

BAB II

KAJIAN PUSTAKA

A. Hukum Pidana Positif

1. Pengertian Hukum Pidana Positif

Hukum pidana positif adalah kumpulan asas dan kaidah hukum tertulis yang pada saat ini berlaku dan mengikat secara umum atau secara khusus ditegakkan oleh atau melalui pemerintah atau pengadilan dalam Negara Indonesia. Secara etimologi, hukum pidana (*strafrecht*) terdiri dari 2 (dua) kata, yaitu: “Hukum (*recht*) yang berarti aturan atau ketentuan yang berlaku dan mengikat dalam kehidupan masyarakat, pidana (*straf*) berarti penderitaan yang sengaja dibebankan oleh Negara kepada yang terbukti melakukan tindak pidana”.

Dalam hukum positif, kata “tindak pidana” merupakan terjemah dari istilah bahasa belanda “*strafbaarfeit*”, namun pembentuk undang-undang di Indonesia tidak menjelaskan secara rinci mengenai “*strafbaarfeit*”. Perkataan “*feit*” itu sendiri didalam bahasa Belanda berarti “sebagian dari suatu kenyataan” atau “*een gedeelte van de werkelijkheid*” sedang “*strafbaar*” berarti “dapat dihukum”, hingga secara harfiah perkataan “*strafbaar feit*” itu dapat diterjemahkan sebagai “sebagian dari suatu kenyataan yang dapat dihukum”, yang sudah barang tentu tidak tepat, oleh karena kelak akan diketahui bahawa yang dapat dihukum itu sebenarnya adalah manusia sebagai pribadi dan bukan kenyataan, perbuatan ataupun tindakan.¹

Adapun tentang definisi hukum pidana ini terdapat beberapa pandangan yang beraneka ragam, antara lain : Menurut Mr. PW. PJ. Pompe,

¹ P.A.F. Laminating, *Dasar-Dasar Hukum Pidana Indonesia*, Sinar Baru, Bandung, 1984. Hlm. 172

Hukum Pidana adalah “Keseluruhan aturan atau keseluruhan hukum mengenai perbuatan-perbuatan yang dapat dihukum dan aturan pidananya”.

Menurut Van Apeldoorn, hukum pidana adalah “Peristiwa–peristiwa pidana (yakni peristiwa-peristiwa yang dinak hukum), beserta hukumnya”. Definisi yang diberikan Pompe sedikit terdapat perbedaaan istilah dengan definisi yagn disampaikan oleh Van Apeldoorn, yaitu pada istilah perbuatan dan peristiwa pidana. Dari 2 (dua) pendapat tersebut penulis lebih cenderung pada istilah perbuatan pidana, sebab kata tersebut mempunyai pengertian yang abstrak yaitu menunjukkan kepada dua keadaan yang kongkret: pertama adanya kejadian tertentu dan kedua, adanya orang berbuat yang menimbulkan kejadian itu.

Menurut Moelyanto, hukum pidana adalah bagian dari keseluruhan hukum yang berlaku di suatu negara yang mengadakan dasar-dasar dan aturan-aturan untuk : *Pertama*, menentukan perbuatan-perbuatan mana yang tidak boleh dilakukan, *Kedua*, menentukan kapan dan dalam hal-hal apa kepada mereka yang telah melanggar larangan-larangn itu dapat dikenakan atau dijatuhi pidana, *Ketiga*, menentukan dan cara bagaimana pengenaan pidana itu dapat dilaksanakan. Kemudian dengan adanya peraturan-peraturan yang telah dibuat oleh Negara tersebut, maka siapa saja tidak segan-segan melakukan tidak pidana akan dapat segera diambil tindakan.

Peraturan-peraturan tersebut digunakan untuk menentukan kapan dan dalam hal-hal apa, kepada mereka yang telah melanggar larangan-larangan itu dapat dikenakan atau dijatuhi hukuman pidana sebagaimana yang telah diancamkan. Menentukan dengan cara bagaimana pengenaan pidana itu dapat dilaksanakan, apabila ada orang yang disangka telah melanggar larangan tersebut.

Definisi yang diberikan Moelyanto sepintas lalu tidak ada perbedaan dengan definisi yang diberikan Van Apeldoorn. Ini tampak terutama dalam menentukan kerangka hukum yagn dicakup oleh pengertian pidana. Pendpat

umum telah menentukan istilah hukum pidana diartikan sebagai hukum materiil saja. Sedangkan hukum pidana menurut CST. Kansil adalah hukum “Hukum yang mengatur tentang pelanggaran- pelanggaran dan kejahatan-kejahatan terhadap kepentingan umum, perbuatan mana diancamkan dengan hukuman yang merupakan suatu *penderitaan atau siksaan*”.²

Hukum pidana itu adalah bagian dari hukum publik yang memuat ketentuan-ketentuan tentang :

- a. Aturan umum hukum pidana dan larangan melakukan perbuatan-perbuatan tertentu yang disertai dengan ancaman sanksi berupa pidana bagi yang melanggar.
- b. Syarat-syarat tertentu yang dipenuhi / harus ada bagi si pelanggar untuk dapat dijatuhkan sanksi pidana diancamkan pada larangan perbuatan dilanggarnya.
- c. Tindakan dan upaya-upaya yang boleh atau harus dilakukan negara melalui alat-alat perlengkapannya, terhadap yang disangka dan didakwa sebagai pelanggar hukum pidana dalam rangka usaha negara menentukan, menjatuhkan, dan melaksanakan sanksi pidana terhadap dirinya serta, serta tindakan dan upaya-upaya pelanggar hukum tersebut dalam usaha melindungi dan mempertahankan hak-haknya dari tindakan negara dalam upaya negara menegakkan hukum pidana tersebut.³

2. Macam – macam Tindak Pidana dalam Hukum Pidana Positif

Dalam Hukum Pidana Positif khususnya hukum pidana di Indonesia, tindak pidana dibagi menjadi dua bagian, yaitu kejahatan dan pelanggaran. Kitab Undang-undang Hukum Pidana sendiri tidak menjelaskan perbedaan

² Agus Muhammad Ali Mahfud, (2011), *Eutanasia*, (online), tersedia: [e-Journal.fh.Blogspot.com/eutanasia.Html](http://eprints.stainkudus.ac.id) sjssyariah.wordpress.com. Diakses pada 20 Februari 2016.

