

BAB II

KAJIAN PUSTAKA TERHADAP GABUNGAN

TINDAK PIDANA DALAM HUKUM PIDANA POSITIF INDONESIA

DAN HUKUM PIDANA ISLAM

A. Tinjauan Umum Hukum Pidanan dan Tindak Pidana

1. Pengertian Hukum Pidana

Hukum pidana adalah peraturan hukum mengenai pidana. Kata “pidana” berarti hal yang “dipidanakan”, yaitu oleh instansi yang berkuasa dilimpahkan kepada seorang oknum sebagai hal yang tidak enak dirasakan dan juga hal yang tidak sehari-hari dilimpahkannya. Tentunya ada alasan untuk melimpahkan pidana ini selayaknya ada hubungan dengan suatu keadaan, yang didalamnya orang oknum yang bersangkutan bertindak kurang baik. Maka unsur “hukuman” sebagai suatu pembalasan tersirat dalam kata “pidana”⁴⁷.

Menurut Moeljatno hukum pidana adalah bagian dari keseluruhan hukum yang berlaku di suatu negara, yang mengadakan dasar-dasar dan aturan-aturan untuk:⁴⁸

- “a. 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.
- b. Menentukan kapan dan dalam hal-hal apa kepada mereka yang telah melanggar larangan-larangan itu dapat

⁴⁷Wirjono Prodjodikarmo, *Asas-Asas Hukum Pidana di Indonesia*, Bandung: PT. Refika Aditama, 2012, hlm 1.

⁴⁸ Moeljatno, *Asas-Asas Hukum Pidana*, Bandung: PT. Rineka Cipta, 2015, hlm 1.

- dikenakan atau dijatuhi pidana sebagaimana yang telah diancamkan.
- c. Menentukan dengan cara bagaimana pengenaan pidana itu dapat dilaksanakan apabila ada orang yang disangka telah melanggar larangan tersebut.”

Selanjutnya Moeljatno menjelaskan lebih lanjut rumusan-rumusan tersebut yaitu hukum pidana adalah bagian dari keseluruhan hukum yang berlaku di suatu negara. Bagian lain-lain adalah: hukum perdata, Hukum tata negara dan tata pemerintahan, hukum agrarian, hukum perburuhan, hukum intergentil, dan sebagainya. Biasanya bagian hukum tersebut dibagi dalam dua jenis yaitu kedalam hukum publik dan hukum privat, dan hukum pidana ini digolongkan kedalam hukum publik, yaitu mengatur hubungan antara negara dan perseorangan atau mengatur kepentingan umum. Sebaliknya hukum privat mengatur hubungan antara perserorangan atau mengatur kepentingan keperseorangan.⁴⁹

Perbuatan-perbuatan pidana ini menurut wujud atau sifatnya adalah bertentangan dengan tata atau ketertiban yang dikehendaki oleh hukum, mereka adalah perbuatan yang melawan (melanggar) hukum. Tegasnya: mereka merugikan masyarakat, dalam arti bertentangan dengan atau menghambat akan terlaksananya tata dalam pergaulan masyarakat yang baik dan adil. Dapat pula dikatakan bahwa perbuatan-perbuatan pidana itu bersifat merugikan masyarakat, jadi anti-sosial. Karenanya perbuatan-perbuatan itu dilarang keras atau pantang dilakukan. Dengan demikian, konsepsi perbuatan pidana seperti dimaksud diatas, dapat disamakan atau

⁴⁹*Ibid*, hlm. 2.

disesuaikan dengan konsepsi perbuatan pantang (pantangan) atau *pemali* yang telah lama dikenal dalam masyarakat Indonesia asli.⁵⁰ Dalam hukum pidana modern tidak hanya berupa pidana, tetapi juga apa yang disebut dengan tindakan, yang bertujuan untuk melindungi masyarakat dari perbuatan-perbuatan yang merugikan. Satochid Kartanegara, mengemukakan:⁵¹

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

Menurut Simons, hukum pidana dapat dibagi menjadi hukum pidana dalam arti objektif atau *strafrecht in objective zin* dan hukum pidana dalam arti subjektif atau *strafrecht in subjective zin*. Hukum pidana dalam arti objektif adalah hukum pidana yang berlaku, atau yang juga disebut sebagai hukum positif atau *ius poenale*. Hukum Pidana dalam arti subjektif tersebut, oleh Simons telah dirumuskan sebagai:

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

Yang artinya:

⁵⁰*Ibid*, hlm. 3

⁵¹ Sofjan Sastrawidjaja, *Hukum Pidana I*, Bandung: CV. Armico, 1990. hlm 9.

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

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

- “a. Hak dari negara dan alat-alat kekuasaannya untuk menghukum, yakni hak yang telah mereka peroleh dari peraturan-peraturan yang telah ditentukan oleh hukum pidana dalam arti objektif;
- b. Hak dari negara untuk mengaitkan pelanggaran terhadap peraturan-peraturannya dengan hukum.”⁵²

Hukum pidana yang berlaku di Indonesia sekarang ini ialah hukum pidana yang telah dikodifikasi, yaitu sebagian tersebar dan aturan-aturannya telah disusun dalam satu kitab undang-undang (*wetboek*), yang dinamakan Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP), menurut suatu sistem yang tertentu. Aturan-aturan pidana yang ada di luar *wetboek* ini, seperti dalam peraturan Deviezen, dalam peraturan pemilihan anggota konstituante dan DPR dan masih banyak peraturan-peraturan lain, semuanya tunduk kepada sistem yang dipakai dalam KUHP, hal mana dalam Bab 1 sampai Bab VIII dan buku ke-1 (aturan-aturan umum) juga berlaku bagi perbuatan-perbuatan yang oleh aturan-aturan dalam

⁵² P.A.F.lamintang, *Dasar-Dasar Hukum Pidana Indonesia*, Bandung: Citra Aditya Bakti, 1997, hlm. 4.

perundangan lain diancam dengan pidana, kecuali kalau ditentukan oleh undang-undang.

KUHP terdiri atas tiga buku, Buku I memuat ketentuan-ketentuan umum (*algemene leerstukken*), yaitu ketentuan-ketentuan untuk semua tindak pidana (perbuatan yang membuatnya dapat dikenai hukuman pidana, *strafbare feiten*), baik yang disebutkan dalam Buku II atau Buku III maupun yang disebutkan dalam undang-undang lain.⁵³

Buku II menyebutkan tindak-tindak pidana yang dinamakan *misdrijven* atau kejahatan. Sedangkan Buku III menyebutkan tindak-tindak pidana yang dinamakan *overtredingen* atau pelanggaran. Di samping itu, terdapat pula ajaran-ajaran dalam ilmu pengetahuan hukum yang tidak termuat dalam suatu undang-undang, misalnya mengenai kesengajaan atau *opzet* dan kurang berhati-hati atau *culpa* yang diisyaratkan dalam berbagai peraturan hukum pidana, termasuk pasal-pasal dari KUHP itu sendiri.⁵⁴

2. Pengertian Tindak Pidana

Pembentuk undang-undang telah menggunakan perkataan "*strafbar feit*" untuk menyebutkan apa yang kita kenal dengan sebagai "tindak pidana" di dalam KUHP tanpa memberikan memberikan suatu penjelasan mengenai apa yang sebenarnya dimaksud dengan perkataan "*strafbar feit*" tersebut.

Perkataan "*strafbar feit*" itu sendiri di dalam bahasa Belanda mengandung arti "sebagian dari suatu kenyataan" atau "*een gedeelte van*

⁵³ Wirjono Prodjodikarso, *op.cit*, hlm 4.

⁵⁴ *Ibid*, hlm 5.

de werkelijkheid”, sedang *”strafbaar”* berarti “dapat dihukum”, hingga secara harfiah perkataan *”strafbaar feit”* itu diterjemahkan sebagai “sebagian dari suatu kenyataan yang dapat dihukum”, yang sudah barang tentu tidak tepat, oleh karena dikemudian hari kita ketahui bahwa yang dapat dihukum itu sebenarnya adalah manusia sebagai pribadi dan bukan kenyataan perbuatan ataupun tindakan.⁵⁵

Tindak pidana merupakan suatu istilah yang mengandung suatu pengertian dasar dalam ilmu hukum, sebagai istilah yang dibentuk dengan kesadaran dalam memberikan ciri tertentu pada peristiwa hukum pidana. Tindak pidana mempunyai pengertian yang abstrak dari peristiwa-peristiwa yang kongkrit dalam lapangan hukum pidana, sehingga tindak pidana haruslah diberikan arti yang bersifat ilmiah dan ditentukan dengan jelas untuk dapat memisahkan dengan istilah yang dipakai sehari-hari dalam kehidupan masyarakat.⁵⁶

Oleh karena seperti apa yang diterangkan dimuka maka timbulah doktrin berbagai pendapat tentang apa sebenarnya yang dimaksud dengan *”strafbaar feit”* tersebut. Menurut Hazewinkel-Suringa⁵⁷ yang telah merumuskan yang bersifat umum dari *”strafbaar feit”* sebagai “suatu perilaku manusia yang pada suatu saat tertentu telah ditolak di dalam suatu pergaulan hidup tertentu dan dianggap sebagai perilaku yang harus

⁵⁵P.A.F.lamintang, *Dasar-Dasar Hukum Pidana Indonesia*, Bandung: CV. Sinar Baru, 1984, hlm 172.

⁵⁶Amir Ilyas, *Asas-Asas Hukum Pidana Memahami Tindak Pidana dan Pertanggungjawaban Pidana Sebagai Syarat Pemidanaan (Disertai Teori-Teori Pengantar Dan Beberapa Komentar)*, Yogyakarta: Mahakarya Rangkang Offset Yogyakarta, 2012, hlm 18

⁵⁷P.A.F.lamintang, *loc. cit.*

ditiadakan oleh hukum pidana dengan menggunakan sarana-sarana yang bersifat memaksa yang terdapat di dalamnya.

Pompe memberikan pengertian tindak pidana menjadi 2 (dua) yaitu :

- “a. Definisi menurut teori adalah suatu pelanggaran terhadap norma yang dilakukan karena kesalahan si pelanggar, diancam dengan pidana untuk mempertahankan tata hukum dan menyelamatkan kesejahteraan.
- b. Definisi menurut hukum positif adalah suatu kejadian yang oleh peraturan undang-undang yang dirumuskan sebagai perbuatan yang dapat dihukum”.⁵⁸

Selanjutnya menurutnya “*strafbaar feit*” merupakan suatu pelanggaran norma yang tidak hanya dilakukan dengan sengaja tetapi dapat juga dilakukan dengan tidak sengaja. Sebagai contoh pelanggaran norma yang dilakukan dengan sengaja dirumuskan dalam Pasal 338 KUHP yaitu “Barangsiapa dengan sengaja menghilangkan nyawa orang lain, karena bersalahnya telah melakukan pembunuhan dihukum dengan hukuman penjara selama-lamanya lima belas tahun”.

Tidak semua pembunuhan dilakukan dengan sengaja. Dapat dilihat pada Pasal 359 KUHP yaitu karena salahnya menyebabkan matinya orang.⁵⁹ Dikatakan selanjutnya oleh Pompe, bahwa menurut hukum positif kita, suatu “*strafbaar feit*” itu sebenarnya adalah tidak lain daripada suatu tindakan yang menuntut suatu rumusan undang-undang telah dinyatakan sebagai tindakan yang dapat dihukum.⁶⁰

⁵⁸Bagong Poernomo, *Asas-Asas Hukum Pidana*, Yogyakarta: Gahia Indonesia, 1978, hlm 86.

⁵⁹P.A.F.lamintang, *Op. Cit*, 174

⁶⁰P.A.F.lamintang, *Loc. Cit*.

Adapun beberapapandangan sarjana hukum, salah satunya dari J.E.

Jongkers yang telah memberikan definisi *strafbaarfeit* menjadi dua arti:

- “a. Definisi pendek adalah suatu kejadian/*feit* yang dapat diancam pidana oleh undang-undang;
- b. Definisi panjang atau yang lebih mendalam adalah suatu kelakuan yang melawan hukum berhubungan dilakukan dengan sengaja atau alpa oleh orang yang dapat dipertanggung jawabkan.”

Selanjutnya diungkapkan oleh Moeljatno yang berpendapat bahwa pengertian tindak pidana yang menurut istilah beliau yakni perbuatan pidana adalah:⁶¹

“Perbuatan yang melanggar yang dilarang oleh suatu aturan hukum, larangan mana disertai ancaman (sanksi) yang berupa pidana tertentu bagi siapa saja yang melanggar larangan tersebut.”

Sehubungan dengan hal pengertian tindak pidana ini Bambang Poernomo, berpendapat bahwa perumusan mengenai perbuatan pidana akan lebih lengkap apabila tersusun sebagai berikut:

“Bahwa perbuatan pidana adalah suatu perbuatan yang oleh suatu aturan hukum pidana dilarang dan diancam dengan pidana bagi barang siapa yang melanggar larangan tersebut.”

Adapun perumusan tersebut yang mengandung kalimat “aturan hukum pidana” dimaksudkan akan memenuhi keadaan hukum di Indonesia

⁶¹ Moeljatno, *Op. Cit*, hlm

yang masih mengenal kehidupan hukum yang tertulis maupun hukum yang tidak tertulis. Bambang Poernomo juga berpendapat mengenai kesimpulan dari perbuatan pidana yang dinyatakan hanya menunjukkan sifat perbuatan terlarang dengan diancam pidana.

Maksud dan tujuan diadakannya istilah tindak pidana, perbuatan pidana, dan sebagainya itu adalah untuk mengalihkan bahasa dari istilah asing "*staftbaar feit*" namun belum jelas apakah disamping mengalihkan bahasa dari istilah "*staftbaar feit*" dimaksudkan untuk mengalihkan makna dan pengertiannya, juga oleh karena sebagian besar kalangan ahli hukum belum jelas dan terperinci menerangkan pengertian istilah, ataukah sekedar mengalihkan bahasanya, hal ini yang merupakan pokok perbedaan pandangan, selain itu juga ditengah-tengah masyarakat juga dikenal istilah kejahatan yang menunjukan pengertian perbuatan melanggar norma dengan mendapat reaksi masyarakat melalui putusan hakim agar dijatuhi pidana.⁶²

3. Unsur-Unsur Tindak Pidana

Setiap tindak pidana yang terdapat di dalam KUHP pada umumnya dapat dijabarkan ke dalam unsur-unsur yang pada dasarnya dapat kita bagi menjadi dua macam unsur yaitu unsur subjektif dan unsur objektif.⁶³ Yang dimaksud unsur subjektif adalah unsur-unsur yang melekat pada diri si pelaku atau yang berhubungan dengan diri si pelaku dan termasuk

⁶²Amir Ilyas, *Op. Cit*, hlm 27.

