

315
HAN
1
er

**IDE DASAR TINDAK PIDANA
DALAM HUKUM ISLAM :
RELEVANSI DAN FORMULASINYA DALAM
PEMBAHARUAN HUKUM PIDANA INDONESIA**

TESIS

**Disusun Dalam Rangka Memenuhi Tugas Akhir Guna Memperoleh Gelar
Magister Ilmu Hukum Pada Program Magister Ilmu Hukum
Universitas Diponegoro**



Disusun oleh :

**NAMA : MARTHIKA HANINDYAH, SH
NIM : B4A. 001. 053
KAJIAN : SISTEM PERADILAN PIDANA
KELAS : REGULAR PAGI**

Pembimbing :

- 1. Prof. Dr. Barda Nawawi Arief, SH**
- 2. Eko Sopyono, SH. MH**

**PROGRAM MAGISTER ILMU HUKUM
UNIVERSITAS DIPONEGORO
SEMARANG
2003**

**IDE DASAR TINDAK PIDANA DALAM HUKUM ISLAM :
RELEVANSI DAN FORMULASINYA DALAM PEMBAHARUAN
HUKUM PIDANA INDONESIA**

Disusun oleh :

MARTHIKA HANINDYAH, SH
NIM. B4A 001 053

Tesis ini telah dipertahankan di hadapan
Dewan Penguji
Pada tanggal 15 April 2004

Pembimbing I



Prof. Dr. Barda Nawawi Arief, SH
NIP. 130 350 915

Pembimbing II



Eko Soponyono, SH, MH
NIP. 130 678 155

Mengetahui

Ketua Program Magister Ilmu Hukum



Prof. Dr. Barda Nawawi Arief, SH
NIP. 130 350 915

UPT-PUSTAK-UNDIP	
No. Daft:	387/T/MIH/01
Tgl.	4/3/05

ABSTRACT

Today in Indonesia there are efforts to renewing KUHP as a part of comprehensive renewing national criminal law. That proposal was done, not only for the reason that current KUHP is no longer appropriate with community development, but also the KUHP was considered as a colonial legacy and not appropriate with sovereign perspective of Indonesian. Accordingly, the contribution of Islamic Law that acknowledged as one of source in renewing Indonesian criminal law will be tested.

The point that need attention, based on main problem about the relevancy of criminal act in Islamic law toward KUHP concept that later will be proposed as a effort to renewing Indonesian criminal law. Normative juridical approach are main approach in this study, because the main problem is the policy to establish and propose types of criminal act that proposed in Islamic law to renewing Indonesian criminal law. Comparative juridical approach was used to understand the comparison criminal systems in several Islamic countries.

Based on the effort of renewing Indonesian criminal law, there is a need to examine the possibility of Islamic law contribution. Because between Islamic criminal law and the systems of living of Indonesian there are significant relevancy, so it is a value added for Indonesian criminal law contribution, whether based on modern justice purposes, the review of sociological, juridical and philosophical.

The efforts to formulize Islamic criminal law in the Concept of KUHP was done in article proposal about the types of criminal act so in the future can be a proposal with value added by considering religion law.

ABSTRAKSI

Dewasa ini di Indonesia sedang berlangsung upaya untuk memperbaharui KUHP sebagai bagian dari Usaha pembaharuan hukum pidana nasional yang menyeluruh. Usalah pembaharuan tersebut ditempuh, bukan hanya karena alasan bahwa KUHP yang sekarang ini diberlakukan dianggap sudah tidak sesuai lagi dengan perkembangan masyarakat, tetapi juga karena KUHP tidak lebih dari produk warisan penjajah dan tidak sesuai lagi dengan pandangan hidup bangsa Indonesia yang berdaulat. Sehubungan dengan hal itu, akan dikaji kemungkinan kontribusi dari hukum Islam yang diakui sebagai salah satu sumber dalam rangka pembaharuan hukum pidana Indonesia.

Hal yang perlu mendapat perhatian, bertitik tolak pada masalah pokok mengenai relevansi bentuk – bentuk tindak pidana dalam hukum Islam terhadap Konsep KUHP yang kelak akan diformulasikan dalam upaya pembaharuan hukum pidana Indonesia. Pendekatan yuridis normatif merupakan pendekatan utama dalam penelitian ini, karena yang menjadi pusat perhatian utama adalah kebijakan dalam menetapkan dan merumuskan bentuk – bentuk tindak pidana yang dirumuskan dalam hukum Islam ke dalam pembaharuan hukum pidana Indonesia. Pendekatan yuridis komparatif digunakan untuk memahami kajian perbandingan sistem pidana di beberapa negara Islam.

Sehubungan dengan upaya pembaharuan hukum pidana Indonesia, perlu dikaji kemungkinan kontribusi dari sumber hukum Islam. Karena antara hukum pidana Islam dengan sistem kehidupan masyarakat Indonesia terdapat relevansi yang sangat signifikan, sehingga merupakan nilai tambah bagi kontribusi hukum pidana Indonesia, baik menurut tujuan pemidanaan modern, tinjauan sosiologis, maupun yuridis dan filosofis.

Usaha memformulasikan hukum pidana Islam dalam Konsep KUHP dituangkan dalam perumusan pasal mengenai bentuk – bentuk tindak pidana agar kelak menjadi rumusan yang mempunyai nilai tambah dengan mempertimbangkan hukum agama.

" KATA PENGANTAR

Perkenankanlah pada kesempatan pertama dan utama ini, Penulis mengucapkan puji syukur yang sedalam dalamnya kepada Allah SWT, atas rahmat dan hidayahNya, sehingga Penulis dapat menyelesaikan tugas akhir di bidang studi Ilmu Hukum dan Sistem Peradilan Pidana pada Program Magister Ilmu Hukum Universitas Diponegoro Semarang.

Dalam kesempatan ini, ijinkanlah Penulis menghaturkan terima kasih yang sedalam – dalamnya kepada :

1. Prof. Dr. Barda Nawawi Arief, SH, selaku dosen pembimbing dalam penulisan Tesis ini dan sebagai Ketua Program Magister Ilmu Hukum (S2) Universitas Diponegoro. Selaku pembimbing, dengan penuh kesabaran memberikan bimbingan dan tuntunan yang sangat berharga bagi kelancaran penulisan Tesis ini, di samping itu beliau juga berkenan memberikan bahan - bahan atau materi yang sangat mendukung bagi penulisan Tesis ini.
2. Bapak Eko Soponyono, SH. MH, dengan penuh kesabaran memberikan bimbingan dan tuntunan yang sangat berharga bagi kelancaran penulisan Tesis ini. Kepada beliau Penulis haturkan terima kasih yang sedalam – dalamnya.
3. Kepada seluruh rekan – rekan staf anggaran DPKD Pemkot Semarang yang senantiasa selalu ikut menyumbangkan saran dan pemikiran demi kemajuan Penulis.

4. Kepada seluruh staf pengajar di lingkungan Program Magister Ilmu Hukum UNDIP yang telah memberikan ilmu selama Penulis menempuh pendidikan Magister Ilmu Hukum.
5. Kepada seluruh staf Sekretariat Program Magister Ilmu Hukum UNDIP yang telah banyak membantu Penulis selama Penulis menempuh pendidikan pada Program S2 Ilmu Hukum.
6. Kepada Bapak Ahmad Khisni, SH.MH yang telah banyak memberikan bahan literatur dan pengarahan yang berguna bagi penulisan Tesis ini.
7. Kepada seluruh rekan – rekan Angkatan 2001 Program Kajian Sistem Peradilan Pidana yang telah bersama – sama menjalani suka dan duka selama menempuh pendidikan di S2 Ilmu Hukum UNDIP.

Pada kesempatan ini pula Penulis menghaturkan terima kasih yang sedalam – dalamnya dan sebesar – besarnya kepada kedua orang tua, yang telah dengan sabar senantiasa memberikan semangat, dorongan, serta doa sehingga Penulis dapat menyelesaikan Tesis ini.

Juga kepada adikku yang selalu memberikan dorongan moril dan mendukung Penulis dalam menyelesaikan penulisan Tesis ini.

Akhirnya, Penulis berharap agar Tesis ini dengan segala kekurangannya, sekecil apapun dapat memberikan manfaat bagi para pembaca sekalian

Semarang, Maret 2004

MARTHIKA HANINDYAH

DAFTAR ISI

Judul	i
Abstract	ii
Abstrak	iii
Kata Pengantar	iv
Daftar Isi	vi
BAB I. PENDAHULUAN	1
A. Latar Belakang Masalah	1
B. Perumusan Masalah	7
C. Tujuan Penelitian	8
D. Manfaat Penelitian	8
E. Kerangka Pemikiran	9
F. Metode Penelitian	16
G. Sistematika Penulisan	18
BAB II. TINJAUAN PUSTAKA	20
A. Pengertian Hukum Pidana dan Hukum Pidana Islam	20
a. Pengertian Hukum Pidana	20
b. Pengertian Hukum Pidana Islam	24
B. Pengertian dan Ruang Lingkup Tindak Pidana dalam Hukum Pidana dan dalam Hukum Pidana Islam	27
a. Pengertian dan Ruang Lingkup Tindak Pidana dalam Hukum Pidana ...	27
b. Pengertian dan Ruang Lingkup Tindak Pidana dalam Hukum Pidana Islam	36
C. Pengertian dan Ruang Lingkup Pembaharuan Hukum Pidana	53
BAB III. HASIL PENELITIAN DAN PEMBAHASAN	
A. Jenis Tindak Pidana Dalam Hukum Islam dan Konsep KUHP	69
A.1 Tindak Pidana Perzinaan dalam Hukum Islam dan Konsep KUHP	69

A.1.1	Tindak Pidana Perzinaan dalam Hukum Islam	69
A.1.2	Tindak Pidana Perzinaan dalam Konsep KUHP	84
A.2	Tindak Pidana Pembunuhan dalam Hukum Islam dan Konsep KUHP	94
A.2.1	Tindak Pidana Pembunuhan dalam Hukum Islam	94
A.2.2	Tindak Pidana Pembunuhan dalam Konsep KUHP	104
A.3	Tindak Pidana Pencurian dalam Hukum Islam dan Konsep KUHP	110
A.3.1	Tindak Pidana Pencurian dalam Hukum Islam	110
A.3.2	Tindak Pidana Pencurian dalam Konsep KUHP	125
A.4	Kelayakan / Kepantasan Dimasukkannya Jenis Tindak Pidana dalam Hukum Islam ke Dalam Konsep KUHP	132
B.	Konsep / Ide dasar, Nilai – Nilai Bentuk – Bentuk Tindak Pidana Dalam Hukum Islam dan Formulasinya Dalam Pembaharuan Hukum Pidana Indonesia	152
B.1	Ide Dasar Tindak Pidana Perzinaan Dalam Hukum Islam	152
B.2	Ide Dasar Tindak Pidana Pembunuhan Dalam Hukum Islam	160
B.3	Ide Dasar Tindak Pidana Pencurian Dalam Hukum Islam	167
B.4	Formulasi Bentuk – Bentuk Tindak Pidana Dalam Hukum Islam Dalam Pembaharuan Hukum Pidana Indonesia	169
	BAB IV PENUTUP	186
A.	Kesimpulan	186

BAB I

PENDAHULUAN

A. Latar Belakang Masalah

Jimly Assidieqy pernah mengemukakan bahwa di Indonesia dewasa ini, sedang berlangsung usaha untuk memperbaharui Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP) sebagai bagian dari usaha pembaharuan hukum nasional yang menyeluruh. Usaha pembaharuan itu dilakukan, tidak hanya karena alasan bahwa KUHP yang sekarang ini diberlakukan dianggap sudah tidak sesuai lagi dengan tuntutan perkembangan masyarakat, tetapi juga karena KUHP tidak lebih dari produk warisan penjajah Belanda, dan karenanya tidak sesuai lagi dengan pandangan hidup bangsa Indonesia yang merdeka dan berdaulat. Bahkan, dapat dikatakan bahwa perlunya KUHP itu diperbaharui bertolak dari alasan-alasan yang bersifat politis, filosofis, sosiologis, dan bahkan alasan yang bersifat praktis karena adanya kebutuhan dalam praktek. Oleh karena itu, pembaharuan KUHP itu merupakan suatu keharusan yang tidak bisa ditawar. Karena itu, Indonesia yang telah memproklamasikan diri sebagai negara yang merdeka dan berdaulat pada tahun 1945, dalam hal ini dapat dianggap sangat lambat dalam usaha pembaharuan KUHP nya. Hingga kini, KUHP warisan penjajah Belanda yang diberlakukan belum juga kunjung digantikan dengan yang baru, meskipun konsep Rancangan KUHP barunya telah dirumuskan berkali-kali.¹

¹ Jimly Asshididieqy, *Pembaharuan Hukum Pidana Indonesia*, Angkasa, Bandung, 1996, halaman 1-2

Gagasan perubahan demi perubahan itu sendiri, pada dasarnya tidak terlepas dari pertimbangan-pertimbangan politis, filosofis, sosiologis dan pertimbangan praktis yang menjadi alasan dilakukannya pembaharuan KUHP itu. Salah satu implikasi dari pertimbangan-pertimbangan itu adalah bahwa perumusan ketentuan dalam KUHP baru itu seyogyanya merupakan produk kesadaran hukum masyarakat Indonesia sendiri atau, paling tidak, merupakan perumusan yang dekat dengan kesadaran hukum masyarakat Indonesia. Artinya, perumusan ketentuan hukum baru itu jangan sampai semata-mata merupakan produk kesadaran hukum Barat sebagaimana tampil dalam kenyataan KUHP lama yang merupakan warisan penjajah Belanda di Indonesia.

Oleh karena itu, salah satu masalah yang kemudian timbul dalam hubungan ini, adalah dari manakah sumber perumusan KUHP Baru itu harus diambil. Dengan menghindari idealisasi peranan hukum adat yang merupakan produk pengalaman historis kesadaran hukum masyarakat Indonesia sendiri dalam arti sempit, dalam kenyataannya, selama ini telah berkembang berbagai "sistem hukum" pada saat yang bersamaan, dalam arti bahwa selama ini yang terjadi adalah anggapan bahwa hanya hukum adat yang ideal / pantas untuk diadopsi dalam rangka pembaharuan hukum pidana Indonesia dan merupakan satu – satunya sumber hukum yang mampu menampung ide – ide dasar dari masyarakat Indonesia. Paling tidak, kehidupan hukum di Indonesia dewasa ini merupakan gabungan dari berbagai macam hukum, baik yang datang dari barat, sumber hukum adat, tradisi Islam, maupun dari sumber lainnya. Sehubungan dengan itu, mau tidak mau, usaha pembaharuan KUHP haruslah dilengkapi dengan kegiatan studi mengenai berbagai sumber tersebut. Artinya, pembaharuan ketentuan

mengenai bentuk-bentuk atau jenis pidana dalam KUHP lama, haruslah mempertimbangkan kemungkinan tradisi hukum dari sumber-sumber itu menjadi rumusan KUHP baru, khususnya menyangkut bentuk atau jenis pidana.

Sehubungan dengan itu, dalam rangka melaksanakan pembaharuan KUHP secara menyeluruh, perlu dikaji kemungkinan sumbangan tradisi hukum Islam atau hukum fiqih dalam rangka pembaharuan ketentuan mengenai bentuk pidana itu. Karena, hukum Islam (hukum fiqih) itu sendiri secara umum memang diakui sebagai salah satu sumber dalam rangka pembaharuan hukum di Indonesia, selain hukum adat dan hukum Barat. Bagaimanapun, hukum Barat, hukum adat, maupun hukum fiqih itu, mempunyai kedudukan yang sama sebagai sumber norma yang berasal dari aneka sumber itu ditetapkan, maka, ia tidak lagi disebut sebagai hukum barat, hukum adat, atau hukum Islam, tetapi ia menyandang predikat sebagai hukum nasional.

Selain itu, secara sosiologis, kedudukan hukum Islam (hukum fiqih) itu sendiri di Indonesia melibatkan kesadaran keagamaan mayoritas penduduk yang sedikit banyak berkaitan pula dengan masalah kesadaran hukum. Baik norma agama maupun norma hukum selalu sama – sama menuntut ketaatan. Apalagi jika norma hukum itu dibandingkan dengan aspek hukum dari norma agama itu, akan semakin jelaslah bahwa hubungan antara keduanya sangat erat satu sama lain . keduanya sama – sama menuntut ketaatan dan kepatuhan dari warga masyarakatnya. Oleh karena itu, keduanya haruslah dikembangkan secara searah, tidak dibiarkan saling bertentangan seperti yang berkembang dalam kenyataan dewasa ini.²

2 Ibid, Halaman 4 – 5

Masalah pembaharuan hukum pidana di Indonesia juga dikemukakan oleh Barda Nawawi Arief di dalam bukunya yang berjudul **Bunga Rampai Kebijakan Hukum Pidana** bahwa mantan Menteri Kehakiman Ismail Saleh pernah mengemukakan, bahwa ada tiga dimensi (“tiga tahap”) pembangunan hukum nasional, yaitu dimensi pemeliharaan hukum, dimensi pembaharuan hukum, dan dimensi penciptaan hukum. “Penggalian hukum” dalam konteks ini lebih dekat dengan dimensi / tahap kedua dan ketiga. Penggalian hukum merupakan suatu kebutuhan dan sekaligus merupakan konsekuensi logis untuk dapat melakukan pembaharuan dan penciptaan hukum baru / nasional

Di samping itu dikemukakan pula bahwa keinginan dan usaha untuk melakukan penggalian hukum tidak tertulis (baik yang bersumber dari hukum agama maupun dari hukum tradisional) sudah cukup banyak dan cukup lama dikemukakan di Indonesia. Hal ini banyak dikemukakan dalam tulisan – tulisan atau pendapat para ahli maupun terlihat dari hasil – hasil penelitian dan pertemuan ilmiah. Keinginan dan pernyataan – pernyataan perlunya digali norma – norma dan nilai – nilai hukum agama dan hukum tradisional, menunjukkan kesadaran perlunya digali hukum yang bersumber dan berakar pada nilai – nilai moral keagamaan. Kesadaran akan perlunya menggali dan memanfaatkan norma – norma hukum yang bersumber pada nilai – nilai budaya dan moral keagamaan di lain pihak menunjukkan kecenderungan adanya ketidakpuasan, keprihatinan dan “krisis kepercayaan” pada sistem hukum yang selama ini ada.

Kecenderungan demikian tampaknya juga menjadi kecenderungan dan keprihatinan kongres – kongres internasional di bidang hukum pidana dan kriminologi.³

Hal yang menarik dari kecenderungan internasional di dalam melakukan upaya pemikiran kembali dan penggalian hukum dalam rangka memantapkan strategi penanggulangan kejahatan yang integral, ialah imbauan untuk melakukan pendekatan yang berorientasi pada nilai, baik nilai – nilai kemanusiaan maupun nilai – nilai identitas budaya dan nilai - nilai moral keagamaan. Jadi terlihat imbauan untuk melakukan “pendekatan humanis”, “pendekatan kultural”, dan “pendekatan religius” yang diintegrasikan ke dalam pendekatan rasional yang berorientasi pada kebijakan. (“policy-oriented approach)

Imbauan untuk melakukan pendekatan kultural dan religius, menyebabkan pula adanya perhatian untuk “menoleh”, “mengkaji”, dan “menggali” sistem hukum atau keluarga hukum (“law family”) yang bersumber pada nilai – nilai hukum agama. Upaya melakukan kajian alternatif dari sudut keluarga hukum tradisional dan agama, , terlihat misalnya pada kongres internasional ke-10 mengenai kriminologi pada tahun 1988 di Hamburg, Jerman yang menampilkan pembicara dari Arab Saudi (yaitu M. Aref dan M. Zeid) dan dari Beijing, Cina (yaitu Xiang Guo)⁴

Karena penggalian hukum bermaksud untuk mencari dan menemukan nilai – nilai yang dapat diangkat / dijadikan sebagai nilai – nilai hukum nasional, maka penggalian dan pengkajian hendaknya ditujukan pada konsep – konsep atau

³ Barda Nawawi Arief, *Bunga Rampai Kebijakan Hukum Pidana*, PT Citra Aditya Bakti, Bandung, 1996, halaman 326 - 327

⁴ Ibid, Halaman 328

ide – ide dasar yang merupakan pokok – pokok pemikiran strategis dalam memecahkan masalah – masalah pokok dalam pembangunan nasional. Masalah pokok itu antara lain mengenai “pembangunan manusia seutuhnya”, “peningkatan kualitas manusia dan masyarakat (lingkungan hidup)”, “peningkatan kesejahteraan umum”, “pemerataan pembangunan, pendapatan dan keadilan sosial”, “perlindungan hak asasi masyarakat” atau masalah “pembangunan dan penegakan hukum yang berke-Tuhan-an YME, yang berperikemanusiaan, yang adil dan beradab, dan berkeadilan sosial”.

Khususnya dalam rangka mengisi upaya pembaharuan hukum pidana nasional, maka penggalian hukum yang bersumber dari nilai – nilai hukum agama (khususnya agama Islam) seyogianya diarahkan pada prinsip – prinsip dan pokok – pokok pemikiran yang berhubungan dengan materi / substansi / masalah pokok dalam bidang hukum pidana, yaitu masalah tindak pidana, masalah kesalahan atau pertanggungjawaban pidana dan mengenai masalah pidana dan ppidanaan⁵

Dalam rangka mengkaji lebih jauh kemungkinan kontribusi hukum Islam terhadap hukum pidana nasional, diperlukan analisa yang dilakukan secara komparasi (perbandingan). Di dalam ilmu perbandingan hukum, Konsep KUHP Indonesia telah diperbandingkan dengan hukum pidana dari berbagai negara. Perbandingan ini meliputi berbagai aspek dan substansi dari hukum tersebut. Bertolak dari pemikiran diatas, dapat dikemukakan bahwa Konsep KUHP Indonesia dapat pula diperbandingkan norma hukum lain yang terdapat di Indonesia, misalnya hukum Islam, mengingat mayoritas dari warga negara

⁵ Ibid, halaman 330

Indonesia memeluk agama Islam. Hal ini berarti terdapat kelebihan serta kekurangan dari kedua hukum tersebut apabila diterapkan di Indonesia, untuk kemudian di analisa mengenai kemungkinan adanya kontribusi dari hukum Islam dalam rangka pembaharuan hukum pidana Indonesia.

Uraian di atas merupakan gagasan yang diambil dari suatu sistem hukum, yakni hukum Islam yang seyogianya dapat di ambil suatu segi positif yang kiranya dapat diformulasikan dalam upaya pembaharuan hukum pidana di Indonesia.

B. Perumusan Masalah

Guna memberikan arah agar penulisan ini relatif lebih efektif dan efisien, kiranya perlu pembatasan – pembatasan baik yang menyangkut objek penulisan dan sasaran penulisan. Sebab menyusun suatu penulisan hukum tanpa adanya pembatasan – pembatasan yang dimaksud, tentunya akan menjadi terlalu luas dan justru akan menyulitkan penulis di dalam menarik suatu kesimpulan yang objektif dan dapat dipertanggungjawabkan kebenarannya secara ilmiah.

Sehubungan dengan itu, maka penulis yang mendasari penulisan hukum ini pun tidak lepas dari pembatasan – pembatasan tertentu. Ruang lingkup penulisan ini terbangun dari pembatasan – pembatasan tersebut yang penulis tuangkan ke dalam suatu masalah pokok.

Permasalahan di dalam penulisan tesis ini akan dibatasi pada bentuk – bentuk tindak pidana yaitu

- a. perzinaan,
- b. pembunuhan

c. dan pencurian.

Beberapa hal yang perlu mendapatkan perhatian penulisan ini bertitik tolak pada suatu masalah pokok yaitu, bagaimanakah relevansi mengenai bentuk – bentuk tindak pidana dalam hukum Islam terhadap Konsep KUHP agar dapat dimasukkan ke dalam Konsep KUHP, dan dari relevansi tersebut akan diformulasikan dalam upaya pembaharuan hukum pidana di Indonesia. Dari masalah pokok tersebut kemudian akan dirinci menjadi sub permasalahan antara lain :

1. Apakah jenis tindak pidana perzinaan, pembunuhan dan pencurian dalam hukum Islam pantas / layak dimasukkan ke dalam Konsep KUHP ?
2. Bagaimana konsep / ide dasar, nilai – nilai bentuk – bentuk tindak pidana dalam hukum Islam di formulasikan dalam upaya pembaharuan hukum pidana di Indonesia ?

C. Tujuan Penelitian

1. Untuk mengetahui bentuk – bentuk tindak pidana yang relevan dimasukkan ke dalam Konsep KUHP
2. untuk dapat mengetahui bagaimana Konsep KUHP memformulasikan bentuk – bentuk tindak pidana tersebut dalam upaya pembaharuan hukum pidana di Indonesia.

D. Manfaat Penelitian

1. Dari penelitian ini diharapkan dapat diketahui ruang lingkup hukum Islam dan hukum pidana nasional (Konsep KUHP) mengenai bentuk – bentuk tindak pidana dan tujuan pembedaan.

2. Diharapkan dapat diketahui perbandingan mengenai bentuk – bentuk tindak pidana dan tujuan pemidanaan yang diterapkan di dalam hukum pidana Islam maupun yang diterapkan di dalam Konsep KUHP.
3. Memberikan pengetahuan bagi masyarakat luas mengenai seberapa penting nilai – nilai religi, dalam hal ini hukum pidana Islam, untuk di kontribusikan ke dalam Konsep KUHP dalam rangka pembaharuan hukum di Indonesia

E. Kerangka Pemikiran

Banyak hal yang dapat dibahas menyangkut masalah agama dan keagamaan dalam hubungannya dengan upaya pembaharuan hukum pidana Indonesia. Hal ini dilatarbelakangi oleh keinginan untuk segera mereformasi atau memperbarui sistem hukum pidana Indonesia. Dengan berbagai cara, para perumus Rancangan KUHP telah berupaya untuk memformulasikan bermacam – macam masukan yang ditujukan kepada legislatif, hal ini terbukti dengan keluarnya Rancangan KUHP sejak tahun 60-an. Tetapi kenyataannya sekarang, Indonesia masih saja “setia” melaksanakan sistem hukum pidana yang “diwariskan” oleh penjajahan Belanda yang sudah tidak sesuai dengan :

1. Keadaan bangsa dan negara Indonesia sebagai negara yang merdeka dan berdaulat penuh, serta memiliki ideologi dan dasar negara sendiri yaitu Pancasila dan Undang – Undang Dasar 1945
2. Kondisi kemajuan dan perkembangan teknologi modern, diikuti pula dengan arus globalisasi dan modernisasi dalam segala bidang kehidupan

3. tujuan politik kriminal yaitu perlindungan masyarakat untuk mencapai kesejahteraan masyarakat.

Bertolak dari permasalahan tersebut diatas, maka pada saat inilah yang sekiranya tepat untuk segera mewujudkan pembaharuan hukum pidana yang seyogianya disesuaikan dengan “iklim” kehidupan negara Indonesia yang berdasarkan Ketuhanan Yang Maha Esa, dengan menjunjung tinggi nilai – nilai religius yang masih sangat kental dimiliki oleh sebagian besar rakyat Indonesia.

Salah satu nilai keagamaan yang tepat untuk diadopsi dalam upaya pembaharuan hukum pidana ini dan kebanyakan juga diusulkan oleh para perumus Rancangan KUHP dari tahun 1960 ialah Hukum Islam. Karena di dalam hukum Islam terdapat nilai – nilai kemanusiaan yang sangat bersifat universal, yang dapat diterapkan / dimasukkan kedalam setiap keyakinan. Hukum Islam dapat menjawab apa saja kekurangan yang selama ini terdapat di dalam hukum pidana positif Indonesia. Selain itu sifat – sifat hukum Islam sangat menjunjung tinggi Hak Asasi Manusia yang sampai sekarang masih sering menjadi topik pembicaraan para pemimpin bangsa ini.

Dalam usaha melakukan seleksi terhadap sumber hukum Islam yang kelak akan diformulasikan ke dalam hukum pidana nasional, kiranya perlu dilakukan perbandingan antara hukum pidana positif Indonesia dengan hukum pidana dari negara lain yang menggunakan hukum Islam sebagai landasannya. Dari usaha perbandingan / compare itulah kelak akan ditemukan sistem hukum Islam yang sesuai dengan kehidupan bangsa Indonesia dan segera diformulasikan ke dalam Rancangan KUHP.

Pembaharuan hukum pidana yang menyeluruh harus meliputi pembaharuan hukum pidana materiil (substantif), hukum pidana formil (hukum acara pidana) dan hukum pelaksanaan pidana. Ketiga bidang hukum tersebut harus bersama – sama diperbaharui. Kalau hanya salah satu bidang diperbaharui dan yang lain tidak, maka akan timbul kesulitan dalam pelaksanaannya, dan tujuan dari pembaharuan itu tidak akan tercapai sepenuhnya. Adapun tujuan utama dari pembaharuan itu ialah penanggulangan kejahatan. Ketiga bidang hukum itu erat sekali hubungannya.⁶

Menurut Soedarto, secara dogmatis dapat dikatakan, bahwa hukum pidana terdapat tiga pokok permasalahan, yakni :

1. Perbuatan yang dilarang ;
2. Orang yang melakukan perbuatan yang dilarang itu ;
3. Pidana yang diancamkan terhadap pelanggar larangan itu.

Akan tetapi apabila hukum pidana dipandang secara fungsional, dalam arti bagaimana perwujudan dan bekerjanya hukum pidana itu di dalam masyarakat, maka dapat dilihat adanya tiga fase, ialah ;

- a. Pengancaman pidana terhadap perbuatan (yang tidak disukai) oleh pembentuk undang – undang ;
- b. Penjatuhan pidana kepada seseorang (korporasi) oleh hakim atas perbuatan yang dilakukan oleh orang (korporasi) tersebut.
- c. Pelaksanaan pidana oleh aparat eksekusi pidana (misalnya LP) atas orang yang telah dijatuhi pidana tersebut.⁷

6 Sudarto, *Hukum Pidana dan Perkembangan Masyarakat*, Sinar Baru, Bandung, 1983, halaman 60

7 Ibid, halaman 62

Dipandang dari sudut politik, negara Republik Indonesia yang merdeka adalah wajar mempunyai KUHP yang diciptakan sendiri. KUHP yang diciptakan sendiri bisa dipandang sebagai lambang (simbol) dan merupakan suatu kebanggaan dari suatu negara yang telah merdeka dan melepaskan diri dari lingkungan penjajah politik. KUHP di suatu negara, yang “dipaksakan” untuk diberlakukan di suatu negara lain, bisa dipandang sebagai simbol dari penjajahan oleh negara yang membuat KUHP itu. Contohnya adalah Negeri Belanda. Ketika negeri Belanda dijajah oleh Perancis dengan Louis Napoleon sebagai Raja, dan meskipun negeri Belanda sudah mempunyai KUHP sendiri, namun pada tahun 1881 Code Penal Perancis, yang berbahasa Perancis itu dinyatakan berlaku bagi rakyat Belanda.⁸

Alasan selanjutnya adalah alasan yang dipandang dari sudut sosiologis. Artinya bahwa pengaturan dalam hukum pidana merupakan pencerminan dari idiologi suatu bangsa dimana hukum itu berkembang. Ini berarti bahwa nilai – nilai sosial dan kebudayaan dari bangsa itu mendapat tempat dalam pengaturan di hukum pidana. Ukuran untuk mengkriminalisasikan suatu perbuatan tergantung dari nilai – nilai dan pandangan kolektif yang terdapat dalam masyarakat tentang apa yang baik, yang benar, yang bermanfaat dan sebaliknya. Jadi pandangan masyarakat tentang kesusilaan dan agama sangat berpengaruh dalam pembentukan hukum, khususnya hukum pidana. Jenis – jenis pidana apakah yang sepatutnya dicantumkan dan bagaimanakah pelaksanaan pidananya, hal itu merupakan pertanyaan yang sepatutnya dijawab oleh KUHP sekarang ini. Sebenarnya pandangan dari segi sosiologi sudah mendapat jawaban dari Van

⁸ Ibid, halaman 66

Vollenhoven, Ter Har, dan Idema, yang dapat disimpulkan bahwa KUHP sudah tidak cocok lagi bagi bangsa Indonesia.⁹

Istilah delik agama, dapat mengandung pengertian yaitu : pertama, delik menurut agama, kedua, delik terhadap agama, dan yang ketiga, delik yang berhubungan dengan agama. Oemar Senoadji dalam simposium “Pengaruh Kebudayaan dan Agama Terhadap Hukum Pidana” di Bali pada tahun 1975, mengartikan delik agama dalam pengertian delik terhadap agama dan delik yang berhubungan dengan agama. Di dalam KUHP (Wvs) selama ini tidak ada bab khusus mengenai delik agama, walaupun ada beberapa delik yang sebenarnya dapat dikategorikan juga sebagai delik agama dalam pengertian diatas. Delik agama dalam pengertian sub (a) banyak tersebar di dalam KUHP, seperti pembunuhan, pencurian, penipuan / perbuatan curang, penghinaan, fitnah, delik – delik kesusilaan (zina, perkosaan, dan sebagainya. Delik – delik sub (a) di dalam KUHP itu belum tentu sama dan tidak mencakup semua perbuatan dosa / tercela menurut ajaran atau norma / norma hukum agama.¹⁰

Hal mengenai pembaharuan hukum pidana ini juga dikemukakan oleh Barda Nawawi Arief, di dalam bukunya yang berjudul “**Bunga Rampai Kebijakan Hukum Pidana**” yang menguraikan makna dan hakikat pembaharuan hukum pidana yang berkaitan erat dengan latar belakang dan urgensi diadakannya pembaharuan hukum pidana itu sendiri. Latar belakang dan urgensi diadakannya pembaharuan hukum pidana dapat ditinjau dari aspek sosio politik, sosio filosofik, dan sosio kultural dari berbagai aspek kebijakan . Ini berarti, makna dan hakikat

9 Ibid, Halaman 67

10 Barda Nawawi Arief, Op cit, Halaman 331

pembaharuan hukum pidana juga berkaitan erat dengan berbagai aspek itu. Artinya, pembaharuan hukum pidana juga pada hakikatnya harus merupakan perwujudan dari perubahan dan pembaharuan terhadap berbagai aspek dan kebijakan yang melatarbelakangi itu. Dengan demikian, pembaharuan hukum pidana pada hakikatnya mengandung makna upaya untuk melakukan reorientasi dan reformasi hukum pidana yang sesuai dengan nilai – nilai sentral sosio politik, sosio filosofik, dan sosio kultural masyarakat Indonesia yang melandasi kebijakan sosial, kebijakan kriminal dan kebijakan penegakkan hukum di Indonesia. Secara singkat dapat dikatakan, bahwa pembaharuan hukum pidana pada hakikatnya harus ditempuh dengan pendekatan yang berorientasi pada kebijakan (policy – oriented approach) dan sekaligus pendekatan yang berorientasi pada nilai (value – oriented approach).¹¹

Untuk mewujudkan suatu hukum nasional bagi bangsa Indonesia yang terdiri dari berbagai suku bangsa dengan kebudayaan dan agama yang berbeda ditambah lagi dengan keanekaragaman hukum yang ditinggalkan oleh penguasa kolonial dahulu, bukanlah pekerjaan mudah. Mohammad Daud Ali menguraikan bahwa pembangunan hukum nasional yang akan berlaku bagi semua warga negara tanpa memandang agama yang dipeluknya, haruslah dengan hati – hati, karena di antara agama yang dipeluk oleh warga negara Republik Indonesia ada agama yang tidak dapat dipisahkan dari hukum. Agama Islam misalnya, adalah agama yang mengandung hukum yang mengatur hubungan manusia dengan manusia lain dan benda dalam masyarakat. Oleh karena eratnya hubungan antara agama (dalam arti sempit) dengan hukum dalam Islam, ada beberapa sarjana menyebutkan bahwa Islam adalah agama hukum dalam arti kata yang sesungguhnya. Oleh karena itu,

11 Barda Nawawi Arief, Ibid, halaman 30 – 31

dalam pembangunan hukum nasional di negara yang mayoritas penduduknya beragama Islam, unsur hukum agama harus benar – benar diperhatikan. Untuk itu perlu wawasan dan kebijaksanaan yang jelas.¹²

Menurut Ismail Saleh, ada tiga dimensi pembangunan hukum nasional. Dimensi pertama adalah dimensi pemeliharaan, yaitu dimensi untuk memelihara tatanan hukum yang ada, walaupun sudah tidak sesuai lagi dengan perkembangan keadaan. Dimensi ini perlu ada untuk mencegah kekosongan hukum dan merupakan konsekuensi logis pasal 2 Aturan Peralihan UUD 1945. Upaya pembangunan hukum dalam dimensi ini, berorientasi pada kemaslahatan bersama.

Dimensi kedua adalah dimensi pembaharuan yaitu dimensi yang merupakan usaha untuk lebih meningkatkan dan menyempurnakan pembangunan hukum nasional. Kebijakan yang dianut dalam dimensi ini adalah, disamping pembentukan peraturan perundang – undangan yang baru, akan diusahakan penyempurnaan peraturan perundang – undangan yang ada sehingga sesuai dengan kebutuhan baru di bidang – bidang yang bersangkutan. Ini berarti melengkapi apa yang belum ada dan menyempurnakan apa yang sudah ada. Dimensi ketiga adalah dimensi penciptaan, yaitu dimensi dinamika dan kreatifitas. Dalam dimensi ini diciptakan suatu perangkat peraturan perundang – undangan yang baru, yang sebelumnya memang belum pernah ada.¹³

Dalam tahapan perkembangan hukum nasional sekarang, yang diperlukan oleh Badan Pembinaan Hukum Nasional yakni badan yang berwenang merancang dan menyusun hukum nasional yang akan datang adalah asas – asas dan kaidah – kaidah hukum Islam dalam segala bidang, baik yang bersifat umum,

12 Mohammad Daud Ali, *Hukum Islam Pengantar Ilmu Hukum dan Tata Hukum Islam di Indonesia*, PT RajaGrafindo Persada, Jakarta, 1998, halaman 240 – 241

13 Ibid, Halaman 242

maupun yang bersifat khusus. Yang bersifat umum misalnya ketentuan – ketentuan umum mengenai peraturan perundang – undangan yang akan berlaku di tanah air kita, sedang yang bersifat khusus, misalnya sekedar contoh adalah asas – asas hukum perdata Islam terutama mengenai hukum kewarisan, asas – asas hukum pidana Islam. Yang dimaksud dengan asas dalam hal ini adalah kebenaran yang menjadi dasar atau tumpuan berpikir.¹⁴

Dalam hubungan ini, tidak ada salahnya kalau dikemukakan bahwa karena bangsa Indonesia mayoritas beragama Islam, ada pendapat yang mengatakan seyogianya kaidah – kaidah hukum Islamlah yang menjadi norma – norma hukum nasional. Namun, dipandang dari sudut kenyataan politik hukum, tidaklah demikian. Menurut politik hukum yang dilaksanakan oleh pemerintah Indonesia tidaklah karena mayoritas rakyat Indonesia beragama Islam, norma – norma hukum Islam secara otomatis menjadi norma – norma hukum nasional. Norma – norma hukum Islam baru dapat dijadikan norma hukum nasional (ditransformasikan menjadi hukum nasional), menurut politik hukum itu, apabila norma – norma hukum Islam sesuai dan dapat menampung kebutuhan seluruh lapisan masyarakat Indonesia. Dengan demikian jelas, bahwa prospek hukum Islam dalam pembinaan hukum nasional karena hukum Islam telah diterima sebagai salah satu sumber bahan baku dalam pembangunan hukum nasional.¹⁵

F. Metode Penelitian

Pendekatan yuridis normatif merupakan pendekatan utama dalam penelitian ini, karena yang menjadi pusat perhatian utama adalah kebijakan dalam

¹⁴ Ibid, halaman 246

¹⁵ Ibid, halaman 247

menetapkan dan merumuskan bentuk - bentuk tindak pidana yang dirumuskan dalam hukum Islam ke dalam pembaharuan hukum pidana Indonesia. Dengan demikian, penelitian ini menitikberatkan pada peraturan perundang – undangan. Hal ini sesuai dengan kegunaan dari metode penelitian hukum normatif, yaitu untuk mengetahui dan mengenal apakah dan bagaimanakah hukum positifnya mengenai sesuatu masalah tertentu.

Pendekatan yuridis komparatif digunakan untuk lebih memahami perbandingan penerapan sanksi-sanksi pidana atas tindak pidana yang dilakukan antara hukum Islam dengan Konsep KUHP. Melalui pendekatan yuridis komparatif dimaksudkan pula untuk melakukan kajian terhadap asas-asas dan norma – norma yang berkaitan dengan upaya mengkontribusikan sebagian kecil dari sistem hukum Islam.

Data sekunder yang digunakan dalam penelitian ini terdiri dari bahan hukum primer yaitu berupa peraturan perundang – undangan, dan bahan hukum sekunder yaitu berupa dokumen atau risalah perundang – undangan, konsep rancangan undang – undang, jurnal ilmiah hukum, serta pendapat para ahli hukum dan ensiklopedi¹⁶.

Data yang telah diperoleh disajikan secara sistematis, selanjutnya akan dianalisis secara kualitatif dengan penguaraian secara deskriptif analisis. Penentuan metode analisis demikian dilanasi oleh suatu pemikiran bahwa penelitian ini tidak hanya bermaksud mengungkapkan atau melukiskan data sebagaimana adanya, melainkan juga berupaya untuk memberikan argumentai

¹⁶ Ronny Hanitijo Soemitro, *Metodologi Penelitian Hukum dan Jurimetri*, Ghalia Indonesia, 1990, halaman 11 - 12

suatu kebijakan yang berkenaan dengan bentuk tindak pidana (serta sanksi pidana) dalam hukum Islam itu seharusnya dan seyogianya ditempuh.

G. Sistematika Penulisan

Menyusun sebuah penulisan sama halnya dengan mendirikan sebuah bangunan. Untuk itu perlu pengaturan bagian – bagiannya agar dapat terwujud struktur penulisan yang dapat mencerminkan kebulatan utuh dan logis. Sehubungan dengan itu, maka sistematika penulisan tesis ini disusun sebagai berikut ;

Dalam Bab I, berisi tentang pendahuluan. Sebelum mengantar kepada masalah pokok yang akan dibahas, terlebih dahulu dalam bab ini dikemukakan mengenai :

(A) Latar belakang masalah, (B) Perumusan Masalah, (C) Tujuan Penelitian, (D) Manfaat Penelitian, (E) Tinjauan Pustaka, (F), Metodologi Penelitian, dan (G) Sistematika Penulisan. Pada Bab II, menguraikan tentang Tinjauan Pustaka. Dalam bab ini dikemukakan mengenai hal – hal yang berkaitan dengan pokok masalah yang akan diteliti. Secara sistematis akan diuraikan tentang (A) Pengertian Hukum Pidana dan Hukum Pidana Islam, (B) Pengertian dan Ruang Lingkup Tindak pidana dalam Hukum Pidana dan Dalam Hukum Pidana Islam, (C) Pengertian dan Ruang Lingkup Pembaharuan Hukum Pidana. Bab III menjelaskan mengenai uraian Hasil Penelitian dan Pembahasan. Data dan informasi yang diperoleh, disajikan dan di analisa dalam bab ini antara lain (A) Jenis Tindak Pidana dalam Hukum Islam dan Konsep KUHP dan (B) Konsep / Ide Dasar, Nilai – nilai Jenis Tindak Pidana dalam Hukum Islam dan Formulasinya dalam Pembaharuan Hukum Pidana Indonesia. dan Bab IV

Penutup, yang terdiri atas (A) Kesimpulan, sebagai hasil dari penelitian dan pembahasan, dalam bab ini dikemukakan beberapa kesimpulan yang dipandang ada relevansinya dengan pokok permasalahan.

BAB II

TINJAUAN PUSTAKA

A. PENGERTIAN HUKUM PIDANA DAN HUKUM PIDANA ISLAM

a. Pengertian Hukum Pidana

Pengertian hukum pidana menurut Moeljatno dapat dijelaskan sebagai berikut :

Hukum pidana adalah bagian dari keseluruhan hukum yang berlaku di suatu negara, yang mengadakan dasar – dasar dan aturan – aturan untuk :

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

Sedangkan pengertian hukum pidana menurut Soedarto dapat dijelaskan

sebagai berikut :

Hukum pidana dapat didefinisikan sebagai aturan hukum yang mengikatkan kepada suatu perbuatan yang memenuhi syarat – syarat tertentu suatu akibat yang berupa pidana (definisi Mezger).

Jadi, dasar hukum pidana berpokok pada 2 hal ialah :

1. perbuatan yang memenuhi syarat – syarat tertentu; dengan “perbuatan yang memenuhi syarat – syarat tertentu” itu dimaksudkan perbuatan yang dilakukan oleh orang, yang memungkinkan adanya pemberian pidana. Perbuatan semacam itu dapat disebut “perbuatan yang dapat dipidana” atau disingkat “perbuatan jahat” (*verbrechen* atau *crime*). Oleh karena dalam

¹ Moeljatno, *Azas – Azas Hukum Pidana*, Bina Aksara, Jakarta, 1987, Halaman 1

2. “perbuatan jahat” ini harus ada orang yang melakukannya maka persoalan tentang “perbuatan tertentu” itu diperinci menjadi dua, ialah perbuatan yang dilarang dan orang yang melanggar larangan itu.
3. pidana ; yang dimaksudkan dengan pidana ialah penderitaan yang sengaja dibebankan kepada orang – orang yang melakukan perbuatan yang memenuhi syarat – syarat tertentu. Di dalam hukum pidana modern, pidana ini juga meliputi apa yang disebut “tindakan tata tertib” (tuchtmaatregel, Masznahme).
Di dalam ilmu pengetahuan hukum adat Ter Haar memakai istilah (adat) pidana. Di dalam KUHP yang sekarang berlaku jenis – jenis pidana yang dapat diterapkan tercantum dalam pasal 10 KUHP. Di samping definisi tersebut di atas dapat dikemukakan definisi beberapa penulis seperti di bawah ini :

a. Simons

Hukum pidana adalah keseluruhan larangan atau perintah yang oleh negara di ancan dengan nestapa yaitu suatu pidana apabila tidak ditaati, Hukum pidana merupakan keseluruhan peraturan yang menetapkan syarat – syarat untuk panjatuhan pidana, dan keseluruhan ketentuan yang memberikan dasar untuk penjatuhan dan penerapan pidana.

b. Van Hammel

Hukum pidana adalah keseluruhan dasar dan aturan yang dianut oleh negara dalam kewajibannya untuk menegakkan hukum yakni dengan melarang apa yang bertentangan dengan hukum (onrecht) dan mengenakan suatu nestapa (penderitaan) kepada yang melanggar larangan tersebut.²

Dalam *The Penguin Concise Columbia Encyclopedia* disebutkan bahwa :

Hukum (law) adalah aturan – aturan dari tingkah laku masyarakat yang terorganisir, ditegakkan dengan ancaman hukuman. Hukum pidana memuat aturan – aturan hukum yang mengikat kepada perbuatan –

² Sudarto, *Hukum Pidana I*, Yayasan Sudarto Fak. Hukum UNDIP, Semarang, 1990, Halaman 9 – 10.

perbuatan yang memenuhi syarat tertentu, suatu akibat yang berupa pidana.

