

## BAB II

### PERBUATAN MELAWAN HUKUM MATERIIL MENURUT HUKUM POSITIF DAN HUKUM ISLAM (FIKIH JINAYAH)

#### A. Perbuatan Melawan Hukum Materiil Menurut Hukum Positif

##### 1. Pengertian dan Sejarah Perbuatan Melawan Hukum Materiil

Pada tataran teori dan praktik, sifat melawan hukum dikenal baik dalam hukum perdata maupun dalam hukum pidana. Perbuatan melawan hukum dalam bahasa Belanda disebut dengan “*wederrechtelijk*” dalam lingkup pidana dan “*onrechtmatige daad*” dalam lingkup perdata. Awalnya, banyak pihak yang meragukan apakah istilah itu memang merupakan suatu bidang tersendiri atau hanya sekedar istilah hukum yang tidak masuk dalam salah satu bidang hukum yang sudah ada. Baru pada pertengahan abad ke-19, perbuatan melawan hukum mulai diperhitungkan sebagai sebuah bidang hukum tersendiri, terutama di negara-negara Eropa Kontinental, misalnya Belanda dengan Istilah *onrechtmatige Daad*, atau di negara-negara Anglo Saxon, dengan istilah *tort*.<sup>29</sup>

Seperti yang disebutkan di atas, dalam hukum perdata sifat melawan hukum istilah Belandanya disebut “*onrechtmatige daad*” atau dalam bahasa Inggris disebut “*tort*” yang berarti “salah” (*wrong*). Kata *tort* sendiri berasal

---

<sup>29</sup> Munir Fuady, *Perbuatan Melawan Hukum (Pendekatan Kontemporer)*, (Bandung: PT Citra Aditya Bakti, Cet. II, 2005), 2.

dari bahasa Latin “*torquere*” atau “*tortus*” dalam bahasa Perancis, seperti kata *wrong* berasal dari kata Perancis “*wrung*”, yang berarti kesalahan atau kerugian (*injury*). Sehingga pada prinsipnya, tujuan dari dibentuknya suatu sistem hukum yang kemudian dikenal dengan perbuatan melawan hukum tersebut adalah untuk dapat tercapai seperti apa yang disebut oleh pribahasa Latin, yaitu “*Juris praecepta sunt haec; honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere*” yang berarti “Semboyan hukum adalah hidup secara jujur, tidak merugikan orang lain; dan memberikan orang lain haknya”.<sup>30</sup>

Sebelum tahun 1919 di negeri Belanda, sifat melawan hukum hanya diartikan sebagai pelanggaran dari pasal-pasal hukum yang tertulis saja (pelanggaran perundang-undangan yang berlaku). Tetapi sejak tahun 1919, Belanda mengalami perkembangan hukum dengan mengartikan “melawan hukum” bukan hanya untuk pelanggaran perundang-undangan tertulis saja, melainkan juga untuk setiap pelanggaran terhadap kesusilaan atau kepantasan dalam pergaulan hidup masyarakat. Hal ini berdasarkan putusan *Hoge Raad* (H.R) atau Mahkamah Agung negeri Belanda tanggal 31 Januari 1919 dalam kasus *Lindenbaum versus Cohen* mengenai perkara perdata.<sup>31</sup> Duding perkara sebagaimana diuraikan oleh Wirjono Prodjodikoro dalam bukunya: *Perbuatan Melanggar Hukum* (halaman 13) yang telah dikutip oleh Moeljatno adalah sebagai berikut:

---

<sup>30</sup> *Ibid.*

<sup>31</sup> *Ibid.*, 5-6.

Ada dua kantor percetakan buku, yang satu kepunyaan Cohen dan yang lain kepunyaan Lindenbaum. Mereka bersaing hebat satu sama lain. Pada suatu hari seorang pegawai dari Lindenbaum dibujuk oleh Cohen dengan macam-macam pemberian hadiah dan kesanggupan supaya memberikan kepadanya (Cohen) turunan dari penawaran-penawaran yang dilakukan oleh Lindenbaum dan memberitahukan pula nama-nama dari orang-orang yang mengadakan pesanan kepada kantor Lindenbaum atau yang minta keterangan tentang harga-harga cetak. Dengan tindakan ini Cohen tentunya bermaksud akan mempergunakan hal-hal yang dapat diketahui itu untuk menetapkan suatu siasat agar supaya khalayak ramai lebih suka datang kepadanya daripada ke kantor Lindenbaum. Tapi perbuatan Cohen ini diketahui oleh Lindenbaum yang karenanya merasa dirugikan. Maka dari itu dia digugat di pengadilan Amsterdam, sebagai telah melakukan perbuatan melanggar hukum terhadapnya sehingga berdasar atas pasal 1401 (1356) *Burgerlijk Wetboek* (BW) minta ganti kerugian.

Dalam putusan hakim tingkat pertama Cohen dikalahkan tapi dalam tingkat banding di muka *Gerechtshof* (pengadilan) Amsterdam Lindenbaum dikalahkan yaitu berdasar yurisprudensi yang dituruti mengenai pasal tersebut. Perbuatan Cohen tidak dianggap sebagai perbuatan melanggar hukum karena tidak ditunjukkan sesuatu pasal dari undang-undang yang

dilanggar oleh Cohen. Lindenbaum memohon kasasi kepada H.R dengan alasan bahwa putusan tersebut melanggar pasal 1401 (1365) BW. Akhirnya H.R dengan menyampingkan jurisprudensi sebagaimana diikuti putusan Hof (pengadilan) Amsterdam memutuskan pada tanggal 31 Desember 1919, bahwa perbuatan Cohen adalah perbuatan melanggar hukum, seperti tersebut di atas.<sup>32</sup>

