membiarkannya tanpa pengurangan dan menghukum terpidana dengan hukuman yang belum tentu patut dibebankan kepadanya.

Perbedaan pendapat ini terjadi karena perbedaan pemahaman para penegak hukum terhadap teks pasal 23 ayat (3) qanun di atas, sehingga menyebabkan perbedaan dalam penerapan di lapangan, namun perbedaan ini tidak menyebabkan para penegak hukum melanggar terhadap ketentuan qanun yang berkaitan dengan pengurangan hukuman. Perbedaan ini juga sangat tergantung pada kemampuan para penegak hukum dalam menginterpretasi suatu ketentuan undang-undang atau qanun.

Penyelesaian perkara jinayat di Aceh setelah diundangkan Qanun

No. 7 Tahun 2013 telah berjalan secara normal, namun tidak dipungkiri masih terdapat kendala-kendala yang dihadapi terutama menyangkut dengan sarana dan prasarana, misalnya alat-alat tulis, buku register perkara jinayat belum tersedia, dan juga biaya yang dibutuhkan untuk penahanan para terdakwa. Untuk masa yang akan datang persoalan ini dapat diatasi dengan mengikutsertakan kebutuhan-kebutuhan yang berkaitan dengan biaya operasional dalam penyelesaian perkara jinayat dalam pengusulan rencana anggaran pada tahun berikutnya berupa RKAKL yang akhirnya akan dituangkan kedalam DIPA Mahkamah Syariah sebagai lembaga pelaksana perkara pidana syariah.

Kendala lain yang dihadapi Mahkamah Syariah di Aceh dalam menyelesaikan perkara jinayat adalah beragamnya kemampuan para hakim terhadap hukum materiil dan hukum formil pidana syari'ah, hal ini dikarenakan silih begantinya hakim yang bertugas di Aceh yang mengikuti pola mutasi nasional sehingga hakim-hakim yang telah mendapat pelatihan mengenai pidana syari'ah dipindahtugaskan ke wilayah lain atau sebaliknya hakim-hakim dari luar Aceh yang belum memahami pidana syari'ah dipindahkan ke Aceh. Demikian juga kelemahan para hakim dalam menyelesaikan perkara pidana terhadap anak yang masih dibawah umur dan perkara pra peradilan disebabkan mereka belum mendapat giliran sertifikasi dan belum mendapat pelatihan yang memadai mengenai hukum acara pidana syari'ah.

B. Posisi dan Implikasi Yuridis Hukuman Cambuk di Aceh Dalam Sistem Hukum Pidana Nasional

Problem mendasar reformasi hukum adalah tentang persoalan keadilan dalam kaitannya dengan penegakan hukum. Hal ini dikarenakan hukum atau aturan perundangan harusnya adil, tapi nyatanya seringkali tidak.

Bahkan akhir-akhir ini putusan hakim banyak yang mendapat kritikan tajam dan sorotan masyarakat karena dinilai kering dan belum mencerminkan nilai-nilai keadilan sebagaimana yang diamanatkan oleh UUD 1945 hasil amandemen pasal 24 ayat (1) yang menegaskan bahwa kekuasaan kehakiman (dimana produknya adalah putusan hakim) merupakan kekuasaan yang merdeka untuk menyelenggarakan peradilan guna menegakkan hukum dan keadilan.

Kritikan di atas tentu harus ditempatkan secara proporsional, sehingga tidak hanya para Hakim dan putusannya yang hanya jadi sasaran kritik, tanpa melihat problem mendasar dalam sistem penegakan hukum di negara kita yang menyebabkan prinsip keadilan belum terwujud secara maksimal.

Harus diakui bahwa masih ada putusan hakim yang terlalu normatif dan kurang mencerminkan nilai keadilan. Ada putusan hakim yang (maaf) hanya terpaku pada blangko putusan sehingga putusannya statis dan kurang kreatif.

Diantara hal yang menyebabkannya adalah karena hakim jarang yang mau berpikir falsafati atau menggunakan pendekatan filsafat hukum dalam

putusannya. Padahal keadilan adalah tema utama yang selalu digali dan didiskusikan secara terus-menerus oleh para filsuf dalam filsafat hukum. Teori-teori Hukum Alam sejak Socrates hingga Francois Geny, selalu mendiskusikan keadilan sebagai mahkota hukum. Teori Hukum Alam, misalnya, mengutamakan "*the search for justice*"²⁹⁴. Teori keadilan Aristoteles dalam bukunya *nicomachean ethics* dan teori keadilan sosial John Rawl dalam bukunya *A Theory of justice*, juga selalu menegaskan bahwa keadilan harus diagungkan, keadilan harus dinomorsatukan dan keadilan harus di atas segala-galanya untuk selalu diperjuangkan oleh setiap manusia.

Untuk itu, agar hakim sensitif atas nilai keadilan maka hakim harus digalakan berpikir falsafati atau menggunakan pendekatan filsafat hukum dalam putusannya.

Dibalik teks-teks hukum yang normatif, ada filsafat hukum yang melatari dan menjadi inti dari adanya hukum tersebut, yaitu keadilan. Dari filsafat dan inti hukum tersebut yang seharusnya dijadikan pegangan oleh semua hakim dalam proses pembuatan dan pengambilan putusan, tidak hanya sebatas teks-teks hukum yang normatif dan tekstual semata.

Jika setiap putusan hakim melalui proses falsafati di atas maka Hakim layak disebut sebagai Filsuf Hukum sesuai dengan kata "*hakiim*" dalam bahasa arab yang berarti "Sang Filsuf (orang yang bijaksana)".

Sang Filsuf yang tidak hanya bergelut dengan teori-teori filsafat hukum *an-sich* akan tetapi juga mengamalkan teori-teori tersebut dalam

²⁹⁴ Carl Joachim Friedrich, *Filsafat Hukum Perspektif Historis*, Bandung: Nuansa dan Nusamedia, 2004., hlm. 75

ranah hukum praktis. Berbeda dengan filsuf hukum lainnya yang hanya bergelut di wilayah teori dan tidak pernah di praktik. Itulah kelebihan sang filsuf yang berprofesi sebagai Hakim dibanding filsuf-filsuf hukum lainnya.

Dalam praktik di dunia peradilan seringkali ditemukan prinsip keadilan hukum kalah dengan prinsip kepastian hukum, yang menjadi mahkota bukan keadilan akan tetapi kepastian hukum. Padahal setiap putusan hakim wajib diawali dengan kalimat "Demi Keadilan Berdasarkan Ketuhanan Yang Maha Esa" yang mempunyai makna bahwa Hakim harus menjadikan keadilan sebagai spirit utama dalam seluruh bagian putusan, keadilan harus di atas yang lainnya termasuk di atas kepastian hukum. Keadilan dijadikan sebagai pisau analisis dalam setiap tahapan putusan, mulai dari tahap konstantir, tahap kualifikasi dan tahap konstituir.

Menurut Gustav Radbruch²⁹⁵ dari tiga tujuan hukum (yaitu kepastian, keadilan dan kemariaatan) keadilan harus menempati posisi yang pertama dan utama daripada kepastian dan kemanfaatan. Secara historis, pada awalnya menurut Gustav Radbruch tujuan kepastian menempati peringkat yang paling atas diantara tujuan yang lain. Namun, setelah melihat kenyataan bahwa dengan teorinya tersebut Jerman di bawah kekuasaan Nazi melegalisasi praktik-praktik yang tidak berperikemanusiaan selama masa Perang Dunia II dengan jalan membuat hukum yang mensahkan praktik-praktik kekejaman perang pada masa itu, Radbruch pun akhirnya meralat teorinya tersebut di atas dengan menempatkan tujuan keadilan di atas tujuan hukum yang lain. Memanglah demikian bahwa keadilan adalah tujuan

²⁹⁵ Theo Huijbers, *Filsafat Hukum dalam Lintasan Sejarah*, cet VIII, Yogyakarta: Kanisius, 1995., hlm. 9

hukum yang pertama dan utama, karena hal ini sesuai dengan hakekat atau ontologi hukum itu sendiri. Bahwa hukum dibuat untuk menciptakan ketertiban melalui peraturan yang adil, yakni pengaturan kepentingan-kepentingan yang saling bertentangan dengan seimbang sehingga setiap orang memperoleh sebanyak mungkin apa yang menjadi bagiannya. Bahkan dapat dikatakan dalam seluruh sejarah filsafat hukum selalu memberikan tempat yang istimewa kepada keadilan sebagai suatu tujuan hukum.

Fenomena keadilan di bawah kepastian ini memang sulit dihindari, salah satu penyebabnya adalah ketika suatu hukum telah bertransformasi menjadi undang-undang yang merupakan prinsip yang utama dalam kultur *civil law system* (Romawi-Jerman atau corak keluarga Eropa Kontinental), sistem hukum yang diadopsi Indonesia sekarang ini. Kehadiran corak keluarga sistem hukum ini merupakan produk historis yang dibawa oleh Kolonial Belanda, yang kemudian mengejawantah ke dalam aspek substansi, struktur dan budaya hukum Indonesia sampai sekarang.²⁹⁶

Undang-undang memiliki kelebihan dalam memenuhi tujuan kepastian, namun ia juga memiliki kelemahan karena sifatnya akan menjadi tidak fleksibel, kaku dan statis. Penulisan adalah pembatasan, dan pembatasan atas suatu hal yang sifatnya abstrak (pembatasan dalam konteks materi) dan dinamis (pembatasan dalam konteks waktu) seperti halnya *value consciousness* masyarakat ke dalam suatu undang-undang secara logis akan membawa kepada konsekuensi ketertinggalan substansi undang-undang tersebut atas bahan pembentuknya (nilai-nilai masyarakat).

²⁹⁶ Shidarta, *Karakteristik Penalaran Hukum dalam Konteks Keindonesiaan*, Bandung: CV Utomo, 2009, cet. Ke-2., hlm. 21

Suatu undang-undang memang memiliki mekanisme pembaharuan (*legal reform*) sebagai upaya meminimalisir sifat ketidak-dinamisannya, namun setiap orang juga mengetahui bahwa memperbaiki suatu undang-undang baik melalui proses legislasi maupun proses kontekstualisasi oleh hakim bukanlah perkara yang gampang untuk dilakukan. Proses legislasi tidak dapat dipungkiri juga merupakan manifestasi proses pergulatan politik, di mana untuk menghasilkan suatu undang-undang yang baru tidak akan dapat dilangsungkan dalam waktu yang singkat karena membutuhkan upaya pencapaian kesepakatan atas kelompok-kelompok dengan visi dan misi yang berbeda-beda. Hal ini dapat dilihat dalam upaya penerapan qanun selaku hukum jinayat. Dalam implementasinya masih terdapat pro dan kontra, sebab Aceh tidak hanya terdiri dari masyarakat muslim saja tetapi nasrani juga banyak berdiam di Aceh.

Sedangkan pembaruan oleh hakim melalui putusannya juga tidak bisa dilakukan secara maksimal, di samping karena pengaruh kultur *Civil Law System* yang menghendaki hakim untuk mendasarkan diri secara ketat kepada bunyi undang-undang walaupun undang-undang tersebut telah ketinggalan zaman, juga dikarenakan paradigma berpikir hakim masih banyak mendasarkan diri pada filsafat positivisme hukum²⁹⁷ Dengan demikian, tujuan utama yang dituju bukanlah keadilan melainkan kepastian, karena filsafat positivisme mengutamakan hal yang sifatnya jelas dan pasti (positif) di atas segalanya dengan alasan bahwa hanya hal yang bersifat pasti saja yang dapat dijadikan ukuran kebenaran.

²⁹⁷ Ade Maman Suherman, *Pengantar Perbandingan Sistem Hukum*, Jakarta: Raja Grafindo Persada, 2004., hlm. 3

Pada akhirnya, apa yang adil tidaklah diukur dari seberapa mampukah masyarakat merasakannya sebagai suatu hal yang sesuai dengan rasa keadilan mereka melainkan seberapa sesuaikah putusan hakim yang ada dengan bunyi aturan dalam undang-undang. Fenomena ini merupakan problem mendasar dalam penegakan hukum di Indonesia.

Terdapat macam-macam teori mengenai keadilan dan masyarakat yang adil yang didiskusikan secara mendalam oleh para filsuf hukum, akan tetapi teori-teori itu sekarang mulai dilupakan oleh para praktisi hukum dalam menegakkan keadilan.

Teori-teori ini menyangkut hak dan kebebasan, peluang kekuasaan, pendapatan dan kemakmuran. Diantara teori-teori yang terlupakan itu adalah teori keadilan sang filsuf Aristoteles dalam bukunya *Nicomachean Ethics* dan teori keadilan sosial sang filsuf John Rawl dalam bukunya *A Theory of Justice*.

Pandangan-pandangan Aristoteles tentang keadilan bisa kita dapatkan dalam karyanya *Nicomachean Ethics*, *Politics* dan *Rethoric*. Lebih khususnya, dalam buku *Nicomachean Ethics*, buku itu sepenuhnya ditujukan bagi keadilan, yang berdasarkan filsafat umum Aristoteles, mesti dianggap sebagai inti dari filsafat hukumnya, "karena hukum hanya bisa ditetapkan dalam kaitannya dengan keadilan".²⁹⁸ Yang sangat penting dari pandangannya ialah pendapat bahwa keadilan mesti dipahami dalam pengertian kesamaan. Namun Aristoteles membuat perbedaan penting antara kesamaan numerik dan kesamaan proporsional. Kesamaan numerik

²⁹⁸Carl Joachim, *op.cit*, hlm. 24

mempersamakan setiap manusia sebagai satu unit. Inilah yang sekarang biasa kita pahami tentang kesamaan dan yang kita maksudkan ketika kita mengatakan bahwa semua warga adalah sama di depan hukum. Kesamaan proporsional memberi tiap orang apa yang menjadi haknya sesuai dengan kemampuannya, prestasinya dan sebagainya. Dari perbedaan ini Aristoteles menghadirkan banyak kontroversi dan perdebatan seputar keadilan.

Lebih lanjut, dia membedakan keadilan menjadi jenis keadilan distributif dan keadilan korektif. Yang pertama berlaku dalam hukum publik, yang kedua dalam hukum perdata dan pidana. Keadilan distributif dan korektif sama-sama rentan terhadap problema kesamaan atau kesetaraan dan hanya bisa dipahami dalam kerangkanya. Dalam wilayah keadilan distributif, hal yang penting ialah bahwa imbalan yang sama rata diberikan atas pencapaian yang sama rata. Pada yang kedua, yang menjadi persoalan ialah bahwa ketidaksetaraan yang disebabkan oleh, misalnya, pelanggaran kesepakatan, dikoreksi dan dihilangkan.

Keadilan distributif menurut Aristoteles berfokus pada distribusi, honor, kekayaan dan barang-barang lain yang sama-sama bisa didapatkan dalam masyarakat. Dengan mengesampingkan "Pembuktian" matematis, jelaslah bahwa apa yang ada di benak Aristoteles ialah distribusi kekayaan dan barang berharga lain berdasarkan nilai yang berlaku di kalangan warga. Distribusi yang adil boleh jadi merupakan distribusi yang sesuai dengari nilai kebajikannya, yakni nilainya bagi masyarakat.

Di sisi lain, keadilan korektif berfokus pada pembetulan sesuatu yang salah. Jika suatu pelanggaran dilanggar atau kesalahan dilakukan, maka

keadilan korektif berusaha memberikan kompensasi yang memadai bagi pihak yang dirugikan; jika suatu kejahatan telah dilakukan, maka hukuman yang sepantasnya perlu diberikan kepada si pelaku. Bagaimanapun, ketidakadilan akan mengakibatkan terganggunya "kesetaraan" yang sudah mapan atau telah terbentuk. Keadilan korektif bertugas membangun kembali kesetaraan tersebut. Dari uraian ini nampak bahwa keadilan korektif merupakan wilayah peradilan sedangkan keadilan distributif merupakan bidangnya pemerintah.²⁹⁹

Dalam membangun argumennya, Aristoteles menekankan perlunya dilakukan pembedaan antara vonis yang mendasarkan keadilan pada sifat kasus dan yang didasarkan pada watak manusia yang umum dan lazim, dengan vonis yang berlandaskan pandangan tertentu dari komunitas hukum tertentu. Pembedaan ini jangan dicampuradukkan dengan pembedaan antara hukum positif yang ditetapkan dalam undang-undang dan hukum adat. Karena, berdasarkan pembedaan Aristoteles, dua penilaian yang terakhir itu dapat menjadi cumber pertimbangan yang hanya mengacu pada komunitas tertentu, sedangkan keputusan serupa yang lain, kendati diwujudkan dalam bentuk perundang-undangan, tetap merupakan hukum alam jika bisa didapatkan dari fitrah umum manusia.³⁰⁰

John Rawls dalam bukunya *A Theory of Justice* menjelaskan teori keadilan sosial sebagai *the difference principle* dan *the principle of fair equality of opportunity*. Inti *the difference principle*, adalah bahwa perbedaan sosial dan ekonomis harus diatur agar memberikan manfaat yang

²⁹⁹*ibid*, hlm. 25

³⁰⁰*ibid*, hlm. 26-27

paling besar bagi mereka yang paling kurang beruntung.

Istilah perbedaan sosial-ekonomis dalam prinsip perbedaan menuju pada ketidaksamaan dalam prospek seorang untuk mendapatkan unsur pokok kesejahteraan, pendapatan dan otoritas. Sementara itu, *the principle of fair equality of opportunity* menunjukkan pada mereka yang paling kurang mempunyai peluang untuk mencapai prospek kesejahteraan, pendapat dan otoritas. Mereka inilah yang harus diberi perlindungan khusus.

Rawls mengerjakan teori mengenai prinsip-prinsip keadilan terutama sebagai alternatif bagi teori utilitarianisme sebagaimana dikemukakan Hume, Bentham dan Mill. Rawls berpendapat bahwa dalam masyarakat yang diatur menurut prinsip-prinsip utilitarianisme, orang-orang akan kehilangan harga diri, lagi pula bahwa pelayanan demi perkembangan bersama akan lenyap. Rawls juga berpendapat bahwa sebenarnya teori ini lebih keras dari apa yang dianggap normal oleh masyarakat. Memang boleh jadi diminta pengorbanan demi kepentingan umum, tetapi tidak dapat dibenarkan bahwa pengorbanan ini pertama-tama diminta dari orang-orang yang sudah kurang beruntung dalam masyarakat.

Menurut Rawls, situasi ketidaksamaan harus diberikan aturan yang sedemikian rupa sehingga paling menguntungkan golongan masyarakat yang paling lemah. Hal ini terjadi kalau dua syarat dipenuhi. *Pertama*, situasi ketidaksamaan menjamin *maximum minimorum* bagi golongan orang yang paling lemah. Artinya situasi masyarakat harus sedemikian rupa sehingga dihasilkan untung yang paling tinggi yang mungkin dihasilkan bagi golongan orang-orang kecil. *Kedua*, ketidaksamaan diikat pada jabatan-

jabatan yang terbuka bagi semua orang. Maksudnya supaya kepada semua orang diberikan peluang yang sama besar dalam hidup. Berdasarkan pedoman ini semua perbedaan antara orang berdasarkan ras, kulit, agama dan perbedaan lain yang bersifat primordial, harus ditolak.

Lebih lanjut John Rawls menegaskan bahwa maka program penegakan keadilan yang berdimensi kerakyatan haruslah memperhatikan dua prinsip keadilan, yaitu, *pertama*, memberi hak dan kesempatan yang sama atas kebebasan dasar yang paling luas seluas kebebasan yang sama bagi setiap orang. *Kedua*, mampu mengatur kembali kesenjangan sosial ekonomi yang terjadi sehingga dapat memberi keuntungan yang bersifat timbal balik (*reciprocal benefits*) bagi setiap orang, baik mereka yang berasal dari kelompok beruntung maupun tidak beruntung.³⁰¹

Dengan demikian, prinsip perbedaan menuntut diaturnya struktur dasar masyarakat sedemikian rupa sehingga kesenjangan prospek mendapat hal-hal utama kesejahteraan, pendapatan, otoritas diperuntukkan bagi keuntungan orang-orang yang paling kurang beruntung. Ini berarti keadilan sosial harus diperjuangkan untuk dua hal: *Pertama*, melakukan koreksi dan perbaikan terhadap kondisi ketimpangan yang dialami kaum lemah dengan menghadirkan institusi-institusi sosial, ekonomi dan politik yang memberdayakan. *Kedua*, setiap aturan harus memposisikan diri sebagai pemandu untuk mengembangkan kebijakan-kebijakan untuk mengoreksi ketidakadilan yang dialami kaum lemah.

Manusia mempunyai kecenderungan dan kebutuhan akan keadilan.

³⁰¹ John Rawl, *A Theory of Justice*, London: Oxford University press, 1973, yang sudah diterjemahkan dalam Bahasa Indonesia oleh Uzair Fauzan dan Heru Prasetyo, *Teori Keadilan*, Yogyakarta: Pustaka Pelajar, 2006., hlm. 8

Sebab keadilan adalah hak asasi yang harus dinikmati oleh setiap manusia, hanya dalam keadilan manusia mampu untuk mengaktualisasikan segala potensi kemanusiaannya secara wajar dan baik.

Memang fungsi dari hukum tidak hanya menegakkan keadilan, ada fungsi lain yaitu kepastian dan kemanfaatan. Akan tetapi jika dalam praktik ketiga fungsi hukum itu ada pertentangan, maka hakim dalam membuat putusan harus membuat skala prioritas dengan mengutamakan keadilan di atas kepastian dan kemanfaatan. Keadilan dijadikan sebagai pisau analisis dalam setiap tahapan putusan, mulai dari tahap konstantir, tahap kualifikasi dan tahap konstituir.

Uraian di atas menunjukkan bahwa dalam kajian filsafat hukum selalu mengutamakan "*the search for justice*" dan selalu menegaskan bahwa keadilan harus diagungkan, keadilan harus dinomorsatukan, dan keadilan harus di atas segala-galanya untuk selalu diperjuangkan oleh setiap manusia.

Itulah keadilan yang seharusnya selalu diperjuangkan, akan tetapi saat ini secara tidak sadar mulai dilupakan oleh banyak orang, oleh para pemimpin pemegang amanah, oleh para penegak hukum termasuk di dalamnya oleh para hakim dan sangat mungkin juga oleh diri kita sendiri dalam perilaku sehari-hari.

Bagi masyarakat Aceh penerapan Qanun-qanun syari'at yang menyangkut pidana adalah hukum materiyang harus dipertahankan dengan suatu mekanisme penegakan hukum. Mekanisme dan prosedur itu dalam istilah hukum populer disebut dengan hukum acara pidana. Sinonim dengan istilah tersebut adalah hukum proses pidana, hukum tuntutan pidana

(Belanda: *strafvordering*), atau *criminal procedure law* (Anglo-Saxon).³⁰²

Sedangkan dalam hukum pidana Islam, hukum acara pidana disebut dengan *qanun al-murafa'at* atau *qanun al-ijra'at al-qadha'iyah*.

Menurut Kansil, hukum acara pidana adalah rangkaian peraturan tentang bagaimana cara-cara mengajukan perkara pidana ke pengadilan dan bagaimana hakim menjatuhkan hukuman kepada pelaku perbuatan pidana; atau rangkaian kaidah hukum tentang cara memelihara dan mempertahankan hukum pidana materil.³⁰³ Mantan ketua MA, Wirjono Prodjodikoro, memberikan definisi yang lebih praktis. Hukum pidana adalah rangkaian peraturan yang memuat bagaimana lembaga-lembaga pemerintah; kepolisian, kejaksaan, dan pengadilan harus bertindak guna mencapai tujuan negara dengan mengadakan hukum pidana.³⁰⁴

Di Indonesia, hukum acara dibuat dalam bentuk kitab khusus yang disebut dengan Kitab Undang-undang Hukum Acara Pidana (KUHAP). Kodifikasi hukum materil hukum pidananya sendiri disebut dengan Kitab Undang-undang Hukum Pidana (KUHP). KUHP yang dipakai Indonesia sampai saat ini masih KUHP peninggalan Belanda. Usaha-usaha merumuskan KUHP baru yang berkepribadian Indonesia sampai saat ini masih dalam proses. Tampaknya, kelambatan proses tersebut karena banyaknya kepentingan yang tarikk menarik dengan undang-undang tersebut.