Sejalan dengan itu, maka tiap Kitab Undang – undang Hukum Pidana memuat dua hal pokok :

Pertama, memuat pelukisan dari perbuatan – perbuatan orang yang diancam pidana, artinya syarat – syarat yang harus dipenuhi yang memungkinkan pengadilan menjatuhkan pidana. Jadi, di sini seolah – olah negara menyatakan kepada umum dan kepada para penegak hukum perbuatan – perbuatan apa yang dilarang dan siapa yang dapat dipidana.

Kedua, Kitab Undang – undang Hukum Pidana menetapkan dan mengumumkan reaksi apa yang akan diterima oleh orang yang melakukan perbuatan yang dilarang itu. Dalam hukum pidana moderna reaksi ini tidak hanya berupa pidana akan tetapi juga apa yang disebut tindakan, yang bertujuan untuk melindungi masyarakat dari perbuatan – perbuatan yang merugikan³

Hukum pidana sendiri biasanya juga dibedakan antara hukum pidana materiil (substántif) dan hukum pidana formil (hukum acara). Hukum pidana materiil antara lain mengatur syarat – syarat suatu perbuatan bisa disebut tindak pidana, apa unsur – unsur suatu tindak pidana, siapa subjek tindak pidana tersebut, keadaan – keadaan bagaimana yang menjadikan suatu perbuatan dilarang, ketentuan – ketentuan yang dapat membebaskan pelaku suatu perbuatan dan sebagainya. KUHP terdiri dari tiga buku. Buku I memuat “ketentuan umum” (*Algemene Leerstukken*), yaitu ketentuan – ketentuan untuk semua tindak pidana (perbuatan dan pembuatnya dapat dikenakan hukum pidana), baik yang

³ Sudarto, *Pengaruh Perkembangan Masyarakat / Modernisasi terhadap Hukum Pidana, Makalah dalam Simposium Pengaruh Kebudayaan / Agama Terhadap Hukum Pidana*, BPHN, Jakarta, 1975, halaman 30

disebutkan dalam buku II dan buku III, maupun yang disebutkan dalam undang – undang lain. Buku III menyebutkan tindak pidana yang dinamakan “Misdrjueu” atau kejahatan, dan buku III menyebutkan tindak pidana yang dinamakan “Overtredingen” atau pelanggaran.⁴

Menurut pendapat Wirjono Prodjodikoro, tujuan hukum pidana ialah :

Hukum pidana bertujuan untuk memenuhi rasa keadilan. Ada pula yang menyebut tujuan lain yaitu untuk prevensi (pencegahan) umum dan prevensi khusus, disamping untuk mendidik atau memperbaiki orang yang melakukan kejahatan.⁵

Fungsi dari hukum pidana dapat dibedakan menjadi dua, yakni :

1. fungsi umum, oleh karena hukum pidana itu merupakan sebagian dari keseluruhan lapangan hukum, maka fungsi hukum pidana juga sama dengan fungsi hukum pada umumnya, ialah mengatur hidup kemasyarakatan atau menyelenggarakan tata dalam masyarakat. Hukum hanya memperhatikan perbuatan – perbuatan yang “sozi alrelevant”, artinya yang ada sangkut pautnya dengan masyarakat. Pada dasarnya tidak mengatur sikap batin seseorang yang bersangkutan dengan tata susila. Demikian juga hukum pidana. Sangat mungkin ada perbuatan seseorang yang sangat tercela dan bertentangan dengan kesusilaan, akan tetapi hukum pidana / negara tidak campur tangan, karena tidak dinyatakan secara tegas di dalam aturan hukum atau hukum yang benar – benar hidup dalam masyarakat. Disamping itu, seperti pada lapangan hukum lainnya, hukum pidanapun tidak hanya mengatur masyarakat begitu saja, akan tetapi juga mengaturnya secara patut dan bermanfaat (zweckmassing). Ini sejalan dengan anggapan bahwa hukum

⁴ Topo Santoso, *Menggagas Hukum Pidana Islam : Penerapan Syariat Islam dalam Konteks Modernitas*, Asy Syaamil, Bandung, 2000, Halaman 22

⁵ Wirjono Prodjodikoro, *Asas – Asas Hukum Pidana di Indonesia*, Eresco, Bandung, 1969, halaman 15.

dapat digunakan sebagai sarana untuk menuju ke policy dalam bidang ekonomi, sosial dan kebudayaan. Memang hukum harus dapat menyelenggarakan masyarakat yang “tata tentrem kerta raharja”

2. fungsi yang khusus bagi hukum pidana ialah melindungi kepentingan hukum terhadap perbuatan yang hendak memperkosanya (rechtsguterschutz) dengan sanksi yang berupa pidana yang sifatnya lebih tajam jika dibandingkan dengan sanksi yang terdapat pada cabang hukum lainnya. Kepentingan – kepentingan hukum (benda – benda hukum) ini boleh dari orang seorang dari badan atau dari kolektiva, misalnya masyarakat, negara, dsb. Sanksi yang tajam itu dapat mengenai harta, kehormatan, badan, dan kadang – kadang nyawa seseorang yang memperkosa benda – benda hukum itu. Dapat dikatakan bahwa hukum pidana itu memberi aturan – aturan untuk menanggulangi perbuatan jahat.⁶

b. Pengertian Hukum Pidana Islam

Hukum pidana Islam merupakan suatu aturan hukum yang dibuat oleh penguasa pada suatu negara yang bersumber pada Al-Quran dan Hadits yang diajarkan oleh Allah melalui Nabi Muhamad SAW lewat wahyu – wahyu-Nya. Pada garis besarnya, hukum – hukum Quran dibagi menjadi dua yaitu Pertama, hukum – hukum untuk menegakkan agama, yang meliputi soal –soal kepercayaan ibadat. Kedua, hukum – hukum untuk mengatur negara dan masyarakat serta hubungan perseorangan dengan lainnya, yang meliputi hukum kepidanaan.

⁶ Sudarto, Op.cit, halaman 12

Hukum – hukum yang datang dari syariat bersifat keseluruhan dan tidak dapat dipisah – piahkan. Selain karena pemisahan – pemisahan itu berlawanan dengantujuan syariat, juga nas – nas (ketentuan) syariat dengan meninggalkan bagian – bagiannya yang lain. Karena hukum – hukum Syariat Islam dibuat untuk kepentingan dunia dan akhirat, maka keadaan ini menjadi faktor terpenting yang mendorong pemeluk – pemeluknya untuk mentaati hukum – hukum tersebut. Karena mereka percaya bahwa ketaatan mengamalkan hukum – hukum tersebut merupakan salah satu macam ibadah dan akan mendapatkan pahala karenanya, meskipun seseorang bisa melakukan suatu tindak pidana dan dapat terhindar dari hukuman dunia, namun ia tidak akan memperbuatnya karena takut akan siksaan akhirat dan kutukan Tuhan terhadapnya.. lain halnya dengan hukum positif, karena hukuman ini tidak mempunyai daya psikologis yang cukup mendorong manusia untuk mentaatinya, kecuali sekedar menghindari ancaman – ancaman yang akan dikenakan terhadap dirinya. Seseorang melakukan tindak pidana dengan merasa aman di tindakan hukum positif selalu bertambah – tambah dan nilai akhlak tidak lagi mempunyai peranan. Bahkan diantara pelaku – pelaku tindak pidana banyak dari kalangan terpelajar dan berada, sesuai dengan semakin tersebarnya kemerosotan akhlak pada kalangan tersebut, dan karena orang – orang dari kalangan itu sanggup mengelakkan diri dari tuntutan aturan – aturan pidana.⁷

Kalimat "*Nullum Delictum Nulla Poena Sine Previa Lege Ponale*" (tiada kejahatan, tiada hukuman tanpa undang – undang pidana lebih dahulu) sudah dipahami sebagai asas legalitas yang merupakan salah satu asas penting

⁷ Ahmad Hanafi, Asas – Asas Hukum Pidana Islam, Jakarta, Bulan Bintang, 1986, halaman 27 - 29

dalam hukum pidana. Bangsa – bangsa di dunia mengambilnya sebagai asas utama dalam undang – undang pidana mereka masing – masing. Bahkan pada pasal 11 *Universal Declaration of Human Right* memuat prinsip fundamental ini, begitu pula dalam pasal 15 *International Covenant on civil and political right*. Asas ini, bersama asas lainnya seperti asas tidak berlaku surut, asas praduga tidak bersalah, bersamaan di hadapan hukum, nebis ini idem, dan sebagainya menjadi asas paling penting dalam hukum pidana modern. Para ahli hukum pidana Barat mengklaim bahwa asas – asas tersebut di atas berasal dari hukum pidana mereka. Sebenarnya klaim ini tidak adil. Sejak 14 abad yang lalu hukum pidana Islam telah menjadi pionir dalam penerapannya dengan landasan yang valid, Al-Quran dan Sunnah Nabi Muhammad SAW.⁸

Sering dikatakan bahwa, karena masyarakat berubah, hukum pun berubah untuk memenuhi kebutuhan masyarakat. Ide ini pun berlanjut bahwa hukum – hukum lama telah ketinggalan jaman, obsolete. Dengan kata lain hukum yang modern lebih unggul dari hukum yang lama. Hal ini lalu diterapkan hukum apa saja , termasuk hukum Islam. Disinilah letak kesalahannya. Mereka membandingkan syariah Islam dengan hukum modern, lalu mengklaim bahwa syariah Islam tidak lagi selaras dengan kehidupan global sekarang ini. Ia terlalu keras bagi masyarakat yang menjunjung tinggi hak asasinya di abad supra modern.⁹

Asas legalitas dalam hukum Islam bukan berdasarkan akal manusia, tetapi dari ketentuan Tuhan. Dalam kitab suci Al-Quran, disebutkan bahwa Allah berfirman :

⁸ Topo Santoso, Op.cit, Halaman 111

⁹ Ibid, Halaman 112

“...dan Kami tidak akan mengadzab sebelum kami mengutus seorang rasul”
(QS. 17 : 5)

“Tetapi bagi mereka ada waktu yang tertentu (untuk mendapat azab)”
(QS. 18 : 59)

“... Dia menjadi saksi antara aku dan kamu. Dan Al Qur’an ini diwahyukan kepadaku supaya dengannya aku memberi peringatan kepaamu dan kepada orang – orang yang sampai Al Quran (kepadanya)”
(QS. 6 : 19)

“Allah tidak membebani seseorang melainkan sesuai dengan kesanggupannya. Ia mendapat pahala (dari kebajikan) yang diusahakannya dan ia mendapat siksa (dari kejahatan) yang dikerjakannya (QS. 2: 286)

dalam kaidah Fiqih ditegaskan pula bahwa “ tidak ada hukum bagi perbuatan manusia sebelum adanya aturan” serta “hukum asal sesuatu itu adalah boleh sampai datang pertunjuk yang melarangnya.¹⁰

B. PENGERTIAN DAN RUANG LINGKUP TINDAK PIDANA DALAM HUKUM PIDANA DAN DALAM HUKUM PIDANA ISLAM

a. Pengertian dan Ruang Lingkup Tindak Pidana Dalam Hukum Pidana

Menurut Sudarto, hukum pidana berpokok pada perbuatan yang dapat dipidana, (verbrechen, crime, atau perbuatan jahat) dan pidana. Perbuatan yang dapat dipidana atau disingkat perbuatan jahat itu merupakan objek ilmu pengetahuan hukum pidana (dalam arti luas) dan harus dibedakan :

- a. Perbuatan jahat sebagai gejala masyarakat diandang secara konkret sebagaimana terwujud dalam masyarakat, ialah perbuatan manusia yang memperkosa / menyalahi norma – norma dasar dari masyarakat dalam konkreto. Ini adalah pengertian “perbuatan jahat” dalam arti kriminologis.

¹⁰ Ibid, Halaman 116

- b. Perbuatan jahat dalam arti hukum pidana. Ialah sebagaimana terwujud in abstrakto dalam peraturan – pertauran hukum pidana

Perbuatan yang dapat dipidana itu masih dapat dibagi menjadi :

- a. Perbuatan yang dilarang oleh undang – undang dan;
b. Orang yang melanggar larangan itu.¹¹

Tindak pidana merupakan suatu pengertian dasar dalam hukum pidana. Tindak pidana adalah suatu pengertian yuridis, lain halnya dengan “perbuatan jahat” atau “kejahatan” (crime atau verbrechen atau misdad). Mengenai isi dari pengertian tindak pidana tidak ada kesatuan pendapat diantara para sarjana. Menurut Prof Moeljatno, guru besar hukum pidana pada Universitas Gadjah Mada dalam pidato beliau yang berjudul “perbuatan pidana dan pertanggungjawaban dalam hukum pidana” beliau membedakan dengan tegas “dapat dipidananya perbuatan dan “dapat dipidananya orang” dan sejalan dengan ini beliau memisahkan antara pengertian “perbuatan pidana” (criminal act) dan “pertanggungjawaban pidana”. Oleh karena hal tersebut dipishkan, maka pengertian perbuatan pidana tidak meliputi pertanggungjawaban pidana. Pandangan Muljatno dapat disebut pandangan yang dualistis mengenai perbuatan pidana. Pandangan ini adalah penyimpangan dari pandangan yang disebut beliau sebagai pandangan yang monistis. Pandangan monistis ini melihat keseluruhan syarat untuk adanya pidana kesemuanya merupakan sifat dari perbuatan.¹²

Pada hakekatnya tiap – tiap perbuatan pidana harus terdiri atas unsur – unsur lahir, oleh karena perbuatan, yang mengandung kelakuan dan akibat yang ditimbulkan karenanya, adalah suatu kejadian dalam alam lahir. Disamping

¹¹ Sudarto, Op.cit halaman 38

¹² Ibid, Halaman 40

kelakuan dan akibat untuk adanya perbuatan pidana biasanya diperlukan pula adanya hal ikhwal atau keadaan tertentu yang menyertai perbuatan, hal ikhwal ini yang oleh Van Hammel dibagi dalam dua golongan, yaitu yang mengenai diri orang yang melakukan perbuatan dan yang mengenai di luar diri si pembuat.¹³

Dalam Kamus Besar Bahasa Indonesia¹⁴ disebutkan bahwa

Tindak pidana adalah suatu perbuatan pidana atau perbuatan jahat. Sedangkan di dalam *Black's Law Dictionary*, pengertian tindak pidana dapat didefinisikan sebagai :

*Criminal action is Proceeding by wich person charged with a crime is brought to trial and either found not guilty or guilty and sentenced. An action, suit or cause instituted to punish an infraction of the criminal laws.*¹⁵

Atau dapat juga di tafsirkan sebagai *Penal action* seperti disebutkan dalam *Black Laws Dictionary* :

*Penal action is in its broadest context, ti refers to criminal prosecution. More particular, it refers to a civil action in wich a wrongdoer is subject to afine or penalty payable to aggrieved party.*¹⁶

Moeljatno, dalam pidato dies natalis memberikan arti pada “perbuatan pidana” sebagai “perbuatan yang diancam dengan pidana, barang siapa melanggar larangan tersebut”. Untuk adanya perbuatan pidana harus ada unsur – unsur :

1. perbuatan (manusia)
2. yang memenuhi rumusan dalam undang – undang (merupakan syarat formil)
dan
3. bersifat melawan hukum (merupakan syarat materil).

¹³ Moeljatno, Op.cit, halaman 58

¹⁴ Tim Penyusun Kamus Pusat Pembinaan dan Pengembangan Bahasa, *Kamus Besar bahasa Indonesia*, Balai Pustaka, Jakarta 1990, Halaman 948

¹⁵ Henry Campbell Black, *Black's Law Dictionary*, St Paul Minn West Publishing, 1979, Halaman 336

¹⁶ Ibid, Halaman 1019.

Syarat formil itu harus ada, karena adanya asas legalitas yang tersimpul dalam pasal 1 KUHP. Syarat materiil itu harus pula ada, karena perbuatan itu harus pula betul – betul dirasakan oleh masyarakat sebagai perbuatan yang tidak oleh atau tidak patut dilakukan oleh karena bertentangan dengan atau tidak patut dilakukan, oleh karena bertentangan dengan atau menghambat akan tercapainya tata dalam masyarakat itu. Muljatno berpendapat, bahwa kesalahan dan kemampuan bertanggung jawab si pembuat tidak masuk sebagai unsur perbuatan pidana, karena hal – hal tersebut melekat pada orang yang berbuat.¹⁷

Ruang lingkup tindak pidana dalam hukum pidana positif sekarang ini lebih mengacu pada perbuatan apa saja yang dapat dikenai sanksi pidana, hal ini berarti juga mengacu pada jenis – jenis tindak pidana yang dapat dikenai sanksi atau pemidanaan. Dalam hukum pidana positif, ruang lingkup tindak pidana dibagi atas 2 hal yakni :

1. kejahatan dan pelanggaran,

pembagian delik atas kejahatan dan pelanggaran ini disebut oleh undang – undang. KUHP buku II memuat delik – delik yang disebut kejahatan dan dalam buku ke III memuat delik – delik yang disebut pelanggaran. Kriteria yang dipergunakan untuk membedakan antara kejahatan dan pelanggaran dipergunakan 2 ukuran jenis delik yakni ;

(1) rechtsdelicten

yang disebut rechte delicten ialah perbuatan yang bertentangan dengan keadilan, terlepas apakah perbuatan itu diancam pidana dalam suatu undang – undang atau tidak, jadi yang benar – benar dirasakan oleh

¹⁷ Muljatno, Op.it, Halaman 43

masyarakat sebagai bertentangan dengan keadilan, misal pembunuhan, pencurian. Delik – delik semacam ini disebut kejahatan (*rechtdelicten*).

(2) *wetsdelicten*

Yang disebut *wetsdelict* ialah perbuatan yang oleh umum baru disadari sebagai suatu tindak pidana, karena undang – undang menyebutnya sebagai delik, jadi karena ada undang – undang mengancamnya dengan pidana. Misalnya memarkir mobil disebelah kanan jalan (*Mala quia prohobita*). Delik – delik semacam ini disebut pelanggaran.

Mengenai pembagian delik dalam kejahatan dan pelanggaran ini terdapat suara – suara yang menentang. Seminar Hukum Nasional 1963 berpendapat, bahwa penggolongan – penggolongan dalam dua macam delik harus ditiadakan.

Dalam KUHP juga mengenal pembagian delik yang di dasarkan pada :

(1) Delik formil

merupakan delik yang perumusannya dititik beratkan pada perbuatan yang dilarang. Delik tersebut telah selesai dengan dilakukannya perbuatan seperti tercantum dalam rumusan delik. Misalnya, penghasutan (Pasal 160 KUHP), di muka umum menyatakan perasaan kebencian, permusuhan atau penghinaan terhadap kepada satu atau lebih golongan rakyat di Indonesia (Pasal 156 KUHP), penyuapan (Pasal 209, 210 KUHP), sumpah palsu (Pasal 242 KUHP), pemalsuan surat (Pasal 263 KUHP), pencurian (Pasal 362 KUHP).

(2) Delik materiil

Merupakan delik yang perumusannya dititik beratkan kepada akibat yang tidak dikehendaki (dilarang). Delik ini baru selesai apabila akibat yang tidak

dikehendaki itu telah terjadi. Kalaupun belum, maka paling banyak hanya ada percobaan. Misalnya, pembakaran (pasal 187 KUHP), penipuan (pasal 378 KUHP), pembunuhan (pasal 338 KUHP). Batas antara delik formil dan delik materiil tidak tajam misalnya pasal 362 KUHP.¹⁸

(3) Delik Comissionis dan delik ommissionis dan delik commissionis per ommissionem commissa

Delik commissionis merupakan delik yang berupa pelanggaran terhadap larangan, ialah berbuat sesuatu yang dilarang, pencurian, penggelapan, penipuan.

Delik ommissionis merupakan delik yang berupa pelanggaran terhadap pemerintah ialah tidak melakukan sesuatu yang diperintahkan / diharuskan, misalnya, tidak menghadap sebagai saksi di muka pengadilan (Pasal 522 KUHP), tidak menolong orang yang memerlukan pertolongan (Pasal 531 KUHP).

Delik commissionis per ommissionem commissa, merupakan delik yang berupa pelanggaran larangan (delik commissionis), akan tetapi dapat dilakukan dengan cara tidak berbuat.

Misalnya, seorang ibu yang membunuh anaknya dengan tidak memberi air susu (Pasal 338, 340 KUHP), seorang penjaga wissel yang menyebabkan kecelakaan kereta api dengan sengaja tidak memindahkan wissel (Pasal 194 KUHP)

(4) Delik Dolus dan Delik Culpa (doleuse en culpose delicten)

Delik dolus merupakan delik yang memuat unsur kesengajaan, sedangkan

¹⁸ Ibid, Halaman 57.

delik culpa merupakan delik yang memuat kealpaan sebagai salah satu unsur.

(5) Delik aduan dan bukan delik aduan

Delik aduan merupakan delik yang penuntutannya hanya dilakukan apabila ada pengaduan dari pihak yang terkena (gelaedeere Partij), misalnya penghinaan (Pasal 310 juncto 319 KUHP), perzinahan (Pasal 284 KUHP), chantage (pemerasan dengan ancaman pencemaran, Pasal 335 ayat 1 sub 2 KUHP).

Delik aduan dibedakan menurut sifatnya, sebagai :

- a. Delik aduan yang absolut, misalnya dalam Pasal 284, 310, 332. delik – delik ini menurut sifatnya hanya dapat dituntut berdasarkan pengaduan.
- b. Delik aduan yang relatif, misalnya Pasal 367. disebut relatif karena dalam delik – delik ini ada hubungan istimewa antara si pembuat dengan orang yang terkena (korban)¹⁹

(6) Delik sederhana dan delik dengan pemberatannya

Delik yang ada pemberatannya misalnya, penganiayaan yang menyebabkan luka berat atau matinya seseorang (Pasal 351 ayat 2,3 KUHP), pencurian pada waktu malam hari (Pasal 363 KUHP), dsb.

Ada delik yang ancaman pidananya diperingan karena dilakukan dalam keadaan tertentu, misalnya; pembunuhan kanak – kanak (Pasal 341 KUHP)

Delik sederhana, misal; penganiayaan (Pasal 351), pencurian (Pasal 362 KUHP)²⁰

Mulyatno, dalam bukunya yang berjudul “Asas – Asas Hukum Pidana” mengemukakan pengertian serta ruang lingkup tindak pidana sebagai berikut :

¹⁹ Sudarto, Ibid, Halaman 58

²⁰ Ibid, Halaman 59

Tindak Pidana atau perbuatan pidana adalah perbuatan yang dilarang oleh suatu aturan hukum larangan mana disertai ancaman (sanksi) yang berupa pidana tertentu, bagi barang siapa melanggar larangan tersebut.

Dapat juga dikatakan :

Bahwa perbuatan pidana adalah perbuatan yang oleh suatu aturan hukum dilarang dan diancam pidana, asal saja dalam pada itu diingat bahwa larangan ditujukan kepada perbuatan, (yaitu suatu keadaan atau kejadian yang ditimbulkan oleh kekuatan orang), sedangkan ancaman pidananya ditujukan kepada orang yang menimbulkan kejadian itu.

Antara larangan dan ancaman pidana terdapat hubungan yang erat, oleh karena antara kejadian dan orang yang menimbulkan kejadian itu, ada hubungan erat pula. Yang satu tidak dapat dipisahkan dari yang lain. Kejadian tidak dapat dilarang, jika yang menimbulkan bukan orang, an orang tidak diancam pidana, jika tidak karena kejadian yang ditimbulkan olehnya. Dan justru untuk menyatakan hubungan yang erat itu, maka dipakailah istilah perbuatan, yaitu suatu pengertian abstrak yang menunjuk kepada dua keadaan konkrit, pertama adanya kejadian tertentu dan kedua, adanya orang yang berbuat, yang menimbulkan kejadian itu.²¹

Van Hammel memberikan rumusan mengenai tindak pidana sebagai berikut :

Strafbaar feit adalah kelakuan orang (menselijke gedraging) yang dirumukan dalam wet (Undang – undang), yang bersifat melawan hukum, yang patut dipidana (*strafwaardig*) dan dilakukan dengan kesalahan.

Jika melihat pengertian – pengertian ini maka terlihat dalam pokoknya ternyata :

1. bahwa feit dalam strafbaar feit berarti handeling, kelakuan atau tingkah laku;

²¹ Muljatno, Op.cit Halaman 54

2. bahwa pengertian strafbaar feit dihubungkan dengan kesalahan orang yang mengadakan kelakuan tadi.²²

Masih mengenai pendapat Muljatno, dalam bukunya yang berjudul **“Fungsi dan Tujuan Hukum Pidana Indonesia”**, dijelaskan bahwa fungsi atau tujuan hukum pidana dapat diambil tiga dasar atau pikiran pokok, dimana timbul persoalan yaitu; pertama tentang perbuatan yang dilarang, kedua tentang orang yang melanggar larangan tadi, dan ketiga tentang pidana yang diancamkan pada si pelanggar. Mengenai perbuatan yang dilarang, kemudian muncul persoalan ialah konsep atau pengertian apa yang akan kita berikan padanya ?. Apakah perbuatan yang dilarang itu mempunyai arti atau sifat tersendiri, lepas dari sifat orang yang melakukannya, atau perbuatan itu hanya mempunyai arti jika dihubungkan dengan sifat – sifat orang yang melakukannya.²³

Konsepsi yang memandang kejahatan (crime) sebagai perbuatan yang membahayakan keselamatan masyarakat (socially dangerous act) itu, berasal dari tulisan para positivis Italia diantaranya Ferri, yang pada tahun 1921 memuat suatu rancangan Penal Code, dimana terdapat dasar atau prinsip tadi. Pada konsepsi yang kedua, perbuatannya sendiri tidak mempunyai arti. Disitu yang penting adalah **“gulty mind”** yaitu sikap batin yang jahat dari orang yang melakukan perbuatan²⁴

Di dalam suatu text book Inggris mengenai hukum pidana **“crime”** dirumuskan sebagai

“legal wrong, the remedy for which is the punishment of the offender at the instance of the state”²⁵

²² Muljatno, Ibid, Halaman 56

²³ Muljatno, *Fungsi dan Tujuan Hukum Pidana Indonesia*, Bina Aksara, Jakarta, 1985, Hal. 15

²⁴ Ibid, Halaman 20

²⁵ Ibid, Halaman 20, lihat pada Cross and Jones : *Introduction to Criminal Law* halaman 3

Menurut Mulyatno, konsep mengenai perbuatan yang dilarang, yang sesuai dengan alam pikiran sosialis. Sebab disini yang menjadi tujuan adalah keselamatan masyarakat hingga dengan sendirinya perbuatan – perbuatan yang membahayakan keselamatan tadi, merupakan pengertian yang penting. Sebaliknya, konsep yang kedua, timbul dari pandangan liberal individual. Karena disini yang menjadi tujuan adalah kebebasan dan keselamatan individu, sehingga perbuatan – perbuatan yang dilarang itu hanya mempunyai arti, karena dapat mengakibatkan pengekangan atau penghapusan kebebasan dan keselamatan mereka masing – masing.²⁶

Dalam resolusi Seminar Hukum mengenai perbuatan yang dilarang, telah dipilih pendirian ke arah konsepsi yang pertama. Perbuatan – perbuatan itu ialah yang ditentukan sedemikian dalam undang – undang karena menghambat atau menghalang – halangi cita – cita bangsa Indonesia, yaitu datangnya masyarakat adil dan makmur, sehingga merupakan bahaya bagi keselamatan masyarakat. Dengan demikian sekaligus diteruskan konsepsi nenek moyang kita tentang perbuatan pantang atau pamali dan disesuaikan dengan cita – cita kita semua yaitu masyarakat Indonesia.

b. Pengertian dan Ruang Lingkup Tindak Pidana dalam Hukum Pidana Islam

Pada umumnya, praktek hukum sebelum Islam itu bersifat sangat keras dan berorientasi kepada pembalasan terhadap setiap tingkah laku yang dianggap menyimpang dari keharusan umum. Bahkan, untuk sebagian, dapat dikatakan bahwa tradisi hukum pidana sebelum Islam lebih mencerminkan kepentingan elite

²⁶ Ibid.

daripada rakyat banyak. Ketimpangan demikian juga terjadi dalam praktek penerapan hukum yang bersifat religius sekalipun seperti yang nampak dalam praktek hukum Yahudi di kalangan masyarakat Arab sebelum Islam. Ketimpangan semacam itu sejalan dengan kenyataan bahwa struktur masyarakat arab pra Islam itu, sebenarnya, sangat didominasi oleh kaum aristokrat dan borjuis.²⁷

Istilah tindak pidana dalam hukum pidana Islam, biasa disebut dengan istilah "Al-Jarimah" yang berarti delik atau tindak pidana. Secara umum, pengertian Jarimah ialah :

Perbuatan yang dilarang Syariah dan pelakunya diancam oleh Allah SWT dengan hukuman Hadd (bentuk tertentu) atau takzir (pelanggaran yang jenis dan bentuk hukumannya didelegasikan Syariah kepada hakim atau penguasa).

Yang dimaksud dengan larangan syara' / Syariah adalah melakukan perbuatan yang dilarang dan diancam hukuman oleh Syariah atau meninggalkan perbuatan yang diperintahkan dan diancam hukuman oleh Syariah bagi yang meninggalkannya.²⁸

Larangan – larangan tersebut adakalanya berupa mengerjakan perbuatan yang dilarang, atau meninggalkan perbuatan yang diperintahkan. Dengan kata – kata Syara' pada pengertian tersebut, yang dimaksud adalah bahwa suatu perbuatan baru dianggap sebagai jarimah apabila dilarang oleh Syara'. Juga berbuat atau tidak berbuat tidak dianggap sebagai jarimah, kecuali apabila diacamkan hukuman terhadapnya. Pengertian jarimah tersebut tidak berbeda

²⁷ Jimly Asshddieqy, *Pembaharuan Hukum Pidana Indonesia*, Angkasa, Bandung, 1996, Hal 55

²⁸ Abdul Azis Dahlan, *Ensiklopedi Hukum Islam*, Ichtar Baru Van Hoeve, Jakarta, Hal 806

dengan pengertian tindak pidana, (peristiwa pidana, delik) pada hukum pidana positif Indonesia.²⁹

Para Fuqaha (sarjana hukum) sering memakai kata – kata “jinayah” untuk tindak pidana (jarimah). Semula pengertian “jinayah” ialah hasil perbuatan seseorang, dan biasanya dibatasi kepada perbuatan yang dilarang saja. Di kalangan fiqaha, yang dimaksud dengan kata – kata “jinayah” ialah perbuatan yang dilarang oleh Syara’ baik perbuatan itu mengenai (merugikan) jiwa atau harta benda ataupun lainnya.

Akan tetapi kebanyakan fiqaha memakai kata – kata “jinayah” hanya untuk perbuatan mengenai jiwa orang atau anggota badan, seperti membunuh, melukai, memukul, menggugurkan kandungan dan sebagainya. Ada pula golongan fuqaha yang membatasi pemakaian istilah jarimah kepada jarimah hudud dan qishas saja.

Para ahli fiqih mengemukakan beberapa unsur yang harus terdapat dalam suatu tindak pidana sehingga perbuatan itu dapat dikategorikan dalam perbuatan jarimah. Unsur – unsur dimaksud adalah sebagai berikut :

- (1) Ada nash (aturan) yang melarang perbuatan tersebut dan ancaman hukuman bagi pelakunya. Dalam hukum pidana positif, unsur ini disebut dengan unsur formil (ar-rukun asy-syar’i). Dalam unsur formil ini, ulama fiqih membuat kaidah “tidak ada suatu tindak pidana dan tidak ada pula suatu hukuman (pidana) tanpa ada nash”. Senada dengan kaidah ini juga dikatakan “sebelum ada nash, tidak ada hukum bagi orang – orang yang berakal.”
- (2) Tingkah laku yang membentuk perbuatan jarimah, baik berupa perbuatan nyata melanggar larangan syariah (seperti mencuri) maupun dalam bentuk

²⁹ Ahmad Hanafi, *Azas – azas Hukum Pidana Islam*, Bulan Bintang, Jakarta, 1986, Hal 1

sikap tidak berbuat sesuatu yang diperintahkan syariah (seperti melaksanakan shalat dan menunaikan zakat). Dalam hukum pidana positif, unsur ini disebut dengan unsur material (ar-rukun al-madi).

(3) Pelaku jarimah (tindak pidana), yakni seseorang yang telah mukalaf atau orang yang telah bisa diminta pertanggungjawaban secara hukum. Dalam hukum pidana positif, unsur ini disebut dengan unsur moril (ar-rukun al adabi).

Disamping ketiga unsur di atas, setiap jarimah (tindak pidana) mempunyai unsur – unsur khusus atau tersendiri pula yang antara satu bentuk tindak pidana dan tindak pidana lainnya berbeda – beda. Misalnya, dalam tindak pidana pencurian, barang yang dicuri itu mencapai satu nishab dan barang yang dicuri diambil dari tempatnya secara diam – diam. Dalam tindak pidana perzinaan, misalnya, unsur sanggama dalam pengertian sebenarnya harus terpenuhi.³⁰

Di dalam Al-Qur'an, terdapat kurang lebih tujuh ayat yang secara langsung sering dikaitkan dengan bentuk – bentuk hukuman yang harus dilaksanakan oleh kekuasaan umum terhadap setiap kejahatan yang dilakukan oleh warga masyarakat. Ketujuh ayat ini yang secara langsung selalu dirujuk dalam membicarakan soal bentuk pidana. Disamping ini, juga perlu dicatat berbagai hadits Nabi yang relevan misalnya menyangkut ketentuan mengenai berbagai bentuk hukuman terhadap kejahatan – kejahatan seperti pembunuhan, penganiayaan (perlukaan), murtad, perzinaan, tuduhan bohong / palsu mengenai perzinaan, pencurian, pelacuran, dan lain – lain. Bentuk – bentuk sanksi pidana terhadap jenis – jenis tindak pidana tersebut, dapat diketahui dari istilah – istilah "hukuman" yang dipergunakan dalam Al-Qur'an seperti "qishas" atau balasan

³⁰ Abdul Azis Dahlan, Loc.Cit

yang setimpal, dan “diyat” atau denda yang kedua – duanya berkaitan dengan kejahatan terhadap jiwa dan badan. Selain kedua bentuk sanksi tersebut, dalam Al-Qur’an juga diterangkan mengenai bentuk – bentuk sanksi “had” atau “Hudud” yang terdiri dari sanksi yang berkaitan dengan tujuh jenis kejahatan. Ketujuh kejahatan itu adalah murtad, mengacau, zina, tuduhan zina tanpa bukti, pencurian, perampokan, dan pemabukan. Bentuk – bentuk sanksi pidana yang berkaitan dengan kejahatan tersebut adalah pidana mati atau salib, dera, potong tangan dan / atau kaki, dan pengasingan atau pembuangan (diasingkan dalam jangka waktu tertentu). Selain itu, di dalam Al-Qur’an diterangkan pula mengenai bentuk sanksi yang bersifat religius seperti berupa kewajiban memerdekakan budak atau puasa, yang biasa disebut “kafarah”³¹

Pembagian dan macam – macam bentuk tindak pidana bisa berbeda jika dilihat dari berbagai segi :

1. Dilihat dari segi berat ringannya hukuman yang ditentukan terhadap tindak pidana tersebut, jarimah dibagi atas tindak pidana hudud, tindak pidana qishas / diyat, dan tindak pidana takzir.
2. Dilihat dari segi niat pelaku, tindak pidana dibagi menjadi tindak pidana yang disengaja, dan tindak pidana yang tidak disengaja
3. Dilihat dari segi cara mengerjakannya, tindak pidana terbagi atas tindak pidana yang bersifat positif, dan tindak pidana yang bersifat negatif.
4. Dilihat dari segi korban, tindak pidana dibagi atas tindak pidana perseorangan dan tindak pidana masyarakat.

³¹ Jimly Asshiddiqie, Op. Cit, Halaman 68 - 69

5. Dilihat dari segi tabiatnya, tindak pidana dibagi atas tindak pidana biasa dan tindak pidana politik

1.1 Tindak pidana hudud.

Yakni segala bentuk tindak pidana yang telah ditentukan bentuk, jumlah dan ukuran hukumannya dan merupakan hak Allah SWT semata – mata. Artinya, tindak pidana hudud ini bersifat terbatas, jenis dan hukumannya telah ditentukan, dan ukuran hukumannya pun tidak memiliki batas terendah dan tertinggi. Yang dimaksud dengan kalimat “hak Allah semata – mata” adalah bahwa apabila tindak pidana itu telah terbukti maka hukumannya tidak dapat digugurkan, baik atas permintaan korban tindak pidana secara pribadi maupun atas permintaan masyarakat. Oleh sebab itu, pengguguran hukuman tidak berlaku dalam tindak pidana hudud.³²

Kriteria yang menunjukkan bahwa hukuman itu termasuk dalam hak Allah SWT adalah setiap hukuman yang bertujuan untuk memelihara dan menjamin kemaslahatan umat manusia. Apabila suatu tindak pidana berkaitan dengan kemaslahatan umum dan pelaksanaan hukumannya untuk kepentingan umum, maka hukuman / pidana yang ditetapkan dan pelaksanaannya merupakan hak Allah SWT.³³

Menurut kesepakatan ahli fiqih, bentuk – bentuk tindak pidana hudud jumlahnya terbatas, yaitu :

- Zina
- Pencurian

³² Abdul Azis Dahlan, Loc.Cit.

³³ Ibid.

- Menuduh orang lain berbuat zina (qazf)
- Perampokan
- Meminum minuman keras
- Murtad (keluar dari agama Islam) dan,
- Pemberontakan.

Ulama fiqh sering menyebut ketujuh tindak pidana ini dengan nama hudud. Disamping itu, istilah hudud dalam istilah ahli fiqh juga dimaksudkan sebagai hukuman dari ketujuh macam tindak pidana ini.³⁴

1.2. Tindak pidana Qishas Diyat

Merupakan tindak pidana yang berkaitan dengan pelanggaran terhadap jiwa atau anggota tubuh seseorang yaitu membunuh atau melukai seseorang. Sanksi pidana terhadap tindak pidana ini adalah dengan qishas (= memberikan perlakuan yang sama kepada terpidana sesuai dengan tindak pidana yang dilakukannya), sedangkan diyat merupakan sanksi pidana berupa ganti kerugian. Tindak pidana qishas / diyat pun sanksi pidananya bersifat terbatas, tidak memiliki batas terendah dan tertinggi, sebagaimana berlaku dalam tindak pidana hudud. Disamping itu, tindak pidana qishas / diyat merupakan hak pribadi. Artinya, para korban bisa menggugurkan hukuman qishas tersebut, baik melalui perdamaian dengan ganti rugi karena hak qishas atau diyat merupakan hak pribadi korban, maka hak itu dapat diwarisi oleh ahli warisnya. Bentuk – bentuk tindak pidana qishas / diyat juga terbatas yaitu antara lain:

- Pembunuhan sengaja

³⁴ Ibid.

- Pembunuhan semi sengaja
- Pembunuhan karena kealpaan (tidak sengaja)
- Penganiayaan secara sengaja, dan
- Penganiayaan tidak sengaja

Yang dimaksud penganiayaan adalah pelanggaran terhadap anggota tubuh yang tidak sampai mengakibatkan terbunuhnya seseorang. Seperti perlukaan, pemotongan salah satu anggota tubuh, pemukulan terhadap anggota tubuh.³⁵

1.3. Tindak Pidana Ta'zir

Merupakan segala bentuk tindak pidana yang dikenakan hukuman ta'zir. Yang dimaksud dengan ta'zir adalah mengenakan hukuman selain hudud dan kafarat kepada pelaku perbuatan tindak pidana, baik perbuatan itu menyangkut hak Allah SWT maupun pribadi seseorang. Sanksi pidana dalam tindak pidana ta'zir tidak ditentukan bentuk, jenis dan jumlahnya oleh Syariah. Pembuat Syariah hanya menentukan sejumlah sanksi pidana, mulai dari sanksi pidana terendah sampai kepada sanksi pidana tertinggi. Untuk menentukan pidana mana yang harus dilaksanakan terhadap suatu tindak pidana ta'zir, syariah menyerahkan sepenuhnya kepada kebijaksanaan hakim, setelah mempertimbangkan kemaslahatan terpidana, lingkungan yang mengitarinya, dan tujuan yang hendak dicapai dalam pelaksanaan hukuman tersebut.³⁶

Sesuai dengan pengertian yang dikemukakan ahli fiqih, tindak pidana ta'zir bersifat tak terbatas, baik segi bentuk maupun dari segi pidananya. Bahkan mereka menyatakan bahwa tidak mungkin menetapkan dan membatasi bentuk –

³⁵ Ibid.

³⁶ Ibid, Halaman 807

bentuk tindak pidana ta'zir dan pidananya. Oleh sebab itu, Syairah mendelegasikan kepada hakim untuk menentukan bentuk – bentuk dari hukuman terhadap pelanggar tindak pidana ta'zir setelah mempertimbangkan pihak terpidana, lingkungan yang mengitarinya, dan tujuan syariat dalam menetapkan suatu pidana.³⁷

Dilihat dari segi berubah atau tidaknya bentuk dan pidana dari tindak pidana ta'zir, para ahli fiqh membaginya ke dalam dua bentuk

Pertama, bentuk – bentuk tindak pidana yang termasuk dalam kategori jumlah ta'zir yang ditentukan oleh nash, seperti muamalah dengan cara riba, mengkhianati amanah, penyapan, korupsi, dan segala macam perbuatan curang dalam menentukan hukuman. Tindak pidana ta'zir seperti ini tidak bisa berubah. Artinya, perbuatan seperti ini tidak bisa berubah menjadi legal, sekalipun situasi dan kondisi masyarakat sudah berubah.³⁸

Kedua, bentuk – bentuk tindak pidana ta'zir yang ditentukan pihak penguasa / pemerintah yang sifatnya bisa berubah sesuai dengan perubahan situasi, kondisi, dan lingkungan, seperti berbagai ketetapan pemerintah yang apabila ilanggar dikenakan sanksi hukum, misalnya, peraturan lalu lintas.³⁹

Maksud dari pemberian hak penentuan tindak pidana ta'zir kepada penguasa, ialah agar mereka dapat mengatur masyarakat dan memelihara kepentingan – kepentingannya, serta bisa menghadapi sebaik – baiknya terhadap keadaan mendadak.⁴⁰

³⁷ Ibid,

³⁸ Ibid,

³⁹ Ibid,

⁴⁰ Ahmad Hanafi, Op.Cit, Halaman 9

Perbedaan antara tindak pidana ta'zir yang ditetapkan oleh Syariah dengan tindak pidana ta'zir yang ditetapkan oleh penguasa, ialah jika tindak pidana ta'zir bentuk pertama tetap dilarang selama – lamanya, dan tidak mungkin akan menjadi perbuatan yang tidak dilarang pada waktu apapun juga. Akan tetapi tindak pidana ta'zir bentuk kedua bisa menjadi perbuatan yang tidak dilarang manakala kepentingan masyarakat menghendaki demikian.⁴¹

Pembagian tindak pidana menjadi hudud, qishas – diyat, dan ta'zir nampak pentingnya pada segi – segi berikut :

Pertama, segi pengampunan. Pada tindak pidana hudud tidak ada pengampunan sama sekali, baik dari si korban atau dari penguasa tertinggi (kepala negara). Pengampunan dari salah satunya tidak mempengaruhi kepada sifat “tindak pidananya” perbuatan yang dilakukan ataupun pidananya. Akan tetapi pada tindak pidana qishas – diyat, pengampunan bisa diberikan oleh si korban. Pengampunan yang diberikannya mempunyai pengaruh dan oleh karena itu si korban bisa memaafkan hukuman qishas, untuk diganti dengan hukuman diyat sebagaimana ia bisa membebaskan si pelaku dari hukuman diyat. Kepala negara, dalam kedudukannya sebagai penguasa tertinggi, tidak boleh memberikan pengampunan, karena pengampunan dalam tindak pidana qishas diyat hanya dimiliki oleh si korban atau walinya. Akan tetapi jika si korban masih berada dibawah umur atau gila, sedang ia tidak mempunyai wali, maka kepala negara (penguasa bisa menjadi walinya dan memberikan pengampunan itu tidak diberikan dengan cuma – Cuma. Jadi kedudukannya sebagai wali itulah yang memungkinkan dia mengampuni, sebab menurut aturan, penguasa menjadi wali bagi orang yang tidak mempunyai

⁴¹ Ibid

wali. Dalam tindak pidana ta'zir, penguasa diberi hak untuk membebaskan si pelaku dari pidana, dengan syarat tidak mengganggu hak pribadi si korban. Korban juga bisa memberikan pengampunan dalam batas-batas yang berhubungan dengan hak pribadinya. Oleh karena tindak pidana itu menyinggung hak masyarakat, maka pengampunannya yang diberikan oleh korban tidak menghapuskan pidana sama sekali, kecuali sekedar untuk meringankan hukumannya si pelaku. Seseorang hakim mempunyai kekuasaan luas pada tindak pidana ta'zir dalam mempertimbangkan keadaan – keadaan.⁴²

Kedua, segi kekuasaan hakim. Dalam tindak pidana hudud, apabila sudah dapat dibuktikan, maka hakim tinggal melaksanakan pidana yang telah ditentukan, tanpa dikurangi atau dilebihkan, atau menggantikannya dengan hukuman lain, ataupun menunda pelaksanaannya. Dengan kata lain, kekuasaan hakim dalam tindak pidana hudud terbatas pada pengucapan keputusan yang telah ditentukan. Pada tindak pidana qishas, kekuasaan hakim terbatas pada penjatuhan pidana yang telah ditetapkan, apabila perbuatan yang dituduhkan kepada pelaku telah dapat dibuktikan. Apabila pidana berupa qishas, sedang korban memaafkan si pelaku dari ancaman pidana qishas, atau qishas tersebut tidak dapat dilaksanakan karena alasan yang sah, maka hakim harus menjatuhkan pidana diyat atas si pelaku, selam korban tidak memaafkannya pula dari diyat. Jika pidana diyat ini juga dibebaskan oleh si korban, maka hakim bisa menjatuhkan pidana ta'zir. Akan tetapi pada tindak pidana ta'zir, hakim mempunyai kekuasaan luas, mulai dari memilih ancaman hukuman yang sesuai, sampai kepada pemberatan

⁴² Ibid, halaman 10

atau peringanan hukuman, dan juga bisa menyegerakan pelaksanaan hukuman ataupun menundanya.⁴³

Ketiga, segi keadaan – keadaan yang meringankan. Pidana dari tindak pidana hudud dan qishas siyat, bagaimanapun juga keadaan si pembuat, tetap dilaksanakan tanpa dikurangi atau diperingan. Akan tetapi pada tindak pidana ta'zir, keadaan si korban atau suasana ketika tindak pidana itu dilakukan bisa mempengaruhi berat ringannya pidana.

