BAB II
TINJAUAN UMUM TENTANG BATASAN UMUR ANAK (*MUKALLAF*) DAN TINDAK PIDANA PEMERKOSAAN MENURUT HUKUM PIDANA ISLAM DAN HUKUM POSITIF DI INDONESIA

A. Batasan Umur Anak (*Mukallaf*) Dalam Hukum Pidana Islam dan Hukum Positif di Indonesia

Mengenai batasan anak-anak (anak di bawah umur) hukum Islam dan hukum positif memberikan sudut pandang yang berbeda, hukum Islam mendefinisikan bahwa anak adalah seorang manusia yang telah mencapai umur 7 (tujuh) tahun belum *Balig* atau di katakan belum *Mukallaf*, sedangkan menurut kesepakatan para ulama' seorang anak bisa dikatakan *Balig* atau sudah *Mukallaf* kalo sudah mencapai umur 15 (lima belas) tahun.[1]

Mengenai batasan anak, hukum Islam memiliki sudut pandang bahwa batasan anak tidak di batasi pada batasan usia melainkan lebih menitik beratkan pada batasan-batasan lahiriah (badaniyah).

1. Batasan Umur Anak (*Mukallaf*) Dalam Hukum Pidana Islam

Mukallaf secara bahasa adalah"*kallafah*"(كَلَّفَ), yang bermakna membebankan, maka arti *Mukallaf* orang yang dibebankan dapat di fahamai bahwa *Mukallaf* adalah orang yang telah dianggap mampu bertindak hukum, baik yang berhubungan dengan perintah Allah Saw

[1] Khomrotul Fatimah, (*Pemerkosaan*….,20.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

maupun laranganNya. Semua tindakan hukum yang di lakukan *mukallaf* akan dimintai pertanggung jawabannya baik di dunia mapun ahirat.[2]

Sebagian besar ulama Ushul Fiqh mengatakan bahwa dasar adanya *taklîf* (pembebanan hukum) terhadap seorang *Mukallaf* adalah akal (العقل) dan pemahaman (الفهم), seorang *Mukallaf* dapat di bebani hukum apabila ia telah berakal dan dapat memahami *taklîf* secara baik yang ditujukan kepadanya.

Oleh karena itu, orang yang tidak atau belum berakal tidak dikenai *taklîf* karena mereka dianggap tidak dapat memahami *taklif* dari al-Syari', termasuk ke dalam kategori ini adalah orang yang sedang tidur, anak kecil, gila, mabuk, *khilaf* dan lupa.

Pendapat ini berdasarkan pada hadis Nabi Muhammad saw.

رُفِعَ اَلْقَلَمُ عَنْ ثَلَاثٍ: عَنْ الَنائِم حَتَّي يَسْتَيْقِظُ وَعَنِ الصَّبِي حَتَّي يَحْتَلِمَ وَعَنِ اْلمَجْنُوْنِ حَتَّي يُفِيْقَ

"Di angkat pembebanan hukum dari tiga (orang); orang tidur sampai bangun, anak kecil sampai *Baligh*, dan orang gila sampai sembuh"

Dalam pandangan hukum Islam mengenai batasan umur anak ada beberapa kiteria batasan umur anak (*mukallaf*) diantaranya ialah:

a. Anak dibawah umur di mulai sejak usia 7 (tujuh) tahun hingga mencapai kedewasaan balig dan fuqaha' membatasinya dengan usia

[2] http://pandidikan.blogspot.co.id/2010/12/mukallaf.html, diakses pada tanggal 11 november 2015

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

15 (lima belas) tahun, yaitu masa kemampuan berfikir lemah (*Tamyyiz* yang belum *Balig*). Jika seorang anak mencapai tersebut, maka ia dianggap dewasa meskipun ia belum dewasa dalam arti yang sebenarnya.[3]

Hal ini sesuai dengan hadis nabi SAW:

عن ابن عمر قال: أنَّ النَّبِيَّ صلَّئ الله عَلَيْهِ وَسَلّمَ عُرِضَهُ يَوْمَ أُحُدِوَهُوَابْنُ اربَعَ عَشْرَةَسَنَةً فلَمْ يُجِزْهُ, وَعُرِ ضُهُ يَوْمَ الْخَنْدَقِ وَ هَوَ ابْنُ خَمْسَ عَشَرَ ةَ سَنَةً فَأَجاَزَهُ

Artinya: "Diriwayatkan dari Ibnu Umar: Bahwasannya Ibnu Umar menawarkan diri kepada Rasulullah saw untuk ikut perang uhud sedangkan ia berusia 14 (empat belas) tahun, maka Nabi saw tidak membolehkannya, dan ia menawarkan lagi kepada Nabi saw pada perang khandaq sedangkan ia berusia lima belas tahun, maka Nabi saw membolehkan". (HR.Abu Dawud).[4]

b. Imam Abu Hanifah membatasi kedewasaan atau *Balig* pada usia 18 (delapan belas) tahun dan menurut satu riwayat 19 (sembilan belas) tahun, begitu pendapat yang terkenal dengan *madzhab* Maliki.[5]

Masa *Tamyyiz* di mulai sejak seorang anak mencapai usia kecerdikan atau setelah mencapai usia lima belas tahun atau telah menunjukkan *Balig* alami. *Balig* alami yang berarti munculnya fungsi kelamin, hal ini menunjukkan bahwa anak memasuki masa laki-laki dan wanita sempurna sebagai mana firman allah SWT:

---

[3] Nanik Nur Lailah, *Analisis Hukum Pidana....*,44.
[4] Ibid.,44.
[5] Ahmad Hanafi, *Asas-asa Hukum Pidana Islam*, (Jakarta: Sinar Grafika, 2006),32.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

وَٱبۡتَلُواْ ٱلۡيَتَٰمَىٰ حَتَّىٰٓ إِذَا بَلَغُواْ ٱلنِّكَاحَ فَإِنۡ ءَانَسۡتُم مِّنۡهُمۡ رُشۡدٗا فَٱدۡفَعُوٓاْ إِلَيۡهِمۡ أَمۡوَٰلَهُمۡۖ

Artinya: Dan ujilah anak yatim itu sampai mereka cukup umur untuk kawin. Kemudian jika menurut pendapatmu mereka telah cerdas (pandai memelihara harta), maka serahkanlah kepada mereka harta-hartanya....."(QS. An-Nisa:6)

Dalam *Balig* alami yang terjadi pada anak apabila ia mengalami sebagai berikut:[6]

1) Seorang anak laki-laki yang telah keluar air maninya baik saat terjaga maupun dalam keadaan tidur.
2) Tumbuhnya rambut pada anak, yang dimaksud adalah rambut hitam yang lebat di sekitar kemaluan, bukan semua rambut yang ada pada anak.

