



Al-Mazāhib

JURNAL PERBANDINGAN HUKUM

Staf Ahli : Susiknan
Noorhaidi
Wawan Gunawan
Fuad Zein
Ro'fah

Penanggung Jawab : Ali Sodiqin

Ketua Redaksi : Fuad Mustafid

Sekretaris Redaksi : Sri Wahyuni

Penyunting Pelaksana : Abdul Halim
Budi Ruhiatuddin
Fathorrahman
Ahmad Anfasul Marom
Nurdhin Baroroh

Tata Usaha/Distributor : Badrudin

Alamat Redaksi : Jurusan Perbandingan Mazhab dan Hukum
Fakultas Syari'ah dan Hukum
UIN Sunan Kalijaga Yogyakarta.
Jl. Laksda Adisucipto, Yogyakarta

Al-Mazāhib adalah jurnal pemikiran hukum milik Jurusan Perbandingan Mazhab dan Hukum, Fakultas Syari'ah dan Hukum UIN Sunan Kalijaga Yogyakarta.

Al-Mazāhib merupakan jurnal yang berisi atau memuat karya-karya ilmiah yang terkait dengan pemikiran-pemikiran di bidang hukum, baik hukum umum (positif) maupun hukum Islam. Keberadaan Jurnal Al-Mazāhib ini tentu sangat penting dalam menggali, memperkaya, dan mengembangkan pemikiran dan teori-teori hukum. Dengan demikian, Jurnal Al-Mazāhib ini akan memberikan kontribusi positif dalam memperkaya khazanah pemikiran di bidang hukum, baik hukum Islam maupun hukum positif.

DAFTAR ISI

TANGGUNG JAWAB PIDANA DOKTER DALAM KESALAHAN MEDIS (Analisis Hukum Putusan Kasasi Nomor 365 K/Pid/2012) Hasrul Buamona	215-238
ANALISIS KEBIJAKAN PEMBANGUNAN HUKUM NASIONAL BERDASARKAN UU NO. 25 TAHUN 2004 TENTANG SISTEM PERENCANAAN PEMBANGUNAN NASIONAL Abd. Halim	239-258
METODE IJTIHAD DALAM HUKUM ISLAM: Studi Pemikiran K.H. Ali Yafie dan H. M. Atho' Mudzhar M. Jazuli Amrullah	259-281
<i>TRANSBOUNDARY HAZE POLLUTION ACT 2014</i> DAN PROBLEMATIKA KEBAKARAN HUTAN DI INDONESIA Ifa Latifah Fitriani	283-298
PEMIKIRAN FIKIH SOSIAL KH. SAHAL MAHFUDH DAN KH. ALI YAFIE TENTANG RELASI MAYORITAS-MINORITAS DI INDONESIA Akhmad Siddiq	299-320
HUKUM KELUARGA ISLAM DALAM MASYARAKAT MUSLIM DIASPORA DI BARAT (Perspektif Hukum Perdata Internasional) Sri Wahyuni	321-344
FASILITAS GEDUNG BAGI MASYARAKAT BERKEBUTUHAN KHUSUS (<i>DISSABILITAS</i>) MENURUT UU No. 28 TAHUN 2002 TENTANG BANGUNAN GEDUNG Siti Rohani	345-362

PENETAPAN PIDANA MATI DALAM PERPEKTIF HUKUM ISLAM DAN INTERNATIONAL COVENANT ON CIVIL AND POLITICAL RIGHTS (ICCPR) Muhammad Rifai	363-380
PENGELOLAAN BARANG TAMBANG DALAM HUKUM ISLAM DAN HUKUM POSITIF Anwar Habibi Siregar	381-399
KONSEP KELUARGA MASLAHAH DALAM PANDANGAN NYAI MUDA PONDOK PESANTREN ALI MAKSUM KRAPYAK YOGYAKARTA Afida Lailata dan Malik Ibrahim	401-422

TANGGUNG JAWAB PIDANA DOKTER DALAM KESALAHAN MEDIS (Analisis Hukum Putusan Kasasi Nomor 365 K/Pid/2012)

Hasrul Buamona

Advokat dan Konsultan Hukum Kesehatan pada
Attorney At Law HB & Partners dan YLBHI- LBH Yogyakarta.

Abstract

As with the case of dr. Dewa Ayu Sasiary Parwani et al suspected medical errors in medical action that causes the death of the patient has not been proven medical errors of aspects of medical disciplines that led to big problems due to the lack of evidence that proves the physician acts as a medical error. This research aims to find out how to determine if the criteria for a medical doctor suspected medical negligence, and whether the decision of the Supreme Court No. 365 K/Pid/2012 in accordance with the criminal liability of doctors in medical errors). (To determine the criteria for medical errors must first be proven by means of medical audit by the medical committee as stipulated in PERMENKES No. 755 of 2011 on the Implementation of the Medical Committee at the Hospital. Due to request criminal liability as a doctor in the decision of the Supreme Court 365K/Pid/2012 number, then the doctors who allegedly committed medical errors it should first be proven medical errors through medical audits conducted by the Medical Committee. If convicted of medical errors, the results of the audit can be used as a basis for law enforcement to determine fault in criminal law that a criminal can be held accountable

Abstrak

Seperti halnya kasus dr.Dewa Ayu Sasiary Parwani dkk yang diduga melakukan kesalahan medis dalam tindakan kedokteran

yang menyebabkan matinya pasien belum pernah dibuktikan kesalahan medis dari aspek disiplin ilmu kedokteran sehingga memunculkan persoalan besar dikarenakan belum adanya pembuktian yang membuktikan tindakan dokter tersebut sebagai kesalahan medis. Penulisan ini bertujuan untuk mengetahui bagaimana menentukan kriteria medis dokter apabila diduga melakukan kelalaian medis, serta apakah putusan kasasi Mahkamah Agung Nomor 365 K/Pid/2012 telah sesuai dengan tanggung jawab pidana dokter dalam kesalahan medis. Untuk menentukan kriteria kesalahan medis harus terlebih dahulu dibuktikan dengan cara audit medis melalui komite medis sebagaimana diatur dalam PERMENKES No 755 Tahun 2011 Tentang Penyelenggaraan Komite Medis di Rumah Sakit. Dikarenakan untuk meminta pertanggung jawaban pidana dokter sebagaimana dalam putusan kasasi Mahkamah Agung nomor 365K/Pid/2012, maka para dokter yang diduga melakukan kesalahan medis sudah seharusnya terlebih dahulu dibuktikan kesalahan medis melalui audit medis yang dilakukan oleh Komite Medis. Apabila terbukti melakukan kesalahan medis, maka hasil audit tersebut dapat dijadikan sebagai dasar bagi penegak hukum untuk menentukan kesalahan dalam hukum pidana sehingga dapat dimintai pertanggungjawaban pidana.

Kata Kunci: kesalahan medis, tanggung jawab pidana, audit medis

A. Pendahuluan

Kesehatan merupakan hal kodrati yang menjadi kebutuhan bagi seluruh mahluk hidup begitu juga dengan manusia, yang membutuhkan upaya-upaya perbaikan tidak hanya dalam bidang ekonomi, sosial namun juga kesehatan. Aspek pelayanan kesehatan menjadi penting dikarenakan setiap upaya pembangunan harus dilandasi dengan wawasan kesehatan yang diciptakan secara baik dan sistematis untuk pembangunan nasional, dan ini merupakan tanggung jawab pemerintah dan seluruh komponen masyarakat yang terlibat dalam pengelolaan dan penyedia sarana pelayanan kesehatan. Perkembangan kebutuhan kesehatan pada saat sekarang, juga menuntut adanya sikap keterbukaan dan

pengawasan terhadap setiap tindakan medis yang dilakukan oleh dokter dan dokter gigi. Ini memiliki kaitan dengan dua macam hak hak asasi manusia yang diatur dalam dokumen maupun konvensi internasional kedua hak tersebut yakni hak untuk menentukan nasib sendiri (*the right to self determination*) dan hak untuk mendapatkan informasi (*the right to information*), kedua hak tersebut bertolak dari hak hak atas perawatan kesehatan (*the right to health care*) yang merupakan hak asasi manusia yang termuat dan dijamin dalam *The Universal Declaration of Human Right* tahun 1948, dan *The United Nations Internasional Convenant on Civil Political Right* tahun 1966.

Indonesia sebagai negara yang berasaskan negara kesejahteraan (*welfare state*) juga mengatur terkait kebutuhan masyarakat atas kesehatan, maka dalam Pasal 28 H Undang-Undang Dasar 1945 telah mengatur bahwa "*setiap orang berhak hidup sejahtera lahir dan batin, bertempat tinggal, dan mendapatkan lingkungan hidup yang baik dan sehat serta berhak memperoleh pelayanan kesehatan*". Dalam pasal tersebut sebagai wujud keberadaan sebuah negara yang dibentuk untuk melindungi kepentingan masyarakat khususnya pada aspek pemenuhan dan perbaikan kesehatan.

Profesi Dokter dalam perkembangannya di Indonesia, diatur dalam Undang-Undang Nomor 29 Tahun 2004 Tentang Praktik Kedokteran. Dimana profesi kedokteran adalah suatu pekerjaan yang dilaksanakan berdasarkan suatu keilmuan, kompetensi, yang diperoleh melalui pendidikan yang berjenjang, dan kode etik yang bersifat melayani masyarakat. Dengan demikian terlihat bahwa kehadiran profesi kedokteran bertujuan untuk memberikan perbaikan dan perlindungan kesehatan bagi masyarakat khususnya pasien dalam ruang lingkup pelayanan kesehatan. Penegakkan hukum profesi kedokteran pada akhir-akhir ini, terkait dengan kesalahan medis dokter menjadi menjadi topik utama dalam berbagai media baik cetak maupun elektronik yang memberikan pemberitaan tentang kesalahan medis yang dilakukan dokter kepada pasien, ditunjukkan dengan putusan Majelis Hakim kasasi, terkait kasus kesalahan medis yang dilakukan oleh dr. Dewa Ayu Sasiary Prawani dkk. Dimana dalam kasus kesalahan medis yang dilakukan oleh dr. Dewa Ayu Sasiary Prawani dkk, yang berpraktik sebagai dokter di Rumah Sakit Umum Prof.Dr.R.D.Kandow Malalayang Kota Manado, sesuai putusan kasasi nomor 365 K/Pid/2012 dinyatakan bersalah dan meyakinkan lalai (vide Pasal 359 KUHP jo. Pasal 361 jo. Pasal 55 KUHP) dalam melakukan

operasi *Cito Secsio Sesaria* sehingga terjadinya emboli yang menyebabkan pasien Siska Makatey sehingga meninggal dunia¹.

Dengan kasus kesalahan medis diatas, menggambarkan bahwa profesi kedokteran yang telah memiliki kompetensi keilmuan dan penuh pengabdian dalam menjalankan tindakan kedokteran, tidak luput dari suatu tindakan yang salah dalam memberikan tindakan kedokteran kepada pasien. Berdasarkan permasalahan yang telah dijelaskan diatas, maka dengan ini penulis tertarik untuk mengkaji terkait bagaimana menentukan kriteria medis dokter apabila diduga melakukan kelalian medis, serta apakah putusan Kasasi Mahkamah Agung Nomor 365 K/Pid/2012 telah sesuai dengan tanggungjawab pidana dokter dalam kesalahan medis.

B. Profesi Dokter Dalam Perspektif Hukum Pidana dan Disiplin Ilmu Kedokteran.

1. Profesi Dokter

Profesi Dokter adalah salah satu profesi tertua didunia selain profesi Advokat yang telah ada pada zaman Yunani kuno. Sebagaimana ketentuan Pasal 1 ayat (2) UU Nomor 29 Tahun 2004 Tentang Praktik Kedokteran memberi pengertian dokter dan dokter gigi

“Dokter, dokter spesialis, dokter gigi, dan dokter gigi spesialis lulusan pendidikan kedokteran atau kedokteran gigi baik di dalam maupun di luar negeri yang diakui oleh Pemerintah Republik Indonesia sesuai dengan peraturan perundang-undangan”.

Ketika membahas pengertian dokter dan dokter gigi secara keseluruhan seperti yang telah dijelaskan diatas, maka tidak terlepas juga dengan pengertian profesi kedokteran yang menjalankan praktek kedokteran. Dikarenakan pada sisi lain praktek kedokteran bukanlah pekerjaan yang dapat dilakukan oleh siapa saja, melainkan hanya boleh dilakukan oleh kelompok profesional kedokteran tertentu, dan telah mendapatkan izin dari institusi yang berwenang, serta bekerja sesuai dengan standar dan profesionalisme yang ditetapkan oleh organisasi profesi².

¹ Direktori Putusan Mahkamah Agung Nomor 365 K/Pid/2012

² Nusye Ki Jayanti, *Penyelesaian Hukum Dalam Malapraktik Kedokteran* (Yogyakarta: Pustaka Yustisia, 2009), hlm 31.

Dalam hubungan ini dapat dikemukakan adanya yurisprudensi *Supreme Court of Canada* 1956; keputusan mana memberikan komentar tentang *Principle of Liability* seorang dokter yang terdiri dari 5 (lima) unsur sebagai berikut :

- 1) tindakan yang teliti dan hati-hati;
- 2) sesuai standar medis;
- 3) sesuai dengan kemampuan dokter menurut ukuran tertentu;
- 4) dalam situasi dan kondisi yang sama; dan
- 5) keseimbangan antara keseimbangan tindakan dengan tujuan³.

Bertambahnya kapasitas pendidikan masyarakat (pasien) mempengaruhi terjadinya pergeseran hubungan antara dokter dan pasien, yang tadinya kedudukan dokter lebih tinggi dibandingkan dengan pasien, dikarenakan pasien merupakan pihak yang ingin disembuhkan oleh dokter yang tahu terkait kondisi kesehatan pasien, saat seperti ini sering kali pasien secara langsung menyerahkan tanggung jawab tindakan medis sepenuhnya kepada dokter karena menganggap dokter tahu segalanya (*father knows the best*). Hubungan pasien dan dokter dalam upaya penyembuhan dipahami tidak lagi sekedar hanya pengobatan pada umumnya, tetapi dipahami sebagai hubungan terapeutik, dimana pasien diwajibkan memahami hak dan kewajiban dalam setiap upaya penyembuhan kesehatannya oleh dokter, dan upaya ini harus diperoleh dari kerja sama antara pasien dengan dokter dikarenakan dalam perjanjian terapeutik kedudukan antara pasien dan dokter adalah sejajar, terkait dengan semua upaya tindakan medis yang dilakukan oleh dokter, demi kesembuhan pasien dari penyakit⁴.

Dari hubungan terapeutik tersebut melahirkan Hak dan Kewajiban dokter dalam menjalankan tindakan kedokteran terhadap pasien sebagaimana diatur dalam Pasal 50 UU Nomor 29 Tahun 2004 Tentang Praktik Kedokteran yang mengatur bahwa dokter mempunyai hak :

- a. memperoleh perlindungan hukum sepanjang melaksanakan tugas sesuai dengan standar profesi dan standar prosedur operasional;
- b. memberikan pelayanan medis menurut standar profesi dan standar prosedur operasional;

³ Mohammad Hatta, *Hukum Kesehatan Medik dan Sengketa Medik* (Yogyakarta: Liberty, 2013) hlm 84.

⁴ <http://www.LBH.Yogyakarta.org> Hasrul Buamona, *Kajian Yuridis Tentang Rekam Medis*. Diunduh pada tanggal 24 Mei.

- c. memperoleh informasi yang lengkap dan jujur dari pasien atau keluarganya; dan
- d. menerima imbalan jasa.

Sedangkan kewajiban dokter diatur dalam Pasal 51 UU Nomor 29 Tahun 2004 Tentang Praktik Kedokteran mengatur bahwa dokter dalam menjalankan praktek kedokteran mempunyai kewajiban :

- a. memberikan pelayanan medis sesuai dengan standar profesi dan standar prosedur operasional serta kebutuhan medis pasien;
- b. merujuk pasien ke dokter atau dokter gigi lain yang mempunyai keahlian atau kemampuan yang lebih baik, apabila tidak mampu melakukan suatu pemeriksaan atau pengobatan;
- c. merahasiakan segala sesuatu yang diketahuinya tentang pasien, bahkan juga setelah pasien itu meninggal dunia;
- d. melakukan pertolongan darurat atas dasar perikemanusiaan, kecuali bila ia yakin ada orang lain yang bertugas dan mampu melakukannya; dan
- e. menambah ilmu pengetahuan dan mengikuti perkembangan ilmu kedokteran atau kedokteran gigi.

Namun perlu diketahui bahwa profesi apapun dalam kegiatannya termasuk profesi dokter, tidak bisa lepas dari adanya sebuah kesalahan dalam tindakan medis, sehingga apabila kesalahan medis tersebut terbukti, maka dapat dimintai pertanggung jawaban hukum pidana walaupun hakikatnya tindakan medis tersebut dilandasi dengan pengabdian yang mulia (*officium nobile*) kepada pasien.

2. Kesalahan Dalam Hukum Pidana.

Kesalahan berasal dari kata "*schuld*", yang sampai saat ini sekarang belum resmi diakui sebagai istilah ilmiah yang mempunyai pengertian pasti, namun sudah sering dipergunakan dalam penulisan-penulisan. Pengertian kesalahan menurut Pompe, ialah kesalahan mempunyai tanda sebagai hal yang tercela (*verwijtbaarheid*) yang pada hakekatnya tidak mencegah kelakuan yang bersifat melawan hukum (*der wederrechtelijke gedraging*). Kemudian dijelaskan pula hukum didalam permusan hukum positif, disitu berarti mempunyai kesengajaan dan kealpaan (*opzet en*

onachtzaamheid), dan kemampuan bertanggung jawab (*toerekenbaarheid*)⁵.

Pengertian Kesalahan menurut Simons, adalah terdapatnya keadaan psikis tertentu pada seseorang yang melakukan tindak pidana dan adanya hubungan antara keadaan tersebut dengan perbuatan yang dilakukan, yang sedemikian rupa hingga orang itu dapat dicela karena melakukan perbuatan tadi. Berdasarkan pendapat ini dapat disimpulkan adanya dua hal disamping melakukan tindak pidana yakni, keadaan psikis dan hubungan tertentu antara keadaan psikis dengan perbuatan yang dilakukan hingga menimbulkan celaan⁶.

Unsur kesalahan begitu penting dan menjadi perhatian utama sehingga ada adagium yang berkembang di Belanda sebagai tempat lahirnya Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP) Indonesia, yakni "*geen straf zonder schuld*" yang dalam bahasa Indonesia diterjemahkan sebagai "tidak pidana tanpa kesalahan", dan juga adagium "*actus non facit reum, nisi mens sit rea*" yang artinya suatu perbuatan tidak bisa membuat orang bersalah, kecuali apabila terdapat sikap batin yang salah, sehingga batin yang salah atau *mens rea* merupakan kesalahan yang bersifat subyektif dari suatu delik pidana, dikarenakan berada dalam diri pelaku delik pidana.

Kesalahan dalam arti luas meliputi kesengajaan, kelalaian dan dapat dipertanggungjawabkan. Ketiga-tiganya merupakan unsur subyektif syarat pemidanaan atau jika kita mengikuti golongan yang memasukkan unsur kesalahan dalam arti luas ke dalam pengertian delik (*strafbaar feit*) sebagai unsur subyektif delik, ditambahkan pula, bahwa tiadanya alasan pemaaf merupakan pula bagian ke empat dari kesalahan. Pompe dan Jonkers, memasukkan juga "melawan hukum" sebagai kesalahan dalam arti luas disamping "sengaja" atau "kesalahan" (*schuld*) dan dapat dipertanggungjawabkan (*toerekeningsvatbaarheid*) atau istilah Pompe *toerekenbaar*. Tetapi menurut Pompe, melawan hukum (*wederrechtelijkheid*) terletak diluar pelanggaran hukum sedangkan sengaja, kelalaian (*onachtzaamheid*) dan dapat dipertanggung jawabkan terletak didalam pelanggaran hukum. Lalu sengaja dan kelalaian (*onachtzaamheid*) itu harus dilakukan secara melawan hukum supaya memenuhi unsur "kesalahan"

⁵ Bambang Poernomo, Asas-asas Hukum Pidana (Yogyakarta:Ghalia Indonesia,1982) hlm 135.

⁶ Teguh Prasetyo, Hukum Pidana, Edisi Revisi (Jakarta:PT Raja Grafindo Persada,2011) hlm 79.

dalam arti luas. Sejak tahun 1930 dikenalkanlah asas “tiada pidana tanpa kesalahan” (Jerman: *Keine Straf ohne Schuld*), hanya orang yang bersalah atau perbuatan yang dipertanggungjawabkan kepada pembuat yang dapat dipidana⁷.

Adakalanya isi kesalahan tersebut diatas dapat disimpulkan mempunyai 3 (tiga) bagian, yaitu:

- 1) tentang kemampuan bertanggung jawab (*toerekeningsvatbaarheid*) orang yang melakukan perbuatan;
- 2) tentang hubungan batin tertentu dari orang yang melakukan perbuatan yang berbentuk kesengajaan atau kealpaan (*dolus* atau *culpa*);
- 3) tentang tidak adanya alasan penghapus kesalahan/pemaaf (*schuld ontbreekt*)⁸.

a. Kesengajaan (*dolus*)

Pembuat undang-undang tahun 1981 tidak memberikan defenisi tentang kesengajaan. Namun, dalam memori penjelasan dengan tegas disebutkan bahwa pemerintah hanya mengakui satu-satunya defenisi yang tepat, seperti yang sudah tercantum dalam *Wetboek van Strafrecht* 1809, yakni “kesengajaan adalah kehendak untuk melakukan atau tidak melakukan perbuatan-perbuatan yang dilarang atau diharuskan oleh undang-undang”⁹.

Menurut penjelasan tersebut, “sengaja” (*opzet*) berarti *de (bewuste) richting van den wil op een bepaald misdrijf* (kehendak yang disadari yang ditujukan untuk melakukan kejahatan tertentu). Menurut penjelasan tersebut “sengaja” (*opzet*) sama dengan *willens en wetens* (dikehendaki dan diketahui). Hal ini dibantah oleh van Hattum yang mengatakan bahwa *willens* tidak sama dengan *weten*. Jadi, “dengan sengaja” dan *willens* dan *weten* tidak sama. Seseorang *willen* (hendak) berbuat sesuatu belum tentu menghendaki juga akibat yang pada akhirnya sungguh-sungguh terjadi karena perbuatan tersebut. Menurut praktik katanya, Hakim sangat sering mempersamakan dua pengertian “dikehendaki” dan “diketahui”

⁷ Andi Hamzah, *Asas-asas Hukum Pidana Edisi Revisi* (Jakarta:Rineka Cipta,2008) hlm 111-112.

⁸ Bambang Poernomo, *Op.Cit.* hlm 138

⁹ D.Schaffmeister et al. *Hukum Pidana.* (Bandung:Citra Aditya Bakti,2011) hlm 83.

yang tidak sama itu, yaitu “dengan sengaja” meliputi pula “mengetahui” bahwa perbuatan yang dilakukan adalah suatu pelanggaran hukum¹⁰.

Dalam literatur hukum pidana antara lain tulisan Vos (1950:121), dapat disusun beberapa jenis dari pembagian *dolus* yang terdiri dari :

- 1) *dolus generalis*;
- 2) *dolus indirectus*;
- 3) *dolus determinatus*;
- 4) *dolus indeterminatus*;
- 5) *dolus alternativus*;
- 6) *dolus premeditus*¹¹.

Biasanya dalam teori hukum pidana diajarkan, bahwa dalam kesengajaan ada tiga corak, yaitu ;

- 1) kesengajaan sebagai maksud;
- 2) kesengajaan sebagai kepastian, keharusan; dan
- 3) *dolus eventualis*¹².

b. Kealpaan (*culpa*)

Undang-undang tidak memberi defenisi apakah kealpaan/kelalaian itu. Hanya memori Penjelasan *Memori van Toelichting* mengatakan, bahwa kelalaian (*culpa*) terletak antara sengaja dan kebetulan. Bagaimanapun juga *culpa* itu dipandang lebih ringan dibanding dengan sengaja. Oleh karena itu Hazewinkel-Suringa mengatakan bahwa delik *culpa* itu merupakan delik semu (*quasidelict*) sehingga diadakan pengurangan pidana. Dalam kealpaan, kurang mengindahkan larangan sehingga tidak berhati-hati dalam melakukan sesuatu perbuatan yang objektif kausal menimbulkan keadaan yang dilarang. Dengan mengatakan kealpaan suatu bentuk kesalahan, maka dikatakan pula bahwa sikap batin yang demikian itu, adalah berwarna. Artinya selalu kita hubungkan dengan sikap batin terhadap perbuatan yang dipandang dari sudut hukum adalah keliru. Sama saja dengan kesengajaan, bahkan lebih dari itu, lebih berwarna dari pada kesengajaan, kalau masih mungkin mengatakan “dengan sengaja berbuat baik” atau “dengan sengaja berbuat jahat” pada hemat saya tidaklah mungkin mengatakan “karena kealpaannya berbuat baik”.

¹⁰ Andi Hamzah, Ibid hlm 113-114.

¹¹ Bambang Poernomo, Op.Cit. hlm 162-163.

¹² Moeljatno, Asas-Asas Hukum Pidana, Edisi Revisi (Jakarta:Rineka Cipta, 2008) hlm 191.

Sebabnya tidak mungkin menyatakan demikian ialah karena dalam istilah kealpaan itu sendiri sudah terkandung makna kekeliruan¹³.

Van Hammel mengatakan bahwa kealpaan itu mengandung 2 (dua) syarat yaitu ;

- 1) Tidak mengadakan penduga-penduga sebagaimana diharuskan oleh hukum;
- 2) Tidak mengadakan penghati-hatian sebagaimana diharuskan oleh hukum¹⁴.

Jadi dalam undang-undang untuk menyatakan “kealpaan” dipakai bermacam-macam istilah yaitu: *schuld*, *onachtzaamheid*, *ernstige reden heeft om te vermoeden*, *redelijkewijs moet vermoeden*, *moest verwachten*, dan di dalam ilmu hukum pidana dipakai istilah *culpa*. *Culpa* dibedakan menjadi *culpa levissima* dan *culpa lata*. *Culpa levissima*, artinya kealpaan yang ringan, sedangkan *culpa lata* atau *grove schuld* artinya adalah kealpaan berat. Tentang adanya *culpa levissima* para ahli menyatakan tidak dijumpai dalam jenis kejahatan, oleh karena sifatnya ringan, akan tetapi dapat terlihat dalam hal pelanggaran dari buku III KUHPidana, sebaliknya ada pandangan bahwa *culpa levissima* oleh undang-undang tidak diperhatinkan sehingga tidak diancam pidana. Sedangkan bagi *culpa lata* dipandang tersimpul didalam kejahatan karena kealpaan. Disamping itu terdapat suatu Pasal 356 WvS Belanda yang dirumuskan tersendiri sebagai jenis kejahatan jabatan dengan *grove schuld*, dan tidak dijumpai di dalam KUHP Indonesia¹⁵.

3. *Pengertian Kesalahan Medis (medical malpractice)*

Kesalahan medis atau *medical malpractice* merupakan istilah yang akan muncul, ketika dalam tindakan kedokteran yang dilakukan oleh dokter, mengakibatkan kerugian, baik cacat ataupun matinya pasien, walaupun cacat atau matinya pasien harus dibuktikan terlebih dahulu baik secara disiplin ilmu kedokteran, etika kedokteran serta hukum pidana. Istilah malpraktek kedokteran sebenarnya dipopulerkan secara luas oleh masyarakat ketika melihat kasus yang terdapat dalam dunia medis. Namun penulis lebih merasa objektif ketika memakai istilah kesalahan medis, dari pada malpraktek kedokteran, dikarenakan istilah

¹³ Bambang Poernomo, Op.Cit. hlm 215-216.

¹⁴ Moeljatno, Asas-Asas Hukum Pidana, Op. Cit .hlm 217.

¹⁵ Bambang Poernomo, Ibid. hlm 171-172

malpraktik kedokteran tidak ada dasar hukum yang mengatur baik ditinjau dari pengaturan yang terdapat dalam disiplin ilmu kedokteran, etik kedokteran dan hukum pidana.

Istilah asing *Malpractice* menurut Daris Peter Salim dalam “*The Contemporary English Indonesia Dictionary*”, berarti perbuatan atau tindakan yang salah. Sedangkan menurut John M. Echols dan Hassan Sadily, dalam kamus Inggris-Indonesia, *malpractice* berarti cara pengobatan pasien yang salah. Adapun ruang lingkupnya mencakup kurangnya kemampuan untuk melaksanakan kewajiban-kewajiban profesional atau didasarkan pada kepercayaan¹⁶.

4. Kesalahan Medis Dalam Disiplin Ilmu Kedokteran

Berbicara mengenai kesalahan medis dalam disiplin ilmu kedokteran berarti kita telah masuk dalam ruang lingkup tindakan medis dokter dan dokter gigi kepada pasien sesuai dengan hubungan terapeutik yang dilandasi dengan moral dan profesionalitas. Dalam Pasal 1 ayat (1) Peraturan Konsil Kedokteran Indonesia Nomor 4 Tahun 2011 Tentang Disiplin Profesional Dokter dan Dokter Gigi yang mengatur bahwa “*Disiplin Profesional Dokter dan Dokter Gigi adalah ketaatan terhadap aturan-aturan/dan atau ketentuan penerapan keilmuan dalam pelaksanaan praktik Kedokteran*”, dan ayat (2) “*Praktek Kedokteran adalah rangkaian kegiatan yang dilakukan oleh dokter dan dokter gigi terhadap pasien dalam melaksanakan upaya kesehatan*”. Sebagaimana yang diatur secara keseluruhan dalam Peraturan Konsil Kedokteran No.4 Tahun 2011 Tentang Disiplin Profesional Dokter dan Dokter Gigi, yang dengan tegas melarang dokter melakukan pelanggaran disiplin profesional dokter dan dokter gigi dimana terdapat 28 (dua puluh delapan) pelanggaran disiplin yang diatur sebagai berikut:

- *Melakukan Praktik Kedokteran dengan tidak kompeten.*

Dalam menjalankan asuhan medis / asuhan klinis kepada pasien, Dokter dan Dokter Gigi harus bekerja dalam batas-batas kompetensinya, baik dalam penegakan diagnosis maupun dalam penatalaksanaan pasien. Setiap Dokter dan Dokter Gigi harus memiliki pengetahuan dan keterampilan yang diperlukan dalam melakukan Praktik Kedokteran.

¹⁶ Endang Kusuma Astuti, *Transaksi Terapeutik Dalam Upaya Pelayanan Medis Di Rumah Sakit* (Bandung: Citra Aditya Bakti, 2009) hlm 212.

- *Tidak Merujuk Pasien Kepada Dokter Atau Dokter Gigi Lain Yang Memiliki Kompetensi Yang Sesuai.*

Dalam situasi dimana penyakit atau kondisi pasien di luar kompetensinya karena keterbatasan pengetahuan, keterbatasan keterampilan, ataupun keterbatasan peralatan yang tersedia, maka Dokter atau Dokter Gigi wajib menawarkan kepada pasien untuk dirujuk atau dikonsultasikan kepada Dokter atau Dokter Gigi lain atau sarana pelayanan kesehatan lain yang lebih sesuai. Upaya perujukan dapat tidak dilakukan, apabila situasi yang terjadi antara lain sebagai berikut: kondisi pasien tidak memungkinkan untuk dirujuk, keberadaan Dokter atau Dokter Gigi lain atau sarana kesehatan yang lebih tepat, sulit dijangkau atau sulit didatangkan; dan/atau, atas kehendak pasien.

- *Mendelegasikan Pekerjaan Kepada Tenaga Kesehatan Tertentu Yang Tidak Memiliki Kompetensi Untuk Melaksanakan Pekerjaan Tersebut.*

Dokter dan Dokter Gigi dapat mendelegasikan tindakan atau prosedur kedokteran tertentu kepada tenaga kesehatan tertentu yang sesuai dengan ruang lingkup keterampilan mereka. Dokter dan Dokter Gigi harus yakin bahwa tenaga kesehatan yang menerima pendelegasian tersebut, memiliki kompetensi untuk itu. Dokter dan dokter gigi tetap bertanggung jawab atas penatalaksanaan pasien yang bersangkutan.

- *Menyediakan Dokter atau Dokter Gigi Pengganti Sementara Yang Tidak Memiliki Kompetensi Dan Kewenangan Yang Sesuai atau Tidak Melakukan Pemberitahuan Perihal Penggantian Tersebut.*

Bila Dokter atau Dokter Gigi berhalangan menjalankan Praktik Kedokteran, maka dapat menyediakan Dokter atau Dokter Gigi pengganti yang memiliki kompetensi sama dan memiliki surat izin praktik. Dalam kondisi keterbatasan tenaga Dokter atau Dokter Gigi dalam bidang tertentu sehingga tidak memungkinkan tersedianya Dokter atau Dokter Gigi pengganti yang memiliki kompetensi yang sama, maka dapat disediakan Dokter atau Dokter Gigi pengganti lainnya. Surat izin praktik Dokter atau Dokter Gigi pengganti tidak harus surat izin praktik di tempat yang harus digantikan. Ketidakhadiran Dokter atau Dokter Gigi bersangkutan dan kehadiran Dokter atau Dokter Gigi pengganti pada saat Dokter atau Dokter Gigi berhalangan praktik, harus diinformasikan kepada

pasien secara lisan ataupun tertulis ditempat praktik dokter. Jangka waktu penggantian ditentukan sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan yang berlaku atau etika profesi.

- *Menjalankan Praktik Kedokteran Dalam Kondisi Tingkat Kesehatan Fisik ataupun Mental Sedemikian Rupa, Sehingga Tidak Kompeten dan Dapat Membahayakan Pasien.*

Dokter atau Dokter Gigi yang menjalankan Praktik Kedokteran, harus berada pada kondisi fisik dan mental yang laik atau fit. Dokter atau Dokter Gigi yang mengalami gangguan kesehatan fisik atau gangguan kesehatan mental tertentu, dapat dinyatakan tidak laik untuk melaksanakan Praktik Kedokteran (*unfit to practice*). Dokter atau Dokter Gigi bersangkutan baru dapat dibenarkan untuk kembali melakukan Praktik Kedokteran bilamana kesehatan fisik maupun mentalnya telah pulih untuk praktik (*fit to practice*). Pernyataan laik atau tidak laik untuk melaksanakan Praktik Kedokteran, diatur lebih lanjut oleh Konsil Kedokteran Indonesia.

- *Tidak Melakukan Tindakan atau Asuhan Medis Yang Memadai Pada Situasi Tertentu Yang Dapat Membahayakan.*

Dalam penatalaksanaan pasien, Dokter dan Dokter Gigi tidak dibenarkan melakukan yang seharusnya tidak dilakukan atau tidak melakukan yang seharusnya dilakukan sesuai dengan tanggung jawab profesionalnya, tanpa alasan pembenar atau pemaaf yang sah sehingga dapat membahayakan pasien. Dokter dan Dokter Gigi wajib melakukan penatalaksanaan pasien dengan teliti, tepat, hati-hati, etis, dan penuh kepedulian dalam hal-hal sebagai berikut: anamnesis, pemeriksaan fisik dan mental, bilamana perlu pemeriksaan penunjang diagnostik; penilaian riwayat penyakit, gejala dan tanda-tanda pada kondisi pasien; tindakan/asuhan dan pengobatan secara profesional; tindakan/asuhan yang tepat dan cepat terhadap keadaan yang memerlukan intervensi kedokteran; kesiapan untuk berkonsultasi pada sejawat yang sesuai, bilamana diperlukan.

- *Melakukan Pemeriksaan atau Pengobatan Berlebihan Yang Tidak Sesuai Dengan Kebutuhan Pasien.*

Dokter dan dokter gigi melakukan pemeriksaan atau memberikan terapi, ditujukan hanya untuk kebutuhan medis pasien. Pemeriksaan atau pemberian terapi yang berlebihan, dapat membebani pasien dari segi biaya maupun kenyamanan dan bahkan dapat menimbulkan bahaya.

- *Tidak Memberikan Penjelasan Jujur, Etis, dan Dan Memadai (adequate information) Kepada Pasien atau Keluarganya Dalam Melakukan Praktik Kedokteran.*

Pasien mempunyai hak atas informasi tentang kesehatannya (*the right to information*), dan oleh karenanya, Dokter dan Dokter Gigi wajib memberikan informasi dengan bahasa yang dipahami oleh pasien atau penterjemahnya, kecuali bila informasi tersebut dapat membahayakan kesehatan pasien. Informasi yang berkaitan dengan tindakan/asuhan medis yang akan dilakukan meliputi diagnosis medis, tata cara tindakan/asuhan medis, tujuan tindakan/asuhan medis, alternatif tindakan/asuhan medis lain, risiko tindakan/asuhan medis, komplikasi yang mungkin terjadi serta prognosis terhadap tindakan/asuhan yang dilakukan. Pasien juga berhak memperoleh informasi tentang biaya pelayanan kesehatan yang akan dijalaninya. Keluarga pasien berhak memperoleh informasi tentang sebab-sebab kematian pasien, kecuali bila sebelum meninggal pasien menyatakan agar penyakitnya tetap dirahasiakan.

- *Melakukan tindakan/asuhan medis tanpa memperoleh persetujuan dari pasien atau keluarga dekat, wali, atau pengampunya.*

Untuk menjalin komunikasi dua arah yang efektif dalam rangka memperoleh persetujuan tindakan/asuhan medis, baik Dokter dan Dokter Gigi maupun pasien mempunyai hak untuk didengar dan kewajiban untuk saling memberi informasi. Setelah menerima informasi yang cukup dari Dokter atau Dokter Gigi dan memahami maknanya (*well informecl*), pasien diharapkan dapat mengambil keputusan bagi dirinya sendiri (*the right to self determination*) untuk menyetujui (*consent*) atau menolak (*refuse*) tindakan/asuhan medis yang akan dilakukan kepadanya. Setiap tindakan/asuhan medis yang akan dilakukan kepada pasien, mensyaratkan persetujuan atau otorisasi dari yang bersangkutan. Dalam kondisi dimana pasien tidak dapat memberikan persetujuan secara pribadi karena dibawah umur atau keadaan fisik/mental tidak memungkinkan, maka persetujuan dapat diberikan oleh keluarga yang berwenang yaitu suamilistri, bapak/ibu, anak, saudara kandung, wali, atau pengampunya (*proxy*). Persetujuan tindakan/asuhan medis (*informed consent*) dapat dinyatakan secara tertulis atau lisan, termasuk dengan menggunakan bahasa tubuh Setiap tindakan/asuhan medis yang

mempunyai risiko tinggi mensyaratkan persetujuan tertulis. Dalam kondisi dimana pasien tidak mampu memberikan persetujuan dan tidak memiliki pendamping, maka dengan tujuan untuk penyelamatan hidup (*lifesaving*) atau mencegah kecacatan pasien yang berada dalam keadaan gawat darurat, tindakan/asuhan medis dapat dilakukan tanpa persetujuan pasien. Dalam hal tindakan/asuhan medis yang menyangkut kesehatan reproduksi, persetujuan harus diberikan oleh pasangannya yaitu suaminya. Dalam hal tindakan/asuhan medis yang menyangkut kepentingan publik, contoh imunisasi masal dalam penanggulangan wabah, maka tidak diperlukan persetujuan.

- *Tidak Membuat atau Menyimpan Rekam Medis Dengan Sengaja.*
Dalam Melaksanakan praktik kedokteran, dokter dan dokter gigi wajib membuat rekam medis secara benar dan lengkap serta menyimpan sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan yang berlaku. Dokter dan dokter gigi yang berpraktik di sarana pelayanan kesehatan, maka penyimpanan rekam medis merupakan tanggung jawab sarana pelayanan kesehatan yang bersangkutan.
- *Melakukan Perbuatan Yang Bertujuan Untuk Menghentikan Kehamilan Yang Tidak Sesuai Dengan Ketentuan Peraturan Perundang-Undangan Yang Berlaku.*
Penghentian atau terminasi keharnilan hanya dapat dilakukan atas indikasi medis yang mengharuskan tindakan/asuhan tersebut. Penentuan tindakan penghentian keharnilan pada pasien tertentu yang mengorbankan nyawa janinnya, dilakukan oleh setidaknya dua orang Dokter.
- *Melakukan Perbuatan Yang Dapat Mengakhiri Kehidupan Pasien Atas Permintaan Sendiri atau Keluarganya.*
Setiap Dokter tidak dibenarkan melakukan perbuatan yang bertujuan mengakhiri kehidupan manusia. Karena selain bertentangan dengan sumpah kedokteran, etika kedokteran, atau tujuan profesi kedokteran, juga bertentangan dengan aturan hukum pidana. Pada kondisi sakit mencapai keadaan terminal, dimana upaya kedokteran kepada pasien merupakan kesia-siaan (*futile*), menurut *state of the art* ilmu kedokteran, maka dengan persetujuan pasien atau keluarga dekatnya, dokter dapat menghentikan pengobatan. Akan tetapi dengan tetap memberikan perawatan yang layak (*ordinary crime*). Pada kondisi itu,

dokter dianjurkan berkonsultasi dengan sejawatnya atau komite etik rumah sakit bersangkutan.

- *Menjalankan Praktik Kedokteran Dengan Menerapkan Pengetahuan, Keterampilan, atau Teknologi Yang Belum Diterima atau Diluar Tata Cara Praktik Kedokteran Yang Layak*

Dalam rangka menjaga keselamatan pasien, setiap Dokter dan Dokter Gigi wajib menggunakan pengetahuan, keterampilan, dan tata cara Praktik Kedokteran yang telah diterima oleh profesi kedokteran atau kedokteran gigi. Setiap pengetahuan, keterampilan, dan tata cara baru harus melalui penelitian/uji klinik tertentu sesuai dengan ketentuan perundang-undangan yang berlaku.

- *Melakukan Penelitian Dalam Praktik Kedokteran Dengan Menggunakan Manusia Sebagai Subjek Penelitian Tanpa Memperoleh Persetujuan Etik (ethical clearance) Dari Lembaga Yang Diakui Pemerintah.*

Dalam praktik kedokteran, dimungkinkan untuk menggunakan pasien atau klien sebagai subjek penelitian sepanjang telah memperoleh persetujuan etik (*ethical clearance*) dari komite etik penelitian yang diakui pemerintah.

- *Tidak Melakukan Pertolongan Darurat Atas Dasar Perikemanusiaan, Padahal Tidak Membahayakan Dirinya, Kecuali Bila Ia Yakin Ada Orang Lain yang bertugas dan Mampu Melakukannya.*

Menolong orang lain yang membutuhkan pertolongan adalah kewajiban yang mendasar bagi setiap manusia, utamanya bagi profesi Dokter dan Dokter Gigi di sarana pelayanan kesehatan. Kewajiban tersebut dapat diabaikan apabila membahayakan dirinya atau apabila telah ada individu lain yang mau dan mampu melakukannya atau karena ada ketentuan lain yang telah diatur oleh sarana pelayanan kesehatan tertentu.

- *Menolak atau Menghentikan Tindakan atau Pengobatan Terhadap Pasien Tanpa Alasan Yang Layak Dan Sab Sesuai Ketentuan Etika Profesi atau Peraturan Perundang-Undangan Yang Berlaku.*

Tugas Dokter dan Dokter Gigi sebagai profesional medis adalah melakukan pelayanan kedokteran. Beberapa alasan yang dibenarkan bagi Dokter dan Dokter Gigi untuk menolak, mengakhiri pelayanan kepada pasiennya, atau memutuskan hubungan Dokter atau Dokter Gigi dan pasien adalah: pasien melakukan intimidasi terhadap Dokter atau Dokter Gigi; pasien melakukan kekerasan terhadap Dokter atau

Dokter Gigi; pasien berperilaku merusak hubungan saling percaya tanpa alasan. Dalam hal-hal diatas, Dokter atau Dokter Gigi wajib memberitahu secara lisan atau tertulis kepada pasiennya dan menjamin kelangsungan pengobatan pasien dengan cara merujuk ke Dokter atau Dokter Gigi lain dengan menyertakan keterangan medisnya. Dokter atau Dokter Gigi tidak boleh melakukan penolakan atau memutuskan hubungan terapeutik Dokter atau Dokter Gigi dan pasien, semata-mata karena alasan keluhan pasien terhadap pelayanan Dokter atau Dokter Gigi, finansial, suku, ras, jender, politik, agama, atau kepercayaan.

- *Membuka Rahasia Kedokteran*

Dokter dan dokter gigi wajib menjaga rahasia pasiennya. Bila dipandang perlu untuk menyampaikan informasi tanpa persetujuan pasien atau keluarga, maka dokter dan dokter gigi tersebut harus mempunyai alasan pembenar. Alasan pembenar yang dimaksud yakni permintaan MKDKI. Serta permintaan majelis hakim sidang pengadilan, atau sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan.

- *Membuat Keterangan Medis Yang Tidak Didasarkan Kepada Hasil Pemeriksaan Yang Diketahuinya Secara Benar dan Patut.*

Sebagai profesionalisme medis, dokter dan dokter gigi harus jujur dan dapat dipercaya dalam memberikan keterangan medis, baik dalam bentuk lisan maupun tulisan. Dokter dan dokter gigi tidak dibenarkan membuat atau memberikan keterangan palsu. Dalam membuat keterangan medis berbentuk tulisan (*hardcopy*), dokter dan dokter gigi wajib membaca secara teliti setiap dokumen yang akan ditandatangani, agar tidak terjadi kesalahan penjelasan yang dapat menyesatkan.

- *Turut Serta Dalam Perbuatan Yang Termasuk Tindakan Penyiksaan (torture) atau Eksekusi Hukuman Mati.*

Prinsip tugas mulia seorang profesional medis adalah memelihara kesehatan fisik, mental dan sosial penerima jasa pelayanan kesehatan. Oleh karenanya, dokter dan dokter gigi tidak dibenarkan turut serta dalam pelaksanaan tindakan yang bertentangan dengan tugas tersebut termasuk tindakan penyiksaan atau pelaksanaan hukuman mati.

- *Mereseptkan atau Memberikan Obat Golongan Narkotika, psikotropika Dan Zat Adiktif Lainnya Yang Tidak Sesuai Dengan Ketentuan Etika Profesi atau Peraturan Perundang-Undangan Yang Berlaku.*

Dokter dan dokter gigi dibenarkan memberikan obat golongan narkotika, psicotropika, dan zat adiktif lainnya sepanjang sesuai dengan indikasi medis dan ketentuan peraturan perundang-undangan yang berlaku.

- *Melakukan Pelecehan Seksual, Tindakan Intimidasi, atau Tindakan Kekerasan Terhadap Pasien Dalam Penyelenggaraan Praktik Kedokteran.* Dalam hubungan terapeutik antara dokter atau dokter gigi dan pasien, seorang dokter tidak boleh menggunakan hubungan personal seperti hubungan personal seperti hubungan seks atau emosional yang dapat merusak hubungan keduanya.
- *Menggunakan Gelar Akademik atau Sebutan Profesi Yang Bukan Haknya.* Dalam melaksanakan hubungan terapeutik Dokter atau Dokter Gigi dan pasien, Dokter atau Dokter Gigi hanya dibenarkan menggunakan gelar akademik atau sebutan profesi sesuai dengan kemampuan, kewenangan, dan ketentuan peraturan perundang-undangan yang berlaku. Penggunaan gelar dan sebutan lain yang tidak sesuai dinilai dapat menyesatkan masyarakat pengguna jasa pelayanan kesehatan.
- *Menerima Imbalan Sebagai Hasil Dari Merujuk, Meminta Pemeriksaan atau Memberikan Resep Obat atau Alat Kesehatan.* Dalam melakukan rujukan pasien, laboratorium, dan/atau teknologi kepada Dokter atau Dokter Gigi lain atau sarana penunjang lain, atau pembuatan resep/pemberian obat, seorang Dokter atau Dokter Gigi hanya dibenarkan bekerja untuk kepentingan pasien. Oleh karenanya, Dokter atau Dokter Gigi tidak dibenarkan meminta atau menerima imbalan jasa atau membuat kesepakatan dengan pihak lain diluar ketentuan etika profesi (*kick back* atau *fee splitting*) yang dapat mempengaruhi independensi Dokter atau Dokter Gigi yang bersangkutan.
- *Mengiklankan Kemampuan/Pelayanan atau Kelebihan Kemampuan/Pelayanan Yang Dimiliki Baik Lisan Ataupun Tulisan Yang Tidak Benar Atau Menyesatkan.*

Masyarakat sebagai pengguna jasa pelayanan medis, membutuhkan informasi tentang kemampuan/pelayanan seorang Dokter dan Dokter Gigi untuk kepentingan pengobatan dan rujukan. Oleh karenanya, Dokter dan Dokter Gigi hanya dibenarkan memberikan informasi yang memenuhi ketentuan umum yaitu sah, patut, jujur, akurat, dan dapat dipercaya. Melakukan penyuluhan kesehatan di media massa

tidak termasuk pelanggaran disiplin. Melakukan pengiklanan diri tentang kompetensi atau layanan yang benar merupakan pelanggaran etik dan tidak termasuk dalam pelanggaran Disiplin Profesional Dokter dan Dokter Gigi.

- *Adiksi (kecanduan) Pada Narkotika, Psikotropika, Alkohol, Dan Zat Adiktif Lainnya.*

Penggunaan naroktika, psikotropika, alkohol dan zat adiktif lainnya dapat menurunkan kemampuan seorang dokter dan dokter gigi sehingga berpotensi membahayakan pengguna pelayanan medis.

- *Berpraktik Dengan Menggunakan Surat Tanda Registrasi, Surat Izin Praktik, Dan/Atau Sertifikat Kompetensi Yang Tidak Sah Atau Berpraktik Tanpa Memiliki Surat Izin Praktik Sesuai Dengan Ketentuan Peraturan Perundangundangan Yang berlaku.*

Seorang Dokter dan Dokter Gigi yang diduga memiliki surat tanda registrasi dan/atau surat izin praktik dengan menggunakan persyaratan yang tidak sah, dapat diajukan ke MKDKI / MKDKI-P. Apabila terbukti adanya pelanggaran tersebut, maka surat tanda registrasi akan dicabut oleh KKI dan surat izin praktik akan dicabut oleh Dinas Kesehatan Kabupaten/Kota atau instansi yang mengeluarkan surat izin praktik tersebut berdasarkan rekomendasi MKDKI /MKDKI-P.

- *Tidak Jujur Dalam Menentukan Jasa Medis.*

Dokter dan dokter gigi harus jujur dalam menentukan jasa medis sesuai dengan tindakan atau asuhan medis yang dilakukannya terhadap pasien.

- *Tidak memberikan informasi, dokumen, dan alat bukti lainnya yang diperlukan MKDKI I MKDKI-P untuk pemeriksaan atas pengaduan dugaan pelanggaran Disiplin Profesional Dokter dan Dokter Gigi.*

Pemeriksaan terhadap dokter atau dokter gigi yang diadukan atas dugaan Pelanggaran Disiplin Profesional Dokter Dan Dokter Gigi, MKDKI atau MKDKI-Propinsi berwenang meminta informasi, dokumen, dan alat bukti lainnya dari dokter atau dokter gigi yang diadukan dan dari pihak lain yang terkait¹⁷

Dari 28 (dua puluh delapan) pengaturan tersebut, menjadi acuan untuk mengetahui dokter telah melakukan kesalahan medis dari aspek

¹⁷ Lihat Peraturan Konsil Kedokteran Indonesia Nomor 4 Tahun 2011 Tentang Profesional Dokter dan Dokter Gigi.

disiplin ilmu kedokteran, dan menjadi acuan juga bagi Komite Medis sebagaimana dalam Peraturan Menteri Kesehatan Nomor 755 Tahun 2011 Tentang Penyelenggaraan Komite Medik di Rumah Sakit yang memiliki kewenangan untuk melakukan audit medis, yang apabila dari hasil audit medis tersebut dokter telah melakukan kesalahan disiplin ilmu kedokteran, maka dapat memudahkan bagi penegak hukum untuk menentukan kesalahan sebagaimana dalam ajaran hukum pidana.

Disiplin ilmu kedokteran yang dalam hal ini, penulis melihat sebagai suatu standar profesi kedokteran yang memiliki batasan kemampuan baik secara *knowledge, skill dan professional attitude*, sebagai dasar yang harus dimiliki oleh setiap dokter dikarenakan menyangkut dengan kepentingan masyarakat secara luas. Selain itu, pengaturan terkait disiplin ilmu kedokteran merupakan salah tolak ukur utama dalam audit medis untuk menentukan dokter dan dokter telah melakukan kesalahan medis khususnya dalam aspek disiplin kedokteran yang telah dibuktikan kesalahan medis oleh Komite Medis dan Majelis Kehormatan Disiplin Kedokteran Indonesia (MKDKI), sehingga dari hasil audit medis tersebut dapat membantu penegak hukum dalam menentukan kesalahan pidana dokter.

Kesalahan medis dokter dalam konteks disiplin ilmu kedokteran dikatakan salah harus memenuhi syaratnya sesuai dengan pendapat Taylor yang dikenal sebagai 4 (empat) D yang terdiri dari :

- a. *Duty to Use Due Care*, tidak ada kelalaian jika tidak ada kewajiban untuk mengobati. Hal ini berarti bahwa harus ada hubungan hukum antara pasien dan dokter. Dengan adanya hubungan hukum maka implikasinya adalah bahwa sikap tindakan dokter itu harus sesuai dengan standar pelayanan medik agar pasien jangan sampai menderita cedera karenanya. Rasio dari kewajiban ini adalah sebagai akibat perkembangan hak asasi manusia dalam bentuk otonomi (*self determination*), dan ini berawal dari putusan Hakim Benjamin Cardozo yang terkenal dengan ucapannya yakni “*Every human being of dault of years and sound mind has a right to determine what shall be done with his body; and a surgeon who performs an operation without his patient’s consent commits and assault, for which he is liable in damages*” .
- b. *Dereliction of that duty*, apabila sudah ada kewajiban (*duty*), maka dokter harus bertindak sesuai dengan standar profesi yang berlaku. Jika terdapat penyimpangan dari standar tersebut maka dokter dapat dipersalahkan. Bukti adanya suatu penyimpangan dapat diberikan

melalui ahli, catatan rekam medis. Apabila kesalahan sudah jelas, sehingga tidak perlukan kesaksian ahli lagi, maka hakim dapat menerapkan doktrin *Res Ipsa Loquitur*.

- c. *Demage*, memiliki pengertian yang berarti kerugian yang diderita pasien itu harus berwujud dalam bentuk fisik, finansial, emosional, atau berbagai dalam kategori kerugian lainnya. apabila dokter dituduh telah berlaku lalai, tetapi jika tidak sampai menimbulkan luka/cedera/kerugian (*demage, injury, harm*) kepada pasien, maka tidak dapat dituntut ganti kerugian.
- d. *Direct Causal Relationship*, untuk berhasilnya suatu gugatan ganti rugi berdasarkan malpraktik medik, maka harus ada hubungan kausal yang wajar antara sikap tindak tergugat (dokter) dan kerugian (*demage*) yang diderita oleh pasien sebagai akibatnya. Sementara itu, dalam literatur negara *continental*, misalnya, dari Prof.W.B. Van Der Mijn juga menyinggung soal "*The Three Elements Of Civil Liability*", yang berarti atas : *culpabilitas, demages, dan causal relationship* ¹⁸.

C. Tanggung Jawab Pidana Dokter

Apakah orang yang melakukan perbuatan kemudian juga dijatuhi pidana, sebagaimana telah diancamkan dalam pasal yang terdapat dalam KUHP dalam hal ini Pasal 359 KUHP jo. Pasal 361 KUHP terhadap para dokter yang dijadikan terdakwa, ini tergantung dari soal apakah dalam melakukan perbuatan ini dia mempunyai kesalahan. Sebab asas dalam pertanggungjawaban dalam hukum pidana ialah: Tidak dipidana jika tidak ada kesalahan (*geen straf zonder schuld; actus non facit reum nisi mens sist rea*). Asas ini tidak tersebut dalam hukum tertulis, tapi dalam hukum tidak tertulis yang juga di Indonesia berlaku. Dalam buku-buku Belanda yang pada umumnya tidak mengadakan pemisahan antara dilarangnya perbuatan dan dipidananya orang yang melakukan perbuatan tersebut (*strafbaar heid van het feit/strafbaarheid van de persoon*), dalam istilahnya *strafbaar feit*, hubungan antara perbuatan pidana dan kesalahan dinyatakan dengan hubungan antara sifat melawan hukumnya perbuatan. Dalam menjelaskan arti kesalahan, kemampuan bertanggung jawab dengan singkat diterangkan sebagai keadaan batin orang yang normal, yang sehat¹⁹.

¹⁸ Mohammad Hatta, Op.Cit hlm 88

¹⁹ Moeljatno, Op.Cit hlm 165.

Mempertanggungjawabkan seseorang dalam hukum pidana, bukan hanya berarti sah menjatuhkan pidana terhadap orang itu, tetapi juga sepenuhnya dapat diyakini bahwa memang pada tempatnya meminta pertanggungjawaban atas tindak pidana yang dilakukannya. Pertanggungjawaban pidana pertama-tama merupakan keadaan merupakan keadaan yang ada pada diri pembuat ketika melakukan tindak pidana. Dengan demikian, pengkajian dilakukan dua arah. *Pertama*, pertanggungjawaban pidana ditempatkan dalam konteks sebagai syarat-syarat faktual (*conditioning facts*) dari pemidanaan, karenanya mengemban aspek preventif. *Kedua*, pertanggungjawaban pidana merupakan akibat hukum (*legal consequences*). Konsep pertanggungjawaban pidana, berkenaan dengan mekanisme yang menentukan dapat dipidananya pembuat, sehingga hal tersebut terutama berpengaruh bagi hakim. Hakim harus mempertimbangkan keseluruhan aspek tersebut, baik dirumuskan secara positif maupun negatif. Hakim harus mempertimbangkan hal itu, sekalipun Penuntut Umum tidak membuktikannya. Sebaliknya, ketika terdakwa mengajukan pembelaan yang didasarkan pada alasan yang menghapus kesalahan, maka hakim berkewajiban untuk memasuki masalahnya lebih dalam ²⁰.

Menurut Bambang Poernomo kesalahan melaksanakan tugas profesi dibedakan menjadi 2 (dua) yaitu :

- a. Kesalahan Medis yaitu kesalahan melaksanakan profesi atas dasar ketentuan profesi medis yang profesional.
- b. Kesalahan yuridis yaitu kesalahan melaksanakan tugas profesi atas dasar ketentuan peraturan perundang-undangan yang berlaku²¹.

Meminta pertanggungjawaban pidana dokter dalam tindakan kedokteran yang diduga salah, bukanlah hal yang mudah dikarenakan untuk membuktikan dugaan kesalahan medis tidak hanya berdasarkan pada penentuan kesalahan dalam ajaran hukum pidana. Namun untuk membuktikan kesalahan medis dokter tersebut, telah melanggar ketentuan yang termuat dalam Peraturan Konsil Kedokteran Nomor 4 Tahun 2011 Tentang Disiplin Profesional Dokter serta standar operasional

²⁰ Chairul Huda, *Dari Tiada Pidana Tanpa Kesalahan Menuju Kepada Tiada Pertanggungjawaban Pidana Tanpa Kesalahan* (Jakarta:Prenada Media Group,2008) hlm 67.

²¹ Bambang Poernomo Op.Cit. 2007.

prosedur (*hospital bylaws/corporate bylaws*) yang terdapat dalam rumah sakit, dimana kesalahan medis tersebut harus dibuktikan melalui audit medis sebagaimana diatur dalam Pasal 39 dan UU Nomor 44 Tahun 2009 Tentang Rumah Sakit yang ayat (1) mengatur bahwa “*Dalam penyelenggaraan Rumah Sakit dilakukan Audit*” serta ayat (2) mengatur bahwa “*Audit sebagaimana dimaksud pada ayat (1) dapat berupa audit kinerja dan audit medis*”. Perlu diketahui bahwa yang berhak melakukan audit medis tersebut ialah Komite Medis yang dibentuk oleh Kepala/Direktur Rumah Sakit yang kedudukannya secara non struktural di Rumah Sakit sebagaimana dalam ketentuan Peraturan Menteri Kesehatan Nomor 755 Tahun 2011 Tentang Penyelenggaraan Komite Medis.

Apabila dalam audit medis tersebut membuktikan bahwa dokter telah salah dalam menerapkan disiplin ilmu kedokteran kepada pasien yang menyebabkan pasien tersebut luka, cacat bahkan sampai pasien tersebut meninggal, maka hukum pidana sebagai hukum publik yang melindungi kepentingan hukum masyarakat, dapat meminta pertanggungjawaban pidana, dikarenakan tindakan kedokteran tersebut telah memenuhi unsur kesalahan dan melawan hukum suatu perbuatan/tindakan yang dilakukan khususnya tindakan kedokteran terhadap pasien.

D. Penutup.

Untuk menentukan kriteria dokter dalam melakukan kesalahan medis, tidak hanya bersandar pada kesalahan dalam hukum pidana saja. Dikarenakan kriteria untuk menentukan kesalahan medis dokter, harus melewati terlebih dahulu serangkaian pembuktian dalam ruang lingkup disiplin ilmu kedokteran dan etika kedokteran, yang kesemuanya dilakukan dengan cara audit medis yang dilakukan oleh Komite Medik di Rumah Sakit, sebagaimana ketentuan Pasal 49 Undang-Undang Nomor 29 Tahun 2004 Tentang Praktik Kedokteran, serta Peraturan Menteri Kesehatan Nomor 755 Tahun 2011 Tentang Penyelenggaraan Komite Medis di Rumah Sakit. Selain itu Peraturan Konsil Kedokteran Indonesia Nomor 4 Tahun 2011 Tentang Disiplin Profesional Dokter dan Dokter, merupakan elemen terpenting dan mendasar untuk membuktikan dokter telah melakukan kesalahan medis (malpraktik kedokteran).

DAFTAR PUSTAKA

- Andi Hamzah, *Asas-asas Hukum Pidana Edisi Revisi*. Jakarta, Rineka Cipta, 2008
- Bambang Poernomo, *Asas-asas Hukum Pidana*. Yogyakarta, Ghalia Indonesia, 1982.
- _____ *Hukum Kesehatan, Yogyakarta: Bahan Kuliah Pascasarjana UGM, Magister Hukum Kesehatan*, 2007
- Chairul Huda, *Dari Tiada Pidana Tanpa Kesalahan Menuju Kepada Tiada Pertanggungjawaban Pidana Tanpa Kesalahan*, Jakarta: Prenada Media Group, 2008.
- D. Schaffmeister et al. *Hukum Pidana*. Bandung: Citra Aditya Bakti, 2011.
- Endang Kusuma Astuti, *Transaksi Terapeutik Dalam Upaya Pelayanan Medis Di Rumah Sakit*. Bandung: Citra Aditya Bakti, 2009.
- Mohammad Hatta, *Hukum Kesehatan Medik dan Sengketa Medik*. Yogyakarta: Liberty, 2013
- Moeljatno, *Asas-Asas Hukum Pidana, Edisi Revisi*. Jakarta: Rineka Cipta, 2008.
- Nusyke Ki Jayanti, *Penyelesaian Hukum Dalam Malapraktik Kedokteran*, Yogyakarta : Pustaka Yustisia, 2009.
- Teguh Prasetyo, *Hukum Pidana, Edisi Revisi*. Jakarta: PT Raja Grafindo Persada, 2011.
- <http://www.LBH.Yogyakarta.org>. Hasrul Buamona, *Artikel Kajian Yuridis Tentang Rekam Medis*. Diunduh pada tanggal 24 Mei 2013.*

ANALISIS KEBIJAKAN PEMBANGUNAN HUKUM NASIONAL BERDASARKAN UU NO. 25 TAHUN 2004 TENTANG SISTEM PERENCANAAN PEMBANGUNAN NASIONAL

Abd. Halim*

Fakultas Syari'ah dan Hukum UIN Sunan Kalijaga Yogyakarta
Jl. Marsda Adisucipto Yogyakarta. E-mail kicabil@yahoo.com

Abstract

This article explains the fundamental differences of national law development based on Act No. 25/2004 about National Development Planning System. In the period before the birth of Act No. 25 /2004, political interests at that time mistakenly putting the function of law as a tool of social engineering. Law simply used as legitimacy by policy makers, the emphasis tends to the law development in both the normative and empirical level and placement by per field and sector in Guidelines of State Policy, whereas in Act No. 25 2004, law development more oriented towards regulative framework (normative) and the placement does not sectorally / per field.

Abstrak

Tulisan ini menjelaskan perbedaan mendasar tentang Pembangunan Hukum Nasional berdasarkan UU No. 25 Tahun 2004 tentang Sistem Perencanaan Pembangunan Nasional. Di masa sebelum lahirnya UU No. 25 Tahun 2004, kepentingan politik saat itu “keliru” dalam menempatkan fungsi hukum sebagai alat rekayasa sosial. Hukum dijadikan sebagai legitimasi

* Tulisan ini merupakan tanggapan atau pembahasan terhadap makalah Gusdan Hanun Prabowo yang dipresentasikan dalam seminar kelas Program Pasca Sarjana (S3) Ilmu Hukum UII di bawah bimbingan Prof. Dr. Mahfud MD., S.H., S.U.

pengambil kebijakan semata, penekanannya lebih kepada pembangunan hukum baik dalam tataran normatif maupun empiris dan penempatannya secara perbidang dan sektoral dalam GBHN, sedangkan dalam UU No. 25 Tahun 2004 pembangunan hukum lebih berorientasi pada kerangka regulatif (normatif) dan penempatannya tidak secara sektoral/perbidang.