⁶³P.A.F.lamintang,*Op. Cit*, hlm 183.

kedalamnya yaitu segala sesuatu yang terkandung di dalam hatinya.

Unsur-unsur subjektif dari suatu tindak pidana tersebut adalah:⁶⁴

- “a. Kesenjangan atau ketidaksenjangan (*dolus* atau *culpa*);
- b. Maksud atau *voornemen* pada suatu percobaan atau *poging* seperti yang dimaksud di dalam pasal 53 ayat 1 KUHP;
- c. Macam-macam maksud atau *oogmerk* seperti yang terdapat misalnya di dalam kejahatan-kejahatan pencurian, penipuan, pemerasan, pemalsuan dan lain-lain;
- d. Mereka merencanakan terlebih dahulu atau *voorbédachte vaad* seperti yang misalnya terdapat di dalam kejahatan menurut pasal 340 KUHP;
- e. Perasaan takut atau *vrees* seperti yang antara lain terdapat di dalam perumusan tindak pidana menurut pasal 308 KUHP.”

Sedangkan yang dimaksud dengan unsur-unsur *objektif* itu adalah unsur-unsur yang ada hubungannya dengan keadaan-keadaan, yaitu di dalam keadaan-keadaan mana tindakan-tindakan dari si pelaku itu harus dilakukan. Unsur-unsur objektif dari suatu tindak pidana tersebut adalah:

- a. Sifat melanggar hukum atau *wederrechtelijkheid*;
- b. Kualitas dari si pelaku, misalnya “keadaan sebagai seorang pegawai negeri” di dalam kejahatan jabatan menurut pasal 415 KUHP atau “keadaan sebagai pengurus atau komisaris dari suatu perseroan terbatas” di dalam kejahatan menurut pasal 398 KUHP;
- c. Kualitas, yakni hubungan antara sesuatu Tindakan sebagai penyebab dengan sesuatu kenyataan sebagai akibat.

Selanjutnya menurut Moeljatno setiap perbuatan pidana / tindak pidana harus terdiri dari unsur-unsur lahiriah (fakta) oleh perbuatan,

⁶⁴*Ibid*, hlm184.

mengandung kelakuan akibat yang ditimbulkan karenanya. Keduanya memunculkan kejadian dalam alam lahir (dunia), unsur-unsur ini akan dijabarkan sebagai berikut:

- a. Kelakuan dan akibat;⁶⁵
- b. Hal ikhwal atau keadaan tertentu yang menyertai perbuatan, hal ikhwal mana menurut van Hamel dibagi menjadi dua golongan, contoh golongan pertama Pasal 413 KUHP dimana kalau hal menjadi pejabat negara tidak ada maka tidak mungkin ada pembuatan pidana tersebut.⁶⁶
Selanjutnya yang termasuk golongan kedua misalnya dalam 160 KUHP, pengusutan harus dilakukan di tempat umum;
- c. Unsur memberatkan hukum pidana, sebagai contoh penganiayaan pasal 351 ayat 1 KUHP diancam dengan pidana penjara paling lama dua tahun tujuh bulan. Tetapi jika perbuatan luka-luka berat, ancaman pidana diberatkan menjadi lima tahun dan jika mengakibatkan mati, menjadi tujuh tahun (Pasal 251 ayat 2 dan 3).⁶⁷
- d. Unsur sifat melawan hukum tidak perlu dirumuskan sebagai elemen atau unsur tersendiri karena sudah tampak dengan wajar, sebagai contoh dalam rumusan pemberontakan yang menurut Pasal 108 adalah melawan pemerintah dengan senjata, tidak perlu diadakan unsur tersendiri yaitu kata-kata yang menunjukkan bahwa perbuatan adalah bertentangan dengan hukum. Tanpa ditambah kata-kata lagi, perbuatan tersebut sudah wajar pantang dilakukan.⁶⁸
- e. Unsur melawan hukum dalam rumusan delik pada point a – d menunjuk kepada keadaan lahir yang menyertai perbuatan. Sebagai contoh Pasal 406 KUHP, yaitu mengenai menghancurkan atau merusak barang, sifat melawan hukum perbuatan tersebut ternyata dari hal bukan miliknya dan tidak dapat izin dari pemiliknya

⁶⁵ Moeljatno, *Op. Cit*, hlm 64.

⁶⁶*Ibid*, hlm 65.

⁶⁷*Ibid*, hlm 66.

⁶⁸*Ibid*, hlm 67.

untuk berbuat demikian. Dan kadang kala sifat melawan hukum perbuatan tidak terletak pada keadaan objektif, tetapi pada keadaan subjektif, yaitu terletak dalam hati sanubari terdakwa sendiri.⁶⁹

Maka berdasarkan hal di muka dapat diambil kesimpulan unsur atau elemen perbuatan pidana / tindak pidana adalah:⁷⁰

- “a. Kelakuan dan akibat (perbuatan).
- b. Hal ikhwal atau keadaan yang menyertai perbuatan.
- c. Keadaan tambahan yang memberatkan pidana.
- d. Unsur melawan hukum yang objektif.
- e. Unsur melawan hukum yang subjektif.”

Pelu ditekankan bahwa sekalipun dalam rumusan delik tidak terdapat unsur melawan hukum, namun jangan dkira bahwa perbuatan tersebut lalu tidak bersifat melawan hukum. Sebagaimana di jelaskan di muka, perbuatan sudah demikian wajar sifat melawan hukumnya, sehingga tidak perlu dinyatakan tersendiri.

Selanjutnya meskipun perbuatan pidana pada umumnya adalah keadaan lahir dan terdiri atas elemen-elemen lahir, namun ada kalanya dalam perumusan juga diperlukan elemen batin yaitu sifat melawan hukum yang subjektif.⁷¹

4. Jenis-Jenis Tindak Pidana

Setelah dijelaskan mengenai unsur-unsur tindak pidana dan memberikan arti yang setepat-tepatnya mengenai hal tersebut maka pada bagian ini terdapat pembagian jenis-jenis tindak pidana, baik yang telah

⁶⁹*Ibid*, hlm 68.

⁷⁰*Ibid*, hlm 69.

⁷¹*Ibid*, hlm 70.

dilakukan oleh pembentuk undang-undang itu sendiri maupun yang telah dilakukan oleh para ahli hukum pidana, yang diuraikan secara singkat sebagai berikut:

a. Sistem KUHP

Dibedakan antara kejahatan yang dimuat dalam buku II dan pelanggaran yang dimuat dalam buku III. Menurut van Hamel, pembagian tindak pidana menjadi tindak pidana "kejahatan" dan tindak pidana "pelanggaran" itu telah mendapat pengaruh dari pembagian tindak pidana yang disebut "*rechtsdelicten*" dan "*wetsdelicten*" sebagaimana yang dimaksud di atas, akan tetapi berbeda dengan maksudnya yang semula dari penciptanya yakni seorang penulis berkebangsaan Jerman Luden yang telah menggunakan perkataan-perkataan tersebut untuk membuat suatu pembedaan antara tindakan-tindakan yang merugikan hak-hak orang lain dengan tindakan-tindakan yang tidak bersifat merugikan hak-hak orang lain, maka para pembentuk dan KUHP kita telah menggunakan pembedaan tersebut berdasarkan pandangannya yang bersifat subyektif sesuai dengan pandangan menurut mazhab sejarah, akan tetapi ditinjau dari penjelasannya mengenai *onrecht* "sebelum diatur dan karena diatur oleh undang-undang" telah memberikan suatu kesan bahwa para pembentuk undang-undang kita telah membuat suatu pembedaan

antara "kejahatan" dan "pelanggaran"⁷² berdasarkan suatu pandangan yang bersifat obyektif sesuai dengan pandangan menurut mazhab hukum alam, yang telah menjadi sumber dari perbedaan-perbedaan pendapat di dalam pembahasan-pembahasan selanjutnya mengenai dasar-dasar dari pembentuk undang-undang di dalam membuat pembagian dari tindak pidana itu menjadi "kejahatan" dan "pelanggaran".

Pembagian dari tindak pidana menjadi "kejahatan" dan "pelanggaran" itu bukan hanya merupakan dasar bagi pembagian KUHP kita menjadi Buku II dan Buku III melainkan juga merupakan dasar bagi seluruh sistem hukum pidana di dalam perundang-undangan pidana sebagai keseluruhan.

b. Berdasarkan cara merumuskannya.

Pembagian dari tindak pidana menjadi "kejahatan" dan "pelanggaran" seperti dimaksud di muka membawa berbagai akibat hukum yang bersifat hukum materil dan formil.⁷³

Tindak pidana formil adalah tindak pidana yang dirumuskan sedemikian rupa sehingga memberikan arti bahwa inti larangan yang dirumuskan itu adalah melakukan suatu perbuatan tertentu. Perumusan tindak pidana formil tidak memerlukan dan/atau tidak memerlukan timbulnya suatu akibat tertentu dari perbuatan sebagai syarat penyelesaian tindak pidana, melainkan semata-

⁷²P.A.F.lamintang, *Op. Cit*, hlm 200.

⁷³*Ibid*, hlm 201.

mata pada perbuatannya. Misalnya pada pencurian Pasal 362 untuk selesainya pencurian digantung pada selesainya perbuatan mengambil.⁷⁴

Sebaliknya dalam rumusan tindak pidana materil, inti larangan adalah menimbulkan akibat yang dilarang. Oleh karena itu, siapa yang menimbulkan akibat yang dilarang itulah yang dipertanggungjawabkan dan dipidana. Begitu juga untuk selesainya tindak pidana materil, tidak bergantung pada sejauh mana wujud perbuatan yang dilakukan, tetapi sepenuhnya tergantung pada syarat timbulnya akibat terlarang tersebut. Misalnya wujud membacok telah selesai dilakukan dalam hal pembunuhan, tetapi pembunuhan itu belum terjadi jika dari perbuatan itu belum atau tidak menimbulkan akibat hilangnya nyawa korban, yang terjadi hanyalah percobaan pembunuhan.⁷⁵

c. Berdasarkan bentuk kesalahan

Perbuatan agar dapat dipertanggungjawabkan secara pidana, harus mengandung kesalahan. Kesalahan tersebut terdiri dari dua jenis yaitu kesengajaan(*dolus*) dan kelalaian(*culpa*). Kesengajaan harus mengenai tiga unsur dari tindak pidana yaitu: perbuatan yang dilarang, akibat yang menjadi pokok alasan diadakan larangan itu dan bahwa perbuatan itu melanggar hukum.⁷⁶

⁷⁴Amir Ilyas, *Op. Cit*, hlm 29.

⁷⁵*Ibid*, hlm 30.

⁷⁶Wirjono Prodjodikarso, *Op. Cit*, hlm 66.

Selanjutnya adapun kelalaian (*culpa*) atau “kesalahan pada umumnya” tetapi dalam ilmu pengetahuan hukum mempunyai arti teknis yaitu suatu macam kesalahan yang tidak seberat kesengajaan(*dolus*), yaitu kurang berhati-hati sehingga akibat yang tidak disengaja terjadi.⁷⁷

d. Berdasarkan macam perbuatannya

Tindak pidana aktif adalah tindak pidana yang perbuatannya berupa perbuatan aktif, perbuatan aktif adalah perbuatan yang untuk mewujudkannya disyaratkan adanya gerakan dari anggota tubuh orang yang berbuat. Dengan berbuat aktif orang melanggar larangan, perbuatan aktif ini terdapat baik dalam tindak pidana yang dirumuskan secara formil maupun secara materil. Bagian terbesar tindak pidana yang dirumuskan dalam KUHP adalah tindak pidana aktif.⁷⁸

Tindak pidana pasif ada dua macam yaitu tindak pidana pasif murni dan tindak pidana pasif yang tidak murni. Tindak pidana pasif murni ialah tindak pidana yang dirumuskan secara formil atau tindak pidana yang pada dasarnya semata-mata unsur perbuatannya adalah berupa perbuatan pasif. Sementara itu, tindak pidana pasif yang tidak murni berupa tindak pidana yang pada dasarnya berupa tindak pidana positif, tetapi dapat dilakukan dengan cara tidak berbuat aktif, atau tindak pidana yang

⁷⁷*Ibid*, hlm 72.

⁷⁸Amir Ilyas, *Op. Cit*, hlm 30.

mengandung suatu akibat terlarang, tetapi dilakukan dengan tidak berbuat/atau mengabaikan sehingga akibat itu benar-benar timbul.⁷⁹

e. Berdasarkan tempat dan waktu

Menurut van Bemmelen, kepastian terhadap waktu dilakukannya suatu tindak pidana adalah penting karena berkenaan dengan berlakunya Pasal 1 ayat 2 KUHP dan berkenaan dengan ketentuan mengenai kadaluarsa hak melakukan tuntutan pidana dan hak untuk menjalankan hukuman seperti termaksud di dalam Pasal 78 – 85 KUHP.⁸⁰

Sedang kepastian mengenai tempat dilakukannya suatu tindak pidana itu adalah penting dikarenakan salah satunya berkenaan dengan kewenangan relative dari pengadilan yaitu tentang Pengadilan Negeri mana yang paling berhak untuk mengadili suatu tindak pidana dan berkenaan dengan ruang lingkup dari berlakunya undang-undang pidana Indonesia seperti termaksud dalam pasal-pasal 2-9 KUHP.⁸¹

f. Percobaan (*poging*)

Dalam hukum pidana, “percobaan” merupakan suatu pengertian teknik yang agak banyak segi atau aspeknya. Perbedaan dengan arti kata pada umumnya adalah bahwa apabila dalam hukum pidana dibicarakan hal “percobaan”, maka sudah

⁷⁹*Ibid*, hlm 31.

⁸⁰P.A.F.lamintang,*Op. Cit*, hlm 216.