Hal ini sesuai dengan hadis Nabi Saw:

حَدَ ثَنِى عَطِيَّةُ القُرَظِيُّ قال: كُنْتُ مِنْ سَبْيِ بَنِى قُرَيظَةَ فكاَ نُوا يَنْظُرُوْنَ، فَمَنْ أَنْبَتَ الشّعْرَ قُتِلَ، وَمَنْ لَمْ يُنْبِتْ لَمْ يُقْتَلْ، فَكُنْتُ فِمَنْ لَمْ يُنْبِتْ

Artinya: Dari Atiyah Qurodzy, ia berkata: saya adalah termasuk salah satu tawanan perang dari bani Qurodzy, mereka (tentara musliam) memperlihatkan siapa-siapa yang tumbuh rambutnya, maka ia di bunuh dan barang siapa yang belum tumbuh rambutnya, maka ia tidak dibunuh dan yang termasuk belom tumbuh rambutnya adalah aku (HR.Abu Dawud)

3) *Haid* dan hamil pada wanita

[6] Nanik Nur Lailah, *Analisis Hukum Pidana*....,.45

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

Haid adalah darah yang keluar ketika seorang wanita dalam keadaan sehat. Adapun istilah darah yang kelur ketika seoarang wanita itu dalam keadaan sakit, dan ia bukanlah darah *haid* karena Rosulullah saw bersabda "itu adalah *'irq* (turun darah) bukan *haid*.[7]

c. Ulama' Syafi'iyah dan Hanabilah, menentukan bahwa masa dewasa itu mulai umur 15 (lima belas) tahun. Walaupun mereka dapat menerima kedewasaan dengan tanda-tanda, seperti mimpi, tetapi karena tanda-tanda itu datangnya tidak sama kesemua orang, maka kedewasaan ditentukan dengan umur disamakannya masa kedewasaan dengan akal, dengan akal terjadinya *taklif* dan dengan akallah terjadinya hukum.[8]

2. **Batasan Umur Anak Dalam Hukum Positif di Indonesia**

a. Undang-undang Pengadilan Anak (undang-undang nomor 3 tahun 1997)

Pasal 1 (2) merumuskan, bahwa anak adalah orang dalam perkara anak nakal yang mencapai umur 8 (delapan) tahun sampai 18 (delapan belas) tahun saja. Sedangkan yang dimaksud belum pernah menikah, yakni tidak terikat dalam perkawinan ataupun sudah menikah kemudian cerai. Apabila si anak sedang dalam perkawinan atau perkawinannya putus karena perceraian, maka si anak dianggap

[7] Wabah Az- Zawali,*Fiqih Islam Waadillatuhu,* jilid 1 (Damaskus:Darul Fikr, 2007),508.
[8] Chuzaimah T. Yanggo, *Problemmatika Hukum Islam Kontemporer, Juz* II(Jakarta:Lsik,2003),83.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

sudah dewasa, walaupun umurnya belum genap 18 (delapan belas) tahun.

b. Anak dalam hukum perburuhan

Pasal 1 (1) undang-undang pokok perburuhan (Undang-undang nomor 12 tahun 1948) mendefinisikan, anak adalah orang laki-laki ataupun perempuan berumur 14 (empat belas) tahun ke bawah.

c. Anak menurut hukum perdata

Pasal 330 KUHPerdata mengatakan, orang belum dewasa adalah mereka yang belum mencapai umur genap 21 (dua puluh satu) tahun dan tidak lebih dahulu telah kawin.

d. Anak menurut KUHP

Pasal 45 KUHP, mendefinisikan anak yang belum dewasa apabila belum berumur 16 (enam belas) tahun.

e. Anak-anak menurut undang-undang perkawinan

Pasal 7 (1) undang-undang pokok perkawinan (undang-undang nomor 1 tahun 1974) mengatakan, seorang pria hanya diizinkan kawin apa bila ia telah mencapai usia 19 (sembilan belas) tahun dan pihak perempuan telah mencapai umur 16 (enam belas) tahun.

f. Anak menurut undang undang perlindungan anak

Menurut Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2002 Perlindungan Anak mendefinisikan bahwa anak adalah seseorang yang belum

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

berusia 18 (delapan belas) tahun, termasuk anak yang masih dalam kandungan.[9]

g. Anak menurut undang-undang sistem peradilan pidana anak

Menurut Undang-Undang Nomor 11 Tahun 2012 Tentang Sistem Peradilan Pidana Anak, dalam pasal (1) poin (3) adalah anak yang berkonflik dengan hukum yang selanjutnya di sebut anak adalah yang telah berumur 12 (dua belas) tahun, tetapi belom berumur 18 (delapan belas) tahun yang di duga melakukan tindak pidana.

3. **Syarat Pembebanan Hukuman Terhadap *Mukallaf***

a. Syarat yang berkaitan dengan sifatnya

1) Sanggup memahami nas yang berisikan *taklif* baik yang berbentuk tuntutan atau larangan.

2) Pantas dimintai pertanggung jawaban pidana dan dapat dihukum.

b. Syarat yang berkaitan dengan perbuatannya

1) Perbuatan itu mungkin sanggup untuk dikerjakan atau ditinggalkan

2) Perbuatan itu dapat diketahui dengan sempurna oleh orang yang berakal atau *mukallaf* artinya beban yang berisi larangan atau perintah ini sudah jelas ada ancaman hukuman bagi yang melanggar.[10]

---

[9] Darwin Prins, *Hukum Anak Indonesia*,(Bandung: Citra Aditya Bhakti, 2003),2-3.