Istilah “*wederrechtelijk*” atau perbuatan melawan hukum dalam hukum pidana tersebut ada yang diartikan sebagai bertentangan dengan hukum (*in strijd met het recht*), atau melanggar hak orang lain (*met krenking van eens anders recht*) dan ada juga yang mengartikan sebagai tidak berdasarkan hukum (*niet steunend op het recht*) atau sebagai tanpa hak (*zonder bevoegheid*).<sup>33</sup>

Hukum pidana mulai mengenal sifat melawan hukum materiil (*materiele wederrechtelijkheid*) pada tanggal 20 Februari 1933 melalui putusan H.R dalam kasus dokter hewan dari kota Huzein. Duduk perkaranya sebagai berikut:

Dalam pasal 82 *Veetweet* (undang-undang mengenai hewan) orang dilarang untuk menempatkan hewan dalam keadaan yang mencurigakan (*in verdachte toestand brengen*) hal mana diancam dengan pidana penjara 1

---

<sup>32</sup> Moeljatno, *Asas-Asas Hukum Pidana*, 131-132.

<sup>33</sup> Luh Rina Apriani, “*Relevansi Fakta Hukum Dalam Penggunaan Sifat Melawan Hukum Negatif (Kajian Putusan Nomor 29/ Pid. B/2007/PN/PL. R)*”, *Jurnal Yudisial*, Volume IV, 01 (April 2011), 5-6.

tahun. Di sekitar kota Huizen ketika itu di antara hewan berjangkit penyakit mulut dan kuku. Ada tujuh ekor sapi yang belum terkena penyakit tersebut. Karena menurut dokter hewan sapi-sapi itu nantinya toh akan kena penyakit juga, maka lebih baik kalau dikenakan penyakit sekarang, mumpung belum mengeluarkan air susu daripada di kemudian hari kalau sudah mengeluarkan. Karena itu sapi-sapi tadi diperintahkan supaya dimasukkan dalam kandang bersama-sama dengan sapi-sapi yang telah sakit. Rupanya yang punya hewan tadi tidak menerima tindakan tersebut sehingga dokter hewan dituntut karena melanggar pasal 82 *veetwet* tadi. Tindakan yang telah dilakukan itu adalah yang dianggap tepat menurut ilmu dokter hewan. Sebab kalau sapi-sapi diserang penyakit ketika mengeluarkan air susu, maka hal itu menyebabkan lebih sakit baginya dan juga lebih menularkan penyakitnya karena air susunya. Jadi untuk kepentingan sapi-sapi itu sendiri, maupun untuk kepentingan pemiliknya dan hewan-hewan lain pada umumnya, maka dilakukan tindakan di atas.

Gerechthof di Amsterdam dalam tingkat banding menganggap bahwa alasan dokter hewan itu hanya memberi penjelasan tentang apa yang mendorong dia untuk berbuat demikian, tetapi tidak merupakan perkecualian yang dapat menghapus pembedaan, sehingga harus menjatuhkan pidana pada terdakwa. Dalam tingkat kasasi H.R berpendapat bahwa: menurut H.R dengan adanya *wet* mengenai pendidikan dokter

hewan, maka pemeliharaan kesehatan hewan dan siapa yang menjalankan pekerjaan dokter hewan telah diatur.<sup>34</sup>

Dengan ini, telah ada petunjuk bahwa dokter hewan tidak akan melanggar ketentuan undang-undang, jika dia bertindak sesuai dengan ilmu kedokteran. Keadaan ini tidak dapat dibantah dengan pernyataan, bahwa manakah orang yang telah melakukan perbuatan yang diancam dengan pidana, dia pasti dipidana, kecuali jika *wet* itu sendiri dengan nyata-nyata mengadakan pengecualian. Sebab adalah mungkin sekali bahwa meskipun unsur melawan hukum tidak disebut tersendiri dalam rumusan delik, Hakim toh tidak dapat menghukum terdakwa apabila ternyata perbuatan terdakwa tidak bersifat melawan hukum. Pancaran hewan misalnya juga dapat dipandang sebagai menempatkan hewan dalam keadaan yang mencurigakan. Tetapi hal itu juga tidak dapat dituntut karena melanggar pasal 82 *veewet*. Dan hal itu juga tidak karena dalam *wet* sendiri ada pengecualiannya, tetapi karena pancaran hewan tak dapat dipandang sebagai perbuatan yang melawan hukum.<sup>35</sup>

Sehingga sejak tahun 1933 konsep sifat melawan hukum dalam tindak pidana dapat dibagi menjadi dua macam yaitu:

---

<sup>34</sup> Moeljatno, *Asas-Asas Hukum Pidana*, 135-136.

<sup>35</sup> *Ibid.*, 136.

a. Sifat melawan hukum yang formil (*formele wederrechtelijkheid*)

Suatu perbuatan itu bersifat melawan hukum, apabila perbuatan diancam pidana dan dirumuskan sebagai suatu delik dalam undang-undang; sedang sifat melawan hukumnya perbuatan itu dapat hapus, hanya berdasarkan suatu ketentuan undang-undang. Jadi menurut ajaran ini melawan hukum sama dengan melawan atau bertentangan dengan undang-undang (hukum tertulis).

