

BAB II

KAJIAN PUSTAKA

A. Teori dan Konsep

1. Sanksi Pidana

Sanksi Pidana ialah suatu hukuman sebab akibat, sebab ialah kasusnya dan akibat ialah hukumnya, orang yang terkena akibat akan memperoleh sanksi baik masuk penjara ataupun terkena hukuman lain dari pihak berwajib. Sanksi Pidana merupakan suatu jenis sanksi yang bersifat ancaman yang diancamkan atau dikenakan terhadap perbuatan atau pelaku perbuatan pidana atau tindak pidana yang dapat mengganggu atau membahayakan kepentingan hukum. Sanksi pidana pada dasarnya merupakan suatu penjamin untuk merehabilitasi perilaku dari pelaku kejahatan tersebut, namun tidak jarang bahwa sanksi pidana diciptakan sebagai suatu ancaman dari kebebasan manusia itu sendiri. Pidana ialah penderitaan yang sengaja dibebankan kepada orang yang melakukan perbuatan yang memenuhi unsur syarat-syarat tertentu, sedangkan Roslan Saleh menegaskan bahwa pidana adalah reaksi atas delik, dan ini berwujud suatu penderitaan yang dengan sengaja dilimpahkan Negara kepada pembuat delik.¹

¹ Adami Chazawi, *Pelajaran Hukum Pidana I*, (Jakarta, Raja Grafindo Persada 2011), hal. 81

Jenis-jenis Pidana sebagaimana telah diatur dalam Pasal 10 Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP) Pidana terdiri atas:

a. Pidana Pokok

1. pidana mati
2. pidana penjara
3. pidana kurungan
4. pidana denda
5. pidana tutupan.(UU No.20/1946)

b. Pidana Tambahan

1. pencabutan hak-hak tertentu
2. perampasan barang-barang tertentu
3. pengumuman putusan hakim

Tujuan pemidanaan adalah mencegah dilakukannya kejahatan pada masa yang akan datang, tujuan diadakannya pemidanaan diperlukan untuk mengetahui sifat dasar hukum dari pidana. bahwa Dalam konteks dikatakan Hugo De Groot “malim pasisionis propter malum actionis” yaitu penderitaan jahat menimpa dikarenakan oleh perbuatan jahat. Berdasarkan pendapat tersebut, tampak adanya pertentangan mengenai tujuan pemidanaan, yakni antara mereka yang berpandangan pidana sebagai sarana pembalasan atau teori absolute dan mereka yang menyatakan bahwa pidana mempunyai tujuan yang positif atau teori tujuan, serta pandangan yang menggabungkan dua tujuan pemidanaan tersebut.

Muladi mengistilahkan teori tujuan sebagai *teleological theories* dan teori gabungan disebut sebagai pandangan integratif di dalam tujuan pemidanaan yang beranggapan bahwa pemidanaan mempunyai tujuan yang plural, yang merupakan gabungan dari pandangan utilitarian yang menyatakan bahwa tujuan pemidanaan harus menimbulkan konsekuensi bermanfaat yang dapat dibuktikan, keadilan tidak boleh melalui pembebanan penderitaan yang patut diterima untuk tujuan penderitaan itu sendiri, misalnya bahwa penderitaan pidana tersebut tidak boleh melebihi ganjaran yang selayaknya diberikan pelaku tindak pidana.²

a. Tindak Pidana

Makna Tindak Pidana atau *strafbaarfeit* atau perbuatan pidana merupakan suatu perbuatan yang dilarang oleh suatu aturan hukum larangan mana disertai ancaman (sanksi) yang berupa pidana tertentu, barangsiapa melanggar larangan tersebut.³ Disamping itu dalam bahasa Indonesia, makna tersebut diterjemahkan dengan berbagai makna, seperti peristiwa pidana, perbuatan pidana, pelanggaran pidana, perbuatan yang dapat dihukum dan perbuatan yang boleh dihukum.

Menurut Simons tindak pidana adalah tindakan melanggar hukum yang telah dilakukan dengan sengaja ataupun tidak sengaja oleh seseorang yang dapat dipertanggungjawabkan atas tindakannya dan yang oleh undang-undang telah dinyatakan sebagai suatu tindakan yang dapat

² Muladi, *Lembaga Pidana Bersyarat*, (Bandung, Alumni, 2008), hal.25

³ Adami Chazawi. *Hukum Pembuktian Tindak Pidana Korupsi*. (Bandung. Alumni. 2006), hal. 71

dihukum.⁴ Wirjono Prodjodikoro mendefinisikan tindak pidana merupakan pelanggaran norma-norma dalam 3 bidang hukum lain, yaitu hukum perdata, hukum ketatanegaraan, dan hukum tata usaha pemerintah, yang oleh pembentuk undang-undang ditanggapi dengan suatu hukum pidana. Sedangkan menurut Pompe tindak pidana adalah suatu pelanggaran terhadap norma (gangguan terhadap tertib hukum) yang dengan sengaja ataupun tidak dengan sengaja telah dilakukan oleh seorang pelaku, dimana penjatuhan hukuman terhadap pelaku tersebut adalah perlu demi terpeliharanya tertib hukum dan terjaminnya kepentingan umum.⁵ Beberapa makna dan definisi di atas, paling tepat digunakan adalah “Tindak Pidana dan Perbuatan Pidana”, dengan alasan selain mengandung pengertian yang tepat dan jelas, sebagai istilah hukum juga sangat praktis diucapkan dan sudah dikenal oleh masyarakat pada umumnya.

Menurut Moeljatno, perbuatan pidana didefinisikan sebagai perbuatan yang dilarang oleh suatu aturan hukum larangan mana disertai ancaman (sanksi) yang berupa pidana tertentu, bagi barangsiapa melanggar larangan tersebut.⁶ Perbuatan pidana lebih tepat digunakan dengan alasan sebagai berikut:

1. Perbuatan yang dilarang adalah perbuatannya (perbuatan manusia, yaitu suatu kejadian atau keadaan yang ditimbulkan oleh kelakuan orang),

⁴ Wirjono Prodjodikoro. *Asas-asas Hukum Pidana Indonesia*. (Bandung, Eresco. 1986), hal. 1

⁵ PAF Lamintang. *Delik-delik Khusus*. (Bandung, Sinar Baru. 1984). hal. 185

⁶ Moeljatno, *Kitab Undang-Undang Hukum Pidana*, (Jakarta: PT Bumi Aksara, 2001). hal.54

artinya larangan itu ditujukan pada perbuatannya. Sementara itu, ancaman pidananya itu ditujukan pada orangtuanya.

2. Antara larangan (yang ditujukan pada perbuatan) dengan ancaman pidana (yang ditujukan pada orangnya), ada hubungan yang erat. Oleh karena itu, perbuatan (yang berupa keadaan atau kejadian yang ditimbulkan orang tadi, melanggar larangan) dengan orang yang menimbulkan perbuatan tadi ada hubungan erat pula.
3. Untuk menyatakan adanya hubungan yang erat itulah, maka lebih tepat digunakan istilah perbuatan pidana, suatu pengertian abstrak yang menunjuk pada dua keadaan konkret yaitu pertama, adanya kejadian tertentu (perbuatan), dan kedua, adanya orang yang berbuat atau yang menimbulkan kejadian itu.⁷

Sudradjat Bassar menyimpulkan pengertian perbuatan pidana yang didefinisikan oleh Moeljatno bahwa suatu perbuatan akan menjadi suatu tindak pidana apabila perbuatan tersebut:

- a. Melawan hukum.
- b. Merugikan masyarakat.
- c. Dilarang oleh aturan pidana.
- d. Pelakunya diancam dengan pidana.⁸

Berdasarkan keempat bagian tersebut dapat diketahui bahwa butir 3) dan 4) merupakan butir yang memastikan bahwa suatu perbuatan adalah tindak pidana. Untuk itu harus dilihat pada ketentuan-ketentuan hukum

⁷ Adami Chazawi. *Hukum Pembuktian Tindak Pidana Korupsi*. (Bandung. Alumni. 2006), hal. 73

⁸ Sudradjat Bassar. *Tindak-tindak Pidana Tertentu*. (Bandung. Remadja Karya. 1986), hal. 2

pidana yang ada dan berlaku (hukum positif) yaitu Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP), dan peraturan-peraturan pidana yang merupakan ketentuan hukum pidana di luar KUHP. Hal ini sesuai dengan dasar pokok dari segala ketentuan hukum pidana yaitu azas legalitas atau asas *nullum delictum nulla poenasine lege poenali* yang maksudnya sesuai dengan Pasal 1 Ayat (1) KUHP yang menentukan: “tiada suatu perbuatan dapat dipidana kecuali berdasarkan peraturan perundang-undangan hukum pidana yang ada dan berlaku sebelum perbuatan itu dilakukan”.

b. Unsur-Unsur Tindak Pidana

Suatu perbuatan dapat dikatakan sebagai tindak pidana maka harus memenuhi beberapa unsur. Unsur-unsur tindak pidana yang diberikan beberapa tokoh memiliki perbedaan, tetapi secara prinsip intinya sama. Adapun unsur-unsur tindak pidana dapat dibedakan menjadi 2 segi yaitu:

1. Unsur Subyektif

Yaitu hal-hal yang melekat pada diri si pelaku atau berhubungan dengan si pelaku, yang terpenting adalah yang bersangkutan dengan batinnya. Unsur subyektif tindak pidana meliputi:

- Kesengajaan (*dolus*) atau kealpaan (*culpa*)
- Niat atau maksud dengan segala bentuknya
- Ada atau tidaknya perencanaan

2. Unsur Obyektif

Merupakan hal-hal yang berhubungan dengan keadaan lahiriah yaitu dalam keadaan mana tindak pidana itu dilakukan dan berada diluar batin si pelaku.

- Memenuhi rumusan undang-undang.
- Sifat melawan hukum.
- Kualitas si pelaku.
- Kausalitas, yaitu berhubungan antara penyebab tindakan dengan akibatnya.⁹

Pada dasarnya unsur tindak pidana tidak terlepas dari dua faktor yaitu faktor yang ada dalam diri si pelaku itu sendiri dan faktor yang timbul dari luar diri si pelaku atau faktor lingkungan.

c. Pidana dan Pidanaan

Menurut Sudarto, perkataan pidanaan sinonim dengan perkataan pidanaan, tentang hal tersebut menurut beliau antara lain bahwa pidanaan itu berasal dari kata dasar hukum, sehingga dapat diartikan sebagai menetapkan hukum atau memutuskan tentang hukumnya (*berechten*). Menetapkan hukum untuk suatu peristiwa itu tidak hanya menyangkut bidang hukum pidana saja, akan tetapi juga hukum perdata. Menurut Muladi dan Barda Nawawi Arief, unsur-unsur atau ciri-ciri pidana meliputi:

1. Suatu pengenaan penderitaan atau akibat-akibat lain yang tidak menyenangkan.

⁹ Moeljatno, *Kitab Undang-Undang Hukum Pidana*, (Jakarta: PT Bumi Aksara, 2001). hal.54

2. Diberikan dengan sengaja oleh badan yang memiliki kekuasaan (berwenang).
3. Dikenakan pada seseorang yang telah melakukan tindak pidana menurut Undang Undang (orang memenuhi rumusan delik/Pasal).