⁸¹*Ibid*, hlm 217.

tetap bahwa tujuan yang dikejar adalah tidak tercapai. Unsur “belum tercapai” tidak ada, dan maka dari itu tidak menjadi persoalan.⁸²

B. Tinjauan Umum Gabungan/Perbarengan Tindak Pidana

1. Pengertian Gabungan Tindak Pidana

Istilah “gabungan” seperti yang digunakan oleh para pakar seperti S.R. Sianturi dan Barda Nawawi Arief merupakan terjemahan dari kata *concursum* (Latin) atau *samenloop* (Belanda). Selain penggunaan istilah “gabungan” ada pula yang menggunakan istilah “gabungan” seperti yang digunakan oleh para pakar Wirjono Prodjodikoro dan R Soesilo, sehingga yang dimaksud dengan *concursum* adalah “gabungan” atau “gabungan” dua atau lebih tindak pidana yang dipertanggungjawabkan kepada seseorang (atau beberapa orang dalam rangka penyertaan) dan dari rangkaian tindak pidana yang dilakukannya belum ada yang diadili dan akan diadili sekaligus.⁸³

Dasar pemikiran dari gabungan adalah seseorang yang dihadapkan pada hakim dan ternyata melakukan beberapa tindak pidana.⁸⁴ *Samenloop Van Strafbare feiten* atau Limintang menyebutnya sebagai gabungan tindak-tindak pidana diatur dalam Bab ke-VI dari Buku ke-I KUHP atau tegasnya dalam Pasal 63 sampai dengan Pasal 71 KUHP, yaitu berkenaan

⁸²Wirjono Prodjodikoro, *Op. Cit.*, hlm 106.

⁸³ Andi Sofyan, *Hukum Pidana*, Makasar: Pustaka Pena Press, 2016, hlm 210.

⁸⁴Jan Remmelink, *Hukum Pidana (komentar atas Pasal-Pasal Terpenting dari Kitab Undang-Undang Hukum Pidana Belanda dan Padananya dalam Kitab Undang-Undang Hukum Pidana Indonesia)*, Jakarta: PT. Gramedia Pustaka Utama, 2003, hlm 568.

dengan pengaturan mengenai berat ringanya hukuman yang dapat dijatuhkan oleh seorang hakim terhadap seorang tertuduh yang telah melakukan lebih dari satu perilaku yang terlarang, yang perkaranya telah diserahkan kepadanya untuk diadili secara bersama-sama.⁸⁵

Terdapat tiga macam gabungan tindak pidana, yaitu:⁸⁶

- “1. Seorang dengan satu perbuatan melakukan beberapa tindak pidana yang dalam ilmu pengetahuan hukum dinamakan “gabungan berupa satu perbuatan” (*eendaadsche samenloop*), diatur dalam Pasal 63 KUHP.
4. Seorang melakukan beberapa perbuatan yang masing-masing merupakan tindak pidana, tetapi dengan adanya hubungan antara satu sama lain, dianggap sebagai satu perbuatan yang dilanjutkan (*voortgezette handeling*), diatur dalam Pasal 64 KUHP.
5. Seorang melakukan beberapa perbuatan yang tidak ada hubungan satu sama lain, dan masing-masing merupakan tindak pidana, hal tersebut dalam ilmu pengetahuan hukum dinamakan “gabungan beberapa perbuatan” (*meerdaadsche samenloop*), diatur dalam Pasal 65 dan 66 KUHP.”

Dari ketiga macam gabungan (*samenloop*) ini, yang benar-benar merupakan gabungan adalah poin “3”, yaitu beberapa perbuatan digabungkan menjadi satu, maka juga dinamakan *concursum realis*, sedangkan gabungan poin “1” dinamakan *concursum idealis* karena sebenarnya tidak ada hal-hal yang digabungkan, tetapi ada satu perbuatan yang memencarkan sayapnya kepada beberapa pasal ketentuan pidana.

⁸⁵P.A.F.lamintang, *Op. Cit*, hlm 643.

⁸⁶Wirjono Prodjodikarso, *Op. Cit*, hlm 142.

Macam gabungan poin “2” bersifat tengah-tengah antara “poin 1 dan 3” oleh karena ada beberapa perbuatan yang hanya dianggap sebagai satu perbuatan yang dilanjutkan.⁸⁷

Selanjutnya menurut E.Y.Kanter dan S.R. Sianturi dalam bukunya memberikan batasan, bentuk dan syarat syarat dari *concursum* yaitu:⁸⁸

“a. Batasan *Concursum*

- 1) Satu tindakan yang dilakukan (aktif/passif) oleh seseorang yang dengantindakan tersebut terjadi dua/lebih tindak pidana sebagaimana dirumuskandalam perundangan.
- 2) Dua atau lebih tindakan yang dilakukan (aktif/passif) oleh seorang, yangdengan itu telah terjadi dua atau lebih tindak pidana sebagaimana dirumuskandalam perundangan.
- 3) Dua atau lebih tindakan yang dilakukan (aktif/passif) oleh seseorang secara berlanjut yang dengan itu telah terjadi dua kali atau lebih tindakan pidana (padaumumnya sejenis).

b. Bentuk-bentuk dalam *Concursum*

- 1) Gabungan tindakan tunggal atau gabungan ketentuan pidana (*concursum idealis*);
- 2) Gabungan tindakan jamak atau gabungan tindak-tindak pidana (*concursum realis*);
- 3) Gabungan tindakan berlanjut.

c. Syarat-syarat dalam *Concursum*

- 1) Ada dua atau lebih tindak pidana (sebagaimana dirumuskan dalam perundang-undangan) dilakukan;
- 2) Bahwa dua atau lebih tindak pidana tersebut dilakukan oleh satu orang (atau duaorang atau lebih dalam rangka penyertaan);
- 3) Bahwa dua atau lebih tindak pidana tersebut, belum ada yang diadili;
- 4) Bahwa dua atau lebih tindak pidana tersebut akan diadili sekaligus.”

Berdasarkan uraian dimuka maka Gabungan tindak pidana itu sendiri yang terbagi menjadi 3 (tiga) bagian, sebagaimana dalam Pasal 63 sampai

⁸⁷*Ibid*, hlm143.

⁸⁸E.Y. Kanter, S.H dan S.R. Sianturi, *Asas-asas Hukum Pidana di Indonesia dan Penerapannya*, Jakarta: Storia Grafika, 2002, hlm 391.

Pasal 71 KUHP. Ke-3 bagian tersebut akan diuraikan dalam sub-sub bab berikutnya.

2. *Concursus Idealis* atau *Eendaadsche Samenloop*

Concursus idealis atau *eendaadsche samenloop* diatur dalam rumusan Pasal 63 KUHP, yang berbunyi:

- “1) Jika suatu perbuatan masuk dalam lebih dari satu ketentuan pidana, maka yang dikenakan hanya satu dari ketentuan-ketentuan itu; jika hukumannya berbeda maka yang diterapkan adalah yang memuat ancaman pidana pokok yang paling berat.
- 2) Jika suatu perbuatan masuk dalam suatu ketentuan pidana umum, tetapi termasuk juga dalam ketentuan pidana khusus, maka hanya yang khusus itu yang diterapkan.”

Berdasarkan Pasal 63 KUHP yang menentukan apabila suatu perbuatan meliputi lebih dari satu pasal ketentuan hukum pidana, maka hanya satu pasal dilakukan (jika pasalnya berlainan, maka pasal yang memuat hukuman terberat. Selanjutnya dalam Ayat 2 mengemukakan suatu kekecualian, yaitu apabila pasal dengan hukuman lebih ringan merupakan suatu ketentuan hukum khusus, sedangkan pasal dengan hukuman lebih berat merupakan suatu ketentuan umum. Dalam hal ini, selalu ketentuan khusus yang dilakukan, hal ini selaras dengan ajaran *lex specialis derogate legi generali*.⁸⁹

Adapun menurut Hazewinkel – Suringa, bahwa ketentuan yang diatur dalam Pasal 63 ayat 2 KUHP merupakan suatu perilaku yang telah termasuk ke dalam satu ketentuan pidana, akan tetapi karena menunjukan

⁸⁹Wirjono Prodjodikarso, *Op. Cit*, hlm 149.

sifat-sifat yang khusus, perilaku tersebut juga masih dapat dimasukkan ke dalam suatu ketentuan pidana yang lain.⁹⁰ Dengan kata lain Hazewinkel – Suringa beranggapan bahwa Pasal 63 ayat 1 KUHP yang mengatur masalah *eendiaadsche samenloop* itu haruslah diartikan sebagai perilaku yang telah memenuhi semua unsur dari rumusan suatu ketentuan pidana tertentu, akan tetapi karena perilaku tersebut menunjukkan sifat-sifat yang khusus, maka perilaku itu juga dapat dimasukkan kedalam suatu ketentuan pidana yang lain.

Sebagai contoh, perilaku seorang guru yang telah melakukan suatu perbuatan melanggar kesusilaan dengan seorang murid wanitanya yang berusia antara dua belas dan lima belas tahun. Perilaku guru tersebut oleh Pasal 287 dan 294 KUHP. Akan tetapi Pasal 63 ayat 1 KUHP mengatakan, bahwa tertuduh hanya melakukan satu kesalahan. Dan demi keadilan, tertuduh juga hanya satu kali dapat dijatuhi hukuman. Oleh karena itu Hazewinkel – Suringa menganggap Pasal 63 ayat 1 KUHP suatu perilaku *concursum idealis*, yakni sebagai lawan dari apa yang disebut *concursum realis*.⁹¹

Selanjutnya adapun Simons berpendapat, bahwa tertuduh itu hanya melakukan satu perilaku yang terlarang dan dengan melakukan perilaku tersebut⁹², perilakunya itu ternyata telah memenuhi rumusan-rumusan dari beberapa ketentuan pidana, atau dengan perkataan lain apabila dengan melakukan satu perilaku itu, tertuduh ternyata telah melakukan beberapa

⁹⁰ P.A.F. Iamintang, *Op. Cit.*, hlm 656.

⁹¹ *Ibid*, hlm 567.

⁹² *Ibid*, hlm 644.

tindak pidana, maka di situ terdapat apa yang disebut *eendaadse samenloop* atau *concurus idealis* ataupun apa yang oleh van Hamel juga telah disebut sebagai *samenloop vanstrabepalingen* atau gabungan ketentuan-ketentuan pidana.

Contoh suatu *eendaadse samenloop* adalah misalnya seseorang yang di sebuah jalan umum telah melakukan suatu perbuatan yang bersifat melanggar kesusilaan dengan seorang wanita yang ia ketahui usianya belum mencapai lima belas tahun. Dari contoh ini dapat dilihat bahwa orang itu sebenarnya hanya berperilaku yang bersifat melanggar kesusilaan dengan seorang wanita yang belum mencapai usia lima belas tahun. Akan tetapi karena ia telah berperilaku demikian di atas sebuah jalan umum, maka perilakunya itu menjadi memenuhi rumusan-rumusan dari dua ketentuan pidana yang terdapat di dalam KUHP, yang masing-masing ketentuan pidana seperti yang telah diatur di dalam Pasal 281 KUHP dan ketentuan pidana seperti yang telah diatur di dalam Pasal 290 KUHP.⁹³

Selanjutnya adapun Pompe berpendapat, *concurus idealis* apabila orang melakukan suatu perbuatan konkret yang diarahkan kepada satu tujuan merupakan benda/objek aturan hukum. Pompe memberikan contoh, bersetubuh dengan anaknya sendiri yang belum 15 tahun, perbuatan ini masuk Pasal 294 KUHP (perbuatan cabul dengan anaknya sendiri yang

⁹³*Ibid*, hlm 645.

belum cukup umur) dan Pasal 287 KUHP (bersetubuh dengan wanita yang belum 15 tahun di luar perkawinan).⁹⁴

Berkaitan dengan sistem pembedanaannya, *concursum idealis* menggunakan sistem absorpsi, yaitu hanya dikenakan satu pidana pokok yang terberat. Sebagai contoh, Perkosaan di taman melanggar Pasal 285 KUHP (maksimum 12 tahun penjara) dan Pasal 281 KUHP (maksimum 2 tahun 8 bulan penjara). Maka maksimum pidana pokok yang dijatuhkan adalah yang terberat yakni 12 tahun penjara.⁹⁵

Apabila hakim menghadapi pilihan antara dua pidana pokok sejenis yang maksimumnya sama maka menurut Vos diterapkan pidana pokok dengan pidana tambahan yang paling berat.

Apabila menghadapi dua pilihan antara dua pidana pokok yang tidak sejenis, maka penentuan pidana yang terberat didasarkan pada urutan jenis pidana seperti tersebut dalam Pasal 10. Jadi sebagai contoh memilih antara 1 minggu penjara, 1 tahun kurungan, denda 5 juta rupiah maka pidana yang terberat adalah 1 minggu penjara.²⁷³ Dalam Pasal 63 ayat (2) KUHP diatur ketentuan khusus yang menyimpang dari prinsip umum dalam ayat (1) dalam hal ini berlaku asas “*lex specialis derogat legi generali*”. Misalnya: seorang ibu membunuh anaknya sendiri pada saat anaknya dilahirkan. Perbuatan ibu ini dapat masuk dalam Pasal 338 KUHP (15 tahun penjara) dan Pasal 341 KUHP (7 tahun penjara). Maksimum pidana

⁹⁴ Andi Sofyan, *Op. Cit.*, hlm 213.

⁹⁵ *Ibid*, hlm 215.

penjara yang dikenakan ialah yang terdapat dalam Pasal 341 KUHP (*lex specialis*) yaitu 7 tahun penjara.⁹⁶

3. *Concursus Realis* atau *Meerdaadse Samenloop*

Concursus Realis atau *Meerdaadse Samenloop* diatur dalam rumusan Pasal 65 sampai dengan 71 KUHP, diantaranya yang akan diuraikan sebagai berikut:

Pasal 65 KUHP berbunyi sebagai berikut:

- “1) Dalam hal gabungan beberapa perbuatan yang harus dipandang sebagai perbuatan yang berdiri sendiri sehingga merupakan beberapa kejahatan, yang diancam dengan pidana pokok yang sejenis, maka dijatuhkan hanya satu pidana.
- 2) Maksimum pidana yang dijatuhkan ialah jumlah maksimum pidana yang diancam terhadap perbuatan itu, tetapi boleh lebih dari maksimum pidana yang terberat ditambah sepertiga.”

Pasal 66 KUHP berbunyi sebagai berikut:

- “1) Dalam hal gabungan beberapa perbuatan yang masing-masing harus dipandang sebagai perbuatan yang berdiri sendiri sehingga merupakan beberapa kejahatan, yang diancam dengan pidana pokok yang tidak sejenis, maka dijatuhkan pidana atas tiap-tiap kejahatan, tetapi jumlahnya tidak boleh melebihi maksimum pidana yang terberat ditambah sepertiga.
- 2) Pidana denda adalah hal itu dihitung menurut lamanya maksimum pidana kurungan pengganti yang ditentukan untuk perbuatan itu.”

Pasal 70 KUHP berbunyi sebagai berikut:

- “1) Jika ada gabungan seperti yang dimaksudkan dalam pasal 65 dan 66, baik gabungan pelanggaran dengan

⁹⁶*ibid*, hlm 216.

kejahatan, maupun pelanggaran dengan pelanggaran, maka untuk tiap-tiap pelanggaran dijatuhkan pidana sendiri-sendiri tanpa dikurangi.