Kata kunci: *Kebijakan, hukum nasional, rekayasa sosial, politik hukum.*

A. Pendahuluan

Pembangunan hukum nasional merupakan salah satu strategi pembangunan nasional yang telah berusia kurang lebih empat dasawarsa sejak dideklarasikannya model hukum dan pembangunan pada tahun 1970. Model hukum dan pembangunan yang dikembangkan dan kemudian dicantumkan dalam GBHN saat itu dan juga diajarkan di dalam pendidikan hukum di Indonesia telah menetapkan fungsi dan peranan hukum dalam pembangunan yaitu sebagai penentu arah kebijakan pembangunan di bidang hukum. Fungsi hukum yang utama adalah sebagai rekayasa sosial (*a tool of social engineering*) yang diharapkan dapat membawa perubahan mendasar sikap masyarakat dan berperan serta dalam setiap gerak pembangunan nasional.¹

Menyoal tentang pembangunan Hukum Nasional tidak bisa lepas dari politik hukum, dimana hukum dalam kerangka berpikir politik hukum dapat dimaknai bahwa hukum merupakan produk politik, sehingga karakter produk hukum akan sangat ditentukan oleh imbang kekuatan atau konfigurasi politik yang melahirkannya.² Selanjutnya apabila ditilik dari hubungan keduanya antara politik dan hukum tentunya dominasi kekuasaan politik yang berkusa pada kurun waktu tertentu akan mempengaruhi kebijakan pembangunan hukumnya melalui *output* produk hukumnya. Di masa orde baru misalnya, stabilitas politik ditempatkan sebagai prasyarat pembangunan ekonomi sebagai titik berat programnya. Dalam tradisi seperti ini dapat dimaknai hukum diberi fungsi sebagai instrumen program pembangunan, karenanya sebenarnya

¹ <http://www.porlathukum.com/index.php?name=News&file=article&sid=19>

² Moh. Mahfud MD, *Pergulatan Politik dan Hukum di Indonesia*, Yogyakarta, Gama Media, 1999, hlm. 4

hukum bukanlah tujuan melainkan hukum produk untuk memfasilitasi dan mendukung kekuatan politik. Pada gilirannya hukum hanya dijadikan sebagai alat justifikasi visi politik penguasa.³ Dalam konteks inilah maka produk hukum di masa orde baru bersifat represif dan sentralistis. Pada tipe represif dan sentralistis ini persatuan sebagai semangat dalam merumuskan kebijakan pembangunan hukum lebih dimaknai persatuan dalam konteks *uniform* bukan dalam konteks yang seharusnya yaitu *unity*.

Namun seiring dengan perkembangan kebijakan pembangunan nasional terjadi perubahan orientasi dalam pengelolaan pembangunan. Pada masa orde baru sebagaimana disinggung di atas, pembangunan lebih berorientasi pembangunan ekonomi yang bertujuan menciptakan pertumbuhan ekonomi yang tinggi yang oleh karenanya hukum ditempatkan sebagai instrumental untuk memfasilitasi pembangunan, bukan dalam pengertian hukum sebagai *law is a tool of social engineering*⁴ di mana perencanaan pembangunan selalu dituangkan dalam bentuk GBHN maupun Repelita. Akan tetapi pasca reformasi terutama setelah terjadi amandemen UUD 1945 yang keempat kalinya terjadi perubahan pengelolaan pembangunan yang antara lain adalah *pertama*, penguatan kedudukan lembaga legislatif dalam penyusunan APBN, *kedua*, ditiadakannya GBHN sebagai pedoman penyusunan rencana pembangunan nasional, *ketiga*, diperkuatnya Otonomi Daerah dan disentralisasi pemerintahan dalam Negara Kesatuan Republik Indonesia.⁵

Berdasarkan uraian di atas, tulisan ini akan difokuskan pada upaya mendeskripsikan perbedaan mendasar kebijakan pembangunan hukum sebelum dan sesudah berlakunya UU No. 25 Tahun 2004 tentang Sistem Perencanaan Pembangunan Nasional. Untuk mendapatkan gambaran dan pembahasan secara terpadu tulisan ini disusun dengan urutan uraian pendahuluan, kebijakan pembangunan hukum sebelum berlakunya UU No. 25 Tahun 2004, kebijakan pembangunan hukum pasca berlakunya UU No. 25 Tahun 2004, dan peran pembangunan hukum dalam upaya mencapai tujuan nasional.

³ *Ibid*; hlm. 5

⁴ Moh.Mahfud MD, *Hukum dan Pilar-pilar Demokrasi*, Yogyakarta: Gama Media, 1999, hlm. 214

⁵ Penjelasan Atas Undang-undang Republik Indonesia Nomor 25 Tahun 2004 tentang Sistem Perencanaan Pembangunan Nasional.

B. Kebijakan Pembangunan Hukum Nasional Sebelum Berlakunya UU No. 25 Tahun 2004

Sebagaimana diketahui bahwa tujuan nasional yang hendak dicapai yang termaktub dalam Pembukaan UUD 1945 adalah terwujudnya pengelolaan negara yang berkedaulatan rakyat dan demokratis dengan mengutamakan persatuan dan kesatuan bangsa berdasarkan Pancasila dan UUD 1945. Penyelenggaraan negara dilaksanakan melalui pembangunan nasional dalam segala aspek kehidupan bangsa oleh penyelenggara negara yaitu lembaga tinggi negara bersama-sama dengan segenap rakyat di seluruh wilayah NKRI. Tujuan nasional ini dapat dicapai apabila didukung oleh adanya kebijakan pembangunan yang tepat, efektif, dan efisien.

Terdapat beberapa pemaknaan terhadap suatu kebijakan seperti dikemukakan oleh Thomas R. Dye dan Harold Laswell sebagaimana dikutip oleh Edi Wibowo bahwa menurut Thomas R. Dye “kebijakan publik diartikan sebagai segala yang dilakukan oleh pemerintah, sebab-sebab mengapa hal tersebut dilakukan, dan perbedaan yang ditimbulkan sebagai akibatnya”. dan menurut Harold Laswell “kebijakan diartikan sebagai serangkaian program terencana yang meliputi tujuan, nilai dan praktik⁶

Dari dua pengertian tersebut dapat dipahami bahwa setidaknya untuk dapat dikategorikan sebagai suatu kebijakan ataupun kebijaksanaan memuat hal-hal sebagai berikut:

1. Identifikasi dari tujuan yang ingin dicapai;
2. Taktik dan strategi dari berbagai langkah untuk mencapai tujuan yang diinginkan;
3. Penyediaan berbagai input untuk memungkinkan pelaksanaan secara nyata dari taktik atau strategi.⁷

Terkait dengan pendapat di atas, kebijakan pembangunan hukum sebelum berlakunya UU No. 25 Tahun 2004 dituangkan dalam bentuk Garis-garis Besar sebagai pernyataan kehendak rakyat yang dinamakan GBHN. Demikian juga halnya dengan kebijakan pembangunan nasional

⁶ Edi Wibowo, *Kebijakan Publik Pro Civil Society*, Yogyakarta: YPAPI, 2004, hlm. 45

⁷ Irfan Islamy, *Prinsip-prinsip Perumusan Kebijakanaksanaan Negara*, Jakarta: Bumi Aksara, 2001, hlm. 17

sebagaimana yang termuat dalam GBHN bersifat sektoral. Arah kebijakan pembangunan tersebut adalah:

1. Mengembangkan budaya hukum di semua lapisan masyarakat untuk terciptanya kesadaran dan kepatuhan dalam rangka supremasi hukum dan tegaknya negara hukum;
2. Menata system hukum nasional yang menyeluruh dan terpadu dengan mengakui dan menghormati hukum agama dan adat serta memperbaiki perundang-undangan warisan kolonial dan hukum nasional yang diskriminatif, termasuk ketidakadilan gender dan ketidaksesuaian dengan tuntutan reformasi melalui program legislasi;
3. Menegakkan hukum secara konsisten untuk lebih menjamin kepastian hukum, keadilan dan kebenaran, supremasi hukum, serta menghargai hak asasi manusia;
4. Melanjutkan ratifikasi konvensi internasional, terutama yang berkaitan dengan hak asasi manusia sesuai dengan kebutuhan dan kepentingan bangsa dalam bentuk undang-undang;
5. Meningkatkan integritas moral dan keprofesionalan aparat penegak hukum, termasuk Kepolisian Negara RI untuk menumbuhkan kepercayaan terhadap masyarakat dengan meningkatkan kesejahteraan, dukungan sarana dan prasarana hukum, pendidikan serta pengawasan yang efektif;
6. Mewujudkan lembaga peradilan yang mandiri dan bebas dari pengaruh penguasa dan pihak manapun;
7. Mengembangkan peraturan perundang-undangan yang mendukung kegiatan prekonomian dalam menghadapi era perdagangan bebas tanpa merugikan kepentingan nasional;
8. Menyelenggarakan proses peradilan secara tepat, mudah, murah dan terbuka, serta bebas korupsi, kolusi dan nepotisme dengan tetap menjunjung tinggi asas keadilan dan kebenaran;
9. Meningkatkan pemahaman dan penyadaran, serta meningkatkan perlindungan, penghormatan, dan penegakan hak asasi manusia dalam seluruh aspek kehidupan;
10. Menyelesaikan berbagai proses peradilan terhadap pelanggaran hukum dan hak asasi manusia yang belum ditangani secara tuntas.⁸

⁸ Lihat Bab IV Garis-Garis Besar Haluan Negara periode 1999-2004

Arah kebijakan pembangunan hukum tersebut sudah lebih maju apabila dibandingkan dengan muatan dalam GBHN 1983. Dalam GBHN 1993 tepatnya dalam TAP MPR No. IV/MPR/1993 terdapat nuansa baru dan sikap optimisme dalam penempatan sentral hukum. Namun apabila dilihat dari arah pembangunannya dapat dikatakan bahwa GBHN 1993 tersebut tidak mengandung perubahan yang substansial, melainkan dapat dikatakan pembangunan hukum hanya menempati kapling baru. Hal yang menarik dari susunan GBHN 1993 ini adalah arah pembangunan hukum tidak lagi menyebut upaya pelaksanaan kodifikasi dan unifikasi dalam hukum-hukum tertentu, di mana dalam GBHN sebelumnya selalu ditegaskan.⁹

Paham kodifikasi dan unifikasi tersebut “sempat” mendapat tantangan keras dari Mohammad Koesnoe dan Iman Sudiyat. Menurut mereka paham kodifikasi dan unifikasi tidak dapat dianut di Indonesia karena paham tersebut berpangkal pada paham legisme yang di Indonesia tidak memiliki akar.¹⁰ Paham legisme diartikan sebagai sebuah paham yang menempatkan bahwa UU atau hukum tertulis merupakan satu-satunya sumber hukum. Dengan kata lain, paham legisme melihat dunia hukum dari teleskop perundang-undangan belaka untuk kemudian menghakimi peristiwa-peristiwa yang terjadi.¹¹ Dengan demikian, paham kodifikasi dan unifikasi ini mempunyai tendensi membunuh hukum adat yang secara riil merupakan hukum yang hidup (*living law*) dalam masyarakat Indonesia.

Makna kodifikasi dan unifikasi yang berpijak pada paham legisme tersebut, bertentangan dengan semangat kodifikasi dan unifikasi sebagaimana dimaksudkan dalam seminar nasional hukum adat yang diselenggarakan di Yogyakarta pada tanggal 15-17 Januari 1975 yang merumuskan hukum adat sebagai hukum asli Indonesia yang tidak

⁹ Moh. Mahfud MD, *Pergulatan Politik dan Hukum di Indonesia*, hlm. 35

¹⁰ M. Koesnoe dan Iman Sudiyat ini “dapat dikatakan” sebagai generasi penerus Prof. Soepomo dan Prof. Soekanto yang dipresentasikan sebagai pemikir hukum tipologi pemikiran hukum pasca kemerdekaan yang mengutamakan komitmen pada hukum adat, lihat Khudzaiifah Dimiyati, *Teorisasi Hukum Studi Tentang Perkebangnan Hukum di Indonesia 1945-1990*, Surakarta: Muhammadiyah University Press, 2004, hlm. 139

¹¹ Lihat Satjipto Rahardjo, “Sosiologi Pembangunan Peradilan Bersih, Berwibawa”, dalam *Jurnal Ilmu Hukum* Vol. 3, No. 1, Maret 2000, Fakultas Hukum Universitas Muhammadiyah Surakarta, hlm. 9

tertulis/tertuang di dalam perundang-undangan Republik Indonesia dan di sana sini mengandung unsur agama.¹²

C. Kebijakan Pembangunan Hukum Pasca UU No. 25 Tahun 2004 tentang Sistem Perencanaan Pembangunan Nasional

Setelah UU No. 25 Tahun 2004 diundangkan, mekanisme pembangunan nasional mengalami perubahan, yang sebelumnya diatur dan dituangkan dalam GBHN menjadi tidak diatur dan dituangkan dalam GBHN lagi. Dalam UU No 25 Tahun 2004 ini setidaknya terdapat 5 (lima) pendekatan dalam rangka Perencanaan Pembangunan Nasional, yaitu:

1. Politik;
2. Teknokratik;
3. Partisipatif;
4. Atas-bawah (*Top-Down*);
5. Bawah-Atas (*Bottom-Up*).¹³

Pendekatan politik diartikan bahwa pemilihan Presiden/Kepala Daerah merupakan proses penyusunan rencana, karena rakyat pemilih menentukan pilihannya berdasarkan program-program pembangunan yang ditawarkan oleh calon masing-masing Capres/Kepala Daerah. Selanjutnya, bisa diartikan rencana pembangunan adalah penjabaran dari agenda-agenda pembangunan yang ditawarkan oleh Presiden/Kepala Daerah, pada saat kampanye ke dalam Rencana Pembangunan Jangka Pendek. Pendekatan teknokrat dimaksudkan sebagai suatu pendekatan dengan pembangunan metode dan kerangka berfikir ilmiah oleh lembaga atau satuan kerja (SATKER) yang secara fungsional bertugas untuk itu. Pendekatan partisipasi maksudnya adalah suatu pendekatan yang melibatkan semua pihak yang berkepentingan (*Stake Holder*) terhadap pembangunan. Pelibatan tersebut untuk mendapatkan aspirasi dan rasa memiliki.

Adapun pendekatan atas-bawah dan bawah atas dalam perencanaan dilaksanakan menurut jenjang pemerintahan. Rencana hasil proses

¹² Iman Sudiyat, "Pembinaan Hukum Adat Aceh sebagai Sumbangan Potensial Untuk Pembangunan Hukum Nasional", dalam *Hukum Adat dan Modernisasi Hukum*, Penyunting Syamsudin dkk, Cet. 1, Yogyakarta: Fakultas Hukum UII, 1998, hlm. 75

¹³ Lihat Penjelasan UU No. 25 Tahun 2004 tentang Sistem Pembangunan Nasional

atas-bawah dan bawah-atas diselaraskan melalui musyawarah yang dilaksanakan baik di tingkat Nasional, Provinsi, Kabupaten/Kota, Kecamatan, Desa. Secara lebih konkrit inti dari Sistem Perencanaan Pembangunan Nasional meliputi:

1. Rencana Pembangunan Jangka Panjang (RPJP) berjangka waktu/periode 20 tahunan;
2. Rencana Pembangunan Jangka Menengah (RPJM) berjangka waktu/periode 5 tahunan;
3. Rencana Pembangunan Tahunan berjangka waktu 1 tahun.

Rencana pembangunan nasional disusun secara sistematis, terarah, terpadu, menyeluruh dan tanggap terhadap perubahan di mana perencanaan pembangunan tersebut berdasar asas umum penyelenggaraan negara, yang terlihat secara jelas dalam Pasal 2 Ayat (3): “Asas kepastian hukum, yaitu asas dalam negara hukum yang mengutamakan landasan peraturan perundang-undangan, kepatutan dan keadilan dalam setiap kebijakan Penyelenggaraan Negara”.¹⁴

Berdasarkan penjelasan tersebut terlihat dengan jelas bahwa kepastian hukum yang hendak diwujudkan masih dalam tataran normatif. Dengan kata lain, kepastian hukum masih diidentikkan dengan kepastian undang-undang. Padahal kalau dicermati kepastian undang-undang itu sendiri belum tentu bisa menciptakan kepastian di mata masyarakat. Hal tersebut sudah barang tentu tergantung pada seberapa besar daya akomodatifnya undang-undang tersebut mampu menampung aspirasi yang berkembang dalam masyarakat. Dengan demikian, bidang hukum sebagai salah satu bidang dalam pembangunan nasional, dalam kenyataannya setelah lahirnya UU No. 25 Tahun 2004 penekanan kebijakan pembangunannya masih dalam tataran normatif (regulatif), aspek budaya hukum tidak tersentuh secara eksplicit. Kerangka kebijakan regulatif ini dapat ditentukan dan terlihat jelas dalam Pasal 4 Ayat (2) dan (3) UU No. 25 Tahun 2004, yang selengkapnya dinyatakan sebagai berikut: ¹⁵

(2) RPJM Nasional merupakan penjabaran dari visi, misi dan program Presiden yang penyusunannya berpedoman pada RPJP Nasional, yang memuat Strategi Pembangunan Nasional, kebijakan umum, program Kementrian/Lembaga dan lintas Kementrian/Lembaga,

¹⁴ *Ibid.*

¹⁵ UU No. 25 Tahun 2004, Pasal 4 ayat (2) dan (3)

kewilayahan dan lintas kewilayahan, serta kerangka ekonomi makro yang mencakup gambaran perekonomian secara menyeluruh termasuk arah kebijakan fiskal dalam rencana kerja yang berupa kerangka regulasi dan kerangka pendanaan yang bersifat indikatif”.

(3) RKP merupakan gambaran dari RPJM Nasional, memuat prioritas pembangunan, rancangan kerangka ekonomi makro yang mencakup gambaran perekonomian secara menyeluruh termasuk arah kebijakan fiskal, serta program Kementrian/Lembaga, lintas Kementrian/Lembaga, kewilayahan dalam bentuk kerangka regulasi dan kerangka pendanaan yang bersifat indikatif.

Pembangunan hukum yang penekanannya lebih berorientasi pada pola berpikir regulasi tersebut perlu didukung dengan strategi pembangunan hukum yang tepat agar tujuan dari sistem perencanaan pembangunan nasional dapat tercapai, sebagaimana diamanatkan dalam Pasal 2 ayat (4):

- a. mendukung koordinasi antar pelaku pembangunan;
- b. menjamin terciptanya integrasi, sinkronisasi, dan sinergi baik antar daerah, antar ruang, antar waktu, antar fungsi pemerintah maupun antar pusat dan daerah;
- c. menjamin keterkaitan dan konsistensi antara perencanaan, penganggaran, pelaksanaan, dan pengawasan;
- d. mengoptimalkan partisipasi masyarakat, dan
- e. menjamin tercapainya penggunaan sumber daya secara efisien, efektif, berkeadilan, dan berkelanjutan.¹⁶

D. Peran Pembangunan Hukum dalam Upaya Mencapai Tujuan Nasional.

Pembangunan sebagai suatu proses tentunya tidak akan berhenti pada suatu titik yang berupa sasaran antara saja, akan tetapi hendak mewujudkan tujuan nasional yang menjadi tujuan akhirnya. Dalam posisi seperti ini hukum harus mampu menjadikan dirinya sebagai faktor pengintegrasikan dari sub-sub sistem yang ada antara lain subsistem politik, subsistem sosial, subsistem budaya, subsistem ekonomi, dan sub sistem hukum.

¹⁶ *Ibid.* Pasal 2 ayat (4)

Sebagaimana telah dikemukakan dalam pembahasan sebelumnya bahwa telah terjadi pergeseran fungsi hukum dalam konteks pembangunan ekonomi. Di mana hukum secara tegas dinyatakan sebagai *law is a tool of social engineering* hukum difungsikan untuk merubah/merekayasa sosial ekonomi masyarakat sesuai dengan tujuan yang dikehendaki. Hal ini terjadi karena pada hakekatnya hukum itu hanyalah sebagai alat untuk mencapai tujuan.¹⁷

Dalam pemahaman konteks seperti ini memungkinkan hukum digunakan sebagai sarana untuk kepentingan politik. Dengan demikian hukum telah berubah menjadi sarana implementasi keputusan politik, telah kehilangan akarnya pada kehidupan tradisional.¹⁸ Padahal kehidupan tradisional yang penuh dengan kebiasaan, nilai-nilai tradisional adat yang terakumulasi dalam suatu hukum adat (*customary law*) seharusnya dalam konteks pembangunan hukum nasional mampu mengembangkannya menuju hukum nasional yang bersifat responsif. Dalam artian hukum nasional mampu menampung aspirasi masyarakat termasuk di dalamnya aspirasi yang berkembang dalam masyarakat tradisional.

Untuk melihat proses pembangunan hukum nasional dalam upaya mencapai tujuan nasional dapat dilihat dari pendekatan sistem hukum (*legal system approach*). Dilihat dari sisi historisnya dengan pemberlakuan asas konkrodasi oleh negara kolonial, sistem hukum di Indonesia lebih didominasi oleh sistem Eropa continental (*Civil Law System*). Namun tidak berarti Indonesia tidak memperoleh pengaruh dari sistem hukum yang lain. Hukum di Indonesia tetap dipengaruhi oleh sistem yang lain yang ada di belahan bumi ini seperti common law system, anglo saxon, Islamic law system. Hal ini didasarkan pada alasan bahwa tidak ada satu sistem hukum pun di dunia ini yang benar-benar steril dari pengaruh sistem hukum lainnya. Dengan kata lain, sistem hukum yang berlaku di suatu negara tetap memperoleh pengaruhnya dari sistem hukum yang lain, tergantung pada seberapa derajat pengaruhnya dan itulah yang membedakannya.

Terkait dengan sistem hukum ini mengacu pada pendapat yang dikemukakan oleh Lawrence Friedman “*A legal system in actual operation is a*

¹⁷ Sunaryati Hartono, *Politik Hukum Menuju Satu Sistem Hukum Nasional*, Bandung: Alumni, 1991, hlm. 7

¹⁸ Satijpto Rahardjo, *Sosiologi Hukum Perkembangan Metode dan Pilihan Masalah*, Surakarta: UMS, 2002, hlm. 81

complex organism in which structure, substance and cultural interact"¹⁹ Menurut Friedman, suatu hukum pada kenyataannya merupakan sebuah organisasi yang sangat kompleks di mana di dalamnya terdapat komponen struktur, substansi dan budaya yang saling berinteraksi. Sebagai sebuah sistem ketiga komponen tersebut saling berinteraksi dan saling mempengaruhi. Ketiga komponen ini dijabarkan sebagai berikut:

1. Struktur, komponen struktural dari subsistem hukum adalah mencakup berbagai institusi yang diciptakan oleh sistem hukum tersebut dengan berbagai macam fungsinya dalam rangka mendukung bekerjanya sistem hukum tersebut. Lembaga yang dimaksud adalah pengadilan yang meliputi struktur organisasinya, landasan hukum bekerjanya, dan kompetensinya.
2. Substansi, mencakup segala apa saja yang merupakan sistem hukum, dalam pengertian ini termasuk norma hukum baik yang berupa peraturan, keputusan-keputusan, doktrin-doktrin sejauh semuanya digunakan dalam proses yang bersangkutan.
3. Budaya hukum, dirumuskan sebagai sikap-sikap dari nilai-nilai yang ada hubungannya dengan hukum dan sistem hukum, berikut sikap-sikap dan nilai-nilai yang memberikan pengaruh positif maupun negatif kepada tingkah laku yang berkaitan dengan hukum.²⁰

Ketiga unsur tersebut dapat diibaratkan sebagai kinerja dari sebuah mesin, struktur hukum seperti mesin, substansi adalah yang dihasilkan atau yang dikerjakan oleh mesin itu, dan budaya hukum adalah apa saja atau siapa saja yang memutuskan untuk menghidupkan atau mematikan mesin itu serta memutuskan bagaimana mesin itu digunakan.²¹

Namun yang menjadi persoalan, dari mana harus dimulai membangun hukum dari sistem hukum yang ada? Untuk menjawab persoalan ini adalah pekerjaan yang tidak mudah, namun tidak berarti tidak bisa dicarikan jawabannya. Sebuah sistem bisa diibaratkan sebuah lingkaran yang terdiri dari titik-titik penghubung hingga membentuk satu

¹⁹ L. Friedman, *The Legal System (A Social Science Perspective)*, Russel Sage Foundation, hlm. 16

²⁰ Demikian menurut Friedman sebagaimana dikutip oleh Abdurrahman dalam *Tebaran Pikiran tentang Studi Hukum*, Media Sarana Press, 1986, hlm. 87-8

²¹ Friedman, *American Law An Introduction (hukum Amerika Sebuah Pengantar)*, penerjemah Wisnu Basuki, Jakarta, Tata Nusa, 2001, hlm. 8

kesatuan yang dinamakan keliling lingkaran. Dari titik mana pun yang ada pada lingkaran seandainya akan berjalan memutar akan menemukan jalan yang sama, akan tetapi persoalannya adalah menemukan titik yang mana untuk memulainya. Demikian juga dengan bekerjanya suatu sistem hukum perolehan yang muncul adalah dari komponen mana harus dimulai.

Dalam melakukan pembangunan hukum tentunya tidak bisa terlepas dari konteks titik berat kebijakan pembangunan hukum itu sendiri. Setelah lahirnya UU No. 25 Tahun 2004 tentang Sistem Perencanaan Pembangunan Nasional, perencanaan pembangunan baik dalam Rencana Pembangunan Jangka Panjang (RPJP), Rencana Pembangunan Jangka Menengah (RPJM) maupun Rencana Pembangunan Tahunan, penekanan pembangunan hukum tidak dilakukan perbidang atau sektoral secara tersendiri sebagaimana dalam GBHN 1999-2004 akan tetapi penekanannya adalah lebih menitikberatkan pembangunan hukum dalam kerangka berpikir yang regulatif. Dalam hal ini apabila dikaitkan dengan komponen sistem hukum termasuk dalam pembangunan substansinya (produk hukumnya).

Dalam konteks tersebut apabila dikaitkan dengan pendapat Friedman sebagaimana disebutkan di atas maka ada dua hal yang sangat penting akan dipaparkan di bawah ini yaitu:

a. Substansi Hukum dan Aparaturnya

Pembangunan hukum merupakan suatu tindakan politik, bukan hukum. Pembangunan hukum bukanlah pembangunan undang-undang, apalagi jumlah dan jenis undang-undang. Pembangunan hukum pun bukanlah hukum dalam arti positif. Sebagai satu tindakan politik, maka pembangunan hukum sedikit banyaknya akan bergantung pada kesungguhan aktor-aktor politik. Merekalah yang memegang kendali dalam menentukan arahnya, begitu juga corak dan materinya. Dari para politisilah lahir berbagai macam undang-undang. Secara formal kelembagaan, DPR berada di jantung utama pembentukan hukum. Dari mereka inilah ide-ide sosial, ekonomi politik dibentuk dan atau diformulasi secara normatif menjadi kaidah hukum. Apa jadinya kalau mereka tidak peduli pada makna-makna yang terkandung dalam UUD 1945. Apa jadinya kalau hasil studi banding mereka, tidak lagi diharmoniskan dengan

makna-makna UUD 1945.²²

Arah pembangunan hukum bukanlah sesuatu yang berdiri sendiri, melainkan terintegrasi dengan arah pembangunan di bidang lainnya memerlukan penyerasian. Betapapun arah pembangunan hukum bertitik tolak pada garis-garis besar gagasan dalam UUD 1945, dibutuhkan penyesuaian dengan tingkat perkembangan masyarakat yang dimimpikan akan tercipta pada masa depan.

Pembangunan hukum tidak identik dan tidak boleh diidentikkan dengan pembangunan undang-undang atau peraturan perundangan menurut istilah yang lazim digunakan di Indonesia. Membentuk undang-undang sebanyak-banyaknya, tidaklah berarti sama dengan membentuk hukum. Negara hukum bukanlah negara undang-undang. Pembentukan undang-undang hanya bermakna pembentukan norma hukum. Padahal tatanan sosial, ekonomi budaya, dan politik bukanlah tatanan normatif semata. Karena itulah maka diperlukan ruh tertentu agar tatanan tersebut memiliki kapasitas.

Norma hukum hanya merupakan salah satu bagian kecil dari kehidupan hukum. Meminjam konsep Lawrence Friedman, norma hukum adalah aspek substansial hukum.²³ Di samping substansi hukum terdapat struktur dan kultur hukum. Struktur merujuk pada institusi pembentukan dan pelaksana hukum (penegak hukum) dan kultur hukum yang merujuk pada nilai, orientasi dan harapan atau mimpi-mimpi orang tentang hukum. Hal yang terakhir ini dapat disamakan dengan *secondary rules* yang dikonsepsikan oleh H. A. L Hart sebagaimana dikutip oleh Khudzaifah Dimiyati. Esensinya sama, yaitu nilai-nilai, orientasi dan mimpi orang tentang hukum atau hal-hal yang berada di luar norma hukum positif model Hart, memainkan peranan yang amat menentukan bagi kapasitas hukum positif.²⁴

Aparatur dan kultur hukumlah yang harus dijadikan fokus pembangunan hukum. Ini berarti pula bahwa pembentukan, tata kelola, tata nilai, orientasi dan mimpi-mimpi orang tentang hukum harus menjadi prioritas utama. Walaupun norma-norma hukum yang terdapat dalam setiap undang-undang secara positif dianggap merupakan panduan nilai

²² Margarito Kamis, "Arah Pemikiran Pembangunan Hukum Pasca Perubahan UUD 1945", http://www.setneg.go.id/index.php?option=com_content&task=view

²³ L. Friedman, *op.cit*; hlm. 16

²⁴ Khudzaifah Dimiyati, *op.cit*; hlm. 84

dan orientasi dari setiap orang, akan tetapi secara empiris selalu saja terlihat ada cacat celahnya. Perilaku orang tidak selalu sejalan dengan norma-norma yang ada dalam undang-undang. Penyebabnya sangat beragam. Satu di antaranya adalah norma itu tidak sejalan dengan orientasi dan mimpi mereka. Itu sebabnya sebagian ahli hukum mengatakan bahwa kehidupan hukum lebih merupakan sebuah mitos, bahkan kepastian dan kemanfaatan hukum hanyalah mitos yang indah.

Agar hukum memiliki kapasitas yang layak dan tata kelolanya berjalan bagus, maka perlu pula mempertimbangkan penilaian Presiden B.J. Habibie. Presiden B.J. Habibie secara tepat memandang aspek sarana pendukung, termasuk teknologi sebagai bagian yang tidak kalah pentingnya bagi pembangunan hukum. Pelayanan hukum macam apakah yang akan diberikan kepada pencari keadilan, atau perlindungan hukum macam apakah yang harus diberikan kepada masyarakat di daerah terpencil, bila Polres atau Polsek tidak memiliki kendaraan?²⁵

Berkaitan dengan tata kelola hukum, khususnya menyangkut perencanaan substansi hukum, kenyataan menunjukkan bahwa Rancangan Undang-Undang sangat sering datang dari setiap kementerian atau komisi, tergantung kementerian mana yang memprakarsai pembentukannya. Semuanya bermuara di DPR. Sesuai dengan kelaziman, memang harus dipercaya bahwa gagasan-gagasan yang tertuang dalam RUU pasti telah melalui tahapan pembahasan internal institusi yang memprakarsainya.

Kenyataan juga menunjukkan bahwa pembentukan suatu RUU sangat sering didahului dengan studi banding ke berbagai negara. Kajian terhadap substansi RUU pun selalu melibatkan kalangan ahli, baik hukum maupun non hukum. Hal ini tentu merupakan sesuatu yang baik dan pantas untuk dipertahankan, bahkan dikembangkan lebih jauh pada masa-masa yang akan datang. Sebab pada level ini banyak hal dapat dilakukan, misalnya memetakan ketentuan-ketentuan hukum positif, yang, bila tidak dilakukan akan mengakibatkan terjadinya disharmoni tatkala RUU akan ditingkatkan menjadi UU.

Jelaslah bahwa substansi hukum bukanlah sesuatu yang mudah direncanakan, bahkan hal ini dapat dianggap sebagai perkara yang sangat sulit. Namun bukan karena kesulitan itulah sehingga substansi hukum perlu direncanakan, melainkan substansi hukum juga sangat tergantung

²⁵ Margarito Kamis, *op.cit*; hlm. 5, lihat juga Esmi Warassih, *Pranata Hukum Sebuah Telaah Sosiologis*, Semarang: PT. Suryandaru Utama, 2005, hlm. 101

pada bidang apakah yang hendak diatur. Perlu pula diperhatikan perkembangan sosial, ekonomi dan politik, termasuk perkembangan-perkembangan di tingkat global yang semuanya sulit diprediksi.²⁶

Menurut Margarito, sikap politik yang paling pantas untuk diambil adalah meletakkan atau menggariskan prinsip-prinsip pengembangannya. Sebatas inilah *blue print*nya. Untuk itu maka gagasan dasar yang terdapat dalam UUD 1945 itulah yang harus dijadikan prinsip-prinsip atau parameter dalam pembentukan undang-undang apa saja. Kesetaraan antarlembaga negara, hubungan yang bersifat demokratis antara pemerintah pusat dengan daerah, hak asasi manusia yang meliputi hak-hak sosial, ekonomi, hukum, dan pembangunan harus dijadikan sumber sekaligus parameter dalam menguji substansi RUU atau UU yang akan dibentuk. Untuk dapat menguji dengan baik, maka gagasan-gagasan di atas harus dielaborasi lebih dalam. Sebagai contoh, hak asasi manusia yang diatur dalam UUD. Tidak tepat kalau hak asasi manusia diinterpretasi sesuai dengan faham konstitusionalisme klasik yang menekankan pada hak-hak individu di bidang politik. Interpretasi atas hak asasi manusia, haruslah dikaitkan dengan Pasal-pasal 27, 31, 33 dan 34, bahkan dengan Pasal 18B ayat (2).²⁷

Dengan demikian, substansi hukum yang pantas untuk dibangun di masa depan adalah hukum yang berpihak pada martabat manusia dan demokratis,²⁸ karena itu substansi hukum tidak boleh memiliki potensi menguntungkan satu kelompok tertentu, siapapun dia. Harus pula dicegah terbentuknya substansi hukum yang bersifat koruptif. Inilah tugas bersama yang menyertai kita. Dalam konteks inilah Mahkamah Konstitusi satu-satunya harapan yang patut digantungkan untuk mengontrol substansi hukum yang bersifat korup. Uji konstitusionalitas suatu undang-undang, secara sosiologis dimaksudkan untuk mengoreksi dimensi koruptif dalam undang-undang itu. Dimensi koruptif dalam setiap undang-undang dapat berupa memberikan keuntungan kepada

²⁶ Lihat Sajipto Rahardjo, "Pembangunan Hukum Nasional dan Perubahan Sosial", dalam Artidjo Alkostar, (ed.), *Identitas Hukum Nasional*, Yogyakarta: Fakultas Hukum UII, 1997, hlm. 174

²⁷ Margarito Kamis, *op.cit*; hlm. 6, lihat juga *Amandemen Undang-undang Dasar 1945 Perubahan Pertama, Perubahan Kedua, Ketiga, dan Keempat, dalam Satu Naskah*, Yogyakarta: Media Pressindo, 2002.

²⁸ Sajipto Rahardjo menyebut hukum seperti dengan istilah hukum progresif, dalam "Indonesia Ingin Penegakan hukum Progresif", *Kompas*, 15 Juli 2002.

kelompok tertentu, dan merugikan kelompok lain. Di situ pulalah ruh Mahkamah Konstitusi. Dengan demikian, maka ruh hukum, yakni mengabdikan pada harkat dan martabat manusia, bahkan kemuliaan manusia, terkawal melalui mekanisme koreksi yang disediakan dalam sistem hukum pasca amandemen UUD 1945.²⁹

b. Budaya Hukum

Dibanding dengan substansi hukum, budaya hukum merupakan perkara tersulit dalam membangun hukum. Inilah yang sedang dialami oleh bangsa Indonesia. Masalah utama dalam substansi hukum adalah cara merumuskan suatu pandangan menjadi norma atau kaidah, sedangkan masalah utama dalam budaya hukum justru jauh lebih kompleks. Norma atau kaidah dalam satu pasal memang harus dijadikan patokan perilaku bagi setiap orang. Akan tetapi siapa yang mau bersusah payah mempelajari norma-norma dan kaidah itu. Siapa pula yang mau bersusah payah mengkampanyekan norma-norma itu. Perilaku orang tidak selalu dapat dibentuk melalui jalan paksaan. Apalagi tidak semua undang-undang mengandung sanksi.³⁰

Membentuk undang-undang memang merupakan bagian dari budaya hukum. Tetapi mengandalkan undang-undang untuk membangun budaya hukum yang berkarakter tunduk, patuh dan terikat pada norma hukum adalah jalan pikiran yang setengah sesat. Budaya hukum itu bukanlah hukum. Budaya hukum, secara konseptual adalah soal-soal yang ada di luar hukum. Soal-soal itu adalah nilai, orientasi apa yang dipikirkan - dan mimpi-mimpi orang tentang hukum dalam arti luas. Hukum dalam arti empirik adalah apa yang diperagakan oleh orang-orang yang diberi otoritas oleh negara untuk menjalankan suatu undang-undang. Dalam arti empirik itu pula, hukum mewujudkan pada tindakan kongkrit yang seirama atau tidak seirama dengan kaidah-kaidah dalam undang-undang.³¹

Sanksi-sanksi tidak selalu dapat dipaksakan. Dalam administrasi negara, pencabutan izin, penurunan pangkat - demosi, dan lainnya memang dapat dipaksakan, tetapi apa sanksinya bila pelayanan oleh sebuah institusi dilakukan secara setengah hati. Apa yang dapat dilakukan

²⁹ Lihat *Amandemen Undang-undang Dasar 1945*, dari Pasal 24C Ayat (1) s.d, Ayat (6).

³⁰ Margarito Kamis, *op.cit*; hlm. 7

³¹ Esmi Warrasi, *op.cit*; hlm. 104-5

kalau misalnya usulan kenaikan pangkat seseorang harus melewati waktu yang begitu panjang? Hilang ayam, dapat berubah menjadi hilang kuda ketika seseorang yang kehilangan ayam membawa perkara itu ke otoritas negara, adalah ungkapan sinis yang sudah sangat akrab di telinga kita. Kalau dapat dibuat ruwet, mengapa harus dibuat mudah, juga sama akrabnya di telinga kita. Kalau dapat nyelonong, mengapa harus beli tiket? Kalau dapat disuap atau dinegosiasi, mengapa harus antri berlama-lama atau harus mengikuti prosedur?

Secara konseptual, budaya hukum menunjuk pada sikap dan tindakan yang nyata-nyata terlihat, tentu merupakan refleksi dari nilai dan orientasi serta harapan yang ada pada seseorang atau kelompok. Karena itu, maka sikap dan tindakan apapun yang dilakukan oleh siapapun, khususnya yang berkaitan dengan hukum, dirumuskan dan diterima sebagai budaya hukum. Jadi dalam arti seperti ini, budaya hukum tidaklah mesti merupakan atau hanya menunjuk perilaku atau sikap yang baik saja atau yang buruk saja.

Sikap apresiasi terhadap hukum seperti apakah yang harus dibangun dan siapa yang harus berada di garda terdepan untuk membangun apresiasi terhadap hukum? Bila dikembalikan pada gagasan dasar yang terkandung dalam UUD 1945, maka sikap yang harus dibangun atau dikembangkan adalah sikap yang terbuka, hormat menghormati, dan tidak individual. Pilihan terhadap negara hukum sebagaimana ditegaskan dalam Pasal 1 ayat (3) UUD 1945, yang bermakna negara hukum yang demokratis, mengandung arti bahwa kita telah memilih untuk tunduk dan taat terhadap hukum. Pilihan itu juga berarti bahwa hukum ditempatkan dan dijadikan sebagai aturan main utama dan tertinggi dalam perikehidupan berbangsa dan bernegara.

Dengan demikian, secara normatif semua warga negara harus berada di garda terdepan dan memikul beban yang sama untuk membangun budaya hukum. Namun, bila dilihat kenyataan, tidak hanya ada di depan kita, melainkan juga di negara lain, bahkan secara konseptual, terasa betul bahwa mimpi-mimpi ini rupanya agak menyesatkan. Sebab faktanya, setiap kelompok dalam lingkungan sosial memiliki nilai, orientasi dan harapan yang berbeda-beda. Karena itu berbeda pula sikap dan perilaku mereka dalam memberikan apresiasi terhadap hukum. Selalu saja ada alasan yang dapat digunakan untuk membenarkan sikap yang mereka pilih.

Terkait dengan budaya hukum tersebut menurut Satjipto Rahardjo ada dua hal yang sangat penting untuk dicermati yaitu: *human capital* (HC) dan *social capital* (SC). (1) Pertanyaannya, apakah kita memiliki HC untuk bangkit dari keterpurukan saat ini? Jawabannya menurut Satjipto kita punya. Kendati demikian jumlahnya sedikit dan tenggelam dalam potret buruk hukum kita. Mereka ada di MK, KY, MA, Kejaksaan, Kepolisian dan tempat-tempat lain. (2) Kita sering menyatakan kebanggaan kita sebagai bangsa Indonesia yang berbudi luhur, bermoral, bersifat kekeluargaan, kebersamaan, dan semacamnya, tetapi itu tidak tembus sampai ke kultur hukum kita.³² Menurut hemat penulis untuk membangun budaya hukum yang baik maka modal HC dan SC tersebut benar-benar harus ditingkatkan dan diperbaiki.

E. Penutup

Pembangunan hukum pada hakekatnya adalah untuk mencapai tujuan nasional. Pembangunan hukum minimal tidak bisa lepas dari pengambil kebijakan sebagai pemegang kepentingan politik, karena pada dasarnya produk hukum adalah hasil dari konfigurasi politik. Di masa sebelum lahirnya UU No. 25 Tahun 2004 tentang Sistem Perencanaan Pembangunan Nasional, kepentingan politik saat itu “keliru” dalam menempatkan fungsi hukum sebagai alat rekayasa sosial. Hukum dijadikan sebagai instrumen legitimasi kepentingan pengambil kebijakan semata.

Oleh karena itu perbedaan mendasar pengambilan kebijakan pembangunan hukum sebelum dan sesudah lahirnya UU No. 25 Tahun 2004 adalah terletak pada penekanan dan penempatannya. Sebelum lahirnya UU No. 25 Tahun 2004 penekanannya lebih pada pembangunan hukum baik dalam tataran normatif maupun empiris dan penempatannya secara perbidang/sektoral dalam GBHN. Sedangkan setelah lahirnya UU No. 25 Tahun 2004 pembangunan hukumnya penekanannya lebih berorientasi pada kerangka regulatif (normatif) dan penempatannya tidak secara sektoral/perbidang.

Dalam rangka pembangunan hukum ini, rasanya tidak berlebihan kalau pembangunan hukum diprioritaskan pada dua hal. *Pertama*, substansi

³² Satjipto Rahardjo, “Hukum Itu Perilaku Kita Sendiri”, dalam *Membedah Hukum Progresif*, Jakarta: Kompas Media Nusantara, 2006, hlm. 6

dan aparaturnya. *Kedua*, budaya hukum atau aspek kulturalnya. Di tangan aparatur hukum yang hebat, baik yang berasal dari kementerian maupun para politisi di DPR, ke depan kita dapat merencanakan undang-undang yang berwatak progresif. Undang-undang yang berwatak progresif memerlukan penanganannya yang berwatak progresif pula. Aparatur yang berwatak progresif adalah aparatur yang mengenal makna dan hakikat UUD, dan denyut nadi kehidupan nyata.

DAFTAR PUSTAKA

Abdurrahman. *Tebaran Pikiran tentang Studi Hukum*, Media Sarana Press, 1986

Amandemen Undang-undang Dasar 1945 Perubahan Pertama, Perubahan Kedua, Ketiga, dan Keempat, dalam Satu Naskah, Yogyakarta: Media Pressindo, 2002

Moh. Mahfud MD, *Pergulatan Politik dan Hukum di Indonesia*, Yogyakarta, Gama Media, 1999

-----, *Hukum dan Pilar-pilar Demokrasi*, Yogyakarta: Gama Media, 1999

Edi Wibowo, *Kebijakan Publik Pro Civil Society*, Yogyakarta: YPAPI, 2004

Esmi Warassih, *Pranata Hukum Sebuah Telaah Sosiologis*, Semarang: PT. Suryandaru Utama, 2005

Garis-Garis Besar Haluan Negara periode 1999-2004

<http://www.porlathukum.com/index.php?name=News&file=article&id=19>

Irfan Islamy, *Prinsip-prinsip Perumusan Kebijakanaksanaan Negara*, Jakarta: Bumi Aksara, 2001

Iman Sudyat, "Pembinaan Hukum Adat Aceh sebagai Sumbangan Potensial Untuk Pembangunan Hukum Nasional", dalam *Hukum Adat dan Modernisasi Hukum*, Penyunting Syamsudin dkk, Cet. 1, Yogyakarta: Fakultas Hukum UII, 1998

Khudzaifah Dimiyati, *Teorisasi Hukum Studi Tentang Perkembangan Hukum di Indonesia 1945-1990*, Surakarta: Muhammadiyah University Press, 2004

L. Friedman, *The Legal System (A Social Science Perspective)*, Russel Sage Foundation

-----, *American Law An Introduction (Hukum Amerika Sebuah Pengantar)*, penerjemah Wisnu Basuki, Jakarta, Tata Nusa, 2001

Margarito Kamis, "Arah Pemikiran Pembangunan Hukum Pasca Perubahan UUD 1945", http://www.setneg.go.id/index.php?option=com_content&task=view

Satjipto Rahardjo, "Sosiologi Pembangunan Peradilan Bersih, Berwibawa", dalam *Jurnal Ilmu Hukum* Vol. 3, No. 1, Maret 2000, Fakultas Hukum Universitas Muhammadiyah Surakarta

-----, *Sosiologi Hukum Perkembangan Metode dan Pilihan Masalah*, Surakarta: UMS, 2002

-----, "Pembangunan Hukum Nasional dan Perubahan Sosial", dalam Artidjo Alkostar, (ed.), *Identitas Hukum Nasional*, Yogyakarta: Fakultas Hukum UII, 1997

-----, "Indonesia Ingin Penegakan hukum Progresif", *Kompas*, 15 Juli 2002

-----, "Hukum Itu Perilaku Kita Sendiri", dalam *Membedah Hukum Progresif*, Jakarta: Kompas Media Nusantara, 2006,

Sunaryati Hartono, *Politik Hukum Menuju Satu Sistem Hukum Nasional*, Bandung: Alumni, 1991

UU No. 25 Tahun 2004 tentang Sistem Perencanaan Pembangunan Nasional

METODE IJTIHAD DALAM HUKUM ISLAM: Studi Pemikiran K.H. Ali Yafie dan H. M. Atho' Mudzhar

M. Jazuli Amrullah

Pondok Pesantren Al-F'dadiyah Tambak Beras Jombang Jawa Timur

Abstract

The emergence of new ideas in the realm of thought and method of ijtiḥad that done by the jurists in through ijtiḥad is a necessity. In the midst of the problems of human life increasingly complex, the role of religious leaders in particular is very important in addressing any problems that occur. In this context appears K.H. Ali Yafie and HM Atho 'Mudzhar, which has its own characteristics and patterns of thought in the development of Islamic law. Conceptually K.H. Ali Yafie and H.M. Atho Mudzhar offers ideas and methods that Islamic law could dialectic with social reality and social unrest. KH Ali Yafie maintain the classic methods of the previous scholars who contextualize the social reality as fard kifayah and fard 'ain, Nask mansukh. While H.M. Atho 'Mudzhar in thought and method of ijtiḥad, see a product of Islamic law not only of social reality, but also as a product of social history, as well as the influence of socio-political and socio-cultural. Implications of methods and ideas K.H. Ali Yafie is open mindset and thinking among Muslims, so that critical thinking and rational discourse to grow and thrive, while the implications of the method and thought HM Atho 'Mudzhar, for a mujtahid can not deny the history and influence of socio-cultural and socio-politics that surrounded it.

Abstrak

Munculnya gagasan baru dalam ranah pemikiran dan metode ijtihad yang dilakukan oleh para fuqaha-mujtahid melalui ijtihad merupakan suatu keniscayaan. Di tengah problematika kehidupan manusia yang semakin kompleks, peran tokoh agama khususnya dalam hal ini para fuqaha menjadi sangatlah penting dalam menjawab segala persoalan yang terjadi. Dalam konteks inilah muncul K.H. Ali Yafie dan H. M. Atho' Mudzhar, yang memiliki karakteristik dan corak pemikiran tersendiri dalam perkembangan hukum Islam. Secara konseptual K.H. Ali Yafie dan H.M. Atho' Mudzhar pemikiran dan metode yang ditawarkannya mengarahkan agar hukum Islam bisa berdialektika dengan realitas sosial dan gejolak sosial. K.H. Ali Yafie mempertahankan metode klasik para ulama terdahulu yang dikontekstualisasikan dengan realitas sosial seperti fardu kifayah dan fardhu 'ain, nask mansukh. Sementara H.M. Atho' Mudzhar dalam pemikiran dan metode ijtihadnya, melihat suatu produk hukum Islam tidak hanya dari realitas sosial, tetapi juga sebagai produk sejarah sosial, serta pengaruh sosial-politik dan sosial budaya. Implikasi dari metode dan pemikiran K.H. Ali Yafie adalah terbukanya pola pikir dan pemikiran dikalangan umat islam, sehingga wacana berpikir kritis dan rasional tumbuh dan berkembang, sedangkan implikasi metode dan pemikiran H.M. Atho' Mudzhar, bagi seorang mujtahid tidak bisa menafikan sejarah dan pengaruh sosio-kultural dan sosio-politik yang melingkupinya.

Kata Kunci: ijtihad, hukum Islam, kontekstualisasi, sosio-historis

A. Pendahuluan

Agama Islam yang bersifat luwes dan dinamis, secara konseptual terkandung dalam prinsip syari'ah itu sendiri. Diantara prinsip-prinsip tersebut adalah syari'ah selalu berprinsip kepada menegakkan *maslahah*, menegakkan keadilan, tidak menyulitkan, menyedikitkan beban dan berangsur-angsur dalam proses penerapan hukum.¹ Akan tetapi dalam konteks sekarang, hukum Islam yang semestinya diharapkan dapat

¹ Jaih Mubarak, *Sejarah dan Perkembangan Hukum Islam*, Cet. Ke-3 (Bandung: Rosda Karya, 2003), hlm. 7-12.

menjawab segala persoalan kehidupan umat manusia pada kenyataannya seolah tidak mampu untuk menjawab persoalan itu. Didalam tataran empiris, fiqh sebagai bagian produk pemikiran hukum Islam (ijtihad), semestinya tidak adaptis terhadap persoalan baru yang muncul dalam konstruksi sosial budaya masyarakat yang terus berubah. Sebaliknya hukum Islam (fiqh) dituntut harus peka dalam menjawab setiap problematika kemasyarakatan. Oleh karena itu, dalam proses aplikasinya sebagai konsekuensi logis dari konsep syari'ah pada akhirnya akan selalu melahirkan sebuah penafsiran, pemahaman, bahkan produk pemikiran baru melalui ijtihad. Munculnya perbedaan dalam pemahaman dan penafsiran para ulama melahirkan apa yang disebut fiqh. Pada prinsipnya munculnya perbedaan pemikiran dalam fiqh disebabkan oleh adanya perbedaan dalam metodologi ijtihad.²

Pada abad ke-20 M K.H. Ali Yafie mereaktualisasi ajaran Islam, yang menghasilkan dengan gagasan fiqh sosial. Gagasan ini dalam upaya mentransformasikan nilai-nilai ajaran Islam, secara menyeluruh dalam kehidupan baik secara individu maupun secara kolektif. Sebagai pemikir hukum Islam K.H. Ali Yafie ingin memposisikan ijtihad dalam ajaran Islam secara utuh dengan metodologi dan pemikirannya. K.H. Ali Yafie berpandangan bahwa ijtihad berangkat dari isu kebebasan berfikir (*rijdenken*) dan kebebasan manusia (*Vrijheid*), asumsi tersebut berdasarkan pada dicetuskannya hal tersebut sebagai semboyan yang melambangkan dunia modern di Barat pada penghujung abad pertengahan. K.H. Ali Yafie berpendapat bahwa pada masa abad pertengahan tidak ada sama sekali kebebasan berfikir dan menganut agama. Dunia barat dikungkung oleh kekuasaan gereja yang mempunyai mahakamah inkuisi, yang mengadili orang yang menyimpang atau membangkang terhadap gereja. Dengan memahami latar belakang historis tersebut, perhatian tentang reformasi, humanisme, dan rasionalisme dapat ditangkap secara tepat, sehingga tidak keliru untuk menempatkannya. Selain itu, suatu kenyataan tidak patut dikesampingkan begitu saja, yaitu bahwa kebangkitan dunia modern atau barat yang telah melahirkan ilmu dan teknologi yang menakjubkan dan dikagumi oleh dunia sekarang ini, terjadi sesuai kontak frontal dunia barat dengan dunia timur (Islam) melalui perang salib. Kontak frontal ini

² Teungku Muhammad Hasbi Ash-Shiddieqiy, *Pengantar Hukum Islam*, (Semarang: Pustaka Rizki Putra, 2001), hlm.10. Lihat A. Djazuli, *Ilmu Fiqh*, (Jakarta: Prenada Indonesia, 2005), hlm. 119.

berpengaruh besar terhadap perubahan pandangan dunia barat terhadap dunia timur (Islam).

Di dalam dunia Islam, kebebasan manusia dan kebebasan berfikir tidak lahir dari suatu proses sejarah, sebagaimana yang terjadi dalam dunia barat, tetapi berpangkal pada ajaran inti Islam itu sendiri. Bukankah tiang pancang adalah “mengingkari keterikatan kepada kekuasaan apapun kecuali kepada kekuasaan Allah saja” (*laa ilaha illallah wabdah la syarikalah*). Bukankah hal ini mengandung nilai tertinggi kebebasan manusia? Jika kemudian ada keterkaitan kepada Rasul (dalam bentuk *ittiba'* dan taat) hal itu adalah dalam rangka keterikatan kepada Allah, karena Dia yang menentukan hal itu. Tidak ada agama yang mengenal *'itq* (hukum pembebasan budak) kecuali Islam.

Akal di beri kedudukan penting dalam ajaran Islam, demikian pula ilmu pengetahuan. Akal merupakan basis *taklif*. Akal juga merupakan salah satu dari kelima basis kemaslahatan manusia (*al-kulliyat al-khams*). Namun, fungsi akal tidak sama dengan fungsi agama, walaupun keduanya merupakan komponen hidayah Allah yang melengkapi makhluk manusia.³

Selain ulasan di atas, K.H. Ali Yafie memaparkan bahwa ijtihad dalam materi fiqh mempunyai dua pengertian umum (tidak terbatas) dan terbatas. Dalam pengertian umum, ijtihad mengacu kepada penalaran (upaya penalaran) untuk menentukan suatu pilihan pada saat seseorang tidak mempunyai pegangan yang meyakinkan hubungan dengan pelaksanaan ibadah atau muamalah tertentu, sehingga orang tersebut harus mempunyai suatu persangkaan kuat yang dapat dijadikan sebagai pegangan baginya dalam melaksanakan kegiatan (ibadah dan muamalah) tersebut. Ijtihad jenis ini merupakan keharusan bagi setiap orang (*fardhu 'ain*), yang menyangkut kepentingan dirinya sendiri. Sedangkan ijtihad yang mengandung pengertian terbatas, mengacu kepada penalaran yang bersifat ilmiah, sehingga kata “ijtihad” di sini merupakan *technische term*. Ijtihad jenis ini secara khusus, berada pada ruang lingkup Bab Peradilan dan Kekuasaan Kehakiman yang merupakan suatu keharusan bagi kepentingan umum (*fardhu kifayat*). Maka, ijtihad di sini, sulit di bebaskan atas setiap orang, seperti halnya dengan ijtihad tidak terbatas. Sebab, jika jika dibebaskan pada setiap orang, tentu akan merugikan kepentingan umum.⁴

³ K.H. Ali Yafie, *Mengagas fiqh Sosial*, (Jakarta: Mizan, 1994), hlm. 21-22

⁴ K.H. Ali Yafie, *Mengagas fiqh Sosial*, (Jakarta: Mizan, 1994), hlm. 86-87

Di masa yang sama, H.M. Atho' Mudzhar memaparkan bahwa seorang mujtahid mempunyai hubungan yang sangat erat dengan lingkungan sosio-kultural atau sosio-politik yang mengitarinya. Sehingga produk pemikiran yang dihasilkan oleh pemikir hukum Islam bergantung pada lingkungannya itu. Pendekatan ini memperkuat alasannya dengan menunjuk kepada kenyataan sejarah, bahwa produk-produk pemikiran yang sering dianggap sebagai hukum Islam itu sebenarnya tidak lebih dari hasil interaksi tersebut. Pendekatan ini penting setidaknya karena ada dua hal : *pertama*, untuk meletakkan produk pemikiran hukum Islam itu pada tempat yang seharusnya, dan *kedua*, untuk memberikan tambahan keberanian kepada para pemikir hukum Islam sekarang agar tidak ragu-ragu, bila merasa perlu melakukan perubahan suatu produk pemikiran hukum karena sejarah telah membuktikan, bahwa umat Islam di berbagai penjuru dunia telah melakukannya tanpa merasa sedikitpun dari hukum Islam. pendekatan sejarah sosial bertugas menelusuri bukti-bukti sejarah itu.⁵

Dengan berbagai pergulatan pemikiran dan reaksi yang berkembang antara kedua tokoh tersebut, beserta fenomena sejarah dan ruang lingkup sosial yang mengitarinya, penyusun ber-asumsi bahwa; *pertama*, pemikiran tidak bisa disalahkan karena sudah usang dan tidak kondusif, melainkan bagaimana pemikiran tersebut harus dilihat dari segi teksnya saja, tapi sekaligus harus dilihat dari konteksnya agar tidak terkooptasi pada sikap menyalahkan secara sepihak dan tidak bijaksana. *Kedua*, bahwa kedua tokoh ini memiliki latar belakang pemikiran yang berbeda mengenai ijtihad dari sisi sejarah dan pemahaman konteks sosial. *Ketiga*, dari kedua tokoh ini memiliki persamaan dan perbedaan baik dari segi pengumpulan wacana pemikiran hukum Islam saat ini, dan kontekstualisasi hukum Islam untuk bisa mengikuti perkembangan zaman yang semakin pesat.

Maka dalam konteks pemikiran dan metode ijtihad yang ditawarkan oleh K.H. Ali Yafie dan H. M. Atho' Mudzhar menjadi sangat penting dan menarik untuk diteliti. Kedua tokoh ini mempunyai konsep dan pendekatan tersendiri dalam merumuskan ijtihad. Selain itu, menariknya lagi adalah keduanya sama-sama menginginkan agar hukum Islam bisa berinteraksi terhadap entitas sosial. Hal inilah yang berpengaruh besar terhadap corak pemikiran serta karakter masing-masing dalam merumuskan ijtihad.

⁵ H. M. Atho' Mudzhar, *Membaca Gelombang Ijtihad*, (Yogyakarta: Titian Ilahi Press, 1998), hlm. 105.

B. Pemikiran dan Metode Ijtihad K.H. Ali Yafie

Istilah “ijtihad” menurut K.H. Ali Yafie mengandung pengertian suatu upaya yang sungguh-sungguh untuk menegaskan suatu persangkaan kuat (*zhann*) yang didasarkan suatu petunjuk yang diberlakukan dalam hal yang bersangkutan. Jadi ijtihad tidak sama artinya dengan berfikiran bebas. Ijtihad dalam materi fiqh, mempunyai dua pengertian umum (tidak terbatas) dan terbatas. Dalam pengertian umum, ijtihad mengacu pada penalaran (upaya pemikiran) untuk menentukan suatu pilihan pada suatu saat seseorang tidak mempunyai suatu pegangan yang meyakinkan sehubungan dengan pelaksanaan ibadah tertentu atau muamalah tertentu, sehingga orang tersebut harus mempunyai suatu sangkaan kuat yang dapat dijadikan pegangan baginya dalam melaksanakan kegiatan (ibadah atau muamalah) tersebut. Ijtihad jenis ini merupakan keharusan bagi setiap orang (*fardhu ain*), yang menyangkut kepentingan dirinya sendiri. Sedangkan ijtihad yang mengandung pengertian terbatas, mengacu kepada penalaran yang bersifat ilmiah, sehingga kata “ijtihad” di sini merupakan *technische term*. Ijtihad jenis ini secara khusus, berada pada ruang lingkup Bab Peradilan dan Kekuasaan Kehakiman yang merupakan suatu keharusan bagi kepentingan umum (*fardhu kifayat*). Maka, ijtihad di sini, sulit di bebaskan atas setiap orang, seperti halnya dengan ijtihad tidak terbatas. Sebab, jika jika dibebaskan pada setiap orang, tentu akan merugikan kepentingan umum. Oleh karena itu, ijtihad dalam pengertian ini hanya menjadi beban sejumlah orang tertentu yang mempunyai kemampuan dan keahlian khusus, serta mempunyai kewenangan dalam melakukan pelayanan bagi kepentingan umum. Yang tergolong kategori ini adalah para hakim atau penasihat hukum (mufti). Di sini, ijtihad merupakan *fardhu kifayah*.⁶

Produk hukum Islam yang digagas K.H. Ali Yafie (berupa fiqh sosial) dalam rumusan metodenya sebenarnya tidak lepas dari metode ijtihad. Rumusan konsep maupun metodenya berdasarkan kepada perangkat-perangkat yang sudah ada dibangun oleh para ulama sebelumnya. Metode yang digunakan oleh K.H. Ali Yafie dalam berijtihad adalah sebagai berikut:

⁶ K.H. Ali Yafie, *Mengagas fiqh Sosial*, (Jakarta: Mizan, 1994), hlm. 84-87.

a. Metode Nasikh Mansukh

Adanya *naskh* dalam Al-Qur'an sebenarnya hal yang diperdebatkan dalam Al-Qur'an oleh para ulama.⁷ Mayoritas ulama berpendapat bahwa *naskh* terdapat dalam Al-Qur'an, sementara sebagian ulama menyatakan tidak ada *naskh* dalam Al-Qur'an. Di dalam Al-Qur'an, kata *naskh* dalam berbagai bentuknya ditemukan sebanyak empat kali (dalam surat Al-Baqarah 2 : 106, Al-A'raf 7 : 154, Al-Hajj 22 : 52 dan Al-Jasiah 45 : 29). Sementara secara etimologi, kata ini memiliki beberapa pengertian, antara lain pembatalan, penghapusan, pemindahan, dan perubahan. Sesuatu yang membatalkan, menghapus, memindahkan dan sebagainya. Dan inilah dinamakan dengan istilah *nasikh*. Kemudian yang dibatalkan, dihapus atau dipindahkan dinamakan sebagai istilah *mansukh*.⁸ Sementara menurut pandangan M. Quraish Shihab (1996) dalam bukunya *Membumikan Al-Qur'an* menjelaskan tentang pengertian *naskh* ini. Menurutnya:

Terdapat perbedaan pengertian tentang terminology *naskh*. Para ulama *mutaqaddimin* (abad I hingga abad III H) memperluas arti *naskh* sehingga mencakup: (a) pembatalan hukum yang ditetapkan terdahulu oleh hukum yang ditetapkan kemudian; (b) pengecualian hukum yang bersifat umum oleh hukum yang bersifat khusus yang datang kemudian; (c) penjelasan yang datang kemudian terdapat hukum yang bersifat samar; (d) penetapan syarat terhadap hukum terdahulu yang belum bersyarat.⁹

Dalam konteks ini K.H. Ali Yafie menjelaskan bahwa *naskh-mansukh* bukanlah suatu hal yang berdiri sendiri, melainkan istilah teknis dalam batasan pengertian yang sudah baku. Menurutnya *naskh-mansukh* itu merupakan salah satu interpretasi hukum.¹⁰ Kemudian menggunakan prinsip *nasikh* untuk melakukan interpretasi terhadap peraturan dalam syariah baik ayat Al-Qur'an maupun Hadis yang paling penting dipakai adalah penafsiran otentik. Setelah itu baru menggunakan interpretasi

⁷ Agus Moh. Najib, *Evolusi Syari'ah Ikhtiar Mahmoud Mohammed Taha Bagi Pembentukan Hukum Islam*, (Yogyakarta Nawesea Press, 2007), hlm. 52

⁸ K.H. Ali Yafie, *Menggagas Fiqh Sosial*, (Jakarta: Mizan, 1994), hlm. 30-31.

⁹ M. Quraish Shihab, *Membumikan Al-Qur'an Fungsi dan Peran Wahyu dalam Kehidupan Masyarakat*, (Bandung: Mizan, 1995)., hlm. 143

¹⁰ K.H. Ali Yafie, *Menggagas Fiqh Sosial*, (Jakarta: Mizan, 1994), hlm. 36-37.

yang lain. jika terjadi kontradiksi pada ketentuan hukum itu dengan ketentuan hukum yang lain, maka diupayakan menggabungkan kedua ketentuan hukum itu (*jami'*) atau memperkuat salah satunya (*rajih*). Jika tingkat interpretasi sudah ditempuh namun belum juga bisa mengatasi kontradiksi tersebut, maka pada tingkatan inilah terjadi adanya *nasikh-mansukb* diantara dua ketentuan hukum tersebut.

