BAB I

PENDAHULUAN

A. Latar Belakang

Sejarah peradaban manusia memasukkan kejahatan sebagai fenomena sosial karena kontak manusia dapat menimbulkan konflik kepentingan dengan orang lain. Politik, ekonomi, sosial, budaya, dan aspek kehidupan masyarakat lainnya terus berdampak pada kejahatan di masyarakat. Terutama masalah anak, dimana di Indonesia belum sepenuhnya ditangani dengan benar.

Kekerasan sering terjadi terhadap anak, yang dapat merusak, berbahaya dan menakutkan anak. Anak yang menjadi korban kekerasan menderita kerugian, tidak saja bersifat materil tetapi juga bersifat immaterial. Pelaku tindak kekerasan kepada anak bisa saja orang tua (ayah atau ibu korban), anggota keluarga, masyarakat, dan bahkan pemerintah sendiri (aparatus penegak hukum dan lain-lain). Kekerasan sering terjadi terhadap anak. Rawan karena kedudukan anak yang kurang menguntungkan tidak terpenuhi hak-haknya karena situasi dan kondisi tekanan-tekanan kultur maupun struktur.¹

Ini sebenarnya bertentangan dengan upaya Indonesia untuk melindungi anak-anak. Beberapa dokumen hukum yang dimiliki Indonesia menunjukkan bahwa Indonesia selalu memperhatikan upaya perlindungan anak, Seperti Pasal 28B UUD NRI 1945, Undang-Undang Nomor 4 Tahun 1979 tentang Kesejahteraan Anak, Ratifikasi Konvensi Hak Anak melalui Keputusan Presiden Nomor 36

¹ Bagong Suyanto, *Masalah Sosial Anak*, Jakarta, Kencana Media Grup, 2013, hlm. 4.

Tahun 1990, Undang-Undang Nomor 39 Tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia, Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2002 tentang Perlindungan Anak, Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2006 tentang Kewarganegaraan, Undang-Undang Nomor 35 Tahun 2014 tentang Perubahan Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2002 tentang Perlindungan Anak serta dengan dibentuknya suatu lembaga independen yang kedudukannya sejajar dengan komisi lainnya yaitu KPAI (Komisi Perlindungan Anak Indonesia). Produk hukum tersebut menunjukkan dedikasi Indonesia untuk melindungi anak-anak dan kepeduliannya terhadap mereka.

Dalam pembukaan UUD 1945 serta menjadi salah satu tujuan Negara yang terletak pada alinea ke 4 yang berbunyi “Melindungi segenap bangsa dan seluruh tumpah darah Indonesia, memajukan kesejahteraan umum, mencerdaskan kehidupan bangsa, dan melaksanakan ketertiban dunia yang berdasarkan kemerdekaan, perdamaian abadi dan keadilan sosial”. Alinea ke 4 tersebut dapat diartikan, Negara Indonesia haruslah melindungi semua warga negaranya, termasuk anak di bawah umur. Hal ini termasuk hak atas perlindungan dari segala bentuk kejahatan dan kekerasan yang merugikan anak. Karena anak adalah salah satu aset penting bangsa yang paling berharga dan karena mereka merupakan harapan masa depan dunia.

Intinya, anak-anak tidak dapat melindungi diri dari berbagai perilaku yang dapat menyebabkan kerusakan mental, tubuh, atau sosial di berbagai bidang kehidupannya. Melihat fakta dan situasi, khususnya dalam kasus pemerkosaan anak, anak harus dibantu oleh orang lain dalam melindungi dirinya sendiri.

Di Indonesia, kejahatan terhadap anak meningkat pesat karena negara menghadapi krisis hukum. Indonesia memasuki Masa Kekerasan Sosial Terhadap Anak sebagai akibat dari keadaan tersebut. Padahal Anak-anak adalah bagian dari generasi muda sebagai pemegang tongkat estafet kepemimpinan bangsa yang akan datang. Rizzini, seorang psikolog menyatakan “Anak-anak adalah awal sebuah peradaban, kemusnahan/kerusakan anak-anak adalah, kemusnahan sebuah peradaban.”². Pendapat Rizzini menjelaskan bahwa baik buruknya kualitas anak-anak yang dimiliki suatu bangsa akan berdampak pada keberlangsungan dan masa depan bangsa tersebut. Mengingat peran strategis ini, pemerintah dan setiap lapisan masyarakat harus memberikan perhatian yang besar untuk membesarkan anak-anak yang cerdas, bermoral dan melindungi mereka dari kekerasan yang menyebabkan terganggunya psikologis pada anak-anak.

