

## BAB II

### A. Hukum Pidana

#### A. 1. Pengertian Hukum Pidana

Merumuskan hukum pidana ke dalam rangkaian kata untuk dapat memberikan sebuah pengertian yang komprehensif tentang apa yang dimaksud dengan hukum pidana adalah sangat sukar. Namun setidaknya dengan merumuskan hukum pidana menjadi sebuah pengertian dapat membantu memberikan gambaran/deskripsi awal tentang hukum pidana. Banyak pengetahuan dari hukum pidana yang diberikan oleh para ahli hukum pidana.

Pada dasarnya, kehadiran hukum pidana di tengah masyarakat dimaksudkan untuk memberikan rasa aman kepada individu maupun kelompok dalam masyarakat dalam melaksanakan aktifitas kesehariannya. Rasa aman yang dimaksudkan dalam hal ini adalah keadaan tenang, tanpa ada kekhawatiran akan ancaman ataupun perbuatan yang dapat merugikan antar individu dalam masyarakat. Kerugian sebagaimana dimaksud tidak hanya terkait kerugian sebagaimana yang kita pahami dalam istilah keperdataan, namun juga mencakup kerugian terhadap jiwa dan raga. Raga dalam hal ini mencakup tubuh yang juga terkait dengan nyawa seseorang, jiwa dalam hal ini mencakup perasaan atau keadaan psikis.

Istilah hukum pidana merupakan terjemahan dari istilah bahasa Belanda “Strafrecht”, Straf berarti pidana, dan Recht berarti hukum. Menurut Wirjono

Prodjodikoro bahwa istilah hukum pidana itu dipergunakan sejak pendudukan Jepang di Indonesia untuk pengertian strafrecht dari bahasa Belanda, dan untuk membedakannya dari istilah hukum perdata untuk pengertian burgerlijkrecht dari bahasa Belanda.

Pengertian hukum pidana, banyak dikemukakan oleh para sarjana hukum, diantaranya adalah:

Soedarto: Hukum pidana memuat aturan-aturan hukum yang mengikat kepada perbuatan-perbuatan yang memenuhi syarat tertentu suatu akibat yang berupa pidana.

Selanjutnya Soedarto menyatakan bahwa sejalan dengan pengertian hukum pidana, maka tidak terlepas dari KUHP yang memuat dua hal pokok, yakni:

1. Memuat pelukisan dari perbuatan-perbuatan orang yang diancam pidana, artinya KUHP memuat syarat-syarat yang harus dipenuhi yang memungkinkan pengadilan menjatuhkan pidana. Jadi di sini seolah-olah negara menyatakan kepada umum dan juga kepada para penegak hukum perbuatan-perbuatan apa yang dilarang dan siapa yang dapat dipidana.
2. KUHP menetapkan dan mengumumkan reaksi apa yang akan diterima oleh orang yang melakukan perbuatan yang dilarang itu.

Dalam hukum pidana modern reaksi ini tidak hanya berupa pidana, tetapi juga apa yang disebut dengan tindakan, yang bertujuan untuk melindungi masyarakat dari perbuatan-perbuatan yang merugikannya.

Satochid Kartanegara, mengemukakan bahwa hukuman pidana adalah sejumlah peraturan yang merupakan bagian dari hukum positif yang mengandung larangan-larangan dan keharusan-keharusan yang ditentukan oleh negara atau kekuasaan lain yang berwenang untuk menentukan peraturan pidana, larangan atau keharusan itu disertai ancaman pidana, dan apabila hal ini dilanggar timbullah hak negara untuk melakukan tuntutan, menjatuhkan pidana, melaksanakan pidana.

W.L.G. Lemaire

Hukum pidana itu terdiri dari norma-norma yang berisi keharusan-keharusan dan larangan-larangan yang (oleh pembentuk undang-undang) telah dikaitkan dengan suatu sanksi berupa hukuman, yakni suatu penderitaan yang bersifat khusus. Dengan demikian dapat juga dikatakan, bahwa hukum pidana itu merupakan suatu sistem norma-norma yang menentukan terhadap tindakan-tindakan yang mana (hal melakukan sesuatu atau tidak melakukan sesuatu dimana terdapat suatu keharusan untuk melakukan sesuatu) dan dalam keadaan-keadaan bagaimana hukum itu dapat dijatuhkan, serta hukuman yang bagaimana yang dapat dijatuhkan bagi tindakan-tindakan tersebut.

W.F.C. van Hattum

Hukum pidana adalah suatu keseluruhan dari asas-asas dan peraturan-peraturan yang diikuti oleh negara atau suatu masyarakat hukum umum lainnya, dimana mereka itu sebagai pemelihara dari ketertiban hukum umum telah melarang dilakukannya

tindakan-tindakan yang bersifat melanggar hukum dan telah mengaitkan pelanggaran terhadap peraturan-peraturannya dengan suatu penderitaan yang bersifat khusus berupa hukuman.

Van Kan

Hukum pidana tidak mengadakan norma-norma baru dan tidak menimbulkan kewajiban-kewajiban yang dulunya belum ada. Hanya norma-norma yang sudah ada saja yang dipertegas, yaitu dengan mengadakan ancaman pidana dan pemidanaan. Hukum pidana memberikan sanksi yang bengis dan sangat memperkuat berlakunya norma-norma hukum yang telah ada. Tetapi tidak mengadakan norma baru. Hukum pidana sesungguhnya adalah hukum sanksi (het straf-recht is wezelijk sanctie-recht).

Pompe

Hukum pidana adalah semua aturan-aturan hukum yang menentukan terhadap perbuatan-perbuatan apa seharusnya dijatuhi pidana dan apakah macamnya pidana itu.

Hazewinkel-Suringa

Hukum pidana adalah sejumlah peraturan hukum yang mengandung larangan dan perintah atau keharusan yang terhadap pelanggarannya diancam dengan pidana (sanksi hukum) bagi barang siapa yang membuatnya.

Adami Chazawi

Hukum pidana itu adalah bagian dari hukum publik yang memuat/berisi ketentuan-ketentuan tentang:

1. Aturan umum hukum pidana dan (yang dikaitkan/berhubungan dengan) larangan melakukan perbuatan-perbuatan (aktif/positif maupun pasif/negatif) tertentu yang disertai dengan ancaman sanksi berupa pidana (straf) bagi yang melanggar larangan itu.
2. Syarat-syarat tertentu (kapankah) yang harus dipenuhi/harus ada bagi si pelanggar untuk dapat dijatuhkannya sanksi pidana yang diancamkan pada larangan perbuatan yang dilanggarnya.
3. Tindakan dan upaya-upaya yang boleh atau harus dilakukan negara melalui alat-alat perlengkapannya (misalnya Polisi, Jaksa, Hakim), terhadap yang disangka dan didakwa sebagai pelanggar hukum pidana dalam rangka usaha negara menentukan, menjatuhkan dan melaksanakan sanksi pidana terhadap dirinya, serta tindakan dan upaya-upaya yang boleh dan harus dilakukan oleh tersangka/terdakwa pelanggar hukum tersebut dalam usaha melindungi dan mempertahankan hak-haknya dari tindakan negara dalam upaya negara menegakkan hukum pidana tersebut.

Selanjutnya Prof. Moeljatno mengartikan bahwa hukum pidana adalah bagian dari keseluruhan hukum yang berlaku di suatu negara, yang mengadakan dasar-dasar dan aturan untuk:

1. Menentukan perbuatan-perbuatan mana yang tidak boleh dilakukan, yang dilarang, dan disertai ancaman atau sanksi yang berupa pidana tertentu bagi barangsiapa yang melanggar larangan tersebut.
2. Menentukan kapan dan dalam hal-hal apa kepada mereka yang telah melanggar larangan-larangan itu dapat dikenakan atau dijatuhi pidana sebagaimana yang telah diancamkan.
3. Menentukan dengan cara bagaimana mengenai pidana itu dapat dilaksanakan apabila ada orang yang disangka telah melanggar larangan tersebut.

Selanjutnya Moeljatno menjelaskan dari pengertian hukum pidana tersebut di atas maka yang disebut dalam kesatu, adalah mengenai “perbuatan pidana” (criminal act). Sedang yang disebut dalam kedua, adalah mengenai “pertanggungjawaban hukum pidana”(criminal liability atau criminal responsibility). Yang disebut dalam kesatu dan kedua merupakan “hukum pidana materiil” (substantive criminal law), oleh karena mengenai isi hukum pidana sendiri. Yang disebut dalam ketiga adalah mengenai bagaimana caranya atau prosedurnya untuk menuntut ke muka pengadilan orang-orang yang disangka melakukan perbuatan pidana, oleh karena itu hukum acara pidana (criminal procedure). Lazimnya yang disebut dengan hukum pidana saja adalah hukum pidana materiil.

Menurut Prof Simons, hukum pidana itu dapat dibagi menjadi hukum pidana dalam arti objektif atau strafrecht in objective zindan hukum pidana dalam arti subjektif atau strafrecht in subjective zin. Hukum pidana dalam arti objektif adalah

hukum pidana yang berlaku, atau yang juga disebut sebagai hukum positif atau *ius poenale*. Hukum pidana dalam arti subjektif tersebut, oleh Profesor Simons telah dirumuskan sebagai:

*“het geheel van verboden en geboden, aan welker overtrading door de staat of eenige andere openbare rechtsgemeenschap voor den overtreder een bijzonder leed “straf” verbonden is, van de voorschriften, doorwelke de voorwarden voor dit rechtsgevolg worden aangewezen, en van de bepalingen, krachtens welke de straf wordt opgelegd en toegepast”.*

Yang artinya:

“Keseluruhan dari larangan-larangan dan keharusan-keharusan, yang atas pelanggarannya oleh negara atau oleh suatu masyarakat hukum umum lainnya telah dikaitkan dengan suatu penderitaan yang bersifat khusus berupa suatu hukuman, dan keseluruhan dari peraturan-peraturan di mana syarat-syarat mengenai akibat hukum itu telah diatur serta keseluruhan dari peraturan-peraturan yang mengatur masalah penjatuhan dan pelaksanaan dari hukumannya itu sendiri”.

Hukum pidana dalam arti subjektif itu mempunyai dua pengertian, yaitu:

- a. Hak dari negara dan alat-alat kekuasaannya untuk menghukum, yakni hak yang telah mereka peroleh dari peraturan-peraturan yang telah ditentukan oleh hukum pidana dalam arti objektif.

- b. Hak dari negara untuk mengaitkan pelanggaran terhadap peraturan-peraturannya dengan hukum.

Hukum pidana dalam arti subjektif di dalam pengertian seperti yang disebut di atas, juga disebut sebagai *ius puniendi*.

Menurut E.Y Kanter dan S.R. Sianturi, bahwa hukum pidana adat pun yang tidak dibuat oleh negara atau political authority masih mendapat tempat dalam pengertian hukum pidana. Hukum adat tumbuh dan berakar dalam kesadaran dan pergaulan hidup masyarakat. Kenyataan masih berlakunya hukum adat di Indonesia sampai saat ini tidak dapat dipungkiri, dengan demikian maka perumusan hukum pidana adalah bagian dari hukum positif yang berlaku di suatu negara dengan memperhatikan waktu, tempat dan bagian penduduk, yang memuat dasar-dasar dan ketentuan-ketentuan mengenai tindakan larangan atau tindakan keharusan dan kepada pelanggarnya diancam dengan pidana. Menentukan pula bilamana dan dalam hal apa pelaku pelanggaran tersebut dipertanggungjawabkan, serta ketentuan-ketentuan mengenai hak dan cara penyidikan, penuntutan, penjatuhan pidana dan pelaksanaan pidana demi tegaknya hukum yang bertitik berat kepada keadilan. Perumusan ini mencakup juga hukum (pidana) adat, serta bertujuan mengadakan keseimbangan di antara berbagai kepentingan atau keadilan.

Sejauh mana hukum (pidana) adat tercakup atau berperan mempengaruhi hukum pidana yang telah diatur dalam perundang-undangan, banyak tergantung

kepada penghargaan nilai-nilai luhur yang merupakan kesadaran hukum masyarakat (setempat), masih/tidaknya hukum adat diakui oleh undang-undang negara, maupun kepada sejauh mana hukum (pidana) adat masih dianggap sejalan atau ditolerir oleh falsafah pancasila dan undang-undang yang berlaku. Ketergantungan yang disebut terakhir adalah merupakan pembatasan mutlak terhadap penerapan hukum (pidana) adat. Dengan demikian sebenarnya asas legalitas masih tetap dianut atau dipertahankan, hanya dalam beberapa hal ada pengecualian. Dalam hal terdapat pertentangan antara hukum (pidana) adat dengan undang-undang yang berlaku, maka hakim sebagai figur utama untuk menyelesaikan suatu pertikaian/perkara banyak memegang peranan. Hakim dianggap mengenal hukum. Hakim wajib mencari dan menemukan hukum. Hakim mempunyai kedudukan yang tinggi dalam masyarakat, karena itu hakim sebagai manusia yang arif dan bijaksana, yang bertanggungjawab kepada tuhan, negara dan pribadi, tidak boleh menolak memberi keadilan.

Dari beberapa pendapat yang telah dikutip tersebut dapat diambil gambaran tentang hukum pidana, bahwa hukum pidana setidaknya merupakan hukum yang mengatur tentang:

1. Larangan untuk melakukan suatu perbuatan;
2. Syarat-syarat agar seseorang dapat dikenakan sanksi pidana;
3. Sanksi pidana apa yang dapat dijatuhkan kepada seseorang yang melakukan suatu perbuatan yang dilarang (delik);

#### 4. Cara mempertahankan/memberlakukan hukum pidana.

##### A. 2. Tujuan Hukum Pidana

Tirtaamidjaya menyatakan maksud diadakannya hukum pidana adalah untuk melindungi masyarakat. Secara umum hukum pidana berfungsi untuk mengatur kehidupan masyarakat agar dapat tercipta dan terpeliharanya ketertiban umum. Manusia dalam usaha untuk memenuhi kebutuhan dan kepentingan hidupnya yang berbeda-beda terkadang mengalami pertentangan antara satu dengan yang lainnya, yang dapat menimbulkan kerugian atau mengganggu kepentingan orang lain. Agar tidak menimbulkan kerugian dan mengganggu kepentingan orang lain dalam usaha memenuhi kebutuhan hidupnya tersebut maka hukum memberikan aturan-aturan yang membatasi perbuatan manusia, sehingga ia tidak bisa berbuat sekehendak hatinya.

Berkenaan dengan tujuan hukum pidana (Strafrechtscholen) dikenal dua aliran tujuan dibentuknya peraturan hukum pidana, yaitu:

##### 1. Aliran Klasik

Menurut aliran klasik (de klassieke school/de klassieke richting) tujuan susunan hukum pidana itu untuk melindungi individu dari kekuasaan penguasa (Negara). Peletak dasarnya adalah Markies van Beccaria yang menulis tentang “Dei delitte edelle pene” (1764). Di dalam tulisan itu menuntut agar hukum pidana harus diatur dengan undang-undang yang harus tertulis. Pada zaman sebelum pengaruh tulisan

Beccaria itu, hukum pidana yang ada sebagian besar tidak tertulis dan di samping itu kekuasaan raja Absolute dapat menyelenggarakan pengadilan yang sewenang-wenang dengan menetapkan hukum menurut perasaan dari hakim sendiri. Penduduk tidak tahu pasti perbuatan mana yang diancamkan karena hukumnya tidak tertulis. Proses pengadilan berjalan tidak baik, sampai terjadi peristiwa yang menggemparkan rakyat seperti di perancis dengan kasus Jean Calas te Toulouse (1762) yang dituduh membunuh anaknya sendiri bernama Mauriac Antoine Calas, karena anaknya itu terdapat mati di rumah ayahnya. Di dalam pemeriksaan Calas tetap tidak mengaku dan oleh hakim tetap dinyatakan bersalah dan dijatuhi pidana mati dan pelaksanaannya dengan guillotine. Masyarakat tidak puas, yang menganggap Jean Calas tidak bersalah membunuh anaknya, sehingga Voltaire mengecam putusan pengadilan itu, yang ternyata tuntutan untuk memeriksa kembali perkara Calas itu dikabulkan. Hasil pemeriksaan ulang menyatakan Mauriac mati dengan bunuh diri. Masyarakat menjadi gempar karena putusan itu, dan selanjutnya pemuka-pemuka masyarakat seperti J.J. Rosseau dan Montesquieu turut menuntut agar kekuasaan raja dan penguasa-penguasanya dibatasi oleh hukum tertulis atau undang-undang. Semua peristiwa yang diabadikan itu adalah usaha untuk melindungi individu guna kepentingan hukum perseorangan.

Oleh karenanya mereka menghendaki agar diadakan suatu peraturan tertulis supaya setiap orang mengetahui tindakan-tindakan mana yang terlarang atau tidak, apa ancaman hukumannya dan lain sebagainya. Dengan demikian diharapkan akan

terjamin hak-hak manusia dan kepentingan hukum perseorangan. Peraturan tertulis itu akan menjadi pedoman bagi rakyat, akan melahirkan kepastian hukum serta dapat menghindarkan masyarakat dari kesewenang-wenangan. Pengikut-pengikut ajaran ini menganggap bahwa tujuan hukum pidana adalah untuk menjamin kepentingan hukum individu. Setiap perbuatan yang dilakukan oleh seseorang (individu) yang oleh undang-undang hukum pidana dilarang dan diancam dengan pidana harus dijatuhkan pidana. Menurut aliran klasik, penjatuhan pidana dikenakan tanpa memperhatikan keadaan pribadi pembuat pelanggaran hukum, mengenai sebab-sebab yang mendorong dilakukan kejahatan (etiologi kriminil) serta pidana yang bermanfaat, baik bagi orang yang melakukan kejahatan maupun bagi masyarakat sendiri (politik kriminil).

## 2. Aliran modern

Aliran modern (*de moderne school/de moderne richting*) mengajarkan tujuan susunan hukum pidana itu untuk melindungi masyarakat terhadap kejahatan. Sejalan dengan tujuan tersebut, perkembangan hukum pidana harus memperhatikan kejahatan serta keadaan penjahat. Kriminologi yang objek penelitiannya antara lain adalah tingkah laku orang perseorangan dan atau masyarakat adalah salah satu ilmu yang memperkaya ilmu pengetahuan hukum pidana. Pengaruh kriminologi sebagai bagian dari social science menimbulkan suatu aliran baru yang menganggap bahwa tujuan hukum pidana adalah untuk memberantas kejahatan agar terlindungi kepentingan hukum masyarakat.

Berikut ini disebutkan pula beberapa pendapat yang dikemukakan tentang fungsi/tujuan hukum pidana:

Menurut sudarto fungsi hukum pidana itu dapat dibedakan sebagai berikut.

1. Fungsi yang umum

Hukum pidana merupakan salah satu bagian dari hukum, oleh karena itu fungsi hukum pidana juga sama dengan fungsi hukum pada umumnya, yaitu untuk mengatur hidup kemasyarakatan atau untuk meyelenggarakan tata dalam masyarakat;

2. Fungsi yang khusus

Fungsi khusus bagi hukum pidana adalah untuk melindungi kepentingan hukum terhadap perbuatan yang hendak memperkosanya (*rechtguterschutz*) dengan sanksi yang berupa pidana yang sifatnya lebih tajam jika dibandingkan dengan sanksi yang terdapat pada cabang hukum lainnya. Dalam sanksi pidana itu terdapat suatu tragic(suatu yang menyedihkan) sehingga hukum pidana dikatakan sebagai “mengiris dagingnya sendiri” atau sebagai “pedang bermata dua”, yang bermakna bahwa hukum pidana bertujuan untuk melindungi kepentingan-kepentingan hukum (misalnya: nyawa, harta benda, kemerdekaan, kehormatan). Namun jika terjadi pelanggaran terhadap larangan dan perintahnya justru mengenakan perlukaan (menyakiti) kepentingan (benda) hukum si pelanggar. Dapat dikatakan bahwa hukum pidana itu memberi aturan-aturan untuk menanggulangi perbuatan jahat. Dalam hal ini perlu diingat pula, bahwa sebagai alat social control fungsi hukum pidana adalah subsidair,

artinya hukum pidana hendaknya baru diadakan (dipergunakan) apabila usaha-usaha lain kurang memadai.

Adami Chazawi menyebutkan bahwa, sebagai bagian dari hukum publik hukum pidana berfungsi:

1. Melindungi kepentingan hukum dari perbuatan atau perbuatan-perbuatan yang menyerang atau memperkosa kepentingan hukum tersebut, kepentingan hukum yang wajib dilindungi itu ada tiga macam, yaitu:
  - a) Kepentingan hukum perorangan (*individuale belangen*), misalnya kepentingan hukum terhadap hak hidup (*nyawa*), kepentingan hukum atas tubuh, kepentingan hukum akan hak milik benda, kepentingan hukum terhadap harga diri dan nama baik, kepentingan hukum terhadap rasa susila, dan lain sebagainya;
  - b) Kepentingan hukum masyarakat (*socialle of maatschappelijke belangen*), misalnya kepentingan hukum terhadap keamanan dan ketertiban umum, ketertiban berlalu-lintas di jalan raya, dan lain sebagainya;
  - c) Kepentingan hukum negara (*staatsbelangen*), misalnya kepentingan hukum terhadap keamanan dan keselamatan negara, kepentingan hukum terhadap negara-negara sahabat, kepentingan hukum terhadap martabat kepala negara dan wakilnya, dan sebagainya.

2. Memberi dasar legitimasi bagi negara dalam rangka negara menjalankan fungsi perlindungan atas berbagai kepentingan hukum dalam mempertahankan kepentingan hukum yang dilindungi, dilakukan oleh negara dengan tindakan-tindakan yang sangat tidak menyenangkan, tindakan yang justru melanggar kepentingan hukum pribadi yang mendasar bagi pihak yang bersangkutan, misalnya dengan dilakukan penangkapan, penahanan, pemeriksaan sampai kepada penjatuhan sanksi pidana kepada pelakunya. Kekuasaan yang sangat besar ini, yaitu kekuasaan yang berupa hak untuk menjalankan pidana dengan menjatuhkan pidana yang menyerang kepentingan hukum manusia atau warganya ini hanya dimiliki oleh negara dan diatur di dalam hukum pidana itu sendiri terutama di dalam hukum acara pidana, agar negara dapat menjalankan fungsi menegakkan dan melindungi kepentingan hukum yang dilindungi oleh hukum pidana dengan sebaik-baiknya.
3. Mengatur dan membatasi kekuasaan negara dalam rangka negara melaksanakan fungsi perlindungan atas kepentingan hukum. Kekuasaan negara yang sangat besar dalam rangka menegakkan dan melindungi kepentingan hukum itu dapat membahayakan dan menjadi bumerang bagi warganya, negara bisa bertindak sewenang-wenang jika tidak diatur dan dibatasi sedemikian rupa, sehingga pengaturan hak dan kewajiban negara mutlak diperlukan.

Menurut Jan Rummelink hukum pidana (seharusnya) ditujukan untuk menegakkan tertib hukum, melindungi masyarakat hukum. Manusia satu persatu di masyarakat

saling bergantung, kepentingan mereka dan relasi antar mereka ditentukan dan dilindungi oleh norma-norma. Penjagaan tertib sosial ini untuk bagian terbesar sangat tergantung pada paksaan. Jika norma-norma tidak ditaati, akan muncul sanksi, kadangkala yang berbentuk informal, misalnya perlakuan acuh tak acuh dan kehilangan status atau penghargaan sosial. Namun jika menyangkut hal yang lebih penting, sanksi (hukum), melalui tertib hukum negara yang melengkapi penataan sosial, dihaluskan, diperkuat dan dikenakan kepada pelanggar norma tersebut. Ini semua tidak dikatakan dengan melupakan bahwa penjatuhan pidana dalam prakteknya masih juga merupakan sarana kekuasaan negara yang tertajam yang dapat dikenakan kepada pelanggar. Menjadi jelas bahwa dalam pemahaman di atas hukum pidana bukan merupakan tujuan dalam dirinya sendiri, namun memiliki fungsi pelayanan ataupun fungsi sosial.

Menurut Van Bemmelen, hukum pidana itu membentuk norma-norma dan pengertian-pengertian yang diarahkan kepada tujuannya sendiri, yaitu menilai tingkah laku para pelaku yang dapat dipidana. Van Bemmelen menyatakan, bahwa hukum pidana itu sama saja dengan bagian lain dari hukum, karena seluruh bagian hukum menentukan peraturan untuk menegakkan norma-norma yang diakui oleh hukum. Akan tetapi dalam satu segi, hukum pidana menyimpang dari bagian hukum lainnya, yaitu dalam hukum pidana dibicarakan soal penambahan penderitaan dengan sengaja dalam bentuk pidana, walaupun juga pidana itu mempunyai fungsi yang lain dari pada menambah penderitaan. Tujuan utama semua bagian hukum adalah menjaga

ketertiban, ketenangan, kesejahteraan dan kedamaian dalam masyarakat, tanpa dengan sengaja menimbulkan penderitaan.

Selanjutnya Van Bemmelen menyatakan, bahwa hukum pidana itu merupakan ultimum remedium (obat terakhir). Sedapat mungkin dibatasi, artinya kalau bagian lain dari hukum itu sudah tidak cukup untuk menegakkan norma-norma yang diakui oleh hukum, barulah hukum pidana diterapkan. Ia menunjuk pidato Menteri Kehakiman Belanda Modderman yang antara lain menyatakan bahwa ancaman pidana itu harus tetap merupakan suatu ultimum remedium. Setiap ancaman pidana ada keberatannya, namun ini tidak berarti bahwa ancaman pidana akan ditiadakan, tetapi selalu harus mempertimbangkan untung dan rugi ancaman pidana itu, dan harus menjaga jangan sampai terjadi obat yang diberikan lebih jahat daripada penyakit.

### A. 3 Konsep-Konsep Dasar Hukum Pidana

#### A.3.1 Konsep Tindak Pidana

Istilah tindak pidana merupakan terjemahan dari bahasa Belanda yaitu dari perkataan “Straafbaar Feit” yang diterjemahkan sebagai suatu perbuatan yang dilarang oleh suatu aturan hukum, larangan mana disertai ancaman (sanksi) berupa pidana tertentu.

Menurut Simons yang dikutip oleh Mustafa Abdullah, tindak pidana adalah: “perbuatan salah dan melawan hukum, yang diancam pidana dan dilakukan oleh seseorang yang mampu bertanggungjawab” perbuatan Simons tersebut menunjukkan unsur-unsur tindak pidana sebagai berikut: Perbuatan manusia (handeling) tidak saja

perbuatan akan tetapi juga melalaikan atau tidak berbuat. Misalnya apakah melalaikan atau tidak berbuat itu dapat disebut berbuat? Seseorang yang tidak berbuat atau melalaikan dapat dikatakan bertanggungjawab atas suatu tindak pidana, apabila ia tidak berbuat atau melalaikan dapat dikatakan bertanggungjawab atas suatu tindak pidana, apabila ia tidak berbuat atau melalaikan sesuatu, padahal kepadanya dibebankan suatu kewajiban hukum atau keharusan untuk berbuat.

Moeljatno, dalam bukunya Dasar-dasar Hukum Pidana memberikan definisi mengenai pidana adalah:

“Istilah pidana lebih tepat daripada hukuman sebagai terjemahan kata straf. Karena, apabila straf diterjemahkan dengan hukuman, maka strafrecht harus diterjemahkan dengan hukum/hukuman. Dihukum berarti terapan hukum, baik hukum pidana maupun hukum perdata. Hukuman adalah hasil atau akibat dari penerapan hukum, yang maknanya lebih luas dari pidana, sebab mencakup juga keputusan hakim dalam bidang hukum perdata dan hukum administrasi negara”.

Hal tersebut sejalan dengan pendapat Sudarto, Guru Besar Hukum Pidana pada Fakultas Hukum Universitas Diponegoro yang dikutip oleh Mustafa Abdullah mengatakan bahwa: penghukuman berasal dari kata dasar hukum, sehingga diartikan sebagai menetapkan hukuman atau memutuskan tentang hukumnya.

Menetapkan hukuman untuk suatu peristiwa tidak hanya menyangkut bidang hukum pidana saja, tetapi juga menyangkut hukum perdata maupun lainnya.

Selanjutnya menurut Sudarto bahwa istilah penghukuman dapat disempitkan artinya yakni penghukuman dalam perkara pidana, yang sinonim dengan ppidanaan. Dari hal tersebut berkesimpulan bahwa istilah pidana lebih baik daripada hukuman sebagai terjemahan straf.

Menurut Moeljatno dan Sudarto istilah Strafbaarfeit diterjemahkan dengan perbuatan pidana, perbuatan itu adalah keadaan yang dibuat oleh seseorang atau barang sesuatu yang dilakukan. Perbuatan tersebut menunjuk kepada akibat maupun yang menimbulkan akibat. Jadi mempunyai makna abstrak yakni menunjukkan dua keadaan yang konkrit yaitu adanya kejadian tertentu dan adanya orang yang berbuat, yang menimbulkan kejadian itu.

Para ahli menggunakan istilah yang berbeda-beda namun mempunyai maksud yang sama dalam menggambarkan pengertian tindak pidana.

Pemakaian istilah yang berlainan itu tidak menjadi soal, asal diketahui apa yang dimaksud, dan dalam hal ini yang penting adalah isi dari tindak pidana seperti yang dilakukan oleh pembentuk undang-undang.

Tindak pidana merupakan pengertian dasar dalam hukum pidana. Tindak pidana merupakan suatu pengertian yuridis, lain halnya dengan istilah perbuatan jahat atau kejahatan. Secara yuridis formal, tindak kejahatan merupakan bentuk tingkah laku yang melanggar undang-undang pidana. Oleh sebab itu setiap perbuatan yang dilarang oleh undang-undang harus dihindari dan barang siapa melanggarnya maka

akan dikenakan pidana. Jadi larangan-larangan dan kewajiban-kewajiban tertentu yang harus ditaati oleh setiap warga negara wajib dicantumkan dalam undang-undang maupun peraturan-peraturan pemerintah, baik di tingkat pusat maupun daerah .

Tindak pidana adalah kelakuan manusia yang dirumuskan dalam undang-undang, melawan hukum, yang patut dipidana dan dilakukan dengan kesalahan. Orang yang melakukan perbuatan pidana akan mempertanggungjawabkan perbuatan dengan pidana apabila ia mempunyai kesalahan, seseorang mempunyai kesalahan apabila pada waktu melakukan perbuatan dilihat dari segi masyarakat menunjukkan pandangan normatif mengenai kesalahan yang dilakukan.

Tindak pidana adalah perbuatan melakukan atau tidak melakukan sesuatu yang memiliki unsur kesalahan sebagai perbuatan yang dilarang dan diancam dengan pidana, di mana penjatuhan pidana terhadap pelaku adalah demi terpeliharanya tertib hukum dan terjaminnya kepentingan umum .

Perumusan tindak pidana menurut para ahli pidana antara lain:

1. Prof. Moeljatno, beliau memberi perumusan tindak pidana sebagai perbuatan yang dilarang dan diancam dengan pidana barang siapa melanggar larangan tersebut dan perbuatan itu harus pula betul-betul dirasakan oleh masyarakat sebagai perbuatan yang tidak boleh atau menghambat akan tercapainya tata dalam pergaulan masyarakat yang dicita-citakan oleh masyarakat itu.

2. R Tresna, beliau mengatakan bahwa peristiwa pidana ialah suatu perbuatan atau rangkaian perbuatan manusia, yang bertentangan dengan undang-undang atau peraturan lainnya, terhadap perbuatan mana diadakan tindakan penghukuman.
3. Wirjono Prodjodikoro, merumuskan tindak pidana berarti suatu perbuatan yang pelakunya dapat dikenakan hukuman pidana.
4. Roeslan Saleh, perbuatan pidana adalah perbuatan yang bertentangan dengan tata ketertiban yang dikehendaki oleh hukum.
5. Loebby Loqman, Perbuatan Pidana adalah perbuatan yang telah melanggar semua unsur suatu pasal-pasal dalam undang-undang hukum pidana.
6. H.B. Vos, Tindak pidana adalah suatu kelakuan manusia yang diancam pidana oleh peraturan undang-undang, jadi suatu kelakuan pada umumnya dilarang dengan ancaman pidana.
7. Van Hamel, tindak pidana adalah kelakuan orang yang dirumuskan dalam undang-undang, yang bersifat melawan hukum, yang patut dipidana dan dilakukan dengan kesalahan.
8. Andi Hamzah, tindak pidana adalah suatu perbuatan yang melanggar hukum dan diancam dengan hukuman berdasarkan ketentuan di dalam KUHP dan ketentuan undang-undang lainnya.

Selanjutnya mengenai isi dan pengertian tindak pidana timbul perbedaan pendapat diantara para sarjana hukum. Dalam garis besarnya perbedaan pendapat tersebut

terbagi dalam dua aliran atau dua pandangan, yaitu aliran monistis dan aliran dualistis.

Menurut Moeljatno, maksud dari pandangan monistis yaitu melihat keseluruhan (tumpukan) syarat untuk adanya pidana itu kesemuanya merupakan sifat dari perbuatan. Sedangkan pandangan dualistis membedakan dengan tegas dapat dipidananya perbuatan dan dapat dipidananya orangnya dan sejalan dengan ini Moeljatno memisahkan antara pengertian perbuatan pidana dan pertanggungjawaban pidana, oleh karena dipisahkan, maka pengertian perbuatan pidana tidak meliputi pertanggungjawaban pidana.

Dari pengertian dan pemisahan aliran atau pandangan tersebut, berikut ini disebutkan pendapat para sarjana berdasarkan pandangan masing-masing, untuk menjelaskan perbedaannya.

#### 1. Aliran Monistis

Menurut Simons “Strafbaar Feit” adalah perbuatan manusia yang diancam dengan pidana yang bersifat melawan hukum, yang berhubungan dengan kesalahan, dan yang dilakukan oleh orang mampu bertanggung jawab.

Menurut Van Hammel, “Strafbaar Feit” adalah perbuatan manusia yang dirumuskan dalam undang-undang yang bersifat melawan hukum yang dilakukan dengan kesalahan dan patut dipidanakan.

Menurut Simon, unsur-unsur “Strafbaar Feit” adalah:

- a. Perbuatan manusia
- b. Diancam dengan pidana
- c. Melawan hukum
- d. Dilakukan dengan kesalahan
- e. Oleh orang yang mampu bertanggungjawab

Selanjutnya Simon menyebutkan adanya unsur Strafbaar Feit dan unsur subyektif dari “Strafbaar Feit”, yang disebut sebagai unsur obyektif adalah:

- a. Perbuatan manusia
- b. Akibat yang kelihatan dari perbuatan itu
- c. Mungkin ada keadaan tertentu yang menyertai perbuatan itu seperti dalam pasal 281 KUHP bersifat Open Boaratau dimuka umum.

Sedangkan unsur subyektif dari “Strafbaar Feit” adalah:

- a. Orang yang mampu bertanggungjawab
- b. Adanya kesalahan (dolus atau culpa) perbuatan harus dilakukan dengan kesalahan.

Menurut Van Hamel, unsur-unsur dari “Strafbaar Feit” yaitu:

- a. Perbuatan manusia yang dirumuskan undang-undang
- b. Bersifat melawan hukum

- c. Dilakukan dengan kesalahan dan
- d. Patut dipidana.

E Mezger, seorang penulis dari Jerman mengatakan bahwa unsur-unsur dari tindak pidana adalah:

- a. Perbuatan dalam arti yang luas dari manusia
- b. Sifat melawan hukum
- c. Dapat dipertanggungjawabkan kepada seseorang
- d. Diancam dengan pidana.

## 2. Aliran Dualistis

Pompe berpendapat bahwa menurut hukum positif *Strafbaar Feit* adalah tidak lain daripada *feit*, yang diancam pidana dalam ketentuan undang-undang. Menurut teori, "*Strafbaar Feit*" itu adalah perbuatan yang bersifat melawan hukum dilakukan dengan kesalahan dan diancam pidana, akan tetapi harus ada orang yang dapat dipidana.

Menurut Moeljatno, perbuatan pidana adalah perbuatan yang memenuhi rumusan dalam undang-undang yang bersifat melawan hukum. Bahwa kesalahan dan kemampuan bertanggungjawab dari si pembuat tidak masuk sebagai unsur perbuatan pidana, karena hal-hal tersebut melekat pada orang yang berbuat. Jadi untuk memungkinkan adanya pemidanaan secara wajar tidak cukup apabila seseorang

melakukan perbuatan pidana, tetapi pada orang tersebut harus ada kesalahan dan kemampuan bertanggung jawab.

Berdasarkan pandangan golongan dualistis ini dapat disimpulkan bahwa adanya pemisahan antara dilarangnya suatu perbuatan dengan sanksi ancaman pidana dan dapat dipertanggungjawabkan si pembuat.

Menurut H.B. Vos, unsur “Strafbaar Feit” adalah:

- a. Kelakuan manusia, dan
- b. Diancam pidana dalam undang-undang.

Selanjutnya menurut Moeljatno, untuk adanya perbuatan pidana harus ada unsur-unsur :

- a. Perbuatan (manusia)
- b. Yang memenuhi rumusan dalam undang-undang (syarat formil), dan
- c. Bersifat melawan hukum (syarat materiil).

Syarat formil itu harus ada, karena adanya asas legalitas yang tersimpul pada pasal 1 KUHP. Syarat materiil juga harus ada , karena perbuatan itu harus pula betul-betul dirasakan oleh masyarakat sebagai perbuatan yang tak boleh atau tak patut dilakukan, oleh karena bertentangan dengan atau menghambat akan tercapainya tata dalam pergaulan masyarakat yang dicita-citakan oleh masyarakat itu. Selanjutnya ditambahkan bahwa kesalahan dan kemampuan bertanggungjawab dari si pembuat

tidak masuk sebagai unsur perbuatan pidana, karena hal-hal tersebut melekat pada orang yang berbuat. Moeljatno berpendapat, bahwa kesalahan dan kemampuan bertanggungjawab dari si pembuat tidak masuk sebagai unsur perbuatan pidana, karena hal-hal tersebut melekat pada orang yang berbuat.

Jenis-jenis tindak pidana dibedakan atas dasar-dasar tertentu, sebagai berikut:

- a. Menurut Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP) dibedakan antara lain kejahatan yang dimuat dalam buku II dan Pelanggaran yang dimuat dalam buku III. Pembagian tindak pidana menjadi “Kejahatan” dan “Pelanggaran” itu bukan hanya merupakan dasar bagi pembagian KUHP kita menjadi Buku ke II dan Buku ke III melainkan juga merupakan dasar bagi seluruh sistem hukum pidana di dalam perundang-undangan secara keseluruhan.
- b. Menurut cara merumuskannya, dibedakan dalam tindak pidana formil (Formeel Delicten) dan tindak pidana materiil (Materiil Delicten). Tindak pidana formil adalah tindak pidana yang dirumuskan bahwa larangan yang dirumuskan itu adalah melakukan perbuatan tertentu. Misalnya Pasal 362 KUHP yaitu tentang pencurian. Tindak pidana materiil inti larangannya adalah pada menimbulkan akibat yang dilarang, karena itu siapa yang menimbulkan akibat yang dilarang itulah yang dipertanggungjawabkan dan dipidana.
- c. Menurut bentuk kesalahan, tindak pidana dibedakan menjadi tindak pidana sengaja (dolus delicten) dan tindak pidana tidak sengaja (culpose delicten). Contoh tindak

pidana kesengajaan (dolus) yang diatur dalam KUHP antara lain sebagai berikut: Pasal 338 KUHP (pembunuhan) yaitu dengan sengaja menyebabkan hilangnya nyawa orang lain, Pasal 354 KUHP yang dengan sengaja melukai orang lain. Pada delik kelalaian (culpa) orang juga dapat dipidana jika ada kesalahan, misalnya pasal 359 KUHP yang menyebabkan matinya seseorang, contoh lainnya seperti yang diatur dalam pasal 188 dan pasal 360 KUHP.

- d. Menurut macam perbuatannya, tindak pidana aktif (positif), perbuatan aktif juga disebut perbuatan materil adalah perbuatan untuk mewujudkan diisyaratkan dengan adanya gerakan tubuh orang yang berbuat, misalnya pencurian (pasal 362 KUHP) dan penipuan (pasal 378 KUHP). Tindak pidana pasif dibedakan menjadi tindak pidana murni dan tidak murni. Tindak pidana murni, yaitu tindak pidana yang dirumuskan secara formil atau tindak pidana yang pada dasarnya unsur perbuatannya berupa perbuatan pasif, misalnya diatur dalam pasal 224, 304 dan 552 KUHP. Tindak pidana tidak murni adalah tindak pidana yang pada dasarnya berupa tindak pidana positif, tetapi dapat dilakukan secara tidak aktif atau tindak pidana yang mengandung unsur terlarang tetapi dilakukan dengan tidak berbuat, misalnya diatur dalam pasal 338 KUHP, ibu tidak menyusui bayinya sehingga anak tersebut meninggal.

