

BAB II

TINJAUAN UMUM MENGENAI TINDAK PIDANA PENCABULAN

ANAK DI BAWAH UMUR BERDASARKAN HUKUM PIDANA ISLAM

DAN HUKUM PIDANA INDONESIA

A. Tinjauan Pustaka Tentang Tindak Pidana dan Pemidanaan

1. Istilah dan Pengertian Tindak Pidana

Moeljatno membedakan istilah “pidana” dan “hukuman”. Beliau tidak setuju terhadap istilah-istilah konvensional yang menentukan bahwa istilah “hukuman” berasal dari kata “*straf*” dan istilah “dihukum” berasal dari perkataan “*wordt gestraft*”. Beliau menggunakan istilah yang inkonvensional, yaitu “pidana” untuk kata “*straf*” dan “diancam dengan pidana” untuk kata “*word gestraft*”. Hal ini disebabkan apabila kata “*straf*” diartikan “hukuman”, maka kata “*straf recht*” berarti “hukum-hukuman”. Menurut Moeljatno, “dihukum” berarti diterapi hukum, baik hukum perdata maupun hukum pidana. “Hukuman” adalah hasil atau akibat dari penerapan hukum tadi yang mempunyai arti lebih luas, sebab dalam hal ini tercakup juga keputusan hakim dalam lapangan hukum pidana.²⁸

Hal di atas juga selaras dengan yang dikemukakan oleh Sudarto, bahwa “penghukuman” berasal dari kata “hukum” atau “memutuskan tentang hukumnya” (*berechten*). “Menetapkan hukum” untuk suatu

²⁸ Moeljatno, *Membangun Hukum Pidana*, Bina Aksara, Jakarta, 1985, hlm. 40.

peristiwa tidak hanya menyangkut bidang pidana saja, akan tetapi juga hukum perdata. Selanjutnya juga dikemukakan oleh beliau, bahwa istilah penghukuman dapat disempitkan artinya, yakni penghukuman dalam perkara pidana yang kerap kali sinonim dengan “pidana” atau “pemberian/penjatuhan pidana” oleh hakim. Menurut beliau “penghukuman” dalam arti yang demikian mempunyai makna sama dengan “*sentence*” atau “*veroordeeling*”.²⁹

Akhirnya dikemukakan Barda Nawawi Arief, bahwa istilah “hukuman” kadangkadang digunakan untuk pengganti perkataan “*straf*”, namun menurut beliau, istilah “pidana” lebih baik daripada hukuman. Menurut Wirjono Prodjodikoro, kata “hukuman” sebagai istilah tidak dapat menggantikan kata “pidana”, sebab ada istilah “hukum pidana” disamping “hukum perdata” seperti ganti kerugian berupa pembayaran sejumlah uang atau penyitaan barang.³⁰ Dalam kesempatan yang lain, Sudarto berpendapat bahwa istilah dan makna pidana tidak dapat dipisahkan dengan hukum pidana, karena pidana adalah bagian/komponen penting dari hukum pidana.³¹

Sistem hukum di Indonesia, pidana dan perbuatan-perbuatan yang diancam pidana harus lebih dahulu tercantum dalam undang undang pidana. Hal ini sesuai dengan asas yang disebut dengan *nullum delictum*

²⁹ Sudarto, *Kapita Selektta Hukum Pidana*, Alumni, Bandung, 1981, hlm. 72.

³⁰ Wirdjono Prodjodikoro, *Asas-asas Hukum Pidana di Indonesia*, Refika Aditama, Bandung, 2003, hlm. 1.

³¹ Sudarto, *Hukum Pidana I*, Fakultas Hukum Undip, Semarang, 1988, hlm. 9.

nulla poena sine praevia lege poenali, seperti yang tercantum dalam Pasal 1 ayat (1) KUHP. Dalam hal ini terdapat perbedaan istilah hukuman dan pidana. Suatu pidana harus berdasarkan undang-undang, sedangkan hukuman lebih luas pengertiannya, karena dalam pengertian hukuman, di dalamnya termasuk keseluruhan norma, baik norma kepatutan, kesopanan, kesusilaan dan kebiasaan.

Walaupun demikian, kedua istilah tersebut tetap mempunyai persamaan, yaitu sama-sama berlatar belakang pada tata nilai (*value*), baik dan tidak baik, sopan dan tidak sopan, diperbolehkan dan dilarang, dan seterusnya. Dengan demikian, seseorang yang dijatuhi pidana atau terpidana adalah orang yang bersalah atau melanggar suatu peraturan hukum pidana.

Akan tetapi, seseorang juga mungkin dihukum karena melanggar suatu ketentuan yang bukan hukum pidana. Berkaitan dengan siapakah yang berhak menjatuhkan pidana, pada umumnya para sarjana hukum telah sependapat bahwa negara atau pemerintahlah yang berhak untuk memidana atau memegang jus puniendiitu.

2. Unsur-unsur Tindak Pidana

Dalam hukum pidana terdapat berbagai unsur untuk mengetahui adanya tindak pidana, maka pada umumnya dirumuskan dalam peraturan perundang-undangan pidana tentang perbuatan-perbuatan yang dilarang dan disertai dengan sanksi. Dalam rumusan tersebut ditentukan beberapa

unsur atau syarat yang menjadi ciri atau sifat khas dari larangan tadi sehingga dengan jelas dapat dibedakan dari perbuatan lain yang tidak dilarang. Berikut ini kumpulan unsur-unsur yang ada dalam tindak pidana.³²

1. Unsur tindak pidana menurut para ahli:

- 1) Menurut Simons, unsur-unsur tindak pidana (*strafbaar feit*) adalah: perbuatan manusia (positif atau negative, berbuat atau tidak berbuat atau membiarkan). Diancam dengan pidana (*statbaar gesteld*) melawan hukum (*onrechtmatig*) dilakukan dengan kesalahan (*met schuld in verband stand*) oleh yang orang yang mampu bertanggungjawab (*toerekeningsvatoaar person*). Simons juga menyebutkan adanya unsur objektif dan unsur-unsur subjektif dari tindak pidana (*strafbaar feit*).
- 2) Lamintang yang merumuskan pokok-pokok perbuatan pidana sejumlah tiga sifat. *Wederrechtjek* (melanggar hukum). *Aan schuld te wijten* (telah dilakukan dengan sengaja atau pun tidak dengan sengaja), dan *stafbaar* (dapat dihukum).

2. Unsur-unsur yang memberatkan tindak pidana

Buku II KUHP memuat rumusan-rumusan perihal tindak pidana tertentu yang masuk dalam kelompok kejahatan, dan buku III memuat pelanggaran. Ternyata ada unsur yang selalu disebutkan

³² Pusat Hukum, *Unsur-Unsur Tindak Pidana*, Blog Pusat Hukum. <http://pusathukum.blogspot.co.id/2015/10/unsur-unsur-tindak-pidana.html?m=1>, diunduh pada Jumat 16 Agustus 2019, pukul 19.38 WIB.

dalam setiap rumusan. Yakni mengenai tingkah laku atau perbuatan walaupun ada perkecualian seperti Pasal 351 (penganiayaan). Unsur kesalahan dan melawan hukum kadang-kadang dicantumkan, dan sering kali juga tidak dicantumkan. Sama sekali tidak dicantumkan mengenai unsur kemampuan bertanggung jawab. Di samping itu, banyak mencantumkan unsur-unsur yang lain baik sekitar atau mengenai objek kejahatan maupun perbuatan secara khusus untuk rumusan tertentu.

Dari rumusan-rumusan tindak pidana tertentu dalam KUHP itu dapat diketahui adanya 11 (sebelas) unsur tindak pidana yakni:

- 1) Unsur tingkah laku.
- 2) Unsur melawan hukum.
- 3) Unsur kesalahan.
- 4) Unsur akibat konstitutif.
- 5) Unsur keadaan yang menyertai.
- 6) Unsur syarat tambahan untuk dapatnya dituntut pidana.
- 7) Unsur syarat tambahan untuk memperberat pidana.
- 8) Unsur syarat tambahan untuk dapatnya dipidana.
- 9) Unsur objek hukum tindak pidana.
- 10) Unsur kualitas subjek hukum tindak pidana.
- 11) Unsur syarat tambahan untuk memperingan pidana.

Dari 11 (sebelas) unsur itu, diantaranya dua unsur, yakni kesalahan dan melawan hukum yang termasuk unsur subjektif, sedangkan selebihnya berupa unsur objektif.