Lain halnya dengan KUHP yang masih produk kolonial, maka Indonesia malah mengalami langkah maju dalam hal hukum acara. Hampir

³⁰² Andi Hannah, *Hukum Acara Pidana Indonesia*, Cet. 4, Edisi Revisi, Jakarta: Sinar Grafika, 2004, hlm. 7.

³⁰³ C.S.T. Kansil, *Pengantar Ilmu Hukum dan Tata Hukum Indonesia* Cet. 8. Jakarta: Balai Pustaka, 1986, hlm. 330.

³⁰⁴ Wirjono Prodjodikoro dalam Andi Hamzah, *Hukum Acara...*,

dapat dikatakan, kitab hukum acara pidana yang disebut KUHAP di atas, murni hasil karya orisinal bangsa Indonesia.

Ketentuan KUHAP tersebut pada intinya mengatur tentang lembaga-lembaga yang terlibat dalam hukum acara pidana dan substansi mengenai fungsi dan tugas masing-masing lembaga yang diatur menurut tahapan-tahapan proses pidana.

KUHAP bukanlah satu-satunya sumber hukum formil di Indonesia. Andi Hamzah mencatat beberapa sumber lagi yang juga secara langsung atau tidak menjadi pegangan dalam hukum acara, seperti:

1. UUD 1945, khususnya ketentuan mengenai kekuasaan kehakiman yang berpusat pada Mahkamah Agung (Pasal 24 ayat (1)).
2. Undang-undang Nomor 2 Tahun 2002 tentang Kepolisian Negara R.I;
3. UU Nomor 16 Tahun 2004 tentang Kejaksaan Republik Indonesia R.I;
4. UU Nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman;
5. dan beberapa peraturan lain setingkat UU, PP, dan Kepres.

Semua peraturan lain selain KUHAP tersebut, hakikatnya adalah penjabaran lebih rinci dari ketentuan KUHAP, misalnya ketentuan tentang Kepolisian, Kejaksaan, dan Kehakiman yang dalam KUHAP diatur fungsinya dalam sistem penegakan hukum, akan tetapi sebagai lembaga negara, mereka juga memiliki fungsi lain selain fungsi penegakan hukum.

Menurut M. Yahya Harahap, yang dimaksud dengan prinsip-prinsip hukum acara adalah tonggak atau pedoman dasar yang menjadi pegangan bagi aparat penegak hukum dan masyarakat luas dalam melaksanakan

ketentuan-ketentuan hukum acara pidana.³⁰⁵ Prinsip dapat juga disebut sebagai asas, dasar, serta kode etik dari hukum acara.

Secara umum, baik dalam masalah pidana atau perdata, pengadilan harus berpegang pada prinsip-prinsip atau asas-asas hukum acara sebagai berikut:

1. larangan bertindak sebagai hakim sendiri;
2. hukum acara harus tertulis dan dikodifikasikan;
3. kekuasaan pengadilan harus bebas dari pengaruh kekuasaan badan negara lainnya;
4. semua putusan pengadilan harus berisi dasar-dasar hukum;
5. sidang pengadilan terbuka untuk umum dan keputusan hakim senantiasa dinyatakan dengan terbuka, kecuali ditetapkan lain oleh undang-undang.

Adapun dalam bidang hukum acara pidana, maka asas-asas yang harus dipegang adalah:

1. Asas persamaan di muka hukum, bahwa setiap orang diperlakukan sama di muka hukum dengan tidak mengadakan pembedaan perlakuan.
2. Asas legalitas, bahwa semua tindakan yang berkaitan dengan penegakan hukum diatur oleh hukum dan undang-undang yang tertulis. Dalam hal penangkapan, penahanan, penggeledahan, dan penyitaan, harus dilaktikan dengan surat perintah dari pejabat yang berwenang.
3. Asas praduga tak bersalah (*presumption of innocent*), bahwa setiap orang yang disangka, ditangkap, ditahan, dituntut, atau dihadapkan di muka pengadilan, wajib dianggap tidak bersalah sampai ada putusan yang menyatakan bersalah dan memiliki kekuatan hukum tetap.
4. Asas ganti kerugian dan rehabilitasi, bahwa kepada orang yang ditangkap, ditahan, dituntut, atau pun diadili tanpa alasan yang berdasarkan undang-undang dan atau karena kekeliruan orang (salah tangkap) atau kekeliruan hukum yang diterapkan, wajib diberi ganti kerugian dan rehabilitasi sejak tingkat penyidikan; dan pejabat penegak hukum yang dengan sengaja atau karena kelalaian melanggar asas

³⁰⁵ M. Yahya Harahap, *Pembahasan Permasalahan dan Penerapan Penvidikan dan Penunntitan*, Ed. 2. Cet. 5, Jakarta: Sinar Grafika, 2003, hlm. 35.

- tersebut, dituntut, dipidana, atau dikenakan hukuman administrasi.
5. Asas peradilan cepat, sederhana, biaya ringan, bebas, jujur, dan tidak memihak, bahwa proses peradilan tidak boleh berjalan lambat, berbelit-belit, mahal, memaksa, curang, dan memihak harus dihindarkan.
 6. Asas memperoleh bantuan hukum, bahwa tersangka atau terdakwa berhak mendapat kesempatan mengusahakan bantuan hukum untuk kepentingan dirinya.
 7. Asas pengakuan terhadap hak-hak tersangka atau terdakwa, bahwa tersangka atau terdakwa memiliki berbagai hak seperti hak diperiksa segera, hak mengetahui dakwaan dan dasar hukumnya, dan sebagainya.
 8. Asas hadirnya terdakwa, bahwa pengadilan hanya memeriksa perkara dengan kehadiran terdakwa.
 9. Asas terbuka untuk umum, kecuali diatur lain oleh undang-undang.
 10. Asas pengawasan pelaksanaan putusan, bahwa ketua pengadilan mengawasi pelaksanaan putusan untuk menjaga ketepatan pelaksanaannya.

Seluruh asas di atas adalah ketentuan-ketentuan dasar yang sangat mungkin dilanggar oleh aparat penegak hukum. Karena itu, pelanggaran terhadap asas-asas ini dapat juga dikatakan sebagai pelanggaran terhadap hak-hak asasi manusia.

1. *Lembaga-lembaga Pelaksana Hukum Acara Pidana Shari 'at*

Secara umum, proses pidana terdiri dari tiga tahap, yaitu penyidikan, penuntutan, dan pemeriksaan. Ketiga tahapan tersebut adalah tahapan, pokok yang menjadi tugas pokok tiga lembaga penegak hukum, yaitu kepolisian yang melakukan penyidikan, kejaksaan yang melakukan penuntutan, dan pengadilan yang melakukan pemeriksaan dan pemutusan perkara.

Ketiga tahap itu masing-masing terdiri dan rangkaian tahapan-tahapan lagi, misalnya penyidikan terdiri dari rangkaian kegiatan seperti *penyelidikan, penangkapan, penahanan, penggeledahan, penyitaan, pemanggilan, pemeriksaan oleh penyidik, penyusunan berkas*

perkara, dan pelimpahan berkas perkara. Dalam penuntutan, kegiatan pokok dan penuntut umum adalah melakukan prapenuntutan, yaitu memeriksa kelengkapan berkas perkara dan dia berwenang meminta penyidik melengkapinya; menyusun surat dakwaan; serta melimpahkan perkara ke pengadilan. Selanjutnya, dalam pemeriksaan di pengadilan, kegiatan melakukan pemeriksaan perkara di pengadilan dengan menghadirkan pihak-pihak yang terkait seperti terdakwa, penuntut umum, saksi, dan lain-lain; setelah pemeriksaan maka, kegiatan yang paling menentukan adalah penetapan putusan.

Qanun-qanun syari'at seperti qanun akidah, ibadah, syi'ar Islam; khamar; judi; khalwat; dan zakat telah menetapkan lembaga-lembaga yang berwenang menangani pelanggaran syari'at menurut ketentuan KUHAP di atas. Akan tetapi, karena kekhususannya, maka qanun-qanun syari'at menerapkan proses acara yang agak berbeda dengan tindak-tindak pidana umum dalam KUHAP. Perbedaan itu bukanlah pertentangan dengan KUHAP, tetapi sekedar penyimpangan demi mempertahankan kekhususannya. Penyimpangan itu terdapat dalam dua hal pokok: lembaga yang terlihat dan proses acara tambahan atau pengecualian.

Salah satu penyimpangan yang terdapat dalam Qanun-qanun pidana syari'at misalnya tentang adanya lembaga lain selain yang disebutkan di atas yang turut berperan dalam proses acara pidana syari'at, yakni Wilayatul Hisbah. Lembaga ini adalah lembaga yang dibentuk untuk berperan dalam kaitannya dengan pelaksanaan qanun-qanun syari'at; karena itu, fungsi yang diberikan kepada lembaga ini adalah fungsi

sosialisasi, pengawasan, dan pembinaan. Fungsi sosialisasi adalah penyebarluasan suatu qanun agar diketaltui khalayak; fungsi pengawasan dilakukan dalam hal ada indikasi-indikasi terjadinya pelanggaran; sedangkan fungsi pembinaan dilakukan dalam hal telah terjadinya pelanggaran. Dalam fungsi-fungsi tersebut terdapat tugas dan wewenang sebagai penjabarannya.

Fungsi pembinaan erat kaitannya dengan hukum acara, sebab fungsi ini dilakukan setelah terjadinya pelanggaran. Menurut KUHAP, setiap pelanggaran harus diproses menurut KUHAP sebagai penyelesaian formal. Akan tetapi, qanun-qanun syari'at menekankan penanganan pelanggaran syari'at, khususnya yang dilakukan oleh warga Gampong, melalui penyelesaian informal secara adat yang dilaksanakan oleh forum musyawarah Gampong yang disebut Rapat Adat Gampong. Adapun peran Wilayatul Hisbah (WH) dalam hal ini adalah menyerahkan pelanggar (yang tercatat sebagai warga) untuk diadili pada forum Rapat Adat Gampong. Ketentuan seperti inilah yang dianggap sebagai penyimpangan dari KUHAP.

Ketentuan di atas dimungkinkan untuk dibuat seperti itu karena kasus-kasus pidana syari'at (jika melihat qanun-qanun yang ada) sesungguhnya bukanlah kasus-kasus pidana menurut kacamata hukum pidana Indonesia. Ketentuan-ketentuan pidana syari'at menjadi hukum pidana karena dianggap sebagai tindak pidana oleh hukum Islam atau syari'at Islam; dan untuk konteks Indonesia, syari'at Islam hanya berlaku di Aceh. Selain karena hal tersebut, aspek-aspek yang dikategorikan sebagai

hukum pidana syari'at tersebut lebih banyak mengatur hal-hal yang bersifat moral atau kesusilaan, karena itu dianggap tindak pidana ringan yang prosesnya juga harus ringan. Karena itu, amat pantas jika qanun-qanun syari'at menerapkan ketentuan acara khusus, baik mengenai lembaga pelaksana maupun substansi acaranya.

Secara yuridis, keberadaan *Wilayatul Hisbah* juga tidak bertentangan dengan hukum yang ada. Fungsi *Wilayatul Hisbah* sebagai pengawas perundang-undangan di bidang syari'at adalah sebagai polisi khusus yang diakui eksistensinya oleh UU Kepolisian RI No. 2 tahun 2002 pasal 3 ayat (1). Lembaga polisi khusus bukan bagian dan organisasi Kepolisian, tetapi lembaga yang dibentuk oleh perundang-undangan khusus untuk mengawasi pemberlakuan undang-undang khusus tersebut di tengah masyarakat. Undang-undang itu mungkin dilaksanakan oleh suatu departemen, dinas, badan, atau bahkan pemerintah daerah. Contoh polisi khusus yang saat ini tengah populer adalah Satuan Polisi Pamong Praja yang mengawasi pelaksanaan peraturan-peraturan daerah yang non-syari'at.

Selanjutnya, lembaga polisi khusus juga dapat difungsikan sebagai penyidik terhadap pelanggaran ketentuan perundang-undangan yang diawasinya. KUHAP menyebutnya dengan Penyidik Pegawai Negeri Sipil untuk membedakannya dengan Penyidik Polri sebagai penyidik utama dalam penegakan hukum. Ketentuan ini tetap dipertahankan dalam UU Pemerintahan Daerah yang baru, yaitu UU Nomor 32 Tahun 2004 Pasal 149. PPNS adalah pejabat penyidik yang diakui KUHAP untuk menyidik

tindak-tindak pidana khusus di luar KUHP, dan dalam hal ini dapat diterapkan juga kepada tindak pidana syari'at.

Namun demikian, terhadap delik-delik pidana syari'at, fungsi PPNS belum dapat dijalankan oleh *Wilayatul Hisbah* karena belum ada aturan pelaksana yang mengatur tentang itu; selain itu, jabatan PPNS harus dijabat oleh pegawai negeri sipil, sedangkan petugas *Wilayatul Hisbah* saat ini masih berstatus non-PNS.

Fungsi penyidikan memang sepatutnya diberikan kepada *Wilayatul Hisbah* karena lembaga inilah yang bersentuhan langsung dengan penerapan qanun-qanun syari'at di masyarakat. Sama halnya dengan Satpol PP yang lebih mengetahui kisi-kisi penerapan suatu peraturan daerah. Selain itu, fungsi penyidikan yang dimiliki *Wilayatul Hisbah* dengan sendirinya akan memaksimalkan keberadaan lembaga itu dalam pelaksanaan syari'at Islam di NAD. Sebab, jika tidak difungsikan sebagai penyidik, maka peran *Wilayatul Hisbah* sangat minimal.

Peraturan-peraturan syari'at yang ada hanya membatasi peran *Wilayatul Hisbah* sampai batas melapor atau menyerahkan pelaku pelanggaran kepada aparat Gampong atau Penyidik Polri, selebihnya menjadi kewenangan Rapat Adat Gampong atau Penyidik Polri. Sedangkan bila diberikan fungsi penyidikan, maka terhadap kasus-kasus pelanggaran yang sudah menjadi kewenangannya, *Wilayatul Hisbah* berwenang menjalankan fungsi penyidikan sebagaimana ketentuan KUHAP, sebelum akhirnya menyerahkan kasus pelanggaran kepada Penyidik Polri dalam bentuk berkas acara pemeriksaan (BAP) untuk

dilimpahkan kepada Penuntut Umum.

Kecilnya wewenang *Wilayatul Hisbah* jika tidak diberikan fungsi penyidikan dapat dilihat dalam Keputusan Gubernur No. 01 Tahun 2004 tentang Organisasi dan Tata Kerja *Wilayatul Hisbah*. Pada Pasal 5 ayat (1) dan ayat (2) dari Keputusan Gubernur ini dinyatakan bahwa wewenang petugas *Wilayatul Hisbah* sebagai berikut:

- a. menerima laporan pengaduan masyarakat;
- b. menyuruh berhenti seseorang yang patut diduga sebagai pelaku pelanggaran;
- c. meminta keterangan identitas pelaku;
- d. menghentikan kegiatan yang patut diduga melanggar peraturan syari'at;
- e. menegur, memperingatkan, dan menasehati orang yang , patut diduga akan, sedang, atau telah melakukan pelanggaran; melaporkan perkara pelanggaran kepada penyidik setelah memperingatkan pelanggar secara patut.

Berdasarkan isi Kepgub di atas, maka kewenangan tertinggi *Wilayatul Hisbah* adalah melaporkan kasus pelanggaran kepada penyidik.

Selain itu seperti menangkap, menahan, menggeledah, menyita, memanggil, memeriksa, dan seterusnya, bukan Wewenang *Wilayatul Hisbah*; kecuali atas perintah penyidik. Dalam posisi seperti ini, maka peran *Wilayatul Hisbah* yang bisa diandalkan adalah dalam penegakan hukum yang bersifat preventif dalam fungsi sosialisasi dan pengawasan yang dimilikinya. Menurut penulis, meski secara lahiriyah peran ini tidak

tampak, tetapi jika dilaksanakan secara maksimal, maka kontribusinya terhadap penegakan hukum sangatlah besar.

2. *Proses Diketahuinya Delik Pidana Syari'at*

Sebelum membahas bagaimana hukum acara diterapkan dalam menangani suatu tindak pidana, maka yang perlu diketahui terlebih dahulu adalah bagaimana proses atau cara penyidik mengetahui atau mendapatkan kasus pidana. Berkaitan dengan ini, KUHAP mengemukakan tiga kemungkinan latar belakang diketahuinya suatu delik:

- a. *tertangkap tangan* (Ps. 1 butir 19 KUHAP);
- b. *karena laporan* (Ps. 1 butir 24 KUHAP) atau *pengaduan* (Ps. 1 butir 25 KUHAP);
- c. *diketahui sendiri oleh penyidik*.

Tidak berbeda dengan delik-delik pidana umum atau delik-delik pidana khusus lainnya, maka delik-delik pidana syari'at juga diketahui dengan salah satu atau gabungan dan ketiga cara tersebut. Gabungan di sini maksudnya jika suatu pelanggaran syari'at atau delik syari'at ditangkap tangan oleh penyidik sendiri berdasarkan laporan masyarakat atau diketahuinya secara langsung sekaligus menangkap tangan pelakunya.

Pelanggaran pelanggaran syari'at yang telah diproses di pengadilan pada umumnya bertumpu pada cara gabungan di atas. Misalnya kasus judi yang baru-baru ini dieksekusi, pada awalnya adalah laporan masyarakat yang direspon oleh *Wilayahul Hisbah* atau polisi yang kemudian terjun ke tempat yang diduga dan menemukan pelanggaran kemudian menangkap tangan pelakunya.

Sampai saat ini, pelanggaran syari'at diketahui melalui cara-cara seperti ini, karena itu tidak berlebihan jika kita nyatakan bahwa pelanggaran syari'at bertumpu pada delik tertangkap tangan. Karena memang dengan cara seperti itulah tugas-tugas pengawasan syari'at yang dilakukan *Wilayatul Hisbah* dapat dilakukan, sebab dalam konsep awalnya, tugas WH tidak boleh dilakukan dengan memata-matai calon pelaku terlebih dahulu. Tugas WH sepenuhnya diarahkan pada hal-hal yang sifatnya langsung, terang-terangan, dan sekarang.

Karena pada umumnya delik syari'at diketahui dengan cara tertangkap tangan, maka dalam pembahasan mengenai penerapan hukum acara terhadap delik pidana syari'at ini, hanya akan dibahas bagaimana penerapan rangkaian hukum acara yang dimulai dari tertangkap tangan. Karena itu, beberapa tahap awal dari hukum acara terhadap delik-delik pidana umum atau pidana khusus lainnya mungkin tidak perlu diterapkan pada pidana syari'at, seperti tindakan penyelidikan yang mungkin telah sama dengan tindakan-tindakan *Wilayatul Hisbah* ketika menghadapi sebuah pelanggaran syari'at.

Menurut KUHAP, ada empat bentuk tertangkap tangan: i) sedang melakukan tindak pidana; atau ii) segera sesudah beberapa saat tindak pidana dilakukan; atau iii) diteriaki massa sebagai pelaku tindak pidana; atau iv) tertangkap sesaat dan ditemukan benda tertentu yang diduga digunakan untuk melakukan tindak pidana.

Berkaitan dengan tertangkap tangan, maka ada beberapa ketentuan KUHAP yang membedakannya dari delik-delik yang diketahui dengan

cara lain:

- a. Penangkapan tangan dapat dilakukan siapa saja, tidak terbatas hanya wewenang aparat yang berwajib, jika orang yang melihatnya mau menggunakan haknya.
- b. Bagi masyarakat yang melihat pelanggaran syari'at, ia hanya "berhak" menangkap tangan, tetapi bagi aparat penegak hukum, maka ia wajib melakukannya.
- c. Jika masyarakat yang melakukan penangkapan tangan, maka ia harus menyerahkan pelaku kepada pihak berwajib sekaligus dengan barang buktinya; dan jika aparat berwajib yang menangkapnya, maka ia harus dengan segera pula memeriksanya.

3. *Rangkaian Tahapan Acara dalam delik-delik Syari'at*

Proses diketahuinya suatu tindak pidana adalah "gerbang" bagi proses hukum acara selanjutnya, penyidikan, penuntutan, dan pemeriksaan. Uraian selanjutnya akan dibahas dalam tiga kerangka utama hukum acara, yaitu proses penyidikan, penuntutan, dan pemeriksaan dan semua unsur hukum acara yang melekat pada ketiganya.

a. Penyidikan

Penyidikan adalah proses awal untuk menangani suatu perbuatan pidana. Penyidikan adalah tugas Kepolisian dalam fungsinya sebagai salah satu aparat yang terlibat dalam proses penegakan hukum. Tujuan utama penyidikan adalah menyusun berkas perkara suatu pelanggaran pidana untuk diserahkan kepada aparat penegak hukum selanjutnya, yakni jaksa sebagai penuntut umum.

Penyidikan terdiri dari proses awal penegakan hukum yang terdiri dari tahapan-tahapan tindakan yang diperlukan sebagai syarat bagi pelaku tindak pidana dapat diadili. Pembahasan tentang penyidikan disini secara langsung ditujukan kepada penyidikan delik-delik pidana syari'at, bukan penyidikan dalam konteks lain.

Sebagaimana dinyatakan di atas bahwa dapat dinyatakan bahwa delik-delik syari'at bertumpu pada delik-delik tertangkap tangan, karena itu tahapan acara penyidikan yang diterapkan tentu saja yang dianggap relevan dengan kondisi tertangkap tangan tersebut. Karena itu, mungkin dan serangkaian tahapan penyidikan yang berlaku pada delik-delik pidana umum, tidak akan ditemukan atau tidak layak diterapkan pada delik-delik pidana syari'at. Atau mungkin diterapkan tetapi dengan mekanisme yang menyimpang dari paradigma yang ada.

Karena diawali dengan tertangkap tangan, maka rangkaian tindakan, yang relevan untuk delik-delik pidana syari'at adalah: *penangkapan, penahanan, penggeledahan, penyitaan, pemeriksaan penyidik, penyusunan berita acara, pelimpahan perkara.*³⁰⁶

1) *Penangkapan dan Penahanan pada Tertangkap Tangan*

Pasal 1 butir 20 KUHAP mendefinisikan penangkapan sebagai "suatu tindakan penyidik berupa pengkekangan kebebasan sementara waktu tersangka atau terdakwa apabila terdapat cukup bukti guna kepentingan penyidikan atau penuntutan dan atau peradilan dalam hal serta menurut cara yang diatur dalam undang-undang ini."

³⁰⁶ Andi Hamzah, *Hukum Acara...*, hlm. 118.

Selanjutnya mengenai penahanan dijelaskan dalam pasal 1 butir 21, "penahanan adalah penempatan tersangka atau terdakwa di tempat tertentu oleh penyidik atau penuntut umum atau hakim dengan penetapannya, dalam hal serta menurut cara yang diatur dalam undang-undang ini." Setelah seseorang ditangkap, maka ada dua kemungkinan yang dilakukan, menahannya jika terbukti perbuatannya perbuatan pidana; atau melepaskannya jika ternyata bukan perbuatan pidana. Baik penangkapan maupun penahanan keduanya diperlukan untuk kepentingan penyidikan. Jika tindakan ini tidak dilakukan, maka akan menyulitkan proses penyidikan.

Delik-delik syari'at hampir semuanya berasal dari kasus tertangkap tangan. Hal ini karena pada umumnya delik-delik syari'at adalah tindak pidana ringan, artinya tidak terlalu membahayakan kemaslahatan masyarakat, akan tetapi jika dibiarkan juga menimbulkan kemudharatan.

Terhadap delik-delik tertangkap tangan, KUHAP memberikan beberapa pedoman tindakan:

a) Pasal 111 KUHAP memberikan kewenangan kepada siapapun untuk melakukannya. Akan tetapi dalam pelaksanaannya ada perbedaan; jika ia masyarakat biasa ia hanya "berhak" melakukan penangkapan tangan, tidak "wajib"; akan tetapi pejabat penegak hukum seperti polisi dan jaksa, ia "wajib" melakukan penangkapan tangan jika melihat pelanggaran. Terkait dengan ini, maka petugas Wilayatul Hisbah "wajib" melakukan

penangkapan tangan jika melihat langsung pelanggaran dan memprosesnya sesuai dengan kewenangan yang diberikan kepadanya.

