

**POKOK-POKOK PENDAPAT AHLI DR. H. NURROHMAN, MA  
YANG DISAMPAIKAN DALAM SIDANG PERKARA UJI MATERIL  
TENTANG SEJUMLAH PASAL DALAM KUHP YANG TERDAFTAR PADA  
REGISTER PERKARA NO. 46/PUU-XIV/2016  
di Mahkamah Konstitusi, Jl. Merdeka Barat, Jakarta Pusat Tanggal 9 Februari 2017**

*Assalamu 'alaikum wr. wb.*

Yang kami muliakan, Ketua dan para Anggota Majelis Hakim Mahkamah Konstitusi, Para hadirin sekalian yang kami hormati.

Dalam kesempatan ini, izinkanlah saya menyampaikan beberapa pokok pikiran atau pendapat saya dalam Sidang Perkara No. 46/PUU-XIV/2016 ini, dengan judul sebagai berikut:

## Hukum Islam dan Negara

Menimbang Kriminalisasi Perzinahan Dilihat dari Perspektif Hukum Islam,  
Konstitusi dan Hak Asasi Manusia<sup>1</sup>

Oleh :  
Nurrohman

Perzinahan, dalam pengertian, hubungan seksual diluar pernikahan, merupakan perbuatan yang secara moral tidak dapat dibenarkan menurut hukum Islam atau syariat Islam. (QS,An-Nur 24:2). Oleh karena itu dengan kesadaran iman dan moralnya, umat Islam semestinya akan menghindari atau menjauhinya, terlepas hal ini diundangkan oleh Negara atau tidak. Akan tetapi andaikata, perzinahan akan dikategorikan sebagai perbuatan criminal akan diundangkan dan akan mendapatkan sanksi dari Negara, bukan lagi sanksi agama atau sanksi moral atau social, diperlukan sejumlah pertimbangan.

**Pertimbangan Pertama:** Hukum Islam adalah hukum moral berdasar keyakinan

Hukum Islam atau Fiqh diartikan sebagai ilmu yang mempelajari hukum-hukum syariat yang terkait dengan perilaku manusia yang diambil dari dalil-dalil yang rinci. Sementara hukum syara (syari'at) adalah firman Tuhan yang terkait dengan perbuatan manusia dewasa dan berakal (*mukallaf*), baik firman itu mengandung unsur perintah, larangan, kebolehan atau mengandung hubungan sebab, penghalang dan syarat.

Hukum Islam pada dasarnya merupakan hokum moral yang **didasarkan atas keyakinan** agama. Oleh karena itu, ia pada dasarnya hanya mengikat kepada orang Islam yang meyakininya.

Juhaya S Praja, guru besar Filsafat Hukum Islam, Universitas Islam Negeri (UIN) Sunan Gunung Djati Bandung, melalui teori yang disebutnya sebagai teori *credo* beliau menjelaskan bahwa kesetiaan umat Islam untuk mengamalkan norma-norma yang digariskan dalam syari'at Islam bersumber dari tuntutan keyakinannya atau konsekwensi logis dari syahadat yang diucapkannya.

---

<sup>1</sup> Pokok-pokok pikiran yang disampaikan dalam judicial review (JR) terhadap pasal-pasal terkait perzinahan yang terdapat dalam KUHP. Pokok pikiran ini disampaikan pada tanggal 9 Februari 2017, dalam kapasitasnya sebagai saksi ahli

**Pertimbangan Kedua:** Hukum Islam secara umum dikembangkan oleh para ahlinya dengan metodologi yang berbeda dan karenanya plural.

Hukum Islam berkembang diluar otoritas negara. Ia dikembangkan oleh para ahli hukum yang dikenal memiliki otoritas. Para ahli hukum (fuqaha) dan para hakim (qadli) baik secara individu atau kolektif, secara independen, tanpa ada perintah dari penguasa, telah berusaha dan berhasil menggali dan mengembangkan hukum Islam. Adanya perbedaan metodologi yang digunakan telah menjadikan hukum Islam berkembang dalam bentuknya yang plural dalam bentuk madzhab-madzhab.

