

BAB I

PENDAHULUAN

A. Latar Belakang

Dalam hukum di Indonesia atau hukum Nasional segala peraturan-peraturan tentang pelanggaran, kejahatan, dan sebagainya diatur oleh hukum pidana (*strafrecht*) dan dimuat dalam satu Kitab Undang-Undang yang disebut Kitab Undang-Undang Hukum Pidana. Hukum pidana ialah hukum yang mengatur tentang pelanggaran-pelanggaran dan kejahatan-kejahatan terhadap kepentingan umum, perbuatan mana diancam dengan hukuman yang merupakan suatu penderitaan atau siksaan¹. Hukum pidana tidak membuat peraturan-peraturan yang baru, melainkan mengambil dari peraturan hukum yang lain yang dimana memiliki sifat kepentingan hukum². Hukum ada karena adanya masyarakat (*ubi-ius-ubi-societas*). Hukum menghendaki kerukunan dan perdamaian dalam pergaulan hidup bersama. Hukum bertujuan mengisi kehidupan yang jujur dan damai dalam seluruh lapisan masyarakat³. Perjalanan sejarah pada hukum pidana di Indonesia memakan waktu yang lama dan melewati beberapa zaman yang dibagi menjadi empat zaman, yakni pada zaman VOC, Hindia Belanda, Jepang dan Kemerdekaan⁴. Yang dimana pada zaman tersebut Indonesia sedang menjadi wilayah penjajahan bagi beberapa Negara didunia, karena tanah di Indonesia itu memiliki tingkat kesuburan yang bagus untuk bercocok tanam dan memiliki

¹C.S.T Kansil, 1984. *Pengantar Ilmu Hukum dan Tata Hukum Indonesia*, Jakarta, PN Balai Pustaka hal. 257

² Ibid hal 258

³ Sudarsono, *Pengantar Ilmu Hukum*, cet. ke-2 (Jakarta : Rineka Cipta, 1995), hal. 48.

⁴ Andi Hamzah, 2014. *Asas-asas Hukum Pidana*, Jakarta. Rineka Cipta hal 15

banyak keuntungan lainnya yang dimiliki Indonesia dibandingkan Negara lainnya, sehingga banyak Negara yang menginginkan tanah air Indonesia. Pada saat itu masyarakat Indonesia mengganut sumber hukum adat yang mengatur semua aturan hidup bermasyarakat dan aturan adat yang diterapkan disetiap wilayah berbeda-beda tergantung wilayah-wilayah yang mereka singgahi. Hukum adat lahir karena adanya kebiasaan dari masyarakat yang ada di wilayah tersebut dan juga dibantu dengan budaya yang telah dilakukan oleh nenek moyang dari wilayahnya masing-masing, karena setiap wilayah punya kebiasaan atau kebudayaan yang berbeda-beda yang dibawakan oleh nenek moyang atau leluhur mereka.

Akan tetapi sesudah Negara Indonesia dijajah oleh beberapa Negara dan Indonesia terbebas (merdeka) dari jajahan Negara-negara tersebut pada akhirnya hukum Belanda yang diterapkan di Negara Indonesia karena bangsa Belanda saat itu menjajah Indonesia bertahun-tahun lamanya sehingga hukum yang dimiliki oleh mereka diterapkan juga di Indonesia. Dan hasil dari perjalanan yang panjang tersebut ialah sebuah kitab undang-undang yang tidak jauh mengganut kepada hukum Belanda yang disebut dengan KUHP atau kitab undang-undang hukum pidana, yang sebelumnya telah mengalami pergantian nama.

Tujuan hukuman dalam hukum pidana itu memiliki sifat paksaan yang dimana disertai dengan siksaan dan penderitaan terhadap pelaku tindak pidana⁵. Aturan yang mengatur tentang hukuman yang akan di berikan kepada pelaku

⁵ C.S.T Kansil. Op.cit. hal 258

tindak kejahatan yang ada di Indonesia ditulis didalam KUHP pada pasal 10 KUHP, yang terdiri atas :

1. pidana pokok (utama), yang dimana pidana pokok ini terdiri atas pidana mati, pidana penjara, pidana kurungan, pidana denda dan pidana tutupan.
2. Pidana tambahan, yang terdiri atas pencabutan hak-hak tertentu, perampasan (penyitaan) barang-barang tertentu, dan pengumuman keputusan hakim⁶.

Dan dalam hukum Islam hukum pidana disebut dengan *jinayah* yang diartikan dengan perbuatan-perbuatan yang dilarang oleh *syara'* yang di ancam oleh Allah SWT dengan *jarimah* (hukuman) *hudud*, *qishas* dan *diat* atau *ta'zir*, dengan kata lain berbuat atau tidak berbuat baru dianggap sebagai tindak pidana apabila telah ditetapkan dan diancamkan suatu hukuman terhadapnya⁷.

Adapun pengertian hukuman menurut Abdul Qadr Audah adalah sebuah pembalasan yang ditetapkan untuk kemaslahatan masyarakat, karena adanya pelanggaran atas ketentuan-ketentuan *syara'*⁸.

Pengertian jarimah menurut Imam Al-Mawardi ialah jarimah merupakan perbuatan-perbuatan yang dilarang oleh *syara'* yang diancam oleh Allah dengan hukuman *had* atau *ta'zir*⁹.