3. Jenis-jenis Tindak Pidana

Pembagian jenis-jenis tindak pidana atau delik menurut ilmu pengetahuan hukum pidana yang dapat dibedakan dari beberapa sudut yang antara lain sebagai berikut:

- a. Berdasarkan sistem KUHP terdapat delik kejahatan dan delik pelanggaran tersebut terdapat dalam KUHP. Pembedaan dan pembagian terletak pada buku II KUHP yang mengatur tentang kejahatan dan buku III yang mengatur tentang pelanggaran. Dalam ancaman pidananya, pelanggaran lebih ringan dari pada kejahatan yang dimana kejahatan yang ancaman pidananya menitikberatkan penjara, sedangkan pelanggaran lebih menitik beratkan denda atau kurungan. Secara kuantitatif, pembuat undang-undang membedakan delik kejahatan dan pelanggaran.
- b. Pasal 5 KUHP hanya berlaku bagi perbuatan-perbuatan yang merupakan kejahatan di Indonesia. Jika seseorang melakukan delik di luar negeri yang digolongkan sebagai delik pelanggaran di Indonesia maka dipandang tidak perlu dituntut.
- c. Percobaan (*poging*) diatur didalam Pasal 54 KUHP dan membantu melakukan delik pelanggaran tindak pidana tidak dipidana.

- d. Pada pemidanaan atau pemidanaan terhadap anak di bawah umur tergantung apakah itu kejahatan atau pelanggaran.
- e. Ditinjau dari segi perumusan terdapat delik formil dan delik materil. Delik formil adalah suatu perbuatan pidana atau tindak pidana yang dianggap selesai dengan dilakukannya suatu perbuatan yang dilarang. Sedangkan delik materil adalah suatu tindak pidana yang selesai atau sempurna dengan timbulnya akibat yang dilarang.
- f. Dilihat dari segi sifat perbuatannya terdapat delik komisi dan delik omisi. Delik komisi yaitu tindak pidana yang perbuatannya berupa perbuatan aktif yang melanggar larangan. Perbuatan aktif tersebut adalah perbuatan yang mewujudkan disyaratkan adanya gerakan dari anggota tubuh yang berbuat. Sedangkan delik omisi dibedakan menjadi dua macam yaitu delik omisi murni dan delik omisi tidak murni. Delik omisi murni adalah membiarkan suatu sesuatu yang diperintahkan. Sedangkan delik omisi tidak murni merupakan tindak pidana yang terjadi jika oleh undangundang tidak dikehendaki suatu akibat yang ditimbulkan dari suatu pengabaian.
- g. Dilihat bentuk kesalahannya terdapat delik sengaja (*delik dolus*) dan delik tidak sengaja (*delik culpa*). Delik sengaja adalah tindak pidana yang di dalam rumusnya dengan kesengajaan atau mengandung unsur kesengajaan. Sedangkan delik kelalaian atau tidak dengan

sengaja adalah tindak pidana yang dimana dalam rumusnya tidak mengandung unsur kesengajaan.

- h. Mengenai penuntutanya terdapat delik aduan dan delik biasa. Delik aduan adalah tindak pidana yang hanya dapat dituntut apabila ada pengaduan oleh orang yang merasakan dirugikan terhadap tindakan pelaku. Sedangkan delik biasa adalah tindak pidana yang dapat dituntut tanpa adanya suatu pengaduan.
- i. Perbuatannya terhadap delik yang berdiri sendiri dan delik yang diteruskan. Delik yang berdiri sendiri yaitu suatu tindak pidana yang terdiri atas satu perbuatan, sedangkan delik yang diteruskan yaitu suatu tindak pidana yang terdiri atas beberapa perbuatan yang mempunyai pertalian yang sedemikian eratny sehingga harus dianggap satu perbuatan. Pembagian antara delik yang berdiri sendiri dengan delik yang diteruskan untuk menentukan suatu perbarengan (*samenloop*).
- j. Berdasarkan keadaan terdapat delik selesai dan delik berlanjut. Delik selesai yaitu tindak pidana yang selesai terjadi dengan melakukan suatu atau beberapa perbuatan tertentu, sedangkan delik berlanjut yaitu tindak pidana yang dilakukan untuk melangsungkan suatu keadaan terlarang.
- k. Dilihat dari sudut berapa kali perbuatannya yang dilarang yang dilakukan terhadap delik tunggal dan delik berangkai. Delik tunggal

yaitu suatu tindak pidana yang terdiri atas satu perbuatan atau sekali saja dilakukan, sedangkan delik bersangkai ialah suatu tindak pidana yang terdiri dari beberapa jenis perbuatan.

- l. Dari sudut kepentingan negara terdapat delik politik dan delik kelompok. Delik politik ialah tindak pidana yang tujuannya di arahkan kepada keamanan negara dan terhadap kepala negara, sedangkan delik sederhana, delik dengan pemberatan dan delik peringanan. Delik sederhana yaitu tindak pidana yang mempunyai unsur yang sama dengan tindak pidana bentuk pokok akan tetapi ada unsur-unsur lain yang ditambahkan, sehingga ancaman pidananya lebih berat dari tindak pidana pokoknya. Sedangkan delik peringanan ialah tindak pidana yang mempunyai unsur yang sama dengan tindak pidana bentuk pokoknya akan tetapi ditambahkan unsur-unsur lainnya yang dapat meringankan ancaman pidananya.
- m. Berdasarkan dari segi subjek hukumnya terdapat *delik propria* (khusus) dan *delik komun* (umum). Delik propria atau delik khusus adalah tindak pidana yang dilakukan oleh orang-orang tertentu seperti pegawai negeri sipil atau yang mempunyai kedudukan struktural di pemerintahan. Sedangkan delik komun atau delik umum ialah tindak pidana yang dilakukan oleh setiap orang.

4. Tujuan Pidana

Hakikat serta apa yang menjadi tujuan pidana itu, perlu dikemukakan lagi bahwa hukum pidana merupakan hukum sanksi yang istimewa, atau menurut Sudarto merupakan sistem sanksi yang negatif. Hukum pidana itu diterapkan jika sarana (upaya) lain sudah tidak memadai, sehingga hukum pidana dikatakan juga mempunyai fungsi atau sifat yang subsidiar.³³

Menurut Leo Polak, apakah hakekat, makna, tujuan serta ukuran dari penderitaan pidana yang patut diterima, merupakan problema yang tidak terpecahkan. Terhadap pendapat Leo Polak itu, Sudarto menegaskan bahwa sejarah dari hukum pidana pada hakekatnya merupakan sejarah pidana dan pidana. Pidana termasuk juga tindakan (*maatregel, masznahme*), bagaimanapun juga merupakan suatu penderitaan, sesuatu yang dirasakan tidak enak untuk dikenai. Oleh karena itu, orang tidak pernah ada henti-hentinya untuk mencari dasar, hakekat dan tujuan pidana dan pidana, untuk memberikan pembenaran dari pidana itu sendiri.³⁴

Mengenai hakekat pidana, pada umumnya para penulis menyebutnya sebagai suatu penderitaan atau nestapa. Bonger mengatakan bahwa pidana adalah mengenakan suatu penderitaan, karena orang itu telah melakukan suatu perbuatan yang merugikan masyarakat. Pendapat ini sama dengan pendapat Roeslan Saleh yang mengatakan bahwa pidana

³³ Sudarto, *Hukum dan Hukum Pidana*, Alumni, Bandung, 1981, hlm. 30.

³⁴ *Ibid*, hlm. 31.

adalah “reaksi atas delik, dan berwujud suatu nestapa yang sengaja ditimpakan negara pada pembuat delik itu”.³⁵ Hal senada juga dikemukakan oleh Andi Hamzah bahwa pidana dipandang sebagai suatu nestapa yang dikenakan karena melakukan suatu delik. Akan tetapi hal ini bukan merupakan tujuan akhir, melainkan hanya tujuan terdekat. Hal tersebut yang membedakan antara pidana dan tindakan karena tindakan juga dapat berupa nestapa tetapi bukan merupakan suatu tujuan.³⁶

Dalam hal tujuan pidana, Plato dan Aristoteles mengemukakan bahwa “pidana itu dijatuhkan bukan karena telah berbuat jahat, tetapi agar jangan diperbuat kejahatan, hal ini merupakan suatu kenyataan bahwa hukum pidana bersifat preventif atau pencegahan agar tidak melakukan kejahatan atau pelanggaran. Demikian pula Herbert L. Packer yang berpendapat bahwa tingkatan atau derajat ketidakenakan atau kekejaman bukanlah ciri yang membedakan “*punishment*” dan “*treatment*”.³⁷

Perbedaan antara “*punishment*” (pidana) dan “*treatment*” (tindakan perlakuan) harus dilihat dari tujuannya, seberapa jauh peranan dari perbuatan si pelaku terhadap adanya pidana atau tindakan perlakuan. Menurut H.L. Packer, tujuan utama dari *treatment* adalah untuk memberikan keuntungan atau untuk memperbaiki orang yang bersangkutan.