Dalam menginterpretasikan Al-Qur'an atau Hadits untuk menetapkan sebuah hukum, juga harus memperhatikan latar belakang situasi dan kondisi, baik secara tekstual maupun kontekstual. Dengan memperhatikan atau mempertimbangkan apa yang disebut *asbabun annuzul* dan *asbab al-wurud* dalam menetapkan sebuah hukum.

b. Analisis Kesejarahan

Dalam sejarah pembentukan hukum Islam menurut dia, terdiri dari beberapa periode antara lain. *Pertama* periode dimana segala permasalahan hukum diambil dan diputuskan oleh Nabi Muhammad SAW, *kedua* periode kodifikasi hukum, *ketiga* yaitu; periode penataan hukum, *keempat* periode keterikatan pada ketentuan yang sudah ada dan bersifat universal serta berlangsung cukup lama sehingga menimbulkan banyak anggapan merugikan ilmu fiqh, *kelima* periode perundangan materi fiqh yang diundangkan dalam bentuk perundang-undangan dalam melalui proses lagislasi.¹¹

Mengenai periode perundangan ini K.H. Ali Yafie menjelaskan:

Pada 200 tahun terakhir terjadi perkembangan baru dalam fiqh yang disebut dengan *daur at-taqnin*, yaitu periode perundangan materi fiqh. Itulah yang terjadi di Indonesia dengan wujud nyatatanya adalah Kompilasi Hukum Islam. Jadi Kompilasi Hukum Islam ini merupakan suatu reformasi yaitu suatu usaha penulisan kembali fiqh dalam sistematika perundang-undangan.¹²

Oleh karena itu menurut dia, periode perundangan ini merupakan salah satu bentuk nyata adanya *ijtihad jama'i* atau ijtihad kolektif yang dilakukan oleh para fuqaha (mujtahid).

¹¹ K.H. Ali Yafie, *Menggagas Fiqh Sosial*, (Jakarta: Mizan, 1994), hlm. 92-93. Lihat Pula dalam Ali Yafie, *Teologi Sosial*, hlm. 126-127.

¹² *Ibid.*, hlm. 150.

c. Analisis *Fardu Kifayah*

Dalam menjelaskan istilah fardu kifayah K.H. Ali Yafie menyebutkan bahwa pada umumnya fardu kifayah itu, sebagai suatu kewajiban keagamaan yang jika sudah dilaksanakan oleh sebagian orang maka sebagian orang yang lain sudah terbebas dari dosa. Akan tetapi kalau tidak ada satu pun yang melaksanakannya maka semua berdosa, lalu diberikan contoh, umpama sholat janazah. Definisi tersebut memang tidak salah tetapi maknanya sangat pasif bahkan cenderung negatif.¹³ Kemudian yang dimaksud dengan fardu kifayah dalam formulasi definisinya, K.H. Ali Yafie mengatakan sebagai berikut:

Fardu kifayah adalah kewajiban menyangkut hal-hal umum yang berkaitan dengan kemaslahatan baik yang bersifat keagamaan (keakhiratan) maupun yang bersifat keduniaan yang pelaksanaannya menjamin kehidupan bersama, seperti upaya mengatasi kemelaratan masyarakat dengan memenuhi sandang pangan yang tak tertanggulangi dengan zakat dan dana baitul mal, penyediaan lapangan kerja, pemeliharaan kesehatan dan kebersihan, pengawasan umum dan control sosial sehingga terwujud jaminan keamanan atas diri dan harta benda, pengajar, pendidikan, penyuluhan dan bimbingan masyarakat dan upaya-upaya lain untuk mencerdaskan bangsa (umat).¹⁴

Inti ajaran *fardu kifayah* sebagaimana yang dirumuskan tersebut, adalah terpenuhinya kewajiban-kewajiban manusia yang menyangkut aspek sosial kemasyarakatan yang lingkupnya lebih luas dan kompleks, ketimbang kewajiban-kewajiban manusia yang bersifat individu. Menurutny, sasaran utama doktrin *fardu kifayah* sebenarnya adalah tegaknya kebersamaan hidup seluruh anggota masyarakat dalam suatu kehidupan dengan dilandasi oleh rasa tanggung jawab sosial demi tercapainya kesejahteraan lahir batin.¹⁵ Dan hal inilah yang menjadi persoalan solidaritas kelompok dimana (*ukhuwah*) yang merupakan bagian dari ajaran Islam dan sebagai substansi fiqih sosial akan terlihat eksistensinya.

¹³ K.H. Ali Yafie, *Menggagas Fiqh Sosial*, (Jakarta: Mizan, 1994), hlm. 161-162

¹⁴ *Ibid.*, hlm. 165

¹⁵ Lihut Muhaimin, *Dari Numerologi hingga Fiqih Sosial : Menyambut 70 tahun Prof. K.H Ali Yafie*, dalam Jamal D. Rahman (et.al) *Wawancara Baru Fiqih Sosial 70 Tahun K.H Ali Yafie*, (Bandung: Mizan, 1997), hlm. 81-82

d. Analisis Pendekatan Masalah

Menurut K.H. Ali Yafie kemaslahatan adalah segala sesuatu yang dibutuhkan, menjadi kepentingan, berguna dan mendatangkan kebaikan bagi manusia. Kemaslahatan ini menjadi prinsip dasar yang menjiwai seluruh ajaran Islam dan pada hakikatnya merupakan bukti dari kasih sayang (*ar-Rahman*) Allah. Menegakkan kemaslahatan demi kepentingan umum haruslah diutamakan. Menurutnya lagi kemaslahatan itu berkisar pada dua hal, yakni mewujudkan manfaat dan menghindarkan kemadharatan. Dalam pandangan K.H. Ali Yafie rumusan kemaslahatan yang harus dipenuhi dan ditegakkan dalam kehidupan sosial manusia dibagi menjadi tiga bagian, di antaranya *pertama* kemaslahatan *daruriyyat* yakni kemaslahatan atau kepentingan manusia yang menjadi kebutuhan dasar dalam kehidupan. Kepentingan atau kebutuhan primer ini terdiri dari lima hal yakni jiwa, akal, keturunan, harta dan agama. Kelima ketentuan umum tersebut yang menjadi standar bagi penegakkan hak-hak dan pemenuhan kewajiban-kewajiban manusia yang bersifat asasi. *Kedua* kemaslahatan *Hajiyyat*, yakni kepentingan manusia yang menjadi kebutuhan nyata dalam kehidupan sehari-hari dalam rangka penjabaran wujud konkret kebutuhan primer. Kemaslahatan *ketiga tahsiniiyyat* yakni kepentingan manusia yang merupakan kebutuhan pelengkap untuk menjamin tegaknya norma-norma moral dan etika sesuai dengan tingkat kebudayaan lingkungannya sebagai perwujudan kehidupan yang baik, bersih sehat, sejahtera lahir dan batin.¹⁶

C. Pemikiran dan Metode Ijtihad H.M. Atho' Mudzhar

Menurut H.M. Atho' Mudzhar, ijtihad adalah upaya bersungguh-sungguh secara maksimal untuk mencapai sesuatu. Meskipun ada pendapat bahwa sasaran ijtihad itu dapat pula dalam bidang-bidang seperti ilmu kalam dan lain-lain, akan tetapi sejarah menunjukkan bahwa yang dominan adalah ijtihad selama ini bersasaran untuk memperoleh ketetapan hukum Islam yang *zany*, karena ijtihad itu sendiri memang dilakukan kalau tidak ada *nash*, baik Al-Qur'an maupun Hadits, yang menetapkan hukum masalah yang menjadi sasaran ijtihad itu. Kedudukan ijtihad dalam Islam amat penting. Ijtihad berperan sebagai roh dari dinamika hukum Islam. Dengan kata lain, ijtihad adalah modal penting

¹⁶ K.H. Ali Yafie, *Menggagas Fiqih Sosial*, hlm. 148-150.

agar hukum Islam senantiasa dapat menjawab perkembangan zaman.¹⁷

Menurutnya, ijtihad mempunyai relasi dengan sejarah dan struktur sosial, sehingga seorang mujtahid perlu menggunakan pendekatan sejarah sosial dalam melakukan metode ijtihadnya, yang dimaksud dengan pendekatan sejarah sosial dalam pemikiran hukum Islam pada dasarnya adalah hasil interaksi antar pemikir hukum Islam (mujtahid) dengan lingkungan sosio-kultural atau sosio-politik yang mengitarinya. Oleh karena itu produk pemikirannya itu bergantung pada lingkungan tersebut. Pendekatan ini memperkuat alasan seorang mujtahid dengan kenyataan sejarah, bahwa produk-produk pemikiran yang sering dianggap hukum Islam itu sebenarnya tidak lebih dari hasil interaksi tersebut.

Pendekatan ini penting sedikitnya karena dua hal: *pertama*, untuk meletakkan produk hukum Islam itu pada tempat yang seharusnya. *Kedua*, untuk memberikan tambahan keberanian kepada para pemikir hukum Islam (mujtahid) sekarang agar tidak ragu-ragu melakukan suatu produk pemikiran hukum karena sejarah telah membuktikan, bahwa umat Islam diberbagai penjuru dunia telah melakukannya tanpa sedikitpun merasa keluar dari hukum Islam itu sendiri. Pendekatan sejarah hukum Islam bertugas menelusuri bukti-bukti sejarah itu. Bukti yang paling dikenal oleh masyarakat adalah riwayat bagaimana Imam Syafi'i mempunyai *qaul qadim* (pendapat lama) dan *qaul jadid* (pendapat baru). Pendapat lama diberikan ketika ia berada di Bagdad dan pendapat baru dikemukakan ketika ia berada di Mesir. Puluhan bahkan mungkin juga ratusan pendapat lama Imam Syafi'i diubah dan diganti dengan pendapat yang baru yang lebih sesuai dengan lingkungan sosial budaya barunya itu.

Dapat diketahui bahwa dari kenyataan sejarah perjalanan hukum Islam bahwa faktor sosial budaya telah mempunyai pengaruh penting dalam mewarnai produk-produk pemikiran hukum Islam yang berbentuk fiqh maupun pendapat ulama. Oleh karena itu maka apa yang disebut hukum Islam itu di dalam kenyataan sebenarnya adalah produk pemikiran Islam yang merupakan hasil interaksi antara ulama sebagai pemikir dengan lingkungan sosialnya. Meskipun Al-Qur'an dan Hadits mempunyai aturan yang bersifat hukum, tetapi jumlahnya amat sedikit disbanding dengan persoalan hidup yang memerlukan ketentuan hukumnya. Untuk mengisi kekosongan itu maka ulama telah menggunakan akalinya dan hasilnya

¹⁷ H.M. Atho' Mudzhar, *Membaca Gelombang Ijtihad*, (Yogyakarta: Titian Ilahi Press, 1998), hlm. 9

adalah produk pemikiran hukum yang ada sekarang ini. Apakah warna atau dinamika produk pemikiran hukum itu akan dibiarkan seperti apa adanya sekarang ini, tergantung pada keberanian para pemikir hukum Islam yang ada sekarang.¹⁸

a. Metode Ijtihad

Dalam model penelitian hukum Islam (fiqh) H. M. Atho' Mudzhar, Islam didefinisikan sebagai wahyu Allah yang diturunkan kepada Nabi Muhammad SAW untuk kebahagiaan dan keselamatan hidup umat manusia di dunia dan akhirat. Sebagai wahyu Islam berarti ajaran dan sebagai ajaran berarti Islam sebagai gejala budaya. Ketika seseorang mempelajari bagaimana ajaran Islam tentang salat, puasa, zakat, haji, tentang konsep keesaan Allah, tentang argumen adanya tuhan, tentang Jabariyah dan Qadariyah, tentang arti dan tafsir kitab suci, tentang riba, tentang aturan etika dan nilai moral dalam Islam, berarti ia sedang mempelajari Islam sebagai gejala budaya.

Ketika Islam dilihat sebagai gejala budaya, maka metode yang digunakan adalah metode penelitian budaya seperti filsafat, sejarah, studi naskah dan arkeologi serta ilmu lainnya. Lalu, ketika Islam dilihat sebagai gejala sosial maka metode yang digunakan adalah metode penelitian ilmu-ilmu sosial. Atau dapat pula suatu studi Islam mencoba melihat suatu gejala Islam sebagai gejala budaya dan sosial sekaligus. Studi tentang fatwa-fatwa dilihat sebagai studi menggabungkan melihat Islam sebagai gejala budaya dan sosial sekaligus. Ketika studi itu membahas dalil-dalil naqli suatu fatwa dan pembahasan masalah itu dalam kitab-kitab fikih berarti sedang melihat fatwa sebagai gejala budaya. Dan manakala studi itu membahas faktor-faktor sosial politik yang mempengaruhi penafsiran para ulama tentang dalil-dalil tersebut berarti sedang melihat Islam sebagai gejala sosial.

b. Analisis Pendekatan Sejarah

Dalam metode analisis sejarah H.M. Atho' Mudzhar menjabarkan bahwa jika ijtihad sudah dilakukan sejak masa Kholifah Umar bin al-Khattab sampai abad ke-20 sekarang ini. Menurut H.M. Atho' Mudzhar

¹⁸ H.M. Atho' Mudzhar, *Membaca Gelombang Ijtihad*, (Yogyakarta: Titian Ilahi Press, 1998), hlm. 127

ijtihad Umar bin al-Khattab penting untuk diamati karena beberapa alasan. *Pertama*, ijtihad itu dilakukan awal sekali, hanya beberapa tahun setelah Nabi Muhammad Saw wafat. Hal ini memberi pelajaran bahwa ijtihad harus mulai diperankan segera setekah *nash* baru, baik dalam bentuk wahyu Al-Qur'an maupun Hadits tidak akan ada lagi, karena Nabi Muhammad Saw telah tiada. *Kedua*, ijtihad yang dilakukan oleh Umar menyangkut bidang-bidang yang seolah-olah *zany*, melainkan *qath'i* atau sudah pasti ketetapan hukumnya. Masalah-masalah itu sudah diatur dalam Al-Qur'an sehingga ada orang berpendapat bahwa ijtihad itu tidak boleh dilakukan lagi. Akan tetapi justru Umar melakukannya, karena baginya masalah-masalah itu masih mengandung elemen-elemen *zanny*. Dinamika ijtihad Umar bin al-Khattab penting untuk dicermati untuk melihat gelombang ijtihad pada masa awal Islam.¹⁹

H.M. Atho' Mudzhar memaparkan bahwa dalil yang dipakai Umar dalam ijtihadnya, secara berurutan adalah: *Al-Qur'an al-Karim*, *Sunnah Rasulallah* dan *ijtihad*. Ijtihad itu terbagi menjadi dua, yaitu *ijma'* dan *qiyas*. Dalam volume penggunaannya terjadi variasi. Persyaratan yang ketat dalam menerima suatu hadits, telah mendorong Umar memakai *ijma'* dan *qiyas* dalam volume yang besar. Baik dalam menafsirkan Al-qur'an dan Hadits ataupun menetapkan *ijma'* dan *qiyas*, bagi Umar senantiasa harus sesuai dengan *ruh at-tasyri'*, yaitu: *maslahah al-'ammah* atau kemaslahatan umum.

Ijtihad Umar yang berintikan radikalitas dan rasionalitas yang selalu berorientasi pada kemaslahatan umum, ternyata juga telah menjadi inti gerakan-gerakan kebangkitan Islam dewasa ini sebagaimana telah diperlihatkan oleh Ibnu Taimiyah, Jamaludin al-Afgani, Muhammad Abduh dan lain-lain. hal itu menunjukkan adanya indikasi pengaruh Umar terhadap mereka, dan dari segi lain seolah-olah memberikan isyarat kepada kita bahwa ada konsistensi antara inti para pola ijtihad Umar dengan gerakan-gerakan kebangkitan Islam.²⁰

Dalam konteks ini H.M. Atho' Mudzhar dalam metode ijtihadnya, menjelaskan bahwa ijtihad telah dilakukan oleh para Sahabat, Tabi'in dan Imam-Imam madzhab terdahulu. Sehingga bagi pemikir hukum Islam

¹⁹ H.M. Atho' Mudzhar, *Membaca Gelombang Ijtihad*, (Yogyakarta: Titian Ilahi Press, 1998), hlm. 9-10

²⁰ H.M. Atho' Mudzhar, *Membaca Gelombang Ijtihad*, (Yogyakarta: Titian Ilahi Press, 1998), hlm. 87-88

di masa sekarang tidak perlu merasa ragu-ragu untuk melakukan ijtihad, karena berdasarkan bukti-bukti sejarah ijtihad sudah pernah dilakukan tanpa merasa keluar dari prinsip-prinsip ijtihad dan semangat yang ada di dalam Al-Qur'an dan As-Sunnah.

c. Pendekatan Sosial Budaya dan Sosial Politik

Pada umumnya, orang sependapat bahwa ilmu sosial terletak diantara ilmu sosial dan ilmu budaya. Hanya saja orang berpendapat mengenai letak yang sebenarnya, apakah ilmu sosial dekat kepada ilmu alam atau ilmu budaya. Dalam hal ini H.M. Atho' Mudzhar mengungkapkan metode dan pendekatan yang dipakai oleh seorang mujtahid, ulama, dan mufti (orang pemberi fatwa). Dalam penelitiannya, H.M. Atho' Mudzhar menjabarkan metode dan pendekatan yang dipakai oleh Majelis Ulama Indonesia (MUI) dalam berijtihad menjawab problem yang terjadi dimasyarakat.

Menurut H.M. Atho' Mudzhar, produk fatwa yang di keluarkan Majelis Ulama Indonesia selalu di pengaruhi oleh *setting* sosio kultural dan sosio politik, serta fungsi dan status yang harus di mainkan oleh lembaga tersebut. Fatwa MUI dalam kenyataanya tidak selalu konsisten mengikuti pola metode dalam penetapan fatwa sebagaimana di jumpai dalam ilmu fikih. Ketidak konsistenan MUI dalam mematuhi metode penetapan hukum tersebut, di sebabkan oleh sejumlah faktor, seperti faktor politik.

D. Komparasi Pemikiran dan Metode Ijtihad K.H. Ali Yafie dan H. M. Atho' Mudzhar

Secara konseptual, K.H. Ali Yafie dan H.M. Atho' Mudzhar mempunyai konsep pemikiran yang sama dalam mereaktualisasi hukum Islam. K.H. Ali Yafi dan H.M. Atho' Mudzhar mempunyai semangat yang sama dengan mencetuskan pemikiran dan metode yang diterapkan kedua tokoh tersebut dalam bidang ijtihad. Pemikiran dan metode ijtihad yang dicetuskan kedua tokoh tersebut berfungsi untuk merespon dan mengikuti perkembangan zaman serta masyarakat, karena dengan semakin berkembangnya zaman serta masyarakat masalah-masalah yang baru sering timbul, khususnya dalam bidang fiqh yang membutuhkan ijtihad para ulama untuk menemukan hukumnya. Dengan pemikiran dan metode kedua tokoh seorang mujtahid tidak perlu merasa ragu lagi

untuk melakukan ijtihad, sepanjang dalam berijtihad tidak keluar dari semangat Al-Qur'an dan As-Sunnah serta prinsip-prinsip ijtihad dalam hukum Islam.

Konsep metode tentang ijtihad, K.H. Ali Yafie dan H.M. Atho' Mudzhar memakai metode yang dipakai oleh ulama ushul fiqh terdahulu (*Ushuliyyun*). Seperti metode *naskh mansukh*, kaidah *fiqhiyah*, kaidah *ushuliyah*, konsep *maslahat* dan lain sebagainya. Dalam pandangan K.H. Ali yafie dan H.M. Atho' Mudzhar, ijtihad memegang peranan yang sangat penting dan merupakan suatu kebutuhan bagi keberlangsungan hukum Islam dan umat Islam. oleh karena itu menurut keduanya, pintu ijtihad masih terbuka, bukan sebaliknya tertutup. Ijtihad dikatakan masih terbuka selama masih ada orang atau lembaga yang mampu dan memenuhi persyaratan sebagai mujtahid untuk dapat melakukan ijtihad. Dalam konteks sekarang, menurut pandangan keduanya, hanya *ijihad jama'i* atau ijtihad kolektif yang bisa diterapkan dan dilakukan sepanjang zaman. Berlakunya ijtihad dalam pandangan keduanya tak lain dalam upaya terwujudnya kemaslahatan umat. Kemaslahatan merupakan prinsip pokok dalam penerapan hukum Islam. dalam masalah kemaslahatan ini keduanya sepakat bahwa kemaslahatan umat harus benar-benar ditegakkan.

Konsep pemikiran dan metode yang dibangun K.H. Ali Yafie dan H.M. Atho' Mudzhar berangkat dari pemahaman Al-Qur'an dan As-Sunnah yang masih universal, baik Al-Qur'an dan As-Sunnah memerlukan pemahaman dan interpretasi kembali agar pesan yang terkandung dalam dua sumber utama tersebut bisa tersampaikan dan terealisasi dalam kehidupan umat Islam. Demi terwujudnya tujuan dan maksud syara' yang merupakan kebutuhan mendasar dalam konsep syariah, meliputi pemenuhan kebutuhan primer (*daruriyyat*), kebutuhan sekunder (*hajiyyat*) dan kebutuhan tersier (*tabsiniyyat*). Secara Implementatif konsep tersebut merupakan landasan dari rumusan konsep *maqasid al-syari'ah*. Di dalamnya meliputi memelihara agama (*hifz ad-din*), memelihara keturunan (*hifz an-nasl*), memelihara jiwa (*hifz an-nafs*), memelihara akal (*hifz al-'aql*), memelihara harta (*hifz al-mal*).²¹ Dari konsep syara' tersebut dibutuhkan metode dan pendekatan agar tujuan dan maksud dari konsep tersebut terealisasi secara baik.

²¹ Ibnu Qayyim Al Jauziyah, *Panduan Hukum Islam I' lamul Muwaqi'in*, (Jakarta: Putaka Azzam, 2007), hlm. 432

Kemudian Pemikiran dan metode ijtihad K.H. Ali Yafie dan H.M. Atho' Mudzhar, berupaya agar bagaimana ijtihad bisa digunakan sebagai salah satu cara agar hukum Islam dapat bersifat dinamis menyikapi perkembangan zaman dan perkembangan sosial, serta menunjukkan bahwa pintu ijtihad masih terbuka selama para ulama (muftahid) melakukan ijtihad terhadap permasalahan yang baru. Pendekatan yang dipakai oleh mereka berdua menggunakan pendekatan sosial, politik, budaya, dan sejarah. Pendekatan-pendekatan tersebut dilakukan agar hukum Islam bisa berdialek dan berlaku secara kontekstual sesuai dengan sosial, budaya, politik, masyarakat dan perkembangan zaman. Karena hukum Islam di Indonesia pada era sekarang mengalami banyak perkembangan khususnya di bidang fiqh, tentunya peran ijtihad sangat diperlukan untuk menjawab persoalan kontemporer yang terjadi di masyarakat. Hal ini memberikan indikasi bahwa hukum Islam harus menyesuaikan dengan perkembangan zaman (bersifat dinamis). Selain itu, konteks hukum Islam di Indonesia sangat erat dengan adat, adat yang berlaku di Indonesia melekat erat dengan masyarakat Indonesia. Hal ini terlihat dari perilaku masyarakat Indonesia yang masih banyak melakukan acara adat dengan menyisipkan ritual keagamaan di dalamnya.

Dalam konteks ijtihad upaya reformulasi, aktualisasi dan kontekstualisasi, ijtihad yang menghasilkan produk hukum (fiqh) diharapkan dapat berfungsi sebagai pemecah problem sosial dan pengontrol sosial perilaku masyarakat. Dan melalui upaya pengembangan pemikiran ijtihad yang dilakukan oleh K.H. Ali Yafie dan H.M. Atho' Mudzhar, maka pada saatnya nanti akan terlihat jelas bahwa dari pemikiran ijtihad dan metode ijtihad yang dirumuskan keduanya berupaya memecahkan problem sosial dalam konteks kehidupan modern sangatlah penting.

Pemikiran dan metode ijtihad K.H. Ali Yafie dan H.M. Atho' Mudzhar, berupaya agar bagaimana ijtihad bisa digunakan sebagai salah satu cara agar hukum Islam dapat bersifat dinamis menyikapi perkembangan zaman dan perkembangan sosial, serta menunjukkan bahwa pintu ijtihad masih terbuka selama para ulama (muftahid) melakukan ijtihad terhadap permasalahan yang baru. Sehingga hukum Islam tidak bersifat statis dan mengalami stagnasi.

K.H. Ali Yafie dalam hal pemikiran hukum Islam dapat dipandang sebagai sosok yang lebih berani dan terbuka. Hal ini dapat dilihat dari gagasannya tentang perlunya pembaharuan atau tajdid dalam hukum

Islam. Namun dalam gagasan tajdid ini kelihatannya masih belum jelas. Walaupun begitu terkait dengan tajdid ini, dia dapat dikategorikan sebagai salah satu pemikir hukum Islam dari beberapa pemikir Islam Indonesia yang menaruh perhatian terhadap gerakan tajdid dan pembaruan hukum Islam.

K.H. Ali Yafie selain peka dengan persoalan sosial, dia sosok yang mampu membaca pembahasan konstelasi politik. Hal ini terbukti dengan kearifan dia dalam dunia politik dengan terpilihnya beberapa kali menjadi anggota legeslatif mulai tingkat daerah sampai pusat. Dalam ranah politik ini K.H. Ali Yafie berusaha untuk berintegrasi ke dalam Negara sebagai langkah strategis untuk berpartisipasi dalam pembangunan. Kemudian dalam konteks itulah dapat dipahami, meskipun terkesan akomodatif dan mungkin agak berbau kompromis dengan berbagai pemikiran dan kekuatan modern K.H. Ali Yafie tetap tegar dalam memegang prinsip dan pendirian.²²

Dalam ranah pemikiran dan metode ijtihad K.H. Ali Yafie mempertahankan metode klasik para ulama terdahulu yang dikontekstualisasikan dengan realitas sosial seperti *fardu kifayah*, *fardhu 'ain* dan *naskh mansukh*. Sehingga produk hukum Islam yang dihasilkan berfungsi untuk mengaktualisasikan dan mengembalikan secara utuh nilai hukum Islam itu sendiri. Sedangkan dari segi ilmu sosial yang dipakai dalam ijtihad hanya sebatas kontekstualisasi hukum Islam saja, serta menyesuaikan perkembangan dan kebutuhan sosial masyarakat. Akan tetapi sebaliknya bagi H.M. Atho'Mudzhar konsep pendekatan sejarah sosial yang dikembangkan dalam memahami hukum Islam, khususnya yang berkenaan dengan ijtihad. Dia menekankan pendekatan sejarah dan bukti-bukti sejarah ijtihad di masa Islam klasik (masa Sahabat, tabi'in dan Imam-Imam madzhab) sebagai acuan bahwa ijtihad sudah pernah dilakukan. Jadi para pemikir hukum Islam tidak perlu merasa ragu lagi dalam melakukan ijtihad asalkan tidak menyalahi Al-Qur'an, Hadits dan prinsip-prinsip dalam berijtihad.

Selanjutnya, H.M. Atho'Mudzhar dalam pemikiran dan metode ijtihadnya, melihat suatu produk hukum Islam tidak hanya dari kacamata sosial tetapi juga dari kacamata sosial politik dan sosial budaya yang

²² Lihat Mastuhu "Kiai Tanpa Pesantren: K. H. Ali Yafie dan Peta Kekuatan Sosial Islam Indonesia" dalam Jamal D. Rahman (et al), *Wawancara Baru Fiqih Sosial 70 Tahun K.H. Ali yafie*, (Bandung: Mizan, 1997), hlm. 270

berkembang dimana ijtihad itu dilakukan. Sehingga seorang mujtahid mempunyai interaksi yang sangat erat dengan sosio-kultural dan sosio-politik lingkungan tersebut. Perbedaan metode dan pemikiran keduanya terletak pada analisis pengembangan ijtihad. K.H. Ali Yafie mengembangkan analisis *naskh mansukh* dan *fardhu kifayah*. Sedangkan H.M. Atho' Mudzhar mengembangkan analisis dan pengembangan ijtihad berdasarkan bukti-bukti kesejarahan, sosio-kultural dan sosio-politik yang berkembang di masyarakat. Perbedaan yang signifikan dari pemikiran dan metode keduanya tidak terlepas dari latar belakang pendidikan yang berbeda, K.H. Ali Yafie yang secara akademik hierarkinya lebih condong ke arah studi Islam klasik dan modern mempengaruhi pemikirannya dalam memahami esensi hukum Islam itu sendiri. Sedangkan H.M. Atho' Mudzhar, latar belakang pendidikannya di mulai dari studi Islam kemudian dikembangkan dengan ilmu sosial (sosiologi). H.M. Atho' Mudzhar mengembangkan konsep hukum Islam dengan lebih fleksibel, hukum Islam tidak hanya dipahami dengan pemikiran dan metode Islam klasik, tetapi juga memasukkan ilmu sosial sebagai pendekatan dalam memahami hukum Islam.

Tidak terlepas dari persamaan dan perbedaan pemikiran serta metode ijtihad K.H. Ali Yafie dan H.M. Atho' Mudzhar, pemikiran dan metode tersebut tak lain berfungsi untuk memahami hukum Islam. Ijtihad yang ujungnya untuk menemukan hukum suatu permasalahan, merupakan salah satu konsep agar hukum Islam bisa dipahami dan terealisasi dalam kehidupan masyarakat. Al-Qur'an sebagai sumber hukum Islam memiliki bahasan dan cakupan yang sangat luas dalam berbagai hal tentang hukum Islam. Akan tetapi al-Qur'an tidak menjelaskan secara rinci atas kaidah-kaidah hukum yang ada. Oleh karena itu diperlukan adanya suatu interpretasi yang dapat menjelaskan arti dan makna sebenarnya dari kandungan maksud ayat tersebut.

E. Implikasi Pemikiran dan Metode Ijtihad K.H. Ali Yafie dan H. M. Atho'Mudzhar terhadap perkembangan Hukum Islam di Indonesia

Implikasi pemikiran keduanya terlihat pada adanya usaha dalam pembinaan dan pengembangan hukum Islam (*fiqh*). Pengembangan dan pembinaan fiqh ini penting untuk dilakukan karena terkait dengan

persoalan hukum dan hajat hidup orang banyak. Pengembangan dan pelestarian fiqh dapat dilakukan dengan melalui jalur akademis seperti penulisan karya tulis ilmiah baik dalam bentuk makalah maupun buku. Selain pengembangan melalui jalur akademis, secara yuridis dalam konteks negara Indonesia sebagai sebuah negara hukum. Pengembangan fiqh sebagai bagian dari hukum Islam sudah sewajarnya untuk dapat menjadi bagian dari hukum yang berlaku di Indonesia.²³ Maka posisi hukum Islam dalam hukum positif akan terlihat jelas, bahwa nilai-nilai hukum Islam akan mampu mewarnai dan beradaptasi dengan hukum positif sebuah negara.²⁴

Oleh karena itu fiqh harus dituntut mampu adaptasi dengan sistem hukum yang berlaku di Indonesia. Maka keberadaan dan keberlangsungan fiqh sebagai bagian dari hukum Islam akan kelihatan eksistensinya, jika fiqh mampu beradaptasi dengan sistem hukum nasional di Indonesia. Terkait dengan masalah ini dalam perkembangan dan pembinaan hukum nasional, ada tiga elemen sumber hukum yang mempunyai kedudukan sama dan seimbang, yaitu hukum Adat, hukum Barat dan hukum Islam.²⁵

Sementara di Indonesia, materi hukum fiqh sudah jauh berkembang ke dalam yurisprudensi, hukum kebiasaan dan dalam pendapat umum, sehingga telah mempunyai akar yang kuat baik dalam sumber formal maupun sumber material dari hukum itu sendiri.²⁶ Oleh karena itu dalam konteks Indonesia, fiqh harus ditransformasikan menjadi nilai-nilai sosial dan budaya yang hidup dan diterima di tengah kehidupan masyarakat, berbangsa dan bernegara.²⁷ Proses transformasi dan pengundangan nilai-nilai syariah atau materi fiqh kedalam perundang-undangan (hukum

²³ Lihat Yusril Ihza Mahendra *Sumbangan Ajaran Islam Bagi Pembangunan Hukum Nasional*, dalam Jamal D. Rahman (et al), *Wawancara Baru Fiqih Sosial 70 Tahun K.H. Ali yafie*, (Bandung: Mizan, 1997), hlm. 177-179.

²⁴ Abu Yasid (ed), *Fiqh Realitas*, cet ke-1 (Yogyakarta: Pustaka Pelajar, 2005), hlm. 46-53

²⁵ A. Qodri Azizy, *Eklektisisme Hukum Nasional Kompetisi Antara Hukum Islam dan Hukum Umum*, (Yogyakarta: Gama Media, 2004)., hlm. 172

²⁶ K.H. Ali Yafie, *Posisi Ijtihad Dalam Keutuban Ajaran Islam*, dalam Jalaludin Rahmat (ed), *Ijtihad Dalam Sorotan*, cet-ke4 (Bandung: Mizan, 1996), hlm. 83. Lihat pula pada A. Qodri Azizy, *Eklektisisme Hukum*, hlm. 247.

²⁷ Abu Hafsin, *Fiqh Sosial Suatu Upaya Menjadikan Fiqih Sebagai Etika Sosial*, Pengantar dalam Jamal Ma'mur, *Fiqh Sosial Kiai Sabal Antara Konsep Dan Implementasi*, (Surabaya: Khalista, 2007), hlm. 27

positif) yang berlaku di Indonesia merupakan bagian dari proses *taqnin*.²⁸

Dalam konteks hukum Islam di Indonesia, melalui proses *taqnin* ini, misalnya telah melahirkan produk hukum apa yang dikena dengan Kompilasi Hukum Islam. Kompilasi ini terlepas dari segala kekurangan dan kelebihanannya merupakan sebuah hasil konsensus (*ijma'*) ulama Indonesia.²⁹ Proses ini mungkin dapat dikatakan sebagai bagian dari proses positifisasi hukum. Dan disinilah akan terlihat peran dan fungsi *fiqh*, sebagai seperangkat norma yang hadir sebagai etika sosial dalam kehidupan nyata.

Implikasi lain yang sangat berpengaruh dalam pengembangan *fiqh*, adalah adanya perbedaan dalam hal pengembangan konsep dan metode yang dikembangkan oleh keduanya. K.H. Ali Yafie dalam perjalanan pemikirannya mendapat pengaruh dari kalangan pemikir modernis. Perlu diketahui bahwa salah satu elemen penting dari sebuah munculnya *madzhab* adalah munculnya satu pendapat atau teori dan metode yang dibangun oleh seorang tokoh yang pada gilirannya akan diikuti oleh masyarakat baik yang semasanya atau pada masa berikutnya.³⁰

Munculnya gagasan tentang *fiqh* sosial dalam perkembangan ilmu *fiqh* yang digagas oleh K.H. Ali Yafie memang patut untuk diapresiasi. Terlepas dari segala kelebihan dan kekurangan apa yang telah diungkapkan. K.H. Ali Yafie berupaya mencari solusi atau jalan keluar terkait dengan persoalan umat yang membutuhkan penyelesaian dengan perspektif agama. Rumusan konsep *ijtihad* yang ditawarkan K.H. Ali Yafie tidak sebatas teori saja tetapi juga terimplementasi dalam menjawab persoalan-persoalan agama, khususnya dalam bidang hukum Islam (*fiqh*). Sementara, menurut H.M. Atho' Mudzhar dengan pendekatan sejarah sosialnya dalam memahami agama Islam tidak bisa menafikan bukti dan produk sejarah hukum Islam serta lingkungan sosio-kultural yang mengitariannya, karena pada kenyataannya sejarah perjalanan hukum

²⁸ Juhaya S. Praja, *Aspek Sosiologi Dalam Pembabaran Fiqih di Indonesia*, dalam Ahmad Noor dkk, *Epistemologi Syara' Mencari Format Baru Fiqih Indonesia*, cet. ke-2 (Yogyakarta: Pustaka Pelajar, 2009), hlm. 131-132

²⁹ Lihat dalam Ahmad Rofik, *Kritik Metode Formulasi Fiqih Indonesia*, dalam Ahmad Noor dkk, *Epistemologi Syara' Mencari Baru Fiqih Indonesia*, cet. ke-2 (Yogyakarta: Pustaka Pelajar, 2009), hlm. 110

³⁰ Akh. Minhaji, *Otoritas, Kontinuitas Dan Perubahan Dalam Sejarah Pemikiran Ushul Fiqh*, pengantar dalam Amir Mu'alimin dan Yusdani, *Ijtihad Legislasi Muslim Kontemporer*, cet ke-1 (Yogyakarta: UII Press, 2005), hlm. 8

Islam tidak lepas dari faktor sosial budaya yang berpengaruh penting dan mewarnai produk-produk pemikiran hukum Islam, baik yang berbentuk fiqh, peraturan perundangan di negeri muslim dan fatwa-fatwa ulama. Oleh karena itu, apa yang disebutkan dalam hukum Islam itu di dalam kenyataan sebenarnya adalah produk pemikiran hukum Islam yang merupakan hasil interaksi antara ulama sebagai pemikir dengan lingkungan sosialnya.

Dengan demikian implikasi pemikiran yang sangat urgen dalam pengembangan hukum Islam ini adalah adanya gerak dinamika corak pemikiran yang terbuka dan dinamis. Sehingga bagi para mujtahid atau para pemikir hukum Islam tidak perlu merasa ragu-ragu dalam melakukan ijtihad selama itu tidak menyalahi Al-Qur'an dan As-Sunnah serta prinsip-prinsip dalam ijtihad. Hal tersebut dibuktikan dengan merespon setiap persoalan baru dengan menjadikan fiqh sebagai paradigma berfikir yang rasional-kritis dan filosofis.

F. Penutup

Perlunya dukungan dari berbagai pihak terutama dari lembaga pendidikan dan lembaga social keagamaan alam upaya menumbuh kembangkan semangat penelitian hukum Islam khususnya dalam pemikiran ijtihad yang nantinya akan menghasilkan *fiqh* kedepan. Dalam penelitian dan pengkajian pemikiran ijtihad ini diharapkan dapat memberikan hasil dan kontribusi yang nyata bagi pengembangan keilmuan khususnya alam bidang hukum Islam (*fiqh*).

DAFTAR PUSTAKA

Jaih Mubarak, *Sejarah dan Perkembangan Hukum Islam*, Cet. Ke-3 (Bandung: Rosda Karya, 2003).

Teungku Muhammad Hasbi Ash-Shiddieqiy, *Pengantar Hukum Islam*, (Semarang: Pustaka Rizki Putra, 2001), hlm.10. Lihat A. Djazuli, *Ilmu Fiqh*, (Jakarta: Prenada Indonesia, 2005).

- K.H. Ali Yafie, *Menggagas fiqh Sosial*, (Jakarta: Mizan, 1994)
- H. M. Atho' Mudzhar, *Membaca Gelombang Ijtihad*, (Yogyakarta: Titian Ilahi Press, 1998).
- Agus Moh. Najib, *Evolusi Syari'ah Iktidar Mahmoud Mohammed Taha Bagi Pembentukan Hukum Islam*, (Yogyakarta Nawesea Press, 2007)
- M. Quraish Shihab, *Membumikan Al-Qur'an Fungsi dan Peran Wahyu dalam Kehidupan Masyarakat*, (Bandung: Mizan, 1995)., hlm. 143
- Muhaimin, *Dari Numerologi hingga Fiqih Sosial : Menyambut 70 tahun Prof. K.H Ali Yafie*, dalam Jamal D. Rahman (et.al) *Wawancara Baru Fiqih Sosial 70 Tahun K.H Ali Yafie*, (Bandung: Mizan, 1997), hlm. 81-82
- Ibnu Qayyim Al Jauziyah, *Panduan Hukum Islam I' lamul Muwaqi'in*, (Jakarta: Putaka Azzam, 2007
- Mastuhu "Kiai Tanpa Pesantren: K. H. Ali Yafie dan Peta Kekuatan Sosial Islam Indonesia" dalam Jamal D. Rahman (et al), *Wawancara Baru Fiqih Sosial 70 Tahun K.H. Ali yafie*, (Bandung: Mizan, 1997
- Yusril Ihza Mahendra *Sumbangan Ajaran Islam Bagi Pembangunan Hukum Nasional*, dalam Jamal D. Rahman (et al), *Wawancara Baru Fiqih Sosial 70 Tahun K.H. Ali yafie*, (Bandung: Mizan, 1997).
- Abu Yasid (ed), *Fiqh Realitas*, cet ke-1 (Yogyakarta: Pustaka Pelajar, 2005), hlm. 46-53
- A. Qodri Azizy, *Eklektisisme Hukum Nasional Kompetisi Antara Hukum Islam dan Hukum Umum*, (Yogyakarta: Gama Media, 2004)., hlm. 172
- K.H. Ali Yafie, *Posisi Ijtihad Dalam Keutuban Ajaran Islam*, dalam Jalaludin Rahmat (ed), *Ijtihad Dalam Sorotan*, cet-ke4 (Bandung: Mizan, 1996),
- Abu Hafsin, *Fiqh Sosial Suatu Upaya Menjadikan Fiqih Sebagai Etika Sosial*, Pengantar dalam Jamal Ma'mur, *Fiqh Sosial Kiai Sabal Antara Konsep Dan Implementasi*, (Surabaya: Khalista, 2007),
- Juhaya S. Praja, *Aspek Sosiologi Dalam Pembaharuan Fiqih di Indonesia*, dalam Ahmad Noor dkk, *Epistemologi Syara' Mencari Format Baru*

- Fiqih Indonesia*, cet. ke-2 (Yogyakarta: Pustaka Pelajar, 2009),
- Ahmad Rofik, *Kritik Metode Formulasi Fiqih Indonesia*, dalam Ahmad Noor dkk, *Epistemologi Syara' Mencari Baru Fiqih Indonesia*, cet. ke-2 (Yogyakarta: Pustaka Pelajar, 2009), hlm. 110
- Akh. Minhaji, *Otoritas, Kontinuitas Dan Perubahan Dalam Sejarah Pemikiran Ushul Fiqh*, pengantar dalam Amir Mu'alimin dan Yusdani, *Ijtihad Legislasi Muslim Kontemporer*, cet ke-1 (Yogyakarta: UII Press, 2005),

TRANSBOUNDARY HAZE POLLUTION ACT 2014 DAN PROBLEMATIKA KEBAKARAN HUTAN DI INDONESIA

Ifa Latifah Fitriani

Magister Hukum Universitas Gadjah Mada Yogyakarta

Abstract

Transboundary Haze Pollution Act 2014 is a law established by the Singapore to combat air pollution caused by forest fires in Indonesia that have continued to occur every year. Moreover, the substance of these rules could potentially enter the Indonesian jurisdiction. It is possible because there are extra-territorial arrangements, governing the imposition of criminal or civil liability for the perpetrators of the causes of air pollution in Singapore. the imposition of civil and criminal liability will be applied for every entity both inside and outside of Singapore who contributes to any haze pollution in Singapore. Therefore, this rule is questioned by Indonesia, according to the ASEAN Agreement on Transboundary Haze Pollution itself did not regulate the imposition of criminal-civil liability through the rigid application of the principle of extraterritoriality.

Abstrak

Transboundary Haze Pollution Act 2014 merupakan undang-undang yang dibentuk oleh Singapura guna menanggulangi pencemaran udara singapura akibat kebakaran hutan di Indonesia yang terus terjadi setiap tahunnya. Dilihat secara mendalam, substansi aturan ini berpotensi memasuki wilayah yurisdiksi Indonesia. Hal ini dimungkinkan, mengingat terdapat pengaturan extra teritorial, yang mengatur pengenaan tanggung jawab pidana maupun perdata bagi para pelaku penyebab polusi

udara di Singapura, baik yang berada di dalam maupun di luar Singapura. Aturan inilah yang dipertanyakan banyak kalangan, mengingat ASEAN Agreement on Transboundary Haze Pollution sendiri tidak mengatur pengenaan pidana-perdata secara rigid melalui penerapan prinsip ekstra teritorialitas.

Kata Kunci: *Transboundary haze pollution*, kebakaran hutan, ekstra teritorial

A. Pendahuluan

Persoalan lingkungan hidup khususnya dalam pencemaran udara akibat kebakaran hutan di Kalimantan dan Sumatera bukan hanya telah menjadi isu nasional, tetapi juga menjadi isu internasional. *ASEAN Agreement on Transboundary Haze Pollution* misalnya yang dikeluarkan sejak tahun 2002 lalu, bahkan secara langsung difokuskan dalam permasalahan ini. Meskipun pada tataran realitas, *Agreement* ini dianggap jauh dari harapan.

Kebakaran hutan di kepulauan Sumatera dan Kalimantan seolah telah menjadi rutinitas tahunan yang tidak pernah berhenti berakhir. Ironisnya rutinitas kebakaran hutan di Indonesia justru dibarengi dengan diberlakukannya beberapa aturan tentang lingkungan hidup seperti UU No 32 Tahun 2009 tentang Perlindungan dan Pengelolaan Lingkungan Hidup, juga UU No 41 Tahun 1999 tentang Kehutanan yang bisa mengantisipasi kebakaran hutan dan lahan. Hal ini menjadi kebohongan atas upaya perwujudan amanah Pasal 28H ayat (1) UUD 1945: "Setiap orang berhak hidup sejahtera lahir dan batin bertempat tinggal, dan mendapatkan lingkungan hidup yang baik dan sehat serta berhak memperoleh pelayanan kesehatan."

Tingkat kebakaran hutan di Indonesia tidak berkurang tiap tahunnya. Bahkan pada tahun 2013 lalu emisi gas akibat kebakaran hutan menjadi yang tertinggi dari beberapa tahun terakhir. Puncak dari rutinitas kebakaran hutan di Indonesia, memberikan dorongan kuat bagi dibentuknya *Bill on Transboundary Haze Pollution Singapore* yang kemudian disahkan menjadi *Transboundary Haze Pollution Act 2014* oleh Parlemen Singapura (Undang-Undang Asap Lintas Batas Singapura). Kemunculan undang-undang Singapura ini tak lain sebagai upaya penanggulangan adanya transfer polusi asap dari Indonesia ke

Singapura.¹ Aturan ini kemudian mulai menjadi polemik di berbagai kalangan di Indonesia. Penerapan ekstrateritorial aturan tersebut akan berimplikasi pada penghukuman bagi pelaku pencemaran udara yang berada di luar Singapura, sedangkan *ASEAN Agreement on Transboundary Haze Pollution* tidak pernah mengatur ketentuan ekstrateritorial dalam pertanggungjawaban pelaku antar yurisdiksi.

Transboundary Haze Pollution Act 2014 secara tegas mencantumkan aturan *Extra-territoriality* bagi pelaku pencemaran lingkungan udara di wilayah Singapura. Prinsip *extra-territoriality* mengatur pengenaan sanksi bagi pelaku pencemaran baik yang berada di dalam wilayah Singapura, maupun pelaku yang berada di luar wilayah Singapura. Artinya, jika pengaturan ini dijalankan secara tegas oleh Pemerintah Singapura, setiap entitas yang berada di luar Singapura yang mengakibatkan pencemaran udara Singapura dapat dikenakan sanksi berdasarkan aturan ini. Maka secara tidak langsung, aturan ini akan berimplikasi pada penerobosan aturan hukum Singapura ke dalam wilayah yurisdiksi Indonesia, mengingat etas pelaku kebakaran hutan paling banyak berada di Indonesia, bahkan merupakan warga negara Indonesia. Berdasarkan pemaparan tersebut di atas, maka dalam tulisan ini akan memfokuskan pada telaah kritis *Transboundary Haze Pollution Act 2014* dan penyelesaian kebakaran hutan di Indonesia.

B. *Transboundary Haze Pollution Act 2014* dan ASEAN Agreement on Transboundary Haze Pollution

Berdasarkan data NASA (*National Aeronautics and Space Administration*), jumlah peringatan titik api menunjukkan bahwa Provinsi Riau memiliki peringatan titik api terbesar di Indonesia (58%), dan lebih dari empat per lima dari total peringatan titik api di Sumatera (81%) dalam 12 bulan terakhir. Analisis *Global Forest Watch* menunjukkan bahwa 75% peringatan titik api terjadi di wilayah lahan gambut, tipe tanah yang sebagian besar tersusun atas material organik yang terurai.²

¹ Lihat beberapa press release Bill On Transboundary Haze Pollution yang dikemukakan Pemerintah Singapura maupun otoritas Singapura lainnya seperti pada beberapa sumber berikut <http://app2.nea.gov.sg/docs/default-source/corporate/COS-2014/transboundary-haze-pollution.pdf>, <http://app.mewr.gov.sg/web>, akses tanggal 14 September 2014.

² <http://www.wri.org/blog/2014/06/mencegah-kebakaran-hutan-di-indonesia-fokus-pada-provinsi-riau-lahan-gambut-serta>, akses tanggal 28 Agustus 2014.

Tingginya angka kebakaran hutan di Indonesia ini telah menjadi konsentrasi banyak kalangan baik dalam maupun luar negeri. Dalam konteks luar negeri, jika diingat kembali, sebelum pro-kontra *Transboundary Haze Pollution Act 2014* muncul, beberapa instrumen luar negeri yang langsung berkaitan dengan permasalahan kebakaran hutan ini adalah *ASEAN Agreement on Transboundary Haze Pollution*. Perjanjian ini merupakan perjanjian tingkat negara-negara ASEAN yang bertujuan untuk menyelesaikan permasalahan pencemaran udara khususnya kabut asap yang terjadi akibat kebakaran hutan di wilayah Sumatera dan Kalimantan.³

ASEAN Agreement on Transboundary Haze Pollution pertama kali mulai dicetuskan pada akhir tahun 1990an, kemudian ditandatangani oleh para negara anggota ASEAN sejak tahun 2002. Hingga tahun 2013, seluruh negara anggota ASEAN telah meratifikasi perjanjian tersebut, kecuali Indonesia sebagai negara terakhir yang meratifikasi pada September 2014.⁴ Banyak kalangan dari luar Indonesia umumnya memperlakukan keseriusan Indonesia dalam meratifikasi *agreement* tersebut. Pasalnya, terbentuknya perjanjian ini didasari pada banyaknya kebakaran hutan yang berasal dari Indonesia, namun Indonesia sebagai negara utama penyumbang polusi asap justru menjadi negara terakhir yang meratifikasi perjanjian tersebut. Hal inilah yang kemudian menjadi salah satu dari dua alasan mengapa *ASEAN Agreement on Transboundary Haze Pollution* dianggap tidak efektif.

Alasan lain yang muncul dari ketidakefektifan *ASEAN Agreement on Transboundary Haze Pollution* adalah kelemahan substansi aturan yang ada dalamnya. Kelemahan terbesar yang muncul dari perjanjian ini adalah mekanisme penyelesaian para pihak atau negara yang tidak mematuhi ketentuan perjanjian. Dalam Article 27 of the Agreement menyebutkan penyelesaian bagi para pihak yang tidak mematuhi ketentuan dalam perjanjian dengan *'shall be settled amicably by consultation or negotiation'*. Maka secara tidak langsung, perjanjian lebih mengedepankan diplomasi

³ Fadlan Dini Haris, Maria Maya Lestari, dan Widia Edorita, Lihat "Pertanggung Jawaban Negara atas Pencemaran Lintas Batas Negara Berdasarkan The Asean Agreement on Transboundary Haze Pollution", hlm. 4. www.uui.ac.id/images/stories/.../10%20Deni%20Bram, akses tanggal 26 September 2014.

⁴ [En.wikipedia.org/wiki/ASEAN_Agreement_on_Transboundary_Haze_P](http://en.wikipedia.org/wiki/ASEAN_Agreement_on_Transboundary_Haze_P), akses tanggal 27 September 2014.

dibandingkan penegakan hukum bagi para pelanggar.⁵

Terlepas dari permasalahan tersebut di atas, perlu terlebih dahulu dipahami terminologi *transboundary haze pollution* dan pencemaran udara secara umum. Pencemaran udara sebagai pokok tujuan dalam ASEAN Agreement ini didefinisikan sebagai:

“Smoke resulting from land and/or forest fire which causes deleterious effects of such a nature as to endanger human health, harm living resources and ecosystems and material property and impair or interfere with amenities and other legitimate uses of the environment”.

Sedangkan menurut F. Gunarwan Suratmo,⁶ Pencemaran udara diartikan sebagai:

Adanya satu atau lebih pencemar yang masuk ke dalam udara atmosfer yang terbuka, yang dapat berbentuk sebagai debu, uap, gas, kabut, bau, asap, atau embun yang dicirikan bentuk jumlahnya, sifat dan lamanya.

Transboundary haze pollution dipahami sebagai:

*Haze pollution whose physical origin is situated wholly or in part within the area under the national jurisdiction of one Member State and which is transported into the area under the jurisdiction of another Member State.*⁷

Dalam perjanjian ini pada dasarnya memegang pemahaman bahwa negara yang melakukan pencemaran atau penyebab timbulnya *haze pollution* dapat dimintakan pertanggungjawaban. Sebagaimana yang telah disebutkan sebelumnya, secara langsung *ASEAN Agreement* ini tidak menyebutkan konsekuensi apa yang dikenai oleh pelaku. Beberapa kalangan kemudian mengaitkan dengan *Biodiversity Convention* dan *Climate Change Convention* dan *ASEAN Agreement on the Conservation of Nature and Natural Resources 1985*, dan dalam *Draft Articles on State Responsibility* yang diadopsi oleh Komisi Hukum Internasional (ILC).

Pasal 1 draft ini menyebutkan bahwa *“Every internationally wrongful*

⁵ “The ‘Burning’ Problem of Air Pollution in South East Asia”, www.worldwatch-europe.org akses tanggal 16 September 2014.

⁶ F. Gunarwan Suratmo, *Analisis Mengenai Dampak Lingkungan*, Gajah Mada University Press, Yogyakarta, 1995, hlm.101.

⁷ Article 1 Asean Agreement on Transboundary Pollution.

act of a State entails the international responsibility of that State". Sedangkan ganti rugi atau *reparation* diatur dalam pasal 31. Bentuk-bentuk ganti rugi dapat berupa: a) *Restitution* (Pasal 35): kewajiban mengembalikan keadaan yang dirugikan seperti semula. b) *Compensation* (Pasal 36): kewajiban ganti rugi berupa materi atau uang. Dan c) *Satisfaction* (Pasal 37): penyesalan, permintaan maaf resmi. Tuntutan ini harus didasarkan atas adanya pembiaran dari negara asal sehingga menyebabkan timbulnya pencemaran.⁸

Awal tahun 2014, Singapura mengeluarkan *Bill on Transboundary Haze Pollution* atau Undang-undang Polusi Asap Lintas Batas yang disahkan oleh Parlemen Singapura. Salah satu komponen yang menjadi pertanyaan dalam aturan ini adalah ketentuan pertanggungjawaban bagu pelaku pencemaran udara yang disebabkan oleh entitas dalam negeri Singapura maupun entitas lain yang berada di luar Singapura.⁹

Undang-undang ini menjabarkan polusi asap diindikasikan dalam beberapa hal yaitu:

Presumptions

(1) *For the purposes of this Act, where —*

- (a) *over a continuous period of 24 hours, the air quality in any part of Singapore deteriorates to such level or levels as may be prescribed;*
- (b) *at or about the time the deterioration in air quality occurs, there is a land or forest fire on any land which is situated outside Singapore and is owned or occupied by an entity; and*
- (c) *based on satellite images and meteorological information at or about the time the deterioration in air quality occurs, any smoke resulting from that fire is moving in the direction of Singapore, it shall be presumed, until the contrary is proved, that there is haze pollution in Singapore involving smoke resulting from that fire, not with standing that there may be, at or about the same time, any land or forest or other fire on any other land situated outside Singapore (whether or not adjacent to the land referred to in paragraph (b)) or in any part of Singapore.*

⁸ "Transboundary Haze Pollution dalam Perspektif Hukum Lingkungan Internasional" (Studi Kasus: Indonesia & Asean)", [www.xa.yimg.com/.../makalah%2BHukum%2BKebijakan%](http://www.xa.yimg.com/.../makalah%2BHukum%2BKebijakan%2C), akses tanggal 28 September 2014.

⁹ Lihat *Part I Preliminary Bill on Transboundary Haze Pollution Singapore* bagian *Interpretation*, disebutkan bahwa: "entity" means any sole proprietorship, partnership, corporation or other body of persons, whether corporate or unincorporate;.

(2) *For the purposes of this Act, where it is proved that an entity owns or occupies any land situated outside Singapore, and it is further proved, or presumed by operation of subsection (1), that any haze pollution in Singapore involves smoke resulting from any fire on that land outside Singapore, it shall be presumed, until the contrary is proved, that the entity has engaged in conduct, or authorised or condoned conduct, which caused or contributed to that haze pollution.*

Lebih lanjut tiga poin penting dalam undang-undang ini berkaitan dengan:

1. Ekstrateritorialitas,
2. Tanggung jawab pidana
3. Tanggung jawab perdata oleh setiap pelaku yang terlibat menyebabkan timbulnya asap di wilayah udara Singapura.

Penerapan prinsip ekstra teritorial disebutkan:

Extra-territoriality of Act

4. *This Act shall extend to and in relation to any act or thing outside Singapore which causes or contributes to any haze pollution in Singapore.*

Penerapan *extra-territoriality* dapat diterapkan kepada dua lingkup, yaitu lingkup *criminal liability* dan *civil liability*. Undang-undang ini mengatur *criminal liability for haze pollutio*, melalui ketentuan denda bagi pelaku yang terlibat dalam pembakaran hutan dikenakan denda tidak melebihi \$ 300.000,- hingga denda yang mencapai \$ 400.000. Di samping itu diatur pula ketentuan *civil liability for haze pollution* dengan pengajuan gugatan perdata atas kerugian yang dialami akibat polusi asap di Singapura. Pemerintah Singapura maupun otoritas lain di Singapura dapat mengajukan gugatan ganti rugi yang dialami kepada para pihak yang dianggap telah mengakibatkan timbulnya polusi udara di Singapura.

Ketentuan ini akan memberikan sanksi baik pidana denda maupun gugatan perdata bagi entitas apapun, terlepas dari kebangsaan yang kegiatannya di dalam ataupun luar Singapura, selama berkontribusi terhadap polusi di Singapura akan dikenai ketentuan tersebut.¹⁰ Melihat ketentuan tersebut, maka secara nyata aturan ini akan kemudian berusaha

¹⁰ Lihat *Part II Liability For Transboundary Haze Pollution* yang tegas menyebutkan adanya *Extra-territoriality of Act*.

untuk memasuki wilayah yurisdiksi Indonesia. Inilah yang menjadi masalah bagi kalangan di Indonesia.

Beberapa komponen lain yang diatur dalam undang-undang ini memaparkan harus adanya peringatan dini, jika berdasarkan hasil pemantauan Satelit Singapura terindikasi akan adanya *hotspot* area yang berpotensi memunculkan polusi udara baik di dalam maupun di luar Singapura. Bahkan bila diperlu, Singapura dapat memberikan peringatan langsung kepada pihak luar akan adanya kemungkinan polusi udara akibat kebakaran hutan.¹¹ Ketentuan ini juga mengatur kekuasaan otoritas Singapura untuk mengambil dokumen atau informasi baik di dalam maupun di luar Singapura yang berkaitan dengan penyelesaian kasus polusi asap.¹²

C. Tanggapan Kritis atas Ketentuan *Transboundary Haze Pollution Act 2014* dan Problematika Penyelesaian Kebakaran Hutan Di Indonesia

Menanggapi *Transboundary Haze Pollution Act 2014* yang dikeluarkan Singapura tersebut, penulis mencoba melihat dalam konteks hukum lingkungan internasional, hukum lingkungan Indonesia dan beberapa aspek hukum lainnya. Dalam konteks hukum lingkungan internasional, dikenal adanya tiga status objek lingkungan hidup yaitu a) lingkungan hidup sebagai wilayah suatu negara, b) lingkungan hidup di luar wilayah suatu negara, dan c) lingkungan hidup sebagai suatu keseluruhan (*global environmental*).¹³ Sedangkan aspek status kegiatan dan status dampak, diklasifikasikan ke dalam: a) kegiatan dan dampak bersifat domestik, b) kegiatan yang bersifat domestik dengan dampak bersifat lintas batas, dan c) terakhir kegiatan dilakukan di luar wilayah negara-negara dengan dampak terhadap lingkungan hidupnya sendiri, kawasan negara tertentu, kawasan tertentu dan elemen lingkungan global.¹⁴

Dalam prinsip hukum lingkungan internasional dikenal juga prinsip *sic utere tuo ut alienum non laedes* yang menentukan bahwa suatu negara dilarang melakukan atau mengizinkan dilakukannya kegiatan yang dapat

¹¹ Lihat ketentuan *Part III Administration*.

¹² Lihat ketentuan *Power to Obtain Information*.

¹³ Lihat Ida Bagus Wyasa Putra, *Hukum Lingkungan Internasional: Perspektif Bisnis Internasional*, (Bandung: Refika Aditama, 2003), hlm. 6-8.

¹⁴ *Ibid.*, hlm. 12.

merugikan negara lain. Di samping itu, prinsip *good neighbourliness* yang pada intinya menyebutkan bahwa kedaulatan wilayah suatu negara tidak boleh diganggu oleh negara lain. Prinsip-prinsip hukum internasional untuk perlindungan lingkungan lainnya seperti:¹⁵

“State have, in accordance with the charter of the united nations and the principles of international law, the sovereign right to exploit their own resources pursuant to their own environmental policies.”

Dalam prinsip 21 Deklarasi Stockholm 1972 menyatakan:

“Responsibility to ensure that activities within their jurisdiction or control do not cause damage to the environment of other states or areas beyond the limits of national jurisdiction.”

Merujuk pada prinsip *sic utere tuo ut alienum non laedes* dan prinsip *good neighbourliness* maka dapat dipahami adanya tindakan yang dikeluarkan oleh Singapura atas pencemaran udara akibat kebakaran hutan di Indonesia. Sedangkan dilihat dalam yurisdiksi yang diakui dalam hukum internasional, pemberlakuan *Transboundary Haze Pollution Act 2014* ini seolah mendasari pada *the effect doctrine*. Hal ini dapat dilihat dari dasar keterlibatan Singapura terhadap para pihak yang melakukan pembakaran hukum di luar Singapura adalah karena didasarkan pada akibat atau efek yang diperoleh atas kebakaran tersebut.¹⁶

Pada prinsipnya, setiap negara mengakui adanya konsepsi kedaulatan negara di ruang udara, seperti konsep *“Cujus est solum, ejus est usque ad coelum”* yang berarti “barang siapa memiliki sebidang tanah dengan demikian juga memiliki segala-gala yang berada di atas permukaan tanah tersebut sampai ke langit dan segala apa yang berada di dalamnya”.¹⁷ Artinya, segala yang terjadi dalam wilayah tersebut menjadi yurisdiksi dari negara yang memiliki wilayah tersebut.

¹⁵ Sebagaimana dikuti dalam Muhhammad Muzaqir, “Kajian Hukum Lingkungan Internasional terhadap kebakaran hutan di Indonesia yang Mengakibatkan Pencemaran Udara di Malaysia”. hlm. 2-3. www.e-journal.fhunmul.ac.id/index.php/beraja/article/.../21, akses tanggal 26 September 2014.

¹⁶ Jawahir Thantowi, dan Pranoto Iskandar, *Hukum Internasional Temporer*, (Bandung: Refika Aditama, 2006), hlm. 160.

¹⁷ Priyatna Abdurrasid, *Kedaulatan Negara di Ruang Udara*, (Jakarta: Pusat Penelitian Hukum Angkasa, 1972), hlm. 49.

Perlu dipahami kembali, meskipun prinsip *sic utere tuo ut alienum non laedes* dan prinsip *good neighbourliness* diakui, namun pemahaman ini tidak lantas membenarkan Singapura dapat secara bebas menerapkan *Transboundary Haze Pollution Act 2014* secara langsung di wilayah yurisdiksi Indonesia. Penerapan aturan tersebut dimungkinkan untuk dilakukan tetapi harus dilakukan melalui adanya perjanjian persetujuan Indonesia atas penyelesaian kasus tersebut, sebagaimana dipahami dalam berbagai perjanjian ekstradisi maupun deportasi yang dilakukan oleh Indonesia dan negara-negara lain.

Jika ditelusuri lebih lanjut, kemunculan *Transboundary Haze Pollution Act 2014* ini bisa dicegah jika saja Pemerintah Indonesia serius dan tegas dalam menyelesaikan permasalahan kebakaran hutan. Pasalnya, kebakaran hutan di Indonesia seolah menjadi rutinitas tahunan yang tak henti-hentinya. Hal ini kontradiktif dengan kenyataan bahwa Indonesia telah memiliki beberapa instrumen menegakan hukum atas kebakaran hutan maupun lingkungan hidup seperti PP No 4 Tahun 2001 tentang Larangan Pembakaran Hutan dan Lahan, UU No 23 Tahun 1997 tentang Pengelolaan Lingkungan Hidup, UU No 32 Tahun 2009 tentang Perlindungan dan Pengelolaan Lingkungan Hidup, Instruksi Presiden Nomor 6 Tahun 2013 tentang Penundaan Pemberian Izin Baru dan Penyempurnaan tata Kelola hutan Alam Primer dan Gambut, juga UU No 41 Tahun 1999 tentang Kehutanan yang bisa mengantisipasi kebakaran hutan dan lahan.¹⁸

Penegakan hukum lingkungan di Indonesia dapat dilakukan melalui instrumen hukum administratif, hukum pidana dan hukum perdata. Penegakan hukum lingkungan administratif dapat dilakukan melalui upaya preventif dengan cara pengawasan, dan represif melalui pengenaan sanksi administratif.¹⁹ Sebagai contoh dalam ketentuan Pasal 80 UU No. 32 Tahun 2009 tentang Perlindungan dan Pengelolaan Lingkungan

¹⁸ Dalam beberapa referensi menyatakan bahwa prinsip penyelesaian sengketa lingkungan hidup di antaranya berdasarkan atas prinsip pencemar membayar, prinsip tanggung jawab mutlak, prinsip lain dari teori pertanggung jawaban perdata seperti *market share liability*, *risk contribution*, *concert action*, dan *enterprise liability*. Lihat lebih lanjut dalam Hyronimus Rhiti, *Hukum Penyelesaian Sengketa Lingkungan Hidup*, (Yogyakarta: Universitas Atma Jaya Press, 2006), hlm. 48-74.