Menurut Simons, “Memang boleh diakui, bahwa suatu perbuatan, yang masuk larangan dalam sesuatu undang-undang itu tidaklah mutlak bersifat melawan hukum, akan tetapi tidak adanya sifat melawan hukum itu hanyalah bisa diterima, jika di dalam hukum positif terdapat alasan untuk suatu pengecualian berlakunya ketentuan / larangan itu. Alasan untuk menghapuskan sifat melawan hukum tidak boleh diambil di luar hukum positif dan juga alasan yang disebut dalam undang-undang tidak boleh diartikan lain daripada secara limitatief.

b. Sifat melawan hukum yang materiil (*materiele wederrechtelijkheid*)

Suatu perbuatan itu melawan hukum atau tidak, tidak hanya yang terdapat dalam undang-undang (yang tertulis) saja, akan tetapi harus dilihat berlakunya asas-asas hukum yang tidak tertulis. Sifat melawan hukumnya perbuatan yang nyata-nyata masuk dalam rumusan delik itu dapat hapus berdasarkan ketentuan undang-undang dan juga

berdasarkan aturan-aturan yang tidak tertulis (*uber gezeztlich*). Menurut ajaran ini melawan hukum sama dengan bertentangan dengan undang-undang (hukum tertulis) dan juga bertentangan dengan hukum yang tidak tertulis termasuk tata susila.

Menurut Van Hattum Dengan adanya keputusan *Hoge Raad* tentang dokter hewan Huizen itu, ia katakan: dengan itu menurut hemat saya telah diterima ajaran sifat melawan hukum yang materiil oleh *Hoge Raad* dan telah dipecahkan persoalan asas-asas yang boleh dikatakan benar dalam ajaran “penentuan hukum” dewasa ini.<sup>36</sup>

Mengenai pengertian melawan hukum yang materiil dapat dibedakan:

a. Dalam fungsinya yang negatif

Ajaran sifat melawan hukum yang materiil dalam fungsinya yang negatif mengakui kemungkinan adanya hal-hal yang ada di luar undang-undang melawan hukumnya perbuatan yang memenuhi rumusan undang-undang, jadi hal tersebut sebagai alasan penghapus sifat melawan hukum.

b. Dalam fungsinya yang positif

Pengertian sifat melawan hukum yang materiil dalam fungsinya yang positif menganggap sesuatu perbuatan tetap sebagai sesuatu delik,

---

<sup>36</sup> Kejaksaan Republik Indonesia, “Asas-asas Hukum Pidana” dalam <http://www.kejaksaan.go.id/pusdiklat/uplimg/File/Asas-asas%20Hukum%20Pidana.doc> (31 Oktober 2013).



meskipun tidak nyata diancam dengan pidana dalam undang-undang, apabila bertentangan dengan hukum atau ukuran-ukuran lain yang ada di luar undang-undang. Jadi di sini diakui hukum yang tak tertulis sebagai sumber hukum yang positif.<sup>37</sup>

## 2. Perbuatan Melawan Hukum Materiil Menurut Hukum Pidana di Indonesia

Pada masa penjajahan, dengan menggunakan asas *konkordansi* segala hukum yang berlaku di Belanda diberlakukan pula di Indonesia. Kemudian setelah kemerdekaan, Pasal I Aturan Peralihan UUD NRI 1945 menentukan bahwa segala peraturan perundang-undangan yang ada masih tetap berlaku selama belum diadakan yang baru menurut Undang-Undang. Hal ini dimaksudkan untuk mencegah terjadinya kekosongan hukum pada waktu itu (*rechtsvacuum*).<sup>38</sup> Dengan begitu, di Indonesia dikenal pula konsep sifat melawan hukum yang notabene berasal dari Belanda baik dalam arti formil ataupun arti materiil.

Sifat melawan hukum materiil baik dalam fungsi negatif maupun positif dapat diketahui melalui beberapa yurisprudensi Mahkamah Agung RI. Untuk sifat melawan hukum materiil dalam fungsi negatif dapat dilihat dalam Putusan Mahkamah Agung RI Nomor: 42 K/Kr/1965 tanggal 8 Januari 1966 atas nama terdakwa Machroes Effendi dalam kasus D.O Gula

---

<sup>37</sup> *Ibid.*

<sup>38</sup> Titik Triwulan Tutik, *Hukum Perdata dalam Sistem Hukum Nasional*, (Jakarta: Kencana, 2010), 18-20.

Insentif dimana dalam putusan tersebut terdakwa dinyatakan tidak bersalah dan dibebaskan dari segala tuntutan.

Dalam putusan ini pada bagian pertimbangannya Mahkamah Agung RI berpendapat suatu perbuatan pada umumnya dapat hilang sifat melawan hukumnya sebagai melawan hukum bukan hanya berdasarkan suatu ketentuan dalam perundang-undangan, melainkan juga berdasarkan asas-asas keadilan atau asas-asas hukum yang tidak tertulis dan bersifat umum. Dalam perkara ini misalnya faktor-faktor: negara tidak dirugikan, kepentingan umum dilayani dan terdakwa sendiri tidak mendapat untung, faktor-faktor tersebut di atas yang oleh Pengadilan Tinggi dianggap ada dalam perkara penggelapan yang formil terbukti dilakukan oleh Terdakwa itu.<sup>39</sup>

Adapun sifat melawan hukum materiil dalam fungsi positif terdapat dalam Putusan Mahkamah Agung RI Nomor: 275 K/Pid/1982 tanggal 15 Desember 1983 atas nama terdakwa R.S. Natalegawa dalam kasus korupsi bank bumi daya. Dalam Putusan inilah Mahkamah Agung RI untuk pertama kalinya dengan tegas memberikan pengertian sifat melawan hukum materiil yaitu menurut kepatutan dalam masyarakat, khususnya dalam perkara-perkara tindak pidana korupsi, apabila seorang pegawai negeri menerima fasilitas yang berlebihan serta keuntungan lainya dari seorang lain dengan

---

<sup>39</sup> Komariah Emong Sapardjaja, *Ajaran Sifat Melawan Hukum Materiil dalam Hukum Pidana Indonesia*, (Bandung: PT Alumni, 2002), 137.

