

Dr. Hj. Sri Endah Wahyuningsih, S.H.,M.Hum.

**PRINSIP-PRINSIP
INDIVIDUALISASI PIDANA
DALAM HUKUM PIDANA ISLAM**

Dan Pembaharuan Hukum Pidana Indonesia

Kata Pengantar : Prof. Dr. Barda Nawawi Arief, SH.



Diterbitkan oleh:

Badan Penerbit Universitas Diponegoro

ISBN: 978-979-704-971-3

Sri Endah Wahyuningsih, S.H., M.Hum.

**PRINSIP-PRINSIP
INDIVIDUALISASI PIDANA
DALAM HUKUM PIDANA ISLAM
DAN PROSPEK KONTRIBUSINYA BAGI PEMBAHARUAN
HUKUM PIDANA INDONESIA**

Kata Pengantar : Prof. Dr. Barda Nawawi Arief, S.H.



ISBN: 978-979-704-971-3

Penerbit:

Badan Penerbit Universitas Diponegoro
Semarang

Perpustakaan Nasional : Katalog Dalam Terbitan (KDT)

ISBN: 978-979-704-971-3

**Prinsip-Prinsip Individualisasi Pidana Dalam Hukum Pidana Islam
Dan Prospek Kontribusinya Bagi Pembaharuan Hukum Pidana Indonesia**
Oleh: Sri Endah Wahyuningsih, S.H., M.Hum.
15,5 x 23, ix +217

Diterbitkan oleh Badan Penerbit Universitas Diponegoro
Jin. Prof. Soedarto, S.H. Tembalang Semarang

Design sampul dan tata letak: Sumain
Percetakan : Irziq Grafindo

Cetakan Pertama Juli 2010

Pengutipan isi buku ini
Harus disertai pencantuman sumber aslinya.

Hak Cipta dilindungi Undang-Undang
All Rights Reserved



KATA PENGANTAR

Berbagai pernyataan dan kesepakatan nasional menghendaki dibangunnya sistem hukum nasional berlandaskan Pancasila. Landasan Pancasila yang merupakan “kearifan/kegeniusan nasional (*national wisdom/ national genius*) mengandung di dalamnya tiga pilar utama, yaitu pilar ketuhanan (religius), pilar kemanusiaan (humanistik), dan pilar kemasyarakatan (demokratik, kerakyatan, dan keadilan sosial). Dengan adanya pilar ketuhanan, berarti di dalam landasan Pancasila terkandung juga “kearifan/ kegeniusan religius”.

Dengan demikian, pembangunan/pembaharuan hukum nasional yang berlandaskan *national wisdom* Pancasila seyogyanya juga berorientasi pada kearifan/ kegeniusan religius (*religious wisdom/genius*). Dr. T.D. Singh dalam kumpulan artikelnya berjudul “*Essays on Science and Religion*” pernah menyatakan:

- “*great thinkers and philosophers of the world reveal that a **scientific knowledge and religious wisdom** will be able to solve many problems in our day-to-day life*”.
- *..... along with the explosive expansion of science and technology there is also a rapid deterioration of the quality of life. Hence, there is immediate need to include applied **spiritual knowledge and spiritual technology** in our daily life.*

Pendekatan keseimbangan di atas sejalan dengan kearifan religius dalam Al-Quran (Al-Mujadalah: 11), bahwa Allah mengangkat/meningkatkan derajat manusia yang beriman dan berilmu pengetahuan. Ini berarti kualitas kehidupan/lingkungan manusia (*quality of life*) menurut Ilmu Tuhan akan tercapai apabila dilandaskan pada “kematangan/kecerdasan/ pengetahuan kejiwaan” (*spiritual maturity/knowledge*) dan “kematangan/ kecerdasan ilmu pengetahuan” (*intellectual maturity/scientific knowledge*).

Bertolak dari uraian di atas, kajian penulis dalam buku ini tentang “Prinsip-prinsip Individualisasi Pidana dalam Hukum Pidana Islam dan Kontribusinya Bagi Pembaharuan Hukum Pidana Indonesia”, diharapkan dapat merupakan salah satu upaya mewujudkan pendekatan keseimbangan, khususnya pendekatan religius dalam pembaharuan hukum pidana nasional.

Semarang, Juli 2010
Prof.Dr. Barda Nawawi Arief,SH.

KATA PENGANTAR

Alhamdulillah. Segala puja dan puji syukur hanya penulis panjatkan kehadirat Allah SWT atas segala karunia dan kenikmatannya sehingga penulis dapat menyelesaikan buku ini.. Shalawat dan salam semoga senantiasa tercurah kepada Nabi Muhammad SAW keluarga, sahabat serta pengikutnya sampai akhir jaman.

Dalam sejarah perkembangan ilmu pengetahuan hukum pidana ada pertentangan tajam antara aliran klasik dan aliran modern. Aliran klasik melihat terutama kepada perbuatan yang dilakukan dan menghendaki pemberian pidana yang dijatuhkan seimbang dengan perbuatan tersebut, sedangkan aliran modern pertama-tama meninjau pada pembuatnya dan menghendaki individualisasi dari pidana, artinya dalam pemidanaan memperhatikan sifat-sifat dan keadaan si pembuat.

Pentingnya Individualisasi pidana dalam pembaharuan hukum pidana di Indonesia, disebabkan karena hukum pidana positif yang akan dibangun bukan hanya berorientasi pada perbuatan (*daad*) saja, tetapi juga berorientasi pada pembuatnya (*dader*), atau berorientasi pada asas keseimbangan *daad- dader strafrecht*.

Hukum Islam sebagai bagian dari hukum yang hidup di dalam masyarakat dapat dijadikan sebagai sumber bagi usaha pembaharuan hukum pidana Indonesia, karena di dalam hukum Islam juga terkandung prinsip-prinsip individualisasi pidana. Oleh sebab itu dalam buku ini dibahas mengenai prinsip pertanggungjawaban pidana bersifat pribadi (*asas personal*), prinsip tiada pidana tanpa kesalahan (*asas culpabilitas*), dan prinsip *modifikasi* serta *elastisitas/fleksibilitas* pemidanaan menurut Hukum Islam, dan kemungkinan kontribusinya bagi pembaharuan hukum pidana Indonesia.

Tulisan dalam buku ini sebenarnya merupakan penelitian tesis penulis yang telah diuji di depan tim yang terdiri dari Prof.Dr.H. Barda Nawawi Arief,SH.(selaku pembimbing), Prof.Dr.Ronny Hanitijo

Soemitro,SH.(Alm), dan Prof.H.Abdullah Kelib,SH, dan isinya telah disesuaikan dengan perkembangan perbagai peraturan perundang-undangan yang baru. Untuk itu penulis mengucapkan terimakasih yang tak terhingga kepada Tim Penguji yang merupakan dosen di Program Pasca Sarjana UNDIP Semarang.

Khusus kepada Prof.Dr.H.Barda Nawawi Arief,SH., penulis mengucapkan terimakasih yang sedalam-dalamnya karena telah berkenan meluangkan waktu memberikan Kata Pengantar dan mengoreksi buku ini. Selain itu Beliau adalah guru dan pembimbing penulis sejak mengambil kuliah S1, S2 sampai S3 di UNDIP saat ini, Beliau merupakan panutan penulis, baik dalam bidang keilmuan hukumnya maupun kedalaman ilmu keagamaannya, penulis bertakzim dan mengucapkan terimakasih yang sedalam-dalamnya atas bimbingan, dan semua petuah-petuah yang berharga, semoga segala amal baik Beliau senantiasa menjadi amal sholeh di sisi Allah SWT.

Penulis menyadari bahwa tulisan ini masih banyak kekurangan dan kesalahan, oleh karena itu segala kritik dan saran pembaca yang bersifat membangun sangat diperlukan demi kesempurnaan buku ini.

Akhirnya, penulis mengucapkan terimakasih kepada semua pihak terutama kepada Mas Sumain,SPd yang telah membantu proses penerbitan buku ini, semoga hadirnya buku ini dapat memberikan sumbangan pemikiran bagi usaha pembaharuan hukum pidana Indonesia dan sebagai bahan referensi bagi mahasiswa fakultas hukum terutama yang sedang mendalami kajian perbandingan hukum pidana dan politik hukum pidana.

Semarang, Juli 2010
Sri Endah Wahyuningsih

DAFTAR ISI

Halaman Judul	i
Kata Pengantar	iv
Daftar Isi.....	viii
BAB I PENDAHULUAN	
A. Latar belakang	1
B. Perumusan Masalah.....	13
C. Tujuan Penelitian	13
D. Kegunaan Penelitian.....	13
B. Kerangka Pemikiran	14
E. Metode Penelitian	26
BAB II PEMBANGUNAN HUKUM PIDANA INDONESIA	
A. Pembangunan Sistem Hukum Nasional dan Pembaharuan Hukum Pidana Indonesia.....	32
B. Eksistensi Nilai Hukum Agama Dalam Rangka Pembangunan Hukum Indonesia	58
C. Ide Individualisasi Pidana Dalam Kebijakan Hukum Pidana di Indonesia	81
BAB III INDIVIDUALISASI DALAM HUKUM PIDANA ISLAM DAN KONTRIBUSINYA BAGI PEMBAHARUAN HUKUM PIDANA INDONESIA	
A. Prinsip Individualisasi Pidana Dalam Hukum Pidana Islam	102
A.1. Prinsip pertanggungjawaban pidana bersifat pribadi (asas personal)	106
A.2. Prinsip “tidak pidana tanpa kesalahan” atau asas “culpabilitas”	114
A.3. Prinsip fleksibilitas/elastisitas pembedaan dan modifikasi (perubahan/ penyesuaian) pembedaan.....	125

B. Kontribusi Prinsip Individualisasi Pidana Dalam Hukum Pidana Islam Bagi Pembaharuan Hukum Pidana di Indonesia	192
--	-----

BAB IV PENUTUP

A. Kesimpulan	186
B. Saran	193

DAFTAR PUSTAKA
GLOSARIUM.....	
INDEKS	

BAB I

PENDAHULUAN

A. LATAR BELAKANG

Bangsa dan negara Indonesia adalah suatu bangsa yang lahir "*atas berkat Rahmat Allah Yang Maha Kuasa*", dan pengakuan ini secara resmi dituangkan dalam dokumen tertinggi Pembukaan UUD NRI 1945, dan *Ketuhanan Yang Maha Esa* dimasukkan dalam Bab XI tentang Agama Pasal 29 ayat (1) UUD NRI 1945.

Pernyataan di atas membawa pengertian dan pengakuan bahwa keberadaan dan asal usul bangsa Indonesia adalah karena campur tangan dan kehendak *Allah Yang Maha Kuasa*, bukan dihasilkan oleh suatu perjanjian masyarakat dari individu-individu yang bebas seperti konsep negara liberal.

Bagi bangsa Indonesia ada hubungan yang erat antara negara dan agama yang bertumpu pada *Ketuhanan Yang Maha Esa* yang merupakan sila pertama dari Pancasila, dan dengan demikian bangsa Indonesia memiliki perangkat hukum yang luhur sebagai landasan kehidupan berbangsa dan bernegara yaitu Pancasila dan UUD NRI 1945.

Konsekwensi menjadikan Pancasila sebagai dasar filsafat bangsa berarti bahwa dalam setiap kehidupan berbangsa dan bernegara harus menjadikan Pancasila sebagai landasan filosofis yang menjiwai setiap langkah pembangunan termasuk pembangunan di bidang hukum.

Dalam membangun kerangka dasar hukum nasional yang berlandaskan Pancasila dan UUD NRI 1945, maka **postulat moral** dari kalimat “**atas berkat rahmat Allah Yang Maha Kuasa**” dan “**Ketuhanan Yang Maha Esa**” yang merupakan **unsur rohaniah** dalam pembangunan di negara kita perlu dipahami dan dihayati, agar setiap usaha membangun hukum nasional tidak menyimpang dari spirit perjuangan dan landasan moral yang dipancangkan dalam Pancasila dan UUD NRI 1945.

Pentingnya unsur *rohaniah* dalam pembangunan hukum juga diungkapkan para pakar hukum di Indonesia antara lain O.Notohamidjojo¹ yang menyatakan bahwa “norma-norma **ethis-religius** harus merupakan aspek normatif atau imperatif dari negara hukum”. Moeljatno² juga pernah menyatakan “dalam negara kita yang berdasarkan Pancasila, dengan adanya Sila Ketuhanannya, maka tiap ilmu pengetahuan yang tidak dibarengi dengan ilmu ketuhanan adalah tidak lengkap”.

Senada dengan ungkapan di atas juga disampaikan oleh Barda Nawawi Arief³ pada saat memberi makna Pasal 4 UU.No.4 tahun 2004 yang menyatakan bahwa “tuntutan keadilan berlandaskan Ketuhanan YME, tidak hanya sebatas kemampuan “pengetahuan” (*“knowledge/cognitive”*) saja, tetapi diharapkan menjiwai keyakinan

¹O.Notohamidjojo seperti dikutip dalam Barda Nawawi Arief (III), *Pembaruan/Rekonstruksi Pendidikan dan Pengembangan Ilmu Hukum Pidana Dalam Konteks Wawasan Nasional dan Global*, Makalah disampaikan pada Seminar dan Kongres ASPEHUPIKI, Bandung, 17 Maret 2008, hlm.30.

² Ibid

³ Dalam Barda Nawawi Arief, *Pembaruan/Rekonstruksi Pendidikan dan Pengembangan Ilmu Hukum Pidana Dalam Konteks Wawasan Nasional dan Global*, Makalah disampaikan dalam Kongres ASPEHUPIKI dan Seminar Pengaruh Globalisasi Terhadap Hukum Pidana dan kriminologi Menghadapi Kejahatan Transnasional, Bandung, 2008.

dan sikapnya, bahwa apabila keadilan berdasarkan tuntunan ilahiah itu tidak diikuti dan dilaksanakan maka akan rusaklah masyarakat”.

Upaya pembangunan di bidang hukum terkait dengan Undang-Undang No.17 tahun 2007 tentang Rencana Pembangunan Jangka Panjang Nasional (RPJPN) tahun 2005-2025, Bab IV.1.3 tentang Arah Pembangunan Jangka Panjang Tahun 2005-2025 yang antara lain menyebutkan: “..... pembangunan hukum diarahkan pada makin terwujudnya Sistem Hukum Nasional yang mantap bersumber pada Pancasila dan UUD 1945, yang mencakup pembangunan materi hukum, struktur hukum termasuk aparat hukum, sarana dan prasarana hukum.⁴

Seperti diketahui sampai saat ini hukum positif kita masih terdiri dari unsur-unsur: (1) Hukum Adat, (2) Hukum Islam, dan (3) Hukum Barat⁵, oleh karena itu hukum positif Indonesia belum sepenuhnya mencerminkan nilai-nilai Pancasila dan UUD 1945. Maka tugas pertama pembangunan hukum nasional ialah dalam waktu dekat mencabut atau menggantikan peraturan hukum yang berasal dari zaman kolonial itu dan yang masih berlaku di Indonesia melalui Pasal II Aturan Peralihan UUD 1945, dengan peraturan nasional, dan menciptakan hukum baru yang secara utuh bersumber pada Pancasila dan UUD 1945 sesuai dengan

⁴ Kementerian Negara Perencanaan Pembangunan Nasional /BAPENAS, UU RI No.17 Tahun 2007 Tentang *Rencana Pembangunan Jangka Panjang Nasional Tahun 2005-2025*, hlm.59.

⁵ Badan Pembinaan Hukum Nasional, Departemen Kehakiman RI, 1995/1996, hlm.16-17.

tuntutan pembangunan serta mampu menjawab perkembangan masyarakat baik di tingkat nasional maupun global.

Adapun semua perencanaan pembangunan hukum tersebut bertujuan untuk mempercepat dan meningkatkan kegiatan pembaharuan dan pembentukan sistem hukum nasional dalam segala aspeknya, menjamin kelestarian dan integritas bangsa, serta member! patokan, pengarahannya dan dorongan dalam perubahan sosial ke arah terwujudnya tatanan masyarakat yang adil dan makmur berdasarkan Pancasila dan UUD 1945.⁶

Apabila hukum nasional dipandang sebagai suatu sistem, maka upaya pembangunan hukum menuju terwujudnya Sistem Hukum Nasional tidak hanya meliputi pembangunan materi hukum, akan tetapi juga meliputi pembangunan budaya hukum, serta lembaga/ aparatur⁷.

Menurut Lawrence M. Friedman, sistem hukum meliputi tiga komponen yaitu:

- 1) *Legal structure*, yaitu bagian-bagian yang bergerak di dalam suatu mekanisme, yang merupakan kelembagaan yang diciptakan oleh sistem hukum dan mempunyai fungsi untuk mendukung bekerjanya sistem hukum (mencakup wadah dari sistem hukum seperti lembaga-lembaga hukum, dan hubungan atau pembagian kekuasaan antar lembaga hukum);
- 2) *Legal substance* yaitu hasil aktual yang diterbitkan oleh sistem hukum, yang berupa norma-norma hukum, baik peraturan-

⁶ Ibid, hlm.115.

⁷ Ibid, hlm.19

peraturan, keputusan-keputusan yang digunakan oleh para penegak hukum maupun oleh mereka yang diatur; dan

3) *Legal culture* yang berupa ide-ide, sikap, harapan dan pendapat tentang hukum sebagai keseluruhan faktor yang menentukan bagaimana sistem hukum memperoleh tempatnya orang untuk menerima hukum atau sebaliknya⁸

Khusus pembangunan terhadap aspek substansi/materi hukum antara lain adalah kajian terhadap perangkat hukum nasional yang ada. Jika melihat perundang-undangan yang ada sekarang terutama hukum pidana materil (substantif) yang berlaku di negeri kita, sampai lebih dari 60 tahun Indonesia merdeka masih tetap menggunakan *Wetboek van Strafrecht (W.v.S.)* atau disebut Kitab Undang-undang Hukum Pidana (KUHP) yang merupakan peninggalan pemerintah jaman kolonial Belanda dengan segala nilai-nilai filosofi yang melatarbelakanginya.⁹ Oleh sebab itu sudah sangat mendesak untuk melakukan pembaharuan sistem hukum pidana kita yang diorientasikan pada nilai-nilai Pancasila yang menjadi filsafat bangsa, yang berbeda dengan nilai-nilai yang bersumber dari bangsa asing.

Pandangan dan konsep nilai bangsa Indonesia tentu sangat berbeda dengan pandangan dan konsep nilai bangsa asing apalagi

⁸ Lawrence M.Friedman, *The Legal System: A Social Science Perspective*, New York, Russell Sage Foundation, 1975, hlm.10.

⁹ Nilai merupakan salah satu hasil pemikiran filsafat yang oleh pemiliknya dianggap sebagai hasil maksimal yang paling benar, paling bijaksana dan paling baik. Nilai bersifat abstrak dan subyektif, agar dapat menuntun sikap dan tingkah laku maka perlu dikonkretkan. Untuk itu nilai harus dirumuskan ke dalam simbol-simbol tertentu, yang tujuannya agar lebih mudah dipahami secara interpersona. Dalam Dardji Darmodihardjo, *Santiaji Pancasila*, Jakarta, Gramedia Pustaka Utama, 1995, hlm.40-41.

bangsa yang menjajah. Hal demikianlah yang menjadi salah satu latar belakang mengapa KUHP (*W.v.S*) yang merupakan warisan bangsa kolonial dan masih berlaku sampai sekarang perlu segera diperbaharui.

Menurut Sudarto,¹⁰ di negara kita pandangan dan konsep nilai berdasarkan Pancasila, sedangkan pandangan tentang hukum pidana erat sekali hubungannya dengan pandangan yang umum tentang hukum, tentang negara dan masyarakat dan tentang kriminalitas (kejahatan).

KUHP (*WvS*) termasuk keluarga/sistem hukum kontinental (*Civil Law System*)¹¹ yang dipengaruhi oleh pandangan individualistik-liberalistik¹² berbeda dengan pandangan dan

¹⁰ Sudarto, Hukum Pidana dan Perkembangan Masyarakat, Sinar Baru, Bandung, 1983, hlm.83

¹¹ Sudarto, Hukum Pidana dan Perkembangan Masyarakat, Sinar Baru, Bandung, 1983, hlm.83. Rene David dan John E.C. Brierley dalam bukunya berpendapat: "..... *The Romano Germanic Family (Civil Law System)*..... has undergone the influence of cristian morality and, since the Renaissance, philosophical teachings have given prominence to individualism, liberalism and individual rights. Henceforth, at the least for certain purposes, this reconciliation enables us speak of one great family of western law". Rene David dan John E.C. Brierley, *Major Legal Systems in the World Today, An Introduction to the Comparative Study of Law*, London, Stevens & Sons, 1978, hlm.24.

¹² Menurut Satjipto Raharjo pikiran liberal berpusat pada kemerdekaan individu dengan menata suatu kehidupan bahwa kemerdekaan individu tersebut dijamin keberadaan dan kelanjutan keberadaan tersebut. Nilai liberal, kemerdekaan individu, menjadi paradigma dalam sistem hukum. Hal tersebut di atas memberikan implikasi terhadap pemikiran hukum, antara lain:

Pertama, bahwa sistem hukum liberal terutama dirancang untuk memberikan perlindungan terhadap kemerdekaan individu. Menjadi tugas penting dari sistem hukum untuk menguraikan dan meneguhkan filsafat tersebut ke dalam bangunan hukum. Oleh karena, substansi pengaturan, doktrin, asas dikerahkan untuk mengamankan paradigma nilai liberal tersebut;

Kedua, bahwa sistem hukum yang nota bene liberal tersebut, tidak dirancang untuk memikirkan dan memberikan keadilan yang luas kepada masyarakat. Artinya, sistem hukum tidak diadakan untuk memberikan keadilan yang luas kepada masyarakat, melainkan untuk melindungi kemerdekaan individu. Suatu realitas yang tidak dapat dipungkiri bahwa hukum adalah konstruksi manusia, apakah itu konstruksi sosial, politik, atau kultural. Terutama sejak kehadiran hukum modern sekitar abad kesembilan belas, maka hukum yang dibuat sengaja oleh manusia untuk kepentingan-kepentingan tertentu, semakin menonjol. Konstruksi tersebut meliputi pengadaan doktrin, asas, dan sebagainya. Oleh karena itu, hukum menjadi lebih artifisial daripada natural. Hukum merupakan hasil konstruksi dan berubah dari masa ke masa, dari abad ke abad, oleh

konsep nilai bangsa Indonesia yang lebih religius bersifat kekeluargaan, monodualistik dan kolektivistik. Oleh sebab itu perlu dilakukan perubahan, pembaharuan dan penyesuaian atau penggantian peraturan kolonial itu dengan peraturan hukum nasional¹³.

Dalam kaitan dengan hal di atas Sudarto mengemukakan sedikitnya ada tiga alasan urgensi diperbaharunya KUHP, yaitu: *alasan politik, sosiologis dan alasan praktis* (kebutuhan dalam praktek). Dipandang dari *sudut politik*, Negara Republik Indonesia yang merdeka adalah wajar mempunyai KUHP-nya, yang diciptakannya sendiri. KUHP yang diciptakan sendiri bisa dipandang sebagai lambang (symbol) dan merupakan suatu kebanggaan dari suatu negara yang telah merdeka dan melepaskan diri dari kungkungan penjajahan politik. KUHP dari suatu negara yang "dipaksakan" untuk diberlakukan dinegara lain, bisa dipandang sebagai simbol dari penjajahan oleh negara yang membuat KUHP itu. Sedangkan dipandang dari *sudut sosiologis* bahwa pengaturan dalam hukum pidana merupakan pencerminan dari ideologi politik sesuatu bangsa dimana hukum itu berkembang. Ini berarti bahwa nilai-nilai sosial dan kebudayaan dari bangsa itu mendapat tempat dalam pengaturan di dalam hukum pidana. Ukuran untuk mengkriminalisasikan sesuatu perbuatan tergantung dari nilai-nilai dan pandangan kolektif yang terdapat dalam masyarakat tentang apa yang baik, yang benar, yang bermanfaat atau sebaliknya. Jadi

karena pikiran-pikiran hukum abad kedua puluh berbeda dengan pemikiran hukum abad ketujuh belas dan seterusnya. Baca Satjipto Rahardjo, *Hukum Kita Liberal (Apa Yang Dapat Kita Lakukan)* Kompas 3 Januari 2001.

¹³ Badan Pembinaan Hukum Nasional, Op.cit., hlm.16

pandangan masyarakat tentang kesusilaan dan agama sangat berpengaruh dalam pembentukan hukum, khususnya hukum pidana. Selain menyangkut masalah kriminalisasi dari perbuatan tertentu, tidak kalah pentingnya pandangan masyarakat tersebut menyangkut pula masalah pertanggungjawaban pidana si pembuat dan pidananya sendiri. Dan dipandang dari sudut praktek sehari-hari, tidak banyak orang yang menyadari sekarang ini, bahwa teks resmi dari KUHP kita adalah tetap teks yang ditulis dalam bahasa Belanda. Teks yang tercantum dalam KUHP yang disusun oleh Prof. Mulyatno, oleh R. Soesilo dan lain-lain itu merupakan terjemahan "partikelir" dan bukan terjemahan resmi yang disahkan oleh sesuatu undang-undang¹⁴.

Adapun salah satu kajian alternatif yang mendesak dan sesuai dengan ide pembaharuan hukum pidana nasional saat ini ialah kajian terhadap sistem hukum yang hidup di dalam masyarakat. Dikatakan demikian karena sering dinyatakan, bahwa sistem hukum nasional disamping hendaknya dapat menunjang pembangunan nasional dan kebutuhan pergaulan internasional, namun juga *harus bersumber dan tidak mengabaikan nilai-nilai dan aspirasi hukum yang hidup dan berkembang di dalam masyarakat.* Nilai-nilai hukum yang

¹⁴ Sedangkan Muladi mengemukakan bahwa kajian yang komprehensif tak kalah pentingnya adalah alasan adaptif, yaitu KUHP nasional di masa-masa mendatang harus dapat menyesuaikan diri dengan perkembangan-perkembangan baru, khususnya perkembangan Internasional yang sudah disepakati oleh masyarakat beradab, Muladi, *Proyeksi Hukum Pidana Materiil Indonesia di Masa Datang*, Pidato Pengukuhan Sebagai Guru Besar Ilmu Hukum UNDIP, Semarang, 24 Feb 1990, hlm. 3.

hidup di dalam masyarakat itu dapat bersumber atau digali dari *nilai-nilai hukum adat dan nilai-nilai hukum agama*¹⁵.

Hukum Islam sebagai salah satu hukum yang hidup dalam masyarakat sangat berpotensi memberikan sumbangan bagi usaha pembaharuan hukum pidana yang tengah diupayakan bangsa Indonesia. Menurut Ichtiyanto¹⁶ sebenarnya hukum Islam ada di dalam hukum nasional. Dalam teori “Eksistensi”-nya ia menyatakan bahwa:

- (1) Hukum Islam adalah bagian dari hukum nasional Indonesia;
- (2) Hukum Islam bersifat mandiri dalam arti kekuatan dan wibawanya diakui oleh hukum nasional dan diberi status sebagai hukum nasional.
- (3) Norma hukum Islam (agama) berfungsi sebagai penyaring bahan-bahan dan unsur utama hukum nasional Indonesia.

Sedangkan Badan Pembinaan Hukum Nasional dalam terbitannya berjudul: “Pola Pikir dan Kerangka Hukum Nasional” antara lain disebutkan:

"..... secara konseptual dan mendasar perlu dilaksanakan transformasi hukum Barat, Hukum Islam maupun Hukum Adat ke dalam Sistem Hukum Nasional, sehingga menjadi bagian yang menyatu dan utuh dan tidak terpisahkan dari Sistem Hukum Nasional kita yang berfalsafahkan Pancasila dan berdasarkan UUD 1945.

¹⁵ Barda Nawawi Arief, *Beberapa Aspek Kebijakan, Penegakan dan Pengembangan Hukum Pidana*, Citra Aditya Bhakti, Bandung, 1998, hlm.117.

¹⁶ Ichtiyanto, dalam *Ensiklopedia Hukum Islam*, Jilid III, Ichtiar baru van Hoeve, Jakarta, 1997, hlm.713.

Mengenai kedudukan Hukum Islam Ismail Saleh¹⁷ dalam sebuah tulisan berjudul *Eksistensi Hukum Islam, dan Sumbangannya Terhadap Hukum Nasional*, menyatakan:

..... tidak dapat dipungkiri bahwa sebagian terbesar rakyat Indonesia terdiri dari pemeluk agama Islam Dan oleh karena hukum Islam memegang peranan penting dalam membentuk serta membina ketertiban sosial umat Islam dan mempengaruhi segi kehidupannya, maka jalan terbaik yang dapat ditempuh ialah *mengusahakan secara ilmiah adanya transformasi norma-norma hukum Islam kedalam hukum nasional, sepanjang ia sesuai dengan Pancasila dan UUD 1945 dan relevan dengan kebutuhan hukum khusus umat Islam. Cukup banyak Asas yang bersifat universal terkandung dalam hukum Islam yang dapat digunakan dalam menyusun hukum nasional.*

Berdasarkan uraian tersebut maka secara konseptual dan mendasar dimungkinkan adanya transformasi Hukum Islam ke dalam Sistem Hukum Nasional, akan tetapi transformasi norma-norma, nilai-nilai, asas-asas hukum Islam¹⁸ ke dalam hukum nasional, bukan berarti secara otomatis namun harus melalui batu penguji Pancasila yang merupakan filsafat hukum nasional.

Pancasila sebagai dasar negara yang juga merupakan dasar falsafah hukum nasional mempunyai *sifat imperatif* yang tidak saja

¹⁷ Ismail Saleh dalam Mohammad Daud Ali, *Hukum Islam Pengantar Ilmu Hukum dan Tata Hukum Islam di Indonesia*, Raja Grafindo Persada, Jakarta, 1999, hlm.245..

¹⁸ Asas hukum menurut Paul Scholten adalah sebagai "*tendensen welke ons zedelijk oordel aan het recht stelt, die gevonden worden door het gemeenschappelijke in schijnbaar uit elkaar liggende regelingen aan te wijzen, of die veronderstellingen zijn, waarvan de regeling van een geheel rechtsgebied" uitgaat*, asas hukum (*rechtbeginselen*) adalah ungkapan-ungkapan hukum (*algemenerechtsordelen*) yang melembaga sebagai kecenderungan-kecenderungan (*tendensen*) yang dituntut oleh rasa susila, yang dapat ditemukan dengan menunjukkan hal-hal yang sama dari peraturan-peraturan yang berjauhan satu sama lain, atau yang merupakan anggapan-anggapan yang memancarkan pengaturan suatu "lapangan hukum", Sudarto, *Studi Hukum Yang Menunjang Pembangunan*, Masalah-Masalah Hukum No.1 Januari/Februari 1975, Fakultas Hukum UNDIP, Semarang, hlm.26 dan Muladi, *Pembaharuan Hukum Pidana Materil Indonesia*, Makalah pada Seminar dan Kongres ASPEHUPIKI, Bandung, 17 Maret 2008, hlm.5.

dijadikan dasar dan arah pengembangan filsafat hukum nasional kita, melainkan sekaligus juga menjadi acuan dalam menyusun, membina dan mengembangkan filsafat hukum yang konsisten dan relevan dengan nilai-nilai Pancasila sendiri¹⁹.

Oleh sebab itu pengujian terhadap prinsip-prinsip hukum Islam penting mengingat bahwa pembangunan hukum harus melalui batu penguji Pancasila. Pengkajian juga penting untuk menepis anggapan sebagian masyarakat baik dari kalangan umat Islam sendiri maupun non muslim terhadap sistem pemidanaan menurut hukum Islam yang terkesan keras, kejam dan bahkan tidak manusiawi.

Kesan demikian terjadi karena sebagian masyarakat sesungguhnya kurang memahami hukum Islam secara komprehensif dan menyeluruh. Padahal jika kita meneliti secara mendalam tentang sistem pemidanaan menurut hukum Islam justru di dalamnya bukan saja memperhatikan aspek perlindungan masyarakat tetapi juga sangat memperhatikan aspek perlindungan individu.

Memang dalam hukum pidana Islam dikenal jenis pidana seperti rajam, kisas, potong tangan, dera, dan lain-lain yang menurut sebagian orang sebagai hukuman yang kejam dan tidak manusiawi. Sehingga dalam hukum pidana hal ini seringkali dijadikan alasan oleh sebagian orang untuk menolak hukum Islam serta menilainya sebagai hukum bar-bar dan kejam serta tidak

¹⁹ BPHN, *Hasil Seminar Hukum Nasional, Pembangunan Sistem Hukum Nasional Dalam PJPT Ke-dua*, Departemen Kehakiman, Jakarta, 25-26 Juli 1994, hlm.8.

berperilaku kemanusiaan.²⁰ Hal tersebut mengakibatkan apabila hukum pidana Islam diperbincangkan, asosiasi orang awam akan tertuju kepada apa yang dikenal sebagai bentuk-bentuk pidana yang secara sepintas lalu dianggap kejam. Apalagi bentuk sanksi pidana Islam itu sendiri biasa dilihat dan dipahami secara pukol rata, sehingga bentuk pidana kisas, hukum rajam dan cambuk, hukum potong tangan dan bentuk-bentuk lainnya itu seolah-oleh tidak mempunyai konsep yang berbeda-beda. Padahal berbagai bentuk pidana tersebut harus dipahami dalam kelompok-kelompok gagasan yang berbeda-beda²¹.

Sesungguhnya hukum Islam sangat menjunjung tinggi martabat manusia karena tujuan diturunkannya agama Islam itu sendiri adalah untuk menjaga kemaslahatan bagi kehidupan manusia dalam rangka mengangkat martabat kemanusiaan dan dalam rangka menyelamatkan manusia baik kehidupan di dunia maupun akherat, sehingga sanksi hukum dalam hukum Islam bukan hanya berdimensi keduniaan namun sekaligus berdimensi akherat

Berdasarkan uraian di atas, maka hukum Islam sebagai salah satu hukum yang hidup di dalam masyarakat seyogyanya mendapat perhatian dalam kebijakan pembaharuan hukum pidana Indonesia. Dan kesan yang salah oleh sebagian masyarakat terhadap sistem pemidanaan menurut hukum Islam yang kejam,

²⁰ Juhaya S.Praja, *Hukum Islam Di Indonesia*, Remaja Rosdakarya, Bandung, 1991, pengantar hal. xx.

²¹ Jimly Asshiddiqie, *Pembaharuan Hukum Pidana Indonesia*, Angkasa, Bandung, 1995, hal. 138.

keras dan bahkan tidak manusiawi perlu dikaji dari sudut pendekatan ilmiah.

B. RUMUSAN MASALAH

Bertolak dari latar belakang pemikiran di atas, maka dapat dirumuskan beberapa masalah sebagai berikut:

1. Bagaimana Prinsip-prinsip individualisasi pidana dalam sistem hukum pidana Islam?
2. Hal-hal apa saja dari prinsip-prinsip individualisasi pidana dalam hukum pidana Islam yang dapat disumbangkan bagi usaha pembaharuan hukum pidana Indonesia?

C. TUJUAN PENELITIAN

1. Untuk menggali nilai-nilai hukum agama khususnya mengenai karakteristik prinsip-prinsip individualisasi pidana dalam sistem hukum pidana Islam sebagai salah satu sumber hukum bagi upaya pembaharuan hukum pidana nasional.
2. Untuk mengetahui dan menjelaskan prinsip-prinsip individualisasi pidana yang terdapat dalam hukum Islam dan memprediksikan implementasinya dalam kebijakan pembaharuan hukum pidana nasional.

D. KEGUNAAN PENELITIAN

1. Secara teoritis, sebagai masukan bagi usaha mencari

identitas dan karakteristik pengembangan ilmu hukum pidana yang bersumber dari nilai-nilai hukum agama Islam, untuk menggantikan ide/konsep/sistem hukum asing yang tidak bersumber dari nilai-nilai dan norma-norma yang hidup dan berkembang di dalam masyarakat Indonesia.

2. Secara praktis, dapat memberi kontribusi pemikiran terutama Tim Perancang Kitab Undang-undang Hukum Pidana Baru dan bagi lembaga legislatif dalam usaha pembaharuan hukum pidana yang sesuai dengan karakteristik bangsa Indonesia dengan dasar falsafah Pancasila.

E. KERANGKA PEMIKIRAN

Dalam teks proklamasi kemerdekaan bangsa Indonesia yang dibacakan oleh Ir. Soekarno pada tanggal 17 Agustus 1945 antara lain dinyatakan "bahwa sesungguhnya kemerdekaan itu ialah hak segala bangsa dan oleh sebab itu maka penjajahan di atas dunia harus dihapuskan karena tidak sesuai dengan peri kemanusiaan dan peri keadilan". Dari kalimat tersebut dapat diketahui bahwa di dalam pernyataan kemerdekaan itu sekaligus juga terkandung di dalamnya pernyataan untuk merdeka dan bebas dari ikatan belenggu penjajahan termasuk didalamnya penjajahan hukum yang berarti terkandung cita-cita pembaharuan hukum.

Usaha pembaharuan hukum di Indonesia yang sudah dimulai sejak lahirnya UUD NRI 1945 tidak dapat dilepaskan pula dari dan sekaligus tujuan yang ingin dicapai seperti telah dirumuskan dalam Pembukaan UUD NRI 1945 Itu secara singkat ialah "melindungi segenap bangsa Indonesia dan untuk memajukan kesejahteraan umum berdasarkan Pancasila". Inilah garis kebijakan umum yang menjadi dan sekaligus tujuan politik hukum Indonesia. Ini pulalah yang menjadi landasan dan tujuan dari setiap usaha pembaharuan hukum, termasuk pembaharuan di bidang hukum pidana dan kebijakan penanggulangan kejahatan di Indonesia²².

Adapun hakekat pembaharuan hukum pidana menurut Barda Nawawi Arief²³ adalah upaya untuk melakukan reorientasi dan reformasi hukum pidana yang sesuai dengan nilai-nilai sentral sosio-politik, sosio-filosofik, dan sosio-kultural masyarakat Indonesia yang melandasi kebijakan sosial, kebijakan kriminal dan kebijakan penegakan hukum di Indonesia.

Kajian terhadap nilai tidak berarti semata-mata kajian terhadap nilai-nilai moralitas umum yang melandasi hukum pidana (seperti nilai keadilan, kebenaran, kejujuran, kepercayaan dan kasih sayang antar sesama manusia), tetapi juga nilai-nilai kesusilaan nasional (NKN) atau nilai-nilai kehidupan kebangsaan yang dicita-citakan oleh masyarakat/bangsa Indonesia di berbagai bidang. Sekiranya yang dicita-citakan Sistem Hukum Nasional adalah

²² Barda Nawawi Arief, *Kebijakan Legislatif Dalam Penanggulangan Kejahatan Dengan Pidana Penjara*, Ananta, Semarang, 1994, hlm1.

²³ Barda Nawawi Arief, *Bunga Rampai Kebijakan Hukum Pidana*, Citra Aditya Bakti, Bandung, 1996, hlm.31.

Sistem Hukum Pancasila, maka sepatutnyalah dikaji dan dikembangkan Sistem Hukum Pidana (yang mengandung nilai-nilai Pancasila, yaitu hukum pidana yang berorientasi pada nilai-nilai "Ketuhanan Yang Maha Esa", hukum pidana yang ber "kemanusiaan yang adil dan beradab", hukum pidana yang mengandung nilai-nilai "persatuan", hukum pidana yang dijiwai nilai-nilai "kerakyatan yang dipimpin oleh hikmat kebijaksanaan dalam permusyawaratan", dan hukum pidana yang "berkeadilan sosial"²⁴.

Melakukan reorientasi terhadap KUHP (WvS), tentunya sangat penting disebabkan pandangan dan konsep nilai yang mendasarinya berbeda dengan nilai-nilai yang hidup dan berkembang dalam masyarakat Indonesia. Bangsa Indonesia yang berfalsafah Pancasila mempunyai pandangan hidup dan konsep nilai yang lebih religius, dan pengakuan demikian tertuang dalam Pancasila sila pertama "Ketuhanan Yang Maha Esa". Hal tersebut membawa konsekuensi bahwa agama tidak dapat dipisahkan dari kehidupan bangsa Indonesia dalam segala aspeknya.

Hukum Islam sebagai salah satu hukum yang hidup di dalam masyarakat sudah selayaknya mendapat perhatian dalam kebijakan pembaharuan hukum pidana nasional, karena di dalam hukum Islam terkandung asas-asas dan norma-norma universal yang dapat diadopsi kedalam sistem hukum nasional. Sekalipun demikian bukan berarti norma hukum Islam secara otomatis dapat ditransformasikan menjadi norma-norma hukum nasional, akan tetapi perlu penilaian

²⁴ Barda Nawawi Arief, *Beberapa Aspek Pengembangan Ilmu Hukum Pidana (Menyongsong Generasi Baru Hukum Pidana Indonesia)*, Pidato Pengukuhan Guru Besar Dalam Ilmu Hukum Universitas Diponegoro Semarang, 25 Juni 1994, hlm.30.

dan seleksi terhadap norma yang sesuai dan dapat menampung kebutuhan seluruh lapisan masyarakat.

Mengenai tolak ukurnya menurut Laporan Hasil Seminar Hukum Nasional Ke-VI Tahun 1994, dalam Sub.A.3.5. mengenai "Hukum Kebiasaan" antara lain dinyatakan:

Usaha-usaha untuk memantapkan hukum kebiasaan sebagai sumber hukum, hendaknya memperhatikan hal-hal tersebut di bawah ini:

3.5.1. pranata hukum kebiasaan tidak boleh bertentangan dengan falsafah Pancasila dan Undang-undang Dasar 1945.

3.5.2. bukan dimaksudkan untuk menyampingkan peraturan perundang-undangan nasional²⁵.

Hal yang sama juga dinyatakan oleh Notonagoro bahwa tolak ukur praktis mengenai filsafat hukum nasional Indonesia tidak lain adalah Pancasila sebagai abstraksi dari nilai-nilai luhur kehidupan manusia Indonesia yang di dalamnya terkandung cita-cita bangsa, yaitu masyarakat adil dan makmur, materiil dan spirituil berdasarkan Pancasila, atau dengan kata lain ingin mewujudkan manusia Indonesia seutuhnya.

Dalam mewujudkan cita-cita luhur bangsa Indonesia selain dilakukan dengan pendekatan kebijakan maka apabila pidana akan digunakan sebagai sarana untuk mencapai tujuan tersebut maka pendekatan humanistis harus diperhatikan. Hal ini penting tidak hanya karena kejahatan itu pada hakekatnya merupakan masalah

²⁵ Badan Pembinaan Hukum Nasional, *Laporan Hasil Seminar Hukum Nasional VI*, Departemen Kehakiman, Jakarta, 25-29 Juli 1994.

kemanusiaan, tetapi juga karena pada hakekatnya pidana itu sendiri mengandung unsur penderitaan yang dapat menyerang kepentingan atau nilai yang paling berharga bagi kehidupan manusia.

Ahmad Hanafi²⁶ dalam sebuah tulisannya juga menyatakan:

..... suatu pidana diancamkan kepada seseorang pembuat dengan maksud agar orang banyak tidak berbuat suatu jarimah (tindak pidana), sebab larangan atau perintah semata-mata tidak akan cukup meskipun *pidana itu sendiri bukan suatu kebaikan bahkan suatu kerusakan bagi si pembuat sendiri sekurang-kurangnya. Namun hukuman tersebut diperlukan sebab bisa membawa keuntungan yang nyata bagi masyarakat.*

Usaha penanggulangan kejahatan dengan menggunakan sarana penal (hukum pidana) sendiri sebenarnya bukan sarana yang utama karena mengandung berbagai kelemahan dan keterbatasan, yang menurut Barda Nawawi Arief dapat diidentifikasi sebagai berikut:

- a. dilihat secara dogmatis/idealis, sanksi pidana merupakan jenis sanksi yang paling tajam/keras (oleh karena itu juga sering disebut sebagai "ultimum remedium");
- b. dilihat secara fungsional/pragmatis, operasionalisasi dan aplikasinya memerlukan sarana pendukung yang lebih bervariasi (antara lain: berbagai undang-undang organik, lembaga/aparat pelaksana) dan lebih menuntut "biaya yang tinggi".

²⁶ Ahmad Hanafi, *Asas-Asas Hukum Pidana Islam*, Bulan Bintang, Jakarta, 1976, hlm.3

- c. sanksi hukum pidana merupakan "remedium" yang mengandung sifat kontradiktif/paradoksal dan mengandung unsur-unsur serta efek sampingan yang negatif;
- d. penggunaan hukum pidana dalam menanggulangi kejahatan hanya merupakan "kurieren am symptom" (menanggulangi/menyembuhkan gejala); jadi hukum/pidana hanya merupakan "pengobatan simptomatik" dan bukan "pengobatan kausatif" karena sebab kejahatan yang demikian kompleks berada di luar jangkauan hukum pidana;
- e. hukum pidana hanya merupakan bagian kecil (sub sistem) dari sarana kontrol sosial yang tidak mungkin mengatasi masalah kejahatan sebagai masalah kemanusiaan dan kemasyarakatan yang sangat kompleks (sebagai masalah sosio-filosofis, sosio-politik, sosio-ekonomi, sosio-kultural dan sebagainya);
- f. sistem ppidanaan bersifat fragmentair dan individual/personal, tidak bersifat struktural atau fungsional;
- g. efektifitas pidana masih bergantung pada banyak faktor dan oleh karena itu masih sering dipermasalahkan²⁷.

Mengingat fungsinya yang "subsidiar", maka dalam menggunakan sarana "penal" ada beberapa pedoman atau "prinsip pembatas" (*"the limiting' principles"*) yang sepatutnya mendapat perhatian. Nigel Warker pernah mengingatkan beberapa "prinsip pembatas" antara lain sebagai berikut :

²⁷ Barda Nawawi Arief , *Beberapa Aspek Kebijakan Penegakan dan Pengembangan Hukum Pidana*, PT. Citra Aditya Bakti, Bandung, 1998.hlm.140.

- a. jangan hukum pidana (HP) digunakan semata-mata untuk tujuan pembalasan;
- b. jangan menggunakan HP untuk memidana perbuatan yang tidak merugikan/membahayakan;
- c. jangan menggunakan HP untuk mencapai suatu tujuan yang dapat dicapai seeara lebih efektif dengan sarana-sarana lain yang lebih ringan;
- d. jangan menggunakan HP apabila kerugian/bahaya yang timbul dari pidana lebih besar daripada kerugian/bahaya dari perbuatan/tindak pidana itu sendiri;
- e. larangan-larangan HP jangan mengandung sifat lebih berbahaya dari pada perbuatan yang akan dicegah
- f. HP jangan memuat larangan-larangan yang tidak mendapat dukungan kuat dari publik.
- g. HP jangan memuat larangan/ketentuan-ketentuan yang tidak dapat dilaksanakan/dipaksakan ("*unenforceable*")²⁸.

Secara lebih singkat Jeremi Bentham pernah menyatakan bahwa janganlah pidana dikenakan/digunakan apabila "*groundless, needless, unprofitable or inefficacious*"²⁹ demikian pula Helbert L.Packer pernah mengingatkan bahwa penggunaan sanksi pidana suatu ketika merupakan "penjamin utama", dan suatu ketika merupakan "pengancam utama" dari kebebasan manusia. Ia merupakan penjamin apabila digunakan seara hemat-cermat dan secara manusiawi; dan merupakan pengancam, apabila digunakan secara sembarangan dan secara paksa³⁰.