¹⁹ Mukhlis dan Mustafa Lutfi, *Hukum Administrasi Lingkungan Temporer*, (Malang: Setara Press, 2010), hlm. 41.

Hidup, yang mengamanatkan adanya sanksi administratif.²⁰

Andi Hamzah menyebutkan bahwa pada dasarnya penegakan hukum pidana dalam lingkup delik lingkungan dipandang sebagai *ultimum remedium*.²¹ Namun, penerapan dua jenis sanksi berturut-turut tidak merupakan *nonbis in idem*.²² Andi Hamzah mengutip pendapat H.G. de Bunt menyatakan terdapat tiga kriteria dalam memilih penerapan instrumen hukum administratif atau hukum pidana, yaitu: kriteria normatif, kriteria instrumental dan kriteria oportunistis. Kriteria normatif dipahami bahwa hukum pidana yang diterapkan terhadap pelanggaran yang mempunyai nilai etis negatif sangat tinggi. Kriteria instrumental dipahami sebagai sifat pragmatis, seperti untuk menjerakan tersangka menggunakan instrumen hukum pidana, sedangkan pencegahan dilakukan melalui instrumen hukum administrasi. Yang terakhir adalah kriteria oportunistis jika paksaan administratif tidak dapat dilakukan maka instrumen hukum pidana dapat diterapkan.²³

Secara lebih khusus, terkait ketentuan pidana para pelaku pembakaran hutan dapat dijerat dengan Pasal 50 ayat 3 huruf d UU No. 41 Tahun 1999 tentang Kehutanan yang berbunyi:

Setiap orang dilarang membakar hutan, menebang pohon, bila dengan sengaja membakar diancam pidana 15 tahun penjara dan denda Rp5 miliar (Pasal 78 ayat 3).

²⁰ Lihat ketentuannya seperti dalam Pasal 80 UU No. 32 Tahun 2009.

²¹ Lihat lebih lanjut dalam Andi Hamzah, *Penegakan Hukum Lingkungan*, (Jakarta: Sinar Grafika, 2008), hlm. 68-72. Lihat juga ketentuan Pasal 100 UU No. 32 Tahun 2009 yang menyebutkan ketentuan *ultimum remedium*.

²² Sebagaimana dikutip oleh Andi Hamzah, pengenaan sanksi atas delik berdasarkan hukum pidana menjadi tidak berlakunya ketentuan Pasal 78 KUHP, jika dikenakan juga sanksi administratif. Hanya jika telah dikenakan sanksi menurut hukum pidana, tuntutan selanjutnya menjadi tertutup. Drupsteen dan Kleijs Wijnnobel menolak pendapat Hazewinkle-Suringa yang menyatakan jika telah dikenakan sanksi yang bersifat administrasi, penutupan menurut hukum pidana tidak mungkin. Keduanya berpendapat, jika sanksi administratif itu tidak bersifat memperbaiki (*repartoir*) bersifat distributif, dengan kata lain bersifat memidana, bersifat mengandung derita, maka tertutup kemungkinan berbarengan dengan sanksi hukum pidana. Andi Hamzah kemudian memaparkan jika penyelesaian dilakukan melalui penyelesaian di luar pengadilan, maka berlaku asas *nonbis in idem* demi kepastian hukum. *Ibid.*, hlm. 72-74.

²³ *Ibid.*, hlm. 64-66.

Ketentuan selanjutnya dalam Pasal 69 UU 32 Tahun 2009 berupa pidana dan denda seperti diatur Pasal 108 yaitu Ancaman pidana minimal tiga tahun dan maksimal 10 tahun ditambah pidana denda minimal Rp 3 miliar dan maksimal Rp10 miliar. Terkait ketentuan tersebut, pada pokoknya terdapat empat bentuk pembakaran hutan yaitu: *Pertama*, Tindakan membakar hutan dengan sengaja dilakukan orang tertentu, tanpa ada kewenangan atau izin untuk berada di dalam kawasan hutan. *Kedua*, Tindakan membakar hutan dengan tidak sengaja dilakukan orang akibat memasukkan kawasan hutan tanpa izin yang berwenang. *Tiga*, Tindakan membakar hutan dengan sengaja dilakukan Badan Hukum atau orang yang diizinkan pihak berwenang untuk bekerja atau berada dalam kawasan hutan. *Keempat*, Tindakan membakar hutan dengan tidak sengaja dilakukan orang atau Badan Hukum yang diizinkan melakukan kegiatan usaha di dalam kawasan hutan oleh pihak yang berwenang.

Sesuai prinsip dan aturan hukum, bahwa setiap orang atau Badan Hukum tidak diperkenankan melakukan tindakan membakar hutan kecuali dilakukan berdasarkan kewenangan yang sah untuk tujuan-tujuan yang ditentukan, misalnya: a. Pembakaran hutan untuk kepentingan pembuatan padan rumput makanan ternak. b. Pembakaran dilakukan untuk kepentingan persiapan lokasi penanaman pohon di kawasan hutan. Di samping konteks penyelesaian melalui jalur administrasi dan pidana, terdapat pula jalur perdata melalui gugatan perwakilan.²⁴

Melihat ketentuan-ketentuan penyelesaian hukum dalam lingkungan hidup di Indonesia menjadi sangat memprihatinkan. Pasalnya, dengan banyaknya instrumen yang ada, bukan justru menyedikitkan kasus-kasus sengketa dalam bidang lingkungan hidup, tapi sebaliknya. Maka tak bisa dinafikan jika kemudian permasalahan pencemaran lingkungan di Indonesia mulai menimbulkan protes dari negara sekitar.

Masih kembali melihat *Transboundary Haze Pollution Act 2014*, merujuk pada ketentuan Pasal 4 dan 5 *ASEAN Agreement on Transboundary Haze Pollution*, penuntutan ganti rugi kepada negara asal tidak diakui. Justru, ketentuan ini mengamanatkan agar pencegahan dan penyelesaian polusi akibat kebakaran hutan dilakukan secara bersama oleh para anggota negara ASEAN yang telah meratifikasi perjanjian tersebut.²⁵

²⁴ Lihat lebih lanjut dalam Takdir Rahmadi, *Hukum Lingkungan di Indonesia*, (Jakarta: Raja Grafindo Persada, 2013), hlm. 269-280.

²⁵ Fadlan Dini Haris, Maria Maya Lestari, dan Widia Edorita, Lihat

Extra teritorial digunakan hanya berhubungan dengan proses penyelesaian kebakaran dan pencegahan kebakaran, bukan berhubungan dengan pemberian sanksi pada negara di mana asap kebakaran itu berasal.

Kemunculan *Transboundary Haze Pollution Act 2014* versi Singapura yang menimbulkan pro-kontra khususnya penerapan ekstra teritorial yang begitu luas. Hal ini perlu dikritisi mengingat kejadian serupa pernah pula dialami di Eropa dan khususnya juga melibatkan Singapura. Pada 2008 lalu, Uni Eropa mengeluarkan peraturan tentang *the Emission Trading Scheme* untuk sektor perdagangan (ETS), yang mana dalam skema ini, pesawat terbang ke Eropa, terlepas dari dari tempat mereka berangkat, Johannesburg atau Singapura, harus membayar retribusi.²⁶ Bagi beberapa negara termasuk Singapura menganggap aturan ini tidak adil karena menerapkan ekstra teritorial sedangkan melintasnya pesawat di udara Uni Eropa tidak terlalu lama.

Hingga pada akhirnya Singapura, bersama dengan negara-negara lain, menolak ekstrateritorialitas dari ETS di Sidang 194 dari *International Civil Aviation Organization (ICAO)*, dan mendesak Uni Eropa untuk menahan diri agar tidak memberlakukan ETS bagi operator non Uni Eropa dari dan ke bandara di wilayah anggota Uni Eropa karena tidak sesuai dengan hukum internasional yang berlaku. Tepat pada tahun 2012 melalui Joint Declaration of the Moscow Meeting, beberapa negara yang Non Uni Eropa meminta agar ETS ini tidak diberlakukan lagi.

Mengingat kejadian tersebut, lantas patut dipertanyakan kembali keinginan Singapura yang menerapkan ekstra teritori dalam *Transboundary Haze Pollution Act 2014*. Senyatanya Singapuralah yang menjadi garda terdepan saat melakukan protes atas ekstra teritori yang diterapkan Uni Eropa dalam kasus ETS ini. Pertimbangan pemberlakuan ekstra teritori ini juga patut dipertanyakan mengingat *ASEAN Agreement on Transboundary Haze Pollution* tidak menerapkan ekstra teritorial dalam penyelesaian melalui litigasi.

Hal ini diperparah dengan data yang menyebutkan bahwa para pelaku kebakaran hutan merupakan para pengusaha dari perusahaan asing, berdasarkan Hasil investigasi Kementerian Lingkungan Hidup,

“Pertanggung Jawaban Negara atas Pencemaran Lintas Batas Negara Berdasarkan The Asean Agreement on Transboundary Haze Pollution”, hlm. 10.

²⁶ Ernesto Simanungkalit, “*Supporting Singapore’s Haze Cause*” dalam *Jakarta Post*, Budishan’s blogspot.com akses tanggal 25 September 2014.

delapan perusahaan ini milik investor Malaysia. Delapan perusahaan itu adalah PT LIH, PT BRS, PT TMP, PT ULD, PT AP, PT JJP, PT MGI, dan PT MAL.²⁷

Penting bagi Pemerintah Indonesia mengkritisi aturan Singapura tersebut dengan upaya meningkatkan penegakan hukum atas kebakaran lingkungan secara maksimal. Agar tidak terjadi adanya pelanggaran yurisdiksi Singapura atas Indonesia. Perjanjian tentu dapat dilakukan oleh kedua negara dengan saling mempertimbangkan kepentingan kedua belah pihak. *Win win solution* dapat dikemukakan misalnya dengan bersedia melibatkan Singapura dalam pencegahan kebakaran hutan melalui penggunaan beberapa teknologi yang dimiliki. Sedangkan di sisi lain Indonesia dapat meminta perjanjian ekstradisi para koruptor yang berada di Singapura maupun perjanjian pendataan atau pengembalian aset para koruptor yang umumnya juga berada di Singapura.

D. Penutup

Berdasarkan pemaparan tersebut di atas, maka dapat disimpulkan bahwa *Transboundary Haze Pollution Act 2014* yang mengakomodir ekstra teritorial dalam pengenaan pertanggungjawaban pidana maupun perdata bagi setiap entitas, baik di dalam maupun di luar Singapura memungkinkan memasuki wilayah yurisdiksi Indonesia. Padahal, pengaturan tersebut tidak diatur dalam *ASEAN Transboundary Haze Pollution Agreement*. Meskipun prinsip *sic utere tuo ut alienum non laedes* dan prinsip *good neighbourliness* diakui, namun pengenaan sanksi hingga entitas yang berada di luar Singapura ini tidak dapat dibenarkan. Aturan ini dimungkinkan untuk diterapkan jika Indonesia menerima aturan tersebut dan secara formil melakukan suatu perjanjian kerjasama. Jika aturan ini kemudian diakui oleh Pemerintah Indonesia, maka perlu ada harmonisasi peraturan secara signifikan mengingat aturan penegakan hukum bagi pelaku kebakaran hutan juga telah diatur dalam beberapa undang-undang seperti UU No. 32 Tahun 2009, sehingga tidak ada pelanggaran asas *nebis in idem*.

²⁷ <http://www.tempo.co/read/news/2013/06/26/118491284/Menteri-8--Perusahaan-Malaysia-Penyebab-Kebakaran>, akses tanggal 25 September 2014.

DAFTAR PUSTAKA

- Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945.
- Undang-Undang Nomor 32 Tahun 2009 tentang Perlindungan dan Pengelolaan Lingkungan Hidup,
- Undang-Undang Nomor 41 Tahun 1999 tentang Kehutanan
- Abdurrasid, Priyatna, *Kedaulatan Negara di Ruang Udara*, Jakarta: Pusat Penelitian Hukum Angkasa, 1972.
- Hamzah, Andi, *Penegakan Hukum Lingkungan*, Jakarta: Sinar Grafika, 2008.
- Mukhlis dan Mustafa Lutfi, *Hukum Administrasi Lingkungan Temporer*, (Malang: Setara Press, 2010..
- Putra, Ida Bagus Wyasa, *Hukum Lingkungan Internasional: Perspektif Bisnis Internasional*, Bandung: Refika Aditama, 2003.
- Rahmadi, Takdir, *Hukum Lingkungan di Indonesia*, Jakarta: Raja Grafindo Persada, 2013.
- Rhiti, Hyronimus, *Hukum Penyelesaian Sengketa Lingkungan Hidup*, Yogyakarta: Universitas Atma Jaya Press, 2006.
- Suratmo, F. Gunarwan, *Analisis Mengenai Dampak Lingkungan*, Gajah Mada University Press, Yogyakarta, 1995..
- Thantowi, Jawahir dan Pranoto Iskandar, *Hukum Internasional Temporer*, Bandung: Refika Aditama, 2006.
- Asean Agreement on Transboundary Pollution.*
- Bill on Transboundary Haze Pollution Singapore.*
- Transboundary Haze Pollution Singapore Act 2014.*
- En.wikipedia.org/wiki/ASEAN_Agreement_on_Transboundary_Haze_P, akses tanggal 27 September 2014.
- Haris, Fadlan Dini Maria Maya Lestari, dan Widia Edorita, Lihat “Pertanggung Jawaban Negara atas Pencemaran Lintas Batas

Negara Berdasarkan The Asean Agreement on Transboundary Haze Pollution”, aw.uui.ac.id/images/stories/.../10%20Deni%20Bram, akses tanggal 26 September 2014.

---- “Mencegah Kebakaran Hutan Di Indonesia: Fokus Pada Provinsi Riau, Lahan Gambut, Serta Pembakaran Ilegal”, <http://www.wri.org/blog/2014/06/mencegah-kebakaran-hutan-di-indonesia-fokus-pada-provinsi-riau-lahan-gambut-serta>, akses tanggal 28 Agustus 2014.

-----“*Transboundary Haze Pollution* dalam Perspektif Hukum Lingkungan Internasional (Studi Kasus : Indonesia & Asean)”, [xa.yimg.com/.../makalah%2BHukum%2BKebijakan%](http://xa.yimg.com/.../makalah%2BHukum%2BKebijakan%2B), akses tanggal 28 September 2014

Muzaqir, Muhhamad, “Kajian Hukum Lingkungan Internasional terhadap kebakaran hutan di Indonesia yang Mengakibatkan Pencemaran Udara di Malaysia”. e-journal.fhunmul.ac.id/index.php/beraja/article/.../21, akses tanggal 26 September 2014.

Simanungkalit, Ernesto, “Supporting Singapore’s haze cause” dalam *Jakarta Post*, Budishan’s blogspot.com akses tanggal 25 September 2014.

“The ‘Burning’ Problem of Air Pollution in South East Asia”, www.worldwatch-europe.org akses tanggal 16 September 2014.

<http://www.tempo.co/read/news/2013/06/26/118491284/Menteri-8-Perusahaan-Malaysia-Penyebab-Kebakaran>, akses tanggal 25 September 2014.

<http://app2.nea.gov.sg/docs>, akses tanggal 14 September 2014

<http://app.mewr.gov.sg/web>, akses tanggal 14 September 2014

PEMIKIRAN FIKIH SOSIAL KH. SAHAL MAHFUDH DAN KH. ALI YAFIE TENTANG RELASI MAYORITAS- MINORITAS DI INDONESIA

Akhmad Siddiq

Yayasan Pendidikan Islam Ibrahimy Sukorejo Situbondo Madura, Jawa Timur

Abstract

Plurality creates friction which there are two poles; majority and minority. Relation both do not always go hand in hand, and often reaches the tension which, strangely, is supported by the legitimacy of the Islamic law itself. So, we need jurisprudence that offers contextualization, accommodating, flexible and prioritize the benefit principle. This jurisprudence models get touch of two charismatic of NU, namely KH. Sabal Mahfudh and KH. Ali Yafie. KH. Sabal Mahfudh reconstruction of mazhab's patterns and make improvements to the existing jurisprudence concept. While KH. Ali Yafie interpreting verses of the Koran directly by incorporating sociological aspects into consideration. KH. Sabal Mahfudh's approach emphasized maslahah mursalah and Ali Yafie which rests on the analysis of concrete implications kifayah obligatory on the ideal of majority-minority relations in Indonesia. According to both, the relation whatever to uphold human values are summarized in the maqasid al-Shari'ah. There is no reason to feuding let alone each other down though clearly different religion, and ideology. Friction friction happens to be completed if supported by an intense dialogue. This, according to Sabal Mahfudh a boarding duties and responsibilities. At this point, social jurisprudence exists as a social ethics guidelines that are not partial.

Abstrak

Pluralitas menciptakan friksi-friksi yang kemudian berada pada dua kutub mayoritas dan minoritas. Relasi keduanya tidak selalu berjalan beriringan, bahkan seringkali mencapai ketegangan yang, anehnya, didukung oleh legitimasi hukum Islam itu sendiri. Sehingga diperlukan fikih yang menawarkan kontekstualisasi, akomodatif, fleksibel dan mengutamakan prinsip kemaslahatan. Model fikih ini mendapat sentuhan dari dua ulama kharismatik NU, yaitu KH. Sahal Mahfudh dan Ali Yafie. Sahal Mahfudh melakukan rekonstruksi terhadap pola bermazhab serta melakukan perbaikan terhadap konsep fikih yang telah ada. Sedangkan Ali Yafie menafsiri langsung ayat-ayat al-Qur'an dengan memasukkan aspek sosiologis sebagai pertimbangan. Pendekatan Sahal Mahfudh yang mengedepankan masalah mursal dan Ali Yafie yang berpijak pada analisis fardu kifayah membawa implikasi konkret pada relasi ideal mayoritas-minoritas di Indonesia. Menurut keduanya, relasi apa pun harus menjunjung tinggi nilai-nilai kemanusiaan yang terangkum di dalam maqasid al-syari'ah. Tidak ada alasan untuk bermusuhan apalagi saling menjatuhkan sekalipun jelas-jelas berbeda agama, paham dan ideologi. Gesekan gesekan yang terjadi akan selesai jika ditopang oleh dialog yang intens. Ini, menurut Sahal Mahfudh merupakan tugas dan tanggung jawab pesantren. Di titik inilah, fikih sosial hadir sebagai pedoman etika sosial yang tidak parsial.

Kata Kunci: masalah mursal, fikih, mayoritas-minoritas.

A. Pendahuluan

Masuknya Islam ke Nusantara tak lepas dari proses akulturasi dan asimilasi yang berjalan bersama-sama. Awalnya sempat terjadi ketegangan dengan budaya setempat, tetapi dapat berangsur hilang setelah Islam menyatakan diri bahwa ajaran dan hukum-hukum yang ditawarkan justru memudahkan ketimbang sebaliknya. Dialog Islam (sebagai agama baru) dengan tempat dan kondisi sosial yang telah mengakar selama ribuan tahun mustahil terjadi tanpa menawarkan cara-cara yang damai dan penuh kasih. Tampaknya, tatanan Islam sukses menggantikan, meski tidak berarti keseluruhan, tradisi Hindu-Buddha

setelah hukum Islam benar-benar diterima oleh hampir semua lapisan masyarakat.¹

Dalam waktu singkat, para penyebar agama Islam memulai sejarah baru di Nusantara. Di abad ke-16, Islam sudah menjadi agama yang dilegitimasi oleh politik kerajaan hingga akhirnya terpecah-belah setelah datangnya kolonialisme. Di titik inilah, Islam dihadapkan pada dilema. Agama yang sudah besar dan dominan harus terpental ke dalam friksi-friksi kecil yang saling memisahkan.² Sejak itu pula, Islam sempurna menjadi agama yang beraneka warna. Hukum Islam yang sejak kedatangannya bersifat inklusif sudah tidak mungkin ramah di tengah tekanan pemerintah kolonial. Penjajah tidak senang dengan agama yang dianut pribumi, begitu juga sebaliknya, penduduk pribumi tidak suka terhadap kedatangan penjajah yang pada dasarnya juga hendak menyebarkan agama Kristen. Abad ke-17 hingga ke-19 merupakan gelombang besar dalam sejarah hukum Islam di Indonesia. Para ulama yang menimba ilmu ke Mekah semakin banyak. Nama-nama seperti Khatib Al-Minangkabawi, Nawawi Al-Banteni, Mahfud Al-Tarmasi dan masih banyak yang lainnya turut memberikan corak dan warna baru bagi hukum Islam di Indonesia. Melalui karya-karya mereka, fikih Indonesia dibukukan sekaligus dibakukan. Inilah untuk pertama kalinya ulama-ulama Indonesia melahirkan karya-karya hukum Islam dalam bentuk bahasa Arab, tetapi mengandung spirit ke-Indonesia-an yang kental.³

Spirit antikolonial yang tertanam di hati ulama Islam di masa itu terus berlangsung hingga pesantren-pesantren tumbuh subur di abad ke-20. Pasca kemerdekaan pun, kompilasi hukum Islam banyak mengacu pada karya ulama-ulama tersebut selain juga banyak mengadopsi pemikiran ulama-ulama klasik Timur Tengah.⁴

Di masa pemerintahan Orde Baru, fikih harus sesuai dengan garis yang ditulis negara. Dengan kata lain, negara menggunakan legitimasi

¹ Nur Syam, *Tarekat Petani: Fenomena Tarekat Syattariyah Lokal*. (Yogyakarta: LKiS, 2013), hlm. 4. Bandingkan dengan Mark R. Woodward, *Islam Jawa*. (Yogyakarta: LKiS, 2001), hlm. 12.

² Kuntowijoyo, *Dinamika Sejarah Umat Islam di Indonesia*. (Yogyakarta: Pustaka Pelajar, 1994), hlm. 22

³ Azyumardi Azra, *Jaringan Ulama: Timur Tengah dan Kepulauan Nusantara Abad XVII dan XVIII*. (Bandung: Mizan, 1994), hlm. 11-13.

⁴ Azyumardi Azra, *Islam Nusantara: Jaringan Global dan Lokal*. (Bandung: Mizan, 2002), hlm. 113

hukum Islam dalam menjalankan kebijakannya serta hukum Islam harus “tunduk” pada kemauan negara. Seharusnya, fikih bisa membawa kemaslahatan bersama, bukan kemaslahatan satu pihak *an sich*.⁵ Gagasan fikih model ini memang belum *semainstream* fikih formalistik pada umumnya. Nuansa hukum Islam yang berorientasi sosial belum mendapat banyak perhatian di pesantren. Di masa-masa akhir pemerintahan Orde Baru, geliat mengumandangkan hukum yang kontekstual, yang belakangan dikenal dengan istilah “fikih sosial”, pelan-pelan menemukan jalan. Adalah KH. Sahal Mahfudh dan KH. Ali Yafie yang mencoba meretas jalan itu, meski pada saat yang sama, mereka tidak bebas melepaskan diri dari kepentingan pemerintah, karena fikih terkooptasi oleh negara.⁶ Dalam konteks Indonesia kontemporer, Sahal Mahfudh dan Ali Yafie menjadi representasi kukuh dari pembaruan ijtihad yang bercorak sosial. Fenomena sosial, agama dan budaya di Indonesia memang tidak sederhana. Persoalan-persoalan yang muncul sering bersifat kompleks. Maka, fikih saja tidak cukup sakti untuk menjawab pelbagai problematika yang dihadapi masyarakat kekinian. Karena itulah, Sahal Mahfudh dan Ali Yafie kemudian serempak menggagas fikih sosial.⁷

B. Konstruksi Fikih Sosial Sahal Mahfudh

Dalam banyak hal, fikih sosial yang digagas Sahal Mahfudh selalu mengutamakan kemaslahatan umum daripada berpaku pada kerangka teks yang lepas dari konteks. Hal itu menandakan babak baru dalam perkembangan pemikiran di tubuh NU —dari semula memandang fikih sebagai “kebenaran ortodoksi” menjadi paradigma “pemaknaan sosial”. Jika yang pertama menempatkan fikih sebagai ukuran kebenaran, maka yang kedua lebih melihat fikih sebagai alat untuk mencari kebenaran-kebenaran yang tak tentu tempatnya.

Fikih sebagai kerangka acuan dalam sistem hukum Islam tidak akan bisa lepas dari kebenaran wahyu yang bersifat transendental. Ia lahir dari barisan-barisan pemaknaan terhadap teks suci. Tetapi bukan berarti sepenuhnya bersifat “samawi”. Fikih biar pun memiliki unsur-

⁵ Masdar Farid Mas’udi, *Pajak Itu Zakat: Uang Allah untuk Kemaslahatan Rakyat*. (Bandung: Mizan, 2005), hlm. xxxv

⁶ KH. MA. Sahal Mahfudh, *Nuansa Fikih Sosial*. (Yogyakarta: LKiS, 1994), hlm. xiii.

⁷ Mahsun Fuad, *Hukum Islam Indonesia*. (Yogyakarta: LKiS, 2005), hlm. 61

unsur sakralitas, ia tetap bersarang dan berlaku di bumi. Oleh karena itu, pemaknaan secara kontinu terhadap fikih merupakan suatu keniscayaan, apalagi berada di tengah kehidupan yang penuh kemajuan. Sahal Mahfudh menulis:

...melihat fikih hanya sebagai sesuatu yang sakral juga merupakan tindakan yang tidak bijaksana. Cara demikian merupakan bentuk pengingkaran terhadap sejarah. Kenyataan bahwa pada awal perkembangannya terdapat fikih Irak dan fikih Madinah, atau bahkan *Qaul Qadim* dan *Qaul Jadid* Imam Syafi'i, membuktikan bahwa faktor sosial budaya, di samping faktor kapasitas keilmuan masing-masing mujtahid, memberikan pengaruh cukup kuat bagi perkembangan fikih.⁸

Secara garis besar, pencapaian ulama dalam menetapkan kaidah-kaidah *ushūliyyah* maupun *fiqhiyyah* sungguh luar biasa karena bersifat universal dan bisa diterapkan di mana saja dan kapan saja. Namun tidak pernah ada hukum yang dihasilkan kaidah-kaidah tersebut berlaku untuk semua tempat dan semua zaman. Terlampau banyak kejadian-kejadian baru yang tidak sempat terpikirkan oleh ulama tempo dulu. Perubahan memasuki globalisasi terjadi begitu cepat dan mustahil dapat dibendung. Persoalan-persoalan yang dihadapi umat manusia tidak bisa dipandang sederhana. Fikih datang bukan untuk memperumit problematika tersebut. Sedapat mungkin, fikih harus menjadi acuan dan panduan untuk keluar dari setiap persoalan. Karena pada hakikatnya, nilai-nilai yang terangkum di dalam fikih mengajak pada *sa'ādah al-ḍarain* (kebahagiaan dunia dan akhirat). Menurut Sahal Mahfudh, intisari dari fikih di dalam agama Islam mencakup empat hal: yang pertama adalah *'ubūdiyyah* yaitu mengurus hubungan hamba dengan Tuhannya, sedangkan tiga sisanya berkaitan dengan relasi manusia dalam kehidupan sosial, yaitu *mu'amalah* (hubungan profesional dan perdata), *munākahah* (pernikahan) dan *jināyah* (hukum pidana).⁹

Sahal Mahfudh berkeyakinan bahwa tidak mungkin produk fikih di abad ke-3 dan ke-4 Hijriyah dapat menjawab semua fenomena yang terjadi dewasa ini. Maka, perlu upaya untuk memaknai dan memperlakukan fikih secara dinamis. Fikih bukan firman Tuhan yang tidak boleh diotak-atik. Fikih hanya sekumpulan pendapat para ulama tentang realitas yang

⁸ KH. MA. Sahal Mahfudh, *Nuansa Fiqh...*, hlm. XXiv

⁹ *Ibid.*, hlm. xxviii.

diperas dari pemaknaan terhadap ayat-ayat suci. Banyak kiai dan ulama yang tidak menyadari sepenuhnya tentang eksistensi fikih yang statis, kaku, tekstual dan karena itu tidak mungkin cocok untuk segala zaman. Padahal, sudah ditegaskan, definisi fikih adalah *al-'ilmu bi al-abkām as-syar'iyyah al-'amaliyyah al'muktasab min adillatibā al-tafsiliyyah*, atau ilmu tentang hukum syari'at-amaliah yang digali dari petunjuk-petunjuk yang bersifat lokal (khusus) dan tidak global. Karena sifatnya yang *muktasab*, maka fikih dapat terus berkembang dan dikembangkan oleh ulama. Empat mazhab di dalam fikih (Maliki, Syafi'i, Hanafi dan Hanbali) semuanya memiliki kecenderungan yang berlainan. Meski demikian, masing-masing memiliki pengikut sesuai dengan kebutuhan dan kecocokan yang dirasa oleh pengikutnya. Sebab di atas segalanya, fikih bertujuan menjaga lima hal luhur (maqasid al-syari'ah), yaitu *hifz al-dīn* (memelihara agama), *hifz al-māl* (menjaga harta), *hifz al-nasl* (menjaga keturunan), *hifz al-'aql* (menjaga rasio/akal) serta *hifz al-nafs* (menjaga jiwa).

Lima prinsip luhur di atas menjadi sasaran utama adanya fikih. Jelas sekali bahwa fikih menawarkan kesejahteraan bagi umat manusia. Ketika sekelompok orang merasa tidak nyaman, bahkan merasa terancam, dengan suatu formula fikih yang ada, sudah seharusnya mereka mencari fikih lain yang lebih ramah. Atas spirit demikian, Sahal Mahfudh menawarkan fikih sosial (*social oriented*) sebagai alternatif fikih *mainstream* di Indonesia.

C. Metode Ijtihad KH. Sahal Mahfudh

1. Reformulasi *Fiqh Qauliy* ke *Manhajiy*

Sahal Mahfudh menganjurkan perlunya ijtihad dan mujtahid-mujtahid baru di Indonesia. Dia tidak sepakat apabila kiai atau ulama merasa cukup dan puas hanya dengan mengandalkan fikih *Syafi'iyyah*. Pola bermazhab yang kaku, fanatik dan menerima begitu saja (*taken for granted*) dalam berfikih, yang dikenal dengan sebutan *fiqh qauliy*, mendapat kritik dari Sahal Mahfudh. Menurutnya, yang perlu dilakukan adalah berfikih secara progresif—yang dia istilahkan *fiqh manhajiy*.

Bagi Sahal Mahfudh, bermazhab tidak harus (dan memang tidak boleh) dengan cara *qauliy* seutuhnya. Bermazhab dengan *qauliy* berarti hendak menghadirkan semangat masa lampau ke dalam situasi sekarang; memecahkan persoalan-persoalan serba baru di zaman sekarang dengan hukum-hukum yang terprogram mulai abad ke-8; dan kalau tidak ada

dasar hukumnya dalam fikih klasik, maka ditempuhlah cara hitam-putih: halal-haram. Kalau kebaruan itu dianggap bukan berasal dari Islam sendiri, ada dua kemungkinan status hukumnya: antara haram dan makruh. Kebolehan hanya datang jika kebaruan itu berasal dari Islam dan tidak bertentangan dengan kerangka fikih klasik. Bermazhab yang seperti ini dihindari oleh Sahal Mahfudh.

Sahal Mahfudh berkeyakinan bahwa Rasulullah SAW. Sendiri mengizinkan (kalau tidak mau disebut menganjurkan) ijtihad yang dilakukan secara progresif. Buktinya, tulis Sahal Mahfudh, sewaktu Mu'adz bin Jabal diutus ke Yaman dan menetapkan ijtihad sendiri, Rasulullah SAW. tidak melarang, bahkan menyambutnya dengan gembira. Fakta ini memberikan isyarat pasti bahwa *fiqh qauly* memang problematis dengan sendirinya, karena itu, perlu bagi umat Islam terutama ulama yang ahli di bidang fikih—bermazhab secara *manhajy*. Bermazhab model *manhajy* berarti mengikuti sekaligus mengembangkan metode ijtihad ulama-ulama terdahulu untuk memecahkan masalah baru dengan pertimbangan sosiologis dan maqasid al-syari'ah. Dengan demikian, fikih memiliki posisi sebagai *social control* dan *social engineering*.

Dalam beberapa hal, Sahal Mahfudh melakukan rekonstruksi terhadap pengajian kitab kuning yang cenderung kaku dan jumud. Menurutny, kajian kitab kuning perlu, tetapi yang lebih perlu lagi adalah melakukan kontekstualisasi dari kandungan kitab kuning yang sudah lapuk dimakan waktu. Santri harus bisa menempuh *manhajy*, minimal, dengan kajian yang serius dan kritis terhadap kitab kuning.

2. Reaktualisasi Maslahab Mursalah

Seperti disinggung sebelumnya, Sahal Mahfudh mendasarkan ijtihadnya kepada kemaslahatan umum (*maslahab mursalah*), dan mengkritisi *qiyas* yang lebih diutamakan oleh Imam Syafi'i. Sebab, *qiyas* tidak bisa berdiri tanpa *'illat*, sedangkan *'illat* sendiri, untuk sah menjadi *hujjah* hukum, harus memiliki ukuran yang pasti. Reaktualisasi *maslahab mursalah* sangat penting untuk mengukuhkan fondasi *manhajy*. Di samping itu, mengutamakan kemaslahatan umum sudah menjadi poin utama dalam maqasid al syari'ah. Komposisi utama untuk melahirkan fikih yang kontekstual (*muqtadla al-bāl*) haruslah mengacu pada kepentingan bersama, bukan kepentingan satu kelompok mazhab saja, apalagi kepentingan perorangan. Dalam bernegara, penguasa juga wajib mengeluarkan kebijakan-kebijakan yang

membawa kesejahteraan bagi rakyatnya. Dalam kaidah usul fiqh, terdapat adagium *dar'u almafāsīd muqaddamun 'ala jalbi al-masalih*, yaitu mencegah kerusakan harus diupayakan terlebih dahulu dari mendatangkan manfaat atau kemaslahatan. Bagi Sahal Mahfudh, dalil ini bukan berarti pengabaian terhadap kemaslahatan, tetapi justru mengupayakan kemaslahatan secara fundamental.

Dari logika ini jelas sekali betapa Sahal Mahfudh menginginkan produk hukum sesuai dengan kepentingan dan kebutuhan masyarakat umum (masalah *'ammah*). Kaidah itu sesuai dengan kaidah lain, *al-maslahah almubaqqaqah muqaddamun 'ala al-maslahah al-mutawābahah*, atau kemaslahatan yang belum jelas harus diutamakan untuk didapat sebelum kemaslahatan yang belum jelas.¹⁰ Sahal Mahfudh menambahkan, meskipun dalam kitab-kitab tidak dijelaskan mengenai aspek sosial sebagai syarat seorang mujtahid, dalam zaman globalisasi sekarang ini, kepekaan sosial (pemahaman sosiologis) harus melekat pada mujtahid, sebab itu sangat berguna bagi produk hukum yang senada dengan fikih sosial.¹¹

3. *Rekonstruksi Ushūl dan Furū'*

Metode lain yang dikembangkan Sahal Mahfudh untuk mengukuhkan fikih sosial-nya adalah rekonstruksi dan pemetaan mana yang *ushūl* dan mana yang *furū'*. Istilah pertama merujuk pada aspek-aspek fundamental dalam agama Islam seperti wajibnya shalat, zakat, puasa dan lain-lain, sedangkan istilah kedua mengacu pada persoalan teknis yang sifatnya umum, semisal hubungan sosial, hukum halal-haram dalam mu'amalah dan sebagainya. Sahal Mahfudh memandang bahwa kegagalan dalam memahami fikih adalah abainya menarik garis demarkasi antara yang *ushūl* dan yang *furū'*. Mencampurkan aspek-aspek *furū'* ke dalam *ushūl* membuat kesalahpahaman sehingga mendatangkan keengganan untuk melakukan tafir ulang.

Aspek-aspek fundamental tidak bisa diotak-otak lagi kecuali dalam keadaan darurat. Dimensi yang seharusnya menjadi domain pemaknaan adalah pada aspek *furū'* yang ketentuan hukumnya menjadi bagian dari tugas ulama untuk memecahkannya. *Tajdid* dilakukan pada level *furū'* dalam hukum Islam. Untuk melakukan itu, perlu ijthad yang dilakukan

¹⁰ *Ibid.*, hlm. 47

¹¹ *Ibid.*, hlm. 48

oleh ulama yang memiliki kapasitas dan otoritas keilmuan. Ijtihad dalam pemikiran Sahal Mahfudh menjadi sangat menonjol karena usaha kontekstualisasi tidak bisa tanpa ijtihad. Hal itu diakui Sahal Mahfudh sendiri ketika dia melakukan otokritik terhadap ulama NU yang masih merasa tabu melakukan ijtihad. Selama ini, ijtihad dianggap tertutup. Ini ditentang keras oleh Sahal Mahfudh. Ijtihad tertutup hanya untuk *usbūl*, sementara pada aspek *furū'* merupakan suatu keniscayaan dalam fikih.

4. Aplikasi Pemikiran

Pemikiran Sahal Mahfudh di bidang etika sosial—yang menjadi landasan utama lahirnya fikih sosial—menemukan relevansinya dengan persoalan kerukunan antarumat beragama di Indonesia. Soal toleransi, kerukunan dan menjaga perdamaian sangat aplikatif untuk diterapkan di Indonesia. Sahal Mahfudh selalu mendasarkan pemikirannya pada masalah *'āmmah* (kemaslahatan umum). Dalam bahasa Arab, *'āmm* berarti keumuman mutlak selama tidak ada perkecualian. Itu artinya, kemaslahatan yang diimpikan oleh Sahal Mahfudh bersifat universal, bukan parsial. Kemaslahatan yang berlaku untuk semua orang, golongan, kelompok, keyakinan serta suku yang berbeda-beda. Sebab jika, fikih sosial dimaksudkan hanya untuk menolong umat Islam, maka kata-kata yang pas adalah masalah *Islāmiyyah* (kemaslahatan umat Islam) *an sich*.

Nyatanya, Sahal Mahfudh mengimpikan hadirnya fikih sosial untuk proses pengembangan kemasyarakatan secara egaliter—tidak pandang bulu. Dalam hal ini, Sahal Mahfudh memberikan porsi besar kepada pesantren untuk mengawal terciptanya masyarakat yang toleran dan saling menghargai di antara mereka. Tanpa penghargaan yang egaliter tak mungkin tercapai keadilan.

Pluralitas tidak dapat disangkal keberadaannya. Di sektor bawah, pluralitas itu semakin nyata dan membutuhkan pengelolaan yang segera. Maka, pesantren seharusnya menjadi pengawal yang bertugas memelihara hubungan kemasyarakatan. Meski dalam kenyataannya, respon pengasuh pesantren juga beragam. Ada yang menerima dan ada yang menolak sama sekali. Padahal, pengembangan kemasyarakatan yang penuh kedamaian dan kerukunan sudah disebutkan dalam al-Quran, Hadits, *atsar* dan pemikiran ulama ahli tasawuf.¹²

¹² Sahal Mahfudh, *Nuansa Fiqh...*, hlm. 381

D. Konstruksi Fikih Sosial Ali Yafie

Ali Yafie tertarik kepada isu pembaruan dalam hukum Islam setelah belajar kepada gurunya dari Mekah. Ali Yafie melihat bahwa perubahan dan pembaruan adalah suatu kenisyaan dalam setiap zaman. Pembaruan yang dimaksud bukanlah pembaruan ekstrem yang menganjurkan purifikasi (pemurnian) ajaran Islam. Pembaruan yang dilakukan Ali Yafie merupakan pembaruan dalam memasukkan tema-tema lokal-budaya sebagai pijakan dalam berfikir. Menurut Ali Yafie, ada dua sisi *tajdid*: yaitu sisi defensi dan sisi ofensif. Sisi pertama adalah untuk memelihara dan menjaga kemurnian agamanya, dan sisi kedua adalah untuk memberi ruang gerak bagi dinamika kehidupan dalam rangka penerapan asas-asas kepercayaan dan bimbingan keagamaan, nilai-nilai dasar moral keagamaan, dan patokan-patokan norma keagamaan dalam tata kehidupan. Di sinilah peran ijtihad tampak sebagai pengendali agar umat Islam tetap berpijak pada ajaran Islam.¹³

Seperti halnya Sahal Mahfudh, dia mengambil langkah ofensif untuk menjaga nilai-nilai keislaman agar tetap diterima dan diaplikasikan oleh masyarakat. Dia tentunya tidak sepaham dengan Wahhabi yang terobsesi membersihkan ajaran Islam dari sentuhan lokalitas. Memang agak berlainan kerangka konsep yang ditawarkan Ali Yafie dengan metode Sahal Mahfudh. Tetapi sesungguhnya tujuan dan spirit yang mengitari tidaklah berbeda. Keduanya merupakan ulama NU yang paham betul terhadap dinamika pemikiran ke-NU-an. Jika Sahal Mahfudh menganjurkan perlunya ijtihad dengan model *fiqh manbaji*, Ali Yafie menginginkan lebih dari itu. Dia hendak memostulatkan perlunya *tajdid* yang digali pada sumbernya langsung, yaitu Al-Quran. Namun demikian, Ali Yafie tetap hati-hati dalam mengkalisifikasi mana ayat *qath'î* dan mana ayat *zhannî*. Dia berpendapat:

Tajdid merupakan upaya menerapkan norma-norma agama atas realitas sosial—untuk memenuhi kebutuhan perkembangan masyarakat dengan berpegang pada dasar-dasar (*ushûl*) yang sudah diletakkan oleh agama itu—melalui proses pemurnian yang dinamis. Jadi, tajdid yang kita maksudkan bukan berarti menggali ajaran-ajaran dan hukum-hukumnya yang bersifat mutlak, fundamental dan universal yang sudah tertuang dalam ketentuan-ketentuan yang otentik (*qath'îyyāt*). Tetapi tajdid itu mempunyai ruang

¹³ Ali Yafie, *Menggagas Fiqih...*, hlm. 63-64

gerak yang cukup luas dalam hal memperbaharui cara memahami, menginterpretasi, mereformulasi dan melakukan *toepassing* atas ajaran-ajaran agama yang berada di luar wilayah *qath'īyyāt*—yaitu ketentuan-ketentuan yang sifatnya *zhanniyyāt* yang menjadi kajian wilayah ijtihad.¹⁴

Bertolak dari pandangan semacam itu, Ali Yafie mencoba menawarkan fikih sosial yang diambil langsung dari penafsiran ulang atas ayat-ayat Al-Quran yang memungkinkan adanya interpretasi dari sudut pandang sosial. Harus diakui, langkah berani ini tidak banyak dilakukan bahkan mendapat penolakan dari kiai-kiai sepuh. Usaha Ali Yafie memang lebih berani dari apa yang dilakukan Sahal Mahfudh—khususnya dalam tradisi NU. Tetapi Ali Yafie tidak main-main. Dia secara sadar dan serius melakukan langkah itu, meski dia sadari tidaklah mudah. Setidaknya, dia memberikan syarat tambahan—selain syarat yang telah ditetapkan ulama terdahulu—kepada para mujaddid yang hendak melakukan ijtihad, yaitu: penguasaan yang luas dan mendalam terhadap ilmu-ilmu keislaman, semangat yang tinggi dan budi yang luhur untuk membela, mempertahankan dan mengembangkan agama dan kepentingan umat Islam serta taat beragama, mempunyai pengetahuan yang luas tentang masyarakat dan lingkungannya, serta Mempunyai integritas moral dan sikap mental yang baik, yang oleh karenanya ia memperoleh kepercayaan dari masyarakat Islam.¹⁵

Syarat yang diajukan Ali Yafie menunjukkan bahwa dia benar-benar serius untuk menjaga ajaran Islam. Pada intinya, konstruksi fikih sosial Ali Yafie berdiri di atas pondasi fikih yang aplikatif. Namun tidak mungkin fikih akan berperan nyata ijtihad tidak ditempatkan secara proporsional dalam rangka keutuhan ajaran Islam. Menurutnya, hukum fikih yang sudah ada tidak mudah dicela dan dilupakan, tetapi harus diseleksi mana yang tidak sesuai dengan kebutuhan masa kini dan mana yang masih relevan. Jika ditemukan kaidah yang tidak relevan, maka perlulah memperbaiki dengan reformulasi hukum tersebut (*ijtihād fi at-tatbiq*) agar benar-benar aplikatif.¹⁶

¹⁴ *Ibid.*, hlm. 65

¹⁵ *Ibid.*, hlm. 66

¹⁶ *Ibid.*, hlm. 94.

E. Metode Ijtihad KH. Ali Yafie

1. *Reaktualisasi Nāsikh-Mansūkh*

Secara etimologi, nasikh mansukh bermakna pembatalan, penghapusan, pemindahan dan pengubahan. Intinya, *naskh* berarti ketetapan hukum yang datang kemudian, untuk mencabut atau menyatakan berakhirnya masa pemberlakuan ketentuan hukum yang terdahulu. Terjadinya penghapusan hukum disebabkan lekangnya hukum oleh waktu. Dengan demikian, terdapat beberapa kawasan penggunaan dalam *naskh*: [1] Dalam formulasi hukum yang dicabut (*mansūkh*) tidak dapat keterangan bahwa hukum itu berlaku untuk seterusnya atau selamanya, [2] ketentuan hukum tersebut bukan kesepakatan universal tentang kebaikannya atau keburukannya, seperti kejujuran dan keadilan adalah kebaikan, sementara kebohongan dan ketidakadilan adalah sebaliknya, [3] ketentuan hukum yang mencabut (*nāsikh*) ditetapkan belakangan, karena pada hakikatnya *naskh* itu adalah mengakhiri pemberlakuan ketentuan hukum yang ada sebelumnya, dan [4] waktu soal itu ditetapkan, gejala kontradiksi sudah tidak dapat diatasi lagi.¹⁷

Dengan berpijak pada ketentuan di atas, Ali Yafie menawarkan reaktualisasi *nāsikh-mansūkh* dalam mengkaji hukum fikih. Cara kerjanya adalah jika terjadi kontradiksi pada ketentuan hukum itu dengan ketentuan hukum lain, maka diupayakan menggabungkan kedua ketentuan itu (*jāmi'*) atau dengan cara memperkuat salah satunya (*rājih*). Namun jika tetap tidak bisa diselesaikan, maka terjadilah *nāsikh-mansūkh* dalam hukum tersebut.¹⁸ Ali Yafie mengakui bahwa al-Quran di satu sisi juga mengikuti terhadap perkembangan zaman, oleh karena itu bersifat universal. Jika al-Quran saja sudah seperti itu, maka memonumenkan fikih adalah kebuntuan yang tak boleh terjadi. Sangat memungkinkan terjadi penghentian masa berlaku dalam hukum fikih jika syarat-syarat yang disebut sudah terpenuhi.

2. *Analisis Sejarah dan Maslahah*

Ali Yafie menempatkan analisis sejarah sebagai titik tolak rekonstruksi

¹⁷ *Ibid.*, hlm. 37-38

¹⁸ Atip Purnama, "Studi Komparatif Antara Pemikiran KH Ali Yafie dan KH Sahal Mahfudh Tentang Fikih Sosial," *skripsi* sarjana UIN Sunan Kalijaga (2009), hlm. 40

fikih sosialnya. Menurutnya, faktor terjadinya ayat-ayat yang digantikan dengan ayat baru yang mengandung hukum baru pula disebabkan adanya perbedaan latar belakang atau konteks diturunkannya ayat tersebut. Bagi Ali Yafie, tidak mungkin memahami ayat al-Quran dengan utuh tanpa melihat dan menelisik *asbāb al-nuzūl* (sebab-sebab diturunkannya) ayat tersebut. Dengan mengetahui *asbāb al-nuzūl*, kita akan mudah menentukan seberapa universal dan terbatasnya ayat tersebut. Hal itu juga berlaku kepada Hadits. Untuk memahami sabda Nabi, seorang mujaddid harus paham faktor-faktor yang melatari mengapa pada saat tertentu Nabi bersabda begitu. Dengan mengetahui *asbāb al-wurūd* (sebab-sebab Nabi bersabda), maka akan menjadi relevansi Hadits tersebut terhadap produk hukum yang dihasilkan. Dengan demikian, paham seluk-beluk *asbāb al-nuzūl* dan *asbāb al-wurūd* merupakan kewajiban bagi seorang ulama yang hendak meninjau ketetapan suatu hukum di dalam Islam. Poin tersebut juga tidak mungkin terpenuhi tanpa membuka buku-buku sejarah. Maka dari itu, Ali Yafie menempatkan sejarah sebagai bahan baku untuk membangun struktur fikih sosial yang memperjuangkan kepentingan bersama.

Dalam sejarah, tercatat beberapa periode kompilasi hukum Islam, yaitu periode *tasyrī'* di masa Rasulullah SAW.; periode *tadwīn* di masa shahabat dan tabi'in; periode *taqnīn* sejak kekhalifahan hingga kemunculan negara-negara demokratis; serta periode *tabdzīb* di masa kontemporer. Pada masa terakhir ini, muncul penggalan terhadap hukum Islam melalui karya ilmiah yang kritis dan transformatif. Selanjutnya, di era hukum positif pun, tidak saja *tabdzīb* yang perlukan, tetapi juga membutuhkan *taqnīn*—untuk melahirkan kompilasi hukum Islam Indonesia.¹⁹

Tampaknya dalam posisi ini, Ali Yafie berbeda dengan Sahal Mahfudh. Namun sejatinya, yang diupayakan dari berbagai pendekatan di atas adalah berpijak pada masalah *'āmmah*. Ali Yafie bahkan lebih rinci mengurai aspek-aspek masalah *mursalah*. Mengamini pendapat Imam Al-Ghazali, As-Syathibi dan Al-Amidi, Ali Yafie menegaskan bahwa kemaslahatan berpangkal pada dua batang pokok: mewujudkan kemanfaatan dan kegunaan (*jalbu al-manfa'ah*) dan menghindari kemelaratan (*dafu al-muḍarah*). Dalam rangka mencapai itu, dapat dibedakan tiga macam kepentingan: Daruriyyah (kebutuhan primer), Hajjiyyat (kebutuhan sekunder), dan Tahsiniyyat atau *Kamāliyyāt* (kebutuhan

¹⁹ Ali Yafie, *Teologi Sosial...*, hlm. 137-138

tersier).²⁰ Tiga poin di atas menjadi pokok perhatian dalam memutuskan apakah suatu perkara dikategorikan kemaslahatan umum atau tidak. Jika sudah memenuhi syarat tersebut, maka bolehlah menetapkan hukum berdasarkan kemaslahatan yang diinginkan.

3. *Rekonstruksi Fardhu Kifayah*

Fardhu kifayah sebagai kebalikan dari fardhu *'ain*, adalah suatu kewajiban keagamaan yang apabila sudah dilaksanakan oleh sebagian orang, maka sebagian yang lain sudah terbebas dari dosa, tetapi kalau tidak ada satu pun yang melaksanakannya maka semua orang akan menanggung dosa.²¹ Ali Yafie secara terbuka mengkritik definisi semacam itu karena cenderung pasif bahkan negatif. Dia kemudian mengambil definisi tak lazim dari *fardhu kifayah* yang dirumuskan Imam Rafi'i, yaitu menyangkut kewajiban yang berkaitan dengan hal-hal umum yang mendatangkan kemaslahatan baik yang bersifat keagamaan maupun yang bersifat dunia yang pelaksanaannya menjamin tegaknya kehidupan bersama.

Dengan merekonstruksi makna *fardhu kifayah*, maka umat Islam yang berpegang pada fikih tidak akan berani mengabaikan aspek sosial mengingat itu sudah menjadi tanggung jawab bersama, bukan cukup diwakili satu orang saja. Menurut Ali Yafie, Islam cukup memberikan perhatian, baik atas kepentingan perorangan maupun masyarakat. Namun demikian, kepentingan masyarakat ditempatkan lebih utama dan sewaktu-waktu mengatasi kepentingan perorangan. Sebab kepentingan perorangan jika disalahgunakan akan melabrak kepentingan bersama dan itu dapat mengacaukan ketertiban umum.²²

Dalam konteks pengembangan fikih sosial, Ali Yafie tidak sepatutnya terhadap rumusan baku *fardhu kifayah*. Dia melakukan rekonstruksi guna memaknai ulang konsep *fardhu kifayah* sebagai bentuk kewajiban kolektif yang wajib dilakukan setiap demi terciptanya kemaslahatan bersama. Dengan demikian, pengembangan fikih yang berorientasi sosial tidak mandeg gara-gara kelasahkaprahan tentang makna dan cakupan *fardhu kifayah* yang konon cukup dilakukan satu orang saja. Itu penting dilakukan sebab selama ini, konsep *fardhu kifayah*—yang

²⁰ Ali Yafie, *Menggagas Fiqh...*, hlm. 149-150

²¹ *Ibid.*, hlm. 161

²² *Ibid.*, hlm. 165

umumnya menyangkut aspek sosial—sering dikesampingkan. Masyarakat cenderung mengutamakan aspek *farḍhu ‘ain* yang secara definitif memang menunjukkan kewajiban kepada masing-masing individu.

4. Aplikasi Pemikiran

Rumusan fikih sosial Ali Yafie tentang hak-hak asasi manusia; tentang *farḍhu kifāyah* yang harus diupayakan secara kolektif; serta tentang teologi sosial yang melandasi kerukunan antarumat beragama—sangat cocok untuk diaplikasikan di Indonesia. Ali Yafie menyebut bahwa ciri kehidupan yang diridhai oleh Allah SWT adalah kehidupan yang berbudaya, bermoral serta bermasyarakat. Tiga komponen tersebut merupakan pemicu lahirnya martabat kemanusiaan (*al-karāmah al-insāniyyah*). Fikih berfungsi sebagai pengawasan umum (*social control*) dalam bentuk *amar ma’ruf nahi munkar*. Konsep *amar ma’ruf nahi munkar* menurut Ali Yafie berpijak pada kepentingan umum yang didahulukan atas kepentingan individu. Mendahulukan kepentingan umum tak lain merupakan elemen dari tegaknya *ukhuwah islāmiyyah* (solidaritas kaum muslim). Ali Yafie mengakui bahwa tantangan untuk mencapai tingkat solidaritas dan kerukunan yang tinggi tidaklah mudah. Di tataran aplikatif, fikih sosial hadir untuk menutupi kealpaan itu.

Pernyataan di atas jelas menunjukkan keprihatinan Ali Yafie terhadap polarisasi dalam kehidupan beragama. Jika kita mau konsisten dengan logika yang dibangun Ali Yafie, maka menjadi terang bagi kita bahwa mereka yang bertikai karena perbedaan menunjukkan kedangkalan kesadaran batin mereka sendiri. Fikih sebagai formulasi syari’at Islam memiliki sifat yang mengikat (*taklīf*). Ini pada gilirannya akan meligitimasi setiap tindakan yang mesti dilakukan. Fikih yang tidak berorientasi sosial (fikih individual) dapat

menimbulkan legitimasi terhadap timbulnya tindakan-tindakan anarkis yang bertentangan dengan *ukhuwah islāmiyyah*.

Ali Yafie menyebut bahwa *ukhuwah islāmiyyah* bersifat global dan universal. Ia tidak memandang seorang dari mazhab apa, aliran mana, sekte apa dan seterusnya. *Ukhuwah islāmiyyah* merupakan manifestasi dari ajaran Islam yang cinta damai, dan memang tidak terhalangi oleh perbedaan-perbedaan aksidental, alih-alih alamiah. Artinya, sesama umat Islam diwajibkan untuk bersatu karena pada hakikatnya mereka bersaudara. Umat Islam yang masih menganggap tabu hidup berdampingan dengan

umat Islam lainnya yang berkeyakinan berbeda, mereka itu termasuk golongan yang tidak mengerti makna Islam yang sebenarnya. Walaupun dalam banyak segi, sikap semacam itu terkadang dijustifikasi oleh produk hukum yang ketat. Keketatan yang sebenarnya penyempitan ruang persatuan. *Ukhuwah Islāmiyyah* memandang kehidupan umat manusia setara: tidak ada mayoritas-minoritas. Hanya ketakwaanlah yang membedakan satu sama lain di sisi-Nya. Walaupun pada kenyataannya kondisi ideal semacam itu tidak mudah terwujud, tetapi usaha-usaha untuk terus mewujudkannya harus tetap menggelora, dan Ali Yafie telah melakukannya dengan melakukan sejumlah rekonstruksi terhadap fikih.

F. Relasi Mayoritas Minoritas dalam Pemikiran Sahal Mahfudh dan Ali Yafie

Dalam pandangan Sahal Mahfudh dan Ali Yafie, fikih sosial memiliki muatan spirit yang mengusung etika sosial dan berbangsa dan bernegara. Fikih sosial tidak dimaksudkan untuk mengkritisi hukum positif apalagi menggantinya. Ranah fikih sosial berada pada kemaslahatan umum umat beragama dalam bingkai etika yang luwes dan adil. Oleh karena itu, sesungguhnya, menurut Abdul Ghofur Anshori dan Yulkarnain Harahab (2008), fikih sosial lebih menekankan kajiannya pada aspek ajaran tentang hubungan antarsesama manusia, individu dengan masyarakat dan masyarakat dengan masyarakat lainnya.²³ Namun demikian, jika mengikuti logika ilmiah yang ketat, rumusan fikih sosial yang dirintis oleh dua tokoh NU tersebut belum bisa dikatakan sempurna. Apa yang mereka tulis baru berupa wacana, gagasan awal atau berupa tahap rintisan yang perangkat metodologi serta epistemologinya masih eklektik dan melanjutkan metode yang dipakai ulama-ulama terdahulu, terutama oleh Imam Syafi'i.²⁴

Jika dicermati dengan teliti, fikih sosial merupakan upaya kontekstualisasi fikih ulama dahulu (*salāf*) terhadap perkembangan zaman sekarang. Keunggulan fikih sosial terletak pada metode kontekstualisasinya yang melibatkan peran ilmu-ilmu sosial sebagai

²³ Abdul Ghofur, *Hukum Islam...*, hlm. 122

²⁴ Luqman Ubaidillah, "Pandangan Ali Yafie dan Sahal Mahfudh tentang Ijtihad dalam Hukum Islam: Studi atas Gagasan Fikih Sosial di Indonesia," *Skripsi sarjana UIN Sunan Kalijaga* (2005), hlm. 59

kerangka acuan pendekatan.²⁵ Sahal Mahfudh secara eksplisit menyebut terciptanya etika masyarakat sebagai tujuan utama gagasan fikih sosial. Etika tersebut bukan hanya meliputi *mu'āmalah*, tetapi lebih luas lagi, yaitu *mu'āsyarah* (pergaulan hidup sehari-hari). Sebagai negara yang amat plural, tentu tidak ada artinya kehadiran fikih sosial jika tidak menyinggung sedikit pun ihwal relasi antar kelompok yang heterogen tersebut. Namun di sisi lain, sebagai rintisan awal, boleh juga dikatakan bahwa tidak semua problem yang amat kompleks tersajikan secara utuh dalam pemikiran Sahal Mahfudh maupun Ali Yafie.

Dalam tema ini, mereka hanya memberikan ulasan yang singkat dan hanya berupa pertimbangan-pertimbangan etis tanpa uraian yang kukuh dan komprehensif. Tetapi paling tidak, dua ulama kaliber ini sudah memiliki pandangan umum terkait relasi sosial dalam bermasyarakat. Ekses dari pemikiran umum tersebut akan sangat berpengaruh pada tema yang lebih spesifik, yaitu relasi mayoritas-minoritas di Indonesia. Baik Sahal Mahfudh maupun Ali Yafie sama-sama meyakini bahwa ketentuan hukum syari'at yang mengikat (*taklify*) sejak ratusan tahun telah mempengaruhi umat Islam dalam bertindak, bersikap, bergaul bahkan hingga pada taraf model berpikir. Hal ini menunjukkan betapa hukum Islam harus benar-benar akomodatif dan tidak berseberangan dengan kemaslahatan bersama serta hak-hak asasi manusia dalam berukhuwah.

Berkali-kali Sahal Mahfudh menegaskan bahwa fikih sosial yang digagasnya lebih merupakan etika sosial ketimbang doktrin-doktrin keagamaan yang setia pada ortodoksi. Bahkan, Sahal Mahfudh menjunjung tinggi pertimbangan sosiologis dalam menetapkan sebuah hukum. Hal ini dimaksudkan, sebagai kristalisasi dari ayat-ayat zanni, fikih harus tegak dengan lima pilar utama: memelihara agama (*hifz al-dīn*), menjaga harta (*hifz al-mal*), menjaga regenerasi (*hifz al-nasl*), menjaga akal (*hifz al-'aql*) serta menjaga jiwa (*hifz al-nafs*). Kelima pilar itu bersifat universal, makanya Ali Yafie lebih suka memakai istilah *al-kulliyat al-khamsah ketimbang maqasid al-syari'ah*.

Etika sosial dalam pemikiran Sahal Mahfudh dan Ali Yafie bersumber dari lima pilar di atas. Etika tersebut dikembangkan lebih lanjut oleh Ali Yafie dalam, misalnya, universalitas konsep *ukhuwah* Islamiyyah, hak-hak sosial, *farḍu kifāyah* serta hubungan yang kompetitif namun sehat. Hal-

²⁵ Qodri A. Azizy, *Eklektisisme Hukum Nasional: Kompetisi antara Hukum Islam dan Hukum Umum*, (Yogyakarta: Gama Media, 2004), hlm. 45

hal yang melanggar lima prinsip di atas sudah pasti nonetis dan tidak sesuai dengan konsep fikih sosial. Sedangkan Sahal Mahfudh mendasarkan konsep etikanya kepada masalah *mursalah*.²⁶

Namun demikian, terdapat sedikit perbedaan pandangan antara Sahal Mahfudh dan Ali Yafie. Soal etika, Sahal Mahfudh menempatkan fikih sebagai alat transformasi. Dengan kata lain, setiap hal yang menjamin keberlangsungan etika sosial yang tenteram dan damai langsung mendapat legitimasi dari konsep masalah *mursalah* tanpa menggali lebih jauh atau mencoba menafsiri ulang ayat-ayat al-Qur'an secara terbuka.²⁷ Fikih tersedia sebagai peranti untuk menjamin etika sosial. Jika pun menemui pertentangan dalam *hujjah*, Sahal Mahfudh melakukan tinjauan ulang, pertama kali, terhadap ketetapan hukum fikih yang sudah menjadi *mainstream*. Berbeda dengan Ali Yafie yang langsung melacak ayat-ayat al-Qur'an untuk dijadikan sumber utama dalam ber-*hujjah*. Bagi Ali Yafie, fikih adalah sarana untuk mencapai terbentuknya etika sosial yang adil. Al-Qur'an tetaplah yang harus memutuskan konsepsi etis yang berlaku di masyarakat. Tentu Ali Yafie konsisten dengan pendekatan dan metodologi ijtihadnya sendiri. Sebagai konsekuensinya, etika sosial dalam pemikiran Ali Yafie pada dasarnya bersifat Qur'ani atau ilahi ketimbang Sahal Mahfudh yang membumi.

Di samping itu, etika dalam fikih sosial—dalam waktu-waktu tertentu—boleh saja berbeda bahkan berseberangan dengan ketetapan negara (seperti peraturan lokal Aceh) asal itu sudah menjadi keputusan dan kemaslahatan bersama. Sedangkan menurut Ali Yafie, gagasan etika fikih sosial haruslah berdampingan dan beriringan dengan hukum positif sehingga tercipta keselarasan di antara keduanya.²⁸ Pada akhirnya, Sahal Mahfudh membebaskan pada pesantren dan ulama sebagai kontrol terhadap etika masyarakat, sementara Ali Yafie percaya kepada negara, tentunya setelah dapat dipastikan bahwa konsepsi Ali Yafie sehaluan dengan kepentingan negara. Dengan demikian, Sahal Mahfudh menegaskan adanya pemisahan antara fikih dan hukum positif, sedangkan Ali Yafie mencoba memadukan keduanya.

Fikih sosial, sebagai kristalisasi etika sosial, tidak akan pernah berjalan maksimal jika hadir tanpa dialog. Hubungan bermasyarakat sudah diatur

²⁶ Sahal Mahfudh, *Nuansa Fiqh...*, hlm. 361.

²⁷ Luqman Ubaidillah, "Pandangan Ali Yafie...", hlm. 67

²⁸ Ali Yafie, *Teologi Sosial...*, hlm. 139

di dalam hukum fikih mulai dari dimensi munakahah, mu'amalah hingga mu'asyarah. Dimensi yang terakhir ini merupakan persoalan serius di sebuah negara majemuk. Mu'asyarah (hubungan kemasyarakatan) tidak semulus dan seideal yang kita bayangkan. Seringkali ia retak karena konflik identitas dan ideologis. Sahal Mahfudh juga menyadari pentingnya dialog di tengah-tengah masyarakat yang multi agama dan multi etnik ini. Bahkan dia membebankan tugas dialog itu kepada pesantren sebagai medium yang paling moderat.²⁹

Ali Yafie, dalam konteks kemasyarakatan, menempatkan hak dan kewajiban sebagai landasan etis. Menurutnya, hak-hak umat Islam dalam lingkungan masyarakat harus mengedepankan keadilan dan kesetaraan. Kerukunan dalam masyarakat akan terjadi jika masing-masing individu patuh kepada asas hak dan kewajiban secara konsekuen. Namun kenyataannya, sulit sekali mencari sekelompok orang yang saling memahami pembagian hak dan kewajiban mereka dalam relasi-relasi di dalam masyarakat, oleh karena itu, kata Ali Yafie, perlu kiranya untuk saling kenal.³⁰ Dengan demikian, baik Sahal Mahfudh maupun Ali Yafie, keduanya sama-sama menyadari kenyataan bahwa masyarakat Indonesia adalah majemuk, dan oleh karena itu, perlu usaha-usaha saling mengenal, saling menghargai, saling memberi ruang dengan cara dialog. Tujuan utamanya adalah menjaga kerukunan di tengah perbedaan, yang pada gilirannya turut menegakkan masalah 'ammah—asas pertama fikih sosial.