### A. 3. 2 Konsep Pertanggung Jawaban Pidana

Berbicara tentang pertanggung jawaban pidana, maka tidak dapat dilepaskan dengan tindak pidana. Walaupun didalam pengertian tindak pidana tidak termasuk

masalah pertanggung jawaban pidana. Tindak pidana hanya menunjuk kepada dilarangnya suatu perbuatan.

Tindak pidana tidak berdiri sendiri, itu baru bermakna manapula terdapat pertanggung jawaban pidana. Ini berarti setiap orang yang melakukan tindak pidana tidak dengan sendirinya harus dipidana, untuk dapat dipidana harus ada pertanggung jawaban pidana, pertanggung jawaban pidana lahir dengan diteruskannya celaan (Verwitjbaarheid) yang obyektif terhadap perbuatan yang dinyatakan sebagai tindak pidana berdasarkan tindak pidana yang berlaku, dan secara obyektif kepada pembuat yang memenuhi persyaratan untuk dapat dikenai pidana karena perbuatan tersebut.

Pertanggung jawaban pidana itu sendiri adalah diteruskannya celaan yang obyektif yang ada pada tindak pidana dan secara subyektif kepada seseorang yang memenuhi syarat untuk dapat dijatuhi pidana karena perbuatannya itu.

Dasar adanya tindak pidana adalah asal legalitas sedangkan dasar dapat dipidananya pembuat adalah asas kesalahan. Ini berarti bahwa pembuat tindak pidana hanya akan dipidana jika ia mempunyai kesalahan dalam melakukan tindak pidana tersebut. Kapan seorang dikatakan mempunyai kesalahan dalam melakukan tindak pidana tersebut. Kapan seorang dikatakan mempunyai kesalahan merupakan hal yang menyangkut masalah pertanggung jawaban pidana. Seseorang mempunyai kesalahan bilamana pada waktu melakukan tindak pidana, dilihat dari segi kemasyarakatan ia dapat dicela oleh karena perbuatan tersebut.

Berdasarkan hal tersebut diatas Sudarto, juga menyatakan hal yang sama dikatakan, bahwa:

“Dipidannya seseorang tidaklah cukup apabila orang itu telah melakukan perbuatan yang bertentangan dengan hukum atau bersifat melawan hukum. Jadi meskipun perbuatan tersebut memenuhi rumusan delik dalam undang-undang dan tidak dibenarkan (an objective breach of a penal provision), namun hal tersebut belum memenuhi syarat untuk penjatuhan pidana. Untuk pemidanaan masih perlu adanya syarat, bahwa orang yang melakukan perbuatan itu mempunyai kesalahan atau bersalah (subjective quilt). Dengan perkataan lain, orang tersebut harus dapat dipertanggung jawabkan atas perbuatannya atau jika dilihat dari sudut perbuatannya, perbuatannya baru dapat dipertanggung jawabkan, kepada orang tersebut.

Pertanggung jawaban pidana mengandung asas kesalahan (asas culpabilitas), yang didasarkan pada keseimbangan monodualistik bahwa asas kesalahan yang didasarkan pada nilai keadilan harus disejajarkan berpasangan dengan asas legalitas yang didasarkan pada nilai kepastian. Walaupun konsep berprinsip bahwa pertanggung jawaban pidana berdasarkan kesalahan, namun dalam beberapa hal tidak menutup kemungkinan adanya pertanggung jawaban pengganti (vicarious liability) dan pertanggung jawaban yang ketat (strict liability). Masalah kesesatan (error) baik kesesatan mengenai keadaannya (error factie) maupun kesesatan mengenai hukumnya sesuai dengan alasan pemaaf sehingga pelaku tidak dipidana kecuali kesesatannya itu patut dipersalahkan.

Selanjutnya Sudarto menyatakan bahwa: menurut beliau disini berlaku asas “tiada pidana tanpa kesalahan” (keine strafe ohne schuld atau green straf zonder schuld atau nulla poene sine culpa). “Culpa” disini dalam arti dalam arti luas meliputi juga kesengajaan.

Kesalahan yang dimaksud adalah keadaan jiwa seseorang yang melakukan perbuatan dan perbuatan yang dilakukan itu sedemikian rupa, sehingga orang tersebut patut dicela.

Roeslan Saleh menyatakan, seseorang mempunyai kesalahan apabila pada waktu melakukan perbuatan pidana dilihat dari segi kemasyarakatan, dia dapat dicela oleh karenanya, sebab dianggap dapat berbuat lain, jika tidak ingin berbuat demikian.

Selanjutnya Roeslan Saleh juga menyatakan:

Dilihat dari segi masyarakat ini menunjukkan pandangan normatif mengenai kesalahan. Seperti diketahui mengenai kesalahan ini, dulu orang berpandangan psychologisch. “Demikian misalnya pandangan dari pembentuk W.V.S. tetapi kemudian pandangan ini ditinggalkan dan orang lain berpandangan normatif. Ada atau tidaknya kesalahan tidaklah ditentukan bagaimana dalam keadaan bathin daripada terdakwa, tetapi tergantung pada bagaimanakah penilaian hukum mengenai keadaan bathinnya itu, apakah dipernilai ada atautakah tidak ada kesalahan.

Menurut Bambang Poernomo, istilah kesalahan berasal dari kata “Schuld” yang sampai saat sekarang belum resmi diakui sebagai istilah ilmiah yang

mempunyai pengertian pasti. Namun sudah sering dipergunakan di dalam penulisan-  
penulisan pemakaian istilah kesalahan dapat dibedakan menjadi pemakaian dalam  
arti matematika seperti halnya bilangan 9 dibagi 3 hasilnya 2, adalah menghitung  
dengan kesalahan, dan pemakaian dalam arti yuridis seperti halnya orang dijatuhi  
pidana karena melakukan perbuatan pidana dengan kesalahan.

Selanjutnya Bambang Poernomo, menyatakan bahwa: “Kesalahan yuridis  
juga masih dibedakan antara, pemakaian dalam arti menerangkan keadaan psyche  
seseorang yang melakukan perbuatan yang sedemikian rupa sehingga perbuatannya  
itu dapat dipertanggung jawabkan kepadanya dan pemakaian dalam arti bentuk  
kesalahan di dalam undang-undang yang berupa kesengajaan dan kealpaan. Di dalam  
penulisan para ahli sering disebut “schuld in social ethische zin” dan “schuld is straf  
frechtehjkke zin” istilah schuld di dalam bahasa belanda dapat berwayuh arti, dalam  
arti sempit menunjuk kesalahan.

Apabila dikaji lebih lanjut pengertian kesalahan menurut beberapa ahli hukum  
pidana, ternyata terdapat beberapa pandangan-pandangan.

Jonkers di dalam keterangannya tentang schuldbegrip membuat pembagian  
atas tiga bagian dalam pengertian kesalahan, yaitu:

- a. Selain kesengajaan atau kealpaan (opzet of schuld);
- b. Meliputi juga sifat melawan hukum (de wederrechtelijkheid); dan
- c. Kemampuan bertanggung jawab (de toerkenbaarheid).

Pompe berpendapat bahwa pengertian kesalahan mempunyai tanda sebagai hal yang tercela (*verwiltbaarheid*) yang pada hakikatnya tidak mencegah (*vermijdbaarheid*) kelakuan yang bersifat melawan hukum (*der wederrechtelijke gedraging*) di dalam rumusan hukum positif, disitu berarti mempunyai kesengajaan dan kealpaan (*opzet en onachtzaamheid*) yang mengarah kepada sifat melawan hukum (*wederrechtelijkheid*) dan kemampuan bertanggung jawab (*toerekenbaarheid*).

Kedua pengertian di atas, nampak sekali terselip unsur melawan hukum yang terdapat dalam unsur kesalahan. Apabila dikaitkan dengan pandangan tentang pengertian tindak pidana (*strafbaar feit*), maka pandangan tersebut masuk pada pandangan yang monistis. Menurut aliran monisme, unsur-unsur strafbaar feit itu meliputi baik unsur-unsur pembuatan, yang lazim disebut unsur objective, maupun unsur-unsur pembuat yang dinamakan unsur subyektif. Oleh karena dicampurnya unsur perbuatan dan unsur pembuatannya, maka dapatlah disimpulkan bahwa strafbaar feit adalah sama dengan syarat-syarat penjatuhan pidana, sehingga seolah-olah dianggap bahwa kalau terjadi strafbaar feit, maka pasti pelakunya dapat dipidana.

Sedangkan yang mempunyai pandangan yang memisahkan antara tindak pidana dengan kesalahan dengan unsur masing-masing (pandangan dualistis), dapat dikemukakan pandangan dari Vos, yang memandang pengertian kesalahan mempunyai tiga tanda khusus yaitu:

- a. Kemampuan bertanggungjawab dari orang yang melakukan perbuatan (toerekeningssvatbaarheid van de dader).
- b. Hubungan bathin tertentu dari orang yang melakukannya itu dapat berupa kesengajaan atau kealpaan.
- c. Tidak terdapat dasar alasan yang menghapuskan pertanggung jawaban bagi si pembuat atas perbuatannya itu.

Sejalan dengan pengertian kesalahan, seperti tersebut di atas pandangan E. Mezger yang dapat disimpulkan pengertian kesalahan terdiri atas:

- a. Kemampuan bertanggungjawab (zurechnungstahing ist).
- b. Adanya bentuk kesalahan (schuldform) yang berupa kesengajaan (vorzatz) dan culpa (tahrlässigkei).
- c. Tak ada dalam penghapus kesalahan (keinen schulddansshiesungsgrummade).

Pandangan Vos dan E Mezger tentang pengertian kesalahan mempunyai kesamaan yaitu tanpa menyatukan unsur melawan hukum di dalam ruang lingkup bidang kesalahan. Pandangan tersebut dalam hukum pidana disebut dengan pandangan dualistis.

Orang pertama yang menganut pandangan dualistis adalah Herman Kontorwitez, dalam tahun 1933, Sarjana Hukum Jerman menulis bukun dengan judul “Tat Und Schuld”, yang ajarannya diperkenalkan dan dianut oleh Moeljatno, dimana beliau menentang kebenaran pendirian mengenai kesalahan (schuld) yang ketika itu

berkuasa, yang oleh beliau dinamakan objective schuld, oleh karena kesalahan disini dipandang sebagai sifat dari kelakuan (merkmal der handlung), yaitu suatu keadaan yang nampak dengan objektif dalam alam lahir. Untuk gantinya disarankan pendirian yang subyektif, "subyektive schuld" dalam kesalahan dipandang sebagai sifat dari orang yang melakukan handlung (merkmal des handlenden). Sehubungan dengan hal tersebut, beliau menentang pandangan monistis mengenai syarat-syarat untuk adanya pidana, (strafvoraussetzungen) dan adapula dari handelnde. Beliau selanjutnya menyatakan bahwa: "Pandangan mengenai makna strafbare handlung, yaitu istilah yang dipakai untuk strafbaar feit, harus diubah pula dan tidak mungkin dibiarkan dalam makna yang meliputi, baik "tatbestandmatigheid", (hal yang mencocoki rumusan undang-undang) maupun "rechtmatigheid" (sifat melawan hukum) dan "schuld" (kesalahan).

Selanjutnya Herman Kontorwicz, menyatakan bahwa strafbare handlung harus diberi makna: handlung yang mencocoki rumusan Wet dan yang tidak dibenarkan oleh alasan pembenar. Pidana ditujukan baik terhadap handlung maupun handelnde, kedua segi itu, adalah sama-sama pentingnya untuk penjatuhan pidana, dan bukan hanya handlungnya saja. Oleh karena itu, syarat-syarat untuk adanya pidana (strafvoraussetzungen) yang umumnya tanpa dipikirkan dengan jelas dan sistematis, diikuti naluri yang memandangnya sebagai kualitas-kualitas handlung, ibarat suatu merkmalshaufe (tumpukan syarat-syarat), sekarang hendaknya disistematisir menurut hakekatnya syarat masing-masing, dengan memperhatikan dua

segi tadi, yang satu dengan yang lainnya merupakan bentuk yang paralel. Pada segi handlung yang boleh dinamakan pula segi objektif atau “rat” ada “tatbestandsmaszigkeit” (hal mencocoki rumusan wet) dan tidak adanya alasan pembenar (fetilen von rechertigungsgrunden), pada segi handelnde yang boleh dinamakan segi subjektif, sebaliknya ada “schuld” (kesalahan) dan tidak adanya alasan pemaaf. (fehlen von personilichen strafausschieszunggrunden). Sebagaimana hanya segi pertama sajarah yang mungkin tatbestandsmazig, maka hanya segi kedua sajarah yang mungkin schuldig. Sementara itu segi-segi tersebut jika dipandang sebagai kesatuan tidak hanya berdampingan semata-mata (paralel-verhaltnis). Segi yang menjadi syarat adalah “tah”, yaitu “die strafbare handlung” dalam makna yang dipakai dalam strafgezetzbuch, yang merupakan “das kriminelle unrecht” sedangkan yang diisyaratkan adalah segi “schuld” oleh karena “schuld” adanya baru sesudah ada “unrecht” atau sifat melawan hukumnya perbuatan, dan tak mungkin ada “schuld” tanpa adanya “unrecht”.

Moeljatno, menyatakan lebih lanjut, bahwa ajaran Kontrowicz, antara perbuatan pidana dan pertanggungjawaban dalam hukum pidana, ada hubungan erat seperti halnya dengan perbuatan dan orang yang melakukan perbuatan. Perbuatan pidana baru mempunyai arti kalau disampingnya adalah pertanggungjawaban, jika tidak ada perbuatan pidana. Kesalahan adalah unsur, bahkan syarat mutlak bagi adanya pertanggungjawaban yang berupa pengenaan pidana. Sebab juga bagi masyarakat indonesia berlaku asas tidak dipidana jika tidak ada kesalahan. Geen straf

zonder schuld,keine strafe ohne schuld atau dalam bahasa latin “actus non facit reum nisi mind is guilty” (or act does not make person qulty unless his mind is guilty). Adapun bukti bahwa asas ini berlaku ialah, andaikata sekalipun dia tidak mempunyai kesalahan, niscaya hal itu dirasakan sebagai hal yang tidak adil dan tidak semestinya. Bahkan membicarakan unsur kesalahan dalam hukum pidana mengenai jantungnya, demikian dikatakan oleh Idema. Selanjutnya asas kesalahan adalah asas fundamental dalam hukum pidana. Demikian fundamentalnya sehingga meresap dan menggema dalam hampir semua ajaran dan penting dalam hukum pidana, tetapi harus didasari bahwa ini tidak mengenai keharusan menurut undang-undang yang empiris, tetapi tentang asas normatif.

Pertanggung jawaban pidana diterapkan dengan pemidanaan, yang bertujuan untuk mencegah dilakukannya tindak pidana dengan menegakkan norma hukum demi pengayoman masyarakat menyelesaikan konflik yang ditimbulkan tindak pidana memulihkan keseimbangan mendatangkan rasa damai dalam masyarakat memasyarakatkan terpidana dengan mengadakan pembinaan sehingga menjadi orang baik dan membebaskan rasa bersalah pada terpidana.

Kesalahan tersebut terdiri dari dua jenis yaitu kesengajaan (opzet) dan kelalaian (culpa), sesuai teori hukum pidana indonesia, kesengajaan terdiri dari tiga macam, yaitu:

- a. Kesengajaan yang bersifat tujuan

Bahwa dengan kesengajaan yang bersifat tujuan, si pelaku dapat dipertanggung jawabkan dan mudah dapat dimengerti oleh khalayak ramai. Apabila kesengajaan seperti ini ada pada suatu tindak pidana, si pelaku pantas dikenakan hukuman pidana. Karena dengan adanya kesengajaan yang bersifat tujuan ini, berarti si pelaku benar-benar menghendaki mencapai suatu akibat yang menjadi pokok alasan diadakannya ancaman hukuman ini.

b. Kesengajaan secara keinsyafan kepastian

Kesengajaan ini ada apabila si pelaku, dengan perbuatannya tidak bertujuan untuk mencapai akibat yang menjadi dasar dari delik, tetapi ia tahu benar bahwa akibat itu pasti akan mengikuti perbuatan itu.

c. Kesengajaan secara keinsyafan kemungkinan

Kesengajaan ini yang terang-terang tidak disertai bayangan suatu kepastian akan terjadi akibat yang bersangkutan, melainkan hanya dibayangkan suatu kemungkinan belaka akan akibat itu. Selanjutnya mengenai kealpaan karena merupakan bentuk dari kesalahan yang menghasilkan dapat dimintai pertanggung jawaban atas perbuatan seseorang yang dilakukannya kelalaian (culpa) terletak antara sengaja dan kebetulan, bagaimanapun juga culpa dipandang lebih ringan dibanding dengan sengaja, oleh karena itu delik culpa, culpa itu merupakan delik semu (quasideliet) sehingga diadakan pengurangan pidana. Delik culpa mengandung dua macam, yaitu delik kelalaian yang menimbulkan akibat dan yang tidak menimbulkan akibat, tapi yang diancam dengan pidana ialah perbuatan ketidak hati-hatian itu sendiri, perbedaan

antara keduanya sangat mudah dipahami yaitu kelalaian yang menimbulkan akibat dengan terjadinya akibat itu maka diciptakan delik kelalaian, bagi yang tidak perlu menimbulkan akibat dengan kelalaian itu sendiri sudah diancam dengan pidana.

Syarat-syarat elemen yang harus ada dalam delik kealpaan yaitu:

- a. Tidak mengadakan praduga-praduga sebagaimana diharuskan oleh hukum, adapun hal ini menunjuk kepada terdakwa berpikir bahwa akibat tidak akan terjadi karena perbuatannya, padahal pandangan itu kemudian tidak benar. Kekeliruan terletak pada salah pikir/pandang yang seharusnya disingkirkan. Terdakwa sama sekali tidak punya pikiran bahwa akibat yang dilarang mungkin timbul karena perbuatannya. Kekeliruan terletak pada tidak mempunyai pikiran sama sekali bahwa akibat mungkin akan timbul hal mana sikap berbahaya.
- b. Tidak mengadakan perhatian-hatian sebagaimana diharuskan oleh hukum, mengenai hal ini menunjuk pada tidak mengadakan penelitian kebijaksanaan, kemahiran/usaha pencegah yang ternyata dalam keadaan yang tertentu/dalam caranya melakukan perbuatan.

Pertanggung jawaban pidana (criminal responsibility) adalah suatu mekanisme untuk ,menentukan apakah seorang terdakwa atau tersangka

dipertanggung jawabkan atas suatu tindakan pidana yang terjadi atau tidak. Untuk dapat dipidananya si pelaku, disyaratkan bahwa tindak pidana yang dilakukannya itu memenuhi unsur-unsur yang telah ditentukan dalam undang-undang.

Dilihat dari sudut terjadinya tindakan yang dilarang, seseorang akan dipertanggung jawabkan atas tindakan-tindakan tersebut, apabila tindakan tersebut melawan hukum serta tidak ada alasan pembeda atau peniadaan sifat melawan hukum untuk pidana yang dilakukannya. Dilihat dari sudut kemampuan bertanggung jawab hanya seorang yang mampu bertanggung jawab yang dapat dipertanggung jawabkan atas perbuatannya. Tindak pidana jika tidak ada kesalahan adalah merupakan asas pertanggung jawaban pidana, oleh sebab itu dalam hal dipidananya seseorang yang melakukan perbuatan sebagaimana yang telah diancamkan, ini tergantung dari soal apakah dalam melakukan perbuatan ini dia mempunyai kesalahan.

Berdasarkan hal tersebut maka pertanggung jawaban pidana atau kesalahan menurut hukum pidana, terdiri atas tiga syarat, yaitu:

- a. Kemampuan bertanggungjawab atau dapat dipertanggung jawabkan dari si pembuat.
- b. Adanya perbuatan melawan hukum yaitu sikap psikis pelaku yang terkait dengan kelakuannya yaitu disengaja dan kurang hati-hati atau lalai.

- c. Tidak ada alasan pembenar atau alasan yang menghapuskan pertanggung jawaban bagi si pembuat.

Berdasarkan uraian di atas maka dapat dianalisis bahwa kemampuan bertanggung jawab merupakan unsur kesalahan, maka untuk membuktikan adanya kesalahan unsur tadi harus dibuktikan lagi. Mengingat hal ini sukar untuk dibuktikan dan memerlukan waktu yang cukup lama, maka unsur kemampuan bertanggung jawab dianggap diam-diam selalu ada karena pada umumnya setiap orang normal bathinnya dan mampu bertanggung jawab, kecuali kalau ada tanda-tanda yang menunjukkan bahwa terdakwa mungkin jiwanya tidak normal. Dalam hal ini, hakim memerintahkan pemeriksaan yang khusus terhadap keadaan jiwa terdakwa sekalipun tidak diminta oleh pihak terdakwa. Jika hasilnya masih meragukan hakim, itu berarti bahwa kemampuan bertanggung jawab tidak berhenti, sehingga kesalahan tidak ada dan pidana tidak dapat dijatuhkan berdasarkan asas tidak dipidana jika tidak ada kesalahan.

Masalah kemampuan bertanggung jawab ini terdapat dalam pasal 44 ayat (1) KUHP yang berbunyi: “Barangsiapa melakukan perbuatan yang tidak dapat dipertanggung jawabkan kepadanya karena jiwanya cacat dalam pertumbuhan terganggu karena cacat, tidak dipidana”. Menurut Moeljatno, bila tidak dipertanggung jawabkan itu disebabkan hal lain, misalnya jiwanya tidak normal dikarenakan dia masih muda, maka pasal tersebut tidak dapat dikenakan apabila hakim akan

menjalankan pasal 44 KUHP, maka sebelumnya harus memperhatikan apakah telah dipenuhi dua syarat itu:

- a. Syarat psikiatris yaitu pada terdakwa harus ada kurang sempurna akalinya atau sakit berubah akal, yaitu keadaan kegilaan (idiot), yang mungkin ada sejak kelahiran atau karena suatu penyakit jiwa dan keadaan ini harus terus menerus.
- b. Syarat psikologis ialah gangguan jiwa itu harus pada waktu si pelaku melakukan perbuatan pidana, oleh sebab itu suatu gangguan jiwa yang timbul sesudah peristiwa tersebut, dengan sendirinya tidak dapat menjadi sebab terdakwa tidak dapat dikenai hukuman.

Kemampuan untuk membedakan antara perbuatan yang baik dan yang buruk, adalah merupakan faktor akal (intelektual factor) yaitu dapat membedakan perbuatan yang diperbolehkan dan yang tidak. Kemampuan untuk menentukan kehendaknya menurut keinsyafan tentang baik buruknya perbuatan tersebut adalah merupakan faktor perasaan (volitional factor) yaitu dapat menyesuaikan tingkah lakunya dengan keinsyafan atas mana yang diperbolehkan dan mana yang tidak. Sebagai konsekuensi dari dua hal tadi maka tentunya orang yang tidak mampu menentukan kehendaknya menurut keinsyafan tentang baik buruknya perbuatan, dia tidak mempunyai kesalahan kalau melakukan tindak pidana, orang demikian itu tidak dapat dipertanggung jawabkan.

Berdasarkan uraian di atas maka dapat dinyatakan bahwa pertanggung jawaban pidana mengandung makna bahwa setiap orang yang melakukan tindak pidana atau melawan hukum, sebagaimana dirumuskan dalam undang-undang, maka orang tersebut patut mempertanggung jawabkan perbuatan sesuai dengan kesalahannya. Dengan kata lain orang yang melakukan perbuatan pidana akan mempertanggung jawabkan perbuatan tersebut dengan pidana apabila ia mempunyai kesalahan, seseorang mempunyai kesalahan apabila pada waktu melakukan perbuatan dilihat dari segi masyarakat menunjukkan pandangan normatif mengenai kesalahan yang telah dilakukan orang tersebut.

#### A.3.3 Konsep Sanksi Pidana dan Pidanaan

##### Sanksi Pidana

Sebelum membahas mengenai pidana yang terdapat dalam perundang-undangan pidana, maka perlu membahas terlebih dahulu hakikat dari pidana itu sendiri. istilah “pidana” dan “hukuman”, semula dipakai berganti-ganti sebagai kata yang sinonim, dan kedua istilah itu sama dalam arti sebagai suatu sanksi atau ganjaran yang bersifat negatif. Akan tetapi kedua istilah ini sebenarnya dapat dibedakan.

Istilah “hukuman” merupakan istilah yang umum dan konvensional, mengandung arti yang luas dan dapat berubah-ubah. Istilah tersebut tidak saja digunakan dalam bidang hukum, tetapi juga dalam istilah sehari-hari di bidang pendidikan, moral, agama, dan lain-lain. Sedangkan istilah “pidana” merupakan

istilah yang lebih khusus, yaitu menunjukkan sanksi dalam bidang hukum pidana. Soejono, menegaskan bahwa, pidana lebih memperjelas pada sanksi yang dijatuhkan terhadap pelanggaran hukum pidana.

Pidana adalah sebuah konsep dalam hukum pidana, yang masih perlu penjelasan lebih lanjut untuk dapat memahami arti dan hakekatnya, justru itu untuk mendapatkan gambaran yang lebih jelas dan luas mengenai arti dan hakekat pidana tersebut, di bawah ini akan dikemukakan beberapa pendapat ahli hukum mengenai hal tersebut. Menurut Roeslan Saleh, pidana adalah reaksi atas delik, dan ini berwujud suatu nestapa dengan sengaja ditimpakan negara pada pembuat delik itu. Selanjutnya Soedarto menegaskan bahwa, “pidana adalah nestapa yang dikenakan oleh negara kepada seseorang yang melakukan pelanggaran terhadap ketentuan undang-undang, sengaja agar dirasakan sebagai nestapa”. Disamping itu Aruan Sakidjo dan Bambang Poernomo, menjelaskan yaitu:

Pidana adalah suatu reaksi atas delik (punishment) dan berwujud suatu nestapa yang dengan sengaja ditimpakan (sifat negatif) oleh negara atau lembaga negara terhadap pembuat delik. Nestapa hanya merupakan suatu tujuan yang terdekat saja, bukanlah suatu tujuan terakhir yang dicita-citakan sesuai dengan upaya pembinaan (treatment).

Sedangkan Muladi dan Barda Nawawi Arief dalam bukunya yang berjudul Teori dan Kebijakan Pidana, telah mengemukakan beberapa pendapat tentang definisi pidana, diantaranya pendapat Alf Ross, bahwa pidana merupakan reaksi sosial yang:

- a. Terjadi berhubungan dengan adanya pelanggaran terhadap suatu aturan hukum.
- b. Dijatuhkan dan dilaksanakan oleh orang-orang yang berkuasa sehubungan dengan tertib hukum yang dilanggar.
- c. Mengandung penderitaan atau paling tidak konsekuensi lain yang tidak menyenangkan.
- d. Menyatakan pencelaan terhadap si pelanggar.

Berdasarkan beberapa pendapat tentang definisi pidana tersebut di atas, oleh Muladi dan Barda Nawawi Arief menyimpulkan sebagai berikut:

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

Dilihat dari beberapa pendapat tentang definisi pidana sebagaimana telah disebut diatas, maka pada hakekatnya pidana itu adalah pengenaan derita atau nestapa

sebagai wujud pencelaan sehubungan terjadinya tindak pidana berdasarkan hukum yang berlaku. Akan tetapi seiring dengan perkembangan ilmu hukum pidana, terlebih lagi setelah munculnya sanksi pidana berupa tindakan, sebagai akibat dari pengaruh aliran modern, maka pengertian pidana sebagai peneanaan derita harus ditinjau kembali.

Dalam proses pemberian pidana atau proses pembedanaan peranan hakim penting sekali. Ia mengkonkritkan sanksi pidana yang terdapat dalam suatu peraturan dengan penjatuhan pidana untuk orang tertentu dalam kasus tertentu. Adapun pertimbangan hakim dalam memberikan keputusan, menurut Djoko Prakoso adalah, menetap terlebih dahulu fakta-fakta atau perbuatan yang dilakukan oleh terdakwa, kemudian menetapkan hukumannya yang cocok untuk fakta-fakta itu sehingga dengan jalan penafsiran dapat fakta itu ditetapkan apakah perbuatan terdakwa sendiri dapat dipidana.

Disamping hal-hal tersebut di atas, dalam hal pemberian pidana faktor-faktor perkembangan masyarakat sudah semestinya menjadi pertimbangan pula dari hakim, karena hakim dalam menjatuhkan pidana mempertimbangkan segala sesuatu yang dapat memberatkan atau meringankan pidana.

Di dalam kitab Undang-undang Hukum Acara Pidana (Undang-Undang Nomor 8 tahun 1981), perumusan tentang struktur pengambilan keputusan kurang diuraikan secara jelas. Padahal penjatuhan pidana oleh hakim itu merupakan suatu

proses dan berakhir dengan ditetapkan olehnya bagi terdakwa jenis pidana yang paling tepat beratnya, dan cara pelaksanaannya. Begitu juga KUHP yang berlaku sekarang tidak memuat pedoman pemberian pidana yang umum, yakni suatu pedoman yang dibuat oleh pembentuk undang-undang yang memuat asas-asas yang perlu diperhatikan oleh hakim dalam menjatuhkan pidana, yang ada hanya peraturan pemberian pidana, misalnya ketentuan mengenai pengurangan pidana pasal 47 ayat (1). Jika hakim menghukum si tersalah, maka maksimum hukuman utama, yang diterapkan atas perbuatan yang patut dihukum itu dikurangi dengan sepertiganya. Selanjutnya dalam pasal 52, yaitu jika seorang pegawai negeri melanggar kewajibannya yang istimewa dalam jabatannya karena melakukan perbuatan yang boleh dihukum, atau pada waktu melakukan perbuatan yang boleh dihukum memakai kekuasaannya, kesempatan atau daya upaya yang diperoleh dari jabatannya, maka hukumannya boleh ditambah dengan sepertiganya. (KUHP 12,18,30,36,92).

Dengan tidak memuat pedoman pemberian pidana yang umum, maka pemidaan yang dijatuhkan terhadap terdakwa kurang membawa hasil sebagaimana mestinya, sehingga tujuan diadakannya pidana sebagai upaya penanggulangan kejahatan kurang efektif dan efisien.

Dalam naskah rancangan KUHP Tahun 2015 (untuk selanjutnya disebut Nasran KUHP), sebagaimana telah berulang kali mengalami penyempurnaan lewat kerja tim penyusun yang sudah berganti beberapa kali telah merumuskan pedoman pemberian pidana dengan tegas yang tercantum pada pasal 56 sebagai berikut:

- (1) Dalam pemidanaan wajib dipertimbangkan:
- a. Kesalahan pembuat tindak pidana;
  - b. Motif dan tujuan melakukan tindak pidana;
  - c. Sikap batin pembuat tindak pidana;
  - d. Tindak pidana yang dilakukan apakah direncanakan atau tidak direncanakan;
  - e. Cara melakukan tindak pidana;
  - f. Sikap dan tindakan pembuat sesudah melakukan tindak pidana;
  - g. Riwayat hidup, keadaan sosial, dan keadaan ekonomi pembuat tindak pidana;
  - h. Pengaruh pidana terhadap masa depan pembuat tindak pidana;
  - i. Pengaruh tindak pidana terhadap korban atau keluarga korban;
  - j. Pemaafan dari korban dan/atau keluarganya; dan/atau
  - k. Pandangan masyarakat terhadap tindak pidana yang dilakukan.
- (2) Ringannya perbuatan, keadaan pribadi pembuat, atau keadaan pada waktu dilakukan perbuatan atau yang terjadi kemudian, dapat dijadikan dasar pertimbangan untuk tidak menjatuhkan pidana atau mengenakan tindakan dengan mempertimbangkan segi keadilan dan kemanusiaan.

Selanjutnya selain sanksi berupa pidana, dalam hukum pidana dikenal juga sanksi berupa tindakan, akan tetapi tidak sifat pembalasan padanya, hanya saja tujuannya adalah semata-mata sebagai prevensi khusus. Roeslan Saleh menjelaskan, bahwa maksud tindakan adalah untuk menjaga keamanan dari pada masyarakat

terhadap orang-orang yang banyak sedikit adalah berbahaya, dan akan melakukan perbuatan pidana . Jadi antara pidana dan tindakan mempunyai perbedaan, yakni sanksi yang berupa tindakan adalah bertujuan untuk perlindungan masyarakat dan pengobatan, perbaikan, dan pendidikan, dengan demikian bukan untuk menambah penderitaan bagi yang bersangkutan, walaupun tindakan itu masih menimbulkan penderitaan, akan tetapi bukanlah yang menjadi tujuan. Sedangkan pidana itu ditujukan selain pengenaan penderitaan yang bersangkutan, juga merupakan suatu pernyataan pencelaan terhadap perbuatan si pelaku.

Menurut Van Bemmelen, bahwa pidana menemui asalnya dan terutama pembatasannya dalam sifat dari sifat dan dalam kesalahan dari pelaku; sedangkan tindakan, pada si pelaku memang betul bertolak dari delik akan tetapi tidak dari kesalahan, dan menemui pembatasannya dalam bahaya dari si pelaku terhadap masyarakat.

Sehubungan dengan hal diatas, Alf Ross membedakan antara “punishment” dengan “treatment” di dasarkan pada ada tidaknya unsur pencelaan, dan bukan didasarkan pada ada tidaknya unsur penderitaan. Dengan demikian konsep “punishment”, bertitik tolak pada dua syarat atau tujuan, yaitu pertama, pidana ditujukan pada pengenaan penderitaan terhadap orang yang bersangkutan, kedua, pidana itu merupakan suatu pernyataan pencelaan terhadap perbuatan si pelaku. Jadi tindakan yang bertujuan pengenaan penderitaan, akan tetapi bukan merupakan pernyataan pencelaan, dan tindakan-tindakan yang merupakan tindakan pencelaan,

akan tetapi tidak dimaksudkan untuk mengenakan penderitaan, bukanlah suatu “punishment”. Demikian juga halnya tindakan-tindakan yang disamping tidak dimaksudkan untuk pengenaan penderitaan dan bukan pernyataan pencelaan. Oleh karena itu yang membedakan antara pidana dengan tindakan bukanlah didasarkan kepada adanya unsur penderitaan, akan tetapi adalah didasarkan kepada unsur pencelaan.

Banyak hal batas antara pidana dan tindakan itu adakalanya sulit ditentukan, karena pidana itu sendiripun banyak hal juga mengandung pikiran-pikiran melindungi dan memperbaiki. Tetapi menurut aturan tidaklah ada kesukarannya, karena apa yang dicantumkan di dalam pasal 10 KUHP itu dinamakan pidana, sedangkan pasal lain dari pada itu adalah tindakan. Jadi tindakan itu walaupun merampas dan mengurangi kemerdekaan seseorang, tetapi jika bukan yang disebutkan dalam pasal 10 KUHP itu bukanlah pidana, melainkan hanya merupakan tindakan saja.

Sehubungan dengan hal di atas, Hebert L. Packer berpendapat bahwa, “tingkatan atau derajat ketidak enakkan atau kekejaman, bukanlah ciri yang membedakan antara, “punishment” dan “treatment”. Perbedaannya harus dilihat dari tujuannya dan seberapa jauh peranan dari perbuatan si pelaku terhadap adanya pidana atau tindakan-tindakan. Adapun tujuan utama dari tindakan adalah untuk memberi keuntungan atau memperbaiki orang yang bersangkutan. Fokusnya bukan untuk perbuatan yang telah lalu atau yang akan datang, tetapi pada tujuan untuk memberikan pertolongan kepadanya. Sedangkan pidana bertujuan untuk mencegah

terjadinya kejahatan atau perbuatan yang tidak dikehendaki atau perbuatan salah, disamping itu untuk mengenakan penderitaan atau pembalasan yang layak kepada si pelanggar. Dengan demikian pidana itu fokusnya adalah pada perbuatan salah atau tindak pidana yang dilakukan oleh si pelaku.

Selanjutnya oleh H.L. Packer ditegaskan:

Dalam hal “punishment” kita memperlakukan seseorang karena ia telah melakukan suatu perbuatan salah dengan tujuan, baik untuk mencegah terulangnya perbuatan itu maupun untuk mengenakan penderitaan atau untuk kedua-duanya. Dalam hal “treatment” tidak diperlakukan adanya hubungan perbuatan, kita memperlakukan orang itu karena kita berpendapat atau beranggapan bahwa ia akan menjadi lebih baik.

Sedangkan Bambang Poernomo menjelaskan perbedaan antara punishment dengan treatment, sebagai berikut:

Pada punishment perlu dirasakan tidak enak dan berkaitan dengan kemanfaatan bagi individu yang bersangkutan sebagai resiko telah melanggar hukum. Sedangkan pada treatment menjurus pada berbagai pilihan (alternatif) untuk pencegahan, pembinaan, pendidikan, latihan kerja, dan lain-lain tindakan yang kesemuanya itu berkaitan dengan kemanfaatan pencegahan kejahatan di masa depan.

Mengenai perbedaan antara pidana dan tindakan ini oleh Andi Hamzah mengemukakan bahwa, “tindakan bertujuan melindungi masyarakat, sedangkan pidana bertitik berat pada penerapan sanksi kepada pelaku suatu perbuatan”.

Lebih lanjut Roeslan Saleh berpendapat, bahwa apa yang dicantumkan, dalam pasal 10 KUHP itulah yang dinamakan pidana, sedangkan yang lain dari pada itu, semuanya adalah tindakan. Jadi tindakan-tindakan, walaupun merampas dan menyinggung kemerdekaan seseorang, jika bukan yang disebutkan dalam pasal 10 KUHP, bukanlah pidana, melainkan tindakan-tindakan.

Selain yang telah dikemukakan di atas, maka selanjutnya perbedaan antara pidana dan tindakan telah dijelaskan oleh Mustafa Abdullah dan Ruben Achmad, bahwa “pidana dimaksudkan sebagai pembalasan atau pengimbalan terhadap kesalahan si pembuat, sedangkan tindakan dimaksudkan untuk perlindungan masyarakat terhadap orang yang melakukan perbuatan yang membahayakan masyarakat dan untuk pembinaan dan perawatan si pembuat”.

Berdasarkan uraian di atas terlihat adanya perkembangan sanksi dalam bidang hukum pidana berupa tindakan. Hal ini menunjukkan, bahwa sanksi dalam hukum pidana semakin di humanisasikan. Sementara pidana khususnya pidana perampasan kemerdekaan menjadi semakin tidak populer dan ketinggalan jaman. Menurut Muladi, bahwa “jenis sanksi berupa tindakan serta rehabilitasi narapidana menjadi semakin dianggap penting karena dianggap lebih manusiawi. Bahkan terhadap

pembaharu-pembaharu yang bersifat radikal yang ingin mengadakan perombakan hukum pidana secara total, yakni dengan menggantikannya dengan sistem tindakan”.

Mengenai gagasan penghapusan pidana, Johannes Andenaes, mengemukakan beberapa keberatan, dengan alasan-alasan sebagai berikut:

1. Di dalam masyarakat modern terdapat perkembangan bentuk kejahatan, yang berbeda dengan kejahatan-kejahatan tradisional. Kelompok pertama adalah tindakan-tindakan lalu lintas dan kelompok yang lain adalah kejahatan-kejahatan yang menyangkut kesejahteraan umum yang terdiri dari pelanggaran-pelanggaran terhadap peraturan-peraturan ekonomi. Terhadap tindakan-tindakan pidana semacam ini tidak mungkin diterapkan sistem tindakan perseorangan.
2. Terdapat jenis-jenis tindak pidana yang berat yang memerlukan pidana yang sangat berat dengan tujuan pencegahan umum, misalnya saja espionage, pembunuhan, perdagangan narkoba, pembajakan udara dan penculikan anak.
3. Sistem tindakan tersebut kemungkinan hanya bisa diterapkan terhadap jenis-jenis tindak pidana tradisional biasa, terutama kejahatan-kejahatan terhadap harta benda, kejahatan-kejahatan seksual dan kejahatan-kejahatan kekerasan. Tetapi sekalipun demikian di dalam kejahatan-kejahatan tersebut timbul kesulitan-kesulitan yang sangat besar untuk menerapkan tindakan ini di dalam praktek.