- 2) Mengenai pelanggaran, jumlah lamanya pidana kurungan dan pidana kurungan pengganti paling banyak satu tahun empat bulan, sedangkan jumlah lamanya pidana kurungan pengganti, paling banyak delapan bulan.”

Pasal 70 KUHP berbunyi sebagai berikut:

“Jika seseorang telah dijatuhi pidana, kemudian dinyatakan bersalah lagi karena melakukan kejahatan atau pelanggaran lain sebelum ada putusan pidana itu, maka pidana yang dahulu diperhitungkan pada pidana yang akan dijatuhkan dengan menggunakan aturan-aturan dalam bab ini mengenai hal perkara-perkara diadili pada saat yang sama.”

Ketentuan-ketentuan pidana di dalam Pasal 65 ayat 2 KUHP dan di dalam Pasal 66 ayat 1 KUHP tersebut di atas, kita dapat mengetahui bahwa di dalam *meerdaadse samenloop* seperti yang dimaksud di dalam pasal-pasal 65 ayat 1 dan 66 ayat 1 KUHP itu, pembentuk undang-undang telah menghendaki agar terhadap pelakunya diberikan satu hukuman dalam bentuk *cummulatie van straffen* atau penumpukan hukuman-hukuman yang telah diancamkan terhadap tindakan-tindakan yang bersangkutan, akan tetapi bukan dalam bentuk *zuivere cummulatie* atau penumpukan yang bersifat murni melainkan dalam bentuk *gematigde cummulatie* atau penumpukan yang bersifat sedang, dalam arti bahwa penumpukan hukuman-hukuman itu tidaklah boleh terlalu berat, akan tetapi juga tidak boleh terlalu ringan.

Seperti yang dapat kita ketahui dari ketentuan-ketentuan pidana di dalam pasal-pasal 65 ayat 2 dan 66 ayat 1 KUHP, lamanya hukuman yang terberat yang dapat dijatuhkan oleh seorang hakim terhadap seorang pelaku dalam *meerdaadse samenloop* seperti yang dimaksudkan di dalam pasal-pasal 65 ayat 1 dan 66 ayat 1 KUHP itu, tidaklah boleh lebih lama dari lamanya hukuman yang terberat yang telah diancamkan terhadap tindakan-tindakan yang telah ia lakukan ditambah dengan sepertiganya.⁹⁷

Contoh selanjutnya, apabila maksimum hukuman dari salah satu tindak pidana itu adalah hukuman mati atau hukuman penjara seumur hidup, apabila bukan merupakan pembunuhan (*doodslag*) dari pasal 338 KUHP yang dilakukan, tetapi pembunuhan berencana (*moord*) dari pasal 340 KUHP, maka Menurut Pasal 66 KUHP, apabila dijatuhkan hukuman mati atau hukuman penjara seumur hidup, ini hanya boleh ditambah dengan hukuman tambahan, yaitu pencabutan hak tertentu, perampasan barang yang telah disita, dan atau pengumuman putusan hakim.⁹⁸

Pasal 66 menunjuk kepada gabungan beberapa perbuatan seperti halnya dari Pasal 65 KUHP, tetapi dengan perbedaan bahwa hukuman pokok yang diancamkan pada tindak-tindak pidana yang di lakukan tidak sejenis. Misalnya seorang melakukan pencurian dan Pasal 362 KUHP, kemudian dengan *culpa* atau kurang berhati-hati mengakibatkan matinya orang lain (Pasal 359 KUHP), yang untuk itu dapat dikenai hukuman penjara atau hukuman kurungan, dan kemudian lagi melakukan penadahan

⁹⁷*Ibid*, hlm 671.

⁹⁸Wirjono Prodjodikarso, *Op. Cit*, hlm 143.

dari Pasal 480 KUHP, yang untuk itu dapat dijatuhkan hukuman penjara atau denda. Kalau ini terjadi dan untuk ketiga tindak pidana itu dijatuhkan masing-masing hukuman penjara, hukuman kurungan, dan denda, maka menurut pasal 66 ayat 1 oleh pengadilan bagi tiap-tiap tindak pidana harus dijatuhkan hukuman masing-masing, tetapi lamanya jumlah hukuman itu tidak boleh melebihi satu dan sepertiga kali maksimum hukuman yang terberat.⁹⁹

Dalam hal ini, menurut Pasal 66 ayat 2, bagi denda harus dihitung lamanya hukuman kurungan yang harus dijalani apabila denda tidak dibayar (pengganti hukuman kurungan atau "*vervangende hechtenis*"). Maka, dalam contoh tersebut, jumlah lamanya hukuman penjara dan hukuman kurungan tidak boleh melebihi satu dan sepertiga kali 5 tahun menjadi 6 tahun 8 bulan.

Sanksi dalam hal hukuman pokok yang tidak sejenis, maka menurut Pasal 69 KUHP yang dianggap lebih berat adalah hukuman yang menurut Pasal 10 KUHP disebutkan lebih dulu. Pasal 10 KUHP ini menyebutkan berturut-turut hukuman mati, hukuman penjara, hukuman kurungan, dan hukuman denda.

Apabila suatu tindak pidana diancam dengan dua macam hukuman pokok, maka yang dibandingkan adalah yang lebih berat (Pasal 69 ayat 2

⁹⁹*Ibid*, hlm 144.

KUHP). Yang diperbandingkan adalah maksimumnya (Pasal 69 ayat 3 dan 4 KUHP).¹⁰⁰

Maka *concurus realis* terjadi apabila seseorang melakukan beberapa perbuatan, masing-masing perbuatan itu berdiri sendiri sebagai suatu tindak pidana (kejahatan/pelanggaran) dan akan diadili sekaligus. Jadi dalam hal ini tidak perlu perbuatan itu sejenis atau berhubungan satu sama lain sebagaimana halnya pada perbuatan berlanjut.¹⁰¹ *Concurus realis* dikenal adanya tiga sistem pemidanaan, karena *concurus realis*-pun dibagi menjadi tiga jenis, yaitu *concurus realis* yang ancaman hukuman pokoknya sejenis, *concurus realis* yang ancaman pokoknya tidak sejenis, dan *concurus realis* antara pelanggaran dengan kejahatan atau antara kejahatan dengan pelanggaran.

Berkaitan dengan sistem pemidanaannya *concurus realis* berupa kejahatan yang diancam pidana pokok sejenis berlaku Pasal 65 KUHP yakni hanya dikenakan satu pidana dengan ketentuan bahwa jumlah maksimum pidana tidak boleh lebih dari maksimum terberat ditambah sepertiga.

Contoh : A melakukan 3 (tiga) jenis kejahatan yang masing-masing diancam pidana penjara 2 tahun, 3 tahun dan 6 tahun maka perhitungannya sebagai berikut : $2 + 3 + 6 = 11$ tahun penjara, maka $6 + (1/3 \times 6) = 8$

¹⁰⁰Wirjono Prodjodikarso, *Loc. Cit.*

¹⁰¹Andi Sofyan, *Op. Cit.*, hlm 216.

tahun penjara. Dalam hal ini pidana yang dapat dijatuhkan ialah 8 tahun penjara, jadi disini berlaku sistem absorpsi dipertajam.¹⁰²

Selanjutnya, A melakukan 2 jenis kejahatan yang masing-masing diancam pidana penjara 2 tahun dan 12 tahun maka perhitungannya sebagai berikut : $2 + 12 = 14$ tahun penjara, maka $12 + (1/3 \times 12) = 16$ tahun penjara, Dalam hal ini pidana yang dapat dijatuhkan ialah 14 tahun penjara, jadi disini berlaku sistem kumulasi diperlunak.aa

Pemidanaan *concurso realis* berupa kejahatan yang diancam pidana pokok tidak sejenis berlaku Pasal 66 KUHP yakni semua jenis ancaman pidana untuk tiap-tiap kejahatan dijatuhkan, tetapi jumlahnya tidak boleh melebihi maksimum pidana yang terberat ditambah sepertiga. Sistem ini disebut kumulasi diperlunak.

Contoh : A melakukan 2 (dua) jenis kejahatan yang masing-masing diancam pidana 9 bulan kurungan dan 2 tahun penjara. Dalam hal ini semua jenis pidana dijatuhkan (penjara dan kurungan) harus dijatuhkan, adapun maksimumnya yang dapat dijatuhkan adalah 2 tahun 8 bulan dengan perincian: $2 + (1/3 \times 2) = 2$ tahun 8 bulan (32 bulan) penjara, maka 9 bulan kurungan + 2 tahun penjara = 33 bulan penjara.¹⁰³

Pemidanaan *concurso realis* berupa gabungan antara pelanggaran dengan kejahatan atau pelanggaran dengan pelanggaran (Pasal 70 KUHP) yakni dijatuhkan semua hukuman yang diancamkan. Dengan demikian menggunakan sistem kumulasi.

¹⁰²*ibid*, hlm 218.

¹⁰³*ibid*, hlm 218.

Namun menurut Pasal 70 ayat 2 KUHP, sistem kumulasi dibatasi sampai maksimum 1 tahun 4 bulan kurungan, sebagai contoh: A melakukan 2(dua) pelanggaran yang masing-masing diancam pidana kurungan 4 bulan dan kurungan 8 bulan maka maksimumnya adalah: $(4 + 8)$ bulan = 12 bulan, namun menurut Pasal 70 ayat 2 KUHP sistem kumulasi itu dibatasi sampai maksimum 1 tahun 4 bulan kurungan. Jadi apabila A melakukan 2 (dua) pelanggaran yang masing-masing diancam pidana 9 bulan kurungan dan 8 bulan kurungan maka yang dapat dijatuhkan bukanlah $(9 + 8)$ bulan = 17 bulan tetapi maksimumnya adalah 1 tahun 4 bulan atau 16 bulan saja.¹⁰⁴

4. Tindakan yang Berlanjut atau *Voortgezette Handeling*

Tindakan yang Berlanjut atau *Voortgezette Handeling* diatur dalam rumusan Pasal 64 KUHP, yang berbunyi:

- “1) Jika antara beberapa perbuatan, meskipun masing-masing merupakan kejahatan atau pelanggaran, ada hubungannya sedemikian rupa sehingga harus dipandang sebagai satu perbuatan berlanjut, maka hanya diterapkan satu aturan pidana; jika berbeda-beda, yang diterapkan yang memuat ancaman pidana pokok yang paling berat.
- 2) Demikian pula hanya dikenakan satu aturan pidana, jika orang dinyatakan bersalah melakukan pemalsuan atau merusak mata uang, dan menggunakan barang yang dipalsu atau yang rusak itu.
- 3) Akan tetapi, jika orang yang melakukan kejahatan-kejahatan tersebut dalam pasal-pasal 364, 373, 379, dan 407 ayat 1, sebagai perbuatan berlanjut dan nilai kerugian yang ditimbulkan jumlahnya melebihi dari tiga ratus tujuh puluh lima rupiah, maka ia dikenakan

¹⁰⁴*Ibid*, hlm 220.

aturan pidana tersebut dalam pasal 362, 372, 378, dan 406.”

Berdasarkan rumusan Pasal 64 KUHP di muka maka ada perbuatan berlanjut apabila seseorang melakukan beberapa perbuatan yang masing-masing merupakan kejahatan atau pelanggaran dan antara perbuatan itu ada hubungan sedemikian rupa sehingga harus dipandang sebagai satu perbuatan berlanjut.¹⁰⁵

Hoge Road Belanda pernah menafsirkan Pasal 64 ayat 1 KUHP bahwa berlakunya ayat ini harus memenuhi tiga syarat yaitu ke-1 harus ada satu penentuan kehendak dari si pelaku yang meliputi perbuatan itu, ke-2 perbuatan-perbuatan itu harus sejenis, ke-3 tentang waktu antara perbuatan-perbuatan itu harus pendek.¹⁰⁶

Beberapa pakar hukum berpendapat, bahwa di dalam perilaku-perilaku tersebut bukan tidak mungkin dapat terjadi adanya suatu *deelneming* atau keturutsertaan. Mengenai kemungkinan adanya *deelneming* atau keturutsertaan Simons menjelaskan bahwa:¹⁰⁷

“Menurut cara penglihatan saya, pemberlakuan pasal 64 KUHP hanya berkenaan dengan masalah penjatuhan hukuman dan bukan dengan masalah pembentukan satu tindak pidana, dengan segala akibatnya yakni yang berkenaan dengan tempat terjadinya tindak pidana, dengan keturutsertaan, dengan masalah kedaluarsa dan lain-lain”.

Selanjutnya van Hattum mengutarakan hal yang sama antara lain:

¹⁰⁵*ibid*, hlm 214.

¹⁰⁶Wirjono Prodjodikarso, *Op. Cit*, hlm 147.

¹⁰⁷P.A.F.Iamintang, *Op. Cit*, hlm 678.

“Bahwa pasal 64 KUHP itu hanya memuat suatu peraturan mengenai penjatuhan hukuman dan bukan mengatur masalah pembentukan sejumlah tindak pidana menjadi satu keseluruhan menurut undang-undang, hal mana mempunyai arti yang sangat penting bagi lembaga-lembaga *locus delicti*, kedaluarsa dan keturutsertaan.”

Mengenai masalah bilamana beberapa perilaku itu harus dianggap sebagai suatu tindakan yang berlanjut, undang-undang sendiri tidak memberikan penjelasannya, yaitu tentang kriteria yang bagaimana yang harus dipergunakan orang untuk menganggap bahwa beberapa perilaku itu sebenarnya merupakan suatu tindakan yang berlanjut.

Di dalam memori penjelasan mengenai pembentukan pasal 64 KUHP itu, pembentuk undang-undang hanya mensyaratkan: bahwa berbagai perilaku itu haruslah merupakan pelaksanaan satu keputusan yang terlarang, dan bahwa suatu kejahatan yang berlanjut itu hanya dapat terjadi dari sekumpulan tindak pidana yang sejenis”.¹⁰⁸

Di dalam memori penjelasan itu juga telah dijelaskan bahwa suatu Pencurian dan suatu pembunuhan atau suatu pencurian dan suatu penganiayaan itu secara bersama-sama tidak akan pernah dapat menghasilkan suatu tindakan yang berlanjut, oleh karena:¹⁰⁹

- “a. Untuk melaksanakan kejahatan-kejahatan itu, pelakunya harus membuat lebih daripada satu keputusan
- b. Untuk membuat keputusan-keputusan seperti itu dan untuk melaksanakannya, pelakunya pastilah memerlukan waktu yang berbeda.”

¹⁰⁸*Ibid*, hlm 679.