maksud agar pegawai negeri itu menggunakan kekuasaanya atau wewenangnya yang melekat pada jabatannya secara menyimpang, hal itu sudah merupakan “perbuatan melawan hukum”, karena menurut kepatutan perbuatan itu merupakan perbuatan yang tercela atau perbuatan yang menusuk perasaan hati masyarakat banyak”.<sup>40</sup>

Penafsiran terhadap sebutan melawan hukum tidak tepat, jika hal itu hanya dihubungkan dengan *policy* perkreditan direksi yang menurut Pengadilan Negeri tidak melanggar peraturan hukum yang ada sanksi Pidananya, akan tetapi sesuai dengan pendapat yang sudah berkembang dalam ilmu hukum, seharusnya hal itu diukur berdasarkan asas-asas hukum yang tidak tertulis, maupun asas-asas yang bersifat umum menurut kepatutan dalam masyarakat.<sup>41</sup>

Berdasarkan yurisprudensi tersebut di atas, peradilan pidana di Indonesia menerapkan sifat melawan hukum materiil dalam pertimbangan hukumnya, khususnya dalam penanganan perkara tindak pidana korupsi. Hal ini kemudian ditunjang dengan adanya Penjelasan Pasal 2 ayat 1 UU Nomor 31 tahun 1999 yang menjabarkan bahwa yang dimaksud dengan “secara melawan hukum” dalam pasal ini mencakup perbuatan melawan hukum dalam arti formil maupun dalam arti materiil, yakni meskipun perbuatan tersebut tidak diatur dalam peraturan perundang-undangan, namun

---

<sup>40</sup> *Ibid.*, 162.

<sup>41</sup> *Ibid.*, 163-164.

apabila perbuatan tersebut dianggap tercela karena tidak sesuai dengan rasa keadilan atau norma-norma kehidupan sosial dalam masyarakat, maka perbuatan tersebut dapat dipidana. Dalam ketentuan ini, kata “dapat” sebelum frasa “merugikan keuangan atau perekonomian negara” menunjukkan bahwa tindak pidana korupsi merupakan delik formil, yaitu adanya tindak pidana korupsi cukup dengan dipenuhinya unsur-unsur perbuatan yang sudah dirumuskan bukan dengan timbulnya akibat.

Dawud Djatmiko merasa hak dan kewenangan konstitusionalnya dirugikan dengan berlakunya undang-undang tersebut, sehingga keluarlah putusan Mahkamah Konstitusi (MK) Nomor 003/PUU-IV/2006 tanggal 25 Juli 2006 yang menyatakan bahwa Penjelasan Pasal 2 ayat 1 Undang-Undang Nomor 31 tahun 1999 yang diperbaharui dengan Undang-Undang Nomor 20 Tahun 2001 telah bertentangan dengan UUD NRI 1945 dan tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat. Dengan begitu sifat melawan hukum hanya diartikan dalam arti formil saja.

## **B. Perbuatan Melawan Hukum Materiil Menurut Hukum Islam (Fikih Jinayah)**

### **1. Jinayah dan Jarimah**

Dalam hukum Islam, semua yang berhubungan dengan perbuatan-perbuatan pidana dan hukuman yang diancamkan dibahas dalam *fiqh jinayah*. *Jinayah* secara bahasa adalah perbuatan seseorang yang buruk.

Adapun secara istilah para ulama fikih, *jinayah* adalah perbuatan yang dilarang oleh syarak, baik perbuatan itu mengenai jiwa, atau harta benda, atau lainnya. *Jinayah* adalah *maṣḍar* (infinitif) dari kata kerja *janā*. Akan tetapi kebanyakan ulama fikih memakai istilah jinayah terbatas pada perbuatan terhadap jiwa manusia atau anggota badannya, seperti membunuh, melukai, memukul, menggugurkan kandungan. Ada pula sebagian dari mereka yang membatasi istilah jinayah kepada *jarimah hudud* dan *jarimah qisas*. Dengan mengenyampingkan perbedaan pandangan ulama fikih mengenai batasan istilah jinayah terhadap *jarimah-jarimah* tertentu, memungkinkan untuk kita mengatakan bahwa istilah jinayah menurut ulama sama dengan istilah jarimah.<sup>42</sup>

Menurut ilmu hukum Islam, *al-aḥkām al-jināiyah* secara teoritis adalah hukum pidana, bisa disebut juga hukum publik. *Al-aḥkām al-jināiyah* dalam Islam dimaksudkan oleh syarak untuk melindungi kepentingan dan keselamatan umat manusia dari ancaman tindak kejahatan dan pelanggaran, sehingga tercipta situasi kehidupan yang aman dan tertib. Dalam Islam, jenis perbuatan yang dapat dikualifikasikan ke dalam golongan kejahatan dan pelanggaran ada yang telah ditentukan berdasarkan teks-teks suci, seperti Alquran dan sunah. Ada pula yang ditentukan berdasarkan tuntutan perkembangan pemikiran atau *ijtihād* manusia atau ahli hukum. Rumusan

---

<sup>42</sup> ‘Abdul Qādir ‘Awdah, *al-Tasyrī’ al-Jināiy al-Islāmiy*, Jilid I, (Beirut: Dār al-Katib al-‘Azliy, t.t.), 67.