Dengan melihat pendapat di atas, menurut Roeslan Saleh menjelaskan, bahwa pandangan atau alam pikiran untuk menghapus pidana dan hukum pidana adalah keliru, dengan alasan:

1. Perlu tidaknya hukum pidana tidak terletak pada tujuan-tujuan yang akan dicapai, tetapi terletak pada persoalan seberapa jauh untuk mencapai tujuan itu boleh menggunakan paksaan, serta mempertimbangkan antara nilai dari hasil itu akan nilai batas-batas kebebasan pribadi masing-masing.
2. Ada usaha-usaha memperbaiki atau perawatan yang tidak mempunyai arti sama sekali bagi si terhukum, selain juga harus tetap ada reaksi atas pelanggaran-pelanggaran yang dilakukan itu dan tidaklah dibiarkan begitu saja.
3. Pengaruh pidana tidak semata ditunjukkan pada penjahat, tapi juga untuk mempengaruhi orang-orang yang tidak jahat, yaitu warga masyarakat yang patuh pada norma-norma masyarakat.

Uraian di atas menunjukkan, bahwa betapapun pidana dipandang sebagai suatu yang “negatif”, akan tetapi dalam hal tertentu tetap diperlukan. Bahkan menurut para ahli, bahwa penghapusan sanksi hukum berupa pidana akan menghilangkan hakekat dari hukum pidana itu sendiri. begitu juga halnya pendapat Andi Hamzah, bahwa “Hukum pidana semakin nyata dibutuhkan sebagai salah satu cermin peradaban umat manusia”. Oleh karena itu penggunaan dua jenis sanksi dalam hukum pidana (double

track system) berupa pidana dan tindakan merupakan hal yang lebih tetap dari pada harus menghilangkan salah satu diantaranya.

Dalam KUHP yang berlaku sekarang sebagai turunan WvS belanda 1886, sejak semula menerapkan sistem dua jalur (double track system) dalam peraturan sanksinya, yaitu disamping menggunakan sanksi berupa pidana, juga memasukkan sanksi berupa tindakan. Sistem ini tetap dipertahankan dalam pembaharuan hukum pidana nasional terdapat jenis dan macam pidana sebagai berikut:

a. Jenis dan macam pidana telah dirumuskan dalam pasal 58 sebagai berikut:

1) Pidana pokok adalah:

Ke-1 pidana penjara;

Ke-2 pidana tutupan;

Ke-3 pidana pengawasan;

Ke-4 pidana denda;

Ke-5 pidana kerja sosial.

2) Untuk pidana pokok di atas menentukan berat ringannya pidana sedangkan dalam pasal 59 Naskah Rancangan KUHP tersebut disebutkan, bahwa pidana mati merupakan pidana yang bersifat khusus. Selanjutnya dalam pasal 60 Naskah Rancangan KUHP dicantumkan, pidana tambahan yaitu:

Ke-1 pencabutan hak-hak tertentu;

Ke-2 perampasan barang-barang tertentu dan tagihan;

Ke-3 pengumuman putusan hakim;

Ke-4 pembayaran ganti rugi;

Ke-5 pemenuhan kewajiban adat;

- b. Jenis tindakan yang dirumuskan dalam pasal 91 Naskah Rancangan (Nasran) KUHP adalah:

(1). Hakim dalam putusannya dapat menjatuhkan tindakan pada mereka yang memenuhi pasal 38 (tidak mampu bertanggung jawab karena gangguan jiwa, penyakit jiwa atau retardasi mental), dan pasal 39 (kurang mampu bertanggung jawab karena gangguan jiwa, penyakit jiwa atau retardasi mental) berupa:

Ke-1 perawatan di rumah sakit jiwa;

Ke-2 penyerahan kepada pemerintah;

Ke-3 penyerahan kepada seseorang;

(2) Hakim dalam putusannya dapat menjatuhkan tindakan bersama-sama dengan pidana pokok, berupa:

Ke-1 pencabutan surat izin mengemudi;

Ke-2 perampasan keuntungan yang diperoleh dari tindak pidana;

Ke-3 perbaikan akibat-akibat tindak pidana;

Ke-4 latihan kerja;

Ke-5 rehabilitasi;

Ke-6 pengawasan di dalam suatu lembaga;

Selain itu hakim dapat juga menjatuhkan tindakan tanpa pidana pokok, berupa:

- 1) Pengembalian kepada orang tua wali atau pengasuhnya;
- 2) Penyerahan kepada pemerintah atau seseorang;
- 3) Keharusan untuk mengikuti sebuah latihan yang diadakan oleh pemerintah atau badan swasta;
- 4) Pencabutan surat izin mengemudi;
- 5) Perampasan keuntungan yang diperoleh dari tindak pidana;
- 6) Perbaikan akibat-akibat tindak pidana;
- 7) Rehabilitasi;
- 8) Perawatan di dalam suatu lembaga.

Dalam hukum pidana positif, jenis-jenis pidana telah diatur dalam pasal 10 KUHP, yang menentukan bahwa pidana terdiri dari:

1. Pidana pokok, yang meliputi:
  - a. Pidana mati;
  - b. Pidana penjara;
  - c. Pidana kurungan;
  - d. Pidana denda;
2. Pidana tambahan, terdiri dari:
  - a. Pencabutan hak tertentu;

- b. Perampasan barang-barang tertentu;
- c. Pengumuman putusan hakim.

Di samping jenis sanksi yang telah disebut di atas, menurut Undang-undang nomor 20 tahun 1946, terdapat pula jenis pidana pokok berupa pidana tutupan. Sedangkan sanksi pidana berupa tindakan, selain diatur dalam pasal 44 dan pasal 45 KUHP, juga diatur dalam stb. 1938 nomor 160, serta Undang-Undang nomor 7 darurat tahun 1955. Adapun bentuk-bentuk tindakan tersebut, yaitu:

1. Penempatan di Rumah Sakit Jiwa bagi orang yang tidak dapat dipertanggung jawabkan karena sakit jiwa (pasal 44 ayat (2) KUHP).
2. Bagi anak-anak yang belum berumur 16 tahun melakukan tindak pidana, dapat dikenakan tindakan berupa:
  - a. Dikembalikan kepada orang tuanya, walinya, atau pengasuhnya;
  - b. Memerintahkan agar anak tersebut diserahkan kepada pemerintah (pasal 45 KUHP).
3. Penempatan di tempat kerja bagi penganggur yang malas bekerja dan tidak mempunyai mata pencaharian serta mengganggu ketertiban umum dengan melakukan pengemisan, bergelandangan atau berbuat sosial (stb. 1936 No. 160);
4. Tindakan tata tertib dalam tindak pidana ekonomi (Undang-Undang nomor 7 Drt. Tahun 1955) pasal 8, yaitu:

- a. Penempatan perusahaan si terhukum di bawah pengampuan untuk selama waktu tertentu (tiga tahun untuk kejahatan dan dua tahun untuk pelanggaran);
- b. Pembayaran uang jaminan selama waktu tertentu;
- c. Pembayaran sejumlah uang sebagai pencabutan keuntungan menurut taksiran yang diperoleh dari tindak pidana yang dilakukan;
- d. Kewajiban melakukan apa yang dilakukan tanpa hak, meniadakan apa yang dilakukan tanpa hak, dan melakukan jasa-jasa untuk memperbaiki akibat-akibat satu sama lain, semua atas biaya si terhukum selama hakim tidak menentukan lain.

Berdasarkan dari uraian di atas tersimpul, bahwa dalam perkembangan hukum pidana, yang merupakan ciri khas hukum pidana, telah berkembang pula bentuk sanksi berupa tindakan. Penggunaan kedua bentuk sanksi hukum pidana tersebut (double track system) akan lebih baik. Untuk mencapai tujuan hukum pidana, dari pada menghilangkan salah satunya seperti gagasan dari beberapa tokoh gerakan perlindungan masyarakat. Dalam hal tersebut sistem sanksi seperti yang ada dalam KUHP sekarang ini juga dalam konsep rancangan Undang-undang KUHP sudah tepat.

Dalam suatu sanksi pidana, penderitaan merupakan salah satu unsur yang penting, dengan unsur-unsur pidana lainnya. Walaupun demikian hal tersebut tidak boleh digunakan sebagai sarana pembalasan, tetapi tidak lebih hanya shock terapi

bagi narapidana agar ia sadar. Berbeda dengan pidana, dalam hal tindakan unsur derita tidak penting, justru sebaliknya, yang perlu adalah memperbaiki pelaku tindak pidana dan melindungi masyarakat.

Mengenai hukum pidana, pidana pada dasarnya merupakan sarana untuk mencapai tujuan tertentu, yaitu perlindungan masyarakat dan perlindungan individu. Pembahasan masalah ini erat kaitannya dengan pembicaraan tujuan pemidanaan.

#### Pemidanaan

Salah satu alat dan cara untuk mencapai tujuan hukum pidana adalah memidana seseorang yang telah melakukan suatu tindak pidana. Menurut Djoko Prakoso dan Nurwachid mengemukakan, bahwa pemidanaan berasal dari kata “pidana” yang sering diartikan pula dengan hukuman. Jadi pemidanaan dapat diartikan dengan penghukuman. Pada zaman pitagoras orang senantiasa mencari dan memperdebatkan tujuan pemidanaan. Di dalam pitagoras, Plato sudah berbicara tentang pidana sebagai sarana pencegahan khusus maupun pencegahan umum. Demikian pula Seneca, seorang filosof Yunani yang terkenal, telah membuat formulasi yaitu “Nemo Prudens Punit Quia Peccatum Est, Sidne Peccatur”, yang artinya adalah: tidak layak orang memidana karena telah terjadi perbuatan salah tetapi dengan maksud agar tidak terjadi lagi perbuatan salah.

Demikian pula dan sedemikian besar penulis modern yang lain, selalu menyatakan bahwa: tujuan pemidanaan adalah untuk mencegah dilakukannya kejahatan pada masa yang akan datang. Di lain pihak Immanuel Kant dan Gereja Katolik sebagai pelopor menyatakan, bahwa pembenaran pidana dan tujuan pidana adalah pembalasan terhadap serangan kejahatan atas ketertiban sosial dan moral.

Tujuan diadakan pemidanaan diperlakukan untuk mempengaruhi sifat dasar dari hukum pidana. Franz Von List mengajukan problematika sifat pidana di dalam hukum yang menyatakan bahwa “Rechts guterschutz durch Rechts guterverletzung” yang artinya melindungi kepentingan tetapi dengan menyerang kepentingan. Dalam konteks itu pula dikatakan oleh Hugo De Groot “Malum Passionis (gouding ligiteer) propter malum actionis” yang artinya penderitaan jahat menimpa disebabkan oleh perbuatan jahat. Selanjutnya Roeslan Saleh menjelaskan bahwa, tujuan hukum terutama adalah untuk mempertahankan ketertiban masyarakat.

Dari uraian di atas, tampak adanya pertentangan mengenai tujuan pemidanaan, yakni antara mereka yang berpandangan pidana sebagai sarana pembalasan atau teori absolut dan mereka yang menyatakan bahwa pidana mempunyai tujuan positif atau teori tujuan, serta pandangan yang menggabungkan dua tujuan pemidanaan tersebut (teori penggabungan) yang beranggapan bahwa pemidanaan mempunyai tujuan yang plural yang merupakan gabungan antara pandangan “pembalasan” dan pandangan “kegunaan”, sehingga pandangan ini sering kali disebut sebagai aliran integratif. Pandangan ini menganjurkan adanya

kemungkinan untuk mengadakan artikulasi terhadap teori-teori pemidanaaan yang mengintegrasikan beberapa fungsi sekaligus “retribution” dan yang bersifat “utilitarian” misalnya pencegahan dan rehabilitasi, yang kesemuanya dilihat sebagai sasaran-sasaran yang harus dicapai oleh suatu rencana pemidanaaan. Oleh karena itu Muladi menegaskan, bahwa “pidana dan pemidanaaan terdiri dari proses kegiatan terhadap pelaku tindak pidana yang dengan suatu cara tertentu diharapkan untuk dapat mengasimilasikan kembali narapidana ke dalam masyarakat. Secara serentak, masyarakat menuntut agar kita memperlakukan individu tersebut dengan suatu yang juga dapat memuaskan permintaan atau kebutuhan pembalasan”.

Di dalam kitab Undang-Undang Hukum Pidana yang diperlakukan sekarang ini, mengenai tujuan pemidanaaan itu tidak diatur sama sekali, akan tetapi di dalam pasal 55 Naskah Rancangan KUHP baru mengenai tujuan pemidanaaan itu diatur dengan jelas. Dalam pasal 55 Naskah Rancangan KUHP baru yang berbunyi:

- 1) Pemidanaaan bertujuan untuk:
  - a. Mencegah dilakukannya tindak pidana dengan menegakkan norma hukum demi pengayoman masyarakat;
  - b. Memasyarakatkan narapidana dengan mengadakan pembinaan sehingga menjadikannya orang baik dan berguna;
  - c. Menyelesaikan konflik yang timbul oleh tindak pidana, memulihkan keseimbangan, dan mendatangkan rasa damai dalam masyarakat;
  - d. Membebaskan rasa bersalah pada terpidana.

- 2) Pidanaaan tidak dimaksudkan untuk menderitakan dan tidak diperkenankan merendahkan martabat manusia.

Perumusan tersebut cukup memadai bilamana ditinjau dari pandangan integratif Pancasila, sebab faktor-faktor individual dan sosial diperhatikan secara integralistik. Keseluruhan teori pidanaaan, baik yang bersifat pencegahan umum dan pencegahan khusus (general dan special prevention), pandangan perlindungan masyarakat (social defence theory), teori kemanfaatan (utilitarian theory) teori keseimbangan yang bersumber pada pandangan adat bangsa Indonesia maupun teori resosialisasi sudah cukup di dalamnya. Namun menurut Muladi, ada suatu catatan khusus yang harus dipandang tercakup (implied) di dalam perangkat tujuan pidanaaan, yang terdiri dari:

1. Perangkat tujuan pidanaaan tersebut harus sedikit banyak menampung aspirasi masyarakat yang menuntut pembalasan, sekalipun dalam hal ini “vergelden” harus diartikan bukannya membalas dendam, tetapi pengimbangan atau pengimbangan atas dasar tingkat kesalahan si pelaku;
2. Di dalam perangkat tujuan pidanaaan tersebut harus tercakup pula tujuan pidanaaan berupa pemelihara solidaritas masyarakat. Pidanaaan harus diarahkan untuk memelihara dan mempertahankan kesatuan masyarakat. Pidanaaan merupakan salah satu senjata untuk melawan keinginan-keinginan yang oleh masyarakat tidak diperkenankan untuk diwujudkan.

Pemidanaan terhadap pelaku tindak pidana tidak hanya membebaskan kita dari dosa, tetapi juga membuat kita merasa benar-benar berjiwa luhur.

Dengan dicantulkannya tujuan pemidanaan di dalam pasal 51 Naskah Rancangan KUHP (baru), ada pergeseran cara pandang mengenai pemidanaan itu. Usaha tim Pengajian Bidang Hukum Pidana untuk mencantumkan tujuan pemidanaan itu dalam Naskah Rancangan KUHP (baru), sungguh merupakan usaha yang patut dihargai, karena mereka telah menempatkan si pelaku kejahatan sebagai manusia yang patut dihormati dan diperhatikan sepenuhnya.

Dalam pasal 51 Naskah Rancangan KUHP (baru) tersebut secara tegas dan jelas memberikan warna terhadap tujuan pemidanaan di Negara Indonesia. Dengan dicantulkannya tujuan pemidanaan tersebut, hakim di dalam menjatuhkan berat ringannya pidana dapat mempergunakan hal tersebut sebagai pertimbangan. Adapun isi pada pasal 51 Naskah Rancangan KUHP (baru) tersebut ditentukan sedemikian rupa, agar hakim dalam menjatuhkan pidana tidak terpengaruh oleh hal-hal yang merugikan terdakwa. Dengan dimuatnya tujuan pemidanaan itu pada pasal 51 Naskah Rancangan KUHP (baru) itu, menurut hemat penulis akan terdapat suatu cara pandang yang sama tentang perlakuan terhadap narapidana.

Dalam pasal 51 Naskah Rancangan KUHP (baru) tersebut terdapat ketentuan, bahwa tidak hanya hanya dimaksudkan melindungi narapidana akan tetapi juga sebagai pedoman bagi hakim agar tidak mengalami kesulitan di dalam menetapkan

berat ringannya pidana. Dalam praktek selama ini, acap kali kita dengar pertimbangan hakim di dalam menjatuhkan pidana dengan mengatakan bahwa terdakwa “sopan” di persidangan. Dengan dalih bahwa terdakwa “sopan” di persidangan maka hakim menganggap hal itu sebagai hal yang meringankan pidana. Bisa saja terdakwa tersebut sesungguhnya bukanlah orang yang tergolong sopan. Berdasarkan keterangan tersebut dapat ditarik suatu kesimpulan bahwa alasan yang digunakan hakim tersebut untuk meringankan pidana yang dijatuhkan rasanya terlalu dicari-cari.

Dengan demikian tujuan ppidanaan yang tercantum dalam pasal 51 Naskah Rancangan KUHP (baru) tersebut merupakan petunjuk yang sangat berharga bagi hakim dalam menjatuhkan pidana (hukuman).

Sehubungan dengan hal itu, Helen Silving merumuskan seperangkat tujuan hukuman yaitu, tujuan primer dan tujuan sekunder. Tujuan primer melihat aspek pembalasan (retribution) dan pencegahan (prevention), sedangkan tujuan sekunder adalah perbaikan (rehabilitation) dan penjeraan (deterrence).

Berdasarkan perumusan tujuan ppidanaan/hukuman yang telah dikemukakan oleh Helen Silving di atas, menurut hemat saya sangat tepat, sebab disamping memberikan aspek pembalasan dan pencegahan kepada si pelaku kejahatan juga melakukan perbaikan dan penjeraan, sebab fungsi nyata dari penghukuman atau ppidanaan memang ditujukan untuk memperbaiki pelanggar

hukum, dan melindungi masyarakat serta menumbuhkan rasa keadilan pada masyarakat.

Dalam hukum pidana yang berkaitan dengan tujuan pemidanaan (hukuman) dapat digolongkan dalam tiga golongan pokok yaitu: golongan teori pembalasan, golongan teori tujuan, dan kemudian ditambah dengan golongan teori gabungan, dan teori gabungan ini oleh Muladi disebutnya dengan “teori pemidanaan integratif” dalam pandangan teori absolut (retributive), pidana dijatuhkan semata-mata karena orang telah melakukan kejahatan. Pidana dijatuhkan sebagai pembalasan terhadap orang yang melakukan kejahatan. Jadi disini dasar pbenarannya adalah kejahatan itu sendiri. Selanjutnya Kant berpendapat:

Pidana yang diterima seseorang pelaku kejahatan sudah merupakan bagian yang tidak terpisahkan dari kejahatan yang dilakukannya, bukanlah suatu konsekwensi logis dari suatu kontrak social. Bahkan lebih jauh, kant menolak pidana yang dijatuhkan ditujukan untuk kebaikan pelaku kejahatan atau kebaikan masyarakat; satu-satunya alasan yang dapat ia terima adalah bahwa penjatuhan pidana itu semata-mata karena pelaku yang bersangkutan telah melakukan kejahatan.

Dengan demikian pidana adalah karena akibat adanya pelanggaran dan pidana bukan alat yang dapat digunakan untuk mencapai suatu tujuan, melainkan semata-mata mencerminkan keadilan. Sehubungan dengan konsep pembalasan (retributive) ini, oleh J.E. Sahetapy, pernah mengatakan bahwa kecenderungan untuk membalas

pada prinsipnya adalah suatu gejala sosial yang normal. Namun manusia bukanlah binatang karena itu mempunyai pikiran dan perasaan. Manusia mempunyai persepsi dan jangkauan penglihatan yang jauh kedepan.

Sedangkan teori relatif (utilitarian) tidak berdasarkan pada perbuatan pidana melainkan pada si pelaku kejahatan sendiri. Oleh karena itu menurut S.R. Sianturi dan Mompang L. Pangabean mengemukakan, bahwa teori relatif (utilitarian) adalah bertujuan untuk melindungi masyarakat, atau mencegah terjadinya kejahatan supaya orang jangan melakukan kejahatan.

Disamping itu menurut Ramli Atmasasmita menjelaskan, bahwa pandangan Bhamite atau pandangan utilitarian tentang justifikasi penjatuhan pidana adalah kejahatan harus dicegah sedini mungkin (preventif) dan ditujukan untuk mencegah orang lain melakukan kejahatan (deterrence) dan pelaku kejahatan sebaiknya diperbaiki/dibina (reform). Ketiga tujuan dimaksud merupakan dasar teori utilitarian dalam ppidanaan.

Adapun tujuan pencegahan atau prevention dalam penjatuhan pidana (hukuman) adalah untuk melindungi masyarakat, yaitu dengan menempatkan pelaku kejahatan terpisah dari masyarakat, begitu juga halnya dengan tujuan menakuti atau deterrence dalam penjatuhan pidana adalah untuk menimbulkan rasa takut melakukan kejahatan. Bertitik tolak pada uraian tentang teori-teori ppidanaan tersebut di atas, bahwa tiap-tiap aliran dalam hukum pidana telah memberikan pengaruh yang tidak

kecil terhadap tujuan dan sistem pidanaannya sesuai dengan masanya. Aliran kantian yang berkembang pada abad ke-18 telah memberikan warna pada tujuan pidanaan yang bersifat retributive dengan sistem pidanaan yang menitik beratkan pada isolasi total penjahat dari lingkungannya. Sedangkan Bantamite telah memberikan warna pada tujuan pidanaan yang bersifat reformatif, yaitu sistem pidanaan yang menitik beratkan pada pembinaan pelaku kejahatan agar menjadi warga masyarakat yang berguna.

Dengan adanya perbedaan pendapat antara teori retributive dengan teori utilitarian, maka timbullah teori ketiga yang disebut teori gabungan atau integratif yaitu perpaduan dari unsur-unsur teori retributive dan teori utilitarian. Oleh karena itu untuk mendapat gambaran yang lebih jelas mengenai teori-teori pidanaan tidak bisa hanya melihat satu sisi dari teori-teori tersebut, melainkan harus dianalisis secara menyeluruh.

Menurut Roeslan Saleh, bahwa pada hakekatnya ada dua poros yang menentukan garis-garis hukum pidana, yaitu:

1. Hukum pidana adalah suatu hukum sanksi, suatu upaya untuk dapat mempertahankan agar kehidupan bersama akan selalu dalam keadaan lestari yang dapat disebut prevensi, yaitu sebagai pencegahan kejahatan;

2. Hukum pidana sekaligus merupakan pula penentuan hukum, merupakan koreksi dari dan reaksi atas sesuatu yang bersifat tidak hukum, merupakan juga suatu pembalasan.

Dengan demikian pada prinsipnya pidana adalah merupakan perlindungan terhadap masyarakat dan pembalasan terhadap perbuatan melanggar hukum. Selanjutnya Roeslan Saleh pernah menyatakan bahwa, “pidana mengandung hal-hal lain, yaitu pidana diharapkan sebagai sesuatu yang akan membawa kerukunan, dan pidana adalah suatu proses pendidikan untuk kemudian menjadikan orang dapat diterima kembali dalam masyarakat. Oleh karena itu pembedaan adalah untuk memperbaiki kerusakan individual dan sosial yang diakibatkan oleh tindak pidana. Hal ini terdiri dari seperangkat tujuan pembedaan yang harus dipenuhi dengan catatan; bahwa tujuan manakah yang merupakan titik sifatnya kasuistis. Seperangkat tujuan pembedaan yang dimaksudkan di atas menurut Muladi adalah:

- a. Pencegahan (umum dan Khusus)
- b. Perlindungan masyarakat
- c. Memelihara solidaritas masyarakat
- d. Pengimbangan/pengimbangan.

Dari sejumlah pendapat ahli hukum pidana mengenai tujuan pidana dan pembedaan, sebagaimana yang telah disebutkan di atas, kesemuanya itu menunjukkan bahwa tujuan pidana dan pembedaan itu tidaklah tunggal, misalnya

untuk pembalasan semata, atau untuk pencegahan saja. Namun semuanya sependapat, bahwa tujuan pidana dan pemidanaan itu meliputi beberapa tujuan secara integrative. Hal tersebut mengingat tujuan yang bersifat tunggal seperti dalam teori absolut/retributive dan teori tujuan/utilitarian mempunyai kelemahan. Oleh karena itu dalam rangka mengatasi kelemahan tersebut, kemudian orang berusaha menggabungkan beberapa tujuan dengan mengambil yang baik dan meninggalkan yang tidak baik.

Sehubungan dengan perkembangan teori pemidanaan tersebut di atas, pada akhirnya perlu dikemukakan pendapat Stan Ley E. Grupp. Menganggap perkembangan teori tentang pemidanaan ia mengatakan bahwa kelayakan suatu teori pemidanaan tergantung pada:

1. Anggapan-anggapan seseorang terhadap hakekat manusia;
2. Informasi yang diterima seseorang sebagai ilmu pengetahuan yang bermanfaat;
3. Macam dan luas pengetahuan yang dirasakan seseorang mungkin dicapai;
4. Penilaian terhadap persyaratan-persyaratan untuk menerapkan teori tertentu, dan kemungkinan-kemungkinan yang benar-benar dapat dilakukan untuk menemukan persyaratan-persyaratan tertentu.

Berdasarkan hal tersebut di atas, oleh Grupp lebih lanjut mengemukakan bahwa konsensus mengenai tujuan pemidanaan tidak akan mungkin tercapai, tetapi

merupakan tanggung jawab seluruh warga untuk memikirkan masalah ini secara mendalam dan terus menerus.

Dengan demikian apa yang dikemukakan oleh Grupp di atas memang ada benarnya. Bagaimanapun suatu teori tentang pidana dan ppidanaan itu baiknya, namun pada akhirnya harus disesuaikan dengan kondisi ideologis, yuridis, dan sosiologis dimana suatu teori itu akan diterapkan. Karena suatu politik kriminal tidak cukup hanya dipikirkan oleh kalangan ahli hukum saja, tetapi juga harus melibatkan penguasa dan rakyat yang terkena suatu aturan hukum pidana itu.

## B. Sifat Melawan Hukum sebagai Unsur Pokok Tindak Pidana

### B. 1 Pengertian Sifat Melawan Hukum

Kalau kita teliti pasal-pasal KUHP dan ketentuan-ketentuan perundang-undangan pidana di luarnya, maka ternyata bahwa ada pasal dan ketentuan yang mencantumkan kata melawan hukum, umumnya para sarjana hukum pidana menyatakan, bahwa melawan hukum merupakan unsur tiap-tiap delik, dinyatakan secara eksplisit atau tidak.

Apabila tidak dicantumkan hal ini dilakukan oleh pembuat undang-undang, dalam beberapa hal:

1. Bilamana dari rumus Undang-Undang, Perbuatan yang dicantumkan sudah sedemikian wajar sifat melawan hukumnya, sehingga tidak perlu dinyatakan secara eksplisit;
2. Perbuatan melawan hukum berarti bahwa perbuatan seseorang melanggar atau bertentangan dengan kaidah materieel yang berlaku baginya, orang karena itu dengan sendirinya berarti bahwa memidana orang yang tidak melakukan perbuatan pidana adalah onzinning, atau tidak masuk akal. Sifat melawan hukumnya perbuatan merupakan salah satu syarat pemidanaan misalnya pasal 338 KUHP tidak mengandung kata melawan hukum, namun setiap orang normal memandang bahwa menghilangkan nyawa orang lain adalah melawan hukum, bertentangan tidak saja dengan hukum, tetapi semua kaidah-kaidah sosial dan agama.

Sedangkan alasan apabila dicantumkan kata melawan hukum bisa dilihat di dalam *Memorie van Toelichting* (memori penjelas *Wetboek van Strafrecht* Nederland), yang menyatakan bahwa dicantumkannya unsur itu secara tegas dalam beberapa pasal tertentu, oleh karena dipidananya orang yang melaksanakan haknya yang melakukan suatu “*strafbaar feit*” yang sesuai dengan rumus atau uraian undang-undang. Dengan kata lain, bahwa dalam hal seseorang menggunakan haknya, maka unsur melawan hukum itu tidak ada. Namun perlu diingatkan, bahwa uraian tersebut tidak berarti bahwa melawan hukum sama dengan tanpa hak. Yang terakhir memang termasuk melawan hukum, tetapi pengertiannya

lebih sempit, yaitu yang bersangkutan tidak mempunyai hak, atau hukum subyektif. Hukum meliputi baik norma maupun hak dan kalau pengertian yang lebih luas karena meliputi juga hukum tidak tertulis.

Seperti telah dikemukakan bahwa arti melawan hukum di bidang hukum pidana, menurut Van Bemmelen, tidak ada bedanya dengan arti melawan hukum di bidang perdata, seperti termuat dalam pasal 1401 BW (pasal 1365 KUHPer). Perkembangan dalam bidang hukum perdata ini sangat besar pengaruhnya bagi hukum pidana.

Dari sejarahnya, pasal tersebut meminjam pasal 1382 code civil Perancis yang berbunyi “*Tout fait quelconque de l’homme, qui cause un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrive, a reparer*”. Teks pasal 1401 BW Belanda berbunyi: “*Eike onrechtmatige daad, waardoor aan een ander schade veroorzaakt is in de verplichting om dezelfde te goeden*”, atau dalam terjemahan subekti, pasal 1365 KUHPerdata berbunyi: “*Tiap perbuatan melanggar hukum, yang membawa kerugian kepada seorang lain, mewajibkan orang yang karena salahnya menerbitkan kerugian itu, mengganti kerugian tersebut. Dengan membandingkan kedua pasal tersebut, terlihat langsung bahwa teks bahasa Belanda berisikan ketentuan onrechtmatige daad yang tidak ada dalam contoh Perancis*”.

Mengenai pengertian melawan hukum ini terdapat dua pendapat yang saling bertentangan mengenai hal ini:

Pendapat pertama, yang disebut berpandangan sempit mengatakan bahwa yang dimaksud melawan hukum adalah apabila perbuatan itu bertentangan dengan hak subjektif seseorang (*hetzij met eens anders subjectief recht*), atau bertentangan dengan kewajiban sendiri menurut Undang-Undang (*hetzij met desdaders eigen wettelijke plicht*). Jadi, sebagai dasar adalah hak seseorang yang berdasarkan undang-undang atau kewajiban seseorang menurut undang-undang.

Karena itu, menurut Hoffman menyimpulkan bahwa melawan hukum, menurut pandangan ini, adalah bertentangan dengan Undang-Undang. Suatu perbuatan yang tidak bertentangan dengan Undang-Undang, walaupun juga dapat bertentangan dengan sesuatu yang menurut pergaulan kemasyarakatan adalah tidak patut, tidak merupakan perbuatan melawan hukum.

Baik Hoffman maupun Wolfsbergen merujuk pada pendapat Land yang mengatakan bahwa pandangan sempit ini didasarkan pada dua alasan yaitu sebagai berikut:

1. Code civil Prancis, pada pasal 1382, memuat perkataan “*tout fait quelconque de i’homme*”. Pembuat Undang-Undang Belanda lah yang dengan sengaja mengubah perkataan *wederrechtelijk* dengan perkataan *onrechtmatig*, untuk menegaskan bahwa tidak setiap perbuatan yang mengakibatkan kerugian kepada seseorang adalah melawan hukum.

2. Pasal 1401 NBW tersebut sama sekali meminjam pasal 1382 code civil Prancis, yang menurut Domat mengingatkannya terutama kepada Romeinshe actio Legis Aquillae uit dammun inituria datum dimana perbuatan yang bertentangan dengan lalu lintas pergaulan masyarakat tidak termasuk di dalamnya.

Menurut Land selanjutnya, pembuat undang-undang menyimpang dari apa yang dikatakan Domat, sejauh terhadap pasal-pasal yang berkenaan dengan hal itu, tetapi tidak karenanya pembuat undang-undang bermaksud mengubah arti onrechtmatige daad dengan in strijd met de wet, yang juga dikatakannya secara jelas dalam teks undang-undang.

Pendapat kedua, yang berpandangan luas, diperkenalkan pertama kali oleh Molengraaff, yang menyatakan bahwa seseorang melakukan perbuatan melawan hukum: “Wie anders handelt, dat in het maatschappelijk verkeer den eenenmesch tegenover den ander betaamt, anders dan men met het oog op zijn medeburgers behoort te behandelen”. (seseorang yang berbuat kepada orang lain, yang tidak patut menurut lalu lintas pergaulan masyarakat).

Menurut Hoffman pendapat Molengraaff tersebut menunjukkan pada dua hal yaitu:

1. Onrechtmatige adalah setara dengan tidak diperkenankan (ongeoorloofd), tidak dengan yang dilarang oleh undang-undang (niet van door de wet

verboden), karena dalam teks pasal 1428 kitab undang-undang Prancis tahun 1830 disebutkan: *tout fait illicite de l'homme*.

2. Pasal 1402 tidak membicarakan *onrechtmatige daad*, bahkan jika mau menerangkan *onrechtmatig* sebagai *onwetmatig*, sesungguhnya apa yang bertentangan dengan moral dan lalu lintas pergaulan hukum masyarakat termasuk dalam pasal 1402 ini.

Dalam praktek peradilan di Belanda dalam arrest Hoge Raad Nederland tahun 1919, yang terkenal dengan nama *Lindenbaum Cohen Arrest* mengenai perkara Perdata. Di situ Hoge Raad Belanda mengatakan: "perbuatan melanggar hukum (*onrechtmatige daad*) adalah bukan saja perbuatan yang bertentangan dengan wet, tetapi juga perbuatan yang dipandang dari pergaulan masyarakat tidak patut". Duduknya perkara sebagaimana diuraikan oleh Mr. Wirjono Projodikoro dalam bukunya *Perbuatan Melanggar Hukum* adalah sebagai berikut:

Ada dua kantor percetakan, yang satu kepunyaan Cohen dan yang lain kepunyaan Lindenbaum. Mereka bersaing hebat satu sama lain. Pada suatu hari seorang pegawai dari Lindenbaum dibujuk oleh Cohen dengan macam-macam pemberian hadiah dan kesanggupan supaya memberikan kepadanya (Cohen) turunan dari penawaran-penawaran yang dilakukan Lindenbaum dan memberikan pula nama-nama dari orang-orang yang mengadakan pesanan kepada kantor Lindenbaum atau yang minta keterangan tentang harga-harga cetak. Dengan tindakan ini Cohen tentunya bermaksud akan mempergunakan hal-hal yang dapat diketahui itu untuk

menetapkan suatu siasat agar supaya khalayak ramai lebih suka datang kepadanya daripada ke kantor Lindenbaum. Tapi perbuatan Cohen ini diketahui oleh Lindenbaum yang karena merasa dirugikan. Maka dari itu dia digugat di pengadilan Amsterdam, sebagai telah melakukan perbuatan melanggar hukum terhadapnya sehingga berdasar atas pasal 1401 (1365 KUHPerdara) BW minta ganti kerugian.

Dalam putusan hakim tingkat pertama Cohen dikalahkan tapi dalam tingkat banding dimuka Gerechtshot Amsterdam Lindenbaum dikalahkan yaitu berdasar Yurisprudensi yang dituruti pasal tersebut. Perbuatan Cohen tidak dianggap sebagai perbuatan melawan hukum. Karena tidak ditunjukkan sesuatu pasal dari undang-undang yang dilanggar oleh Cohen.

Lindenbaum mohon kasasi kepada Hoge Raad dengan alasan bahwa putusan tersebut melanggar pasal 1401 BW. Akhirnya H.R dengan menyampingkan jurisprudensi sebagaimana diikuti dalam putusan Hof Amsterdam memutuskan pada tanggal 31 Desember 1919, bahwa perbuatan Cohen adalah perbuatan melanggar hukum, seperti disebut di atas.

Masalah persaingan tidak sehat antara dua perusahaan percetakan, “Lindenbaum dan Cohen”, yang mempunyai pendapat formal antara lain adalah Simons yang menyatakan “untuk dapat dipidananya sesuatu perbuatan haruslah mencocoki rumusan delik, sebagaimana dilukiskan dari tindak pidana dalam Undang-Undang. Jika sudah demikian, biasanya tidak perlu lagi untuk diselidiki, apakah

perbuatan itu melawan hukum atau tidak”. Menurut pendapatnya itu, tentang sifat melawan hukum materiil tidak dapat diterima, karena mereka yang menganut ajaran ini, menempatkan kehendak pembentuk Undang-Undang yang sudah dinyatakan dalam hukum positif, di bawah pengawasan keyakinan hukum dari hakim pribadi. Memang betul, menurut pendapat formal ini, bahwa tidak selalu perbuatan yang mencocoki rumusan delik (dalam Undang-Undang) adalah bersifat melawan hukum, akan tetapi pengecualian itu, hanya boleh diterima, apabila mempunyai dasarnya dalam hukum positif pula.

Sebelum tahun 1919, Hoge Raad tidak berpendapat demikian, yang dinamakan *onrechtmatig* hanyalah apabila perbuatan bertentangan dengan *wet* saja. Ini ternyata dari *arrest* (putusan mengenai *nona* dari kota *Zutfen*). Hoge Raad dalam *arrest*nya itu menganggap, bahwa perbuatan *Nona* tersebut tidak bersifat melawan hukum karena perbuatannya tidak melanggar ketentuan *wet*.

Dalam perkara ini duduk perkaranya adalah *Nona* tersebut tinggal di bagian atas (*loteng*), sedangkan di bagian bawah ditempati orang lain. Ketika musim dingin menghebat, maka pipa saluran air pecah dan air mengalir ke bagian bawah. Kraan yang dapat memberhentikan mengalirnya air ada di bagian atas dalam kamar *Nona* tadi. Meskipun sudah diminta oleh penghuni di bagian bawah untuk menutup *kraan*, namun *Nona* tidak menghiraukannya, sehingga air menggenangi bagian bawah. *Nona* lalu digugat untuk membayar kerugian yang timbul karena genangan air. Tapi dalam

tingkat kasasi gugatan tersebut ditolak oleh Hoge Raad karena Nona tidak melanggar suatu aturan wet.

Terhadap pertanyaan-pertanyaan yang sering diajukan kepada hakim tertinggi Belanda tersebut, apakah perbuatan yang bertentangan dengan lalu lintas pergaulan hukum masyarakat adalah juga melawan hukum, sebelum arrest 1919 yang terkenal itu selalu dijawab “tidak” walaupun di dalam masyarakat sudah diingatkan pendapat yang luas.

Dalam tahun 1911 disodorkan Rancangan Undang-Undang yang di dalamnya memperhatikan keinginan masyarakat. Teks Rancangan Undang-Undang 1911 itu diubah dalam Rancangan Undang-Undang tahun 1913. Akan tetapi, seperti juga rancangan-rancangan lain, Rancangan Undang-Undang ini tidak pernah sampai disahkan sehingga dengan arrest Hoge Raad 31 Januari 1919 yang terkenal itu, Hoge Raad dianggap telah mengambil tugas pembuat Undang-Undang dengan menerapkan pendapat yang luas tadi. Dengan demikian, menurut pendapat Hoffman:

Volgens de ruime opvatting daartegen is onrechtmatige daad gelijkwaardig aan ongeoorloofd. Onrechtmatig is naar deze leer niet slecht wat in strijd is met eens anders wettelijk recht of des daders eigen wettelijken plicht, maar ook wat indruisch tegen de eischen van de moraal of het maatschappelijk verkeer.

(penyangkalan terhadap pendapat yang luas karena bersifat melawan hukum berarti sama dengan tidak diperkenankan. Melawan hukum menurut ajaran ini tidak hanya

bertentangan dengan hak orang lain menurut Undang-Undang atau kewajiban hukum orang lain, tetapi juga bertentangan dengan tujuan moral dalam lalu lintas pergaulan masyarakat).

Ini juga yang merupakan keberatan Land terhadap pendapat yang luas, seperti yang dikutip oleh Wolfsbergern:

“land noemt in zijn bekende beschouwing over onrechtmatige daad als gevaas voor de ruime opvatting juist, dat de morele beoordeling in de plaats zal komen van de beantwoording der onrechtmatigheidsvraag”

(Land mengatakan dalam tinjauannya mengenai perbuatan melawan hukum tentang bahaya pandangan yang luas ini, bahwa penilaian moral akan menggantikan jawabannya terhadap pertanyaan sifat melawan hukum). Akan tetapi, kaidah yang ditarik dari arrest 31 januari 1919 inilah sampai sekarang dipakai dan selalu dirujuk untuk menerangkan arti melawan hukum.