Sahal Mahfudh dan Ali Yafie telah membuka keran fikih yang “tersumbat” oleh dogmatisme yang kaku. Dalam hubungan kemasyarakatan, dua ulama ini menganjurkan toleransi (tasamuh), seimbang (tawazun), adil (i'tidal) dan moderat (tawassut)—empat prinsip yang menjadi landasan utama berdirinya NU. Tidak heran keduanya memiliki pemikiran yang semacam itu mengingat posisi mereka sebagai ulama di tubuh NU begitu sentral. Dalam konteks hubungan kemasyarakatan, tampak tak ada perbedaan mendasar antara Sahal Mahfudh dan Ali Yafie, tetapi kalau dicermati dengan teliti maka akan terlihat ketidaksamaannya, terutama menyangkut batasan batasan dalam hubungan tersebut. Dalam memecahkan problem baru di dalam kemasyarakatan, Sahal Mahfudh segera melakukan kajian teks klasik

²⁹ Sahal Mahfudh, *Nuansa Fiqh...*, hlm. 361.

³⁰ Ali Yafie, *Menggagas Fiqih...*, hlm. 155

untuk mencari padanan hukumnya. Kalau tidak ada, baru dia akan melakukan tajdid terhadap konsepsi fikih yang telah ada itu. Dalam hal ini, Sahal Mahfudh menggunakan analisis teks, bahkan kalau perlu, dia melakukan kritik—terutama jika menyalahi asas masalahah *mursalah*.

Berbeda dengan Sahal Mahfudh, Ali Yafie berpijak kepada *maqāshid al-syarī'ah*, yang pada implementasinya, tidak boleh bertentangan dengan al-Qur'an. Pada akhirnya, Ali Yafie menjadikan al-Qur'an sebagai pemutus final—tentu dengan proses penafsiran yang lebih bersifat kontekstual. Ini pula yang menegaskan bahwa fikih sosial yang ditawarkan Ali Yafie bercorak Qur'ani. Jika ditarik ke dalam logika ruang dan waktu, tentu pemikiran Sahal Mahfudh dapat dikatakan lebih maju daripada Ali Yafie. Sebab Sahal Mahfudh sadar betul bahwa tidak semua persoalan terangkum dalam al-Qur'an. Kalau terpaksa bersikukuh kepada al-Qur'an sementara kandungan al-Qur'an sudah jelas tidak mencakup semuanya, pada akhirnya akan mengalami kebekuan. Oleh karena itu, Sahal Mahfudh tidak terlalu berminat untuk menafsiri langsung ayat-ayat al-Qur'an. Dia lebih suka menganalisis teks-teks klasik sambil lalu mencari pemaknaan baru yang lebih sesuai dengan tantangan zaman.

Secara eksplisit, Sahal Mahfudh dan Ali Yafie tidak memberi entri khusus dalam bukunya tentang relasi mayoritas-minoritas. Namun, keduanya cukup jelas memberikan deksripsi bagaimana relasi mayoritas-minoritas yang ideal di dalam masyarakat. Dengan kata lain, dua tokoh ini cenderung memakai kata “antar kelompok”; “kaum lemah dan kuat”; “kaya dan miskin”; “muslim dan non-muslim”; “NU dan non-NU”; dan sedikit memakai kata-kata “mayoritas-minoritas” dengan alasan bahwa Islam tidak mengenal dikotomi semacam itu.

Ali Yafie menyadari keragaman sebagai takaran dari Tuhan yang tak bisa disesalkan. Satu sama lain hidup dalam skema jejaring yang saling membutuhkan baik secara langsung maupun tidak. Perbedaan ideologi, aliran, kepercayaan seyogyanya tidak mendatangkan kecemburuan dan perpecahan mengingat aspek tersebut (kepercayaan) merupakan wilayah individual yang bersifat subliminal. Menyalahkan keyakinan orang lain karena tidak sama dengan keyakinan yang dianutnya merupakan tindakan mengutamakan kehendak individu ketimbang tindakan sosial. Padahal secara sosial, mereka diciptakan untuk bertukar pikiran, untuk menjaga kerukunan bukan saling menyalahkan. Di titik inilah konsep fardu kifayahnya Ali Yafie menemukan relevansi yang pas.

Hubungan yang ideal antara mayoritas-minoritas sebenarnya sudah diatur di dalam syari'at. Bahkan menurut Sahal Mahfudh konsep mayoritas minoritas dalam Islam tidak ada, karena Islam menjunjung tinggi kesetaraan, persamaan, dan perdamaian. Sudah terlampau terang bagaimana gagasan fikih sosial menyentuh hal-hal faktual dan kontekstual. Sahal Mahfudh menunjukkan pemikiran yang luwes dan akomodatif terhadap perbedaan.

G. Penutup

Proses kemunculan fikih sosial terjadi dalam rentang waktu yang cukup panjang. Sahal Mahfudh dan Ali Yafie membidani lahirnya fikih sosial tidak semata-mata ingin menandingi gaung nyaring wacana keislaman di masanya. Lebih dari itu, kehadiran fikih sosial diharapkan menjadi jawaban atas kegagapan normatif serta tumpulnya rasa egalitarianisme dalam membela martabat manusia sebagai khalifah fi al-ard. Sebab dua tokoh kaliber itu sadar, produk hukum Islam yang bersifat mengikat (taklīf) tanpa menghadirkan upaya kontekstualisasi hanya akan menjadi artefak keagamaan yang membisu. Ia tak banyak diikuti. Kalau pun ada yang melaksanakan, sudah pasti menimbulkan resistensi terhadap kelompok lain yang lebih moderat. Posisi fikih sosial menjadi penting, terutama bagi umat Islam di Indonesia—sebuah pendekatan yang disangga oleh konstruksi keilmuan yang mapan, dan karena itu menjadi sangat relevan.

DAFTAR PUSTAKA

- Azra, Azyumardi, *Jaringan Ulama: Timur Tengah dan Kepulauan Nusantara Abad XVII dan XVIII*, Bandung: Mizan, 1994.
- _____, *Islam Nusantara: Jaringan Global dan Lokal*, Bandung: Mizan, 2002.
- Al-Jabiri, Muhammad Abed, *Formasi Nalar Arab*, Yogyakarta: IRCiSoD, 2003.
- Ali, As'ad Said, *Pergolakan di Jantung Tradisi: NU yang Saya Amati*, Jakarta: LP3ES, 2008.

- Anshori, Abdul Ghofur dan Yulkarnain Harahab, *Hukum Islam: Dinamika dan Perkembangannya di Indonesia*, Yogyakarta: Total Media, 2008.
- Dhakiri, Muh. Hanif, *NU: Jimat NKRI, Jimat Islam Indonesia*, Yogyakarta: Pustaka Pesantren, 2013.
- Djamil, Fathurrahman, *Filsafat Hukum Islam*, Jakarta: Logos Wacana Ilmu, 1997.
- Effendi, Bahtiar, *Islam dan Negara: Transformasi Pemikiran dan Praktik Politik Islam di Indonesia*, Jakarta: Paramadina, 1998.
- Fuad, Mahsun, *Hukum Islam Indonesia*, Yogyakarta: LKiS, 2005.
- Kuntowijoyo, *Dinamika Sejarah Umat Islam di Indonesia*, Yogyakarta: Pustaka Pelajar, 1994.
- Mahfudh, KH. MA. Sahal, *Nuansa Fikih Sosial*, Yogyakarta: LKiS, 1994.
- _____, *Dialog dengan Kiai Sahal: Solusi Problematika Umat*, Surabaya: Ampel Suci, 2005.
- Mas'udi, Masdar Farid, *Pajak Itu Zakat: Uang Allah untuk Kemaslahatan Rakyat*, Bandung: Mizan, 2005.
- Mawardi, Ahmad Imam, *Fiqh Minoritas: Fiqh Aqliyyat dan Evolusi Maqashid Al-Syariah dari Konsep ke Pendekatan*, Yogyakarta: LKiS, 2010.
- Muzadi, KH. Muchith, *NU dan Fiqih Kontekstual*, Yogyakarta: LKPSM, 1994.
- Rafiq, Ahmad, *Pembaharuan Hukum Islam di Indonesia*, Yogyakarta: Gama Media, 2001.
- Syam, Nur, *Tarekat Petani: Fenomena Tarekat Syattariyah Lokal*, Yogyakarta: LKiS, 2013.
- Yafie, KH. Ali, *Menggagas Fiqih Sosial: Dari Soal Lingkungan Hidup, Asuransi Hingga Ukhuwah*, cet. ke-2, Bandung: Mizan, 1994.
- _____, *Teologi Sosial: Telaah Kritis Persoalan Agama dan Kemanusiaan*, Yogyakarta: LKPSM, 1997.

HUKUM KELUARGA ISLAM DALAM MASYARAKAT MUSLIM DIASPORA DI BARAT (Perspektif Hukum Perdata Internasional)

Sri Wahyuni

Fakultas Syari'ah dan Hukum UIN Sunan Kalijaga Yogyakarta
Jl. Marsda Adisucipto Yogyakarta, email: nee_cyk@yahoo.com

Abstract

This article discusses about application of the Islamic Family Law for the migrant muslims who live in the western countries, such as America, England, Germany and France. This discussion is analyzed in International Private Law theories of Personal Status. Each country will have different application because of the difference of principle in the International Private Law about Personal Status.

The Islamic family law is not legally applied for migrant muslims in America and England courts because both are countries which apply common law system. They use the domicile principle in the case of personal status in the International Private Law discourse. Therefore, the muslims migrant society apply the Islamic family law culturally in their community, through an Imam or musti as their leader and consultant. This application is not legal according to the states law.

In the European continent countries which use the civil law system, such as in Germany and France, the Islamic Family law is applied for the migrant muslims society, if it's compatible to the public order. The court may apply the Islamic family law for the migrant muslims, because both are countries which use the nationality principle for the case of personal status in the International Private Law discourse.

Abstrak

Artikel ini membahas tentang penerapan Hukum Keluarga Islam untuk Muslim migran yang tinggal di negara-negara barat, seperti Amerika, Inggris, Jerman dan Perancis. Diskusi ini dianalisis dengan teori Hukum Perdata Internasional Status Pribadi. Masing-masing negara akan memiliki aplikasi yang berbeda karena perbedaan prinsip dalam Hukum Perdata Internasional tentang Status Pribadi. Hukum keluarga Islam tidak diterapkan secara hukum untuk Muslim migran di Amerika dan Inggris pengadilan karena keduanya adalah negara-negara yang menerapkan sistem *common law*. Mereka menggunakan prinsip domisili dalam hal status pribadi dalam wacana Internasional Hukum Perdata. Oleh karena itu, kaum muslimin masyarakat migran menerapkan hukum keluarga Islam budaya dalam komunitas mereka, melalui Imam atau mufti sebagai pemimpin mereka dan konsultan. Aplikasi ini tidak sah menurut hukum negara. Di negara-negara benua Eropa yang menggunakan sistem hukum sipil, seperti di Jerman dan Perancis, hukum Keluarga Islam diterapkan bagi masyarakat Muslim migran, apakah itu kompatibel dengan ketertiban umum. Pengadilan dapat menerapkan hukum keluarga Islam untuk Muslim migran, karena keduanya adalah negara-negara yang menggunakan prinsip kebangsaan untuk kasus status pribadi dalam wacana Hukum Perdata Internasional.

Kata Kunci: hukum keluarga Islam, muslim migran, hukum perdata internasional

A. Pendahuluan

Pluralitas dan heterogenitas saat ini tak dapat dihindarkan lagi. Di suatu negara, tidak hanya tinggal di dalamnya warga negaranya saja, melainkan banyak terdapat warga negara asing yang ikut tinggal menetap. Di negara-negara Eropa seperti Jerman, Belgia, Perancis, dan Belanda juga banyak terdapat penduduk muslim dari negara-negara Timur Tengah yang tinggal menetap di sana, begitu juga di Amerika. Arus migrasi tak dapat dihindarkan lagi saat ini.

Adanya warga negara asing yang tinggal di negara lain akan menimbulkan banyak permasalahan Hukum Perdata Internasional

(*International Private Law*).¹ Dalam kajian Hukum Perdata Internasional ini (selanjutnya disebut dengan HPI), suatu persoalan termasuk kasus HPI jika ada unsur asing, baik karena unsur personal maupun karena teritorial. Berdasarkan unsur personal misalnya masalah keperdataan antara warga negara yang berbeda, sedangkan warga negara asing yang telah menikah dari negaranya kemudian tinggal di negara lain, akan mengalami perbedaan wilayah hukum (*territorial sphere*) jika terdapat masalah dalam hukum keluarga, misalnya hendak melaksanakan perceraian di negara tempat tinggalnya. Adanya perbedaan wilayah hukum tersebut menyebabkan kasus ini dianggap sebagai kasus HPI atau yang di kalangan negara-negara penganut *common law system*, disebut dengan *the conflict of laws*.²

Tulisan ini membahas tentang penerapan hukum keluarga Islam dalam masyarakat muslim migran tersebut yang tersebar di negara-negara Barat. Kajian ini dianalisis dengan teori-teori Hukum Perdata Internasional tentang penentu hukum Status Personal. Di negara yang berbeda, mungkin penerapan hukumnya berbeda, karena terdapat perbedaan system hukum yang dianutnya yang menyebabkan perbedaan prinsip-prinsip yang diberlakukan dalam hukum perdata Internasional ini. Misalnya, Amerika dan Inggris menganut system hukum *common law* sehingga hukum keluarga yang diterapkan adalah tetap hukum keluarga setempat bagi masyarakat muslim pendatang. Sedangkan di Eropa Contonental, yang menganut *civil law system*, dapat menerapkan hukum asing bagi warga negara asing, karena prinsip nasionalitas yang dianutnya.

¹ Hukum Perdata Internasional (HPI) adalah seperangkat kaidah-kaidah, asas-asas, dan/atau aturan-aturan hukum nasional yang dibuat untuk mengatur peristiwa atau hubungan hukum yang mengandung unsur-unsur asing atau transnasional atau ekstrateritorial. Lihat Bayu Seto Hardjowahono, *Dasar-dasar Hukum Perdata Internasional*, (Bandung: Citra Aditya Bakti, 2006), hlm. 11; Lihat juga Sudargo Gautama, *Pengantar ...*, hlm. 21; Bandingkan dengan Sunarjati Hartono, *Pokok-pokok Hukum Perdata Internasional Indonesia*, Cetakan Ketiga (Bandung: Binacipta, 1989), hlm. 12.

² Istilah *conflict of laws*, biasanya digunakan oleh para penganut *common law system* untuk menyebut *Private International Law*. Lihat J.G. Castel, *Introduction to Conflict of Laws*, (Toronto: Butterworths, 1986), hlm. 3-4.; Alba J. Mayss, *Principles of Conflict of Laws*, (London: Cavendish, 1998), hlm. 1. Lihat juga P. E Nygh, *Conflict of Laws in Australia*, (Sidney: Butterworths, 1976), hlm. 2.

B. Hukum Keluarga Islam

Term hukum Islam merupakan terjemahan dari kata '*al-fiqh al-Islami*', yang dalam literatur Barat disebut dengan '*the Islamic Law*', atau dalam batas-batas yang lebih longgar '*the Islamic Jurisprudence*'. Yang pertama lebih cenderung kepada syari'ah,³ sedangkan yang kedua kepada fiqh,⁴ namun keduanya tidak dapat digunakan secara konsisten.⁵ Begitu juga term hukum Islam mengalami ambiguitas antara fiqh, yaitu hukum praktis yang diambil dari dalil-dalil *tafsili* (rinci),⁶ dan syari'ah yaitu peraturan yang diturunkan oleh Allah kepada manusia agar dipedomani dalam berhubungan dengan Tuhannya, dengan sesamanya, dengan lingkungannya, dan dengan kehidupannya.⁷

Terlepas dari berbagai definisi tersebut di atas, hukum Islam di negara-negara muslim saat ini telah mengalami asimilasi dengan konsep hukum Barat. Pembaharuan hukum Islam tersebut, terutama terjadi setelah ada persentuhan antara Islam dan barat, ketika masa kolonialisme. Pembaharuan yang dilakukan terutama dalam hukum status personal atau bidang hukum keluarga, seperti perkawinan dan waris.

JND. Anderson membagi pembaharuan hukum Islam di negara-negara muslim menjadi tiga yaitu pertama, negara yang masih menganggap syari'ah sebagai hukum dasar dan masih dapat diterapkan seluruhnya. *Kedua*, negara yang membatalkan hukum syari'ah dan menggantikannya dengan hukum yang seluruhnya sekular (hukum Barat). *Ketiga*, negara yang menempuh jalan kompromi antara syari'ah dan hukum Barat.⁸

³ *Islamic Law is an all embracing body of religious duties, the totality of Allah's commands that regulate the life of every Moslem in its aspects.* Joseph Schach, *An Introduction to Islamic Law*, (Oxford: Clarendon Press, 1982), hlm. 1

⁴ Ketika menyebutkan *Islamic Jurisprudence* dibahas tentang bagaimana masyarakat muslim membuat administrasi peradilan yang baru dan senantiasa berkembang dari masa ke masa yaitu masa nabi, Khulafaur rasyidin, Bani Umayyah dan selanjutnya. *Ibid.*, hlm 3.

⁵ Ahmad Rofiq, *Pembaharuan Hukum Islam di Indonesia*, (Yogyakarta: Gema Media, 2001), hlm. 1

⁶ Abd al Wahhab Khalaf, *Ilmu Usul Fiqh*, (Kairo: Dar Al-Qalam, 1978), hlm. 11.

⁷ Definisi ini menurut Mahmud Syaltut dalam *Al-Islam Aqidah wa Syari'ah*, (Kairo: Dar Al-Qalam, 1966), hlm. 12.

⁸ J JND. Anderson, *Hukum Islam di Dunia Modern (Islamic Law in The Modern World)*, alih bahasa Machnun Husain, (Yogyakarta: Tiara Wacana, 1994) hlm. 100-101.

Dalam buku “*Family Law Reform in The Muslim World*”, Taheer Mahmoud juga menyatakan adanya tiga kelompok Negara-negara muslim terkait dengan penerapan hukum keluarganya, yaitu: 1) Negara-negara yang menerapkan hukum keluarga dan hukum perkawinan dari berbagai mazhab yang dianutnya, dan belum diubah; 2) Negara-negara yang telah mengubah total hukum keluarga dan hukum perkawinannya dengan hukum modern, tanpa mengindahkan agama mereka; 3) Negara-negara yang menerapkan hukum keluarga dan perkawinan Islam yang telah direformasi dengan berbagai proses legislasi modern.⁹

Model pertama di atas seperti yang dianut di Saudi Arabia yang menggunakan hukum keluarga dari fiqh mazhab Hambali, sedangkan model kedua diikuti oleh Turki yang pernah menggantikan hukum keluarga Islam dengan Code Civil Swiss, dan model ketiga sebagaimana terjadi di negara-negara muslim lainnya yang menerapkan materi hukum keluarga Islam dipadukan dengan system hukum modern Barat, baik dalam regulasi yaitu dengan legislasi ataupun dalam materinya.

C. Masyarakat Muslim di Barat dan Hukum Keluarganya

1. *Amerika*

Di Amerika terdapat sekitar 6-8 juta muslim yang separuhnya dari para imigran dari Asia, Timur Tengah, Afrika dan Eropa dan berbagai belahan dunia lainnya, sedangkan separuh lagi dari penduduk asli Amerika seperti Euro-Amerika, Native Amerika dan Latin. Muslim di Amerika ini melaksanakan hukum Islam, terutama dalam hukum keluarga berdasarkan fiqh. Mereka memiliki pemimpin spiritual seperti Imam. Dalam komunitas muslimnya inilah mereka melaksanakan hukum keluarga Islam. Dalam hukum perkawinan misalnya, mereka tetap melaksanakan perkawinan sipil berdasarkan hukum negara, yaitu yang dicatat oleh negara. Di samping itu, mereka juga melaksanakan upacara akad perkawinan menurut agama Islam, yang dipimpin oleh Imam. Jadi terdapat dua system hukum yang mereka laksanakan yaitu hukum negara dan hukum Islam untuk internal masyarakat muslim di sana.¹⁰

⁹ Tahir Mahmood, *Family Law Reform in The Muslim World*, (Bombay: Tripathi, 1972), hlm. 2-3

¹⁰ Mesir: Lynn Welchman (ed.), *Women's Rights and Islamic Family Law: Perspectives on Reform* (New York: Zed Book Ltd., 2004), hlm. 181-182.

Dalam akad perkawinannya, para muslim Amerika kebanyakan menganggap hanya dengan lisensi perkawinan sipil saja, kemudian membawakan mahar untuk diberikan kepada istri. Kebanyakan menganut fiqh klasik yang memberikan mahar secara otomatis dalam akad perkawinan. Tentang pengurusan mahar juga didokumentasikan dalam perkawinan muslim Amerika ini dan sering menjadi satu dengan dokumen akad nikah di masjid-masjid dan Imamnya. Jadi pernyataan tentang pemberian mahar dan jenis maharnya tertera dalam dokumen akad perkawinan tersebut. Misalnya mahar berupa sejumlah uang, al-Qur'an dan serangkaian kitab hadis, sebuah mobil baru, janji untuk mengajarkan beberapa bagian dari surat al-Qur'an, mahar kontannya dengan sejumlah uang dan mahar terutangnya berapa lagi, janji akan mengajari pelajaran bahasa arab, satu set computer, satu tempat gym, sebuah perjalanan keliling dunia dan salah satu pemberhentian adalah di Makkah, Madinah dan Yerusalem, sebuah jaket kulit, sebuah handphone, sebuah cincin perkawinan, delapan set kitab hadis, juga sajadah.¹¹

Ketika hukum Islam dan hukum negara bertentangan, maka mereka melaksanakan hanya berdasarkan hukum Islam, dan ini kemudian akan menjadi masalah. Misalnya dalam masalah poligami. Para muslim yang menganut fiqh klasik masih menganggap bahwa poligami merupakan suatu yang diperbolehkan dalam hukum Islam, tetapi hukum negara melarangnya. Oleh karena itu, jika seorang suami berpoligami, dia hanya menggunakan hukum agama Islam. Misalnya, menikah dengan istri pertamanya dengan pencatatan yang sah secara hukum negara (tentu juga diikuti dengan pelaksanaan upacara akad perkawinan berdasarkan hukum agama), sehingga status anak-anaknya juga merupakan anak sah dari perkawinan tersebut yang diakui dalam hukum negara. Sementara perkawinannya dengan istri kedua hanya dengan hukum agama, dengan upacara akad nikah yang dipimpin oleh imamnya. Permasalahannya di sini adalah, mengenai status istri kedua dalam perkawinan dan status anak-anaknya, yang tidak diakui oleh negara. Dalam perkembangannya, banyak laki-laki muslim yang berkomitmen untuk tidak berpoligami, bahkan di negara-negara muslim pun, menetapkan hukum Islam yang membatasi praktik poligami, dan cenderung mempersulitnya.¹²

Dalam masalah sengketa dalam keluarga dapat diselesaikan baik

¹¹ *Ibid.*, hlm. 189.

¹² *Ibid.*, hlm. 193.

dengan pengadilan negara ataupun dengan perantara imam. Kebanyakan keluarga muslim di Amerika menyelesaikan masalah keluarganya dalam internal keluarga terlebih dahulu, kemudian jika belum terselesaikan baru dibawa kepada kerabatnya sebagai arbitrator dan mediator. Mereka menyelesaikan sengketa tersebut dalam bingkai hukum Islam, jarang yang mengajukan ke pengadilan negara. Para konsultan muslim seperti Cherrefe Kadri, Sermid al-Sarraf menyatakan bahwa dengan kemampuan berbahasa arab dan membangun kepercayaan sebagai mediator, mereka banyak membantu menyelesaikan sengketa para pasangan muslim dengan negoisasi, dan semua di luar pengadilan.¹³

Wilayah yang rentan konflik adalah perkawinan beda agama. Dalam fiqh klasik, diperbolehkan bagi laki-laki muslim untuk menikahi non-muslim monotheis (*ahl al-kitab*), tetapi tidak diperbolehkan bagi perempuan. Sementara dalam hukum negara, agama tidak menjadi syarat perkawinan. Dengan adanya percampuran dalam kehidupan di masyarakat plural di Amerika, banyak muslim baik itu laki-laki maupun perempuan yang akhirnya menikah dengan non muslim. Tetapi banyak yang menkritik para muslim perempuan yang menikah dengan laki-laki non-muslim, berdasarkan standar fiqh. Beberapa kritik juga ditujukan kepada para laki-laki muslim yang menikahi perempuan non muslim, berdasarkan argument bahwa hal ini akan semakin mengurangi jumlah laki-laki muslim yang akan menikahi perempuan muslim di Amerika. Di sisi lain, terdapat pemikiran yang menyatakan bahwa pelarangan bagi seorang muslim perempuan untuk menikah dengan laki-laki non-muslim adalah karena konteks patriarki yang dikhawatirkan bahwa laki-laki non muslim tersebut akan membawa perempuan sebagai istrinya kepada agamanya (non-muslim), dan sekarang konteksnya telah berubah. Hal ini dikemukakan oleh Azizah al-Hibri, dan menurutnya hal itu adalah *illah* hukumnya. Saat ini *illah* itu juga masih jika dalam hal perceraian antara laki-laki muslim yang menikahi perempuan non-muslim, sehingga hak pengasuhan anak berada pada istri yang non-muslim, maka pelarangan perkawinan beda agama juga lazim bagi mereka.¹⁴

Beberapa perkawinan beda agama terjadi dalam perkawinan intercultural antara penduduk asli Amerika dengan muslim pendatang. Dan jika pihak pendatang adalah suami, di kalangan orang tua Amerika

¹³ *Ibid.*, hlm. 182.

¹⁴ *Ibid.*, hlm. 194.

muncul kekhawatiran jika anak gadisnya akan dibawa ke negara asal suaminya, dan dia kehilangan hak-haknya seperti yang dia dapatkan di Amerika. Permasalahannya di negara-negara muslim, hak pengasuhan anak berada mutlak pada suami dan istri tidak dapat keluar dari rumah dan meninggalkan negara tersebut tanpa seijin suaminya, dan apalagi tidak boleh membawa anaknya pergi dari suaminya. Stereotype seperti ini sering terjadi, karena sulit untuk membedakan antara agama Islam dan budaya, dan semua itu masuk menjadi satu dalam bagian dari Islam dan hukum keluarga Islam.¹⁵

Perceraian dalam keluarga muslim Amerika didasarkan kepada pengadilan negara, karena harus mendapatkan pengakuan yang sah dari negara. Terkadang masalah hukum keluarga Islam juga muncul dalam kasus perceraian ini. Misalnya tentang tuntutan pengembalian mahar. Mereka sering didampingi oleh para profesional hukum baik dari yang muslim maupun dari organisasi hukum di Amerika, sehingga mereka mengetahui hak-haknya baik dalam hukum Islam maupun dalam hukum negara Amerika. Karena banyak para ahli hukum muslim yang juga menjadi ahli hukum dalam organisasi hukum Amerika. Sangat sedikit perceraian yang dilakukan di luar pengadilan Amerika, misalnya dengan pengucapan talak sendiri oleh suami, atau dengan arbitrase muslim, karena hal itu tidak mendapatkan pengakuan dari hukum negara.¹⁶

Perkawinan Islam sulit mendapat Pengakuan dari hukum Amerika. Hal ini dapat dilihat dalam kasus *Farah v Farah* di Virginia tahun 1993, dua orang warga negara Pakistan yang menikah di Inggris (*a proxy marriage in England*) dengan serangkaian upacara resepsi perkawina di Pakistan, kemudian keduanya pindah ke Amerika. Karena *proxy marriage* tidak memenuhi persyaratan dalam hukum perkawinan Inggris tentang perkawinan yang sah, maka perkawinan mereka juga dianggap tidak sah oleh pengadilan Virginia Amerika, dengan menyatakan bahwa *proxy marriage* dengan serangkaian perkawinan menurut hukum keluarga Islam yang dianggap sah di Pakistan, dianggap tidak relevan di Amerika.¹⁷

Kasus lain antara *Shike v Shike* tahun 2000, pasangan muslim yang menikah dalam upacara perkawinan Islam di Pakistan dan kemudian didokumentasikan di Texas dengan lisensi standar perkawinan yang

¹⁵ *Ibid.*, hlm. 195.

¹⁶ *Ibid.*, hlm. 197.

¹⁷ *Ibid.*, hlm. 199

ditandatangani oleh imam di Texas. Pasangan ini percaya bahwa perkawinan mereka telah bersifat mengikat, tetapi pengadilan menolak perkawinan tersebut, sehingga mereka menikah kembali berdasarkan hukum Texas.¹⁸

2. Inggris

Inggris telah lama menjadi negara migrasi, dan berbagai kelompok penduduk tinggal menetap di sana. Sekitar dua juta muslim juga tinggal di sana. Mereka menjadi masyarakat agama minoritas. Di Inggris, tidak terdapat pemisahan antara negara dan gereja, dan tidak ada mekanisme bagi negara untuk mengakui secara resmi komunitas keagamaan. Gereja Inggris merupakan agama dominan dan hubungan khusus pun terjalin antara kerajaan dan gereja Inggris ini dengan symbol bahwa ratu adalah kepala negara dan pimpinan tertinggi gereja Inggris.¹⁹

Sejak tahun 1970an, persatuan organisasi muslim di *United Kingdom* menyelenggarakan sejumlah pertemuan yang pada puncaknya membuat resolusi untuk memperoleh pengakuan terhadap sistem *Muslim Family Law* yang terpisah, yang dapat diterapkan untuk umat muslim di Inggris. Para sarjana muslim yang menginisiasi resolusi tersebut mengatakan bahwa dalam konteks negara barat ini, terdapat peluang bagi hukum personal berdasarkan agama untuk berlaku di samping system hukum keluarga yang sekular ini. Tahun 1984, sebuah muslim *charter* dihasilkan yang menuntut bahwa syariah harus diberikan tempat untuk diterapkan terutama dalam bidang *status personal law*. Usulan diajukan kepada menteri-menteri di pemerintahan, dengan pandangan untuk mendapatkan tempat di legislasi parlemen Inggris. Tuntutan ini digulirkan secara public tahun 1996.

Kampanye untuk menerapkan hukum personal Islam bagi muslim Inggris ini ditolak oleh pemerintah, dengan alasan bahwa system hukum non-sekular tidak dapat diterapkan karena tidak dapat diterima terkait dengan nilai-nilai hak asasi manusia yang universal, terutama perlindungan bagi perempuan. Dalam dasar hak asasi manusia, muslim tidak akan diperbolehkan untuk melaksanakan system hukum personal Islam di Inggris karena risiko bahwa hak-hak perempuan akan dilanggar dalam bentuk diskriminasi.

¹⁸ *Ibid.*, hlm. 200.

¹⁹ Pascale Fournier, "The reception of Muslim Family Laws in Wertern Liberal States", December 2005,

Upaya untuk menerapkan hukum personal Islam di Inggris melalui parlemen telah ditolak. Maka komunitas muslim mengembangkan strategi dan metode untuk menyelesaikan sengketa dengan hukum Islam cara tidak resmi. Kenyataannya, *Islamic Sharia Council* (ISC) di *United Kingdom* sejak tahun 1982 menyediakan pelayanan rekonsiliasi secara profesional bagi para pasangan, dalam berbagai aspek hukum Islam dan membuat standar prosedur, formulir dan sertifikat. Penerapan hukum Islam secara tidak resmi dalam hukum negara ini cukup lazim, sebagaimana survey tahun 1989 menunjukkan bahwa dalam masalah konflik antara hukum Islam dan hukum Inggris, 66 % muslim mengikuti hukum Islam. Salah satu tujuan dari ISC ini adalah untuk menegakkan pemberlakuan syariah Islam sebagaimana pengadilan dan untuk membuat putusan permasalahan di antara keluarga muslim dengan cara ini dan dengan merujuk kepada hukum Islam. ISC menerapkan hukum Islam untuk mengatasi permasalahan yang dihadapi para keluarga muslim dengan menghasilkan putusan yang mereka kehendaki dari pengadilan non-Islam di negara tersebut, tetapi tidak memberikan sanksi kepada pengadilan syariah. Lembaga ini menghadapi lebih dari 50 kasus setiap tahunnya. Hingga tahun 1990an telah mencapai 1500 kasus, yang kebanyakan dalam kasus perceraian terutama istri yang memperoleh perceraian sipil tetapi suaminya menolak untuk mengucapkan talak. Begitu juga dalam masalah perceraian *fasakh* bagi istri dalam bentuk pemberian sertifikat cerai bagi istri jika ia mau mengembalikan mahar yang telah diberikan kepada oleh suaminya.²⁰

3. Jerman

Setelah terjadinya migrasi buruh di tahun 1960an dan 1970an, penduduk muslim semakin banyak di Jerman. Dalam sensus penduduk tahun 2011, terdapat sekitar 1,5 juta jiwa atau 1,9 % beragama Islam, dan sebelumnya diperkirakan pada tahun 2009 muslim di Jerman sekitar 4,3 juta atau 5,4 % dan 1,9 juta atau 2,4 % telah mengubah kewarganegaraannya menjadi warga negara Jerman, dan tahun 2006 sekitar 15 ribu orang telah mengubah status kewarganegaraannya menjadi warga negara Jerman.²¹

²⁰ *Ibid.*

²¹ Wikipedia

Mayoritas muslim di Jerman adalah orang-orang yang berasal dari Turki yaitu mencapai 63,2 %, kemudian Pakistan, baru Yugoslavia, negara-negara Arab, Iran dan Afganistan. Kebanyakan muslim tinggal di Berlin dan sebagian besar kota-kota di bagian Jerman Barat. Banyak juga muslim di Jerman yang tinggal di masyarakat pedesaan terutama yang di Baden Wuerttemberg, Hesse dan sebagian Bavaria, juga North Rhine-Westphalia. Karena tidak banyaknya migrasi buruh sebelum tahun 1989, maka muslim di daerah Jerman Timur juga sangat sedikit. Adapun mayoritas muslim di Jerman adalah warga Sunny, yaitu 75 %, sedangkan warga syiah adalah 7 % yang kebanyakan berasal dari Iran dan Ahmadiyah hanya 1 % yaitu yang kebanyakan berasal dari Pakistan.

Hukum Islam di Jerman diberlakukan pada dua level yaitu secara langsung dan secara tidak langsung. Adapun dalam level penerapan langsung ini terkait dengan permasalahan Hukum Perdata Internasional. Jerman sebagai negara yang menganut *civil law system*, ketika dihadapkan pada kasus status personal maka lebih cenderung mengacu kepada prinsip nasionalitas, sehingga hukum asinglah yang harus diterapkan. Hal ini diatur lebih lanjut pada EGBGB (*Einfuehrungsgesetz zum Burgerlichen Gesetzbuch*), yaitu seperti pada Pasal 13 tentang perkawinan dan akibat-akibat hukumnya, dan Pasal 17 tentang Perceraian dan akibat-akibat hukumnya.

Berdasarkan paparan gambaran muslim Jerman di atas, maka di Jerman, berbeda dengan negara eropa lainnya, seperti Perancis atau Inggris, mayoritas muslim yang ada adalah muslim yang berasal dari Turki, sehingga hukum keluarga Islam yang banyak diterapkan adalah hukum keluarga Islam yang kebanyakan bagi muslim Turki tersebut (terlepas apakah hukum Islam tradisional ataupun hasil westernisasi).²²

Adapun kasus-kasus terkait dengan penerapan hukum Islam di pengadilan Jerman adalah sebagai berikut:

- a. Talak bagi laki-laki; Dalam hukum keluarga Islam, suami memiliki hak talak, hal ini sebenarnya bertentangan dengan *public order* di Jerman yaitu tentang kesetaraan gender antara pasangan. Kasus-kasus terakhir di tahun 1998 memutuskan talak melanggar *public order* Jerman, tetapi Pengadilan Jerman dapat menerima talak jika

²² Mathias Rohe, "Islamic Law in Germany Court", dalam *Hawwa* 1 tahun 2003, hlm. 46-59.

istri yang hendak diceraikan menyetujuinya di depan pengadilan.²³

- b. Kecakapan hukum dalam perkawinan; yaitu minimum 15 tahun bagi perempuan ataupun 18 tahun bagi laki-laki. Minimum usia perkawinan ini bertentangan dengan hukum Jerman, dan *public order* Jerman yang menetapkan usia minimum 18 tahun, tetapi pengadilan Jerman memberikan pengecualian 16 tahun ke atas, dan bagi perempuan yang belum dewasa ini didampingi wali yaitu pihak keluarganya yang laki-laki baik dalam memilih pasangan maupun dalam melaksanakan perkawinan.
- c. Mahar dalam perkawinan; Mahar juga tidak ada dalam hukum Jerman, tetapi dalam beberapa kasus bagi muslim di Jerman, pengadilan mengakomodasi mahar ini.
- d. Pelarangan dalam perkawinan beda agama; pelarangan ini sangat bertentangan dengan *public order* Jerman, yaitu tentang kesetaraan dan kebebasan beragama.
- e. Poligami; Poligami juga merupakan hal yang bertentangan dengan hukum Jerman, karena hukum Jerman hanya mengakui monogami.
- f. Hak Nafkah setelah perceraian; dalam hukum Jerman tidak ada konsep pemberian nafkah setelah perceraian, tetapi pengadilan Jerman dapat menerima talak dan konsekuensinya seperti pemberian hak nafkah bagi istri yang ditalak, dibawah hukum asing yang diberlakukan.
- g. Perwalian dan pengasuhan anak; aturan pengasuhan anak menurut hukum Islam bertentangan dengan *public order* di Jerman tentang kesejahteraan anak, tetapi pengadilan Jerman tetap menerapkan hukum ini dengan mengesampingkan *public order*-nya.

Dari beberapa paparan contoh kasus di atas, maka dapat dinyatakan bahwa terkait dengan kehidupan domestik, pengadilan tidak akan menerima penerapan hukum Islam ketika bertentangan dengan hak-hak konstitusional tentang kesetaraan gender dan kebebasan beragama. Akan tetapi, ternyata pengadilan dapat menerima penerapan hukum asing (dalam hal ini hukum Islam) yang secara nyata dianggap bertentangan dengan hak-hak konstitusional tersebut. pengadilan secara *equal* siap menerima pertentangan antara hukum Islam dan hukum Jerman sendiri.

²³ Pascale Fournier, "The reception of Muslim Family Laws in Wertern Liberal States", December 2005

Di samping itu, dalam kasus yang terkait dengan kehidupan di Jerman ini, dipilih yang lebih ringan, maka pengadilan akan menerapkan hukum yang lebih memberikan hak, sedangkan hukum Islam yang jika diterapkan dia akan kehilangan haknya, maka akan ditolak oleh pengadilan Jerman.

4. *Perancis*

Model yang paling penting dalam politik Perancis saat ini adalah kajian neo-republican tentang identitas Perancis yang keanggotaannya dalam komunitas national memiliki komitmen kepada republic, dan nilai utamanya yaitu egalite (*equality*) dan *laicite* (pemisahan antara negara dan agama). Model republic ini tercetus sejak Revolusi Perancis tahun 1789, sebagai reaksi sejarah perjuangan melawan monarkhi yang aristokrasi dan kekuasaan agama. Di Perancis, model ini secara eksplisit ditetapkan dalam dua dokumen hukum yaitu pertama dalam Pasal 1 konstitusi tanggal 4 October 1958 yang menyatakan bahwa Perancis akan menjadi sebuah negara sekular, demokratis dan Republik social. Hal ini dikukuhkan dengan pengakuan kesetaraan warga negara di depan hukum tanpa pembedaan asal, ras dan agama. Kedua, dengan pemisahan antara negara dan gereja dalam undang-undang tahun 1905, yang menyatakan bahwa tidak ada pengakuan dan pendanaan publik secara langsung terhadap agama-agama di Perancis. Konsekuensinya, Perancis tidak memperbolehkan negara secara resmi mendukung perwakilan imigran tertentu atau masyarakat minoritas. Adapun strateginya adalah mengupayakan integrasi individual kepada negara Perancis, pembentukan masyarakat imigran tidak dianjurkan.

Di samping pemisahan resmi antara gereja dan negara, Perancis tahap demi tahap diarahkan menjadi masyarakat homogen secara cultural. Para muslim Perancis semakin mengekspresikan dan menuntut pengakuan terhadap agamanya. Hal ini kemudian menjadi permasalahan. Populasi muslim sebagai agama nomor dua di Perancis setelah agama Katolik dalam masyarakat Perancis yang multikultural. Organisasi-organisasi Islam telah banyak berdiri yaitu terdapat sekitar 1560 organisasi, seperti organisasi-organisasi masjid di Paris, Persatuan organisasi-organisasi Islam di Perancis, Federasi Muslim Nasional di Perancis, sebagai tiga representasi organisasi muslim yang besar di Perancis. Setelah beberapa lama, tuntutan masyarakat muslim Perancis dijawab oleh Menteri Dalam Negeri dengan melaunching sebuah lembaga konsultatif yang berjalan tahun 1999 di

antara lembaga-lembaga Islam nasional begitu juga beberapa masjid, hingga puncaknya pada Desember 1999 dengan adanya ratifikasi terhadap deklarasi Solemn oleh komunitas muslim tentang dasar hukum dan prinsip-prinsip yang mengatur hubungan antara praktik keagamaan bagi para muslim dengan otoritas-otoritas publik.

Pada Mei 2003, perwakilan Perancis untuk agama Islam, telah menata perwakilan Islam secara resmi yang terdapat 25 wilayah di Perancis. Namun, tetap ditekankan bahwa para muslim juga mentaati peraturan Perancis yang memisahkan negara dan agama. Komitmen terhadap sekularisme ini sangat penting bagi Perancis untuk melakukan reservasi terhadap Putusan Sekjen PBB dalam *the International Covenant on Civil and Political Rights* (ICCPR) yang diantaranya menyebutkan bahwa: “ Di negara-negara yang terdapat etnis, agama, bahasa sebagai minoritas, orang-orang yang ada dalam kelompok minoritas tersebut tidak akan ditolak haknya dalam anggota-anggota komunitas tersebut dan untuk melaksanakan budaya mereka, untuk melaksanakan praktik-praktik keagamaan mereka, dan untuk menggunakan bahasa mereka (Pasal 27). Secara praktis, reservasi ini berarti bahwa Perancis tidak memiliki komitmen untuk mendukung hak-hak cultural tertentu.

Dalam ranah Hukum Perdata Internasional, Perancis harus menerapkan hukum asing terhadap warga negara asing, karena Perancis lebih cenderung mengikuti prinsip nasionalitas dari pada prinsip domisili. Sehingga hukum asing termasuk hukum keluarga muslim bagi muslim di Perancis tetap diterapkan selama tidak bertentangan dengan public order di Perancis. Berbagai masalah yang menarik diantaranya adalah:

- a. Masalah poligami; di Perancis, perkawinan poligami secara agama tidak mendapatkan kekuatan hukumnya, jika perkawinan tersebut dilaksanakan di wilayah Perancis. Berdasarkan Pasal 147 Code Civil Perancis, secara spesifik menyatakan bahwa perkawinan kedua tidak dapat dilangsungkan kecuali perkawinan pertama telah putus secara sah.
- b. Masalah mahar; Mahar sebagai pemberian dari suami kepada istrinya, dalam hukum Islam, sering juga muncul dalam kasus perceraian di Perancis. Terkait dengan penerapan hukum perdata internasional, pengadilan Perancis sering memutuskan masalah mahar ini.
- c. Cerai talak; berdasarkan hukum Islam, talak adalah hak suami untuk memutuskan perkawinannya secara sepihak saja, dengan pernyataan

dari suami. Tidak lebih dari 5 putusan di Pengadilan tingkat kasasi di Perancis di awal tahun 2004, menolak talak tersebut, karena bertentangan dengan *public order* di Perancis. Akan tetapi, terdapat persetujuan bilateral dengan Maroko dan Algeria, pengadilan menjamin akibat hukum dari talak ini sejak tahun 1980an dan 1990an, selama talak tersebut dilakukan di luar wilayah Perancis dan keduanya (suami dan istri) telah menghadap di pengadilan Perancis untuk mendaftarkan perceraianya.

D. Analisis Penerapan Hukum Perdata Internasional dalam Hukum Keluarga Muslim di negara-negara Barat

Adanya warga negara asing yang tinggal di negara lain merupakan permasalahan Hukum Perdata Internasional (*International Private Law*). Dalam kajian Hukum Perdata Internasional, terdapat tiga permasalahan penting yaitu: 1) hakim atau pengadilan mana yang berhak mengadili perkara; 2) hukum negara mana yang digunakan untuk menyelesaikan perkara; dan 3) sejauh mana suatu negara dapat menerima terhadap putusan/ketetapan hukum negara lain.²⁴

Kewenangan hakim suatu negara untuk menangani suatu perkara didasarkan kepada hukum acara suatu negara. Adapun terkait masalah kedua, tentang hukum mana yang digunakan untuk menyelesaikan perkara, terdapat rumus HPI tentang titik taut skunder.²⁵ Titik taut skunder yaitu faktor-faktor atau sekumpulan fakta yang menentukan hukum mana kah yang harus digunakan atau berlaku dalam hubungan HPI (*lex causae*).²⁶ Adapun terkait dengan masalah hukum keluarga, yang

²⁴ Bayu Seto, *Dasar-dasar Hukum Perdata Internasional*, (Bandung: Citra Aditya Bakti, 2001), hlm. 14 – 16.

²⁵ Dinamakan juga titik taut penentu, yaitu fakta-fakta yang menentukan hukum mana kah yang harus berlaku. Sunarjati Hartono, *Dari Hukum Antar Golongan ke Hukum Adat*, (Bandung: Alumni, 1979), hlm. 95.

²⁶ Diantara yang termasuk titik taut skunder adalah tempat terletakinya benda (*lex situs*), kewarganegaraan atau domisili pemilik benda bergerak, tempat dilangsungkannya perbuatan hukum (*lex loci actus*), tempat dilangsungkannya perbuatan melawan hukum (*lex loci delicti commisi*), tempat diresmikannya perkawinan (*lex loci celebrationis*), tempat ditandatanganinya kontrak (*lex loci contractus*), tempat dilaksanakannya kontrak (*lex loci solutionis*), pilihan hukum (*choice of law*), kewarganegaraan (*lex patriae*), domisili (*lex domicilii*), bendera kapal atau pesawat udara, tempat kediaman, dan tempat kedudukan atau kebangsaan badan hukum.

termasuk dalam status personal, terdapat beberapa prinsip diantaranya:

1. Prinsip Domisili dan Kewarganegaraan Dalam Status Personal

Dalam perkara status personal,²⁷ terdapat perbedaan prinsip yang digunakan di antara negara-negara yang menganut *Civil Law System* dan *Common Law System*.²⁸ Negara yang menganut *Civil Law System*²⁹

Lihat Ridwan Khairandy, *Pengantar Hukum Perdata Internasional*, (Yogyakarta: UII Press, 2007), hlm. 34-35.

²⁷ Istilah status personal (*statute personalia*, *personal status*, *statut personnel*, *personalen statut*, *personeel statuut*), yang berasal dari mazhab Italia; yang membagi kaidah HPI menjadi tiga kelompok yaitu *statute realia*, *statute personalia* dan *statute mixta*. Lihat Sudargo Gautama, *Hukum Perdata Internasional Indonesia*, Buku ketujuh, (Bandung: Alumni, 1981), hlm. 2. Lingkup status personal itu sendiri juga berbeda-beda. Ada negara yang menganggap status personal adalah seluruh hukum perseorangan seperti hukum perkawinan, dan hukum waris, atau bahkan status personal sebagai hukum yang membahas tentang kedudukan seseorang secara hukum. Tentang status personal ini, dipaparkan oleh Sudargo Gautama bahwa dalam arti luas, istilah ini diartikan sebagai wewenang untuk mempunyai hak-hak hukum pada umumnya; juga termasuk di dalamnya permulaan dan terhentinya kepribadian, serta kemampuan untuk melakukan perbuatan-perbuatan hukum. Termasuk juga dalam konsepsi yang luas ini yaitu perlindungan kepentingan perseorangan, seperti kehormatannya, nama dan perusahaan dagang, termasuk hubungan kekeluargaan seperti hubungan suami dan istri, ayah dan anak, wali dan anak di bawah perwalian, adopsi, pengampunan dan kewarisan. Konsep status personal dalam lingkup luas ini terutama dianut di Mesir. Ruth Hayward, *Conflict of laws*, Cet-4, (London: Cavendish, 2006), hlm. 4.

²⁸ Ini merupakan kelompok sistem hukum yang besar yang mempunyai ciri-ciri khusus yang sama yang disebut sebagai suatu keluarga hukum atau *family law* (*foremelle de droit*). Menurut Rene David, keluarga hukum yang ada di dunia ini adalah keluarga hukum Romawi Germania, keluarga hukum *Common Law*, keluarga hukum sosialis dan keluarga hukum agama/ tradisi. Sementara itu, Zweiger-Kotz membagi keluarga hukum dalam keluarga hukum Romawi, keluarga hukum Germania, keluarga hukum Skandinavia, keluarga hukum *Common Law*, keluarga hukum sosialis, keluarga hukum Timur Jauh, keluarga hukum Islam dan keluarga hukum Hindu. R. Soeroso, *Perbandingan Hukum Perdata*, (Jakarta: Sinar Grafika, 1993), hlm. 43.

²⁹ *Civil Law* dapat didefinisikan sebagai suatu tradisi hukum yang berasal dari hukum Romawi yang terkodifikasi dalam *Corpus Juris Civilis Justinian* dan tersebar ke seluruh benua Eropa dan seluruh dunia. Ade Maman Suherman, *Pengantar Perbandingan Sistem Hukum (Civil Law, Common Law, Hukum Islam)*, (Jakarta: Raja

menggunakan prinsip kewarganegaraan untuk menentukan hukum status personal, sedangkan negara-negara penganut *Common Law System*³⁰ menggunakan domisili dalam menentukan hukum status personal.³¹

Selama ini diketahui adanya perbedaan prinsip untuk status personal ini, antara negara-negara *civil law* dan *common law system*. Negara-negara *civil law* menggunakan menggunakan prinsip kewarganegaraan (nasionalitas) sedangkan negara-negara *common law* menggunakan prinsip domisili.³² Bagi yang menganut prinsip nasionalitas, maka status personal seseorang ditentukan oleh hukum nasionalnya. Adapun bagi yang menganut prinsip domisili, status personal seseorang ditentukan oleh hukum yang berlaku di domisilinya.

Negara-negara yang menganut prinsip nasionalitas diantaranya adalah Perancis, Italia, dan negara-negara jajahannya, Belgia, Luxemborg, Monaco, Belanda dan jajahannya (Hindia Belanda), Rumania, Bulgaria, Finlandia, Yunani, Hungaria, Spanyol, Swedia, Turki, Jepang, dan beberapa negara di Amerika Latin, terutama negara-negara ini yang menggunakan *Civil Law System*. Dalam *Civil Law System* ini, lebih mengedepankan personalitas, dari pada territorial dalam menentukan status personal seseorang. Menurut teori personalitas, hukum-hukum yang berkaitan dengan status personal, erat sekali hubungan dengan orang-orangnya. Oleh karena itu, hukum asal seseorang tersebut dikaitkan erat. Hukum asal tetap mengikutinya kemana pun dia pergi.³³

Adapun negara-negara yang menganut prinsip domisili adalah Negara-negara yang menganut *Common Law System*, juga Skotlandia, Afrika Selatan, Quebec, Denmark, Norwegia, Brazilia, Guatemala, Nicaragua, Paraguay, Argentina, Bolivia dan Peru.³⁴ Dalam prinsip

Grafindo Persada), hlm 59. Sistem hukum ini kemudian juga tersebar melalui penjajahan; seperti di Indonesia bekas jajahan Belanda, juga menerapkan sistem hukum ini.

³⁰ *Common Law System* merupakan sistem hukum yang diterapkan di Inggris dan negara-negara bekas jajahannya.

³¹ Ruth Hayward, *Conflict of laws*, Cet-4, (London: Cavendish, 2006), hlm. 4.

³² Sudargo Gautama, *Pengantar Hukum...*, hlm. 49.

³³ *Ibid.*, hlm. 49-51.

³⁴ *Ibid.*, hlm. 52. Secara lebih rinci Wirjono Prodjodikoro menyebutkan negara-negara yang menganut prinsip *domicile* diantaranya adalah Amerika Serikat, British Commonwealth, Denmark, Iceland, Norway, Brazil, negara-negara Baltic; dari Amerika Selatan: Argentina, Bolivia, Paraguay, Peru dan Uruguay; dari Amerika

domisili ini, lingkungan kuasa territorial dari hukum suatu negara yang dikedepankan. Oleh karena itu, semua orang yang berdomisili di dalam wilayah suatu negara dianggap tunduk kepada hukum negara tersebut.³⁵

Dalam konsep *common law* ini, domisili yaitu negara tempat seseorang bertempat tinggal dan *intends to live* yaitu untuk melangsungkan kehidupan sehari-hari secara permanen. Jadi ada dua hal yaitu tempat tinggal dan kepentingan untuk menetap secara permanen. Terdapat tiga macam domisili yaitu *domicile of origin* (tempat seseorang dilahirkan), domisili dependen yaitu untuk anak di bawah umur 16 tahun dan perempuan yang sudah menikah, dan domisili pilihan (*domicile of choice*) yaitu bagi seseorang yang berusia di atas 16 tahun dapat menentukan negara atau tempat tinggalnya untuk hidup sehari-hari secara permanen.³⁶

Dalam konsep domisili tersebut (terutama *domicile of origin*), sebenarnya ada titik temu antara prinsip kewarganegaraan yang dianut di negara-negara *civil law system* dan domisili yang dianut di negara-negara *common law system*, yaitu hukum personal terkait dengan hukum negara tempat seseorang berdomisili atau berasal (jika kewarganegaraan).³⁷ Menurut Granson, seorang professor dari Inggris yang mengajar "*conflict of laws in common law system*" di Harvard University Amerika, bahwa konsep domisili dalam common law mengadopsi dari konsep hukum Romawi dan Eropa Continental.³⁸

Dalam perkembangannya sebaliknya juga, di negara-negara civil law, terutama di Jerman, untuk melaksanakan dan mendaftarkan perkawinan di dalam wilayah negara Jerman juga dibutuhkan domisili Jerman.³⁹ Misalnya, seorang warga negara Indonesia dan warga negara

Tengah: Nicaraguai dan Guatemala. Wirjono Prodjodikoro, *Asas-asas Hukum Perdata Internasional*, (Bandung: Sumur, 1992), hlm. 27.

³⁵ *Ibid.*, hlm. 52 - 53

³⁶ Ruth Hayward, *Conflict of laws*, hlm. 180-185.

³⁷ Keduanya tidak sama persis, karena ada seseorang yang berasal dari suatu negara A atau berkewarganegaraan A, tetapi berdomisili di negara B.

³⁸ RH. Granson, *Comparative Conflict Laws*, (Amsterdam: North Holland Publisher, 1977), hlm. 239.

³⁹ Pada dasarnya Jerman masih tetap menggunakan prinsip nasionalitas, sebagaimana tertera dalam Pasal 13 Code Civil Jerman tahun 1994 yang direvisi lagi 2011 terkait dengan Hukum Perdata Internasional, dalam bab perkawinan, bahwa "*The condition for the conclusion of marriage are as regards each person engaged to be marriage, governed by the law of the country of which he or she is a national*".

Jerman ataupun pasangan dari warga negara Indonesia yang berkehendak melaksanakan perkawinan di dalam wilayah negara Jerman, harus memiliki bukti domisili di Jerman. Bagi mereka juga diterapkan hukum Jerman, yaitu dengan perkawinan sipil yang dicatatkan di Kantor Pencatatan Daerah. Dalam bentuk ini, sebenarnya negara-negara *civil law* juga menerapkan hal serupa dengan negara-negara *common law* dalam hukum perkawinan.⁴⁰

Adapun di dalam kasus penyelesaian perkara perkawinan dan perceraian, pengadilan Jerman tetap konsisten menggunakan prinsip nasionalitas. Misalnya, pelarangan perkawinan beda agama (dalam hukum Islam) sangat bertentangan dengan *public order* Jerman, yaitu tentang kesetaraan dan kebebasan beragama. Akan tetapi, pada tahun 1976, pengadilan tingkat banding di Oldenburg Jerman menerima pelarangan ini tanpa mempertimbangkan banyak hal tentang hak-hak konstutusional bagi para pasangan.⁴¹

Dalam hukum keluarga Islam, suami memiliki hak talak, hal ini sebenarnya bertentangan dengan public order di Jerman yaitu tentang kesetaraan gender antara pasangan. Tetapi pengadilan Jerman menerima jenis talak ini.⁴² Pengadilan tingkat pertama di Fankfurt menganggap talak bertentangan dengan konstitusi Jerman tentang kesetaraan gender. Kasus-kasus terakhir di tahun 1998 memutuskan talak melanggar *public order* Jerman, tetapi Pengadilan Jerman dapat menerima talak jika istri yang hendak dicerai menyetujuinya di depan pengadilan, sebagaimana kasus tahun 1992 di AG Esslingen yang juga menerima talak untuk memutuskan perkawinan setelah suami mengucapkan talak di depan hakim.⁴³

Begitu juga di Perancis, mahar sebagai pemberian dari suami kepada istrinya, dalam hukum Islam, sering juga muncul dalam kasus perceraian di Perancis. Terkait dengan penerapan hukum perdata inetrnasional, pengadilan Perancis sering memutuskan masalah mahar ini.⁴⁴

⁴⁰ Berdasarkan wawancara dengan Catrine, seorang warga Jerman Katolik yang menikah dengan seorang laki-laki muslim Maroko, tanggal 25 Agustus 2013.

⁴¹ Mathias Rohe, "Islamic Law in Germany Court", dalam *Hawwa* 1 tahun 2003, hlm. 46-59.

⁴² *Ibid.*

⁴³ Pascale Fournier, "The reception of Muslim Family Laws in Wertern Liberal States", Desember 2005.

⁴⁴ *Ibid.*

2. *Lex Loci Celebrationis*

Adapun terkait dengan hukum perkawinan sendiri, negara-negara *Civil Law* menerapkan prinsip kewarganegaraan, terutama di negara yang memasukkan hukum perkawinan dalam hukum status personal. Seperti di Belanda, seorang warga Indonesia jika melaksanakan perkawinan, diterapkan hukum Indonesia. Adapun negara-negara *Common Law* sebagian menerapkan prinsip domisili, sehingga seseorang menikah berdasarkan hukum tempat domisilinya.

Di Amerika Serikat, yang dipentingkan untuk menentukan hukum perkawinan adalah *lex loci celebrationis*, baik untuk *vorm* (syarat-syarat formal) maupun *substantive requirement*-nya. Jika suatu perkawinan adalah sah menurut hukum tempat dilangsungkannya, maka perkawinan tersebut dianggap sah di mana-mana.⁴⁵ Hal ini berdasarkan pada Pasal 238 Hukum Perkawinan yang menyatakan bahwa:⁴⁶

- 1) *A validity of a marriage will be determined by the local law of the state.*
- 2) *A marriage which satisfies the requirements of the state where the marriage was contracted will everywhere be recognized as valid, unless it violates the strong public policy of another state which had the most significant relationship to the spouses and the marriage at the time of the marriage.*

Keabsahan perkawinan di Amerika yang menggunakan prinsip *lex loci celebrationis*, dengan pengecualian adanya *public policy* baik berdasarkan *lex fori* maupun hukum tempat salah satu atau kedua pasangan sebelum menikah. Mislanya, poligami atau dahulu perkawinan interracial.⁴⁷

Perkawinan di Inggris juga menggunakan prinsip *locus regit actum* atau *lex loci celebrationis* ini, terutama untuk formalitas keabsahan perkawinannya; "Every marriage must be tried according to the law of the country in which it took place."⁴⁸ Untuk persyaratan formal tersebut meliputi semua persyaratan pada upacara pelaksanaan perkawinannya, baik itu perkawinan agama maupun perkawinan sipil, mengenai tempat dan waktu, saksi, pencatatan perkawinan ataupun pendaftaran

⁴⁵ Sudargo Gautama, *Hukum Perdata... op. cit.*, hlm. 126-127.

⁴⁶ Symeon C. Symeonides, *American Private International Law*, (New York: Wolters Kluwer, 2008), hlm. 235.

⁴⁷ *Ibid.*, hlm. 234.

⁴⁸ PM North JJ Fawcett, *Private International Law*, Cet-11, (London: Butterworth, 1992). hlm. 572.

pendahuluan perkawinannya seperti tes darah dan persyaratan-persyaratan lainnya.⁴⁹

Di Inggris sebagai negara sumber common law itu sendiri, pada awalnya menganut prinsip domicile dalam menentukan hukum perkawinan. Dalam perkembangannya, kemudian menganut *choice of law* antara hukum domisili atau hukum tempat dilaksanakannya perkawinan tersebut (*lex loci celebrationis*). Begitu juga awalnya dipilah, antara keabsahan perkawinan yang form dan substantive bahwa untuk yang substantive (seperti kapasitas para pasangan, larangan-larangan perkawinan) mengikuti hukum domisili para pasangan tersebut berasal. Akhirnya menjadi *choice of law* tersebut, baik untuk form ataupun substantif persyaratan perkawinan.⁵⁰

Selain di Amerika Serikat dan Inggris, prinsip ini juga dianut oleh beberapa negara diantaranya Philipina (untuk perkawinan-perkawinan di luar negeri, tetapi untuk orang asing yang nikah di Philipina disyaratkan untuk memenuhi syarat-syarat hukum nasional masing-masing), negara-negara Amerika Latin yaitu Argentina, Guatemala, Paraguay, Peru, Costa Rica, Treaty of Montevideo, Chili, Codigo Bustamente.⁵¹ Begitu juga di Canada dan Australia juga menggunakan prinsip *lex Loci Celebrationis* ini dalam masalah hukum perkawinan.⁵²

Contoh di Amerika yang menggunakan prinsip *lex loci celebritionis* dalam masalah perkawinan, terdapat kasus Farah v Farah di Virginia tahun 1993, dua orang warga negara Pakistan yang menikah secara agama (Islam) di Inggris dengan serangkaian upacara resepsi perkawinan

⁴⁹ *Ibid.*

⁵⁰ RH. Granson, *Comparative Conflict Laws*, hlm. 255-256.

⁵¹ Sudargo Gautama, *Hukum Perdata... op. cit.*, hlm. 126-127. Lihat juga J.G. Castel, *Introduction to Conflict of Laws*, (Toronto: Butterworths, 1986), hlm. 86. Castel menyatakan bahwa: "*the forum will always determine the extent to which a foreign judgment will be recognized and enforced.*" Hal ini dibahas dalam bab *Recognition and Enforcement of Foreign Judgments*, sub bab *Policy Consideration*.

⁵² Dalam beberapa buku tentang '*Conflict of Laws*', dibahas tentang poligami atau monogami tergantung pada *lex loci celebrationis*. Begitu juga dalam pembahasna tentang syarat-syarat formal perkawinan, juga digunakan *lex loci celebrationis*. Lihat J. G. Castel, *Introduction to Conflict of Laws*, hlm. 101 – 102. Lihat juga P E Nygh, *Conflict of Laws in Australia*, (Australia: Butterworths, 1984), hlm. 293-304; Abla J Mayss, *Principles of Conflict of Laws*, Cet. ke-2, (London: Cavendish, 1996), hlm. 210.

di Pakistan, kemudian keduanya pindah ke Amerika. Karena perkawinan agama Islam tidak memenuhi persyaratan dalam hukum perkawinan Inggris tentang perkawinan yang sah, maka perkawinan mereka juga dianggap tidak sah oleh pengadilan Virginia Amerika, dengan menyatakan bahwa perkawinan agama Islam dengan serangkaian perkawinan menurut hukum keluarga Islam yang dianggap sah di Pakistan, dianggap tidak relevan di Amerika.⁵³

Kasus lain antara *Shike v Shike* tahun 2000, pasangan muslim yang menikah dalam upacara perkawinan Islam di Pakistan dan kemudian didokumentasikan di Texas dengan lisensi standar perkawinan yang ditandatangani oleh Imam di Texas. Pasangan ini percaya bahwa perkawinan mereka telah bersifat mengikat, tetapi pengadilan menolak perkawinan tersebut, sehingga mereka menikah kembali berdasarkan hukum Texas.⁵⁴

E. Penutup

Dari paparan pembahasan di atas, dapat diketahui bahwa bagi masyarakat muslim migrant di Amerika dan Inggris, hukum keluarga Islam tidak diakui dan diterapkan secara legal formal dalam negara atau di pengadilan, karena di negara-negara penganut common law ini tetap diterapkan hukum setempat. Hal ini dikarenakan negara-negara ini menganut prinsip domisili dalam bidang hukum status personal. Sehingga, masyarakat muslim menerapkan hukum keluarga Islam secara cultural dalam masyarakatnya sendiri, yang dibimbing oleh mufti atau imam mereka, dan tidak sah sebagai hukum negara.

Adapun di negara-negara Eropa Continental yang menganut civil law system, seperti di Jerman dan Perancis, bagi masyarakat muslim migrant tetap dapat diterapkan hukum keluarga muslim secara resmi bahkan di pengadilannya. Pengadilan di Jerman dan Perancis dapat memutuskan prinsip-prinsip hukum keluarga Islam dalam kasus-kasus tertentu. Hal ini dikarenakan negara-negara Eropa continental menganut prinsip nasionalitas dalam penerapan hukum status personal.