³⁵ Roeslan Saleh, *Stelsel Pidana Indonesia*, Aksara Baru, Jakarta, 1978, hlm. 5.

³⁶ Andi Hamzah, *Asas-asas Hukum Pidana*, Rineka Cipta, Jakarta, 2005, hlm. 27.

³⁷ Muladi dan Barda Nawawi Arief, *Bunga Rampai Hukum Pidana*, Alumni, Bandung, 2007, hlm. 5.

Fokusnya bukan pada perbuatannya yang telah lalu atau akan yang datang, akan tetapi pada tujuan untuk memberikan pertolongan kepadanya. Jadi, dasar pembenaran dari “*treatment*” adalah pada pandangan bahwa orang yang bersangkutan akan atau mungkin menjadi lebih baik. Dengan demikian tujuan utamanya adalah untuk meningkatkan kesejahteraan orang yang bersangkutan. Sedangkan “*punishment*” menurut H.L. Packer, pembenarannya didasarkan pada satu atau dua tujuan sebagai berikut:³⁸

- a. Untuk mencegah terjadinya kejahatan atau perbuatan yang tidak dikehendaki atau perbuatan yang salah (*the prevention of crime or undesired conduct or offending conduct*);
- b. Untuk mengenakan penderitaan atau pembalasan yang layak kepada si pelanggar (*the deserved infliction of suffering on evildoers/retribution for perceived wrong doing*).

Pada masalah pidana, titik beratnya adalah pada perbuatan salah atau tindak pidana yang telah dilakukan oleh si pelaku. Dengan perkataan lain, perbuatan itu mempunyai peranan yang besar dan merupakan syarat yang harus ada untuk terjadinya “*punishment*”. Selanjutnya ditegaskan oleh H.L. Packer, bahwa: “Dalam hal “*punishment*”, kita memperlakukan seseorang karena ia telah melakukan suatu perbuatan salah dengan tujuan, baik untuk mencegah terulangnya perbuatan itu maupun untuk mengenakan penderitaan atau untuk kedua-duanya.

³⁸ *Ibid*, hlm. 6.

Sedangkan “*treatment*” tidak diperlukan adanya hubungan dengan perbuatan. Kita memperlakukan orang itu karena kita berpendapat atau beranggapan bahwa ia akan menjadi lebih baik. Kita juga boleh mengharap atau berpikiran, bahwa orang yang dikenakan pidana akan menjadi lebih baik, tetapi bukan karena hal itu kita berbuat demikian, karena tujuan utamanya adalah melakukan pencegahan terhadap perbuatan salah dan bukan perbaikan terhadap diri si pelanggar.”³⁹

H.L. Packer juga menegaskan bahwa sepanjang perhatian kita tujukan pada:⁴⁰

- a. Aktivitas seseorang di masa yang akan datang untuk sesuatu yang telah dilakukannya pada masa lalu (*a person's future activity to something he has done in the past*);
- b. Perlindungan terhadap orang lain daripada perbaikan terhadap diri si pelaku (*the protection of other rather than the betterment of the person being dealt with*).

Selanjutnya dikemukakan Barda Nawawi Arief, bertolak dari pengertian di atas, maka apabila aturan aturan perundang-undangan (*the statutory rules*) dibatasi pada hukum pidana substantif yang terdapat dalam KUHP, dapatlah dikatakan bahwa keseluruhan ketentuan dalam KUHP, baik berupa aturan umum maupun aturan khusus tentang perumusan tindak pidana, pada hakekatnya merupakan satu kesatuan

³⁹ *Ibid*

⁴⁰ *Ibid*, hlm. 7.

sistem pemidanaan. Keseluruhan peraturan perundang-undangan (*statutory rules*) di bidang hukum pidana substantif tersebut terdiri dari aturan umum (*general rules*) dan aturan khusus (*special rules*). Aturan umum terdapat di dalam KUHP (Buku I), dan aturan khusus terdapat dalam KUHP Buku II dan Buku III, maupun dalam Undang-Undang Khusus di luar KUHP. Aturan khusus tersebut pada umumnya memuat perumusan tindak pidana tertentu, namun dapat pula memuat aturan khusus yang menyimpang dari aturan umum.⁴¹

Sistem pemidanaan secara garis besar mencakup 3 (tiga) permasalahan pokok, yaitu Jenis pidana (*strafsoort*), lamanya ancaman pidana (*strafmaat*), dan pelaksanaan pidana (*strafmodus*).

a. Jenis Pidana (*Strafsoort*)

Jenis pidana dapat dilihat dalam ketentuan Pasal 10 KUHP yang terdiri dari:⁴²

- 1) Pidana pokok berupa:
 - a) Pidana mati;
 - b) Pidana penjara;
 - c) Pidana kurungan;
 - d) Pidana denda;
 - e) Pidana tutupan.

⁴¹ Barda Nawawi Arief, *Kapita Selekta Hukum Pidana*, PT. Citra Aditya Bakti, Bandung, 2003, hlm. 136.

⁴² Slamet Siswanta, *Pidana Pengawasan Dalam Sistem Pemidanaan Di Indonesia*, Tesis, Universitas Diponegoro, Semarang, 2007, hlm. 39.

- 2) Pidana tambahan berupa:
 - a) Pencabutan beberapa hak tertentu;
 - b) Perampasan barang-barang tertentu;
 - c) Pengumuman putusan hakim.

Sesuai dengan ketentuan Pasal 10 KUHP, Indonesia hanya mengenal pidana pokok dan pidana tambahan.

b. Lamanya Ancaman Pidana (*Strafmaat*)

Ada beberapa pidana pokok yang seringkali secara alternatif diancamkan pada perbuatan pidana yang sama. Oleh karena itu, hakim hanya dapat menjatuhkan satu diantara pidana yang diancamkan itu. Hal ini mempunyai arti, bahwa hakim bebas dalam memilih ancaman pidana. Sedangkan mengenai lamanya atau jumlah ancaman, yang ditentukan hanya maksimum dan minimum ancaman. Dalam batas-batas maksimum dan minimum inilah hakim bebas bergerak untuk menentukan pidana yang tepat untuk suatu perkara. Akan tetapi kebebasan hakim ini tidaklah dimaksudkan untuk membiarkan hakim bertindak sewenang-wenang dalam menentukan pidana dengan sifat yang subjektif.

Hal tersebut senada dengan pendapat Leo Polak yang mengemukakan bahwa salah satu syarat dalam pemberian pidana adalah beratnya pidana harus seimbang dengan beratnya delik. Beratnya pidana tidak boleh melebihi beratnya delik. Hal ini perlu

supaya penjahat tidak dipidana secara tidak adil. Kemudian berkaitan dengan tujuan diadakannya batas maksimum dan minimum adalah untuk memberikan kemungkinan pada hakim dalam memperhitungkan bagaimana latar belakang dari kejadian, yaitu dengan berat ringannya delik dan cara delik itu dilakukan, pribadi si pelaku delik, umur, dan keadaan-keadaan serta suasana waktu delik itu dilakukan, disamping tingkat intelektual atau kecerdasannya.⁴³

KUHP di Indonesia hanya mengenal maksimum umum dan maksimum khusus serta minimum umum. Ketentuan maksimum bagi penjara adalah 15 (lima belas) tahun berturut-turut, bagi pidana kurungan 1 (satu) tahun, dan maksimum khusus dicantumkan dalam tiap-tiap rumusan delik, sedangkan pidana denda tidak ada ketentuan maksimum umumnya. Adapun pidana penjara dan pidana kurungan, ketentuan minimumnya adalah satu hari. Dalam undang-undang juga diatur mengenai keadaan-keadaan yang dapat menambah dan mengurangi pidana. Keadaan yang dapat mengurangi pidana adalah percobaan dan pembantuan, dan terhadap dua hal ini, pidana yang diancamkan adalah maksimum pidana atas perbuatan pidana pokoknya dikurangi seperiga, seperti ketentuan dalam Pasal 53 ayat (2) dan Pasal 57 KUHP.