³ Chazawi admi, *Pelajaran Hukum Pidana Bagian 1 :Stesel pidana, teori-teori Pemidanaan & batas-batas hukum pidana*, Raja Grafindo Persada, Jakarta, 2002. Hlm. 2.

antara kejahatan dan pelanggaran ini selain hanya menyebutkan dalam isinya bahwa buku II berisi kejahatan dan buku III berisi tentang pelanggaran.⁴

Menurut Memorie Van Toelichting (Smit I hlm 63 dan seterusnya) pembagian atas dua jenis tadi didasarkan atas perbedaan prinsipil. Dikatakan, bahwa kejahatan adalah “*rechtsdeliten*”, yaitu perbuatan-perbuatan yang meskipun tidak ditentukan dalam undang-undang sebagai perbuatan pidana telah, dirasakan sebagai perbuatan yang bertentangan dengan tata hukum.

Sedangkan pelanggaran adalah “*wetsdelicten*”, yaitu perbuatan-perbuatan yang bersifat melawan hukumnya baru dapat diketahui setelah ada peraturan yang menentukan demikian.

a. Untuk tindak pidana kejahatan di antaranya :

- 1) Pembunuhan adalah suatu tindakan untuk menghilangkan nyawa seseorang dengan cara melanggar hukum, maupun yang tidak melawan hukum. Pembunuhan ada tiga macam yaitu *Satu*, membunuh dengan sengaja yaitu pembunuhan yang telah direncanakan dengan alat yang biasa mematikan, *Dua*, membunuh seperti disengaja dilakukan oleh seseorang dengan menggunakan alat yang tidak mematikan, *tiga* membunuh tersalah yaitu pembunuhan karenan kesalahan atau keliru semata-mata, tanpa direncanakan dan tanpa maksud sama sekali.⁵
- 2) Pencurian adalah mengambil barang sesuatu yang seluruhnya atau sebagian kepunyaan orang lain, dengan maksud untuk dimiliki secara melawan hukum.⁶

⁴ Muslich Wardi Ahmad, Op.cit., Hlm. 21-22.

⁵ Marpaung Leden, *Tindak Pidana Terhadap Nyawa dan Tubuh*, Jakarta, Sinar Grafika, 2000. Hlm. 25.

⁶ Solahudin, *Kitab Undang-Undang Hukum Pidana, Acara Pidana, & Perdata*, Visimedia, Jakarta, 2008. Hlm. 86.

- 3) Perampokan adalah jenis kejahatan yang termasuk dalam rumah, pencurian yang paling berat, yang dalam KUHP disebut dengan pencurian dengan kekerasan.⁷
 - 4) Penggelapan sebagaimana yang dijelaskan dalam KUHP pasal 372 adalah perbuatan yang dengan sengaja dan melawan hukum untuk memiliki barang yang sebagian atau seluruhnya merupakan kepunyaan orang lain tetapi yang ada dalam kekuasaannya.
- b. Tindak pidana pelanggaran antara lain :
- 1) Membiarkan hewan ternak berkeliaran di kebun orang.
 - 2) Tidak mematuhi tata tertib lalu lintas, dan lain-lain.
3. Hukuman – Hukuman Menurut Hukum Pidana Positif (KUHP)

Hukuman adalah suatu penderitaan yang sengaja dijatuhkan atau diberikan oleh Negara sebagai akibat hukum bagi seseorang atas perbuatan seseorang yang telah melanggar hukum pidana (*stafbaar feit*).⁸ Dalam hukum pidana positif hukuman dikenal sebagai pidana.

a. Hukuman pokok terdiri dari :

1) Hukuman Mati

Berdasarkan pada pasal 69 maupun berdasarkan hak yang tertinggi bagi manusia, hukuman mati adalah hukuman yang terberat karena pada hukuman ini pelaksanaannya berupa penyerangan terhadap hak hidup bagi manusia, yang sesungguhnya hak ini hanya berada di tangan Tuhan, maka tidak heran sejak dulu hingga sekarang menimbulkan pendapat pro dan kontra, bergantung dari kepentingnya dan cara memandang pidana mati itu sendiri. Hukuman mati ini ancaman bagi pemimpin atau pemberontak.

⁷ *Ibid.* Hlm. 87.

⁸ Chazawi Adami, Op.cit., Hlm. 24.

2) Hukuman Penjara

Dalam pasal 10 KUHP ada 2 (dua) jenis hukuman hilang kemerdekaan bergerak, yakni hukuman penjara dan hukuman kurungan. Dari sifatnya menghilangkan atau membatasi kemerdekaan bergerak dalam arti menempatkan terpidana dalam suatu tempat (Lembaga Pemasyarakatan) di mana terpidana tidak bebas untuk keluar masuk dan di dalamnya wajib untuk tunduk, mentaati dan menjalankan semua peraturan tata tertib yang berlaku, maka kedua jenis hukuman itu tampaknya sama.⁹ Hukuman penjara ini dijatuhkan pada seseorang yang melakukan pembunuhan (menurut pasal 338 KUHP diancam hukuman pidana penjara 15 tahun), pencurian (menurut pasal 362 KUHP diancam hukuman 5 tahun atau denda maksimal Rp. 900), perampokan (menurut pasal 365 KUHP diancam hukuman penjara 12 tahun), penggelapan (menurut pasal 372 KUHP diancam hukuman penjara 4 tahun).

3) Hukuman Kurungan

Hukuman kurungan adalah hukuman untuk tindak pidana pelanggaran dan sebagai alternatif dari hukuman denda. Hukuman ini dijatuhkan pada seseorang yang melanggar lalu lintas yang tidak membayar dendanya.