Tindak pidana pemerkosaan adalah salah satu tindak pidana kekerasan seksual baik dilakukan terhadap anak-anak atau orang dewasa. Pemerkosaan yang dilakukan terhadap anak menimbulkan dampak yang sangat kompleks, dikarenakan tidak hanya kerugian materiil yang dialami korban namun kerugian immateriil yang berdampak panjang dan merusak masa depan anak. Pemerkosaan telah melanggar Hak Asasi Manusia (HAM) karena merupakan kejahatan yang sangat memprihatinkan, terutama jika korbannya adalah anak-anak, karena dapat menimbulkan trauma bagi anak-anak seumur hidup mereka. Selain itu masa depan mereka menjadi suram dan mereka tidak mempunyai masa depan lagi.

² M. Ghufron H Kordi K, *Durhaka Kepada Anak (Refleksi mengenai Hak&Perlindungan Anak)*, (Yogyakarta: Pustaka Baru Press), 2015, hlm 2.

Dalam hukum Islam, perkosaan dinamakan dengan zina karena melakukan hubungan intim dan pelakunya tidak dalam ikatan pernikahan, bahkan terdapat unsur kekerasan dan termasuk ke dalam kejahatan kesusilaan yang keji, sehingga kalau memang terbukti dan diajukan di muka Hakim, hukumannya tegas dan jelas. Karena dalam hal ini, kejahatan kesusilaan menyangkut harkat dan harga diri serta kehormatan manusia.³

Sehingga zina (pemeriksaan) akan dikenakan hukuman seperti jarimah/tindak pidana (fiqh jinayah) dimana dapat dibedakan menjadi tiga, yakni: jarimah hudud (had), jarimah qishash, dan jarimah ta'zir. Perbuatan yang mengandung delik-delik kesusilaan di dalamnya adalah jarimah hudud dan jarimah tazir.⁴

Dalam hal pemeriksaan tidak terdapat dalil yang jelas didalam Al-Quran kerana hukuman yang seumpama dengannya telah dinyatakan didalam Al-Quran kerana mempunyai hikmah yang tersendiri, sebab itulah para ulama menggunakan hukuman dalam kasus pemeriksaan ialah bersamaan dengan hukuman zina. Cuma pemeriksaan adalah lebih dahsyat daripada zina kerana ianya berlaku dengan kekerasan, jadi hukuman yang dikenakan ke atas pelakunya sama dengan hukuman zina. Dalil daripada hadis Nabi s.a.w yang boleh digunakan dalam kasus pemeriksaan ini ialah hadis yang diriwayatkan oleh Wa'il Al Kindi yang bermaksud;

³ Bismar Siregar, *Tindak Pidana Kesusilaan dalam Perspektif Hukum Pidana Islam dan Barat, dalam Muhammad Amin Suma. dkk, Pidana Islam di Indonesia (Peluang, Prospek, dan Tantangan)*, (Jakarta: Pustaka Firdaus, 2001), hlm. 204

⁴ Drs. H. Ahmad Wardi Muslich, *Hukum Pidana Islam*, (Jakarta : Sinar Grafika, 2005), hlm.8

“ sesungguhnya seorang wanita telah keluar (dari rumahnya) pada zaman s.a.w kerana mahu mengerjakan solat (dimasjid). Lalu seorang lelaki menemuinya (ditengah Jalan), lalu menindih dan memperkosanya serta melepaskan hajatnya (nafsu). Lantas wanita tersebut bertempik, lalu sipelakunya melarikan diri. (Selepas itu) seorang lelaki menemui wanita tersebut, lalu beliau berkata, “ Sesungguhnya lelaki itu telah melakukan sekian dan sekian keatasku (memperkosaku). Kemudian wanita itu bertemu pula sekumpulan muhajirin, lantas berkata, Sesungguhnya lelaki itu telah melakukan sekian dan sekian (memperkosaku). Lalu mereka terus beredar dan menangkap lelaki yang disangka oleh wanita itu bahwa dia telah memperkosanya, lantas mereka membawanya kepada wanita tersebut, lalu dia berkata, ‘ya , dialah orangnya (yang telah memperkosa ku).’ Mereka terus membawa lelaki tadi kepada Rasulullah s.a.w . Ketika Baginda memerintahkan supaya lelaki itu direjam, bangun seorang lelaki (sebenar) yang telah memperkosa wanita itu sambil berkata, ‘Wahai Rasulullah, akulah orangnya (yang memperkosa wanita itu).’ Lantas Rasulullah s.a.w kepada wanita tersebut, ‘ Pergilah, sesungguhnya Allah telah mengampunkanmu.’ Kemudian, Baginda s.a.w berkata kepada lelaki (yang didakwa oleh wanita itu sebagai pemerkosanya) dengan kata-kata yang baik, dan bersabda kepada lelaki (yang mengaku) memperkosa itu, :’ Rejamlah dia, ‘sambil bersabda, ‘ Sesungguhnya dia telah bertaubat