[10] Khomrotul Fatimah, (*Pemerkosaan...*,48.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

B. Tindak Pidana Pemerkosaan

Pemerkosan adalah hubungan seksual terhadap *farj* atau dubur korban dengan zakar pelaku atau benda lainnya yang di gunakan pelaku atau terhadap *farj* atau zakar korban dengan mulut pelaku atau mulut korban dengan zakar pelaku, dengan kekerasan atau paksaan atau ancaman terhadap korban, tidak termasuk hubungan seksual yang dilakukan dengan suami istri.[11]

Makna pemerkosaan dapat di artikan dalam tiga bentuk diantaranya ialah:[12]

a. Perkosaan adalah suatu hubungan yang di larang dengan seorang wanita tanpa persetujuannya, berdasarkan kalimat ini ada unsur yang dominan, yaitu: hubungan kelamin yang di larang dengan seorang wanita dan tanpa persetujuan wanita tersebut.
b. Perkosaan adalah persetubuhan yang tidak sah oleh seorang pria terhadap seorang wanita yang di lakukan dengan paksaan dan bertentangan dengan kehendak wanita yang bersangkutan. Pada kalimat ini terdapat unsur- unsur yang lebih lengkap, yaitu meliputi persetubuhan yang tidak sah, seorang pria, terhadap seorang wanita, dilakukan dengan paksaan dan bertentangan dengan kehendak wanita tersebut.

---

[11] Neng Djubaidah, *Perzinaan Dalam….*,277.

[12] http://catdog02.blogspot.co.id/2014/01/makalah-pemerkosaan.html diakses pada tanggal 14 November 2015

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

c. Perkosaan adalah perbuatan hubungan kelamin yang di lakukan oleh seorang pria terhadap seorang wanita bukan istrinya dan tanpa persetujuannya, dilakukan ketika wanita tersebut ketakutan atau di bawah kondisi ancaman lainnya, definisi hampir sama dengan yang tertera pada KUHP pasal 285.

Konsep KUHP tidak lagi membedakan antara kejahatan kesusilaan dengan melanggar kesusilaan, konsep KUHP mengelompokan tindak pidana menjadi satu dengan judul "*Tindak Pidana Terhadap Perbuatan Melanggar Kesusilaan*". Perkosaan tidak lagi dilihat sebagai persoalan moral semata-mata, di dalamnya juga mencakup maslah yang dianggap merupakan pelanggaran dan pengingkaran terhadap hak-hak asasi manusia, khususnya hak-hak wanita.

1. **Kriteria Pemerkosaan Dalam Hukum Pidana Islam**

Dalam mengenai pemerkosaan Islam memberikan definisi bahwa pemerkosaan sama halnya dengan perzinaan yaitu memasukkan tesis (kemaluan) seorang laki-laki ke dalam kemaluan wanita vagina (*farj*) yang tidak halal baginya dan hal tersebut dilakukan di luar kehendak perempuan.[13] Dalam hal ini beberapa tokoh ulama' berpendapat mengenai pemerkosaan diantaranya ialah:

[13] Mahrus Munajat, *Hukum Pidana Islam di Indonesia*,(Yogyakarta: teras, 2009),140.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

a. Menurut pendapat Syafi'iyah pemerkosaan adalah memasukkan *dzakar* ke dalam *farji* yang di haramkan pada *dzat*nya karena tidak ada ke*subhatan* dan dengan adanya kenikmatan yang pasti.[14]
b. Menurut pendapat Hanafiyah pemerkosaan di rumuskan sebagai persetubuhan yakni melenyapkan kepala kelamin laki-laki *mukallaf* kedalam kemaluan perempuan yang di lakukan secara paksa dan bukan karena kepemilikan atau *subhat*.[15]
c. Menurut pendapat Ibnu Qudamah al-Hambali pemerkosaan adalah menyenggamai perempuan di *qubul*nya dalam keadaan haram tanpa kedalam senggamanya maka ia adalah perkosaan yang wajib di hukum *had*.[16]

2. **Kriteria Pemerkosaan Dalam Hukum Positif di Indonesia**

Dalam hal ini pemerkosaan bisa di lihat dalam KUHP dari pasal demi pasal mengenai pemerkosaan, maka dapat dibedakan dalam jenis-jenis pemerkosaan, ialah:

a. Pemerkosaan secara umum
b. Pemerkosaan dalam keadaan pingsan atau tidak berdaya
c. Pemerkosaan terhadap wanita yang belum mampu atau kawin
d. Pemerkosaan karena adanya kelainan jiwa
e. Pemerkosaan karena adanya tipu daya

3. **Unsur-unsur Tindak Pidana Pemerkosaan**

[14] Khomrotul Fatimah, (*Pemerkosaan*.....,31.
[15] Ibid,32.
[16] Ibid.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

Tindak pidana "perkosaan" di indonesia maupun di belahaan dunia manapun memang merupakan kejahatan, dan terhadap pelaku perkosaan atau pemerkosa harus di jatuhui hukuman, hal ini di sebabkan tindak pidana perkosaan adalah perbuatan kekerasan yang merusak diri pribadi korban, keluarga maupun masyarakat.[17]

Menurut simons yang di kutip di bukunya Leden Marpaung, yang berjudul, *Unsur-Unsur Perbuatan Yang Dapat Dilakukan Delik* , delik (tindak pidana) memuat beberapa unsur, yakni:[18]

a. Suatu perbuatan manusia
b. Perbuatan itu dilarang dan diancam dengan hukuman oleh undang-undang.
c. Perbuatan itu dilakukan oleh seorang yang dapat di pertanggung jawabkan.

Pendapat yang dikemukakan oleh simons diatas, sesuai dengan apa yang ada dalam KUHP Pasal 1 ayat (1) yang berbunyi:

> "Tiada sesuatu perbuatan yang dapat dipidana kecuali atas kekuatan aturan pidana dalam Undang-undang yang telah ada, sebelum perbuatan di laksanakan".