Rudolf Stamler dalam tahun 1902 dalam bukunya berjudul “Die Lehre von dem Richtigen Recht”, telah menyatakan pada penilaian tentang ketepatan suatu kaidah hukum selalu tergantung pada waktu dan tempat tertentu. Penganut terkemuka Freirechtsbewegung, yaitu antara lain Gnaeus Flavius alias Herman Kantorowicz menyatakan juga bahwa Undang-Undang mengandung banyak kekosongan dan merupakan tugas hakim untuk mengisinya. Penganut aliran ini membela mati-matian pemakaian pengertian itikad baik, adat istiadat baik, pendapat masyarakat.

Di bidang hukum pidana dianut asas legalitas yang tercantum di dalam pasal 1 ayat (1) KUHP, yang mensyaratkan bahwa disamping penilaian materiil juga diwajibkan untuk menganut paham formeel.

Dikatakan formeel, karena Undang-Undang pidana melarang atau memerintahkan perbuatan itu disertai ancaman sanksi bagi barangsiapa yang melanggar atau mengabaikannya. Disebut materieel, oleh karena sekalipun suatu perbuatan telah sesuai dengan uraian di dalam Undang-Undang, masih harus diteliti tentang penilaian masyarakat apakah perbuatan itu memang tercela, ataupun dipandang sifatnya terlampaui kurang celaannya sehingga pembuatnya tak perlu dijatuhi sanksi hukum pidana, tetapi cukup dikenakan sanksi kaidah-kaidah hukum lain atau kaidah sosial lain. Tinjauan demikian menurut Moeljatno sesuai dengan asas kemanusiaan yang adil dan beradab yang merupakan sandi Negara dan Bangsa.

Pandangan formil terhadap sifat melawan hukum dianut oleh Simons yang berpendapat, bahwa untuk dapat dipidana maka peristiwa yang dilakukan harus dicakup oleh uraian Undang-Undang, sesuai dengan isi delik berdasarkan ketentuan pidana di dalam Undang-Undang. Dalam hal terjadi demikian maka pada umumnya tidaklah lagi tepat untuk melakukan penelitian lebih lanjut tentang sifat melawan hukum. Bilamana suatu perbuatan memenuhi syarat uraian delik, maka per definitionem telah ada perlawanan hukum.

Van Bemmelen tidak menyetujui pendapat Simons, oleh karena pemenuhan uraian delik tidaklah dengan sendirinya menimbulkan peristiwa pidana. Undang-Undang mengenal beberapa dasar peniadaan pidana berupa dasar pembenar yang mengakibatkan suatu perbuatan hilang sifat melawan hukumnya. Misalnya pasal 41 lid 1 (pasal 49 ayat (1), pasal 42 dan pasal 50 KUHP). Ajaran Simons dapat diimplikasikan bahwa suatu perbuatan yang memenuhi uraian strafbaar feit semata-mata tanpa adanya dasar pembenar adalah pada umumnya telah melawan hukum.

Sedangkan pandangan materiil dianut oleh banyak sarjana hukum di Nederland antara lain Van Bemmelen yang mengemukakan bahwa dasar pembenaran di luar Undang-Undang pertama kali di Nederland dikemukakan oleh Hoge Raad dalam arrest yang paling terkenal yang dalam kepustakaan dikenal dan disebut veeartsarrest tanggal 20 Februari 1933 yang biasa atau dikenal dengan nama arrest dokter hewan dari kota Huizen. Duduk perkara sebagai berikut:

Dalam pasal 82 Veetwet (Undang-Undang mengenai hewan) orang dilarang untuk menempatkan hewan dalam keadaan yang merugikan (in verdachte toestand bregen) hal mana diancam dengan pidana penjara 1 tahun. Di sekitar kota Huizen ketika itu di antara hewan terjangkit penyakit mulut dan kuku. Ada tujuh ekor sapi yang belum terkena penyakit tersebut. Karena menurut dokter hewan sapi-sapi yang sehat itu nantinyatoh akan terkena penyakit juga, maka lebih baik kalau dikenakan penyakit sekarang, mumpung belum mengeluarkan air susu daripada di kemudian hari kalau sudah mengeluarkan. Karena itu sapi-sapi yang sehat tadi diperintahkan

supaya dimasukkan dalam kandang bersama-sama dengan sapi-sapi yang telah sakit. Rupanya yang punya hewan tadi tidak terima tindakan tersebut sehingga dokter hewan dituntut karena telah melanggar pasal 82 Veewet tadi. Oleh dokter hewan tindakan yang telah dilakukan itu adalah yang dianggap tepat menurut ilmu dokter hewan. Sebab kalau sapi-sapi diserang penyakit ketika mengeluarkan air susu, maka hal itu menyebabkan lebih sakit baginya dan juga menularkan penyakitnya karena air susunya. Jadi untuk kepentingan pemiliknya dan hewan-hewan lainnya pada umumnya, maka dilakukan tindakan di atas.

Gerechthof di Amsterdam dalam tingkat banding menganggap bahwa alasan dokter hewan itu hanya memberikan penjelasan tentang apa yang mendorong dia untuk berbuat demikian, tetapi tidak merupakan perkecualian yang dapat menghapus pembedaan, sehingga harus menjatuhkan pidana pada terdakwa. Dalam tingkat kasasi Hoge Raad berpendapat bahwa: menurut Hoge Raad dengan adanya wet mengenai pendidikan kedokteran hewan maka pemeliharaan kesehatan hewan dan siapa yang boleh menjalankan pekerjaan dokter hewan telah diatur.

Dengan ini telah ada petunjuk bahwa dokter hewan tidak akan melanggar ketentuan Undang-Undang, jika dia bertindak sesuai dengan ilmu yang telah dicapainya. Keadaan ini tidak dapat dibantah dengan pernyataan, bahwa manakah orang yang telah melakukan perbuatan yang diancam dengan pidana, dia pasti dipidana, kecuali jika wet itu sendiri dengan nyata-nyata mengadakan perkecualian. Sebab adalah mungkin sekali bahwa meskipun unsur melawan hukum tidak disebut

tersendiri dalam rumusan delik, hakim toh tidak dapat menghukum terdakwa apabila ternyata perbuatan terdakwa tidak bersifat melawan hukum. Pencacaran hewan misalnya hewan misalnya juga dapat dipandang sebagai menempatkan hewan dalam keadaan yang mencurigakan. Tetapi hal itu juga tidak dapat dituntut karena melanggar pasal 82 veewet. Dan hal itu juga tidak karena dalam wet sendiri ada pengecualiannya, tetapi karena pencacaran hewan tak dapat dipandang sebagai perbuatan yang melawan hukum.

## B.2 Macam-Macam Sifat Melawan Hukum

Seperti yang diuraikan di halaman-halaman sebelumnya bahwa ajaran sifat melawan hukum memiliki kedudukan yang penting dalam hukum pidana di samping asas legalitas. Salah satu unsur utama tindak pidana yang bersifat objektif adalah sifat melawan hukum. Hal ini tersirat dalam pasal 1 ayat (1) KUHP dalam menentukan perbuatan itu dapat di pidana atau tidak pembentuk Undang-Undang menjadikan sifat melawan hukum sebagai unsur tertulis. Selain itu sifat dapat dicela kadang-kadang dimasukkan dalam rumusan delik, yaitu dalam culpa.

### B. 2.1 Sifat Melawan Hukum Formil

Ajaran perbuatan melawan hukum dikenal dalam lapangan hukum Pidana maupun dalam lapangan hukum perdata. Dalam hukum pidana ajaran perbuatan melawan hukum dikenal dengan terminologi “Wederrechtelijk” sedangkan dalam hukum Perdata dikenal dengan terminologi “Onrechtmatige”, berorientasi pada

ketentuan pasal 1365 KUH Perdata baik dalam arti sempit dan luas. Perbuatan melawan hukum dalam arti sempit diartikan sebagai perbuatan yang hanya secara langsung melanggar peraturan hukum (yang tertulis) saja, baik itu menyangkut hak subyektif seseorang maupun bertentangan dengan kewajiban si pelaku. Dalam arti luas, perbuatan melawan hukum tidaklah hanya mempunyai pengertian atas pelanggaran peraturan hukum (yang tertulis) saja, tetapi juga meliputi perbuatan-perbuatan yang melanggar peraturan di lapangan kesusilaan atau sopan santun yang ada dan hidup berlaku dalam masyarakat. Konsekuensi logisnya dengan demikian perbuatan melawan hukum dalam arti luas sering dikarakteristikan sebagai perbuatan yang dipandang tercela oleh masyarakat.

Istilah “Wederrechtelijkheid” dalam beberapa kepustakaan diartikan dengan istilah lain, seperti “tanpa hak sendiri”, “bertentangan dengan hak pribadi seseorang”, “bertentangan dengan hukum positif” (termasuk Hukum Perdata, Hukum Administrasi) ataupun “menyalahgunakan kewenangan” dan lain sebagainya.

Dalam kitab Undang-undang hukum pidana Indonesia, unsur “sifat melawan hukum” dijumpai dalam beberapa pengertian, antara lain pada pasal 406 yang dituangkan dengan arti “tanpa hak sendiri”, pasal 333 diartikan dengan “bertentangan dengan hukum obyektif”, pasal 522 mengandung arti “bertentangan dengan hukum”.

Vos memandang suatu formula dalam putusan Hoge Raad pada tahun 1919 (Cohen-lindenbaum Arrest) mengenai “onrechtmatige daad” adalah paling cocok

untuk merumuskan “wederrechtelijkheid”, begitu pula halnya dengan Pompe yang menyatakan bahwa interpretasi tentang “wederrechtelijk” (dalam arti bertentangan dengan hukum obyektif) adalah yang paling mendekati dari apa yang diartikan oleh hukum perdata mengenai “onrechtmatige daad”.

Satochid Kartanegara menyamakan arti “Wederrechtelijk” dan “onrechtmatige” disandarkan dengan pada faham kemasyarakatan, yaitu kepatutan yang harus diindahkan dalam pergaulan masyarakat. Tidak demikian halnya dengan pendapat J.Remmeling (mantan Jaksa Agung Negeri Belanda), memandang pengertian onrechtmatige daad berlainan dengan pengertian Wederrechtelijkheid, karena pengertian onrechtmatige daad lebih besar daripada Wederrechtelijk menurut Hukum Pidana. Dalam hal ini patut diperhatikan ungkapan Jan Remmelink yang menolak interpretasi perbuatan melawan hukum atau Wederrechtelijk sebagai pelaku yang bertentangan dengan hak orang lain. Sekalipun perbedaannya tidak signifikan dan sebagian besar kasus hasil akhirnya akan sama, keberatan yang diajukan tetap ada dasarnya. Ia mencontohkan kasus seseorang yang memiliki maksud memperkaya diri sendiri secara melawan hukum melalui penipuan. Maksud yang telah dikualifikasi sudah dimiliki oleh orang tersebut, yaitu ia sesungguhnya tidak berhak atas perolehan keuntungan yang menjadi maksud dan tujuan perbuatannya. Pelaku tidak perlu sekaligus memiliki maksud yang diarahkan, misalnya untuk melanggar hak milik orang lain.

Lebih lanjut, Jan Remmelink juga mengemukakan argumentasinya menolak tafsiran yang bertentangan dengan hukum atau “in strijd met her recht”. Tafsiran demikian selain tidak didukung oleh sejarah perundang-undangan, juga bertentangan dengan tujuan umum seperti dicanangkan oleh pembuat undang-undang, yaitu untuk tidak mencakupkan momen sosial etis ke dalamnya yang akan dilakukan ketika hukum ditafsirkan dalam arti kata yang seluas-luasnya. Pembuat undang-undang seharusnya menggunakan istilah “dengan cara melawan undang-undang” atau “op onwettige wijze”, seperti dalam pasal 107 KUHP.

Dalam Hukum Pidana Perbuatan Melawan Hukum mencakup Perbuatan Melawan Hukum dalam arti Formal maupun dalam arti Materiel, yaitu meskipun perbuatan tersebut tidak diatur dalam perundang-undangan, tetapi apabila perbuatan tersebut dianggap tercela karena tidak sesuai dengan rasa keadilan atau norma kehidupan sosial dalam masyarakat, perbuatan tersebut dapat dipidana. Menurut Wiryono Projodikoro perbuatan melawan hukum dalam arti sempit (kadang kala dikatakan perbuatan melawan hukum formal) diartikan sebagai suatu perbuatan yang secara langsung melanggar peraturan hukum (tertulis) saja. Menurut Indriyanto Seno Adji, perbuatan melawan hukum secara formal lebih dititikberatkan pada pelanggaran pada pelanggaran terhadap peraturan-peraturan perundangan tertulis. Menurut Komariah Emong Sapardjaya, ajaran sifat melawan hukum formal mengatakan bahwa apabila suatu perbuatan telah mencocoki semua unsur yang termuat dalam rumusan tindak pidana, perbuatan tersebut adalah tindak pidana, jika ada alasan

pembenar, maka alasan-alasan tersebut harus juga disebutkan secara undang-undang. Sedangkan ajaran sifat melawan hukum formal, menurut Sudarto bahwa suatu perbuatan dikatakan bersifat melawan hukum apabila perbuatan itu diancam pidana dan dirumuskan sebagai suatu delik (tindak pidana) dalam undang-undang. Sifat melawan hukum formal merupakan syarat untuk dapat dipidanya perbuatan bersumber pada asas legalitas.

Suatu tindakan bersifat melawan hukum apabila tindakan tersebut melanggar ketentuan dalam undang-undang, atau dengan kata lain semua tindakan yang bertentangan dengan undang-undang, telah memenuhi perumusan delik dalam undang-undang. Sifat melawan hukum itu akan hilang atau ditiadakan jika ada dasar-dasar peniadaannya ditentukan dalam undang-undang.

Pasal-pasal KUHP yang dengan tegas mencantumkan bersifat melawan hukum antara lain adalah pasal-pasal : 167,168, 333, 334, 362, 368, 378, 406 juga termasuk pasal-pasal : 302, 392, 282 dan sebagainya.

Penganut pendirian bersifat melawan hukum formal berpendapat bila bersifat melawan hukum tidak dicantumkan sebagai unsur delik akan menimbulkan kalah pengertian bagi orang yang benar-benar melaksanakan hak/kewajibannya akan dianggap sebagai telah melakukan suatu delik tertentu.

Contoh: Apabila dalam pasal 167 KUHP tidak dinyatakan dengan tegas unsur bersifat melawan hukum, maka seorang pegawai penyidik atau jaksa memaksa

memasuki suatu rumah untuk menjalankan tugasnya dapat dipersalahkan melanggar pasal 167 KUHP. Namun apabila tidak dalam rangka melaksanakan tugas, maka tindakannya itu bersifat melawan hukum. Begitu juga pada pasal 333 KUHP menangkap dan menahan penjahat juga dapat dituntut apabila bersifat melawan hukum tidak dicantumkan.

Alasan penganut bersifat melawan hukum formil adalah:

1. Dari adagium “setiap orang dianggap mengetahui undang-undang maka tidak perlu dicari apakah tindakan seseorang itu sesuai dengan kesadaran hukum masyarakat atau tidak. Setiap orang dianggap tahu undang-undang yang telah dilanggaranya. Apabila dianut pendirian materiil, orang akan membela diri dengan mengatakan bahwa dia tidak mengetahui bahwa perbuatan tersebut dilarang oleh undang-undang. Hakim akan mengalami kesulitan untuk membuktikan sifat terlarang dari perbuatan tersebut dan kemungkinan melapaskan terdakwa yang berarti berlakunya KUHP di perlunak.
2. Tugas menentukan perbuatan itu dilarang atau tidak adalah tugas pembuat undang-undang dan bukan tugas hakim, bila dianut pandangan materiil, akan membuat hakim “menciptakan undang-undang atau mengadakan penafsiran sendiri yang sangat dipengaruhi subyektifitasnya. Penafsiran yang berbeda-beda akan menimbulkan ketidakpastian hukum.

#### B. 2. 2 Sifat Melawan Hukum Materiel

Menurut Indriyanto Seno Adji, dikatakan bahwa lebih tepat apabila pengertian luas dari “onrechtmatige daad” dalam bidang hukum perdata mempunyai penerapan pengertian yang sama dengan pengertian hukum pidana terhadap istilah “materiele wederrechtelijkheid”, bahwa suatu perbuatan dikatakan telah memenuhi unsur melawan hukum secara materiel, apabila perbuatan itu merupakan pelanggaran terhadap norma kesopanan yang lazim atau kepatutan yang hidup dalam masyarakat. Dengan kata lain setiap perbuatan yang dianggap atau dipandang tercela oleh masyarakat merupakan perbuatan melawan hukum secara materiel.

Tidak demikian halnya dengan pendapat Lamintang, yang mengatakan bahwa di Indonesia hingga saat ini belum waktunya mengikuti ajaran Van Bemmelen, yaitu untuk menyamakan “materiele wederrechtelijkheid” dengan yang disebut “onrechtmatigeheid” atau sifat melawan hukum di dalam hukum perdata. Apabila dalam bidang hukum perdata orang berpendapat bahwa setiap “onrechtmatige daad” atau setiap pelaku yang bersifat melawan hukum itu dapat menjadi dasar untuk menuntut ganti rugi seperti yang dimaksud di dalam pasal 1365 BW, maka tidak seorangpun akan mengajukan keberatannya. Permasalahannya menjadi lain, apabila setiap perilaku yang di dalam hukum perdata itu dapat dikualifikasikan sebagai “onrechtmatige daad” itu secara materiel harus dianggap sebagai bersifat “wederrechtelijk” hingga pelakunya dapat dihukum, walaupun tindakannya itu tidak diatur di dalam suatu ketentuan pidana menurut undang-undang. Hal tersebut disebabkan bertentangan dengan usaha manusia yang telah berjalan berabad-abad

lamanya untuk mendapatkan suatu kepastian hukum bagi setiap manusia. Bagi kita di Indonesia, hal tersebut sudah jelas bertentangan dengan pasal 1 ayat (1) KUHP.

Komariah Emong Sapardjaja mengatakan, bahwa ajaran perbuatan melawan hukum materiel disamping memenuhi syarat-syarat formal, yaitu mencocoki semua unsur yang tercantum dalam rumusan delik, perbuatan itu harus benar-benar dirasakan oleh masyarakat sebagai perbuatan yang tidak patut atau tercela.

Menurut Sudarto pengertian sifat melawan hukum materiel terdiri dari sifat melawan hukum materiel dalam fungsi positif dan sifat melawan hukum dalam fungsi negatif. Pengertian sifat melawan hukum dalam fungsi positif, ajaran ini menganggap suatu perbuatan tetap sebagai suatu delik, meskipun tidak nyata diancam dengan pidana dalam undang-undang, apabila bertentangan dengan hukum atau ukuran lain diluar undang-undang. Sedangkan pengertian sifat melawan hukum materiel dalam fungsi negatif, ajaran ini mengakui kemungkinan adanya hal-hal yang ada diluar undang-undang menghapus sifat melawan hukum perbuatan yang memenuhi rumusan undang-undang, jadi hal tersebut sebagai alasan penghapusan sifat melawan hukum. Hal ini dalam hukum pidana lazim disebut sebagai alasan pembenar.

Apabila ajaran sifat melawan hukum materiel dibandingkan dengan *onrechtmatige daad* seperti diatur dalam pasal 1365 BW, sebenarnya terdapat perbedaan, khususnya mengenai aspek kesusilaan. Ajaran sifat melawan hukum materiel, baik dalam fungsinya yang negatif maupun positif tidak termasuk di

dalamnya kategori berdasarkan kesusilaan. Seperti dikemukakan diatas bahwa pengertian melawan hukum seperti diatur dalam pasal 1365 BW, tidak hanya meliputi perbuatan yang bertentangan dengan undang-undang, tetapi juga bertentangan dengan kesusilaan dan kepatutan menurut masyarakat. Dilain pihak, ajaran sifat melawan hukum materiel atau materiele wederrechtelijk, khususnya dalam fungsinya yang negatif hanya sebatas kriteria berdasarkan undang-undang dan norma-norma kehidupan sosial dalam masyarakat.

Sifat melawan hukum materiel dalam fungsi yang positif akan merupakan pelanggaran asas legalitas yang mengatur mengenai perbuatan apa yang dipandang sebagai tindak pidana. Asas legalitas tersebut tercantum pada pasal 1 ayat 1 KUHP yang berbunyi: “Tiada suatu perbuatan dapat dipidana kecuali atas kekuatan aturan pidana dalam perundang-undangan yang telah ada sebelum perbuatan dilakukan”, artinya meskipun suatu perbuatan secara materiel merupakan perbuatan melawan hukum apabila tidak ada aturan tertulis dalam perundang-undangan pidana, perbuatan tersebut tidak dapat dipidana. Sehingga pada umumnya diterapkan secara negatif, artinya diambil sebagai dasar pembenar. Dengan kata lain, perbuatan tersebut jelas sudah bertentangan dengan undang-undang, namun tidak bertentangan dengan kepatutan dan kelaziman di dalam pergaulan masyarakat, berkaitan dengan asas legalitas, Oemar Seno Adji mengemukakan bahwa asas Legalitas, sebagai salah satu ciri khas Negara hukum yang telah menjadi hukum positif merupakan suatu “palladium” dari kepastian hukum. Ia tidak mempunyai sifat retroaktif dan

mempunyai kekuatan untuk waktu sesudah perbuatan itu dilakukan, mempunyai kekuatan temporal, memperkenalkan adanya interpretasi extensif dan melarang analogi, dirumuskan oleh ilmu hukum sebagai: “Nullum delictum, nulla poena sine parevia legale poenali” yang terkenal.

## C. Perbuatan Laki-Laki Menghamili Perempuan Di Luar Ikatan Perkawinan sebagai Tindak Pidana Dalam Beberapa Konstruksi Delik

### C.1 Sebagai Delik Penipuan

#### C.1.1 Pengertian Tindak Pidana Penipuan

Penipuan berasal dari kata tipu, yang berarti perbuatan atau perkataan yang tidak jujur (bohong, palsu dan sebagainya), dengan maksud untuk menyesatkan, mengakali, atau mencari untung. Penipuan adalah proses, cara, perbuatan menipu atau perkara menipu (mengecoh). Jadi penipuan adalah cara pelaku penipuan untuk membohongi seseorang korban agar pelaku dapat mengecoh si korban dan pelaku mendapatkan keuntungan dari si korban tersebut.

Penipuan berasal dari kata tipu yang mendapat imbuhan “pe” dan akhiran “an” yang berarti perbuatan menipu, membodohi, atau memperdayai untuk memperoleh keuntungan dari orang lain.

Penipuan adalah suatu bentuk dari berkicau. Sifat umum dari perbuatan berkicau itu adalah bahwa orang dibuat keliru, dan oleh karena itu ia rela menyerahkan barangnya atau uangnya.

Kejahatan penipuan atau bedrog itu diatur di dalam pasal 378-395 KUHP, Buku II Bab ke XXV. Di dalam Bab ke XXV tersebut dipergunakan perkataan “Penipuan” atau “Bedrog”, “karena sesungguhnya didalam bab tersebut diatur sejumlah perbuatan-perbuatan yang ditujukan terhadap harta benda, dalam mana oleh si pelaku telah dipergunakan perbuatan-perbuatan yang bersifat menipu atau dipergunakan tipu muslihat.” Tindak pidana penipuan dalam bentuk pokok diatur dalam pasal 378 KUHP.

Perkataan penipuan itu sendiri mempunyai dua pengertian, yakni:

- a. Penipuan dalam arti luas, yaitu semua kejahatan yang dirumuskan dalam Bab XXV KUHP.
- b. Penipuan dalam arti sempit, ialah bentuk penipuan yang dirumuskan dalam Pasal 378 (bentuk pokoknya) dan Pasal 379 (bentuk khususnya), atau yang biasa disebut dengan *oplichting*.

Adapun seluruh ketentuan tindak pidana dalam Bab XXV ini disebut dengan penipuan, oleh karena dalam semua tindak pidana di sini terdapatnya perbuatan-perbuatan yang bersifat menipu atau membohongi orang lain. Di antara sekian banyak kejahatan dalam Bab XXV ini, ada yang diberikan kualifikasi tertentu, baik

menurut UU maupun yang timbul dalam praktek. Seperti rumusan Pasal 378 disebut dalam pasal itu sebagai penipuan, dan pasal 379 orang disebut dalam praktek dikenal dengan sebutan/kualifikasi sebagai flessentekerij (penarikan botol-botol) yang oleh Prodjudikoro disebutnya dengan “ngemplang”.

Ketentuan dalam Pasal 378 KUHP merumuskan tentang pengertian penipuan (oplichting) itu sendiri. Rumusan ini adalah bentuk pokoknya, dan ada penipuan dalam arti sempit dalam bentuk khusus yang meringankan. Karena adanya unsur khusus yang bersifat meringankan sehingga diancam pidana sebagai penipuan ringan (Pasal 379). Sedangkan penipuan dalam arti sempit tidak ada dalam bentuk diperberat.

Pasal 378 KUHP “Barang siapa dengan maksud untuk menguntungkan diri sendiri atau orang lain secara melawan hak, mempergunakan nama palsu atau sifat palsu ataupun mempergunakan tipu muslihat atau susunan kata-kata bohong, menggerakkan orang lain untuk menyerahkan suatu benda atau mengadakan suatu perjanjian hutang atau meniadakan suatu piutang, karena salah telah melakukan penipuan, dihukum dengan hukuman penjara selama-lamanya empat tahun. Mengenai kejahatan penipuan pada pasal 378 KUHP, Soesilo merumuskan sebagai berikut:

1. Kejahatan ini dinamakan kejahatan penipuan. Penipu itu pekerjaannya:
  - a. Membujuk orang supaya memberikan barang, membuat utang atau menghapuskan piutang.

- b. Maksud pembujukan itu ialah hendak menguntungkan diri sendiri atau orang lain dengan melawan hak.
- c. Membujuknya itu dengan memakai :
  - 1) Nama palsu atau keadaan palsu
  - 2) Akal cerdas (tipu muslihat), atau
  - 3) Karangan perkataan bohong
2. Membujuk yaitu melakukan pengaruh dengan kecurangan terhadap orang, sehingga orang itu menurutnya berbuat sesuatu yang apabila mengetahui duduk perkara yang sebenarnya, ia tidak akan berbuat demikian itu.
3. Tentang barang tidak disebutkan pembatasan, bahwa barang itu harus kepunyaan orang lain, jadi membujuk orang untuk menyerahkan barang sendiri, juga dapat masuk penipuan, asal elemen-elemen lain dipenuhinya.
4. Seperti halnya juga dengan pencurian, maka penipuan pun jika dilakukan dalam kalangan kekeluargaan berlaku peraturan yang tersebut dalam Pasal 367 jo 394.

Hakekat dari kejahatan penipuan itu adalah maksud untuk menguntungkan diri sendiri atau orang lain secara melawan hak, dengan mempergunakan upaya-upaya penipuan seperti yang disebutkan secara limitative di dalam Pasal 378 KUHP. Menurut M. Sudrajat Bassar, penipuan adalah suatu bentuk berkicau, “sifat umum dari perbuatan berkicau itu adalah bahwa orang dibuat keliru, dan oleh karena itu ia rela menyerahkan barangnya atau uangnya.

Sebagai cara penipuan dalam Pasal 378 KUHP, menurut M. Sudrajat Bassar menyebutkan :

1. Menggunakan nama palsu

Nama palsu adalah nama yang berlainan dengan nama sebenarnya, akan tetapi kalau si penipu itu menggunakan nama orang lain yang sama namanya dengan ia sendiri, maka ia tidak dapat dikatakan menggunakan nama palsu, tetapi ia dapat dipersalahkan melakukan “tipu muslihat” atau “susunan belit dusta”.

2. Menggunakan kedudukan palsu

Seseorang dapat dipersalahkan menipu dengan menggunakan kedudukan palsu.

3. Menggunakan tipu muslihat

Yang dimaksud dengan tipu muslihat adalah perbuatan-perbuatan yang dapat menimbulkan kepercayaan atas pengakuan-pengakuan yang sebenarnya bohong, dan atas gambaran peristiwa-peristiwa yang sebenarnya dibuat sedemikian rupa sehingga kepalsuan itu dapat mengelabui orang yang biasanya berhati-hati.

4. Menggunakan susunan belit dusta

Kebohongan itu harus sedemikian rupa berbelit-belitnya sehingga merupakan suatu keseluruhan yang nampaknya seperti benar atau betul dan tidak mudah ditemukan dimana kepalsuannya. Akal tipu ini suka bercampur dengan tipu muslihat yang tersebut dalam butir 3, dan oleh karenanya sukar dipisahkan.

Untuk mengetahui tindak pidana penipuan dalam bentuk pokok yang lebih mendalam, maka penulis akan menguraikan unsur-unsur tindak pidana penipuan dalam pasal 378 KUHP.

Pasal 378 KUHP “Barang siapa dengan maksud untuk menguntungkan diri sendiri atau orang lain secara melawan hukum dengan memakai nama palsu atau martabat (hoedanigheid) palsu, dengan tipu muslihat ataupun rangkaian kebohongan, menggerakkan orang lain untuk menyerahkan barang sesuatu kepadanya, atau supaya memberi utang maupun menghapuskan piutang, diancam karena penipuan, dengan pidana penjara paling lama empat tahun.

Menurut Moh. Anwar, tindak pidana penipuan dalam bentuk pokok seperti yang diatur dalam pasal 378 KUHP terdiri dari unsur-unsur sebagai berikut:

1. Unsur subyektif; dengan maksud
  - a. Menguntungkan diri sendiri atau orang lain.
  - b. Dengan melawan hukum.
2. Unsur obyektif: membujuk atau menggerakkan orang lain dengan alat pembujuk atau penggerak
  - a. Memakai nama palsu.
  - b. Memakai keadaan palsu.
  - c. Rangkaian kata-kata bohong.
  - d. Tipu muslihat agar :

- 1) Menyerahkan sesuatu barang
- 2) Membuat hutang
- 3) Menghapus piutang.

Unsur subyektif dengan maksud adalah kesengajaan. Ada tiga corak kesengajaan yaitu:

- a. Kesengajaan sebagai maksud untuk mencapai tujuan
- b. Kesengajaan dengan sadar kepastian.
- c. Kesengajaan sebagai sadar kemungkinan.

Dengan maksud “diartikan tujuan terdekat bila pelaku masih membutuhkan tindakan lain untuk mencapai maksud itu harus ditujukan kepada menguntungkan dengan melawan hukum, hingga pelaku harus mengetahui bahwa keuntungan yang menjadi tujuannya itu harus bersifat melawan hukum. “Unsur menguntungkan diri sendiri atau orang lain dengan jalan melawan hukum. Syarat dari melawan hukum harus selalu dihubungkan dengan alat-alat penggerak atau pembujuk yang dipergunakan. Sebagaimana diketahui arti melawan hukum menurut Sudarto ada tiga pendapat yaitu :

- a. Bertentangan dengan hukum (Simons)
- b. Bertentangan dengan hak (subyektif recht) orang lain (Noyon)
- c. Tanpa kewenangan atau tanpa hak, hal ini tidak perlu bertentangan dengan hukum (Hoge Raad).

Sedangkan menurut Moch. Anwar melawan hukum berarti bertentangan dengan kepatutan yang berlaku di dalam kehidupan masyarakat. Suatu keuntungan bersifat tidak wajar atau tidak patut menurut pergaulan masyarakat dapat terjadi, apabila keuntungan ini diperoleh karena penggunaan alat-alat penggerak atau pembujuk, sebab pada keuntungan ini masih melekat kekurangpatutan dari alat-alat penggerak atau pembujuk yang dipergunakan untuk memperoleh keuntungan itu. Jadi ada hubungan kasual antara penggunaan alat-alat penggerak atau pembujuk dari keuntungan yang diperoleh. Meskipun keuntungan itu mungkin bersifat wajar, namun apabila diperoleh dengan alat-alat penggerak atau pembujuk di atas, tetap keuntungan itu akan bersifat melawan hukum.

Adapun arti menguntungkan adalah setiap perbaikan dalam posisi atau nasib kehidupan yang diperoleh atau yang akan dicapai oleh pelaku. Pada umumnya perbaikan ini terletak di dalam bidang harta kekayaan seseorang. Tetapi menguntungkan tidak terbatas pada memperoleh setiap keuntungan yang dihubungkan dengan perbuatan penipuan itu atau yang berhubungan dengan akibat perbuatan penipuan, tetapi lebih luas, bahkan memperoleh pemberian barang yang dikehendaki dan yang oleh orang lain dianggap tidak bernilai termasuk juga pengertian menguntungkan.

Alat pembujuk atau penggerak yang dipergunakan dalam perbuatan membujuk atau menggerakkan orang agar menyerahkan sesuatu barang terdiri atas empat jenis cara yaitu :

1. Nama palsu

Penggunaan nama yang bukan nama sendiri, tetapi nama orang lain, bahkan penggunaan nama yang tidak dimiliki oleh siapapun juga termasuk di dalam penggunaan nama palsu. Dalam nama ini termasuk juga nama tambahan dengan syarat yang harus tidak dikenal oleh orang lain.

2. Keadaan atau sifat palsu

Pemakaian keadaan atau sifat palsu adalah pernyataan dari seseorang, bahwa ia ada dalam suatu keadaan tertentu, keadaan mana memberikan hak-hak kepada orang yang ada dalam keadaan itu, misalnya seseorang swasta mengaku anggota polisi, atau mengaku petugas PLN.

3. Rangkaian kata-kata bohong.

Disyaratkan bahwa harus terdapat beberapa kata bohong yang diucapkan, suatu kata bohong saja dianggap tidak cukup sebagai alat penggerak ataupun alat bujuk. Rangkaian kata-kata bohong yang diucapkan secara tersusun, hingga merupakan suatu cerita yang dapat diterima sebagai sesuatu yang logis dan benar. Jadi kata-kata itu tersusun hingga kata-kata yang satu membenarkan atau memperkuat kata lain.

4. Tipu muslihat.

Tipu muslihat adalah perbuatan-perbuatan yang dilakukan sedemikian rupa, hingga perbuatan-perbuatan itu menimbulkan kepercayaan atau keyakinan atas kebenaran dari sesuatu kepada orang lain. Jadi tidak terdiri atas ucapan, tetapi atas perbuatan atau tindakan suatu perbuatan saja sudah dapat dianggap

sebagai tipu muslihat. Menunjukkan surat-surat palsu, memperlihatkan barang yang palsu adalah tipu muslihat.

Keempat alat pembujuk atau penggerak ini dapat dipergunakan secara alternatif maupun secara kumulatif. Unsur obyektif membujuk atau menggerakkan orang agar menyerahkan, sebenarnya lebih tepat dipergunakan istilah menggerakkan daripada istilah membujuk, untuk melepaskan setiap hubungan dengan dengan penyerahan (levering) dalam pengertian hukum perdata. Dalam perbuatan menggerakkan orang untuk menyerahkan harus disyaratkan adanya hubungan kasual antara alat penggerak itu dan penyerahan barang dan sebagainya. Penyerahan sesuatu barang yang telah terjadi sebagai akibat penggunaan alat penggerak atau pembujuk itu belum cukup terbukti tanpa mengemukakan pengaruh-pengaruh yang ditimbulkan karena dipergunakan alat-alat penggerak atau pembujuk itu. Alat itu pertama-tama harus menimbulkan dorongan didalam jiwa seseorang untuk menyerahkan sesuatu barang. Psychee dari korban karena penggunaan alat penggerak atau pembujuk tergerak sedemikian rupa, hingga orang itu melakukan penyerahan barang itu. Tanpa penggunaan alat atau cara itu korban tidak akan tergerak psycheenya dan penyerahan sesuatu tidak akan terjadi.

Penggunaan cara-cara atau alat-alat penggerak itu menciptakan suatu situasi yang tepat untuk menyesatkan seseorang yang normal, hingga orang itu terpedaya karenanya. Apabila orang yang dibujuk atau digerakkan mengetahui atau memahami, bahwa alat-alat penggerak atau pembujuk itu tidak benar atau bertentangan dengan

kebenaran, maka fisiknya tidak tergerak dan karenanya ia tidak benar atau bertentangan dengan kebenaran, maka psycheenya tidak tergerak dan karenanya ia tidak tersesat atau terpedaya, hingga dengan demikian tidak terdapat perbuatan penggerakan atau membujuk dengan alat-alat penggerak atau pembujuk, meskipun orang lain menyerahkan barangnya.

Kata-kata “untuk mengadakan suatu perikatan utang” di dalam rumusan tindak pidana penipuan, oleh beberapa orang penerjemah WVS telah diartikan secara tidak sama, yakni ada yang telah menerjemahkan dengan kata-kata “supaya memberi utang” dan ada pula yang telah menerjemahkan dengan kata-kata “supaya membuat utang”. Kata-kata “perikatan utang” dalam rumusan pasal 378 KUHP itu mempunyai arti yang sifatnya umum menurut tata bahasa, dan bukan mempunyai arti menurut BW. Perikatan utang seperti itu dapat dibuat dalam berbagai perjanjian kredit di depan notaris, akan tetapi juga dapat dibuat dalam berbagai bentuk tulisan, misalnya dalam bentuk kwitansi yang harus ditandatangani oleh orang yang ditipu seolah-olah orang tersebut mempunyai utang sebesar uang yang dinyatakan diatas kertas segel tersebut.

### C. 1. 2 Unsur-Unsur Tindak Pidana Penipuan

Pasal 378 KUHP ini merupakan bentuk pokok dari penipuan dengan unsur-unsur :

- 1) Unsur-unsur obyektif :

2) Menggerakkan orang lain;

Perbuatan menggerakkan orang lain menurut pasal 378 KUHP tidak disyaratkan dipakainya upaya-upaya seperti yang dimaksud dalam pasal 55 ayat 1 KUHP yang berupa pemberian, janji, penyalahgunaan kekuasaan, ancaman kekerasan atau mempergunakan kekerasan ataupun dengan memberikan kesempatan, sarana atau keterangan. Melainkan dengan mempergunakan tindakan-tindakan, baik berupa perbuatan-perbuatan ataupun perkataan-perkataan yang bersifat menipu. Memang sifat hakekat dari kejahatan penipuan adalah maksud untuk menguntungkan diri sendiri atau orang lain secara melawan hak, menggerakkan orang lain untuk menyerahkan atau berbuat sesuatu, dengan mempergunakan upaya-upaya penipuan seperti yang disebutkan secara limitatif di dalam pasal 378 KUHP.

a) Untuk menyerahkan suatu benda;

Pengertian benda dalam penipuan mempunyai arti yang sama dengan benda dalam pencurian dan penggelapan, yakni sebagai benda berwujud dan bergerak. Penyerahan benda yang menjadi dari kejahatan penipuan ini tidaklah disyaratkan, bahwa benda tersebut harus diserahkan langsung oleh orang yang tertipu kepada si penipu, melainkan juga dapat diserahkan oleh orang yang tertipu kepada orang suruhan si penipu, dengan permintaan supaya

benda tersebut diserahkan kepada orang yang telah menggerakkan dirinya untuk melakukan penyerahan benda tersebut.

Perbuatan penyerahan ini bukan hanya penting untuk menentukan apakah suatu kejahatan penipuan itu telah selesai atau belum, tetapi juga penting untuk diketahui dalam hubungannya dengan penentuan tempat dari terjadinya kejahatan. Suatu kejahatan penipuan dikatakan telah selesai, jika orang yang digerakkan untuk menyerahkan sesuatu benda itu, telah melepaskan benda yang dikehendaki oleh orang yang mempergunakan upaya-upaya yang disebutkan di dalam pasal 378 KUHP dalam usahanya untuk menggerakkan orang tersebut untuk berbuat demikian, dengan tidak perlu diperhatikan apakah benda tersebut telah benar-benar dikuasai oleh orang itu. Namun bila tidak diikuti penyerahan benda maka disebut sebagai percobaan penipuan.

Tempat terjadinya kejahatan penipuan adalah tempat dimana seseorang telah menggerakkan orang lain untuk menyerahkan sesuatu benda dengan mempergunakan salah satu upaya seperti dimaksudkan di atas, dan bukan tempat dimana orang yang digerakkan itu telah menyerahkan benda yang dikehendaki oleh orang yang menggerakkan dirinya. Hal ini penting untuk diketahui berkaitan dengan relative competentie dari pengadilan yang akan mengadili orang yang telah melakukan kejahatan penipuan.