⁶ C.S.T Kansil. Op.cit hal 260

⁷ Abdul Qadr Audah, *At-tasyri' al-Jina'i al-Islamy Muqaranan bil Qanunil Wad'iy*. Terj. Tim Tsaisah, *Ensiklopedia Hukum Pidana Islam*, Bogor. PT Karisma Ilmu, buku 1 hal 87

⁸ Ahmad Wardi Muslich, 2016. *Hukum Pidana Islam*, Jakarta. Sinar Grafika, hal 10

⁹ Ibid hal 9

Jarimah hudud ialah suatu hukuman yang aturannya itu telah ditetapkan oleh *syara'* sehingga terbatas jumlah hukumannya. Bukan hanya jumlah hukumannya saja pada *jarimah hudud* ini juga ditentukan secara jelas oleh Al-Qur'an ataupun As-Sunnah¹⁰. Adapun ciri khas yang ada didalam jarimah hudud ini adalah :

- a. Hukumannya itu tertentu dan terbatas tidak ada batas maksimal ataupun minimal
- b. Hukumannya merupakan hak Allah semata dan merupakan hukuman yang paling dominan selain hukum yang dibuat oleh manusia (pemimpin Negara).

Ada beberapa tindak pidana yang termasuk kedalam *jarimah hudud*, diantaranya adalah¹¹ :

1. Zina atau persetubuhan yang dilakukan secara tidak sah
2. Qadzaf atau menuduh seseorang melakukan perzinahan
3. Syurb al-khamr atau meminum minuman keras
4. Syariqah atau pencurian
5. Hirabah atau perampokan
6. Riddah atau keluar dari agama Islam
7. Al-Bagyu atau pemberontakan

Jarimah qishash atau *diat*, yang dimana hukuman ini sudah ditentukan oleh *syara'*. Perbedaan dengan hukuman *had* adalah bahwa hukumannya itu

¹⁰ Rahmat Hakim, 2010. *Hukum Pidana Islam (Fiqh Jinayah)*, Bandung. Pustaka Setia hal 26

¹¹ Ahmad Wardi Muslich. Op.cit hal 5

merupakan hak Allah, sedangkan *qishash* dan *diat* itu hukumannya merupakan hak manusia yang bisa diartikan sebagai undang-undang yang dibentuk oleh pemerintahan. Akan tetapi pada *jarimah* ini juga memiliki batasan dari jumlah hukumannya dan hukumannya pun tidak mengenal batas tertinggi maupun terendah karena hukumannya itu di peruntukan disetiap perbuatan-perbuatannya¹². Dan dalam penjatuhan hukumannya pun berbeda karena dalam *jarimah* ini pelaku bisa dimaafkan oleh korban maupun keluarga korban, atas perbuatannya hingga dapat dibebaskan tanpa syarat karena hukumnya itu dibuat oleh manusia dan ditetapkannya juga tergantung manusia itu sendiri, dalam hal menjatuhkan hukumannya ini ditetapkan oleh seseorang yang bernama hakim. Pengertian *qishash* sebagai mana dikemukakan oleh Muhammad Abu Zahrah adalah “persamaan dan keseimbangan antara *jarimah* dan hukuman¹³”. Adapun macam-macam tindak pidana yang termasuk kedalam *jarimah qishash* dan *diat*, yaitu pembunuhan sengaja, pembunuhan menyerupai sengaja, pembunuhan karena kesalahan, penganiayaan sengaja dan penganiayaan tidak sengaja.

Jarimah ta'zir adalah sebuah hukuman yang berbentuk pelajaran. Seperti dalam penjelasan Al-Mawardi yang menyebutkan bahwa *ta'zir* adalah hukuman pendidikan atas tindakan yang telah dilakukannya namun hukumannya itu belum ditentukan oleh *syara'*¹⁴. Ketentuan hukumannya itu disahkan oleh penguasa Negara dan hukuman ini dapat dipakai lebih lama dibandingkan dua *jarimah* yang

¹² Rahmat Hakim. Op.cit hal 27

¹³ Ahmad Wardi Muslich. Op.cit hal 6

¹⁴ Ibid hal 7

lain karena *jarimah* ini bersifat fleksibel terhadap perubahan yang terjadi dilingkungan tersebut.

Adapun unsur-unsur yang diambil dari pengertian *jinayah*, diantaranya :

1. Adanya *nash* atau unsur formal, yang dimana melarang perbuatan-perbuatan tertentu yang disertai ancaman hukuman atas perbuatan-perbuatan tersebut.
2. Adanya unsur perbuatan atau unsur material, yang dimana unsur ini yang membentuk *jinayah*, baik berupa melakukan perbuatan yang dilarang atau meninggalkan perbuatan yang diharuskan.
3. Adanya pelaku atau unsur moral, pelaku kejahatan adalah orang yang dapat menerima *khithah* atau dapat memahami *taklif*, artinya pelaku kejahatan adalah *mukallaf*, sehingga pelaku bisa di tuntutan atas kejahatan yang telah diperbuatnya¹⁵.