Khaled Abou El Fadl, Ahli Hukum Islam dalam bukunya *Speaking in God's Name; Islamic Law, Authority and Women* (2001: 75-76) membedakan antara hukum Tuhan (*God's law*), syariah dan fiqh (hukum Islam) dengan mengatakan :

*God's law as an abstraction is called the Sharī'ah (literally, the way), while the concrete understanding and implementation of this Will is called the fiqh (literally, the understanding).*

(Hukum Tuhan sebagai sesuatu yang abstrak disebut syariat (yang secara harfiah berarti jalan), sementara pemahaman dan implementasi atas kehendak Tuhan disebut fiqh (yang secara harfiah berarti pemahaman))

*The Sharī'ah is God's Will in an ideal and abstract fashion, but the fiqh is the product of the human attempt to understand God's Will. In this sense, the Sharī'ah is always fair, just and equitable, but the fiqh is only an attempt at reaching the ideals and purposes of Sharī'ah (maqāṣid al-Sharī'ah). According to the jurists, the purpose of Sharī'ah is to achieve the welfare of the people (taḥqīq maṣāliḥ al-'ibād), and the purpose of fiqh is to understand and implement the Sharī'ah.*

(Syariah merupakan kehendak Tuhan, sesuatu yang ideal yang bentuknya abstrak. Sedangkan fiqh adalah produk manusia dalam rangka memahami kehendak Tuhan. Hal ini mengandung arti bahwa syariat selalu adil, fair dan tidak memihak. Sedangkan fiqh hanya sekedar upaya untuk mendapatkan hal-hal yang ideal yang merupakan tujuan syariat. Menurut para ahli hukum, tujuan syariat adalah untuk mencapai kemaslahatan umat manusia, sedangkan tujuan fiqh adalah untuk memahami dan mengimplementasikan syariat.

Dalam kesempatan lain, Khaled Abou El-Fadl juga membedakan syariat sebagai hukum agama dan hukum Negara. HF Wilmot, dalam tulisannya yang berjudul: *On interpreting sharia*, (The Jakarta Post, June 25, 2015) menyatakan :

*According to the Islamic scholar Khaled Abou El Fadl: "Sharia as conceived by God is flawless, but as understood by human beings who are imperfect and contingent. Regardless of how clear and precise the statements of the Koran and Sunnah are, the meaning derived from these sources is negotiated through human agency. But the law of the state, regardless of its origins or basis, belongs to the state. Under this conception, no religious laws can or may be enforced by the state. All laws articulated and applied in a state are thoroughly human and should be treated as such*

( <http://www.thejakartapost.com/news/2015/06/25/your-letters-interpretation-sharia.html> )

Terjemahannya: Menurut Pakar Hukum Islam Khaled Abou El Fadl, Sharia sebagaimana dikonsepsikan oleh Tuhan tidak ada cacat atau kekurangannya, tetap sharia sebagaimana

dipahami oleh manusia itu tidak sempurna, mengandung ketidakpastian. Terlepas dari jelas dan persisnya statement al-Qur'an atau Sunnah, makna yang terkandung dari sumber ini selalu dinegosiasikan oleh manusia sebagai agennya. Adapun hukum negara terlepas dari asal usul atau dasarnya, ia tetap menjadi milik negara. Dengan konsep seperti ini, **tidak ada hukum agama yang bisa atau boleh dipaksakan oleh negara** (sebab saat dipaksakan oleh negara sudah bukan lagi hukum agama, penerj). Semua hukum yang diartikulasikan atau diterapkan dalam satu negara sepenuhnya menjadi hukum manusia dan karenanya harus diperlakukan seperti demikian.”(artinya mesti terbuka untuk dikritik, penerj.)

Lubna A Alam dalam tulisannya yang berjudul: *Keeping The State Out: The Separation of Law And State In Classical Islamic Law* (Michigan Law Review; Apr 2007, Vol. 105 Issue 6, p1255) mengatakan bahwa sejarah Islam klasik, yang berakhir pada abad keenambelas, telah memperlihatkan munculnya negara-negara Islam yang dibarengi dengan formasi system hukum Islam yang kompleks. Sejak awal kandungan hukum Islam sebagian besar dikembangkan diluar pengaruh maupun tekanan politik.

Alam, selanjutnya menjelaskan, bahwa sementara di peradaban lain, termasuk peradaban Barat, negaralah yang mengundang dan melaksanakan hukum, dalam peradaban Islam, Negara tidak ikut ambil bagian dalam tata kelola hukum atau tidak ikut menciptakan dan mengundang hukum. Karena otoritas itu diambil alih oleh system otoritas diluar politik kekuasaan Negara. Dengan kata lain, hukum Islam sebenarnya merupakan representasi pandangan ahli hukum (*jurists law*) karena ia diciptakan dan dikembangkan oleh para spesialis secara privat melalui ilmu hukum tanpa melibatkan Negara. Buku-buku induk yang dikarang para ulama madzhab (tanpa harus diundangkan oleh Negara) itulah yang menjadi rujukan utama bagi penerapan hukum.