¹⁰⁹*Ibid*, hlm 680.

Penjelasan-penjelasan yang terdapat di dalam memori penjelasan mengenai pembentukan pasal 64 KUHP itulah, orang kemudian membuat suatu kriteria mengenai apa yang disebut *voortgezette handeling* atau tindakan yang berlanjut seperti yang dimaksudkan di dalam rumusan pasal 64 ayat 1 KUHP.

Menurut kriteria di atas, orang hanya dapat mengatakan bahwa beberapa perilaku itu secara bersama-sama merupakan suatu *voortgezette handeling* atau suatu tindakan yang berlanjut yaitu:¹¹⁰

- “a. Apabila perilaku-perilaku seorang tertuduh itu merupakan pelaksanaan satu keputusan yang terlarang;
- b. Apabila perilaku-perilaku seorang tertuduh itu telah menyebabkan terjadinya beberapa tindak pidana yang sejenis dan
- c. Apabila pelaksanaan tindak pidana yang satu dengan tindak pidana yang lain itu tidak dipisahkan oleh suatu jangka waktu yang relatif cukup lama.”

Menurut van Bemmelen untuk menentukan apakah beberapa perilaku itu dapat dianggap sebagai satu Tindakan berlanjut atau bukan, biasanya tidak begitu mudah, oleh karena biasanya juga terdiri dari sejumlah besar tindakan yang kecil.

Adapun menurut Noyon – Langemeijer, apakah beberapa perilaku itu secara bersama-sama dapat dianggap sebagai satu Tindakan yang

¹¹⁰P.A.F.lamintang, *Loc. Cit.*

berlanjut atau tidak, tergantung pada pertimbangan-pertimbangan yuridis yang harus dibuat oleh hakim¹¹¹

Akhirnya juga perlu dijelaskan tentang bilamana beberapa perilaku itu dapat disebut telah menghasilkan beberapa tindak pidana yang sejenis. Menurut Pompe, beberapa perilaku itu dapat disebut telah menghasilkan beberapa tindak pidana yang sejenis, apabila tindak-tindak pidana yang telah dihasilkan itu mempunyai satu kualifikasi yang sama. Misalnya beberapa perilaku itu telah menghasilkan suatu pembunuhan, suatu penganiayaan, suatu pencurian dan sebagainya.¹¹²

Suatu contoh klasik dari suatu *voortgezette handeling* itu adalah misalnya seseorang yang mempunyai maksud mencuri seongkok besar batu kepunyaan orang lain. Untuk melaksanakan maksudnya itu orang tersebut terpaksa mengangkut batu-batu itu secara berulang kali dalam jumlah kecil sesuai dengan gerobak dorong yang ia gunakan untuk mengangkut batu-batu tersebut.¹¹³

Contoh di atas kita dapat mengetahui, bahwa tindakan-tindakan yang telah dilakukan oleh orang itu telah memenuhi kriteria seperti yang pernah dikemukakan di atas, yakni:¹¹⁴

- “a. Bahwa perbuatan berulang kali mengambil sejumlah kecil batu dengan mempergunakan sebuah gerobak dorong itu merupakan pelaksanaan keputusannya yang terlarang menurut undang-undang;

¹¹¹*Ibid*, hlm 682.

¹¹²*Ibid*, hlm 683.

¹¹³P.A.F.lamintang, *Loc. Cit.*

¹¹⁴P.A.F.lamintang, *Loc. Cit.*

- b. Bahwa perbuatan-perbuatan orang tersebut telah menghasilkan beberapa tindak pidana yang sejenis, yaitu tindak-tindak pidana pencurian;
- c. Bahwa antara perbuatannya yang satu dengan perbuatannya yang lain tidak diputuskan suatu jangka waktu yang relatif cukup lama.”

Pemidanaan perbuatan berlanjut menggunakan sistem absorpsi yaitu hanya dikenakan satu aturan pidana, dan jika berbeda-beda hukumannya maka dikenakan ketentuan yang memuat ancaman pidana pokok yang terberat. Pengecualian dalam hal perbuatan yang tidak sejenis yang digolongkan sebagai perbuatan berlanjut yakni pemalsuan dan perusakan mata uang (Pasal 64 ayat 2 KUHP) tetap memakai sistem absorpsi yakni melanggar Pasal 244 KUHP dengan ancaman pidana penjara 15 tahun dan Pasal 245 KUHP dengan ancaman pidana penjara 15 tahun maka maksimum pidananya ialah 15 tahun penjara. Dalam hal kejahatan-kejahatan ringan yang terdapat dalam Pasal 364, 373, 379 dan 407 ayat (1) yang dilakukan sebagai perbuatan berlanjut, apabila nilai kerugian yang timbul dari kejahatan ringan itu tidak lebih dari lebih Rp 250.000 maka menurut Pasal 64 ayat (3) dikenakan aturan pidana yang berlaku untuk kejahatan biasa. Jadi yang dikenakan adalah Pasal 362, 372, 378 atau 406 KUHP.¹¹⁵

B. Tinjauan Umum Hukum Islam dan Pidana Islam

1. Pengertian Hukum Islam

¹¹⁵Andi Sofyan, *Op. Cit*, hlm 218.

Islam adalah agama dan cara hidup berdasarkan syariah Allah yang terkandung dalam kitab al-Qur'an dan sunah Rasulullah saw. Setiap orang yang mengintegrasikan dirinya kepada Islam, wajib membentuk seluruh hidup dan kehidupannya berdasarkan syariah yang termaksud dalam al-Qur'an dan sunah. Sebagaimana diungkap oleh Yusuf Qardhawi, syariah Ilahi yang tertuang dalam al-Qur'an dan sunah merupakan dua pilar kekuatan masyarakat Islam dan agama Islam merupakan suatu cara hidup dan tata sosial yang memiliki hubungan integral, utuh menyeluruh dengan kehidupan yang idealnya Islam ini tergambar dalam dinamika hukum Islam yang merupakan suatu hukum yang serba mencakup.¹¹⁶

Hukum Islam dalam pengertian yang terakhir adalah hukum negara atau bagian dari hukum negara. Sebagai ilmu, maka ia mempunyai cabang-cabang seperti ilmu hukum umum yang terdiri dari, hukum konstitusional, hukum perdata, hukum pidana, hukum ekonomi dan seterusnya.¹¹⁷

Kata hukum Islam tidak ditemukan sama sekali dalam al-Qur'an dan literatur hukum Islam, yang ada dalam al-Qur'an adalah kata *syariah*, *fiqh*, hukum *Allah*, dan yang seakar dengan kata tersebut. Hukum Islam merupakan terjemahan *islamic law* dari literatur Barat. Hasbi Ash-Shiddieqy memberikan definisi hukum Islam dengan koleksi daya upaya fuqaha dalam menerapkan syariah Islam sesuai dengan kebutuhan masyarakat. Pengertian hukum Islam dalam definisi ini mendekati pada makna *fiqh*.

¹¹⁶ Syahrul Anwar, *Ilmu Fiqh & Ushul Fiqh*, Bogor: Ghalia Indonesia, 2010, hlm 47.

¹¹⁷ *Ibid*, hlm 15.

Sebenarnya, tidak ada arti yang sempurna tentang hukum, namun untuk lebih mendekatkan kepada pengertian yang mudah dipahami meskipun masih mengandung kelemahan, definisi yang diambil oleh Muslihuddin dari *oxford English Dictionary* perlu diungkapkan. Menurutny, hukum adalah:¹¹⁸

"the body of rules wether proceding from formal enactment orfi-om custom, wick a parikular state or community recognizes as binding on its members or subjects (sekumpulan aturan baik yang berasal dari aturan formal maupun adat yang diakui oleh masyarakat dan bangsa tertentu sebagai pengikat bagi anggotanya)."

Hukum Islam berarti seperangkat peraturan berdasarkan wahyu Allah swt. dan sunah Rasul tentang tingkah laku manusia mukalaf yang diakui, serta diyakini berlaku dan mengikat untuk semua umat Islam. Maka dapat dipahami, bahwa hukum Islam menyangkut syariah dan fiqh. Hukum Islam dalam pengertian ini adalah hukum negara atau bagian dari hukum negara, sehingga ia mempunyai cabang-cabang yang terdiri dari hukum perdata dan hukum pidana.¹¹⁹

Pemahaman syariah yang telah diformulasikan dalam bentuk teks hukum, berupa konstitusi undang-undang dan peraturan-peraturan yang mengikat warga negara, dapat disebut hukum islam. Hal itu mempunyai arti penting bagi umat Islam, karena sumber hukum formal di Indonesia adalah konstitusi undang-undang dan peraturan perundang-undangan lainnya yang berlaku, yurisprudensi pengadilan oleh sebagian ahli hukum

¹¹⁸ Syahrul Anwar, *Loc. Cit.*

¹¹⁹ Syahrul Anwar, *Loc. Cit.*

hanya dapat menjadi sumber hukum formal bila diputuskan oleh pengadilan yang lebih tinggi, atau untuk hukum yang tidak ditetapkan oleh undang-undang.

Menurut Rifyal Ka'bah, syariah Islam dalam konteks hukum negara di dunia Islam, baik konstitusional ataupun yang lain adalah *fiqh*. Sementara itu, *fiqh* tidak mungkin secara langsung menjadi hukum negara, karena semua mazhab dalam Islam melahirkan *fiqh* yang bercirikan *ikhtilaf* (perbedaan). Hukum negara membutuhkan adanya aturan yang sama, tidak dalam konteks *ikhtilaf*, tetapi sebagai hukum yang disyariatkan dari syariah yang mencakup bidang dari hukum negara.¹²⁰

Di Indonesia, pada masa kolonial Belanda, telah dibuat beberapa pedoman kompilasi untuk beberapa hakim dalam memutuskan perkara sesuai dengan hukum Islam. Di wilayah Semarang dikenal istilah *magharrar cade* (1747), dan *compendium freijer* (1961). Setelah merdeka, Indonesia kompilasi hukum Islam pada tahun 1989.¹²¹

2. Asas-Asas Hukum Islam

Hasbi Ash-Shiddiqie mengungkapkan bahwa hukum Islam sebagai hukum yang lain mempunyai asas dan tiang pokok, sebagai berikut:

“a. Asas *nafyul haraji*

Asas ini berarti meniadakan kepicikan. Artinya, hukum Islam dibuat dan diciptakan itu berada dalam batas-batas kemampuan para mukalaf. Namun, bukan berarti tidak ada kesukaran sedikitpun, sehingga tidak ada tantangan, tatkala ada kesukaran yang muncul, bukan

¹²⁰*Ibid*, hlm 16.

¹²¹ Syahrul Anwar, *Loc. Cit.*

hukum Islam itu digugurkan melainkan melahirkan hukum rukhsah.¹²²

- b. Asas *qillatu taklif*
Asas *qillatu taklif* berarti tidak membahayakan taklifi, artinya hukum Islam itu tidak memberatkan pundak mukalaf dan tidak menyukarkan.
- c. Asas *tadarujj*
Artinya bertahap (gradual), pembelajaran hukum islam setahap demi setahap disesuaikan dengan perkembangan manusia
- d. Asas Kemaslahatan Manusia
Hukum islam berkembang seiringdengan kehidupan manusia dan mereduksi sesuatu yang ada di lingkungannya.
- e. Asas keadilan merata
Artinya tidak melebihi-lebihi yang satu terhadap yang lainnya.
- f. Asas estetika
Artinya hukum Islam memperbolehkan bagi kita untuk mempergunakan atau memperhatikan segala sesuatu yang indah.
- g. Asas menetapkan hukum berdasar 'urf
Hukum Islam dalam penerapannya dan hukum Islam yang berkembang dalam masyarakat senantiasa memperhatikan adat/kebiasaan suatu masyarakat. Oleh karena itu dalam asas hukum terdapat asas yang menetapkan hukum berdasarkan 'urf:
- h. Asas syara menjadi dzatiah Islam
Asas hukum ini artinya hukum yang diturunkan secara *mujmal*, memberikan lapangan yang luas kepada para filsuf untuk berijtihad dan guna memberikan bahan penyelidikan dan pemikiran dengan bebas, supaya hukum Islam menjadi elastis sesuai dengan perkembangan peradaban manusia.”

Berdasarkan pembahasan mengenai asas-asas hukum Islam, yang menjadi inti pemahaman prinsip-prinsip dan asas-asas hukum Islam dapat

¹²²*Ibid*, hlm 54.

diketahui atau diarahkan pada tujuan penyariahan syariah Islam itu sendiri, dan apa yang akan dibawa hukum Islam untuk mencapai tujuannya. Hal tersebut adalah sebagai berikut:¹²³

- “a. Islam telah meletakkan di dalam undang-undang dasarnya, beberapa prinsip yang mantap dan kekal, seperti prinsip menghindari kesempitan dan menolak madarat, wajib berlaku adil dan bermusyawarah dan memelihara hak, menyampaikan amanah, dan kembali kepada ulama yang ahli untuk menjelaskan pendapat yang benar dalam menghadapi peristiwa dan kasus-kasus haru, dan sebagainya, yang berupa dasar-dasar umum yang merupakan tujuan diturunkannya agama-agama langit, dan dijaga pula oleh hukum-hukum positif dalam upaya untuk sampai kepada pengwujudan teladan tertinggi dan prinsip-prinsip akhlak yang telah ditetapkan oleh agama-agama, namun hukum-hukum masih tetap menghadapi krisis keterbelakangan dari undang-undang atau hukum yang dibawa oleh agama-agama langit.
- b. Dalam dasar-dasar ajarannya, Islam berpegang dengan konsisten pada prinsip mementingkan pembinaan mental individu. Itu khususnya, sehingga ia menjadi sumber kebaikan bagi masyarakat, karena apabila individu telah menjadi baik maka masyarakat dengan sendirinya akan baik pula.
- c. Syariah Islam, dalam berbagai ketentuan hukumnya, berpegang dengan konsisten pada prinsip memelihara kemaslahatan manusia dalam kehidupan dunia akhirat.”

