

TINDAK PIDANA PERSETUBUHAN MENURUT HUKUM POSITIF DAN HUKUM ISLAM

Beberapa pasal dalam KUHP dimuat larangan zina dan perzinahan (perbuatan cabul) yang berlaku untuk seluruh penduduk di Indonesia. Perbuatan zina atau mukah, menurut pasal 284 KUHP adalah hubungan seksual atau persetubuhan di luar perkawinan yang dilakukan oleh seorang laki-laki dan seorang perempuan yang kedua-duanya atau salah satunya masih terikat dalam perkawinan dengan orang lain.¹

1. Persetubuhan menurut hukum positif

² R. Soesilo, *Kitab Undang-Undang Hukum Pidana Islam (KUHP) Serta Komentar-Komentarnya Lengkap Pasal Demi Pasal*, (Bogor: Politeia, 1995), 209.

atau jika umurnya tidak jelas, bahwa belum waktunya untuk kawin, diancam dengan pidana penjara paling lama sembilan tahun.³

Bagian inti delik dari pasal diatas adalah :

- a. Bersetubuh dengan perempuan diluar kawin.
- b. Yang diketahui atau sepatutnya harus diduga bahwa umurnya belum lima belas tahun, atau jika umurnya tidak jelas, belum waktunya untuk kawin.

Selanjutnya dalam pasal 287 (2) disebutkan penuntutan hanya berdasarkan pengaduan, kecuali jika perempuan belum sampai dua belas tahun atau jika salah satu hal berdasarkan pasal 291 dan pasal 294. Unsur yang terkandung dalam pasal 291 adalah akibat dari persetubuhan itu, diantaranya luka-luka, luka berat dan luka ringan. Sedangkan dalam pasal 294 adalah persetubuhan yang dilakukan terhadap anak kandung, anak tiri, anak angkat, anak dibawah pengawasannya, pembantu atau bawahannya.⁴

Jika rumusan dalam pasal 287, terdapat dua jenis tindak pidana di dalamnya, yang pertama adalah tindak pidana aduan, yang terdapat dalam unsur bersetubuh dengan anak yang umurnya diatas 12 (dua belas) tahun dan belum mencapai lima belas tahun. Di dalam tindak pidana adua /delik aduan berarti delik yang hanya bisa diproses apabila ada pengaduan atau laporan dari orang yang menjadi korban tindak pidana. Korban tindak pidana dapat mencabut laporannya kepada pihak yang berwenang apabila

³ Ibid., 211.

⁴ Andi Hamzah, *Delik-Delik Tertentu (Speciale Delicten) di dalam KUHP*, (Jakarta: Sinar Grafika, 2011), 164.

Dalam pasal 287 tersebut, syarat persetubuhan harus dilakukan diluar perkawinan, jadi apabila persetubuhan tersebut dilakukan terhadap istri sendiri, maka tidak dapat dituntut dengan pasal tersebut, melainkan dengan pasal yang lain.

Sedangkan persetujuan Menurut UU No. 23 Tahun 2002. Tindakan persetujuan terhadap anak selanjutnya mendapat pengaturan yang lebih khusus dengan diberlakukannya Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2002 tentang Perlindungan Anak.

Dalam UU tersebut, pengaturan tentang persetujuan terhadap anak diatur dalam pasal 81, yang berbunyi:

[illegible]

Mengenai kekejian *jarīmah* zina ini, Muhammad Al-Khatib Al-Syarbini mengatakan, zina termasuk dosa-dosa besar yang paling keji, tidak satu agama pun yang menghalalkannya. Oleh karena itu, sanksinya juga sangat berat, karena mengancam kehormatan dan hubungan nasab.¹⁰

Yaitu dalam surah Al-Isra' ayat 32:

وَلَا تَقْرَبُوا الزِّنَا إِنَّهُ كَانَ فَاحِشَةً وَسَاءَ سَبِيلًا

¹⁰ Nurul irfan dan Masyrofah, *Fiqh Jinayah*, (Jakarta: Amzah, 2013), 18.

