

BAB II

TINJAUAN UMUM TERHADAP DAYA PAKSA (*OVERMAGHT*)

A. Daya Paksa

1. Pengertian daya paksa

Kata “daya paksa” adalah salinan kata Belanda “*overmacht*”, yang artinya suatu keadaan, kejadian yang tidak dapat dihindari dan terjadi diluar dengan (di luar kekuasaan manusia)”. Dalam *Memorie van Toelichting* (MvT) terdapat keterangan mengenai daya paksa yang mengatakan sebagai “suatu kekuatan, setiap dorongan, setiap paksaan yang orang tidak dapat memberikan perlawanan”.

Sedangkan pengertian daya paksa (*overmacht*) menurut Moeljatno adalah sebagai kekuatan atau daya paksa yang lebih besar¹. Daya paksa dalam hukum pidana diatur dalam pasal 48 KUHP yang menyatakan:

“Barangsiapa melakukan perbuatan karena pengaruh daya paksa, tidak dapat dipidana”².

Dari bunyi pasal tersebut dipakai istilah paksaan, sedangkan didalam pasal-pasal itu sendiri tidak memberikan penjelasan apa yang dimaksud dengan paksaan tersebut.

2. Macam-macam Daya Paksa

Menurut Hazewinkel Suringa membagi daya paksa (*overmacht*) menjadi 3 macam, yaitu sebagai berikut:

1. Daya paksa absolut (*absolute overmacht/ vis absoluta*)

Paksaan absolute adalah suatu keadaan dimana paksaan dan tekanan sedemikian kuatnya pada diri seseorang, sehingga ia tidak dapat lagi

¹ Moeljatno, *Asas-Asas Hukum Pidana*, (Jakarta: PT. Rineka Cipta, 2015), hlm 151.

² Andi Hamzah, *Kitab Undang-Undang Hukum Pidana*, (Jakarta: Rineka Cipta, 2006), hlm 25.

berbuat sesuatu yang lain selain apa yang terpaksa dilakukan atau apa yang terjadi. Daya paksa absolut ini bisa berupa paksaan fisik, paksaan psikis. Contoh daya paksa absolut yang berupa paksaan fisik adalah seorang yang diangkat oleh orang yang kuat, lalu dilemparkan kepada seorang wanita sehingga wanita itu cidera atau luka. Sedangkan contoh daya paksa absolut oleh adanya paksaan psikis dari perbuatan manusia, seorang yang dihipnotis sehingga melakukan tindakan yang tidak senonoh di depan umum, seperti memaki-maki, telanjang, memperlihatkan gambar porno, dan sebagainya³.

2. Daya Paksa relatif (*relative overmacht/ vis compulsiva*)

Jika pada paksaan mutlak tidak ada persoalan pilihan, dalam paksaan relatif secara teoritis ada persoalan pilihan, walaupun pilihan itu lebih condong kepada “dipilihkan” oleh pemaksa. Atau dapat dikatakan bahwa, jika kepada siterpaksa dipersoalkan pilihan tersebut, tiada dapat dihadapkan bahwa tidak diharuskan daripadanya untuk memilih yang lain selain dari pada apa yang telah dilakukan sesuai dengan kehendak pemaksa. Paksaan relatif adalah suatu paksaan yang sedemikian rupa menekan seseorang, sehingga ia berada dalam keadaan yang serba salah, suatu keadaan yang memaksa dia mengambil suatu sikap dan perbuatan yang pada kenyataannya melanggar Undang-Undang yang bagi setiap orang normal tidak akan mengambil sikap dan berbuat lain berhubung resiko dari pilihan perbuatan itu lebih besar terhadap dirinya⁴. Dalam hal ini daya paksa lebih bersifat “kejiwaan”, tetapi baik berdasarkan hal yang layak menurut perhitungan maupun berdasarkan ketentuan dalam Undang-Undang, siterpaksa wajib tidak melakukan sesuatu yang dipaksakan padanya atau menggelakkan daya paksa itu. Misalnya seorang bankir yang ditodong oleh perampok dengan pistol, supaya

³Kanter, Sianturi, *Asas-Asas Hukum Pidana Di Indonesia dan Penerapannya*, (Jakarta: Stora Grafika, 2002), hlm 273.

⁴Adami Chazawi, *Pelajaran Hukum Pidana Bagian 2*, (Jakarta: Rajawali Pers, 2014), hlm 37.

menyerahkan uang yang ada dikas itu kepada perampok. Secara teoritis dapat dibayangkan masih ada pilihan pada si bankir, yaitu memilih antara menyerahkan uang atau membiarkan dirinya untuk ditembak daripada melakukan kehendaknya perampok⁵.

3. Keadaan Darurat (*noodstoestand*)

Keadaan darurat atau *Noodtoestand* adalah suatu keadaan dimana suatu kepentingan hukum terancam bahaya, yang untuk menghindari ancaman itu terpaksa dilakukan perbuatan yang pada kenyataannya melanggar kepentingan hukum yang lain. Kejadian yang berhubungan dengan keadaan darurat sering dijumpai mendalihkan pasal 48 sebagai usaha untuk tidak dipidananya seseorang petindak (siterpaksa)⁶.

3. Syarat-syarat Daya Paksa

Hukum pidana tidak menjelaskan secara pasti sifat dan besarnya paksaan serta bahaya yang ditimbulkan dan yang mengancam kepentingan-kepentingan hukum orang lain, menentukan batas pertanggungjawaban pidana dari pembuat atas perbuatannya. Semua penentuan ini harus berdasarkan pada ukuran-ukuran objektif.

Menurut Utrech, ukuran objektif dan subjektif ini harus digunakan secara bersama untuk menentukan ada atau tidaknya daya paksa (*overmacht*).

Hakim harus menyelidiki ada tidaknya faktor-faktor yang begitu luar biasa, sehingga orang yang normal dipaksa untuk berkelakuan tidak normal. Hakim harus mempertimbangkan kelakuan-kelakuan apa yang akan dilakukan dari orang normal, andai kata berada dalam kondisi semacam orang yang dipaksa melakukan perbuatan pidana. Selain itu hakim juga harus diketahui mengenai pribadi perilaku (pandangan subjektif) apakah pelaku orang yang berhati-hati atau orang yang senantiasa bertindak serampangan terhadap kepentingan orang lain.

B. Pertanggungjawaban Pidana

⁵Kanter, Sianturi, Op cit, hlm 275.

⁶*Ibid.*, hlm 276.

Ilmu hukum acara pidana mempunyai tujuan mencari dan mendapatkan suatu kebenaran materil suatu kebenaran yang selengkap-lengkapnyanya tentang perkara pidana dengan menerapkan ketentuan-ketentuan hukum acara pidana itu dengan tepat, serta bertujuan untuk mencari pelaku sebagai terdakwa yang telah melanggar hukum.

Aturan hukum mengenai pertanggungjawaban pidana berfungsi sebagai penentu syarat-syarat yang harus ada pada diri seseorang sehingga sah jika dijatuhi pidana. Penentu apakah seseorang patut dicela karena perbuatannya, dimana wujud celaan tersebut adalah pembedaan. Tekanannya justru fungsi melegitimasi tindakan penegak hukum untuk menimpakan nestapa pada pembuat tindak pidana. Dengan keharusan untuk tetap menjaga keseimbangan antara tingkat ketercelaan seseorang karena melakukan tindak pidana dan penentuan berat ringannya nestapa yang menjadi konsekuensinya. Dengan demikian, *“it operates to filter those deserving punishment for their wrong from those who do not and to grade liability according to their degree fault”*. Aturan mengenai pertanggungjawaban pidana merupakan saringan pengenaan pidana, yaitu hanya dapat diterapkan terhadap mereka yang memiliki kesalahan dan pidana yang dikenakan sebatas kesalahannya tersebut.⁷

Salah satu ciri dari hampir semua sistem hukum adalah pertanggungjawaban pribadi terhadap perbuatan pidana yang telah dilakukan selalu dikaitkan pada keadaan tertentu dari mentalnya. Keadaan tertentu ini dalam bentuk negatif dirumuskan orang sebagai kondisi memaafkan atau keadaan sebagai penghapus pengenaan pidana. Masalah pertanggungjawaban disebut doktrin mens rea. *Mens rea* yaitu niat jahat atau kesengajaan untuk melakukan tindak pidana, ini disebut sebagai dasar dari hukum pidana dalam praktek bahkan ditambahkan orang bahwa pertanggungjawaban pidana menjadi lenyap jika ada salah satu dari kaedah-kaedah atau kondisi memaafkan tersebut⁸.

