

**FORMULASI HUKUMAN CAMBUK DALAM QANUN PROVINSI ACEH
MENURUT TINJAUAN KEBIJAKAN HUKUM PIDANA
DAN HAK ASASI MANUSIA**

TESIS



Oleh :

Syarifah Rahmatillah

Nomor Mhs : 10912562

BKU : Hukum Dan Sistem Peradilan Pidana

Program Studi : Magister Ilmu Hukum

PROGRAM PASCA SARJANA FAKULTAS HUKUM

UNIVERSITAS ISLAM INDONESIA

YOGYAKARTA

2012

**FORMULASI HUKUMAN CAMBUK DALAM QANUN PROVINSI ACEH
MENURUT TINJAUAN KEBIJAKAN HUKUM PIDANA
DAN HAK ASASI MANUSIA**

TESIS

**Oleh :
SYARIFAH RAHMATILLAH, SH.I**

Nomor Mhs : 10912562
BKU : Hukum dan Sistem Peradilan Pidana
Program Studi : Ilmu Hukum

Telah dipertahankan di depan Dewan Penguji
pada tanggal 10 Agustus 2012 dan dinyatakan LULUS

Tim Penguji

Ketua

Dr. M. Arif Setiawan, SH., MH

Tanggal 10 Agustus 2012

Anggota

Dr. Aroma Elmina Martha, SH., MH

Tanggal 10 Agustus 2012

Anggota

M. Abdul Kholiq, SH., M.Hum

Tanggal 10 Agustus 2012

Mengetahui
Ketua Program

Dr. Hj. Ni'matul Huda, SH., M.Hum

Tanggal 10 Agustus 2012

HALAMAN MOTTO DAN PERSEMBAHAN

إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا
بِالْعَدْلِ إِنَّ اللَّهَ نِعِمَّا يَعِظُكُمْ بِهِ إِنَّ اللَّهَ كَانَ سَمِيعًا بَصِيرًا

“Sesungguhnya Allah menyuruh kamu menyampaikan amanat kepada yang berhak menerimanya, dan (menyuruh kamu) apabila menetapkan hukum di antara manusia supaya kamu menetapkan dengan adil. Sesungguhnya Allah memberi pengajaran yang sebaik-baiknya kepadamu. Sesungguhnya Allah Maha Mendengar lagi Maha Melihat”

(QS. An-Nisa’: 58)

“Sesungguhnya orang-orang yang berlaku adil di sisi Allah laksana berada di atas mimbar yang terbuat dari cahaya. Mereka adalah orang-orang yang berlaku adil dalam menetapkan hukum baik kepada rakyat maupun kepada keluarga”

(HR. Muslim)

“Jika keadilan adalah salah satu pilar dunia dan dunia tidak akan mungkin tegak tanpanya, maka hendaklah masing-masing orang memulai untuk bertindak adil”.

(Al-Mâwardi)

Karya tesis ini penulis persembahkan untuk:

Alm. Jaddi Sayed Zainal Abidin

Atok Syarifah Ainal Mardhiah

Suami Tercinta Amrullah, SH.I, LL.M

Buah cintaku Jihan Azkiya Amroe

Orang tua, mertua, beserta keluarga besar penulis

Sahabat-sahabat penulis

Para pejuang keadilan

PERNYATAAN ORISINALITAS

Tesis dengan Judul:

FORMULASI HUKUMAN CAMBUK DALAM QANUN PROVINSI ACEH MENURUT TINJAUAN KEBIJAKAN HUKUM PIDANA DAN HAK ASASI MANUSIA

Benar-benar karya dari penulis, kecuali bagian-bagian tertentu yang telah diberikan keterangan pengutipan sebagaimana etika akademis yang berlaku. Jika terbukti bahwa karya ini bukan karya penulis sendiri, maka penulis siap untuk menerima sanksi sebagaimana yang telah ditentukan oleh Program Pascasarjana Fakultas Hukum Universitas Islam Indonesia

Yogyakarta, 10 Agustus 2012

SYARIFAH RAHMATILLAH

KATA PENGANTAR

Assalamu 'alaikum Warahmatullahi Wabarakatuh

Alhamdulillah rabbil 'alamin, segala puji bagi Allah SWT, Dzat yang Maha Agung yang senantiasa setiap perhitungan ada dalam genggamannya, yang setiap penciptaan bertasbih, bertahmid, bertahlil dan bertakbir menyebut Asma-Nya. Atas segala rahmat, dan nikmat tertinggi yang diberikan-Nya berupa kesempatan dan kesehatan kepada penulis, sehingga Tesis ini bisa terselesaikan dengan lancar tanpa ada halangan yang berarti. Tidak lupa shalawat dan salam semoga selalu terlimpahkan ke haribaan Nabi Muhammad SAW yang telah mewariskan al-Qur'an dan Sunnah sebagai petunjuk hidup bagi umat manusia untuk menggapai kebahagiaan di dunia dan akhirat.

Tesis ini disusun guna menyelesaikan jenjang pendidikan Strata 2 (S2) dan meraih gelar Magister Hukum Universitas Islam Indonesia. Penulis berharap lebih lanjut tesis ini dapat bermanfaat bagi kebaikan dan kemajuan sistem hukum Indonesia, khususnya dalam sistem peradilan pidana.

Sebagai sebuah karya tulis, tesis ini mungkin tidak luput dari kekurangan dan kekeliruan, oleh karenanya kritik dan saran dari pembaca semoga dapat menjadi penyempurna dari tesis ini.

Penulis menyadari bahwa selesainya Tesis ini tidak dapat dilepaskan dari kontribusi beberapa pihak. Oleh karena itu, dengan penuh kerendahan hati, penulis mengucapkan terima kasih yang sebesar-besarnya kepada:

1. Rektor Universitas Islam Indonesia, Prof. Dr. H. Edy Suandi Hamid, M. Ec..
2. Dekan Fakultas Hukum UII, Dr. H. Rusli Muhammad, SH., MH.
3. Ketua Program Pascasarjana Fakultas Hukum UII, Dr. Hj. Ni'matul Huda, SH., M. Hum.
4. Dosen pembimbing, Dr. M. Arif Setiawan, SH., MH dan M. Abdul Kholiq, SH., M. Hum yang dengan penuh kesabaran telah meluangkan banyak waktunya untuk membimbing penulis. Banyak ilmu yang penulis dapatkan dalam setiap bimbingan.
5. Para dosen di Program Pascasarjana Fakultas Hukum UII, khususnya yang mengajar penulis di BKU Hukum dan Sistem Peradilan Pidana, Dr. Mudzakkir, SH., MH., Dr. Artidjo Alkostar, SH., LL.M., Dr. H. Rusli Muhammad, SH., MH., Dr. Salman Luthan, SH., MH., Dr. M. Arif Setiawan, SH., MH., M. Abdul Kholiq, SH., M. Hum., Dr. Suparman Marzuki, SH., M.Si., dan Dr. Aroma Elmina Martha, SH., MH. Ilmu dan petuah yang mereka berikan sangat bermanfaat dalam membangun pola pikir dan moral penulis.
6. Ketua STAI Al Washliyah Banda Aceh, Prof. Dr. Hamid Sarong, MA yang telah memberikan izin untuk penulis, melanjutkan study S2 di Universitas Islam Indonesia (UII) Yogyakarta.

7. Keluarga besar Alm. Bpk. Zainal Suryokusumo dan ibu Ira serta ketiga putri beliau: Uni Ati, Uni Inre dan Uni Tantri. Mereka adalah keluarga yang tak pernah berhenti menyemangati, mendukung secara moril dan spirituil serta menjadi teladan bagi penulis dalam menggapai cita-cita. Sungguh suatu kebanggaan menjadi bahagian kecil dari keluarga ini.
8. Suami tercinta Amrullah, SH.I, LL.M, yang tak pernah berhenti untuk menemani, menyemangati dan membantu penulis dalam menyelesaikan penulisan tesis ini dan ananda Jihan Azkiya Amroe yang dengan keaktifan dan canda tawanya selalu menjadi penyejuk hati dan penyegar otak disaat semangat yang terkadang kendur dalam penulisan tesis ini.
9. Orang tua penulis, Waled Sayed Ismail Al-Jamalulail, Almh. Ummi Syarifah Zainah dan Ummi Aja Arwita yang dengan kasih sayang dan ketulusannya selalu mendo'akan penulis agar selalu dimudahkan dalam mencapai cita-cita.
10. Alm. Jaddi Sayed Zainal Abidin dan Atok Syarifah Ainal Mardhiah, penulis meyakini bahwa karena pendidikan dasar dari mereka berdua maka hari ini penulis dapat hidup dengan bekerja, berfikir dan bertutur melalui ilmu.
11. Kedua kakak (Syarifah Munira dan Syarifah Husna) dan adik penulis (Syarifah Fauziah), semoga ini menjadi hadiah yang membanggakan untuk kalian.

12. Kedua mertua penulis, Mamak Mutia Putri, S.Pd.I dan Ayah Bustamam Yahya, serta kedua ipar penulis abang Asrari, S.E dan Ahmad Fajri, yang banyak sekali membantu serta terus menyemangati dan mendoakan agar penulis dapat menyelesaikan tesis ini secepat dan sebaik mungkin.
13. Para karyawan Program Pascasarjana Fakultas Hukum UII yang selalu dengan ikhlas memberikan pelayanan yang terbaik untuk mahasiswa, termasuk kepada penulis.
14. Teman-teman di Asrama Aceh Iskandar Muda (Ponco), asrama Aceh Sabena, dan teman-teman HIMPASAY yang tidak mungkin tersebutkan satu persatu, secara tidak langsung pertanyaan kalian “kapan penulis wisuda?” menjadi alarm pengingat bagi penulis untuk tidak berhenti menyelesaikan tesis ini.
15. Teman-teman Pascasarjana Fakultas Hukum UII, khususnya BKU Hukum dan Sistem Peradilan Pidana, Pak Gultom, Bu Erna, Bu Dian, Mbak Ida, Mas Ari Wibowo, Mas Jamal, Mas Metha, Mas Yahyanto, Nia, Ady, Akbar, Evi dan Ria. Kebersamaan bersama mereka sungguh sangat berharga. Semoga kesuksesan terus menjadi milik kita bersama. Teristimewa untuk Mas Ari Wibowo yang sudah sangat banyak membantu, mengarahkan, membuka wacana dan ide baru dalam penyelesaian tesis ini.
16. Pihak-pihak lain yang belum sempat penulis sebutkan satu persatu.

Penulis tidak dapat membalas para pihak yang telah berkontribusi dalam penulisan Tesis ini, kecuali hanya do'a agar Allah membalasnya dengan ganjaran yang sebaik-baiknya, *jazakumullah ahsanal jaza'*. Akhir kata, penulis menyadari bahwa masih banyak kekurangan dalam Tesis ini, sehingga masukan yang konstruktif sangat penulis harapkan demi kesempurnakan Tesis ini. Semoga Tesis ini dapat memberikan manfaat baik dalam segi akademik maupun praktis.

Yogyakarta, 10 Agustus 2012

Syarifah Rahmatillah

DAFTAR ISI

HALAMAN JUDUL	I
HALAMAN PENGESAHAN	II
HALAMAN MOTTO DAN PERSEMBAHAN	III
PERNYATAAN ORISINALITAS	IV
KATA PENGANTAR	V
DAFTAR ISI	IX
ABSTRAK	XIII

BAB I PENDAHULUAN

A. Latar Belakang Masalah	1
B. Rumusan Masalah	20
C. Tujuan Penelitian	20
D. Manfaat Penelitian	21
E. Kerangka Teori dan Konseptual	22
F. Orisinalitas Penelitian	42
G. Metode Penelitian	44

BAB II LANDASAN TEORI TENTANG PEMIDANAAN DAN KEBIJAKAN HUKUM PIDANA INDONESIA

A. Pidana Dan Sistem Pidana	51
1. Pengertian Pidana	51

2. Sistem Pemidanaan	57
a. Sejarah Singkat Sistem Pemidanaan	57
b. Teori Tujuan Pemidanaan	65
1) Teori absolut (Pembalasan /Retributif / <i>Quai Peccatum /vergerldingstheorien</i>).....	68
2) Teori relatif (Tujuan/ <i>Ne Peccetur/ doeltheorien</i>)	70
a) Teori Pencegahan Umum (<i>General Preventie</i>).....	72
b) Teori Prevensi Khusus (<i>Speciale Preventie</i>)	74
3) Teori Penyatuan/ Gabungan (<i>Quia Dan Ne/ verenigings theorieen</i>)	74
3. Jenis Pidana Dalam Kitab Undang-undang Hukum Pidana (KUHP)	79
B. Pengertian dan Ruang Lingkup Kebijakan Hukum Pidana	81
1. Pengertian Kebijakan Hukum Pidana	81
2. Ruang Lingkup Kebijakan Hukum Pidana	82
C. Kebijakan Hukum Pidana Di Indonesia Tentang Pengancaman Sanksi Pidana Dalam Perundang-Undangan	90

BAB III TINJAUAN UMUM TENTANG HAK ASASI MANUSIA DALAM PENEGAKAN HUKUM PIDANA

A. Definisi Hak Asasi Manusia	98
B. Konsep Hak Asasi Manusia dalam Perspektif Barat	100
1. Hukum Kodrati dan Hak Kodrati	104
2. Positivisme-Utility	106
3. Teori Anti-Utilitarian	108
4. Marxisme	109
C. Konsep Hak Asasi Manusia dalam Perspektif Islam.....	114
1. Islam dan Hak Asasi Manusia	114
2. Perlindungan HAM Dalam Hukum Pidana Islam	119
3. Konsep Kewajiban Azasi Manusia (KAM) dalam Islam	124

D. Hak Asasi Manusia dalam Konvensi Menentang Penyiksaan dan Perlakuan atau Penghukuman Lain Yang Kejam, Tidak Manusiawi, atau Merendahkan Martabat Manusia)	131
1. Latar Belakang Lahirnya Konvensi Menentang Penyiksaan dan Perlakuan atau Penghukuman Lain Yang Kejam, Tidak Manusiawi, atau Merendahkan Martabat Manusia)	131
2. Konsep Dasar Arti Penyiksaan Di Dalam Konvensi Menentang Penyiksaan dan Perlakuan atau Penghukuman Lain Yang Kejam, Tidak Manusiawi, atau Merendahkan Martabat Manusia).....	139
E. Hak Asasi Manusia dalam Penegakan Hukum Pidana Indonesia.....	143
F. Masalah Pembatasan Hak Asasi Manusia	154
1. Konsep Pembatasan Hak Asasi Manusia (HAM) Dalam Pandangan Barat	154
2. Konsep Pembatasan Hak Asasi Manusia (HAM) Di Dalam UUD 1945 dan Perundangan Lainnya	163
3. Konsep Pembatasan Hak Asasi Manusia (HAM) Dalam Islam	170

BAB IV EKSISTENSI PEMBERLAKUAN SYARIAT ISLAM (HUKUMAN PIDANA ISLAM) DI PROVINSI ACEH DALAM KONTEKS SISTEM HUKUM PIDANA NASIONAL

A. Sejarah Singkat Pemberlakuan Syariat Islam di Provinsi Aceh.....	175
B. Landasan Yuridis, Sosiologis dan Filosofis Pemberlakuan Syariat Islam di Provinsi Aceh	184
1. Landasan Yuridis	185
a. Pancasila Sebagai Grundnorm	185
b. Landasan Yuridis Konstitusional (UUD 1945)	188
c. Perundang-undangan Negara Republik Indonesia Lainnya.....	195
2. Landasan Sosiologis (<i>Sosiologische Gronsleg</i>).....	197
3. Landasan Filosofis (<i>filosofische Gronngslag</i>).....	198

- C. Pemberlakuan Syariat Islam (Hukum Pidana Islam) di Aceh Dalam Konteks Sistem Hukum Pidana Nasional 210

BAB V HUKUMAN CAMBUK DI DALAM QANUN PROVINSI ACEH MENURUT TINJAUAN KEBIJAKAN HUKUM PIDANA DAN HAK ASASI MANUSIA

- A. Pengertian Hukuman Cambuk 223
1. Hukuman Cambuk Dalam Hukum Pidana Islam..... 223
 2. Hukuman Cambuk Dalam Qanun di Provinsi Aceh 246
- B. Justifikasi Hukuman Cambuk dalam Qanun Provinsi Aceh ditinjau dari Kebijakan Hukum Pidana 261
1. Hukuman cambuk sebagai sanksi telah memenuhi prinsip pencegahan 285
 2. Hukuman cambuk sebagai sanksi telah memenuhi prinsip pembalasan dan perlindungan masyarakat 291
 3. Hukuman cambuk sebagai sanksi telah memenuhi prinsip kesesuaian dengan berat ringan perbuatan yang diancam..... 297
- C. Justifikasi Hukuman Cambuk dalam Qanun Provinsi Aceh ditinjau dari Hak Asasi Manusia (HAM) 308
1. Hukuman Cambuk Sebagai Suatu Hukuman Pembebasan dari Terjadinya Pelanggaran Hak Asasi Manusia Bagi Terdakwa di Provinsi Aceh 308
 2. Hukuman Cambuk Ditinjau Menurut Konvensi Menentang Penyiksaan dan Perlakuan atau Penghukuman Lain yang Kejam, Tidak Manusiawi, atau Merendahkan Martabat Manusia 312

BAB VI PENUTUP

- A. Kesimpulan 326
- B. Saran 329

DAFTAR PUSTAKA 331

ABSTRAK

Hukuman cambuk yang berlaku di provinsi Aceh merupakan jenis hukuman yang tidak sesuai dengan isi pasal 10 KUHP yang mengatur jenis-jenis pidana yang berlaku di Indonesia. Karena itulah, kebijakan penerapan hukuman cambuk mendapat perdebatan mengenai keabsahan dan kesesuaiannya bila di lihat dari perspekti hukum pidana positif. Kemudian, hukuman cambuk dianggap telah melanggar Hak Asasi Manusia, dan dianggap tidak manusiawi serta berupa salah satu bentuk dari penyiksaan.

Berdasarkan latar belakang tersebut, maka penelitian ini mencoba menganalisis posisi keberadaan hukuman cambuk di Provinsi Aceh dari dua perspektif, yaitu perspektif justifikasi kebijakan hukum pidana dan perspektif Hak Asasi Manusia.

Penelitian ini dilakukan menggunakan metode pendekatan perundang-undangan dan filosofis. Karena penelitian ini merupakan penelitian hukum normatif, maka digunakan bahan hukum yang terdiri dari bahan hukum primer, sekunder, dan tersier dengan analisis data deskriptif, komprehensif dan lengkap, sedangkan teknik pengumpulan bahan hukum menggunakan studi dokumen.

Hasil penelitian ini menunjukkan bahwa : *Pertama*, hukuman cambuk yang diberlakukan di Aceh sudah sesuai dengan konsep kebijakan hukum pidana khususnya menggunakan parameter *teori gabungan*, yaitu : hukuman cambuk sebagai sanksi telah memenuhi prinsip pencegahan, hukuman cambuk sebagai sanksi telah memenuhi prinsip pembalasan dan perlindungan masyarakat, hukuman cambuk sebagai sanksi telah memenuhi prinsip kesesuaian dengan berat ringan perbuatan yang diancam, serta formulasi hukuman cambuk di dalam beberapa qanun di Aceh sudah sesuai dengan tiga prinsip utama *penalisasi* dalam konsep kebijakan hukum pidana, yaitu : terpenuhinya prinsip ekonomis, prinsip humanis dan prinsip keadilan.

Kedua, hukuman cambuk bila ditinjau dari sudut pandang asas HAM yaitu : hukuman cambuk tidaklah melanggar asas HAM, khususnya konsep dari pasal 1 dalam Konvensi Menentang Penyiksaan Dan Perlakuan Atau Penghukuman Lain Yang Kejam, Tidak Manusiawi, Atau Merendahkan Martabat Manusia (*Convention Against Torture and Others Cruel, In human or Degrading Punishment /CAT*) yang di ratifikasi melalui Undang-Undang No. 5 tahun 1998 tentang Pengesahan Konvensi Menentang Penyiksaan Dan Perlakuan Atau Penghukuman Lain Yang Kejam, Tidak Manusiawi, Atau Merendahkan Martabat Manusia yaitu suatu rasa sakit atau penderitaan yang semata-mata timbul dari, melekat pada, atau diakibatkan oleh suatu sanksi hukum yang berlaku (sah) maka hukuman tersebut tidak dianggap sebagai suatu penyiksaan yang tidak manusiawi serta merendahkan martabat manusia.

BAB I

PENDAHULUAN

A. Latar Belakang Masalah

Pelaksanaan syari'at Islam menjadi sempurna karena dalam ajaran Islam tidak hanya mengatur ajaran moral saja namun juga mengatur tentang aturan hukum publik yang bertujuan untuk memberi kemashlahatan bagi pemeluknya. Syari'at Islam dalam implementasinya juga berdampak positif bagi orang yang tidak beragama Islam, ini dalam rangka melindungi hak hak orang lain termasuk didalamnya perlindungan terhadap hak hak non muslim, seperti hak hidup, hak bekerja, termasuk hak untuk mendapatkan perlindungan hukum.

Islam tidak hanya berbicara tentang perbuatan dosa dan akibat yang akan ditanggung oleh pelaku pada hari akhirat namun juga berbicara secara tegas tentang sanksi-sanksi yang dapat dijatuhkan secara langsung didunia bagi para pelakunya, ini merupakan implementasi dari pengabaian terhadap kewajiban, perintah dan larangan.

Sanksi yang diancamkan bagi pelaku kejahatan dalam syari'at Islam secara detil dijelaskan melalui salah satu ruang lingkup *fiqih* Islam yaitu *fiqih Jinayah* atau hukum pidana Islam, yaitu hukum yang berhubungan dengan perbuatan yang dilarang atau tindak pidana (*delict, jarimah*) dengan disertai ancaman sanksi hukum (*uqubat*) bagi yang melanggarnya. Pada awalnya pengertian *jinayah* mengacu pada hasil perbuatan seseorang dan biasanya dibatasi kepada perbuatan yang dilarang saja. Kebanyakan fuqaha memakai kata kata

jinayah hanya untuk perbuatan yang mengenai jiwa manusia atau anggota badan seperti membunuh, melukai atau memukul.¹

Menurut Djazuli istilah lain yang sepadan dengan istilah jinayah adalah jarimah, yaitu larangan-larangan syara' yang diancamkan Allah dengan hukum had atau ta'zir.² Selanjutnya istilah jarimah inilah yang akan digunakan dalam menjelaskan tindak pidana pada penulisan thesis ini.

Tujuan pokok dalam penjatuhan hukuman dalam syari'at Islam adalah pencegahan (*ar-rad'u waz-zajru*) dan pengajaran serta pendidikan (*al-ishlah wat-tahdzib*).³ Tujuan pokok penjatuhan hukuman diatas dapat memberi gambaran bahwa dalam menjatuhkan hukuman dalam syari'at Islam tidak hanya semata-mata untuk menjerakan atau membalas atas perbuatan pelaku jarimah.

Menurut Djazuli, hukuman yang baik adalah:

1. Harus mampu mencegah seseorang dari berbuat maksiat. Menurut ibn Hammam dalam *Fathul Qadir* hukuman itu untuk mencegah sebelum terjadinya perbuatan (preventif) dan menjerakan setelah terjadinya perbuatan (represif).
2. Batas tertinggi dan terendah suatu hukuman sangat tergantung pada kebutuhan kemashlahatan masyarakat.

¹ Ahmad Hanafi, *Asas-asas Hukum Pidana Islam*, (Jakarta : PT. Bulan Bintang, 1993) Hlm. 1

² H.A. Djazuli, *Fiqh Jinayah; Upaya Menanggulangi Kejahatan dalam Islam*, (Jakarta : PT. Raja Grafindo Persada, 2000), Hlm. 1

³ Ahmad Hanafi, 1993, *Op. cit.*, Hlm. 255

3. Memberikan hukuman bukan bertujuan untuk membalas dendam namun untuk memberikan kemashlahatan bagi sipembuat.
4. Hukuman adalah upaya terakhir dalam menjaga seseorang agar tidak melakukan maksiat atau tidak mengulangi kembali perbuatan jarimahnya.⁴

Hukuman dalam *fiqih jinayah* terbagi dalam beberapa katagori sesuai dengan tindak jarimahnya. Salah satu bentuk hukuman yang terdapat dalam fiqih jinayah adalah hukuman cambuk atau *jilid*. Hukuman cambuk merupakan salah satu bentuk sanksi pidana (*'uqubat*) terhadap suatu tindak pidana (*jarimah*) yang dilakukan oleh pembuat jarimah. Hukuman cambuk adalah hukuman yang dikenakan kepada badan manusia, yang bisa saja dijatuhkan atas pelaku jarimah *hudud*; yaitu pelaku tindak pidana yang sudah ada ketentuan (dalam Al-Qur'an dan Hadis) tentang jenis tindak pidananya dan batasan ketentuan hukuman atas pelaku tindak jarimah tersebut. Hakim tidak dapat menambah atau mengurangi batasan ketentuan dalam hal hudud.tersebut. Hukuman cambuk ini juga dapat dikenakan bagi pelaku jarimah *ta'zir*; yaitu pelaku tindak pidana yang jenis tindak pidananya maupun ketentuan hukumannya tidak diatur ketentuannya dalam *nash*. Hakim diberikan wewenang dan keleluasaan dalam menentukan batasan cambuk bagi pelaku jarimah jenis ta'zir dengan pertimbangan sebesar besarnya kemashlahatan yang akan dicapai dalam penjatuhan hukuman tersebut.

Berbicara tentang penerapan hukuman cambuk berdasarkan qanun syari'at Islam yang sekarang sedang dilaksanakan di Provinsi Nanggroe Aceh

⁴ H. A. Djazuli, 2000, *op. cit.*, Hlm. 26

Darussalam (selanjutnya penulis menyebut dengan nama Provinsi Aceh)⁵, maka tidak akan terlepas dari sejarah panjang yang melahirkan ketetapan legalisasi penerapan hukum pidana Islam diprovinsi ini. Sejumlah aturan penerapannya tertuang dalam bentuk qanun-qanun (setingkat dengan peraturan daerah) yang dimulai dengan penerapan Qanun Provinsi Nanggroe Aceh Darussalam No.11 Tahun 2002 Tentang Pelaksanaan Syari'at Islam bidang Aqidah, Ibadah dan Syi'ar Islam.

Qanun Aceh adalah Peraturan Perundang-undangan Tingkat Daerah Provinsi yang mengatur penyelenggaraan pemerintahan dan kehidupan masyarakat Aceh.⁶ Keberadaan Qanun Aceh dalam sistem peraturan perundang undangan di Indonesia merupakan bentuk pengakuan pemerintah terhadap realitas hukum didaerah. Otonomi khusus merupakan payung bagi keberadaan qanun di Aceh dalam peraturan perundang-undangan Indonesia. Konstitusi mengamanatkan bahwa sistem pemerintahan Negara Kesatuan Republik Indonesia menurut UUD 1945 mengakui dan menghormati satuan-satuan pemerintahan daerah yang khusus atau bersifat istimewa yang diatur dengan

⁵ Perubahan penulisan Nomenklatur atau penyebutan dari Provinsi Nanggroe Aceh Darussalam menjadi Provinsi Aceh berdasarkan Peraturan Gubernur No. 46 tahun 2009 tentang penggunaan sebutan nama Aceh dan gelar pejabat pemerintahan dalam tata naskah dinas di lingkungan Pemerintah Aceh, Peraturan Gubernur ini di gunakan sebelum di keluarkannya peraturan pemerintah terkait pasal 251 ayat 1 dan 3 Undang-undang No. 11 Tahun 2006 tentang Pemerintahan Aceh yaitu, Ayat (1) Nama Aceh sebagai daerah provinsi dalam sistem Negara Kesatuan Republik Indonesia berdasarkan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 dan gelar pejabat pemerintahan yang dipilih akan ditentukan oleh DPRA setelah pemilihan umum tahun 2009. (3) Nama dan gelar sebagaimana dimaksud pada ayat (1) ditetapkan dengan Peraturan Pemerintah berdasarkan usul dari DPRA dan Gubernur Aceh.

⁶ Ketentuan Umum Pasal 1 angka 21, Undang-undang Nomor 11 Tahun 2006 Tentang Pemerintahan Aceh .

undang-undang,⁷ terkait dengan karakter khas perjuangan masyarakat Aceh yang memiliki ketahanan dan daya juang yang tinggi.⁸

Kedudukan qanun di Aceh cukup kuat karena diperintahkan langsung oleh Undang-undang untuk menjelaskan dan menjalankan materi UU No. 11 tahun 2006 tentang Pemerintahan Aceh. Pada satu sisi qanun adalah peraturan gubernur, bupati/walikota, sementara dari segi kelembagaan yang memprodukkannya, kedudukan Qanun Aceh setingkat dengan Peraturan Daerah (Perda) pada umumnya.

Qanun Aceh memiliki kekuatan yang dapat menjelaskan atau mengatur apa yang diperintahkan oleh Undang-undang No. 11 Tahun 2006 (tentang Pemerintahan Aceh), agar undang-undang tersebut dapat dilaksanakan. Pasal 235 ayat (1) UU No. 11 tahun 2006 disebutkan bahwa pengawasan terhadap qanun dilaksanakan oleh pemerintahan dan bahkan pemerintah dapat membatalkan qanun yang bertentangan dengan kepentingan umum, antar qanun dan peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi (Pasal 235 ayat (2)). Qanun Aceh memiliki perdebatan dari segi kekuatan hukumnya bila dibandingkan dengan peraturan daerah lainnya yang ada di Indonesia, meskipun merupakan produk perundang-undangan tingkat daerah, namun ia memiliki karakteristik dan kekuasaan tersendiri.

Qanun Aceh yang berkaitan dengan penyelenggaraan pemerintahan dapat dibatalkan oleh presiden melalui Peraturan Presiden (Perpres) bila

⁷ Pasal 18 B angka (1) Undang-undang Dasar 1945 Amandemen ke 4 tahun 2002

⁸ Konsideran huruf b Undang-undang No. 11 Tahun 2006 Tentang Pemerintahan Aceh.

bertentangan dengan kepentingan umum, bertentangan dengan hierarki perundang-undangan yang lebih tinggi atau bertentangan antara qanun yang satu dengan qanun lainnya. Hal ini sebagaimana juga berlaku untuk Peraturan Perundang-undangan Tingkat Daerah lainnya.

Qanun yang mengatur tentang penyelenggaraan kehidupan masyarakat Aceh, seperti Qanun Syari'at Islam tidak dapat serta merta dibatalkan oleh pemerintah. Qanun Syari'at Islam dapat dibatalkan melalui mekanisme *judicial review* di Mahkamah Agung. Mahkamah Agung berwenang melakukan uji materi (*judisial review*) terhadap peraturan perundang-undangan yang kedudukannya berada di bawah undang-undang seperti peraturan Pemerintah (PP), peraturan Presiden (Perpres) dan lain-lain.

Pelaksanaan syari'at Islam di provinsi Aceh sebenarnya telah hidup dan berjalan sejak lama ditengah tengah masyarakat Aceh. Ajaran Islam dibidang ibadah, perkawinan dan kewarisan telah dilaksanakan sejak masa kesultanan dahulu sampai sekarang, sehingga telah menjadi adat (tradisi) yang telah menyatu dalam kehidupan sehari-hari dan cenderung ditaati.⁹

⁹ Sebagaimana dikutip oleh Al Yasa' Abubakar "bahwa berdasarkan cerita dari mulut kemulut, orang-orang Aceh yakin bahwa pada masa kesultanan dahulu Syari'at Islam telah berjalan relatif sempurna, atau paling kurang lebih sempurna dari keadaan sekarang. Hukum negara pada waktu itu adalah hukum Fiqih, atau lebih tepat yaitu hukum fiqih yang telah menyatu dengan adat. Buku *Mir'at at-Thullab* karangan Abdurra'uf Syiah Kuala, serta *Safinat al-Hukkam* karangan Jalaluddin at-Tarusani ditulis atas permintaan sultan yang berkuasa pada waktu itu untuk menjadi pegangan para hakim (Qadhi) diseluruh negeri Aceh dan daerah taklukannya. Keadaan ini berubah setelah kedatangan Belanda yang melarang orang Aceh menjalankan hukum fiqih terutama sekali dibidang pidana, yang tetap berlanjut setelah Indonesia merdeka. Lihat lebih lanjut : Al Yasa' Abu Bakar, *Syariat Islam di Provinsi Nanggroe Aceh Darussalam. Paradigma, Kebijakan dan Kegiatan*, (Banda Aceh : Dinas Syari'at Islam Provinsi NAD, 2005), Cet.III. Hlm. 26.

Sultan Mughayat Syah adalah pendiri imperium Aceh yang pada saat berkuasa pernah mengeluarkan undang-undang struktur pemerintahan kesultanan Aceh yang dikenal sebagai *Qanun Syara' Kerajaan Aceh*. Qanun ini menetapkan bahwa kesultanan Aceh didasarkan pada *hukom, adat, reusam dan qanun* yang berada dibawah naungan agama Islam. Menurut Hoesein Djajadiningrat yang dimaksud dengan *hukom* di Aceh adalah hukum Islam, *adat* bermakna pemerintahan dengan segala jenis pajak atau pungutan, *reusam* berarti tata cara setempat dan *qanun* artinya undang-undang yang mengatur. Keempat pijakan Aceh itu telah menjadi suatu adagium yang hidup ditengah tengah masyarakat:

Adat bak Po Teumeureuhom

Hukom bak Syiah Kuala

Qanun bak Putroe Phang

*Reusam bak Laksamana*¹⁰

Jika melihat dari sisi dasar hukum pelaksanaan syari'at Islam di Aceh maka terdapat beberapa undang-undang yang mengatur tentang hal ini, yakni :

1. Undang-undang No. 44 tahun 1999, Tentang Penyelenggaraan Keistimewaan Propinsi Daerah Istimewa Aceh, dimana dalam penjelasan resmi undang-undang ini antara lain dinyatakan:

“Isi keputusan Perdana Menteri Republik Indonesia No.1/ Missi/1959 tentang keistimewaan Provinsi Aceh yang meliputi Agama, peradatan dan pendidikan yang selanjutnya diperkuat dengan Undang-undang No.22 Tahun 1999 tentang Pemerintahan Daerah, bahkan disertai dengan penambahan peran ulama dalam menentukan kebijakan daerah. Untuk menindak lanjuti ketentuan-ketentuan mengenai keistimewaan Aceh tersebut dipandang perlu untuk menyusun

¹⁰ Taufik Adnan dan Samsul Rizal, *Politik Syari'at Islam “Dari Indonesia hingga Nigeria”*, (Jakarta: Pustaka Alvabet, 2004,) Cet.I, Hlm. 14

penyelenggaraan keistimewaan Aceh tersebut dalam suatu undang-undang.

*Undang-undang yang mengatur mengenai penyelenggaraan keistimewaan Provinsi Istimewa Aceh ini dimaksudkan untuk memberikan landasan bagi provinsi Daerah Istimewa Aceh dalam mengatur urusan-urusan yang telah menjadi keistimewaannya melalui kebijakan daerah. Undang-undang ini mengatur hal-hal pokok untuk selanjutnya memberi kebebasan kepada daerah dalam mengatur pelaksanaannya sehingga kebijakan daerah lebih akomodatif terhadap aspirasi masyarakat Aceh”.*¹¹

Selanjutnya mengenai pelaksanaan syariat Islam dijelaskan lebih detail pada pasal 4 ayat (1) sampai dengan (11) dari undang undang ini.

2. Undang-undang No.18 tahun 2001, Tentang Otonomi Khusus bagi Daerah Istimewa Aceh Sebagai Provinsi Nanggroe Aceh Darussalam

Pasal 25 undang-undang ini menyebutkan : (1) Peradilan Syari’at Islam di Provinsi Nanggroe Aceh Darussalam sebagai bagian dari sistem peradilan nasional dilakukan oleh Mahkamah Syar’iyah yang bebas dari pengaruh pihak manapun. (2) Kewenangan Mahkamah Syar’iyah sebagaimana yang dimaksud pada ayat (1) didasarkan atas Syari’at Islam dalam sistem hukum nasional, yang diatur lebih lanjut dengan Qanun Provinsi Nanggroe Aceh Darussalam. (3) Kewenangan sebagaimana dimaksud pada ayat (2) diberlakukan bagi pemeluk agama Islam.

Pasal ini menunjukkan keistimewaan yang diberikan kepada Provinsi Aceh yaitu pembentukan lembaga peradilan khusus sebagai pelaksana Syari’at Islam yaitu Mahkamah Syar’iyah, yang terdiri dari Mahkamah Syar’iyah kabupaten/kota sebagai lembaga pengadilan tingkat

¹¹ Undang-undang No. 44 tahun 1999, Tentang Penyelenggaraan Keistimewaan Propinsi Daerah Istimewa Aceh .

pertama dan Mahkamah Syar'iyah provinsi sebagai lembaga pengadilan tingkat banding. Sedangkan pengadilan pada tingkat kasasi terhadap putusan Mahkamah Syar'iyah kabupaten/kota dan Mahkamah Syar'iyah provinsi menurut pasal 26 ayat (2) undang undang ini akan dilaksanakan oleh Mahkamah Agung.

3. Keputusan Presiden No.11 Tahun 2003 Tentang Mahkamah Syar'iyah dan Mahkamah Syar'iyah Povinsi di Provinsi Nanggroe Aceh Darussalam, yang selanjutnya diatur melalui Qanun No.10 Tahun 2002.

Pada saat inilah Pengadilan Agama Aceh dikonversikan menjadi Mahkamah Syar'iyah yang diresmikan sebanyak 20 buah. Penerapan sanksi hukuman cambuk terhadap beberapa tindak pidana (jarimah) seperti tindak pidana *khamar*, *maisir* (judi), *khalwat* dan perbuatan-perbuatan yang melanggar aturan pelaksanaan syariat Islam bidang aqidah, ibadah syi'ar Islam sudah terformalisasi dan mempunyai legalitasnya.

Beberapa qanun yang telah memperoleh legalitas formal yang didalamnya memuat ancaman hukuman cambuk yakni :

1. Qanun Provinsi Nanggroe Aceh Darussalam No.11 Tahun 2002 Tentang Pelaksanaan Syari'at Islam bidang Aqidah, Ibadah dan Syi'ar Islam.

Qanun ini pada dasarnya hanya mengatur mengenai pelaksanaan syariat Islam bidang aqidah, ibadah, dan syi'ar, dengan bentuk sanksi yang di berikan kepada setiap pelanggarnya yang berupa hukuman dalam bentuk hukuman cambuk. Hukuman cambuk ini secara eksplisit diberlakukan serta tercantum di dalam Pasal 20, Pasal 21 dan Pasal 22.

Pasal 20 angka 1 dan 2 mengatur tentang penyebar paham atau aliran sesat dan seseorang dengan sengaja keluar dari aqidah Islam dan atau menghina atau melecehkan agama Islam, Pasal 21 angka 1 hukuman cambuk di berikan kepada muslim yang tidak melaksanakan shalat jum'at tiga kali berturut-turut tanpa *uzur syar'i*. Kemudian dalam Pasal 22 diatur bahwa hukuman cambuk cuma di terapkan kepada orang yang menyediakan fasilitas/peluang kepada orang muslim yang tidak mempunyai uzur syar'i untuk tidak berpuasa pada bulan Ramadhan serta bagi siapa yang makan dan minum di tempat / di depan umum pada siang hari bulan Ramadhan.¹²

2. Qanun Provinsi Nanggroe Aceh Darussalam No.12 Tahun 2003 Tentang Larangan Minuman Khamar dan Sejenisnya

Mengenai hukuman cambuk, pada Qanun No 12 diatur dalam pasal 26, pasal 27, pasal 28, pasal 29 dan pasal 30. Pasal 26 angka 1 dan 2 menjelaskan mengenai hukuman cambuk bagi setiap orang yang mengkonsumsi minuman *khamar* dan sejenisnya. Kemudian Pasal 29 menyebutkan bahwa hukuman cambuk akan ditambah 1/3 (sepertiga) dari hukuman sebelumnya apabila seseorang tersebut mengulangi *jarimah khamar* tersebut.¹³

¹² Qanun Provinsi Nanggroe Aceh Darussalam Nomor 11 Tahun 2002 Tentang Pelaksanaan Syariat Islam bidang Aqidah, Ibadah Syi'ar Islam

¹³ Qanun Provinsi Nanggroe Aceh Darussalam No.12 Tahun 2003 Tentang Larangan Minuman Khamar dan Sejenisnya.

3. Qanun Provinsi Nanggroe Aceh Darussalam No.13 Tahun 2003 Tentang *Maisir* (Perjudian)

Qanun yang mengatur tentang *maisir* atau perjudian ini memuat sanksi kepada para pelanggarnya dengan hukuman cambuk yang diatur dalam Pasal 23, yakni tentang setiap orang dilarang melakukan perbuatan *maisir*. Pasal 26 menyebutkan bahwa hukuman cambuk akan ditambah 1/3 (sepertiga) dari hukuman sebelumnya apabila seseorang tersebut mengulangi *jarimah maisir* tersebut.¹⁴

4. Qanun Provinsi Nanggroe Aceh Darussalam No.14 Tahun 2003 Tentang Khalwat (Mesum)

Setiap yang melanggar ketentuan, yakni setiap orang dilarang melakukan perbuatan *khalwat/mesum* yang diancam dengan *`uqubat ta`zir* berupa hukuman cambuk, hal ini diatur dalam Pasal 22 angka 1. Kemudian, Pengulangan pelanggaran terhadap ketentuan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 22, *`uqubatnya* dapat ditambah 1/3 (sepertiga) dari *`uqubat* maksimal (pasal 24).¹⁵

Bila dikaji dari sistem hukum positif khususnya hukum pidana, maka hukuman cambuk sendiri tidak diatur di dalam aturan KUHP. Pasal 10 KUHP mengatur tentang jenis-jenis pidana yang berlaku di Indonesia, yakni :

¹⁴ Qanun Provinsi Nanggroe Aceh Darussalam No.13 Tahun 2003 Tentang Maisir (Perjudian).

¹⁵ Qanun Provinsi Nanggroe Aceh Darussalam No.14 Tahun 2003 Tentang Khalwat (Mesum)

Pasal 10 Pidana terdiri atas :

- a. Pidana pokok :
 - 1) Pidana mati,
 - 2) Pidana penjara,
 - 3) Kurungan,
 - 4) Denda
- b. Pidana tambahan :
 - 1) Pencabutan hak-hak tertentu,
 - 2) Perampasan barang-barang tertentu,
 - 3) Pengumuman putusan hakim¹⁶

Bagian terpenting dari hukum pidana adalah menetapkan suatu sanksi. Keberadaannya akan memberikan arah dan pertimbangan mengenai apa yang seharusnya dijadikan sanksi dalam suatu tindak pidana untuk menegakkan berlakunya norma.¹⁷ Sistem pidanaan Indonesia yang tertuang kedalam KUHP secara tegas telah membatasi sanksi-sanksi atau hukuman yang dapat dijatuhkan kepada seseorang yang secara terbukti bersalah melanggar aturan hukum pidana yang ada.

Bentuk pidana pokok dan pidana tambahan Pasal 10 KUHP tersebut merupakan batasan yang belaku dalam sistem peradilan pidana Indonesia selama ini, walaupun ada perubahan RUU KUHP konsep 2010 namun acuan formulasi sistem sanksi pidana tetap terfokus kepada sistem hukum positif yang merupakan cerminan dari sistem hukum *civil law* yang berbasis pada hukum eropa kontinental, khususnya dari Belanda karena aspek sejarah masa lalu Indonesia yang merupakan wilayah jajahan dengan sebutan Hindia Belanda (*Nederlandsch-Indie*).

¹⁶ Moeljatno, *Kitab Undang-undang Hukum Pidana (KUHP)*, (Jakarta: Bumi Aksara, 2003). Hlm.5

¹⁷ Sholehuddin, *Sistem Sanksi Dalam Hukum Pidana, Ide Dasar Track system & Implementasinya*, (Jakarta: Rajawali Press, 2007) Hlm.114

Hukum pidana Indonesia yang di payungi oleh KUHP berlaku untuk seluruh wilayah hukum kedaulatan NKRI dari Sabang sampai Merauke, namun dalam hal penjatuhan sanksi terhadap beberapa jenis tindak pidana yang dilakukan oleh seseorang di beberapa daerah di Indonesia masih terdapat penjatuhan sanksi yang tidak serta merta mengikuti aturan hukum positif (KUHP). Hukum pidana adat merupakan bentuk alternatif lain sebagai refleksi hukum kebiasaan yang terus hidup didalam masyarakat Indonesia. Demikian juga dengan hukuman cambuk yang berlaku di Aceh sekarang, hukuman ini merupakan salah satu bentuk sanksi hukum pidana yang hidup ditengah tengah masyarakat Aceh.

Ancaman pidana cambuk yang diatur dalam Qanun Aceh merupakan bentuk pengecualian yang dapat diatur dengan Qanun Aceh. Qanun Aceh adalah produk peraturan perundang-undangan tingkat daerah, namun dalam hal ini diberi kekuatan untuk mengatur ancaman pidana melampaui apa yang biasanya diatur oleh peraturan daerah pada umumnya. Kekuasaan yang dimiliki Qanun Aceh untuk mengatur materi tertentu, bukanlah sesuatu yang menyimpang atau keluar dari hukum nasional. Ia tetap menjadi bagian hukum nasional karena kekuasaan itu diberikan kepada qanun atas perintah undang-undang yang merupakan produk hukum nasional.

Berdasarkan logika yuridis di atas, dapat dipahami bahwa ketentuan hukuman cambuk misalnya, yang diatur dalam Qanun Aceh yang ada selama ini adalah bagian dari hukum nasional karena keberadaannya diperintahkan secara implisit oleh undang-undang nasional baik UU No. 18 Tahun 2001 Tentang Otonomi Khusus bagi Daerah Istimewa Aceh Sebagai Provinsi Nanggroe Aceh

Darussalam (sebelum dicabut) maupun berdasarkan UU No. 11 Tahun 2006 tentang pemerintahan Aceh. Secara yuridis keberadaan hukum cambuk di Aceh cukup kuat, berdasarkan kedua undang-undang tersebut. Persoalan utama yang muncul adalah konstruksi teoritis hukuman cambuk di Aceh, dan oleh sebagian kalangan menganggap hukuman cambuk ini belum memenuhi rasa keadilan masyarakat.

Apabila ditinjau dari sudut pandang hukum positif, maka posisi hukum cambuk di Aceh adalah sah dalam implementasinya. Hal ini juga karena penerapan hukum cambuk di Aceh sudah sesuai dengan prinsip asas legalitas yang ada. Asas legalitas sendiri menurut Boot seperti yang di kutip Edy O.S¹⁸, mengandung beberapa syarat yakni : Pertama, *nullum crimen, noela poena sine lege praevia* (tidak ada perbuatan pidana, tidak ada pidana tanpa undang-undang sebelumnya). Konsekuensi dari makna ini adalah ketentuan bahwa hukum pidana tidak boleh berlaku surut, artinya penerapan hukum cambuk tidak dapat diberlakukan kepada tindak pidana yang dilakukan sebelum qanun-qanun yang memuat tentang hukuman cambuk berlaku.

Kedua, *nullum crimen, nulla poena sine lege scripta* (tidak ada perbuatan pidana, tidak ada pidana tanpa undang-undang tertulis). Artinya tidak ada perbuatan pidana, tidak ada pidana tanpa undang-undang tertulis. Sebagai mana kita ketahui bahwa pada dasarnya hukuman cambuk tidak di atur di dalam KUHP namun berasal dari aturan hukum pidana Islam. Qanun yang memuat

¹⁸ Eddy, O.S. Hiariej, *Pengantar Hukum Pidana Internasional*, (Jakarta: Erlangga, 2009), Hlm. 29

tentang hukuman cambuk yang telah disahkan sudah dianggap sebagai suatu hukum yang tertulis secara sistem hukum nasional.

Ketiga, *nullum crimen, nulla poena sine lege certa* (tidak ada perbuatan pidana, tidak ada pidana tanpa aturan undang-undang yang jelas). Artinya, tidak ada perbuatan pidana, tidak ada pidana tanpa aturan undang-undang yang jelas. Qanun yang berlaku di Aceh, walaupun dalam sistem hukum nasional mempunyai strata setingkat dengan peraturan daerah namun karena sebagian qanun tersebut berisikan sanksi hukum berupa hukuman cambuk yang nota bene merupakan bagian dari hukum pidana, maka keabsahannya telah diakui secara otoritas kekhususannya dalam penerapan khusus di provinsi Aceh.

Keempat, *nullum crimen, noela poena sine lege stricta* (tidak ada perbuatan pidana, tidak ada pidana tanpa undang-undang yang ketat). Artinya tidak ada perbuatan pidana, tidak ada pidana tanpa undang-undang yang ketat. Undang-undang yang ketat di sini menurut penulis bisa diartikan sebagai sebuah aturan baku dan tidak dapat di tafsirkan secara berbeda pada pelaksanaan/ eksekusi aturan itu sendiri. Keempat syarat asas legalitas diatas sudah menggambarkan bahwa qanun-qanun yang memuat hukuman cambuk di Aceh adalah legal dalam penerapannya.

Bagi masyarakat muslim di Aceh yang melakukan tindak pidana (dalam hal ini perbuatan yang dimaksud adalah yang telah ada ketentuannya dalam qanun Aceh yang didalamnya memuat hukuman cambuk sebagai sanksi hukumnya) sebagaimana yang diancamkan dalam qanun maka sanksi yang berlaku adalah apa yang sudah ditetapkan dalam qanun, yaitu berupa hukuman cambuk.

Sementara itu, bagi masyarakat non muslim yang melakukan perbuatan seperti judi, minum minuman keras serta mesum dapat memilih apakah akan di hukum dengan dasar hukum positif (menurut KUHP) atau dengan hukuman cambuk berdasarkan qanun yang berlaku. Sama sekali tidak ada pemaksaan atau kewajiban bagi non muslim untuk diterapkan hukuman pidana Islam bagi mereka.

Menurut Bambang Purnomo secara formalistik, sebenarnya hukuman cambuk yang berlaku sekarang merupakan bentuk sisa-sisa dari hukuman badan.¹⁹ Masih menurut Bambang Purnomo, hingga tahun 1940 di negara bagian Amerika Serikat bahkan di beberapa negara Timur Tengah, negara ASEAN, serta Amerika Latin masih menggunakan sistem hukuman cambuk.²⁰ Sampai saat ini dalam praktek hukum pidana di dunia masih banyak negara yang menggunakan sistem cambuk sebagai salah satu hukumannya. Beberapa negara yang masih menerapkan hukuman cambuk ini seperti Malaysia dan Arab Saudi.

Hukuman cambuk yang berlaku di Aceh sekarang banyak menuai pro dan kontra baik dari masyarakat, Lembaga Swadaya Masyarakat (LSM) pegiat HAM maupun dari beberapa pakar hukum pidana yang lebih condong kedalam aliran positifistik. Pada dasarnya munculnya kontra terhadap pelaksanaan hukuman cambuk ini lebih kepada munculnya penilaian dari sudut pandang penerapan hak asasi manusia (HAM) sendiri. Para pegiat HAM menekankan bahwa penerapan hukuman cambuk di Aceh sekarang sudah melanggar Konvensi Menentang Penyiksaan Dan Perlakuan Atau Penghukuman Lain Yang Kejam, Tidak Manusiawi, Atau Merendahkan Martabat Manusia (*Convention Against*

¹⁹ Bambang Purnomo, *Diktat Penologi*, (Yogyakarta: Fakultas Hukum UGM, 1987) Hlm. 7

²⁰ *Ibid*, Hlm. 9

Torture and Others Cruel, Inhuman or Degrading Punishment /CAT) yang di ratifikasi melalui Undang-Undang No. 5 tahun 1998 tentang Pengesahan Konvensi Menentang Penyiksaan Dan Perlakuan Atau Penghukuman Lain Yang Kejam, Tidak Manusiawi, Atau Merendahkan Martabat Manusia.

Amnesty International (AI) salah satu Lembaga Swadaya Masyarakat yang bergerak di bidang pembelaan HAM meminta Pemerintah Indonesia menghentikan penggunaan cambuk sebagai bentuk hukuman sebagaimana yang berlaku di Provinsi Aceh. Menurut Amnesty, hukuman cambuk melanggar Konvensi Menentang Penyiksaan Dan Perlakuan Atau Penghukuman Lain Yang Kejam, Tidak Manusiawi, Atau Merendahkan Martabat Manusia yang diratifikasi Indonesia pada tahun 1998.

Direktur Asia Pasifik Amnesty International, Sam Zarifi, dalam keterangan pers, Minggu (22/5/2011), menyerukan kepada pemerintah Indonesia untuk mengkaji semua hukum dan peraturan lokal agar selaras dengan standar hak asasi manusia internasional dan ketentuan-ketentuan Hak Asasi Manusia dalam undang-undang domestik.²¹

Lembaga Swadaya Masyarakat KontraS, juga menilai bahwa meskipun hukuman cambuk yang merupakan aspirasi dari budaya lokal di Aceh, namun hal itu tetap memiliki batasan minimum, khususnya dalam mengkedepankan prinsip dan nilai HAM. *Pertama*, bahwa peraturan tersebut bertentangan dengan

²¹ Heru Margianto “*Amnesty International Minta Hukum Cambuk Dihentikan*” <http://regional.kompas.com/read/2011/05/23/10051786/Amnesty.International.Minta.Hukum.Cambuk.Dihentikan>, Akses 15 Juli 2011.

Konstitusi RI pasal 28G ayat (2): Setiap orang untuk bebas dari penyiksaan atau perlakuan yang merendahkan derajat martabat manusia dan berhak memperoleh suaka politik dari negara lain. *Kedua*, bertentangan dengan pasal 1 ayat (1) UU No. 5 tahun 1998 tentang Pengesahan Konvensi Menentang Penyiksaan Dan Perlakuan Atau Penghukuman Lain Yang Kejam, Tidak Manusiawi, Atau Merendahkan Martabat Manusia dan pasal 7 UU No. 12 tahun 2005 tentang Pengesahan Konvensi Hak-hak sipil politik. Hukuman cambuk merupakan tindakan penyiksaan yang melanggar hak asasi manusia.²²

Penyiksaan dipandang secara serius oleh komunitas internasional. Memang terdapat bukti yang menunjukkan bahwa pelarangan penyiksaan dalam kenyataan adalah *jus cogen*. Pelarangan ini tidak dapat dikurangi dalam keadaan apapun (*non derogable*) dan melakukan penyiksaan merupakan kejahatan internasional menurut Stuta (Roma) Mahkamah Pidana Internasional.

Konvensi Menentang Penyiksaan Dan Perlakuan Atau Penghukuman Lain Yang Kejam, Tidak Manusiawi, Atau Merendahkan Martabat Manusia (*Convention Against Torture and Others Cruel, Inhuman or Degrading Punishment /CAT*) yang di ratifikasi melalui Undang-Undang No. 5 tahun 1998 tentang Pengesahan Konvensi Menentang Penyiksaan Dan Perlakuan Atau Penghukuman Lain Yang Kejam, Tidak Manusiawi, Atau Merendahkan Martabat Manusia, mengartikan Penyiksaan itu dilarang. Maksud ruang lingkup “penyiksaan” menurut Pasal 1 pada Konvensi ini yaitu:

²² Indria Fernida, *Hukuman Cambuk adalah Bentuk Penyiksaan yang Bertentangan dengan Konstitusi RI*. www.prakarsa-rakyat.org/artikel/urgent/artikel.php?aid=49039 - Tembolok 24 juni 2011

Setiap perbuatan yang dilakukan dengan sengaja, sehingga menimbulkan rasa sakit atau penderitaan yang hebat, baik jasmani maupun rohani, pada seseorang untuk memperoleh pengakuan atau keterangan dari orang itu atau dari orang ketiga, dengan menghukumnya atas suatu perbuatan yang telah dilakukan atau diduga telah dilakukan oleh orang itu atau orang ketiga, atau mengancam atau memaksa orang itu atau orang ketiga, atau untuk suatu alasan yang didasarkan pada setiap bentuk diskriminasi, apabila rasa sakit atau penderitaan tersebut ditimbulkan oleh, atas hasutan dari, dengan persetujuan, atau sepengetahuan pejabat publik. Hal itu tidak meliputi rasa sakit atau penderitaan yang semata-mata timbul dari, melekat pada, atau diakibatkan oleh suatu sanksi hukum yang berlaku²³.

Konvensi ini memperjuangkan hak-hak orang banyak seperti hak untuk hidup secara bebas dan damai dalam segala aspek, baik dari segi ekonomi, sosial, politik maupun budaya apabila mereka merasa hak-haknya dirampas dengan adanya suatu penyiksaan dengan kekerasan. Seharusnya mereka mempunyai hak untuk bebas dari segala macam bentuk penyiksaan.

Apabila definisi penyiksaan yang dinyatakan dalam pasal 1 konvensi diatas di hubungkan dengan hukuman cambuk yang berlaku di Aceh maka akan muncul berbagai tafsiran dalam ranah hukum. Namun demikian, pada kalimat terakhir pasal 1 Konvensi Menentang Penyiksaan Dan Perlakuan Atau Penghukuman Lain Yang Kejam, Tidak Manusiawi, Atau Merendahkan Martabat Manusia ini dengan jelas dan tegas menyatakan bahwa penyiksaan yang dimaksud “ *tidak meliputi rasa sakit atau penderitaan yang semata-mata timbul dari, melekat pada, atau diakibatkan oleh suatu sanksi hukum yang berlaku*”. Ini

²³ Konvensi menentang penyiksaan dan perlakuan atau penghukuman lain yang kejam, tidak manusiawi dan merendahkan martabat manusia. Diterima dan terbuka untuk penandatanganan, ratifikasi dan aksesi oleh Resolusi Majelis Umum 39/46 tanggal 10 Desember 1984. Mulai berlaku: 26 Juni 1987, sesuai Pasal 27 (1)

sebagaimana rasa sakit atau penderitaan yang mungkin muncul akibat pelaksanaan sanksi hukuman cambuk yang berlaku di Aceh.

Beranjak dari beberapa permasalahan diatas, penulis selanjutnya akan menelaah secara detil tentang hubungan formalisasi hukuman cambuk di Aceh apabila dikaitkan dari sudut pandang kajian kebijakan hukum pidana dan HAM khususnya melalui konvensi menentang penyiksaan dan perlakuan atau penghukuman lain yang kejam, tidak manusiawi dan merendahkan martabat manusia seperti yang sudah diratifikasi kedalam Undang-undang No. 5 tahun 1998.

B. Rumusan Masalah

Selanjutnya yang akan menjadi rumusan masalah yang akan penulis angkat dalam penulisan tesis Formulasi Hukuman Cambuk dalam Qanun Provinsi Aceh Menurut Tinjauan Kebijakan Hukum Pidana dan HAM ini, yaitu :

1. Bagaimana justifikasi perumusan hukuman cambuk dalam qanun Provinsi Aceh ditinjau dari perspektif kebijakan hukum pidana ?
2. Bagaimana justifikasi perumusan hukuman cambuk dalam qanun Provinsi Aceh ditinjau dari perspektif Hak Asasi Manusia (HAM) ?

C. Tujuan Penelitian

1. Untuk mengetahui dan mengkaji bagaimana justifikasi perumusan hukuman cambuk dalam qanun Provinsi Aceh ditinjau dari perspektif kebijakan hukum pidana

2. Untuk mengetahui dan menganalisis secara yuridis formal justifikasi Hak Asasi Manusia (HAM) terhadap perumusan hukuman cambuk dalam qanun di Provinsi Aceh.

D. Manfaat Penelitian

1. Secara Akademis

Secara akademis dapat menambah referensi penulisan karya ilmiah di bidang hukum serta memberikan tambahan kontribusi wawasan kepada akademisi terutama penulis tentang penerapan qanun yang memuat hukuman cambuk di Provinsi Aceh ditinjau dari perspektif kebijakan hukum pidana, yaitu terkait dengan dari aspek penetapan pidana (hukuman cambuk) oleh pembuat peraturan menjadi sebuah sanksi pidana. Manfaat lain yaitu agar dapat memberikan tambahan wawasan dan membuka wacana mengenai bagaimana justifikasi Hak Asasi Manusia (HAM) terhadap pelaksanaan hukuman cambuk di Provinsi Aceh.

2. Secara Praktis

Bagi praktisi hukum, dapat memahami justifikasi perumusan hukuman cambuk dalam qanun di Provinsi Aceh dari perspektif kebijakan hukum pidana, serta memahami posisi hukuman cambuk apabila ditinjau dari sudut pandang HAM. Bagi masyarakat dapat mengerti bagaimana

sebenarnya posisi hukuman cambuk apabila ditinjau dari kebijakan hukum pidana dan HAM.

E. Kerangka Teori dan Konseptual

1. Kerangka Teoritis

Secara teoritis *penal policy* atau kebijakan hukum pidana adalah bagaimana hukum pidana dapat dirumuskan dengan baik dan memberikan pedoman kepada pembuatan undang-undang (kebijakan legislatif), kebijakan aplikasi (kebijakan yudikatif), dan pelaksanaan hukum pidana (kebijakan eksekutif). Kebijakan legislatif merupakan tahap yang sangat menentukan bagi tahap-tahap berikutnya, karena ketika peraturan perundang-undangan pidana dibuat maka sudah ditentukan arah yang hendak dituju atau dengan kata lain, perbuatan-perbuatan apa yang dilarang oleh hukum pidana.²⁴

Membahas tentang penentuan sanksi pidana dalam hukum pidana terkait dengan empat aspek yakni ; *pertama*, penetapan perbuatan yang dilarang (kriminalisasi); *kedua*, penetapan ancaman sanksi pidana terhadap perbuatan yang dilarang (sistem pemidanaan atau penalisasi); *ketiga*, tahap penjatuhan pidana pada subjek hukum (seseorang atau

²⁴ Teguh Prasetyo, Abdul Halim Barkatullah, *Politik Hukum Pidana*, (Yogyakarta : Pustaka Pelajar, 2005), Cet. II. Hlm. 18

korporasi); ke *empat*, tahap pelaksanaan pidana. Keempat aspek tersebut terkait antara satu dengan lainnya dan merupakan satu jalinan dalam wadah sistem hukum pidana.²⁵

Menurut Sudarto seperti yang dikutip Teguh, proses kriminalisasi merupakan proses penetapan suatu perbuatan seseorang sebagai perbuatan yang dapat dipidana. Tindakan itu diancam melalui terbentuknya undang-undang dengan suatu sanksi berupa pidana. kemudian menurut Barda, seperti yang dikutip Teguh, kebijakan untuk membuat peraturan perundang-undangan pidana yang baik tidak dapat dipisahkan dari tujuan penanggulangan kejahatan. Kebijakan penanggulangan kejahatan dengan hukum pidana, pada hakikatnya merupakan bagian dari kebijakan penegak hukum (khususnya hukum pidana).²⁶

Teori-teori *kriminalisasi* yang mengemuka tentang proses penentuan dapat dipidananya suatu perbuatan, dan yang berusaha menjelaskan tentang faktor-faktor determinan yang mempengaruhi proses-proses ini ternyata masih terbatas sekali. Penentuan perbuatan yang dijadikan tindak pidana mempunyai hubungan yang erat dengan masalah *kriminalisasi*, yaitu proses untuk menjadikan suatu perbuatan yang semula bukan tindak pidana menjadi tindak pidana.

²⁵ Ibid, Hlm. 82

²⁶ Ibid, Hlm. 19

Proses kriminalisasi tersebut diakhiri dengan terbentuknya peraturan perundang-undangan dimana perbuatan tersebut diancam dengan suatu sanksi berupa pidana (tahap formulasi). Terbentuklah peraturan hukum pidana yang siap untuk diterapkan oleh hakim (tahap aplikasi) dan selanjutnya apabila dijatuhkan pidana, dilaksanakan oleh kekuasaan administrasi (tahap eksekusi).²⁷

Bertolak dari pendekatan kebijakan itu pula Sudarto berpendapat seperti yang dikutip Teguh, dalam menghadapi masalah kriminalisasi, harus diperhatikan hal-hal yang intinya atau prinsip-prinsip dasar kriminalisasi sebagai berikut :

- a. Penggunaan hukum pidana harus memperhatikan tujuan pembangunan nasional, yaitu mewujudkan masyarakat adil makmur yang merata materiil dan spiritual berdasarkan Pancasila, sehubungan dengan ini maka (penggunaan) hukum pidana bertujuan untuk menanggulangi kejahatan dan mengadakan peneguhan terhadap tindakan penanggulangan itu sendiri, demi kesejahteraan dan pengayoman masyarakat.
- b. Perbuatan yang diusahakan untuk dicegah atau ditanggulangi dengan hukum pidana harus merupakan “perbuatan yang tidak dikehendaki” yaitu perbuatan yang mendatangkan kerugian (materiil dan atau spritual) atas warga masyarakat.

²⁷ *Ibid*, Hlm. 23

- c. Penggunaan hukum pidana harus pula memperhitungkan prinsip biaya dan hasil (*cost benefit principle*).
- d. Penggunaan hukum pidana harus pula memperhatikan kapasitas atau kemampuan daya kerja dari badan-badan penegak hukum, yaitu jangan sampai ada yang melampaui beban tugas (*overbelating*).²⁸

Kemudian untuk menentukan suatu perbuatan itu sebagai tindakan kriminal, perlu memperhatikan kriteria umum sebagai berikut :

- a. Apakah perbuatan itu tidak disukai atau dibenci oleh masyarakat karena merugikan, atau dapat merugikan, mendatangkan korban atau dapat mendatangkan korban
- b. Apakah biaya mengkriminalisasikan seimbang dengan hasilnya yang akan dicapai, artinya cost pembuatan undang-undang, pengawasan dan penegakan hukum, serta beban yang dipikul oleh korban, pelaku dan pelaku kejahatan itu sendiri harus berimbang dengan situasi tertib hukum yang akan dicapai
- c. Apakah akan makin menambah beban aparat penegak hukum yang tidak seimbang atau nyata-nyata tidak dapat diemban oleh kemampuan yang dimilikinya
- d. Apakah perbuatan-perbuatan itu menghambat atau menghalangi cita-cita bangsa Indonesia, sehingga merupakan bahaya bagi keseluruhan masyarakat.²⁹

²⁸ *Ibid*, Hlm. 24

Setelah menentukan masalah perbuatan apa yang seharusnya dijadikan sebagai tindak pidana, maka langkah selanjutnya adalah menentukan sistem pemidanaan (penalisasi) yang sebaiknya digunakan atau dikenakan kepada orang yang melakukan tindak pidana.³⁰ Proses penetapan suatu sanksi pidana merupakan suatu usaha yang tidak mudah. Pemidanaan sendiri dapat diartikan sebagai tahap dalam penentuan sanksi dan tahap pemberian sanksi dalam hukum pidana.

Salah satu usaha penanggulangan kejahatan ialah menggunakan hukum pidana dengan sanksinya berupa pidana. Berbicara tentang sanksi pidana bukanlah sebatas hanya pada putusan hakim semata. Berkaitan dengan penalisasi atau pemberian pidana, Sudarto memandang masalah pemberian pidana itu memiliki dua arti:

- a. Dalam arti umum, ialah yang menyangkut pembentuk undang-undang, yaitu yang menetapkan stelsel sanksi hukum pidana (pemberian pidana *in abstracto*)
- b. Dalam arti konkrit, ialah yang menyangkut berbagai badan atau jawatan yang kesemuanya mendukung dan melaksanakan stelsel sanksi hukum pidana itu³¹.

Penggunaan upaya hukum, termasuk hukum pidana sebagai salah satu upaya untuk mengatasi masalah sosial termasuk dalam bidang

²⁹ Barda Nawawi Arief, *Kebijakan Legislatif Dalam Penanggulangan Kejahatan Dengan Pidana Penjara*, (Yogyakarta : Genta Publishing, 2010. Cet. IV) Hlm. 37

³⁰ Barda Nawawi Arief. *Bunga Rampai Kebijakan Hukum Pidana; Perkembangan Penyusunan Konsep KUHP Baru*. (Jakarta: Kencana Prenada Media Group, 2008). Hlm. 27.

³¹ Sudarto “ *Hukum dan Hukum Pidana*” PT. Alumni. Bandung, 2007. Cet:5. Hal. 42

kebijakan penegakan hukum. Sistem pemidanaan (*the sentencing system*) merupakan aturan perundang-undangan yang berhubungan dengan sanksi pidana dan pemidanaan (*the statutory rules relating to penal sanction and punishment*). Sistem pemidanaan di sini meliputi jenis sanksi pidana (*strafsoort*), bobot sanksi pidana (*strafmaat*), dan cara pelaksanaan pidana (*strafmodus*).

Membahas pola pemidanaan berarti kembali membahas mengenai kebijakan legislatif atau juga dengan kata lain membahas mengenai pedoman pembuatan dan penyusunan pidana.³² Bagian penting dalam sistem pemidanaan adalah menetapkan sanksi. Keberadaannya akan memberikan arah dan pertimbangan mengenai apa yang seharusnya dijadikan sanksi dalam suatu tindak pidana untuk menegakkan berlakunya norma. Sistem pemidanaan seperti ini identik dengan sistem penegakan hukum pidana formal, dan substansi hukum pelaksanaan pidana. Sistem pemidanaan fungsional diartikan pula sebagai sistem pemidanaan dalam arti luas.

Menurut Dirk Merckx, penetapan sanksi pidana harus memperhatikan tahapan sebagai berikut³³:

- a. *Gathering knowledge and information on crime phenomena and their social impact and threat* (mengumpulkan informasi tentang fenomena kriminalitas serta akibat dan ancamannya pada masyarakat).

³² Barda Nawawi Arief, *op.cit.* Hlm. 149

³³ Mardjono Reksodiputro. "Kriteria Penentuan Berat - Ringannya Perumusan Ancaman Pidana." Makalah disampaikan dalam Focus Group Discussion (FGD) *Politik Perumusan Ancaman Pidana dalam Undang-Undang di Luar KUHP* yang diselenggarakan oleh Badan Pembinaan Hukum Nasional Kementerian Hukum dan HAM Jakarta, 21 Oktober 2010. Hlm.29

- b. *Determining legality and illegality as well as the social use of the standard* (menentukan sifat yang legal dan illegal sesuai dengan standar masyarakat)
- c. *The definition process* (deskripsi alasan terhadap standar yang dituju, misalnya perbuatan seperti apa, kesalahan macam apa, *lex certa et stricta*)
- d. *Determination of the intensity of the sanctioning reaction* (menentukan intensitas reaksi terhadap sanksi)
- e. *Determination of the necessity of sanctions* (menentukan perlunya sanksi)
- f. *If sanctions are necessary, which ones ?* (jika sanksi diperlukan, lantas sanksi yang mana)
- g. *Determination of the sanction level* (menentukan tingkatan sanksi)
- h. *Assessment of the result of the sanction* (asesmen hasil dari pada sanksi)
- i. *The task of informing, convincing and educating the addressees of the rule* (memberi tahu target delik dengan sekaligus meyakinkan dan mendidiknya)
- j. *Measuring of the impact / use of the regulation and the sanction linked to it* (mengukur dampak / penggunaan aturan dan sanksi peraturan tersebut)
- k. *Re-evaluation and adaptation of the sanctions if necessary* (melakukan re-evaluasi dan perubahan terhadap sanksi, apabila diperlukan)
- l. *Re-evaluation and adaptation of the regulation if necessary* (melakukan re-evaluasi dan perubahan terhadap peraturan, apabila diperlukan)

Selanjutnya, dalam menentukan sanksi pidana harus digunakan pendekatan ekonomis. Pendekatan ekonomis ini bukan hanya terbatas pada keharusan untuk memperbandingkan biaya atau beban yang harus dipikul dengan hasil yang ingin dicapai, tetapi juga mempertimbangkan efektivitas sanksi pidananya. Suatu sanksi pidana dapat dikatakan sebagai alat pencegah yang bersifat ekonomis apabila sanksi pidana tersebut benar-benar dapat

berfungsi sebagai alat pencegah dan tidak justru menimbulkan bahaya yang lebih berbahaya atau merugikan.³⁴

Selain pendekatan ekonomis, penetapan sanksi pidana harus memperhatikan pendekatan humanistik. Kebijakan penerapan sanksi pidana tidak dapat dilepaskan dari masalah nilai yang dalam konteks Indonesia sesuai dengan Pancasila dan kebijakan pembangunan nasional yang bertujuan membentuk “Manusia Indonesia Seutuhnya.” Untuk mencapai tujuan tersebut, maka pendekatan humanistik harus diperhatikan. Pendekatan humanistik di sini bukan hanya semata-mata dengan menentukan sanksi pidana yang sesuai dengan nilai-nilai kemanusiaan yang beradab bagi si pelanggar, namun lebih dari itu juga harus dapat membangkitkan kesadaran si pelanggar akan nilai-nilai kemanusiaan dan nilai-nilai pergaulan hidup bermasyarakat.³⁵

Sementara dalam menentukan bobot sanksi pidana tidak boleh mengabaikan aspek keadilan. Di sini berarti sanksi pidana harus sebanding dengan kekejaman dari suatu kejahatan. Lebih dari itu, bobot sanksi pidana harus sebanding pula dengan korban yang ditimbulkan akibat kejahatan tersebut.

Membahas tentang proses perancangannya, maka sanksi pidana yang akan diterapkan adalah pidana yang diharapkan dapat menunjang tercapainya tujuan. Oleh karena itu, perlu dilakukan penelitian pidana apa

³⁴ Barda Nawawi Arief, dikutip oleh Mien Rukmini. 2009. *Aspek Hukum Pidana dan Kriminologi (Sebuah Bunga Rampai)*. Bandung: PT Alumni. Hlm. 24.

³⁵ Barda Nawawi Arief. 1994. *Kebijakan Legislatif dalam Penanggulangan Kejahatan dengan Pidana Penjara*. Semarang: Penerbit Universitas Diponegoro. Hlm. 41.

yang dipandang paling efektif dan bermanfaat untuk mencapai tujuan. Efektifitas pidana harus diukur berdasarkan tujuan atau hasil yang ingin dicapai.

Apabila ukurannya harus diorientasikan pada tujuan pidana seperti yang dirumuskan oleh Lembaga Pembinaan Hukum Nasional dalam 2 ayat 1 Konsep Rancangan KUHP, maka suatu pidana dikatakan efektif apabila :

- a. Dapat mencegah dilakukannya tindak pidana
- b. Dapat membimbing terpidana menjadi orang yang baik dan berguna
- c. Dapat menghilangkan noda-noda yang diakibatkan oleh tindak pidana.