Pidana merupakan derita yang dijatuhkan dengan sengaja oleh negara (melalui pengadilan) dimana nestapa itu dikenakan pada seseorang yang secara sah telah melanggar hukum pidana dan nestapa itu dijatuhkan melalui proses peradilan pidana. Adapun Proses Peradilan Pidana (*the criminal justice process*) merupakan struktur, fungsi, dan proses pengambilan keputusan oleh sejumlah lembaga (kepolisian, kejaksaan, pengadilan dan lembaga pemasyarakatan) yang berkenaan dengan penanganan dan pengadilan kejahatan dan pelaku kejahatan.¹⁰

Pidana perlu dijatuhkan pada seseorang yang melakukan pelanggaran terhadap hukum pidana karena pidananya juga berfungsi sebagai pranata sosial. Dalam hal ini pidana sebagai bagian dari reaksi sosial manakala terjadi pelanggaran terhadap norma-norma yang berlaku, yakni norma yang mencerminkan nilai dan struktur masyarakat yang merupakan reafirmasi simbolis atas pelanggaran terhadap “hati nurani bersama” sebagai bentuk ketidaksetujuan terhadap perilaku tertentu.¹¹

Bentuknya berupa konsekuensi yang menderitakan, atau setidaknya tidak menyenangkan. Ilmu yang memepelajari pidana dan ppidanaan dinamakan Hukum Penitensier/Hukum Sanksi. Hukum Penitensier adalah

¹⁰ Adami Chazawi. *Hukum Pembuktian Tindak Pidana Korupsi*. (Bandung. Alumni. 2006), hal. 24

¹¹ *Ibid*, hal. 24

segala peraturan positif mengenai sistem hukuman (*strafstelsel*) dan sistem tindakan (*matregelstelsel*), menurut Utrecht, hukum penitensier ini merupakan sebagian dari hukuman pidana positif yaitu bagian yang menentukan:

- a. Jenis sanksi terhadap suatu pelanggaran dalam hal ini terhadap KUHP dan sumber-sumber hukum pidana lainnya (undang-undang pidana yang memuat sanksi pidana dan undang-undang non pidana yang memuat sanksi pidana).
- b. Beratnya sanksi itu.
- c. Lamanya sanksi itu dijalani.
- d. Cara sanksi itu dijalankan.
- e. Tempat sanksi itu dijalankan.

Menurut beberapa ahli hukum pidana lain, hukuman, menurut pendapat Moeljatno lebih tepat “pidana” untuk menerjemahkan straf. Sudarto juga berpendapat demikian. Sedangkan R. Soesilo mendefinisikan pidana/hukum sebagai perasaan tidak sesak/sengsara yang dijatuhkan oleh Hakim dengan vonis kepada orang yang telah melanggar Undang-Undang Hukum Pidana.¹² Moeljanto berpendapat bahwa pertanggungjawaban pidana hanya dapat terjadi jika sebelumnya seseorang telah melakukan tindak pidana. Moeljanto mengatakan bahwa “orang tidak mungkin dipertanggungjawabkan (dijatuhi Pidana) kalau dia tidak melakukan tindak pidana”. Peraturan perundang-undangan pidana selalu mengatur tentang

¹² Bambang Poernomo. *Asas-asas Hukum Pidana*. (Jakarta. Ghalia Indonesia. 1992), hal. 130

tindak pidana, Moeljatno berpendapat bahwa: Tindak pidana adalah perbuatan yang dilarang oleh suatu aturan hukum, larangan mana disertai ancaman (sanksi) yang berupa pidana tertentu bagi barang siapa yang melanggar larangan tersebut”.¹³

Untuk mengetahui adanya tindak pidana, maka pada umumnya dirumuskan dalam peraturan perundang-undangan pidana tentang perbuatan-perbuatan yang dilarang dan disertai dengan sanksi. Hal ini sesuai dengan asas legalitas yang tercantum dalam Pasal 1 ayat (1) KUHP, yang berbunyi: “Tiada suatu perbuatan yang dapat dipidana selain berdasarkan kekuatan ketentuan perundang-undangan pidana yang mendahuluinya”, asas legalitas ini juga dirumuskan dalam bahasa latin: “*Nullum delictum nulla poenasine praevia legi poenali*”.

Pemahaman tentang tindak pidana tersebut di atas, Moeljatno mengemukakan beberapa unsur-unsur untuk adanya suatu tindak pidana, yaitu:

- a. Adanya subyek hukum, yang dapat dijadikan subyek hukum hanyalah orang.
- b. Adanya perbuatan yang dilarang, (perbuatan yang dilakukan sesuai dengan rumusan delik).
- c. Bersifat melawan hukum.
- d. Harus dapat dipertanggungjawabkan.
- e. Kemampuan bertanggungjawab.

¹³ *Ibid*, hal. 201

Negara melalui alat-alat pemerintahan berhak menjatuhkan pidana atau memidana. Hal ini sesuai dengan pendapat Polak, bahwa pemerintah yang mengendalikan hukum itu, dan oleh karena itu pemerintah berhak memidana melalui alat-alat hukum pemerintah. Hak memidana itu merupakan atribut pemerintah, hanya yang mempunyai hak memerintah yang dapat memaksakan dan memberlakukan kehendaknya yang mempunyai hak memidana.¹⁴ Negara atau pemerintah berhak memidana atau yang memegang *Ius Puniendi*, dan menurut Beysens alasan Negara atau pemerintah berhak memidana karena:

- a. Sudah menjadi kodrat alam, Negara itu bertujuan dan berkewajiban mempertahankan tata tertib masyarakat atau ketertiban Negara. Berdasarkan atas hakikat negara dan manusia secara alamiah maka pemerintah berhak untuk membalas suatu pelanggaran terhadap hukum, dengan jalan menjatuhkan sengsara yang bersifat pembalasan.
- b. Pidana yang dijatuhkan itu bersifat pembalasan kepada perbuatan-perbuatan pidana yang dilakukan, pidana yang dijatuhkan itu tidak boleh bersifat balas dendam, tetapi bersifat objektif untuk memberi kerugian kepada seseorang yang telah melakukan perbuatan pidana.¹⁵

Hakikat dan tujuan ppidanaan seiring dengan hukum pidana itu merupakan hukum sanksi istimewa dan menurut Sudarto bahwa hukum pidana merupakan sistem sanksi yang negatif, yang diterapkan jika sarana atau upaya lain sudah tidak memadai, maka hukum pidana mempunyai

¹⁴ Andi Hamzah. *Asas-Asas Hukum Pidana*. (Jakarta. Rineka Cipta. 2008), hal. 41

¹⁵ Sudarto. *Hukum dan Hukum Pidana*. (Bandung. Alumni. 1977), hal. 30

fungsi yang subsidair. Selanjutnya Sudarto menyatakan bahwa pidana termasuk juga tindakan (*maatregel*), bagaimanapun juga merupakan suatu penderitaan, sesuatu yang dirasakan tidak enak oleh yang dikenai.¹⁶

Berbicara tentang pemidanaan maka akan bicara tentang sistem pemidanaan, Andi Hamzah memberikan arti sistem pidana dan pemidanaan sebagai susuna (pidana) dan cara pemidanaan. M. Sholehuddin menyatakan, bahwa masalah sanksi merupakan hal yang sentral dalam hukum pidana karena seringkali menggambarkan nilai-nilai sosial budaya suatu bangsa. Artinya pidana mengandung tata nilai (*value*) dalam suatu masyarakat mengenai apa yang baik dan yang tidak baik, apa yang bermoral dan apa yang amoral serta apa yang diperbolehkan dan apa yang dilarang.¹⁷

Sistem merupakan jalinan dari beberapa unsur yang menjadi satu fungsi. Sistem pemidanaan memegang posisi strategis dalam upaya untuk menanggulangi tindak pidana yang terjadi. Sistem pemidanaan adalah suatu aturan perundang-undangan yang berhubungan dengan sanksi pidana dan pemidanaan. Apabila pengertian sistem pemidanaan diartikan secara luas sebagai suatu proses pemberian atau penjatuhan pidana oleh hakim, maka dapatlah dikatakan bahwa sistem pemidanaan mencakup keseluruhan ketentuan perundang-undangan yang mengatur bagaimana hukum pidana itu ditegakkan atau dioperasionalkan secara konkret sehingga seseorang dijatuhi sanksi (hukum) pidana. Dengan demikian dapatlah dikatakan bahwa pemidanaan tidak dapat terlepas dari jenis-jenis pidana yang diatur

¹⁶ Sudarto. *Hukum dan Hukum Pidana...* hal. 30

¹⁷ *Ibid*, hal. 149

dalam hukum positif suatu negara. Pidana yang dilakukan oleh suatu masyarakat yang teratur terhadap pelaku kejahatan dapat berbentuk menyingkirkan atau melumpuhkan parapelaku tindak pidana, sehingga pelaku tersebut tidak lagi mengganggu di masa yang akan datang.¹⁸

Sistem pidana yang ada berlaku hingga sekarang masih mengacu pada KUHP yang merupakan warisan Kolonial Belanda. Sistem yang tercantum dalam KUHP tersebut banyak menimbulkan permasalahan, diantaranya mengenai relevansinya sistem pidana dalam KUHP dengan keadaan dan aspirasi bangsa Indonesia dewasa ini. Hukum pidana pada masa sekarang dalam usahanya mencapai tujuan-tujuannya tidak semata-mata menjatuhkan pidana, tetapi juga adakalanya menggunakan sanksi tindakan. Tindakan adalah suatu sanksi juga, tetapi tidak ada sifat pembalasan padanya. Ini ditujukan semata mata kepada prevensi khusus.