(kepada Allah) dengan taubat yang jika seluruh Madinah bertaubat seperti itu, nescaya taubat tersebut diterima (Allah) daripada mereka.”⁵

Difahami daripada hadis Nabi s.a.w diatas bahwa hukuman keatas pelaku pemerkosaan didalam syariat Islam ialah hukuman rejam, sama dengan hukuman keatas penzina. Didalam hadis diatas memberikan panduan hukuman kepada kita, yang mana perempuan yang menjadi korban perkosaan itu tidak dikenakan had keatasnya, hanya pelaku pemerkosaan itu sahaja yang dikenakan had sama seperti hukuman yang dikenakan ke atas perlakuan zina. Jika pelakunya muhsan maka dikenakan hukuman rejam sampai mati dan jikalau pelakunya ghairu muhsan dicambuk dengan seratus kali cambuk dan dibuang negeri setahun. Hukuman qisas pula akan dikenakan kepada pelaku tadi sekiranya yang dituduh telah mencederakan atau membunuh korban. Dalam hadis diatas juga Baginda s.a.w tidak menjatuhkan hukuman qazaf keatas wanita yang telah mendakwa dirinya diperkosa tadi, meskipun beliau telah mendakwa seseorang telah memperkosanya tanpa mengemukakan empat orang saksi.⁶

Hukuman zina dijatuhkan kepada kedua belah pihak (laki-laki dan perempuan), sedangkan hukuman pemerkosaan (zina) hanya diberikan kepada pelaku pemerkosaan dan tidak dikenakan kepada korban. Pembedaan antara hukuman zina ini bersumber dari kenyataan bahwa ia bersifat suka sama suka dan

⁵ Riwayat al-Tirmizi dalam Jami' at Tirmizi, no.hadis 1454. Beliau berkata, Hadis ini hadis Hassan gharib sahih

⁶ Dr Mohd Azhar Abdullah, *Soal Jawab Hudud Undang-Undang Allah Yang Adil*, Penerbit Telaga Biru , hal.125

hukuman pemerkosaan (zina) bersumber dari korban yang dipaksa. Pada masa Nabi Muhammad Saw pun pernah terjadi seorang perempuan yang diperkosa. Terhadap kasus ini Rasulullah Saw tidak menjatuhkan hukuman terhadap perempuan itu.

Tindak pidana pemerkosaan adalah salah satu tindak pidana kekerasan seksual baik dilakukan terhadap anak-anak atau orang dewasa. Pemerkosaan yang dilakukan terhadap anak menimbulkan dampak yang sangat kompleks, dikarenakan tidak hanya kerugian materiil yang dialami korban namun kerugian inmateriil yang berdampak panjang dan merusak masa depan anak. Sesuatu yang justru sangat mengesankan adalah tindak pidana pemerkosaan yang dilakukan oleh ayah terhadap anak kandungnya.

Pengaturan yang mengatur tindak pidana pemerkosaan yang dilakukan terhadap anak oleh ayah kandungnya terdapat dalam Undang-Undang No. 1 Tahun 2023 khususnya pada pasal 418. Tetapi khusus untuk provinsi Aceh dengan pemberlakuan syaria'at Islam maka hal tersebut diatur dalam Qanun Aceh Nomor 6 Tahun 2014 tentang Hukum Jinayat. Perlakuan ini sesuai dengan asas *Lex specialis derogat legi generalis*. Asas tersebut menyatakan bahwa hukum yang bersifat khusus (*lex specialis*) mengesampingkan hukum yang bersifat umum (*lex generalis*).