4) Hukuman Denda

Hukuman denda diancam pada banyak jenis pelanggaran baik sebagai alternatif maupun berdiri sendiri. Hukuman denda ini berlaku alternatif apabila seseorang melakukan kejahatan-kejahatan ringan maupun kejahatan culpa. Sedangkan berlaku berdiri sendiri apabila seseorang melakukan kejahatan-kejahatan yang selebihnya. Hukuman ini dijatuhkan pada seseorang yang membiarkan ternaknya

⁹ *Ibid.* Hlm. 25-44.

berkeliraran di kebun orang dan diancam dengan pidana denda maksimal dua ratus duapuluh lima rupiah. Hal ini berdasarkan pasal 548 KUHP.

5) Hukuman Tutupan (ditambah berdasarkan UU No.20 tahun 1946)

Hukuman tutupan bukan jenis hukuman yang berdiri sendiri, melainkan adalah hukuman penjara juga, perbedaannya terletak pada orang yang dapat dihukum tutupan hanya pada orang yang melakukan tindak pidana karena dorongan oleh maksud yang patut dihormati.

b. Hukuman tambahan terdiri dari :

1) Hukuman pencabutan hak hak tertentu

Pidana tambahan berupa pencabutan hak-hak tertentu tidak berarti hak-hak terpidana dapat dicabut. Pencabutan tersebut tidak meliputi pencabutan hak-hak kehidupan, hak-hak sipil (perdata), dan hak-hak ketatanegaraan. Pencabutan hak-hak tertentu itu ialah suatu pidana di bidang kehormatan, berbeda dengan pidana hilang kemerdekaan. UU hanya memberikan kepada Negara wewenang untuk melakukan pencabutan hak-hak tertentu, menurut pasal 35 ayat 1 KUHP hak-hak yang dapat dicabut adalah :

- a) Hak memegang jabatan pada umumnya atau jabatan tertentu;
- b) Hak menjalankan jabatan dalam angkatan bersenjata /TNI;
- c) Hak memilih dan dipilih dalam pemilihan yang diadakan berdasarkan aturan-aturan umum;
- d) Hak menjadi penasehat hukum atau pengurus atas penetapan pengadilan, hak menjadi wali, wali pengawas, pengampu atau pengampu pengawas, atas anak yang bukan anaknya sendiri.
- e) Hak menjalankan kekuasaan bapak, menjadi perwalian atas pengampunan atas anak sendiri;
- f) Hak mencari mata pencaharian;

2) Hukuman perampasan barang-barang tertentu

Barang yang bisa dirampas melalui putusan hakim pidana ada 2 (dua) jenis (pasal 39), yaitu :

- a) Barang-barang yang berasal atau yang diperoleh dari suatu kejahatan.
- b) Barang-barang yang digunakan dalam melakukan kejahatan.

3) Hukuman pengumuman keputusan hakim

Setiap putusan hakim memang harus diucapkan dalam persidangan dengan terbuka untuk umum (pasal 195 KUHP), yang bilamana tidak maka putusannya batal demi hukum.

Dalam hukuman pengumuman putusan hakim ini, hakim bebas menentukan perihal cara melaksanakan pengumuman itu, dapat melalui surat kabar, plakat yang ditempelkan pada papan pengumuman melalui media radio maupun televisi, yang pembiayaanya diberikan pada terpidana.¹⁰

B. Hukum Pidana Islam

1. Pengertian Hukum Pidana Islam

Hukum pidana Islam dalam pengertian fikih dapat disamakan dengan istilah "*jarimah*" yang diartikan sebagai larangan syara' yang dijatuhi sanksi oleh pembuat syari'at dengan hukuman *had* atau *ta'zir*. Para *fuqaha* menggunakan kata "*jinayah*" untuk istilah "*jarimah*" yang diartikan sebagai perbuatan yang dilarang. Pengertian "*jinayah*" atau "*jarimah*" tidak berbeda dengan pengertian tindak pidana (peristiwa pidana) delik dalam hukum positif (pidana). Sebagian para ahli hukum Islam sering menggunakan kata-kata "*jinayah*" untuk "*jarimah*" yang diartikan sebagai perbuatan seseorang yang dilarang saja. Sedangkan yang dimaksud

¹⁰ Chasawi Adami. *Op.citi.*, Hlm. 44-53.

dengan kata "*jinayah*" ialah perbuatan yang dilarang oleh *syara'*, apakah perbuatan mengenai jiwa atau benda dan lainnya.¹¹

Kata "*jinayah*" merupakan bentuk *verbal noun (masdar)* dari kata "*jana*". Secara etimologi "*jana*" berarti berbuat dosa atau salah, sedangkan *jinayah* diartikan perbuatan dosa atau perbuatan salah.¹² Seperti dalam kalimat *jana 'ala qaumihi jinayatan* artinya ia telah melakukan kesalahan terhadap kaumnya. Kata *jana* juga berarti "memetik", seperti dalam kalimat *jana as-samarat*, artinya "memetik buah dari pohonnya". Orang yang berbuat jahat disebut *jani* dan orang yang dikenai perbuatan disebut *mujna alaih*. Kata *jinayah* dalam istilah hukum sering disebut dengan delik atau tindak pidana. Secara terminologi kata *jinayah* mempunyai beberapa pengertian, seperti yang diungkapkan Imam Al-Mawardi bahwa *jinayah* adalah perbuatan-perbuatan yang dilarang oleh agama (*syara'*) yang diancam dengan hukuman *had* atau *takzir*.¹³

Adapun pengertian *jinayah*, para fuqaha menyatakan bahwa lafal *jinayah* yang dimaksudkan di sini adalah setiap perbuatan yang dilarang oleh syarak, baik perbuatan itu mengenai jiwa, harta benda, atau lain-lainnya. Sayyid Sabiq memberikan definisi *jinayah*, bahwa istilah *jinayah* menurut *syara'* adalah setiap perbuatan yang dilarang. Dan perbuatan yang dilarang itu menurut *syara'* adalah dilarang untuk melakukannya, karena adanya bahaya mengenai agama, jiwa, akal, kehormatan, atau harta benda.¹⁴

¹¹ Rahmad Rosyadi dan Rais Ahmad, *Formulasi Syari'at Islam dalam Perspektif Tata Hukum Indonesia*, Ghalia Indonesia, Bogor, 2006. Hlm. 123.