Maksud dari tindakan adalah untuk menjaga keamanan masyarakat terhadap orang yang banyak atau sedikit dipandang berbahaya, dan membutuhkan perawatan serta dikhawatirkan akan melakukan perbuatan-perbuatan pidana. Walaupun demikian tindakan pada umumnya juga dirasakan berat oleh mereka yang dikenai tindakan. Seringkali dirasakan sama sebagai pidana, oleh karena berhubungan erat pula dengan pembatasan kemerdekaan.¹⁹ Hukum *Penitensier* atau hukum pelaksanaan pidana yaitu keseluruhan ketentuan atau peraturan yang berisi tentang cara bagaimana

¹⁸ Mohammad Ekaputra dan Abul Khair. *Sistem Pidana di Dalam KUHP Dan Pengaturannya Menurut Konsep KUHP Baru*. (Jakarta. UI Press. 2010), hal. 13

¹⁹ Andi Hamzah dan Siti Rahayu. *Suatu Tinjauan Ringkas Sistem Pidana Di Indonesia*, (Jakarta. Akademik Pressindo. 1986), hal. 4

melaksanakan putusan hakim terhadap seseorang yang memiliki status sebagai terhukum, sumber Hukum *Penitensier* yaitu pasal 10 KUHP yang berbunyi sebagai berikut:

- a. Pidana pokok (pidana mati, penjara, kurungan, denda, tutupan).
- b. Pidana tambahan (pencabutan hak-hak tertentu, perampasan barang-barang tertentu, pengumuman putusan hakim).

Batas antara pidana dan tindakan secara teoritis sukar ditentukan dengan pasti, oleh karena pidana sendiri pun dalam banyak hal juga mengandung pikiran-pikiran melindungi dan memperbaiki. Apa yang disebut dalam Pasal 10 KUHP adalah pidana, sedangkan yang lain dari itu adalah tindakan. Jadi tindakan, walaupun merampas dan menyinggung kemerdekaan seseorang, jika bukan yang disebut dalam Pasal 10 KUHP bukanlah pidana. Pendidikan paksa seperti, terjadi pada anak-anak yang diserahkan pada pemerintah untuk dididik dalam lembaga pendidikan paksa, begitu pula ditempatkan seseorang dalam rumah sakit jiwa dengan perintah karena orang tersebut tidak dapat dipertanggungjawabkan oleh karena adanya pertumbuhan yang cacat pada jiwanya atau karena gangguan penyakit adalah tindakan bukan pidana. Hal ini dapat dilihat pada bentuk-bentuk hukuman dalam KUHP.

Berdasarkan uraian diatas, konsep pemidanaan diartikan secara luas sebagai suatu proses pemberian atau penjatuhan pidana oleh hakim, maka dapatlah dikatakan bahwa sistem pemidanaan mencakup keseluruhan ketentuan perundang-undangan yang mengatur bagaimana hukum pidana

itu ditegakkan atau dioperasionalkan secara konkret sehingga seseorang dijatuhi sanksi (hukum pidana). Ini berarti semua aturan perundang-undangan mengenai Hukum Pidana Substantif, Hukum Pidana Formal dan Hukum Pelaksanaan Pidana dapat dilihat sebagai satu kesatuan sistem pemidanaan.

d. Dasar Pertimbangan Hakim Dalam Menjatuhkan Putusan

Putusan hakim merupakan mahkota dari suatu perkara yang sedang diperiksa dan diadili oleh hakim tersebut. Oleh karena itu, tentu saja hakim dalam membuat putusan harus memperhatikan segala aspek di dalamnya, mulai dari perlunya kehati-hatian, dihindari sedikit mungkin ketidakcermatan, baik yang bersifat formal maupun materil sampai dengan adanya kecakapan teknik membuatnya. Jika hal negatif tersebut dapat dihindari, tentu saja diharapkan dalam diri hakim hendaknya lahir, tumbuh dan berkembangnya sikap atau sifat kepuasan moral jika kemungkinan moral jika kemudian putusan yang dibuatnya itu menjadi tolak ukur untuk perkara yang sama, atau dapat menjadi bahan referensi bagi kalangan teoritis maupun praktis hukum serta kepuasan nurani sendiri jika putusannya dikuatkan dan tidak dibatalkan pengadilan yang lebih tinggi.

Menurut Moeljatno, sebagaimana yang dikutip oleh Ahmad Rifai, proses atau tahapan penjatuhan putusan oleh hakim, dalam perkara pidana dilakukan dalam beberapa tahapan, yaitu sebagaimana berikut:

1. Tahap Menganalisis Perbuatan Pidana

Pada saat hakim menganalisis, apakah terdakwa melakukan perbuatan atau tidak, yang dipandang primer adalah segi masyarakat, yaitu perbuatan sebagai tersebut dalam rumusan suatu aturan pidana.

2. Tahap Menganalisis Tanggungjawab Pidana

Jika seorang terdakwa dinyatakan terbukti melakukan perbuatan pidana melanggar suatu pasal tertentu, hakim menganalisis apakah terdakwa dapat dinyatakan bertanggungjawab atas perbuatan pidana yang dilakukannya. Yang dipandang primer adalah orang itu sendiri. Hakim dapat menggunakan Pasal 44 sampai dengan Pasal 50 Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP) tentang orang-orang yang dinyatakan tidak dapat bertanggungjawab atas perbuatan pidana yang dilakukannya tersebut.

3. Tahap Penentuan Pidanaan

Dalam hal ini, jikalau hakim berkeyakinan bahwa pelaku telah melakukan perbuatan yang melawan hukum, sehingga ia dinyatakan bersalah atas perbuatannya, dan kemudian perbuatannya itu dapat pertanggungjawabkan oleh si pelaku, maka hakim akan menjatuhkan terhadap pelaku tersebut, dengan melihat pasal-pasal, undang-undang yang dilanggar oleh si pelaku.²⁰

Sebelum menjatuhkan putusan, hakim harus bertanya kepada diri sendiri, jujurkah ia dalam mengambil keputusan ini, atau sudah tepatkah putusan yang diambilnya itu, akan dapat menyelesaikan suatu sengketa,

²⁰ Ahmad Rifai, *Penemuan Hukum oleh Hakim dalam Perspektif Hukum Progresif*, (Sinar Grafika, Jakarta, 2011), hal. 115-116

atau adilkah putusan ini, atau seberapa jauh manfaat yang dijatuhkan oleh seorang hakim bagi para pihak dalam perkara atau bagi masyarakat pada umumnya. Ada 2 faktor pertimbangan hakim, yaitu:

2. Faktor Yuridis

Pertimbangan yang bersifat yuridis adalah pertanggungjawaban hakim yang didasarkan pada faktor-faktor yang terungkap di dalam persidangan dan oleh undang-undang telah ditetapkan sebagai hal yang harus dimuat di dalam putusan. Pertimbangan yang bersifat yuridis di antaranya.

a. Dakwaan Jaksa Penuntut Umum

Dakwaan merupakan dasar hukum acara pidana karena berdasarkan itulah pemeriksaan di persidangan dilakukan (Pasal 143 ayat (1) KUHAP). Dakwaan berisi identitas terdakwa juga memuat uraian tindak pidana serta waktu dilakukannya tindak pidana dan memuat pasal yang dilanggar (Pasal 143 ayat (2) KUHAP).

Dengan mempertimbangkan unsur melawan hukum (*wederrechtelijkheid*) tersebut, maka hakim dapat memberikan hukuman maksimal sebagaimana ditentukan oleh undang-undang yang telah dilanggar oleh terdakwa yang mungkin saja lebih dari tuntutan jaksa. contoh misalnya terdakwa tersebut dituntut 5 (lima) tahun oleh jaksa atas tindak pidana pembunuhan dengan mendasarkan Pasal 338 Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (“KUHP”) yang dalam hal ini ancaman hukuman penjaranya

maksimal 15 tahun. Dalam proses persidangan, hakim melihat bahwa tindak pidana yang dilakukan terbukti bahkan selama persidangan terdakwa dinilai tidak kooperatif bahkan tidak menghormati persidangan, maka hakim dapat menjatuhkan hukuman maksimal atas perbuatannya, yakni 15 tahun dan apabila terdapat unsur-unsur yang memberatkan sebagaimana diatur dalam Pasal 52 KUHP dapat ditambah lagi sepertiga. Sehingga apabila jaksa menuntut dengan dakwaan tunggal agar terdakwa tersebut dihukum penjara selama 5 (lima) tahun sesuai dengan maksimal hukuman dalam KUHP, maka vonis maksimal yang dijatuhkan oleh hakim tidak boleh lebih dari maksimal hukuman dalam KUHP.

b. Keterangan saksi

Merupakan alat bukti seperti yang diatur dalam Pasal 184 KUHP. Sepanjang keterangan itu mengenai suatu peristiwa pidana yang ia dengar sendiri ia lihat sendiri dan alami sendiri, dan harus disampaikan dalam sidang pengadilan dengan mengangkat sumpah.

c. Keterangan terdakwa

Menurut Pasal 184 KUHP butir E keterangan terdakwa digolongkan sebagai alat bukti. Keterangan terdakwa adalah apa yang dinyatakan terdakwa di sidang tentang perbuatan yang ia lakukan atau yang ia ketahui sendiri atau yang ia alami sendiri.

d. Barang-barang bukti benda tersangka atau terdakwa yang seluruhnya atau sebagian diduga atau diperoleh dari tindak pidana atau sebagai hasil dari tindak pidana.

e. Pasal-pasal dalam Undang-Undang tindak pidana

Hal yang sering terungkap di persidangan adalah pasal-pasal yang dikenakan untuk menjatuhkan pidana kepada terdakwa. Pasal-pasal ini bermula dan terlihat dalam surat dakwaan yang diformulasikan oleh penuntut umum sebagai ketentuan hukum tindak pidana yang dilanggar oleh terdakwa.