Karena pidana merupakan jenis sanksi yang tajam dan keras serta mengandung sifat paradoksal maka pendekatan humanistik harus diperhatikan. Pentingnya pendekatan humanistik dalam penggunaan sanksi pidana,

²⁸ Nigel Walker dalam Barda Nawawi Arief, *ibid*, hlm. 141

²⁹ Jeremi Bentham dalam Barda Nawawi Arief, *Beberapa Aspek Kebijakan Penegakan dan Pengembangan Hukum Pidana*, Op-cit., hlm.142.

³⁰ Helbert.L.Packer dalam Muladi dan Barda Nawawi Arief, *Teori-teori dan Kebijakan Pidana*, Alumni, Bandung, 1984, hlm.156.

tidak hanya berarti bahwa pidana yang dikenakan kepada si pelanggar harus sesuai dengan nilai-nilai kemanusiaan yang beradab, tetapi juga harus dapat membangkitkan kesadaran si pelanggar akan nilai-nilai kemanusiaan dan nilai-nilai pergaulan hidup bermasyarakat³¹.

Mengenai pendekatan humanistik (pendekatan kemanusiaan/dari sisi individunya) dalam pembaharuan hukum pidana Sudarto mengemukakan:

Kalau membicarakan pidana, maka harus membicarakan orang yang melakukan kejahatan. Orang ini adalah seperti kita semua, tidak berbeda sedikitpun, kecuali bahwa ia telah melakukan perbuatan yang dilarang dan dinyatakan bersalah oleh hakim. Jadi pembaharuan hukum pidana tetap berkisar kepada manusia sehingga ia tidak boleh sekali-kali meninggalkan nilai-nilai kemanusiaan, ialah kasih sayang terhadap sesama manusia³².

Hal senada juga diungkapkan oleh Roeslan Saleh yang menyatakan bahwa: "..... dewasa ini orang telah semakin banyak menaruh perhatian terhadap manusia, perhatian yang semakin hari semakin mendalam, juga dalam bidang hukum pidana³³.

Pendekatan kemanusiaan juga sangat menonjol dalam Hukum Islam seperti diuraikan dalam Ensiklopedia Hukum Islam³⁴ bahwa di antara ciri-ciri khas hukum Islam adalah ia sangat memperhatikan segi kemanusiaan seseorang, baik mengenai diri, jiwa, akal, maupun akidahnya; baik selaku perseorangan maupun sebagai anggota masyarakat; baik anak dan isterinya maupun

³¹ Barda Nawawi Arief, *Bunga Rampai Kebijakan Hukum Pidana*, Op-cit, hlm.41.

³² Sudarto, *Hukum Pidana dan Perkembangan Masyarakat*, Op-cit, hlm.102.

³³ Roeslan Saleh, *Mengadili Adalah Proses Yang Terjadi Antar Manusia dan Manusia*, Aksara Baru, Jakarta, 1993, hlm.11

³⁴ Ensiklopedia Hukum Islam, Op.cit, Jilid II, hlm.577.

harta kekayaannya. Manusia adalah yang menjadi sumber bagi segala hukum yang digariskan dalam Al-Qur'an. Hukum Islam memberi penghormatan kepada manusia karena kemanusiaannya. Hukum tidak membenarkan seseorang melecehkan harga diri, mengancam atau menumpahkan darah orang lain. Di samping itu hukum Islam juga tidak mendasarkan perintahnya pada pemaksaan yang dapat menghilangkan kemerdekaan manusia dan membatasi gerak-geriknya.

Demikian juga menurut Yusuf Al-Qardhawi bahwa diantara karakteristik syari'at Islam adalah ia mempunyai sifat humanistik. Syari'at Islam diturunkan untuk meningkatkan taraf hidup manusia, membimbing dan memelihara sifat-sifat humanistiknya, dan menjaga diri dari sifat-sifat kebinatangan³⁵.

Oleh karena itu ulama usul fikih sepakat menyatakan bahwa intisari dari penetapan hukum Islam adalah memelihara kemuliaan manusia dan menjauhkan segala hal yang dapat merusak kemuliaan tersebut, selain itu hukum Islam tidak akan memikulkan taklif (tanggungjawab) kepada seseorang bila tidak mungkin untuk dipikulnya³⁶.

Pendekatan humanistik dalam usaha pembaharuan hukum pidana nasional tentu sangat sesuai dengan nilai-nilai yang terkandung dalam Pancasila terutama sila ke-dua yaitu "kemanusiaan yang adil dan beradab" dan bagi bangsa Indonesia pengamalannya

³⁵ Yusuf Al-Qardawi, *Al-Madkhal Fi Diraasat Asy-Syari'ah Al-Islamiyah*, Diterjemahkan oleh Muhammad Achyar "Membumikan Syaria'at Islam, Dunia Ilmu, Surabaya, 1996, hlm. 141.

³⁶ Ensiklopedia Hukum Islam, Op-cit., Jilid III, hlm.910.

antara lain, mencakup peningkatan martabat serta hak dan kewajiban asasi warganegara serta penghapusan penjajahan, kesengsaraan, dan ketidakadilan.

Sedangkan mengenai pendekatan humanistik dalam pembaharuan hukum pidana Sir Rupert Cross menyatakan

A change in the penal system can properly be described as an endeavour to achieve penal reform if it is aimed directly or indirectly at the rehabilitation of the offender, or if its object is to avoid, suspend or reduce punishment on humanitarian grounds³⁷.

Pentingnya pendekatan kemanusiaan juga tercermin dalam tujuan pemidanaan yang terumus dalam Konsep KUHP Nasional 2008 meliputi :

(1) Pemidanaan bertujuan untuk :

ke-1 mencegah dilakukannya tindak pidana dengan menegakkan norma hukum demi pengayoman masyarakat;

ke-2 memasyarakatkan terpidana dengan mengadakan pembinaan

ke-3 menyelesaikan konflik yang ditimbulkan oleh tindak pidana, memulihkan keseimbangan dan mendatangkan rasa damai dalam masyarakat.

Ke-4 membebaskan rasa bersalah pada terpidana.

(2) Pemidanaan tidak dimaksudkan untuk menderitakan dan tidak diperkenankan merendahkan martabat manusia.

Selanjutnya dalam penjelasan Konsep/RUU KUHP 2008 disebutkan sebagai berikut:

³⁷ Sir Rupert Cross dalam Barda Nawawi Arief , *Bunga Rampai Kebijakan Hukum Pidana*, Op-cit., hlm.45.

"Pasal ini memuat tujuan ganda yang hendak dicapai melalui pembedaan. Dalam tujuan pertama jelas tersimpul pandangan perlindungan masyarakat (bandingkan dengan *social defence*). Tujuan kedua mengandung maksud bukan saja untuk merehabilitasi, tetapi juga mensosialisasi terpidana dan mengintegrasikan yang bersangkutan ke dalam masyarakat. Tujuan ketiga sejalan dengan pandangan hukum adat, mengembalikan keseimbangan (*magis*) yang terganggu oleh perbuatan yang berlawanan dengan hukum adat. Jadi pidana yang dijatuhkan diharapkan dapat menyelesaikan konflik atau pertentangan dan juga mendatangkan rasa damai dalam masyarakat. Tujuan keempat bersifat spiritual dieerminkan dalam Pancasila sebagai dasar Negara Republik Indonesia. Ayat (2) memberi makna kepada pidana dalam suatu sistem hukum Indonesia. Meskipun pidana itu pada hakekatnya merupakan suatu nestapa, namun pembedaan tidak dimaksudkan untuk menderitakan dan tidak boleh merendahkan martabat manusia. Ketentuan ini akan berpengaruh terhadap pelaksanaan pidana yang secara nyata akan dikenakan kepada terpidana.

Dengan tujuan pembedaan seperti tersebut di atas mengandung makna bahwa sistem pembedaan menurut hukum pidana nasional selain harus memperhatikan aspek perlindungan masyarakat juga aspek perlindungan individu atau sering disebut dengan keseimbangan mono-dualistik. Pandangan yang demikian dalam hukum pidana dikenal dengan istilah "*Daad-dader strafrecht*", yaitu hukum pidana yang memperhatikan segi-segi obyektif dari "perbuatan" (*daad*) dan juga segi-segi subyektif dari orang/pembuat" (*dader*)³⁸.

Dalam hukum Islam pentingnya pendekatan kemanusiaan tercermin dalam tujuan hukum Islam seperti pendapat dari Mohammad Daud Ali bahwa "tujuan hukum Islam adalah kemaslahatan hidup manusia, baik rohani maupun jasmani, individual dan sosial, dan bukan hanya untuk

³⁸ Ibid., hlm. 106-107.

kehidupan di dunia ini saja tetapi juga untuk kehidupan yang tertib sosial³⁹. kekal diakherat kelak⁴⁰.

Sedangkan maksud pokok hukuman menurut Martadha Muthahari adalah untuk memelihara dan menciptakan kemaslahatan manusia dan menjaga mereka dari hal-hal yang mafsadah, karena Islam sebagai rahmatan lil'alamin, untuk memberi pelajaran dan petunjuk kepada manusia. Maka hukuman ditetapkan untuk memperbaiki individu, menjaga masyarakat dan tertib sosial.

Dari uraian di atas dapat diketahui bahwa dalam setiap usaha pembangunan hukum di Indonesia termasuk di dalamnya pembaharuan hukum pidana harus memperhatikan pendekatan humanistik, dan hal demikian juga sejalan dengan ajaran dalam hukum Islam. Pentingnya pendekatan humanistik membawa konsekwensi perlunya perhatian terhadap prinsip-prinsip individualisasi pidana dalam setiap langkah pembaharuan hukum pidana yang tengah kita lakukan.⁴¹

³⁹ Menurut Martadha Muntahhari tujuan hukum Islam yang baik adalah: (a) harus mencegah seseorang dari berbuat maksiat, (b) Batas tertinggi dan terendah suatu hukuman sangat tergantung kepada kebutuhan kemaslahatan masyarakat, (c) memberikan hukuman kepada orang yang melakukan tindak pidana bukan berarti membalas dendam, melainkan sesungguhnya untuk kemaslahatannya, (d) hukuman adalah upaya terakhir dalam menjaga seseorang supaya tidak jatuh ke dalam suatu maksiat. Martadha Muthahhari, *Islam dan Tantangan Zaman*, Pustaka Hidayah, Bandung, 1996, hlm. 25.

⁴⁰ Abu Ishaq al Shabiti merumuskan lima tujuan hukum Islam, yakni memelihara (1) agama, (2) jiwa, (3) akal, (4) keturunan, dan (5) harta, yang kemudian disepakati oleh ilmuwan hukum Islam lainnya. Kelima tujuan hukum Islam itu di dalam kepustakaan disebut *al-magasiid shari'ah*, dalam Mohammad Daud Ali, *Hukum Islam Pengantar Ilmu Hukum dan Tata Hukum Islam di Indonesia*, Raja Grafindo Persada, Jakarta, 1999, hlm.54.

⁴¹ Menurut Jimly Asshiddiqie bentuk-bentuk kejahatan dalam berbagai literatur dibagi ke dalam tiga macam, yaitu: *jara'im al-huduud* (kejahatan-kejahatan yang diancam dengan huduud), *jara'im al-qishash wa al-diyat*

F. METODE PENELITIAN

1. METODE PENDEKATAN

Penelitian tentang prinsip-prinsip individualisasi pidana dalam hukum Islam dan prospek kontribusinya bagi pembaharuan hukum pidana nasional merupakan penelitian hukum normatif. Oleh karena itu pendekatan permasalahannya lebih bersifat abstrak teoritis. Maksudnya dalam penelitian ini titik tolak utama kajian menggunakan pendekatan yang bersifat yuridis normatif, yaitu mengungkap kaidah-kaidah normatif dan asas-asas hukum dengan menggunakan ketentuan-ketentuan normatif sebagai bahan utama dalam melaksanakan penelitian ini.

Ronny Hanitijo Soemitro⁴² mengemukakan bahwa dalam penelitian hukum normatif dapat dibedakan menjadi:

1. Penelitian inventarisasi hukum positif;
2. Penelitian untuk menemukan asas-asas hukum dan terhadap asas-asas hukum;
3. Penelitian untuk menemukan hukum *in concreto* bagi suatu peristiwa tertentu;
4. Penelitian terhadap sistematika peraturan perundangan;
5. Penelitian terhadap taraf sinkronisasi vertikal dan

(kejahatan-kejahatan yang diancam dengan qisas dan diyat), dan *jara'im al taqzier* (kejahatan-kejahatan yang ditakzir). Sedangkan sanksi terhadap ketiga jenis kejahatan itu dinamakan *'uquubah* (hukuman) yang masing-masing disebut: *'uquubah al-haddi* (pidana hadd), *'uquubah al-qishash wa al-diyat* (pidana qisas dan diyat), dan *'uquubah al-ta'zier* (pidana takzir). Jimly Asshidiqie, *Pembaharuan Hukum Pidana Indonesia.*, Angkasa, Bandung, 1995, hlm.136.

⁴² Ronny Hanitijo Soemitro, *Metodologi Penelitian Hukum Dan Jurimetri*, Ghalia Indonesia, Jakarta, 1990, hlm. 12.

horizontal dari peraturan perundang-undangan

6. Penelitian perbandingan hukum positif.

Berdasarkan pendapat di atas maka penelitian ini termasuk dalam penelitian untuk menemukan asas hukum dan terhadap asas-asas hukum, karena dilakukan penelitian terhadap prinsip-prinsip individualisasi Pidana dalam hukum Pidana Islam yang di dalamnya akan dilakukan penelitian terhadap asas-asas hukum pidana seperti asas culpabilitas, asas pertanggungjawaban pribadi, asas elastisitas/fleksibilitas maupun asas modifikasi pemidanaan. Dengan demikian penelitian ini juga merupakan penelitian filosofis, karena dilakukan penelitian terhadap asas hukum yang merupakan unsur ideal dari hukum.

Penelitian terhadap asas-asas hukum dilakukan terhadap bahan hukum primer dan bahan hukum sekunder. Adapun bahan hukum Primer seperti Pancasila, UUD 1945, Al-Quran, Al-Hadis, peraturan perundang-undangan, teori-teori hukum (hukum pidana dan hukum Islam), Yurisprudensi dan bahan hukum yang tidak dikodifikasikan. Sedangkan bahan hukum sekunder yang digunakan dalam penelitian ini adalah Rancangan Peraturan Perundang-Undangan, hasil karya ilmiah para sarjana, dan hasil-hasil penelitian.

Selain merupakan penelitian untuk menemukan asas-asas hukum dan terhadap asas hukum, maka penelitian ini juga termasuk penelitian perbandingan hukum positif karena dilakukan penelitian mengenai prinsip individualisasi pidana dalam hukum

pidana Islam yang kemudian dicari kemungkinan kontribusinya bagi pembaharuan KUHP yang sedang dilaksanakan.

Penelitian perbandingan hukum ini dilakukan karena selain mempelajari sistem hukum pidana menurut pola KUHP/WvS tetapi juga membandingkan dengan sistem hukum Islam, sebagai salah satu pemecahan masalah pembaharuan hukum pidana Indonesia. Seperti pendapat Barda Nawawi Arief:⁴⁰

bahwa masih ada konsep atau sistem hukum lain yang sepatutnya dikaji untuk lebih memantapkan upaya pembaharuan hukum pidana di Indonesia. Oleh karena itu sepatutnya dilakukan kajian perbandingan terhadap berbagai alternatif sistem hukum lain.

Penelitian perbandingan hukum dilakukan dengan maksud untuk menemukan pemikiran-pemikiran alternatif dalam hukum Islam yang memiliki relevansi bagi upaya pembaharuan hukum pidana nasional yang sedang kita laksanakan. Dengan demikian prinsip-prinsip individualisasi pidana yang terdapat dalam hukum Islam yang relevan dengan falsafah bangsa Indonesia akan dikaji dan dideskripsikan secara jelas sebagai sumbangan bagi upaya pembaharuan hukum pidana nasional.

2. SPESIFIKASI PENELITIAN

Berdasarkan judul penelitian yang telah dijabarkan dalam beberapa rumusan masalah dan dihubungkan dengan tujuan-tujuan yang ingin dicapai sebagaimana telah diuraikan di atas, maka spesifikasinya termasuk dalam lingkup penelitian deskriptif analitis. Artinya penelitian ini merupakan suatu upaya untuk

mendeskrripsikan (mengungkapkan dan memaparkan) prinsip-prinsip individualisasi pidana dalam hukum Islam selanjutnya akan dibahas dan dianalisis dengan berbagai teori-teori serta pendapat para ahli di bidang hukum pidana (termasuk pendapat para ahli hukum Islam) dan berdasarkan pendapat dan analisis peneliti sendiri, sehingga akhirnya dapat diambil suatu kesimpulan tentang peluang kontribusinya dalam usaha pembaharuan hukum pidana nasional.

3. METODE PENGUMPULAN DATA

Sebagaimana telah disebutkan terdahulu penelitian ini adalah penelitian untuk menemukan asas hukum dan terhadap asas hukum serta penelitian perbandingan hukum positif. Oleh sebab itu secara klasifikasi termasuk katagori penelitian literer (kepustakaan), yaitu suatu penelitian dimana sebagian besar data yang diperlukan dan akan dikaji adalah data yang bersifat sekunder⁴³.

Dalam metodologi riset, data sekunder yang berupa bahan pustaka memiliki ciri-ciri umum sebagai berikut:

- a. Data sekunder pada umumnya ada dalam keadaan siap terbuat (*ready made*).
- b. Bentuk maupun isi data sekunder telah dibentuk dan diisi oleh peneliti-peneliti terdahulu.
- c. Data sekunder dapat diperoleh tanpa terikat atau dibatasi oleh waktu dan tempat⁴⁴.

⁴³ Ronny Hanitijo Soemitro, Op.cit., hlm.11.

⁴⁴ Soerjono Soekanto dan Sri Mamudji, *Penelitian Hukum Normatif: Suatu Tinjauan Singkat*, PT.Raja Grafindo Persada, Jakarta, 1995, hlm. 24.

Dalam penelitian ini, yang dimaksud dengan data sekunder meliputi :

1. Bahan hukum primer, yaitu bahan hukum yang mengikat yang terdiri dari norma dasar Pancasila, UUD 1945, Ketetapan-ketetapan MPR, Peraturan perundang-undangan, Yurisprudensi dan lain sebagainya.
2. Bahan hukum sekunder, yaitu bahan hukum yang erat hubungannya dengan bahan hukum primer dan dapat membantu menganalisis serta memahami bahan hukum primer tersebut. Misalnya Konsep Rancangan KUHP Nasional, hasil-hasil penelitian para ahli terkait, hasil karya para pakar hukum (buku-buku yang relevan), hasil-hasil pertemuan ilmiah (seminar, simposium, diskusi) dan lain-lain.
3. Bahan hukum tersier yang akan memberikan petunjuk informasi/ penjelasan terhadap bahan hukum primer dan sekunder, seperti kamus hukum, indeks dan lain-lain.

4. METODE ANALISIS DATA

Data yang telah berhasil dikumpulkan baik yang diperoleh dari data sekunder, baik yang berupa bahan hukum primer, maupun bahan hukum sekunder dan tersier diproses secara kualitatif dengan menguraikan secara deskriptif analitis dan preskriptif. Metode analisa yang demikian diterapkan karena penelitian ini tidak hanya bermaksud mengungkapkan atau menggambarkan tentang prinsip-prinsip individualisasi pidana dalam hukum Islam saja, tetapi juga

bermaksud untuk menggambarkan bagaimana sebaiknya (idealnya) pembaharuan hukum pidana itu dilakukan dengan menyerap nilai-nilai yang bersumber dari hukum yang hidup di dalam masyarakat termasuk di dalamnya hukum agama khususnya prinsip individualisasi pidana. Kemudian hasil analisa akan disajikan secara sistematis dalam rangka memperoleh gambaran ideal tentang pembaharuan hukum pidana yang memperhatikan prinsip-prinsip individualisasi pidana dengan bersumber dari filsafat bangsa kita.

BAB II

KERANGKA TEORI

A. PEMBANGUNAN SISTEM HUKUM NASIONAL DAN PEMBANGUNAN HUKUM PIDANA INDONESIA

Tujuan nasional bangsa Indonesia sebagaimana telah menjadi tekad para pendiri bangsa adalah tertuang dalam Pembukaan Undang-Undang Dasar 1945, ialah 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. Untuk mewujudkan tujuan nasional tersebut, konstitusi negara kita juga mengamanatkan agar berusaha mewujudkan cita-cita demokrasi yang berdasarkan atas hukum atau mewujudkan negara hukum yang berkedaulatan rakyat.

Kesadaran untuk melakukan pembangunan hukum nasional yang selaras dengan tingkat kemajuan bangsa serta sesuai dengan pandangan hidup dan rasa keadilan masyarakat, pada dasarnya sudah diletakkan sejak Proklamasi Kemerdekaan pada tanggal 17 Agustus 1945, yang sehari kemudian diikuti dengan disyahnannya Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia 1945. Ketentuan Pasal II Aturan Peralihan UUD NRI 1945 masih memberi tempat berlakunya untuk sementara peraturan perundang-undangan yang berasal dari zaman kolonial, di samping bersifat sementara juga sekaligus harus dilihat sebagai amanat

untuk membentuk peraturan perundang-undangan baru berdasarkan UUD NRI 1945.

Berdasarkan kebijakan tersebut, sejak saat itu mulai dilakukan usaha-usaha pembentukan peraturan perundang-undangan baru, baik untuk mengganti berbagai peraturan lama peninggalan zaman kolonial maupun untuk memenuhi kebutuhan hukum masyarakat dalam alam kemerdekaan. Namun demikian harus diakui bahwa pembentukan hukum pada masa-masa awal kemerdekaan tidak didasarkan pada suatu perencanaan yang utuh dan menyeluruh.

Pembangunan hukum pada masa itu seringkali dikatakan “tambal-sulam”, bahkan menurut H.A.S. Natabaya dinyatakan waktu itu terjadi berbagai penyimpangan terhadap prinsip-prinsip negara hukum. Lahirnya berbagai produk hukum seperti Penetapan Presiden (Penpres) dan Peraturan Presiden (Perpres) serta Undang-Undang No.19 tahun 1964 tentang Ketentuan Pokok Kekuasaan Kehakiman yang memungkinkan Presiden (eksekutif) ikut campur dalam urusan peradilan, merupakan salah satu bukti mengenai penyimpangan tersebut.⁴⁵

Jika ditelusuri konsep pembangunan hukum di Indonesia, sebenarnya sejak tahun 1960 sudah dibicarakan oleh Majelis Permusyawaratan Rakyat Sementara (MPRS) melalui TAP MPRS No.II/MPRS/1960 tentang Garis-Garis Besar Pola

⁴⁵ H.A.S. Natabaya, *Upaya Pembaharuan Peraturan Perundang-Undangan Dalam Rangka Penghapusan Segala Bentuk Diskriminasi*, Makalah disampaikan pada forum dialog terbuka, atas kerjasama antara Komnas HAM, Gerakan Perjuangan Anti Diskriminasi (GANDI) dan Solidaritas Nusa Bangsa (NSB), Jakarta, tanggal 5 Mei 1999.

Pembangunan Nasional Semesta Berencana Tahap Pertama (1960-1969), yang dinyatakan secara sederhana bahwa "*hendaknya asas-asas Pembinaan Hukum Nasional itu sesuai dengan haluan negara dan berlandaskan hukum adat Indonesia dan tidak menghambat terciptanya masyarakat adil dan makmur*".

Berbagai upaya pembangunan hukum nasional dilakukan secara berencana baru dimulai pada masa pemerintahan Orde Baru sejak tahun 1973 yang dionsepan ke dalam Rencana Pembangunan Lima Tahun (Repelita) sebagaimana tertuang dalam GBHN dan kebijakan pembangunan hukum dilakukan sebagai bagian integral dari pembangunan nasional.

Di dalam TAP MPR No.IIV/MPR/1973, konsep pembangunan hukum secara menyeluruh berfungsi "sebagai sarana menunjang perkembangan modernisasi dan pembangunan yang menyeluruh dan dilakukan dengan antara lain peningkatan dan penyempurnaan pembinaan hukum nasional dengan mengadakan pembaharuan, kodifikasi serta unifikasi hukum di bidang-bidang tertentu dengan jalan memperhatikan kesadaran hukum dalam masyarakat", sebagaimana tertuang di dalam pokok-pokok kebijakan serta garis-garis besar program pembinaan hukum. Dengan demikian resmilah pembangunan hukum menjadi bagian dari Rencana Pembangunan Lima Tahun Semesta Berencana.

Selanjutnya dalam GBHN Tahun 1988, yakni melalui TAP MPR No. II/MPR/1988 antara lain ditegaskan bahwa "fungsi

hukum adalah sebagai kerangka ideologis perubahan struktur dan kultur masyarakat”.

Dalam perkembangannya, usaha untuk mewujudkan pembangunan Sistem Hukum Nasional belum berjalan dengan baik, mengingat sejak Pembangunan Jangka Panjang Pertama (PJP I) pembangunan bidang hukum hanya dialokasikan sebagai salah satu sektor pembangunan dari bidang politik. Dengan kondisi ini akan sulit untuk mengembangkan hukum karena bagaimanapun hukum akhirnya hanya menjadi alat rekayasa dari kekuatan politik yang ada pada masa itu.

Berdasarkan pengalaman tersebut, dalam GBHN tahun 1993 yakni melalui TAP MPR RI No. II/MPR/1993 pandangan dan konsep mengenai pembangunan Sistem Hukum Nasional serta arah dan perkembangannya semakin jelas dan sistematis. Hal ini jelas terlihat dalam Rencana Strategi Pembangunan Hukum Nasional pada Pembangunan Jangka Panjang II (PJP II) yang diatur dalam Bab I huruf C butir 5 yang antara lain menggariskan bahwa sasaran jangka panjang pembangunan bidang hukum untuk PJP II meliputi :

Terbentuk dan berfungsinya sistem hukum nasional yang mantap bersumberkan Pancasila dan Undang-Undang Dasar 1945 dengan memperlihatkan kemajemukan tatanan hukum yang berlaku yang mampu menjamin kepastian, ketertiban, penegakan, dan perlindungan hukum yang berintikan keadilan dan kebenaran, serta mampu mengamankan mendukung pembangunan nasional, yang didukung oleh aparatur hukum, sarana dan prasarana yang memadai serta masyarakat yang sadar dan taat hukum.

Perkembangan pembangunan hukum selanjutnya lebih terarah tampak terlihat dalam TAP MPR No. II/MPR/1998 Tentang Garis-Garis Besar Haluan Negara yang menegaskan :

Pembangunan bidang hukum dalam Sasaran Pembangunan Lima Tahun Ketujuh adalah “Terwujudnya sistem hukum nasional yang bersumber pada Pancasila dan Undang-Undang Dasar 1945 melalui penataan hukum nasional dengan memantapkan kerangka sistem hukum nasional, penginventarisasian dan penyesuaian unsur-unsur tatanan hukum dalam rangka pembaharuan hukum nasional, peningkatan kualitas penegakan dan tertib hukum, pembinaan aparatur hukum, sarana dan prasarana hukum yang memadai serta peningkatan kesadaran, kepatuhan, ketaatan hukum, disiplin nasional serta lebih dihormati dan terwujudnya budaya hukum dalam kerangka pembangunan dan pembaharuan hukum.⁴⁶

Namun demikian kebijakan pembangunan hukum yang selama ini dilakukan tidak mampu menghadapi krisis yang terjadi tahun 1998, maka B.J. Habibie selaku Presiden Republik Indonesia pada saat itu dalam Peresmian Pembukaan Seminar Hukum Nasional VII Tahun 1999, menegaskan :

Perubahan paradigma pembangunan hukum yang mendasar merupakan suatu keharusan yang tidak dapat dihindari. Salah satu langkah yang perlu dilakukan adalah mengkaji ulang berbagai wacana pembangunan hukum di masa lampau, untuk dijadikan dasar pijakan dan sasaran reformasi hukum. Berkenaan dengan itu, selain harus memperhatikan perubahan lingkungan strategis yang bersifat internal, juga perlu memperhatikan perkembangan lingkungan yang bersifat global. Dengan demikian, sistem hukum nasional kita yang didasarkan atas konstitusi sebagai hukum dasar yang tertinggi dapat hendaknya mampu dalam menghadapi tantangan jaman yang berdimensi sangat luas di masa-masa yang akan datang.⁴⁷

⁴⁶ Lihat TAP MPR No. II/MPR/1993, Aneka Ilmu, Semarang, 1993.

⁴⁷ B.J. Habibie, *Sambutan Presiden Republik Indonesia pada Peresmian Pembukaan Seminar Hukum Nasional VII*, tanggal 12 Oktober 1999, Jakarta, hal. 12.

Dengan adanya era reformasi yang bergulir sekarang ini, upaya perwujudan sistem hukum nasional mempunyai misi menjamin tegaknya supremasi hukum dan hak asasi manusia yang berlandaskan keadilan dan kebenaran, yang pada arah kebijakannya tertuang dalam GBHN hasil Sidang Umum Kabinet Persatuan Nasional tahun 1999 yang dinyatakan dalam Bab IV Huruf A butir 2 sbb :

Arah kebijakan pembangunan hukum antara lain "Menata sistem hukum nasional yang menyeluruh dan terpadu dengan mengakui dan menghormati hukum agama dan hukum adat serta memperbaharui perundang-undangan warisan kolonial dan hukum nasional yang diskriminatif, termasuk ketidakadilan gender dan ketidaksesuaiannya dengan reformasi melalui program legislasi."⁴⁸

Berdasarkan ketentuan di atas dalam melaksanakan program pembangunan hukum terdapat beberapa sendi utama yang dijadikan acuan dalam pembangunan sistem hukum nasional, antara lain:⁴⁹

1. Sendi negara berdasarkan konstitusi dan negara berdasarkan atas hukum.

Negara berdasarkan konstitusi mengandung makna, pertama, terdapat pengaturan mengenai batas-batas kekuasaan negara dan pemerintah dalam kehidupan masyarakat dan negara;

Kedua, adanya jaminan akan perlindungan terhadap hak-hak warga negara. Sendi ini melahirkan berbagai asas dan kaidah hukum yang membatasi kewenangan negara dan pemerintah di

⁴⁸ Lihat Ketetapan-Ketetapan MPR RI Hasil Sidang Umum (Kabinet Persatuan Nasional) dan GBHN 1999-2004, CV. Tamita Utama, Jakarta, 1999, hal. 68.

⁴⁹ H.A.S. Natabaya, op-cit, hal. 3-4.

dalam pergaulan masyarakat serta asas dan kaidah hukum yang menjamin hak dan kewajiban warga negara.

2. Sendi kerakyatan atau demokrasi.

Sendi kerakyatan mengandung makna perlunya keikutsertaan rakyat baik secara langsung maupun melalui wakil-wakilnya dalam pembentukan hukum. Hal ini akan menjamin bahwa *pembentukan hukum sesuai dengan tata nilai, pandangan dan kebutuhan hukum masyarakat.*

3. Sendi kesejahteraan sosial.

Sendi kesejahteraan sosial berarti bahwa sistem hukum nasional dibangun untuk mewujudkan cita-cita kesejahteraan dan keadilan sosial. Ini berarti pula bahwa penentuan dan pembentukan substansi hukum harus dapat mewujudkan keadilan sosial bagi seluruh rakyat Indonesia di segala bidang kehidupan, baik politik, ekonomi, sosial maupun budaya.

Adapun semua upaya pembangunan hukum tersebut bertujuan untuk mempercepat dan meningkatkan kegiatan pembaharuan dan pembentukan Sistem Hukum Nasional dalam segala aspeknya, menjamin kelestarian dan integritas bangsa, serta memberi patokan, pengarah dan dorongan dalam perubahan sosial ke arah terwujudnya tatanan masyarakat yang adil dan makmur berdasarkan Pancasila dan UUD 1945.⁵⁰

Untuk melaksanakan pembangunan hukum yang terarah, terpadu, berencana, bertahap dan berkesinambungan, bidang

⁵⁰ Badan Pembinaan Hukum Nasional, *Pola Pikir dan Kerangka Sistem Hukum Nasional*, Op-cit., hlm. 115.

hukum yang perlu dibangun meliputi tiga sektor yaitu materi/substansi hukum, tatanan/kelembagaan beserta aparatur hukum nasional, dan sektor sarana dan prasarana hukum.

Menanggapi upaya pembangunan hukum tersebut Sunaryati Hartono mengemukakan bahwa untuk mempercepat proses kegiatan pembangunan hukum agar terbentuk dan berfungsinya Sistem Hukum nasional yang mantap berdasarkan Pancasila dan UUD NRI 1945 perlu memperhatikan kemajemukan tatanan hukum yang berlaku, selanjutnya dijelaskan:

Pembangunan hukum tidak hanya terbatas pada pembentukan peraturan, norma atau kaidah saja, namun pembangunan hukum yang sistematis dan holistik, selalu meliputi berbagai aspeknya yaitu perencanaan hukum yang tepat, pembentukan hukum baru, yang bertaat asas pada Pancasila dan UUD 1945, penerapan dan pelayanan hukum yang baik, penegakan hukum yang efektif dan efisien tetapi tetap manusiawi.⁵¹

Berdasarkan hal di atas maka diperlukan pembangunan hukum yang terencana dan sistematis untuk mempercepat pembaruan dan pembentukan sistem hukum nasional dalam segala aspeknya.

Oleh sebab itu harapan masyarakat kini benar-benar tertumpu pada hukum sebagai pranata atau institusi yang mengatur ketertiban hidup dan memberi arah pada perkembangan masyarakat dan negara sejalan dengan cita-cita nasional kita, termasuk cita-cita pembangunan hukum nasional kita, yaitu terwujudnya Sistem Hukum Nasional.

⁵¹ Sunaryati Hartono, *Kebijakan Pembangunan Hukum Jangka Panjang Tahap Kedua*, dalam Majalah Badan Pembinaan Hukum Nasional, No.1 Tahun 1994.

Keberadaan Sistem Hukum Nasional (SHN) menjadi penting dalam era reformasi dan globalisasi seperti sekarang ini, karena SHN menjadi:

1. Identitas/jatidiri bangsa
2. Menentukan kemampuan dan ketahanan nasional dalam pergaulan antar bangsa;
3. Merupakan filter terhadap berbagai pengaruh dari luar maupun dari dalam yang kurang cocok dengan Pancasila dan UUD NRI 1945 serta nilai-nilai yang dijunjung tinggi oleh bangsa Indonesia.⁵²

Berkaitan dengan pembangunan SHN tersebut, Barda Nawawi Arief⁵³ mengemukakan bahwa pembangunan SHN di samping hendaknya menunjang pembangunan nasional dan pergaulan internasional, namun juga harus bersumber dan tidak mengabaikan nilai-nilai dan aspirasi hukum yang hidup dan berkembang di dalam masyarakat. Jadi diharapkan ada identitas atau karakteristik SHN Indonesia.

Senada dengan pendapat di atas Baharudin Lopa juga mengemukakan bahwa pembangunan hukum nasional ialah pembangunan tata hukum Indonesia yang bersumber pada kepribadian bangsa Indonesia sendiri. Hukum Nasional kita dengan

⁵² Ibid, hal.43.

⁵³ Barda Nawawi Arief, *Permasalahan Hukum Adat Dalam Pembangunan Hukum di Indonesia, dalam Majalah Masalah-masalah Hukum*, Fakultas Hukum Universitas Diponegoro, Semarang, Nomor: 3 tahun 1997, hlm.23.

sendirinya akan memiliki corak khas Indonesia sebagai salah satu aspek dari kebudayaan Indonesia.⁵⁴

Sedangkan Koento Wibisono berpendapat Pancasila sebagai salah satu unsur *staatsfundamental norm* kita, dengan sendirinya juga merupakan komitmen filsafati yang menjanjikan persatuan sikap dan pandangan kita, kesatuan upaya kita dalam menyongsong hari depan yang dicita-citakan bersama melalui pembangunan di segala bidang, juga pembangunan di bidang hukum nasional.⁵⁵

Seperti diketahui bahwa sampai saat ini hukum positif kita masih terdiri dari unsur-unsur (1) Hukum Adat, (2) Hukum Islam, dan (3) Hukum Barat, karena itu hukum positif Indonesia belum sepenuhnya mencerminkan nilai-nilai Pancasila dan UUD NRI 1945.⁵⁶

Kondisi keanekaragaman hukum seperti tersebut di atas sampai sekarang masih berlangsung dan banyak dijumpai berbagai peraturan kolonial yang tetap berlaku dan belum dicabut, meskipun baik seluruhnya atau sebagian sudah tidak diperlukan lagi dan tidak sesuai dengan perkembangan masyarakat Indonesia yang telah merdeka.

Khusus menyangkut pembangunan materi/substansi hukum yang meliputi pembangunan perangkat perundang-undangan

⁵⁴ Baharudin Lopa, *Etika Pembangunan Hukum Nasional*, dalam *Identitas Hukum Nasional*, Editor Artidjo Alkostar, Fakultas Hukum UII, Yogyakarta, 1997, hlm. 17.

⁵⁵ Koento Wibisono, *Etika Pembangunan Hukum nasional*, dalam *Identitas Hukum Nasional*, Editor Artidjo Alkostar, Fakultas Hukum UII, Yogyakarta, 1997, hlm. 6.

⁵⁶ BPHN, *Pola Pikir dan Kerangka Sistem Hukum Nasional*, Departemen Kehakiman RI, 1995/1996, hlm.16.

nasional, antara lain yang perlu mendapat perhatian adalah pembangunan materi/substansi hukum pidana nasional.

Pengkajian dititik beratkan pada hukum pidana materiil (KUHP), mengingat bagian hukum pidana ini yang mampu merumuskan/memformulasikan perbuatan-perbuatan apa yang dijadikan tindak pidana, bagaimana mengenai pertanggungjawaban pidananya, serta bagaimana mengenai pidana dan ppidanaannya. Karena hal tersebut maka tahap formulasi menempati posisi paling strategis jika dibandingkan tahap aplikasi maupun tahap pelaksanaan hukum pidana, yang merupakan kelanjutan dari operasionalisasi/penegakan hukum pidana.

Mengenai posisi strategis dari tahap formulasi ini juga dikemukakan oleh Muladi:

Tahap penetapan pidana hemat kami justru harus merupakan tahap perencanaan yang matang mengenai kebijakan-kebijakan tindakan apa yang seharusnya diambil dalam hal ppidanaan apabila terjadi suatu pelanggaran. Dengan perkataan lain tahap ini harus merupakan tahap perencanaan strategis di bidang ppidanaan yang diharapkan dapat memberi arah pada tahap-tahap berikutnya yaitu tahap penerapan pidana dan tahap pelaksanaan pidana.⁵⁷

Seperti diketahui bahwa KUHP yang berlaku di Indonesia sekarang masih tetap menggunakan *Wetboek van Strafrecht voor Nederlandsch Indie* yang mulai diterapkan di Indonesia pada 1 Januari 1918, dan merupakan produk hukum pemerintahan jaman kolonial Hindia Belanda, dengan berbagai perubahan dan penambahannya.

⁵⁷ Muladi dan Barda Nawawi Arief, *Teori-Teori dan Kebijakan Hukum Pidana*, Alumni, Bandung, 1984, hlm. 92.

KUHP yang berasal dari Belanda tentu memiliki jiwa, pola pikir dan norma-norma yang berbeda dengan nilai-nilai yang hidup dan berkembang di dalam masyarakat bangsa Indonesia. Oleh sebab itu seperti dikatakan oleh Sudarto⁵⁸ bahwa secara politis, sosiologis, maupun praktis KUHP yang berlaku di Indonesia sekarang perlu segera diganti dengan KUHP yang berasal dan bersumber dari nilai-nilai dan norma-norma yang hidup dalam masyarakat Indonesia.

Sejalan dengan pemikiran di atas Barda Nawawi Arief berpendapat bahwa:

Upaya membangkitkan kembali “batang tarandam” (yaitu nilai-nilai hukum yang hidup di masyarakat) untuk kemudian dikaji secara mendalam sebagai bahan penyusunan hukum nasional, jelas merupakan kewajiban dunia akademik. Sungguh suatu hal yang sangat ironis, apabila kebanyakan lulusan Fakultas Hukum lebih banyak memahami dan menguasai nilai-nilai hukum yang hidup dikalangan bangsanya sendiri. Terlebih lagi apabila dia merasa “asing” dan bahkan secara tidak sadar telah “memusuhi dan membunuhnya”.⁵⁹

Sejalan dengan pendapat di atas Muladi dalam Pidato Pengukuhan Guru Besar di UNDIP tanggal 24 Februari 1990 mengetengahkan beberapa karakteristik hukum pidana yang mencerminkan proyeksi hukum pidana masa datang secara ringkas sbb:

1. Hukum pidana nasional mendatang, dibentuk tidak hanya sekedar alasan sosiologis, politis dan praktis semata-mata, melainkan secara sadar harus disusun dalam kerangka Ideologi Nasional Pancasila. Hal ini akan

⁵⁸ Sudarto, *Hukum dan Hukum Pidana*, Alumni, Bandung, 1977, hlm. 77

⁵⁹ Barda Nawawi Arief, *Beberapa Aspek Kebijakan Penegakan dan Pengembangan Hukum Pidana*, Op-cit., hlm.125

memberi kesadaran bahwa sistem peradilan pidana pada umumnya dan hukum pidana pada khususnya tidak hanya merupakan suatu sistem yang bersifat fisik semata-mata melainkan juga merupakan sistem abstrak yang merupakan jalinan nilai-nilai yang konsisten dalam rangka pencapaian tujuan tertentu.

2. Hukum pidana pada masa yang akan datang tidak boleh mengabaikan aspek-aspek yang bertalian dengan kondisi manusia, alam dan tradisi Indonesia.
3. Hukum pidana mendatang harus dapat menyesuaikan diri dengan kecenderungan-kecenderungan universal yang tumbuh di dalam pergaulan masyarakat beradab, dalam arti beradaptasi yang kadang-kadang berupa pengambilan hikmah dari perkembangan tersebut.
4. Sistem peradilan pidana, politik penegakan hukum merupakan bagian politik sosial, maka hukum pidana mendatang harus memikirkan pula aspek-aspek yang bersifat preventif.
5. Hukum pidana mendatang harus selalu tanggap terhadap perkembangan ilmu pengetahuan dan teknologi guna peningkatan efektivitas fungsinya di dalam masyarakat.⁶⁰

Bagi bangsa Indonesia pembaharuan KUHP adalah merupakan suatu keharusan. Kecenderungan tersebut bukan hanya terjadi di Indonesia tetapi juga di berbagai negara lain. Seperti yang

⁶⁰ Disarikan dari Muladi, *Proyeksi Hukum Pidana Materiil di Masa Datang*, Op-cit.

dikatakan Sudarto bahwa sesudah Perang Dunia II banyak negara mengusahakan pembaharuan hukum pidana ternyata tidak hanya terdapat pada negara-negara yang baru terbentuk sesudah Perang Dunia itu, seperti misalnya Korea, Mali, Republik Demokrasi Jerman, akan tetapi juga terdapat pada negara-negara yang sudah ada sebelum perang, seperti Yugoslavia, Swedia, Jepang, Polandia.⁶¹

Dengan demikian pembaharuan hukum pidana selain merupakan tantangan nasional akan tetapi juga menjadi kecenderungan Internasional seperti terlihat antara lain dari laporan-laporan Konggres PBB mengenai "*The Prevention of Crime and the treatment of Offenders*", sering menyatakan dan mensinyalir, bahwa sistem hukum pidana yang ada selama ini di beberapa negara, yang sering berasal (diimpor) dari hukum asing semasa zaman kolonial, pada umumnya telah usang dan tidak adil ("*absolote and unjust*") serta sudah ketinggalan jaman dan tidak sesuai dengan kenyataan ("*outmodel and unreal*") karena tidak berakar pada nilai-nilai budaya dan bahkan ada "diskrepansi" dengan aspirasi masyarakat serta tidak "responsif" terhadap kebutuhan sosial masa kini.⁶²

Mengenai pembaharuan hukum pidana Gustav Radbruch menyatakan: "*Das strafrecht reformieren heiszt nicht das Besseres*" (memperbarui hukum pidana tidak berarti memperbaiki hukum pidana, melainkan menggantikannya dengan yang lebih baik).⁶³

⁶¹ Sudarto, *Hukum Pidana dan Perkembangan Masyarakat*, Op-cit., hlm.60.

⁶² Barda Nawawi Arief, *Beberapa Aspek Kebijakan Penegakan dan Pengembangan Hukum Pidana*, Op-cit, hlm.103.

⁶³ Gustav Radbruch dalam Sudarto, *Suatu Dilemma Dalam Pembaharuan Sistem Pidana Indonesia*", Pidato Pengukuhan Jabatan Guru Besar Tetap Dalam Hukum Pidana pada Universitas Diponegoro Semarang, tanggal 21 Desember 1974, hlm.5.

Sedangkan Barda Nawawi Arief mengemukakan bahwa pembaharuan hukum pidana pada hakekatnya merupakan upaya melakukan peninjauan dan penilaian kembali (“re-orientasi dan re-evaluasi”) nilai-nilai sosio-politik, sosio-filosofik dan sosio-kultural yang melandasi dan memberi isi terhadap muatan-muatan normatif dan substantif hukum pidana yang dicita-citakan.⁶⁴ Sejalan dengan pemikiran di atas Sudarto menegaskan:

Sebenarnya terdapat keterkaitan antara hukum pidana dengan ideologi politik suatu bangsa. Pengaturan dalam hukum pidana merupakan pencerminan dari ideologi politik suatu bangsa dimana hukum itu berkembang dan merupakan hal yang penting bahwa seluruh bangunan hukum itu bertumpu pada pandangan politik yang sehat dan konsisten. KUHP dari negara-negara Eropa Barat yang bersifat individualistis itu bercorak lain daripada KUHP dari negara-negara Eropa Timur yang berpandangan politik sosialis. Di negara kita pandangan politik berdasarkan Pancasila, sedangkan pandangan tentang hukum pidana erat sekali berhubungan dengan pandangan yang umum tentang hukum, tentang negara dan masyarakat dan tentang kriminalitas (kejahatan).⁶⁵

Sebagai bagian dari upaya pembangunan hukum nasional Barda Nawawi Arief mengemukakan bahwa pembaharuan hukum pidana pada hakekatnya harus ditempuh dengan pendekatan yang berorientasi pada kebijakan (“*policy-oriented approach*”) dan sekaligus pendekatan yang berorientasi pada nilai (“*Value-oriented approach*”).⁶⁶

Selanjutnya dijelaskan oleh Barda Nawawi Arief dalam sebuah tulisannya bahwa pembaharuan hukum pidana harus dilakukan dengan kebijakan, karena memang pada hakekatnya ia

⁶⁴ Barda Nawawi Arief, *Bunga Rampai Kebijakan Hukum Pidana*, Op-Cit. hlm. 32.

⁶⁵ Sudarto, *Hukum Pidana dan Perkembangan Masyarakat*, Op.Cit, hlm .63.