¹² Makhrus Munajat, *Dekonstruksi Hukum Pidana Islam*, Logung Pustaka, Yogyakarta, 2004. Hlm. 1.

¹³ Ahmad Wardi Muslich, *Hukum Pidana Islam*, Sinar Grafika, Jakarta, 2005. Hlm. 9.

¹⁴ *Ibid.*,

2. Jenis-jenis Hukuman dalam Hukum Pidana Islam

Menurut hukum pidana Islam tindak pidana dari segi berat ringannya hukuman, dapat dibagi menjadi:

a. *Jarimah Hudud*

Jarimah hudud yaitu perbuatan melanggar hukum dan jenis dan ancaman hukumannya ditentukan oleh nash, yaitu hukuman *had*. Hukuman *had* yang dimaksudkan tidak mempunyai batas terendah dan tertinggi dan tidak dihapuskan oleh perorangan (si korban atau wakilnya) atau masyarakat yang mewakili (*ulil amri*).¹⁵

Jarimah hudud itu ada tujuh macam, yaitu: *jarimah zina*, *jarimah qadzaf*, *jarimah syurbul khamr*, *jarimah* pencurian, *jarimah hirabah*, *jarimah riddah*, *jarimah al bagyu* (pemberontakan).

Dalam *jarimah zina*, *syurbul khamr*, *hirabah* (perampokan), *riddah* (murtad), dan pemberontakan yang dilanggar adalah hak Allah semata-mata. Sedangkan dalam *jarimah* pencurian dan *qadzaf* (penuduhan zina) yang disinggung disamping hak Allah, juga terdapat hak manusia (individu), akan tetapi hak Allah lebih menonjol.¹⁶

b. *Jarimah Qishash*

Qishash dalam arti bahasa adalah قِشَاصٌ artinya menyelusuri jejak. Selain itu *qishash* dapat diartikan keseimbangan dan kesepadanan. Sedangkan menurut istilah syara, *qishash* adalah memberikan balasan kepada pelaku sesuai dengan perbuatannya. Karena perbuatan yang dilakukan oleh pelaku adalah menghilangkan nyawa orang lain (membunuh), maka hukuman yang setimpal adalah dibunuh atau hukuman mati.

1) Dasar Hukum *Qishash*

¹⁵ Makhrus Munajat, *Op.Cit.*, hlm. 12.

¹⁶ Ahmad Wardi Muslich, *Op.Cit.*, hlm. 18.

Dasar dari hukuman *qishash* dalam jarimah pembunuhan yaitu al-Qur'an surat al-Baqarah ayat 178 – 179 yang berbunyi:

يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلِ ۖ الْحُرُّ بِالْحُرِّ
وَالْعَبْدُ بِالْعَبْدِ ۖ وَالْأُنْثَىٰ بِالْأُنْثَىٰ ۚ فَمَنْ عُفِيَ لَهُ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ
فَاتِّبَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ وَأَدَاءٌ إِلَيْهِ بِإِحْسَنٍ ۚ ذَٰلِكَ تَخْفِيفٌ مِّن رَّبِّكُمْ
وَرَحْمَةٌ ۚ فَمَنِ اعْتَدَىٰ بَعْدَ ذَٰلِكَ فَلَهُ عَذَابٌ أَلِيمٌ ﴿١٧٨﴾ وَلَكُمْ فِي
الْقِصَاصِ حَيَوةٌ يَّأُولَىٰ ۖ أَلَّا يَلْبِ لِعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ ﴿١٧٩﴾

Artinya : Hai orang-orang yang beriman, diwajibkan atas kamu qishaash berkenaan dengan orang-orang yang dibunuh; orang merdeka dengan orang merdeka, hamba dengan hamba, dan wanita dengan wanita. Maka Barangsiapa yang mendapat suatu pema'afan dari saudaranya, hendaklah (yang mema'afkan) mengikuti dengan cara yang baik, dan hendaklah (yang diberi ma'af) membayar (diat) kepada yang memberi ma'af dengan cara yang baik (pula). yang demikian itu adalah suatu keringanan dari Tuhan kamu dan suatu rahmat. Barangsiapa yang melampaui batas sesudah itu, Maka baginya siksa yang sangat pedih. Dan dalam qishaash itu ada (jaminan kelangsungan) hidup bagimu, Hai orang-orang yang berakal, supaya kamu bertakwa. (QS. Al Baqarah 178-179).¹⁷

Selain itu hukuman *qishash* ini dijelaskan dalam hadits an-Nasa'i yang berbunyi :

قال لحارث بن مسكين قراء ة ة عليه وأنا أسمع عن سقيان
اسرائيل القصص ولم تكن فيهم الدية فأُنزل الله عز وجل
(كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلِ ۖ الْحُرُّ بِالْحُرِّ

¹⁷ Departemen Agama RI, *Al-Quran Dan Terjemahannya*, Proyek Pengadaan Kitab Suci Al-Qur'an, Jakarta, 1995. Hlm. 27

نَتَى بِالْأَنْتَى إِلَى قَوْلِهِ فَمَنْ عَفِيَ لَهُ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ فَاتَّبَاعُ
 بِالْمَعْرُوفِ وَأَدَاءٌ إِلَيْهِ بِأِحْسَانٍ فَالْعَفْوَانُ يَقْبَلُ الدِّيَةَ فِي
 الْعَمْدِ وَاتَّبَاعُ بِمَعْرِفٍ يَقُولُ يَتَّبِعُ هَذَا بِالْمَعْرُوفِ وَأَدَاءٌ إِلَيْهِ
 حَسَانٌ وَيُؤَدِّي هَذَا بِإِحْسَانٍ ذَلِكَ تَخْفِيفٌ مِنْ رَبِّكُمْ وَرَحْمَةٌ

□ □ □□□ □□ □□□ □□ □□ □□ □□ □□

لَيْسَ بِالْأَنْتَى.