Ann Black, Hussein Esmaili dan Nadirsyah Hosen, dalam pengantar bukunya yang berjudul: *Modern Perspective on Islamic Law*, (2013 : xi) mengatakan sebagai berikut:

*Islamic law is the world's third major legal system, after the common and civil law systems. Although the Qur'an and Sunna are the original sources of Islamic law, the Islamic legal system has evolved many other sources, methodologies and perspectives. Like any other legal system, the Islamic legal system has developed over many centuries in various Muslim societies, incorporating local cultures and customs as well as some limited state decrees and particularly the work of Muslim jurists. In the words of Joseph Schacht, 'Islamic law represents an extreme case of "jurists law": it was created and developed by private specialists; legal science and not the state, plays the part of legislator, and scholarly handbooks have the force of law. Islamic law is therefore neither common or civil law, but is juristic law*

Hukum Islam merupakan system hukum terbesar ketiga setelah system *civil law* dan *common law*. **Meskipun Qur'an dan Sunnah menjadi sumber orisinal dari hukum Islam, namun system hukum Islam telah mengembangkan banyak sumber, banyak metodologi dan banyak perspektif.** Seperti system hukum lainnya, system hukum Islam telah berkembang selama berabad-abad di berbagai masyarakat muslim dengan memasukkan budaya, tradisi lokal dan sejumlah keputusan pemerintah dan yang lebih khusus lagi karya-karya ahli hukum Muslim. Dalam bahasa Yoseph Schacht, hukum Islam mewakili secara ekstrim pandangan ahli hukumnya. Ia diciptakan dan dikembangkan oleh para spesialis swasta/private dengan ilmu hukumnya dan bukan oleh Negara. Mereka itulah yang memainkan peran sebagai legislator dengan mendapatkan dukungan dari sejumlah karya fuqoha yang jadi standar rujukan. **Oleh karena itu, hukum Islam tidak bisa disebut *common law* atau *civil law*, tapi *juristic law*.** (terj.Nurrohman)

### **Pertimbangan Ketiga :** Hukum Islam dapat berkembang atau berubah

Meskipun hukum Islam pada prinsipnya didasarkan atas keyakinan, ia tetap dapat **berkembang** atau berubah sejalan dengan perubahan zaman atau perubahan budaya masyarakat. Ia mengapresiasi pertimbangan-pertimbangan atau temuan sains yang logis dan rasional. Perubahan-perubahan seperti ini bahkan sudah diprediksi oleh Nabi Muhammad sendiri. Dalam sebuah hadits dikatakan:

‘An Abi Hurairah qala, qala Rasulullah saw : *innallaha ‘azza wa jalla yab’atsulihadzihil ummati ‘ala ra’si kulli mi’ati sanatim man yujaddidu laha dinaha* : Abu Dawud. Abu Hurairah meriwayatkan, Rasulullah saw bersabda: “Sesungguhnya Allah Yang Maha Perkasa akan mengutus di dalam umat ini (mujadid-mujadid) pada setiap permulaan seratus tahun, yang akan memperbaharui agama-Nya.” Sumber:( Abu Daud, juz II ,hal 240; Misykat, hal 25, Kitabul Ilmi)

Oleh karena itu, salah satu kaidah fiqh (hukum Islam) mengatakan bahwa hukum itu dapat berubah jika terjadi perubahan ruang, waktu, kondisi social budaya, atau motivasi.(*taghayyuru al-ahkam bi taghayyuri amkinah wal azminah wal al-ahwal wa al-niyyat*)

Prof.Dr.TM Hasbi Ash Shiddieqy, dalam bukunya *,Filsafat Hukum Islam*, sempat membuat pertanyaan yang kemudian dijawab sendiri. Apakah hukum Islam tunduk pada suasana, masa dan tempat ataukah suasana, masa dan tempat yang tunduk pada hukum Islam? Hukum Islam tunduk pada milieu, suasana dan tempat, karena maksud hukum ialah mewujudkan kemaslahatan manusia dan memungkinkan manusia mempergunakan segala keistimewaan manusia, tidak menyempitkan kehidupan mereka, baik secara pribadi maupun golongan. Hukum Islam menerima perubahan... selama perubahan ini mewujudkan tujuan hukum dengan jalan yang paling mudah.

Sumber : Hasbi Ash Shiddieqy, dalam bukunya *,Filsafat Hukum Islam*, (Jakarta, Bulan Bintang, 1975, hal.97.98)

### **Pertimbangan Keempat:** Syariat Islam sebagai bentuk ideal hukum Islam memiliki tujuan

Meskipun hukum Islam itu dapat berkembang dan berubah namun perubahan harus tetap terkendali. Perubahan harus tidak menyimpang dari tujuan hukum Islam atau tujuan syariat itu sendiri. Dibalik banyaknya metode, tujuan hukum Islam adalah:

- 1) Melindungi hak asasi manusia
- 2) Menegakkan keadilan
- 3) Mendatangkan kemaslahatan umum.
- 4) Mendatangkan kebijakan (*hikmah*)
- 5) Membawa rahmat

Menurut Ibnu Qayyim, hakekat hukum Islam harus mengandung unsur keadilan, kemaslahatan, hikmah dan membawa rahmat.