Pertanggungjawaban pidana merupakan penilaian yang dilakukan setelah terpenuhinya seluruh unsur tindak pidana atau terbuktinya tindak pidana. Penilaian

⁷Chairul Huda, Op. cit. hlm 17.

⁸Mardani, *Hukum Pidana Islam*, (Jakarta: Kencana, 2019), hlm 58.

ini dilakukan secara objektif dan subjektif, penilaian secara objektif berhubungan dengan pembuat dengan norma hukum yang dilanggarnya, sehingga berkaitan dengan pembuatan dan nilai-nilai moral yang dilanggarnya. Pada akhirnya, secara objektif pembuat dinilai sebagai orang dapat dicela atau tidak dicela. Kesalahan ini berorientasi pada nilai-nilai moralitas, pembuat yang melanggar nilai-nilai moralitas patut untuk dicela. Penilaian secara subjektif dilakukan terhadap pembuat bahwa keadaan-keadaan *psychologis* tertentu yang telah melanggar moralitas patut dicela atau tidak dicela.

Kedua penilaian ini merupakan unsur utama dalam menentukan pertanggungjawaban pidana. Penilaian secara objektif dilakukan dengan mendasarkan pada prinsip-prinsip keadilan bahwa keadaan *psychologis* pembuat yang sedemikian rupa dapat dipertanggungjawabkan atau tidak. Penilaian dilakukan dengan cara mengetahui tentang maksud dibentuknya norma sosial atau norma moral, kesesuaian kedalam norma hukum dalam perundang-undangan pidana sangat berperan. Penilaian-penilaian tersebut dilakukan setelah seluruh unsur tindak pidana telah terpenuhi atau terbuktinya tindak pidana⁹.

Pertanggungjawaban pidana sangat diperlukan dalam suatu sistem hukum pidana dalam hubungannya dengan prinsip *daad-daderstrafs recht*. KUHP Indonesia sebagaimana halnya WvS yang berlaku dinegara Belanda tidak mengatur secara khusus tentang pertanggungjawaban pidana, tetapi hanya mengatur tentang keadaan-keadaan yang mengakibatkan tidak dipertanggungjawabkannya pembuat. Tidak dipertanggungjawabkannya pembuat hanya dijelaskan dalam *Memorie van Toelichting* (MvT) bahwa seseorang pembuat tidak dipertanggungjawabkan apabila memenuhi syarat-syarat tertentu. Ini menandakan bahwa pertanggungjawaban pidana di dalam KUHP diatur secara negatif, yaitu dengan keadaan-keadaan tertentu pada diri pembuat atau perbuatan mengakibatkan tidak dipidanya pembuat.

Syarat tidak dipertanggungjawabkannya pembuat adalah pada saat pembuat melakukan tindak pidana, karena adanya faktor dalam diri pembuat maupun faktor di luar diri pembuat. Seseorang yang telah melakukan tindak pidana tidak akan

⁹Agus Rusianto, Op. cit. hlm 14.

dipidana apabila dalam keadaan sedemikian rupa sebagaimana yang dijelaskan di dalam MvT. Apabila pada diri seorang pembuat tidak terdapat keadaan sebagaimana yang diatur dalam MvT tersebut, pembuat adalah orang yang dipertanggungjawabkan dan dijatuhi pidana.

Unsur-unsur dapat dipertanggungjawabkan:

1. *Toerekeningsvatbaargeid*
2. Keadaan jiwa seseorang itu sedemikian rupa sehingga:
 - a. Dia mengerti arti atau nilai perbuatannya-nilai akibat perbuatannya
 - b. Dia mampu menentukan kehendak atas perbuatannya
 - c. Dia sadar bahwa perbuatan itu dilarang baik oleh hukum, kemasyarakatan, maupun kesusilaan
3. Pendirian/sikap pembentukan KUHP:
 - a. Unsur ini dianggap ada atau terpenuhi oleh tiap pelaku tindak pidana
 - b. Oleh karenanya tidak dirumuskan dalam pasal
 - c. Dan tidak perlu dibuktikan, kecuali terdapat keragu-raguan akan adanya unsur itu pada pelaku, harus dibuktikan
 - d. Tidak terpenuhi unsur pada pasal 44
 - e. Jika hakim ragu-ragu (*in dubio pro reo*)¹⁰.

C. Alasan Penghapusan Pidana

Dalam kaedah-kaedah tertentu, pembuat tidak dapat berbuat lain yang berujung pada terjadinya tindak pidana, sekalipun sebenarnya tidak diinginkannya. Faktor eksternal yang menyebabkan pembuat tidak dapat berbuat lain mengakibatkan kesalahannya menjadi terhapus. Artinya, pada diri pembuat terdapat alasan penghapusan pidana. Dengan demikian, pertanggungjawaban pidana masih ditunggukan sampai dapat dipastikan tidak ada alasan yang menghapuskan kesalahan pembuat. Sekalipun pembuatnya dapat dicela, tetapi dalam hal-hal tertentu celaan tersebut menjadi hilang atau menjadi celaan tidak dapat diteruskan

¹⁰Teguh Prasetyo, *Hukum Pidana*, (Jakarta: Rajawali Pers, 2016), hlm 219.

terhadapnya, karena pembuat tidak dapat berbuat lain, selain melakukan perbuatan itu.¹¹

Tindak pidana yang dilakukan dengan sengaja, maka pada dasarnya pembuat menghendaki dan mengetahui tentang tindak pidana yang dilakukannya. Sementara itu, pembuat tidak dapat berbuat lain karena sesuatu yang bersumber dari luar dirinya. Pikiran yang melatarbelakangi dilakukannya tindak pidana, bukan diinspirasi oleh kehendak (dan pengetahuan) yang bebas. Dengan kata lain, pembuat tidak memiliki “*free will*” untuk melakukan tindak pidana tersebut, sehingga sifatnya menjadi “*involuntary*”. Hal ini disebabkan oleh kondisi pada waktu pembuat melakukan tindak pidana ternyata tidak dalam keadaan normal. Untuk dapat dipertanggungjawabkan dalam hukum pidana, selain pembuat memiliki kesalahan, situasi diluar pembuat harus berada dalam keadaan normal.

Kesengajaan adalah pertanda kesalahan yang utama. Alasan penghapusan pidana selalu tertuju pada “tekanan” dari luar yang ditujukan kepada kehendak bebas pelaku, sehingga memaksanya melakukan tindak pidana. Tekanan dari luar diri pelaku inilah yang dikatakan sebagai kondisi luar pelaku yang tidak normal. Kondisi tersebut menekan batin pembuat, sehingga kehendaknya tidak lagi bebas. Kehendak yang tidak lagi bebas inilah yang kemudian berakibat pada dilakukannya tindak pidana dengan sengaja, tetapi hal itu tidak dapat dicegah terhadapnya. Namun demikian, hampir sulit menentukan apakah alasan penghapusan pidana juga berlaku terhadap pembuat yang melakukan tindak pidana karena kealpaan.¹²

M.v.T menyebutkan dua alasan penghapusan pidana, yaitu:

1. Alasan tidak dapat dipertanggungjawabkan oleh seseorang yang terletak pada diri orang itu (*inwendig*). Alasan tidak dapat dipertanggungjawabkan seseorang yang melakukan tindak pidana yang terletak pada diri orang, soal ini diatur dalam pasal 44 KUHP, dan menurut pasal ini seseorang tidak dapat dihukum, karena jiwanya dihinggap oleh suatu penyakit atau jiwanya tidak tumbuh dengan sempurna.