Keempat, alat – alat pembuktian. Untuk tindak pidana hudud dan qishas, Syariah menetapkan bilangan saksi tertentu, jika alat pembuktian hanya berupa saksi. Dalam tindak pidana perzinaan, diperlukan empat orang saksi yang menyaksikan sendiri terjadinya perbuatan tersebut. Untuk tindak pidana hudud lain dari tindak pidana qishas diyat diperlukan sedikitnya dua orang saksi, tindak pidana ta'zir hanya diperlukan seorang saksi saja.⁴⁴

2.1. Tindak pidana yang disengaja

Merupakan tindak pidana yang secara nyata terpidana terpidana bermaksud untuk melakukan tindak pidana tersebut dan ia mengetahui bahwa perbuatan itu tidak boleh (dilarang) dilakukan dan pelakunya diancam dengan hukuman.⁴⁵

Pada tindak pidana sengaja (jara-im maqshudah), pelaku dengan sengaja melakukan perbuatannya, sedang ia tahu bahwa perbuatannya itu dilarang (salah) begitulah arti umum “kesengajaan” dalam hukum pidana Islam, meskipun dalam tindak pidana pembunuhan, kesengajaan mempunyai arti khusus, yaitu sengaja mengerjakan perbuatan yang dilarang dan memang akibat perbuatan itu

⁴³ Ibid

⁴⁴ Ibid, halaman 11

⁴⁵ Abdul Azis Dahlan, Op.Cit, Halaman 808

dikehendaki pula. Jika pelaku dengan sengaja berbuat tetapi tidak menghendaki akibat – akibat perbuatannya itu, maka disebut “pembunuhan semi sengaja”. Dalam hukum positif disebut “penganiayaan yang membawa kematian”.⁴⁶

2.2. Tindak Pidana yang Tidak disengaja

Yaitu pelaku tidak mempunyai niat sama sekali untuk melakukan tindak pidana tersebut. Terjadinya tindak pidana ini disebabkan kesalahan semata. Kesalahan tersebut menurut para ahli fiqh ada dua macam yaitu, (a) melakukan suatu perbuatan dengan sengaja tetapi bukan dengan niat melakukan tindak pidana. Adakalanya karena salah duga, seperti orang yang berburu menembak sesuatu yang dikiranya binatang buruan tetapi ternyata manusia. Adakalanya pula karena salah dalam perbuatan itu sendiri. Misalnya seseorang melemparkan sebuah batu dengan tujuan membuang batu tersebut, namun lemparan batu itu mengenai orang yang sedang lewat sehingga orang tersebut luka. (b) seseorang tidak bermaksud berbuat tetapi perbuatan itu muncul akibat kelalaian atau kealpaan. Misalnya, seseorang tidur membalikkan dirinya dan ternyata menimpa orang lain sehingga orang tersebut wafat, atau seseorang menggali lubang di suatu tempat sehingga orang lain tergelincir kedalamnya hingga wafat. Pentingnya pembagian tindak pidana kepada bentuk ini terlihat pada pelaksanaan hukuman yang akan dikenakan terhadap terpidana. Apabila tindak pidana itu disengaja an diketahui oleh terpidana bahwa perbuatan itu dilarang, maka unsur – unsur pidana dalam kasus seperti ini terpenuhi dan pidana yang akan dikenakan adalah pidana

⁴⁶ Ahmad Hanafi, Op.Cit, Halaman 13

primer (aslinya). Akan tetapi, apabila unsur kesengajaan tidak ada, maka pidana yang akan dikenakan adalah pidana pengganti, bukan pidana aslinya.⁴⁷

Pentingnya pembagian tersebut nampak pada dua segi :

Pertama, tindak pidana sengaja menunjukkan adanya kesengajaan pembuat melakukan tindak pidana. Sedangkan pada tindak pidana tidak sengaja kecondongan untuk berbuat salah tidak ada. Karena itu pidana untuk tindak pidana maam pertama lebih berat. Kedua, pidana tidak bisa dijatuhkan kepada tindak pidana sengaja, apabila unsur kesengajaan tidak terbukti, sedang pada tindak pidana tidak sengaja, pidana dijatuhkan karena kelalaian atau ketidak hati – hatian semata.

3.1. Tindak pidana yang bersifat positif (Jarimah al – Ijabiyah)

Yaitu melakukan suatu perbuatan yang dilarang, seperti perampokan, perzinaan, dan pemukulan. Dapat disebut juga "*delicta commissionis*". Adakalanya tindak pidana al – ijabiyah dilakukan seseorang dengan tindakan yang bersifat negatif, seperti seseorang memenjarakan orang lain dan tidak diberi makan, minum, dan tidak diberi selimut di malam yang dingin, sehingga tindakan ini membuat orang tersebut mati, menurut para ahli fiqh, tindak pidana ini termasuk pembunuhan sengaja dan pelakunya dikenai pidana qishas. Akan tetapi, ulama mazhab Hanafi berpendirian bahwa tindak pidana pembunuhan dalam kasus seperti ini bukan termasuk pembunuhan sengaja, karena kematian orang itu disebabkan lapar, haus dan kedinginan, bukan semata – mata karena dipenjarakan. Para ahli hukum pidana Islam lainnya berpendapat bahwa pembunuhan dalam

⁴⁷ Abdul Azis Dahlan, Loc.Cit

kasus ini termasuk dalam pembunuhan sengaja, karena bersikap tidak memberi makan, minum dan selimut orang yang dipenjarakan itu merupakan penganiayaan yang dapat menghilangkan nyawa seseorang.⁴⁸

3.2. Tindak pidana yang bersifat negatif (jarimah as – salabiyah)

Yaitu berupa sikap tidak mau melaksanakan suatu perbuatan yang diperintahkan, seperti keengganan saksi untuk mengemukakan kesaksiannya atau keengganan seorang wajib zakat untuk membayar zakat.⁴⁹

4.1. Tindak Pidana Perseorangan

Yaitu tindak pidana yang pensyariatannya hukumannya untuk menjamin kemaslahatan pribadi, yang sekalipun secara langsung berkaitan dengan kepentingan pribadi namun di dalamnya juga terkait kepentingan masyarakat. Misalnya pembunuhan atau pemukulan / perlukaan anggota tubuh dan tindak pidana ta'zir yang termasuk hak pribadi. Tindak pidana yang termasuk tindak pidana perseorangan misalnya tindak pidana qishas diyat. Hal ini tidak berarti bahwa masyarakat tidak dirugikan oleh adanya tindak pidana tersebut, melainkan sekedar lebih menguatkan hak perseorangan atas hak masyarakat. Oleh karena itu, maka orang yang menjadi korban dari tindak pidana tersebut dapat menghapuskan pidana – pidana qishas sebagai pidana pokok untuk tindak pidana qishas diyat. Hak penghapusan pidana – pidana tersebut diberikan kepada si korban, didasarkan atas pertimbangan bahwa tindak pidana – tindak pidana tersebut menyinggung haknya dengan langsung. Meskipun sudah dihapuskan dari pihaknya, namun hal

⁴⁸ Abdul Aziz Dahlan, Op.Cit, halaman 809

⁴⁹ Ibid,

ini tidak berarti bahwa si pembuat bebas sama sekali dari pidana sebab ia bisa dijatuhi pidana ta'zir, dengan maksud untuk memelihara hak masyarakat yang telah dirugikan oleh pembuat tersebut dengan tidak langsung. Tindak pidana ta'zir ada yang menyinggung hak – hak masyarakat dan ada pula yang menyinggung hak perseorangan. Sebenarnya tiap –tiap tindak pidana yang menyinggung hak masyarakat pada akhirnya juga menyinggung hak perseorangan.

4.2. Tindak Pidana Masyarakat

Yaitu merupakan tindak pidana yang penyarifan pidananya dimaksudkan untuk memelihara kemaslahatan dan ketertiban masyarakat, baik yang menjadi korban dalam tindak pidana adalah pribadi, masyarakat, maupun stabilitas masyarakat dan keamanan mereka. Misalnya, tindak pidana yang termasuk dalam kategori hudud dan sebagian tindak ta'zir yang menyangkut hak masyarakat.

Pentingnya pembagian kedua bentuk tindak pidana ini adalah dilihat dari segi boleh tidaknya hukuman terpidana digugurkan. Apabila tindak pidana bersifat perseorangan itu berbentuk qishas diyat, maka korban atau ahli warisnya boleh memaafkan atau menggugurkan hukumannya. Apabila tindak pidana yang dilakukan termasuk dalam kategori ta'zir yang bersifat pribadi, maka pidananya juga bisa dimaafkan atau digugurkan oleh pihak korban atau ahli warisnya. Jika tindak pidana yang dilakukan itu termasuk kategori hudud atau ta'zir yang berkaitan langsung dengan hak – hak masyarakat, maka apabila tindak pidana itu telah terbukti di depan sidang pengadilan, sanksi pidananya tidak dapat digugurkan. Misalnya, dalam tindak pidana pencurian. Sekalipun yang dirugikan

dalam kasus ini adalah pribadi tertentu (korban pencurian), korban tidak boleh memaafkannya karena tindak pidana ini termasuk tindak pidana hudud dan telah diajukan dan terbukti di depan hakim.⁵⁰

5.1. Tindak Pidana Biasa

Merupakan tindak pidana yang tidak terkait sama sekali dengan persoalan politik. Kebanyakan bentuk tindak pidana adalah dalam kategori tindak pidana ini.

Di dalam Syariah Islam menganut pemisahan antara tindak pidana biasa dengan tindak pidana politik. Pemisahan tersebut didasarkan atas kemaslahatan keamanan dan ketertiban masyarakat, dan atas pemeliharaan sendi – sendinya. Oleh karena itu tidak setiap tindak pidana yang diperbuat untuk tujuan – tujuan politik dapat disebut tindak pidana politik, meskipun kadang – kadang ada tindak pidana biasa yang diperbuat dalam suasana politik tertentu bisa digolongkan dalam tindak pidana politik. Sebenarnya corak kedua macam tindak pidana tersebut tidak berbeda, baik mengenai macam maupun cara memperbuatnya. Perbedaan antara keduanya terletak pada motif (faktor pembangkitnya).⁵¹

5.2. Tindak Pidana Politik

Merupakan tindak pidana yang dilakukan dengan tujuan politik, yaitu dalam istilah hukum Islam disebut dengan al – baghyu.

Tindak pidana politik baru terdapat dalam keadaan luar biasa, tegasnya dalam keadaan pemberontakan atau perang saudara. Jika terjadi peperangan antara

⁵⁰ Ibid,

⁵¹ Ahmad Hanafi, Op. Cit

sebagian rakyat dengan negara (pemerintah), atau apabila sebagian rakyat memberontak kepada negara, maka baru terdapat tindak pidana politik, asal pada rakyat yang memberontak tersebut terdapat syarat – syarat tertentu. Boleh jadi syarat – syarat ini sudah terdapat tapi suasananya bukan suasana pemberontakan atau suasana perang, maka tindak yang diperbuat bukan tindak pidana politik melainkan tetap menjadi tindak pidana biasa. Pentingnya pembedaan kedua bentuk tindak pidana ini terletak pada pidana yang dikenakan terhadap pelakunya. Dalam tindak pidana biasa, pidana yang dikenakan sesuai dengan jenis tindak pidana yang dilakukan. Misalnya, apabila seorang mencuri dan pencurian ini memenuhi rukun dan syaratnya, maka dikenakan pidana potong tangan. Akan tetapi dalam tindak pidana politik, sekalipun tindak pidana yang dilakukan bermacam – macam, maka hukumannya pidananya hanya satu, yaitu diperangi, tanpa melihat jenis tindak pidana yang diperbuat. Apabila terjadi pemberontakan terhadap pemerintahan yang sah di suatu negara dan dalam memberontak tersebut pemberontak melakukan pembunuhan, perkosaan, dan perampasan harta benda, maka pidana bagi mereka adalah pidana pemberontakan, yaitu dibunuh, sekalipun tindak pidana yang mereka lakukan dalam pemberontakan itu berbagai jenis.⁵²

C. PENGERTIAN DAN RUANG LINGKUP PEMBAHARUAN

HUKUM PIDANA

Menurut Kamus Besar Bahasa Indonesia, pengertian Kebijakan adalah:

Rangkaian konsep dan asas yang menjadi garis besar dan dasar rencana dalam pelaksanaan suatu pekerjaan, kepemimpinan, dan cara bertindak (tentang pemerintahan, organisasi, dsb), pernyataan cita –

⁵² Abdul Azis Dahlan, Op.Cit, Halaman 810

cita, tujuan, prinsip, atau maksud sebagai garis pedoman untuk manajemen dalam usaha mencapai sasaran.

Sedangkan pengertian Kebijakan Hukum Pidana adalah :

Serangkaian konsep dan asas yang menjadi garis besar rencana suatu negara untuk melaksanakan hukum pidana sebagai pedoman dalam usaha mencapai sasaran tertentu.⁵³

Barda Nawawi Arief, dalam bukunya yang berjudul Bunga Rampai Kebijakan Hukum Pidana mengemukakan bahwa Marc Ancel pernah menyatakan, bahwa "*modern criminal science*" terdiri dari tiga komponen "*Criminology*", "*Criminal Law*", dan "*Penal Policy*". Dikemukakan oleh Marc Ancel, bahwa "*Penal Policy*" adalah suatu ilmu sekaligus seni yang pada akhirnya mempunyai tujuan praktis untuk memungkinkan peraturan hukum positif dirumuskan secara lebih baik dan untuk memberi pedoman tidak hanya kepada pembuat undang – undang, tetapi juga kepada pengadilan yang menerapkan undang – undang dan juga kepada para penyelenggara atau pelaksana putusan pengadilan. Selanjutnya, dikatakan oleh Marc Ancel :

"Diantara studi mengenai faktor – faktor kriminologis di satu pihak dan studi mengenai teknik perundang – undangan di lain pihak, ada tempat bagi suatu ilmu pengetahuan yang mengamati dan menyelidiki fenomena legislatif dan bagi suatu seni yang rasional, di mana para sarjana dan praktisi, para ahli kriminologi dan sarjana hukum dapat bekerja sama tidak sebagai pihak yang saling berlawanan atau saking berselisih, tetapi sebagai kawan sekerja yang terikat di dalam tugas bersama, yaitu terutama untuk menghasilkan suatu kebijakan pidana yang realistik, humanis dan berpikiran maju (progresif) lagi sehat"

(between the study of criminological factors on the one hands, and the legal technique on the other, there is room for a science wich observes legislative phenomenon and for a rational art within wich scholar and practitioner, criminologist and lawyers can come together, not as antagonists or ini fratricidal strife, but as fellowworkers engaged ini a common task, wich is first an foremost to bring into effect a relaistic, humane, and healthily progressive penal policy).

⁵³ Tim Penyusun Kamus Pusat Pembinaan dan Pengembangan Bahasa, *Kamus Besar Bahasa Indonesia*, Balai Pustaka, Jakarta, 1990, halaman 115.

Akhirnya dikemukakan pula oleh Marc Ancel, bahwa sistem hukum pidana abad XX masih tetap harus diciptakan. Sistem demikian hanya dapat disusun dan disempurnakan oleh usaha bersama semua orang yang beritikad baik dan juga oleh semua ahli di bidang ilmu – ilmu sosial. Masalah kebijakan hukum pidana termasuk dalam satu bidang yang seyogianya menjadi pusat perhatian kriminologi. Terlebih memang “pidana” sebagai salah satu reaksi atau respon terhadap kejahatan, merupakan salah satu objek studi kriminologi.⁵⁴

Berkaitan dengan pendapat dari Marc Ancel yang mengemukakan bahwa “modern criminal science” terdiri dari komponen “*criminology*” dan “*criminal law*”, maka G. Peter Hoefnagels di dalam bukunya yang berjudul “*The Other Side Of Criminology*” mengemukakan pengertian Criminology sebagai berikut :

*Criminology is Primarily a science of others than offenders. In this sense I invert criminology. The history of criminology is not so much a history of offenders, as a history of the reaction of those in power.*⁵⁵

G. Peter Hoefnagels mengemukakan pula definisi mengenai Criminal Policy :

*Criminal Policy as a science of policy is part of a larger policy : the law enforcement policy. This makes it understandable that administrative and civil law occupy the same place in the diagram as non criminal legal crime prevention. Criminal policy is the rational organization of the social reaction to crime. Criminal policy is also manifest as science and as application. The legislative and enforcement policy is in turn of social policy.*⁵⁶

⁵⁴ Marc Ancel, Social Defence, *A Modern Approach to Criminal Problems*, Dalam Barda Nawawi Arief, *Bunga Rampai Kebijakan Hukum Pidana*, PT. Citra Aditya Bakti, Bandung, 1996, Halaman 23-25

⁵⁵ G. Peter Hoefnagels, *The Other Side Of Criminology*, Kluwer, Deventer, Holland, 1969, Halaman 11.

⁵⁶ Ibid, Halaman 57

Bertolak dari definisi tersebut, G.Peter Hoefnagels mengemukakan bahwa kebijakan kriminal berperan sebagai ilmu pengetahuan tentang kebijakan sebagai bagian dari kebijakan umum yaitu kebijakan penegakkan hukum. Kebijakan kriminal merupakan organisasi yang rasional dari reaksi masyarakat terhadap kejahatan dan juga merupakan perwujudan sebagai ilmu pengetahuan dan penerapannya.

Istilah “kebijakan”, menurut Barda Nawawi Arief diambil dari istilah “policy” (Inggris) atau “politiek” (Belanda). Bertolak dari kedua istilah asing ini, maka istilah “kebijakan hukum pidana” dapat pula disebut dengan istilah “politik hukum pidana”. Dalam kepustakaan asing istilah “politik hukum pidana” ini sering dikenal dengan berbagai istilah, antara lain “*penal policy*”, *criminal law policy* atau “*strafrecht policy*”. Pengertian kebijakan atau politik hukum pidana dapat dilihat dari politik hukum maupun dari politik kriminal.⁵⁷

Menurut Sudarto, pengertian politik hukum adalah :

Kebijakan dari negara melalui badan – badan yang berwenang untuk menetapkan peraturan – peraturan yang dikehendaki yang diperkirakan bisa dipergunakan untuk mengekspresikan apa yang terkandung dalam masyarakat dan untuk mencapai apa yang dicita – citakan.⁵⁸

Menurut beliau, untuk bidang hukum pidana, melaksanakan politik hukum pidana berarti usaha mewujudkan peraturan perundang – undangan pidana yang sesuai dengan keadaan dan situasi pada suatu waktu dan untuk masa – masa yang akan datang. Pembentukan undang – undang merupakan proses sosial dan proses politik yang sangat penting artinya dan mempunyai pengaruh luas, karena ia akan memberi bentuk dan mengatur atau mengendalikan masyarakat. Undang –

⁵⁷ Barda Nawawi Arief, *Bunga Rampai Kebijakan Hukum Pidana*, PT. Citra Aditya Bakti, Bandung, 1996, halaman 27

⁵⁸ Sudarto, *Hukum Pidana dan Perkembangan Masyarakat : Kajian terhadap Pembaharuan Hukum Pidana*, Sinar Baru, Bandung, 1983, halaman 93

undang ini digunakan oleh penguasa untuk mencapai dan mewujudkan tujuan – tujuan tertentu. Dengan demikian, maka dapat dikatakan, bahwa undang – undang mempunyai dua fungsi yakni, (1) fungsi untuk mengekspresikan nilai – nilai, dan (2) fungsi instrumnetal. Bertolak dari kedua fungsi inilah sebaiknya politik hukum pidana kita jalankan, tanpa mengingkari adanya fungsi lainnya, misalnya sifat atau pengaruh simbolik dari undang – undang tertentu.⁵⁹

Sehubungan dengan pendapat tersebut, Sudarto mengemukakan tiga arti mengenai kebijakan kriminal, yaitu :

- a. Dalam arti sempit, ialah keseluruhan asas dan metode yang menjadi dasar dari reaksi terhadap pelanggaran hukum yang berupa pidana;
- b. Dalam arti luas, ialah keseluruhan fungsi dari aparaturnya penegak hukum, termasuk di dalamnya cara kerja pengadilan dan polisi ;
- c. Dalam arti paling luas (yang beliau ambil dari Jorgen Jepsen), ialah keseluruhan kebijakan yang dilakukan melalui perundang – undangan dan badan – badan resmi, yang bertujuan untuk menegakkan norma – norma sentral dari masyarakat.

Dalam kesempatan lain beliau mengemukakan definisi singkat bahwa politik kriminal merupakan “suatu usaha yang rasional dari masyarakat dalam menanggulangi kejahatan”. Definisi ini diambil dari definisi Marc Ancel yang merumuskan sebagai “*the rational organization of the control of crime by society*”. Bertolak dari pengertian yang dikemukakan Marc Ancel ini, G. Peter Hoefnagels mengemukakan bahwa “*criminal policy is the rational organization*

⁵⁹ Ibid, Halaman 94

of the social reaction to crime “. Berbagai definisi lainnya yang dikemukakan G. Peter Hoefnagels ialah :

- a. *Criminal Policy is the science of responses ;*
- b. *Criminal Policy is the science of criminal prevention ;*
- c. *Criminal Policy is a policy of designating human behaviour as crime ;*
- d. *Criminal Policy is a rational total of the responses to crime.*⁶⁰

Dengan demikian, dilihat sebagai bagian dari politik hukum, maka politik hukum pidana mengandung arti, bagaimana mengusahakan atau membuat dan merumuskan suatu perundang – undangan pidana yang baik. Pengertian demikian terlihat pula dalam definisi “*penal policy*” dari Marc Ancel yang telah dikemukakan pada uraian pendahuluan yang secara singkat dapat dinyatakan sebagai “suatu ilmu sekaligus seni yang bertujuan untuk memungkinkan peraturan hukum positif dirumuskan secara lebih baik”. Dengan demikian yang dimaksud dengan “peraturan hukum” (*the positive rules*) dalam definisi Marc Ancel itu jelas adalah peraturan perundang – undangan hukum pidana. Dengan demikian istilah “*penal policy*” menurut Marc Ancel adalah sama dengan istilah “kebijakan atau politik hukum pidana”.⁶¹

Menurut A. Mulder, “*Strafrechtspolitik*” ialah garis kebijakan untuk menentukan :

- a. Seberapa jauh ketentuan – ketentuan pidana yang berlaku perlu diubah atau diperbaharui ;
- b. Apa yang dapat diperbuat untuk mencegah terjadinya tindak pidana ;

⁶⁰ Barda Nawawi Arief, Op. Cit, Halaman 1 - 2

⁶¹ Ibid, Halaman 28

- c. Cara bagaimana penyidikan, penuntutan, peradilan dan pelaksanaan pidana harus dilaksanakan.

(Strafrechtspolitik is de beleidslijn om te bepalen :

- *In welk opzicht de bestaande strafbepalingen herzien dienen te worden ;*
- *Wat gedaan kan worden om strafrechtelijk gedrag te voorkomen ;*
- *Hoe de opsporing, vervolging, berechting en tenuitvoerlegging van straffen dient te verlopen).*⁶²

Definisi Mulder diatas, bertolak dari pengertian “sistem hukum pidana” menurut Marc Ancel yang menyatakan, bahwa tiap masyarakat yang terorganisir memiliki sistem hukum pidana yang terdiri dari :

- (a) Peraturan – peraturan hukum pidana dan sanksinya ;
- (b) Suatu prosedur hukum pidana, dan
- (c) suatu mekanisme pelaksanaan (pidana)⁶³

Usaha dan kebijakan untuk membuat peraturan hukum pidana yang baik pada hakikatnya tidak dapat dilepaskan dari tujuan penanggulangan kejahatan. Jadi kebijakan atau politik hukum pidana juga merupakan bagian dari politik kriminal. Dengan perkataan lain, dilihat dari sudut politik kriminal, maka politik hukum pidana identik dengan pengertian “kebijakan penanggulangan kejahatan dengan hukum pidana”.⁶⁴

Usaha penanggulangan kejahatan dengan hukum pidana pada hakikatnya juga merupakan bagian dari usaha penegakkan hukum (khususnya penegakkan hukum pidana). Oleh karena itu sering pula dikatakan, bahwa politik

⁶² Ibid, Halaman 28 - 29

⁶³ Ibid, Halaman 29

⁶⁴ Ibid

atau kebijakan hukum pidana merupakan bagian pula dari kebijakan penegakkan hukum (*law enforcement policy*).⁶⁵

Di samping itu usaha penanggulangan kejahatan lewat pembuatan undang – undang (hukum) pidana pada hakikatnya juga merupakan bagian integral dari usaha perlindungan masyarakat (*social defence*). Oleh karena itu wajar pulalah apabila kebijakan atau politik hukum pidana juga merupakan bagian integral dari kebijakan atau politik sosial (*social policy*). Kebijakan sosial (*social policy*) dapat diartikan sebagai segala usaha yang rasional untuk mencapai kesejahteraan masyarakat dan sekaligus mencakup perlindungan masyarakat. Jadi di dalam pengertian “*social policy*” sekaligus tercakup di dalamnya “*social welfare policy*” dan “*social defence policy*”.⁶⁶

Pembaharuan hukum pidana yang menyeluruh harus meliputi pembaharuan hukum pidana materiil (substentif), hukum pidana formil (hukum acara pidana) dan hukum pelaksanaan pidana (*strafvollstreckengesetz*). Ketiga bidang hukum pidana itu harus bersama – sama diperbaharui. Kalau hanya salah satu bidang yang dibaharui dan yang lain tidak, maka akan timbul kesulitan dalam pelaksanaannya, dan tujuan dari pembaharuan itu tidak akan tercapai sepenuhnya. Adapun tujuan utama dari pembaharuan hukum pidana ialah penanggulangan kejahatan.⁶⁷

Makna dan hakikat pembaharuan hukum pidana berkaitan erat dengan latar belakang dan urgensi diadakannya pembaharuan hukum pidana itu sendiri. Latar belakang dan urgensi diadakannya pembaharuan hukum pidana dapat ditinjau dari aspek sosio politik, sosio filosofik dan sosio kultural atau dari

⁶⁵ Ibid

⁶⁶ Ibid, halaman 30

⁶⁷ Sudarto, Op. Cit, Halaman 60

berbagai aspek kebijakan (khususnya kebijakan sosial, kebijakan kriminal dan kebijakan penegakkan hukum). Ini berarti, makna dan hakikat pembaharuan hukum pidana juga berkaitan erat dengan berbagai aspek itu. Artinya, pembaharuan hukum pidana juga pada hakikatnya harus merupakan perwujudan dari perubahan dan pembaharuan terhadap berbagai aspek dan kebijakan yang melatarbelakangi itu. Dengan demikian, pembaharuan hukum pidana pada hakikatnya mengandung makna, suatu upaya untuk melakukan reorientasi dan reformasi hukum pidana yang sesuai dengan nilai – nilai sentral sosio politik, sosio filosofik dan sosio kultural masyarakat Indonesia yang melandasi kebijakan sosial, kebijakan kriminal dan kebijakan penegakkan hukum di Indonesia. Secara singkat dapatlah dikatakan, bahwa pembaharuan hukum pidana pada hakikatnya harus ditempuh dengan pendekatan yang berorientasi pada kebijakan (*“policy-oriented approach”*) dan sekaligus pendekatan yang berorientasi pada nilai (*“value – oriented approach”*)⁶⁸

Pembaharuan hukum pidana harus dilakukan dengan pendekatan kebijakan, karena memang pada hakikatnya ia hanya merupakan bagian dari suatu langkah kebijakan atau *“policy”* (yaitu bagian dari politik hukum / penegakkan hukum, politik hukum pidana, politik kriminal, dan politik sosial). Di dalam setiap kebijakan (*policy*) terkandung pula pertimbangan nilai. Oleh karena itu, pembaharuan hukum pidana harus pula berorientasi pada pendekatan nilai.⁶⁹

Menurut Sudarto di dalam bukunya yang berjudul **Hukum Pidana dan Perkembangan masyarakat : Studi terhadap Pembaharuan Hukum**

⁶⁸ Barda Nawawi Arif, Op. Cit, Halaman 31

⁶⁹ Ibid.

Pidana, secara dogmatis dapat dikatakan, bahwa dalam hukum pidana terdapat tiga pokok permasalahan, ialah :⁷⁰

- a. perbuatan yang dilarang ;
- b. orang yang melakukan perbuatan yang dilarang itu ;
- c. pidana yang diancamkan terhadap pelanggar larangan itu.

Akan tetapi apabila hukum pidana dipandang secara fungsional, dalam arti bagaimana perwujudan dan bekerjanya hukum pidana itu di dalam masyarakat, maka dapat dilihat adanya tiga fase, ialah :

- a. pengancaman pidana terhadap perbuatan (yang tidak disukai) oleh pembentuk undang – undang ;
- b. penjatuhan pidana kepada seseorang (korporasi) oleh hakim atas perbuatan yang dilakukan oleh orang (korporasi) tersebut ;
- c. pelaksanaan pidana oleh aparat eksekusi pidana (misalnya lembaga pemasyarakatan) atas orang yang telah dijatuhi pidana tersebut.

Dalam fase pertama pidana masih berupa ancaman, berupa norma sanksi yang menyebutkan sanksi minimum dan maksimumnya, jadi pidana masih tergantung di awang – awang, artinya, belum terwujud sama sekali. Sedang dalam fase kedua pidana sudah lebih konkrit, misalnya dua tahun penjara, yang dijatuhkan kepada orang tertentu, misalnya si A. Dalam fase ketiga pidana sudah betul – betul dirasakan oleh orang yang dikenai, ialah dalam hal pidana penjara kalau betul – betul orang tersebut hilang kemerdekaannya untuk pergi kemana yang ia kehendaki, atau dalam hal pidana mati kalau terpidana sudah benar –

⁷⁰ Sudarto, Op. Cit, halaman 62

benar hilang nyawanya, atau dalam hal pidana denda kalau terpidana secara nyata berkurang kekayaannya pada waktu ia membayar denda.⁷¹

Dengan pandangan yang demikian itu, maka sesuai dengan apa yang telah dikemukakan tadi, dapat dipahami bahwa pembaharuan hukum pidana tidak hanya meliputi hukum pidana materiil (substantif) saja, meskipun harus diakui bahwa bagian hukum pidana yang memuat pengancaman dengan pidana terhadap sesuatu perbuatan orang (korporasi) merupakan bagian yang penting. Kriminalisasi perbuatan – perbuatan yang tidak disukai masyarakat dan penentuan syarat – syarat apa yang harus dipenuhi sebelum seseorang dapat dipidana beserta pengancaman pidananya merupakan masalah yang sangat penting dan tidak mudah, yang kadang – kadang tidak disadari benar oleh kebanyakan orang.⁷²

Urgensi diadakannya pembaharuan hukum pidana mengacu pada beberapa alasan yaitu :⁷³

1. alasan politik ;
2. alasan sosiologis ;
3. alasan kebutuhan dalam praktek (praktis).

Dipandang dari sudut politik, Negara Republik Indonesia yang merdeka adalah wajar mempunyai KUHP-nya, yang diciptakannya sendiri. KUHP yang diciptakan sendiri bisa dipandang sebagai lambang (symbol) dan merupakan suatu kebanggaan dari suatu negara yang telah merdeka dan melepaskan diri dari kungkungan penjajahan politik. KUHP dari suatu negara yang “dipaksakan” untuk diperlakukan di suatu negara lain, bisa dipandang sebagai simbol dari penjajahan oleh negara yang membuat KUHP itu. Contohnya ialah Negeri Belanda. Ketika

⁷¹ Ibid, Halaman 63

⁷² Ibid.

⁷³ Ibid, Halaman 66

negeri ini dijajah oleh Perancis dengan Louis Napoleon sebagai raja, dan meskipun negeri Belanda sudah mempunyai KUHP – nya sendiri, namun pada tahun 1811 Code Penal Perancis, yang berbahasa Perancis itu, dinyatakan berlaku bagi rakyat Belanda. Demikianlah dipandang dari sudut politik sudahlah waktunya bagi negara kita untuk mempunyai KUHP Nasional, yang sebenarnya sudah diserukan oleh Seminar Hukum Nasional yang pertama tahun 1963.

Alasan kedua adalah alasan yang dipanddang dari sudut sosiologis. Telah dikemukakan di atas, bahwa pengaturan dalam hukum pidana merupakan pencerminan dari ideologi politik sesuatu bangsa dimana hukum itu berkembang. Ini berarti bahwa nilai – nilai sosial dan kebudayaan dari bangsa itu mendapat tempat dalam pengaturan pada hukum pidana. Ukuran untuk mengkriminalisasikan sesuatu perbuatan tergantung dari nilai – nilai dan pandangan kolektif yang terdapat dalam masyarakat tentang apa yang baik, yang benar, yang bermanfaat atau sebaliknya. Jadi pandangan masyarakat tentang kesusilaan dan agama sangat berpengaruh pada pembentukan hukum, khususnya hukum pidana. Selain menyangkut masalah kriminalisasi dari perbuatan tertentu, tidak kalah pentingnya pandangan masyarakat tersebut menyangkut pula masalah pertanggungjawaban pidana dari si pembuat dan pidananya sendiri. Bagaimanakah pandangan masyarakat terhadap orang yang melakukan tindak pidana, apakah ukuran pertanggungjawabannya, apakah ia dipandang sebagai sampah masyarakat yang harus dilenyapkan, ataukah harus dipandang sebagai orang sakit dan harus diobati, direhabilitasi.⁷⁴

⁷⁴ Ibid, Halaman 67

Sebenarnya pandangan dari segi sosiologi atau lebih tepat dari segi antropologi sudah mendapat jawaban dari Van Vollenhoven, Ter Haar dan Idema, yang dapat disimpulkan bahwa KUHP itu tidak cocok bagi bangsa Indonesia. Yang jelas ialah bahwa ada perbuatan yang menurut ukuran – ukuran bangsa Indonesia harus diancam pidana, tidak dipidana dalam KUHP, misalnya sumbang (incest) juga apabila diperhatikan pendapat – pendapat yang dikumpulkan dalam penelitian yang dilakukan oleh Lembaga Pembinaan Hukum Nasional pada tahun 1973 di tiga daerah, ialah Aceh, Bali dan Manado, maka akan dapat diketahui keinginan – keinginan dari sebagian masyarakat yang belum mendapat pengaturan dalam KUHP kita sekarang ini.⁷⁵

Alasan yang terakhir mengapa KUHP sekarang ini harus segera diganti ialah merupakan alasan yang dipandang dari sudut praktek sehari – hari. Tidak banyak orang yang menyadari sekarang ini, bahwa teknis resmi dari KUHP kita ini adalah tetap teks yang ditulis dalam bahasa Belanda. Dengan meninjau kedudukan KUHP kita sekarang ini sebenarnya masih belum terjawab seluruhnya masalah yang dipertanyakan ialah apakah makna pembaharuan hukum pidana bagi masyarakat. Fungsi primer dari hukum pidana adalah menanggulangi kejahatan, sedangkan fungsi sekundernya adalah menjaga agar penguasa dalam menanggulangi kejahatan itu melaksanakan tugasnya sesuai dengan apa yang digariskan oleh hukum pidana itu. Dalam fungsinya menanggulangi kejahatan hukum pidana merupakan bagian dari politik kriminal, di samping usaha – usaha non penal (tanpa menggunakan hukum pidana). Mengingat akan fungsi tersebut, maka pembentukan hukum pidana, jadi juga pembaharuan hukum pidana, tidak

⁷⁵ Ibid, Halaman 67 - 68

bisa terlepas dari peninjauan akan efektifitasnya. Kesulitan dalam hal ini adalah antara lain bahwa mengenai apa yang dimaksud dengan kejahatan itu secara fenomenologis masih belum ada kesatuan pendapat.⁷⁶

Politik kriminal dalam arti yang seluas – luasnya meliputi segala usaha, yang dilakukan melalui pembentukan undang – undang dan tindakan dari badan – badan resmi, yang bertujuan menegakkan norma – norma pokok yang oleh masyarakat. Maka pembaharuan dalam bidang hukum pidana sebagai bagian dari politik kriminal itu memang sudah pada tempatnya dan sudah pada waktunya untuk dilaksanakan. Masyarakat hari esok menghendaki hukum pidananya sendiri, bukan hukum pidana dari kemarin.⁷⁷

Bertolak dari pemikiran – pemikiran di atas, Barda Nawawi Arief menyimpulkan makna dan hakikat pembaharuan hukum pidana sebagai berikut :

1. Dilihat dari sudut pendekatan kebijakan

- a. Sebagai bagian dari kebijakan sosial, pembaharuan hukum pidana pada hakikatnya merupakan bagian dari upaya untuk mengatasi masalah – masalah sosial (termasuk masalah kemanusiaan) dalam rangka mencapai / menunjang tujuan nasional (kesejahteraan masyarakat dan sebagainya);
- b. Sebagai bagian dari kebijakan kriminal, pembaharuan pidana pada hakikatnya merupakan bagian dari upaya perlindungan masyarakat (khususnya upaya penanggulangan kejahatan) ;
- c. Sebagai bagian dari kebijakan penegakkan hukum, pembaharuan hukum pidana pada hakikatnya merupakan bagian dari upaya memperbaharui

⁷⁶ Ibid, Halaman 69

⁷⁷ Ibid, Halaman 70

substansi hukum (*legal substance*) dalam rangka lebih mengefektifkan penegakkan hukum.

2. Dilihat dari sudut pendekatan nilai

Pembaharuan hukum pidana pada hakikatnya merupakan upaya melakukan peninjauan dan penilaian kembali (“re - orientasi dan re – evaluasi”) nilai – nilai sosio – politik, sosio filosofik dan sosio kultural yang melandasi dan memberi isi terhadap muatan normatif dan substantif hukum pidana yang dicita – citakan. Bukanlah pembaharuan (“reformasi”) hukum pidana, apabila orientasi nilai dari hukum pidana yang dicita – citakan (misalnya KUHP Baru) sama saja dengan orientasi nilai dari hukum pidana lama warisan penjajahan (KUHP lama atau WvS).⁷⁸

Seperti dikemukakan oleh Barda Nawawi Arief bahwa memasuki ilmu hukum pidana normatif / dogmatik dalam pengertian luas yakni ilmu hukum pidana yang juga mempelajari hukum pidana yang seharusnya / sebaiknya / seyogianya (*ius constituendum*), khususnya mengkaji bagaimana hukum pidana yang sebaiknya / seharusnya untuk masa kini dan masa yang akan datang, berarti memasuki bidang ilmu tentang “kebijakan / politik hukum pidana” (*strafrechts politiek / criminal law policy / penal policy*). Perlu dicatat, bahwa “penal policy” ini menurut Marc Ancel merupakan salah satu komponen esensial dari “*modern criminal science*” di samping “*criminology*” dan “*criminal law*”. Mempelajari kebijakan hukum pidana pada dasarnya mempelajari masalah bagaimana sebaiknya hukum pidana itu dibuat, disusun dan digunakan untuk mengatur /

⁷⁸ Barda Nawawi Arief, Op. Cit, Halaman 32

mengendalikan tingkah laku manusia, khususnya untuk menanggulangi kejahatan dalam rangka melindungi dan mensejahterakan masyarakat. Jadi ilmu hukum pidana mengandung juga aspek kebijakan penanggulangan kejahatan dan kebijakan perlindungan / kesejahteraan masyarakat. Di lain pihak, khususnya dilihat dari kebijakan hukum pidana, sasaran, adressat dari hukum pidana tidak hanya perbuatan jahat dari warga masyarakat tetapi juga perbuatan (dalam arti "kewenangan / kekuasaan) penguasa / aparat penegak hukum. Jadi ilmu hukum pidana mengandung pula kajian terhadap aspek pengaturan dan kebijakan "mengalokasikan kekuasaan", baik kekuasaan untuk menetapkan hukum pidana (kekuasaan formulatif / legislatif) mengenai perbuatan apa yang dapat dipidana dan sanksi apa yang dapat dikenakan, maupun kekuasaan untuk menerapkan hukum pidana (kekuasaan aplikatif / yudikatif) dan kekuasaan untuk menjalankan / melaksanakan hukum pidana (kekuasaan eksekutif / administratif)⁷⁹

⁷⁹ Barda Nawawi Arief, *Beberapa Aspek Kebijakan Penegakan dan Pengembangan Hukum Pidana*, PT Citra Aditya Bakti, 1998, halaman 98 -99

BAB III

HASIL PENELITIAN DAN PEMBAHASAN

A. JENIS TINDAK PIDANA DALAM HUKUM ISLAM DAN KONSEP KUHP

A.1 Tindak Pidana Perzinaan dalam Hukum Islam dan Konsep KUHP

A.1.1 Tindak Pidana Perzinaan Dalam Hukum Islam

Secara harfiah, zina berarti hubungan seksual antara seorang laki – laki dan seorang wanita yang tidak atau belum diikat oleh suatu perkawinan tanpa disertai unsur keraguan dalam hubungan seksual tersebut dan tidak ada hubungan kepemilikan, seperti tuan dengan hamba sahaya wanitanya. Khusus kepemilikan tuan terhadap hamba sahaya yang wanita di zaman sekarang tidak ada lagi, hal ini secara otomatis hukumnya juga tidak berlaku lagi.¹ Dengan kata lain, zina berarti hubungan seksual yang dilakukan oleh laki – laki dan perempuan yang tidak / belum terikat perkawinan yang dilakukan dengan sengaja (tanpa unsur keraguan) sedangkan bila hubungan seksual yang dilakukan oleh seorang hamba sahaya dengan tuannya, perbuatan tersebut tidak termasuk zina, karena status hamba sahaya tersebut adalah milik dari tuannya (ada hubungan kepemilikan).

Ulama fiqh mengemukakan batasan – batasan tertentu terhadap zina karena hukuman bagi pelaku perzinaan dalam syariat Islam cukup berat. Ulama fiqh dalam dalam berbagai mazhab mengemukakan definisi zina yang secara redaksional berbeda, tetapi maskud dan kandungannya adalah sama. Definisi yang

¹ Abdul Azis Dahlan, *Ensiklopedi Hukum Islam*, PT Ichtiar Baru Van Hoeve, Jakarta, 1997, Halaman 2026

luas dikemukakan ulama Mazhab Hanafi. Menurut mereka, zina adalah hubungan seksual yang dilakukan seorang lelaki secara sadar terhadap wanita yang disertai nafsu seksual dan diantara mereka tidak atau belum ada ikatan perkawinan secara sah atau ikatan perkawinan syubhat (yang diragukan keabsahannya, seperti nikah tanpa wali) atau tidak ada hubungan pemilikan (tuan dengan hambanya).

Berdasarkan definisi zina yang dikemukakan di atas, Abdul Qadir Audah (w.1373 H/ 1945 M ; ahli hukum pidana Islam Mesir) mengemukakan bahwa rukun zina itu ada dua, yaitu hubungan seksual yang diharamkan, dan dilakukan secara sadar dan sengaja. Hubungan seksual yang diharamkan tersebut adalah memasukkan penis meskipun hanya sebagian ke dalam vagina, baik hubungan itu menyebabkan sperma keluar atau tidak. Wanita yang disanggamai itu tidak mempunyai hubungan perkawinan dengan lelaki tersebut, baik perkawinan itu bersifat sah maupun syubhat, seperti perkawinan yang berlangsung tanpa dihadiri dua orang saksi atau tidak mempunyai wali, atau pernikahan yang dibatasi waktunya (termasuk nikah mut'ah). Wanita itu bukan hamba sahaya dari yang menyenggamainya. Apabila antara laki – laki dan wanita yang melakukan hubungan seksual itu mempunyai hubungan pemilikan seperti itu, maka tidak dikatakan zina dan tidak dikenai hukuman tindak pidana perzinaan karena ada unsur syubhat.²

Rukun kedua zina adalah perzinaan itu dilakukan dengan sadar dan sengaja.³ Termasuk ke dalam pengertian sadar dan sengaja adalah bahwa pelaku zina itu mengetahui bahwa perbuatan itu diharamkan. Implikasinya adalah ia tidak dikenakan hukuman tindak pidana perzinaan jika ia tidak mengetahui dan tidak

2 Ibid,

3 Abdurrahman Al Maliki, *Sistem Sanksi Dalam Islam*, Pustaka Tariqul Izzah, Bogor, 2002, halaman 38

sadar bahwa perbuatan itu diharamkan atau wanita yang disenggaminya itu haram untuk disenggaminya. Misalnya, seorang pria memasuki kamar tidurnya setelah berlangsung akad nikah dan didapatinya seorang wanita di dalam kamar tersebut. Karena belum mengenali wajah wanita yang dikawininya, pria itu berkeyakinan bahwa wanita itulah istrinya. Ketika pria tersebut mengajak wanita itu melakukan hubungan seksual, ternyata wanita itu mau. Meskipun dilakukan secara sadar dan sengaja, hubungan seksual seperti ini tidak dinamakan zina karena pria tersebut tidak tahu bahwa wanita itu bukan istrinya. Di samping hukuman yang dikenakan pada pelaku tindak pidana perzinaan, ulama fiqh juga mengemukakan beberapa persoalan yang muncul dari perzinaan tersebut..

a) **Dalam masalah perkawinan.** Bahwa orang mukmin tidak boleh mengawini orang yang telah melakukan perzinaan. Hal ini didasarkan pada firman Allah SWT dalam surat An Nur (24) : 3 yang artinya : “Laki – laki yang berzina tidak mengawini melainkan perempuan yang berzina atau perempuan yang musyrik, dan yang demikian itu diharamkan atas orang – orang yang mukmin”. Akan tetapi, banyak yang berpendapat bahwa kandungan ayat ini tidak sampai mengharamkan perkawinan antara orang mukmin dan orang yang telah melakukan perzinaan, melainkan hanyalah sebatas celaan terhadap pelaku perzinaan. Yang diharamkan itu adalah berbuat zina, sedangkan menikahi orang yang telah melakukan perzinaan tidak dilarang.

b) **Dalam masalah iddah.** Ulama fiqh berbeda pendapat tentang kewajiban idah bagi wanita yang melakukan perzinaan karena salah satu hikmah idah adalah untuk mengetahui rahim wanita tersebut berisi atau tidak meskipun wanita yang berzina itu tidak mempunyai suami. Sebagian pendapat lain

mengemukakan pendapat bahwa wanita yang melakukan perzinaan tidak mempunyai iddah, karena iddah merupakan syariat yang ditetapkan bagi wanita yang dikawini secara sah.