3. Faktor non yuridis

Kebebasan hakim dalam memeriksa dan mengadili suatu perkara merupakan mahkota bagi hakim dan harus dihormati oleh semua pihak tanpa kecuali, sehingga tidak ada satupun pihak yang dapat mengintervensi hakim dalam menjalankan tugasnya tersebut. Hakim dalam menjatuhkan putusan harus mempertimbangkan banyak hal, baik itu yang berkaitan dengan perkara yang sedang diperiksa, tingkat perbuatan dan kesalahan yang dilakukan pelaku, sampai kepentingan pihak korban maupun keluarganya serta mempertimbangkan pula rasa keadilan masyarakat.

e. Asas Legalitas dalam Hukum Pidana

Dalam hukum pidana Indonesia, asas legalitas ini diatur dengan jelas dalam KUHP yang berlaku sekarang (*Wetboek van Strafrecht*) maupun dalam Rancangan KUHP (selanjutnya disingkat RKUHP). Pasal 1 ayat

(1) KUHP yang menyatakan bahwa tiada suatu perbuatan dapat dipidana kecuali atas kekuatan aturan pidana dalam perundang-undangan yang telah ada, sebelum perbuatan dilakukan. Bunyi Pasal 1 ayat (1) KUHP ini, secara rinci, berisi dua hal penting, yaitu: (i) suatu tindak pidana harus dirumuskan terlebih dahulu dalam peraturan perundang-undangan; (ii) peraturan perundang-undangan harus ada sebelum terjadinya tindak pidana (tidak berlaku surut).²¹

Asas legalitas menghendaki bahwa suatu perbuatan dapat dinyatakan sebagai tindak pidana apabila terlebih dahulu ada undang-undang yang menyatakan bahwa perbuatan itu sebagai tindak pidana. Oleh karenanya, asas legalitas melarang penerapan hukum pidana secara surut (retroaktif). Pasal 1 ayat (1) KUHP inilah yang menjadi landasan penegakan hukum pidana di Indonesia, terutama dalam kaitannya dengan kepastian hukum.²²

Asas legalitas ini diatur pula dalam Pasal 6 ayat (1) UU No. 4 Tahun 2004 tentang Kekuasaan Kehakiman yang menyebutkan bahwa tidak seorang pun dapat dihadapkan di depan pengadilan selain daripada yang ditentukan oleh undang-undang. Bunyi pasal ini memperkuat kembali kehendak asas legalitas terhadap hukum pidana yang dibuat secara tertulis. Begitu juga dalam UUD 1945 Amandemen II Pasal 28 I ayat (1) yang menyebutkan bahwa “Hak untuk hidup, dan hak untuk tidak

hal. 10. ²¹ Fajrimei A. Gofar, *Asas Legalitas dalam Rancangan KUHP*, Cet. 1. (Jakarta. ELSAM 2005),

²² *Ibid*, hal. 11.

dituntut atas dasar hukum yang berlaku surut adalah hak asasi manusia yang tidak dapat dikurangi dalam keadaan apapun.” Begitu pula dalam Amandemen IV disebutkan bahwa “Untuk menegakkan dan melindungi hak asasi manusia sesuai dengan prinsip negara hukum yang demokratis, maka pelaksanaan hak asasi manusia dijamin, diatur dan dituangkan dalam perundangundangan”.

2. Pedofilia

Diantaranya jenis kejahatan atau kekerasan oleh anak ialah kekerasan seksual yang dilakukan oleh orang dewasa. Kekerasan seksual yang dilakukan orang dewasa ialah orang dewasa yang mempunyai tingkahlaku seksual yang menyimpang terhadap anak-anak yang biasa disebut Pedofilia. Kata itu berasal dari bahasa Yunani, *paedo* (anak) dan *philia* (cinta). Menurut kamus besar bahasa Indonesia kekerasan seksual adalah orang yang mempunyai selera seksual terhadap anak. Penderita kekerasan seksual memiliki perilaku menyimpang dimana ia memilih anakanak di bawah umur sebagai obyek pemuasan kebutuhan seksualnya.²³

Istilah pedofilia terutama disebutkan terhadap orang psikoterapis yang namanya Wilhelm Stekel dalam bukunya yang bertema *Sexual Aberation* tahun 1925.²⁴ Menurut Marzuki Umar Saba'ah pedofil adalah “Penyakit kejiwaan dimana seseorang mempunyai penyimpangan

²³ Departemen Pendidikan dan Kebudayaan, *Kamus Besar Bahasa Indonesia*, (Balai Pustaka, 2011), hal.456

²⁴ Kartono Kartini, *Psikologi Abnormal dan Abnormalitas Seksual*, (Bandung, Mandar Maju, 2009), hal 12

seksual, yakni mempunyai kecenderungan seksual terhadap anak”.²⁵ Para pelaku kekerasan seksual seringkali mencirikan kurang mampunya berhubungan terhadap sesama orang dewasa akibatnya mencari anak-anak untuk di jadikan pelampiasannya. Seringkali penderita kekerasan seksual ialah korban pelecehan seksual terhadap masa masih anak-anak. Menurut Ron O’grady kekerasan seksual mempunyai beberapa karakteristik mengemukakan tiga ciri ekstrem kekerasan seksual yaitu:

- a. Kekerasan seksual mempunyai sifat Obsesif, yaitu perilaku menyimpang ini hampir semuanya menguasai aspek kehidupan pelakunya, yaitu seperti dalam bacaan atau hobi dan pekerjaan dan juga pakaian, bahkan sampai desain rumah dan perabotan.
- b. Kekerasan seksual mempunyai sifat Predator, yang berarti pelakunya berusaha sekuat tenaga dalam bermacam upaya untuk mendapatkan korban yang diinginkan.
- c. Pelaku kekerasan seksual selalu menyimpan dokumentasi korbannya dan di jaga sangat rapi, contohnya yaitu foto atau video dan hal yang berhubungan dengan korban.

Kegiatan seks yang dikerjakan terhadap pelaku kekerasan seksual sangatlah bervariasi terutama dari memamerkan tubuh pada anak-anak atau menelanjangi anak, berbuat masturbasi terhadap anak dan bersetubuh dengan anak. aktivitas seksual lainnya juga sangat bervariasi contohnya seperti rangsangan terhadap anak, penetrasi pada mulut anak, memasukan

²⁵ Marzuki Umar Saba’ah, *Seks dan Kita*, (Jakarta, Gema Insani Press, 1997), hal 157

benda asing seperti jari atau alat kelamin laki-laki kedalam vagina atau anus. Biasanya sikorban dari kekerasan seksual diancam agar tidak memberitauhukan rahasianya keorang lain. Sebelum melakukan kekerasan seksual orang biasanya melakukan pendekatan terhadap anak, contohnya seperti memberikan iming-iming uang dan fasilitas agar anak tersebut percaya, setia dan menyayangi pelaku, sehingga anak tersebut dapat menjamin rahasia atas perbuatannya.

Ada beberapa ciri-ciri seorang pedofil secara umum akan uraikan sebagai berikut:²⁶

1. Terlalu Obsesif

Pelaku pedofilia lebih mempunyai sifat obsesif yang berlebihan. Iya akan terus menerus memburu mangsanya yang telah ditentukannya dan sebelum mangsanya itu tercapai dia tidak akan berhenti. mangsa maksudnya yaitu berupa anak-anak yang memang dijadikan sebagai kekerasan seksual dan jadi objek pelampiasan hasrat seksual.

2. Bersifat Seperti Predator

Yang kedua mempunyai ciri seorang pedofilia iyalah bersifat sepertihalnya predator yang memangsa siapapun anak yang ada di depan matanya.

3. Bersifat Agresif

²⁶ Hendra Akhdhiat dan Rosleny Marliani, *Psikologi Hukum*, (CV Pustaka Setia, Bandung, 2011), hal. 122

Biasanya pedofilia mempunyai sifat agresif yang tinggi. Untuk mendapatkan mangsanya dia tidak segan berbuat apa saja demi mendapatkan mangsanya sekaligus menggunakan kekerasan sekalipun.

4. Introvert

Yang terakhir cirinya bersifat introvert yaitu berarti terkesan tertutup dari kehidupan social atau suka menyendiri. Akan tetapi perlu ditandai bahwa semua orang tidak mempunyai sifat introvert bisa dikatakan seorang pedofilia. Orang bersifat intorvert belum tentu juga pedofilia, tetapi orang pedofilia pada dasarnya mempunyai sifat introvert. Bisa dilihat dari jenisnya. pedofilia mempunya dua macam ciri yaitu:

1. Pedofilia Heteroseksual.

Iyalah memiliki kelainan seksual orang dewasa oleh anak-anak dibawah umur, yaitu pelampiasan nafsunya ditujukan terhadap jenis kelamin yang berbeda.

2. Pedofilia Homoseksual.

Iyalah memanipulasi anak laki-laki sebagai obyek pemuasan hasrat seksualnya.

Menurut Paul Salmon dan Robert G Mayer membedakan beberapa tipe kekerasan seksual yaitu “Tipe pertama adalah mereka yang memiliki perasaan tidak mampu secara seksual, khususnya bila berhadapan dengan wanita dewasa. Tipe kedua adalah mereka yang mempunyai perhatian khusus terhadap ukuran alat vitalnya”.²⁷

²⁷ Muhammad Asnawi, *Liku-Liku Seks Menyimpang*, (Nuansa Cendekia, 2012), hal 95

Secara umum kekerasan seksual sebuah kata untuk menjelaskan salah satu lainan perkembangan psikoseksual oleh setiap individu yang mempunyai hasrat erotis tidak normal kepada anak-anak.²⁸

Hubungan seksual diraih dengan cara melakukan penetrasi penis sebagian atau keseluruhan terhadap alat genital anak dan juga melalui manipulasi alat genital anak-anak. Anak-anak sering dipaksakan melakukan relasi anal genital atau oral genital. Perbuatan seksual yang melibatkan anak-anak dalam tujuan memuaskan nafsu diri sendiri maupun berhubungan, bisa menimbulkan pengaruh negatif terhadap perkembangan jiwa raga anak ketika anak tersebut mempunyai pandangan yang menyimpang mengenai suatu hal yang berhubungan dengan seks disebabkan pengalaman yang dialaminya.

Pelaku pedofilia banyakan sudah mempunyai keluarga sebagai salah satu bentuk perubahan yang diperbuat untuk menutupi kelainan psikoseksualnya. Dalam memanfaatkan kepolosan anak-anak, para pelaku kejahatan kekerasan seksual mendekati mangsanya dengan menjadi teman atau pendamping yang baik bagi anak bahkan seringkali seorang pedofilia bekerja disebuah sekolah atau daerah lain yang melibatkan anak-anak sebagai upaya untuk lebih dekat dengan calon mangsanya.

²⁸ Sawatri Supardi S, *Bunga Rampai Kasus Gangguan Psikoseksual*, (Rafika Aditama, Bandung, 2005), hal 71

3. Hak Asasi Manusia (HAM)

a. Pengertian Hak Asasi Manusia (HAM)

Perkembangan Hak Asasi Manusia dari masa ke masa menjadi terbuka dan sangat luas dalam pembahasannya. Secara umum hak asasi manusia berarti sebagai hak-hak yang bersifat kodrati. Hak tersebut sudah ada pada manusia sejak dia lahir dengan sendirinya. Didunia ini otoritas dan kekuasaan tidak bisa dirampas dan mencabut hak asasi manusia dalam bentuk apapun. Oleh karena itu Negara memiliki kewajiban untuk menghormati dan bertanggungjawab dan juga melindungi dan harus memenuhi pelaksanaannya.²⁹

Hak Asasi Manusia dalam Deklarasi Universal yaitu ditetapkan oleh Majelis Umum Perserikatan Bangsa-Bangsa (PBB) dalam Resolusi 217 A (III) tertanggal 10 Desember 1948 dalam Pasal 1 menyatakan:³⁰

“Semua manusia dilahirkan merdeka dan mempunyai martabat dan hak yang sama. Mereka dikaruniai akal budi dan hati nurani dan hendaknya bergaul satu dengan yang lain dalam semangat persaudaraan”.