Ibn Qayyim dalam kitabnya *I’lam al-Muwaqi’in*, beliau menyatakan, *fa inna al-syari’ata mabnaha wa asasuha ‘ala hikamin wa mashalihin al-‘ibad fi al-ma’asy wa al-ma’ad wa hiya ‘adlun kulluha wa rahmatun kulluha wa mashalihun kulluha wa hikmatun kulluha*. Ibn Qayyim, *I’lam al-Muwaqi’in*, jilid III, Bairut Dar al-Kutub al-Ilmia, hlm. 37.

Sejalan dengan apa yang dikatakan oleh Ibn Qayyim, Mohamed bin Ali, peneliti dari S. Rajaratnam School of International Studies, Singapore, dalam tulisannya yang berjudul **Understanding sharia law, ‘hudud’** (The Jakarta Post, November 22,2013) mengatakan: *As perceived by many, hudud is not merely about amputation (hand-cutting) for those who steal and stoning for those who commit adultery respectively. It is about upholding justice in the society... “The sharia guarantees justice for everyone and safeguards their well-being”. Sharia laws such as the hudud are not meant to be punitive. Their intention is to keep law and order in a Muslim society through clear deterrence.*

Di bagian lain Mohamed bin Ali mengatakan:

*Islam enjoins its adherents to show tolerance and clemency over the application of hudud. Islam encourages its followers to repent and return to the right path when they commit vices. The Prophet never liked to punish his followers but rather preferred to educate them and encouraged repentance. In fact, many jurists are of the opinion that Koranic punishments such as the hudud cannot be applied to one who repents after the crime and before the execution of the punishment. Importantly, Islam enjoins Muslims to be merciful even when applying the hudud as the Prophet has mentioned, “Strive to be merciful one to another in the application of Koranic punishments”.*

Mohamed bin Ali menyimpulkan:

*Hence, when the society avoids the application of hudud by mercy and tolerance, it acts in accordance with the spirit of Islam and adherence to the teachings of the Prophet. As a peace-loving religion, the essence of sharia is also characterized by mercy and compassion.*

**Pertimbangan Kelima:** Nabi Muhammad SAW cenderung melihat perzinahan sebagai urusan privat.

Kecenderungan Nabi dalam melihat perzinahan sebagai urusan privat dapat digambarkan dalam cerita yang dikutip oleh Nurrohman sebagai berikut:

Nurrohman dalam tulisannya yang berjudul **Be Careful Criminalizing Adultery** ,(The Jakarta Post ,June 16,2005) mengatakan :

*Back to adultery or extra marital sex there is accidence occurred in the prophet Muhammad era. When the culprit coming to the prophet and confessed that he has committed adultery and asked to be punished to death, the prophet turned his face and refused to listen. Since the act had been accomplished in secret, and thus public order and morality did not suffer, the matter concerned only the culprit, who, is his soul and conscience, had simply to beg the Lord’s forgiveness. The man, however earnestly renewed his confession and his request, so as to prove his sincerity toward God and to deter other from committing the same act; again, the prophet turned his face. The same thing happened a third time, but when the culprit repeated his words a fourth time , the prophet asked him if he had become insane, or had really admitted being guilty of the deed. First by refusing to listen, then by questioning the fact , the prophet promoted him to retract , but the man so insisted , that in the end his demand had to be heard. At the moment of execution, however, he regretted his declaration and run away; the punishment squad ran after him and killed him. The prophet then pronounced his famous sentence: **“would that you had left him alive: he would have repented, and God would have been merciful to him.”***

Menurut Nurrohman, perzinahan lebih dekat ke *private matter*, seperti ungkapannya berikut ini.

*This story indicates that in the prophet period sinful act like adultery if conducted in secret areas, not witnessed by four witnesses were present at the accomplishment of the sexual act, can be categorized as private matter. So it is suggested to violators to repent and ask for God forgiveness. It can be categorized public matter if it begin to disturb public order such as if it performed in public places that can be seen by some people.* Nurrohman sependapat dengan Frans H. Winarta yang mengatakan: ***this matter is too private in nature to be regulated by the state.***

Menurut Nurrohman, hukuman klasik untuk pelaku perzinahan yang terdapat dalam fiqh (hukum Islam) , yakni jilid dan rajam, tidak harus diikuti oleh Indonesia, seperti ungkapannya berikut ini.