- c) **Status anak yang lahir karena perzinaan.** Ulama fiqh sepakat menyatakan bahwa anak yang lahir akibat perzinaan adalah anak yang suci dan tidak menanggung beban dosa apapun yang dilakukan kedua pasangan yang berzina itu. Akan tetapi beberapa pendapat mengatakan bahwa dari segi waris mewarisi anak ini hanya memiliki hak mewarisi dengan wanita yang melahirkannya atau kerabat wanita tersebut. Meskipun secara biologis berasal dari bibit laki – laki yang menzinai wanita itu, anak tersebut tidak mempunyai hubungan waris mewarisi dengan laki – laki. Anak yang lahir dari hasil perzinaan tidak bernasab kepada lelaki tersebut dan apabila anak itu menikah nanti, maka yang bertindak sebagai walinya adalah hakim.
- d) **Dalam penentuan mahram.** bahwa hubungan seksual di luar nikah tidak mengakibatkan hubungan mahram di antara kedua belah pihak. Wanita yang berzina itu boleh kawin dengan keluarga dari laki – laki yang menzinainya. Sebaliknya , laki – laki yang menzinai wanita itu boleh saja kawin dengan ibu dan keluarga dari wanita yang dizinainya.
- e) **Hasil yang diterima dari perzinaan.** Di kalangan masyarakat, perzinaan tidak saja sebagai suatu akibat dari kurangnya kontrol dari masing – masing pihak, bahkan juga merupakan salah satu profesi bagi wanita – wanita penghibur.⁴

4 Abdul Azis Dahlan Op.Cit, Halaman 2032

Di dalam hukum Islam, sebagian ulama menyatakan bahwa had bagi pezina laki – laki ataupun perempuan adalah seratus kali jilid (cambukan), baik pezina muhsan (sudah menikah) maupun yang belum menikah, berdasarkan firman Allah SWT :

“Perempuan yang berzina dan laki – laki yang berzina, maka deralah tiap – tiap seorang dari keduanya seratus kali dera, dan janganlah belas kasihan kepada keduanya mencegah kamu untuk (menjalankan) agama Allah” (QS : An Nur (24) :2)

mereka menyatakan Al – Quran yang bersifat qath’iy dan yakin, hanya karena adanya khabar ahad yang masih mengandung kesamaran. Alasannya, hal ini akan menyebabkan nasakh (kerancuan) Kitab dengan Sunnah. Padahal nasakh semacam ini tidak diperbolehkan. Mayoritas ahli ilmu dari kalangan sahabat dan tabi’in maupun ulama – ulama terpandang di setiap jaman menyatakan bahwa pezina yang belum menikah di cambuk sebanyak 100 kali cambukan, sedangkan pezina muhsan dirajam hingga mati.⁵

Rasulullah SAW telah merajam Ma’iz. Seperti yang diriwayatkan dari Jabir bin Abdullah :

Bahwa seorang laki – laki berzina dengan perempuan. Nabi SAW memerintahkan untuk mencambuknya, kemudian ada khabar bahwa ia adalah muhsan, maka Nabi SAW memerintahkan untuk merajamnya. Maksud dari riwayat hadits di atas adalah bahwa jika terdapat bukti baru terhadap tindak pidana perzinaan, maka jenis pidana / hukuman yang dikenakan terhadapnya dapat berubah.

Hukum Syara’ yang digali dari dalil – dalil Syariat Islam, yakni Kitab dan As Sunnah telah menetapkan bahwa sanksi zina adalah hukuman jilid (cambuk) bagi pezina ghairu muhsan sebanyak 100 kali cambukan, berdasarkan

5 Abdurrahman al Maliki, Op.Cit, halaman 30

Kitabullah. Sedangkan sanksi pengasingan didasarkan pada Sunnah Rasulullah SAW. Namun, sanksi pengasingan hukumnya ja'iz, bukan wajib, sanksi pengasingan (taghrib) diserahkan (keputusannya) kepada penguasa. Penguasa boleh mencambuk dan mengasingkannya selama setahun, atau mencambuk saja tidak mengasingkannya. Tetapi penguasa tidak boleh hanya mengasingkan pezina ghairu muhson tanpa mencambuknya. Sebab sanksi bagi pezina ghairu muhson adalah cambuk. Sedangkan sanksi bagi pezina muhson adalah merajamnya sampai mati, berdasarkan Sunnah Rasulullah SAW, yang telah mengkhususkan Kitabullah. Boleh menjatuhkan sanksi bagi pezina muhson dengan hukuman cambuk dan rajam sekaligus (disatukan). Pelaku dicambuk terlebih dahulu, baru kemudian dirajam. Dan boleh pula dikenai sanksi rajam tanpa mencambuknya. Namun, tidak boleh hanya dikenai sanksi cambuk saja. Sebab, sanksi yang wajib dijatuhkan adalah rajam.⁶

Adapun dalil sanksi bagi pezina ghairu muhson adalah ayat tentang jilid (hukuman cambuk), yakni firman Allah SWT :

“Pezina laki – laki dan perempuan jilidlah masing – masing keduanya dengan seratus kali jilid” (QS. An Nur (24) : 2)

sedangkan dalil untuk pengasingan selama setahun adalah hadits yang jumlahnya sangat banyak. Misalnya dari Abu Hurairah :

“Bahwa Rasulullah SAW menetapkan bagi orang yang berzina tetapi belum menikah diasingkan selama satu tahun, dan dikenai had kepadanya”

Hal ini menunjukkan bahwa taghrib (pengasingan), hukumnya adalah ja'iz (boleh), bukan wajib. Penguasa boleh mencambuk dan mengasingkan, atau mencambuk saja tanpa mengasingkannya. Rasulullah SAW pernah mencambuk

6 Ibid, Halaman 32

dan mengasingkan pezina ghairu muhsan, dan beliau juga pernah mencambuk tanpa mengasingkan.

Tentang status wanita yang dikenakan hukuman pengasingan selama satu tahun, terdapat perbedaan pendapat ulama fiqih. Ulama mazhab Maliki menyatakan bahwa wanita yang diasingkan ini dipenjarakan di tempat pengasingannya. Ulama Mazhab Syafi'i mengatakan bahwa wanita ini di tempat pengasingannya harus diawasi terus menerus, bukan dipenjarakan, kecuali apabila dikhawatirkan akan melarikan diri. Menurut Mazhab Hanbali, wanita tersebut di tempat pengasingannya tidak dipenjarakan dan tidak perlu juga diawasi. Sedangkan ulama Mazhab Hanafi menyatakan bahwa hukuman pengasingan selama satu tahun itu bukan termasuk hukuman huddud, tetapi hukuman ta'zir, sehingga penetapan hukuman tergantung pada keputusan hakim. Apabila hakim melihat ada kemaslahatan yang menghendaki agar wanita tersebut diasingkan, dan apabila hukuman pengasingan tersebut dianggap tidak perlu, hakim boleh tidak melaksanakannya. Kalau hukuman pengasingan dikenakan, maka pengasingan di sini menurut mereka adalah dengan memenjarakan, bukan memindahkannya ke daerah.⁷

Rasulullah SAW menyatakan bahwa sanksi bagi pezina muhsan adalah hukuman cambuk dan rajam. Hal ini disebutkan dalam sabda beliau :
"Duda dan janda cambuk dan rajamlah". Ini menunjukkan bahwa rajam hukumnya wajib, sedangkan cambuk hukumnya boleh. Hal ini diserahkan kepada pendapat penguasa.⁸

7 Abdul Aziz Dahlan, Op.Cit Halaman 1874

8 Abdurrahman Al Maliki, Op.Cit, Halaman 37

Muhson adalah seseorang yang telah menikah dengan ikatan nikah yang sah, merdeka, baligh, dan berakal. Ini adalah definisi muhson pada zina. Selain (klasifikasi) ini tidak termasuk muhson. Sanksi cambuk dan rajam disyaratkan harus menghindari syubhat (kekaburan). Ia harus mengetahui bahwa zina adalah haram. Pelaku mengerjakan atas pilihannya sendiri, tidak dipaksa dengan pemaksaan yang dapat membahayakan jiwa atau anggota tubuh, telah baligh dan berakal. Dengan demikian, tidak ada had bagi anak kecil, orang gila dan mabuk, dan yang bukan karena keinginannya. Zina ditetapkan dengan saksi zina yang telah disebutkan di dalam dalil – dalil syariah. Seperti sabda Rasulullah SAW :

“Hindarilah huddud dari kaum Muslimin semampu kalian. Jika ada jalan keluar, maka mudahkanlah jalannya. Sesungguhnya Imam yang salah dalam pengampunannya lebih baik daripada Imam yang salah dalam menjatuhkan sanksi (Uqubah)”⁹

Selain itu juga didasarkan pada kenyataan bahwa Rasulullah SAW tidak menjatuhkan sanksi bagi pezina, kecuali setelah terbukti bahwa ia telah berzina. Ketika (perbuatan) zina telah terbukti, secepatnya had wajib dilaksanakan dan tidak boleh diundur – undur, serta tidak boleh ada rasa belas kasihan dalam pelaksanaan hukumannya. Akan tetapi bila orang yang hendak dijatuhi had sakit, maka had ditunda sampai ia sembuh dari sakitnya. Dengan catatan jika kesembuhannya bisa diharapkan. Namun, jika si sakit kesembuhannya tidak bisa diharapkan, ia dipukul dengan pukulan ringan yang mampu ditanggungnya. Orang yang lemah harus dijatuhi had yang ringan. Orang yang sakit termasuk orang yang lemah, maka jika ia sudah kuat (kembali) setelah lemah, dan sembuh dari sakitnya, maka ditunggu sampai had yang telah ditetapkan bisa dijatuhkan.

9 Ibid, Halaman 38

Pembuktian Zina

Perbuatan zina dapat dibuktikan dengan salah satu faktor yaitu :

- (a) Pengakuan, yaitu pengakuan dari pezina sebanyak empat kali dengan (bentuk) pengakuan yang jelas, dan ia tidak menarik kembali pengakuannya sampai dilaksanakan had kepadanya. Jika ia menarik pengakuannya atau melarikan diri, maka dibiarkan. Sebenarnya pengakuan zina cukup sekali saja, tidak perlu sampai empat kali. Rasulullah merajam seorang wanita sebelum pengakuannya yang keempat yang disebutkan lewat sabda beliau :

“Bahwa Rasulullah SAW mendapatkan seorang laki – laki yang mengaku telah berzina dengan seorang perempuan, kemudian beliau memerintahkan untuk mencambuk laki – laki itu sebagai had, tetapi kemudian (ada yang memberi tahu) bahwa lelaki itu muhsan, maka beliau merajamnya”

Demikian pula hadits – hadits yang lain, maka hadits – hadits tersebut tidak menunjukkan bahwa syarat pengakuan zina harus empat kali. Hal itu hanya menunjukkan penegasan pengakuan saja, serta menunjukkan bolehnya mengakhirkan had zina setelah adanya pengakuan. Jadi, tidak menunjukkan bahwa syarat pengakuan zina harus empat kali. Selain itu telah ditetapkan bahwa Rasulullah SAW menjatuhkan had hanya dengan satu kali pengakuan.

- (b) Perzinaan harus disaksikan (di tempat yang sama pada saat itu juga) oleh empat lelaki muslim yang asli, dan menyaksikan perzinaan itu dengan jelas. Persyaratan empat saksi bagi zina tidak ada perbedaan di dalamnya.

Berdasarkan firman Allah SWT :

“Dan (terhadap) para wanita yang mengerjakan perbuatan keji (zina) hendaklah ada empat orang saksi diantara kamu (yang menyaksikannya) (QS. An Nisa : 15)

serta firman Allah :

“Dan orang – orang yang menuduh wanita – wanita yang baik – baik (berbuat zina) dan mereka tidak mendatangkan empat orang saksi, maka deralah mereka (yang menuduh itu) delapan puluh kali dera” (QS. An Nisa : 4)

dalil – dalil ini menunjukkan dengan pasti bahwa saksi perzinaan harus empat orang laki – laki. Dan mereka semua menyaksikannya dengan jelas, dan melihat secara rinci aktivitas perzinaan itu. Jika jumlah saksinya tidak memenuhi empat orang, maka perzinaan itu (dianggap) tidak terbukti, sebab pembuktian zina disebutkan dengan nash yang sangat jelas, sehingga harus terkait dengan nash tersebut.

(c) Hamil, yakni terjadinya kehamilan. Jika seorang wanita hamil sementara di tidak memiliki suami, maka ia harus dikenai had. Ini berdasarkan perkataan Umar,

“Rajam wajib ditegakkan bagi semua orang yang berzina baik laki – laki maupun perempuan bila mereka muhsan, dan jika da bukti atau terjadi kehamilan dan pengakuan”.

Diriwayatkan dari Ali, ra bahwa beliau berkata,

“Wahai manusia, zina itu ada bermacam – macam, ada zina sembunyi – sembunyi, dan yang terang – terangan. Zina sembunyi – sembunyi adalah zina yang disaksikan oleh para saksi maka orang yang menyaksikan akan menjadi orang yang pertama kali melemparnya. Sedangkan zina terang – terangan adalah terjadinya kehamilan, atau pengakuan. Maka penguasa menjadi orang yang pertama kali melemparnya”

meskipun demikian, pada kondisi hamil, had tidak diberlakukan bagi seorang wanita jika telah terbukti sebab kehamilannya. Karena hal ini telah menjadikan syubhat (kekaburan), padahal huddud harus ditinggalkan bila ada syubhat. Jika seorang wanita mengatakan bahwa ia hamil karena masuknya sperma ke farjinya tanpa perzinaan, baik karena perbuatannya maupun perbuatan orang lain, atau bila

ia berkata bahwa ia telah dipaksa untuk berzina dengan paksaan yang berat, atau ia menyatakan sebab kehamilan lainnya yang menjadikannya syubhat, maka had kepadanya dibatalkan dan tidak dijatuhkan.¹⁰

Ini merupakan pembahasan tentang pembuktian zina. Zina tidak bisa dibuktikan dengan bukti – bukti lain. Bukti zina tidak termasuk ke dalam nash – nash tentang persaksian, juga tidak tercakup dalam nash – nash tentang pembuktian. Perkara ini memiliki pembuktian khusus untuk perkara tertentu. Pembuktian zina dianggap bagian yang tidak terpisahkan dari hukum – hukum tentang had zina. Ia berupa nash yang wajib terikat (dengan nash tersebut). Dengan demikian, zina tidak bisa dibuktikan dengan persaksian seorang dokter atas keperawanan seseorang, bahwa ternyata ia adalah janda, atau ia telah berzina, atau bersetubuh, atau yang sejenisnya. Begitu pula zina tidak bisa dibuktikan dengan persaksian seorang bidan. Zina pun tidak bisa dibuktikan dengan (pembuktian) apapun, kecuali dengan salah satu dari tiga pembuktian di atas, walaupun qadliy (hakim) memisahkan perzinaan itu. Sebab yang dimaksud dengan pembuktian zina adalah pembuktian perzinaan yang disertai dengan bukti khusus, bukan hanya pembuktian terhadap (adanya) perzinaan saja, namun pembuktiannya bersifat khusus. Oleh karena itu kita mendapati bahwa Rasulullah SAW tidak menjatuhkan had kepada seorang perempuan, disebabkan tidak adanya bukti.¹¹

Jimly Asshiddieqie, di dalam bukunya mengemukakan pendapat, dalam hukum Yahudi, hubungan seksual antara orang – orang yang tidak terikat perkawinan yang sah, seperti dalam hukum Islam sangat dilarang. Setiap kali

10 Ibid, Halaman 49

11 Ibid, Halaman 52

terjadi kasus perzinaan, proses peradilannya sangat mudah untuk sampai kepada proses penjatuhannya pidana yang sangat keras. Di dalam **Deut 17:6**, ditentukan bahwa : *"At the mouth of one witness he shall not be put to death"* . artinya, dengan dua atau tiga orang saksi, sudah cukup bagi pihak penguasa untuk menjatuhkan sanksi pidana kepada pelaku perzinaan. Sedangkan dalam tradisi Islam yang diperkenalkan kemudian, meskipun delik semacam itu sangat terlarang, tetapi hal ini dianggap sesuatu yang sangat pribadi sifatnya, sehingga sebagaimana dinyatakan dalam QS 4:19, setiap tuduhan bahwa seorang wanita telah berbuat mesum dengan seorang laki – laki, haruslah diperkuat dengan 4 orang saksi.¹²

Jika bukti yang dipersyaratkan itu tidak dapat dipenuhi, maka tuduhan itu dianggap tidak terbukti. Dalam hal demikian, si penuduh dianggap telah membuat tuduhan palsu. Untuk itu, ia diancam dengan pidana 80 kali cambukan, dan untuk selanjutnya tidak lagi dapat dipercaya sebagai saksi untuk selama – lamanya, kecuali kemudian ia bertobat.

Dengan demikian, tidaklah mudah untuk menuduh seseorang berzina. Syarat saksi yang berjumlah 4 orang itu, bukanlah syarat yang ringan. Lebih – lebih lagi jika dikaitkan dengan kenyataan bahwa tradisi keluarga Arab bersifat tertutup, terutama kaum wanitanya, dari pergaulan masyarakat. Bagaimana mungkin suatu perbuatan perzinaan dilakukan dengan dipersaksikan 4 orang ? apalagi jika dihubungkan dengan keadaan masyarakat Arab dewasa ini dimana setiap rumah cenderung memiliki privasinya sendiri – sendiri. Jika dipersaksikan oleh empat orang saksi, sangat boleh jadi perzinaan itu sebenarnya tidaklah

12 Jimly Asshiddiqie, *Pembaharuan Hukum Pidana Indonesia*, Angkasa, Bandung, 1996, Halaman 57

dilakukan di tempat tertutup yang karenanya dapat dianggap sebagai perbuatan yang benar – benar tidak bermoral.¹³ Hal itu sejalan dengan kenyataan bahwa dalam beberapa kasus, Rasulullah sendiri selalu memperlihatkan keengganan untuk menindak secara langsung para pezina yang datang menghadap kepadanya dan mengakui dosanya karena telah berzina. Nabi kemudian menjawab seakan tidak percaya dan kemudian menyuruh orang itu kembali dan mengingat lagi peristiwanya jangan – jangan ia keliru atau lupa, dan seterusnya. Jika tuduhan itu berasal dari dari suami sendiri tetapi tanpa ada kesaksian, maka berdasarkan ketentuan QS 24:6, cukup bagi sang suami dengan mengajukan bukti dengan sumpah. Pernyataan sumpah ini dapat diterima sebagai bukti, kecuali si istri mengeluarkan pernyataan bantahan bahwa ia tidak berzina dengan sumpah pula. Dalam hal terjadi sumpah ganda (*double swearing*), si istri dibebaskan dari tuduhan pidana, tetapi perkawinan antara keduanya harus putus karena dianggap tidak mungkin lagi meneruskan hubungan suami istri dengan harmonis.

Ketentuan semacam ini lebih realistis bila dibandingkan dengan ketentuan dalam Deut 22:19 yang menyatakan : “*And she shall be his wife, he may not put her away all his day*” , ataupun menurut hukum Hammurabi yang menyatakan:

“If the wife of a man her husband has accused her, and she has not been caught in lying with another male, she shall swear by God, and shall return to her house”¹⁴

Artinya, di satu pihak, para penuduh yang tidak dapat memberikan bukti yang sah justru diancam hampir sama beratnya dengan pezina itu sendiri, di pihak lain pada pezina yang melapor dan mengaku secara terus terangpun tidak

13 Fauzan Al Anshari & Abdurrahman Madjrie, *Hukuman Bagi Pezina dan Penuduhnya*, Khairul Bayan, Jakarta, 2002, halaman 67

14 Ibid, Halaman 59

segera dipercaya sehingga pengakuannya segera dapat dijadikan bukti untuk dilakukannya pemidanaan. Karena itu, dapat dikatakan bahwa kasus perzinaan itu sebagai delik pidana bukanlah kasus yang umum dalam sistem masyarakat Islam. Akan tetapi, jika hal ini benar – benar terjadi, maka terhadap pelakunya diterapkan pidana yang sangat berat. Jika pelaku perzinaan itu tergolong muhsan, maka ancaman pidananya adalah pidana rajam (pidana mati dengan dilempari batu). Jika pelakunya tidak tergolong muhsan, maka kepadanya dikenakan pidana cambuk sebanyak 100 kali. Mengenai tradisi rajam, tidaklah bersifat orisinal di ajaran Al Quran. Ketentuan mengenai rajam itu sendiri tidak terdapat di dalam Al Quran. Itu sebabnya Umar bin Khattab pernah mengkhawatirkan tentang masa depan tradisi pidana rajam itu. Dalam salah satu riwayat, dikatakan bahwa Umar pernah berkata “jangan – jangan kelak kemudian hari pidana rajam itu tidak dilaksanakan umat karena alasan tidak terdapat ketentuannya di dalam Al Quran. Sungguh bahwa pidana rajam itu adalah perintah dari Allah”, katanya. Karena betapun juga, di dalam Al Quran hanya dikenal adanya pidana cambuk untuk pezina dengan tidak dibeda – bedakan antara yang muhsan dan yang tidak muhsan. Keterangan mengenai bentuk pidana rajam ini dalam berbagai hadits Nabi bersifat sangat histor. Karena di jaman pra Islam, bentuk pidana rajam ini sudah dilaksanakan dengan praktek yang justru sangat kejam dan semena – mena terutama terhadap kaum wanita. Dari kacamata hukum agama samawi, tradisi rajam ini, seperti juga tradisi qishas, yang berasal dari tradisi hukum Yahudi yang diteruskan dengan penghalusan oleh hukum Islam. Meskipun seringkali disanksikan keasliannya, tetapi di dalam teks Kitab Johannes 8:4 disebutkan :

*"Master, this woman hath been taken adultery, in the very act : Now in the law Moses commanded us to stone such; what then sayest thou of her ?"*¹⁵

Tradisi rajam itu, dalam sejarah, tercatat telah dipraktikkan pula bahkan jauh sebelumnya oleh bangsa – bangsa, seperti Mesir kuno, Hammurabi, dan lain sebagainya. Dalam Kode Hukum Mesir kuno ditemukan ketentuan kehilangan hidung bagi wanita yang berzina, tetapi tidak ditemukan ketentuan yang mengatur mengenai laki – laki. Sedangkan dalam hukum hammurabi, ditentukan bahwa baik pezina laki – laki maupun perempuan diancam pidana mati dengan cara diikat dan ditenggelamkan ke dalam air.

Demikian juga dalam hukum bangsa Israel, di dalam Deut 22 : 22, dan Lev 20 : 10 dinyatakan :

*"If a man be bound lying with a woman married to a husband, then they shall both of them die, the man that lay with the woman, and the woman, so shalt thou put away the evil from Israel". "And the man that committeth adultery with another man's wife, even he that committeth adultery with his neihgbour's wife, the adulterer, and the adulteress shall surley be but to death"*¹⁶

Syariat Islam mensyariatkan bentuk pidana di dunia dalam dua jenis, yaitu :

- Bentuk pidana yang sudah terdapat nashnya, dan
- Bentuk pidana yang ditetapkan yang ditetapkan menurut keputusan hakim

Yang pertama disebut pidana huddud, dan yang kedua disebut pidana ta'zir.

Tujuan keduanya adalah :

Pertama, mempersiapkan manusia untuk menjadi warga yang baik dan produktif bagi pembinaan kesejahteraan masyarakat;

15 Lembaga Alkitab Indonesia, *Bible in Indonesia : Perjanjian Lama, Yohannes*, Halaman 212

16 Robert Roberts, *The Social Laws of the Qoran, Considered and Comapred with Those of the Hebrew, and Other Ancient Codes*, New Delhi, Kitab Bahwan, Halaman 38 - 39

Kedua, memberikan kepada manusia kebahagiaan hidup di dunia dan di akhirat, yang hal itu hanya akan terwujud bila ada jaminan atas hak – hak individu dan masyarakat secara adil, dengan saling berwasiat tentang kebaikan dan mencegah kejahatan.

A.1.2 Tindak Pidana Perzinaan Dalam Konsep KUHP

Kata “Zina” dalam bahasa Inggris disebut “Adultery”. Dalam bahasa Indonesia, Zina bisa diartikan sebagai berikut :¹⁷

“Perbuatan bersenggama antara laki – laki dan perempuan yang tidak terikat oleh hubungan pernikahan (perkawinan). Perbuatan bersenggama seorang laki – laki yang terikat perkawinan dengan seorang perempuan yang bukan istrinya, atau seorang perempuan yang terikat perkawinan dengan seorang laki – laki yang bukan suaminya”

Di beberapa negara selain Belanda, misalnya Inggris, Amerika Serikat, Perancis, dan lain – lain, zina sebagai delik telah dihapus. Penghapusan zina sebagai delik, jika diamati perkembangan pemikiran dunia, memang suatu hal yang logis, dengan alasan – alasan, antara lain sebagai berikut :¹⁸

1. Perbuatan zina merupakan perbuatan tercela tetapi jika tujuannya untuk melindungi perkawinan yang sah sehingga diberi sanksi pidana, maka hal tersebut dapat dipertahankan karena rumusan hukum mewajibkan mereka untuk bercerai. Kalau toh, akan bercerai, akan sia – sia memberi pidana pada yang bersangkutan
2. Penegakkan terhadap “hak asasi manusia” yang telah berpengaruh luas, sehingga kesamaan hak untuk menikmati seks, dianggap milik setiap manusia yang telah dewasa. Kesamaan antara pria dengan wanita, kesamaan antara

17 Kamus Besar Bahasa Indonesia, Balai Pustaka, 1990

18 Leden Marpaung, *Kejahatan Terhadap kesusilaan dan Masalah Prevensinya*, Sinar Grafika, Jakarta, 1996, Halaman 43

suami dengan istri. Suami istri hidup berdampingan, sejajar tanpa ada yang merasa lebih tinggi atau lebih berkuasa.

3. dengan perkembangan ilmu pengetahuan, maka seks telah dianggap sebagai suatu kebutuhan (need) orang dewasa. Menyadari akan hal ini, pasukan tentara yang sedang berperang telah dibagikan kondom, narapidana yang sedang menjalani hukuman telah diberi kesempatan untuk itu.

Sejak semula, pembuat undang – undang telah bersifat hati – hati menghadapi tindak pidana zina ini. Hal ini tampak, dengan menentukan bahwa zina :

1. merupakan delik aduan
2. dapat ditarik kembali (selama pemeriksaan sidang belum dimulai)
3. pengaduan dilakukan oleh suami / istri (tidak dapat dilakukan anggota keluarga)

Ketiga hal tersebut, baik dalam KUHP maupun dalam Konsep KUHP, merupakan ketentuan yang masih dianut, hanya mungkin terdapat perluasan delik dari delik aduan absolut menjadi delik aduan relatif dengan bertolak pada eksistensi hukum yang hidup.

KUHP merumuskan delik zina pada Pasal 284, yang bunyinya sebagai berikut:

- (1) Dihukum dengan hukuman penjara selama – lamanya sembilan bulan :
 - a. Orang laki – laki yang bermukah, sedang diketahuinya, bahwa Pasal 27 KUH Perdata berlaku atasnya ;
 - b. Seorang perempuan yang sudah kawin, yang bermukah
 - c. Orang laki – laki yang turut melakukan perbuatan itu sedang diketahuinya, bahwa yang turut bersalah, sudah bersuami ;
 - d. Orang perempuan yang tidak bersuami, yang turut melakukan perbuatan itu, sedang diketahuinya bahwa yang turut bersalah sudah beristri dan Pasal 27 KUH Perdata berlaku atasnya.

- (2) Tidak dilakukan penuntutan melainkan atas pengaduan suami / istri yang terhina dan dalam hal atas suami / istri itu berlaku Pasal 27 KUH Perdata jika dalam tempo tiga bulan sesudah pengaduan itu ia memasukkan permintaan untuk bercerai atau hak dibebaskan dari kewajiban diam serumah oleh karena hal itu juga.
- (3) Atas pengaduan itu tidak berlaku Pasal 72, 73, 75
- (4) Pengaduan dapat ditarik kembali selama pemeriksaan dalam sidang pengadilan belum mulai ;
- (5) Jika atas suami / istri itu berlaku Pasal 27 KUH Perdata maka pengaduan itu tidak diindahkan sebelum perkawinan diputuskan karena perceraian atau sebelum keputusan yang membebaskan mereka daripada kewajiban berdiam serumah menjadi tetap.

Rumusan Pasal 284 KUHP tersebut direncanakan akan diubah berdasarkan Pasal 419 Konsep KUHP tetapi tampaknya yang diubah hanya ancaman pidananya saja, sedang deliknya tetap sama. Untuk jelasnya, perlu pengamatan terhadap Pasal 419 Konsep KUHP Tahun 2000.

- (1) Dipidana karena permukahan, dengan pidana penjara paling lama lima tahun :
 - Ke-1 a. Seorang pria yang berada dalam ikatan perkawinan melakukan persetubuhan dengan seorang wanita yang bukan istrinya ;
 - b. Seorang wanita yang berada dalam ikatan perkawinan melakukan persetubuhan dengan seorang pria yang bukan suaminya ;
 - Ke-2. a. Seorang pria yang melakukan perbuatan tersebut sedang diketahuinya bahwa wanita yang bersetubuh dengan ia itu berada dalam ikatan perkawinan
 - b. Seorang wanita yang melakukan perbuatan tersebut sedang diketahuinya bahwa pria yang bersetubuh dengan dia itu berada dalam ikatan perkawinan
- (2) Tidak dilakukan penuntutan kecuali atas pengaduan suami / istri yang tercemar
- (3) Terhadap pengaduan ini tidak berlaku Pasal 25, 26, dan 28

- (4) Pengaduan dapat ditarik kembali selama pemeriksaan pengadilan belum dimulai.

Analisa terhadap kedua rumusan mengenai tindak pidana perzinaan tersebut nampak, bahwa Pasal 419 Konsep KUHP yang mengancam dengan pidana lima tahun penjara dengan tetap mempertahankan zina sebagai “delik aduan”. Kurang tepat. Hal ini seolah – olah mengabaikan sifat delik aduan. Pembuat undang – undang menentukan delik aduan dengan pertimbangan bahwa kepentingan perseorangan akan menderita kerugian yang lebih besar jika diadakan penuntutan daripada kepentingan umum.

Unsur – unsur delik zina dapat disebutkan sebagai berikut :

1. Pria dan wanita. Zina dilakukan secara “bersama – sama”, tidak dapat dilakukan satu orang atau dua orang yang sejenis, artinya tidak dapat dilakukan antara pria dengan pria atau wanita dengan wanita
2. Mengetahui lawan jenisnya terikat perkawinan. “mengetahui” merupakan unsur dolus (sengaja). Jika tidak mengetahui maka yang bersangkutan tidak dapat dituntut
3. Melakukan persetubuhan
4. Adanya pengaduan. Pengaduan tidak dapat dilakukan orang lain selain suami / istri dari yang berzina itu. Pengaduan dapat diartikan sebagai keberatan dalam arti “ketidaksetujuan”. Jika telah dianggap ada “persetujuan” maka tidak memenuhi syarat untuk dituntut.

Dalam Konsep KUHP terdapat perluasan delik zina antara lain dengan Pasal 421 dan Pasal 422 RUU KUHP yang penjelasannya sebagai berikut :

Pasal 421 RUU KUHP Tahun 2000

- (1) Pria yang bersetubuh dengan seorang wanita dengan persetujuan itu karena janji akan dinikahi kemudian mengingkari janji itu karena tipu muslihat yang lain, dipidana penjara paling lama 4 tahun atau denda paling banyak kategori IV
- (2) Pria yang tidak beristri yang bersetubuh dengan perempuan tidak bersuami yang mengakibatkan hamilnya perempuan itu dan tidak bersedia menikahi atau ada halangan untuk menikah yang diketahuinya menurut undang – undang perkawinan, di pidana dengan pidana penjara paling lama 5 tahun atau denda paling banyak kategori IV.

Menurut Pasal 421 RUU KUHP, istilah “mengingkari janji” dan tipu muslihat yang lain pada ayat (1) merupakan alternatif. Tidak bersedia menikahi dan ada halangan menikah menurut Undang – undang perkawinan pada ayat (2) merupakan alternatif, artinya walaupun pembuat bersedia menikahi tetapi tidak dapat dilaksanakan karena adanya halangan tersebut, padahal halangan itu diketahuinya, ia tetap dipidana.

Pada ayat (2) ini pada hakikatnya bertujuan mencegah seorang laki – laki yang tidak beristri melakukan persetubuhan dengan seorang perempuan yang tidak bersuami yang mengakibatkan hamilnya perempuan tersebut, sedang laki – laki itu tidak bersedia mengawininya.

Pasal 422 RUU KUHP Tahun 2000

Barangsiapa melakukan hidup bersama sebagai suami istri di luar perkawinan yang sah dan karenanya mengganggu perasaan kesusilaan masyarakat setempat dipidana dengan denda paling banyak kategori II.

Yang dituju oleh pasal ini adalah perbuatan hidup bersama di luar perkawinan yang sah, yang dikenal masyarakat dengan istilah “kumpul kebo”

Terhadap Pasal 421 dan 422 RUU KUHP perlu adanya analisa terhadap pendapat – pendapat yang mengemukakan hal sebagai berikut :

1. Perlindungan tersebut merupakan perlindungan berlebihan jika ditujukan untuk melindungi wanita yang telah dewasa.
2. Perlindungan tersebut bukan perlindungan hukum tetapi telah merupakan "perkosaan terhadap hak individu". Biarlah individu menentukan yang terbaik baginya.
3. Perlindungan tersebut seyogianya tidak diatur dalam KUHP karena kedua pasal tersebut tidak merugikan masyarakat, sedangkan ingkar janji telah diatur dalam KUH Perdata.
4. Perlindungan Pasal 421 merupakan perlindungan yang sangat berbahaya karena dapat dimanfaatkan seorang wanita yang mencintai seorang pria yang belum mencintainya untuk melakukan perbuatan – perbuatan menggairahkan berahi si pria tersebut.
5. Hal tersebut tidak menggambarkan alam "emansipasi"

Tindak Pidana Perzinaan Dalam Kajian Perbandingan di Negara – negara

Islam

1. Malaysia (Negara Bagian Kelantan)

Dalam Syariah Criminal Code II Negara bagian Kelantan, tindak pidana perzinaan dicantumkan dalam bagian 10 ayat 1-3 dan 11 ayat 1-2 sebagai berikut:

Bagian 10

- (1) Zina merupakan suatu pelanggaran yang terdiri dari hubungan seksual antara seorang laki-laki dan wanita yang tidak menikah satu sama lain dan hubungan tersebut tidak masuk ke dalam arti "wati syubhah" sebagaimana didefinisikan pada subsekt (3).
- (2) Apabila seorang pelaku pelanggaran menikah secara sah dan mempunyai pengalaman berhubungan seks di dalam pernikahan tersebut, maka pelaku pelanggaran tersebut disebut "muhsan", tetapi apabila seorang pelaku pelanggaran tidak menikah, atau pernah menikah tetapi belum mengalami

hubungan seks di dalam pernikahan tersebut, pelaku pelanggaran tersebut disebut "ghairu muhsan".

- (3) Wati syubhah merupakan hubungan seksual yang dilakukan oleh seorang laki-laki dengan seorang wanita yang bukan istrinya dan hubungan tersebut terjadinya:
 - (a) pada kondisi yang meragukan dimana dianggap bahwa wanita dengan siapa dia berhubungan seksual adalah istrinya, sebenarnya bukan; atau
 - (b) pada kondisi yang meragukan di mana dia percaya bahwa pernikahannya dengan wanita pasangannya dalam melakukan hubungan seksual adalah sah menurut hukum syariah, ketika faktanya pernikahannya dengan wanita tersebut adalah tidak sah.

Bagian 11

- (1) Apabila pelaku pelanggaran yang melakukan zina adalah seorang muhsan, maka pelaku pelanggaran tersebut harus dihukum dengan hukuman rajam, hukuman dilempari batu dengan ukuran sedang sampai meninggal.
- (2) Apabila pelaku pelanggaran yang melakukan pelanggaran zina adalah ghairu muhsan, maka pelaku pelanggaran tersebut harus dihukum dengan dicambuk seratus kali cambuk ditambah satu tahun pemenjaraan.¹⁹

Tindak pidana perzinaan, dalam kajian perbandingan di negara bagian Kelantan Malaysia disebutkan dalam Syariah Criminal Code II, tercantum dalam bagian kesepuluh ayat 1 sampai dengan 3, dan bagian kesebelas ayat 1 sampai dengan 2.²⁰ Pada Syariah Criminal Code Negara Bagian Kelantan mengenai tindak pidana perzinaan ini disebutkan definisi perzinaan. Bahwa perzinaan merupakan suatu pelanggaran yang terdiri dari hubungan seksual antara seorang laki – laki dan wanita yang tidak menikah satu sama lain dan hubungan tersebut tidak masuk ke dalam arti “wati syubhah”. Kemudian pada ayat dua memuat peraturan, apabila seorang pelaku pelanggaran menikah secara sah dan mempunyai pengalaman berhubungan seks di dalam pernikahan tersebut, maka pelaku pelanggaran tersebut disebut muhsan. Dengan kata lain, pelaku perzinaan disebut pezina muhsan, apabila kedua pelaku tersebut sudah berada dalam ikatan

¹⁹ Syariah Code Penal Negara Bagian Kelantan Malaysia, *Syariah Criminal Code II*, Bagian 10 ayat (1) sampai dengan (3)

²⁰ Ibid

pernikahan yang sah. Tetapi apabila seorang pelaku pelanggaran tidak atau belum terikat dalam ikatan pernikahan, atau pernah menikah tetapi belum mengalami hubungan seks di dalam pernikahan tersebut, pelaku pelanggaran tersebut disebut *ghairu muhsan*.

Sedangkan “*wati syubhah*” merupakan hubungan seksual yang dilakukan oleh seorang laki – laki dengan seorang wanita yang bukan istrinya dan hubungan tersebut terjadi karena :

- a. Pada kondisi yang meragukan di mana dianggap bahwa wanita dengan siapa dia berhubungan seksual adalah istrinya, yang sebenarnya atau bukan; atau
- b. Pada kondisi yang meragukan di mana ia percaya bahwa pernikahannya dengan wanita pasangannya dalam melakukan hubungan seksual adalah sah menurut hukum syariah, ketika faktanya pernikahannya dengan wanita tersebut adalah tidak sah.

Kesimpulan mengenai arti dari “*wati syubhah*” adalah bahwa ada unsur keraguan dalam menentukan hubungan pernikahan yang dikarenakan berbagai macam faktor, sehingga dapat menimbulkan terjadinya tindak pidana. Dapat juga dengan lain arti, tindak pidana tersebut dilakukan bukan dengan kesengajaan, tetapi karena kealpaan.

Mengenai sanksi pidana terhadap tindak pidana ini termuat dalam Bagian 11 ayat (1) sampai dengan (2) yang menguraikan bahwa apabila pelaku pelanggaran yang melakukan zina adalah seorang muhsan, yaitu yang telah berada dalam suatu ikatan pernikahan, maka pelaku pelanggaran tersebut harus dipidana dengan pidana rajam, yaitu pidana dengan dilempar batu yang berukuran sedang sampai pelaku perzinaan meninggal dunia. Sedangkan apabila

pelaku tindak pidana adalah seorang yang ghairu muhson, yang belum berada dalam ikatan pernikahan, maka pelaku pelanggaran tersebut harus dipidana dengan dicambuk seratus kali cambuk, selain itu di tambah dengan 1 tahun pemenjaraan.²¹

Rumusan mengenai tindak pidana perzinaan ini dalam Syariah Penal Code Negara Bagian Kelantan Malaysia ini substansinya sama persis dengan ketentuan mengenai tindak pidana tersebut dalam hukum pidana Islam yang general (umum). Artinya, Negara Bagian Kelantan ini mengadopsi secara keseluruhan ketentuan yang tercantum dalam hukum pidana Islam. Ini dikarenakan Negara Bagian tersebut mendasarkan hukumnya pada hukum agama yaitu agama Islam.

2. Iran (Islamic Republic of Iranian)

Tindak perzinaan dalam Islamic Republic of Iranian Penal Code disebutkan dalam beberapa pasal yang menyebutkan sebagai berikut :

Article 88

"Muslim man commits adultery with a muslim woman, the penalty is 100 lashes for the man"

Kemudian, disebutkan pula dalam Article 121

"Non penetrative sex between two muslim man is punished by 100 lashes however, if one of the partner is non muslim, the penalty for him is death"

Article 147

"By eighty lashes if the victim is a muslim, however, if the victim is non muslim, the maksimum penalty is set at 74 lashes"

21 Syariah Criminal Code II, Negara Bagian Kelantan, Bagian 11 ayat (1) sampai dengan (2)

Article 494

“provides penalties for violating the corpse of muslim, no penalties are stipulated for violating the corpse of a non muslim”

Di dalam Iran Penal Code membedakan antara tindak pidana yang dilakukan oleh seorang muslim dan non muslim. Contoh konkret dapat dilihat dalam Pasal 88 Iran Code Penal yang menyebutkan bahwa jika seorang laki – laki muslim membuat perjanjian melakukan perzinaan dengan wanita muslim, maka laki – laki tersebut di pidana dengan 100 kali cambuk.²² Sedangkan jika seorang laki – laki non muslim melakukan perzinaan dengan wanita muslim, maka ia dipidana mati. Tidak ada hukuman khusus untuk seorang laki – laki muslim yang melakukan tindak perzinaan dengan wanita non muslim. Demikian juga halnya dengan homoseksual, di sebutkan dalam Pasal 121 Iran Penal Code, bahwa jika kedua pasangan homoseksual tersebut adalah non muslim, maka pidana untuk keduanya adalah pidana mati. Bagi seorang penuduh zina juga akan dipidana. Hal ini dapat dilihat dalam Pasal 147 Iran Penal Code dengan pidana 80 kali cambuk jika korban adalah seorang muslim.

3. Pakistan

Dalam PPC (Pakistan Penal Code) disebutkan bahwa sistem peradilan pidana dari negara Pakistan ini menerapkan secara utuh dan menyeluruh ajaran – ajaran yang ada di dalam Al Quran dan Hadits. Penjelasan mengenai tindak

22 www.Islamic Republic of Iraninan Penal Code.Com, Article 88

pidana perzinaan, disebutkan dalam Offences of Zina (yang terdapat dalam Enforcement of Huddud Ordinance 1979). Dijelaskan dalam Ordonansi tentang zina, bahwa pelaku zina dibagi dalam dua bentuk, yaitu :

- a. Pelaku zina muhson (pelaku sudah terikat dalam suatu ikatan perkawinan)
- b. Pelaku zina ghairu muhson (pelaku belum terikat dalam suatu ikatan perkawinan)

Setiap orang yang berusaha melakukan zina dengan perempuan, namun tidak sampai melakukannya, maka ia akan diberi sanksi pemenjaraan selama 3 tahun, ditambah dengan hukuman jilid dan pengusiran .

Jika yang korban kejahatan itu adalah orang yang berada dibawah kendalinya, seperti pembantu, atau pegawai, atau yang lain, maka pelaku akan dikenai sanksi maksimal. Baik laki – laki maupun wanita yang melakukan perbuatan tersebut akan dikenai sanksi yang sama, jika melakukannya tanpa paksaan.²³

Barangsiapa membujuk dengan harta atau dijanjikan akan dinikahi, atau dengan bujukan yang lainnya, kemudian ia menggauli wanita itu selayaknya menggauli istrinya, serta melakukan perbuatan seperti halnya perbuatan yang dilakukan seorang suami terhadap istrinya (kecuali bersetubuh) maka akan dikenakan sanksi penjara selama 4 tahun.²⁴

Kemudian dalam poin ke-3 disebutkan bahwa setiap orang yang melakukan tarian / gerakan – gerakan erotis (merangsang) yang dapat membangkitkan syahwat di depan umum, seperti di jalan, warung, kafe, dan

23 Abdul Halim El Muhammady, *Contemporary / Minda Madani, Undang – Undang Islam : Perbandingan dan Penelitian di Beberapa Negara Islam Selepas Merdeka*, [http://www.abim.org.my/minda madani/com](http://www.abim.org.my/minda%20madani/com)

24 Ibid

sebagainya, maka akan dikenakan sanksi penjara sampai 6 bulan lamanya. Jika ia mengulangi lagi perbuatannya, maka sanksinya akan ditambah menjadi hukuman penjara selama 2 tahun dan dijilid.²⁵

Stoning (Dera, atau di lempar batu hingga mati), merupakan bentuk sanksi pidana dalam hukum Islam untuk tindak pidana perzinaan. Dimana telah di sahkan oleh pemerintah Pakistan sejak terbentuknya Republik Islam Pakistan. Hukum pidana ini mengacu pada civil laws dan tingkah laku sosial yang disebut huddud mengenai tindakan seksual diluar pernikahan. Wanita dan laki – laki yang sudah menikah yang melakukan tindak perzinaan akan dijatuhi pidana rajam hingga mati. Ketentuan mengenai kapan bisa dilaksanakan hukuman rajam serta berapa ukuran batu yang bisa dilemparkan telah dijelaskan secara jelas di dalam kodifikasi hukum pidana.

A.2 Tindak Pidana Pembunuhan Dalam Hukum Islam dan KUHP Baru

A.2.1 Tindak Pidana Pembunuhan Dalam Hukum Islam

Seperti diketahui, bahwa agama Islam agama penyempurnaan dari agama – agama terdahulu antara lain agama Yahudi dan Nasrani dan masing – masing mempunyai pedoman (kitab suci). Di mana dalam Alquran telah tercakup pula ketentuan – ketentuan yang terdapat dalam Kitab Taurat maupun Injil, termasuk ketentuan mengenai tindak pidana pembunuhan.

Tindak pidana pembunuhan yang diancam dengan pidana qishas diyat di dalam hukum Islam terdiri atas 5 tindak pidana yaitu pembunuhan sengaja, pembunuhan semi sengaja, pembunuhan tidak sengaja, penganiayaan sengaja dan penganiayaan tidak sengaja. Hukum – hukum yang diancamkan terhadap tindak

25 Ibid.

pidana tersebut ialah qishas, diyat, kiffarat, hilangnya hak mewaris, dan hilangnya hak menerima wasiat.²⁶

Pengertian qishas ialah pelaku tindak pidana dijatuhi pidana (balasan) yang setimpal dengan perbuatannya, jadi dibunuh kalau ia membunuh, atau dianiaya kalau ia menganiaya. Pidana qishas dijatuhkan atas pembunuhan sengaja dan penganiayaan sengaja. Sumber pidana qishas ialah Firman Allah dalam Surat Al Baqarah 178 – 179 :

“Wahai orang yang beriman, diwajibkan atasmu qishas pada orang – orang yang terbunuh. Orang merdeka dengan orang merdeka, hamba dengan hamba, wanita dengan wanita. Maka barangsiapa yang diampunkan kepadanya sesuatu oleh saudaranya maka ia harus menaati dengan baik dan memberikan kepadanya dengan kebaikan. Demikian itu adalah peringatan dari Tuhanmu dan kasih sayang. Maka barangsiapa yang melampaui batas sesudah itu, maka baginya adalah siksa yang pedih. Bagi kamu dalam qishas adalah suatu kehidupan, wahai orang – orang yang mempunyai pikiran. Mudah – mudahan kamu bertaqwa”

Pidana qishas adalah pidana yang terbaik pada masa lalu, maupun pada dunia modern, karena pidana tersebut mencerminkan keadilan, di mana pembuat diberi balasan sesuai dengan perbuatannya²⁷. Untuk terwujudnya keamanan dan ketertiban juga pidana qishas dapat lebih menjamin. Pada umumnya apa yang mendorong seseorang untuk melakukan tindak pidana pembunuhan dan penganiayaan ialah keinginan hidup sendiri dan berkuasa. Kalau ia mengetahui bahwa dirinya tidak akan tetap hidup sesudah membunuh korbannya, maka ia akan mempertahankan hidup dirinya sendiri dengan jalan membiarkan hidup calon korbannya. Pendirian semacam ini banyak di dapati dalam kehidupan sehari – hari.