Hukum pidana Islam menganggap setiap hubungan badan yang diharamkan termasuk kedalam perbuatan zina dan orang yang melakukannya harus dihukum dan termasuk kedalam jarimah *hudud*, sedangkan hukum di Indonesia atau hukum Nasional tidak menganggap setiap hubungan badan yang di haramkan sebagai zina. Alasan hukum Nasional tidak setiap berhubungan badan itu disebut zina, karena mengacu dan melihat kepada hukum yang ada di Mesir dan Perancis yang dimana mereka menganggap jika seseorang melakukan berhubungan layaknya suami istri namun sebenarnya yang melakukan bukan

¹⁵ A. Djazuli, 1997. *Fiqih Jinayah*, Jakarta, PT Raja Grafindo Persada. Hal 3

suami istri atau pasangannya tidak dianggap zina namun hanya bersetubuh dan merusak kehormatan saja, namun jika orang yang melakukannya itu sudah memiliki suami atau istri tetapi tetap melakukan perbuatan bersetubuhan maka dianggap zina¹⁶.

Namun para ulama menjelaskan zina dengan berbagai macam arti, termasuk dari empat mazhab juga memiliki arti-arti yang berbeda. Dimulai dari Ulama Malikiyah menjelaskan bahwa zina adalah perbuatan *mukalaf* yang menyetubuhi *farji* anak Adam yang bukan miliknya secara sepakat tanpa ada *syubhat* dan disengaja. Ulama Hanafiyah mendefinisikan zina adalah perbuatan lelaki yang menyetubuhi perempuan di dalam *kubul* tanpa ada milik dan menyerupai milik. Ulama Syafiiyah menjelaskan zina adalah memasukkan *zakar* ke dalam *farji* yang haram tanpa ada *syubhat* dan secara naluri mengundang *syahwat*. Dan ulama Hanabilah menjelaskan bahwa zina itu adalah perbuatan keji pada *kubul* atau dubur¹⁷.

Hukum pokok dalam hukum pidana Islam adalah bahwa setiap orang yang haram disetubuhi pada *fajri* karena dianggap zina, Allah SWT berfirman dalam surat al-Mu'minun (23) ayat 5-7¹⁸, yang berbunyi :

وَالَّذِينَ هُمْ لِأُزْوَاجِهِمْ حَافِظُونَ (٥) إِلَّا عَلَىٰ أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ فَإِنَّهُمْ غَيْرُ
مَلُومِينَ (٦) فَمَنِ ابْتَغَىٰ وَرَاءَ ذَلِكَ فَأُولَٰئِكَ هُمُ الْعَادُونَ (٧)

Artinya : “Dan orang-orang yang menjaga kemaluannya. (Dan orang-orang yang terhadap kemaluannya mereka selalu memeliharanya) dari yang

¹⁶ Abdul Qadr Audah. Op.cit hal 151

¹⁷ Ibid hal 154

¹⁸ Al-Kamil, 2012. *Al-Qur'am dan Terjemahanya*, Jakarta, CV. Darus Sunnah , hal 342

diharamkan. kecuali terhadap isteri-isteri mereka atau budak yang mereka miliki; maka sesungguhnya mereka dalam hal ini tiada tercela. (Kecuali terhadap istri-istri mereka) (atau terhadap budak yang mereka miliki) yakni hamba sahaya wanita yang mereka tawan dari peperangan (maka sesungguhnya mereka dalam hal ini tiada tercela) bila mereka mendatangnya.”

Ibnu Rusyd menuturkan zina adalah persetubuhan yang terjadi bukan karena pernikahan yang sah, bukan karena semu nikah dan bukan pula karena pemilikan (terhadap hamba). Secara garis besar pengertian ini telah disepakati oleh para *fukaha*, meski mereka masih ada yang berbeda pendapat tentang manakah yang dukatakan *syubhat* yang menghindarkan hukumam *had*, dan mana pula yang tidak menghindarkan hukuman tersebut. Dengan penjelasan yang singkat Taqiyyudin Abi Bakr bin Muhammad al-Husaini menyatakan bahwa yang dimaksud dengan zina adalah memasukan alat kelamin laki-laki kemudian dalam alat kelamin perempuan yang bukan haknya dan tidak ada *syubhat*¹⁹. *Syubhat* yang dimaksud dalam hal perzinahan ini adalah setiap peristiwa atau keadaan yang menyebabkan suatu perbuatan berada diantara dua ketentuan hukum, yaitu perbuatan yang dilarang atau perbuatan yang tidak dilarang²⁰.

Hal-hal yang ditempatkan sebagai *syubhat* yang dapat meniadakan hukum tersebut menurut para ulama adalah sebagai berikut :

- a. *Syubhat* dalam berbuat yaitu hubungan kelamin yang berlangsung antara pasangan yang meyakini sebagai suami istri, tetapi ternyata kemudian bahwa dia bersetubuh dengan oran lain.

¹⁹ Ahmad Hasan Gaos dan Andewi Suhartini, 2006. *Dasar-dasar Fiqh Jinayah Edisi Revisi*, Bandung, CV. Insan Mandiri. Hal 93

²⁰ Ahmad Wardi Muslich. Op.cit hal 17

- b. *Syubhat* dalam hukum yaitu hubungan kelamin yang berlangsung antara laki-laki dan perempuan yang oleh satu pendapat dinyatakan tidak sah, sedangkan menurut pendapat lain adalah sah.
- c. Hubungan kelamin antara pasangan yang meyakini sebagai pasangan yang sah tetapi ternyata kemudian tidak sah.
- d. Hubungan kelamin secara terpaksa.
- e. Pengakuan dari pihak yang melakukan hubungan kelamin bahwa mereka adalah suami istri
- f. Dapat di buktikan bahwa si perempuan masih dalam keadaan perawan²¹.