¹¹Chairul Huda, Op. cit. hlm 121.

¹²*ibid.*, hlm 123.

2. Alasan tidak dapat dipertanggungjawabkan seseorang yang terletak diluar orang itu (*uitwendig*).

Dalam hal ini, sebab-sebab seseorang tidak dapat dipertanggungjawabkan terhadap perbuatannya itu terletak diluar pelaku.

Hal-hal yang diatur dalam:

- 1) Pasal 48 KUHP (*Overmacht*)

Seseorang yang melakukan perbuatan yang dapat dihukum karena terdorong oleh sebab paksaan, orang tersebut tidak dapat dihukum.

- 2) Pasal 49 KUHP (*Noodweer*)

a. Barangsiapa terpaksa melakukan perbuatan untuk pembelaan karena ada serangan atau ancaman serangan ketika itu yang melawan hukum, terhadap diri sendiri maupun orang lain, terhadap kehormatan kesusilaan atau harta benda sendiri maupun orang lain, tidak dapat dipidana.

b. Pembelaan yang melampaui batas, yang langsung disebabkan oleh guncangan jiwa yang hebat karena serangan itu, tidak dipidana.

- 3) Pasal 50 KUHP

Menjelaskan undang-undang bahwa orang yang melakukan perbuatan untuk menjalankan undang-undang, tidak dihukum.

- 4) Pasal 51 KUHP

Menjalankan perintah jabatan, bahwa:

a. Barangsiapa melakukan perbuatan untuk melaksanakan perintah jabatan yang diberikan oleh penguasa yang wenang, tidak dipidana.

b. Perintah jabatan tanpa wenang, tidak menyebabkan hapusnya pidana, kecuali yang diperintah dengan etiket baik mengira bahwa

perintah diberikan dengan wenang dan pelaksanaannya termasuk dalam pekerjaannya¹³.

D. Daya paksa (*Overmacht*) sebagai Alasan Penghapusan Pidana

Dalam hukum pidana Indonesia, daya paksa (*overmacht*) diatur dalam BAB III Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP) Pasal 48 yang berbunyi:

“Barangsiapa yang melakukan perbuatan karena pengaruh daya paksa tidak dipidana”.

Pasal tersebut mengandung unsur-unsur, sebagai berikut:

1. Melakukan perbuatan
Suatu perbuatan harus memiliki sifat layak dipidana, dengan kata lain mempunyai relevansi dari sudut pandang hukum pidana.
2. Karena pengaruh daya paksa
3. Tidak dipidana
Tidak dipidana maksudnya terdakwa diputus lepas dari segala tuntutan hukum jika pengadilan berpendapat bahwa perbuatan yang didakwakan kepada terdakwa terbukti, tetapi perbuatan itu tidak merupakan suatu tindakan pidana. Hal ini diatur dalam pasal 191 ayat 2 KUHP.

Dalam rancangan KUHP tahun 2008, *overmacht* diatur dalam pasal 43, yang berbunyi:

“Tidak dipidana, seseorang yang melakukan tindak pidana karena:

- 1. Dipaksa oleh kekuatan yang tidak dapat ditahan, atau*
- 2. dipaksa oleh adanya ancaman, tekanan, dan kekuatan yang tidak dapat dihindari.”*

Adapun unsur-unsur yang terdapat pada pasal diatas:

¹³Teguh Prasetyo, *Hukum Pidana*, (Jakarta: Rajawali Pers, 2016), hlm 127.

- 1) Tidak dipidana
- 2) Maksudnya terdakwa lepas dari segala tuntutan hukum.
- 3) Orang yang melakukan tindak pidana
- 4) Melakukan tindak pidana berarti perbuatan seseorang melakukan atau tidak melakukan sesuatu yang oleh peraturan undang-undang dinyatakan sebagai perbuatan yang dilarang dan diancam dengan pidana.
- 5) Dipaksa oleh kekuatan yang tidak dapat ditahan
- 6) Yang dimaksud dengan “kekuatan yang tidak dapat ditahan” adalah daya paksa absolut (*vis absoluta*)
- 7) Dipaksa oleh adanya ancaman, tekanan dan kekuatan yang tidak dapat dihindari
- 8) Yang dimaksud dengan “dipaksa oleh adanya ancaman, tekanan, atau kekuatan yang tidak dapat dihindari” adalah daya paksa relatif (*vis compulsiva*).

E. Tindak Pidana

1. Pengertian tindak pidana

Istilah yang dipakai dalam hukum pidana, yaitu tindak pidana. Istilah ini karena tumbuhnya dari pihak kementerian kehakiman, sering dipakai dalam perundang-undangan. Meskipun kita “tindak” lebih pendek dari pada “perbuatan” tapi “tindak” tidak menunjuk kepada hal yang abstrak seperti perbuatan, tetapi hanya menyatakan keadaan konkret, sebagaimana halnya peristiwa dengan perbedaan bahwa tindak adalah kelakuan, tingkah laku, gerak-gerik atau sikap jasmani seseorang, hal mana lebih dikenal dalam tindak-tanduk, tindakan dan bertindak dan belakangan juga sering dipakai “ditindak”¹⁴.

Secara umum telah diketahui dalam beberapa Undang-Undang yang berlaku pada saat ini, *strafbaar feit* disamakan pengertiannya kedalam bahasa Indonesia

¹⁴Moeljatno, *Asas-Asas Hukum Pidana*, (Jakarta: PT. Rineka Cipta, 2015), hlm 60.

sebagai “tindak pidana”¹⁵. Didalam Kitab Undang-Undang Hukum Pidana tidak terdapat penjelasan mengenai apa sebenarnya yang dimaksud dengan *strafbaar feit* itu sendiri. Istilah tindak pidana sebagai terjemahan *strafbaar feit* adalah diperkenalkan oleh pihak pemerintah cq Departemen Kehakiman. Istilah ini banyak dipergunakan dalam Undang-Undang tindak pidana khusus, misalnya: Undang-Undang Tindak Pidana Korupsi, Undang-Undang Tindak Pidana Narkotika, dan Undang-Undang mengenai Pornografi yang mengatur secara khusus Tindak Pidana Pornografi¹⁶.

Dalam peraturan perundang-undang Indonesia tidak ditemukan definisi tindak pidana. Pengertian tindak pidana yang dipahami selama ini merupakan kreasi teoritis para ahli hukum. Para ahli hukum pada umumnya masih memasukkan kesalahan sebagai bagian dari pengertian tindak pidana. Demikian pula dengan didefinisikan Simons dan Van Hamel. Dua ahli hukum pidana Belanda tersebut pandangan-pandangannya mewarnai pendapat para ahli hukum pidana Belanda dan Indonesia hingga saat ini.

Simons mengatakan bahwa *strafbaarfeit* itu adalah kelakuan yang diancam dengan pidana, bersifat melawan hukum dan berhubungan dengan kesalahan yang dilakukan orang yang mampu bertanggungjawab. Sedangkan Van Hamel mengatakan bahwa *strafbaarfeit* itu adalah kelakuan orang yang dirumuskan dalam Undang-Undang, bersifat melawan hukum, patut dipidana dan dilakukan dengan kesalahan. Keduanya masih memasukkan “kesalahan” atau “dilakukan dengan kesalahan” merupakan frasa yang memberi petanda bahwa bagi beliau suatu perbuatan merupakan tindak pidana jika didalamnya juga dirumuskan tentang kesalahan. Sementara itu, Schaffmeister mengatakan bahwa, perbuatan pidana adalah perbuatan manusia yang termasuk dalam ruang lingkup rumusan delik, bersifat melawan hukum dan dapat dicela. Dalam hal ini sekalipun tidak

¹⁵Agus Rusianto, *Tindak Pidana dan Pertanggungjawaban Pidana (Tinjauan Krisis Melalui Konsistensi antara Asas, Teori dan Penerapannya)*, (Jakarta: Kencana, 2016), hlm 11.