Persoalannya adalah indikator apa yang mudah dan dapat diukur untuk ketiga kriteria keberhasilan tersebut, apabila yang dimaksud dengan “mencegah” dalam tujuan pertama diatas mencakup pengertian “mencegah agar si pembuat tidak melakukan lagi tindak pidana (prevensi spesial) dan mencegah agar orang lain, calon pembuat potensiil atau masyarakat pada umumnya tidak melakukan tindak pidana (prevensi general)”, maka menurut Barda dan Muladi tujuan prevensi special tercakup juga dalam tujuan yang kedua. Dengan membimbing terpidana menjadi orang yang baik dan berguna, jelas dimaksudkan agar ia tidak melakukan lagi tindak pidana.³⁶

³⁶ Muladi, Barda Nawawi, *Teori-teori dan Kebijakan Pidana*, (Bandung: Alumni, 2010, cet-4). Hlm. 101

Pengertian yang lain menentukan bahwa rumusan sanksi pidana harus didasarkan atas keseimbangan antara perbuatan yang dilakukan (*the gravity of the offence*) dengan sanksi yang dijatuhkan. Semakin berat perbuatan pidana yang dilakukan, maka semakin berat pula sanksi yang dijatuhkan, demikian juga sebaliknya. Tipe retributif ini disebut dengan teori proporsionalitas (*proportionality theory*).³⁷

Prinsip proporsionalitas merupakan bagian dari ajaran teori retribusi modern yang meliputi dua jenis, yaitu³⁸ :

- a. Proporsionalitas kardinal (*cardinal proporsionality*), yang menjelaskan bahwa dalam penentuan sanksi pidana harus ditentukan berdasarkan besarnya serangan atau keseriusan perbuatan. Penentuan besarnya serangan atau keseriusan perbuatan dapat didasarkan pada penelitian kriminologis dan konvensikonvensi sosial.
- b. Proporsionalitas ordinal (*ordinal proporsionality*) yang menyatakan bahwa dalam penentuan sanksi pidana harus diperbandingkan dengan tindak pidana lain yang mirip, dan diperbandingkan dengan tindak pidana lain berdasarkan karakter keseriusannya.

Menurut Mudzakkir, dalam menentukan bobot sanksi pidana harus diperhatikan faktor-faktor yang dapat dijadikan pertimbangan memberatkan dan meringankan sanksi pidana dari delik *genus* (delik yang menjadi standar pengancaman pidana dalam keadaan normal) antara lain:³⁹

³⁷ V. Bemmelen, dikutip dalam Aruan Sakidjo dan Bambang Poernomo. 1990. *Hukum Pidana; Dasar Aturan Umum Hukum Pidana Kodifikasi*. Jakarta: Ghalia Indonesia. Hlm. 75.

³⁸ Andrew von Hirsch, dikutip oleh Salman Luthan. *Op. Cit.* Hlm. 161.

³⁹ Mudzakkir, dikutip oleh Tegius Prasetyo dan Abdul Halim Barakatullah. *Op. Cit.* Hlm. 45.

- a. Sikap batin pelaku (kesengajaan atau kealpaan)
- b. Faktor akibat dari perbuatan pelaku terhadap masyarakat dan korban
- c. Objek/ sasaran dilindungi oleh hukum
- d. Nilai yang hendak ditegakkan oleh hukum
- e. Alat yang dipakai untuk melakukan kejahatan
- f. Situasi dan kondisi pada saat perbuatan dilakukan.

Dalam penentuan sistem pemidanaan harus berpedoman pada tujuan yang hendak dicapai dari pemidanaan tersebut. Setelah tujuan pemidanaan ditetapkan, baru kemudian ditentukan jenis, bobot dan cara pelaksanaan sanksi pidana.⁴⁰ Secara umum teori tujuan pemidanaan ada tiga, yaitu:

- a. Teori absolut (Pembalasan/ Retributif/ *Quai Peccatum/ vergerldingstheorien*)
- b. Teori relatif (Tujuan/ *Ne Peccetur/ doeltheorien*)
- c. Teori Penyatuan/ Gabungan (*Quia Dan Ne/ verenigings theorieen*)

Menurut hukum pidana positif (KUHP) dan diluar KUHP, jenis pidana seperti terdapat dapat dalam Pasal 10 di bagi dalam dua jenis :

- a. Pidana pokok, yaitu :
 - 1). Pidana mati
 - 2). Pidana penjara
 - 3). Pidana kurungan
 - 4). Pidana denda
 - 5). Pidana tutupan (ditambah berdasarkan UU No. 20 tahun 1946)
- b. Pidana tambahan, yaitu :
 - 1). Pencabutan hak-hak tertentu
 - 2). Perampasan barang-barang tertentu
 - 3). Pengumuman putusan hakim

⁴⁰ Teguh Prasetyo dan Abdul Halim Barakatullah. *Op. Cit.* Hlm. 86.

Hukum pidana positif juga mengenal jenis sanksi yang berupa tindakan, disamping jenis sanksi (*strafsoort*) yang berupa pidana, misalnya:

- a. Penempatan dirumah sakit jiwa bagi orang yang tidak dapat dipertanggung jawabkan karena jiwanya cacat dalam tumbuhnya atau terganggu penyakit (Pasal 44 ayat (2) KUHP)
- b. Bagi anak yang belum berumur 16 tahun melakukan tindak pidana, hakim dapat mengenakan tindakan berupa (Pasal 45 KUHP);
 - 1).Mengembalikan kepada orang tuanya, walinya atau pemerliharanya, atau
 - 2). Memerintahkan agar anak tersebut diserahkan kepada pemerintah
 - 3). Dimasukkan dalam rumah pendidikan Negara
 - 4). Penempatan di tempat bekerja Negara bagi pengangguran yang malas bekerja dan tidak mempunyai mata pencaharian, serta mengganggu ketertiban umum dengan melakukan pengemisian, bergelandangan atau perbuatan social (Stb. 1936 no. 160)
 - 5). Tindakan tata tertib dalam tindak pidana ekonomi (Pasal 8 UU No.7 Drt. 1955).⁴¹

Jenis sanksi pidana seperti yang disebut diatas merupakan acuan bagi para pembuat perundang-undangan. Hal ini sama halnya dengan yang di lakukan oleh tim pembuat konsep KUHP baru sekarang. Pola jenis sanksi berhubungan dengan pola pembagian jenis tindak pidana. Menurut

⁴¹ Teguh Prasetyo, *op.cit.* Hlm. 103

pola KUHP misalnya saja, untuk kejahatan pada umumnya diancam dengan pidana penjara atau denda, sedangkan untuk pelanggaran pada umumnya diancam dengan pidana kurungan atau denda. Konsep tidak lagi membedakan jenis tindak pidana berupa kejahatan dan pelanggaran.⁴²

Sedangkan metode perumusan sanksi pidana terdapat beberapa jenis, yaitu:

- a. Sistem Perumusan Tunggal/ Impresif Sistem perumusan tunggal/ impresif yaitu: sistem perumusan sanksi pidana yang merupakan satu-satunya yang diancamkan pada suatu tindak pidana.
- b. Sistem Perumusan Alternatif.
yaitu: Sistem perumusan alternatif merupakan sistem perumusan sanksi pidana yang memberikan alternatif sanksi pidana lebih dari satu terhadap suatu tindak pidana. Ciri-ciri perumusan ini adalah penggunaan kata “atau” yang menunjukkan pilihan, misalnya penjara atau denda.
- c. Sistem Perumusan Kumulatif
yaitu: Sistem perumusan kumulatif merupakan sistem perumusan sanksi pidana dengan lebih dari dua jenis sanksi pidana untuk suatu tindak pidana. Ciri-ciri dari perumusan ini adalah penggunaan kata “dan”, misalnya penjara dan denda.
- d. Sistem perumusan alternatif-kumulatif

⁴² Barda Nawawi Arief, *op.cit.* Hlm. 153

yaitu: Sistem perumusan ini merupakan penggabungan dari sistem perumusan alternatif dan komulatif. Ciri-ciri dari sistem perumusan alternatif-kumulatif adalah penggunaan kata “dan atau”, misalnya penjara dan atau denda.⁴³

Penentuan jenis ancaman pidana, penjatuhan dan pelaksanaan pidana berhubungan erat dengan tujuan pemidanaan. Dengan demikian apapun jenis dan bentuk sanksi yang akan ditetapkan, tujuan pemidanaan harus menjadi patokan. Harus ada kesamaan pandangan atau pemahaman pada tahap kebijakan legislasi tentang apa hakikat atau maksud dari sanksi pidana dan/atau tindakan itu sendiri.⁴⁴

Adanya tujuan pemidanaan yang harus dijadikan patokan dalam rangka menunjang bekerjanya sistem peradilan pidana menurut muladi seperti yang dikutip Teguh Prasetyo untuk menciptakan sinkronisasi yang bersifat fisik, yaitu sinkronisasi structural, sinkronisasi substansial, sinkronisasi kultural. Masalah penetapan sanksi dalam hukum pidana, apapun jenis dan bentuk sanksinya harus didasarkan dan diorientasikan pada tujuan pemidanaan. Setelah tujuan pemidanaan ditetapkan, barulah ditentukan jenis dan bentuk sanksi apa yang paling tepat bagi pelaku kejahatan. Penetapan sanksi pada tahap kebijakan legislasi ini, menurut Barda Nawawi seperti yang dikutip Teguh, harus merupakan tahap perencanaan strategis di bidang pemidanaan yang diharapkan dapat

⁴³ Lilik Mulyadi. *Kapita Selekta Hukum Pidana, Kriminologi, dan Viktimologi*. (Jakarta: Penerbit Djambatan, 2007) Hlm. 12-25

⁴⁴ Teguh Prasetyo, *op.cit.* Hlm. 85

memberi arah pada tahap-tahap berikutnya, yaitu tahap penerapan pidana dan tahap pelaksanaan pidana.⁴⁵

Sistem pemidanaan, dari sudut norma-substantif, dapat diartikan sebagai keseluruhan sistem norma hukum pidana materiil untuk penjatuhan dan pelaksanaan pidana. Sistem pemidanaan dalam arti substantif diartikan pula sebagai sistem pemidanaan dalam arti sempit, yaitu menyangkut masalah aturan atau ketentuan tentang penjatuhan pidana. Keseluruhan peraturan perundang-undangan baik yang ada dalam KUHP maupun di luar KUHP pada hakikatnya merupakan satu kesatuan sistem pemidanaan sebagai ketentuan umum dan sebagai aturan khusus.⁴⁶

Sistem pemidanaan yang berbeda saat ini yang berlaku di Provinsi Aceh, yaitu sistem pemidanaan yang berdasarkan syari'at Islam. pemberlakuan sistem sanksi hukuman pun berbeda, salah satunya memuat sanksi pidana cambuk yang diatur dalam qanunnya. Beberapa qanun yang mengatur khusus tentang sanksi pidana cambuk yaitu: pasal 31 sampai pasal 35 Qanun Nomor 12 tahun 2003 tentang Minuman *Khamar*, dalam pasal 28 sampai 31 Qanun Nomor 13 tahun 2003 tentang *Maisir* (Perjudian) dan Pasal 26 sampai Pasal 30 Qanun Nomor 14 tahun 2003 tentang *khalwat* (mesum), pada dasarnya tidak dapat dilepaskan dari tinjauan sistem pemidanaan yang berlaku di ranah hukum pidana Indonesia. Hal ini berkaitan dengan asas legalitas berlakunya dari sanksi

⁴⁵ *Ibid*, Hlm. 86

⁴⁶ Nandang Sambas, *Pembaruan Sistem Pemidanaan Anak di Indonesia*, (Yogyakarta Graha Ilmu, 2010) edisi.I. hlm. 1

hukuman cambuk itu sendiri yang nota bene bukanlah salah satu dari jenis sanksi yang di atur didalam KUHP.

Setiap sistem pemidanaan pasti memiliki tujuan yang ingin dicapai. Tujuan pidana sendiri yang berkembang dari dahulu sampai kini telah menuju kearah yang lebih rasional. Tujuan pidana yang paling tua adalah pembalasan (*revenge*) atau untuk tujuan memuaskan pihak yang dendam, baik masyarakat secara umum maupun pihak yang dirugikan atau menjadi korban kejahatan. Hal ini bersifat primitif, tetapi kadang-kadang masih terasa pengaruhnya pada zaman moderen ini, unsur-unsur primitif dari hukum pidana paling sukar dihilangkan, berbeda dengan cabang hukum lain.

Tujuan pidana yang juga dipandang kuno ialah penghapusan dosa (*expiation*) atau retribusi (*retribution*), yaitu melepaskan pelanggar hukum dari perbuatan jahat atau menciptakan balasan antara yang hak dan batil. Tujuan yang berlaku sekarang ialah variasi dari bentuk-bentuk penjeratan (*deterrent*), baik ditujukan kepada pelanggar hukum sendiri maupun kepada mereka yang mempunyai potensi menjadi penjahat, perlindungan kepada masyarakat dari perbuatan jahat, perbaikan (reformasi) kepada penjahat.⁴⁷

Berdasarkan sistem pemidanaan dan tujuan pidana yang ingin dicapai penulis menggunakan teori gabungan (*Quia Dan Ne/ verenigings*

⁴⁷ Hamzah, Andi, 1986, *Op. cit.*, hlm. 16

theorieen) sebagai teori yang penulis anggap cocok untuk memposisikan hukuman cambuk apabila ditinjau dari keefektifan penerapannya. Alasan penulis menggunakan teori ini karena teori gabungan merupakan *kombinasi* antara *teori absolut* dengan *teori relatif*. Melalui teori ini penulis ingin memberi gambaran bahwa posisi hukuman cambuk selain bertujuan sebagai balasan bagi pelaku kejahatan juga bertujuan untuk melindungi masyarakat dengan mewujudkan ketertiban.

Teori gabungan ini menitik beratkan kepada pembalasan, namun sifat pembalasan tersebut dimaksudkan untuk melindungi masyarakat. Pada teori gabungan, penderitaan merupakan hal yang sewajarnya ditanggung oleh pelaku kejahatan sebagai pembalasan atas perbuatannya (*teori absolut*). Dalam hal tersebut maka pemberlakuan hukuman cambuk yang berlaku di Aceh sekarang menurut penulis dapat ditinjau secara mendalam mengenai keefektifannya dari sudut pandang kebijakan hukum pidana dengan menggunakan teori gabungan ini untuk menilai hukuman cambuk merupakan hukuman yang lebih menekankan pada pembalasan dan penjeraan serta apakah hukuman cambuk sudah mengandung tujuan sebagai pembelajaran dan rasa takut yang dimunculkan oleh penjatuhan pidana terhadap semua orang (prevensi umum), termasuk di dalamnya perbaikan bagi pelaku (prevensi khusus).

Suatu sistem pidana harus memperhatikan juga Hak Asasi Manusia. Ketentuan Hak Asasi Manusia (HAM) memandang tindakan penyiksaan sebagai salah satu tindakan yang bertentangan dengan Hak Asasi Manusia itu sendiri, ini dikarenakan HAM melindungi hak seseorang untuk menentukan nasibnya sendiri dalam hal hak bebas dari penyiksaan. Pemerintah dalam hal ini juga harus mencari cara agar dalam mengungkapkan kebenaran tidak dengan melakukan penyiksaan.

Beberapa hal tersebut diatas kemudian melatarbelakangi lahirnya gerakan anti penyiksaan yang dituangkan dalam Konvensi Menentang Penyiksaan (*Convention Against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment/CAT*). Harapan dari lahirnya konvensi ini agar tindakan-tindakan Penyiksaan dan Perlakuan atau Penghukuman lain yang kejam, tidak manusiawi atau merendahkan martabat manusia tidak dibenarkan di Indonesia. Konvensi ini diatur untuk melindungi hak-hak manusia agar terbebas dari adanya suatu penyiksaan, baik penyiksaan itu dilakukan dengan siksaan fisik maupun mental.

2. Kerangka Konseptual

Untuk memperjelas fokus dan arah penelitian ini, maka perlu dilakukan batasan definisi yang akan digunakan dalam penelitian ini, yaitu:

- a. Hukuman cambuk yang dimaksud dalam penulisan tesis ini adalah seperti yang tercantum di dalam Pasal 1 angka 9 Peraturan Gubernur Provinsi Nanggroe Aceh Darussalam Nomor 10 Tahun 2005 Tentang Petunjuk Teknis Pelaksanaan *'Uqubat Cambuk*, yaitu sejenis hukuman badan yang dikenakan atas terhukum dengan cara mencambuk badannya. Kemudian definisi cambuk yakni Cambuk adalah alat pemukul yang terbuat rotan yang berdiameter antara 0,75 sampai dengan 1 (satu) centimeter, panjangnya 1 meter, tidak mempunyai ujung ganda dan pada pangkalnya ada tempat pegangan (Pasal 1 angka 10)⁴⁸.
- b. Kebijakan Hukum pidana pada dasarnya adalah proses kebijakan yang sengaja direncanakan melalui beberapa tahapan yaitu ;
- 1) Tahap penetapan pidana oleh pembuat undang-undang
 - 2) Tahap pemberian pidana oleh badan yang berwenang
 - 3) Tahap pelaksanaan pidana oleh instansi pelaksana yang berwenang.

Tahap pertama sering juga disebut tahap “pemberian pidana *in abstracto*”, sedangkan tahap kedua dan ketiga disebut tahap “pemberian pidana *in concreto*”.⁴⁹ Namun dalam penelitian ini penulis lebih menitik beratkan pada kebijakan tahap penetapan pidana (tahap formulasi) yaitu hukuman cambuk sebagai suatu sanksi pidana.

⁴⁸ Peraturan Gubernur Provinsi Nanggroe Aceh Darussalam Nomor 10 Tahun 2005 Tentang Petunjuk Teknis Pelaksanaan Uqubat Cambuk.

⁴⁹ Muladi, Barda Nawawi, *Teori-teori dan Kebijakan Pidana*, (Bandung: Alumni, 2010, cet-4). Hlm. 91

Untuk mengukur hukuman cambuk sebagai suatu sanksi pidana penulis menggunakan parameter dari teori gabungan, yaitu teori yang memposisikan hukuman apabila ditinjau dari keefektifan penerapannya. Parameter yang dapat diuraikan menurut konsep teori gabungan adalah:

1. Apakah hukuman cambuk sudah memenuhi prinsip pembalasan bagi pelaku kejahatan serta untuk melindungi masyarakat dengan mewujudkan ketertiban⁵⁰?
 2. Apakah dalam penentuan berat ringannya penderitaan harus juga memperhatikan keadaan personal maupun kemasyarakatan ?
 3. Apakah hukuman cambuk mengandung tujuan sebagai pembelajaran dan rasa takut yang dimunculkan oleh penjatuhan pidana terhadap semua orang (prevensi umum), termasuk di dalamnya perbaikan bagi pelaku (prevensi khusus)⁵¹ ?
- c. Hak Asasi Manusia (HAM) dalam penulisan hukum ini akan penulis batasi pada pembahasan tentang HAM yang berlaku dalam peraturan Konvensi Menentang Penyiksaan Dan Perlakuan Atau Penghukuman Lain Yang Kejam, Tidak Manusiawi, Atau Merendahkan Martabat Manusia (*Convention Against Torture and Others Cruel, Inhuman or Degrading Punishment /CAT*) yang di ratifikasi melalui Undang-

⁵⁰ Hal ini sesuai dengan yang dinyatakan oleh Pallegriano Rossi dalam Teori gabungan yang di buatnya, Baca : Makarao, Mohammad Taufik, *Pembaharuan Hukum Pidana Indonesia ; Studi tentang Bentuk-bentuk Khususnya Pidana Cambuk Sebagai Suatu Bentuk Pidanaaan*, (Yogyakarta : Kreasi Wacana, 2005) Hal. 48

⁵¹ Teori gabungan dengan aliran yang lebih memfokuskan pada perlindungan ketertiban masyarakat ini di anut oleh Simons, Makarao, Mohammad Taufik, *op. cit.*,, Hlm. 49

Undang No. 5 tahun 1998 tentang Pengesahan Konvensi Menentang Penyiksaan Dan Perlakuan Atau Penghukuman Lain Yang Kejam, Tidak Manusiawi, Atau Merendahkan Martabat Manusia. Untuk mendapatkan justifikasi hukuman cambuk dari segi Hak Asasi Manusia maka penulis menggunakan dua parameter yaitu :

- 1) Konvensi Menentang Penyiksaan Dan Perlakuan Atau Penghukuman Lain Yang Kejam, Tidak Manusiawi, Atau Merendahkan Martabat Manusia (*Convention Against Torture and Others Cruel, Inhuman or Degrading Punishment /CAT*) yang di ratifikasi melalui Undang-Undang No. 5 tahun 1998 tentang Pengesahan Konvensi Menentang Penyiksaan Dan Perlakuan Atau Penghukuman Lain Yang Kejam, Tidak Manusiawi, Atau Merendahkan Martabat Manusia
- 2) Konsep Pembatasan HAM

F. Orisinalitas Penelitian

Penjatuhan hukuman cambuk di Provinsi Aceh telah menjadi persoalan baru diranah hukum pidana Indonesia. Persoalan hukum di Aceh belakang ini menjadi perdebatan yang hangat dikalangan pakar hukum baik lokal maupun nasional serta di kalangan aktivis HAM. Persoalan yang dimaksud mulai dari persoalan terjadinya dualisme penerapan hukum pidana di wilayah hukum, yakni penerapan hukum pidana positif dengan waktu yang bersamaan dengan penerapan hukum pidana Islam yang nota bene berbeda jauh dalam aspek dasar hukumnya

dan pelaksanaan hukuman cambuk, hal ini yang dianggap bertentangan dengan HAM, yaitu hak Pasal 1 Konvensi anti penyiksaan.

Penulis telah melakukan tinjauan kepustakaan di Universitas Islam Indonesia Yogyakarta untuk memastikan keaslian tulisan ini, namun penulis tidak menemukan satu pun tulisan hukum yang berkenaan dengan dengan pelaksanaan hukuman cambuk di provinsi Aceh di perpustakaan Magister Ilmu Hukum, Fakultas Hukum dan perpustakaan umum Universitas Islam Indonesia.

Secara umum, sudah ada tulisan yang menitik beratkan pada penelitian mengenai penerapan hukuman cambuk di Provinsi Aceh. Tulisan ini penulis dapati melalui proses *searching* melalui situs internet www.google.com. Tulisan hukum oleh Ferdiansyah⁵² dengan judul “*Efektifitas Penerapan Sanksi Pidana Cambuk Terhadap Pelanggaran Qanun Di Bidang Syariat Islam Di Wilayah Hukum Kota Madya Banda Aceh Provinsi Nanggroe Aceh Darussalam*” tulisan ini mengangkat 3 permasalahan, yakni bagaimana pengaturan perbuatan pidana dan hukumannya di dalam Qanun Provinsi Nangroe Aceh Darussalam, bagaimana pengaturan sanksi pidana cambuk menurut Qanun Provinsi Nangroe Aceh Darussalam, dan bagaimanakah efektifitas penerapan sanksi pidana cambuk terhadap pelanggaran qanun di bidang syari’at Islam di Kota Madya Banda Aceh Provinsi Nangroe Aceh Darussalam.

Tulisan hukum Ferdiansyah mempunyai kesimpulan bahwa penerapan hukuman cambuk di Kota Banda Aceh menunjukkan penurunan terhadap

⁵² Ferdiansyah, *Efektifitas Penerapan Sanksi Pidana Cambuk Terhadap Pelanggaran Qanun Di Bidang Syariat Islam Di Wilayah Hukum Kota Madya Banda Aceh Provinsi Nanggroe Aceh Darussalam*, 2008, Skripsi Universitas Sumatra Utara. www.repository.usu.ac.id/bitstream/123456789/12044/1/09E02047.pdf. di Akses 15 Juli 2011

pelanggaran qanun dibidang syari'at Islam di Kota Banda Aceh. Penulisan hukum ini berbeda dengan tulisan yang akan penulis telaah. Tulisan Ferdiansyah lebih menekankan pada efektifitas penerapan hukuman cambuk di wilayah hukum Kota Banda Aceh, sedangkan penulis akan lebih terfokus pada posisi formatif (perumusan) hukuman cambuk dalam qanun ditinjau dari segi kebijakan hukum pidana dan HAM.

G. Metode Penelitian

1. Jenis Penelitian

Berdasarkan judul penelitian yang telah dijabarkan dalam beberapa rumusan masalah dan kemudian dihubungkan dengan metode pendekatan permasalahan yang digunakan, maka penelitian ini dapat digolongkan dalam jenis penelitian *deskriptif analitis*. Menurut Soenaryo, penelitian *deskriptif analitis* adalah penelitian untuk mendeskripsikan atau menggambarkan masalah yang ada pada masa sekarang (aktual) dengan mengumpulkan data, menyusun, mengklasifikasi, menganalisis dan menginterpretasikannya⁵³.

Hasil deskripsi selanjutnya akan dibahas dan dianalisis dengan perspektif teori-teori serta pendapat para ahli dibidang ilmu hukum pidana dan juga menurut pendapat analisis penulis sendiri. Tujuannya adalah agar dapat

⁵³ Soenaryo, *Metodologi Riset I*, UNS Press, Surakarta, 1985, hlm.8

ditegaskan suatu kesimpulan yang dapat menggambarkan dan menjawab permasalahan yang diangkat dalam penelitian ini. Dikatakan menggunakan jenis penelitian hukum normatif, yaitu penelitian hukum yang mencakup penelitian terhadap asas-asas hukum. Penelitian hukum normatif ini dalam praktiknya disebut sebagai penelitian hukum yang menggunakan sumber hukum sekunder atau data yang diperoleh melalui bahan-bahan kepustakaan. Selanjutnya dalam penelitian ini akan menggunakan jenis data sekunder.

2. Pendekatan Permasalahan penelitian

Penelitian ini menggunakan metode pendekatan penelitian hukum doktrinal. Menurut Wigjosoebroto, di Indonesia metode penelitian hukum doktrinal terlanjur secara umumnya disebut metode *penelitian normatif (yuridis normatif)*⁵⁴. Metode pendekatan yuridis normatif, menurut Ronny Hanitidjo Soemitro digunakan untuk mengkaji dan menganalisis data sekunder yang berupa bahan-bahan hukum, terutama bahan-bahan hukum primer dan bahan hukum sekunder.⁵⁵ Manfaat metode penelitian hukum yuridis-normatif yaitu untuk mengetahui dan mengenal apakah dan bagaimanakah hukum positifnya mengenai masalah tertentu.⁵⁶

⁵⁴ Wigjosoebroto, *Hukum Paradigma, Metode dan Dinamika Masalahnya*, Huma, Jakarta, 2002, Hlm.148.

⁵⁵ Ronny Hanitidjo Soemitro, *Metodologi Penelitian Hukum dan Jurimetri*, Ghalia Indonesia, Jakarta, 1988, hlm.11-12.

⁵⁶ *Ibid*, hlm.46.

3. Jenis data

Menurut M.Syamsuddin, dalam penelitian normatif data disebut dengan bahan hukum.⁵⁷ Jenis data yang digunakan dalam tesis ini sesuai dengan jenis penelitiannya yang merupakan penelitian hukum normatif yang mengkaji dan menganalisis data sekunder, yaitu data-data yang diperoleh dari penelaahan kepustakaan yaitu penelaahan terhadap berbagai literatur atau bahan pustaka yang berkaitan dengan masalah penelitian ini, yang terdiri dari :

1). Bahan hukum primer meliputi :

- a) Kitab Undang-undang Hukum Pidana (KUHP),
- b) Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 5 Tahun 1998 Tentang Pengesahan *Convention Against Torture And Other Cruel, In Human Or Degrading Treatment Or Punishment* (Konvensi menentang penyiksaan dan perlakuan atau penghukuman lain yang kejam, tidak manusiawi, atau merendahkan martabat manusia)
- c) Qanun Provinsi Nanggroe Aceh Darussalam No.11 Tahun 2002 Tentang Pelaksanaan Syari'at Islam bidang Aqidah, Ibadah dan Syi'ar Islam,

⁵⁷ M. Syamsuddin, *Operasionalisasi Penelitian Hukum*, PT. Raja Grafindo Persada, Jakarta: 2007, hlm.96.

- d) Qanun Provinsi Nanggroe Aceh Darussalam No.12 Tahun 2003 Tentang Larangan Minuman *Khamar* dan Sejenisnya,
- e) Qanun Provinsi Nanggroe Aceh Darussalam No.13 Tahun 2003 Tentang *Maisir* (Perjudian),
- f) Qanun Provinsi Nanggroe Aceh Darussalam No.14 Tahun 2003 Tentang *Khalwat* (Mesum),
- g) Konvensi menentang penyiksaan dan perlakuan atau penghukuman lain yang kejam, tidak manusiawi dan merendahkan martabat manusia.
- h) Peraturan Gubernur Provinsi Nanggroe Aceh Darussalam nomor 10 tahun 2005 tentang petunjuk teknis pelaksanaan '*uqubat* cambuk Gubernur Provinsi Nanggroe Aceh Darussalam.

2) Bahan hukum sekunder

Bahan hukum sekunder adalah data yang diperoleh dari bahan-bahan pustaka, seperti buku-buku, dokumen, hasil penelitian atau tulisan hukum.

3) Bahan hukum tersier

yaitu data yang diperoleh melalui kamus istilah hukum, kamus Inggris Indonesia, kamus umum bahasa Indonesia, ensiklopedi dan data sejenisnya yang berfungsi untuk mendukung data sekunder.

4. Metode Pengumpulan Data

a. Studi Pustaka

Berdasarkan uraian mengenai data penelitian diatas, maka teknik pengumpulan data yang diterapkan dalam penelitian ini adalah menggunakan metode studi kepustakaan, yaitu cara pengumpulan data dengan memeriksa atau menelusuri dokumen-dokumen atau kepustakaan yang dapat memberikan informasi atau keterangan yang dibutuhkan dalam penelitian ini.⁵⁸ Dalam penelitian ini metode pengumpulan bahan hukum yang digunakan dilakukan melalui studi pustaka terhadap bahan-bahan hukum, baik bahan hukum primer, bahan hukum sekunder, maupun bahan hukum tersier. Penelusuran terhadap bahan-bahan hukum ini dilakukan dengan cara mempelajari, menganalisis dan menelaah bahan-bahan pustaka yang relevan dan berkaitan dengan objek penelitian ini, metode ini dilakukan sebagai bahan utama bagi pembahasan dalam penelitian.

b. Wawancara

Dalam penelitian ini metode pengumpulan data selanjutnya adalah melalui proses wawancara dengan beberapa nara sumber/reponden , hal ini untuk menambah bahan dalam analisis. Responden adalah orang atau individu yang terkait langsung dengan data yang dibutuhkan⁵⁹. Wawancara dalam penelitian ini dilakukan hanya sebatas pada pengumpulan data tambahan dalam hal informasi tentang sejarah formulasi qanun-qanun yang memuat hukuman cambuk di Aceh.

⁵⁸ M. Syamsuddin, *Op cit*, hlm.101

⁵⁹ Mukti Fajar dan Yulianto Achmad. 2009, *Dualisme Penelitian Hukum Normatif dan Empiris*, Pustaka Pelajar, hlm. 174.

Penentuan responden dalam penelitian ini dilakukan melalui key informan, yaitu informasi yang benar-benar relevan dan berkompeten dengan masalah penelitian yang dipilih dengan teknik *purposive sampling*. Menurut M.Syamsuddin, dalam penelitian normatif data disebut dengan bahan hukum. *Purposive sampling* ini dengan kecenderungan peneliti untuk memilih informan yang dianggap mengetahui informasi masalahnya secara mendalam dan dapat dipercaya untuk menjadi sumber data yang mantap. Dalam penelitian ini yang menjadi informan adalah:

- 1). Prof. H. Al Yasa' Abu Bakar, Mantan Kepala Dinas Syariat Islam Aceh dan perumus Qanun Syariat Islam di Aceh.
- 2). Prof. Syahrizal Abbas, MA. Guru Besar Hukum Islam IAIN Ar - Raniry

c. Analisis Data

Penelitian ini menggunakan analisis data *deskriptif kualitatif*, komprehensif dan lengkap. Analisis kualitatif adalah menguraikan data dalam bentuk kalimat yang teratur, runtun, logis, tidak tumpang tindih dan efektif sehingga memudahkan interpretasi data dan pemahaman hasil analisis. Komprehensif berarti analisis data secara mendalam dari berbagai

aspek sesuai dengan lingkup penelitian, sedangkan lengkap artinya tidak ada bagian yang terlewatkan, kesemuanya sudah masuk dalam analisis.⁶⁰

Pada penelitian ini juga menggunakan pendekatan konseptual (*Conceptual Approach*), yaitu pendekatan konseptual yang dilakukan manakala peneliti tidak beranjak dari aturan hukum yang ada. Hal ini dilakukan karena memang belum ada aturan hukum untuk masalah yang dihadapi. Oleh karena itu ia harus membangun suatu konsep untuk dijadikan acuan di dalam penelitiannya.⁶¹

BAB II

LANDASAN TEORI TENTANG PEMIDANAAN DAN KEBIJAKAN HUKUM PIDANA INDONESIA

D. Pidana dan Sistem Pidanaan

1. Pengertian Pidana

Sebelum membahas masalah tujuan pidanaan dan sistem pidanaan, penulis membahas terlebih dahulu tentang istilah pidana. Menurut Barda Nawawi seperti yang dikutip Tongat, pemahaman tentang pidana sangat diperlukan mengingat “pidana” hakikatnya hanyalah sebuah

⁶⁰ Abdul Kadir Muhammad, *Hukum dan Penelitian Hukum*, PT. Citra Aditya Bakti, Bandung, 2004, hlm.127

⁶¹ Peter Mahmud Marzuki “*Penelitian Hukum*”, Kencana, Jakarta; 2007, hlm.137

“alat”, yaitu alat untuk mencapai tujuan pemidanaan.⁶² Penggunaan istilah pidana diartikan sebagai sanksi pidana. Untuk pengertian yang sama, sering juga digunakan istilah-istilah lain, yaitu hukuman, penghukuman, pemidanaan, penjatuhan hukuman, pemberian pidana dan hukuman pidana.⁶³

R. Soesilo seperti yang dikutip Tongat, menggunakan istilah “hukuman” untuk menyebut istilah “pidana” yang merumuskan, bahwa apa yang dimaksud dengan hukuman adalah suatu perasaan tidak enak (sengsara) yang dijatuhkan oleh hakim dengan vonis kepada orang yang melanggar undang-undang hukum pidana.⁶⁴ Menurut van Hamel seperti yang dikutip Lamintang, arti dari pidana atau *straf* menurut hukum positif dewasa ini adalah:

Een bijzonder leed, tegen den overtreder van een door den staat gehandhaafd rechtvoorschrift, op den enkelen grond van die overtreding van wege den staat als handhaver der openbare rechtsorde, door met met de rechtbedeeling belaste gezag uit te spreken.

Artinya:

Suatu penderitaan yang bersifat khusus, yang telah dijatuhkan oleh kekuasaan yang berwenang untuk menjatuhkan pidana atas

⁶²Tongat, *Pidana Seumur Hidup Dalam sistem Hukum Pidana di Indonesia*, (Malang: UMM Pres, 2004). Hlm. 58

⁶³ Makarao, Mohammad Taufik, *Pembaharuan Hukum Pidana Indonesia; Studi tentang Bentuk-bentuk Khususnya Pidana Cambuk Sebagai Suatu Bentuk Pemidanaan*, (Yogyakarta : Kreasi Wacana, 2005) Hlm. 15

⁶⁴ Tongat, *loc.cit.*

nama negara sebagai penanggung jawab dari ketertiban hukum umum bagi seorang pelanggar, yakni semata-mata karena orang tersebut telah melanggar suatu peraturan hukum yang harus ditegakkan oleh negara.⁶⁵

Menurut Simons, pidana atau *straf* itu adalah:

Het leed, door de strafwet als gevolg aan de overtreding van de norm verbonden, dat aan den schuldige bij rechterlijk vonnis wordt opgelegd

Artinya:

Suatu penderitaan yang oleh undang-undang pidana telah dikaitkan dengan pelanggaran terhadap suatu norma, yang dengan suatu putusan hakim telah dijatuhkan bagi seseorang yang bersalah.

Algra- Janssen kemudian telah merumuskan pidana atau *straf* sebagai:

Het middle warmee de overheid (rechter) degene die een ontoelaatbare handeling pleegt terechtwijst of tot de orde roept. Deze reactie van de bescherming die hij, als hij geen delict gepleegd zou hebben, geniet t.a.v zijn leven, zijn vrijheid, zijn vermogen.

Artinya:

⁶⁵ Lamintang, P.A.F, Theo, *Hukum Penitensier Indonesia*, (Jakarta : Sinar Grafika, 2010). Hlm. 33

Alat yang digunakan oleh penguasa (hakim) untuk memperingatkan mereka yang telah melakukan suatu perbuatan yang tidak dapat dibenarkan. Reaksi dari penguasa tersebut telah mencabut kembali sebagian dari perlindungan yang seharusnya dinikmati oleh terpidana, atas nyawa, kebebasan, dan harta kekayaannya, yaitu seandainya ia telah tidak melakukan suatu tindak pidana.⁶⁶

Apabila dilihat dari filosofisnya, hukuman mempunyai arti yang sangat beragam. Jerman E. Kant, merumuskan hukuman adalah suatu pembalasan, sementara Feurbach menyatakan, bahwa hukuman harus dapat memertakutkan orang supaya jangan berbuat jahat. Secara umum istilah pidana sering diartikan sama dengan istilah hukuman, tetapi kedua istilah tersebut sebenarnya mempunyai pengertian yang berbeda.

Menurut Andi Hamzah seperti yang dikutip Tongat, hukuman adalah suatu pengertian umum, sebagai suatu sanksi yang menderita atau nestapa yang sengaja ditimpakan kepada seseorang, sedangkan pidana merupakan pengertian khusus yang berkaitan dengan hukum pidana. Sebagai pengertian khusus, masih juga ada persamaannya dengan pengertian umum, sebagai suatu sanksi atau nestapa yang menderitakan.⁶⁷

Andi Hamzah juga memandang pidana sebagai suatu nestapa yang dikenakan kepada pembuat karena melakukan suatu delik.⁶⁸ Menurut

⁶⁶ *Ibid*, Hlm. 33-34

⁶⁷ Tongat, *op. cit.*, Hlm. 59

⁶⁸ Andi Hamzah, *Asas-asas Hukum Pidana*, (Jakarta: Rineka Cipta, 2004, Cetakan Kedua) Hlm. 27

Sudarto seperti yang di kutip Muladi dan Barda, pidana merupakan penderitaan yang sengaja dibebankan kepada orang yang melakukan perbuatan yang memenuhi syarat tertentu.⁶⁹

Adapun unsur-unsur atau ciri-ciri pidana adalah :

- a. Pidana itu pada hakikatnya merupakan suatu pengenaan penderitaan atau nestapa atau akibat-akibat lain yang tidak menyenangkan
- b. Pidana itu diberikan dengan sengaja oleh orang atau badan yang mempunyai kekuasaan (oleh yang berwenang)
- c. Pidana itu dikenakan kepada seseorang yang telah melakukan tindak pidana menurut undang-undang.⁷⁰

Sementara itu, dalam hukum Islam pengertian pidana secara etimologis berasal dari kosa kata bahasa Arab yaitu ‘*Uqubah*. ‘Uqubah menurut bahasa berkedudukan sebagai ‘*isim mashdar*’ yang berarti pembalasan dengan keburukan (siksaan)⁷¹, hukuman, pidana, balasan dan menahan.⁷² Secara terminologi pidana adalah *balasan yang ditetapkan untuk kemashalahatan umat terhadap pelanggaran perintah syar’i* (Allah dan RasulNya). Definisi lainnya mengatakan ‘*Uqubah adalah balasan yang dibuat oleh syar’i untuk menolak atau mencegah dari mengarjakan*

⁶⁹ Muladi, Barda Nawawi, *op.cit.*, Hlm. 2

⁷⁰ *Ibid.* Hlm.4

⁷¹ Lowis Ma’luf, *al- Munjid fi al-Lughahwa al-I’lam* (Beirut: Dar al-Masyriq, 1975), hal.518

⁷² Ahmad Warson Munawir, *Kamus Arab Indonesia* (Yogyakarta: Pustaka Progresif, T.Th)cet.I. hal.1022-1023

*perbuatan yang dilarang dan meninggalkan perbuatan yang diperintahkan.*⁷³

Hukum Islam sendiri tidak secara tegas membedakan penyebutan hukuman bagi suatu perbuatan, baik itu perbuatan pidana atau perdata sebagaimana klasifikasi yang tegas dalam hukum positif Indonesia.

Penulis dalam pembahasan selanjutnya akan lebih cenderung menggunakan kata hukuman untuk menyebut atas suatu sanksi pidana yang dibahas dalam tesis ini, khususnya untuk membahas tentang hukuman cambuk yang diterapkan di provinsi Aceh. Penyebutan ini disesuaikan dengan apa yang di cantumkan dalam qanun di Provinsi Aceh yang menyebutkan kata “hukuman” yang merupakan terjemahan dari kata “*Uqubat*” dalam menyebut suatu sanksi atas suatu perbuatan pidana.

Hukuman yang dimaksud dalam tesis ini berdasarkan ciri dan sifat pelaksanaannya dapat disamakan dengan pengertian sanksi pidana dalam hukum positif berdasarkan KUHP, karena sama-sama bersifat sanksi hukum atas suatu perbuatan pidana yang dijatuhkan bagi pelaku tindak pidana.

Penggunaan kata hukuman ini juga dikarenakan definisi hukuman dalam tatanan pengaturan qanun di Aceh tidak selamanya di nisbahkan kepada tindak pidana murni seperti Khamar dan Maisir, namun juga di nisbah kepada beberapa tindak perbuatan yang menurut tatanan hukum pidana Islam tidak termasuk kepada tindak pidana. Tindakan ini

⁷³ Abd.al-Qadir ‘Audah, *al-Tasyri’ al-Jina’I al-Islami* (Qahirah: Dar al-Turats, T.Th) hal.20

sebenarnya merupakan perbuatan-perbuatan yang lebih berkenaan dengan pelanggaran terhadap ibadah dan syariat Islam. Dalam hal ini perbuatan tersebut juga tidak ada korbannya (manusia), yakni seperti perbuatan :

- a. Muslim yang keluar dari aqidah Islam dan atau menghina atau melecehkan agama Islam
- b. Barang siapa yang tidak melaksanakan shalat jum'at tiga kali berturut-turut tanpa uzur syar'i
- c. Barang siapa yang menyediakan fasilitas / peluang kepada orang muslim yang tidak mempunyai uzur syar'i untuk tidak berpuasa pada bulan Ramadhan.
- d. Barang siapa yang makan dan minum di tempat / di depan umum pada siang hari bulan Ramadhan.⁷⁴
- e. Khalwat atau berdua-duaan di tempat yang sepi.⁷⁵

Jenis perbuatan tersebut diatas, semuanya dikenakan hukuman cambuk dengan bobot cambukan yang berbeda. Artinya penggunaan kata hukuman dalam hukum pidana Islam pada dasarnya tidak terjadi perbedaan antara penggunaan kata hukuman pada tindak pidana dan yang bukan tindak pidana.

2. Sistem Pidana

a. Sejarah Singkat Sistem Pidana

⁷⁴ Qanun Provinsi Nanggroe Aceh Darussalam Nomor 11 Tahun 2002 Tentang Pelaksanaan Syariat Islam Bidang Aqidah, Ibadah Syi'ar Islam, Pasal 20, 21 dan 22.

⁷⁵ Qanun Provinsi Nanggroe Aceh Darussalam No.14 Tahun 2003 Tentang Khalwat (Mesum)

Sistem pemidanaan (*the sentencing system*) merupakan aturan perundang-undangan yang berhubungan dengan sanksi pidana dan pemidanaan (*the statutory rules relating to penal sanction and punishment*). Sistem pemidanaan di sini meliputi jenis sanksi pidana (*strafsoort*), bobot sanksi pidana (*strafmaat*), dan cara pelaksanaan pidana (*strafmodus*).

Sistem pemidanaan seperti penjelasan diatas identik dengan sistem penegakan hukum pidana yang terdiri dari substansi hukum pidana materiil, substansi hukum pidana formal, dan substansi hukum pelaksanaan pidana. Sistem pemidanaan fungsional diartikan pula sebagai sistem pemidanaan dalam arti luas.

Kemudian, dari sudut norma-substantif, sistem pemidanaan dapat diartikan sebagai keseluruhan sistem norma hukum pidana materiil untuk penjatuhan dan pelaksanaan pidana. Sistem pemidanaan dalam arti substantif diartikan pula sebagai sistem pemidanaan dalam arti sempit, yaitu menyangkut masalah aturan atau ketentuan tentang penjatuhan pidana. Keseluruhan peraturan perundang-undangan baik yang ada dalam KUHP maupun di luar KUHP pada hakikatnya merupakan satu kesatuan sistem pemidanaan sebagai ketentuan umum dan sebagai aturan khusus.⁷⁶

Khusus pembahasan pada bab V, penulis akan memfokuskan pada pembahasan mengenai bagaimana konsep formulasi sistem pemidanaan dalam hukum pidana Islam, yakni jenis sanksi pidana atau hukuman

⁷⁶ Nandang Sambas, *op. cit.*, Hlm. 1

cambuk apabila diurai dari tinjauan kebijakan hukum pidana positif, serta mengurai cara pelaksanaan pidana tersebut (hukuman cambuk) apakah bertentangan dengan prinsip-prinsip nilai kemanusiaan dan Hak Asasi Manusia.

Pada masa lalu, bentuk-bentuk pemidanaan yang dijatuhkan oleh suatu kelompok masyarakat terhadap seorang penjahat ialah menyingkirkan atau melumpuhkannya, sehingga penjahat tersebut tidak lagi mengganggu masyarakat bersangkutan pada masa depan. Cara menyingkirkan penjahat pada masa itu bisa dalam bentuk yang bermacam-macam seperti pidana mati, pembuangan, pengiriman keseberang lautan dan kemudian pemenjaraan. Secara berangsur-angsur ada kecenderungan cara pemidanaan tersebut diganti secara berturut-turut dari yang tersebut pertama sampai yang terakhir, tetapi tidak secara menyeluruh.⁷⁷

Periode penghukuman terhadap suatu kejahatan yang diperbuat terus mengalami proses aktualisasi, mulai dari masa *primitif supranaturalisme*, masa *osrtracisme*, sampai pada masa pembalasan *retalism*. Pada masa *Primitif (Supra Natural)*, penghukuman merupakan cerminan dari penindasan dari manusia terhadap manusia lainnya, terutama penindasan oleh penguasa terhadap sebagian besar manusia dibawah kekuasaan *absolut*. Masyarakat pada masa itu menganggap suatu kejahatan merupakan perwujudan “*evil spirit*” yang secara mistis perlu dikorbankan untuk disajikan kepada kemarahan alam atau dewa-dewa.

⁷⁷ Andi Hamzah , *Sistem Pidana dan Pemidanaan Indonesia*. (Jakarta : PT Pradnya Paramita, 1986, Cet. Pertama) .Hlm. 9

Masyarakat primitif merasa takut terhadap alam supernatural dan menganggap orang melakukan kejahatan sebagai kambing hitam yang perlu diperlakukan secara kejam untuk pelunasan terhadap alam.⁷⁸

Pembalasan *Ostracisme* merupakan suatu model perlakuan hukuman nestapa dengan maksud menjatuhkan kejahatan untuk keamanan masyarakat. Pembalasan *ostracism* (pengasingan dari pergaulan dalam bermasyarakat) ini menyatakan sikap pemboikotan sosial untuk disingkirkan dari lingkungan masyarakat atas dasar pembalasannya. Model pembalasan yang demikian ini sejak lama dijalankan di Inggris yang menganggap pelaku kejahatan itu pantas diturunkan derajatnya untuk disingkirkan dari pergaulan kehidupan bermasyarakat. Pada saat penguasa Inggris memperluas jajahannya untuk keperluan membuka wilayah baru dan kebutuhan tenaga kerja di wilayah baru, memanfaatkan para pelaku kejahatan dengan paksa menjalani "*transportation*".

Pembalasan bentuk lainnya adalah pembalasan *retalisme* yang juga merupakan suatu model perlakuan hukuman keras yang terkenal dengan nama "*blood feud retaliation*" dengan doktrin "*eye for an eye and tooth for a tooth*" yang amat berpengaruh di dunia. Model pembalasan ini dianggap lebih eksat dibandingkan dengan pembalasan supernatural. Fahaman pembalasan *retalisme* ini dapat bertahan seribu tahun lebih dan menjadi dasar dari hukum Lipit-Ishtar, hukum Eshnuna, hukum

⁷⁸ Bambang Purnomo, *Op. cit.*, Hlm. 6

Hammurabi (1860 B.C, 1750 B.C) dan beberapa kelompok rumpun hukum *Mosaic* masa lalu dari *Lex Talionis*.

Evolusi tahap kedua sesudah evolusi primitif, mulai memandang perilaku kejahatan itu harus memperhatikan “*crime*” dan “*public control*” maka mulai dikenal hukuman badan (*corporal punishment*) berupa penyiksaan badan terhadap orang yang melakukan kejahatan, disamping hukuman terhadap nyawa orang yang melakukan kejahatan tertentu. Hukuman cambuk pada masa sekarang merupakan bentuk sisa-sisa hukuman badan. Penerapan hukuman badan dengan dibakar bagian tubuh tertentu supaya menjadi tanda penjahat yang mudah dikenal oleh anggota masyarakat, dibelenggu dengan rantai untuk kerja paksa dan berbagai penyiksaan badan agar setiap orang menjadi takut untuk melakukan kejahatan atau memberikan rasa takut bagi orang lain sebagai pencegahan. Rasa takut sebagai usaha pencegahan kejahatan dikenal dengan dasar pembalasan “*deterrence*” yaitu mata rantai dasar pembalasan “*revenge, retaliation, retribution*”.⁷⁹

Allah SWT telah mensyari’atkan hukum qishas sebagai salah satu bentuk penerapan hukum pidana Islam, yaitu dengan menghukum mati pelaku pembunuhan sebagai balasan dari-Nya. Pensyariatan hukum pidana Islam ini tercatat dalam syari’at Nabi Musa dijelaskan dalam *Kitab Keluaran* Pasal 21 yakni :

“Barang siapa membunuh manusia dengan memukulnya maka ia harus dihukum mati. Dan bilamana seorang lelaki berlaku aniaya

⁷⁹ *Ibid.* Hlm.7

terhadap lelaki lain hingga ia membunuhnya secara licik, maka engkau harus mengambil orang itu dari mezbah-Ku supaya ia dibunuh. Barang siapa yang memukul ayahnya atau ibunya pastilah ia dihukum mati. Dan bilamana terjadi penganiayaan, maka balaslah jiwa dengan jiwa, mata dengan mata, gigi dengan gigi, tangan dengan tangan, kaki dengan kaki, luka dengan luka dan rela dibalas dengan kerelaan”.⁸⁰

Pendapat yang lain ditemukan pada syari’at Masehi. sebagian pendapat mengatakan bahwa meretalisasi pembunuh tidak ada dasarnya, mereka berargumen dengan apa yang dikemukakan dalam kitab kelima yaitu Injil Matius yang memuat sabda Isa a.s., sebagai berikut :

“Janganlan kamu membalas kejahatan dengan kejahatan, bahkan jika seseorang menempeleng pipi kananmu berikanlah kepadanya pipi kirimu juga. Kalau ada yang memusuhimu lalu mengambil bajumu maka berikanlah bajumu kepadanya, dan apabila ada orang yang mencemoohkanmu selama satu mil perjalanan, maka berjalanlah bersamanya dua mil”.⁸¹

Sebagian golongan lainnya berpendapat bahwa syari’at Masehi mengakui adanya hukuman mati dengan mengambil argumen dari apa yang dikatakan oleh Isa a.s. berikut ini :

“Kedatanganku bukanlah untuk meruntuhkan undang-undang, tetapi untuk melengkapinya.”

Konsep ini diperkuat dengan apa yang dikemukakan dalam Al-Qur’an Surah Ali “Imran ayat 50, yang artinya:

“Dan (aku datang kepadamu) membenarkan Taurat yang datang sebelumku. (Surah Ali “Imran ayat 50)”

⁸⁰ Sayyid Sabiq, *Fikih Sunnah 10*, (Bandung : PT. Al-Ma’arif, 1995) cet. 7. Hlm. 22

⁸¹ *Ibid*,

Dan kearah inilah ayat Al-Quran mengisyaratkan, seperti tersirat dalam Surat Al-Maidah ayat 45, yang artinya :

“ Dan kami telah menetapkan kepada mereka di dalamnya (Taurat) bahwasanya jiwa dibalas dengan jiwa, mata dengan mata, hidung dengan hidung, telinga dengan telinga, gigi dengan gigi, dan lukapun ada pembalasannya” (Surat Al-Maidah ayat 45).⁸²

Penjelasan diatas menggambarkan bahwa sejarah penerapan hukum pidana Islam sudah merupakan syari’ah dan sudah berlangsung sebelum masa Rasulullah SAW.

Sistem penjatuhan hukuman bagi para pelaku tindakan pidana (jarimah) pada dasarnya sudah baku yaitu berdasarkan Alquran dan Hadist Nabi. Seperti yang disebutkan oleh Abdurrahman Madjrie dalam bukunya, Islam mensyari’atkan bentuk hukuman di dunia dalam dua jenis, yaitu *an-Nashiyah* (bentuk hukuman yang sudah ada *nash*-nya) dan *at-Tafwidhiyah* (bentuk hukuman yang di tetapkan menurut keputusan hakim).⁸³

Hukuman-hukuman yang terdapat di dalam *nash* merupakan yang hukuman yang tidak dapat di ubah oleh manusia, apabila hendak dijalankan maka bentuk aturan yang sudah baku tersebutlah yang akan digunakan seperti yang sedang diterapkan di provinsi Aceh sekarang. Hukuman yang ada di dalam *nash* yaitu hudud, qishas, diyat dan kafarat.⁸⁴

⁸² *Ibid*, Hlm.23

⁸³ Abdurrahman Madjrie dan Fauzan Al-Anshari, *Qishas Pembalasan Yang Hak*, (Jakarta : Khairul Bayan, 2003) Hlm. 9

⁸⁴ H.A. Djazuli, *Fiqh Jinayah ;Upaya Menanggulangi Kejahatan dalam Islam*, (Jakarta : PT. Raja Grafindo Persada, 2000). Hlm. 26

Namun apabila ditinjau dari sasaran hukum, hukuman telah dibagi menjadi empat, yakni :

- 1) Hukuman badan, yaitu hukuman yang dikenakan kepada badan manusia seperti hukuman jilid/cambuk.
- 2) Hukuman yang dikenakan kepada jiwa, yaitu hukuman mati.
- 3) Hukuman yang dikenakan kepada kemerdekaan manusia, seperti hukuman penjara atau pengasingan.
- 4) Hukuman harta, yaitu hukuman yang dikenakan kepada harta seperti *diyat* (denda) dan perampasan.⁸⁵

Pada penerapan sistem penjatuhan hukumannya yang melaksanakan hukuman adalah petugas yang ditunjuk oleh imam untuk melaksanakan hukuman tersebut. Adapun alat untuk melaksanakan hukuman mati menurut Imam Abu Hanifah dan Imam Ahmad harus menggunakan pedang, hal ini berdasarkan Hadist yang artinya “ tidak ada qishash (hukuman mati) kecuali dengan pedang” (HR al-Bazar dan Ibn ‘Adi dari Abu Bukrah).

Sedangkan menurut Imam Malik, Imam Syafi’i dan sebagian ulama Hanabilah berpendapat bahwa alat untuk melaksanakan qishas harus dengan alat yang sama dengan alat yang digunakan untuk membunuh korban. Mereka berpijak pada firman Allah SWT⁸⁶, yang artinya “ *Bulan haram dengan bulan haram dan pada sesuatu yang patut dihormati berlaku hukuman qishas. Oleh karena itu, barang siapa yang menyerang*

⁸⁵ *Ibid*, Hlm. 29

⁸⁶ *Ibid*, Hlm. 30

kamu, maka seranglah ia, seimbang dengan serangannya kepada kamu. Bertakwalah kepada Allah dan ketahuilah bahwa sesungguhnya Allah beserta orang-orang yang bertakwa (QS al-Baqarah : 194)''.

Sistem penjatuhan hukuman dalam hukum pidana Islam hanya sebatas aturan dasar dari hukuman. Sementara itu dalam hal mekanisme penerapannya, Islam mengembalikan kepada para imam dalam membuat mekanisme penjatuhan hukuman tersebut, selain dari apa yang telah ada ketetapanannya.

b. Teori Tujuan Pidana

Tujuan pidana yang berkembang dari dahulu hingga kini telah menuju kearah yang lebih rasional. Tujuan pidana yang paling tua adalah pembalasan (*revenge*) atau untuk tujuan memuaskan pihak yang dendam, baik masyarakat secara umum maupun pihak yang dirugikan atau menjadi korban kejahatan. Hal ini bersifat primitif, tetapi kadang-kadang masih terasa pengaruhnya pada zaman moderen ini, unsur-unsur primitif dari hukum pidana paling sukar dihilangkan, berbeda dengan cabang hukum lain.

Tujuan yang juga dipandang kuno ialah penghapusan dosa (*expiation*) atau retribusi (*retribution*), yaitu melepaskan pelanggar hukum dari perbuatan jahat atau menciptakan balasan antara yang hak dan batil. Tujuan yang berlaku sekarang ialah variasi dari bentuk-bentuk penjeratan (*deterrent*), baik ditujukan kepada pelanggar hukum sendiri maupun

kepada mereka yang mempunyai potensi menjadi penjahat, perlindungan kepada masyarakat dari perbuatan jahat, perbaikan (reformasi) kepada penjahat.⁸⁷

Mengenai hal tentang adanya pembenaran pidanaaan (*justification criminal punishment*), Herbert L. Packer seperti yang dikutip Makarao, telah memberi rincian teori-teori yang berusaha memberikan pembenaran pidanaaan itu sendiri, yaitu⁸⁸:

- 1) Retribution
- 2) Utilitarian Prevention
- 3) Special deterrence (Intimidation)
- 4) Behavioral Prevention (Incapatiation)
- 5) Behavioral Prevention (rehabilitation)

Pandangan *retribusi* didasarkan atas gagasan bahwa terhadap kejahatan dapat dibenarkan untuk dipidana, sebab manusia bertanggung jawab atas perbuatannya dan harus menerima ganjaran yang selayaknya. Pandangan ini dibagi kedalam dua teori utama, yaitu teori pembalasan (*revenge theory*) dan teori penderitaan dan penebusan/ penghapusan dosa (*expiation/ atonement theory*).

Pandangan *Utilitarian Prevention* lebih melihat *punishment* sebagai cara untuk mencegah atau mengurangi kejahatan. Premisnya bahwa pidanaaan sebagai tindakan yang menyebabkan derita bagi si

⁸⁷ Hamzah, Andi, 1986, *op. cit.*, Hlm. 16

⁸⁸ Makarao, Mohammad Taufik, *op. cit.*, Hlm. 54

terpidana, hanya dapat dianggap sah apabila terbukti bahwa dijatuhkannya pidana penderitaan itu memang menimbulkan akibat lebih baik daripada tidak dijatuhkan pidana, khususnya dalam rangka menimbulkan efek pencegahan terhadap pihak-pihak yang terlibat.

Sementara itu, pada *special deterrence* (pencegahan khusus) efek pencegahan dari pidana yang dijatuhkan diharapkan terjadi setelah pemidanaan dilakukan sehingga si terpidana tidak akan lagi melakukan kejahatan serupa dimasa yang akan datang. Oleh karena itu, teori ini dapat juga disebut “teori penjeraan” yang bermaksud agar sipelanggar menjadi jera.

Teori selanjutnya adalah pembenaran yang tertuang dalam teori *Behavioral Prevention (Incapatiation)*, yang menjelaskan bahwa pidana (khususnya dalam konteks pidana penyekapan) dilihat sebagai sesuatu yang harus dilakukan agar yang bersangkutan tak dapat lagi melakukan atau meneruskan perbuatan antisosial yang dilakukannya. Artinya, dengan dijatuhinya pidana maka yang bersangkutan tidak lagi berada dalam kapasitas untuk melakukan kejahatan.

Teori terakhir adalah teori *Behavioral Prevention (rehabilitation)*, disini pemidanaan dilakukan untuk memudahkan dilakukannya pembinaan. Pembinaan itu sendiri ditujukan untuk merehabilitasi si terpidana sehingga ia dapat merubah kepribadiannya, agar dapat menjadi orang baik yang taat kepada hukum untuk waktu-waktu selanjutnya.⁸⁹

⁸⁹ *Ibid*, Hlm. 54-63

Berkaitan dengan tujuan pidana, maka muncul teori-teori mengenai hal tersebut. Secara umum teori tujuan pemidanaan ada tiga, yaitu : *pertama*, Teori *absolut* atau teori pembalasan (*vergeldings theori*). *Kedua*, Teori *Relatif* atau tujuan (*doeltheori*). *Ketiga*, teori gabungan (*verenigingstheorien*).⁹⁰

1) Teori *absolut* (Pembalasan /Retributif /*Quai Peccatum* /*vergerldingstheorien*)

Pemikiran-pemikiran yang digolongkan ke dalam teori absolut ini sesungguhnya berbeda satu sama lain, namun persamaannya adalah pada pandangan bahwa pembenaran penjatuhan pidana pada hakekatnya terletak pada kejahatannya sendiri dan terlepas dari kegunaan yang diharapkan dari penjatuhan pidana tersebut. Dalam ajaran ini, pidana merupakan *res absolutaab effectu futuro* (keniscayaan yang terlepas dari dampaknya di masa depan).

Menurut teori absolut pidana dijatuhkan semata-mata, karena orang telah melakukan kejahatan atau tindak pidana (*quia peccatum est*). Pidana merupakan akibat mutlak yang harus ada sebagai suatu pembalasan kepada orang yang telah melakukan kejahatan, jadi dasar pembenaran dari pidana terletak dari adanya atau terjadinya kejahatan itu sendiri. Aliran ini yang menganggap sebagai dasar hukum dari

⁹⁰ Hamzah, Andi, 1986, *op. cit.*, Hlm. 17

pidana adalah alam pikiran untuk pembalasan (*velgelling* atau *vergeltung*) Teori pembalasan ini dikenal pada abad ke -18.⁹¹

Teori absolut berorientasi ke masa lalu (*backward looking*) bukan ke masa depan. Pidana merupakan penderitaan sebagai tebusan karena telah dilakukan kejahatan atau dosa (*quia peccatum*).⁹² Menurut Karl O, Christiansen, ada lima ciri pokok teori *retributif*, yaitu⁹³:

- a) *The purpose of punishment is just retribution.* (Tujuan pidana hanyalah untuk pembalasan)
- b) *Just retribution is the ultimate aim, and not in itself a means to any other aim, as for instance social welfare which from this angle of view is without any significance whatsoever.* (Hanya pembalasan yang merupakan tujuan utama dan di dalamnya tidak mengandung tujuan-tujuan lain seperti kesejahteraan masyarakat)
- c) *Moral guilt is the only qualification for punishment.* (Kesalahan moral sebagai satu-satunya syarat pemidanaan)
- d) *The penalty shall be proportional to the moral guilt of the offender.* (Pidana harus disesuaikan secara proporsional dengan kesalahan moral yang dilakukan pelakunya)
- e) *Punishment angkat into the past, it is pure reproach, and its purpose is not to improve, correct, educate, or resocialize the offender.* (Pidana melihat ke belakang, sebagai pencelaan murni, dan tujuannya bukan untuk memperbaiki, mendidik, dan meresosialisasi pelaku).

Menurut Imanuel Kant, pidana merupakan suatu tuntutan kesusilaan. Kant memandang pidana sebagai "*kategorischen imperativ*" yakni : seseorang harus dipidana oleh hakim karena ia telah melakukan kejahatan. Pidana bukan merupakan suatu alat untuk mencapai suatu tujuan, melainkan mencerminkan keadilan. Berangkat

⁹¹ Makarao, Mohammad Taufik, *op. cit.*, Hlm. 39

⁹² Jan Remmelink, *Hukum Pidana* (Jakarta: PT Gramedia Pustaka Utama, 2003). Hlm.600

⁹³ Teguh Prasetyo, *Kriminalisasi dalam Hukum Pidana* (Bandung: Nusa Media, 2010) Hlm.88

dari pemikiran bahwa karena pidana itu merupakan tuntutan mutlak dari hukum dan kesusilaan, jalan pikiran ini melahirkan teori absolut dan dasar kesusilaan, yang dipegang teguh itu dapat dinamakan *de Ethische Vergeldingstheorie*.⁹⁴

Menurut Bambang Purnomo, jalan pemikiran Kant bertolak dari sebuah anggapan bahwa karena tindak pidana menimbulkan ketidakadilan, maka pelakunya harus dibalas dengan ketidakadilan pula. Sedangkan berat ringannya suatu pidana sebagai pembalasan didasarkan atas teori keseimbangan (*Talio Beginsel*), sehingga menurut Kant bahwa pidana mati merupakan pidana mutlak yang harus dijatuhkan terhadap pelaku pembunuhan berencana.⁹⁵

2) Teori relatif (Tujuan/ *Ne Peccetur/ doeltheorien*)

Teori tujuan/relatif, memberikan dasar pikiran bahwa dasar hukum adalah terletak pada tujuan pidana itu sendiri. Pidana itu mempunyai tujuan-tujuan tertentu. Tujuan pokoknya adalah mempertahankan ketertiban masyarakat (*de handing der maatchappelijke orde*). Menurut teori ini, memidana bukanlah untuk memuaskan tuntutan *absolut* dari keadilan. Pembalasan itu sendiri tidak mempunyai nilai, tetapi hanya sebagai sarana untuk melindungi kepentingan masyarakat. Oleh karena itu menurut J. Andenaes dapat

⁹⁴ Makarao, Mohammad Taufik, *op. cit.*, Hlm. 40

⁹⁵ Yesmil Anwar dan Adang, *Pembaruan Hukum Pidana; Reformasi Pidana*, (Jakarta: PT Gramedia Widia Sarana Indonesia, 2008) Hlm. 131.

disebut sebagai teori perlindungan masyarakat (*the theory of social defense*).⁹⁶

Ciri-ciri pokok teori relatif menurut Karl O, Christiansen adalah sebagai berikut:

- a) *The purpose of punishment is prevention.* (Tujuan pidana adalah pencegahan)
- b) *Prevention is not a final aim, but a means to amore suprems aim, e.g. social welfare.* (Pencegahan bukan merupakan tujuan akhir, akan tetapi sebagai sarana untuk mencapai tujuan yang lebih tinggi, yaitu kesejahteraan masyarakat)
- c) *Only breaches of the law which are imputable to the perpetrator as intent or negligence quality for punishment.* (Hanya pelanggaran-pelanggaran hukum saja yang dapat dipersalahkan kepada pelaku, misalnya kesengajaan atau kelalaian yang memenuhi syarat untuk dapat dipidana).
- d) *The penalty shall be determined by its utility as an instrument for the prevention of crime.* (Pidana harus ditentukan sesuai dengan tujuannya, yaitu untuk pencegahan)
- e) *The punishment is prospective, it angkats into the future; it may contain as element of reproach, but meither reproach nor retributive elements can be accepted if they do not serve the prevention of crime for the benefit or social welfare.* (Pidana bersifat prospektif atau melihat ke depan yang mengandung unsur pencelaan, tetapi baik unsur pencelaan maupun pembalasan tidak dapat diterima jika tidak membantu pencegahan kejahatan untuk kemanfaatan atau kesejahteraan masyarakat).⁹⁷

Teori *relatif* bertumpu pada tujuan yang hendak dicapai oleh penjatuhan pidana, yaitu agar menimbulkan efek jera sehingga tidak terjadi kejahatan lagi di masa yang akan datang. Plato menyatakan “*nemo prudents punit, quia peccatum, sed ne peccetur*” (seorang bijak tidak menghukum karena dilakukannya dosa, melainkan agar

⁹⁶ Makarao, Mohammad Taufik, *op. cit.*, Hlm. 44

⁹⁷ Teguh Prasetyo, *op. cit.*, 93-94.

tidak lagi dilakukan dosa). Berdasarkan dari keterangan tersebut, maka pada hakekatnya teori *relatif* menekankan kepada pencegahan (*prevensi*) terhadap pengulangan kejahatan. Prevensi ini dibagi menjadi dua, yaitu prevensi umum dan prevensi khusus.⁹⁸

a) Teori Pencegahan Umum (*General Preventie*)

Teori prevensi umum menyatakan bahwa penjatuhan pidana pada dasarnya bertujuan untuk memberikan efek jera kepada masyarakat luas agar tidak melakukan tindak pidana. Teori pencegahan umum ini dibagi menjadi dua, yaitu *afschrikkingstheorieen* yang bertujuan untuk membuat jera warga masyarakat agar tidak melakukan kejahatan-kejahatan, dan *De leer Van de psychologis* yang berarti ancaman pidana harus dapat mencegah niat orang untuk melakukan kejahatan-kejahatan.⁹⁹

Tujuan pokok pidana yang hendak dicapai adalah pencegahan yang ditujukan kepada khalayak ramai supaya tidak melakukan pelanggaran terhadap ketertiban masyarakat. Prevensi umum mempunyai tiga fungsi, yaitu menegakkan wibawa pemerintah, menegakkan norma dan membentuk norma.

Menurut Vos seperti dikutip Makara, bentuk teori prevensi umum yang paling lama berwujud pidana yang

⁹⁸ Jan Rimmelink. *op. cit.*,. Hlm. 603-605.

⁹⁹ Yesmil Anwar dan Adang. *op. cit.*,. Hlm. 136

mengandung sifat menjerakan/menakutkan dengan pelaksanaannya dimuka umum yang diharapkan dapat memberi *suggestieve* terhadap anggota masyarakat lainnya agar tidak berani melakukan kejahatan lagi.

Berdasarkan tujuan pidana maka dipandang perlunya diadakan pidana yang menjerakan dengan cara melaksanakannya di depan umum dengan tujuan agar anggota masyarakat lain takut untuk melakukan kejahatan. Pelaksanaan yang demikian menurut teori ini memandang pidana sebagai suatu yang terpaksa perlu (*noodzakelijk*) demi untuk mempertahankan ketertiban masyarakat.¹⁰⁰

b) Teori Prevensi Khusus (*Speciale Preventie*)

Aliran prevensi khusus mempunyai tujuan agar pidana itu mencegah si penjahat mengulangi kejahatan. Van Bemmelen menyatakan, mereka yang beranggapan bahwa pidana ialah pembenaran yang terpenting dari pidana itu sendiri, bertolak dari pendapat bahwa manusia (pelaku suatu tindak pidana) dikemudian hari akan menahan diri supaya tidak berbuat seperti itu lagi, karena ia mengalami (belajar) bahwa perbuatannya menimbulkan penderitaan sehingga pidana akan berfungsi mendidik dan memperbaiki.

¹⁰⁰ Makarao, Mohammad Taufik, *op. cit.*, Hlm. 45

Menurut van Hammel, bahwa tujuan pidana disamping mempertahankan ketertiban masyarakat (teori tujuan) juga mempunyai tujuan kombinasi untuk menakutkan (*afschrikking*), memperbaiki (*verbettering*) dan untuk kejahatan tertentu harus membinasakan (*onschadelijk naking*).¹⁰¹

3) Teori Penyatuan/ Gabungan (*Quia Dan Ne/ verenigings theorieen*)

Teori ini merupakan *kombinasi* antara *teori absolut* dengan *teori relatif*. Menurut teori ini, tujuan pemidanaan selain sebagai balasan bagi pelaku kejahatan juga bertujuan untuk melindungi masyarakat dengan mewujudkan ketertiban. Teori ini menitik beratkan kepada pembalasan, namun sifat pembalasan tersebut dimaksudkan untuk melindungi masyarakat. Grotius dalam teorinya, memandang bahwa pemidanaan didasarkan atas keadilan *absolute* (*De absolute gerechtiging heid*) yang berwujud pembalasan terbatas kepada apa yang bermanfaat bagi masyarakat.¹⁰²

Pada teori gabungan, penderitaan merupakan hal yang sewajarnya ditanggung oleh pelaku kejahatan sebagai pembalasan atas perbuatannya (*teori absolut*). Penentuan berat ringannya penderitaan harus juga memperhatikan keadaan personal maupun kemasyarakatan. Selain pembalasan, dalam pemidanaan perlu dipertimbangkan

¹⁰¹ *Ibid.* Hlm. 47

¹⁰² Yesmil Anwar dan Adang, *op. cit.*, Hlm. 137

pembelajaran dan rasa takut yang dimunculkan oleh penjatuhan pidana terhadap semua orang (prevensi umum), termasuk di dalamnya perbaikan bagi pelaku (prevensi khusus) sehingga pemidanaan dapat mencapai tujuan untuk menciptakan ketertiban dalam masyarakat.¹⁰³

Menurut teori gabungan, harus dilakukan pemilahan terhadap prioritas penggunaan pidana, misalnya terhadap tindak pidana yang berat, maka dapat diutamakan pemidanaan yang mengandung unsur pembalasan dan prevensi umum. Sedangkan dalam tindak pidana yang sifatnya ringan, maka tujuan pidana dapat lebih ditekankan kepada pribadi pelaku untuk di-resosialisasi.¹⁰⁴

Penjatuhan sanksi pidana juga harus memperhatikan sisi Hak Asasi Manusianya. Muladi berpendapat, bahwa melihat persoalan yang semakin kompleks menyangkut Hak Asasi Manusia, diperlukan pendekatan multi dimensi, baik yang menyangkut dampak yang bersifat individual maupun sosial. Pendekatan semacam ini mengharuskan untuk memilih menggunakan *teori integratif*. Teori pemidanaan yang integratif mensyaratkan pendekatan yang integral terhadap tujuan-tujuan pemidanaan.

Tindak pidana merupakan gangguan terhadap keseimbangan, keselarasan dan keserasian dalam kehidupan masyarakat yang mengakibatkan kerusakan individual ataupun masyarakat. Oleh karenanya, tujuan pemidanaan adalah untuk memulihkan kerusakan

¹⁰³ Jan Rummelink, *op. cit.*, 611-612

¹⁰⁴ Widodo, *Sistem Pemidanaan dalam Cyber Crime*. (Yogyakarta: Laksbang Mediatama, 2009) Hlm. 76-77.

individu maupun masyarakat yang diakibatkan oleh tindak pidana (*individual dan social damages*). Dari keterangan tersebut, tujuan pemidanaan yang hendaknya diintegrasikan meliputi:

- a) Pencegahan, baik umum maupun khusus;
- b) Perlindungan masyarakat;
- c) Memelihara solidaritas masyarakat; dan
- d) Pengimbalan/ pengimbangan.¹⁰⁵

Menurut Herbert L. Packer seperti yang dikutip Muladi, bahwa hanya ada dua tujuan utama dari pemidanaan, yakni pengenaan penderitaan yang setimpal terhadap penjahat dan pencegahan kejahatan. Packer selanjutnya menyatakan, bahwa pidana merupakan suatu kebutuhan, tetapi merupakan bentuk kontrol sosial yang disesalkan, karena ia mengenakan penderitaan atas nama tujuan-tujuan yang pencapaiannya merupakan sesuatu kemungkinan.¹⁰⁶

Persoalan tujuan yang ingin dicapai dengan pemidanaan, ternyata tidak terdapat suatu kesamaan pendapat para ahli, khususnya ahli hukum pidana dan kriminologi. Namun, secara umum pada dasarnya terdapat tiga pokok pikiran tentang tujuan yang ingin dicapai dengan suatu pemidanaan, yakni :

- a) Untuk memperbaiki pribadi dari kejahatan itu sendiri,
- b) Untuk membuat orang menjadi jera dalam melakukan kejahatan-kejahatan,

¹⁰⁵ Muladi, *Lembaga Pidana Bersyarat*. (Bandung: Alumni, 2008). Hlm. 53-61.