Dan persetubuhan juga bisa terjadi dengan adanya *syubhat* adalah apabila terdapat suatu keadaan yang meragukann, apakah persetubuhannya itu dilarang atau tidak²². Ada beberapa ulama membagikan *syubhat* menjadi beberapa bagian, seperti Imam Syafi'I yang membagikannya kepada tiga bagian, yakni *syubhat* dalam objek atau tempat, *syubhat* pada dugaan pelaku, dan *syubhat* pada jihat atau aspek hukum.

Jika seseorang melakukan suatu perbuatan pasti ada sebabnya orang tersebut mealkukan perbuatan itu, termasuk pada perbuatan perzinahan. Sebab yang menjadikan seseorang melakukan perzinahan, diantaranya adanya pengaruh dari lingkungan sekitar, pengaruh dari kebudayaan yang berkembang disekitarnya, dari padangangannya, dan sampai pengaruh dari media masa seperti media social yang sudah digandrungi banyak usia.

²¹ Asep Arifin, 2016. *Tafsir Ayat Hukum Pidana Islam (tafsir ahkam jinayah)*, Bandung, Multi Krasindo. Hal 68

²² Ahmad Wardi Muslich. Op.cit hal 17

Dilihat dari pelakunya, orang-orang yang berzina itu dapat di bedakan menjadi empat macam yaitu pezina *muhshan* dan sudah kawin, pezina yang belum kawin, orang-orang merdeka dan hamba serta laki-laki dan perempuan. Sedangkan dilihat dari ancaman hukuman *hadnya*, dalam syariat Islam pezina diklasifikasikan tiga macam, yaitu *ghair muhshan* (jejaka/perawan), pezina *muhsan* dan pezina seorang hamba²³. Namun dalam hukum Nasional tindak pidana perzinahan tidak memiliki kualifikasi yang khusus terhadap tindakan dan pelakunya.

Dari waktu kewaktu perbuatan yang dilakukan oleh manusia sudah beragam jenisnya dengan mengikuti perkembangan yang terjadi di muka bumi ini. Contohnya pada perbuatan zina, yang dimana perbuatan zina itu biasanya dilakukan oleh seorang perempuan dan seorang laki-laki (dilakukan oleh dua orang yang berbeda jenis kelaminnya), seperti apa yang telah dijelaskan diatas. Namun saat ini ada fenomena baru yang terjadi di lingkungan masyarakat Indonesia yakni, perzinahan yang dilakukan oleh sesama jenis. Seperti halnya pada kasus yang terjadi di Indonesia pada tahun 2015 di wilayah Boyolali, yang dimana ada sepasang laki-laki dengan laki-laki yang akan mengadakan *tasyakuran*. Namun dalam acara tersebut sepasang laki-laki dan laki-laki ini memakai layaknya acara pernikahan yang biasanya dipakai oleh sepasang perempuan dan laki-laki²⁴.

²³ Ahmad Hasan Gaos dan Andewi Suhartini. Op.cit. hal 98

²⁴ <https://www.google.com/amp/regional/2015/10/19/poisi-boyolali-sulit-terapkan-pasal-perzinahan-untuk-darino-dan-dumani> diakses 31 Januari 2019 pukul 09:22 WIB (tribun news.com)

Dan pada kasus yang sama sudah banyak terjadi di Indonesia akhir-akhir ini, faktor dari adanya kasus tersebut bukan hal yang tabu atau asing lagi, yakni faktor dari bebasnya pergaulan dan perkembangan zaman yang makin berkembang. Tak hanya itu saja tetapi faktor dari kebudayaan barat yang masuk dengan mudahnya pun ikut berpengaruh terhadap pergaulan dan juga perkembangan dari media sosial yang sudah makin modern dan di Indonesia merupakan masyarakat yang sangat mengikuti atau pemakai media social yang sangat banyak. Maka tidak asing lagi jika faktor-faktor tersebut merupakan yang utama akan terjadinya perbuatan-perbuatan yang menyimpang dengan aturan hukum maupun dengan kodratnya sebagai manusia yang baik didunia ini.

Perzinahan yang dilakukan oleh sesama jenis ini sebenarnya telah terjadi dimasa Nabi Muhammad SAW sebelum beliau wafat. Namun setelah adanya peringatan yang diturunkan oleh Allah SWT perbuatan tersebut tidak terjadi lagi pada saat itu. Dengan terulangnya kembali tindakan tersebut dalam hukum pidana Islam sudah lebih dulu menerangkan tentang perzinahan sesama jenis ini. Namun dalam hukum Nasional (KUHP) yang dimiliki oleh Indonesia tidak memiliki penjelasan maupun hukum yang jelas mengenai tindakan perzinahan yang dilakukan oleh sesama jenis ini.

Dalam hukum Nasional (KUHP) memang tidak menjelaskan secara rinci maupun memberikan penjelasan hukuman kepada pelaku perzinahan sesama jenis,

namun ada pasal yang membahas tentang kejahatan asusila yang dilakukan kepada sesama jenis, yakni dalam pasal 292 KUHP yang berbunyi ²⁵:

“Orang dewasa yang melakukan perbuatan cabul dengan orang lain sesama kelamin, yang belum dewasa, diancam dengan pidana penjara paling lama lima tahun”.