¹⁶Teguh Prasetyo, *Hukum Pidana*, (Jakarta: Rajawali Pers, 2016), hlm.49.

menggunakan istilah kesalahan, namun “dapat dicela” pada umumnya telah dipahami sebagai makna kesalahan.¹⁷

Istilah tindak pidana menunjukkan pengertian gerak-gerik tingkah laku dan gerak-gerik jasmani seseorang. Hal-hal tersebut terdapat juga seseorang untuk tidak berbuat, akan tetapi dengan tidak membuatnya dia, dia telah melakukan tindak pidana. Adapun istilah tindak dari tindak-pidana merupakan singkatan dari tindakan atau petindak. Artinya ada orang yang melakukan suatu tindakan, sedangkan orang yang melakukan boleh siapa saja, tetapi dalam banyak hal sesuatu tindakan tertentu hanya mungkin dilakukan oleh seseorang dari suatu golongan jenis kelamin saja, atau seseorang dari suatu golongan yang berkerja pada negara atau pemerintah (pegawai negeri, militer, nahkoda dan sebagainya) atau seseorang dari golongan lainnya. Jadi status atau kualifikasi seseorang petindak harus ditentukan apakah ia salah seorang dari “barangsiapa”, atau seseorang dari golongan tertentu. Bahwa jika ternyata kemudian petindak itu tidak hanya orang (*natuurlijk-person*) saja melainkan juga suatu badan hukum akan dibicarakan kemudian.

Antara petindak dengan suatu tindakan yang terjadi harus ada hubungan kejiwaan (*psychologisch*), selain daripada penggunaan salah satu bagian tubuh, panca-indra atau alat lainnya sehingga terwujudnya sesuatu tindakan. Hubungan kejiwaan itu adalah sedemikian rupa, dimana petindak dapat menilai tindakannya, dapat menentukan apakah akan dilakukannya atau dihindarinya, dapat pula menginsyafi ketercelaan tindakannya itu, atau setidak-tidaknya oleh kepatutan dalam masyarakat memandang bahwa tindakan itu adalah tercela. Bentuk hubungan kejiwaan itu (dalam istilah hukum pidana) disebut kesengajaan atau kealpaan.¹⁸ Kesengajaan (*dolus*) merupakan bagian dari kesalahan (*schuld*).

Perbuatan pidana dan pertanggungjawaban pidana merupakan dua pengertian dasar dalam hukum pidana. Hubungan dengan kesalahan atau unsur kesalahan tidak termasuk dalam pengertian perbuatan pidana lagi dan harus merupakan unsur bagi

¹⁷Chairul Huda, “*Dari Tiada Pidana Tanpa Kesalahan Menuju Kepada Tiada Pertanggungjawaban Pidana Tanpa Kesalahan*”, (Jakarta: Kencana, 2006), hlm 27.

¹⁸*Ibid.*, hlm 210.

pertanggungjawaban dalam hukum pidana. Kesalahan yang mengakibatkan dipidananya seseorang, haruslah:

1. Melakukan perbuatan pidana (terkait dengan sifat melawan hukum)
2. Mampu bertanggungjawab
3. Dengan sengaja atau kealpaan
4. Tidak ada alasan pemaaf¹⁹.

Oleh karena itu setelah memilih berbagai definisi diatas, maka dapat diambil kesimpulan bahwa yang disebut dengan tindak pidana adalah perbuatan yang oleh aturan hukum dilarang dan diancam dengan pidana, dimana pengertian perbuatan disini selain perbuatan yang bersifat aktif (melakukan sesuatu yang sebenarnya dilarang oleh hukum) juga perbuatan yang bersifat pasif (tidak berbuat sesuatu yang sebenarnya diharuskan oleh hukum).

Dari beberapa pendapat ahli hukum pidana ini, tindak pidana mempunyai unsur-unsur yaitu adanya unsur objektif berupa kelakuan yang bertentangan dengan hukum dan unsur subjektif berupa kesalahan dan kesalahan ini juga merupakan unsur pertanggungjawaban pidana. Selain merupakan unsur tindak pidana, kesalahan juga merupakan unsur pertanggungjawaban pidana²⁰.

2. Macam-macam tindak pidana

Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP) telah mengklasifikasikan tindak pidana atau delik menjadi dua kelompok besar yaitu dalam buku Kedua dan Ketiga masing-masing menjadi kelompok kejahatan dan pelanggaran. Maka macam-macam tindak pidana dibagi menjadi :

1. Kejahatan dan Pelanggaran

KUHP menetapkan kejahatan didalam Buku Kedua dan pelanggaran dalam Buku Ketiga, tetapi tidak ada kejelasan mengenai apa yang disebut dengan kejahatan dan pelanggaran. Namun, kejahatan merupakan *rechtsdelict* atau delik hukum dan pelanggaran merupakan

¹⁹*Ibid.*, hlm 165.

²⁰Agus Rusianto, loc. Cit.

wetsdelict atau delik Undang-Undang. Delik hukum adalah pelanggaran hukum yang dirasakan melanggar rasa keadilan seperti mencuri, pembunuhan, dan lain-lainnya. Sedangkan Delik Undang-Undang melanggar apa yang ditentukan oleh Undang-Undang seperti tidak mempunyai SIM bagi yang mengendarai motor, tidak mengenakan helm ketika mengendarai sepeda motor.

2. Delik formal (*Formil*) dan Delik material (*Materiil*)

Delik formal adalah delik yang dianggap selesai dengan dilakukan perbuatan itu, atau dengan perkataan lain titik beratnya berada pada perbuatan itu sendiri. Sebaliknya didalam delik material titik beratnya pada akibat yang dilarang, delik itu dianggap selesai jika akibat nya sudah terjadi, bagaimana cara melakukan perbuatan itu tidak menjadi masalah.

3. Delik Dolus dan Delik Culpa

Dolus dan culpa merupakan bentuk kesalahan (*schuld*). Delik dolus adalah delik yang memuat unsur kesengajaan dan delik culpa didalam rumusannya memuat unsur kealpaan.

4. Delik Commissionis dan Delik Omissionis

Pelanggaran hukum dapat berbentuk berbuat sesuatu yang dilarang atau tidak berbuat sesuatu yang diharuskan (*to commit* = melakukan, *to omit* = meniadakan). Delik *commissionis* tidak terlalu sulit dipahami, misalnya berbuat mengambil, menganiaya, menembak dan sebagainya. Delik *omissionis* dapat kita jumpai seperti pasal 522 (tidak datang menghadap kepengadilan sebagai sanksi).

5. Delik Aduan dan Delik Biasa (Bukan Aduan)

Delik aduan (*klachtdelict*) adalah tindak pidana yang penuntutnya hanya dilakukan atas dasar adanya pengaduan dari pihak yang berkepentingan

atau terkena. Sedangkan delik biasa adalah tindak pidana yang dapat dituntut tanpa diperlukannya adanya suatu pengaduan²¹.

3. Unsur-unsur tindak pidana

Terdapat unsur-unsur didalam tindak pidana, yaitu:

a. Unsur Objektif

Unsur yang terdapat diluar si pelaku. Unsur-unsur yang ada hubungan dengan keadaan, yaitu dalam keadaan-keadaan dimana tindakan-tindakan si pelaku itu harus dilakukan²². Terdiri dari:

- 1) Sifat melanggar hukum.
- 2) Kualitas dari si pelaku.

Misalnya keadaan sebagai pegawai negeri didalam kejahatan jabatan menurut Pasal 415 KUHP atau keadaan sebagai pengurus atau komisaris dari suatu perseroan terbatas didalam kejahatan menurut Pasal 398 KUHP.