¹⁰⁶ *Ibid*, hlm. 60

- c) Untuk membuat penjahat tertentu menjadi tidak mampu melakukan kejahatan yang lain, yakni penjahat yang dengan cara-cara yang lain sudah tidak dapat diperbaiki lagi.

Apabila ditinjau dari segi tujuan pokok penjatuhan hukuman ada tiga tujuan utama dalam hukum pidana Islam, yaitu sebagai pencegahan, pengajaran dan pendidikan. Pencegahan yang dimaksud adalah menahan pembuat agar tidak mengulangi perbuatan jarimahya (tindak pidana) atau agar tidak terus-menerus memperbuatnya, di samping pencegahan terhadap orang lain selain pembuat agar ia tidak memperbuat jarimah, sebab ia bisa mengetahui bahwa hukuman yang dikenakan terhadap orang yang memperbuat pula perbuatan yang sama.¹⁰⁷ Hal ini menurut penulis dapat menggambarkan bahwa hukum pidana Islam sudah terlebih dahulu ada mendahului dari pada teori gabungan yang di paparkan oleh para pakar hukum pidana konvensional diatas.

Hukuman yang terdapat dalam hukum pidana Islam saat ini dianggap tidak lagi tepat untuk digunakan karena tidak lagi relevan dengan kejahatan yang terus bertambah dan hukum pidana Islam juga dianggap kejam. Hukuman mati, potong tangan, hukuman rajam, cambuk merupakan hukuman yang menjadi momok yang sangat menakutkan bagi sebagian masyarakat yang anti hukum Islam, namun paham ini muncul akibat kesalahan dalam mengartikan hukum pidana

¹⁰⁷ Ahmad Hanafi. *op. cit.*,. Hlm. 255

Islam itu sendiri. Menurut penulis, hal ini hanya merupakan wacana yang dibuat agar menyempitkan eksistensi hukum pidana Islam di dunia.

Hukuman potong tangan contohnya, sebenarnya dalam sejarah Islam Khalifah Umar pernah menanggukkan untuk menerapkan kepada kaumnya hanya karena pada masa itu terjadi krisis kebutuhan pokok dan terjadi pencurian dimana-mana. Dalam hal ini kalau hukuman itu diterapkan, justru tidak sesuai dengan *maqasid asy-syari'at* atau tujuan hukumnya.¹⁰⁸

Menurut penulis adapun indikator-indikator tercapainya tujuan dari teori gabungan tersebut diatas terhadap penerapan hukuman cambuk dapat dilihat dengan parameter yang dapat diuraikan menurut konsep teori gabungan yaitu,

- a). Berfungsinya hukuman cambuk sebagai hukuman yang memenuhi prinsip pembalasan bagi pelaku kejahatan serta untuk melindungi masyarakat dengan mewujudkan ketertiban.
- b). Hukuman cambuk dalam penentuan berat ringannya sebagai suatu penderitaan sudah memperhatikan keadaan personal maupun kemasyarakatan.
- c). Hukuman cambuk sudah mengandung tujuan sebagai pembelajaran dan rasa takut yang dimunculkan oleh penjatuhan pidana terhadap

¹⁰⁸ Topo Santoso, *op. cit.*, Hlm.7

semua orang (prevensi umum), termasuk didalamnya perbaikan bagi pelaku (prevensi khusus).

3. Jenis Pidana Dalam Kitab Undang-undang Hukum Pidana (KUHP)

Setelah Indonesia merdeka, dengan UU No. 1 Tahun 1946 *Wetboek van Strafrecht voor Nederlandsch Indie* diubah menjadi Kitab Undang-undang Hukum Pidana.¹⁰⁹ Kitab Undang-undang Hukum Pidana ini mulai diberlakukan di Indonesia berdasarkan *Koninklijk Besluit* atau Putusan Kerajaan tanggal 15 Oktober 1915 Nomor 33, *Staatsblad* Tahun 1915 Nomor 732 jo. *Staatsblad* Tahun 1917 Nomor 497 dan Nomor 645 mulai tanggal 1 Januari 1918. Pada masa ini hukum pidana Indonesia hanya mengenal dua jenis pidana yaitu, pidana pokok dan pidana tambahan.¹¹⁰

Ketentuan pidana tercantum dalam Pasal 10 KUHP membedakan pidana pokok dan pidana tambahan. Ketentuan tersebut berbeda dengan *Wetboek van Strafrecht (WvS)* Belanda yang menjadi sumber KUHP Indonesia, yaitu pidana pokok dalam Artikel 9 WvS Belanda tidak terdapat pidana mati (telah dicabut sejak tahun 1870), sedangkan pada KUHP Indonesia masih tercantum pidana mati, bahkan delik-delik yang diancam mati makin bertambah.¹¹¹

¹⁰⁹ Eddy, O.S. Hiariej, *Asas Legalitas dan Penemuan Hukum Dalam Hukum Pidana*, (Jakarta: Erlangga, 2009. Hal. 2)

¹¹⁰ Lamintang, P.A.F, Theo, *op. cit.*,. Hlm. 35

¹¹¹ Hamzah, Andi, 1986, *Op. cit.*, Hlm. 25

Hukum pidana positif mengenal jenis sanksi yang berupa tindakan, disamping jenis sanksi yang berupa pidana, misalnya ;

- a. Penempatan di rumah sakit jiwa bagi orang yang tidak dapat mempertanggungjawabkan karena jiwanya cacat dalam tubuhnya atau terganggu karena penyakit (lihat pasal 44 ayat 2 KUHP)
- b. Bagi anak yang sebelum umur 16 tahun melakukan tindak pidana hakim dapat mengenakan tindakan berupa (lihat pasal 45 KUHP) :
 - 1) Mengembalikan kepada orang tuanya, walinya atau pemeliharanya; atau
 - 2) Memerintahkan agar anak tersebut diserahkan kepada pemerintah
Dalam hak ke-2 anak tersebut dimasukkan dalam rumah pendidikan negara yang penyelenggaranya diatur dalam Peraturan Pendidikan Paksa (*dwangop-voedingregeling*, Stb. 1916 No.741)
- c. Penempatan di tempat bekerja negara (*lands-werkinrichting*) bagi penganggur yang tidak mempunyai mata pencaharian, serta mengganggu ketertiban umum dengan melakukan pengemis, gelandangan, atau perbuatan asosial (Stb. 1936 No. 160)
- d. Tindakan tata tertib dalam hal tindak pidana ekonomi (pasal 8 UU No. 7 Drt. 1955) dapat berupa :
 - 1) Penempatan perusahaan si terhukum di bawah pengampunan untuk selama waktu tertentu (3 tahun untuk kejahatan TPE dan 2 tahun untuk pelanggaran TPE),
 - 2) Pembayaran uang jaminan selama waktu tertentu

- 3) Pembayaran sejumlah uang sebagai pencabutan keuntungan menurut taksiran yang diperoleh dari tindak pidana yang dilakukan
- 4) Kewajiban mengerjakan apa yang dilalaikan tanpa hak, dan melakukan jasa-jasa untuk memperbaiki akibat-akibat satu sama lain semua atas biaya si terhukum sekadar hakim tidak menentukan lain.¹¹²

E. Pengertian dan Ruang Lingkup Kebijakan Hukum Pidana

1. Pengertian Kebijakan Hukum Pidana

Sesuai dengan yang dikemukakan Barda Nawawi, bahwa istilah kebijakan diambil dari “*policy*” (Inggris) dan “*Politiek*” (Belanda). Bertolak dari kedua istilah asing ini, maka istilah “kebijakan hukum pidana” dapat pula disebut dengan istilah “politik hukum pidana”. Dalam kepustakaan asing istilah “politik hukum pidana” ini sering dikenal dengan berbagai istilah, antara lain “*penal policy*”, “*criminal law policy*” atau “*strafrechtspolitik*”.¹¹³

Pengertian kebijakan atau politik hukum pidana dapat dilihat dari politik hukum maupun dari politik kriminal. Menurut Sudarto seperti yang dikutip Barda, politik hukum adalah :

- a. Usaha untuk mewujudkan peraturan-peraturan yang baik sesuai dengan keadaan dan situasi pada suatu saat.

¹¹² Muladi, Barda Nawawi, *op. cit.*, Hlm. 45-46

¹¹³ Barda Nawawi Arief, *op. cit.*, Hlm. 22

- b. Kebijakan dari negara melalui badan-badan yang berwenang untuk menetapkan peraturan-peraturan yang dikehendaki yang diperkirakan bisa digunakan untuk mengekspresikan apa yang terkandung dalam masyarakat dan untuk mencapai apa yang dicita-citakan.¹¹⁴

Sedangkan politik kriminal menurut Marc Ancel, ialah pengaturan atau penyusunan secara rasional usaha-usaha pengendalian kejahatan oleh masyarakat.¹¹⁵ Tujuan akhir dari kebijakan kriminal ialah perlindungan masyarakat untuk mencapai tujuan utama yang sering disebut dengan berbagai istilah misalnya kebahagiaan warga masyarakat/penduduk (*happines of the citizens*), kehidupan kultural yang sehat dan menyegarkan (*a wholesome and cultural living*), kesejahteraan masyarakat (*social welfare*) atau untuk mencapai keseimbangan (*equality*).¹¹⁶

2. Ruang Lingkup Kebijakan Hukum Pidana

Inti dari kebijakan hukum pidana adalah bagaimana merumuskan hukum pidana yang baik dan memberikan pedoman dalam pembuatan (kebijakan formulasi), aplikasi (kebijakan legislasi), dan pelaksanaan (kebijakan eksekusi) hukum pidana. Menurut Barda, kebijakan hukum pidana dapat mencakup ruang lingkup kebijakan di bidang hukum pidana

¹¹⁴ *Ibid.*

¹¹⁵ Muladi, Barda Nawawi, *op. cit.*, Hlm. 157

¹¹⁶ *Ibid.* Hlm. 158

materil, di bidang hukum pidana formal dan di bidang hukum pelaksanaan pidana.¹¹⁷

Menurut A. Mulder, kebijakan/politik hukum pidana merupakan garis kebijakan untuk menentukan :

- a. Seberapa jauh ketentuan-ketentuan pidana yang berlaku perlu diubah atau diperbaharui.
- b. Apa yang dapat diperbuat untuk mencegah terjadinya tindak pidana.
- c. Cara bagaimana penyidikan, penuntutan, peradilan dan pelaksanaan pidana harus dilaksanakan.¹¹⁸

Definisi Murder di atas bertolak dari pengertian sistem hukum pidana, menurut Marc Ancel yang menyatakan, bahwa tiap masyarakat yang terorganisir memiliki sistem hukum pidana yang terdiri dari :

- a. Peraturan-peraturan hukum pidana dan sanksinya
- b. Suatu prosedur hukum pidana
- c. Suatu mekanisme pelaksanaan (pidana)

Usaha kebijakan untuk membuat peraturan hukum pidana baik pada hakikatnya tidak dapat dilepaskan dari tujuan penanggulangan kejahatan. Dengan demikian, kebijakan atau politik hukum pidana juga merupakan bagian dari politik kriminal. Dengan perkataan lain, dilihat dari sudut politik kriminal, maka politik hukum pidana identik dengan pengertian kebijakan penanggulangan kejahatan dengan hukum pidana.¹¹⁹

¹¹⁷ Barda Nawawi Arief, *op. cit.*, Hlm. 25

¹¹⁸ Barda Nawawi Arief. *Kapita Selekta Hukum Pidana*. (Bandung: Citra Aditya Bakti, 2003). Hlm. 26.

¹¹⁹ *Ibid*, Hlm. 24

Dua masalah sentral dalam kebijakan kriminal dengan menggunakan sarana penal (hukum pidana) ialah masalah penentuan :

- a. Perbuatan apa yang seharusnya dijadikan tindak pidana, dan
- b. Sanksi apa yang sebaiknya digunakan atau dikenakan kepada si pelanggar.

Menurut Muladi dan Barda, dua hal sentral ini tidak dapat dilepaskan dari konsepsi bahwa kebijakan kriminal merupakan bagian integral dari kebijakan sosial. Ini berarti pemecahan masalah-masalah tersebut di atas harus pula diarahkan untuk mencapai tujuan-tujuan tertentu dari kebijakan sosial yang telah ditetapkan¹²⁰.

Bassiouni seperti yang dikutip Muladi, memaparkan bahwa keputusan untuk melakukan kriminalisasi dan dekriminalisasi harus didasarkan pada faktor-faktor kebijakan tertentu yang mempertimbangkan bermacam faktor, termasuk :

- a. Keseimbangan sarana-sarana yang digunakan dalam hubungannya dengan hasil yang dicari atau yang ingin dicapai.
- b. Analisis biaya terhadap hasil-hasil yang diperoleh dalam hubungannya dengan tujuan-tujuan yang dicari.
- c. Penilaian atau penaksiran tujuan-tujuan yang dicari itu dalam kaitannya dengan prioritas-prioritas lainnya dalam pengalokasian sumber-sumber tenaga manusia.

¹²⁰ Muladi, Barda Nawawi, *op. cit.*, Hlm. 160

- d. Pengaruh sosial dan kriminalisasi dan dekriminalisasi yang berkenaan dengan (dipandang dari segi) pengaruh-pengaruhnya yang sekunder.¹²¹

Selanjutnya, dikemukakan bahwa problem dari pendekatan yang berorientasi pada kebijakan adalah kecendrungan untuk menjadi pragmatis dan kuantitatif serta tidak memberikan kemungkinan untuk masuknya faktor-faktor yang subjektif, misalnya nilai-nilai kedalam proses pembuatan keputusan.¹²² Pendekatan kebijakan seperti yang dikemukakan di atas jelas merupakan pendekatan yang rasional, karena karakteristik dari suatu politik kriminil yang rasional adalah penerapan metode-metode yang rasional. J. Andenaes mengemukakan:

Apabila orang mendasarkan hukum pidana pada konsepsi perlindungan masyarakat/ social defence, maka tugas selanjutnya adalah mengembangkan serasional mungkin. Hasil-hasil maksimum harus dicapai dengan biaya yang minimum bagi masyarakat dan minimum penderitaan bagi individu.

Dari pendapat J. Andenaes diatas terlihat dengan jelas bahwa pendekatan kebijakan yang rasional berkaitan erat pula dengan pendekatan ekonomis dalam penggunaan sanksi pidana. Pendekatan ekonomis di sini tidak hanya dimaksudkan untuk mempertimbangkan antara biaya atau beban yang ditanggung masyarakat (dengan dibuat/digunakannya hukum

¹²¹ *Ibid*, Hlm. 161

¹²² *Ibid*, Hlm. 162

pidana) dengan hasil yang ingin dicapai, tetapi juga dalam arti mempertimbangkan efektivitas dari sanksi pidana itu sendiri.

Sehubungan dengan hal ini, Ted Honderich berpendapat bahwa suatu pidana dapat disebut sebagai alat pencegah yang ekonomis apabila dipenuhi syarat sebagai berikut :

- a. Pidana itu sungguh-sungguh mencegah
- b. Pidana itu tidak menyebabkan timbulnya keadaan yang lebih berbahaya/merugikan daripada yang akan terjadi apabila pidana itu tidak dikenakan
- c. Tidak ada pidana lain yang dapat mencegah secara efektif dengan bahaya/kerugian yang lebih kecil.¹²³

Pendekatan ekonomis ini bukan hanya terbatas pada keharusan untuk memperbandingkan biaya atau beban yang harus dipikul dengan hasil yang ingin dicapai, tetapi juga mempertimbangkan efektivitas sanksi pidananya. Suatu sanksi pidana dapat dikatakan sebagai alat pencegah yang bersifat ekonomis apabila sanksi pidana tersebut benar-benar dapat berfungsi sebagai alat pencegah dan tidak menimbulkan bahaya yang lebih berbahaya atau merugikan.¹²⁴

Pendekatan lain yang juga harus dipertimbangkan adalah pendekatan kebijakan yang humanis. Hal ini penting, tidak hanya karena kejahatan itu pada hakikatnya merupakan masalah kemanusiaan (*human problem*) tetapi juga karena pada hakikatnya pidana itu sendiri

¹²³ *Ibid.* Hlm 165

¹²⁴ Barda Nawawi Arief, dikutip oleh Mien Rukmini. *Aspek Hukum Pidana dan Kriminologi (Sebuah Bunga Rampai)*. (Bandung: PT Alumni, 2009). Hlm. 24

mengandung unsur penderitaan yang dapat menyerang kepentingan atau nilai yang paling berharga bagi kehidupan manusia.

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 kemasyarakatan.¹²⁵

Sementara dalam menentukan bobot sanksi pidana tidak boleh mengabaikan aspek keadilan. Di sini berarti sanksi pidana harus sebanding dengan kekejaman dari suatu kejahatan. Lebih dari itu, bobot sanksi pidana harus sebanding pula dengan korban yang ditimbulkan akibat kejahatan tersebut. Vito dan Holmes mengemukakan pendapat Jeremy Bentham, yaitu sebagai berikut:¹²⁶

Bentham believed that the purpose of punishment should be crime prevention, and that punishment must be proportional to the severity of the crime to have a deterrent effect. Moreover, the severity of punishment should be directly proportionate to the number of persons injured by it.

Dalam pengertian yang lain, penentuan rumusan sanksi pidana harus didasarkan atas keseimbangan antara perbuatan yang dilakukan (*the gravity of the offence*) dengan sanksi yang dijatuhkan. Semakin berat perbuatan pidana yang dilakukan, maka semakin berat pula sanksi yang dijatuhkan, demikian

¹²⁵ Muladi, Barda Nawawi, *op. cit.*, Hlm. 167

¹²⁶ Widodo. 2009. *Sistem Pidana dalam Cyber Crime*. Yogyakarta: Laksbang Mediatama. Hlm. 60.

juga sebaliknya. Tipe retributif ini disebut dengan teori proporsionalitas (*proportionality theory*).¹²⁷

Pada tahapan dari kebijakan hukum pidana, setelah proses penentuan masalah perbuatan apa yang seharusnya dijadikan sebagai tindak pidana, maka langkah selanjutnya adalah menentukan sistem pemidanaan yang sebaiknya digunakan atau dikenakan kepada orang yang melakukan tindak pidana¹²⁸. Masalah penentuan sistem pemidanaan juga bukan merupakan sesuatu yang mudah karena harus pula ditentukan dahulu parameter-parameternya. Sistem pemidanaan di sini meliputi jenis sanksi pidana (*strafsoort*), bobot sanksi pidana (*strafmaat*), dan cara pelaksanaan pidana (*strafmodus*).

Sementara itu, dalam menentukan bobot sanksi pidana tidak boleh mengabaikan aspek keadilan. Di sini berarti sanksi pidana harus sebanding dengan kekejaman dari suatu kejahatan. Lebih dari itu, bobot sanksi pidana harus sebanding pula dengan korban yang ditimbulkan akibat kejahatan tersebut.

Tahapan terakhir dalam konsep kebijakan hukum pidana adalah penegakan hukum yang secara konvensional masuk dalam kinerja aparat penegak hukum dalam lingkaran sistem peradilan pidana. Sistem Peradilan Pidana (SPP) atau *criminal justice system* kini telah menjadi suatu pedoman yang menunjukkan mekanisme kerja dalam penanggulangan kejahatan dengan menggunakan dasar pendekatan sistem.

¹²⁷ V. Bemmelen, dikutip dalam Aruan Sakidjo dan Bambang Poernomo. 1990. *Hukum Pidana; Dasar Aturan Umum Hukum Pidana Kodifikasi*. Jakarta: Ghalia Indonesia. Hlm. 75.

¹²⁸ Barda Nawawi Arief, *op. cit.*, Hlm. 27.

Menurut Remington dan Ohlin, *criminal justice system* diartikan sebagai pemakaian pendekatan sistem terhadap mekanisme administrasi peradilan pidana, dan peradilan pidana sebagai suatu sistem merupakan hasil integrasi antara peraturan undang-undang, praktik administrasi dan sikap atau tingkah laku sosial. Pengertian sistem itu sendiri mengandung implikasi suatu proses interaksi yang dipersiapkan secara rasional dan dengan cara efisien untuk memberikan hasil tertentu dengan segala keterbatasannya.¹²⁹

Mardjono, sebagaimana yang dikutip Romli Atmasasmita berpendapat bahwa yang dimaksud dengan sistem peradilan pidana adalah sistem pengendalian kejahatan yang terdiri dari lembaga-lembaga kepolisian, kejaksaan, pengadilan, dan masyarakat¹³⁰. Sedangkan menurut Hagan (1987) "*criminal justice system*" adalah koneksi antara keputusan dari setiap instansi yang terlibat dalam proses peradilan pidana.¹³¹

Tujuan peradilan pidana¹³² adalah untuk memutuskan apakah seseorang bersalah atau tidak, peradilan pidana dilakukan dengan prosedur yang diikat oleh aturan-aturan ketat tentang pembuktian yang mencakup semua batas-batas konstitusional dan berakhir pada proses pemeriksaan

¹²⁹ Yesmil Anwar, Adang, *Sistem Peradilan Pidana*, (Widya Padjadjaran, Bandung, 2009) Hlm. 35

¹³⁰ Atmasasmita, Romli, *Sistem Peradilan Pidana Kontemporer*, (Kencana, Jakarta, 2010) Hlm. 2.

¹³¹ *Ibid.* hlm.2

¹³² Bandingkan dengan tujuan hukum acara pidana yang tertuang dalam pedoman pelaksanaan KUHAP, bahwa tujuan hukum acara pidana adalah untuk mencari kebenaran materiil atau setidaknya mendekati kebenaran materiil, ialah kebenaran yang selengkap-lengkapnyanya dari suatu perkara pidana dengan menerapkan ketentuan hukum acara pidana secara jujur dan tepat, dengan tujuan mencari siapakah pelaku yang dapat didakwakan melakukan suatu pelanggaran hukum, dan selanjutnya meminta pemeriksaan dan putusan dari pengadilan guna menemukan apakah terbukti bahwa suatu tindakan telah dilakukan dan apakah orang yang didakwakan ini dapat dipersalahkan.

dipengadilan. Kaitannya dengan tujuan peradilan seperti yang dinyatakan oleh Harry C Bredemeire sebagaimana yang dikutip Yesmil Anwar dan Adang, bahwa tugas pengadilan adalah untuk membuat suatu putusan yang akan mencegah konflik dan gangguan terciptanya kerjasama.¹³³

F. Kebijakan Hukum Pidana Di Indonesia Tentang Pengancaman Sanksi Pidana Dalam Perundang-Undangan

Tujuan dari kebijakan menetapkan suatu sanksi pidana tidak dapat dilepaskan dari tujuan politik kriminil dalam arti keseluruhannya yaitu perlindungan masyarakat untuk mencapai kesejahteraan. Sebagai salah satu bagian dari mata rantai perencanaan penanggulangan kejahatan untuk mencapai kesejahteraan masyarakat itu, maka tahapan penetapan pidana menurut Muladi dan Barda justru *harus merupakan tahap perencanaan yang matang* mengenai kebijakan-kebijakan tindakan apa yang seharusnya diambil dalam hal pemidanaan apabila terjadi sesuatu pelanggaran hukum.

Tahap ini dengan perkataan lain *harus merupakan tahapan perencanaan strategis*, dibidang pemidanaan yang diharapkan dapat memberi arah pada tahap-tahap berikutnya, yaitu tahap penerapan pidana dan tahap pelaksanaan pidana. Setiap perencanaan mengandung didalamnya suatu kebijakan memilih dan menetapkan berbagai alternatif, terkandung pula makna, bahwa pemilihan itu dilakukan berdasarkan suatu pertimbangan yang rasional.

¹³³ Yesmil Anwar, Adang, *op. cit.*,. hlm.vi.

Sementara itu penetapan pidana sendiri bertujuan untuk menghilangkan noda-noda yang diakibatkan oleh tindak pidana. Aliran modern menitik beratkan perhatiannya kepada orang yang melakukan tindak pidana dan pemberian pidana atau tindakan dimaksud untuk melindungi masyarakat terhadap bahaya yang ditimbulkan oleh pembuat. Aliran *Defence sociale* secara aktif hendak menghilangkan bahaya terhadap masyarakat itu dengan mengadakan resosialisasi dari pembuat.

Sudarto seperti yang kutip Muladi menyimpulkan bahwa hukum pidana hendaknya dipertahankan sebagai salah satu sarana untuk “*social defence*” dalam arti melindungi masyarakat terhadap kejahatan dengan memperbaiki atau memulihkan kembali (*rehabilitasi*) si pembuat tanpa mengurangi keseimbangan perorangan (pembuat) dan masyarakat.¹³⁴ Menurut J.E. Sahetapy, pembedaan sebaiknya bertujuan “pembebasan”. Makna pembebasan menghendaki agar si pelaku bukan saja harus dibebaskan dari alam pikiran yang jahat, yang keliru, melainkan harus pula di bebaskan dari kenyataan sosial dimana ia terbelenggu.¹³⁵

Sasaran utama yang dituju oleh pidana adalah dalam pendapat ini adalah “orang” (si pembuat). Dalam pengertian “pembebasan” menurut Muladi dan Barda, tersimpul makna filsafat pembinaan menurut Pancasila yaitu dibina sedemikian rupa sehingga si pembuat terbebas dari alam pikiran jahat dan terbebas dari kenyataan sosial yang membelenggunya.¹³⁶

¹³⁴ Muladi, Barda Nawawi, *op. cit.*, Hlm.96

¹³⁵ J.E. Sahetapy, *Suatu Studi Khusus Mengenai Ancaman Pidana Mati Terhadap Pembunuhan Berencana*, (Jakarta : Rajawali Press, 1992) Hlm. 279

¹³⁶ Muladi, Barda Nawawi, *op. cit.*, Hlm.97

Tujuan pidana yang berlatar belakang filsafat pembinaan dengan terutama berorientasi pada orang (pembuat) seperti dikemukakan di atas, sudah seharusnya juga mempunyai pengaruh dalam menetapkan kebijakan strategi berikutnya yaitu kebijakan menetapkan sanksi pidana. Kebijakan menetapkan sanksi pidana pada umumnya meliputi masalah-masalah menetapkan jenis dan jumlah berat ringannya pidana.

Masalah pemilihan berbagai sanksi alternatif untuk memperoleh pidana mana yang dianggap paling baik, paling tepat, paling patut, paling berhasil atau efektif, jelas merupakan masalah yang tidak mudah. Penetapan jenis pidana oleh pembuat undang-undang antara lain dimaksudkan untuk menyediakan seperangkat sarana bagi para penegak hukum dalam rangka menanggulangi kejahatan. Dengan berkembangnya delik-delik khusus (baru) dalam masyarakat yang sedang mengalami modernisasi.¹³⁷

Colin Howard berpendapat bahwa peranan badan pembuat undang-undang dalam hukum pidana dan penerapannya sangatlah penting. Peranan legislatif dalam hal pemidanaan meliputi penentuan kebijakan dasar yang tidak hanya mengenai pidana yang tepat untuk tiap-tiap tindak pidana, tetapi juga mengenai tipe pidana yang disediakan untuk kekuasaan pemidanaan lainnya di tingkat bawah (*the other sentencing authoristic*) dan kadar kebijakan yang diberikan kepada mereka dalam menetapkan pidana yang tepat untuk seseorang pelanggar tertentu.¹³⁸

¹³⁷ *Ibid*, Hlm. 106

¹³⁸ Barda Nawawi Arief, *Kebijakan Legislatif Dalam Penanggulangan Kejahatan Dengan Pidana Penjara* (Yogyakarta: Genta Publising, 2010 Cet. IV). Hlm.115

Dalam perundang-undangan hukum pidana Indonesia, maka dapat kita lihat jenis-jenis sanksi pidana yang telah dimasukkan kedalam beberapa perundang-undangan khususnya KUHP :

1. Tabel Perumusan ancaman pidana untuk kejahatan dalam KUHP Indonesia¹³⁹

No.	Perumusan Ancaman Pidana	F	%
1	Mati/ Seumur hidup/ Penjara +)	13	2,21
2	Seumur Hidup/ penjara	18	3.07
3	Penjara	395	67.29
4	Penjara/Kurungan	13	2.21
5	Penjara/Kurungan/ denda	18	3.07
6	Penjara/ Denda	118	20.10
7	Kurungan	2	0.34
8	Kurungan Denda	9	1.54
9	Denda	1	0.17
	Jumlah	587	100

Catatan :

- f : Jumlah tindak pidana kejahatan yang memuat perumusan ancaman pidana yang bersangkutan
- +) : penjara, maksudnya pidana penjara dalam waktu tertentu

Tabel diatas menjelaskan bahwa jenis sanksi pidana untuk kejahatan dalam KUHP Indonesia yang paling banyak ditetapkan adalah pidana penjara (67,29 %) atau apabila di gabung dengan pidana kurungan, maka yang paling banyak adalah pidana hilang kemerdekaan.

¹³⁹ *Ibid.*Hlm. 223

2. Tabel Beberapa Perumusan ancaman pidana untuk kejahatan di luar
KUHP Indonesia

No	Undang-undang	Komposisi Pidana				
		Mati	Penjara	Kurungan	Penjara dan denda	Denda
1	UU No.20/2001 Korupsi	1	-	-	30	-
2	UU No.15/2003 Anti terorisme	1	2	-	-	-
3	UU No.26/ 2000 Pengadilan HAM	3	6	-	-	-
4	UU No. 8/ 2010 tentang pencegahan dan pemberantasan tindak pidana pencucian uang	-	3	2	7	1
5	UU 21/2007 Perdagangan Manusia	-	-	-	23	1
	Jumlah	5	9	0	62	2

Dari tabel diatas dapat ditarik kesimpulan antara lain:

1. Jenis pidana yang paling banyak ditetapkan adalah pidana penjara dan sekaligus pidana denda atau apabila di gabung dengan pidana penjara tanpa kumulatifnya hukuman, maka yang paling banyak adalah pidana hilang kemerdekaan itu sendiri.
2. Apabila dilihat dari tiap undang-undang yang bersangkutan, maka pidana mati masih merupakan salah satu hukuman pokok yang diancamkan

kepada tindak pidana yang masuk dalam kategori *extraordinary crime*, walau hukuman mati masih menjadi pertentangan bagi sebagian pegiat HAM, bahkan hukuman mati di jadikan isu yang sensasional beberapa waktu belakangan ini sebagai salah satu hukuman bagi para pelaku korupsi di Indonesia.

3. Dari beberapa contoh undang-undang yang penulis rekap kedalam tabel diatas tidak terdapat adanya jenis pidana pokok baru.
4. Sistem pemidanaan dalam undang-undang No. 8 tahun 2010 pencegahan dan pemberantasan tindak pidana pencucian uang, banyak menyimpang atau berbeda dengan aturan umum KUHP yang menjadi induknya. Penyimpangan/perbedaan itu antara lain mengenai meningkatnya jumlah ancaman pidana denda yang masih sangat tinggi, serta tidak adanya batasan maksimum pidana kurungan pengganti denda bagi terdakwa yang tidak sanggup membayar denda hal ini berbeda dengan yang ditetapkan dalam pasal 30 KUHP.

Dari kesimpulan-kesimpulan di atas ternyata kebijakan menetapkan jenis maupun komposisi masing-masing jenis sanksi pidana dalam produk legislatif kita selama ini tidak banyak berbeda dengan kebijakan pembuat KUHP.

Pendekatan rasional dalam memilih dan menetapkan suatu jenis pidana mengandung makna, bahwa pidana yang dipilih itu harus berdasarkan pertimbangan-pertimbangan tertentu yang cukup beralasan. Dengan demikian pendekatan rasional tidak mengenal kemutlakan. Tidak ada kemutlakan dalam

masalah penetapan pidana, khususnya dalam masalah “apakah pidana itu harus pidana penjara”.¹⁴⁰

Menurut Sudarto seperti yang dikutip Barda, “Sejarah menunjukkan, bahwa apa yang dinamakan pidana. Jadi kalau orang mengira bahwa orang yang melakukan pencurian harus dipidana penjara, karena hal itu sudah dipandang “memang begitu” maka perkiraan orang itu tidak benar ! ini adalah masalah penegakan hukum. Adapun cara bagaimana hukum itu ditegakkan, itu merupakan masalah pemilihan sarana apa yang dipandang paling efektif dan bermanfaat untuk mencapai tujuan”.¹⁴¹

Dari kutipan diatas, menurut Barda jelas pula terlihat bahwa sebenarnya bukanlah suatu kebijakan apabila suatu tindakan secara “begitu saja” atau dilakukan secara rutin seolah-olah memang sudah “seharusnya begitu”. Dikatakan suatu kebijakan apabila suatu langkah atau tindakan yang diambil merupakan suatu pemilihan yang didasarkan pada pertimbangan yang cukup beralasan, yang rasional.

Secara umum yang dinyatakan oleh Sudarto, dalam kutipan diatas, bahwa sarana yang dipilih itu harus merupakan sarana yang dianggap paling efektif dan bermanfaat untuk mencapai tujuan. Dengan demikian tolok ukur dari dasar pembenaran pidana penjara atau lainnya, dilihat dari pendekatan rasional, harus dilihat dari tujuan yang telah ditetapkan. Penetapan tujuan ini merupakan prasyarat bagi suatu politik criminal yang rasional.¹⁴²

¹⁴⁰ Barda Nawawi Arief, *op.cit.* Hlm. 81

¹⁴¹ *Ibid,*

¹⁴² *Ibid,* Hlm. 82

Penulis menyimpulkan bahwa, suatu penentuan sanksi pidana harus tetap dilakukan dengan rasional dan disesuaikan dengan zaman, modus yang dilakukan di dalam tindak pidana terus meningkat seiring dengan kemajuan zaman. Dan penentuan sanksi tersebut harus memenuhi dari tujuan hukum dan kebijakan pidana itu sendiri.

BAB III

TINJAUAN UMUM TENTANG HAK ASASI MANUSIA

DALAM PENEGAKAN HUKUM PIDANA

G. Definisi Hak Asasi Manusia

Hingga saat ini belum ditemukan definisi yang universal tentang apa yang dimaksud dengan HAM itu. Seperti yang dinyatakan oleh Muhammad Nur Ismail di dalam tulisannya¹⁴³, dia menyebutkan bahwa dalam *a Hand Book of Internasional Human Right Terminology* : dikatakan “*Human right is legally enforceable claim or entitlement that is held by individual human being vis a vis the state government for the protection of the in herent human dignity of the human being. Other hold that human rights can also be held by collective group of human being*”. Kesimpulan yang dapat diambil bahwa hak asasi manusia adalah tuntutan yang dapat dipaksakan secara hukum dan melekat pada setiap individu atau kelompok individu untuk menjamin penghormatan terhadap martabat manusia.¹⁴⁴

Hak (*right*) adalah hak (*entitlement*). Hak adalah tuntutan yang dapat diajukan seseorang terhadap orang lain sampai kepada batas-batas pelaksanaan hak tersebut, dia tidak mencegah orang lain melaksanakan hak-haknya. “Hak Asasi Manusia” (selanjutnya penulis sebut HAM) adalah hak hukum yang dimiliki setiap orang sebagai manusia. Hak-hak tersebut bersifat universal dan dimiliki setiap orang, orang kaya maupun miskin, laki

¹⁴³ -----*Mengurai Kompleksitas Hak Asasi Manusia, kajian multi perspektif*, (Yogyakarta : PUSHAM UII, 2007. Hal.14).

¹⁴⁴ *Ibid*,

ataupun perempuan. Hak-hak tersebut mungkin saja dilanggar tetapi tidak pernah dapat dihapuskan. HAM adalah hak hukum, ini berarti bahwa hak-hak tersebut merupakan hukum.¹⁴⁵

Arief Budiman seperti yang dikutip Harum Pudjiarto menyebutkan bahwa HAM adalah hak kodrati manusia, begitu manusia dilahirkan, langsung hak asasi manusia itu melekat pada dirinya sebagai manusia, dalam hal ini HAM berdiri di luar undang-undang yang ada, jadi harus dipisahkan hak warga negara dan HAM. Selanjutnya Wolhoff menyebut HAM sebagai sejumlah hak yang berakar dalam tabiat kodrati setiap pribadi manusia, justru karena kemanusiaannya yang tak dapat dicabut oleh siapapun juga, karena jika dicabut hilangnya kemanusiaannya itu.¹⁴⁶

Anton Baker memberi batasan HAM sebagai berikut, HAM berarti hak itu ditemukan dalam hakekat manusia, demi kemanusiaannya semua orang satu persatu memilikinya, tidak dapat dicabut oleh siapapun, bahkan tidak dapat dilepaskan oleh individu itu sendiri. Karena hak itu bukan sekedar hak milik saja tetapi lebih luas dari itu manusia memiliki kesadaran (berkehendak bebas berkesadaran moral). Manusia makhluk ciptaan Tuhan merupakan makhluk ciptaan yang tertinggi di antara makhluk ciptaan lainnya. Tuhan mengkaruniai manusia dalam hidupnya berupa hak hidup

¹⁴⁵ C. de Rover, *To Serve & To Protect Acuan Universal Penegakan HAM*, (Jakarta : Rajawali Pres, 2000), hlm.47

¹⁴⁶ Harum Pudjiarto, *Hak Asasi Manusia, Kajian Filosofis dan Implementasinya Dalam Hukum Pidana Indoensia* (Yogyakarta : Universitas Atma Jaya, 1999). Hlm. 25

yang merupakan hak asasi yang paling pokok yang dibawa sejak lahir di dunia sebagai anugerah dari Tuhan.¹⁴⁷

H. Konsep Hak Asasi Manusia dalam Perspektif Barat

Perlindungan HAM yang sistematis di dalam sistem hukum Internasional baru dibicarakan setelah Perang Dunia II, masuk kedalam piagam PBB pada tahun 1945. Meskipun beberapa pakar menyatakan dapat merunut konsep HAM yang sederhana sampai kepada filsafat Stoika di zaman kuno lewat yurisprudensi hukum kodrati (*matural law*) Grotius dan *ius naturale* dari undang-undang Romawi, tampak jelas bahwa asal usul konsep HAM yang modern dapat dijumpai dalam revolusi Inggris, Amerika, Prancis pada abad ke-17 dan ke 18.¹⁴⁸

Secara historis, konsepsi HAM yang dipahami saat ini menurut Jawahir Tanhtowi merupakan suatu hasil *sharing idea* dari umat manusia. *The new Encyclopedia Britannica*, 1992, membagi perkembangan HAM dalam beberapa tahap. Pertama, bahwa pengaruh Romawi (*ius gentium*) begitu besar pengaruhnya terhadap HAM, khususnya dalam merumuskan hak-hak dasar bagi warga negara. Kejayaan jaman *Renaissance*, yaitu sejak abad ke- 13 hingga munculnya perdamaian Westphalia (1648) masih merupakan rangkaian zaman Romawi.

Sumber kedua rumusan konseptual HAM muncul dari beberapa doktrin hukum alam, khususnya ajaran Thomas van aquinas (1224-1274),

¹⁴⁷ *Ibid.* Hal. 26

¹⁴⁸ Scott Davidson, *Hak Asasi Manusia Sejarah, Teori, dan Praktek dalam Pergaulan Internasional*, (Jakarta : Pustaka Utama Grafiti, 1994) Hlm. 2

Hugo de Gorte (1583-1645). Ajaran-ajaran mereka itu, kemudian disusul oleh lahirnya Magna Charta (1215), petisi HAM (1682) dan Undang-undang HAM Inggris (*The English Nill Rights* 1689). Pemikiran mereka kemudian dielaborasi lebih modern oleh para empirisme, seperti Francis Bacon, John Locke, di mana ajaran mereka lebih mempertegas kedudukan HAM dalam hukum alam lebih rasional.

Baru kemudian sejak 26 Agustus 1789, konsep HAM berkembang di Amerika Serikat terutama sejak kemenangan Thomas Jefferson yang pada waktu itu lebih mengkonsentrasikan kepada pengembangan teoritis John Locke, Thomas Hobbes dan Montesquieu. Revolusi Amerika telah melahirkan semboyan HAM sebagai berikut, “*Insisting that men are born and remain free an equal international right*”.

Deklarasi tersebut memproklamirkan tujuan dari perkumpulan politik dan menegaskan perlunya pemeliharaan akan hak-hak dasar manusia yang diidentifikasi sebagai *liberty, property, safety, and resistance to oppression*. Liberty yaitu hak untuk berbicara, kemerdekaan berpolitik dan memeluk suatu agama, kebebasan untuk tidak diperlakukan semena-mena atau dapat di tangkap, dan dibatasi hak-haknya.

Puncak perkembangan HAM timbul pada abad ke 20 dan terjadi setelah perang dunia pertama. Kebanyakan sarjana dan filosof setuju bahwa setiap kebudayaan dan peradaban dari setiap insan memiliki HAM setidaknya dalam teori. Warisan HAM terlihat pada peranan gerakan pembaharuan Protestan terhadap masyarakat Inggris, Amerika, Perancis,

Meksiko, Rusia dan revolusi Cina. Konsekuensinya, pada abad ke 20 tidak ada lagi negara yang berani menolak prinsip-prinsip dasar HAM. Puncak pengakuan HAM dikukuhkan dalam suatu memorial kemanusiaan pada tanggal 10 Desember 1948. Negara-negara dunia secara bulat menyepakati lahirnya *the Universal Declaration of Human Right*.¹⁴⁹

Menurut Scott Davidson, HAM tidak hanya berkaitan dengan proteksi bagi individu dalam menghadapi pelaksanaan otoritas negara atau pemerintah dalam bidang-bidang tertentu kehidupan mereka, tetapi juga mengarah kepada penciptaan kondisi masyarakat oleh negara sehingga individu dapat mengembangkan potensi mereka sepenuhnya.¹⁵⁰

HAM dalam pandangan masyarakat barat berkembang dan diwariskan melalui kepercayaan yang diperoleh dari tata tertib hukum yang rasional. Proses sekularisasi sumber hukum HAM timbul dibawah keadaan sosial dan ekonomi yang menandai timbulnya sistem ekonomi pasar dan memberikan akses pada timbulnya hak-hak individual. Jadi, ideologi kapitalisme terkait erat dengan bentuk konsep HAM.

HAM Barat muncul dan berkaitan erat dengan situasi pasar. Pernyataan ini tidak dapat dikatakan berlebihan jika HAM muncul semata-mata diperuntukkan bagi kepentingan untuk memperkuat dominasi antara kelompok sosial yang satu terhadap yang lainnya. HAM Barat bisa juga dianggap terlalu melihat diri manusia sebagai bagian dari sistem pasar, yang

¹⁴⁹ Jawahir Thontowi, *Hukum Internasional di Indonesia, Dinamika dan Implementasinya dalam Beberapa Kasus Kemanusiaan*, (Yogyakarta: Madya Press, 2002) .Hlm.2-3

¹⁵⁰ Scott Davidson, *op. cit.*, Hlm. 32

diakulturasikan dengan suatu nilai-nilai yang samar-samar dan tidak menjelma dari nilai-nilai holistik masyarakat.¹⁵¹

Menurut Jack Donnelly, HAM adalah hak yang dimiliki semua manusia, bersifat universal, merata dan tak dapat dialihkan dan dihilangkan dari setiap manusia.¹⁵² Dalam *Hammurabi's Code*¹⁵³ (Kitab Hamurabi) yang pertama kali ditulis 2000 tahun sebelum kristus, sebenarnya telah memberikan hak kepada warga negara. Hak tersebut membolehkan warga negara melakukan apapun asalkan tidak dilarang, namun hak itu secara khusus hanya diberikan kepada kelompok dan kelas tertentu di masyarakat.

Ajaran itu kemudian oleh agama Kristen dikembangkan dan diberlakukan tanpa diskriminasi baik dalam hal status maupun kebangsaan. Salah satu ketentuan tersebut adalah larangan mencuri, yang paling menonjol dari ajaran para ahli hukum waktu itu adalah gagasan menyangkut beberapa hak khusus yang bersifat universal, yaitu konsep Romawi tentang hak bangsa-bangsa (*Ius Gentium*).¹⁵⁴

Scott Davidson, mengutip beberapa teori yang mengajak kita berpikir secara koheren terhadap posisi hak asasi manusia tersebut, yakni :

¹⁵¹ Jawahir Thontowi, *op.cit.*, Hlm.7

¹⁵² -----*Mengurai Kompleksitas Hak Asasi Manusia, kajian multi perspektif, op. cit.*, Hlm.15

¹⁵³ Hammurabi's Code adalah undang-undang yang ditulis oleh Raja Hamurabi di Babilonia, 2000 tahun sebelum kristus.

¹⁵⁴ -----*Mengurai Kompleksitas Hak Asasi Manusia, kajian multi perspektif, Ibid.* Hlm. 15

1. Hukum Kodrati dan Hak Kodrati

Cukup jelas bahwa HAM (*human right*) atau *the right of human* pada mulanya adalah produk mazhab hukum kodrati, contohnya adalah Deklarasi Kemerdekaan Amerika, dan Deklarasi Hak-hak Manusia dan Warga Negara Perancis, keduanya bermula dari teori hak-hak kodrati. Mazhab modern hukum kodrati muncul pada abad pertengahan bersamaan dengan tulisan para filsuf pertama Kristiani, diantaranya Santo Thomas Aquinas. Pandangan Thomistik mengenai hukum kodrati mempostulatkan bahwa hukum kodrati ini merupakan bagian dari hukum tuhan yang sempurna yang dapat diketahui melalui penggunaan nalar manusia.

Sebagian isi filsafat hukum kodrati yang terdahulu adalah ide bahwa posisi orang apapun statusnya tunduk pada otoritas Tuhan, dengan demikian, dapat dinyatakan bahwa bukan hanya semua manusia dianugrahi identitas individual yang unik, yang terpisah dari negara, namun juga aspek hukum kodrati terakhir ini dapat dipandang mengandung benih ide hak kodrati yang mengatakan bahwa setiap orang adalah individu yang otonom.

Landasan hukum kodrati yang terdahulu sepenuhnya teistik (*theistic*), artinya supaya koheren hukum ini mensyaratkan adanya iman pada tuhan. Pada tahapan selanjutnya dalam perkembangan hukum kodrati adalah memutuskan asal-usulnya yang teistik dan membuatnya menjadi suatu produk pemikiran sekuler yang rasional dan bijak. Tugas

ini dilaksanakan oleh Hugo de Groot, seorang ahli hukum Belanda, yang umum dikenal dengan nama latin Grotius dan diakui sebagai “bapak hukum internasional”.

Grotius, dalam risalahnya, *De Iure Belli ac Pacis*, berargumentasi bahwa eksistensi hukum kodrati yang merupakan landasan semua hukum positif atau hukum tertulis, dapat dirasionalkan di atas landasan yang non-empiris dengan menelaah aksioma ilmu ukur. Pendekatan matematis semacam itu terhadap permasalahan hukum menunjukkan bahwa semua ketentuan dapat diketahui dengan menggunakan “nalar yang benar”, dan kesahihannya tidak bergantung kepada tuhan.¹⁵⁵

Sepanjang abad 17, pandangan hukum kodrati model Grotius terus disempurnakan dan pada akhirnya berubah menjadi teori hak kodrati. Melalui teori ini, hak-hak individu yang subjektif diakui, yang terkemuka di antara para pendukung doktrin hak kodrati adalah Jhon Loke.¹⁵⁶ Loke berargumentasi bahwa semua individu dikarunai oleh alam, hak yang *in heren* atas kehidupan, kebebasan dan harta, yang merupakan milik mereka sendiri dan tidak dapat dipindahkan atau dicabut oleh negara. Sejak abad ke 19 teori hak kodrati pada umumnya tidak lagi dihormati orang, meskipun ada kebangkitan kembali setelah

¹⁵⁵ Scott Davidson, *op. cit.*, Hlm.36-37

¹⁵⁶ *Ibid.*

perang dunia II. Kritik utama terhadap teori hak kodrati adalah bahwa teori ini tidak bisa diperiksa kebenarannya secara ilmiah.¹⁵⁷

2. Positivisme-Utility

Paham *utility* merupakan paham yang diangkat oleh para kaum positivis. Paham ini diangkat oleh Jeremy Bentham. Jeremy mengemukakan bahwa “eksistensi manusia dikuasai oleh kesenangan dan penderitaan, dan dengan meningkatkan yang pertama dan mengurangi yang kedua, nasib manusia akan membaik”. Pemahaman ini menjelaskan bahwa tujuan dari utilitas (*utility*) adalah meningkatkan seluruh stok bagi kesenangan manusia, yang dapat dihitung secara matematis. Tes utama utilitas adalah dijalankannya aturan-aturan yang akan memberikan kebahagiaan terbesar bagi jumlah manusia yang paling banyak memaksimalkan kebahagiaan.

Penjelasan Bentham akan menunjukkan bahwa utilitarianisme Bentham tidak amoral, namun moralitasnya bukan berasal dari suatu sumber yang metafisik, melainkan terletak pada pernyataan preferensi pribadi dari mayoritas. Negara manapun dalam hal ini berpotensi menimbulkan suatu tirani mayoritas dan penindasan terhadap minoritas. Selanjutnya Jhon Austin menyimpulkan bahwa, satu-satunya hukum yang shahih adalah perintah dari yang berdaulat, atau kekuasaan politik yang berkuasa yang disertai dengan sanksi atau ganti rugi yang tepat.

¹⁵⁷ *Ibid.* Hlm.39

Selanjutnya Austin menambahkan “bahwa hak hanyalah aturan yang diberlakukan oleh negara untuk melindungi individu dan harta mereka”. Hal ini menjadikan kaum positivis dianggap tidak menempatkan kendala moral pada aturan-aturan yang disahkan negara dan individu hanya menikmati hak-hak yang diberikan negara.

H.L.A Hart, telah berusaha menyingkirkan aspek-aspek yang kurang dapat diterima pada warisan ide Austin ini dari Positivisme. Hart berargumentasi bahwa meskipun hukum dan moralitas berdiri sendiri-sendiri, namun undang-undang yang disetujui oleh suatu pemerintahan telah diakui dan diterima baik oleh masyarakat sebagai satu kesatuan, oleh karena itu hal ini memberikan legitimasi kepada undang-undang yang telah disahkan. Teori Hart ini tentu saja bergantung pada sistem pemerintahan yang berkuasa, sehingga standar komunitas dan undang-undang Jerman Nazi akan berbeda dari standar dan undang-undang Inggris pada saat itu.

Hal ini juga berlaku bagi pendekatan positivisme sehingga kita dapat menemukan adanya aturan-aturan substantif untuk profesi terhadap hak asasi manusia di dalam suatu sistem hukum, namun realitas situasinya barangkali menunjukkan bahwa kondisi sosial dan institusional yang ada sedemikian rupa sehingga menolak pelaksanaan hak-hak itu secara fiktif.¹⁵⁸

¹⁵⁸ *Ibid*, Hlm.41-42

3. Teori Anti-Utilitarian

Kritik terbesar terhadap utilitarianisme menyatakan bahwa utilitarianisme memprioritaskan kesejahteraan mayoritas di dalam suatu negara serta minoritas akan kurang dihiraukan dan sebagai akibatnya, mereka dapat sangat dirugikan atau kehilangan hak-haknya. Sebagai contoh, isu homoseksualitas. Mayoritas rakyat dalam suatu negara mungkin menganggap praktek homo seksual adalah buruk sekali atau menjijikkan sehingga mereka ingin melarangnya dengan undang-undang. Keinginan ini jelas memenuhi aksioma sentra dari utilitarianisme, karena memaksimalkan kebahagiaan mayoritas. Kaum minoritas yang prakteknya akan dilarang itu, tidak akan dapat berargumentasi untuk menyangkal pendirian utilitarian karena sebagian minoritas, prefensinya harus mengalah terhadap keinginan mayoritas.

Melalui teori yang lain, perlakuan terhadap kaum minoritas (homoseks) di negara fiktif¹⁵⁹ tersebut akan terlihat sebagai suatu diskriminasi, atau mencerminkan anggapan bahwa kelompok minoritas kurang berharga ketimbang mayoritas. Pendirian seperti itu jelas tidak akan dapat dipertahankan dalam negara demokratis yang pluralistik, mengingat kecenderungan tirani mayoritas melekat dalam teori *utilitarian*. Dua kritikus utilitarian yang terkemuka adalah Dworkin dan Nozick.

¹⁵⁹ Kaum minoritas negara fiktif maksudnya adalah kaum homo seks yang di contohkan oleh Scott Davidson

Nozick mengemukakan bahwa, utilitarianisme mengorbankan kebebasan individu demi mayoritas, utilitarianisme tidak mempertimbangkan fakta bahwa kehidupan seseorang individu adalah satu-satunya kehidupan yang dimiliki. Pendapat Nozick tersebut jelas sangat teoritis, dan penerapannya pada bentuk organisasi negara yang demokratis liberal dan kapitalis hanya akan memantapkan ketimpangan sosial yang ada. Nozick hanya melakukan penyusunan suatu teori yang akan memaksimalkan kebebasan yang tersedia bagi semua individu, sambil menolak kritik kaum anarkis bahwa kebebasan individu yang maksimal hanya mungkin bila negara tidak ada. Menurut Nozick, negara tetap merupakan suatu keharusan, namun suatu keharusan, yang tidak boleh mengurangi kebebasan bertindak para warga negara melebihi dari yang seharusnya.¹⁶⁰

4. Marxisme

Paham Marx berargumentasi bahwa hak itu jelas merupakan konsep borjuis dan produk dari masyarakat kapitalis borjuis, yang dirancang untuk mempertahankan dan memperkuat posisi kelas berkuasa yang lebih unggul. Meskipun begitu, Marx bersedia mengakui bahwa di dalam tahapan awal negara revolusioner komunis sekalipun, hak dari suatu spesies tertentu, boleh jadi masih memainkan suatu peran yang penting dalam transformasi masyarakat.

¹⁶⁰ Scott Davidson, *op.cit.*, Hlm.43-44

Teori Marxis memuat hakikat seorang individu adalah suatu makhluk sosial yang menggunakan kemampuannya untuk memenuhi kebutuhannya. Pemenuhan kebutuhan ini di dalam masyarakat kapitalis (di mana alat produksi di kuasai oleh kelas yang berkuasa) adalah mustahil karena hal itu mengakibatkan teralienasinya kelas buruh. Menurut doktrin Marxis, potensi sejati manusia hanya dapat di wujudkan jika mereka dimungkinkan untuk kembali ke kodrat sejatinya sebagai makhluk sosial. Kondisi ini hanya dapat dicapai dalam masyarakat yang benar-benar komunis, dimana semua alat produksi dimiliki bersama dan tidak ada lagi konflik kelas. Satu hal yang belum terbantahkan bahwa masyarakat komunis model itu hanya dapat diwujudkan melalui suatu revolusi kaum proletar industri. Revolusi ini selanjutnya akan mengubah dirinya menjadi suatu kediktatoran proletar dan melalui kekuatan ekonomi dan sejarah akan mengakibatkan pudarnya negara.

Hal terpenting sebelum pudarnya negara, partai revolusioner harus menduduki posisi pelopor sambil menggunakan negara dan lembaga-lembaganya untuk transformasi masyarakat. Pada titik inilah muncul konsep Marxis tentang Hak. Selama periode transformasi itu, tidak ada hak individual karena hak itu egoistis, berdasarkan “hak milik” yang borjuis ; hanya ada hak legal, yang diberikan negara dan diarahkan untuk peralihan dari negara komunis menuju masyarakat komunis. Hak-hak legal ini hanya sementara, dalam artian hanya menyangkut mekanisme transformasi itu. Hal ini memberi pengaruh, karena diarahkan

untuk mereduksi alat produksi agar berada di bawah pengawasan bersama, maka hak-hak ini hanya mungkin bersifat sosial dan ekonomi.

Hanya hak legal yang bersifat sosial dan ekonomi ini saja yang membantu tercapainya tujuan Marxis untuk mengembalikan individu kepada status mereka sebagai makhluk sosial. Proses transformasi ini begitu selesai, maka secara langsung kebutuhan akan hak-hak itu juga lenyap, karena tiap individu akan berhubungan dengan individu yang lain secara bebas dan spontan. Penjelasan ini menunjukkan bahwa menurut teori Marxis, hak hanyalah instrumen atau alat untuk mencapai suatu tujuan tertentu. Begitu tujuan tersebut tercapai, alat itu tidak diperlukan lagi dan dapat dibuang sesukanya. Hak, tidak mempunyai nilai yang transedental atau abadi, hak itu bersifat positivistik dalam artian hak yang dianggap ada itu bergantung sepenuhnya pada negara.¹⁶¹

Memang sangat luas apabila kita hendak membahas tentang pandangan barat tentang HAM. Namun pada dasarnya sebagian besar dari kandungan HAM universal adalah hak-hak individual yang muncul dari pemikiran modern Eropa dan hukum alam (*natural law*). Negara-negara Barat mengangkat hak-hak individual tersebut ke level standar hukum. Melalui Deklarasi Universal HAM (DUHAM) yang dikeluarkan Perserikatan Bangsa-Bangsa (PBB) pada 10 Desember 1948 dan berbagai perjanjian Internasional (*Internasioana Convenants*) pada 1966

¹⁶¹ *Ibid.* Hlm.52-53

yang mulai diterapkan pada 1976, hak-hak tersebut menjadi hukum internasional, dan mengikat negara-negara yang terlibat.

Asumsi dasar deklarasi ini adalah sifat kemanusiaan universal yang berlaku untuk semua orang, kehormatan individual, dan tatanan sosial yang demokrasi. Hal ini yang menyebabkan munculnya pendapat bahwa dasar-dasar filosofis HAM universal adalah nilai-nilai humanisme, individualisme dan libertarianisme yang tumbuh di Barat modern.¹⁶² Selanjutnya dalam tradisi barat, esensi kebebasan berpendapat secara intrinsik berkaitan dengan ide demokrasi secara umum. Demokrasi melindungi hak-hak dan kebebasan manusia dan mengakui kebebasan individu untuk menyatakan pendapat mereka. Mengenai persoalan kebebasan untuk pindah agama yang dibatasi (dilarang) oleh Islam merupakan satu kelemahan, khususnya jika dibandingkan dengan pasal 18 DUHAM yaitu menjamin setiap individu untuk memilih agama dan menjalankan kewajiban agamanya, dan bahkan pindah agama sekalipun.¹⁶³

Secara garis besar, terlihat beberapa tahap kesadaran hak-hak di dalam DUHAM. Tahap pertama, sering kali disebut dengan hak sipil, meletakkan posisi HAM yang menghargai tidak adanya intervensi dari pemerintah terhadap kebebasan manusia untuk meningkatkan martabat manusia. Hak-hak dalam tahap pertama ini dirumuskan pada pasal 2-21 dalam deklarasi HAM PBB atau Duham. Tahap kedua sering disebut

¹⁶²Ahmad Nur Fuad, dkk, *Hak Asasi Manusia dalam Perspektif Islam*, (Malang: LPSHAM Muhammadiyah Jatim MADANI, 2010) Hlm. 42-43

¹⁶³ Ahmad Nur Fuad, dkk, *op.cit.* Hlm.64

dengan hak-hak ekonomi, sosial dan budaya. Hak-hak ini terdapat pada pasal 22-27 dalam Duham. Tahap ketiga mencakup hak-hak solidaritas, yang merupakan rekonseptualisasi dari tahap pertama dan kedua, hak ini terdapat pada pasal 28 Duham, yang isinya merefleksikan bangkitnya nasionalisme dunia ketiga dan keinginan untuk mendistribusikan kembali kekuatan, kekayaan, dan nilai-nilai yang penting.

Negara-negara barat seringkali terkesan ingin memaksakan penerapan konsep HAM menurut pandangan mereka kepada negara-negara lain, termasuk negara Islam tanpa memperhatikan keanekaragaman tata nilai, sejarah, kebudayaan, sistem politik, tingkat pertumbuhan ekonomi, perkembangan sosial, agama, dan faktor-faktor lain yang dimiliki bangsa yang bersangkutan. Meskipun HAM sesungguhnya bersifat universal, di mana dan kapan saja tetap sama. Namun, sebagai suatu sistem nilai, penerapannya akan dipengaruhi faktor-faktor yang telah disebutkan diatas. Konsep HAM menurut pandangan Barat tidak mungkin dipaksakan untuk diberlakukan bagi negara-negara lain, karena pemaksaan tersebut justru merupakan pelanggaran HAM itu sendiri.¹⁶⁴

¹⁶⁴ *Ibid.*Hlm.viii

I. Konsep Hak Asasi Manusia dalam Perspektif Islam

1. Islam dan Hak Asasi Manusia

Manusia adalah makhluk yang paling dimuliakan Allah SWT. Allah menciptakannya dengan tangan (kekuasaan) Nya sendiri, meniupkan ruh dari-Nya kepadanya (manusia), menundukkan semua apa yang ada dilangit dan di bumi. Manusia tidak akan mampu merealisasikan cita-citanya dan bisa sampai ketahap yang didambakannya kecuali apabila semua aspek-aspek bagi pengembangan dirinya terpenuhi dan semua hak-haknya dihormati sepenuhnya.¹⁶⁵

HAM dalam Islam berbeda dengan HAM dalam pengertian umum yang dikenal. Sebab seluruh hak merupakan kewajiban bagi negara maupun individu yang tidak boleh diabaikan. Negara tidak saja menahan diri dari menyentuh hak-hak ini, melainkan mempunyai kewajiban memberikan dan menjamin hak-hak ini. Negara berkewajiban menjamin perlindungan sosial bagi setiap individu tanpa ada perbedaan antara laki-laki atau perempuan, tidak ada perbedaan antar muslim dan non muslim.

Ada beberapa macam HAM yang dijamin oleh Islam untuk dilindungi, sebagaimana pembagian yang diutarakan oleh para ahli. M. Tahir, seperti yang dikutip Ahmad Nur dkk. dalam bukunya mengemukakan pengakuan dan perlindungan terhadap HAM ditekankan pada 3 hal utama yakni :

- a. Persamaan manusia

¹⁶⁵ Sayyid Sabiq, *Fiqih Sunnah 10* , (Bandung : PT. Al-Ma'arif, 1996) Hlm: 13

- b. Martabat manusia
- c. Kebebasan manusia

Mengenai kebebasan manusia, Azhari mengemukakan lima kebenaran yang oleh Islam dianggap sebagai hak-hak dasar manusia, yaitu:

- a. Kebebasan manusia
- b. Kebebasan berfikir dan menyatakan pendapat sebagai buah pikir
- c. Kebebasan memiliki harta benda
- d. Kebebasan untuk memilih tempat tinggal

Sedangkan menurut Musthafa As Siba'i, Hak Asasi Manusia adalah :

- a. Hak hidup
- b. Hak kemerdekaan
- c. Hak mencari pengetahuan
- d. Hak atas penghargaan
- e. Hak mempunyai milik

Namun menurut Abu A'laal Maududi, jenis Hak Asasi Manusia adalah :

- a. Hak hidup
- b. Hak untuk aman
- c. Hak untuk penghargaan terhadap kehormatan wanita

- d. Hak atas standar kehidupan minimal
- e. Hak untuk memperoleh keadilan
- f. Hak untuk kemerdekaan individu
- g. Hak atas persamaan¹⁶⁶

Al -Quran dan Sunnah Nabawiyah memusatkan perhatian pada hak-hak yang diabaikan oleh bangsa-bangsa lain. Nash-nash dan dokumen syariah Islam tentang hak-hak tersebut banyak sekali jumlahnya, diantaranya :

- a. Dalam Al -Quran terhadap sekitar empat puluh ayat yang berbicara mengenai paksaan dan kebencian. Lebih dari sepuluh ayat menyebutkan larangan memaksa, untuk menjamin kebebasan berfikir, kebebasan berkeyakinan dan kebebasan mengutarakan aspirasi. Beberapa hal ini terdapat didalam Firman Allah SWT Surat Al-Baqarah : 256, Surat Yunus : 99, Surat Al-Kahfi: 2
- b. Islam menjamin keadilan dan menyingkirkan kedzaliman, tidak berbeda antara laki-laki dan perempuan dalam hak mendapatkan keadilan, tidak pula antara muslim dan non muslim atau antara yang kecil dan yang besar. Al-Qur'an telah mengetengahkan sikap menentang kezaliman dan orang-orang yang berbuat dhalim dalam kurang lebih tiga ratus dua puluh ayat, dan memerintahkan berbuat adil dan lima puluh empat

¹⁶⁶ Ahmad Nur Fuad, dkk, *op. cit.*, Hlm. 18-20

ayat yang diungkapkan dengan suku kata : “*adl, qisth, dan qisth has.*

- c. Islam memerintahkan memelihara kehidupan dan menyediakan sarana kehidupan bagi manusia. Al-Qur’an mengetengahkan sekitar delapan puluh ayat tentang hidup, sekitar tujuh puluh ayat tentang pembunuhan dan peperangan, diantaranya di dalam Surat Al Isra : 70.
- d. Al-Quran mengetengahkan sekitar seratus lima puluh ayat tentang ciptaan dan makhluk-makhluk, serta tentang persamaan dan ciptaan (Al Hujarat : 13)
- e. Pada Haji Wada’ Rasulullah SAW menegaskan tentang hak-hak ini seluruhnya.
- f. Persamaan manusia bagian tak terpisahkan dari keadilan dalam Islam (An-Nisa’ :

Ada satu babak dalam rangkaian riwayat ibadah haji yang disebut dengan “*Hajatul Wada’* ” yaitu haji terakhir yang dilaksanakan Rasulullah. *Hajatul Wada’* itu terjadi pada tahun kesepuluh Hijriah (632 M), pada tanggal 9 Dhulhijjah. Disuatu tempat yang bernama Urana ditengah padang tandus Arafah, di hadapan 90.000 jamaah haji, Rasulullah mengucapkan suatu khutbah yang ringkas tapi penting, yang dikenal dengan sebutan *Khutbatul Wada’*. *Khutbah Wada’* yang oleh beberapa negarawan dipandang sebagai “pernyataan Hak Asasi Manusia” yang pertama (*The*

First Declaration Of Human Right) di dunia ini, telah menggariskan hak-hak dan kewajiban pokok bagi tiap-tiap manusia.

Apabila disimpulkan, pokok-pokok Deklarasi Arafah itu dalam garis besar mengandung enam hal:

- a. Perlindungan terhadap jiwa, harta benda dan lain-lain
- b. Semangat bertanggung jawab
- c. Memelihara dan menunaikan amanah
- d. Menghapus riba
- e. Mengangkat derajat kaum wanita
- f. Membentuk persaudaraan Islam¹⁶⁷

Pada dasarnya terdapat perbedaan yang jauh antara pandangan hak asasi manusia dari sudut pandang (hukum) Barat dan hukum Islam. Perbedaan itu muncul karena menurut pemikiran Barat bahwa manusia itu sangat di pentingkan. Sebaliknya, pandangan hukum Islam yang bersifat *teosentris*, artinya berpusat pada Tuhan. Manusia adalah penting, tetapi yang lebih utama adalah Allah. Allah merupakan pusat segala sesuatunya.¹⁶⁸

Pandangan yang berbeda dari hukum Islam inilah yang menunjukkan bahwa terdapat perbedaan pokok antara Deklarasi HAM yang disponsori Barat dengan Deklarasi HAM dengan yang dikeluarkan umat Islam. Deklarasi Kairo tahun 1990, yang dikeluarkan oleh Organisasi Konferensi Islam (OKI), di dalamnya termasuk juga Indonesia, merupakan pendirian resmi umat Islam mengenai HAM. Dinyatakan dalam deklarasi itu

¹⁶⁷ *Ibid*, Hlm. 16-17

¹⁶⁸ Mardani, *Hukum Islam; Pengantar Ilmu Hukum Islam Di Indonesia*, (Yogyakarta: Pustaka Pelajar, 2010) Hlm. 224

bahwa semua hak dan kebebasan yang terumus dalam deklarasi tunduk pada syariat atau hukum Islam. Satu-satunya ukuran, mengenai HAM adalah Syariat Islam.

Hak-hak yang dirumuskan dalam deklarasi itu, kebanyakan hak ekonomi. Hak politik seperti hak untuk mengutarakan pendapat secara bebas, tidak bertentangan dengan asas-asas syariah, dinyatakan pula bahwa semua individu sama di muka hukum. ketentuan lain adalah keluarga merupakan dasar masyarakat, wanita dan pria sama dalam martabat kemanusiaan. Negara memberikan jaminan atas hak hidup, pekerjaan yang merupakan hak individu, demikian juga hak atas pelayanan kesehatan, sosial dan kehidupan yang layak. Deklarasi ini juga pula bahwa tidak ada hukuman, kecuali hukuman yang ditentukan dalam syariat atau hukum Islam.¹⁶⁹

2. Perlindungan HAM dalam Hukum Pidana Islam

Hak Asasi Manusia menempati posisi yang penting dalam konsepsi hukum pidana Islam. Ancaman pidana yang tegas terhadap pelaku kejahatan tidak bisa dikatakan sebagai suatu pelanggaran HAM. Ancaman yang keras bagi para pelaku mengandung hikmah yang besar, yang penting bagi si terpidana sendiri adalah membangkitkan kesadaran bahwa tindakannya keliru. Jatuhnya pidana bahkan bisa menghapus sanksi yang jauh lebih keras

¹⁶⁹ *Ibid*, Hlm. 225

di akhirat. Tentu saja konsep ini tidak bisa dipahami oleh hukum Barat yang sekuler.¹⁷⁰

Bagi umat Islam, setiap hak harus dikembalikan kepada dua sumber rujukannya yaitu Alquran dan Assunah. HAM menemukan landasan yang kuat dalam hukum Islam, dimana hak-hak fundamental tidak diciptakan oleh manusia tetapi hanya dapat dibuat menjadi terang. Hak-hak tersebut diturunkan secara tidak langsung dari nilai dasarnya bahwa ia adalah hamba Allah.

Meskipun tidak menempati posisi utama secara khusus, adalah keliru menyimpulkan bahwa tidak cukup perlindungan hukum terhadap HAM ini, karena semua hukum yang berdasarkan Alquran secara prinsip sama pentingnya. Literatur hukum Islam biasanya tidak menjadikan HAM sebagai satu kelompok khusus, tetapi mengaitkannya dengan konteks berbagai subjek, seperti hukum perkawinan, hukum pidana, hukum ekonomi dan lainnya.

Sejak lebih dari 1400 tahun yang lalu, hak-hak tertentu telah mendapat jaminan berdasarkan Alquran, yaitu hak hidup, keamanan diri, kemerdekaan, perlakuan yang sama (nondiskriminasi), kemerdekaan berfikir, berekspresi, keyakinan dan beribadah, perkawinan, kemerdekaan hukum, asas praduga tak bersalah, adanya asas legalitas tiada pidana tanpa undang-undang sebelum perbuatan itu (*nulla poena sine lege*), perlindungan

¹⁷⁰ Topo Santoso, *Membumikan Hukum Pidana Islam*, (Jakarta : Gema Insani Press, 2003) Hlm. 67

dari kekejaman, suaka, kebebasan berserikat dan berkumpul, berpotensi dan bekerja, dan hak memilih, memperoleh, serta hak milik.¹⁷¹

Islam, seperti halnya sistem melindungi hak-hak untuk hidup, merdeka dan merasakan keamanan. Islam melarang bunuh diri (an- Nisa': 29) dan pembunuhan terhadap seorang manusia tanpa alasan yang benar. Pembunuhan yang demikian dapat diibaratkan seperti membunuh seluruh manusia. Kemudian Islam melarang seluruh jenis perbudakan di atas dunia. Islam juga telah menyelamatkan nasib para budak yang telah terjadi selama berabad-abad. Rasulullah SAW telah melakukan usaha untuk melindungi para budak. Beliau tidak hanya menekankan perlakuan yang manusiawi kepada budak, tetapi juga pemberian peluang bagi mereka untuk meraih kemerdekaan.

Pasal 5 DUHAM bertujuan menghindarkan perlakuan atau hukuman yang aniaya, kejam, tidak manusiawi, atau merendahkan. Sejahat perhatian ditujukan pada masalah perlakuan, Islam tidak mengenal suatu dasar bagi perlakuan diskriminasi. Semua orang berhak atas perlakuan yang adil dan sama.

Rasulullah SAW melarang kekejaman dan penyiksaan, tidak seorangpun boleh dijatuhi hukuman dengan api, dan juga memperingatkan agar tidak memukul siapapun pada wajahnya. Dibiidang hukum pidana, beberapa hukum mungkin terlihat berat, atau bahkan keras. Hukuman berat diancamkan bagi beberapa kejahatan seperti perzinaan. Akan lebih mudah

¹⁷¹ *Ibid.* Hlm.68

dimengerti bila diingat bahwa menjaga nilai-nilai dan standar moral merupakan perhatian utama dari agama.

Pengertian seperti tidak mungkin untuk diharapkan muncul dari masyarakat modern, yang memandang hubungan seksual sebelum atau diluar nikah tidak bertentangan dengan moral, atau dari masyarakat yang memandang norma hubungan seksual sesama jenis, sebagai hak pribadi yang tidak bisa diganggu gugat. Islam memandang kejahatan tersebut sebagai kejahatan yang keji dan konsekuensinya sangat menyakitkan. Penghukuman yang berat lainnya adalah potong tangan untuk pencuri, namun dilakukan apabila sudah sesuai dengan kriteria tertentu.¹⁷²

Hukum pidana Islam adalah masalah kontroversial, tidak hanya di Indonesia tetapi juga didunia (muslim). Menurut konsepsi dan dokumen-dokumen HAM Universal, hukum pidana Islam bertentangan dengan standar HAM, bahkan penerapan hukum pidana Islam merupakan bentuk pelanggaran HAM. Karena itu, hukum syari'at berkaitan dengan hukum pidana tidak dimasukkan dalam hukum nasional Indonesia. UU HAM juga tidak memuat masalah ini. Perjanjian Internasional tentang Hak-hak sipil dan Politik (ICCPR) hanya menyajikan beberapa aspek perlindungan hak-hak dan prosedur di bidang hukum pidana dalam pasal 9 dan 14.¹⁷³

Agama Islam dengan ketiga hakikatnya atau tingkatan dalam beragama yakni Iman, Islam dan Ikhsan atau akidah, syariat, dan akhlak adalah murni diperuntukkan kepada umat manusia. Tidak ada sedikitpun

¹⁷² *Ibid.* Hlm.73

¹⁷³ Ahmad Nur Fuad, dkk, *op. cit.*, Hlm.74

terdapat kepentingan tuhan yang menurunkannya, karena Allah SWT memang tidak punya kepentingan sekecil apapun. Karena itu, setiap ketentuan agama, termasuk hukum pidananya akan bertumpu pada pemenuhan serta perlindungan hak dan kepentingan manusia. Di kalangan para ulama dikenal apa yang disebut *Maqashidusy Syariat*, yaitu tujuan Islam yang mencakup perlindungan terhadap lima hal yang menjadi ujung tonggak keberadaan manusia, yakni agama (akidah), nyawa, akal, nasab atau harga diri, dan harta benda.