Dalam kehidupan sehari-hari kenyataannya banyak kita temukan masalah-masalah yang dikategorikan pelanggaran hak asasi manusia. jenis pelanggaran hak asasi manusia iyalah seperti deskriminasi

²⁹ Judianti G. Isakayoga, Nukila Evanty, Laddy Lesmana, *Memahami HAM dengan Lebih Baik*, (PT. Raja Grafindo Persada, Jakarta, 2011), hal 4

³⁰ *Ibid*...hal.14

membeda-bedakan stigmatisasi dan intoleransi tidak mempunyai akses terhadap ketidakadilan, dan rasisme atau keadilan.

Asal-usul mengenai hak asasi yaitu menjadi perdebatan penting yang sangat panjang dari perdebatan pemikiran dalam sejarah konsep hak asasi manusia. Hak asasi termasuk hak natural merupakan pemberian langsung dari Tuhan atau dari alam. Bila seorang manusia ingin mendapatkan bermartabat dalam kehidupannya, yaitu harus memposisikan hak asasi dalam melihatnya dari sifat alamiah manusia secara hakiki.

b. Sejarah Hak Asasi Manusia (HAM)

Meskipun teori hukum kodrat dan positif hukum banyak menimbulkan konflik maka dapat disimpulkan bahwa meskipun dibidang hukum harus dibedakan dari bidang moral, tetapi hukum tak dapat mempertahankan kewenangannya bila dilepaskan dari tuntutan-tuntutan dasar wujud kehidupan yang sesuai dengan martabat manusia dan adil. bermaksud untuk menjamin kebebasan dan keadilan atau kesetiakawanan sosial termasuk hakikat hukum. untuk mewujudkan sarana tersebut yaitu ialah hak-hak asasi manusia.³¹

Agar memahami hak asasi manusia yaitu maksudnya hak-hak yang dipunyai manusia bukan karena diberikan kepadanya dalam masyarakat maka bukan berdasarkan hukum positif yang berlaku, melainkan atas dasar martabatnya sebagai manusia. Tuntutan moral yang prapositif dapat direalisasikan dalam hukum positif melalui hak asasi tersebut.

³¹ Frans Magnis-Suseno, *Etika Politik (Prinsip-Prinsip Moral Dasar Kenegaraan Modern)*, (PT. Gramedia, Jakarta 1988), hal. 121

Jadi apa yang diperjuangkan oleh teori hukum kodrat maka dalam sebuah pihak hak asasi manusia dapat mengungkapkan tuntutan-tuntutan dasar martabat manusia tersebut.³²

Akan tetapi di pihak lain, sebab dalam tuntutan itu dirumuskan sebagai kewajiban atau hak yang konkret dan operasional, dalam tuntutan itu bisa dimasukkan ke dalam hukum positif sebagai norma-norma dasar yang berarti bahwa semua norma hukum lainnya tidak bisa bertentangan dengannya. Maka dari itu dapat disimpulkan bahwa semakin banyak dari tuntutan dasar keadilan dan martabat manusia dimasukkan atas hak asasi dalam hukum positif, semakin terjamin juga bahwa hukum itu memang adil dan sesuai dengan martabat manusia.

Membahas konsep terkait hak asasi manusia, dapat ditelusuri secara sejarah perkembangannya konsep itu di negara-negara barat, dalam penjelasannya yaitu mengakui dan perlindungan terhadap hak-hak asasi manusia tidak hanya terdapat dalam masyarakat dan negara, maka tetapi dari fakta historisnya menunjukkan kepada kita ialah yang memulai mempermasalahkan hak asasi manusia ialah pemikiran di negara barat. Kemudian dalam perkembangannya orang mulai membandingkan konsep-konsep barat antara konsep-konsep dari dunia ketiga dan konsep-konsep sosialis terkait hak-hak asasi manusia. Dalam sejarahnya hak-hak asasi manusia ialah selalu diwarnai dengan serangkaian perjuangan, yang tidak jarang bahkan menyamar dalam bentuk revolusi. Dalam

³² *Ibid*, hal. 122

sejarah juga mencatat banyak kejadian dari orang baik secara kelompok maupun individu, untuk memperjuangkan apa yang dianggap sebagai haknya mereka mengadakan perlawanan terhadap penguasa atau golongan lain, bahkan terkadang disertai dengan taruhan jiwa dan raga.³³

Dalam hak asasi manusia masalahnya akan terus berjalan selama manusia itu masih hidup. Karena adanya rangkaian yang tak bisa lepas Antara yang diperintah dan yang memerintah, dengan warga negaranya dan negara, sementara pihak yang memerintah terkadang sering bertindak melalui batas-batas kewenangannya. Dalam pihak lain, pihak yang diperintah selalu menginginkan mendapatnya kemakmuran dan keadilan yang dirasakan oleh mereka. Dalam tulisan Hegel yaitu “Reason of History” iya berkata:³⁴

“Segala sesuatu tentang manusia merupakan bagian negara, karena di dalamnya ia menemukan sensinya. Semua nilai yang dimiliki oleh manusia, semua realitas spiritual, ia mendapatkannya dari jiwa yang ada pada rakyat”. Menurut sejarah umat manusia, perjuangan untuk kemerdekaan seperti sebuah motor yang memiliki arti sangat penting. Karena itu disebabkan adanya fakta-fakta, iyalah:³⁵

1. yaitu semua perang dilakukan untuk kemerdekaan,
2. yaitu semua revolusi dimulai untuk kemerdekaan

³³ H. Bambang Sunggono dan Aries Harianto, *Bantuan Hukum dan Hak Asasi Manusia*, (Mandar Maju, Bandung, 2009), hal. 72

³⁴ *Ibid.*

³⁵ Sri Sumantri, *Pengantar Perbandingan Antar Hukum Tata Negara*, (CV. Rajawali, Jakarta, 1981), hal. 30

3. yaitu percobaan manusia di lapangan ilmu pengetahuan atau ekonomi, dan teknik mendapat pendorongnya dari keinginan untuk mencapai kemerdekaan yang lebih luas.

Dalam menggunakan dasaran pemikiran di atas, bisa disimpulkan bahwa cita-cita kemerdekaan iyalah bersumber dalam cita-cita baik di lapangan politik, ekonomi, sosial hukum kebudayaan dan lain sebagainya. Tetapi seperti yang diketahui, tafsiran serta pengertian terhadap paham ini iyalah sangat luas dan banyak macamnya. Sebab itu itu bisa dipahami apabila paham tersebut bila menimbulkan kekacauan yang sangat besar terhadap cita-cita kemerdekaan sendiri.³⁶

“Suatu pemerintahan yang hanya disebut adil, bilamana dalam kenyataan berusaha penyelesaian persoalan-persoalan semacam dengan cara yang sama tanpa terpengaruh oleh rasa simpati atau benci terhadap seseorang tertentu yang diperintah”.

c. Perlindungan Hak Asasi Manusia (HAM)

Perlindungan adalah suatu bentuk pelayanan yang wajib dilaksanakan oleh aparat penegak hukum atau aparat keamanan untuk memberikan rasa aman, baik fisik maupun mental kepada korban.³⁷

Di Indonesia Undang-Undang Nomor 39 Tahun 1999 banyak menyebutkan atas dasar terhadap terlaksananya perlindungan terhadap hak asasi manusia. Undang-Undang Nomor 39 Tahun 1999 memberikan

³⁶ H. Bambang Sunggono dan Aries Harianto, *Bantuan Hukum dan Hak Asasi Manusia*, (Mandar Maju, Bandung, 2009), hal. 74

³⁷ R. Wiyono, *Pengadilan Hak asasi Manusia di Indonesia*, (Kencana, Jakarta, 2006), hal. 77-78

sistem terkait perlindungan dan kemajuan hak asasi manusia dengan didasari asas-asas hak asasi manusia yang universal seperti yang didalam Deklarasi Universal Hak Asasi Manusia, Undang-Undang tersebut memberi pelaksanaan hak asasi manusia bagi setiap warga negara dan memberi jaminan perlindungan. Diantaranya asas tersebut ialah:³⁸

1. Bangsa Indonesia berkomitmen bahwa dalam undang-undang ini menjelaskan untuk menjunjung tinggi hak asasi manusia dan kebebasan manusia Pasal 2. Negara Republik Indonesia menyatakan bahwa mengakui dan menjunjung tinggi hak asasi manusia dan kewajiban manusia sebagai hak kodrati yang melekat dan tidak dapat dipisahkan dari manusia. Dalam hak tersebut harus dihormati dan dilindungi atau ditingkatkan demi peningkatan martabat kemanusiaan, kesejahteraan, kebahagiaan, kecerdasan, serta keadilan. Terutama dalam Negara tersebut sebagai unsur dalam kemajuan dan perlindungan hak asasi manusia.
2. Pada Pasal 3 dan 5 yaitu menegaskan prinsip menondiskriminasi. Semua orang berhak atas pengakuan, jaminan, perlindungan, dan perlakuan yang sama dihadapan hukum karena orang dilahirkan dengan harkat dan martabat yang sama dan sederajat.
3. Dalam Pasal 4 dijelaskan bahwa jaminan perlindungan atas hak-hak yang tidak dapat dikurangi dalam situasi apapun. Dalam kategori ini ialah hak untuk hidup, hak untuk tidak disiksa, hak atas kebebasan

pribadi, pikiran dan hati nurani, hak untuk beragama, hak untuk tidak diperbudak, hak untuk diakui sebagai pribadi, persamaan hukum dan hak untuk tidak dituntut atas dasar hukum yang berlaku surut (*retroactive*).

Lambatnya pertumbuhan atau realisasi hak-hak asasi di negara berkembang pada umumnya seperti juga di Indonesia, berpangkal kepada strategi perkembangan yang digunakan dewasa ini. Secara makro pertumbuhan ketidaksamaan di dalam masyarakat sedang berkembang digalakkan oleh penjajah. Apalagi kolonialisme tersebut berjalan dalam waktu yang panjang. Baik ketidaksamaan yang berbentuk secara intens dari suatu masyarakat, maupun ketidaksamaan yang tersusun oleh pengaruh sistem karena hubungan suatu masyarakat dengan masyarakat lainnya, biasanya dianalisa atas tiga kategori yaitu kelas, status, dan kekuasaan.

d. Asas Legalitas dan Hak Asasi Manusia

Pemberian hukuman, atau sanksi yang berlebihan, tidak manusiawi, tanpa dasar yang jelas adalah pelanggaran hak asasi manusia. Sejarah peradaban umat manusia telah mencatat bagaimana kesewenang-wenangan penguasa yang diktator menerapkan hukum pidana. Sehingga timbul pemikiran untuk membatasi kewenangan penguasa termasuk dalam menjatuhkan pidana.³⁹

³⁹ Fajrime A. Gofar, *Asas Legalitas dalam Rancangan KUHP*, Cet. 1. (Jakarta. ELSAM 2005), hal. 10.