- b) Untuk mengadakan perjanjian hutang;

Beberapa putusan pengadilan yang berkenaan dengan unsur “mengadakan perjanjian hutang”:

- 1) Arrest Hoge Raad tanggal 30 januari 1928 (N.J. 1928 halaman 292, W. 11828) yang mengatakan, bahwa yang dimaksudkan dengan hutang disini adalah suatu perikatan, misalnya untuk menyetorkan sejumlah uang jaminan.
  - 2) Arrest Hoge Raad tanggal 24 oktober 1927 (N.J. 1918 halaman 1509. W. 11746) yang mengatakan, bahwa hutang tersebut tidaklah perlu dibuat untuk kepentingan si pelaku atau orang yang membantunya. Keuntungan yang diharapkan tidaklah perlu merupakan akibat yang langsung dari hutang yang diadakan (P.A.F. Lamintang dan C. Djisman Samosir, 1981: 269).
- c) Untuk meniadakan suatu piutang;
- Istilah utang dalam kalimat menghapuskan piutang mempunyai arti suatu perikatan. Menghapuskan piutang mempunyai pengertian yang lebih luas dari sekedar membebaskan kewajiban dalam hal membayar hutang atau pinjaman uang belaka. Menghapuskan piutang adalah menghapuskan segala macam perikatan hukum yang sudah ada, di mana karenanya menghilangkan kewajiban hukum penipu untuk menyerahkan sejumlah uang tertentu pada korban atau orang lain.
- d) Dengan mempergunakan upaya berupa;

1) Mempergunakan nama palsu;

Yang penting untuk diketahui mengenai nama palsu ini adalah bahwa disamping nama sehari-hari yang dikenal umum, orang sering mempergunakan nama tambahan ataupun juga nama keluargayang dikenal umum, bisa juga orang itu mempunyai nama kecil. Apabila nama-nama tersebut tidak dikenal oleh umum, maka penggunaannya dianggap sebagai mempergunakan nama palsu.

2) Mempergunakan tipu muslihat;

Maksudnya adalah bukan terdiri dari kata-kata, melainkan terdiri dari perbuatan-perbuatan yang demikian rupa, sehingga perbuatan-perbuatan itu menimbulkan suatu kepercayaan pada orang lain atau dengan perkataan lain, bahwa pada orang yang digerakkan timbul kesan yang sesuai dengan kebenaran yang sah dan benar. Atau tipu muslihat adalah berupa membohongi tanpa kata-kata, tetapi dengan, misalnya, memperlihatkan sesuatu (Wirjono Prodjodikoro, 2002:40).

3) Mempergunakan sifat palsu;

Yang dimaksud dengan mempergunakan sifat palsu ini, tidaklah perlu orang itu mengaku-ngaku bahwa ia adalah misal anggota Polisi, Jaksa dan sebagainya, akan tetapi juga apabila ia mengatakan bahwa dirinya berada dalam suatu keadaan tertentu, dimana ia mempunyai hak-hak karenanya, maka perbuatan tersebut sudah dapat dikatakan sebagai mempergunakan sifat palsu.

4) Mempergunakan susunan kata-kata bohong.

Maksud susunan kata-kata bohong adalah susunan kata-kata yang terjalin demikian rupa, sehingga kata-kata itu jika dihubungkan antara yang satu dengan yang lain akan memberikan kesan seolah-olah yang satu membenarkan yang lain.

3) Unsur-unsur subyektif :

a) Dengan maksud untuk menguntungkan diri sendiri atau orang lain;

Maksud si pelaku dalam melakukan perbuatan menggerakkan harus ditujukan pada menguntungkan diri sendiri atau orang lain, adalah berupa unsur kesalahan dalam penipuan. Kesengajaan sebagai maksud ini selain harus ditujukan pada menguntungkan diri, juga ditujukan pada unsur lain di belakangnya, seperti unsur melawan hukum, menggerakkan, menggunakan nama palsu dan lain sebagainya. Kesengajaan dalam maksud ini harus sudah ada dalam diri si petindak, sebelum atau setidaknya-tidaknya pada saat memulai perbuatan menggerakkan. Menguntungkan artinya menambah kekayaan dari yang sudah ada. Menambah kekayaan ini baik bagi diri sendiri mau pun bagi orang lain.

b) Secara melawan hak.

Melawan hukum di sini tidak semata-mata diartikan sekedar dilarang oleh undang-undang atau melawan hukum formil, melainkan harus diartikan lebih luas yakni sebagai bertentangan dengan apa yang dikehendaki masyarakat, suatu celaan masyarakat. Karena unsur melawan hukum ini dicantumkan dalam rumusan tindak pidana, maka menjadi wajib dibuktikan dalam persidangan. Perlu dibuktikan ialah si petindak mengerti maksud menguntungkan diri sendiri atau orang lain dengan menggerakkan orang lain dengan cara tertentu dan seterusnya dalam rumusan penipuan sebagai dicela masyarakat.

## C. 2 Sebagai delik Perkosaan

### C. 2.1 Pengertian Tindak Pidana Perkosaan

Menurut Kamus Besar Bahasa Indonesia yang disusun oleh W.J.S. Poerwadarminta, pengertian perkosaan dilihat dari etiologi/asal kata yang dapat diuraikan sebagai berikut:

Perkosa : gagah; paksa; kekerasan; perkasa.

Memperkosa : 1) menundukkan dan sebagainya dengan kekerasan.

2) melanggar (menyerang dsb) dengan kekerasan.

Perkosaan : 1) perbuatan memperkosa; penggagahan; paksaan;

2) pelanggaran dengan kekerasan.

Soetandyo Wignjosoebroto (seperti yang dikutip oleh Suparman Marzuki dalam bukunya yang berjudul “Pelecehan Seksual”) , mendefinisikan perkosaan sebagai berikut:

“Perkosaan adalah suatu usaha melampiaskan nafsu seksual oleh seorang lelaki terhadap seorang perempuan dengan cara yang menurut moral dan atau hukum yang berlaku melanggar”.

Wirjono Prodjodikoro mengungkapkan bahwa perkosaan adalah:

“Seorang laki-laki yang memaksa seorang perempuan yang bukan istrinya untuk bersetubuh dengan dia, sehingga sedemikian rupa ia tidak dapat melawan, maka dengan terpaksa ia mau melakukan persetubuhan itu”

R. Sugandhi, mendefinisikan perkosaan adalah sebagai berikut:

“seorang pria yang memaksa pada seorang wanita bukan istrinya untuk melakukan persetubuhan dengannya dengan ancaman kekerasan, yang mana diharuskan kemaluan pria telah masuk ke dalam lubang kemaluan seorang wanita yang kemudian mengeluarkan air mani”

Nursyahbani Kantjasungkana (seperti yang dikutip oleh Abdul Wahid dan Muhammad Irfan) berpendapat bahwa perkosaan adalah salah satu bentuk kekerasan terhadap perempuan yang merupakan contoh kerentanan posisi perempuan terhadap kepentingan laki-laki.

Back's Law Dictionary, yang dikutip oleh Topo Santoso, merumuskan perkosaan atau rape sebagai berikut:

“...unlawfullsexual intercourse with a female without her consent. The unlawfull carnal knowledge of a woman by a man forcibly and against her will. The act of sexual intercourse committed by a man wit a woman not his wife and without her consent, committed when the woman's resistance is overcome by force of fear, or under prohibitive conditions...”

(...hubungan seksual yang melawan hukum/tidak sah dengan seorang perempuan tanpa persetujuannya. Persetubuhan secara melawan hukum/tidak sah terhadap seorang perempuan oleh seorang laki-laki dilakukan dengan paksaan dan bertentangan dengan kehendaknya. Tindak persetubuhan yang dilakukan oleh seorang laki-laki terhadap seorang perempuan yang bukan istrinya dan tanpa persetujuannya, dilakukan ketika perlawanan perempuan tersebut diatasi dengan kekuatan dan ketakutan, atau dibawah keadaan penghalang...)

Dalam kamus tersebut dijelaskan bahwa: seorang laki-laki yang melakukan 'sexual intercourse' dengan seorang perempuan yang bukan istrinya dinyatakan bersalah jika;

- 1) Dia memaksa perempuan itu untuk tunduk/menyerah dengan paksa atau dengan ancaman akan segera dibunuh, dilukai berat, disakiti atau diculik, akan dibebankan pada orang lain; atau

- 2) Dia telah menghalangi kekuatan perempuan itu untuk menilai atau mengontrol perbuatannya dengan memberikan obat-obatan, tanpa pengetahuannya, racun atau bahan-bahan lain dengan tujuan untuk mencegah perlawanannya; atau
- 3) Perempuan itu dalam keadaan tidak sadar;
- 4) Perempuan itu dibawah usia 10 tahun.

Menurut Z.G. Allen dan Charles F. Hemphill, yang dikutip oleh Abdul Wahid dan Muhammad Irfan, perkosaan adalah: “an act of sexual intercourse with a female resist and her resistance is overcome by force”.

(suatu persetubuhan dengan perlawanan dari perempuan dan perlawanannya diatasi dengan kekuatan).

Perumusan di atas mengandung pengertian bahwa korban (wanita) tidak memberikan persetujuan. Hal ini tampak dengan digunakannya istilah resist dengan konsekuensi lebih lanjut overcome by force.

Menurut Steven Box, yang dikutip oleh Made Darma Weda, pengertian perkosaan adalah:

“...rape constitute a particular act of sexual access, namely the penis penetrating the vagina without consent of the female concerned...”

(...perkosaan merupakan sebuah fakta dari hubungan seksual, yaitu penis penetrasi ke dalam vagina tanpa persetujuan dari perempuan...).

Perkosaan dapat digolongkan sebagai berikut:

a. Sadistic Rape

Perkosaan sadistik, artinya pada tipe ini seksualitas dan agresif berpadu dalam bentuk yang merusak. Pelaku perkosaan telah nampak menikmati kesenangan erotik bukan melalui hubungan seksnya, melainkan melalui serangan yang mengerikan atas alat kelamin dan tubuh korban.

b. Anger Rape

Yakni penganiayaan seksual yang bercirikan seksualitas yang menjadi sarana untuk menyatakan dan melampiaskan rasa geram dan marah yang tertahan. Tubuh korban disini seakan-akan merupakan obyek terhadap siapa pelaku yang memproyeksikan pemecahan atas frustrasi-frustrasi, kelemahan, kesulitan dan kekecewaan dalam hidupnya.

c. Domination Rape

Yaitu suatu perkosaan yang terjadi ketika pelaku mencoba untuk gigih atas kekuasaan dan superioritas terhadap korban. Tujuannya adalah penaklukan seksual, pelaku menyakiti korban, namun tetap memiliki keinginan berhubungan seksual.

d. Seductive Rape

Suatu perkosaan yang terjadi pada situasi-situasi yang merangsang yang tercipta oleh kedua belah pihak. Pada mulanya korban memutuskan bahwa keintiman personal

harus dibatasi tidak sampai sejauh persenggamaan. Pelaku pada umumnya mempunyai keyakinan membutuhkan paksaan, oleh karena tanpa itu tidak mempunyai perasaan bersalah yang menyangkut seks.

e. Victim Precipitated Rape

Yaitu perkosaan yang terjadi (berlangsung) dengan menempatkan korban sebagai pencetusnya.

f. Exploitation Rape

Perkosaan yang menunjukkan bahwa pada setiap kesempatan melakukan hubungan seksual yang diperoleh oleh laki-laki dengan mengambil keuntungan yang berlawanan dengan posisi perempuan yang bergantung padanya secara ekonomis dan sosial. Misalnya istri yang diperkosa oleh suaminya atau pembantu rumah yang diperkosa oleh majikannya, sedangkan pembantunya tidak mempersoalkan atau mengadakan kasusnya ini kepada pihak yang berwajib.

Jenis-jenis perkosaan juga dapat dibedakan :

a. Perkosaan yang pelakunya sudah dikenal korban

1) Perkosaan oleh suami atau mantan suami, perkosaan juga dapat terjadi dalam suatu perkawinan, karena suami merasa berhak untuk memaksa istrinya berhubungan seks kapan saja sesuai dengan keinginannya tanpa mempedulikan keinginan sang

istri. Bahkan tidak jarang terjadi banyak mantan suami yang merasa masih berhak untuk memaksakan hubungan seks pada mantan istrinya.

2) Perkosaan oleh teman kencan atau pacar, teman kencan atau pacar bisa memaksa korban untuk berhubungan seks dengan berbagai dalih; karena ia sudah menghabiskan uang untuk menyenangkan korban, karena mereka pernah berhubungan seks sebelum itu, karena korban dianggap sengaja memancing birahi, atau karena si pacar sudah berjanji akan mengawini korban. Ajakan untuk berhubungan seks masih termasuk wajar apabila si perempuan masih punya kesempatan untuk menolak dan penolakannya itu dihormati oleh pacarnya. Bujuk rayu pun masih bisa dianggap normal apabila kegagalan membujuk tidak diikuti oleh tindakan pemaksaan. Tetapi kalau pacar perempuan itu sampai memaksakan kehendaknya, itu sudah berarti suatu kasus perkosaan. Sekalipun oleh pacar sendiri, jika perempuan itu sudah menolak dan berkata “tidak” tapi pacarnya nekat melakukannya itu berarti perkosaan. Kasus perkosaan seperti ini sangat jarang didengar orang lain karena korban malu dan takut dipersalahkan orang.

3) Perkosaan oleh atasan/majikan, perkosaan terjadi antara lain bila seorang perempuan dipaksa berhubungan seks oleh atasan atau majikannya dengan ancaman akan di PHK bila menolak, atau dengan ancaman-ancaman lain yang berkaitan dengan kekuasaan si atasan atau majikan.

4) Penganiayaan seksual terhadap anak-anak, seorang anak perempuan atau anak laki-laki dapat diperkosa oleh lelaki dewasa. Masalah ini sangat peka dan sulit. Anak-anak yang menjadi korban tidak sepenuhnya paham akan apa yang menimpa mereka, khususnya bila anak itu mempercayai pelaku. Kalaupun si anak melapor kepada ibu, nenek atau anggota keluarga yang lain, besar kemungkinan laporannya tidak digubris, tak dipercaya, bahkan dituduh berbohong dan berkhayal, biasanya mereka menyangkal kejadian itu hanya dengan alasan “tidak mungkin bapak/kakek/paman atau yang lainnya tega berbuat begitu”.

b. Perkosaan oleh orang tak dikenal

Jenis perkosaan ini sangat menakutkan, namun lebih jarang terjadi daripada perkosaan dimana pelakunya dikenal oleh korban.

1) Perkosaan beramai-ramai, seorang perempuan bisa disergap dan diperkosa secara bergiliran oleh sekelompok orang yang tidak dikenal. Ada kalanya terjadi perkosaan oleh satu orang tidak dikenal, kemudian orang-orang lain yang menyaksikan kejadian tersebut melakukannya. Seringkali terjadi beberapa orang remaja memperkosa seorang gadis dengan tujuan agar mereka dianggap “jantan” atau untuk membuktikan “kelelakian”nya.

2) Perkosaan di penjara, di seluruh dunia, banyak perempuan diperkosa oleh polisi atau penjaga penjara setelah mereka ditahan atau divonis kurungan. Bahkan

perkosaan juga umum terjadi antar penghuni lembaga pemasyarakatan laki-laki, untuk menunjukkan bahwa si pemerkosa lebih kuat dan berkuasa daripada korbannya.

3) Perkosaan dalam perang atau kerusuhan, para serdadu yang sedang berada di di tengah kancah pertempuran sering memperkosa perempuan di wilayah yang mereka duduki, untuk menakut-nakuti musuh atau untuk memermalukan mereka. Perkosaan beramai-ramai dan perkosaan yang sistematis (sengaja dilakukan demi memenuhi tujuan politis atau taktis tertentu), misalnya kejadian yang menimpa kaum perempuan Muslim Bosnia. Tujuan perkosaan semacam ini adalah untuk unjuk kekuatan dan kekuasaan di hadapan musuh. Demikian juga halnya di Indonesia, dahulu di masa penjajahan belanda dan jepang, banyak perempuan pribumi dikurung dalam tangsi atau kamp tentara, dipaksa masuk perdagangan seks atau menjadi budak nafsu para prajurit, dan kalau menolak mereka akan dibunuh begitu saja sehingga banyak yang terpaksa melakukannya demi menyelamatkan nyawa. Bisa juga perempuan-perempuan itu terpaksa menuruti kemauan tentara demi menyelamatkan anak-anak dan keluarga mereka (termasuk suami), atau demi untuk mendapatkan makanan yang sulit diperoleh di tengah peperangan.

Mulyana W. Kusuma, dengan mengutip LSM Kalyanamitra, memaparkan berbagai mitos dan fakta sekitar perkosaan sebagai berikut:

Dalam perspektif mitos:

- a. Perkosaan merupakan tindakan impulsive dan didorong oleh nafsu birahi yang tidak terkontrol;
- b. Korban perkosaan oleh orang asing (tidak dikenal oleh korban), orang yang sakit jiwa, yang mengintai dari kegelapan;
- c. Perkosaan hanya terjadi di antara orang-orang miskin dan tidak terpelajar;
- d. Perempuan diperkosa karena berpenampilan yang mengundang perkosaan (berpakaian minim, berdandan menor, berpenampilan menggoda, dan sebagainya);
- e. Perkosaan terjadi di tempat yang beresiko tinggi: di luar rumah, sepi, gelap dan di malam hari;
- f. Perempuan secara tersamar memang ingin diperkosa.

Sementara faktanya:

- a. Perkosaan bukanlah nafsu birahi, tidak terjadi seketika. Ia merupakan kekerasan seksual dan manifestasi kekuasaan yang ditujukan pelaku atas korbannya. Sebagian besar perkosaan merupakan tindakan yang direncanakan;
- b. Banyak pelaku perkosaan adalah orang yang dikenal baik oleh korban. Pada kenyataannya, banyak perkosaan bisa menimpa siapa saja, tidak peduli cantik atau tidak, semua umur, semua kelas sosial;

- c. Perkosaan tidak ada hubungannya dengan penampilan seseorang. Perkosaan dapat terjadi pada anak-anak di bawah umur dan juga pada orang lanjut usia;
- d. Hampir setengah dari jumlah perkosaan terjadi di rumah korban, di siang hari;
- e. Korban perkosaan tidak pernah merasa senang dan tidak mengharapkan perkosaan. Trauma perkosaan sulit hilang seumur hidup.

Adapun karakteristik utama (khusus) tindak pidana perkosaan menurut Kadish yaitu bukan ekspresi agresivitas seksual (the aggressive expression of sexuality) tapi ekspresi seksual agresivitas (sexual expression of aggression). Artinya, perwujudan keinginan seks yang dilakukan secara agresif, bersifat menyerang atau memaksa lawan jenis (pihak) lain yang dapat dan dianggap mampu memenuhi kepentingan nafsunya.

Karakteristik umum tindak pidana perkosaan:

- a. Agresivitas, merupakan sifat yang melekat pada setiap perkosaan;
- b. Motivasi kekerasan lebih menonjol dibandingkan dengan motivasi seksual semata-mata;
- c. Secara psikologis, tindak pidana perkosaan lebih banyak mengandung masalah kontrol dan kebencian dibandingkan dengan hawa nafsu;

- d. Tindak pidana perkosaan dapat dibedakan ke dalam tiga bentuk, yaitu: anger rape, power rape dan sadistis rape. Dan ini direduksi dari anger dan violation, control and domination, erotis;
- e. Ciri pelaku perkosaan; mispersepsi pelaku atas korban, mengalami pengalaman buruk khususnya dalam hubungan personal (cinta), terasing dalam pergaulan sosial, rendah diri, ada ketidakseimbangan emosional;
- f. Korban perkosaan adalah partisipasif. Menurut Meier dan Miethe, 4-19% tindak pidana perkosaan terjadi karena kelalaian (partisipasi) korban;
- g. Tindak pidana perkosaan secara yuridis sulit dibuktikan.

#### C.2.2 Unsur-unsur Tindak Pidana Perkosaan

Tindak pidana perkosaan di dalam KUHP termasuk ke dalam kejahatan kesusilaan. Kejahatan perkosaan diatur dalam buku II Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP) yang dijabarkan dalam beberapa pasal. Kata perkosaan hanya akan ditemukan dalam bunyi pasal 285 KUHP. Kejahatan ini menurut KUHP hanya dapat dilakukan oleh laki-laki sebagai pelakunya. Dibentuknya kejahatan di bidang ini, ditujukan untuk melindungi kepentingan hukum perempuan.

Pasal-pasal yang merumuskan mengenai tindak pidana perkosaan adalah sebagai berikut:

1. Pasal 285 KUHP

Rumusan kebijakan legislasi tentang tindak pidana perkosaan yang diatur di dalam Pasal 285 KUHP secara lengkap berbunyi sebagai berikut:

Barang siapa dengan kekerasan atau ancaman kekerasan memaksa perempuan yang bukan istrinya, bersetubuh dengan dia, dihukum karena memperkosa dengan hukuman penjara selama-lamanya dua belas tahun.

Unsur-unsur dari pasal 285 ini adalah:

- a. Perbuatannya: memaksa bersetubuh
- b. Caranya: dengan kekerasan atau ancaman kekerasan
- c. Objek: perempuan bukan istrinya

Pengertian perbuatan memaksa (dwingen) adalah perbuatan yang ditujukan pada orang lain dengan menekan kehendak orang tersebut yang bertentangan dengan kehendak hatinya agar dirinya menerima kehendak orang yang menekan atau sama dengan kehendaknya sendiri. Menerima kehendaknya ini setidaknya mengakibatkan dua hal yaitu orang yang dipaksa akan menerima apa yang akan diperbuat terhadap dirinya atau orang yang dipaksa tersebut akan berbuat yang sama sesuai dengan apa yang dikehendaki oleh orang yang memaksa.

Dalam fiqih, pemaksaan dirumuskan sebagai ajakan untuk melakukan suatu perbuatan yang disertai dengan ancaman. Beberapa syarat pemaksaan (ikrah) antara lain adalah pelaku pemaksaan memiliki kekuasaan untuk merealisasikan ancamannya.

Sebaliknya, objek pemaksaan (korban) tidak memiliki kemampuan untuk menolaknya disertai dugaan kuat bahwa penolakan atasnya akan mengakibatkan ancaman tersebut benar-benar dilaksanakan.

Dalam Pasal 285; memaksa di sini bertujuan agar perempuan yang menjadi korban bersedia menerima apa yang akan diperbuat terhadap dirinya yaitu bersedia disetubuhi. Menurut R. Soesilo, makna persetubuhan mengacu pada Arrest Hooge Raad tanggal 5 februari 1912 yaitu “peraduan antara anggota kemaluan laki-laki dan perempuan yang dijalankan untuk mendapatkan anak, jadi anggota laki-laki harus masuk ke dalam anggota perempuan sehingga mengeluarkan air mani”.

Sejalan dengan R. Soesilo, M.H Tirtaamidjaja, mengemukakan pengertian bersetubuh berarti persentuhan sebelah dalam dari kemaluan si laki-laki dan perempuan, yang pada umumnya dapat menimbulkan kehamilan. Tidak perlu bahwa telah terjadi pengeluaran mani dalam kemaluan si perempuan.

Pengertian bersetubuh sebagaimana yang dikemukakan oleh dua orang ahli tersebut di atas pada saat ini dirasakan sudah tidak tepat lagi karena perkosaan yang dilakukan dengan cara menyetubuhi korban, tidaklah dimaksudkan oleh pelaku untuk tujuan kehamilan atau untuk mendapatkan anak. Karena itu tidaklah menjadi penting apakah telah terjadi penetrasi antara kelamin laki-laki ke dalam kelamin perempuan sampai dengan mengeluarkan air mani.

Tindak pidana perkosaan tidak semata-mata dilakukan untuk pemuasan nafsu seksual pelaku secara sepihak, tetapi juga ditujukan untuk menundukkan korban dan menghancurkan harkat dan martabatnya sebagai perempuan dengan cara melakukan kekerasan seksual.

Lihat saja contoh kasus kerusuhan Mei 1998, bagaimana pelaku yang tidak mengenal sama sekali korbannya melakukan pemerkosaan karena adanya alasan-alasan politis yang berbau rasis (yang diperkosa sebagian besar adalah perempuan dari etnis cina).

Dalam kerusuhan tersebut juga ditemukan fakta bahwa perkosaan tidak hanya dilakukan dengan penetrasi kelamin laki-laki ke dalam kelamin perempuan, tetapi juga melakukan penetrasi dengan menggunakan alat-alat seperti gagang sapu, tongkat, rel gorden dan lain-lain yang dimasukkan ke dalam kelamin perempuan korban. Hal serupa juga pernah dialami Marsinah, buruh perempuan yang dianiaya, diperkosa dan akhirnya dibunuh.

Batasan tindak pidana perkosaan yang salah satu unsurnya adalah pemaksaan untuk bersetubuh dengan pengertian harus terjadinya penetrasi kelamin laki-laki ke dalam kelamin perempuan menyebabkan perkosaan yang terjadi dengan memasukkan objek lain ke dalam kelamin perempuan tidak dapat dikategorikan sebagai tindak pidana perkosaan. Hal ini tentunya sangat merugikan perempuan korban perkosaan.

Berdasarkan fakta yang berkembang tentang tindak pidana perkosaan dewasa ini maka Gadis Arivia membedakan perkosaan ke dalam dua kategori yaitu perkosaan dalam arti luas dan perkosaan seksual. Pengertian perkosaan dalam arti luas adalah pemaksaan kehendak yang dapat membuat perasaan subjek dikecilkan, dilecehkan dan dicampakkan. Perkosaan intelektual, perkosaan seni atau perkosaan budaya memperlihatkan ‘kerusakan’ yang disebabkan oleh si aggressor, pemaksaan kehendak ini dilakukan melalui berbagai cara seperti operasi idiologi, kekuatan senjata atau penguasaan diskursus. Sementara itu perkosaan dalam arti seksual adalah perkosaan yang dilakukan dengan penetrasi antara penis dengan vagina atau penetrasi dengan objek-objek lainnya seperti kayu, botol dan lainnya yang sejenis. Perkosaan secara seksual juga mengakibatkan perasaan korban menjadi dikecilkan, dilecehkan dan dicampakkan serta mengakibatkan “kerusakan” bagi korban yang disebabkan oleh tindakan pelaku.

Cara-cara memaksa yang dirumuskan dalam pasal 285 KUHP dibatasi dengan dua cara yaitu kekerasan (geweld) dan ancaman kekerasan (bedreiging met geweld). Dua cara memaksa itu tidak diterangkan lebih jauh dalam KUHP.

Hanya mengenai kekerasan, ada pasal 89 KUHP yang merumuskan tentang perluasan arti kekerasan. Berdasarkan pasal 89 KUHP maka yang disamakan dengan melakukan kekerasan adalah membuat orang menjadi pingsan atau tidak berdaya lagi (lemah). Menurut R. Soesilo; melakukan kekerasan adalah mempergunakan tenaga

atau kekuatan jasmani tidak kecil secara yang tidak sah, misalnya memukul dengan tangan, atau dengan segala macam senjata, menyepak, menendang dan sebagainya.

Menurut Satochid, kekerasan adalah setiap perbuatan yang terdiri atas digunakannya kekuatan badan yang tidak ringan atau agak berat. Ada dua fungsi kekerasan yaitu kekerasan sebagai cara dan kekerasan sebagai perbuatan yang dilarang oleh Undang-undang.

Dalam hubungannya dengan tindak pidana perkosaan yang diatur dalam pasal 285 KUHP, maka yang menjadi salah satu unsurnya adalah pemaksaan yang dilakukan dengan cara kekerasan untuk melakukan suatu perbuatan (perkosaan).

Kekerasan disini memerlukan syarat akibat ketidakberdayaan korban. Ada casual verband antara kekerasan dengan ketidakberdayaan korban. Kekerasan pada perkosaan yang diatur dalam pasal 285 KUHP digunakan sebagai cara dari memaksa bersetubuh.

Berdasarkan fungsinya, maka kekerasan dalam pengertian pasal 285 KUHP dapatlah didefinisikan sebagai suatu cara/ upaya berbuat (sifatnya abstrak) yang ditujukan pada orang lain untuk mewujudkannya disyaratkan dengan menggunakan kekuatan badan yang besar, kekuatan badan mana mengakibatkan bagi orang lain itu menjadi tidak berdaya secara fisik. Dalam keadaan tidak berdaya itulah, orang yang menerima kekerasan terpaksa menerima segala sesuatu yang akan diperbuat terhadap dirinya (walaupun bertentangan dengan kehendaknya), atau melakukan perbuatan

sesuai atau sama dengan kehendak orang yang menggunakan kekerasan yang bertentangan dengan kehendaknya sendiri.

Sifat kekerasan itu disebut abstrak karena wujud kongkret cara kekerasan itu ada bermacam-macam dan tidak terbatas, misalnya memukul dengan kayu, menempeleng, menendang, menusuk dengan pisau dan lain sebagainya.

Mengancam orang dengan akan membuatnya menjadi pingsan atau tidak berdaya tidak boleh disamakan dengan “mengancam dengan kekerasan”. Adami Chazawi menyatakan ancaman kekerasan adalah ancaman kekerasan fisik yang ditujukan pada orang, yang pada dasarnya juga berupa perbuatan fisik, perbuatan fisik mana dapat saja berupa perbuatan persiapan untuk dilakukan perbuatan fisik yang besar atau lebih besar yang berupa kekerasan, yang akan mungkin segera dilakukan/diwujudkan kemudian bilamana ancaman tersebut tidak membuahkan hasil sebagaimana yang diinginkan pelaku. Misalnya, seorang pelaku menghunuskan belati dengan mengancam akan melukai tubuh atau membunuh korban dengan belati dan memaksa korban untuk bersetubuh dengan dia, yang akibatnya membuat korban secara psikis timbul rasa ketakutan akan ditusuk dengan belati. Rasa cemas akan dibunuh, menyebabkan korban menjadi tidak berdaya sehingga dalam keadaan yang tidak berdaya inilah korban terpaksa membiarkan dilakukan persetubuhan terhadap dirinya.

Ancaman kekerasan mengandung dua aspek penting yaitu sebagai berikut:

1) Aspek objektif yaitu:

a) Wujud nyata dari ancaman kekerasan yang berupa perbuatan persiapan dan mungkin sudah merupakan perbuatan permulaan pelaksanaan untuk dilakukannya perbuatan yang lebih besar yakni kekerasan secara sempurna;

b) Menyebabkan orang yang menerima kekerasan menjadi tidak berdaya secara psikis, berupa rasa takut dan rasa cemas (aspek subjektif yang diobjektifkan)

2) Aspek subjektif ialah timbulnya suatu kepercayaan bagi si penerima kekerasan (korban) bahwa jika kehendak pelaku yang dimintanya tidak dipenuhi yang in casu bersetubuh dengan dia, maka kekerasan tersebut akan benar-benar diwujudkan. Aspek kepercayaan ini sangat penting dalam ancaman kekerasan, sebab jika kepercayaan ini tidak muncul pada diri korban, tidaklah mungkin korban akan membiarkan dilakukan sesuatu perbuatan terhadap dirinya.

Antara kekerasan dengan ketidakberdayaan perempuan itu terdapat hubungan kausal dan karena tidak berdaya itulah maka persetubuhan dapat terjadi. Jadi sebenarnya terjadinya persetubuhan pada dasarnya adalah akibat dari perbuatan memaksa dengan menggunakan kekerasan dan ancaman kekerasan itu.

Ketentuan Pasal 285 KUHP mensyaratkan bahwa perempuan yang menjadi korban perkosaan bukanlah istri dari si pelaku. Dengan demikian KUHP tidak mengakui adanya perkosaan oleh suami kepada istrinya (marital rape). Walaupun hal tersebut kemudian diatur di dalam pasal 8 ayat (1) UU Nomor 23 tahun 2004 tentang

Penghapusan Kekerasan Dalam Rumah Tangga dengan menggunakan istilah kekerasan seksual.

## 2. Pasal 286 KUHP

Rumusan kebijakan legislasi tentang tindak pidana perkosaan yang diatur di dalam Pasal 286 KUHP secara lengkap berbunyi sebagai berikut:

Barang siapa bersetubuh dengan perempuan yang bukan istrinya, sedang diketahuinya bahwa perempuan itu pingsan atau tidak berdaya, dihukum penjara selama-lamanya sembilan tahun.

Perempuan yang menjadi korban dalam pasal ini adalah seorang perempuan yang bukan istrinya yang secara objektif berada dalam keadaan pingsan atau tidak berdaya. Di dalam Pasal 286 KUHP ini terdapat unsur subjektif yaitu diketahuinya perempuan tersebut sedang dalam keadaan pingsan atau tidak berdaya.

R. Soesilo menjelaskan bahwa pingsan artinya “tidak ingat atau tidak sadar akan dirinya” umpamanya dengan memberi minum racun kecubung atau lain-lain obat sehingga orangnya tidak ingat lagi. Orang yang pingsan itu tidak dapat mengetahui apa yang terjadi akan dirinya. Tidak berdaya artinya tidak mempunyai kekuatan atau tenaga sama sekali, sehingga tidak dapat mengadakan perlawanan sedikitpun, misalnya mengikat dengan tali kedua kaki dan tangannya, mengurung dalam kamar, memberikan suntikan sehingga orang itu lumpuh. Orang yang tidak berdaya itu masih dapat mengetahui apa yang terjadi atas dirinya.

Sejalan dengan hal tersebut, Adami Chazawi menyatakan bahwa keadaan pingsan dan tidak berdaya memiliki perbedaan makna walaupun orang pingsan pada dasarnya juga tidak berdaya. Perbedaan makna tersebut ialah, bahwa pada keadaan pingsan orang itu berada dalam keadaan tidak sadarkan diri, dalam keadaan ini dia tidak mengetahui apa yang telah diperbuat orang lain in casu disetubuhi terhadap dirinya. Seseorang yang sedang dalam keadaan tidur, tidaklah disebut dalam keadaan pingsan kecuali jika orang tersebut menelan obat tidur, atau disuntik dengan obat tidur, maka keadaan tidur itu dapat disebut dengan keadaan pingsan. Dalam keadaan tidak berdaya, orang itu mengerti dan sadar tentang apa yang telah diperbuat oleh orang lain terhadap dirinya. Misalnya perempuan itu ditodong dengan pisau, atau tenaganya tidak cukup kuat untuk melawan tenaga seorang laki-laki yang memperkosanya, atau dirinya dalam keadaan sakit sehingga tidak berdaya.

### 3. Pasal 287 KUHP

Rumusan kebijakan legislasi tentang tindak pidana perkosaan yang diatur di dalam Pasal 287 KUHP secara lengkap berbunyi sebagai berikut:

(1) Barang siapa bersetubuh dengan perempuan yang bukan istrinya, sedang diketahuinya atau patut disangkanya, bahwa umur perempuan itu belum cukup 15 tahun kalau tidak nyata berapa umurnya, bahwa perempuan itu belum masanya untuk kawin, dihukum penjara selama-lamanya sembilan tahun.

(2) Penuntutan hanya dilakukan kalau ada pengaduan, kecuali kalau umur perempuan itu belum sampai 12 tahun atau jika ada salah satu yang disebut pada pasal 291 dan 294.

Berbeda dengan Pasal 285 KUHP dan Pasal 286 KUHP yang mensyaratkan tidak adanya persetujuan dari perempuan korban, melalui tindakan pemaksaan berupa kekerasan atau ancaman kekerasan, maka pada pasal 287 KUHP, persetubuhan yang dilakukan adalah dengan persetujuan dari si perempuan korban. Dengan kata lain hubungan tersebut dilakukan dengan suka sama suka. Letak pidananya adalah pada umur perempuan korban yang belum cukup 15 tahun atau belum masanya untuk dikawin.

Berkaitan dengan anak-anak yang belum 15 tahun dan tidak menghendaki terjadinya persetubuhan tersebut, dipertanyakan apakah dalam kasus seperti itu anak perempuan yang belum berumur 15 tahun tersebut dapat digolongkan ke dalam kondisi perempuan yang berada dalam keadaan tidak berdaya.

Menurut Adami Chazawi, pengertian belum waktunya untuk dikawin adalah belum waktunya untuk disetubuhi. Indikator belum waktunya untuk disetubuhi ini adalah pada bentuk fisik dan secara psikis. Secara fisik tampak pada wajah atau tubuhnya, masih tubuh anak-anak atau masih tubuh anak kecil, seperti tubuh anak-anak pada umunya, belum tumbuh buah dadanya atau belum tumbuh rambut kemaluannya, atau mungkin belum datang haidnya. Secara psikis dapat dilihat pada

kelakuannya, misalnya masih senang bermain-main seperti pada umumnya anak belum berumur 15 tahun.

Jika merujuk pada Undang-Undang No. 23 tahun 2002 tentang Perlindungan Anak, maka pada Pasal 1 butir 1 dinyatakan bahwa “anak adalah seseorang yang belum berusia 18 tahun termasuk anak yang masih dalam kandungan.

Undang-undang ini tidak mempersoalkan apakah anak tersebut sudah pernah kawin, sedang dalam masa perkawinan atau tidak. Yang menjadi batasannya secara tegas adalah bahwa anak tersebut belum berumur 18 tahun.

Terdapat perbedaan batasan umur dalam berbagai ketentuan perundang-undangan yang berlaku. Sebagai perbandingan dapat dibedakan batasan usia anak adalah sebagai berikut:

1. UU No. 62 tahun 1958, tentang Kewarganegaraan: 18 tahun,
2. UU No. 3 tahun 1997 tentang Pengadilan Anak: 18 tahun,
3. UU No. 1 tahun 1974 tentang Perkawinan: 16 tahun untuk perempuan dan 19 tahun untuk laki- laki,
4. UU No. 4 tahun 1979 tentang Kesejahteraan Anak: belum 21 tahun dan belum pernah kawin,
5. UU No. 39 tahun 1999 tentang HAM: 18 tahun termasuk anak dalam kandungan,

6. UU No. 12 tahun 2003 tentang Pemilihan Umum: 17 tahun hak untuk memilih (atau sudah pernah menikah) dan 21 tahun hak untuk dipilih,
7. UU No. 1 tahun 1946 tentang KUHP: 15 tahun.

Terkait dengan Pasal 287 ayat (2) maka delik aduan yang ditetapkan akan berubah menjadi tindak pidana biasa apabila korban belum berumur 12 tahun atau tindak pidana perkosaan tersebut menyebabkan hal-hal yang diatur dalam pasal 291 dan 294 yaitu:

Pasal 291 KUHP:

1. jika salah satu kejahatan berdasarkan Pasal 286, 287, 289 dan 290 mengakibatkan luka-luka berat, dijatuhkan pidana penjara paling lama dua belas tahun.
2. Jika salah satu kejahatan berdasarkan Pasal 285, 286, 287, 289 dan 290 mengakibatkan kematian dijatuhkan pidana penjara paling lama lima belas tahun.

Pasal 294 KUHP:

- 1) Barang siapa melakukan perbuatan cabul dengan anaknya, anak tirinya, anak angkatnya, anak di bawah pengawasannya yang belum dewasa, atau dengan orang yang belum dewasa yang pemeliharaannya, pendidikan atau penjagaannya diserahkan kepadanya ataupun dengan bujangnya atau bawahannya yang belum dewasa, diancam dengan pidana penjara paling lama tujuh tahun.

2) Diancam dengan pidana yang sama:

a. Pejabat yang melakukan perbuatan cabul dengan orang yang karena jabatan adalah bawahannya, atau dengan orang yang penjagaannya dipercayakan atau diserahkan kepadanya.

b. Pengurus, dokter, guru, pegawai, pengawas atau pesuruh dalam penjara, tempat pekerjaan negara, tempat pendidikan, rumah piatu, rumah sakit, rumah sakit jiwa atau lembaga sosial, yang melakukan perbuatan cabul dengan orang yang dimasukkan ke dalamnya.

#### 4.Pasal 288 KUHP

Rumusan Kebijakan legislasi tentang tindak pidana perkosaan yang diatur di dalam Pasal 288 KUHP secara lengkap berbunyi sebagai berikut:

(1) Barang siapa bersetubuh dengan istrinya yang diketahuinya atau harus patut disangkanya, bahwa perempuan itu belum masanya buat dikawinkan, dihukum penjara selama-lamanya empat tahun, kalau perbuatan itu berakibat badan perempuan itu mendapat luka.

(2) Kalau perbuatan itu menyebabkan perempuan mendapat luka berat, dijatuhkan hukuman penjara selama-lamanya delapan tahun.