- b) Dalam tertangkap tangan, siapapun yang melakukannya maka tidak harus dibekali dengan surat perintah penangkapan; sebab jika hal ini ditekankan, dikhawatirkan pelaku akan menghilangkan barang bukti;
- c) Dalam hal tertangkap tangan, penangkap harus segera menyerahkan pelakunya kepada penyidik; KUHAP memberikan batas waktu satu hari, tidak lebih;
- d) Dalam tertangkap tangan, penyidik dapat memasuki setiap tempat terjadinya pelanggaran tanpa ada batasan seperti yang ditetapkan untuk delik bukan tertangkap tangan;

Delik tertangkap tangan memberikan ruang bergerak kepada Wilayatul Hisbah sebagai pengawas perundang-undangan syari'at. Dalam wewenang aslinya yang terdapat dalam Kepgub Nomor 01 Tahun 2004 tentang Pembentukan Organisasi dan Tata Kerja Wilayatul Hisbah, batas kewenangan tertinggi Wilayatul Hisbah adalah melaporkan perkara pelanggaran kepada penyidik. WH tidak berwenang menangkap, menahan, mengeledah, dan seterusnya. Tetapi dengan adanya ketentuan tertangkap tangan di atas, maka batas kewenangan tersebut dapat dikesampingkan.

Sebagai lembaga yang mengawasi pelaksanaan perundang-undangan syari'at, maka WH tentu saja lebih berhak melakukan

penangkapan tangan daripada masyarakat biasa. Dalam praktik saat ini, kedua komponen di atas bahkan bekerja sama melakukan penangkapan tangan. Beberapa kasus yang telah diproses adalah kasus-kasus yang dilaporkan masyarakat kepada petugas Wilayatul Hisbah, kemudian petugas Wilayatul Hisbah atau bersama-sama masyarakat menangkap tangan pelaku pelanggaran.

Dalam hal masyarakat yang melakukan penangkapan tangan, maka ada beberapa kemungkinan yang dilakukan. *Pertama*, mungkin saja masyarakat langsung menyerahkan pelaku pelanggaran kepada penyidik, bukan kepada Wilayatul Hisbah; *kedua*, masyarakat langsung menangkap tanpa berkoordinasi dengan Wilayatul Hisbah. Dalam hal ini ada beberapa ketentuan yang harus diketahui oleh penyidik terhadap delik-delik syari'at. *Pertama*, penyidik boleh memeriksa tersangka secara langsung dalam hal pelakunya bukan warga Gampong tempat ia melakukan pelanggaran; *kedua*, dalam hal pelakunya warga setempat, maka penyidik harus mengembalikan kepada Wilayatul Hisbah agar menyerahkannya kepada aparat Gampong sebagaimana ketentuan qanun-qanun syari'at.

Kecuali jika karena satu dan lain hal yang menyebabkan RAG tidak bisa menyelesaikan kasus yang dihadapkan kepadanya, maka barulah Wilayatul Hisbah menyerahkan pelaku langsung kepada penyidik. Penolakan aparat Gampong mungkin saja terjadi terhadap pelaku yang sudah berulang kali melakukan pelanggaran syari'at dan hukuman secara adat tidak membuatnya jera; atau pelaku

pelanggaran adalah "orang kuat" atau "oknum aparat" yang tidak mungkin mengindahkan forum RAG. Dalam hal ini, Wilayatul Hisbah berwenang menyerahkan kasusnya langsung kepada penyidik.

Dalam hal Wilayatul Hisbah sendiri yang melakukan penangkapan tangan, maka sebagaimana praktik yang selama ini dijalankan, tindakan yang pertama sekali dilakukan Wilayatul Hisbah adalah mengidentifikasi pelaku pelanggaran dan kadar pelanggarannya sendiri. Terhadap pelaku, yang perlu dipastikan pertama sekali adalah apakah warga setempat atau pendatang. Jika warga setempat, maka prosesnya diserahkan kepada aparat Gampong; sedangkan jika pendatang, maka ada tiga bentuk penanganan yang dilakukan menurut kadar pelanggarannya.

Wilayatul Hisbah mengklasifikasikan kadar pelanggaran tertangkap tangan yang dilakukan pendatang (bukan warga) dalam tiga kategori: hijau *kuning*, dan *merah*. Kategori *hijau* adalah kadar pelanggaran yang ringan, penanganannya adalah dengan melakukan pembinaan di TKP berupa memperingatkan, menasehati, mencatat identitas sebelum akhirnya disuruh pulang. Kategori *kuning* adalah kadar pelanggaran sedang tindakan penanganan yang diambil adalah dengan membawa pelaku keposko Wilayatul Hisbah. Di posko dilakukan pembinaan singkat berupa pemberian peringatan, nasehat, serta mencatat identitas para pelakunya. Sedangkan kategori *merah* adalah pelanggaran parah yang tidak layak lagi dilakukan

pembinaan selain diserahkan langsung kepada penyidik untuk diproses secara hukum. Penentuan kategori hijau, kuning, dan merah ini sangat ditentukan oleh kejelian petugas dalam mengidentifikasi pelanggaran yang dihadapinya.

Jika pelaku pelanggaran bukan warga setempat yang langsung diserahkan kepada 'penyidik, ketentuan KUHAP menyatakan bahwa hanya ada waktu 1 (satu) hari bagi penangkap (termasuk Wilayatul Hisbah) untuk menyerahkannya kepada penyidik. Ada kekaburan makna 1 (satu) hari di sini, apakah dalam pengertian 24 jam (1 hari 1 malam) sejak penangkapan sebagaimana dipahami secara umum, atau dalam pengertian 12 jam jika kata "hari" dimaknai dengan siang. Baik 12 atau 24 jam, menurut penulis keduanya jangka waktu yang logis.

Selanjutnya, jika penyidik telah menerima penyerahan dan masyarakat atau Wilayatul Hisbah, ketentuan KUHAP menyatakan bahwa ia harus segera memeriksa tersangka sesuai ketentuan KUHAP. Cepat diperiksa adalah hak tersangka, dalam hal ini betjumba kewajiban (bagi penyidik) dan hak (bagi tersangka). Dalam proses ini, jika memang diperlukan, maka penyidik dapat melakukan penahanan untuk beberapa lama. Makna konkrit dan beberapa lama ini tentu saja disesuaikan dengan jenis delik syari'at yang termasuk delik pidana ringan. Karena itu, lama penahanan untuk kepentingan pemeriksaan paling lama adalah tiga hari (idealnya). Selanjutnya, apabila nanti proses penuntutan dan pemeriksaan mengharuskan

tersangka ditahan, maka jangka waktu keduanya idealnya tidak lebih dari seminggu. Jadi, jadi untuk satu pelanggaran syari'at, maka tersangka paling lama ditahan 10 (sepuluh) hari.

Masa penahanan diusahakan sesingkat mungkin karena ketentuan qanun menyatakan bahwa masa penahanan tidak mempengaruhi kadar hukuman, jadi tidak berlaku istilah "potong masa tahanan" sebagaimana yang umum diterapkan pada delik-delik pidana umum atau pidana khusus yang lain. Jika masa penahanan singkat ini bisa direalisasikan, maka prinsip-prinsip *acara pemeriksaan singkat* yang diberlakukan terhadap delik-delik syari'at dapat dilaksanakan.

Siapapun, yang melakukan penangkapan tangan, maka satu hal yang harus diperhatikan, yaitu mengumpulkan barang bukti yang ada. Barang-barang bukti ini akan memperkuat kesaksian penangkap tangan, baik untuk keperluan penyidikan, penuntutan, atau pemeriksaan. Kesaksian penangkap saja bisa jadi tidak cukup sebagai alat bukti, apalagi jika penangkapnya satu orang, padahal KUHAP menyatakan bahwa jumlah alat bukti sekurang-kurangnya ada dua macam alat bukti.

Untuk dapat memperoleh barang bukti tentu saja ada hal-hal yang harus dilakukan oleh penangkap saat melakukan penangkapan. Tindakan mengumpulkan alat bukti biasanya dilakukan dengan melakukan pengeledahan dan penyitaan. Masalah ini selanjutnya akan dibahas dalam poin berikut selanjutnya.

2) Penggeledahan dan penyitaan

KUHAP membagi penggeledahan menjadi dua macam: penggeledahan rumah dan penggeledahan badan. Penggeledahan rumah adalah tindakan penyidik untuk memasuki rumah tempat tinggal dan tempat tertutup lainnya untuk melakukan tindak pemeriksaan dan atau penyitaan dan atau penangkapan dalam hal dan menurut cara yang diatur dalam undang-undang ini (Pasal 1 angka 17). Sedangkan penggeledahan badan adalah tindakan penyidik untuk mengadakan pemeriksaan badan dan atau pakaian tersangka untuk mencari benda yang diduga keras ada pada badannya atau dibawanya serta, untuk disita (Pasal 1 angka 18).

Kedua macam penggeledahan mungkin saja digunakan dalam delik-delik syari'at. Penggeledahan rumah misalnya mungkin perlu dilakukan terhadap delik-delik penyertaan dalam delik khamar atau delik judi. Salah satu delik khamar adalah menyimpan khamar. Menyimpan khamar tentunya dilakukan di suatu tempat tertutup, apakah rumah biasa, gudang, dan sebagainya. Demikian juga dengan delik penyertaan dalam judi seperti memfasilitasi orang berjudi. Dewasa ini, perjudian tidak hanya dilakukan dengan kupon atau kartu, tetapi juga dengan mesin judi yang populer disebut mesin *jackpot*, sejenis video game. Biasanya fasilitas ini diletakkan di tempat-tempat tertutup, sehingga harus dilakukan penggeledahan rumah untuk menyitanya. Pun tidak tertutup kemungkinan

pengeledahan nimah juga dilakukan untuk delik-delik khalwat, sepanjang diperlukan, misalnya pengeledahan salon kecantikan yang dicurigai sebagai tempat mesum.

Adapun yang erat kaitannya dengan tertangkap tangan adalah pengeledahan badan. Karelia dalam kondisi tertangkap tangan, maka pengeledahan badan adalah yang paling mungkin dilakukan. Dalam delik khamar misalnya, pengeledahan badan bisa dilakukan penangkap dengan memeriksa badan tersangka untuk mencari benda-benda yang dapat menguatkan kesaksian penangkap seperti botol minuman dan benda terkait lainnya. Dalam delik judi, mungkin dengan mencari kupon atau kartu judi di badan atau pakaian pelakunya. Sedangkan pada pelaku khalwat memeriksa benda apa saja yang mungkin dipakai untuk melakukan khalwat tersebut seperti alat kontrasepsi.

Jika penangkap menemukan benda-benda yang diduga digunakan langsung sebagai obyek, sarana, atau fasilitas untuk melakukan delik, maka kepada benda-benda itu dilakukan penyitaan. Menurut Pasal 1 angka 16, penyitaan adalah serangkaian tindakan penyidik untuk mengambil alih dan atau menyimpan di bawah penguasaannya benda bergerak atau tidak bergerak, berwujud atau tidak berwujud untuk kepentingan pembuktian dalam penyidikan, penuntutan, dan peradilan.

Benda-benda yang dapat disita menurut KUHAP (pasal 39 sampai 46) yang dapat diterapkan untuk delik-delik syari'at adalah:

- a) milik atau tagihan tersangka (seluruh atau sebagiannya) yang diduga diperoleh dan tindak pidana;
- b) benda yang *digunakan, dipersiapkan, atau khusus dibuat* untuk melakukan tindak pidana; termasuk benda yang digunakan untuk menghalangi penyidikan;
- c) benda lain yang berhubungan dengan tindak pidana;
- d) benda dalam sitaan pihak lain (misal dalam kasus pailit) dapat disita jika terdapat kriteria pada tiga poin di atas.

Dalam hal penggeledahan dan penyitaan dalam delik-deliksyari'at yang tertangkap tangan, maka banyak ketentuan KUHAP tentang prosedur penggeledahan yang mesti diabaikan, misalnya ketentuan mengenai:

- a) harus ada izin ketua pengadilan atau dan penyidik;
- b) harus disaksikan oleh dua orang saksi;
- c) harus disaksikan oleh kepala desa atau kepala lingkungan;

Ketentuan lain seperti keharusan disaksikan oleh kepala desa (kepala Gampong) dapat dipenuhi sejauh tidak mengganggu efisiensi waktu dalam penggeledahan. Sedangkan ketentuan KUHAP agar penggeledahan dibuat berita acaranya tentu saja dapat digabungkan bersama-sama dalam satu berita acara dengan tindakan pemeriksaan di tempat, penangkapan dan penahanan, dan penggeledahan dan penyitaan sendiri; sebab proses deliknya adalah tertangkap tangan. Selain itu, penggabungan ini dengan sendirinya memenuhi persyaratan agar delikdelik syari'at diproses dengan acara

pemeriksaan singkat. Dengan tidak bertele-telenya tahapan-tahapan di atas, maka acara pemeriksaan singkat terhadap delik syari'at pasti dapat dipenuhi.

Baik Wilayatul Hisbah atau masyarakat yang melakukan penggeledahan dan penyitaan, maka tindakan lain yang harus diperhatikan adalah menyimpan dan mengamankan barang bukti. Jika barang bukti hilang, bisa saja penyidik mengenyampingkan perkara karena barang bukti untuk diteruskan ke tingkat penuntutan tidak cukup. Saat penyerahan tersangka kepada penyidik, sekaligus diikuti dengan penyerahan barang bukti. Jika penyerahan telah dilakukan, maka proses selanjutnya adalah pemeriksaan penyidik.

3) *Pemeriksaan oleh penyidik*

Setelah rangkaian proses penangkapan dan penahanan yang disertai dengan penggeledahan dan penyitaan barang bukti, maka sesuai dengan ketentuan KUHAP, pelaku yang tertangkap tangan harus segera diserahkan kepada penyidik jika memenuhi ketentuan untuk disidik.

Di atas juga telah disinggung sepintas lain bahwa perkara pelanggaran syari'at yang sudah sampai kepada penyidik dilatarbelakangi dua kemungkinan: *pertama*, pelaku pelanggaran berstatus pendatang, bukan warga setempat; *kedua*, pelaku pelanggaran adalah warga setempat, tetapi karena satu dan lain hal tidak bisa diadili oleh forum Rapat Adat Gampong, karena itu

Wilayatul Hisbah menyerahkannya kepada penyidik.

Untuk kepentingan pemeriksaan penyidik ini, ketentuan cianun menyatakan bahwa tersangka dapat ditahan. Dari beberapa kasus yang telah diproses, tersangka ditahan di Rumah Tahanan Negara selama proses penyidikan, penuntutan, dan peradilan.

Terhadap tersangka yang sudah masuk tahap pemeriksaan, maka penyidik harus memperhatikan hak-hak tersangka sebagaimana ditekankan KUHAP, seperti hak untuk segera diperiksa, hak untuk dikunjungi, hak untuk mendapatkan bantuan hukum, hak untuk dikunjungi dokter atau rohaniawan, hak untuk mendapat juru bahasa, hak untuk mengajukan saksi yang meringankan, dan hak-hak terkait lainnya. Hak-hak ini perlu diperhatikan sesuai dengan prinsip-prinsip hukum acara pidana di atas, yakni asas prasangka tak bersalah, yakni sebelum ada keputusan pengadilan, tersangka harus dianggap tidak bersalah, karena itu harus diperlakukan secara patut.

Karena delik-delik syari'at adalah delik-delik tertangkap tangan, maka terhadap tersangka tidak diadakan lagi peinanggilan sebagaimana yang berlaku pada delik-delik pidana umum atau pidana khusus yang lain. Hak ini karena tersangka sudah ditahan dan sewaktu-waktu dapat dilakukan pemeriksaan. Pemanggilan mungkin hanya diperlukan terhadap saksi-saksi yang diperlukan, baik saksi dari Pihak tersangka atau saksi yang diajukan penyidik.

Sesuai ketentuan KUHAP, ketika pemeriksaan dimulai, maka

halhal yang mesti dilakukan penyidik antara lain: 1) memberitahukan proses pemeriksaan kepada penuntut umum agar proses pemeriksaan diketahui dan diawasi oleh penuntut umum; 2) memberitahukan hak-hak tersangka sebagaimana dijelaskan di atas; 3) melakukan pemeriksaan dengan patut.

Untuk perkara delik-delik syari'at yang tertangkap tangan, maka keberadaan saksi dan barang bukti lain sangat menentukan. Dalam hal ini, yang menjadi saksi kunci adalah pelaku penangkapan, apakah penyidik langsung, Wilayatul Hisbah, atau masyarakat umum. Selain pelaku penangkapan, maka yang dapat dipanggil sebagai saksi adalah: 1) orang lain selain pelaku penangkapan yang menyaksikan tindakan pelanggaran dan proses penangkapan tangan; 2) saksi-saksi yang diajukan oleh tersangka.

Selain mengajukan saksi, maka kepada tersangka juga diberi hak untuk memperoleh bantuan hukum. Dalam hal ini, ketentuan KUHAP tidak memberikan kemungkinan agar tersangka mendapat bantuan hukum secara cuma-cuma, karena delik-delik syari'at tidak diancam dengan hukuman yang lebih dari 5 (lima) tahun. Namun demikian, bagi tersangka yang mampu, maka dia berhak mendapatkan bantuan hukum.

Meski dalam pemeriksaan tersangka diberi hak untuk mendapat bantuan hukum, tetapi KUHAP membatasi bantuan hukum itu pasif, artinya penasihat hukum tidak diberi hak berbicara atau menjawab sebagaimana pemeriksaan di pengadilan; ia hanya

bertugas mengawasi jalannya pemeriksaan oleh penyidik. Meski hal ini terkesan merugikan tersangka, namun hakikatnya ada untungnya keberadaan penasihat hukum tersebut, yaitu: a) mengawasi agar penyidik tidak berlaku sewenang-wenang seperti mengintimidasi, memaksa, dan perasaan emosional yang tidak pantas; dan b) memberikan dorongan moril kepada tersangka sehingga ia merasa kuat dalam menjalani proses pemeriksaan.

Jika segala sesuatunya tentang persiapan pemeriksaan telah terpenuhi, maka selanjutnya adalah proses pemeriksaan itu sendiri, yaitu proses tanya jawab antara penyidik dengan tersangka. Selama pemeriksaan nantinya, maka penyidik harus memegang teguh asas-asas hukum pidana berkaitan dan hak-hak tersangka. Asas yang paling utama dalam hal ini adalah asas praduga tak bersalah. Adapun hak-hak tersangka yang perlu diperhatikan adalah:

1. hak menjawab atau tidak menjawab; penyidik tidak boleh memaksa tersangka. Banyak pakar hukum yang menyatakan lebih baik tersangka menjawab daripada diam, sebab diam hanya akan merugikan dirinya.

2. hak ditanyai dengan bahasa yang dimengerti dengan baik olehnya.

Adapun tata cara pemeriksaan oleh penyidik adalah sebagai berikut:

1. jawaban atau keterangan tersangka diberikan tanpa tekanan (pasal 117); agar hal ini tidak terjadi, maka kehadiran penasihat hukum sangat diperlukan;

2. penyidik mencatat dengan seteliti-telitinya keterangan tersangka

dengan cara: a) sesuai dengan rangkaian kata-kata yang dipergunakan tersangka, perubahan hanya pada hal-hal yang amat penting agar tidak merugikan tersangka; b) dicatat dalam berita acara pemeriksaan, setelah selesai maka dibacakan oleh penyidik atau tersangka untuk mendapatkan persetujuan terhadap isi berita acara. Jika ada poin-poin yang tidak disetujui tersangka maka ia berhak meminta perubahan dan penyidik tidak boleh menolaknya. Bila telah setuju, maka tersangka dan penyidik menandatangani berita acara; dalam hal inipun, jika tersangka keberatan menandatangani, maka penyidik tidak boleh memaksa, tetapi menambahkan keterangan tidak bersedia dalam berita acara.

Mengenai rata cara pemeriksaan terhadap saksi, pada intinya sama dengan pemeriksaan tersangka; tetapi ada tambahan-tambahan tertentu untuk saksi. Aspek-aspek kesamaan dengan pemeriksaan tersangka adalah dalam hal:

1. saksi harus bebas dari tekanan dan paksaan oleh siapapun dan dalam bentuk apapun (pasal 117).
2. dapat didelegasikan bagi saksi yang berada di luar wilayah hukum penyidik;
3. diperiksa di tempat kediaman bagi saksi yang tidak dapat hadir karena alasan yang dapat diterima;
4. saksi diperiksa tanpa sumpah, Sebab jika ia disumpah, maka keterangannya akan mengikat sampai ke pemeriksaan tingkat pengadilan; dan tentu saja ia tidak bisa lagi merubah keterangannya;
5. untuk kemurnian keterangan, maka saksi harus diperiksa sendiri-sendiri;
6. keterangan saksi dicatat secara seksama menurut rangkaian kata dan kalimat yang digunakan saksi;
7. berita acara ditandatangani setelah catatan pada berita acara dibaca oleh saksi atau dibacakan oleh penyidik (pasal 18 ayat (1).

Menandatangani berita acara adalah hak saksi; jadi dia boleh tidak menandatanganinya karena sesuatu alasan dan

penyidik tidak boleh memaksanya (pasal 118 ayat (2)).

Tidak semua yang dikatakan saksi bernilai alat bukti, tetapi terbatas dalam hal-hal seperti yang erat kaitannya dengan kepentingan yustisial; "pendapat pribadi" atau "rekaan" saksi tidak dianggap sebagai alat bukti. Kesaksian yang relevan dengan kepentingan yustisial adalah (pasal 1 butir 27 dihubungkan dengan pasal 116 ayat (2)):

- 1) yang didengar langsung, bukan cerita orang lain;
- 2) yang dilihat langsung rangkaian kejadian, bukan cerita orang;
- 3) yang dialami sendiri, khususnya dalam delik-delik seperti pemerkosaan, perampokan, dan lain-lain yang korbannya bisa sekaligus menjadi saksi;
- 4) keterangan yang logis (tentang apa yang didengar, dilihat, dan yang dirasa);
- 5) jumlah saksi yang sesuai untuk kepentingan yustisial (pasal 185 ayat (2)); sesuai asas *unus testis nullus testis* (satu saksi bukan saksi). Undang-undang menetapkan bahwa jumlah saksi minimal 2 (dua) orang.

Setelah semua proses pemeriksaan terhadap tersangka dan saksi di atas, maka selanjutnya ada dua kemungkinan yang dilakukan penyidik: pertama, menghentikan penyidikan; atau *kedua*, melanjutkan ke tahap berikutnya yaitu penyusunan berkas perkara dan pelimpahan kepada penuntut umum. Penghentian penyidikan (pasal 109 ayat {2}) dapat dilakukan oleh penyidik karena dua alasan pokok:

- 1) tidak cukup bukti, sebab undang-undang mensyaratkan bahwa alat bukti sekurang-kurangnya dua macam alat bukti;
- 2) agar terhindar dari tuntutan ganti kerugian (pasal 95);
- 3) perbuatan yang disangkakan bukan termasuk tindak pidana.

Selain itu, undang-undang juga mengatur apa yang disebut dengan penghentian penyidikan demi hukum; yaitu alasan-alasan yuridis yang mengharuskan penghentian penyidikan, yaitu:

- 1) perkaranya sudah pernah diputuskan sebelumnya, jadi tidak perlu diperiksa dua kali (asas *nebis in idem*);
- 2) tersangka wafat (pasal 77);
- 3) kedaluarsa (pasal 78).

Dalam hal penghentian penyidikan ini, maka penyidik "wajib" memberitahukan kepada:

- 1) jika penyidiknya penyidik Polri diberitahukan kepada: a) penuntut umum; dan b) tersangka dan keluarganya;
- 2) jika penyidiknya adalah PPNS, maka pemberitahuan disampaikan kepada: a) penyidik polri; b) penuntut umum; c) tersangka dan keluarganya. Sebagai pakar berpendapat bahwa pemberitahuan ini harus juga disampaikan kepada Penasihat Hukum, saksi pelapor, dan korban.

Dengan demikian, aturan mengenai proses pemeriksaan tersangka yang tertangkap tangan ada yang mengacu kepada ketentuan KUHAP, dan ada pula yang harus diabaikan karena delik-delik syari'at adalah delik berdasarkan tertangkap tangan. Setelah dilakukan pemeriksaan seperlunya oleh penyidik, maka tahap selanjutnya penyidik menyusun berkas perkara untuk diserahkan kepada penuntut umum.