3) Kausalitas

Yakni hubungan antara suatu tindakan sebagai penyebab dengan suatu kenyataan sebagai akibat.

b. Unsur Subjektif

Unsur yang terdapat atau melekat pada diri si pelaku, atau yang dihubungkan dengan diri si pelaku dan termasuk di dalamnya segala sesuatu yang terkandung di dalam hatinya. Unsur ini terdiri dari:

- 1) Kesengajaan atau ketidaksengajaan (*dolus* atau *culpa*).
- 2) Maksud pada suatu percobaan, seperti ditentukan dalam Pasal 53 ayat (1) KUHP.
- 3) Macam-macam maksud kejahatan-kejahatan pencurian, penipuan, pemerasan, dan sebagainya.

²¹Teguh Prasetyo, *Hukum Pidana*, (Jakarta: Rajawali Pers, 2016), hlm 61

²²*Ibid.*, hlm 50.

- 4) Merencanakan terlebih dahulu, seperti tercantum dalam Pasal 340 KUHP, yaitu pembunuhan yang direncanakan terlebih dahulu.
- 5) Perasaan takut seperti terdapat didalam Pasal 308 KUHP.

F. Sanksi Pidana

1. Pengertian Sanksi Pidana

Sanksi hukuman yaitu hukuman atau sanksi yang dapat dijatuhkan kepada seseorang yang melakukan tindak pidana dan kepadanya dapat dianggap tanggung jawab²³. Baik di dalam hukum pidana Islam maupun hukum pidana Indonesia ternyata terdapat kesamaan pengertian dan bentuk-bentuk sanksi meskipun tidak serupa. Ini yang akan dibahas secara detail dan mendalam pada masing-masing bagian secara terpisah.

2. Sanksi Pidana Menurut Hukum Pidana Indonesia

Pengertian tentang pidana dalam Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP) dikenal dengan istilah *strafbaarfeit* dan dalam kepustakaan tentang hukum pidana sering mempergunakan istilah delik, sedangkan pembuat Undang-Undang merumuskan suatu Undang-Undang mempergunakan istilah peristiwa pidana atau perbuatan pidana atau tindak pidana²⁴.

Perkataan *feit* itu sendiri di dalam bahasa Belanda berarti “sebagian dari suatu kenyataan” atau *een gedeelte van de werkelijkheid*, sedang *strafbaar* berarti “dapat dihukum”, hingga secara harfiah perkataan *strafbaar feit* itu dapat diterjemahkan sebagai “sebagian dari suatu kenyataan yang dapat dihukum”, yang sudah barang tentu tidak tepat karena kelak akan kita ketahui bahwa yang dapat dihukum itu

²³Asep Saepudin Jahar, dkk., *Hukum Keluarga, Pidana & Bisnis*, (Jakarta: Kencana Prenadamedia Group, 2013), hlm 116.

²⁴Kartonegoro, *Diktat Kuliah Hukum Pidana*, (Jakarta: Balai Lektor Mahasiswa), hlm 62.

sebenarnya adalah manusia sebagai pribadi dan bukan kenyataan, perbuatan ataupun tindakan²⁵.

Istilah “hukuman” yang merupakan istilah umum dan konvensional dapat mempunyai arti yang luas dan berubah-ubah karena istilah itu dapat berkonotasi dengan bidang yang cukup luas. Istilah tersebut tidak hanya sering digunakan dalam bidang hukum, tetapi juga dalam istilah sehari-hari dibidang pendidikan, moral, agama dan sebagainya²⁶. Oleh karena itu “pidana” merupakan istilah yang lebih khusus, maka perlu ada pembatasan pengertian atau makna yang dapat menunjukkan kepada hukuman itu sendiri. Bila kita mendengar kata-kata “pidana” mestilah muncul dalam persepsi kita tentang sesuatu hal yang kejam, menakutkan bahkan mengancam. Memang benar demikian, karena secara bahasa arti atau makna pidana adalah nestapa. Artinya orang yang dikenakan pidana adalah orang yang nestapa, sedih, dan terbelenggu baik jiwa maupun raganya. Tetapi kenestapaan tersebut bukanlah diakibatkan oleh perbuatan orang lain, melainkan atas perbuatan yang dilakukan sendiri²⁷.

Menurut Prof. Simon, hukum pidana itu dapat terbagi menjadi hukum pidana dalam arti objektif dan hukum pidana subjektif. Hukum Pidana dalam arti objektif adalah hukuman pidana yang berlaku, atau yang juga disebut sebagai hukum positif. Hukum pidana dalam arti objektif tersebut, oleh Profesor Simon, telah dirumuskan sebagai²⁸ :

“keseluruhan dari larangan-larangan dan keharusan-keharusan, yang atas pelangarannya 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 dimana syarat mengenai akibat-hukum itu telah diatur serta keseluruhan dari

²⁵Lamintang, *Dasar-Dasar Hukum Pidana di Indonesia*, (Jakarta: Sinar Grafika, 2014), hlm 179.

²⁶Mahrus Ali, *Dasar-Dasar Hukum Pidana*, (Jakarta: Sinar Grafika, 2012), hlm 185.

²⁷Ismu Gunadi, *Cepat&Mudah Memahami Hukum Pidana*, (Jakarta: Kencana Prenadamedia Group, 2014), hlm 8.

²⁸Simons, *Leerboek I*, dikutip dalam Lamintang, *Op.cit.*, (Jakarta: Sinar Grafika, 2014), hlm 4.

peraturan-peraturan yang mengatur masalah penjatuhan dan pelaksanaan dari hukumannya itu sendiri”.

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

1. 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.
2. Hak dari negara untuk mengaitkan pelanggaran terhadap peraturan-peraturannya dengan hukuman.

Dalam hal menentukan suatu perbuatan yang dilarang atau tindak pidana dalam suatu undang-undang digunakan kebijakan hukum pidana. Pengertian kebijakan atau politik hukum pidana dapat dilihat dari politik hukum maupun dari politik kriminal. Menurut Sudarto, politik Hukum adalah²⁹:

- a. Usaha untuk mewujudkan peraturan – peraturan yang baik sesuai dengan keadaan dan situasi pada suatu saat.
- b. Kebijakan dari negara melalui badan-badan yang berwenang untuk menetapkan peraturan-peraturan yang dikehendaki yang diperkirakan bisa digunakan untuk mengekspresikan apa yang terkandung dalam masyarakat dan untuk mencapai apa yang dicita-citakan.

Profesor Dr. Teguh Prasetyo berpendapat, politik (kebijakan) hukum pidana itu, pada intinya bagaimana hukum pidana dapat dirumuskan dengan baik dan memberikan pedoman kepada pembuatan undang-undang (kebijakan legislatif), kebijakan aplikasi (kebijakan yudikatif), dan pelaksanaan hukum pidana (kebijakan eksekutif)³⁰. Dengan demikian fungsi hukum tidak hanya untuk melakukan pencegahan atau pemberantasan kejahatan akan tetapi juga berfungsi untuk pengayoman. Fungsi Hukum pengayoman menurut Sahardjo sebagai alat untuk

²⁹Barda Nawawi Arief, *Bunga Rampai Kebijakan Hukum Pidana*, Cet III, (Bandung: PT. Citra Bakti, 2005), hlm 24.

³⁰Aziz Syamsuddin, *Tindak Pidana Khusus*, (Jakarta: Sinar Grafika, 2011), hlm 2.

melindungi masyarakat dan individu terhadap perbuatan-perbuatan yang mengganggu ketertiban hidup bermasyarakat dengan mengancam tindakan-tindakan terhadap si pengganggu dengan maksud untuk mencegah pengganggu.³¹

3. Bentuk-Bentuk Sanksi Pidana dalam Hukum Pidana Indonesia

Berdasarkan Pasal 10 KUHP membagi hukuman menjadi dua bentuk, yakni; hukuman pokok dan hukuman tambahan. Ada pun hukuman pokok itu terbagi lagi dalam beberapa jenis, yakni pidana mati, pidana penjara, pidana kurungan pidana denda, pidana tutupan. Adapun pidana tambahan itu yakni pencabutan hak-hak tertentu, perampasan barang-barang tertentu, dan pengumuman putusan Hakim.