(3) Jika perbuatan itu menyebabkan kematian perempuan itu, dijatuhkan hukuman penjara selama-lamanya dua belas tahun.

Pada dasarnya KUHP tidak mengancam pidana kepada pelaku yang menyetubuhi perempuan yang belum berumur 15 tahun jika perempuan itu adalah istrinya, kecuali bila dari perbuatan persetubuhan tersebut menimbulkan akibat luka-luka, luka berat atau kematian.

Yang dilarang dalam pasal ini bukanlah bersetubuh dengan istrinya yang belum masanya buat dikawinkan, melainkan bersetubuh yang mengakibatkan istrinya yang belum masanya untuk kawin tersebut mengalami luka-luka secara fisik, luka berat ataupun meninggal dunia.

Yang kemudian perlu dikritisi dari perumusan kebijakan legislasi pada Pasal 288 KUHP ini adalah sepatutnya legislasi bisa menentukan hal yang sama bahwa apabila pelaku melakukan persetubuhan dengan cara-cara yang menyebabkan istrinya mengalami luka-luka secara fisik, luka berat ataupun meninggal dunia, walaupun istrinya tersebut sudah masanya untuk kawin.

Bahwa akibat luka-luka secara fisik, luka berat ataupun meninggal dunia akibat pemaksaan persetubuhan, juga dapat dialami oleh istri yang sudah masanya untuk dikawin. Sehingga jika pembuat kebijakan legislasi konsekuen dengan pemikirannya bahwa yang akan dihukum dengan Pasal 288 ini bukanlah mengenai persetubuhan semata-mata namun persetubuhan yang mengakibatkan mengalami luka-luka secara

fisik, luka berat ataupun meninggal dunia, maka seharusnya tidak ada rumusan yang memberikan batasan umur terhadap istri yang akan dilindungi dengan Pasal 288 KUHP ini.

Di sisi lain tentang akibat perbuatan yang ditimbulkan. Pembuat kebijakan legislasi hanya mempertimbangkan masalah kekerasan fisik yang walaupun sangat abstrak (beragam bentuk perbuatannya) namun bukanlah satu-satunya bentuk kekerasan yang dapat dialami oleh perempuan.

Selain kekerasan fisik, perempuan korban perkosaan baik yang terikat dalam perkawinan maupun yang tidak, dalam suatu tindak pidana perkosaan pastilah mengalami kekerasan psikis dimana harkat dan martabatnya sebagai perempuan dan manusia dihancurkan dengan semena-mena oleh pelaku. Kekerasan psikis juga menyebabkan dampak yang sangat berpengaruh bagi perempuan korban, dimulai dengan stress, depresi, gangguan kesehatan, gangguan kejiwaan atau keinginan untuk bunuh diri.

Karena itu sepatutnya pembuat kebijakan legislasi juga mempertimbangkan kekerasan psikis juga menjadi salah satu dampak yang dapat menyebabkan pelaku, dalam hal ini suami dijatuhkan hukuman karena pemaksaan persetubuhan.

D. Perlindungan Hukum terhadap Perempuan Yang Dihadiri Laki-Laki Di Luar Ikatan Perkawinan

#### D.1 Pengertian Perlindungan Hukum

Kata perlindungan menurut Kamus Umum Bahasa Indonesia berarti tempat berlindung atau merupakan perbuatan (hal) melindungi, misalnya memberi perlindungan kepada orang yang lemah.

Menurut Sudikno Mertokusumo, yang dimaksud dengan hukum adalah kumpulan peraturan atau kaedah yang mempunyai isi yang bersifat umum dan normatif, umum karena berlaku bagi setiap orang dan normatif karena menentukan apa yang seyogyanya dilakukan, apa yang tidak boleh dilakukan atau harus dilakukan serta menentukan bagaimana caranya melaksanakan kepatuhan pada kaedah-kaedah.

Jadi perlindungan hukum adalah adalah suatu perbuatan hal melindungi subjek-subjek hukum dengan peraturan perundang-undangan yang berlaku dan pelaksanaannya dapat dipaksakan dengan suatu sanksi. Menurut Philipus M. Hadjon negara Indonesia sebagai negara hukum berdasarkan Pancasila haruslah memberikan perlindungan hukum terhadap warga masyarakatnya yang sesuai dengan Pancasila. Oleh karena itu perlindungan hukum berdasarkan Pancasila berarti pengakuan dan perlindungan hukum akan harkat dan martabat manusia atas dasar nilai Ketuhanan Yang Maha Esa, kemanusiaan, persatuan, permusyawaratan serta keadilan sosial. Nilai-nilai tersebut melahirkan pengakuan dan perlindungan hak asasi manusia dalam wadah negara kesatuan yang menjunjung tinggi semangat kekeluargaan dalam mencapai kesejahteraan bersama.

Perlindungan hukum di dalam negara yang berdasarkan Pancasila, maka asas yang penting ialah asas kerukunan berdasarkan kekeluargaan. Asas kerukunan berdasarkan kekeluargaan menghendaki bahwa upaya-upaya penyelesaian masalah yang berkaitan dengan masyarakat sedapat mungkin ditangani oleh pihak-pihak yang bersengketa atau berperkara.

Perlindungan hukum adalah memberikan pengayoman kepada hak asasi manusia yang dirugikan orang lain dan perlindungan tersebut diberikan kepada masyarakat agar mereka dapat menikmati semua hak-hak yang diberikan oleh hukum atau dengan kata lain perlindungan hukum adalah berbagai upaya hukum yang harus diberikan oleh aparat penegak hukum untuk memberikan rasa aman, baik secara pikiran maupun fisik dari gangguan dan berbagai ancaman dari pihak manapun.

Perlindungan hukum adalah perlindungan akan harkat dan martabat, serta pengakuan terhadap hak-hak asasi manusia yang dimiliki oleh subyek hukum berdasarkan ketentuan hukum dari kesewenangan atau sebagai kumpulan peraturan atau kaidah yang akan dapat melindungi suatu hal dari hal lainnya.

Perlindungan hukum adalah penyempitan arti dari perlindungan, dalam hal ini hanya perlindungan oleh hukum saja. Perlindungan yang diberikan oleh hukum, terkait pula dengan adanya hak dan kewajiban, dalam hal ini yang dimiliki oleh manusia sebagai

subyek hukum dalam interaksinya dengan sesama manusia serta lingkungannya. Sebagai subyek hukum manusia memiliki hak dan kewajiban untuk melakukan suatu tindakan hukum.

Menurut Setiono, perlindungan hukum adalah tindakan atau upaya untuk melindungi masyarakat dari perbuatan sewenang-wenang oleh penguasa yang tidak sesuai dengan aturan hukum, untuk mewujudkan ketertiban dan ketentraman sehingga memungkinkan manusia untuk menikmati martabatnya sebagai manusia.

Menurut Muchsin, perlindungan hukum merupakan kegiatan untuk melindungi individu dengan menyasikan hubungan nilai-nilai atau kaidah-kaidah yang menjelma dalam sikap dan tindakan dalam menciptakan adanya ketertiban dalam pergaulan hidup antar sesama manusia.

Menurut Fitzgerald , Teori perlindungan hukum Salmond bahwa hukum bertujuan mengintegrasikan dan mengkoordinasikan berbagai kepentingan dalam masyarakat karena dalam suatu lalulintas kepentingan, perlindungan terhadap kepentingan tertentu dapat dilakukan dengan cara membatai berbagai kepentingan di lain pihak. Kepentingan hukum adalah mengurus hak dan kepentingan manusia, sehingga hukum memiliki otoritas tertinggi untuk menentukan kepentingan manusia yang perlu diatur dan dilindungi. Perlindungan hukum harus melihat tahapan yakni perlindungan hukum lahir dari suatu ketentuan hukum dan segala peraturan hukum

yang diberikan oleh masyarakat yang pada dasarnya merupakan kesepakatan masyarakat tersebut untuk mengatur hubungan perilaku antara anggota-anggota masyarakat dan antara perseorangan dengan pemerintah yang dianggap mewakili kepentingan masyarakat.

Menurut Satjipto Raharjo, Perlindungan hukum adalah memberikan pengayoman terhadap hak asasi manusia (HAM) yang dirugikan orang lain dan perlindungan itu diberikan kepada masyarakat agar dapat menikmati semua hak-hak yang diberikan oleh hukum.

Dalam arti sempit, dari segi subyeknya, perlindungan hukum hanya diartikan sebagai upaya aparat penegak hukum tertentu untuk menjamin dan memastikan perlindungan hukum, apabila diperlukan penegak hukum diperkenankan untuk menggunakan daya paksa.

Konsepsi perlindungan hukum bagi rakyat bersumber pada konsep-konsep pengakuan dan perlindungan terhadap hak-hak asasi manusia dan konsep-konsep *rechtsstaat* dan *the rule of law*. Konsep pengakuan perlindungan terhadap hak-hak asasi manusia memberikan isinya, sedangkan *rechtsstaat* dan *the rule of law* menciptakan sarannya, dengan demikian pengakuan dan perlindungan terhadap hak-hak asasi manusia akan tumbuh subur dalam wadah “*rechtsstaat*” dan “*the rule of law*”.

Perlindungan hukum korban kejahatan sebagai bagian dari perlindungan masyarakat, dapat diwujudkan dalam berbagai bentuk, seperti melalui pemberian restitusi dan kompensasi, pelayanan medis dan bantuan hukum. Ganti rugi adalah sesuatu yang diberikan kepada pihak yang menderita kerugian sepadan dengan memperhitungkan kerusakan yang dideritanya. Perbedaan antara kompensasi dan restitusi adalah “kompensasi lebih bersifat keperdataan yang timbul dari permintaan korban, dan dibayar oleh masyarakat atau merupakan bentuk pertanggungjawaban masyarakat atau negara, sedangkan restitusi lebih bersifat pidana, yang timbul dari putusan pengadilan pidana dan dibayar oleh terpidana atau merupakan wujud pertanggungjawaban terpidana. Rehabilitasi adalah pemulihan kondisi semula baik fisik maupun psikis dan sosial.

Barda Nawawi Arief menyatakan bahwa pengertian perlindungan korban dapat dilihat dari dua makna, yaitu:

- a. Dapat diartikan sebagai “perlindungan hukum untuk tidak menjadi korban tindak pidana”, (berarti perlindungan HAM atau kepentingan hukum seseorang);
- b. Dapat diartikan sebagai “perlindungan untuk memperoleh jaminan/santunan hukum atas penderitaan/kerugian orang yang telah menjadi korban tindak pidana”, (jadi identik dengan “penyantunan korban”). Bentuk santunan itu dapat berupa pemulihan nama baik (rehabilitasi), pemulihan keseimbangan batin (antara lain

dengan pemanfaatan), pemberian ganti rugi (restitusi, kompensasi, jaminan/santunan kesejahteraan sosial), dan sebagainya.

Dalam konsep perlindungan hukum terhadap korban kejahatan, terkandung pula beberapa azas hukum yang memerlukan perhatian. Adapun azas-azas yang dimaksud sebagai berikut:

a. Asas manfaat.

Perlindungan korban tidak hanya ditujukan bagi tercapainya kemanfaatan (baik materiil maupun spiritual) bagi korban kejahatan, tetapi juga kemanfaatan bagi masyarakat secara luas, khususnya dalam upaya mengurangi jumlah tindak pidana dan serta menciptakan ketertiban masyarakat.

b. Asas keadilan.

Penerapan asas keadilan dalam upaya melindungi korban kejahatan tidak bersifat mutlak karena hal ini dibatasi pula oleh rasa keadilan yang harus juga diberikan kepada pelaku kejahatan.

c. Asas keseimbangan

Selain memberikan kepastian dan perlindungan terhadap kepentingan manusia, tujuan hukum juga untuk memulihkan keseimbangan tatanan masyarakat yang terganggu pada keadaan semula (*restitutio in integrum*), asas keseimbangan memperoleh tempat yang penting dalam upaya pemulihan hak-hak korban.

#### d. Asas kepastian hukum

Asas ini dapat memberikan pijakan hukum yang kuat bagi aparat penegak hukum pada saat melaksanakan tugasnya dalam upaya memberikan perlindungan hukum bagi korban kejahatan.

### D.2 Macam-Macam Perlindungan Hukum

Ada dua macam perlindungan hukum, yaitu perlindungan hukum preventif dan perlindungan hukum represif.

#### 1. Perlindungan Hukum Preventif

Preventif artinya rakyat diberikan kesempatan untuk mengajukan keberatan (inspraak) atau pendapatnya sebelum keputusan pemerintah mendapat bentuk yang definitif. Dalam hal

ini artinya perlindungan hukum yang preventif ini bertujuan untuk mencegah terjadinya sengketa. Perlindungan hukum yang preventif sangat besar artinya bagi tindak pemerintah yang didasarkan pada kebebasan bertindak karena dengan adanya perlindungan hukum yang preventif pemerintah terdorong untuk bersikap hati-hati dalam mengambil keputusan. Menurut Philipus M. Hadjon preventif merupakan keputusan-keputusan dari aparat pemerintah yang lebih

rendah yang dilakukan sebelumnya. Tindakan preventif adalah tindakan pencegahan.

Jika dibandingkan dengan teori perlindungan hukum yang represif, teori perlindungan hukum yang preventif dalam perkembangannya agak ketinggalan, namun akhir-akhir ini disadari pentingnya teori perlindungan hukum preventif terutama dikaitkan dengan asas *freies ermesen* (*discretionaire bevoegdheid*). Asas *freies ermesen*, yaitu kebebasan bertindak untuk memecahkan masalah yang aturannya belum ada, sedangkan masalah itu harus diatasi dengan segera.

## 2. Sarana Perlindungan Hukum Represif

Perlindungan hukum yang represif bertujuan untuk menyelesaikan sengketa. Penanganan perlindungan hukum oleh Pengadilan Umum dan Pengadilan Administrasi di Indonesia termasuk kategori perlindungan hukum ini. Prinsip perlindungan hukum terhadap tindakan pemerintah bertumpu dan bersumber dari konsep tentang pengakuan dan perlindungan terhadap hak-hak asasi manusia

karena menurut sejarah dari barat, lahirnya konsep-konsep tentang pengakuan dan perlindungan terhadap hak-hak asasi manusia diarahkan kepada pembatasan-pembatasan dan peletakan kewajiban masyarakat dan pemerintah. Prinsip kedua yang mendasari perlindungan hukum terhadap tindak pemerintahan adalah prinsip

negara hukum. Dikaitkan dengan pengakuan dan perlindungan terhadap hak-hak asasi manusia, pengakuan dan perlindungan terhadap hak-hak asasi manusia mendapat tempat utama dan dapat dikaitkan dengan tujuan dari negara hukum.

### D.3 Perlindungan Hukum terhadap Korban Tindak Pidana

Setiap masyarakat banyak memperoleh informasi tentang berbagai peristiwa kejahatan, baik yang diperoleh dari berbagai media massa maupun media elektronik. Peristiwa-peristiwa kejahatan tersebut tidak sedikit menimbulkan berbagai penderitaan atau kerugian bagi korban dan juga keluarga korban. Guna memberikan rasa aman dan nyaman bagi masyarakat dalam beraktivitas, tentunya kejahatan ini perlu ditanggulangi baik melalui pendekatan yang sifatnya preemptif, preventif maupun refresif, dan semua harus ditangani secara profesional serta oleh suatu lembaga yang berkompeten. Berkaitan dengan korban kejahatan, perlu dibentuk suatu lembaga khusus untuk menanganinya. Namun pertama-tama perlu disampaikan terlebih dahulu suatu informasi yang memadai mengenai hak-hak apa saja yang dimiliki oleh korban dan keluarganya, apabila dikemudian hari mengalami kerugian atau penderitaan sebagai akibat dari kejahatan yang menimpa dirinya.

Tidak jarang ditemukan seseorang yang mengalami penderitaan (fisik, mental, atau materil) akibat suatu tindak pidana yang menimpa dirinya (karena kejadian ini merupakan aib bagi dirinya maupun keluarganya) sehingga lebih baik korban

menyembunyikannya, atau korban menolak untuk mengajukan ganti kerugian karena dikhawatirkan prosesnya akan menjadi semakin panjang dan berlarut-larut yang dapat berakibat timbulnya penderitaan yang berkepanjangan.

Sekalipun demikian, tidak sedikit korban ataupun keluarganya mempergunakan hak-hak yang telah disediakan. Ada beberapa hak umum yang disediakan bagi korban atau keluarga korban kejahatan, yang meliputi:

- a. Hak untuk memperoleh ganti kerugian atas penderitaan yang dialaminya. Pemberian ganti kerugian ini dapat diberikan oleh pelaku atau pihak lainnya, seperti negara atau lembaga khusus yang dibentuk untuk menangani masalah ganti kerugian korban kejahatan.
- b. Hak untuk memperoleh pembinaan dan rehabilitasi;
- c. Hak untuk memperoleh perlindungan dari ancaman pelaku;
- d. Hak untuk memperoleh bantuan hukum;
- e. Hak untuk memperoleh kembali hak miliknya;
- f. Hak untuk memperoleh akses atas pelayanan medis;
- g. Berhak menolak menjadi saksi bila hal ini akan membahayakan dirinya.
- h. Berhak mempergunakan upaya hukum

- i. Hak untuk diberitahu bila pelaku kejahatan akan dikeluarkan dari tahanan sementara, atau bila pelaku buron dari tahanan;
- j. Hak untuk memperoleh informasi tentang penyidikan polisi berkaitan dengan kejahatan yang menimpa korban;
- k. Hak atas kebebasan pribadi / kerahasiaan pribadi, seperti merahasiakan nomor telepon atau identitas korban lainnya.

Menurut Pasal 5 ayat (1) UU No. 13 Tahun 2006 tentang Perlindungan Saksi dan Korban bahwa seorang Saksi dan Korban berhak:

- a. memperoleh perlindungan atas keamanan pribadi, keluarga, dan harta bendanya, serta bebas dari Ancaman yang berkenaan dengan kesaksian yang akan, sedang, atau telah diberikannya;
- b. ikut serta dalam proses memilih dan menentukan bentuk perlindungan dan dukungan keamanan;
- c. memberikan keterangan tanpa tekanan;
- d. mendapat penerjemah;
- e. bebas dari pertanyaan yang menjerat;
- f. mendapatkan informasi mengenai perkembangan kasus;
- g. mendapatkan informasi mengenai putusan pengadilan;

- h. mengetahui dalam hal terpidana dibebaskan;
- i. mendapat identitas baru;
- j. mendapatkan tempat kediaman baru;
- k. memperoleh penggantian biaya transportasi sesuai dengan kebutuhan;
- l. mendapat nasihat hukum; dan/atau
- m. memperoleh bantuan biaya hidup sementara sampai batas waktu perlindungan berakhir.

Menurut Pasal 6: Korban dalam pelanggaran hak asasi manusia yang berat, selain berhak atas hak sebagaimana dimaksud dalam Pasal 5, juga berhak untuk mendapatkan:

- a. bantuan medis; dan
- b. bantuan rehabilitasi psiko-sosial.

Pasal 7 ayat (1), Korban melalui LPSK berhak mengajukan ke pengadilan berupa:

- a. hak atas kompensasi dalam kasus pelanggaran hak asasi manusia yang berat;
- b. hak atas restitusi atau ganti kerugian yang menjadi tanggung jawab pelaku tindak pidana.

Ayat (2): Keputusan mengenai kompensasi dan restitusi diberikan oleh pengadilan.

Van Boven seorang pelapor khusus PBB mengemukakan hak-hak korban pelanggaran Hak Asasi Manusia secara komprehensif yang tidak hanya terbatas pada hak untuk tahu (right to know) dan hak atas keadilan (right to justice) tetapi juga hak atas reparasi (right to reparation). Berdasarkan penyelidikan Van Boven, hak-hak tersebut sudah terangkai didalam berbagai instrumen-instrumen hak asasi manusia yang berlaku, dan sudah ditegaskan pula dalam putusan-putusan (yurisprudensi) komite-komite hak asasi manusia internasional maupun pengadilan regional hak asasi manusia.

Yang dimaksud dengan hak reparasi atau lebih sering kita dengar dengan istilah seperti kompensasi, rehabilitasi dan restitusi yang bisa diterjemahkan sebagai proses pemulihan yaitu suatu hak yang menunjuk kepada semua tipe pemulihan baik material maupun non material bagi korban pelanggaran hak asasi manusia; pemulihan ini sering disebut dengan istilah kompensasi, rehabilitasi dan restitusi.

Kompensasi merupakan kewajiban yang harus dibayarkan dalam bentuk uang tunai atau diberikan dalam berbagai bentuk, seperti perawatan kesehatan mental fisik, pemberian pekerjaan, perumahan, pendidikan dan tanah. Sedangkan Restitusi adalah kewajiban pengembalian harta milik atau pembayaran atas kerusakan, atau kerugian yang diderita, penggantian biaya-biaya yang timbul sebagai akibat jatuhnya korban atau penyediaan jasa oleh pelakunya sendiri. Sementara Rehabilitasi merupakan kewajiban untuk memulihkan korban secara medis dan sosial.

Hak-hak korban yang dipaparkan diatas menurut van Boven memang tidak mampu sepenuhnya memulihkan korban pada keadaannya semula. Karena pada dasarnya pelanggaran berat hak asasi manusia , apalagi yang dilakukan dalam skala besar tidak dapat diperbaiki. Sedangkan yang menjadi kewajibannya dari si korban adalah tidak main hakim sendiri, tidak menuntut kompensasi yang tidak sesuai dengan kemampuan pembuat korban dan bersedia menjadi saksi bila tidak membahayakan dirinya dan ada jaminan.

Dalam pengaturan hukum pidana terhadap korban kejahatan dikenal dengan 2 model yaitu model hak-hak procedural dan model hak-hak pelayanan. Yang dimaksud dengan model hak-hak procedural yaitu si korban diberikan hak berperan aktif dalam proses persidangan di pengadilan dan mendudukan sikorban sebagai seorang subjek yang harus diberi hak-hak yuridis yang luas untuk mengejar kepentingannya. Sedangkan model hak-hak pelayanan, penekanan diletakkan pada perlunya diciptakan standar-standar baku bagi pembinaan korban kejahatan. Polisi dapat mempergunakan korban kejahatan yaitu memberikan motivasi dan perlindungan keamanan. Kejaksaan dalam rangka penanganan perkaranya, pemberian kompensasi sebagai sanksi pidana yang bersifat retributive dan dampak pernyataanpernyataan korban sebelum pidana dijatuhkan.

Perkembangan ilmu viktimologi selain mengajak masyarakat untuk lebih memperhatikan posisi korban juga memilah-milah jenis korban sehingga kemudian muncullah berbagai jenis korban, yaitu sebagai berikut:

- a. nonparticipating victims yaitu mereka yang tidak peduli terhadap upaya penanggulangan kejahatan.
- b. latent victims yaitu mereka yang mempunyai sifat karakter tertentu sehingga cenderung menjadi korban
- c. provocative victims yaitu mereka yang menimbulkan terjadinya kejahatan.
- d. participating victims yaitu mereka yang dengan perilakunya memudahkan dirinya menjadi korban.
- e. false victims yaitu mereka yang menjadi korban karena perbuatan yang dibuatnya sendiri Tipologi korban sebagaimana dikemukakan diatas, memiliki kemiripan dengan tipologi korban yang diidentifikasi menurut keadaan dan status korban, yaitu sebagai berikut:
  - a. unrelated victims yaitu korban yang tidak ada hubungannya sama sekali dengan pelaku, misalnya pada kasus kecelakaan pesawat. Dalam kasus ini tanggungjawab sepenuhnya terletak pada pelaku.
  - b. provocative victims yaitu seseorang yang secara aktif mendorong dirinya menjadi korban, misalnya pada kasus selingkuh, dimana korban juga sebagai pelaku.
  - c. participating victims yaitu seseorang yang tidak berbuat akan tetapi dengan sikapnya justru mendorong dirinya menjadi korban.

d. biologically victims yaitu mereka yang secara fisik memiliki kelemahan yang menyebabkan ia menjadi korban.

e. socially weak victims yaitu mereka yang memiliki kedudukan social yang lemah yang menyebabkan ia menjadi korban.

f. self victimizing victims yaitu mereka yang menjadi korban karena kejahatan yang dilakukannya sendiri, misalnya korban obat bius, judi, aborsi, prostitusi.

Dilihat dari peranan korban dalam terjadinya tindak pidana, Stephen Schafer mengatakan pada prinsipnya terdapat empat tipe korban, yaitu sebagai berikut:

a. Orang yang tidak mempunyai kesalahan apa-apa, tetapi tetap menjadi korban. Untuk tipe ini, kesalahan ada pada pelaku.

b. Korban secara sadar atau tidak sadar telah melakukan sesuatu yang merangsang orang lain untuk melakukan kejahatan. Untuk tipe ini, korban dinyatakan turut mempunyai andil dalam terjadinya kejahatan sehingga kesalahan terletak pada pelaku dan korban.

c. Mereka yang secara biologis dan sosial potensial menjadi korban, Anak-anak, orangtua, orang yang cacat fisik atau mental, orang miskin, golongan minoritas dan sebagainya merupakan orang-orang yang mudah menjadi korban. Korban dalam hal ini tidak dapat disalahkan, tetapi masyarakatlah yang harus bertanggung jawab.

d. Korban karena ia sendiri merupakan pelaku. Inilah yang dikatakan sebagai kejahatan tanpa korban. Pelacuran, perjudian, zina, merupakan beberapa kejahatan yang tergolong kejahatan tanpa korban. Pihak yang bersalah adalah korban karena ia juga sebagai pelaku.

Menurut Kamus Black's Law: Protection is (1) a. the act of protecting: defence; shelter of evil; preservation from loss, injury or annoyance; as we find protection under good laws and an upright administration; b. an instance of this; (2) one who or that which protect. Perlindungan hukum merupakan suatu hal atau perbuatan untuk melindungi subjek hukum berdasarkan pada peraturan perundang-undangan yang berlaku disertai dengan sanksi-sanksi bila ada yang melakukan wanprestasi. Pengertian perlindungan hukum yaitu adanya jaminan hak dan kewajiban manusia dalam rangka memenuhi kepentingan sendiri maupun di dalam hubungan dengan manusia lain.

Kata perlindungan di atas menunjuk pada adanya terlaksananya penanganan kasus yang dialami dan akan diselesaikan menurut ketentuan hukum yang berlaku secara penal maupun non penal dan juga adanya kepastian-kepastian usaha-usaha untuk memberikan jaminan-jaminan pemulihan yang dialami. Hukum merupakan wujud dari perintah dan kehendak negara yang dijalankan oleh pemerintah untuk mengemban kepercayaan dan perlindungan penduduk, baik di dalam maupun di luar wilayahnya.

Perlindungan hukum yang pasif berupa tindakan-tindakan luar (selain proses peradilan) yang memberikan pengakuan dan jaminan dalam bentuk pengaturan atau kebijaksanaan berkaitan dengan hak-hak pelaku maupun korban. Sedangkan yang aktif dapat berupa tindakan yang berkaitan dengan upaya pemenuhan hak-haknya. Perlindungan hukum aktif ini dapat dibagi lagi menjadi aktif preventif dan aktif represif. Aktif preventif berupa hak-hak yang diberikan oleh pelaku, yang harus diterima oleh korban berkaitan dengan penerapan aturan hukum ataupun kebijaksanaan pemerintah. Aktif represif berupa tuntutan kepada pemerintah atau aparat penegak hukum terhadap pengaturan maupun kebijaksanaan yang telah diterapkan kepada korban yang dipandang merugikan.

Perlindungan dapat dibedakan atas dua jenis, yaitu perlindungan hukum dan perlindungan khusus terhadap ancaman. Perlindungan hukum dapat berupa kekebalan yang diberikan kepada pelapor dan saksi untuk tidak dapat digugat secara perdata atau dituntut secara perdata sepanjang yang bersangkutan memberikan kesaksian atau laporan dengan iktikad baik atau yang bersangkutan tidak sebagai pelaku tindak pidana itu sendiri. Perlindungan hukum lain adalah berupa larangan bagi siapapun untuk membocorkan nama pelapor atau kewajiban merahasiakan nama pelapor disertai dengan ancaman pidana terhadap pelanggarannya. Semua saksi, pelapor dan korban memerlukan perlindungan hukum ini. Sementara perlindungan khusus kepada saksi, pelapor dan korban diberikan oleh negara untuk mengatasi kemungkinan ancaman yang membahayakan diri, jiwa dan harta benda, termasuk pula keluarga.

Tidak semua saksi pelapor dan korban tindak pidana memerlukan perlindungan khusus ini, karena tidak semuanya menghadapi ancaman.

Sementara perlindungan khusus kepada saksi, pelapor dan korban diberikan oleh negara untuk mengatasi kemungkinan ancaman yang membahayakan diri, jiwa dan harta benda, termasuk pula keluarga. Tidak semua saksi pelapor dan korban tindak pidana memerlukan perlindungan khusus ini, karena tidak semuanya menghadapi ancaman. Perlindungan saksi dan pelapor, baik secara yuridis maupun perlindungan khusus terhadap pelapor, saksi dan keluarganya meliputi beberapa hal: Pertama, perlindungan atas keamanan pribadi dari ancaman fisik dan mental. Kedua, perlindungan terhadap harta. Ketiga, perlindungan berupa kerahasiaan dan penyamaran identitas. Keempat, pemberian keterangan tanpa bertatap muka (konfrontasi) dengan tersangka atau terdakwa pada setiap tingkat pemeriksaan perkara. Bentuk Perlindungan Khusus misalnya Dalam Peraturan KAPOLRI No. 17 Tahun 2005 tentang Tata Cara Perlindungan Khusus Terhadap Pelapor dan Saksi Dalam Tindak Pidana Pencucian Uang disebutkan, perlindungan khusus terhadap pelapor, saksi dan keluarganya meliputi beberapa hal. Pertama, perlindungan atas keamanan pribadi dari ancaman fisik dan mental. Kedua, perlindungan terhadap harta. Ketiga, perlindungan berupa kerahasiaan dan penyamaran identitas. Keempat, pemberian keterangan tanpa bertatap muka (konfrontasi) dengan tersangka atau terdakwa pada setiap tingkat pemeriksaan perkara.

Menurut Pasal 1 angka 6 UU No. 13 Tahun 2006, Perlindungan adalah segala upaya pemenuhan hak dan pemberian bantuan untuk memberikan rasa aman kepada Saksi dan/atau Korban yang wajib dilaksanakan oleh LPSK atau lembaga lainnya sesuai dengan ketentuan Undang-Undang ini. Pasal 2 Undang-undang Nomor 13 Tahun 2006 memberikan perlindungan pada saksi dan korban dalam semua tahap proses peradilan pidana dalam lingkungan peradilan. Pasal 3 mengenai Perlindungan Saksi dan Korban berasaskan pada:

- a. Penghargaan atas harkat dan martabat manusia;
- b. Rasa aman;
- c. Keadilan;
- d. Tidak diskriminatif; dan
- e. Kepastian hukum.

Perlindungan saksi dan korban bertujuan memberikan rasa aman kepada saksi dan/atau korban dalam memberikan keterangan pada proses peradilan Pidana. Perlindungan terhadap hak-hak saksi dan korban akibat terjadinya suatu tindak pidana merupakan bagian dari perlindungan hak asasi manusia. Pada dasarnya korban adalah orang, baik sebagai individu, kelompok atau pun masyarakat yang telah menderita kerugian yang secara langsung telah terganggu akibat pengalamannya sebagai target dari kejahatan.

Adapun beberapa alasan perlindungan saksi dan juga korban adalah:

- a. Bagi saksi (apalagi yang awam hukum), memberikan keterangan bukanlah suatu hal yang mudah;
- b. Bila keterangan yang diberikan ternyata tidak benar, ada ancaman pidana baginya karena dianggap bersumpah palsu;
- c. Keterangan yang diberikannya akan memungkinkan dirinya mendapat ancaman, terror, intimidasi dari pihak yang dirugikan;
- d. Memberikan keterangan membuang waktu dan biaya;
- e. Aparat penegak hukum tidak jarang memperlakukan saksi seperti seorang tersangka/terdakwa.

Menurut UU No. 13 Tahun 2006 Pasal 1 angka 4, Ancaman adalah segala bentuk perbuatan yang menimbulkan akibat, baik langsung maupun tidak langsung, yang mengakibatkan Saksi dan/atau Korban merasa takut dan/atau dipaksa untuk melakukan atau tidak melakukan sesuatu hal yang berkenaan dengan pemberian kesaksiannya dalam suatu proses peradilan pidana. Dalam hal seseorang mengalami sendiri tindak pidana (saksi korban) maka dalam memberikan kesaksiannya tidak akan mengalami kekhawatiran tentang sesuatu hal sehubungan dengan kesaksiannya, karena yang ia utarakan hanya untuk dirinya sendiri.

Masalah perlindungan korban tindak pidana merupakan salah satu permasalahan yang menjadi perhatian dunia internasional. Hal ini dapat dilihat dengan dibahasnya masalah perlindungan korban kejahatan dalam Kongres PBB VII tahun 1985 tentang “The Prevention of Crime and The Treatment of Offenders” di Milan, Italia : Disebutkan “Victims right should be perceived as anintegral aspect of the total criminal justice system.” (Hak-hak korban seharusnya menjadi bagian yang integral dari keseluruhan sistem peradilan pidana). Dalam Kongres PBB ini diajukan rancangan Resolusi tentang Perlindungan Korban ke Majelis Umum PBB. Rancangan Resolusi ini kemudian menjadi Resolusi Majelis Umum PBB No. 40/34 tertanggal 29 November 1985 tentang “Declaration of Basic Principles of Justice for Victim of Crime and Abuse of Power.”

#### D.4 Perlindungan Hukum terhadap Perempuan Yang Dihakili Laki-Laki Di Luar Ikatan Perkawinan

Yang dimaksud dengan kedudukan (status) ialah kumpulan hak-hak dan kewajiban-kewajiban tertentu yang dimiliki oleh seseorang dalam menghadapi atau berinteraksi dengan orang lain, sedangkan yang dimaksudkan dengan peranan (role) ialah tingkah laku yang diwujudkan sesuai dengan hak-hak dan kewajiban-kewajiban suatu kedudukan tertentu.

Kedudukan perempuan mempengaruhi peranan yang dapat dilakukannya, sebaliknya kedudukan perempuan dapat dipengaruhi oleh peranannya dalam usaha memperbaiki kedudukannya. Pada umumnya kedudukan dan peranan perempuan dapat dibagi sebagai berikut:

- a. Perempuan sebagai isteri dan ibu rumah tangga dan keluarga, yang dapat disebut fungsi intern;
- b. Perempuan sebagai warga negara dan anggota masyarakat yang bergerak dalam kehidupan sosial ekonomi dan politik, yang dapat disebut fungsi ekstern.

Dalam Undang-Undang Dasar 1945 dicantumkan sebagai berikut:

“Segala Warga Negara bersamaan kedudukannya di dalam hukum dan pemerintahan dan wajib menjunjung hukum dan pemerintah itu dengan tidak ada kecuali”. (pasal 27 ayat 1).

Dengan demikian seharusnya tidak ada perbedaan kedudukan di dalam hukum dan pemerintahan antara wanita dan pria. Perlu diteliti apakah pasal UUD 1945 dalam praktek dilaksanakan.

Dalam Garis-Garis Besar Haluan Negara (GBHN) tentang kedudukan dan peranan perempuan dinyatakan sebagai berikut:

- 1) Dalam pola umum Pelita kedua:

“Pembinaan keluarga yang sejahtera adalah sarana bagi pembinaan generasi muda. Untuk pembinaan keluarga yang demikian itu maka hak-hak wanita dijamin serta kedudukannya dalam keluarga dan masyarakat dilindungi” (Tap MPR/No.IV/MPR) 1973, Bab IV mengenai pendidikan, ilmu pengetahuan, teknologi dan pembinaan generasi muda, sub 8).

2) Dalam pola umum Pelita Ketiga: “peranan perempuan dalam pembangunan dan pembinaan bangsa”:

a) Pembangunan yang menyeluruh mensyaratkan ikut sertanya pria maupun perempuan secara maksimal disegala bidang. Oleh karena itu perempuan mempunyai hak, kewajiban dan kesempatan yang sama dengan pria untuk ikut serta sepenuhnya dalam segala kegiatan pembangunan;

b) Peranan perempuan dalam pembangunan tidak mengurangi peranannya dalam pembinaan keluarga sejahtera umumnya dan pembinaan generasi muda khususnya, dalam rangka pembinaan manusia Indonesia seutuhnya;

c) Untuk lebih memberikan peranan dan tanggung jawab kepada perempuan dalam pembangunan, maka pengetahuan dan ketrampilan perempuan perlu ditingkatkan diberbagai bidang yang sesuai dengan kebutuhannya” (Tap MPR No. IV/MPR/1978, Bab IV mengenai agama dan kepercayaan terhadap tuhan yang Maha Esa, sosial budaya, sub 11).

Hukum yang berlaku di Indonesia terdiri baik dari hukum yang tidak tertulis atau tidak berbentuk undang-undang (hukum adat dan hukum agama) maupun hukum yang terhimpun dalam bentuk kodifikasi, yang sebagian besar telah merupakan unifikasi. Berbagai hukum adat dan hukum agama mengatur dan mempengaruhi kedudukan dan peranan perempuan dalam hukum dan masyarakat.

“Perkawinan ialah ikatan lahir batin antar seorang pria dengan seorang wanita sebagai suami istri dengan tujuan membentuk keluarga (rumah tangga) yang bahagia dan kekal berdasarkan ketuhanan yang Maha Esa”. Itulah makna dan hakekat perkawinan menurut filsafah kita. Sebaliknya menurut rumusan benua sana:

“Undang-Undang memandang soal perkawinan hanya dalam hubungan-hubungan perdata”. Tidak lebih kata sepakat, cukup bermain cinta, tidak salah.

Sehingga apa yang disebut hidup bersama, kumpul kebo tidak ada dalam pola hidup kita. Demikian pula apa yang disebut perkosaan antara suami dan istri seperti sering diungkapkan di negara “sana”, seyogyanya tidak terjadi dalam hidup bersuami istri. Karena dasarnya ialah ridha dan berkah Tuhan Yang Maha Esa.

Undang-undang No. 5 tahun 1998 tentang Pengesahan Convention Against Torture And Other Cruel, Inhuman Or Degrading Treatment Or Punishment (Konvensi Menentang Penyiksaan dan Perlakuan atau Penghukuman yang Kejam, tidak Manusiawi, atau Merendahkan Martabat Manusia). Sebagai berikut:

#### POKOK-POKOK ISI KONVENSI

1. Konvensi menentang penyiksaan terdiri atas pembukuan dengan 6 paragraf dan batang tubuh dengan 3 bab yang terdiri atas 33 pasal.

a. Pembukaan meletakkan dasar-dasar dan tujuan Konvensi. Dalam konsideran secara tegas dinyatakan bahwa tujuan Konvensi ini adalah lebih mengefektifkan perjuangan di seluruh dunia dalam menentang penyiksaan dan perlakuan atau penghukuman lain yang kejam, tidak manusiawi, atau merendahkan martabat manusia.

b. Bab I (Pasal 1-16) memuat ketentuan-ketentuan pokok yang mengatur definisi tentang penyiksaan dan kewajiban Negara Pihak untuk mencegah dan melarang penyiksaan dan perlakuan atau penghukuman lain yang kejam, tidak manusiawi, atau merendahkan martabat manusia.

c. Bab II (Pasal 17-24) mengatur ketentuan mengenai Komite Menentang Penyiksaan (Committee Against Torture) dan tugas serta kewenangannya dalam melakukan pemantauan atas pelaksanaan Konvensi.

d. Bab III (Pasal 25-33) merupakan ketentuan penutup yang memuat hal-hal yang berkaitan dengan mulai berlakunya Konvensi, perubahan, pensyaratan (reservation), ratifikasi dan aksesi, pengunduran diri serta mekanisme penyelesaian perselisihan antar Negara Pihak.

2. Ketentuan-ketentuan Pokok Konvensi

Konvensi mengatur pelarangan penyiksaan baik fisik maupun mental, dan perlakuan atau penghukuman lain yang kejam, tidak manusiawi, atau merendahkan martabat manusia yang dilakukan oleh atau atas hasutan dari atau dengan persetujuan/sepengertian pejabat publik (public official) dan orang lain yang bertindak dalam jabatannya.