²⁶ Ahmad Hanafi, *Asas – Asas Hukum Pidana Islam*, Bulan Bintang, Jakarta, 1986, Halaman 278

²⁷ Ibid, halaman 280

Orang pemarah dan suka menyerang akan terlihat tenang dan menjauhi pertengkaran dan perbuatan – perbuatan buruk, apabila terlihat olehnya bahwa lawannya lebih kuat atau sanggup menangkis serangannya. Demikian pula orang yang memakai senjata boleh jadi tidak ragu – ragu untuk mengadakan penyerangan. Akan tetapi ia akan mundur dan ragu – ragu apabila lawannya terlihat mempunyai senjata yang sama dan dapat membalas serangan itu. Demikianlah tabiat – tabiat manusia yang dijadikan landasan oleh Syariat Islam yang untuk menjatuhkan pidana qishas. Setiap faktor kejiwaan yang mendorong dilakukannya tindak pidana ditandingi dengan faktor kejiwaan lain yang dapat menjauhkan dari tindak pidana.

Hukum positif juga mengenal pidana qishas. Akan tetapi hanya ditetapkan untuk tindak pidana pembunuhan saja yang di ancam dengan pidana mati, sedang terhadap tindak pidana penganiayaan tidak dijatuhi pidana qishas, melainkan cukup dengan pidana penjara dan denda atau dengan salah satu pidana tersebut yang diterapkan secara alternatif.

Jika kita perbandingkan antara Syariat Islam dengan hukum positif dalam penerapan qishas atas tindak pidana – tindak pidana pembunuhan dan penganiayaan, maka akan terlihat kebenaran Syariat Islam²⁸. Sebenarnya tindak pidana pembunuhan dan penganiayaan adalah salah satu macam dan timbul dari satu motif pula, sebab pada umumnya pembunuhan didahului dengan penganiayaan atau perlukaan. Hanya saja sebagian penganiayaan membawa kematian, sedang penganiayaan lainnya dapat disembuhkan dan terhadap keadaan

²⁸ Abu Muhamad bin Abdul Rahman Al Bukhori, *Keagungan dan Keindahan Syariat Islam*, Pustaka Setia, Bandung, 1999, halaman 117

terakhir ini disebut “penganiayaan”, sedang terhadap keadaan pertama disebut “pembunuhan”.²⁹

Jika bentuk tindak pidana tersebut sama, maka macam pidananya juga akan sama. Kalau akibat dari kedua tindak pidana tersebut berlainan, maka besarnya pidana juga harus berbeda sesuai dengan perbedaan besarnya tindak pidana. Jadi macam kedua tindak pidana tersebut sama dan asalnya juga sama, yaitu penganiayaan, dan macam pidananya yang satu berakibat kematian si korban, maka pidananya ialah di pidana matinya pelaku (pembuat), sedang penganiayaan yang lain berakibat lukanya si korban, dan oleh karena itu pidananya berupa perlukaan pembuat.

Jimly Asshiddieqy mengemukakan bahwa terhadap delik pembunuhan dengan sengaja, ancaman pidananya adalah pidana mati sebagai pembalasan (qishas) kepada pembunuh korban, sebagaimana disebutkan di atas, orang merdeka dipidana mati karena membunuh orang yang merdeka, budak karena budak, dan perempuan karena perempuan. Setiap pembunuhan tanpa hak dilakukan nilainya sama dengan pembunuhan terhadap kemanusiaan seluruhnya. Karena itu, pembunuhan tanpa hak terhadap setiap jiwa manusia dianggap sebagai kejahatan yang besar. Untuk itu, kepada setiap keluarga korban diberi hak menuntut pelaksanaan qishas itu, kecuali apabila mereka memaafkan asesuai dengan anjuran moral dalam Al Quran. Dalam hal mereka memberi maaf, maka kepada pembunuh hanya dibebani kewajiban membayar diyat (denda) pengganti. Dengan keputusan hakim, diyat itu harus diserahkan kepada keluarga (ahli waris) dari korban pembunuhan itu.³⁰

29 Ibid,

30 Jimly Asshiddieqy, Op.Cit, halaman 60

Selanjutnya dikemukakan pula ketentuan mengenai lembaga maafan dan diyat (denda) pengganti ini, sama sekali berbeda dengan tradisi yang berkembang sebelum Islam yang menerapkan ketentuan pembalasan secara mutlak. Dalam Perjanjian Lama tidak terdapat ketentuan lain yang mengatasi prinsip bahwa seorang pembunuh harus dibalas bunuh.³¹ Tidak ada kepuasan hukum apapun yang dapat diperoleh dalam rangka membalas pembunuhan kecuali dengan diambilnya jiwa si pembunuh. Karena, delik pembunuhan itu dianggap sebagai salah satu dosa terbesar dan tak berampun. Dalam Taurat, surat Deut 19 : 13 dinyatakan :

"Thine eye shall not pity him, but thou shalt put away the innocent blood from Israel, that it may go well with thee"

Bahkan dikatakan bahwa untuk para pembunuh, kota – kota perlindungan sama sekali tertutup, dan mereka itu *dragged away from the altar*. Penerapan pidana mati secara mutlak terhadap setiap kasus pembunuhan ini, juga berlangsung di Mesir Kuno. Bahkan para saksi mata yang tidak berusaha mencegah terjadinya pembunuhan itu juga diancam dengan pidana.³²

Dalam tradisi hukum Romawi, dikenal pula adanya sembilan jenis kejahatan yang dianggap patut untuk diancam pidana mati. Satu diantaranya adalah kejahatan membunuh dengan sengaja. Hanya di dalam tradisi hukum Homerus ancaman pidana terhadap delik pembunuhan dengan sengaja itu nampak agak mirip dengan apa yang ditentukan oleh Al Quran. Menurut tradisi Homerus, hidup matinya seorang pembunuh diserahkan kepada keluarga si korban, untuk mana mereka juga diperkenankan untuk menuntut denda sebagai pengganti akibat

³¹ Lembaga Alkitab Indonesia, *Bible in Indonesia : Perjanjian Lama*, Kejadian ayat 4, Halaman 4

³² Robert Roberts, Op.Cit, Halaman 83

pembunuhan itu. Akan tetapi berbeda dengan Islam, di sini pidana denda pengganti itu tidak dikaitkan dengan anjuran moral untuk memaafkan sebagai kebijakan yang lebih utama bagi orang beriman sebagaimana di atur dalam Al Quran.³³

Sebagaimana diterangkan di atas, Nabi Muhamad mengizinkan pengikutnya untuk menerapkan prinsip pidana qishas, guna meneruskan tradisi hukum Yahudi. Ketentuan mengenai qishas ini bahkan dicantumkan dalam Al Quran, seperti dalam QS 2 : 173. Apabila ditelusuri lebih jauh, tradisi pembalasan darah atas darah (tradisi pidana qishas) ini memang bukanlah merupakan suatu hal yang baru dalam sejarah umat manusia. Kecenderungan untuk pembalasan darah ini, juga bukanlah kecenderungan masyarakat Arab dan Israel saja, tetapi merupakan kecenderungan umum di hampir semua bangsa – bangsa masa lalu, terutama sebelum berkembangnya tradisi bernegara. Karena tidak adanya kekuasaan nasional yang bersifat pasti dan bertanggungjawab mengenai masalah – masalah peradilan antar warga negara, maka penebusan terhadap setiap kesalahan atau pelanggaran seseorang diserahkan kepada pembalasan yang bersifat pribadi, terutama kepada kepala suku. Prinsip pengimbangan, pembalasan (*retribution*), atau *Jus Talionis* ini, dapat dikatakan merupakan sesuatu yang dianggap sebagai dasar dari tertib kehidupan.

Tradisi pidana qishas ini tetap diterapkan oleh Rasulullah terhadap orang – orang Yahudi dalam kasus delik perlukaan sebagaimana dinyatakan dalam QS. 5 : 45,

33 Jimly Asshiddieqy, Op.Cit, Halaman 62

“Dan Kami telah tetapkan terhadap mereka di dalam Taurat bahwa jiwa dibalas dengan jiwa, mata dengan mata, hidung dengan hidung, telinga dengan telinga, gigi, dengan gigi, dan lukapun ada”³⁴

Tetapi, penerapan yang keras dan ekstrim terhadap gagasan pembalasan darah ini diperhalus oleh dan dalam ajaran Islam, antara lain dengan membatasinya pada kasus – kasus kejahatan pembunuhan dengan sengaja. Sedangkan terhadap kasus delik pembunuhan karena kelalaian, tidak dikenakan pidana pembalasan darah. Selain itu, semua jenis kejahatan seperti delik pembunuhan dengan sengaja, pembunuhan karena kelalaian, dan delik perlukaan, diperhalus pula dengan kemungkinan penggantian bentuk pidananya dengan denda (diyat) yang dikaitkan dengan konsep maafan. Setiap korban dan keluarga korban, lebih dan bahkan sangat dianjurkan untuk memberikan maaf daripada menuntut qishas. Dalam hal mereka mengikuti anjuran moral ini, maka kepada para pelanggar hukum hanya diwajibkan untuk membayar diyat (ganti rugi).

Khusus mengenai denda pengganti ini, perlu juga dicatat bahwa penerapannya haruslah dilakukan dengan mempertimbangkan status (yaitu apakah ia berstatus bebas / merdeka atau budak yang tidak merdeka), dan kondisi (yaitu apakah ia kaya atau miskin) baik dari korban maupun dari pelanggar hukum. Dengan demikian, berat ringannya pidana, ditentukan oleh status dan kondisi sosial ekonomi dari si pelanggar maupun korban. Perbedaan secara proporsional seperti ini, dapat menghindarkan kemungkinan terjadinya ketidakadilan dalam penerapan pidana terhadap korban maupun terhadap pelanggar. Ini sangat berbeda dari ketentuan dalam Kode Hukum Yahudi, di mana pidana qishas (pembalasan) itu hanya diterapkan untuk orang Israel yang merdeka (bukan budak). Sedangkan

34 Ibid, Halaman 63

dalam kasus budak, jika misalnya, tuannya memukul dan menyebabkan ia menjadi buta atau mematahkan gigi, si tuan hanya dihukum harus membebaskan budak itu dari penguasaanya. Kerugian yang diderita oleh budak itu dianggap sama nilainya dengan kerugian tuan karena budaknya harus dilepaskan pergi.

Penghalusan yang dilakukan oleh Hukum Islam, baik terhadap ketentuan – ketentuan hukum yang berlaku sebelumnya, maupun terhadap praktek masyarakat pra Islam yang cenderung menerapkan praktek pidana pembalasan darah itu secara keras dan ekstrim, dapat dikatakan merupakan sikap yang moderat mengenai pewarisan penerapan tradisi pidana qishas ini. Di satu pihak, Islam tidak menghapuskan tradisi lama itu, dan tetap meneruskan penerapannya, tetapi di pihak lain, Islam juga berusaha membatasi dan memperhalus penerapannya.

Seperti dikatakan oleh **Robert Roberts** :³⁵

“Although we believe that the prophet could have done much more than he did in order to abolish the cruel custom of retaliation, still when we remember to what extremes the Arabs went in the fulfilment of this duty, it must be confessed that Muhammed took a step in the right direction”

Oleh karena itu, diteruskannya tradisi pidana qishas itu oleh Islam haruslah dipahami dalam konteks sejarah. Meskipun tidak sama, kontinuitas penerapan tradisi pidana qishas ini hampir mirip dengan ketentuan mengenai perbudakan. Seperti diketahui, di dalam Al Quran, tidak terdapat satu ayatpun yang secara tegas melarang praktek perbudakan. Akan tetapi, apabila semua ketentuan mengenai perbudakan dalam Al quran itu dipahami dalam konteks sejarah, jelas dapat diketahui bahwa perbudakan itu adalah sesuatu yang secara gradual diusahakan untuk ditiadakan dari muka bumi. Oleh sebab itu, lembaga

35 Robert Roberts, Op.Cit, Halaman 89

“pembalasan” dalam konsep pidana Islam itupun hendaknya dipahami sebagai sesuatu yang tidak di”ideal”kan dalam Islam. Pidana qishas itu harus diusahakan untuk dikurangi, dibatasi, dan diperhalus penerapannya. Sebagai ganti ruginya, setiap orang yang menjadi korban ataupun keluarga korban dianjurkan untuk bersikap “ikhlas” dengan memberikan maaf sebagai sendi solidaritas sosial dalam kehidupan bersama dalam masyarakat. Meskipun tentu saja, kitapun tidak mungkin menolak kenyataan bahwa ayat – ayat mengenai keharusan menerapkan pidana qishas itu sendiri dalam Al Quran, tercantum dengan cukup tegas. Ayat – ayat itu seperti akan dikutip dan diuraikan kemudian, jika dipahami secara harfiah, jelas menunjukkan bahwa ketentuan mengenai pidana qishas itu harus dilaksanakan seperti apa adanya. Akan tetapi, seperti dikatakan oleh George Sale, baik ayat – ayat Al Quran maupun ayat – ayat Perjanjian Lama mengenai “jiwa dibayar dengan jiwa”, “mata dengan mata”, dan “gigi dengan gigi”, sebenarnya, tidak harus dipahami seperti apa adanya. Pernyataan “mata dengan mata”, “telinga dengan telinga”, “gigi dengan gigi” itu, dalam konteks kehidupan masa kini, dapat saja dipahami sebagai ungkapan mengenai keharusan dilakukannya atau dikenakannya ganjaran yang setimpal terhadap setiap bentuk kejahatan yang dilakukan oleh pelanggar terhadap korban. Artinya, pada intinya, gagasan pembalasan (retribusi) dalam tradisi pidana sebelumnya tetap dipertahankan. Sedang kekuatan “mengancamnya” disesuaikan dengan perkembangan rasa keadilan dalam masyarakat.³⁶

Dari kutipan Surat Al Baqarah Ayat 178, dapat ditarik beberapa pengertian :

36 Jimly Asshiddieqy, Op.Cit Halaman 66

Pertama, bagi orang yang beriman yakni umat Islam, hukum qishas itu wajib dilaksanakan. Kewajiban itu bersifat umum terhadap semua lapisan masyarakat, baik kaya yang dan berkuasa maupun miskin, rakyat jelata dan kaum "tertindas" sebagai budak sekalipun.

Kedua, sebagai Rahmat Allah, pelaksanaan pidana qishas itu dapat mengalami peringanan apabila pihak korban atau keluarganya memberikan maaf. Dalam hal demikian, yang bersangkutan diwajibkan memberikan sesuatu berupa kebajikan kepada korban atau keluarganya dengan cara baik sebagai diyat atau ganti kerugian.

Ketiga, barangsiapa yang masih juga berbuat aniaya sesudah memperoleh keringanan dengan dimaafkan tersebut (artinya menjadi residivist dengan mengulangi perbuatan jahat yang serupa pada kesempatan selanjutnya), maka ia akan mendapatkan hukuman yang berat.

Jika memperhatikan pendapat Jimly mengenai Surat 2 : 178 memuat ketentuan yang secara tegas ditujukan kepada pelaku delik (subjek delik) yang mukmin dengan korban siapa saja. Apabila si pelaku delik itu dimaafkan oleh korban atau keluarganya, maka ia terbebas dari pelaksanaan qishas. Hal yang demikian itu, merupakan keringanan dan Rahmat yang ditetapkan oleh Allah bagi orang yang beriman. Keringanan itu sendiri, tidak lain dimaksudkan sebagai kesempatan kepada pelaku delik untuk bertobat kepada Allah, sehingga yang bersangkutan tidak akan mengulangi pelanggaran di masa yang akan datang. Oleh karena itu, apabila ternyata yang bersangkutan melakukan pengulangan delik (residive) pada kesempatan selanjutnya, maka yang bersangkutan tidak lagi akan

memperoleh keringanan. Dalam hal terjadi delik itu, pidana qishas akan tetap dilaksanakan terhadap yang bersangkutan.

Dalam surat **An Nisa ayat 92** dinyatakan :

“Tiada patut bagi seorang mukmin membunuh orang mukmin kacuali karena kelalaian dan barangsiapa membunuh (mukmin) karena kelalaian, maka hendaklah ia **memerdekakan seorang hamba sahaya yang mukmin dan membayar denda (diyat) seratus ekor unta** kepada keluarga korban, kecuali jika ia dimaafkan dengan kewajiban bersedekah, jika yang terbunuh itu berasal dari kaum yang menjadi musuhmu, tetapi ia juga beriman, maka yang bersangkutan dihukum dengan **kewajiban memerdekakan seorang hamba sahaya saja, tanpa harus membayar denda (diyat)**. Jika yang menjadi korban itu adalah orang kafir yang terikat dalam tali perjanjian dengan kamu, maka yang bersangkutan **dipidana denda (diyat) yang harus dibayar kepada keluarga korban, memerdekakan seorang hamba sahaya yang mukmin, dan berpuasa dua bulan berturut – turut** sebagai syarat penerimaan tobat dari Allah kejahatan itu, dan adalah Maha Mengatahui lagi Maha Bijaksana”³⁷

Ayat ini ditujukan kepada subjek delik yang beriman (beragama Islam) yang melakukan kejahatan pembunuhan tanpa kesengajaan atau karena kelalaian. Korban pembunuhan itu sendiri dapat merupakan orang yang berstatus sebagai orang merdeka dan juga beragama Islam, beragama Islam tetapi tidak merdeka (hamba sahaya), golongan yang memusuhi, atau orang kafir yang sebelumnya telah terikat dalam tali perjanjian dengan umat Islam. Dalam hal demikian itu, maka, dalam kasus pertama, pidana yang ditentukan adalah memerdekakan seorang hamba sahaya yang mukmin dan membayar denda (diyat) seratus ekor unta kepada keluarga korban, dalam kasus kedua, pidananya adalah memerdekakan seorang hamba sahaya saja tanpa membayar denda, dalam kasus ketiga ancaman pidananya hanya dengan memerdekakan seorang hamba sahaya, dalam kasus keempat, pidananya adalah denda, memerdekakan seorang hamba sahaya yang mukmin, dan berpuasa selama dua bulan berturut – turut, pidana

37 Ibid, Halaman 71

tersebut di atas dapat diiadakan, apabila keluarga korban memberikan maaf kepada pelaku delik. Dalam hal demikian, yang bersangkutan hanya diwajibkan mengeluarkan sedekah yang disebut dengan istilah "kaffarah".

Sebaliknya, terlepas dari siapa yang menjadi pelakunya, jika delik pembunuhan itu dilakukan terhadap orang yang beriman dan dengan penuh kesengajaan, maka dengan sendirinya pidana qishas wajib dilaksanakan. Dalam QS An Nisa : 93 ditegaskan bahwa :

"Barangsiapa membunuh orang yang beriman dengan sengaja, maka ganjarannya adalah neraka jahanam yang ia kekal di dalamnya dengan mendapatkan amarah dan kutukan Allah serta memperoleh siksaan berat".

A.2.2. Tindak Pidana Pembunuhan Dalam Konsep KUHP

Dalam Konsep tahun 2000,³⁸ tindak pidana pembunuhan di masukkan dalam Bab XX tentang tindak pidana terhadap nyawa, yang terdapat dalam Pasal 475 menyebutkan definisi tindak pidana pembunuhan beserta sanksi pidananya.

Pasal 475 menyebutkan :

- (1) Setiap orang yang merampas nyawa orang lain, dipidana karena pembunuhan dengan pidana penjara paling lama 15 tahun dan paling singkat 3 tahun.
- (2) Jika tindak pidana sebagaimana dimaksud dalam ayat (1) dilakukan terhadap ibu, bapak, istri, suami atau anaknya, maka pidananya dapat ditambah dengan 1/3.
- (3) Pembunuhan yang diikuti, disertai, atau didahului oleh suatu tindak pidana yang dilakukan dengan maksud untuk mempersiapkan atau mempermudah pelaksanaannya, atau untuk melepaskan diri sendiri atau peserta lainnya dari pidana dalam hal tertangkap tangan, atau untuk memastikan penguasaan barang yang diperolehnya secara melawan hukum, dipidana dengan pidana penjara seumur hidup atau pidana penjara paling lama 20 tahun, dan paling singkat 5 tahun.

Secara umum, tindak pidana pembunuhan diancam dengan pidana

38 Direktorat Perundang – undangan Dirjend Hukum Dan Perundang – undangan, Departemen Hukum Dan Perundang – undangan, *Rancangan KUHP*, Jakarta 2000, Pasal 475

penjara, yang dapat dialternatifkan pula dengan pidana denda. Seperti halnya disebutkan dalam Pasal 475, bahwa keseluruhan pasal hanya menetapkan 2 jenis sanksi pidana yaitu pidana penjara dan pidana denda. Dalam penjatuhan sanksi pidana terhadap tindak pidana pembunuhan ini, tidak diancamkan pidana mati. Karena Konsep KUHP menjunjung tinggi nilai – nilai kemanusiaan dan menjunjung tinggi Hak Asasi Manusia. Seperti disebutkan Barda Nawawi arief, yang menyatakan bahwa mengakui hak hidup sebagai hak yang sangat asasi, berarti perampasan hak hidup seseorang itu sekiranya terpaksa dilakukan, pada hakikatnya merupakan suatu perkecualian. Ini berarti, dilihat dari segi hukum pidana, sejauh mungkin pidana mati harus dihindari. Sekiranya terpaksa dijatuhkan harus melewati proses yang sangat ketat. Prosedur atau tahap – tahap yang sangat ketat itu antara lain, hanya dapat dijatuhkan untuk delik – delik tertentu yang dipandang sangat jahat atau sangat serius, diberikan hak untuk minta pengampunan, peringanan, penundaan atau perubahan / penggantian pidana mati setelah melewati masa percobaan tertentu.³⁹

Ketentuan tersebut sangat berbeda dengan ketentuan di dalam hukum pidana Islam yang menerapkan sistem qishas pada setiap tindak pidana pembunuhan. Jadi pada saat tindak pidana itu terjadi, ancaman pidana qishash sudah menanti, karena bentuk sanksi pidana tersebut bersifat pasti, langsung dari ketentuan Allah. Adapun nantinya terjadi perubahan sanksi pidana dari pidana mati menjadi pidana denda (diyat), hal ini terlebih dahulu melalui pertimbangan dari (keluarga) korban kejahatan. Apabila keluarga korban memaafkan, maka sanksi pidana qishas tidak jadi dijatuhkan, tetapi sanksi pidana tersebut akan dialternatifkan dengan sanksi pidana denda (diyat)

39 Barda Nawawi Arief, *Bunga Rampai Kebijakan Hukum Pidana*, Citra Aditya Bhakti, Bandung, 1996, Halaman 78

Tindak Pidana Pembunuhan Dalam Kajian Perbandingan Negara – negara

Islam

1. Malaysia (Negara Bagian Kelantan)

Tindak pidana pembunuhan dalam Syariah Criminal Code Negara Bagian Kelantan tertuang sebagai berikut:⁴⁰

Bagian 24.

Baik qisas maupun diyyat harus diterapkan pada pelanggaran pembunuhan manusia yang menyebabkan luka tubuh

Bagian 25.

Pembunuhan manusia harus dibagi menjadi tiga kategori :

- (a). qatl al amd (pembunuhan secara sengaja)
- (b). qatl syibhi al-'amd (pembunuhan setengah disengaja); dan
- (c). qatl al-khata' (pembunuhan tidak sengaja)

Bagian 26.

- (1) Siapa pun penyebab kematian seseorang dengan melakukan suatu tindakan dengan niat menyebabkan kematian atau luka yang lazimnya kemungkinan atau cukup untuk menimbulkan kematian; atau melakukan suatu tindakan dengan pengetahuan bahwa tindakannya tersebut begitu berbahaya sehingga kemungkinan besar akan menimbulkan kematian.
- (2) Siapa pun yang melakukan suatu tindakan dengan sengaja atau sepengetahuannya bahwa tindakan tersebut kemungkinan akan menyebabkan kematian, menyebabkan kematian siapa pun yang tidak dimaksudkannya dan juga dia tidak tahu dia sendiri kemungkinan menyebabkan kematian tersebut, juga dikatakan sebagai qatl al-'amd.

Bagian 27.

- (1) Kecuali sebagaimana ditentukan pada subseksi (2), siapa pun yang melakukan qatl al-'amd harus dihukum dengan hukuman mati sebagai hukuman qisas.
- (2) Hukuman mati pada subseksi (1) tidak boleh dikenakan apabila:
 - (a) pelanggaran tidak dibuktikan oleh bukti yang diperlukan berdasarkan bagian III; atau
 - (b) meskipun ada bukti tersebut, wali mengurangi qisas.

⁴⁰ Syariah Criminal Code II, Negara Bagian Kelantan, Bagian 24 sampai dengan Bagian 27

Tindak pidana pembunuhan dalam kajian Syariah Penal Code Negara Bagian Kelantan, disebutkan dalam Bab mengenai Qishas Diyat Bagian 24 sampai dengan Bagian 27.⁴¹ secara keseluruhan dapat dikemukakan bahwa baik qishas maupun diyat harus diterapkan pada pelanggaran pembunuhan manusia yang menyebabkan luka tubuh. Dalam Bagian 25 diatur mengenai jenis – jenis pembunuhan manusia yang di jabarkan sebagai berikut :

- (1) Pembunuhan secara sengaja
- (2) Pembunuhan setengah sengaja, dan
- (3) Pembunuhan tidak sengaja

Pembunuhan secara sengaja menyebutkan bahwa siapapun penyebab kematian seseorang dengan melakukan suatu tindakan dengan niat menyebabkan kematian atau luka yang lazimnya kemungkinan atau cukup untuk menimbulkan kematian, atau melakukan suatu tindakan dengan pengetahuan bahwa tindakannya tersebut begitu berbahaya sehingga kemungkinan besar akan menimbulkan kematian, dikatakan melakukan perbuatan pembunuhan sengaja. Dapat juga dikatakan bahwa siapapun yang melakukan suatu tindakan dengan sengaja atau sepengetahuannya bahwa tindakan tersebut kemungkinan akan menyebabkan kematian, menyebabkan kematian siapapun yang tidak dimaksudkannya dan juga dia tidak tahu dia sendiri kemungkinan menyebabkan kematian tersebut, juga dikatakan sebagai pembunuhan sengaja.

Bentuk pidana bagi tindak pidana pembunuhan sengaja ini, disebutkan dalam Bagian 27 ayat (1) dan (2) yaitu dipidana dengan pidana mati sebagai penerapan pidana qishas. Pidana qishas ini tidak berlaku apabila :

41 Ibid

- a. Pelanggaran tidak dibuktikan oleh bukti yang cukup kuat
- b. Meskipun ada bukti tersebut, tetapi wali mengampuni pelaku tindak pidana.

Mengenai pengampunan, wali setiap waktu sebelum pidana mati dilaksanakan, dapat mengampuni pelaku pelanggaran baik dengan atau tanpa diyat, apabila pengampunan tersebut dengan diyat ini bisa dibayarkan baik sekaligus atau dengan cicilan dalam waktu tiga tahun dari tanggal keputusan akhir, dan apabila sementara waktu pelaku pelanggaran meninggal, maka diyat harus diklaim dari hartanya.

Apabila pidana mati seperti pidana qishas tidak dikenakan, pelaku pelanggaran harus dikenakan pidana ta'zir berupa pemenjaraan seumur hidup atau dengan mempertimbangkan kondisi kasus tersebut. Lamanya pemenjaraan tergantung pada pendapat Pengadilan yang akan menyebabkan pelaku pelanggaran tersebut bertobat.

Pembunuhan setengah sengaja didefinisikan sebagai seorang yang berniat menimbulkan kerusakan pada tubuh atau pikiran dari siapapun yang menyebabkan kematian orang tersebut atau orang lain manapun dengan melakukan tindakan dengan atau tanpa senjata yang biasanya kemungkinan menyebabkan kematian. Sanksi pidana untuk pelaku pembunuhan setengah sengaja ini adalah dengan membayar diyat (denda) kepada wali korban, di samping itu harus dipidana dengan pidana ta'zir berupa pemenjaraan selama jangka waktu yang tidak melebihi 14 tahun.⁴²

Definisi untuk pembunuhan tidak disengaja, dalam Syaria Criminal Code II disebutkan bahwa siapapun tanpa niat menimbulkan kematian atau luka

⁴² Syaria Criminal Code II Negara bagian Kelantan, Bagian 30

yang mengakibatkan kematian seseorang dengan melakukan suatu tindakan yang tidak diantisipasi akan menimbulkan kematian orang tersebut atau orang lain atau dengan melakukan tindakan yang terlarang yang kemudian menjadi sebab dari kematian orang tersebut dikatakan melakukan pembunuhan tidak sengaja. Sanksi pidana bagi tindak pidana pembunuhan tidak sengaja ini adalah dengan membayar diyat kepada wali korban, di samping bisa dikenakan pidana ta'zir pemenjaraan untuk suatu jangka waktu yang tidak lebih dari sepuluh tahun.⁴³

2. Iran (Islamic Republic of Iranian)

Pembunuhan, dalam Islamic Republik of Iranian Penal Code disebutkan dalam Article 207 sebagai berikut :

*"If a non muslim kills a muslim than the killer is liable to legal retribution, qisas and subject to the death penalty"*⁴⁴

Dalam tindak pidana pembunuhan ini, di negara Iran dibedakan antara pelaku tindak pidana muslim dan non muslim. Jadi di sini terdapat ambiguitas (dua arti) mengenai ketentuan tindak pidana ini. Sebagai contoh, dalam Pasal 207 Iran Penal Code⁴⁵ mengemukakan bahwa jika seorang non muslim membunuh seorang muslim, maka pelaku pembunuhan harus mempertanggungjawabkan perbuatannya dan dijatuhi pidana (balas dendam) yang setimpal yaitu pidana qishas, yaitu pelaku dijatuhi pidana mati. Prinsip penjatuhan pidana qishas dalam Iran Penal Code adalah keseimbangan kepentingan yaitu antara kepentingan (orientasi) pelaku dan kepentingan korban. Dalam qishas, pelaku kejahatan akan

⁴³ Ibid, bagian 33

⁴⁴ www.Islamic.Republic of Iranian Penal Code.Com, *The Legal Farmework*, Article 207

⁴⁵ Ibid

dipidana mati. bagaimanapun, di beberapa kasus mengenai penjatuhan pidana qishas ini dapat digantikan dengan membayar diyat (the Blood Money) kepada keluarga korban.

Jika seorang non muslim membunuh seorang non muslim yang lainnya, pidana qishas juga berlaku. Bagaimanapun jika seorang muslim membunuh seorang non muslim, pelaku tidak dikenai pidana qishas, dan tidak ada suatu pidana yang khusus. Dalam Pasal 2 Iran Penal Code menjelaskan tentang eksistensi pidana khusus yang merupakan eksistensi pelaku pelanggaran. Oleh karena itu hukum pidana menerapkan hukum yang bebas nilai bagi kehidupan non muslim dibandingkan dengan kehidupan muslim.

3. Pakistan

Ketentuan mengenai tindak pidana pembunuhan ini sangat berasaskan prinsip – prinsip dari Al quran yang berkaitan dengan qishas diyat. Pidana yang dijatuhkan untuk pembunuhan yang disengaja, dengan seluruh jenisnya, maka pembunuhnya akan dibunuh. Dalam kasus pembunuhan yang disengaja wajib dijatuhkan qishas bagi pelaku pembunuhan, yaitu membunuh si pembunuhnya sebagai balasan atas perbuatannya membunuh orang dengan sengaja, jika wali atau keluarga yang dibunuh tidak memaafkannya. Kecuali apabila keluarga (walinya) memaafkannya, maka diganti dengan diyat (denda) dan harus diserahkan kepada walinya.

Adapun qishas terhadap orang muslim karena membunuh seorang non muslim, yang mana dalam kasus ini seorang non muslim ini tidak diberi jaminan keamanan maupun hak – hak umum di negara Islam, maka seorang muslim

tersebut tidak akan dibunuh karena membunuh orang non muslim, dan ia hanya menyerahkan diyat yang jumlahnya separuh dari diyat seorang muslim.

Untuk pelaksanaan hukuman (eksekusi) pidana qishas ini, Pakistan menerapkan eksekusi dengan cara yang paling baik. Adapun waktu pelaksanaan eksekusi yang paling baik adalah eksekusi tidak dilakukan secara tergesa – gesa. Diundurkan sampai beberapa waktu, yang memungkinkan terjadinya permintaan maaf dari wali (keluarga) pihak yang terbunuh. Sebab, mereka diberi pilihan antara membunuh, meminta diyat, atau memaafkan.

Ketentuan mengenai qishas diyat dalam Undang – Undang Jenayah pembunuhan, ditambahkan pula ketentuan mengenai qati, qishas, diyat, arsh dan dhaman. Demikian juga perubahan terhadap kuasa pengampunan terhadap pelaku tindak pidana yang kuasanya dalam ketentuan terdahulu diserahkan kepada pemerintah, namun, sekarang kuasa memberikan pengampunan diserahkan sepenuhnya kepada keluarga korban. Perubahan ini dimuat dalam seksyen 53, 54, 55, dan artikel 299 Pakistan Penal Code.⁴⁶

A.3 Tindak Pidana Pencurian Dalam Hukum Islam dan Konsep KUHP

A.3.1 Tindak Pidana Pencurian dalam Hukum Islam

Syariat adalah peraturan Allah SWT yang diturunkan kepada umat manusia untuk mencapai kebahagiaan hidup di dunia dan menuju kebahagiaan yang abadi di akhirat. Syariat yang paling akhir untuk umat manusia adalah syariat yang dibawa nabi Muhammad SAW, sebagaimana firman Allah :

46 Abdul Halim El Muhammady, *Contemporary / Minda Madani, Undang – Undang Islam : Perbandingan dan Penelitian di Beberapa Negara Islam Selepas Merdeka*, <http://www.abim.org.my/minda madani/com>

“Kemudian Kami telah menjadikan engkau (Muhammad) diatas Syariah yang diperintahkan itu. Maka ikutilah dia dan janganlah engkau mengikuti hawa nafsu orang – orang yang tidak mengetahui” (QS. Al- Jatsiyah 45 : 18)

Semua ajaran yang dibawa Rasulullah itulah yang dikatakan syariat Islam. Di dalamnya termasuk aturan – aturan atau ketentuan – ketentuan hukum yang tidak boleh dilanggar yang dinamakan huddud, sebagaimana firmanNya :

“Dan barangsiapa mendurhakai Allah dan RasulNya dan melanggar batas – batas hukum (huddud) Allah, Dia akan memasukkannya ke dalam neraka, kekal di dalamnya dan baginya siksa yang menghinakan”⁴⁷

Batas – batas hukum Allah tersebut bukan saja tidak boleh dilanggar, tetapi juga harus dipelihara, dijaga dan ditegakkan agar kehidupan umat manusia senantiasa aman dan tentram. Oleh sebab itu, kalau hudud Allah tidak ditegakkan, maka sampai kapanpun kehidupan manusia tidak akan mencapai kebahagiaan yang hakiki. Yang ada hanya kesenangan sesaat yang menghanyutkan dan keamanan yang tak kunjung terwujud. Manusia akan terus dibayangi oleh rasa ketakutan, karena adanya potensi ancaman dari manusia lainnya yang lebih kuat. Karenanya Islam mensyariatkan huddud Allah supaya ditegakkan di tengah – tengah kehidupan manusia.

Setiap hukum pasti memiliki sifat mengikat dan mengandung sanksi bagi pelanggarnya. Demikian pula sifat hukum Islam. Namun, tidak semua hukum Allah yang dilanggar oleh seseorang ada sanksi hukumnya di dunia ini. Walaupun setiap pelanggarnya pasti akan mendapatkan balasan di akhirat nanti. Salah satu hukum Allah yang sanksinya telah ditetapkan di dunia ini adalah tindak pidana pencurian (sariqah).

47 Fauzan Al Anshari & Abdurrahman Madjrie, *Hukuman Bagi Pencuri*, Khairul Bayan, Jakarta, 2002, Halaman 5

Mencuri (sariqah) termasuk salah satu objek huddud Allah yang tidak boleh dilanggar oleh umat Islam. Pelanggarnya akan dikenai sanksi berupa hukuman potong tangan. Hal itu telah disyariatkan oleh Allah SWT dalam Al Qur'an surat Al Maidah 5 : 58 yang artinya :

“Laki – laki yang mencuri dan wanita yang mencuri, maka potonglah oleh kalian tangan keduanya sebagai balasan terhadap apa yang mereka lakukan dan sebagai pelajaran dari Allah SWT. Dan Allah Maha Gagah Perkasa dan Bijaksana”

Secara harfiah mencuri mempunyai arti suatu tindak kejahatan mengambil harta milik orang lain dengan cara sembunyi – sembunyi, baik dari pandangan pemilik harta yang dicuri atau pihak lain menurut anggapan orang yang mencurinya. Mencuri jelas perbuatan haram dan termasuk dosa besar, sebagaimana firman Allah SWT :

“Hai Nabi, bila datang kepada engkau wanita – wanita mukminat untuk berjanji setia, bahwa mereka tidak akan menyekutukan sesuatu apapun dengan Allah, tidak akan mencuri dan tidak akan berzina, tidak akan membunuh anak – anaknya, tidak akan berbuat dusta yang mereka ada – adakan antara tangan dan kaki mereka dan tidak akan mendurhakaimu dalam urusan yang baik, maka terimalah janji setia mereka dan mohonkanlah ampunan kepada Allah untuk mereka. Sesungguhnya Allah Maha Pengampun lagi Maha Penyayang” (QS. Al Mumtahanah 60 : 12)

Berdasarkan definisi di atas, maka kejahatan merampas harta secara terang – terangan, korupsi (ghulul) atau mengkhianati harta orang lain tidak termasuk kategori mencuri. Sepintas lalu, ketentuan di dalam hukum Islam mengenai tindak pidana pencurian ini dijatuhi pidana potong tangan meskipun yang dicuri adalah barang – barang yang mungkin harganya hanya sekitar satu juta rupiah. Sedangkan tindak pidana korupsi yang dilakukan oleh para pejabat dan “konglomerat hitam” bernilai miliaran bahkan triliunan, malah tidak dipotong tangannya. Perlu diperhatikan, sebab sekali lagi dalam syariat Islam, korupsi (ghulul) memang tidak termasuk kejahatan mencuri. mencuri itu dilakukan secara

diam – diam terhadap harta orang lain yang memang berada di luar kekuasaannya. Sedangkan korupsi adalah tindakan mengambil milik orang lain yang memang barang itu diamanahkan kepadanya. Misalnya, dia disertai titipan uang kemudian tanpa sepengetahuan pemiliknya, uang itu disalahgunakan untuk kepentingan pribadi atau kelompoknya, namun, hukumannya tidak sama dengan hukuman bagi pencuri.⁴⁸

Seorang pencuri ketika meniatkan perbuatannya maka sebenarnya ia menginginkan agar usahanya (kekayaannya) ditambah dengan kekayaan orang lain, dan ia meremehkan usaha – usaha halal. Ia tidak mencukupkan dengan hasil usahanya sendiri, melainkan mengharapkan hasil usaha orang lain, agar dengan demikian ia bertambah daya nafkahnya atau tidak bersusah – susah bekerja atau dapat terjamin hari depannya. Dengan perkataan lain, tambahnya usaha atau kekayaan itulah yang menjadi faktor pendorong adanya pencurian. Sebagai imbalan dari faktor tersebut, Syariat Islam menetapkan pidana potong tangan (dan kaki), karena terpotongnya tangan atau kaki sebagai alat kerja peanyambung kerja yang utama akan mengurangi usaha dan kekayaan, serta mengakibatkan hari depannya terancam.⁴⁹

Pidana potong tangan didasarkan atas penyelidikan mental dan kejiwaan manusia. Oleh karena itu hukuman tersebut adalah hukuman yang sesuai untuk perseorangan maupun untuk masyarakat, dan oleh karena itu merupakan pidana yang paling baik, sebab bisa mengurangi bilangan tindak pidana dan bisa menjamin ketentraman masyarakat.⁵⁰ Hasil gemilang dari penetapan pidana

⁴⁸ Ibid, Halaman 8

⁴⁹ Ahmad Hanafi, *Azas – Azas Hukum Pidana Islam*, PT Bulan Bintang, Jakarta, 1987, Halaman 272

⁵⁰ Ibid, halaman 272

potong tangan tersebut dapat terbukti di negeri Saudi Arabia di mana sesudah diterapkannya hukum – hukum Islam maka ketentraman dan keamanan dapat tercapai sepenuhnya, sedang sebelumnya negara tersebut menjadi contoh buruk bagi kekacauan dan ketidakamanan.

Pencurian pada hukum positif Indonesia sekarang (KUHP), ialah di pidana dengan pidana penjara. Pidana semacam ini sebenarnya tidak banyak hasilnya dalam memberantas tindak pidana pada umumnya dan tindak pidana pencurian pada khususnya, sebab, pidana tersebut tidak cukup menimbulkan faktor psikologis pada diri pembuatnya yang cukup menjauhkan dari tindak pidana tersebut.⁵¹ Pidana penjara hanya bisa menjauhkan pembuat dari perbuatannya selama berada dalam penjara, sedang hilangnya tangan bisa menjauhkannya dari perbuatan – perbuatan tindak pidana sepanjang hidupnya.

Akan tetapi keadaan tersebut tidak diterima oleh mereka yang mengatakan bahwa pidana potong tangan adalah pidana yang kejam. Pandangan ini tidak tepat, karena kalau tidak berisi kekejaman dan hanya berisi kelemahan serta kelunakan, maka namanya bukan pidana lagi. Dalam pidana positif itu sendiri beberapa macam pencurian di pidana dengan kerja berat seumur hidup atau pidana kerja berat sementara. Tentunya pidana potong tangan pembuat lebih ringan daripada kalau ia diletakkan dalam selnya selama umumnya, bagaikan hewan dalam kandangnya atau bagaikan mayat dalam kuburnya, dengan terampas kemerdekaannya dan jauh pula dari keluarga serta sanak saudaranya.

Jika pidana mati berakibat hilangnya nyawa dan hancurnya seluruh badan, sedangkan pidana mati diterima oleh hampir seluruh negara di dunia, maka

⁵¹ Fauzan Al Anshari Abdurrahman Madjrie, *Hukuman bagi Pencuri*, Khairul Bayan, Jakarta, 2002, Halaman 10

tentunya pidana potong tangan terlebih – lebih dapat diterima, kalau ia hanya berakibat hilangnya sebagian anggota badan. Apa yang dianggap kekejaman oleh sementara orang tidak lain adalah kekuatan dan ketegasan yang menjadi ciri khas Syariat Islam dalam soal – soal kepidanaan, sebagaimana halnya dalam bagian – bagian hukum Islam yang lain seperti ibadah dan lain – lainnya.

Islam mensyariatkan bentuk pidana di dunia dalam dua jenis, yaitu An Nashiyah (bentuk pidana yang sudah ada nashnya) dan At Tawfidhiyah (bentuk pidana yang ditetapkan menurut keputusan hakim). Tujuan keduanya adalah :

Pertama, mempersiapkan manusia untuk menjadi warga yang baik dan produktif bagi pembinaan kesejahteraan masyarakat

Kedua, memberikan kepada manusia kebahagiaan hidup di dunia dan akhirat, yang hal itu hanya akan terwujud bila ada jaminan atas hak – hak individu dan masyarakat dengan cara seadil – adilnya, dengan saling berwasiat tentang kebaikan dan mencegah kejahatan.⁵²

Dengan demikian, tujuan (sasaran) yang ingin dicapai oleh syariat Islam melalui penetapan hukuman di dunia ini adalah untuk memperbaiki dan mendidik jiwa serta mengupayakan terwujudnya kebahagiaan masyarakat. Pakar syariat Ibnul Qayyim Al Jauziyah, mengatakan “dimana terdapat kemaslahatan dan kepentingan umum, di sanalah terdapat syariat “. Disinilah mengapa potong tangan disyariatkan bagi pelanggar tindak pidana mencuri dengan tujuan untuk melindungi hak Allah atas hamba dan hak hamba dalam masyarakat, terutama menyangkut hak milik harta benda⁵³

52 Fauzan Al Anshari & Abdurrahman Madjrie, *Hukuman Bagi Pencuri*, Khairul Bayan, Bogor, 2002, halaman 10

53 Ibid, Halaman 11

Eksekusi pidana potong tangan, tidak boleh dilakukan oleh sembarang orang. Artinya, pelaksanaan eksekusi dari tindak pidana pencurian ini harus dilakukan terhadap pelaku kejahatan yang benar – benar telah masuk dalam rumusan Undang – undang, dan di tetapkan sebagai pencurian. Sedangkan pelaksanaan pidana ata tindak pidana pencurian ini juga tidak boleh dilakukan oleh sembarang orang. Yang berhak menjadi eksekutor adalah orang yang telah ditunjuk atau memenuhi syarat yang ditentukan Undang – undang. Oleh sebab itu, pelaksanaan syariat ini membutuhkan dua syarat utama yaitu otoritas (kekuasaan) dan wilayah yang dikuasainya secara de facto dan de jure. Misalnya di wilayah Nanggroe Aceh Darussalam yang telah disahkan scara resmi melalui UU No 18 Tahun 2001, maka orang yang ditunjuk sebagai hakim pada Mahkamah Syariah berhak mengeksekusi hukuman huddud tersebut.⁵⁴

Bila eksekusi bisa dilakukan oleh sembarang orang misalnya ustad atau orang tuanya sendiri sekalipun, masyarakat akan kacau. Maka mereka pun akan ditangkap oleh polisi syariah, karena tidak mempunyai wewenang untuk menjalankan hukuman itu. Di sinilah perlunya kekuasaan untuk menjalankan syariat Islam, khususnya untuk menegakkan huddud Allah. Hal ini diatur demikian, agar penegakkan hukum di tengah – tengah masyarakat berjalan tertib dan menghindari aksi masa untuk menghakimi pengeksekusi huddud Allah tadi akibat provokasi. Karena, tanpa didasari ilmu yang memadai, orang yang mau menegakkan kebenaran justru sering dianggap menyebarkan ajaran sesat dan sebagainya. Lalu datanglah provokator yang mengompori massa untuk melakukan

54 Ibid, Halaman 23

tindakan anarkhi. Berikut ini siapa saja yang harus dipotong tangannya jika mencuri, yaitu :

- a. Mukalaf, yaitu orang yang sudah menjadi subjek hukum pidana.
- b. Seseorang yang meminjam barang dengan maksud memilikinya, berarti ia telah mencuri. karena, seharusnya barang yang dipinjamnya itu segera dikembalikan kepada pemiliknya. Tetapi karena peminjam mengingkari perbuatannya meminjam barang tersebut, lantaran memang ia bermaksud mencurinya, maka ia harus dipotong tangannya.
- c. Orang bersekongkol (berkonspirasi) untuk mencelakakan orang lain dengan tuduhan mencuri sehingga benar – benar tertuduh itu dipotong tangannya. Maka pemfitnah harus dipotong tangannya pula. Adapun jika penuduh tidak sengaja, maka cukup baginya membayar diyat (denda).
- d. Seorang yang melakukan pencurian secara berulang – ulang (residue), walaupun sesungguhnya dia tidak mempunyai apa – apa kecuali yang dicurinya itu.⁵⁵

Pencurian wajib dikenai pidana potong tangan. Syaratnya, barang yang dicuri mencapai nishab, harta tersebut diambil dari tempat penyimpanan, dan harta tersebut bukan harta syubhat. Baik itu diambil pada saat malam ataupun siang. Termasuk apakah pencuri tersebut masuk seorang diri ataupun dengan yang lain. Di tempat permukiman maupun di tempat umum. Hal itu berlaku juga pada tempat tersembunyi, maupun tempat terbuka, membawa senjata atau tidak. Pendek kata, semua orang yang mengambil harta dari tempat penyimpanan (tersembunyi) dianggap sebagai pencuri. Meskipun demikian, seorang pencuri

55 Ibid, halaman 24

tidak akan dipotong tangannya kecuali syarat – syarat syariah yang tercantum dalam nash – nash syara' telah terpenuhi.⁵⁶

Tidak wajib diberlakukan hukum potong tangan, kecuali dengan tujuh syarat.⁵⁷

Pertama, perbuatannya termasuk ke dalam definisi pencurian. Yang dimaksud dengan pencurian adalah mengambil barang dengan cara sembunyi – sembunyi, atau rahasia (tertutup). Jika seorang merampas, menjambret, merampok, atau mengkhianati, maka orang tersebut tidak disebut sebagai pencuri, dan tidak dikenai had potong tangan.