Dalam kaitannya dengan hak negara untuk menghukum seseorang (*ius punendi*), asas legalitas merupakan *safeguard* dari kesewenang-wenangan penguasa. Asas legalitas dianggap sebagai sendi dari primaritas hukumpidana. Berdasarkan ‘teori perjanjian’ yang dikembangkan beberapa ahli, kewenangan negara untuk menjatuhkan pidana dilandasi oleh perjanjian antara individu dan negara. Asas legalitas ini dianggap sebagai salah satu wujud dari perjanjian antara penguasa dan individu itu. Dalam artian, kebebasan individu sebagai subyek hukum mendapatkan jaminan perlindungan kontraktual melalui asas legalitas. Melalui asas legalitas inilah terjadi suatu pembenaran kepada negara untuk menjatuhkan pidana sehingga ada kepastian hukum.

Dalam kaitannya dengan negara hukum, asas legalitas merupakan salah satu asas yang fundamental.⁴⁰ Asas legalitas merupakan suatu penghubung antara rule of law dari hukum pidana yang penyimpingannya hanya dapat dibenarkan dalam keadaan memaksa. Melalui asas legalitas diharapkan terdapat perlindungan terhadap hak asasi manusia, yang melindungi dari kesewenang-wenangan penuntutan dan penghukuman.

⁴⁰ Lihat: ELSAM, *Background Paper: Tinjauan Umum terhadap Rancangan KUHP Nasional*, 2005.

4. Hukum Islam

Hukum Islam ialah ketetapan yang telah ditentukan oleh Allah SWT berupa aturan dan larangan bagi ummat muslim.⁴¹ Hukum Islam ialah sistem hukum yang bersumber dari wahyu agama, sehingga istilah hukum Islam mencerminkan konsep yang jauh berbeda jika dibandingkan dengan konsep, sifat dan fungsi hukum biasa. Seperti lazim diartikan agama ialah suasana spiritual dari kemanusiaan yang lebih tinggi dan tidak bisa disamakan dengan hukum. Sebab hukum dalam pengertian biasa hanya menyangkut soal keduniaan semata.⁴²

Joseph Schacht menterjemahkan hukum Islam sebagai totalitas perintah Allah yang mengatur kehidupan umat Islam dalam keseluruhan aspek menyangkut penyembahan dan ritual, politik dan hukum.⁴³ Hukum Islam (syariat) menurut bahasa ialah jalan. Syariat menurut istilah ialah hukum-hukum yang diadakan oleh Allah untuk ummatnya yang dibawa oleh Nabi, baik hukum yang berhubungan dengan kepercayaan (aqidah) maupun hukum-hukum yang berhubungan dengan amaliyah. Berdasarkan pandangan Abdul Wahhab Khalaf dikutip oleh Kutbuddin Aibak bahwa hukum syar'i menurut ahli usul adalah tuntutan syar'i (Allah) yang berhubungan dengan perbuatan orang dewasa yang berupa perintah, pilihan, atau hubungan sesuatu dengan yang lain. Adapun

⁴¹ Abdul Wahhab Khalaf, *Kaidah-Kaidah Hukum Islam*, (Jakarta: PT Raja Grafindo Persada, 2010), Cetakan Keempat, hal. 154.

⁴² Said Ramadan, *Islamic Law, It's Scope and Equity*, alih bahasa Badri Saleh dengan judul Keunikan dan Keistimewaan Hukum Islam (Jakarta: Firdaus, 2011), hal. 7.

⁴³ Joseph Schacht, *An Introduction To Islamic Law*, (Oxford: The Clarendon Press, 2012), hal. 1.

menurut ulama fikih adalah bekas atau pengaruh yang dikehendaki oleh kitab Allah dan terwujud dalam perbuatan seperti wajib, haram, dan boleh (ibahah).⁴⁴

a. Hukum Islam Menurut Para Pakar

Menurut Mahmoud Syaltout, hukum Islam (syariat) ialah peraturan yang diciptakan oleh Allah supaya manusia berpegang teguh kepadanya di dalam perhubungan dengan Tuhan dengan saudaranya sesama Muslim dengan saudaranya sesama manusia, beserta hubungannya dengan alam seluruhnya dan hubungan dengan kehidupan.⁴⁵

Menurut Muhammad Ali At-Tahanawi dalam kitabnya *Kashshaf istaalihat al-funun wal 'ulum al-islamiya* memberikan pengertian Hukum Islam (syari'ah) mencakup seluruh ajaran Islam, meliputi bidang aqidah, ibadah, akhlaq dan muamallah (kemasyarakatan) syari'ah/syara', millah dan diin.⁴⁶

Para pakar hukum Islam selalu berusaha memberikan batasan pengertian Hukum Islam (syariah) yang lebih tegas, untuk memudahkan seseorang membedakan dengan fiqih, yang diantaranya sebagai berikut:

1. Imam Abu Ishak As-syatibi dalam bukunya *Al-Muwafaqat Ushulil*

Ahkam mengatakan: “Bahwasannya arti syariat itu sesungguhnya

⁴⁴ Kutbuddin Aibak, *Membaca Otoritas dalam Hukum Islam (Bersama Khaled M. Abou El Fadl)*, (Yogyakarta: Pustaka Pelajar 2017), hal. 78.

⁴⁵ Mahmoud Syaltout, M. Ali As-Syaais, *Perbandingan Madzhab dalam masalah Fiqih*, (Jakarta: Bulan Bintang 2010), hal. 14.

⁴⁶ Muhammad Ali At-Tahanawi, *Kashshaf istaalihat al-funun wal 'ulum al-islamiya Vol.4*, (Beirut : Dar-alkutub al-'ilmiah, 1998), hal. 274

menetapkan batas tegas bagi orang-orang mukallaf dalam segala perbuatan, perkataan dan akidah mereka”.⁴⁷

2. Muhammad ‘Ali At-Tahanawi dalam kitabnya *Kashshaf istaalihat alfunûn wal ‘ulûm al-islamiya* mengatakan:

Syariah yang telah diisyaratkan Allah untuk para hambanya, dari hukum-hukum yang telah dibawa oleh seseorang nabi dan para nabi Allah As. Baik yang berkaitan dengan cara pelaksanaannya, dan disebut dengan far’iyah amaliyah, lalu dihimpun oleh ilmu kalam dan syari’ah ini dapat disebut juga pokok akidah dan dapat disebut juga dengan diin (agama) dan millah.⁴⁸

Definisi tersebut menegaskan bahwa hukum Islam(syariah) itu muradif (sinonim) dengan diin dan milah(agama). Berbeda dengan ilmu fiqih, karena ia hanya membahas tentang amaliyah hukum (ibadah), sedangkan bidang akidah dan hal-hal yang berhubungan dengan alam ghaib dibahas oleh ilmu kalam atau ilmu tauhid.⁴⁹

3. Pengertian Syari’ah menurut Mahmud Salthout yang dikutip oleh Rasjidi dalam bukunya yang berjudul *Hukum Islam dan Pelaksanaannya dalam Sejarah* bahwa:

“Syariah ialah segala peraturan yang telah diisyaratkan Allah, atau Dia telah mensyariatkan dasar-dasarnya, agar manusia melaksanakannya, untuk dirinya sendiri dalam berkomunikasi dengan tuhannya dengan sesama muslim dengan sesama manusia dengan alam semesta dan berkomunikasi dengan kehidupan”.⁵⁰

⁴⁷ Abu Ishaq al-Syaitibi, *Al-Muwafaqat fi Ushul al-Syari’at*, (Beirut: Dar al-Ma’rifat tt), hal. 79.

⁴⁸ Muhammad ‘Ali At-Tahanawi, *Kashshaf istaalihat al-funûn wal ‘ulûm al-islamiya Vol.4*, (Beirut : Dar-alkutub al-‘ilmiyah, 1998), hal. 274

⁴⁹ Ahmad Azhar Basjir, *Asas-asas Hukum Mu’amalat (Hukum Perdata Islam)*, (Yogyakarta Perpustakaan Fakultas Hukum UII, 2011), hal. 1.

⁵⁰ Muhammad Rasjidi, *Hukum Islam dan Pelaksanaannya dalam Sejarah*. (Jakarta: Bulan Bintang, 2012), hal. 25.

Adapun tujuan dari hukum Islam ialah aturan yang dijalankan untuk mencapai kebahagiaan hidup manusia di dunia ini dan di akhirat dengan mengambil segala manfaat dan mencegah mudarat atau keburukan yang tidak berguna bagi kehidupan.⁵¹

b. Dasar-Dasar Hukum Islam

Diantara hukum-hukum Islam antara lain:

1. Al-Qur'an: Kitab suci yang diturunkan kepada umat muslim sebagai petunjuk dasar utama dalam menjalankan perintah dan larangan dalam menjalani kehidupan.
2. Al-Hadits: segala sesuatu yang bersandarkan dari perintah, perilaku dan persetujuan Nabi Muhammad saw, sebagai penyempurna dari hukum yang terdapat dari Al-qur'an.
3. Ijma' para ulama: kesepakatan para ulama dalam menentukan kesimpulan dari suatu hukum yang berlandaskan dari Al Qur'an dan hadits.
4. Qiyas: menetapkan suatu hukum suatu perkara yang baru yang belum ada pada masa sebelumnya namun memiliki kesamaan dalam sebab, manfaat, bahaya dan berbagai aspek dengan perkara terdahulu sehingga dihukumi sama.
5. Ijtihad: Usaha yang sungguh-sungguh, yang sebenarnya bisa dilaksanakan oleh siapa saja yang sudah berusaha mencari ilmu untuk memutuskan suatu perkara yang tidak dibahas dalam al-Quran maupun

⁵¹ Abdul Wahhab Khalaf, *Kaidah-Kaidah Hukum Islam*, (Jakarta: Rajawali, 2013), hal. 154.

hadits dengan syarat menggunakan akal sehat dan pertimbangan matang.⁵²

c. Macam-Macam Hukum Islam

Susunan hukum muamalah dalam arti luas itu adalah sebagai berikut:

1. Hukum perdata Islam

- a. Munakahat mengatur segala sesuatu yang berhubungan dengan perkawinan, perceraian serta akibat-akibatnya.
- b. Wirasah mengatur segala masalah yang berhubungan dengan pewaris, ahli waris, harta peninggalan serta pembagian warisan. Hukum kewarisan Islam ini disebut juga hukum fara'id.
- c. Muamalat dalam arti khusus, mengatur masalah kebendaan dan hak-hak atas benda, tata hubungan manusia dalam soal jual-beli, sewa menyewa, pinjam meminjam, perserikatan, dan sebagainya.⁵³

2. Hukum Pidana Islam

a. Fiqh Jinayah

Fiqh Jinayah terdiri dari dua kata, yaitu fiqh dan *jinayah*. Pengertian fiqh secara bahasa berasal dari “*lafal faqiha, yafqahu fiqhan*”, yang berarti mengerti, paham. Pengertian fiqh secara istilah yang dikemukakan oleh Abdul Wahab Khallaf adalah himpunan hukum-hukum *syara'* yang bersifat praktis yang diambil dari dalil-dalil yang terperinci. Adapun jinayah menurut bahasa adalah nama

⁵² Yusuf al-Qardlawy, *Ijtihad Dalam Syariat Islam: Beberapa Pandangan Analitis Tentang Ijtihad Kontemporer*, ter. Achmad Syaitori, (Jakarta: Bulan Bintang, 2010), 72.