(Nasa'i-6983) : Al Harits bin Miskin berkata dengan membacakan riwayat dan saya mendengar dari Sufyan dari 'Amru dari Mujahid dari Ibnu Abbas, dia berkata; dahulu pada Bani Israil terdapat hukum qishas namun tidak ada diyat pada mereka, lalu Allah Azza wa jalla menurunkan ayat: (Hai orang-orang yang beriman, diwajibkan atas kamu qishash berkenaan dengan orang-orang yang dibunuh; orang merdeka dengan orang merdeka, hamba dengan hamba, dan wanita dengan wanita. Maka barangsiapa yang mendapat suatu pema'afan dari saudaranya, hendaklah (yang mema'afkan) mengikuti dengan cara yang baik, dan hendaklah (yang diberi ma'af) membayar (diat) kepada yang memberi ma'af dengan cara yang baik (pula)). Pemberian maaf itu adalah menerima diyat pada pembunuhan dengan sengaja, dan hendaklah (yang mema'afkan) mengikuti dengan cara yang baik, dan hendaklah (yang diberi ma'af) membayar (diat) kepada yang memberi ma'af dengan cara yang baik (pula)), serta melaksanakan ini dengan kebaikan. Yang demikian itu adalah suatu keringanan dari Tuhan kamu dan suatu rahmat dari apa yang diwajibkan atas kaum sebelum kalian, sesungguhnya hal tersebut adalah qishas bukan diyat.

2) Syarat-syarat Qishash

Untuk melaksanakan hukuman Qishash perlu adanya syarat-syarat yang harus terpenuhi. Syarat-syarat tersebut meliputi syarat-syarat untuk pelaku (pembunuh), korban (yang dibunuh),

¹⁸ Imam Abdurrohman Ahmad Syuaib Nasa'i, *Kitab Sunan Al-Kubro*, Dar Al-Kotob Al Ilmiyah, Beirut-Lebanon, 1991. Hlm. 229.

perbuatan pembunuhannya dan wali dari korban.¹⁹ Adapun penjelasannya adalah sebagai berikut ;

a) Syarat-Syarat Pelaku (Pembunuh)

Menurut Ahmad Wardi Muslich yang mengutip dari Wahbah Zuhaily mengatakan ada syarat yang harus terpenuhi oleh pelaku (pembunuh) untuk diterapkannya hukuman *qishash*, syarat tersebut adalah pelaku harus mukallaf, yaitu baligh dan berakal, pelaku melakukan pembunuhan dengan sengaja, pelaku (pembunuh) harus orang yang mempunyai kebebasan.²⁰

b) Korban (yang dibunuh)

Untuk dapat diterapkannya hukuman *qishash* kepada pelaku harus memenuhi syarat-syarat yang berkaitan dengan korban, syarat-syarat tersebut adalah korban harus orang yang *ma'shum ad-dam* artinya korban adalah orang yang dijamin keselamatannya oleh negara Islam, korban bukan bagian dari pelaku, artinya bahwa keduanya tidak ada hubungan bapak dan anak, adanya keseimbangan antara pelaku dengan korban (tetapi para jumhur ulama saling berbeda pendapat dalam keseimbangan ini).

c) Perbuatan Pembunuhannya

Dalam hal perbuatan menurut hanafiyah pelaku diisyaratkan harus perbuatan langsung (*mubasyaroh*), bukan perbuatan tidak langsung (*tasabbub*). Apabila *tassabub* maka hukumannya bukan qishas melainkan diyat. Akan tetapi, ulama-ulama selain hanafiyah tidak mensyaratkan hal ini,

¹⁹ Zainudin Ali, *Hukum Pidana Islam .Op.Cit.* Hlm. 151.

²⁰ Ahmad Wardi Muslich, *Hukum Pidana Islam. Op.Cit.* Hlm. 152.

mereka berpendapat bahwa pembunuhan tidak langsung juga dapat dikenakan hukuman *qishash*.

d) Wali (Keluarga) dari Korban

Wali dari korban harus jelas diketahui, dan apabila wali korban tidak diketahui keberadaanya maka *qishash* tidak bisa dilaksanakan.

3) Hal-Hal yang Menggugurkan Hukuman *Qishash*

Ada beberapa sebab yang dapat menjadikan hukuman itu gugur, tetapi sebab ini tidaklah dapat dijadikan sebab yang bersifat umum yang dapat membatalkan seluruh hukuman, tetapi sebab-sebab tersebut memiliki pengaruh yang berbeda-beda terhadap hukuman.²¹ Adapun sebab-sebab yang dapat menggugurkan hukuman adalah :

- a) Meninggalnya pelaku tindak pidana,
- b) Hilangnya tempat melakukan *qishash*,
- c) Tobatnya pelaku tindak pidana,
- d) Perdamaian,
- e) Pengampunan,
- f) Diwarisnya *qishash*,
- g) Kadaluarsa (*at-taqadum*).

Dari beberapa sebab yang dapat menggugurkan hukuman yang paling mendekati dengan remisi adalah sebab yang ke lima yaitu pengampunan.

²¹ Soedarsono, *Pokok-Pokok Hukum Islam*, PT. Rineka Cipta, Jakarta, 1993. Hlm. 512.

c. Jarimah Diyat

Pengertian Diyat sebagaimana dikutip dari Sayid Sabiq adalah harta benda yang wajib ditunaikan karena tindakan kejahatan yang diberikan kepada korban kejahatan atau walinya.²²

Diyat diwajibkan dalam kasus pembunuhan sengaja di mana kehormatan orang atas yang terbunuh lebih rendah dari pada kehormatan pembunuh, seperti seorang laki-laki merdeka membunuh hamba sahaya. Selain itu diyat diwajibkan atas pembunuh yang dibantu oleh para *aqilahnya* (saudara-saudara laki-laki dari pihak ayah), hal ini bilamana pembunuh mempunyai saudara. Ini diwajibkan kasus pembunuhan serupa kesengajaan dan pembunuhan karena suatu kesalahan.²³

1) Jenis *Diyat* dan Kadarnya

Menurut Imam Abu Yusuf, Imam Muhammad Ibn Hasan, dan Imam Ahmad Ibn Hanbal, jenis *diyat* itu ada 6 macam, yaitu:²⁴

- a) Unta,
- b) Emas,
- c) Perak,
- d) Sapi,
- e) Kambing, atau
- f) Pakaian.