Seorang yang mengingkari barang titipan, tidak dikenai potong tangan. Karena fakta orang yang mengingkari barang titipan berbeda dengan fakta pencurian. Orang tersebut adalah pengkhianat bukan pencuri. Sedangkan perampokan adalah sejenis dengan penjambretan dan perampasan. Biasanya didahului dengan intimidasi sebelum melakukan perampasan. Lain halnya dengan pengkhianat. Orang yang meminjam barang kemudian mengingkarinya, maka pengkhianat semacam ini dikenai sanksi potong tangan berdasarkan nash yang menerangkan masalah itu. Lain lagi dengan pencopet. Ia dikenai sanksi potong tangan, karena ia terkena definisi pencurian, yaitu mengambil harta dengan cara sembunyi – sembunyi.⁵⁸

Kedua, harta yang dicuri mencapai nishab. Sedangkan ulama menetapkan potong tangan, baik harta yang dicuri sedikit maupun banyak.

56 Abdurrahman Al Maliki, Op Cit, Halaman 88

57 Ibid, Halaman 90

58 Abdurrahman Al Maliki, *Pelanggaran Terhadap Harta*, Pustaka Tariqul Izzah, Bogor, 2002. Halaman 299

Ketiga, harta yang dicuri berupa harta yang terjaga, yang diijinkan oleh Syariah Allah untuk dimiliki. Syarat harta yang dicuri harus berupa harta yang terjaga. Maksudnya adalah harta yang diijinkan syar'i untuk dimiliki. Apabila seorang mencuri bukan berupa harta, tetapi yang tidak dianggap sebagai harta, maka ia tidak dipotong tangannya. Bahkan jika ia mencuri dengan sengaja pun, ia tidak dipotong tangannya. Sebab, barang yang dicurinya tidak dianggap sebagai harta. Begitu pula apabila seseorang mencuri harta yang tidak terjaga, atau harta yang tidak diijinkan Syar'i untuk dimilikinya, maka ia tidak dipotong tangannya. Jadi, pencurian barang – barang yang diharamkan oleh Syariah yang dimiliki seorang muslim, maka terhadap pencurinya tidak dipotong tangannya. Karena hal itu bukan termasuk harta - harta yang terjaga.

Keempat, ia mencuri mengeluarkannya dari tempat penyimpanan. Jika seorang mendapatkan pintu dalam keadaan terbuka, atau tempat penyimpanan terbuka, maka ia tidak dipotong tangannya.

Kelima, harta yang dicuri bukan harta yang syubhat ditinjau dari sisi bahwa seseorang memiliki hak terhadap barang tersebut, atau ia berhak mengambil barang tersebut. Itu sebabnya, pencuri tidak akan dikenakan sanksi potong tangan apabila ia mencuri harta benda bapaknya atau harta anaknya, atau harta yang bersertifikat.

Keenam, pencurinya telah baligh, berakal, dan terikat dengan hukum – hukum Islam, baik muslim maupun ahlu dzimly. Jika pencurinya masih kanak – kanak atau gila, maka tidak dikenai had potong tangan.

Ketujuh, ditetapkan berdasarkan pengakuan pencuri, atau dengan saksi yang adil. Pengakuan harus dinyatakan dengan pernyataan. Artinya pencuri harus

mengakui barang yang telah dicurinya. Karena adanya kemungkinan ia mencuri barang yang tidak dikenai had potong tangan. Pengakuan cukup diucapkan sekali saja, seperti halnya seluruh kasus pengakuan. Adapun pengulangan tentang perbuatan mencurinya, hanya menunjukkan penetapan saja, bukan sebagai syarat pengakuan. Mengenai persaksian, syaratnya harus disaksikan dua orang laki – laki yang adil, atau seorang laki – laki dan dua orang perempuan. Ini termasuk jenis persaksian dalam pidana. Dua orang saksi tadi harus bisa mendeskripsikan pencurinya jika pencuri itu tidak hadir, dan mampu mengenali pencurinya apabila pencuri itu hadir. Persaksian keduanya tidak boleh saling bertentangan, sehingga terjadi kontradiksi di antara keduanya. Jika persaksiannya bertentangan, seperti salah seorang saksi menyatakan bahwa pencuri itu mencuri pada hari kamis, sedang yang lain menyatakan hari jumat; atau salah satu saksi menyatakan mencuri mobil, sedang yang lain menyatakan mencuri sepeda motor, maka pencuri itu tidak dikenai sanksi potong tangan, karena tidak sempurna batas kesaksiannya.⁵⁹

Ini adalah syarat had potong tangan bagi pencurian. Jika pencurian telah memenuhi syarat – syarat ini, maka pencurinya wajib dikenai had potong tangan. Pencuri itu tidak cukup hanya dipotong tangannya. Ia wajib mengembalikan barang yang dicurinya kepada pemiliknya.⁶⁰

Secara umum, tujuan disyariatkan hukum huddud Allah ada lima, yaitu, pertama, untuk menjaga eksistensi agama Islam; Kedua, untuk menjaga keselamatan jiwa; ketiga, untuk memelihara kesehatan akal; keempat, untuk memelihara kebersihan keturunan; kelima, untuk menjaga keamanan harta benda.

59 Abdurrahman Al Maliki Op.Cit, Halaman 100

60 Ibid, Halaman 101

Oleh sebab itu, untuk menjaga agar kelima hal tersebut berada ditangan orang – orang yang sangat memerlukannya dalam hidup dan kehidupan ini, maka pembuat syariah memerintahkan untuk menegakkan huddud Allah. Diantaranya dengan menjalankan pidana potong tangan bagi pencuri. Jadi konsep dasar ditegakkannya pidana potong tangan dalam hukum Islam adalah sebagai berikut .⁶¹

Pertama, supaya orang – orang meratakan funngsi harta itu sesuai dengan maskud pembuat Syariah, yaitu dengan cara yang kaya berinfaq untuk yang miskin, sehingga yang miskin tidak akan mencuri karena telah terpenuhi kebutuhannya, dan tidak akan terjadi kesenjangan sosial di dalam masyarakat.

Kedua, adalah menjadi tanggung jawab setiap muslim yang kaya untuk mencegah jangan sampai terjadi pemotongan tangan, karena seseorang cenderung berbuat nekat untuk mendapatkan harta dengan cara mencuri. diantara caranya yaitu dengan memberikan bimbingan usaha, memberikan pekerjaan atau berinfaq kepada kaum dhuafa, sehingga terjadi suasana saling tolong menolong di antara sesama anggota mayarakat.

Ketiga, agar orang – orang yang kaya merasa aman terhadap hartanya, jiwanya, dan juga imannya serta keturunannya akibat nafsu serakah yang ingin menguasai harta sebanyak – banyaknya. Hal demikian sangat berbeda dengan masyarakat Barat yang materialistis, di mana yang kuat dan kaya mengeksploitir yang lemah dan miskin, sehingga kesenjangan di antara kedua kelas masyarakat itu kian waktu kian menganga. Sehingga biarpun sebagian mereka kaya dan perusahaan – perusahaan besar berkembang pesat, namun, ditengah – tengah kehidupan mereka terpendam bom waktu akibat kesenjangan tersebut. Hal itu

61 Fauzan Al Anshari & Abdurrahman Al Maliki, Op. Cit, Halaman 60

disebabkan karena jiwa mereka tidak tenang dan merasa aman, karena masyarakat yang miskin dianggap sebagai ancaman bagi si kaya.

Keempat, agar yang miskin tetap menyadari bahwa miskin harta bukanlah suatu kehinaan dan kenistaan dalam pandangan Allah SWT dan Islam. Akan tetapi benar – benar sebuah kenistaan dan kehinaan manakala dalam jiwanya tidak ada iman dan ketaqwaan.

Kelima, Islam meletakkan derajat harta pada tingkatan yang paling bawah, namun bila eksistensinya tidak dijaga akan menjadi sumber malapetaka yang menyebabkan rusaknya agama (iman), jiwa, akal dan keturunan. Sering terjadi suatu tindakan kejahatan karena ingin memperebutkan harta atau ingin mendapatkannya sehingga mengorbankan keempat perkara lainnya yang lebih tinggi dan dilindungi eksistensinya oleh Sang Pembuat Syariah.

Keenam, dengan dijalankannya hukum potong tangan yang diberlakukan pada zaman Nabi sampai sekarang ini ternyata kriminalitas dalam kasus pencurian dapat di minimalisir sekecil mungkin, walau tidak bisa lenyap sama sekali, karena kejahatan mencuri sudah merupakan bentuk kejahatan klasik yang banyak dilakukan oleh manusia. Tetapi bila dibandingkan dengan negara – negara yang tidak menjalankan hukum potong tangan seperti di Indonesia, kecenderungan terjadinya kejahatan pencurian menjadi lebih tinggi.

Ketujuh, dalam penegakkan hukum ini, seorang penguasa dilarang memberikan syafaat atau keringanan hukuman (*rechterlijkpardon*) kepada pencuri supaya bebas dari hukuman potong tangan. Semua warga negara sama di mata hukum Islam, baik orang kaya maupun orang miskin. Dengan demikian, kalau kita tidak tegas dalam menegakkan supremasi hukum, maka keadaan kita akan

kacau balau dan kepastian hukum tidak akan pernah diperoleh. Akibatnya setiap orang kehilangan pegangan, sehingga mendorong mereka melakukan tindakan main hakim sendiri. Di samping itu, kejahatan mencuri tidak akan pernah dapat diatasi dan cenderung makin brutal.

Kedelapan, jika pidana potong tangan diganti dengan penjara, maka negara harus mengeluarkan biaya lebih besar untuk kelancaran proses pembinaan di dalam Lembaga Pemasyarakatan. Sehingga hal ini akan memberatkan anggaran negara. Dengan kata lain, akan terjadi pemborosan keuangan, disamping menjadikan penjara tidak efektif sebagai tempat pembinaan narapidana, karena selama ini hasilnya sering tidak sesuai dengan harapan. Banyak sekali pencuri kelas "teri" berubah menjadi pencuri kelas "kakap" justru setelah keluar dari penjara, karena di sana ia berinteraksi dengan penjahat – penjahat yang lebih profesional. Dengan memberlakukan potong tangan, maka negara tidak perlu banyak mengeluarkan banyak biaya, kecuali sekedarnya untuk penyembuhan bekas lukanya.

Kesembilan, dampak potong tangan bagi pencuri lain akan menjadi pertimbangan serius sebelum ia melakukan kejahatan itu. Mengingat temannya melakukan yang telah dipotong tangannya tidak bisa lagi melakukan kegiatan seperti biasanya karena anggota tubuhnya telah hilang. Dengan demikian, potong tangan akan menjadi hukuman yang menjerakan bagi pencuri. Karena ia tidak bisa lagi melakukan kejahatan serupa dengan tangan yang sama. Bagi pencuri yang telah dipotong tangannya pun akan selalu mengingat kejadian itu sebagai sebuah pelajaran yang berharga. Sehingga, ia selalu terdorong untuk berbuat kebaikan.

Apalagi jika orang melihat ada bekas potong tanga, tentu ia akan waspada, curiga dan bersiap siaga kalau – kalau terjadi kejahatan serupa.

Kesepuluh, dari aspek kemanusiaan, pencuri yang telah dipotong tangannya telah mendapat ampunan dari Allah SWT asal ia menerima hukuman itu dengan ikhlas. Sehingga di hadapan Allah ia adalah orang suci, dan di hadapan manusia ia terhormat menjalankan hukum Allah, kendatipun secara fisik ia nampak tidak normal.

Setiap pencurian yang dikenakan pidana potong tangan, maka tangan pencuri tersebut tidak terlindungi (tidak mendapat jaminan keselamatan), sedang anggota – anggota badan yang lainnya tetap terlindungi. Alasan hapusnya hak terlindung tersebut ialah karena pidana yang dijatuhkan adalah pidana yang menghabiskan anggota badan, dan pelaksanaan pidana tersebut merupakan kewajiban, bukan hak.⁶²

Sebagai kelanjutan dari kedudukan pidana tersebut maka jika ada seseorang lain dengan sengaja memotong tangan seseorang pencuri yang memang seharusnya menjadi tempat berlakunya pidana, maka ia tidak dijatuhi pidana karena perbuatannya itu, karena tangannya tersebut adalah anggota badan yang tidak terlindungi lagi. Kalau penguasa negara telah menetapkan dirinya sebagai pihak yang berhak melaksanakan pidana tersebut, maka orang yang memotong tangan dianggap telah menyerobot kekuasaan penguasa.

Jika pemotongan dilakukan sebelum ada pembuktian tentang benarnya pencurian, maka ia tidak dapat dipidana kalau ternyata kemudian bahwa tindak

62 Ahmad Hanafi, *Azas – Azas Hukum Pidana Islam*, PT. Bulan Bintang, Jakarta, 1987, Halaman 250

pidana tersebut benar. Akan tetapi jika ternyata pencurian tersebut tidak benar, maka ia bertanggungjawab atas pemotongan tersebut.

Jika pemotongan anggota badan tersebut (tangan) berakibat kematian, maka orang yang memotongnya tidak bertanggungjawab atas akibat tersebut sebagai pembunuhan sengaja kecuali kalau ia harus bertanggung jawab atas pemotongan tangan (misalnya pencurian yang dituduhkan itu tidak benar). Kalau ia bebas dari pertanggungjawaban atas pemotongan, maka kelanjutannya ialah tidak adanya pertanggungjawaban atas akibat – akibat yang timbul daripadanya, karena akibat tersebut (kematian) timbul dari perbuatan wajib, sedang pelaksana wajib tidak terikat kepada syarat keselamatan.

Perbedaan pertanggungjawaban di sini dengan qishas, ialah bahwa qishas merupakan hak bagi orang yang memilikinya (korban / keluarganya) bukan merupakan kewajiban, dan ia bisa maemaafkan atau terus melaksanakan qishas, bahkan dianjurkan untuk memberikan pengampunan, apalagi pemakaian hak selalu disyaratkan dengan tidak adanya pelampauan batas. Akan tetapi pemotongan tangan pada pencurian merupakan kewajiban sebab di adalah pidana huddud.

A.3.2. Tindak Pidana Pencurian dalam Konsep KUHP

Pencurian, diartikan sebagai mengambil barang yang sebagian atau seluruhnya milik orang lain, dengan maksud untuk memiliki barang tersebut secara melawan hukum. Dalam Konsep KUHP⁶³, pencurian dirumuskan di dalam Pasal 491 yang menyebutkan definisi pencurian secara umum beserta sanksi pidananya, sebagai berikut :

63 Direktorat Perundang – Undangan, Departemen Hukum dan Perundang – Undangan, Rancangan KUHP, Pasal 491

“Setiap orang yang mengambil barang yang sebagian atau seluruhnya milik orang lain, dengan maksud untuk memiliki barang tersebut secara melawan hukum, dipidana karena pencurian, dengan pidana penjara paling lama 5 tahun atau denda paling banyak Kategori IV”

Pada prinsipnya, rumusan mengenai tindak pidana pencurian pada Konsep KUHP ini sama dengan rumusan tindak pidana pencurian pada KUHP lama. Namun, ada beberapa pasal yang mengalami perluasan substansi, misalnya pada Pasal 495 yang menyebutkan⁶⁴ :

- (1) Setiap orang yang melakukan pencurian yang didahului, disertai, atau diikuti dengan kekerasan atau ancaman kekerasan terhadap orang, dengan maksud untuk mempersiapkan atau mempermudah pencurian atau dalam hal tertangkap tangan untuk memungkinkan pembuat tindak pidana melarikan diri atau untuk tetap menguasai barang yang dicurinya, dipidana dengan pidana penjara paling lama 9 tahun dan paling singkat 2 tahun
- (2) Pembuat tindak pidana sebagaimana dimaksud dalam ayat (1) dipidana dengan pidana penjara paling lama 12 tahun dan paling singkat 3 tahun jika perbuatan tersebut dilakukan :
 - a. Pada waktu malam dalam sebuah rumah atau pekarangan tertutup yang ada rumahnya, di dalam umum, di dalam kendaraan angkutan umum yang sedang berjalan ;
 - b. Untuk masuk ke tempat melakukan tindak pidana dilakukan dengan membongkar, memanjat, menggunakan kunci palsu, menggunakan perintah palsu, atau memakai pakaian jabatan palsu ; atau
 - c. Mengakibatkan luka berat
- (3) Ketentuan Pidana sebagaimana dimaksud dalam ayat (2) berlaku juga terhadap tindak pidana sebagaimana dimaksud dalam ayat (1) yang dilakukan oleh 2 (dua) orang atau lebih secara bersama – sama.
- (4) Jika tindak pidana sebagaimana dimaksud dalam ayat (1), ayat (2), dan ayat (3) mengakibatkan matinya orang, maka pembuat tindak pidana dipidana dengan pidana penjara paling lama 15 tahun dan paling singkat 3 tahun.
- (5) Jika tindak pidana sebagaimana dimaksud dalam ayat (1) mengakibatkan luka berat atau matinya orang dan disertai pula oleh salah satu hal sebagaimana dimaksud dalam ayat (2) butir a dan butir b dan dilakukan oleh 2 orang atau lebih secara bersama – sama, maka pembuat tindak pidana dipidana dengan pidana penjara paling lama 20 tahun dan paling singkat 5 tahun

64 Ibid, Pasal 495

Perluasan substansinya dapat dilihat pada ayat (2) butir a yang menyebutkan kalimat "... kendaraan angkutan umum yang sedang berjalan" yang pada KUHP lama disebutkan sebagai "...di dalam kereta api atau trem yang sedang berjalan". Perluasan ini terletak pada istilah angkutan umum, dimana di dalam Konsep KUHP pengertian tersebut lebih diperluas. Sedangkan pola pemidanaan yang diterapkan dalam Konsep KUHP terhadap tindak pidana pencurian ini menggunakan pola maksimum khusus dan minimum khusus. Maksimum khusus, karena tiap – tiap pasal menyebutkan jangka waktu maksimal secara khusus sanksi pidana penjara atau denda yang dijatuhkan, begitu pula dengan pola minimum khusus, yang menyebutkan jangka waktu minimum untuk sanksi pidana yang dijatuhkan.

Mengenai masalah tindak pidana pencurian yang dilakukan oleh anggota keluarga, yang di dalam Konsep KUHP disebutkan dalam **Pasal 497** :

- (1) Jika pembuat atau pembantu tindak pidana dari salah satu tindak pidana sebagaimana dimaksud dalam bab ini adalah suami atau istri dari orang yang terkena tindak pidana, padahal telah menentukan penguasaan bersama atas harta bawaan, hadiah, dan warisan masing – masing, maka pembuat atau pembantu tidak mungkin diadakan penuntutan pidana.
- (2) Jika pembuat atau pembantu tindak pidana sebagaimana dimaksud dalam ayat (1) adalah suami atau istri orang yang terkena tindak pidana, padahal suami atau istri tersebut menguasai sendiri harta bendanya, atau pembuat atau pembantu tindak pidana tersebut adalah keluarga sedarah atau semenda baik dalam garis lurus maupun dalam garis menyamping sampai derajat kedua, maka pembuat atau pembantu tersebut hanya dapat dituntut atas pengaduan dari orang yang terkena tindak pidana.
- (3) Dalam masyarakat sistem keibuan pengaduan dapat juga dilakukan oleh orang lain yang menjalankan kekuasaan bapak.

Pada prinsipnya, substansi dari Pasal 497 Konsep KUHP sama dengan substansi dari ketentuan mengenai tindak pidana pencurian ini di dalam KUHP

lama yakni, apabila pencurian dilakukan oleh anggota keluarga (suami, istri atau anak) tidak dikenai sanksi pidana. Karena anggota keluarga tersebut dipandang sebagai penguasa atas harta benda mereka. Mengenai ketentuan dalam ayat (3) dapat dilihat bahwa tindak pidana pencurian yang dilakukan oleh keluarga, dapat dikategorikan sebagai delik aduan. Karena tindak pidana tersebut dapat dikenai sanksi apabila ada pengaduan dari orang yang terkena tindak pidana.

Kajian Perbandingan Tindak Pidana Pencurian Di Negara – negara Islam

1. Malaysia (Negara Bagian Kelantan)

Tindak pidana pencurian, dalam Syariah Criminal Code II dicantumkan dalam beberapa Bagian sebagai berikut :

Bagian 5.

Pencurian terdiri dari tindakan memindahkan harta bergerak secara diam – diam dari penjagaan atau kepemilikan pemiliknya tanpa persetujuannya dan dengan maksud mengambil darinya miliknya tanpa persetujuannya dan dengan maksud mengambil darinya.

Bagian 6.

Siapa pun yang melakukan pencurian, kecuali pada kondisi yang diuraikam pada seksi 7, harus dihukum dengan hukuman hudud sebagai berikut:

- (a) Untuk pelanggaran pertama dengan pemotongan tangan kanannya
- (b) Untuk pelanggaran kedua dengan pemotongan bagian kaki kirinya; dan
- (c) Untuk pelanggaran ketiga dan selanjutnya dengan hukuman jangka waktu sebagaimana pendapat pengadilan yang mungkin menyebabkan dia akan bertobat

Bagian 7.

Hukuman hudud untuk pencurian tidak boleh di berlakukan pada kondisi yang berikut ini:

- apabila harta yang dicuri kurang dari nisab;
- (a) apabila pelanggaran tidak dibuktikan dengan bukti yang diharuskan oleh ketentuan-ketentuan bagian III
- (b) apabila pelanggar bukan seorang yang mukallaf;

- (c) apabila pemilik dari harta yang dicuri tidak melakukan tindakan pencegahan yang memadai untuk melindunginya terhadap pencurian, berkaitan dengan sifat dari harta dan tempat di mana harta tersebut disimpan atau ditinggalkan;
- (d) apabila pelaku pelanggaran belum sepenuhnya memiliki harta yang dicuri, meskipun pemiliknya telah kehilangan atas penjagaan dan kepemilikannya;
- (e) apabila harta yang dicuri tidak terlalu bernilai dan banyak ditemukan di tanah atau bersifat mudah hancur;
- (f) apabila harta tersebut tidak bernilai menurut hukum syariah, seperti minuman yang memabukkan yang digunakan untuk hiburan
- (g) apabila pelanggaran dilakukan oleh pemberi utang berkaitan dengan harta dari si pengutang, yang menolak membayar utangnya; asalkan bahwa nilai dari harta yang dicuri tidak melebihi jumlah utang tersebut atau nilai dari harta yang dicuri melebihi jumlah utang; tetapi tidak melewati nisab;
- (h) apabila pelanggaran tersebut dilakukan pada kondisi kesulitan yang sangat seperti peperangan, kelaparan, wabah penyakit, dan bencana alam;
- (i) apabila pelanggaran tersebut dilakukan didalam keluarga seperti istri mencuri dari suaminya dan sebaliknya atau seorang anak laki-laki dari ayahnya dan sebaliknya;
- (j) apabila pada kasus suatu pelanggaran yang dilakukan oleh sekelompok orang, bagian dari masing-masing pelaku pelanggaran setelah membagi harta yang dicuri atau hasil dari pencurian tersebut kurang dari nisab;
- (k) apabila pelanggar mengembalikan harta yang dicuri sebelum eksekusi hukuman hudud;
- (l) apabila pemilik dari harta yang dicuri mengingkari pencurian tersebut meskipun adanya pengakuan dari pelaku pelanggaran;
- (m) apabila pelaku pelanggaran mengemukakan keberatan yang diterima oleh hukum syariah terhadap kesaksian; dan
- (n) apabila harta yang dicuri atau kondisi pelanggaran dilakukan sedemikian rupa sehingga menurut hukum syariah tidak ada hukuman hudud.

Tindak pidana pencurian ini, dalam Syariah Penal Code Negara Bagian Kelantan Malaysia disebutkan dalam Bagian 5 sampai dengan Bagian 7⁶⁵. Disebutkan bahwa pencurian terdiri dari tindakan memindahkan harta bergerak secara diam – diam dari penjagaan atau kepemilikan pemiliknya tanpa persetujuannya dan dengan maksud mengambil darinya.

Siapapun yang melakukan pencurian, harus dipidana dengan pidana huddud sebagai berikut :

- a. Untuk pelanggaran pertama dengan pemotongan tangan kanannya ;

65 Syariah Penal Code II, Negara Bagian Kelantan, Bagian 4 sampai dengan Bagian 7

- b. Untuk pelanggaran kedua dengan pemotongan bagian kaki kirinya, dan
- c. Untuk pelanggaran ketiga dan selanjutnya dengan hukuman jangka waktu sebagaimana keputusan pengadilan yang mungkin menyebabkan di akan bertobat.

Dalam Bagian 7 dijelaskan bahwa hukuman hudud untuk pencurian tidak boleh diberlakukan pada kondisi sebagai berikut :

- a. Apabila harta yang dicuri kurang dari nishab ;
- b. Apabila pelanggaran tidak dibuktikan dengan bukti yang diharuskan dalam ketentuan
- c. Apabila pelanggar bukan seorang mukallaf ;
- d. Apabila pemilik dari harta yang dicuri tidak melakukan tindakan pencegahan yang memadai untuk melindunginya terhadap pencurian, berkaitan dengan sifat dari harta dan tempat dimana harta tersebut disimpan atau ditinggalkan ;
- e. Apabila pelaku pelanggaran belum sepenuhnya memiliki harta yang dicuri, meskipun pemiliknya telah kehilangan atas penjagaan dan kepemilikannya ;
- f. Apabila harta yang dicuri tidak terlalu bernilai dan banyak ditemukan di tanah atau bersifat mudah hancur ;
- g. Apabila harta tersebut tidak bernilai menurut hukum syariah, seperti minuman yang memabukkan atau alat yang digunakan untuk hiburan ;
- h. Apabila pelanggaran dilakukan oleh pemberi hutang berkaitan dengan harta dari pengutang, yang menolak membayar utangnya, asalkan bahwa nilai dari harta yang dicuri tidak melebihi jumlah utang tersebut atau nilai dari harta yang dicuri melebihi jumlah utang tetapi tidak melewati nishab ;
- i. Apabila pelanggaran tersebut dilakukan pada kondisi kesulitan yang sangat, seperti peperangan, kelaparan, wabah penyakit, dan bencana alam ;
- j. Apabila pelanggaran tersebut dilakukan di dalam keluarga, seperti istri mencuri dari suaminya dan sebaliknya atau seorang anak laki – laki dari ayahnya dan sebaliknya
- k. Apabila pada kasus suatu pelanggaran yang dilakukan oleh sekelompok orang, bagian dari masing – masing pelaku pelanggaran setelah membagi harta yang dicuri atau hasil pencurian tersebut kurang dari nishab
- l. Apabila pelanggar mengembalikan harta yang dicuri sebelum eksekusi hukuman huddud
- m. Apabila pemilik harta yang dicuri mengingkari pencurian tersebut meskipun adanya pengakuan dari pelaku pelanggaran
- n. Apabila pelaku pelanggaran mengemukakan keberatan yang diterima oleh hukum syariah terhadap kesaksian ; dan
- o. Apabila harta yang dicuri atau kondisi pelanggaran dilakukan sedemikian rupa sehingga menurut hukum syariah tidak ada hukuman hudud.⁶⁶

⁶⁶ Syariah Criminal Code II Negara Bagian Kelantan, Bagian 7

2. Iran (Islamic Republik of Iranian Penal Code)

Tindak pidana pencurian dalam hukum pidana Iran, pernah dilaporkan dalam laporan Amnesty Internasional pada tanggal 8 Januari 2003, seperti terdapat dalam All Index Fear of Imminent amputation :

"Amnesty International expressed concern at reports that 4 thieves were at risk of imminent cross amputations. According to reports, a revolutionary court in shiraz, south western Iran have sentence3d the men on charges of an 'armed uprising against the islamic regime' and theft. They have reportedly been senteced to have their right hand and left foot amputated"

" Since 2002, Amnesty International has recorded nine amputation, although, Amnesty notes, the true figure may be significantly higher. Of the recorded amputations, one was a cross amputation. Punishment by amputation is imposed often in connection with theft. Human Right Wacth report that in Hamedan, two thieves convicted of more than thirty robberies each had four fingers amputated in a public ceremony"

Hukum pidana Iran menerapkan pidana potong tangan (amputation Punishment) kepada tiap – tiap pelaku kejahatan pencurian. Penerapan pidana potong tangan ini dapat dilihat pada laporan dari Amnesty International yang menerangkan bahwa terdapat beberapa warga negara Iran yang dijatuhi pidana potong tangan dan kaki secara menyilang. Berdasarkan laporan tersebut, pengadilan revolusi di Iran menjatuhi mereka dengan pidana potong tangan kanan dan kaki kirinya secara menyilang.

Sejak tahun 2002, lembaga Amnesty International menyimpan sembilan kasus pidana potong tangan, selanjutnya menurut lembaga Amnesty penjatuhan pidana potong tangan terhadap tindak pidana pencurian ini

mengandung makna yang sangat signifikan. Oleh sebab itu, pidana potong tangan harus dijatuhkan pada setiap orang yang berhubungan dengan pencurian.⁶⁷

Mengenai pelaksanaan pidana potong tangan terhadap tindak pidana perampokan disertai kekerasan (robbery) dilakukan didepan upacara umum yang dihadiri oleh pejabat negara dan warga negaranya.⁶⁸

3. Pakistan

Secara umum, ketentuan mengenai tindak pidana pencurian ini seluruhnya berasaskan prinsip – prinsip hukum Islam. Sanksi pidana terhadap tindak pidana ini adalah dengan pidana potong tangan (amputation). Tetapi tidak semua bentuk pencurian harus dikenakan hukum potong tangan. Hukuman maksimal ini tidak berlaku bila⁶⁹ :

- a. Nilai barang yang dicuri dibawah ambang batas minimal (nishab)
- b. Pembantu yang mencuri harta majikan
- c. Harta yang dicuri adalah harta milik anggota keluarganya sendiri
- d. Pelaku pencurian dibawah umur (belum baligh)
- e. Pemilik harta yang dicuri tidak mengambil langkah yang cukup untuk menjaga hartanya
- f. Barang yang dicuri tidak bernilai ekonomis dan bisa dengan mudah diperoleh dimana – mana

⁶⁷ AI Index : MDE 13 / 001 / 03 *Fear of Imminent Amputation*, 08 January 2003

⁶⁸ Human Right Watch World Report 2003, In Islamic Republic of Iranian Penal Code,

Page 446

⁶⁹ Abdul Halim El Muhammaddy, *Contemporary / Minda Madani, Undang – undang Islam : Perbandingan dan Penelitian di Beberapa Negara Islam Selepas Merdeka*,
http://www.abim.org.my/minda_madani/com

- g. Barang yang dicuri tidak mempunyai nilai menurut hukum syariah, seperti minuman yang memabukkan, daging babi, dan sebagainya
- h. Pencurian dilakukan dalam keadaan yang mendesak, seperti keadaan perang dan bencana alam.

Selain pidana potong tangan sebagai huddud, pencurian juga dikenakan pidana lain yang ditentukan oleh negara yakni berupa pemenjaraan bagi siapa saja yang mencuri dengan pencurian yang tidak memenuhi syarat – syarat diberlakukannya pidana potong tangan, maka pelakunya akan dikenai sanksi jilid dan penjara mulai 1 bulan sampai 15 tahun. Ketentuan mengenai eksekusi pidana potong tangan dilakukan dengan cara yang paling mudah, karena tujuannya adalah menjauhkan sanksi dan bukan untuk menganiaya. Pidana potong tangan tidak diberlakukan untuk wanita hamil, atau selesai bersalin agar tidak membahayakan anaknya. Tidak juga dijatuhkan terhadap orang yang sedang sakit. Ia ditunggu sampai dengan sembuh. Jika seorang pencuri baru melakukan pencurian untuk pertama kalinya, maka ia dikenai pidana potong tangan. Kemudian, jika ia mengulangi perbuatannya setelah tangannya dipotong, maka ia tidak akan dipotong lagi, melainkan dengan pidana penjara.⁷⁰

A.4 Kelayakan / Kepantasan Dimasukkannya Jenis Tindak Pidana Dalam Hukum Islam Ke Dalam Konsep KUHP

Jimly Asshiddiqy, dalam bukunya yang berjudul Pembaharuan Hukum Pidana Indonesia mengemukakan, bahwa di Indonesia dewasa ini sedang berlangsung usaha untuk memperbaharui KUHP sebagai bagian dari usaha

⁷⁰ Ibid,

pembaharuan hukum pidana nasional yang menyeluruh. Usaha pembaharuan itu dilakukan tidak hanya karena alasan bahwa KUHP yang sekarang berlaku dianggap sudah tidak sesuai lagi dengan tuntutan perkembangan masyarakat, tetapi karena juga KUHP tersebut tidak lebih dari produk warisan penjajah Belanda, dan karenanya tidak sesuai dengan pandangan hidup bangsa Indonesia yang merdeka dan berdaulat. Bahkan dapat dikatakan bahwa perlunya KUHP diperbaharui karena adanya alasan – alasan yang bersifat politis, filosofis, sosiologis, dan bahkan alasan yang bersifat praktis karena adanya kebutuhan dalam prakteknya.⁷¹

Sebenarnya, usaha pembaharuan itu telah dilaksanakan secara intensif. Konsep rancangan yang pertama dalam rangka menggantikan KUHP warisan Hindia Belanda, khususnya menggantikan Buku I KUHP adalah Konsep Rancangan tahun 1964 yang diajukan oleh Departemen Kehakiman, namun konsep itu mendapat kritikan tajam dari berbagai kalangan sehingga akhirnya tenggelam dari peredaran.

Sehubungan dengan itu, perlu dikaji pula kemungkinan kontribusi dari sumber hukum pidana Islam atau Fiqh dalam rangka pembaharuan ketentuan mengenai bentuk – bentuk tindak pidana itu. Karena hukum Islam itu sendiri secara umum memang diakui sebagai salah satu sumber dalam rangka pembaharuan hukum di Indonesia, selain hukum adat dan hukum Barat. Bagaimanapun, hukum adat, hukum barat dan hukum Islam, mempunyai kedudukan yang sama sebagai sumber norma bagi upaya pembentukan hukum nasional.

71 Jimly Asshiddiqy, Op.Cit, Halaman 1

Selain itu secara sosiologis, kedudukan hukum Islam itu sendiri di Indonesia, melibatkan kesadaran agama mayoritas penduduk yang sedikit banyak berkaitan juga dengan masalah kesadaran hukum. Kajiannya berikut ini diarahkan pada kontribusi hukum Islam mengenai bentuk – bentuk tindak pidana dalam KUHP. Dengan demikian, konsep hukum pidana Islam (jinayat) yang sedemikian agung, penuh nilai – nilai filosofis terkonsep dalam Al Quran tampak juga dalam kontekstualisasinya di Indonesia.

Dikemukakan pula bahwa persoalan yang dihadapi sekarang ini adalah, adakah relevansi dan sejauh mana relevansi hukum pidana Islam itu dengan usaha pembaharuan terhadap ketentuan mengenai bentuk – bentuk tindak pidana dewasa ini, karena telah diketahui adanya kebutuhan untuk mengadakan usaha – usaha pembaharuan terhadap ketentuan – ketentuan hukum pidana di Indonesia, khususnya mengenai bentuk – bentuk tindak pidana. Kebutuhan itu bersifat praktis dan menyangkut aspek – aspek yang bersifat filosofis dan teoritis.⁷²

Dalam hubungannya dengan kemungkinan kontribusi hukum pidana Islam itu dalam rangka pembentukan hukum pidana nasional, perlu diperhatikan beberapa ukuran sebagai berikut⁷³ :

1. apakah dan sejauh manakah usaha itu sejalan dengan perkembangan teori modern mengenai teori pemidanaan;
2. apakah dan sejauh mana usaha melakukan adopsi hukum pidana Islam itu memiliki landasan – landasan yang bersifat yuridis;

72 Ibid, Halaman 158

73 Ibid, Halaman 159

3. apakah dan sejauh mana usaha adopsi itu mempunyai dasar – dasar yang bersifat filosofis, khususnya apabila diukur dengan cita – cita hukum berdasarkan Pancasila;
4. apakah dan sejauh mana kemungkinan bahwa usaha itu dapat memperoleh dukungan sosio kultural dalam situasi masyarakat Indonesia yang majemuk.

Jawaban terhadap pertanyaan tersebut menentukan ada tidaknya relevansi dan sejauh mana relevansi bentuk – bentuk tindak pidana Islam itu dalam rangka pembaharuan hukum pidana Indonesia. Apabila jawabannya positif, maka hukum pidana Islam itu relevan. Apabila jawabannya negatif, maka hukum pidana Islam itu tidak relevan untuk dijadikan bahan dalam rangka pembentukan hukum pidana nasional, khususnya berkenaan dengan ketentuan mengenai bentuk – bentuk tindak pidana. Jawaban yang positif terhadap pertanyaan tersebut di atas dapat dijadikan dasar untuk melihat sejauh mana dan dalam segi – segi apa adopsi terhadap hukum pidana Islam itu mungkin dapat dilakukan.

Ada beberapa relevansi yang sangat significant antara hukum pidana Islam dengan sistem kehidupan masyarakat Indonesia, sehingga merupakan nilai tambah (edit value) bagi kontribusi hukum pidana Islam dalam rangka pembentukan KUHP modern di Indonesia, baik menurut tinjauan pemidanaan modern, tinjauan sosiologis, maupun tinjauan yuridis dan filosofis.

Secara filosofis, hukum pidana Islam dari sumber fiqih Islam yang akrab dikalangan mayoritas penduduk Indonesia, mempunyai landasan filosofis yang kuat untuk dijadikan sumber bagi usaha pembaharuan hukum pidana nasional. Sila ketuhanan Yang Maha Esa dalam Pancasila merupakan sila pertama, utama, dan menyinari sert mengayomi keempat sila – sila lainnya, sangat

memungkinkan dikembangannya sistem hukum yang religius. Karena itu, sumber – sumber yang bersifat religius, seperti hukum pidana Islam, sangat relevan untuk digali dalam rangka pembentukan KUHP Baru. Demikian pul secara yuridis konstitusional, tidak ada larangan untuk menjadikan hukum pidana Islam itu sebagai sumber pembentukan KUHP nasional. Bahkan dalam Konstitusi RI, yaitu UUD 1945, keberadaan agama dan Ketuhanan Yang Maha Esa dijunjung tinggi dalam hukum dan peradilan di Indonesia.

Disamping relevansi tersebut, ada juga relevansi yang secara asasi dalam bidang asas – asas hukum pidana Islam dengan yang selama ini dianut dalam KUHP, antara lain :⁷⁴

1. **Asas legalitas (Nullum Delictum Nulla Poena Sine Lege Poenale).** Yang dimaksud dengan asas legalitas adalah asas yang menyatakan bahwa tidak ada pelanggaran dan tidak ada pidana sebelum ada undang – undang yang mengaturnya. Asas ini didasarkan pada Al Quran (17 : 15), dihubungkan dengan anak kalimat dalam (6 : 19), yang berbunyi "... Al Quran ini diwahyukan kepadaku agar (dengannya) aku dapat menyampaikan peringatan (dalam bentuk aturan dan ancaman hukuman) kepadamu...". Asas legalitas ini telah ada dalam hukum Islam sejak Al Quran diturunkan.
2. **Asas larangan memindahkan kesalahan pada orang lain.** Asas ini terdapat di dalam berbagai surat dan ayat Al Quran. (QS 6 : 164), (QS 35 : 18), (QS 39 : 7), (QS 53 : 38), (QS 74 : 38), dalam (QS 74 : 38) misalnya dinyatakan bahwa setiap jiwa terikat pada apa yang ia kerjakan, dan setiap orang tidak akan memikul dosa atau kesalahan yang diperbuat orang lain (QS 74 : 38). Di bagian (QS 6 : 64) Allah menyatakan bahwa setiap pribadi yang melakukan sesuatu kejahatan akan menerima balasan kejahatan yang dilakukannya. Ini berarti, bahwa, tidak boleh sekali – sekali beban (dosa) seseorang dijadikan beban (dosa) orang lain. Hal itu karena tanggung jawab pidana itu bersifat individual sifatnya, kesalahan orang lain seseorang tidak dapat dipindahkan kepada orang lain.
3. **Asas Praduga Tidak Bersalah (The Presumption of innocent).** Dari ayat – ayat yang menjadi sumber asas legalitas dan asas tidak boleh memindahkan kesalahan kepada orang lain tersebut di atas, dapat ditarik juga asas praduga tak bersalah. Seseorang yang dituduh melakukan sesuatu kejahatan harus

74 H. Taufik, dalam Jurnal Mimbar Hukum, *Aktualisasi Hukum Islam*, Al Hikmah & DITBINBAPERA Islam, Halaman 18

dianggap tidak bersalah sebelum hakim dengan bukti – bukti yang meyakinkan dengan tegas kesalahannya.

Menurut pandangan Jimly, relevan atau tidaknya hukum pidana Islam untuk dimasukkan sebagai bahan bagi upaya pembaharuan hukum pidana nasional (KUHP Baru), menyangkut kriteria – kriteria hukum, sosiologis, sejarah, dan filsafat. Karena, setiap hukum yang baik selalu menuntut persyaratan keberlakuan yuridis, sosiologis, filosofis, dan bahkan historis.⁷⁵ Selain itu, dalam rangka studi ilmu hukum pidana, relevan tidaknya bentuk – bentuk tindak pidana Islam itu dalam rangka KUHP Baru, perlu juga dilihat dari kacamata teori pemidanaan modern dewasa ini sudah sangat berkembang. Apakah misalnya dijadikannya bentuk – bentuk tindak pidana Islam itu sebagai rumusan atau paling kurang sebagai bahan perumusan ketentuan mengenai bentuk – bentuk tindak pidana dalam KUHP Baru, hal ini tidak malah bertentangan dengan kecenderungan umum di lapangan ilmu hukum mengenai gagasan pemidanaan yang lebih manusiawi.

Kembali dikemukakan oleh Jimly, bahwa dari segi perkembangan teori dan pemikiran mengenai pidana dan pemidanaan, hukum pidana Islam itu, masih memiliki relevansi yang kuat untuk dikembangkan pada jaman modern sekarang ini. Namun, untuk situasi di Indonesia relevansi hukum pidana Islam (fiqh) masih perlu dilihat lebih jauh, masih perlu ditelaah lebih jauh kesesuaiannya dengan alam pikiran hukum dan filsafat hidup bangsa Indonesia. Seperti dimaklumi, tolok ukur praktis mengenai filsafat hukum nasional Indonesia tidak lain adalah

⁷⁵ Artinya, secara yuridis hukum itu harus sah, tetapi keberlakuannya didukung oleh masyarakat, dan sesuai dengan nilai – nilai dan cita – cita hidup masyarakat yang bersangkutan, serta memiliki relevansi dengan tradisi hukum masyarakat itu sendiri. Lihat juga Soerjono Soekanto, Masalah Kedudukan dan Peranan Hukum Adat, Academia, Jakarta, 1979, halaman 5 - 6

Pancasila sebagai abstraksi dari nilai – nilai luhur kehidupan manusia Indonesia, yang di dalamnya terkandung cita – cita hukum bangsa. Menurut Moh. Hatta yang merupakan salah seorang dari the founding fathers negara Indonesia yang merupakan proklamator kemerdekaan Indonesia bersama Soekarno, Sila keTuhanan Yang Maha Esa, merupakan sila pertama sekaligus merupakan sila yang utama. Sila pertama ini menyinari, mengayomi, memimpin, dan mempersatukan keempat sila lainnya.⁷⁶

Sistem hukum yang berlaku di Indonesia adalah sistem hukum yang berdasarkan Pancasila yang merupakan sistem hukum yang religius. Seperti halnya negara Indonesia yang sering dikatakan bukan sebagai negara sekuler dan bukan pula negara agama dalam arti negara dari suatu agama tertentu, maka sistem hukumnya juga bukan sistem hukum suatu agama tertentu, tetapi juga bukan sistem hukum yang mengabaikan agama atau sekuler. Karena itu, lebih sesuai apabila dikatakan bahwa negara Republik Indonesia adalah negara yang agamis (religius), bukan negara agama. Sedangkan sistem hukumnya adalah sistem hukum yang juga religius, bukan hukum dari agama tertentu.

Kemungkinan untuk memberlakukan hukum pidana Islam itu sebagai bahan untuk pembentukan hukum pidana nasional di Indonesia, juga didukung oleh landasan yuridis yang cukup kuat. Ketentuan Pasal 29 UUD 1945 merupakan yuridis konstitusional yang mendasar untuk menjadikan hukum Islam mengenai bentuk – bentuk pidana itu sebagai bahan yang sah. Meskipun ketentuan – ketentuan perundang – undangan lainnya, hanya menyangkut kedudukan hukum Islam di bidang keperdataan seperti hukum perkawinan, kewarisan, tanah wakaf,

⁷⁶ Jimly Asshiddieqy, *Pembaharuan Hukum Pidana Indonesia*, Angkasa, Bandung, 1996, halaman 189

dan sebagainya, tetapi secara konstitusional sistem hukum Islam itu diakui keberadaannya. Hanya saja, keberadaan hukum Islam itu, baik yang bersifat pidana maupun perdata, tidak harus dilihat dari segi bentuk teknisnya. Yang perlu dikembangkan menjadi bahan perumusan hukum pidana nasional adalah gagasan – gagasan dari ketentuan – ketentuan teknis hukum pidana Islam itu. Dengan cara demikian, bahkan tidak akan ada persoalan mengenai kemungkinan perbedaan pandangan antara penduduk yang beragama Islam dengan golongan non muslim. Karena, semakin dalam pemahaman akan makna gagasan – gagasan bentuk – bentuk tindak pidana Islam itu dimasukkan, semakin luas pula nilai – nilai universal yang dapat dipahami, sehingga memungkinkan gagasan itu diterima secara luas oleh semua kelompok yang ada dalam masyarakat.