Kasus mengenai pemerkosaan anak yang dilakukan oleh ayah kandung yaitu dalam Putusan Mahkamah Syar'iyah Simpang Tiga Redelong Nomor: 03/Pen.JN/2016/MS-STR. Dimana seseorang yang bernama Subani warga Kecamatan Timbang Gajah di Kabupaten Bener Meriah dinyatakan bersalah atas

tindak pidana jarimah pemerkosaan terhadap anak yang masih mempunyai hubungan darah. Karena perbuatannya dia jatuh hukuman 12 Tahun 6 Bulan dipotong masa tahanan. Sedangkan Putusan Pengadilan Negeri Pontianak Nomor: 686/Pid.Sus/2023/PN-PTK dengan tindak pidana yang sama yaitu pemerkosaan terhadap anak kandung mempunyai hukuman yang berbeda bagi terdakwa yaitu 13 (tiga belas) tahun penjara dan denda Rp. 56.250.000 (lima puluh enam juta dua ratus lima puluh ribu rupiah), apabila denda tersebut tidak dibayar diganti dengan pidana penjara selama 2 (tahun). Keadaan tersebut terjadi dikarenakan adanya perbedaan dasar hukum yang digunakan dalam dakwaan.

Perbedaan sanksi pidana bagi tindak pidana pemerkosaan yang diatur dalam Undang-Undang No. 1 Tahun 2023 dan Qanun Aceh Nomor 6 Tahun 2014. Berdasarkan pemaparan mengenai permasalahan diatas penulis merasa perlu meneliti lebih lanjut mengenai hal tersebut dengan judul: *"PERTANGGUNGJAWABAN TINDAK PIDANA PEMERKOSAAN TERHADAP ANAK YANG DILAKUKAN OLEH AYAH MENURUT PUTUSAN PENGADILAN NEGERI PONTIANAK NOMOR: 686/Pid.Sus/2023/PN-PTK DAN PUTUSAN MAHKAMAH SYAR'YAH SIMPANG TIGA REDELONG NOMOR: 03/Pen.JN/2016/MS-STR"*

B. Rumusan Masalah

1. Apa dasar hukum yang digunakan oleh putusan nomor 03/Pen.JN/2016/MS-STR dan putusan 686/Pid.Sus/2023/PN-PTK dalam menetapkan saksi bagi terdakwa?

2. Apa pertimbangan hakim dalam memutus perkara tindak pidana pemerkosaan terhadap anak kandung dalam putusan nomor 03/Pen.JN/2016/MS-STR dan putusan 686/Pid.Sus/2023/PN-PTK ?
3. Bagaimana pertanggungjawaban tindak pidana pemerkosaan yang dilakukan oleh ayah kandung menurut putusan Pengadilan Negeri Pontianak nomor: 686/Pid.Sus/2023/PN-PTK dan putusan Mahkamah Syar'iyah Simpang Tiga Redelong nomor: 03/Pen.JN/2016/MS-STR?

C. Tujuan

1. Untuk menjelaskan dasar hukum yang digunakan oleh putusan nomor 03/Pen.JN/2016/MS-STR dan putusan 686/Pid.Sus/2023/PN-PTK dalam menetapkan saksi bagi terdakwa.
2. Untuk mengetahui pertimbangan hakim dalam memutus perkara tindak pidana pemerkosaan terhadap anak kandung dalam putusan nomor 03/Pen.JN/2016/MS-STR dan putusan 686/Pid.Sus/2023/PN-PTK.
3. Untuk mengetahui pertanggungjawaban tindak pidana pemerkosaan yang dilakukan oleh ayah kandung menurut putusan Pengadilan Negeri Pontianak nomor: 686/Pid.Sus/2023/PN-PTK dan putusan Mahkamah Syar'iyah Simpang Tiga Redelong nomor: 03/Pen.JN/2016/MS-STR.

D. Manfaat

1. Secara Teoritis

Hasil penelitian ini diharapkan dapat menjadi bahan informasi atau pengetahuan mengenai masalah pertanggungjawaban tindak pidana

pemeriksaan terhadap anak yang dilakukan oleh ayah kandung menurut putusan Pengadilan Negeri Pontianak nomor: 686/Pid.Sus/2023/PN-PTK dengan contoh analisis kasus Putusan Mahkamah Syar'iyah Simpang Tiga Redelong Nomor: 03/Pen.JN/2016/MS-STR.

Selain itu, penelitian ini dapat menjadi bahan pengembangan dalam bidang hukum, khususnya Hukum Pidana Islam. Penjelasan mengenai dasar hukum dan sanksi pidana ditinjau dari hukum positif dan hukum pidana islam serta putusan hakim Mahkamah Syar'iyah Jhanto yang dapat dijadikan sebagai acuan dalam penelitian selanjutnya.