Diyat itu ada kalanya berat dan adakalanya ringan. *Diyat* yang ringan dibebankan atas pembunuhan yang tidak disengaja, dan *diyat* yang berat dibebankan atas pembunuhan yang serupa kesengajaan.

²² Sayyid Sabiq (ed.), *Op.Cit.* Hlm. 451.

²³ *Ibid.* Hlm. 456.

²⁴ Ahmad Wardi Muslich. *Hukum Pidana Islam .Op.Cit.* Hlm. 168.

2) Sebab-Sebab yang Menimbulkan Diyat

Menurut H. Moh Anwar, sebab-sebab yang dapat menimbulkan *diyat* ialah :²⁵

- a) Karena adanya pengampunan dari *qishas* oleh ahli waris korban, maka dapat diganti dengan *diyat*.
- b) Pembunuhan di mana pelakunya lari akan tetapi sudah dapat diketahuai orangnya, maka *diyatnya* dibebankan kepada ahli waris pembunuh. Ini dikarenakan untuk memperbaiki adat kaun jahiliyah dahulu di mana jika terjadi pembunuhan yang disebabkan oleh kesalahan mereka suka membela pembunuh agar dibebaskan dari *diyat* dan secara logika untuk menjamin keamanan yang menyeluruh, sehingga para setiap anggota keluarga saling menjaga dari kekejaman yang dapat menimbulkan penderitaan orang lain.
- c) Karena kesulitan melaksanakan *qishash*. Bila wali memberi maaf atau ampunan terhadap pembunuhan yang disengaja, imam Syafi'i dan Hanbali berpendapat *diyat* harus yang diperberat. Tetapi Abu Hanifah berpendapat, dalam kasus pembunuhan sengaja tidak ada *diyat*, tetapi yang wajib adalah berdasarkan persetujuan dari kedua belah pihak (wali korban dengan pelaku pembunuh) dan wajib dibayar seketika dengan tidak boleh ditangguhkan.²⁶

d. *Jarimah Ta'zir*

Ta'zir adalah suatu istilah untuk hukuman atas *jarimah-jarimah* yang hukumannya belum ditentukan oleh syari'at.²⁷ Dengan kata lain

²⁵ Soedarsono, *Pokok-Pokok Hukum Islam*, PT. Rineka Cipta, Jakarta, 1993. Hlm. 536.

²⁶ Sayyid Sabiq (ed.), *Op.Cit.* Hlm. 454.

²⁷ Ahmad Wardi Muslich. *Hukum Pidana Islam Op.Cit.* Hlm. 249.

ta'zir adalah hukuman yang bersifat edukatif yang ditentukan oleh hakim.²⁸

Adapun jenis dari hukuman *ta'zir* bermacam-macam. Menurut H. Zainudin Ali jenis hukuman yang termasuk *ta'zir* antara lain hukuman penjara, skors atau pemecatan, ganti rugi, pukulan, teguran dengan kata-kata, dan jenis-jenis hukuman lain yang dipandang sesuai dengan pelanggaran dari pelakunya. Bahkan menurut Abu Hanifah, pelanggaran ringan yang dilakukan oleh seseorang berulang kali, hakim dapat menjatuhkan hukuman mati, seperti seorang pencuri yang dipenjara tetapi masih tetap mengulangi perbuatan tercela itu ketika ia dipenjara, maka hakim berwenang menjatuhkan hukuman mati kepadanya.²⁹

Hukuman pengganti yang ke dua setelah *diyat* yaitu *ta'zir*. Apabila hukuman *diyat* gugur karena sebab pengampunan atau lainnya, hukuman tersebut diganti dengan hukuman *ta'zir*. Seperti halnya dalam pembunuhan sengaja, dalam pembunuhan yang menyerupai sengaja ini, hakim diberi kebebasan untuk memilih jenis hukuman *ta'zir* yang sesuai dengan perbuatan yang dilakukan oleh pelaku.³⁰

Jarimah *ta'zir* jenis sanksinya secara penuh ada pada wewenang penguasa demi terealiasinya kemaslahatan umat. Dalam hal ini unsur akhlak menjadi pertimbangan paling utama. Dalam penetapan jarimah *ta'zir* prinsip utama yang menjadi acuan penguasa adalah menjaga kepentingan umum dan melindungi setiap anggota masyarakat dari

²⁸ Sayyid Sabiq (ed.), *Op.Cit.* Hlm. 491.

²⁹ Zainuddin Ali. *Hukum Pidana Islam*, Sinar Grafika, Jakarta, 2007. hlm 105.

³⁰ Sayyid Sabiq (ed.), *Op.Cit.* hlm. 454.

madhorot (bahaya). Disamping itu, penegakan jarimah *ta'zir* harus sesuai dengan prinsip *syar'i* (nas).³¹

Dalam menetapkan *jarimah ta'zir*, prinsip utama yang menjadi acuan penguasa adalah menjaga kepentingan umum dan melindungi setiap anggota masyarakat dari *madhorot* (bahaya). Di samping itu, penegakkan *jarimah ta'zir* harus sesuai dengan prinsip *syar'i*.