Artinya: “Dan janganlah kamu mendekati zina; (zina) itu sungguh suatu perbuatan keji, dan suatu jalan yang buruk.”⁴¹

Dan Hukuman bagi pezina ghayru muḥṣan adalah seratus kali dera dan diasingkan selama satu tahun. Allah SWT berfirman dalam surah An-Nur ayat 2:

الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِائَةَ جَلْدَةٍ وَلَا تَأْخُذْكُمْ بِهِمَا رَأْفَةٌ فِي دِينِ اللَّهِ إِنْ كُنْتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ وَلْيَشْهَدْ عَذَابُهُمَا طَائِفَةٌ مِّنَ الْمُؤْمِنِينَ

Artinya: *“Pezina perempuan dan pezina laki-laki, deralah masing-masing dari keduanya seratus kali, dan janganlah rasa belas kasihan kepada keduanya mencegah kamu untuk (menjalankan) agama (hukum) Allah, jika kamu beriman kepada Allah dan hari kemudian; hendaklah (pelaksanaan) hukuman mereka disaksikan oleh sebagian orang-orang beriman”.*¹²

Perempuan dan laki-laki yang berzina pada ayat di atas adalah orang-orang yang belum menikah karena berdasarkan dalil-dalil yang terdahulu, diketahui bahwa hukuman orang yang berzina, apabila sudah menikah adalah rajam.

3. Unsur-unsur *jarimah*

a. Persetubuhan yang diharamkan

Persetubuhan yang dianggap sebagai zina adalah persetubuhan dalam *farji* (kemaluan). Ukurannya adalah apabila kepala kemaluan (*hasyāfah*) telah masuk ke dalam farji walaupun sedikit. Juga dianggap sebagai zina walaupun ada penghalang antara zakar (kemaluan laki-laki)

¹¹ Al-Mujib, *AL-Quran dan Terjemahannya*, (Bandung: Al-Mizan Publishing House, 2012), 286.

¹² Ibid., 351.

Disamping itu, kaidah untuk menentukan persetubuhan sebagai zina adalah persetubuhan yang terjadi bukan pada miliknya sendiri. Dengan demikian, apabila persetubuhan terjadi dalam lingkungan hak milik sendiri karena ikatan perkawinan maka persetubuhan tersebut tidak dianggap sebagai zina, walaupun persetubuhamnya diharamkan karena suatu sebab. Hal ini karena hukum haramnya persetubuhan datang belakangan karena adanya suatu sebab bukan karena zatnya. Contohnya, seperti menyetubuhi istri yang sedang haid, nifas, atau sedang berpuasa Ramadhan. Persetubuhan ini semuanya dilarang, tetapi tidak dianggap sebagai zina.

Wardi Muslich, *Hukum Pidana Islam*, (Jakarta: Sinar Grafika, 2005), 8.

[illegible]

¹⁴ Ibid., 9.

a. Wathi pada dubur (*liwat*)

Liwat atau homoseksual merupakan perbuatan yang dilarang oleh *syara'* dan merupakan jarimah yang bahkan lebih keji daripada zina.¹⁶ *Liwat* merupakan perbuatan yang bertentangan dengan akhlak dan fitrah manusia dan sebenarnya berbahaya bagi kehidupan manusia yang melakukannya.

Liwat atau homoseksual ini merupakan perbuatan kaum Nabi Luth yang sudah mendarah daging. Nabi Luth sudah sering memperingatkan mereka tetapi mereka tidak mengindahkannya, sehingga pada akhirnya

¹⁶ Ahmad Wardi Muslich, *Hukum Pidana Islam*, (Jakarta : Sinar Grafika, 2005), 9.

mereka dihukum oleh Allah SWT dan mereka semua mati kecuali Nabi Luth dan ada pengikutnya yang beriman kepada Allah SWT.¹⁷

b. Menyetubuhi mayat

Dalam kasus ini tindak pidana menyetubuhi mayat ini para ulama juga berbeda pendapat. Menurut Imam Abu Hanifah dan salah satu pendapat dari mazhab Syafi'i dan Hambali, bahwa perbuatan tersebut tidak dianggap sebagai zina yang dikenakan *ḥad*. Dengan demikian, pelaku hanya dikenai hukuman takzir. Alasannya adalah bahwa persetubuhan dengan mayat dapat dianggap seperti tidak terjadi persetubuhan, karena organ tubuh mayat sudah tidak berfungsi dan menurut kebiasaannya hal itu tidak menimbulkan syahwat. Pendapat ini juga merupakan Syi'ah Zaidiyah.