2. Secara Praktis

Penelitian ini diharapkan dapat membawa manfaat bagi pembaca, masyarakat umum dan penulis lain sekaligus sebagai informasi dalam mengembangkan penelitian lebih lanjut dalam karya ilmiah yang lebih bermanfaat.

E. Tinjauan Pustaka

Penelitian terdahulu berguna untuk alat pembandingan bagi penulis dalam sebuah penelitian yang sedang dilakukan, dengan melihat penelitian terdahulu diharapkan dapat memberikan gambaran mengenai perbedaan dan persamaan antara penelitian sedang dilakukan dengan penelitian terdahulu, maka perlu penulis kemukakan konsep teori-teori dari hasil penelitian terdahulu yang relevan dengan penelitian ini antara lain:

No	Penulis dan Tahun	Topik Penelitian	Persamaan	Perbedaan
1.	Ihsanudin Sultan Akbar (2022)	Tindak Pidana Pemerkosaan yang Dilakukan oleh Ayah Kandung terhadap Anaknya dalam Prespektif Hukum Pidana Islam	Membahas topik penelitian yang sama yaitu tindak pidana pemerkosaan yang dilakukan oleh ayah kandung. Serta menggunakan metode perbandingan yang sama yaitu perbandingan analisis kasus dalam putusan hakim.	Alat analisis yang berbeda, yaitu penelitian ini menggunakan hukum islam sebagai alat pembanding. Sedangkan penulis penelitian ini menggunakan Qonun aceh.
2.	Dede Falahudin	Sanksi Pidana Pemerkosaan terhadap Anak yang Dilakukan oleh Ayah Kandung menurut Perspektif Hukum Positif dan Hukum Pidana Islam	Membahas topik penelitian yang sama yaitu tindak pidana pemerkosaan yang dilakukan oleh ayah kandung. Serta menggunakan metode perbandingan yang sama yaitu perbandingan analisis kasus dalam putusan hakim.	Penelitian ini membahas secara luas yaitu membandingkan antara hukum positif dan hukum pidana islam. Penelitian penulis hanya fokus menggunakan satu produk hukum yaitu Qonun aceh saja.
3.	Cut Intan Purnama Sari dan Nursiti	Studi Kasus terhadap Putusan Mahkamah Syariah Nomor 05/JN/2016/MS.LGS	Membahas topik penelitian yang sama	Penelitian ini hanya fokus menganalisis kasus tanpa membandingkannya

		tentang Jarimah Pemeriksaan yang Dilakukan oleh Ayah terhadap Anak Kandungnya.	yaitu tindak pidana pemeriksaan yang dilakukan oleh ayah kandung.	dengan alat ukur lain.
4.	Monica Anamaloka Bakara, Rajin Sitepu, dan Mahfudz Harahap	Pemeriksaan Ayah pada Anak Kandung yang Masih Dibawah Umur dalam Perspektif Hukum Pidana Islam dan Hukum Pidana	Membahas topik penelitian yang sama yaitu tindak pidana pemeriksaan yang dilakukan oleh ayah kandung.	Penelitian ini membahas secara luas yaitu membandingkan antara hukum postif dan hukum pidana islam. Penelitian penulis hanya fokus menggunakan satu produk hukum yaitu Qonun aceh saja. Serta tidak memuat contoh putusan kasus sebagai alat ukur

F. Kerangka Pemikiran

1. Putusan Hakim

Putusan Pengadilan menurut Pasal 1 butir 11 Kitab Undang-undang Hukum Acara Pidana adalah pernyataan hakim yang diucapkan dalam sidang pengadilan terbuka, yang dapat berupa pemidanaan atau bebas atau lepas dari segala tuntutan hukum dalam hal serta menurut cara yang diatur dalam undang-undang ini. Semua putusan pengadilan hanya sah dan memiliki kekuatan hukum jika diucapkan di sidang terbuka untuk umum.