⁶⁶ Barda Nawawi Arief, *Bunga Rampai Kebijakan Hukum Pidana*, Op-cit. hlm. 31.

hanya merupakan bagian dari suatu langkah kebijakan atau *policy* (yaitu bagian dari politik hukum/penegakan hukum, politik hukum pidana, politik kriminal, dan politik sosial). Di dalam setiap kebijakan (*policy*) terkandung pula pertimbangan nilai, pembaharuan hukum pidana harus berorientasi pada pendekatan nilai.⁶⁷

Pemikiran Barda Nawawi Arief dilatar belakangi oleh pendapat Roeslan Saleh yang mengemukakan:

Keharusan rasionalitas itu bukanlah berarti bahwa pertimbangan-pertimbangan etis dalam hukum pidana dapat ditinggalkan saja. Juga syarat rasional adalah suatu syarat moral (Wilkins, Morris dan Howard). Jadi Rasionalitas jangan sampai dikaburkan oleh pertimbangan-pertimbangan yang bersifat etis. Batas-batas yang bersifat etis itu haruslah sebaik-baiknya dan seteliti-telitinya dirumuskan. Di dalam batas-batas dari apa yang secara etis dapat diterima haruslah dapat diambil keputusan-keputusan yang rasional itu.⁶⁸

Pentingnya pendekatan yang berorientasi pada kebijakan terlihat pula dalam Simposium Pembaharuan Hukum Pidana Nasional pada bulan Agustus 1980 di Semarang. Dalam salah satu laporannya dinyatakan antara lain "Masalah kriminalisasi dan dekriminalisasi atas suatu perbuatan haruslah sesuai dengan politik kriminal yang dianut oleh bangsa Indonesia, yaitu sejauhmana perbuatan tersebut bertentangan dengan nilai-nilai fundamental yang berlaku dalam masyarakat dan oleh masyarakat dianggap patut atau tidak patut dihukum dalam rangka menyelenggarakan kesejahteraan masyarakat".

⁶⁷ Ibid.

⁶⁸ Roeslan Saleh, *Pemikiran-Pemikiran Tentang Pertanggungjawaban Pidana*, Ghalia Indonesia, Jakarta, 1982, hlm.44.

Indonesia sebagai sebuah negara yang sudah merdeka juga berupaya segera mengadakan pembaharuan KUHP (WvS) yang disesuaikan dengan politik hukum, keadaan dan perkembangan kehidupan berbangsa dan bernegara serta diharapkan dapat memenuhi rasa keadilan dan kemanusiaan jika dibandingkan dengan undang-undang warisan kolonial.

Usaha pembaharuan hukum pidana di Indonesia sebenarnya sudah dimulai sejak permulaan berdirinya Republik yang diproklamasikan pada tanggal 17 Agustus 1945. Guna menghindarkan kekosongan hukum UUD NRI 1945 memuat Aturan Peralihan. Dalam Pasal II Aturan Peralihan itu dikatakan, bahwa “segala badan negara dan peraturan yang ada masih langsung berlaku, selama belum diadakan yang baru menurut undang-undang dasar ini”. Dengan demikian maka hukum pidana yang berlaku pada saat itu ialah yang digunakan selama masa pendudukan Bala Tentara Jepang. Di bidang hukum pidana materiil *Wetboek van Strafrecht voor Nederlands Indie* masih tetap berlaku dan diterapkan selama pendudukan itu.

Upaya untuk melakukan pembaharuan hukum pidana yang sesungguhnya dapat dikatakan baru dimulai dengan dikeluarkannya Undang-Undang No.1 tahun 1946, karena di dalamnya memberi kekuatan untuk menyesuaikan materi KUHP. Adapun ketentuan yang termuat dalam Pasal V disebutkan:

“Peraturan Hukum Pidana yang seluruhnya atau sebagian sekarang tidak dijalankan, atau bertentangan dengan kedudukan Republik Indonesia sebagai negara merdeka,

atau tidak mempunyai arti lagi, harus dianggap seluruhnya atau sebagian sementara tidak berlaku”.⁶⁹

Selanjutnya menurut Pasal XVII Undang-Undang No. 1 tahun 1946, dinyatakan dalam Undang-Undang No. 1/1946 (dinamakan KUHP) hanya berlaku bagi Jawa kecuali Jakarta, Madura dan sebagian Sumatera, adapun untuk wilayah Indonesia lainnya berlaku KUHP yang lain (dinamakan WvSI, seperti dirobah melalui stb.1949-1).

Adapun dualisme sistem perundang-undangan hukum pidana tersebut diakhiri dengan dikeluarkannya Undang-Undang No. 73 tahun 1958 yang menyebutkan bahwa UU No. 1 tahun 1946 berlaku untuk seluruh wilayah Indonesia. Dengan demikian sejak saat itu seluruh wilayah Indonesia berlaku *Wetboek van Strafrecht (WvS)*.

Upaya pembaharuan KUHP selanjutnya terlihat dengan adanya rekomendasi Seminar Hukum Nasional I tahun 1963 yang menyerukan agar rancangan kodifikasi hukum pidana nasional secepat mungkin diselesaikan, maka pada tahun 1964 dibicarakan konsep yang pertama. Konsep pertama tersebut diajukan oleh Departemen Kehakiman dengan judul Rancangan Undang-Undang tentang “Asas-Asas dan Dasar-Dasar Pokok Tata Hukum Pidana dan Hukum Pidana Indonesia.”⁷⁰ Adapun dalam Penjelasan Umum RUU tersebut sebagai berikut:

Walaupun Undang-Undang No. 1 Tahun 1946 telah berusaha untuk menyesuaikan peraturan-peraturan hukum pidana dengan suasana kemerdekaan, namun *pada hakekatnya asas-asas dan dasar-dasar tata hukum pidana*

⁶⁹ Loebby Loqman, *Delik Politik Di Indonesia*, In-Hill-Co, Jakarta, 1993, hlm.28.

⁷⁰ Moeljanto, *Atas Dasar atau Asas-Asas Apakah Hendaknya Hukum Pidana Kita Dibangun?*, Prasaran pada Kongres Persahi II, Surabaya, 15-19 Juli 1964, hal. 2-3 dalam Barda Nawawi Arief, *Beberapa Aspek Kebijakan dan Pengembangan Hukum Pidana*, Op-cit., hlm.101.

dan hukum pidana masih tetap dilandaskan pada ilmu hukum pidana dan praktek hukum pidana kolonial, yang mewajibkan adanya konkordansi dengan yang ada di negeri Belanda.

Mungkin disadarilah, bahwa Undang-Undang No. 1 Tahun 1946 adalah hukum peralihan yang mewajibkan, supaya asas-asas dan dasar-dasar yang lama diuji,, akan tetapi pengujian itu berjalan sangat lambat atau sama sekali tidak memuaskan. Hal ini mengakibatkan, bahwa pada hakekatnya asas-asas dan dasar-dasar tata hukum pidana dan hukum pidana kolonial masih tetap bertahan dengan selimut dan wajah Indonesia.

Seperti diketahui bahwa Konsep Rancangan yang pertama ini mendapat kritik yang tajam dan keras dari berbagai ahli hukum, khususnya **Moeljatno** seorang guru besar hukum pidana pada Universitas Gajah Mada saat itu. Kritik tersebut diungkapkan secara luas dalam makalah yang disampaikan pada Kongres PERSAHI (Persatuan Sarjana Hukum Indonesia) di Surabaya tahun 1964 dengan judul "Atas Dasar atau Asas-Asas Apakah Hukum Pidana Kita Dibangun?". Menurut Sudarto, karena kritik yang pedas dan tajam dari Moeljanto inilah, maka konsep tahun 1964 ini tidak pernah terdengar lagi.⁷¹

Masalah ini baru menjadi hangat kembali dibicarakan setelah Lembaga Pembinaan Hukum Nasional (LPHN) mengeluarkan Konsep Rancangan Buku I KUHP pada tahun 1968. Konsep Rancangan KUHP tahun 1968 ini, kemudian diperbaiki kembali oleh komisi yang bernama "Tim Peninjauan Kembali Rancangan KUHP Buku I" berdasarkan Surat Keputusan Menteri Kehakiman tanggal 17 April 1972. Peninjauan kembali yang

⁷¹ Sudarto, *Pembaharuan Hukum Pidana di Indonesia*, Simposium Pembaharuan Hukum Pidana Nasional 1983, Binacipta, Jakarta, 1986, hlm. 32.

dilakukan oleh tim ini berhasil diselesaikan dalam waktu satu tahun, sehingga Konsep Rancangan KUHP Buku I tersebut dapat diwujudkan pada tahun 1972 tu juga. Karena itu konsep Rancangan ini biasa dikenal dengan “Konsep Rancangan Buku I KUHP tahun 1971/1972.”⁷²

Konsep Rancangan KUHP 1971/1972 itu, direvisi lagi menjadi Konsep Rancangan yang dikeluarkan secara stensilan oleh LPHN pada tahun 1975. Konsep ini selanjutnya direvisi lagi oleh tim Pengkajian Bidang Hukum Badan Pembinaan Hukum Nasional (BPHN) yang sebelumnya bernama Lembaga Pembinaan Hukum Nasional (LPHN) pada tahun 1982. Konsep ini dikenal dengan sebutan Konsep 1982/1983, yang kemudian mengalami beberapa kali perubahan lagi sehingga menjadi Konsep 1987/1988, dan kemudian terbit Konsep 1991/1992, Konsep inipun belum final dan terus-menerus masih dilakukan pengkajian sehingga keluar Konsep 1999/2000 yang diterbitkan oleh Departemen Hukum dan Perundang-Undangan, selanjutnya terjadi perubahan lagi sehingga menjadi Konsep tahun 2005/2006, namun hingga sekarang belum ada pembahasan oleh DPR mengenai Konsep KUHP tersebut sehingga bangsa Indonesia belum dapat dikatakan mempunyai KUHP yang produk bangsanya sendiri.

Yang menarik dari usaha pembaharuan KUHP tersebut di atas adalah, bagaimana melakukan perubahan dalam arti meninjau kembali hukum pidana Indonesia yang selama ini masih berpijak

⁷² Stensilan LPHN 1975, Dokumen Perpustakaan Banbinkumnas, Jakarta, dalam Jimly Asshiddiqie, *Pembaharuan Hukum Pidana Indonesia*, Angkasa, Bandung, 1977, hlm.3.

pada asas-asas dan dasar-dasar filosofis jaman kolonial Belanda ke arah tata hukum pidana hukum pidana Indonesia berdasarkan asas-asas dan dasar-dasar filosofi Pancasila, karena menurut Jimly Asshidiqie⁷³ sistem hukum di Indonesia sangat dipengaruhi oleh pemikiran hukum barat, tetapi falsafah hukum dan budaya hukum Indonesia menuntut watak hukum yang berbeda dari watak hukum barat.

Dinyatakan oleh Jimly Asshidiqie⁷⁴ bahwa perumusan ketentuan dalam KUHP baru itu seyogyanya merupakan produk kesadaran hukum masyarakat Indonesia sendiri, atau paling tidak merupakan perumusan yang dekat dengan kesadaran hukum masyarakat Indonesia. Artinya perumusan ketentuan hukum baru itu jangan sampai semata-mata merupakan produk kesadaran hukum barat sebagaimana tampil dalam kenyataan KUHP yang merupakan warisan penjajahan Belanda di Indonesia.

Dalam kaitan dengan hal di atas Teuku Mohammad Radie mengemukakan bahwa hukum nasional yang hendak kita ciptakan sebagai kerangka landasan kehidupan bangsa kita, dengan sendirinya disamping harus didasarkan atas pandangan hidup bangsa Pancasila dan ketentuan-ketentuan UUD 1945, harus pula disesuaikan dengan tuntutan kemajuan jaman.⁷⁵

Demikian juga pendapat Satjipto Rahardjo mengemukakan bahwa sehubungan dengan penerimaan Pancasila sebagai norma

⁷³ Ibid, hlm. 33.

⁷⁴ Ibid, hlm. 4.

⁷⁵ Teuku Mohammad Radie, *Pembangunan Hukum Nasional dalam Perspektif Kebijakan*, Dalam *Identitas Hukum Nasional*, Editor Artidjo Alkostar, Fakultas Hukum UII, Yogyakarta, 1997, hlm. 203.

dasar bagi tata hukum Indonesia, maka tidak jarang orang akan mengatakan bahwa Pancasila itulah yang menentukan mana yang bisa diterima oleh tata hukum Indonesia.⁷⁶

Lebih jelas disebutkan dalam *Grand Design* Politik dan Sistem Hukum Nasional 2008 dijumpai ketentuan-ketentuan tentang politik hukum yang dianut dalam usaha pembangunan hukum di Indonesia, yang disebutkan bahwa pembangunan dan pembinaan hukum dalam negara hukum Indonesia didasarkan atas Pancasila dan Undang-Undang Dasar NRI 1945. Hal tersebut mengandung makna bahwa hukum yang berlaku di Indonesia harus disusun sedemikian rupa, sehingga bernafaskan Pancasila dan sesuai dengan ketentuan dalam UUD 1945 termasuk di dalamnya pembaharuan hukum pidana.

Berdasarkan uraian di atas maka dapat disimpulkan bahwa pembangunan hukum termasuk di dalamnya pembangunan hukum pidana, harus diarahkan pada makin terwujudnya Sistem Hukum Nasional yang bersumber pada Pancasila dan UUD NRI 1945 sebagai dasar falsafah hidup bangsa Indonesia.

Pancasila sebagai landasan filosofis Pembangunan Sistem Hukum Nasional juga ditegaskan dalam Konvensi Hukum Nasional tentang UUD 1945 Sebagai Landasan Konstitusional *Grand Design* dan Politik Hukum Nasional, yang diselenggarakan di Jakarta pada tanggal 15 -16 Maret 2008, dalam kesimpulannya mengenai UUD NRI 1945 Sebagai Landasan Sistem dan Politik

⁷⁶ Satjipto Rahardjo, *Hukum dan Perubahan Sosial*, Alumni, Bandung, 1983, hlm. 124.

Hukum Nasional antara lain menyebutkan: “UUD NRI 1945 merupakan sumber hukum yang paling mendasar, hukum tertinggi yang mengandung nilai asas dan norma yang harus dipatuhi, dijunjung tinggi, dan dilaksanakan dalam setiap pengambilan keputusan dan/atau kebijakan hukum, baik oleh pemerintah, legislatif, dan badan-badan yudisial, serta rakyat pada umumnya. Oleh karena itu, di dalam sistem hukum nasional yang hendak dibangun dan pelaksanaannya dalam bentuk politik hukum nasional, harus tetap dijaga dan dipertahankan semangat dan nilai-nilai fundamental yang terkandung dalam dasar falsafah negara Pancasila yang termuat dalam Pembukaan UUD NRI 1945 dan seluruh batang tubuhnya sebagai landasan falsafah dan konstitusional negara”.

Selanjutnya dalam Kesimpulan mengenai *Grand Design* Sistem dan Politik Hukum Nasional disebutkan:

1. Pentingnya keberadaan suatu *Grand Design* Sistem dan Politik Hukum Nasional (GDSPHN) yang disusun dalam rangka pembangunan hukum nasional dan didasari landasan falsafah Pancasila dan konstitusi negara yaitu UUD NRI 1945.
2. GDSPHN merupakan sebuah design komprehensif yang menjadi pedoman bagi seluruh *stake holders* yang mencakup seluruh unsur dari mulai perencanaan, legislasi, diseminasi dan budaya hukum masyarakat.
3. Hal yang sangat penting dalam penyusunan *GDSPHN* selain secara konsisten berlandaskan kepada falsafah Pancasila dan

UUD NRI 1945 juga harus dilandasi komitmen dan konsistensi penerapan asas-asas hukum umum (*General Principles of Law*) yang merupakan refleksi jati diri bangsa dan kepentingan nasional dengan tetap merespon secara proporsional fenomena globalisasi dan perkembangan hubungan internasional.

4. Salah satu pilar GDSPHN adalah prinsip bahwa hukum mengabdikan pada kepentingan bangsa untuk memajukan negara dan menjadi pilar demokrasi dan tercapainya kesejahteraan rakyat. Oleh karena itu produk hukum yang dihasilkan adalah hukum yang konsisten dengan falsafah negara, mengalir dari landasan konstitusi UUD 1945 dan secara sosiologis menjadi sarana untuk tercapainya keadilan dan ketertiban masyarakat.
5. Persoalan mendasar terkait GDSPHN, adalah bagaimana membuat struktur sistem hukum (*legal system*) yang kondusif bagi keberagaman sub-sistem, keberagaman substansi, pengembangan bidang-bidang hukum yang dibutuhkan masyarakat, juga kondusif bagi tercapainya kesadaran hukum masyarakat dan kebebasan untuk melaksanakan hak-hak dan kewajiban-kewajiban sesuai dengan aturan yang berlaku. Tegasnya harus ada kebijakan hukum (*legal policy*) yang jelas untuk menciptakan kondisi di atas.
6. Sistem hukum dan konstitusi harus dapat merespon dinamika dan tantangan zaman dan kehidupan bernegara yang bertumpu pada konsensus reformasi. Produk hukum yang dihasilkan harus mencerminkan aspek filosofis, sosiologis dan historis,

sehingga kehidupan bangsa dan negara harus berkesinambungan.

Selain hal di atas pentingnya implementasi Pancasila sebagai landasan filosofis dalam politik hukum nasional juga tercantum dalam Rekomendasi Konvensi Hukum Nasional tahun 2008, antara lain menyatakan bahwa “prinsip dan norma konstitusi harus diimplementasikan ke dalam berbagai peraturan perundang-undangan dan kebijakan sehingga perlu disusun *Grand Design* dan Politik Hukum Nasional dengan landasan UUD NRI 1945 sebagai landasan konstitusional dan Pancasila sebagai landasan filosofisnya”.

Harapan terbentuknya Sistem Hukum Pidana Nasional dalam kerangka ideologi Pancasila juga menjadi perhatian dalam seminar-seminar hukum nasional. Posisi Pancasila sebagai dasar filosofi pembangunan sistem hukum nasional terlihat pada rekomendasi berbagai seminar hukum nasional yaitu⁷⁷:

1. Seminar Hukum Nasional I Tahun 1963:

Pokok-pokok Ajaran Hukum Indonesia dan Bentuk Hukum Nasional: Dasar pokok hukum nasional Republik Indonesia adalah Pancasila;

2. Seminar Hukum Nasional II Tahun 1968:

UUD 1945 hanyalah boleh dilaksanakan atas dasar Pancasila. Pelaksanaan UUD 1945 yang berlawanan dengan semangat dan jiwa Pancasila berarti manipulasi konstitusi dan pengkhianatan terhadap Pancasila. Berhubung dengan itu diperlukan konsepsi

⁷⁷ Disarikan dari Barda Nawawi Arief, *Kumpulan Hasil Seminar Hukum Nasional Ke I-VIII dan Konvensi Hukum Nasional 2008 tentang UUD 1945 sebagai Landasan Konstitusional Grand Design Sistem dan Politik Hukum Nasional*, Pustaka Magister Semarang, 2008.

pelaksanaan Pancasila dalam segala bidang kehidupan (politik, hukum, ekonomi, sosial, budaya).

3. Seminar Hukum Nasional III Tahun 1974:

Dasar Pembinaan Hukum Nasional adalah Pancasila, Undang-Undang Dasar 1945 dan Garis-Garis Besar Haluan Negara.

4. Seminar Hukum Nasional IV Tahun 1979:

B. Sistem Hukum Nasional

1. Pencerminan nilai-nilai Pancasila dalam perundang-undangan.

- a. Pancasila yang mengandung nilai-nilai kejiwaan bangsa Indonesia merupakan dasar tertib hukum Indonesia, pedoman dan penunjuk arah perkembangannya dengan sistem yang terbuka dan adalah batu ujian mengenai kepatutan dan perundang-undangan.
- b. Dalam menyusun undang-undang, pembentuk undang-undang perlu dengan tepat menunjukkan nilai-nilai Pancasila, yang mendasari ketentuan undang-undang itu. Dengan demikian peraturan-peraturan hukum merupakan pelaksanaan undang-undang itu tidak boleh mengandung hal-hal yang bertentangan dengan Pancasila.
- c. Pencerminan nilai-nilai Pancasila di dalam perundang-undangan merupakan hakekat pembentukan sistem hukum nasional.

5. Seminar Hukum Nasional V Tahun 1990

Mukaddimah Hasil Seminar :

2. Dalam Repelita V dengan tegas dinyatakan bahwa perlu dimantapkan lagi kerangka landasan hukum serta asas-asas tata hukum nasional Indonesia yang berjiwakan Pancasila dan Undang-Undang Dasar 1945 yang telah diletakkan dalam Repelita IV

Saran Hasil Perumusan Sidang Kelompok V C :

- pada akhir Repelita VI sudah harus tersusun pola pikir dan kerangka sistem hukum nasional berdasarkan Pancasila dan UUD 1945.

6. Seminar Hukum Nasional VI Tahun 1994:

- Sistem Hukum Nasional yang juga merupakan sistem Hukum Pancasila harus merupakan penjabaran dari seluruh sila-sila Pancasila secara keseluruhan.
- Hukum suatu bangsa bersifat "Bangsa Sentris" oleh karena itu wajar bilamana bangsa Indonesia mengajarkan "Sistem hukum pancasila" (SHP) untuk menggambarkan karakteristiknya.
- Perlu untuk dikembangkan gagasan mengenai kualitas pemberian keadilan (*the dispensation of justice*) yang lebih cocok dengan sistem hukum Pancasila.
- Pengembangan Sistem Hukum Pancasila tidak hanya memerlukan dukungan dari pemerintah yang bersih dan berwibawa tetapi juga oleh pemerintah yang "baik hati" yang didasarkan pada supremasi moral.

Rekomendasi Khusus.

1. Kedudukan Pancasila sebagai sumber dari segala sumber Hukum, perlu dimasyarakatkan dan dilestarikan.

Rekomendasi berbagai seminar hukum nasional tersebut tentu bukan hanya statement tanpa makna tetapi yang lebih utama adalah mengimplementasikan dan mengintegrasikannya dalam setiap produk perundang-undangan yang ada sehingga dapat diaplikasikan dalam proses penegakan hukum di Indonesia.

B. EKSISTENSI NILAI-NILAI HUKUM AGAMA DALAM PEMBANGUNAN HUKUM DI INDONESIA

Indonesia sebagai sebuah negara yang telah merdeka selama lebih dari 64 tahun terus berusaha untuk dapat mewujudkan cita-cita kehidupan yang aman, tentram, adil dan makmur berdasarkan atas hukum yang berkedaulatan rakyat. Namun, dalam perjalanan bangsa Indonesia upaya untuk mewujudkan prinsip supremasi hukum dapat dinilai kurang memuaskan karena di era reformasi dan

globalisasi seperti sekarang ini bangsa Indonesia justru mengalami krisis di berbagai bidang dan ternyata hukum tidak mampu menghadapi keadaan ini.

Kegagalan hukum dalam mengatasi permasalahan yang menimpa bangsa ini antara lain disebabkan karena hukum yang berlaku di negara kita tidak bersumber dari nilai-nilai yang telah berurat-berakar hidup dan berkembang dalam masyarakat Indonesia sendiri, akan tetapi justru mengadopsi hukum-hukum yang bersumber dari bangsa asing dengan segala nilai-nilai yang melatarbelakanginya.

Nilai-nilai yang hidup dan berkembang dalam masyarakat yang berupa hukum adat maupun hukum agama, merupakan nilai-nilai yang telah diyakini dan berlaku sejak sebelum masa penjajahan Belanda, dan eksistensinya masih tetap diakui sampai saat ini.

Oleh sebab itu penerapan hukum yang bersumber dari hukum asing apalagi bangsa penjajah yang mempunyai sifat individualistik, liberalistik di dalam masyarakat Indonesia kurang selaras dengan kondisi masyarakat Indonesia yang lebih religius, monodualistik, dan kolektivistik.

Indikasi kegagalan penegakan hukum terutama karena penerapan hukum pidana yang telah usang dan ketinggalan jaman telah disinyalir oleh P.A.F. Lamintang dan Djisman Samosir dalam sebuah bukunya mengemukakan bahwa:⁷⁸

KUHP yang hingga kini dipergunakan oleh para penegak hukum, hampir semuanya merupakan KUHP yang “telah ketinggalan zaman”, sehingga di dalam penggunaannya

⁷⁸ P.A.F. Lamintang dan Djisman Samosir, *Hukum Pidana Indonesia*, Sinar Baru, Bandung, 1983, hlm. v.

bukan tidak mungkin akan dapat menjadi hambatan di dalam usaha mereka untuk menegakkan hukum dan bukan tidak mungkin pula, bahwa penggunaan KUHP yang telah ketinggalan zaman tersebut akan mengarah kepada penerapan hukum secara salah pula, yang pada akhirnya akan dapat menurunkan wibawa dari para penegak hukum itu sendiri.

Roeslan Saleh menyatakan bahwa keragu-raguan masyarakat terhadap hukum pidana menjadi semakin besar sehubungan dengan praktek penyelenggaraan hukum pidana yang terlalu normatif-sistematis. Dengan pendekatan yang demikian maka banyak bagian-bagian dari informasi-informasi mengenai kenyataan yang berkaitan dan berhubungan satu sama lain dengan perbuatan pidana seseorang, dengan pelaku tindak pidana, dan dengan masyarakat sendiri, telah dikesampingkan oleh penegak hukum pidana, sehingga menimbulkan keresahan.⁷⁹

Ketidakpuasan dan keprihatinan terhadap sistem dan kebijakan hukum yang ada di berbagai negara juga menjadi perhatian internasional, seperti terlihat pada Kongres Perserikatan Bangsa-Bangsa ke V tahun 1975 mengenai "*The Prevention of Crime and The Treatment of Offenders*", yang membicarakan perlunya perubahan terhadap sistem hukum pidana yang sudah ketinggalan jaman dan tidak sesuai dengan kenyataan ("*outmoded and unreal*"), sebab tidak berakar pada nilai-nilai budaya masyarakat, menurut kongres:

Sistem hukum pidana yang ada selama ini di beberapa negara, yang sering berasal dari (diimpor) dari hukum asing semasa jaman kolonial, pada umumnya telah usang dan tidak adil (*absolote and unjust*) serta sudah ketinggalan jaman dan tidak sesuai dengan kenyataan

⁷⁹ Roeslan Saleh, *Suatu Reorientasi dalam Hukum Pidana*, Aksara Baru, Jakarta, 1978, hlm. 12-13.

(outmoded and unreal) karena tidak berakar pada nilai-nilai budaya dan bahkan ada deksrepansi dengan aspirasi masyarakat serta tidak responsif terhadap kebutuhan sosial masa kini.⁸⁰

Adanya kecenderungan internasional itu menunjukkan adanya semacam “krisis kepercayaan” terhadap sistem hukum yang berlaku di berbagai negara, sehingga berusaha untuk “menoleh” ke sistem hukum lain. Nampaknya ada kecenderungan untuk “menoleh”, “mengkaji” dan “menggali” sistem hukum atau keluarga hukum (*law family*) yang bersumber pada hukum tradisional dan hukum agama. Dalam Konggres Internasional ke-10 mengenai Kriminologi (10th *International Congress on Criminology*) pada tanggal 4-9 September 1988 di Hamburg misalnya, ditampilkan pembicara dari Arab Saudi dan dari Cina. Dari Arab Saudi (Riyad), pembicara M. Aref menyajikan tentang “*Criminality and Crime Prevention in Developing Countries*” yang antara lain mengemukakan tentang “*Islamic Perspective for Crime Prevention*”; dan pembicara M. Zeid (Riyad) menyajikan tentang “*Crisis of Penal Sanction in Contemporary Societies*” yang di dalamnya antara lain mengemukakan tentang “*Revitalization of Islamic Societies*”. Selanjutnya pembicara Xiang Guo (dari Beijing, Cina) membicarakan tentang “*The Present Violent and Preventive Strategis in China*”.⁸¹

⁸⁰ Sixth Un Congress on the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders, New York, Department of International Economic and Social Affairs, United Nations, 1981, hal. 42 dalam Barda Nawawi Arief, *Beberapa Aspek Kebijakan dan Pengembangan Hukum Pidana*, Op-cit., hlm. 107-108.

⁸¹ Dalam Barda Nawawi Arief, *Penggalian Hukum dalam Rangka Tujuan Pembangunan Nasional*, Makalah dalam Majalah Masalah-Masalah Hukum No. 9 tahun 1991, FH UNDIP, Semarang, hlm. 13.

Di era globalisasi seperti sekarang ini kita memang tidak menghindarkan diri dari penggunaan konsep-konsep dan asas yang berasal dari barat yang kini telah umum diterima di dunia (universal) bila bangsa Indonesia tidak hendak mengucilkan diri dari pergaulan dengan bangsa-bangsa lain. Sebaliknya tetap harus mempertahankan nilai-nilai dan asas-asas hukum yang telah ada dan berkembang dalam kehidupan bangsa sampai saat ini.

Oleh sebab itu nilai-nilai dan asas-asas hukum agama sebagai hukum yang hidup dalam masyarakat seyogyanya mendapat tempat di dalam pembangunan hukum di Indonesia. Jadi dapat dikatakan bahwa penggalian nilai-nilai hukum agama dalam hal ini agama Islam merupakan hal yang wajar dan bahkan bukan saja merupakan tuntutan nasional tetapi juga tuntutan Internasional.

Upaya penggalian nilai-nilai Islam penting karena sesungguhnya Islam sangat peduli pada upaya penanggulangan kejahatan dan bahwa prinsip-prinsip serta ketentuan hukum pidananya tidaklah tertinggal. Dan hal demikian menjadi tuntutan Internasional karena semakin rapatnya hubungan satu negara dengan negara lain di dunia ini, orang-orang di berbagai belahan bumi semakin merasa perlu untuk saling memahami budaya, sistem kehidupan, termasuk hukum dari bangsa-bangsa lain.⁸²

Mengenai transformasi hukum yang telah terjadi dalam masyarakat Indonesia sekurang-kurangnya melalui tiga cara yaitu: (1) transformasi melalui kebiasaan dan adat istiadat yang hidup turun-

⁸² Topo Santoso, *Menggagas Hukum Pidana Islam (Penerapan Syariah Islam dalam Konteks Modernitas)*, Asy Syamaamil, Bandung, 2000, hlm. 15.

temurun; (2) transformasi melalui revolusi politik yang berpuncak pada Proklamasi Kemerdekaan RI pada tanggal 17 Agustus 1945, dan (3) transformasi melalui pembangunan yang telah dan sedang di laksanakan.⁸³

Transformasi hukum pada tahap yang paling awal terjadi secara alamiah yang berkembang dari kebiasaan sehari-hari kemudian berkembang menjadi nilai-nilai kepatutan dan pada akhirnya menjadi hukum adat yang dipatuhi oleh masyarakat. Hukum demikian dengan sendirinya membentuk struktur dan kultur masyarakat yang bercorak kedaerahan yang diwarnai oleh nilai-nilai kekerabatan dan keyakinan masyarakat. Transformasi seperti ini terjadi pada masyarakat tradisional. Kemudian terjadi lagi transformasi setelah masuknya agama-agama Hindu, Budha, Islam, dan Kristen. Hal inilah sesungguhnya yang dikenal sebagai akar budaya yang telah digali oleh para pendiri negara menjadi falsafah Pancasila.⁸⁴

Upaya pembangunan hukum yang digali nilai-nilai yang hidup dalam masyarakat dalam rangka pembaharuan hukum pidana Indonesia juga dinyatakan oleh berbagai pakar hukum antara lain menurut Barda Nawawi Arief:

Sistem Hukum Nasional disamping hendaknya dapat menunjang pembangunan nasional dan kebutuhan pergaulan internasional, namun juga harus bersumber dan tidak mengabaikan nilai-nilai dan aspirasi yang hidup an berkembang di dalam masyarakat. Nilai-nilai hukum yang hidup di dalam masyarakat itu dapat bersumber atau digali dari nilai-nilai hukum adat dan nilai-nilai hukum agama.⁸⁵

⁸³ Barda Nawawi Arief, *Penggalian Hukum dalam Rangka Tujuan Pembangunan Nasional*, Op-cit., hlm. 51.

⁸⁴ *Ibid*

⁸⁵ Barda Nawawi Arief, *Beberapa Aspek Kebijakan dan Pengembangan Hukum Pidana*, Op-cit., hlm. 117.

Disebutkan pula oleh Laica Marzuki⁸⁶ dalam makalahnya yang disampaikan pada Seminar hukum Nasional VI, tentang Reformasi Hukum Menuju Masyarakat Madani bahwa unifikasi hukum nasional yang ideal adalah menyusun kodifikasi-kodifikasi hukum namun tetap memperhatikan pelbagai aturan hukum yang hidup dalam masyarakat.

Sejalan dengan pemikiran di atas Garis-Garis Besar Haluan Negara tahun 1993, disebutkan dalam Arah Pembangunan Jangka Panjang II antara lain:

perlu mempercepat proses dan memperbanyak kegiatan pembangunan hukum, agar terbentuk dan berfungsinya sistem hukum nasional yang mantap berdasarkan Pancasila dan Undang-Undang Dasar 1945 dengan memperhatikan *kemajemukan tatanan hukum yang berlaku*.

Laporan Simposium Pembaharuan Hukum Pidana Nasional tahun 1980 juga dinyatakan:

“Perlu dipikirkan kemungkinan memasukkan menjadi hukum positif/tertulis, bentuk-bentuk pidana hukum adat dan hukum agama serta hukum lain sepanjang dapat memenuhi unsur-unsur dari sifat pidana tersebut di atas (maksudnya; mengandung sifat kemanusiaan, edukatif dan keadilan).⁸⁷”

Hukum Islam sebagai salah satu hukum yang hidup dalam masyarakat dapat dijadikan sebagai salah satu dasar hukum atau sumber hukum dalam upaya pembangunan hukum di Indonesia.

⁸⁶ Laica Marzuki, *Masalah Kebhinekaan Sosial Budaya dalam Reformasi Hukum Nasional Menuju Masyarakat Madani*, Makalah disampaikan pada Seminar Hukum Nasional ke VII, Jakarta, 12-15 Oktober 1999, hlm. 13.

⁸⁷ Dalam Barda Nawawi Arief *Beberapa Aspek Kebijakan dan Pengembangan Hukum Pidana*, Op-cit., hlm. 122.

Disebutkan dalam terbitan Badan Pembinaan Hukum Nasional antara lain:

“..... secara konseptual dan mendasar perlu dilaksanakan transformasi Hukum Barat, Hukum Islam maupun Hukum Adat ke dalam Sistem Hukum Nasional, sehingga menjadi bagian yang utuh dan tidak terpisahkan dari Sistem Hukum Nasional kita yang berfilsafatkan Pancasila dan berdasarkan UUD NRI 1945”.⁸⁸

Sedangkan Saekan dan Erniati Effendi⁸⁹ menyatakan bahwa dalam kehidupan bangsa dan negara Indonesia, Agama Islam dan Hukum Islam tidak dapat ditinggalkan sama sekali, bahkan merupakan bagian integral dari sistem hukum nasional Indonesia.

Menurut Ichtiyanto⁹⁰, sebenarnya hukum Islam ada di dalam hukum nasional. Dalam teori “Eksistensi”-nya ia menyatakan bahwa:

1. Hukum Islam adalah bagian dari hukum nasional Indonesia;
2. Hukum Islam bersifat mandiri dalam arti, kekuatan dan wibawanya diakui oleh hukum nasional dan diberi status sebagai hukum nasional;
3. Norma hukum Islam (agama) berfungsi sebagai penyaring bahan-bahan hukum dan unsur utama hukum nasional Indonesia.

Sedangkan menurut Padmo Wahjono dalam sebuah bukunya diuraikan:

⁸⁸ Badan Pemidanaan Hukum Nasional, *Pola Pikir dan Kerangka Sistem Hukum Nasional*, Op-cit., hlm. 16.

⁸⁹ Saekan dan Erniati Effendi, *Sejarah Penyusunan Kompilasi Hukum Islam di Indonesia*, Arkola, Surabaya, 1997, hlm. 7.

⁹⁰ Ichtiyanto, dalam *Ensiklopedia Hukum Islam*, Jilid III, Op-cit., hlm. 713.

bahwa dalam rangka pembangunan hukum pada masa datang kaum muslimin perlu merumuskan asas-asas hukum Islam, kemudian menuangkannya sebanyak mungkin ke dalam hukum nasional. Dengan cara demikian pembudayaan hukum Islam tidak saja terjadi dibidang hukum perdata, khususnya hukum keluarga, tetapi juga di bidang lain, seperti hukum pidana, hukum tata negara, dan hukum administrasi negara. Dengan orientasi ini, hukum Islam akan benar-benar menjadi sumber hukum Nasional di samping Pancasila, tanpa menimbulkan anggapan bahwa hukum Islam adalah kuno.⁹¹

Selain hal di atas kedudukan hukum Islam menempati posisi penting sebagai sumber hukum dalam rangka pembaharuan hukum juga disebabkan karena secara sosiologis sebagian besar rakyat Indonesia adalah umat Islam. Sehingga dalam sistem perundang-undangan tidak boleh bertentangan dengan kesadaran hukum sebagian besar masyarakat, karena pada kenyataannya hukum Islam adalah merupakan hukum yang hidup dalam masyarakat Indonesia.

Menurut **Hazairin** bahwa dalam negara Republik Indonesia tidak boleh terjadi atau berlaku sesuatu yang bertentangan dengan kaidah-kaidah Islam bagi umat Islam atau bertentangan dengan kaidah-kaidah Kristiani bagi umat Kristen/Katolik atau bertentangan dengan kaidah-kaidah agama Hindu Bali bagi orang-orang Hindu Bali atau yang bertentangan dengan kesusilaan agama Budha bagi orang-orang Budha.⁹²

Sejalan dengan pendapat di atas Yusril Ihza Mahendra dalam tulisannya berjudul "Sumbangan ajaran Islam bagi

⁹¹ Padmo Wahjono, *Budaya Hukum Islam dalam Perspektif Pembentukan Hukum di Masa Datang*, Dalam Amir Mu'allim dan Yusdani, *Konfigurasi Pemikiran Hukum Islam*, UII Press, Yogyakarta, 1999, hal. 83.

⁹² Hazairin, *Demokrasi Pancasila*, Bina Aksara, Jakarta, 1985, hlm. 34.

Pembangunan Hukum Nasional di Era Pembangunan Jangka Panjang

II” mengemukakan:⁹³

Negara Republik Indonesia adalah negara yang berpenduduk Muslim terbesar di dunia. Menurut perhitungan statistik resmi yang dikeluarkan pemerintah, 88,7 persen penduduk Indonesia adalah Muslim. Terlepas dari persoalan sejauhmana ketaatan setiap individu terhadap ajaran-ajaran agama yang dipeluknya, jumlah kaum Muslim yang dominan di negara ini sedikit banyak akan berpengaruh terhadap kesadaran hukum mereka. Karena itu secara empiris tidaklah berlebihan kiranya jika dikatakan bahwa hukum Islam di Indonesia adalah “hukum yang hidup” (*the living law*), meskipun secara resmi dalam aspek-aspek pengaturan tertentu ia tidak atau belum dijadikan kaidah hukum positif oleh negara.

Mengenai kedudukan hukum Islam disebutkan oleh Jimly Asshiddiqie:⁹⁴

bahwa kedudukan hukum Islam (hukum *figh*) itu sendiri di Indonesia, melibatkan kesadaran keagamaan mayoritas penduduk yang sedikit banyak berkaitan pula dengan masalah kesadaran hukum. Baik norma agama maupun norma hukum selalu sama-sama menuntut ketaatan. Apalagi jika norma hukum itu dibandingkan dengan aspek hukum dari norma agama itu, akan semakin jelaslah bahwa hubungan antara keduanya sangat erat satu sama lain. Keduanya sama-sama menuntut ketaatan dan kepatuhan dari warga masyarakatnya. Oleh karena itu, keduanya haruslah dikembangkan secara searah, tidak dibiarkan saling bertentangan seperti yang berkembang dalam kenyataan dewasa ini.

Selain alasan sosiologis disebutkan oleh Jimly Asshiddiqie⁹⁵ dilihat secara *filosofis-politis*, eratnya hubungan keduanya dapat dilihat dari perspektif Pancasila yang menurut doktrin ilmu hukum di Indonesia merupakan sumber dari segala sumber hukum. Di dalam Pancasila itu sendiri, agama mempunyai posisi yang sentral. Di

⁹³ Yusril Ihza Mahendra, *Sumbangan Ajaran Islam Bagi Pembangunan Hukum Nasional di Era Pembangunan Jangka Panjang II*, dalam 70 Tahun K.H. Ali Yafie, *Fiqh Sosial*, Wacana Baru, Jakarta, 1999, hlm. 3-4.

⁹⁴ Jimly Asshiddiqie, *Pembaharuan Hukum Pidana Indonesia*, Op-cit., hlm. 5.

⁹⁵ *Ibid*, hlm. 6.

dalamnya terkandung prinsip yang menempatkan agama dan Ketuhanan Yang Maha Esa dalam posisi yang pertama dan utama. Oleh karena itu, tidak dapat tidak, agama juga harus diakui mempunyai posisi yang penting dan utama dalam usaha pembaharuan hukum pidana.

Secara konstitusional, tersebut dalam Pasal 29 UUD NRI 1945 yang dinyatakan:

1. Negara berdasarkan atas ke-Tuhanan Yang Maha Esa.
2. Negara menjamin kemerdekaan tiap-tiap penduduk untuk memeluk agamanya masing-masing dan beribadat menurut agamanya dan kepercayaannya itu.

Apabila ditelusuri lebih jauh, pengakuan peran agama dalam hukum di Indonesia, juga dapat dilihat dalam berbagai rumusan lain dalam UUD NRI 1945, seperti misalnya dalam pembukaan UUD NRI 1945 alinea ketiga, sebagai berikut:

“Atas berkat Rahmat Allah Yang Maha Kuasa dan dengan didorong oleh keinginan luhur, supaya berkehidupan kebangsaan yang bebas, maka rakyat Indonesia menyatakan dengan ini kemerdekaannya”.

Hal lain juga dapat dilihat dalam Pasal 9 UUD NRI 1945, bahwa sumpah Presiden dan Wakil Presiden harus dimulai dengan ucapan “Demi Allah”. Mengenai hal ini artinya secara yuridis diakui bahwa prinsip keagamaan dan Ketuhanan Yang Maha Esa itu

mempunyai tempat yang utama dalam konstitusi yang merupakan sumber dari sistem hukum, termasuk juga hukum pidana.⁹⁶

Ide penggalan hukum adat/hukum tidak tertulis dalam pembangunan hukum di Indonesia, tertuang dan terlihat dengan adanya UU No.1 Drt. 1951, khususnya Pasal 5 (3) sub b yang menyatakan antara lain:

- *Bahwa suatu perbuatan yang menurut hukum yang hidup harus dianggap perbuatan pidana, akan tetapi tiada bandingannya dalam Kitab Hukum Pidana Sipil, maka dianggap diancam dengan hukuman yang tidak lebih dari tiga bulan penjara atau denda lima ratus rupiah, yaitu sebagai hukuman pengganti bilamana hukuman adat yang dijatuhkan tidak diikuti oleh pihak yang terhukum dan penggantian yang dimaksud dianggap sepadan oleh hakim dengan besar kesalahan terhukum;*
- *Bahwa suatu perbuatan yang menurut hukum yang hidup harus dianggap perbuatan pidana dan yang ada bandingannya dalam Kitab Hukum Pidana Sipil, maka dianggap diancam dengan hukuman yang sama dengan hukuman bandingannya yang paling mirip kepada perbuatan pidana itu.*⁹⁷

Pengakuan atas pemberian tempat kepada hukum yang hidup atau hukum tidak tertulis, bahkan ditegaskan pula dalam aturan yang bersifat umum, yaitu dalam:

⁹⁶ Ibid, hal. 7.

⁹⁷ Barda Nawawi Arief, *Perkembangan Asas-Asas Hukum Pidana Dalam Konsep KUHP (Perspektif Hukum Perbandingan Hukum Pidana)*, Makalah dalam Penataran Regional Hukum Pidana dan Kriminologi, UNDIP, April 2006, hlm.5.

- a. UU Kekuasaan Kehakiman 14/1970 (yang mencabut UU No. 19/1964) yang kemudian mengalami perubahan berdasar UU.No. 35/1999 menyatakan:
- Pasal 23 ayat (1): “segala putusan pengadilan selain harus memuat alasan-alasan dan dasar-dasar putusan itu, juga harus memuat pula pasal-pasal tertentu dari peraturan-peraturan yang bersangkutan atau *sumber hukum tidak tertulis*”.
 - Pasal 27 ayat (1) : “hakim sebagai penegak hukum dan keadilan, wajib menggali, mengikuti dan memahami *nilai-nilai hukum yang hidup*”.
- b. UU Kekuasaan Kehakiman No.4/2004 (yang mencabut UU No. 14/1970 jo. UU No. 35/1999)
- Pasal 25 ayat (1): “segala putusan pengadilan selain harus memuat alasan dan dasar putusan tersebut, memuat pula pasal tertentu dari peraturan yang bersangkutan atau *sumber hukum tidak tertulis* yang dijadikan dasar untuk mengadili.”.
 - Pasal 28 ayat (1) : “hakim wajib menggali, mengikuti dan *memahami nilai-nilai hukum dan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat*”.
- c. UU Kekuasaan Kehakiman No.48/2009 (yang mencabut UU No. 4/2004 jo.14/1970 jo. UU No. 35/1999)

- Pasal 5 (1) “Hakim dan hakim konstitusi wajib menggali, mengikuti, dan memahami nilai-nilai hukum dan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat”.
- Pasal 50 (1) “Putusan pengadilan selain harus memuat alasan dandasar putusan, juga memuat pasal tertentu dari peraturanperundang-undangan yang bersangkutan atau sumber hukum tak tertulis yang dijadikan dasar untuk mengadili”.

d. Pasal 18 B (2) UUD 1945 (Amandemen ke-4):

Negara mengakui dan menghormati kesatuan-kesatuan masyarakat hukum adat beserta hak-hak tradisionalnya sepanjang masih hidup dan sesuai dengan perkembangan masyarakat dan prinsip Negara Kesatuan Republik Indonesia, yang diatur dalam undang-undang.⁹⁸

Lebih jauh lagi dalam Pasal 4 ayat (1) UU. No. 4/2004 dan Pasal 2 ayat (1) UU.No.48/2009 tentang Kekuasaan Kehakiman, juga dinyatakan bahwa peradilan dilakukan demi keadilan berdasarkan ke-Tuhanan Yang Maha Esa. Artinya setiap keputusan yang diambil oleh hakim dalam proses peradilan (termasuk peradilan pidana), haruslah didasarkan kepada prinsip ke-Tuhanan Yang Maha Esa. Ditekannya unsur ke-Tuhanan itu, sehingga tidak dinyatakan “berdasarkan Pancasila”, adalah sejalan dengan pandangan bahwa prinsip keagamaan dan ke-Tuhanan Yang Maha Esa itu memang merupakan unsur yang utama dan bahkan sentral dalam Pancasila. Karena itu

⁹⁸ Ibid.

patut dipahami bahwa unsur keagamaan dan ke-Tuhanan Yang Maha Esa itu bersifat utama dan sentral dalam konteks hukum dan sistem hukum yang dewasa ini sedang diperbaharui di Indonesia (termasuk juga hukum agama).⁹⁹

Secara *konstitusional* terlihat dalam Pembukaan UUD NRI 1945 yang menyatakan bahwa negara “Berdasarkan Ketuhanan YME”, Pasal 29 Ayat (1) UUD NRI 1945 menyebutkan “Negara berdasar atas Ketuhanan Yang Maha Esa”, Pasal 3 ayat (2) UU No.4 Tahun 2004 dan Pasal 2 ayat (2) UU.No.48/2009 tentang Kekuasaan Kehakiman menyebutkan “Peradilan negara menerapkan dan menegakkan hukum dan keadilan berdasarkan Pancasila”.

Alasan lain adalah dilihat dari aspek *yuridis*, menurut Syadzali Mustofa hukum Islam telah dipraktekkan masyarakat Islam Indonesia terutama setelah berdirinya kesultanan-kesultanan di Indonesia antara lain: di Aceh, Riau, Sumatera barat, Palembang, Jambi Banten, Cirebon, Mataram, pontianak, Kotawaringin, banjarmasin, Kutai, makassar dll. Dan secara *historis* hukum Islam sejak sebelum dijajah telah ada lebih dahulu dan senantiasa eksis sampai sekarang dibandingkan dengan WvS yang berlaku sejak jaman penjajahan.¹⁰⁰

Selain hal di atas dari seminar-seminar Hukum Nasional yang dilakukan sarat dengan amanat nasional untuk melakukan pendekatan kultural dan religius antara lain:¹⁰¹

⁹⁹ Ibid, hlm. 7.