Pada umumnya unsur-unsur tindak pidana (delik) terdiri dari dua unsur, diantaranya unsur obyektif dan unsur subyektik.

a. Unsur subyektif

[17] Neng Djubaidah, *Perzinaan Dalam.....*,211.
[18] Leden Marpaung, *Unsur-Unsur Perbuatan Yang Dapat Dilakukan Delik*,(Jakarta: Sianar Grafika, 1991),4.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

Menurut Lemintang, di kutip dalam bukunya Leden Marpaung, yang berjudul, *Unsur-Unsur Perbuatan Yang Dapat Dilakukan Delik* , yang di maksud dengan unsur subyektif adalah unsur yang melekat pada diri si pelaku atau yang berhubungan dengan diri pelaku dan termasuk kedalamnya, yaitu segala sesuatu yang berhubungan di dalam hatinya.[19]

Adapun unsur subyektif dalam tindak pidana pencabulan atau pemerkosaan sebagai mana yang tercantum dalam undang-undang perlindungan anak pasal 82 yang berbunyi:

"Setiap orang yang dengan sengaja melakukan kekerasan atau ancaman kekerasan, memaksa, melakukan tipu muslihat, serangkaian kebohongan, atau membujuk anak untuk melakukan atau membiarkan dilakukan perbuatan cabul, dipidana dengan pidana penjara paling lama 15 (lima belas) tahun dan paling singkat 3 (tiga) tahun dan denda paling banyak Rp.300.000.000,00(tiga ratus ribu rupiah) dan paling sedikit Rp.60.000.000,00(enam puluh ribu rupiah)".

Sesuai dengan rumusan Pasal 82 Undang-undang Perlindungan Anak tersebuat, maka dalam tindak pidana pencabulan atau pemerkosaan terdapat unsur-unsur yang harus diperhatikan, yaitu:[20]

1) Setiap orang meliputi siapa saja baik orang dewasa maupun anak-anak.
2) Adanya kekerasan atau ancaman kekerasan.
3) Adanya pemaksaan
4) Adanya rayuan, meliputi kebohongan, membujuk
5) Obyek adalah anak-anak

[19] Ibid.,9.
[20] Nanik Nur Lailah, *Analisis Hukum Pidana….,*36.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

6) Membiarkan, maksudnya korban tidak bisa melawan perbuatan pelaku di sebabkan perbedaan fisik tubuh dan usia.

Tindakan yang di larang berkaitan dengan unsur-unsur di atas, adalah dengan memakai kekerasan atau ancaman, memaksa anak untuk membiarkan di lakan perbuatan pencabulan atau pemerkosaan.

Yang di maksud dengan kekerasan adalah kekuatan fisik atau perbuatan fisik yang menyebabkan orang lain secara fisik tidak berdaya atau tidak mampu melakukan perlawanan atau pembelaan.[21]

Wujud dari kekerasan dalam pemerkosaan, antara lain: Menindih, Mendekap, memegang, Melukai, dan sebagainya. Perbuatan secara obyektif dan fisik menyebabkan orang yang terkena tidak berdaya, upaya kekerasan ini biasanya akan menimbulkan atau meninggalkan jejak, bekas atau bukti-bukti yang bisa di jadikan sebagai alat bukti dalam pemerikasaan.[22]

Membujuk adalah berusaha supaya seorang menuruti kehendak orang yang membujuk, bukan memaksa.[23] Sedangkan membujuk itu dengan mempergunakan:

1) Hadiah atau perjanjian akan memberi uang atau barang
2) Pengaruh yang berlebih-lebihan yang ada di sebabkan oleh berhubungan yang sesungguhnya ada.

b. Unsur obyektif

[21] Ibid.,36.
[22] Ibid., 37.
[23] R.Susilo,*KUHP Serta Komentar-komentarnya*,(Bogor: Pelita, 1991),215.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

Unsur obyektif ini ialah unsur yang berhubungan dengan keadaan tertentu di luar sipelaku yang membuatnya melakukan sesuatu perbuatan.[24] Unsur-unsur ini terdiri dari:

1) Perbuatan manusia
   a) *Act*, yakni perbuatan aktif yang juga ada pakar yang menyebut perbuatan posisif.
   b) *Omosion*, yakni tidak aktif berbuat, hal ini karena tidak aktif. Sebagai pakar menyebut dengan perbuatan negatif dengan perkataan lain membiarkan, mendiamkan.
2) Akibat perbuatan manusia

   Yang di maksud ialah perbuatan yang membahayakan, atau menghilangkan kepentingan-kepentingan yang dipertahankan oleh hukum misalnya: Nyawa, badan, kemerdekaan, hak milik atau harta benda, kehormatan dan lain sebagainya.
3) Keadaan-keadaan

   Keadaan-keadaan ini di bedakan menjadi dua diantaranya:
   a) Keadaan pada saat berbuat di lakukan.
   b) Keadaan setelah berbuat melawan hukum.
4) Sifat melawan hukum dan sifat yang dapat di hukum

   Sifat dapat di hukum ini berkenaan dengan alasan-alasan yang membebaskan dari hukum. Sifat melawan hukum adalah

[24] Leden Marpaung, *Unsur-Unsur Perbuatan…*,7.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

bertentangan dengan hukum, yakni berkenaan dengan larangan atau perintah.