Perbuatan cabul yang disebut dalam pasal tersebut adalah perbuatan asusila yang dilakukan oleh seorang pelaku yang memiliki kelamin yang selama dengan korban, untuk meraih kepuasan diri (seksual) diluar ikatan perkawinan. Adapun menurut seorang ahli yaitu, R. Soesilo menjelaskan perbuatan cabul di dalam KUHP yaitu segala perbuatan yang melanggar kesusilaan (kesopanan) atau perbuatan yang keji, semuanya itu dalam lingkungan nafsu birahi kelamin. Ada beberapa bentuk dan jenis istilah tentang pencabulan adalah²⁶:

1. *Exhibitionism seksual* yaitu, sengaja memamerkan alat kelamin pada anak.
2. *Voyeurism* yaitu, orang dewasa mencium anak dengan bernafsu.
3. *Fonding* yaitu, mengelus/meraba alat kelamin seorang anak.
4. *Fellatio* yaitu, orang dewasa memaksa anak untuk melakukan kontak mulut.

Namun kasus yang sedang terjadi di kalangan masyarakat sudah berkembang yang dimana tidak hanya tindakan pencabulan saja yang dilakukan oleh seseorang yang memiliki kelainan seksual, tetapi tindakan perzinahan sesama jenis pun sudah mulai marak atau terjadi dilingkungan masyarakat sekarang ini.

²⁵ Andi Hamzah, 2011. *KUHP dan KUHPA*, Jakarta, PT. Rineka Cipta. Hal 117

²⁶ Kartini Kartono, 1985. *Psikologi Abnormal dan Abnormalitas Seksual*. Bandung. Mandar Maju hal 264

Sebenarnya pencabulan yang dimaksud didalam pasal tersebut merupakan bahasa ahlu dari tindakan kejahatan yang berhubungan dengan kejahatan asusila atau kejahatan kelamin. Sehingga kata cabul yang ada di dalam pasal 292 KUHP tersebut bisa dikategorikan hingga perbuatan perzinahan yang dilakukan juga oleh seseorang sesama jenis. Dilihat dari kasus yang diatas, hukum pidana Islam memiliki pendapat lain tentang hukuman bagi seseorang yang melakukan perzinahan sesama jenis ini.

Berdasarkan uraian latar belakang masalah diatas, maka penulis berinisiatif untuk mengangkat masalah tersebut menjadi judul skripsi yaitu : “Tinjauan Hukum Pidana Islam Terhadap Sanksi Perzinahan Sesama Jenis dalam Pasal 292 KUHPidana”.

B. Rumusan Masalah

1. Bagaimana unsur-unsur perzinahan sesama jenis dalam pasal 292 KUHP prespektif hukum pidana Islam ?
2. Bagaimana sanksi bagi pelaku pezina sesama jenis dalam pasal 292 KUHP prespektif hukum pidana Islam ?

C. Tujuan Penelitian

Adapun tujuan penelitian ini adalah:

1. Untuk mengetahui unsur-unsur tindak pidana perzinahan sesama jenis dalam pasal 292 KUHP dan perspektif hukum pidana Islam.
2. Untuk mengetahui sanksi bagi pelaku pezina sesama jenis dalam pasal 292 KUHP prespektif hukum pidana Islam.

D. Kegunaan Penelitian

1. Secara teoritis

Diharapkan dapat menjadi pemicu penelitian lain dalam upaya mengkaji, mendalami, relevansi antara hukum pidana Islam dengan hukum Nasional. Diharapkan mampu memberikan sumbangan pemikiran yang berharga bagi pendidikan untuk menambah *khazanah* intelektual.

2. Secara praktis

Penelitian ini diharapkan mampu memberikan manfaat bagi mahasiswa Hukum Pidana Islam khususnya dalam bidang kajian Fiqh Jinayah.

E. Kerangka Pemikiran

Pembahasan mengenai kerangka teori ini diawali dengan konsep atau pengertian hukum. Dalam hukum memang sulit ditemukan suatu definisi yang sungguh-sungguh dapat memadai kenyataannya. Immanuel Kant mendefinisikan hukum adalah keseluruhan syarat yang dengan ini kehendak bebas dari orang yang satu dapat menyesuaikan dengan kehendak bebas dari orang lain memenuhi peraturan hukum tentang kemerdekaan²⁷.

Hukum pidana mempunyai karakteristik yang berbeda dengan hukum perdata. Yang dimana dalam gugatan perdata membahas tentang berapa besar tergugat telah merugikan penggugat dan bagaimana tergugat untuk membayar kerugian yang dialami penggugat, akan tetapi dalam pidana itu sebaliknya yang dimana dilihat dari seberapa jauh terdakwa telah merugikan masyarakat dan pada

²⁷Ishaq, 2012. *Cetakan Ke tiga Dasar-Dasar Ilmu Hukum*, Jakarta, Sinar Grafika

perbuatan yang telah dilakukannya itu mengandung sanksi atas pelanggaran hukumnya²⁸.