¹⁰⁰ Syadzali Mustofa, *Pengantar dan Asas-Asas Hukum Islam Indonesia*, Ramadani, Solo, 1990, hlm.12.

¹⁰¹ Disarikan dari Barda Nawawi Arief, *Kumpulan Hasil Seminar Hukum Nasional Ke-I-VIII dan Konvensi Hukum Nasional 2008*, Pustaka Magister Semarang, UNDIP, 2008.

1. Seminar Hukum Nasional I/1963

- Resolusi Butir IV :
- "Yang dipandang sebagai perbuatan jahat itu adalah perbuatan-perbuatan yang dirumuskan dalam KUHP
- Hal ini tidak menutup pintu bagi larangan perbuatan-perbuatan menurut Hukum Adat yang hidup dan tidak menghambat pembentukan masyarakat yang dicita-citakan....".
- Resolusi Butir VIII :
- "Unsur-unsur Hukum Agama dan Hukum Adat dijalinkan dalam KUHP".

2. Kesimpulan Komisi I Simposium "Pengaruh Kebudayaan/Agama Terhadap Hukum Pidana Khusus ", 1975

1. Dalam melaksanakan pembaharuan Hukum Pidana di samping memperhatikan tuntutan modernisasi supaya diperhitungkan pula pengaruh kebudayaan dan agama terhadap Hk Pidana yang sejalan dengan politik kriminal Nasional.
2. Landasan idiil pembaharuan Hukum Pidana adalah Pancasila, UUD 45, TAP MPR.
3. Dalam memperhitungkan pengaruh-pengaruh kebudayaan dan agama dalam penciptaan Hukum Pidana, diperlukan pembentukan delik-delik agama dan delik-delik yang ada hubungannya dengan agama serta delik adat ... Landasan hukum untuk penuntutan dan ppidanaan perbuatan yang tidak dirumuskan dalam undang-undang tetapi tidak dikehendaki oleh agama atau adat yang hidup dalam masyarakat adalah asas : “

tidak seorang karena perbuatannya dapat dituntut pidana atau dipidana kecuali berdasarkan hukum yang ada pada saat perbuatan itu dilakukan”.

4. Dalam menetapkan delik-delik susila supaya diperhatikan faktor-faktor agama, adat serta modernisasi dan dalam penerapannya diperhitungkan nilai-nilai umum yang berlaku dalam masyarakat.
5. Azas dan tujuan pidanaaan tidak hanya bersifat prefensi umum & khusus tetapi juga mengembalikan keseimbangan tertib sosial.

3. Kesimpulan Komisi II Simposium “Pengaruh Kebudayaan/ Agama Terhadap Hukum Pidana Khusus “ di Denpasar, 1975 (Evaluasi Hasil Penelitian)

- Pengaruh/unsur agama memegang peranan dalam menentukan norma-norma Hukum Pidana;
- antara norma adat dan agama tidak dapat dibedakan di dalam delik adat;
- norma agama/adat dalam kenyataannya sudah bersatu dengan putusan hakim sehari-hari;
- pengaruh agama di beberapa daerah telah menjelma menjadi kesadaran hukum rakyat;

4. Seminar Hukum Nasional Ke IV Tahun 1979

- Laporan sub B.II mengenai "Sistem Hukum Nasional" :
Sistem Hukum Nasional harus sesuai dengan kebutuhan dan kesadaran hukum rakyat Indonesia.

-Hukum Nasional sejauh mungkin diusahakan dalam bentuk tertulis. Di samping itu hukum yang tidak tertulis tetap merupakan bagian dari Hukum Nasional.
-, Hukum Nasional dibina ke arah unifikasi dengan memperhatikan kesadaran hukum masyarakat.

5. Simposium Pembaharuan Hukum Pidana Nasional 1980

- Laporan (angka II) Simposium Pembaharuan Hukum Pidana Nasional 1980 :
- Usaha pembaharuan hukum pidana agar didasarkan pada Politik Hukum Pidana dan Politik Kriminal yang mencerminkan aspirasi nasional
- Dalam hubungan ini maka proses pembaharuan tersebut haruslah melalui penelitian dan pengkajian yang mendalam tentang :
 - 1.5.1.
 - 1.5.2. hukum pidana adat dan agama yang hidup dalam masyarakat Indonesia, serta
 -

6. Simposium Pembaharuan Hukum Pidana Nasional 1980

- Kriminalisasi dan dekriminialisasi harus sesuai dengan politik kriminal bangsa Indonesia, yaitu sejauh mana perbuatan tersebut:
- bertentangan dengan nilai-nilai fundamental dalam masyarakat dan

- oleh masyarakat dianggap patut atau tidak patut dihukum dalam rangka menyelenggarakan kesejahteraan masyarakat.

7. Seminar Pembangunan Hukum Nasional ke VIII / 2003

- Menjadikan ajaran agama sebagai sumber motivasi, sumber inspirasi, dan sumber evaluasi yang kreatif dalam membangun insan hukum yang berakhlak mulia,
- sehingga wajib dikembangkan upaya-upaya konkret dalam muatan kebijakan pembangunan hukum nasional yang dapat:
 - memperkuat landasan budaya keagamaan
 - memfasilitasi perkembangan keberagaman
 - mencegah konflik sosial antar umat beragama.

Wacana kultural-religius juga terlihat dari Hasil Pertemuan Internasional (Kongres PBB), yang intinya menghimbau dilakukan pendekatan filosofik/kultural, pendekatan moral religius, pendekatan humanis, yang diintegrasikan ke dalam pendekatan rasional yang berorientasi pada kebijakan (*"policy oriented approach"*), seperti disarikan sebagai berikut:¹⁰²

INTI "*statement*" Kongres PBB:

1. perlu ada harmonisasi/sinkronisasi/konsistensi pembangunan/ pembaharuan hukum nasional dengan nilai-nilai atau aspirasi sosio-filosofik dan sosio-kultural.
2. Sistem hukum yang tidak berakar pada nilai-nilai budaya dan bahkan ada "diskrepansi" dengan aspirasi masyarakat, merupakan

¹⁰² Barda Nawawi Arief, Makalah pada Matrikulasi Program Doktor Ilmu Hukum UNDIP, Semarang,.2008.

faktor kontribusi untuk terjadinya kejahatan (*"a contributing factor to the increase of crime"*).

3. kebijakan pembangunan yang mengabaikan nilai-nilai moral dan kultural, dapat menjadi faktor kriminogen.
4. ketiadaan konsistensi antara undang-undang dengan kenyataan merupakan faktor kriminogen;
5. semakin jauh UU bergeser dari perasaan dan nilai-nilai yang hidup di dalam masyarakat, semakin besar ketidakpercayaan akan keefektifan sistem hukum .

1. Laporan Kongres ke V (1975)

- *".... it was necessary, in the long term, to rethink the whole of criminal policy in a spirit of rationalization, planning and democratization. the criminal justice system should be transformed so as to be more responsive to contemporary social necessities, the aspirations of the whole population and the demands of a scientific evaluation of needs and means in preventing and containing criminality"* (halaman 20);
- *"It was important that traditional forms of primary social control should be revived and developed"* (halaman 24).

2. Laporan Kongres ke VI (1980)

- *"... development (berarti termasuk pembangunan di bidang hukum, pen.) was not criminogenic per se, but could become such if it was not rationally planned, disregarded cultural and moral values, and did not include integrated social defence strategies"* (halaman 42);

- "... the importation of foreign cultural patterns which did not harmonize with the indigenous culture had had a criminogenic effect" (halaman 42);
- Often, lack of consistency between laws and reality was criminogenic; the farther the law was removed from the feeling and the values shared by the community, the greater was the lack of confidence and trust in the efficacy of the legal system (p. 45).

3. Pertimbangan Resolusi No. 3 Kongres ke-6 tahun 1980 ("*Effective measures to prevent Crime*")

- bahwa pencegahan kejahatan bergantung pada pribadi manusia itu sendiri (*that crime prevention is dependent on man him self*);
 - bahwa strategi pencegahan kejahatan harus didasarkan pada usaha membangkitkan semangat atau jiwa manusia dan usaha memperkuat kembali keyakinan akan kemampuannya untuk berbuat baik;
 - (*that crime prevention strategies should be based on exalting the spirit of man and reinforcing his faith in his ability to do good*);

4. Laporan Kongres ke VII (1985)

- "*Crime prevention and criminal justice should not be treated as isolated problems to be tackled by simplistic, fragmentary methods, but rather as complex and wide-ranging activities requiring systematic strategies and differentiated approaches in*

relation to : The socio-economic, political and cultural context and circumstances of the society in which they are applied; The developmental stage,; The respective traditions and customs, making maximum and effective use of human indigenous options". (laporan hlm 10);

- *"The conflicts existing in many countries between indigenous and traditions for the solution of socio-legal problems and the frequently imported or super-imposed foreign legislation and codes should be reviewed with a view to assuring that official norms appropriately reflect current societal values and structures" (halaman 13);*
- *"When new crime prevention measures are introduced, necessary precautions should be taken not to disrupt the smooth and effective functioning of traditional systems, full attention being paid to the preservation of cultural identities and the protection of human rights" (halaman 14).*

INTI "*statement*" Kongres PBB:

- 1 perlu ada harmonisasi/sinkronisasi/konsistensi pembangunan/ pembaharuan hukum nasional dengan nilai-nilai atau aspirasi sosio-filosofik dan sosio-kultural.
2. Sistem hukum yang tidak berakar pada nilai-nilai budaya dan bahkan ada "diskrepansi" dengan aspirasi masyarakat, merupakan faktor kontribusi untuk terjadinya kejahatan (*"a contributing factor to the increase of crime"*).

3. kebijakan pembangunan yang mengabaikan nilai-nilai moral dan kultural, dapat menjadi faktor kriminogen.
4. ketiadaan konsistensi antara undang-undang dengan kenyataan merupakan faktor kriminogen;
5. semakin jauh UU bergeser dari perasaan dan nilai-nilai yang hidup di dalam masyarakat, semakin besar ketidakpercayaan akan keefektifan sistem hukum .

Berdasarkan penjelasan di atas maka pendekatan wacana kultural religius dalam pembangunan sistem hukum nasional bukan hanya menjadi amanat nasional juga menjadi tantangan Internasional, oleh sebab itu secara konseptual dan mendasar penggalian hukum agama dalam hal ini hukum Islam adalah suatu hal yang wajar karena pembangunan sistem hukum nasional harus berlandaskan nilai-nilai filosofi Pancasila yang di dalamnya terdapat keseimbangan nilai-nilai Ketuhanan Yang Maha Esa.

Maka jalan terbaik yang dapat ditempuh ialah mengusahakan secara ilmiah adanya transformasi norma-norma hukum Islam kedalam hukum nasional, sepanjang ia sesuai dengan Pancasila dan UUD NRI 1945, karena cukup banyak asas-asas yang bersifat universal terkandung dalam hukum Islam yang dapat digunakan dalam penyusunan hukum nasional termasuk dalam upaya Rekonstruksi Sistem Hukum Pidana Nasional.

C. IDE INDIVIDUALISASI PIDANA DALAM KEBIJAKAN HUKUM PIDANA DI INDONESIA

Membahas hukum pidana dengan segala aspeknya (aspek-aspek sifat melawan hukum, kesalahan dan pidana), akan selalu menarik perhatian, berhubung dengan sifat dan fungsinya yang istimewa. Sering dikatakan bahwa hukum pidana memotong dagingnya sendiri¹⁰³ serta mempunyai fungsi ganda yakni yang primer sebagai sarana penanggulangan kejahatan yang rasional (sebagai bagian politik kriminal) dan yang sekunder sebagai sarana pengaturan tentang kontrol sosial sebagaimana dilaksanakan secara spontan atau secara dibuat oleh negara dengan alat perlengkapannya.¹⁰⁴

Sudarto berpendapat bahwa yang dimaksud dengan pidana ialah penderitaan yang sengaja dibebankan kepada orang yang melakukan perbuatan yang memenuhi syarat-syarat tertentu, sedangkan Roeslan Saleh menyatakan bahwa pidana adalah reaksi atas delik dan ini berujud suatu nestapa yang dengan sengaja ditimpakan negara kepada pembuat delik itu.¹⁰⁵

Jadi hakekat pidana merupakan suatu pengenaan penderitaan atau nestapa atau akibat-akibat lain yang tidak menyenangkan, oleh sebab itu Barda Nawawi Arief dalam sebuah makalahnya menyatakan:

Salah satu aspek hukum pidana yang menarik dibandingkan dengan bidang hukum lainnya, bahwa hukum pidana mengandung sifat kontradiktif, dualistik,

¹⁰³ Van Bemmelen, Dalam Muladi, *Lembaga Pidana Bersyarat*, Alumni, Bandung, 1992, hlm. 15.

¹⁰⁴ Sudarto, dalam Muladi, *Ibid*, hlm. 15-16.

¹⁰⁵ Dalam Muladi dan Barda Nawawi Arief, *Teori-Teori dan Kebijakan Pidana*, Op-cit., hlm 2.

atau paradoksal. Di satu pihak hukum pidana bermaksud melindungi kepentingan/benda hukum dan hak asasi manusia dengan merumuskan norma-norma perbuatan yang terlarang, namun di lain pihak hukum pidana menyerang kepentingan hukum/HAM seseorang dengan mengenakan sanksi (pidana/tindakan) kepada si pelanggar norma. Sifat paradoksal dari hukum pidana ini sering digambarkan dengan ungkapan yang sangat terkenal: "*Rechts guterschutz durch Rechtsguterverletzung*" ("perlindungan benda hukum melalui penyerangan benda hukum"). Oleh karena itu sering dikatakan, bahwa ada sesuatu yang menyedihkan ("tragik") dalam hukum pidana, sehingga hukum pidana sering dinyatakan pula sebagai "pedang bermata dua".¹⁰⁶

Karena hukum pidana mengandung sifat yang kontradiktif, dualistik dan paradoksal maka apabila hukum pidana akan digunakan sebagai sarana untuk menanggulangi kejahatan pendekatan humanistik harus diperhatikan. Hal ini penting tidak hanya karena kejahatan itu pada hakekatnya merupakan masalah kemanusiaan, tetapi juga karena pada hakekatnya pidana itu sendiri mengandung unsur penderitaan yang dapat menyerang kepentingan atau nilai yang paling berharga bagi kehidupan manusia.¹⁰⁷

Pendekatan humanistik dalam penggunaan sanksi pidana, tidak hanya berarti bahwa pidana yang dikenakan kepada si pelanggar harus sesuai dengan nilai-nilai kemanusiaan yang beradab; tetapi juga harus dapat membangkitkan kesadaran si pelanggar akan nilai-nilai kemanusiaan dan nilai-nilai pergaulan hidup bermasyarakat.¹⁰⁸

Pendekatan yang berorientasi pada nilai humanistik inilah yang menghendaki diperhatikannya prinsip individualisasi pidana

¹⁰⁶ Barda Nawawi Arief, *Perlindungan HAM dan Tindakan Kekerasan Dalam Penegakan Hukum Pidana*, Bahan Diskusi Panel RUU Kepolisian, 15 Juli 1997, FH. UNDIP, hlm. 1.

¹⁰⁷ Barda Nawawi Arief, *Kebijakan Legislatif Dalam Penanggulangan Kejahatan Dengan Pidana Penjara*, Op-cit., hlm. 45.

¹⁰⁸ *Ibid.*

dalam penggunaan sanksi pidana sebagai salah satu sarana penanggulangan kejahatan.

Prinsip individualisasi pidana bertolak dari pentingnya perlindungan individu dalam hal ini pelaku tindak pidana dalam sistem hukum pidana yang ada. Prinsip ini juga menjadi salah satu karakteristik aliran modern hukum pidana sebagai reaksi dari aliran klasik yang menghendaki hukum pidana yang berorientasi pada perbuatan (*daadstrafrecht*).

Mengenai ide individualisasi pidana menurut Sudarto dalam bukunya disebutkan bahwa menghendaki individualisasi pidana artinya dalam memberikan sanksi pidana selalu memperhatikan sifat-sifat dan keadaan-keadaan si pembuat.¹⁰⁹

Adapun beberapa karakteristik prinsip individualisasi pidana menurut Barda Nawawi Arief sebagai berikut:

- a. Pertanggungjawaban (pidana) bersifat pribadi/perorangan (asas personal);
- b. Pidana hanya diberikan kepada orang yang bersalah (asas culpabilitas: “tidak pidana tanpa kesalahan”);
- c. Pidana harus disesuaikan dengan karakteristik dan kondisi si pelaku; ini berarti harus ada kelonggaran/fleksibilitas bagi hakim dalam memilih sanksi pidana (jenis maupun berat ringannya sanksi) dan harus ada kemungkinan modifikasi pidana (perubahan/penyesuaian) dalam pelaksanaannya.¹¹⁰

¹⁰⁹ Sudarto, *Kapita Selekta Hukum Pidana*, Alumni, Bandung, 1981, hlm. 80.

¹¹⁰ Barda Nawawi Arief, *Bunga Rampai Kebijakan Hukum Pidana*, Op-cit., hlm.

Sehubungan dengan ide individualisasi pidana, Sheldon Glueck mengemukakan empat prinsip yang harus mendasari proses individualisasi pelaku kejahatan, yaitu:

1. *The treatment (sentence-imposing) feature of the proceedings must be sharply differentiated from the guilt finding phase;*
2. *The decision as to treatment must be made by a board or tribunal specially qualified in the interpretation and evaluation of psychiatric, psychological, and sociological data;*
3. *The treatment must be modifiable in the light of scientific reports of progress;*
4. *The right of the individual must be safeguarded against possible arbitrariness or other unlawful action on the part of the treatment tribunal.*¹¹¹

Sedangkan ide individualisasi pidana di Greenland seperti dikutip Barda Nawawi Arief antara lain diwujudkan dengan bertolak pada dua landasan/dasar (“cornerstone”), yaitu:

- (1) *“the elasticity of sentencing” (elastisitas pemidanaan);*
- (2) *“the alteration/annulment/revocation of sanction” (perubahan/pembatalan/pencabutan sanksi).*¹¹²

Mengenai pendekatan humanistik (pendekatan kemanusiaan/dari sisi individunya) dalam pembaharuan hukum pidana Sudarto mengemukakan:

Kalau membicarakan pidana, maka harus membicarakan orang yang melakukan kejahatan. Orang ini adalah seperti kita semua, tidak berbeda sedikitpun, kecuali bahwa ia

¹¹¹ Dalam Barda Nawawi Arief, *Bunga Rampai Kebijakan Hukum Pidana*, Op-cit., hlm. 44.
¹¹² *Ibid.*

telah melakukan perbuatan yang dilarang dan dinyatakan bersalah oleh hakim. Jadi pembaharuan hukum pidana tetap berkisar kepada manusia sehingga ia tidak boleh sekali-kali meninggalkan nilai-nilai kemanusiaan, ialah kasih sayang terhadap sesama manusia.¹¹³

Hal senada juga diungkapkan oleh Roeslan Saleh yang menyatakan bahwa dewasa ini orang telah semakin banyak menaruh perhatian terhadap manusia, perhatian yang semakin hari semakin mendalam, juga dalam bidang hukum pidana.¹¹⁴

Sedangkan mengenai pentingnya individualisasi pidana dalam pembaharuan hukum pidana Sir Rupert Cross menyatakan:

*“A change in the penal system can properly be described as an endeavour to achieve penal reform if it is aimed directly or indirectly at the rehabilitation of the offender, or if its object is to avoid, suspend or reduce punishment on humanitarian grounds.”*¹¹⁵

Jika melihat implementasi prinsip-prinsip individualisasi pidana di dalam hukum pidana Indonesia memang masih sangat terbatas, apalagi dalam pelaksanaannya, seperti pernyataan Roeslan Saleh: “. bahwa harus diakui kalau menunjuk pada ketentuan undang-undang yang berisikan asas-asas individualisasi adalah masih jauh dari yang diharapkan. Undang-undang hanya baru membuka kemungkinan-kemungkinan untuk individualisasi”.¹¹⁶

¹¹³ Sudarto, *Hukum Pidana dan Perkembangan Masyarakat*, Op-cit., hal. 102.

¹¹⁴ Roeslan Saleh, *Mengadili Adalah Proses yang Terjadi Antar Manusia dan Manusia*, Aksara Baru, Jakarta, 1993, hlm. 11.

¹¹⁵ Sir Rupert Cross dalam Barda Nawawi Arief, *Bunga Rampai Kebijakan Hukum Pidana*, Op-cit., hlm. 45.

¹¹⁶ Roeslan Saleh, Op.cit, hlm. 11.

Oleh sebab itu sangat relevan jika dalam pembaharuan hukum pidana nasional berorientasi pada ide individualisasi pidana sebagai konsekuensi pentingnya pendekatan kemanusiaan dalam setiap langkah kebijakan pembangunan nasional yang berlandaskan pada falsafah Pancasila dan di dalamnya terkandung sila kemanusiaan yang adil dan beradab.

Pentingnya individualisasi pidana dalam pembaharuan hukum di Indonesia seperti telah diuraikan di atas adalah sebagai reaksi terhadap aliran klasik yang lebih menitikberatkan pada perbuatan orang, yang kemudian muncul aliran modern hukum pidana yang menitikberatkan perhatiannya bukan saja kepada perbuatan tetapi juga pada orang/individunya.

Memang dalam sejarah perkembangan ilmu pengetahuan hukum pidana ada pertentangan tajam antara aliran klasik dan aliran modern dalam hal pemberian pidana, seperti pendapat Sudarto dalam bukunya menyatakan:

. aliran klasik dalam pemberian pidana melihat terutama kepada perbuatan yang dilakukan dan menghendaki pemberian pidana yang dijatuhkan seimbang dengan perbuatan tersebut, sedangkan aliran modern pertama-tama meninjau pada pembuatnya dan menghendaki individualisasi dari pidana, artinya dalam ppidanaan memperhatikan sifat-sifat dan keadaan si pembuat.¹¹⁷

Seperti diketahui aliran klasik terutama menghendaki hukum pidana yang tersusun sistematis dan menitikberatkan kepada kepastian hukum. Dengan pandangannya yang indetermenistis

¹¹⁷ Sudarto, *Kapita Selekta Hukum Pidana*, Op-cit., hlm. 80

mengenai kebebasan kehendak manusia, aliran ini menitikberatkan kepada perbuatan dan tidak kepada orang yang melakukan tindak pidana. Perumusan undang-undang dan perbuatan yang melawan hukum merupakan titik sentral yang menjadi perhatian dari hukum pidana. Maka perbuatan diartikan secara abstrak dan dilihat secara yuridis belaka terlepas dari orang yang melakukannya.¹¹⁸

Dalam aliran klasik pidana yang ditetapkan oleh undang-undang tidak mengenal sistem peringanan atau pemberatan yang berhubungan dengan faktor usia, keadaan jiwa si pelaku, kejahatan-kejahatan yang dilakukannya terdahulu maupun keadaan-keadaan khusus dari perbuatan/kejahatan yang dilakukannya.

Menurut Sudarto aliran klasik berpijak pada tiga tiang:

- a. Asas legalitas, yang menyatakan bahwa tiada pidana tanpa undang-undang, tiada tindak pidana tanpa undang-undang dan tiada penuntutan tanpa undang-undang.
- b. Asas kesalahan, yang berisi bahwa orang hanya dapat dipidana untuk tindak pidana yang dilakukannya dengan sengaja atau karena kealpaan;
- c. Asas pengimbangan (pembalasan) yang sekuler, yang berisi bahwa pidana secara konkrit tidak dikenakan dengan maksud untuk mencapai sesuatu hasil yang bermanfaat, melainkan setimpal dengan berat ringannya perbuatan yang dilakukan.¹¹⁹

¹¹⁸ Sudarto, *Hukum dan Hukum Pidana*, Alumni, Bandung, 1977, hlm. 55.

¹¹⁹ Sudarto, *Suatu Dilemma dalam Pembaharuan Sistem Pidana Indonesia*, Op-cit., hlm. 29.

Perkembangan selanjutnya dari aliran klasik adalah munculnya aliran modern. Menurut Muladi aliran modern timbul pada abad ke 19 dan disebut sebagai aliran positif karena mencari sebab kejahatan menggunakan metode ilmu alam dan bermaksud untuk langsung mendekati dan mempengaruhi penjahat secara positif sejauh masih dapat diperbaiki. Ciri-ciri aliran modern adalah sebagai berikut:

1. Menolak definisi hukum dari kejahatan.
2. Pidana harus sesuai dengan pelaku tindak pidana.
3. Doktrin determinisme.
4. Penghapusan pidana mati.
5. Riset empiris.
6. Pidana yang tidak ditentukan secara pasti.¹²⁰

Aliran modern tumbuh dengan ciri pendekatan yang berorientasi baik kepada perbuatan maupun kepada manusia/pelakunya. Pendekatan yang demikian sering juga disebut sebagai pendekatan mono-dualistik, dalam arti memperhatikan keseimbangan dan kepentingan antara kepentingan masyarakat dan kepentingan individu.

Menurut Barda Nawawi Arief pandangan mono-dualistik inilah yang biasanya dikenal dengan istilah “Daad-dader Strafrecht” yaitu hukum pidana yang memperhatikan segi-segi objektif dari “perbuatan” (Daad) dan juga segi-segi ssubjektif dari orang/pembuat (Dader).¹²¹

¹²⁰ Muladi, *Lembaga Pidana Bersyarat*, Alumni, Bandung, 1992, hlm. 43.

¹²¹ Barda Nawawi Arief, *Bunga Rampai Kebijakan Hukum Pidana*, Op-cit., hlm. 107-108.

Adapun Muladi mengatakan bahwa pengaruh gerakan humanitarian dalam hukum pidana membawa implikasi yang sangat luas, sehingga dari *Tat-strafrrecht* hukum pidana tumbuh menjadi *Tat-Taterstrafrrecht*. Pidana tidak boleh lagi menderitakan. Pemidanaan pelaku tindak pidana harus cocok dengan pribadi orangnya, sehingga pembinaan tersebut benar-benar bersifat individual dan diarahkan guna mempengaruhi tingkah lakunya.¹²²

Menurut aliran modern perbuatan seseorang tidak dapat dilihat secara abstrak dari sudut yuridis semata-mata terlepas dari orang yang melakukannya tetapi harus dilihat secara konkrit bahwa dalam kenyataannya perbuatan seseorang itu dipengaruhi oleh watak pribadinya, faktor-faktor biologis maupun karakter lingkungan kemasyarakatannya. Jadi aliran ini bertolak pada pandangan determinisme. Karena manusia dipandang tidak mempunyai kebebasan kehendak tapi dipengaruhi oleh watak dan lingkungannya, maka tidak dapat dipersalahkan atau dipertanggungjawabkan dan dipidana. Jadi aliran ini menolak pandangan adanya pembalasan berdasarkan kesalahan yang subyektif.¹²³

Selanjutnya Muladi dan Barda Nawawi Arief dalam bukunya menegaskan bahwa pertanggung jawaban seseorang berdasar kesalahan harus diganti dengan sifat berbahayanya si pembuat (*etat dangereux*). Bentuk pertanggung jawaban kepada si pembuat lebih bersifat tindakan untuk perlindungan masyarakat. Kalau toh digunakan

¹²² Muladi dan Barda Nawawi Arief, *Bunga Rampai Hukum Pidana*, Alumni, Bandung, 1992, hlm, 102.

¹²³ Muladi dan Barda Nawawi Arief, *Teori-Teori dan Kebijakan Pidana*, Op-cit., hlm. 32.

istilah pidana, maka menurut aliran modern pidana harus tetap diorientasikan pada sifat-sifat si pembuat. Jadi aliran ini menghendaki adanya individualisasi pidana yang bertujuan mengadakan resosialisasi si pembuat.¹²⁴

Marc Ancel sebagai pengikut dari teori perlindungan masyarakat yang baru menyatakan bahwa kejahatan merupakan masalah kemanusiaan dan masalah sosial (*a human and social problem*) yang tidak begitu saja mudah dipaksakan untuk dimasukkan ke dalam perumusan suatu peraturan undang-undang. Ini tidak berarti bahwa hakim pidana tidak memutus berdasar undang-undang dan harus menolak penerapan pidana. Memang diakui bahwa penerapan pidana berdasar undang-undang, merupakan bagian yang esensiil dari tugas seorang hakim, tetapi Marc Ancel menyangkal bahwa problem kemanusiaan dan problem kemasyarakatan dari suatu tindak pidana itu dapat diselesaikan atau dipecahkan secara keseluruhan oleh bekerjanya suatu konsepsi keadilan distributif secara abstrak. Aliran ini juga tidak menolak konsepsi pertanggung jawaban, malahan kebijaksanaan pidananya justru bertolak pada konsepsi pertanggung jawaban yang bersifat pribadi (*individual responsibility*).¹²⁵

Perhatian terhadap pidanaan yang berorientasi pada nilai-nilai kemanusiaan terutama kepada individu/pelaku kejahatan juga sesuai dengan teori utilitarian (teori tujuan) dari pidanaan yang menyatakan bahwa pidana bukanlah sekedar untuk melakukan pembalasan atau pengimbalan kepada orang yang telah melakukan

¹²⁴ *Ibid.*

¹²⁵ Marc Ancel dalam Muladi dan Barda Nawawi Arief, *Ibid*, hlm. 38.

suatu tindak pidana tetapi mempunyai tujuan-tujuan tertentu yang bermanfaat¹²⁶. Oleh karena itu menurut Johannes Andenaes, teori tersebut dapat disebut sebagai “teori perlindungan masyarakat” (*the theory of social defence*).¹²⁷

Adapun karakteristik teori utilitarian menurut Karl. O. Christiansen sebagai berikut:¹²⁸

- a. Tujuan pidana adalah pencegahan (*preventian*);
- b. Pencegahan bukan tujuan akhir tetapi hanya lebih tinggi hanya sebagai sarana untuk mencapai tujuan yang lebih tinggi yaitu kesejahteraan masyarakat;
- c. Hanya pelanggaran-pelanggaran hukum yang dapat dipersalahkan kepada si pelaku saja (misal karena sengaja atau culpa) yang memenuhi syarat untuk adanya pidana;
- d. Pidana harus ditetapkan berdasar tujuannya sebagai alat untuk pencegahan kejahatan;
- e. Pidana melihat kemuka (bersifat prospektif); pidana dapat mengandung unsur pencelaan, tetapi baik unsur pencelaan maupun unsur pembalasan tidak dapat diterima apabila membantu pencegahan kejahatan untuk kepentingan kesejahteraan masyarakat.

Sebagai bagian dari politik kriminal maka tujuan umum dari hukum pidana dalam segala aspeknya adalah perlindungan masyarakat untuk mencapai kesejahteraan masyarakat. Menurut Marc Ancel menyatakan bahwa interpretasi perlindungan masyarakat (*social*

¹²⁶ *Ibid.*

¹²⁷ Johannes Andenaes, Dalam Muladi dan Barda Nawawi Arief, *Ibid*,

¹²⁸ *Ibid*, hlm. 17.

defence) dalam konsepsi modern menafsirkan perlindungan masyarakat dalam arti pencegahan kejahatan dan pembinaan para pelanggar (*the prevention of crime and the treatment of offenders*).¹²⁹

Selanjutnya dinyatakan bahwa pandangan modern ini didasarkan pada premis yang esensial bahwa karena kejahatan merupakan suatu kenyataan sosial dan suatu perbuatan manusia (*a social fact and a human act*), maka proses memperlakukan kejahatan tidaklah selesai segera setelah perbuatan itu dirumuskan dalam undang-undang dan disesuaikan dengan pidana yang ditetapkan oleh undang-undang; tetapi masih diperlakukan pemahaman kejahatan sebagai gejala sosial dan gejala individual (*a social and individual phenomenon*), diperlukan pencegahan terhadap terjadinya kejahatan itu dan penanggulangannya, dan akhirnya perlu menanyakan diri sendiri apakah sikap kita terhadap si penjahat itu melampaui kualifikasi yang ditetapkan undang-undang.¹³⁰

Pengaruh aliran *defence sociale* suatu aliran yang menurut Sudarto¹³¹ merupakan pertumbuhan lanjut dari aliran modern menitikberatkan perhatiannya kepada orang yang melakukan tindak pidana dan pemberian pidana atau tindakan dimaksudkan untuk melindungi masyarakat terhadap bahaya yang ditimbulkan oleh pembuat. Aliran *defence sociale* secara aktif hendak menghilangkan bahaya terhadap masyarakat dengan mengadakan resosialisasi dari pembuat.

¹²⁹ Marc Ancel dalam Barda Nawawi Arief, *Kebijakan Legislatif Dalam Penanggulangan Kejahatan Dengan Pidana Penjara*, Op-cit., hlm. 90.

¹³⁰ *Ibid*, hlm. 90-91.

¹³¹ Sudarto, Op-cit., hlm. 59.

Adapun konsekuensi dari prinsip resosialisasi dan rehabilitasi itu ialah bahwa pidana atau tindakan yang dikenakan kepada terpidana itu tidak mutlak harus diimbangkan atau disetimpalkan dengan perbuatannya (= tindak pidananya).¹³²

Bertolak dari konsepsi yang demikianlah kiranya, seminar Kriminologi ketiga tahun 1976 dalam kesimpulannya menyatakan:

Hukum pidana hendaknya dipertahankan sebagai salah satu sarana untuk "social defence" dalam arti melindungi masyarakat terhadap kejahatan dengan memperbaiki atau memulihkan kembali (*rehabilitatie*) si pembuat tanpa mengurangi keseimbangan kepentingan perorangan (pembuat) dan masyarakat.¹³³

Demikian pula Simposium Pembaharuan Hukum Pidana Nasional tahun 1980, dalam satu laporannya menyatakan:¹³⁴

Sesuai dengan politik hukum pidana maka tujuan pemidanaan harus diarahkan kepada perlindungan masyarakat dari kejahatan serta keseimbangan dan keselarasan hidup dalam masyarakat dengan memperhatikan kepentingan-kepentingan masyarakat/ negara, korban dan pelaku.

Pentingnya pendekatan nilai humanistik yang menghendaki individualisasi pidana juga tercermin dalam tujuan pemidanaan, yang di dalam Konsep RUU KUHP tahun 2008 dirumuskan dalam pasal 54 sebagai berikut:

(1)Pemidanaan bertujuan:

- a. Mencegah dilakukannya tindak pidana dengan menegakkan norma hukum demi pengayoman masyarakat;

¹³² *Ibid*, hlm. 60.

¹³³ Keputusan seminar Kriminologi ketiga, 26-27 Oktober 1976 dalam Barda Nawawi Arief, *Bunga Rampai Kebijakan Hukum Pidana*, Op-cit., hlm. 88.

¹³⁴ Laporan Simposium Pembaharuan Hukum Pidana Nasional

- b. Memasyarakatkan terpidana dengan mengadakan pembinaan sehingga menjadi orang yang baik dan berguna;
- c. Menyelesaikan konflik yang ditimbulkan oleh tindak pidana, memulihkan keseimbangan, dan mendatangkan rasa damai dalam masyarakat; dan
- d. Membebaskan rasa bersalah pada terpidana.

(2) Pidanaan tidak dimaksudkan untuk menderitakan dan merendahkan martabat manusia.

Selanjutnya dalam Penjelasan Pasal 54 ayat (1) Konsep RUU KUHP 2008 dijelaskan bahwa pidanaan merupakan suatu proses. Sebelum proses ini berjalan, peranan hakim penting sekali. Ia mengkonkritkan sanksi pidana yang terdapat dalam peraturan perundang-undangan dengan menjatuhkan pidana terhadap tertuduh dalam kasus tertentu. Ketentuan dalam Pasal ini dikemukakan tujuan dari pidanaan, yaitu sebagai sarana perlindungan masyarakat, rehabilitasi dan resosialisasi, pemenuhan pandangan hukum adat, serta aspek psikologis untuk menghilangkan rasa bersalah bagi yang bersangkutan.

Selanjutnya dalam Penjelasan Pasal 54 ayat (2) disebutkan meskipun pidana pada dasarnya merupakan suatu nestapa, namun pidanaan tidak dimaksudkan untuk menderitakan dan tidak merendahkan martabat manusia¹³⁵

¹³⁵ Penjelasan Pasal 54 Konsep RUU KUHP tahun 2006 Lembaga Studi Dan Advokasi Masyarakat (ELSAM), Jakarta, 2006, hlm. 23.

Dari rumusan tujuan pemidanaan tersebut dapat diketahui bahwa telah terjadi perubahan yang fundamental dalam tujuan pemidanaan dalam Konsep RUU KUHP 2008, karena telah meninggalkan sama sekali dasar-dasar pemidanaan yang dianut WvS (KUHP) sekarang, sebagai pengaruh munculnya aliran modern, yang menitikberatkan perhatiannya kepada orang yang melakukan tindak pidana dan pemberian pidana atau tindakan dimaksudkan untuk melindungi masyarakat terhadap bahaya yang ditimbulkan oleh pembuat.

Tujuan pemidanaan atas dasar alasan-alasan yang bersifat sosiologis, ideologis dan filosofis masyarakat Indonesia yang berdasarkan Pancasila dengan mengutamakan keselarasan, keserasian dan keseimbangan antara kehidupan masyarakat dan kehidupan individu menurut Muladi disebut sebagai pandangan integratif dalam tujuan pemidanaan.

Adapun perangkat tujuan pemidanaan yang bersifat integratif menurut Muladi adalah sebagai berikut:¹³⁶

- (1) Perlindungan masyarakat;
- (2) Memelihara solidaritas masyarakat;
- (3) Pencegahan (umum dan khusus);
- (4) Pengimbangan/pengimbangan.

Dari rumusan tujuan pemidanaan dalam Konsep RUU KUHP 2008 seperti tersebut di atas maka dapat dikatakan bahwa tujuan pemidanaan dalam Konsep telah memenuhi karakteristik pandangan

¹³⁶ Muladi, *Lembaga Pidana Bersyarat*, Op-cit., hlm. 11.

integratif tujuan pemidanaan yang mengakomodasi prinsip individualisasi pidana di dalamnya.

Upaya penerapan prinsip individualisasi pidana dalam Konsep KUHP juga terlihat dengan adanya rumusan pasal 55 RUU KUHP 2008, yang memberi pedoman kepada hakim dalam menetapkan pidana antara lain sebagai berikut:

(1) Dalam pemidanaan wajib dipertimbangkan:

- a. Kesalahan pembuat tindak pidana;
- b. Motif dan tujuan melakukan tindak pidana;
- c. Sikap batin pembuat tindak pidana
- d. Apakah tindak pidana dilakukan dengan berencana.
- e. Cara melakukan tindak pidana;
- f. Sikap dan tindakan pembuat sesudah melakukan tindak pidana;
- g. Riwayat hidup dan keadaan sosial ekonomi pembuat tindak pidana;
- h. Pengaruh pidana terhadap masa depan pembuat tindak pidana;
- i. Pengaruh tindak pidana terhadap korban atau keluarga korban; dan atau;
- j. Pemaafan dari korban dan/atau keluarganya; dan/atau
- k. Pandangan masyarakat terhadap tindak pidana yang dilakukan;

(2) Ringannya perbuatan, keadaan pribadi pembuat atau keadaan pada waktu dilakukan perbuatan atau yang terjadi kemudian, dapat dijadikan dasar pertimbangan untuk tidak menjatuhkan pidana atau mengenakan tindakan dengan mempertimbangkan segi keadilan dan kemanusiaan.

Dalam penjelasan Pasal 55 ayat (1) RUU KUHP 2008 dijelaskan: Ketentuan dalam ayat ini memuat pedoman pemidanaan yang sangat membantu hakim dalam mempertimbangkan takaran atau berat ringannya pidana yang akan dijatuhkan. Dengan mempertimbangkan hal-hal yang dirinci dalam pedoman tersebut diharapkan pidana yang dijatuhkan bersifat proporsional dan dapat dipahami baik masyarakat maupun terpidana. Rincian dalam ketentuan ini tidak bersifat limitatif, artinya hakim dapat menambahkan pertimbangan lain selain tercantum dalam ayat (1) ini. Unsur "berencana" sebagaimana ditemukan dalam Kitab Undang-Undang Hukum Pidana yang lama, tidak dimasukkan dalam rumusan tindak pidana yang dimuat dalam pasal-pasal Buku Kedua. Tidak dimuatnya unsur ini tidak berarti bahwa unsur berencana tersebut ditiadakan, tetapi lebih bijaksana jika dijelaskan dalam penjelasan ayat (1) ini. Berdasarkan halini, maka dalam menjatuhkan pidana hakim harus selalu memperhatikan unsur berencana, kesalahan pembuat tindak pidana, motif dan tujuan dilakukannya tindak pidana, cara melakukan tindak pidana, dan sikap batin pembuat tindak pidana.

Selanjutnya dalam Penjelasan Pasal 55 ayat (2) disebutkan bahwa ketentuan ayat ini dikenal dengan asas *rechterlijke pardon* yang memberi kewenangan kepada hakim untuk memberi maaf pada seseorang yang bersalah melakukan tindak pidana yang sifatnya ringan (tidak serius). Pemberian maaf ini dicantumkan dalam putusan hakim dan tetap harus dinyatakan, bahwa terdakwa terbukti melakukan tindak pidana yang didakwakan kepadanya.

Adanya perumusan mengenai pedoman pemberian pidana dalam RUU KUHP seperti tersebut di atas, berarti pembentuk undang-undang telah memberikan kebebasan kepada hakim sebagai perwujudan dari penerapan prinsip individualisasi pidana, baik dalam menentukan jenis pidana, ukuran dan cara pelaksanaan pidana (*stafsoort, strafmodus dan strafmodaliteit*). Apalagi pedoman tersebut tidak bersifat limitatif karena hakim masih dapat menambah pertimbangan lain dalam menjatuhkan pidana, hal demikian merupakan kemajuan jika dibandingkan dengan hukum positif yang sekarang berlaku, karena tidak memberi pedoman pemberian pidana.

Mengenai pentingnya individualisasi pidana dalam pemberian pidana, Sudarto juga menyatakan dalam bukunya antara lain:

Dengan mengetahui efek dari berbagai sanksi pidana pada umumnya maka hakim dapat mempertimbangkan dengan lebih mantap jenis pidana apakah yang paling sesuai untuk kasus tertentu. Untuk pemidanaan yang sesuai masih perlu pula diketahui lebih banyak mengenai si pembuat. Ini memerlukan informasi yang cukup tidak hanya tentang pribadi pembuat, akan tetapi juga tentang keadaan-keadaan yang menyertai perbuatan yang dituduhkan. Digunakannya pidana sebagai sarana untuk mempengaruhi tindak-laku seseorang tidak akan begitu saja berhasil, apabila sama sekali tidak diketahui tentang orang yang menjadi obyeknya. Dalam hubungan ini maka pereduksian dari casus sampai kepada hal-hal yang "*juridisch relevant*" saja mengandung risiko akan ketidaktepatan pidana yang dijatuhkan, hal mana akan mengurangi pengaruh yang diinginkan dari pidana tersebut, ialah tercegahnya si pembuat untuk mengulangi perbuatannya.¹³⁷

Apabila diteliti dalam rumusan-rumusan Konsep Kodifikasi Hukum Pidana Nasional juga telah terkandung ide individualisasi

¹³⁷ Sudarto, *Kapita Selekta Hukum Pidana*, Op-cit., hlm. 86.

pidana. Bambang Purnomo dalam makalah Lokakarya tentang “Bab-Bab Kodifikasi Hukum Pidana” menyatakan:¹³⁸

Rumusan pemikiran-pemikiran baru tentang pidana, pemidanaan dan tindakan, telah terkandung dasar dan falsafah hukum pidana/pemidanaan yang bersifat dualistik mengenai persoalan perbuatan pidana dan manusianya, serta kepentingan individu dan sosial dipadukan sedemikian rupa.

Kebijakan untuk mewujudkan Individualisasi pidana guna melindungi individu secara filosofis juga telah tercermin dalam Sila kedua dari Pancasila.

Kirdi Dipoyono menyatakan bahwa dengan dicantumkannya kemanusiaan yang adil dan beradab dalam Pembukaan UUD 1945, secara implisit hak asasi manusia semua orang menjadi jaminan hukum. Badan legislatif membuat undang-undang harus selaras dengan cita-cita moral dan cita-cita hukum bangsa, dan badan yudikatif mengadili perkara-perkara menurut hukum yang adil dan beradab.¹³⁹

Menurut Muladi¹⁴⁰ untuk merumuskan variabel hukum pidana yang berperikemanusiaan jalan pemikiran beliau sebagai berikut. Pengertian perikemanusiaan bersumber pada butir-butir Sila Kemanusiaan yang Adil dan Beradab sebagaimana telah dirumuskan di dalam TAP MPR. No. II/MPR/1978, sehingga semua masalah pokok di dalam hukum pidana (sifat melawan hukum, kesalahan dan pidana)

¹³⁸ Bambang Purnomo, *Makalah Lokakarya Bab-Bab Kodifikasi Hukum Pidana*, BPHN, Jakarta, 1988, hlm. 6.

¹³⁹ Kirdi Dipoyono, *Keadilan Sosial*, Rajawali, Jakarta, 1985, hlm. 8-9.

¹⁴⁰ Muladi, *Lembaga Pidana Bersyarat*, Op-cit., hlm. 8.

harus diorientasikan pada nilai-nilai yang tersurat dan tersirat dari butir-butir tersebut.

Adapun rincian dari butir-butir Pancasila sebagai berikut:

- (1) Mengakui dan memperlakukan manusia sesuai dengan harkat dan martabatnya sebagai makhluk Tuhan Yang Maha Esa.
- (2) Mengakui persamaan derajat, persamaan Hak dan Kewajiban asasi setiap manusia, tanpa membeda-bedakan suku, keturunan, agama, kepercayaan, jenis kelamin, kedudukan sosial, warna kulit, dan sebagainya.
- (3) Mengembangkan sikap saling mencintai sesama manusia.
- (4) Mengembangkan sikap tepa-sliira.
- (5) Mengembangkan sikap tidak semena-mena terhadap orang lain.
- (6) Menjunjung tinggi nilai-nilai kemanusiaan.
- (7) Gemar melakukan kegiatan kemanusiaan.
- (8) Berani membela kebenaran dan keadilan.
- (9) Bangsa Indonesia merasa dirinya sebagai bagian dari seluruh umat manusia.
- (10) Mengembangkan sikap hormat-menghormati dan bekerja sama dengan bangsa lain.¹⁴¹

Dari butir-butir Pancasila tersebut di atas sangat jelas bahwa bagi bangsa Indonesia pendekatan dengan nilai-nilai kemanusiaan harus tercermin dalam setiap langkah kebijakan pembangunan nasional, termasuk di dalamnya kebijakan pembaharuan hukum pidana yang sekarang sedang diusahakan.

¹⁴¹ Dirjen Pendidikan Tinggi, Departemen Pendidikan dan Kebudayaan, *UUD 1945, P-4, GBHN (TAP No: II/MPR/1993)*, hlm. 172.