Menurut pendapat yang kedua yang kedua dari madzab Syafi'i dan Hambali, perbuatan tersebut dianggap sebagai zina yang dikenai hukuman *ḥad* apabila pelakunya bukan suami istri. Sebabnya adalah karena perbuatan tersebut merupakan persetubuhan yang diharamkan bahkan lebih berat dari pada zina dan lebih besar dosanya, karena di dalamnya terkandung dua kejahatan, yaitu zina dan pelanggaran kehormatan mayat.¹⁸

c. Menyetubuhi binatang

Imam Malik dan Abu Hanifah berpendapat bahwa menyetubuhi binatang tidak dianggap sebagai zina, tetapi merupakan perbuatan

¹⁷ Ibid., 10.

¹⁸ Ibid., 15.

Dikalangan mazhab Syafi'i dan Hambali ada dua pendapat. Pendapat yang *rajih* (kuat) sama dengan pendapat Abu Hanifah dan Imam Malik, sedangkan menurut pendapat yang kedua, perbuatan tersebut dianggap sebagai zina dan hukumannya adalah hukuman mati.¹⁹

Golongan Zhahiriyah menganggap hadis yang menerangkan tentang pengaruh syubhat terhadap hukuman had sebagai hadis yang sahih. Namun menurut Zhahiriyah hukuman *hudud* tidak bisa digugurkan dan ditegakkan dengan syubhat. Yaitu apabila tidak dibuktikan, hukuman had tidak bisa dibuktikan dengan syubhat. Akan tetapi apabila tindak pidana bisa dibuktikan maka hukuman *had* tidak bisa digugurkan dengan syubhat.²⁰

Kekeliruan atau kesalahan dalam perisetubuhan ini ada dua kemungkinan, yaitu kekeliruan dalam perisetubuhan yang mubah dan kekeliruan dalam perisetubuhan yang diharamkan.

Apabila kekeliruan yang terjadi dalam persetubuhan yang mubah maka pelaku tidak dikenai hukuman, karena ia tidak

²⁰ Ibid., 17

2. Kekeliruan dalam persetubuhan yang diharamkan

Apabila kekeliruan terjadi dalam persetubuhan yang diharamkan maka pelaku tidak dibebaskan dari hukuman, karena keadaan tersebut tidak dianggap sebagai syubhat yang dapat menggugurkan hukuman. Contohnya seseorang yang memesan seorang pelacur (A), tetapi yang dikirimkan adalah pelacur yang lain (B), lalu ia (B) disetubuhi, karena disangka (A). Dalam contoh ini baik (A) maupun (B) kedua-duanya adalah wanita yang diharamkan untuk disetubuhi sehingga sangkaan pelaku yang keliru tidak menimbulkan syubhat dan oleh karenanya pelaku tidak bisa dibebaskan dari hukuman *had*.

[illegible]

Pasal 76E : *“Setiap Orang dilarang melakukan kekerasan atau ancaman kekerasan, memaksa, melakukan tipu muslihat, melakukan serangkaian kebohongan, atau membujuk Anak untuk melakukan atau membiarkan dilakukan perbuatan cabul”*.

Pasal 81 ayat (1) : *”Setiap orang yang melanggar ketentuan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 76D dipidana dengan pidana penjara paling singkat 5 (lima) tahun dan paling lama 15 (lima belas) tahun dan denda paling banyak Rp. 5.000.000.000,00 (lima miliar rupiah)”*.

Ayat (2) : *“Setiap orang yang melanggar ketentuan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 76D dipidana dengan pidana penjara paling singkat 5 (lima) tahun dan paling lama 15 (lima belas) tahun dan denda paling banyak Rp. 5.000.000.000,00 (lima miliar rupiah)”*.²⁵

Ayat (3) : *“Dalam hal tindak pidana sebagaimana dimaksud pada ayat (1) dilakukan oleh Orang Tua, Wali, pengasuh Anak, pendidik, atau tenaga kependidikan, maka pidananya ditambah 1/3 (sepertiga) dari ancaman pidana sebagaimana dimaksud pada ayat (1)”*.²⁶

Bagi pelaku jarimah zina dapat dikenai *had* apabila perbuatannya tersebut telah dibuktikan. Untuk jarimah zina ada tiga macam cara pembuktian, yaitu:

²⁶ Ibid., 21.