Secara sosiologis, hukum Islam mengenai bentuk – bentuk tindak pidana itu juga mempunyai relevansi yang kuat. Dengan jumlah pemeluk sebesar 87,10 dari 200 juta jiwa, Indonesia tercatat sebagai negara yang berpenduduk muslim terbesar di dunia. Sehubungan dengan itu, dalam rangka pendekatan sosiologis itu, perlu dicatat adanya dua teori yang biasa dikenal dengan teori pengakuan, dan teori kekuasaan. Kedua teori ini, sebagaimana dipergunakan Soerjono Soekanto dalam menilai keberlakuan hukum adat di Indonesia, juga dipergunakan di sini dalam rangka menilai sejauh mana norma hukum pidana Islam itu berlaku atau dapat diberlakukan atau tidak dalam masyarakat Indonesia.⁷⁷

Menurut pandangan teori pertama, berlaku tidaknya suatu norma hukum itu ditentukan oleh sejauh mana masyarakat menerima dan mengakuinya

77 Soerjono Soekanto, Ibid

sebagai norma yang ditaati. Sedangkan dalam teori kedua, dipandang bahwa berlaku tidaknya suatu norma itu dilihat dari sejauh mana norma itu diberlakukan oleh suatu kekuasaan tertentu. Secara ekstrim dapat dikatakan bahwa dalam pandangan terakhir ini, suatu norma hukum itu berlaku karena kekuatannya sendiri yang bersifat imperativ, secara terpisah dari pertimbangan ada tidaknya pengakuan dari masyarakat yang diaturnya.⁷⁸

Dalam pandangan pertama, yaitu teori pengakuan masyarakat, seperti disebut di atas, berlakunya suatu norma hukum tidak ditentukan oleh kekuatan yang mendukung atau yang menegakkannya. Norma hukum itu dikatakan berlaku hanya apabila norma itu diterima dan diakui oleh warga masyarakat yang diaturnya. Bahkan secara ekstrim, menurut pandangan ini, suatu ketentuan hukum baru boleh dianggap sebagai hukum apabila ia diakui sebagai sah oleh masyarakatnya sendiri. Ciri khas dari norma hukum adalah bahwa suatu pelanggaran tidak akan dibiarkan begitu saja. Artinya, hukum itu bukan norma yang hanya diharapkan berlaku oleh penegak hukum dan pembuat undang – undang, tetapi juga berlaku dan secara nyata menentukan tingkah laku masyarakat. Dengan ciri demikian, maka bagi norma hukum, keadaan yang senyatanya ada adalah merupakan unsur yang menentukan. Seperti dikemukakan oleh Franz Magnis Suseno, suatu norma hukum belum dapat dikatakan berlaku asal sudah diundangkan secara resmi, melainkan hanya kalau norma itu dalam kenyataan memang dilaksanakan.⁷⁹

Selain dari pandangan yang didasarkan pada teori pengakuan masyarakat, relevansi hukum pidana Islam itu dapat pula dilihat dari perspektif

78 Ibid, Halaman 198

79 Franz Magnis Suseno, *Etika Politik : Prinsip – Prinsip Moral Dasar Kenegaraan Modern*, Gramedia, Jakarta, 1987, Halaman 74 - 75

legalitas kekuasaan hukum (mach teori). Menurut teori ini, berlakunya suatu norma hukum didasarkan pada kekuatan yang memberlakukan norma hukum itu sendiri. Apabila keberlakuan norma hukum itu diserahkan kepada pengakuan masyarakat, meskipun nampaknya lebih demokratis, kekuatan otonom atau independensi hukum itu sendiri menjadi hilang.⁸⁰

Apabila jalan pikiran yang mendasarkan diri kepada pandangan teori pengakuan masyarakat, maka untuk menilai sejauh mana suatu norma hukum dari hukum pidana Islam akan berlaku, dan karena itu relevan untuk dikembangkan dalam rangka pembaharuan hukum pidana nasional, harus diadakan penilaian sejauh mana unsur – unsur bentuk tindak pidana Islam itu telah diterima sebagai bagian dari pandangan hukum masyarakat nasional.⁸¹

Kecenderungan pola pengembangan hukum pidana Islam di Indonesia selama ini berlangsung melalui dua jalur, yaitu jalur legislasi melalui perundang – undangan nasional dan jalur non legislasi yang berkembang di luar perundang – undangan nasional.

Diantara dua jalur tersebut, kecenderungan kedua yakni pengembangan hukum pidana Islam di luar jalur perundang – undangan lebih banyak dari jalur legislasi. Hal ini terjadi karena proses legislasi hukum pidana Islam di Indonesia selalu menghadapi kendala struktural dan kultural, baik secara internal maupun eksternal. Namun, setelah mencermati beberapa relevansi, maka sikap non kooperatif semacam itu tidak akan muncul lagi, diganti dengan

⁸⁰ Purnadi Purbacaraka dan Soerjono Soekanto, *Perihal Kaedah Hukum*, Bandung, Alumni, 1979, halaman 116 - 118

⁸¹ BPHN-FHUI, *Kaidah – Kaidah Hukum Islam Yang Berlaku Dewasa Ini Sebagai Hukum Positif Dalam Masyarakat Indonesia*, Jakarta, BPHN - FHUI

semangat ijtihad untuk mencurahkan semangat pikirnya dalam rangka merengkuh cita melahirkan KUHP gaya baru yang lebih kontekstual.

Adapun tujuan (sasaran) yang ingin dicapai oleh Syariat Islam melalui penetapan hukuman di dunia ini (huddud) adalah untuk memperbaiki dan mendidik jiwa serta mengupayakan terwujudnya kebahagiaan masyarakat. Tidak semua hukum Islam diturunkan karena adal illat (penyebab), misalnya daging babi diharamkan, itu tidak disertai sebabnya kenapa. Apa karena ada cacing pitanya, atau karena apa. Namun demikian, semua hukum Islam mengandung nilai / ide dasar / konsep yang diambil. Ada kalanya konsp tersebut disebutkan oleh dalil, tetapi juga ada yang diserahkan pada akal manusia. Berikut ini beberapa nilai – nilai / konsep atau ide dasar mengapa bentuk tindak pidana perzinaan patut diadopsi ke dalam pembentukan Konsep KUHP Baru.⁸²

- a. Untuk menjaga kesucian pernikahan yang merupakan sunnah para utusan Allah SWT, sebagaimana firmanNya surat Ar ra'du 13 :38 yang artinya : “Dan sesungguhnya Kami telah mengutus para Rasul sebelum kalian dan Kami memberikan kepada mereka istri – istri dan keturunan”. Juga sebagaimana sabda Rasulullah SAW “Menikah adalah sunnahku. Barangsiapa membenci sunnahku, maka ia bukan golonganku”.
- b. Sebagaimana tujuan ditegakkannya Syariah, seperti menjaga harta dengan memotong tangan bagi pencuri, maka rajam dan hukum dera yang ditegakkan bagi pezina adalah untuk menjaga keturunan. Sebab dengan maraknya perzinaan di tengah mayarakat, maka struktur keluarga menjadi berantakan, siapa anak, siapa bapak, siapa kakek dan nenek, menjadi serba tidak jelas. Hal itu seperti tergambar dalam masyarakat binatang, yang tidak mengenal struktur kelaurga. Sedangkan dalam masyarakat kera saja struktur keluarga itu sangat jelas, siapa yang pantas dinamakan bapak dan ibunya, serta yang lainnya sangat jelas. Maka sungguh amat naif jika manusia yang dipilih menjadi khalifah (wakil Allah) di muka bumi ini dan mendapatkan petunjuk dari Allah SWT ini mengalami kekacauan dalam struktur kelaurganya., akibat mengikuti hawa nafsu setan dan tidak menjalankan hukum pernikahan. Sebagaimana hal itu menjadi sesuatu yang dianggap biasa dalam masyarakat jahiliah, baik di barat maupun timur, zaman dahulu maupun sekarang, di mana struktur keluarga mereka tidak jelas. Misalnya, anak laki – laki bisa mengawini ibunya setelah ditinggal ayah kandungnya dan sebagainya

82 Fauzan Al Anshari & Abdurrahman Madjrie, *Hukuman Bagi Pezina dan Penuduhnya*, Khairul Bayan, Jakarta, 2002, halaman 67

- c. Untuk menjaga ketentraman rumah tangga dan stabilitas masyarakat, karena setelah diterakannya hukum rajam dan dera bagi pezina, maka masyarakat yang telah berkeluarga tidak akan khawatir terhadap istri, suami, dan anak – anak mereka terlibat perselingkuhan atau perbuatan serong. Mereka yang ingin menerapkan hidup bebas tanpa batas (freesex) pasti akan ketakutan melakukan perbuatan keji itu, lantaran ancaman hukuman yang mematikan yaitu dirajam. Inilah makna sabda nabi SAW “Rendahkanlah pandangan mata kalian dan jagalah farji kalian”
- d. Untuk menjaga kesucian masyarakat muslim dan lainnya dari aneka ragam penyakit AIDS karena virus HIV yang mematikan akibat sex bebas dan penyakit masyarakat lainnya yang ditimbulkan karena pergaulan bebas dan perzinaan.
- e. Untuk membendung pemborosan uang negara (rakyat) karena seringnya praktk perzinaan dilakukan dengan kedok pemberian pelayanan kepada pajabat pemerintahan sebagai upeti untuk meloloskan proyek atau tender. Tradisi seperti itu masih menggejala di tengah – tengah masyarakat kita diistilahkan dengan “makan dan bobo siang”, baik di penginapan – penginapan murahan sampai hotel berbintang. Kebiasaan bejat itu pasti tidak akan terjadi lagi, karena akan dibersihkan oleh pidana rajam itu. Benarlah sabda Nabi SAW : “Satu hukum had ditegakkan di bumi akan lebih membersihkan bumi ketimbang hujan selama 40 hari”. Sebagaimana diketahui, hujan air bisa membersihkan bumi dari kotoran atau najis, tetapi tidak mampu menghilangkan berbagai kemaksiatan, seperti zina, sedangkan, dengan menerapkan rajam bagi pezina, maka dipastikan kemaksiatan tersebut akan sirna dari muka bumi.
- f. Dengan diberlakukannya pidana rajam dan cambuk bagi pezina, maka tempat – tempat hiburan dan hotel – hotel yang menjajakan seks atau perdagangan wanita, baik kelas kakap maupun kelas teri, yang sering meresahkan masyarakat, termasuk di dalamnya praktek gigolo akan segera hilang dari peredaran.
- g. Tidak akan terjadi praktek wanita karier yang keblinger sampai menghindari pernikahan yang sah, lalu mengambil anak pungut yang dianggap sebagai anak asuhnya. Bahkan menyebutnya sebagai orang tua tunggal (single parents) yang di Barat dan Eropa pada umumnya telah dilegalkan. Perbuatan itu jelas melanggar fitrahnya sebagai wanita yang seharusnya menikah secara sah menurut agama masing – masing. Khususnya kaum muslimin, pasti akan menikah sesuai sunnah Rasulullah SAW, dan jika ada wanita atau pria yang enggan menikah kemudian untuk memenuhi nafsu syahwatnya ia memilih berzina, maka pasti terkena pidana rajam. Oleh karena itu, cara hidup model Barat yang sekarang sedang marak ditengah – tengah masyarakat kita yang konon modern itu, tidak akan pernah melahirkan ketentraman dan kebahagiaan hidup di tengah keluarga.⁸³

Islam menganggap bahwa kejahatan adalah perbuatan – perbuatan tercela (al qabih). Yang dimaksud dengan tercela adalah perbuatan – perbuatan

83 Ibid, halaman 69

yang Allah cela. Itu sebabnya, suatu perbuatan tidak dianggap jahat kecuali jika ditetapkan oleh syara' bahwa perbuatan tersebut tercela. Ketika syara' telah menetapkan bahwa perbuatan itu tercela, maka sudah pasti perbuatan tersebut disebut kejahatan, tanpa melihat lagi apakah tingkat dan jenis kejahatan tersebut besar ataupun kecil. Syara' telah menetapkan perbuatan tercela sebagai dosa yang harus dikenai sanksi. Jadi, dosa itu substansinya adalah kejahatan.⁸⁴

Kejahatan sendiri bukan berasal dari fitrah manusia. Kejahatan bukan pula semacam "profesi" yang diusahakan manusia. Kejahatan bukan juga "penyakit" yang menimpa manusia. Kejahatan (jarimah) adalah tindakan melanggar aturan yang mengatur perbuatan – perbuatan manusia dalam hubungannya dengan Rabbnya, dengan dirinya sendiri, dan hubungannya dengan manusia lain. Allah SWT telah menciptakan manusia lengkap dengan potensi kehidupannya, yaitu meliputi naluri – naluri dan kebutuhan jasmani. Kebutuhan jasmani adalah potensi hidup manusia yang mendorong manusia untuk melakukan pemenuhan terhadap potensi hidupnya. Manusia yang mengerjakan suatu perbuatan yang muncul dari potensi hidup tadi, adalah dalam rangka mendapatkan pemenuhan terhadap potensi hidupnya.

Meskipun demikian, membiarkan pemenuhan itu tanpa aturan, akan menghantarkan kepada kekacauan dan kegoncangan. Juga akan menghantarkan kepada pemenuhan naluri maupun kebutuhan jasmani yang salah, atau pemenuhan yang tercela. Oleh karena itu, ketika Allah SWT mengatur perbuatan – perbuatan manusia, Allah juga telah mengatur pemenuhan terhadap naluri – naluri dan kebutuhan jasmani harus diatur dan sesuai dengan hukum. Syariat Islam telah

84 Anonim, *Bunga Rampai Syariah Islam*, Hisbut Tahrir Indonesia, 2002, halaman 300

menjelaskan kepada manusia, hukum atas setiap peristiwa yang terjadi. Itu sebabnya Allah SWT mensyariatkan halal dan haram. Syara' mengandung perintah dan laranganNya, dan Allah meminta manusia berbuat sesuai dengan apa yang diperintahkan Allah SWT dan menjauhi laranganNya. Jika menyalahi hal tersebut, maka manusia telah melakukan perbuatan tercela, yakni melakukan kejahatan. Oleh karena itu, orang – orang yang berdosa harus dikenai sanksi (iqab). Dengan demikian, manusia dituntut untuk mengerjakan apa yang diperintahkan Allah dan menjauhi laranganNya.

Perintah dan larangan tidak akan berarti sama sekali jika tidak ada sanksi bagi orang yang melanggarnya. Syariat Islam menjelaskan bahwa bagi pelanggar akan dikenai sanksi di akhirat dan di dunia. Allah SWT akan memberi sanksi sanksi di akhirat bagi pelanggar, dan Allah juga akan mengadzabnya kelak di hari kiamat. Sanksi (iqab) disyariatkan untuk mencegah manusia dari tindak kejahatan. Allah berfirman :

“Dan dalam qishas itu ada (jaminan kelangsungan) hidup bagimu, hai orang – orang yang berakal, supaya kamu bertaqwa (QS. Al Baqarah 2 : 179)

Maksud ayat tersebut bahwa di dalam pansyariatan qishas bagi kalian yakni membunuh lagi si pembunuh, terdapat hukuman yang sangat besar, yaitu menjaga jiwa (manusia). Sebab, jika pembunuh mengetahui akan dibunuh lagi, maka ia akan merasa takut untuk melakukan pembunuhan. Itu sebabnya, di dalam qishas ada jaminan hidup bagi jiwa. Pada ghalibnya, jika orang berakal mengetahui bahwa bila ia membunuh akan dibunuh lagi, maka ia tidak akan melakukan pembunuhan tersebut. Dengan demikian, uqubat (sanksi – sanksi) berfungsi

sebagai zawajir (pencegahan). Keberadaannya disebut sebagai zawajir, karena dapat mencegah manusia dari tindak kejahatan (pencegahan preventif).

Sanksi di dunia bagi para pendosa atas dosa yang dikerjakannya di dunia dapat menghapuskan sanksi akhirat bagi pelaku dosa tersebut. Hal itu karena uqubat berfungsi sebagai zawajir (pencegah) dan jawabir (penebus). Keberadaan uqubat sebagai zawajir, karena mampu mencegah manusia dari perbuatan dosa dan tindakan pelanggaran. Keberadaan uqubat sebagai jawabir, dikarenakan uqubat dapat menebus sanksi akhirat. Sanksi akhirat bagi seorang muslim akan gugur oleh sanksi yang dijatuhkan negara di dunia. Dasar hukumnya adalah :

“Kami bersama Rasulullah SAW dalam suatu majelis dan beliau bersabda, Kalian telah membaiatku untuk tidak menyekutukan Allah dengan sesuatu, tidak mencuri, tidak berzina, kemudian beliau membaca keseluruhan ayat tersebut. “Barangsiapa diantara kalian memenuhinya, maka pahalanya di sisi Allah, dan barangsiapa mendapatkan hal itu sesuatu maka sanksinya adalah kifarat (denda) baginya, dan barangsiapa mendapatkan hal itu sesuatu, maka Allah akan menutupinya, mungkin mengampuni atau mengadzab”⁸⁵

Hadits ini menjelaskan bahwa sanksi dunia diperuntukkan untuk dosa tertentu, yakni, sanksi yang dijatuhkan bagi pelaku dosa, dan ini akan menggugurkan sanksi akhirat. Dengan demikian, tidak ada satu sistem hukum pun di dunia ini yang serupa sebagaimana sistem hukum Islam. Sistem hukum Islam berfungsi sebagai pencegah (zawajir) atas tindak kriminalitas sekaligus sebagai penebus (jawabir) atas tindakan jahat yang telah dilakukan oleh si pelaku.

Membicarakan tentang Syariah Islam tidak bisa dipisahkan dengan aqidah Islam. Sebab, syariat Islam muncul dan berasal dari aqidah Islam. Oleh karena itu syariat Islam tidak akan dapat tegak di tengah – tengah masyarakat.

85 Ibid,

Kecuali masyarakat tersebut telah menjadikan aqidah Islam (tentu juga syariatnya) sebagai pandangan hidup, sebagai ideologi (mabda -nya), sehingga masyarakat tersebut memiliki ciri khas sebagai masyarakat Islam, yang menjalankan sistem hukum (peraturan Islam) secara total).

Tatkala Allah mengharamkan perzinaan, maka Allah SWT mensyariatkan hukum jilid (cambuk) atau rajam atas pelaku zina. Tatkala Allah SWT mengharamkan minum khamar, maka Allah SWT juga mensyariatkan hukum cambuk bagi peminumnya, serta mencela 10 orang yang terlibat di dalam proses produksi minuman khamar. Tatkala Allah SWT melarang untuk membunuh seseorang, maka Allah SWT mensyariatkan hukum qishas bagi pelanggarnya. Tatkala Allah SWT melarang tindak pencurian, maka Allah mensyariatkan hukum potong tangan bagi pelaku pencurian. Dan banyak lagi. Semua itu menunjukkan bahwa tidaklah Allah SWT dan rasulNya memerintahkan sesuatu melainkan terdapat pula hukum - hukum (sanksi) bagi yang meninggalkannya. Begitu juga tidaklah Allah SWT dan rasulNya memerintahkan untuk meninggalkan sesuatu, melainkan pasti dijumpai hukum - hukum yang berkaitan dengan iqab (sanksi) atas pelakunya.

Pihak yang menjadi pelaksana atas seluruh hukum - hukum sanksi yang dijatuhkan kepada pelanggar adalah negara, melalui proses peradilan dengan menghadirkan terdakwa, pendakwa, saksi - saksi maupun bukti. Dalam hal syariat Islam juga memiliki sistem hukum yang menjadi salah satu unsur dari sistem peradilan Islam, yaitu hukum - hukum tentang pembuktian. Bukti merupakan hujjah bagi si pendakwa untuk memperkuat dakwaannya. Bukti juga merupakan

penjelas untuk memperkuat dakwaan. Oleh karena itu haruslah bersifat pasti dan meyakinkan.

B. KONSEP / IDE DASAR, NILAI – NILAI BENTUK – BENTUK TINDAK PIDANA DALAM HUKUM ISLAM DAN FORMULASINYA DALAM UPAYA PEMBAHARUAN HUKUM PIDANA INDONESIA

B.1 Ide Dasar Tindak Pidana Perzinaan Dalam Hukum Islam

Hukuman untuk tindak pidana perzinaan ditegaskan dalam Al Quran dan Sunnah. Hukuman bagi pelaku zina yang belum menikah (ghairu muhson) didasarkan pada ayat Al Quran :

“Perempuan yang berzina dan laki – laki yang berzina, maka deralah tiap – tiap orang dari mereka seratus kali dera, dan janganlah belas kasihan kepada keduanya mencegah kalian dari menjalankan agama Allah, jika kamu beriman kepada Allah an hari akhir, dan hendaklah (pelaksanaan) hukuman mereka disaksikan oleh sekumpulan dari orang – orang yang beriman” (An-Nur : 2)

Bagi orang yang sudah menikah (muhson) hukumannya menurut para ahli hukum Islam adalah rajam (dilempari batu) sampai mati⁸⁶. Hukuman ini didasarkan pada hadits Nabi SAW :

“Terimalah dariku ! Terimalah dariku ! Terimalah dariku ! Allah telah memberi jalan kepada mereka. Bujangan yang berzina dengan bujangan dijilid seratus kali dan diasingkan selama satu tahun. Dan orang yang telah kawin yang berzina didera seratus kali dan dirajam dengan batu”(HR Muslim dari Ubadah bin Shamit)

Zina dapat dibuktikan baik dengan pengakuan maupun dengan persaksian. Dalam hal terdapat pengakuan, menurut Syafi’i dan Malik, bila pelakunya dewasa dan berakal yang mengakui perbuatannya itu, maka hukuman harus dijatuhkan. Pembuktian melalui saksi harus terpenuhi dengan adanya empat

⁸⁶ Karena hukuman rajam ini tidak disebut dalam An Nur :2, sebagian ahli hukum Islam berpendapat bahwa hukuman bagi pezina muhson maupun ghoiru muhson adalah dera 100 kali seperti disebut dalam surat itu. Tetapi kebanyakan ahli hukum Islam berpendapat bahwa hukuman rajam tetap harus dilakukan bagi pezina muhson dan hal ini didasarkan pada Sunnah nabi

saksi laki – laki yang terpercaya dan para saksi menyatakan bahwa mereka menyaksikan hubungan seksual itu secara jelas. Jika ada seseorang menuduh orang lain melakukan zina dan dia tidak bisa menghadirkan empat saksi seperti itu, maka ia dituduh melakukan tuduhan zina secara palsu.⁸⁷

Sesuatu yang menarik dalam eksekusi hukuman rajam atas pelaku zina yang muhsan adalah apabila pembuktian didasarkan pada pengakuannya sendiri. Apabila ia kemudian melarikan diri pada saat hukuman dijatuhkan, menurut mayoritas ahli hukum, ia tidak perlu dikejar.

Dalam hal kejahatan perkosaan, hanya orang yang melakukan pemaksaan saja (si pemerkosa) yang dijatuhi hukuman huddud untuk zina. Para ahli hukum Islam berpendapat bahwa hukuman si pemaksa itu bisa dijatuhkan baik untuk lelaki maupun perempuan.

Berbicara tentang hukum rajam, di sini lebih berbicara tentang sanksi pidana atas suatu perbuatan tertentu. Satu – satunya norma yang pelanggarannya dapat dijatuhi hukuman rajam dalam hukum pidana Islam adalah zina yang dilakukan oleh orang yang sudah menikah (zina muhsan) atau adultery⁸⁸. Sedangkan bagi pezina yang belum menikah (zina ghairu muhsan) atau fornication tidak dijatuhi hukuman rajam, melainkan dengan hukuman jilid (cambuk) sebanyak 100 kali. Di luar zina muhsan tadi tidak ada hukuman rajam.

87 Topo Santoso, *Membumikan Hukum Pidana Islam : Penegakkan Syariat Dalam Wacana Dan Legenda*, Gema Insani Press, Jakarta, 2003, Halaman 92

88 Sanksi rajam ini didasarkan pada hadits Nabi SAW, "Kalian ambillah dariku, terimalah ketentuanku. Sesungguhnya kini Allah telah menetapkan keputusan bagi mereka (orang yang berzina) hukumannya adalah cambuk seratus kali cambukan serta diasingkan satu tahun. Sedangkan bagi pezina yang telah menikah, dicambuk seratus kali cambukan dan dirajam sampai mati (HR. Bukhori). Sebagian ulama berpendapat bahwa si pelanggar itu langsung dirajam sampai mati tanpa dicambuk lebih dulu. Ada pula pendapat sebagian ahli hukum yang menyatakan bahwa karena Al Quran (An Nur : 2) tidak menjelaskan hukuman rajam bagi pezina muhsan maka hukuman ini tidak dijatuhkan.

Tindak pidana zina dalam hukum pidana Islam memiliki potret khas. Pertama, ancaman hukuman bagi pelakunya sangat berat. Kedua, proses pembuktiannya lebih berat dibanding tindak pidana lain⁸⁹. Ketiga, tuduhan zina yang tidak terbukti (tuduhan palsu zina) diancam dengan hukuman berat juga, yaitu 80 kali cambukan dan tidak diterima lagi sebagai saksi (sebagai hukuman moral). Keempat, jika seorang terpidana menerima hukuman itu dengan ikhlas dan taubat, maka sanksi di dunia itu sebagai pengganti sanksi di akhirat (jadi ada kaitan antara berlakunya hukum di dunia dan akibat di akhirat). Kelima, baik orang yang sudah menikah (muhsan) maupun yang belum (ghairu muhsan) dapat menjadi subjek (pelaku) tindak pidana zina (berbeda dengan hukum barat di mana hanya sedang terikat perkawinan yang bisa jadi pelaku zina).

Ada beberapa hal yang perlu ditanyakan mengapa pidana rajam tidak dikenal dalam hukum pidana nasional, karena bukan hukum pidana Islam yang berlaku di Indonesia. Jadi, pembicaraan tentang hukum rajam dalam perspektif hukum nasional perlu didahului dengan pembicaraan hukum pidana Islam itu sendiri dalam perspektif hukum nasional. Paling tidak membicarakan norma hukum primer atau larangan apa sajakah yang pelanggarnya diancam dengan hukuman oleh Syariat Islam. Selain itu, baru dibicarakan sanksi yang sesuai dengan syariat Islam.⁹⁰

Pendapat mengenai ide dasar/ konsep/ gagasan yang melatar belakangi mengapa konsep pemikiran mengenai tindak pidana perzinaan perlu dimasukkan ke dalam pembaharuan hukum pidana Indonesia, dikemukakan oleh Barda Nawawi Arief yang menyatakan bahwa delik perzinaan pada dasarnya termasuk

89 Untuk dapat menjatuhkan hukuman huddud, harus dibuktikan dengan kesaksian langsung empat orang saksi laki – laki yang dikenal jujur atau dengan pengakuan si pelaku

90 Ibid, halaman 92

salah satu delik kesusilaan yang sangat erat hubungannya dengan nilai – nilai kesucian lembaga perkawinan. Masalah pokoknya bukan sekedar pada masalah, apakah perzinaan itu delik aduan atau merupakan delik biasa, tetapi masalah sentralnya harus menunjuk pada pandangan dan konsep nilai masyarakat mengenai nilai – nilai kesusilaan dan kesucian dari lembaga perkawinan itu sendiri.⁹¹

Dikemukakan pula olehnya yang kemudian membandingkan dengan pandangan Barat yang menganut sistem individualistik – liberalistik, hak – hak dan kebebasan individu (termasuk di bidang hukum seksual / moral) sangat menonjol dan dijunjung tinggi. Sepanjang hubungan seksual / moral itu bersifat individual, bebas, tanpa paksaan, hal demikian dipandang wajar dan tidak tercela. Oleh karena itu wajar perzinaan dan lembaga perkawinan dipandang bersifat sangat pribadi (privat).

Dari pola pikir tersebut, kemudian muncul konsekuensi logisnya yakni, wajar pula bila perzinaan dapat dipandang sebagai delik aduan. Titik tolak padangan demikian melatarbelakangi konsep delik aduan menurut WvS yang termasuk ke dalam keluarga “civil law”.

Jika dilihat dari sudut pandang bangsa Indonesia yang mengenal struktur sosial budaya masyarakat yang bersifat kekeluargaan, kolektivitas dan monodualistik, masalah perzinaan dan lembaga perkawinan bukan semata – mata masalah privat dan individual, tetapi secara otomatis akan terkait juga dengan nilai – nilai dari kepentingan masyarakat luas, dengan lingkup yang terkecil, keluarga, kepentingan golongan dan kepentingan lingkungan. Hubungan

91 Barda Nawawi Arief, *Bunga Rampai Kebijakan Hukum Pidana*, Citra Aditya Bhakti, Bandung, 1996, Halaman 279

perkawinan juga tidak semata – mata dipandang sebagai hubungan / perjanjian / proses antara individu yang bersangkutan, tetapi juga berkait hubungan / proses kekeluargaan dan kekerabatan kedua belah pihak, dan juga lingkungan.

Oleh karena itu, menurut Barda Nawawi Arief, jika dilihat dari sudut pandang kebijakan, apakah cukup bijaksana apabila delik perzinaan begitu saja dijadikan delik aduan absolut (yang mempunyai hak mengadu hanya suami / istri yang tercemar), sementara di lain pihak ada juga kepentingan umum atau kepentingan pihak lain di luar istri / suami yang bersangkutan. Terlebih apabila sudah ada korban di pihak wanita (terjadi kehamilan), sedangkan pihak istri dari pria yang menghamili itu tidak melakukan pengaduan atas dasar perzinaan.

Berikut ini secara rinci di uraikan mengenai ide dasar / konsep / gagasan yang melatarbelakangi mengapa tindak pidana perzinaan menurut sudut pandang hukum pidana Islam perlu dimasukkan ke dalam Konsep KUHP dalam rangka pembaharuan hukum pidana nasional :

1. Untuk menjaga kesucian pernikahan yang merupakan sunnah para utusan Allah SWT, sebagaimana firmanNya “Dan sesungguhnya Kami telah mengutus para Rasul sebelum kalian dan Kami memberikan kepada mereka istri – istri dan keturunan”. Juga sebagaimana sabda Rasulullah SAW “Menikah itu adalah sunnahku, barangsiapa membenci sunnahku, maka dia bukan golongan umatku”
2. untuk menjaga keturunan. Sebab, dengan maraknya perzinaan di tengah masyarakat, maka struktur keluarga menjadi berantakan, siapa anak, siapa bapak, siapa kakek dan nenek, menjadi serbatidak jelas. Hal ini seperti tergambar dalam masyarakat binatang yang tidak mengenal struktur keluarga.

Sedangkan dalam masyarakat kera saja struktur keluarga itu sangat jelas, siapa yang pantas dinamakan bapak dan ibunya, suami dan istrinya, serta lainnya sangat jelas. Maka sungguh amat naif jika manusia yang dipilih menjadi pemimpin di muka bumi dan mendapatkan petunjuk dari Allah ini mengalami kekacauan dalam struktur keluarganya, akibat mengikuti hawa nafsu setan dan tidak menjalankan pernikahan.

3. untuk menjaga ketentraman rumah tangga dan stabilitas masyarakat, karena diterapkan hukum rajam dan dera bagi pezina, maka masyarakat yang telah berkeluarga tidak akan khawatir terhadap istri, suami dan anak – anak mereka terlibat perselingkuhan atau perbuatan serong. Mereka yang ingin menerapkan hidup bebas tanpa batas, pasti akan ketakutan melakukan perbuatan keji itu.
4. untuk menjaga kasucian masyarakat dari aneka ragam penyakit yang menakutkan seperti penyakit kelamin, penyakit AIDS karena virus HIV yang mematikan akibat seks bebas dan penyakit masyarakat lainnya yang ditimbulkan karena pergaulan bebas dan perzinaan.
5. untuk membendung pemborosan uang negara (rakyat), karena seringnya praktek perzinaan dilakukan dengan kedok pemberian pelayanan kepada pejabat pemerintahan seperti upeti untuk meloloskan proyek atau tender. Tradisi seperti itu masih menggejala di tengah – tengah masyarakat kita.

Hal tersebut dikemukakan pula oleh Barda Nawawi Arief yang menghubungkan antara nilai kesusilaan nasional, faktor kriminogen dan dampak negatif dari perzinaan. Beliau mengemukakan bahwa sisi lain dari tujuan politik kriminal yang penting untuk dipertimbangkan dengan dilarangnya perzinaan adalah kesucian perkawinan dan pengaruh negatif lainnya, antara lain mencegah

hidup suburnya pelacuran yang dapat menjadi sumber penyakit kotor yang membahayakan masyarakat dan mencegah perbuatan main hakim sendiri sebagai akibat dari adanya perzinaan.⁹²

Peluang untuk terjadinya tindak pidana perzinaan ini akan semakin besar apabila perzinaan tetap dijadikan delik aduan absolut, dimana yang mempunyai hak untuk mengadukan perbuatan itu hanya suami atau istri yang tercemar. Ini berarti, memberi peluang lebih besar terjadinya pelanggaran kesucian perkawinan dan hubungan seksual di luar perkawinan. Padahal, "nilai kesusilaan nasional" yang ingin ditegakkan lewat Undang – undang Perkawinan adalah, bahwa hubungan seksual itu hendaknya dilakukan lewat lembaga perkawinan, bukan diluar lembaga perkawinan. Pembangunan moral bangsa / moral nasional yang dituju, yang menjadi tujuan kebijakan sosial (sosial policy) dan sudah sepantasnya juga diperhatikan dalam setiap kebijakan kriminal (criminal policy), ialah moral yang bertolak dari budaya bangsa dan moral keagamaan, bukan bertolak dari paham "kebebasan moral".⁹³

Dikemukakan oleh Barda Nawawi Arief, bahwa jika peluang terjadinya perzinaan diberikan lebih besar, berarti memberi peluang pula tumbuh suburnya dunia pelacuran. Ini sesuai dengan hukum ekonomi, semakin banyak permintaan / kebutuhan, semakin banyak penawaran. Semakin subur usaha pelacuran, berarti semakin besar peluang menyebarnya penyakit kotor (misalnya AIDS). Jadi terlalu sederhana melihat perzinaan atau hubungan seksual suka sama suka sebagai masalah yang sangat pribadi. Perzinaan dan hubungan seksualnya memang bersifat pribadi, tetapi dampak yang berhubungan dengan moral, dampak

92 Ibid, Halaman 282

93 Ibid, Halaman 283

psikologis, dampak kriminogen dan dampak sosialnya yang negatif, jelas bukan masalah pribadi lagi tetapi sudah menyangkut masalah kepentingan umum. Salah satu dampak kriminogen lainnya ialah perbuatan main hakim sendiri sebagai akibat sampingan tidak terselesaikannya masalah / akibat yang timbul dari dijadikannya perzinaan sebagai delik aduan absolut.

Dari sudut pandang pendekatan kebijakan, ada keterkaitan dengan kepentingan individu perlu dipertimbangkan, khususnya kedudukan keluarga (suami / istri / anak) yang sedang tertimpa skandal perzinaan. Kepentingan keluarga / individu sudah seharusnya diperimbangkan secara proporsional dan tidak boleh terlalu didramatisir, alasan tersebut, misalnya, bahwa jika perzinaan dijadikan delik biasa, polisi dapat bertindak / menangkap begitu saja seseorang yang dicurigai berhubungan dengan wanita / pria lain yang bukan istri atau suaminya, dan apabila begitu saja dapat dituntut tanpa pengaduan pihak istri / suami serta anak – anak akan menanggung rasa malu dan terpukul. Ini terlalu didramatisir, karena secara logis dapat dikatakan polisi tidak akan menangkap seorang tanpa disertai bukti – bukti minimal. Banyak delik lain yang bukan delik aduan, tetapi polisi pun tidak gegabah atau bertindak sewenang – wenang menangkap seorang yang dicurigai. Begitu juga halnya dengan masalah “malu dan terpukul”. Ini hanya akibat sampingan. Delik apapun yang dilakukan, yang jenisnya delik biasa, juga akan membawa akibat malu dan terpukul apabila si pelaku sudah diajukan ke pengadilan dan diketahui oleh lingkungan sekitarnya.. bahkan sekiranya dalam tindak pidana perzinaan (yang dalam hal ini sebagai delik

aduan), jika terjadi pengaduan ddari pihak yang tercemar, maka, dampak sampingan tersebut akan tetap ada.⁹⁴

Jika ada alasan cukup kuat dan mendasar untuk melindungi kepentingan pribadi dan keluarga, sangat wajar aspek ini dipertimbangkan dari sudut kebijakan formulasi dalam rangka pembentukan KUHP baru di Indonesia.

B.2 Ide Dasar Tindak Pidana Pembunuhan Dalam Hukum Islam

Tidak diragukan lagi bahwa pembunuhan merupakan kejahatan yang sangat tindak memperhatikan hak asasi manusia, terutama hak untuk menikmati kehidupan. Tindakan pembunuhan diancam pidana berat oleh semua sistem hukum sejak awal sejarah manusia hingga saat ini. Ancaman pidana bagi tindak pidana ini dalam hukum Islam dikenal sebagai “qishas” yaitu pembalasan bagi pelaku seimbang dengan luka yang diderita korban.

Dalam mengkaji hukum qishas ini, hal yang paling penting adalah klasifikasi pembunuhan itu sendiri, yaitu apakah pembunuhan merupakan bagian dari hukum publik, dimana negara harus ikut ambil bagian dalam menuntutannya, ataukah ia merupakan bagian dari kesalahan perdata atau Tort, dimana pembulihannya dikembalikan kepada orang yang terkena perbuatan itu, apakah ia akan menuntutnya atau tidak. Tempat yang diberikan oleh Islam bagi kehendak / keinginan individu dalam konteks qishas ini membedakan perlakuan Islam terhadap pembunuhan dari perlakuan sistem lain, dimana, dalam hukum Islam pembunuhan terlihat sebagai kesalahan privat, dan pemulihannya menjadi urusan sang korban atau keluarganya.

94 Ibid, Halaman 284

Dalam fiqih, tindak pidana pembunuhan ini (al qatl) disebut juga dengan al jinayah 'ala al insaniyyah (kejahatan terhadap jiwa manusia), sebutan ini sama dengan pengertian pembunuhan dalam hukum positif maupun dalam Konsep KUHP.

Menurut pendapat kebanyakan ulama, tindak pidana pembunuhan dibagi ke dalam 3 macam, yaitu⁹⁵ :

- (1) Pembunuhan sengaja, (dalam hukum positif dikenal sebagai delik pembunuhan sengaja, diatur dalam pasal 338 KUHP dengan pidana maksimal 15 tahun penjara), yaitu pembunuhan yang disengaja, dibarengi rasa permusuhan, dengan menggunakan alat yang biasanya dapat menghilangkan nyawa, baik secara langsung maupun tidak, seperti menggunakan kayu, atau batu besar, atau melukai orang lain mengakibatkan mati
- (2) Pembunuhan semi sengaja, yaitu suatu pembunuhan yang sengaja, dibarengi dengan rasa permusuhan, tetapi dengan menggunakan alat yang biasanya tidak mematikan. Seperti memukul atau melempar seseorang dengan batu kecil, atau dengan tongkat atau kecil.⁹⁶
- (3) Pembunuhan tersalah, yaitu suatu pembunuhan yang terjadi bukan karena sengaja. Dalam hukum positif dikenal dengan menyebabkan kematian orang karena kealpaan

Suatu pembagian yang lebih sederhana dikemukakan oleh beberapa ulama, yang membagi pembunuhan menjadi dua, yaitu pembunuhan sengaja dan pembunuhan tersalah.

95 Topo Santoso, *Menggagas Hukum Pidana Islam : Penerapan Syariah Islam Dalam Konteks Modernitas*, Asy Syaamil, Bandung, 2000, Halaman 208

96 Dalam hukum positif yang seperti ini termasuk juga ke dalam pembunuhan sengaja, karena yang dilihat adalah kesengajaan untuk menghilangkan nyawa orang lain, tidak ditentukan dengan alat apa hal itu dilakukan.

Pembunuhan Sengaja

Suatu pembunuhan baru dapat dikatakan pembunuhan sengaja, jika memenuhi unsur – unsur :

- (1) Yang dibunuh adalah manusia yang diharamkan Allah untuk membunuhnya ;
- (2) Perbuatan itu membawa kematian ; dan
- (3) Bertujuan untuk menghilangkan nyawa seseorang

Para ulama Fiqih mengemukakan bahwa beberapa bentuk pidana dikenakan kepada pelaku tindak pidana ini, yaitu⁹⁷ :

- (1) Pidana asli, yaitu huku qishas. Hukuman ini didasarkan pada ketentuan Allah dalam QS. Al Baqarah (2) : 178 yang artinya : “Hai orang – orang yang beriman, diwajibkan atas kamu qisas berkenaan dengan orang – orang yang dibunuh...”. Dalam surat lain QS. Al Maidah (5), Allah berfirman yang artinya : “ Dan telah kami tetapkan kepada mereka di dalamnya (Taurat) bahwasanya jiwa (dibalas) dengan jiwa...”. Dalam Hadits Nabi juga ditemui perintah ini “... Siapa yang membunuh dengan sengaja, maka dibalas dengan membunuh (pelaku)nya. Pidana qishas tidak dijatuhkan apabila dimaafkan oleh ahli waris. Para ahli waris menurut kesepakatan ahli fiqih, boleh memaafkan pelaku pembunuhan dengan cara tidak melaksanakan pidana qishas. Hal ini sesuai dengan Firman Allah dalam surah Al Baqarah (2) ayat 178 yang artinya : “... Barangsiapa yang mendapat suatu pemaafan dari saudaranya, hendaklah orang (yang memaafkan) mengikuti dengan cara yang baik, dan hendaklah (yang diberi maaf) membayar (diyat) kepada yang memberi maaf dengan cara yang baik pula...”. Kemudian dalam Surat Al Maidah (5) ayat 45 Allah Swt

97 Ibid, Halaman 209

berfirman : “... dan luka – luka (pun) ada qishasnya, maka melepaskan hak itu (menjadi) penebus dosa baginya...”. Sedangkan dalam Sunnah ada riwayat “ Setiap kasus pembunuhan yang wajib kena qishas yang diajukan kepada Rasulullah SAW senantiasa dianjurkan untuk dimaafkan. Aturan tentang pemaafan dalam pembunuhan inilah yang tidak ada dalam hukum positif. Aturan ini juga menepis anggapan bahwa hukuman dalam hukum pidana Islam hanya bertujuan untuk pembalasan semata.

- (2) Pidana pengganti. Menurut hukum para ulama fiqih, apabila hukuman qishas gugur (misalnya karena dimaafkan atau karena ada perdamaian), maka ada dua hukuman pengganti lain, yaitu diyat yang ditanggung sendiri oleh pelaku pembunuhan, dan ta'zir
- (3) Pidana pelengkap. Selain pidana – pidana tersebut di atas ddalam pembunuhan sengaja juga ada pidana lainnya, yaitu terhalang hak warisnya, dan terhalang mendapat wasiat dari korban.

Pembunuhan Semi Sengaja

Pidana asli bagi pembunuhan semi sengaja ada dua, yaitu diyat dan kafarat. Diyat untuk pembunuhan semi sengaja sama dengan diyat sebagai pidana pengganti dalam pembunuhan sengaja. Pidana kedua, adalah kafarat, yaitu memerdekakan seorang hamba sahaya wanita yang mukmin, jika tidak ada wajib berpuasa dua bulan berturut – turut.

Pidana pengganti dalam pembunuhan semi sengaja, menurut kesepakatan para ulama adalah pidana ta'zir dari hakim da ia bebas menetapkan pidana yang sesuai dengan kondisi terpidana. Sedangkan pidana tambahan bagi

pelaku pembunuhan ini sama dengan pidana tambahan bagi pelaku pembunuhan sengaja.

Pembunuhan Tersalah

Para ulama menetapkan bahwa pidana asli bagi pembunuhan karena kealpaan ini adalah diyat dan Kafarat. Pidana penggantinya adalah berpuasa selama dua bulan berturut – turut, dan pidana tambahannya sama dengan jenis pembunuhan sebelumnya.

Dalam hal ini, banyak sekali terdapat kesalahpahaman mengenai anggapan bahwa hukuman dalam hukum pidana Islam hanya bertujuan untuk membalas (retributive justice) karena orang hanya teringat dengan qishas saja. Padahal, hukuman dalam hukum pidana Islam bertujuan untuk :

- (1) Menegakkan keadilan, yang lebih nampak pada hukuman qishas – diyat ;
- (2) Membuat jera pelaku / prevensi khusus, yang lebih nampak pada hukuman huddud ;
- (3) Memberi pencegahan secara umum / prevensi general, yang lebih nampak pada hukuman huddud ;
- (4) Memperbaiki pelaku, yang lebih nampak pada hukuman ta'zir.⁹⁸

Sebenarnya, masih ada aspek penting lain dalam hukum pidana Islam, yaitu Restorative Justice. Saat ini, di dunia hukum Barat sering dikeluhkan bahwa hukuman yang dijatuhkan oleh hakim tidak berpihak pada korban atau tidak berorientasi pada pemenuhan hak – hak korban. Inilah yang menjadi ide dasar,

⁹⁸ Topo Santoso, *Membumikan Hukum Pidana Islam*, Gema Insani Press, Jakarta, 2003, Halaman 93

gagasan mengapa tindak pidana pembunuhan dalam hukum pidana Islam layak untuk diadopsi ke dalam pembaharuan hukum pidana Indonesia. Dalam hukuman terhadap pembunuhan, misalnya, peran korban diambil alih oleh negara (dalam hal ini oleh polisi, jaksa dan hakim). Korban seringkali tidak dipedulikan dalam sistem dan proses peradilan pidana. Hukuman yang dijatuhkan seringkali tidak sesuai dengan rasa keadilan korban dan tidak membawa manfaat apa – apa bagi korban dan keluarganya.⁹⁹

Hal itu berbeda dengan yang terjadi pada hukum pidana Islam. Di sini berlaku hukum qisas diyat. Hukuman bagi pelakunya adalah setimpal sesuai perbuatannya. (qisash) dan ini sesuai dengan rasa keadilan korban. Tetapi, perbuatan memaafkan dari korban / keluarganya dipandang sebagai suatu yang lebih baik. Pihak pelaku bisa dijatuhi sanksi diyat (yaitu sejumlah harta tertentu untuk korban dan keluarganya). Hal ini membawa kebaikan bagi kedua belah pihak. Tidak ada lagi dendam antara kedua pihak itu. Pihak korban mendapat perbaikan dari sanksi yang dijatuhkan, serta ada peranan korban dalam sistem dan proses peradilan pidana. Meskipun bersifat hukuman, namun diyat merupakan harta yang diberikan kepada korban, bukan kepada perbendaharaan negara. Dari segi ini diyat lebih mirip dengan ganti kerugian, apalagi besarnya dapat berbeda – beda menurut perbedaan kerugian material yang terjadi menurut perbedaan kesengajaan atau tidaknya terhadap tindak pidana.¹⁰⁰

Lebih tepat jika dikatakan diyat merupakan campuran dari hukuman dan agni kerugian bersama – sama. Dikatakan hukuman karena diyat merupakan balasan terhadap tindak pidana. Jika si korban memaafkan diyat tersebut, maka bisa

99 Ibid.

100 Ahmad Hanafi, *Asas – Asas Hukum Pidana Islam*, PT. Bulan Bintang, Jakarta, 1986, Halaman 284

dijatuhi hukuman ta'zir. Jika sekiranya bukan hukuman tentunya tidak perlu diganti dengan hukuman lain. Dikatakan ganti kerugian karena diyat diterima oleh korban seluruhnya, dan apabila ia merelakannya, maka diyat tidak bisa dijatuhkan.¹⁰¹

Usaha memformulasikan bentuk tindak pidana pembunuhan di dalam Konsep KUHP, lebih mengacu pada perhatian terhadap kepentingan korban. Hal ini dapat dilihat, dengan dicantulkannya "pidana pengenaan ganti kerugian" terhadap pelaku tindak pidana untuk kepentingan korban dan keluarganya. Oleh karena itu, dalam rangka usaha pembaharuan terhadap hukum pidana Indonesia, hukum Islam menawarkan orientasi pemikiran yang memberikan perhatian yang lebih seimbang baik terhadap kepentingan korban maupun kepentingan terpidana.