⁴³ Djoko Prakoso dan Nurwachid, *Studi Tentang Pendapat-Pendapat Mengenai Efektivitas Pidana Mati di Indonesia*, Ghalia Indonesia, Jakarta, 1983, hlm. 20.

Pasal 53 ayat (2) KUHP menyatakan “Maksimum pidana pokok terhadap kejahatan dalam hal percobaan dikurangi sepertiga”. Sedangkan Pasal 57 ayat (1) KUHP menyatakan “Dalam hal pembantuan, maksimum pidana pokok terhadap kejahatan, dikurangi sepertiga”. Disamping ketentuan yang meringankan juga diatur tentang keadaan-keadaan yang dapat menambah atau memperberat pidana, yaitu perbarengan, *recidive* serta pegawai negeri. Dalam hal pidana penjara dapat ditambah menjadi maksimum 20 tahun, pidana kurungan menjadi maksimum 1 tahun 4 bulan dan pidana kurungan pengganti menjadi 8 bulan.

c. Pelaksanaan Pidana (*Strafmodus*)

KUHP yang berlaku di Indonesia pada saat ini belum mengenal hal yang dinamakan pedoman pidanaan. Oleh karena itu, hakim dalam memutus suatu perkara diberi kebebasan memilih jenis pidana (*strafsoort*) yang dikehendaki, sehubungan dengan sistem alternatif dalam pengancaman di dalam undang-undang. Selanjutnya hakim juga dapat memilih berat ringannya pidana (*strafmaat*) yang akan dijatuhkan, sebab yang ditentukan oleh undang-undang hanya maksimum dan minimum pidana.

Sehubungan dengan hal tersebut, maka yang sering menimbulkan masalah dalam praktek adalah mengenai kebebasan hakim dalam menentukan berat ringannya pidana yang diberikan. Hal

ini disebabkan undang-undang hanya menentukan batas maksimum dan minimum pidananya saja. Sebagai konsekuensi darimasalah tersebut, akan terjadi hal yang disebut dengan disparitas pidana.

5. Teori-teori Pidanaan

Perkembangan teori-teori tentang tujuan pidanaan berkembang seiring dengan munculnya berbagai aliran-aliran di dalam hukum pidana yang mendasari perkembangan teori-teori tersebut. Perihal ide dari ditetapkannya tujuan pidana dan pidanaan dapat dilihat dari berbagai teori-teori pidanaan yang dalam perkembangannya sebagai berikut:

a. Teori Absolut/Teori pembalasan (*Vergeldings Theorien*)

Menurut teori ini pidana dijatuhkan semata-mata karena orang telah melakukan kejahatan atau tindak pidana. Teori ini diperkenalkan oleh Kant dan Hegel. Teori Absolut didasarkan pada pemikiran bahwa pidana tidak bertujuan untuk praktis, seperti memperbaiki penjahat tetapi pidana merupakan tuntutan mutlak, bukan hanya sesuatu yang perlu dijatuhkan tetapi menjadi keharusan, dengan kata lain hakikat pidana adalah pembalasan (*revenge*). Sebagaimana yang dinyatakan Muladi bahwa: Teori absolut memandang bahwa pidanaan merupakan pembalasan atas kesalahan yang telah dilakukan sehingga berorientasi pada perbuatan dan terletak pada terjadinya kejahatan itu sendiri. Teori ini mengedepankan bahwa sanksi dalam hukum pidana

dijatuhkan semata-mata karena orang telah melakukan sesuatu kejahatan yang merupakan akibat mutlak yang harus ada sebagai suatu pembalasan kepada orang yang melakukan kejahatan sehingga sanksi bertujuan untuk memuaskan tuntutan keadilan.⁴⁴

Menurut Vos, bahwa: Teori pembalasan absolut ini terbagi atas pembalasan subjektif dan pembalasan objektif. Pembalasan subjektif adalah pembalasan terhadap kesalahan pelaku, sementara pembalasan objektif adalah pembalasan terhadap apa yang telah diciptakan oleh pelaku di dunia luar. Teori pembalasan mengatakan bahwa pidana tidaklah bertujuan untuk yang praktis, seperti memperbaiki penjahat. Kejahatan itu sendirilah yang mengandung unsur-unsur untuk dijatuhkannya pidana. Pidana secara mutlak ada, karena dilakukan suatu kejahatan. Tidaklah perlu untuk memikirkan manfaat menjatuhkan pidana itu. Setiap kejahatan harus berakibatkan dijatuhkan pidana kepada pelanggar. Oleh karena itulah maka teori ini disebut teori absolut. Pidana merupakan tuntutan mutlak, bukan hanya sesuatu yang perlu dijatuhkan tetapi menjadi keharusan. Hakikat suatu pidana ialah pembalasan.⁴⁵

Nigel Walker menjelaskan bahwa ada dua golongan penganut teori retributif yaitu: teori retributif murni yang memandang bahwa

⁴⁴ Zainal Abidin Farid, *Hukum Pidana 1*, Sinar Grafika, Jakarta, 2005, hlm. 11.

⁴⁵ Andi Hamzah, *Asas-asas Hukum Pidana*, Rineka Cipta, Jakarta, 2005, hlm. 31.

pidana harus sepadan dengan kesalahan. Teori retributif Tidak Murni, Teori ini juga masih terpecah menjadi dua yaitu:⁴⁶

- 1) Teori retributif terbatas (*the limiting retribution*). Yang berpandangan bahwa pidana tidak harus sepadan dengan kesalahan. Yang lebih penting adalah keadaan yang tidak menyenangkan yang ditimbulkan oleh sanksi dalam hukum pidana itu harus tidak melebihi batas-batas yang tepat untuk penetapan kesalahan pelanggaran.
- 2) Teori retributif distribusi (*retribution in distribution*). Penganut teori ini tidak hanya melepaskan gagasan bahwa sanksi dalam hukum pidana harus dirancang dengan pandangan pada pembalasan, namun juga gagasan bahwa harus ada batas yang tepat dalam retribusi pada beratnya sanksi.

b. Teori Relatif atau Tujuan (*Doel Theorien*)

Teori relatif atau teori tujuan, berpokok pangkal pada dasar bahwa pidana adalah alat untuk menegakkan tata tertib (hukum) dalam masyarakat. Teori ini berbeda dengan teori absolut, dasar pemikiran agar suatu kejahatan dapat dijatuhi hukuman artinya penjatuhan pidana mempunyai tujuan tertentu, misalnya memperbaiki sikap mental atau membuat pelaku tidak berbahaya lagi, dibutuhkan proses pembinaan sikap mental.

⁴⁶ Muladi dan Barda Nawawi Arief, *op.cit.*, hlm. 12.

Teori relatif ini berbasas pada tiga tujuan utama pemidanaan yaitu preventif, deterrence, dan reformatif. Tujuan preventif (*prevention*) untuk melindungi masyarakat dengan menempatkan pelaku kejahatan terpisah dari masyarakat. Tujuan menakuti (*deterrence*) untuk menimbulkan rasa takut melakukan kejahatan, baik bagi individual pelaku agar tidak mengulangi perbuatannya, maupun bagi publik sebagai langkah panjang, sedangkan tujuan perubahan (*reformation*) untuk mengubah sifat jahat si pelaku dengan dilakukannya pembinaan dan pengawasan, sehingga nantinya dapat kembali melanjutkan kebiasaan hidupnya sehari-hari sebagai manusia yang sesuai dengan nilai-nilai yang ada di masyarakat.

Menurut teori ini suatu kejahatan tidak mutlak harus diikuti dengan suatu pidana. Untuk ini, tidaklah cukup adanya suatu kejahatan, tetapi harus dipersoalkan perlu dan manfaatnya suatu pidana bagi masyarakat atau bagi si penjahat sendiri. Tidaklah saja dilihat pada masa lampau, tetapi juga pada masa depan. Dengan demikian, harus ada tujuan lebih jauh daripada hanya menjatuhkan pidana saja. Dengan demikian, teori ini juga dinamakan teori tujuan. Tujuan ini pertama-tama harus diarahkan kepada upaya agar dikemudian hari kejahatan yang dilakukan itu tidak terulang lagi (*prevensi*). Teori relatif ini melihat bahwa penjatuhan pidana bertujuan untuk

memperbaiki si penjahat agar menjadi orang yang baik dan tidak akan melakukan kejahatan lagi.