*al-ahkām al-jināyah* sepanjang masih merupakan hasil penalaran terhadap teks-teks hukum Islam lazim disebut *al-fiqh al-jināiy*. Bila rumusan itu kemudian disahkan oleh penguasa atau badan legislatif sebagai undang-undang negara, maka disebut *qānūn al-jināiy*.<sup>43</sup>

Istilah jarimah dalam syariat Islam mempunyai arti yakni larangan-larangan syarak yang diancamkan oleh Allah dengan hukuman *had* atau *ta'zir*. Maksud dari larangan-larangan tersebut adalah melakukan perbuatan yang dilarang atau meninggalkan perbuatan yang diperintahkan. Dan maksud dari syarak yang disifatkan kepada larangan-larangan tersebut adalah bahwa sesuatu perbuatan baru dianggap *jarimah* jika dilarang oleh syarak. Jadi *jarimah* adalah melakukan perbuatan yang diharamkan yang diancamkan pidana kepadanya atau meninggalkan perbuatan yang diharamkan untuk ditinggalkan yang juga diancamkan pidana terhadapnya. Dan tidak akan dianggap *jarimah* suatu perbuatan atau tidak berbuat kecuali sudah ditetapkan hukuman terhadapnya. Ulama fikih biasa menyebut hukuman dengan sebutan *ajziah* dan *mufrod*-nya adalah *jaza'*.<sup>44</sup>

Perbuatan-perbuatan yang dikategorikan sebagai *jarimah* adalah suatu perintah dan larangan yang apabila dilanggar akan mengakibatkan dampak yang buruk, baik bagi aturan-aturan masyarakat, kepercayaan-kepercayaan, kehidupan individu, keamanan harta benda, kehormatan diri (nama baik),

---

<sup>43</sup> Dewan Redaksi Ensiklopedi Islam, *Ensiklopedi Islam*, Jilid II, 320.

<sup>44</sup> 'Abdul Qadir 'Awdah, *al-Tasyri' al-Jināiy al-Islāmiy*, 66.

perasaan-perasaannya, maupun berbagai pertimbangan lain yang harus dipelihara.<sup>45</sup>

Telah disyariatkan hukuman terhadap jarimah untuk mencegah manusia melakukan tindakan tersebut, sebab larangan dan perintah semata-mata tidaklah cukup untuk mencegah manusia dari melakukan sesuatu yang dilarang atau meninggalkan kewajiban yang diperintahkan. Seandainya tidak ada hukuman, perintah dan larangan tersebut tidak memiliki arti apa pun dan tidak memberikan pengaruh. Karena itu, hukuman dapat melahirkan rasa aman dan pengendalian atas manusia merupakan suatu perkara yang telah dipahami dan hasil yang diharapkan. Hukuman juga dapat mencegah manusia melakukan *jarimah*, menolak kerusakan di muka bumi, dan mendorong manusia untuk menjauhi perkara yang membahayakan mereka dan membuat sesuatu yang di dalamnya terdapat kebaikan dan kemaslahatan bagi mereka.<sup>46</sup>

Kesimpulan dari keterangan tersebut bahwa dasar pelarangan suatu perbuatan dengan menganggapnya sebagai *jarimah* dan menetapkan hukumannya dalam hukum Islam adalah demi melindungi kemaslahatan manusia, memelihara peraturan / sistem yang ada, serta terjaminnya keberlangsungan masyarakat yang kuat dan berakhlak mulia. Allah swt. yang mensyariatkan hukum ini sama sekali tidak terkena dampak dari

---

<sup>45</sup> *Ibid.*, 68.

<sup>46</sup> *Ibid.*

kemaksiatan yang dilakukan manusia meskipun kemaksiatan itu dilakukan oleh seluruh manusia. Allah juga tidak mendapat manfaat dari ketaatan manusia kendati hal itu dilakukan oleh seluruh manusia. Allah swt. justru menetapkan diri-Nya untuk senantiasa memberikan rahmat kepada seluruh hamba-Nya. Sebagaimana Dia telah mengutus para rasul sebagai rahmat untuk semesta alam, untuk menyelamatkan manusia dari kejahiliah, mencerahkan mereka dari kesesatan, mencegah mereka dari kemaksiatan, dan mendorong mereka agar senantiasa taat kepada-Nya.<sup>47</sup>

*Jarīmah* dibagi menjadi tiga bagian, yakni 1) *jarīmah ḥudūd*. Yakni *jarīmah* yang diancam dengan hukuman had. Dan had adalah hukuman yang penetapannya menjadi hak Allah swt.; 2) *jarīmah qiṣāṣ* dan *diyah*. Yakni *jarīmah* yang diancam dengan hukuman qisas dan denda yang penetapannya menjadi hak perseorangan, dengan pengertian bahwa korban dapat memaafkan pelaku, apabila dimaafkan, maka hukuman tersebut menjadi hapus; 3) *jarīmah ta'zīr*. Yakni *jarīmah* yang diancam dengan hukuman pengajaran-pengajaran. Dalam hal ini hakim diberi kebebasan untuk memilih hukuman-hukuman mana yang sesuai dengan macam *jarīmah ta'zīr* serta keadaan pelakunya. Dan hukuman *ta'zīr* tidak ada batas tertentu seperti *naṣ*.<sup>48</sup>

---

<sup>47</sup> *Ibid.*, 69-70.

<sup>48</sup> *Ibid.*, 78-80.