Dalam hukum pidana Islam, kewajiban ganti rugi dikenakan kepada pelaku delik pembunuhan. Jika pembunuhan dilakukan dengan sengaja, maka ancaman pidananya adalah pidana mati atau pidana diyat ganti rugi jika keluarga yang bersangkutan memaafkan. Jika pembunuhan dilakukan dengan tidak sengaja, maka pidananya hanya ganti rugi saja, kecuali jika diikhhlaskan (dimaafkan) oleh keluarganya yang bersangkutan. Artinya, terhadap delik pembunuhan dengan sengaja, pidana ganti rugi dapat diancamkan secara alternatif dengan pidana mati. Pengenaan salah satu diantara keduanya diserahkan kepada kebijaksanaan hakim untuk mempertimbangkan kondisi korban, kondisi pelaku tindak pidana atau si terpidana itu sendiri, maupun hubungan diantara keduanya.¹⁰²

¹⁰¹ Ibid,

¹⁰² Jimly Asshiddieqy, Op.Cit, halaman 232

B.3 Ide Dasar Tindak Pidana Pencurian Dalam Hukum Pidana Islam

Mencuri adalah mengambil harta dari pemiliknya atau wakilnya dengan cara sembunyi – sembunyi. Pencurian wajib dikenai had potong tangan. Syaratnya, barang yang dicuri mencapai nishab, harta tersebut diambil dari tempat penyimpanan, dan harta tersebut buka harta yang syubhat. Baik itu diambil pada saat malam ataupun siang. Termasuk apakah pencuri tersebut masuk seorang diri ataupun dengan yang lain, di tempat pemukiman maupun ditempat umum. Hal itu berlaku juga pada tempat tersembunyi, maupun di tempat terbuka, membawa senjata atau tidak. Singkat kata, semua orang yang mengambil harta dari tempat penyimpanan (tersembunyi) dianggap sebagai pencuri. Meskipun demikian, seorang pencuri tidak akan dipotong tangannya kecuali syarat – syarat syariyyah yang tercantum dalam nash telah terpenuhi.¹⁰³

Tidak wajib dikenakan hukum potong tangan, kecuali dengan tujuh syarat :

Pertama, perbuatannya termasuk ke dalam definisi pencurian. Yang dimaksud dengan pencurian adalah mengambil barang dengan cara sembunyi – sembunyi, atau rahasia. Jika seorang merpampas, menjambret, merampok, atau mengkhianati, maka orang tersebut tidak disebut mencuri, dan tidak dikenai had potong tangan

Kedua, harta yang dicuri mencapai nishab. Sebagian ulama menetapkan potong tangan, baik harta yang dicuri sedikit atau banyak.

Ketiga, harta yang dicuri berupa harta yang terjaga, yang diijinkan oleh Allah untuk dimiliki. Harta yang terjaga maksudnya, adalah harta yang diijinkan oleh

¹⁰³ Abdurrahman Al Maliki, *Sistem Sanksi Dalam Islam*, Pustaka Thariquul Izzah, Bogor, 2000, Halaman 90

Syar'i untuk dimiliki. Apabila seorang mencuri bukan berupa harta, tetapi sesuatu yang tidak dianggap sebagai harta, maka ia tidak dikenakan potong tangan. Bahkan, jika ia mencuri dengan sengaja pun, ia tidak akan dipotong tangannya. Sebab, barang yang dicurinya tidak dianggap sebagai harta

Keempat, ia mencuri dan mengeluarkannya dari tempat penyimpanan. Jika seseorang mendapatkan pintu dalam keadaan terbuka, atau tempat penyimpanannya terkuak, maka ia tidak dikenakan potong tangan.

Kelima, harta yang dicuri bukan harta yang syubhat ditinjau dari sisi bahwa seorang memiliki hak terhadap barang tersebut; atau ia berhak mengambil barang tersebut. Itu sebabnya, pencuri tidak akan dikenakan hukum potong tangan apabila mencuri harta bapaknya atau harta anaknya.

Keenam, pencurinya telah baligh, berakal, dan terikat dengan hukum – hukum Islam, baik muslim maupun ahlu dzimmi. Jika pencurinya masih anak – anak atau gila, maka tidak dikenai had potong tangan.

Ketujuh, ditetapkan berdasarkan pengakuan pencuri atau dengan saksi yang adil. Pengakuan harus dinyatakan dengan pernyataan. Artinya, pencuri harus mengakui barang yang telah dicurinya. Karena dengan adanya kemungkinan ia mencuri barang yang tidak dikenai had potong tangan.¹⁰⁴

Selain itu, tidak dikenakan had potong tangan terhadap pencuri harta rampasan perang. Orang yang dituduh mencuri harta rampasan perang tidak dipotong tangannya, karena hakikatnya kejahatannya adalah mengkhianati amanah yang diserahkan kepadanya. Dengan istilah lain, ia melakukan korupsi. Kejahatan korupsi semacam ini, dalam perspektif pidana Syariah dimasukkan ke

104 Ibid, Halaman 100

dalam kejahatan ta'zir, yaitu kejahatan yang bentuk hukumannya diserahkan kepada keputusan hakim.

Islam melarang umatnya mengambil harta orang lain dengan jalan batil. Sariqah atau Pencurian termasuk cara yang tidak sah dalam mengambil harta orang lain. Pencurian termasuk salah satu tindak pidana huddud (tindak pidana yang jenis dan ukuran hukumannya ditentukan oleh Syara'). Untuk dapat disebut pencurian menurut para fuqaha, pengambilan harta haruslah :¹⁰⁵

- (1) Harta diambil secara sembunyi – sembunyi / diam – diam (tanpa sepengetahuan pemilik dan pemilik barang tidak rela barangnya diambil). Menurut Abdul Qadir 'Audah, pencuri itu harus mengambil barang dari tempat pemeliharannya, barang yang dicuri lepas dari penguasaan pemiliknya, barang yang dicuri berada dalam kekuasaan pencuri.
- (2) Pelaku mengambil dengan maksud jahat. Pencurian itu dilakukan dengan sengaja oleh pencuri,
- (3) Barang yang dicuri benar – benar milik sah dari orang yang hartanya dicuri,
- (4) Barang yang dicuri itu telah diambil kepemilikannya dari si empunya yang sebenarnya,
- (5) Barang yang dicuri itu telah berada dalam penguasaan si pencuri,
- (6) Barang tersebut harus mencapai nilai nishab pencurian. Harta yang dicuri itu juga haruslah bernilai harta menurut syara', maka pencurian mayat, babi atau minuman keras tidak dikenakan hukuman pencurian.

Pencurian dalam Islam merupakan tindak pidana berat dan dikenakan hukuman potong tangan apabila unsur – unsurnya terpenuhi. Landasan hukumnya

105 Topo Santoso, *Menggagas Hukum Pidana Islam ; Penerapan Syariah Islam dalam Konteks Modernitas*, Asy Syaamil, Bandung, 2000, Halaman 196

adalah Firman Allah dalam Surat Al Maidah ayat 38 yang artinya ; “Laki – laki yang mencuri dan perempuan yang mencuri, potonglah kedua tangannya (sebagai pembalasan) bagi apa yang telah mereka kerjakan dan sebagai siksaan dari Allah. dan Allah Maha Perkasa lagi Maha Bijaksana.

Dar beberapa uraian di atas, dapat diketahui bahwa Islam tidak sembarangan menghukum pencuri dengan hukuman yang keras, tapi seorang pencuri baru dihukum jika syarat – syaratnya semua telah terpenuhi. Disamping itu, melihat pada praktek para sahabat Rasulullah, seperti di masa Khalifah Umar bin Khattab, terkenal sebuah kasus di mana si pencuri oleh Umar tidak dipidana karena dia seorang budak yang tidak mendapat makan dari tuannya, dan melakukan pencurian itu untuk menyambung nyawanya. Malahan Umar memberi peringatan keras pada pemilik budak tadi jika hal itu masih terjadi.

Islam mensyariatkan bentuk hukuman di dunia dalam dua jenis, yaitu An Nashiyah, yaitu bentuk hukuman yang sudah ada nashnya ; dan At Tafwidhiyah, yaitu bentuk hukuman yang ditetapkan menurut keputusan hakim. Tujuan keduanya adalah¹⁰⁶ :

- (1) Mempersiapkan manusia untuk menjadi warga yang baik dan produktif bagi pembinaan kesejahteraan masyarakat.
- (2) Memberikan kepada manusia kebahagiaan hidup di dunia dan akhirat, yang hal itu hanya akan terwujud bila ada jaminan atas hak – hak individu dan masyarakat dengan cara seadil – adilnya, dengan saling berwasiat tentang kebaikan dan mencegah kejahatan.

106 Fauzan Al Anshari & Abdurrahman Madjrie, *Hukuman Bagi Pencuri*, Khairul Bayan, Jakarta, 2002, Halaman 10

Dengan demikian, sasaran yang hendak dicapai oleh Syariat Islam melalui penetapan hukuman di dunia ini adalah memperbaiki dan mendidik jiwa serta mengupayakan terwujudnya kebahagiaan masyarakat. Di sinilah mengapa potong tangan disyariatkan bagi pelanggar tindak pidana mencuri dengan tujuan untuk melindungi hak Allah atas hamba dan hak hamba dalam masyarakat, terutama menyangkut hak milik harta benda.

Banyak sekali yang beranggapan bahwa pidana potong tangan ini adalah kejam dan tidak manusiawi. Memang pidana potong tangan ini kejam, karena pelaku tindak kejahatan ini juga kejam bahkan sering lebih kejam. Kebanyakan pelaku kejahatan ini, terutama di negara – negara barat sering dilakukan dengan menggunakan senjata canggih sehingga selain menghilangkan harta si korban, juga sering membunuhnya. Bahkan dalam banyak peristiwa, kejahatan itu dibarengi dengan tindak kejahatan lainnya, seperti perkosaan. Oleh sebab itu, kita dapat balik bertanya, mengapa kita merasa kasihan terhadap pencuri itu, mengapa kita tidak menaruh belas kasihan terhadap para korban dan calon mangsanya, selain dengan ancaman potong tangan, bagaimana cara lain yang paling jitu melindungi umat manusia dari bahaya pencurian.

Dalam kenyataannya, kekejaman hukum potong tangan bagi pencuri telah menyelamatkan tangan bagi pencuri dari pemotongan, sebagaimana juga tindak itu telah menyelamatkan jiwa orang yang kecurian dan memelihara ketentraman untuk semua orang. Dengan arti lain, pidana potong tangan mempunyai fungsi sebagai prevensi general atau perlindungan menyeluruh bagi pencuri itu sendiri maupun bagi orang lain sehingga dapat berpengaruh terhadap tingkah laku orang lain yang tidak akan melakukan tindakan yang sama jika tidak

ingin dijatuhi pidana serupa. Pidana potong tangan pencuri itu selalu dilakukan didepan publik dengan tujuan agar perbuatan mencuri itu benar – benar tidak dikerjakan oleh orang lain. Apabila pidana huddud ini diterapkan, mungkin tindak kejahatan pencurian akan segera hilang dari muka bumi, sehingga masyarakat dapat merasakan keamanan terhadap harta dan jiwanya.

Dalam usaha memformulasikan bentuk tindak pidana pencurian beserta sanksi pidananya, jika menganut secara penuh dari sistem hukum pidana Islam rasanya kurang sesuai dengan iklim kehidupan bangsa Indonesia. Sanksi pidana terhadap tindak pidana ini adalah dengan pemotongan kedua tangan dari pelaku tindak pidanaserta sanksi pidananya, jika menganut secara penuh dari sistem hukum pidana Islam rasanya kurang sesuai dengan iklim kehidupan bangsa Indonesia. Sanksi pidana terhadap tindak pidana ini adalah dengan pemotongan kedua tangan dari pelaku tindak pidana. Bentuk sanksi pidana semacam ini menimbulkan bekas seumur hidup, dan tidak sebanding dengan penderitaan yang ditimbulkan oleh bentuk kejahatan yang diancamnya. Usaha memformulasikan bentuk tindak pidana ini perlu memperhatikan nilai ide dasar yang terkandung di dalam tindak pidana ini dengan mengambil bentuk sanksi pidana lain yang bobotnya sama dengan pidana potong tangan dan mempunyai sifat prevensi general yang cukup signifikan.

B.4 Formulasi Bentuk – Bentuk Tindak Pidana Dalam Hukum Islam Dalam Pembaharuan Hukum Pidana Indonesia

Menurut Muladi, *Crime Stipulation Policy* dalam KUHP mendatang cukup kompleks. Hal – hal yang dipertimbangkan cukup banyak baik dari segi

politik, ekonomi, sosial budaya, hankam, perkembangan teoritis dan empiris dalam bidang hukum pidana, aspek ideologi nasional, kondisi manusia, alam serta tradisi bangsa yang tak kalah pentingnya adalah kecenderungan internasional yang diakui oleh masyarakat beradab. Studi perbandingan hukum pidana menjadi sangat penting dan pendekatan deduktif – hipotesis dan induktif empiris dilakukan secara terpadu.¹⁰⁷

Atas dasar pola pikir di atas, dihasilkan rambu – rambu perumusan antara lain sebagai berikut :¹⁰⁸

- a. Dihapuskannya perbedaan antara kejahatan (*misdrijven*) dengan pelanggaran (*overtredingen*) ;
- b. Dipergunakan istilah tindak pidana untuk menterjemahkan istilah *strafbaarfeit* ;
- c. Meskipun tetap mengakui asas legalitas, namun hukum pidana adat harus diperhatikan ;
- d. Perumusan tindak pidana harus diusahakan sesederhana mungkin agar dapat pula dipahami oleh rakyat dan penegak hukum sebagai adressat norma.
- e. Meniadakan pengertian pelanggaran tidak berarti menghapuskan seluruh tindak pidana yang diatur dalam Buku III Wv. Sejahter dirasakan masih perlu, tindak pidana yang terdapat dalam Buku III dapat dimasukkan dalam Buku II Rancangan KUHP
- f. Menambah tindak pidana baru dalam Buku II sejauh diperlukan, dengan mempertimbangkan perundang – undangan hukum pidana di luar KUHP dan perkembangan bentuk – bentuk baru tindak pidana, baik yang bersifat nasional, maupun internasional ;
- g. Menyusun sistematika Buku II sebaik – baiknya.

Selanjutnya, akan dikemukakan langkah untuk memformulasikan bentuk – bentuk tindak pidana dalam hukum Islam dalam rangka pembaharuan hukum pidana yang akan datang. Dalam penulisan Tesis ini, akan dikemukakan mengenai formulasi bentuk tindak pidana tertentu dalam pembaharuan hukum pidana nasional, tindak pidana tersebut adalah :

107 Muladi, dalam makalahnya yang berjudul : *Perkembangan Pengaturan Tindak Pidana dalam KUHP mendatang*, halaman 1

108 Ibid, halaman 2

1. Tindak Pidana Perzinaan

Hukum Islam sangat tegas dalam masalah perzinaan ini untuk melindungi kehormatan dan kesusilaan pribadi serta masyarakat. Meskipun hukum Islam mengancam pidana yang cukup berat, tetapi pembuktiannya juga dengan syarat yang berat pula. Persaksian harus empat orang saksi laki-laki yang adil, yaitu dengan mata kepala sendiri, benar – benar menyaksikan terjadinya perzinaan itu, diibaratkan seperti orang yang melihat sebuah timba masuk sumur atau tangkai celak masuk ke dalam tempat celak. Pembuktian dengan empat orang saksi yang demikian itu hampir tidak mungkin terjadi kecuali dalam keadaan orang tidak lagi mengindahkan nilai – nilai moral. Sedangkan pengakuan harus langsung dari pelakunya sendiri. Sebagaimana telah terjadi pada masa Nabi, pengakuan inipun harus benar – benar dapat meyakinkan kebenarannya. Nabi baru bersedia menerima kebenaran pengakuan orang setelah empat kali dan disertai persaksian terhadap Allah atas kebenaran pengakuannya. Seolah – olah satu pengakuan sama kekuatannya dengan empat orang saksi. Dan empat kali pengakuan sama kuatnya dengan empat orang saksi. Bila tidak mencakup alat buktinya, seseorang tidak bisa dikenakan hukuman berat (huddud) ia cukup dikenakan hukuman ta'zir.

Dalam hukum Islam, zina adalah hubungan seksual antara laki – laki dan wanita tanpa ikatan perkawinan yang sah. Sedangkan dalam KUHP Pasal 284, zina adalah persetubuhan yang dilakukan oleh laki – laki atau perempuan yang telah kawin dengan perempuan atau laki – laki yang bukan istri atau suaminya.¹⁰⁹ Konsekuensi logis dari definisi itu ialah, setiap hubungan seksualitas antara jejak

109 R. Soesilo, *KUHP Beserta Penjelasannya*, Bandung, 1981, Halaman 181

dan gadis atau antara wanita dan laki – laki yang tidak ada lagi tali perkawinan dengan orang lain adalah bukan perbuatan zina. Dengan demikian ada perbedaan prinsip yang sangat mendasar antara hukum Islam dengan hukum positif, yaitu hukum Islam memandang Al akhlaq al karimah atau moralitas yang tinggi sebagai sendi masyarakat, oleh karena itu setiap perbuatan yang bertentangan dengan akhlak yang mulai akan mendapat sanksi. Dalam hukum Islam dengan tegas tidak bisa mentolerir hubungan seksualitas tanpa didasari perkawinan yang sah. Oleh karena itu, bila hubungan saksualitas ini dilakukan dengan bebas tanpa ikatan perkawinan, maka tidak ada perbedaan antara manusia dan hewan dalam memenuhi kebutuhan biologisnya. Kalau hewan dalam memenuhi biologisnya bisa terjadi kapan saja, bilamana saja, dan dimana saja.

Perbuatan zina termasuk jarimah hudud yang sanksinya tercantum dalam Surat An Nur ayat 2, dan Hadits nabi bagi pezina muhsan yang diambil dari sasaran mayoritas kalangan yuris sunni. Diantara para yuris itu ada yang berpendapat bahwa Hadits Rasulullah itu diberlakukan sebelum turun Surat An Nur ayat 2. pendapat ini dikemukakan oleh Hasbi Ash Shiddiqy, juga oleh Maulana Muhammad Ali dan Anwar Haryono.¹¹⁰

Ada sementara pihak yang menyatakan bahwa hukum Islam itu kejam. Sanggahan atas asumsi ini perlu diberikan argumentasi sebagai berikut :¹¹¹

1. hukum Islam menganut asas legalitas, yaitu prinsip keabsahan menurut undang – undang yang dikemukakan dalam Surat Al Isra (17) ayat 15, Al Syuara (26) ayat 208, Al Qashash (28) ayat 59, dan Surat Al An'am (6) ayat 19. seperti halnya dalam KUHP Pasal 1 ayat (1)

¹¹⁰ Anwar Haryono, *Hukum Islam Keluasan dan Keadilan*, Bulan Bintang, Jakarta, 1968, Halaman 178 - 179

¹¹¹ Abdul Salam Arief, Op.Cit, Halaman 6

- (3) Terhadap pengaduan sebagaimana dimaksud dalam ayat (2) tidak berlaku ketentuan Pasal 25, Pasal 26, dan Pasal 28
- (4) Pengaduan dapat ditarik kembali selama pemeriksaan dalam sidang pengadilan belum dimulai.¹¹³

Pasal 419 ini substansinya sama dengan Pasal 284 KUHP, perbedaannya terletak pertama pada sanksi pidananya yaitu, hanya 3 bulan dalam Pasal 284. Sedangkan dalam Pasal 419 RUU KUHP 5 tahun. Kedua, pada Pasal 419 ini menjelaskan tidak dibedakan antara mereka yang telah kawin dan yang belum kawin disebut pelaku, sementara pada Pasal 284 KUHP mereka yang belum kawin yang telah turut serta dalam melakukan tindak pidana perzinaan dengan telah kawin disebut pembuat peserta.

Pasal 419 dirasa kurang mempertimbangkan kepentingan masyarakat, kecuali bila ayat (2) itu ditambah "atas pengaduan suami / istri yang tercemar oleh masyarakat dan lingkungannya". Dengan pertimbangan jika diketahui perbuatan tercela itu secara terang terangan oleh masyarakat sekitarnya dan mencemarkan lingkungannya yang telah berlangsung lama, maka sudah selayaknya perbuatan zina ini perlu dilakukan penuntutan oleh masyarakat dan lingkungannya. Timbulnya tindakan main hakim sendiri oleh warga masyarakat terhadap pelaku perzinaan di beberapa daerah mengindikasikan bahwa perzinaan semata – mata tidak bersifat pribadi. Pasal 419 seperti halnya Pasal 284 KUHP mencerminkan kelemahan substansi isinya yang melonggarkan nilai moral agama dan masyarakat yang secara tak langsung juga mentolerir adanya kumpul kebo. Watak undang – undang hukum pidana yang demikian itu, juga sangat deskriminatif dan merendahkan derajat kaum wanita, sebab setelah terjadi

113 Rancangan KUHP Pasal 419

kehamilan akibat kumpul kebo, wanita senantiasa kalah, dikalahkan dan menderita, dalam arti telah banyak wanita Indonesia jadi korban dari ketidakadilan undang – undang kita tersebut. Setiap perundang – undangan hendaknya bersifat preventif dan edukatif.

Secara konkret kejahatan tersebut merupakan kejahatan seksual yang mencakup perbuatan zina, homoseks dan lesbian atau sejenisnya. Pengharaman zina dalam hukum Islam bertujuan untuk menjaga kehormatan dan keturunan dari kenistaan serta memelihara kesucian masyarakat. Ada perbedaan yang sangat mendasar mengenai definisi zina dalam hukum Islam dan hukum positif (KUHP).¹¹⁴

Pasal 419 RUU KUHP tentang perzinaan merupakan copy dari Pasal 284 KUHP yang mengandung kelemahan konsep dari produk pemerintah kolonial yang jelas kurang mengindahkan nilai agama dan mengesampingkan moral budaya bangsa. Terbukti dalam pelaksanaannya pasal 284 ini menimbulkan implikasi sosial yang mendalam dengan terjadinya tindakan main hakim sendiri anggota masyarakat, karena kurang puas dengan isi pasal tersebut. Jika Pasal 419 RUU KUHP ini tidak dilakukan percobaan, maka hasilnya stereotip seperti memutar lagu lama. Maka sudah saatnya sekarang ini diperlakukan intervensi negara (hukum pidana) terhadap masalah yang berada dalam ranah moralitas seperti halnya pada kasus perzinaan. Kita harus membuang jauh – jauh adagium yang mengatakan bahwa hukum pidana sebaiknya berhenti di kamar tidur.

114 Abdul Salam Arief, dalam makalah yang berjudul : *Tinjauan Atas Tindak Pidana Terhadap Jiwa dan Kehormatan / Keluarga Dalam Konsep KUHP Baru*, halaman 1

2. Tindak Pidana Pembunuhan

Dalam upaya memformulasikan bentuk tindak pidana pembunuhan dalam hukum Islam ke dalam Konsep KUHP, perlu dipertimbangkan bahwa dalam hukum pidana Islam ditentukan bahan kejahatan terhadap jiwa (pembunuhan) dan kejahatan terhadap badan (perlukaan atau penganiayaan), diancam dengan pidana qishas dan diyat, dapat dijadikan bahan pertimbangan yang menarik. Dalam hukum pidana Islam, kedua bentuk pidana ini dibedakan dari bentuk pidana yang lain semata – mata karena pertimbangan konteks bentuk kejahatan yang diancamnya. Namun, apabila dibandingkan, hal ini sangat berbeda dari sikap yang mendasari pendapat yang menolak pidana mati, sehingga tidak mudah diterapkan dalam praktek.

Perhatian terhadap kepentingan korban dalam memformulasikan dalam KUHP nasional, sebenarnya juga sudah mulai nampak sesuai dengan perkembangan ilmu hukum itu sendiri. Hal ini dapat dilihat, dengan dicantumkannya “pidana pengenaan kewajiban ganti rugi” terhadap pelaku tindak pidana untuk kepentingan korban atau keluarganya. Akan tetapi, dalam Konsep Rancangan KUHP tersebut, pidana pengenaan kewajiban ganti rugi ini diklasifikasikan sebagai pidana tambahan saja, bukan pidana pokok. Sedangkan pidana mati yang ditentukan secara khusus sehingga tidak mudah untuk dijatuhkan oleh hakim, walaupun merupakan pidana pokok. Artinya, keringanan yang diberikan oleh sikap legislatif kepada pelaku kejahatan yang diancam dengan pidana mati, masih belum sebanding dengan perhatian yang mereka berikan kepada para korban kejahatan itu sendiri.

Dalam hukum pidana Islam, kewajiban ganti rugi itu dikenakan kepada pelaku delik pembunuhan. Dalam hal pembunuhan itu dilakukan dengan sengaja, maka ancaman pidananya adalah pidana mati atau pidana diyat ganti rugi jika keluarga yang bersangkutan memaafkan. Dalam hal pembunuhan itu dilakukan bukan karena kesengajaan, maka ancaman pidananya ganti rugi saja, kecuali jika diikhlasakan (dimaafkan) oleh keluarga yang bersangkutan. Artinya, terhadap delik pembunuhan dengan sengaja, pidana ganti rugi itu dapat diancamkan secara alternatif dengan pidana mati. Pengenaan salah satu diantara keduanya diserahkan kepada kebijaksanaan hakim dengan mempertimbangkan kondisi korban, kondisi pelaku tindak pidana atau si terpidana itu sendiri, maupun hubungan diantara keduanya. Penjatuhan pidana mati (qishas) atau pidana ganti rugi itu harus sedemikian rupa sehingga hubungan baik di antara pihak – pihak yang bersangkutan harus tetap terjaga.¹¹⁵

Dalam Pasal 475 ayat (1) Konsep KUHP mengungkapkan bahwa pembunuhan yang dilakukan terhadap ibu, bapak, istri, suami atau anaknya dapat dipidana paling singkat 3 tahun dan paling lama 15 tahun. Bila dilihat dari pandangan orang yang berbudaya dan beragama penjatuhan pidana dalam pasal ini sangat ringan. Seseorang yang tega menghilangkan nyawa keluarga intinya dengan sengaja, apapun motifnya tidak dapat ditolerir. Ancaman pidana yang ringan bisa akan menimbulkan pikiran negativ dan spekulatif bagi seseorang. Apabila jika orang itu bermoral rendah, bersifat materialistis dan antisosial maka sewaktu – waktu bisa timbul sifat jahat. Ia bisa saja mengasuransikan anggota keluarganya kemudian berencana mengambil uang jaminan asuransinya. Atau

115 Jimly asshidieqy, Op.Cit, Halaman 232

menghilangkan nyawa untuk menguasai bendanya. Dalam pandangan Islam kasus pada pasal tersebut pelakunya dijatuhi hukuman berat. Di samping ia tidak dapat harta pusaka dari korban kejahatan. Rasulullah dengan tegas bersabda, “ Tidak mewarisi pembunuh dari orang yang dibunuhnya”¹¹⁶

Pasal 477 Konsep menyatakan “Barangsiapa merampas nyawa orang lain atas permintaan orang itu sendiri yang jelas dinyatakan dengan kesungguhan hati atau atas permintaan keluarga dalam hal orang itu sendiri tidak sadar dipidana dengan pidana penjara paling lama 9 tahun”. Substansi pasal ini tidak berbeda dengan Pasal 344 KUHP, yang berbeda hanya masa hukuman pidananya yaitu 12 tahun dalam Pasal 344 KUHP lama. Pasal 477 ini sangat tepat untuk menangkalkan bentuk euthanasia, yaitu hak untuk mati, yang sekarang ini di Barat dikumandangkan oleh Feer Group yang muncul dengan faham individualistis yang menuntut hak untuk mati merupakan hak pribadi. Seperti orang yang menderita suatu penyakit yang tak terobati atau menyengsarakan menuntut untuk dihilangkan nyawanya. Atau misalnya seorang tentara, di dalam medan peperangan terluka parah meminta sahabatnya untuk membunuhnya daripada tertangkap musuh. Bentuk euthanasia ini apabila dilihat dari segi moral agama akan ditemukan beberapa kontradiksi. Pasal 477 RUU KUHP ini sejalan dengan *The International Covenant on Civil And Political Right* dinyatakan bahwa setiap manusia mempunyai hak untuk hidup. Hak ini harus dilindungi oleh hukum. Tidak seorangpun secara sewenang – wenang dapat dirampas hidupnya. Sebagai tindak lanjut covenant di atas, pada bulan Mei 1970 WHO memutuskan bahwa hak – hak untuk kesehatan merupakan hak asasi manusia. Dengan demikian,

116 Ibid, halaman 8

deklarasi PBB tentang hak – hak asasi manusia itu, yang diakui secara jelas hanyalah hak untuk hidup. Etika Islam mengajarkan pula bahwa manusia yang dianugerahi hidup berkewajiban untuk memelihara, mengakhiri hidup menjadi hak Allah, bukan manusia. Bahwa kematian bukan hak manusia dapat dibuktikan dengan adanya larangan membunuh diri, dan larangan membunuh orang lain tanpa alasan yang sah.¹¹⁷

Pasal 480 mengenai pengguguran kandungan, semula Pasal 346 dan 347 KUHP. Dalam Pasal 480 ayat (1) dinyatakan bahwa seorang wanita yang menggugurkan atau mematikan kandungannya atau menyuruh orang lain untuk itu, dipidana dengan pidana penjara paling lama 4 tahun. Ancaman maksimal dalam pasal ini amat ringan, mengingat perbuatan yang dilakukan merupakan perbuatan yang disengaja dan direncanakan untuk menghilangkan janin manusia. Ancaman hukuman yang dipandang relatif ringan pada kasus di atas akan memberikan dampak negatif pada pandangan masyarakat dengan memandang ringan terhadap nilai – nilai moral yang dijunjung tinggi, karena pengguguran kandungan biasanya terjadi pada *unwanted children* melalui hubungan seksualitas dari pasangan yang tidak sah. Setiap dokter akan menghormati Pasal ini, sesuai dengan Kode Etik Kedokteran Indonesia Bab II angka 9 yang menyatakan “Saya akan menghormati setiap hidup insani mulai dari saat pembuatan”. Etika Islam sangat mencela tentang pengguguran kandungan ini dalam Surat Al Isra’ (17) ayat 33, Surat Al An’am (6) ayat 151.¹¹⁸

Pasal – pasal dalam RUU KUHP tentang tindak pidana terhadap nyawa, hukumannya dirasa sangat ringan, aturannya punya kesan hanya

117 Ibid, Halaman 9

118 Ibid,

mempertimbangkan kepentingan pelaku kejahatan, kurang mempertimbangkan kepentingan keluarga korban maka sangat perlu kiranya dalam pasal itu memberlakukan denda (santunan / tebusan) yang dibayarkan oleh pelaku kejahatan kepada keluarga korban. Dalam pembunuhan tidak sengaja, hakim bisa memberikan kesempatan penawaran kepada keluarga untuk memilih alternatif hukuman yang akan dijatuhkan kepada pelaku pembunuhan, yaitu : dihukum penjara atau membayar denda. Sedangkan dalam pembunuhan sengaja, hakim dapat langsung menambahkan hukuman denda disamping hukuman yang berat.¹¹⁹

Usulan denda ini dikemukakan berpijak dari kenyataan bahwa, dalam peristiwa pembunuhan yang secara langsung menderita kerugian adalah keluarga korban. Jika korban adalah orang yang menanggung kehidupan keluarganya, maka dengan kematiannya itu berarti keluarga kehilangan orang yang bertanggungjawab mencukupkan kebutuhan keluarga. Jika korban kebetulan anak suatu keluarga yang diharapkan akan dapat membantu mencukupkan nafkah keluarga, maka berarti keluarga itu telah kehilangan orang yang menjadi harapan di harus depan dan seterusnya.

Khusus dalam pembunuhan yang ditunjuk dalam Pasal 475 ayat (2) mengenai pembunuhan yang dilakukan terhadap ibu, bapak, istri, suami atau anaknya.... kiranya perlu ditambahkan sanksinya dengan dicabut hak mempusakai dari korban. Mengenai jika dilihat dari sudut pandang agama atau kemanusiaan, perbuatan itu merupakan tindakan pemutusan tali silaturahmi antara pembunuh dan korbannya, maka konsekuensi logisnya, putus pula hubungan kebendaan diantara keduanya.

119 Ibid, halaman 12

3. Kejahatan Pencurian

Dalam hukum pidana Islam sanksi pidana dari tindak pidana pencurian ini adalah dengan pidana potong tangan. Namun, ada beberapa pendapat mengenai sanksi pidana dari pencurian ini. Pendapat pertama, yaitu aliran normatif yang menyatakan bahwa sanksi atas tindak pidana ini adalah dengan cara dipotong tangan atau kakinya. (dalam arti sebenarnya). Potong tangan dan kaki disini berarti dihilangkan salah satu anggota badannya (tangan / kaki) agar pelaku tidak dapat mengulangi perbuatannya kembali. Di sini unsur pencegahan kejahatan dikenakan pada orientasi pelaku. Aliran kedua, yaitu aliran sosiologis yang menyatakan bahwa sanksi pidana pencurian tidak harus dengan cara dipotong tangannya. Dalam Surat Al Baqarah 178 dinyatakan bahwa “pencuri laki – laki dan pencuri perempuan, maka potonglah tangannya”. Potong di sini bukan berarti sebenarnya, melainkan bisa diperluas penjabarannya. Misalnya dengan cara pencegahan supaya tidak terjadi tindak pidana tersebut.

Pidana atas anggota fisik ini dalam tradisi Islam dilaksanakan melalui beberapa bentuk, yaitu potong tangan atau kaki. Karena efektivitasnya sebagai pidana yang mengandung maksud – maksud prevensi sulit dibuktikan. Apalagi mengenai pidana potong tangan dan / atau kaki yang diancamkan terhadap tindak pidana ini. Bentuk – bentuk pidana semacam ini menimbulkan bekas seumur hidup, dan tidak sebanding dengan kerugian atau penderitaan yang ditimbulkan oleh bentuk kejahatan yang diancamnya. Baik pencurian maupun perampokan sepanjang tidak mengakibatkan matinya korban, hanya mengakibatkan kerugian materiil yang tidak bersifat kekal. Sedangkan tangan atau kaki yang dipotong akibat penjatuhan pidananya mengakibatkan cacat seumur hidup.¹²⁰

Disebutkan dalam Pasal 491 Konsep KUHP yang menyatakan bahwa :

120 Jimly Asshiddiqy, Op.Cit, Halaman 233

“Setiap orang yang mengambil barang yang sebagian atau seluruhnya milik orang lain, dengan maksud untuk memiliki barang tersebut secara melawan hukum, dipidana karena pencurian, dengan pidana penjara paling lama 5 tahun atau denda paling banyak kategori IV.”

Yang diperlukan dalam usaha memformulasikan bentuk tindak pidana pencurian dalam KUHP Nasional adalah bentuk sanksi pidana yang mempunyai sifat pencegahan secara menyeluruh (prevensi general). Telah dikemukakan bahwa bentuk sanksi pidana terhadap tindak pidana pencurian ini adalah dengan pemotongan kedua tangan dari pelaku tindak pidana. Maksud dijatuhkannya pidana ini adalah dengan pertimbangan bahwa jika orang lain mengetahui akan dijatuhi sanksi potong tangan, maka secara otomatis orang lain tidak akan melakukan perbuatan / tindak pidana yang sama. Di sinilah letak inti yang harus diformulasikan dalam pembaharuan hukum pidana Indonesia, mengingat kita harus melakukan reformasi hukum pidana yang sesuai dengan iklim kehidupan berbangsa dan bernegara. Intinya adalah upaya memformulasikan bentuk tindak pidana beserta sanksi pidananya yang bersifat prevensi general, dan selain berorientasi terhadap pelaku, juga berorientasi pada korban.

Apabila kesadaran hukum dalam kaitannya dengan sikap beragama dapat ditransformasikan ke dalam kesadaran hukum dalam rangka hidup bernegara, maka sesungguhnya tidak diperlukan lagi ada bentuk pidana yang khusus yang dimaksudkan untuk membebaskan terpidana dari rasa berdosa kepada Tuhan. Dengan catatan, tentu saja perumusan – perumusan mengenai hukum pidana yang bersifat nasional itu sendiri haruslah benar- benar bersumber / terinspirasi kepada hukum agama itu.

BAB IV

P E N U T U P

A. KESIMPULAN

Ada beberapa kesimpulan yang dapat diambil dari penulisan Tesis ini, antara lain :

1. Ada relevansi yang sangat signifikan antara hukum Islam dengan sistem kehidupan masyarakat Indonesia, sehingga merupakan nilai tambah bagi kontribusi hukum pidana islam dalam rangka pembetulan KUHP modern di Indonesia, baik menurut tinjauan pemidanaan modern, tinjauan sosiologis, maupun tinjauan yuridis dan filosofis. Dari relevansi tersebut diketahui kelayakan dimasukkannya jenis tindak pidana (perzinaan, pembunuhan dan pencurian) dalam hukum Islam ke dalam Konsep KUHP, yakni karena ide dasar dari jenis tindak pidana tersebut dalam hukum pidana Islam mempunyai kesamaan dengan pandangan norma hukum pidana secara umum.
2. Seyogianya formulasi jenis tindak pidana dalam hukum Islam terhadap Konsep KUHP dapat dirumuskan sebagai berikut :
 - A. Tindak pidana perzinaan :
 - a. Tidak harus terdapat syarat adanya hubungan pernikahan antara pelaku perzinaan.
 - b. Adanya perluasan delik, dari delik aduan menjadi delik biasa.
 - c. Harus memperhatikan keberadaan hukum yang hidup didalam masyarakat.
 - B. Tindak pidana pembunuhan
 - a. Di rumuskan pidana pengenaan kewajiban ganti rugi terhadap pelaku tindak pidana untuk kepentingan korban atau keluarganya, bertolak dari rumusan diyat.

- b. Di rumuskan adanya maafan dari korban atau keluarganya maupun maafan melalui lembaga maafan (pengadilan) atau rechterlijk pardon.
- c. Rumusan tindak pidana pembunuhan tidak hanya memperhatikan kepentingan pelaku tetapi juga memperhatikan kepentingan korban kejahatan.

C. Tindak Pidana Pencurian

- a. Adanya perluasan definisi pencurian yakni, tidak hanya mengacu pada benda yang berwujud, tetapi juga dikenakan terhadap pencurian benda yang tidak berwujud misalnya pencurian arus listrik atau pencurian uang lewat internet.
- b. Adanya rumusan sanksi yang tegas dan mempunyai fungsi prevensi general (perlindungan secara menyeluruh) sebagaimana rumusan sanksi dalam hukum pidana Islam.

DAFTAR PUSTAKA

- Ali, Muhammad Daud, *Hukum Islam Pengantar Ilmu Hukum dan Tata Hukum Islam di Indonesia*, PT. Raja Grafindo Persada, Jakarta, 1996
- Al Maliki, Abdurrahman, *Sistem Sanksi Dalam Islam*, Pustaka Tariqul Izzah, Bogor, 2002
- , *Pelanggaran Terhadap Harta*, Pustaka Tariqul Izzah, Bogor 2002
- All Index : MDE 13 / 001 / 03, *Fear of Imminent Amputation*
- Al Anshari, Fauzan & Madjrie, Abdurrahman, *Hukuman Bagi Pencuri*, Khairul Bayan, Jakarta, 2002
- , *Hukuman Bagi Pezina dan Penuduhnya*, Khairul Bayan, Jakarta, 2002
- Amnesty International, *Iran : A Legal System That Fails to Protect Freedom of Expression and Association*, December, 2001
- Ancel, Marc, *Social Defence, A Modern Approach to Criminal Problem*, Routledge, Kegan Paul, London, 1965
- Anonim, *Bunga Rampai Syariat Islam*, Hisbut Tahrir Indonesia, 2002
- Arief, Abdul Salam, dalam makalah yang berjudul *Tinjauan Atas Tindak Pidana Terhadap Jiwa dan Kehormatan / Keluarga dalam Konsep KUHP Baru*
- Bakri, H.M.K, *Hukum Pidana dalam Islam*, Ramadhani, Solo, 1986
- Bible, Perjanjian Lama, *Surat Johannes 8 : 4*
- BPHN – FH UI, *Kaidah – Kaidah Islam Yang Berlaku Dewasa Ini Sebagai Hukum Positiv Dalam Masyarakat Indonesia*, Jakarta
- Campbell Black, Henry, *Black's Law Dictionary*, St Paull Minn West Publishing, 1979
- Dahlan, Abdul Aziz, *Ensiklopedi Hukum Islam*, Ichtiar Baru Van Hoeve, Jakarta

- Direkorat Perundang – Undangan Dirjend Hukum dan Perundang – Undangan Departemen Hukum dan Perundang – undangan, *Rancangan KUHP*, Jakarta, 2000
- Djamali, Abdul, *Hukum Islam : Asas – Asas, Hukum Islam I, Hukum Islam II*, Mandar Maju, Bandung, 1992
- El Muhammadiyah, Abdul Halim, *Undang – undang Islam : Perbandingan dan Penelitian di Beberapa Negara Islam Selepas Merdeka*, Contemporary / Minda Madani, [http://www.abin.org.my/minda madani/com](http://www.abin.org.my/minda_madani/com)
- Hamzah, Andi, *Perbandingan Hukum Pidana Beberapa Negara*, Sinar Grafika, Jakarta, 1995
- Hanafi, Ahmad, *Azas – Azas Hukum Pidana Islam*, Bulan Bintang, Jakarta, 1986
- Hanitijo Soemitro, Ronny, *Metodologi Penelitian Hukum dan Jurimetri*, Ghalia Indonesia, 1990
- Haryono, Anwar, *Hukum Islam Keluasan dan Keadilan*, Bulan Bintang, Jakarta, 1968
- Human Right Wacth World Report, 2003, In Islamic Republic of Iranian Penal Code
- Islamic Republic Of Iranian Penal Code, In <http://www.Islamic> Republic of Iranian Penal Code.com
- Kamali, Muhammad Hashim, *Prinsip dan Teori – Teori Hukum Islam (Usul al Fiqh)*, Pustaka Pelajar, Yogyakarta, 1996
- Legal Farme Work, In <http://www.Islamic> Republic of Iranian Penal Code.com
- Loqman, Loebby, *Pidana dan Pemidanaan*, Datacom, Jakarta, 2002
- Marpaung, Leden, *Kejahatan Terhadap Kesusilaan dan Masalah Prevensinya*, Sinar Grafika, Jakarta, 1996
- Moeljatno, *Azas – Azas Hukum Pidana*, Bina Aksara, Jakarta, 1987
- , *Fungsi dan Tujuan Hukum Pidana Indonesia*, Bina Aksara, Jakarta, 1985
- Muladi, dalam makalah yang berjudul *Perkembangan Pengaturan Tindak Pidana Dalam KUHP Mendatang*

- Muhammad bin Abdul Rahman Al Bukhari, Abu Abdillah, *Keagungan dan Keindahan Syariat Islam*, Pustaka Setia, Bandung, 1999
- Nawawi Arief, Barda, *Bunga Rampai Kebijakan Hukum Pidana*, PT. Citra Aditya Bhakti Bandung, 1996
- , *Beberapa Aspek Kebijakan Penegakkan dan Pengembangan Hukum Pidana*, Pt. Citra Aditya Bhakti, Bandung, 1998
- , *Beberapa pokok Pemikiran Dalam Aturan Umum Konsep KUHP Baru*, Makalah Pada Seminar *Partisipasi Hukum Islam Terhadap Pembangunan Hukum Dalam Bidang Pidana*, Yogyakarta, 1993
- , *Perbandingan Hukum Pidana*, Raja Grafindo Persada, Jakarta, 1998
- , *Teori – Teori dan Kebijakan Pidana*, Alumni, Bandung, 1998
- Prodjodikoro, Wirjono, *Azas – Azas Hukum Pidana di Indonesia*, Eresco, Bandung, 1969
- Praja, Juhaya. S, *Fiqh Jinayah Hukum Pidana Islam*, Suplemen Kuliah Hukum Pidana Islam Program Pasca Sarjana UNISBA, Bandung, 2002
- Rahardo, Satjipto, *Ilmu Hukum*, Citra Aditya Bhakti, Bandung, 2000
- Roberts, Robert, *The Social Laws of The Qoran, Considered and Compared With Those Of The Hebrew, and Other ancient Codes*, Kitab Bahwan, New Delhi
- Reksodiputro, Mardjono, *Pembaharuan Hukum Pidana*, Pusat Pelayanan Keadilan dan Pengabdian Hukum Universitas Indonesia, Jakarta, 1995
- Santoso, Muhari Agus, *Paradigma Baru Hukum Pidana*, Averroes Press, Malang, 2002
- Santoso, Topo, *Menggagas Hukum Pidana Islam : Penerapan Syariah Islam Dalam Konteks Modernitas*, Asy Syaamil, Bandung, 2000
- , *Membumikan Hukum Pidana Islam*, Gema Insani Press, Jakarta, 2003
- Sadzali, Munawir, *Reaktualisasi Ajaran Islam*, Paramadina, 1986

Seno Adji, Oemar, *Hukum Pidana Pengembangan*, Erlangga, Jakarta, 1985

Solehuddin, M, *Sistem Sanksi Dalam Hukum Pidana*, Raja Grafindo Persada, Jakarta, 2003

Soekanto, Soerjono, *Masalah Kedudukan dan Peranan Hukum Adat*, Academia, Jakarta, 1979

----- dan Sri Mamudji, *Penelitian Hukum Normatif : Suatu Tinjauan Singkat*, Raja Grafindo Persada, Jakarta, 1985

Soesilo, R, *KUHP Beserta Penjelasannya*, Bandung, 1981

Sudarto, *Hukum Pidana dan Perkembangan Masyarakat*, Sinar Baru, Bandung, 1983

-----, *Hukum Pidana I*, Yayasan Sudarto, Fak Hukum UNDIP, Semarang, 1990

-----, *Pengaruh Perkembangan Masyarakat / Modernisasi Terhadap Hukum Pidana*, Makalah dalam Simposium *Pengaruh Kebudayaan / agama Terhadap Hukum Pidana*, BPHN, Jakarta, 1975

-----, *Hukum dan Hukum Pidana*, Alumni, Bandung, 1986

Syariah Code Penal Negara Bagian Kelantan, *Syariah Criminal Code II*

Syaltut, Mahmud, Syech, *Akidah dan Syariah Islam II*, Bina Aksara, Jakarta, 1985

Suseno, Franz Magnis, *Etika Politik : Prinsip – Prinsip Moral Dasar kenegaraan Modern*, Gramedia, Jakarta, 1987

Taufik, H, *Aktualisasi Hukum Islam*, dalam Jurnal *Mimbar Hukum*, Al Hikmah, DITBINBAPERIA Islam

Tim Penyusun Kamus Pusat Pembinaan dan Pengembangan Bahasa, *Kamus Besar Bahasa Indonesia*, Balai Pustaka, Jakarta, 1990