*It also indicates that punishment, in the case of adultery one hundred lashes for unmarried person or stoning to death for a married person, is optional. It is conducted after the requisite from the culprit as a mean to repent and purify her or himself from the sin in this life and so to escape punishment in here after. In relating with adultery I am in favor with opinion who not agree to criminalize it.*

Alasan Nurrohman tidak mendukung kriminalisasi perzinahan, karena hukum Islam pada dasarnya merupakan *moral guidance*.

*Because sharia for sure is moral guidance for Muslim individually or collectively therefore not all sharia norms can be adopted in criminal code which is a public law of all Indonesian irrespective of their religion. Adultery maybe can be punished by customary law in such region like Aceh which has special position in relating with their customs.*

Alasan Nurrohman tidak mendukung kriminalisasi perzinahan juga karena **sulitnya pembuktian** terutama kalau hal itu dilakukan ditempat tertutup. Hal itu karena untuk membuktikan perzinahan diperlukan empat saksi yang melihat secara langsung dengan mata kepala sendiri. Sebagaimana dalam cerita yang dituturkan dalam hadis Nabi, **semata-mata pengakuan tidak cukup dijadikan dasar atau alasan untuk menghukum seseorang**. Disisi lain, ajaran Islam amat keras dalam melarang perbuatan mengintip atau memata-matai urusan privat seseorang. Menuduh orang lain berbuat zina tanpa bisa membuktikan justru akan menjadi bumerang pada diri orang yang menuduh.

Nabi Muhammad sendiri amat mendorong pelaku zina untuk taubat dan minta ampunan serta kasih sayang dari Allah SWT sebagaimana dalam ungkapan nabi saat mengomentari orang yang mengaku berzina dan telah dihukum mati oleh sahabatnya. (alangkah malangnya orang itu) seandainya dia masih hidup, dia masih bisa taubat dan mohon ampunan kepada Allah yang Maha Pengampun lagi Maha Penyayang.

Dalam sebuah hadits dikatakan:

“Dari Aisyah RA, ia berkata; Rasulullah SAW bersabda: **hindarilah hukuman hudud dari kaum muslimin sedapat mungkin, jika ada jalan keluar bagi tersangka (untuk bebas dari hukuman) maka bebaskanlah. Sesungguhnya kesalahan imam (hakim) dalam memberi**

**pemaafan itu lebih baik dibanding dengan kesalahannya dalam memberikan hukuman,”**  
( HR.At-Turmudzi) (*Sunan at-Tirmidzi* , juz 4,h.33)

**Pertimbangan Keenam:** Konstitusi sebagai payung hukum tertinggi dalam kehidupan bernegara sudah islami.

Sebagai payung atau sumber hukum tertinggi, peraturan perundang yang lebih rendah tidak boleh bertentangan dengan konstitusi. Mahkamah Konstitusi (MK) sebagai pengawal konstitusi (*guardian of constitution*) pada dasarnya merupakan *negative legal drafter*, bukan *positive legal drafter*.

Dari perspektif hukum Islam, konstitusi Indonesia sudah cukup Islami atau sudah mencerminkan nilai-nilai yang terkandung dalam ajaran Islam.

Prof Dr Moh.Mahfud MD dalam pengantarnya terhadap buku **Syarah Konstitusi** yang ditulis oleh Masdar F. Mas'udi antara lain mengatakati bahwa buku ini memberikan rujukan dalil-dalil *naqliyyah* untuk hampir semua ketentuan di dalam UUD 1945. Dari buku ini, kita dapat menyimpulkan bahwa kandungan konstitusi Indonesia adalah islami. Ini berarti, Indonesia dengan dasar Pancasila dan UUD 1945 adalah negara yang islami, tapi bukan negara Islam. Negara Islami secara resmi tidak menggunakan nama dan simbol Islam, tapi substansinya mengandung nilai-nilai Islam. Pemahaman tersebut sangatlah penting untuk menyempurnakan kepribadian setiap warga negara sebagai warga bangsa yang religius. Karena eksistensi konstitusi dalam kehidupan bernegara sebuah negara merupakan sesuatu yang sangat krusial sekaligus integral, karena tanpa konstitusi bisa jadi tidak akan terbentuk sebuah negara. Konstitusi dan negara ibarat dua sisi mata uang yang satu sama lain tidak terpisahkan. (Sumber : <http://www.nu.or.id/post/read/27057/membedah-jiwa-konstitusi-indonesia-yang-plural-dan-islami> diakses 2 Februari 2016)

Mahfud MD, sebagaimana dikutip oleh Rubiyo menyebutkan 4 Kaidah Penuntun bagi Pembaharuan/Perumusan Hukum berdasar Pancasila