Pidana Pokok, terdiri dari 5 jenis pidana:³²

1. Pidana mati adalah salah satu jenis pidana dengan sebuah hukuman pidana atas tindak pidana yang berat yang mengharuskan seorang terpidana mengalami hukuman mati yang berbentuk hukuman gantung, tembak, dan lain sebagainya, yang dalam tatanan KUHP Indonesia kiranya telah tertulis dan telah di undangkan sebagai salah satu hukuman pidana.
2. Pidana penjara adalah jenis pidana yang dikenal juga dengan istilah pidana pencabutan kemerdekaan atau pidana kehilangan kemerdekaan. Pidana penjara dalam KUHP bervariasi dari pidana penjara sementara minimal 1 hari sampai penjara seumur hidup. Pidana penjara seumur hidup hanya tercantum dimana ada ancaman pidana mati (pidana mati atau seumur hidup atau pidana dua puluh tahun).

62. ³¹Ali Zaidan, *Menuju Pembaruan Hukum Pidana*, (Jakarta, Sinar Grafika, 2015), hlm

³²Mahrus Ali, *Op.cit.*, (Jakarta: Sinar Grafika, 2012), hlm 195.

3. Pidana kurungan pada dasarnya mempunyai dua tujuan. Pertama, sebagai *custodia honesta* untuk delik yang tidak menyangkut kejahatan kesusilaan, yaitu delik- delik *culpa* dan beberapa delik *dolus*, seperti Pasal 182 KUHP tentang perkelahian satu lawan satu dan Pasal 396 KUHP tentang pailit sederhana. Kedua Pasal tersebut diancam dengan penjara. Kedua, sebagai *custodia simplex*, yaitu suatu perampasan kemerdekaan untuk delik pelanggaran. Pidana kurungan tidak dijatuhkan terhadap delik *dolus*, kecuali dalam pasal 483 dan pasal 484 KUHP tentang unsur sengaja dan *culpa*. Sebaliknya terdapat pidana penjara pada delik *culpa*, alternatif dari pidana kurungan yang dalam satu pasal juga terdapat unsur sengaja dan *culpa*, seperti dalam Pasal 293 KUHP.

Pidana tambahan, terdiri dari tiga jenis:

1. Pencabutan hak-hak tertentu. Pidana tambahan berupa pencabutan hak-hak tertentu tidak berarti hak-hak terpidana dapat dicabut. Pencabutan tersebut tidak meliputi pencabutan hak-hak kehidupan dan juga hak-hak sipil dan hak ketatanegaraan. Pencabutan hak-hak tertentu itu adalah suatu pidana di bidang kehormatan dengan melalui dua cara, yaitu:
 - a. Tidak bersifat otomatis, tetapi harus dengan putusan hakim
 - b. Tidak berlaku selama hidup, tetapi menurut jangka waktu menurut undang-undang dengan suatu putusan hakim.
2. Perampasan barang-barang tertentu. Pidana ini merupakan pidana kekayaan, seperti juga halnya dengan pidana denda. Ada dua macam barang yang dapat dirampas, yaitu barang-barang yang didapat karena kejahatan, dan barang-barang yang dengan sengaja digunakan dalam melakukan kejahatan. Dalam hal ini berlaku ketentuan umum, yaitu haruslah kepunyaan terpidana, kecuali terhadap kejahatan mata uang dimana pidana perampasan menjadi imperatif.
3. Pengumuman Putusan Hakim. Di dalam Pasal 43 KUHP ditentukan bahwa apabila hakim memerintahkan supaya diumumkan berdasarkan kitab undang-undang ini atau aturan umum yang lain, maka harus

ditetapkan pula bagaimana cara melaksanakan perintah atas biaya terpidana. Menurut Andi Hamzah, kalau diperhatikan delik-delik yang dapat dijatuhkan tambahan berupa pengumuman putusan hakim, maka dapat disimpulkan bahwa tujuan pidana tambahan ini adalah agar masyarakat waspada terhadap kejahatan-kejahatan seperti penggelapan, perbuatan curang dan lainnya.

4. Sanksi Pidana menurut Hukum Pidana Islam

Jinayah berasal dari kata “*jana-yajni-jinayah*”, yang berarti memetik, dosa, atau kesalahan. Dalam hukum Islam, istilah hukum *fiqh jinayah* disebut dengan hukum pidana Islam. *Jinayah* berarti “perbuatan yang dilarang oleh syara’ baik perbuatan tersebut mengenai jiwa, harta maupun lainnya”. Pengertian lain yang lebih operasional adalah “segala ketentuan hukum mengenai tindak pidana atau perbuatan kriminal yang dilakukan *mukallaf* (orang yang dapat dibebani kewajiban), sebagai hasil dari pemahaman atas dalil-dalil hukum yang terperinci dari Al-Qur’an dan Hadits Muhammad SAW”³³.

Selain ada istilah *delictum* dan *strafbaar feit* dalam hukum konvensional Indonesia, di dalam hukum pidana Islam juga dikenal dengan istilah *jinayah* dan *jarimah*. Meskipun kedua istilah tersebut sama, tetapi dalam banyak kesempatan, fukaha sering kali menggunakan kata *jinayah* dengan maksud *jarimah*. Kata perbuatan yang dilarang *syara’* baik perbuatan itu mengenai jiwa, harta, maupun lainnya. Akan tetapi mayoritas fukaha menggunakan kata *jinayah* hanya untuk perbuatan mengenai jiwa atau anggota badan seseorang, seperti pembunuhan, penganiayaan, pemukulan, dan pengguguran kandungan. Ada pula sebagian fukaha

³³Asep Saepudin Jahar, dkk., *Op. Cit.*, (Jakarta: Kencana Prenadamedia Group, 2013), hlm 111.

membatasi pemakaian kata *jinayah* kepada tindak pidana (*jarimah*) hudud dan kisas³⁴.

Dengan mengenyampingkan perbedaan pemakaian kata-kata *jinayah* dikalangan fukaha, dapat dikatakan bahwa kata *jinayah* dalam istilah fikih adalah *muradif* (sinonim) dari kata *jarimah*.

Jarimah menurut al-Mawardi dalam al- Ahkam al-Sulthoniah (1073: 219) adalah:

محظورات شرعية زجر الله تعالى عنها بحد أو تعزيرا

Konsep *jinayah* berkaitan dengan larangan karena setiap perbuatan yang terangkum dalam konsep *jinayah* merupakan perbuatan-perbuatan yang dilarang oleh syara'. Sesuai dengan ketentuan fiqih, larangan untuk melakukan atau tidak melakukan sesuatu tidak hanya cukup dengan "niat baik", tetapi harus disertai dengan sanksi (hukuman). Hukuman tersebut diancam kepada seseorang pelaku kejahatan dan pada gilirannya pelaksanaan hukuman tadi dapat dijadikan contoh oleh masyarakat untuk tidak melakukan kejahatan.

Hukuman merupakan sesuatu yang dapat dihindarkan. Hal ini didasarkan pada pertimbangan bahwa secara instrinsik hukuman itu sendiri tidak merupakan suatu kebaikan, sekurang-kurangnya bagi pelaku kejahatan itu sendiri. Sebagaimana peristiwa sosial lainnya, *jinayah* mempunyai dua sisi menguntungkan dan merugikan. Dasar larangan dari perbuatan yang dikategorikan sebagai *jinayah* adalah karena perbuatan-perbuatan itu merugikan masyarakat. Dengan kata lain, penetapan perbuatan-perbuatan *jinayah* dan hukuman-hukumannya dimaksudkan untuk mempertahankan dan memelihara keberadaan serta kelangsungan hidup bermasyarakat.³⁵

5. Bentuk-bentuk Sanksi Pidana dalam Hukum Pidana Islam

³⁴Abdul Qadir Audah, *Ensiklopedia Hukum Pidana Islam I* (Edisi Indonesia), (Kharisma Ilmu, 2007), hlm 88.