Menurut Zevenbergen "terdapat tiga macam memperbaiki si penjahat, yaitu perbaikan yuridis, perbaikan intelektual, dan perbaikan moral." Perbaikan yuridis mengenai sikap si penjahat dalam hal menaati undang-undang. Perbaikan intelektual mengenai cara berfikir si penjahat agar ia insyaf akan jeleknya kejahatan. Sedangkan perbaikan moral mengenai rasa kesusilaan si penjahat agar ia menjadi orang yang bermoral tinggi.⁴⁷

c. Teori Gabungan/Modern (*Verenigings Theorien*)

Teori gabungan atau teori modern memandang bahwa tujuan pemidanaan bersifat plural, karena menggabungkan antara prinsip-prinsip relatif (tujuan) dan absolut (pembalasan) sebagai satu kesatuan. Teori ini bercorak ganda, dimana pemidanaan mengandung karakter pembalasan sejauh pemidanaan dilihat sebagai suatu kritik moral dalam menjawab tindakan yang salah. Sedangkan karakter tujuannya terletak pada ide bahwa tujuan kritik moral tersebut ialah suatu reformasi atau perubahan perilaku terpidana di kemudian hari.

Teori ini diperkenalkan oleh Prins, Van Hammel, Van List dengan pandangan sebagai berikut:⁴⁸

⁴⁷ Wirjono Prodjodikoro, *Asas-asas Hukum Pidana di Indonesia*, Refika Aditama, Bandung, 2003, hlm. 26.

⁴⁸ Djoko Prakoso, *Hukum Penitensier di Indonesia*, Liberty, Yogyakarta, 1988, hlm. 47.

- 1) Tujuan terpenting pidana adalah membrantas kejahatan sebagai suatu gejala masyarakat.
- 2) Ilmu hukum pidana dan perundang-undangan pidana harus memperhatikan hasil studi antropologi dan sosiologis.
- 3) Pidana ialah suatu dari yang paling efektif yang dapat digunakan pemerintah untuk memberantas kejahatan. Pidana bukanlah satu-satunya sarana, oleh karena itu pidana tidak boleh digunakan tersendiri akan tetapi harus digunakan dalam bentuk kombinasi dengan upaya sosialnya.

Pandangan di atas menunjukkan bahwa teori ini mensyaratkan agar pemidanaan itu selain memberikan penderitaan jasmani juga psikologi dan terpenting adalah memberikan pemidanaan dan pendidikan.

B. Tinjauan Pustaka Tentang Pencabulan-Pencabulan Terhadap Anak di Bawah Umur

1. Pengertian Anak

Anak adalah generasi penerus yang merupakan bagian yang sangat penting dalam pembangunan di masa yang akan datang. Terkait dengan penelitian ini, maka perlu dikemukakan mengenai kriteria dari siapa yang dapat disebut anak. Berikut beberapa pengertian dari batasan mengenai siapa yang disebut anak ditinjau dari beberapa sudut:

- a. Pasal 1 angka 1 Undang-undang Nomor 23 Tahun 2002 tentang Perlindungan Anak: “Anak adalah seseorang yang belum berusia 18 (delapan belas) tahun, termasuk anak yang masih dalam kandungan.” Dengan demikian dapat dikatakan bahwa anak haruslah yang berusia dibawah 18 (delapan belas) tahun.
- b. Pasal 1 angka 28 Undang-undang Nomor 28 Tahun 2002 Tentang Ketenagakerjaan: “Anak adalah setiap orang yang berusia dibawah 18 (delapan belas) tahun.” Dengan demikian dapat dikatakan bahwa anak-anak yang berusia diatas 18 (delapan belas) tahun maka tidak dapat dikatakan sebagai anak.
- c. Pasal 1 angka 2 Undang-undang Nomor 4 Tahun 1979 Tentang Kesejahteraan Anak: “Anak adalah seseorang yang belum mencapai umur 21 (dua puluh satu) tahun dan belum pernah kawin.” Dengan demikian dapat dikatakan bahwa yang dianggap anak adalah yang belum berusia 21 dan belum pernah menikah.
- d. Pasal 330 KUHPerdara: “Belum dewasa adalah mereka yang belum mencapai umur genap dua puluh satu tahun, dan tidak lebih dahulu telah kawin.” Dengan demikian dapat dikatakan bahwa seseorang yang dianggap anak apabila belum genap mencapai umur 20 (dua puluh) tahun dan belum pernah kawin.
- e. Pasal 1 Konvensi Hak Anak (Ratifikasi Kep Presiden 36 Tahun 1990): “Seorang anak adalah setiap manusia yang berusia di bawah 18

(delapan belas) tahun kecuali, berdasarkan undang-undang yang berlaku bagi anak-anak, kedewasaan dicapai lebih cepat.” Dengan demikian dapat dikatakan bahwa seseorang yang dianggap anak adalah yang belum berusia 18 (delapan belas) tahun apabila lebih dari usia 18 tahun maka tidak dapat dianggap sebagai anak.

- f. Undang-undang Nomor 39 Tahun 1999 Tentang Hak Asasi Manusia: “Batas usia anak adalah 18 tahun dan belum menikah.” Dengan demikian dapat dikatakan bahwa anak dianggap sebagai anak apabila belum berumur 18 (delapan belas) tahun atau dibawah umur 18 (delapan belas) tahun dan belum pernah menikah.

Selanjutnya Suryana Hamid mengemukakan bahwa *task force on Juvenile Delinquency Prevention* menentukan bahwa batas umur anak yang bisa dipertanggungjawabkan menurut hukum pidana adalah: “Berumur 10 (sepuluh) sampai 18 (delapan belas) tahun, menentukan batas umur anak sampai 18 (delapan belas) tahun.”⁴⁹

Anak dipahami sebagai individu yang belum dewasa. Dewasa dalam arti anak belum memiliki kematangan rasional, emosional, moral, dan sosial seperti orang dewasa pada umumnya. Anak merupakan generasi penerus bangsa dan penerus pembangunan, yaitu generasi yang dipersiapkan sebagai subjek pelaksana pembangunan yang berkelanjutan

⁴⁹ Suryana Hamid, *Hak Asasi Manusia Dalam Sistem Peradilan Pidana*, PPPKPH-UI, Jakarta, 2004, hlm.21.

dan pemegang kendali masa depan suatu negara, tidak terkecuali Indonesia.

Menurut para fuqaha, kemampuan berfikir pada anak dimulai sejak ia berusia lima belas tahun. Apabila anak telah menginjak usia tersebut, ia dianggap telah dewasa secara hukum. Imam Abu Hanifah membatasi kedewasaan pada usia delapan belas tahun; menurut suatu riwayat 19 (sembilan belas) tahun bagi laki-laki dan tujuh belas tahun bagi perempuan. pendapat populer dalam mazhab Maliki sejalan dengan pendapat Abu Hanifah karena mereka menentukan usia dewasa delapan belas tahun dan menurut sebagian yang lain sembilan belas tahun.⁵⁰

Hukum Islam dalam membatasi anak di bawah umur terdapat perbedaan penentuan. Seseorang yang dikatakan baliq atau dewasa apabila telah memenuhi satu dari sifat di bawah ini :

- a. Telah berumur 15 (lima belas) tahun;
- b. Telah keluar air mani bagi laki-laki;
- c. Telah datang haid bagi perempuan;

Batasan itu berdasarkan hitungan usia, tetapi sejak ada tanda-tanda perubahan badaniah baik bagi anak laki-laki, demikian pula bagi anak perempuan. Menurut Hukum Islam, anak disebut orang yang belum baliq atau belum berakal jika dianggap belum cakap untuk berbuat atau bertindak.

⁵⁰ Abdul Qadir Audah, *At-Tasyri al-Jina'i al-Islamiy Muqaranan Bil Qanunil Wad'iy*, Muassasah Ar-Risalah, Beirut Libanon, 1992, hlm. 253.