Sedangkan Notonagoro menyatakan mengenai negara kita yang bersifat monodualistis sebagai berikut:

Berbicara tentang Pancasila seharusnya kita mendudukan diri sebagai sesama warga bangsa. Sesama saudara putera ibu pertiwi kita Indonesia. Kedudukan kodrat dan kesamaan sifat kodrat kita sekalian. Kita dengan dilahirkan sebagai anak keturunan satu nenek moyang, kita mempunyai kesatuan tempat kelahiran dan tempat tinggal..... Negara kita karena sifatnya, mutlak monodualistis kemanusiaan, bukan negara liberal, bukan negara kekuasaan belaka dan diktator, bukan negara materialis. Negara kita adalah negara terdiri atas perseorangan yang bersama-sama hidup baik dalam kelahiran maupun dalam kebatinan, yang mempunyai kedua-duanya kebutuhan dan kepentingan bersama, yang kedua-duanya diselenggarakan tidak saling mengganggu, tetapi dalam kerjasama. Negara kita adalah yang dinamakan negara hukum kebudayaan.¹⁴²

Filsafat keseimbangan yang di dalamnya menghendaki perlunya perlindungan individu dan masyarakat harus menjadi pedoman di dalam kehidupan berbangsa dan bernegara termasuk dalam upaya pembaruan hukum pidana, dan hal demikian telah tercermin dalam beberapa pasal RUU KUHP 2006. Namun karena sampai saat ini RUU tersebut belum diundangkan maka merupakan kesempatan yang sangat baik melakukan kajian ilmiah mengenai ide individualisasi pidana dalam hukum Islam sebagai bahan masukan dalam upaya pembentukan KUHP “baru” yang diharapkan berjiwa Pancasila dan bersumber serta berlatarbelakan nilai-nilai yang ada dan hidup di dalam masyarakat Indonesia.

¹⁴² Notonagoro, *Pancasila Secara Ilmiah Populer*, Pantjuran Tujuh, Jakarta, 1975, hlm.15.

BAB III

**INDIVIDUALISASI DALAM HUKUM PIDANA ISLAM DAN
KONTRIBUSINYA BAGI PEMBAHARUAN HUKUM PIDANA
INDONESIA**

**A. PRINSIP-PRINSIP INDIVIDUALISASI PIDANA DALAM HUKUM
PIDANA ISLAM**

Islam adalah agama samawi dengan sistem hidup yang selaras dengan perintah Allah SWT dan wahyu-Nya yaitu Al-Quran dan sejalan dengan tuntunan Rasulullah SAW dalam Sunnahnya.

Manusia dalam pandangan Allah merupakan makhluk yang paling mulia. Dia menciptakan manusia dengan kekuasaan-Nya sendiri, meniupkan ruh-Nya kepada manusia, dan memerintahkan sujud semua malaikat kepadanya, serta menundukkan semua apa yang ada di langit dan di bumi untuk kepentingan manusia, dan yang membedakan dengan makhluk lain adalah menjadikannya sebagai khalifah Allah di bumi, dan membekalinya dengan akal dan fikiran agar dapat memanfaatkan segala sesuatu yang telah disediakan oleh Allah untuk kesejahteraan hidup material dan spiritualnya.

Adapun prinsip persamaan manusia yang diikrarkan dan diserukan Islam dasarnya adalah bahwa Islam menghormati dan memuliakan manusia sebagaimana kapasitasnya sebagai manusia, tidak dari yang lainnya, yakni manusia dari keturunan manapun, ras atau warna kulit apapun, tanpa membeda-bedakan antara satu unsur dengan unsur lain. Semua unsur kesukuan, ras maupun warna kulit

tidak menjadi pertimbangan sama sekali untuk menjadi unsur pembeda.

Dihadapan Allah SWT sesama manusia adalah sama dan manusia yang paling mulia dalam pandangan Allah adalah orang yang taqwa, sesuai dengan Firman Allah dalam Al-Qur'an surat al-Hujarat (49) ayat 13:

يَتَأْتِيهَا النَّاسُ إِنَّا خَلَقْنَاكُمْ مِنْ ذَكَرٍ وَأُنْثَىٰ وَجَعَلْنَاكُمْ شُعُوبًا وَقَبَائِلَ
لِتَعَارَفُوا إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِنْدَ اللَّهِ أَتَقْوَمُ إِنَّ اللَّهَ عَلِيمٌ خَبِيرٌ ﴿١٣﴾

Artinya: Hai manusia, sesungguhnya Kami menciptakan kamu dari seorang laki-laki dan seorang perempuan dan menjadikan kamu berbangsa - bangsa dan bersuku-suku supaya kamu saling kenal-mengenal. Sesungguhnya orang yang paling mulia diantara kamu disisi Allah ialah orang yang paling taqwa diantara kamu. Sesungguhnya Allah Maha Mengetahui lagi Maha Mengenal.

Rasulullah juga pernah berkhotbah di hadapan kaum muslimin sesuai dengan makna ayat tadi pada haji wada' (haji perpisahan). Beliau bersabda:

Wahai manusia, sesungguhnya Rabb kalian adalah satu, bapak kalian adalah satu, ketahuilah bahwa tidak ada yang lebih unggul bagi orang arab atas orang 'ajami (non arab), orang non-arab atas orang arab, tidak juga bagi yang berkulit merah atas kulit hitam, dan orang yang berkulit hitam atas yang merah kecuali dengan taqwa. Sesungguhnya orang termulia di sisi Allah adalah orang yang paling bertaqwa diantara kamu¹⁴³

¹⁴³ Dalam Ensiklopedi Hukum Islam, Op.cit, hlm.1871

Dari landasan di atas maka dalam Islam perbedaan-perbedaan yang ada pada manusia tidak harus menjadikan satu pihak lebih memiliki nilai kemanusiaan dari pihak lain baik dalam statusnya menjadi penegak hukum, penguasa, bahkan sekalipun dalam kedudukannya sebagai tersangka maupun terdakwa semua memiliki nilai kemanusiaan yang harus dihormati dan dijunjung tinggi oleh orang/pihak lain.

Menurut hukum Islam tujuan disyariatkannya hukuman adalah untuk memperbaiki perilaku manusia, memelihara mereka dari segala bentuk kemafsadatan (kerusakan), menghindari mereka dari kesesatan, mengajak mereka untuk mentaati seluruh perintah Allah SWT dan Rasul-nya, dan meredam seluruh bentuk perbuatan maksiat.¹⁴⁴

Sedangkan menurut H.A. Djazuli hukuman ditetapkan demikian adalah untuk memperbaiki individu, menjaga masyarakat dan tertib sosial. Bagi Allah sendiri tidaklah akan memadharatkan kepada-Nya apabila manusia di bumi ini melakukan kejahatan dan tidak akan memberi manfaat kepada Allah apabila manusia di muka bumi taat kepada-Nya.¹⁴⁵

Menurut Syathibi sebenarnya setiap hukum syara' tidak pernah sunyi dari hak Allah, yakni dari segi keibadahannya, sebagaimana juga adanya hak bagi manusia, karena cepat atau lambat

¹⁴⁴ Dalam Ensiklopedi Hukum Islam, Op-cit, hlm. 1871

¹⁴⁵ H.A.Djazuli, *Fiqh Jinayah (Upaya Menanggulangi Kejahatan dalam Islam)* Op-cit, hlm.25.

sesungguhnya syariat itu diadakan dengan mengandung pengertian untuk kemaslahatan manusia (hamba Allah).¹⁴⁶

Jadi jelas bahwa Islam sangat menghormati dan menjunjung tinggi nilai-nilai kemanusiaan dan hal demikian juga tercermin dan sistem pidana menurut hukum Islam.

Di dalam Ensiklopedi Hukum Islam disebutkan bahwa diantara ciri-ciri Hukum Islam adalah:

Hukum Islam sangat memperhatikan segi kemanusiaan seseorang, baik mengenai jiwa, akal, maupun akidahnya, baik selaku perorangan maupun sebagai anggota masyarakat; baik mengenai anak dan istrinya maupun harta kekayaannya. Manusia adalah yang menjadi sumber bagi segala hukum yang digariskan dalam Al-quran. Hukum Islam memberikan penghormatan kepada manusia karena kemanusiaannya. Hukum Islam tidak membenarkan seseorang melecehkan harga dirinya, mengancam atau menumpahkan darah orang lain. Di samping itu, hukum Islam juga tidak mendasarkan perintahnya pada pemaksaan yang dapat menghilangkan kemerdekaan manusia dan membatasi gerak geriknya.¹⁴⁷

Karena Islam sangat menghormati nilai-nilai kemanusiaan maka dalam hukum pidana Islam pun tercermin prinsip perlindungan, baik perlindungan terhadap masyarakat maupun perlindungan terhadap individu.

Berdasarkan uraian di atas maka di bawah ini diuraikan mengenai prinsip-prinsip individualisasi dalam hukum pidana Islam secara rinci sesuai dengan karakteristik dari prinsip tersebut.

1. Prinsip pertanggungjawaban pidana bersifat pribadi (asas personal)

¹⁴⁶ Syatibi dalam Anwar Haryono, *Hukum Islam Kedalaman dan Keluasannya*, Bulan Bintang, Jakarta, 1968, hlm.157.

¹⁴⁷ Ensiklopedi Huku Islam, op-cit, hlm. 577.

Prinsip pertanggungjawaban pidana bersifat pribadi berarti hanya orang yang bersalah saja yang dapat dikenakan pidana.

Pengertian pertanggungjawaban pidana dalam syariat Islam menurut Ahmad Hanafi ialah pembebasan seseorang dengan hasil (akibat) perbuatan (atau tidak berbuat) yang dikerjakannya dengan kemauan sendiri, dimana ia mengetahui maksud-maksud dan akibat-akibat dari perbuatannya itu.¹⁴⁸

Pertanggungjawaban pidana tersebut ditegakkan atas tiga hal, yaitu:

- Adanya perbuatan yang dilarang;
- Dikerjakan dengan kemauan sendiri;
- Pebuatnya mengetahui akibat terhadap perbuatan tersebut.¹⁴⁹

Kalau ketiga perkara ini terdapat maka terdapat pula pertanggungjawaban pidana, dan kalau tidak terdapat maka tidak ada pula pertanggungjawaban pidana.

Hal senada disampaikan oleh H.A.Djazuli yang menyatakan bahwa rukun atau unsur jinayah adalah:¹⁵⁰

- a. Adanya nash, yang melarang perbuatan-perbuatan tertentu yang disertai ancaman hukuman atas perbuatan-perbuatan di atas. Unsur ini dikenal dengan stilah “unsur formal” (*al-Rukn al-Syari*).
- b. Adanya unsur perbuatan yang membentuk jinayah, baik berupa melakkan perbuatan yang dilarang atau meninggalkan

¹⁴⁸ Ahmad Hanafi, op-cit, hlm. 157.

¹⁴⁹ Ibid, hal.157-158.

¹⁵⁰ H.A.Djazuli, Loc-cit.

perbuatan yang diharuskan. Unsur ini dikenal dengan istilah “unsur material” (*al-Rukn Al-Madi*).

- c. Pelaku kejahatan adalah orang yang dapat menerima khittab atau dapat memahami ta’lif, artinya pelaku kejahatan tadi adalah muallaf, sehingga mereka dapat dituntut atas kejahatan yang dilakukan. Unsur ini dikenal dengan istilah “unsur moral” (*al-Rukn al-Adabi*).

Di dalam hukum Islam pertanggungjawaban pribadi menjadi prinsip dasar dalam pemidanaan. Prinsip pertanggungjawaban pidana bersifat pribadi ini didasarkan pada Al-Quran yang merupakan sumber utama hukum Islam yaitu:

- 1.1. Al-Quran surat al-An’am (QS:6) aya 164:

قُلْ أَغَيْرَ اللَّهِ أَبْغَىٰ رَبًّا وَهُوَ رَبُّ كُلِّ شَيْءٍ وَلَا تَكْسِبُ كُلُّ نَفْسٍ إِلَّا عَلَيْهَا وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَىٰ ثُمَّ إِلَىٰ رَبِّكُمْ مَرْجِعُكُمْ فَيُنَبِّئُكُمْ بِمَا كُنْتُمْ فِيهِ تَخْتَلِفُونَ ﴿١٦٤﴾

Artinya: “Katakanlah apakah aku akan mencari tuhan selain Allah, padahal Dia adalah Tuhan bagi segala sesuatu. Dan tidaklah seseorang membuat dosa melainkan kemudharatannya kembali kepada dirinya sendiri; dan seseorang yang berdosa tidak akan memikul dosa orang lain. Kemudian kepada Tuhanmulah kamu kembali, dan akan diberitakan-Nya kepadamu apa yang kamu perselisihkan”.

- 1.2. Demikian juga dalam al-Quran Surat al-Mudatsir (QS.74) ayat

38

كُلُّ نَفْسٍ بِمَا كَسَبَتْ رَهِينَةٌ ﴿٣٨﴾

Artinya: “Tiap-tiap diri bertanggungjawab atas apa yang diperbuatnya”.

1.3. Al-quran surat al-Faatir (QS.35) ayat 18:

وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَىٰ وَإِن تَدْعُ مُثْقَلَةٌ إِلَىٰ حِمْلِهَا لَا يُحْمَلْ مِنْهُ شَيْءٌ وَلَوْ كَانَ ذَا قُرْبَىٰ ۗ إِنَّمَا تُنذِرُ الَّذِينَ يَخْشَوْنَ رَبَّهُم بِالْغَيْبِ وَأَقَامُوا الصَّلَاةَ ۗ وَمَن تَزَكَّىٰ فَإِنَّمَا يَتَزَكَّىٰ لِنَفْسِهِ ۗ وَإِلَى اللَّهِ الْمَصِيرُ ﴿١٨﴾

Artinya: Dan orang yang berdosa tidak akan memikul dosa orang lain. Dan jika seseorang yang berat dosanya memanggil (orang lain) untuk memikul dosanya itu tiadalah akan dipikulkan untuknya sedikitpun meskipun (yang dipanggilnya itu) kaum kerabatnya. Sesungguhnya yang dapat kamu beri peringatan hanya orang-orang yang takut kepada azab Tuhannya (sekalipun) mereka tidak melihatNya, dan mereka mendirikan sembahyang. Dan barangsiapa yang mensucikan dirinya, sesungguhnya ia mensucikan diri untuk kebaikan dirinya sendiri. Dan kepada Allahlah kembali(mu).

1.4. Al-Quran surat an-Najm (QS.53) ayat 38 dan 39:

أَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَىٰ ﴿٣٨﴾ وَأَن لَّيْسَ لِلْإِنسَانِ إِلَّا مَا سَعَىٰ ﴿٣٩﴾

Artinya: dan bahwasanya seseorang berdosa tidak akan memikul dosa orang lain, dan bahwasanya seorang manusia tiada memperoleh selain apa yang telah diusahakannya.

1.5. Surat an-Nisa (QS.4) ayat 123

لَيْسَ بِأَمَانِيكُمْ وَلَا أَمَانِي أَهْلِ الْكِتَابِ مَن يَعْمَلْ سُوءًا يُجْزَ بِهِ وَلَا يَجِدْ لَهُ مِن دُونِ اللَّهِ وَلِيًّا وَلَا نَصِيرًا ﴿١٢٣﴾

Artinya: pahala dari Allah bukanlah menurut angan-anganmu yang kosong, dan tidak pula menurut angan-angan ahli kitab. Barang siapa yang mengerjakan kejahatan, niscaya akan diberi pembalasan

dengan kejahatan itu dan ia tidak mendapat pelindung dan tidak pula penolong baginya selain dari Allah.

- 1.6. Dalam hadis nabi Muhammad SAW sebagai sumber hukum kedua setelah Al-Quran juga mengatur tentang pertanggungjawaban bersifat pribadi, antara lain Hadis yang diriwayatkan Ahmad, Ibnu Majjah dan Tirmizi, dari Amr bin Ahwash Nabi bersabda:”Barang siapa berbuat pelanggaran haruslah dosanya dipikulnya sendiri. Seorang bapa tidak menanggung dosa anaknya, dan kebalikannya begitu juga, yakni seorang anak tidak menanggung dosa ayahnya.¹⁵¹

Berdasarkan hal tersebut di atas Anwar Haryono dalam tulisannya mengatakan bahwa tanggung jawab pidana dalam hukum Islam adalah bersifat individual dan tidak kolektif. Prinsip pertanggungjawaban individual adalah salah satu hasil terbesar yang dicapai oleh ajaran hukum Islam, karena hal ini merupakan perubahan besar dari prinsip pertanggungjawaban kolektif yang berlaku dalam masyarakat Arab Pra Islam, bahkan juga di masyarakat-masyarakat primitif lainnya.¹⁵²

Sesependapat dengan hal di atas dikatakan oleh Ahmad Hanafi bahwa:

.....hubungan hukuman dengan pertanggungjawaban pidana ditentukan oleh sifat “ke-seorangan hukuman” yang merupakan salah satu prinsip dalam syariat Islam, dimana seseorang tidak bertanggungjawab kecuali terhadap jarimah (tindak pidana) yang telah diperbuatnya sendiri, dan bagaimanapun juga tidak bertanggungjawab atas

¹⁵¹ Dalam Moh.Kasim Bakri, *Hukum Pidana Dalam Islam*, Ramadhani, Solo, 1958, hlm.45.

¹⁵² Anwar Harjono, Op-Cit, hlm.155.

perbuatan jarimah orang lain, walaupun dekatnya tali kekeluargaan atau tali persahabatan antara keduanya.

Senada dengan pendapat di atas Abdurrahman I.DoI mengomentari bahwa “tanggungjawab pidana yang dilakukan dibebankan kepada pelaku kejahatan itu sendiri. Ayah, ibu, atau saudara atau kerabatnya yang lain tak dapat mengambil alih/menjalankan hukuman karena kejahatan yang dilakukan sebagaimana yang telah terjadi pada masa jahiliyah sebelum Islam.¹⁵³

Rasulullah SAW juga pernah memutuskan bahwa suatu tindak penganiayaan tidak dapat menjadi tanggungan orang lain, tindakan seorang bapak tidak menjadi tanggungan anaknya dan tindakan anaknya tidak menjadi tanggungan bapaknya. Maksudnya dia tidak dihukum karena perbuatan orang lain dan memikul dosa orang lain.¹⁵⁴

Juga di dalam Ensiklopedi Hukum Islam disebutkan bahwa hukuman menurut hukum Islam hanya dikenakan kepada pelaku tindak pidana, karena pertanggungjawaban tindak pidana hanya di pundak pelakunya. Orang lain tidak boleh dilibatkan dalam tindak pidana yang dilakukan seseorang.¹⁵⁵

Berdasarkan hal tersebut di atas dapat diketahui dalam hukum pidana Islam dikenal prinsip pertanggungjawaban pribadi, dan

¹⁵³ Abdur-rahman I.DoI, *Shari'ah The Islamic law, Tindak Pidana Dalam Syari'at Islam*, Rineka Cipta, Jakarta, 1992, hlm.16.

¹⁵⁴ Fatwa-Fatwa Rasulullah SAW Dalam *Masalah Pembunuhan*, dalam Ibnu Qayyim Al-Jauziyah, Op-Cit, hlm.868.

¹⁵⁵ Ensiklopedi Hukum Islam, Op-Cit, hlm.1872.

hal ini menjadi prinsip dasar dalam pembedaan menurut hukum Islam.

Sekalipun dalam hukum Islam prinsip pertanggungjawaban bersifat pribadi, akan tetapi ada tanggungjawab yang dapat dibebankan/dipikulkan kepada keluarga/ahli warisnya yaitu dalam hal pembayaran diyat atau kerusakan karena suatu kejahatan. Dalam hal demikian maka pelaku dan kerabatnya secara bersama-sama bertanggungjawab untuk membayar diyat (hutang darah) atau kerusakan fisik yang diakibatkan oleh kejahatannya.

Dalam sebuah hadis yang diriwayatkan oleh Abu Hurairah, Nabi bersabda: “Telah berkelahi dua orang perempuan dari Hudzail, yaitu seorang melempar yang lain dengan batu lalu mati dia dan anaknya yang ada dalam perutnya, lalu mereka berperkara kepada Rasulullah SAW, maka Rasulullah memutuskan bahwa diyat anak dalam perut itu seorang hamba laki-laki dan ia putuskan diyat perempuan itu wajib atas ashabahnya, dan ia wariskan kepada anaknya dan orang beserta mereka.”¹⁵⁶

Berdasarkan Hadis di atas maka dapat diketahui bahwa dalam perkara pembunuhan Rasulullah memutuskan kepada si pembunuh atau ashabahnya diwajibkan membayar diyat sesuai dengan ketentuan yang telah ditetapkan yang diserahkan kepada ahli waris korban pembunuhan tersebut.

Jadi dalam hal ini diyat bukan saja diwajibkan kepada pelaku tetapi juga kepada ahli waris si pelaku. Hal yang sama juga

¹⁵⁶ Dalam A.Hassan Tarjamah Bulughul Maraam, Op-Cit, hlm.618.

diterapkan terhadap tindak pidana qisas yang dimaafkan maka pelaku atau keluarganya berkewajiban membayar diyat sesuai dengan ketentuan yang telah disepakati bersama. Jadi kewajiban untuk membayar kerugian dan diyat bukan hanya dibebankan kepada pelaku tetapi juga keluarganya.

Diriwayatkan oleh Imam yang lima kecuali Tirmidzi

Artinya: Dari Amr bin Syu'aib dari ayahnya dari datuknya, bahwa sesungguhnya Rasulullah SAW menetapkan supaya ahli waris ashabah dari seorang perempuan, membayar dendanya (perempuan itu dan mereka tidak mewarisi dari pusaka)nya melainkan sisa (setelah dibagi) oleh ahli warisnya (yang mempunyai bagian-bagian tertentu dan jika perempuan itu terbunuh, maka dendanya (dibagi) diantara ahli warisnya dan mereka itu yang berhak membunuh terhadap si pembunuhnya.¹⁵⁷

Demikian juga Hadis Riwayat Ahmad, Muslim dan Nasa'i yang menyatakan bahwa diyat menjadi tanggungan setiap yang ada hubungannya dengan pembunuh. Adapun isi hadis tersebut artinya:

Dan Jabir meriwayatkan, katanya: Rasulullah SAW pernah menentukan, bahwa diyat (pembunuhan karena keliru) itu menjadi tanggungan setiap (yang ada hubungannya dengan) pembunuh kemudian ia menetapkan, bahwa tidak halal mengangkat maula-maula seorang muslim tanpa seizinnya.

Selaras dengan pendapat di atas Anwar Haryono menyatakan:

Sekalipun dalam Hukum Islam prinsip pertanggungjawaban pidana bersifat individual namun kepentingan kolektivitas dalam pengertian terbatas, yakni keluarga yang bersangkutan, tidak diabaikan sama sekali; keluarga si pelaku tindak pidana mendapat kesempatan

¹⁵⁷ Dalam Terjemahan Naulil Authar (Himpunan Hadis-hadis Hukum), Jilid V, Penerjemah Mu'ammal Hamidy, Imron, dan Umar Fanany, Bina Ilmu, Surabaya, 1993, hlm.2509.

untuk memberikan ganti kerugian kalau itu diperlukan dan keluarga si korban tindak pidana senantiasa mendapat kesempatan untuk memberikan maaf kepada si pelaku yang bersangkutan, kalau keadaannya memungkinkan dibukanya kesempatan yang demikian itu.

Berdasarkan pendapat-pendapat di atas di atas dapat diketahui sekalipun dalam hal diyat dan pengembalian atas kerusakan dapat dipikulkan kepada keluarga pelaku kejahatan, namun prinsip pertanggungjawaban pidana dalam hukum Islam adalah bersifat pribadi.

Prinsip pertanggungjawaban pribadi ini menjadi salah satu ciri dari konsepsi reformist hukum pidana. Menurut Marc Ancel seorang tokoh dari aliran ini menyatakan bahwa pertanggungjawaban yang didasarkan pada kebebasan individu merupakan kekuatan penggerak yang utama dari proses penyesuaian sosial (*the main driving force of the process of social readaptation*).¹⁵⁸

Diakui olehnya bahwa masalah determenisme dan indetermenisme merupakan problem filosofis yang berada di luar ruang lingkup kebijakan pidana dan hukum pidana. Akan tetapi ditegaskan bahwa kebijakan pidana yang modern hampir selalu mensyaratkan adanya kebebasan individu dan masyarakat tenang pertanggungjawaban yang bersifat perorangan.¹⁵⁹

Pertanggungjawaban pribadi menurut Marc Ancel menekankan pada perasaan kewajiban moral pada diri individu dan oleh karena itu merangsang ide tanggungjawab/kewajiban sosial

¹⁵⁸ Marc Ancel dalam Muladi dan Barda Nawawi Arief, *Teori-Teori dan Kebijakan Hukum Pidana*, Op-Cit, hlm.38.

¹⁵⁹ Ibid.

terhadap anggota masyarakat yang lain dan juga mendorongnya untuk menyadari moralitas sosial.¹⁶⁰

Berdasarkan uraian di atas maka dapat disimpulkan bahwa pertanggungjawaban pidana menurut Hukum Islam bersifat pribadi, namun hukum Islam juga mengenal pertanggungjawaban kolektif dalam pengertian terbatas, yakni dalam tindak pidana kisas/diyat jika korban atau ahli warisnya memafkan perbuatan pelaku maka pelaku atau ahli warisnya berkewajiban membayar sejumlah diyat yang telah ditetapkan atau disepakati bersama.

2. Prinsip individualisasi pidana lainnya adalah prinsip “tiada pidana tanpa kesalahan” atau “asas culpabilitas”

Dipidananya seseorang tidaklah cukup apabila orang itu telah melakukan perbuatan yang bertentangan dengan hukum atau bersifat melawan hukum. Jadi meskipun perbuatannya memenuhi rumusan delik dalam undang-undang dan tidak dibenarkan (*an breach of a penal objective provision*), namun hal tersebut belum memenuhi syarat untuk menjatuhkan pidana, untuk ppidanaan masih perlu adanya syarat, bahwa orang yang melakukan perbuatan itu mempunyai kesalahan atau bersalah (*subjective guilt*).¹⁶¹

Dengan perkataan lain, orang tersebut harus dapat dipertanggungjawabkan atas peruatannya, perbuatannya harus dapat dipertanggungjawabkan kepada orang tersebut. Kesalahan menurut **Mezger** adalah keseluruhan syarat yang memberi dasar untuk adanya

¹⁶⁰ Ibid, hlm.38-39.

¹⁶¹ Sudarto, *Hukum Pidana I*, yayasan Sudarto, FH UNDIP, Semarang, 1990, hlm.85.

pencelaan pribadi terhadap si pembuat tindak pidana. Sedangkan menurut **Simon** kesalahan adalah sebagai dasar untuk pertanggung jawaban dalam hukum pidana ia berupa keadaan *psychisch* dari si pembuat dan hubungannya terhadap perbuatannya dan dalam arti bahwa berdasarkan keadaan *psychisch* (jiwa) itu perbuatannya dapat dicelakan kepada sipembuat.¹⁶²

Menurut Sudarto kesalahan dalam arti yang seluas-luasnya, dapat disamakan dengan pengertian “pertanggungjawaban dalam hukum pidana”, di dalamnya terkandung makna dapat dicelanya si pembuat atas perbuatannya. Jadi apabila dikatakan, bahwa orang bersalah melakukan suatu tindak pidana, maka ia berarti bahwa ia dapat dicela atas perbuatannya.¹⁶³

Menurut A.Hanafi¹⁶⁴ faktor yang menyebabkan adanya pertanggungjawaban pidana ialah perbuatan maksiat, yakni mengerjakan perbuatan yang dilarang oleh syariat atau sikap tidak berbuat yang diharuskan syariat. Meskipun perbuatan melawan hukum menjadi sebab adanya pertanggungjawaban pidana, namun masih diperlukan dua syarat bersama-sama yaitu: “mengetahui” (idrak) dan pilihan (ichtiyar). Kalau salah satu syarat tidak ada, maka tidak ada pertanggungjawaban pidana.

Dalam hukum Islam dalam menentukan adanya perbuatan melawan hukum, maka niat seseorang pembuat sangat penting artinya, sebagaimana bunyi Hadis yang diterima dari Umar al-Khattab: “*Sesungguhnya pekerjaan itu tergantung kepada niatnya, dan*

¹⁶² Dalam Sudarto, Ibid, hlm.89.

¹⁶³ Ibid.

¹⁶⁴ A.Hanafi, Op.Cit, hlm.162.

sesungguhnya setiap manusia memperoleh balasan sesuai dengan apa yang ia niatkan.

Berdasarkan hal di atas maka dalam menentukan pertanggungjawaban pidana menurut hukum Islam tidak hanya melihat kepada perbuatannya semata-mata, tetapi juga melihat niat di pembuat.

Mengenai prinsip tiada pidana tanpa kesalahan ini juga menjadi dasar pembedaan dalam hukum Islam seperti tersebut dalam Al-Quran surat Al-Ahzab (Surat 33) ayat 5

أَدْعُوهُمْ لِأَبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ فَإِنْ لَمْ تَعْلَمُوا آبَاءَهُمْ فَاِخْوَانُكُمْ
فِي الدِّينِ وَمَوَالِيكُمْ وَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ فِيمَا أَخْطَأْتُمْ بِهِ وَلَكِنْ
مَا تَعَمَّدَتْ قُلُوبُكُمْ وَكَانَ اللَّهُ غَفُورًا رَحِيمًا ﴿٥﴾

Artinya: Panggilah mereka (anak-anak angkat itu) dengan (memakai) nama bapak-bapak mereka; itulah yang lebih adil pada sisi Allah, dan jika kamu tidak mengetahui bapak-bapak mereka, maka (panggilah mereka sebagai) saudara-saudaramu seagama dan maula-maulamu. **Dan tidak ada dosa atasmu terhadap apa yang kamu khilaf padanya, tetapi (yang ada dosanya) apa yang disengaja oleh hatimu.** Dan adalah Allah Maha Pengampun lagi Maha Penyayang.

Seperti pendapat dari Ahmad Hanafi seorang pakar dalam hukum Islam, menyatakan bahwa pada dasarnya pertanggungjawaban dalam syariat Islam hanya dikenakan terhadap perbuatan sengaja dan yang diharamkan oleh syarak, serta tidak dikenakan terhadap kekeliruan.¹⁶⁵

¹⁶⁵ Ahmad Hanafi, Op-Cit, hlm 186.

Berdasarkan hadis yang diriwayatkan oleh Abu Hurairah, Nabi Muhammad SAW menyuruh membebaskan terhadap pelaku yang mengaku membunuh karena tidak sengaja, yaitu:

*“Pada masa Rasulullah ada seorang lelaki terbunuh. Lalu hal itu dilaporkan kepada Rasulullah SAW, beliau lalu menyerahkan pembunuh kepada wali si terbunuh. Pembunuh berkata: “wahai Rasulullah, demi Allah aku tidak sengaja membunuhnya”, Nabi bersabda kepada Wali si terbunuh: “Ingatlah seandainya apa yang dikatakannya itu benar, kemudian kamu membunuhnya, engkau pasti masuk neraka”. Akhirnya wali si terbunuh melepaskannya yang pada saat itu ia terikat tali kulit, sambil menyeret/menarik talinya ia keluar. Abu Hurairah berkata: orang tersebut sejak peristiwa itu dijuluki Dzu’nisah (orang yang terikat)”.*¹⁶⁶

Menurut Sayyid Sabiq dalam Fikih Sunnah diuraikan bahwa seseorang dipertanggungjawabkan karena melakukan pembunuhan dengan sengaja dengan syarat-syarat sbb:

1. Pembunuh adalah orang yang berakal balig.
2. Si terbunuh hendaknya manusia dan darahnya dilindungi oleh hukum.
3. Alat yang dipergunakan untuk membunuh adalah yang galibnya dapat mematikan. Bilamana syarat-syarat tersebut di atas kurang lengkap, maka pembunuhan tidak bisa dikategorikan sebagai pembunuhan kesengajaan.¹⁶⁷

Jika ketiga syarat tersebut tidak terpenuhi maka seseorang tidak dapat dikenakan pertanggungjawaban pidana karena melakukan pembunuhan sengaja.

¹⁶⁶ Dalam Sayyid Sabiq, *Fikih Sunnah*, PT Alma'Arif, Bandung, 1987, Jilid 10, hlm.29.

¹⁶⁷ Ibid, Jilid 10,hal.30.

Adapun sanksi pidana pembunuhan dengan sengaja adalah pidana mati, berbeda dengan pembunuhan yang dilakukan karena kealpaannya seperti bunyi hadis dari Addaruquthni meriwayatkan dari Ibnu Abbas, bahwa Nabi SAW pernah bersabda:

Artinya: “Kesengajaan (mengharuskan) hukuman qishash, dan kesalahan hanya diayar diat tanpa qishash. Barang siapa dibunuh diluar kesengajaan dengan batu, atau tongkat, atau cemeti, maka (si pembunuh) wajib atasnya diat yang diberatkan dalam bentuk unta yang sudah cukup umur”.

Berdasarkan bunyi hadis di atas maka menurut hukum Islam terhadap pembunuhan yang disengaja hukumannya adalah kisas (pembalasan yang setimpal) akan tetapi terhadap pembunuhan diluar kesengajaan sanksi pidananya lebih ringan seperti hadis dari Imam Ahmad meriwayatkan dari Abu Daud dari ‘Amr ibn Syuaib dari ayahnya dari kakeknya, Nabi Muhammad pernah mengatakan:

Diat membunuh serupa kesengajaan diberatkan sama dengan diatnya membunuh sengaja, akan tetapi pelakunya tidak dihukum mati. Demikian itu supaya setan menyingkir dari kalangan manusia, sehingga peristiwa pembunuhan tersebut dapat diselesaikan dengan kepala dingin tanpa dendam atau mengangkat senjata.¹⁶⁸

Mengomentari bunyi hadis di atas Sayyid Sabiq¹⁶⁹ menyatakan dalam hal pembunuhan semi sengaja yaitu pembunuhan terhadap orang yang dilindungi hukum, pelakunya mukallaf, sengaja dalam melakukannya, tetapi memakai sarana yang pada ghalibnya tidak mematikan, seperti memakai tongkat kecil, melempar dengan kerikil, menampar dengan tangannya, dengan cambuk atau dengan yang lainnya. Seumpama dengan tongkat kecil atau batu kerikil, atau

¹⁶⁸ Ibid hlm.34.

¹⁶⁹ Ibid hlm.33.

menamparnya, atau mencambuknya dll. Maka mengingat pelakunya bukanlah karena kesalahan murni, sebab pemukulan itulah yang menjadi tujuan perbuatannya bukanlah pembunuhan, maka diwajibkan baginya diat yang diberatkan.

Dalam Ensiklopedi Hukum Islam¹⁷⁰ dijelaskan bahwa tersalah dalam tindak pidana pembunuhan, misalnya seseorang memukul orang lain dengan alat yang menurut kebiasaan tidak membahayakan dan pemukulan itu dilakukan dengan tujuan pengajaran, namun pukulannya itu mengakibatkan kematian, maka pembunuhan seperti itu dapat menggugurkan tanggungjawab secara pidana, tetapi secara perdata (ganti rugi berupa harta atau uang) tetap diminta tanggungjawabnya.

Sanksi pidana dalam pembunuhan karena kealpaannya diterangkan Allah SWT dalam Surat an-Nisa (Surat 4) ayat 92:

وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ أَنْ يَقْتُلَ مُؤْمِنًا إِلَّا خَطَأً وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَأً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَىٰ أَهْلِهِ إِلَّا أَنْ يَصَّدَّقُوا فَإِنْ كَانَ مِنْ قَوْمٍ عَدُوٍّ لَكُمْ وَهُوَ مُؤْمِنٌ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ وَإِنْ كَانَ مِنْ قَوْمٍ بَيْنَكُمْ وَبَيْنَهُمْ مِيثَاقٌ فَدِيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَىٰ أَهْلِهِ وَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ تَوْبَةً مِّنَ اللَّهِ وَكَانَ اللَّهُ عَلِيمًا حَكِيمًا ﴿٩٢﴾

Dan tidak layak bagi seorang mukmin membunuh seorang mukmin (yang lain), kecuali karena tersalah (tidak sengaja), dan barang siapa membunuh seorang mukmin karena tidak sengaja hendaklah ia memerdekakan seorang hamba sahaya yang beriman serta membayar diyat yang diserahkan kepada keluarganya (si terbunuhitu), kecuali jika

¹⁷⁰ Dalam Ensiklopedi Hukum Islam, Op-Cit, hlm.1874.

mereka (keluarga terbunuh) bersedekah. Jika ia (si terbunuh) itu dari kaum yang memusuhiimu, padahal ia mukmin, maka (hendaklah si pembunuh) memerdekakan hamba sahaya yang mukmin. Dan jika ia (si terbunuh) dari kaum kafir yang ada perjanjian damai antara mereka dengan kamu, maka hendaklah si pembunuh membayar diat yang diserahkan kepada keluarganya (si terbunuh) serta memerdekakan seorang hamba sahaya yang mukmin. Barang siapa yang tidak memperolehnya, maka hendaklah ia berpuasa dua bulan berturut-turut sebagai cara tobat kepada Allah. Dan Allah Maha Mengetahui lagi Maha Bijaksana.

Berdasarkan ayat di atas terhadap kejahatan pembunuhan karena kealpaan (khilaf), pertanggungjawaban pidananya berbeda dengan pelaku yang melakukan dengan sengaja, sanksi pidananya bukan dibalas dengan hukum bunuh tetapi mewajibkan pada pelaku berupa memerdekakan budak dan membayar diyat, dan jika budak dan diyat tidak diperoleh, maka dibayar dengan kaffarah berupa puasa selama dua bulan berturut-turut. Selain hal di atas menurut hukum Islam pertanggungjawaban terhadap perbuatan yang dilakukan dengan tidak sengaja bersifat eksepsional. Dalam Al-Quran surat An-Nisa ayat 92 di atas awalnya berbunyi "*dan tidak layak bagi seorang mukmin membunuh seorang mukmin (yang lain), kecuali karena tersalah (tidak sengaja)*.....", dari ayat tersebut dapat diambil kesimpulan bahwa menurut hukum Islam pertanggungjawaban pidana hanya terhadap perbuatan yang dilakukan dengan sengaja, sedangkan terhadap kekeliruan hanya bersifat eksepsional karena ayat tersebut dengan jelas menyebutkan hanya pada tindak pembunuhan.

Sejalan dengan prinsip tersebut A. Hanafi dalam bukunya berpendapat:

Karena menurut aturan pokok, hukuman dijatuhkan atas perbuatan sengaja, dan hukuman atas keliru hanya sebagai pengecualian, maka kelanjutannya ialah bahwa setiap jarimah yang dikerjakan karena keliru, maka tidak dikenakan hukuman, selama syarak tidak menentukan hukuman bagi orang yang mengerjakan karena keliru, seperti halnya pada pembunuhan dan penganiayaan, karena kedua jarimah ini dilarang terjadinya, baik dalam keadaan sengaja ataupun dalam keadaan keliru.¹⁷¹

Jadi berdasarkan pendapat di atas setiap tindak pidana yang dilakukan dengan sengaja saja yang dapat dipidana sedangkan terhadap kekeliruan tidak dipidana sebelum ada nas yang menyatakan dengan tegas bahwa melakukan perbuatan karena keliru dipidana.

Prinsip pertanggungjawaban pidana berdasarkan kesalahan juga tercermin dalam ketentuan bahwa menurut hukum Islam pertanggungjawaban pidana dapat hapus karena 2 hal yaitu:

a. Hal yang berkaitan dengan perbuatan (alasan pembenar):

Yang termasuk dalam alasan penghapus pidana yang berkaitan dengan perbuatan menurut A.Hanafi adalah:

- a. Pembelaan yang sah;
- b. Pengajaran;
- c. Pengobatan;
- d. Permainan olah raga;
- e. Hapusnya jaminan keselamatan jiwa dan harta;
- f. Memakai wewenang dan melaksanakan kewajiban bagi pihak yang berwajib (melaksanakan perintah jabatan.pen.)¹⁷²

b. Yang berkaitan dengan keadaan diri pembuat (alasan pemaaf):

¹⁷¹ H.A.Hanafi, Op-Cit., hlm.190.

¹⁷² Ibid, hlm.214,

Adapun yang termasuk alasan penghapusan pidana karena hal yang berhubungan dengan keadaan diri si pembuat (adanya alasan pemaaf) antara lain:

- a. Terpaksa;
- b. Mabuk;
- c. Gila;
- d. Belum dewasa.

Perbuatan-perbuatan yang dilakukan pembuat sebenarnya merupakan suatu tindak pidana dan seharusnya dipidana akan tetapi hukum Islam menghapuskan sanksi pidananya disebabkan oleh kondisi si pembuat pada saat melakukan tindak pidana.

Alasan penghapusan pidana menurut hukum Islam juga tercermin dalam ketentuan-ketentuan al-Quran dan Hadis Nabi yang antara lain Hadis yang diriwayatkan Ahmad, Abu Daud dan At-Tirmidzi, Nabi Muhammad SAW bersabda: *Dimaafkan dosa tiga orang berikut ini: orang gila sampai dia waras, orang tidur sampai dia bangun, dan anak kecil sampai mimpi bersenggama* (hadis Riwayat Ahmad, Abu Daud, dan At-Tirmidzi)¹⁷³

Sesuai dengan bunyi hadist di atas Ali Bin Abi Thalib pernah berkata kepada Umar bin Khattab: “Apakah engkau tahu bahwa tidaklah dicatat perbuatan baik atau buruk, dan tidak pula dituntut tanggungjawab atas apa yang dilakukannya karena hal berikut::

1. Orang gila sampai dia sadar;
2. Anak-anak sampai dia mencapai usia puber, dan

¹⁷³ Dalam Sayyid Sabiq, Op-Cit., hlm.29.

3. Orang yang tidur sampai dia bangun; (Hadis riwayat Imam Bukhari).¹⁷⁴

Abdurrahman I.Doï¹⁷⁵ mengatakan bahwa seorang anak tak akan dikenakan hukuman hadd karena kejahatan yang dilakukannya. Karena tak ada tanggung jawab hukum atas seorang anak yang berusia berapapun sampai mencapai umur puber. ***Qodhi (Hakim) hanya akan tetap berhak untuk menegur kesalahannya atau menetapkan beberapa pembatasan baginya yang akan membantu memperbaikinya dan menghentikannya dari membuat kesalahan lagi di masa yang akan datang.***

Hal senada dikatakan oleh Abu Zaid Al-Qayrawani, seorang ulama Mazhab Maliki mengatakan bahwa tetap tak akan ada hukuman hadd bagi anak-anak kecil bahkan juga dalam hal tuduhan zina yang palsu (Qadzaf) atau justru anak sendiri yang melakukannya.¹⁷⁶

Menurut pendapat di atas jika seorang anak yang belum baligh mengerjakan suatu tindak pidana maka terhadap perbuatannya takdapat dipertanggungjawaban kepadanya, akan tetapi jika hakim memandang perlu tetap bisa memberikan sanksi takzir yang lebih ringan.

Selanjutnya dinyatakan oleh Abdur-Rahman I.Doï kalau seseorang melakukan tindak pidana dalam keadaan sakit saraf (gila) makadia tak akan dihukum. Imam Abu Yusuf¹⁷⁷ berkata bahwa hukuman

¹⁷⁴ Dalam Abdur-rahman I Doi, Op-Cit, hlm.15.

¹⁷⁵ Ibid., hlm.16.

¹⁷⁶ Ibid.

¹⁷⁷ Ibid.

Hadd dapat dikenakan kepada tertuduh setelah diamengakuinya, jika tidak jelas bahwa dia tidak gila atau mengalami gangguan mental, bila ternyata ia bebas dari kekurangan semacam itu, maka dia harus menjalankan hukuman yang berlaku.

Namun jika pembunuhan dilakukan oleh orang yang hilang akal nya karena sengaja meminum minuman keras atau obat terlarang tidak dapat digolongkan dalam pembunuhan keliru. Maka kosekwensinya pelakunya harus mempertanggungjawabkan perbuatannya secara pidana.

Dalam Islam tidur dianggap mati kecil. Bila ada tindak pidana yang dilakukan sewaktu dalam keadaan tidur, maka seseorang tidak mesti bertanggungjawabkan asalkan diyakinkan diyakinkan bahwa hal itu dilakukan benar-benar dalam keadaan tidur. Prinsip yang sama juga diterapkan kalau seseorang mengigau ngelindur, beralan dalam keadaan tidur. Meskipun dia tampaknya awas, namun dia tetap tertidur dan berjalan. Jika seseorang melakukan suatu perkara pidana dalam keadaan itu, maka secara hukum dia tidak bertanggungjawab.¹⁷⁸

Dalam hukum Islam terhadap perbuatan karena keliru, lupa dan karena terpaksa juga merupakan alasan penghapus pidana sesuai dengan hadis yang artinya: “terangkat dari umatku keliru, lupa dan apa yang dikerjakan oleh mereka karena terpaksa”.

Selain merupakan alasan penghapus pidana ketiga alasan tersebut juga menjadi penghapus dosa, jadi dihadapan Allah tidak ada pertanggungjawaban di akherat kelak.

¹⁷⁸ Ibid., hlm.17.

Menurut Abdur-Rahman I.DoI seandainya kejahatan dilakukan dalam keadaan dipaksa, tak akan ada tuntutan hukum atas hak tersebut asalkan terbukti benarnya.¹⁷⁹

Dari uraian di atas maka penulis dapat menyimpulkan:

1. Hukum Islam menganut asas culpabilitas, yaitu hanya orang yang mampu bertanggungjawab saja yang dapat dipidana.
2. Terhadap orang yang dianggap tidak mampu bertanggungjawab dapat dikenakan pengurangan hukuman berupapidana takzir yang disesuaikan dengan kemaslahatan baik bagi pelaku maupun masyarakat.
3. Pada prinsipnya orang yang dapat dipidana adalah orang yang melakukan perbuatan dengan sengaja, pembedaan terhadap tindak pidana yang dilakukan karena keliru (kealpaannya) hanya bersifat eksepsional, selama syarak menentukan demikian.

3. Prinsip fleksibilitas/elastisitas pembedaan dan modifikasi (perubahan/ penyesuaian) pembedaan.

Dalam ciri yang ketiga ini pidana yang diberikan kepada pelaku tindak pidana harus disesuaikan dengan karakteristik dan kondisi si pelaku, dan ini berarti harus ada kelonggaran bagi hakim dalam memilih sanksi pidana baik mengenai jenis pidananya maupun berat ringannya sanksitersebut dan harus ada kemungkinan modifikasi pidana dalam pelaksanaannya.

¹⁷⁹ Ibid.

Hukum Islam sesungguhnya bukan merupakan suatu sistem hukum yang kejam dan tidak manusawi, karena di dalamnya juga terkandung perhatian bukan saja pada masyarakat tetapi juga pada pelaku tindak pidana dan bahkan korban kejahatan. Semua mendapat perhatian dalam ketentuan hukum Islam sehingga prinsip fleksibilitas/elastisitas pembedaan maupun modifikasi pembedaan juga tercermin di dalamnya.

Untuk menguraikan adanya fleksibilitas/elastisitas dan modifikasi pembedaan maka akan diuraikan berdasarkan pembagian tindak pidana menurut hukum Islam.

Dalam hukum pidana Islam dikenal pembagian tindak pidana (jarimah) menjadi tiga, yaitu:

- a. Tindak pidana hudud;
- b. Tindak pidana qisas/diyat; dan
- c. Tindak pidana takzir.¹⁸⁰

1. Tindak Pidana Hudud.

Menurut A.Hanafi tindak pidana (jarimah) hudud ialah jarimah yang diancam dengan hukuman had, yaitu hukuman yang telah ditentukan macam dan jumlahnya dan menjadi hak Allah SWT. Dengan demikian maka hukuman tersebut tidak mempunyai batas terendah atau batas tertinggi. Pengertian hak Allah SWT ialah bahwa hukuman tersebut tidak bisa dihapuskan baik oleh

¹⁸⁰ H.A.Djazuli, Op-cit., hlm.13

perorangan (yang menjadi korban tindak pidana) ataupun oleh masyarakat yang diwakili oleh negara.¹⁸¹

Yang termasuk dalam tindak pidana hudud meliputi:

1. Zina.
2. Menuduh zina (qadzaf)
3. Minum khamr (meminum minuman keras)
4. Pencurian
5. Perampokan (hirabah)
6. Pemberontakan; dan
7. Murtad.