Meski pengertiannya susah dipisahkan, *jinayah* dan *jarimah* mempunyai perbedaan. *Jarimah* biasa dipahami sebagai perbuatan dosa baik dari bentuk, macam, ataupun sifat dari perbuatan dosa tersebut. Misalnya pencurian, pembunuhan, perkosaan, atau perbuatan yang berkaitan dengan politik dan sebagainya. Semua itu kita sebut dengan istilah jarimah yang kemudian dirangkaikan dengan satuan atau sifat perbuatan tadi.<sup>49</sup>

Adapun *jinayah* biasa diartikan lebih umum, yaitu ditujukan bagi segala sesuatu yang ada hubungannya dengan kejahatan manusia dan tidak ditujukan bagi satuan perbuatan dosa tertentu. Oleh karena itu pembahasan mengenai masalah-masalah kejahatan dan pelanggaran manusia dan hukuman yang diancamkan kepada pelaku perbuatan disebut *fiqh jinayah* dan bukan *fiqh jarimah*. Kemudian kita menggunakan istilah jarimah pencurian, jarimah perkosaan, dan jarimah pembunuhan dan bukan istilah jinayah pencurian, jinayah perkosaan, dan jinayah pembunuhan.<sup>50</sup>

## 2. Antara Jarimah dan Delik

Dari pemaparan di atas dapat diambil kesimpulan bahwa antara *jarimah* dan delik (perbuatan pidana) mempunyai pengertian yang mirip, yakni suatu perbuatan yang dilarang oleh suatu hukum disertai ancaman sangsi / hukuman. Bedanya, *jarimah* didasarkan atas hukum-hukum yang

---

<sup>49</sup> Rahmat Hakim, *Hukum Pidana islam (Fiqh Jinayah) Untuk IAIN, STAIN, PTAIS*, (Bandung: CV Pustaka Setia, 2000), 14-15.

<sup>50</sup> *Ibid.*, 15.

berasal dari Alquran, sunah, dan *ijtihād* para ulama fikih, sedangkan delik didasarkan atas undang-undang yang berlaku seperti KUHP. Keduanya merupakan suatu pelanggaran hukum yang dalam istilah Belanda disebut “*strafbaar feit*”. Sebagaimana dijelaskan oleh van Hamel dalam buku Asas-asas Hukum Pidana milik Moeljatno, *strafbaar feit* berarti suatu kelakuan seseorang (*menselijke gedraging*) yang dirumuskan dalam *wet*, yang bersifat melawan hukum, yang patut dipidana (*strafwaardig*) dan dilakukan dengan kesalahan.<sup>51</sup>

Pada prinsipnya, cita-cita hukum syariat (*maqāṣid al-syarī'ah*) yang dalam hukum Eropa disebut *doelmatigheid* (*recht-idee*) adalah *jalbu maṣāliḥ al-'Ibād* (menciptakan kemaslahatan / kemanfaatan bagi umat manusia). Maslahat itu diwujudkan dengan terpeliharanya kepentingan, aturan-aturan, dan kelangsungan hidup manusia. Inilah yang menjadi asas kesadaran hukum masyarakat.<sup>52</sup> Baik hukum Islam maupun hukum positif mempunyai maksud yang sama dalam menetapkan perbuatan-perbuatan jarimah beserta hukumannya yaitu memelihara kepentingan dan aturan-aturan masyarakat, serta menjamin kelangsungan hidupnya.<sup>53</sup>

---

<sup>51</sup> Moeljatno, *Asas-Asas Hukum Pidana*, 56.

<sup>52</sup> Sjechul Hadi Permono, “Kontekstualisasi Fiqih Dalam Era Globalisasi”. Orasi Ilmiah Dalam Rangka Pengukuhan Guru Besar Madya Dalam Ilmu Fiqih Pada IAIN Sunan Ampel, Surabaya, 10 Agustus 1994.

<sup>53</sup> ‘Abdul Qādir ‘Awdah, *al-Tasyrī’ al-Jināiy al-Islāmiy*, 70.

Meskipun demikian, terdapat perbedaan antara hukum Islam dan hukum positif. Syariat menganggap akhlak yang tinggi adalah sendi masyarakat, maka dari itu, syariat sangat memperhatikan soal akhlak, di mana tiap-tiap perbuatan yang bertentangan dengan akhlak yang tinggi tentu diancam dengan hukuman. Sedangkan hukum positif hampir-hampir telah mengabaikan soal akhlak sama sekali, dan belum akan mengambil tindakan kecuali perbuatan tersebut membawa kerugian langsung bagi perseorangan atau keamanan atau aturan masyarakat.<sup>54</sup>

Hukum positif tidak akan menghukum perbuatan zina kecuali perkosaan terhadap salah satu pihak, atau tanpa kerelaan salah satunya, karena dalam keadaan demikian, perbuatan tersebut merugikan perseorangan maupun keamanan umum. Adapun syariat akan menghukum perbuatan zina dalam keadaan dan bentuk apapun, karena zina dianggap sebagai *jarimah* yang bertentangan dengan akhlak, dan jika rusaklah akhlak maka akan rusaklah masyarakat.<sup>55</sup>

Sebab perhatian syariat dalam segi akhlak dikarenakan syariat berdiri atas dasar agama, sedangkan agama memerintahkan dengan akhlak-akhlak yang baik, dan menganjurkan keutamaan serta bertujuan membentuk masyarakat yang baik. Adapun sebab pengabaian hukum positif terhadap akhlak dikarenakan hukum ini tidak berdiri di atas asas agama, melainkan

---

<sup>54</sup> *Ibid.*

<sup>55</sup> *Ibid.*

berdiri di atas kehidupan nyata dan adat-adat serta tradisi yang berlaku di kalangan masyarakat.<sup>56</sup>

Dengan perbedaan-perbedaan di atas, otomatis asas legalitas juga akan berbeda antara hukum pidana positif dan hukum pidana Islam. Asas legalitas Hukum positif mengacu pada perundang-undangan tertulis buatan manusia. Sedangkan dalam hukum pidana Islam, asas legalitas mengacu pada perundang-undangan *naṣ* yakni Alquran dan Sunah.<sup>57</sup> Sehingga apabila terjadi perbuatan jarimah yang tidak terdapat di dalam *naṣ* seperti perbuatan yang bersifat melawan hukum materiil, maka dalam hukum Islam perbuatan yang demikian termasuk dalam *jarimah ta'zīr* (tindak pidana di luar *ḥudūd*, *qīṣāṣ* dan *diyah*).<sup>58</sup>

---

<sup>56</sup> *Ibid.*, 71.