3. Pengertian Hukum Pidana Islam (*Jinayah* dan *Jarimah*)

Hukum pidana Islam merupakan bagian dari hukum Islam atau fiqh secara umum yang merupakan ilmu tentang Islam atau syariah, di mana akidah dan gama Islam meliputi tiga aspek pokok, yaitu iman, Islam, dan atau akidah, syariah, dan akhlak. Ketiga aspek pokok ini memerlukan tiga disiplin ilmu yang berbeda-beda. Ilmu tentang iman atau akidah disebut

¹²³*ibid*, hlm 55.

ilmu tauhid. ilmu tentang Islam atau syariah disebut dengan ilmu fiqh, dan ilmu tentang ihsan atau akhlak disebut dengan ilmu tasawuf.¹²⁴

Konsep *jinayah* berasal dari kata jana, yakni yang berarti kejahatan, pidana, atau kriminal. *Jinayah* adalah perbuatan yang diharamkan atau dilarang karena dapat menimbulkan kerugian atau kerusakan agama, jiwa, akal, dan harta benda. Adapun hukum pidana islam atau *jinayah* adalah hukum pidana yang ada di dalam lingkup hukum islam, terjemahan dari konsep *uqubah*, *jarimah* dan *jinayah*.¹²⁵

Hukum pidana Islam berasal dari konsep hukum Islam yang berhubungan dengan tindak kriminal. Istilah-istilah tersebut antara lain:¹²⁶

- “a. 'Uqubah, yang berarti hukuman atau siksa, sedangkan menurut terminologi hukum Islam, al-'uqubah adalah hukum pidana islam yang meliputi hal-hal yang merugikan ataupun tindak criminal.
- b. *Jarimah*, berasal dari akar kata jarama, yajrimu, jarimatan yang berarti "berbuat" dan "memotong". Kemudian, secara khusus dipergunakan terbatas pada "perbuatan dosa" atau "perbuatan yang dibenci". Kata *jarimah* juga berasal dari kata ajrama yajrima yang berarti "melakukan sesuatu yang bertentangan dengan kebenaran, keadilan, dan menyimpan dari jalan yang lurus.”

Terminologi hukum islam atau fiqh, istilah *jarimah* menurut al-mawardi adalah:

¹²⁴ M. Nurul Irfan, *Hukum Pidana Islam*, Jakarta: AMZAR, 2016, lhm 1.

¹²⁵ B.A. Saebani & M. Hasan, *Hukum Pidana Islam (fiqh Jinayah)*, Bandung: CV Pustaka Setia, 2020, hlm 13.

¹²⁶ *Ibid*, hlm 14.

“Jarain (Tindakan kriminal) adalah semua Tindakan yang diharamkan oleh syariat. Allah Ta’ala mencegah terjadinya tindak kriminal dengan menjatuhkan *hudud* atau *ta’zir* kepada pelakunya.”

Abdul-Qadir Audah menyatakan:¹²⁷

“*Jarimah* adalah melakukan perbuatan yang diharamkan yang apabila melakukannya mengakibatkan ancaman sanksi hukum tertentu, atau tidak melakukan perbuatan yang dilarang yang diancam sanksi hukum tertentu apabila tidak melakukannya atau dengan kata lain, melakukan atau meninggalkan (perbuatan) yang keharamannya telah ditetapkan oleh syariat dan adanya ancaman hukuman tertentu.”

Istilah lain dari *jinayah* adalah *jarimah* yang berarti segala larangan yang diancam Allah dengan sanksi hukum yang ditentukan (*had*) atau yang tidak ditentukan. Arti dari "segala larangan" dapat berupa perbuatan aktif melakukan tindakan yang dilarang atau perbuatan pasif, tidak melakukan tindakan yang diperintahkan. Hal ini menunjukkan bahwa istilah *jinayah* secara operasional identik dengan istilah *jarimah* yang mengandung pengertian tindakan yang dilarang dan diancam oleh hukum.

Pengertian yang dikemukakan oleh Abdul-Qadir Audah sejalan dengan yang dikemukakan oleh pemikir lain, seperti Sayyid Sabiq, menyatakan bahwa *jinayah* adalah semua perbuatan yang diharamkan, yaitu perbuatan yang diberi peringatan dan dilarang oleh syari' (Al-Quran

¹²⁷*Ibid*, hlm 15.

dan sunnah) karena akan mendatangkan kemadharatan pada agama, jiwa, akal, harta, dan kehormatan.

Istilah 'uqubah, *jarimah*, dan *jinayah* dengan demikian adalah istilah lain yang ada dalam hukum pidana Islam. Istilah tersebut menjadi Istilah sentral dalam studi hukum pidana Islam. Dilihat dari sanksinya, dalam hukum pidana Islam terdapat dua bentuk hukuman, yaitu:

- a. hukuman yang berbentuk hukum *hudud*, yaitu segala macam tindak pidana yang sanksinya ditetapkan oleh nash Al-Quran dan sunnah;
- b. hukuman yang berbentuk hukum *ta'zir*, yaitu tindak pidana yang sanksinya tidak ditentukan oleh nash, tetapi diserahkan kepada ijtihad hakim.

Berdasarkan pengertian di muka tersebut maka dapat disimpulkan sebagai berikut:¹²⁸

- “a. Hukum pidana dalam fiqh Islam disebut fiqh *jinayah*, yaitu hukum mengenai tindak kejahatan yang berkaitan dengan kejahatan manusia atas manusia lainnya ataupun atas benda yang merupakan harta benda hak orang lain. Dalam kitab klasik, pembahasan *jinayah* dikhususkan pada perbuatan dosa yang objeknya badan dan jiwa. Para ulama kontemporer menghimpunnya dalam bagian khusus yang dinamai fiqh *jinayah* atau hukum pidana Islam, yang di dalamnya terhimpun pembahasan semua jenis pelanggaran atau kejahatan manusia dengan berbagai sasaran, badan, jiwa, harta benda, kehormatan, nama baik, negara, tatanan hidup, dan lingkungan hidup.
- b. Menurut ahli hukum Islam atau fuqaha, *jinayah* adalah perbuatan atau perilaku kejahatan yang sengaja dilakukan oleh seseorang terhadap orang lain dengan merusak kehormatan jiwa atau badannya. Jadi, *jinayah* adalah tindakan kriminal atau tindakan kejahatan yang

¹²⁸ Ibid., hlm 13, 17-18.

- mengganggu ketenteraman umum serta tindakan melawan perundang-undangan.
- c. Secara bahasa, kata *jinayat* adalah bentuk plural atau jamak dari kata *jinayah* yang berasal dari jana dzanba yajnihi jinayatan yang berarti melakukan dosa. Sekalipun isim mashdar (kata dasar), kata *jinayah* dijamakkan karena mencakup banyak jenis perbuatan dosa, terkadang berkaitan dengan jiwa dan anggota badan, baik disengaja maupun tidak.
 - d. Menurut istilah *syar'i*, kata *jinayah* berarti menganiaya badan sehingga pelakunya wajib dijatuhi hukuman *qisas* atau membayar denda.
 - e. Pengertian *jinayah* mengacu pada hasil perbuatan seseorang. Biasanya pengertian ini terbatas pada perbuatan yang dilarang. Pada kalangan ahli hukum Islam, *jinayah* berarti perbuatan yang mengancam keselamatan jiwa, seperti pemukulan, pembunuhan, dan sebagainya. Ada pula ulama yang membatasi istilah *jinayah* pada perbuatan yang diancam hukuman *hudud* dan *qisas* tidak termasuk perbuatan-perbuatan yang diancam oleh sanksi *ta'zir*. Istilah lain yang sepadan dengan *jinayah* adalah *jarimah*, yaitu larangan-larangan syara' yang diancam Allah dengan hukuman had atau *ta'zir*.
 - f. Pengertian *jinayah* dapat dibagi menjadi dua jenis, yaitu pengertian luas dan pengertian sempit. Klasifikasi pengertian ini terlihat dari sanksi yang dikenakan terhadap *jinayah*. Dalam pengertian luas, *jinayah* merupakan perbuatan yang dilarang oleh hukum dan dapat mengakibatkan hukuman had atau *ta'zir*. Adapun dalain pengertian sempit, *jinayah* merupakan perbuatan yang dilarang oleh hukum yang dapat menimbulkan sanksi had, bukan *ta'zir*.
 - g. Fiqh *jinayah* adalah mengetahui berbagai ketentuan hukum tentang perbuatan kriminal yang dilakukan oleh orang mukalaf sebagai hasil pemahaman atas dalil yang terperinci. Tujuan disyariatkannya adalah memelihara akal, jiwa, harta, dan keturunan.
 - h. *Jinayah* adalah semua perbuatan yang diharamkan. Perbuatan yang diharamkan adalah tindakan yang

dilarang atau dicegah oleh syara' (hukum Islam). Apabila dilakukan, perbuatan tersebut mempunyai konsekuensi membahayakan agama, jiwa, akal, kehormatan, dan harta benda.

- i. Menurut mazhab Hanafi, ada pemisahan dalam pengertian *jinayah*. Kata *jinayah* hanya diperuntukkan bagi semua perbuatan yang dilakukan manusia dengan objek anggota badan dan jiwa, seperti melukai atau membunuh. Adapun perbuatan dosa atau perbuatan salah yang berkaitan dengan objek atau sasaran barang atau harta benda dinamakan ghasab. Oleh karena itu, pembahasan mengenai pencurian dipisahkan dari pembahasan *jinayah*, yang hanya membahas kejahatan atau pelanggaran terhadap jiwa atau anggota badan. Jadi, pembahasan *jinayah* dikhususkan bagi kejahatan terhadap jiwa dan anggota badan, sedangkan masalah yang terkait dengan kejahatan terhadap benda diatur pada bab tersendiri. Adapun mazhab Asy-Syafi'i, Maliki, dan Hambali tidak mengadakan pemisahan antara perbuatan jahat terhadap jiwa dan anggota badan dengan kejahatan terhadap harta benda (pencurian dan kejahatan terhadap harta benda lain). Oleh karena itu, pembahasan keduanya (kejahatan terhadap anggota badan, jiwa, dan harta benda) terdapat di dalam *jinayah*.
- j. Kata *jinayah* yang berarti perbuatan jahat, salah, atau pelanggaran sudah mencakup segala bentuk kejahatan, baik terhadap jiwa ataupun anggota badan. Oleh karena itu, kejahatan terhadap harta benda secara otomatis termasuk dalam pembahasan *jinayah*, tanpa perlu diadakan pemisahan dalam pembahasan di antara keduanya."

Istilah kedua adalah *jarimah*. Pada dasarnya, kata *jarimah* mengandung arti perbuatan buruk, jelek, atau dosa. Jadi, pengertian *jarimah* secara harfiah sama dengan pengertian *jinayah*, yaitu larangan-

larangan syara' (yang apabila dikerjakan) diancam Allah dengan hukuman had atau *ta'zir*.¹²⁹

Konsep *jinayah* dan *jarimah* mencakup perbuatan ataupun tidak berbuat, mengerjakan atau meninggalkan, aktif atau pasif. Oleh karena itu, perbuatan *jarimah* tidak hanya mengerjakan perbuatan yang dilarang oleh peraturan, tetapi juga dianggap sebagai *jarimah* apabila seseorang meninggalkan perbuatan yang menurut peraturan harus dikerjakan. Abdul Qadir Audah mengatakan bahwa *mandhurat* (larangan) adalah melakukan perbuatan yang dilarang atau meninggalkan perbuatan yang diperintahkan. Kata *mandhurat* artinya larangan berbuat atau dilarang mengerjakan perbuatan atau larangan tidak berbuat atau larangan untuk diam, artinya meninggalkan (diam) terhadap perbuatan yang menurut peraturan harus dikerjakan.

Jarimah biasanya diterapkan pada perbuatan dosa, misalnya pencurian, pembunuhan, perkosaan, atau perbuatan yang berkaitan dengan politik, dan sebagainya. Semua itu disebut dengan istilah *jarimah* kemudian dirangkaikan dengan satuan atau sifat perbuatan tersebut, seperti *jarimah* pencurian, *jarimah* pembunuhan, *jarimah* perkosaan. Sebaliknya, tidak digunakan istilah *jinayah* pencurian, *jinayah* pembunuhan, *jinayah* perkosaan, dan *jinayah* politik.

Kata *jarimah* identik dengan hukum positif sebagai tindak pidana atau pelanggaran. Maksudnya adalah satuan atau sifat dari pelanggaran

¹²⁹*Ibid*, hlm 19.

hukum. Dalam hukum positif, contoh-contoh *jarimah* diistilahkan dengan tindak pidana pencurian, tindak pidana pembunuhan, dan sebagainya. Jadi, dalam hukum positif, *jarimah* diistilahkan dengan delik atau tindak pidana. Dalam hukum positif dikenal istilah perbuatan pidana, peristiwa pidana, pelanggaran pidana, perbuatan yang boleh dihukum, yang artinya sama dengan delik. Semua itu merupakan pengalihan dari bahasa Belanda, strafbaar feit. Pemakaian istilah delik lebih sering digunakan dalam ilmu hukum secara umum, sedangkan istilah tindak pidana sering dikaitkan terhadap korupsi, dalam undang-undang biasa dipakai istilah perbuatan pidana.¹³⁰

Pemakaian kata *jinayah* mempunyai arti lebih umum (luas), yaitu ditujukan bagi segala sesuatu yang bersangkutan paut dengan kejahatan manusia dan tidak ditujukan bagi satuan perbuatan dosa tertentu. Oleh karena itu, pembahasan fiqh yang memuat masalah kejahatan, pelanggaran yang dikerjakan manusia, dan hukuman yang diancamkan kepada pelaku perbuatan disebut fiqh *jinayah* dan bukan fiqh *jarimah*.

Kedua istilah tersebut (*jarimah* dan *jinayah*) memiliki kesamaan dan perbedaan secara etimologis. Kedua istilah tersebut bermakna tunggal, mempunyai arti yang sama, serta ditujukan bagi perbuatan yang berkonotasi negative, salah satu dosa. Adapun perbedaannya terletak pada pemakaian, arah pembicaraan, serta dalam penerapannya.¹³¹

4. Asas-Asas Hukum Pidana Islam

¹³⁰*Ibid*, hlm 20.

¹³¹*Ibid*, hlm 21.