Dalam perbuatan pemerkosaan sama halnya dengan perzinaan yang memiliki unsur-unsur. Dalam hal ini para ulama' bersepakat dengan dua unsur yang terdapat pada perbuatan zina yaitu:[25]

a. Persetubuhan yang di haramkan

   Menurut ajaran Islam, pelampiasan nafsu seksualitas hanya dianggap legal, bila di lakukan dengan perkawinan yang sah.[26]

b. Adanya kesengajaan atau niat yang melawan hukum

   Unsur ini terpenuhi apabila pelaku melakukan suat perbuatan (persetubuhan) pada hal ia tau bahwa wanita yang di setubuhi adalah wanita yang di haramkan baginya. Unsur melawan hukum atau kesengajaan berbuat zina harus berbarengan dengan melakukan perbuatan yang di haramkannya itu, bukan sebelumnya. Artinya niat melawan hukum tersebut harus ada pada saat di lakukannya perbuatan yang di larang tersebut.[27]

C. Pertanggung Jawaban Pidana Pemerkosaan yang Dilakukan Anak Dalam Hukum Pidana Islam dan Hukum Positif

Pertanggung jawaban pidana adalah kebebasan seorang untuk melakukan atau tidak melakukan suatu perbuatan termasuk didalamnya,

[25] A Djajuli, *fikih Jinayah....*,36.
[26] Rahmad Hakim, *Hukum Pidana Islam (Fikih Jinayah)*,(Bandung: Pustaka Setia,2002),72.
[27] H.Ahmad Wardi, Muclis, *Hukum Pidana Islam*,(Jakarta: Sinar Grafika,2004),25.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

pertanggung jawaban pidana adalah akibat yang di timbulkan dari apa yang diupayakan tersebut atas dasar kemauan sendiri.[28]

Sebagai salah satu unsur dalam suatu terjadinya *Jarimah,* yaitu sebagai unsur moriil, pertanggung jawaban pidana harus meliputi tiga hal:[29]

a. Adanya perbuatan yang dilarang.

b. Adanya kebebasan dalam berbuat atau tidak berbuat.

c. Kesabaran bahwa perbuatan itu mempunyai akibat tertentu.

Al-mas'uliyah al-jinaiyyah nama lain dari pertanggung jawaban pidana, hanya ada kalau ketiga hal tersebut hadir dalam pribadi pembuat delik, ini berarti hanya mereka yang menerima *taklif* atau pembebanan saja yang dianggap mempunyai pilihan dan mereka itulah yang disebut dalam terminologi fikih sebagai orang *mukallaf*, itu sebabnya mereka yang karena suatu sebab hilangnya kemauan tidak dibebani pertanggung jawaban pidana, seperti orang yang sakit ingatan, belum dewasa, dan orang yang menerima tekanan yang berat untuk melakukan sesuatu.[30]

Pertanggung jawaban pidana dapat terhapus karena adanya sebab, baik yang berkaitan dengan perbuatan si pelaku tindak pidana maupun sebab-sebab yang berkaitan dengan keadaan pembuat delik, oleh karena itu tidak setiap pelaku perbuatan yang melawan hukum dapat dikenai sanksi.[31]

---

[28] Nanik Nur Lailah, *Analisis Hukum Pidana*.....,39.
[29] Rahmad Hakim, *Hukum Pidana Islam* ....,175.
[30] Ibid.,175.
[31] Ibid.,177.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

Sebagaimana yang di riwayatkan oleh Imam Ahmad Dan Abu daud yang artinya dari Aisyah ra. Ia berkata: telah bersabda Rasulullah saw.:

عَنْ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَ رُفِعَ الْقَلَمُ عَنْ ثَلَاثَةٍ عَنْ النَّائِمِ حَتَّى يَسْتَيْقِظَ وَعَنْ الصَّبِيِّ حَتَّى يَحْتَلِمَ وَعَنْ الْمَجْنُونِ حَتَّى يَعْقِلَ

Artinya: Di riwayatkan dari ali, bahwa Nabi Saw bersabdah: tidaklah di catat dari tiga hal: dari orang tidur hingga dia bangun, dari anak-anak hingga dia dewasa dan dari orang gila hingga dia berakal (sembuh). (H.R Abu Daud).[32]

Konsep yang dilakukan oleh syariat Islam tentang pertangguang jawaban pidana di bawah umur didasarkan atas dua perkara, yaitu kekuatan berpikir dan pilihan (*iradah* dan *ihtiyar*). Oleh karena itu, kedudukan anak kecil berbeda-beda menurut perbedaan masa yang dimulai hidupnya, di mulai dari waktu kelahirannya sampai masa memiliki kedua perkara tersebut.[33]

Secara alamiah terdapat tiga masa yang dialami oleh setiap orang sejak ia di lahirkan sampai ia dewasa:[34]

a. Masa tidak adanya kemampuan berfikir

Masa ini di mulai sejak di lahirkan dan berakir pada usia 7 (tujuh) tahun, dengan kesepakatan para fuqaha'. Pada masa tersebut seseorang anak belum *Tamyyiz*. Kemampuan berfikir anak bisa terjadi sebelum usia tersebut, yakni 7 (tujuh) tahun, akan tetapi kadang kadang

[32] Wahyuni Ayu Putri,*Analisis Hukuman Pidana....*,37.
[33] Ahmad Hanafi, *Asas-Asas Hukum Pidana Islam Di Indonesia,*(jakarta: Sinar Grafika, 2006),370.
[34] Wahyuni Ayu Putri,*Analisis Hukuman Pidana.....*,38.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

terlambat. Seorang anak yang belum berusia 7 (tujuh) tahun menunjukkan kemampuan berpikir, tetapi ia tetap dianggap belum *Tamyyiz,* karena yang menjadi ukuran ialah kebanyakan orang bukan perseorangan.

Para Fuqaha' berpedoman pada usia dalam menentukan batas-batas *Tamyyiz* dan kemampuan berpikir, agar ketentuan itu dapat bisa berlaku untuk semua orang dan untuk menghindari kekacauan hukum. Perbuatan *Jarimah* yang dilakukan oleh anak di bawah umur tujuh tahun tidak bisa dijatuhi hukuman, baik sebagai hukuman pidana atau sebagai pengajaran. Akan tetapi anak tersebut dikenakan pertanggung jawaban perdata, yang di bebankan atas harta milik pribadi, yakni memberikan ganti kerugian terhadap kerugian yang di derita oleh harta milik atau dari orang lain.[35]

b. Masa kemampuan berpikir lemah

Masa ini di mulai sejak usia tujuh tahun sampai mencapai kedewasaan, (*Balig*) dan kebanyakan fukaha membatasinya sampai lima belas tahun. Kalau seorang anak telah mencapai usia tersebut, maka ia dianggap dewasa, meskipun boleh jadi ia belum dewasa dalam arti yang sebenarnya.