4) Penyusunan dan pelimpahan berkas perkara

Berkas perkara untuk delik-delik syari'at tidak serumit berkas perkara bagi delik-delik dalam KUHP. Karena delik-delik syari'at umumnya adalah delik tertangkap tangan, maka jangka waktu penyusunannya juga harus relatif cepat sebab proses-proses yang mendahuluinya seperti pemeriksaan di tempat, penangkapan, penahanan, penggeledahan, dan penyitaan barang-barang bukti dilakukan dalam satu rangkaian sehingga memudahkan penyusunan berkas perkara. Selain itu, walaupun diperlukan saksi, baik dari penyidik atau dari tersangka, maka tetap dapat dilakukan dalam waktu singkat.

Isi pokok dan berkas perkara delik-delik syari'at juga disesuaikan dengan ketentuan KUHP pasal 121 sebagai berikut:

- a) tanggal pada berita acara;
- b) jenis tindak pidana yang disangkakan dengan menyebut waktu, tempat, dan keadaan sewaktu tindak pidana dilakukan;
- c) nama dan tempat tinggal tersangka serta saksi-saksi;
- d) keterangan mengenai tersangka dan saksi (umur, kebangsaan, agama, dan lain-lain yang dianggap perlu);
- e) catatan mengenai akta atau benda;

Selain itu, di samping isi pokok tersebut, maka berkas perkara juga dapat ditambahkan dengan lampiran berita-berita acara menurut masing-masing tahapan penyidikan. Berdasarkan uraian di atas, maka berita-berita acara yang dapat dilampirkan bersama berkas perkara adalah:

- a) berita acara pemeriksaan di tempat;
- b) berita acara penangkapan dan penahanan;
- c) berita acara penggeledahan dan penyitaan; dan
- d) berita acara pemeriksaan tersangka dan saksi oleh penyidik.

Jika semuanya sudah siap, maka berkas perkara kemudian dijilid menjadi suatu berkas lengkap oleh penyidik dengan ketentuan sebagai berikut: a) penyampulan berkas rapi dan sederhana; b) penjahitan berkas secara rapi; c) berkas sebaiknya dilengkapi dengan daftar isi dan nomor halaman; dan d) dibuat sebuah pengantar singkat yang menjelaskan secara ringkas sistematika

Setelah berkas disusun sebagaimana ketentuan-ketentuan di atas, maka proses selanjutnya adalah penyerahan berkas atau pelimpahan berkas kepada penuntut umum. Prosedur penyerahan berkas perkara ini diatur oleh pasal 8 ayat (2) dan (3), pasal 110 dan pasal 138. Dari ketentuan dua pasal ini, dapat disimpulkan bahwa penyerahan berkas perkara terdiri dari dua tahap:

- a) penyerahan tahap pertama, yaitu berkas perkara saja tidak termasuk tanggung jawab terhadap tersangka beserta barang bukti;
- b) penyerahan tahap kedua ketika penuntut umum menyatakan berkas perkara sudah lengkap tidak perlu penambahan; maka dalam hal ini seluruh tanggung jawab dan barang bukti sudah dapat diserahkan kepada penuntut umum.

KUHAP menetapkan batas waktu 14 hari untuk penyerahan

berkas tahap pertama; jika sebelum atau sampai waktu itu penuntut umum menyatakan berkas sudah lengkap, maka disusul langsung dengan penyerahan tahap kedua. Seandainya penuntut umum menyatakan berkas belum lengkap, maka penyidik harus melengkapi lagi untuk jangka waktu 14 hari lagi. Demikian ketentuan untuk delik-delik yang terdapat dalam KUHP.

Terhadap delik-delik pidana syari'at yang bertumpu pada tertangkap tangan, maka kemungkinan berkas perkara tidak lengkap karena kekurangan alat bukti akan sangat minimal, sebab prosesnya sejak awal dianggap mudah dan ringan. Karena itu, proses pelimpahan berkas perkara ini sebaiknya dipersingkat secara patut. Bahkan, jika dalam pemeriksaan berkas penuntut umum menganggap sudah lengkap, maka ia harus memberitahukan penyidik dengan segera agar penyerahan tahap kedua dapat dilakukan. Untuk semua proses penyerahan ini, sebaiknya waktu yang dipergunakan maksimal 3 hari.

b. Penuntutan dan penyusunan surat dakwaan

Proses dimana penuntut umum memeriksa berkas perkara yang diajukan penyidik dan kebolehan penuntut umum meminta penyidik untuk melengkapinya dalam KUHAP disebut juga dengan pra-penuntutan. Akan tetapi, dalam delik-delik syari'at, tampaknya proses ini tidak terlalu penting karena berkas perkara delik syari'at tergolong mudah penyusunannya. Karena itu, jika sudah lengkap, maka

selanjutnya tugas penuntut umumlah untuk menyusun surat dakwaan.

Menurut pasal 1 butir 7 KUHAP, "penuntutan adalah tindakan penuntut umum untuk melimpahkan perkara pidana ke pengadilan negeri yang berwenang dalam dan menurut cara yang diatur dalam undangundang ini dengan permintaan supaya diperiksa dan diputus oleh hakim di sidang pengadilan."

Pasal 138 ayat (1) KUHAP mengatur bahwa penuntut umum setelah menerima hasil penyidikan dan penyidik segera mempelajarinya dan menelitinya dalam waktu tujuh hari wajib memberitahukan kepada penyidik apakah hasil penyidikan itu sudah lengkap atau belum. Terhadap berkas perkara yang diserahkan tersebut, penuntut umum memiliki dua kewenangan: meneruskan perkara ke pengadilan atau menutup perkara demi hukum (pasal 140 ayat (2) pedoman pelaksanaan KUHAP). Jika perkara yang ditutup kemudian memperoleh bukti baru, maka penuntut umum dapat kembali menuntut tersangka. Dalam hal ini tidak berarti melanggar asas *nebis in idem* (menuntut perkara yang sama yang sudah diperiksa).

Dalam penuntut umum menganggap perkara memenuhi syarat untuk diteruskan ke pengadilan, maka segera ia menyusun surat dakwaan. Surat dakwaan adalah berkas tuntunan penuntut umum yang disampaikan kepada hakim. Menurut pasal 143 ayat (2) KUHAP, syarat-syarat surat dakwaan adalah:

- 1) diberi tanggal dan ditandatangani, serta berisi a. nama lengkap, tempat lahir, umur atau tanggal lahir, jenis kelamin, kebangsaan,

- tempat tinggal, agama, dan pekerjaan tersangka;
- 2) uraian secara cermat, jelas, dan lengkap mengenai tindak pidana yang didakwakan dengan menyebutkan waktu dan tempat tindak pidana itu dilakukan.

Dari kedua syarat ini, syarat yang dianggap mutlak adalah waktu dan tempat terjadinya delik; dan jenis delik yang dilakukan. Selain kedua syarat tersebut, perlu juga disebutkan keadaan-keadaan yang meringankan dan keadaan yang memberatkan dakwaan. Dalam praktik dan kebiasaan, dalam surat dakwaan, penuntut umum juga menyebutkan pasal-pasal undang-undang yang dilanggar. Bahkan menurut Jonkers, selain perbuatan pidana yang betul-betul dilakukan, maka perlu juga dimuat unsur-unsur yuridis kejahatan dan perbuatan tersebut.

Dalam penyusunan surat dakwaan, maka pedoman yang dipakai penuntut umum adalah berkas perkara penyidikan. Dalam penyusunannya, penuntut umum harus menggunakan bahasa yang sederhana dan dapat dimengerti semua pihak yang terlibat dalam persidangan seperti hakim, terdakwa, penasihat hukum, bahkan penuntut umum sendiri; bahkan juga setiap orang yang melihat jalannya persidangan. Asas sederhana ini juga dianut dalam hukum acara di negara-negara maju seperti Amerika, Jepang, dan Belanda.

Jika penyusunan surat dakwaan dianggap telah selesai, maka penuntut umum melimpahkan perkara ke pengadilan. Selain kepada pengadilan, maka salinan surat dakwaan diberikan juga kepada terdakwa,

penasihat hukumnya, dan penyidikanya. Perlunya diberikan kepada terdakwa dan penasihat hukumnya adalah agar ia dapat mempersiapkan pembelaan.

Meskipun surat dakwaan telah diserahkan kepada hakim dan terdakwa/penasihat hukumnya, surat dakwaan masih terbuka kemungkinannya untuk diubah. Perubahan ini dapat dilakukan atas inisiatif penuntut umum sendiri atau saran hakim. Namun demikian, perubahan itu sendiri harus dalam batas-batas yang wajar. Sayangnya, KUHAP sendiri tidak mengatur batas-batas kewajaran perubahan ini. Ketentuan mengenai perubahan ini justru dapat ditemukan dalam pasal 282 ayat (2) HIR. Tampaknya ketentuan inilah yang dipakai selama ini dalam perubahan surat dakwaan. Substansi pasal ini adalah sebagai berikut:

- 1) perubahan itu dapat merubah perbuatan yang semula bukan tindak pidana menjadi tindak pidana, misalnya pada awalnya dianggap penggelapan, tetapi setelah diteliti kembali ternyata lebih tepat disebut dengan pencurian;
- 2) perubahan hanya boleh dilakukan selama pengadilan belum menetapkan waktu sidang; selambat-lambatnya 7 hari sebelum sidang dimulai.
- 3) perubahan hanya dapat dilakukan sekali;

Namun demikian, berdasarkan mudah dan ringannya penyusunan surat dakwaan untuk delik-delik syari'at, maka seyogianya, penyusunan surat dakwaan ini tidak memakan waktu yang lama. Jika berkas perkara

dan penyidik sudah lengkap, maka masa yang dibutuhkan penuntut umum untuk menyusun surat dakwaan dan melimpahkannya ke pengadilan maksimal adalah 4 hari, bahkan jika kurang dari itu, maka akan lebih baik lagi bagi tersangka.

c. Pemeriksaan Delik Pidana Syari'at

1). Bentuk Pemeriksaan

KUHAP membedakan acara pemeriksaan menjadi tiga: pemeriksaan biasa, singkat, dan cepat. Pemeriksaan biasa artinya pemeriksaan yang berlaku umum pada semua jenis tindak pidana, terutama tindak pidana yang tergolong berat. Sedangkan tindak pidana ringan yang diancam dengan hukuman tiga bulan penjara, menurut KUHAP tergolong acara pemeriksaan singkat atau 'acara pemeriksaan cepat.

Dasar pemikiran pembedaan ini sesungguhnya adalah proses pembuktian suatu tindak pidana di pengadilan. KUHAP menyatakan bahwa untuk delik-delik yang diancam pidana tiga bulan penjara atau kurang dan itu sebagai acara pemeriksaan singkat atau cepat karena pembuktiannya mudah dan prosesnya bisa dilakukan dengan cepat. Lalu tergolong kategori manakah delik pidana syari'at?

Delik-delik syari'at diancam dengan hukuman cambuk sebagai hukuman primer, bukan hukuman kurungan mesti juga dipakai sebagai hukuman alternatif. Sebetulnya ada juga delik-delik syari'at yang murni diancam langsung dengan hukuman kurungan seperti ancaman pidana pada orang yang memproduksi,

mengedarkan, memperjualbelikan dan seterusnya minuman khaniar yang diancam dengan pidana kurungan minimal 3 bulan dan maksimal 1 tahun, tetapi masih lebih lama ketimbang batas hukuman kurungan yang disyaratkan KUHAP untuk bisa diberlakukan pemeriksaan singkat atau cepat. Karena itu untuk delik-delik syari'at tidak sepenuhnya mengikuti kategori yang terdapat dalam KUHAP. Lalu bagaimana bentuk acara pemeriksaan untuk delik-delik syari'at?

Karena inti pengkategorian biasa, singkat, atau cepat adalah proses pembuktiannya, maka pengkategorian acara pemeriksaan delik-delik syari'at juga berdasarkan sulit atau mudahnya proses pembuktiannya. Dilihat dari ancaman pidananya, delik-delik syari'at melampaui batas bagi penerapan *acara pemeriksaan singkat*, karena rata-rata delik syari'at diancam dengan pidana kurungan melebihi 3 bulan, bahkan setahun atau 2 tahun. Berdasarkan hal ini, jika berpegang pada KUHAP, maka acara pemeriksaan yang tepat adalah *acara pemeriksaan biasa*. Namun demikian, karena delik-delik syari'at umumnya adalah delik tertangkap tangan, maka prosesnya dapat dilaksanakan secara singkat. Pembuktiannya relatif mudah dan tidak ada alasan untuk diperpanjang.

Sampai saat ini, delik-delik syari'at yang sudah diputuskan hakim bahkan yang sudah dilaksanakan eksekusi adalah delik-delik yang berdasarkan tertangkap tangan. Kebanyakan delik-delik itu ditangkap oleh Wilayatul Hisbah berdasarkan laporan masyarakat

seperti delik judi yang terjadi di Bireuen dan Banda Aceh; jadi, dalam delik syari'at, teori diketahuinya tindak pidana berdasarkan tertangkap tangan dan berdasarkan laporan bisa bergabung dalam satu praktik. Tertangkap tangan ada juga yang dilakukan langsung oleh Wilayatul Hisbah atau penyidik tanpa laporan masyarakat seperti kasus khalwat yang terjadi di Aceh Tengah.

Berdasarkan apa yang dikemukakan di atas, maka dapat dikatakan bahwa acara pemeriksaan bagi delik-delik syari'at adalah acara pemeriksaan biasa yang bersifat singkat. Meski tidak sama persis dengan kategori KUHAP, tetapi sesungguhnya tidak nienyimpang jauh dari ketentuan KUHAP itu sendiri. Hal ini sesuai dengan pandangan pakar hukum pidana Indonesia, Andi Hamzah, yang menyatakan bahwa acara pemeriksaan biasa dapat juga berlaku pada delik-delik yang seharusnya dikategorikan sebagai acara pemeriksaan singkat dan cepat.³⁰⁷ Logika terbaliknya, jika untuk delik yang seharusnya diterapkan *acara pemeriksaan singkat* tetapi diproses secara *acara pemeriksaan biasa* boleh dilakukan, maka untuk delik yang dilaksanakan *acara pemeriksaan biasa* tetapi dilakukan seperti *acara pemeriksaan singkat* tentunya jugaboleh dilakukan, khususnya untuk syari'at.

Dalam acara pemeriksaan singkat dan acara pemeriksaan cepat, surat dakwaan tidak ada. Semua yang berkaitan dengan pemeriksaan hakim, dicatat hanya dalam berita acarp seperti

³⁰⁷ Andi Hamzah, *Hukum Acara Pidana Indonesia...* hlm. 235

identitas pelaku, jenis tindak pidana, tempat, waktu, dan sebagainya hanya dibuat dalam berita acara persidangan; termasuk putusan hakim. Tidak demikian halnya jika delik-delik syari'at diperiksa dengan acara pemeriksaan biasa meskipun dilakukan secara singkat. Layaknya acara pemeriksaan biasa dalam ketentuan KUHAP, maka ia juga harui memiliki surat dakwaan yang dibuat dan dilimpahkan oleh penuntut umum. Surat dakwaan lengkap berisi identitas pelaku, jenis pelanggaran, tempat, waktu, pasal-pasal yang dilanggar, dan catatan serta lampiran lain yang diperlukan untuk kepentingan pemeriksaan.

KUHAP, sebagaimana dikemukakan dalam penjelasan mengenai surat dakwaan di atas, tidak terlalu rumit bahkan cenderung menyederhanakan isi surat dakwaan. Selain identitas lengkap pelaku, maka yang terpenting adalah jenis delik yang didakwakan serta waktu dan tempat dilakukannya delik itu. Karena itu, pada sesi penuntutan delik-delik syari'at, maka penyusunan surat dakwaan seharusnya tidak memakan waktu sehari-hari sejak penuntut umum menerima berkas perkara dari penyidik. Bahkan, dalam waktu dua atau tiga hari, surat dakwaan seharusnya telah siap dan telah dilimpahkan kepada pengadilan. Selanjutnya tinggal menunggu penetapan hari sidang oleh pengadilan. Jika semua perangkat yang diperlukan untuk pemeriksaan seperti hakim, penuntut umum, terdakwa, penasihat hukum, dan alat-alat bukti telah lengkap, maka seharusnya pemeriksaan perkara dapat berlangsung

singkat.

Dengan demikian, idealnya, untuk delik-delik syari'at, semua proses acara sejak penyidikan sampai putusan ditetapkan, hanya memakan waktu maksimal 20 hari, lebih singkat dan itu jauh lebih baik. Jangka waktu 20 hari maksimal bagi penahanan tersangka atau terdakwa untuk kepentingan penyidikan, penuntutan, dan pemeriksaan dianggap wajar, meski qanun menyatakan bahwa masa tahanan tidak mempengaruhi kadar hukuman sebagaimana yang umum berlaku pada tindak pidana umum dalam KUHAP.

2). *Alat bukti dan proses pembuktian*

Teori pembuktian yang dianut oleh KUHAP adalah teori pembuktian berdasarkan undang-undang secara negatif (*negatief wettelijk*). Menurut teori ini, pemeriksaan yang dilakukan hakim mengacu kepada ketentuan perundang-undangan. Tugas hakim hanya mencari kebenaran materiil, artinya ketika memeriksa perkara, hakim hanya berusaha meyakinkan dirinya bahwa kasus yang diperiksanya betul-betul melanggar atau tidak melanggar ketentuan peundangundangan.

Alat-alat bukti yang dapat digunakan dalam pemeriksaan delik syari'at mengikuti ketentuan KUHAP pasal 184 yang terdiri dan 5 macam alat bukti:

- a) keterangan saksi;
- b) keterangan ahli;

- c) surat;
- d) petunjuk;
- e) keterangan terdakwa.

Pasal 183 KUHAP menyatakan bahwa: "Hakim tidak boleh menjatuhkan pidana kepada seseorang, kecuali apabila dengan sekurang-kurangnya dua alat bukti yang sah ia memperoleh keyakinan bahwa suatu tindak pidana benar-benar terjadi dan bahwa terdakwa yang bersalah melakukannya." Berdasarkan ketentuan ini, maka delik-delik syari'at juga harus berdasarkan jenis-jenis alat bukti yang disebutkan KUHAP; dan sekurang-kurangnya alat bukti yang diajukan untuk suatu delik adalah dua macam alat bukti, dan jika syarat minimal ini tidak terpenuhi, dakwaan menjadi batal demi hukum.

Berdasarkan pengalaman praktis dalam peineriksaan delik-delik syari'a,t, dalam proses pemeriksaan, penuntut umum tidak mengalami kesulitan mengajukan alat bukti; sebab delik syari'at didasarkan pada tertangkap tangan. Dalam delik tertangkap tangan, maka alat bukti berupa keterangan saksi, keterangan terdakwa, serta petunjuk mudah didapatkan.

Hampir semua pakar hukum pidana Indonesia sepakat menyatakan bahwa KUHAP sebagai pedoman utama dalam proses penegakan hukum menjunjung tinggi harkat dan martabat manusia. Secara universal, konsep ini dikenal dengan hak-hak asasi manusia (*human rights*). Konsep hak asasi

manusia yang diakui secara universal adalah konsep yang disahkan oleh Majelis Umum Perserikatan Bangsa-bangsa pada tahun 1948; konsep itu dikenal dengan *The Universal Declaration of Human Right*.

Pada bagian Mukaddimah dan *The Universal Declaration of Human Right* ini menyatakan beberapa poin pokok tentang pengakuan terhadap harkat, martabat, dan hak-hak asasi manusia:

1. Pengakuan terhadap harkat dan martabat manusia adalah menjadi milik setiap anggota masyarakat; dan setiap orang mempunyai hak yang sama yang tidak dapat dipisahkan daripadanya;
2. Penghinaan terhadap hak-hak manusia telah menyebabkan tindakan biadab yang melukai kesadaran batin umat manusia, dan sekaligus mengharapkan datangnya suatu peradaban dunia yang di dalamnya umat manusia merasakan kemerdekaan, kebebasan berbicara, kebebasan menganut kepercayaan, dan kebebasan dan kekurangan serta kebebasan dari ketakutan;
3. Bahwa hak-hak asasi manusia harus dilindungi oleh aturan hukum, agar manusia tidak terpaksa memilih jalan pintas melakukan pemberontakan guna melepaskan diri dari kelaliman dan penindasan.

Dari 30 pasal yang terdapat dalam *The Universal Declaration of Human Right*, maka hampir 2/3-nya berkaitan dengan penegakan hukum. Pasal 3 sampai pasal 21 secara umum berkaitan dengan hak atas hidup, hak atas kebebasan dan keselamatan pribadi, kebebasan dan perbudakan dan perhambaan. Pokok-pokoknya adalah sebagai berikut:

1. Pasal 5: Tidak seorang jua pun boleh dianiaya atau diperlakukan secara

kejam dengan cara penghinaan yang tidak berprrikemanusiaan

2. Pasal 6: Setiap orang berhak untuk diakui di muka umum sebagai seorang manusia yang memiliki kepribadian.
3. Pasal 17: Setiap orang sama derajatnya di hadapan hukum, serta mendapat perlindungan yang sama di hadapan hukum tersebut tanpa diskriminasi.
4. Pasal 8: Setiap orang berhak mendapat perlakuan yang adil di muka pengadilan yang berhak untuk mengadilinya.
5. Pasal 9: Tiada seorang jua pun dapat dikenakan hukuman, penahanan, atau pembuangan yang sewenang-wenang.
6. Pasal 10: Setiap orang berhak mendapat kedudukan yang sama untuk diperiksa secara adil dan terbuka di muka persidangan pengadilan yang bebas dan tidak memihak (*fair trial*) mengenai segala perkara yang dihadapkan kepadanya.
7. Pasal 11: Setiap orang yang disangka/didakwa melakukan kejahatan yang dapat dihukum, berhak dianggap tidak bersalah (*presumption of innocent*), sampai kesalahannya itu dibuktikan dalam suatu putusan peradilan yang bebas dan terbuka untuk umum, dan selama pemeriksaan itu dia telah mendapat jaminan untuk melakukan pembelaan yang dianggapnya perlu.

Hampir seluruh ketentuan tentang hukum yang terdapat dalam *The Universal Declaration of Human Right* tersebut ditampung dalam penyusunan undang-undang di Indonesia, sebab sebagai anggota PBB, Indonesia juga harus merativikasi deklarasi tersebut. Dari segi substansi, memang tidak ada isi deklarasi tersebut yang bertentangan dengan falsafah negara Indonesia, yaitu Pancasila dan UUD 1945.

Ketentuan-ketentuan pasal dalam deklarasi tersebut kemudian menjadi pijakan dasar dalam penyusunan beberapa undang-undang penting dalam sistem penegakan hukum di Indonesia, sebutlah misalnya undang-undang tentang pokok-pokok Kekuasaan Kehakiman (UUPKK) tahun 1970 dan masih konsisten dipertahankan dalam perubahan UU tersebut pada tahun 2004 yang lalu hingga Undang-undang Nomor 48 Tahun 2009. Substansi undang-undang ini juga menekankan penyelenggaraan peradilan yang legal, bersih, tidak memihak, bebas, cepat, praduga tak bersalah, dan sebagainya. Subtansi itu kemudian dikutip juga dalam penjelasan UU Nomor 8 Tahun 1981 tentang KUHAP sebagai berikut:

1. Asas Persamaan Di muka hukum.

Asas ini harus dipegang dalam semua proses hukum acara, termasuk dalam menangani delik-delik syari'at. Siapapun yang melakukan pelanggaran syari'at, apakah rakyat jelata atau pejabat tinggi, semuanya diproses secara sama. Penegakan hukum tidak mengenal istilah *preveledge* atau kebal hukum.

Praktik yang masih ada saat ini adalah sikap para penegak hukum sendiri yang tidak konsisten memegang asas ini. Jika yang melakukan pelanggaran adalah rakyat jelata, maka penegak hukum terkadang sengaja memperlambat proses acaranya, sehingga banyak sekali hak asasinya yang dirampas; sementara jika pelakunya adalah orang yang berada, maka para penegak hukum bersikap lunak dan mencari-cari pasal supaya si tersangka dapat diproses dengan mudah.