Berdasarkan rumusan Pasal 1 ayat (11) KUHP, terdapat tiga jenis putusan, yaitu putusan pemidanaan, putusan bebas dan putusan lepas dari

segala tuntutan hukum. Tentunya majelis hakim memiliki kriteria untuk dapat memutuskan salah satu dari tiga jenis putusan tersebut.⁷

a. Putusan Bebas (*Vrijspraak/Acquittal*)

Secara teoritis, putusan bebas dalam rumpun hukum Eropa Kontinental lazim disebut dengan istilah putusan “*vrijspraak*”, sedangkan dalam rumpun Anglo-Saxon disebut putusan “*acquittal*”.⁸ Pada dasarnya esensi putusan bebas terjadi karena terdakwa dinyatakan tidak terbukti secara sah dan meyakinkan bersalah melakukan tindak pidana sebagaimana dakwaan jaksa/penuntut umum dalam surat dakwaan. Konkretnya, terjadi dibebaskan dari segala tuntutan hukum. Atau untuk singkatnya lagi terdakwa “tidak dijatuhi pidana”. Jika bertitik tolak pada Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1981, dasarnya terhadap putusan bebas diatur dalam Pasal 191 ayat (1) KUHAP yang menentukan bahwa:

“Jika pengadilan berpendapat bahwa dari hasil pemeriksaan di sidang, kesalahan terdakwa atas perbuatan yang didakwakan kepadanya tidak terbukti secara sah dan meyakinkan, maka terdakwa diputus bebas.”

b. Putusan Lepas dari Segala Tuntutan Hukum

⁷ Tolib Effendi, 2014, *Dasar Dasar Hukum Acara Pidana (Perkembangan dan Pembaharuannya Di Indonesia)*, Malang: Setara Press, hlm. 182

⁸ Lilik Mulyadi, 2010, *Seraut Wajah Putusan Hakim dalam Hukum Acara Pidana Indonesia*, Bandung: PT Citra Aditya Bakti, hlm. 178

Secara fundamental terhadap putusan lepas dari segala tuntutan hukum atau “*onslag van alle rechtsver volging*” diatur dalam ketentuan Pasal 191 ayat (2) KUHAP dirumuskan bahwa: “jika pengadilan berpendapat bahwa perbuatan yang didakwakan kepada terdakwa terbukti, tetapi perbuatan itu tidak merupakan tindak pidana, maka terdakwa diputus lepas dari segala tuntutan hukum.”

c. Putusan Pidana

Pada dasarnya, putusan pidana atau “*veroordelling*” dijatuhkan oleh hakim jika ia telah memperoleh keyakinan, bahwa terdakwa melakukan perbuatan yang didakwakan dan ia menganggap bahwa perbuatan dan terdakwa dapat dipidana.¹⁶ Sebagaimana diatur dalam Pasal 193 ayat (1) KUHAP bahwa: “Jika pengadilan berpendapat bahwa terdakwa bersalah melakukan tindak pidana yang didakwakan kepadanya, maka pengadilan menjatuhkan pidana.”

2. Pertimbangan Hakim

Menurut Lilik mulyadi bahwa hakekat pada pertimbangan yuridis hakim merupakan pembuktian unsur-unsur dari suatu delik apakah perbuatan terdakwa tersebut memenuhi dan sesuai dengan delik yang

didakwakan oleh penuntut umum sehingga pertimbangan tersebut relevan terhadap amar/diktum putusan hakim.⁹

Pertimbangan Hakim adalah argumen atau alasan yang dipakai oleh hakim sebagai pertimbangan hukum yang menjadi dasar sebelum memutus perkara. Pertimbangan hakim dibagi menjadi 2 bagian yaitu

a. Pertimbangan Yuridis

Pertimbangan Yuridis adalah pertimbangan hakim yang didasarkan pada fakta-fakta yuridis yang terungkap dalam persidangan dan oleh Undang-undang ditetapkan sebagaimana yang harus dimuat dalam putusan misalnya dakwaan jaksa penuntut umum, keterangan terdakwa, keterangan saksi, barang-barang bukti dan pasal-pasal dalam peraturan hukum pidana. Pertimbangan yuridis dari delik yang didakwakan juga harus sesuai dengan aspek teoritik, pandangan doktrin, yurisprudensi, dan posisi kasus yang ditangani, barulah kemudian secara limitatif ditetapkan pendirinya. Setelah pencantuman unsur-unsur tersebut, dalam praktek putus hakim, selanjutnya dipertimbangan hal-hal yang dapat meringankan atau memperberatkan terdakwa. Hal-hal yang memberatkan misalnya terdakwa sudah pernah dipidana sebelumnya, karena jabatannya, dan menggunakan bendera kebangsaan.¹⁰

b. Pertimbangan Non-Yuridis

⁹ Lilik Mulyadi *Kompilasi Hukum Pidana dalam Perspektif Teoritis dan Praktek pradilan*. Mandar Maju. 2007hlm193.