Pada masa tersebut seseorang anak tidak di kenakan pertanggung jawaban pidana atas *Jarimah* atau kejahatan yang di lakukannya, akan tetapi ia bisa dijatuhi pengajaran. Pengajaran ini meskipun sebenarnya

[35] Ibid.,39.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

berupa hukuman juga, akan tetapi tetap dianggap sebagai hukuman pengajaran, bukan sebagai hukuman pidana, dan oleh karena itu kalau anak tersebut berkali-kali berbuat *Jarimah* dan berkali-kali pula di jatuhi pengajaran, namun ia tidak dianggap pengulang kejahatan.[36]

c. Masa kemampuan berpikir penuh

Masa ini dimulai sejak seseorang anak mencapai usia kecerdikan (Sinnur-Rusydi), atau dengan perkataan lain, setelah mencapai usia 15 (lima belas) tahun atau 18 (delapan belas) tahun, menurut perbedaan pendapat di kalangaan fuqaha'. Pada masa ini seseorang di kenakan pertanggungjawaban pidana atas *Jarimah-Jarimah* yang di perbuatnya bagaimanapun juga macamnya.[37]

1. **Sanksi Pidana Tindak Pidana Pemerkosaan Dalam Hukum Positif di Indonesia**

Di indonsia larangan perkosaan dan hukumnya telah di muat dalam KUHP, RUU-KUHP, Undang-undang nomor 23 tahun 2004 Tentang Penghapusan Kekerasan dalam Rumah Tangga, Undang-undang nomor 21 Tahun 2007 Tentang Pemberantasan Tindak Pidana Perdagangan Orang, dan Qonun Hukum Jinayat Aceh.[38]

a. Hukum perkosaan dalam KUHP dan RUU-KUHP

Masalah yang berhubungan dengan kesusilaan dalam KUHP khususnya pencabulan yang dilakukan anak di bawah umur kepada

[36] Nanik Nur Lailah, *Analisis Hukum Pidana....*,41.
[37] Ibid.,42.
[38] Neng Djubaidah, *Perzinaan Dalam.....*,226.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

adak di bawah umur atau yang cukup umur di jerat dalam pasal 290 ayat (2) dan (3), pasal 292, 293,294 ayat (1) dan pasal 295. Sedangkan pencabulan atau pemerkosaan yang dilakukan dengan kekerasan di jerat pasal 289 KUHP.

Dalam berdasarkan pasal 285 KUHP yang merumuskan perbuatan pemerkosaa adalah yang bersunyi:

"Barangsiapa dengan kekerasan atau ancaman kekerasan memaksa seorang wanita bersetubuh dengan di luar perkawinan, diancam karena melakukan pemerkosaan, dengan pidana penjara paling lama 12 tahun".

Berdasarkan pasal 291 ayat (2) KUHP, jika pemerkosa tersebut mengakibatkan matinya perempuan itu ancamannya menjadi 15 tahun penjara. Pasal di atas merupakan perlindungan bagi anak atau remaja, kemudian dengan adanya kata "di ketahui atau di sangka" merupakan unsur kesalahan terhadap umur, yakni pelaku dapat menduga bahwa umur anak atau remaja tersebut belum lima belas tahun.[39]

Hal ini sebagai mana diutarakan oleh J.M. Van Bemmelen dikutip dalam bukunya L.Marpaung, yang berjudul *Kesejahteraan Terhadap Kesulilaan Dan Masalah Pervesinya*, bahwa cara-cara yang digunakan untuk melakukan atau merayu adalah:[40]

1) Pemberian

2) Perjanjian

[39] L.Marpaung, ke*sejahteraan Terhadap Kesulilaan Dan Masalah Pervesinya,*(Jakarta: Sinar Grafika,1996),49.
[40] Ibid.,63.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

3) Salah memakai kekuasaan (Misbruik van Gezeg)

4) Menyalah gunakan jabatan atau kekuasaan

5) Kekerasan

6) Ancaman

7) Tipu

8) Memberikan ikhtiar, kesempatan atau keterangan.

Rumusan KUHP tersebut di rencanakan akan di ganti berdasarkan RUU KUHP yang di rumuskannya pada pasal 389 (14.11) yang bunyinya sebagai berikut:[41]

(1) Di pidana dengan pidana penjara paling lama 12 tahun dan paling rendah 3 tahun karena melakukan pemerkosaan:
   - Ke-1 Seorang pria melakukan persetubuhan dengan wanita bertentangan dengan kehendak wanita tersebut.
   - Ke-2 Seorang pria melakukan persetubuhan dengan wanita tanpa persetujuan wanita tersebut.
   - Ke-3 Seorang pria melakukan persetubuhan dengan wanita dengan persetujuan wanita tersebut tetapi persetujuannya tersebut dicapai melalui ancaman untuk dibunuh atau dilukai.
   - Ke-4 Seorang laki-laki melakukan persetubuhan dengan wanita, dengan persetujuan wanita tersebut karena wanita tersebut percaya bahwa ia adalah suaminya yang sah atau ia adalah orang yang seharusnya disetubuhi
   - Ke-5 Seorang laki-laki melakukan persetubuhan dengan seorang wanita yang berusia di bawah 14 tahun dengan persetujuannya.

(2) Dianggap juga melakukan tindak pidana pemerkosaan dengan pidana paling lama 12 tahun dan paling rendah 3 tahun apabila keadaan yang disebut dalam ayat (1) ke-1 sampai dengan ke-5 di atas.
   - Ke-1 Seorang laki-laki memasukkan alat kelaminnya ke dalam anus atau mulut seorang wanita.

[41] Ibid.,49.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

Ke-2 Barangsiapa memasukkan suat benda yang bukan merupakan bagian tubuhnya ke dalam vagina atau anus seorang wanita.

Baik pasal 285 KUHP maupun pasal 289 (14.11) RUU KUHP, tampaknya belum secara realitas melindungi kaum wanita, pasal 289 KUHP hanya menyebutkan "wanita" seyogianya wanita di bedakan berdasarkan umur, fisik, maupun seratus sehingga wanita dapat di bedakan atau di ketegorikan sebagai berikut:[42]

1) Wanita belom dewasa yang masih perawan
2) Wanita dewasa yang masih perawan.
3) Wanita yang sudah tidak perawan lagi.
4) Wanita yang sudah bersuami.