Baru-baru ini, di salah satu kabupaten di NAD, petugas Wilayatul

Hisbah menangkap tangan seorang anggota DPRD yang sedang berkhalwat dengan seorang wanita. Ketika petugas menanyai identitas si wanita, ia mengaku berprofesi sebagai guru sekolah dasar. Wanita ini juga mengaku belum bersuami, Dalam pemeriksaan oleh petugas Wilayahul Hisbah, si anggota DPRD mencak-mencak dan mengancam akan melaporkan petugas Wilayahul Hisbah karena telah melanggar privasinya. Inilah salah satu contoh jika seorang pejabat melakukan pelanggaran syari'at, ia akan berusaha sedapat mungkin melepaskan diri dari tanggung jawab meski dengan cara-cara yang ilegal.

Menghadapi kasus seperti ini, petugas Wilayahul Hisbah atau masyarakat yang menangkap tangan tidak boleh surut, dan aparat penegak hukum wajib melindungi siapapun yang melakukan penangkapan tangan.

2. Asas legalitas.

Asas ini menekankan bahwa semua tindakan yang berkaitan dengan penegakan hukum diatur oleh hukum dan undang-undang yang tertulis. Adanya ketentuan perundang-undangan yang mengatur dilarang atau diperintahkannya suatu perbuatan adalah pegangan para penegak hukum dalam melaksanakan tugasnya. KUHAP menyatakan bahwa setiap pemeriksaan, penangkapan, penahanan, penggeledahan, penyitaan, dan seterusnya harus berdasarkan surat perintah yang resmi, dan setelah pelaksanaan proses-proses itu, dibuat berita acara untuk setiap tindakan tersebut.

Dalam hal tertangkap tangan seperti terhadap delik-delik syari'at, KUHAP memang memberikan keringanan kepada para penangkap untuk

tidak membawa surat perintah resmi; akan tetapi setelah penangkapan, tersangka langsung dibawa kepada penyidik untuk segera diperiksa. Ketika melakukan penangkapan, jika itu dilakukan oleh petugas Wilayahul Hisbah, minimal jika tidak ada surat penangkapan, ia menunjukkan tanda pengenal dan surat tugas; namun jika penangkapan tangan dilakukan masyarakat, semua persyaratan itu tidak mesti dipenuhi.

3. Asas praduga tak bersalah (*presumption of innocent*).

Asas ini perlu dipegang oleh aparat penegak hukum syari'at sampai proses pemeriksaan dan putusan hakim menetapkan bahwa si terdakwa bersalah. Asas ini perlu dipegang untuk menghindarkan tindakan sewenang-wenang aparat penegak hukum sejak pemeriksaan pertama sampai pemeriksaan di pengadilan. Meski delik-delik syari'at mengutamakan kasus tertangkap tangan, dimana penangkap telah yakin betul bahwa perbuatan itu adalah pelanggaran, dia tetap diwajibkan menganggap pelaku yang ditangkanya tidak bersalah. Tindakan-tindakan yang boleh dilakukan penangkap pun hanya dibolehkan sebatas yang diperlukan seperti melakukan pengeledahan badan, menyita barang bukti, dan segera menyerahkan pelaku kepada penyidik.

Jika sejak awal tersangka sudah dianggap bersalah, maka secara psikologis, aparat penegak hukum cenderung bersikap kasar kepada tersangka; misalnya dalam pemeriksaan tersangka dipaksa mengaku, dibentak, dikesampingkan hak-haknya sebagai tersangka, diintimidasi, dan sebagainya. Dalam penahanan, tersangka dibiarkan meringkuk di tahanan tanpa proses pemeriksaan. Di masa orde baru banyak tapol dan napol yang

dibiarkan di penjara tanpa proses pengadilan.

4. Asas ganti kerugian dan rehabilitasi.

Asas ini berlaku bagi tindakan-tindakan dalam proses acara yang keliru atau salah Misalnya. seseorang yang disangka meminum khamar kemudian ditangkap, ternyata sesampainya di hadapan penyidik terbukti bahwa penangkap telah keliru, sebab yang diminumnya adalah minuman kaleng biasa tetapi bermerek baru yang mungkin belum diketahui penangkap. Atas dasar salah tindakan atau keliru ini, maka penyidik harus mempertimbangkan antara mengganti kerugian atau merehabilitasi nama baik tertangkap.

5. Asas peradilan cepat, sederhana, biaya ringan, bebas, jujur, dan tidak memihak.

Acara pemeriksaan terhadap delik-delik syari'at diusahakan acara pemeriksaan biasa yang bersifat singkat karena berangkat dari delik-delik tertangkap tangan. Tidak ada alasan bagi penyidik untuk melambatkan pemeriksaan terhadap pelaku tertangkap tangan, membelit-belitkan pemeriksaan, dan tindakan lain yang melamakan acara pemeriksaan. Bahkan berdasarkan beberapa kasus yang telah dieksekusi, keseluruhan proses acara untuk delik-delik syari'at dapat dilaksanakan maksimal dalam tempo 20 hari. Jangka waktu ini perlu dipersingkat karena qanun-qanun syari'at menetapkan bahwa masa tahanan tidak mempengaruhi kadar atau jumlah hukuman. Karena itu, jika acara pemeriksaan berlangsung lama, maka secara tidak sadar, kepada si tersangka telah diberikan hukuman tambahan yang jauh lebih berat

dibandingkan dengan hukuman yang seharusnya.

6. Asas memperoleh bantuan hukum.

Hak dan kesempatan untuk memperoleh bantuan hukum bagi pelaku-pelaku delik syari'at juga sama dengan pelaku-pelaku delik yang lain. Sejak awal pemeriksaan di hadapan penyidik, penyidik harus memberitahukan hak tersangka akan haknya memperoleh bantuan hukum dari seorang penasihat hukum. KUHAP memang menetapkan bantuan hukum cuma-cuma hanya untuk tersangka yang diancam pidana berat seperti hukuman 20 tahun penjara atau hukuman mati; akan tetapi, untuk pelaku delik-delik syari'at yang masih tergolong pidana ringan kiranya perlu diterapkan aturan khusus agar tersangka diberi bantuan hukum secara cuma-cuma oleh negara.

Banyak tersangka yang tidak memperoleh fasilitas bantuan hukum terutama karena dua hal: 1) tidak tahu cara mendapatkannya; atau 2) tidak mampu membayar penasihat hukum. Para terpidana kasus maisir di Bireuen pada Agustus 2005 lalu tidak menggunakan fasilitas bantuan hukum ini karena mereka awam dan tidak mampu membayar penasihat hukum. Para terpidana malah tidak tau bahwa mereka juga dapat menyatakan banding terhadap putusan yang ditetapkan hakim; tetapi mereka tidak memanfaatkannya karena dua alasan di atas.

7. Asas pemberian terhadap hak-hak tersangka atau terdakwa.

KUHAP merinci hak-hak terdakwa selama menjalani acara pemeriksaan sampai pelaksanaan putusan pengadilan sebanyak 15 butir:

- a. Hak untuk segera diperiksa, diajukan ke pengadilan, dan diadili. (Pasal 50 ayat (1), (2), dan (3).

- b. Hak untuk mengetahui dengan jelas dan bahasa yang dimengerti olehnya tentang apa yang disangkakan dan apa yang didakwakan. (Pasal 51 butir a dan b).
- c. Hak untuk memberikaan keterangan secara bebas kepada penyidik dan hakim. (Pasal 52).
- d. Hak untuk mendapat juru bahasa. (Pasal 53 ayat (1)).
- e. Hak untuk mendapat bantuan hukum pada setiap tingkat pemeriksaan. (Pasal 54).
- f. Hak untuk mendapat nasihat hukum dari penasihat hukum yang ditunjuk oleh pejabat yang bersangkutan pada semua tingkat pemeriksaan bagi tersangka atau terdakwa yang diancam dengan pidana mati secara cuma-cuma.
- g. Hak tersangka atau terdakwa yang berkebangsaan asing untuk menghubungi dan berbicara dengan perwakilan negaranya. (Pasal 57 ayat (2)).
- h. Hak untuk menghubungi dokter bagi tersangka atau terdakwa yang ditahan. (Pasal 58)).
- i. Hak untuk diberitahu kepada keluarganya atau orang lain yang serumah dengan tersangka atau terdakwa yang ditahan untuk mendapat bantuan hukum atau jaminan bagi penangguhannya dan hak untuk berhubungan dengan keluarga dengan maksud yang sama di atas. (Pasal 59 dan 60).
- j. Hak untuk dikunjungi oleh sanak keluarga yang tidak ada hubungan dengan perkara tersangka atau terdakwa; untuk kepentingan pekerjaan atau untuk kepentingan kekeluargaan. (Pasal 61).
- k. Hak tersangka atau terdakwa untuk berhubungan surat menyurat dengan penasihat hukumnya. (Pasal 62).
- l. Hak tersangka atau terdakwa untuk menghubungi dan menerima kunjungan rohaniawan. (Pasal 63).
- m. Hak tersangka atau terdakwa untuk mengajukan saksi dan ahli yang *a de charge*. (Pasal 65).
- n. Hak tersangka atau terdakwa untuk menuntut ganti kerugian. (Pasal 68).
- o. Hak terdakwa (pihak yang diadili) untuk menuntut terhadap hakim yang mengadili perkaranya. (Pasal 27 ayat (1) UUPK).

Di samping hak-hak tersebut, masih ada lagi hak-hak tersangka atau terdakwa yang lain yang harus dihormati. Pada intinya, sepanjang mengenai penegakan asas-asas hukum acara pidana, semuanya adalah dalam rangka melindungi hak-hak tersangka.

8. Asas hadirnya terdakwa, bahwa pengadilan /lama memeriksa perkara dengan kehadiran terdakwa.

Pemeriksaan terhadap terdakwa di pengadilan harus dengan

kehadiran terdakwa. Dalam delik-delik syari'at, kehadiran terdakwa ini mungkin dapat dipastikan karena tersangka atau terdakwa telah ditahan untuk menghadapi pemeriksaan di pengadilan. Qanun-qanun syari'at memang tidak memberikan kemungkinan agar tersangka delik-delik syari'at diletakkan di bawah jaminan keluarga selama masa menunggu persidangan atau selama menunggu eksekusi putusan.

Asas ini memang menentang pemeriksaan terdakwa dengan ketidakhadirannya; sebab hal itu akan merugikan terdakwa dan menyulitkan hakim; karena itu, jika terdakwa berhalangan yang dapat dibenarkan hukum seperti sakit, atau mungkin kerana melarikan diri, maka untuk sementara kasusnya dapat ditunda pemeriksaannya.

9. Asas pengadilan yang terbuka untuk umum.

Pengadilan terhadap delik-delik syari'at juga dilaksanakan secara terbuka untuk umum. Keterbukaan ini diharuskan agar tidak hanya pihak--pihak yang terlibat dalam perkara saja yang mengetahui jalannya proses persidangan; masyarakat umum dengan berbagai kepentingannya juga diberi hak untuk menyaksikannya. Persidangan tertutup memberi peluang kepada tindakan-tindakan penyimpangan selama proses persidangan.

10. Asas pengawasan terhadap putusan hakim.

Putusan hakim yang telah memperoleh kekuatan hukum tetap masih memerlukan pengawasan pihak pengadilan sendiri untuk memastikan bahwa putusan dilaksanakan menurut apa adanya. Berbagai bentuk penyimpangan dalam pelaksanaan putusan bisa saja terjadi.

Dari uraian di atas, dapat diketahui bahwa hampir semua tahapan hukum acara sejak penyelidikan sampai pelaksanaan putusan hakim (eksekusi) berpotensi pada pelanggaran hak asasi manusia. Karena itu, aparat penegak hukum dituntut untuk mengetahui asas-asas di atas dan mampu mengaplikasikannya dalam setiap tahap hukum acara.

Berdasarkan pembahasan dalam penelitian disertasi ini, peneliti mengkaitkan dengan teori sebagaimana dalam kerangka berpikir, *grand theory*-nya adalah teori negara hukum, sebagaimana diatur dalam Pasal 1 ayat (3) UUD Tahun 1945 disebutkan secara tegas bahwa negara Republik Indonesia adalah negara hukum, kemudian di dalam Penjelasan UUD Tahun 1945 disebutkan bahwa negara RI adalah berdasarkan atas hukum (*Rechtsstaat*), tidak atas kekuasaan belaka (*Machtsstaat*). Demikian pula di dalam UUD lainnya yang pernah berlaku di Indonesia, yaitu Konstitusi Republik Indonesia Serikat (KRIS) dan Undang-Undang Dasar Sementara (UUDS) 1950, dinyatakan dengan tegas di dalam pasalnya bahwa Indonesia negara hukum. Dari prinsip yang dimuat dalam hukum dasar tersebut, mengandung arti: Kekuasaan tertinggi di dalam negara Indonesia adalah hukum yang dibuat oleh rakyat melalui wakil-wakilnya. Dalam praktek ketatanegaraan, di mana sistem pemerintahan negara atau cara penyelenggaraan negara memerlukan kekuasaan, akan tetapi kekuasaan tersebut dibatasi oleh hukum. Jadi pengertian negara hukum, adalah lawan dari pengertian negara kekuasaan, dasar pemikiran yang mendukungnya ialah kebebasan warga negara, bukan kebebasan negara. Tujuannya, ialah untuk

memelihara ketertiban umum, jadi negara adalah hamba masyarakat yang ditugaskan dan dipercayai untuk memelihara ketertiban tersebut.

Telaah pustaka menunjukkan, masuknya ide negara hukum (*Rechtsstaat*) ke Indonesia, dimulai pada pemerintahan Hindia Belanda. Ide tersebut dituangkan dalam *Regelingsreglement 1854*, menurut Soetandyo Wignyosoebroto. Introduksi *Rechtsstaat* pada masa itu dimaksudkan untuk mengefektifkan pendayagunaan hukum guna melindungi kepentingan penduduk negeri di daerah jajahan dari kesewenang-wenangan eksekutif. Ide itu dirumuskan dalam Pasal 79, Pasal 88 dan Pasal 89 *Regelingsreglement 1854*. Pasal 79 menyiratkan asas pembagian kekuasaan, Pasal 88 memerintahkan dilaksanakan asas legalitas dalam hal pemidanaan dan Pasal 89 melarang pemidanaan yang menyebabkan seseorang kehilangan hak keperdataannya.

Bertolak dari pemikiran tersebut, dalam memahami Indonesia sebagai negara hukum, perlu dipahami bahwa ide *rechtsstaat* mempunyai pengaruh yang cukup besar dalam merumuskan suatu konsep negara hukum yang bercirikan Indonesia. Dalam merumuskan konsep negara hukum yang bercirikan Indonesia ini, pertama-tama harus dipahami secara jelas ide dasar negara hukum Indonesia yang diilhami oleh ide *rechtsstaat*. Hal ini dilakukan atas dasar pertimbangan bahwa Indonesia adalah negara hukum sebagaimana yang dinyatakan secara tegas dalam UUD Tahun 1945. Di samping itu, arah dan wujud negara hukum terkandung di dalam cita hukum (*Rechtidee*) yaitu ide dari budaya bangsa Indonesia tentang bagaimana yang dinamakan negara hukum.

Berdasarkan pemikiran di atas, dapat dipahami bahwa ide dasar negara hukum Indonesia, tidak terlepas dari ide dasar tentang *rechtsstaat* dimana syarat-syarat utamanya terdiri dari:

1. Asas legalitas, yaitu setiap tindakan pemerintah harus didasarkan atas dasar peraturan perundang-undangan;
2. Pembagian kekuasaan, syarat ini mengandung makna bahwa kekuasaan negara tidak boleh hanya bertumpu pada satu tangan;
3. Hak-hak dasar, hak dasar merupakan sasaran perlindungan hukum bagi rakyat, dan sekaligus membatasi kekuasaan pembentuk undang-undang;
4. Tersedia saluran melalui pengadilan yang bebas untuk menguji keabsahan tindak pemerintah.

Menggarisbawahi prinsip Indonesia adalah negara hukum, UUD Tahun 1945 sebagai hukum dasar, menempatkan hukum pada posisi yang menentukan dalam sistem ketatanegaraan Indonesia. Dari sudut pandang konstitusi, tidak berlebihan apabila dikatakan bahwa supremasi hukum dapat dianggap sebagai salah satu tujuan bangsa Indonesia mendirikan negara ini. Dalam kaitan itu, konsep kenegaraan Indonesia, antara lain menentukan bahwa pemerintahan dibatasi oleh ketentuan yang termuat dalam konstitusi. Pada negara yang bersistem konstitusi atau berdasarkan hukum dasar, terdapat suatu hierarki perundang-undangan, di mana UUD berada di puncak piramida, sedangkan ketentuan yang lain berada di bawah konstitusi. Konstruksi yang demikian ini dinamakan dengan "*stufenbau theory*" Hans Kelsen.

Kelsen mengemukakan tentang kesatuan tertib hukum ini dalam proses

pembentukan hukum yang bersifat hierarkis dan dinamis. Dia memandang tertib itu sebagai suatu "*stufenbad*" dari beberapa tangga pembentukan hukum. Adanya pembentukan hukum oleh tingkat yang lebih rendah, yaitu pembentukan hukum yang kepadanya telah didelegasikan wewenang untuk itu, menurut pandangan Kelsen bergantung pada adanya suatu pembentukan hukum yang lebih tinggi, yaitu pembentukan hukum oleh yang mendelegasikan wewenang. Pada akhirnya mengenai berlakunya keseluruhan tertib hukum itu dapat dikembalikan pada suatu yang berakar dalam suatu "*grundnorm*". Melalui *grundnorm* ini terjadi kesatuan di dalam proses pembentukan hukum yang dinamis dan di dalam tertib hukum yang memang ditimbulkan oleh *grundnorm* itu.

Konstitusi dengan tegas menggariskan bahwa salah satu ciri dari sistem pemerintahan Indonesia adalah menganut asas negara hukum. Berdasarkan ketentuan konstitusi ini, berarti pemerintah Indonesia mempunyai kekuasaan yang terbatas artinya dibatasi oleh konstitusi dan dalam penyelenggaraannya tidak dibenarkan bertindak sewenang-wenang. Asas yang dianut tersebut harus tercermin dalam praktek penyelenggaraan negara. Artinya dalam praktek penyelenggaraan ketatanegaraan, hukum harus mengendalikan kekuasaan. Prinsip yang demikian ini, sejalan dengan tujuan negara yang dirumuskan dalam Pembukaan UUD Tahun 1945, yaitu negara melindungi segenap bangsa Indonesia dan seluruh tumpah darah Indonesia, memajukan kesejahteraan umum, mencerdaskan kehidupan bangsa, kemerdekaan, perdamaian abadi dan keadilan sosial. Dengan demikian, tatanan politik yang mewujudkan negara Republik Indonesia yang dikehendaki, adalah negara

Pancasila sebagai wahana untuk mewujudkan kesejahteraan dalam arti luas bagi seluruh rakyat Indonesia. Asas kebijakan untuk mewujudkan kesejahteraan tersebut dirumuskan dalam pasal-pasal UUD Tahun 1945 yang secara normatif harus menjadi pedoman dalam menjalankan pemerintahan.

Berpedoman pada makna yang terkandung dalam Pembukaan UUD Tahun 1945, dapat ditarik kesimpulan bahwa negara Republik Indonesia adalah negara hukum yang di dalamnya, semua penggunaan kekuasaan harus selalu ada landasan hukumnya dan berada dalam kerangka batas-batas yang ditetapkan oleh hukum. Selain itu, negara merupakan suatu organisasi, dari segenap lapisan masyarakat yang menata diri secara rasional, untuk secara bersama-sama berikhtiar, berusaha mewujudkan kesejahteraan sosial bagi seluruh rakyat dengan tetap mengacu pada nilai-nilai martabat manusia yang berdasarkan Ketuhanan Yang Maha Esa. Philipus M. Hadjon menyimpulkan bahwa ciri-ciri pokok negara hukum Pancasila adalah:

- a. Keserasian hubungan antara pemerintah dan rakyat berdasarkan asas kerukunan;
- b. Hubungan fungsional yang proposional antara kekuasaan-kekuasaan negara;
- c. Prinsip-prinsip penyelesaian sengketa secara musyawarah dan peradilan merupakan sarana terakhir;
- d. Keseimbangan antara hak dan kewajiban.

Untuk mengetahui apakah suatu negara merupakan negara hukum atau bukan, instrumen yang paling tepat digunakan sebagai tolok ukurnya, adalah konstitusi negara yang bersangkutan, artinya apakah konstitusi negara yang

bersangkutan memuat ketentuan tentang negara hukum atau tidak? Instrumen lain yang juga dapat dipakai sebagai indikator adalah kesepakatan ilmiah dikalangan para sarjana, berupa pandangan-pandangan tentang ciri-ciri ataupun unsur-unsur negara hukum. Tentang isi konstitusi dijadikan sebagai tolok ukur, untuk menentukan apakah suatu negara itu merupakan negara hukum atau tidak dapat dilihat dari pendapat yang dikemukakan K.C. Where bahwa isi minimum suatu konstitusi adalah tentang negara hukum, K.C. Where mengajukan pertanyaan "*What should a constitution contain?*" Pertanyaan itu dijawabnya sendiri, *the sort answer is The very minimum and that minimum to be "Rule of Law"*. Berkenaan dengan isi minimum konstitusi adalah negara hukum. Meuwissen dalam pengamatannya terhadap isi konstitusi Belanda menemukan bahwa konstitusi Belanda menurutnya mengandung isi yang beraspek negara hukum klasik dan yang beraspek negara hukum modern. Lebih jauh dari itu H. van Maarveen dan G. van der Tang dari hasil penelitiannya terhadap sejumlah konstitusi di dunia sampai pada suatu kesimpulan bahwa isi pokok konstitusi adalah negara hukum dan perlindungan terhadap hak-hak dasar manusia di samping isi lainnya yang terkait dengan negara hukum.

Pemahaman terhadap perlindungan hak-hak dasar mendorong pemikiran lahirnya doktrin konstitusionalisme. Doktrin ini adalah suatu paham yang beranggapan bahwa sebenarnya penguasa cenderung bertindak sewenang-wenang, oleh karena itu kekuasaannya harus dibatasi. Sarana pembatasan kekuasaan yang paling efektif dapat dilakukan melalui undang-undang, dengan demikian terlihat dengan jelas bahwa fungsi undang-undang

di sini, selain membatasi kekuasaan pemerintah juga merupakan pembatasan terhadap hak dan kebebasan masyarakat yang dilakukan secara demokratis. Dalam konsepsi negara hukum ini, negara dan pemerintah lebih tampak peranannya dalam mengkoordinasikan pusat pengambilan keputusan yang berintikan asas rasional. Dengan demikian dapat dikatakan bahwa sesuai dengan konsep negara hukum, maka negara yang dicita-citakan adalah negara hukum yang berdasarkan atas kerakyatan yang bertujuan untuk mewujudkan kesejahteraan dan keadilan sosial bagi seluruh rakyat Indonesia.

Hukum dasar (UUD) suatu negara merupakan bentuk peraturan perundang-undangan yang tertinggi tingkatnya, karena merupakan dasar serta sumber dari semua peraturan yang dapat dikeluarkan menurut UUD tersebut. Di samping itu perlu dipahami bahwa UUD suatu negara hanyalah sebagian dari hukum dasar negara, sebab selain UUD sebagai hukum dasar yang tertulis, masih ada hukum dasar yang tidak tertulis. Jika berpegang pada UUD Tahun 1945, maka UUD Tahun 1945 merupakan bentuk peraturan tertinggi yang memuat aturan-aturan dan ketentuan-ketentuan pokok tentang sistem ketatanegaraan Indonesia yang bersifat tertulis. Pengertian ini berbeda dengan pengertian konstitusi, karena konstitusi memuat aturan-aturan dan ketentuan pokok tentang sistem ketatanegaraan suatu negara yang sifatnya tertulis maupun yang tidak tertulis.