⁵³ Lynn Welchman (ed.), *Women's Rights and Islamic family Law: Perspectives on Reform* (New York: Zed Book Ltd., 2004), hlm. 199.

⁵⁴ *Ibid.*, hlm. 200.

DAFTAR PUSTAKA

- Abd al Wahhab Khalaf, *‘Ilmu Usul Fiqh*, (Kairo: Dar Al-Qalam, 1978)
- Ade Maman Suherman, *Pengantar Perbandingan Sistem Hukum (Civil Law, Common Law, Hukum Islam)*, (Jakarta: Raja Grafindo Persada, tanpa tahun)
- Ahmad Rofiq, *Pembaharuan Hukum Islam di Indonesia*, (Yogyakarta: Gema Media, 2001)
- Alba J. Mayss, *Principles of Conflict of Laws*, (London: Cavendish, 1998)
- Bayu Seto Hardjowahono, *Dasar-dasar Hukum Perdata Internasional*, (Bandung: Citra Aditya Bakti, 2006)
- J.G. Castel, *Introduction to Conflict of Laws*, (Toronto: Butterworths, 1986)
- JND. Anderson, *Hukum Islam di Dunia Modern (Islamic Law in The Modern World)*, translated by Machnun Husain, (Yogyakarta: Tiara Wacana, 1994)
- Joseph Schach, *An Introduction to Islamic Law*, (Oxford: Clarendon Press, 1982)
- Juergen Basedow and Nadima Yassari (eds.), *Iranian Family and Succession Laws and their Application in German Courts*, (German: Mohr Siebeck, 2004)
- Lynn Welchman (ed.), *Women’s Rights and Islamic Family Law: Perspectives on Reform* (New York: Zed Book Ltd., 2004)
- Mahmud Syaltut, *Al-Islam Aqidah wa Syari’ah*, (Kairo: Dar Al-Qalam, 1966)
- Mathias Rohe, “Islamic Law in Germany Court”, in *Hawwa* 1 tahun 2003
- Pascale Fournier, “The reception of Muslim Family Laws in Wertern Liberal States”, December 2005.
- P. E Nygh, *Conflict of Laws in Australia*, (Sidney: Butterworths, 1976)
- Ridwan Khairandy, *Pengantar Hukum Perdata Internasional*, (Yogyakarta: UII Press, 2007)

R. Soeroso, *Perbandingan Hukum Perdata*, (Jakarta: Sinar Grafika, 1993)

Ruth Hayward, *Conflict of laws*, ed-4, (London: Cavendish, 2006)

Sudargo Gautama, *Pengantar Hukum Perdata Internasional Indonesia*, (Bandung: Binacipta, 1977)

Sudargo Gautama, *Hukum Perdata Internasional Indonesia*, the seventh book, (Bandung: Alumni, 1981)

Sunarjati Hartono, *Pokok-pokok Hukum Perdata Internasional Indonesia*, ed.3 (Bandung: Binacipta, 1989)

Tahir Mahmood, *Family Law Reform in The Muslim World*, (Bombay: Tripathi, 1972)

FASILITAS GEDUNG BAGI MASYARAKAT BERKEBUTUHAN KHUSUS (DISSABILITAS) MENURUT UU No. 28 TAHUN 2002 TENTANG BANGUNAN GEDUNG

Siti Rohani

Fakultas Hukum Universitas Tanjungpura Pontianak
Jl. A Yani Pontianak, 78124, Kalimantan Barat

Abstrac

This paper discusses the existing building facilities in the city of Pontianak both office buildings and public buildings. Under Law No. 28 of 2002 on Building provide legal protection for people with special needs (disabilities). In this Act gives liability for building owners to provide support facilities for the people of Disability in activities in the building which was to come. Facilities that can be provided by the building owner from providing a way for wheelchair users, special toilets, a special lift and others. Occurred despite the fact that the Act has required the building owner to build the facilities needed by persons with disabilities, but not all building owners meet what was required in the law.

Abstrak

Tulisan ini membahas tentang fasilitas bangunan gedung yang ada di kota Pontianak baik bangunan gedung perkantoran maupun bangunan gedung umum. Berdasarkan Undang-Undang Nomor 28 Tahun 2002 tentang Bangunan Gedung memberikan perlindungan hukum bagi masyarakat berkebutuhan khusus (Disabilitas). Pada UU ini memberikan kewajiban bagi pemilik gedung untuk memberikan fasilitas pendukung bagi masyarakat Disabilitas dalam melakukan aktivitas di gedung yang mereka datangi. Fasilitas yang dapat diberikan oleh pemilik bangunan

gedung mulai dari penyediaan jalan bagi pengguna kursi roda, toilet khusus, lif khusus dan lain-lain. Kenyataan yang terjadi meskipun UU telah mewajibkan pemilik bangunan gedung membangun fasilitas yang dibutuhkan oleh penyandang disabilitas, namun belum semua pemilik bangunan gedung memenuhi apa yang telah diwajibkan dalam UU tersebut.

Kata Kunci: Fasilitas, Bangunan Gedung, Masyarakat Berkebutuhan Khusus (*Disabilitas*)

A. Pendahuluan

Penyandang cacat atau *Disabilitas* merupakan kondisi dimana seseorang mengalami ketidak sempurnaan atas kondisi tubuh. Sebagai warga negara Indonesia, penyandang cacat atau orang yang berkebutuhan khusus (*disabilitas*) merupakan suatu bagian dari satu kesatuan yang membentuk Indonesia sebagai negara yang heterogen. Jadi mereka tidak boleh ditinggalkan atau disingkirkan dari perkembangan kehidupan bangsa Indonesia. Produk-produk hukum yang dikeluarkan oleh Pemerintah dan seluruh bangsa di dunia menuntut agar pemerintah Indonesia juga semakin peduli dengan keberadaan mereka tanpa mendiskriminasikan mereka dari kehidupan kita. Hal ini termasuk di dalam penyediaan sarana gedung yang memadai untuk mereka yang berkebutuhan khusus (*disabilitas*).

Pada dasarnya bangunan gedung memegang peranan yang sangat penting sebagai tempat dimana manusia melakukan kegiatannya sehari-hari. Pengaturan bangunan gedung secara khusus dituangkan dalam Undang-Undang Nomor 28 Tahun 2002 tentang Bangunan Gedung (UU Bangunan Gedung). Pengetahuan mengenai UU Bangunan Gedung ini menjadi penting mengingat hal-hal yang diatur dalam UU Bangunan Gedung tidak hanya diperuntukan bagi pemilik bangunan gedung melainkan juga bagi pengguna gedung serta masyarakat. Diatur dalam UU Bangunan Gedung, pemilik bangunan gedung adalah orang, badan hukum, kelompok orang, atau perkumpulan, yang menurut hukum sah sebagai pemilik bangunan gedung.¹

Pengaturan tentang bangunan gedung ini dibuat tentu saja

¹ Nurromadlon, Makalah Hukum Bangunan, www.google.com/blogspot.com/2012, diunduh tanggal 29 Mei 2013, jam 14.32 wib.hlm.1

sebagai panduan bagi pemilik gedung ataupun bagi mereka yang akan membangun gedung sehingga pembangunan gedung yang mereka lakukan dapat memenuhi ketentuan peraturan perundang-undangan tentang bangunan gedung serta layak untuk dapat digunakan bagi warga masyarakat berkebutuhan khusus atau *disabilitas*.

B. Peranan Negara Dalam Perlindungan Masyarakat

Khususnya Masyarakat Berkebutuhan Khusus (Disabilitas)

Menjadi tugas bagi negara untuk mewujudkan kesejahteraan bagi masyarakat yang berada dalam wilayah pemerintahannya. Baik itu oleh pemerintah pusat maupun pemerintah daerah. Sebagaimana yang tertuang dalam Pembukaan UUD 1945 Negara RI. Tujuan Negara Kesatuan Republik Indonesia seperti yang termaktub dalam Pembukaan UUD 1945 pada Alenia IV yaitu :² melindungi segenap bangsa dan seluruh tumpah darah Indonesia, memajukan kesejahteraan umum, mencerdaskan kehidupan bangsa, ikut melaksanakan ketertiban dunia yang berdasarkan kemerdekaan, perdamaian abadi dan keadilan sosial.

Dalam pandangan teori klasik tentang negara, peran negara dalam pembangunan, termasuk peran kesejahteraan, mencakup lima hal. Pertama, peran ekstraksi, yakni mengumpulkan sumberdaya, misalnya memperoleh devisa dari ekspor, eksploitasi sumberdaya alam, menarik pajak warga, atau menggali pendapatan asli daerah. Kedua, peran regulasi, yakni melancarkan kebijakan dan peraturan yang digunakan untuk mengatur dan mengurus barang-barang publik dan warga. Ketiga, peran konsumsi, yakni menggunakan (alokasi) anggaran negara untuk membiayai birokrasi agar fungsi pelayanan publik berjalan secara efektif dan profesional. Keempat, peran investasi ekonomi, yakni mengeluarkan biaya untuk meningkatkan pertumbuhan ekonomi (GNP, GDP dan PDR) dan membuka lapangan kerja bagi warga. Kelima, peran distribusi sosial, yakni negara mengeluarkan belanja untuk membiayai pembangunan sosial atau kebijakan sosial.³

Wujud konkretnya adalah pelayanan publik untuk memenuhi hak-hak dasar warga. Kelima peran klasik negara itu dapat terlaksana dalam

² UUD 1945 Amandemen ke 4

³ Masad Masrur, 2008, Artikel : Kewajiban Negara Terhadap Kesejahteraan Rakyat, di Posting 27-11-2008, 15:15:27 www.google.com , hlm.2

situasi “normal” dimana negara mempunyai kekuasaan politik yang besar dan mempunyai basis materi (ekonomi) yang memadai. Negara menjadi pelaku tunggal yang menjalankan peran mengumpulkan basis material sampai dengan membagi material itu kepada rakyat. Dan, dalam mencapai kesejahteraan, dibutuhkan peran “normal” negara untuk menciptakan pembangunan yang seimbang (*balanced development*), yaitu keseimbangan antara pembangunan ekonomi dan pembangunan sosial.⁴

Pembangunan nasional untuk memajukan kesejahteraan umum sebagaimana dimuat di dalam Undang-Undang Dasar 1945 pada hakekatnya adalah pembangunan manusia Indonesia seutuhnya dan pembangunan seluruh masyarakat Indonesia yang menekankan pada keseimbangan pembangunan, kemakmuran lahiriah dan kepuasan batiniah, dalam suatu masyarakat Indonesia yang maju dan berkeadilan sosial berdasarkan Pancasila.

Sebagai suatu negara hukum yang memiliki tugas untuk menjalankan cita-cita dan tujuan negara maka negara memiliki fungsi untuk mewujudkannya. Menurut Franken, istilah fungsi secara yuridis mengandung makna yang berkaitan dengan urusan tugas. De Haan, Drupsteen dan Frenhot yang dikutip oleh Koerniatmanto Soetoprawiro, mengemukakan bahwa tugas dalam hukum administrasi dilakukan oleh pemerintah melalui fungsi-fungsi sebagai berikut :⁵

- 1) Fungsi Normatif (*Normatieve Functie*); fungsi ini mengatur hubungan hukum antara pemerintah dengan rakyat. Bagi pemerintah, hukum administrasi berfungsi untuk menat (*regeling*) baik organisasi pemerintahan maupun aparatnya, memberikan arahan perilaku (*normering*) menyangkut urusan pemerintahan dan masalah pengayoan. Bagi rakyat, hukum administrasi mengatur kewajiban yang mengikat secara individual, baik melalui penetapan (*beschikkingen*) maupun melalui perjanjian (*overeenkomsten*)
- 2) Fungsi Instrumental (*Instrumentele functie*); fungsi ini digunakan oleh pemerintah untuk mengarahkan kehidupan rakyat. Secara aktif pemerintah dapat mengarahkan rakyat tersebut melalui peraturan perundang-undangan dan peraturan lainnya, sedangkan secara pasif pengarahan itu diselenggarakan melalui perancangan (*planning*).

⁴ *Ibid*, hal. 2

⁵ Sukamto Sutoto, 2004, *Pengaturan Eksistensi dan Fungsi Badan Kepegawaian Negara*, Yogyakarta, Hanggar Kreator, hlm.4

- 3) Fungsi Pengayoman (*Waarborg functie*); fungsi ini memberikan pengayoman kepada rakyat. Pengayoman yang dimaksudkan adalah pengayoman di bidang urusan pemerintahan, perlindungan hukum, dan masalah ganti rugi. Perlindungan hukum dimaksud adalah bersifat preventif dan represif.

Ketiga fungsi hukum administrasi tersebut saling berkaitan satu dengan yang lain. Fungsi normatif yang menyangkut penormaan kekuasaan memerintah berkaitan dengan erat dengan fungsi instrumental yang menetapkan instrumen yang digunakan oleh pemerintah untuk menggunakan kekuasaan memerintah dan pada akhirnya norma pemerintahan dan instrumen pemerintahan yang digunakan harus menjamin perlindungan hukum bagi rakyat.⁶

Warga negara Indonesia tidak saja mereka yang normal baik secara fisik maupun mental namun warga negara Indonesia termasuk mereka golongan warga negara yang berkebutuhan khusus (*disabilitas*) merupakan suatu bagian dari satu kesatuan yang membentuk Indonesia sebagai negara yang heterogen. Jadi mereka tidak boleh ditinggalkan atau disingkirkan dari perkembangan kehidupan bangsa Indonesia. Produk-produk hukum yang dibuahkan oleh Indonesia dan seluruh bangsa di dunia menuntut Indonesia untuk semakin peduli dengan keberadaan mereka tanpa mendiskriminasikan mereka dari kehidupan kita. Hal ini termasuk di dalam perlindungan penggunaan sarana bangunan gedung baik secara bentuknya maupun aksesibilitas yang memadai untuk mereka.

C. Kategori Masyarakat Berkebutuhan Khusus (*Disabilitas*)

Teori sosial abad ke dua puluh secara tipikal mengikuti tuduhan medis dalam mengidentifikasi penyandang cacat sebagai orang yang tidak memiliki fungsi kognisi, dan oleh karena itu tidak dapat untuk memenuhi tugas dan peran sosial. Ketidaksempurnaan kapasitas ini menjadikan mereka semakin tergantung kepada orang yang sempurna dan produktif. Anggapan ini dan asosiasi lainnya menunjukkan bahwa disabilitas dianggap sebagai sebuah tragedi personal.⁷

⁶ Rommy Patra, 2011, Usulan Proposal Disertasi : *Eksistensi Institusional Hak Asasi Manusia Sebagai Lembaga Negara Bantu Dalam Sistem Ketatanegaraan Indonesia, (Studi Penataan Kelembagaan Dalam Penegakan HAM)*, PDIH UNDIP, hlm.42

⁷ Colin Barnes-Geof Mercer, 2007, *Disabilitas Sebuah Pengantar*, IAIN Indonesia Social Equity Project, Jakarta, hlm. 3

Berdasarkan perspektif sosial, *disabilitas* merupakan suatu ketidakberfungsian.⁸

Nilai yang menyokong masyarakat haruslah sesuatu yang mendukung keinginan dan aktivitas mereka yang mayoritas, jadi penekanannya pada ketergantungan dan pencapaian yang kompetitif, khususnya di lingkungan pekerjaan, dengan letidak beruntungan akan adanya suatu stigma dan pandangan negatif terhadap individu yang tidak sempurna dalam nilai-nilai tersebut dalam aspek kehidupan. Dengan kekurangan yang dimiliki oleh masyarakat berkebutuhan khusus (disabilitas), perlu mendapat perhatian lebih dari pemerintah dan seluruh masyarakat. Masyarakat berkebutuhan khusus (disabilitas) juga sebagai konsumen dalam menikmati pelayanan jasa dan penggunaan suatu produk barang. Pelaku usaha yang merupakan pemilik usaha harus memperhatikan juga bagi kebutuhan konsumen mereka yang memiliki kebutuhan khusus (*disabilitas*).

Penyandang cacat atau Disabilitas merupakan kondisi dimana seseorang mengalami ketidak sempurnaan atas kondisi tubuh . Ada beberapa katagori yang termasuk penyandang disabilitas menurut teori. Adapun kategori tersebut adalah sebagai berikut :⁹

1. **Pengguna Kursi Roda**

Orang-orang yang menggunakan kursi roda memiliki jenis kecacatan yang berbeda-beda serta kemampuan yang beragam pula. Beberapa di antara mereka dapat menggunakan lengan dan tangan mereka. Beberapa lagi dapat turun dari kursi roda bahkan dapat berjalan untuk jarak yang dekat.

2. **Tunanetra atau Kesulitan Penglihatan**

Tunanetra mengetahui bagaimana mereka mengarahkan diri mereka sendiri dan berjalan-jalan di jalanan. Mereka mampu untuk berjalan tanpa bantuan, meskipun barangkali mereka akan menggunakan tongkat atau anjing penunjuk jalan. Seseorang mungkin memiliki keterbatasan penglihatan yang tidak lentara. Bersiaplah untuk membantu mereka misalnya dalam membacakan sesuatu ketika diminta.

3. **Orang Dengan Kesulitan Pendengaran (Tunarungu)**

Di indonesia belum ada keseragaman dalam penggunaan bahasa

⁸ Ibid, hlm.3-4

⁹ Indro Sutopo, *Etiket Berinteraksi Dengan Penyandang Cacat, Handicap International, Arbeiter-Samariter-Bund Deutschland e.V. Jakarta*, hlm. 17

isyarat. Tunarungu di Indonesia ada yang menggunakan isyarat Amerika (*American sign language*) tapi ada banyak yang masih menggunakan *home sign* (isyarat rumah).

4. **Orang Yang Mengalami Kesulitan Bicara**

Orang yang pernah mengalami stroke, mengalami kesulitan pendengaran akut, gagap bicara, orang yang menggunakan prothesi atau orang dengan kesulitan bicara lainnya biasanya mengalami kesulitan untuk memahami pembicaraan orang lain.

5. **Orang Bertubuh Pendek**

Terdapat 200 jenis gangguan pertumbuhan yang telah teridentifikasi dapat menyebabkan hambatan pertumbuhan sehingga menyebabkan tinggi badan seseorang hanya 4 kaki 10 inci atau kurang. Kebanyakan masyarakat yang memiliki tinggi badan normal merendahkan kemampuan orang yang bertubuh pendek. Bagi orang dewasa, dianggap masih

6. **Orang Dengan Kelayuhan Otak (*Cerebral Palsy*)**

Akibat dari luka pada sistem pusat syaraf, orang dengan kelayuhan otak (CP) memiliki kesulitan dalam mengendalikan otot-otot mereka.

7. **Orang Wicara (*Tourette Syndrome*)**

Orang dengan *tourette syndrome* sering mengeluarkan suara atau memberikan isyarat semacam kerenyit di luar kendalinya.

8. **Orang Yang Tampak 'Berbeda'**

Hal yang berbeda terjadi pada orang-orang yang mungkin tidak mengalami keterbatasan dalam kehidupan mereka sehari-hari namun diperlakukan seperti halnya mereka menyandang suatu jenis kecacatan hanya dikarenakan oleh penampilan mereka yang 'berbeda'. Orang yang wajahnya terlihat 'berbeda' misalnya karena sumbing atau terdapat belahan pada langit-langit mulutnya, memiliki kelainan bentuk tengkorak wajah, kelainan kulit, orang yang sangat tinggi atau sebaliknya sangat pendek, orang yang sangat gendut atau sangat kurus, orang yang menunjukkan efek samping penggunaan obat seperti gemeteran dan sebagainya sering mendapati orang lain memandang, memalingkan muka atau bahkan menatap aneh mereka seakan-akan mereka tidak ada.

Beberapa kategori warga berkebutuhan khusus (disabilitas) diauraikan di atas yang perlu mendapatkan perhatian serta perlindungan

dalam menggunakan fasilitas bangunan gedung sebagai tempat untuk melakukan aktivitas.

D. Persyaratan Fasilitas Gedung Bagi Penyandang *Disabilitas*

Bangunan gedung sebagai tempat manusia melakukan kegiatannya, mempunyai peranan yang sangat strategis dalam pembentukan watak, perwujudan produktivitas, dan jati diri manusia. Oleh karena itu, penyelenggaraan bangunan gedung perlu diatur dan dibina demi kelangsungan dan peningkatan kehidupan serta penghidupan masyarakat, sekaligus untuk mewujudkan bangunan gedung yang fungsional, andal, berjati diri, serta seimbang, serasi, dan selaras dengan lingkungannya.

Pada dasarnya bangunan gedung memegang peranan yang sangat penting sebagai tempat dimana manusia melakukan kegiatannya sehari-hari. Pengaturan bangunan gedung secara khusus dituangkan dalam Undang-Undang Nomor 28 Tahun 2002 tentang Bangunan Gedung (UU Bangunan Gedung). Pengetahuan mengenai UU Bangunan Gedung ini menjadi penting mengingat hal-hal yang diatur dalam UU Bangunan Gedung tidak hanya diperuntukan bagi pemilik bangunan gedung melainkan juga bagi pengguna gedung serta masyarakat. Diatur dalam UU Bangunan Gedung, pemilik bangunan gedung adalah orang, badan hukum, kelompok orang, atau perkumpulan, yang menurut hukum sah sebagai pemilik bangunan gedung.¹⁰

Bangunan gedung memiliki persyaratan yang harus dipenuhi sebagai syarat agar bangunan tersebut layak untuk difungsikan. Persyaratan keandalan bangunan gedung, persyaratan ini ditetapkan berdasarkan fungsi masing-masing bangunan gedung yang secara umum meliputi persyaratan:¹¹

- a) keselamatan, yaitu berkenaan dengan persyaratan kemampuan bangunan gedung untuk mendukung beban muatan, kemampuan bangunan gedung dalam mencegah dan menanggulangi bahaya kebakaran dengan melakukan pengamanan terhadap bahaya kebakaran melalui sistem proteksi pasif dan/atau proteksi aktif serta bahaya petir melalui sistem penangkal petir;

¹⁰ Nurromadlon, Makalah Hukum Bangunan, [www.google](http://www.google.com) nurromadlon. Blogspot.com/2012, diunduh tanggal 29 Mei 2013, jam 14.32 wib.hlm.1

¹¹ Ibid, hlm.1

- b) kesehatan, yaitu berkenaan dengan persyaratan sistem sirkulasi udara, pencahayaan, sanitasi, dan penggunaan bahan bangunan gedung;
- c) kenyamanan, yaitu berkenaan dengan kenyamanan ruang gerak dan hubungan antar ruang, kondisi udara dalam ruang, pandangan, serta tingkat getaran dan tingkat kebisingan; dan
- d) kemudahan, yaitu berkenaan dengan kemudahan akses bangunan gedung, termasuk tersedianya fasilitas dan aksesibilitas yang mudah, aman, dan nyaman bagi penyandang cacat dan lanjut usia, serta penyediaan fasilitas yang cukup untuk ruang ibadah, ruang ganti, ruangan bayi, toilet, tempat parkir, tempat sampah, serta fasilitas komunikasi dan informasi.

Dalam Undang-Undang Nomor 28 Tahun 2002 tentang Bangunan Gedung dmenyebutkan bahwa setiap bangunan gedung memiliki fungsi antara lain fungsi hunian, keagamaan, usaha, sosial dan budaya, serta fungsi khusus. Fungsi bangunan gedung ini yang nantinya akan dicantumkan dalam Izin Mendirikan Bangunan (IMB). Dalam hal terdapat perubahan fungsi bangunan gedung dari apa yang tertera dalam IMB, perubahan tersebut wajib mendapatkan persetujuan dan penetapan kembali oleh Pemerintah Daerah. Persyaratan bangunan gedung dapat dibagi menjadi 2 (dua) yaitu persyaratan administratif dan teknis bangunan gedung dimana diatur bahwa setiap bangunan gedung harus memenuhi kedua persyaratan tersebut.¹²

1. Yang masuk dalam ruang lingkup persyaratan administratif bangunan gedung ini yaitu:
 - a) persyaratan status hak atas tanah, dan/atau izin pemanfaatan dari pemegang hak atas tanah;
 - b) status kepemilikan bangunan gedung; dan
 - c) izin mendirikan bangunan gedung.
2. Sementara itu, persyaratan teknis bangunan gedung dapat dibagi lagi menjadi 2 (dua) yaitu meliputi persyaratan tata bangunan dan persyaratan keandalan bangunan gedung. Ruang lingkup persyaratan tata bangunan yaitu meliputi:
 - a) Persyaratan peruntukan dan intensitas bangunan gedung, yaitu berhubungan dengan persyaratan peruntukan lokasi bangunan gedung yang tidak boleh mengganggu keseimbangan

¹² *Ibid*,

lingkungan, fungsi lindung kawasan, dan/atau fungsi prasarana dan sarana umum, serta ketinggian gedung;

- b) Arsitektur bangunan gedung; dan
- c) Persyaratan pengendalian dampak lingkungan, yaitu persyaratan pengendalian dampak lingkungan yang hanya berlaku bagi bangunan gedung yang dapat menimbulkan dampak penting terhadap lingkungan.

Menurut Undang-Undang Nomor 28 Tahun 2002 tentang Bangunan, aksesibilitas adalah kemudahan yang disediakan bagi semua orang termasuk orang yang berkebutuhan khusus (*disabilitas*) dan lansia guna mewujudkan kesamaan kesempatan dalam segala aspek kehidupan dan penghidupan. Dalam pengertian ini terkandung dua jenis aksesibilitas yaitu non fisik dan fisik.

Aksesibilitas non fisik adalah suatu kemudahan yang diberikan bagi semua orang untuk dapat masuk, menggunakan serta keluar dalam suatu sistem. Sedangkan aksesibilitas fisik adalah suatu kemudahan yang diberikan untuk dapat masuk, menggunakan serta keluar dalam suatu bangunan. Mengenai aksesibilitas fisik, tentu saja yang dibutuhkan oleh penyandang disabilitas diantaranya ramp dan jalur pemandu bagi penyandang tunanetra dan pengguna kursi roda.¹³ Dengan aksesibilitas, semua orang dapat melakukan aktivitasnya dengan aman, mudah serta mandiri, tanpa mendapat diskriminasi.

Terhadap aksesibilitas juga memiliki beberapa asas. Adapun asas aksesibilitas itu antara lain :¹⁴

1. Keselamatan; yaitu setiap bangunan yang bersifat umum dalam suatu lingkungan terbangun, harus memperhatikan keselamatan bagi semua orang.
2. Kemudahan: yaitu setiap orang dapat mencapai semua tempat atau bangunan yang bersifat umum dalam suatu lingkungan
3. Kegunaan: yaitu setiap orang harus dapat menggunakan semua tempat atau fasilitas umum dalam suatu lingkungan
4. Kemandirian: yaitu setiap orang harus dapat mencapai, masuk dan mempergunakan semua tempat atau bangunan yang bersifat umum tanpa membutuhkan bantuan orang lain.

¹³ Tim ASB Indonesia, *Aksesibilitas Fisik*, Arbiter-Samariter-Bund Deutschland e.V, hlm. 3

¹⁴ *Ibid*, hlm. 4-6

Pembangunan gedung yang dilaksanakan harus dapat memberikan pelayanan yang terbaik kepada para penggunanya. Tidak terkecuali bagi pengguna yang berkebutuhan khusus atau disabilitas. Penerapan aksesibilitas pada bangunan gedung dapat diwujudkan pada beberapa hal yaitu :¹⁵ ramp, jalur pejalan kaki (trottoar), jalur pemadu untuk Tunanetra (orang buta dan low vision), toilet untuk pengguna kursi roda (tunadaksa), dan pintu. Dengan akses yang mudah pada bangunan dan lingkungan tidak akan ada yang merasa terdiskriminasi maupun menjadi belas kasihan orang lain dan bisa digunakan oleh semua orang.

E. Pengaturan Fasilitas Bangunan Gedung Bagi Warga Berkebutuhan Khusus (*Disabilitas*)

Saat ini, terdapat 146 negara penandatanganan Konvensi Hak Orang dengan *Disabilitas* (CRPD), 89 penandatanganan *Optional Protocol*, 90 ratifikasi terhadap Konvensi dan 57 ratifikasi Protokol.¹⁶ Namun, sangat disayangkan bahwa Indonesia termasuk negara yang hanya dapat menandatangani dan belum meratifikasi.¹⁷ CRPD menyatakan bahwa harus ada perubahan paradigma terkait orang dengan disabilitas.

Konsep bahwa orang dengan *disabilitas* adalah “obyek amal, pengobatan dan perlindungan sosial” menjadi pandangan bahwa orang dengan *disabilitas* sebagai subyek penyandang hak yang mampu memperjuangkan hak-haknya dan mampu membuat keputusan atas hidupnya berdasarkan kebebasannya sendiri sebagai anggota masyarakat aktif.¹⁸ CRPD mengakui bahwa setiap orang dengan segala jenis *disabilitas* harus dapat menikmati seluruh hak asasi manusia dan kebebasan dasar.

Lebih lanjut lagi, dalam Pasal 9 terdapat konsep *affirmative action* bagi orang penyandang disabilitas, yaitu dengan memberikan penjelasan mengenai pengaturan bahwa aksesibilitas memiliki tujuan untuk menciptakan kondisi dan lingkungan yang lebih mendukung bagi penyandang disabilitas untuk bersosialisasi di dalam masyarakat. Pengaturan tersebut menekankan mengenai pengadaan akses minimal bagi penyandang disabilitas terhadap ruang publik sebagaimana dimandatkan oleh Pasal 9 CRPD.

¹⁵ *Ibid*, hlm. 7

¹⁶ Lihat, <http://www.un.org/disabilities/countries>, hlm.1

¹⁷ Indonesia telah menandatangani CRPD pada 30 Maret 2007

¹⁸ <http://www.un.org/disabilities>, hlm. 1

Indonesia memiliki beberapa peraturan dan juga Undang-Undang No. 4 Tahun 1997 dan Undang-Undang No. 39 Tahun 1999 yang menyangkut penyandang *disabilitas* dan hak asasi manusia. Namun demikian, penerapan kedua undang-undang tersebut terhadap pemenuhan hak orang dengan *disabilitas* masih jauh dari sepiantasnya.

Kebutuhan aksesibilitas bangunan umum untuk penyandang cacat sebenarnya setelah dijamin oleh undang-undang. Bahkan penyediaan aksesibilitas bagi penyandang cacat dan lansia itu merupakan Komitmen Nasional, hal ini sudah tercantum pada Undang-Undang Dasar 1945, UU RI No. 4 tahun 1997 tentang Penyandang Cacat dan UU RI No. 39 Tahun 1999 tentang HAM; juga Surat Edaran Menteri Sosial RI Nomor: A/A-50/VI-04/MS; Surat Edaran Menteri Pendayagunaan Aparatur Negara RI No. SE/09/M.PAN/3/2004; Surat Edaran Menteri Negara Perencanaan Pembangunan Nasional RI No. 3064/M.PPN/05/2006 tentang Perencanaan Pembangunan yang Memberi Aksesibilitas bagi Penyandang Cacat. Dan untuk teknik pelaksanaan penyediaan aksesibilitas bangunan umum, Departemen PU telah Mengeluarkan Undang-Undang Nomor 28 Tahun 2002 tentang Bangunan Gedung dan Peraturan Menteri No. 30/PRT/M/2006 tentang Pedoman Teknis Fasilitas dan Aksesibilitas pada Bangunan dan Lingkungan dll.

Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia pada Pasal 28 H ayat 2 menyebutkan bahwa : “Setiap orang berhak mendapat kemudahan dan perlakuan khusus untuk memperoleh kesempatan dan manfaat yang sama guna mencapai persamaan dan keadilan. Selanjutnya pada Pasal 28 I ayat 2 menyebutkan pula bahwa: “Setiap orang berhak bebas dari perlakuan yang bersifat diskriminatif atas dasar apapun dan berhak mendapatkan perlindungan terhadap perilaku yang bersifat diskriminatif itu. Berdasarkan hal tersebut bukan sesuatu hal istimewa jika para penyandang *disabilitas* mendapatkan fasilitas pada setiap bangunan gedung, karena itu sudah merupakan kewajiban setiap penyedia fasilitas bangunan gedung.

Pendirian sebuah bangunan gedung tidak terlepas dari ketentuan Undang-Undang Nomor 28 Tahun 2002 tentang Bangunan merupakan salah satu produk hukum yang banyak mengangkat tentang *disabilitas*. Pasal 1 ayat 1 Undang-Undang Nomor 28 Tahun 2002 tentang Bangunan menyebutkan bahwa : Dalam undang-undang ini yang dimaksud dengan: “Bangunan gedung adalah wujud fisik hasil pekerjaan konstruksi yang

menyatu dengan tempat kedudukannya, sebagian atau seluruhnya berada di atas dan/atau di dalam tanah dan/atau air, yang berfungsi sebagai tempat manusia melakukan kegiatannya, baik untuk hunian atau tempat tinggal, kegiatan keagamaan, kegiatan usaha, kegiatan sosial, budaya, maupun kegiatan khusus”.

Setiap penyelenggara pembangunan gedung harus memahami tentang peraturan yang mengatur pembangunan sebuah gedung, dimana gedung yang dibangun harus memenuhi standar yang telah ditetapkan oleh peraturan perundang-undangan. Ketentuan tentang bangunan gedung juga menyebutkan tentang fungsi dari gedung yang akan dibuat. Pasal 5 UU Bangunan Gedung ini menyebutkan bahwa :

- (1) Fungsi bangunan gedung meliputi fungsi hunian, keagamaan, usaha, sosial dan budaya, serta fungsi khusus.
- (2) Bangunan gedung fungsi hunian sebagaimana dimaksud dalam ayat (1) meliputi bangunan untuk rumah tinggal tunggal, rumah tinggal deret, rumah susun, dan rumah tinggal sementara.
- (3) Bangunan gedung fungsi keagamaan sebagaimana dimaksud dalam ayat (1) meliputi masjid, gereja, pura, wihara, dan kelenteng.
- (4) Bangunan gedung fungsi usaha sebagaimana dimaksud dalam ayat (1) meliputi bangunan gedung untuk perkantoran, perdagangan, perindustrian, perhotelan, wisata dan rekreasi, terminal, dan penyimpanan.
- (5) Bangunan gedung fungsi sosial dan budaya sebagaimana dimaksud dalam ayat (1) meliputi bangunan gedung untuk pendidikan, kebudayaan, pelayanan kesehatan, laboratorium, dan pelayanan umum.
- (6) Bangunan gedung fungsi khusus sebagaimana dimaksud dalam ayat (1) meliputi bangunan gedung untuk reaktor nuklir, instalasi pertahanan dan keamanan, dan bangunan sejenis yang diputuskan oleh menteri.
- (7) Satu bangunan gedung dapat memiliki lebih dari satu fungsi.

Dengan demikian dapat terlihat bahwa bangunan yang dibuat memiliki banyak fungsi yang dapat dimanfaatkan oleh semua pihak. Pemanfaatan sebuah gedung bukan semata hak bagi masyarakat yang memiliki kesempurnaan, namun bagi para penyandang disabilitas juga memiliki hak yang sama.

Berdasarkan Pasal 27 Undang-Undang Nomor 28 Tahun 2002 tentang Bangunan Gedung menyebutkan :

- (1) Persyaratan kemudahan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 16 ayat (1) meliputi kemudahan hubungan ke, dari, dan di dalam bangunan gedung, serta kelengkapan prasarana dan sarana dalam pemanfaatan bangunan gedung.
- (2) Kemudahan hubungan ke, dari, dan di dalam bangunan gedung sebagaimana dimaksud dalam ayat (1) meliputi tersedianya fasilitas dan aksesibilitas yang mudah, aman, dan nyaman termasuk bagi penyandang cacat dan lanjut usia.
- (3) Kelengkapan prasarana dan sarana sebagaimana dimaksud dalam ayat (1) pada bangunan gedung untuk kepentingan umum meliputi penyediaan fasilitas yang cukup untuk ruang ibadah, ruang ganti, ruangan bayi, toilet, tempat parkir, tempat sampah, serta fasilitas komunikasi dan informasi.
- (4) Ketentuan mengenai kemudahan hubungan ke, dari, dan di dalam bangunan gedung, serta kelengkapan prasarana dan sarana sebagaimana dimaksud dalam ayat (2) dan ayat (3) diatur lebih lanjut dengan Peraturan Pemerintah.

Selanjutnya pada Pasal 28 Undang-Undang Nomor 28 Tahun 2002 tentang Bangunan Gedung menyebutkan :

- (1) Kemudahan hubungan horizontal antar ruang dalam bangunan gedung sebagaimana dimaksud dalam Pasal 27 ayat (2) merupakan keharusan bangunan gedung untuk menyediakan pintu dan/atau koridor antar ruang.
- (2) Penyediaan mengenai jumlah, ukuran dan konstruksi teknis pintu dan koridor disesuaikan dengan fungsi ruang bangunan gedung.
- (3) Ketentuan mengenai kemudahan hubungan horizontal antarruang dalam bangunan gedung sebagaimana dimaksud dalam ayat (1) dan ayat (2) diatur lebih lanjut dengan Peraturan Pemerintah.

Kemudian pada Pasal 29 Undang-Undang Nomor 28 Tahun 2002 tentang Bangunan Gedung menyebutkan :

- (1) Kemudahan hubungan vertikal dalam bangunan gedung, termasuk sarana transportasi vertikal sebagaimana dimaksud dalam Pasal 27 ayat (2) berupa penyediaan tangga, ram, dan sejenisnya serta lift dan/atau tangga berjalan dalam bangunan gedung.

- (2) Bangunan gedung yang bertingkat harus menyediakan tangga yang menghubungkan lantai yang satu dengan yang lainnya dengan mempertimbangkan kemudahan, keamanan, keselamatan, dan kesehatan pengguna.
- (3) Bangunan gedung untuk parkir harus menyediakan ram dengan kemiringan tertentu dan/atau sarana akses vertikal lainnya dengan mempertimbangkan kemudahan dan keamanan pengguna sesuai standar teknis yang berlaku.
- (4) Bangunan gedung dengan jumlah lantai lebih dari 5 (lima) harus dilengkapi dengan sarana transportasi vertikal (lift) yang dipasang sesuai dengan kebutuhan dan fungsi bangunan gedung.
- (5) Ketentuan mengenai kemudahan hubungan vertikal dalam bangunan gedung sebagaimana dimaksud dalam ayat (1), ayat (2), ayat (3), dan ayat (4) diatur lebih lanjut dengan Peraturan Pemerintah.

Ketentuan tersebut berlaku untuk penyediaan fasilitas gedung yang akan dibangun maupun yang telah ada, termasuk di dalamnya bangunan gedung pemerintahan, gedung pusat hiburan dan gedung-gedung yang menyediakan pelayanan publik baik untuk urusan pekerjaan maupun untuk sarana hiburan. Untuk itu pada Pasal 31 UU Bangunan menyebutkan bahwa :

- (1) Penyediaan fasilitas dan aksesibilitas bagi penyandang cacat dan lanjut usia sebagaimana dimaksud dalam Pasal 27 ayat (2) merupakan keharusan bagi semua bangunan gedung, kecuali rumah tinggal.
- (2) Fasilitas bagi penyandang cacat dan lanjut usia sebagaimana dimaksud dalam ayat (1), termasuk penyediaan fasilitas aksesibilitas dan fasilitas lainnya dalam bangunan gedung dan lingkungannya.
- (3) Ketentuan mengenai penyediaan aksesibilitas bagi penyandang cacat dan lanjut usia sebagaimana dimaksud dalam ayat (1) dan ayat (2) diatur lebih lanjut dengan Peraturan Pemerintah.

F. Implementasi Fasilitas Bangunan Gedung Berdasarkan UU Bangunan Gedung Pada Bangunan Gedung Di Kota Pontianak

Berdasarkan Undang-Undang No. 28 Tahun 2002 tentang Bangunan, diatur bahwa setiap bangunan harus menyediakan fasilitas/infrastruktur

untuk penyandang disabilitas, kecuali perumahan pribadi. Selain itu juga, ada Peraturan Pemerintah No. 43 Tahun 1998 tentang Upaya Peningkatan Kesejahteraan Sosial bagi Penyandang *Disabilitas*. Peraturan tersebut mengatur bahwa setiap penyelenggaraan fasilitas umum dan infrastruktur harus menyediakan aksesibilitas yang setara.¹⁹

Bangunan gedung merupakan salah satu wujud fisik pemanfaatan ruang. Oleh karena itu dalam pengaturan bangunan gedung harus mengacu pada penataan ruang sesuai peraturan perundang-undangan yang berlaku untuk menjamin kepastian dan ketertiban hukum dalam penyelenggaraan bangunan gedung, setiap bangunan gedung harus memenuhi persyaratan administratif dan teknis bangunan gedung, serta harus diselenggarakan secara tertib.

Namun demikian, aksesibilitas untuk mencapai kesetaraan dalam penggunaan bangunan umum dan kantor pemerintah masih jarang diimplementasikan. Hal ini tercermin melalui berbagai fasilitas yang belum bersahabat dengan penyandang disabilitas, tidak adanya jalan yang mendukung bagi penyandang disabilitas, elevator yang terlalu sempit, sarana sanitasi yang tidak mendukung bagi penyandang *disabilitas*.

Pembangunan gedung-gedung yang ada di kota Pontianak secara umum belum sepenuhnya memenuhi apa yang telah ditetapkan dalam undang-undang tentang bangunan gedung tersebut, hal ini dikarenakan belum dikeluarkannya peraturan tersebut pembangunan gedung-gedung tersebut telah menjamur di berbagai tempat. Sedikit sekali akses bagi masyarakat yang berkebutuhan khusus (*disabilitas*) pada tempat-tempat umum dan perkantoran.

Sampai saat ini masih banyak bangunan gedung yang belum memenuhi persyaratan yang telah ditetapkan oleh peraturan perundang-undangan namun tidak pernah ada sanksi yang tegas terhadap pemilik bangunan yang menyediakan sarana umum khususnya bangunan gedung. Hukum berjalan tanpa implementasi yang layak.

Hukum dan kebijakan dibuat dengan sanksi yang tidak pernah dilaksanakan. Masalahnya juga menjadi semakin rumit jika dikaitkan dengan jenis penyandang *disabilitas* dimana kebutuhan setiap penyandang disabilitas tidak selalu sama.²⁰ Namun demikian, pemerintah harus tetap

¹⁹ Pasal 8 UU NO. 28 Tahun 2002

²⁰ lihat, makalah Didi Tarsidi, makalah "Aksesibilitas Lingkungan Fisik Bagi Penyandang Cacat", 22 November 2008, www.google.com.

mengupayakan perencanaan pemberian prioritas terhadap aksesibilitas secara progresif. Kesenjangan juga terjadi ketika masyarakat kekurangan informasi mengenai kebijakan-kebijakan terkait penyandang disabilitas. Pada berbagai peraturan terdapat ketentuan yang memungkinkan penyandang disabilities melakukan gugatan atas haknya, namun ketentuan ini tidak banyak diketahui.

Masyarakat diupayakan untuk terlibat dan berperan secara aktif bukan hanya dalam rangka pembangunan dan pemanfaatan bangunan gedung untuk kepentingan mereka sendiri, tetapi juga dalam meningkatkan pemenuhan persyaratan bangunan gedung dan tertib penyelenggaraan bangunan gedung pada umumnya. Seluruh masyarakat juga diupayakan memiliki kepekaan dan kepedulian terhadap saudara-saudara mereka yang mempunyai kekurangan fisik.

Perlindungan terhadap seluruh warga negara tidak terkecuali para penyandang disabilitas harus dilaksanakan oleh negara melalui pemerintah yang aktif memantau perkembangan pembangunan gedung-gedung baru demi terciptanya pembangunan gedung yang memenuhi standar atau sesuai dengan ketentuan Undang-Undang Nomor 28 Tahun 2002 tentang Bangunan Gedung

G. Penutup

Pengaturan tentang penyediaan aksesibilitas bagi penyandang cacat dan lansia itu merupakan Komitmen Nasional, hal ini sudah tercantum pada Undang-Undang Dasar 1945, UU RI No. 4 tahun 1997 tentang Penyandang Cacat dan UU RI No. 39 Tahun 1999 tentang HAM; juga Surat Edaran Menteri Sosial RI Nomor: A/A-50/VI-04/MS; Surat Edaran Menteri Pendayagunaan Aparatur Negara RI No. SE/09/M. PAN/3/2004; Surat Edaran Menteri Negara Perencanaan Pembangunan Nasional RI No. 3064/M.PPN/05/2006 tentang Perencanaan Pembangunan yang Memberi Aksesibilitas bagi Penyandang Cacat. Dan untuk teknik pelaksanaan penyediaan aksesibilitas bangunan umum, Departemen PU telah Mengeluarkan Undang-Undang Nomor 28 Tahun 2002 tentang Bangunan Gedung dan Peraturan Menteri No. 30/PRT/M/2006 tentang Pedoman Teknis Fasilitas dan Aksesibilitas pada Bangunan dan Lingkungan.

DAFTAR PUSTAKA

- Colin Bernes- Geof Mercer, 2007, *Disabilitas Sebuah Pengantar*, IAIN Indonesia Social Equity Project, Jakarta
- Didi Tarsidi, makalah “Aksesibilitas Lingkungan Fisik Bagi Penyandang Cacat”, 22 November 2008, www.google.com.
- Indro Sutopo, *Etiket Berinteraksi Dengan Penyandang Cacat, Handicap International*, Arbeiter-Samariter-Bund Deutschland e.V. Jakarta
- Masad Masrur, 2008, Artikel : Kewajiban Negara Terhadap Kesejahteraan Rakyat, di Posting 27-11-2008, 15:15:27 www.google.com
- Nurromadlon, Makalah Hukum Bangunan, [www.google](http://www.google.com) nurromadlon. Blogspot.com/2012
- Patra, Rommy, 2011, Usulan Proposal Disertasi : *Eksistensi Institusional Hak Asasi Manusia Sebagai Lembaga Negara Bantu Dalam Sistem Ketatanegaraan Indonesia, (Studi Penataan Kelembagaan Dalam Penegakan HAM)*, PDIH UNDIP
- Sutoto, Sukamto, 2004, *Pengaturan Eksistensi dan Fungsi Badan Kepegawaian Negara*, Yogyakarta, Hanggar Kreator
- Tim ASB Indonesia, *Aksesibilitas Fisik (Panduan Untuk Mendesain Aksesibilitas Fisik Bagi Semua Orang Di Lingkungan Sekolah)*, Arbeiter-Samariter-Bund Deutschland e.V
- , *Etiket Berinteraksi Dengan Penyandang Cacat (Panduan Dalam Berinteraksi Dengan Penyandang Cacat)*, Arbeiter-Samariter-Bund Deutschland e.V
- Undang-Undang Negara Republik Indonesia Nomor 19 Tahun 2011 tentang Pengesahan *Convention On The Rights Persons With Disabilities* (Konvensi Mengenai Hak-Hak Penyandang Disabilitas)
- Undang-Undang Negara Republik Indonesia Nomor 28 Tahun 2002 tentang Bangunan Gedung
- Undang-Undang Negara Republik Indonesia Nomor 4 Tahun 1997 tentang Penyandang Cacat
- <http://www.un.org/disabilities>

PENETAPAN PIDANA MATI DALAM PERPEKTIF HUKUM ISLAM DAN INTERNATIONAL COVENANT ON CIVIL AND POLITICAL RIGHTS (ICCPR)

Muhammad Rifai

Pondok Pesantren Hasyim Asy'ari, Jepara, Jawa Tengah

Abstract

The death penalty is a polemic in the discourse of law and human rights in today's modern world. This is because there is a presumption that the death penalty was considered inhuman punishment. Therefore, the United Nations International Covenant megeluarkan on Civil and Political Rights (ICCPR) as a global treaty that restricts the execution of the country that still has the death penalty. It was considered a solution to keep kelangsungan human life includes the right to life, freedom, and human beings have the right to determine his life. View as it affected the Islamic law that still impose the death penalty is deemed to violate human rights. Therefore, the author tries to find common ground between the ICCPR and the fundamental Islamic law. ICCPR and Islamic law possessed the same goal is to maintain public order, protect the whole of society and the state, and yet both of these elements possessed a different approach.

Abstrak

Hukuman mati merupakan suatu polemik dalam wacana hukum dan HAM di dunia modern saat ini. Hal ini karena ada anggapan bahwa hukuman mati itu dianggap hukuman yang tidak manusiawi. Oleh karena itu PBB megeluarkan International Covenant on Civil and Political Right (ICCPR) sebagai perjanjian dunia yang membatasi dalam pelaksanaan hukuman mati

bagi negara yang masih memberlakukan hukuman mati. Hal itu dianggap suatu solusi untuk menjaga kelangsungan hidup manusia yang meliputi hak untuk hidup, memiliki kebebasan, dan manusia mempunyai hak untuk menentukan hidupnya. Pandangan seperti itu berimbas kepada hukum Islam yang masih memberlakukan hukuman mati dianggap melanggar Hak Asasi Manusia. Oleh karena itu penyusun mencoba mencari titik temu yang mendasar diantara ICCPR dan hukum Islam. ICCPR dan hukum Islam mempunyai tujuan sama yaitu menjaga ketertiban masyarakat, melindungi segenap masyarakat dan negara, dan tetapi kedua elemen tersebut mempunyai cara pendekatan yang berbeda.

Kata Kunci: hukuman mati, hukum Islam, ICCPR, hak asai manusia

A. Pendahuluan

Tidak ada permasalahan hukum yang lebih mendatangkan banyak reaksi dari masyarakat umum selain perdebatan mengenai hukuman mati. Baik di Indonesia maupun di negara-negara lainnya, sejak dahulu permasalahan ini telah membangkitkan respon dari setiap lapisan masyarakat. Dalam lingkup masyarakat internasional, pengakuan terhadap hukuman mati hampir tidak mempunyai tempat pada masyarakat yang demokratis dan berbudaya.¹ Pada saat ini, setelah 68 tahun diproklamasikannya deklarasi Hak Asasi Manusia sedunia (tahun 1948) oleh Perserikatan Bangsa-Bangsa, dunia diwarnai dengan pelanggaran-pelanggaran terhadap Hak Asasi Manusia. Pelanggaran-pelanggaran ini masih terus berlanjut di mayoritas negara di seluruh dunia; dan seluruh wilayah besar, blok-blok politik dan ideologi ikut terlibat.² Bilamana diskriminasi klasik masih belum semuanya lenyap, maka bentuk baru perlakuan yang tak wajar akan menjadi ciri ketidakperikemanusiaan sesama umat manusia. Bilamana terdapat ancaman-ancaman terhadap kebebasan dan martabat manusia yang sekarang

¹ Pan Mohamad Faiz, *Hukuman Mati dan Hak Untuk Hidup*, pada <http://jurnalhukum.blangspot.com/2007/05/penelitian-hukum-hukuman-mati-danhak.html> diakses pada tanggal 05 Maret 2014.

² Amnesty International Publication, *Amnesty International Report* (England: 1977), hlm.10.

telah timbul struktur masyarakat yang berteknologi modern, dan semua usaha untuk mencari pemecahan terhadap masalah yang menghambat pelaksanaannya di dalam sebuah kerangka sekuler terus gagal mencapai titik tertentu, maka sangatlah dibutuhkan untuk meninjau kembali dasar-dasar yang memuat konsep tentang hak-Hak Asasi Manusia yang berpijak pada sesuatu yang belum pernah terjadi sebelumnya.³

Penetapan pidana mati kini menjadi salah satu agenda utama dalam pembahasan dunia internasional yang kemudian agenda tersebut kian menguat hingga saat ini. Lahirnya konvensi ICCPR memberikan suatu titik terang terhadap negara-negara peserta dalam melaksanakan hak-hak sipil dan politik yang termasuk didalamnya hak untuk hidup, batas-batas pemberlakuan terhadap hukuman mati yang termasuk didalamnya keringanan terhadap negara peserta yang masih belum menghapuskan hukuman mati didalam konstitusi domestiknya. Keringanan tersebut berupa pemberlakuan hukuman mati hanya pada kejahatan yang paling serius saja.⁴ Pidana mati tidaklah bertentangan dengan HAM, justru pidana mati menjaga eksistensi manusia, karena dengan ancaman seberat itu, seseorang akan berpikir ulang jika ingin mengganggu bahkan menghilangkan hak hidup orang lain.⁵

Terlepas dari konsep tersebut, ketentuan agama Islam juga mengatur tentang pidana mati. termasuk hukum pidananya juga bertumpu pada pemenuhan dan perlindungan terhadap Hak Asasi Manusia serta kepentingan manusia. Tujuan utama penjatuhan pidana dalam *syarī'ah* Islam adalah untuk pencegahan dan pengajaran serta pendidikan.⁶ Selain itu *syarī'ah* Islam tidak lupa memberikan perhatian kepada diri pelaku, bahkan memberi pelajaran dan mengusahakan kebaikan terhadap diri pembuat merupakan tujuan utama, oleh karena itu hukum Islam sampai saat ini masih memberlakukan hukuman mati bertujuan untuk melindungi segenap jiwa-manusia dari kesewenang-wenangan pihak

³ Hussain Syaikat, *Hak Asasi Manusia Dalam Islam* (Jakarta: Gema Insani Press, 1996), hlm. 4

⁴ Mansyur Effendi, *Perkembangan Dimensi Hak Asasi Manusia (HAM) dan Proses Dinamika Penyusunan Hukum Hak Asasi Manusia (HAM)* (Bogor : Ghalia Indonesia. 2005), hlm. 67.

⁵ Mansyur Effendi, *Perkembangan Dimensi Hak Asasi Manusia (HAM)...*, hlm. 29.

⁶ Soerjono Soekanto, *Identifikasi Hukum Positif Tidak Tertulis Melalui Penelitian Hukum Normatif dan Empiris* (Jakarta: IND HILL CO, 1988), hlm. 87

lain, sehingga penjarahan manusia terhadap *jināyah* bukan karena takut akan dipidana, melainkan karena kesadaran diri dan kebencian terhadap tindakan kriminal, oleh karena itu jiwa-jiwa didalam hukum Islam sangat dilindungi.

Pidana mati bagi sebagian masyarakat modern menganggap bahwa pidana mati itu melanggar Hak Asasi Manusia. Berhubung Hak Asasi Manusia merupakan hak-hak dasar yang dibawa manusia semenjak lahir sebagai anugerah Tuhan Yang Maha Esa, maka perlu dipahami bahwa Hak Asasi Manusia tersebut tidaklah bersumber dari negara dan hukum, tetapi semata-mata bersumber dari Tuhan sebagai pencipta alam semesta beserta isinya, sehingga Hak Asasi Manusia itu tidak bisa dikurangi (*non derogable right*). Oleh karena itu, yang diperlukan dari negara dan hukum adalah suatu pengakuan dan jaminan perlindungan terhadap Hak Asasi Manusia meskipun itu suatu ketetapan pidana mati yang telah berlaku disuatu negara hukum.⁷

Dari permasalahan diatas, maka dapat disimpulkan bahwa antara hukum Islam dan ICCPR ada suatu benturan paradigma yang urgen. Hukum Islam masih menggunakan pidana mati bagi pelanggaran-pelanggaran yang dianggap merugikan masyarakat dan merusak moral dan akhlak, sedangkan ICCPR lebih condong untuk menghapuskan hukuman mati, terkecuali pelanggaran-pelanggaran yang dianggap seiris dan berat. Tulisan ini mencoba meretas perbedaan yang ada dengan menggunakan berbagai perspektif untuk menarik suatu benang merah. Perspektif yang coba penulis angkat adalah perspektif hukum Islam dan ICCPR. Hal ini dianggap penting karena mungkin bisa menyatukan paradigma barat yaitu berupa ICCPR dan paradigma timur yaitu hukum Islam. Penelitian ini dilakukan untuk menemukan titik temu diantara keduanya. karena pada prinsipnya hukum itu diciptakan hanya untuk menertibkan, melindungi, dan mengayomi masyarakat.

B. Pidana Mati dalam Tinjauan Islam

Dalam syariat Islam, konsep hukuman mati dikenal dengan istilah *qiṣāṣ* dan *diyāt*. *Qiṣāṣ* berasal dari bahasa Arab dari kata *قصاص* yang berarti mencari jejak seperti *al-Qaṣāṣ*. Sedangkan dalam istilah hukum

⁷ Rozali Abdullah, Syamsir, *Perkembangan HAM dan Keberadaan Peradilan HAM di Indonesia* (Jakarta: Ghalia Indonesia, 2002), hlm. 10.

Islam berarti pelaku kejahatan dibalas seperti perbuatannya, apabila membunuh maka dibalas dengan dibunuh dan bila memotong anggota tubuh maka dipotong juga anggota tubuhnya.⁸ Sedang *diyāt* artinya denda adalah sejumlah uang tebusan yang diberikan kepada ahli waris korban karena pembunuhan atau pelukaan. Ketentuan *qisās* dan *diyāt* ini dapat ditemukan dalam al-Qur'an, antara lain : QS. al-Baqarah (1): 178-179, Surat al-Isra' (17): 33, Surat al-Maidah (5): 45. dan beberapa hadist Rasulullah SAW.⁹

Ayat dan hadits tentang qisas menunjukkan wali (keluarga) korban pembunuhan dengan sengaja memiliki pilihan untuk membunuh pelaku tersebut (*qiṣāṣ*) bila menghendaknya, bila tidak, bisa memilih *diyāt* dan pengampunan. Pada asalnya pengampunan lebih utama, selama tidak mengantar kepada mafsadat (kerusakan) atau ada kemashlahatan lainnya.¹⁰

Ada dua macam perbuatan pelanggaran hukum yang bakal dikenai *qiṣāṣ*, yaitu :

1. Dilakukan terhadap orang yang pembunuhan yang sebenarnya tidak layak dibunuh (pembunuhan tanpa hak), yaitu pembunuhan dengan sengaja, beberapa orang membunuh satu orang dan orang merdeka membunuh budak dan ahli kitab membunuh wanita muslimah.
2. Pencederaan terhadap anggota badan tanpa hak.

Secara umum wali (keluarga) korban berhak menuntut *qiṣāṣ* apabila telah memenuhi syarat berikut:

- a. kejahatannya termasuk yang disengaja¹¹
- b. Korban termasuk orang yang dilindungi darahnya
- c. Pembunuh atau pelaku kejahatan seorang yang mukallaf yaitu berakal dan baligh.
- d. *At-takāfu'* (kesetaraan) antara korban dan pembunuhnya ketika

⁸ Muhammad bin Shalih Ibnu Utsaimīn, *Asy-Syarbul-Mumtī 'Ala Zādil-Mustaqni'*, cetakan pertama tahun 1428 H, (Dār Ibnul-Jauzi) KSA 14/34

⁹ Imam 'Nasā'i, *sunan nasā'i*, Jilid 14, hadist No. 4703, CD ROM al-Maktabah Syāmilah, Global Islamic Software, 1991-1997, hlm. 430

¹⁰ Shālih bin Fauzān al-Fauzān, *al-Mulakhash al-Fiqh*, cetakan ke-2 tahun 1426 H, (Jam'iyah Ihyā' at-Turāts al-Islāmi). Jilid 2 hlm 473 Dan Muhammad bin Shalih Ibnu Utsaimīn, *Asy-Syarbul-Mumtī 'Ala Zādil-Mustaqni'*, cetakan pertama tahun 1428 H, (Dār Ibnul-Jauzi) KSA 14/34.

¹¹ Imam Ibnu Qudāmah, 'Abdullāh bin 'Abdil muhsin at-Turki, *al-Mughbī wa tahqīq*, cetakan ke-2 tahun 1413 H, (penerbit Hajar), 11/457.

terjadi tindak kejahatan dalam sisi agama, merdeka dan budak. Sehingga tidak *dīqīṣāṣ* seorang Muslim karena membunuh orang kafir; dengan dasar hadis Rasulullah SAW.¹²

- e. Tidak ada hubungan keturunan (melahirkan) dengan ketentuan korban yang dibunuh adalah anak pembunuh atau cucunya.¹³ Sedangkan anak bila membunuh orang tuanya tetap terkena keumuman kewajiban *qīṣāṣ*.

Ancaman pidana mati dalam pidana Islam mencakup empat kejahatan¹⁴:

1. perbuatan zina bagi yang telah bersuami istri dengan dirazam
2. perampokan (*hirabah*), diatur dalam surat al-Maidah ayat 33:
3. Pembunuhan sengaja (menghilangkan nyawa orang lain) dalam hal tidak mendapat kemaafan dari ahli waris.
4. pengkhianatan terhadap agama (*murtad*) atau *riddah*.¹⁵

Pemberian hukuman dalam hukum Islam bukan semata-mata untuk balas dendam (bila ayat ayat dimaknai secara tektual saja), melainkan untuk mencegah terjadinya pengulangan pelanggaran hukum tersebut, baik oleh pelakunya maupun masyarakat secara umum.¹⁶ Asas-asas yang terkandung dalam penetapan hukuman adalah konsekuensi, manfaat, reformasi, dan pencegahan.¹⁷ Jika hal tersebut dilakukan maka tujuan hukum tersebut dapat terlaksana dengan baik.

Dalam hukum Islam, hukuman mati merupakan bentuk hukuman maksimal yang memiliki dasar hukum yang kuat. Ini menunjukkan

¹² HR-Bukhāri, kitab diyat, bab tebusan (diyāt) No. 6394, lidwa hadist i-software.

¹³ HR Ibnu Mājah, kitab diyat, Bab: Bapak tidak dibunuh karena membunuh anak, hadist No. 2651, diambil dari lidwa hadist i-software

¹⁴ Zaidan, `Abdul- Karim, Prof. Dr., "*al-Madkhal Li Dirāsāt as-Syarī`at al-Islāmiyah*", Terbitan *Dār `Umar Ibn al-Khattab*, Alexandria (Mesir, 1969), hlm. 404

¹⁵ Shahih al-Bukhari, kitab: Meminta taubat orang-orang murtad dan para pembangkan serta memerangi mereka, Bab : Laki-laki dan wanita murtad serta tawaran meminta bertaubat, Hadits no, 6411, diambil dari lidwa hadist i- software.

¹⁶ Ali Sodiqin, *Hukum Qisas: Dari Hukum Adat Menuju Sistem Modern*, Cet.I (Yogyakarta: Tiara Wacana, 2010), hlm. 155

¹⁷ Mustafa A. Kara, *The Philosophy Of Punishment In Islamic Law* (Ann Arbor, Michigan: University Microfilm International, 1983), hlm.199

bahwa hukum Islam masih mempertahankan hukuman mati untuk tindak kejahatan tertentu, di mana esensi penerapannya bertujuan untuk melindungi kepentingan individu dan masyarakat dari tindak kejahatan yang membahayakan sendi sendi dasar kemanusiaan.¹⁸ Dasar filosofi hukuman qisas adalah reformatif, yaitu bertujuan untuk memperbaiki dan sebagai pembelajaran untuk pelaku kejahatan terutama masyarakat umumnya agar tidak mengulanginya lagi. Reformatif perilaku mengandung asas pendidikan, yaitu memberikan pelajaran kepada pelaku kriminal agar insaf dan bertobat dan mengakui sepenuh hati bahwa kejahatan yang telah dilakukan oleh pelaku adalah melanggar hukum. Penentuan tentang bentuk hukuman reformatif ini menjadi kewenangan hakim, dengan mempertimbangkan tingkat atau kualitas kejahatan dan jenis hukumannya. Dari sinilah para fuqoha merumuskan tingkatan pembunuhan sekaligus tingkatan hukumannya. Semakin tinggi tingkatan kejahatannya, semakin berat pula tingkatan hukumannya.¹⁹

Hukuman mati dalam Islam tidak semerta-merta mudah dilakukan, ia melakukan proses panjang dan pertimbangan untuk menetapkan hukuman mati. Dalam konteks modern seperti ini, hukuman ini hanya dilakukan kepada kejahatan-kejahatan tertentu. semisal narkoba, terorisme dan korupsi, termasuk kategori hukuman *ta'zir* yang disebut dengan *'al-qatlu al-siyasi*, yaitu hukuman mati yang tidak diatur oleh al-Qur'an dan al-Sunnah, tapi diserahkan kepada penguasa atau negara, baik pelaksanaan ataupun tatacara eksekusinya. Hukuman maksimal (mati) tersebut boleh diberlakukan oleh suatu negara jika dipandang sebagai upaya efektif menjaga ketertiban dan kemaslahatan masyarakat.²⁰

Dengan demikian, ada kriteria-kriteria tertentu yang diatur dalam hukum Islam yang memungkinkan suatu tindak kejahatan tersebut dapat dijatuhi hukuman mati. Perbuatan menghilangkan nyawa karena alasan dendam atau untuk menebar kerusakan hanya dapat diputuskan oleh pengadilan yang berwenang, selama berlangsung peperangan perbuatan

¹⁸ Lihat Abd al-Wahab al-Kalmaf, *Ilmu Uṣūl al-Fiqh*, (Kuwait: Dār al-Qalam, 1992), hlm. 198. Lihat pula Muhammad Abu Zahrah, *Uṣūl al-Fiqh*, (Kairo: Maktabah Muhaimar, 1957), hlm. 351

¹⁹ Ali Sodiqin, *Hukum qisas...*, hlm.158

²⁰ Hukuman maksimal (mati) tersebut boleh diberlakukan oleh suatu negara jika dipandang sebagai upaya efektif menjaga ketertiban dan kemaslahatan masyarakat. Khaeron Sirin, "Eksekusi Mati Trio Bom Bali", Koran Tempo, 25 Nopember 2008.

itu hanya dapat diadili oleh pemerintah yang sah. Dalam setiap peristiwa itu, tidak ada satu pun individu yang memiliki hak untuk mengadili secara main hakim sendiri.²¹

Islam, seperti halnya sistem lain melindungi hak untuk hidup. Ia melarang bunuh diri dan pembunuhan. Dalam Islam, pembunuhan terhadap seorang manusia tanpa alasan yang benar diibaratkan seperti membunuh seluruh manusia. Sebaliknya, barang siapa yang memelihara kehidupan seorang manusia, maka diibaratkan seperti memelihara manusia seluruhnya.²² Tujuan Allah SWT mensyariatkan hukumnya adalah untuk memelihara kemaslahatan manusia, sekaligus untuk menghindari *mafsadat*, baik di dunia maupun di akhirat. Tujuan tersebut hendak dicapai melalui *taklif*, yang pelaksanaannya tergantung pada pemahaman sumber hukum yang utama, Al-Qur'an dan Hadist. Dan dalam rangka mewujudkan kemaslahatan di dunia dan akhirat.²³

C. Hukuman Mati ditinjau dari Internasional Covenant On Civil and Political Rights (ICCPR).

Patut dicatat bahwa makin banyak negara di dunia yang tidak lagi menerapkan atau membatasi hukuman mati untuk hal-hal tertentu saja seperti keadaan perang atau keadaan gawat lainnya. Protokol Opsional Kedua Kovenan Internasional tentang Hak Sipil dan Politik, 1989 pada prinsipnya melarang hukuman mati kecuali dalam keadaan tertentu, seperti dalam keadaan gawat lainnya. Namun demikian, masih harus dipertanyakan, apakah hukuman mati merupakan pelanggaran HAM menurut hukum internasional?