<sup>57</sup> Asas Legalitas (principle of legality), asas yang menentukan bahwa tidak ada perbuatan yang dilarang dan diancam dengan pidana jika tidak ditentukan terlebih dahulu dalam perundang-undangan. Ini biasa dikenal dalam bahasa Latin sebagai *Nullum delictum nulla poena sine praevia lege* (tidak ada delik, tidak ada pidana tanpa peraturan lebih dahulu). Istilah ini berasal dari von Feuerbach, sarjana hukum pidana Jerman (1775-1833). Dialah yang merumuskannya dalam pepatah Latin tadi dalam bukunya: "*Lehrbuch des peinlichen Recht*" (1801). Dalam hukum Islam ada kaidah asasi yang berbunyi لا حكم لأفعال العقلاء قبل ورود النصّ (tidak ada hukuman bagi perbuatan orang-orang yang berakal sehat sebelum ada *naṣ* atau ketentuan). (Moeljatno, *Asas-Asas Hukum Pidana*, 23.). Dan ('Abdul Qadir 'Awdah, *al-Tasyri' al-Jinaiy al-Islamiy*, 115).

<sup>58</sup> *Ta'zīr* adalah hukuman pendidikan atas dosa yang belum ditentukan hukumannya oleh syariat. Maksudnya, *ta'zīr* adalah hukuman atas tindak pidana yang belum ditentukan bentuk dan jumlah hukumannya oleh syariat. Dalam hukuman *ta'zīr* terdapat sekumpulan hukuman yang berbeda yang dimulai dari pemberian nasihat sampai hukuman cambuk dan hukuman penjara atau sampai pada hukuman bunuh bagi pelaku tindak pidana berat yang sangat berbahaya. Tinggallah seorang hakim menentukan pilihannya terhadap keseluruhan bentuk hukuman yang ada disesuaikan dengan tingkat kejahatannya, kondisi pelaku tindak pidana, kondisi psikologisnya, dan perilaku yang lalu. Dia berwenang memperingan atau memperberat hukuman, sebagaimana dia juga berwenang menunda hukuman ketika ia memandang bahwa itu cukup untuk mencegah dan member pendidikan terhadap si pelaku. (*Ibid.*, 126-127.).

### 3. Perbuatan Melawan Hukum Materiil Menurut Fikih Jinayah

Dalam sejarah *syar'u man qablanā* (syariat sebelum Islam), terdapat kejadian yang mengindikasikan perbuatan melawan hukum materiil dalam arti negatif, berikut kisah singkatnya:

Ketika Nabi Musa as. meminta al-Khidhir untuk mengajarkan suatu ilmu kepadanya, maka berjalanlah keduanya dan setiba mereka di suatu tempat di tepi laut, mereka melihat sebuah perahu berlabuh. Al-Khidhir meminta kepada si pemilik perahu agar dapat diangkut menambang di atas perahunya, lalu naiklah keduanya tanpa dipungut upah. Di tengah-tengah perahu sedang meluncur di atas laut dengan kencangnya, tiba-tiba Musa melihat al-Khidhir melubangi perahu itu dengan sebuah beliung, maka ditegurlah al-Khidhir oleh Musa.

Kemudian setelah mencapai tempat tujuan, turunlah Musa dan al-Khidhir dari perahu dan perjalanan mereka dilanjutkan sepanjang tepi laut dan di tengah-tengah perjalanan, tiba-tiba Musa dikejutkan dengan perbuatan al-Khidhir yang melakukan pembunuhan terhadap seorang pemuda yang sedang bermain bersama kawan-kawannya. Ditegurlah kembali ia oleh Musa, “Mengapa engkau membunuh jiwa seorang yang bersih, tidak bersalah dan bukan karena ia membunuh orang lain. Sesungguhnya engkau telah melakukan suatu perbuatan yang mungkar.

Kemudian berjalanlah mereka melanjutkan, hingga tatkala tiba di suatu desa, mereka minta dijamu oleh penduduknya, tetapi ditolak dan enggan menjamu mereka, tiba-tiba al-Khidhir melihat di desa itu sebuah dinding rumah yang hampir roboh, maka dinding itu ditegakkan kembali, maka berkatalah Musa, “Jika sekiranya engkau mau, alangkah baiknya kalau engkau memungut upah pada penduduk desa ini untuk penegakan dinding itu”.

Lalu al-Khidhir menerangkan kepada Musa hikmah yang terkandung dalam perbuatannya bahwa memang ia sengaja merusak bahtera itu dan dijadikannya cacat untuk menyelamatkannya dari tindakan seorang raja yang lalim yang merampas tiap bahtera yang masih baik dan utuh milik rakyat yang miskin yang menggunakan bahteranya untuk mencari nafkah. Dan anak yang dibunuh oleh al-Khidhir adalah seorang kafir sejak dilahirkan, sedang kedua orang tuanya adalah mukmin. Dikhawatirkan oleh al-Khidhir bahwa cinta kedua orang tuanya yang sangat kepada anak itu akan merusak keimanan mereka dan mengikuti anaknya menjadi orang kafir. Dan dinding yang nyaris roboh dan ditegakkannya kembali itu adalah milik dua orang anak yatim penghuni kota itu yang di bawahnya terpendam harta benda simpanan bagi mereka berdua, sedang ayah mereka adalah seorang yang saleh, maka Allah menghendaki agar kedua anak yatim itu

dapat menguasai harta benda simpanan itu kelak bila keduanya sudah mencapai masa kedewasaannya.