Bertitik tolak dari pandangan sebagaimana diuraikan di atas, maka konstitusi yang relevan ditelaah untuk menjawab pertanyaan apakah Indonesia negara hukum atau tidak?, adalah UUD Tahun 1945. Dalam Pembukaan UUD Tahun 1945 ketentuan yang mengisyaratkan Indonesia

negara hukum, oleh M. Yamin ditunjuk bagian alinea keempat. Tentang hal ini secara jelas Moh. Yamin mengatakan:... "tetapi pengertian yang sedemikian didapat pada Pembukaan UUD 1945. Maka disusunlah kemerdekaan kebangsaan Indonesia itu dalam suatu Undang-Undang Dasar Negara Indonesia, jadi Republik Indonesia adalah negara hukum dengan menggunakan konstitusi yang tertulis. Memang kalau diperhatikan dengan seksama, kalimat "Maka disusunlah kemerdekaan kebangsaan Indonesia itu dalam suatu Undang-Undang Dasar", segera tampak bahwa pembentuk UUD Tahun 1945 menempatkan UUD sebagai sumber pengaturan segala kegiatan bernegara dalam suasana Indonesia merdeka. Pengaturan segala sesuatu urusan kenegaraan melalui sebuah aturan dasar tertulis, menunjukkan adanya respek pembentuk negara terhadap negara hukum, karena salah satu unsur negara hukum adalah "*supremacy of the law*" menurut Dicey atau "*Grondrechten*" menurut SW Couwenberg.

Dalam Batang tubuh UUD Tahun 1945, cita negara hukum dapat dilihat dalam pasal-pasal yang mengandung pengutamaan terhadap hukum. Dikatakan pengutamaan terhadap hukum karena pasal-pasal itu mengatur kekuasaan negara yang didistribusikan kepada sejumlah lembaga negara yang lebih lanjut diatur dengan Undang-undang, dalam hal yang demikian, konstitusi dapat dianggap sebagai sumber kekuasaan. Konstitusi sebagai sumber kekuasaan dikatakan oleh K.C. Wheare sebagai aturan hukum yang mengatur pemerintah, Mac Iver menyebut konstitusi sebagai sumber kekuasaan dengan istilah "*the law which governs the state*" yaitu hukum yang memerintah negara.

Selain ketentuan Pasal 1 ayat (3) UUD Tahun 1945, Penjelasan UUD Tahun 1945 juga dengan tegas menyebut Indonesia ialah negara yang berdasar atas hukum (*Rechtsstaat*). Negara Indonesia berdasar atas hukum (*Rechtsstaat*) tidak atas kekuasaan belaka (*Machtsstaat*)". Jika diperhatikan ketentuan Penjelasan UUD Tahun 1945, menunjukkan betapa pembentuk UUD Tahun 1945 menaruh perhatian cukup besar terhadap konsep negara hukum, yang diyakini konsep itu dapat mengantarkan rakyat Indonesia ke dalam suasana hidup merdeka, aman, tertib dan berkeadilan. Berdasarkan tinjauan isi pembukaan, Batang Tubuh dan Penjelasan UUD Tahun 1945 seperti tersebut di atas, akhirnya diperoleh gambaran bahwa menurut UUD Tahun 1945, negara Indonesia adalah negara hukum. Gambaran ini adalah gambaran yang berdimensi normatif, artinya sesuai apa yang tersurat dan tersirat dalam UUD Tahun 1945 tersebut.

Dalam perkembangan hukum ketatanegaraan Indonesia dengan telah diamandemennya UUD Tahun 1945, terjadi perubahan yang signifikan terhadap konsep negara hukum Indonesia, perubahan mana terlihat mengenai penyebutan Indonesia negara hukum, yang semula sebelum diamandemen hanya ditemukan dalam penjelasan UUD Tahun 1945, kemudian setelah diamandemen penegasan Indonesia sebagai negara hukum dimuat secara tegas dalam Pasal 1 ayat (3) UUD Tahun 1945, hal ini membuktikan bahwa Indonesia menjunjung tinggi hukum dan keadilan sosial bagi seluruh rakyat. Keadilan tidak mungkin dapat dikonstruksikan tanpa menariknya terlebih dahulu ke dalam asas-asas hukum, dalam hal ini pengaturan terhadap hak dan kebebasan warga masyarakat, termasuk ruang lingkup dan pembatasannya

merupakan bidang kajian hukum tata negara. Konsep keadilan yang diemban oleh hukum tata negara, mengacu pada peningkatan akses sebanyak mungkin anggota masyarakat, untuk dapat berperan dan berpartisipasi dalam kegiatan-kegiatan yang secara umum disebut demokrasi. Intinya ialah kebebasan berpendapat, kebebasan berserikat dan berorganisasi, kesamaan kedudukan dalam hukum dan lain-lain. Dengan demikian asas-asas hukum yang berintikan keadilan, dalam pengaturan hak dan kebebasan bagi warga masyarakat lebih ditekankan pada perilaku kehidupan berbangsa dan bernegara.

Dari konstruksi yang demikian ini, muncul konsep negara hukum Indonesia, sebagai negara hukum modern dengan memberi kebebasan kepada warga masyarakat untuk berperan dan berpartisipasi dalam kegiatan kenegaraan. Dari sini dapat disimpulkan bahwa ciri negara Indonesia sebagai negara hukum modern terdiri dari:

1. Pengakuan dan perlindungan terhadap hak asasi manusia;
2. Pancasila menjiwai setiap peraturan hukum dan pelaksanaannya;
3. Asas kekeluargaan merupakan titik tolak negara hukum Indonesia;
4. Peradilan yang bebas dan tidak dipengaruhi kekuatan manapun;
5. Partisipasi warga masyarakat secara luas.

Meski ada banyak pandangan tentang corak khas negara hukum Indonesia, namun inti terdalem dari negara hukum Indonesia itu, dapat diidentifikasi dengan tunduknya penguasa dan rakyat, terhadap hukum Indonesia yang dibuat secara demokratis dan berasaskan Pancasila. Dalam keadaan demikian, menurut Padmo Wahjono hukum harus merupakan titik

sentral dalam kehidupan perorangan, masyarakat, bangsa dan negara.

Hukum adalah sarana untuk mencapai tujuan yang diidealkan dan yang ingin dicapai bersama oleh seluruh warga negara dan masyarakat. Cita hukum itu sendiri, baik yang dilembagakan melalui gagasan negara demokrasi, maupun yang diwujudkan melalui gagasan negara hukum, dimaksudkan untuk meningkatkan kesejahteraan umum bagi masyarakat. Bahkan sebagaimana cita-cita nasional Indonesia yang dirumuskan dalam Pembukaan UUD 1945, tujuan bangsa Indonesia bernegara adalah dalam rangka melindungi segenap bangsa Indonesia dan seluruh tumpah darah Indonesia, memajukan kesejahteraan umum, mencerdaskan kehidupan bangsa, dan ikut melaksanakan ketertiban dunia berdasarkan kemerdekaan, perdamaian abadi dan keadilan sosial. Dan tujuan dan cita-cita tersebut dapat disimpulkan bahwa Indonesia sebagai negara hukum, berfungsi sebagai sarana untuk mewujudkan dan mencapai tujuan negara Indonesia sebagaimana diuraikan dalam Pembukaan dan dalam Batang Tubuh UUD 1945 sebagai hukum dasar.

Cita hukum atau *Rechtsidee* adalah apa yang dicita-citakan atau apa yang dituju oleh hukum, jadi cita hukum berada dalam dunia *idee*, tumbuh dalam cita-cita dan eksis dalam dunia *sollen*. Cita hukum (*Rechtsidee*) menurut Rudolf Stammler sebagaimana dikutip Theo Huijbers, adalah konstruksi pikir yang mengarahkan hukum pada cita-cita yang diinginkan masyarakat. Cita hukum berfungsi sebagai pemandu untuk mencapai apa yang di cita-citakan. Cita hukum itu mengandung prinsip yang berlaku sebagai norma bagi keadilan atau ketidakadilan hukum, dengan demikian cita

hukum secara serentak memberikan manfaat ganda, yaitu dengan cita hukum dapat diuji hukum positif yang berlaku, dan pada cita hukum dapat diarahkan hukum positif menuju hukum yang adil. Secara spesifik Stammler mengidentifikasi cita hukum sebagai kemauan yuridis, yaitu suatu kemauan yang mendorong setiap orang untuk membentuk peraturan-peraturan bagi masyarakat dalam hukum positif. Di sini terlihat bahwa kemauan yuridis merupakan dasar dan syarat bagi seluruh hukum positif. Kemauan yuridis ini bersifat, transendental, yaitu bahwa kemauan ini berfungsi sebagai prinsip terakhir dari segala pengertian tentang hukum. Cita hukum mengandung arti bahwa pada hakekatnya, hukum sebagai aturan tingkah laku masyarakat berakar pada gagasan, rasa, karsa, cipta, dan pikiran dari masyarakat itu sendiri. Dengan demikian, hukum yang adil adalah hukum yang diarahkan oleh cita hukum untuk mencapai tujuan masyarakat. Selanjutnya Radbruch menegaskan pula bahwa cita hukum tidak hanya berfungsi sebagai tolak ukur yang bersifat regulatif yang menguji apakah suatu hukum positif adil atau tidak, melainkan juga yang berfungsi sebagai dasar yang bersifat konstitutif, yaitu yang menentukan bahwa tanpa cita hukum, hukum akan kehilangan maknanya sebagai hukum. Hakekat keadilan adalah penilaian terhadap suatu perlakuan atau tindakan dengan mengajinya oleh suatu norma yang menurut pandangan subjektif melebihi norma-norma lainnya. Penilaian tentang keadilan ini pada umumnya hanya ditinjau dari satu pihak saja, yaitu pihak yang menerima perlakuan, misalnya kalau kebijaksanaan pemerintah telah dipertimbangkan masak-masak bahwa hal itu demi kepentingan umum, demi kepentingan orang banyak, tetapi ada warga

negara yang tidak terpenuhi kebutuhannya, apakah kebijaksanaan pemerintah itu dapat dinilai tidak adil, maka keadilan harus dilihat dari dua pihak, yaitu pihak yang memperlakukan dan pihak yang menerima perlakuan.

Berpedoman dari pandangan Gustav Radbruch, hukum dalam hubungannya dengan cita hukum mengandung pedoman dan ukuran umum tentang apa yang harus dilihat sebagai hukum di dalam budaya yang bersangkutan. Cita hukum dalam dirinya adalah merupakan sesuatu yang di dalamnya mengandung unsur-unsur yang emosional, ideal yang batasan rasionalnya tidak pasti. Pengertian dari konsep hukum yang berusaha mewujudkan cita hukum harus memenuhi tuntutan bahwa hal tersebut dapat dikerjakan. Untuk itu diperlukan unsur-unsur dari konsepsi hukum yang dapat dinilai dan merupakan sesuatu yang rasional. Unsur-unsur yang rasional dari cita hukum tersebut, mengendap menjadi suatu konsepsi hukum, yang memungkinkan disusun suatu pengertian hukum umum, menurut apa yang dikandung dan dimaksud oleh cita hukum yang bersangkutan. Unsur-unsur konsepsi hukum ini, adalah merupakan unsur-unsur yang di dalamnya mengandung bahan-bahan dasar idiil tentang aturan-aturan hukum selanjutnya yang diperlukan. Bahan-bahan idiil yang tersimpan di dalam unsur-unsur konsepsi hukum tersebut, merupakan apa yang disebut dengan asas-asas hukum, yaitu pikiran dasar atau yang fundamental dari hukum yang bersangkutan.

Secara konstitusional, Pancasila terumus dalam alinea keempat Pembukaan UUD Tahun 1945, yakni: "... maka disusunlah kemerdekaan kebangsaan Indonesia itu dalam suatu Undang-Undang Dasar Republik

Indonesia yang berkedaulatan rakyat dengan berdasar kepada Ketuhanan Yang Maha Esa, Kemanusiaan yang adil dan beradab, Persatuan Indonesia, dan Kerakyatan yang dipimpin oleh hikmat kebijaksanaan dalam permusyawaratan/perwakilan, serta dengan mewujudkan suatu Keadilan sosial bagi seluruh rakyat Indonesia". Berdasarkan rumusan yang demikian, di Indonesia, Undang-Undang Dasar Tahun 1945 dijiwai Pancasila. Dalam Pasal 1 Ketetapan MPR No. XVIII/MPR/1998 disebutkan bahwa "Pancasila sebagaimana dimaksud dalam Pembukaan Undang-Undang Dasar Tahun 1945 adalah dasar negara Republik Indonesia yang harus dilaksanakan secara konsisten dalam kehidupan bernegara". Sebagai dasar sekaligus ideologi negara, Pancasila bagi bangsa Indonesia sudah tidak bisa ditawar lagi. Menurut Mahfud MD. Pancasila yang terumus dalam Pembukaan UUD Tahun 1945 adalah *modus vivendi* atau kesepakatan luhur bangsa Indonesia. Pancasila sangat cocok dengan realitas bangsa Indonesia yang plural. Pancasila akan menjadi ruang bagi bertemunya kompromi berbagai kepentingan yang semula mungkin saling bertentangan secara diametral. Dari uraian mengenai fungsi cita hukum tersebut, Arief Sidharta, menggabungkan fungsi Cita Hukum sebagaimana yang dikemukakan oleh Rudolf Stammler dan Gustav Radbruch tersebut. Menurutnya, Cita Hukum itu berfungsi sebagai asas umum yang mempedomani (*guiding principle*), norma kritik kaidah evaluasi dan faktor yang memotivasi dalam penyelenggaraan hukum, pembentukan hukum, penerapan hukum, penegakan hukum, penemuan hukum dan perilaku hukum.

Dalam sistem konstitusi negara Indonesia, cita negara hukum itu

menjadi bagian yang tidak terpisahkan dari perkembangan gagasan kenegaraan Indonesia sejak kemerdekaan. Meskipun dalam pasal-pasal UUD Tahun 1945 sebelum UUD Tahun 1945 diamandemen, ide negara hukum itu tidak dirumuskan secara eksplisit, tetapi dalam Penjelasan ditegaskan bahwa Indonesia menganut ide '*rechtsstaat*, bukan *emachtsstaat*'. Dalam Konstitusi RIS Tahun 1949, ide negara hukum itu bahkan tegas dicantumkan. Demikian pula dalam UUDS Tahun 1950, kembali rumusan bahwa Indonesia adalah negara hukum dicantumkan dengan tegas. Oleh karena itu, dalam Perubahan Ketiga tahun 2001 terhadap UUD Negara Republik Indonesia Tahun 1945, ketentuan mengenai ini kembali dicantumkan tegas dalam Pasal 1 ayat (3) yang berbunyi: "Negara Indonesia adalah Negara Hukum".

Apabila hasil penelitian ini dikaitkan dengan *Middle Range Theory* seperti yang telah dikemukakan pada bagian kerangka berpikir di atas yaitu Konsepsi Hukum Pidana Islam, maka sebagai ajaran yang lengkap dan mencakup syari'at Islam juga mengatur masalah-masalah hukum pidana dan pemidanaan. Pembahasan tentang masalah ini dalam kitab-kitab fiqh disebut dengan fiqh jinayah yang mencakup pembahasan tentang jenis perbuatan yang dianggap sebagai perbuatan pidana (*jarimah*), jenis dan pembagiannya, bentuk-bentuk hukumannya, serta tata cara atau prosedur penjatuhan hukumnya.

Dalam istilah hukum pidana Indonesia, jarimah disebut dengan perbuatan pidana, atau beberapa istilah lain seperti peristiwa pidana, tindak pidana, delik, pelanggaran pidana, perbuatan yang boleh dihukum, dan perbuatan yang dapat dihukum. Dalam tulisan ini, istilah yang akan sering

digunakan tampaknya adalah perbuatan pidana atau tindak pidana sebagai terjemahan langsung dari istilah yang digunakan dalam hukum pidana Belanda yaitu *strafbaarfeit*. *Straf* artinya pidana atau hukuman, *baar* artinya boleh, dan *feit* artinya perbuatan. Jadi, arti dasar *strafbaarfeit* adalah perbuatan yang boleh dipidana, yang kemudian disingkat menjadi perbuatan pidana saja.

Banyak pakar hukum pidana yang berusaha memberikan definisi yang mencakup terhadap perbuatan pidana atau tindak pidana. Di antaranya adalah J.E. Jonkers, H.J. Van Schravendijk, Simons Wirjono Prodjodikoro, dan Pompe. Jonkers mengartikan *strafbaar feit* sebagai suatu perbuatan yang melawan hukum (*wederrechtelijk*) berhubung dilakukan dengan sengaja atau alpa oleh orang yang dapat dipertanggungjawabkan. H.J. van Schravendijk menyatakan bahwa *strafbaar feit* adalah kelakuan orang yang begitu bertentangan dengan keinsyafan hukum sehingga kelakuan itu diancam dengan hukuman, asal dilakukan oleh orang yang karena itu dapat dipersalahkan.

Selanjutnya, Simons menyatakan bahwa *strafbaar feit* adalah suatu tindakan melanggar hukum yang dengan sengaja telah dilakukan oleh seseorang yang dapat dipertanggungjawabkan atas tindakannya, yang dinyatakan sebagai dapat dihukum. Wirjono Prodjodikoro menyatakan bahwa tindak pidana adalah perbuatan yang pelakunya dapat dikenakan hukuman/pidana. Sedangkan menurut Pompe, *strafbaar feit* adalah suatu pelanggaran terhadap norma, yang dilakukan karena kesalahan si pelanggar dan diancam dengan pidana untuk mempertahankan tata hukum dan

menyelamatkan kesejahteraan umum.

Menurut hukum pidana Indonesia yang beraliran Barat/Belanda, suatu perbuatan dikatakan sebagai tindak pidana jika terpenuhi unsur-unsur yang membentuk perbuatan itu. Unsur-unsur mana dibagi menjadi dua: unsur subjektif dan unsur objektif. Unsur subjektif adalah semua unsur yang berkenaan dengan batin atau melekat pada kejadian batin orangnya. Sedangkan unsur objektif adalah semua unsur yang berada di luar keadaan batin orangnya, yaitu semua unsur yang berkenaan dengan perbuatannya, akibat perbuatan, serta keadaan-keadaan tertentu yang melekat pada perbuatan dan obyek tindak pidana.

Unsur-unsur tindak pidana dapat diketahui secara langsung dengan dua cara: 1) mengacu kepada definisi yang dibuat oleh pakar hukum pidana; atau 2) yang digunakan oleh peraturan perundang-undangan. Dari definisi J. E. Jonkers, unsur-unsur tindak pidana yang dapat ditangkap adalah:

- a. perbuatan (yang);
- b. melawan hukum (yang berhubungan dengan);
- c. kesalahan (yang dilakukan oleh orang yang);
- d. dapat dipertanggungjawabkan.

Dari definisi yang dibuat oleh H.J. van Schravendijk dapat ditangkap unsur-unsur tindak pidana sebagai berikut:

- a. kelakuan (orang yang);
- b. bertentangan dengan keinsyafan hukum;
- c. diancam dengan hukuman;
- d. dilakukan oleh orang (yang dapat);

- e. dipersalahkan/bertanggungjawab.

Sedangkan melalui undang-undang, khususnya KUHP sebagai kitab kodifikasi hukum pidana di Indonesia, maka unsur-unsur perbuatan pidana dapat dideteksi dari berbagai metode perumusan larangan-larangannya. Dari buku II KUHP, terdapat II unsur pidana:

- a) unsur tingkah laku;
- b) unsur melawan hukum;
- c) unsur kesalahan;
- d) unsur akibat konstitutif;
- e) unsur keadaan yang menyertai;
- f) unsur syarat tambahan untuk dapatnya dituntut pidana;
- g) unsur tambahan untuk memperberat pidana;
- h) unsur syarat tambahan untuk dapatnya dipidana;
- i) unsur objek hukum tindak pidana;
- j) unsur kualitas subjek hukum tindak pidana;
- k) unsur syarat tambahan untuk memperingan pidana.

Dari berbagai klasifikasi unsur-unsur tindak pidana di atas, Moeljatno dalam salah satu hukunya yang menyimpulkannya menjadi tiga unsur saja:

- a. perbuatan;
- b. yang dilarang (oleh aturan hukum)/melawan hukum;
- c. ancaman pidana (bagi pelakunya)

Unsur perbuatan atau tingkah laku adalah unsur mutlak dalam perbuatan pidana. Dalam KUHP, perbuatan atau tingkah laku yang dianggap sebagai unsur tindak pidana dibagi dua: perbuatan aktif atau positif (*hendelen*) dan perbuatan pasif atau negatif (*nalaten*). Perbuatan aktif adalah perbuatan yang untuk mewujudkannya atau melakukannya memerlukan gerakan tubuh atau bagian tubuh, misalnya mengambil (362 K KUHP), memalsu (268), dan lain-lain. Sedangkan perbuatan pasif adalah perbuatan membiarkan (*nalaten*), yaitu suatu bentuk tingkah laku yang tidak

menggerakkan tubuh atau bagian tubuh yang semestinya dilakukan oleh seseorang untuk keadaan-keadaan tertentu, dan dengan tidak membuatnya itulah ia dapat dipidana, misalnya tidak memberikan pertolongan (531 KUHP), membiarkan (304 KUHP), tidak memenuhi panggilan (522 KUHP), dan lain-lain.

Unsur sifat melawan hukum adalah suatu sifat tercelanya atau terlarangnya dari suatu perbuatan, dimana sifat tercela tersebut dapat bersumber pada undang-undang (melawan hukum formil) dan dapat bersumber pada masyarakat (melawan hukum materil), dan seringkali sifat tercela itu terdapat dalam kedua-duanya, misalnya pembunuhan dicela atau dilarang, baik oleh norma kemasyarakatan maupun norma hukum. Dari sudut undang-undang, suatu perbuatan tidak mempunyai sifat melawan hukum sebelum diberi sifat terlarang (*wederrechtlijk*) dengan memuatnya sebagai dilarang dalam peraturan perundang-undangan.

Sedangkan unsur ancaman hukuman adalah konsekuensi logis dari adanya unsur melawan hukum. Manakala sebuah perbuatan dilarang oleh peraturan perundang-undangan, maka untuk menegakkan larangan itu ditetapkan ancaman hukuman tertentu untuk menimbulkan rasa takut orang untuk melakukannya. Bahkan dalam peraturan masyarakat yang tidak tertulispun (seperti hukum adat) ancaman hukuman ini ada.

Dalam hal ini, KUHP membagi bentuk pidana tersebut menjadi dua kategori, pidana pokok dan pidana tambahan.

Pidana pokok terdiri dari lima bentuk hukuman:

1. pidana mati;

2. pidana penjara: a) seumur hidup; b) pidana penjara selama waktu tertentu (paling tinggi 20 tahun dan paling rendah 1 tahun);
3. pidana kurungan (paling rendah satu hari dan paling tinggi 1 tahun);
4. pidana denda;
5. pidana tutupan.

Adapun pidana tambahan yang dapat dikenakan kepada masing-masing pidana pokok di atas adalah:

1. pidana pencabutan hak-hak tertentu;
2. pidana perampasan (penyitaan) barang-barang tertentu;
3. pidana pengumuman keputusan hakim

Sistem hukum pidana Indonesia yang terkodifikasi dalam Kitab Undang-undang Hukum Pidana atau KUHP, membagi jenis tindak pidana menjadi dua kategori pokok, yaitu kejahatan (*misdrifven*) dan pelanggaran (*overtredingen*). Dasar pemikiran pembagian ini menurut Moeljatno lebih kepada pertimbangan kuantitatif dengan melihat berat ringannya pelanggaran yang dilakukan. Pandangan ini didukung sarjana-sarjana hukum Belanda dalam pendapat hukumnya seperti van Hamlin dan Jonkers.

Menurut Kansil, kejahatan ialah perbuatan pidana dalam kategori berat. Secara umum dibagi dua: *pertama*, kejahatan terhadap peraturan negara seperti pemberontakan, tidak membayar pajak, dan melawan pegawai negara yang sedang menjalankan tugasnya; *ketiga*, kejahatan terhadap kepentingan hukum manusia yang mencakup jiwa (pembunuhan), tubuh (penganiayaan), kemerdekaan (penculikan), kehormatan (penghinaan), dan milik (pencurian atau perampokan). Dalam KUHP, seluruh kejahatan diancam dengan pidana

yang berat seperti pidana mati atau pidana penjara.

Adapun pelanggaran adalah perbuatan pidana yang tergolong perkara ringan yang diancam dengan hukuman denda, seperti sopir yang tidak memiliki surat izin mengemudi (SIM), melanggar rambu lalu lintas, tidak memakai helm, dan sebagainya. Tidak ada pelanggaran yang diancam dengan pidana penjara. Selain itu, percobaan dan pembantuan dalam hal kejahatan seperti percobaan dan pembantuan pembunuhan telah dianggap sebagai perbuatan pidana, sedangkan dalam pelanggaran, percobaan dan pembantuan belum termasuk perbuatan pidana.