1. Hukum-hukum di Indonesia **tidak** boleh memuat isi yang berpotensi **menyebabkan terjadinya disintegrasi wilayah maupun ideology**
2. Hukum harus bersamaan membangun **demokrasi (kedaulatan rakyat ) dan nomokrasi** (kedaulatan hukum)
3. Membangun **keadilan social** bagi seluruh rakyat
4. Membangun **toleransi beragama dan berkeadaban**. Hukum tidak boleh mengistimewakan atau mendiskriminasi kelompok tertentu berdasar besar atau kecilnya pemeluk agama... **Hukum Negara tidak dapat mewajibkan berlakunya hukum agama, tetapi Negara harus memfasilitasi , melindungi dan menjamin keamanannya, jika warganya akan melaksanakan ajaran agama karena keyakinan dan kesadarannya sendiri.**

Sumber : Rubiyo, *Restorasi Pancasila Sebagai Falsafah Bangsa*, Makalah 16 November 2016 dalam Seminar Nasional tentang Revitalisasi Ideologi dalam Aras Global Perspektif Negara Hukum, Semarang 16 November 2016 di Hotel Grasia Semarang oleh UNNES

Teori keadilan yang sejalan dengan semangat untuk mewujudkan keadilan social bagi seluruh rakyat Indonesia adalah apa yang disebut oleh John Rawls sebagai *shared justice*, atau keadilan yang dapat dirasakan bersama. Menurut John Rawls, keadilan akan dapat mencapai titik kesetabilan jika ia merupakan obyek dari sejumlah consensus berlapis yang saling tumpang

tindih yang dapat *didukung oleh semua warga Negara dengan latar belakang pandangan moral , agama dan filsafat hidup yang berbeda.*

Thomas Pogge, Michelle Kosch dalam bukunya: *John Rawls; His Life and Theory of Justice*, Oxford University Press, USA (2007:41) antara lain mengatakan: *In modern conditions, a conception of justice can achieve stability only if it can be the object of an overlapping consensus, that is, only if it can be morally endorsed by citizens who are also committed to diverse and partially conflicting moral, religious, and philosophical worldviews.*

**Pertimbangan Ketujuh:** prasyarat yang diajukan oleh Al-Jabri dan sejumlah ulama untuk dimungkinkannya pidana Islam (*hudud*)

Tentang landasan pengembangan hak asasi manusia (HAM) modern, Mohammad Abed al-Jabri dalam bukunya *Democracy, Human Rights and Law in Islamic Thought* (2009:250) menjelaskan hak asasi dalam al-Qur'an dan Hadits meliputi tujuh poin yakni:

- 1) Hak hidup dan menikmati kehidupan (*the right to life and its enjoyment*)
- 2) Hak berkeyakinan (, *the rights to belief*)
- 3) Hak memperoleh pengetahuan (*knowledge*)
- 4) Hak untuk tidak setuju (*to disagree*.)
- 5) Hak bermusyawarah (*al-shura /consultation*),
- 6) Hak kesetaraan dan keadilan (*equality and justice*)
- 7) Hak orang-orang yang tertindas (*the rights of the oppressed*).

Inilah hak dasar yang jika rakyat tidak bisa menikmatinya maka hukuman yang ada dalam syariat (*hudud*) tidak bisa dilaksanakan dengan adil, kata Al-Jabri. Beliau menambahkan; *Without putting an end to poverty, ignorance and the injustice of the rulers and the injustices of the strong against the weak, the hudud will remain exposed to doubt. And, the Prophetic hadith says, 'Avoid the hudud [penalties] when in doubt.'*

Di bagian lain, Al-Jabri antara lain mengatakan:

*Human rights in the modern sense as the backbone of comprehensive human development could have been based on the three major intents of al-sharia – necessities, needs and improvements – and by considering the five necessities (preservation of self, mind, religion, progeny and property) as the solid basis for human rights and the focusing of thought on human development on preserving these necessities, needs and improvements.*

Hak asasi manusia (HAM) dalam pengertian modern yang dijadikan tulang punggung memahami perkembangan manusia mesti didasarkan pada tiga pokok tujuan syariat yakni – *dlaruriyyat/ necessities* (primer), *hajiyyat/needs* (sekunder) dan *tahsiniyyat/improvements* (tersier) - dan dengan mempertimbangkan lima hal yang primer ( yakni melindungi jiwa, akal, agama, keturunan dan harta/kepemilikan) sebagai landasan yang solid untuk HAM sembari memfokuskan pemikiran pada perkembangan manusia dalam memelihara yang primer , sekunder dan tersier.