Pengakuan dapat digunakan sebagai alat bukti untuk jarimah zina, dengan syarat-syarat sebagai berikut:

- a. Pengakuan harus dinyatakan sebanyak empat kali, dengan mengiaskannya kepada empat orang saksi.
- b. Pengakuan harus terperinci dan menjelaskan tentang hakikat perbuatan sehingga dapat menghililagka syubhat (ketidak jelasan) dalam perbuatan zina tersebut.
- c. Pengakuan harus sah atau benar, dan hal ini tidak mungkin timbul kecuali dari orang yang berakal dan mempunyai kebebasan.³³
- d. Harus dinyatakan dalam sidang pengadilan.³⁴

³⁴ Ibid., 54

Anak adalah penerus masa depan bangsa. Tetapi dalam kenyataannya, situasi anak Indonesia masih dan terus memburuk. Dunia anak yang seharusnya diwarnai oleh kegiatan bermain, belajar, dan mengembangkan minat serta bakatnya untuk masa depan, realitasnya diwarnai data kelam dan menyedihkan. Anak Indonesia masih terus mengalami kekerasan. Hal ini dapat dipahami karena anak adalah manusia yang belum memiliki kematangan sosial, pribadi dan mental seperti orang yang telah dewasa. Adapun perbedaan anak dengan orang dewasa terlihat dengan adanya perbedaan umur dan tingkah laku. Berikut ini pengertian anak yang termuat dalam beberapa perundang-undangan yang terkait dengan hal tersebut, yaitu:

- ³⁵ Ibid., 55.

[illegible]

Diantara sekian banyak pengertian anak yang telah dikemukakan, maka dalam tulisan ini pengertian anak yang digunakan adalah pengertian anak menurut Undang-Undang No. 23 Tahun 2002 tentang hukum Perlindungan Anak yaitu anak adalah seseorang yang belum berusia 18 (delapan belas) tahun, termasuk anak yang masih dalam kandungan. Dimana dalam Undang-Undang ini menjamin dan melindungi hak-hak anak agar dapat hidup, tumbuh, berkembang dan berpartisipasi secara optimal sesuai dengan harkat dan martabat kemanusiaan serta mendapat perlindungan dari kekerasan dan diskriminasi.

Hukum pidana Islam dipandang sebagai hukum pertama yang membedakan secara sempurna antara anak kecil dan orang dewasa dari segi tanggung jawab pidana. Hukum Islam juga merupakan hukuman pertama yang meletakkan tanggung jawab anak-anak yang tidak berubah dan berevolusi sejak empat belas abad yang lalu, hukuman ini dianggap sebagai

[illegible]

hukuman terbaru dalam hal pertanggung jawaban anak kecil (belum dewasa) pada masa sekarang ini.³⁸

Tanggung jawab pidana dalam hukum Islam terdiri atas dua unsur utama, yaitu: kekuatan berfikir (*idrak*) dan pilihan (*ikhtiar*). Karena itu hukum bagi anak-anak kecil berbeda seiring dengan perbedaan fase-fase yang dilalui oleh manusia semenjak lahirnya sampai pada waktu sempurnanya kekuatan berfikir dan pilihan. Fase-fase yang dilalui manusia dari sejak lahir sampai usia dewasa terdiri atas tiga fase (periode) yaitu:

a. Fase tidak adanya kemampuan berfikir

Sesuai dengan kesepakatan fukaha, fase ini dimulai sejak manusia dilahirkan dan berakhir sampai usia tujuh tahun. Pada fase ini seorang anak dianggap tidak mempunyai kekuatan berfikir. Ia pu disebut aanak yang belum mumayiz. Pada realitasnya, tamyiz tidak terbatas pada usia tertentu karena kemampuan berfikir dapat timbul sebelum usia tujuh tahun dan kadang-kadang sesudahnya. Ini dipengaruhi oleh perbedaan orang, lingkungan, keadaan kesehatan, dan mentalnya.