³⁵ Imaning Yusuf, *Op.cit.*, (Palembang: Raffah Press, 2009), hlm 3.

Ditinjau dari berat ringannya hukuman yang dikenakan terhadap pelaku *jinayah*, *jinayah* dapat terbagi tiga yaitu: *hudud*, *qisas-diat*, dan *ta'zir*, yang biasa disebut dengan istilah *jarimah hudud*, *jarimah qisas diat*, dan *jarimah ta'zir*³⁶.

Jarimah Hudud

Secara etimologi, *hudud* yang merupakan bentuk jamak dari kata *had* yang berarti الامنع (larangan, pencegahan). Adapun secara terminologi, Al- Sayyid Sabiq mengemukakan bahwa *hudud* secara bahasa berarti pencegahan. Sanksi-sanksi kemaksiatan disebut dengan *hudud*, karena pada umumnya dapat mencegah pelaku dari tindakan mengulang pelanggaran. Adapun arti kata *had* mengacu kepada pelanggaran sebagaimana firman Allah Q.S Al Baqarah 2: 187

تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَقْرُبُوهَا ۗ

“Itulah larangan Allah, maka janganlah kamu mendekatinya”

Lebih Lanjut Al-Sayyid Sabiq menjelaskan bahwa *hudud* secara terminologi ialah sanksi yang telah ditetapkan untuk melaksanakan hak Allah.³⁷ Dengan demikian, *ta'zir* tidak termasuk ke dalam cakupan definisi ini karena penentuannya diserahkan menurut pendapat hakim setempat. Demikian halnya *qishash* tidak termasuk dalam cakupan *hudud* karena merupakan sesama manusia untuk menuntut balas dan keadilan³⁸.

Tindak pidana *hudud* ini ada 7 (tujuh) macam³⁹ :

1. Zina
2. *Qazaf* (menuduh orang berbuat zina)
3. Meminum-minuman keras

³⁶ *Ibid.*, hlm 4.

³⁷ Maksudnya, *hudud* telah ditetapkan untuk kemaslahatan masyarakat dan melindungi kepentingan umum karena memang inilah tujuan mendasar tujuan agama. Oleh karena itu, jika *hudud* termasuk hak Allah maka tidak dapat dibatalkan, baik oleh individu maupun masyarakat

³⁸ Sayyid Sabiq, *Fiqh Sunnah 2*, (Jakarta: Tinta Abadi Gemilang, 2013), hlm 302.

³⁹ Abdul Qadir Audah, *Op.cit.*, (Kharisma Ilmu, 2007), hlm 100.

4. Mencuri
5. *Hirabah* (Merampok/ Mengganggu Keamanan)
6. Murtaad
7. Memberontak

Jarimah Qisas diat

Secara etimologi qisas berasal dari kata *قص- يقص- قصصا* yang berarti *تتبعه* mengikuti; menelusuri jejak atau langkah. Hal ini sebagaimana firman Allah:⁴⁰

قَالَ ذَلِكَ مَا كُنَّا نَبْغُ فَارْتَدَّا عَلَىٰ آثَارِهِمَا قَصَصًا

“Musa berkata: "Itulah (tempat) yang kita cari". lalu keduanya kembali, mengikuti jejak mereka semula.” (Q.S Al- Kahfi 18: 64)

Adapun arti *qisas* adalah tindak pidana yang berkaitan dengan pelanggaran terhadap jiwa atau anggota tubuh seseorang, yaitu membunuh atau melukai seseorang. Hukuman terhadap tindak pidana ini adalah *qisas* atau *diat* (*qisas* adalah perlakuan yang sama kepada terpidana sesuai dengan tindak pidana yang dilakukannya, *diat* adalah ganti rugi dengan harta). *Jarimah qisas diat* pun hukumannya bersifat terbatas, tidak memiliki batas terendah dan tertinggi, sebagaimana yang berlaku dalam *jarimah hudud*. Disamping itu, *jarimah qisas-diat* merupakan hak pribadi, artinya pihak korban bisa menggugurkan hukuman *qisas* tersebut, baik melalui pemaafan tanpa ganti rugi. Karena hak *qisas* atau *diat* merupakan hak pribadi korban, maka hak ini dapat diwarisi oleh ahli warisnya⁴¹. Menurut Abdul Qadir Audah (1373 H/1945 M), bentuk-bentuk *jarimah qisas-diat* juga terbatas, yaitu⁴² :

- 1) Pembunuhan sengaja

⁴⁰Nurul Irfan dan Masyrofah, *Fiqih Jinayah*, (Jakarta: Amzah, 2013), hlm 4.

⁴¹Imanig Yusuf, *Fikih Jinayah Jilid I*, (Palembang: Raffah Press, 2009), hlm 29.

⁴²Abdul Qadir Audah (1373H/1945M), dikutip dalam *Ibid.*, hlm 30.

- 2) Pembunuhan semi sengaja
- 3) Pembunuhan tersalah
- 4) Pelanggaran terhadap anggota tubuh secara sengaja
- 5) Pelanggaran terhadap anggota tubuh dalam keadaan tersalah.

Yang dimaksud dengan pelanggaran terhadap anggota tubuh adalah pelanggaran terhadap anggota tubuh yang tidak sampai mengakibatkan terbunuhnya seseorang, seperti perlukaan, pemotongan salah satu anggota tubuh dan pemukulan terhadap anggota tubuh.

Jarimah Ta'zir

Ta'zir adalah bentuk masdar dari kata عز-يعزر yang secara etimologis berarti الرد والمنع yaitu menolak dan mencegah.

Kata ini juga memiliki arti نصره yaitu menolong atau menguatkan. Hal ini seperti dalam firman Allah:

لِتُؤْمِنُوا بِاللَّهِ وَرَسُولِهِ وَتُعَزِّرُوهُ وَتُوَقِّرُوهُ وَتُسَبِّحُوهُ بُكْرَةً وَأَصِيلًا

“Supaya kamu sekalian beriman kepada Allah dan Rasul-Nya, menguatkan (agama)Nya, membesarkan-Nya. dan bertasbih kepada-Nya di waktu pagi dan petang.” (Q.S Al- Fath 48:9)

Kata *ta'zir* dalam ayat ini juga berarti وقواه وأعانه ووقره yaitu, membesarkan, memperhatikan, membantu, dan menguatkan (agama Allah). Sementara Al- Fayyumi dalam *Al-Misbah Al-Munir* dikutip oleh Nurul Irfan mengatakan bahwa *ta'zir* adalah pengajaran dan tidak termasuk ke dalam kelompok *had*.

Secara istilah *ta'zir* ialah sanksi yang diberlakukan kepada pelaku *jarimah* yang melakukan pelanggaran baik berkaitan dengan hak Allah maupun hak manusia dan tidak termasuk ke dalam kategori hukuman *hudud* atau *kafarat*. Karena *ta'zir* tidak ditentukan secara langsung oleh Al-Qur'an dan Hadits,

maka ini menjadi kompetensi penguasa setempat. Dalam memutuskan jenis dan ukuran sanksi *ta'zir*, harus tetap memperhatikan petunjuk *nash* secara teliti karena menyangkut kemaslahatan umum⁴³.