Dalam hukum pidana Islam (fiqh jinayah), perbuatan pidana disebut dengan *jarimah*.

Yang dimaksud dengan *mahzhurat* dalam definisi al-Mawardi di atas mencakup larangan-larangan syara'. Syara' memerintahkan suatu perbuatan berarti melarang meninggalkannya, sebaliknya syara' melarang melakukan suatu perbuatan berarti memerintahkan untuk meninggalkannya. Karena itu, antara perintah dan larangan adalah seperti dua sisi mata uang yang tidak terpisahkan. Pelanggaran terhadap ketentuan-ketentuan syara' tersebut, baik dalam arti meninggalkan perintah ataupun mengerjakan larangan apabila diancam dengan hukuman ditetapkan sebagai jarimah atau perbuatan pidana.

Adapun *had* dan *ta'zir* dalam definisi di atas maksudnya adalah bentuk-bentuk hukuman yang diancam bagi para pelaku perbuatan pidana/jarimah. Makna *had* disini telah mencakup *qisas*, *diyat*, dan *kafarat*.

Berdasarkan definisi jarimah di atas, maka para ahli hukum pidana Islam atau fiqh jinayah menetapkan beberapa unsur yang menjadi unsur

pokok atau umum dari suatu perbuatan pidana, yaitu:

1. Ada nash yang melarang melakukan atau meninggalkan perbuatan tersebut serta menyatakan adanya ancaman hukuman untuk perbuatan tersebut (*al-rukn al-syar'i*).
2. Ada perbuatan yang dinyatakan sebagai jarimah, baik berupa melakukan sesuatu yang dilarang atau sebaliknya, meninggalkan sesuatu yang diperintahkan (*al-rukn al-fi'li*)
3. Ada pelaku jarimah, yaitu seorang yang telah mukallaf dan telah bisa dimintai pertanggung jawabnya (*al-rukn al-adabi*).

Selain ketiga rukun umum ini, masih ada rukun khusus bagi tiap-tiap jenis jarimah. Misalnya untuk jarimah pencurian, perzinaan, dan lain-lain, ada unsur-unsur tertentu yang hanya melekat pada masing-masing jarimah.

Hukum pidana Islam membagi perbuatan pidana menjadi tiga: *hudud*, *gishash-diyat*, dan *ta'zir*. Sebagian pakar hukum pidana Islam menambahnya dengan satu macam lagi perbuatan pidana, yaitu jarimah *kafarat*. Namun, secara umum, ketiga kategori pertamalah yang dianut dan oleh sebagian pakar kafarat dimasukkan menjadi bagian hudud, kerana ia dianggap sebagai jenis hukuman yang sudah ditetapkan bentuk, kadar, dan jenisnya oleh nash, meski berupa alternatif.

Jarimah hudud adalah perbuatan-perbuatan pidana yang bentuk, jenis, dan kadar hukumnya telah ditetapkan dalam nash (al-Qur'an dan Sunnah). *Hudud* ditujukan kepada tujuh jenis perbuatan pidana: *zina* (hubungan suami istri terlarang), *qazf* (menuduh berzina), *syurb* (meminum khamar), *sariqah* (mencuri), *hirabah* (garong), *riddah* (keluai dari Islam), dan *baghyu*

(memberontak). Menurut Muhammad Salim al 'Awa, dari tujuh jenis jarimah hudud tersebut, terjadi perbedaan pendapat di antara ahli fiqih terhadap tiga jenis perbuatan pidana, apakah dikategorikan sebagai jarimah hudud dalam arti sesungguhnya atau tidak. Ketiga jarimah dimaksud adalah jarimah *syurb* (minum khamar), *baghyu* (memberontak), dan *riddah* (murtad). Sumber perbedaan itu karena ketiga jarimah ini tidak ditegaskan hud-nya oleh nash, dan terjadi perbedaan penerapannya oleh Nabi dan para sahabat. Karena itu, dia sendiri cenderung berpendapat bahwa ketiga jenis jarimah ini bukan hudud, tetapi ta'zir.

Jarimah qisas-diyat adalah ancaman hukuman terhadap pelanggaran terhadap hak manusia dan khusus pada jarimah pembunuhan dan pelukaan terhadap anggota badan. Qisas adalah hukuman balasan yang sebanding dengan kejahatan yang dilakukan. Hukuman ini bagi pembunuhan sengaja dan tidak dimaafkan oleh ahli waris terbunuh. Qisas juga diterapkan bagi jarimah pelukaan segala jenis yang dilakukan dengan sengaja. Diyat adalah hukuman terhadap pembunuhan semi sengaja dan pembunuhan tersalah serta pelukaan tak sengaja.

Adapun *jarimah ta'zir* adalah ancaman hukuman terhadap pelanggaran terhadap perbuatan selain yang diancam dengan hudud, qisas-diyat, dan kafarat. Secara kebahasaan, ta'zir berasal dari kata *'azara* atau *'azzara* yang berarti *mana'a* (melarang), *addaba* (mendidik), dan *waqqara* (membebani). Akan tetapi digunakan makna sebaliknya, sehingga arti ta'zir adalah *alnushrah* (pertolongan), sebab ta'zir adalah hukuman yang sifatnya mendidik dan mencegah pelakunya dari hukuman yang lebih berat.

Para ahli fiqh seperti al-Sarakhsi dan al-Mawardi, mendefinisikan ta'zir sebagai hukuman selain had dan kafarat terhadap segala bentuk maksiat (pelanggaran) terhadap hak Allah atau hak manusia yang tidak ditentukan kadarnya dengan tujuan untuk mendidik dan mengganjar pelakunya."

Dan kedua sistem hukum di atas, memang ada beberapa unsur yang berbeda, terutama unsur yang pertama dalam perbuatan pidana atau jarimah dalam hukum pidana Islam, yaitu ada nash yang melarang, tidak dianggap sebagai unsur dalam hukum pidana sekuler, dalam hal ini hukum pidana Indonesia. Hukum pidana sekuler hanya menganggapnya sebagai asal legalitas. Namun, secara umum kedua sistem hukum pidana sepakat bahwa perbuatan melawan hukum dan adanya hukum Baku yang harus dipatuhi merupakan dua unsur perbuatan pidana yang paling pokok.

Sesuai dengan definisi ta'zir di atas, bahwa yang disebut dengan ta'zir adalah ancaman hukuman yang diberikan kepada pelaku jarimah selain hukuman hudud, qisas-diyat, dan kafarat. Karena itu, dibandingkan ketiga bentuk hukuman itu, maka dalam ta'zir setidaknya ada hal-hal yang berbeda, *pertama*, jenis-jenis jarimah yang bisa diancam dengan ta'zir tidak terbatas jumlahnya, disesuaikan dengan perkembangan zaman; *kedua*, hukuman ta'zir bisa lebih ringan dari ketiga hukuman di atas, tetapi bisa juga lebih keras. sesuai dengan jenis kejahatan yang dilakukan.

Berdasarkan hal di atas, maka para ulama fiqh mengklasifikasikan jarimah jarimah yang diancam dengan ta'zir kepada tiga macam, yaitu:

1. *al-ta'zir 'ala al-ma 'ashi* (takzir untuk perbuatan maksiat)
2. *al-ta'zir li mashlahah al-'ammah* (ta'zir atas perbuatan yang mengganggu

kepentingan umum)

3. *al-Ta'zir 'ala al-mukhalafat* (ta'zir untuk perbuatan yang makruh atau mandub).

Al-Tdzir 'ala ma ashi adalah hukuman ta'zir yang diberikan kepada pelaku perbuatan-perbuatan yang dipandang agama sebagai maksiat. Menurut ahli fiqh, maksiat adalah segala bentuk pelanggaran terhadap perintah dan larangan yang ditetapkan oleh syari'at. Menunaikan shalat, zakat, puasa, dan haji adalah perintah Allah, sebaliknya jika meninggalkan perbuatan-perbuatan itu disebut maksiat. Demikian pula dengan memakan babi, meminum khamar, berjudi, berzina dan perbuatan-perbuatan lain yang dilarang, jika dilakukan adalah maksiat. Dengan demikian, maksiat adalah pelanggaran atau ketidakpatuhan kepada perintah dan larangan. Karena itu, jarimah hudud, qisas-diyat, dan kafarat hakikatnya adalah bagian dari pengertian maksiat, akan tetapi, untuk ketiga kategori tersebut, syari' telah menetapkan hukuman yang jelas.

Maksiat tidak saja karena melanggar perintah Allah, melanggar hak sesama manusia juga dikategorikan sebagai maksiat. Bahkan menganiaya hewan dan merusak kelestarian alam juga perbuatan maksiat. Karena itu, maksiat dibagi dua: maksiat terhadap hak-hak Allah, maksiat terhadap hak-hak manusia, dan maksiat terhadap campuran antara hak-hak Allah dan hak-manusia. Maksiat yang diancam dengan hudud dan kafarat termasuk pelanggaran terhadap hak Allah; maksiat yang diancam dengan hukuman qisas-diyat termasuk pelanggaran terhadap hak manusia. Sedangkan dalam maksiat yang diancam dengan ta'zir, ada yang termasuk hak Allah dan ada

juga yang termasuk hak manusia. Abdul Qadir Audah mengemukakan tiga bentuk maksiat yang diancam dengan jarimah ta'zir: 1) perbuatan pidana yang awalnya diancam dengan hudud, akan tetapi karena syaratnya tidak terpenuhi, maka harus dibatalkan hududnya, seperti mencuri yang tidak sampai satu nisab ($1/4$ dinar = 1,125 gram emas); 2) perbuatan pidana yang pada awalnya diancam dengan hudud, tetapi ada penghalang untuk menerapkan hudud, karenanya bentuk hukumannya beralih menjadi ta'zir, seperti bapak mencuri harta anaknya meskipun sampai nisab atau bahkan lebih, bapak yang membunuh anaknya, dan lain-lain; 3) perbuatan pidana yang sama sekali tidak ditentukan hukumannya. Bentuk inilah yang paling banyak jenisnya sebagaimana pada angka (1) dan (2) diatas.

Al-Ta'zir li mashlahat al-'ammah adalah ta'zir untuk menjaga kepentingan umum. Pada prinsipnya, ta'zir hanya diterapkan pada semua jenis perbuatan maksiat, akan tetapi jika kemaslahatan menghendaki, maka penguasa dapat menjatuhkan hukuman ta'zir terhadap perbuatan atau objek yang pada awalnya tidak termasuk maksiat, demi menjaga kepentingan umum. Kepentingan umum artinya kemaslahatan atau kebaikan masyarakat secara menyeluruh, bukan hanya kemaslahatan kelompok atau individu tertentu.

Dalil terhadap kebolehan menerapkan ta'zir terhadap kepentingan umum adalah perbuatan Nabi sendiri yang memenjarakan seseorang yang dituduh mencuri seekor unta. Akan tetapi tuduhan itu tidak terbukti dan kemudian si tertuduh dilepaskan. Hadits tentang hal ini diriwayatkan oleh Abu Dawud, Ahmad, al-Nasa'i, dan Tirmidzi. Dalam sebuah atsar dan

sahabat, dikatakan bahwa Umar pernah menta'zir Nasr bin Hajjaj, seorang pemuda yang sangat tampan sehingga memikat hati para wanita di Madinah. Khawatir hal itu akan mendatangkan fitnah bagi masyarakat luas, maka Umar memutuskan untuk mengasingkan Nasr ke luar Madinah. Ketampanan Nasr bukanlah maksiat, bahkan rahmat Allah, tetapi jika Nasr tetap tinggal di Madinah, maka akan banyak wanita yang berusaha mendapatkannya dengan berbagai cara, dan itu akan menimbulkan keresahan dalam masyarakat.

Sedangkan *al-ta'zir li al-mukhalafat* adalah hukuman ta'zir yang dikenakan kepada orang yang melakukan perbuatan makruh atau perbuatan mandub. Abdul Qadir Audah menyatakan bahwa bentuk ini adalah hukuman ta'zir selain kedua kategori di atas. Perbuatan yang diancam disebut dengan *al-mukhalafat* karena para ahli fiqh berbeda pendapat dalam mendefinisikan makruh dan mandub. Meninggalkan perbuatan yang mandub atau melakukan perbuatan yang makruh pada dasarnya bukanlah perbuatan maksiat, demikian pendapat mayoritas ahli fiqh. Sebagian ahli fiqh mendefinisikan makruh dengan larangan yang boleh dipilih antara dilakukan atau tidak dilakukan; dan mandub adalah perintah yang boleh dipilih antara dilakukan atau tidak dilakukan. Definisi demikian membawa konsekuensi sebenarnya makruh dan mandub juga mengandung taklif, karena sebagian ahli fiqh berpendapat bahwa setiap taklif apabila dilanggar harus dihukum.

Pendapat lain menyatakan bahwa, hukuman ta'zir (*klub*) terhadap perbuatan makruh dan mandub boleh dikenakan jika perbuatan makruh dan mandub tersebut telah berulang-ulang dilakukan dan sudah menjadi adat atau kebiasaan pelakunya. Demikian juga bila perbuatan makruh yang dilakukan

seseorang mengganggu kepentingan umum, boleh dita'zir.

Sebagaimana hukuman lainnya, maka penjatuhan ta'zir sepenuhnya menjadi wewenang pemerintah. Pemerintah adalah penguasa beserta jajarannya yang diberi wewenang untuk menegakkan hukum. Karena hukuman bagi pidana ta'zir tidak ditetapkan dalam nash, maka penguasa berwenang penuh menetapkan bentuk, jenis, dan kadar hukumannya.

Apabila dilihat dari kaca mata sistem hukum Barat, maka jenis hukuman ta'zir adalah jenis hukuman yang bertentangan dengan prinsip-prinsip hukum yang mereka anut, sebab salah satu asas yang diagungkan dalam sistem hukum Barat adalah "tidak ada hukuman atau perbuatan pidana tanpa ketetapan nash." Asas ini berlawanan dengan sistem pidana ta'zir yang menyerahkan ta'zir sepenuhnya kepada hakim. Namun demikian, meski hukuman ta'zir sepenuhnya diserahkan kepada hakim, bukan berarti hakim boleh sesukanya menerapkan hukuman.

Dalam kaitan dengan kebebasan hakim ini, ada dua pendapat ahli fiqh yang berkembang. Satu pendapat menyatakan bahwa hakim berhak menghukum siapa saja, kasus apa saja, dan dengan jenis dan bentuk apa saja. Pendapat ini dinyatakan oleh ahli fiqh kontemporer, Mahmud Syaltut. Sebaliknya, ahli fiqh kontemporer yang lain, Muhammad Salim al-'Awa, menyatakan bahwa kebebasan hakim bukanlah kebebasan yang tanpa batas (mutlak), tetapi kebebasan yang terikat (terbatas). Menurutnya, pendapat Syaltut bukan saja tidak mantap, bahkan keliru. Menurutnya, ahli fiqh setiap mazhab telah sepakat bahwa hakim tidak boleh menetapkan hukuman dengan dorongan hawa nafsunya, tetapi harus dengan jalan ijtihad untuk mencari bentuk

hukuman yang sesuai dengan kemaslahatan si terpidana, masyarakat, dan lingkungannya. Setidaknya ada dua prinsip yang harus dipegang hakim dalam menjatuhkan hukuman ta'zir:

1. hukuman yang ditetapkan tidak berlawanan dengan hukum yang diterapkan secara umum dalam syari'at Islam;
2. hukuman yang dipilih adalah hukuman yang paling banyak kesesuaiannya dengan a) jenis perbuatan pidana yang dilakukan; dan b) dengan keadaan si terhukum dan lingkungan sosialnya; yang dapat membuat pelakunya tidak melakukan perbuatan yang sama;

Prinsip pertama perlu diperhatikan karena menurut jenisnya, perbuatan pidana ta'zir sebagiannya adalah perbuatan pidana yang seharusnya termasuk perbuatan pidana hudud atau qishah, akan tetapi karena syarat-syaratnya tidak terpenuhi, maka diturunkan kadarnya menjadi ta'zir. Karena itu, hukuman yang dipilihpun harus disesuaikan dengan kadar penurunan itu. Selain itu, mungkin yang dimaksud dengan tidak berlawanan dengan bentuk hukuman yang diterapkan secara umum adalah karena dalam pidana Islam ada jenis dan bentuk hukuman yang diterapkan sejak masa Nabi, misalnya hukuman cambuk. Menerapkan bentuk hukuman yang baru dikhawatirkan akan menimbulkan gejolak di masyarakat. Adapun pentingnya prinsip yang kedua, kesesuaian dan kemaslahatan umum, penting diterapkan karena hal tersebut akan menceminkan keadilan dan pendidikan bagi si terpidana dan masyarakatnya.

Jenis-jenis perbuatan yang dikenai ta'zir, sebagian telah disebutkan di dalam nash atau hadits atau atsar-atsar para sahabat, misalnya jarimah

risywah, riba, kesaksian palsu, maisir, khalwat, tidak menyampaikan amanah, penghinaan, dan sebagainya. Selain itu, dalam nash juga disebutkan jenis dan bentuk hukuman yang diterapkan terhadap perbuatan-perbuatan tersebut misalnya hukuman cambuk, hukuman pengasingan, dan sebagainya. Hal ini tentu saja memudahkan hakim untuk memutuskan apakah mengikuti preseden itu atau tidak. Akan tetapi, jenis perbuatan yang tidak disebutkan dalam nash baik jenis maupun bentuk hukumannya, jauh lebih banyak. Jenis baru perbuatan pidana ta'zir ini lahir karena perubahan waktu dan perbedaan tempat yang pada umumnya berdasarkan pertimbangan kemaslahatan. Dalam hal ini, penguasa sebagai pihak yang berwenang harus berijtihad untuk menentukan jenis dan bentuk hukuman yang sesuai terhadap pelakunya.

Meski ada kesulitan tersendiri untuk menentukan hukuman kepada jenis-jenis perbuatan pidana yang baru, namun menurut Muhammad Salim al-`Awa, Para hakim dalam berpegang kepada konsep *mayashid al-syar'iyah* sebagai sandaran. Segala jenis perbuatan pidana pasti melanggar salah satu dari lima aspek yang dilindungi tersebut, yaitu agama, jiwa, akal, harta, dan harta. Penguasa dapat menetapkan suatu perbuatan sebagai perbuatan pidana beserta jenis hukumannya berdasarkan pertimbangan kemaslahatan yang lima tersebut (*mashlahat al-khamsah*).

Kewenangan penguasa untuk menetapkan sesuatu berdasarkan pertimbangan kemaslahatan dalam pembahasan fiqh disebut dengan *siyasah al-syar'iyah*. Dalam istilah administrasi negara modern konsep ini disebut juga dengan *public policy*). Menurut Abdul Wahhab Khallaf, *siyasah syar'iyah* adalah wewenang penguasa dalam mengatur kepentingan umum

dalam negara Islam sehingga terjamin kemaslahatan dan terhindar dari segala kemudharatan, dalam batas-batas yang ditentukan syara' dan kaidah-kaidah umum yang berlaku. Kepentingan tumuli disini adalah segala peraturan dan perundang-undangan negara, baik yang berkaitan dengan hubungan antara negara dengan rakyat (dalam negeri) atau hubungan negara dengan negara lain (luar negeri). Jadi, unsur umum yang harus ada dalam sebuah siyasah syar'iyah (*public policy*) adalah: 1) kebijakan, hukum, aturan; 2) untuk kemaslahatan bersama; dan 3) tidak bertentangan dengan prinsip-prinsip umum syari'at.

Al-Qur'an dan Sunnah adalah dua sumber utama hukum Islam; akan tetapi, hanya sedikit masalah-masalah hukum yang dijelaskan secara rinci oleh keduanya, sebagian besar hanya dijabarkan secara umum. Seiring dengan perkembangan zaman, berbagai persoalan muncul yang memerlukan jawaban, karena itulah maka lahir berbagai macam metode istinbath hukum yang dirumuskan oleh para ahli fiqh. Karena itu dikenal metode-metode seperti qiyas, istihsan, istishlah, istishab, urf, qaul sahabi, dan sebagainya yang sandaran utamanya tetap al-Qur'an dan Sunnah.

Demikian halnya dengan hukuman ta'zir, meski seagaimana besar jenis perbuatan dan jenis hukumannya tidak disebutkan oleh nash, maka kebijakan penguasalah yang berperan untuk menetapkannya, tentu saja dalam batasan-batasan sebagaimana disebutkan di atas.

Berkaitan dengan jenis dan bentuk hukuman yang dapat diterapkan kepada ta'zir, secara umum dapat dibagi kepada dua kategori: hukuman secara fisik (badan) dan hukuman secara psikis (mental). Tiga pakar hukum

pidana Islam modern, Abdul Qadir Audah, Abdul Aziz Amir, dan Ahmad Fathi Bahnasi, mengemukakan beberapa bentuk hukuman ta'zir yang terdapat dalam nash: a) hukum bunuh, apabila tindak pidananya hanya bisa dihentikan dengan matinya pelaku, seperti mata-mata dan residivis; b) hukuman dera, bagi yang sering melakukan tindak pidana ta'zir; c) hukuman penjara dalam waktu terbatas atau tidak terbatas, apabila menurut hakim hukuman itulah yang paling tepat; d) hukuman pengasingan, bagi orang yang mengganggu ketenteraman masyarakat; e) hukuman salib, tetapi tidak boleh dibunuh dan tetap diberi makan dan kesempatan beribadah; peringatan keras; g) pengucilan dari masyarakat; h) pencelaan; i) ancaman; j) pencemaran nama baik; dan k) hukuman denda.

Selain hukuman-hukuman yang terdapat dalam nash tersebut, menurut Abdul Qadir Awdah, dewasa ini dapat diterapkan beberapa hukuman lain yang sesuai dengan kebutuhan, seperti a) pemecatan dari jabatan/tugas; b) pembatasan hak-hak pelaku pidana seperti tidak bisa diangkat menjadi pejabat; dan c) penyitaan hartas pelaku pidana. Dengan demikian dapat disimpulkan bahwa kewenangan penguasa dalam menetapkan jenis perbuatan dan bentuk hukuman ta'zir adalah wewenang terikat dengan prinsip-prinsip umum syari'at yang tersimpul dalam konsep *maqashid syari'ah*.

Teori Hak Asasi Manusia merupakan *applied theory* dalam penelitian ini apabila dikaitkan dengan hasil penelitian, bagaimana pandangan bangsa Indonesia tentang hak asasi manusia, telaah mengenai hal ini dapat dilihat dalam beberapa ketentuan hukum positif. Dari beberapa dokumen sejarah dan

ketentuan hukum positif yang berkaitan dengan hak asasi dapat dipahami pandangan bangsa Indonesia tentang hak asasi manusia.

Dari catatan sejarah kenegaraan, sekurang-kurangnya terjadi empat kali perdebatan komprehensif tentang hak asasi manusia. *Pertama*, tahun 1945 pada sidang-sidang Panitia Persiapan Kemerdekaan Indonesia (PPKI), dimana pada waktu itu anggota PPKI mendiskusikan apakah di dalam pasal-pasal UUD 1945 harus dimuat pasal-pasal tentang hak asasi manusia atau tidak? Menurut Mohd. Yamin menyebutkan bahwa dalam rapat PPKI tanggal 13 Juli 1945, Ketua Panitia Kecil Perancang Undang-undang Dasar Prof. Soepomo, SH. Atas pertanyaan anggota Ny. Maria Ulfah Santoso, SH menanyakan apakah tidak dianggap perlu hak-hak dasar dimasukkan dalam Undang-Undang Dasar. Prof. Soepomo, SH menjawab bahwa hal itu tidak perlu, karena negara Indonesia berdasarkan atas kedaulatan rakyat. Penolakan masuknya hak-hak asasi manusia dalam Undang-Undang Dasar, dinyatakan pula dalam pidato Soepomo tanggal 31 Mei 1945. Penolakan tersebut tampaknya berkait erat dengan paham negara integralistik yang diusulkan sebagai "*Staatsider* kehidupan berbangsa dan bernegara. Akan tetapi meskipun demikian, penolakan tersebut tidak tercermin dalam Rancangan Undang-Undang Dasar, karena ternyata dalam UUD 1945, dimuat beberapa pasal yang berkenaan dengan hak-hak asasi manusia. Dalam konteks negara integralistik menurut pandangan Soepomo, hak-hak asasi sebenarnya tidak perlu dicantumkan dalam konstitusi. Masuknya Pasal 28 UUD 1945 merupakan hasil suatu perjuangan, karena semula dianggap bertentangan dengan konsep kenegaraan yang bersifat integralistik. Hal ini

merupakan keberhasilan Bung Hatta mencantumkan kemerdekaan berserikat dan berpendapat dalam hukum dasar. Kemerdekaan berserikat termasuk di dalamnya kebebasan untuk membentuk serikat pekerja. *Kedua*, pada tahun 1957-1958 selama berlangsungnya pembentukan rancangan konstitusi baru yang ditugaskan pada Konstituante. *Ketiga*, terjadi pada masa-masa awal orde baru pada tahun 1966-1968 dengan keluarnya berbagai ketetapan Majelis Permusyawaratan Rakyat Sementara (MPRS) yang pada pokoknya berisi tuntutan ditegakkannya pemerintahan berdasarkan hukum dan hak-hak asasi manusia. *Keempat*, di awal era reformasi yang menghendaki dilakukannya amandemen terhadap UUD 1945 dengan memasukkan secara lengkap ketentuan-ketentuan pokok tentang hak asasi manusia.