2. Pengertian Pencabulan Terhadap Anak di Bawah Umur

Perbuatan cabul sebagaimana dijelaskan dalam Pasal 390 RUU KUHP yang diambil dari Pasal 289 KUHP adalah dalam lingkungan nafsu birahi kelamin misalnya:

- a. Seorang laki-laki dengan paksa menarik tangan seorang wanita dan menyentuhkan pada alat kelaminnya.
- b. Seorang laki-laki merabai badan seorang anak perempuan wanita dan kemudian membuka kancing baju anak tersebut untuk dapat mengelus payudaranya dan menciumnya. Pelaku melakukan tersebut untuk memuaskan nafsu seksualnya.⁵¹

Menurut R. Soesilo yaitu “Segala perbuatan yang melanggar kesusilaan (kesopanan) atau perbuatan yang keji semua itu dalam lingkungan nafsu birahi kelamin, misalnya cium-ciuman meraba-raba anggota kemaluan, meraba-raba buah dada, dan lain sebagainya. Pada umumnya yang menjadi pencabulan ini adalah anak-anak”.⁵²

Mengenai tindak pidana pencabulan, harus ada orang sebagai subjeknya dan orang itu melakukannya dengan kesalahan, dengan perkataan lain jika dikatakan telah terjadi suatu tindak pidana pencabulan, berarti ada orang sebagai subjeknya dan pada orang itu terdapat kesalahan. Adapun unsur-unsur mengenai tindak pidana pencabulan menurut

⁵¹ Soedarso, *Kamus Hukum*, Rineka Cipta, Jakarta, 1992, hlm. 65.

⁵² R. Soesilo, *Kitab-Kitab Undang Hukum Pidana Serta Komentar-Komentar Lengkap Pasal Demi Pasal*, Bogor, Politea, 1996, hlm. 212.

Undang-undang Nomor 23 Tahun 2002 tentang perlindungan anak Pasal 82 adalah:

- a. Unsur “barang siapa”, dalam hal ini menunjukkan tentang subjek atau pelaku atau siapa yang didakwa melakukan tindak pidana.
- b. Unsur “dengan sengaja melakukan kekerasan atau ancaman kekerasan, memaksa, melakukan tipu muslihat, serangkaian kebohongan atau membujuk anak atau untuk melakukan atau membiarkan dilakukan perbuatan cabul”.

3. Unsur-unsur Tindak Pidana Pencabulan Terhadap Anak di Bawah Umur

Tindak pidana mengadakan hubungan kelamin diluar pernikahan dengan seorang wanita yang belum mencapai usia lima belas tahun atau yang belum dapat dinikahi oleh pembentuk undang-undang telah diatur dalam Pasal 287 KUHP, yaitu:

- (1) “Barang siapa bersetubuh dengan seorang wanita yang bukan istrinya, padahal diketahuinya atau sepatutnya harus diduganya bahwa umur wanita itu belum lima belas tahun, atau kalau umumnya belum jelas, bahwa belum waktunya untuk dikawinkan, diancam dengan pidana penjara paling lama Sembilan tahun.
- (2) “Penuntutan dilakukan hanya atas pengaduan, kecuali bila umur wanita itu belum sampai dua belas tahun atau bila ada salah satu hal tersebut dalam Pasal 291 dan Pasal 294.

Tindak pidana yang diatur dalam Pasal 287 ayat (1) KUHP terdiri atas unsur-unsur:⁵³

a. Unsur-unsur subjektif:

- 1) Yang ia ketahui;
- 2) Yang sepantasnya harus ia duga.

b. Unsur-unsur objektif

- 1) Barang siapa;
- 2) Mengadakan hubungan kelamin diluar perkawinan;
- 3) Wanita yang belum mencapai usia lima belas tahun atau yang belum dapat dinikahi.

Dari diisyaratkan dua unsur subjektif secara bersama-sama, yakni unsur yang ia ketahui dan unsur pidana yang sepantasnya harus ia duga didalam rumusan tindak yang diatur dalam Pasal 287 ayat 1 KUHP, orang dapat mengetahui bahwa tindak pidana yang diatur dalam Pasal 287 ayat (1) KUHP itu mempunyai unsur subjektif yang “*proparte dolus*” dan “*pro parte culpa*”.

Kedua unsur subjektif tersebut meliputi unsur objektif ketiga dari tindak pidana yang diatur dalam Pasal 287 ayat (1) KUHP yakni unsur wanita yang belum dapat dinikahi. Agar pelaku dapat dinyatakan terbukti telah memenuhi unsur-unsur subjektif tersebut, baik penuntut umum maupun hakim harus dapat membuktikan bahwa pelaku memang

⁵³ P.A.F. Lamintang dan Theo Lamintang, *Kejahatan Melanggar Norma Kesusilaan & Norma Kepatutan*, Sinar Grafika, Jakarta, 2011, hlm. 113-114.

mengetahui atau setidaknya-tidaknya dapat menduga bahwa wanita yang mengadakan hubungan kelamin diluar pernikahan dengan dirinya belum mencapai usia lima belas tahun atau belum dapat dinikahi.

Unsur objektif pertama dari tindak pidana yang diatur dalam Pasal 287 ayat (1) KUHP adalah unsur barangsiapa. Kata barang siapa menunjukkan pria, yang apabila pria tersebut memenuhi semua unsur dari tindak pidana yang diatur dalam Pasal 287 ayat (1) KUHP, maka ia dapat disebut sebagai pelaku dari tindak pidana tersebut. Unsur subjektif kedua dari tindak pidana yang diatur dalam Pasal 287 ayat (1) KUHP ialah unsur mengadakan hubungan diluar perkawinan.⁵⁴

Untuk terpenuhinya unsur ini oleh pelaku, tidaklah cukup jika hanya terjadi persinggungan diluar antara alat kelamin pelaku dengan alat kelamin korban, melainkan harus terjadi persatuan antara alat kelamin pelaku dengan.

4. Peraturan Perundang-Undangan Yang Mengatur Tentang Pencabulan Terhadap Anak di Bawah Umur

a. Menurut Hukum Islam

Sebelum berbicara tentang hukum Islam, terlebih dahulu kita memahami makna Islam (sebagai agama) yang menjadi induk/sumber hukum Islam itu sendiri. Sebabnya adalah karena berbeda dengan hukum Eropa yang memisahkan iman dari atau agama dari hukum,

⁵⁴ *Ibid*

hukum dari kesusilaan, dalam hukum Islam pemisahan yang demikian itu tidak mungkin dilakukan karena selain hukum Islam itu bersumber dari agama Islam, dari sistem ajaran Islam, hukum adalah bagian yang tidak dapat dipisahkan dengan iman dan agama.

Hukum Islam adalah hukum yang bersumber dari agama Islam. Sebagai sistem hukum yang mempunyai beberapa istilah kunci yang perlu dijelaskan lebih dahulu, sebab kadangkala membingungkan, karena tidak diketahui perisih makna, seperti istilah (1) hukum; (2) hukum dan *ahkam*; (3) syari'ah/syari'at; (4) fiqh/fiqhi; dan beberapa kata lain yang berangkaian dengan kata tersebut.⁵⁵

Sistem hukum Islam ada lima hukum/kaidah yang dipergunakan sebagai patokan untuk mengukur perbuatan manusia baik dibidang Al- Khashah seperti: (1) jaiz; atau mubah/hibah (2) Sunnat; (3) makruh; dan (4) haram.

Tindak pidana kesusilaan seperti pencabulan (zina) termasuk dalam salah satu kategori jarimah hudud. Hudud secara etimologi bentuk jamak dari kata "*hadd*" membatasi.⁵⁶ *Hudud* secara istilah yakni peraturan atau undang- undang dari Allah yang bersifat membatasi atau mencegah yang berkenaan dengan hal-hal yang boleh

⁵⁵ Muhammad Daud Ali, *Hukum Islam*, Cet. Ke-3, Raja Grafindo Persada, Jakarta, 1993, hlm. 38-50.

⁵⁶ Atabik Ali, Ahmad Zuhdi Mudlor, *Kamus Kontemporer Arab Indonesia*, Multi Karya Grafika, Yogyakarta, 1998, Cet. Ke-4, hlm. 696.

dan yang dilarang (*haram*).⁵⁷ Dimana *jarimah* ini merupakan hak Allah secara mutlak. Sanksi hukuman pelaku pencabulan selain dihukum seperti pelaku zina, juga dihukum dengan hukuman *ta'zir* sebagai hukuman tambahan atas paksaan kekerasan atau ancaman yang dilakukan untuk mempelancar perbuatan pencabulannya. Sangat tegas hukum Islam telah menentukan mengenai kejahatan terhadap kesusilaan (*zina*). Pada dasarnya kejahatan terhadap kesusilaan merupakan kejahatan yang sangat peka, dikarenakan menyangkut kehormatan manusia. Dalam pandangan Islam soal moral seks tidak sembarangan, maka segala hal yang mendekati zina juga dilarang.