Jadi secara garis besar , persyaratan yang diajukan para ulama bagi berlakunya hudud meliputi ; 1) terpenuhi hak-hak dasar yang fundamental 2) tidak adanya pemaafan 3) tidak adanya taubat 4) tidak adanya *syubhat* atau keraguan.

Dari tujuh pertimbangan diatas kiranya dapat dikatakan bahwa , karakteristik hukum Islam secara umum dalam sejarahnya adalah:

- Privat ( terkait dengan afiliasi keimanan, keagamaan seseorang)
- Sakral ( terkait keimanan terhadap ayat atau firman Tuhan)
- Etik dan moral (terkait baik buruk dan sanksi akhirat)
- Plural ( terkait perbedaan metodologi)
- Fleksibel ( bisa disesuaikan dengan tradisi dan budaya local, serta perkembangan cara berpikir manusia)
- Tidak bergantung pada negara atau kekuasaan (dapat diamalkan terlepas apakah ia diundangkan oleh negara atau tidak.)
- Lebih menyerupai tradisi yang berkembang di negara yang menganut *common law* dibanding *civil law*.

**Pertimbangan Kedelapan:** Dampak penerapan pidana Islam versi klasik terhadap perlindungan hak asasi manusia

Abdullahi Ahmed aN-Na'im, *Toward an Islamic Reformation : Civil Liberties, Human Right, and International Law*(1996 :67) menyatakan sebagai berikut : “*Yet when the so called Islamic alternative in the term of Shari'a has been attempted in countries like Iran , Pakistan and the Sudan , it has created more problems than it has solved because those country who realized Syari'ah faced some problems in connection with global demand like International law and human right*” Pernyataan ini mesti dipahami bahwa syari'at yang dimaksud An-Na'im adalah syari'at sebagaimana dimuat dalam teks-teks kitab fiqh yang ditulis oleh ulama sejak zaman klasik yang cenderung tekstualis dalam memahami ajaran Islam

**Pertimbangan Kesembilan :** Dampak perluasan makna pasal 284

1. Jika rumusan Pasal 284 diperluas pemicidanaannya sampai ke luar ruang lingkup perkawinan dan deliknya dirubah dari delik aduan menjadi delik biasa (sebagaimana yang diinginkan Pemohon), maka bukan saja merubah secara keseluruhan struktur Pasal 284 KUHP, tetapi juga akan menyebabkan:
  - a. **Potensi Kriminalisasi terhadap orang-orang yang karena satu dan lain hal, perkawinannya tidak diakui oleh negara, yaitu:**
    - 1) Suami istri dari kelompok penghayat kepercayaan/penganut agama leluhur yang perkawinan mereka hingga saat ini masih berhadapan dengan sejumlah regulasi yang mendiskriminasi, sehingga menyulitkan mereka untuk mendaftarkan perkawinannya sebagai sebuah perkawinan yang sah;
    - 2) Suami istri yang perkawinannya tidak memiliki bukti karena tidak dicatatkan serta tidak diberikan surat oleh penghulu yang menikahkan, atau karena menikah dalam situasi konflik bersenjata dimana layanan publik di daerah tersebut lumpuh;
    - 3) Suami istri yang terikat dalam perkawinan poligami yang tidak sesuai dengan persyaratan dalam UU 1/1974 tentang Perkawinan, sehingga perkawinan tersebut dianggap tidak sah;
  - b. **Mengancam perlindungan normatif terhadap anak/kriminalisasi terhadap anak/remaja yang terpapar aktivitas seksual.** Anak/remaja yang melakukan

hubungan seksual akan dipidanakan. Padahal peningkatan jumlah anak yang terpapar aktivitas seksual adalah gejala kegagalan sistemik pendidikan nasional, baik dalam ruang formal maupun informal. Kegagalan ini tidak boleh dibebankan kepada anak dan remaja, melainkan menjadi tanggung jawab orang dewasa, khususnya pendidik dan pemuka agama.