Bahwa Islam menyatakan secara eksplisit sangat menghormati harkat manusia adalah jelas. Alquran, dalam melihat manusia telah menggabungkan dua sisi yang bertolak belakang dari makhluk ini. Manusia dianggap sebagai makhluk yang sangat mulia, tetapi pada saat yang sama ia juga dianggap sebagai makhluk yang sangat hina. Kedua sisi manusia yang bertolak belakang ini juga diterjemahkan oleh agama melalui tatanan hukumannya. Ketika seorang manusia tidak bersalah, maka hak dan martabatnya dianggap suci dan harus dilindungi secara penuh, sebaliknya ketika kesalahan seseorang sampai pada kejahatan qishas atau hudud, maka satu persatu dari sendi-sendi kemuliannya itu runtuh, kemudian diperlakukan oleh hukum berdasarkan sisi kehinaannya.¹⁷⁴

Anggapan bahwa sanksi dan hukuman pidana Islam (hukuman mati, potong tangan, cambuk) kejam dan tidak manusiawi muncul berawal dari tidak adanya keyakinan akan sisi kehinaan manusia, sehingga ia

¹⁷⁴ Topo Santoso, *Membumikan Hukum Pidana Islam, op. cit.*, Hlm.77

dipandang sebagai makhluk yang mulia selamanya dalam keadaan apa saja bahkan pada saat telah melakukan tindak kejahatan. Penggabungan kedua sisi manusia yang bertolak belakang itu kemudian menimbulkan persepsi bagi sebagian orang bahwa hukuman pidana Islam keras dan berat, tetapi kekerasan itu dijatuhkan kepada orang yang telah dilucuti martabat kemanusiaanya karena tindakan pelanggaran yang telah dilakukannya, terlebih jika perbuatan manusia tersebut dapat melanggar hak manusia lainnya. Berdasarkan hal inilah penerapan hukum pidana Islam tidak dapat dikatakan bertentangan dengan perlindungan HAM, tetapi justru disitulah terdapat salah satu bentuk penegakan HAM.

3. Konsep Kewajiban Azasi Manusia (KAM) dalam Islam

Sebagaimana pada pembahasan sebelumnya, bahwa Islam menyatakan secara eksplisit sangat menghormati hak dan harkat manusia. Antara hak dan kewajiban bagaikan dua sisi mata uang yang tidak mungkin bisa dipisahkan. Banyak orang kemudian dalam perkembangannya malah hanya menuntut hak yang dalam hal ini lebih dikenal dengan istilah Hak Asasi Manusia (HAM) dari pada melakukan kewajiban. Hak Asasi Manusia (HAM) ini kerap sekali diperjuangkan, dan dibela oleh pembela HAM. Sementara Kewajiban Asasi Manusia nyaris terabaikan. Padahal, antara keduanya mesti seimbang, bahkan seharusnya Kewajiban Asasi Manusia dilaksanakan terlebih dahulu baru kemudian berbicara tentang tuntutan terhadap hak-hak asasinya.

Ajaran Islam mengajarkan kepada umatnya bahwa sebelum berbicara mengenai hak seseorang sebagai manusia (HAM) maka setiap orang harus mengerti dan melaksanakan apa yang menjadi kewajibannya terlebih dahulu sebagai manusia atau yang biasa disebut kewajiban asasi manusia.

Kebebasan beragama adalah hak setiap warga negara, tetapi setiap warga negara beragama juga wajib menjaga ajaran agamanya sesuai ajaran agama masing masing. Agama Islam dalam ajarannya yang tertuang dalam surat Al-kafirun sudah jelas mengatakan "bagiku agamaku, bagimu agamamu" artinya tidak bisa umat dari suatu agama menyatakan bahwa setiap warga negara wajib membenarkan ajaran agama lain, ini tidak dibolehkan dalam Islam. Artinya hak seseorang sebenarnya di batasi oleh aturan-aturan agama masing masing. Karena apabila terjadi pelanggaran atas kebebasan seseorang dalam menjalankan ajaran agamanya maka akan terjadi pula dengan apa yang disebut sebagai pelanggaran HAM individu, oleh karena itu maka HAM harus dibatasi.

Istilah Kewajiban Asasi Manusia memang jarang terdengar. Lebih lanjut jika ditelusuri dalam kehidupan di dunia, pada dasarnya manusia memiliki kewajiban yang asasi. Setidaknya, ada dua kewajiban asasi manusia, yaitu menyembah/beribadah kepada Allah SWT serta menjalankan tugas sebagai khalifah Allah SWT di muka bumi ini. Kewajiban yang pertama dan paling utama adalah menyembah Allah SWT.

Posisi manusia dalam hal ini adalah sebagai abdi Allah (hamba Allah), yang mesti menghambakan diri sepenuhnya kepada-Nya dengan cara melaksanakan segala perintah dan menjauhi segala dilarang-Nya. Inilah Kewajiban Asasi Manusia (KAM), sebab hidup beragama dengan ketundukan dan kepatuhan kepada Allah merupakan fitrah manusia.

Kewajiban asasi kedua adalah melaksanakan perannya sebagai khalifah Allah di muka bumi ini. Kewajiban ini juga berangkat dari penjelasan Allah dalam al-Qur'an:

Surat Fatir/35 ayat 39 yang artinya: "Dia-lah yang menjadikan kamu khalifah-khalifah di muka bumi. Barang siapa yang kafir, maka (akibat) kekafirannya menimpa dirinya sendiri. Dan kekafiran orang-orang yang kafir itu tidak lain hanyalah akan menambah kemurkaan pada sisi Tuhannya dan kekafiran orang-orang yang kafir itu tidak lain hanyalah akan menambah kerugian mereka belaka".

Hakekatnya, dalam kehidupan manusia ada dua dimensi kehidupan yaitu dimensi individu dan dimensi sosial. Pada tataran individu, seseorang akan membangun pada dirinya praktek dan pengembangan nilai yang akan mengarahkan berbagai tindakan dirinya dalam upaya mencapai rasa puas diri. Walaupun demikian rasa puas diri yang hendak dicapai dapat dibagi dalam dua gradasi yaitu gradasi pertama adalah adanya kebutuhan dan keinginan yang bersifat individu. Pada gradasi kedua yang bersifat lebih tinggi adalah kesadaran sosial juga mempunyai jenis kebutuhan sosial dan keinginan

sosial. Pada tataran individu, cara mencapainya tentu tidak diperkenankan bila kehendak tersebut bila akan dieksekusi sudah jelas akan merugikan orang lain, demikian pula pada level kehidupan sosial. Artinya ada pembatasan kehendak diri dari konteks ini.

Pada tataran praktek, seseorang yang mempunyai *self awareness* yang akan dapat membedakan antara kebutuhan dan keinginan. Peran agama yang merupakan rujukan nilai yang akan membentuk dan memancarkan perilakunya disamping akar budayanya, bila diaktualisasikan akan memancarkan pola praktek kewajiban manusia. Agama jelas telah mengajarkan nilai-nilai toleransi dan pembentuk motivasi perilaku luhur, baik untuk tujuan ke-akheratan maupun untuk tujuan ke-duniawi-an dalam konteks ini. Demikian pula dalam konstruksi hubungan dan perilaku sosial, misalnya, agama Islam telah memberikan rujukan nilai seperti mekanisme musyawarah dalam menyelesaikan persoalan, kemudian tolong-menolong dalam hal kebaikan, tanpa melihat perbedaan agama, suku, status sosial dan lainnya. Maka karakter yang membentuk perilaku ini sesungguhnya merupakan kewajiban asasi manusia (KAM) sebagai makhluk ibadah.¹⁷⁵

Selain hak-hak asasi manusia, harus pula dipahami bahwa setiap orang memiliki kewajiban dan tanggung jawab yang juga bersifat asasi. Menurut Jimly Asshiddiqie, setiap orang selama hidupnya sejak sebelum lahir, memiliki hak dan kewajiban yang hakiki sebagai manusia. Pembentukan negara dan pemerintahan, untuk alasan apapun, tidak boleh

¹⁷⁵ -----Kewajiban asasi manusia, intuisiblog.com/2011/10/kewajiban-asasi-manusia/tembolok . Di akses 25 Oktober 2011

menghilangkan prinsip hak dan kewajiban yang disandang oleh setiap manusia. Jaminan hak dan kewajiban oleh karena itu tidak ditentukan oleh kedudukan orang sebagai warga suatu negara. Setiap orang di manapun ia berada harus dijamin hak-hak dasarnya, pada saat yang bersamaan, setiap orang di manapun ia berada, juga wajib menjunjung tinggi hak-hak asasi orang lain sebagaimana mestinya. Keseimbangan kesadaran akan adanya hak dan kewajiban asasi ini merupakan ciri penting pandangan dasar bangsa Indonesia mengenai manusia dan kemanusiaan yang adil dan beradab.¹⁷⁶

Secara eksplisit dapat dikatakan tidak ada pengaturan yang menyatakan tentang kewajiban dasar atau asasi manusia apabila kita mengkaji secara rinci dalam konteks kehidupan bernegara. Lebih lanjut apabila kita telaah maka kita bisa temukan tentang pengakuan akan kewajiban kita untuk menghormati Hak Asasi Manusia. Dalam hal ini bisa kita kaitkan dengan pengaturan dalam UUD 1945 Pasal 28J Ayat (1) dan (2) yang berbunyi:

“(1) Setiap orang wajib menghormati hak asasi manusia orang lain dalam tertib kehidupan bermasyarakat, berbangsa dan bernegara.

(2) Dalam menjalankan hak dan kebebasannya, setiap orang wajib tunduk kepada pembatasan yang ditetapkan dengan undang-undang dengan maksud semata-mata untuk menjamin pengakuan serta penghormatan atas hak dan kebebasan orang

¹⁷⁶ Jimly Asshiddiqie, *Demokrasi Dan Hak Asasi Manusia*, : Materi yang disampaikan dalam *studium general* pada acara The 1st National Convergence Corporate Forum for Community Development, Jakarta, 19 Desember 2005.

lain dan untuk memenuhi tuntutan yang adil sesuai dengan pertimbangan moral, nilai-nilai agama, keamanan, dan ketertiban umum dalam suatu masyarakat demokratis.¹⁷⁷

Kewajiban, pada prinsipnya melekat pada diri kita sebagaimana hak yang melekat pada diri kita sebagai manusia. Jika kita mendikotomikan antara hak dan kewajiban, maka akan terjadi sebuah kesenjangan pemahaman tentang prinsip hidup bertoleransi.

Tanggung jawab negara dan Kewajiban Asasi Manusia adalah :

- a. Setiap orang wajib menghormati hak asasi manusia orang lain dalam tertib kehidupan bermasyarakat, berbangsa, dan bernegara.
- b. Dalam menjalankan hak dan kebebasannya, setiap orang wajib tunduk pada pembatasan yang ditetapkan oleh undang-undang dengan maksud semata-mata untuk menjamin pengakuan dan penghormatan atas hak dan kebebasan orang lain serta untuk memenuhi tuntutan keadilan sesuai dengan nilai-nilai agama, moralitas dan kesusilaan, keamanan dan ketertiban umum dalam masyarakat yang demokratis.
- c. Negara bertanggung jawab atas perlindungan, pemajuan, penegakan, dan pemenuhan hak-hak asasi manusia.
- d. Untuk menjamin pelaksanaan hak asasi manusia, dibentuk Komisi Nasional Hak Asasi Manusia yang bersifat independen dan tidak

¹⁷⁷ UUD 1945, Amandemen ke IV, 2002

memihak yang pembentukan, susunan dan kedudukannya diatur dengan undang-undang.¹⁷⁸

Kemudian apabila kita mengkaji kedalam konsep Pelaksanaan Hak dan Kewajiban Asasi Manusia dalam pemerintahan Madinah, substansi hak dan Kewajiban Asasi Manusia yang diatur yaitu; Hak hidup, hak kemerdekaan atau kebebasan, kemerdekaan dari perbudakan, kebebasan beragama, kebebasan berbicara dan mengeluarkan pendapat, kebebasan dari berserikat dan berkumpul, kebebasan memiliki pekerjaan, kebebasan memiliki tempat tinggal, persamaan hak, kesetaraan pria dan wanita, hak atas suaka politik, hak kepemilikan, hak dan kewajiban membela negara, hak memperoleh pendidikan, hak atas lingkungan hidup yang baik dan sehat serta larangan merusaknya, hak atas kesejahteraan, hak atas perlindungan kebebasan pribadi.¹⁷⁹

Penjelasan diatas, lebih banyak memuat konsep hak bagi seorang penduduk, dan hanya satu kewajiban yang sangat ditekankan, yaitu kewajiban membela negara. Cara terbaik untuk memenuhi kewajiban seorang umat muslim adalah dengan kembali kepada ajaran Islam yang selamat lagi menyelamatkan dengan meyakini dan mengamalkan sepenuhnya. Islam mengajarkan bagaimana seseorang menghambakan diri kepada Allah dalam artian khusus, dan bagaimana pula menjalankan perintah-Nya untuk menjalankan peran dan tugasnya sebagai khalifah *fil*

¹⁷⁸ Jimly Asshiddiqie, *loc.cit*

¹⁷⁹ ----*Bunga Rampai Pemikiran Hukum di Indonesia*, (Yogyakarta : FH UII Press, 2009)

ardhi. Jika saja kedua kewajiban asasi ini dipenuhi, berbagai hak yang diinginkan pun niscaya akan tercapai.

J. Hak Asasi Manusia dalam Konvensi Menentang Penyiksaan dan Perlakuan atau Penghukuman Lain Yang Kejam, Tidak Manusiawi, atau Merendahkan Martabat Manusia)

1. Latar Belakang Lahirnya Konvensi Menentang Penyiksaan dan Perlakuan atau Penghukuman Lain Yang Kejam, Tidak Manusiawi, atau Merendahkan Martabat Manusia)

Fenomena penyiksaan/penganiayaan yang terjadi dalam masyarakat bernegara bukanlah sesuatu yang bersifat kultural, yang yang menyangkut pandangan nilai dan sikap mental serta perilaku masyarakat yang semata-mata dapat diatasi dengan cara pendidikan dan penyebaran pengertian. Lebih dari pada itu, fenomena penganiayaan harus dipahami dalam konteks struktural dalam arti adanya struktur-struktur kekuasaan yang membuka peluang dan kesempatan bagi lahirnya fenomena penyiksaan.

Atas dasar pemahaman konteks struktural fenomena penyiksaan itulah Mahkamah Internasional (*International Court Justice*) mengkualifikasikan kewajiban untuk menghormati hak-hak asasi manusia termasuk di dalamnya hak untuk bebas dari penganiayaan sebagai kewajiban seseorang yang sedang memegang kekuasaan

terhadap rakyat dari negara tersebut. Negara dengan begitu mempunyai kepentingan langsung atas pemenuhan kewajiban tersebut.¹⁸⁰

Penyiksaan merupakan tindakan yang bertentangan dengan HAM, bertentangan dengan hak seseorang untuk menentukan nasibnya sendiri dalam hal hak bebas dari penyiksaan. Pemerintah dalam hal ini juga harus mencari cara agar dalam mengungkapkan kebenaran tidak dengan melakukan penyiksaan.

Ada bermacam-macam pengertian dari penyiksaan, antara lain dapat diartikan sebagai berikut :

- a. Tindakan penyiksaan menurut Konvensi Menentang Penyiksaan dan Perlakuan atau Hukuman Lain yang Kejam, Tidak Manusiawi dan Merendahkan Martabat manusia dapat dirumuskan dalam pasal 1 yang isinya : “*penyiksaan*” berarti setiap perbuatan yang dilakukan dengan sengaja sehingga menimbulkan rasa sakit atau penderitaan yang hebat, baik jasmani maupun rohani, pada seseorang untuk memperoleh pengakuan atau keterangan dari orang itu atau dari orang ketiga, dengan menghukumnya atas suatu perbuatan yang telah dilakukan atau diduga telah dilakukan oleh orang itu atau orang ketiga, atau mengancam atau memaksa orang itu atau orang ketiga, atau untuk suatu alasan yang didasarkan pada diskriminasi, apabila rasa sakit dan penderitaan tersebut ditimbulkan oleh, atas hasutan dari, dengan

¹⁸⁰ F. Sugeng Istanto, *Penyiksaan Dalam Anarki Kekuasaan*, (Yogyakarta : Fakultas Hukum Universitas Islam Indonesia, 1996, Cet. I)

persetujuan, atau sepengetahuan pejabat pemerintah. Hal itu tidak meliputi rasa sakit atau penderitaan yang timbul hanya dari, melekat pada, atau diakibatkan oleh sanksi hukum yang berlaku “.¹⁸¹

Kesimpulan yang dapat ditarik dari penjelasan dalam pasal diatas bahwa terdapat 3 unsur pokok dalam maksud penyiksaan, ketiga unsur tersebut antara lain:

- 1) Harus adanya rasa sakit atau penderitaan terhadap jasmani/raga maupun rohani/jiwa yang luar biasa.
- 2) Harus ada suatu tujuan
- 3) Harus ditimbulkan oleh dan atau hasutan dari atau dengan persetujuan atau sepengetahuan dari seseorang pejabat publik atau seseorang yang bertindak di dalam kapasitas pemerintahan.

b. Dalam Deklarasi Tokyo 1975 *World Medical Association* disebutkan bahwa Penyiksaan adalah tindakan kekerasan fisik dan atau mental yang dilakukan secara sepihak, sengaja dan sistematis oleh seseorang atau sekelompok orang lain yang menimbulkan perasaan tidak nyaman sampai dengan nyeri yang tidak tertahankan (*unbearable pain*), sehingga berakibat terjadinya cedera dan kerusakan sementara dan atau menetap pada tubuh maupun pada fungsi organ tubuh; serta gangguan psikiatrik berupa perasaan cemas, takut dan teror yang

¹⁸¹ Pasal 1 Undang-Undang No.5 tahun 1998 tentang Konvensi Menentang Penyiksaan

berlebihan, hilangnya harga diri atau jati diri, serta penyiksaan berat yang dapat menyebabkan kematian dan sebagainya.¹⁸²

- c. Pasal 351 KUHP merumuskan Penyiksaan sebagai sesuatu yang mengakibatkan luka-luka berat, kematian, dan sengaja merusak kesehatan. Akan tetapi dalam pasal 28 KUHPidana merumuskan Penyiksaan adalah luka-luka berat hanya pada penyiksaan fisik semata.¹⁸³

d. Penyiksaan Fisik (*physical torture*)

Efek dari penyiksaan adalah penderitaan (*pain or suffering*) yang bertingkat-tingkat. Ada beberapa istilah dalam penyiksaan antara lain:¹⁸⁴

- 1) *Falanga*, istilah untuk pemukulan berulang-ulang yang sangat hebat (menyakitkan) pada telapak kaki dan seputar kaki. *Falanga* termasuk pemukulan sistematis dan berakibat cacatnya korban. Penyiksaan ini sering menimpa para tahanan di seluruh dunia.
- 2) *Planton* adalah penyiksaan yang dilakukan pada tahanan dengan melakukan suatu posisi yang tidak normal dengan jangka waktu tertentu misalnya berdiri dengan kepala ditutup selama 14 jam. *Planton* lebih dikenal dengan memaksa korban untuk berdiri dengan jangka waktu lama.

¹⁸²<http://www.komnasham.go.id/portal/files/Majalah%20Suar%20Juni%202002.pdf>, di akses 6 juli 2011

¹⁸³ Pasal 351 dan pasal 28 Kitab Undang-Undang Hukum Pidana

¹⁸⁴<http://www.komnasham.go.id/portal/files/Majalah%20Suar%20Juni%202002.pdf>, Halaman 9, di akses tanggal 11 juni 2011

- 3) *Submarino* adalah memasukkan kepala korban ke dalam air, lumpur atau cairan lainnya, atau lebih dikenal dengan *wet submarino*. *Dry submarino* adalah memasukkan kepala korban ke kantong plastik dan mengikat kantong itu dengan tujuan korban akan kesulitan bernapas.
- 4) *Telephono*, pemukulan kedua daun telinga secara simultan dengan telapak tangan bertujuan merusak gendang telinga, sehingga dapat menyebabkan sakit, pendarahan dan kehilangan pendengaran sehingga sulit dideteksi oleh dokter.

Penjelasan diatas jelas menggambarkan bahwa penyiksaan merupakan suatu tindakan yang dilakukan dengan sengaja kepada seseorang yang tidak dapat mempertahankan haknya dalam menentang sebuah kekerasan terhadap dirinya, dimana suatu tindakan tersebut menimbulkan rasa sakit bagi dirinya baik sakit yang jasmani atau dirasakan oleh tubuh /raga maupun sakit rohani atau mental pada seseorang. Penyiksaan bahkan ada yang berdampak hilangnya nyawa seseorang atau sampai menyebabkan kematian, sehingga dapat merampas hak hidup seseorang yang merupakan hak paling mendasar yang dimiliki oleh manusia.

Hal inilah yang merupakan alasan dibuatnya Konvensi Menentang Penyiksaan Dan Perlakuan Atau Penghukuman Lain Yang Kejam, Tidak Manusiawi, Atau Merendahkan Martabat Manusia

(Convention Against Torture and Others Cruel, Inhuman or Degrading Punishment /CAT) yang di ratifikasi melalui Undang-Undang No. 5 tahun 1998 tentang Pengesahan Konvensi Menentang Penyiksaan Dan Perlakuan Atau Penghukuman Lain Yang Kejam, Tidak Manusiawi, Atau Merendahkan Martabat Manusia dimana Konvensi ini mengartikan Penyiksaan itu dilarang: "*Bahwa negara Indonesia adalah negara hukum yang menjunjung tinggi harkat dan martabat manusia serta menjamin semua warga negara bersamaan kedudukannya di dalam hukum sehingga segala bentuk penyiksaan dan perlakuan atau penghukuman lain yang kejam, tidak manusiawi, atau merendahkan martabat manusia harus dicegah dan dilarang*".¹⁸⁵

Larangan penyiksaan ditemukan di dalam sejumlah perjanjian HAM dan humaniter internasional dan dipandang sebagai sebuah prinsip hukum internasional umum. Larangan penyiksaan juga dianggap memiliki status khusus dalam hukum internasional, yakni *jus cogen*, yang merupakan sebuah norma tertinggi dalam hukum internasional. Hukum internasional umum mengikat semua negara, bahkan jika mereka tidak meratifikasi suatu perjanjian tertentu.

¹⁸⁵ Pasal 1 ayat (1), Undang-Undang No. 5 tahun 1998 tentang Konvensi Menentang Penyiksaan dan Perlakuan atau Hukuman Lain yang Kejam, Tidak Manusiawi, dan Merendahkan Martabat Manusia

Aturan-aturan *jus cogen* tidak dapat dipertentangkan dengan hukum perjanjian atau dengan aturan-aturan hukum internasional lainnya.¹⁸⁶

Larangan penyiksaan termuat dalam Pasal 5 Deklarasi Unvesal Hak Asasi Manusia (DUHAM) tahun 1948 dan sejumlah perjanjian HAM internasional dan regional. Mayoritas luas negara telah meratifikasi perjanjian-perjanjian yang berisi ketentuan-ketentuan yang melarang penyiksaan dan bentuk-bentuk perlakuan sewenang-wenang lainnya. Perjanjian-perjanjian ini yakni :

- a. Konvensi Internasional tentang Hak-hak Sipil dan Politik (*Internasioanl Convenan on Civil dan Political Right, ICCPR*) tahun 1966.
- b. Konvensi Eropa tentang Hak Asasi Manusia (*European Convention on Human Right, ECHR*) tahun 1950.
- c. Konvensi Amerika tentang Hak Asasi Manusia (*American Convention on Human Rigt, ACHR*) tahun 1978
- d. Piagam Afrika tentang Hak Asasi Manusia dan Hak Rakyat (*African Charter on Human and People's Rights*) tahun 1981.¹⁸⁷

Di dalam Pasal 5 DUHAM tersebut disebutkan :

Pasal 5 : “ Tidak seorang pun boleh dianianya atau diperlakukan secara kejam, dengan tidak mengingat kemanusiaan atau jalan perlakuan atau hukuman yang menghinakan (*No body shall be subjected to acts of*

¹⁸⁶ Conor Foley, *Melawan Penyiksaan Manual Untuk Hakim dan Jaksa Penuntut*, (Jakarta : Elsam, 2009) . Hlm. 6

¹⁸⁷ *Ibid*, Hlm. 7

torture nor to cruel, inhuman and degrading punishment)". Hak untuk hidup (hak atas kehidupan), hak atas keselamatan pribadi, dan hak untuk tidak dianiaya atau diperlakukan kejam merupakan hak-hak yang tidak dapat dikesampingkan atau dikurangi (*non derogable rights*). Keadaan darurat atau demi kepentingan stabilitas politik tidak boleh menjadi alasan untuk mengurangi hak hidup. Hal atas keselamatan pribadi, dan hak untuk tidak dianiaya. Oleh karena itu jika pada suatu negara terjadi penganiayaan yang meluas dan sistematis maka pemerintah dari negara yang bersangkutan harus bertanggung jawab.

Hak untuk bebas dari penganiayaan atau perlakuan yang kejam yang dikategorikan sebagai bagian dari kelompok hak-hak sipil yang selain mendasar juga bersifat strategis. Menyadari pentingnya dilakukan usaha-usaha yang bersifat multilateral untuk mencegah, mengatasi dan mengakhiri fenomena penyiksaan atau perlakuan kejam, khususnya baik langsung maupun tidak langsung melibatkan pejabat publik, pada tanggal 10 desember tahun 1984 Majelis Umum PBB melalui sebuah resolusi 39/46 mengesahkan sebuah konvensi guna melindungi hak-hak asasi manusia, khususnya hak untuk tidak dianiaya atau diperlakukan kejam atau dihukum yang merendahkan martabat manusia.

Konvensi itu dikenal sebagai *Konvensi Untuk Menentang Penyiksaan dan Perlakuan atau Penghukuman Lain Yang Kejam, Tidak Manusiawi, atau Merendahkan Martabat Manusia (Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or*

Punishment). Dalam bagian pembukaan dari konvensi itu disebutkan tujuan dari diadakannya konvensi itu adalah kehendak untuk menciptakan perjuangan yang lebih efektif melawan penyiksaan dan perlakuan atau hukuman yang kejam, tidak manusiawi atau merendahkan martabat manusia di seluruh dunia.¹⁸⁸

2. Konsep Dasar Arti Penyiksaan Dalam Konvensi Menentang Penyiksaan dan Perlakuan atau Penghukuman Lain Yang Kejam, Tidak Manusiawi, atau Merendahkan Martabat Manusia)

Konvensi PBB ini telah mendefinisikan penyiksaan dan menetapkan bahwa negara-negara Pihak harus melarang penyiksaan dalam keadaan apa pun. Konvensi ini memuat antara lain : Pasal 1 yaitu memuat tentang definisi dari penyiksaan itu sendiri, "*penyiksaan berarti setiap perbuatan yang dilakukan dengan sengaja, sehingga menimbulkan rasa sakit atau penderitaan yang hebat, baik jasmani maupun rohani, pada seseorang untuk memperoleh pengakuan atau keterangan dari orang itu atau dari orang ketiga, dengan menghukumnya atas suatu perbuatan yang telah dilakukan atau diduga telah dilakukan oleh orang itu atau orang ketiga, atau mengancam atau memaksa orang itu atau orang ketiga, atau untuk suatu alasan yang didasarkan pada setiap bentuk diskriminasi, apabila rasa sakit atau penderitaan tersebut ditimbulkan oleh, atas hasutan dari, dengan persetujuan, atau sepengetahuan pejabat publik. Hal itu tidak*

¹⁸⁸ F. Sugeng Istanto, *Penyiksaan Dalam Anarki Kekuasaan, op. cit.*, Hlm. 6

*meluputi rasa sakit atau penderitaan yang semata-mata timbul dari, melekat pada, atau diakibatkan oleh suatu sanksi hukum yang berlaku.*¹⁸⁹

Ketentuan tersebut diatas jelas menyatakan bahwa yang dimaksud dengan penyiksaan adalah setiap perbuatan yang menimbulkan rasa sakit atau penderitaan yang hebat, baik jasmani ataupun rohani, dan secara terus menerus pada seseorang. Perbuatan yang untuk menimbulkan rasa sakit atau penderitaan itu ditimpakan atau dilakukan, didorong atau atas persetujuan pejabat atau pegawai pemerintah. Disitu jelas bahwa yang diatur oleh konvensi anti penyiksaan adalah tindakan yang langsung maupun tidak langsung dilakukan oleh pejabat atau pegawai pemerintah, antara lain seperti Polisi, Lurah, Camat, Jaksa, Anggota ABRI dan lainnya.

Konvensi tidak mengatur penyiksaan yang dilakukan oleh warga masyarakat misalnya, bapak menyiksa anaknya, suami memukul istrinya, majikan menganiaya buruhnya, dan lainnya. Hanya perilaku pejabat atau aparatur negara yang menjadi objek pengaturan konvensi. Penyiksaan itu dilakukan untuk tujuan seperti; memperoleh pengakuan atau informasi dari korban (*consent*), dari orang yang diancam atau disiksa seperti yang dapat kita lihat dari kasus-kasus penggusuran tanah yang dilakukan oleh aparat pemerintah. Selajutnya, konvensi ini menegaskan bahwa definisi rasa sakit atau derita yang timbul secara kebetulan karena pelaksanaan sanksi-sanksi

¹⁸⁹ Pasal 1, Konvensi Menentang Penyiksaan dan Perlakuan atau Penghukuman Lain Yang Kejam, Tidak Manusiawi, atau Merendahkan Martabat Manusia)

hukum yang dijatuhkan oleh suatu badan peradilan tidak termasuk dalam pengertian konvensi ini.¹⁹⁰

Muladi berpendapat bahwa, apabila perbuatan yang menimbulkan penderitaan yang ditimbulkan oleh sanksi yang sah (*lawful sanction*) dan konsisten dengan “Standar Minimum *Rules for the Treatment of Prisoners*/ Standar Minimum Peraturan bagi Perlakuan terhadap Tahanan” maka dianggap tidak masuk dalam kategori “*torture*”/ penyiksaan.¹⁹¹

Konvensi ini menetapkan bahwa negara-negara Pihak harus melarang penyiksaan dalam keadaan apapun. Penyiksaan tidak dapat dibenarkan dalam keadaan darurat, atau keadaan keadaan luar biasa lainnya, ataupun karena perintah atasan yang diterima oleh seorang pejabat resmi.¹⁹² Konvensi ini melarang pemulangan paksa atau ekstradisi terhadap seseorang ke negara lain dimana ia berhadapan dengan resiko penyiksaan.¹⁹³ Negara-negara harus menjamin bahwa semua tindakan penyiksaan adalah pelanggaran dibawah hukum pidana termasuk keterlibatan dan partisipasi di dalam dan hasutan untuk melakukan tindakan-tindakan semacam itu.¹⁹⁴ Negara-negara harus menetapkan yurisdiksi atas pelanggaran-pelanggaran semacam itu dalam kasus-kasus penyiksaan di mana para tersangka pelanggaran tidak diekstradisi untuk menghadapi penuntutan di negara lain,

¹⁹⁰ F. Sugeng Istanto, *Op. cit.*, Hlm 7

¹⁹¹ *Ibid*, Hlm. 45

¹⁹² Pasal 2 Konvensi Menentang Penyiksaan dan Perlakuan atau Penghukuman Lain Yang Kejam, Tidak Manusiawi, atau Merendahkan Martabat Manusia).

¹⁹³ Pasal 3, *Ibid*.

¹⁹⁴ Pasal 4, *Ibid*.

tanpa mempertimbangkan negara dimana penyiksaan dilakukan, atau kewarganegaraan dari si pelaku atau korban (*jurisdiksi universal*).¹⁹⁵

Penggunaan jurisdiksi universal mewajibkan negara-negara bersangkutan untuk menahan para tersangka pelaku penyiksaan, melakukan penyelidikan-penyelidikan atas tuduhan-tuduhan penyiksaan dan menyerahkan kepada pihak-pihak yang berwenang melakukan penuntutan.¹⁹⁶ Negara-negara tersebut juga harus bekerja sama satu sama lain untuk mengadili para penyiksa.¹⁹⁷ Pernyataan-pernyataan yang dibuat sebagai hasil dari penyiksaan tidak dapat digunakan sebagai bukti-bukti kecuali terhadap para tersangka penyiksa.¹⁹⁸

Konvensi Menentang Penyiksaan juga mewajibkan negara-negara pihak untuk mengambil langkah-langkah yang efektif untuk melawan penyiksaan. Negara-negara bertanggung jawab untuk melatih aparat penegak hukum dan petugas kesehatan, dan orang-orang lain yang mungkin terlibat di dalam penahanan, interogasi atau perlakuan terhadap individu-individu yang ditahan, mengenai larangan penyiksaan dan perlakuan sewenang-wenang.¹⁹⁹ Aturan -aturan interogasi dan pengaturan-pengaturan penahanan harus diawasi dengan maksud untuk mencegah tindakan-tindakan penyiksaan dan perlakuan sewenang-wenang.²⁰⁰

¹⁹⁵ Pasal 5, *Ibid.*

¹⁹⁶ Pasal 6-8, *Ibid.*

¹⁹⁷ Pasal 9, *Ibid.*

¹⁹⁸ Pasal 15, *Ibid.*

¹⁹⁹ Pasal 10, *Ibid.*

²⁰⁰ Pasal 11, *Ibid.*

Negara-negara harus aktif melakukan penyelidikan terhadap tindakan-tindakan penyiksaan dan perlakuan sewenang-wenang bahkan jika belum terdapat pengaduan resmi mengenai hal tersebut.²⁰¹ Para individu memiliki hak untuk mengadu mengenai tindakan-tindakan penyiksaan dan perlakuan sewenang-wenang, agar pengaduan-pengaduan mereka diperiksa dan dilindungi dari intimidasi atau perlakuan sewenang-wenang sebagai akibat dari pengaduan mereka.²⁰² Tindakan-tindakan perlakuan atau penghukuman yang kejam, tidak manusiawi atau merendahkan martabat manusia yang tidak sama dengan tindakan-tindakan penyiksaan juga dilarang dan ketentuan-ketentuan yang dibahas dalam paragraf ini juga berlaku untuk tindakan-tindakan semacam itu.²⁰³ Aturan selanjutnya dari pasal 17-33 hanya mengatur mengenai Komisi Melawan Penyiksaan dan aturan lainnya mengenai hubungan anatar negara dengan konvensi ini.

K. Hak Asasi Manusia dalam Penegakan Hukum Pidana Indonesia

Hak Asasi Manusia (HAM) adalah seperangkat hak yang melekat pada hakikat dan keberadaan manusia sebagai makhluk Tuhan Yang Maha Esa dan merupakan anugerah-Nya yang wajib dihormati, dijunjung tinggi dan dilindungi oleh negara, hukum, pemerintah, dan setiap orang demi kehormatan serta perlindungan harkat dan martabat manusia.²⁰⁴ Konsep Dasar HAM merupakan hak yang melekat pada manusia yang

²⁰¹ Pasal 12, *Ibid.*

²⁰² Pasal 13, *Ibid.*

²⁰³ Pasal 16, *Ibid.*

²⁰⁴ Pasal 1 ayat (1) Undang-Undang No. 39 Tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia

dimiliki oleh manusia semata-mata karena ia manusia, bukan pemberian manusia lain ataupun pemberian hukum positif, melainkan semata-mata karena martabatnya sebagai manusia. Penjelasan ini menegaskan bahwa HAM tidak dapat dicabut dan dirampas sewenang-wenang oleh orang lain.

Penerapan dan penegakan hukum pidana pada dasarnya harus mengutamakan hak asasi manusia bagi setiap orang dalam prakteknya. Ada beberapa asas yang sangat esensial dan saling terkait antara acuan hukum dan penegakan hukum pidana, yakni :

1. Hak untuk hidup, kebebasan dan keamanan bagi semua orang,
2. Larangan penyiksaan
3. Larangan penangkapan atau penahanan sewenang-wenang
4. Hak atas peradilan yang jujur
5. Hak atas perlakuan manusiawi bagi orang-orang yang dicabut kebebasan mereka
6. Larangan gangguan yang bersifat melawan hukum atau sewenang-wenang terhadap *privacy*, keluarga, rumah atau surat-menyurat
7. Kebebasan berpendapat, berekspresi berkumpul dan berserikat.²⁰⁵

Pelanggaran HAM adalah setiap perbuatan seseorang atau sekelompok orang termasuk aparat negara, baik disengaja maupun tidak disengaja atau kelalaian yang secara melawan hukum mengurangi, menghalangi, membatasi dan atau mencabut HAM seseorang atau kelompok

²⁰⁵ C. de Rover, *op. cit.*, hlm. 227

orang yang dijamin oleh undang-undang, dan tidak mendapatkan atau dikhawatirkan tidak akan memperoleh penyelesaian hukum yang adil dan benar berdasarkan mekanisme hukum yang berlaku.²⁰⁶

Aspek kemanusiaan yang mendasar ialah hak untuk hidup dan hak untuk melangsungkan kehidupannya itu. Oleh karena itu, setiap orang berhak untuk mempertahankan diri terhadap setiap ancaman, hambatan dan gangguan terhadap keselamatan jiwanya. Hak hidup merupakan hak asasi manusia, maka perampasan nyawa oleh orang lain (pembunuhan) atau oleh negara (penjatuhan pidana mati) pada hakekatnya merupakan pelanggaran HAM apabila dilakukan sewenang-wenang atau tanpa dasar hukum yang berlaku. Siapapun tidak dapat merampas kehidupan (dibunuh atau dikenakan pidana mati) orang lain secara sewenang-sewenang (*Extralegal execution*).

Sejalan dengan hal tersebut kongres PBB ke VI tahun 1980 mengenai *The Prevention of Crime and the Treatment of the offenders* menegaskan bahwa perampasan nyawa merupakan kejahatan yang sangat kejam, oleh karena itu pemberantasannya harus diprioritaskan secara internasional. Perampasan terhadap nyawa juga dikutuk oleh semua sistem hukum nasional dan oleh prinsip-prinsip hukum pada umumnya.

Pengakuan hak hidup sebagai hak asasi dapat juga memberi makna bahwa perampasan hak hidup seseorang itu seandainya terpaksa dilakukan, pada hakekatnya merupakan suatu pengecualian. Ini berarti sejauh mungkin

²⁰⁶ Pasal 1 angka 6 UU No. 39 Tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia.

pidana mati itu harus dihindari, seandainya terpaksa dijatuhkan harus melewati prosedur yang ditentukan. Prosedur atau tahap-tahap itu antara lain, hanya dapat dijatuhkan untuk jenis tindak pidana tertentu yang dipandang sangat jahat seperti kejahatan terhadap keamanan negara, pembunuhan berencana. Pada sisi lain pelaku kejahatan tetap diberikan hak untuk minta pengampunan, peringanan, penundaan atau perubahan/penggantian pidana mati setelah melewati masa percobaan tertentu.²⁰⁷

Bangsa Indonesia sebagai negara hukum, telah mewujudkan asas legalitas sebagai suatu upaya perlindungan hak kemerdekaan dan kebebasan setiap orang kedalam suatu acuan aturan pemberlakuan hukum pidana (KUHP) yaitu “tidak ada suatu perbuatan dapat dipidana kecuali atas kekuatan aturan pidana dalam perundang-undangan yang telah ada sebelum perbuatan itu dilakukan”.²⁰⁸

Proses perwujudan HAM dalam penegakan hukum pidana tidak terlepas dari acuan atau pedoman penegakan hukum pidana yaitu Kitab Hukum Acara Pidana serta bekerjanya perangkat peradilan pidana yang masuk dalam sistem peradilan pidana. KUHP telah menjamin keberadaan HAM seseorang yang berada dalam proses peradilan pidana mulai dari tahapan penyidikan, penuntutan, peradilan sampai saat dia berada dalam tahapan menjalani masa tahanan.

²⁰⁷ Harum Pudjiarto, *op. cit.*,. Hlm. 57

²⁰⁸ Pasal 1 Kitab Undang-undang Hukum Pidana Indonesia (KUHP)

Hukum pidana masih menemui kontroversi dalam penegakannya, seperti permasalahan pencabutan kemerdekaan, hukuman mati, serta pelanggaran HAM dalam proses perjalanan masa tahanan.

Kemerdekaan dan kebebasan seseorang mencakup makna/aspek yang luas. Salah satu aspek yang mendasar adalah kebebasan dan kemerdekaan seseorang untuk bergerak (bepergian kemana saja, berhubungan dengan siapa saja, berkelompok, berkomunikasi dan lain sebagainya). Perampasan atau pembatasan kemerdekaan bergerak seseorang dipandang dari sudut hukum pidana dapat berupa penangkapan, penahanan dan pemindahan. Hal ini baru dapat dibenarkan apabila berdasarkan perundang-undangan yang berlaku. Hal tersebut mengandung arti bahwa ada hak-hak tertentu dari seseorang yang ditangkap, ditahan ataupun dipidana yang harus dipenuhi. Hak-hak tersebut antara lain :²⁰⁹

1. Hak untuk mengetahui dasar/alasan penangkapan, penahanan dan atau penjatuhan pidana terhadap dirinya. Hak-hak tersebut tercakup dalam Pasal 50, 51 dan Pasal 59 UU nomor 8 tahun 1981 (KUHP) tersebut sebagai berikut :

Pasal 50

- a. Tersangka berhak segera mendapat pemeriksaan oleh penyidik dan selanjutnya dapat diajukan kepada penuntut umum.
- b. Tersangka berhak perkaranya segera dimajukan ke pengadilan oleh penuntut umum.
- c. Terdakwa berhak segera diadili oleh pengadilan.

²⁰⁹ Harum Pudjiarto, *op. cit.*,. Hlm. 61

Pasal 51 Untuk mempersiapkan pembelaan:

- a. tersangka berhak untuk diberitahukan dengan jelas dalam bahasa yang dimengerti olehnya tentang apa yang disangkakan kepadanya pada waktu pemeriksaan dimulai,
- b. terdakwa berhak untuk diberitahukan dengan jelas dalam bahasa yang dimengerti olehnya tentang apa yang didakwakan kepadanya

Pasal 59

Tersangka atau terdakwa yang dikenakan penahanan berhak diberitahukan tentang penahanan atas dirinya oleh pejabat yang berwenang pada semua tingkat pemeriksaan dalam proses peradilan, kepada keluarganya atau orang lain yang serumah dengan tersangka atau terdakwa ataupun orang lain yang bantuannya dibutuhkan oleh tersangka atau terdakwa untuk mendapatkan bantuan hukum atau jaminan bagi penangguhannya.²¹⁰

2. Hak untuk memperoleh ganti kerugian maupun rehabilitasi, apabila penangkapan, penahanan ataupun penjatuhan pidana terhadap dirinya tidak berdasarkan hukum yang berlaku. Hak-hak tersebut tercakup pula dalam Pasal 95 dan Pasal 97 KUHAP, yakni :

Pasal 96

- a. Putusan pemberian ganti kerugian berbentuk penetapan.
- b. Penetapan sebagaimana dimaksud dalam ayat (1) memuat dengan lengkap semua hal yang dipertimbangkan sebagai alasan bagi putusan tersebut.

Pasal 97

- a. Seorang berhak memperoleh rehabilitasi apabila oleh pengadilan diputus bebas atau diputus lepas dari segala tuntutan hukum yang putusannya telah mempunyai kekuatan hukum tetap.
- b. Rehabilitasi tersebut diberikan dan dicantumkan sekaligus dalam putusan pengadilan sebagaimana dimaksud dalam ayat (1).
- c. Permintaan rehabilitasi oleh tersangka atas penangkapan atau penahanan tanpa alasan yang berdasarkan undang-undang atau kekeliruan mengenai orang atau hukum yang diterapkan sebagaimana

²¹⁰ Undang-undang Nomor 8 tahun 1981 (KUHAP)

dimaksud dalam Pasal 95 ayat (1) yang perkaranya tidak diajukan ke pengadilan negeri diputus oleh hakim praperadilan yang dimaksud dalam Pasal 77.²¹¹

3. Hak untuk memperoleh perlakuan yang manusiawi dan hak-hak sesuai dengan peraturan perundang-undangan yang berlaku, selama masa penangkapan, penahanan maupun selama menjalani pidana atas dirinya. Hak-hak tersebut di atur didalam Pasal 52-59, 64-68 dan 244, 259, 263 KUHAP, yakni :

Pasal 52

Dalam pemeriksaan pada tingkat penyidikan dan pengadilan, tersangka atau terdakwa berhak memberikan keterangan secara bebas kepada penyidik atau hakim.

Pasal 53

- a. Dalam pemeriksaan pada tingkat penyidikan dan pengadilan, tersangka atau terdakwa berhak untuk setiap waktu mendapat bantuan juru bahasa sebagaimana dimaksud dalam Pasal 177.
- b. Dalam hal tersangka atau terdakwa bisu dan atau tuli diberlakukan ketentuan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 178.

Pasal 54

Guna kepentingan pembelaan, tersangka atau terdakwa berhak mendapat bantuan hukum dari seorang atau lebih penasihat hukum selama dalam waktu dan pada setiap tingkat pemeriksaan, menurut tatacara yang ditentukan dalam undang-undang ini.

Pasal 55

Untuk mendapatkan penasihat hukum tersebut dalam Pasal 54, tersangka atau terdakwa berhak memilih sendiri penasihat hukumnya.

Pasal 56

- a. Dalam hal tersangka atau terdakwa disangka atau didakwa melakukan tindak pidana yang diancam dengan pidana mati atau ancaman pidana lima belas tahun atau lebih atau bagi mereka yang tidak mampu yang

²¹¹ Undang-undang Nomor 8 tahun 1981 (KUHP)

diancam dengan pidana lima tahun atau lebih yang tidak mempunyai penasihat hukum sendiri, pejabat yang bersangkutan pada semua tingkat pemeriksaan dalam proses peradilan wajib menunjuk penasihat hukum bagi mereka.

- b. Setiap penasihat hukum yang ditunjuk untuk bertindak sebagaimana dimaksud dalam ayat (1), memberikan bantuannya dengan cuma-cuma.

Pasal 57

- a. Tersangka atau terdakwa yang dikenakan penahanan berhak menghubungi penasihat hukumnya sesuai dengan ketentuan undang-undang ini.
- b. Tersangka atau terdakwa yang berkebangsaan asing yang dikenakan penahanan berhak menghubungi dan berbicara dengan perwakilan negaranya dalam menghadapi proses perkaranya.

Pasal 58

Tersangka atau terdakwa yang dikenakan penahanan berhak menghubungi dan menerima kunjungan dokter pribadinya untuk kepentingan kesehatan baik yang ada hubungannya dengan proses perkara maupun tidak.

Pasal 59

Tersangka atau terdakwa yang dikenakan penahanan berhak diberitahukan tentang penahanan atas dirinya oleh pejabat yang berwenang pada semua tingkat pemeriksaan dalam proses peradilan, kepada keluarganya atau orang lain yang serumah dengan tersangka atau terdakwa ataupun orang lain yang bantuannya dibutuhkan oleh tersangka atau terdakwa untuk mendapatkan bantuan hukum atau jaminan bagi penangguhannya.

Pasal 244

Terhadap putusan perkara pidana yang diberikan pada tingkat terakhir oleh pengadilan lain selain daripada Mahkamah Agung, terdakwa atau penuntut umum dapat mengajukan permintaan pemeriksaan kasasi kepada Mahkamah Agung kecuali terhadap putusan bebas

Pasal 259

- a. Demi kepentingan hukum terhadap semua putusan yang telah memperoleh kekuatan hukum tetap dari pengadilan lain selain daripada Mahkamah Agung, dapat diajukan satu kali permohonan kasasi oleh Jaksa Agung.
- b. Putusan kasasi demi kepentingan hukum tidak boleh merugikan pihak yang berkepentingan.

Pasal 263

- a. Terhadap putusan pengadilan yang telah memperoleh kekuatan hukum tetap, kecuali putusan bebas atau lepas dari segala tuntutan hukum, terpidana atau ahli warisnya dapat mengajukan permintaan peninjauan kembali kepada Mahkamah Agung.
 - b. Permintaan peninjauan kembali dilakukan atas dasar :
 1. apabila terdapat keadaan baru yang menimbulkan dugaan kuat, bahwa jika keadaan itu sudah diketahui pada waktu sidang masih berlangsung, hasilnya akan berupa putusan bebas atau putusan lepas dari segala tuntutan hukum atau tuntutan penuntut umum tidak dapat diterima atau terhadap perkara itu diterapkan ketentuan pidana yang lebih ringan;
 2. apabila dalam pelbagai putusan terdapat pernyataan bahwa sesuatu telah terbukti, akan tetapi hal atau keadaan sebagai dasar dan alasan putusan yang dinyatakan telah terbukti itu, ternyata telah bertentangan satu dengan yang lain;
 3. apabila putusan itu dengan jelas memperlihatkan suatu kekhilafan hakim atau suatu kekeliruan yang nyata.²¹²
4. Penangkapan, penahanan dan penjatuhan pidana, pada hakekatnya perampasan kemerdekaan dan kebebasan secara fisik. Oleh karena hal itu, maka hak-hak asasi yang sifatnya non fisik haruslah dipenuhi, dalam arti dijunjung tinggi dan dihormati, hak-hak tersebut yaitu di dalam Pasal 53-58, 65, 66 dan Pasal 68 KUHP.

²¹² Undang-undang Nomor 8 tahun 1981 (KUHP)

Pasal 53

- a. Dalam pemeriksaan pada tingkat penyidikan dan pengadilan, tersangka atau terdakwa berhak untuk setiap waktu mendapat bantuan juru bahasa sebagaimana dimaksud dalam Pasal 177.
- b. Dalam hal tersangka atau terdakwa bisu dan atau tuli diberlakukan ketentuan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 178.

Pasal 54

Guna kepentingan pembelaan, tersangka atau terdakwa berhak mendapat bantuan hukum dari seorang atau lebih penasihat hukum selama dalam waktu dan pada setiap tingkat pemeriksaan, menurut tatacara yang ditentukan dalam undang-undang ini.

Pasal 55

Untuk mendapatkan penasihat hukum tersebut dalam Pasal 54, tersangka atau terdakwa berhak memilih sendiri penasihat hukumnya.

Pasal 56

- a. Dalam hal tersangka atau terdakwa disangka atau didakwa melakukan tindak pidana yang diancam dengan pidana mati atau ancaman pidana lima belas tahun atau lebih atau bagi mereka yang tidak mampu yang diancam dengan pidana lima tahun atau lebih yang tidak mempunyai penasihat hukum sendiri, pejabat yang bersangkutan pada semua tingkat pemeriksaan dalam proses peradilan wajib menunjuk penasihat hukum bagi mereka.
- b. Setiap penasihat hukum yang ditunjuk untuk bertindak sebagaimana dimaksud dalam ayat (1), memberikan bantuannya dengan cuma-cuma.

Pasal 57

- a. Tersangka atau terdakwa yang dikenakan penahanan berhak menghubungi penasihat hukumnya sesuai dengan ketentuan undang-undang ini.
- b. Tersangka atau terdakwa yang berkebangsaan asing yang dikenakan penahanan berhak menghubungi dan berbicara dengan perwakilan negaranya dalam menghadapi proses perkaranya.

Pasal 58

Tersangka atau terdakwa yang dikenakan penahanan berhak menghubungi dan menerima kunjungan dokter pribadinya untuk

kepentingan kesehatan baik yang ada hubungannya dengan proses perkara maupun tidak.²¹³

5. Hak untuk menyampaikan pokok pikiran, pendapat baik secara lisan maupun tertulis. Hak-hak tersebut tercakup di dalam Pasal 60-63 KUHAP.

Pasal 60

Tersangka atau terdakwa berhak menghubungi dan menerima kunjungan dari pihak yang mempunyai hubungan keluarga atau lainnya dengan tersangka atau terdakwa guna mendapatkan jaminan bagi penangguhan penahanan ataupun untuk usaha mendapatkan bantuan hukum.

Pasal 61

Tersangka atau terdakwa berhak secara langsung atau dengan perantara penasihat hukumnya menghubungi dan menerima kunjungan sanak keluarganya dalam hal yang tidak ada hubungannya dengan perkara tersangka atau terdakwa untuk kepentingan pekerjaan atau untuk kepentingan keluarga

Pasal 62

- a. Tersangka atau terdakwa berhak mengirim surat kepada penasihat hukumnya, dan menerima surat dari penasihat hukumnya dan sanak keluarga setiap kali yang diperlukan olehnya, untuk keperluan itu bagi tersangka atau terdakwa disediakan alat tulis menulis.
- b. Surat menyurat antara tersangka atau terdakwa dengan penasihat hukumnya atau sanak keluarganya tidak diperiksa oleh penyidik, penuntut umum, hakim atau pejabat rumah tahanan negara kecuali jika terdapat cukup alasan untuk diduga bahwa surat menyurat itu disalahgunakan.
- c. Dalam hal surat untuk tersangka atau terdakwa ditilik atau diperiksa oleh penyidik, penuntut umum, hakim atau pejabat rumah tahanan negara, hal itu diberitahukan kepada tersangka atau terdakwa dan surat tersebut dikirim kembali kepada pengirimnya setelah dibubuhi cap yang berbunyi "telah ditilik".

²¹³ Undang-undang Nomor 8 tahun 1981 (KUHP)

Pasal 63

Tersangka atau terdakwa berhak menghubungi dan menerima kunjungan dari rohaniwan.

6. Hak untuk diam, dalam arti tidak mengeluarkan pernyataan ataupun pengakuan jadi tidak diperkenankan adanya tekanan-tekanan tertentu.

Hak tersebut dinyatakan dengan tegas di dalam Pasal 52 KUHAP.

Pasal 52

Dalam pemeriksaan pada tingkat penyidikan dan pengadilan, tersangka atau terdakwa berhak memberikan keterangan secara bebas kepada penyidik atau hakim.²¹⁴

L. Masalah Pembatasan Hak Asasi Manusia

1. Konsep Pembatasan Hak Asasi Manusia (HAM) dalam Pandangan Barat

Sistematika pengaturan mengenai hak asasi manusia dalam UUD 1945 ini sejalan pula dengan sistematika pengaturan dalam *Universal Declaration of Human Rights* yang juga menempatkan pasal tentang pembatasan hak asasi manusia sebagai pasal penutup, yaitu Pasal 29 ayat (2) yang berbunyi, “*In the exercise of his rights and freedoms, everyone shall be subject only to such limitations as are determined by law solely for the purpose of securing due recognition and respect for the rights and freedoms of*

²¹⁴ Undang-undang Nomor 8 tahun 1981 (KUHAP)

others and of meeting the just requirements of morality, public order and the general welfare in a democratic society.”²¹⁵

Pasal 29 Deklarasi Universal Hak-hak Asasi Manusia (DUHAM) menyebutkan bahwa dalam pelaksanaan hak dan kebebasannya, setiap orang hanya tunduk pada batasan-batasan yang ditentukan oleh hukum, semata-mata untuk menjamin pengakuan dan penghormatan terhadap hak dan kebebasan orang lain, dan memenuhi persyaratan-persyaratan moral, ketertiban umum dan kesejahteraan umum yang adil dalam masyarakat yang demokratis.

Kedua Kovenan yaitu Kovenan Internasional Hak Sipil dan Politik serta Kovenan Internasional Ekonomi, Sosial dan Budaya memuat ketentuan yang mengatur adanya pembatasan terhadap hak-hak tertentu. Beberapa klausul pembatasan yang digunakan dalam kedua kovenan adalah: diatur berdasarkan hukum (*prescribed by law/conformity with the law*), dalam masyarakat yang demokratis (*in a democratic society*), ketertiban umum (*public order/ordre public*), kesehatan publik (*public health*), moral publik (*public moral*), keamanan nasional (*national security*) dan keamanan publik (*public safety*), hak dan kebebasan orang lain (*rights and freedom of others*) dan hak atau reputasi orang lain (*rights and reputations of others*), serta kepentingan kehidupan pribadi pihak lain (*the interest of private lives of*

²¹⁵ Ide pembatasan HAM, www.endradharmalaksana.com. Diakses tanggal 10 november 2011

parties) yang berkaitan dengan pembatasan terhadap pers dan publik pada pengadilan (*restrictions on public trial*).²¹⁶

Pembatasan dan pengurangan hak-hak asasi manusia yang diatur di dalam Kovenan Internasional Hak Sipil dan Politik (KIHSP) diterjemahkan secara lebih detil di dalam Prinsip-Prinsip Siracusa²¹⁷ (*Siracusa Principles*). Prinsip ini menyebutkan bahwa pembatasan hak tidak boleh membahayakan esensi hak. Semua klausul pembatasan harus ditafsirkan secara tegas dan ditujukan untuk mendukung hak-hak. Semua pembatasan harus ditafsirkan secara jelas dan dalam konteks hak-hak tertentu yang terkait. Prinsip ini menegaskan bahwa pembatasan hak tidak boleh diberlakukan secara sewenang-wenang.

Pembatasan dan pengurangan hak asasi manusia hanya bisa dilakukan jika memenuhi kondisi-kondisi berikut:

a. Diatur berdasarkan hukum (*prescribed by law/conformity with the law*).

Tidak ada pembatasan yang bisa diberlakukan kecuali didasarkan oleh hukum nasional. Namun hukum yang membatasi hak tersebut tidak boleh sewenang-wenang dan tanpa alasan. Aturan hukum yang membatasi

²¹⁶ Stanley Adi Prasetyo, *Informasi Publik dan Hak Asasi Manusia*, : Makalah di sampaikan pada Seminar Keterbukaan Informasi Publik yang diselenggarakan Perpustakaan Universitas Kristen Petra pada 26 Juli 2010 di Kampus UK Petra Jl. Siwalankerta 121-1311, Surabaya

²¹⁷ *Siracusa Principles* adalah prinsip-prinsip mengenai ketentuan pembatasan dan pengurangan hak yang diatur di dalam Kovenan Internasional tentang Hak Sipil dan Politik. Prinsip-prinsip ini dihasilkan oleh sekelompok ahli hukum internasional yang bertemu di Siracusa, Italia pada April dan Mei 1984.

pelaksanaan HAM harus jelas dan bias diakses siapa pun. Selain itu negara harus menyediakan upaya perlindungan dan pemulihan yang memadai terhadap penetapan atau pun penerapan pembatasan yang bersifat sewenang-wenang terhadap hak-hak tersebut. Hukum tersebut harus dapat diakses, tidak bersifat ambigu, dan dibuat secara hati-hati dan teliti, yang memungkinkan setiap individual untuk melihat apakah suatu tindakan bertentangan dengan hukum atau tidak.

- b. Diperlukan dalam masyarakat yang demokratis (*in a democratic society*). Beban untuk menetapkan persyaratan pembatasan ini ada pada negara yang menetapkan aturan pembatasan dengan menunjukkan bahwa pembatasan tersebut tidak mengganggu berfungsinya demokrasi di dalam masyarakat. Adapun model masyarakat yang demokratis dapat mengacu pada masyarakat yang mengakui dan menghormati hak asasi manusia yang tercantum dalam Piagam PBB dan DUHAM.
- c. Untuk melindungi ketertiban umum (*public order/ordre public*). Frasa “ketertiban umum” di sini diterjemahkan sebagai sejumlah aturan yang menjamin berfungsinya masyarakat atau seperangkat prinsip mendasar yang hidup di masyarakat. Ketertiban umum juga melingkupi penghormatan terhadap hak asasi manusia. Selain itu, ketertiban umum di sini harus dilihat dalam konteks hak yang dibatasinya. Negara atau badan negara yang bertanggungjawab untuk menjaga ketertiban umum harus dapat dikontrol dalam penggunaan kekuasaan mereka melalui parlemen, pengadilan atau badan mandiri lain yang kompeten.

- d. Untuk melindungi kesehatan publik (*public health*). Klausul ini digunakan untuk mengambil langkah-langkah penanganan atas sebuah ancaman yang bersifat serius terhadap kesehatan masyarakat atau pun anggota masyarakat. Langkah pembatasan ini harus diletakkan dalam konteks pencegahan penyakit atau kecelakaan atau dalam rangka menyediakan layanan kesehatan bagi yang terluka atau sakit. Negara dalam hal ini harus mengacu pada aturan kesehatan internasional dari WHO.
- e. Untuk melindungi moral publik (*public moral*). Negara harus menunjukkan bahwa pembatasan itu memang sangat penting bagi terpeliharanya nilai-nilai mendasar komunitas. Negara dalam hal ini memiliki diskresi untuk menggunakan alasan moral masyarakat. Klausul ini tidak boleh menyimpang dari maksud dan tujuan KIHSP.
- f. Untuk melindungi keamanan nasional (*national security*). Klausul ini digunakan hanya untuk melindungi eksistensi bangsa, integritas wilayah atau kemerdekaan politik terhadap adanya kekerasan atau ancaman kekerasan. Negara tidak boleh menggunakan klausul ini sebagai dalih untuk melakukan pembatasan yang sewenang-wenang dan tidak jelas.¹⁶ butir pembatasan dengan klausul ini juga tidak sah, jika tujuan yang sesungguhnya atau dampak yang dihasilkannya adalah untuk melindungi kepentingan-kepentingan yang tidak berhubungan dengan keamanan nasional. Termasuk misalnya untuk melindungi suatu pemerintahan dari rasa malu akibat kesalahan yang dilakukan atau pengungkapan kesalahan yang dilakukan, atau untuk menutup-nutupi informasi tentang pelaksanaan

fungsi institusi-institusi publiknya, atau untuk menanamkan suatu ideologi tertentu, atau untuk menekan kerusuhan industrial.

- g. Untuk melindungi keselamatan publik (*public safety*). Klausul ini digunakan untuk melindungi orang dari bahaya dan melindungi kehidupan mereka, integritas fisik atau kerusakan serius atas milik mereka. Klausul ini tidak bisa digunakan untuk pembatasan yang sewenang-wenang dan hanya bisa diterapkan jika ada perlindungan yang cukup dan pemulihan yg efektif terhadap penyalahgunaan pembatasan.
- h. Untuk melindungi hak dan kebebasan orang lain (*rights and freedom of others*). Ketika terjadi konflik antar-hak, maka harus diutamakan hak dan kebebasan yang paling mendasar. Klausul ini tidak bisa digunakan untuk melindungi negara dan aparatnya dari kritik dan opini publik.²¹⁸

Selain itu, KIHSP juga memasukkan istilah “perlu” (*necessary*) dalam ketentuan-ketentuan yang mengandung pembatasan, yaitu pada Pasal 12 (3), 14 (1), 18 (3), 19 (3), 21, 22 (2). Hal ini memperlihatkan adanya maksud dari perancang Kovenan untuk membatasi penerapan pembatasan hak-hak hanya pada situasi dimana ada kebutuhan riil untuk pembatasan tersebut. Untuk menyatakan bahwa kebutuhan itu memang ada, beberapa persyaratan yang harus dipenuhi adalah:

- a. Pembatasan sejalan dengan semangat dan apa yang tertulis dalam Kovenan;

²¹⁸ Stanley Adi Prasetyo, *loc. cit*

- b. Syarat-syarat yang ditetapkan dalam beberapa putusan Pengadilan HAM Eropa yaitu persyaratan *lawfulness*, *legitimate aim* dan *necessity*. Untuk menetapkan apakah *necessity* terpenuhi, Pengadilan Eropa biasanya menerapkan dua tes yaitu “perlu dalam masyarakat demokratis/*necessary in a democratic society*” dan proporsional pada kebutuhan yang diinginkan (*proportional to the desired need*).²¹⁹

Kovenan Internasional tentang Hak Sipil dan Politik (KIHSP) secara lebih rinci mencatat beberapa hak yang pelaksanaannya dapat dibatasi dan dikurangi, yaitu:

- a. Hak untuk bebas bergerak. Pembatasan dapat dilakukan jika ditentukan oleh hukum, yang perlu untuk melindungi keamanan nasional, ketertiban umum, kesehatan umum, atau moral, atau hak dan kebebasan orang lain, dan konsisten dengan hak lainnya yang diakui dalam Kovenan ini. Komentar Umum No. 27 menyebutkan pembatasan-pembatasan tersebut tidak boleh membatalkan dan melemahkan jiwa dari hak untuk bebas bergerak. Selain itu, Langkah-langkah pembatasan harus menjadi instrumen intervensi terakhir dan harus proporsional bagi kepentingan mereka yang ingin dilindungi. Penerapan pembatasan-pembatasan yang diperbolehkan oleh Pasal 12 ayat 3 harus sesuai dengan hak-hak lain yang dijamin oleh Kovenan dan dengan prinsip-prinsip mendasar kesetaraan dan nondiskriminasi.

²¹⁹ Stanley Adi Prasetyo, *loc. cit*

- b. Hak pers dan masyarakat atas pemeriksaan yang adil dan terbuka oleh pengadilan. Pers dan masyarakat dapat dilarang mengikuti seluruh atau sebagian sidang dengan alasan moral, ketertiban umum atau keamanan nasional dalam suatu masyarakat yang demokratis, atau bilamana perlu, demi kepentingan kehidupan pribadi pihak yang bersangkutan, atau sejauh diperlukan menurut pengadilan dalam keadaan khusus, di mana publikasi justru dianggap akan merugikan kepentingan keadilan itu sendiri. Apapun yang diputuskan pengadilan, baik perkara pidana atau perdata, harus diumumkan, kecuali kepentingan anak-anak di bawah umur menentukan sebaliknya, atau jika persidangan tersebut mengenai perselisihan perkawinan atau perwalian anak-anak.
- c. Hak untuk menjalankan agama atau kepercayaan. Hak ini hanya dapat dibatasi oleh ketentuan hukum, yang diperlukan untuk melindungi keamanan, ketertiban, kesehatan atau moral masyarakat atau hak dan kebebasan mendasar orang lain. Pembatasan yang diterapkan harus dijamin oleh hukum dan tidak boleh diterapkan dengan cara-cara yang dapat melanggar hak-hak itu sendiri. Pembatasan tidak boleh diterapkan untuk tujuan-tujuan yang diskriminatif atau diterapkan dengan cara yang diskriminatif. Kenyataan bahwa suatu agama diakui sebagai agama negara atau bahwa agama tersebut dinyatakan sebagai agama resmi atau tradisi, atau bahwa penganut agama tersebut terdiri dari mayoritas penduduk, tidak boleh menyebabkan tidak dinikmatinya hak-hak yang dijamin Konvenan, termasuk oleh Pasal 18 dan pasal 27 KIHSP, maupun

menyebabkan diskriminasi terhadap penganut agama lain atau orang-orang yang tidak beragama atau berkepercayaan.

- d. Hak untuk bebas menyatakan pendapat dan memperoleh informasi. Pembatasan tersebut hanya diperbolehkan apabila diatur menurut hukum dan dibutuhkan untuk menghormati hak atau nama baik orang lain dan melindungi keamanan nasional atau ketertiban umum atau kesehatan atau moral masyarakat. Pasal 19 Ayat 3 KIHSP menentukan kondisi-kondisi tertentu untuk melakukan pembatasan, yaitu: (1) harus “dinyatakan oleh hukum”; (2) hanya boleh diterapkan bagi salah satu tujuan yang dinyatakan di sub ayat (a) dan (b) dari ayat 3; (3) pembatasan tersebut harus dijustifikasi sebagai sesuatu yang “dibutuhkan” negara untuk salah satu dari tujuan-tujuan tersebut.²⁹ Pembatasan itu tidak boleh membahayakan hak itu sendiri.

Tidak seorang pun boleh menjadi subyek pembatasan dan sanksi, serta dirugikan karena pendapat atau kepercayaannya. Ekspresi dapat dihukum sebagai ancaman keamanan nasional jika pemerintah dapat menunjukkan bahwa ekspresi itu ditujukan atau dapat memotivasi kekerasan yang akan terjadi atau ada hubungan langsung dan dekat antara ekspresi dan kekerasan tersebut. Namun tidak seorang pun boleh dihukum karena ekspresi yang mengandung kritik atau penghinaan terhadap kebijakan pemerintah atau pejabat public.

- e. Hak untuk berkumpul secara damai. Tidak ada pembatasan yang dapat dikenakan pada pelaksanaan hak ini kecuali jika hal tersebut dilakukan

berdasarkan hukum, dan diperlukan dalam masyarakat yang demokratis untuk kepentingan keamanan nasional dan keselamatan publik, ketertiban umum, perlindungan terhadap kesehatan atau moral masyarakat, atau perlindungan terhadap hak dan kebebasan orang lain.

- f. Hak untuk berserikat. Pembatasan dapat dilakukan jika berdasarkan hukum, dan diperlukan dalam masyarakat yang demokratis untuk kepentingan keamanan nasional dan keselamatan publik, ketertiban umum, perlindungan terhadap kesehatan atau moral masyarakat, atau perlindungan terhadap hak dan kebebasan orang lain.²²⁰

2. Konsep Pembatasan Hak Asasi Manusia (HAM) dalam UUD 1945 dan Perundangan lainnya.

Hak Asasi Manusia di Indonesia bersumber dan bermuara pada Pancasila. Yang artinya Hak Asasi Manusia mendapat jaminan kuat dari falsafah bangsa, yakni Pancasila. Bermuara pada Pancasila dimaksudkan bahwa pelaksanaan hak asasi manusia tersebut harus memperhatikan garis-garis yang telah ditentukan dalam ketentuan falsafah Pancasila. Bagi bangsa Indonesia, melaksanakan hak asasi manusia bukan berarti melaksanakan dengan sebebaskan-bebasnya, melainkan harus memperhatikan ketentuan-ketentuan yang terkandung dalam pandangan hidup bangsa Indonesia, yaitu

²²⁰ Stanley Adi Prasetyo, *loc. cit*

Pancasila. Hal ini disebabkan pada dasarnya memang tidak ada hak yang dapat dilaksanakan secara multak tanpa memperhatikan hak orang lain.

Setiap hak akan dibatasi oleh hak orang lain. Jika dalam melaksanakan hak, kita tidak memperhatikan hak orang lain, maka yang terjadi adalah benturan hak atau kepentingan dalam hidup bermasyarakat, berbangsa, dan bernegara. Negara Republik Indonesia mengakui dan menjunjung tinggi hak asasi manusia dan kebebasan dasar manusia sebagai hak yang secara kodrati melekat dan tidak terpisah dari manusia yang harus dilindungi, dihormati, dan ditegakkan demi peningkatan martabat kemanusiaan, kesejahteraan, kebahagiaan, dan kecerdasan serta keadilan.

UUD 1945 sudah mengalami beberapa kali amandemen, namun pasal-pasal mengenai HAM sebagai suatu jaminan konstitusi (*constitutional guarantee*) ternyata masih menyimpan banyak perdebatan di kalangan akademisi maupun praktisi HAM. Fokus permasalahan terjadi pada dua pasal yang apabila dibaca secara sederhana mempunyai pengertian yang saling bertolak belakang, yaitu mengenai ketentuan terhadap *non-derogable rights* (Pasal 28I) dan ketentuan mengenai *human rights limitation* (Pasal 28J). Benarkah dalam UUD 1945 itu tersendiri terdapat pembatasan atas ketentuan HAM, termasuk di dalamnya terhadap Pasal 28I yang di akhir kalimatnya

berbunyi ”...adalah hak asasi manusia yang tidak dapat dikurangi dalam keadaan apapun”²²¹.

Hak asasi manusia bukanlah hak yang dapat digunakan sebebas-bebasnya melainkan dimungkinkan untuk dibatasi sejauh pembatasan itu ditetapkan dengan undang-undang. Semangat inilah yang melahirkan Pasal 28J²²² UUD 1945. Pembatasan sebagaimana tertuang dalam Pasal 28J itu mencakup sejak Pasal 28A sampai dengan Pasal 28I UUD 1945. Oleh karenanya, hal yang perlu ditekankan di sini bahwa hak-hak asasi manusia yang diatur dalam UUD 1945 tidak ada yang bersifat mutlak, termasuk hak asasi yang diatur dalam Pasal 28I ayat (1) UUD 1945.

Jika kita menarik dari perspektif original intent pembentuk UUD 1945, bahwa seluruh hak asasi manusia yang tercantum dalam Bab XA UUD 1945 keberlakuannya dapat dibatasi. *Original intent* pembentuk UUD 1945 yang menyatakan bahwa hak asasi manusia dapat dibatasi juga diperkuat oleh penempatan Pasal 28J sebagai pasal penutup dari seluruh ketentuan yang mengatur tentang hak asasi manusia dalam Bab XA UUD 1945 tersebut.²²³

²²¹ Pan Mohamad Faiz, Embrio dan Perkembangan Pembatasan HAM di Indonesia, *jurnalhukum.blogspot.com/.../pembatasan-hak-asasi-manusia-di.html*. Di akses 5 November 2011

²²² Pasal 28J :

- (1) Setiap orang wajib menghormati hak asasi manusia orang lain dalam tertib kehidupan bermasyarakat, berbangsa, dan bernegara
- (2) Dalam menjalankan hak dan kebebasannya, setiap orang wajib tunduk kepada pembatasan yang ditetapkan dengan undang-undang dengan maksud semata-mata untuk menjamin pengakuan serta penghormatan atas hak dan kebebasan orang lain dan untuk memenuhi tuntutan yang adil sesuai dengan pertimbangan moral, nilai-nilai agama, keamanan, dan ketertiban umum dalam suatu masyarakat demokratis.

²²³ Pan Mohamad Faiz, *Ibid*

Mahkamah, di dalam perkara yang sama, menilai bahwa apabila kita melihat dari sejarah perkembangan konstitusionalisme Indonesia, sebagaimana tercermin dalam konstitusi-konstitusi yang pernah berlaku, yakni UUD 1945 sebelum Perubahan, Konstitusi RIS 1949, UUDS 1950, dan UUD 1945 sesudah Perubahan, tampak adanya kecenderungan untuk tidak memutlakkan hak asasi manusia, dalam arti bahwa dalam hal-hal tertentu, atas perintah konstitusi, hak asasi manusia dapat dibatasi oleh suatu undang-undang. Adapun penjelasannya adalah sebagai berikut:

- a. UUD 1945 sebelum Perubahan bahkan tidak memuat secara eksplisit dan lengkap pengaturan tentang hak asasi manusia, termasuk tentang hak untuk hidup, meskipun dalam Alinea ke-4 memuat apa yang kemudian disebut sebagai Pancasila yang salah satunya adalah sila *“Kemanusiaan yang adil dan beradab”*.
- b. Pasal 32 ayat (1) Konstitusi RIS 1949 memuat ketentuan tentang pembatasan *“Hak-hak dan Kebebasan-kebebasan Dasar Manusia”* sebagai berikut, *“Peraturan-peraturan undang-undang tentang melakukan hak-hak dan kebebasan-kebebasan yang diterangkan dalam bagian ini, jika perlu, akan menetapkan batas-batas hak-hak dan kebebasan itu, akan tetapi hanyalah semata-mata untuk menjamin pengakuan dan penghormatan yang tak boleh tiada terhadap hak-hak serta kebebasan-kebebasan orang lain, dan untuk memenuhi syarat-syarat yang adil untuk ketenteraman, kesusilaan dan kesejahteraan umum dalam suatu persekutuan yang demokrasi”*.