Kovenan Internasional Hak Sipil dan Politik (ICCPR) 1966 yang sudah diratifikasi oleh Indonesia, menyatakan bahwa hak atas hidup adalah hak yang mendasar dan tidak dapat dilanggar dalam keadaan apapun (*non-derogable rights*). Pengecualian hak atas hidup dalam Kovenan Internasional tentang Hak-hak Sipil dan Politik terkait dengan masalah hukuman mati, ada beberapa pasal yang mengaturnya.

²¹ Maulana Abul A'la Maududi, *Hak-Hak Asasi Manusia dalam Islam (terjemah)* (Jakarta: Bumi Aksara, 2000), hlm. 12

²² Topo Santoso, *Membumikan Hukum Pidana Islam Penegakkan Syariat dalam Wacana dan Agenda* (Jakarta: Gema Insani, 2003), hlm. 71.

²³ Fathurrahman Djamil, *Filsafat Hukum Islam* (Jakarta: Logos Wacana Ilmu, 1997), hlm. 125.

Pasal 6 ayat (1) tidak melarang hukuman mati, namun demikian Pasal 6 ayat (2) dan Pasal 6 ayat (6) meletakkan sejumlah pembatasan pada penerapannya.

Lima pembatasan spesifik terhadap hukuman mati bisa diidentifikasi dari ketentuan-ketentuan Pasal 6 ayat (2) dan Pasal 6 ayat (6), yaitu:

1. *Setiap manusia berhak atas hak untuk hidup yang melekat pada dirinya. Hak ini wajib dilindungi oleh hukum. Tidak seorang pun dapat dirampas hak hidupnya secara sewenang-wenang.*
2. *Di negara-negara yang belum menghapuskan hukuman mati, putusan hukuman mati hanya dapat dijatuhkan terhadap beberapa kejahatan yang paling serius sesuai dengan hukum yang berlaku pada saat dilakukannya kejahatan tersebut, dan tidak bertentangan dengan ketentuan Kovenan dan Konvensi tentang Pencegahan dan Hukum Kejahatan Genosida. Hukuman ini hanya dapat dilaksanakan atas dasar keputusan akhir yang dijatuhkan oleh suatu pengadilan yang berwenang.*
3. *Apabila suatu perampasan kehidupan merupakan kejahatan Genosida, harus difahami, bahwa tidak satu pun dalam Pasal ini yang memberikan kewenangan pada negara yang menjadi Pihak dalam Kovenan ini, untuk mengurangi kewajiban apapun yang telah dibebankan oleh ketentuan dalam Konvensi tentang Pencegahan dan Hukuman bagi Kejahatan Genosida.*
4. *Setiap orang yang telah dijatuhi hukum mati berhak untuk memohon pengampunan atau penggantian hukuman. Amnesti, pengampunan atau penggantian hukuman mati dapat diberikan dalam semua kasus.*
5. *Hukuman mati tidak boleh dijatuhkan atas kejahatan yang dilakukan oleh seseorang di bawah usia delapan belas tahun dan tidak boleh dilaksanakan terhadap perempuan yang tengah mengandung.*
6. *Tidak ada satu pun dalam Pasal ini yang boleh dipakai untuk menunda atau mencegah penghapusan hukuman mati oleh negara yang menjadi Pihak dalam Kovenan ini.²⁴*

Komite Hak Asasi Manusia juga mengamati bahwa ketentuan ketentuan Pasal 6 ayat (2) dan Pasal 6 ayat (6) mengisyaratkan keinginan mengabolisi hukuman mati dalam hukum internasional. Bagaimanapun, belum ada kata mufakat di antara Negara-negara dunia tentang abolisi

²⁴ Ditetapkan oleh Resolusi Majelis Umum 2200 A (XXI) Tertanggal 16 Desember 1966, Terbuka untuk penandatanganan, ratifikasi dan akses

hukuman mati. Walaupun sebagian Negara dianggap sebagai 'Negara negara abolisionis', sebagian lain dianggap sebagai 'Negara-negara non-abolisionis' berkenaan dengan hukuman mati. Sebagian besar Negara Muslim termasuk dalam 'Negara-negara non-abolisionis'. Selain Republik Azerbaijan, dan belakangan Turki, tidak ada Negara Muslim lain yang mengabolisi hukuman mati atau menjadi Pihak dalam Protokol Opsional Kedua Kovenan Internasional tentang Hak-hak Sipil dan Politik tahun 1989 yang secara khusus bertujuan mengabolisi hukuman mati.

Dalam perkembangannya, anggota-anggota PBB pada 1989 memutuskan bahwa "penghapusan hukuman mati membantu peningkatan martabat manusia dan pengembangan HAM secara bertahap," dan kemudian menetapkan Protokol Kedua kovenan internasional hak-hak sipil dan politik (KIHSP) yang secara eksplisit bertujuan menghapus hukuman mati. Negara-negara yang telah meratifikasi Protokol Kedua sepakat untuk menghapus penggunaan hukuman mati untuk kejahatan biasa. Negara yang telah meratifikasi Protokol Kedua hanya dapat melakukan pengecualian kalau sudah dengan jelas membuat reservasi terhadap Protokol tersebut, dan pengecualian itu hanya untuk kejahatan yang dilakukan "pada saat perang untuk kejahatan yang paling berat yang bersifat kejahatan militer" (Pasal 2).

Hingga Juni 2006 hanya 68 negara yang masih menerapkan praktik hukuman mati, termasuk Indonesia, dan lebih dari setengah negara-negara di dunia telah menghapuskan praktik hukuman mati. Ada 88 negara yang telah menghapuskan hukuman mati untuk seluruh kategori kejahatan, 11 negara menghapuskan hukuman mati untuk kategori kejahatan pidana biasa, 30 negara negara malakukan moratorium (*de facto* tidak menerapkan) hukuman mati, dan total 129 negara yang melakukan abolisi (penghapusan) terhadap hukuman mati. Sampai saat ini Indonesia belum meratifikasi Protokol Kedua ICCPR, walaupun pada beberapa kali kesempatan, Komnas HAM merekomendasikan agar Pemerintah Indonesia segera meratifikasi Protokol Pertama dan Kedua Konvensi Internasional Hak Sipil dan Politik.

Komite Hak Asasi Manusia Perserikatan Bangsa-Bangsa menyatakan bahwa hak hidup sebagai "*supreme human rights*" yang artinya bahwa tanpa pemenuhan hak hidup maka hak-Hak Asasi Manusia lainnya tidak mempunyai arti apa-apa.⁷ Hak hidup jug menempati urutan pertama sebagai hak substantif yang diatur baru kemudian disusul oleh hak-hak

lainnya. Dengan demikian, hak hidup termasuk hak yang tidak dapat dikurangi dalam keadaan apa pun (*non derogable rights*) bahkan dalam keadaan darurat yang membahayakan kehidupan bangsa sekalipun.

Hukum nasional yang memuat ketentuan hukuman mati dengan demikian harus pula memenuhi ketentuan tersebut dan tidak mengandung unsur-unsur ketidaksahan dan bersifat tidak adil. Dengan demikian, frasa ‘tidak seorang pun dapat dirampas hidupnya secara sewenang-wenang’ dalam pasal 6 Kovenan menunjukkan adanya maksud bahwa sewenang-wenang/*arbitrarily* bermakna baik secara tidak sah/*illegally* maupun tidak adil/*unjustly*.²⁵ Ditegaskan pula bahwa kalimat tersebut meminta pula tidak adanya unsur tidak dapat dijadikan pegangan (*capriciousness*) dan ketakmasukaakalan (*unreasonableness*).²⁶

Arti filosofi dari pasal 6 ICCPR tentang larangan untuk menjatuhkan hukuman mati adalah: *pertama*, hak untuk hidup, hak untuk tidak disiksa, hak kemerdekaan pikiran dan hati nurani, hak beragama, hak untuk tidak diperbudak, hak untuk diakui sebagai pribadi di hadapan hukum, dan hak untuk tidak dituntut atas dasar hukum yang berlaku surut adalah hak asasi manusia yang tidak dapat dikurangi dalam keadaan apa pun. *Kedua*,

ICCPR memberikan keringanan untuk “masih” memberlakukan hukuman mati hanya untuk kejahatan-kejahatan tertentu saja. *Ketiga*, ICCPR membatasi hukuman mati karena hal ini menyangkut hak hidup (hak dasar) atau nyawa seseorang yang tidak akan dapat direhabilitasi bila eksekusi mati telah dilaksanakan. *Keempat*, ICCPR membatasi hukuman mati dan menyarankan negara teritori tidak buru-buru menetapkan hukuman mati karena menganggap keefektifan ditetapkannya pidana mati masih diragukan. *Kelima*, jiwa-jiwa manusia yang harus dilindungi karena setiap manusia berhak untuk menentukan nasibnya sendiri dan sangat menghormati kebebasan serta menjunjung tinggi martabat manusia.

ICCPR mempunyai pegangan “melarang” penetapan hukuman mati, hal ini didasari oleh sejarah pengalaman pemidanaan dunia, yaitu tentang *deterrent effect* pidana mati. Hal itu (penetapan pidana mati) ternyata tidak juga berhasil mengurangi sepenuhnya tindak pidana yang ingin diperangi.

²⁵ Sir Nigel Rodley, *The United Nation's Work in the Field of the Death Penalty...*, hlm. 137

²⁶ Nowak, M. (2005), *U.N. Covenant on Civil and Political Rights CCPR Commentary...*, hlm. 128

Bukti ilmiah yang klasik maupun modern, sebagaimana diterangkan oleh para ahli, merupakan hal yang sesungguhnya tidak terbantahkan. Akan tetapi fakta yang dikemukakan ahli yang diajukan Pemerintah dan Pihak Terkait, bahwa karena sebagian (besar) negara di Asean masih memperlakukan pidana mati.

Pasal 6 Internasional Covenant Civil And Politic Rights (ICCPR) juga menentukan bahwa pemerintah-pemerintah tersebut harus meninjau kembali praktek-praktek, peraturan dan undang-undang mereka untuk mempertimbangkan restitusi sebagai pilihan penjatuhan vonis dalam kasus kasus kejahatan, terutama sanksi pidana mati. Hal tersebut dilakukan karena penerapan hukuman mati sudah dianggap sebagai bentuk hukuman yang kejam dan tidak manusiawi.

ICCPR pada dasarnya memuat ketentuan mengenai pembatasan penggunaan kewenangan oleh aparat represif negara, khususnya aparat represif negara yang telah meratifikasi ICCPR. Makanya hak-hak yang terhimpun di dalamnya juga sering disebut sebagai hak-hak negatif (*negative rights*). Artinya, hak-hak dan kebebasan yang dijamin di dalamnya akan dapat terpenuhi apabila peran negara terbatas atau terlihat minus. Tetapi apabila negara berperan intervensionis, tak bisa dielakkan hak-hak dan kebebasan yang diatur di dalamnya akan dilanggar oleh negara.

Singkatnya hak-hak yang terdapat dalam ICCPR ini bersifat *justiciable*. Inilah yang membedakannya dengan tanggung jawab negara dalam konteks memenuhi kewajiban yang terbit dari ICESCR, yang tidak harus segera dijalankan pemenuhannya. Tetapi secara bertahap (*progressive realization*), dan karena itu bersifat *non-justiciable*. Kewajiban negara yang lainnya, yang tak kalah pentingnya, adalah kewajiban memberikan tindakan pemulihan bagi para korban pelanggaran hak atau kebebasan yang terdapat dalam Kovenan ini secara efektif. Sistem hukum suatu negara diharuskan mempunyai perangkat yang efektif dalam menangani hak-hak korban tersebut.

D. Komparasi Hukuman Mati Menurut Hukum Islam Dan International Covenant On Civil And Political Right (ICCPR).

Sejak dahulu sampai sekarang, dikotomi hukuman mati antara HAM / ICCPR dengan hukum Islam terus berlanjut. Perspektif HAM/ICCPR dianggap perspektif yang dianggap paling pas untuk menjustifikasi argumentasi sebagian orang yang menentang pidana mati. Sedangkan

beberapa pihak yang tidak setuju dengan hukum Islam beranggapan bahwa hukum Islam itu adalah produk-produk terdahulu (masa jahiliyah) yang mana dalam penetapannya sudah tidak relevan dengan keadaan sekarang dan ketinggalan zaman. Pemaknaan hukuman mati yang sempit menyebabkan pihak-pihak yang menentang pidana mati lebih eksklusif dan mengabaikan makna/ ruh syariat dan tujuan umum dari agama Islam.

ICCPR mupun hukum Islam memandang bahwa dalam ketentuan hukuman mati itu merupakan bagian dari proses memelihara kehidupan itu sendiri. Sehingga para ahli fiqh lebih memilih menghindari hukuman mati, melalui ketentuan-ketentuan prosedural atau keringanan yang dalam bahasa teknis hukum internasional disebut dengan *procedural and commutative provision*. Dalam hukum Islam, sekalipun terdapat ketentuan hukuman yang disebut dengan hudud untuk beberapa jenis pelanggaran yang lebih bersifat retributif semisal *qisās*, namun dalam banyak kasus hukum Islam lebih mengedepankan pada aspek diskresioner yang dikenal dengan *ta'zir*. Misalnya dengan pembayaran diat (*blood money*), sebagai ganti hukuman mati.²⁷

Hukum Islam seperti halnya ketentuan pembatasan dalam ICCPR pasal 6, sangat menekankan pada proses pemeriksaan yang adil dan tidak diskriminatif. Dalam kaitan ini, hukum Islam membedakan putusan yang dijatuhkan oleh pengadilan yang berwenang dengan pendapat hukum seorang mufti yang terkait. Putusan akhir yang bisa mengeksekusi hanya bisa dijatuhkan oleh hakim setelah pertimbangan penuh sesuai dengan proses hukum yang berlaku. Sementara fatwa hanyalah opini hukum yang tidak mengikat dan tidak pula bisa mengeksekusi.

Hukum Islam menganjurkan pemberian ampunan atas pelaku dosa, ini artinya dalam hukum Islam mengakui prinsip amnesti. Prinsip amnesti ini bisa diberikan oleh penguasa sesuai dengan prinsip *haq al afwan al-uqūbah*, yakni untuk mengampuni hukuman. Sebahagian ahli fiqh berpendapat pertimbangan remisi merupakan alternatif yang lebih baik ketimbang hukuman mati dalam perkara pembunuhan.

Jika Pasal 6 ICCPR dibaca secara keseluruhan kita akan melihat bahwa hak untuk hidup adalah semangat yang utama yang harus terus

²⁷ Nabi sendiri dalam beberapa kasus menganjurkan sebisa mungkin menghindarkan hukuman mati. Lihat dalam 32 Wahbah Zuhayli, *Fiqh al-Islami Wa Adilatuhu*, Vol 7, hlm 5037

dihormati sampai nanti ia betul-betul menjadi hak asasi yang absolut, yang sifatnya “*non-derogable*” dalam keadaan apa pun.

Hukum Islam, menerapkan hukuman dengan tujuan untuk menciptakan ketentaraman individu dan masyarakat serta mencegah perbuatan-perbuatan yang bisa menimbulkan kerugian terhadap anggota masyarakat, baik yang berkenaan dengan jiwa, harta maupun kehormatan. Tujuan pemberi hukuman mati dalam Islam sesuai dengan konsep tujuan umum disyariatkan hukum, yaitu untuk merealisasi kemaslahatan ummat dan sekaligus akan ditegakkan keadilan.

Hukuman mati yang ditegakkan dalam *syarī'ah* Islam mempunyai tiga aspek, preventif (pencegahan), represif (pendidikan) dan reformatif (nasihat tersirat agar perbuatan tidak terjadi dikemudian hari). Dengan ditetapkan ketiga aspek tersebut akan dihasilkan satu aspek kemaslahatan (positif), yaitu terbentuknya moral yang baik, maka akan menjadikan masyarakat menjadi aman, tentram damai dan penuh dengan keadilan, karena moral yang dilandasi agama akan membawa perilaku manusia sesuai dengan tuntutan agama.

ICCPR dan hukum Islam meskipun mempunyai banyak kesamaan, tetapi kedua perspektif tersebut mempunyai perbedaan yang sangat mencolok dan mendalam. Perbedaan itu ialah: *pertama*, ICCPR adalah produk daripada manusia yang sangat mungkin mengalami suatu kesalahan dalam penetapan hukumnya. Sedangkan hukum Islam adalah produk dari Allah swt yang absolut dan tidak akan mungkin mengalami suatu kesalahan sedikitpun, meskipun dalam kenyataannya dalam memahami suatu teks al-Qur'an masih mengalami suatu kelemahan-kelamahan dalam menafsirkannya. Oleh karena itu masih banyak orang yang memahami penetapan hukuman mati itu dipahami secara tekstual saja, tidak melihat secara hermetik maupun filosofinya. Sehingga terjadi suatu penyempitan pemahaman tentang pemaknaan hukuman mati dalam hukum Islam.

Kedua, ICCPR dan hukum Islam dalam menilai kadar kejahatannya sangatlah berbeda. Ancaman pidana mati terhadap beberapa tindak pidana dalam ICCPR terlihat tidak jelas indikator penetapannya, berbeda dengan hukum Islam, yang sangat jelas indikator dan obyeknya yang telah diterangkan dalam Al-Qur'an. Dalam ICCPR hanya dijelaskan bahwa hukuman mati itu hanya diterapkan kepada kejahatan berat saja, tidak jelas obyek kejahatannya. Apakah diberikan berdasarkan dampak

kejahatan? atau melihat tingkat keseriusan kejahatan (*gravity of the crimes*)? Oleh karena itu jelas bahwa ada perbedaan yang mendasar antara ICCPR dengan hukum Islam.

Ketiga, ICCPR menetapkan hukuman mati hanya kepada kejahatan kejahatan yang dianggap paling serius saja. Contohnya Kejahatan genosida, Membunuh anggota kelompok, kejahatan yang Mengakibatkan penderitaan fisik atau mental yang berat terhadap anggota-anggota kelompok, kejahatan yang mengakibatkan kondisi kehidupan kelompok yang akan mengakibatkan kemusnahan secara fisik baik seluruh atau sebagiannya, atau Memaksakan tindakan-tindakan yang bertujuan mencegah kelahiran di dalam kelompok. Jika dilihat dari tingkat keseriusan kejahatan dan dampaknya, kejahatan ini lebih serius (*the most serious crimes*) daripada apa yang telah diterapkan dalam hukum Islam. Kejahatan ini lebih mempunyai gravity yang lebih berat daripada kejahatan apa yang telah dijelaskan dalam hukum Islam.

E. Penutup

ICCPR menerapkan “pelarangan” hukuman mati dengan tujuan untuk menciptakan ketentraman individu dan masyarakat serta mencegah perbuatan-perbuatan yang bisa menimbulkan kerugian terhadap anggota masyarakat, baik yang berkenaan dengan jiwa, nyawa, maupun kehormatan. Sedangkan tujuan pemberi hukuman mati dalam Islam terbentuknya moral yang baik, maka akan menjadikan masyarakat menjadi aman, tentram damai dan penuh dengan keadilan, karena moral yang dilandasi agama akan membawa perilaku manusia sesuai dengan tuntutan agama.

DAFTAR PUSTAKA

- Abul A'la Maududi, Maulana, *Hak-Hak Asasi Manusia Dalam Islam (Terjemah)* Jakarta: Bumi Aksara, 2000.
- Abu Zahrah, Muhammad, *Uṣūl al-Fiqh*, Kairo :Maktabah Muhaimeer, 1957.
- Ahmed An-Na'im, Abdullahi, *Dekonstruksi Syari'ah*, Jakarta: LKIS, Cet-4, 2004.
- Abdul Wahid Wafi, Ali ,*Prinsip Hak Asasi Dalam Islam (Terjemahan)*, Solo: Pustaka Mantiq, 1991.
- Al-Qadir Audah, Abdul, *al-Tasyri' al-Jinaiy al-Islami: Muqaranah Bi al-Qanun al-Wadh'i*, Beirut: Muassasah al-Risalah, 1992.
- Al-Wahab Al-Khalaf, Abdul, *Ilmu Uṣūl al-Fiqh*, Kuwait: Dar al-Qalam,1992.
- Al-Mawardi, Iman, *Hukum Tata Negara Dan Kepemimpinan Dalam Takaran Islam*, Jakarta: Gema Insani Press, Cet- I, 2000.
- Adopted And Opened For Signature, Ratification And Accession By General Assembly Resolution 2200A (XXI) Of 16 December 1966 Entry Into Force 23 March 1976, In Accordance With Article 49.*
- Anderson,"*Homicide In Islamic Law*", Bulletin Of Thw Oriental And African.
- Abu Zahrah, Muhammad, *Uṣūl al-Fiqh*, Kairo: Maktabah Muhaimeer, 1957.
- Amin Suma, Muhammad, Dkk, *Pidana Islam Di Indonesia, Peluang,Prospek, Dan Tantangan*, Jakarta: Pustaka Firdaus, 2001.
- Djamil, Fathhurrahman *Filsafat Hukum Islam*, Jakarta: Logos Wacana Ilmu, 1997.
- Ifdhal, *Konvensi Hak-Hak Sipil Dan Politik Sebuah Pengantar*, Seri Bahan Bacaan Kursus HAM Untuk Pengacara X, Lembaga Studi Dan Advokasi Masyarakat, 2005.

- Kamil, Sukron Dkk, *Syari'ah Islam Dan HAM*, Jakarta: CSRC UIN Jakarta, 2007.
- Khaeron Sirin, "Eksekusi Mati Trio Bom Bali", Koran Tempo, Tanggal 26 Nopember 2008.
- Lukman Hakim, Muhammad, *Deklarasi Islam Tentang HAM*, Risalah Gusti, Surabaya, 1993.
- Munajat, Makhrus, *Fiqh Jināyah (Hukum Pidana Islam)*, Yogyakarta: Pesantren Nawesea Press, 2010.
- Nigel Rodley, Sir, *The United Nation's Work In The Field Of The Death Penalty, The Death Penalty Beyond Abolition*, Council Of Europe Publishing, 2004.
- Nowak, M. (2005), *U.N. Covenant On Civil And Political Rights CCPR Commentary*, 2nd Revised Edition, N.P.Engel, Publishers. Studies 13, (1951).
- Prokosch, Eric, *The Death Penalty Versus Human Rights Dalam Death Penalty Beyond Abolition*, Council Of Europe Publishing, 2004.
- Penjelasan Atas Undang-Undang RI No. 12 Tahun 2005 Tentang Pengesahan Internasional Covenant On Civil And Political Right (Kovenan Internasional Tentang Hak-Hak Sipil Dan Politik). Bandung: Nuansa Aulia, 2006.
- Prakoso, Djoko Dan Nurwachid, *Studi Tentang Pendapat-Pendapat Mengenai Efektivitas Pidana Mati Di Indonesia Dewasa Ini*, Jakarta: Ghalia Indonesia, 1984.
- Sodiqin, Ali, *Hukum Qisās: Dari Hukum Adat Menuju Sistem Modern*, Cet.I Yogyakarta: Tiara Wacana, 2010.
- Sembiring, Sentosa, *Penjelasan Atas Undang-Undang RI No. 12 Tahun 2005 Tentang Pengesahan Internasional Covenant On Civil And Political Right (Kovenan Internasional Tentang Hak-Hak Sipil Dan Politik)*. Bandung: Nuansa Aulia, 2006.
- Santoso, Topo, *Membumikan Hukum Pidana Islam: Penegakan Syari'at Dalam Wacana Dan Agenda*, Jakarta: Gema Insani Press, 2003.

Wardi Muslich, Ahmad, *Pengantar Dan Asas Hukum Pidana Islam (Fikih Jinayah)*, Jakarta: Sinar Grafika, Cet-I, 2004.

Zafrullah Khan, Muhammad, *Islam And Human Rights*, (Islam abad: Islam International Publications Ltd, 1988).

Zaidan, `Abdul- Karim, "*Al-Madkhlm Li Dirasat As-Syari` At Al-Islamiyah*", Terbitan Dar `Umar Ibn Al-Khattab, Alexandria, Mesir, 1969.

<http://jurnalhukum.blangspot.com/2007/05/penelitian-hukum-hukuman-matidan-hak.html>

<http://ekomibarjahmarzoeki.blog.friendster.com/hak-asasi-manusia-dalamperspektif-Islam/>

<http://web.amnesty.org/pages/deathpenalty-fact-eng>.<http://www.ohchr.org>

PENGELOLAAN BARANG TAMBANG DALAM HUKUM ISLAM DAN HUKUM POSITIF

Anwar Habibi Siregar

Sekolah Pascasarjana Universitas Islam Negeri Syarif Hidayatullah Jakarta

Abstract

Earth minerals are the most important source should get special attention by humans, considering how valuable goods in the the world. In Islamic view, forests and minerals that are unlimited and may not be spent is public property and managed by the state, the results should be given to the people in the form of cheap goods in the form of subsidies for the primary needs of society such as education, health and public facilities. State-who are entitled to handle exploring (including management) minerals and distribute the results to the people of a country, in accordance with Islamic teachings. But also it is possible for states to cooperate with certain circles in realizing production patterns justified and realize justice in the distribution of minerals. In the other side, Mining law stipulates that the government should provide manageability mining rights to the three entities (private enterprises, cooperatives and individuals), and/ or all or part of the mining activities which of course after getting a mining license from the government.

Abstrak

Barang tambang merupakan sumber bumi terpenting yang harus mendapatkan perhatian tersendiri oleh manusia, mengingat betapa berharganya barang tersebut di mata dunia. Dalam pandangan Islam, hutan dan bahan tambang yang tidak terbatas jumlahnya dan tidak mungkin dihabiskan adalah milik

umum dan dikelola oleh negara, hasilnya harus diberikan kepada rakyat dalam bentuk barang yang murah berupa subsidi untuk kebutuhan primer masyarakat semisal pendidikan, kesehatan dan fasilitas umum. Negara-lah yang berhak menangani pengeksploasian (termasuk di dalamnya pengelolaan) barang tambang dan mendistribusikan hasilnya kepada rakyat suatu negara, tentunya sesuai dengan tolak ukur syari'at Islam. Tetapi juga tidak menutup kemungkinan bagi negara untuk bekerja sama dengan kalangan tertentu dalam mewujudkan pola produksi yang dibenarkan dan merealisasikan keadilan di bidang pendistribusian barang tambang. Di sisi lain, Undang-undang Minerba menetapkan bahwa pemerintah boleh memberikan hak pengelolaan pertambangan kepada ketiga badan usaha (badan usaha swasta, koperasi dan perseorangan), dan/atau baik seluruh maupun sebagian dari kegiatan pertambangan tersebut yang tentunya setelah mendapatkan izin usaha pertambangan dari pihak yang berwenang yakni pemerintah pusat.

Kata Kunci: barang tambang, pengelolaan, negara, swasta.

A. Pendahuluan

Kekayaan alam yang Allah berikan kepada manusia sangat beraneka ragam, baik kekayaan alam berupa fauna, flora maupun pertambangan.¹ Semua Allah berikan tidak lain hanya untuk kemaslahatan para hambaNya yang kesemuanya wajib disyukuri dan dimanfaatkan sebaik-baiknya. Khusus di wilayah Indonesia, seluruh bumi, air dan ruang angkasa, termasuk kekayaan alam yang terkandung didalamnya (merupakan karunia Tuhan Yang Maha Esa) adalah kekayaan nasional, maka dikuasai oleh negara dan dimanfaatkan sebesar-besarnya untuk kemakmuran dan kesejahteraan bangsa Indonesia.²

Kekayaan alam Indonesia terkenal sangat melimpah. Areal hutannya termasuk paling luas di dunia, tanahnya subur, pemandangan alamnya begitu indah. Wilayah perairannya sangat luas, dengan komoditi ikan yang sangat besar turut berperan penting dalam kehidupan

¹ Yusuf Qardhawi, *Peran Nilai dan Moral dalam Perekonomian Islam*, alih bahasa: Didin Hafidhuddin dkk, (Jakarta: Robbani Press, 1997), hlm. 138.

² Pasal 1-2 Undang-undang Nomor 5 Tahun 1960 Tentang Peraturan Dasar Pokok-pokok Agraria.

manusia.³Tidak hanya itu, di daratan terdapat berbagai bentuk barang tambang berupa emas, nikel, timah, tembaga, batubara dan sebagainya. Di bawah perut bumi sendiri tersimpan gas dan minyak yang juga termasuk cukup besar. Namun melihat fakta yang ada, ternyata sumber daya alam yang demikian kaya itu tidak kunjung memberikan berkah bagi rakyat Indonesia, khususnya dalam hal industri pertambangan. Industri ini bak “serigala berbulu domba”, ia menutupi kebusukannya dengan berbagai hal dan janji-janji manis.⁴ Sungguh sangat kontradiktif dengan misi yang tertuang di dalam UUD 1945, menyatakan dengan tegas bahwa kekayaan alam Indonesia harus dikelola dan dimanfaatkan secara lestari bagi kesejahteraan masyarakat Indonesia dan umat manusia pada umumnya untuk sekarang dan di masa yang akan datang.⁵

Seperti telah banyak diketahui, di Indonesia khususnya sepanjang pemerintahan Orde Baru, individu ataupun swasta bisa mendapatkan hak untuk menguasai dan mengeksploitasi potensi-potensi sumber daya alam seperti barang tambang (batubara, emas, tembaga), hutan, minyak dan gas bumi dan sebagainya. Adanya kuasa pertambangan melalui kontrak karya yang diberikan pemerintah kepada badan usaha atau perorangan secara tidak langsung telah memberikan wewenang swasta untuk melaksanakan usaha pertambangan yang terdiri dari penyelidikan umum, eksplorasi, eksploitasi, pengolahan sampai pemurnian dan pengangkutan sampai dengan penjualan.⁶ Konsep dari kepemilikan dari kekayaan alam bangsa Indonesia yang berasal dari bahan galian tambang adalah “milik seluruh Rakyat Indonesia”, sebagaimana tertulis di dalam Pasal 33 ayat (3) UUD 1945. Ini berbeda dengan konsep di negara lain yang menganut bahwa pemilik dari tambang yang ditemukan dalam wilayah area tanah seseorang adalah dimiliki orang tersebut. Hal ini juga berlaku pada zaman penjajahan oleh pemerintah Belanda yang dikenal sebagai konsep hak konsesi, di mana perusahaan swasta, berhak untuk memiliki kandungan

³ Akhmad Fauzi, *Ekonomi Sumber Daya Alam dan Lingkungan Teori dan Aplikasi*, cet. ke-1, (Jakarta: PT Gramedia Pustaka Utama, 2010), hlm. 98.

⁴ Alex Jebadu dkk, *Pertambangan di Flores-Lembata Berkah atau Kutuk?*, (Maumere: Penerbit Ledalero, 2009), hlm. vi-xi.

⁵ M. Daud Silalahi, *Hukum Lingkungan Dalam Sistem Penegakan Hukum Lingkungan Indonesia*, cet. ke-1, (Bandung: PT Alumni, 2001), hlm. 98.

⁶ Salim HS, *Hukum Pertambangan di Indonesia*, (Jakarta: PT RajaGrafindo Persada, 2005), hlm. 2.

kekayaan bahan galian tambang.⁷

Sejak diberlakukannya Undang-undang Nomor 4 tahun 2009 tentang Pertambangan Mineral dan Batubara (baca:UU Minerba) sebagai pengganti dari Undang-undang Nomor 11 tahun 1967 tentang Ketentuan-Ketentuan Pokok Pertambangan maka sistem Kontrak Karya (*Contract of Work*) dan Kontrak Bagi Hasil (*Production Sharing Contract*) tidak berlaku lagi. Undang-undang Minerba mengatur usaha pertambangan di Indonesia melalui izin usaha pertambangan (IUP).⁸ Namun izin tersebut telah memberikan kesempatan luas kepada badan usaha swasta dan individu atau perorangan untuk mengambil dan mengeruk barang tambang di seluruh wilayah pertambangan Indonesia.

Dalam pandangan Islam, menurut Nabhani, hutan dan bahan tambang yang tidak terbatas jumlahnya dan tidak mungkin dihabiskan adalah milik umum dan dikelola oleh negara, hasilnya harus diberikan kepada rakyat dalam bentuk barang yang murah berupa subsidi untuk kebutuhan primer masyarakat semisal pendidikan, kesehatan dan fasilitas umum.⁹ Islam sebagai agama yang paling sempurna telah memberikan tuntunan dalam mengelola dan memanfaatkan semua isi perut bumi untuk kemaslahatan manusia. Dari deskripsi singkat diatas, penulis merasa perlu untuk meneliti perbedaan perspektif antara hukum Islam dan hukum Positif(UU No. 4 Tahun 2009 tentang Pertambangan Mineral dan Batubara) mengenai pengelolaan barang tambang nasional.

B. Pengelolaan Barang Tambang dalam Kajian Fikih

Kepemilikan seseorang terhadap suatu benda telah memberikan kekuasaan dan kebebasan untuk memperlakukan atau mengoptimalkan benda yang dimilikinya. Hal demikian sebagaimana disampaikan oleh Hasbi Ash-Shiddieqy dalam pembahasan masalah *nadhariyah milkiyah*-nya:¹⁰

⁷ Adrian Sutedi, *Hukum Pertambangan*, cet. ke-1, (Jakarta: Sinar Grafika, 2011), hlm. vi.

⁸ Pasal 1 ayat (6) Undang-undang Nomor 4 tahun 2009 tentang Pertambangan Mineral dan Batubara.

⁹ Taqyuddin an-Nabhani, *Membangun Sistem Ekonomi Alternatif Perspektif Islam*, alih bahasa: Moh. Maghfur Wachid, cet. ke-7, (Surabaya: Risalah Gusti, 2002). hlm. 252.

¹⁰ T.M. Hasbi Ash-Shiddieqy, *Pengantar Fiqih Mu'amalah*, cet. ke-1, (Jakarta: Penerbit Bulan Bintang, 1974), hlm. 18.

إختصاص حائز شرعا يسوغ صاحبه التصرف الا للمانع

Kaidah fikih di atas dengan jelas mendefenisikan *milik* dan *malakiyah* secara istilah yaitu suatu kekhususan bagi seseorang yang menghalangi orang lain dan membenarkan sipemilik (pemilik benda) untuk bertindak terhadap barang yang dimilikinya sekehendaknya, kecuali ada larangan-larangan syari'at terhadap kehendak tersebut. Lebih jauh Nasrun Haroen menjelaskan tentang kepemilikan, apabila suatu benda dikhususkan kepada seseorang maka benda tersebut akan sepenuhnya berada dalam penguasaannya, sehingga orang lain tidak boleh bertindak dan memanfaatkannya. Pemilik harta bebas untuk bertindak hukum terhadap hartanya, seperti jual-beli, menghibahkannya, mewakafkannya atau meminjamkannya kepada orang lain, selama tidak ada larangan syari'at.¹¹

Dalam pandangan hukum Islam barang tambang adalah milik bersama (umum), dengan demikian tiada seorangpun yang berhak menguasainya bahkan memilikinya secara individu. Termasuk dalam hal ini pengelolaan barang tambang tidak boleh dilakukan oleh perorangan (pribadi), karena milik umum maka harus dikelola secara umum yang mana diwakili oleh negara atau pemerintah yang berwenang agar kemanfaatan dari barang tersebut dapat dirasakan oleh umum (masyarakat luas).

Berkenaan dengan pengelola barang tambang, ulama kalangan Malikiyah dalam perkataan mereka yang mashur, berpendapat bahwa segala sesuatu yang keluar dari perut bumi berupa barang tambang tidak bisa dimiliki dengan mengelolanya, akan tetapi barang tersebut menjadi milik Baitulmal kaum muslimin, yakni milik negara (pemerintah). Negaralah yang seharusnya menguasai barang tambang karena hukum menunjukkan pertimbangan maslahat umum menuntut agar terwujudnya keadilan maka harus dikelola oleh pemerintah dalam suatu negara.¹² Karena dikhawatirkan barang tambang semacam ini ditemukan oleh orang-orang yang jahat dan tidak bertanggung jawab. Jika dibiarkan maka mereka akan membuat kerusakan besar dan kadang kala mereka berebut untuk mendapatkannya yang mengakibatkan pertumpahan darah (saling membunuh). Karena itu harta benda tersebut harus dikumpulkan di bawah kekuasaan pemerintah yang merupakan wakil dari kaum

¹¹ Nasrun Haroen, *Fiqh Muamalah*, cet. ke-2, (Jakarta: Gaya Media Pratama, 2007), hlm. 31.

¹² Az-Zuhaili, *Al-Fiqh al-Islami wa Adillatub*, hlm. 2910.

muslimin, yang pemanfaatannya kembali kepada mereka (umat muslim) untuk kemaslahatan.¹³ Demikian pula apabila ada seorang atau bahkan sekelompok orang dalam suatu perusahaan (korporasi) yang melakukan kegiatan eksplorasi terhadap barang tambang maka mereka tidak boleh memilikinya, akan tetapi seluruhnya adalah milik umum kaum muslimin yang dikuasai dan dikelola oleh pemerintah.

Mengenai pendapat mazhab Maliki tentang kekuasaan pemerintah (negara) untuk mengelola barang tambang yang berlimpah tersebut senada dengan pandangan seorang ahli ekonomi Islam, Taqyuddin an-Nabhani, bahwa negaralah yang melakukan pengelolaan hak milik umum (*collective property*) serta milik negara (*state property*). Harta benda yang termasuk hak milik umum pada dasarnya tidak boleh diberikan kepada siapa pun. Air, garam, padang gembalaan dan lapangan misalnya, negara sama sekali tidak boleh memberikannya kepada siapapun, meskipun semua orang boleh memanfaatkannya dimana kemanfaatan tersebut merupakan hak mereka, dan tidak mengkhususkannya untuk satu orang saja, sementara yang lain tidak.¹⁴

Ibnu Qudamah dalam kitab besarnya Al-Mughni tentang *Ihyā'u al-mawāt*, mengatakan: Barang-barang tambang yang oleh manusia didambakan hasilnya dan dimanfaatkan tanpa biaya, seperti halnya garam, air, belerang, gas, mumia (semacam obat), petroleum, intan dan lain-lain yang tidak bisa dihakmilikkan penggarapannya, tidak boleh dipertahankan hak kepemilikannya kepada seseorang sehingga kaum muslimin lainnya terhalang untuk mendapatkannya. Hal ini akan membahayakan, menyulitkan dan merugikan mereka. Karena barang tambang tersebut adalah milik umum, maka harus diberikan kepada negara untuk mengelolanya.¹⁵

Maksud dari pendapat Ibnu Qudamah, semua barang atau bahan tambang adalah milik orang banyak sekalipun diperoleh dari tanah hak milik khusus. Oleh karena itu, siapa saja yang menemukan barang tambang atau petroleum¹⁶ pada tanah miliknya tidak halal baginya untuk

¹³ Yusuf Qardhawi, *Peran Nilai dan Moral*, hlm. 130.

¹⁴ Taqyuddin an-Nabhani, *Membangun Sistem Ekonomi*, hlm. 244.

¹⁵ Ibnu Qudamah, *Al-Mughnî*, cet. ke-2, (Kairo: Hajar, 1992 M/ 1412 H), VIII: 155.

¹⁶ Petroleum adalah zat cair berminyak yg dapat terbakar, mengandung aspal dengan warna yg bermacam-macam, terdapat di lapisan atas bumi, merupakan campuran hidrokarbon dan zat lainnya, dipakai sebagai bahan bensin, minyak tanah, dan sebagainya.

memilikinya secara individu. Barang tambang tersebut menjadi milik umum, maka harus diberikan kepada negara sebagai perwakilan rakyat untuk mengelolanya.

Barang tambang pada masa sekarang, menurut pertimbangan Jaribah dalam fikih ekonomi Umar bin al-Khathab, memiliki urgensi yang sangat besar bagi perkembangan ekonomi suatu negara, barang tambang telah menjadi kebutuhan primer dalam membangun peradaban, mendirikan industri, begitu juga permintaan dunia kepadanya bertambah dengan sangat besar. Sedangkan diantara karakteristik barang tambang adalah ketergantungannya pada faktor probabilitas (kemungkinan).¹⁷ Maksudnya adalah bahwa upaya pencarian dan penelitian seringkali berdampak pada pengeksplorasian barang tambang dengan jumlah yang sangat besar melebihi dana pengeksplorasianya. Itu berarti bahwa memberikan kepada individu hak kepemilikannya dan pengeksplorasianya atau pengelolaannya akan berdampak pada pemusatan kekayaan (monopoli) di tangan mereka secara individu, yang selanjutnya akan berdampak pada kerancuan proses distribusi dan akan menafikan keadilan bagi semua warga negara pemilik sesungguhnya barang tambang tersebut.

Di antara karakteristik barang tambang yang lainnya adalah barang tambang dapat habis dan akan mengalami kelangkaan pada suatu hari. Oleh karena itu, harus ditetapkan langkah-langkah yang efektif dan eksklusif untuk pemanfaatan kekayaan pertambangan, tentunya dengan memperhatikan hak-hak generasi yang berikutnya terhadap barang tambang tersebut. Selain itu, barang tambang juga bisa ditimbun atau disimpan disuatu tempat yang pada suatu saat akan memiliki nilai rupiah yang sangat tinggi, hal itu karena barang tambang hanya terpusat pada daerah-daerah tertentu di belahan bumi ini, dan dapat ditetapkan produksi dan penyimpanannya dengan cara yang begitu sempurna dan sangat bagus. Memberikan individu secara bebas dalam mengurus pengeluaran dan penawarannya sama halnya dengan memberikan jalan kepada mereka untuk menimbun kekayaan barang tambang, mempermainkan harganya, dan merealisasikan kekayaan individu yang sangat besar yang selanjutnya berdampak pada kerusakan global terhadap proses distribusi nasional bahkan internasional.

Berdasarkan beberapa pertimbangan tersebut, menurut hemat Jaribah bin Ahmad al-Haritsi, maka seyogyanya hanya negara-lah yang

¹⁷ Jaribah bin Ahmad Al-Haritsi, *Fikih Ekonomi Umar*, hlm. 232-235.

berhak menangani pengeksplorasian (termasuk di dalamnya pengelolaan) barang tambang dan mendistribusikan hasilnya kepada rakyat suatu negara, tentunya sesuai dengan tolak ukur syari'at Islam. Tetapi juga tidak menutup kemungkinan bagi negara untuk bekerja sama dengan kalangan tertentu dalam mewujudkan pola produksi yang dibenarkan dan merealisasikan keadilan di bidang pendistribusian barang tambang.

C. Ketentuan Pengelolaan Barang Tambang Dalam Undang-Undang Minerba

Dalam hal pertambangan mineral dan batubara, Undang-undang Nomor 11 Tahun 1967 tentang Ketentuan Pokok Pertambangan (UU KPP) mengatur bahwa dengan mempunyai Kuasa pertambangan (KP), suatu badan hukum atau perseorangan berhak dan dapat melakukan pengusahaan berupa eksplorasi dan eksploitasi terhadap barang tambang. Bagi pemegang KP atau kontrak karya (KK) yang telah berhasil mengusahakan bahan galian tambang memiliki kesempatan dan kemungkinan untuk memiliki bahan tambang yang telah diusahakannya. Kepemilikan barang tambang, seperti yang dimaksudkan di atas, secara otomatis dapat beralih dari negara kepada kontraktor, hanya setelah kontraktor menyelesaikan kewajiban kepada negara yang telah disepakati dalam kontrak. Kewajiban itu antara lain seperti pembayaran *deadrent* (iuran tetap) dan royalti atau iuran produksi, serta kewajiban lainnya seperti perpajakan. Pembayaran-pembayaran tersebut dijadikan sebagai penerimaan dan pemasukan negara dari sektor pertambangan.

Dalam perkembangan lebih lanjut, Undang-undang KPP tersebut yang materi muatannya bersifat sentralistik dimana kekuasaan pengelolaan pertambangan hanya ada pada tangan pemerintah pusat, sudah tidak sesuai lagi dengan perkembangan situasi sekarang dan tantangan di masa depan. Pembangunan pertambangan harus menyesuaikan diri dengan perubahan lingkungan strategis, baik bersifat nasional maupun internasional. Tantangan yang paling utama dihadapi oleh pertambangan mineral dan batubara adalah pengaruh globalisasi yang mendorong demokratisasi, otonomi daerah, hak asasi manusia, lingkungan hidup, perkembangan teknologi dan informasi, hak atas kekayaan intelektual serta tuntutan peningkatan peran swasta dan masyarakat.

Setidaknya ada enam pokok-pokok pikiran yang menuntut agar dibentuknya Undang-undang yang baru dan aktual tentang

pertambangan mineral dan batubara, yaitu:¹⁸

- a. Mineral dan batubara sebagai sumber daya yang tak terbarukan dikuasai oleh negara dan pengembangan serta pendayagunaannya dilaksanakan oleh Pemerintah dan pemerintah daerah bersama dengan pelaku usaha.
- b. Pemerintah selanjutnya memberikan kesempatan kepada badan usaha yang berbadan hukum Indonesia, koperasi, perseorangan, maupun masyarakat setempat untuk melakukan pengusahaan mineral dan batubara berdasarkan izin, yang sejalan dengan otonomi daerah, diberikan oleh Pemerintah dan/atau pemerintah daerah sesuai dengan kewenangannya masing-masing.
- c. Dalam rangka penyelenggaraan desentralisasi dan otonomi daerah, pengelolaan pertambangan mineral dan batubara dilaksanakan berdasarkan prinsip eksternalitas, akuntabilitas, dan efisiensi yang melibatkan Pemerintah dan pemerintah daerah.
- d. Usaha pertambangan harus memberi manfaat ekonomi dan sosial yang sebesar-besarnya bagi kesejahteraan rakyat Indonesia.
- e. Usaha pertambangan harus dapat mempercepat pengembangan wilayah dan mendorong kegiatan ekonomi masyarakat/pengusaha kecil dan menengah serta mendorong tumbuhnya industri penunjang pertambangan.
- f. Dalam rangka terciptanya pembangunan berkelanjutan, kegiatan usaha pertambangan harus dilaksanakan dengan memperhatikan prinsip lingkungan hidup, transparansi, dan partisipasi masyarakat.

Berangkat dari kelemahan pengelolaan dan pengusahaan bahan galian tambang pada masa lalu, maka Undang-undang Nomor 4 Tahun 2009 tentang Pertambangan Mineral dan Batubara yang berlaku saat ini memberikan panduan bahwa pengelolaan dan pengusahaan bahan galian harus dilakukan secara sistematis, mandiri, andal (analisis dampak lingkungan), transparan, berdaya saing, efisien, dan berwawasan lingkungan, sejak awal mulai dari penetapan wilayah pertambangan yang merupakan bagian dari tata ruang nasional sampai kepada penjualan dan pascatambang. Proses pelaksanaan penetapan wilayah pertambangan untuk izin usaha pertambangan (WIUP) dan/atau wilayah izin usaha

¹⁸ Ali Budiardjo dkk, *IND-ENG-UU 4 of 2009 Pertambangan Mineral dan Batubara (PDF)*, ABNR COUNSELLORS AT LAW, hlm. 4-5, download 8 Desember 2012.

pertambangan khusus (WIUPK) dan/atau wilayah pertambangan rakyat (WPR), kemudian juga harus dilakukan dengan mekanisme yang transparan dan akuntabel, dengan melibatkan seluruh elemen yaitu eksekutif dalam hal ini pemerintah pusat atau pemerintah daerah, legislatif (DPR atau DPRD), para tokoh, ahli dan masyarakat sekitar wilayah pertambangan.¹⁹

Sejak adanya ketentuan baru di bidang Pertambangan Mineral dan Batubara bernomor empat yang disahkan sebagai Undang-undang pada awal tahun 2009, diperkenalkan izin usaha pertambangan (IUP) dengan lokasi tambang yang adadi wilayah izin usaha pertambangan (WIUP). Maka sejak itu jugakuasa pertambangan dengan perjanjian kontrak karya antara investor pertambangan umum dan pemerintah pusat atau negara tidak berlaku lagi.

Konsep dasar pemberian hak untuk melakukan kegiatan Pertambangan Umum yang 45 tahun yang lalu adalah melalui Perjanjian, dengan adanya Undang-undang yang baru ini, akan dirubah berbentuk pemberian Izin Usaha Pertambangan. Konsep yang sama juga diperlakukan di negara tetangga Indonesia yaitu Australia, namun perbedaannya adalah di Indonesia sendiri belum memeberikan kepastian hukum apabila terjadi perselisihan dalam bidang pertambangan. Sebaliknya di Australia, pengadilannya sudah dapat memberikan kepastian hukum kepada investor pertambangan umum disana.²⁰Selain izin usaha pertambangan (IUP) di atas, untuk turunannya diperkenalkan juga IPR²¹ atau izin pertambangan rakyat untuk melakukan aktivitas pertambangan di WPR (wilayah pertambangan rakyat) dan selanjutnya ada juga IUPK²² atau izin usaha pertambangan khusus untuk melaksanakan aktivitas kegiatan pertambangan di WIUPK (wilayah izin usaha pertambangan khusus).

Sebelum berlakunya Undang-undang Nomor 22 Tahun 1999 jo. Undang- undang Nomor 32 Tahun 2004 tentang Pemerintahan Daerah, satu-satunya lembaga yang mempunyai kewenangan dalam pengelolaan

¹⁹ Nandang Sudrajat, *Teori dan Praktik Pertambangan Indonesia*, hlm. 65.

²⁰ Adrian Sutedi, *Hukum Pertambangan*, hlm. 106.

²¹ Izin Pertambangan Rakyat adalah izin untuk melaksanakan usaha pertambangan dalam wilayah pertambangan rakyat dengan luas wilayah dan investasi terbatas. Lihat Undang-undang Minerba Pasal 1 ayat (10).

²² Izin Usaha Pertambangan Khusus adalah izin untuk melaksanakan usaha pertambangan di wilayah izin usaha pertambangan khusus. Lihat Undang-undang Minerba Pasal 1 ayat (11).

sumber daya alam tambang pemerintah pusat. Hal tersebut disebabkan oleh sistem pemerintahan yang bersifat sentralistik, artinya segala macam urusan yang berkaitan dengan pertambangan, baik yang berkaitan dengan penetapan izin kuasa pertambangan, kontrak karya, perjanjian karya perusahaan pertambangan batubara, maupun lainnya, pejabat yang berwenang memberikan izin adalah menteri, dalam hal ini Menteri Energi dan Sumber Daya Mineral. Namun setelah, bahkan semenjak berlakunya Undang-undang Nomor 22 Tahun 1999 jo. Undang-undang Nomor 32 Tahun 2004, maka kewenangan dalam memberikan izin usaha pertambangan diserahkan tidak hanya kepada pemerintah pusat, juga diserahkan kepada pemerintah daerah (provinsi, kabupaten atau kota) sesuai dengan kewenangannya yang diatur dengan peraturan lainnya.²³

Sama halnya dengan Undang-undang Minerba juga mengatur tentang wewenang pengelolaan pertambangan mineral dan batubara pada bab empat tentang kewenangan pengelolaan pertambangan mineral dan batubara. Selain pemerintah pusat melalui Menteri ESDM, Undang-undang ini juga memberikan wewenang kepada pemerintah provinsi (gubernur) dan pemerintah kabupaten atau kota. Namun tentunya kewenangan pengelolaan oleh pemerintah pusat dalam hal ini proporsinya lebih banyak dan lebih luas sebagaimana diatur di dalam Undang-undang Nomor 4 Tahun 2009.²⁴

Salah satu wewenang pemerintah pusat maupun daerah dalam mengelola barang tambang, khususnya dalam pertambangan mineral dan batubara adalah pemberian izin usaha pertambangan (IUP) baik pertambangan umum, pertambangan khusus maupun pertambangan rakyat. izin usaha pertambangan tersebut diberikan kepada tiga lembaga, yaitu badan usaha, koperasi dan perseorangan. Dengan demikian, pengelola barang tambang mineral dan batubara dapat juga dilaksanakan ketiga lembaga tersebut (badan usaha, koperasi dan perseorangan) setelah menerima persetujuan atau IUP dari pemerintah setempat. Di dalam penjelasan Undang-undang Minerba dikatakan bahwa: "Pemerintah selanjutnya memberikan kesempatan kepada badan usahayang berbadan hukum Indonesia, koperasi, perseorangan, maupun masyarakat setempat

²³ Salim, HS, *Hukum Pertambangan di Indonesia*, (Jakarta: PT Raja Grafindo Persada, 2005), hlm. 49.

²⁴ Untuk melihat rincian wewenang pengelolaan pemerintah pusat dan daerah, lihat Undang-undang Minerba Pasal 6-7.

untuk melakukan pengusahaan mineral dan batubara berdasarkan izin, yang sejalan dengan otonomi daerah, diberikan oleh Pemerintah dan/atau pemerintah daerah sesuai dengankewenangannya masing-masing.”²⁵

Badan usaha yang dimaksud adalah setiap badan hukum yang bergerak di bidang pertambangan, didirikan berdasarkan hukum Indonesia dan berkedudukan dalam wilayah Negara Kesatuan Republik Indonesia.²⁶ Badan usaha tersebut dapat berupa badan usaha swasta, BUMN (Badan Usaha Milik Negara), atau BUMD (Badan Usaha Milik Daerah) yang bergerak di bidang pertambangan. Dalam Peraturan Pemerintah Nomor 24 Tahun 2012 dijelaskan bahwa badan usaha atau korporasi swasta adalah berupa badan usaha atau korporasi swasta yang bergerak dalam rangka penanaman modal dalam negeri dan penanaman modal asing.²⁷ Korporasi yang dimaksud adalah badan usaha yang beranggotakan kumpulan orang atau badan hukum Koperasi dengan melandaskan kegiatannya berdasarkan prinsip Koperasi dan sekaligus sebagai gerakan ekonomi rakyat yang berdasar atas asaskekeluargaan.²⁸ Adapun yang dimaksud dengan perseorangan dapat berupa orang perseorangan, perusahaan firma, atau perusahaan komanditer.²⁹

Selain izin usaha pertambangan (IUP) yang diberikan kepada badan usaha, koperasi dan perseorangan, melalui izin pertambangan rakyat maka masyarakat setempat juga mempunyai kesempatan untuk mengelola barang tambang yang berada di sekitar wilayah tempat tinggal masyarakat tertentu. IPR tersebut diberikan oleh Bupati/walikota terutama kepada penduduk setempat, baik perseorangan maupun kelompok masyarakat dan/atau koperasi.³⁰ Adapun luas wilayah pertambangan untuk perseorangan paling banyak satu hektare, kelompok masyarakat paling banyak lima hektare dan/atau koperasi paling banyak 10 hektare.

Izin pertambangan yang terakhir adalah IUPK (izin usaha

²⁵ Penjelasan atas Undang-undang No. 4 Tahun 2009, bagian umum nomor 2.

²⁶ Pasal 1 ayat (23) Undang-undang Nomor 4 Tahun 2009.

²⁷ Pasal 1 ayat (1) Peraturan Pemerintah Nomor 24 Tahun 2012 tentang Perubahan atas Peraturan Pemerintah Nomor 23 Tahun 2010.

²⁸ Pasal 1 ayat (6) Peraturan Pemerintah Nomor 23 Tahun 2010.

²⁹ Pasal 1 ayat (1) angka (3a) Peraturan Pemerintah Nomor 24 Tahun 2012, jo. Pasal 6 ayat (3) Peraturan Pemerintah Nomor 23 Tahun 2010.

³⁰ Pasal 67 ayat (1) dan Pasal 68 ayat (1) Undang-undang Nomor 4 Tahun 2009.

pertambangan khusus), izin ini diberikan khusus oleh Menteri ESDM dengan memperhatikan kepentingan daerah dalam rangka pemberdayaan daerah. Tidak berbeda jauh dengan IUP dan IPR, IUPK juga dapat diberikan kepada badan usaha yang berbadan hukum Indonesia, baik berupabadan usaha milik negara, badan usaha milik daerah, maupun badan usaha swasta. Akan tetapi perbedaannya adalah badan usaha milik negara (BUMN) dan badan usaha milik daerah (BUMD) dalam izin ini mendapatkan prioritas utama dari Menteri untuk mendapatkan izin tersebut.³¹

D. Komparasi Pengelolaan Barang Tambang antara Fikih dan UU Minerba

1. Jenis Barang Tambang

Barang tambang dalam perspektif hukum Islam, apabila dilihat dari proses ketersediaannya, ada dua jenis. Barang tambang yang lahir, yaitu barang tambang yang keluar tanpa ada proses yang berarti, sebab nilai perhiasannya sudah terlihat tanpa ada usaha dan hanya perlu mencari, terkadang mudah dan terkadang susah (bukan berarti tanpa usaha). Dan barang tambang yang batin, yaitu barang tambang yang tidak bisa diperoleh kecuali dengan usaha kerja keras dan dengan beberapa biaya yang tidak sedikit. Adapun apabila dilihat dari jumlah persediaannya, ada dua jenis. Barang tambang *limited*, yaitu barang tambang yang terbatas jumlah banyaknya, dimana tidak berjumlah besar menurut ukuran untuk individu sehingga menyebabkannya menguasai perekonomian orang sekitarnya. Dan barang tambang *unlimited*, yaitu barang tambang yang tidak terbatas jumlahnya, dengan kata lain barang tersebut tidak pernah berhenti mengeluarkan hasil dan manfaatnya. Sedangkan klasifikasi barang tambang menurut hukum Positif secara umum terdapat dua jenis bahan tambang. Bahan tambang yang berupa minyak bumi³² dan gas bumi³³ atau lebih dikenal dengan istilah pertambangan khusus (migas).

³¹ *Ibid.*, Pasal 74 ayat (1) dan Pasal 75 ayat (3).

³² Minyak Bumi adalah hasil proses alami berupa hidrokarbon yang dalam kondisi tekanan dan temperatur atmosfer berupa fasa cair atau padat, termasuk aspal, lilin mineral, dan bitumen yang diperoleh dari proses penambangan. Lihat UU Migas Pasal 1 ayat (1).

³³ Gas Bumi adalah hasil proses alami berupa hidrokarbon yang dalam kondisi tekanan dan temperatur atmosfer berupafasa gas yang diperoleh dari proses penambangan Minyak dan Gas Bumi. Lihat UU Migas Pasal 1 ayat (2).

Mengenai jenis barang tambang apabila ditinjau dari proses penambangan (kegiatan untuk memperoleh) barang tambang dalam perut bumi agar dapat diambil manfaatnya, maka barang tambang tersebut menurut hukum Islam dan hukum Positif sama-sama diklasifikasi menjadi dua jenis, yaitu: *pertama*, barang tambang lahir atau *surface mining*, yaitu bahan-bahan tambang baik berupa bahan tambang berbentuk padat, cair maupun gas yang diperoleh dengan mudah. *Kedua*, barang tambang batin atau *underground mining*, yaitu bahan-bahan tambang baik berupa bahan tambang berbentuk padat, cair maupun gas yang diperoleh dari dalam tanah (bumi) dengan beberapa proses yang tidak mudah, harus dengan metode pengambilan yang sistematis.

Perbedaan antara hukum Islam dan hukum Positif terletak pada kuantitas atau batasan jumlah barang tambang yang tersedia. Dalam perspektif hukum Islam, apabila barang tambang tersebut jumlahnya terbatas atau tidak banyak (untuk ukuran individu), maka boleh diambil dan dimiliki oleh siapapun secara pribadi. Ulama Syafi'iyah berpendapat barang tambang yang menyebabkan seseorang mengambilnya berulang-ulang atau melebihi kebutuhannya maka barang tambang tersebut tidak dapat dimiliki secara individu.³⁴ Adapun barang tambang yang tidak terbatas jumlahnya dan terus memberikan hasil atau manfaat, menurut mayoritas ulama sebagaimana penyusun bahas pada bab II, maka tidak boleh dimiliki dan diambil manfaatnya oleh seseorang karena yang demikian merupakan hak kepemilikan bersama (umum) sehingga harus dirasakan manfaatnya secara bersama pula.

Di dalam hukum positif tidak terdapat penetapan atau kepastian kuantitas dan ukuran banyak atau sedikitnya barang tambang yang akan digali dan diambil dari dalam perut bumi. Dengan demikian setiap barang tambang yang ada di wilayah alam negara kedaulatan rakyat Indonesia adalah milik rakyat bersama dan dimanfaatkan untuk sebesar-besarnya kemakmuran bangsa Indonesia sesuai dengan amanat konstitusi negara Undang-Undang Dasar Republik Indonesia tahun 1945 Pasal 33 ayat (3). Tidak ada seorangpun yang dapat memiliki kekayaan alam Indonesia khususnya barang tambang secara individu maupun komunitas tertentu.

³⁴ Ibnu Qudamah, *Al-Mughnî*, cet. ke-2, (Kairo: Hajar, 1992 M/ 1412 H), jilid VIII, hlm. 155-156.

2. *Dari Aspek Pengelola Barang Tambang*

Dalam perspektif hukum Islam, barang tambang adalah milik umum. Artinya bahwa barang tambang tersebut hanya boleh dimiliki secara bersama oleh umat Islam sehingga tidak dapat dimiliki oleh siapapun secara individu. Barang tambang yang dimaksud adalah barang tambang yang memiliki unsur-unsur: dibutuhkan orang banyak, memberikan hasil melimpah, mudah didapatkan tanpa usaha berlebihan, dan sifat pembentukannya yang tidak terbarukan. Barang tambang jenis ini adalah milik umum dan hak pengelolaannya diberikan kepada umat.

Ulama Malikiyah berpendapat bahwa negaralah yang seharusnya menguasai barang tambang karena hukum menunjukkan pertimbangan maslahat umum menuntut agar lebih terwujudnya keadilan menyeluruh maka harus dikelola oleh pemerintah dalam suatu negara.³⁵ Pendapat ini diamini oleh mayoritas ulama dengan beberapa pertimbangan tentang manfaat luar biasa dari barang tambang bagi peradaban. Pengelolaan barang tambang tersebut diberikan kepada negara dalam hal ini adalah pemerintah yang sedang berkuasa.³⁶

Adapun kepemilikan barang tambang yang merupakan bahan galian menurut Undang-undang Nomor 4 Tahun 2009 tentang Pertambangan Mineral dan Batubara sebagai *lex specialis* dari Undang-undang Dasar Republik Indonesia 1945 Pasal 33 ayat (3), menyatakan dengan tegas bahwa barang tersebut adalah mutlak milik seluruh bangsa Indonesia.³⁷ Undang-undang Nomor 4 Tahun 2009 menyatakan bahwa: “Mineral dan batubara sebagai sumber daya alam yang tak terbarukan merupakan kekayaan nasional yang dikuasai oleh negara untuk sebesar-besar

³⁵ Az-Zuhaili, *Al-Fiqh al-Islami wa Adillatuh*, cet. ke-4, (Damaskus: Dar al-Fikr, 2004), IV: 2910.

³⁶ Untuk lebih jelasnya, lihat Jaribah bin Ahmad Al-Haritsi, *Fikih Ekonomi Umar bin Al-Khatbab*, cet. ke-1, alih bahasa: Asmuni Solihan Zamakhsyari, (Jakarta Timur: Khalifa, 2006), hlm. 232-235. Lihat juga Yusuf Qardhawi, *Peran Nilai dan Moral dalam Perekonomian Islam*, alih bahasa: Didin Hafidhuddin dkk, (Jakarta: Robbani Press, 1997), hlm. 130. Lihat juga Ibnu Qudamah, *Al-Mughnī*, cet. ke-2, (Kairo: Hajar, 1992 M/ 1412 H), jilid VIII, hlm. 155. Lihat juga Taqyuddin an-Nabhani, *Membangun Sistem Ekonomi Alternatif Perspektif Islam*, cet. ke-7, alih bahasa: Moh. Maghfur Wachid, (Surabaya: Risalah Gusti, 2002), hlm. 244.

³⁷ Pertimbangan Presiden Republik Indonesia dalam Undang-undang Republik Indonesia Nomor 4 Tahun 2009 tentang Pertambangan Mineral dan Batubara, huruf a.

kesejahteraan rakyat.”³⁸ Dapat disimpulkan bahwa bahan galian tambang baik berupa mineral maupun batubara adalah milik bangsa Indonesia atau milik seluruh rakyat Indonesia. Dalam hal ini negara oleh konstitusi hanya diberikan hak penguasaan saja (tidak memiliki) atas bahan galian tersebut untuk selanjutnya dilakukan pengelolaan seoptimal mungkin, efisien, transparan, berkelanjutan dan berwawasan lingkungan serta berkeadilan agar memperoleh manfaat yang sebesar-besarnya bagi kemakmuran rakyat dalam jangka waktu yang panjang.