Secara garis besar *jarimah/tindak pidana* didalam hukum pidana Islam (*fiqh jinayah*) dibedakan menjadi tiga, yakni: *jarimah hudud (hud)*, *jarimah qishash* dan *jarimah ta'zir*. yang mengandung delik-delik kesusilaan didalamnya adalah *jarimah hudud* dan *jarimah ta'zir*, yaitu sebagai berikut:⁵⁸

1) *Jarimah Hudud*

Jarimah hudud, yakni *jarimah* yang ditentukan oleh Allah baik bentuk *jarimah*nya maupun hukumannya. Tindak pidana kesusilaan yang termasuk *jarimah hudud* adalah: Zina secara harfiah berarti *fahisyah*, yaitu perbuatan keji. Zina dalam

⁵⁷ Ahmad Hanafi, *Asas-asas Hukum Pidana Islam*, Cet. Ke-1, Bulan Bintang, Jakarta, 1993, hlm. 24.

⁵⁸ Andiaksari Hendriawati, *Analisis Hukum Positif Dan Hukum Islam Terhadap Putusan Perkara No. 325/Pid.B/2007/PN.Jak.Sel Tentang Tindak Pidana Pencabulan Terhadap Anak*, Skripsi, UIN SUKA, Yogyakarta, 2009, hlm. 52.

pengertian istilah adalah hubungan kelamin antara seseorang laki-laki dengan perempuan, yang satu sama lain tidak ada hubungan pernikahan. Para Fuqaha mengartikan zina adalah melakukan hubungan seksual dalam arti memasukkan *zakar* (kelamin pria) ke vagina wanita dinyatakan haram, bukan karena *syubhat*, tetapi atas dasar syahwat.⁵⁹

Dasar hukum jarimah zina, yaitu:⁶⁰

الزانية والزانى فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة والتأخذكم بهما رافعة فدين اهل ان كنتم مؤمنون با
هلل واليوم الآخر وليشهد عذابهما طائفة من المؤمنين

Artinya: “Perempuan yang berzina dan laki-laki yang berzina, maka deralah tiap-tiap seorang dari keduanya seratus kali dera dan janganlah kamu merasa belas kasihan kepada keduanya hingga mencegah kamu dalam menjalankan agama Allah, jika kamu beriman kepada Allah dan hari akhir dan hendaklah hukuman itu disaksikan oleh sekumpulan dari orang-orang beriman” (QS. An-Nur: 2).

Adapun unsur-unsur zina dalam *Fiqh Jinayah* adalah sebagai berikut:

- a) Hubungan seksual yang diharamkan, dan dilakukan secara sadar dan sengaja. Hubungan seksual yang diharamkan tersebut adalah memasukkan penis meskipun hanya sebagian ke dalam vagina (*iltiqa' khitanain*), baik hubungan itu menyebabkan sperma keluar atau tidak.

⁵⁹ *Ibid*, hlm. 53

⁶⁰ Rahmat Hakim, *Hukum Pidana Islam (Fiqh Jinayah)*, Pustaka Setia, Bandung, 2000, hlm. 74.

- b) Wanita yang disenggami itu tidak mempunyai hubungan perkawinan dengan lelaki tersebut, baik perkawinan itu bersifat sah maupun shubhat, seperti perkawinan yang berlangsung tanpa dihadiri dua orang saksi atau tidak mempunyai wali, atau pernikahan yang dibatasi waktunya (termasuk nikah mut'ah).⁶¹

Hukum Islam menjatuhkan suatu sanksi bagi pelaku pemerkosaan terhadap anak di bawah umur, diperlukannya minimal empat orang saksi laki-laki yang adil dan berdasarkan alat-alat bukti yang sah dan orang yang melakukan perbuatan tersebut harus mengakui secara terus terang. Contohnya *Bayyinah* atau *Hujjah* ialah berupa petunjuk alat bukti. Alat-alat bukti yang paling pokok atau *hujjah syar'iyah* yang diperlukan dalam sebuah pembuktian adalah:⁶²

- 1) *Iqrar* (pengakuan) yaitu hujjah bagi si pelaku memberi pengakuan sendiri.
- 2) *Syahadah* (kesaksian) yaitu hujjah yang mengenai orang lain.
- 3) *Qarinah* (qarinah yang diperlukan).

Berikut adalah penjelasan hukuman bagi pelaku zina:

- a) Hukum Dera dan Pengasingan

Hukuman dera dilakukan sampai seratus kali cambukan dan diasingkan selama satu tahun terhadap zina yang dilakukan

⁶¹ Imaning Yusuf, *Fiqh Jinayah*, Rafah Press, Palembang, 2009, hlm. 104.

⁶² Abdul Qadir Audah, *At-Tasyri' Al-Jinaiy Al-Islamiy Muqoronan Bil Qanunil Wad'iy, Juz I*, Muassasah Ar-Risalah, Beirut-Libanon, 1992, hlm. 441.

oleh orang yang belum beristri (*ghairu muhsan*) dan terhadap korban perkosaan tidak diberikan sanksi karena dia mendapat paksaan beserta ancaman dari pelaku. Pengertian dera yang dikhususkan untuk pezina yang belum menikah, dinyatakan oleh banyak periwayat, diantaranya seperti Ibnu Abbas yang mendengar Umar Bin al-Khattab berkata, bahwa hukum rajam ditegakkan atas pria atau wanita yang berzina sedangkan mereka telah menikah, baik itu dengan adanya bukti yang kuat berupa kehamilan atau pengakuan.⁶³

Dalam penambahan hukuman pengasingan ini para ulama berbeda pendapat, yaitu:⁶⁴

- (1) Menurut Imam Abu Hanifah bahwa tidak mesti dihukum buang atau di asingkan saat hukum pengasingan diserahkan kepada pertimbangan yang memutuskan (hakim).
- (2) Menurut Imam Ahmad bahwa rasanya hukuman dera seratus kali belum cukup, sehingga perlu ditambah dengan pengasingan selama satu tahun.
- (3) Menurut Imam Malik bahwa yang dikenakan hukuman pengasingan hanya pria saja, sedangkan bagi wanita tidak ada sanksi apa-apa.

⁶³ Ikhtilaf al-Hadits, 1985 Vol.I, hlm.221

⁶⁴ As'ari Abdul Ghafar, *Pandangan Islam Tentang Zina Dan Perkawinan Sesudah Hamil*, Grafindo Utama, Jakarta, 1997, hlm 43-44.

(4) Menurut Imam Syafi'i, al-Qurtubi dan para khulafaurasyidin mereka menyatakan bahwa perlu didera dan diisolasikan bagi para pezina mukhsan.

b) Rajam

Hukuman rajam adalah hukuman mati dengan jalan dilempari dengan batu yang dikenakan kepada pelaku *zina mukhsan* (orang yang sudah beristri) baik pria maupun wanita para ulama berbeda pendapat apakah hukuman bagi *tsayyib* (orang yang sudah menikah) itu dijilid seratus kali lalu dirajam ataukah hanya dirajam saja. Ada yang menggabungkan kedua hukuman tersebut dengan alasan bahwa jilid itu adalah hukuman pokok, sedangkan diasingkan setahun baik (orang yang belum menikah) dan rajam bagi *tsayyib* itu merupakan hukuman tambahan.⁶⁵ Hukuman jarimah zina ada dua macam, yaitu:

(1) Zina muhsan (sudah berkeluarga) adalah dirajam sampai meninggal, sesuai dengan sabda Nabi SAW:

خذوا عني خذوا عني، خذوا عني. فقد جعل اهلل لهن سبيال، البكر بالبكر جلد مائة ونفي سنة
والثيب بالثيب جلد مائة والرجم بالحجارة

Artinya: “ambillah hukum dariku, karena Tuhan telah memberikan jalan penyelesaian bagi mereka (wanita yang berzina) gadis dan pemuda seratus kali jilid dan

⁶⁵ A. Djazuli, *Fikh Jinayah Upaya Menaggulangi Kejahatan Dalam Islam*, Pustaka Raja Grafindo, Jakarta, 1997, hlm. 43-44.

pengasingan selama setahun, sedangkan janda seratus kali jilid dan lemparan batu (rajam).”

- (2) Zina gairu muhsan (belum menikah), hukumnya adalah seratus kali cambuk dan diasingkan selama 1 tahun.

Ketentuan ini berdasarkan firman Allah SWT:

الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة والتأخذكم بهما رأفة فدين اهل ان كنتم تؤمنون با
هلل واليوم الآخر وليشهد عذابهما طائفة من المؤمنين

Artinya: “Perempuan yang berzina dan laki-laki yang berzina, maka deralah tiap-tiap seorang dari keduanya seratus kali dera dan janganlah kamu merasa belas kasihan kepada keduanya hingga mencegah kamu dalam menjalankan agama Allah, jika kamu beriman kepada Allah dan hari akhir dan hendaklah hukuman itu disaksikan oleh sekumpulan dari orang-orang beriman” (QS. An-Nur: 2).