- c. Pasal 33 UUDS 1950 juga membatasi HAM (Hak-hak dan Kebebasan-kebebasan Dasar Manusia) sebagai berikut, “*Melakukan hak-hak dan kebebasan-kebebasan yang diterangkan dalam bagian ini hanya dapat dibatasi dengan peraturan-peraturan undang-undang semata-mata untuk menjamin pengakuan dan penghormatan yang tak boleh tiada terhadap hak-hak serta kebebasan-kebebasan orang lain, dan untuk memenuhi syarat-syarat yang adil untuk ketenteraman, kesusilaan dan kesejahteraan dalam suatu masyarakat yang demokratis*”.
- d. UUD 1945 pasca Perubahan, melalui Pasal 28J nampaknya melanjutkan paham konstitusi (konstitusionalisme) yang dianut oleh konstitusi Indonesia sebelumnya, yakni melakukan pembatasan tentang hak asasi manusia sebagaimana telah diuraikan di atas;

Sejalan dengan pandangan konstitusionalisme Indonesia tentang HAM sebagaimana telah diuraikan di atas, ketika kemudian dikeluarkan Ketetapan MPR Nomor XVII/MPR/1998 tentang Hak Asasi Manusia, yang kemudian dijabarkan lebih lanjut dalam UU HAM, kedua produk hukum ini tampak sebagai kelanjutan sekaligus penegasan bahwa pandangan konstitusionalisme Indonesia tidaklah berubah karena ternyata keduanya juga memuat pembatasan terhadap hak asasi manusia. Sebagai contoh yaitu adanya pembatasan mengenai hak untuk hidup (*right to life*)²²⁴:

²²⁴ *Ibid*,

- a. Tap MPR Nomor XVII/MPR/1998 memuat *“Pandangan dan Sikap Bangsa Terhadap Hak Asasi Manusia”* yang bersumber dari ajaran agama, nilai moral universal, dan nilai luhur budaya bangsa, serta berdasarkan pada Pancasila dan UUD 1945. Dalam Pasal 1 Piagam Hak Asasi Manusia dimuat ketentuan tentang hak untuk hidup yang berbunyi, *“Setiap orang berhak untuk hidup, mempertahankan hidup dan kehidupannya”*, namun dalam Pasal 36-nya juga dimuat pembatasan terhadap hak asasi manusia termasuk hak untuk hidup sebagai berikut :

, “Di dalam menjalankan hak dan kebebasannya setiap orang wajib tunduk kepada pembatasan-pembatasan yang ditetapkan oleh Undang-undang dengan maksud semata-mata untuk menjamin pengakuan serta penghormatan atas hak dan kebebasan orang lain, dan untuk memenuhi tuntutan yang adil sesuai dengan pertimbangan moral, keamanan, dan ketertiban umum dalam suatu masyarakat demokratis”

- b. UU HAM dalam Pasal 9 ayat (1) dimuat ketentuan tentang hak untuk hidup dan dalam Pasal 4 ditentukan bahwa hak untuk hidup termasuk hak asasi manusia yang tidak dapat dikurangi dalam keadaan apa pun dan oleh siapa pun. Namun, Penjelasan Pasal 9 UU HAM menyatakan bahwa hak untuk hidup dapat dibatasi dalam dua hal, yaitu dalam hal aborsi untuk kepentingan hidup ibunya dan dalam hal pidana mati berdasarkan putusan pengadilan. Selain itu, Pasal 73 UU HAM juga memuat ketentuan mengenai pembatasan terhadap hak asasi manusia sebagai berikut, :

“Hak dan kebebasan yang diatur dalam undang-undang ini hanya dapat dibatasi oleh dan berdasarkan undang-undang, sematamata untuk menjamin pengakuan dan penghormatan terhadap hak asasi manusia serta kebebasan dasar orang lain, kesusilaan, ketertiban umum, dan kepentingan bangsa”.

Selain itu, putusan Mahkamah yang dapat kita jadikan rujukan mengenai pembatasan terhadap HAM di Indonesia yaitu Putusan Nomor 065/PUU-II/2004 mengenai pengujian terhadap diterapkannya ketentuan hukum yang berlaku surut dalam Undang-undang Nomor 26 Tahun 2000 tentang Pengadilan Hak Asasi Manusia yang diajukan oleh Pemohon Abilio Jose Osorio Soares.

Sebagaimana dipahami, dalam Pasal 28I ayat (1) UUD 1945, terdapat sejumlah hak yang secara harfiah dirumuskan sebagai “*hak yang tidak dapat dikurangi dalam keadaan apa pun*”, termasuk di dalamnya hak untuk hidup dan hak untuk tidak dituntut berdasarkan hukum yang berlaku surut. Mahkamah dalam konteks ini menafsirkan bahwa Pasal 28I ayat (1) haruslah dibaca bersama-sama dengan Pasal 28J ayat (2), sehingga hak untuk tidak dituntut berdasarkan hukum yang berlaku surut tidaklah bersifat mutlak.

Pasal 28I ayat (1) UUD 1945 yang termasuk dalam rumusan “*hak yang tidak dapat dikurangi dalam keadaan apa pun*” dapat dibatasi, maka secara *prima facie* berbagai ketentuan hak asasi manusia di luar dari Pasal tersebut, seperti misalnya kebebasan beragama (Pasal 28E), hak untuk berkomunikasi (Pasal 28F), ataupun hak atas harta benda (Pasal 28G) sudah pasti dapat pula dibatasi, dengan catatan sepanjang hal tersebut sesuai dengan pembatasan-pembatasan yang telah ditetapkan oleh Undang-undang.²²⁵

²²⁵ *Ibid*

3. Konsep Pembatasan Hak Asasi Manusia (HAM) dalam Islam

Islam memberikan kebebasan, namun kebebasan tersebut memiliki batasannya, yaitu sepanjang tidak melanggar ajaran agama dan tidak merugikan orang lain, hal ini di sampaikan oleh Kiai Ma'ruf pada suatu seminar HAM dan Syariah dalam perspektif global dan lokal.²²⁶

Hak asasi dalam Islam berbeda dengan hak asasi menurut pengertian yang dikenal secara umum. Seluruh hak dalam Islam merupakan kewajiban bagi negara maupun individu yang tidak boleh diabaikan. Rasulullah SAW bersabda : “*sesungguhnya darahmu, hartamu, dan kehormatanmu haram atas kamu*” (HR. Bukhari dan Muslim). Negara bukan saja menahan diri dari menyentuh hak-hak asasi ini, melainkan mempunyai kewajiban memberikan dan menjamin hak-hak ini.

Manusia di mata Islam semua sama, walau berbeda keturunan, kekayaan, jabatan atau jenis kelamin, ketaqwaan-lah yang membedakan mereka. Rakyat dan penguasa juga memiliki persamaan dalam Islam, hal demikian ini hingga sekarang belum dicapai oleh sistem demokrasi modern. Nabi SAW sebagai kepala negara juga adalah manusia biasa, berlaku terhadapnya apa yang berlaku bagi rakyat, maka Allah memerintahkan beliau

²²⁶ Ma'ruf Amin, Islam Mengatur HAM Secara Tuntas, www.ummatonline.net › Hukum, di akses tanggal 5 november 2011.

untuk menyatakan: *"Katakanlah bahwa aku hanyalah manusia biasa, hanya saja aku diberi wahyu, bahwa Tuhanmu adalah Tuhan yang Esa."* (QS. 18: 110).

Hak asasi manusia dalam aturan buatan manusia adalah keharusan (*dharurat*) dimana manusia tidak dapat hidup tanpa adanya hak tersebut. Para ulama muslim mendefinisikan masalah-masalah dalam kitab Fiqh yang disebut sebagai *Ad-Dharurat Al-Khams*, dimana ditetapkan bahwa tujuan akhir syari'ah Islam adalah menjaga akal, agama, jiwa, kehormatan dan harta benda manusia.²²⁷

Nabi saw telah menegaskan hak-hak ini dalam suatu pertemuan besar internasional, yaitu pada haji wada'. Dari Abu Umamah bin Tsa'labah, nabi saw bersabda: *"Barangsiapa merampas hak seorang muslim, maka dia telah berhak masuk neraka dan haram masuk surga"*. Seorang lelaki bertanya: *"Walaupun itu sesuatu yang kecil, wahai rasulullah ?"* Beliau menjawab: *"Walaupun hanya sebatang kayu arak."* (HR. Muslim).

Sistem dalam Islam berbeda dengan sistem lain, dalam hal bahwa hak-hak manusia sebagai hamba Allah tidak boleh diserahkan dan bergantung kepada penguasa dan undang-undangnya, tetapi semua harus mengacu pada hukum Allah. Sampai kepada soal shadaqah tetap diperhatikan sebagaimana hal-hal besar lain, misalnya Allah melarang bershadaqah (berbuat baik)

²²⁷ Mahfud Shiddiq, Hak Asasi Manusia Dalam Islam, www.angelfire.com/id/sidikfound/ham.html. diakses tgl 10/11/2011

dengan hal-hal yang buruk. *"Dan janganlah kamu memilih yang buruk-buruk lalu kamu nafkahkan dari padanya..."* (QS. 2: 267).²²⁸

Hak-hak alamiah manusia telah diberikan kepada seluruh umat manusia sebagai makhluk yang diciptakan dari unsur yang sama dan dari sumber yang sama pula (lihat QS. 4: 1, QS. 3: 195). Allah menjamin kehidupan, diantaranya dengan melarang pembunuhan dan meng-qishas pembunuh (lihat QS. 5: 32, QS. 2: 179). Kebebasan pribadi adalah hak paling asasi bagi manusia, dan kebebasan paling suci adalah kebebasan beragama dan menjalankan agamanya, selama tidak mengganggu hak-hak orang lain. Artinya walau setiap manusia mempunyai kebebasan pribadi yang dibawa sejak lahir, tetapi hak itu terbatas apabila sudah mengganggu hak orang lain. Firman Allah: *"Dan seandainya Tuhanmu menghendaki, tentulah beriman orang di muka bumi seluruhnya. Apakah kamu memaksa manusia supaya mereka menjadi orang beriman semuanya?"* (QS. 10: 99).²²⁹

Untuk menjamin kebebasan kelompok, masyarakat dan antara negara, Allah memerintahkan memerangi kelompok yang berbuat aniaya terhadap kelompok lain (QS. 49: 9). Begitu pula hak beribadah kalangan non-muslim. Khalifah Abu Bakar menasehati Yazid ketika akan memimpin pasukan: *"Kamu akan menemukan kaum yang mempunyai keyakinan bahwa mereka tenggelam dalam kesendirian beribadah kepada Allah di biara-biara, maka biarkanlah mereka."* Khalid bin Walid melakukan kesepakatan dengan

²²⁸ *Ibid,*

²²⁹ *Ibid,*

penduduk Hirah untuk tidak mengganggu tempat peribadahan (gereja dan sinagog) mereka serta tidak melarang upacara-upacaranya.

Kerukunan hidup beragama bagi golongan minoritas diatur oleh prinsip umum ayat *"Tidak ada paksaan dalam beragama."* (QS. 2: 256). Sedangkan dalam masalah sipil dan kehidupan pribadi (*ahwal syakhshiyah*) bagi mereka diatur syari'at Islam dengan syarat mereka bersedia menerimanya sebagai undang-undang. Firman Allah: *"Apabila mereka (orang Yahudi) datang kepadamu minta keputusan, berilah putusan antara mereka atau biarkanlah mereka. Jika engkau biarkan mereka, maka tidak akan mendatangkan mudharat bagimu. Jika engkau menjatuhkan putusan hukum, hendaklah engkau putus dengan adil. Sesungguhnya Allah mengasihi orang-orang yang adil."* (QS. 5: 42).²³⁰

Jika mereka tidak mengikuti aturan hukum yang berlaku di negara Islam, maka mereka boleh mengikuti aturan agamanya, selama mereka berpegang pada ajaran yang asli. Firman Allah: *"Dan bagaimana mereka mengangkat kamu sebagai hakim, sedangkan ada pada mereka Taurat yang di dalamnya ada hukum Allah? Kemudian mereka tidak mengindahkan keputusanmu. Sesungguhnya mereka bukan orang-orang yang beriman."* (QS.5: 7).

Islam juga melarang pencabutan hak milik yang didapatkan dari usaha yang halal, kecuali untuk kemashlahatan umum dan mewajibkan

²³⁰ *Ibid,*

pembayaran ganti yang setimpal bagi pemiliknya. Sabda nabi saw: *"Barangsiapa mengambil hak tanah orang lain secara tidak sah, maka dia dibenamkan ke dalam bumi lapis tujuh pada hari kiamat."* Pelanggaran terhadap hak umum lebih besar dan sanksinya akan lebih berat, karena itu berarti pelanggaran terhadap masyarakat secara keseluruhan.²³¹

Menurut penulis, hak setiap dalam menjalani kehidupan tidak serta merta membuat seseorang tersebut bebas berkehendak, artinya kebebasan hak tersebut terbatas yaitu dibatasi oleh hak orang lain bahkan negara sekalipun. Pada dasarnya agama Islam dengan syariat Nya, telah membatasi tindak gerak (HAM) setiap manusia baik menyangkut hubungan dengan manusia maupun dengan Allah SWT.

²³¹ *Ibid,*

BAB IV

EKSISTENSI PEMBERLAKUAN SYARIAT ISLAM (HUKUMAN PIDANA ISLAM) DI PROVINSI ACEH DALAM KONTEKS SISTEM HUKUM PIDANA NASIONAL

A. Sejarah Singkat Pemberlakuan Syariat Islam di Provinsi Aceh

Pada dasarnya Syariat Islam, paling kurang sebagian dari padanya telah berjalan sejak lama ditengah masyarakat Aceh. Ajaran Islam di bidang ibadah, perkawinan dan kewarisan telah dilaksanakan sejak masa kesultanan dahulu sampai masa sekarang, sehingga telah meresap dan menyatu dengan kehidupan sehari-hari masa kini yang cenderung ditaati. Pada tataran kesadaran pribadi, masyarakat Aceh dikenal fanatik, dan taat kepada ajaran Islam. Berbagai stereotip beredar di masyarakat, tentang kepatuhan dan pemahaman ajaran Islam orang-orang Aceh, serta keterkaitan dan hubungan erat antara adat dengan Syari'at Islam di provinsi ini.²³²

Semenjak kedatangan penjajah, dan setelah itu berlanjut di masa kemerdekaan, kewenangan masyarakat untuk dapat melaksanakan ajaran Islam ditengah hidup keseharian mereka tidaklah penuh atau paling kurang tidaklah sebebas ketika di masa kesultanan dahulu. Syari'at Islam yang dimaksud adalah

²³² Al Yasa' Abu Bakar, *Syariat Islam di Provinsi Nanggroe Aceh Darussalam. Paradigma, Kebijakan dan Kegiatan*, (Banda Aceh : Dinas Syari'at Islam Provinsi NAD, 2005), cet.III. Hlm. 26

yang dapat dilaksanakan berdasarkan kesadaran masyarakat atau pribadi-pribadi itu hanyalah aturan yang dibuat oleh negara. Persoalan inilah yang sering menjadi ganjalan dan sumber kekecewaan di tengah masyarakat Aceh.

Dua abad sebelum masehi, Aceh dalam sejarahnya dikenal sebagai pusat perdagangan di Asia Tenggara, yang disinggahi pedagang Timur Tengah menuju ke negara Cina. Ketika Islam lahir pada abad ke VII Masehi, Aceh menjadi wilayah pertama di nusantara yang menerima Islam. Setelah melalui proses yang panjang Aceh menjadi sebuah kerajaan yang maju pada abad ke XIV Masehi. Selanjutnya dari sinilah Islam berkembang keseluruh Asia Tenggara.²³³

Tanggal pasti masuknya agama Islam pertama kali ke Aceh hampir tidak dapat dipastikan, mungkin saja para pedagang Arab yang beragama Islam telah membawanya pada abad-abad pertama tahun Hijrah, lama sebelum kita mempunyai catatan sejarah bekerjanya pengaruh itu. Dugaan ini diperkuat oleh pengetahuan kita tentang perdagangan yang luas yang dilakukan oleh pedagang-pedagang bangsa Arab dengan Asia bagian timur dan selatan sejak dahulu.

Pada permulaan abad ketujuh belas tahun masehi, perdagangan dengan Cina melalui Srilangka sangat pesat sehingga pada pertengahan abad kedelapan belas pedagang-pedagang Arab Islam sudah dijumpai di kanton dalam jumlah yang besar. Oleh sebab itu kita dapat menyimpulkan bahwa orang-orang Arab juga telah mendirikan perkampungan-perkampungan perdagangan di beberapa tempat di pinggir pantai Aceh atau Sumatera pada zaman dulu. Catatan sejarah

²³³ Mardani, *Bunga Rampai Hukum Aktual*, (Bogor : Ghalia Indonesia, 2009). Hlm. 180

Cina tahun 674 s.M. terdapat suatu penjelasan mengenai seorang pemimpin Arab yang menurut catatan-catatan kemudian diduga merupakan kepala dari suatu perkampungan orang Arab di pantai Barat Sumatera. Catatan sejarah Melayu memberi tempat kehormatan kepada seorang Arab yang bernama Abdullah Arif, yang dikatakan sebagai penyebar Islam yang pertama ke Aceh dan mengunjungi negeri itu kira-kira pada pertengahan abad ke-12.²³⁴

Penyebaran agama Islam agaknya sudah sampai juga ke Aceh dari India bagian selatan, melihat dari kenyataan hingga sampai saat ini semua orang Aceh adalah pengikut-pengikut teguh Mazhab Syafi'iyah yang sampai sekarang masih merupakan aliran yang dominan di sepanjang Pantai Coromandel sampai Malabar. Usaha pedagang Arab dan India ini di satu pihak dan penyebaran-penyebaran Islam yang sesungguhnya di lain pihak, yang membuat lebih dari 6 abad yang lalu semua raja-raja bersama-sama rakyat dari semua kerajaan kecil-kecil di Aceh menjadi pemeluk agama Islam baik secara perorangan maupun secara bersama-sama.

Ketika Marco Polo penjelajah Venetia yang termashur itu, mengunjungi Aceh tahun 1292 ia melaporkan bahwa semua penduduk kerajaan Peurulak yang kecil itu telah memeluk agama Islam. Seorang penjelajah bangsa Arab yang termasyur bernama Ibnu Batutah mengunjungi Samudera Pase pada tahun 1343

²³⁴ Ismail Suny, *Bunga Rampai Tentang Aceh*, (Jakarta : Bhratara Karya Aksara, 1980). Hlm. 30

mencatat waktu itu bahwa semua orang yang berdiam di pantai utara Aceh telah menganut agama Islam atas kemauan sendiri.²³⁵

Raja yang pertama beragama Islam adalah Sultan Malik As-Salih dari Samudera Pase (1270-1297) dan raja yang pertama beragama Islam dari Aceh adalah Ali Muchajat Syah (1514-1528). Raja yang disebut terakhir yang mengambil prakarsa dan kemudian dilanjutkan pengganti-penggantinya untuk mempersatukan semua kerajaan-kerajaan kecil yang ada di pantai barat dan utara Aceh menjadi suatu Negara Islam yang kuat di Asia Tenggara yang kemudian dikenal dalam sejarah sebagai kerajaan Islam Aceh. Kondisi ini terjadi tepat pada abad ke 16 saat kapal Portugis pertama tiba di Malaka (1509).²³⁶

Pada sekitar abad ke XV, ketika orang-orang barat memulai petualangannya di timur, banyak wilayah di nusantara yang dikuasai, tetapi Aceh tetap bebas sebagai sebuah kerajaan yang berdaulat. Kesultanan Aceh sendiri didalam kerajaannya terjadi perebutan kekuasaan yang berlarut-larut, namun status Aceh sebagai negeri merdeka tetap tak bergeming. Aceh mampu mempertahankan status ini lantaran hubungan baik yang dijalin dengan Inggris. Dalam Traktat London (17 maret 1824) yang disepakati oleh Inggris dan Belanda, kedaulatan Aceh sebagai sebuah negeri merdeka diakui. Keadaan ini kemudian menjadi berbeda ketika pada tahun 1871, melalui Traktat Sumatera, Belanda memperoleh legitimasi untuk menguasai Aceh. Perompakan, perbudakan, dan

²³⁵ *Ibid*, Hlm. 31

²³⁶ *Ibid*,

serangan-serangan yang dilakukan Aceh terhadap wilayah-wilayah di sekitarnya dipandang Belanda sebagai sebuah ancaman

Dua tahun setelah penandatanganan Traktat Sumatera, Belanda langsung menyerang Aceh. Penyerbuan Belanda pada 1873 ini menandai bermulanya peperangan panjang yang memakan korban dan baru berakhir pada 1910, ketika pasifikasi Aceh dipandang telah selesai oleh Belanda. Dalam peperangan yang panjang ini Belanda kehilangan enam jenderal dan ribuan prajurit.²³⁷

Melalui latar belakang inilah masyarakat Aceh menjadikan Islam sebagai pedoman hidupnya. Masyarakat Aceh amat tunduk kepada ajaran Islam dan taat kepada fatwa ulama, karena ulama di mata mereka dianggap sebagai pewaris para nabi. Aceh dikenal pula sebagai Serambi Mekkah, karena di wilayah paling barat ini kaum muslimin dari seluruh wilayah nusantara berangkat ke tanah suci untuk melaksanakan haji.²³⁸

Islam telah mengambil peran vital dalam mengobarkan spirit perlawanan menentang kekuasaan asing dalam sejarah perang Aceh. Islam di Aceh berada di depan sebagai urat nadi perlawanan baik pada masa penjajahan Belanda maupun masa jajahan Jepang. Nilai-nilai syariat Islam terus dipertahankan sebagai arah politik Aceh saat itu dengan ulama yang karismatik sebagai panutan rakyat. Posisi ulama saat itu yang merupakan salah satu komponen utama dalam hal panutan yang menduduki peringkat pertama melebihi komponen utama lainnya yaitu para

²³⁷ Taufik Adnan dan Samsul Rizal, *Politik Syari'at Islam "Dari Indonesia hingga Nigeria"*, (Jakarta: Pustaka Alvabet, 2004,) Cet.I . Hlm. 17

²³⁸ Basiq Djalil, *Peradilan Agama Di Indonesia*, (Jakarta : Kencana, 2006) Hlm.160

Ule Balang (raja-raja kecil) dan Sultan. Paradigma ini kemudian mulai bergeser setelah memasuki masa kemerdekaan Indonesia, dimana Aceh kemudian menjadi salah satu provinsi yang harus tunduk pada berbagai kebijakan dan hukum melalui undang-undang yang dibuat oleh pemerintah Indonesia yang lebih banyak mengenyampingkan hukum Islam yang telah hidup dan berakar di masyarakat Aceh.

Pada tahun 1948 presiden Sukarno mengunjungi Aceh untuk memperoleh dukungan masyarakat dalam memperjuangkan pengakuan independensi Indonesia, dan saat itu Daud Beureueh yang merupakan salah seorang ulama besar panutan di Aceh melakukan penggalangan dana untuk perjuangan negara Indonesia serta meminta Sukarno agar mengizinkan diberlakukannya Syariat Islam di Aceh. Sukarno setuju tetapi tidak bersedia menandatangani surat persetujuan yang disodorkan Beureueh.²³⁹

Pada tahun 1950, pemerintah Indonesia mengeluarkan Peraturan Pemerintah pengganti Undang-undang No. 5 tahun 1950 tentang status daerah Aceh sebagai salah satu keresidenan dalam Provinsi Sumatra Utara adalah untuk tujuan administratif. Perpu ini memberangus eksistensi Provinsi Aceh dan meleburnya menjadi satu keresidenan dibawah Provinsi Sumatera Utara yang berpusat di Medan. Bereueh sebagai gubernur saat itu kehilangan jabatan berserta ulama-ulama yang lain dibawah PUSA (Persatuan Ulama Seluruh Aceh).

²³⁹ *Ibid*, Hlm. 21

Masyarakat Aceh pada masa ini kembali bergolak dan menuntut dikembalikannya status Provinsi. Pada tanggal 21 september 1953 pecah pemberontakan DI/TII yang dipimpin Beureueh dan melibatkan banyak rakyat Aceh. Pemberontakan ini merupakan yang pertama terjadi pasca kemerdekaan yang merefleksikan kekecewaan rakyat Aceh. Pemerintah pusat menyadari kekeliruan sehingga melalui UU No. 24 tahun 1956 tentang Pembentukan Daerah Provinsi Atjeh dan Perubahan Peraturan Pembentukan Provinsi Sumatra Utara yaitu membentuk Provinsi Swatantra Aceh. Dua tahun kemudian (1958) *Ikrar Lamteh* mengakhiri pemberontakan Aceh.²⁴⁰

Selanjutnya, pada Mei 1959, Wakil Perdana Menteri RI, Mr. Hardi, memimpin misi pemerintahan ke Aceh untuk meresmikan pemulihan keamanan. Misi Hardi mengejawantahkan hasil perundingan dalam keputusan Perdana Menteri RI No. 1/ Missi/1959 (tentang Penyebutan Daerah Swatantra Tingkat-I Aceh sebagai Daerah Istimewa Aceh dalam lapangan Keagamaan, Peribadatan dan Pendidikan;), tertanggal 26 Mei 1959. Keputusan ini memberikan status istimewa kepada Aceh dalam arti dapat melaksanakan otonomi daerah seluas-luasnya terutama dalam bidang agama, pendidikan dan peradatan. Keputusan ini dalam perjalanannya tidak berhasil memuaskan kelompok radikal kaum republikan dalam DI/TII yang memandang bahwa sebutan istimewa bagi Aceh

²⁴⁰ *Ibid*, Hlm. 22

belum memiliki substansi dan bentuk konkret apapun. Daud Bereueh dan kawan-kawan pada masa ini kembali masuk hutan²⁴¹.

Mr. S.M. Amin, bekas Gubernur Sumatera Utara, seperti yang kutip Ismail Suny, menyimpulkan bahwa rahasia ketangguhan perjuangan rakyat Aceh, baik sebelum tahun 1873 menghadapi unsur-unsur dari luar seperti Belanda, Portugis, dan Inggris yang ingin menguasai daerah Aceh, di masa Perang Aceh-Belanda, di masa Jepang dan di masa Indonesia merdeka, adalah karena cinta agama (Islam) dan cinta kemerdekaan.²⁴²

“Cinta agama mengandung pengertian adat taat pada agama. Ketaatan rakyat Aceh pada agama, mungkin dapat dianggap juga antara lain, sebagai akibat dari kenyataan, bahwa rakyat di daerah ini telah berabad-abad lamanya hidup dalam dunia Islam dengan menganut agama Islam yang memasuki Indonesia puluhan abad yang lampau melalui Aceh. Menurut Mr. S.M. Amin, Aceh merupakan pusat penyebaran Islam ke daerah-daerah di Nusantara antara lain Pesisir Timur dan Barat pulau Sumatra, Jawa, Tidore/Ternate, Bugis/ Sulawesi melalui Malaka dan Kedah.²⁴³

Reformasi membuka jalan bagi masyarakat Aceh untuk kembali menuntut pemberlakuan Syariat Islam, dalam tuntutan referendum bagi Aceh pemberlakuan Syariat Islam sangat mendominasi sebagai tuntutan utama. Munculnya berbagai tuntutan saat itu direspon oleh pemerintah dengan

²⁴¹ *Ibid*

²⁴² Ismail Suny, *op.cit.* Hlm. 2

²⁴³ *Ibid*, Hlm. 3

mengundangkan UU No.44/1999 tentang penyelenggaraan Keistimewaan Provinsi Daerah Istimewa Aceh. Berpijak dari pada UU No. 44 tahun 1999, serangkaian peraturan daerah, seperti peraturan daerah No. 3/2000 tentang Majelis Permusyawaratan Ulama yang diundangkan pada 22 Juni 2000, peraturan daerah no.5/2000 tentang pelaksanaan syariat Islam yang diundangkan pada 25 Agustus 2000.²⁴⁴

Undang-undang Nomor 44 Tahun 1999 (tentang penyelenggaraan Keistimewaan Provinsi Daerah Istimewa Aceh) adalah peraturan untuk melaksanakan keistimewaan yang telah diberikan kepada Aceh sejak tahun 1959 itu. Rumusan yang ada dalam undang-undang ini kemudian dianggap tidak memadai, maka dua tahun setelah ini, pemerintah dan DPR berdasar amanat MPR mensahkan Undang-undang Nomor 18 Tahun 2001 tentang Otonomi Khusus bagi Provinsi Daerah Istimewa Aceh sebagai Provinsi Nanggroe Aceh Darussalam. Melalui kedua undang-undang ini umat Islam di Aceh telah diberi izin melaksanakan Syari'at Islam secara lebih penuh dan lebih sempurna. Melalui kedua undang-undang ini umat Islam di Aceh saat ini diberi izin merumuskan kebijakan dan membuat peraturan tentang tata kehidupan masyarakat yang sejalan dengan Syariat Islam atau paling kurang yang tidak bertentangan dengan Syariat Islam.²⁴⁵

Penjelasan diatas dapat memberi kesimpulan bahwa, Islam melalui sejarah dan perkembangannya di Aceh sejak awal mula kedatangan sampai

²⁴⁴ *Ibid*, Hlm. 26

²⁴⁵ Al Yasa' Abu Bakar, *Ibid*, Hlm. 30

sekarang telah menjelma menjadi filosofis dalam kehidupan beragama dan mengambil serta membuat keputusan-keputusan hukum. Sampai pada masa reformasi, Islam masih menjadi pengikat kekuatan utama dalam perlawanan menuntut keadilan bagi rakyat Aceh.

B. Landasan Yuridis, Sosiologis dan Filosofis Pemberlakuan Syariat Islam di Provinsi Aceh

Seperti yang telah penulis paparkan di dalam pembahasan sebelumnya, bahwa penerapan Syariat Islam di Aceh telah melalui sejarah yang cukup panjang, dalam pelaksanaannya syari'at Islam di Provinsi Aceh memiliki landasan dan dasar yang kuat yaitu :

1. Undang-undang Nomor 44 Tahun 1999 tentang penyelenggaraan Keistimewaan Provinsi Daerah Istimewa Aceh, dan
2. Undang-undang Nomor 18 Tahun 2001 tentang Otonomi Khusus bagi Provinsi Daerah Istimewa Aceh sebagai Provinsi Nangroe Aceh Darussalam

Secara umum, pada dasarnya konsep penerapan hukum Islam didalam bernegara di Republik Indonesia sudah tercantum kedalam berbagai undang-undang, yakni :

1. UU No.1 tahun 1974 tentang Perkawinan,
2. UU No.7 tahun 1989 tentang Peradilan Agama,
3. Inpres No. 1 tahun 1991 tentang Kompilasi Hukum Islam,

4. PP No. 28 tahun 1991 tentang Perwakafan Nasional,
5. UU No, 38 Tahun 1999 tentang Pengelolaan Zakat,
6. UU No. 17 tahun 1999 tentang Penyelenggaraan Ibadah Haji.
7. UU No. 10 Tahun 1998 tentang Perbankan sebagai pengganti UU No. 7 Tahun 1992 tentang Perbankan.

Hal ini dapat berarti pada pengkhususan penerapan Syariat Islam di Aceh bukanlah yang sangat luar biasa namun hanya pengembangan dari konsep dasar negara Indonesia yang menjunjung tinggi kepercayaan masyarakat Islam.

Adapun beberapa hal yang dapat dijadikan landasan untuk memetakan keberadaan atau memposisikan Syariat Islam di Aceh dalam konteks kebernegeraan adalah sebagai berikut :

1. Landasan Yuridis

a. Pancasila Sebagai Grundnorm

Pancasila adalah kesepakatan luhur antar semua golongan yang hidup di tanah air kita. Sebuah kesepakatan seluhur apapun, tidak akan banyak berfungsi jika tidak didudukkan dalam status yang jelas. Oleh karena itu, kesepakatan luhur bangsa kita itu akhirnya dirumuskan sebagai ideologi bangsa dan fasafah negara. Ideologi negara, artinya setiap warga negara Republik Indonesia terikat oleh ketentuan-ketentuannya yang sangat mendasar yang tertuang dalam sila yang lima (pancasila).

Sebagai falsafah negara, pancasila berstatus sebagai kerangka berfikir yang harus diikuti dalam menyusun undang-undang dan produk-

produk hukum yang lain, dalam merumuskan kebijakan pemerintah dan dalam mengatur hubungan formal antara lembaga-lembaga dan perorangan yang hidup dalam negara ini. Tata pikir seluruh bangsa ditentukan lingkupnya oleh sebuah falsafah yang harus terus-menerus dijaga keberadaannya dan konsistensinya oleh negara, agar kelanjutan pemikiran kenegaraan yang berkembang juga akan terjaga dengan baik.²⁴⁶

Kedudukan hukum Islam dalam tatanan hukum nasional di Indonesia telah diakui sebagai bahan baku bagi pembentukan hukum nasional bersama-sama dengan sistem-sistem hukum lainnya seperti hukum Barat dan hukum Adat. Pengakuan terhadap eksistensi hukum Islam sebagai salah satu pilar pembentukan hukum nasional sebenarnya menjadi peluang bagi umat Islam untuk memberikan kontribusi paling besar dalam proses konfigurasi hukum nasional.²⁴⁷

Ketika Indonesia memasuki pintu kemerdekaan muncul para “nasionalis Islami” yang berjuang berazaskan Islam dan berpandangan bahwa negara dan masyarakat harus diatur oleh Islam sebagai agama dalam arti yang luas, yaitu agama tidak hanya mengatur hubungan antara manusia dengan Tuhan. Kelompok ini kemudian berhadapan dengan “nasionalis sekuler” yang beranggapan bahwa agama dan negara itu terpisah secara tegas. Kompromi antara kedua kubu ini melahirkan *modus vivendi*, yakni rumusan preambule

²⁴⁶ Moerdiono, dkk, *Pancasila Sebagai Ideologi Dalam Berbagai Bidang Kehidupan Bermasyarakat, Berbangsa Dan Bernegara*, (Jakarta : BP-7 Pusat, 1991 Cet.II) Hlm. 163

²⁴⁷ Sirahuddin, *Legislasi Hukum Islam di Indonesia*, (Yogyakarta : Pustaka Pelajar, 2008, Cet.I) Hlm.v

Undang-undang Dasar yang dikenal dengan Piagam Jakarta yang ditandatangani oleh sembilan anggota BPUPKI pada tanggal 22 Juni 1945²⁴⁸.

Kendatipun dasar negara Indonesia adalah Pancasila, semangat Piagam Jakarta dalam praktek ketatanegaraan tetap menjiwai dasar negara tersebut, oleh karena itu, Indonesia bukanlah negara sekuler, dan Departemen Agama merupakan jaminannya. Keberadaannya dalam sistem pemerintahan Republik Indonesia adalah adalah sesuatu yang unik dilihat dari pandangan ilmu administrasi negara yang lebih berorientasi ke Barat. Akan tetapi, dalam konteks kultur dan sejarah Indonesia, keberadaannya bukanlah suatu hal yang luar biasa dan baru sama sekali. Ia lahir dari sejarah dan tuntutan bangsa yang berakar kokoh dalam tata nilai dan tata kemasyarakatan bangsa Indonesia sejak zaman kerajaan Hindu-Budha, dan terutama setelah memasuki zaman kerajaan Islam.²⁴⁹

Penerapan Syariat Islam melalui penerapan kebijakan negara oleh sebagian kalangan dianggap bertentangan dengan falsafah bangsa Indonesia yaitu Pancasila. Bahwa hadirnya sejumlah produk perda syariat Islam atau qanun penegakan syariat Islam telah menunjukkan hilangnya penghormatan terhadap agama, serta mengingkari realitas keberagaman yang ada di Indonesia. Pemberlakuan syariat Islam di Aceh kemudian juga dianggap mengakibatkan terpecah belahnya persatuan dan kebangsaan masyarakat Aceh

²⁴⁸ Juhaya S. Praja, *Hukum Islam di Indonesia Pemikiran dan Praktek*, (Bandung: PT. Remaja Rosdakarya, 1994, Cet.II) Hlm.ix

²⁴⁹ *Ibid*

yang sebelumnya pluralis dan multikultur.²⁵⁰ Namun pada dasarnya harus dipahami juga bahwa sebagai negara yang berdasarkan atas hukum yang berfalsafah Pancasila, negara melindungi agama, penganut agama, bahkan berusaha memasukkan hukum agama ajaran dan hukum agama Islam dalam kehidupan berbangsa dan bernegara. Hal ini menurut penulis tercermin dari adanya beberapa Undang-undang yang bermuatan Islam namun juga dilaksanakan dalam kehidupan masyarakat Indonesia pada umumnya.

Pelaksanaan Syariat Islam merupakan kebutuhan masyarakat Aceh, dan diakui oleh Negara melalui Undang-undang No. 18 Tahun 2001 tentang Otonomi khusus serta Undang-undang Nomor 11 tahun 2006 tentang Pemerintahan Aceh. Maka, menurut penulis penerapan syariat Islam di Aceh sudah sesuai dengan pengamalan Pancasila ayat pertama tentang pengamalan agama bagi pemeluknya serta negara telah memenuhi keadilan yang diinginkan oleh masyarakat Aceh sebagaimana pengamalan sila ke Lima “Keadilan bagi seluruh rakyat Indonesia” dalam hal ini keadilan bagi rakyat Aceh yang menginginkan penerapan Syariat Islam di Provinsi Aceh.

b. Landasan Yuridis Konstitusional (UUD 1945)

UUD 1945 merupakan landasan hukum tertinggi di Indonesia yang menjadi landasan pembuatan seluruh kebijakan negara, mulai dari tingkat nasional sampai tingkat daerah. Membicarakan kedudukan dan keabsahan hukum Islam atau syariat Islam dalam tata hukum di Indonesia secara yuridis,

²⁵⁰ Hayatullah Khumaini, *Syariat Islam Versus Falsafah Negara Pancasila*, www.acehforum.or.id/printthread.php?t=31402. Di akses tanggal 10 Desember 2011

maka hal tersebut tidak dapat dilepaskan dari sejarah awal pembentukan hukum Islam kedalam UUD 1945.

BPUPKI (Badan Penyelidik Usaha persiapan Kemerdekaan Indonesia) ketika merumuskan dasar negara untuk memulihkan dan mendudukkan hukum Islam dalam negara Indonesia pada tahap awal telah melahirkan Piagam Jakarta pada tanggal 22 Juni 1945 yang telah disepakati oleh pendiri negara, bahwa negara berdasarkan kepada Ketuhanan dengan kewajiban menjalankan syariat Islam bagi pemeluknya. Namun, kemudian muncul desakan dari kalangan pihak Kristen, tujuh kata tersebut dikeluarkan dari pembukaan UUD 1945, kemudian diganti dengan kata “Yang Maha Esa”.²⁵¹

Pada zaman kemerdekaan hukum Islam melewati dua periode. *Pertama*, periode penerimaan hukum Islam sebagai sumber *persuasif*. *Kedua*, periode penerimaan hukum Islam sebagai sumber *autoritatif*. Sumber persuasif (*persuasive source*) dalam hukum konstitusi adalah sumber hukum yang baru (hukum Islam) dapat diterima orang apabila Islam telah diyakini. Dalam konteks hukum Islam Piagam Jakarta merupakan *persuasive source* bagi *gronwet-interpretative* dari UUD 1945 selama empat belas tahun sejak 22 Juni 1945 sampai 5 Juli 1959- sebelum dekrit presiden diundangkan. Hukum Islam baru menjadi sumber autoritatif (*authoritative source*) atau sumber hukum yang telah mempunyai kekuatan hukum dalam hukum tatanegara ketika ditempatkannya Piagam Jakarta dalam dekrit presiden RI tanggal 5 Juli 1959

²⁵¹ Zainuddin Ali, *Hukum Islam Pengantar Ilmu Hukum Islam di Indonesia*, (Jakarta : Sinar Grafika, 2006) Hlm. 85

yang dapat dimaknai bahwa secara positif berarti pemeluk Islam diwajibkan menjalankan syariat Islam. Oleh karena itu harus dibuat undang-undang yang akan memberlakukan hukum Islam dalam hukum nasional.²⁵² Tentunya ini dapat dikatakan sejalan dengan apa yang telah ditempuh oleh masyarakat Aceh pada saat ini yang sedang melaksanakan penegakan syariat Islam bagi pemeluknya melalui suatu peraturan daerah yang legal.

Apabila merujuk kepada sejarah pada awal-awal setelah proklamasi kemerdekaan 17 Agustus 1945, muncul beberapa teori dari para ahli hukum Indonesia dalam rangka menghilangkan pengaruh penjajah Belanda yang berhasil menjauhkan masyarakat Indonesia dari ajaran Islam akibat berhasilnya *teori receptie* yang digaungkan oleh *Prof. Christian Snouck Hurgronje* yaitu seorang penasehat pemerintah Hindia Belanda.

Ahli hukum Indonesia yang mencoba mengembalikan kedekatan Islam dengan masyarakat adalah Prof. Dr. Hazairin, S.H. dan membantah teorinya Hurgronje *teori receptie* dengan *teori receptie Exit*. *Teori receptie* pada dasarnya menyebutkan bahwa “hukum Islam dapat diterima sebagai hukum apabila telah dilaksanakan oleh masyarakat adat, maka kemudian berlakulah hukum adat”.²⁵³

Teori ini merupakan kesimpulan dari serangkaian kebijakan yang di buat Belanda pada masa penjajahannya di Indonesia termasuk Aceh dalam maksud mempersempit bahkan menghambat serta melumpuhkan pelaksanaan perkembangan Islam. Setelah teori ini dilahirkan Belanda mengembangkan 19

²⁵² *op.cit.* Hlm. Xi.

²⁵³ Rahmat Rosyadi, Rais Ahmad, *Formalisasi Syariat Islam dalam Perspektif Tata Hukum Indonesia*, (Bogor : Ghalia Indonesia, 2006) Hlm. 7

wilayah hukum adat yang berbeda satu dengan lainnya. Pada pasal 134 *Indische Straaftregeling* (IS) disebutkan bahwa bagi orang-orang pribumi, kalau mereka menghendaki diberlakukan hukum Islam selama hukum itu telah diterima oleh masyarakat hukum adat maka diperbolehkan.²⁵⁴ Artinya, adanya perbedaan adat budaya dalam masyarakat Indonesia maka dengan sendirinya hukum dan ajaran Islam akan tidak mungkin dan sulit berkembang. Ajaran *teori receptie* ini terus berkembang sekaligus ditentang tidak hanya selama Indonesia di jajah Belanda, tetapi berlanjut hingga Indonesia memasuki kemerdekaan.²⁵⁵

Hazairin adalah salah seorang penentang dari teori *receptive* yaitu dengan melahirkan teori *receptie exit*. Hazairin seperti yang dikutip oleh Rahmat dan Rais dalam hubungan UUD 45 dengan pemberlakuan Syariat Islam dalam kehidupan masyarakat Indonesia, ia berpendirian bahwa setelah Indonesia memproklamkan kemerdekaan 17 Agustus 1945, melalui Pasal II Aturan Peralihan Undang-undang Dasar 1945 yang menyatakan hukum warisan kolonial Belanda masih tetap berlaku selama jiwanya tidak bertentangan dengan Undang-undang Dasar, maka seluruh peraturan perundang-undangan pemerintah Hindia Belanda yang berdasarkan pada teori *receptie* dianggap tidak berlaku lagi karena jiwanya bertentangan dengan Undang-undang Dasar 1945. Teori *receptie* harus *exit* karena bertentangan dengan Al-Quran dan As Sunnah.²⁵⁶

²⁵⁴ *Ibid.*

²⁵⁵ *Ibid, Hlm. 81*

²⁵⁶ *Ibid, Hlm. 82*

Pendapat Hazairin dalam hal ini didasarkan pada pembukaan Undang-undang 1945 (alinea III) yang menyatakan, “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.” Dengan demikian, (alinea IV) menyebutkan “Negara berdasarkan Ketuhanan yang Maha Esa.” Kedua rumusan tersebut menggambarkan bahwa negara Indonesia sangat akrab dengan keyakinan terhadap Tuhan Yang Maha Esa dan agama. Menurut Hazairin seperti yang dikutip Rahmat menyebutkan bahwa istilah Yang Maha Esa merupakan istilah kompromi, menggantikan istilah “ketuhanan dengan kewajiban menjalankan syariat Islam bagi pemeluk-pemeluknya.” Walaupun telah diganti dengan istilah “Ketuhanan Yang Maha Esa” tidak berarti dapat menyingkirkan hukum Islam atau hukum agama. Dengan istilah tersebut, hukum agama yang berlaku di Indonesia bagi penganut-penganutnya bukan hukum Islam saja, tetapi hukum agama-agama lain juga berlaku.²⁵⁷

Hazairin kemudian melihat bahwa pasal 29 (1) mempunyai fungsi besar dalam hukum Indonesia karena dalam kehidupan bernegara Indonesia tidak boleh ada aturan hukum yang bertentangan dengan ajaran atau aturan Tuhan Yang Maha Esa. Oleh karena itu, ia berpendapat teori *receptie*, bertentangan dengan Alquran dan As Sunnah serta UUD 1945. Nilai-nilai agama dan hukum agama merupakan sesuatu yang fundamental dan sebagai hak asasi manusia di negara Republik Indonesia. Karenanya ia menegaskan

²⁵⁷ *Ibid*,

bahwa melanjutkan teori *receptie* berarti bertentangan dengan niat membentuk negara Republik Indonesia.

Berdasarkan pemikiran dan penetapannya terhadap teori *receptie*, Hazairin memberikan kesimpulan bahwa teori *receptie* dianggap tidak berlaku dan *exit* dari tata hukum negara Indonesia sejak tahun 1945, melalui kemerdekaan bangsa Indonesia yang memberlakukan UUD 1945 sebagai dasar negara Indonesia. Pemikiran Hazairin diatas dijadikan pedoman dalam mengembalikan pemurnian hukum Islam pada masa awal proklamasi.²⁵⁸

Secara yuridis konstitusional berdasarkan pasal 29 ayat 1 UUD 1945 “ Negara berdasar atas ketuhanan Yang Maha Esa”. Terhadap pasal 29 UUD 1945 tersebut Hazairin seperti yang dikutip Mardani, memberi komentar: “Karena bangsa Indonesia yang beragama resmi memuja Allah, yaitu menundukkan diri kepada kekuasaan Allah, Tuhan Yang Maha Esa, dan menjadikan pula kekuasaan-Nya itu dengan istilah Ketuhanan Yang Maha Esa, sebagai dasar pokok bagi negara Republik Indonesia, yaitu Negara berdasar atas Ketuhanan Yang Maha Esa, maka tafsiran ayat tersebut hanya mungkin sebagai berikut:

- 1) Dalam negara Republik Indonesia, tidak boleh terjadi atau berlaku sesuatu yang bertentangan dengan kaidah-kaidah Islam bagi umat Islam, atau yang bertentangan dengan kaidah-kaidah agama Nasrani bagi umat Nasrani atau yang bertentangan dengan kaidah-

²⁵⁸ *Ibid*, Hlm 83

kaidah agama Hindu bagi orang-orang Hindu atau yang bertentangan dengan kesusilaan Budha bagi orang-orang Budha.

- 2) Negara Republik Indonesia wajib menjalankan syari'at Islam bagi orang Islam, syari'at Nasrani bagi orang Nasrani, dan syari'at Hindu Bali bagi orang Bali, sekedar menjalankan syari'at tersebut memerlukan perantaraan kekuasaan negara.
- 3) Syari'at yang tidak memerlukan bantuan kekuasaan negara untuk menjalankannya, dan karena itu dapat sendiri dijalankan oleh setiap pemeluk agama yang bersangkutan menjadi kewajiban pribadi terhadap Allah bagi setiap orang itu, yang dijalankannya sendiri oleh orang itu menurut agamanya masing-masing.

Penafsiran diatas menurut Hazairin seperti yang dikutip Mardani, menegaskan bahwa negara wajib menjalankan syari'at agama yang dipeluk oleh bangsa Indonesia, bagi kepentingan mereka, termasuk menjalankan syari'at Islam bagi kepentingan orang Islam. Sebaliknya negara tidak boleh membuat peraturan (hukum) yang bertentangan dengan syari'at suatu agama bagi pemeluknya. Jadi negara tidak boleh membuat peraturan yang bertentangan dengan syari'at Islam bagi orang Islam, demikian pula bagi pemeluk agama lain²⁵⁹.

Penjelasan diatas menurut penulis telah menjelaskan bahwa seharusnya pemerintah Indonesia mendukung formalisasi penerapan syari'at Islam bagi pemeluk agama Islam dan bukan malah menentanginya apalagi

²⁵⁹ Mardani, 2010, *Hukum Islam "Pengantar Ilmu Hukum Islam di Indonesia"*, Pustaka Pelajar, Yogyakarta, cet.I, Hlm. 3-4

sampai menganggap bahwa penerapan syari'at Islam sebagai ancaman terhadap terhadap konstitusi Indonesia. Melalui adanya permintaan dari masyarakat Aceh untuk menerapkan aturan syariat Islam di provinsi mereka, maka pemberlakuan syariat Islam tersebut tidaklah melanggar konstitusi yang menjadi landasan hukum Indonesia.

c. Perundang-undangan Negara Republik Indonesia Lainnya.

Kajian ilmu hukum, menyebutkan tentang hukum positif (*ius constituendum*) dan hukum yang dicita-citakan (*ius constitutum*). Hukum positif adalah hukum yang berlaku saat ini di suatu negara. Hukum yang dicita-citakan, yaitu hukum yang hidup di masyarakat, tetapi belum menjadi hukum positif secara legal-formal. Eksistensi syariat Islam di Indonesia yang menjadi hukum positif hanya yang berkaitan dengan hukum privat, yaitu 'ubudiah dan muamalah. Sedangkan yang berhubungan dengan hukum publik Islam sampai saat ini masih menjadi hukum yang dicita-citakan.²⁶⁰

Secara umum, pada dasarnya konsep penerapan hukum Islam dalam bernegara di Republik Indonesia sudah tercantum kedalam berbagai undang-undang yang merupakan hukum privat untuk saat ini, seperti :

- 1). UU No.1 tahun 1974 tentang Perkawinan,
- 2). UU No.7 tahun 1989 tentang Peradilan Agama,
- 3). Inpres No. 1 tahun 1991 tentang Kompilasi Hukum Islam,
- 4). PP No. 28 tahun 1991 tentang Perwakafan Nasional,

²⁶⁰ Rahmat Rosyadi, Rais Ahmad, *op.cit.*, Hlm. 95

- 5). UU No, 38 Tahun 1999 tentang Pengelolaan Zakat,
- 6). UU No. 17 tahun 1999 tentang Penyelenggaraan Ibadah Haji.
- 7). UU No. 10 Tahun 1998 tentang Perbankan sebagai pengganti UU No. 7 Tahun 1992 tentang Perbankan.²⁶¹

Positifisasi syariat Islam yang berhubungan dengan pidana Islam (Jinayah/uqubat) sampai saat ini masih dalam bentuk wacana atau masih menjadi hukum yang dicita-citakan. Pemikiran kearah itu banyak disampaikan oleh berbagai kalangan, seperti ulama, praktisis dan ahli hukum, cendikiawan muslim, dan masyarakat lain yang *concern* terhadap terhadap hukum pidana Islam. Ketika Menteri Kehakiman dan HAM Yusril Ihza Mahendera, mengusulkan masalah kodifikasi hukum pidana Islam kedalam atau menjadi hukum nasional, banyak menuai perdebatan yang amat panjang. Bahkan, penentangan ini datang dari sebagian masyarakat Islam sendiri, baik dari politisi, praktisi, maupun ahli hukum Islam. Ketidak serasian pendapat inilah yang mengakibatkan hukum pidana Islam tidak pernah lahir menjadi hukum positif sejak dulu hingga sekarang. Hal ini disebabkan oleh adanya ketidakmertian, kesalahpahaman, dan ketakutan terhadap hukum pidana Islam yang tidak proporsional.²⁶²

Hal diatas dapat menjadi parameter bahwa pengkhususan penerapan Syariat Islam di Aceh merupakan hal yang sangat luar biasa, karena walaupun pada dasarnya pemberlakuan syariat Islam merupakan pengembangan dari konsep dasar negara Indonesia yang menjunjung tinggi kepercayaan

²⁶¹ *Ibid*,

²⁶² *Ibid*, Hlm. 95

masyarakat Islam, tetapi dengan diberikan wewenang kepada pemerintah Aceh untuk menerapkan Syariat Islam secara menyeluruh pada setiap sendi tatanan hukumnya dalam kondisi perdebatan masalah kodifikasi hukum pidana Islam di Indonesia menjadikannya hal yang luar biasa. Apa lagi dengan akan di sahkannya hukum pidana Islam secara penuh dalam Qanun Jinayah²⁶³ maka ini akan memunculkan berbagai wacana yang Pro maupun yang Kontra nantinya. Semoga penerapan hukum pidana Islam di Aceh memberi nilai yang sangat positif dalam kembali membangkitkan perkembangan Islam di Aceh di masa yang akan datang dan Indonesia secara umumnya.

2. Landasan Sosiologis (*Sosiologische Grondslag*).

Salah satu bagian keabsahan lain yang juga dapat dijadikan landasan pendukung keberadaan Syariat Islam di Aceh dalam konteks kebernegeraan yaitu dilihat dari kajian landasan Sosiologis dan kajian landasan filosofisnya. Suatu peraturan dikatakan mempunyai landasan sosiologis apabila ketentuannya sesuai dengan keyakinan umum atau kesadaran hukum masyarakat. Hal ini berarti bahwa peraturan yang dibuat harus dipahami oleh masyarakat, sesuai dengan kenyataan hidup masyarakat yang bersangkutan.

Pada prinsipnya hukum yang dibentuk harus sesuai dengan hukum yang hidup (*living law*) dalam masyarakat, dan jika tidak sesuai dengan tata nilai, keyakinan dan kesadaran masyarakat tidak akan ada artinya, tidak mungkin dapat diterapkan karena tidak ditaati dan dipatuhi. Secara sosiologis

²⁶³ Qanun Jinayah di Aceh belum bisa di laksanakan karena Qanun ini belum di tanda tangani oleh pihak Eksekutif yaitu Gubernur Acet.

pemberlakuan syari'at Islam di Indonesia memiliki dasar ini, sebab bangsa Indonesia adalah mayoritas umat Islam yang tentunya nilai-nilai dan hukum Islam sudah menjadi pemahaman masyarakat.

3. Landasan Filosofis (*filosofische Gronngslag*).

Pandangan hidup suatu bangsa tiada lain berisi nilai-nilai moral dan etika yang pada dasarnya berisi nilai-nilai yang baik dan tidak baik. Nilai yang baik adalah pandangan dan cita-cita yang dijunjung tinggi dari suatu daerah tertentu, di dalamnya ada nilai kebenaran, keadilan, kesusilaan dan berbagai nilai lainnya yang dianggap baik. Peraturan atau undang-undang tentang penerapan syari'at Islam dikatakan mempunyai landasan filosofis apabila rumusannya atau normanya mendapat pembenaran, dikaji secara filosofis. Jadi, ia mempunyai alasan yang dapat dibenarkan apabila sejalan dengan nilai-nilai yang baik.²⁶⁴

Seperti yang telah penulis paparkan sebelumnya, qanun yang diberlakukan di provinsi Aceh merupakan Peraturan Perundang-undangan Tingkat Daerah, baik qanun yang ada pada Tingkat Daerah Provinsi maupun pada Tingkat Kabupaten/Kota. Peraturan Perundang-undangan Tingkat Daerah diartikan sebagai peraturan perundangan yang dibentuk oleh Pemerintah Daerah atau salah satu unsur Pemerintah Daerah yang berwenang membuat Peraturan Perundang-undangan Tingkat Daerah²⁶⁵.

²⁶⁴ www.stidnatsir.ac.id/index.php?...syariat-Islam... - Tembolok, Friday, 14 May 2010 09:17. Di update tanggal 22 juni 2011.

²⁶⁵ Bagir Manan, *Sistem dan Teknik Pembuatan Peraturan Perundang-undangan Tingkat Daerah*, (Bandung; Pusat Penerbitan Universitas LPPM Universitas Islam Bandung, 1995), hlm. 1

Peraturan Daerah ditetapkan oleh Kepala Daerah dengan persetujuan Dewan Perwakilan Rakyat Daerah²⁶⁶ dan hal ini juga berlaku dalam penetapan qanun di Provinsi Aceh.

Qanun-qanun pada pertamanya tercipta merupakan perwujudan dari amanat Undang-undang No. 18 tahun 2001 tentang Provinsi Nanggroe Aceh Darussalam (NAD), yang mengatur lebih jauh otonomi khusus bagi NAD, seperti Mahkamah Syariat, qanun, lambang daerah, zakat sebagai pemasukan daerah, kepolisian dengan ciri khas Aceh, kepemimpinan adat dan lainnya.²⁶⁷ Qanun-qanun yang memuat tentang hukuman cambuk yang telah di sahkan dan sedang serta masih berlaku di provinsi Aceh, yakni :

1. Qanun Provinsi Nanggroe Aceh Darussalam No.11 Tahun 2002 Tentang Pelaksanaan Syari'at Islam bidang Aqidah, Ibadah dan Syi'ar Islam.

Qanun ini pada dasarnya hanya mengatur mengenai pelaksanaan syariat Islam bidang aqidah, ibadah, dan syi'ar, dengan bentuk sanksi yang di berikan kepada setiap pelanggarnya yang berupa hukuman dalam bentuk hukuman cambuk. Hukuman cambuk ini secara eksplisit diberlakukan serta tercantum di dalam Pasal 20, Pasal 21 dan Pasal 22.

Pasal 20 angka 1 dan 2 mengatur tentang penyebar paham atau aliran sesat dan seseorang dengan sengaja keluar dari aqidah Islam dan atau menghina atau melecehkan agama Islam, Pasal 21 angka 1 hukuman cambuk ditujukan kepada muslim yang tidak melaksanakan shalat jum'at tiga kali

²⁶⁶ Undang-undang No.5 Tahun 1974. Pasal 38

²⁶⁷ Taufik Adnan dan Samsul Rizal, *Loc.Cit.* Hlm. 27

berturut-turut tanpa *uzur syar'i*. Kemudian dalam Pasal 22 diatur bahwa hukuman cambuk cuma di terapkan kepada orang yang menyediakan fasilitas/peluang kepada orang muslim yang tidak mempunyai uzur syar'i untuk tidak berpuasa pada bulan Ramadhan serta bagi siapa yang makan dan minum di tempat / di depan umum pada siang hari bulan Ramadhan.²⁶⁸

2. Qanun Provinsi Nanggroe Aceh Darussalam No.12 Tahun 2003 Tentang Larangan Minuman Khamar dan Sejenisnya

Qanun ini pertama sekali menetapkan (menegaskan) ketentuan fiqh mengenai minuman khamar yaitu haram (hukum taklifinya). Intinya, qanun ini merupakan landasan penerapan hukum pidana Islam yang pertama mengenai larangan minuman khamar dan sejenisnya. Mengenai hukuman cambuk, pada Qanun No 12 diatur dalam pasal 26, pasal 27, pasal 28, pasal 29 dan pasal 30. Pasal 26 angka 1 dan 2 menjelaskan mengenai hukuman cambuk bagi setiap orang yang mengkonsumsi minuman *khamar* dan sejenisnya. Kemudian Pasal 29 menyebutkan bahwa hukuman cambuk akan ditambah 1/3 (sepertiga) dari hukuman sebelumnya apabila seseorang tersebut mengulangi *jarimah khamar* tersebut.²⁶⁹

²⁶⁸ Qanun Provinsi Nanggroe Aceh Darussalam Nomor 11 Tahun 2002 Tentang Pelaksanaan Syariat Islam bidang Aqidah, Ibadah Syi'ar Islam

²⁶⁹ Qanun Provinsi Nanggroe Aceh Darussalam No.12 Tahun 2003 Tentang Larangan Minuman Khamar dan Sejenisnya.

3. Qanun Provinsi Nanggroe Aceh Darussalam No.13 Tahun 2003 Tentang
Maisir (Perjudian)

Qanun ini yang mengatur tentang *maisir* atau perjudian ini memuat sanksi kepada para pelanggarnya dengan hukuman cambuk yang diatur dalam Pasal 23, yakni tentang setiap orang dilarang melakukan perbuatan *maisir*. Pasal 26 menyebutkan bahwa hukuman cambuk akan ditambah 1/3 (sepertiga) dari hukuman sebelumnya apabila seseorang tersebut mengulangi *jarimah maisir* tersebut.²⁷⁰

4. Qanun Provinsi Nanggroe Aceh Darussalam No.14 Tahun 2003 Tentang
Khalwat (Mesum)

Setiap yang melanggar ketentuan, yakni setiap orang dilarang melakukan perbuatan *khalwat/mesum* diancam dengan *`uqubat ta`zir* berupa hukuman cambuk, hal ini diatur dalam Pasal 22 angka 1. Pengulangan pelanggaran terhadap ketentuan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 22, *`uqubatnya* dapat ditambah 1/3 (sepertiga) dari *`uqubat* maksimal (pasal 24).²⁷¹

Secara serta merta dengan diberlakukannya beberapa qanun tersebut diatas, maka setiap pelanggaran aturan tentang Syari'at Islam bidang Aqidah, Ibadah dan Syi'ar Islam, perjudian, minuman keras, dan khalwat yang dilakukan setiap muslim yang berada di wilayah hukum provinsi Aceh akan

²⁷⁰ Qanun Provinsi Nanggroe Aceh Darussalam No.13 Tahun 2003 Tentang Maisir (Perjudian).

²⁷¹ Qanun Provinsi Nanggroe Aceh Darussalam No.14 Tahun 2003 Tentang Khalwat (Mesum)

di hukum dengan menggunakan hukum pidana Islam bukan menggunakan hukum positif yakni KUHP pada umumnya.

Sebagai contoh yakni pada Pasal 23 Qanun Provinsi Nanggroe Aceh Darussalam No.13 Tahun 2003 Tentang *Maisir* (Perjudian) di sebutkan bahwa:

Pasal 23

1. Setiap yang melanggar ketentuan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 5, diancam dengan hukuman cambuk di depan umum paling banyak 12 (dua belas) kali dan paling sedikit 6 (enam) kali.
2. Setiap orang atau badan hukum atau badan usaha non instansi pemerintah yang melanggar ketentuan sebagaimana yang dimaksud dalam Pasal 6 dan 7 diancam dengan `uqubat atau denda paling banyak Rp. 35.000.000 (tiga puluh lima juta rupiah), paling sedikit Rp. 15.000.000 (lima belas juta rupiah);

Penjelasan Pasal 23 ayat 1 Qanun Provinsi Nanggroe Aceh Darussalam No.13 Tahun 2003 Tentang *Maisir* (Perjudian), menyebutkan bahwa yang dimaksud dengan *setiap* adalah pemeluk agama Islam, dan yang dimaksud dengan *setiap orang* adalah orang yang ada di Nanggroe Aceh Darussalam (penjelasan ayat 2). Melalui ketentuan keabsahan penerapan Qanun Maisir tersebut maka khusus bagi pelaku tindak maisir akan di hukum menggunakan aturan yang ada dalam Qanun maisir tersebut bukan lagi menggunakan KUHP, selama yang melakukan itu adalah orang muslim dan berada di wilayah Provinsi Aceh.

Mengenai otoritas berlakunya qanun-qanun yang bermuatan hukum Islam di Aceh secara umum memang menimbulkan permasalahan dalam pemahaman hukum dalam konteks Indonesia, bagi sebagian orang

pelaksanaan hukum cambuk di Aceh mencerminkan kekacauan hukum dan konstitusi di negara ini, hal ini disebabkan karena aturan hukuman cambuk berasal dari qanun yang setara dengan perda dan tidak sesuai dengan aturan di dalam KUHP, walau pun UUD 1945 mengakui dan menghendaki otonomi daerah yang seluas-luasnya, namun pelaksanaan otonomi diharapkan tidak bertentangan dengan kerangka hukum nasional.

Permasalahan diatas dalam tinjauan ilmu hukum harus dilihat dengan beberapa prinsip hukum. Prinsip hukum *lex specialis derogat lex generalis* yang bermakna aturan hukum yang khusus dapat mengesampingkan aturan hukum yang berlaku umum merupakan kaidah hukum yang dapat menjawab dan memposisikan qanun sebagai sumber hukum dalam penegakan hukum pidana Islam khususnya di Aceh.

Hal ini sama dengan pendapat yang di kemukakan oleh Satjipto Rahardjo seperti yang di dikutip Muslim Zainuddin, Satjipto mengemukakan bahwa Provinsi NAD dengan otonomi khususnya memang harus diberikan keleluasaan untuk menjalankan pemerintahan sendiri. Keputusan pemberlakuan hukuman cambuk dengan demikian merupakan pelaksanaan hak pemerintah Provinsi NAD yang diatur dalam Undang-undang No. 18 tahun 2001 tentang Otonomi Khusus bagi Provinsi Daerah Istimewa Aceh sebagai Provinsi Nagroe Aceh Darussalam (NAD).²⁷²

²⁷² Muslim Zainuddin. dkk, *Problematika Hukuman Cambuk Di Aceh*, (Banda Aceh, Dinas Syariat Islam, 2011) Hlm. 108

Pemerintah pusat telah mengamanatkan tentang penyelenggaraan keistimewaan Daerah Istimewa Aceh melalui Undang-undang no. 44 tahun 1999 dan juga tentang Pemerintahan Aceh berdasarkan Undang-nomor 11 tahun 2006. Menyahuti amanat pemerintah pusat terutama Undang-undang Nomor 11 Tahun 2006 yang memberikan kemungkinan memberlakukan jenis pidana lain, Pemerintah Aceh telah membentuk Qanun Aceh yang bermateri syariat, salah satunya adalah aspek jinayah. Undang-undang No. 18 tahun 2001 Tentang Otonomi Khusus bagi Daerah Istimewa Aceh Sebagai Provinsi Nanggroe Aceh Darussalam telah mengamanatkan bahwa peraturan pelaksanaan untuk undang-undang ini sekiranya menyangkut kewenangan Pemerintah Provinsi akan ditetapkan dengan Qanun Provinsi Naggroe Aceh Darussalam.²⁷³

Menurut Alyasa' Abubakar seperti yang dikutip Muslim Zainuddin, bahwa qanun adalah peraturan daerah setingkat dengan peraturan pemerintah untuk pelaksanaan otonomi khusus di Aceh atau paling kurang merupakan peraturan daerah "plus" karena dapat melaksanakan Undang-undang secara langsung, dan juga karena peraturan daerah yang dapat mengesampingkan peraturan lain berdasarkan asas peraturan khusus dapat mengesampingkan peraturan umum.²⁷⁴

Pernyataan Al Yasa' ini sama dengan isi dari penjelasan umum dari UU No. 18 tahun 2001 Tentang Otonomi Khusus bagi Daerah Istimewa

²⁷³ *Ibid*, Hlm. 109

²⁷⁴ *Ibid*,

Aceh Sebagai Provinsi Nanggroe Aceh Darussalam yakni pada paragraf ke 10 yang isinya adalah : “Qanun Provinsi Nanggroe Aceh Darussalam adalah Peraturan Daerah Provinsi Nanggroe Aceh Darussalam, yang dapat menyampingkan peraturan perundang-undangan yang lain dengan mengikuti asas *lex specialis derogat lege generalis* dan Mahkamah Agung berwenang melakukan uji materil terhadap Qanun”²⁷⁵. Penjelasan ini dapat memberi pemahaman bahwa qanun sebagai suatu tatanan Peraturan Daerah dapat mengenyampingkan KUHP yang bersifat umum.

Jimly Asshiddiqie seperti yang dikutip Muslim Zainuddin mengatakan bahwa, kita tetap berpedoman pada prinsip hukum *lex superiore derogat lex infirioe* (secara hirarki peraturan perundang-undangan yang tingkatannya di bawah tidak boleh bertentangan dengan peraturan yang tingkatannya lebih tinggi) sepanjang kaitannya dengan bagian-bagian hukum dalam sistem negara yang masih tersentralisasi, karena adanya koridor hukum yang tegas yang berlaku secara nasional, misalnya bidang pertahanan keamanan dan aspek tertentu dari keuangan seperti dikemukakan. Selain dari hak tersebut, maka daerah ditentukan sebagai ujung tombak pembangunan nasional, dan daerah diberi keleluasaan untuk mengatur dirinya sendiri dalam porsi yang lebih besar, termasuk dalam melahirkan perda/ Qanun sesuai dengan kekhasan dan keistimewaan daerah tersebut, karenanya sangat tepat memberlakukan prinsip hukum *lex spesialis derogat lex generalis* (peraturan khusus dapat mengesampingkan berlakunya suatu peraturan yang bersifat

²⁷⁵ UU No. 18 tahun 2001 Tentang Otonomi Khusus bagi Daerah Istimewa Aceh Sebagai Provinsi Nanggroe Aceh Darussalam

umum), daerah dapat saja memberlakukan perda yang dibuat sendiri sepanjang dalam koridor kewenangan yang diberikan, meskipun dengan mengesampingkan hukum yang bersifat umum dengan status hirarkhinya yang lebih tinggi. Dengan demikian, Provinsi Aceh misalnya boleh saja memberlakukan hukuman cambuk dalam rangka mengamalkan qanun, meskipun mengabaikan hukum penjara dalam rangka mengesampingkan KUHP. Hal ini bukan dalam rangka mengadakan perlawanan hukum tetapi mengamalkan pesan otonomi daerah yang di amanatkan oleh UU No. 18 tahun 2001 Tentang Otonomi Khusus bagi Daerah Istimewa Aceh Sebagai Provinsi Nanggroe Aceh Darussalam.²⁷⁶

Mahfud MD seperti yang dikutip Muslim Zainuddin pernah mengungkapkan bahwa keberadaan hukum jinayat di Aceh dapat ditinjau dari dua asas hukum. *Pertama*, asas hukum di mana hukum yang dibawah tidak bertentangan dengan hukum yang lebih tinggi kedudukannya. Qanun dalam hal tidak setara dengan KUHP, karena ia sama seperti Perda untuk provinsi-provinsi lain di Indonesia. *Kedua*, asas hukum yang lain yaitu "*lex specialis derogat lex generalis*" dapat disimpulkan bahwa aturan hukum yang khusus dapat mengesampingkan aturan hukum yang berlaku umum, dalam konteks ini hukum pidana yang berlaku umum dapat dikesampingkan oleh qanun jinayah yang khusus karena berlaku secara teritorial dan individual terutama muslim di Provinsi Aceh, dan juga diberikan pilihan kepada non muslim

²⁷⁶ Muslim Zainuddin, dkk, *op.cit.* Hlm. 49

untuk memilih aturan hukum yang mana dari kedua aturan hukum tersebut, disebut dengan istilah “penundukan hukum”.²⁷⁷

Penulis mengambil kesimpulan bahwa sesuai dengan konteks isi Pasal 31 undang-undang No. 18 tahun 2001 Tentang Otonomi Khusus bagi Daerah Istimewa Aceh Sebagai Provinsi Nanggroe Aceh Darussalam. Disebutkan sebagai berikut :

Pasal 31 :

1. Ketentuan pelaksanaan undang-undang ini yang menyangkut kewenangan pemerintah
2. Ketentuan pelaksanaan undang-undang ini menyangkut kewenangan Pemerintah Provinsi Nanggroe Aceh Darussalam ditetapkan dengan Qanun Provinsi Nanggroe Aceh Darussalam

Posisi qanun yang menjadi sumber hukum pelaksanaan hukuman cambuk di Aceh adalah memenuhi syarat prinsip hukum *lex specialis derogat lex generali*, hal ini sesuai dengan alasan yang di sebutkan Al Yasa' Abubakar dan Jimly Asshiddiqie serta Mahfud MD diatas.

Selanjutnya untuk menyelesaikan kasus-kasus jinayat seperti yang telah di atur melalui qanun- qanun di Provinsi Aceh maka sesuai dengan amat di dalam Qanun Provinsi Nanggroe Aceh Darussalam Nomor 10 Tahun 2002 Tentang Peradilan Syari`at Islam, akan di selesaikan melalui peradilan Mahkamah Syariah kabupaten/kota sebagai peradilan tingkat pertama dan Mahkamah Syariah Provinsi sebagai peradilan tingkat banding, sedangkan

²⁷⁷ *Ibid*, Hlm. 4-5

untuk tingkat kasasi tetap melalui Mahkamah Agung. Hal ini tertera di dalam Pasal 3 yaitu :

Pasal 3

- (1) Kekuasaan kehakiman di lingkungan Peradilan Syari`at Islam dilaksanakan oleh:
- a. Mahkamah Syar`iyah;
 - b. Mahkamah Syar`iyah Provinsi.
- (2) Kekuasaan Kehakiman di lingkungan Peradilan Syari`at Islam berpuncak pada Mahkamah Agung sebagai Pengadilan Negara Tertinggi.²⁷⁸

Sedangkan untuk hukum materil dan formil yang digunakan dalam proses persidangan pada kasus yang dilanggar seperti yang telah di qanunkan maka akan di gunakan aturan yang telah di atur melalui qanun-qanun tersebut, hal ini seperti yang diatur dalam pasal 53 dan 54 yaitu :

Pasal 53

Hukum materiil yang akan digunakan dalam menyelesaikan perkara sebagaimana tersebut pada Pasal 49²⁷⁹ adalah yang bersumber dari atau sesuai dengan Syari`at Islam yang akan diatur dengan Qanun. dan

Pasal 54

Hukum formil yang akan digunakan Mahkamah adalah yang bersumber dari atau sesuai dengan Syari`at Islam yang akan diatur dengan Qanun.²⁸⁰

²⁷⁸ Qanun Provinsi Nanggroe Aceh Darussalam Nomor 10 Tahun 2002 Tentang Peradilan Syari`at Islam

²⁷⁹ Pasal 49: Mahkamah Syar`iyah bertugas dan berwenang memeriksa, memutus dan menyelesaikan perkara-perkara pada tingkat pertama, dalam bidang: a. ahwal al-syakhshiyah; b. mu`amalah; c. jinayah

²⁸⁰ *Ibid*

Untuk perkara atau kasus- kasus yang belum terlegislasi ke dalam qanun maka yang berlaku adalah aturan umum seperti yang berlaku di negara Indonesia pada umumnya, hal ini di atur dalam Bab Peralihan Qanun Provinsi Nanggroe Aceh Darussalam Nomor 10 Tahun 2002 Tentang Peradilan Syari`at Islam yakni dalam pasal 58, yaitu :

Pasal 58

Pada saat mulai berlakunya Qanun ini:

- (1) Semua kewenangan Badan Peradilan Agama menurut Undang-undang Nomor 7 Tahun 1989 tentang Peradilan Agama yang telah ada di Provinsi Nanggroe Aceh Darussalam dinyatakan menjadi kewenangan Mahkamah Syar`iyah menurut Qanun ini.
- (2) Sepanjang Qanun mengenai hukum materil dan formil sebagaimana dimaksud dalam Pasal 49, Pasal 53 dan Pasal 54 belum ada, maka perkara perdata, pidana, dan sengketa Tata Usaha Negara diselesaikan berdasarkan peraturan perundang-undangan yang berlaku.