Adapun sanksi terhadap pelaku tindak-tindak pidana tersebut di atas adalah sebagai berikut:

Untuk pelaku zina yang belum pernah menikah dikenakan hukuman pukulan (dera), tetapi jika pelakunya pernah menikah maka hukumannya adalah rajam. Dasarnya adalah sabda Rasulullah Muhammad SAW, yang artinya:

“ketahuilah..... ketahuilah, sesungguhnya Allah telah memberikan jalan untuk mereka. Untuk jejak dan perawan dihukum dengan seratus kali pukulan dan diasingkan setahun lamanya. Dan untuk duda dan janda dihukum dengan pukulan seratus kali dan rajam”.¹⁸²

Terhadap pencuri diancam hukum potong tangan. Dasarnya adalah Firman Allah surat Al-Maidah (5) ayat 38,

¹⁸¹ Ahmad Hanafi, Op-cit, hlm.7.

¹⁸² Dalam Sayyid Sabiq, Fikih Sunnah, Jilid 9, hlm.10.

وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا جَزَاءً بِمَا كَسَبَا نَكَالًا

مِّنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ ﴿٣٨﴾

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

Sedangkan untuk pelaku perampokan (hirabah) hukumannya adalah sesuai dengan firman Allah dalam surat Al-Maidah (5) ayat 33:

إِنَّمَا جَزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَيَسْعَوْنَ فِي الْأَرْضِ فَسَادًا أَنْ يُقَتَّلُوا أَوْ يُصَلَّبُوا أَوْ تُقَطَّعَ أَيْدِيهِمْ وَأَرْجُلُهُم مِّنْ خَلْفٍ أَوْ يُنْفَوْا مِنَ الْأَرْضِ ذَلِكَ لَهُمْ خِزْيٌ فِي الدُّنْيَا وَلَهُمْ فِي الْآخِرَةِ عَذَابٌ

عَظِيمٌ ﴿٣٣﴾

Artinya: Sesungguhnya pembalasan terhadap orang-orang yang memerangi Allah dan Rasul-Nya dan membuat kerusakan di muka bumi, hanyalah mereka dibunuh atau disalib, atau dipotong tangan dan kaki mereka dengan bertimbal balik (Maksudnya ialah: memotong tangan kanan dan kaki kiri; dan kalau melakukan lagi maka dipotong tangan kiri dan kaki kanan), atau dibuang dari negeri (tempat kediamannya). Yang demikian itu (sebagai) suatu penghinaan untuk mereka didunia, dan di akhirat mereka beroleh siksaan yang besar,¹⁸³

Sanksi pidana untuk peminum khamr menurut hadis yang diriwayatkan oleh Muslim adalah empat puluh pukulan/dera.

¹⁸³ Dalam Anwar Haryono, Op-Cit., hlm 165.

Adapun sanksi pidana untuk tindak pidana pemberontakan adalah dihukum bunuh yang didasarkan pada firman Allah SWT dalam surat Al-Hujarat (49) ayat 9:

وَإِنْ طَافَتَانِ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ اقْتَتَلُوا فَأْصَلِحُوا بَيْنَهُمَا فَإِنْ بَغَتْ إِحْدَاهُمَا عَلَى الْأُخْرَى فَقْتُلُوا الَّتِي تَبْغِي حَتَّى تَفِيءَ إِلَى أَمْرِ اللَّهِ فَإِنْ فَاءَتْ فَأْصَلِحُوا بَيْنَهُمَا بِالْعَدْلِ وَأَقْسِطُوا إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ ﴿٩﴾

Artinya: Dan kalau ada dua golongan dari mereka yang beriman itu berperang hendaklah kamu damaikan antara keduanya! Tapi kalau yang satu melanggar perjanjian terhadap yang lain, hendaklah yang melanggar perjanjian itu kamu perangi sampai surut kembali pada perintah Allah. Kalau dia telah surut, damaikanlah antara keduanya menurut keadilan, dan hendaklah kamu berlaku adil; sesungguhnya Allah mencintai orang-orang yang berlaku adil.

Sedang hukuman tindak pidana murtad adalah dibunuh.

Kewajiban melaksanakan hukuman hadd berdasarkan hadis An-Nasa'i dan Ibnu majjah meriwayatkan dari Abu Hurairah, bahwa Nabi Muhammad SAW bersabda: "Suatu hukuman yang dilaksanakan di dunia adalah lebih baik bagi penduduknya dari pada dicurahi hujan selama empat puluh hari".¹⁸⁴

Sekalipun tindak pidana hudud merupakan hak Allah SWT, dan hakim tidak berhak merubah,menambah maupun mengurangi pidana yang telah ditentukan Allah SWT, namun dari berbagai hadis yang ada terhadap pelaku tindak pidana hudud masih mungkin dimaafkan atau dikenakan hukuman lain jika pelaku bertobat sebelum kasusnya sampai ditangan penguasa.

¹⁸⁴ Dalam sayyid Sabiq, Op-cit., hlm.14.

Ulama fikih sepakat menyatakan bahwa dalam jarimah hudud, hakim atau penguasa tidak boleh memberi pengampunan kepada yang melakukannya, apabila kasus tersebut telah diajukan ke pengadilan atau telah divonis oleh pengadilan. Penyidikan tidak boleh dihentikan dan keputusan hakim tidak boleh dihapuskan melainkan harus dilaksanakan. Fukaha menyatakan bahwa jarimah hudud merupakan hak Allah SWT. Pengertian "hak Allah" ialah bahwa tidak seorangpun berhak mengurangi atau menghapuskan hukuman tersebut, baik perseorangan (sebagai korban) maupun hakim atau penguasa/kepala negara. Jarimah hudud disebut sebagai hak Allah SWT karena dilaksanakannya hukuman tersebut bermanfaat bagi kepentingan umum, yakni demi terpeliharanya ketentraman masyarakat.¹⁸⁵

Mengenai bolehnya permaafan sebelum kasusnya sampai di pengadilan juga terdapat dalam satu riwayat diterangkan bahwa Zubair bin Awwam (sahabat yang masuk Islam pada periode Mekkah) pernah menangkap seorang pencuri lalu hendak mengampuninya. Kata orang kepadanya:

"Ampunilah dia sebelum kasusnya sampai kepada pengadilan, Zubair berkata, memang, apabila sudah sampai kepada pengadilan, Allah bakal melaknat si pemberi ampun dan yang diberi ampun" (HR. At-Tabrani).¹⁸⁶

Senada dengan bunyi hadis di atas Abu Daud, An-Nasa'i dan Al-hakim menganggap shahih hadis yang diriwayatkan oleh Amar bin

¹⁸⁵ Dalam Ensiklopedia Hukum Islam, Op-cit, hlm.412.

¹⁸⁶ Ibid, hlm.412.

Syu'aib dari ayahnya dari kakeknya, bahwa Nabi SAW bersabda sbb: *“Saling memaafkanlah kamu atas hukuman-hukuman yang masih berada di tangan kalian. Manakala perkaranya telah sampai ke tanganku, maka pelaksanaan hukuman itu adalah wajib”*.¹⁸⁷

Hal demikian seperti dalam Hadis Riwayat At-Tabrani dari Urwah bin Az-Zubair, Nabi Muhammad SAW bersabda: *“Lakukanlah syafaat (terhadap terpidana) sebelum kasusnya sampai kepada hakim (penguasa). Jika kasusnya telah sampai ke tangan penguasa, lalu ia (korban) memberi maaf (syafaat), maka Allah tidak akan memaafkannya”* (Hadis Riwayat At-Tabrani dari Urwah bin Az-Zubair).

Juga hadis riwayat Bukhari yang menyatakan Nabi Muhammad SAW yang memberikan ketentuan yang artinya sbb: *“Hindarkanlah memberikan hukuman hadd sejauh yang engkau dapat lakukan, bila terdapat adanya keraguan”*. (HR.Bukhari).

Dalam Hadis riwayat Tirmidzi dari Aisyah juga meriwayatkan, bahwa Nabi Muhammad SAW, mengatakan:

*“Hindarlah hukuman hadd dari kaum muslimin, selama masih mungkin. Jika ada dasar untuk melepaskannya seseorang dari hukuman, maka biarkanlah dia terbebaskan. Seorang hakim lebih baik keliru dalam memberi ampun daripada keliru dalam memberi hukuman”*¹⁸⁸.

Jadi dalam hukum Islam tidak mudah menerapkan ketentuan hukuman hadd karena jika ada keraguan sedikit saja, maka hakim

¹⁸⁷ Dalam Sayyid Sabiq, Jilid 9, Op-cit., hlm.17.

¹⁸⁸ Ibid, hlm.19.

hendaknya menghindarkan diri dari menjatuhkan hukuman hadd dan jika buktinya meragukan maka dalam tindak pidana seperti pencurian boleh tetap menjatuhkan hukuman takzir yang lebih ringan.

Diperlukan kehati-hatian dan ketelitian dalam penerapan hukuman hadd, karena hadd merupakan salah satu bentuk hukuman yang menyakiti badan seseorang sekaligus menghilangkan kehormatan seseorang. Oleh karena itu hukuman tersebut hanya boleh dilaksanakan atas dasar haq, dan hal demikian harus didasarkan pada bukti-bukti yang kuat dan tidak meragukan.

Dari hadis-hadis di atas juga dapat ditarik makna bahwa hakim maupun kepala negara diperkenankan memberikan syafaat (pengampunan) kepada orang yang melakukan tindak pidana yang diancam dengan hukuman hadd apabila perkaranya sudah diangkat ke meja hijau. Pemberian maaf kepada pelaku setelah perkaranya sampai di tangan penguasa tidak akan mempengaruhi jalannya pemeriksaan, dan hakim tetap harus mengadili sesuai dengan ketentuan hukum yang berlaku. Hal demikian disebabkan karena pada tindak pidana ini kepentingan masyarakat banyak lebih diutamakan.

Namun demikian jika perkaranya belum sampai kepada penguasa maka diperbolehkan memberikan syafaat/pengampunan. Oleh karena itu jika ada keraguan dalam tindak pidana hududu sebaiknya menghindari hukuman, dan seorang hakim lebih baik salah mengampuni dari pada salah menjatuhkan hukuman. Hal demikian menunjukkan bahwa sekalipun hukuman hadd adalah hak Allah SWT, dan pelaksanaan hukuman itu diwajibkan, akan tetapi tidak mudah

untuk melaksanakannya karena diperlukan syarat-syarat yang harus dipenuhi untuk menjatuhkan hukuman hadd.

Mengenai bolehnya pihak korban tidak pidana memberikan maafan, misalnya seseorang menangkap pencuri barangnya, kemudian pemilik barang melepaskannya/memaafkannya karena barang yang dicuri dikembalikan oleh pencurinya. Hal ini sudah menjadi kesepakatan ulama dengan dasar hadis Nabi Muhammad SAW: *“Saling beri maaflah kamu dalam jarimah hudud yang terjadi antara kalian. Jarimah hudud yang sudah sampai kepada pengadilan harus dilaksanakan dengan sepenuhnya”* (HR. Abu Dawud, an-Nasa’i dan al-Hakim)¹⁸⁹.

Landasan lain bolehnya maafan sebelum kasusnya sampai di tangan penguasa adalah dari hadis riwayat at-Tabrani, bahwa Rasulullah SAW, bersabda: *“Berilah syafaat tindak pidana yang belum sampai kepada penguasa. Apabila sampai kepada penguasa, lalu ia memaafkannya, maka Allah tidak akan memaafkannya”*. (HR.at-Tabrani).¹⁹⁰

Adapun mengenai tindak pidana pencurian maka sanksi pidana dalam Islam adalah potong tangan. Namun demikian menurut hukum Islam sekalipun tindak pidana pencurian termasuk dalam tindak pidana hudud jika ada kasus tindak pidana pencurian tidak serta merta si tertuduh dikenakan hukuman potong tangan.

Dalam suatu negara Islam setiap pribadi berhak memperoleh jaminan sosial melalui Perbendaharaan Negara yang disebut *“Bait Al-*

¹⁸⁹ Ensiklopedia Hukum Islam, op-cit., hlm.413.

¹⁹⁰ Ibid.

Mal” yaitu tempat dikumpulkannya dana sosial dari berbagai sumber termasuk kewajiban mengumpulkan zakat.¹⁹¹ Jika seorang warga negara didorong oleh keadaan yang memaksa karena tidak dapat memperoleh nafkah untuk diri sendiri dan keluarganya karena tiadanya kesempatan atau tidak memperoleh santunan dari Bait Al-mal, maka masyarakat akan dianggap bersalah dan tidak akan dijatuhkan hadd kepada si pelaku/si tertuduh.¹⁹²

Pada masa pemerintahan sahabat Nabi Umar bin Khattab pernah tidak melaksanakan hukuman potong tangan seperti yang ditegaskan dalam Al-Quran surat al-Maidah (5) ayat 38 terhadap beberapa pencuri yang kelaparan.

Imam Malika meriwayatkan bahwa beberapa orang budak dimiliki oleh Hatib mencuri seekor unta milik seseorang untuk dimakan. Setelah diadakan pemeriksaan, ternyata Hatib sebagai majikan telah menelantarkan mereka sehingga mereka terpaksa mencuri karena sangat lapar. Umar bin Khattab memutuskan untuk tidak menghukum para budak tersebut dengan hukuman potong tangan karena menurutnya bukan pencurian yang seperti itu yang dimaksud oleh Surat Al-Maidah (5) ayat 38, yaitu:

وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا جَزَاءً بِمَا كَسَبَا نَكَالًا

مِّنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ ﴿٣٨﴾

¹⁹¹ Baitul-maal adalah tempat simpanan harta benda. Baitul-maal dimasa pemerintahan kerajaan Islam dulu, dapat diserupakan dengan kementerian keuangan di masa sekarang. Hasil yang terpenting yang didapat oleh baitul-maal dulu ialah: jizyah, pajak tanah, zakat, barang rampasan, dan yang seumpamanya (Tarjamah Bulughul Maraam, hlm.646)

¹⁹² Dalam Abdurrahman I.DoI, Op-cit., hlm.12.

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

Sebaliknya Hatib sebagai majikan diharuskan membayar 800 dinar. Pembayaran itu dimaksudkan separo untuk harga unta itu dan separo lagi sebagai hukuman denda atas kelalaiannya menunaikan kewajiban. Umar menganggap pencurian seperti itu tidak mencukupi syarat. Karena salah satu syarat pencurian yang akan dikenakan potong tangan adalah tidak terdapat syubat sesuatu yang ketentuan hukumnya tidak diketahui secara pasti (dihalalkan atau diharamkan) dalam perbuatan itu.

Dalam peristiwa seperti tersebut di atas, syariat Islam membolehkan seseorang yang terdesak melanggar suatu larangan. Dengan demikian pencurian tersebut disebut syubat.

Dalam hal ini, Umar bin Khattab berpegang kepada petunjuk Rasulullah SAW dalam hadisnya yang mengatakan: *“Tanggulkanlah pelaksanaan hukuman hudud (seperti hukum potong tangan bagi pencuri, dera seratus kali bagi seorang yang berzina yang belum pernah menikah, dan hukuman rajam atas pezina yang sudah pernah menikah) disebabkan adanya syubat”* (HR.al-Baihaki).

Bagi Umar bin Khattab, pelaksanaan hukum Islam berkaitan dengan berbagai unsur yang diperlukan, di samping pengetahuan

tentang hukum itu sendiri, adalah juga tentang perbuatan mukallaf dan pengetahuan tentang kondisimukallaf itu sendiri (*mahkum' alaih*)¹⁹³.

Menurut mazhab Maliki seperti ditulis oleh Adurrahman tertuduh dalam kasus pencurian harus dibawa ke hadapan Qodhi. Dalam Mazhab Hanafi, diisyaratkan bahwa pengadu yang hartanya dicuri menuntut bahwa qodhi harus menjatuhkan hukuman hadd potong tangan kepada tertuduh. Tetapi kalau si pengadu memaafkan tertuduh dan merelakan hartanya, maka hukuman hadd tak dapat dijalankan, tetapi hukuman takzir dapat dikenakan padanya.¹⁹⁴

Dengan dikenakannya hukuman takzir kepada pelaku pencurian berarti prinsip individualisasi disini sangat diperhatikan, karena dengan tetap menrapkan hukuman takzir paling tidak si pelaku akan diperlakukan dengan hukuman seperti hukum cambuk yang lebih ringan, denda, penjara atau hanya peringatan kalau qodhi merasa cukup memadai.

Adapun menurut Mazhab Maliki dan Syafi'i berbeda dengan pendapat di atas, jika hakim pengadilan diminta oleh si pengadu agar mempertimbangkan hukuman hadd, maka ia tidak lagi merupakan pertimbangan si pengadu dan ia tidak boleh campur tangan lagi pada tahap berikutnya.¹⁹⁵ Jadi harus tetap dilaksanakan hukuman hadd.

Dalam pembuktian tindak pidana hudud juga disyaratkan adanya saksi dua orang dewasa, jujur serta berakhlak mulia. Tak selalu mudah mendapatkan saksi semacam itu yang ada dalam peristiwa kriminal. Tetapi kalau tertuduh mengakui perbuatannya, maka hukuman

¹⁹³ Dalam Ensiklopedi Hukum Islam, Op-cit., hlm 376.

¹⁹⁴ Abdurrahman, Loc-cit.

¹⁹⁵ Ibid. hlm.12.

akan dijatuhkan setimpal. Bahkan dalam hal ini, Imam Abu Yusuf dari Mazhab Hanafi dan Imam Ahmad bin Hanbal berkata bahwa bahkan diperlukan dua atau tiga kali pengakuan sebelum diyakini (kebenaran pengakuannya).¹⁹⁶

Selain hal tersebut di atas sebelum dijatuhkan hukuman hadd harus pula dibuktikan bahwa dalam peristiwa pencurian, tertuduh benar-benar membuka pasak atau merusakkan rumah dan benar-benar memasukinya. Diisyaratkan pula bahwa uang, emas, perak, perhiasan permata atau benda-benda berharga lainnya terseimpan dengan aman dikunci dalam kotak atau lemari penyimpanan, harus terjaga, dan rumah itu sendiri harus terkunci agar tidak mengundang niat buruk untuk mencurinya, kalau seseorang tidak melakukan tindakan pencegahan yang memadai dan ia dan ia dapat dipersalahkan, karena kelalaiannya itulah (sebagai salah satu faktor yang mungkin) menyebabkan pencurian tersebut. Dalam kasus tak terpenuhinya persyaratan semacam ini, namun ada cukup bukti yang meyakinkan, maka hukuman takzir yang diterapkan, bukan hukuman hadd. Selain itu kalau barang yang dicuri itu berupa makanan, buah-buahan, rumput, atau pepohonan hutan, maka hukuman hadd juga tidak dapat diterapkan sama sekali.¹⁹⁷

Dari pendapat di atas maka ada elastisitas pembedaan dimana terhadap tindak pidana pencurian yang dilakukan terhadap harta yang tidak tersimpan dengan semestinya, kepada pelakunya tidak dapat dikenakan pidana potong tangan akan tetapi hanya sanksi takzir.

¹⁹⁶ Ibid., hlm.13.

¹⁹⁷ Ibid.

Prinsip elastisitas pemidanaan juga diterapkan kepada pencuri yang mencuri barang akan tetapi belum sampai pada nisabnya. Kepada pelaku juga tidak akan dihukum potong tangan. Ada beberapa riwayat yang berbeda tentang nisab barang yang dicuri berjumlah seperempat dinar, atau yang nilainya setara. Namun ada juga riwayat yang mengatakan bahwa nisabnya lima dirham.

Dalam sebuah hadis yang diriwayatkan Aisyah ia berkata: “Dari Aisyah, ia berkata: *“Telah bersabda Rasulullah SAW tidak boleh dipotong tangan pencuri melainkan pada seperempat dinar atau lebih”* (HR.Muslim)

Sesuai dengan isi hadis di atas juga hadis riwayat Ahmad: “Dan pada satu riwayat bagi Ahmad: *“Potonglah pada seperempat dinar, dan jangan kamu potong yang kurang daripadanya”*.

Menurut para fukaha¹⁹⁸ unsur-unsur dari tindak pidana pencurian adalah sbb:

- a. Harta diambil secara sembunyi-sembunyi.
- b. Ia ambil dengan maksud jahat.
- c. Barang yang dicuri itu benar-benar milik sah dari orang yang hartanya dicuri itu.
- d. Barang yang dicuri telah diambil kepemilikannya dari siempunya sebenarnya.
- e. Barang yang dicuri itu telah berada dalam penguasaan si pencuri.
- f. Barang tersebut harus mencapai nilai nisab pencuri.

¹⁹⁸ Dalam Abdurrahman I.DoI, Op-cit., hlm.62

Dari syarat-syarat di atas dapat diketahui bahwa tidak mudah menghukum seseorang yang melakukan tindak pidana pencurian, karena seperti pendapat Umar bin Khattab bahwa diperlukan pengetahuan tentang hukum itu sendiri, Tentang perbuatan mukallaf (mahkum fih) dan pengetahuan tentang kondisi mukallaf itu sendiri (mahkum'alah). Dan jika syarat-syarat tidak terpenuhi maka tidak dapat dikenakan hukuman hadd.

Hampir sama dengan tindak pidana pencurian adalah tindak pidana perampokan/pembegalan, perbedaannya menurut H.A.Djazuli adalah dalam hal pengambilan harta. Dalam tindak pidana hirabah pengambilan harta dilakukan dengan terang-terangan dan disertai dengan kekerasan.¹⁹⁹

Terhadap pelaku tindak pidana hirabah, jika dilakukan tanpa membunuh maka sanksi pidananya adalah potong tangan dan kaki secara bersilang, tetapi jika disertai membunuh sanksinya pidana mati (disalib).

Akan tetapi pidana perampokan dapat hapus karena sebab-sebab yang menghapuskan hukuman pencurian dan disebabkan karena tobat sebelum berhasil ditangkap sesuai dengan firman Allah dalam surat Al-Maidah (5) ayat 34:

إِلَّا الَّذِينَ تَابُوا مِنْ قَبْلِ أَنْ تَقْدِرُوا عَلَيْهِمْ فَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ



¹⁹⁹ HA.Djazuli, Op-cit., hlm 87.

Artinya: kecuali orang-orang yang taubat (di antara mereka) sebelum kamu dapat menguasai (menangkap) mereka; maka ketahuilah bahwasanya Allah Maha Pengampun lagi Maha Penyayang.

Akan tetapi hukuman yang dapat hapus adalah hukuman yang berkaitan dengan perampokan, bukan hukuman berkaitan dengan pelanggaran atas hak hamba (adami) seperti pembunuhan.

Jika perampoknya bertobat setelah tertangkap, maka tobatnya tidak dapat menghapuskan hukuman baik yang berkaitan dengan hak Allah maupun hakhamba. Dan perampok dianggap telah bertobat bilamana ia datang kepada imam dengan segala keikhlasan dan ketaatan sebelum tertangkap.

Menurut Imam Abu Hanifah tobat dapat menghapuskan hukuman seluruh jarimah yang berkaitan dengan hak Allah berdasarkan pada Al-Qur'an Surat An-Nisa (4) ayat 16:

وَالَّذَانِ يَأْتِيَنِهَا مِنْكُمْ فَأَذَوْهُمَا ط فَإِن تَابَا وَأَصْلَحَا فَأَعْرَضُوا عَنْهُمَا
إِنَّ اللَّهَ كَانَ تَوَّابًا رَّحِيمًا ﴿١٦﴾

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

Pentingnya ketelitian dalam pembuktian perkara tindak pidana hudud juga dapat dilihat bahwa untuk melaksanakan pidana terhadap pelaku zina misalnya, hukum Islam menentukan syarat-syarat yang sangat berat bagi terlaksananya hukuman atas pelaku zina, yaitu:

- a. Hukuman dapat dibatalkan, bila masih terdapat keraguan terhadap peristiwa atau perbuatan zina itu. Hukuman tidak dapat dijalankan, melainkan setelah benar-benar diyakini terjadinya perzinaan.
- b. Untuk meyakinkan perihal terjadinya perzinaan tersebut, haruslah ada empat saksi laki-laki yang adil. Dengan demikian kesaksian empat orang wanita tidak cukup untuk dijadikan saksi, sebagaimana kesaksian empat orang laki-laki yang fasik.
- c. Kesaksian empat orang laki-laki inipun masih memerlukan syarat, yaitu bahwa masing-masing mereka melihat persis proses perzinaan itu, seperti ketika masuknya kemaluan laki-laki (penis) ke bibir kemaluan si wanita (vagina) dan ketika terbenamnya penis tersebut dalam vagina. Persyaratan ini agaknya sangat sulit untuk dipenuhi.
- d. Andaikata seorang dari keempat saksi mata itu menyatakan kesaksian yang lain dari kesaksian ketiga orang lainnya, atau salah seorang diantaranya mencabut kesaksiannya, maka terhadap mereka semuanya dijatuhkan hukuman menuduh zina.²⁰⁰

Mengenai syarat yang cukup berat seperti tersebut di atas Sayyid Sabiq memberikan komentar bahwa prasyarat-prasyarat untuk menjatuhkan hukuman zina sangat sulit terpenuhi. Dan inilah sebabnya hukuman tersebut lebih ditekankan sebagai usaha pencegahan (preventif) ketimbang pembalasan. Dengan begitu bisa saja ada orang yang menanyakan tentang apa gunanya/artinya Islam menetapkan

²⁰⁰ Sayyid Sabiq, Jilid 9, Op-cit., hlm.90.

hukuman zina, padahal ia sulit sekali untuk dilaksanakan disebabkan sangat sulitnya penerimaan kesaksian.²⁰¹

Hukuman bagi pelaku zina hanya dapat dilaksanakan dengan syarat-syarat sebagai berikut:

1. Orang yang berzina adalah orang yang berakal waras (tidak gila)
2. Orang yang berzina sudah cukup umur (balig).
3. Zina dilakukan dalam keadaan tidak terpaksa tetapi atas kemauannya sendiri.
4. Orang yang berzina itu tahu, bahwa zina diharamkan.²⁰²

Berdasarkan syarat-syarat tersebut maka jika salah satu syarat saja tidak terpenuhi maka hukuman tidak dapat dilaksanakan.

Selain hal tersebut pemidanaan menurut hukum Islam sangat berorientasi pada orang/pelaku (bertolak dari ide individualisasi pidana). Hal ini dapat dilihat dari adanya penyesuaian pemidanaan seperti hadis yang diriwayatkan oleh Ahmad dan Nasa'i dan Ibn Majjah dan isnadnya hasan:

“Bahwa ada seseorang laki-laki lemah yang berzina dan disampaikanlah oleh Sa’ad ibn Ubadah kepada Nabi, maka sabdanya: “pukullah hadnya”, maka disampaikanlah kepada beliau bahwa ia lemah. Ya Rasulullah, kalau kita pukul dia seratus kali, maka itu berarti kita bunuh dia. Kemudian bersabdalah Nabi: “ambillah satu ikat lidi yang

²⁰¹ Ibid.

²⁰² Ibid, hlm.112.

terdiri dari seratus biji, kemudian pukullah sekali” katanya. Maka mereka kerjakanlah.²⁰³

Dalam Tarjamah Bulughul Maraam dijelaskan bahwa hadis di atas, lantaran perselisihannya tidak dapat dijadikan alasan, dan jalan fikirannya tidak bisa disetujui, karena satu kali pukul dengan seratus ranting itu tidak merupakan sebagai siksaan atas satu perbuatan yang sudah ditentukan satu siksaan yang pedih.

Oleh sebab itu dalam hal demikian dapat dipertimbangkan, bahwa kepadanya tetap dikenakan dera yang jumlahnya sama dan dengan alat yang sama, tetapi dalam pelaksanaannya dicicil, yaitu dengan dipukul beberapa kali, kemudian dibiarkan beberapa saat, kemudian dipukul lagi sampai genap jumlahnya.²⁰⁴

Senada dengan hadis di atas Abu Daud meriwayatkan hadis dari seorang lelaki kaum Anshar bahwa ada seorang lelaki dari kaum Anshar yang sakit sehingga kurus dan kulitnya sudah menempel tulangnya. Dalam keadaan sakit ini tiba-tiba datang seorang jariah. Lelaki senyum kepada jariah itu dan akhirnya terjadilah perzinaan diantara mereka. Kemudian ketika kaumnya datang menjenguk, lelaki itu memberitahukan perbuatannya, dan berkata: “Mintalah fatwa dari Rasulullah SAW untukku, sesungguhnya aku telah berbuat zina dengan seorang jariah yang datang padaku. Kemudian kaum itu menuturkan perbuatan lelaki tersebut kepada Rasulullah SAW. Mereka berkata: “Kami belum pernah melihat seorang yang menderita sakit seperti dia. Kalau saja ia bawa kami padamu, ya... Rasulullah niscaya

²⁰³ Dalam Anwar Haryono, Op-cit., hlm.179.

²⁰⁴ Disarikan dari Bulughul Maraam, Op-cit., hlm.653.

berantakanlah tulangnya. Dia hanya tinggal tulang dan kulit. Akhirnya Rasulullah menyuruh agar mereka mengambil seratus ranting kayu dan dipukulkan kepada lelaki tersebut sekali saja.²⁰⁵

Berdasarkan hadis di atas maka Rasulullah menetapkan hukuman yang berbeda pada orang yang lemah sesuai dengan kondisi si pelaku yaitu tidak menerapkan dera seratus kali akan tetapi hanya dengan satu kali pukulan yang terdiri dari seratus lidi (batang kayu), atau paling tidak tetap menjatuhkan sanksi pidana yang jenis dan jumlahnya sama tetapi pelaksanaannya dilakukan dengan dicicil, namun demikian masih perlu kajian yang lebih mendalam mengenai isi hadis di atas, karena banyak hadis-hadis lain yang berpendapat sebaliknya yaitu tetap menghukum dera seratus kali.

Menanggapi hadis di atas Anwar Haryono menyatakan bahwa hukuman terhadap pezina: tidak berarti hukuman mati, dan pelaksanaan hukuman cambuk itu dapat mengandung arti yang masih harus diperdalam lagi.²⁰⁶

Prinsip Individualisasi pidana juga terlihat dengan adanya penundaan pelaksanaan hukuman rajam bagi pelaku zina wanita yang sedang hamil, maka pelaksanaan hukumannya ditangguhkan sampai ia melahirkan. Hal ini didasarkan pada sabda Rasulullah SAW dalam kasus Al-Gamidiyah yang mengaku melakukan perzinaan, sedangkan ia dalam keadaan hamil. Rasulullah SAW menyuruhnya pulang dan disuruh menghadap bila anaknya telah lahir dan disusunya. Setelah

²⁰⁵ Dalam Sayyid Sabiq, Jilid 9, hlm., 133.

²⁰⁶ Ibid.

wanita itu melahirkan dan menyusui anaknya barulah hukumannya dilaksanakan.

Hal demikian sesuai dengan hadis Riwayat Ibnu Majjah meriwayatkan bahwa Rasulullah bersabda: “Apabila ada seorang wanita membunuh secara sengaja ia tidak boleh dijatuhi hukuman mati sampai ia melahirkan anaknya jika memang sedang hamil, dan sampai ia tuntas merawat anaknya. Dan bilamana seorang perempuan berzina, ia tidak boleh dihukum rajam sampai ia melahirkan anaknya bilamana ia memang sedang hamil dan sampai tuntas merawat anaknya”.²⁰⁷

Larangan melaksanakan pidana bagi wanita yang sedang hamil bertujuan agar janin yang dikandungnya tidak menderita atau gugur karena janin itu tidak ikut berdosa atas dosa yang dilakukan oleh ibunya.

Bahkan dalam hadis yang diriwayatkan oleh Muslim pelaksanaan hukuman dilaksanakan setelah bayinya selesai menyusui yang menurut Islam disarankan selama 2 tahun. Jadi menurut hukum Islam ada elastisitas dalam pelaksanaan pemidanaan, yang sangat tergantung dari kondisi individu si terpidana, namun bukan dalam arti jenis sanksi pidananya.

Mengenai prinsip individualisasi pidana dalam hukum Islam juga terlihat dengan adanya anjuran untuk merahasiakan suatu kesalahan diri sendiri maupun orang lain. Seperti pendapat Sayyid Sabiq dalam Fikih Sunnahnya menyatakan bahwa seseorang muslim sebaiknya merahasiakan kejahatan dirinya dan tidak mempercakapkan

²⁰⁷ Ibid, Jilid 10. hlm.64, Hadis yang sama juga diriwayatkan oleh Muslim.

dosa-dosa yang pernah dilakukannya. Begitu pula dihadapan hakim, ia sebaiknya menutupi kesalahannya guna menghindarkan diri dari hukuman.²⁰⁸

Dalam Buku Al-Muattha, Imam Malik mencatat suatu riwayat yang diambilnya dari zaid bin Aslam, bahwa Rasulullah pernah bersabda: “Wahai manusia, telah tiba masanya kamu menghindarkan diri dari hukuman-hukuman karena melanggar ketentuan-ketentuan yang telah ditetapkan oleh Allah SWT. Barang siapa yang terperosok ke dalam kejahatan ini, makahendaklah ia membentengi dirinya dengan benteng Allah. Sebab barang siapa yang menyatakannya kepada kami, niscaya kami laksanakan atasnya ketentuan-ketentuan Allah.”²⁰⁹

Islam juga menganjurkan untuk merahasiakan orang-orang yang berbuat dosa dan agr tidak lekas-lekas mengumumkannya, terutama untuk pelaku kejahatan pertama, karena kadang-kadang merahasiakan suatu kesalahan menjadikan orang yang terlibat dosa merasa menyesal dan bertobat nashuha dan kemudian menjadi orang yang baik.

Dalam Ensiklopedi Fikih Umar bin Khattab dinyatakan jika ada orang yang mengaku bahwa dirinya telah berbuat zina, maka kaum muslimin harus memberikan nasehat agar hal itu ditutup-tutupi dan menasehatinya agar dia bertaubat, beristighfar dan jangan disampaikan kepada hakim.²¹⁰

²⁰⁸ Ibid, Jilid 9, hlm.26.

²⁰⁹ Ibid, hlm.27.

²¹⁰ Muhammad Rawwas Qal’ahji, Ensiklopedi Fiqh Umar bin Khattab.ra, Raja Grafindo Persada, Jakarta, 1999, hlm.696.

Diriwayatkan dari Zaid bin Musayyab, bahwa Ma'iz datang kepada Umar bin Khattab dan mengatakan bahwa dirinya telah melakukan perbuatan kotor (zina). Umarpun berkata: "Apakah kamu sudah memberitahukan hal ini kepada orang lain sebelum kepadaku?" Dia menjawab: Tidak. Umar berkata lagi: Tutuplah dengan tutup Allah, dan bertaubatlah kepada-Nya, karena manusia itu biasanya hanya bisa mencela dan tidak mau mengubah, sedangkan Allah itulah yang akan mengubah dan tidak mencela, bertaubatlah kepada Allah dan jangan kamu memberitahukan hal ini kepada siapapun".²¹¹

Ibnu Majjah meriwayatkan dari Ibnu Abbas, bahwa Rasulullah SAW, pernah bersabda: "Barang siapa yang menutupi aurat sesama muslim, maka Allah akan menutupi auratnya pada hari kiamat nanti. Dan barang siapa yang membukakan aurat saudaranya sesama muslim, maka Allah akan membukakan pula auratnya, bahkan seisi rumahnya sendiri."²¹²

Namun demikian terhadap orang yang telah sering kali melakukan kejahatan justru dianjurkan untuk segera mengumumkan (melaporkan) dan memberikan kesaksiannya. Karena Islam mewajibkan pelaksanaan hukuman hadd terhadap pelaku yang memang telah terbukti secara meyakinkan melakukan tindak pidana hudud, demi kepentingan dan perlindungan masyarakat.

Dalam hal seseorang yang melakukan zina mengaku dihadapan hakim, maka hakim harus menyarankan agar dia menarik kembali pengakuannya itu. Ada seorang wanita datang kepada Umar

²¹¹ Ibid.

²¹² Dalam Sayyid Sabiq, Jilid 9, Op-cit., hlm.25.

untuk melaporkan bahwa dirinya telah melakukan zina selama empat kali. Umar pun berkata kepadanya: “Jika kamu mau menarik kembali pengakuanmu, maka kami tidak akan menghukummu”.²¹³

Berdasarkan uraian di atas maka dapat diambil kesimpulan bahwa prinsip individualisasi pidana dalam tindak pidana hudud tercermin dalam:

1. Diperkenalkannya permintaan maaf sebelum kasusnya sampai di tangan penguasa. Namun jika kasusnya sudah sampai di tangan penguasa proses tidak boleh dihentikan dan hukuman wajib dilaksanakan.
2. Adanya perintah untuk menghindari hukuman hadd jika masih terdapat alat bukti yang meragukan, namun jika perbuatannya sudah berupa maksiat dapat tetap mengenakan takzir seperti hukum cambuk yang lebih ringan, denda, penjara atau hanya peringatan kalau hakim merasa cukup memadai.
3. Dalam suatu negara Islam setiap pribadi berhak memperoleh jaminan sosial melalui Perbendaharaan negara yang disebut “Bait-Al-Maal”, jika seorang warga negara melakukan pencurian didorong oleh keadaan yang memaksa karena tidak dapat memperoleh nafkah untuk diri sendiri dan keluarganya karena tidak adanya kesempatan atau tidak memperoleh santunan dari Bait Al- Maal, maka masyarakat akan dianggap bersalah dan tidak boleh menjatuhkan hadd kepada si pelaku, tetapi dikenakan sanksi takzir.
4. Jika seseorang mencuri, tetapi belum sampai nisab maka tidak dikenakan hukuman potong tangan tetapi dikenakan hukuman takzir.

²¹³ Dalam Ensiklopedi Fiqih Umar bin Khattab ra, Op-cit. hlm. 696.

5. Dalam pelaksanaan hukuman zina, jika pelaku dalam keadaan hamil maka pelaksanaan hukuman ditangguhkan sampai si ibu melahirkan dan bahkan sampai selesai merawatnya.
6. Tobat sebelum kasusnya sampai di tangan penguasa dapat menghapus hukuman, asal tobatnya dilakukan dengan sungguh-sungguh (taubatan nashuha). Dan ada anjuran untuk menutupi kesalahan yang dilakukan diri sendiri dan menutupi kesalahan orang lain, kecuali kepada orang yang telah melakukan kejahatan beberapa kali maka dianjurkan untuk segera melaporkannya.
7. Modifikasi pemidanaan tercermin dalam hal perilaku zina (Ghoiru Muhsan) itu dalam keadaan lemah dan jika dicambuk seratus kali bisa menyebabkan meninggal, maka berdasarkan hadis riwayat Ahmad dan Ibnu Majjah serta Abu Daud pelaksanaan hukuman dilakukan dengan hanya mencambuk satu kali tetapi dengan 100 batang lidi (kayu).

2.Tindak Pidana (Jarimah) Kisas dan Diat

Jarimah kisas dan diat ialah perbuatan yang diancam dengan hukuman kisas (pelaksanaan hukuman dengan cara sebagaimana pelaku pidana melaksanakan perbuatan yang mengakibatkan orang lain meninggal dunia atau luka) atau hukuman diat (denda materiil).

Jarimah kisas/diat juga merupakan bagian dari hudud karena hukumannya secara tegas telah disebutkan dalam Al-Qur'an, namun di dalam jarimah kisas/diat hak adami (manusia) lebih besar dari pada

hak Allah SWT (hak masyarakat umum), sehingga jarimah kisas/diat sering disebut sebagai hak adami.

Karena tindak pidana kisas/diat merupakan hak adami maka kekuasaan hakim terbatas pada penjatuhan hukuman yang telah ditetapkan apabila perbuatan yang dituduhkan kepada pelakunya dapat dibuktikan.

Dalam Ensiklopedi Hukum Islam disebutkan bahwa jarimah kisas dan diat ada lima macam yaitu:

- (1) Pembunuhan sengaja;
- (2) Pembunuhan semi sengaja
- (3) Pembunuhan tersalah;
- (4) Penganiayaan sengaja, dan
- (5) Penganiayaan tersalah (tidak sengaja)²¹⁴.

Prinsip individualisasi pidana dalam jarimah kisas dan diat terlihat antara lain dengan dimungkinkannya pemberian pengampunan oleh korban atau walinya terhadap pelaku tindak pidana (jarimah). Karena jarimah ini merupakan hak hamba (perseorangan), maka korban atau wali tersebut mempunyai wewenang untuk menggunakan haknya.

Pengampunan yang diberikannya berpengaruh bagi si pelaku kejahatan dan oleh karena itu si korban bisa memaafkan pelaku yang dikenai hukuman kisas dan menggantinya dengan hukuman diat atau bahkan bisa membebaskan dari hukuman diat.

²¹⁴ Ensiklopedi Hukum Islam, Op-cit., hlm.143

Dasar adanya hak memberikan pengampunan bagi korban atau walinya kepada pelaku kejahatan kisas/diat ialah:

Firman Allah SWT dalam Surat al-Baqarah (QS.2) ayat 178 sebagai berikut

يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلِ ۗ الْحُرُّ بِالْحُرِّ
وَالْعَبْدُ بِالْعَبْدِ ۗ وَالْأُنثَىٰ بِالْأُنثَىٰ ۗ فَمَنْ عُفِيَ لَهُ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ فَاتِّبَاعٌ
بِالْمَعْرُوفِ ۗ وَأَدَاءٌ إِلَيْهِ بِإِحْسَانٍ ۗ ذَٰلِكَ تَخْفِيفٌ مِّن رَّبِّكُمْ وَرَحْمَةٌ
فَمَنِ اعْتَدَىٰ بَعْدَ ذَٰلِكَ فَلَهُ عَذَابٌ أَلِيمٌ ﴿١٧٨﴾

Artinya: Hai orang-orang yang beriman, diwajibkan atas kamu qishaash berkenaan dengan orang-orang yang dibunuh; orang merdeka dengan orang merdeka, hamba dengan hamba, dan wanita dengan wanita. Maka barangsiapa yang mendapat suatu pema'afan dari saudaranya, hendaklah (yang mema'afkan) mengikuti dengan cara yang baik, dan hendaklah (yang diberi ma'af) membayar (diat) 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

Dasar lain juga tersebut dalam Al-Qur'an Surat Al-Baqarah (Q.S.2) ayat 179 yang menyatakan :

وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيٰوةٌ يٰۤاُولِيَ الْاَلْبَابِ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُوْنَ
﴿١٧٩﴾

Artinya; Dan dalam kisas itu ada (jaminan kelangsungan) hidup bagimu, hai orang-orang yang berakal, supaya kamu bertakwa

Diperkenankan pembalasan yang setimpal, yang tidak meliputi batas tersurat dalam Al-Qur'an Surat Al-Isra (QS.17) ayat 33:

وَلَا تَقْتُلُوا النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ وَمَنْ قُتِلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لَوْلِيَّهِ سُلْطٰنًا فَلَا يُسْرِفُ فِي الْقَتْلِ إِنَّهُ كَانَ مَنْصُورًا ﴿٣٣﴾

Artinya: Dan janganlah kamu membunuh jiwa yang diharamkan Allah (membunuhnya), melainkan dengan suatu (alasan) yang benar^[853]. Dan barangsiapa dibunuh secara zalim, maka sesungguhnya Kami telah memberi kekuatan kepada ahli warisnya, tetapi janganlah ahli waris itu melampaui batas dalam membunuh. Sesungguhnya ia adalah orang yang mendapat pertolongan.

Pada ayat lain, terdapat dalam Al-Qur'an Surat al-Maidah

(QS.5) ayat 45 Allah SWT berfirman:

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

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

Dasar lain adalah hadis yang diriwayatkan dari Annas bin Malik yang menerangkan: ““Sepengetahuan saya setiap ada perkara

qisas dilaporkan kepada Rasulullah SAW, maka beliau selalu memerintahkan adar dimaafkan” (HR. Ahmad bin Hanbal)²¹⁵.

Abu Daud meriwayatkan sebuah hadist bahwa Rasulullah SAW telah bersabda: *“Pembunuhan disengaja (pelakunya) menuntut Qishash, kecuali kalau wali korban pembunuhan memaafkan”²¹⁶.* Adapun Hadist Riwayat Bukhari Muslim menyebutkan Rasulullah SAW telah memutuskan bahwa keluarga orang yang dibunuh mempunyai dua pilihan: mengambil tebusan atau dihukum mati²¹⁷.

Selanjutnya diterangkan bahwa Rasulullah SAW telah memutuskan mengenai orang yang terkena pembunuhan atau teraniaya boleh memilih diantara tiga pilihan, yaitu: membunuhnya, memaafkannya atau mengambil tebusan. Barang siapa yang telah melakukan suatu pilihan kemudian kembali memaafkan kemudian membunuhnya, maka baginya neraka jahannam selama-lamanya. Yakni membunuh setelah memaafkannya atau mengambil tebusan dan membunuh orang yang tersalah²¹⁸.

Dari ayat tersebut dapat diketahui bahwa pelaksanaan hukuman kisas dapat mengalami peringanan apabila pihak keluarga korban memberikan maaf. Maka dalam hal ini yang bersangkutan diwajibkan memberikan sesuatu berupa kebaikan kepada korban atau keluarga korban dengan cara yang baik sebagai diyat atau ganti kerugian.

²¹⁵ Dalam H.A Djazuli, Op-cit., hlm. 151

²¹⁶ Dalam Sayyid Sabiq, Jilid 10, Loc-cit., hlm. 30

²¹⁷ Dalam Ibnu Qayyim Al Jauziyah, *l'lamul Muwaq'i'in, Panduan Hukum Islam*, Pustaka Azzam, 2000, hlm. 864

²¹⁸ Ibid.

Juga ada tuntutan untuk menghindarkan sejauh mungkin dari hukum bunuh seperti menurut Aisyah, Nabi Muhammad SAW bersabda yang artinya :

“Menghindarkan hukum bunuh dari orang Islam, sedapat mungkin harus diikhtiarkan. Kalau dapat lebih baik dibebaskan dari hukuman itu. Seorang hakim yang salah memberi maaf, akan lebih baik daripada salah menjatuhkan hukuman bunuh”²¹⁹.

Berdasarkan ayat-ayat Al-Qur’an dan hadis Nabi tersebut di atas maka memberi pengertian bahwa Islam memperbolehkan pembalasan yang seimbang dengan yang dilakukan oleh pelaku kejahatan, namun korban/walinya dianjurkan untuk memaafkan dan tetap bisa menuntut diat pada pelakunya, namun yang lebih utama adalah dengan memaafkan dan sekaligus membebaskan sama sekali dari pembayaran diat sebagai pengganti kisas.

Keutamaan memaafkan ini dasarnya adalah Al-Qur’an surat Asy-Syuura (QS.42) ayat 40 :

وَجَزَاءُ سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ مِّثْلُهَا فَمَنْ عَفَا وَأَصْلَحَ فَأَجْرُهُ عَلَى اللَّهِ إِنَّهُ لَا

يُحِبُّ الظَّالِمِينَ ﴿٤٠﴾

Artinya: Dan balasan suatu kejahatan adalah kejahatan yang serupa, maka barang siapa memaafkan dan berbuat baik maka pahalanya atas (tanggungan) Allah. Sesungguhnya Dia tidak menyukai orang-orang yang zalim.

²¹⁹ Dalam Muh. Kasim Bakri, Op-cit., hlm. 121.