Tujuan hukum pidana adalah memberi sistem dalam bahan-bahan yang banyak dari hukum itu. Dalam literatur bahasa Inggris tujuan pidana ada beberapa istilah yakni *reformation* (memperbaiki atau merehabilitasi pelaku), *restraint* (pengasingan terhadap pelaku), *retribution* (pembalasan kepada pelaku) dan *deterrence* (menjera atau mencegah perbuatan yang melanggar hukum, pencegahannya terdiri dari pencegahan khusus dan pencegahan umum)²⁹. Asas-asas dihubungkan satu sama lain sehingga dapat dimasukkan dalam suatu sistem. Penyelidikan secara demikian adalah dogmatis yuridis. Salah satu alat atau cara untuk mencapai tujuan hukum pidana itu sendiri adalah memidana seseorang yang telah melakukan tindak pidana. Namun perlu diketahui dahulu maksud atau alasan dari suatu pidanaan terhadap pelaku tindak pidana³⁰.

Dan dalam hukum positif tujuan pidanaan ada beberapa teori, yaitu;

1. Teori absolut yang dimana teori ini memandang bahwa pidanaan merupakan pembalasan atas kesalahan yang telah dilakukan, pidanaan diberikan karena si pelaku harus menerima sanksi itu demi kesalahannya.

Dan menurut teori ini dasar hukuman harus dilihat dari jenis kejahatannya itu sendiri, karena kejahatan yang telah dilakukannya itu telah

²⁸ Andi Hamzah. Op.cit hal 27

²⁹ Ibid hal 28

³⁰C. S. T. Kansil. Op.cit. hal 265

menimbulkan penderitaan bagi orang lain sebagai imbalannya pelaku mendapatkan sanksi yang setimpal³¹.

2. Teori relatif, dalam teori ini pemidanaan bukan sebagai balasan atas kesalahan si pelaku, tetapi sebagai sarana mencapai tujuan bermanfaat untuk melindungi masyarakat menuju kesejahteraan. Dan dari teori ini muncul pemidanaan saebagai sarana pencegahan, yang dimana pencegahan umum yang ditujukan kepada masyarakat³².
3. Teori penggabungan, teori ini mendasarkan pidana pada asas pembalasan dan asas tertib pertahanan tata tertib masyarakat, dengan kata lain dua alasan itu menjadi dasar dari penjatuhan pidana, dan pada dasarnya teori ini penggabungan dari teori absolut dan teori relatif³³.

Dalam pertanggung jawaban yang dijelaskan dalam KUHP bahwa jika seseorang melakukan tindak pidana barulah pertanggung jawabannya itu harus dilakukan oleh sipelaku, sebaliknya keberadaan pada tindak pidana tidak akan tergantung pada ada atau tidaknya orang-orang yang kenyataannya melakukan tindak pidana tersebut³⁴. Namun pertanggung jawaban pada hukum pidana Islam itu merupakan pembebanan kepada seseorang dengan akibat perbuatan yang telah dilakukan dengan kemauannya sendiri, yang dimana orang itu sudah paham dan mengetahui dengan apa yang akan terjadi jika ia melakukan tindakan-tindakan yang keluar dari aturan-aturan yang telah berlaku. Dan dalam hukum Islam ada

³¹ Leden Marpaung, 2009. *Asas Teori Praktek Hukum Pidana*, Jakarta, Sinar Grafika hal. 105

³² Ibid hal. 106

³³ Ibid hal. 107

³⁴ Hendri Nauli Rambe, 2016. *Perzinahan dalam Prespektif Islam sebagai Alternatif Pembaharuan Hukum Pidana Tentang Perzinahan di Indonesia*. Diakses di 22 februari 2019 pukul 10.00 WIB

tiga hal yang mengatur tentang pertanggung jawaban pelaku, yakni adanya perbuatan yang dilarang, dikerjakan dengan kemauan sendiri dan pelakunya mengetahui akibat apa yang akan terjadi sesudah melakukan tindakan tersebut³⁵.

Hukum pidana Islam dikenal juga dengan istilah *Fiqh Jinayah*, dalam istilah tersebut ada dua istilah penting yang harus dipahami terlebih dahulu. Pertama, adalah istilah *jinayah* itu sendiri dan kedua, istilah *jarimah*. Kedua istilah ini secara etimologi mempunyai arti dan arah yang sama. Walaupun demikian, kedua istilah tersebut berbeda dalam penerapan kesehariannya³⁶.

Dalam hukum pidana Islam tindak pidana asusila atau perzinahan ini telah di tetapkan secara jelas didalam Qur'an dan Hadist. Al-Lahyani mengatakan "Zina yang dibaca pendek adalah bahasa penduduk *Hijaz*, sedangkan zina yang dibaca panjang adalah bahasa *Tamim*. Dengan begitu dalam hukum Islam perbuatan zina ini termasuk kedalam perbuatan yang setara dengan tindak pidana pencurian, *khamr*, *qadzaf* dll, yang dimana perbuatan tersebut merupakan perbuatan yang keji dan perbuatan zina ini termasuk kedalam perbuatan dosa besar. Tak hanya itu dalam agama Islam pun segala bentuk perbuatan zina ini sangat dilarang. dengan tujuan untuk melindungi kesucian ikatan keluarga dan menjaga agar moral manusia tidak sama dengan hewan. Namun tidak ada aturan jelas di dalam Al-Qur'an mengenai perzinahan yang dilakukan oleh seseorang yang menyukai sesama jenis, hanya saja ada sebuah hadis dari Abu Musa r.a Rasulullah yang menyatakan, bahwa :

³⁵ Ibid

³⁶Rahmat Hakim. Op.cit

وروى محمد بن عبدالرحمن عن خالد الحذاء عن بن سيرين عن أبي موسى قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم إذا أتى الرجل الرجل فجمها زانيان وإذا أتت المرأة المرأة فجمها زانيتان

Riwayat Muhammad Ibn Abdi Rahman dari Khalid Khiza'I dari Ibn Shiyruyain dari Abi Musa berkata : Rasulullah SAW berkata : “Apabila laki-laki bersetubuh dengan laki-laki maka mereka adalah pezina. Demikian juga perempuan yang bersetubuh dengan perempuan³⁷”.