Kesimpulannya adalah, apabila terdapat tindak pidana yang belum diatur melalui qanun maka aturan yang berlaku kembali pada aturan umum yaitu KUHP dan aturan lainnya serta proses hukum acaranya kembali merujuk kepada KUHP. Artinya tidak akan terjadi dualisme hukum dalam proses penanganan permasalahan hukum di Provinsi Aceh.

C. Pemberlakuan Syariat Islam (Hukum Pidana Islam) di Aceh Dalam Konteks Sistem Hukum Pidana Nasional

Negara Indonesia ialah negara yang berdasarkan atas hukum (*Rechtsstaat*), tidak berdasarkan kekuasaan belaka (*Machstaat*). Hal ini dipertegas di dalam amandemen keempat UUD 1945 dan di masukkan ke dalam batang tubuh konstitusi negara RI yaitu Bab I tentang “Bentuk dan Kedaulatan”. Pasal 1 ayat 3 memuat “Negara Indonesia adalah Negara Hukum”.²⁸¹ Konsep negara hukum sebenarnya sudah muncul sejak abad XIX sampai abad XX. Arti negara hukum itu sendiri pada hakikatnya berakar dari konsep teori kedaulatan hukum yang pada prinsipnya menyatakan bahwa kekuasaan tertinggi di dalam suatu negara adalah hukum.²⁸²

Menurut Krabe, seperti yang dikutip Hestu “negara sebagai pencipta dan penegak hukum di dalam segala kegiatannya harus tunduk pada hukum yang berlaku”. Hukum membawahkan negara berdasarkan pengertian bahwa hukum itu bersumber dari kesadaran hukum rakyat, maka hukum mempunyai wibawa yang tidak berkaitan dengan seseorang (*impersonal*). Sementara menurut Donner, sumber hukum mengandung arti sebagai ajaran yang memberikan ukuran atau kriteria apakah suatu ketentuan itu berlaku umum atau tidak. Ketentuan tersebut

²⁸¹ Undang-undang Dasar tahun 1945 Amandemen ke 4.

²⁸² B. Hestu Cipto, Handoyo, *Hukum Tata Negara Indonesia*, (Yogyakarta: Universitas Atma Jaya, 2009) Hlm. 17

jika berlaku umum maka disebut hukum, sedangkan jika tidak berlaku umum maka bukan merupakan hukum.²⁸³

Ilmu hukum membedakan sumber hukum dalam arti materiil dan sumber hukum dalam arti formal. Sumber hukum dalam arti materiil adalah sumber yang menentukan isi atau substansi hukum. Sumber hukum materiil adalah faktor-faktor masyarakat yang mempengaruhi pembentukan hukum, baik dalam bentuk kenyataan-kenyataan (sosial, politik, ekonomi dan lainnya) maupun kesadaran hukum masyarakat, ataupun faktor kesejahteraan yang mempengaruhi isi suatu kaidah hukum. Sumber hukum dalam arti formal adalah sumber hukum yang dikenal dari bentuknya, karena bentuknya itu menyebabkan hukum berlaku umum, diketahui dan ditaati.²⁸⁴

Praktek ketatanegaraan, mengenal teori *Stufenbau des Rech* atau *The Hierarchy of Law*. Teori ini dikemukakan oleh Hans Kelsen, di dalam teorinya seperti yang dikutip Muntoha, Hans kelsen berpendapat bahwa norma-norma hukum itu berjenjang-jenjang dan berlapis-lapis dalam suatu hirarkhi tata susunan, dimana suatu norma hukum yang lebih rendah berlaku, bersumber dan berdasar pada norma yang lebih tinggi lagi, demikian seterusnya hingga norma yang tidak dapat ditelusuri lebih lanjut yang bersifat hipotesis dan fiktif, yaitu norma dasar (*grundnorm*).

²⁸³ *Ibid.* Hlm. 37

²⁸⁴ Bagir Manan, *Konvensi Ketatanegaraan*, (Yogyakarta: FH UII Press, 2006), Hlm. 33

Norma dasar yang merupakan norma tertinggi dalam sistem norma hukum tersebut, tidak lagi dibentuk oleh suatu norma yang lebih tinggi lagi tetapi norma itu ditetapkan terlebih dahulu oleh masyarakat sebagai norma dasar yang merupakan gantungan bagi norma yang berbeda dibawahnya.²⁸⁵ Hans Nawiasky berpendapat bahwa selain norma hukum itu berlapis-lapis dan berjenjang-jenjang, norma hukum suatu negara itu juga berkelompok-kelompok. Menurutnya, norma-norma hukum dalam suatu negara itu terdiri dari 4 (empat) kelompok besar sebagai berikut :

Kelompok I, *Staatfundamentalnorm*, (norma fundamental negara), yaitu dasar bagi pembentukan konstitusi atau undang-undang dasar bagi suatu negara termasuk norma pengubahannya. Kelompok II, *Staatgrundgesetz* (aturan dasar/pokok negara), yaitu kelompok norma hukum di bawah norma fundamental. Kelompok III, *Formell Gesets* (undang-undang formal), yaitu kelompok norma yang berada di bawah aturan dasar pokok negara. Kelompok ke IV, *Verordnung und Autonome Satzung* (aturan pelaksana dan aturan otonom), yaitu peraturan terletak dibawah undang-undang yang berfungsi menyelenggarakan ketentuan dalam undang-undang, dimana peraturan pelaksanaan bersumber dari kewenangan delegasi, sedangkan peraturan otonom bersumber dari kewenangan atribusi.²⁸⁶

Teori hirarkhi norma hukum di atas pada intinya mengandung asas-asas atas prinsip-prinsip sebagai berikut :

²⁸⁵ Muntoha, *Otonomi Daerah Dan Perkembangan "Peraturan Daerah bernuansa Syaria'at"*, (Yogyakarta: Safiria Insania Press, 2010)

²⁸⁶ *Ibid*, Hlm. 29

1. Peraturan perundang -undangan tingkat lebih rendah harus bersumber atau memiliki dasar hukum dari suatu peraturan perundang-undangan tingkat lebih tinggi.
2. Isi atau materi muatan peraturan perundang-undangan tingkat lebih rendah tidak boleh menyingkapi atau bertentangan dengan peraturan perundang-undang tingkat lebih tinggi, kecuali apabila peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi dibuat tanpa wewenang (*onbevoegd*) atau melampau wewenang (*deternamant de pouvoir*).

Asas-asas atau prinsip-prinsip dari teori *Stufenbau* tersebut diatas, telah diterima di Indonesia dan telah diformalkan dalam ketetapan MPRS No. XX/MPRS/1966, yang kemudian direvisi oleh Ketetapan MPR No. III/MPR/2000 serta telah disempurnakan oleh UU No.12 Tahun 2011 pengganti UU No.10 tahun 2004 Tentang Cara Pembuatan Peraturan Perundang-undangan.²⁸⁷ Berikut ini dapat dikemukakan tentang jenis dan hierarki peraturan perundang-undangan Indonesia sebagaimana tertera di dalam UU No. 12 tahun 2011 Pasal 7 ayat 1 yakni :

Pasal 7 : (1) Jenis dan hierarki Peraturan Perundang-undangan terdiri atas:

- a. Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945;
- b. Ketetapan Majelis Permusyawaratan Rakyat;
- c. Undang-Undang/Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang;
- d. Peraturan Pemerintah;
- e. Peraturan Presiden;

²⁸⁷ *Ibid*,

- f. Peraturan Daerah Provinsi; dan
- g. Peraturan Daerah Kabupaten/Kota.²⁸⁸

Khusus terhadap qanun dalam penyebutannya di Provinsi Aceh, menurut Jimly Asshiddiqie seperti yang dikutip Muntoha, posisi qanun apabila dikaitkan dengan hukum nasional Indonesia yang berdasarkan Pancasila, maka qanun identik dengan hukum negara berupa peraturan perundang-undangan yang bersumber dan berpuncak pada Undang-undang Dasar Negara Republik Indonesia tahun 1945. Sumber inspirasinya adalah segala norma yang berkembang dan dikembangkan dari dunia ilmu hukum atau “ilmu fiqh” yang tidak boleh bertentangan dengan keyakinan-keyakinan hukum atau kepercayaan keagamaan segenab warga negara Indonesia yang menjadi subjek hukum yang diatur oleh hukum nasional Indonesia yang berdasarkan pancasila.²⁸⁹

Qanun, bila dikaji dengan menggunakan teori *Stufenbau* sebagai parameternya, maka posisi qanun adalah setara dengan posisi Peraturan Daerah (Perda) tingkat provinsi lainnya dalam lingkup negara kesatuan Republik Indonesia. Menurut penulis, untuk membahas posisi qanun dari sudut ketatanegaraan bukanlah suatu hal yang sulit apabila kita menggunakan konsep teorinya Hans Kelsen yaitu teori *Stufenbau*.

Permasalahan yang kemudian muncul adalah bagaimana posisi keabsahan pelaksanaan hukum pidana Islam di Aceh yang berada dibawah payung syari’at Islam dari konteks sistem hukum pidana nasional. Secara normatif, kajian

²⁸⁸ UU No. 12 tahun 2011 Tentang Pembentukan Peraturan Perundang-Undangan

²⁸⁹ Muntoha, *Op. cit.*,. Hlm.37

hukum pidana nasional tetap merujuk kepada dua hal yaitu hukum pidana materiil dan hukum pidana formil.

Menurut J.M van Bemmelen seperti yang dikutip oleh Leden Marpaung, “Hukum pidana materiil terdiri atas tindak pidana yang disebut berturut-turut, peraturan umum yang dapat diterapkan terhadap perbuatan itu, dan pidana yang diancamkan terhadap perbuatan itu. Hukum pidana formil mengatur cara bagaimana acara pidana seharusnya dilakukan dan menentukan tata tertib yang harus diperhatikan pada kesempatan itu”.²⁹⁰ Penerapan dan penegakan hukum pidana di negara Indonesia merujuk kepada aturan perundang-undang umum yaitu Kitab Undang-undang Hukum Pidana (KUHP) dan peraturan perundang-undangan khusus lainnya yang nota bene sebagai hukum materilnya serta Kitab Undang-undang Hukum Acara Pidana (KUHAP) yang termaktub di dalam UU No.8 Tahun 1981 tentang Hukum Acara Pidana yang selanjutnya merupakan acuan hukum formil serta aturan-aturan lainnya yang belum diatur di dalam KUHAP tetapi ditetapkan di dalam aturan lainnya.

KUHP sebagai hukum materiil dan selaku acuan umum hukum pidana, di dalamnya telah terjadi penggolongan berbagai tindak pidana yang pada dasarnya merupakan upaya membedakan antara jenis tindak pidana yang satu dengan tindak pidana lain. Secara prinsip penggolongan berbagai tindak pidana dalam KUHP didasarkan pada *kepentingan hukum* yang ingin dilindunginya. Atas dasar kepentingan hukum yang ingin dilindunginya itu, dikenal berbagai penggolongan

²⁹⁰ Leden Marpaung, *Asas- Teori- Praktik Hukum Pidana*, (Jakarta : Sinar Grafika, cet.6, 2009) Hlm. 2

tindak pidana dalam KUHP yaitu tindak pidana terhadap harta benda atau harta kekayaan, tindak pidana terhadap nyawa, tindak pidana terhadap kehormatan dan tindak pidana terhadap badan dan tubuh.²⁹¹

Hukum pidana yang termaktub dalam KUHP merupakan aturan untuk berbagai tindak pidana umum, hukum pidana umum dibuat dan berlaku untuk semua orang, sedangkan hukum pidana khusus dibuat untuk hal atau orang tertentu.²⁹² Kitab Undang-undang Hukum Pidana yang saat ini berlaku di Indonesia adalah terjemahan resmi dari *Wetboek van Strafrecht* yang selesai dibuat di *Tweede Kamer* (parlement) Belanda pada tanggal 31 Maret 1881. Akan tetapi *Wetboek van Strafrecht* tersebut dinyatakan berlaku pada tanggal 1 september 1886 dan diterapkan secara konkordansi di semua wilayah jajahan Belanda, termasuk Indonesia. Setelah Indonesia merdeka, dengan Undang-undang Nomor 1 Tahun 1946 *Wetboek van Strafrecht voor Nederlandsch-Indie* di ubah menjadi Kitab Undang-undang Hukum Pidana.²⁹³

Hal diatas merupakan penyebab mengapa KUHP tidak mempunyai dasar atau kebijakan hukum dari berbagai norma yang hidup dalam masyarakat (*living law*) termasuk hukum Pidana Islam. Untuk menghubungkan dengan penerapan sebagian hukum pidana Islam yang sedang dijalankan di Aceh dengan tatanan hukum pidana Indonesia menurut penulis memang akan terdapat beberapa

²⁹¹ Tongat, *Hukum Pidana Materiil Tinjauan Atas Tindak Pidana Terhadap Subjek Hukum Dalam Kitab Undang-undang Hukum Pidana*, (Jakarta: Djambatan, 2003).

²⁹² Leden Marpaung, *Op. cit.*, Hlm. 3

²⁹³ Eddy, O.S. Hiariej, *Asas Legalitas dan Penemuan Hukum Dalam Hukum Pidana*, (Jakarta: Erlangga, 2009) Hlm. 2

perdebatan yang rumit. Secara tatanan pengaturan kriminalisasi pada suatu tindak pidana sudah terjadi dualisme antar hukum positif dengan hukum pidana Islam.

Persoalan teknis penghukuman pun terjadi dualisme yaitu menurut hukum positif setiap penjatuhan sanksi harus merujuk kepada Pasal 10 KUHP yang mengatur tentang sanksi-sanksi terhadap tindak pidana yaitu Pidana pokok : Pidana mati, Pidana penjara, Kurungan, denda serta Pidana tambahan : Pencabutan hak-hak tertentu, Perampasan barang-barang tertentu, Pengumuman putusan hakim.²⁹⁴ Sedangkan di dalam aturan qanun yang merujuk kepada tatanan hukum pidana Islam, sanksi-sanksi yang telah diatur antara lain hukuman cambuk dan hukuman penjara.

Menurut penulis, dalam hal terjadi dualisme baik secara aturan hukum maupun tata cara hukum acaranya, harus dikembalikan kepada asas hukum pidana itu sendiri sebagai penengah pada saat terjadi kerancuan hukum, yaitu asas legalitas. Artinya, dengannya alas legalitas dari pemberlakuan hukum pidana Islam di Provinsi Aceh, maka akan terjadi pengkhususan dengan sendirinya terhadap penegak hukum pidana pada jenis-jenis tindak pidana tertentu yang diatur di dalam qanun-qanun di Provinsi Aceh.

Qanun yang sudah mempunyai asas legalitas tersebut juga harus memenuhi beberapa kriteria lazimnya perundang-undangan lainnya, yaitu qanun tersebut harus memenuhi asas-asas :

²⁹⁴ Moeljatno, *Kitab Undang-undang Hukum Pidana (KUHP)*, (Jakarta: Bumi Aksara, 2003). Hlm.5

1. *Asas nullum crimen, noela poena sine lege praevia* (tidak ada perbuatan pidana, tidak ada pidana tanpa undang-undang sebelumnya)²⁹⁵. Konsekuensi dari makna ini adalah ketentuan bahwa hukum pidana tidak boleh berlaku surut, artinya penerapan hukum cambuk tidak dapat diberlakukan kepada tindak pidana yang dilakukan sebelum qanun-qanun yang memuat tentang hukuman cambuk berlaku.
2. *asas nullum crimen, nulla poena sine lege scripta* (tidak ada perbuatan pidana, tidak ada pidana tanpa undang-undang tertulis). Artinya tidak ada perbuatan pidana, tidak ada pidana tanpa undang-undang tertulis.²⁹⁶ Sebagaimana kita ketahui bahwa pada dasarnya hukuman cambuk tidak di atur di dalam KUHP namun berasal dari aturan hukum pidana Islam. Qanun yang memuat tentang hukuman cambuk yang telah disahkan sudah dianggap sebagai suatu hukum yang tertulis secara sistem hukum nasional.
3. *Asas nullum crimen, nulla poena sine lege certa* (tidak ada perbuatan pidana, tidak ada pidana tanpa aturan undang-undang yang jelas). Artinya, tidak ada perbuatan pidana, tidak ada pidana tanpa aturan undang-undang yang jelas.²⁹⁷ Qanun yang berlaku di Aceh, walaupun dalam sistem hukum nasional mempunyai strata setingkat dengan peraturan daerah namun karena sebagian qanun tersebut berisikan sanksi hukum berupa hukuman cambuk yang nota bene merupakan

²⁹⁵ Eddy, O.S, *Loc.cit.* Hlm. 29

²⁹⁶ *Ibid*

²⁹⁷ *Ibid*

bagian dari hukum pidana, maka keabsahannya telah diakui secara otoritas kekhususannya dalam penerapan khusus di provinsi Aceh.

4. *Asas nullum crimen, noela poena sine lege stricta* (tidak ada perbuatan pidana, tidak ada pidana tanpa undang-undang yang ketat). Artinya tidak ada perbuatan pidana, tidak ada pidana tanpa undang-undang yang ketat.²⁹⁸ Undang-undang yang ketat di sini menurut penulis bisa diartikan sebagai sebuah aturan baku dan tidak dapat di tafsirkan secara berbeda pada pelaksanaan/ eksekusi aturan itu sendiri. Keempat syarat asas legalitas diatas sudah menggambarkan bahwa qanun-qanun yang memuat hukuman cambuk di Aceh adalah legal dalam penerapannya.

Apabila ke empat asas tersebut sudah dapat terpenuhi dari formulasi sampai pada tahap penerapan suatu qanun. Maka dualisme hukum pidana yang berlaku di Provinsi Aceh tidak akan menjadi masalah yang rumit.

Undang-undang Nomor 8 tahun 1981 tentang Kitab Undang-undang Hukum Acara Pidana (KUHAP) sebagai sebuah instrumen hukum publik yang mendukung pelaksanaan dan penerapan ketentuan hukum pidana materil mempunyai tujuan penting yaitu mencari dan memperoleh kebenaran materil. Seperti halnya tujuan pokok hukum adalah menciptakan tatanan masyarakat tertib,

²⁹⁸*Ibid*

menciptakan ketertiban dan keseimbangan. Tercapainya ketertiban dalam masyarakat adalah dengan harapan kepentingan manusia akan terlindungi.²⁹⁹

Kitab Undang-Undang Hukum Acara Pidana (KUHP) dalam kedudukannya sebagai instrumen hukum publik yang mendukung pelaksanaan dan penerapan ketentuan hukum pidana materil dan merupakan sebuah karya besar anak negeri dalam sejarah hukum setelah penjajahan Belanda maka telah memiliki rumusan sistem beracara yang sangat bagus serta menjamin dan menjaga prinsip HAM agar tetap terbina dalam serangkaian prosedur beracaranya. Apabila tercapainya kebenaran materil maka akan tercapai pula tujuan akhir hukum acara pidana, yaitu untuk mencapai suatu ketertiban, ketentraman, keadilan dan kesejahteraan dalam masyarakat.³⁰⁰

KUHP merupakan acuan bagi seluruh instrumen dari sistem peradilan pidana untuk menjaga tertibnya proses penegakan hukum pidana,. Sistem peradilan pidana atau *criminal justice system* dinyatakan berjalan sempurna apabila komponen-komponen yang ada didalamnya telah bekerja sama dalam sistem sepenuhnya, komponen ini kemudian bertugas dalam lingkup praktik penegakan hukum, yang terdiri dari kepolisian, kejaksaan, pengadilan dan lembaga pemasyarakatan. Intinya empat komponen ini diharapkan bekerjasama membentuk suatu "*integrated criminal justice system*".

Sistem peradilan pidana merupakan suatu jaringan (*network*) peradilan yang menggunakan hukum pidana sebagai sarana utamanya, baik hukum pidana

²⁹⁹ Sudikno Mertokusumo, *Mengenal Hukum Suatu Pengantar*, (Yogyakarta, Liberty, 1999), Hlm. 77.

³⁰⁰ Yesmil Anwar, Adang, 2009, *Op. cit.*, hlm. 67-68.

materiil, hukum pidana formil maupun hukum pelaksanaan pidana. Selanjutnya tampak pula, bahwa sistem peradilan pidana melibatkan penegakan hukum pidana, baik hukum pidana substantif, hukum pidana formil maupun hukum pelaksanaan pidana, dalam bentuk yang bersifat prefentif (pencegahan), represif maupun kuratif. Dengan demikian akan nampak keterkaitan dan saling ketergantungan antar sub sistem peradilan pidana yakni lembaga kepolisian, kejaksaan, pengadilan dan lembaga pemasyarakatan. Bahkan dapat ditambahkan di sini Lembaga Penasehat Hukum dan Masyarakat.³⁰¹

Secara konvensional, penegak hukum yang berada dibawah naungan sistem peradilan pidana Indonesia menjalankan roda kinerjanya tanpa ada sekat pemisah diantara ketiga instrumen sistem peradilan pidana ini. Artinya, apabila putusnya tahapan salah satu dari padanya (SPP) maka hal ini akan menyebabkan batalnya suatu proses hukum. Dalam proses pelaksanaan hukum pidana Islam di Aceh, maka dalam hal aturan hukum beracaranya beberapa qanun seperti qanun tentang khalwat, maisir (judi), dan khamar (minuman keras) memberi peluang kepada KUHAP untuk di jalankan seperti yang berlaku secara umum dalam penanganan kasus pidana dalam konteks hukum positif.

Aturan ini tercantum di dalam *Ketentuan Peralihan* dari qanun-qanun tersebut yang secara garis besar menyatakan bahwa *sebelum adanya hukum acara yang diatur dalam qanun tersebut, maka hukum acara yang diatur dalam*

³⁰¹ Sistem Peradilan Pidana Indonesia, sumber : triwantoselalu.blogspot.com/.../sistem-peradilan-pidana.html, di akses pada tanggal 17 Januari 2011

*Undang-undang Nomor 8 Tahun 1981 tentang Kitab Undang-undang Hukum Acara Pidana, dan Peraturan Perundang-undangan lainnya tetap berlaku sepanjang tidak diatur dalam qanun-qanun itu.*³⁰²

Apabila kita membahas dari segi proses kebijakan hukum pidana akan menjadi permasalahan terutama mengenai hukuman cambuk yang diatur dalam Qanun-qanun Aceh baik di ukur dari segi kemanfaatan bahkan dari segi hak asasi manusianya. Selama ini yang menjadi pembahasan hangat di kalangan masyarakat terutama kalangan intelektual sekaligus para pakar hukum baik di Aceh secara khusus maupun di Indonesia secara keseluruhan adalah pelaksanaan hukuman cambuk itu sendiri. Untuk itu penulis akan memaparkan dua hal tersebut didalam BAB V selanjutnya, yaitu mengenai suatu tinjauan penerapan hukuman cambuk di provinsi Aceh menurut kebijakan hukum pidana dan HAM.

³⁰² Baca Pasal 32 Qanun Provinsi Nanggroe Aceh Darussalam No.13 Tahun 2003 Tentang *Maisir* (Perjudian)

BAB V

HUKUMAN CAMBUK DI DALAM QANUN PROVINSI ACEH

MENURUT TINJAUAN KEBIJAKAN HUKUM PIDANA

DAN HAK ASASI MANUSIA

A. Pengertian Hukuman Cambuk

1. Hukuman Cambuk dalam Hukum Pidana Islam

Hukuman cambuk dalam bahasa Arab disebut *Jald* berasal dari akar kata *jalada* yang berarti memukul dikulit atau memukul dengan cambuk yang terbuat dari kulit. Hukuman ini terasa di kulit meskipun sebenarnya hukuman ini lebih ditujukan untuk membuat malu dan mencegah orang untuk berbuat kesalahan daripada menyakitinya.³⁰³

Pada dasarnya hukuman cambuk merupakan bagian dari bentuk sanksi pidana atas anggota badan. Hukum pidana Islam juga memuat tentang pidana atas anggota badan, terdiri atas bermacam-macam bentuk. Bentuk-bentuk operasional pidana badan ini antara lain meliputi, pidana potong tangan atau kaki, pidana dera atau pidana cambuk, pidana pemukulan, pidana *qishas* (pelukaan anggota badan), serta pidana rajam (pidana dera sampai

³⁰³ Mardani, *Hukum Islam; Pengantar Ilmu Hukum Islam Di Indonesia*, (Yogyakarta: Putaka Pelajar, 2010) Hlm. 214

mati) yang pada dasarnya merupakan gabungan antara pidana atas jiwa dan pidana atas anggota badan.³⁰⁴

Hukum Jinayah (pidana Islam) mengelompokkan Jarimah (tindak pidana) berdasarkan jenis sanksi yang telah diatur dalam Al-Qur'an dan Hadist, yaitu :

- a. Jarimah Hudud, yaitu tindak pidana yang diancam hukuman had, atau hukuman yang telah ditentukan macam dan jumlahnya dan menjadi hak Tuhan yaitu hukum ini tidak dapat dihapus oleh perseorangan ataupun oleh masyarakat yang diwakili oleh negara. Hukuman tersebut tidak mempunyai batasan terendah atau batas tertinggi. Jarimah hudud tersebut adalah zina, *qadhzaf* (menuduh orang berbuat zina), minum minuman keras, mencuri, haribah (pembegalan, gangguan keamanan), murtad, dan pemberontakan (*baghyu*).
- b. Jarimah Qisas Diyat, yaitu perbuatan yang dihukum dengan hukuman qhisas dan diyat. Hukuman ini telah ditentukan batasannya, dan tidak mempunyai batasan terendah dan tertinggi. Hukuman ini menjadi hak perseorangan, dengan pengertian bahwa si korban dapat memaafkan sipembuat jika ia menghendakinya, dan apabila dimaafkan maka, hukuman tersebut terhapus. Jarimah ini yaitu pembunuhan sengaja, semi sengaja, pembunuhan karena kesilapan, penganiayaan sengaja, penganiayaan tidak sengaja.

³⁰⁴ Makarao, Mohammad Taufik, *Pembaharuan Hukum Pidana Indonesia ; Studi tentang Bentuk-bentuk Pidana Khususnya Pidana Cambuk Sebagai Suatu Bentuk Pembedaan*, (Yogyakarta : Kreasi Wacana, 2005), Hlm. 245

c. Jarimah ta'zir, yaitu perbuatan yang dihukum dengan satu atau beberapa hukuman ta'zir. Pengertian ta'zir adalah pemberatan, dan penjatuhan hukuman ini menjadi hak otoritas hakim. Hukuman ta'zir tidak ditentukan batasannya³⁰⁵.

Jarimah ta'zir terbagi menjadi tiga :

- 1) Jarimah hudud atau Qhishas diyat yang tidak memenuhi syarat, namun sudah merupakan maksiat. Misalnya, percobaan pencurian, percobaan pembunuhan, pencurian di kalangan keluarga, dan pencurian aliran listrik.
- 2) Jarimah-jarimah yang ditentukan oleh Al-Qur'an dan Hadis, namun tidak ditentukan sanksinya. Seperti, penghinaan, saksi palsu, tidak melaksanakan amanah, dan menghina agama.
- 3) Jarimah-jarimah yang ditentukan oleh Ulil Amri untuk kemaslahatan umat³⁰⁶.

Penetapan jarimah ta'zir oleh penguasa pada dasar prinsip utama yang menjadi acuannya adalah menjaga kepentingan umum dan melindungi setiap anggota masyarakat dari kemudharatan (bahaya). Penegakan jarimah ta'zir disamping itu juga harus sesuai dengan prinsip syar'i (nash).

Berbicara tentang hukuman tentunya tidak bisa terlepas dari tujuan diberlakukan hukum pidana itu sendiri. Pembuat hukum dalam menyusun

³⁰⁵Ahmad Hanafi, *Asas-asas Hukum Pidana Islam*, (Jakarta : PT. Bulan Bintang, 1967). Hlm. 7-8

³⁰⁶H.A. Djazuli, *Fiqh Jinayah; Upaya Menanggulangi Kejahatan dalam Islam*, (Jakarta : PT. Raja Grafindo Persada, 2000). Hlm 13

ketentuan-ketentuan hukum dari syari'at memiliki tujuan tertentu yang luas. Dengan demikian, untuk memahami pentingnya suatu ketentuan, mutlak perlu diketahui apa tujuan dari ketentuan itu.³⁰⁷

Para ahli hukum Islam telah mengklasifikasikan tujuan-tujuan yang luas dari syari'at untuk menciptakan kemaslahatan (*al-maslahah*), yaitu:

1. Menjamin keamanan dari kelima kebutuhan hidup yang primer (*dharuriyat*)³⁰⁸,
2. Menjamin keperluan hidup (keperluan skunder) atau disebut *hajiyat*³⁰⁹,
3. Membuat berbagai kebaikan atau menjadikan hal-hal yang dapat menghiasi kehidupan sosial dan menjadikan manusia mampu berbuat dan mengatur urusan hidup lebih baik (keperluan tersier) atau disebut *tahsiniyat*^{310 311}.

Setiap hukum *syar'i* tidaklah dikehendaki padanya kecuali salah satu dari tiga hal tersebut yang menjadi penyebab terwujudnya kemaslahatan manusia.

³⁰⁷ *Ibid.*, hlm. 18.

³⁰⁸ Dalam kepustakaan hukum Islam, kebutuhan *dharuriyat* adalah sesuatu yang harus ada untuk tegaknya kehidupan manusia baik duniyah maupun dunawiyah, dalam arti kebutuhan-kebutuhan yang bersifat esensial (primer) bagi kehidupan manusia.

³⁰⁹ Hal-hal yang bersifat *hajiyat* bertitik tolak pada sesuatu yang dapat menghilangkan kesempitan, meringankan beban yang menyulitkan, dan memudahkan jalan-jalan mu'amalah serta mubadalah (tukar menukar) bagi mereka. Islam benar-benar telah mensyari'atkan sejumlah hukum dalam berbagai masalah mu'amalah dan 'uqubah (pidana) yang dengan itu dimaksudkan untuk menghilangkan kesempitan dan meringankan beban manusia.

³¹⁰ Hal-hal yang bersifat *tahsiniyat* bertitik tolak terhadap sesuatu yang membuat indah kondisi manusia, juga membuat hal itu sesuai dengan tuntutan norma dan akhlak mulia. Dalam berbagai masalah ibadah, mu'amalah dan 'uqubah, Islam mensyari'atkan beberapa hukum yang berorientasi kepada sesuatu yang membuat elok dan indah. Hukum hukum itu dapat membiasakan manusia pada kebiasaan yang paling baik dan memberi petunjuk manusia kepada jalan yang paling baik dan benar.

³¹¹ Abdul Wahhab Khallaf, *Ilmu Ushul al-Fiqh*, Maktabah Da'wah Islamiyah, Kairo, 1990, hlm. 97.

Salah satu bentuk hukuman yang dapat dijadikan sebagai hukuman ta'zir oleh penguasa adalah hukuman cambuk, tentunya dijatuhkan pada tindak perbuatan yang bertujuan untuk mewujudkan kemashlahatan manusia.

Sejarah hukum pidana Islam, khususnya pada masa Khalifah Umar Bin Ibn Khattab r.a, meriwayatkan bahwa banyak terjadi pembentukan tatanan hukum dalam proses pemcambukan terhadap para peralaku tindak pidana. *“Imam Malik dan lainnya telah meriwayatkan dari Abdullah bin ‘iyassi bin Abi Rabii’ah, Ia telah berkata : Umar Ibnul Khattab, r.a. telah memanggil kami pemuda Quraisy untuk menangani masalah tentang beberapa budak wanita milik gubernur yang berzina. Maka kami pun menyambuk mereka masing-masing lima puluh cambukan.”*³¹²

Menurut *atsarnya*, dengan redaksinya yang demikian menunjukkan bahwa Umar menjatuhkan vonis terhadap para budak wanita setengah dari hukuman wanita merdeka.³¹³ Walaupun pada masa sekarang tidak ada lagi perbudakan, menurut penulis keputusan Umar untuk menghukum dengan setengah hukuman dari wanita yang bukan budak merupakan hak seorang Ulil Amri dan adanya toleransi yang lebih dalam hukum pidana Islam untuk kondisi tertentu.

Selanjutnya, seperti yang di sebutkan di dalam Hadis Rasulullah yang diriwayatkah oleh Muslim yakni : “Terimalah dariku !, Terimalah dariku

³¹² Ruway’I Ar- Ruhaily, *Fikih Umar 2*, (Jakarta : Pustaka Al Kautsar, Cet-1, 2004) Hlm.50

³¹³ *Ibid*,

! Terimalah dariku ! Allah telah memberi jalan kepada mereka (wanita-wanita yang berzina itu). Bujangan yang berzina dengan perawan dijilid seratus kali dan diasingkan selama satu tahun. Dan duda (orang yang telah kawin) yang berzina dengan janda dijilid seratus kali dan dirajam dengan batu (HR. Muslim dari Ubadah bin Shamit).”³¹⁴ Umar juga melakukan tata hukuman yang sama yakni memberlakukan cambuk kepada pezina yang masih bujang serta merajam pezina yang muhsan tanpa mencambuknya.³¹⁵ Hal ini berbeda dengan yang pernah dilakukan oleh Ali Bin Abi Thalib pada masa pemerintahannya, yakni beliau pernah merajam sekaligus mencambuk pelaku zina yang muhsan (sudah pernah menikah).³¹⁶

Permasalahan yang lain yang pernah di berlakukan pada masa Umar adalah di bedakannya bobot hukuman cambukan kepada para peminum khamar yang hanya kebetulan baru sekali melakukannya dengan para peminum khamar yang terus mengulangi kebiasaanya. Untuk peminum khamar yang pertama kali beliau memerintahkan untuk di cambuk sebanyak empat puluh kali cambukan dan bagi mereka yang tidak mau menghilangkan kebiasaan buruknya sebagai peminum khamar maka di hukum sebanyak delapan puluh kali cambukan.³¹⁷

Menurut pendapat yang kuat, hukuman delapan puluh kali jilid, baru ditetapkan pada masa Umar. r.a, dimana ketika ia bermusyawarah dengan

³¹⁴ H. A. Djazuli. *op.cit.* Hlm. 42

³¹⁵ Ruway’I Ar- Ruhaily. *op.cit.* Hlm. 56

³¹⁶ *Ibid*, Hlm. 57

³¹⁷ *Ibid*, Hlm. 95

sahabat-sahabat tentang hukuman tersebut, maka sahabat Ali, r.a. menyarankan agar peminum minuman keras dijilid delapan puluh kali, dengan alasan bahwa apabila ia minum maka mabuk, dan jika mabuk maka ia mengigau, kemudian apabila mengigau maka ia menfitnah (membuat-buat dusta), sedang hukuman pembuat fitnah (pembuat qadhaf) adalah delapan puluh kali jilid. Saran tersebut kemudian disetujui oleh sahabat-sahabat Rasul lain. Jadi sumber larangan minuman keras adalah Al Quran, sedang hukumannya bersumber pada hadist, kemudian tentang besarnya hukuman maka bersumber pada ijma' sahabat.³¹⁸

Para Jumhur Ulama berpendapat kecuali Imam Sayfi'i, bahwa hukuman had peminum khamar adalah delapan puluh cambukan, sedangkan mazhab Syafi'iyah berpendapat hukuman had peminum khamar adalah empat puluh kali cambukan. Landasan jumhur dalam menetapkan ini adalah Ijma' para sahabat yang memutuskan hukuman had bagi peminum khamar adalah delapan puluh kali deraan, seperti hasil musyawarah Umar dengan para sahabat. Hal itu telah ditegaskan Ibnu Qudaamar dan Ibnu Hajar.

Landasan Imam Syafi'i berbeda lagi, yaitu tindakan Ali Bin Abi Thalib r.a yang mencambuk Walid bin 'Uqbah empat puluh cambukan, kemudian beliau berkata : Rasulullah SAW telah mencambuk peminum khamar empat puluh kali, kemudian Abu Bakar empat puluh kali, dan Umar delapan puluh kali cambukan. Kesemuanya adalah sunnah, dan yang ini

³¹⁸ Ahmad Hanafi, *op.cit.*, Hlm 270

adalah yang paling saya senangi³¹⁹. Riwayat ini memberi gambaran bahwa dalam hal penentuan bobot suatu hukuman cambuk seharusnya merujuk kepada sunnah rasul baru selanjutnya pada ijma' ulama.

Masa Umar, telah juga terbentuk aturan-aturan yang menjelaskan bagaimana proses pelaksanaan hukuman cambuk yang selanjutnya dapat dijadikan acuan dalam hukum pidana Islam. Ada beberapa hal yang menjadi kewajiban hakim dalam melaksanakan hukuman pada masa Umar yakni :

- a. Pelaksanaan hukuman secara terbuka dan adil.

Dinyatakan dalam satu riwayat bahwa anak dari Umar Ibnu Khatab yang bernama Abu Syamah dan berdiam di wilayah Mesir, telah meminum khamar dan dia melaporkan kepada 'Amr Ibn 'ash yang kala itu menjabat sebagai wali (gubernur) Mesir, bahwa dia telah meminum jus anggur. Dia memohon kepada 'Amr untuk didera tetapi 'Amr menolaknya. Tapi Abu Syamah mengatakan apabila 'Amr tidak menghukumnya maka dia akan melaporkan kepada Umar. Akhirnya 'Amr pun mencambuknya di rumahnya secara rahasia.

Berita itu sampai kepada Umar, maka Umar segera mengirinkan surat ke Mesir yang isinya mengecam 'Amr dan mengatakan "mengapa engkau tidak memperlakukannya sebagaimana engkau memperlakukan umumnya kaum muslimin?" maka ketika Abu Syamah datang ke Madinah untuk menemui Umar, beliau mencambuknya di hadapan kaum muslimin. Dikisahkan bahwa Abu

³¹⁹ Ruway'I Ar- Ruhaily. *op.cit.* Hlm. 98

Syamah atau Abdur Rahman Al Aswath kemudian sakit dan meninggal dunia.³²⁰

Atsar diatas menunjukkan bahwa hukuman had menurut Umar harus dilakukan di depan umum, baik hukuman yang berkaitan dengan zina atau perkara lainnya. Para Fuqaha sepakat bahwa hukuman had zina wajib dilaksanakan di hadapan umum, berdasarkan firman Allah. SWT.yang artinya : ” *Dan hendaknya sekelompok kaum muslimin menyaksikan pelaksanaan hukuman keduanya*” (Q.S. An Nuur ayat 2).

Adapun mengenai pelaksanaan hukuman selain zina para ahli fikih sepakat membolehkan pelaksanaannya baik secara *sir* (sembunyi-sembunyi) ataupun secara *jahran* (terang-terangan), sebab dalam Alquran, selain hukuman perzinahan tidak ada nash yang menyuruh untuk melaksanakan hukuman secara terang-terangan. Al Quran menjelaskan bahwa pelaksanaan hukuman zina hendaknya dilaksanakan oleh sekelompok masyarakat. Sedangkan pelaksanaan jenis hukuman lainnya di qiyaskan dengan hukuman zina. Pelaksanaan hukuman semacam itu dimaksudkan untuk mencegah terulangnya perbuatan semacam itu.juga dapat dijadikan pelajaran oleh orang lain, sehingga mereka tidak melakukan perbuatan keji.³²¹

Hukuman jilid yang dijatuhkan bagi pelaku zina sebenarnya untuk mengimbangi (memerangi) faktor psikologis yang mendorong

³²⁰ *Ibid*, Hlm. 251

³²¹ *Ibid*, Hlm. 252-253

diperbuatnya jarimah zina itu sendiri, yaitu keinginan untuk mendapatkan kesenangan. Faktor psikologis penentangannya yang menyebabkan seseorang meninggalkan kenangan tersebut ialah ancaman sengsara (rasa sakit) yaitu yang ditimbulkan oleh seratus jilid. Kalau faktor pendorong zina lebih kuat dari pada faktor penghalaunya maka derita hukuman yang dijatuhkan cukup melupakan kesenangan yang sudah diperoleh, sehingga bisa mendorongnya untuk memikirkannya kembali.³²²

b. Jenis cambuk yang digunakan

Menurut Ahmad Wardi Muslich dalam bukunya mengatakan bahwa alat yang digunakan untuk hukuman jilid adalah cambuk yang pertengahan (sedang, tidak terlalu besar dan tidak terlalu kecil) atau tongkat. Pendapat ini menurut Wardi juga di dikemukakan oleh Imam Ibn Taimiyah, dengan alasan karena sebaik-baiknya perkara adalah pertengahan.³²³

Umar dalam riwayat disebutkan bahwa : “ Abdur Razaq telah meriwayatkan bahwa Umar Ibn Khattab ra berpesan kepada orang yang akan melakukan hukuman had, beliau berkata : “Apabila engkau akan mencambuk terhukum, jangan engkau lakukan sebelum engkau cambukkan cemeti itu pada dua buah batu hingga lunak cemeti itu”. Kemudian Ibnu Abi Zaibah telah meriwayatkan dari Anas bin Malik, dia berkata : Pada waktu dulu, cambuk yang akan digunakan untuk

³²² Ahmad Hanafi, *op.cit.* Hlm. 264

³²³ Ahmad Wardi Muslich, *Hukum Islam Pidana*, (Jakarta : Sinar Grafika, 2005, cet. II) Hlm. 260

melaksanakan hukuman, terlebih dahulu dipotong ujungnya, kemudian dihantamkan ke kedua batu hingga terasa lunak. Kami bertanya: “Pada masa siapakah yang demikian itu dilakukan ?, ia menjawab: Pada masa Umar Ibn Khattab”.³²⁴

Ibnu Mundzir juga meriwayatkan bahwa telah datang kepada Umar seseorang yang akan melaksanakan hukuman cambuk. Beliau memerintahkan untuk mencarikan cambuk dan ia pun membawanya. “carikan cemeti yang lebih lunak dari ini, dan lebih keras dari itu”. Kemudian di datangkan kepada beliau cambuk yang sedang, ia berkata:”Cambuklah dan janganlah sampai kelihatan ketiakmu, dan biarkanlah badannya terkena pukulan”.³²⁵

Para fuqaha sepakat mengatakan bahwa jenis cemeti (cambuk) yang digunakan untuk mencambuk adalah yang sedang, tidak keras dan tidak lunak, tidak kering dan tidak basah. Mereka juga sepakat untuk tidak menggunakan cambuk yang bercabang. Dalam kitab mazhab Hambali disebutkan bahwa terhukum hendaknya dihukum dengan cemeti yang sedang, tidak baru dan tidak usang.

Kitab mazhab Maliki menyebutkan bahwa dalam setiap tindak pidana terhukum hendaknya dicambuk dengan cemeti yang sedang, termasuk dalam tindak pidana minuman khamar. Sedangkan dalam kita mazhab Syafi’i dikatakan cambuk yang digunakan untuk

³²⁴ Ruway’I Ar- Ruhaily. *op.cit.* Hlm. 253-254

³²⁵ *Ibid*, Hlm. 254

mencambuk terhukum adalah cambuk yang tidak keras dan tidak lunak, tidak kering dan tidak basah.³²⁶

c. Bagian anggota badan yang dicambuk

Pada dasarnya pukulan atau cambukan tidak boleh diarahkan kemuka, farji, dan kepala, melainkan diarahkan kebagian punggung. Imam Abu Yusuf menambahkan tidak boleh mencambuk bagian dada dan perut, karena pukulan ke bagian tersebut bisa membahayakan keselamatan orang yang terhukum.³²⁷

Umar pernah memerintahkan kepada orang untuk melaksanakan hukuman cambuk dengan berkata: “Cambuklah dan biarkanlah badannya terkena cambukan”. Atsar ini menyatakan bahwa seluruh anggota badan terhukum berhak dikenai cambukan. Namun Ibnu Hammaam mengatakan sebenarnya ucapan Umar tadi tidak mutlak. Artinya yang beliau maksudkan dalam ucapannya itu bukan seluruh anggota badan secara mutlak, karena telah ada peraturan yang melarang mencambuk kemaluan dan wajah terhukum, sebab mencambuk kemaluan dan wajah dapat mematikan. Hikmah yang dianjurkan dalam melaksanakan had adalah untuk mencegah orang lain melaksanakan perbuatan seperti perbuatan terhukum, dan sekaligus mencegah

³²⁶ *Ibid*, Hlm. 255

³²⁷ Ahmad Wardi Muslich, *op.cit.* Hlm. 260

terhukum mengulangi perbuatannya, atau dengan kata lain agar terhukum merasa jera dan bertaubat.³²⁸

Seluruh Fuqaha sepakat untuk menghindari pencambukan yang dapat mematikan terhukum. Mazhab Hanafi menyebutkan: “Semua anggota badan terhukum boleh dicambuk kecuali kepala, kemaluan dan wajahnya, dan dikatakan pula, tidak boleh mencambuk dada, perut dan kepala.” Mazhab Maliki sedikit berbeda, yang menyebutkan terhukum hendaknya dicambuk pada bagian punggung dan pundaknya tanpa anggota badan lainnya. Sementara itu, dalam mazhab Syafi’i dikatakan bahwa seluruh anggota badan boleh dicambuk kecuali bagian yang mematikan, seperti muka dan kepala.³²⁹

d. Cara mencambuk terhukum

Hukuman had dan ta’zir yang berupa cambuk, hendaknya dengan pukulan yang menyakitkan terhukum, sebagaimana dikatakan oleh Umar Ibnu Khattab : “ Keraskanlah dalam mencambuk orang-orang fasiq”. Umar ,dalam riwayat yang lain juga pernah mencambuk Abu Bakrah dengan keras, sehingga Abu Bakrah merasa kesakitan pada punggungnya dan ia terguling karena kerasnya cambukan Umar. Selanjutnya pada riwayat yang lain Umar memerintahkan agar

³²⁸ Ruway’I Ar- Ruhaily. *op.cit.* Hlm. 256

³²⁹ *Ibid*, Hlm. 257

pelaksanaan hukuman cambuk (ta'zir) dengan pukulan yang menyakitkan, namun tidak sampai mengalirkan darah terhukum.³³⁰

Wardi Muslich juga berpendapat bahwa apabila orang yang dihukum cambuk itu adalah laki-laki maka baju yang menghalangi sampainya cambuk ke kulit harus dibuka. Akan tetapi, apabila orang terhukum itu seorang perempuan maka bajunya tidak boleh dibuka, karena jika demikian akan terbukalah auratnya.³³¹

Mazhab Hanafiah, mengatakan barang siapa melaksanakan hukuman *had*, kepada terhukum, maka hendaknya ia tidak mengangkat cambuk tersebut melampaui kepalanya, dan jangan pula menekannya keras-keras terhadap tubuh terhukum sebab tindakan demikian akan menyakiti terhukum dan ini melebihi ketentuan yang telah disyariatkan. Adapun Malikiyah mengatakan : “Hendaknya orang yang melaksanakan hukuman *had*, janganlah orang yang sangat kuat dan jangan pula terlalu lemah. Akan tetapi hendaknya mengambil yang tengah-tengah dalam semua perkara.”³³²

Mazhab Syafi'iah memberikan persyaratan dalam melaksanakan hukuman, yaitu sebagai berikut: Hendaknya pencambukan tersebut dapat memberikan pelajaran pada terhukum dan masyarakat. Mazhab Hanabilah sendiri mengatakan: “Hendaknya

³³⁰ *Ibid*, Hlm. 259

³³¹ Ahmad Wardi Muslich, *loc.cit.* Hlm. 260

³³² *Ibid*, Hlm. 260

pencambuk ketika mencambuk terhukum tidak sampai mengangkat tangannya hingga kelihatan ketiakanya.³³³

Beberapa hal diatas menurut penulis dapat di jadikan acuan kepada para ahli hukum dalam mengkonsep bagaimana aturan teknis hukuman cambuk yang layak diterapkan di dalam masyarakat, sehingga tercapai tujuan dari hukuman itu sendiri, yaitu membuat jera si terhukum dan menjadi pelajaran bagi masyarakat lainnya.

Masa sekarang ini, hukuman jilid dipakai di Mesir sampai tahun 1937 sebagai cara untuk memberikan pengajaran kepada anak-anak nakal. Hukuman tersebut kemudian dihapuskan oleh penguasa (majelis perundang-undangan) di Mesir, karena kemudian Mesir meniru kebanyakan sistem hukum positif yang tidak memakai hukuman tersebut. Malaysia, sampai sekarang, masih memuat hukuman jilid atau cambuk dalam KUHPnya. Negara kepulauan Maladewa juga masih menerapkan hukuman jilid atau cambuk sampai sekarang, bahkan belakangan ini pemerintah Maladewa menolak ajakan dan seruan PBB untuk membahas tentang hukuman cambuk yang di berlakukan di negerinya agar di hapuskan.³³⁴

Hukum cambuk (jilid) sebagai sebuah sanksi di dalam hukum pidana Islam pada dasarnya merupakan hukuman yang berada dalam bingkai hukuman hudud dan hukuman ta'zir. Permasalahan jumlah cambukan kepada salah satu

³³³ *Ibid*, Hlm. 262

³³⁴ ---"Maladewa Tolak Seruan PBB Soal Hukuman Cambuk" [www.http://muslimdaily.net/berita/internasional/maladewa-tolak-seruan-pbb-soal-hukuman-cambuk.html](http://muslimdaily.net/berita/internasional/maladewa-tolak-seruan-pbb-soal-hukuman-cambuk.html). diakses pada tanggal 22 Desember 2011

tindak jarimah di ukur dengan menggunakan landasan Alquran dan Hadis, ini apabila hukuman cambuk itu berasal dari aturan jarimah hudud. Apabila hukuman cambuk itu berasal dari jarimah ta'zir maka jumlah berapa kali cambukannya dipulangkan kepada penguasa dalam memutuskannya.

Untuk memutuskan suatu hukuman terhadap tindak pidana yang belum diatur didalam Al-Quran dan Hadis, maka penguasa harus mencari aturan dengan Ijma'nya para ulama dan apabila di dalam Ijma' pun tidak terdapat ketentuan hukumnya maka baru dicari di dalam Qiyas. Dalam Surat An-Nisa' ayat 59, Allah SWT berfirman yang artinya :

“Hai orang-orang yang beriman, taatilah Allah dan taatilah Rasul-Nya dan Ulil amri diantara kamu. Kemudian jika kamu berlainan pendapat tentang sesuatu (masalah), maka kembalikanlah ia kepada Allah (Al-Quran) dan rasul (As-Sunnah), jika kamu benar-benar beriman kepada Allah dan hari kemudian. Yang demikian itu lebih utama bagimu dan lebih baik akibatnya”.³³⁵

Berdasarkan ayat diatas, perintah mengikuti Ulil Amri diantara muslimin artinya mengikuti hukum-hukum yang yang telah disepakati (di-Ijma'i) oleh para *Mujtahid* (pembaharu hukum Islam), artinya para penguasa membuat suatu aturan baru yang tidak ada di dalam Al-Quran dan Hadis yaitu melalui Ijma' dan Qiyas. Qiyas sebagai suatu metode ijtihad, artinya ialah menghubungkan sesuatu persoalan yang tidak dinyatakan ketentuan hukumnya

³³⁵ Al-Quran dan terjemahannya, Hlm. 128

oleh nas kepada sesuatu persoalan yang sudah dinyatakan ketentuannya oleh nash, karena keduanya memiliki kesamaan 'illat (sebab ditetapkannya) hukum.³³⁶ Jadi seorang penguasa dalam menetapkan bobot sanksi suatu hukuman tidaklah boleh secara sembarangan tetapi harus sesuai dengan kaidah-kaidah penemuan hukum dalam Islam.

Penguasa disini dapat diartikan sebagai pemerintah suatu daerah. Hukuman bagi pidana ta'zir tidak ditetapkan dalam nash, maka penguasa berwenang penuh menetapkan bentuk, jenis, dan kadar hukumannya. Hukum pidana Islam, menyerahkan masalah hukuman ta'zir sepenuhnya menjadi kewenangan hakim.

Kebebasan hakim yang dimaksud dalam hal ini, ada dua pendapat ahli fiqh yang berkembang, satu pendapat menyatakan bahwa hakim berhak menghukum siapa saja, kasus apa saja, dan dengan jenis dan bentuk apa saja. Pendapat ini dinyatakan oleh ahli fiqh kontemporer, Mahmud Syaltut. Sebaliknya, ahli fiqh kontemporer yang lain, Muhammad Salim al-'Awa, seperti yang dikutip Alyasa' Abubakar, menyatakan bahwa kebebasan hakim bukanlah kebebasan yang tanpa batas (mutlak), tetapi kebebasan yang terikat (terbatas).³³⁷

Menurut Muhammad Salim al-'Awa, ahli fiqh setiap mazhab telah sepakat bahwa hakim tidak boleh menetapkan hukuman dengan dorongan

³³⁶ Abdul Kholik, *Kontribusi Hukum Pidana Islam Dalam Pembaharuan*

³³⁷ Al Yasa' Abu Bakar, Marah Halim, *Hukum Pidana Islam di Provinsi Nanggroe Aceh Darussalam*, Banda Aceh : Dinas Syari'at Islam Provinsi NAD, 2007, cet .II) Hlm. 38

hawa nafsunya, tetapi harus dengan jalan ijtihad untuk mencari bentuk hukuman yang sesuai dengan kemaslahatan si terpidana, masyarakat, dan lingkungannya.

Setidaknya ada dua prinsip yang harus di pegang hakim dalam menjatuhkan hukuman ta'zir ;

- a. Hukuman yang ditetapkan tidak berlawanan dengan hukum yang diterapkan secara umum dalam syariat Islam.
- b. Hukuman yang dipilih adalah hukuman yang paling banyak kesesuaiannya dengan :
 - 1). Jenis perbuatan pidana yang dilakukan
 - 2). Dengan keadaan si terhukum dan lingkungan sosialnya, yang dapat membuat pelakunya tidak melakukan perbuatan yang sama.³³⁸

Perbuatan-perbuatan yang tidak ada nashnya memang begitu banyak, jenis baru perbuatan yang dikategorikan kepada pidana ta'zir ini lahir karena perubahan waktu dan perbedaan tempat yang pada umumnya berdasarkan pertimbangan kemaslahatan. Dalam hal ini, penguasa sebagai pihak yang berwenang harus berijtihad untuk menentukan jenis dan bentuk hukuman yang sesuai terhadap pelakunya.

Meski ada kesulitan tersendiri untuk menentukan hukuman kepada jenis-jenis perbuatan pidana yang baru, namun menurut Muhammad Salim al-“Awa seperti yang dikutip Al-yasa' Abu Bakar, para hakim dalam berpegang

³³⁸ *Ibid*, Hlm. 39

kepada konsep *maqashid al-syar'iyah* sebagai sandaran. Segala jenis perbuatan pidana pasti melanggar salah satu dari lima aspek tersebut yaitu, agama, jiwa, akal, keturunan dan harta. Penguasa dapat menetapkan suatu perbuatan sebagai perbuatan pidana beserta jenis hukumannya berdasarkan pertimbangan kemaslahatan yang lima tersebut (*maslahah al-khamsah*).³³⁹

Kewenangan penguasa untuk menetapkan sesuatu berdasarkan pertimbangan kemaslahatan dalam pembahasan fiqh disebut dengan *siyasah al-syar'iyah*. Dalam istilah administrasi negara modern konsep ini juga disebut dengan *public policy*. Menurut Abdul Wahhab Khallaf seperti yang dikutip al Yasa', *siyasah syar'iyah* adalah wewenang penguasa dalam mengatur kepentingan umum dalam negara Islam sehingga terjamin kemaslahatan dan terhindar dari segala kemudharatan dalam batas-batas yang ditentukan syara' dan kaidah-kaidah umum yang berlaku. Kepentingan umum disini adalah segala peraturan dan perundang-undangan negara, baik yang berkaitan dengan hubungan antara negara dengan rakyat (dalam negeri) atau hubungan negara dengan negara lain (luar negeri). Jadi, unsur umum yang harus ada dalam sebuah *siyasah syar'iyah* (*public policy*) adalah 1). Kebijakan, hukum, aturan; 2) untuk kemaslahatan bersama dan 3) tidak bertentangan dengan prinsip-prinsip umum syar'iat.³⁴⁰

Kemudian, dalam hukuman ta'zir, penguasa (hakim) mempunyai wewenang untuk menentukan jenis hukuman yang sesuai dan munasabah

³³⁹ *Ibid*, Hlm. 40

³⁴⁰ *Ibid*, Hlm. 41

dengan jarimah yang dilakukan dengan mempertimbangkan berbagai aspek berikut ini, yaitu :

1. Dalam memilih hukuman yang sesuai dari jenis hukuman ta'zir, penguasa (hakim) perlu mempertimbangkan mengenai latar belakang kehidupan pelaku jarimah serta jenis pelanggaran yang dilakukan
2. Jika jarimah yang dilakukan melibatkan hak Allah, maka hukumannya wajib dijalankan dan segera diselesaikan.
3. Hakim boleh memberikan pengampunan, pembebasan atau peringanan hakim dapat mendatangkan kebaikan bagi pelaku dan masyarakat umum.
4. Mengenai pembuktian hukuman ta'zir, ia tidak mesti sama dengan pembuktian hukuman hudud melalui kesaksian atau pengakuan, tetapi dapat dibuktikan dengan alat-alat bukti lainnya.
5. Hukuman ta'zir boleh dijatuhkan kepada anak-anak karena bertujuan untuk pengajaran. Tidak sama dengan hukum hudud dan qishas yang dijatuhkan kepada anak-anak tetapi hanya kepada orang dewasa yang sudah baliqh
6. Hukuman ta'zir boleh mengganti hukuman hudud, jika bukti dalam hukuman hudud tidak mencukupi untuk dijatuhkan hukuman pokok bagi hudud.³⁴¹

Hukuman cambuk pada dasarnya terdapat di dalam surat Al-Qur'an dan Hadis Nabi yang menjadi dasar dari asas legalitas pemberlakuannya, yakni:

³⁴¹ Muslim Zainuddin, dkk, *Loc. cit.* Hlm. 39

- a. Surat An-Nur, ayat 2, yang menjelaskan tentang hukuman cambuk bagi para pelaku zina dengan hukuman cambuk seratus (100) kali. Jarimah perzinaan di golongkan kepada jarimah hudud.
- b. Surat An-Nur, ayat 4 yang menjelaskan tentang hukuman cambuk bagi orang yang menuduh orang lain berzina tanpa dapat menghadirkan empat orang saksi, hukumannya berupa hukuman jilid sebanyak delapan puluh (80) kali. Menuduh orang berzina ini tergolong kepada jarimah hudud.
- c. Hadis Rasulullah SAW yang riwayatkan oleh Muslim dari ‘Ubadah bin Shamit, yang menjelaskan juga tentang hukuman cambuk bagi pelaku zina dengan hukuman rajam seratus kali jilid dan dirajam dengan batu.
- d. Hadist Rasulullah SAW tentang hukuman cambuk bagi pelaku minum minuman keras, pada masa Umar bin Khattab, jumlah hukuman cambuk bagi pemabuk sebanyak delapan puluh (80) kali cambukan.³⁴²

Hukuman cambuk untuk jarimah-jarimah ta'zir tidak tertentu jumlahnya. Untuk jarimah-jarimah ta'zir yang berbahaya hukuman jilid lebih diutamakan. Sebab-sebab diutamakannya hukuman tersebut dikarenakan :

- a. Lebih banyak berhasil dalam memberantas orang-orang penjahat yang biasa melakukan jarimah atau tindak pidana terutama dalam hal efek jera karena hukuman ini dilaksanakan pada wilayah publik dan ditempat terbuka yang dapat disaksikan oleh banyak orang.

³⁴² Ahmad Hanafi, *Op. cit.*, Hlm. 270

- b. Hukuman jilid mempunyai dua batas, yaitu batas tertinggi dan batas terendah dimana hakim bisa memilih jumlah jilid yang terletak antara keduanya yang lebih sesuai dengan keadaan pembuat jarimah.
- c. Dari segi pembiayaan, pelaksanaannya tidak merugikan keuangan negara (bahkan dapat dikatakan sangat minim biaya apalagi jika dibandingkan dengan pidana penjara) dan tidak pula menghentikan daya usaha pembuat ataupun menyebabkan keluarganya terlantar, sebab hukuman jilid dapat dilaksanakan seketika dan setelah itu pembuat dapat bebas melaksanakan kembali ha-hak kemanusiaannya.
- d. Dengan hukuman cambuk atau jilid dapat terhindar dari akibat-akibat buruk seperti pada pidana penjara, dimana pelaku terlalu lama berinteraksi dengan pelaku kejahatan lainnya sehingga sangat besar kemungkinan memberi pengaruh negative pada sesama pelaku jarimah. Akibat yang dapat muncul seperti rusaknya akhlak, gangguan kesehatan, terbiasa menganggur serta bermalasan-malasan³⁴³.

Menurut mayoritas (jumhur) ulama bahwa batasan jumlah hukuman cambuk tidak melebihi hukuman cambuk paling rendah dalam *had* atau dengan kata lain tidak boleh melebihi 40 kali, walaupun ada ulama lain, seperti Abu Yusuf yang membolehkan hukuman cambuk bagi tindak *jarimah ta'zir* lebih 40 kali tapi boleh mencapai 75 kali dengan rumus cambukan *had* terendah 80 kali dikurangi lima kali. Menurut Imam Malik tidak ada batasan jumlah cambukan bagi pelaku tindak pidana *ta'zir*, hal itu merupakan

³⁴³ Ahmad Hanafi, 1967, *Ibid*, Hlm. 305

wewenang hakim untuk menentukan besar kecilnya berdasarkan ijtihad dan keyakinan hakim dan ketentuan perundang-undangan³⁴⁴.

Tata cara melaksanakan eksekusi hukuman cambuk yaitu, dilakukan di depan umum (terbuka untuk umum) agar timbul rasa malu telah berbuat pidana.³⁴⁵

Menurut Mardani, terlepas adanya pro dan kontra terhadap hukuman cambuk, baik antara orang Islam sendiri maupun non Islam apalagi pihak barat dan Eropa, sebenarnya hukuman cambuk merupakan salah satu jenis sanksi pidana yang ada dalam sistem pemidanaan. Hukuman cambuk telah lama diterapkan dinegara-negara muslim (Islam), seperti Arab Saudi, Malaysia, Pakistan, Iran dan Negara-negara lainnya. Anggapan bahwa hukuman Islam kejam misalnya, sebenarnya tergantung pada sudut pandang dan latar belakang filosofis, sosiologis dan pengetahuan pengamat yang bersangkutan. Pada hakikatnya semua hukuman itu mengandung unsur kekerasan, *enforcement* pada dirinya. Hal ini justru disebut sebagai upaya preventif, baik preventi khusus maupun preventi umum bagi terjadinya tindak pidana dalam masyarakat.³⁴⁶

³⁴⁴ Mardani, *Hukum Islam: Pengantar Ilmu Hukum Islam di Indonesia*, (Yogyakarta: Pustaka Pelajar, 2010). Hlm. 215

³⁴⁵ Dasar hukum pelaksanaan hukuman harus terbuka untuk umum adalah Al-Qur'an surat an-Nur ayat 2 "Hendaklah menyaksikan penghukumannya segolongan orang-orang mu'min".

³⁴⁶ Mardani, 2010. *Op. cit.*, Hlm. 216

2. Hukuman Cambuk Dalam Qanun Di Provinsi Aceh

Hukuman cambuk disebutkan secara jelas di dalam Al-quran dalam surat an Nur ayat 2 dan 4, ketika menjelaskan hukuman untuk pezina (seratus kali cambukan). Hadis didalamnya juga ada yang menjelaskan tentang hukuman cambuk yang juga dijatuhkan untuk para peminum khamar. Catatan sejarah menyatakan bahwa hukuman cambuk betul-betul telah dipraktekkan di masa Rasulullah dan masa Khulafaur Rasyidin. Beberapa potong cerita dalam sejarah rakyat Aceh dan dalam buku hukum positif yang berlaku pada masa kesultanan dahulu pun hukuman cambuk sering dijatuhkan pengadilan dan dilaksanakan di tengah masyarakat. kesadaran masyarakat telah tertanam dengan kuat, bahwa hukuman cambuk adalah perintah agama yang dituliskan di dalam kitab suci, telah dilaksanakan di dalam sejarah, dan karena itu perlu dilaksanakan dengan tulus dan sungguh di dalam hidup kemasyarakatan dan kenegaraan sekarang ini.³⁴⁷

Ketika Undang-undang No. 44 Tahun 1999 Tentang Penyelenggaraan Keistimewaan Propinsi Daerah Istimewa Aceh disahkan, oleh rakyat Aceh disambut dengan “pengadilan rakyat” yang menjatuhkan hukuman badan kepada para penjudi, peminum minuman keras dan pelaku perbuatan mesum. Pengadilan dan penjatuhan hukuman ini digelar di hampir semua kabupaten, sehingga ada sekitar 40 kasus dalam waktu empat bulan. “Pengadilan liar” ini baru berhenti setelah ulama turun memberikan penjelasan bahwa di dalam

³⁴⁷ Al Yasa' Abu Bakar, *Sekilas Syariat Islam di Aceh*, (B. Aceh : Dinas Syariat Islam Provinsi NAD) Hlm. 3

Syari'at, hukuman hanya dapat dijatuhkan oleh pengadilan yang sah dan berwenang, dan hanya boleh dilaksanakan oleh petugas yang resmi, yang diberi wewenang untuk itu. Rakyat tidak berhak melakukan pengadilan dan tidak berhak menjatuhkan hukuman.³⁴⁸

Melalui Undang-undang No.18 tahun 2001 Tentang Otonomi Khusus bagi Daerah Istimewa Aceh Sebagai Provinsi Nanggroe Aceh Darussalam. Provinsi Aceh telah diberikan wewenang untuk menerapkan hukum pidana Islam dalam rangka implementasi syariat Islam secara kaffah.

Pasal 25 undang-undang No.18 tahun 2001 menyebutkan: (1) Peradilan Syari'at Islam di Provinsi Nanggroe Aceh Darussalam sebagai bagian dari sistem peradilan nasional dilakukan oleh Mahkamah Syar'iyah yang bebas dari pengaruh pihak manapun. (2) Kewenangan Mahkamah Syar'iyah sebagaimana yang dimaksud pada ayat (1) didasarkan atas Syari'at Islam dalam sistem hukum nasional, yang diatur lebih lanjut dengan Qanun Provinsi Nanggroe Aceh Darussalam. (3) Kewenangan sebagaimana dimaksud pada ayat (2) diberlakukan bagi pemeluk agama Islam.

Pasal ini menunjukkan keistimewaan yang diberikan kepada Provinsi Aceh yaitu melakukan proses peradilan yang berlandaskan hukum Islam. Khususnya dalam pelaksanaan penegakan hukum melalui hukum pidana Islam maka di lakukan melalui pembuatan qanun-qanun yang mengatur secara khusus tentang jenis tindak pidana maupun cara pelaksanaan hukum acaranya.

³⁴⁸ *Ibid*, Hlm. 14

Adapun beberapa pengaturan tentang hukuman cambuk yang terdapat pada qanun yang telah disahkan oleh pemerintah provinsi Aceh terhadap beberapa tindak pidana berdasarkan hukum pidana Islam adalah, yakni :

- a. Qanun Provinsi Nanggroe Aceh Darussalam No.11 Tahun 2002 Tentang Pelaksanaan Syari'at Islam bidang Aqidah, Ibadah dan Syi'ar Islam.

Pada dasarnya pengaturan pelaksanaan Syari'at Islam bidang Aqidah, Ibadah dan Syariat Islam bertujuan untuk : *pertama*, membina dan memelihara keimanan dan ketaqwaan individu dan masyarakat dari pengaruh ajaran sesat; *kedua*, meningkatkan pemahaman dan pengamalan ibadah serta penyediaan fasilitasnya; *ketiga*, menghidupkan dan menyemarakkan kegiatan-kegiatan guna menciptakan suasana dan lingkungan yang Islami.³⁴⁹

Penjelasan umum qanun ini menyebutkan bahwa, upaya legislasi Syariat Islam bidang aqidah, ibadah (shalat dan puasa ramadhan) serta syiar Islam bukanlah untuk mengatur substansi dari aqidah dan ibadah. Masalah substansi telah diatur oleh nash dan telah dikembangkan para ulama dalam berbagai disiplin ilmu ke-Islaman. Upaya legislasi pelaksanaan syariat Islam sebagaimana diatur dalam qanun ini dengan demikian merupakan upaya untuk membina, menjaga, memelihara dan melindungi aqidah orang Islam di Aceh dari berbagai aliran sesat.

³⁴⁹ *Ibid*, Pasal 2

Hal yang sama juga berlaku pada pengaturan aspek ibadah, baik shalat fardhu/ Jum'at dan puasa bulan ramadhan dimaksudkan untuk mendorong, menggalakkan orang Islam melaksanakan dan meningkatkan kualitas iman dan kualitas amal, serta intensitas ibadah sebagai wujud pengabdian yang hanya diperuntukkan kepada Allah semata.³⁵⁰

Tujuan tersebut diatas dapat dicapai apabila pemerintah Aceh melalui legislasi qanun memformalisasikan jenis hukuman bagi para pelanggar tata syariat Islam di bumi Aceh melalui qanun demi keleluasaan peribadatan masyarakat menjalani dan memelihara nilai-nilai syariah, pengaturan hukuman cambuk pada setiap pelanggaran diatur pada beberapa pasal dalam qanun ini yaitu :

Pasal 20:

- (1) Barang siapa yang menyebarkan paham atau aliran sesat sebagaimana dimaksud dalam Pasal 5 ayat (2) dihukum dengan ta'zir berupa hukuman penjara paling lama 2 (dua) tahun atau hukuman cambuk di depan umum paling banyak 12 (dua belas) kali.

Pasal 21:

- (1) Barang siapa yang tidak melaksanakan shalat jum'at tiga kali berturut-turut tanpa uzur syar'i sebagaimana dimaksud dalam Pasal 8 ayat (1) dihukum dengan ta'zir berupa hukuman penjara paling lama 6 (enam) bulan atau hukuman cambuk di depan umum paling banyak 3 (tiga) kali.

³⁵⁰ Alyasa' Abu Bakar, *op. cit.* Hlm. 235

Pasal 22:

- (1) Barang siapa yang menyediakan fasilitas / peluang kepada orang muslim yang tidak mempunyai uzur syar'i untuk tidak berpuasa pada bulan Ramadhan sebagaimana yang dimaksud dalam Pasal 10 ayat (1) dipidana dengan hukuman ta'zir berupa hukuman penjara paling lama 1 (satu) tahun atau denda paling banyak 3 (tiga) juta rupiah atau hukuman cambuk di depan umum paling banyak 6 (enam) kali dan dicabut izin usahanya.
- (2) Barang siapa yang makan dan minum di tempat / di depan umum pada siang hari bulan Ramadhan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 10 ayat (2) dipidana dengan hukuman ta'zir berupa hukuman penjara paling lama 4 (empat) bulan atau hukuman cambuk di depan umum paling banyak 2 (dua) kali.³⁵¹

Menurut Alyasa' Abu Bakar³⁵² Secara filosofis, mengapa beberapa perbuatan tersebut diatas diancamkan dengan sanksi cambukan, yakni perbuatan berupa: penyebaran aliran sesat, tidak melaksanakan shalat jumat berturut-turut sebanyak tiga kali, menyediakan fasilitas bagi yang tidak berpuasa di bulan ramadhan dan orang yang makan minum di tempat umum adalah karena

1. Penyebar aliran sesat di hukum cambuk karena tujuan awalnya adalah untuk melindungi masyarakat, namun dalam penerapannya belum bisa terlaksana karena hukum acaranya tidak ada, dan baru sebatas tahap sosialisasi, tetapi nilai politik lebih tinggi dari pada nilai hukumnya khusus dalam hal pengaturan pelarangan penyebaran aliran sesat dalam qanun ini.

³⁵¹ Qanun Provinsi Nanggroe Aceh Darussalam No. 11 Tahun 2002 Tentang Pelaksanaan Syari'at Islam bidang Aqidah, Ibadah dan Syi'ar Islam.

³⁵² Hasil wawancara penulis dengan Prof. Dr. Al Yasa' Abubakar, MA tanggal 20 maret 2012 di Banda Aceh

2. Tidak melaksanakan shalat jumat berturut-turut sebanyak tiga kali di kenai hukuman cambuk pada dasarnya karena meninggalkan jumat Itu dianggap kejahatan sebab dianggap melanggar ketertiban umum, maksud tiga kali berturut-turut disini adalah si pelaku berada di tempat yang banyak masyarakat pada saat shalat jumat bukan di tempat tersembunyi, 3 kali berturut meninggalkan jumat menimbulkan pertanyaan kenapa seseorang meninggalkan jumat, hal ini dalam Islam dianggap sudah melanggar aturan syariat bagi kaum muslimin.
3. Menyediakan fasilitas bagi yang tidak berpuasa di bulan ramadhan di ancam dengan hukuman cambuk pada dasarnya secara filosofisnya dianggap dapat mengganggu ketertiban umum khususnya bagi kaum muslimin yang sedang menjalankan ibadah puasa di bulan ramadhan.
4. Orang yang makan minum di tempat umum diancamkan dengan sanksi cambukan karena makan minum di tempat umum juga dianggap mengganggu ketertiban umat muslim yang sedang beribadah.³⁵³

Kemudian menurut Al Yasa' Abu Bakar yang diungkap kedalam bukunya, menegaskan bahwa Shalat Jum'at dan ibadah puasa perlu diatur sebagai bagian dari perbuatan pidana dengan pertimbangan sosiologis, sebab bila tidak diatur demikian, maka kedua ibadah penting tersebut tidak mendapat perhatian yang sewajarnya dari masyarakat. padahal, perintah untuk melaksanakan shalat jumat adalah wajib yang penekanannya bersifat khusus, sampai-sampai Allah memerintahkan untuk meninggalkan

³⁵³ Hasil wawancara penulis dengan Prof. Dr. Al Yasa' Abubakar, MA tanggal 20 maret 2012 di Banda Aceh

segala jenis kegiatan untuk melaksanakan shalat jumat. Demikian halnya dengan puasa, selain itu, kedua macam ibadah ini memiliki nilai syi'ar yang tinggi.³⁵⁴

Menurut penulis, pengancaman dengan hukuman cambuk terhadap beberapa kategori tindak pelanggaran Syariat diatas sangat logis karena tujuan dari hukuman cambuk sendiri adalah menghadirkan efek jera dan membuat masyarakat lain tentram dalam melaksanakan ibadahnya, tidak diresahkan dengan penyebaran aliran sesat serta tidak terganggu ibadah wajibnya seperti berpuasa di bulan ramadhan.

b. Qanun Provinsi Nanggroe Aceh Darussalam No.12 Tahun 2003 Tentang Larangan Minuman Khamar dan Sejenisnya

Qanun tentang larangan meminum khamar atau minuman keras ini merupakan qanun yang juga mengatur hukuman cambuk sebagai hukuman pokok bagi si terdakwa yang telah mendapat putusan yang inkrah dari pengadilan. Hukuman cambuk di dalam qanun ini diatur di dalam :

Pasal 26 yaitu:

- (1) Setiap orang yang melanggar ketentuan sebagaimana dimaksud dalam pasal 5, diancam dengan 'uqubat hudud 40 (empat puluh) kali cambuk.³⁵⁵

³⁵⁴ Alyasa' Abu Bakar, Marah Halim, *Hukum Pidana Islam di Provinsi Nanggroe Aceh Darussalam*, (Banda Aceh, Dinas Syariat Islam, 2007, cet.2) Hlm. 62

³⁵⁵ Qanun Provinsi Nanggroe Aceh Darussalam No. 12 Tahun 2003 Tentang Larangan Minuman Khmar dan Sejenisnya.