Dari pengertian di atas, dapat di jelaskan bahwa pencabulan atau pemerkosaan itu sangat erat dengan sebuah pemaksaan seksual yang merugikan secara fisik, psikis maupun mental korban, nilai tentang peradaban antara masyarakat yang satu dengan yang lain, sehingga makna tentang kesusilaan oleh masyarakat belum tentu dianggap demikian oleh masyarakat lain. Sebagaimana dikatakan oleh SR. Sianturi "masalah kesusilaan tidak dapat di pisahkan dari peradaban bangsa".[43] Namun yang yang paling berperan yaitu bangsa yang bersangkutan.

b. Hukum pemerkosaan dalam Undang-undang nomor 23 tahun 2004 Tentang Penghapusan Kekerasan dalam Rumah Tangga.

[42] Ibid.,50.
[43] Nanik Nur Lailah, *Analisis Hukum*....,31.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

Dalam Undang-undang nomor 23 tahun 2004 tentang penghapusan kekerasan dalam rumah tangga, melarang terjadinya kekerasan dalam rumah tangga, yaitu kekerasan fisik, kekerasan psikis, kekerasan seksual, dan pelacuran rumah tangga.[44]

Menurut pasal 45 Undang-undang nomor 23 tahun 2004 Tentang Penghapusan Kekerasan dalam Rumah Tangga, istri atau suami yang di dakwa sebagai pelaku tindak pidana kejahatan kekerasan seksual dengan alasan "melakukan pemaksaan seksual pada istrinya atau suaminya". Dengan pidana penjara paling lama 12 tahun atau denda paling banyak Rp 36.000.000,00(tiga puluh enam juta rupiah).[45]

c. Hukum pemerkosaan dalam Undang-undang perlindungan anak

Bardasarkan pasal-pasal yang ada di KUHP maka undang undang perlindungan anak tidak mengatur secara tersendiri antara sub-sub pemerkosaan dan sub-sub pencabulan. Undang-undang ini di buat secara khusus untuk melindungi anak yang selama ini menjadi korban kekerasan bahkan melakukan tindak pidana. Dengan diberlakukannya undang-undang perlindungan anak agar masyarakat meupun anak-anak tidak sewena-wena melakukan perbuatan melawan hukum.

Di (kitab undang-undang hukum pidana) KUHP seperti pasal 45 sampai pasal 47 memberikan perlindungan terhadap anak yang melakukan tindak pidana, tetapi sebaliknya dalam pasal 285 sampai pasal 97 dan lain-lainnya memberikan perlindungan terhadap anak di

[44] Neng Djubaidah, *Perzinaan Dalam*....,228.
[45] Ibid.,234.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

bawah umur dengan memperberat hukuman dan mengkualifikasi sebagi tindak pidana perbuatan-perbuatan tertentu terhadap anak.

Sesuai dengan pasal-pasal yang di jelaskan dalam KUHP kejahatan kesusilaan, pemerkosaan atau pencabulan yang dilakukan anak di bawah umur juga dijelaskan ke dalam undang-undang perlindungan anak, dalam pasal 81 undang-undang perlindungan anak yang berbunyi:

1) Setiap orang yang dengan sengaja melakukan kekerasan atau ancaman kekerasan memaksa anak melakukan persetubuhan dengannya atau dengan orang lain, di pidana dengan pidana penjara paling lama 15 (lima belas) tahun dan paling singkat 3 (tiga) tahun dan denda paling banyak Rp 300.000.000,00 (tiga ratus juta rupiah) dan paling sedikit Rp 60.000.000,00 (enam puluh juta rupiah).
2) Ketentuan pidana sebagaimana di maksud dalam ayat (1) berlaku pula bagi setiap orang yang dengan sengaja melakukan tipu muslihat, serangkaian kebohongan, atau membujuk anak melakukan persetubuhan dengannya atau dengan orang lain.

Pasal 82 dalam undang-undang perlindungan anak yang berbunyi:

> "Setiap orang yang dengan sengaja melakukan kekerasan atau ancaman kekerasan, memaksa, melakukan tipu muslihat, serangkaian kebohongan, atau membujuk anak untuk melakukan atau membiarkan di lakukan perbuatan cabul, di pidana dengan pidana penjara paling lama 15 (lima belas) tahun dan paling singkat 3 (tiga) tahun dan denda paling banyak Rp 300.000.000,00 (tiga ratus juta rupiah) dan paling sedikit Rp 60.000.000,00 (enam puluh juta rupiah)".

Dalam undang-undang perlindungan anak pencabulan atau pemerkosaan yang dilakukan oleh seseorang, wujud perbuatannya adalah melakukan kekerasan atau ancaman kekerasan, melakukan

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

persetubuhan, melakukan tipu muslihat, serangkaian kebohongan membujuk anak membiarkan di lakukan cabul. Korban dari pencabulan tersebut adalah anak-anak, sanksi yang diberikan dalam pasal ini adalah paling lama 15 (lima belas) tahun, paling singkat 3 (tiga) tahun denda paling banyak Rp 300.000.000,00 (tiga ratus juta rupiah) paling sedikit Rp 60.000.000,00(enam puluh juta rupiah).

Dari uraian undang-undang tersebut perbedaannya sangat mencolok sekali, mulai dari sangsi, pelaku, korban serta cara yang dilakukan. Undang-undang tersebut di atas memberikan persamaan, yakni sama-sama memberikan sanksi terhadap kejahatan seksual, jika dari sanksi dari KUHP tidak memberikan ancaman minimal dan tidak menyebutkan pidana denda. Pasal-pasal tersebut sangat berbeda dibandingkan dengan undang-undang lain, dalam undang-undang perlindungan anak, sanksi tersebut diharapkan agar pelaku benar-benar jera dan insaf, mencegah agar pelaku tidak mengulangi perbuatan yang merugikan dan tidak bermoral tersebut, agar kembali kejalan yang benar.