Pengelola barang tambang perspektif hukum Islam sejatinya adalah negara melalui pemerintah. Dengan demikian perusahaan-perusahaan atau badan swasta yang bergerak di bidang pertambangan atau perorangan yang bukan merupakan milik negara menurut perspektif hukum Islam tidak boleh dan tidak mempunyai hak untuk mengelola barang tambang. Pemerintah boleh mengadakan kerja sama dengan kalangan tertentu untuk mewujudkan pola produksi yang dibenarkan guna merealisasikan keadilan bagi seluruh rakyat khususnya dalam hal pendistribusian hasil dan manfaat dari barang tambang.

Berbeda dengan hukum Islam, Undang-undang Minerba menetapkan bahwa pemerintah boleh memberikan hak pengelolaan pertambangan kepada ketiga badan usaha (badan usaha swasta, koperasi dan perseorangan), dan/atau baik seluruh maupun sebagian dari kegiatan pertambangan tersebut yang tentunya setelah mendapatkan izin usaha pertambangan dari pihak yang berwenang yakni pemerintah pusat (Menteri ESDM) dan pemerintah daerah (Gubernur, Bupati atau Walikota).³⁹ Namun demikian tidak berarti semua badan usaha swasta dan perorangan atau sembarang koperasi dapat menerima izin usaha pertambangan, kecuali mereka yang sudah memenuhi persyaratan administratif sebagaimana disebutkan dalam Pasal 39 Undang-undang Minerba. Tidak sampai di situ saja, mereka juga harus mengikuti kegiatan pelelangan izin usaha pertambangan dan wilayahnya (IUP dan WIUPA atau WIUPK) yang dilakukan pemerintah untuk mendapatkan bagian dalam pengelolaan barang tambang di wilayah NKRI.⁴⁰

³⁸ Pasal 4 ayat (1) Undang-undang No. 4 Tahun 2009 tentang Pertambangan Mineral dan Batubara.

³⁹ Pasal 36 ayat (1) dan (2) Undang-undang Nomor 4 Tahun 2009.

⁴⁰ Pasal 46 ayat (2), Pasal 51, Pasal 60, Pasal 75 ayat (4), Pasal 172 Undang-undang Nomor 4 Tahun 2009.

E. Penutup

Paradigma pengelolaan sumber daya alam, khususnya terhadap sumber daya alam tidak terbarukan, yang masih berbasis perseorangan, badan usaha swasta dan asing harus dirubah menjadi pengelolaan milik umum oleh negara dengan tetap berorientasi kepada pemanfaatan bagi kemakmuran seluruh rakyat dan pelestarian sumber daya alam untuk lingkungan hidup.

DAFTAR PUSTAKA

- Yusuf Qardhawi, *Peran Nilai dan Moral dalam Perekonomian Islam*, alih bahasa: Didin Hafidhuddin dkk, (Jakarta: Robbani Press, 1997).
- Akhmad Fauzi, *Ekonomi Sumber Daya Alam dan Lingkungan Teori dan Aplikasi*, cet. ke-1, (Jakarta: PT Gramedia Pustaka Utama, 2010).
- Alex Jebadu dkk, *Pertambangan di Flores-Lembata Berkah atau Kutuk?*, (Maumere: Penerbit Ledalero, 2009).
- M. Daud Silalahi, *Hukum Lingkungan Dalam Sistem Penegakan Hukum Lingkungan Indonesia*, cet. ke-1, (Bandung: PT Alumni, 2001).
- Salim HS, *Hukum Pertambangan di Indonesia*, (Jakarta: PT RajaGrafindo Persada, 2005).
- Adrian Sutedi, *Hukum Pertambangan*, cet. ke-1, (Jakarta: Sinar Grafika, 2011).
- Taqyuddin an-Nabhani, *Membangun Sistem Ekonomi Alternatif Perspektif Islam*, alih bahasa: Moh. Maghfur Wachid, cet. ke-7, (Surabaya: Risalah Gusti, 2002).
- Jaribah bin Ahmad Al-Haritsi, *Fikih Ekonomi Umar bin Al-Khathab*, cet. ke-1, alih bahasa: Asmuni Solihan Zamakhsyari, (Jakarta Timur: Khalifa, 2006).
- Az-Zuhaili, *Al-Fiqh al-Islami wa Adillatuh*, cet. ke-4, (Damaskus: Dār al-Fikr, 2004).

Abdul Aziz Muhammad Azzam, *Fiqh Muamalat Sistem Transaksi dalam Islam*, cet. ke-1, alih bahasa: Nadirsyah Hawari, (Jakarta: Amzah, 2010).

Nandang Sudrajat, *Teori dan Praktik Pertambangan Indonesia Menurut Hukum*, (Yogyakarta: Pustaka Yustisia, 2010).

Afzalur Rahman, *Doktrin Ekonomi Islam*, alih bahasa: Soeroyo dkk, (Yogyakarta: PT Dana Bhakti Wakaf, 1995)

Abū Ya'īā, *Musnad Abi Ya'īā al-Mūsilly*, (Dār al-Kutub al-'Ilmiyyah, Beirut, 1998

T.M. Hasbi Ash-Shiddieqy, *Pengantar Fiqih Mu'amalah*, cet. ke-1, (Jakarta: Penerbit Bulan Bintang, 1974.

Nasrun Haroen, *Fiqh Muamalah*, cet. ke-2, (Jakarta: Gaya Media Pratama, 2007).

Ibnu Qudamah, *Al-Mugnī*, cet. ke-2, (Kairo: Hajar, 1992 M/ 1412 H), VIII: 155.

“UU Migas Bertentangan dengan UUD 45 Khususnya Pasal 33,” <http://www.tambangnews.com/berita/utama/2179-uu-migas-bertentangan-dengan-uud-45-khususnya-pasal-33.html>, akses 15 Januari 2013.

Y. Tomi Aryanto dkk, “BP Migas Wassalam,” *Tempo*, edisi 19-25 November 2012, (25 November 2012).

“Keputusan MK, BP Migas Bubar”, <http://haluankepri.com/nasional/37476-keputusan-mk-bp-migas-bubar.html>, akses 15 Januari 2013.

Fiqhislam.com, “Korban Berikutnya, UU Pertambangan Digugat ke MK,” (PDF), edisi hari sabtu, 17 Nopember 2012.

Dicky, “Fungsi BP Migas Ke ESDM,” *Kompas*, No, 136, Th. XIVVIII, (Rabu, 14 November 2012).

Ahmad Rizky Mardhatillah Umar, “Ekonomi Politik Perminyakan Indonesia: Analisis Kebijakan Liberalisasi Sektor Hulu Migas

Indonesia Pasca 1998,” *Jurnal ISIPOL UGM*, Vol. 16:1, (Yogyakarta: Juli, 2012).

“MUI dan NU Kompak Komentari Putusan MK Soal BP Migas” <http://bisnis.news.viva.co.id/news/read/367566-mui-dan-nu-kompak-komentari-putusan-mk-soal-bp-migas>, akses 17 Januari 2013.

Ali Budiardjo dkk, *IND-ENG-UU 4 of 2009 Pertambangan Mineral dan Batubara (PDF)*, ABNR COUNSELLORS AT LAW, hlm. 4-5, download 8 Desember 2012.

Ridwan, *Hukum Administrasi Negara*, cet. ke-7, (Jakarta: PT. RajaGrafindo Persada, 2011).

Sukandarrumudi, *Bahan Galian Industri*, cet. ke-2, (Yogyakarta, Gajah Mada University Press, 2004).

T.A. Nurwinakun, “Reformasi Hukum dan Kebijakan Sumbar Daya Alam Tambang, dalam buku Demokratisasi Pengelolaan Sumber Daya Alam,” dalam Firsty Husbaini, *Demokratisasi Pengelolaan Sumber Daya Alam*, cet. ke-1, (Jakarta: ICEL, 1999).

KONSEP KELUARGA MASLAHAH DALAM PANDANGAN NYAI MUDA PONDOK PESANTREN ALI MAKSUM KRAPYAK YOGYAKARTA

Afida Lailata dan Malik Ibrahim

Jurusan Ahwal Asy Syakhsiyah Fakultas Syari'ah dan Hukum
UIN Sunan Kalijaga Yogyakarta

Abstrak

Pernikahan merupakan salah satu sunnah Rasul dan merupakan anjuran agama. Pernikahan dalam Al-Qur'an disebut sebagai *mitsaqan ghalizhan* (perjanjian agung). Akan tetapi, dewasa ini pada sebagian keluarga, mereka yang menikah terkesan hanya sebagai sarana mendapatkan keturunan dan penyaluran libido seksualitas atau pelampiasan nafsu syahwat belaka. Sehingga peran keluarga dianggap belum berfungsi sebagaimana seharusnya. Oleh karena itu, membangun keluarga masalah, merupakan unsur sentral dalam ajaran Islam, karena unit keluarga memang merupakan sendi utama masyarakat. Menurut pandangan Nyai muda Pondok Pesantren Ali Maksum Krapyak Yogyakarta, dalam membangun keluarga masalah adalah bukan hanya bentuk dukungan pada upaya mendewasakan usia perkawinan, pengaturan kelahiran atau pembinaan ketahanan keluarga, tetapi juga upaya-upaya untuk meningkatkan kesejahteraan hidup keluarga yang bersangkutan. Ada dua hal yang dicari dalam tulisan ini yaitu, yang pertama, tentang konsep keluarga masalah menurut Nyai muda Pondok Pesantren Ali Maksum Krapyak Yogyakarta. Yang kedua, tinjauan hukum Islam terhadap konsep keluarga masalah dalam pandangan Nyai muda Pondok Pesantren Ali Maksum Krapyak Yogyakarta. Tulisan ini merupakan penelitian lapangan dengan menggunakan pendekatan normatif yuridis.

Dimana sumber primer diperoleh melalui wawancara dengan tiga orang nyai muda di Pondok Pesantren Krapyak Yogyakarta pada tahun 2013.

Kata Kunci: Keluarga *maslahah*, nyai muda, Pondok Pesantren Krapyak Yogyakarta.

A. Pendahuluan

Perkawinan dalam Islam merupakan sebuah ikatan *batbiniyah* dan *dbahiriyah* antara seorang laki-laki dengan seorang perempuan sebagai suami isteri dengan tujuan membentuk keluarga (rumah tangga) yang bahagia dan kekal berdasarkan Ketuhanan Yang Maha Esa, seperti yang digambarkan UU No.1 Tahun 1974 tentang Perkawinan.¹ Dalam Al-Qur'an telah disebutkan bahwa perkawinan adalah sebagai satu perjanjian (transaksi) yang kokoh/teguh/kuat (مَيْثَقًا غَلِيظًا), di samping itu dijelaskan juga bahwa perkawinan akan menimbulkan kehidupan yang tentram seperti yang tercantum dalam surah Ar-Rum (30): 21:

وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ
بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ ﴿٢١﴾²

Paradigma berkeluarga seorang muslim berasal dari motivasi bahwa berkeluarga merupakan ibadah kepada Allah dalam rangka mengikuti sunnah Nabi SAW, menjaga kesucian diri dan melakukan aktivitas sehari-hari yang berkaitan dengan keluarga.

Rasulullah SAW bersabda yang berbunyi

النكاح من سنتي فمن لم يعمل بسنتي فليس مني³

Setiap orang yang membangun sebuah rumah tangga pasti menginginkan keluarga yang dibina penuh dengan ketenangan serta didasari keimanan oleh penghuninya, seperti yang tertulis dalam surat Al-Hujurat ayat 13:

¹ Pasal 1 ayat (1) Undang-undang Nomor 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan.

² Ar-Rūm (30): 21.

³ Abu Abdullah Muhammad bin Yazid bin Majah ar-Rabi'i al-Qarwini, Sunan Ibn Majah Juz 1, (Beirut, Libanon: Daarul Kutub al-'Ilmiah, 275 H), hlm. 592.

يَتَأَيُّهَا النَّاسُ إِنَّا خَلَقْنَاكُمْ مِنْ ذَكَرٍ وَأُنْثَىٰ وَجَعَلْنَاكُمْ شُعُوبًا وَقَبَائِلَ
لِتَعَارَفُوا ۗ إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِنْدَ اللَّهِ أَتَقَىٰكُمْ ۗ إِنَّ اللَّهَ عَلِيمٌ خَبِيرٌ⁴

Suami istri adalah mitra, pasangan yang sepadan dalam menjalankan peran sebagai suami istri dan orang tua ataupun peran lain dalam lingkup kehidupan keluarga. Kalaupun masing-masing mempunyai kelebihan maka kelebihan tersebut dimanfaatkan untuk kepentingan berdua, saling mengisi dan mendukung keluarga. Pada dasarnya setiap orang pasti menginginkan keluarga yang dibentuk menjadi keluarga yang harmonis dan didalamnya menganut unsur-unsur syariat Islam. Semua hal tersebut akan terpenuhi jika didorong dengan kesadaran setiap pihak mengetahui tugas, hak maupun kewajiban masing-masing.

Didalam keluarga dikenal juga adanya prinsip-prinsip perkawinan⁵ seperti:

- 1) Musyawarah dan demokrasi.
- 2) Menciptakan rasa aman dan tenteram dalam keluarga.
- 3) Menghindari adanya kekerasan.
- 4) Hubungan suami dan isteri sebagai hubungan patner.
- 5) Prinsip keadilan.

Pernikahan merupakan jalan yang menjadikan hubungan antara laki-laki dan perempuan menjadi terhormat, hal itu menjadi selaras dengan kepentingan pemeliharaan terhadap keturunan dan kehormatan manusia. Istilah keluarga *maslahah*, yaitu suatu konsep yang berorientasi pada proses tumbuh dan mekarnya kebaikan dalam keluarga. Pendapat Arif dalam seminar yang diadakan oleh NU, faktor utama terbentuknya keluarga *maslahah* adalah keharmonisan antara suami dan istri. Siti Maryam mengungkapkan bahwa keluarga merupakan basis internalisasi nilai-nilai budaya yang sesuai dengan keagamaan.⁶

Membangun keluarga *maslahah* merupakan unsur sentral dalam ajaran Islam, sebab unit keluarga memang merupakan sendi utama masyarakat. Di atas landasan unit-unit keluarga yang sehat akan berdiri

⁴ Al-Hujurat (49): 13.

⁵ Khoiruddin Nasution, Hukum Perkawinan 1, Yogyakarta: ACAdEMIA + TAZZAFa, 2005), hlm. 56.

⁶ LKKNU, Yogyakarta (2013).

tegak bangunan masyarakat yang sehat. Keluarga juga sebagai tempat pembinaan pertama yang menjadi sangat menentukan terhadap fondasi keimanan yang kokoh dan melahirkan anak-anak yang baik secara kualitas dan kuantitas. Firman Allah SWT :

وَلْتَكُنْ مِنْكُمْ أُمَّةٌ يَدْعُونَ إِلَى الْخَيْرِ وَيَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَيَنْهَوْنَ عَنِ الْمُنْكَرِ ۚ وَأُولَٰئِكَ هُمُ الْمُفْلِحُونَ ﴿٧﴾

Sebuah keluarga akan sangat penting bila dibangun dengan sebuah kompetensi. Kompetensi keluarga adalah segala pengetahuan, keterampilan dan sikap dasar yang harus dimiliki agar seseorang dapat berhasil membangun rumah tangga yang kokoh yang menjadi basis penegakan nilai-nilai islami di masyarakat dan membangun moralitas anak bangsa.

Akan tetapi, seiring dengan perkembangan zaman dan globalisasi, upaya untuk mewujudkan suatu keluarga yang bahagia tidak semudah apa yang dibayangkan, karena perlunya di setiap unsur adanya toleransi, pengertian dan terlebih lagi harus adanya sifat saling menghormati dalam keluarga itu sendiri.

Namun demikian dalam perkembangannya, pengaruh dan tuntutan zaman sekarang ini muncul sangat beragam permasalahannya. Seperti banyaknya berita mengenai perceraian, perselingkuhan, kekerasan dalam rumah tangga (KDRT) sampai penelantaran anak. Peristiwa itu telah menjadi berita setiap harinya sekarang ini. Bahkan, dalam setiap tahunnya cenderung meningkat grafiknya. Oleh karenanya, jika kehidupan sebuah keluarga saja sudah buruk, maka terlebih dengan masyarakat umum. Sebaliknya, bila sebuah keluarga dibangun dengan pondasi yang baik, maka akan tumbuh baiklah kehidupan bermasyarakatnya.

Keluarga seringkali melewati begitu saja fase kritis dalam pembentukan sikap moral anak. Kadangkala orang tua tidak memikirkan bagaimana perkembangan moral anaknya sehingga tidak terlalu fokus dalam membentuk karakter anak agar menjadi seorang pribadi yang berkualitas di masa yang akan datang. Gempuran dari luar akan senantiasa menghadang, baik berupa pemikiran-pemikiran yang bertentangan yang bisa mempengaruhi tingkah laku dan moral anggota keluarga, maupun rintangan berupa sulitnya pemenuhan kebutuhan fisik dan non fisik

⁷ Ali 'Imrān (3): 104.

anggota keluarga. Tindak kriminalitas dan penyimpangan sosial biasanya muncul dari sini. Allah SWT berfirman dalam surah At-Tahrim (66) ayat 6:

يٰۤاَيُّهَا الَّذِيْنَ ءَامَنُوْا قُوْا اَنْفُسَكُمْ وَاَهْلِيْكُمْ نَارًا⁸

Selain itu, permasalahan lain seperti perbedaan usia, kejiwaan, kultur, status sosial dan ekonomi. Disamping masalah yang menjadi perhatian dalam perkawinan adalah kesehatan rohani dan jasmani.

Penataan kehidupan yang benar berkaitan dengan semua urusan masyarakat sangat diperlukan. Dalam menghadapi permasalahan seperti itu, maka pendidikan dan pembinaan keluarga dalam hal penerapan fungsi dan peranan anggota keluarga maupun hak dan kewajibannya perlu mendapat perhatian. Kalau keluarga dibangun di atas pondasi keimanan yang kokoh, maka akan melahirkan anak-anak yang tangguh.

Fokus tulisan ini dari segi lokasi dibatasi pada Pondok Pesantren Ali Maksum Krapyak Yogyakarta tahun 2013. Karena pesantren ini termasuk salah satu pesantren yang cukup banyak menyumbang pemikiran dalam hukum Islam dengan pemikirannya yang modern. Sedangkan pembatasan pada tahun 2013 dalam tulisan ini karena tahun tersebut merupakan perkembangan terkini dari Pondok Pesantren tersebut, sehingga diharapkan data yang ada merupakan data yang up to date.

Penulis menjadikan Nyai muda Pondok Pesantren Ali Maksum Krapyak sebagai subyek penelitian, karena dalam kehidupan keluarga Nyai muda bersama pasangannya terlihat harmonis dan kompak dengan berbagai kebutuhan dan kesibukan mereka secara personal maupun keluarga, yang kemudian dibina dalam sebuah tata aturan yang mereka terapkan masing-masing pada keluarga mereka. Selain itu penulis mempunyai keyakinan bahwa keluarga pesantren tersebut paham betul dan menguasai tentang syariat Islam, tidak terkecuali terkait hukum perkawinan dalam Islam.

Selanjutnya penulis memilih sosok-sosok Nyai muda pada penelitian ini karena merekalah yang menjadi penerus K.H Ali Maksum sebagai pengasuh Pondok Pesantren dan memiliki peran dalam pengembangan Pondok Pesantren Krapyak secara langsung. Nyai muda di sini adalah penerus pesantren generasi kedua atau cucu dari pendiri pesantren yaitu K.H Ali Maksum. Para nyai muda di pesantren ini mayoritas telah

⁸ At-Tahrim (66): 6.

mengenyam pendidikan minimal strata satu. Di samping itu, pendidikan yang telah ditempuh oleh nyai muda ini adalah dari berbagai macam universitas, baik di dalam negeri maupun di luar negeri. Hasil pemikiran dari para nyai muda ini salah satunya merupakan pengaruh keberadaan pesantren yang banyak bersentuhan dengan fenomena maupun informasi secara langsung seiring dengan berkembangnya zaman.

Dari latar belakang tersebut maka tulisan ini diarahkan pada dua hal, yang pertama tentang pandangan Nyai muda Pondok Pesantren Krapyak Ali Maksum tentang konsep keluarga *maslahab*. Dan yang kedua tentang tinjauan hukum Islam mengenai konsep keluarga *maslahab* menurut pandangan Nyai muda Pondok Pesantren Krapyak Ali Maksum Yogyakarta.

B. Konsep Keluarga Masalah

Keluarga adalah satuan kerabat yang mendasar terdiri dari suami, isteri dan anak-anak.⁹ Keluarga dalam pandangan Islam memiliki nilai yang tidak kecil. Bahkan Islam menaruh perhatian besar terhadap kehidupan keluarga dengan meletakkan kaidah-kaidah yang arif guna memelihara kehidupan keluarga dari ketidakharmonisan dan kehancuran. Karena tidak dapat dipungkiri bahwa keluarga adalah pondasi pertama untuk membangun istana masyarakat muslim dan merupakan madrasah iman yang diharapkan dapat mencetak generasi-generasi muslim yang mampu meninggikan kalimat Allah di muka bumi. Keluarga yang menjadi fokus pembahasan disini adalah keluarga inti atau keluarga batih, yang artinya adalah keluarga yang terbentuk karena pernikahan, yaitu terdiri dari ayah, ibu, dan anak-anaknya (yang belum menikah).¹⁰

Pendapat Syatiby, yang dikutip oleh Wahbah Zuhaili, *maslahab* ditinjau dari segi artinya adalah segala sesuatu yang menguatkan keberlangsungan dan menyerpuhkan kehidupan manusia, serta memenuhi segala keinginan rasio dan syahwatnya secara mutlak.¹¹

⁹ <http://cbdotnet.blogspot.com/2009/02/pandangan-keluarga-menurut-islam.html>.

¹⁰ Riswandi, Ilmu Sosial Dasar dalam Tanya Jawab. (Jakarta:Ghalia Indonesia, 1992) hlm.21. Dikatakan bahwa anak-anak adalah yang belum menikah karena anak-anak yang telah menikah berarti telah membentuk keluarga inti yang baru, oleh karenanya pembatasan ini menjadi penting.

¹¹ Sebagaimana dikutip Wahbah Zuhaili, Ilmu Ushl al Fiqh., juz II. hlm.799-800.

Sedangkan menurut arti secara *syara'* (hakikat) adalah segala sesuatu yang menguatkan kehidupan di dunia tidak dengan cara merusaknya serta mampu menuai hasil dan beruntung di akhirat, dalam hal ini syatiby mengatakan, “menarik kemaslahatan dan membuang hal-hal yang merusak bisa juga disebut dengan melaksanakan kehidupan di dunia untuk kehidupan di akhirat”.¹² Pendapat Al-Ghazali, yang dikutip oleh Wahbah Zuhaili, *maslahah* adalah memelihara tujuan syari'at. Sedangkan tujuan *syara'* meliputi lima dasar pokok, yaitu melindungi agama (*bifdu al diin*), melindungi jiwa (*bifdu al nafs*), melindungi akal (*bifdu al aql*), melindungi kelestarian manusia (*bifdu al nash*), dan melindungi harta benda (*bifdu al mal*).¹³

Nilai *maslahah* tidak hanya terbatas pada sisi *material* (jasmani) semata, tetapi harus juga mengandung nilai-nilai *spiritual* (rohani). Fitrah manusia cenderung mengajak terhadap nilai-nilai spiritual yang diimplementasikan dalam bentuk ibadah sebagai upaya mendekatkan diri kepada Allah SWT. Seperti firman Allah SWT dalam Q.S. Al-Rum (30) : 30.

فَأَقِمْ وَجْهَكَ لِلدِّينِ حَنِيفًا ۚ فِطْرَتَ اللَّهِ الَّتِي فَطَرَ النَّاسَ عَلَيْهَا ۚ لَا تَبْدِيلَ
لِخَلْقِ اللَّهِ ۚ ذَٰلِكَ الدِّينُ الْقَيِّمُ وَلَكِنَّ أَكْثَرَ النَّاسِ لَا يَعْلَمُونَ ﴿٣٠﴾¹⁴

Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan Pasal 1 menegaskan bahwa “Tujuan perkawinan adalah untuk membentuk keluarga (rumah tangga) yang bahagia dan kekal berdasarkan Ketuhanan Yang Maha Esa”. Membentuk keluarga bahagia itu, dalam penjelasannya berkaitan erat dengan keturunan, pemeliharaan dan pendidikan (keturunan) yang menjadi hak dan kewajiban (kedua) orang tua.

Allah SWT berfirman dalam surat An-Nisa' (4): 21.

وَأَخْذِ بِنِكَاحٍ مِّمَّنْ مِثْنًا غَلِيظًا ﴿٢١﴾¹⁵

Keluarga *maslahah* adalah keluarga yang dapat memenuhi atau memelihara kebutuhan primer (pokok) baik lahir maupun batin. Pemenuhan kebutuhan ini dilakukan semua anggota keluarga itu sendiri.

¹² Ibid., hlm. 86.

¹³ Ibid., hlm. 86.

¹⁴ Al-Rūm (30) : 30.

¹⁵ An-Nisā' (4): 21.

Yaitu yang hendak diwujudkan berdasar pada unsur-unsur suami yang baik (*sholeh*), isteri yang baik (*sholehab*), anak-anak yang baik (*abror*), dalam pengertian yang berkualitas, berakhlakul karimah, sehat rohani, dan jasmani, berkecukupan rizki (pangan sandang dan papan), serta memiliki lingkungan yang baik pula.¹⁶

Dalam buku Pedoman Pelaksanaan Program Keluarga Berencana dan Pendidikan Kependudukan yang diterbitkan LKKNU¹⁷ dan BKKBN¹⁸ telah disebutkan, terpeliharanya keseimbangan antara kebutuhan lahir dan batin adalah:

1. Terpeliharanya kesehatan ibu dan anak, seperti terjaminnya keselamatan jiwa dan raga ibu selama hamil, melahirkan, dan menyusui serta terjaminnya keselamatan anak sejak dalam kandungan.
2. Terpeliharanya keselamatan jiwa, kesehatan jasmani dan ruhani anak serta tersedianya pendidikan bagi anak.
3. Terjaminnya keselamatan agama orang tua yang dibebani kewajiban menyediakan kebutuhan hidup keluarga.¹⁹

C. Pandangan Nyai Muda Pondok pesantren Ali Maksum Krapyak Yogyakarta Terhadap Konsep Keluarga *Maslahab*

1. *Hj. Maya Fitria, S.Psi.*²⁰

Keluarga adalah sebagai elemen sistem sosial yang akan membentuk sebuah masyarakat. Adapun lembaga perkawinan adalah sebagai sarana pembentuk keluarga. Keluarga dalam Islam mencakup dua hal, yaitu fungsi jasmani dan rohani. Fungsi jasmani keluarga, yakni interaksi antar

¹⁶ Asnawi Latief, dkk, *Membina Kemaslahatan Keluarga Pedoman Pelaksanaan Program Keluarga Berencana dan Pendidikan Kependudukan*, cet. II (Jakarta: LKKNU dan BKKBN, 1982), hlm. 19.

¹⁷ Lembaga Kemaslahatan Nahdlatul Ulama.

¹⁸ Badan Koordinasi Keluarga Berencana Nasional.

¹⁹ Agus M. Najib, Evi Sophia Azhar, Fatma Amilia, Wawan G.A. Wahid, *Membangun Keluarga Sakinah Nan Masalah Panduan Bagi Keluarga Islam Modern*, (Yogyakarta: PSW UIN Sunan Kalijaga, 2005) hlm. 89.

²⁰ Beliau adalah cucu dari K.H. Ali Maksum dari pasangan Hj. Hanifah Ali dan K.H. Hasbullah. Beliau adalah salah satu pengasuh atau Nyai muda di pondok pesantren putri Ali Maksum. Beliau sekarang juga terdaftar sebagai dosen di UIN Sunan Kalijaga Yogyakarta. Suami beliau juga merupakan salah satu pengasuh pondok putra di Ali Maksum yaitu H. Nilzam Yahya, M.Ag

anggota keluarga (suami, istri dan anak) yang saling menyayangi dengan motivasi ibadah. Selain itu mereka berusaha untuk meraih kebahagiaan dan kesejahteraan dalam keluarga.

Fungsi rohani keluarga adalah setiap anggota keluarga memiliki tanggung jawab terhadap bangunan masyarakat yang tumbuh dengan iman. Setiap anggota keluarga bahu-membahu untuk memainkan peranan turut membangun masyarakat yang bahagia dan sejahtera dalam naungan sistem yang lurus (Islam). Kaum muslim akan membangun keluarga yang baik, jika setiap anggotanya tumbuh kembang dengan memiliki iman yang kuat. Keluarga secara eksternal memberikan kesempatan sebesar-besarnya kepada setiap anggota keluarga untuk ambil bagian dalam perjuangan perbaikan masyarakat. Di dalam keluarga yang menyatu antara fungsi internal dan eksternal akan benar-benar terwujud keluarga *maslahah* secara nyata dalam kehidupan.

Karakter merupakan kunci bagi sumber daya manusia yang berkualitas. Pendidikan karakter sejak usia dini merupakan hal yang penting. Pembangunan karakter tidak dapat terlepas dari keluarga, sekolah dan lingkungan sekitar individu tersebut. Keluarga merupakan hal yang terpenting, karena keluarga ibarat akar yang menentukan akan menjadi apa dan bagaimana seorang individu tersebut. Bila keluarga menjalankan fungsinya dengan baik, maka individu-individu yang dilahirkan akan mempunyai moral dan karakter yang baik, sehingga dapat membentuk sumber daya manusia yang berkualitas. Bukan tidak mungkin bila negara dapat terlepas dari berbagai masalah krisis moral karena disusun oleh masyarakat yang mempunyai keluarga yang berfungsi dengan baik.

Sebuah keluarga harmonis, yang teratur dengan ajaran Islam yang penuh rahmat akan terus berkesinambungan hingga keluarga tersebut tumbuh berkembang. Hubungan antara suami dengan isteri serta hubungan antara anak dan kedua orang tua senantiasa terjalin dengan baik dalam hubungan kekeluargaan yang tertata rapi dalam suasana akrab. Dan itu merupakan pembentukan dari keluarga *maslahah*.

Keluarga yang dibangun atas landasan Islam adalah keluarga yang kokoh dan akan menimbulkan kemaslahatan pada setiap anggotanya. Penerapan akidah serta semangat anggota-anggota keluarga untuk menjalankan ajaran-ajaran Allah dengan baik menjadikan keluarga sebagai benteng perlindungan pengaruh negatif dari luar yang senantiasa mengancam. Keluarga bahkan bisa menjadi tempat pengkaderan hamba-

hamba Allah yang taat, jujur, cerdas dan berilmu. Imam Islam terdahulu adalah pribadi-pribadi yang berasal dari keluarga-keluarga yang taat dan berdedikasi tinggi. Ulama-ulama Islam banyak lahir dari keluarga-keluarga yang shalih.

Upaya pembentukan keluarga *maslahah* yaitu saling percaya dengan apa yang menjadi kewajiban masing-masing. Dalam perjalanannya konsep tersebut tidak akan datang secara tiba-tiba, akan tetapi harus diusahakan oleh setiap anggotanya untuk menuju kemaslahatan dalam keluarga itu sendiri.

Pembentukan keluarga *maslahah* adalah dengan pergaulan yang baik dari pasangan, yaitu dengan memperkuat dan mempererat ikatan rumah tangga, yang perlu ditekankan adalah masalah pergaulan yang baik di antara keduanya.

وَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ ۚ وَلِلرِّجَالِ عَلَيْهِنَّ دَرَجَةٌ ۗ وَاللَّهُ عَزِيزٌ
حَكِيمٌ ۙ

Kaitannya tentang anak, dalam al-Qur'an Allah menjelaskan tentang eksistensi anak dalam keluarga, bagaimana kedudukannya dan apa yang menjadi haknya serta kewajibannya kepada orang tua. Walaupun tidak secara detail, al-Qur'an mengungkapkan itu semua dengan bahasa yang menarik, supaya manusia meneliti dan memahami dengan akal yang diberikan-Nya. Pendidikan agama Islam sejak dini sangat penting, terutama didalam membentuk karakter anak. Ketika ada kesalahan pada anak, segera ditegur, namun tegurlah dengan cara yang baik, tidak dengan kekerasan. Sebab bila anak dididik dengan kekerasan maka generasi yang terbentuk akan keras juga.

الْمَالُ وَالْبَنُونَ زِينَةُ الْحَيَاةِ الدُّنْيَا ۗ وَالْبَاقِيَاتُ الصَّالِحَاتُ خَيْرٌ عِندَ
رَبِّكَ ثَوَابًا وَخَيْرٌ أَمَلًا ۙ

Keluarga sebagai tempat pembinaan pertama (*madrosatul ula*) umumnya sangat menentukan. Kalau mahligai keluarga dibangun di atas pondasi keimanan yang kokoh, maka akan melahirkan anak-anak yang tangguh.

²¹ Al-Baqarah (2) : 228

²² Al-Kahfi (18) : 46

Dari keterangan di atas, penulis menyimpulkan bahwa keluarga *maslahah* adalah sebagai wadah yang strategis guna membentuk generasi yang berakhlak dan berkualitas. Untuk membentuk seseorang menjadi pribadi yang berkualitas, yakni memiliki pengertian, kesadaran dan sikap bertanggung jawab terhadap hubungan anatar kemaslahatan keluarga dengan aspek kehidupan manusia yang meliputi berbagai bidang, seperti bidang agama, sosial ekonomi, serta pembangunan baik terhadap lingkungan keluarga masyarakat, bangsa, dan dunia.²³

2. *Hj. Diana Jirjis, S.T., M.Sc.*²⁴

Pengertian keluarga, dalam bahasa Inggris keluarga diartikan dengan *home*, bukan *house*. Kata *home* sendiri menunjukkan bahwa arti keluarga bukan sekedar *house* (arti secara fisik) akan tetapi berarti rumah dalam takaran lebih ke kondisi mental. Yaitu dimana keluarga adalah tempat peraduan dimana segala sesuatu yang dilakukan akan kembali ke keluarga.

Keluarga merupakan institusi terkecil dalam masyarakat. Di dalam keluarga umumnya terdiri dari ayah, ibu dan anak. Keluarga memiliki peran yang penting dalam pembentukan sebuah masyarakat. Pendidikan di keluarga adalah pendidikan awal dan utama bagi seorang manusia. Keluarga adalah pemberi pengaruh pertama pada anak manusia. Di samping itu juga keluarga, sekolah dan masyarakat merupakan sendi-sendi pendidikan yang fundamental.

Dari keluarga akan lahir generasi manusia yang bermartabat memiliki rasa kasih sayang dan saling tolong-menolong diantara mereka. Dengan begitu akan terciptalah tatanan kehidupan masyarakat yang kuat, yang didukung keluarga-keluarga yang harmonis dan berkasih sayang karena memiliki pemikiran yang benar (ideologis) sebagai pondasinya.

Hal penting lainnya yang tidak bisa diabaikan dalam pembentukan keluarga yang kuat dan ideologis adalah peran sistem yang mendukung hal tersebut. Sekuat apapun kita melindungi keluarga dengan ide-ide islam

²³ Wawancara dengan Hj. Maya Fitria, S.Psi, Psi, Nyai muda Pondok Pesantren Ali Maksum Krapyak Yogyakarta, tanggal 28 September 2013.

²⁴ Beliau adalah cucu dari K.H. Ali Maksum dari putra pasangan KH. Jirjis Ali dan Ny. Hj. Luthfiah Baidlowi. Beliau merupakan salah satu pengasuh pondok putri di pondok pesantren Ali Maksum. Beliau sekarang ini adalah dosen di perguruan tinggi UII Yogyakarta, suami beliau juga merupakan salah satu pengurus Yayasan Ali Maksum yaitu H. Widyawan, M.Sc, Ph.D

dan pembinaan yang intensif kepada anak-anak dan anggota keluarga lainnya namun sistem yang berlaku ditengah kehidupan keluarga itu tidak menggunakan aturan-aturan Islam maka sulit bagi bangunan keluarga yang kokoh bisa bertahan. Sebab gempuran dari luar akan senantiasa menghadang baik berupa pemikiran-pemikiran yang bertentangan yang bisa mempengaruhi tingkah laku dan moral anggota keluarga maupun rintangan berupa sulitnya pemenuhan kebutuhan fisik dan non fisik anggota keluarga.

Keluarga *maslahah* sendiri berarti dimana setiap anggota keluarga mengerti porsi masing-masing dalam hal fungsinya. Dan fungsi keluarga sendiri adalah saling melengkapi antar pasangan terutama. Kemudian adanya komunikasi yang bagus diantaranya keduanya dalam berbagai hal yang akan dihadapi dalam masalah keluarga. Adanya interaksi yang baik dalam kehidupan keluarga sendiri akan meningkatkan kemaslahatan para anggotanya.

Dalam pembangunan keluarga *maslahah* adalah saling mengerti porsi masing-masing dalam melaksanakan hak dan kewajibannya. Di sisi lain ditanamkannya rasa saling mengerti dan saling melengkapi, yaitu dimana kedua suami istri mengerti bagaimana saling membangun untuk tumbuh kembang keluarganya. Hubungan suami istri tidak ada batasan, artinya apapun bisa di komunikasikan dengan baik. Hak istri yang lain adalah bahwa suami harus memperlakukannya dengan lemah lembut dan bersikap baik terhadapnya. Baik suami maupun isteri harus saling memperhatikan dan menghormati hak pasangannya demi terciptanya suasana cinta dan kasih sayang dan keharmonisan dalam keluarga. Adanya sikap saling menghormati di antara keduanya akan mendorong masing-masing pihak untuk menunaikan semua hal yang menjadi kewajibannya demi kebahagiaan keluarga.

Salah satu kedudukan anak adalah sebagai penenang hati. Ini bisa dilihat dari Q.S. al-Furqan :25, berikut ini:

وَالَّذِينَ يَقُولُونَ رَبَّنَا هَبْ لَنَا مِنْ أَزْوَاجِنَا وَذُرِّيَّاتِنَا قُرَّةَ أَعْيُنٍ
وَأَجْعَلْنَا لِلْمُتَّقِينَ إِمَامًا ²⁵ 

Ayat tersebut memberi informasi kepada manusia bahwa anak keturunan mereka bisa menjadi penenang hati mereka. Akan tetapi,

²⁵ Al-Furqān (25) :74.

karena ayat di atas adalah suatu doa, maka kedudukan anak sebagai penyenang hati, tidak bisa dimiliki dengan seketika dan cuma-cuma. Perlu usaha untuk merealisasikannya, yaitu memenuhi hak-hak mereka dan memperlakukan mereka sesuai ketentuan Allah. Dalam pemenuhan kebutuhan ekonomi, istri juga ikut berperan. Akan tetapi tidak akan melalikan kewajiban sebagai istri dan ibu rumah tangga .

Pada intinya pembentukan keluarga yang *maslahah* adalah awal pembentukan watak seseorang ketika nanti akan menghadapi kehidupan luar. Pergaulan yang baik di luar sana akan dimulai dengan keluarga yang baik.

Dari keterangan di atas, penulis menyimpulkan bahwa keluarga *maslahah* adalah tempat berteduh yang bersih lagi luas, kebutuhan sandang pangan yang cukup, keberadaan istri maupun suami yang ideal, pergaulan yang baik. Hal itu merupakan faktor-faktor yang membahagiakan, menentramkan, dan menyenangkan dalam kehidupan berumah tangga. Dengan catatan, faktor-faktor di atas senantiasa diwarnai dengan nilai-nilai keagamaan. Inilah perpaduan antara dua kebaikan, yakni kebaikan dunia dan kebaikan akhirat, yang menyatu dalam sebuah rumah tangga yang terwujud dalam keluarga *maslahah*.²⁶

3. *Hj. Nur Hasanah , S. Ag.*²⁷

Keluarga adalah hal yang terpenting atau urgen dalam membangun kehidupan. Keluarga adalah tumpuan hidup. Keluarga adalah sebuah komitmen yang dibangun dari awal kita mengucapkan ijab di hari pernikahan. Untuk itu, setiap anggota keluarga wajib menjaga dan bertanggung jawab terhadap kehidupan keluarganya.

Keluarga *maslahah* adalah salah satu wujud sarana ibadah, dan dengan menyadari kewajiban masing-masing, dalam pembentukannya dibutuhkan sifat mengerti. Keluarga yang sejahtera atau *maslahah* tentu menjadi dambaan setiap orang untuk mencapainya. Bukan saja karena dengan mencapai tingkat kesejahteraan tertentu, seseorang akan dapat menikmati hidup secara wajar dan menyenangkan karena tercukupi kebutuhan materill

²⁶ Wawancara dengan Hj. Diana Jirjis, S.T., M.Sc, Nyai muda Pondok Pesantren Ali Maksum Kranyak Yogyakarta, tanggal 29 September 2013.

²⁷ Beliau salah satu pengasuh pondok putri di Yayasan Ali Maksum. Beliau adalah istri dari H. M. Hilmy Hasbullah, MA, Ph.D yang juga berposisi sebagai pengasuh dan jua kepala sekolah di MA Ali Maksum.

dan spirituilnya, tetapi dengan kondisi keluarga yang sejahtera setiap individu didalamnya akan mendapat kesempatan seluas-luasnya untuk berkembang sesuai dengan potensi, bakat dan kemampuan yang dimiliki.

Fungsi keluarga tersebut di atas, fungsi kesakinahan merupakan kebutuhan setiap manusia. Karena keluarga *maslahah* berarti keluarga yang terbentuk dari pasangan suami istri yang diawali dengan memilih pasangan yang baik, kemudian menerapkan nilai-nilai Islam dalam melakukan hak dan kewajiban rumah tangga serta mendidik anak dalam suasana *mawaddah warahmah*.

Pernikahan berfungsi sebagai pelengkap, karena merupakan setengah dari keimanan dan pelengkap jalan menuju jalan Allah, hati menjadi bersih dari berbagai kecenderungan dan jiwa menjadi terlindung dari berbagai keraguan hidup. Dalam menganjurkan ummatnya untuk melakukan pernikahan, Islam tidak semata-mata beranggapan bahwa pernikahan merupakan sarana yang sah dalam pembentukan keluarga, bahwa pernikahan bukanlah semata sarana terhormat untuk mendapatkan anak yang shaleh, bukan semata cara untuk menjaga pandangan, atau hendak menyalurkan biologis, atau semata menyalurkan naluri saja. Akan tetapi juga lebih dari itu Islam memandang bahwa pernikahan sebagai salah satu jalan untuk merealisasikan tujuan yang lebih besar yang meliputi berbagai aspek kemasyarakatan berdasarkan Islam yang akan mempunyai pengaruh mendasar terhadap kaum muslimin dan eksistensi ummat Islam.

Suami istri adalah mitra dan saling membutuhkan dalam hal apapun khususnya perempuan yang berposisi sebagai istri, yaitu sangat butuh yang namanya seseorang yang menjadi teman yang baik dalam menghadapi setiap permasalahan, yaitu diwujudkan dengan menikah dan membangun sebuah keluarga. Di dalamnya adalah kejujuran yang utama, kemudian ditambah dengan rasa saling percaya setiap pasangan guna membangun keluarga yang *maslahah*.

28
الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ

Dalam hal ini, laki-laki yaitu suami atau ayah adalah pemimpin yang mempunyai tugas melaksanakan tugas kepemimpinan di dalam rumah tangganya dengan sebaik-baiknya. Seorang suami atau ayah, ia bukan hanya sekedar memerintah atau menyuruh. Akan tetapi lebih dari itu, yaitu ia memberikan teladan dan arahan kebaikan setiap saat.

²⁸ An-Nisā' (4) : 34

Orang tua harus sepenuhnya berperan dalam pendidikan anak. Pendidikan agama adalah modal utama. Selain itu potensi dan bakat seorang anak perlu ditumbuh kembangkan oleh orang tuanya.²⁹

Sebuah keluarga merupakan landasan utama bagi terbentuknya masyarakat islami. Di dalam keluarga *maslahab* terkandung sebuah konsep religius, yaitu bahwa para anggota keluarga diikat oleh sebuah ikatan agama untuk mewujudkan kepribadian yang luhur. Konsep ini menekankan bahwa sebuah keluarga Muslim harus dapat membentuk para anggotanya agar memiliki kepribadian yang luhur ini. Memiliki sifat kasih dan sayang, cinta sesama, menghormati orang lain, jujur, sabar, qana'ah dan saling mengerti merupakan di antara indikator bagi sebuah kepribadian yang luhur.

Bentuk-bentuk kewajiban dan tanggung jawab suami adalah memimpin dan membimbing keluarga lahir batin, melindungi isteri dan anak-anak, memberikan nafkah lahir dan batin sesuai dengan kemampuan, mengatasi keadaan dan mencari penyelesaian secara bijaksana serta tidak bertidak sewenang-wenang. Sementara bentuk-bentuk kewajiban dan tanggung jawab isteri adalah menghormati dan mencintai suami, mengatur urusan rumah tangga sebaik-baiknya, dan memelihara serta menjaga kehormatan rumah tangga. Orangtua berkewajiban merawat dan mendidik anak sebaik-baiknya. Dari keterangan di atas, penulis menyimpulkan bahwa keluarga *maslahab* adalah pembentukan keluarga *maslahab* diawali dengan pernikahan, yakni pemilihan jodoh yang bisa memahami hakikat an tujuan pernikahan, sehingga nantinya dapat mengerti hak dan kewajiban dalam membangun hidup berumah tangga.

Rumah tangga muslim tidak mungkin bisa dipisahkan dari dakwah Islam. Setiap anggotanya menjadi pilar-pilar dakwah Islam yang senantiasa menciptakan nilai-nilai kebenaran, kebaikan, dan keindahannya, baik untuk keluarga sendiri sebagai lingkungan terkecil maupun untuk masyarakatnya. Islam sendiri telah menjadikan tanggung jawab dakwah ini kepada suami dalam membangun keluarga islami oleh karena salah

²⁹ Lebih lanjut dijelaskan bahwa pengertian tersebut berangkat dari kata wallada yang juga bisa berarti anshā'a dan rabba (memunculkan, menumbuhkan dan mendidik). Lihat Sebagaimana dikutip dalam Abdul Mustaqim, "Kedudukan dan Hak-hak Anak dalam Perspektif Al-Qur'an: Sebuah Kajian dengan Metode Tafsir Tematik" dalam Musāwa: Jurnal Studi Gender dan Islam, Vol. 4, No.2, Juli 2006, hlm. 148.

satu kewajiban yang harus diembannya adalah membangun basis dakwah dalam keluarganya, dengan membimbing, mengarahkan, dan mendidik setiap anggota yang ada dalam keluarganya.³⁰

D. Analisis Terhadap Pandangan Hj. Maya Fitria

Islam sangat menghendaki agar manusia mengenali dirinya sendiri, serta manusia tahu posisinya di alam semesta ini. Al-Qur'an sendiri mengajarkan manusia bagaimana membangun dirinya menjadi seseorang yang bermartabat, yaitu dengan memiliki nilai moral dan sosial.

هُوَ أَنشَأَكُم مِّنَ الْأَرْضِ وَاسْتَعْمَرَكُمْ فِيهَا³¹

Keluarga adalah unit social yang terkecil dalam masyarakat. Dan juga institusi pertama yang dimasuki seorang manusia ketika dilahirkan. Jadi, keluarga adalah salah satu lembaga pengendalian sosial, karena selain pendidikan, agama, adat istiadat, seseorang anak akan mendapat teguran, nasehat ataupun norma serta nilai dari keluarga. Keluarga juga memiliki peranan besar dalam mendidik seorang anak, karena keluarga lembaga pertama yang dikenal oleh anak sejak lahir. Keluarga juga berfungsi untuk membentuk karakter anak, mengajarkan norma, nilai, serta mewariskan nilai budaya. Materi ini membahas tentang peranan sebuah keluarga itu dalam lembaga pengendalian sosial.

Kemaslahatan keluarga menjadi media untuk menciptakan keamanan masyarakat. Bagaimana bisa aman bila ikatan keluarga telah rusak. Padahal Allah memberi kenikmatan ini yaitu kenikmatan kerukunan keluarga dan keharmonisannya.

Hidup berumah tangga merupakan tuntutan fitrah manusia sebagai makhluk sosial. Keluarga atau rumah tangga muslim adalah lembaga terpenting dalam kehidupan kaum muslimin. Ini semua karena peran besar yang dimainkan oleh keluarga, yaitu mencetak dan menumbuhkan generasi masa depan, pilar penyangga bangunan umat dan perisai penyelamat bagi negara.

Dalam proses pembentukan sebuah keluarga diperlukan adanya sebuah program pendidikan yang terpadu dan terarah. Program pendidikan dalam keluarga ini harus pula mampu memberikan deskripsi kerja yang jelas bagi

³⁰ Wawancara dengan Hj. Nur Hasanah, S.Psi, Nyai muda Pondok Pesantren Ali Maksum Krapyak Yogyakarta, tanggal 30 September 2013.

³¹ Hūd (11): 61.

tiap individu dalam keluarga sehingga masing-masing dapat melakukan peran yang berkesinambungan demi terciptanya sebuah lingkungan keluarga yang kondusif untuk mendidik anak secara maksimal.

Oleh karena itu, sudah sewajarnya bila pemerintah bersama-sama dengan segenap komponen masyarakat berkepentingan untuk membangun keluarga-keluarga di negara Indonesia tercinta ini, agar menjadi keluarga yang sejahtera yang dalam konteks ini dimaknai sebagai keluarga yang sehat, maju dan mandiri dengan ketahanan keluarga yang tinggi.

Keluarga *maslahah* tidak hanya tercukupi kebutuhan materielnya, tetapi juga harus didasarkan pada perkawinan yang sah, tercukupi kebutuhan spirituilnya, memiliki hubungan yang harmonis antar anggota keluarga dan antara keluarga dengan masyarakat sekitarnya.

Pendapat tersebut sesuai dengan hukum Islam yaitu bahwa dalam keluarga *maslahah* telah dibentuk pribadi seseorang yang tinggi derajatnya, serta memiliki kemampuan atau *skill*. Dalam keluarga *maslahah* pula telah dibentuk karakter manusia yang terpenuhi kebutuhan jasmani dan rohaninya dengan baik, yang sesuai dengan ajaran agama Islam. Kemaslahatan tersebut tidak hanya bermanfaat bagi pribadi, akan tetapi bermanfaat bagi agama dan bangsanya.

وَلَقَدْ خَلَقْنَا الْإِنْسَانَ مِنْ سُلَالَةٍ مِّن طِينٍ ﴿١٢﴾ ثُمَّ جَعَلْنَاهُ نُطْفَةً فِي قَرَارٍ مَّكِينٍ ﴿١٣﴾³²

Dalam agama Islam telah menyebutkan bahwa keluarga merupakan awal pembentukan pribadi yang baik. Oleh karena itu dalam keluarga *maslahah* akan tercipta pribadi yang cakap, yang bisa melindungi dari kerusakan atau kerugian dari pengaruh negatif.

E. Analisis Terhadap Pandangan Hj. Diana Jirjis

Dalam aspek pembinaan ketahanan keluarga, agama Islam telah memberikan tuntunan dalam bentuk kewajiban dan tanggung jawab suami kepada isteri dan sebaliknya serta kewajiban dan tanggung jawab orangtua terhadap anak-anaknya dan sebaliknya. Bila semua kewajiban dan tanggung jawab dari masing-masing pihak dapat dipenuhi niscaya keluarga akan berjalan tenteram, tidak ada perselisihan, percekocokan

³² Al-Mukminūn (23): 12-13.

maupun kasus-kasus perselingkuhan, perzinahan yang dapat memperlemah ketahanan keluarga mereka, karena perceraian, terserang penyakit kelamin dan atau HIV/AIDS. Anak-anak juga tidak akan terlantar, sehingga kasus anak kelaparan, anak menjadi gelandangan atau kasus kenakalan anak/remaja dengan segala konsekuensinya dapat dihindari.

Seseorang yang sejahtera hidupnya adalah orang yang memelihara kesehatannya, cukup sandang, pangan, dan papan. Kemudian diterima dalam pergaulan masyarakat yang beradab, serta hak-hak asasinya terlindungi oleh norma agama, norma hukum dan norma susila. Kebahagiaan yang berhasil diciptakan akan menciptakan keseimbangan mental isteri selama masa kehamilan, menyusui, serta pada tahun-tahun awal umur anak, yang pada gilirannya akan sangat mempengaruhi keseimbangan dan kestabilan mental anak. Anak yang tumbuh dengan mental yang baik dan stabil, pikiran dan perilakunya akan berkembang dengan baik dan stabil pula serta akan dengan mudah menuruti semua anjuran dan nasehat diberikan kepadanya.³³

Hubungan antar individu dalam lingkungan keluarga sangat mempengaruhi kejiwaan anak dan dampaknya akan terlihat sampai kelak ketika ia menginjak usia dewasa. Suasana yang penuh kasih sayang dan kondusif bagi pengembangan intelektual yang berhasil dibangun dalam sebuah keluarga akan membuat seorang anak mampu beradaptasi dengan dirinya sendiri, dengan keluarganya dan dengan masyarakat sekitarnya.

Dalam agama Islam, keluarga sejahtera disubstansikan dalam bentuk keluarga *maslahab*, yaitu terpeliharanya kebutuhan primer manusia, baik agama, jiwa, harta benda, keturunan, serta akal atau kehormatan. Pendapat tersebut di atas sesuai dengan tujuan dibentuknya sebuah keluarga yaitu tempat yang nyaman bagi anggota keluarga.

وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ
 بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ ³⁴ ﴿٣٤﴾

Membangun hubungan anggota keluarga *maslahab*, dibutuhkan sikap saling menjaga kemaslahatan dan keharmonisan setiap anggotanya. Hak dan kewajiban tersebut adalah wujud dari kepedulian dan kasih sayang yang fleksibel dalam berumah tangga.

³³ BKKBN.

³⁴ Ar-Rūm (30): 21.

Keluarga *maslahah* adalah tempat paling strategis dan nyaman bagi anggotanya, karena tidak hanya terpenuhi kebutuhan rohaninya saja akan tetapi kebutuhan spritualnya juga terpenuhi.

F. Analisis Terhadap Pandangan Hj. Nur Hasanah

Konsep keluarga islami memberikan prinsip-prinsip dasar yang secara umum menjelaskan hubungan antar anggota keluarga dan tugas mereka masing-masing. Sementara itu, cara pengaplikasian prinsip-prinsip dasar ini bersifat kondisional. Artinya, amat bergantung pada kondisi dan situasi dalam sebuah keluarga dan dapat berubah sesuai dengan keadaan. Yaitu dengan membentuk keluarga *maslahah* sesuai dengan tuntunan Islam.

وَمَنْ يَتَّقِ اللَّهَ تَجْعَلْ لَهُ مَخْرَجًا ³⁵

Perkawinan menurut Islam juga dipandang sebagai perjanjian timbal balik yang menimbulkan hak-hak dan kewajiban-kewajiban pada suami dan isteri. Perkawinan adalah suatu persekutuan hidup demi pengesahan hubungan seksual serta untuk mendapatkan keturunan/anak. Perkawinan yang sembunyi-sembunyi atau kumpul kebo tidak dibenarkan sama sekali. Suami harus menjadi pemimpin atau kepala keluarga yang bertanggung jawab atas nafkah dan kesejahteraan isteri maupun anak.

Hak terpenting yang dimiliki oleh suami adalah kepemimpinan dalam keluarga. Allah SWT berfirman,

الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ وَبِمَا أَنْفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ ³⁶

Isteri berkewajiban untuk menghormati hak suami ini dan menjadikan suami sebagai pemimpin karena kehidupan rumah tangga tidak mungkin berjalan dengan baik tanpa ada yang mengaturnya dan karena kepemimpinan layak untuk dipegang oleh kaum lelaki, sesuai dengan perbedaan yang ada antara suami dan isteri dalam hal fisik dan perasaan. Di samping itu, isteri juga harus menunjukkan kepemimpinan suami dalam keluarga di hadapan anak-anaknya.

Hubungan suami istri yang sangat solid dan fungsinya sebagai

³⁵ At-Talāq (65) : 2.

³⁶ An-Nisā' (4) : 34.

orang tua ditambah anak-anaknya yang tumbuh dalam asuhan mereka, merupakan gambaran umat terkini dan masa depan. Karena itu ketika setan berhasil menceraikan hubungan keluarga dia tidak sekadar menggoncangkan sebuah keluarga, namun juga menjerumuskan masyarakat seluruhnya ke dalam kebobrokan yang merajalela. Kenyataan itulah yang sekarang banyak timbul, dikarenakan pondasi awal dari sebuah keluarga yang tidak baik.

Agama Islam yang memiliki penganut terbesar di Indonesia, memandang bahwa membangun keluarga *maslahah* merupakan upaya yang wajib ditempuh oleh setiap pasangan (keluarga) yang diawali dengan perkawinan/pernikahan Islami. Karena perkawinan adalah hal mendasar dalam pembentukan keluarga Islam. Tanpa perkawinan sesuai ajaran/ketentuan agama, mustahil sebuah keluarga akan mencapai kesejahteraan yang diidamkan.

Pendapat di atas sesuai dengan konsep Islam yang menginginkan terwujudnya keluarga yang sesuai konsep Islam dan bertujuan untuk ibadah kepada Allah. Keluarga *maslahah* adalah taman keharmonisan. Dan tidak mungkin terwujud kecuali dengan adanya visi dan misi yang sama dari suami istri dalam merealisasikannya. Kesamaan visi dan misi inilah yang mengarahkan sepasang suami istri untuk mewujudkan impian keluarga harmonis. Dengan kata lain, keluarga *maslahah* ini dibangun dengan ketentraman dan keharmonisan untuk meraih ridha Allah dan untuk mewujudkan pribadi yang berlandaskan nilai-nilai agama Islam.

G. Penutup

Keluarga *maslahah* adalah keluarga yang mempunyai fungsi pembentukan kepribadian utama seseorang. Hal itu bisa diwujudkan dengan terciptanya hubungan yang harmonis diantara sesama anggota keluarga, selain itu didalam kondisi keluarga yang sejahtera tersebut setiap individu bisa mendapat kesempatan untuk berkembang sesuai dengan potensi, bakat dan kemampuan yang dimiliki. Keluarga tersebut dapat terwujud atas dasar konsep Islam dan bertujuan untuk ibadah kepada Allah SWT, guna mewujudkan pribadi yang berlandaskan nilai-nilai agama Islam.

DAFTAR PUSTAKA

- Agama, Departemen , *Al-Quran Dan Terjemahannya*, Bandung: Lubuk Agung, 1989.
- Agama, Departemen, RI, *Pedoman Pembinaan Keluarga Sakinah*, Jakarta: 1998/1999
- Bakri, Asafri Jaya, *Konsep Maqashid Syari'ah menurut al- Syatibi*, Jakarta: P.T. Raja grafindo Persada, 1996.
- Ghazali, Abi Hamid, *Al-Mustashfa min 'Ilm al-Ushul*, Beirut: Dar al-Fikr.
- Ghazali, *Al-Mustashfa min 'Ilm al-Ushul*, Lebanon: Al-Resalah, 1997 M/1418 H.
- Kiai Sabal, M. Cholil Nafis dan Abdullah Ubaid, *Keluarga Maslahah Terapan Fikih Sosial*, Jakarta, Mitra Abadi Press, 2010.
- Lexi J Moleong, *Metodologi Penelitian Kualitatif*, Bandung: Remaja Rosdakarya, 2002.
- Mukhtar, Kamal, *Asas-asas Hukum Islam tentang Perkawinan*, Jakarta: Bulan Bintang, 1993.
- Munawwir, Ahmad Warson, *al-Munawwir Kamus Arab-Indonesia*, Yogyakarta: Unit Pengadaan Buku-buku Ilmiah Keagamaan Pondok Pesantren Al-Munawwir, t.t.
- Najib, M. Agus, Evi Sophia Azhar, Fatma Amilia, Wawan G.A. Wahid, *Membangun Keluarga Sakinah Nan Maslahah Panduan Bagi Keluarga Islam Modern*, Yogyakarta, PSW UIN Sunan Kalijaga, 2005.
- Nasution, Khoiruddin, *Hukum Perkawinan I*, Yogyakarta: ACAdEMIA + TAZZAFA, 2005.
- Nasution, Khoiruddin, *Hukum Keluarga (Perdata) Islam Indonesia*, Yogyakarta: ACAdEMIA + TAZZAFA, 2007.
- PSW IAIN Sunan Kalijaga Yogyakarta , *Membina Keluarga Mawaddah wa Rahmah dalam Bingkai Sunah Nabi*, Yogyakarta: tnp., 2003.
- Shihab Quraish, *Tafsir al-Misbah :Pesan, Kesan dan Keserasian al-Qur'an*, Yogyakarta: Teras, 2010.

Suyuti Jalaluddin, *Al-Jami ash-Shaghir*, Bandung: Al-Ma'arif.

Syatiby, Abu Ishaq, Ibrahim bin Musa, *Al-Muafaqat fi Ushul al-Syari'ah*, Kairo: Mustafa Muhammad.

UU No. 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan.

[http: www. file:///E:/FILE%20q/NET/LKKNU.htm](http://www.file:///E:/FILE%20q/NET/LKKNU.htm), akses 18 Maret 2013, Nuruzzaman Amin, *Keluarga Masalah*.

<http://www.file:///E:/FILE%20q/LIBRARY/Keluarga%20Maslahah%20NU/lkknu-gelar-workshop-konsep-keluarga-maslahah.htm>, akses 28 Maret 2013, Rokhim, "*Keluarga Masalah*".

<http://www.file:///E:/FILE%20q/NET/Situs%20Resmi%20Nahdlatul%20Ulam%20Kabupaten%20Malang%20-%20Keluarga%20Maslahah.htm>, akses 4 April 2013, Mujib Syadzili, "*Keluarga masalah*,"

www.krappyak.org

Petunjuk & Ketentuan Penulisan Artikel pada Jurnal Al-Mazāhib

A. Substansi Tulisan Artikel

1. Jurnal Al-Mazāhib hanya menerima dan memuat artikel yang terkait dengan “pemikiran hukum”;
2. Artikel bersifat orisinal dan memiliki sumbangan pemikiran / keilmuan yang jelas;
3. Artikel hendaknya didasarkan pada sumber-sumber primer terbaru (sumber-sumber yang ditulis pada 10 tahun terakhir);
4. Artikel didasarkan pada minimal 15 rujukan;

B. Batang Tubuh Artikel

1. Judul artikel dengan bahasa yang spesifik dan efektif (maksimal 12 kata);
2. Nama penulis artikel (tanpa gelar akademik, disertai keterangan instansi/ perguruan tinggi, alamat yang bisa dihubungi, dan alamat email untuk korespondensi)
3. Abstrak dalam bahasa Indonesia dan bahasa Inggris (satu paragraph, satu spasi, dan menggambarkan esensi keseluruhan tulisan);
4. Kata kunci/*keywords* (tiga sampai lima kata yang mencerminkan konsep pokok dari tulisan artikel);
5. Pendahuluan;
6. Pembahasan (tanpa subjudul besar yang berbunyi “Pembahasan”, tetapi langsung dirinci ke dalam sub-sub judul inti dari artikel);
7. Penutup/Simpulan;
8. Daftar Pustaka.

C. Tata Tulis

1. Artikel ditulis dalam bahasa Indonesia yang baik dan benar;
2. Artikel ditulis dengan Microsoft Word dengan jenis huruf Time New Roman, font size 12, spasi ganda, dan ditulis pada kertas A4 dengan margin 4-4-3-3;

3. Panjang tulisan artikel antara 15-25 halaman;
4. Perujukan artikel dengan menggunakan sistem *footnote* (Istilah *Op.Cit.*, dan *Loc Cit.*, tidak digunakan dalam penulisan artikel di Jurnal Al-Mazāhib).
5. Penulisan *footnote* menjorok enam spasi dengan susunan penulisan: nama penulis (tidak dibalik), judul buku (*italic*), cetakan ke (jika ada), volume (jika ada), kota penerbit, nama penerbit, tahun terbit, dan halaman yang dirujuk (hlm.). Lihat contoh penulisan rujukan (*footnote*) berikut ini:

- ¹. QS. an-Nisa [4]: 58.
- ². Ahmad Qodri A. Azizy, *Reformasi Bermazhab: Sebuah Ikhtiar Menuju Ijtihad Sesuai Sainifik-Modern* (Jakarta: Teraju, 2003), hlm. 50.
- ³. Abdullah Laroui, *The Crisis of the Arab Intelectual: Traditionalism or Historicism* (Berkeley: University of California Press, 1976), hlm. 75.
- ⁴. Wahbah az-Zuhaili, *Al-Fiqh al-Islāmī wa Adillatuhu*, cet. ke-3, vol. VII (Damaskus: Dār al-Fikr, 1989), VII: 821.
- ⁵. Ahmad Qodri A. Azizy, *Reformasi Bermazhab ...*, hlm. 51.
- ⁶. *Ibid.*
- ⁷. Muhammad Awwamah, *Melacak Akar Perbedaan Madzhab*, terj. A. Zarkasyi Chumaidy (Bandung: Pustaka Hidayah, 1997), hlm. 123.
- ⁸. Haidar Baqir dan Syafiq Basri (*ed.*), *Ijtihad Dalam Sorotan* (Bandung: Mizan, 1996), hlm. 65.
- ⁹. Wahbah az-Zuhaili, *Al-Fiqh al-Islāmī ...*, vol. VIII, hlm. 221.
- ¹⁰. Muhammad Awwamah, *Melacak Akar Perbedaan Madzhab ...*, hlm. 140.