Mengenai hukuman tambahan (pengasingan 1 tahun),

diatur dalam Hadits Rasulullah SAW:

عن زيد بن خالد رضي اهلل عنه عن رسول الهلل صلى اهلل عليه وسلم انه امر فيمن زنى ولم يحصن
بجلد مائة وتغريب عام

Artinya: Dari Zaid bin Khalid Al-Juhani, ia meriwayatkan, “Aku mendengar Rasulullah SAW memerintahkan agar orang yang berzina ghairu muhsan dicambuk seratus kali dan diasingkan selama satu tahun.” (HR. Al-Bukhari).⁶⁶

Ta’zir Ta’zir berasal dari kata عزر yang artinya:

- (1) Menolak, mencegah kejahatan;
- (2) Menguatkan;
- (3) Hukuman yang memberikan penjelasan.

⁶⁶ Nurul Irfan, Masyrofah, *Fiqh Jinayah*, Amzah, Jakarta, 2013, hlm. 33.

Ruang lingkup jarimah ta'zir, yaitu sebagai berikut:

- 1) Jarimah hudud atau qishash-diyat yang terdapat syubhat, dialihkan ke sanksi ta'zir;
- 2) Jarimah hudud atau qishash-diyat yang tidak memenuhi syarat akan dijatuhi sanksi ta'zir;
- 3) Jarimah yang ditentukan Alquran dan hadits, namun tidak ditentukan sanksinya;
- 4) Jarimah yang ditentukan ulul amri untuk kemaslahatan umat.⁶⁷

Adapun tujuan dari diberlakukannya sanksi ta'zir, yaitu sebagai berikut:⁶⁸

- (1) Preventif (pencegahan), ditujukan bagi orang lain yang belum melakukan jarimah;
- (2) Represif (membuat pelaku jera), dimaksudkan agar pelaku tidak mengulangi perbuatan jarimah di kemudian hari;
- (3) Kuratif (islah), ta'zir harus mampu membawa perbaikan perilaku terpidana di kemudian hari;
- (4) Edukatif (pendidikan), diharapkan dapat mengubah pola hidupnya ke arah yang lebih baik.

Ta'zir berlaku atas semua orang yang melakukan kejahatan. Syaratnya adalah berakal sehat, tidak adaperbedaan

⁶⁷ *Ibid*, hlm. 143.

⁶⁸ *Ibid*, hlm. 142.

baik laki-laki maupun perempuan, dewasa maupun anak-anak, atau kafir maupun muslim. Macam-macam sanksi ta'zir terdiri dari:⁶⁹

- 1) Sanksi ta'zir yang berkaitan dengan badan, yaitu hukuman mati, dan hukuman cambuk;
- 2) Sanksi ta'zir yang berkaitan dengan kemerdekaan seseorang, yaitu hukuman penjara dan hukuman pengasingan;
- 3) Sanksi ta'zir yang berkaitan dengan harta, hukumannya yaitu menghancurkannya, mengubahnya dan memilikinya;
- 4) Sanksi ta'zir lainnya, hukumannya yaitu peringatan keras, dihadirkan dihadapan sidang, nasihat, celaan, pengucilan, pemecatan dan pengumuman kesalahan secara terbuka.

b. Menurut Kitab Undang-Undang Hukum Pidana

KUHP belum mendefinisikan dengan jelas maksud perbuatan cabul itu sendiri dan terkesan mencampur arti kata persetubuhan maupun perkosaan. Dalam rancangan KUHP sudah terdapat penambahan kata "Persetubuhan" disamping kata perbuatan cabul. Tetapi pengertian perbuatan cabul itu sendiri lebih luas dari pengertian bersetubuh, karena persetubuhan berarti perpaduan alat kelamin laki-laki dan perempuan, yang disyaratkan maksudnya penis ke dalam liang

⁶⁹ *Ibid*, hlm. 147-160.

vagina, kemudian penis mengeluarkan sperma sebagaimana biasanya membuahkan kehamilan. Sementara itu, apabila tidak memenuhi salah satu syarat saja, misalnya penis belum masuk spermanya sudah keluar kejadian ini bukan persetubuhan namanya, tetapi perbuatan cabul.⁷⁰

Tindak pidana pencabulan merupakan salah satu kejahatan kesusilaan, yang diatur di dalam KUHP Buku II Bab XIV Pasal 294 ayat (1) yang ancaman hukumannya adalah pidana penjara paling lama 7 (tujuh) tahun. Meskipun perbuatan ini selalu harus dilakukan oleh kedua belah pihak secara bersama-sama, namun yang di hukum hanyalah seorang yang sudah dewasa. Apabila perbuatan cabul dilakukan pelaku tidak tercapai maksudnya, karena adanya perlawanan dari pihak korban, ia dipersalahkan melakukan percobaan pencabulan yang ketentuannya diatur dalam Pasal 53 ayat (1) KUHP yang menyatakan: “Mencoba melakukan kejahatan dipidana, jika niat untuk itu telah ternyata dari adanya permulaan pelaksanaan itu, bukan semata-mata disebabkan karena kehendaknya sendiri”. Perbuatan cabul/pencabulan dalam Pasal 290-296 KUHP, meliputi:

- 1) Perbuatan cabul dengan orang pingsan;
- 2) Perbuatan cabul dengan anak dibawah umur/belum pantas untuk kawin;
- 3) Perbuatan cabul dengan bujukan;

⁷⁰ Hamzah Hazan, *Kejahatan Kesusilaan Perspektif Hukum Pidana Islam*, Cet. Ke-1, Alauddin University Press, 2012, hlm. 184.

- 4) Perbuatan cabul yang dilakukan oleh orang dewasa dengan orang lain sesama kelamin;
- 5) Perbuatan cabul yang dilakukan dengan menyalahgunakan wibawa;
- 6) Perbuatan cabul dengan anak (kandung, tiri, angkat, dibawah pengawasannya);
- 7) Perbuatan cabul yang dilakukan oleh pegawai negeri kepada bawahannya (karena jabatan);
- 8) Perbuatan cabul yang dilakukan oleh pengurus, dokter, guru, pegawai, pengawas, pesuruh dalam penjara, tempat pendidikan, rumah piatu, rumah sakit, kepada orang yang dimasukkan ke dalamnya.

c. Menurut Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2002 Tentang Perlindungan Anak *jo.* Undang-Undang Nomor 35 Tahun 2014 Tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2002 Tentang Perlindungan Anak

Sanksi pidana mengenai perbuatan cabul terhadap anak diatur pula di luar KUHP yaitu terdapat dalam Undang-Undang Nomor 35 Tahun 2014 Tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2002 tentang Perlindungan Anak, ketentuan tersebut dalam Pasal 81 yaitu sebagai berikut:

- (1) Setiap orang yang melanggar ketentuan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 76D dipidana dengan pidana penjara paling singkat 5 (lima)

tahun dan paling lama 15 (lima belas) tahun dan denda paling banyak Rp.5.000.000.000,00 (lima miliar rupiah).

- (2) Ketentuan pidana sebagaimana dimaksud pada ayat (1) berlaku pula bagi setiap orang yang dengan sengaja melakukan tipu muslihat, serangkaian kebohongan, atau membujuk anak melakukan persetubuhan dengannya atau dengan orang lain.
- (3) Dalam hal tindak pidana sebagaimana dimaksud pada ayat (1) dilakukan oleh orang tua, wali, pengasuh anak, pendidik, atau tenaga kependidikan, maka pidananya ditambah 1/3 (sepertiga) dari ancaman pidana sebagaimana dimaksud pada ayat (1).

Ketentuan dalam Pasal 82 ayat (1) Undang-Undang Nomor 35 Tahun 2014 Tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2002 tentang Perlindungan Anak menjelaskan bahwa: Setiap orang yang melanggar ketentuan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 76E dipidana dengan pidana penjara paling singkat 5 (lima) tahun dan paling lama 15 (lima belas) tahun dan denda paling banyak Rp.5.000.000.000,00 (lima miliar rupiah).

Dalam hal tindak pidana sebagaimana dimaksud pada ayat (1) dilakukan oleh orang tua, wali, pengasuh anak, pendidik, atau tenaga kependidikan, maka pidananya ditambah 1/3 (sepertiga) dari ancaman pidana sebagaimana dimaksud pada ayat (1).