Keempat peristiwa tersebut masing-masing menghasilkan pandangan tentang perlunya jaminan penghormatan terhadap hak-hak asasi manusia walaupun dengan konsep yang berbeda. Maksudnya, dalam dokumen yang dihasilkan oleh PPKI yaitu, UUD 1945 dimuat hak-hak asasi manusia secara terbatas sebagai hasil kompromi antara pihak yang setuju dengan pihak yang tidak setuju rumusan hak asasi manusia dicantumkan dalam UUD 1945. Demikian pula dalam sidang-sidang Konstituante di mana semua anggota Konstituante dan semua partai politik termasuk Partai Komunis dan Partai-partai Islam, setuju bahwa konstitusi seharusnya memuat pasal-pasal hak asasi manusia, meskipun mereka percaya bahwa beberapa pasal hak-hak asasi manusia masih memerlukan diskusi lebih lanjut, termasuk mengenai pembahasan apakah hak asasi itu bersifat universal atau tidak.

Manusia sebagai makhluk Tuhan Yang Maha Esa secara kodrati

dianugerahi hak dasar yang disebut hak asasi, tanpa perbedaan antara satu dengan lainnya. Dengan hak asasi tersebut, manusia dapat mengembangkan diri pribadi, peranan, dan sumbangannya bagi kesejahteraan hidup manusia. Manusia baik sebagai pribadi maupun sebagai warga negara, dalam mengembangkan diri, berperan dan membenkan sumbangan bagi kesejahteraan hidup manusia, ditentukan oleh pandangan hidup dan kepribadian bangsa. Pandangan hidup dan kepribadian bangsa Indonesia sebagai kristalisasi nilai-nilai luhur bangsa Indonesia, menempatkan manusia pada keluhuran harkat dan martabat makhluk Tuhan Yang Maha Esa dengan kesadaran mengemban kodratnya sebagai makhluk pribadi dan juga makhluk sosial, sebagaimana tertuang dalam Pembukaan Undang-Undang Dasar 1945.

Bangsa Indonesia menghormati setiap upaya suatu bangsa untuk menjabarkan dan mengatur hak asasi manusia sesuai dengan sistem nilai dan pandangan hidup masing-masing. Bangsa Indonesia menjunjung tinggi dan menerapkan hak asasi manusia sesuai dengan Pancasila sebagai pandangan hidup bangsa. Sejarah dunia mencatat berbagai penderitaan, kesengsaraan dan kesenjangan sosial yang disebabkan oleh perilaku tidak adil dan diskriminatif atas dasar etnik, ras, warna kulit, budaya, bahasa, agama, golongan, jenis kelamin, dan status sosial lainnya. Menyadari bahwa perdamaian dunia serta kesejahteraan merupakan dambaan umat manusia, maka hal-hal yang menimbulkan penderitaan, kesengsaraan dan kesenjangan serta yang dapat menurunkan harkat dan martabat manusia harus ditanggulangi oleh setiap bangsa. Bangsa Indonesia, dalam perjalanan sejarahnya mengalami kesengsaraan dan penderitaan yang disebabkan oleh

penjajahan. Oleh sebab itu Pembukaan Undang-Undang Dasar Tahun 1945 mengamanatkan bahwa kemerdekaan adalah hak segala bangsa dan penjajahan di atas dunia harus dihapuskan karena tidak sesuai dengan perikemanusiaan dan perikeadilan. Bangsa Indonesia bertekad ikut melaksanakan ketertiban dunia berdasarkan kemerdekaan, perdamaian abadi dan keadilan sosial yang pada hakikatnya merupakan kewajiban setiap bangsa, sehingga bangsa Indonesia berpandangan bahwa hak asasi manusia tidak terpisahkan dengan kewajibannya. Dalam perjalanan sejarah, bangsa Indonesia sejak awal perjuangan pergerakan kemerdekaan Indonesia sudah menuntut dihormatinya hak asasi manusia. Hal tersebut terlihat jelas dalam tonggak-tonggak sejarah perjuangan pergerakan kemerdekaan Indonesia melawan penjajahan yang dimulai dengan Kebangkitan Nasional 20 Mei 1908, yang diawali dengan lahirnya berbagai pergerakan kemerdekaan pada awal abad keduapuluh, menunjukkan kebangkitan bangsa Indonesia untuk membebaskan diri dan penjajahan bangsa lain. Perjuangan tersebut kemudian dilanjutkan dengan lahirnya Sumpah Pemuda pada tanggal 28 Oktober 1928, membuktikan bahwa bangsa Indonesia menyadari haknya sebagai satu bangsa yang bertanah air satu dan menjunjung satu bahasa persatuan Indonesia. Klimaks dari perjuangan tersebut melahirkan Proklamasi Kemerdekaan Indonesia pada tanggal 17 Agustus 1945 merupakan puncak perjuangan pergerakan kemerdekaan Indonesia, diikuti dengan penetapan Undang-Undang Dasar Tahun 1945 pada tanggal 18 Agustus 1945 yang dalam Pembukaannya mengamanatkan: "Bahwa sesungguhnya kemerdekaan itu ialah hak segala bangsa. Oleh karena itu

penjajahan di atas dunia harus dihapuskan karena tidak sesuai dengan perikemanusiaan dan perikeadilan". Undang-Undang Dasar 1945 menetapkan aturan dasar yang sangat pokok, termasuk hak asasi manusia.

Sejalan dengan keinginan bangsa Indonesia untuk menghormati dan melindungi hak asasi manusia sebagaimana mestinya. Pada sidang umum MPRS tahun 1966 telah ditetapkan TAP MPRS No. XIV/MPRS/1966 tentang pembentukan panitia adhoc untuk menyiapkan dokumen Rancangan Piagam hak asasi manusia dan hak-hak serta kewajiban warga negara. Berdasarkan keputusan Pimpinan MPRS No. 24/B/1967 tanggal 6 Maret 1967, hasil kerja panitia *adhoc* diterima untuk dibahas pada persidangan berikutnya, namun pada sidang umum MPRS tahun 1968, rancangan piagam tersebut tidak dibahas karena sidang lebih mengutamakan membahas masalah-masalah mendesak yang berkaitan dengan rehabilitasi dan konsolidasi nasional akibat adanya pemberontakan partai komunis (G-30S PKI 1965) untuk menata kembali kehidupan nasional.

Apabila naskah ketiga hukum dasar atau konstitusi yang pernah berlaku di Indonesia (UUD 1945, Konstitusi RIS dan UUDS 1950) diamati secara seksama termasuk proses pembahasannya, terlihat dengan jelas bahwa bangsa Indonesia sejak semula menyetujui aspek universal hak-hak asasi manusia, akan tetapi dalam praktek kenegaraan apakah itu pada masa orde lama atau orde baru, tampak dengan jelas bahwa hak-hak asasi manusia tidak pernah dipandang sebagai sesuatu hak yang bersifat universal. Maksudnya, ada pengakuan universal terhadap hak-hak asasi manusia, namun bila sampai pada tingkat implementasinya menyebabkan tidak terelakkan bahwa hak-hak

asasi manusia harus dipandang dari berbagai perspektif, sehingga membuat hak-hak asasi terpolakan pada suatu keadaan dengan apa yang disebut kepentingan nasional, walaupun hal itu merongrong dan meniadakan sifat universal hak-hak asasi manusia.

Dalam suatu pernyataan resmi dari pemerintah Indonesia dinyatakan dengan tegas bahwa: ".....Umat manusia telah hidup dalam masyarakat yang berbeda, yang terorganisasi berdasarkan cara hidup yang berlainan. Berangkat dari kenyataan ini tidak ada pemecahan tunggal bagi masalah implementasi untuk semua negara disepanjang masa Implementasi hak asasi manusia seharusnya diserahkan kepada yurisdiksi nasional, karena setiap bangsa mengerti dan menyadari masalah-masalahnya secara lebih baik.

Menyikapi pernyataan tersebut, ada faktor yang perlu diperhatikan, yaitu; tidak diragukan kebenarannya bahwa umat manusia hidup dalam berbagai lingkungan masyarakat yang berlainan dengan nilai-nilai sosial budaya yang berbeda satu sama lain, akan tetapi hal ini tidak berarti bahwa hak-hak asasi harus bersifat lokal dan khusus. Walaupun terdapat keanekaragaman dalam kehidupan sosial masyarakat. Manusia adalah manusia dengan semua hak dasar yang melekat padanya karena kemanusiaannya. Jika hal ini dimengerti dengan tulus, maka gagasan hak-hak asasi manusia seharusnya merupakan paham bahwa ada hak-hak tertentu yang harus dihormati dan dilindungi oleh semua manusia pada semua zaman dan semua tempat karena hak tersebut bersifat universal dan merupakan pemberian Tuhan Yang Maha Esa.

Bangsa Indonesia memandang hak asasi manusia sebagai hak dasar

seluruh umat manusia tanpa ada perbedaan. Mengingat hak asasi merupakan anugerah dari Tuhan Yang Maha Esa, pengertian hak asasi adalah hak sebagai anugerah Tuhan yang melekat pada diri manusia, bersifat kodrati, universal dan abadi serta berkaitan dengan harkat dan martabat manusia, setiap manusia diakui dan dihormati mempunyai hak asasi yang sama tanpa membedakan jenis kelamin, warna kulit, kebangsaan, agama, usia, pandangan politik, status sosial dan bahasa serta status lain. Pengabaian atau perampasannya, mengakibatkan hilangnya harkat dan martabatnya sebagai manusia, sehingga kurang dapat mengembangkan diri dan peranannya secara utuh.

Bangsa Indonesia menyadari dan mengakui bahwa setiap individu adalah bagian dari masyarakat, sebaliknya masyarakat terdiri dari individu-individu yang mempunyai hak asasi serta hidup di dalam lingkungan yang merupakan sumber daya bagi kehidupannya, oleh karena itu setiap individu di samping mempunyai hak asasi, juga mengemban kewajiban untuk menghormati hak asasi individu lain.

Pancasila sebagai dasar negara mengandung pemikiran bahwa manusia diciptakan oleh Tuhan Yang Maha Esa dengan menyanggah dua aspek, yaitu aspek individualitas (pribadi) dan aspek sosialitas (masyarakat), oleh karena itu kebebasan setiap orang dibatasi oleh hak asasi orang lain, ini berarti bahwa setiap orang mengemban kewajiban mengakui dan menghormati hak-hak asasi orang lain. Kewajiban ini juga berlaku bagi setiap organisasi pada tataran manapun, terutama negara dan pemerintah. Dengan demikian negara dan pemerintah bertanggung jawab untuk menghormati, melindungi,

membela dan menjamin hak asasi setiap warna negara dan penduduknya tanpa diskriminasi.

Terbentuknya Komisi Nasional Hak Asasi Manusia (Komnasham) berdasarkan Keputusan Presiden Nomor 50 Tahun 1993, menunjukkan besarnya perhatian bangsa Indonesia terhadap masalah penghormatan dan penegakan hak asasi manusia. Dalam keputusan Presiden RI Nomor 50 Tahun 1993 tersebut pada bagian menimbang dari konsideransnya ditegaskan: "Bahwa sesungguhnya manusia ciptaan Tuhan Yang Maha Esa yang hidup bermasyarakat, berbangsa dan bernegara dianugerahi hak-hak asasi untuk dapat mengembangkan diri pribadi, peranan maupun sumbangannya kepada masyarakat, negara dan dunia". Hal ini menjadi pendorong bagi bangsa Indonesia untuk meratifikasi berbagai konvensi internasional dibidang hak asasi dan merumuskan hak asasi menurut pandangannya dalam suatu Piagam Hak Asasi Manusia. Piagam Hak Asasi Manusia (Indonesia) ditetapkan dengan Tap MPR Nomor XVII/MPR/1998.

Piagam tersebut memuat berbagai hak asasi antara lain:

- (1) Hak untuk hidup;
- (2) Hak berkeluarga dan melanjutkan keturunan;
- (3) Hak mengembangkan diri;
- (4) Hak keadilan;
- (5) Hak kemerdekaan;
- (6) Hak atas kebebasan informasi;
- (7) Hak keamanan dan hak kesejahteraan;
- (8) Hak untuk melaksanakan kewajiban;
- (9) Hak perlindungan dan pemajuan terhadap hak asasi.

Dalam Piagam Hak Asasi Manusia disebutkan: Bahwa Manusia adalah makhluk pilihan Tuhan Yang Maha Esa sebagai pengelola dan pemelihara alam di bumi untuk kesejahteraan umat manusia, yang melaksanakan

tugasnya dengan penuh ketaqwaan dan tanggung jawab, oleh karena itu manusia dianugerahi hak asasi dan dibebani kewajiban untuk menjamin keberadaan, harkat, martabat dan kemuliaan dirinya serta kehormatan lingkungannya. Bahwa hak asasi manusia adalah hak-hak dasar yang melekat pada diri manusia secara kodrati, universal dan langgeng sebagai anugerah Tuhan Yang Maha Esa, meliputi hak untuk hidup, hak berkeluarga untuk melanjutkan keturunan, hak mengembangkan diri, hak keadilan, hak kemerdekaan, hak keamanan dan hak kesejahteraan yang berfungsi menjaga integritas keberadaannya, oleh karena itu tidak boleh diabaikan atau dirampas oleh siapapun. Mengingat hak dasar merupakan anugerah dari Tuhan Yang Maha Esa, maka pengertian hak asasi manusia adalah hak sebagai anugerah Tuhan Yang Maha Esa yang melekat pada diri manusia, bersifat kodrati, universal dan abadi, berkaitan dengan harkat dan martabat manusia. Setiap manusia diakui dan dihormati mempunyai hak asasi yang sama tanpa membedakan jenis kelamin, warna kulit, kebangsaan, agama, usia, pandangan politik, status sosial, dan bahasa serta status lain. Pengabaian atau perampasannya, mengakibatkan hilangnya harkat dan martabat sebagai manusia, sehingga kurang dapat mengembangkan diri dan peranannya secara utuh. Bangsa Indonesia menyadari bahwa hak asasi manusia bersifat historis dan dinamis yang pelaksanaannya berkembang dalam kehidupan bermasyarakat, berbangsa, dan bernegara. Perumusan substansi hak asasi manusia menggunakan pendekatan normatif, empirik, deskriptif dan analitik sebagai berikut:

Pertama, Hak asasi manusia adalah hak dasar yang melekat pada diri

manusia yang sifatnya kodrati dan universal sebagai karunia Tuhan Yang Maha Esa dan berfungsi untuk menjamin kelangsungan hidup, kemerdekaan, perkembangan manusia dan masyarakat, yang tidak boleh diabaikan, dirampas, atau diganggu-gugat oleh siapapun.

Kedua, Masyarakat Indonesia yang berkembang sejak masih sangat sederhana sampai modern, pada dasarnya merupakan masyarakat kekeluargaan. Masyarakat kekeluargaan telah mengenal pranata sosial yang menyangkut hak dan kewajiban warga masyarakat yang terdiri atas pranata religius yang mengakui bahwa manusia adalah ciptaan Tuhan Yang Maha Esa dengan segala hak dan kewajibannya; pranata keluarga sebagai wadah manusia hidup bersama untuk mengembangkan keturunan dalam menjaga kelangsungan keberadaannya; pranata ekonomi yang merupakan upaya manusia untuk meningkatkan kesejahteraan; pranata pendidikan dan pengajaran untuk mengembangkan kecerdasan dan kepribadian manusia; pranata informasi dan komunikasi untuk memperluas wawasan dan keterbukaan; pranata hukum dan keadilan untuk menjamin ketertiban dan kerukunan hidup, pranata keamanan untuk menjamin keselamatan setiap manusia. Dengan demikian substansi hak asasi manusia meliputi: hak untuk hidup, hak berkeluarga dan melanjutkan keturunan, hak mengembangkan diri, hak keadilan, hak kemerdekaan; hak berkomunikasi, hak keamanan, dan hak kesejahteraan.

Ketiga, Bangsa Indonesia menyadari dan mengakui bahwa setiap individu adalah bagian dari masyarakat dan sebaliknya masyarakat terdiri dari individu-individu yang mempunyai hak asasi serta hidup di dalam

lingkungan yang merupakan sumber daya bagi kehidupannya. Oleh karena itu tiap individu di samping mempunyai hak asasi, juga mengemban kewajiban dan tanggung jawab untuk menghormati hak asasi individu lain, tata tertib masyarakat serta kelestarian fungsi, perbaikan tatanan dan peningkatan mutu lingkungan hidup.

Rumusan tersebut jelas mengakui bahwa hak asasi adalah pemberian Tuhan Yang Maha Esa, negara Indonesia mengakui bahwa sumber hak asasi manusia adalah karunia Tuhan. Tegasnya hak asasi manusia bukan pemberian negara akan tetapi pemberian Tuhan Yang Maha Esa. Negara hanya menetapkan norma-norma hukum yang mengikat warganya untuk melindungi hak asasi dari tindakan sewenang-wenang, dan eksistensi hak asasi manusia mendapat pengakuan secara moral dan hukum. Dengan uraian-uraian di atas, dapat disimpulkan bahwa pandangan bangsa Indonesia terhadap sumber hak asasi manusia adalah bersumber dari Tuhan bukan pemberian negara sebagaimana pandangan penganut aliran positivisme hukum.

BAB V

PENUTUP

A. Kesimpulan

Kesimpulan yang dapat diambil dari hasil penelitian tentang "Penerapan Hukuman Cambuk di Aceh Menurut Sistem Hukum Pidana di Indonesia Dalam Perspektif Hak Asasi Manusia" adalah sebagai berikut:

1. Bahwa menurut Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP) yang berlaku di wilayah Negara Kesatuan Republik Indonesia (NKRI), membagi 2 (dua) kategori hukuman yaitu pidana pokok dan pidana tambahan. Disisi lain, Provinsi Aceh yang merupakan wilayah integral NKRI dengan mendasarkan pada 'keistimewaannya' dan didukung oleh peraturan perundang-undangan terkait telah memformalkan jenis pemidanaan cambuk sebagai salah satu alternatif hukuman bagi pelaku kejahatan yang diatur dalam Qanun No. 6 Tahun 2014 tentang Hukum Jinayah. Berkaitan dengan penerapan *grand theory*, *middle range theory* dan *applied theory* dalam penelitian ini, penerapan hukuman cambuk di Aceh secara umum diterima oleh masyarakat Aceh, baik yang beragama Islam maupun mereka yang menundukan diri pada ketentuan syariah di Aceh. Apabila dikaitkan dengan *grand theory*, maka hukuman cambuk yang dihasilkan dalam proses legislasi nasional dan daerah adalah sah, karena memiliki dasar hukum dan sudah menjadi hukum positif (*middle range theory*) dimana hukum pidana Islam diberlakukan melalui proses yang sesuai dengan ketentuan perundang-undangan dan sesuai aspirasi masyarakat yang

diwakili dalam pemerintah Aceh dan Dewan Perwakilan Rakyat Aceh. Dalam tataran *applied theory* sebagaimana menyangkut hak asasi manusia, bahwa pelaksanaan pidana cambuk di Aceh tidak bertentangan dengan HAM sepanjang dilaksanakan sesuai dengan ketentuan yang berlaku. Pidana cambuk sudah memiliki dasar hukum dan sudah menjadi hukum positif. Di dalam UUD 1945 dan UU RI No. 39 Tahun 1999 tentang HAM juga terdapat kewajiban asasi. Sepanjang dilaksanakan sesuai dengan ketentuan yang berlaku, maka tidak melanggar HAM. Apa pun jenis pidana, pidana penjara umpamanya, kalau dilaksanakan bukan berdasarkan ketentuan yang berlaku, maka berpotensi melanggar HAM. Pada dasarnya hukuman cambuk hanya diberlakukan kepada mereka yang beragama Islam dan mereka yang menundukan diri pada Hukum Islam. Selain itu, ancaman hukuman dalam Qanun Jinayat tidak hanya hukuman cambuk, melainkan ada pidana penjara dan pidana denda.

2. Pelaksanaan syariat Islam di Aceh adalah amanat dan perintah paling kurang dari 3 (tiga) Undang-Undang, yaitu Undang-Undang No. 44 Tahun 1999 tentang Penyelenggaraan Keistimewaan Propinsi Daerah Istimewa Aceh, Undang-Undang No. 18 tahun 2001 tentang Otonomi Khusus bagi Provinsi Daerah Istimewa Aceh sebagai Provinsi Nanggroe Aceh Darusalam dan Undang-Undang No. 11 Tahun 2006 tentang Pemerintahan Aceh. Sedangkan pelaksanaan hukuman cambuk adalah amanat dari Qanun No. 6 Tahun 2014 tentang Hukum Jinayah. Dengan demikian dalam tata sistem hukum pidana di

Indonesia, legitimasi pemberlakuan hukuman cambuk (Qanun Jinayah) adalah sah karena penerapan aturannya mengikuti derivasi hukum nasional yaitu sesuai dengan Pasal 18 Undang-Undang Dasar 1945 dimana Aceh memiliki kekhasan dalam menjalankan otonomi daerah; Undang-Undang Nomor 44 Tahun 1999 yang diberikan kewenangan untuk mengatur tentang pendidikan, adat, agama dan peran ulama. Ditambah lagi berdasarkan Pasal 125 Undang-Undang Nomor 11 Tahun 2006 dimana syariat Islam dilaksanakan meliputi ibadah, *ahhwal al-syakhshiyah* (hukum keluarga), *muamalah* (hukum perdata), *jinayah* (hukum pidana), *qadha* (peradilan), *tarbiyah* (pendidikan) dan dakwah. Dalam posisi demikian, hukum pidana Islam yang didalamnya juga mengatur jenis-jenis hukuman termasuk hukuman cambuk adalah subsistem dari sistem hukum nasional Republik Indonesia. Sistem hukum nasional harus dibangun berdasarkan cita-cita bangsa, tujuan negara, cita hukum dan penuntun yang terkandung di dalam Pembukaan UUD 1945, artinya tidak boleh ada produk hukum yang bertentangan dengan hal-hal tersebut. Sistem hukum nasional mencakup dimensi yang luas dalam konsep Negara Hukum Pancasila (penjelasan UUD 1945).

B. Saran-saran

Adapun saran yang dapat disampaikan pada kesempatan ini adalah sebagai berikut:

1. Bahwa stakeholders bangsa ini, mulai dari Pemerintah Pusat,

Pemerintah Aceh, Dewan Perwakilan Rakyat Republik Indonesia, Dewan Perwakilan Rakyat Aceh, dan seluruh elemen bangsa perlu melakukan upaya penyelarasan dalam berbagai produk-produk hukum yang dihasilkan sehingga satu sama lain tidak saling bertentangan dengan Pancasila dan UUD 1945 sebagai landasan dan sumber segala sumber hukum di Indonesia. Sehingga setiap peraturan di Aceh, baik ditingkat Provinsi maupun Kabupaten/Kota, harus selaras dengan segala peraturan perundangan-undangan Republik Indonesia.

2. Dengan diberlakukannya Syariat Islam di Propinsi Aceh, maka Mahkamah Agung RI bekerjasama dengan Pemerintah Daerah Propinsi Aceh perlu mengadakan penyuluhan hukum bagi masyarakat Aceh untuk menciptakan masyarakat yang sadar hukum sehingga tidak terjadi kesimpangsiuran pemahaman tentang penerapan syariat Islam, khususnya hukuman cambuk dan hukum acaranya.