⁵³ *Ibid.*...hal.72

bagi hasil perbuatan seseorang yang buruk dan apa yang diusahakan. Sedangkan menurut istilah *jinayah* yang dikemukakan oleh Abdul Qadir Audah adalah suatu istilah untuk perbuatan yang dilarang oleh *syara'*, baik perbuatan tersebut mengenai jiwa, harta dan lainnya.⁵⁴

Hukum pidana Islam sering disebut dalam *fiqh* dengan kata *jinayah* atau *jarimah*.⁵⁵ Pada dasarnya pengertian dari kata *jinayah* menuju dari hasil perbuatan seseorang. Biasanya pengertian tersebut terbatas pada perbuatan yang dilarang. Dikalangan *fuqaha'*, perkataan *jinayah* berarti perbuatan terlarang menurut *syara'*. Istilah yang sepadan dengan istilah *jinayah* berarti *jarimah* yaitu larangan-larangan *syara'* yang diancam Allah dengan hukuman *had* atau *ta'zir*.⁵⁶

Berdasarkan penjelasan diatas dapat di jelaskan bahwa *jinayah* berarti semua perbuatan yang diharamkan. Perbuatan yang diharamkan ialah tindakan yang diharamkan atau dicegah oleh *syara'* (hukum Islam). Apabila dilakukan perbuatan tersebut mempunyai konsenkuensi membahayakan agama jiwa, akal kehormatan dan harta benda.⁵⁷

⁵⁴ Ahmad Wardi Muslich, *Pengantar dan Asas Hukum Pidana Islam Fiqh Jinayah*, (Jakarta, Sinar Grafika 2006), hal. 1.

⁵⁵ Mahrus Munajat, *Dekonstruksi Hukum Pidana Islam*, cet I, (Jogjakarta: Logung Pustaka, 2004), hal. 1.

⁵⁶ A Djazuli, *Fiqh Jinayah "Upayah Menanggulangi Kejahatan Dalam Islam"*, (Jakarta Rineka Cipta 2000), hal. 1.

⁵⁷ Rahmat Hakim, *Hukum Pidana Islam "Fiqh Jinayah"*, cet I, (Bandung : CV Pustaka Setia, 2000), hal. 12

Adapun pengertian *jarimah* ialah larangan-larangan Syara' (yang apabila dikerjakan) diancam Allah dengan hukuman had atau *ta'zir*.⁵⁸

Istilah *jarimah* identik dengan pengertian yang disebut dalam hukum positif sebagai tindak pidana atau pelanggaran. Maksudnya adalah di istilahkan dengan tindak pidana pencurian, pembunuhan dan sebagainya. Jadi dalam hukum positif *jarimah* diistilahkan dengan delik atau tindak pidana. Kesimpulan yang dapat kita ambil dari kedua istilah tersebut adalah bahwa kedua istilah tersebut memiliki kesamaan dan perbedaan secara etimologis, kedua istilah tersebut bermakna tunggal, mempunyai arti yang sama serta dtunjukkan bagi perbuatan yang berkonotasi negatif salah atau dosa. Adapun perbedaannya terletak pada pemakaian, arah pembicaraan, serta dalam rangkaian apa kedua kata itu digunakan.

Suatu perbuatan dianggap sebagai *jarimah* karena perbuatan tersebut telah merugikan kehidupan masyarakat, kepercayaan dan agamanya sedangkan disyari'atkan hukuman untuk perbuatan yang dilarang tersebut adalah untuk mencegah manusia agar tidak melakukannya karena suatu larangan atau perintah (kewajiban) tidak berjalan dengan baik apabila tidak dikenai sanksi pelanggarannya.

⁵⁸ Rahmat Hakim, *Hukum Pidana Islam "Fiqih Jinayah...* hal. 14

Jarimah itu sebenarnya sangat banyak macam dan ragamnya. Akan tetapi, secara garis besar kita dapat membaginya ditinjau dari berat ringannya hukuman.⁵⁹

1. *Jarimah Hudud*

Jarimah hudud adalah jarimah yang diancam dengan hukuman had. Hukuman had adalah hukuman yang telah ditentukan oleh syara' dan menjadi hak Allah. Hukuman hudud terbagi menjadi 7, sesuai dengan bilangan tindak pidana hudud, adalah zina, qazaf, meminum-minuman keras, mencuri, melakuakn hiraba (gangguan keamanan), murtad dan pemberontak.

2. *Jarimah qishash dan diat*

Jarimah qishas dan diat adalah jarimah yang diancam dengan hukuman qishas atau diat. Baik qishas maupun diat adalah hukuman yang sudah ditentukan oleh syara'. Perbedaannya dengan hukuman had adalah bahwa had merupakan hak Allah (hak masyarakat), sedangkan *qishas dan diat* adalah hak manusia (individu). Jarimah qishas dan diat ini hanya ada dua macam yaitu pembunuhan dan penganiayaan.

3. *Jarimah Ta'zir*

Jarimah ta'zir yaitu *jarimah* yang diancam dengan hukuman *ta'zir*. *Ta'zir* juga diartikan Ar Rad wa Al Man'u, artinya menolak atau mencegah. Menurut istilah yang dikemukakan oleh Imam al-

⁵⁹ Ahmad Wardi Muslich, *Pengantar dan Asas Hukum Pidana Islam Fiqh Jinayah*, (Jakarta, Sinar Grafika 2006), hal. 17.

Mawardi adalah sebagai berikut ta'zir adalah hukuman atas pendidikan atas dosa (tindak pidana) yang belum ditentukan oleh hukuman syara'. Secara ringkas dapat dikatakan hukuman *ta'zir* adalah hukuman yang belum ditetapkan oleh syara' melainkan diserahkan kepada *Uli al-Amri* baik penentuannya maupun pelaksanaannya.

Secara ringkas bahwa dapat dikatakan hukuman *ta'zir* adalah hukuman yang belum ditetapkan oleh syara', melainkan diserahkan oleh *Uli al-Amri* baik penentuan maupun pelaksanaannya, artinya perbuatan undangundang tidak menetapkan hukuman untuk masing-masing jarimah *ta'zir*, melainkan hanya menetapkan sekumpulan hukuman dari yang seringanringannya sampai yang seberat-beratnya.

4. Al-Ahkamas-sulthaniyah

Membicarakan soal-soal yang berhubungan dengan kepala negara, pemerintahan, baik pemerintahan pusat maupun daerah, tentara, pajak dan sebagainya.

- *Siyar*: mengatur segala urusan perang dan damai, tata hubungan dengan pemeluk Agama dan Negara lain.
- *Mukhasamat*: mengatur soal peradilan, kehakiman, dan hukum acara.⁶⁰

⁶⁰ Muhammad Rasjidi, *Hukum Islam dan Pelaksanaanya dalam Sejarah*. (Jakarta: Bulan Bintang, 2012), hal. 26

Jika bagian-bagian hukum Islam bidang muamalah dalam arti luas tersebut di atas dibandingkan dengan susunan hukum barat seperti yang telah menjadi tradisi diajarkan dalam pengantar Ilmu hukum di tanah air seseorang, maka butir (1) dapat disamakan dengan hukum perkawinan, butir (2) dengan hukum kewarisan, butir (3) dengan hukum benda dan hukum perjanjian, perdata khusus, butir (1) dengan hukum pidana, butir (2) dengan hukum ketatanegaraan yakni tata negara dan administrasi negara, butir (3) dengan hukum internasional, dan butir (4) dengan hukum acara.

d. Ciri-Ciri Hukum Islam

Uraian di atas dapatlah ditandai ciri-ciri (utama) hukum Islam, yakni:⁶¹

1. Merupakan bagian dan bersumber dari agama Islam
2. Mempunyai hubungan yang erat dan tidak dapat dipisahkan dari iman atau akidah dan kesusilaan atau akhlak Islam
3. Mempunyai dua istilah kunci yakni syari'at terdiri dari wahyu Allah dan sunnah Nabi Muhammad, Fikih adalah pemahaman dan hasil pemahaman manusia tentang syari'at terdiri dari dua bidang utama yaitu:

1. Ibadah bersifat karena telah sempurna

⁶¹ Abdul Wahhab Khalaf, *Kaidah-Kaidah Hukum Islam*, (Jakarta: Rajawali, 2013), hal. 154.

2. Mauamalah dalam arti khusus dan luas bersifat terbuka untuk dikembangkan oleh manusia yang memenuhi syarat dari masa kemasa.
- a. Strukturnya berlapis terdiri dari:
 1. Nash atau teks al-Qur'an.
 2. Sunnah Nabi Muhammad (untuk syari'at).
 3. Hasil ijtihad manusia yang memenuhi syarat tentang wahyu dan sunnah.
 4. Pelaksanaanya dalam praktik baik yaitu berupa keputusan hakim maupun berupa amalan-amalan ummat Islam dalam masyarakat (untuk fikih).
 - b. Mendahulukan kewajiban dari hak, amal dari pahaladapat dibagi menjadi:
 1. Hukum taklifi atau hukum taklif yakni al-ahkam al-khamsa yaitu lima kaidah, lima jenis hukum, lima penggolongan hukum yakni ja'iz, sunnat, makruh, wajib dan haram.⁶²
 2. Hukum wadh'i yang mengandung sebab, syarat, halangan terjadi atau terwujudnya hubungan hukum

Ciri-ciri khas hukum Islam yang relevan untuk dicatat disini adalah hukum Islam. Berwatak universal berlaku abadi untuk ummat Islam dimanapun mereka berada tidak terbatas pada ummat Islam di suatu tempat atau Negara pada suatu masa saja. Menghormati

⁶² Rahmat Syafe'i, *Ilmu Ushul Fiqh* Cet. IV, (Bandung, CV. Pustaka Setia 2010), hal. 57.

martabat manusia sebagai kesatuan jiwa dan raga, rohani dan jasmani serta memelihara kemuliaan manusia dan kemanusiaan secara keseluruhan. Pelaksanaannya dalam praktik digerakkan oleh iman (akidah) dan akhlak ummat manusia.⁶³

e. Hukum Islam Menurut Fuqoha

Adapun macam-macam hukum Islam, fuqaha memberi formulasi di antaranya wajib, sunnah, haram, makruh dan mubah.