2. Sanksi Pidana Tindak Pidana Pemerkosaan Dalam Hukum Pidana Islam

Dalam hukum islam pencabulan dilarang karena kategori hukum zina. Sebagai mana dalam firman Allah Swt. Yang terdapat surat *al-isra'* ayat 32:

وَلَا تَقْرَبُوا۟ ٱلزِّنَىٰٓ ۖ إِنَّهُۥ كَانَ فَٰحِشَةً وَسَآءَ سَبِيلًا ﴿٣٢﴾

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

Dan janganlah kamu mendekati zina; Sesungguhnya zina itu adalah suatu perbuatan yang keji. dan suatu jalan yang buruk.

Larangan dalam ayat ini menunjukkan suatu peringatan yang keras, peringatan ini berkaitan dengan keharaman perbuatan zina sebelum sampai pada jenis perbuatan yang sebenarnya (zina), Allah Swt sudah melarangnya. Baru pada tahap hendak "berdekatan" dengan perbuatan tersebut, atau berhubungan dengan faktor faktor yang dapat mempengaruhi dan menjebak seseorang ke dalam perbuatan keji. Allah Swt sudah melarangnya dengan keras, dengan demikian larangan mendekati mengandung makna larangan untuk tidak terjerumus dalam rayuan suatu yang berpotensi mengantar pada langkah-langkah melakukannya.[46]

Oleh sebab itu semua yang menjadi pendahuluan untuk mendekatinya adalah di larang, seperti mencium, meraba dan segala perbuatan yang dapat mendekati zina. Allah Swt telah melarang hambanya untuk tidak mendekati zina, serta segala hal yang dapat menyebabkan dekat dengan zina, dan semua itu demi keutamaan manusia, karena sangat berbahaya. Maka dari itu prilaku seksual yang didalamnya termasuk perbuatan cabul dilarang dan diharamkan dalam Syari'at Islam.[47]

Para *foqaha*' (ahli hukum Islam) mengartikan bahwasannya zina itu melakukan hubungan seksual dengan cara memasukkan *dzakar* ke

[46] M. Quraish Shihab, *tafsir al-Misbah,* Vol.7 (jakarta: lentera hati, 2002),49.
[47] Nanik Nurlailah, *Analisis Hukum Pidana*....,20.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

dalam vagina wanita yang dinyatakan haram, bahkan karena *subhat* dan atas dasar *syahwat*.[48]

Ibnu Rusyd mengartikan bahwa zina itu sebagai perbuatan yang dilakukan bukan karena nikah yang sah atau semu nikah dan bukan karena pemilik hamba sahnya.[49]

Imam Maliki mengartikan bahwa zina itu me*wati*nya seoarang laki-laki *mukallaf* terdapat *faraj* wanita yang bukan miliknya, dilakukan dengan sengaja.[50]

Definisi di atas yang disampaikan beberapa *fugaha* bahwasanya hakikat yang merupakan kriteria dari perzinaan yaitu:

a. Zina itu perbuatan memasukkan apa yang bernama alat kelamin laki-laki atau *dzakar* ke dalam alat kelamin perempuan.
b. Perbuatan hubungan kelamin itu pada hakikatnya adalah haram. Hal ini mengandung arti bila keharamannya itu dikarenakan faktor luar atau keadaan, tidak disebut zina.
c. Perbuatan hubungan kelamin itu pada dasarnya secara alamiah di senangi oleh manusia yang hidup. Hal ini berarti hubungan kelamin dengan mayat dan hewan tidak disebut zina.
d. Perbuatan hubungan kelamin itu disebut zina dengan segala akibat hukumnya bila pada perbuatan itu telah bebas dari segala

[48] Zainudin Ali, *Hukum Islam: Pengantar Ilmu Hukum Di Indonesia*,(Jakarta: sinar grafika, 2006),106.
[49] Rahmat Hakim, *Hukum Pidana Islam...*,69.
[50] A. Djazuli, *Fikih Jinayah....*,39.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

kemungkinan kesamaran atau *subhat*. Seperti bersetubuh dengan wanita yang diyakini sebagai istrinya, akan tetapi justru orang lain.[51]

Perbuatan zina yang dapat di kenai hukuman, apabila perbuatan itu memenuhi beberapa unsur zina dan unsur yang terdapat dalam *jarimah* umum, dan unsur khusus sebagai berikut:

a. *Wati* haram

Yang dimaksud *wati* haram adalah *wati* pada *farj* wanita bukan istri dengen *syahwat, dzakar* itu masuk kedalam *farj* wanita tersebut, meskipun ada penghalang antara *dzakar* dan *farj* nya, selama penghalang itu tidak menghalangi kenikmatan tetap zina. Jadi termasuk zina apabila *dzakar* tidak masuk kedalam *farj*.

b. Unsur kesengajaan atau adanya i'tikad jahad

Seseorang dianggap memiliki kesengajaan atau i'tikat jahat apabila telah benar-benar melakukan perzinaan, sedangkan ia mengetahui bahwa perbuatan yang ia lakukan itu haram hukumnya, tetapi ia tetap melakukannya.

c. Di luar ikatan pernikahan yang sah

Persetubuhan itu dilakukan di luar ikatan pernikahan yang sah, baik perbuatan tersebut dilakukan oleh seorang laki-laki dengan wanita yang keduanya telah kawin atau salah satunya telah kawin ataupun keduanya telah kawin asalkan persetubuhan itu di lakukan di luar pernikahan yang sah, di namakan zina.

[51] Nanik Nurlailah, *Analisis Hukum Pidana....*,22.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

d. Tidak ada unsur *subhat* nikah

Artinya bahwa persetubuhan itu di lakukan dengan tanpa adanya unsur *subhat* nikah (kawin *mut'ah*, perkawinan yang di lakukan tanpa adanya saksi). Jika persetubuhan itu di lakukan dengan adanya unsur *subhat* nikah, persetubuhan tersebut tidak termasuk zina.[52]

[52] A. Djazuli,*Fikih Jinayah*.....,36.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id