¹⁰ Adami Chazawi, *Kejahata terhadap Tubuh & Nyawa*, Jakarta, PT .Raja Grafindo,hlm.73

Pertimbangan non-yuridis dapat dilihat dari latar belakang terdakwa, kondisi terdakwa dan agama terdakwa.¹¹ Undang-undang No.48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman Pasal 5 ayat (1) mengatur bahwa hakim wajib menggali mengikuti, dan memahami nilai-nilai hukum dan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat. Maksud dari ketentuan ini adalah agar setiap putusan hakim sesuai dengan ketentuan hukum dan rasa keadilan bagi masyarakat.

3. Tindak Pidana

Simons, memberikan pengertian bahwa tindak pidana adalah kelakuan (*handeling*) yang diancam dengan pidana, yang bersifat melawan hukum, yang berhubungan dengan kesalahan dan yang dilakukan oleh orang yang mampu bertanggungjawab.¹² Moeljatno, memberikan pengertian perbuatan pidana (tindak pidana) adalah perbuatan yang dilarang oleh suatu aturan hukum, larangan mana disertai ancaman (sanksi) yang berupa pidana tertentu, bagi barang siapa melanggar larangan tersebut.¹³

Berdasarkan pengertian mengenai tindak pidana dari beberapa ahli hukum pidana diatas, maka menurut penulis tindak pidana adalah suatu perbuatan yang melanggar perintah untuk melakukan sesuatu, larangan untuk tidak melakukan sesuatu secara melawan hukum dengan kesalahan dan diberikan sanksi, baik didalam undang-undang maupun didalam peraturan daerah.

¹¹ Rusli Muhammad, *Hukum Acara Pidana Konteporer*, Bandung: PT Citra Aditya Bakti,2007,hlm.212

¹² Andi Hamzah, 1994, *Asas-Asas Hukum Pidana*, Jakarta: Rineka Cipta, hlm. 69

¹³ Moeljanto, 2008, *Asas-Asas Hukum Pidana*: Edisi Refisi, Jakarta: Rineka Cipta, hlm 60.

Menurut Moeljanto yang merupakan unsur atau elemen perbuatan perbuatan pidana adalah:¹⁴

- a. Kelakuan dan akibat
- b. Hal ikhwal atau keadaan yang menyertai perbuatan
- c. Keadaan tambahan yang memberatkan pidana
- d. Unsur melawan hukum yang objektif
- e. Unsur melawan hukum yang subjektif

4. Pertanggungjawaban Pidana

Pengertian pertanggungjawaban pidana adalah perbuatan (hal dan sebagainya) yang tercela di mata masyarakat yang merupakan perbuatan yang dipertanggungjawabkan. Apakah orang yang melakukan perbuatan kemudian juga dijatuhi pidana, sebagai telah diancam, ini tergantung dari soal apakah dalam melakukan ini dia mempunyai kesalahan, sebagai asas dalam pertanggungjawaban dalam hukum pidana ialah, “tiada di pidana jika tiada kesalahan”.¹⁵ Arti kesalahan, kemampuan bertanggungjawab dengan singkat diterangkan sebagai keadaan batin orang normal yang sehat.

¹⁶ Dalam KUHP, tidak ada ketentuan tentang kemampuan bertanggungjawab. Menurut pasal 44 KUHP, “Barang siapa yang melakukan perbuatan yang tidak dapat dipertanggungjawabkan kepadanya, karena jiwanya cacat dalam tubuhnya atau jiwa yang terganggu karena penyakit.”

¹⁴Ibid, hlm 64

¹⁵ Chairul Huda, 2006, *Dari Tiada Pidana Tanpa Kesalahan Menuju Kepada Tiada Pertanggungjawaban Pidana Tanpa Kesalahan*: Cetakan Kedua, Jakarta: Kencana, hlm. 68

¹⁶ Zainal Abidin Farid, 2007, *Hukum Pidana 1*, Jakarta: Sinar Grafika, hlm. 260

Perbuatan pidana dapat dipertanggungjawabkan apabila mengandung unsur :

- a. Unsur perbuatan melawan hukum
- b. Unsur kemampuan bertanggungjawab
- c. Tidak adanya alasan yang menghapuskan kesalahan atau tidak ada alasan pemaaf
- d. Adanya hubungan batin antara si pembuat dengan perbuatannya, yang berupa kesengajaan atau kealpaan

5. Tindak Pidana Pemerkosaan

Pengertian tindak pidana dalam Kitab Undang-undang Hukum Pidana (KUHP) dikenal dengan istilah *Strafbaarfeit* dan dalam kepustakaan tentang hukum pidana sering mempergunakan istilah delik, sedangkan pembuat undang-undang mempergunakan istilah peristiwa pidana atau perbuatan pidana atau tindak pidana. Sedangkan pemerkosaan menurut bahasa ialah hubungan seksual dengan cara paksaan. Memperkosa berarti menundukan dengan cara kekerasan, melanggar, menyerang dengan kekerasan.