1. Wajib

Ulama memberikan banyak pengertian mengenainya, antara lain suatu ketentuan agama yang harus dikerjakan kalau tidak berdosa. Atau Suatu ketentuan jika ditinggalkan mendapat adzab. Contoh: Shalat subuh hukumnya wajib, yakni suatu ketentuan dari agama yang harus dikerjakan, jika tidak berdosa ia.⁶⁴ Alasan yang dipakai untuk menetapkan pengertian di atas adalah atas dasar firman Allah SWT:

أَقِمِ الصَّلَاةَ لِدُلُوكِ الشَّمْسِ إِلَى غَسَقِ اللَّيْلِ وَقُرْآنَ الْفَجْرِ إِنَّ قُرْآنَ
الْفَجْرِ كَانَ مَشْهُودًا

Dirikanlah shalat dari sesudah matahari tergelincir sampai gelap malam dan (dirikanlah pula shalat) subuh. Sesungguhnya shalat subuh itu disaksikan (oleh malaikat).” (QS. Al-Isra’: 78).⁶⁵

⁶³ T.M Hasbi Ash shieddieqy, *Falsafah Hukum Islam*, (Jakarta: Tintamas 2011), hal. 156.

⁶⁴ Rahmat Syafe’i, *Ilmu Ushul Fiqh* Cet. IV, (Bandung, CV. Pustaka Setia 2010), hal. 29.

⁶⁵ Departemen Agama Republik Indonesia, *Al-Qur’an dan Terjemahnya*, (Jakarta: PT. Syamil Qur’an, 2010), hal. 231.

2. Sunnah

Suatu perbuatan jika dikerjakan akan mendapat pahala, dan jika ditinggalkan tidak berdosa. Atau bisa anda katakan sebagai suatu perbuatan yang diminta oleh syari' tetapi tidak wajib, dan meninggalkannya tidak berdosa.

3. Haram

Suatu ketentuan larangan dari agama yang tidak boleh dikerjakan. Kalau orang melanggarnya, berdosalah orang itu.

4. Makruh

Arti makruh secara bahasa adalah dibenci. Suatu ketentuan larangan yang lebih baik tidak dikerjakan dari pada melakukannya atau meninggalkannya lebih baik dari pada melakukannya.

5. Mubah

Arti mubah itu adalah dibolehkan atau sering kali juga disebut halal. Satu perbuatan yang tidak ada ganjaran atau siksaan bagi orang yang mengerjakannya atau tidak mengerjakannya atau segala sesuatu yang diizinkan oleh Allah untuk mengerjakannya atau meninggalkannya tanpa dikenakan siksa bagi pelakunya.⁶⁶

B. Penelitian Terdahulu

Tesis yang di tulis Muhammad Zainuddin yaitu judulnya, "Kebijakan Hukum Pidana dalam Rangka Penanggulangan Kejahatan

⁶⁶ Lismanto, *Pembaharuan Hukum Islam Berbasis Tradisi: Upaya Meneguhkan Universalitas Islam dalam Bingkai Kearifan Lokal*, (Jakarta: Raja Gravindo, 2011), hal. 29.

Pedofilia”, dari mahasiswa Program Magister Ilmu Hukum Universitas Diponegoro Semarang. Penelitiannya yang di lakukan yaitu mengkaji terkait kebijakan hukum tindak pidana dalam mengatasi kejahatan pedofilia dan menjelaskan formulasi hukum tindak pidana dalam mengatasi kejahatan seksual yang dilakukan seseorang dimasa yang akan datang.⁶⁷

Tesis yang di tulis oleh Diana Purnama Sari yang berjudul, “Tanggung Jawab Negara Terhadap Anak Sebagai Korban Kejahatan Pedofilia di Tinjau Dari Perspektif HAM dan Hukum Pidana”, dari mahasiswa Program Magister Ilmu Hukum Program Pascasarjana Fakultas Hukum Universitas Islam Indonesia Yogyakarta.

Penelitiannya yang di lakukan yaitu mengkaji tentang tanggung jawab negara di dalam memberikan perlindungan hukum terhadap anak sebagai korban kejahatan pedophilia di lihat dari perspektif Hak Asasi Manusia (HAM) dalam penerapan Pasal 58 Undang-Undang Nomor 39 Tahun 1999 dan Pasal 22 Undang-Undang Nomor 35 Tahun 2014 dan juga perlindungan hukum terhadap anak sebagai korban kejahatan pedophilia di tinjau dari Hukum Pidana..⁶⁸

Tesis yang di tulis oleh Jamin yang berjudul “Analisis Yuridis Terhadap Tindak Pidana Pedofilia (Kelainan Orientasi Seksual) menurut

⁶⁷ Muhammad Zainuddin, “*Kebijakan Hukum Pidana dalam Rangka Penanggulangan Kejahatan Pedofilia*”, Tesis, Program Magister Ilmu Hukum Universitas Diponegoro Semarang 2007.

⁶⁸ Diana Purnama Sari, “*Tanggung Jawab Negara Terhadap Anak Sebagai Korban Kejahatan Pedofilia di Tinjau Dari Perspektif HAM dan Hukum Pidana*”, Tesis, Program Magister Ilmu Hukum Program Pascasarjana Fakultas Hukum Universitas Islam Indonesia Yogyakarta 2015.

Hukum Positif” dari mahasiswa Program Magister (S2) Ilmu Hukum Program Pascasarjana Fakultas Hukum Universitas Islam Indonesia Yogyakarta. Penelitiannya yaitu mengkaji tentang dasar kebijakan tindak pidana pedofilia dalam perundang-undangan Indonesia dan juga efektifnya sanksi tindak pidana pedofilia terhadap tingkat kejahatan dan hambatan peraturan yang ada dilapangan dan solusinya.⁶⁹

Tesis yang di tulis oleh Salmah Novita Ishaq yang berjudul, “Perlindungan Hukum Bagi Anak Sebagai Korban Kejahatan kekerasan Seksual”, dari mahasiswa Konsenterasi Hukum Keadanaan Program Studi Magister Ilmu Hukum Fakultas Hukum Universitas Hasanuddin Makassar. Penelitiannya yang di lakukan yaitu mengkaji tentang bentuk perlindungan hukum bagi anak korban kejahatan seksual dan juga mengenai kendala dalam pemberian perlindungan hukum bagi anak sebagai korban kejahatan kekerasan seksual.⁷⁰

Jurnal yang di tulis oleh Dendy Adhityawan, Nur Rochaeti dan Sukinta yang berjudul “Penegakan Hukum Bagi Pelaku Tindak Pidana Pedifilia Dalam Undang-Undang No. 35 Tahun 2014 Tentang Perlindungan Anak Dan Undang-Undang No. 23 Tahun 2004 Tentang Penghapusan Dalam Rumah Tangga Berdasarkan (Putusan Pengadilan Tinggi Semarang No. 306/Pid.Sus/2013/PT.Smg)”. yaitu dari Program

⁶⁹ Jamin, “*Analisis Yuridis Terhadap Tindak Pidana Pedofilia (Kelainan Orientasi Seksual) menurut Hukum Positif*”, Tesis, Program Magister (S2) Ilmu Hukum Program Pascasarjana Fakultas Hukum Universitas Islam Indonesia Yogyakarta 2016.

⁷⁰ Salmah Novita Ishaq, “*Perlindungan Hukum Bagi Anak Sebagai Korban Kejahatan kekerasan Seksual*”, Tesis, Konsenterasi Hukum Keadanaan Program Studi Magister Ilmu Hukum Fakultas Hukum Universitas Hasanuddin Makassar 2017.

Studi S1 Ilmu Hukum, Fakultas Hukum, Universitas Diponegoro. Penelitiannya yang di lakukan yaitu mengkaji tentang pelaksanaan perlindungan Anak korban tindak pidana pedofilia dalam Undang-Undang No 35 tahun 2014 tentang Perlindungan Anak dan Undang-undang No 23 Tahun 2004 tentang Penghapusan Kekerasan Dalam Rumah Tangga dan juga tentang pertimbangan hakim dalam perkara No. 306/Pid.Sus/2013/PT.Smg dalam penjatuhan putusan.⁷¹

Jurnal yang di tulis oleh Yuninda Tria Ningsih, Duryati, Vanisa Afriona, Thesa Dwi djasfar yang berjudul “Dinamika Psikologis Anak Korban Pedofilia Homoseksual (Sebuah Studi fenomologis)” yaitu dari Universitas Negeri Padang. Penelitiannya yang di lakukan yaitu mengkaji tentang dinamika psikologis anak korban pedofilia homoseksual dan faktor-faktor yang mempengaruhi kondisi psikologis anak setelah mengalami kekerasan seksual.⁷²

Dengan melihat penelitian terdahulu judul dan permasalahan dan hasil penelitian dari penelitian-penelitian di atas dapatlah diketahui bahwa judul tesis dan permasalahan yang penulis teliti berbeda sedangkan penulis akan meneliti Sanksi bagi pelaku Tindak Pidana Pedofilia Dalam Perspektif Hak Asasi Manusia dan Hukum Islam (Studi di Pengadilan Negeri Tulungagung).

⁷¹ Dendy Adhityawan, Nur Rochaeti dan Sukinta, “*Penegakan Hukum Bagi Pelaku Tindak Pidana Pedifilia Dalam Undang-Undang NO.35 Tahun 2014 Tentang Perlindungan Anak Dan Undang-Undang NO.23 Tahun 2004 Tentang Penghapusan Dalam Rumah Tangga Berdasarkan (Putusan Pengadilan Tinggi Semarang No. 306/Pid.Sus/2013/PT.Smg)*”, Jurnal, Program Studi S1 Ilmu Hukum, Fakultas Hukum, Universitas Diponegoro 2017.

⁷² Yuninda Tria Ningsih, Duryati, Vanisa Afriona, Thesa Dwi djasfar, “*Dinamika Psikologis Anak Korban Pedofilia Homoseksual (Sebuah Studi fenomologis)*”, Jurnal, Universitas Negeri Padang 2017.