Ketentuan Hukum tentang *Ta'zir*. Beberapa ketentuan hukum tentang *ta'zir* itu adalah sebagai berikut⁴⁴:

1. Jika *ta'zir* berupa pukulan, maka ia tidak boleh melebihi sepuluh kali sabetan dengan cambuk. Ini berdasarkan sabda Nabi:

لايجلد احد فوق عشرة أسواط، الا في حد من حدود الله تعالى

“Janganlah ada seseorang yang didera di atas sepuluh kali sabetan cambuk, kecuali berkenaan dengan salah satu di antara *had-had* (hudud) Allah Ta'ala. (Muttafaq 'Alaih)”

2. Penguasa (pemerintah) harus bersungguh-sungguh di dalam menjatuhkan hukuman *ta'zir* dalam setiap keadaan yang sesuai. Jika cacian saja sudah cukup untuk menghentikan tindakan pelaku kemaksiatan, maka ia cukup dihukum dengan cacian ini. Jika penahanan sehari semalam sudah cukup memadai untuk menghentikan tindakan pelanggaran, maka sudah cukup ini saja hukuman yang dijatuhkan dan tidak perlu penahanan yang lebih lama lagi. Jika denda dengan sedikit uang atau harta saja sudah bisa menghentikan tindakannya, maka tidak perlu denda yang lebih banyak lagi. Demikianlah seterusnya. Sebab, maksud dari *ta'zir* ini adalah memberi pelajaran dan didikan, bukannya siksaan atau balas dendam.

Ta'zir tidak diperbolehkan untuk dilakukan dengan cara memangkas janggut seseorang, memporak-porakan rumah, mencabuti (tanaman) kebun, (tanaman) ladang, (memetiki) buah-buahan, dan (mencabut)

⁴³Nurul Irfan dan Masyrofah, *Op.cit.*, (Jakarta: Amzah, 2013), hlm 136-140

⁴⁴Abu Bakar Jabir Al- Jazairi, *Minhajul Muslim*, Edisi Terjemahan cet.II (Solo: Pustaka Arafah, 2015), hlm 807.

perpohonan. *Ta'zir* juga tidak diperbolehkan untuk dilakukan dengan cara menebas hidung, memotong telinga, atau ujung jari karena hal seperti itu tidak pernah dilakukan oleh para sahabat r.a.⁴⁵

G. Kerangka Teoritis

1. Teori Penegakan Hukum

Secara filosofis penegakkan hukum diartikan sebagai kegiatan menyasikan hubungan nilai-nilai yang dijabarkan didalam kaidah-kaidah yang mantap dan bertanggungjawab dalam sikap tindak sebagai rangkaian penjabaran nilai tahap akhir, untuk menciptakan, memelihara dan mempertahankan perdamaian dalam pergaulan hidup.

Menurut Soerjono soekanto, penegakan hukum sebagai proses, pada hakikinya merupakan penerapan direksi yang menyangkut pembuatan keputusan yang tidak secara ketat diatur oleh kaidah hukum, akan tetapi mempunyai unsur penilaian pribadi, gangguan terhadap penegakan hukum mungkin terjadi apabila ada ketidakserasian antara “Tri Tunggal” yaitu nilai kaidah dan nilai perilaku.

Oleh karena itu, penegakan hukum bukan semata-mata berarti pelaksanaan perundang-undangan, walaupun didalam kenyataannya di Indonesia adalah demikian, sehingga *law enforcement* begitu populer. Selain itu ada kecenderungan yang kuat untuk mengartikan penegakan hukum sebagai pelaksanaan keputusan hakim. Adapun pendapat-pendapat yang agak sempit tersebut mempunyai kelemahan-kelemahan apabila pelaksanaan perundang-undangan atau keputusan Hakim malah mengganggu kedamaian pergaulan hidup.

Masalah penegakan hukum sebenarnya terletak pada faktor-faktor yang mungkin mempengaruhinya, faktor-faktor tersebut sebagai berikut :

1. Faktor hukum itu sendiri
2. Faktor penegak hukum, yakni pihak-pihak yang membentuk maupun menerapkan hukum

⁴⁵Sayyid Sabiq, *Fiqh Sunnah 4 cet. II*, (Jakarta: Tinta Abadi Gemilang, 2013), hlm 393.

3. Faktor sarana atau fasilitas yang mendukung penegakkan hukum
4. Faktor masyarakat yang lingkungan dimana hukum itu berlaku atau diterapkan
5. Faktor kebudayaan yakni sebagai hasil karya, cipta dan rasa didasarkan pada karsa manusia didalam pergaulan hidup⁴⁶.

Faktor penegakan hukum diatas dapat diragamkan kedalam suatu sistem hukum (*legal system*) yang menurut Lawrence Meir Friedmen meliputi : Substansi hukum (*legal substance*), Struktur hukum (*legal structure*) dan budaya hukum (*legal culture*). Ketiga komponen itu harus menunjang satu sama lain secara integrative agar hukum tersebut berlaku efektif. Begitu juga sebaliknya, hukum pada hakikatnya merupakan abstraksi dan ketetapan atau penegasan norma-norma dalam masyarakat. Gambaran normatif ini secara sosiologis dapat dirumuskan dalam pengertian penegakan hukum sebagai suatu proses untuk mewujudkan keinginan-keinginan hukum menjadi kenyataan⁴⁷.

2. Teori Pidanaan

Pemidanaan atau pidana adalah penderitaan yang sengaja dibebankan kepada orang yang melakukan perbuatan yang memenuhi syarat-syarat tertentu. Sanksi yang dapat berupa atau mengenai harta benda, badan dan termasuk nyawa seseorang⁴⁸. Jenis-jenis pidana diatur dalam Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP) dalam Pasal 10, yang terdiri dari dua jenis yaitu pidana pokok dan pidana tambahan, masing-masing dapat dibagi lagi atas beberapa macam, sebagaimana yang telah diatur.

⁴⁶Soerjono Soekanto, *Faktor-faktor yang Mempengaruhi Penegakan Hukum*, (Jakarta: Raja Grafindo Persada, 1983), hlm 32.

⁴⁷Satjipto Rahardjo, *Hukum, Masyarakat & Pembangunan*, (Bandung: Alumni Bandung, 1981), hlm 38.

⁴⁸Soedarto, *Hukum dan Hukum Pidana*, (Bandung: Alumni Bandung, 1987), hlm 7.

Menurut Muladi, secara tradisional teori-teori pemidanaan pada umumnya dapat dibagi kedalam tiga kelompok, yaitu⁴⁹ :

1. Teori Absolut

Pidana merupakan akibat mutlak yang harus ada sebagai suatu pembalasan kepada orang yang telah melakukan kejahatan. Jadi dasar membenaran dari pidana terletak pada adanya atau terjadinya pidana itu sendiri. Menurut Kant, dasar membenaran pidana terletak didalam “*Kategorische Imperatif*” yaitu yang menghendaki agar setiap perbuatan melawan hukum itu harus dibalas. Keharusan menurut keadilan dan menurut hukum tersebut merupakan keharusan yang mutlak, sehingga setiap pengecualian atau setiap pembatasan yang semata-mata didasarkan pada suatu tujuan itu harus dikesampingkan.

2. Teori Relatif (Tujuan)

Menurut teori ini, pidana bukanlah sekedar untuk melakukan pembalasan atau pengimbangan kepada orang yang telah melakukan suatu tindak pidana, tetapi mempunyai tujuan-tujuan tertentu yang bermanfaat, oleh karena itu teori ini sering disebut teori tujuan⁵⁰. Mengenai tujuan pidana untuk pencegahan kejahatan dibedakan antara istilah prevensi special dan prevensi general. Prevensi special diartikan sebagai pengaruh pidana terhadap terpidana. sedangkn prevensi general diartikan sebagai pengaruh pidana terhadap masyarakat pada umumnya.

3. Teori Gabungan

Teori gabungan merupakan perpaduan dari teori absolut dan teori relatif atau tujuan yang menitikberatkan pada pembalasan sekaligus upaya

⁴⁹Muladi, *Teori-Teori dan Kebijakan Pidana*, (Bandung: Alumni Bandung, 1998), hlm 23.

⁵⁰Ibid., hlm 24.

prevensi terhadap seorang narapidana. Dapat dikatakan bahwa tujuan penjatuhan pidana yang tercantum dalam rancangan KUHP tersebut merupakan penjabaran teori gabungan dalam arti luas, sebab meliputi usaha prevensi, koreksi, kedamaian dalam masyarakat dan pembebasan rasa bersalah pada terpidana.