Prinsip maafan ini merupakan prinsip yang sangat mulia, karena maafan dianjurkan bukan saja pada pelaku kejahatan yang dianggap ringan akan tetapi juga kepada pelaku kejahatan seperti pembunuhan dan penganiayaan. Dan dalam ayat selanjutnya Allah menyuruh agar manusia selain bisa maafkan kesalahan orang lain tetapi juga diikuti dengan bersabar. Dan bagi mereka dijanjikan pahala di sisi Allah dan perbuatan demikian termasuk hal-hal yang diutamakan dan lebih disukai oleh Allah SWT. Seperti firman Allah dalam lanjutan Surat Asy-Syuura ayat 42.

إِنَّمَا السَّبِيلُ عَلَى الَّذِينَ يَظْلِمُونَ النَّاسَ وَيَبْغُونَ فِي الْأَرْضِ بِغَيْرِ الْحَقِّ
 وَأُولَئِكَ لَهُمْ عَذَابٌ أَلِيمٌ ﴿٤٢﴾

Artinya: Sesungguhnya dosa itu atas orang-orang yang berbuat zalim kepada manusia dan melampaui batas di muka bumi tanpa hak. Mereka itu mendapat azab yang pedih.

Keutamaan bersabar daripada membalas kejahatan dengan balasan yang sama/setimpal juga menjadi prinsip Islam sesuai dengan petunjuk Al-Qur'an Surat An-Nahl (QS.16) ayat 126 sbb:

وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُوا بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُمْ بِهِ ۗ وَلَئِنْ صَبَرْتُمْ لَهُوَ خَيْرٌ
 لِلصَّابِرِينَ ﴿١٢٦﴾

Artinya: Dan jika kamu memberikan balasan, maka balaslah dengan balasan yang sama dengan siksaan yang ditimpakan kepadamu. Akan

tetapi jika kamu bersabar, sesungguhnya itulah yang lebih baik bagi orang-orang yang sabar.

Akan tetapi jika korban ingin menghukum maka balasannya tidak boleh melampaui batas seperti dalam Al-Qur'an Surat Al-Hajj (QS.22) ayat 60:

ذَٰلِكَ وَمَنْ عَاقَبَ بِمِثْلِ مَا عُوقِبَ بِهِ ثُمَّ بُغِيَ عَلَيْهِ لَيَنْصُرَنَّهُ اللَّهُ إِنَّ

اللَّهُ لَعَفُوفٌ غَفُورٌ ﴿٦٠﴾

Artinya: Demikianlah, dan barangsiapa membalas seimbang dengan penganiayaan yang pernah ia derita kemudian ia dianiaya (lagi), pasti Allah akan menolongnya. Sesungguhnya Allah benar-benar Maha Pema'af lagi Maha Pengampun

Berdasarkan kutipan-kutipan ayat-ayat di atas dapat diambil pengertian bahwa terhadap seseorang yang melakukan kejahatan maka korban atau ahli warisnya pertama-tama sebaiknya dia berusaha memaafkan pelakunya, selama pelakunya mau sadar dan bertaubat karena maaf yang diberikan kepadanya. Namun jika ingin menghukum maka hukuman yang ditimpakan kepada pelaku harus seimbang dengan kejahatannya. Dan jika melepaskan kisasnya/memaafkan maka korban boleh menuntut ganti rugi dengan tidak melampaui batas.

Tentu saja yang paling ideal adalah dengan bersabar tanpa menuntut balas sama sekali dan berdamai serta memaafkan perbuatan pelaku, sehingga diharapkan pelaku menjadi sadar dan

bertaubat. Al-Qur'an menganjurkan jalan kebaikan ini dalam surat Al-Fushilat (QS.41) ayat 34:

وَلَا تَسْتَوِي الْحَسَنَةُ وَلَا السَّيِّئَةُ ادْفَعْ بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ
فَإِذَا الَّذِي بَيْنَكَ وَبَيْنَهُ عَدَاوَةٌ كَأَنَّهُ وَلِيٌّ حَمِيمٌ ﴿٣٤﴾

Artinya: Dan tidaklah sama kebaikan dan kejahatan. Tolaklah (kejahatan itu) dengan cara yang lebih baik, maka tiba-tiba orang yang antaramu dan antara dia ada permusuhan seolah-olah telah menjadi teman yang sangat setia.

Akan tetapi kebaikan semacam itu hanya bisa dilaksanakan oleh orang yang melatih kesabaran, penyantun, dapat mengekang kemarahan dan orang-orang yang berjiwa besar. Oleh sebab itu orang Islam dianjurkan menjadi orang yang sabar sebagai bentuk akhlaq yang mulia yaitu dengan jalan mengubah kebencian menjadi maaf dan cinta kasih, dan kepada mereka ada pahala di sisi Allah.

Tidak ada perbedaan pendapat di kalangan ulama tentang kebolehan perdamaian dan hapusnya hukuman kisas karenanya. Dan melalui perdamaian tersebut pihak pelaku bisa membayar tanggungan yang lebih kecil, sama atau lebih besar dari pada diyat.

Berdasarkan uraian di atas maka terlihat adanya penerapan prinsip individualisasi pidana yaitu fleksibilitas pemidanaan dalam tindak pidana kisas/diat karena korban boleh memaafkan pelaku kejahatan baik sebelum kasusnya sampai ke-tangan penguasa maupun setelah sampai ke tangan penguasa. Dan jika demikian maka

pelaku tidak dikenakan hukuman yang setimpal tetapi diwajibkan membayar diyat atau bahkan jika korban tidak menuntut diyat maka bagi pelaku boleh dibebaskan sama sekali.

Menurut Imam Abu Hanifah, Imam Asy-Syafi'i dan Imam Ahmad bin Hanbal, orang-orang yang berhak memberi maaf adalah semua ahli waris, baik laki-laki maupun wanita dengan syarat sudah dewasa dan berpikiran sehat. Menurut Imam Malik orang yang berhak mengampuni ialah orang yang berhak menuntut kisas, yaitu ahli waris asabah yang lebih dekat derajatnya dengan korban, sebagaimana urutan yang berlaku dalam kewarisan. Ulama sepekat bahwa wali-wali tersebutlah yang dibolehkan memberi pengampunan kepada orang yang melakukan jarimah pembunuhan itu, karena mengampuni lebih baik dari pada menuntut hukuman kisas.²²⁰

Kepala negara, dalam kedudukannya sebagai penguasa tertinggi, tidak boleh memberikan pengampunan, karena pengampunan dalam jarimah kisas-diat haknya dimiliki oleh korban atau walinya. Akan tetapi kalau korban tidak cakap (masih di bawah umur atau tidak waras), sementara ia tidak mempunyai wali, maka kepala negara bisa menjadi walinya. Kedudukannya sebagai wali boleh memberikan pengampunan, sebab menurut kaidah umum dalam Islam penguasa menjadi wali bagi orang yang tidak mempunyai wali.²²¹

Dalam hukum Islam jika ahli waris korban pembunuhan masih kanak-kanak (belum dewasa) maka bisa dilakukan penundaan pelaksanaan pidananya, sampai ahli waris korban dewasa. Setelah

²²⁰ Ensiklopedi Hukum Islam, Ibid, hm.413.

²²¹ Ibid.

dewasa maka keputusan untuk memaafkan atau tetap membalas diserahkan kepadanya. Jika ahli waris korban dalam keadaan dungu atau gila dan dia tidak mempunyai wali maka Uil-Amri boleh menggantikan kedudukan sebagai wali. Jadi dalam hal ini ada penundaan pelaksanaan pidana terhadap pelaku, jika ahli waris korban pembunuhan belum dewasa maka menunggu sampai dewasa, demikian juga penguasa dapat menjadi wali jika ahli waris dalam keadaan tidak mampu bertanggungjawab dan tidak mempunyai wali.

Prinsip fleksibilitas pemidanaan tercermin dari adanya sanksi yang tersedia berupa pidana pokok yaitu pembalasan yang setimpal, juga ada pidana pengganti yaitu diat dan kaffarah.

Ketentuan mengenai pidana pengganti terhadap pidana pokok yang tidak dilaksanakan terlihat dalam hadis Nabi dalam hal tindak pidana pembunuhan yang dilakukan dengan sengaja maka bisa diganti diat. Diriwayatkan Amr bin Syu'aib dari ayahnya, dari kakeknya bahwa Rasulullah SAW berkata:

“Barang siapa membunuh dengan sengaja, maka ia diserahkan kepada keluarga si terbunuh; bila mereka menghendaki boleh mengambil diat, yakni 30 ekor hilqoh, 30 unta juz'ah, dan 40 ekor unta hiflah, dan diat yang ditentukan berdasarkan perdamaian itulah hak mereka” (HR. Abu Dawud dan al-Turmudzi dari Amr bin Syu'aib).²²²

Sedangkan untuk tindak pidana pembunuhan yang dilakukan dengan tidak sengaja pidana pokoknya adalah memerdekakan budak

²²² Dalam Sayyid Sabiq, Jilid 10, Op.cit., hlm.152.

dan diyat, namun jika pelaku tidak mampu melaksanakan pidana tersebut maka bisa diganti dengan kaffarah berupa puasa selama dua bulan berturut-turut seperti dalam firman Allah SWT Al-Qur'an Surat An-Nisa (QS.4) ayat 92:

وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ أَنْ يَقْتُلَ مُؤْمِنًا إِلَّا خَطَاً وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَاً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَىٰ أَهْلِهِ إِلَّا أَنْ يَصَّدَّقُوا فَإِنْ كَانَ مِنْ قَوْمٍ عَدُوٍّ لَكُمْ وَهُوَ مُؤْمِنٌ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ وَإِنْ كَانَ مِنْ قَوْمٍ بَيْنَكُمْ وَبَيْنَهُمْ مِيثَاقٌ فَدِيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَىٰ أَهْلِهِ وَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامٌ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ تَوْبَةً مِّنَ اللَّهِ وَكَانَ اللَّهُ عَلِيمًا حَكِيمًا ﴿٩٢﴾

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

Berdasarkan ayat di atas maka penerapan prinsip individualisasi pidana sangat terlihat dengan dimungkinkannya perubahan pada sanksi pidana yang telah ditentukan yakni bahwa terhadap pelaku kejahatan pembunuhan karena kealpaan (khilaf),

bentuk pidananya bukan dibalas dengan hukum bunuh tetapi mewajibkan pada pelaku untuk memerdekakan budak dan membayar diyat, akan tetapi jika budak dan diat tidak diperoleh, maka dibayar dengan kaffarah berupa puasa selama dua bulan berturut-turut.

Jenis sanksi pidana kaffarah ini tidak dikenal dalam sistem hukum yang berlaku di negara kita, dan sistem kaffarah merupakan jenis sanksi pidana yang bersifat religius karena khusus sanksi kaffarah ini dalam pelaksanaannya orang lain tidak dapat mengawasi, yang betul-betul bisa mengawasi dan mengetahui apakah sanksi tersebut sudah dilaksanakan atau belum hanya diri si pelaku dan Allah sendiri, jadi merupakan perbuatan yang penilaiannya hanya Tuhan saja yang tahu.

Ketentuan di atas menunjukkan adanya prinsip individualisasi pidana karena dibolehkannya mengganti sanksi pidana bagi pelaku pembunuhan karena khilaf yang pidana pokoknya adalah memerdekakan budak dan membayar diyat maka jika pelaku tidak dapat melaksanakan pidana tersebut boleh diganti pidana kaffarah yaitu berpuasa selama dua bulan berturut-turut.

Diyat adalah denda yang wajib di bayar oleh pelaku tindak pidana sebagai pengganti kisas, menurut ketentuan hukum Islam jumlah diyat adalah sebagai berikut:

- a. Dalam hal pembunuhan sengaja adalah 100 ekor unta secara terus (tanpa tangguh) yang terdiri dari:
 - a. 30 ekor juz'ah (unta berumur 5 tahun)
 - b. 30 ekor hiqqah (unta berumur 4 tahun)

- c. 40 ekor hulqah (unta yang sedang bunting)
- b. Untuk pembunuhan semi sengaja diyatnya adalah 100 ekor unta seperti pada pembunuhan sengaja tetapi pembayarannya bisa ditangguhkan sampai 3 tahun.
- c. Untuk pembunuhan tidak sengaja maka diyatnya adalah 100 ekor unta dan dapat ditangguhkan sampai 3 tahun yang terdiri dari:
 - a. 20 ekor juz'ah (unta yang berumur 5 tahun)
 - b. 20 ekor hiqqah (unta berumur 4 tahun).
 - c. 20 ekor Bintu labun (unta betina berumur 3 tahun)
 - d. 20 ekor ibnu labun (unta berumur 3 tahun).
 - e. 20 ekor bintu mukhad (unta betina berumur 2 tahun).

Adapun jumlah diyat untuk tindak pidana penganiayaan adalah sebagai berikut:

- a. 100 ekor unta untuk anggota tunggal, seperti putusya lidah, hilang akal, menyebabkan lumpuh seluruh anggota badan atau menjadikan alat vitalnya tidak berfungsi lagi.
- b. 50 ekor unta untuk anggota yang berpasangan, tetapi jika keduanya terluka maka diyatnya 100 ekor unta. Misalnya adalah hilangnya kaki, tangan, mata dan telinga.
- c. 33 ekor unta untuk luka al-ja'ifah (luka hingga ke dalam bagian otak)
- d. 33 ekor untuk luka al-ma'muumah (luka yang sampai ke selaput kepala).
- e. 25 ekor unta untuk yang anggota 4 bagian (pasang) seperti kelopak mata. Setipa satu kelopak 25 ekor unta.
- f. 10 ekor unta untuk lka al-hasyimah (memecah/mematahkan tulang).

- g. 15 ekor unta untuk luka al-munkilah (luka yang sampai ke tulang dan mematahkannya sehingga tergeser dari tempatnya).
- h. 10 ekor unta untuk anggota badan yang ada bagian seperti jari tangan dan jari kaki. Setiap jari diatnya 10 ekor.
- i. 5 ekor unta untuk luka mudhinah/muwadhohah (luka yang menampakkan tulang).

Kadar diyat waktu jaman Rasulullah SAW dengan memakai ukuran unta, karena pada saat itu unta merupakan harta yang paling bernilai. Namun demikian para ulama berpendapat boleh menggantikan 100 ekor unta dengan harta yang senilai dengannya diantaranya ialah:

- a. Uang emas = 1000 dinar
- b. Uang perak = 10.000-12.000 dirham
- c. Lembu = 200 ekor
- d. Kambing = 2000 ekor.

Dengan demikian ada fleksibilitas pembedaan dimana selain ada pidana pokok berupa pembalasan yang setimpal dalam pembunuhan sengaja, maka diperkenankan pula permintaan maaf dengan disediakan hukuman pengganti berupa diyat, dan bahkan boleh memaafkan tanpa minta diyat sama sekali.

Selain itu dari ketentuan di atas dapat diketahui bahwa terdapat modifikasi pidana berupa penundaan pelaksanaan pidana terhadap pembunuhan yang dilakukan tidak dengan sengaja, maka pembayaran diyat boleh dicicil selama 3 tahun, dan diyat sejumlah unta

ada fleksibilitas pidana karena dapat diganti dengan kambing, emas, atau perak dengan nilai yang setara.

Selain hal tersebut di atas penerapan prinsip individualisasi pidana juga terlihat dalam hal pelaksanaan kisas. Nabi Muhammad SAW juga telah memutuskan bahwa orang yang melukai itu tidak boleh dihukum kisas sampai sembuh yang dilukai (HR.Ahmad).²²³

Dari Hadis Riwayat Daruquthni disebutkan: *“Dari Jabir, bahwa sesungguhnya ada seseorang laki-laki terluka, kemudian ia bermaksud menuntut (dilaksanakan) hukuman kisas, lalu Nabi Muhammad SAW melarang melaksanakannya kisas kepada pihak yang melukai itu sehingga orang yang dilukai itu sembuh.*

Hadis di atas menurut Syarih Rahimahullah berkata: Hadis di atas di ajukan dalil oleh orang yang berpendapat, bahwa bagi orang yang terluka, wajib ditunggu sampai lukanya sembuh baru dilaksanakan kisas. Demikian menurut ulama alil bait, Abu Hanifah dan Malik. Sedang Safi'i berpendapat, itu hanya sunnat saja.²²⁴

Jadi jika si pelaku masih dalam keadaan sakit harus menunggu dulu sampai sakitnya sembuh. Sehingga ada penundaan pelaksanaan hukuman jika bagian tubuh yang akan di kisas sedang sakit. Sedangkan jika bagian tubuh yang akan di kisas sudah tidak dapat dilaksanakan maka hakim boleh memberikan hukuman diyat, akan tetapi tidak boleh mengganti dengan mengkisas bagian tubuh lain.

²²³ Dalam Ibnu Qayyim Al jauziyah, Op-cit., hlm 864.

²²⁴ Dalam Terjemah Naulil Authar, Op-cit., hlm.2508.

Selain unsur di atas di dalam hukum Islam pelaksanaan hukuman terhadap pelaku tindak pidana tidak dilakukan dengan begitu saja tetapi harus melalui pemeriksaan yang hati-hati dan tingkat ketelitian yang sangat tinggi.

Prinsip individualisasi pidana dalam hukum Islam juga terlihat dalam ketentuan bahwa seorang bapak tidak dihukum mati karena membunuh anaknya sendiri.²²⁵ Jadi ada keistimewaan dalam hal pembunuhan yang dilakukan oleh orang tua kepada anaknya, karena pidananya berbeda dengan terhadap orang lain selain anaknya. Karenanya terhadap bapak yang membunuh anaknya hanya bisa dikenakan hukuman takzir bukan hukuman bunuh.

Sedangkan jika seorang anak membunuh orang tuanya maka si anak tidak berhak atas harta warisnya. Dasarnya sebuah hadis: ***“Tidak ada hak sedikitpun bagi pembunuh dari harta warisnya.”***²²⁶

Sedangkan jika pelaku pembunuhan adalah wanita hamil maka pelaksanaan hukuman ditunda sampai wanita tersebut melahirkan, menyusui dan memelihara anaknya sesuai dengan Hadis Riwayat Ibnu Majjah, Rasulullah SAW telah memutuskan bahwa jika seseorang wanita yang mengandung membunuh dengan sengaja, maka ia tidak dihukum mati sampai ia melahirkan kandungannya dan memelihara anaknya. Begitu juga bila ia berzina (tidak didera sampai ia melahirkan dan memelihara anaknya).²²⁷

²²⁵ Ibid, hlm 863.

²²⁶ Dalam HA.Djazuli, Op-cit., hlm.144.

²²⁷ Terjemah Naulil Authar, Op-cit., hlm.864.

Berdasarkan uraian di atas maka dapat disimpulkan bahwa prinsip fleksibilitas/elastisitas pemidanaan serta modifikasi pidana dalam jarimah kisas/diyat tercermin dalam:

- a. Sanksi yang tersedia selain berupa pidana pembalasan yang setimpal, juga ada sanksi pidana pengganti berupa diyat dan kaffarah.
- b. Dimungkinkan permaafan kepada pelaku baik oleh korban atau ahli warisnya.
- c. Jika ahli waris korban belum dewasa maka pelaksanaan hukuman boleh menunggu sampai ahli waris dewasa dan jika ahli waris tidak mampu bertanggungjawab maka hak memutuskan boleh diserahkan kepada Ulil- Amri.
- d. Permaafan hanya berhak diberikan oleh korban atau ahli warisnya, baik sebelum kasusnya diproses, selama atau setelah mendapat putusan hakim.
- e. Dalam hal ada permaafan dari korban atau ahli warisnya maka kepada mereka berhak menuntut diyat sesuai dengan ketentuan, atau sesuai dengan kesepakatan kedua belah pihak atau bahkan membebaskan sama sekali tanpa menuntut apapun kepada pelaku. Jadi selain ada hukuman pokok ada hukuman pengganti.
- f. Jika korban akan membalas dengan hukuman kisas maka jika bagian tubuh yang akan dikisas sudah tidak ada, maka tidak boleh diganti dengan bagian tubuh lain tetapi tetap bisa menuntut diyat.
- g. Dalam hal bagian tubuh yang akan di kisas dalam keadaan sakit, maka pelaksanaan hukuman menunggu sampai sembuh.

- h. Dalam pembunuhan yang dilakukan dengan tidak sengaja maka jika pelaku tidak memperoleh budak dan tidak mampu membayar diat, maka pelaku dikenakan pidana pengganti berupa kaffarah, yaitu puasa selama dua bulan berturut-turut.
- i. Dalam hal hukuman diat maka terhadap pelaku kejahatan yang dilakukan dengan tidak sengaja maka pembayaran diat boleh diangsur sampai 3 tahun lamanya.
- j. Jumlah diat dalam hukum Islam dapat diganti dengan uang atau sejumlah emas atau perak yang nilainya setara.
- k. Jumlah diat juga bisa ditentukan dengan perdamaian, dalam arti jika korban atau ahli warisnya rela maka jumlah diat tidak sesuai dengan yang ditetapkan oleh syari'at, namun sesuai dengan kesepakatan antara korban dan pelaku.
- l. Jika pembunuhan dilakukan oleh orang tua terhadap anaknya, maka hukumannya tidak dihukum bunuh, akan tetapi dikenakan hukuman takzir.
- m. Jika pelaku pembunuhan adalah wanita yang sedang hamil maka pelaksanaan kisas menunggu sampai melahirkan dan menyusui.
- n. Jika si pembunuh adalah ahli waris dari terbunuh, maka dia tidak berhak atas harta waris yang ditinggalkan oleh terbunuh.

3. TINDAK PIDANA TAKZIR

Dalam Ensiklopedi Fiqh Umar bin Khattab pengertian takzir adalah hukuman yang diwajibkan karena adanya kesalahan,

dimana pemberi syari'at tidak menentukannya secara tertentu.²²⁸

Menurut Fathi ad-Duraini takzir adalah hukuman yang diserahkan kepada penguasa untuk menentukan bentuk dan kadarnya sesuai dengan kemaslahatan yang menghendaki dan tujuan syarak dalam menetapkan hukum, yang ditetapkan pada seluruh bentuk maksiat, berupa meninggalkan perbuatan yang wajib atau mengerjakan perbuatan yang dilarang, yang semuanya itu tidak termasuk dalam katagori hudud dan kaffarat, baik yang berhubungan dengan hak Allah SWT berupa gangguan terhadap masyarakat umum, keamanan mereka, serta perundang-undangan yang berlaku, maupun yang terkait dengan hak pribadi.²²⁹

Sedangkan para fukaha mengartikan takzir dengan hukuman yang tidak ditentukan oleh Al-Quran dan Hadis yang berkaitan dengan kejahatan yang melanggar hak Allah SWT dan hak hamba yang berfungsi untuk memberi pelajaran kepada si terhukum dan mencegahnya untuk tidak mengulangi kejahatan serupa.²³⁰

Hukum Islam tidak menentukan jenis sanksi pidana untuk setiap jarimah takzir. Dalam hal ini hakim diberikan kebebasan untuk memilih hukuman yang sesuai dengan macam jarimah takzir serta tidak mempunyai batas tertentu seperti pada jarimah hudud dan kisas.

Hukuman takzir boleh dan harus diterapkan sesuai dengan tuntutan kemaslahatan, dalam hal ini ada kaidah yang mengatakan "takzir ini sangat tergantung pada tuntutan kemaslahatan".

²²⁸ Dalam Ensiklopedi Fiqh Umar bin Khattab, Op-cit., hlm.579.

²²⁹ Ibid, hlm.1771.

²³⁰ Dalah HA.Djazuli, Op-cit., hlm161.

Jarimah takzir dalam Ensiklopedia Hukum Islam terbagi atas dua macam:²³¹

1. Jarimah takzir yang ditentukan oleh syarak seperti riba, menggelapkan titipan orang lain, memaki-maki orang lain, suap/sogok, dan pelanggaran lain yang tidak diancam dengan hukuman hudud, kisas dan diat.
2. Jarimah takzir yang hukumannya ditentukan oleh penguasa dengan syarat sesuai dengan kepentingan masyarakat dan tidak berlawanan dengan hukum Islam.

Dalam hukum Jenayah.com disebutkan bahwa kesalahan-kesalahan yang termasuk dalam takzir adalah:

- a. Kesalahan-kesalahan hudud atau kisas yang tidak cukup bukti untuk dikenakan hukuman hudud atau kisas.
- b. Kesalahan-kesalahan khalwat.
- c. Perbuatan-perbuatan yang mengganggu ketentraman masyarakat seperti mengumpat, menipu, berjudi, dsb.²³²

Sedangkan para ulama membagi tindak pidana takzir menjadi 2 bagian, yaitu:

- (1) Jarimah yang berkaitan dengan hak Allah SWT (segala sesuatu yang berkaitan dengan kemaslahatan umum) dan
- (2) Takzir yang berkaitan dengan hak perorangan (segala sesuatu yang mengancam kemaslahatan bagi seorang manusia/pribadi).²³³

²³¹ Dalam Ensiklopedia Hukum Islam, Op-cit, hlm 414.

²³² Dalam hukum jenayah.com

²³³ Dalam HA.Djazuli, Op-cit., hlm.162.

Pentingnya pembagian jarimah takzir pada jarimah yang berkaitan dengan hak Allah dan hak hamba adalah karena ada perbedaan antara keduanya yaitu:

- a. Permaafan, untuk takzir yang berkaitan dengan hak hamba permaafan diserahkan sepenuhnya kepada korban atau ahli warisnya, sedangkan ulil-Amri tidak dapat memaafkan. Sedangkan takzir yang berkaitan dengan hak Allah atau jamaah ada kemungkinan bagi ulil Amri untuk memberi permaafan bila hal itu membawa kemaslahatan, sesuai dengan sabda Nabi Muhammad SAW: “Mintalah syafaat kepadaku dan Allah memberi keputusan melalui lidah Nabi-Nya sesuai dengan apa yang dikehendaki” (HR.Muslim dari Abu Musa al-Asy-ary).
- b. Concursus (perbarengan tindak pidana). Untuk takzir yang berkaitan dengan hak hamba tidak diberlakukan teori tadakhul. Jadi sanksinya dikomulasikan (dijumlahkan) sesuai dengan banyaknya kejahatan. Misalnya seorang menghina A,B,C dan D maka hukumannya adalah empat kali. Sedangkan dalam takzir yang berkaitan dengan hak Allah, maka berlaku teori tadakhul (dikenakan sekali saja). Misalnya seseorang melakukan pencurian berkali-kali dan baru yang ketiga tertangkap, maka ia hanya dikenakan satu kali potong tangan.
- c. Takzir yang berkaitan dengan hak perorangan dapat diwariskan kepada ahli waris korban. Adapun yang berkaitan dengan hak Allah tidak dapat diwariskan.

Dalam menetapkan berbagai bentuk tindak pidana takzir ini, acuan yang harus dijadikan pedoman oleh pihak penguasa/pemerintah adalah untuk memelihara dan menjamin kemaslahatan serta ketertiban masyarakat, di samping tidak boleh bertentangan dengan nas serta prinsip umum yang berlaku dalam syari'at Islam.

Diserhkannya takzir kepada kebijakan penguasa dimaksudkan untuk memberikan keleluasaan dan keluwesan bagi perkembangan kejahatan yang ada mengikuti perkembangan ilmu pengetahuan dan teknologi, sehingga hukum Islam hanya menentukan jenis kejahatan yang pasti dan tidak bisa berubah hanya sedikit berupa hudud, kisas dan diat, sedangkan takzir menampung semua kejahatan selain itu. Hal demikian disebabkan karena hukum Islam berlaku sampai akhir jaman sehingga terhadap kejahatan-kejahatan baru dapat ditampung dalam tindak pidana takzir yang jenis maupun ancaman hukumannya sepenuhnya diserahkan kepada penguasa dengan mempertimbangkan kemaslahatan masyarakat.

Adapun mengenai jenis sanksi dalam jarimah takzir dapat berupa:

- a. Nasehat
- b. Teguran
- c. Ancaman
- d. Pengucilan dalam pergaulan
- e. Pengumuman kepada umum (pencemaran nama baik si pelaku)
- f. Denda dan merampas harta

- g. Penjara
- h. Sebat (cambuk
- i. Bunuh.²³⁴

Mengenai ukuran dalam menentukan hukuman dalam jarimah takzir, para ahli fiqh berbeda-beda faham, ada yang berpendapat bahwa jenis sanksi pidananya diserahkan sepenuhnya kepada ijtihat penguasa/hakim, dengan memperhatikan semua segi dan kemaslahatannya, sedangkan sebagian lain berpendapat bahwa sanksi pidana takzir tidak boleh melebihi ukurannya dalam tindak pidana hudud.

Anwar Haryono dalam tulisannya mengatakan: “Para ahli fiqh berbeda-beda faham dalam menentukan ukuran penghukuman dalam takzir, sebagiannya berpendapat, bahwa terserah sepenuhnya kepada ijtihat penguasa/hakim, dengan memperhatikan segala segi keperluannya dan kemaslahatannya; sebagiannya lagi berpendapat, bahwa hukuman takzir dalam maksiat tidak boleh melebihi ukuran dalam hudud, sedang Maliki membolehkannya, tergantung pada macam pelanggarannya”.²³⁵

Dengan adanya bentuk tindak pidana takzir dalam hukum Islam merefleksikan adanya peluang baik bagi pembuat undang-undang maupun kepada hakim untuk melakukan pembaharuan atau ijtihat (inovasi) terhadap berbagai ketentuan mengenai tindak pidana, pertanggungjawaban pidana serta pidana dan pembedaannya.

²³⁴ Ibid.

²³⁵ Anwar Haryono, Op-cit., hlm.197.

Jadi ruang lingkup tindak pidana takzir itu sangat luas karena hukum Islam tidak memberi batasan mengenai tindak pidana ini, artinya setiap tindak pidana yang tidak terdapat dalam al-Quran dan belum ada contohnya dalam tradisi ketika Nabi Muhammad masih hidup asal bukan tindak pidana hudud dan tindak pidana kisas serta diat dinamakan tindak pidana takzir dan mengenai hal itu sepenuhnya diserahkan kepada penguasa.

Jimly Asshiddiqie²³⁶ menyatakan bahwa bentuk pidana takzir merupakan pengembangan lebih lanjut dari gagasan pembedaan dalam Al-Quran dan Al-Sunnah, khususnya terhadap bentuk-bentuk delik yang tidak atau belum diatur dalam kedua sumber hukum itu, tetapi kenyataannya memerlukan pengaturan tertentu yang bersifat pidana. Hal ini dimungkinkan karena ketentuan-ketentuan pidana yang secara tegas di atur dalam Al-Quran dan contoh-contoh Nabi, memang sangat terbatas kepada kenyataan empiris di zamannya. Sedangkan kebutuhan masyarakat dari hari ke hari semakin kompleks dan berkembang, karena bentuk-bentuk atau jenis-jenis kejahatannya semakin hari juga semakin menjadi kompleks. Oleh karena itu adanya pidana takzir ini sebagai produk ijtihad para hakim dan para ahli hukum.

Oleh sebab itu ulama fikih mengemukakan bahwa perbedaan pada jarimah takzir dengan jarimah hudud, dan jarimah kisas/diat adalah:

- a. Dari segi ketentuan bentuk dan jumlah dan hukumannya, dalam dalam jarimah takzir syariat hanya menentukan sejumlah hukuman

²³⁶ Jimly Asshiddiqie, Op-cit., hlm.144.

dan dalam pelaksanaannya diserahkan sepenuhnya kepada hakim dalam memilih hukuman yang lebih tepat dan sesuai dengan rasa keadilan.

- b. Dari segi pelaksanaan hukuman menurut jumhur ulama, apabila terkait dengan hak Allah SWT atau hak masyarakat, maka tidak boleh digugurkan oleh hakim, sekalipun boleh dimaafkan atau pelakunya diberi syafaat jika hakim melihat suatu kemaslahatan atas kebijakannya itu. Bahkan menurut ulama Mazhab Syafi'i berpendirian bahwa pelaksanaan hukuman takzir tidak wajib bagi hakim. Hakim boleh menerapkannya dan boleh juga tidak menerapkannya, asal ada kemaslahatan yang menghendaki, baik takzir itu berkaitan dengan hak Allah SWT maupun dengan hak pribadi.
- c. Dari sifat tindak pidana, pada tindak pidana takzir ada yang bersifat maksiat dan ada pula yang sama sekali bukan bentuk maksiat, seperti anak tidak mau solat dan bersekolah.
- d. Dari segi diterima atau tidaknya tobat pelaku, tindak pidana takzir bisa gugur dengan tobatnya pelaku.
- e. Dari segi hak memilih hukuman yang akan dilaksanakan, seorang hakim dalam memilih tindak pidana takzir berhak memilih hukuman yang sesuai dengan jenis tindak pidana takzir yang dilakukan terpidana, dengan syarat hakim harus mempertimbangkan kemaslahatan pelaku, lingkungan yang mengitarinya, dan tujuan hukuman yang ingin dicapai.

- f. Dari segi hak yang akan dilaksanakan. Dalam tindak pidana takzir terdapat dua hak Allah SWT (atau yang disebut dengan hak masyarakat) dan hak pribadi. Tindak pidana yang menjadi hak Allah SWT diantaranya adalah perbuatan meninggalkan sholat, puasa, bersenggama dengan istri yang dalam keadaan haid, bermuamalah dengan cara riba, dan melakukan manipulasi timbangan/takaran dalam jual beli. Sedangkan yang termasuk hak pribadi diantaranya tindakan mencaci maki seseorang dan memukul orang lain tanpa alasan.
- g. Dalam hal keringanan hukuman. Dalam tindak pidana takzir hakim berhak sepenuhnya memberikan hukuman terhadap pelaku, apabila dalam hal tersebut ada kemaslahatan yang menghendaknya.²³⁷

Karena pada jarimah takzir ini penguasa mempunyai wewenang untuk menentukan jenis, jumlah dan lamanya pidana, maka penguasa mempunyai wewenang memberikan pengampunan atau penghapusan terhadap hukuman yang telah ditetapkan oleh hakim. Hal ini sudah disepakati oleh fukaha dengan dasar Hadis Nabi Muhammad SAW: *“Bebaskanlah orang-orang yang baik itu atas maksiat yang mereka lakukan, kecuali maksiat yang dilakukan itu merupakan pelanggaran yang diancam dengan hukuman hadd”* (HR. Ahmad bin Hanbal dan Abu Dawud).

Hadis tersebut menurut fukaha, mengandung pengertian bahwa hanya untuk jarimah hudud tidak boleh diberi penghapusan atau pengampunan. Namun demikian untuk jarimah takzir hakim atau

²³⁷ Disarikan dari Ensiklopedi Hukum Islam, Op-cit, hlm.810-811.

penguasa memiliki wewenang untuk menghentikan penyidikan atau memberi pengampunan terhadap terdakwa.

Dilihat dari kekuasaan hakim maka pada jarimah takzir hakim mempunyai kekuasaan yang sangat luas karena berhak menentukan bentuk tindak pidana, ancaman hukumannya dan jumlah serta lamanya pidana mulai dari yang sangat ringan sampai yang sangat berat. Hakim juga berhak untuk melaksanakan atau tidak melaksanakan hukuman dalam jarimah takzir sesuai dengan situasi, kondisi si pelaku serta dilihat dari tujuan syariat menentukan hukuman.

Demikian juga faktor lingkungan dapat dipertimbangkan untuk meringankan hukuman yang akan ditetapkan oleh hakim.

Dalam hal alat bukti untuk menentukan hukuman seperti pada kasus zina maka saksi untuk jarimah takzir cukup dikemukakan oleh seorang laki-laki, kecuali dalam hal khusus yang berkaitan dengan masalah kewanitaan.

Mengenai daluwarsa dalam jarimah takzir diperbolehkan jika Ulil-Amri menganggap adanya kemaslahatan masyarakat/umum. Namun menurut mazhab Hanafi dalam kasus jarimah Kisas, diyat dan Qadzaf tidak diterima adanya daluwarsa.

Diterimanya daluwarsa dalam jarimah takzir, bilamana pembuktiannya melalui persaksian dan para saksi tidak memberikan kesaksiannya dalam waktu enam bulan setelah kasus tersebut terjadi.²³⁸

²³⁸ Ibid.

Berdasarkan uraian di atas maka dapat diambil kesimpulan bahwa prinsip individualisasi pidana dalam arti ada fleksibilitas dan elastisitas pemidanaan dalam jarimah takzir tercermin dalam:

- a. Penguasa dapat memberikan keringanan hukuman atau penghapusan hukuman.
- b. Sanksi pidana yang diterapkan boleh dari yang teringan seperti peringatan sampai pada yang terberat yaitu hukuman mati disesuaikan dengan tuntutan kemaslahatan.
- c. Permaafan pada jarimah ini boleh diberikan kapan saja baik sebelum kasusnya diproses di pengadilan maupun setelah mendapat putusan hakim, asal kemaslahatan masyarakat menuntut demikian.
- d. Tobat dapat menghapuskan pidana.
- e. Mengenai pidana yang akan diterapkan baik jenis maupun lamanya pidana serta pelaksanaan pidananya sepenuhnya diserahkan kepada hakim dengan mempertimbangkan kemaslahatan baik pelaku maupun masyarakat.

Dari paparan di atas maka dapat diketahui bahwa tindak pidana takzir dalam hukum Islam merupakan bentuk tindak pidana yang dapat mengakomodasi semua perbuatan maksiat yang belum ada ketentuannya dalam Al-Quran dan Sunnah Rasul selain hudud, kisas/diat. Bahkan terhadap terhadap perbuatan maksiat yang akan terjadi sekalipun Islam dapat menampungnya, sehingga hukum Islam selalu dapat mengikuti perkembangan jaman dengan selalu dapat mengikuti perkembangan bentuk tindak pidana baru.

B. KONTRIBUSI PRINSIP INDIVIDUALISASI PIDANA DALAM HUKUM PIDANA ISLAM BAGI PEMBAHARUAN HUKUM PIDANA NASIONAL.

Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP) yang sekarang berlaku di Indonesia sampai saat ini diharapkan segera diganti dengan KUHP Baru yang telah dipersiapkan oleh Tim Perumus dengan sebutan Konsep Rancangan KUHP Baru yang terakhir Konsep 2006. Seperti diketahui RUU tersebut adalah merupakan rumusan yang siap diajukan kepada DPR, oleh sebab itu merupakan saat yang baik untuk menyumbangkan pemikiran-pemikiran demi penyempurnaan Konsep RUU KUHP tersebut terutama dengan memasukkan nilai-nilai hukum agama ke dalamnya.

Penerapan prinsip individualisasi pidana dalam sistem pemidanaan yang merupakan ciri dari hukum pidana modern berdasarkan penelitian penulis juga terdapat dalam ketentuan-ketentuan hukum pidana Islam.

Adapun prinsip individualisasi pidana dalam hukum Islam yang dapat disumbangkan bagi pembaharuan KUHP mendatang antara lain bahwa menurut hukum Islam dalam tindak pidana kisas/diyat dan takzir yang merupakan hak adami, jika seseorang melakukan tindak pidana pembunuhan dan penganiayaan, maka korban atau ahli warisnya boleh membalas setimpal dengan perbuatan pelaku (tidak boleh melampaui batas).

Akan tetapi jika korban atau keluarganya menghendaki, mereka diperbolehkan memberi maaf kepada pelaku tindak pidana.

Dan jika mereka memaafkan perbuatan pelaku mereka berhak atas diyat sesuai dengan ketentuan syariat ataupun atas kesepakatan keduanya.

Jadi jumlah diyat dalam tindak pidana kisas/diyat yang dimaafkan telah ditentukan secara eksplisit dalam Al-Quran, dan diyat tersebut merupakan hak dari korban atau keluarganya dan bukan menjadi hak negara. Selain telah menetapkan sejumlah diyat, hukum Islam juga memperbolehkan diyat yang jumlahnya disepakati antara korban dan pelaku, dan bahkan boleh memberikan maaf tanpa menuntut diyat sama sekali.

Menurut hukum Islam apabila korban memaafkan dan menuntut sejumlah diyat kepada pelaku maka jika si pelaku bukan dari keluarga yang mampu, maka hakim berhak meminta kepada masyarakat sekitarnya untuk mendapatkan sejumlah diyat yang telah ditentukan. Dan jika masih belum mendapatkan atau jumlahnya kurang maka kekurangan tersebut diambilkan dari Baitul maal, yang kemudian diserahkan kepada korban atau keluarganya. Hal demikianlah yang disebut dengan pertanggungjawaban jama'iyah.

Akan tetapi yang lebih diutamakan adalah memaafkan tanpa menuntut diyat sama sekali, dan merupakan perbuatan mulia dan sangat disukai Allah SWT. Maaf tersebut diperbolehkan pada semua tindak pidana kisas/diyat dan takzir yang merupakan hak adami, sedangkan pada tindak pidana hudud yang merupakan hak Allah tidak diperkenankan.

Konsep maaf dalam ketentuan hukum Islam sebetulnya hampir sama dengan asas *rechterlijk pardon* yang tersebut dalam Pasal 55 ayat (2) KUHP 2006, yang antara lain disebutkan:

“Ringannya perbuatan, keadaan pribadi pembuat atau keadaan pada waktu dilakukan perbuatan atau yang terjadi kemudian, dapat dijadikan dasar pertimbangan untuk tidak menjatuhkan pidana atau mengenakan tindakan dengan mempertimbangkan segi keadilan dan kemanusiaan”.

Selanjutnya dalam Penjelasan dari Pasal 55 ayat (2) RUU KUHP 2006 disebutkan:

“Ketentuan dalam ayat ini dikenal dengan asas *rechterlijke pardon* yang memberi kewenangan kepada hakim untuk memberi maaf pada seseorang yang bersalah melakukan tindak pidana yang sifatnya ringan (tidak serius). Pemberian maaf ini dicantumkan dalam putusan hakim yang tetap harus dinyatakan bahwa terdakwa terbukti melakukan tindak pidana yang didakwakan kepadanya”.

Perbedaan asas *rechterlijke pardon* dalam Konsep KUHP 2006 dengan konsep maaf dalam tindak pidana kisas/diat adalah dalam hukum Islam pemberian maaf semata-mata menjadi hak korban atau keluarganya (yang merupakan hak adami), sedangkan hakim hanya menawarkan kepada pihak yang berperkara dan kemudian memutuskan dan melaksanakan putusan berdasarkan kesepakatan pihak-pihak yang berperkara tadi.

Selain hal di atas maaf menurut hukum Islam diperbolehkan pada semua tindak pidana kisas/diat dan tindak pidana takzir yang termasuk hak adami seperti misalnya: tindak pidana pembunuhan dengan sengaja, pembunuhan dengan tidak sengaja,

penganiayaan dan tindak pidana takzir seperti percobaan melakukan pembunuhan dan penganiayaan.

Dengan demikian pemberian maaf diperbolehkan bukan hanya kepada pelaku tindak pidana dengan klasifikasi sangat ringan saja akan tetapi juga diperbolehkan diberikan kepada pelaku tindak pidana dengan klasifikasi berat dan sangat serius seperti tindak pidana pembunuhan dan penganiayaan.

Berdasarkan uraian di atas maka pemberian maaf (*asas rechterlijke pardon*) seyogyanya diperbolehkan bukan hanya kepada pelaku tindak pidana dengan klasifikasi sangat ringan saja, akan tetapi dimungkinkan perlu diberikan kepada pelaku tindak pidana berat dan sangat serius yang dibatasi hanya pada tindak pidana yang merupakan hak adami.

Pemberian maaf kepada pelaku diberikan dengan mempertimbangkan pedoman pemidanaan seperti yang tersebut dalam Pasal 55 ayat (1) Konsep KUHP 2006 dan berdasarkan keadaan pada waktu dilakukan perbuatan atau yang terjadi kemudian, serta dengan mempertimbangkan kerelaan dan permaafan dari korban atau keluarga korban.

Selain hukum pidana Islam mengenal permaafan kepada pelaku tindak pidana, juga dikenal sanksi diat sebagai ganti rugi terhadap tindak pidana pembunuhan dan penganiayaan yang dimaafkan dan yang dilakukan dengan tidak sengaja.

Konsep diat dalam hukum Islam bertujuan untuk menjamin kelangsungan hidup bagi korban atau ahli waris yang ditinggalkan

disebabkan karena pembunuhan atau penganiayaan yang dilakukan oleh pelaku. Misalnya pembunuhan atau penganiayaan dilakukan terhadap kepala keluarga yang bertanggungjawab mencari nafkah untuk anggota keluarga lainnya, maka bisa jadi anggota keluarga lainnya bisa terlantar karenanya, atau jika penganiayaan menyebabkan cacat di bagian tubuh maka bisa mengganggu dalam mencari nafkah. Oleh sebab itu hukum Islam menentukan bahwa bagi korban atau ahli warisnya jika mereka memaafkan pelaku tindak pidana, maka mereka berhak atas sejumlah ganti rugi yang cukup memadai untuk menjamin kelangsungan hidup korban atau ahli warisnya.

Jumlah ganti rugi (diat) sebagai pengganti kisas yang dimaafkan dalam hukum Islam sangat besar, misalnya untuk pembunuhan yang dilakukan dengan sengaja sejumlah 100 ekor unta dan harus diberikan secara kontan (tidak boleh dicicil). Jumlah tersebut dapat diganti dengan 2000 ekor kambing, jika dihitung dengan nilai rupiah setiap ekor kambing seharga Rp.1.000.000,- maka jumlah ganti rugi tersebut jika dikurskan dengan rupiah kira-kira sejumlah Rp.2.000.000.000,- (dua miliar rupiah). Dengan sejumlah uang tersebut maka keluarga korban pembunuhan sengaja dapat terjamin kelangsungan hidupnya. Demikian juga untuk tindak pidana pembunuhan karena tidak sengaja dan penganiayaan yang menyebabkan cacat tubuh, maka diatnya cukup besar sesuai dengan bagian tubuh mana penganiayaan itu dilakukan.

Selain menetapkan sejumlah ganti rugi, hukum Islam memperbolehkan pula sejumlah diat atas kesepakatan pelaku dan korban atau ahli warisnya. Jadi menurut kemampuan pelaku dan keikhlasan dari korban.

Ketentuan ganti rugi pada tindak pidana pembunuhan dan penganiayaan seperti di atas tidak ada di dalam Konsep KUHP Baru. Ancaman pidana untuk tindak pidana pembunuhan dan penganiayaan di dalam Konsep adalah pidana penjara dan denda.

Berdasarkan hal tersebut di atas seyogyanya sanksi pidana ganti rugi bisa diancamkan pada beberapa tindak pidana terhadap nyawa dan penganiayaan. Karena berapapun jumlahnya ganti rugi tersebut menjadi hak dari korban tindak pidana, sedangkan sanksi pidana denda uangnya masuk ke kas negara.

Dalam hukum Islam diat dinilai dengan ukuran sejumlah unta, namun demikian dapat diganti dengan sejumlah kambing, emas, perak atau uang yang nilainya setara dengan jumlah diat yang telah ditentukan oleh hukum Islam.

Nilai diat dengan sejumlah unta disebabkan karena unta menurut Bangsa Arab saat itu merupakan hewan yang mempunyai nilai tinggi dan jika diganti dalam sejumlah uang atau emas pun tidak akan merugikan bagi penerima diat. Hal demikian tentu akan berbeda jika hukum Islam menentukan diat dengan sejumlah uang. Sudah pasti nilai uang pada saat jaman Nabi masih hidup sangat berbeda jika dibandingkan dengan 14 abad kemudian. Oleh sebab itu sangat adil

jika penentuan diyat dinilai dengan sejumlah hewan atau emas yang nilainya cenderung lebih stabil jika dibandingkan dengan nilai uang.

Berdasarkan hal di atas maka di dalam Kosep KUHP Baru perlu penggantian ukuran pidana denda dari ukuran nilai rupiah diganti dengan ukuran nilai emas. Hal demikian sangat relevan disebabkan karena nilai rupiah sekarang sangat fluktuatif dan selalu menurun jika dibandingkan dengan nilai barang.