Perkataan asas berasal dari Bahasa Arab, *asasuri*. Artinya, dasar, basis, pondasi. Apabila dihubungkan dengan sistem berfikir yang dimaksud dengan asas adalah landasan berpikir yang mendasar.¹³² Adapun asas yang melandasi ilmu hukum pidana Islam sebagai berikut:¹³³

a. Asas Keadilan

“Asas keadilan merupakan asas yang sangat penting dalam hukum Islam. Demikian pentingnya, sehingga ia dapat disebut sebagai asas semua asas. Di dalam al-Qur'an, karena pentingnya kedudukan dan fungsi kata itu, keadilan disebut lebih dari 1000 (seribu) kali, terbanyak setelah Allah dan ilmu pengetahuan. Banyak ayat-ayat yang memerintahkan manusia berlaku adil dan menegakan keadilan. Dalam surat Sad (38) ayat 26 Allah memerintahkan penguasa, penegak hukum sebagai khalifah di bumi menyelenggarakan hukum sebaik-baiknya, berlaku adil terhadap semua manusia, tanpa, misalnya, memandang kedudukan, asal-usul dan keyakinan yang di peluk pencari keadilan itu. Dalam al-Qur'an surat an-Nisa' (4) ayat 135 Tuhan memerintahkan agar manusia menegakkan keadilan, menjadi saksi yang adil walaupun terhadap diri sendiri, orang tua dan keluarga dekat. Di dalam surat lain yakni surat al-Maidah (5) ayat 8 Tuhan menegaskan agar manusia berlaku adil sebagai saksi, berlakulurus dalam melaksanakan hukum, kendatipun ada tekanan, ancaman atau rayuan dalam bentuk apa pun juga. Di dalam ayat itu juga diingatkan para penegak hukum agar kebenciannya terhadap seseorang atau sesuatu golongan tidak menyebabkan ia tidak berlaku adil dalam penyelenggaraan hukum. Dari uraian singkat ini dapat disimpulkan bahwa keadilan adalah asas, titik-tolak, proses dan sasaran hukum Islam.

b. Asas Kepastian Hukum

“Asas kepastian hukum, antara lain disebut secara umum dalam kalimat terakhir surat Bani Israil (17) ayat 15 yang terjemahannya (lebih kurang) sebagai berikut “.. dan tidaklah Kami menjatuhkan hukuman, kecuali setelah Kami mengutus seorang rasul untuk menjelaskan (aturan dan ancaman) hukuman itu . . .” Selanjutnya di dalam

¹³² M. Daud Ali, (*Hukum Islam Pengantar Ilmu hukum dan Tata Hukum Islam di Indonesia Edisi keenam*), Jakarta: PT Raja Grafindo Persada, 1998, hlm 114.

¹³³ Ibid., hlm. 116-117

surat al-Maidah (5) ayat 95 terdapat penegasan Ilahi yang menyatakan bahwa Allah memaafkan apa yang terjadi di masa yang lalu. Dan ke dua bagian ayat-ayat tersebut disimpulkan asas kepastian hukum yang menyatakan bahwa tidak ada satu perbuatan pun dapat dihukum kecuali atas kekuatan ketentuan hukum atau peraturan perundang-undangan yang ada dan berlaku untuk perbuatan itu. Asas ini sangat penting dalam ajaran hukum Islam.”

“Bukti lain bahwa dalam hukum Islam terdapat asas kepastian hukum adalah adanya larangan untuk menikahi saudara kandung kecuali apa yang terjadi antara putra-putri Nabi Adam. Mengenai hal ini, al-Qur'an menggunakan kalimat *illa ma qad salafa* (kecuali yang telah lewat). Artinya yang sudah terlanjur terjadi di masa lampau.¹³⁴

c. Asas Kemanfaatan¹³⁵

“Asas kemanfaatan adalah asas yang mengiringi asas keadilan dan kepastian hukum tersebut di atas. Dalam melaksanakan asas keadilan dan kepastian hukum, seyogyanya dipertimbangkan asas kemanfaatannya, baik bagi yang bersangkutan sendiri maupun bagi kepentingan masyarakat. Dalam menerapkan ancaman hukum mati terhadap seseorang yang melakukan pembunuhan, misalnya, dapat dipertimbangkan kemanfaatan penjatuhan hukuman itu bagi diri terdakwa sendiri dan bagi masyarakat. Kalau hukuman mati yang akan dijatuhkan itu lebih bermanfaat bagi kepentingan masyarakat, hukuman itulah yang dijatuhkan. Kalau tidak menjatuhkan hukuman mati lebih bermanfaat bagi terdakwa sendiri dan keluarga atau saksi korban, ancaman hukuman msks dapat diganti dengan hukuman denda yang dibayarkan kepada keluarga terbunuh. Asas ini ditarik dari al-Qur'an surat al-Baqarah (2) ayat 178.”

d. Asas Legalitas¹³⁶

“Yang dimaksud dengan asas legalitas adalah asas yang menyatakan bahwa tidak ada pelanggaran dan tidak ada hukuman sebelum ada undang-undang yang mengaturnya. Asas ini didasarkan pada al-Qur'an surat al-Isra' (17) ayat 15 tersebut di atas, dihubungkan dengan anak kalimat dalam surat al-An'am (6) ayat 19 yang berbunyi "al-Qur'an ini diwahyukan kepadaku, agar

¹³⁴ M. Nurul Irfan, *Op. Cit*, hlm 14.

¹³⁵ M. Daud Ali, *Op. Cit*, hlm 118.

¹³⁶ M. Daud Ali, *Loc. Cit*.

(dengannya) aku (Muhammad) dapat menyampaikan peringatan (dalam bentuk aturan dan ancaman hukuman) kepadamu” Asas legalitas ini telah ada dalam hukum Islam sejak al-Qur'an diturunkan.”

“Maka kedua ayat di atas relevan dengan asas legalitas sebab menurunkan al-Qur'an kepada Nabi Muhammad untuk diberikan peringatan berupa aturan-aturan hukum, termasuk bentuk ancaman hukuman, oleh karena sebab itu, sanksi hukum bersifat legal sebab sebelum dijatuhkan telah ada ayat atau hadist yang mengatur tentang masalah terkait. Ayat dan hadist inilah jika dikaitkan dengan bunyi rumusan Pasal 1 ayat (1) KUHP berkedudukan sebagai undang-undang”.¹³⁷

e. Asas larangan memindahkan kesalahan pada orang lain

“Asas ini terdapat di dalam berbagai surat dan ayat al-Qur'an (6:164, 35:18, 39:7, 53:38, 74:38). Dalam ayat 38 surat al-Muddatstsir (74) misalnya dinyatakan bahwa setiap jiwa terikat pada apa yang dia kerjakan, dan setiap orang tidak akan memikul dosa atau kesalahan yang dibuat oleh orang lain (Q.s. 74:38). Di bagian ayat 164 surat al-An'am (6) Allah menyatakan bahwa setiap pribadi yang melakukan sesuatu kejahatan akan menerima balasan kejahatan yang di lakukannya. Ini berarti bahwa tidak boleh sekali-kali beban (dosa) seseorang dijadikan beban (dosa) orang lain. Dari ayat-ayat yang disebut, jelas bahwa orang tidak dapat diminta memikul tanggung jawab mengenai kejahatan atau kesalahan yang dilakukan oleh orang lain. Karena pertanggungjawaban pidana itu individual sifatnya, kesalahan seseorang tidak dapat dipindahkan kepada orang lain.”

f. Asas praduga tidak bersalah¹³⁸

“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 tidak bersalah. Seseorang yang dituduh melakukan suatu kejahatan harus dianggap tidak bersalah sebelum hakim dengan bukti-bukti yang meyakinkan menyatakan dengan tegas kesalahan orang itu.”

g. Asas Tidak Berlaku Surut

“Topo Santoso mengatakan bahwa asas ini melarang berlakunya hukum pidana ke belakang, yaitu kepada perbuatan yang belum ada aturannya. Dengan kata lain,

¹³⁷ M. Nurul Irfan, *Op. Cit*, hlm 16.

¹³⁸ M. Daud Ali, *Op. Cit*, hlm 119.

hukum pidana harus berjalan ke depan. Pelanggaran terhadap asas ini mengakibatkan pelanggaran terhadap hak asasi manusia. Asas ini pada kenyataannya merupakan konsekuensi dari asas legalitas. Syariat Islam sangat kaya dengan bukti yang menegaskan asas tidak berlaku surut, sebagai contoh: Dan jangarduh kamu menikahi perempuan-perempuan yang telah dinikahi oleh ayahmu, kecuali (kejadian pada masa) yang telah lampau. (QS. Al-Nisfu (4): 22)”.¹³⁹

“Dalam ayat di atas terdapat larangan menikahi wanita yang telah pernah dinikahi oleh ayah kandung, kecuali apa yang pernah terjadi pada masa lampau. Demikian juga tidak boleh memadu dua saudara kandung seperti yang dinyatakan dalam ayat berikut:

... Dan (diharamkan) megupulkan (dalam pernikahan) dua perempuan dua perempuan yang bersaudara, kecuali yang telah terjadi pada masa lampau. Allah Maha Pengampun, Maha Penyayang. (QS. ,Al-Nisa (4): 23).”

“Hal ini menunjukkan bahwa asas tidak berlaku surut ada dalam hukum pidana Islam. Sanksi pidana terhadap pelaku ini, pencurian, meminum khamar, dan kejahatan-kejahatan lain yang ada dalam suatu ayat atau hadis tidak bisa diberlakukan sebelum ayat dan hadis terkait diturunkan atau disabdakan”.¹⁴⁰

5. Unsur-Unsur (*Jarimah*) Pidana Islam

Perbuatan manusia dapat dipandang sebagai *jarimah* jika memenuhi

unsur-unsur berikut:

a. Unsur formal¹⁴¹

“Yaitu adanya nash atau ketentuan yang menunjukkan sebagai *jarimah*. Jahmah tidak akan terjadi sebelum dinyatakan dalam nash. Alasan harus ada unsur ini, antara lain firman Allah dalam Q.S. Al-Isfar ayat 15 yang mengajarkan bahwa Allah tidak akan menyiksa hamba-Nya sebelum mengutus utusan-Nya. Ajaran ini berisi ketentuan bahwa hukuman akan ditimpakan kepada mereka yang membangkang ajaran Rasul Allah. Khusus

¹³⁹M. Nurul Irfan, *Op. Cit*, hlm 16.

¹⁴⁰*Ibid*, hlm 17.

¹⁴¹B.A. Saebani & M. Hasan, *Op. Cit*, hlm 84.

untuk *jarimahta'zir*, harus ada peraturan dan undang-undang yang telah dibuat oleh penguasa.”

“Barang siapa berbuat sesuai dengan petunjuk (Allah), maka sesungguhnya itu untuk (keselamatan) dirinya sendiri; dan barang siapa tersesat maka sesungguhnya (kerugian) itu bagi dirinya sendiri. Dan seorang yang berdosa tidak dapat memikul dosa orang lain, tetapi Kami tidak akan menyiksa sebelum Kami mengutus seorang rasul. (Q.S. Al-Isra [171]: 15).”

b. Unsur materiil¹⁴²

“Yaitu adanya perbuatan melawan hukum yang benar-benar telah dilakukan. Hadist Nabi riwayat Bukhari dan Muslim dari Abu Hurairah mengajarkan bahwa Allah melewatkan hukuman untuk umat Nabi Muhammad SAW. atas sesuatu yang masih terkandung dalam hati, selagi ia tidak mengatakan dengan lisan atau mengerjakan dengan nyata.”

c. Unsur moral

Yaitu adanya niat pelaku untuk berbuat *jarimah*. Unsur ini menyangkut tanggung jawab pidana yang hanya dikenal atas orang yang telah balig, sehat akal, dan ikhtiar (berkebebasan berbuat).

6. Jenis-jenis Hukuman Pidana Islam

a. *Jarimah Hudud*

Kata *hudud* adalah bentuk jamak dari kata *had*. Pada dasarnya, *had* berarti pemisah antara dua hal atau yang membedakan antara sesuatu dengan yang lain. Dalam pengertian ini termasuk juga dinding rumah atau batas-batas tanah. Menurut bahasa, *had* berarti cegahan. Hukuman-hukuman yang dijatuhkan kepada para pelaku kemaksiatan disebut

¹⁴²*Ibid*, hlm 85.

hudud karena hukuman tersebut dimaksudkan untuk mencegah agar orang yang dikenakan hukuman tidak mengulangi perbuatan yang menyebabkannya dihukum. *Had* juga berarti kemaksiatan sebagaimana dalam firman Allah:

Itulah ketentuan Allah, maka janganlah kamu mendekatinya.."(Q.S. Al-Baqarah [21]; 187). Menurut istilah syara', *had* adalah pemberian hukuman yang merupakan hak Allah. Hukuman bersyarat tidak termasuk ke dalam pengertian itu karena tidak tentu dan penetapannya bergantung pada pendapat penguasa. *Qisas* juga tidak termasuk dalam pengertian tadi karena didasarkan atas hak sesama manusia atau hak-hak anak Adam.¹⁴³

Jarimahhudud merupakan hukuman yang tidak bisa dihapuskan sebagai perbuatan melanggar hukum yang jenis dan ancaman hukumannya ditentukan oleh nash, yaitu hukuman had (hak Allah) yang jumlahnya terbatas. Hukuman had yang dimaksud tidak mempunyai batas terendah dan tertinggi serta tidak bisa dihapuskan oleh perseorangan (korban atau walinya) atau masyarakat yang mewakili (ulil amri). Para ulama sepakat bahwa kategori dalam *jarimahhudud* ada tujuh, yaitu zina, menuduh zina (*qadzif*), mencuri (*sirq*), merampok, menyamun (*hirobah*), minum minuman keras (*surbah*), dan murtad

¹⁴³B.A. Saebani & M. Hasan, *Op. Cit*, hlm 46.

(riddah). Selain ditentukan bentuknya (jumlahnya), hukumannya pun jelas, baik melalui Al-Quran maupun As-Sunnah.¹⁴⁴

Apabila ditinjau dari segi dominasi hak yang terdapat pada pensyariaan hukuman, *hudud* terbagi menjadi dua kategori, yaitu *hudud* yang masuk kedalam hak Allah dan hak manusia.¹⁴⁵

Terhadap *hudud* jenis kedua itu, dibagi kembali menjadi dua. Pertama, semata-mata hak Allah, seperti *had* perzinaan, perbuatan meminum khainar, pencurian, dan pemberontakan. Kedua, hak manusia, seperti *had* penuduhan zina dan hukum *qisas*.

Ada perbedaan mendasar antara hak Allah dan hak manusia. Hak Allah adalah hak masyarakat luas yang dampaknya dapat dirasakan oleh banyak orang; sedangkan hak manusia adalah hak yang terkait dengan manusia sebagai individu, bukan sebagai warga masyarakat. Oleh sebab itu, hak Allah disebut juga *haqq al-ibad* (hak masyarakat luas), bukan sekadar *haqq al-fard* (hak individu).¹⁴⁶

Adapun di antara hukuman yang telah ditetapkan oleh Allah dan Rasulullah SAW. yang tidak boleh diubah adalah sebagai berikut:¹⁴⁷

- “a. Hukuman pancung kepada orang yang tidak shalat tiga waktu berturut-turut tanpa uzur syar'i sesudah dinasihatkan;
- b. Hukum *qisas*, yaitu membunuh dibalas bunuh, luka dibalas luka;
- c. Hukuman sebat kepada orang yang memfitnah orang lath;

¹⁴⁴*Ibid*, hlm 47.