Sebagaimana yang sudah penulis bahas di dalam pembahasan sebelumnya, hal ini juga diakui oleh Syahrizal Abbas³⁵⁶ bahwa ancaman cambuk kepada para pelaku jarimah Khamar merupakan aturan yang sudah pernah diterapkan mulai masa Rasulullah serta pada masa sahabat sampai pada pemerintahan Islam selanjutnya. Para akademisi dan ulama Aceh tetap mengacu pada tatanan hukum Islam khususnya hukum pidana Islam dalam proses legislasi qanun-qanun, khususnya dalam qanun yang mengenai khamar ini, karena hukum Islam adalah dasar dari seluruh tata hukum pidana Islam itu sendiri.

Pada dasarnya hukuman cambuk bagi pelaku peminum khamar merupakan perintah Rasulullah melalui hadistnya, yang artinya sebagai berikut :

“ Barang siapa minum minuman khamar (minuman keras) maka jilidlah dia. Kalau ia melakukannya lagi maka jilidlah lagi”

Tentang besarnya hukuman sudah ditetapkan berdasarkan ijma' sahabat yaitu 80 kali cambuk karena dipersamakan dengan jarimah qadzf.³⁵⁷ Sedangkan menurut Al Yasa' Abubakar, secara filosofisnya khamar di larang dan bagi pelakunya di ancam dengan hukuman cambuk karena pada dasarnya karena meminum khamar itu dapat mengganggu ketertiban umum serta mengganggu kesehatan pelaku itu sendiri, bagai mana tidak, dalam kebiasaan yang kita lihat banyak pemabuk melakukan

³⁵⁶ Hasil wawancara penulis dengan Prof. Syahrizal Abbas, MA Via Telpon pada tanggal 14 Januari 2012

³⁵⁷ Muslim Zainuddin, dkk.

perbuatan yang kriminal dan ini membahayakan masyarakat umum lainnya.³⁵⁸

Selanjutnya Al Yasa' mengatakan bahwa Islam melarang khamar karena efek negatifnya yang multi-aspek, seperti aspek sosial, budaya, ekonomi, hukum, serta psikis. *Pertama*, secara sosial, budaya minuman keras dapat melahirkan perilaku –perilaku yang kasar dan anti sosial, *kedua*, secara budaya dalam masyarakat akan tumbuh menjadi masyarakat yang tidak kreatif, produktif, inovatif, sebab budaya mabuk menyebabkan orang malas, boros. *Ketiga*, secara ekonomi, minum minuman keras menggrogoti pendapatan dan pengeluaran, sebab anggaran belanja yang seharusnya dipergunakan untuk hal-hal yang bermanfaat telah terkuras untuk membeli khamar. *Keempat*, secara hukum, jika budaya khamar subur di masyarakat, maka berbagai kasus kriminalitas berat dapat terjadi seperti pembunuhan, pemerkosaan, perkelahian, penganiayaan. Terakhir *kelima*, secara psikis banyak pemabuk yang ketagihan akan frustrasi, depresi, dan gejala mental lainnya akibat kebiasaan buruknya bertentangan dengan norma-norma sosial.³⁵⁹

³⁵⁸ Wawancara penulis dengan Prof. Syahrizal Abbas, MA Via Telpon pada tanggal 14 Januari 2012

³⁵⁹ Alyasa' Abu Bakar, Marah Halim, *op.cit.* Hlm. 70

c. Qanun Provinsi Nanggroe Aceh Darussalam No.13 Tahun 2003 Tentang *Maisir* (Perjudian)

Penjelasan umum qanun No. 13 ini, menjelaskan definisi maisir (perjudian) itu sendiri, yakni kegiatan dan/atau perbuatan dalam bentuk permainan yang bersifat taruhan antara dua pihak atau lebih, dimana pihak yang menang mendapatkan bayaran tertentu yang telah menjadi kesepakatan. Bahwa pada hakikatnya maisir (perjudian) adalah bertentangan dengan agama, kesusilaan dan moral Pancasila, serta membahayakan bagi penghidupan dan kehidupan masyarakat, bangsa dan negara.³⁶⁰

Kenyataan dewasa ini, perjudian dengan segala macam bentuknya masih banyak dilakukan dalam masyarakat, sedangkan ketentuan dalam Undang-undang Nomor 7 Tahun 1974 tentang Penertiban Perjudian masih memungkinkan legalisasi perjudian oleh pemerintah dengan alasan tertentu dan ditempat tertentu dan ketentuannya dapat menjerumuskan orang Islam dalam kemaksiatan tersebut.

Qanun tentang larangan maisir (perjudian) ini dimaksudkan sebagai upaya preventif, dan pada tingkat optimum remedium sebagai usaha represif melalui penjatuhan `uqubat dalam bentuk `uqubat ta'zir yang dapat berupa `uqubat cambuk dan `uqubat denda (*gharamah*).³⁶¹ Pasal yang mengatur tentang ancaman hukuman cambuk pada pelaku tindak jarimah maisir adalah:

³⁶⁰ Qanun Provinsi Nanggroe Aceh Darussalam No.13 Tahun 2003 Tentang *Maisir* (Perjudian)

³⁶¹ *Ibid*,

Pasal 23 ayat 1 menyebutkan :

- (1) Setiap yang melanggar ketentuan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 5, diancam dengan hukuman cambuk di depan umum paling banyak 12 (dua belas) kali dan paling sedikit 6 (enam) kali.³⁶²

Bentuk ancaman `uqubat cambuk bagi sipelaku jarimah maisir dimaksudkan sebagai upaya memberi kesadaran bagi si pelaku dan sekaligus menjadi peringatan bagi calon pelanggar lainnya untuk tidak melakukan maisir. Disamping itu `uqubat cambuk akan lebih efektif dengan memberi rasa malu dan tidak menimbulkan resiko bagi keluarga. Jenis `uqubat cambuk juga berdampak pada biaya yang harus ditanggung pemerintah menjadi lebih murah dibandingkan dengan jenis `uqubat lainnya seperti yang dikenal dalam KUHP sekarang ini.³⁶³

- d. Qanun Provinsi Nanggroe Aceh Darussalam No.14 Tahun 2003 Tentang Khalwat (Mesum)

Sistem hukum Islam terdapat dua jenis sanksi, yaitu sanksi yang bersifat definitif dari Allah dan Rasul dan saksi yang ditetapkan oleh manusia melalui kekuasaan eksekutif, legislatif dan yudikatif. Kedua jenis sanksi tersebut mendorong masyarakat untuk patuh pada ketentuan hukum. Dalam banyak hal penegak hukum menuntut peranan negara. Hukum tidak berjalan bila tidak ditegakkan oleh negara. Suatu negara akan tidak tertib bila hukum tidak ditegakkan. Khalwat atau mesum adalah perbuatan yang dilakukan oleh dua orang yang berlawanan jenis atau lebih

³⁶² *Ibid,*

³⁶³ *Ibid,*

atau lebih, tanpa ikatan nikah atau bukan muhrim pada tempat tertentu yang sepi yang memungkinkan terjadinya perbuatan maksiat di bidang seksual atau yang berpeluang pada perbuatan perzinaan.³⁶⁴

Islam dengan tegas melarang melakukan zina. Sementara khalwat/mesum merupakan washillah atau peluang untuk terjadinya zina, maka khalwat/mesum juga termasuk salah satu jarimah (perbuatan pidana) dan diancam dengan `uqubat ta'zir, sesuai kaidah Syari'at bahwa perintah untuk melakukan atau tidak melakukan sesuatu, mencakup prosesnya

Khalwat atau mesum dalam perkembangannya tidak hanya terjadi di tempat-tempat tertentu yang sepi dari penglihatan orang lain, tetapi juga dapat terjadi di tengah keramaian atau di jalanan atau di tempat-tempat lain, seumpama dalam mobil, taman kota, pinggir pantai atau tempat umum lainnya, dimana laki-laki dan perempuan melakukan perbuatan yang semestinya tidak dilakukan oleh pasangan tanpa ikatan pernikahan. Perilaku tersebut juga dapat menjurus pada terjadinya perbuatan zina.³⁶⁵

Qanun tentang larangan khalwat/mesum ini dimaksudkan sebagai upaya preventif dan pada tingkat optimum remedium sebagai usaha represif melalui penjatuhan `uqubat dalam bentuk `uqubat ta'zir yang dapat berupa `uqubat campuk dan `uqubat denda (gharamah). Untuk efektivitas

³⁶⁴ Qanun Provinsi Nanggroe Aceh Darussalam No.14 Tahun 2003 Tentang Khalwat (Mesum)

³⁶⁵ *Ibid*,

pelaksanaan qanun ini disamping adanya lembaga penyidikan dan penuntutan, juga dilakukan pengawasan yang meliputi upaya pembinaan si pelaku jarimah khalwat/mesum oleh Muhtasib dari lembaga Wilayatul Hisbah. masyarakat juga diberikan peranan untuk mencegah terjadinya jarimah khalwat/mesum dalam rangka memenuhi kewajiban sebagai seorang muslim untuk melaksanakan *amar ma'ruf nahi mungkar*. Peran serta masyarakat tersebut tidak dalam bentuk main hakim sendiri.

Pengaturan hukuman cambuk dalam qanun ini terdapat dalam Pasal 22 ayat 1, yakni :

Pasal 22 : (1) Setiap yang melanggar ketentuan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 5, diancam dengan `uqubat ta`zir berupa hukuman cambuk di depan umum paling banyak 9 (sembilan) kali dan paling sedikit 3 (tiga) kali dan/atau denda paling banyak Rp. 10.000.000 (sepuluh juta rupiah), paling sedikit Rp. 2.500.000 (dua juta lima ratus ribu rupiah).³⁶⁶

Bentuk ancaman `uqubat cambuk bagi si pelaku jarimah khalwat/mesum, dimaksudkan sebagai upaya memberi kesadaran bagi si pelaku dan sekaligus menjadi peringatan bagi anggota masyarakat lainnya untuk tidak melakukan jarimah. `Uqubat cambuk juga diharapkan akan lebih efektif dengan memberi rasa malu dan tidak menimbulkan resiko bagi keluarga. Jenis `uqubat cambuk juga berdampak pada biaya yang harus ditanggung pemerintah menjadi lebih murah dibandingkan dengan jenis `uqubat lainnya seperti yang dikenal dalam KUHP sekarang ini.³⁶⁷

³⁶⁶ *Ibid,*

³⁶⁷ *Ibid,*

Surat Peraturan Gubernur Provinsi Nanggroe Aceh Darussalam Nomor 10 Tahun 2005 Tentang Petunjuk Teknis Pelaksanaan *'Uqubat (hukuman)* Cambuk Gubernur Provinsi Nanggroe Aceh Darussalam menjadi acuan dari hukum acara dan mengatur bagaimana masalah teknis terhadap hukuman cambuk yang berlaku di provinsi Aceh sekarang ini. Surat Peraturan Gubernur ini pun menjelaskan mengenai definisi dari *'Uqubat (hukuman)* (hukuman) cambuk.

Hukuman cambuk adalah sejenis hukuman badan yang dikenakan atas terhukum dengan cara mencambuk badannya.³⁶⁸ Sedangkan pengertian dari cambuk adalah alat pemukul yang terbuat rotan yang berdiameter antara 0,75 sampai dengan 1 (satu) centimeter, panjangnya 1 meter, tidak mempunyai ujung ganda dan pada pangkalnya ada tempat pegangan.³⁶⁹ Pencambuk sendiri adalah petugas Wilayatul Hisbah yang ditugaskan untuk melakukan pencambukan atas terhukum.³⁷⁰

Mengenai pelaksanaan *uqubat (hukuman)* cambuk adalah kewenangan dan tanggung jawab jaksa, dalam melaksanakan kewenangan dan tanggung jawab tersebut maka jaksa menunjuk pencambuk,³⁷¹ sebagai pelaksana hukuman. Selanjutnya *Uqubat (hukuman)* cambuk dilaksanakan di satu tempat terbuka yang dapat disaksikan oleh orang banyak dengan dihadiri oleh jaksa dan dokter. Pelaksanaan cambuk dilaksanakan di atas alas

³⁶⁸ Pasal 1 ayat 9, Peraturan Gubernur Provinsi Nanggroe Aceh Darussalam Nomor 10 Tahun 2005 Tentang Petunjuk Teknis Pelaksanaan *Uqubat (hukuman)* Cambuk Gubernur Provinsi Nanggroe Aceh Darussalam.

³⁶⁹ *Ibid*, Pasal 1 ayat 10

³⁷⁰ *Ibid*, Pasal 1 ayat 11

³⁷¹ *Ibid*, Pasal 2 ayat 1-2

berukuran minimal 3x3 meter. Jarak antara terhukum dengan pencambuk antara 0,75 meter sampai dengan 1 meter dengan posisi pencambuk berdiri di sebelah kiri terhukum. Pencambukan dilakukan pada punggung (bahu sampai pinggul) terhukum. Jarak antara tempat pelaksanaan pencambukan dengan masyarakat penyaksi paling dekat 10 meter.³⁷²

Sebelum pelaksanaan pencambukan dilaksanakan, terhukum diperiksa kesehatannya oleh dokter. Apabila kondisi kesehatan terhukum menurut hasil pemeriksaan dokter tidak dapat menjalani ‘*uqubat (hukuman)* cambuk, maka pelaksanaan pencambukan ditunda sampai yang bersangkutan dinyatakan sehat untuk menjalani ‘*uqubat (hukuman)* cambuk. Hasil pemeriksaan dokter sebagaimana dituangkan dalam surat keterangan.³⁷³

Terhukum pada saat pencambukan menggunakan baju tipis yang menutup aurat yang telah disediakan, berada dalam posisi berdiri tanpa penyangga bagi terhukum laki-laki dan dalam posisi duduk bagi terhukum perempuan.³⁷⁴ Setiap terhukum dicambuk oleh seorang pencambuk. Apabila pencambuk tidak sanggup menyelesaikan pekerjaannya, maka pencambukan akan dilanjutkan oleh pencambuk lainnya. Penggantian pencambuk sebagaimana dimaksud pada ayat (2) diputuskan oleh jaksa.³⁷⁵ Pencambukan akan dihentikan sementara, apabila terhukum luka akibat pencambukan atas perintah dokter yang bertugas berdasarkan pertimbangan medis, atau jika

³⁷² *Ibid*, Pasal 4 ayat 1-5

³⁷³ *Ibid*, Pasal 5 ayat 1-3

³⁷⁴ *Ibid*, Pasal 9 ayat 1-2

³⁷⁵ *Ibid*, Pasal 10 ayat 1-3

terhukum melarikan diri dari tempat pencambukan sebelum hukuman cambuk selesai dilaksanakan.³⁷⁶

Pencambukan terhadap terhadap perempuan hamil dilakukan setelah 60 (enam puluh) hari perempuan tersebut melahirkan³⁷⁷. Pencambukan juga akan dihentikan jika menurut keterangan dokter sudah tidak memungkinkan bagi pelaku jarimah untuk dilanjutkan.

Pada dasarnya, Surat Peraturan Gubernur Provinsi Nanggroe Aceh Darussalam Nomor 10 Tahun 2005 Tentang Petunjuk Teknis Pelaksanaan '*Uqubat (hukuman)* Cambuk Gubernur Provinsi Nanggroe Aceh Darussalam merupakan wujud dari pelengkap untuk dapat menjalankan tatanan hukum acara dalam pelaksanaan aturan sanksi pada beberapa qanun yang memuat aturan penjatuhan hukuman cambuk.

B. Justifikasi Hukuman Cambuk dalam Qanun Provinsi Aceh ditinjau dari Kebijakan Hukum Pidana

Dua masalah sentral dalam kebijakan kriminal dengan menggunakan sarana penal (hukum pidana) ialah masalah penentuan :

1. Perbuatan apa yang seharusnya dijadikan tindak pidana, dan

³⁷⁶ *Ibid*, Pasal 11 ayat 1-3

³⁷⁷ Adan, Hasanuddin Yusuf, *Refleksi Implementasi Syariat Islam di Aceh*, (Banda Aceh: Pena, 2009) Hlm. 134

2. Sanksi apa yang sebaiknya digunakan atau dikenakan kepada si pelanggar³⁷⁸

Usaha dan kebijakan untuk membuat peraturan hukum pidana yang baik pada hakikatnya tidak dapat dilepaskan dari tujuan penanggulangan kejahatan. Usaha penanggulangan kejahatan dengan hukum pidana pada hakikatnya juga merupakan bagian dari usaha penegakan hukum (khususnya penegakan hukum pidana).

Sebagaimana dalam pembahasan terdahulu, inti dari kebijakan hukum pidana adalah bagaimana merumuskan hukum pidana yang baik dan memberikan pedoman dalam tahapan penetapan pidana oleh pembuat undang-undang, bagaimana tahap pemberian atau penjatuhan pidana oleh pengadilan, serta bagaimana tahap pelaksanaan pidana oleh aparat eksekusi pidana itu sendiri.³⁷⁹

Konsep kebijakan hukum pidana pada tahapan formulatifnya tidak mengenyampingkan konsep kriminalisasi dan penalisasi yang merupakan bagian yang sangat penting dari kebijakan hukum pidana itu sendiri. Kebijakan kriminalisasi yang diartikan sebagai kebijakan menetapkan suatu perbuatan yang semula bukan tindak pidana (tidak dipidana) menjadi suatu tindak pidana (perbuatan yang dapat dipidana). Selain itu, kebijakan kriminalisasi juga dapat diartikan sebagai kebijakan penambahan (peningkatan) sanksi pidana terhadap

³⁷⁸ Barda Nawawi, *Bunga Rampai Kebijakan Hukum Pidana; Perkembangan Penyusunan Konsep KUHP Baru*. (Jakarta: Kencana Prenada Media Group, 2008) . Hlm. 27

³⁷⁹ Muladi, Barda Nawawi. *Log.cit.* Hlm. 173

tindak pidana yang sudah ada sebelumnya. Perumusan tindak pidana harus sesuai dengan prinsip-prinsip kriminalisasi antara lain:

- a. Mendukung tercapainya tujuan nasional, perbuatan yang dikriminalisasi mengakibatkan kerugian atau mendatangkan korban (*subsosialiteit*).
- b. Memperhatikan prinsip biaya dan hasil (*cost and benefit principle*),
- c. Harus dapat ditegakkan (*enforceable*),
- d. Memperhatikan prinsip *ultimum remedium* (hukum pidana sebagai sarana terakhir),
- e. Menghindari perumusan yang bersifat samar atau umum (*precision principle*),
- f. Perbuatan yang dikriminalisasikan harus digambarkan secara jelas dalam ketentuan hukum pidana (*clearness principle*).

Beberapa prinsip diatas di jadikan acuan untuk mengukur apakah suatu hukuman cambuk itu dapat di logikakan dan mempunyai kesesuaian dengan konsep dalam kebijakan hukum pidana yang kemudian akan menjadi suatu pembenaran atau justifikasi dari sisi kebijakan hukum pidana. Secara realitasnya memang terjadi pengkriminalisasian baru terhadap beberapa tindak perbuatan baru yang sebelumnya belum di kriminalisasikan secara hukum nasional baik di dalam KUHP maupun di dalam hukum pidana khusus lainnya seperti :

- a. Muslim yang keluar dari aqidah Islam dan atau menghina atau melecehkan agama Islam

- b. Barang siapa yang tidak melaksanakan shalat jum'at tiga kali berturut-turut tanpa uzur syar'i
- c. Barang siapa yang menyediakan fasilitas / peluang kepada orang muslim yang tidak mempunyai uzur syar'i untuk tidak berpuasa pada bulan Ramadhan.
- d. Barang siapa yang makan dan minum di tempat / di depan umum pada siang hari bulan Ramadhan.
- e. Khalwat atau berdua-duaan di tempat yang sepi.

Dalam hukum nasional terjadi juga pengulangan dari kriminalisasi yang sudah ada di yaitu pada jenis minuman keras³⁸⁰, kemudian tindak pidana perjudian³⁸¹ serta penyebaran aliran sesat³⁸². Perbuatan-perbuatan yang telah diatur didalam qanun diatas semuanya diancam dengan hukuman cambuk. Setelah disahkannya qanun di Aceh, maka secara serta merta tidak ada dualisme penerapan hukum pidana karena yang berlaku selanjutnya adalah apa yang telah diatur didalam qanun tersebut.

Pengkriminalisasian beberapa tindakan dalam kehidupan masyarakat Aceh yang sebelumnya belum terjadi di dalam hukum nasional sebenarnya berdasarkan rujukan kepada tatanan hukum Islam, khususnya hukum pidana Islam. Namun demikian, walaupun seluruh pengkriminalisasian berlandaskan hukum Islam, tetapi bila dikaji melalui prinsip-prinsip kriminalisasi, maka

³⁸⁰ Lihat : Keputusan Presiden Republik Indonesia Nomor 3 Tahun 1997 Tentang Pengawasan Dan Pengendalian Minuman Beralkohol.

³⁸¹ Lihat : Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 7 Tahun 1974 Tentang Penertiban Perjudian

³⁸² UU No.1/Pnps/1965 Tentang Pencegahan Penyalahgunaan Dan/Atau Penodaan Agama

menurut penulis perbuatan yang dikriminalisasi mengakibatkan kerugian atau mendatangkan korban (*subsosialiteit*) sudah mendukung tercapainya tujuan nasional.

Penggunaan hukum pidana pada dasarnya untuk mewujudkan masyarakat adil makmur yang merata materiil dan sprituil serta dapat menanggulangi kejahatan dan mengadakan pengugeran terhadap tindakan penanggulangan itu sendiri, demi kesejahteraan dan pengayoman masyarakat.³⁸³ Kemudian menurut penulis, prinsip biaya dan hasil (*cost and benefit prinsip*) juga tidak lupa di perhatikan dalam proses pengkriminalisasian ini, hal ini dapat dilihat dari tujuan-tujuan perancangan qanun tersebut.

Qanun Provinsi Nanggroe Aceh Darussalam Nomor 11 Tahun 2002 Tentang Pelaksanaan Syariat Islam Bidang Aqidah, Ibadah Syi'ar Islam, didalamnya tertera beberapa tujuan, yakni terbina dan terpeliharanya keimanan dan ketaqwaan individu dan masyarakat dari pengaruh ajaran sesat, meningkatkan pemahaman dan pengamalan ibadah serta penyediaan fasilitasnya, menghidupkan dan menyemarakkan kegiatan-kegiatan guna menciptakan suasana dan lingkungan yang Islami.

Qanun Provinsi Nanggroe Aceh Darussalam No.12 Tahun 2003 Tentang Larangan Minuman Khamar dan Sejenisnya, juga memuat beberapa tujuan yang merupakan hasil yang diinginkan dari perumusan qanun ini yakni, melindungi masyarakat dari berbagai bentuk kegiatan dan/atau perbuatan yang

³⁸³ Muladi, Barda Nawawi, *op.cit*, Hlm. 161

merusak akal, mencegah terjadinya perbuatan atau kegiatan yang timbul akibat minuman khamar dalam masyarakat, meningkatkan peran serta masyarakat dalam mencegah dan memberantas terjadinya perbuatan minuman khamar dan sejenisnya.

Tujuan di kriminalisasikannya kembali perjudian dalam qanun Aceh yang berdasarkan hukum Islam yakni, memelihara dan melindungi harta benda/ kekayaan, mencegah anggota masyarakat melakukan perbuatan yang mengarah kepada maisir, melindungi masyarakat dari pengaruh buruk yang timbul akibat kegiatan dan/atau perbuatan maisir, meningkatkan peran serta masyarakat dalam upaya pencegahan dan pemberantasan perbuatan maisir.³⁸⁴

Bagian terakhir adalah muatan tujuan yang ingin di capai di dalam Qanun Provinsi Nanggroe Aceh Darussalam No.14 Tahun 2003 Tentang Khalwat (Mesum) yakni, menegakkan Syari'at Islam dan adat istiadat yang berlaku dalam masyarakat di Provinsi Nanggroe Aceh Darussalam, melindungi masyarakat dari berbagai bentuk kegiatan dan/atau perbuatan yang merusak kehormatan, mencegah anggota masyarakat sedini mungkin dari melakukan perbuatan yang mengarah kepada zina, meningkatkan peran serta masyarakat dalam mencegah dan memberantas terjadinya perbuatan khalwat/mesum, menutup peluang terjadinya kerusakan moral.

Secara filosofisnya mengapa beberapa perbuatan tersebut diatas dikriminalisasikan di dalam qanun pada awal- awal pemberlakuan Syariat Islam di Provinsi Aceh, menurut Al Yasa' Abu Bakar hal ini karena

³⁸⁴ Qanun Provinsi Nanggroe Aceh Darussalam No.13 Tahun 2003 Tentang Maisir (Perjudian)

kebutuhan masyarakat dan kemampuan dari Pemerintah Aceh sendiri seperti yang pertama disusun adalah tentang peribadatan, shalat, puasa dan zakat. Setelah itu disusun rancangan qanun tentang ta'zir yang berkaitan dengan ketertiban umum, dimulai dengan khamar (minuman keras), maisir (perjudian), dan khalwat (perbuatan mesum).³⁸⁵

Tiga masalah diatas didahulukan karena termasuk kedalam bidang-bidang prioritas utama dalam tahap pengambilan kebijakan legislasi disamping penglegislasian qanun bidang peradilan, kejaksaan dan kepolisian kemudian berdasar pengamatan ketiga hal inilah yang dianggap penyakit oleh masyarakat dan karena itu para pelaku tiga perbuatan ini paling sering dicela dan diserang serta diusahakan pemberantasannya. Selanjutnya, Alyasa' mengungkapkan ketika Euforia³⁸⁶ pelaksanaan Syariat terjadi setelah Undang-undang No. 44 tahun 1999 tentang Tentang Penyelenggaraan Keistimewaan Propinsi Daerah Istimewa Aceh disahkan (antara oktober-desember 1999), maka persoalan yang paling banyak dihadapkan dan diputus oleh "pengadilan rakyat" yang terbentuk secara spontan pada waktu itu adalah tentang tiga hal diatas yaitu dimulai dengan khamar (minuman keras), maisir (perjudian), dan khalwat (perbuatan mesum).³⁸⁷

³⁸⁵ Al Yasa' Abubakar, *Loc.cit.* Hlm. 109

³⁸⁶ Lihat Tabel euforia Pengadilan Rakyat Tahun 1999 dalam Buku Al Yasa' Abu Bakar, *Syariat Islam di Provinsi Nanggroe Aceh Darussalam. Paradigma, Kebijakan dan Kegiatan*, (Banda Aceh : Dinas Syari'at Islam Provinsi NAD, 2005), cet.III.

³⁸⁷ Al Yasa' Abu Bakar, *op.cit.* Hlm. 109

Sedangkan menurut Syahrizal Abbas³⁸⁸, beliau menyebutkan bahwa dasar dikriminalisasikannya pelanggaran pada pelaksanaan ibadah Jumat, puasa serta khamar (minuman keras), maisir (perjudian), dan khalwat (perbuatan mesum) yakni :

a. Pilihan jenis-jenis perbuatan itu juga karena ini yang memungkinkan untuk dilaksanakan melalui segi pertimbangan :

1) Politik hukum, yakni :

a) Karena perbuatan-perbuatan ini masih dalam skala kecil yaitu tahap awal dalam sosialisasi Syariat Islam di Aceh.

b) Karena pemerintah juga baru memberi dukungan fasilitas yang masih kecil/minim dalam penerapan Syariat Islam di Aceh

c) Untuk perbuatan yang lebih besar belum memungkinkan untuk dilaksanakan baik dari sisi struktur ketentuan hukumnya maupun maupun struktur masyarakatnya.

2) Sosiologis, yakin dimana masyarakat Aceh untuk permulaannya lebih mudah untuk menerima dan melaksanakan jenis-jenis perbuatan yang lebih kecil ini terlebih dulu.³⁸⁹

Tujuan atau hasil yang ingin dicapai didalam pengkriminalisasian di dalam qanun Aceh diatas pada intinya sudah sesuai dan seimbang dalam memberi kenyamanan setiap orang beribadah dan menjalankan kehidupan bermasyarakat di provinsi Aceh. Menurut penulis, perumusan tindak pidana di

³⁸⁸ Hasil wawancara penulis dengan Prof. Syahrizal Abbas, MA Via Telpon pada tanggal 14 Januari 2012

³⁸⁹ Wawancara penulis dengan Prof. Syahrizal Abbas, MA Via Telpon pada tanggal 14 Januari 2012

dalam qanun tersebut tidak bersifar samar atau umum (*precision principle*). Pemerintah Aceh dalam persoalan proses penegakan hukumnya, juga telah membentuk sebuah lembaga yang bernama Wilayatul Hisbah yaitu suatu lembaga yang bertugas mengawasi, membina dan melakukan advokasi terhadap pelaksanaan perundang-undangan bidang syariat Islam dalam kerangka melaksanakan *amar ma'ruf nahi mungkar*.

Wilayatul Hisbah (WH) ini merupakan bagian dari alat pemerintah dan sekaligus lembaga yang mempermudah penyidik dalam melakukan penyidikan dilapangan untuk mempercepat dari penegakan hukum pidana di provinsi Aceh. Wilayatul Hisbah (WH) adalah salah satu Penyidik Pegawai Negeri Sipil yaitu Pejabat Pegawai Negeri Sipil yang diangkat oleh Gubernur yang diberi tugas dan wewenang untuk melakukan penyidikan pelanggaran Syari'at Islam. Penyidik Pegawai Negeri Sipil (PPNS) sendiri di atur di dalam Keputusan Menteri Dalam Negeri Nomor 23 Tahun 1986 tentang Ketentuan Umum Mengenai Penyidik Pegawai Negeri Sipil di Lingkungan Pemerintah Daerah.

Tahap terakhir dalam proses peradilan pidana, pemerintah Aceh juga telah menyiapkan qanun tentang peradilan syariat Islam untuk menangani kasus-kasus yang telah diatur di dalam qanun provinsi Aceh. Aturan tentang peradilan syariat Islam ini di atur di dalam Qanun Provinsi Nanggroe Aceh Darussalam Nomor 10 Tahun 2002 Tentang Peradilan Syari`At Islam.

Proses pengkriminalisasian tindak pidana melalui qanun di Provinsi Aceh sudah sesuai dengan prinsip-prinsip kriminalisasi pada umumnya, yaitu

pemerintah Aceh sudah memperhatikan kapasitas atau kemampuan daya kerja dari badan-badan penegak hukum, agar tidak ada melampaui beban tugas (*overlapping*).

Secara teoritis dan sistimatis, setelah menentukan masalah perbuatan apa yang seharusnya dijadikan sebagai tindak pidana, maka langkah selanjutnya adalah menentukan sistem pemidanaan yang sebaiknya digunakan atau dikenakan kepada orang yang melakukan tindak pidana³⁹⁰. Untuk mengukur keserasian hukum cambuk dengan konsep kebijakan hukum pidana maka di butuhkan satu konsep lagi yaitu konsep penalisasi yang fungsinya juga berguna sebagai alat dan menjadi standar parameter terhadap hukuman cambuk.

Penentuan stelsel pidana pada tahapan *in abstracto* yang meliputi penentuan jenis sanksi pidana (*strafsoort*), bobot sanksi pidana (*strafmaat*), dan cara pelaksanaan pidana (*strafmodus*). Ada tiga prinsip yang harus diperhatikan dalam penentuan sistem penalisasi (pemidanaan), yaitu :

- a. Prinsip ekonomis (sanksi pidana benar-benar dapat berfungsi sebagai alat pencegah),
- b. Prinsip humanis (sanksi pidana sesuai dengan nilai-nilai kemanusiaan yang beradab) dan

³⁹⁰ Barda Nawawi Arief. *Bunga Rampai Kebijakan Hukum Pidana; Perkembangan Penyusunan Konsep KUHP Baru*. (Jakarta: Kencana Prenada Media Group, 2008) . Hlm. 27.

- c. Prinsip keadilan (sanksi pidana sebanding dengan kekejaman dari suatu kejahatan).

Sanksi pidana dalam penentuannya harus menggunakan pendekatan ekonomis. Pendekatan ekonomis ini bukan hanya terbatas pada keharusan untuk memperbandingkan biaya atau beban yang harus dipikul dengan hasil yang ingin dicapai seperti yang sudah penulis bahas diatas, tetapi juga mempertimbangkan efektifitas sanksi pidananya. Suatu sanksi pidana dapat dikatakan sebagai alat pencegah yang bersifat ekonomis apabila sanksi pidana tersebut benar-benar dapat berfungsi sebagai alat pencegah dan tidak justru menimbulkan bahaya yang lebih berbahaya atau merugikan.

Kebijakan menetapkan jenis sanksi pidana apa yang dianggap paling baik untuk mencapai tujuan, setidaknya-tidaknya mendekati tujuan, tidak dapat dilepaskan dari persoalan pemilihan berbagai alternatif. Masalah pemilihan berbagai alternatif untuk memperoleh pidana mana yang dianggap paling baik, paling tepat, paling patut, paling berhasil atau efektif, jelas merupakan masalah yang tidak mudah.³⁹¹

Hukuman cambuk yang diberlakukan di Aceh dan diatur di dalam beberapa qanun pemerintah Aceh merupakan sanksi sebagai suatu balasan kepada pelaku tiap-tiap tindak pidana yang sebelumnya sudah di larang melalui qanun seperti yang sudah penulis bahas sebelumnya, merupakan sanksi pidana yang berasal dari hukum pidana Islam, sesuai dengan landasan

³⁹¹ Muladi, Barda Nawawi, *op.cit*, Hlm. 97-98

perancangan qanun tersebut. Hukuman cambuk, dalam sistem pemidanaan nasional sendiri tidak dikenal di dalam KUHP, oleh karena itu untuk melihat sisi-sisi kesesuaian prinsip penetapan hukuman cambuk sebagai suatu sanksi dan mendapat pembenaran dari sudut pandang kebijakan hukum pidana nasional maka akan penulis bahas dalam pembahasan tujuan teori gabungan nantinya.

Penetapan sanksi pidana, selain pendekatan ekonomis harus juga memperhatikan pendekatan *humanistis dan keadilan*. Hal ini menjadi penting tidak hanya karena kejahatan itu pada hakekatnya merupakan masalah kemanusiaan, tetapi juga karena pada hakekatnya pidana sendiri mengandung unsur penderitaan yang dapat menyerang kepentingan atau nilai yang paling berharga bagi kehidupan manusia.³⁹²

Kebijakan penerapan sanksi pidana tidak dapat dilepaskan dari masalah nilai yang dalam konteks Indonesia sesuai dengan Pancasila dan kebijakan pembangunan nasional yang bertujuan membentuk “Manusia Indonesia Seutuhnya”. Untuk mencapai tujuan tersebut, maka pendekatan humanistis harus diperhatikan. Pendekatan humanistis di sini bukan hanya semata-mata dengan menentukan sanksi pidana yang sesuai dengan nilai-nilai kemanusiaan yang beradab bagi si pelanggar, namun lebih dari itu juga harus

³⁹² Barda Nawawi, *Kebijakan Legislatif Dalam Penanggulangan Kejahatan Dengan Pidana Penjara* (Yogyakarta: Genta Publising, 2010 Cet. IV). Hlm. 42

dapat membangkitkan kesadaran si pelanggar akan nilai-nilai kemanusiaan dan nilai-nilai pergaulan hidup bermasyarakat.³⁹³

Sementara dalam menentukan bobot sanksi pidana tidak boleh mengabaikan *aspek keadilan*. Di sini berarti sanksi pidana harus sebanding dengan kekejaman dari suatu kejahatan. Lebih dari itu, bobot sanksi pidana harus sebanding pula dengan korban yang ditimbulkan akibat kejahatan tersebut. Vito dan Holmes mengemukakan pendapat Jeremy Bentham, yaitu sebagai berikut.³⁹⁴

Bentham believed that the purpose of punishment should be crime prevention, and that punishment must be proportional to the severity of the crime to have a deterrent effect. Moreover, the severity of punishment should be directly proportionate to the number of persons injured by it.

Dalam pengertian yang lain, penentuan rumusan sanksi pidana harus didasarkan atas keseimbangan antara perbuatan yang dilakukan (*the gravity of the offence*) dengan sanksi yang dijatuhkan. Semakin berat perbuatan pidana yang dilakukan, maka semakin berat pula sanksi yang dijatuhkan, demikian juga sebaliknya. Tipe retributif ini disebut dengan teori proporsionalitas (*proportionality theory*).³⁹⁵

Prinsip proporsionalitas merupakan bagian dari ajaran teori retribusi modern yang meliputi dua jenis, yaitu:³⁹⁶

³⁹³ Ibid,

³⁹⁴ Widodo. 2009. Sistem Pidana dalam Cyber Crime. Yogyakarta: Laksbang Mediatama. Hlm. 60.

³⁹⁵ V. Bemmelen, dikutip dalam Aruan Sakidjo dan Bambang Poernomo. 1990. Hukum Pidana; Dasar Aturan Umum Hukum Pidana Kodifikasi. Jakarta: Ghalia Indonesia. Hlm. 75.

³⁹⁶ Andrew von Hirsch, dikutip oleh Salman Luthan. *Op. Cit.* Hlm. 161.

- a. Proporsionalitas ordinal (*ordinal proporsionalitas*) yang menyatakan bahwa dalam penentuan sanksi pidana harus diperbandingkan dengan tindak pidana lain yang mirip, dan diperbandingkan dengan tindak pidana lain berdasarkan karakter keseriusannya.
- b. Proporsionalitas kardinal (*cardinal proporsionalitas*), yang menjelaskan bahwa dalam penentuan sanksi pidana harus ditentukan berdasarkan besarnya serangan atau keseriusan perbuatan. Penentuan besarnya serangan atau keseriusan perbuatan dapat didasarkan pada penelitian kriminologis dan konvensi-konvensi sosial.

Penggunaan prinsip *proporsionalitas ordinal* lebih condong kepada tahap penyeleksian jenis sanksi pidana apa yang cocok (*strafsoort*), artinya prinsip ini memperhatikan *betapa* suatu kejahatan harus dihukum diperbandingkan dengan tindak pidana lain yang mirip, dan diperbandingkan terhadap karakter tingkat keseriusan dari kejahatan lain tersebut, digunakan secara terbatas oleh pembentuk undang-undang. *Artinya, prinsip tersebut hanya digunakan ketika membahas tindak pidana tertentu, misalnya, pengungkapan rahasia di bidang keuangan dan melakukan aktivitas bisnis di bidang keuangan tanpa izin.*³⁹⁷

Hukuman cambuk yang di ancamkan kepada para pelaku khalwat yang diatur dalam pasal 22 qanun No. 14 tahun 2003 tentang Khalwat (mesum), menurut penulis sudah sangat mencerminkan nilai-nilai dari keadilan itu sendiri. Ini dapat dipahami dengan melihat berdasarkan teori

³⁹⁷ C.M.V. Clarkson, dikutip oleh Salman Luthan, Jurnal hukum UII hlm. 493, law.uui.ac.id/images/stories...4%20Salman%20Luthan.pdf. di akses tanggal 31 agustus 2012 C.M.V. Clarkson, *op. cit.*

proporsional ordinal, dimana perbuatan khalwat dapat diperbandingkan karakter perbuatannya dengan tindak pidana zina. Pada dasarnya dalam hukum pidana Islam tindak pidana zina, di kenakan hukuman cambuk bahkan mencapai hingga 100 kali cambukan bahkan sampai hukuman rajam. Sedangkan khalwat itu sendiri adalah perbuatan yang mendekati zina, secara falsafah pemidanaan dari segi perbandingan hukuman, maka hukuman yang di formulasikan oleh perancang qanun terhadap pelaku khalwat berupa hukuman cambuk juga walau hanya sebanyak paling banyak 9 kali dan paling sedikit 3 kali, menurut penulis sudah formulasi hukuman cambuk bagi pelaku khalwat sudah mencerminkan prinsip proporsional ordinal itu sendiri.

Sedangkan untuk mengukur bobot sanksi pidana (*strafmaat*), dalam hal ini menggunakan teori prinsip *proporsionalitas kardinal*, yakni prinsip ini mengasumsikan bahwa tingkat skala hukuman, hukuman maksimum dan jarak hukuman nyata, harus proporsional terhadap besarnya serangan dari perbuatan yang dilarang, digunakan pembentuk undang-undang dalam menentukan berat ringannya sanksi pidana, meskipun dalam diskursus pemikiran tentang pengaturan sanksi pidana tidak selalu muncul. Hal ini secara umum (terdapat pada semua undang-undang) terlihat dari perbedaan tindak pidana dalam kealpaan dan kesengajaan dan perbedaan tindak pidana antara tindak pidana kelompok pelanggaran dan tindak pidana kelompok kejahatan.³⁹⁸

³⁹⁸ *Ibid.*

Penggunaan *proporsionalitas cardinal* juga terlihat secara spesifik dalam masing-masing undang. Misalnya, dalam tindak pidana pasar modal, semakin penting peranan seorang aktor dalam aktivitas pasar modal, maka semakin berat sanksi hukuman yang akan diterimanya jika ia melanggar kewajiban hukumnya.³⁹⁹

Untuk mengukur apakah hukuman cambuk yang di terapkan pada jarimah khalwat sudah memenuhi prinsip keadilan *proporsionalitas cardinal*, penulis membandingkan bobot sanksi cambukan antara banyaknya cambukan pada pelaku zina dengan banyaknya cambukan pada pelaku khalwat. Zina sendiri di larang dalam Islam karena perbuatan mungkar ini dapat merusak nasab keturunan, amoral, bahkan seorang yang melakukan zina agama menganggap dia lebih rendah dari seekor binatang.

Oleh karenanya pelaku zina di kenakan hukuman cambukan hingga 100 kali yakni bujangan yang berzina dengan perawan bahkan diasingkan selama satu tahun. Dan apabila duda (orang yang telah kawin) yang berzina dengan janda dijilid seratus kali dan dirajam dengan batu sampai mati. Namun apabila dibandingkan dengan hukuman cambuk bagi pelaku khalwat seperti diatur dalam pasal 22 qanun No. 14 tahun 2003 tentang Khalwat (mesum) berupa hukuman cambuk di depan umum paling banyak 9 (sembilan) kali dan paling sedikit 3 (tiga) kali dan/atau denda paling banyak Rp. 10.000.000 (sepuluh juta rupiah), paling sedikit Rp. 2.500.000 (dua juta lima ratus ribu rupiah), menurut penulis hukuman ini sangatlah

³⁹⁹ *Ibid*,

mencerminkan keadilan yang *proporsional cardinal*. Dari sisi pertimbangan korban yang ditimbulkan berupa gangguan terhadap ketertiban umum (yang merupakan salah satu kepentingan publik) akibat perbuatan khalwat ini, maka hukuman cambuk ini pun sudah sangat memadai dalam menjamin rasa keadilan bagi masyarakat yang terganggu akibat perbuatan-perbuatan khalwat tersebut. Artinya ketentraman lingkungan masyarakat akan terjamin apabila adanya suatu hukuman yang menjerakan pelaku khalwat tersebut, minimal pelaku tidak akan mengulangi perbuatan tersebut untuk kedua kalinya.

Selanjutnya jarimah *menyediakan fasilitas / peluang kepada orang muslim yang tidak mempunyai uzur syar'i untuk makan dan minum disiang hari ditempat umum pada bulan Ramadhan* dalam aturan qanun No. 11 tahun 2002 tentang pelaksanaan syariat Islam bidang aqidah dan syariat Islam, dalam pasal 22 ayat 1 menjelaskan bahwa pelakunya akan dipidana dengan hukuman ta'zir berupa hukuman penjara paling lama 1 (satu) tahun atau denda paling banyak 3 (tiga) juta rupiah atau hukuman cambuk di depan umum paling banyak 6 (enam) kali dan dicabut izin usahanya. Banyaknya alternatif hukuman bagi jarimah ini menunjukkan keseriusan jarimah ini untuk dilarang karena dapat menimbulkan efek yang lebih besar dari pada jarimah pelaku yang makan dan minum di tempat / di depan umum pada siang hari bulan Ramadhan yang dianggap merusak kenyamanan umat muslim beribadah dibulan puasa dengan serius. Maka hukuman cambuk sebanyak 6 kali di tambah sanksi dicabutnya izin usaha menurut penulis bisa terlihat bisa memenuhi kriteria prinsip proporsional kardinal dan ordinal demi

mewujudkan keadilan bagi masyarakat bila diperbandingkan jenis dan bobot sanksi antara jarimah *menyediakan fasilitas / peluang kepada orang muslim yang tidak mempunyai uzur syar'i untuk makan dan minum disiang hari ditempat umum pada bulan Ramadhan* dengan jarimah siapa saja yang makan dan minum di tempat / di depan umum pada siang hari bulan Ramadhan

Kemudian jarimah siapa yang makan dan minum di tempat / di depan umum pada siang hari bulan Ramadhan sendiri dalam aturan qanun No. 11 tahun 2002 tentang pelaksanaan syariat Islam bidang aqidah dan syariat Islam, dalam pasal 22 ayat 2 dipidana dengan hukuman ta'zir berupa hukuman penjara paling lama 4 (empat) bulan atau hukuman cambuk di depan umum paling banyak 2 (dua) kali. Kalau dibandingkan dengan jarimah *menyediakan fasilitas / peluang kepada orang muslim yang tidak mempunyai uzur syar'i untuk tidak berpuasa* yang di hukum cambuk sebagai alternatif sebanyak 6 kali cambuk di tambah sanksi di cabutnya izin usaha, maka hukuman cambuk banyaknya bobot cuma tiga (3) kali bagi jarimah siapa saja yang makan dan minum di tempat / di depan umum pada siang hari bulan Ramadhan, menurut penulis ini sudah sangat proporsional baik dalam hal *prinsip proporsional kardinal* maupun *ordinal*. Artinya ada kesebandingan antara bobot hukuman, jenis hukuman dengan kekejaman serta korban yang di hasilkan jarimah ini yakni ketidak nyamanan umat muslim beribadah puasa secara serius.

Namun timbul pertanyaan baru, bagaimanakah hukuman cambuk yang diterapkan pada jarimah maisir, khamar, serta beberapa jarimah pada qanun yang mengatur tentang pelaksanaan syariat Islam bidang aqidah, ibadah serta syariat Islam, juga sudah memenuhi konsep keadilan dalam falsafah pembedanaan ?. Untuk menjawabnya penulis akan menganalisa kembali beberapa jenis jarimah tersebut diatas hanya dengan menggunakan prinsip proporsional kardinal saja.

Prinsip proporsionalitas kardinal (*cardinal proporsionality*) menjelaskan bahwa dalam penentuan sanksi pidana (tingkat skala hukuman, hukuman maksimum dan jarak hukuman nyata) harus ditentukan berdasarkan besarnya serangan atau keseriusan perbuatan yang dilarang. Ini merupakan parameter dalam menentukan berat ringannya sanksi pidana. Serta pada prinsipnya sanksi pidana sendiri harus sebanding dengan kekejaman dari suatu kejahatan. Lebih dari itu, bobot sanksi pidana harus sebanding pula dengan korban yang ditimbulkan akibat kejahatan tersebut. Maka apabila tiga hal ini terpenuhi, maka secara teoritis bobot hukuman tersebut dianggap memenuhi falsafah keadilan sistem pembedanaan.

Pertama, pada jarimah penyebar paham atau aliran sesat (qanun No. 11 tahun 2002 tentang pelaksanaan syariat Islam bidang aqidah dan syariat Islam), dalam pasal 20 ayat satu (1) disebutkan bahwa siapa saja yang menyebarkan paham atau aliran sesat dihukum dengan ta'zir berupa hukuman penjara paling lama 2 (dua) tahun atau hukuman cambuk di depan umum

paling banyak 12 (dua belas) kali. Untuk jarimah ini hukuman cambuk hanya merupakan hukuman alternatif.

Menurut penulis sebagai hukuman alternatif, maka hukuman cambuk sebanyak 12 kali di depan umum pada jarimah ini sebanding dengan besarnya serangan atau keseriusan perbuatan yang dilarang, artinya jarimah penyebaran aliran sesat pada dasarnya dianggap sebagai jarimah yang serius baik dalam konteks hukum Islam maupun dalam hukum positif sendiri.

Kedua, jarimah tidak melaksanakan shalat jum'at tiga kali berturut-turut tanpa uzur syar'i dalam qanun No. 11 tahun 2002 tentang pelaksanaan syariat Islam bidang aqidah dan syariat Islam, dalam pasal 21 ayat satu (1), dihukum dengan ta'zir berupa hukuman penjara paling lama 6 (enam) bulan atau hukuman cambuk di depan umum paling banyak 3 (tiga) kali. Hal ini hampir sama dengan jarimah penyebaran aliran sesat yaitu hukuman cambuk di posisikan sebagai hukuman alternatif, secara konsep keadilan maka hukuman cambuk penulis anggap sangat logis dari pada hukuman penjara selama 6 bulan bagi pelaku jarimah ini. Artinya ukuran keseriusan jarimah ini tidak mengakibatkan korban yang terlalu signifikan secara fisik, tetapi hanya menghasilkan ketidak nyamanan masyarakat umum (fisikis).

Ketiga, jarimah khamar sebagaimana yang diatur di dalam qanun No. 12 tentang larangan minuman khamar dan sejenisnya, pada pasal 26 ayat 1 disebutkan bahwa orang yang meminum khamar diancam dengan 'uqubat (hukuman) hudud sebanyak 40 (empat puluh) kali cambuk. Dalam hal ini berhubung hukuman cambuk ini bukanlah hukuman ta,zir tetapi berupa

hukuman hudud atau sudah baku maka secara konsep hukum pidana Islam dianggap sudah memenuhi prinsip keadilan bagi masyarakat, secara konsep prinsip proporsional kardinal sendiri penulis anggap sudah sangat memenuhi kriteria prinsip ini yakni keseriusan jarimah ini terbukti dengan banyaknya keluhan masyarakat yang resah dengan lingkungan para pemabuk yang sering bernampak negatif dan rawan terjadi kriminalitas.

Demikian juga dengan yang *jarimah yang ke empat yaitu jarimah maisir* (qanun No. 13 tahun 2003 tentang Maisir (perjudian), dalam pasal 23 ayat 1 disebutkan bahwa setiap yang melakukan jarimah maisir (perjudian) diancam dengan hukuman cambuk di depan umum paling banyak 12 (dua belas) kali dan paling sedikit 6 (enam) kali. Ukuran 12 kali dianggap sepadan dengan kerugian yang ditimbulkan oleh adanya jarimah ini, yakni kerugian materil keluarga yang di telantarkan oleh pelaku dalam perjudian, krisis ekonomi, merusak kenyamanan dalam lingkungan masyarakat serta kemungkinan munculnya jarimah baru yang merupakan hasil dari efek negatif jarimah maisir ini seperti muncul jarimah pencurian, perampokan serta pembunuhan.

Penulis menyimpulkan bahwa memang ada beberapa jenis jarimah dan bobot sanksinya dapat diukur menggunakan prinsip proporsional kardinal saja namun ada juga jarimah yang dapat diukur menggunakan kedua prinsip proporsional kardinal dan prinsip proporsional ordinal. Namun secara umum dapat disimpulkan bahwa hukuman cambuk yang diberlakukan dalam qanun

di Aceh sekarang sudah memenuhi prinsip atau falsafah keadilan sistem pemidanaan.

Penerapan hukuman cambuk di Aceh, sesuai dengan petunjuk teknis yang tertuang di dalam Peraturan Gubernur Provinsi Nanggroe Aceh Darussalam Nomor 10 Tahun 2005 Tentang Petunjuk Teknis Pelaksanaan Uqubat Cambuk. Menurut Al Yasa' Abubakar hukuman cambuk di Aceh tidak sekeras hukuman cambuk yang berlaku di Singapura, Malaysia dan Pakistan.⁴⁰⁰ Penerapan hukuman cambuk di Aceh saat ini menuai berbagai pro dan kontra, kadang muncul pernyataan bahwa hukuman cambuk adalah kejam, tidak manusiawi bahkan bertentangan dengan HAM. Menurut Alyasa' Abubakar pada dasarnya semua hukuman adalah siksaan untuk memberikan penderitaan. Penderitaan atau siksaan itu dianggap boleh dan sah dijatuhkan apabila diputuskan oleh pengadilan yang sah dan berwenang untuk itu, dan dengan cara-cara yang sah pula, sebagai putusan tersebut memenuhi rasa keadilan masyarakat.⁴⁰¹

Menurut Alyasa' Abubakar, formalisasi hukuman cambuk di Aceh oleh para ulama, cendikia dan pemerintah Aceh telah diusahakan agar hukuman cambuk yang berlaku di Aceh terasa lebih manusiawi, sekiranya dibandingkan dengan hukuman cambuk yang dijatuhkan di negara lain. Ini tentunya karena disesuaikan dengan struktur masyarakat Aceh.

⁴⁰⁰ Al Yasa' Abubakar, *op.cit.* Hlm. 16

⁴⁰¹ *Ibid*, Hlm. 15

Hukuman cambuk sekali lagi menurut penulis lebih humanis karena tidak menyandera kebebasan seseorang untuk hidup dilingkungannya, dapat kembali bekerja untuk menafkahi keluarganya sehingga keluarga terhukum tidak terlantar, tidak membuat pelaku dapat berkumpul lama dengan seorang atau sekelompok orang pelaku tindak kejahatan lainnya yang dapat memberi efek negatif terhadap peningkatan keahlian dalam melakukan tindak kejahatan lainnya, tidak membuat cacat terhukum dan hukuman cambuk ini juga lebih ekonomis karena lebih sedikit menghabiskan anggaran biaya pemerintah dalam pelaksanaan hukuman ini.

Tahapan terakhir dalam konsep kebijakan hukum pidana adalah penegakan hukum yang secara konvensional masuk dalam kinerja aparat penegak hukum dalam lingkaran sistem peradilan pidana. Sistem Peradilan Pidana (SPP) atau *criminal justice system* kini telah menjadi suatu pedoman yang menunjukkan mekanisme kerja dalam penanggulangan kejahatan dengan menggunakan dasar pendekatan sistem.

Menurut Remington dan Ohlin, *criminal justice system* diartikan sebagai pemakaian pendekatan sistem terhadap mekanisme administrasi peradilan pidana, dan peradilan pidana sebagai suatu sistem merupakan hasil integrasi antara peraturan undang-undang, praktik administrasi dan sikap atau tingkah laku sosial. Pengertian sistem itu sendiri mengandung implikasi suatu

proses interaksi yang dipersiapkan secara rasional dan dengan cara efisien untuk memberikan hasil tertentu dengan segala keterbatasannya⁴⁰².

Penulis telah memaparkan pada pembahasan sebelumnya bahwa hukuman cambuk yang di terapkan di Aceh merupakan hukuman yang berasal dari hukum pidana Islam. Hal ini dilegalkan secara hukum karena Aceh sendiri dengan hak otonomi khususnya, mempunyai keleluasaan untuk memformulasikan aturan-aturan baik dari segi perdata maupun pidana yang merujuk kepada hukum Syariat Islam, walaupun hal ini tidak sesuai dengan aturan pada umumnya di Indonesia baik dari segi keperdataan maupun segi bentuk aturan hukum pidana itu sendiri.

Pertanyaan yang kemudian penting adalah apakah hukuman cambuk tersebut sudah sesuai dengan konsep sistem pemidanaan yang berlaku di Indonesia dengan berdasarkan hukum positif (KUHP) dan berasal dari rumpun hukum *Civil Law*, selanjutnya penulis akan meninjau hal tersebut dari sudut kebijakan hukum pidana. Untuk mengukur hukuman cambuk sebagai suatu sanksi pidana penulis menggunakan parameter dari teori gabungan, yaitu teori yang memposisikan hukuman apabila ditinjau dari keefektifan penerapannya. Parameter yang dapat diuraikan menurut konsep teori gabungan adalah:

Pertama, apakah hukuman cambuk mengandung tujuan sebagai pencegahan terhadap terjadinya tindak pidana, hal ini sebenarnya disebut sebagai konsep pencegahan umum atau *prevensi umum* dan konsep pencegahan

⁴⁰² Yesmil Anwar, Adang, *Sistem Peradilan Pidana*, (Widya Padjadjaran, Bandung, 2009) Hlm. 35

secara khusus (prevensi khusus)⁴⁰³. *Kedua*, apakah hukuman cambuk sudah memenuhi prinsip pembalasan bagi pelaku kejahatan serta untuk melindungi masyarakat dengan mewujudkan ketertiban.⁴⁰⁴ *Ketiga*, apakah dalam penentuan berat ringannya penderitaan harus juga memperhatikan keadaan personal maupun kemasyarakatan?

1. Hukuman cambuk sebagai sanksi telah memenuhi prinsip pencegahan

Penderitaan merupakan hal yang sewajarnya ditanggung oleh pelaku kejahatan sebagai pembalasan atas perbuatannya (*teori absolut*). Dalam menentukan berat ringannya penderitaan harus juga memperhatikan keadaan personal maupun kemasyarakatan. Selain pembalasan, dalam pemidanaan perlu dipertimbangkan pembelajaran dan rasa takut yang dimunculkan oleh penjatuhan pidana terhadap semua orang (prevensi umum), termasuk di dalamnya perbaikan bagi pelaku (prevensi khusus) sehingga pemidanaan dapat mencapai tujuan untuk menciptakan ketertiban dalam masyarakat.⁴⁰⁵

Menurut teori gabungan, harus dilakukan pemilahan terhadap prioritas penggunaan pidana. Misalnya terhadap tindak pidana yang berat, maka dapat diutamakan pemidanaan yang mengandung unsur pembalasan

⁴⁰³ Teori gabungan dengan aliran yang lebih memfokuskan pada perlindungan ketertiban masyarakat ini di anut oleh Simons, Makarao, Mohammad Taufik, *Ibid*, Hlm. 49

⁴⁰⁴ Hal ini sesuai dengan yang dinyatakan oleh Pallegriano Rossi dalam Teori gabungan yang di buatnya, Baca : Makarao, Mohammad Taufik, *Pembaharuan Hukum Pidana Indonesia ; Studi tentang Bentuk-bentuk Khususnya Pidana Cambuk Sebagai Suatu Bentuk Pemidanaan*, (Yogyakarta : Kreasi Wacana, 2005) Hal. 48

⁴⁰⁵ Jan Rummelink, *Op. cit.*, 611-612

dan prevensi umum. Sedangkan dalam tindak pidana yang sifatnya ringan, maka tujuan pidana dapat lebih ditekankan kepada pribadi pelaku untuk di-resosialisasi.⁴⁰⁶

Mengulang sedikit pembahasan terdahulu, bahwa dalam *teori relatif* sebenarnya bertumpu pada tujuan yang hendak dicapai oleh penjatuhan pidana, yaitu agar menimbulkan efek jera sehingga tidak terjadi kejahatan lagi di masa yang akan datang. Plato menyatakan “*nemo prudens punit, quia peccatum, sed ne peccetur*” (seorang bijak tidak menghukum karena dilakukannya dosa, melainkan agar tidak lagi dilakukan dosa). Dari keterangan tersebut, maka pada hakekatnya teori *relatif* menekankan kepada pencegahan (*prevensi*) terhadap pengulangan kejahatan. Prevensi ini dibagi menjadi dua, yaitu prevensi umum dan prevensi khusus.⁴⁰⁷

a. Teori Pencegahan Umum (*General Preventie*)

Teori prevensi umum menyatakan bahwa penjatuhan pidana pada dasarnya bertujuan untuk memberikan efek jera kepada masyarakat luas agar tidak melakukan tindak pidana. Teori pencegahan umum ini dibagi menjadi dua, yaitu *afschrikkingstheorieen* yang bertujuan untuk membuat jera warga masyarakat agar tidak melakukan kejahatan-kejahatan, dan *De leer Van de psychologis* yang berarti ancaman pidana harus dapat mencegah niat orang untuk melakukan kejahatan-kejahatan.⁴⁰⁸

⁴⁰⁶ Widodo, *Sistem Pidana dalam Cyber Crime*. (Yogyakarta: Laksbang Mediatama, 2009) Hlm. 76-77.

⁴⁰⁷ Jan Rimmelink. *Op. cit.*, Hlm. 603-605.

⁴⁰⁸ Yesmil Anwar dan Adang. *Op. cit.*, Hlm. 136

Tujuan pokok pidana yang hendak dicapai adalah pencegahan yang ditujukan kepada khalayak ramai supaya tidak melakukan pelanggaran terhadap ketertiban masyarakat. Prevensi umum mempunyai tiga fungsi, yaitu menegakkan wibawa pemerintah, menegakkan norma dan membentuk norma.

Menurut Vos seperti dikutip Makarao, bentuk teori prevensi umum yang paling lama berwujud pidana yang mengandung sifat menjerakan/menakutkan dengan pelaksanaannya dimuka umum yang mengharapkan *suggestieve* terhadap anggota masyarakat lainnya agar tidak berani melakukan kejahatan lagi.

Perlunya diadakan pidana yang menjerakan dengan cara melaksanakannya di depan umum dengan tujuan agar anggota masyarakat lain takut untuk melakukan kejahatan. Pelaksanaan yang demikian menurut teori ini memandang pidana sebagai suatu yang terpaksa perlu (*noodzakelijk*) demi untuk mempertahankan ketertiban masyarakat.⁴⁰⁹

b. Teori Pencegahan Khusus (*Speciale Preventie*)

Aliran prevensi khusus mempunyai tujuan agar pidana itu mencegah si penjahat mengulangi kejahatan. Van Bemmelen menyatakan, mereka yang beranggapan bahwa pidana ialah pembenaran yang terpenting dari pidana itu sendiri, bertolak dari pendapat bahwa manusia (pelaku suatu tindak pidana) dikemudian hari akan menahan diri supaya tidak berbuat seperti itu lagi, karena ia mengalami (belajar) bahwa perbuatannya

⁴⁰⁹ Makarao, Mohammad Taufik, *Op. cit.*,. Hlm. 45

menimbulkan penderitaan. Pidana dalam hal ini akan berfungsi mendidik dan memperbaiki.

Menurut van Hammel, bahwa tujuan pidana disamping mempertahankan ketertiban masyarakat (teori tujuan) juga mempunyai tujuan kombinasi untuk menakutkan (*afschrikking*), memperbaiki (*verbettering*) dan untuk kejahatan tertentu harus membinasakan (*onschadelijk naking*).⁴¹⁰ Teori-teori diatas merupakan teori yang sangat lazim digunakan dalam tatanan hukum pidana moderen untuk melihat sejauh mana suatu sistem pemidanaan di terapkan terhadap suatu tindak pidana.

Jika melihat dari sisi hukum pidana Islam, yang langsung bersentuhan dengan sistem formalisasi penjatuhan hukuman cambuk, menurut Ahmad Hanafi selain mencegah dan menakut-nakuti, syariat Islam tidak lalai untuk memberikan perhatiannya terhadap diri pembuat. Bahkan memberi pelajaran dan mengusahakan kebaikan terhadap diri pembuat merupakan tujuan utama, sehingga penjauhan manusia terhadap tindak pidana (jarimah) bukan karena takut akan hukuman, melainkan karena kesadaran diri dan kebenciannya terhadap tindak pidana, serta menjauhkan diri dari lingkungannya, agar mendapatkan ridha Allah.⁴¹¹

Kesadaran yang demikian keadaannya tentu merupakan alat yang paling baik untuk memberantas tindak pidana, karena seseorang sebelum

⁴¹⁰ *Ibid.* Hlm. 47

⁴¹¹ Ahmad Hanafi, *Op. cit.*, Hlm. 256

memperbuat tindak pidana ia akan berfikir bahwa Tuhan tentu mengetahui perbuatannya dan hukuman akan menimpa dirinya, baik diketahui orang atau tidak. Baik ia dapat ditangkap oleh penguasa negara, kemudian dijatuhi hukuman didunia, atau ia dapat meloloskan diri dari kekuasaan dunia, namun ia tidak akan dapat menghindarkan diri dari hukuman akhirat.⁴¹²

Selanjutnya efek pencegahan yang ingin dicapai dari suatu hukuman dari hukum pidana Islam yaitu menahan pembuat agar tidak mengulangi perbuatannya, atau agar ia tidak terus-menerus memperbuatnya, disamping pencegahan terhadap orang lain selain pembuat agar ia tidak memperbuat tindak pidana, sebab ia bisa mengetahui bahwa hukuman yang dikenakan terhadap orang yang memperbuat pula perbuatan yang sama. Kegunaan pencegahannya dengan demikian yaitu untuk menahan terhadap pembuat sendiri untuk tidak mengulangi perbuatannya dan menahan orang lain untuk tidak memperbuatnya pula dan menjauhkan diri dari lingkungan jarimah.⁴¹³

Laporan *The International Crisis Group (Crisis Group)* yaitu suatu organisasi non-pemerintah multinasional yang bekerja melalui analisis lapangan dan advokasi bagi pencegahan dan resolusi konflik, disebutkan bahwa sebelum undang-undang (qanun) yang memuat tentang hukuman cambuk ini disahkan, sebuah delegasi yang terdiri dari hakim mahkamah Syari'ah dan ulama melakukan studi banding ke negara-negara yang memberlakukan hukum cambuk, yaitu Malaysia, Singapura, Pakistan dan

⁴¹² *Ibid*,

⁴¹³ *Ibid*, Hlm. 255

Iran. Seorang hakim yang pergi ke Malaysia, Singapura dan Pakistan mengatakan tujuan studi banding ini adalah untuk menemukan sebuah metode yang konsisten dengan norma-norma dan nilai-nilai di Aceh.

Mereka ingin menyingkirkan praktek hukum cambuk di Pakistan yang mencambuk dengan sebuah tali karena sangat menyakitkan. Mereka menganggap hukum cambuk di Malaysia dan Singapura agak “sadis” ditinjau dari ukuran rotan dan kekuatan yang digunakan. Karena tim perancang hukum Aceh ingin menggunakan hukum cambuk lebih karena untuk membuat malu terhukum di muka umum, mereka memasukkan sebuah persyaratan yaitu hukuman ini harus dilaksanakan di depan umum pada waktu yang telah ditentukan di tempat dimana banyak orang dapat melihat.

Hukuman cambuk pada prakteknya kemudian dilaksanakan setelah shalat Jum'at di sebuah masjid terkemuka. Rotan yang digunakan secara sengaja ditetapkan lebih kecil dari yang dipakai di Malaysia dan Singapura, yaitu: sepanjang satu meter tetapi tidak lebih dari tiga perempat hingga satu sentimeter tebalnya.⁴¹⁴

Beberapa hal yang mendasari pemberian suatu hukuman diatas baik dari segi hukum pidana positif maupun dari segi hukum pidana Islam, menurut penulis hukuman cambuk yang diatur di dalam beberapa qanun yang ada di Aceh yang jelas mekanismenya dilaksanakan didepan khalayak ramai, baik terhadap tindak pidana (jarimah) maisir

⁴¹⁴ Laporan : Internasional Crisis 31 Juli 2006, *Group Syari'at Islam Dan Peradilan Pidana Di Aceh*.

(perjudian), khamar (minuman keras) bahkan bagi seorang muslim yang tidak melaksanakan shalat jumat berturut-turut tiga kali, penjual nasi bahkan seseorang yang makan minum di tempat umum di bulan Ramadhan juga dikenakan hukuman cambuk secara langsung di depan umum walau jumlah cambukannya berbeda-beda tergantung dari jenis tindak pidananya.

Tekanan batin dan merasa malu ditonton di oleh masyarakat, sanak famili merupakan hal yang sangat luar biasa. Inilah yang diharapkan dari penjatuhan hukuman cambuk itu, sehingga niat untuk kembali melakukan perbuatan pidana tersebut akan hilang dengan efek dari hukuman cambuk yang di deranya.

2. Hukuman cambuk sebagai sanksi telah memenuhi prinsip pembalasan dan perlindungan masyarakat

Teori gabungan pada dasarnya adalah gabungan dari teori *absolut* dan teori *relatif*. Konsep suatu hukuman/pidana harus memenuhi prinsip pembalasan adalah keharusan bila dilihat dari sudut pandang teori *absolut*. Hukuman sendiri dijatuhkan semata-mata karena orang telah melakukan kejahatan atau tindak pidana (*quia peccatum est*). Hukuman merupakan akibat mutlak yang harus ada sebagai suatu pembalasan kepada orang yang melakukan kejahatan. Jadi dasar pembenaran dari hukuman/pidana terletak pada adanya atau terjadinya kejahatan itu sendiri.⁴¹⁵

⁴¹⁵ Muladi, Barda Nawawi. *Op. cit.*,.Hlm. 10-11

Menurut Hegel seperti yang dikutip Muladi, bahwa hukuman/pidana merupakan keharusan logis sebagai konsekuensi dari adanya kejahatan. Kejahatan adalah pengingkaran terhadap ketertiban hukum negara yang merupakan perwujudan cita-susila, sedangkan pidana atau hukuman merupakan “*Negation der Negation*” (peniadaan atau pengingkaran terhadap pengingkaran).⁴¹⁶

Van Bemmelen yang merupakan salah seorang penganut teori pembalasan modern mengatakan bahwa pada hakikatnya setiap pidana/hukuman itu merupakan pembalasan. Pertanyaannya kemudian adalah apakah atau/dan kapankah kita boleh melakukan pembalasan dan apakah gunanya pembalasan itu. Semua hukuman/pidana selalu merupakan penambahan penderitaan dengan sengaja, apakah pidana itu berdasarkan pandangan bahwa terhadap kejahatan harus di berikan pembalasan terhadap sipelaku, atau berdasarkan anggapan bahwa orang lain harus dibuat takut untuk melakukan kejahatan (pencegahan umum), ataupun untuk menjaga supaya sipelaku menjauhkan diri dari tindakan yang seperti itu lagi (pencegahan khusus).⁴¹⁷

Teori relatif memandang bahwa pembalasan itu sendiri tidak mempunyai nilai, tetapi hanya sebagai sarana untuk melindungi kepentingan masyarakat.⁴¹⁸ Teori relatif mencoba mencari tujuan pidana untuk prevensi terjadinya kejahatan dan agar terselenggarakannya ketertiban masyarakat. wujud hukuman ini berbeda-beda yakni menakutkan, memperbaiki, atau

⁴¹⁶ Makarao, Mohammad Taufik, *Log.cit.* Hlm. 40

⁴¹⁷ *Ibid*, Hlm. 42

⁴¹⁸ Muladi, Barda Nawawi. *Log.cit.* Hlm.16

membinasakan, lalu dibedakan prevensi umum dan khusus. Prevensi umum menghendaki agar orang-orang pada umumnya tidak melakukan delik.⁴¹⁹

Bentuk hukuman yang bersifat prevensi umum ini dipraktekkan sampai revolusi Prancis. Prevensi umum dilakukan dengan menakutkan orang lain dengan jalan melaksanakan pidana yang dipertontonkan. Kadang pelaksanaan pidana yang telah diputuskan itu dipertontonkan di depan umum dengan sangat ganasnya, supaya anggota masyarakat takut melihatnya. Adagium Latin yang terkenal dalam hal ini adalah: *nemo prudens punit, quia peccatum, sed net peccetur* (supaya khalayak ramai betul-betul takut melakukan kejahatan, maka perlu pidana yang ganas dan pelaksanaannya di depan umum).⁴²⁰

Fokus dari teori gabungan ternyata terjadi perbedaan faham, yaitu ada yang menitikberatkan kepada pembalasan, dan ada pula yang ingin agar unsur pembalasan dan prevensi seimbang. **Pertama:** yaitu menitik beratkan unsur pembalasan dianut antara lain oleh Pompe. Pompe mengatakan bahwa “*orang tidak boleh menutup mata pada pembalasan. Memang pidana dapat dibedakan dengan sanksi-sanksi lain, tetapi tetap ada ciri-cirinya. Tetap tidak dapat dikecilkan artinya bahwa pidana adalah suatu sanksi, dan dengan demikian terikat dengan tujuan sanksi-sanksi itu. Dan karena itu hanya akan diterapkan jika menguntungkan pemenuhan kaidah-kaidah dan berguna bagi kepentingan umum*”.⁴²¹

⁴¹⁹ Andi Hamzah, 1986, *Log.cit* .Hlm. 20

⁴²⁰ *Ibid*,

⁴²¹ *Ibid*, Hlm.22

Teori gabungan yang *kedua*: yang menitik beratkan pertahanan tata tertib masyarakat. Teori ini tidak boleh lebih berat daripada yang ditimbulkan dan gunanya juga tidak boleh lebih besar dari pada yang seharusnya. Thomas Aquino mengatakan bahwa kesejahteraan umum menjadi dasar hukum undang-undang pidana khususnya. Pidana bersifat pembalasan karena ia hanya dijatuhkan terhadap delik-delik yaitu perbuatan yang dilakukan secara sukarela. Pembalasan adalah sifat suatu pidana tetapi bukan tujuan. Tujuan pidana ialah melindungi kesejahteraan masyarakat.⁴²²

Kembali kepada konsep pemenuhan pembalasan pada suatu sanksi pidana, Emile Durkheim seperti yang kutip Makaro, menyebutkan bahwa fungsi dari pidana adalah untuk menciptakan kemungkinan bagi pelepasan emosi-emosi yang ditimbulkan atau diguncangkan oleh adanya kejahatan (*the function of punishment is to create a possibility for the release of emotions that are aroused by the crime*).⁴²³ Sedangkan menurut Roeslan Saleh, masih seperti yang dikutip Makaro, bahwa pada hakikatnya ada dua poros yang menentukan garis-garis hukum pidana yaitu :

- a. Segi prevensi, yaitu bahwa hukum pidana adalah hukum sanksi, suatu upaya untuk dapat mempertahankan kelestarian hidup bersama dengan melakukan pencegahan kejahatan,
- b. Segi pembalasan, yaitu bahwa hukum pidana sekaligus merupakan pula penentuan hukum, merupakan koreksi dari dan reaksi atas sesuatu yang bersifat tindak hukum. dengan demikian pada hakikatnya pidana adalah

⁴²² *Ibid*, Hlm.23

⁴²³ Makarao, Mohammad Taufik, *Log.cit.* Hlm.250

selalu memberi perlindungan terhadap masyarakat dan pembalasan atas perbuatan tindak hukum.⁴²⁴

R. Rijksen, membedakan antara dasar hukum dari pidana dan tujuan pidana, dasar hukum dari pidana terletak pada pembalasan terhadap kesalahan yakni dalam pembalasan itu terletak pembenaran daripada wewenang pemerintah untuk memidana (*strafbevoegdheid van de overheid*). Apakah penguasa juga menggunakan wewenang itu tergantung dari tujuan yang dikehendaki. Tujuan-tujuan itu menurut R. Rujksen serta penulis-penulis yang lain seperti van Veen, Hulsman, Hoefnagels adalah penegakan wibawa, penegakan norma, menakut-nakuti, mendamaikan, mempengaruhi tingkah laku dan menyelesaikan konflik.⁴²⁵

Penjelasan diatas jika kita merunut pada keberadaan hukuman cambuk di dalam beberapa qanun yang sudah disahkan di Provinsi Aceh, maka konsep hukuman cambuk merupakan suatu jenis sanksi yang diaplikasi dari konsep hukum pidana Islam. Walaupun demikian, untuk pelaksanaannya proses hukuman cambuk disahkan dengan sebuah surat penetapan gubernur yaitu Peraturan Gubernur Provinsi Nanggroe Aceh Darussalam Nomor 10 Tahun 2005 Tentang Petunjuk Teknis Pelaksanaan Uqubat Cambuk. Peraturan ini menjelaskan bahwa hukuman cambuk yang diterapkan di Aceh dilaksanakan didepan umum di satu tempat terbuka yang dapat disaksikan oleh orang banyak.⁴²⁶

⁴²⁴ *Ibid*,

⁴²⁵ *Ibid*,Hlm. 252

⁴²⁶ Pasal 4, ayat 1 Peraturan Gubernur Provinsi Nanggroe Aceh Darussalam Nomor 10 Tahun 2005 Tentang Petunjuk Teknis Pelaksanaan Uqubat Cambuk

Terhukum, selanjutnya menggunakan baju tipis yang menutup aurat yang telah disediakan⁴²⁷ dan berada dalam posisi berdiri tanpa penyangga bagi terhukum laki-laki dan dalam posisi duduk bagi terhukum perempuan.⁴²⁸ Menurut penulis, hukuman cambuk ini sangat mencerminkan suatu pembalasan terhadap suatu tindak pidana yang dilakukan. Hukuman yang di rasakan dan disaksikan oleh khalayak umum akan terasa lebih berat dan memalukan dari pada suatu hukuman yang di rasakan berupa siksaan badan diruang tertutup tanpa ada yang menyaksikan.