- c. **Merugikan hak konstitusional perempuan korban kekerasan seksual.** Perluasan ruang lingkup Pasal 284 KUHP dari yang hanya terbatas pada salah satu pihak yang terikat perkawinan menjadi kepada siapapun baik di luar maupun di dalam perkawinan, akan menyebabkan hak konstitusional perempuan korban kekerasan seksual dirugikan, khususnya terhadap hak atas jaminan perlindungan hukum dan pemulihan sebagaimana diatur dalam Pasal 28D Ayat 1 UUD Negara Republik Indonesia Tahun 1945. Dengan dipidanya hubungan badan yang dilakukan oleh pasangan yang tidak terikat perkawinan sangat berpotensi mengkriminalkan atau menghukum para perempuan korban perkosaan karena pelaku dapat mendalilkan perkosaan atau pencabulan tersebut sebagai suka sama suka. Pola ini ditemukan Komnas Perempuan dari sejumlah kasus perkosaan yang dipantaunya.
- d. **Bertentangan dengan tujuan menjaga institusi perkawinan dan ketahanan keluarga.** Tidak jarang isteri memutuskan untuk tidak melaporkan zina yang dilakukan oleh suaminya karena tidak ingin perkawinannya terhenti atau karena tidak ingin anak-anaknya mengetahui. Ada juga suami yang memaafkan istrinya yang berzina dan tidak mau melaporkannya karena ingin melanjutkan perkawinan dan menjadikan peristiwa tersebut sebagai pembelajaran yang menguatkan ketahanan keluarga. Mengubah delik aduan dalam Pasal 284 KUHP, berarti mencabut hak warga negara menikmati perlindungan bagi institusi perkawinan dan keluarganya.

#### **Kesimpulan Posisi Penulis/ ahli :**

Sejalan dengan sembilan pertimbangan yang telah disebutkan diatas, ditambah dengan lima kaidah asasiyah dalam fiqh (Hukum Islam) yakni:

1. Segala masalah tergantung pada tujuannya. (*al-umur bimaqashidiha*)
2. Kemudharatan itu harus dihilangkan ( *al-dlarar yuzalu*)
3. Kebiasaan itu dapat dijadikan hukum. ( *al-adat muhakkamat* )
4. Yakin itu tidak dapat dihilangkan dengan keraguan. (*al-yaqin la yuzalu bi al-syak*)
5. Kesulitan itu dapat menarik kemudahan (*al-masyaqqh tajlibu al-taisir*)

ditambah lagi dengan pandangan Prof Dr TM Hasbi Ash Shidieqy ,tentang enam asas-asas pembinaan hukum Islam yakni :

- 1) *Nafyul kharaj* atau meniadakan kepicikan ( QS 22 al-Hajj ayat 78 dan QS 2 al-Baqarah ayat 286. )
- 2) *Qillatu al-taklif* atau menyedikitkan aturan sebab ada kaidah *al-ashlu fil asy'ya al-ibahah* (segala sesuatu pada dasarnya boleh)
- 3) Sejalan dengan kemaslahatan manusia
- 4) Mewujudkan keadilan yang merata
- 5) Mendahulukan akal atas dzahir nash atau teks syara jika terjadi pertentangan antar keduanya.

6) Masing-masing orang memikul tanggung jawabnya sendiri.

Sumber: Prof.Dr.T.M.Hasbi Ash Shiddieqy, *Filsafat Hukum Islam*, Jakarta, Bulan Bintang, 1975 hal.73-92

Ditambah dengan satu kaidah lagi: *haqqul insan muqaddamun 'ala haqqillah* ( hak manusia didahulukan atas hak Tuhan)

**maka penulis/ahli mengambil posisi sebagai berikut:**

Jika rakyat Indonesia benar-benar ingin merubah Kitab Undang-Undang Hukum Pidana, yang didalamnya termasuk perubahan pengertian perzinahan yang diadopsi dari fiqh (hukum Islam) atau dari paham keagamaan apapun, sehingga ia bisa mencakup hubungan sexual diluar nikah termasuk yang dilakukan oleh pasangan yang tidak terikat oleh perkawinan, maka sebaiknya dibahas di dalam lembaga legislative dengan melibatkan *stake holders* yang lebih luas, termasuk bagian-bagian dari masyarakat Indonesia yang akan terkena dampak dari perubahan aturan itu, sehingga akan lahir hukum yang benar-benar adil, arif bijaksana dan membawa rahmat bagi seluruh rakyat Indonesia tanpa diskriminasi atas dasar apapun. Untuk itu, demi keadilan bagi seluruh rakyat Indonesia, Mahkamah Konstitusi sebaiknya menolak permohonan pemohon. Biarlah perubahan atau penyempurnaan pasal-pasal dalam Kitab Undang-Undang Hukum Pidana, diserahkan kepada lembaga pembuat undang-undang yakni pemerintah dan Dewan Perwakilan Rakyat (DPR), sehingga lebih mudah disesuaikan dengan perkembangan zaman, dengan kata lain, biarlah ia tetap menjadi kebijakan yang terbuka (*open legal policy*).

Demikianlah beberapa pendapat yang dapat kami sampaikan dalam kesempatan ini. Atas perhatian Ketua dan para Anggota Majelis Hakim, kami ucapkan terima kasih.

*Wassalamu 'alaikum wr. wb.*

Jakarta, 9 Februari 2017

ttd.

**Dr. H. NURROHMAN, MA**