Hukuman *ta'zir* banyak jumlahnya, dimulai dari hukuman paling ringan sampai hukuman yang terberat. Hakim diberi wewenang untuk memilih di antara hukuman-hukuman tersebut, yaitu hukuman yang sesuai dengan keadaan jarimah serta diri pembuatnya. Hukuman *ta'zir* antara lain:³²

1) Hukuman Mati

Pada dasarnya menurut syari'ah Islam, hukuman *ta'zir* adalah untuk memberikan pengajaran (*ta'dib*) dan tidak sampai membinasakan. Oleh karena itu, dalam hukum *ta'zir* tidak boleh ada pemotongan anggota badan atau penghilangan nyawa. Akan tetapi beberapa fuqaha' memberikan pengecualian dari aturan umum tersebut, yaitu kebolehan dijatuhkan hukuman mati jika kepentingan umum menghendaki demikian, atau kalau pemberantasan tidak bisa terlaksana kecuali dengan jalan membunuhnya, seperti mata- mata, pembuat fitnah, residivis yang membahayakan. namun menurut sebagian fuqaha yang lain, di dalam *jarimah ta'zir* tidak ada hukuman mati.

2) Hukuman *Jilid*

Alat yang digunakan *jilid* adalah cambuk yang sedang, tidak terlalu keras dan tidak terlalu lembek. Orang yang sedang sakit

³¹ Ahmad Wardi Muslich, *Op. Cit.* Hlm. Xii.

³² Abdurrahman Al-Jaziri "Al-Fiqh 'Ala Al-Madzahib Al-Arba'ah Jilid V", Dar Al-Fikr 'Arabi, Beirut. 1989. Hlm. 2234.

kalu tidak tahan dipukul maka cukup dipukul dengan dahan yang bercabang.³³

Jumlah jilid maksimal menurut Imam Hanafi tidak boleh melebihi hukuman *jilid had*, misalnya peminum khamr hanya dijilid 40 kali maka jika dijatuhi *ta'zir* jilidnya 39 kali. Begitu juga dengan mazhab Syafi'i dan Hanbali. Sedangkan batas terendah dari hukuman *ta'zir* yang berupa *jilid* para ulama berbeda pendapat dalam menentukannya, hal ini dikembalikan pada ulil amri yang menentukan berapa kali *jilidan* yang dikenakan. Dan minimal memberikan dampak preventive dan represif bagi umat.³⁴

Alasan lain adalah semakin keras cambukan itu semakin menjerakan. Apabila seseorang yang dihukum *ta'zir* itu laki-laki maka baju yang menghalangi harus dibuka. Akan tetapi, apabila orang yang terhukum adalah seorang perempuan maka bajunya tidak boleh dibuka karena jika demikian maka terbukalah auratnya.

Hukuman *jilid* tidak boleh menimbulkan cacat dan membahayakan organ-organ tubuh orang yang terhukum atau membahayakan jiwa karena tujuan dari *ta'zir* adalah memberikan pelajaran dan pendidikan.³⁵

3) Hukuman *Kawalan* (Penjara Kurungan)

Ada dua macam hukuman kawalan dalam hukum Islam. Pembagian ini didasarkan pada lama waktu hukuman. *Pertama*, Hukuman kawalan terbatas. Batas terendah dari hukuman ini adalah satu hari, sedang batas tertinggi, ulama' berbeda pendapat. Ulama' Syafi'iyah menetapkan batas tertingginya satu tahun, karena mereka mempersamakannya dengan pengasingan dalam

³³ Neng Djubaedah, *Perzinaan; dalam Peraturan Perundang-undangan di Indonesia Ditinjau dari Hukum Islam*, Prenada Media, Jakarta, 2010. Hlm. 169.

³⁴ A. Jazuli, *Fiqh Jinayah*, PT RajaGrafindo Persada, Jakarta, 2000. Hlm. 198-199.

³⁵ Ahmad Wardi Muslich, *Hukum Pidana Islam*, Op. Cit. Hlm.260-261.

jarimah zina. Sementara ulama' lain menyerahkan semuanya pada penguasa berdasarkan maslahat.

Hukuman kawalan tidak terbatas. Sudah disepakati bahwa hukuman kawalan ini tidak ditentukan masanya terlebih dahulu, melainkan berlangsung terus sampai terhukum mati atau taubat dan baik pribadinya. Orang yang dikenakan hukuman ini adalah penjahat yang berbahaya atau orang yang berulang-ulang melakukan jarimah yang berbahaya.³⁶

4) Hukuman Salib

Hukuman salib sudah dibicarakan dalam jarimah gangguan keamanan (*hirabah*), dan untuk *jarimah* ini hukuman tersebut merupakan hukuman had. Akan tetapi untuk *jarimah ta'zir* hukuman salib tidak dibarengi atau didahului dengan hukuman mati, melainkan si terhukum disalib hidup hidup dan tidak dilarang makan minum, tidak dilarang mengerjakan wudhu, tetapi dalam menjalankan sholat cukup dengan isyarat. Dalam penyaliban ini, menurut fuqaha' tidak lebih dari tiga hari.³⁷

5) Hukuman Ancaman (*Tahdid*), Teguran (*Tanbih*) dan Peringatan

Ancaman juga merupakan salah satu hukuman *ta'zir*, dengan syarat akan membawa hasil dan bukan hanya ancaman kosong. Misalnya dengan ancaman akan di *jilid*, dipenjarakan atau dihukum dengan hukuman yang lain jika pelaku mengulangi tindakannya lagi.³⁸

Sementara hukuman teguran pernah dilakukan oleh Rasulullah terhadap sahabat Abu Dzar yang memaki maki orang lain dengan menghinakan ibunya. Maka Rasulullah SAW berkata, "*Wahai*

³⁶ *Ibid.*,

³⁷ *Ibid.*, hlm. 262.

³⁸ *Ibid.*,

Abu Dzar, Engkau menghina dia dengan menjelek jelekkan ibunya. Engkau adalah orang yang masih dihindari sifat sifat masa jahiliyah."