Nilai pidana denda dalam Konsep KUHP saat ini sudah semakin merosot jika dibandingkan dengan nilai rupiah pada saat Konsep KUHP dibuat, dan yang menjadi pertanyaan bagaimana dengan nilai rupiah di tahun-tahun mendatang?. Padahal KUHP Baru yang kita harapkan akan berlaku untuk waktu yang lama, sedangkan nilai pidana denda yang ada pada rumusan Konsep tentu semakin menurun.

Berdasarkan uraian di atas maka sangat relevan jika denda dengan ukuran nilai rupiah diganti dengan ukuran nilai emas yang lebih stabil dan selalu bisa mengikuti perkembangan perubahan nilai mata uang apapun.

Menurut ketentuan hukum Islam jika seseorang membunuh orang lain maka hukuman bagi pelakunya adalah dibalas dengan hukuman bunuh pula, akan tetapi dalam hal pembunuhan dilakukan oleh orang tua terhadap anaknya, maka balasan hukuman bunuh tersebut tidak dapat diberlakukan, akan tetapi terhadap orang tuanya diberikan keringanan hukuman berupa takzir yaitu hukuman yang ditetapkan oleh penguasa sesuai dengan tuntutan kemaslahatan,

baik kemaslahatan pelaku atau masyarakat. Berdasarkan hal tersebut maka menurut ketentuan dalam hukum Islam ada keringanan pidana terhadap pembunuhan yang dilakukan oleh orang tua terhadap anaknya.

Dari uraian di atas dapat dipertimbangkan bahwa dalam tindak pidana pembunuhan yang dilakukan oleh orang tua terhadap anaknya dapat sebagai salah satu faktor yang meringankan pidana.

BAB IV

PENUTUP

A. Kesimpulan

a. Hukum Islam merupakan suatu sistem hukum yang sangat memperhatikan segi kemanusiaan yang tercermin dalam prinsip individualisasi pidana yaitu:

a.1. Prinsip Pertanggungjawaban pidana bersifat pribadi (asas personal) dasarnya adalah:

- Al-Quran Surat al-An'am (QS.6) ayat 164.
- Al-Quran Surat al-Mudatsir (QS.74) ayat 38.
- Al-Quran Surat Fatir (QS.35) ayat 18
- Al-Quran Surat an-Najm (QS.53) ayat 38 dan 39
- Al-Quran Surat an-Nisa (QS.4) ayat 123.

Hadis Nabi Muhammad SAW yang diriwayatkan Ahmad, Ibnu Majjah dan Tirmidzi, dari Amr bin Ahwash.

Isi dari ayat-ayat Al-Quran dan Hadis Nabi Muhammad di atas intinya menyatakan bahwa dalam hukum Islam sistem pertanggungjawaban pidana bersifat pribadi. Barang siapa berbuat pelanggaran haruslah dosanya dipikulnya sendiri, orang tua dan kaum kerabatnya tidak ikut menanggungnya.

Sekalipun dalam hukum Islam prinsip pertanggungjawaban bersifat pribadi, akan tetapi berlaku pula tanggung jawab jama'iyah (kolektif) dalam pengertian terbatas, yaitu dalam hal pengertian pembayaran diyat atau kerusakan yang diakibatkan oleh suatu tindak pidana, maka secara tegas

hukum Islam menentukan bahwa diat dibebankan kepada korban atau keluarganya/ahli warisnya. Dalam hal demikian maka pelaku dan kerabatnya secara bersama-sama bertanggungjawab untuk membayar diat dan kerusakan yang diakibatkan oleh tindak pidana yang dilakukan oleh si pelaku.

a.2. Prinsip pertanggungjawaban pidana berdasarkan atas kesalahan (*asas culpabilitas*), yaitu hanya orang yang bersalah saja yang mendapat pidana. Hukum Islam menganut *asas culpabilitas* dasarnya adalah:

- Al-Qur'an surat al-Ahzab ayat 5
- Al-Qur'an surat an-Nisa (QS.4 ayat 32)

Terhadap orang yang dianggap tidak mampu bertanggungjawab pada prinsipnya tidak dapat dipidana, akan tetapi jika hakim menganggap perlu dapat mengenakan pidana takzir yang disesuaikan dengan kemaslahatan baik bagi pelaku maupun masyarakat.

Pada prinsipnya orang yang dapat dipidana adalah orang yang melakukan perbuatan dengan sengaja, pemidanaan terhadap tindak pidana yang dilakukan karena keliru (kealpaan) hanya bersifat eksepsional, selama syarak menentukan demikian.

a.3.1. Dalam hukum Islam juga terkandung sistem pemidaan yang manusiawi dalam arti melihat karakteristik kondisi/keadaan si pelaku ialah dimungkinkan adanya fleksibilitas/elastisitas

pemidanaan dan modifikasi (perubahan/penyesuaian)

pemidanaan, dalam tindak pidana hudud tercermin dalam:

- Pada tindak pidana hudud diperkenankan permaafan sebelum kasusnya sampai di tangan penguasa. Namun jika kasusnya sudah sampai di tangan penguasa proses tidak boleh dihentikan dan hukuman wajib dilaksanakan.
- Adanya perintah untuk menghindari hukuman hadd jika masih terdapat alat bukti yang meragukan, namun jika perbuatannya sudah berupa maksiat dapat tetap mengenakan sanksi takzir seperti hukum cambuk yang lebih ringan, denda, penjara atau hanya peringatan kalau hakim merasa cukup memadai.
- Dalam suatu negara Islam setiap pribadi berhak memperoleh jaminan sosial melalui Perbendaharaan Negara yang disebut Baitul Maal, jika seorang warga negara melakukan pencurian didorong oleh keadaan yang memaksa karena tidak dapat memperoleh nafkah untuk diri sendiri dan keluarganya karena tiadanya kesempatan atau tidak memperoleh santunan dari *Bait Al Mal*, maka masyarakat akan dianggap bersalah dan tidak boleh menjatuhkan hadd kepada si pelaku, tetapi dikenakan sanksi takzir.
- Jika seseorang melakukan tindak pidana pencurian, tetapi belum sampai nisab yaitu seperempat (1/4) dinar maka tidak dikenakan hukuman potongan tangan tetapi dikenakan hukuman takzir.

- Dalam pelaksanaan hukuman zina, jika pelaku dalam keadaan hamil maka pelaksanaan hukuman ditangguhkan sampai si ibu melahirkan dan bahkan sampai selesai merawatnya.
- Tobat sampai kasusnya sampai di tangan penguasa sapat menghapus hukuman, asal tobatnya dilakukan dengan sungguh-sungguh (taubatan nashuha) . Dan ada anjuran untuk menutupi kesalahan yang dilakukan diri sendiri dan menutupi kesalahan orang lain, kecuali kepada orang yang telah melakukan kejahatan beberapa kali maka dianjurkan untuk melaporkannya.
- Modifikasi pemidanaan tercermin dalam hal pelaku zina (Ghairu Muhsan) itu dalam keadaan lemah dan jika dicambuk seratus kali bisa menyebabkan meninggal, maka berdasarkan hadis riwayat Ahmad dan Ibnu Majjah serta Abu Daud pelaksanaan hukuman dilakukan dengan hanya mencambuk satu kali tetapi dengan 100 batang lidi (kayu).

a.3.2. Sistem pemidanaan yang manusiawi dalam arti melihat karakteristik kondisi/keadaan si pelaku, ialah dimungkinkan adanya fleksibilitas/elastisitas pemidanaan dan modifikasi (perubahan/penyesuaian) pemidanaan. Pada tindak pidana kisas/diyat tercermin dalam:

- Sanksi yang tersedia selain berupa pidana pokok pembalasan yang setimpal, juga ada sanksi pidana pengganti berupa diyat dan kaffarah.

- Permaafan pada tindak pidana kisas/diyat dapat diberikan baik sebelum, selama kasusnya diproses di pengadilan maupun setelah mendapat putusan dari hakim.
- Jika ahli waris korban pembunuhan belum dewasa maka keputusan untuk memidana atau memaafkan menunggu sampai ahli waris dewasa.
- Dalam hal ada pemaafan dari korban atau ahli warisnya maka kepada mereka berhak menuntut diat sesuai dengan ketentuan, atau sesuai dengan kesepakatan kedua belah pihak atau bahkan membebaskan sama sekali tanpa menuntut apapun kepada pelaku. Jadi selain ada hukuman pokok ada hukuman pengganti.
- Jika korban akan membalas dengan hukuman kisas maka jika bagian tubuh yang akan dikisas sudah tidak ada, tidak bisa diganti dengan bagian tubuh lain tetapi bisa menuntut diat.
- Dalam hal bagian tubuh yang akan dikisas dalam keadaan sakit, maka pelaksanaan hukuman menunggu sampai sembuh.
- Dalam pembunuhan yang dilakukan dengan tidak sengaja maka jika pelaku tidak memperoleh budak dan tidak mampu membayar diyat, maka pelaku dikenakan pidana pengganti berupa kaffarah, yaitu puasa selama dua bulan berturut-turut.

- Dalam hal hukuman diyat maka terhadap pelaku kejahatan yang dilakukan dengan tidak sengaja maka pembayaran diyat boleh diangsur sampai 3 tahun lamanya.
- Jumlah diat dalam hukum Islam dapat diganti dengan uang atau sejumlah emas atau perak yang nilainya setara.
- Jumlah diyat boleh ditentukan sesuai dengan kesepakatan, dalam arti jika korban atau ahli warisnya rela maka jumlah diyat boleh tidak sesuai dengan yang telah ditetapkan oleh syariat, namun sesuai dengan kesepakatan antara korban dan pelaku.
- Jika pembunuhan dilakukan oleh orang tua terhadap anaknya, maka hukumannya tidak dihukum bunuh, akan tetapi dikenakan hukuman takzir.
- Jika pelaku pembunuhan adalah wanita yang sedang hamil maka pelaksanaan kisas menunggu sampai ia melahirkan dan menyusui.
- Jika si pembunuh adalah ahli waris dari yang terbunuh, maka dia tidak berhak atas harta warisan yang ditinggalkan oleh terbunuh.

a.3.3.Fleksibilitas/elastisitas pembedaan dan midifikasi (perubahan/penyesuaian) pembedaan, pada tindak pidana takzir tercermin dalam:

- Penguasa dapat memberikan peringanan atau penghapusan pidana.

- Sanksi pidana yang disediakan boleh dari yang teringan seperti memberi peringatan sampai pada yang terberat yaitu hukuman mati.
- Permaafan pada jarimah ini boleh diberikan kapan saja baik sebelum kasusnya diproses di pengadilan maupun setelah mendapat putusan hakim, asal kemaslahatan masyarakat menuntut demikian.
- Tobat dapat menghapuskan pidana.
- Mengenai pidana yang akan diterapkan baik jenis maupun lamanya pidana serta pelaksanaan pidananya sepenuhnya diserahkan kepada hakim dengan mempertimbangkan kemaslahatan baik pelaku maupun masyarakat.

B. Kontribusi Prinsip Individualisasi Pidana Dalam Hukum Pidana Islam Bagi Pembaharuan Hukum Pidana di Indonesia.

- Pemberian maaf /*asas rechterlijkpardon* dapat dipertimbangkan bukan hanya kepada pelaku tindak pidana dengan klasifikasi sangat ringan saja, akan tetapi dimungkinkan pula diberikan kepada pelaku tindak pidana berat dan sangat serius yang dibatasi hanya pada tindak pidana yang merupakan hak adami.
- Ukuran pidana denda dari ukuran nilai rupiah perlu diganti dengan nilai ukuran nilai emas yang cenderung lebih stabil.
- Sanksi pidana ganti rugi bisa diancamkan pada tindak pidana pembunuhan dan penganiayaan

B. SARAN

1. Dalam RUU KUHP 2006 pada bab III tentang Pidana dan Tindakan Pasal 55 ayat (2), yakni ketentuan mengenai asas *rechterlijkpardon* perlu diperluas dengan menghapus kalimat yang menyebutkan ringannya perbuatan, sehingga selengkapnya sbb :
“keadaan pribadi pembuat atau keadaan pada waktu dilakukan perbuatan atau yang terjadi kemudian, dapat dijadikan dasar pertimbangan untuk tidak menjatuhkan pidana atau mengenakan tindakan dengan mempertimbangkan segi keadilan dan kemanusiaan”.
2. Dalam Pasal 80 RUU KHUP 200 seyogyanya semua ukuran denda yang dinilai dengan sejumlah uang rupiah diganti dengan ukuran nilai sejumlah emas, yang nilainya setara dengan nilai uang saat konsep KUHP dibuat.
3. Bab XXI tentang Tindak Pidana Terhadap Nyawa, dan BAB XXII tentang Tindak Pidana Penganiayaan, pada rumusan pasal-pasal tertentu sanksi pidananya perlu dialternatifkan antara pidana penjara dengan pidana ganti rugi.

DAFTAR PUSTAKA

- Abdullah, Taufik dan M.Rusli Karim, *Metodologi Penelitian Agama, Sebuah Pengantar* (Edisi II), Tiara Wacana, Jogjakarta, 1990.
- Abdurrahman, *Kompilasi Hukum Islam Di Indonesia*, Akademika Pressindo, Jakarta, 1995.
- Abdurrahman I. Doi, *Shari 'ah The Islamic Law, Tindak Pidana Dalam Syari 'at Islam*, Penerjemah Wadi Mustari dan Basri Iba Asghari, Rineka Cipta, Jakarta, 1992.
- Adji, Oemar Seno, *Hukum Pidana Tidak Tertulis*, Trigrafika, Jakarta, 1992.
- Ahmad, Amrullah, *Dimensi Hukum Islam Dalam Sistem Hukum Nasional (Mengenang 65 Tahun Busthanul Arifin)*, Gema Insani Press, Jakarta, 1996.
- Ahmad, Idris, *Fiqh Syafi'i (Fiqh Islam Menurut Mazhab Syafi'i)*, Multazam, Siliwangi, 1994.
- Ahnan, Maftuh, *Mutiara hadist Shahih Bukhari*, Bintang Pelajar, Surabaya, 1986.
- Al-Buruswi, Ismail Haqqi, *Terjemah Tafsir Ruhul Bayan*, Diponegoro, Bandung, 1995.
- Al-Halawi, *Fatwa dan Ijtihad Umarbin Khattab*, Risalah Gusti, Surabaya, 2001.
- Al-jauziyah, Ibnu Qayyim, *I'Lamul Muwaqi'in, (Panduan Hukum Islam)*, Penerjemah Asep Saefullah FM dan Kamalumuddin Sa'diyatulharamain, Pustaka Azzam, jakarta, 2000.
- Ali, Mohammad Daud, *Hukum Islam Pengantar Ilmu Hukum dan Tata Hukum Islam di Indonesia*, Raja Grafindo Persada, jakarta, 1999.
- Al-Ghozali, Imam, *Ihya Ulumuddin*, CV.Asy-Syifa, Semarang, 1991.
- Al-Mubarakfury, Syaikh Shafiyyur-Rahman, *Sirah Nabawiyah*, Penerjemah Kathur Suhardi, Pustaka Al-Kautsar, Bandung, 2000.
- Al-Qardhawi, Yusuf, *Al-Madkhal Fi Diraasat Asy-Syari'ah Al-Islamiyah*, Alih bahasa oleh Muhammad Achyar, *Membumikan Syari'at Islam*, Dunia Ilmu, Surabaya, 1996.
- , *Al-Kashooish Al-Ammah Li Al-Islam, Karakteristik Islam Kajian Analitik*, Penerjemah Rofi' Munawar dan Tajuddin, Risalah Gusti, Surabaya, 2000.

- Al-Qur'an dan Tafsirnya , Citra Effhar, Semarang, 1993.
- Alkostar, Artidjo, *Identitas Hukum Nasional*, Fakultas Hukum UII, Yogyakarta, 1997.
- Amir Mu'allim dan Yusdani, *Konfigurasi Pemikiran Hukum Islam*, UII Press, Yogyakarta, 1993
- Anshori, Abdul Ghofur, *Filsafat Hukum Kewarisan Islam Konsep Kewarisan Bilateral Hazairin*, UII Press, Yogyakarta, 2005
- Arief, Barda Nawawi, *Beberapa Aspek Kebijakan Penegakan dan Pengembangan Hukum Pidana*, PT. Citra Aditya Bakti, Bandung, 1998
- , *Kebijakan Legislatif Dalam Penanggulangan Kejahatan Dengan Pidana Penjara*, CV.Ananta, Semarang, 1994.
- , *Bunga Rampai Kebijakan Hukum Pidana (Perkembangan Penyusunan Konsep KUHP Baru)*, Kencana Prenada Media Grup, Jakarta, 2008.
- , *Beberapa Aspek Pengembangan Ilmu Hukum Pidana (Menyongsong Generasi Baru Hukum Pidana Indonesia)*, Pidato Pengukuhan Guru Besar Ilmu Hukum Pidana Fak. Hukum UNDIP, Semarang, 25 Juni 1994.
- , *Permasalahan Hukum Adat Dalam Pembangunan Hukum di Indonesia*, Majalah Masalah-Masalah Hukum, FH UNDIP, Semarang, 1997.
- , *Perlindungan HAM dan Tindakan Kekerasan Dalam Penegakan Hukum Pidana*, Bahan Diskusi Panel RUU Kepolisian, FH UNDIP, 1997.
- , *Penggalian Hukum Dalam Rangka Tujuan Pembangunan Nasional*, Dalam Masalah-Masalah Hukum, No.9 tahun 1991, FH UNDIP, Semarang, 1991.
- *Masalah Penegakan Hukum dan Kebijakan Penanggulangan Kejahatan*, Citra Aditya Bakti, Bandung, 2001.
- bersama Muladi , *Teori-Teori dan Kebijakan Hukum Pidana*, Alumni, Bandung, 1992.
- , *Pembaharuan Hukum Pidana Dalam Perspektif Kajian Perbandingan*, PT.Citra Aditya Bakti, Bandung, 2005.
- , *Kumpulan Hasil Seminar Hukum Nasional Ke I-VIII dan Konvensi Hukum Nasional 2008 tentang UUD 1945 sebagai*

Landasan Konstitusional Grand Design Sistem dan Politik Hukum Nasional, Pustaka Magister Semarang, UNDIP, Semarang, 2008.

-----, *Perkembangan Asas-Asas Hukum Pidana Dalam Konsep KUHP (Perspektif Hukum Perbandingan Hukum Pidana)*, Makalah dalam Penataran Regional Hukum Pidana dan Kriminologi, UNDIP, Semarang, April 2006.

-----, *Perkembangan Asas-Asas Hukum Pidana Indonesia*, Pustaka Magister UNDIP Semarang, UNDIP, Semarang, 2007.

-----, *Kapita Selekta Hukum Pidana*, Citra Aditya Bakti, Bandung, 2002.

-----, *Pembaharuan/Rekonstruksi Pendidikan dan Pengembangan Ilmu Hukum Pidana Dalam Konteks Wawasan Nasional dan Global*, Kongres ASPEHUPIKI dan Seminar Pengaruh Globalisasi Terhadap Hukum Pidana dan Kriminologi Menghadapi Kejahatan Transnasional, Bandung, 2008.

Arief, Abd Salam, *Tinjauan Atas Tindak Pidana Terhadap Jiwa dan Kehormatan/Keluarga Dalam KUHP Baru*, Fakultas Syari'ah, IAIN Sunan Kalijaga, Yogyakarta, 1993.

Asshidiqie, Jimly, *Pembaharuan Hukum Pidana Indonesia*, Angkasa, Bandung, 1998.

Ash-Shiddieqy, Teungku Muhammad Hasby, *Pidana Mati Dalam Syari'at Islam*, Pustaka Rizki Putra, Semarang 1997.

-----, *Peradilan dan Hukum Acara Islam*, Pustaka Rizki Putra, Semarang 1997.

-----, *Koleksi Hadis-Hadis Hukum*, yayasan Teungku Muhammad Hasby Ash-Shiddieqy, Jakarta, 1997.

-----, *Hukum-Hukum Fiqh Islam Tinjauan Antar Mazhab*, Pustaka Rizki Putra, Semarang, 2001.

Azhary, Muhammad Tahir, *Negara Hukum Suatu Studi tentang Prinsip-Prinsipnya Dilihat dari Segi Hukum Islam, Implementasinya Pada Periode Negara Madinah dan Masa Kini*, Bulan Bintang, Jakarta, 1992.

Bakri, Moh.Kasim, *Hukum Pidana Dalam Islam*, Ramadhani, Sala, 1958.

Badan Pembinaan Hukum Nasional, *Pola Pikir Dan Kerangka Sistem Hukum Nasional*, Departemen Kehakiman R.I., 1995/1996.

- Bakry, Noer MS, *Orientasi Filsafat Pancasila*, Liberty, Yogyakarta, 1990.
- Capra, Fritjof, *The Web of Life A. New Synthesis of Mind and Matter*, Diterjemahkan, Diterjemahkan oleh Saut Pasaribu, *Jaring-Jaring Kehidupan Visi Baru Epistemologi dan Kehidupan*, Fajar Pustaka Baru, Yogyakarta, 2001.
- , *The Hidden Connections (Strategi Sistemik Melawan Kapitalisme Baru)*, Penerjemah Andya Primanda, Jalasutra, Yogyakarta, 2005.
- Crime Prevention Research Centre, *The Effect Of Islamic Legislation On Crime Prevention In Saudi Arabia*, Proceedings Of The Symposium Held In Riyadh, Ministry Of Interior, Kingdom of Saudi Arabia, 1980.
- Daroeso, Bambang dan Suyarno, *Filsafat Pancasila*, Liberty, Yogyakarta, 1989.
- Darmodiharjo, Dardji dan Shidarta, *Pokok-Pokok Filsafat Hukum Apa dan Bagaimana Filsafat Hukum Indonesia*, PT Gramedia Pustaka Utama, Jakarta, 2006.
- Djazuli, H.A., *Fiqh Jinayah (Upaya menanggulangi Kejahatan Dalam Islam)*, Raja Grafindo Persada, Jakarta, 1997.
- Departemen Pendidikan dan Kebudayaan, *Kamus Besar Bahasa Indonesia*, Balai Pustaka, Jakarta, 1994
- Dimiyati, Khudzaifah, *Teorisasi Hukum (Studi Tentang Perkembangan Pemikiran Hukum Di Indonesia 1945-1990)*, Muhammadiyah University press, Universitas Muhammadiyah Surakarta, Surakarta, 2004
- Dipoyono, Kirdi, *Keadilan Sosial*, Rajawali, jakarta, 1985.
- Effendi, Erniati, dan Saekan, *Sejarah Ensiklopedi Hukum Pidana Islam*, Jilid I-V, PT.Kharisma Ilmu, Jakarta, 2007.
- Ensiklopedia Hukum Islam, Jilid I-VI, Ihtiar Baru Van Hoeve, Jakarta, 1997.
- Fanani, Muhyar, *Membumikan Hukum Langit Nasionalisasi Hukum Islam dan Islamisasi Hukum Nasional Pasca Reformasi*, Tiara Wacana, Yogyakarta, 2008.
- Faiz, Fakhruddin, *Hermeneutika Qur'ani: Antara Teks, Konteks, dan Konstektualisasi*, CV.Qalam, Yogyakarta, 2003.
- Habibie, B.J., Makalah dalam Pembukaan Seminar Hukum Nasional VII, jakarta, 1999.

- Hamidi, Jazim, *Hermeneutika Hukum: Teori Penemuan Hukum Baru dengan Interpretasi Teks*, UII Press, Yogyakarta, 2005.
- Hamka, *Tafsir Al-Azhar*, Yayasan Latimojong, Surabaya, 1982.
- Hamzah, Andi, *Sistem Pidana Dari Retribusi ke Reformasi*, Pradnya Paramita, Jakarta, 1989
- Hanafi, Ahmad, *Asas-Asas Hukum Pidana Islam*, Jilid I, Biro Kemahasiswaan IAIN Sunan Kalijaga, Jogjakarta, 1966.
- Harjono, Anwar, *Hukum Islam Keluasan dan Keadilannya*, Bulan Bintang, Jakarta, 1968.
- Hartono, Sunaryati, *Kebijakan Pembangunan Hukum Jangka Panjang Tahap Kedua*, Dalam Majalah Badan Pembinaan Hukum Nasional, No.1 Tahun 1994.
- Hasan, Ahmad, *Tarjamah Bulughul Maraam*, Pustaka Tamaam dan Pesantren Islam Bangil, Bangil, 1991
- Hassan, Muhammad Ali, *Masail Fiqhiyyah Al-haditsah Pada Masalah-Masalah Kontemporer Hukum Islam*, Raja Grafindo Persada, Jakarta, 1997.
- Hazairin, *Pembaharuan Hukum Islam di Indonesia*, Yayasan Penerbit Universitas Indonesia, Jakarta, 1976.
- , *Demokrasi Pancasila*, Bina aksara, Jakarta, 1985.
- , *Hukum Kekeluargaan Nasional*, Bina Aksara, jakarta, 1980.
- Kaelan dan Achmad Zubaidi, *Pendidikan Kewarganegaraan Untuk Perguruan Tinggi Berdasar SK Dirjen Dikti No.43/DIKTI/KEP/2006*, Paradigma, Yogyakarta, 2007.
- I.DoI, Abdurrahman, *Shari'ah The Islamic Law, Tindak Pidana Dalam Syari'at Islam*, Penerjemah Wadi Mustari dan Basri Iba Asghari, Rineka Cipta, Jakarta, 1992.
- Ichtiyanto, SA, Haji, *Hukum Islam dan Hukum Nasional*, Ind-Hill-Co, jakarta, 1990.
- Lembaga Studi dan Advokasi Masyarakat (ELSAM), *Konsep KUHP Baru 2006*.
- Lili Rasjidi dan I.B. Wyasa Putra, *Hukum Sebagai Suatu Sistem*, Rosdakarya, Bandung, 1993.
- Lamintang, PAF, dan Djisman Samosir, *Hukum Pidana Indonesia*, Sinar baru, bandung, 1983.

- Lopa, Baharuddin, *Etika Pembangunan Hukum Nasional*, Editor Artidjo Alkostar, Fak.Hukum UII, Yogyakarta, 1997.
- Loqman, Loebby, *Delik Politik di Indonesia*, In-Hill-Co, Jakarta, 1993.
- Mahendra, Yusril Ihza, *Sumbangan Ajaran Islam Bagi Pembangunan Jangka Panjang II*, Dalam 70 Tahun KH.Ali Yafie, Fiqh Sosial, Wacana baru, jakarta, 1999.
- Manan Abdul, *Etika Hakim Dalam Penyelenggaraan Peradilan, Suatu kajian Dalam Sistem Peradilan Islam*, Kencana Prenada Media Group, Jakarta, 2000.
- Martadha Muthahhari, *Islam dan Tantangan Zaman*, Pustaka Hidayah, Bandung, 1996.
- Marzuki, Laica, *Masalah Kebhinekaan Sosial Budaya Dalam Reformasi Hukum Nasional Menuju masyarakat Madani*, Makalah Pada Seminar Hukum Nasional Ke-VII, Jakarta, 1993.
- Mu'allim, Amir, dan Yusdani, *Konfigurasi Pemikiran Hukum Islam*, UII Press indonesia, Yogyakarta, 1999.
- Mudzhar, Atho, HM, *Pendekatan Studi Islam Dalam Teori dan Praktek*, Pustaka Pelajar, Yogyakarta, 1998.
- Mohammad Daud Ali, *Hukum Islam Pengantar Ilmu Hukum dan Tata Hukum Islam Di Indonesia*, PT.RajaGrafindo Persada, Jakarta, 1999.
- Muladi, *Proyeksi Hukum Pidana Materiil Di Masa Datang*, Pidato Pengukuhan Sebagai Guru Besar Ilmu Hukum UNDIP, Semarang, 24 Feb 1990.
- , *Pembaharuan Hukum Pidana Materiil Indonesia*, Makalah pada Seminar dan Konggres ASPEHUPIKI, Bandung, 17 Maret 2008.
- Muslehuddin, Mohammad, *Crime And the Islamic Doctrine of Preventive Measures*, Islamic reseach Institute, Islamabad, pakistan, 1985.
- , *Filsafat Hukum Islam dan Pemikiran Orientalis (Studi Perbandingan Sistem Hukum Islam)*, PT.Tiara Wacana Yogya, Yogyakarta, 1997.
- Mustofa, Syadzali, *Pengantar dan Asas-Asas Hukum Islam Indonesia*, Ramadhani, Solo, 1990.
- Muthahhari, Martadha, *Islam dan Tantangan Zaman*, Pustaka Hidayah, bandung, 1996.

- , *Pelajaran Penting Dari Al-Qur'an*, Lentera, Jakarta, 2000.
- Muhammad Shahrur, *Prinsip dan Dasar Hermeneutika Al-Quran Kontemporer*, Judul Asli *al-Kitab wa al-Qur'an: Qira'ah Mu'ashirah*, Penerjemah Sahiron Syamsuddin dan Burhanuddin Dzikri, eISAQ Press, Yogyakarta, 2004.
- Natabaya, HAS, *Upaya Pembaharuan Perauran Perundang-Undangan Dalam Rangka Penghapusan Segala Bentuk Diskriminasi*, Dalam Majalah Hukum Nasional, departemen Kehakiman, No.2 Jakarta, 1999.
- Notonagoro, *Beberapa Hal Mengenai Falsafah Pancasila*, Rajawali, Jakarta, 1982.
- , *Pancasila Dasar Falsafah Negara*, Bina Aksara, Jakarta, 1984.
- , *Pancasila Secara Ilmiah Populer*, Bumi Aksara, Jakarta, 1995.
- Pujirahayu, Esmi Warassih, *Pranata Hukum Sebuah Telaah Sosiologis*, PT Suryandaru Utama, Semarang, 2005.
- Purnomo, Bambang, *Bab-Bab Kodifikasi Hukum Pidana* (Makalah Seminar), BPHN, Jakarta, 1988.
- Qal'ahji, Muhammad Rawwas, *Ensiklopedi Fiqh Umar bin Khattab.ra*, Raja Grafindo Persada, jakarta, 1999.
- Rahardjo, Satjipto, *Hukum Dalam Jagat Ketertiban*, Uki Press, Jakarta, 2006.
- , *Hukum Dalam Perspektif Sosial*, Alumni, Bandung, 1981.
- , *Membedah Hukum Progresif*, Kompas, Jakarta, 2006.
- , *Sisi-sisi Lain Hukum Di Indonesia*, Kompas, Jakarta, 2006.
- , *Negara Hukum Yang Membahagiakan Rakyatnya*, Genta Press, Jakarta, 2008.
- Ramulyo, Mohammad Idris, *Asas-Asas hukum Islam (Sejarah Timbul dan Berkembangnya, Kedudukan Hukum Islam Dalam Sistem Hukum Di Indonesia)*, sinar Grafika, jakarta, 1997.
- Saleh Roeslan, *Mengadili Sebagai Pergulatan Kemanusiaan*, Aksara Baru, Jakarta, 1993.

- , *Pikiran-pikiran Tentang Pertanggungjawaban Pidana*, Ghalia Indonesia, 1982
- , *Suatu Reorientasi Dalam Hukum Pidana*, Aksara Baru, Jakarta, 1978.
- Santoso, Topo, *Menggagas Hukum Pidana Islam Penerapan Syariah Islam Dalam Konteks Modernitas*, Asy Syaamil, Bandung, 2000.
- Salam, Burhanuddin, *Filsafat Pancasila*, Rineka Cipta, Jakarta, 1996.
- Sabiq, Sayyid, *Fikih Sunnah*, PT.Alma'arif, Bandung, 1987.
- Sidharta, Arief, *Meuwissen Tentang Pengembangan Hukum, Ilmu Hukum, teori Hukum, dan Filsafat Hukum*, PT Refika Aditama, Bandung, 2007.
- , *Struktur Ilmu Hukum Indonesia*, Pusat Kajian Humaniora, Universitas Katolik Parahyangan, Bandung, 2005.
- Siregar, Bismar, *Keadilan Hukum Pidana Islam (Penerapan Syari'ah Islam Dalam Konteks Modernitas)*, Asy-Syaamil, Bandung, 2000.
- , *Islam dan Hukum*, Pustaka Karya Grafikatama, Jakarta, 1992.
- , *Hukum dan Iman*, Pustaka Karya Grafikatama, Jakarta, 1990.
- Sudarto, *Hukum dan Hukum Pidana*, Alumni, Bandung, 1981.
- , *Hukum Pidana dan Perkembangan Masyarakat*, Sinar Baru, Bandung, 1983.
- , *Hukum Pidana I*, Yayasan Sudarto, Fakultas Hukum, UNDIP, Semarang, 1990.
- , *Kapita Selekta Hukum Pidana*, Alumni, Bandung, 1981.
- Suherman, Ade Maman, *Pengantar Perbandingan Sistem Hukum*, PT. RajaGrafindo Persada, Jakarta, 2006.
- Soemitro, Ronny Hanitidjo, *Metode Penelitian Hukum dan Yurimetri*, edisi V, Ghalia Indonesia, Jakarta, 1994.
- Soekanto, Soerjono, dan Sri Mamudji, *Penelitian Hukum Normatif Suatu Tinjauan Singkat*, PT.Raja Grafindo Persada, Jakarta, 1995.

- , *Permasalahan Hukum di Dalam Masyarakat*, Cetakan ke-II, Alumni, Bandung, 1984.
- Sunaryo, Didik, *Kapita Selekta Sistem Peradilan Pidana*, Universitas Muhammadiyah Malang, Malang, 2005
- Sutrisno, Slamet, *Filsafat dan Ideologi Pancasila*, CV. Andi Offset, Yogyakarta, 2006.
- Taqiyuddin an-Nabhani, *Nizham Al-Islam*, di terjemahkan oleh Abu Amin dkk, *Peraturan Hidup Dalam Islam*, Hizbut Tahrir Indonesia, Jakarta, 2001.
- Wigjosoebroto, Sutandyo, *Disertasi Sebuah Pedoman Ringkas Tentang Tatacara Penulisannya*, Laboratorium Sosiologi Fak Ilmu Sosial dan Ilmu Politik, Universitas Airlangga, Surabaya, 2007.
- , *Hukum Paradigma Metode dan Dinamika Masalahnya*, HUMA, Jakarta, 2002.
- Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 Perubahan ke-empat.
- Undang-Undang RI No.17 Tahun 2007 Tentang Rencana Pembangunan Jangka Panjang Nasional Tahun 2005-2025, Kementrian Negara Perencanaan Pembangunan Nasional/BAPENAS. Jakarta, 2007.
- Undang-Undang NO. 48 Tahun 2009 Tentang Kekuasaan Kehakiman

INDEKS

A

Abdurrahman I.DoI, 118, 132, 144, 148
Abu Hurairah, 119, 125, 126, 139
Agama, 1, 71, 80, 81
Al-Ahzab, 125
al-An'am, 115, 197
alasan, 7, 9, 13, 47, 74, 76, 77, 103, 130, 131, 134, 153, 162, 186
al-Faatir, 116
Al-Fushilat, 167
Al-Hadis, 30
Al-Hajj, 167
Aliran modern, 90, 93, 95, 96, 97, 100, 103
Allah, 1, 2, 75, 110, 111, 112, 113, 116, 117, 125, 126, 128, 129, 134, 136,
137, 138, 139, 140, 142, 143, 144, 149, 150, 156, 157, 160, 161, 162,
163, 165, 167, 168, 171, 172, 179, 181, 182, 185, 186, 191
al-Maidah, 144, 162
al-Mudatsir, 116, 198
Al-Qur'an, 24, 206
al-Rukn al-Adabi, 115
al-Rukn Al-Madi, 115
al-Rukn al-Syari, 115
an-Najm, 117, 198
an-Nisa, 117, 128, 198, 199
Anwar Haryono, 113, 118, 121, 138, 153, 154, 184
Asas, 11, 20, 53, 54, 76, 79, 94, 95, 206, 207, 209
Asas kesalahan, 94
Asas legalitas, 94
Asas pengimbangan, 95
Aspek, 9, 18, 206
Asy-Syuura, 165, 166

B

Bambang Purnomo, 107
Barda Nawawi Arief, 2, 3, 9, 17, 18, 20, 21, 22, 23, 25, 31, 43, 45, 46, 49,
50, 51, 53, 61, 66, 67, 68, 69, 70, 76, 79, 83, 88, 89, 90, 91, 92, 96, 97,
98, 99, 101, 122
Belanda, 6, 8, 46, 54, 56, 65
BPHN, 12, 44, 55, 107

C

Civil Law System, 6, 7
Concursus, 182

D

Daad, 27, 96
Dader, 96
Delik, 52
Diyat, 172
Djisman Samosir, 65
Doktrin, 95

E

Eksistensi, 10, 71
Ensiklopedia, 24, 25, 71, 140, 143, 180, 208

F

Fikih, 126, 137, 156, 157, 210
Filsafat, 109, 206, 207, 208, 210, 211
Fukaha, 139

G

General Principles of Law, 59
Globalisasi, 3, 207
Grand Design, 57, 58, 59, 61, 207

H

H.A. Djazuli, 113
Hadd, 133
Hadis, 117, 120, 121, 124, 131, 132, 140, 141, 155, 175, 176, 179, 187,
198
Hazairin, 72, 73, 206, 209
Hudud, 136
Hudzail, 120
Hukum Islam, 3, 9, 10, 11, 13, 18, 24, 25, 27, 44, 70, 71, 72, 79, 112, 113,
119, 121, 122, 128, 134, 135, 140, 143, 145, 160, 161, 164, 180, 187,
197, 199, 206, 207, 208, 209
Hukum Nasional, 4, 7, 10, 11, 19, 36, 38, 41, 44, 54, 55, 57, 58, 59, 61, 62,
69, 70, 71, 73, 79, 81, 82, 83, 206, 207, 208, 209
Hukum pidana, 47, 48, 55, 101

I

Ichtiyanto, 10, 71
Identitas, 43, 44, 57, 206
Ideologi, 47, 211
indeterminisme, 122
Individualisasi, 107, 154, 204
Individualisasi Pidana, 204
Indonesia, 1, 2, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 25, 26,
27, 28, 29, 31, 34, 35, 36, 39, 41, 43, 44, 45, 46, 47, 48, 49, 51, 52, 53,
54, 55, 56, 57, 58, 61, 62, 63, 64, 65, 67, 68, 69, 70, 71, 72, 73, 74, 75,
77, 78, 79, 81, 82, 92, 93, 95, 103, 109, 110, 189, 204, 207, 208, 209,
210, 211

J

Jarimah, 139, 143, 160, 180, 181
Jimly Asshidiqie, 28, 56
Johannes Andenaes, 98

K

Keadilan, 108
Kebijakan, 9, 17, 23, 42, 45, 57, 88, 97, 107, 122, 206, 209
Ketuhanan Yang Maha Esa, 1, 2, 17, 18, 74, 75, 78, 87
Kodifikasi, 107
Koento Wibisono, 44
Kongres, 53, 54, 66, 83, 84, 85, 86
Kongres PBB:, 83
Konsep KUHP, 26, 56, 76, 104, 191, 192, 193, 194, 196, 206, 207
Konstitusional, 58, 61, 206
Kriminal, 82
Kriminalisasi, 82
KUHP, 5, 6, 7, 9, 18, 26, 30, 33, 45, 46, 48, 50, 51, 52, 53, 55, 56, 65, 79,
80, 101, 102, 103, 104, 105, 106, 110, 189, 190, 192, 195, 196, 205

L

Laica Marzuki, 69
Lawrence M. Friedman, 5
Legal culture, 5
Legal structure, 5
Legal substance, 5
LPHN, 54, 55

M

Marc Ancel, 97, 98, 99, 122

Martadha Muthahari, 27
Materiil, 9, 11, 48, 209
Mezger, 123
Modifikasi, 159, 201
Moeljatno, 2, 54
Mohammad Daud Ali, 11, 27, 209
Muladi, 9, 11, 23, 45, 47, 48, 87, 88, 95, 96, 97, 98, 103, 108, 122, 209
Murtad, 136

N

Nilai, 6, 7, 9, 65, 69, 195, 196

O

Orientasi, 207

P

P.A.F. Lamintang, 65
Padmo Wahjono, 72
Pancasila, 1, 2, 3, 4, 6, 10, 12, 16, 17, 18, 19, 25, 26, 30, 38, 41, 42, 43,
44, 47, 56, 57, 58, 59, 61, 62, 63, 69, 70, 71, 72, 73, 74, 78, 80, 87, 93,
103, 107, 108, 109, 110, 207, 208, 209, 210, 211
Paradigma, 209, 211
Pedoman, 211
Pembaharuan, 3, 11, 13, 28, 36, 49, 54, 70, 73, 82, 95, 101, 204, 206, 207,
209
Pembangunan hukum, 35, 42
Penal, 67
Pertanggungjawaban, 51, 90, 114, 197
Pidana, 2, 3, 5, 6, 9, 11, 13, 15, 17, 18, 20, 23, 28, 30, 45, 46, 48, 49, 50,
51, 52, 53, 54, 61, 65, 66, 68, 70, 73, 75, 76, 80, 81, 82, 87, 88, 89, 90,
92, 93, 94, 95, 96, 97, 99, 101, 103, 105, 107, 108, 117, 118, 122, 123,
136, 160, 189, 204, 205, 206, 207, 208, 209, 210, 211
Politik, 52, 57, 58, 59, 61, 82, 207, 211

Q

Qadzaf, 132, 188

R

Rasulullah SAW, 110, 118, 120, 126, 145, 148, 154, 155, 157, 163, 164,
170, 174, 177
Rekomendasi, 61, 63, 64
Roeslan Saleh, 23, 24, 51, 65, 66, 88, 92, 93
Ronny Hanitijo Soemitro, 29, 32

S

Saekan dan Erniati Effendi, 71
Sanksi, 128, 138, 177, 188, 201, 204, 205
Satjipto Rahardjo, 7, 57
Sayyid Sabiq, 126, 127, 131, 137, 140, 151, 154, 156, 163, 170
Seminar Hukum Nasional, 12, 19, 39, 53, 61, 62, 63, 70, 79, 81, 206
Simon, 123
Sir Rupert Cross, 25, 92
Sistem Hukum Nasional, 3, 4, 10, 11, 12, 17, 37, 38, 41, 42, 43, 44, 57, 58, 62, 63, 69, 71, 81, 207
Strategis, 67
Struktur, 211
Sudarto, 6, 7, 11, 23, 46, 48, 49, 50, 54, 88, 90, 91, 92, 93, 94, 95, 100, 106, 107, 123, 124, 211
Syadzali Mustofa, 79
Syathibi, 113

T

Takzir, 181, 182
Teori, 23, 45, 88, 97, 122, 209
Teuku Mohammad Radie, 57
Tirmidzi, 120, 131, 141, 198
Transformasi, 69

U

Ulil-Amri, 170, 188
UU.No.48/2009, 78
UUD NRI 1945, 1, 2, 16, 35, 42, 43, 44, 52, 58, 59, 61, 71, 74, 75, 78, 87

V

Value-oriented approach, 50

W

W.v.S, 5, 6
Wali, 126
Wetboek van Strafrecht, 5, 46, 52, 53

Y

Yurisprudensi, 30, 33, 210

Z

Zina, 136, 152



Sri Endah Wahyuningsih, lahir di Wonosobo Jawa Tengah, pada tanggal 28 April 1964. Dari Sekolah Dasar hingga Sekolah Menengah Atas diselesaikan di kota kelahirannya Wonosobo. Memperoleh gelar Sarjana Hukum dari Universitas Diponegoro Semarang pada tahun 1988, gelar Magister Humaniora tahun 2002, dan memperoleh gelar Doktor Ilmu Hukum dari Universitas yang sama pada tahun 2011.

Sejak tahun 1990 penulis mulai mengajar di Fakultas Hukum Universitas Islam Sultan Agung Semarang dalam mata kuliah Perbandingan Hukum Pidana, Politik Hukum Pidana, Hukum Pidana Lanjut, Filsafat Hukum, dan Metode Penelitian Hukum. Mulai tahun 2007 sebagai staf pengajar pada Program Magister Ilmu Hukum, dan sejak tahun 2012 mengajar pada Program Doktor Ilmu Hukum dan Magister Kenotariatan pada universitas yang sama.

Sebagai dosen yang memiliki ketertarikan pada bidang hukum pidana penulis pernah mengikuti beberapa kali penataran pada Asosiasi Pengajar Hukum Pidana dan Kriminologi, pada tahun 2009 mengikuti Program Sandwich Like di Universitas Erasmus Rotterdam Belanda. Penulis juga pernah menjabat sebagai Ketua Bagian Hukum Pidana di Unissula Semarang sejak tahun 2002-2009 dan sejak tahun 2014 menjabat sebagai Ketua Program Magister (S2) Ilmu Hukum Universitas Islam Sultan Agung Semarang.



Diterbitkan oleh:
Badan Penerbit Universitas Diponegoro
ISBN: 978-979-704-971-3



REPUBLIK INDONESIA
KEMENTERIAN HUKUM DAN HAK ASASI MANUSIA

SURAT PENCATATAN CIPTAAN

Menteri Hukum dan Hak Asasi Manusia Republik Indonesia, berdasarkan Undang-Undang Nomor 28 Tahun 2014 tentang Hak Cipta yaitu Undang-Undang tentang perlindungan ciptaan di bidang ilmu pengetahuan, seni dan sastra (tidak melindungi hak kekayaan intelektual lainnya), dengan ini menerangkan bahwa hal-hal tersebut di bawah ini telah tercatat dalam Daftar Umum Ciptaan:

- I. Nomor dan tanggal permohonan : EC00201702595, 9 Agustus 2017
- II. Pencipta
Nama : **Dr. Hj. SRI ENDAH WAHYUNINGSIH., SH., M.Hum**
Alamat : Jl. Watulawang Timur Rt. 004 Rw. 008 Kec. Gajah Mungkur, Semarang, JAWA TENGAH, 50232
Kewarganegaraan : Indonesia
- III. Pemegang Hak Cipta
Nama : **Dr. Hj. SRI ENDAH WAHYUNINGSIH., SH., M.Hum**
Alamat : Jl. Watulawang Timur Rt. 004 Rw. 008 Kec. Gajah Mungkur, Semarang, JAWA TENGAH, 50232
Kewarganegaraan : Indonesia
- IV. Jenis Ciptaan : Buku
- V. Judul Ciptaan : **PRINSIP - PRINSIP INDIVIDUALISASI PIDANA DALAM HUKUM PIDANA ISLAM DAN PEMBAHARUAN HUKUM PIDANA INDONESIA**
- VI. Tanggal dan tempat diumumkan untuk pertama kali di wilayah Indonesia atau di luar wilayah Indonesia : 2 Juli 2013, di Semarang
- VII. Jangka waktu perlindungan : Berlaku selama hidup Pencipta dan terus berlangsung selama 70 (tujuh puluh) tahun setelah Pencipta meninggal dunia, terhitung mulai tanggal 1 Januari tahun berikutnya.
- VIII. Nomor pencatatan : 03135

Pencatatan Ciptaan atau produk Hak Terkait dalam Daftar Umum Ciptaan bukan merupakan pengesahan atas isi, arti, maksud, atau bentuk dari Ciptaan atau produk Hak Terkait yang dicatat. Menteri tidak bertanggung jawab atas isi, arti, maksud, atau bentuk dari Ciptaan atau produk Hak Terkait yang terdaftar. (Pasal 72 dan Penjelasan Pasal 72 Undang-undang Nomor 28 Tahun 2014 Tentang Hak Cipta)

a.n. MENTERI HUKUM DAN HAK ASASI MANUSIA
REPUBLIK INDONESIA
DIREKTUR JENDERAL KEKAYAAN INTELEKTUAL
u.b.
DIREKTUR HAK CIPTA DAN DESAIN INDUSTRI

Dr. Dra. Erni Widhyastari, Apt., M.Si.
NIP. 196003181991032001