Berkata al-Khidhir selanjutnya kepada Musa, bahwa yang diperbuat, yang sepiantas lalu tampak seakan-akan perbuatan mungkar, sesungguhnya bukanlah perbuatan yang dilakukannya itu menurut kemauannya sendiri, melainkan ia melakukan apa yang diperintahkan kepadanya oleh Allah.<sup>59</sup>

Dapat disimpulkan bahwa kisah Nabi Musa as. dan al-Khidhir tersebut mirip dengan kejadian dokter hewan dari kota Huizen yang dianggap tidak melanggar ketentuan undang-undang, jika dia bertindak sesuai dengan ilmu kedokteran. Begitu pula dengan al-Khidhir yang tidak dianggap melakukan perbuatan mungkar karena ia melakukan apa yang diperintahkan kepadanya oleh Allah.

Dalam *fiqh jināyah* tidak ditemukan istilah yang baku tentang sifat melawan hukum materiil. Meskipun demikian, pada prinsipnya *fiqh jināyah* mempertimbangkan pula asas-asas hukum yang tidak tertulis atau adat-tradisi sebagai landasan hukumnya jika memang *naṣ* tidak mengatur suatu perbuatan pidana. Adat atau *urf* adalah sesuatu yang telah berlaku di kalangan kaum muslimin baik berupa perkataan atau perbuatan yang tidak bertentangan dengan Alquran dan Sunah; tidak menimbulkan kemafsadatan

---

<sup>59</sup> Kisah ini berasal dari hadis yang diriwayatkan oleh Ubai bin Ka'ab yang merupakan tafsiran dari *surah al-Kahf* ayat 60-82. (Ibn Katsir, *Mukhtasar Tafsir ibn Katsir*, Terjemahan Salim Bahreisy, Jilid V, (Surabaya: PT Bina Ilmu, 2004), 165-177.).

dan tidak menghilangkan kemaslahatan; dan tidak menimbulkan kesulitan. Kebolehan menggunakan adat sebagai landasan hukum didasarkan atas *naş* berikut:

1. Firman Allah dalam *sūrah al-A'raf* ayat 199:

خُذِ الْعَفْوَ وَأْمُرْ بِالْعُرْفِ وَأَعْرِضْ عَنِ الْجَاهِلِينَ

*“Jadilah engkau pema’af dan suruhlah orang mengerjakan yang ma’ruf, serta berpalinglah daripada orang-orang yang bodoh”*.<sup>60</sup>

2. Perkataan ‘Abdullah bin Mas’ud r.a.:

“Apa yang dipandang baik oleh kaum muslimin, baik pula menurut pandangan Allah dan apa yang dipandang jelek oleh kaum muslimin, jelek pula menurut pandangan Allah”.<sup>61</sup>

Jaih Mubarak mengutip pendapat Muhammad Abu Zahrah tentang perkataan Abdullah bin Mas’ud di atas bahwa baik dari segi pengungkapannya maupun dari segi tujuannya menunjukkan bahwa setiap perkara yang telah mentradisi di kalangan kaum muslimin dan dipandang sebagai perkara yang baik, maka perkara tersebut dipandang baik pula oleh Allah. Oleh karena itu, ulama Hanafiyah dan Malikiyah menyatakan bahwa hukum yang ditetapkan berdasarkan adat atau *urf* yang baik sama dengan yang ditetapkan berdasarkan dalil syarak. Sedangkan ulama Syafi’iyah

---

<sup>60</sup> Yayasan Penyelenggara Penterjemah/Penafsir Alquran, *Alquran Dan Terjemahnya*, (Jakarta: Yayasan Penyelenggara Penterjemah/Penafsir Alquran, 1971), 255.

<sup>61</sup> Jaih Mubarak, *Kaidah Fiqh Jinayah Asas-asas Hukum Pidana Islam*, (Bandung: Pustaka Bani Quraisy, 2004), 111-112.



menyatakan bahwa hukum yang ditetapkan oleh ‘urf yang baik sama dengan yang ditetapkan oleh *naş*, sehingga para ulama sepakat menyusun sebuah kaidah asasi yang berkenaan dengan adat, yaitu: *العَادَةُ الْمُحَكَّمَةُ*

*“Adat dapat dijadikan pertimbangan dalam penetapan hukum”*.<sup>62</sup>

Dengan begitu dapat diambil kesimpulan bahwa hukum pidana Islam juga mempertimbangkan asas-asas di luar hukum tertulis dengan menggunakan ‘urf dalam pertimbangan hukumnya. Meskipun suatu perbuatan tersebut tidak diatur dalam *naş*, namun apabila perbuatan tersebut dianggap tercela karena tidak sesuai dengan rasa keadilan masyarakat, maka perbuatan tersebut dapat dipidana. Suatu perbuatan melanggar pun dapat dihapuskan jika itu tidak dianggap tercela. Sebagaimana perkataan Abdullah bin Mas’ud di atas, dapat kita katakan bahwa jika kaum muslimin menganggap suatu perkara / perbuatan baik maka Allah juga akan menganggapnya baik, namun jika kaum muslimin menganggap tercela suatu perbuatan maka Allah akan menganggapnya tercela pula, sehingga hukuman pidana bisa dijatuhkan kepadanya. Dan ada hadis yang terkenal menyebutkan, *لَا تَتَّفِقُ أُمَّتِي عَلَىٰ خَطِيئَةٍ*, “Umatku tidak akan bersepakat atas kekeliruan”.

---

<sup>62</sup> *Ibid.*, 112-113.