Hukuman peringatan juga diterapkan dalam syari'at Islam dengan jalan memberi nasehat, kalau hukuman ini cukup membawa hasil. Hukuman ini dicantumkan dalam al Qur'an sebagaimana hukuman terhadap istri yang berbuat dikhawatirkan berbuat *nusyuz*.³⁹

6) Penyitaan Harta

Ta'zir diperbolehkan berupa penyitaan harta, hukuman *ta'zir* dengan mengambil harta bukan berarti mengambil harta pelaku untuk diri hakim atau untuk kas umum (negara), melainkan hanya menahannya untuk sementara waktu. Hal tersebut dilakukan apabila pelaku tidak bisa bertaubat, hakim dapat mentasarufkan harta tersebut untuk kepentingan yang mengandung maslahat. Ibnu Taimiyah membagi *ta'zir* yang berupa penyitaan harta ini menjadi 3 bagian, yaitu menghancurkannya, mengubahnya dan memilikinya.⁴⁰

7) Hukuman Pengucilan (*al-Hajru*)

Adapun yang dimaksud dengan pengucilan adalah melarang pelaku untuk berhubungan dengan orang lain dan sebaliknya melarang masyarakat untuk berhubungan dengan pelaku. Hukuman *ta'zir* berupa pengucilan ini diberlakukan apabila membawa kemaslahatan sesuai kondisi dan situasi masyarakat tertentu. Dalam sistem masyarakat yang terbuka hukuman ini sulit untuk dilaksanakan karena masing-masing anggota masyarakat

³⁹ *Ibid.*,

⁴⁰ A. Jazuli, *Op.cit.* Hlm. 211.

tidak acuh terhadap anggota masyarakat yang lain.⁴¹

8) Hukuman Denda (*Diyat*)

Hukuman Denda ditetapkan juga oleh syari'at Islam sebagai hukuman. Antara lain mengenai pencurian buah yang masih tergantung dipohonnya, hukumannya didenda dengan lipat dua kali harga buah tersebut, di samping hukuman lain yang sesuai dengan perbuatannya tersebut.

C. Hasil Penelitian Terdahulu

1. Skripsi Zaenal Arifin, mahasiswa fakultas syariah Universitas Islam Negeri Sunan Kalijaga Yogyakarta yang berjudul "*Tinjauan Hukum Islam Terhadap Pemberian Remisi pada Narapidana*". Skripsi ini memberikan gambaran tentang remisi pada umumnya sehingga belum ada klasifikasi secara khusus terutama mengenai tindak pidana yang dilakukan. Dengan kata lain skripsi ini hanya memberikan gambaran umum tentang remisi baik dilihat dari sudut pandang hukum Islam. Hasil dari penelitian ini pada dasarnya pemberian remisi pembunuhan menurut Keppres RI No 174 tahun 1999 ini diberikan kepada pelaku setelah ia mendapatkan putusan atau dengan kata lain setelah ia melaksanakan hukumannya, remisi penulis kategorikan sebagai mashlahah mursalah karena perbedaan remisi dengan pengampunan dalam jarimah qishas diyat. Pengampunan dalam jarimah qishas dan diyat menyerahkan hukuman kepada pihak ahli waris korban meskipun tetap dalam pengawasan ulil amri sedangkan remisi dari pihak korban tidak mempunyai kewenangan menjatuhkan hukuman karena sudah ada hakim yang menjalankan proses peradilannya. Selain itu secara tidak langsung putusan hakim yang mempunyai ketetapan hukum dapat berubah dengan adanya pengurangan hukuman, tentu dirasa kurang adil bagi pihak korban yang nyata-nyata telah kehilangan nyawa keluarganya.

⁴¹*Ibid.*, Hlm. 218-219.

2. Tesis karya Widiya Puspa Rini Soewarno Program Pascasarjana Fakultas Hukum Universitas Indonesia yang berjudul “*Pemberian Remisi Terhadap Narapidana Tindak Pidana Korupsi Ditinjau Dari Sistem Pemasyarakatan*”. Tesis ini merupakan karya tulis yang cukup memberikan gambaran mengenai remisi, terutama yang menyangkut tentang tindak pidana korupsi, akan tetapi di dalam penelitian tesis ini tidak menjelaskan remisi dalam sudut pandang hukum Islam.
3. Penelitian yang dilakukan oleh Syafe'i Badruz Zaman, Mahasiswa Fakultas Syari'ah UIN Sunan Kali Jogo dengan judul “*Tinjauan Hukum Islam tentang Kepres No. 174 Tahun 1999 tentang Remisi*”. Skripsi ini membahas tentang kriteria pemberian remisi pada Kepres No. 174 Tahun 1999, tidak tentang kebijakan remisi secara keseluruhan. Hasil penelitian ini mengungkapkan bahwa kriteria orang-orang yang berhak diberikan remisi adalah para terpidana yang sudah menjalani hukuman dan berkelakuan baik selama di penjara. Saran yang diberikan penulis adalah pemberian tolak ukur khusus terkait dengan sikap-sikap yang dapat dikategorikan sebagai kelakuan baik yang dapat diberikan remisi.
4. Penelitian yang dilakukan oleh Kusuma Hadi, Mahasiswa Fakultas Syari'ah UIN Syarif Hidayatullah Jakarta dengan judul “*Tujuan Kemaslahatan dalam Pemberian Hukuman dalam Hukum Positif dan Hukum Islam*”. Skripsi ini membahas tentang tujuan kemaslahatan dalam pemberian hukuman secara umum, tidak terbatas pada pemberian remisi. Hasil dari penelitian ini menunjukkan bahwa hukum positif dan hukum Islam sama-sama mempunyai tujuan utama dalam menjatuhkan hukuman, yakni tujuan kemaslahatan.

Dari semua hasil penelitian terdahulu yang penulis temukan, tidak di jelaskan secara jelas bagaimana remisi khususnya bagi pelaku pembunuhan secara hukum positif dan bagaimana hukum pidana Islam menjawab hal ini,

dan didalam penelitian yang penulis tulis ini akan penulis coba bahas secara rinci tentang remisi bagi pelaku pembunuhan dalam hukum positif dan hukum pidana Islam.