Dalam hal menentukan batas-batas kemampuan berfikir, para fukaha mengacu pada usia agar bisa berlaku bagi semua orang dengan mendasarkan pada keadaan yang banyak terjadi pada anak kecil. Pembatasan ini diperlukan agar tidak terjadi kekacauan hukum dan agar mudah bagi hakim untuk meneliti apakah kemampuan berfikir sudah ada

³⁸ Abdul Qadir Al Audah, *Ensiklopedi Hukum Pidana Islam, (Ahsin Sekho dkk), Jilid II*, (Jakarta: PT Kharisma Ilmu, 2008), 255

pada diri seorang anak atau belum sebab usia anak dapat diketahui dengan mudah.³⁹

b. Fase kemampuan berfikir lemah

Fase ini dimulai sejak anak menginjak usia tujuh tahun sampai ia mencapai usia baligh. Mayoritas fukaha membatasinya pada usia lima belas tahun. Apabila seorang anak telah menginjak usia tersebut, ia dianggap telah dewasa secara hukum meskipun belum dewasa dalam usia sebenarnya.

Imam Abu Hanifah sendiri membatasi kedewasaan pada usia delapan belas tahun, menurut satu riwayat sembilan belas tahun bagi laki-laki dan tujuh belas tahun bagi perempuan. Pendapat yang populer dalam mazhab Maliki sejalan dengan pendapat Abu Hanifah karena mereka menentukan usia dewasa itu delapan belas tahun, tetapi menurut sebagian yang lain harus 19 tahun.⁴⁰

c. Fase kekuatan berfikir penuh

Fase ini dimulai sejak anak menginjak usia kecerdasan (dewasa), yaitu kala menginjak usia lima belas tahun, menurut pendapat mayoritas fukaha, atau berusia delapan belas tahun, menurut pendapat Imam Abu Hanifah dan mazhab Maliki. Pada fase ini, seseorang dikenai tanggung jawab pidana atas tindak pidana yang dilakukannya apa pun jenisnya. Dan dijatuhi hukuman *hudud* apabila dia berzina atau mencuri dan dikisas

³⁹ Ibid., 256.

⁴⁰ Ibid., 257.

1. Pengertian dan dasar *hudud*

Jarīmah hudud adalah suatu jarimah yang bentuknya telah ditentukan syara' sehingga terbatas jumlahnya. Selain ditentukan bentuknya (jumlahnya), juga ditentukan hukumannya secara jelas, baik melalui Alquran maupun As-Sunnah. Lebih dari itu, *jarīmah* ini termasuk dalam *jarīmah* yang menjadi hak Allah. *Jarīmah* yang menjadi hak Allah, pada prinsipnya adalah jarimah yang menyangkut masyarakat banyak, yaitu untuk memelihara kepentingan, ketentraman dan keamanan masyarakat. Oleh karena itu, hak Allah identik dengan hak jamaah atau hak masyarakat, maka pada jarimah ini tidak dikenal maaf atas pembuat jarimah baik oleh perseorangan yang menjadi korban *jarīmah* maupun oleh negara.

Hukuman *jarīmah* ini sangat jelas diperuntukkan bagi setiap *jarīmah*. Karena hanya ada satu macam hukuman untuk setiap *jarīmah*, tidak ada pilihan hukuman bagi *jarīmah* ini dan tentu saja tidak mempunyai batas tertinggi maupun terendah seperti layaknya hukuman yang lain.

[illegible]

Kejahatan *hudud* adalah kejahatan serius dan berat dalam pidana Islam. Ia adalah kejahatan terhadap kepentingan publik. Tetapi ini tidak berarti bahwa kejahatan *hudud* tidak mempengaruhi kepentingan pribadi sama sekali, namun terutama sekali berkaitan dengan apa yang disebut hak

⁴⁵ Ibid., 20.

Hudud adalah bentuk hukuman yang dijatuhkan kepada para pelaku tindak pidana dengan nash yang telah ditentukan, menurut beberapa Ulama menyepakati dan mengkategorikan bahwa hukuman *hudud* ada tujuh, yaitu: Zina, tuduhan palsu zina (*qadzaf*), pencurian (*sariqah*), perampokan (*hirabah*), murtad (*riddah*), pemberontakan (*al-baghy*), dan minum-minuman keras (*syurb al-khamr*). Adapun pengertian setiap macam-macam hudud sebagai berikut:

- [illegible]