Didalam Al-Quran tidak mengatur secara detail mengenai pemerkosaan tetapi para ulama menyepakati untuk pelaku pemerkosaan dikenakan hukum had dan tidak ada hukuman had bagi perempuan yang diperkosa karena hal ini adalah zina dengan pemaksaan. Sementara secara bahasa adalah membawa orang kepada sesuatu yang tidak disukainya secara paksa, sedangkan menurut fuqaha adalah menggiring orang lain

untuk berbuat sesuatu yang tidak disukainya dan tidak ada pilihan baginya untuk meninggalkan perbuatan tersebut.¹⁷

6. Pemerkosaan Terhadap Anak Oleh Ayah Kandung

Persetubuhan sesama mahram atau (*incest*) dalam kamus besar bahasa Indonesia adalah hubungan seksual antara orang-orang yang bersaudara dekat yang diparang dalam adat, hukum dan Negara. Incest merupakan hubungan seksual yang masih ada hubungan darah, contohnya ayah dengan anak perempuannya, ibu dengan anak laki-lakinya, saudara laki-laki dan perempuan sekandung atau sebaliknya, baik dilakukan secara sukarela ataupun paksaan, ada unsur kekerasan, dan yang lebih memperhatikan apabila dilakukan dengan rasa suka sama suka sehingga melakukannya layaknya seperti sepasang suami istri.¹⁸

Dalam Islam ada istilah yang dikenal dengan “wathul maharim” yang berarti menyetubuhi wanita mahram yang haram untuk dinikahi. Incest termasuk kedalam perbuatan zina. Zina adalah hubungan seksual antar laki-laki dan perempuan yang tidak mempunyai ikatan perkawinan. Menyetubuhi mahram termasuk kedalam tindak pidana zina dan wajib dikenakan had bagi pelakunya, apabila terjadi seorang laki-laki yang menikahi perempuan yang ada ikatan mahramnya, maka pernikahan tersebut menjadi batil, kemudian jika laki-laki tersebut menyetubuhinya

¹⁷ Wahbah Zuhaily, *al-Fiqhu al-Islami wa Adillatuhu*, Dmasq: Dar al-Fiqr, 1984, Juz V, hlm.386

¹⁸ Kartini Kartono, *Psikologi Abnormal dan Abnormalis Seksual*, Jakarta: Mandar Maju, 1989

maka wajib dilaksanakan had terhadapnya, ini merupakan pendapat Imam Malik, Imam Syafi'i, dan Imam Ahmad.¹⁹

Islam menggolongkan incest kedalam perbuatan zina. Islam kemudian membagi perbuatan zina menjadi dua jenis, yaitu zina muhsan dan zina ghairu muhsan. Zina muhsan adalah zina yang pelakunya berstatus suami, istri, duda, atau janda. Artinya pelakunya adalah orang yang masih dalam status sudah menikah atau sudah pernah menikah secara sah. Sedangkan zina ghairu muhsan merupakan zina yang pelakunya masih berstatus perjaka atau gadis yang belum menikah.²⁰

Pernikahan merupakan suatu wadah yang sah untuk menyalurkan hasrat seksual antara laki-laki dan perempuan. Semua itu sudah diatur di dalam Islam, dan dalam pernikahan itu hasrat seksual dapat dibenarkan dan diharamkan, bahkan lebih dari itu dalam Islam hubungan seksual akan mendapatkan pahala bila dilakukan dalam wadah pernikahan yang sah. Tetapi seiring dengan berkembangnya zaman, masyarakat yang semakin kompleks, dan pesat, banyak ditemukan penyimpangan dalam penyaluran hasrat seksual seseorang. Salah satu dari bentuk penyimpangan itu adalah perbuatan incest.

¹⁹ Ibnu Hajar al-Asqalani, Fathul Bari Syarah Shahih al-Bukhari, ahli bahasa. Amir Hamzah, Fathul Bari, (Jakarta: Pustaka Azzam), hlm. 203

²⁰ M. Nurul Irfan dan Masyrofah, Fiqh Jinayah, Jakarta: Amzah, 2016, hlm. 20.