Wujud esensial dari hukuman cambuk ini adalah memunculkan suatu penderitaan yang berujung pada hilangnya keinginan si pembuat tindak pidana untuk mengulangi perbuatannya, sehingga dengan adanya hukuman cambuk ini diharapkan dapat menciptakan ketentraman di dalam masyarakat. Hal ini senada dengan yang dinyatakan oleh J.E. Sahetapy, bahwa tidak dapat disangkal dasar pengertian pidana tersimpul unsur penderitaan. Tetapi penderitaan dalam tujuan membebaskan bukanlah semata-mata untuk penderitaan agar si pelaku menjadi takut atau merasa menderita akibat suatu pembalasan dendam melainkan derita itu harus dilihat sebagai obat atau sebagai kunci jalan keluar yang membebaskan dan yang memberi kemungkinan bertobat dengan penuh keyakinan.⁴²⁹

⁴²⁷ *Ibid*, Pasal 9 ayat 1

⁴²⁸ *Ibid*, Pasal 9 ayat 2

⁴²⁹ Makarao, Mohammad Taufik, *Op. cit.*, Hlm. 252

3. Hukuman cambuk sebagai sanksi telah memenuhi prinsip kesesuaian dengan berat ringan perbuatan yang diancam.

Seperti pembahasan sebelumnya, secara konsep kebijakan hukum pidana, dalam menentukan bobot sanksi pidana tidak boleh mengabaikan aspek keadilan. Ini berarti sanksi pidana harus sebanding dengan kekejaman dari suatu kejahatan. Lebih dari itu, bobot sanksi pidana harus sebanding pula dengan korban yang ditimbulkan akibat kejahatan tersebut.

Hukuman yang telah terformulasi di dalam qanun di provinsi Aceh, baru diberikan hanya kepada para pelaku tindak jarimah (pidana) tertentu yang sudah diatur, bukannya bagi para pelaku kejahatan lain yang bersifat kejam seperti halnya pembunuhan yang sadis, perampokan, pemerkosaan dan lainnya. Hal ini karena aturan tentang tindak pidana yang kejam belum diatur.

Banyaknya jumlah cambukan terhadap para terdakwa yang melakukan tindak pidana tertentu di dalam hukum pidana Islam bervariasi, ada yang mempunyai batasan tertentu (dalam hal hukuman hudud seperti cambukan bagi pezina) dan ada yang jumlah cambukannya tergantung dari bagaimana para penguasa (dalam jarimah ta'zir) memformulasikan jumlah sanksi tersebut.

Ada beberapa hal yang menurut penulis menjadikan hukuman cambuk yang berlaku di Aceh sekarang dianggap relatif sesuai dengan

tindak pidana yang dibebankan dengan hukuman cambuk itu sendiri dari pada dengan hukuman penjara dalam konteks hukum pidana positif, yakni:

- a. *Pertama* dari segi biaya, hukuman cambuk yang di berlakukan di Aceh dapat dikatakan mengurangi beban negara untuk membiayai pelaksanaan sanksi pidana serta mengurangi beban biaya yang harus dibayar oleh si terdakwa karena harus membayar denda.

Penulis, pada pembahasan sebelumnya telah menyampaikan bahwa di dalam menentukan sanksi pidana harus menggunakan pendekatan ekonomis. Pendekatan ekonomis disini tidak hanya dimaksudkan untuk mempertimbangkan antara biaya atau beban yang ditanggung masyarakat (dengan dibuat dan digunakannya hukum pidana) dengan hasil yang ingin dicapai, tetapi juga dalam arti mempertimbangkan efektivitas dari sanksi pidana itu sendiri.⁴³⁰

Ted Honderich seperti yang dikutip Barda Nawawi, dia berpendapat bahwa suatu pidana dapat disebut sebagai alat pencegah yang ekonomis apabila dipenuhi syarat-syarat sebagai berikut :

1. Pidana itu sungguh-sungguh mencegah,
2. Pidana itu tidak menyebabkan timbulnya keadaan yang lebih berbahaya/ merugikan dari pada yang akan terjadi apabila pidana itu tidak dikenakan

⁴³⁰ Barda nawawi, *Bunga Rampai Kebijakan Hukum Pidana; Perkembangan Penyusunan Konsep KUHP Baru*. (Jakarta: Kencana Prenada Media Group, 2008) . Hlm. 32

3. Tidak ada pidana lain yang dapat mencegah secara efektif dengan bahaya/ kerugian yang lebih kecil.⁴³¹

Menurut penulis, konsep pertimbangan ekonomis sudah masuk dalam pertimbangan formulasi hukuman cambuk sebagai salah satu hukuman dalam penjatuhan pidana di dalam qanun Aceh.

Sebuah contoh kasus, seperti yang tercatat di dalam Laporan *Internasional Crisis Group*, bahwa pada Februari 2006, Mahkamah Syari'ah menerima permohonan banding pertama kalinya untuk kasus *khamar*. Kasus ini melibatkan seorang laki-laki berusia 21 tahun yang kedapatan menjual minuman keras di Kabupaten Aceh Tamiang pada September 2005. Pelaku dengan cepat mengakui perbuatannya dan didenda sebesar Rp 30 juta. Walaupun denda yang harus dibayarkan mendekati jumlah denda minimum (yaitu antara Rp 25 juta hingga Rp 75 juta), namun tetap saja ini merupakan jumlah yang besar. Lelaki itu memohon untuk dikenai hukuman cambuk saja, karena ia tidak mampu membayar denda tersebut. Mahkamah Syari'ah menetapkan bahwa pengadilan yang pertama menangani kasusnya telah secara benar menetapkan hukumannya dan menolak permohonan banding pemuda tersebut.⁴³²

Contoh kasus diatas menunjukkan bahwa, si terdakwa lebih memilih hukuman cambuk karena menurutnya lebih ringan dari pada

⁴³¹ *Ibid*,

⁴³² Laporan : Internasional Crisis 31 Juli 2006, *Group Syari'at Islam Dan Peradilan Pidana Di Aceh*

menbayarkan uang denda yang sangat memberatkan dirinya. Artinya hukuman cambuk bernilai ekonomis dari pada hukuman lainnya.

- b. Kedua*, tidak adanya perampasan kemerdekaan bagi si terdakwa setelah hakim menjatuhkan hukuman artinya hukuman cambuk lebih baik bagi pribadi si terdakwa dari pada si terdakwa mendapat hukuman kurungan selama berbulan-bulan untuk tindak pidana perjudian atau minuman keras dalam konsep pidana KUHP.
- c. Ketiga*, hukuman cambuk memenuhi prinsip pembelajaran bagi si terdakwa dan mampu membuat si terdakwa terbebani mentalnya secara psikologis untuk mengulangi perbuatannya. Hal ini disebabkan karena hukuman yang dijalandkannya di laksanakan di depan masyarakat umum bahkan di depan ulama, pejabat pemerintahan, serta keluarga si terdakwa itu sendiri. Adanya beban psikologis yang muncul diharapkan tidak ada lagi pengulangan tindak pidana yang sama untuk selanjutnya.

Hal diatas, senada dengan yang diutarakan oleh menurut Ahmad Hanafi. Menurut Hanafi ada beberapa tujuan diutamakannya hukuman cambuk/jilid tersebut, yakni :

- a. Hukuman cambuk lebih banyak berhasil dalam memberantas orang-orang penjahat yang biasa melakukan jarimah atau tindak pidana.
- b. Hukuman cambuk mempunyai dua batasan, yaitu batasan tertinggi dan batasan terendah dimana hakim bisa memilih jumlah jilid yang terletak antara keduanya yang lebih sesuai dengan keadaan pembuat.

- c. Dari segi pembiayaan pelaksanaannya tidak merepotkan keuangan negara dan tidak pula menghentikan daya usaha pembuat ataupun menyebabkan keluarganya terlantar, sebab hukuman jilid bisa dilaksanakan seketika dan sesudah itu pembuat bisa bebas.
- d. Dengan hukuman cambuk, pembuat dapat terhindar dari akibat-akibat buruk penjara, seperti rusaknya akhlak serta kesehatan dan membiasakan nganggur dan bermalas-malasan.⁴³³

Penulis melihat dalam pencantuman hukuman pidana cambuk di dalam qanun Aceh terhadap beberapa tindakan yang diancam dengan jenis hukuman cambuk, namun hukuman cambuk ini hanya diposisikan sebagai *alternatif* dari penjatuhan sanksi hukuman penjara, artinya apabila suatu tindak pidana tersebut bukan tergolong kepada tindak pidana (jarimah) dalam kategori hudud maka penguasa dapat menggantinya dengan hukuman lainnya. Hal ini dapat dilihat dari isi beberapa pasal dalam Qanun Provinsi Nanggroe Aceh Darussalam No.11 Tahun 2002 Tentang Pelaksanaan Syari'at Islam bidang Aqidah, Ibadah dan Syi'ar Islam, yakni :

Pasal 20, (1). Barang siapa yang menyebarkan paham atau aliran sesat sebagaimana dimaksud dalam Pasal 5 ayat (2) dihukum dengan ta'zir berupa hukuman penjara paling lama 2 (dua) tahun atau hukuman cambuk di depan umum paling banyak 12 (dua belas) kali.

Pasal 21, (1) Barang siapa yang tidak melaksanakan shalat jum'at tiga kali berturut-turut tanpa uzur syar'i sebagaimana dimaksud

⁴³³ Ahmad Hanafi, *Log.cit.* Hlm. 305-306

dalam Pasal 8 ayat (1) dihukum dengan ta'zir berupa hukuman penjara paling lama 6 (enam) bulan atau hukuman cambuk di depan umum paling banyak 3 (tiga) kali.

- Pasal 22, (1) Barang siapa yang menyediakan fasilitas / peluang kepada orang muslim yang tidak mempunyai uzur syar'i untuk tidak berpuasa pada bulan Ramadhan sebagaimana yang dimaksud dalam Pasal 10 ayat (1) dipidana dengan hukuman ta'zir berupa hukuman penjara paling lama 1 (satu) tahun atau denda paling banyak 3 (tiga) juta rupiah atau hukuman cambuk di depan umum paling banyak 6 (enam) kali dan dicabut izin usahanya.
- (2) Barang siapa yang makan dan minum di tempat / di depan umum pada siang hari bulan Ramadhan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 10 ayat (2) dipidana dengan hukuman ta'zir berupa hukuman penjara paling lama 4 (empat) bulan atau hukuman cambuk di depan umum paling banyak 2 (dua) kali.⁴³⁴

Menurut Syahrizal Abbas, yang mendasari pemikiran formulasi hukuman cambuk dapat menjadi hukuman *alternative* adalah karena hukuman cambuk yang dijatuhkan pada jarimah tersebut adalah jarimah yang sifatnya fleksibel dari ketentuan Quran dan hadis, ini juga kemudian yang menjadi pertimbangan kemashlahatan oleh para ulama di Aceh.⁴³⁵

Menurut penulis sendiri, dengan adanya formulasi hukuman cambuk sebagai hukuman alternatif, maka keadaan ini memudahkan bagi

⁴³⁴ Qanun Provinsi Nanggroe Aceh Darussalam No.11 Tahun 2002 Tentang Pelaksanaan Syari'at Islam bidang Aqidah, Ibadah dan Syi'ar Islam.

⁴³⁵ Wawancara penulis dengan Prof. Syahrizal Abbas, MA Via Telpon pada tanggal 14 Januari 2012

hakim sendiri dalam menentukan hukuman yang cocok kepada terdakwa, dan sifatnya kondisional tergantung kepada siapa, bagaimana tindak pidana itu dilakukan. Serta hukuman cambuk itu mungkin akan sangat sesuai dengan beban psikologis si terdakwa.

Kemudian ada juga hukuman cambuk yang berupa hukuman ta'zir tetapi menjadi hukuman pokok yaitu terdapat dalam Qanun Provinsi Nanggroe Aceh Darussalam No.13 Tahun 2003 Tentang *Maisir* (Perjudian), Pasal 23 ayat 1 yakni: Setiap yang melanggar ketentuan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 5 (maisir/perjudian), diancam dengan hukuman cambuk di depan umum paling banyak 12 (dua belas) kali dan paling sedikit 6 (enam) kali.⁴³⁶

Hukuman cambuk yang berupa ta'zir tetapi menjadi hukuman pokok juga diatur di dalam Qanun Provinsi Nanggroe Aceh Darussalam No.14 Tahun 2003 Tentang Khalwat (mesum) yakni pada Pasal 22 ayat 1, “Setiap yang melanggar ketentuan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 5 (khalwat), diancam dengan `uqubat ta`zir berupa hukuman cambuk di depan umum paling banyak 9 (sembilan) kali dan paling sedikit 3 (tiga) kali dan/atau denda paling banyak Rp. 10.000.000 (sepuluh juta rupiah), paling sedikit Rp. 2.500.000 (dua juta lima ratus ribu rupiah)”.⁴³⁷

⁴³⁶ Qanun Provinsi Nanggroe Aceh Darussalam No.13 Tahun 2003 Tentang *Maisir* (Perjudian)

⁴³⁷ Qanun Provinsi Nanggroe Aceh Darussalam No.14 Tahun 2003 Tentang Khalwat (Mesum)

Sebagaimana pada umumnya dalam hukum pidana positif Indonesia, dengan adanya suatu pilihan batasan maksimum dan minimum khusus pada penjatuhan hukuman oleh hakim, maka banyaknya cambukan pada beberapa tindak pidana diatas menjadi hak penuh hakim pada saat penjatuhan hukuman dalam putusannya.

Hukuman cambuk yang berupa hukuman hudud (hukuman yang sudah ada ketetapannya di dalam Al-Quran dan Hadist) yang juga dianggap memposisikan hukuman cambuk sebagai hukuman pokok, terdapat di dalam Qanun Provinsi Nanggroe Aceh Darussalam No.12 Tahun 2003 “Tentang Larangan Minuman Khamar dan Sejenisnya” yaitu dalam Pasal Pasal 26 ayat (1) yakni “Setiap orang yang melanggar ketentuan sebagaimana dimaksud dalam pasal 5 (Minuman Khamar dan Sejenisnya), diancam dengan ‘uqubat hudud 40 (empat puluh) kali cambuk.

Dasar pemikiran dari formulasi hukuman cambuk dalam qanun-qanun diatas sebagai bentuk hukuman pokok menurut Syahrizal Abbas adalah karena hukuman cambuk itu sendiri memang telah terdapat pada jarimah yang sudah ada ketentuannya dalam teks Alquran maupun hadis, yang juga merupakan jarimah yang bersifat hudud, sehingga hukumannya tidak dapat diubah, diganti, ditambah maupun dikurangi. Ketentuan ini juga sebagai bentuk pembalasan bagi pelaku jarimah tersebut.⁴³⁸

⁴³⁸ Wawancara penulis dengan Prof. Syahrizal Abbas, MA Via Telpon pada tanggal 14 Januari 2012

Beberapa pengaturan dan penempatan hukuman cambuk sebagai suatu hukuman, memberi gambaran bahwa penentuan kesesuaian berat ringan suatu hukuman cambuk sebagai suatu hukuman dapat dianggap sebagai suatu pilihan dari para penguasa di Aceh dalam menentukan kebijakan hukum pidana yang sesuai dengan nuansa hukum pidana Islam. Walaupun berat ringan atau banyak sedikitnya cambukan dalam eksekusinya, apabila suatu tindak pidana tersebut berada diluar koridor dari kekhususan jarimah hudud maka bobot berat ringannya masih bisa di sesuaikan dengan jenis tindak pidana tersebut.

Bobot sanksi pidana dalam penentuannya tidak boleh mengabaikan aspek keadilan, disini berarti sanksi pidana harus sebanding dengan kekejaman dari suatu kejahatan. Lebih dari itu, bobot sanksi pidana harus sebanding pula dengan korban yang ditimbulkan akibat kejahatan tersebut. Hal ini juga berlaku dalam penentuan jumlah cambukan yang tercantum dalam masing-masing qanun di Aceh. Jumlah cambukan tersebut adalah berdasarkan konversi dalam sejumlah ancaman dalam sejarah hukum Islam. Jumlah ini juga merupakan konsekuensi logis

Penulis dapat menyimpulkan beberapa hal terkait dengan justifikasi hukuman cambuk dari segi kebijakan hukum pidana yakni :

1. Formulasi hukuman cambuk di dalam beberapa qanun di Provinsi Aceh sudah sesuai dengan prinsip-prinsip penalisasi dalam konsep kebijakan hukum pidana, yaitu

- a. Terpenuhinya prinsip ekonomis artinya sanksi pidana dalam hal ini hukuman cambuk benar-benar dapat berfungsi sebagai alat pencegah terhadap terjadinya tindak jarimah seperti yang sudah di atur dalam beberapa qanun di Aceh.
 - b. Terpenuhinya prinsip humanis artinya formalisasi dan penerapan hukuman cambuk sudah sesuai dengan nilai-nilai kemanusiaan yang beradab dalam hal ini dapat dilihat dari pengaturan teknis pelaksanaan hukuman cambuk, yang menurut para Ulama dan para akademisi yang turut membuat draf teknis pelaksanaan hukuman cambuk bahwa hukuman cambuk yang berlaku di Aceh adalah sangat manusiawi apabila dibandingkan dengan teknis cambukan di negara lain.
 - c. Terpenuhinya prinsip keadilan *proporsionalitas ordinal* dan *proporsionalitas cardinal* dalam falsafah pemidanaan artinya jenis dan bobot hukuman cambuk sudah sebanding dengan hukuman cambuk pada jenis perbuatan yang lebih besar serta kerugian dan korban yang dimunculkan dari suatu jarimah tersebut .
2. Hukuman cambuk yang diberlakukan di Aceh, apabila di ukur dengan parameter tujuan hukum pidana itu sendiri maka akan sangat jelas kecocokannya apabila menggunakan tolak ukur keberhasilan dari teori gabungan. Tujuan penerapan hukuman bila dikaji dengan menggunakan teori gabungan ini akan dapat dinilai yaitu :

- a. Hukuman cambuk sebagai sanksi telah memenuhi prinsip pencegahan artinya efek pencegahan yang ingin dicapai dari suatu hukuman dari hukum pidana Islam yaitu menahan pembuat agar tidak mengulangi perbuatannya, atau agar ia tidak terus-menerus memperbuatnya. Hal ini tentunya disamping pencegahan terhadap orang lain selain pembuat agar ia tidak memperbuat tindak pidana, sebab ia bisa mengetahui bahwa hukuman yang dikenakan terhadap orang yang memperbuat pula perbuatan yang sama. Kegunaan pencegahannya dengan demikian adalah untuk menahan terhadap pembuat sendiri untuk tidak mengulangi perbuatannya dan menahan orang lain untuk tidak memperbuatnya pula dan menjauhkan diri dari lingkungan jarimah.
- b. Hukuman cambuk sebagai sanksi telah memenuhi prinsip pembalasan dan perlindungan masyarakat, hal ini dapat dilihat dari beban yang akan dirasa oleh si terhukum terasa lebih berat dan memalukan dari pada suatu hukuman yang di rasakan berupa siksaan badan diruang tertutup tanpa ada yang menyaksikan. Kemudian wujud esensial dari hukuman cambuk ini adalah memunculkan suatu penderitaan yang berujung pada lebih minimnya keinginan si pembuat tindak pidana untuk mengulangi perbuatannya, sehingga dengan adanya hukuman cambuk ini diharapkan dapat menciptakan ketentraman di dalam masyarakat.

- c. Hukuman cambuk sebagai sanksi telah memenuhi prinsip kesesuaian dengan berat ringan perbuatan yang diancam, hal ini dapat dilihat dari beberapa pengaturan dan penempatan hukuman cambuk sebagai suatu hukuman, penentuan kesesuaian berat ringan suatu hukuman cambuk sebagai suatu sanksi pidana dapat dianggap sebagai suatu pilihan oleh para pembuat kebijakan di Aceh dalam menentukan kebijakan hukum pidana yang sesuai dengan nuansa hukum pidana Islam. Walaupun berat ringan atau banyak sedikitnya jumlah cambukan dalam eksekusinya, apabila suatu tindak pidana tersebut berada diluar koridor dari kekhususan jarimah hudud maka bobot berat ringannya masih bisa di sesuaikan dengan jenis tindak pidana tersebut

C. Justifikasi Hukuman Cambuk dalam Qanun Provinsi Aceh ditinjau dari Hak Asasi Manusia (HAM)

1. Hukuman Cambuk Sebagai Suatu Hukuman Pembebasan Dari Terjadinya Pelanggaran Hak Asasi Manusia Bagi Terdakwa di Provinsi Aceh

Pada pembahasan terdahulu penulis sudah memaparkan bahwa hak (*right*) adalah hak (*entitlement*). Hak adalah tuntutan yang dapat diajukan seseorang terhadap orang lain sampai kepada batas-batas pelaksanaan hak

tersebut. Dia tidak mencegah orang lain melaksanakan hak-haknya. Hak Asasi Manusia adalah hak hukum yang dimiliki setiap orang sebagai manusia. Hak-hak tersebut bersifat universal dan dimiliki setiap orang, orang kaya maupun miskin, laki ataupun perempuan. Hak-hak tersebut mungkin saja dilanggar tetapi tidak pernah dapat dihapuskan. HAM adalah hak hukum, ini berarti bahwa hak-hak tersebut merupakan hukum.⁴³⁹

Sejak tanggal 26 Agustus 1789, konsep HAM berkembang di Amerika Serikat, terutama sejak kemenangan Thomas Jefferson yang pada waktu itu lebih mengkonsentrasikan kepada pengembangan teoritis John Locke, Thomas Hobbes dan Montesquieu. Revolusi Amerika telah melahirkan semboyan HAM sebagai berikut, “*Insisting that men are born and remain free an equal international right*”.

Deklarasi tersebut memproklamirkan tujuan dari perkumpulan politik dan menegaskan perlunya pemeliharaan akan hak-hak dasar manusia yang diidentifikasi sebagai *liberty, property, safety, and resistance to oppression*. Liberty yaitu hak untuk berbicara, kemerdekaan berpolitik dan memeluk suatu agama, kebebasan untuk tidak diperlakukan semena-mena atau dapat di tangkap, dan dibatasi hak-haknya.⁴⁴⁰

HAM dalam Islam berbeda dengan HAM dalam pengertian umum yang dikenal. Sebab seluruh hak merupakan kewajiban bagi negara maupun individu yang tidak boleh diabaikan. Negara tidak saja menahan diri dari

⁴³⁹ C. de Rover, *To Serve & To Protect Acuan Universal Penegakan HAM*, (Jakarta : Rajawali Pres, 2000), hlm.47

⁴⁴⁰ Jawahir Thontowi, *Hukum Internasional di Indonesia, Dinamika dan Implementasinya dalam Beberapa Kasus Kemanusiaan*, (Yogyakarta: Madya Press, 2002) . Hlm.3

menyentuh hak-hak ini, melainkan mempunyai kewajiban memberikan dan menjamin hak-hak ini. Negara berkewajiban menjamin perlindungan sosial bagi setiap individu tanpa ada perbedaan antara laki-laki atau perempuan, tidak ada perbedaan antar muslim dan non muslim.

Terdapat beberapa macam HAM yang dijamin oleh Islam untuk dilindungi, sebagaimana pembagian yang diutarakan oleh para ahli. M.Tahir, seperti yang dikutip Ahmad Nur dkk. dalam bukunya mengemukakan pengakuan dan perlindungan terhadap HAM ditekankan pada 3 hal utama yakni :

- a. Persamaan manusia
- b. Martabat manusia
- c. Kebebasan manusia⁴⁴¹

Hak Asasi Manusia menempati posisi yang penting dalam konsepsi hukum pidana Islam. *Ancaman pidana yang tegas terhadap pelaku kejahatan tidak bisa dikatakan sebagai suatu pelanggaran HAM.* Ancaman yang keras bagi para pelaku mengandung hikmah yang besar, yang penting bagi si terpidana sendiri adalah membangkitkan kesadaran bahwa tindakannya keliru. *Jatuhnya pidana bahkan bisa menghapus sanksi yang jauh lebih keras di akhirat.* Tentu saja konsep ini tidak bisa dipahami oleh hukum Barat yang sekuler.⁴⁴²

Sejak lebih dari 1400 tahun yang lalu, hak-hak tertentu telah mendapat jaminan berdasarkan Alquran, yaitu hak hidup, keamanan diri,

⁴⁴¹ Ahmad Nur Fuad, dkk, *Op. cit.*, Hlm. 18

⁴⁴² Topo Santoso, *Membumikan Hukum Pidana Islam*, (Jakarta : Gema Insani Press, 2003) Hlm. 67

kemerdekaan, perlakuan yang sama (nondiskriminasi), kemerdekaan berfikir, berekspresi, keyakinan dan beribadah, perkawinan, kemerdekaan hukum, asas praduga tak bersalah, adanya asas legalitas tiada pidana tanpa undang-undang sebelum perbuatan itu (*nulla poena sine lege*), perlindungan dari kekejaman, suaka, kebebasan berserikat dan berkumpul, berpotensi dan bekerja, dan hak memilih, memperoleh, serta hak milik.⁴⁴³

Hak-hak tersangka/terdakwa selama pemeriksaan di muka penyidik dan hakim pada proses peradilan pidana harus benar-benar terjaga agar tidak terjadi pelanggaran HAM yang nota bene akan menyalahi dari aturan KUHAP, hak-hak ini tersebar kedalam beberapa bab dan pasal-pasal, dan antara lain dalam Bab VI pasal 50 sampai dengan pasal 68 KUHAP, kemudian pasal 244, 263, 213 KUHAP.

Kelebihan dari hukuman cambuk dibandingkan dengan hukuman penjara apabila dibandingkan dari segi efek negatif dan positif (sesuai antara hukum pidana Islam di Aceh dengan hukum positif pidana positif di Indonesia) misalkan pada tindak pidana minuman keras dan perjudian maka hukuman cambuk menurut Hanafi mempunyai nilai positif yaitu “pembuat dapat terhindar dari akibat-akibat buruk penjara, seperti rusaknya akhlak serta kesehatan dan membiasakan nganggur dan bermalas-malasan”.⁴⁴⁴ Menurut penulis, seperti yang sudah dipaparkan sebelumnya, hukuman cambuk tidak pernah mengambil dan menghilangkan kemerdekaan seseorang tidak seperti layaknya hukuman penjara. Setelah si terdakwa

⁴⁴³ *Ibid.* Hlm.68

⁴⁴⁴ Ahmad Hanafi, *Log.cit.* Hlm. 305-306

dihukum, maka dia boleh langsung kembali kepada keluarganya dan menjalankan kembali semua hak kemanusiaannya.

Persoalan si terdakwa mengalami cedera di bagian punggung karena pencambukan, dalam proseduralnya jaksa wajib menghadirkan seorang dokter untuk memberi pengobatan gratis kepada si terdakwa.⁴⁴⁵ Penulis berkesimpulan bahwa dengan adanya hukuman cambuk ini, penekanan dan meminimalisir terjadinya pelanggaran HAM kepada si terdakwa saat dalam proses peradilan pidana dapat dikurangi bahkan pelanggaran HAM yang muncul pada masa menjalani eksekusi di dalam penjara sendiri dapat dihilangkan.

2. Hukuman Cambuk Ditinjau Menurut Konvensi Menentang Penyiksaan Dan Perlakuan Atau Penghukuman Lain Yang Kejam, Tidak Manusiawi, Atau Merendahkan Martabat Manusia

Rasulullah SAW dalam sejarah Islam melarang kekejaman dan penyiksaan, tidak seorang pun boleh dijatuhi hukuman dengan api, dan juga memperingatkan agar tidak memukul siapapun pada wajahnya. Beberapa hukum dibidang hukum pidana mungkin terlihat berat, atau bahkan keras. Hukuman berat diancamkan bagi beberapa kejahatan seperti perzinaan.

⁴⁴⁵ Baca Pasal 11 ayat b, Peraturan Gubernur Provinsi Nanggroe Aceh Darussalam Nomor 10 Tahun 2005 Tentang Petunjuk Teknis Pelaksanaan *Uqubat (hukuman)* Cambuk Gubernur Provinsi Nanggroe Aceh Darussalam.

Akan lebih mudah dimengerti bila diingat bahwa menjaga nilai-nilai dan standar moral merupakan perhatian utama dari agama.⁴⁴⁶

Hukum pidana Islam adalah masalah kontroversial, tidak hanya di Indonesia tetapi juga didunia (muslim). Menurut konsepsi dan dokumen-dokumen HAM Universal, hukum pidana Islam bertentangan dengan standar HAM, bahkan penerapan hukum pidana Islam merupakan bentuk pelanggaran HAM. Karena itu, hukum syari'at berkaitan dengan hukum pidana tidak dimasukkan dalam hukum nasional Indonesia. Undang-undang HAM juga tidak memuat masalah ini. Perjanjian Internasional tentang Hak-hak sipil dan Politik (ICCPR) hanya menyajikan beberapa aspek perlindungan hak-hak dan prosedur di bidang hukum pidana dalam pasal 9 dan 14.⁴⁴⁷

Islam menyatakan secara eksplisit sangat menghormati harkat manusia adalah jelas. Alquran dalam melihat manusia telah menggabungkan dua sisi yang bertolak belakang dari makhluk ini. *Manusia dianggap sebagai makhluk yang sangat mulia, tetapi pada saat yang sama ia juga dianggap sebagai makhluk yang sangat hina (saat dia melakukan kejahatan). Kedua sisi manusia yang bertolak belakang ini juga diterjemahkan oleh agama melalui tatanan hukumannya. Ketika seorang manusia tidak bersalah, maka hak dan martabatnya dianggap suci dan harus dilindungi secara penuh, sebaliknya ketika kesalahan seseorang sampai pada kejahatan qishas atau hudud, maka satu persatu dari sendi-*

⁴⁴⁶ Topo Santoso, *Op. cit.*, Hlm.73

⁴⁴⁷ Ahmad Nur Fuad, dkk, *Op. cit.*, Hlm.74

*sendi kemuliannya itu runtuh, kemudian diperlakukan oleh hukum berdasarkan sisi kehinaanya.*⁴⁴⁸ Menurut penulis, hal ini merupakan falsafah dalam hukum Islam untuk menilai batas hak asasi manusia yang diukur dengan sebuah hukuman. Seorang manusia tidak akan mempunyai nilai kehormatan pada saat dia telah melakukan suatu kesalahan melanggar Syar'i.

Hukuman merupakan wujud dari pencabutan sebagian hak asasi manusia demi memberi keadilan bagi orang lain yang telah dilanggar ham asasi manusia lain oleh siterdakwa. Hukuman dalam pidana Islam (hukuman mati, potong tangan, cambuk) dianggap kejam dan tidak manusiawi. Hal ini dikarenakan tidak adanya keyakinan akan sisi kehinaan manusia, sehingga ia dipandang sebagai makhluk yang mulia selamanya dalam keadaan apa saja. Penggabungan dua sisi manusia yang bertolak belakang dalam hukuman pidana Islam boleh saja dikatakan keras dan berat, tetapi kekerasan itu dijatuhkan kepada orang yang telah dilucuti martabat kemanusiaanya karena tindakan yang dilakukannya. Berdasarkan hal inilah penerapan hukum pidana Islam tidak dapat dikatakan bertentangan dengan perlindungan HAM, tetapi justru disitulah terdapat salah satu bentuk penegakan HAM.

Penerapan dan penegakan hukum pidana pada dasarnya harus mengutamakan hak asasi manusia bagi setiap orang dalam prakteknya. Ada

⁴⁴⁸ Topo Santoso, *Membumikan Hukum Pidana Islam, Op. cit.*, Hlm.77

beberapa asas yang sangat esensial dan saling terkait antara acuan hukum dan penegakan hukum pidana, yakni :

1. Hak untuk hidup, kebebasan dan keamanan bagi semua orang,
2. Larangan penyiksaan
3. Larangan penangkapan atau penahanan sewenang-wenang
4. Hak atas peradilan yang jujur
5. Hak atas perlakuan manusiawi bagi orang-orang yang dicabut kebebasan mereka
6. Larangan gangguan yang bersifat melawan hukum atau sewenang-wenang terhadap *privacy*, keluarga, rumah atau surat-menyurat
7. Kebebasan berpendapat, berekspresi berkumpul dan berserikat.⁴⁴⁹

Pelanggaran HAM adalah setiap perbuatan seseorang atau sekelompok orang termasuk aparat negara, baik disengaja maupun tidak disengaja atau kelalaian yang secara melawan hukum mengurangi, menghalangi, membatasi dan atau mencabut HAM seseorang atau kelompok orang yang dijamin oleh undang-undang, dan tidak mendapatkan atau dikhawatirkan tidak akan memperoleh penyelesaian hukum yang adil dan benar berdasarkan mekanisme hukum yang berlaku.⁴⁵⁰

Sejalan dengan hal tersebut kongres PBB ke VI tahun 1980 mengenai *The Prevention of Crime and the Treatment of the offenders*

⁴⁴⁹ C. de Rover, *Op. cit.*, hlm. 227

⁴⁵⁰ Pasal 1 angka 6 UU No. 39 Tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia.

menegaskan bahwa perampasan nyawa merupakan kejahatan yang sangat kejam. Pemberantasannyapun harus diprioritaskan secara internasional. Perampasan terhadap nyawa juga dikutuk oleh semua sistem hukum nasional dan oleh prinsip-prinsip hukum pada umumnya.

Bangsa Indonesia sebagai negara hukum, telah mewujudkan asas legalitas sebagai suatu upaya perlindungan hak kemerdekaan dan kebebasan setiap orang kedalam suatu acuan aturan pemberlakuan hukum pidana (KUHP) yaitu “tidak ada suatu perbuatan dapat dipidana kecuali atas kekuatan aturan pidana dalam perundang-undangan yang telah ada sebelum perbuatan itu dilakukan”.⁴⁵¹

Sebagaimana berlakunya azas legalitas maka proses perwujudan HAM dalam penegakan hukum pidana tidak terlepas dari acuan atau pedoman penegakan hukum pidana yaitu Kitab Hukum Acara Pidana serta bekerjanya perangkat peradilan pidana yang masuk dalam sistem peradilan pidana. KUHP telah menjamin keberadaan HAM seseorang yang berada dalam proses peradilan pidana mulai dari tahapan penyidikan, penuntutan, peradilan sampai saat dia berada dalam tahapan menjalani masa tahanan.

Secara normatif, setiap hukuman yang dijatuhkan kepada terdakwa setelah mendapat putusan yang *Incras* maka dianggap tidak melanggar Hak Asasi Manusia, karena bentuk penjatuhan hukuman tersebut sudah dibenarkan melalui proses legislasi dan mempunyai asas legalitas. Demikian

⁴⁵¹ Pasal 1 Kitab Undang-undang Hukum Pidana Indonesia (KUHP)

halnya dengan penerapan *hukuman cambuk* di Provinsi Aceh yang sudah sesuai dengan amat para legislator dalam memformulasikan kebijakan tentang hukuman cambuk tersebut.

Mengulang sedikit pembahasan sebelumnya, dinyatakan bahwa fenomena penyiksaan/penganiayaan yang terjadi dalam masyarakat bernegara bukanlah sesuatu yang bersifat kultural, yang menyangkut pandangan nilai dan sikap mental serta perilaku masyarakat yang semata-mata dapat diatasi dengan cara pendidikan dan penyebaran pengertian. Lebih dari pada itu, fenomena penganiayaan harus dipahami dalam konteks struktural dalam arti adanya struktur-struktur kekuasaan yang membuka peluang dan kesempatan bagi lahirnya fenomena penyiksaan.

Atas dasar pemahaman konteks struktural fenomena penyiksaan itulah Mahkamah Internasional (*International Court Justice*) mengkualifikasikan kewajiban untuk menghormati hak-hak asasi manusia termasuk di dalamnya hak untuk bebas dari penganiayaan sebagai kewajiban seseorang yang sedang memegang kekuasaan terhadap rakyat dari negara tersebut. Negara dengan begitu mempunyai kepentingan langsung atas pemenuhan kewajiban tersebut.⁴⁵²

Penyiksaan merupakan suatu tindakan yang dilakukan dengan sengaja kepada seseorang yang tidak dapat mempertahankan haknya dalam

⁴⁵² F. Sugeng Istanto, dkk., *Penyiksaan Dalam Anarki Kekuasaan*, (Yogyakarta : Fakultas Hukum Universitas Islam Indonesia, 1996, Cet. I)

menentang sebuah kekerasan terhadap dirinya, dimana suatu tindakan tersebut menimbulkan rasa sakit bagi dirinya baik sakit yang jasmani atau dirasakan oleh tubuh /raga maupun sakit rohani atau mental pada seseorang. Penyiksaan bahkan ada yang berdampak hilangnya nyawa seseorang atau sampai menyebabkan kematian, sehingga dapat merampas hak hidup seseorang yang merupakan hak paling mendasar yang dimiliki oleh manusia.

Hal inilah yang merupakan alasan dibuatnya konvensi yang menentang Penyiksaan. (*Convention Against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment / CAT*) yang di ratifikasi di Indonesia melalui Undang-Undang No. 5 tahun 1998 dimana Konvensi ini mengartikan Penyiksaan itu dilarang: "*Bahwa negara Indonesia adalah negara hukum yang menjunjung tinggi harkat dan martabat manusia serta menjamin semua warga negara bersamaan kedudukannya di dalam hukum sehingga segala bentuk penyiksaan dan perlakuan atau penghukuman lain yang kejam, tidak manusiawi, atau merendahkan martabat manusia harus dicegah dan dilarang*".⁴⁵³

Larangan penyiksaan ditemukan di dalam sejumlah perjanjian HAM dan humaniter internasional dan dipandang sebagai sebuah prinsip hukum internasional umum. Larangan penyiksaan juga dianggap memiliki status khusus dalam hukum internasional, yakni *jus cogen*, yang merupakan sebuah norma tertinggi dalam hukum internasional. Hukum internasional umum

⁴⁵³ Pasal 1 ayat (1), Undang-Undang No. 5 tahun 1998 tentang Konvensi Menentang Penyiksaan dan Perlakuan atau Hukuman Lain yang Kejam, Tidak Manusiawi, dan Merendahkan Martabat Manusia

mengikat semua negara, bahkan jika mereka tidak meratifikasi suatu perjanjian tertentu. Aturan-aturan *jus cogen* tidak dapat dipertentangkan dengan hukum perjanjian atau dengan aturan-aturan hukum internasional lainnya.⁴⁵⁴

Hak untuk bebas dari penganiayaan atau perlakuan yang kejam yang dikategorikan sebagai bagian dari kelompok hak-hak sipil yang selain mendasar juga bersifat strategik. Menyadari pentingnya dilakukan usaha-usaha yang bersifat multilateral untuk mencegah, mengatasi dan mengakhiri fenomena penyiksaan atau perlakuan kejam, khususnya baik langsung maupun tidak langsung melibatkan pejabat publik, pada tanggal 10 Desember tahun 1984 Majelis Umum PBB melalui sebuah resolusi 39/46 mengesahkan sebuah konvensi guna melindungi hak-hak asasi manusia, khususnya hak untuk tidak dianiaya atau diperlakukan kejam atau dihukum yang merendahkan martabat manusia.

Konvensi itu di kenal sebagai *Konvensi Untuk Menentang Penyiksaan dan Perlakuan atau Penghukuman Lain Yang Kejam, Tidak Manusiawi, atau Merendahkan Martabat Manusia (Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment)*. Dalam bagian pembukaan dari konvensi itu disebutkan tujuan dari diadakannya konvensi itu adalah kehendak untuk menciptakan perjuangan yang lebih efektif melawan penyiksaan dan perlakuan atau

⁴⁵⁴ Conor Foley, *Melawan Penyiksaan Manual Untuk Hakim dan Jaksa Penuntut*, (Jakarta : Elsam, 2009) . Hlm. 6

hukuman yang kejam, tidak manusiawi atau merendahkan martabat manusia di seluruh dunia.⁴⁵⁵

Konvensi PBB ini telah mendefinisikan penyiksaan dan menetapkan bahwa negara-negara Pihak harus melarang penyiksaan dalam keadaan apa pun. Konvensi ini memuat antara lain : Pasal 1 yaitu memuat tentang definisi dari penyiksaan itu sendiri,

*“penyiksaan berarti setiap perbuatan yang dilakukan dengan sengaja, sehingga menimbulkan rasa sakit atau penderitaan yang hebat, baik jasmani maupun rohani, pada seseorang untuk memperoleh pengakuan atau keterangan dari orang itu atau dari orang ketiga, dengan menghukumnya atas suatu perbuatan yang telah dilakukan atau diduga telah dilakukan oleh orang itu atau orang ketiga, atau mengancam atau memaksa orang itu atau orang ketiga, atau untuk suatu alasan yang didasarkan pada setiap bentuk diskriminasi, apabila rasa sakit atau penderitaan tersebut ditimbulkan oleh, atas hasutan dari, dengan persetujuan, atau sepengetahuan pejabat publik. Hal itu tidak meliputi rasa sakit atau penderitaan yang semata-mata timbul dari, melekat pada, atau diakibatkan oleh suatu sanksi hukum yang berlaku”.*⁴⁵⁶

Ketentuan tersebut diatas jelas mengungkapkan bahwa yang dimaksud dengan penyiksaan adalah setiap perbuatan yang menimbulkan rasa

⁴⁵⁵ F. Sugeng Istanto, dkk., *Penyiksaan Dalam Anarki Kekuasaan, Op. cit.*, Hlm. 6

⁴⁵⁶ Pasal 1, Konvensi Menentang Penyiksaan dan Perlakuan atau Penghukuman Lain Yang Kejam, Tidak Manusiawi, atau Merendahkan Martabat Manusia)

sakit atau penderitaan yang hebat, baik jasmani ataupun rohani, dan secara terus menerus pada seseorang. Perbuatan yang untuk menimbulkan rasa sakit atau penderitaan itu ditimpakan atau dilakukan, didorong atau atas persetujuan pejabat atau pegawai pemerintah. Jelas bahwa yang diatur oleh konvensi anti penyiksaan adalah tindakan yang langsung maupun tidak langsung dilakukan oleh pejabat atau pegawai pemerintah, antara lain seperti Polisi, Lurah, Camat, Jaksa, Anggota TNI, POLRI dan lainnya.⁴⁵⁷

Konvensi tidak mengatur penyiksaan yang dilakukan oleh warga masyarakat misalnya, orang tua yang menyiksa anaknya, suami memukul istrinya, majikan menganiaya buruhnya, dan lainnya. Hanya perilaku pejabat atau aparatur negara yang menjadi objek pengaturan konvensi. Penyiksaan itu dilakukan untuk tujuan seperti, memperoleh pengakuan atau informasi dari korban (*consent*) dari orang yang diancam atau disiksa seperti yang dapat kita lihat dari kasus-kasus penggusuran tanah yang dilakukan oleh aparat pemerintah.

Setelah diformulasikannya hukuman cambuk kedalam beberapa qanun di provinsi Aceh, beberapa saat setelah hukuman cambuk tersebut mulai efektif diterapkan, maka mulailah muncul pro dan kontra mengenai pelaksanaan hukuman cambuk ini. Beberapa yang kontra terhadap pelaksanaan hukuman cambuk di provinsi Aceh ini adalah Komisi untuk Orang Hilang dan Korban Tindak Kekerasan (KontraS). Pihak KontraS

⁴⁵⁷ F. Sugeng Istanto, dkk., *Op. cit.*, Hlm.7

menyatakan bahwa meskipun hukuman cambuk yang merupakan aspirasi dari budaya lokal di Aceh, namun “Hukuman cambuk merupakan tindakan penyiksaan yang melanggar HAM,”. KontraS juga menilai hukuman cambuk bertentangan dengan Konstitusi RI pasal 28G ayat (2) yang menyebutkan ‘Setiap orang untuk bebas dari penyiksaan atau perlakuan yang merendahkan derajat martabat manusia dan berhak memperoleh suaka politik dari negara lain. Aturan tersebut juga bertentangan dengan pasal 1 ayat (1) UU No. 5 tahun 1998 tentang Pengesahan Konvensi Anti Penyiksaan.⁴⁵⁸

Selanjutnya sikap yang hampir sama dengan kontraS juga dinyatakan oleh sebuah LSM Internasional yaitu Amnesty International (AI). Pihak Amnesty Internasional menilai hukuman cambuk telah melanggar Konvensi PBB Melawan Penyiksaan, yang telah diratifikasi Indonesia sejak 1998.⁴⁵⁹ Menurut penulis, apa yang dinyatakan oleh KontraS dan LSM Amnesty Internasional pada dasarnya sudah salah kaprah dan salah penggunaan landasan hukumnya. Karena pada dasarnya hukuman cambuk merupakan hukum yang juga pernah berlaku di dalam hukum adat di Indonesia..

Menurut Banurusman seperti yang dikutip Makarao, hukuman cambuk di Indonesia sebetulnya tumbuh dari keinginan rakyat. Hukuman semacam ini juga terdapat di beberapa daerah yang tergolong sebagai hukum

⁴⁵⁸ KontraS: Hukuman Cambuk di Aceh Inkonstitusional, www.news.okezone.com › *Nasional - Tembolok*, di Akses pada 25 september 2011

⁴⁵⁹ Wahyu Ichsan, www.hadits.net/Islamia/.../4684-syariat-Islam-di-Aceh-dan-kredibilitas-amnesty - *Tembolok* di Akses tanggal 20 juni 2011.

adat. Hukuman cambuk tumbuh dari bawah, dan bukan dari sistem hukum yang datang dari badan pemerintah atau pembuat undang-undang. Karena inilah menyebabkan hukuman cambuk tersebut ditakuti.⁴⁶⁰

Sementara itu Romli Atmasasmita menyatakan mendukung gagasan Banurusman Astrosoemitro tentang perlunya disusun undang-undang bagi penerapan hukuman cambuk di Indonesia, seperti yang diberlakukan di Singapura dan Malaysia, sebab hukuman cambuk tidak bertentangan dengan agama maupun falsafah kita Pancasila.⁴⁶¹

Penulis sendiri sangat mendukung gagasan tersebut diatas, namun dalam hal ini penulis juga memiliki sedikit ketidak sepakatan dalam hal pelaksanaan hukuman cambuk khususnya pada saat prosesi hukuman dilaksanakan, yaitu kehadiran sejumlah pejabat daerah setempat yang tidak menyatu dengan masyarakat umum lainnya yang berdiri dilapangan terbuka yang juga turut melihat proses eksekusi cambuk ini. Para pejabat ini menempati kursi khusus pada sebuah tenda yang terkesan istimewa, kemudian disuguhkan sejenis minuman dan makanan cemilan diantara obrolan dan di iringi senyum canda, dan mereka lebih memberi kesan seolah sedang menonton suatu pertunjukan seni.⁴⁶² Ini tentunya menyinggung etika dan merusak wibawa hukum yang sedang dilaksanakan.

⁴⁶⁰ Makarao, *Op. cit.*,. Hlm . 259

⁴⁶¹ Ibid, 260

⁴⁶² Melihat Hukum Cambuk, Melihat Wajah Kita. agama.kompasiana.com/.../melihat-hukum-cambuk-melihat-wajah-ki.... dikutip 20 januari 2012

Apabila ditinjau dari sudut pandang HAM khususnya melalui aturan Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 5 Tahun 1998 Tentang Pengesahan *Convention Against Torture And Other Cruel, In Human Or Degrading Treatment Or Punishment*, maka posisi hukum cambuk bukan suatu bentuk penyiksaan, karena konvensi sendiri membenarkannya, yaitu dengan menyebutkan bahwa “*arti penyiksaan dalam konvensi adalah tidak meliputi rasa sakit atau penderitaan yang timbul hanya dari, melekat pada, atau diakibatkan oleh sanksi hukum yang berlaku*”⁴⁶³.

Hal ini di benarkan oleh Abdul Hakim, bahwa konvensi ini menegaskan bahwa definisi rasa sakit atau derita yang timbul secara kebetulan karena pelaksanaan sanksi-sanksi hukum yang dijatuhkan oleh suatu badan peradilan tidak termasuk dalam pengertian konvensi ini.⁴⁶⁴ Muladi selanjutnya juga berpendapat bahwa apabila perbuatan yang menimbulkan penderitaan yang ditimbulkan oleh sanksi yang sah (*lawful sanction*) dan konsisten dengan “Standar Minimum *Rules for the Treatment of Prisoners*/ Standar Minimum Peraturan bagi Perlakuan terhadap Tahanan” maka dianggap tidak masuk dalam kategori “*torture*”/ penyiksaan.⁴⁶⁵

Dua pendapat pakar hukum pidana ini jelas menunjukkan bahwa apabila suatu hukuman yang menghasilkan sebetuk derita atau penyiksaan tetapi hukuman tersebut berasal dari sebuah aturan yang sah dan punya suatu

⁴⁶³ Pasal 1 Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 5 Tahun 1998 Tentang Pengesahan *Convention Against Torture And Other Cruel, In Human Or Degrading Treatment Or Punishment*

⁴⁶⁴ *Ibid.* Hlm 7

⁴⁶⁵ *Ibid.*, Hlm. 45

legalitas hukum yang jelas, maka penulis berkesimpulan bahwa hukuman tersebut tidaklah melanggar dari asas hak asasi manusia (HAM).

Kembali pada pembahasan bagaimana posisi hukuman cambuk apabila ditinjau dari sudut pandang asas HAM khususnya dengan menggunakan parameter Konvensi Menentang Penyiksaan Dan Perlakuan Atau Penghukuman Lain Yang Kejam, Tidak Manusiawi, Atau Merendahkan Martabat Manusia, maka penulis menyimpulkan dua alasan bahwa hukuman cambuk tidaklah melanggar asas hak asasi manusia dan bukan merupakan sebuah penyiksaan yang merendahkan martabah manusia, yakni *pertama*, perwujudan dari arti Pasal 1 konvensi anti penyiksaan sendiri yang menyebutkan bahwa suatu *rasa sakit atau penderitaan yang timbul hanya dari, melekat pada, atau diakibatkan oleh sanksi hukum yang berlaku bukan lah suatu penyiksaan.*

Kedua adalah bahwa pelaksanaan hukuman cambuk di Provinsi aceh kadar cambukannya tidak melukai, pencambukan juga dilakukan dengan cambukan yang tidak langsung mengenai kulit badan terhukum, tidak dalam posisi diikat, tetapi dalam posisi bebas serta hukuman tersebut akan dihentikan ketika menyebabkan luka pada si terhukum.

BAB VI

PENUTUP

A. Kesimpulan

Setelah penulis melakukan penelitian melalui metode normatif dengan studi kepustakaan, maka penulis merangkum beberapa kesimpulan mengenai formulasi hukuman cambuk dalam Qanun Provinsi Aceh menurut tinjauan kebijakan hukum pidana dan Hak Azasi Manusia

1. Adapun justifikasi penerapan hukuman cambuk di Provinsi Aceh ditinjau dari perspektif kebijakan hukum pidana adalah :
 - a. Formulasi hukuman cambuk di dalam beberapa qanun di Aceh sudah sesuai dengan tiga prinsip utama penalisasi dalam konsep kebijakan hukum pidana, yaitu :
 - 1). Terpenuhiya prinsip ekonomis yaitu sanksi pidana benar-benar dapat berfungsi sebagai alat pencegah yang bersifat ekonomis dan tidak menimbulkan bahaya yang lebih berbahaya atau merugikan dalam penentuan hukuman cambuk sebagai suatu sanksi pidana.
 - 2). Terpenuhiya prinsip humanis yaitu sanksi pidana sesuai dengan nilai-nilai kemanusiaan yang beradab.

- 3). Terpenuhinya prinsip keadilan *proporsionalitas ordinal* dan *proporsionalitas cardinal* dalam falsafah pembedaan.
- b. Hukuman cambuk yang diberlakukan di Aceh, dapat diukur menggunakan teori gabungan sesuai dengan konsep kebijakan hukum pidana, yaitu :
- 1). Hukuman cambuk sebagai sanksi telah memenuhi prinsip pencegahan artinya efek pencegahan yang ingin dicapai dari suatu hukuman dari hukum pidana Islam yaitu menahan pembuat agar tidak mengulangi perbuatannya, atau agar ia tidak terus-menerus memperbuatnya. Hal ini tentunya disamping pencegahan terhadap orang lain selain pembuat agar ia tidak memperbuat tindak pidana, sebab ia bisa mengetahui bahwa hukuman yang dikenakan terhadap orang yang memperbuat pula perbuatan yang sama. Kegunaan pencegahannya dengan demikian adalah untuk menahan terhadap pembuat sendiri untuk tidak mengulangi perbuatannya dan menahan orang lain untuk tidak memperbuatnya pula dan menjauhkan diri dari lingkungan jarimah.
 - 2). Hukuman cambuk sebagai sanksi telah memenuhi prinsip pembalasan dan perlindungan masyarakat, hal ini dapat dilihat dari beban yang akan dirasa oleh si terhukum terasa lebih berat dan memalukan dari pada suatu hukuman yang di rasakan berupa siksaan badan diruang tertutup tanpa ada yang menyaksikan. Wujud esensial dari hukuman cambuk ini adalah memunculkan suatu penderitaan yang berujung pada lebih minimnya keinginan si pembuat tindak pidana untuk

mengulangi perbuatannya, sehingga dengan adanya hukuman cambuk ini diharapkan dapat menciptakan ketentraman di dalam masyarakat.

3). Hukuman cambuk sebagai sanksi telah memenuhi prinsip kesesuaian dengan berat ringan perbuatan yang diancam, hal ini dapat dilihat dari beberapa pengaturan dan penempatan hukuman cambuk sebagai suatu hukuman, penentuan kesesuaian berat ringan suatu hukuman cambuk sebagai suatu sanksi pidana dapat dianggap sebagai suatu pilihan oleh para pembuat kebijakan di Aceh dalam menentukan kebijakan hukum pidana yang sesuai dengan nuansa hukum pidana Islam. Walaupun berat ringan atau banyak sedikitnya jumlah cambukan dalam eksekusinya, apabila suatu tindak pidana tersebut berada diluar koridor dari kekhususan jarimah hudud maka bobot berat ringannya masih bisa di sesuaikan dengan jenis tindak pidana tersebut.

2. Mengenai justifikasi Hak Asasi Manusia (HAM) terhadap pelaksanaan hukuman cambuk di Provinsi Aceh, maka menurut penulis ada dua hal yang penting yaitu :
 - a. Hukuman cambuk dapat menekan dan meminimalisir terjadinya pelanggaran HAM kepada si terdakwa apabila dibandingkan terdakwa berada dalam proses menjalani hukuman di dalam penjara.
 - b. Hukuman cambuk apabila ditinjau dari sudut pandang asas hak asasi manusia khususnya dengan menggunakan parameter Konvensi Menentang Penyiksaan Dan Perlakuan Atau Penghukuman Lain Yang Kejam, Tidak

Manusiawi, Atau Merendahkan Martabat Manusia, maka penulis menyimpulkan :

- 1). Bahwa hukuman cambuk tidaklah melanggar asas hak asasi manusia, mengingat Pasal 1 Konvensi Menentang Penyiksaan Dan Perlakuan Atau Penghukuman Lain Yang Kejam, Tidak Manusiawi Dan Merendahkan Martabat Manusia. ini tidak menggap bahwa perbuatan (hukuman) yang menimbulkan penderitaan yang ditimbulkan oleh sanksi yang sah (*lawful sanction*) maka dianggap tidak masuk dalam kategori “*torture*”/ penyiksaan, dan bukanlah pelanggaran HAM.
- 2). Bahwa pelaksanaan hukuman cambuk di Provinsi Aceh kadar cambukannya tidak melukai, pencambukan juga dilakukan dengan cambukan yang tidak langsung mengenai kulit badan terhukum, tidak dalam posisi diikat, tetapi dalam posisi bebas serta hukuman tersebut akan dihentikan ketika menyebabkan luka pada si terhukum artinya penghukuman yang demikian tidaklah bisa dianggap sebagai suatu penghukuman yang tidak manusiawi atau merendahkan martabat manusia seperti yang di atur di dalam Konvensi Menentang Penyiksaan Dan Perlakuan Atau Penghukuman Lain Yang Kejam, Tidak Manusiawi Dan Merendahkan Martabat Manusia.

B. Saran

1. Untuk mendukung efektifitas keberadaan sanksi hukuman cambuk yang telah terjustifikasi melalui perspektif hukum pidana dan HAM di Indonesia, maka kedepan penulis menyarankan agar keberadaan hukuman

cambuk dapat dikuatkan melalui politik hukum pidana nasional yaitu dengan penegasan hukuman cambuk dalam stelsel pidana Indonesia.

DAFTAR PUSTAKA

- Abdurrahman Madjrie dan Fauzan Al-Anshari, *Qishas Pembalasan Yang Hak*, (Jakarta : Khairul Bayan, 2003)
- Adan, Hasanuddin Yusuf, *Refleksi Implementasi Syariat Islam Di Aceh*, (Banda Aceh : Pena, 2009)
- Ahmad Nur Fuad, dkk, *Hak Asasi Manusia dalam Perspektif Islam*, (Malang: LPSHAM Muhammadiyah Jatim MADANI, 2010)
- Ahmad Hanafi, *Asas-asas Hukum Pidana Islam*, (Jakarta : PT. Bulan Bintang, 1967).
- Andi Hamzah, *Sistem Pidana dan Pemidanaan Indonesia*. (Jakarta : PT Pradnya Paramita, 1986, Cet. Pertama)
- , *Asas-asas Hukum Pidana*, (Jakarta: Rineka Cipta, 2004, Cetakan Kedua)
- Antonio Cassese, *Hak Asasi Manusia Di Dunia Yang Berubah*, (Jakarta: Yayasan Obor Indonesia, 2005)
- Al Yasa' Abu Bakar, *Syariat Islam di Provinsi Nanggroe Aceh Darussalam. Paradigma, Kebijakan dan Kegiatan*, (Banda Aceh : Dinas Syari'at Islam Provinsi NAD, 2005), cet.III.
- , *Sekilas Syariat Islam di Aceh*, (B. Aceh : Dinas Syariat Islam Provinsi NAD)
- Alyasa' Abu Bakar, Marah Halim, *Hukum Pidana Islam di Provinsi Nanggroe Aceh Darussalam*, (Banda Aceh, Dinas Syariat Islam, 2007) cet.II
- Atmasasmita, Romli, *Sistem Peradilan Pidana Kontemporer*, (Jakarta : Kencana, 2010)
- Bagir Manan, *Konvensi Ketatanegaraan*, (Yogyakarta: FH UII Press, 2006)
- Bambang Purnomo, *Bahan Kuliah Penologi*, (Yogyakarta :Fakultas Hukum UGM, 1987)
- Bambang Waluyo, *Penelitian Hukum Dalam Praktek*, (Jakarta : Sinar Grafika, 2002).

- , *Pidana dan Pemidanaan*, (Jakarta: Sinar Grafika, 2004) Ed.1, cet.2.
- Barda Nawawi Arief. *Kapita Selekta Hukum Pidana*.(Bandung: Citra Aditya Bakti, 2003).
- . *Kapita Selekta Hukum Pidana*.(Bandung: Citra Aditya Bakti, 2010, Cet. II)
- . *Bunga Rampai Kebijakan Hukum Pidana; Perkembangan Penyusunan Konsep KUHP Baru*. (Jakarta: Kencana Prenada Media Group, 2008) .
- , *Kebijakan Legislatif Dalam Penanggulangan Kejahatan Dengan Pidana Penjara* (Yogyakarta: Genta Publising, 2010 Cet. IV).
- Basiq Djalil, *Peradilan Agama Di Indonesia*, (Jakarta : Kencana, 2006)
- B. Hestu Cipto, Handoyo, *Hukum Tata Negara Indonesia*, (Yogyakarta: Universitas Atma Jaya, 2009)
- Candra Muzaffar dkk, *Human's Wrong, Rekor Buruk Dominasi Barat Atas Hak Asasi Manusia*, (Yogyakarta: Pilar Media, 2007)
- C. de Rover, *To Serve & To Protect Acuan Universal Penegakan HAM*, (Jakarta : Rajawali Pres, 2000)
- Conor Foley, *Melawan Penyiksaan Manual Untuk Hakim dan Jaksa Penuntut*,(Jakarta : Elsam, 2009)
- Eddy, O.S. Hiariej, *Pengantar Hukum Pidana Internasional*, (Jakarta: Erlangga, 2009)
- , *Asas Legalitas dan Penemuan Hukum Dalam Hukum Pidana*, (Jakarta: Erlangga, 2009)
- F. Sugeng Istanto, *Penyiksaan Dalam Anarki Kekuasaan*, (Yogyakarta : Fakultas Hukum Universitas Islam Indonesia, 1996, Cet. I)
- Ferdiansyah, *Efektifitas Penerapan Sanksi Pidana Cambuk Terhadap Pelanggaran Qanun Di Bidang Syariat Islam Di Wilayah Hukum Kota Madya Banda Aceh Provinsi Nanggroe Aceh Darussalam*, 2008, Skripsi Universitas Sumatra Utara.

- H.A. Djazuli, *FIQH JINAYAH ;Upaya Menanggulangi Kejahatan dalam Islam*, (Jakarta : PT. Raja Grafindo Persada, 2000).
- Harum Pudjiarto, *Hak Asasi Manusia, Kajian Filosofis dan Implementasinya Dalam Hukum Pidana Indoensia* (Yogyakarta : Universitas Atma Jaya, 1999)
- Ismail Suny, *Bunga Rampai Tentang Aceh*, (Jakarta : Bhratara Karya Aksara, 1980)
- Jan Rimmelink, *Hukum Pidana.*(Jakarta: PT Gramedia Pustaka Utama, 2003)
- Jawahir Thontowi, *Hukum Internasional Di Indonesia, Dinamika dan Implementasinya dalam Beberapa Kasus Kemanusiaan*, (Yogyakarta: Madya Press, 2002)
- J.E. Sahetapy, *Suatu Studi Khusus Mengenai Ancaman Pidana Mati Terhadap Pembunuhan Berencana*, (Jakarta : Rajawali Press, 1992)
- Juhaya S. Praja, *Hukum Islam di Indonesia Pemikiran dan Praktek*, (Bandung: PT. Remaja Rosdakarya, 1994, Cet.II) Hlm.ix
- Lamintang, P.A.F, Theo, *Hukum Penitensier Indonesia*, (Jakarta : Sinar Grafika, 2010)
- Leden Marpaung, *Asas- Teori- Praktik Hukum Pidana*, (Jakarta : Sinar Grafika, cet.6, 2009)
- Mardani, *Hukum Islam; Pengantar Ilmu Hukum Islam Di Indonesia*, (Yogyakarta: Pustaka Pelajar, 2010)
- Mahfud M, *Hukum Tak Kunjung Tegak* (Bandung : Citra Aditya Bakti, 2007)
- Makarao, Mohammad Taufik, *Pembaharuan Hukum Pidana Indonesia ; Studi tentang Bentuk-bentuk Khususnya Pidana Cambuk Sebagai Suatu Bentuk Pemidanaan*, (Yogyakarta : Kreasi Wacana, 2005)
- Moeljatno, *Kitab Undang-undang Hukum Pidana (KUHP)*, (Jakarta: Bumi Aksara, 2003).
- Moediono, dkk, *Pancasila Sebagai Ideologi Dalam Berbagai Bidang Kehidupan Bermasyarakat, Berbangsa Dan Bernegara*, (Jakarta : BP-7 Pusat, 1991 Cet.II)

- Mukti Fajar dan Yulianto Achmad. 2009, *Dualisme Penelitian Hukum Normatif dan Empiris*, Pustaka Pelajar
- Muladi, *Lembaga Pidana Bersyarat*. (Bandung: Alumni, 2008).
- Muladi, Barda Nawawi, *Teori-teori dan Kebijakan Pidana*, (Bandung: Alumni, 2010, cet-4)
- Muntoha, *Otonomi Daerah Dan Perkembangan "Peraturan Daerah bernuansa Syaria'at"*, (Yogyakarta: Safiria Insania Press, 2010)
- Muslim Zainuddin. dkk, *Problematika Hukuman Cambuk Di Aceh*, (Banda Aceh, Dinas Syariat Islam, 2011)
- Nandang Sambas, *Pembaruan Sistem Pidanaan Anak di Indonesia*, (Yogyakarta Graha Ilmu, 2010) ed.I.
- Rahmat Rosyadi, Rais Ahmad, *Formalisasi Syariat Islam dalam Perspektif Tata Hukum Indonesia*, (Bogor : Ghalia Indonesia, 2006)
- Rhona K.M Smith, dkk, *Hukum Hak Asasi Manusia*, (Yogyakarta: Pusham UII, 2008)
- Ruway'I Ar- Ruhaily, *Fikih Umar 2*, (Jakarta : Pustaka Al Kautsar, Cet-1, 2004)
- Satjipto Rahardjo, *Negara Hukum Yang Membahagiakan Rakyatnya*, (Yogyakarta: Genta Publishing, 2009)
- Sayyid Sabiq, *Fikih Sunnah 10*, (Bandung : PT. Al-Ma'arif, 1995) cet. 7
- Sholehuddin, *Sistem Sanksi Dalam Hukum Pidana, Ide Dasar Track system & Implementasinya*, (Jakarta: Rajawali Press,2007)
- Scott Davidson, *Hak Asasi Manusia Sejarah, Teori, dan Praktek dalam Pergaulan Internasional*, (Jakarta : Pustaka Utama Grafiti, 1994)
- Sirahuddin, *Legislasi Hukum Islam di Indonesia*, (Yogyakarta : Pustaka Pelajar, 2008, Cet.I)
- Taufik Adnan dan Samsul Rizal, *POLITIK SYARI'AT ISLAM " Dari Indonesia hingga Nigeria"*, (Jakarta: Pustaka Alvabet, 2004,) Cet.I
- Teguh Prasetyo, *Kriminalisasi dalam Hukum Pidana*. (Bandung: Nusa Media, 2010)
- , *Hukum Pidana*, (Jakarta :Rajawali Pers, 2010), Ed. 1. Cet. I,

- Teguh Prasetyo, Abdul Halim Barkatullah, *Politik Hukum Pidana*, (Yogyakarta : Pustaka Pelajar, 2005), Cet. II
- Tongat, *Hukum Pidana Materiil Tinjauan Atas Tindak Pidana Terhadap Subjek Hukum Dalam Kitab Undang-undang Hukum Pidana*, (Jakarta: Djambatan, 2003).
- , *Pidana Seumur Hidup Dalam sistem Hukum Pidana di Indonesia*, (Malang: UMM Pres, 2004).
- Topo Santoso, *Membumikan Hukum Pidana Islam*, (Jakarta : Gema Insani Press, 2003)
- Widodo, *Sistem Pemidanaan dalam Cyber Crime*.(Yogyakarta: Laksbang Mediatama, 2009)
- Wilson, *Dunia di Balik Jeruji Kesaksian Perlawanan*, (Yogyakarta : Resist Book, 2005)
- Yesmil Anwar dan Adang, *Pembaruan Hukum Pidana; Reformasi Pidana*, (Jakarta: PT Gramedia Widia Sarana Indonesia, 2008)
- , *Sistem Peradilan Pidana*, (Widya Padjadjaran, Bandung, 2009)
- Zainuddin Ali, *Hukum Islam Pengantar Ilmu Hukum Islam di Indonesia*, (Jakarta : Sinar Grafika, 2006)
- Mengurai Kompleksitas Hak Asasi Manusia, kajian multi perspektif*, (Yogyakarta : PUSHAM UII, 2007)
- Hak Sipil dan Politik, Esai-esai pilihan*, (Jakarta : Lembaga Studi dan Advokasi Masyarakat (ELSAM), 2001)
- Bunga Rampai Pemikiran Hukum Di Indonesia*, (Yogyakarta : FH UII Press, 2009)

Perundang-undangan :

Undang-undang Dasar 1945 Amandemen ke 4 tahun 2002

Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 5 Tahun 1998 Tentang Pengesahan Convention Against Torture And Other Cruel, In Human Or Degrading Treatment Or Punishment (Konvensi Menentang Penyiksaan Dan Perlakuan

Atau Penghukuman Lain Yang Kejam, Tidak Manusiawi, Atau Merendahkan Martabat Manusia)

UU No. 10 Tahun 2004 Tentang Tata Cara Pembuatan Peraturan Perundang-undangan

Undang-undang No. 44 tahun 1999, Tentang Penyelenggaraan Keistimewaan Propinsi Daerah Istimewa Aceh.

UU No. 11 tahun 2006 tentang Pemerintahan Aceh

Undang-undang No.18 tahun 2001, Tentang Otonomi Khusus Bagi Daerah Istimewa Aceh Sebagai Provinsi Nanggroe Aceh Darussalam

Undang-undang No. 44 tahun 1999, Tentang Penyelenggaraan Keistimewaan Propinsi Daerah Istimewa Aceh

Keputusan Presiden No.11 Tahun 2003 Tentang Mahkamah Syar'iyah dan Mahkamah Syar'iyah Povinsi di Provinsi Nanggroe Aceh Darussalam, yang selanjutnya diatur melalui Qanun No.10 Tahun 2002.

Qanun Provinsi Nanggroe Aceh Darussalam Nomor 10 Tahun 2002 Tentang Peradilan Syariat Islam

Qanun Provinsi Nanggroe Aceh Darussalam Nomor 11 Tahun 2002 Tentang Pelaksanaan Syariat Islam Bidang Aqidah, Ibadah Syi'ar Islam

Qanun Provinsi Nanggroe Aceh Darussalam No.12 Tahun 2003 Tentang Larangan Minuman Khamar dan Sejenisnya.

Qanun Provinsi Nanggroe Aceh Darussalam No.13 Tahun 2003 Tentang Maisir (Perjudian).

Qanun Provinsi Nanggroe Aceh Darussalam No.14 Tahun 2003 Tentang Khalwat (Mesum)

Peraturan Gubernur Provinsi Nanggroe Aceh Darussalam Nomor 10 Tahun 2005 Tentang Petunjuk Teknis Pelaksanaan Uqubat Cambuk.

Konvensi Menentang Penyiksaan Dan Perlakuan Atau Penghukuman Lain Yang Kejam, Tidak Manusiawi, Atau Merendahkan Martabat Manusia (*Convention Against Torture and Others Cruel, Inhuman or Degrading Punishment /CAT*) yang di ratifikasi melalui Undang-Undang No. 5 tahun 1998 tentang Pengesahan Konvensi Menentang Penyiksaan Dan Perlakuan Atau Penghukuman Lain Yang Kejam, Tidak Manusiawi, Atau Merendahkan Martabat Manusia.

Web Internet :

Ferdiansyah, *Efektifitas Penerapan Sanksi Pidana Cambuk Terhadap Pelanggaran Qanun Di Bidang Syariat Islam Di Wilayah Hukum Kota Madya Banda Aceh Provinsi Nanggroe Aceh Darussalam*, 2008, Skripsi Universitas Sumatera Utara. www.repository.usu.ac.id/bitstream/123456789/12044/1/09E02047.pdf. di Akses 15 Juli 2011

<http://www.komnasham.go.id/portal/files/Majalah%20Suar%20Juni%202002.pdf>,

Heru Margianto “Amnesty International Minta Hukum Cambuk Dihentikan” <http://regional.kompas.com/read/2011/05/23/10051786/Amnesty.International.Minta.Hukum.Cambuk.Dihentikan>, Akses 15 Juli 2011.

Indria Fernida, *Hukuman Cambuk adalah Bentuk Penyiksaan yang Bertentangan dengan Konstitusi RI*. www.prakarsa-rakyat.org/artikel/urgent/artikel.php?aid=49039. diakses 24 juni 2011

Pan Mohamad Faiz, Embrio Dan Perkembangan Pembatasan Ham Di Indonesia, jurnalhukum.blogspot.com/.../pembatasan-hak-asasi-manusia-di.html. Di akses 5 November 2011

Diktat dan Makalah

Bambang Purnomo, *Diktat Penologi*, (Yogyakarta: Fakultas Hukum UGM, 1987)

Jimly Asshiddiqie, *Demokrasi Dan Hak Asasi Manusia*, : Materi yang disampaikan dalam *studium general* pada acara The 1st National Convergence Corporate Forum for Community Development, Jakarta, 19 Desember 2005

Stanley Adi Prasetyo, *Informasi Publik dan Hak Asasi Manusia*, : Makalah di sampaikan pada Seminar Keterbukaan Informasi Publik yang diselenggarakan Perpustakaan Universitas Kristen Petra pada 26 Juli 2010 di Kampus UK Petra Jl. Siwalankerta 121-1311, Surabaya