Adapun pelarangan penyiksaan yang diatur dalam Konvensi ini tidak mencakup rasa sakit atau penderitaan yang timbul, melekat, atau diakibatkan oleh suatu sanksi hukum yang berlaku. Negara Pihak wajib mengambil langkah-langkah legislatif, administratif, hukum, dan langkah efektif lainnya guna mencegah tindak penyiksaan di dalam wilayah yurisdiksinya. Tidak terdapat pengecualian apapun, baik dalam keadaan perang, ketidakstabilan politik dalam negeri, maupun keadaan darurat lainnya yang dapat dijadikan sebagai pembenaran atas tindak penyiksaan. Dalam kaitan ini, perintah dari atasan atau penguasa (public authority) juga tidak dapat digunakan sebagai pembenaran atas suatu penyiksaan.

Negara Pihak diwajibkan mengatur semua tindak penyiksaan sebagai tindak pidana dalam peraturan perundang-undangannya. Hal yang sama berlaku pula bagi siapa saja yang melakukan percobaan, membantu, atau turut serta melakukan tindak penyiksaan. Negara Pihak juga wajib mengatur bahwa pelaku tindak pidana tersebut dapat dijatuhi hukuman yang setimpal dengan sifat tindak pidananya. Konvensi juga mewajibkan Negara Pihak memasukkan tindak penyiksaan sebagai tindak pidana yang dapat diekstradisikan. Konvensi selanjutnya melarang Negara Pihak untuk

mengusir, mengembalikan, atau mengekstradisikan seseorang ke negara lain apabila terdapat alasan yang cukup kuat untuk menduga bahwa orang itu menjadi sasaran penyiksaan. Negara Pihak lebih lanjut harus melakukan penuntutan terhadap seseorang yang melakukan tindak penyiksaan apabila tidak mengekstradisikannya.

Negara Pihak lebih lanjut wajib saling membantu dalam proses peradilan atas tindak penyiksaan dan menjamin bahwa pendidikan dan penyuluhan mengenai larangan terhadap penyiksaan sepenuhnya dimasukkan ke dalam program pelatihan bagi para aparat penegak hukum, sipil, atau militer, petugas kesehatan, pejabat publik dan orang-orang lain yang terlibat dalam proses penahanan, permintaan keterangan (interogasi), atau perlakuan terhadap setiap pribadi individu yang ditangkap, ditahan, atau dipenjarakan. Negara Pihak juga wajib mengatur dalam sistem hukumnya bahwa korban suatu tindak penyiksaan memperoleh ganti rugi dan mempunyai hak untuk mendapatkan kompensasi yang adil dan layak, termasuk sarana untuk mendapatkan rehabilitasi.

### 3. Implementasi Konvensi

Implementasi Konvensi dipantau oleh Komite Menentang Penyiksaan (Committee Against Torture) yang terdiri dari sepuluh orang pakar yang bermoral tinggi dan diakui kemampuannya di bidang HAM. Negara pihak harus menanggung pembiayaan yang dikeluarkan oleh para anggota Komite dalam menjalankan tugasnya dan pembiayaan penyelenggaraan sidang Negara pihak dan sidang Komite. Menurut

ketentuan Pasal 19, Negara Pihak harus menyampaikan kepada Komite, melalui Sekretaris Jenderal PBB, laporan berkala mengenai langkah-langkah yang telah mereka lakukan dalam melaksanakan kewajibannya menurut Konvensi. Setiap laporan akan dipertimbangkan oleh Komite, yang selanjutnya dapat memberikan tanggapan umum dan memasukkan informasi tersebut dalam laporan tahunannya kepada Negara pihak dan kepada Sekretaris Jenderal PBB.

Selanjutnya melalui penyampaian laporan berkala oleh Negara Pihak, pemantauan atas pelaksanaan Konvensi juga dapat dilakukan melalui cara-cara berikut :

a. Menurut Pasal 20, apabila Komite menerima informasi yang dapat dipertanggungjawabkan (reliable), bahwa penyiksaan dilakukan secara sistematis di wilayah suatu Negara Pihak. Komite harus mengundang Negara pihak tersebut untuk bekerja sama membahas informasi tersebut dan Komite menyampaikan hasil pengamatannya. Komite dapat memutuskan, apabila informasi tersebut benar-benar dapat dipertanggungjawabkan, segera melaporkannya kepada Komite dan menugaskan anggotanya seorang atau lebih, melakukan suatu penyelidikan rahasia dan segera melaporkan hasilnya kepada Komite. Dengan persetujuan Negara Pihak, penyelidikan semacam itu dapat berupa kunjungan ke wilayah Negara Pihak tersebut.

b. Negara Pihak. sesuai dengan ketentuan Pasal 21, dapat membuat deklarasi yang mengakui kewenangan Komite untuk menerima dan membahas laporan pengaduan (communications) suatu Negara Pihak yang menyatakan bahwa

Negara Pihak lain tidak memenuhinya berdasarkan Konvensi. Komite hanya berwenang menerima dan membahas laporan pengaduan oleh Negara Pihak yang telah membuat Deklarasi. Komite tidak berhak menerima dan membahas laporan pengaduan tentang suatu Negara Pihak yang tidak membuat suatu Deklarasi.

c. Negara Pihak, sesuai dengan ketentuan Pasal 22, dapat membuat deklarasi mengakui kewenangan Komite untuk menerima dan membahas laporan pengaduan dari atau atas nama pribadi individu yang berada dalam yurisdiksinya, yang menyatakan diri menjadi korban pelanggaran yang dilakukan Negara Pihak itu terhadap Konvensi. Komite tidak berhak menerima dan membahas laporan pengaduan jika menyangkut suatu Negara Pihak yang tidak membuat Deklarasi. Komite juga tidak berhak menerima dan membahas laporan pengaduan dari seseorang, kecuali jika Komite menyatakan bahwa :

- 1) Pengaduan tersebut belum pernah atau tidak sedang dibahas oleh prosedur penyelesaian atau penyelidikan internasional lainnya;
- 2) Perorangan yang dimaksudkan sudah menggunakan segala upaya penyelesaian hukum di dalam negerinya.

#### 4. Pencyaratan (Reservation) dan Deklarasi (Declaration)

Konvensi ini memperbolehkan Negara Pihak mengajukan pencyaratan terhadap 2 pasal, yakni :

- a. Menyatakan tidak mengakui kewenangan Komite Menentang Penyiksaan dalam Pasal 20, sebagaimana diatur dalam Pasal 28 ayat (1) Konvensi.
- b. Menyatakan tidak terikat pada pengajuan penyelesaian suatu perselisihan di antara Negara Pihak kepada Mahkamah Internasional, berdasarkan Pasal 30 ayat (1) Konvensi.

Konvensi ini juga memungkinkan Negara Pihak membuat deklarasi mengenai kewenangan

Komite Menentang Penyiksaan, sebagaimana diatur oleh Pasal 21 dan Pasal 22 Konvensi.

Undang-Undang No. 7 tahun 1984 tentang pengesahan Konvensi Mengenai Penghapusan Segala bentuk Diskriminasi Terhadap Wanita juga mengatur mengenai kesamaan hak yang dijelaskan sebagai berikut:

#### UMUM

Pada tahun 1967 Perserikatan Bangsa-Bangsa telah mengeluarkan Deklarasi mengenai Penghapusan Diskriminasi terhadap wanita. Deklarasi tersebut memuat hak dan kewajiban wanita berdasarkan persamaan hak dengan pria dan menyatakan agar diambil langkah-langkah seperlunya untuk menjamin pelaksanaan Deklarasi tersebut. Oleh karena Deklarasi itu sifatnya tidak mengikat maka Komisi Perserikatan Bangsa-Bangsa tentang Kedudukan Wanita berdasarkan Deklarasi tersebut menyusun

rancangan Konvensi tentang Penghapusan Segala Bentuk Diskriminasi terhadap Wanita. Pada tanggal 18 Desember Tahun 1979 Majelis Umum Perserikatan Bangsa-Bangsa telah menyetujui Konvensi tersebut. Karena ketentuan Konvensi pada dasarnya tidak bertentangan dengan Pancasila dan Undang-Undang Dasar 1945, maka Pemerintah Republik Indonesia dalam Konferensi Sedunia Dasawarsa Perserikatan Bangsa-Bangsa bagi Wanita di Kopenhagen pada tanggal 29 Juli 1980 telah menandatangani Konvensi tersebut. Penandatanganan itu merupakan penegasan sikap Indonesia yang dinyatakan pada tanggal 18 Desember 1979 pada waktu Majelis Umum Perserikatan Bangsa-Bangsa melakukan pemungutan suara atas resolusi yang kemudian menyetujui Konvensi tersebut. Dalam pemungutan suara itu Indonesia memberikan suara setuju sebagai perwujudan keinginan Indonesia untuk berpartisipasi dalam usaha-usaha internasional menghapus segala bentuk diskriminasi terhadap wanita karena isi Konvensi itu sesuai dengan dasar negara Pancasila dan Undang-Undang Dasar 1945 yang menetapkan bahwa segala warga negara bersamaan kedudukannya di dalam hukum dan pemerintahan. Ketentuan dalam Konvensi ini tidak akan mempengaruhi asas dan ketentuan dalam peraturan perundang-undangan nasional yang mengandung asas persamaan hak antara pria dan wanita sebagai perwujudan tata hukum Indonesia yang sudah kita anggap baik atau lebih baik bagi dan sesuai, serasi serta selaras dengan aspirasi bangsa Indonesia. Sedang dalam pelaksanaannya, ketentuan dalam Konvensi ini wajib disesuaikan dengan tata kehidupan masyarakat yang meliputi nilai-nilai budaya, adat istiadat serta norma-norma keagamaan yang masih berlaku dan diikuti secara luas oleh masyarakat

Indonesia. Pancasila sebagai pandangan hidup bangsa dan Undang-Undang Dasar 1945 sebagai sumber hukum nasional memberikan keyakinan dan jaminan bahwa pelaksanaan ketentuan Konvensi ini sejalan dengan tata kehidupan yang dikehendaki bangsa Indonesia.

Undang-Undang No. 39 tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia menyebutkan bahwa:

Pasal 3 ayat 2:

“Setiap orang berhak atas pengakuan, jaminan, perlindungan dan perlakuan hukum yang adil serta mendapat kepastian hukum dan perlakuan yang sama di depan hukum”

Pasal 5 ayat 1, 2, 3:

- (1) Setiap orang diakui sebagai manusia pribadi yang menuntut dan memperoleh
- (2) perlakuan serta perlindungan yang sama sesuai dengan martabat kemanusiaannya di depan hukum.
- (3) Setiap orang berhak mendapat bantuan dan perlindungan yang adil dari pengadilan yang objektif dan tidak berpihak.
- (4) Setiap orang yang termasuk kelompok masyarakat yang rentan berhak memperoleh perlakuan dan perlindungan lebih berkenaan dengan kekhususannya.

Dari uraian uraian yang dikemukakan di atas dapatlah ditarik kesimpulan:

1. Persoalan perempuan adalah persoalan perjuangan untuk keadilan, perikemanusiaan yang adil dan beradab dan merupakan masalah umat manusia seluruhnya dan bukan masalah kaum wanita saja.
2. Sampai masa kini perempuan masih diperlakukan tidak adil di mana-mana. Perempuan masih diperalat kecantikan dan kelaminnya untuk tujuan mencari keuntungan oleh penjahat-penjahat yang tidak berperikemanusiaan. Bahkan perdagangan perempuan dan anak banyak terjadi.
3. Manusia yang tidak menjunjung tinggi moral agama tunduk kepada hukum rimba: siapa kuat siapa di atas. Si kuat memakan si lemah. Hanya moral agama yang bisa mendidik manusia agar menjadi orang yang mencintai: kebenaran, kesucian, kejujuran dan kemanusiaan yang merasa belas kasihan dan berusaha membantu manusia yang sengsara.
4. Didikan agama harus diberikan semenjak kanak-kanak sampai mati.

E. Tinjauan Hukum Pidana Islam Terhadap Perbuatan Laki-Laki Menghamili Perempuan di luar ikatan perkawinan

#### E. 1 Pengertian Hukum Pidana Islam

Hukum pidana islam sering disebut dalam fiqh dengan istilah Jinayah atau Jarimah. Pada dasarnya pengertian dari istilah Jinayah mengacu kepada hasil perbuatan seseorang. Biasanya, pengertian tersebut terbatas pada perbuatan yang dilarang di kalangan fuqoha. Perkataan Jinayah berarti perbuatan yang terlarang menurut syara. Meskipun demikian yang mengancam keselamatan jiwa seperti pemukulan pembunuhan dan sebagainya. Dan dari uraian Diatas dapat dijelaskan bahwa Jinayah adalah semua perbuatan yang diharamkan. Perbuatan yang diharamkan adalah tindakan yang dilarang atau dicegah oleh syara' (Hukum Islam). Apabila dilakukan perbuatan tersebut mempunyai konsekuensi membahayakan agama, jiwa, akal kehormatan dan harta benda.

Istilah hukum Islam berasal dari tiga kata dasar, yaitu 'hukum', 'pidana', dan 'Islam'. Dalam Kamus Besar Bahasa Indonesia kata 'hukum' diartikan dengan

1. peraturan atau adat yang secara resmi dianggap mengikat, yang dikukuhkan oleh penguasa, pemerintah, atau otoritas;
2. undang-undang, peraturan, dsb. untuk mengatur pergaulan hidup masyarakat;
3. patokan (kaidah, ketentuan) mengenai peristiwa (alam dsb.) yang tertentu; dan
4. keputusan (pertimbangan) yang ditetapkan oleh hakim (dalam pengadilan); vonis.

Secara sederhana hukum dapat dipahami sebagai peraturan-peraturan atau norma-norma yang mengatur tingkah laku manusia dalam suatu masyarakat, baik peraturan atau norma itu berupa kenyataan yang tumbuh dan berkembang dalam masyarakat maupun peraturan atau norma yang dibuat dengan cara tertentu dan ditegakkan oleh penguasa. Dalam wujudnya, hukum ada yang tertulis dalam bentuk undang-undang seperti hukum modern (hukum Barat) dan ada yang tidak tertulis seperti hukum adat dan hukum Islam. Kata yang kedua, yaitu 'pidana', berarti kejahatan, (tentang pembunuhan, perampokan, korupsi, dan lain sebagainya); kriminal. Adapun kata yang ketiga, yaitu 'Islam', oleh Mahmud Syaltut didefinisikan sebagai agama Allah yang diamanatkan kepada Nabi Muhammad Saw. untuk mengajarkan dasar-dasar dan syariatnya dan juga mendakwahnya kepada semua manusia serta mengajak mereka untuk memeluknya. Dengan pengertian yang sederhana, Islam berarti agama Allah yang dibawa oleh Nabi Muhammad Saw. untuk disampaikan kepada umat manusia untuk mencapai kesejahteraan hidupnya baik di dunia maupun di akhirat kelak.

Dari gabungan ketiga kata di atas muncul istilah hukum pidana Islam. Dengan memahami arti dari ketiga kata itu, dapatlah dipahami bahwa hukum pidana Islam merupakan seperangkat norma atau peraturan yang bersumber dari Allah dan Nabi Muhammad Saw. untuk mengatur kejahatan manusia di tengah-tengah masyarakatnya. Dengan kalimat yang lebih singkat, hukum pidana Islam dapat diartikan sebagai hukum tentang kejahatan yang bersumber dari ajaran Islam. Hukum

Pidana Islam (HPI) dalam khazanah literatur Islam biasa disebut al-ahkam al-jinaiyyah, yang mengatur pelanggaran-pelanggaran yang dilakukan oleh orang mukallaf dan hukuman-hukuman baginya. Para ulama menggunakan istilah jinayah bisa dalam dua arti, yakni arti luas dan arti sempit. Dalam arti luas, jinayah merupakan perbuatan-perbuatan yang dilarang oleh Syara' dan dapat mengakibatkan hukuman had (hukuman yang ada ketentuan nash-nya seperti hukuman bagi pencuri, pembunuh, dll), atau ta'zir (hukuman yang tidak ada ketentuan nash-nya seperti pelanggaran lalu lintas, percobaan melakukan tindak pidana, dll). Dalam arti sempit, jinayah merupakan perbuatan-perbuatan yang 6 dilarang oleh Syara' dan dapat menimbulkan hukuman had, bukan ta'zir. Istilah lain yang identik dengan jinayah adalah jarimah

Sedangkan istilah Jarimah identik dengan pengertian yang disebut dalam hukum positif sebagai tindak pidana atau pelanggaran. Maksudnya adalah satuan atau sifat dari suatu pelanggaran hukum. Dalam hukum positif diistilahkan dengan tindak pidana pencurian tindak pidana pembunuhan dan sebagainya, jadi dalam hukum positif Jarimah diistilahkan dengan delik atau tindak pidana.

## E. 2 Tujuan Hukum Pidana Islam

Tujuan hukum Islam sejalan dengan tujuan hidup manusia serta potensi yang ada dalam dirinya dan potensi yang datang dari luar dirinya, yakni kebahagiaan hidup

baik di dunia maupun di akhirat, atau dengan ungkapan yang singkat, untuk kemaslahatan manusia. Tujuan ini dapat dicapai dengan cara mengambil segala hal yang memiliki kemaslahatan dan menolak segala hal yang merusak dalam rangka menuju keridoan Allah sesuai dengan prinsip tauhid. Menurut al-Syathibi, salah satu pendukung Mazhab Maliki yang terkenal, kemaslahatan itu dapat terwujud apabila terwujud juga lima unsur pokok. Kelima unsur pokok itu adalah agama, jiwa, keturunan, akal, dan harta.

Menurut al-Syathibi, penetapan kelima pokok kebutuhan manusia di atas didasarkan pada dalil-dalil al-Quran dan Hadis. Dalil-dalil tersebut berfungsi sebagai al-qawaid al-kulliyyah (kaidah-kaidah umum) dalam menetapkan al-kulliyyah alkhamseh (lima kebutuhan pokok). Ayat-ayat al-Quran yang dijadikan dasar pada umumnya adalah ayat-ayat Makkiyah yang tidak dinasakh (dihapus hukumnya) dan ayat-ayat Madaniyah yang mengukuhkan ayat-ayat Makkiyah. Di antara ayat-ayat itu adalah yang berhubungan dengan kewajiban shalat, larangan membunuh jiwa, larangan meminum minuman keras, larangan berzina, dan larangan memakan harta orang lain dengan cara yang tidak benar. Dengan dasar ayat-ayat itulah, maka al-Syathibi pada akhirnya berkesimpulan bahwa adanya lima kebutuhan pokok bagi manusia tersebut menepati suatu yang qath'iy (niscaya) dalam arti dapat dipertanggungjawabkan dan oleh karena itu dapat dijadikan sebagai dasar menetapkan hukum.

Dalam usaha mewujudkan dan memelihara lima unsur pokok itu al-Syathibi mengemukakan tiga peringkat maqashid al-syari'ah (tujuan syariat), yaitu pertama

adalah tujuan primer (maqashid al-daruriyyah), kedua adalah tujuan sekunder (maqashid al-hajjiyyah), dan ketiga tujuan tertier (maqashid al-tahsiniyyah). Atas dasar inilah maka hukum Islam dikembangkan, baik hukum pidana, perdata, ketatanegaraan, politik hukum, maupun yang lainnya . Diketahuinya tujuan-tujuan hukum Islam itu akan mempermudah ahli hukum dalam mempraktekkan hukum. Apabila ilmu hukum tidak dapat menyelesaikan hukum suatu peristiwa maka dengan memperhatikan tujuan-tujuan tersebut, setiap peristiwa hukum akan dengan mudah diselesaikan.

Pengkategorian yang dilakukan oleh al-Syathibi ke dalam tujuan primer, sekunder, dan tertier seperti di atas menunjukkan begitu pentingnya pemeliharaan lima unsur pokok tersebut dalam kehidupan manusia. Di samping itu, pengkategorian ini mengacu tidak hanya kepada pemeliharaan lima unsur, akan tetapi mengacu pula kepada pengembangan dan dinamika pemahaman hukum yang diciptakan oleh Tuhan dalam rangka mewujudkan kemaslahatan manusia. Dengan mengacu kepada lima kebutuhan pokok manusia dan tiga peringkat tujuan syariat tersebut, dapatlah dipahami bahwa tujuan utama pemberlakuan hukum pidana Islam adalah untuk kemaslahatan manusia. Abdul Wahhhhab Khallaf memberikan perincian yang sederhana mengenai pemberlakuan hukum pidana Islam yang dikaitkan dengan pemeliharaan lima kebutuhan pokok manusia dalam bukunya 'Ilmu Ushul al-Fiqh:

a. Memelihara agama (hifzh al-din)

Agama di sini maksudnya adalah sekumpulan akidah, ibadah, hukum, dan undang-undang yang dibuat oleh Allah untuk mengatur hubungan manusia dengan Tuhannya dan juga mengatur hubungan antar manusia. Untuk menjaga dan memelihara kebutuhan agama ini dari ancaman musuh maka Allah mensyariatkan hukum berjihad untuk memerangi orang yang menghalangi dakwah agama. Untuk menjaga agama ini Allah juga mensyariatkan shalat dan melarang murtad dan syirik. Jika ketentuan ini diabaikan, maka akan terancam eksistensi agama tersebut, dan Allah menyuruh memerangi orang yang murtad dan musyrik.

b. Memelihara jiwa (hifzh al-nafs)

Untuk memelihara jiwa ini Allah mewajibkan berusaha untuk mendapatkan kebutuhan makanan, minuman, pakaian, dan tempat tinggal. Tanpa kebutuhan tersebut maka akan terancam jiwa manusia. Allah juga akan mengancam dengan hukuman qishash (hukum bunuh) atau diyat (denda) bagi siapa saja yang menghilangkan jiwa. Begitu juga Allah melarang menceburkan diri ke jurang kebinasaan (bunuh diri).

c. Memelihara akal (hifzh al-‘aql)

Untuk menjaga dan memelihara akal ini Allah mengharuskan manusia mengkonsumsi makanan yang baik dan halal serta mempertinggi kualitas akal dengan menuntut ilmu. Sebaliknya, Allah mengharamkan minuman keras yang memabukkan. Kalau larangan ini diabaikan, maka akan terancam eksistensi akal. Di samping itu, ditetapkan adanya ancaman (hukuman dera 40 kali) bagi orang yang meminum minuman keras.

d. Memelihara keturunan (hifzh al-nasl)

Untuk memelihara keturunan Allah mensyariatkan pernikahan dan sebaliknya mengharamkan perzinaan. Orang yang mengabaikan ketentuan ini, akan terancam eksistensi keturunannya. Bahkan kalau larangan perzinaan ini dilanggar, maka Allah mengancam dengan hukuman rajam atau hukuman cambuk seratus kali.

e. Memelihara harta (hifzh al-mal)

Untuk memelihara harta ini disyariatkanlah tata cara pemilikan harta, misalnya dengan muamalah, perdagangan, dan kerja sama. Di samping itu, Allah mengharamkan mencuri atau merampas hak milik orang lain dengan cara yang tidak benar. Jika larangan mencuri diabaikan, maka pelakunya akan diancam dengan hukuman potong tangan.

Dari uraian di atas jelaslah bahwa kelima kebutuhan pokok tersebut merupakan hal yang mutlak harus ada pada manusia. Karenanya Allah menyuruh untuk melakukan segala upaya bagi keberadaan dan kesempurnaannya. Sebaliknya, Allah melarang melakukan perbuatan yang dapat menghilangkan atau mengurangi salah satu dari kelima kebutuhan pokok itu. Hukuman atau sanksi atas larangan itu bersifat tegas dan mutlak. Hal ini ditetapkan tidak lain hanyalah untuk menjaga eksistensi dari lima kebutuhan pokok manusia tadi. Atau dengan kata lain, hukuman-hukuman itu disyariatkan semata-mata untuk kemaslahatan manusia. Dengan ancaman hukuman yang berat itu orang akan takut melakukan perbuatan terlarang yang diancam dengan hukuman tersebut. Dengan demikian, pemberlakuan hukum pidana Islam itu juga untuk menciptakan kemaslahatan di antara umat manusia seluruhnya.

### E. 3 Macam-Macam Jarimah / Tindak Pidana dalam Hukum Islam

#### A. Jarimah hudud

Hudud secara bahasa berarti larangan, sedangkan secara istilah adalah hukuman yang sudah ditentukan sebagai hak Allah.<sup>5</sup> Dalam bukunya Mohd Said Ishak yang berjudul “Hudud dalam Fiqih Islam”, menjelaskan bahwa hudud merupakan kata jamak dari hadd. Yang secara bahasa berarti “larangan, ketentuan atau batasan. Pengertian hadd yang berarti larangan dapat ditemukan dalam firman Allah dalam surat Al Baqarah, ayat; 187.

تَقْرَبُهَا فَلَا إِلَهَ وَدُخْدُ

Artinya; “.....itulah larangan Allah, maka janganlah kamu mendekatinya”.(QS Al baqarah; 187).

Disebutkan juga dalam surat Al baqarah ayat: 229.

الظَّالِمُونَ هُمْ فَأُولَئِكَ اللَّهُ حُدُودَ يَنْعَدُ وَمَنْ تَعْتَدُوهَا فَلَا إِلَهَ حُدُودُ تِلْكَ

Artinya:”.....Itulah hukum-hukum Allah, Maka janganlah kamu melanggarnya. Barangsiapa yang melanggar hukum-hukum Allah mereka Itulah orang-orang yang zalim”.(QS Al baqarah; 229).

Dari pengertian diatas, dapat diketahui bahwa ciri khas jarimah hudud adalah sebagai berikut:

- a. Hukuman tertentu dan terbatas, dalam arti bahwa hukuman tersebut telah ditentukan oleh syara' dan tidak ada batas minimal dan maksimal.
- b. Hukuman tersebut merupakan hak Allah semata-mata, atau kalau ada hak manusia disamping hak Allah, maka hak Allah yang lebih ditonjolkan.

Ahmad Wardi Muslich menggolongkan pembagian jarimah hudud menjadi 7 (tujuh) macam golongan, yaitu: Zina, Murtad (riddah), Pemberontakan (Al-baghy), Tuduhan palsu telah berbuat zina (qadzaf), Pencurian (sariqah), Perampokan (hirabah),

Minum-minuman keras (Shurb Al-khamar). Dalam jarimah zina, minum khamar, hirabah, riddah, dan pemberontakan yang dilanggar adalah hak Allah. Sedangkan dalam jarimah pencurian dan qazhaf (menuduh berzina) yang disinggung disamping hak Allah juga terdapat hak manusia (individu). Namun, hak Allah lebih ditonjolkan.

### 1. Zina

Zina secara harfiah artinya fahisyah, yaitu perbuatan keji. Zina dalam pengertian istilah adalah hubungan kelamin diantara seorang laki-laki dengan seorang perempuan yang satu sama lain tidak terikat dalam hubungan perkawinan.

Para fuqaha (ahli hukum Islam) mengartikan bahwa zina, yaitu melakukan hubungan seksual dalam arti memasukan zakar (kelamin pria) kedalam vagina wanita yang dinyatakan haram, bukan karena subhat, dan atas dasar syahwat. Wanita yang dinyatakan haram adalah wanita yang bukan istrinya dan amat (budak). Seorang pria yang menggauli dalam arti melakukan hubungan seks dengan seorang wanita yang bukan istrinya, jika wanita yang digauli itu diduga istrinya, atau sarirahnya atau amatnya, tidaklah termasuk perbuatan zina.

Misalnya seorang pria yang mempunyai seorang istri yang sah. Suami tidak bisa membedakan mana istri dan mana saudara kembar istrinya. Pintu kamar tidak

dikunci, dan kondisi kamar gelap gulita. Pria tersebut masuk ke kamar lantas menggauli wanita yang diduga istrinya itu. Perbuatan pria dalam kasus seperti ini tidak termasuk perbuatan zina, karena syubhat. Hubungan seksual atas dasar perkosaan, maka pihak yang diperkosa tidak termasuk perbuatan zina.

#### a. Larangan hukum zina

Di dalam Al-Qur'an dinyatakan sebagai perbuatan keji dalam firman

Allah sebagai berikut:

سَبِيلًا وَسَاءَ فَاحِشَةً كَانَ إِنَّهُ الزَّانَا تَقْرَبُوا وَلَا

Artinya: “Dan janganlah kamu mendekati zina, itu adalah suatu perbuatan yang keji. Dan suatu jalan yang buruk (QS.Al-Israa (17):32).

##### 1. Larangan melakukan zina atas dasar Nas (teks)

Alasannya yaitu kalimat laa taqrabuzzinaa, maknanya jangan melakukan zina, seperti kalimat laa taqrabu shalaata maknanya janganlah melakukan shalat.

##### 2. Larangan melakukan zina atas dasar Mafhum Aulawy

Redaksi yang terdapat pada ayat di atas adalah laa taqrabuu, yang arti harfiahnya adalah jangan mendekati. Atas dasar itu makna yang terkandung dari ayat tersebut adalah larangan mendekati zina. Maksudnya melakukan perbuatan yang mengarah ke perbuatan zina.

Ada beberapa perilaku yang dilarang dalam Alqur'an diantaranya firman Allah SWT dalam Surah An-Nuur (24): 30-31.

يُخْمَرْنَ وَلْيَضْرِبْنَ مَهْزُومًا ظَهْرَ مَا إِلَّا زِينَتُهُنَّ يُبْدِينَ وَلَا فُرُوجَهُنَّ وَيَحْفَظْنَ أَبْصَارَهُنَّ مِنْ يَعْصُصْنَ لِمُؤْمِنَاتٍ وَقُلْ  
أَوْ إِخْوَانَهُنَّ أَوْ بُعُولَتَهُنَّ أَوْ أَبْنَاءَهُنَّ أَوْ بُعُولَتَهُنَّ أَعَادٍ أَوْ آبَائَهُنَّ أَوْ لِبُعُولَتَهُنَّ إِلَّا زِينَتَهُنَّ يُبْدِينَ وَلَا جُيُوبَهُنَّ عَلَى  
الطُّقْلِ وَالرِّجَالِ مِنَ الْبَارِبَةِ أُولِي غَيْرِ التَّابِعِينَ أَوْ أَيْمَانَهُنَّ مَلَكَتْ مَا أَوْ نِسَائِهِنَّ أَوْ إِخْوَانَهُنَّ بَنِي أَوْ إِخْوَانَهُنَّ بَنِي  
أَيُّهُ جَمِيعًا اللَّهُ إِلَى وَتُؤْبَأُ زِينَتَهُنَّ مَنْ يُخْفِينَ مَا لِيَعْلَمَ بِأَرْجُلِهِنَّ يَضْرِبْنَ وَلَا نِسَاءَ عَوْرَاتٍ عَلَى يَظْهَرُوا لَمْ الَّذِينَ  
تُقْلِحُونَ لِعَلَّكُمْ الْمُؤْمِنُونَ

Artinya: “ Katakanlah kepada orang laki-laki yang beriman:”Hendaklah mereka menahan pandangannya, dan memelihara kemaluannya; yang demikian itu adalah lebih suci bagi mereka, sesungguhnya Allah Maha

Mengetahui apa yang meeka perbuat.” (31)”Katakanlah kepada wanita yang beriman: Hendaklah mereka menahan pandangannya, dan memelihara kemaluannya, dan janganlah mereka menampakkan perhiasannya, kecuali yang (biasa) tampak daripadanya. Dan hendaklah mereka menutup kain kudung ke dadanya, dan janganlah menampakkan perhiasan mereka, kecuali kepada suami mereka, atau ayah mereka, atau ayah suami mereka, atau putra-putra mereka, atau putra-putra suami mereka, atau saudara-saudara laki-laki mereka, atau putra-putra saudara laki-laki mereka, atau putra-putra saudara perempuan mereka, atau wanita-wanita Islam, atau budak-budak yang mereka miliki, atau pelayan laki-laki yang tidak mempunyai keinginan (terhadap wanita) atau anak-anak yang belum mengerti tentang aurat wanita. Dan

janganlah mereka memukulkan kakinya agar diketahui perhiasannya yang mereka sembunyikan. Dan bertaubatlah kamu sekalian kepada Allah, hai orang-orang yang beriman supaya kamu beruntung. (QS. An-Nuur (24): 30-31.

b. Had pidana zina

Sebagai konsekuensi atau larangan zina Allah berfirman dalam Surah An-Nuur (24), 2 sebagai berikut:

يَوْمَآلِ بِاللّٰهِ تُؤْمِنُونَ كُنْتُمْ اِنْ اللّٰهُ دِينٍ فِي رَافَةِ بِهِمَا تَأْخُذْكُمْ وَلَا تَجْلِدَ مِائَةَ مِنْهُمَا وَاحِدٍ كُلَّ فَاجِلِدُوا وَالزَّانِي الزَّانِيَةَ  
المؤمنين من طائفة عذابهما وليشهد الآخر

Artinya: “Wanita yang berzina dan laki-laki yang berzina, maka derahlah tiaptiap seorang dari keduanya seratus kali dera, dan janganlah belas kasihan kepada keduanya sampai mencegah kamu untuk (menjalankan) agama Allah, jika kamu beriman kepada Allah dan hari akhirat, dan hendaklah (pelaksanaan) hukuman terhadap mereka disaksikan oleh sekumplan orang-orang yang beriman. (QS. An-Nuur (24):2)

Hadits Nabi:

الأعراب أتى من رجلاً أن قالاً أمهناً، خالد بن يدوز، حُريرة أبي عن  
أفقه وهو -خر الآ الخضم الله، وقال يكتب لي قضيت إلا الله كدشنتاً، الله رسول يا : ف قال ، وسلم عليه  
، هذا على عسيقاً كان ابن إن : قال ، "قل" : صم الله رسول ف قال ، ونذلي ، الله يكتب بيننا فاقض ، نعم منه

أَنَّ فَأَخْبِرُونِي ، الْعِلْمَ أَهْلَ الْتُفُسِ ، وَوَلِيْدَةَ سِنَاةٍ بِمِائَةِ مِثْهُ فَاقْتَدَيْتُ الرَّجْمَ ابْنِي عَلِيَّ أَنْ أُخْبِرْتُ وَإِنِّي ، فَرَضِي بِأَمْرِنِيهِ  
 : وَسَلَّمَ عَلَيْهِ اَللَّهُ صَلَّى اَللَّهُ رَسُوْلُ فَقَالَ ، الرَّجْمَ هَذَا عَلَى امْرَأَةٍ وَإِنَّ عَامَ ، وَتَعْرِيْبَ مِائَةِ جَلْدَ ابْنِي عَلِيَّ  
 يَا وَاعْدُ عَامَ ، وَتَعْرِيْبُ مِائَةِ جَلْدُ ابْنِكَ وَعَلِيَّ ، رَدُّ وَالْعَنْمَ لِيْدَةُ الْوَا ، اَللَّهُ يَكْتَابُ بَيْنَكُمْمَا لِأَقْضِيْنَ بِيَدِهِ ، نَفْسِي وَالَّذِي  
 اَللَّهُ رَسُوْلٌ فَأَمْرِيْهَا ، فَاعْتَرَفْتُ ، عَلَيْهَا فَعَدَا : قَالَ فَارْجُمُهَا ، اعْتَرَفْتُ فَإِنْ هَذَا ، امْرَأَةٌ إِلَى . أَسْلَمَ مِنْ أَنْ يُسْلِرَ جُلْ  
 (الجمعة رواه) . فَرُجِمَتْ . صم

Artinya: “Dari Abu hurairah dan Zaid bin Khalid r.a.: sesungguhnya seorang lelaki Arab Badwi datang menghadap Rasulullah SAW. Seraya berkata: “Ya Rasulullah saya tidak memohon kepada engkau selain putusan bagiku berdasarkan kitabullah (Al-Qur’an). “perwayat yang lain dan dia lebih mengerti dari pada dia, berkata: “Ya, putuskanlah kami berdasarkan kitabullah dan izinkan saya, : “lalu beliau bersabda: Katakan (jelaskan dulu perkaranya), “Dia berkata, “Sesungguhnya anak saya menjadi buruh pada orang ini lalu ia bezina dengan istri majikan ini. Dan sesungguhnya saya telah beritahu bahwa hukuman atas anak saya ini adalah rajam lalu saya menebusnya dengan seratus ekor kambing dan seorang hamba wanita. Setelah saya menanyakan ulam, lalu memberitahukan saya bahwa hukuman atas anak saya dera seratus kali dan hukuman buangan setahun; Dan sesungguhnya atas istri majikannya itu adalah rajam. “ Lalu Rasulullah bersabda: Demi Allah yang jiwaku di tangan-Nya, sungguh saya akan memutuskan perkara anatara kamu berdasarkan kitabullah; Hamba sahaya dan kambing itu ambil kembali. Dan hukuman atas anakmu, dera seratus Jika ia mengakui perbuatannya, maka rajamlah dia” (Muttafaq ‘alaih dan susunan matan hadits ini menurut riwayat Muslim)kali dan

pembuangan/pengasingan setahun. Pergilah wahai Unais kepada istri lelaki itu. Jika ia mengakui perbuatannya, maka rajamlah dia” (Muttafaq ‘alaih dan susunan matan hadits ini menurut riwayat Muslim)

Dalam hal ini zina zina terbagi dua yaitu:

1. Zina muhsan ialah perzinaan antara laki-laki dan perempuan yang belum menikah. Hukumannya adalah didera seratus kali sebagaimana yang terdapat dalam nas Al-qur’an.

وَالْيَوْمَ بِاللَّهِ تَوَكَّلُونَ كُنْتُمْ إِذْ لَمْ يَكُنْ دِينٌ فِي أَفْئَرٍ بِهِمَا تَأْخُذُكُمْ وَلَا تُجْلَدُ مِائَةً مِنْهُمَا وَاحِدٌ كُلٌّ فَاجْلِدُوا وَالرَّائِي لِرَأْيِيَّةِ  
المؤمنين من طائفة عذابهما وليشهد الآخر

Artinya: “Wanita yang berzina dan laki-laki yang berzina, maka derahlah tiap-tiap seorang dari keduanya seratus kali dera, dan janganlah belas kasihan kepada keduanya sampai mencegah kamu untuk (menjalankan) agama Allah, jika kamu beriman kepada Allah dan hari

akhirat, dan hendaklah (pelaksanaan) hukuman terhadap mereka disaksikan oleh sekumplan orang-orang yang beriman. (QS. An-Nuur (24):2)

Namun sebagian ulama fiqih menambahkan hukuman dengan diasingkan selama satu tahun, dengan berpegang pada hadits Rasulullah Saw bersabda:

الآخرة لك ولا يس الأولى لك فإن النظر، النظر ت تبع لا علي، يا

Artinya: “ Jika yang belum menikah berzinah dengan yang belum menikah maka hukumannya di dera seratus kali dan diasingkan selama setahun.

2. Zina Ghair Muhsan ialah perzinahan antara laki-laki dan perempuan yang

sudang menikah. Hukuman bagi pezina yang sudah menikah adalah

dirajam dengan batu kerikil sampai mati. Ada yang berpendapat didera

lalu dirajam .

Pendapat yang pertama adalah pendapat mayoritas ulama, sementara pendapat yang kedua, adalah pendapat yang menyatukan anatar hukuman dera dan rajam, pendapat tersebut merupakan pendapat mazhab Zhahiriyah dan iman Ahmad bin Hanbal. Pendapat yang kedua berdalil dengan hadits yang diriwayatkan dari Ubadah bin al-Shamit. Dari Nabi Saw, dia berkata:

سَبِيلاً وَسَاءَ فَلَاحِشَةً كَانَ ' إِنَّهُ لَزَنَى تَقْرَبُوا وَلَا

Artinya: “ Pelaku zina yang sudah menikah (laki-laki ataupun perempuan) di dera dan dirajam dengan batu.

c. Tujuan hukuman pidana zina

Sanksi terhadap pelaku zina demikian berat, mengingat dampak negatif yang ditimbulkan akibat perbuatan zina, baik terhadap diri, keluarga, dan masyarakat. Di antara dampak negatif, yaitu sebagai berikut:

1. Penyakit kelamin seperti virus HIV Aids, penyakit gonorrhoe atau syphilis, merupakan penyakit yang mencemaskan. Penyakit tersebut terjangkit melalui hubungan kelamin. Di beberapa negara, terutama negara-negara yang mentolerir, paling tidak memberikan peluang kepada warganya melakukan perzinahan, termasuk Indonesia telah dirisaukan dengan isu mewabahnya penyakit kelamin yang membahayakan.
2. Perbuatan zina, menjadikan seseorang enggan melakukan pernikahan sehingga dampak negatifnya cukup kompleks, baik terhadap kondisi mental maupun fisik seseorang.
3. Keharmonisan hubungan suami istri akan berkurang lantaran salah satu pihak, yaitu suami atau istri telah mengadakan hubungan dengan lawan jenisnya bukan dengan suami/istrinya yang sah. Ketidakpuasan dalam pemenuhan seksual antara suami istri besar kemungkinan menimbulkan ketidakharmonisan hubungan dalam keluarga.