Dengan hadis yang diterangkan diatas maka persetubuhan yang dilakukan oleh seseorang yang melakukan persetubuhannya dengan jenis kelamin yang sama maka persetubuhannya itu disamakan dengan perbuatan zina yang dilakukan oleh seseorang yang melakukan persetubuhan dengan beda jenis kelaminnya. Adapun kaidah yang mengacau terhadap perbuatan zina ini adalah

ان ما أدى الى الحرام فهو حرام

Yang artinya bahwa “setiap perbuatan yang mendatangkan kepada haram maka hukumnya adalah haram³⁸”. Kata “perbuatan yang mendatangkan kepada haram” yang dimaksud dalam kaidah diatas adalah segala perbuatan yang mendekati atau yang termasuk kepada perbuatan zina yang dapat merugikan atau perbuatan yang salah melawan hukum termasuk kedalam perbuatan haram yang telah Allah SWT perintahkan kepada manusia untuk menjauhi segala perbuatan zina tersebut dan ada ancaman hukuman atas perbuatannya.

³⁷ Enceng Arif Faizal, 2003. *Draf Kaidah-kaidah Fiqh Jinayah*, Bandung. Hal 133

³⁸ Ahmad Wardi Muslich. Op.cit hal 9

Dalam hukum pidana Islam memberikan sanksi terhadap pelaku tindak pidana yang berupa hukuman berat itu agar menimbulkan efek jera dan pelajaran bagi pelaku tindak pidana asusila ini. Dengan demikian hukuman yang telah ditetapkan didalam hukum pidana Islam ini terhadap pelaku tindak pidana asusila termasuk kedalam kategori jarimah *hudud* yang dimana hukumannya itu adalah di dera sebanyak 100kali dengan batu³⁹. Sesuai dengan firman Allah SWT dalam surat Al-Isra' ayat 32⁴⁰, yang berbunyi :

وَلَا تَقْرَبُوا الزَّانَةَ إِنَّهُ كَانَ فَاحِشَةً وَسَاءَ سَبِيلًا

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

Berdasarkan ayat diatas dapat disimpulkan bahwa *syari'at* Islam atau hukum Islam tidak menganjurkan bagi setiap orang untuk mendekati maupun berbuat zina. Oleh karena itu, bila ada seseorang yang telah terbukti melakukan perzinahan tanpa ada keraguan apapun maka hukuman itu harus dijatuhkan kepada orang yang melakukan pezinaan tersebut. Dengan begitu segala bentuk dari perbuatan zina memang sudah dilarang keras oleh hukum Islam karena banyak kerugian yang akan diterima oleh siapapun yang melakukannya. Dikuatkan dengan hadist Rasulullah yang diriwayatkan oleh Ibnu Abbas dari Rasulullah SAW, menyebutkan bahwa *“orang yang kalian temui melakukan perbuatan kaum Nabi Luth, maka bunuhlah pelaku dan orang yang diliwat”*⁴¹. Dengan adanya beberapa hadist dan ayat Al-qur'an yang menyuruh untuk tidak

³⁹Abdul Qadr Audah. *Op.cit.* Buku 4 hal 182

⁴⁰ Al-Kamil, 2012. *Al-Qur'am dan Terjemahannya*, Jakarta, CV. Darus Sunnah , hal 285

⁴¹Abdul Qadr Audah. *Op.cit.* Buku 4 hal 184

mendekati zina maka jelas bahwa dalam hukum pidana Islam segala perbuatan zina itu sama walaupun berbeda objeknya. Terutama pada ketentuan-ketentuan larangan perzinahan serta hukumannya yang diserahkan kepada manusia secara *qat'I* maupun lembaga *ta'zir*. Dan tak hanya di catumkan di dalam firman Allah surat Al-Isra' ayat 32 namun di dalam Hadist pun larangan melakukan perzinahan dicantumkan dalam riwayat Bukhari Muslim, sebagai berikut :

لا يزني الزاني حين يزني وهو مؤمن

“Pezina tidak dikatakan mu'min ketika ia berzina” (HR. Bukhari no. 2475, Muslim no.57).

Perbuatan zina yang dilakukan oleh sesama jenis ini memang tidak secara jelas dituliskan didalam KUHP namun dalam hukum pidana Islam perbuatan ini dijelaskan dengan jelas atas sanksi yang akan diberikan kepada pelaku perzinahan sesama jenis ini. Dalam pasal 292 KUHP memang menjelaskan hukuman bagi seseorang sesama jenis yang melakukan kejahatan asusila akan di hukum namun unsur-unsur yang ada didalamnya belum jelas dan tidak ada kejelasan terhadap pezina sesama jenis. Adapun pandangan hukum pidana Islam menyebutkan bahwa ada sebuah dalil mejelaskan tentang hukuman bagi seorang pezina sesama jenis itu hukumannya sama dengan pezina biasa, yang diriwayatkan oleh Abu Musa al-Asy'ari dari Rasulullah SAW, bahwa :

أذاتني الرجل لرجل فهما زانيان

Yang artinya “*jika seorang laki-laki menyetubuhi seorang laki-laki, maka keduanya adalah berzina*”. Dengan adanya penjelasan dari hadist tersebut maka jika ada yang melakukan perbuatan perzinahan yang dilakukan oleh sesama jenis ini dihukum sama dengan laki-laki dan perempuan yang melakukan perzinahan dan tidak ada perbedaan diantara keduanya.