¹⁴⁵M. Nurul Irfan, *Op. Cit*, hlm 48.

¹⁴⁶*Ibid*, hlm 49.

¹⁴⁷B.A. Saebani & M. Hasan, *Op. Cit*, hlm 48.

- d. Hukuman rotan 100 kali bagi pezina yang belum menikah, dirajam sampai mati bagi pezina yang sudah menikah;
- e. Hukuman cambuk dengan rotan 80 kali bagi orang yang menuduh orang berzina tanpa bukti yang cukup;
- f. Hukuman cambuk dengan rotan 80 kali untuk peminum arak.”

Al-Quran dan sunnah telah menetapkan hukuman untuk kesalahan tertentu yang mengharuskan adanya hukuman, yaitu berzina, menuduh berzina, mencuri, mabuk, mengacau, murtad, dan memberontak. Pelaku salah satu dari delik-delik tersebut dikenakan hukuman sebagaimana yang ditetapkan Allah dan Rasul-Nya (pembuat hukum/syara).

b. *Jarimah Qisas*

Di antara *jarimah*, *qisas* diyat yang paling berat adalah hukuman bagi pelaku tindak pidana pembunuhan sengaja karena hukumannya dibunuh. Pada dasarnya, seseorang haram menghilangkan nyawa orang lain tanpa alasan syara', bahkan Allah mengatakan tidak ada dosa yang lebih besar lagi setelah kekafiran selain pembunuhan terhadap orang mukmin. Dalam Al-Quran surat An-Nisa ayat 93 disebutkan:

“Dan barang siapa membunuh seorang yang beriman dengan sengaja, maka balasannya ialah neraka Jahanam, dia kekal di dalamnya. Allah murka kepadanya, dan melaknatnya serta menyediakan azab besar baginya. (Q.S. An-Nisa [4]: 93)”

Pemberlakuan hukuman mati dalam Islam terhadap pelaku pembunuhan sengaja tidak bersifat mutlak, karena jika dimaafkan oleh keluarga korban, dia hanya diberi hukuman untuk membayar diyat denda senilai 100 ekor unta. Dalam hukum pidana Islam, diyat merupakan hukuman pengganti (*uqubah badaliah*) dan hukuman¹⁴⁸ mati yang merupakan hukuman asli (*uqubah ashliyah*) dengan syarat adanya pemberian maaf dari keluarganya.

Seperti halnya *jarimah hudud*, *jarimah qisas* diyat pun telah ditentukan jenis ataupun besar hukumannya. Jadi, *jarimah* ini terbatas jumlah dan hukumannya pun tidak mengenal batas tertinggi ataupun terendah karena hukuman untuk *janmah* ini hanya satu untuk setiap *jarimah*.

Di antara perbedaan *janmah qisasi diyat* dengan *jarimah hudud* adalah *janmah qisas/diyat* menjadi hak perseorangan atau hak *adami* yang membuka kesempatan pemaafan bagi pembuat *jarimah* oleh orang yang menjadi korban, wali, atau ahli warisnya. Jadi, dalam kasus *jarimah qisas/diyat*, korban atau ahli warisnya dapat memaafkan terdakwa, meniadakan *qisas*, dan menggantinya dengan *diyat* atau meniadakan *diyat*.

Adapun *jarimah* yang termasuk dalam kelompok *jarimah qisas/diyat* terdiri atas *Jarimah* yang masuk kelompok *jarimah qisas*, yaitu pembunuhan sengaja, pelukaan, dan penganiayaan sengaja.

¹⁴⁸*Ibid*, hlm 73.

Adapun tiga *jarimah* termasuk dalam kelompok *diyat*, yaitu pembunuhan tidak disengaja. Di samping itu, *diyat* merupakan hukuman pengganti dari hukuman qisas yang dimaafkan.¹⁴⁹

c. Jarimah Takzir

Secara etimologis takzir berarti menolak dan mencegah. Tim penyusun kamus Al-Mu'jam Al-Wasith, mendefinisikan takzir sebagai pengajaran yang tidak sampai pada ketentuan had syar'i seperti pengajaran terhadap seseorang yang mencaci-maki (pihak lain), tetapi bukan berupa tuduhan *herzina*.

Berbeda dengan qisas dan hudud, bentuk sanksi takzir tidak disebutkan secara tegas di dalam al-Quran dan hadist. Untuk menentukan jenis dan ukurannya menjadi wewenang hakim atau penguasa setempat. Tentu dalam memutuskan suatu jenis dan ukuran sanksi takzir ini harus tetap memperhatikan nash keagamaan secara teliti, baik, dan mendalam sebab hal ini menyangkut kemaslahatan umum.

Dasar hukum disyariatkannya takzir terdapat dalam beberapa hadist Nabi dan tindakan sahabat. hadis-hadis tersebut, antara lain dari Razh bin Hakim dari ayahnya dan kakeknya bahwa Nabi pernah menahan seseorang karena disangka melakukan kejahatan. Hadis ini

¹⁴⁹*Ibid*, hlm 74.

diriwayatkan oleh Abu Dawud, Al-Tirmidzi, Al-Nasa'I dan Al Baihaqi.¹⁵⁰

Selanjutnya berdasarkan hak yang dilanggar, ada dua macam jarimah takzir. Berikut ini penjelasannya:¹⁵¹

- “a. Jarimah takzir yang mempunyai hak Allah
Artinya semua perbuatan yang berkaitan dengan kepentingan dan kemasylahatan umum, misalnya, membuat kerusakan dimuka bumi, penimbunan bahan-bahan pokok, dan penyelundupan.
- b. Jarimah takzir yang menyinggung hak individu
Artinya, setiap perbuatan yang mengakibatkan kerugian kepada orang tertentu, bukan banyak orang, misalnya, pencemaran nama baik, penghinaan, penipuan, dan pemukulan.”

C. Tinjauan Umum Gabungan Tindak Pidana Islam

1. Pengertian Gabungan Hukum Pidana (*Ta'addud al-Jaraim*)

Hukum pidana Islam yang mempunyai pengertian *cocncrusus* sendiri. Hal tersebut dikenal dengan istilah *Ta'addud al-Jaraim*.¹⁵² yaitu seseorang melakukan beberapa macam jarimah (perbuatan dosa/tindak pidana), dimana masing-masing jarimah belum mendapat keputusan terakhir.¹⁵³

Berikut ini adalah macam-macam jenis *Ta'addud al-Jaraim*:¹⁵⁴

- “1. *Suwariyy* (Gabungan Lahir/*Concursus Idealis*). Adalah apabila pelaku melakukan suatu *Jarimah* yang dapat terkena oleh bermacam-macam ketentuan. Contohnya seperti seseorang melakukan penganiayaan terhadap

¹⁵⁰M. Nurul Irfan, *Op. Cit*, hlm 93.

¹⁵¹*Ibid*, hlm 94.

¹⁵² Abdul Qadir Audah, *Ensiklopedi Hukum Pidana Islam*, Ahsin Sakho Muhammad Jilid III, Jakarta: Kharisma Ilmu, 2007, hlm. 139.

¹⁵³*Ibid*.

¹⁵⁴Ahmad Wardi Muslich, *Pengantar dan Asas Hukum Pidana Islam Fikih Jinayah*, Jakarta: Sinar Grafika, 2004, hlm. 167.

seorang petugas yang melaksanakan tugasnya. Dalam kasus ini pelaku bisa dituntut karena penganiayaan dan melawan petugas.

2. *Haqiyiy* (Gabungan *Jarimah* Nyata/*Concursus Realis*). Adalah apabila terjadi beberapa macam perbuatan *Jarimah* dari pelaku. Sehingga masing-masing bisa dianggap sebagai *Jarimah* yang berdiri sendiri. Contohnya seperti tukang pencak yang dengan kakinya melukai seseorang, dan dengan tangannya menikam orang lain sampai mati. Dalam kasus ini pelaku bisa dituntut karena melakukan penganiayaan dan pembunuhan.”

Adapun syarat-syarat yang harus dipenuhi untuk dapat menyatakan adanya *Ta'addud al-Jaraim* adalah:¹⁵⁵

- “1. Ada dua atau lebih tindak pidana dilakukan
2. Bahwa dua atau lebih tindak pidana tersebut dilakukan oleh satu orang (atau dua orang dalam hal penyertaan)
3. Bahwa dua atau lebih tindak pidana tersebut belum ada yang diadili dan;
4. Bahwa dua atau lebih tindak pidana tersebut akan diadili sekaligus.”

2. Tinjauan Penerapan hukuman Pidana Islam

Penerapan hukuman Pidana Islam sebagaimana di atas, terdapat teori yang membatasi, yaitu:¹⁵⁶

“a. *Nazariyyat Tadakhul* (Teori Saling Melengkapi)

“Menurut teori ini, ketika terjadi gabungan perbuatan maka hukuman-hukumannya saling melengkapi, sehingga oleh karenanya itu semua perbuatan tersebut dijatuhi satu hukuman, seperti jika seseorang memperbuat satu perbuatan. Teori tersebut didasarkan atas dua pertimbangan, yaitu:

Pertama, meskipun perbuatan *jarimah* berganda, sedang semuanya adalah satu macam, seperti

¹⁵⁵ Rofiq Nazaruddin, *Gabungan Melakukan Tindak Pidana Menurut Hukum Pidana Islam*, <http://www.nasihudin.com/gabungan-melakukan-tindak-pidana-hukum-islam/29>, diakses pada tanggal 26 November 2019 pukul 19:53.

¹⁵⁶ Abdul Qadir Audah, *Ensiklopedi Hukum Pidana Islam*, Jakarta: PT. Kharisma Ilmu hlm. 143.

pencurian yang berulang kali atau fitnah yang berulang kali maka sudah pantasnya kalau hanya dikenakan satu macam hukuman, selama belum ada keputusan hakim. Beberapa perbuatan dianggap sama selama objeknya adalah satu, meskipun berbeda-beda unsurnya serta hukumannya, seperti pencurian biasa dan gangguan keamanan.

Kedua, meskipun perbuatan-perbuatan yang dilakukan berganda dan berbeda-beda macamnya, namun hukumannya bisa saling melengkapinya dan cukup untuk satu hukuman yang dijatuhkan untuk melindungi kepentingan yang sama, atau untuk mewujudkan tujuan yang sama. Misalnya seseorang makan bangkai, darah dan daging babi, maka atas ketiga perbuatan ini dijatuhi satu hukuman, karena hukuman-hukuman tersebut dijatuhkan untuk mencapai satu tujuan, yaitu melindungi kesehatan perseorangan dan masyarakat.¹⁵⁷

Fuqaha Malikiyah menggunakan teori ini dalam beberapa kasus tindak pidana yang hukumannya sama, seperti *qadzaf* dan minum minuman keras. Pedoman mereka dalam menerapkan teori ini dengan melihat tujuan penjatuhan hukuman yang sama atau hukuman yang sejenis. Oleh karenanya, apabila hukuman-hukuman dari *jarimah* yang berganda itu tidak mempunyai kesatuan tujuan maka tidak digunakan teori saling melengkapi, melainkan teori berganda biasa, sehingga semua hukuman dijatuhkan”.¹⁵⁸

b. *Nazariyyatul Jabb* (Teori Penyerapan)

“Pengertian dari *Nazariyyatul Jabb* ialah menjatuhkan suatu hukuman, dimana hukuman-hukuman yang lain tidak dapat dijatuhkan. Penjatuhan hukumannya dengan menghilangkan hukuman yang lain karena telah diserap oleh hukuman yang lebih berat.¹⁵⁹

Hukuman tersebut dalam hal ini tidak lain adalah hukuman mati, dimana pelaksanaannya dengan sendirinya menyerap hukuman-hukuman lain.¹⁶⁰ Jadi menurut teori penyerapan, hukuman tidak dapat

¹⁵⁷ Ahmad Hanafi, *Asas-Asas Hukum Pidana Islam*, Jakarta: Bulan Bintang, 2005, hlm. 243.

¹⁵⁸ Ahmad Wardi Muslich, *Pengantar dan Asas Hukum Pidana Islam*, Sinar Grafika, hlm. 169.

¹⁵⁹ Makrus Munajat, *Dekonstruksi Hukum Pidana Islam*, Yogyakarta: Logung Pustaka, 2004, hlm. 48.

¹⁶⁰ Ahmad Hanafi, *Asas-Asas Hukum Pidana Islam*, Jakarta: Bulan Bintang, 1993, hlm. 244.

dijatuhkan karena hukuman yang lain telah diserap oleh hukuman yang lebih berat.

Teori penyerapan ini dipegangi oleh Abu Hanifah, Malik dan Ahmad, sedangkan Imam Syafi'i menolak, beliau berpendapat bahwa semua hukuman harus dijatuhkan. Caranya ialah dengan mendahulukan hukuman bagi hak-hak manusia yang bukan hukuman mati, kemudian hukuman bagi hak Tuhan yang bukan hukuman mati kemudian lagi hukuman mati. Contohnya seseorang yang bukan muḥṣan melakukan jarimah zina, memfitnah (*qazaf*), pencurian, gangguan keamanan dengan membunuh, maka urutan penjatuhan hukuman-hukuman tersebut adalah hukuman memfitnah (80 *jilid*), kemudian ditahan dulu sampai sembuh untuk kemudian dijatuhi hukuman zina (seratus *jilid*), kemudian ditahan lagi agar sembuh untuk dipotong tangannya karena pencurian, dan kemudian lagi dijatuhi hukuman mati karena gangguan keamanan".¹⁶¹

c. *al Mukhtalath* (Teori Percampuran)

“Teori percampuran ini dimaksudkan untuk mengatasi kelemahan-kelemahan dari dua metode sebelumnya yaitu teori *al jabbu* (penyerapan) dan teori *ad tadaahul* (saling memasuki), yaitu dengan cara menggabungkan keduanya dan mencari jalan tengahnya.

Dalam teori percampuran ini langkah yang dilakukan yakni dengan membatasi kemutlakan dari dua teori sebelumnya. Gabungan hukuman boleh dilakukan namun tidak boleh melampaui batas tertentu. Tujuan daripada pemberian batas akhir ini bagi hukuman ialah untuk mencegah hukuman yang terlalu berlebihan.

Kedua teori tersebut dalam hukum Islam diakui, namun dikalangan para ulama terjadi ikhtilaf, baik cara pengaplikasiannya maupun dasar logika dari penentuan hukuman yang akan diberikan kepada pelaku tindak pidana. Pembahasan mengenai kedua teori tersebut selanjutnya akan dibahas dalam bentuk-bentuk gabungan.”

¹⁶¹*Ibid*, hlm. 245.