4. Di Negara-negara yang menghormati kesusilaan, masyarakatnya akan mencela seorang wanita yang hamil tanpa ada suami yang sah, terutama di Indonesia.

## 2. Qodzaf

Qodzaf menurut bahasa adalah ramyu asy-syai yang artinya melempar sesuatu. Maksud yang dikendaki syara' adalah melemparkan tuduhan zina (wathi) kepada orang lain atau tidak mengakui keturunan (nasab) dari istri yang sah.

Bentuk qodzaf ini dapat berupa ucapan, seperti 'engkau telah berzina', atau menyebar luaskan berita yang menyatakan bahwa seorang telah berzina. Bentuk lain adalah pengingkaran terhadap nasab. Tidak mengakui keturunan atau menyangkal janin dalam kandungan seorang tersebut istri. Bentuk terakhir ini biasanya terjadi dalam rumah tangga. Bila tuduhan suami tersebut dapat dibuktikan, maka si istri dapat dikenakan hukuman hadd zina, dan bila ternyata tuduhan itu tidak dapat terbukti, maka si suami dapat dikenakan hukuman hadd qodzaf. Akan tetapi untuk menghindari hukuman tersebut, (suami dan istri) dapat bermula'anah (li'an, walaupun resikonya sangat berat, karena telah berani berbohong di hadapan Allah SWT, maka siksa yang berat akan di dapat di akhirat nanti.

Satu prinsip dalam Fiqh Jinayah adalah bahwa seorang yang menuduh orang lain dengan suatu yang haram itu. Apabila tuduhannya itu tidak dapat terbukti, maka diwajibkan dikenakan hukuman.

Asas legalitas Jarimah Qazaf secara jelas disebutkan dalam al-Qur'an:

وَالصَّادِقِينَ لَمَنْ إِنَّهُ بِاللهِ شَهَادَاتٍ أَرْبَعٌ أَحَدُهُمْ فَشَهَادَةُ أَنْفُسِهِمْ إِلَّا هَدَاءُ شِدْ لَهُمْ يَكُنْ وَلَمْ أَزْوَاجَهُمْ يَرْمُونَ الَّذِينَ وَ  
الكَاذِبِينَ لَمَنْ إِنَّهُ بِاللهِ شَهَادَاتٍ أَرْبَعٌ تَشْهَدُ أَنْ الْعَذَابَ عَنْهَا يَدْرُؤُا وَ الْكَاذِبِينَ مَنْ كَانَ إِنْ عَلَيْهِ اللهُ لَعْنَةٌ أَنْ الْخَامِسَةَ  
الصَّادِقِينَ مَنْ كَانَ إِنْ عَلَيْهَا اللهُ غَضَبٌ أَنْ الْخَامِسَةَ وَ

Artinya: “Dan orang-orang yang menuduh isterinya (berzina), padahal mereka tidak ada mempunyai saksi-saksi selain diri mereka sendiri, maka persaksian orang itu ialah empat kali bersumpah dengan nama Allah, sesungguhnya dia adalah termasuk orang-orang yang benar. Dan (sumpah) yang kelima, bahwa laknat Allah atasnya jika ia termasuk orang-orang yang berdusta. Istrinya itu dihindarkan dari hukuman dengan bersumpah empat kali atas nama Allah

(bahwa) sesungguhnya sauminya itu benar-benar termasuk orang-orang yang berdusta, dan sumpah yang kelima, bahwa laknat Allah atasnya bila suaminya itu termasuk orang-orang yang benar. (Qs. An-Nuur (24): 6-9.

هُمُ أَوْلَئِكَ وَ أَبَدًا شَهَادَةٌ لَهُمْ تَقْبَلُوا لَا وَ جَلْدَةٌ ثَمَانِينَ فَاجْلِدُوهُمْ شُهَدَاءَ بِأَرْبَعَةٍ يَأْتُوا لَمْ تَمَّ صَنَاتِ الْمُدَّ يَرْمُونَ الَّذِينَ وَ  
رَحِيمٌ غَفُورٌ اللهُ فَإِنْ أَصْلَحُوا وَ ذَلِكَ بَعْدَ مِنْ تَابُوا الَّذِينَ إِلَّا الْفَاسِقُونَ

Artinya: “Dan orang-orang yang menuduh wanita-wanita yang baik-baik (berbuat zina) dan mereka tidak mendatangkan empat orang saksi, maka derahlah mereka (yang menuduh itu) delapan puluh kali derah, dan janganlah kamu teriak kesaksian mereka buat selama-lamanya. Dan mereka itulah orang-orang yang fasik. Kecuali orang-orang yang berdaulat sesudah itu dan memperbaiki (dirinya) maka sesungguhnya Allah Maha Pengampun lagi Maha Penyayang. (QS. An-Nuur (24):4.

عَظِيمٌ عَذَابٌ لَهُمْ وَالْآخِرَةُ الدُّنْيَا فِي نَوَالِ الْمُؤْمِنَاتِ الْغَافِلَاتِ الْمُحْصَنَاتِ يَرْمُونَ الَّذِينَ إِن

Artinya: “Sesungguhnya orang-orang yang menuduh wanita yang baik-baik, yang lengah lagi beriman (berbuat zina), mereka kena laknat di dunia dan akhirat, dan bagi mereka azab yang besar. (QS. An-Nur (24):23.

Dalam jarimah qodzaf ini beberapa unsur yang harus ada sehingga dapat dikatakan sebagai suatu jarimah, yaitu pertama, adanya ucapan yang mengandung tuduhan atau penolakan terhadap keturunan, kedua tertuduh haruslah selamat dari tuduhan tersebut. dan ketiga adanya kesengajaan untuk berbuat jahat atau adanya itikad yang tidak baik.

### 3. Riddah (al-Murtad)

Secara etimologi riddah memiliki akar kata yang sama dengan irtidad, keduanya berasal dari akar kata radd yang berarti “berbalik kembali”. Irtidad dapat berarti pula tahawwul atau berubah. Penggunaan kata tersebut lebih jelas terlihat dalam kalimat berikut: irtadda fulan ‘an dinihi (Fulan kembali dari agamanya). Maksudnya adalah kafara ba’da islamihi (kafir sesudah Islamnya). Istilah riddah (irtidad) secara umum, berarti kembali dari suatu agama atau akidah. Dengan demikian, riddah berarti sama dengan apostasy dalam bahasa inggris. Sedangkan orang yang melakukannya disebut murtad apostate.

Sedangkan secara istilah, riddah (irtidad) berarti kembali dari agama Islam kepada kekafiran, baik dengan niat atau perbuatan kongkrit Istilah riddah secara histories,

dihubungkan dengan kembalinya suku/kabilah Arab (selain Quraish dan Tha'qif) kepada kepercayaan lama mereka, setelah meninggalnya nabi Muhammad. Di antara mereka ada yang menuntut pembebasan kewajiban zakat. Suku-suku/kabilah itu adalah Hawazim, Sulaim, Bahrain, Amman, Yaman. Kepada mereka Abu Bakar sebagai kholifah mulamula mengirimkan surat peringatan agar kembali ke agama Islam.

Para fuqaha sepakat bahwa menyekutukan Allah atau mengingkari-Nya atau menafikan-Nya sifat-sifat-Nya, atau menetapkan bagi Allah sesuatu yang diingkari-Nya seperti anak, mengingkari hari akhir, mengingkari hari hisab, mengingkari surga-neraka mengingkari malaikat adalah perbuatan yang menjadikan seseorang kafir. Oleh karena itu, apabila tindakan tersebut dilakukan oleh orang-orang yang beriman, maka dia dapat dianggap murtad. Demikian juga orang Islam yang mengingkari masalah yang ditetapkan dengan dalil yang mutawatir seperti wajibnya salat, juga dianggap murtad. Selain itu, orang Islam yang menyatakan tentang qodimnya alam, juga dianggap murtad. Semua perbuatan tersebut, termasuk dalam kategori riddah fil I'tiqad yang berhubungan dengan hak Allah.

Disamping itu, mengingkari apa yang ada dalam al Qur'an, meragukan I'jaz al-Qur'an, mendustakan risalah Nabi, menghalalkan yang diharamkannya juga dapat menyebabkan seseorang menjadi murtad fi al-i'tiqod.

Sedangkan perkataan yang menyebabkan riddahnya seseorang (riddah fi al-aqwal) meliputi sumpah palsu dengan nama Allah, sumpah dengan selain agama Islam, mencaci-maki Allah dan hukumnya, mencaci-maki Rasul, dan mencaci-maki Istri-istri Rasul.

Yang termasuk riddah fi al-af'al adalah dengan sengaja mengotori atau mencela al Qur'an dan Hadits sebagai sumber hukum Islam. Demikian pula orang yang menghalalkan ganja dan sejenisnya, apalagi memakainya.

Sedangkan yang termasuk riddah at-tark adalah riddah karena meninggalkan perintah agama seperti salat, zakat, puasa.

Disamping itu, ada persyaratan yang harus dipenuhi seseorang untuk bisa disebut murtad. Seseorang dapat dianggap murtad, apabila memenuhi syarat aqil, baligh, dan mempunyai kebebasan bertindak. Jadi, apabila seorang mukalaf (orang yang akil dan baligh) melakukan tindakan yang mengandung unsur-unsur kemurtadan dengan secara terang-terangan baik dengan perkataan maupun perbuatan, orang tersebut dikatakan telah murtad. Dengan ketentuan tersebut, berarti apabila tindakan yang mengandung kemurtadan dilakukan oleh anak kecil yang belum baligh dan berakal, atau dilakukan oleh orang gila, atau dilakukan dalam keadaan terpaksa, orang tersebut tidak dianggap murtad. Demikianlah persyaratan tentang orang murtad (orang yang melakukan riddah).

Riddah itu sendiri mempunyai implikasi hukum baik pidana maupun perdata. Dalam literatur fiqh, para fuqaha mengkatagorikan riddah sebagai jarimah hudud. Yakni suatu tindak pidana yang hukumanya jelas telah ditetapkan oleh nash (teks) dan tidak boleh dikurangi dalam bentuk apapun. Dalam hal ini, pelakunya wajib dibunuh.

Secara keperdataan orang murtad akan kehilangan hak-hak keperdataannya seperti ditanggungkannya tindakan yang berkaitan dengan kebendaan, hilangnya hak kewarisan dan batalnya perkawinan. Apabila ia bertaubat dan masuk Islam kembali, hak kepemilikannya akan kembali. Apabila ia mati, terbunuh atau di daerah musuh, semua hak miliknya hilang. Hartanya masuk dalam kas negara ( baitul-mal).

Dengan demikian, yang dimaksud dengan murtad (riddah) adalah: keluarnya seorang muslim dari agama yang dianutnya (agama islam) kepada kekafiran dengan menyatakan atau melakukan sesuatu yang menyebabkan orang tersebut kafir.

Umpunya mengingkari adanya Tuhan, mendustakan Rasulullah, menghalalkan yang haram, mengharamkan yang halal, menyembah kepada berhala, melemparkan kitab suci al-Qur'an ke dalam kotoran, dan lain-lain.

Adapun Syarat-syarat murtad (riddah)

Seorang dapat dinyatakan murtad dengan persyaratan sebagai berikut:

1. Berakal, karena tidak murtadnya orang gila.

2. Telah mencapai usia baligh (dewasa), karena tidak murtadnya anak kecil yang telah mencapai usia mumayyiz menurut ulama Syafi'iyah, sementara jumbuh ulama berpendapat sebaliknya.

3. Dilakukan atas kehendak sendiri, karena tidak sah murtadnya orang yang dipaksa, dengan catatan hatinya tetap bersih teguh dalam keimanannya.

Dalam hubungan ini, seorang Sahabat Nabi bernama 'Ammar ibn Yasir pernah dipaksa mengucapkan kata-kata kekufuran (kalimat la-kufr) sehingga ia terpaksa mengucapkannya, maka terunlah ayat 106 surat al-Nahl:

اللَّهُ مِنْ غَضَبٍ فَعَلَيْهِمْ صَدْرًا بِالْكَفْرِ شَرَحَ مَنْ وَلَكِنْ بِالْإِيمَانِ مُطْمَئِنٌّ وَقَلْبُهُ أَكْرَهُ مَنْ إِلَّا إِيْمَانِهِ بَعْدَ مَنْ بِاللَّهِ كَفَرَ مَنْ عَظِيمٌ عَذَابٌ وَلَهُمْ

Artinya: “barangsiapa yang kafir kepada Allah sesudah dia beriman (dia mendapat kemurkaan Allah) kecuali orang yang dipaksa kafir, padahal hatinya tetap tenang dalam beriman (dia tidak berdosa). Akan tetapi, orang yang melapangkan dadanya untuk kekafiran, maka kemurkaan Allah menimpahnya dan baginya Azab yang besar. (Q.S. AL-Nahl (16): 106.

#### 4. Minum Khamr

Ada beberapa yang diberikan oleh para ulama berkenaan dengan jarimah ini. Al-Bughari memberikan nama syaribul kahmar, atau Dawud menamakannya al-haddu fil

khamr. Ibnu Majah menyebutnya dengan Haddus sakran, Imam Srafi'i Haddul khamr dan Imam Hanafidengan haddus syurb.

Para ulama berbeda pendapat mengenai pengertian As-Syurbu (meminum). Menurut Imam Malik, Imam Syafi'i dan Imam Ahmad, sebagaimana dikutip oleh Abdul Qadir Audah bahwa pengertian As-Syurbu (meminum) adalah minum-meminum yang memabukan baik minuman tersebut dinamakan khamr atau bukan khamr, baik berasal dari perasan anggur maupun berasal dari perasan bahan yang lain. Sedangkan pengertian As-syurbu menurut Imam Abu Hanifah adalah meminum minuman khamr saja, baik yang diminum itu banyaj maupun

sedikit.

Dari pengertian tersebut dapat dikemukakan bahwa khamr menurut Imam Abu Hanifah adalah minuman yang diperoleh dari perasan Anggur. Dengan demikian imam Abu Hanifah membedakan antara khamr dan muskir (mabuk). Khamr diharamkan minumannya baik sedikit maupun banyak dan keheramannyaterletak pada dzatnya (lidzatihi). Adapun selain khamr yaitu muskir yang terbuat dari bahan-bahan selain dari perasan buah anggur yang sifatnya memabukan, keharamannnya tidak terletak pada minuman itu sendiri (lidzatihi), tetapi pada minuman terakhir yang menyebabkan mabuk. Jadi menurut Abu Hanifah orang yang muskir baru dikenakan hukuman apabila yang meminumnya tersebut mabuk. Apabila tidak mabuk maka tidak dikenai hukuman.

Tampaknya pendapat Imam Malik, Imam Syafi'i dan Imam Ahmadiyah yang diikuti oleh dunia Islam yakni bahwa minum khamr atau minum yang lain yang memabukan adalah haram, baik bannyak maupun sedikit.

Seperti yang dikemukakan oleh H. Arif Furqan, dkk dalam bukunya (Islam Dan Disiplin Ilmu Hukum). Delik pidana yang dimaksud dalam pembahasan ini yaitu seluruh tindakan untuk mengkonsumsi makanan atau minuman melalui pencernaan atau jaringan seperti penneyuntikan dan cara yang membuat pemakainya mengalami gangguan kesadaran.

Larangan ini dijelaskan oleh Allah dalam Surah al-Baqarah (2): 219.

Sebagai berikut:

مَاذَا وَيَسْأَلُونَكَ نَفْعَهُمَا ۗ مَنْ أَكْبَرُ وَإِثْمُهُمَا لِلنَّاسِ وَمَنَافِعُ كَبِيرٌ ۗ إِنَّهُمْ فِيهِمَا قُلٌّ ۗ وَالْمَيْسِرُ الْخَمْرُ عَنِ يَسْأَلُونَكَ  
تَنفَكَّرُونَ لَعَلَّكُمْ الْآيَاتِ لَكُمْ اللَّهُ يُبَيِّنُ كَذَلِكَ الْعَفْوَةَ قُلْ يُنْفِقُونَ

Artinya: “Mereka bertanya kepadamu tentang Khamar dan judi, katakanlah: “pada keduanya terdapat dosa yang besar dan beberapa manfaat bagi manusia, tetapi dosa keduanya lebih besar daripada manfaatnya.”Dan mereka bertanya kepadamu apa yang mereka nafkahkan. Katakanlah: yang lebih dari keperluan. ”Demikianlah Allah menerangkan ayat-ayat-Nya kepadamu supaya kamu berfikir. (QS,Al-Baqarah (2):219.

Kemudian dinyatakan tidak boleh melakukan sholat dalam keadaan mabuk sebagaimana dijelaskan dalam firman Allah sebagai berikut:

تَقُولُونَ مَا مُوَاتَعِدُ حَتَّىٰ سُكَارَىٰ وَأَنْتُمْ الصَّلَاةَ تَقْرَبُونَ لِمَا آمَنُوا الَّذِينَ أُيْهِيَ يَا

Artinya: “Hai orang-orang yang beriman, janganlah kamu shalat sedang kamu dalam keadaan mabuk, sehingga kamu mengerti apa yang kamu ucapkan. (QS. An-Nisa (4):43.

Dan terakhir tegas-tegas dinyatakan bahwa khamar salah satu perbuatan setan dan karenanya harus dijauhi. Hal ini dijelaskan dalam Al-Qur’an sebagai berikut:

تَقْلِحُونَ لَعَلَّكُمْ فَاجْتَنِبُوهُ الشَّيْطَانُ عَمَلٌ مِنْ رَجْسٍ وَالْأَزْلَامُ وَالْأَنْصَابُ وَالْمَيْسِرُ الْخَمْرُ إِنَّمَا آمَنُوا الَّذِينَ أُيْهِيَ يَا

Artinya: “Hai orang-orang yang beriman, sesungguhnya (minuman) khamar, berjudi, berkorban untuk berhala, mengundi nasib dengan panah adalah termasuk perbuatan setan. Maka jauhilah perbuatan-perbuatan itu agar kamu mendapat keberuntungan. (QS. Al-Maaidah (5): 90.

Unsur-unsur jarimah minum khamr;

1. Minum minuman yang memabukan

Seperti telah dijelaskan bahwa ketiga Imam Madzhab yaitu Imam Malik, Imam Syafi’i dan Imam Ahmad mengharamkan minuman khamr dan minuman lain yang memabukan baik sedikit maupun banyak dan baik mabuk atau tidak. Jadi dengan minum itu sendiri sudah merupakan jarimah. Disyaratkan benda yang memabukan itu itu berupa minuman, namun selain minuman tetap haram namun hukumnya bukan hukum Had melainkan hukuman ta’zir.

2. Ada niat yang melawan hukum (itikad jahat)

Yang dimaksud dengan itikad jahat adalah sudah tau bahwa minuman yang memabukan itu haram, tetapi tetap diminum juga. Oleh karena itu tidak dikenai sanksi seseorang yang minum minuman khamr atau minum lain yang memabukan, sedangkan ia tidak tahu bahwa yang diminum itu adalah minuman yang memabukan atau tidak tahu bahwa minuman itu haram.

5. Pencurian

Pengertian Pencurian

Kata pencurian adalah terjemahan dari kata bahasa Arab al-Sariqah, yang menurut etimologi berarti melakukan sesuatu tindakan terhadap orang lain secara tersembunyi, misalnya; istaraqqa al-sama'a (mencuri dengar) dan musaraqqat al-nazara (mencuri pandang).

Yang dimaksud dengan pencurian disini adalah mengambil harta orang lain secara diam-diam tanpa sepengetahuan pemiliknya. Dari definisi tersebut dapat dilihat bahwa Unsur-unsur pencurian adalah:

1. Mengambil harta secara diam-diam, pengambilan itu dapat dikatakan sempurna, jika harta itu diambil dari tempatnya dan telah dipindah tangan dari pemiliknya kepada pelaku pencurian.

2. Harta yang dicuri disyaratkan harta yang berharga, memiliki tempat penyimpanan yang layak dan sampai pada nisab.
3. Harta yang dicuri itu adalah harta orang lain dan tidak subhat.
4. Ada itikad tidak baik untuk memiliki harta yang bukan haknya.

Pelaku pencurian yang terbukti, baik berdasarkan dua orang saksi atau berdasarkan pengakuan dari pelaku, dapat dihukum dengan potong tangan.

Sebagaimana firman Allah:

اللَّهُ وَاللَّهُ مِنَ لَأَنْكَا كَسْبَا يَمَا جَزَاءَ أَيْدِيَهُمَا فَاقْطَعُوا السَّارِقَةَ وَالسَّارِقَ وَ  
حَكِيمٌ عَزِيزٌ

Artinya: “Laki-laki yang mencuri dan perempuan yang mencuri, potonglah tangan keduanya (sebagai) pembalasan bagi apa yang mereka kerjakan dan sebagai siksaan dari Allah. Dan Allah Maha Perkasa dan Maha Bijaksana. (QS. Al-Maaidah (4): 38.

Hukum potong tangan ini diterapkan apabila harta yang dicuri sampai pada nisab yang sudah ditentukan, para ulama berbeda pendapat mengenai ukuran nisab ini, Imam Syafi’i, Malik Dan Ahmad berpendapat bahwa nisabnya adalah seperempat Dinar emas atau tiga Dirham dan yang seharga dengannya. Sedangkan Hanafi menetapkan nisab sepuluh dirham.

#### 6. Hirabah (perampokan)

Perampokan adalah pengambilan harta orang lain secara terang-terangan atau disertai dengan kekerasan. Tindakan ini dapat dilakukan oleh satu kelompok atau satu orang yang memiliki kekuatan untuk melakukan intimidasi terhadap orang lain. Sumber hukum dari jarimah hirabah ini adalah ayat al-qur'an yang berbunyi:

أَرْجُلُهُمْ وَآيْدِيَهُمْ تُقَطَّعُ أَوْ يُصَلَّبُونَ أَوْ يُقْتَلُونَ أَنْ فُسَاداً تُارِضُ فِي يَسْعُونَ وَرَسُولَهُ وَاللَّهُ يُحَارِبُونَ الَّذِينَ جَزَاءُ إِيْمَا عَظِيمٍ عَذَابُ الْآخِرَةِ فِي لَهُمْ وَالدُّنْيَا فِي خِزْيٍ لَهُمْ ذَلِكَ الْآرِضُ مِنْ يَنْفُوا أَوْ خِلَافٍ مِنْ

Artinya: "Sesungguhnya pembalasan terhadap orang-orang yang memerangi Allah dan rasul-Nya dan membuat kerusakan di muka bumi, hanyalah mereka dibunuh atau disalib, atau dipotong tangan dan kaki mereka dengan bertimbal balik[414], atau dibuang dari negeri (tempat kediamannya). yang demikian itu (sebagai) suatu penghinaan untuk mereka didunia, dan di akhirat mereka peroleh siksaan yang besar. (Qs. Al-Maidah (5): 33.

Atas dasar ini ulama mensyaratkan pada seorang perampok harus mempunyai kekuatan fisik untuk memaksa. Bahkan Imam Abu Hanifah dan Imam Ahmad mensyaratkan seorang prampok harus membawa senjata tajam, sedangkan menurut Imam Syafii.yang penting seorang perampok harus mempunyai kekuatan fisik untuk memaksa bahkan Imam Maliki menganggap pelaku perampokan cukup menggunakan tipu daya tanpa menggunakan kekuatan dan dalam keadaan tertentu menggunakan anggota tubuh, seperti meninju dan memukul dengan kepalan tangan.

Sanksi bagi pelaku perampokan menurut Imam Malik ialah perampokan itu diserahkan kepada hakim untuk memilih hukuman mana yang lebih sesuai dengan perbuatan dari alternatif hukuman yang tercantum dalam Surah Al- Maaidah ayat 33 tersebut. Hanya saja Imam Malik membatasi pilihan tersebut untuk selain dibunuh atau disalib. Akan tetapi jika pelaku perampokan bertaubat sebelum perkaranya diangkat kepengadilan (menyerahkan diri) khususnya pada pelaku yang hanya mengintimidasi dan merampas harta.

Adapun syarat-syarat pelaku hirabah yang dapat dikenakan hukuman adalah:

1. Pelaku Hirabah orang mukallaf.
2. Pelaku hirabah membawa senjata.
3. Lokasi hirabah jauh dari keramaian.
4. Tindakan hirabah secara terang-terangan.

#### 7. Bughat (Pemberontakan)

Pengertian Bughat

Ada perbedaan dikalangan ulama dalam memberikan definisi pemberontakan (al-Baghy). Ulama Malikiyyah mengartikan dengan penolakan untuk taat kepada Imam yang telah ditetapkan, tanpa ada upaya untuk mengulingkannya. Ulama Hanafiyah mendefinisikan dengan keluarnya seorang dari ketaatan kepada yang iama yang tanpa alasan. Sedangkan ulam Syafi'iyah lebih cenderung kepada pengertian bahwa al-

Bagyuitu adalah sekelompok orang beserta pememimpinnya yang menyalahi imam dengan car tidak mentaati dan melepaskan diri darinya serta menimbulkan kekacauan.

Tindakan larangan ini ditegaskan dalam firman Allah Swt yang berbunyi :

تَفِيءَ حَتَّىٰ تَبْغِيَ الَّتِي فَقَاتِلُوا الْآخَرَىٰ عَلَىٰ إِحْدَاهُمَا بَعْتَ فَإِنَّ بَيْنَهُمَا فَاصْلِحُوا اقْتَتَلُوا الْمُؤْمِنِينَ مِنْ طَائِفَتَانِ وَإِنِ  
الْمُؤْسِطِينَ يُجِبُّ اللَّهُ إِنِّ طَّوَّاقِسْطُوا عَدْلًا بَالًا بَيْنَهُمَا فَاصْلِحُوا فَاءَتْ فَإِنَّ اللَّهَ أَمْرٌ إِلَىٰ

Artinya: “Dan jika ada dua golongan dari orang-orang mukmin berperang maka damaikanlah antara keduanya. Jika salah satu dari kedua golongan itu berbuat aniaya terhadap golongan yang lain, maka perangilah golongan yang berbuat aniaya itu sehingga mereka kembali kepada perintah Allah. Jika golongan telah kembali (kepada perintah Allah), maka damaikanlah keduanya dengan adil. Dan berlaku adil, sesungguhnya Allah menyukai orang-orang

yang berlaku adil. (QS. Al-Hujarat (49): 9.

Upaya pemberontakan ini dapat dikatan sebagai kejahatan yang benarbenarkejahatan besar apabila terdapat beberapa unsur, yaitu :

1. Mempunyai idealisme atau motivasi untuk menggulingkan pemerintah.
2. Sifat gerakannya melawan pemerintahan yang sah.
3. Memiliki kekuatan atau senjata yang cukup kuat sebagai alat dan sarana untuk menjalankan upayanya.

4. Mempunyai camp base atau pusat sebagai daerah kekuasaan.
5. Memiliki pendukung yang cukup kuat.

Pemberontakan merupakan delik politik yang pada perkembangannya dapat mengancam eksistensi kekuasaan Negara. Dengan demikian setiap ada upaya yang mengarah kepada munculnya kekuatan-kekuatan yang tidak sejalan dengan pemerintah yang sah harus segera ditindak, sehingga tidak menimbulkan tekanan-tekanan terhadap stabilitas Negara.

#### B. Jarimah qishash dan diyat

Jarimah qishash dan diyat adalah jarimah yang diancam dengan hukuman qishash atau diyat, baik qishash maupun diyat keduanya sudah ditentukan oleh syara". Perbedaannya dengan hadd adalah bahwa hadd adalah hak Allah, sedangkan qishash atau diyat adalah hak manusia. Dalam hubungannya dengan qishash dan diyat adalah bahwa hukuman tersebut bisa dihapuskan atau dimaafkan oleh korban atau keluarga korban.

Hukuman qishash adalah sama seperti hukuman hudud, yaitu hukuman yang telah ditentukan oleh Allah di dalam Al-Qur'an dan Al-Hadits. Hukuman qishash ialah kesalahan yang dikenakan hukuman balas. Membunuh dibalas dengan dibunuh (nyawa dibalas dengan nyawa), melukai orang dibalas dengan melukai, mencederai dibalas dengan mencederai. Adapun kesalahan-kesalahan yang wajib dikenakan hukuman qishash ialah:

- a. Membunuh orang lain dengan sengaja.
- b. Menghilangkan atau mencederakan salah satu anggota badan orang lain dengan sengaja.
- c. Melukai orang lain dengan sengaja.

Hukuman membunuh orang lain dengan sengaja wajib dikenakan hukuman qishash kepada si pembunuh dengan dibalas bunuh. Sebagaimana Firman Allah SWT:

الْقَتْلَى فِي الْقِصَاصِ عَلَيْكُمْ كَتَبَ آمَنُوا الَّذِينَ أُيْهَى يَا

Artinya: “Hai orang-orang yang beriman, diwajibkan atas kamu qishash berkenaan dengan orang-orang yang dibunuh,....”.(QS Al baqarah: 178).

Hukuman menghilangkan atau mencederakan salah satu anggota badan orang lain atau melukakannya, wajib dibalas dengan hukuman qishash mengikuti kadar kecederaan atau luka seseorang itu juga mengikuti jenis anggota yang dicerderakan dan yang dilakukan tadi. Sebagaimana firman Allah SWT:

قِصَاصٌ وَالْجُرُوحَ بِالسِّنِّ وَالسِّنَّ بِالْأُذُنِ وَالْأُذُنَ بِالْأَنْفِ وَالْأَنْفَ بِالْعَيْنِ وَالْعَيْنَ بِالنَّفْسِ النَّفْسَ أَنْ فِيهَا عَلَيْهِمْ وَكَتَبْنَا  
الظَّالِمُونَ هُمْ فَأُولَئِكَ اللَّهُ أَنْزَلَ بِمَا يَحْكُمُ لَمْ وَمَنْ لَهُ كَفَّارَةٌ هُوَ قَدِ بِهِ تَصَدَّقَ فَمَنْ

Artinya: "Dan Kami telah tetapkan atas mereka di dalam kitab Taurat itu, bahawasanya jiwa dibalas dengan jiwa, dan mata dibalas dengan mata, dan hidung dibalas dengan hidung, dan telinga dibalas dengan telinga, dan gigi dibalas dengan

gigi, dan luka-luka juga hendaklah dibalas (seimbang). Tetapi barang siapa yang melepaskan hak membalasnya, maka ia menjadi penebus dosa baginya. Dan barang siapa yang tidak menghukum dengan apa yang telah diturunkan oleh Allah, maka mereka itulah orang-orang yang zalim." (QS Al-Ma'idah: 45).

Sedangkan hukuman diyat ialah harta yang wajib dibayar dan diberikan oleh pelaku kepada wali atau ahli waris korban sebagai ganti rugi yang disebabkan oleh pelaku atas korbannya. Hukuman diyat adalah hukuman kesalahan-kesalahan yang sehubungan dengan kesalahan qishash dan ia sebagai ganti rugi di atas kesalahan-kesalahan yang melibatkan kecederaan anggota badan atau orang yang dilukainya. Sedangkan kesalahan-kesalahan yang wajib dikenakan hukuman diyat ialah:

- a) Pembunuhan disengaja.
- b) Pembunuhan seperti disengaja.
- c) Pembunuhan yang tersalah (tidak sengaja).

Firman Allah SWT mengenai pembunuhan sengaja yang dimaafkan oleh wali atau ahli waris orang yang dibunuh. Maka bentuk hukumannya sebagai berikut:

بَعْدَ اعْتَدَىٰ فَمَنْ رَحِمَهُ رَبُّكُمْ مِنْ تَخْفِيفِ ذَلِكَ بِإِحْسَانٍ إِلَيْهِ وَأَدَاءً بِالْمَعْرُوفِ فَاتَّبِعْ شَيْءَ أَخِيهِ مِنْ لَهُ عَفْوٍ فَمَنْ أَلِيمٌ عَذَابٌ فَلَهُ ذَلِكَ

Artinya: "Maka barang siapa yang mendapat suatu pemaafan dari saudaranya, hendaklah (yang memaafkan) mengikuti dengan cara yang baik, dan hendaklah (yang

diberi maaf) membayar (diyat) kepada yang memberi maaf dengan cara yang baik (pula). yang demikian itu adalah suatu keringanan dari Tuhan kamu dan suatu rahmat. Barang siapa yang melampaui batas sesudah itu, maka baginya siksa yang sangat pedih”.(QS Al-baqarah: 178).

Dengan demikian ciri khas dari jarimah qishash-diyat adalah sebagai berikut:

- 1) Hukumannya sudah tertentu dan terbatas, dalam arti sudah ditentukan oleh syara“ dan tidak ada batas minimal atau maksimal.
- 2) Hukuman tersebut merupakan hak perseorangan (individu) dalam arti bahwa korban atau keluarganya berhak memberikan pengampunan terhadap pelaku.

Jarimah qishash dan diyat hanya ada dua macam, yaitu pembunuhan dan penganiayaan. Sedangkan Ahmad Hanafi menambahkan pembagian jarimah qisas-diyat yang lebih spesifik dan terbagi menjadi lima bagian, yaitu:

- 1) Pembunuhan disengaja (al-qatlul amdu).
- 2) Pembunuhan seperti disengaja (al-qatlu syibhul amdi).
- 3) Pembunuhan karena kekhilafan (tidak disengaja, al-qatlul khata“ ).
- 4) Penganiayaan sengaja (al-jarhul „amdu).
- 5) penganiayaan tidak disengaja (al-jarhul khata“ ).

C. Jarimah Ta“ zir

Dalam Hukum Islam, kata hudud dibatasi untuk hukuman karena tindak pidana yang disebutkan oleh Al Quran atau Sunah Nabi SAW, sedangkan hukuman lain ditetapkan dengan pertimbangan penguasa (qodhi) yang disebut ta" zir (mempermalukan pelaku pidana). ta" zir secara harfiah berarti

menghinakan pelaku pidana karena tindak pidananya yang memalukan. Dalam ta" zir, hukuman itu tidak ditetapkan dengan ketentuan (Allah dan Rasul-Nya), akan tetapi qodhi diperkenankan untuk mempertimbangkan baik bentuk hukuman yang akan dikenakan maupun kadarnya.

Artinya, yang termasuk golongan jarimah ini adalah perbuatan-perbuatan yang diancam dengan satu atau beberapa hukuman ta" zir. Pengertian ta" zir menurut bahasa ialah ta" dib artinya memberi pelajaran atau pengajaran. Tetapi untuk hukum pidana Islam istilah tersebut mempunyai pengertian tersendiri, seperti yang akan dijelaskan berikut ini. Syara" tidak menentukan macammacamnya hukuman pada tiap-tiap jarimah pada hukuman ta" zir, tetapi hanya menyebutkan sekumpulan hukuman dari yang ringan-ringannya sampai kepada yang seberat-beratnya. Dalam hal ini hakim diberi kebebasan untuk memilih hukuman mana yang sesuai dengan yang pelaku perbuat. Jadi, hukuman ta" zir tidak mempunyai batasan-batasan tertentu.

Ciri khas jarimah ta" zir adalah sebagai berikut:

- 1) Hukumannya tidak tertentu dan tidak terbatas, artinya hukuman tersebut belum ditentukan oleh syara" dan ada minimal dan maksimal.
- 2) Penentuan hukuman tersebut adalah hak penguasa (ulil amri/hakim).

Maksud pemberian hak penentuan jarimah-jarimah ta" zir kepada penguasa, ialah agar mereka dapat mengatur masyarakat dengan memelihara ketertiban dan kepentingan-kepentingannya serta bisa menghadapi keadaan yang mendadak dengan sebaik-baiknya. Sedangkan dalam hukum pidana Islam terbagi pula macam-macam hukuman ta" zir, yang mana sebagai berikut:

- a) Hukuman mati.
- b) Hukuman dera (jilid)
- c) Hukuman kawalan (penjara kurungan)
- d) Hukuman pengasingan
- e) Hukuman salib
- f) Hukuman peringatan
- g) Hukuman pengucilan
- h) Hukuman teguran
- i) Hukuman ancaman
- j) Hukuman penyiaran nama pelaku



beriman kepada Allah dan hari akhirat, dan hendaklah (pelaksanaan) hukuman terhadap mereka disaksikan oleh sekumplan orang-orang yang beriman.

(QS. An-Nuur (24):2)

b. Zina muhsan ialah perzinahan antara laki-laki dan perempuan yang sudah menikah. Hukuman bagi pezina yang sudah menikah adalah dirajam dengan batu kerikil sampai mati, Atau didera lalu dirajam. Atas dasar hadist nabi Muhammad SAW, yaitu:

رسول يا: ف قال، وسلم الأعراباً من رجلاً أن قالاً أمهناً، خالد بن زبيد، حريرة أبي عن الله بكتاب بيننا فاقض، نعم لهم أفة وهو -خر الآ الخضم الله، وقال بكتاب لي قضيت إلا الله كدشنا، الله أن أخبرت وإني، فزني بإمرته، هذا على عسيقا كان ابن إن: قال، "قل": صم الله رسول ف قال، وندلي وتعريب مائة جلد ابني على أن فأخبروني، العلم أهل فسألت، ووليدة شاة بمائة منه فاقتديت الرجم ابني على بينكما لأقضي بينه، نفسي والذي: وسلم عليه الله صلى الله رسول فقال، الرجم هذا على امرأة وإن عام، هذا، امرأة إلى. أسلم من أنيسلرجل يا وأعد عام، وتعريب مائة جلد ابنك وعلى، رد والعتم الوليدة، الله تابيك (الجمعة رواه). فرجمت. صم الله رسول أفامرية، فاعترفت، عليها فعدا: قال فارجمها، اعترفت فإن

Artinya: “Dari Abu hurairah dan Zaid bin Khalid r.a.: sesungguhnya seorang lelaki Arab Badwi datang menghadap Rasulullah SAW. Seraya berkata: “Ya Rasulullah saya tidak memohon kepada engkau selain putusan bagiku berdasarkan kitabullah (Al-Qur’an). “periwayat yang lain dan dia lebih mengerti daripada dia, berkata: “Ya, putuskanlah kami berdasarkan kitabullah dan izinkan saya, : “lalu beliau bersabda: katakana (jelaskan dulu perkaranya), “Dia berkata, “Sesungguhnya anak saya menjadi

buruh pada orang ini lalu ia berzina dengan istri majikan ini. Dan sesungguhnya saya telah beritahu bahwa hukuman atas anak saya ini adalah rajam lalu saya menebusnya dengan seratus ekor kambing dan seorang hamba wanita. Setelah saya menanyakan ulang, lalu memberitahukan saya bahwa hukuman atas anak saya dera seratus kali dan hukuman buangan setahun; Dan sesungguhnya atas istri majikannya itu adalah rajam “Lalu Rasulullah bersabda: Demi Allah yang jiwaku di tangan-nya, sungguh saya akan memutuskan perkara antara kamu berdasarkan kitabullah; Hamba sahaya dan kambing itu ambil kembali. Dan hukuman atas anakmu, dera seratus jika ia mengakui perbuatannya, maka rajamlah dia”

Sanksi terhadap pelaku zina demikian berat, mengingat dampak negatif yang ditimbulkan akibat perbuatan zina, baik terhadap diri, keluarga, dan masyarakat. Di antara dampak negatif, yaitu sebagai berikut:

- a. Penyakit kelamin seperti virus HIV Aids, penyakit gonorrhoe atau syphilis, merupakan penyakit yang mencemaskan. Penyakit tersebut terjangkit melalui hubungan kelamin. Di beberapa negara, terutama negara-negara yang mentolerir, paling tidak memberikan peluang kepada warganya melakukan perzinaan, termasuk Indonesia telah dirisaukan dengan isu mewabahnya penyakit kelamin yang membahayakan.
- b. Perbuatan zina, menjadikan seseorang enggan melakukan pernikahan sehingga dampak negatifnya cukup kompleks, baik terhadap kondisi mental maupun fisik seseorang.

- c. Keharmonisan hubungan suami istri akan berkurang lantaran salah satu pihak, yaitu suami atau istri telah mengadakan hubungan dengan lawan jenisnya bukan dengan suami/istrinya yang sah. Ketidakpuasan dalam pemenuhan seksual antara suami istri besar kemungkinan menimbulkan ketidakharmonisan hubungan dalam keluarga.
- d. Di Negara-negara yang menghormati kesusilaan, masyarakatnya akan mencela seorang wanita yang hamil tanpa ada suami yang sah, terutama di Indonesia.