Namun dalam KUHP menyebutkan bahwa dalam *terminology* Belanda zina disebut dengan *overspel*. *Overspel* ini adalah hubungan kelamin di luar nikah, khusus hanya bagi pihak yang terkait perkawinan dengan orang lain. Namun *mukah* dalam bahasa sehari-hari adalah hubungan kelamin diluar nikah secara umum tetapi yang dimaksud di dalam KUHP bukan seperti itu, melainkan hanya bagi pihak (bisa satu pihak atau pihak keduanya) yang sudah terkait dalam perkawinan. Dan dalam KBBI (Kamus Besar Bahasa Indonesia) bahwa *mukah* yang ada pasal ini memiliki arti yang sama dengan *overspel* (delik perzinahan) itu sendiri. Dari definisi itu, maka dapat disimpulkan bahwa perbuatan zina itu bisa dikatakan sah saat dua unsur yang didalamnya terpenuhi, unsur-unsur tersebut ialah, adanya persetujuan atau *sexual intercourse* antara dua orang yang berbeda jenis kelaminnya dan tidak adanya keserupaan atau kekeliruan dalam perbuatan seks, yakni apabila perbuatan tersebut dilakukan terhadap seorang perempuan yang dikira istrinya maka tidak di sebut zina karena termasuk kedalam tindakan yang tidak sengaja dilakukan atau adanya kekeliruan ⁴².

⁴² Azizah Ummu Sa'idah 2011. *Terhina Karena Zina*. Jakarta, Gema Insani Press, cet. 1 Hal 27

F. Langkah-Langkah Penelitian

1. Metode Penelitian

Adapun metode yang digunakan dalam penelitian ini adalah *content* analisis yang dimana metode ini menganalisis kandungan dari suatu hukum materil. Dalam hal ini yang dianalisis yakni dalam pasal 292 KUHP menurut hukum pidana Islam.

2. Teknik Pengumpulan Data

Jenis penelitian dalam penyusunan skripsi ini adalah penelitian kepustakaan, maka teknik pengumpulan data yang ditempuh adalah dengan menggunakan studi pustaka dan studi dokumentasi. Studi pustaka yakni mempelajari buku-buku yang berhubungan dengan masalah penelitian dan studi dokumentasi adalah mempelajari tentang undang-undang atau peraturan-peraturan hukum pidana.

3. Sumber Data

Sumber data yang ada, baik primer maupun sekunder akan diuji kredibilitasnya untuk mendapatkan data yang benar-benar akurat. Dalam hal data Sumber primer adalah dari kitab karya Abdul Qadr Audah, *at-Tasyr' al-Jina'i al-Islami Muqaronah bi al-Qanun al-Wad'i* atau Ensiklopedi Hukum Islam., buku KUHP, dalil dari al-Qur'an maupun al-Hadist Nabi saw yang dalam hal ini dilakukan dengan membaca mencatat mengutip dari hal-hal yang diteliti dari berbagai sumber pustaka yang ada. Sedangkan untuk memperoleh data sekunder yaitu dari karya tulis sarjana, Ahmad Hasan Gaos dan Andewi Suhartini, yang

berjudul “Dasar-dasar Fiqh Jinayah Edisi Revisi”, Andi Hamzah dengan buku yang berjudul “Asas-asas Hukum Pidana”, Rahmat Hakim yang berjudul “Hukum Pidana Islam (Fiqh Jinayah)”, kamus-kamus bahasa Indonesia, Inggris, dan Arab.

4. Jenis Data

Jenis data yang ada dalam penelitian ini adalah data kualitatif dan bukan data kuantitatif. Data kualitatif atau kata yang berwujud pernyataan-pernyataan verbal, bukan dalam bentuk angka. Data ini didapat melalui analisis pasal sebagai data primer dan data yang sekunder berbentuk jurnal, dokumen-dokumen resmi, buku-buku hasil penelitian yang berwujud laporan, majalah-majalah, dan semua yang terkait dengan pokok permasalahan.

5. Analisis Data

Adapun analisa data yang penyusun gunakan dalam penelitian ini adalah analisa kualitatif dengan cara berfikir induktif dan deduktif.

1. Induktif adalah pengambilan kesimpulan dari pernyataan yang bersifat khusus ke pernyataan yang bersifat umum, metode ini penyusun gunakan untuk menganalisis kasus perzinahan sesama jenis dalam pasal 292 KUHP perspektif hukum pidana Islam.
2. Deduktif adalah pengambilan kesimpulan dari pernyataan yang bersifat umum ke pernyataan yang bersifat khusus. Dengan metode ini penyusun mencoba menganalisa data untuk mengungkapkan ketentuan-ketentuan hukum tentang perzinahan yang dilakukan oleh sesama jenis dalam hukum pidana Islam dan hukum pidana Nasional.