

BAB I

PENDAHULUAN

A. Latar Belakang Masalah

Hukum pidana induk di Indonesia sampai dengan kini masih menggunakan Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP) Hindia Belanda, oleh karena itu upaya untuk memperbaharui KUHP hingga saat ini masih berlanjut. Selaras dengan semangat kemerdekaan dan upaya dekolonisasi KUHP peninggalan Hindia Belanda agar Indonesia memiliki KUHP cipta karya bangsa sendiri dengan khasanah dan ciri khas ke-Indonesia-nya.

Gagasan perubahan dalam pembaharuan hukum pidana di Indonesia pada dasarnya tidak terlepas dari pertimbangan-pertimbangan filosofis, sosiologis, yuridis, dan pertimbangan praktis sebagai bentuk implementasi hukum dalam masyarakat.

Pendapat yang sangat menarik diungkapkan oleh Oemar yang mengatakan dalam hal kejahatan terhadap kesusilaan, bahwa dalam membuat dan merumuskan delik-delik susila itu, seharusnya unsur agama harus berperan dalam pemenuhan dan pengelolaan kejahatan terhadap kesusilaan. Sehingga tidak semata-mata melihat hanya hubungan antara hukum dan moral saja tetapi harus melibatkan unsur agama juga, khususnya dalam kejahatan terhadap kesusilaan¹.

¹ Badan Pembinaan Hukum Nasional Kementerian Hukum dan Hak Asasi Manusia Republik Indonesia, *Naskah Akademik Rancangan Undang-Undang Tentang Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (Kuhp)*, 2015, hlm. 239.

Peluang dari penerimaan hukum pidana Islam dalam mewarnai hukum pidana nasional dapat dilihat dari tiga sisi yaitu: *pertama* sumber hukum nasional, *kedua* pendapat ahli, *ketiga* mayoritas masyarakat muslim Indonesia. Nilai keislaman ini layak dimasukkan sebagai cita hukum bangsa Indonesia, setidaknya-tidaknya dengan tiga alasan: *Pertama* nilai ajaran Islam sudah mandarah daging dalam kehidupan masyarakat Indonesia. *Kedua* Islam adalah agama mayoritas bangsa Indonesia. *Ketiga* Islam memiliki falsafah tentang kenegaraan.

Ija Suntana berpendapat dalam perkembangannya hukum di Indonesia tengah terjadi perubahan paradigma serta sikap terhadap undang-undang yang melihat undang-undang sebagai penyeimbang antara keinginan dan pembaharuan. Dengan sebab tersebut maka terdapat poin-poin penting terkait pembaharuan hukum. *Pertama*, hukum bukan sekedar hanya undang-undang, tetapi juga realita hidup dan cerminan masyarakat. *Kedua*, hukum tidak hanya sekedar mempertahankan “*status quo*” untuk menjaga ketertiban, tetapi juga harus aktif mengarahkan dan memberi jalan pembaharuan. Hukum juga menjadi sarana pembangunan nasional. *Ketiga*, selain mengarahkan dalam suatu proses pembangunan, hukum juga membangun dirinya sendiri sebagai kesesuaian dengan tingkat-tingkat kemajuan zaman yang harus ditertibkan².

Seperti halnya hukum positif Indonesia yang saat ini masih belum adanya rumusan delik yang secara menyeluruh terkait dengan perilaku *incest*. Karena dalam Pasal 81 Undang-Undang Nomor 35 Tahun 2014 Tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2002 Tentang Perlindungan Anak disebutkan bahwa:

- (1) Setiap orang yang melakukan kekerasan atau ancaman kekerasan memaksa anak melakukan persetujuan dengannya atau dengan orang lain dipidana dengan pidana penjara paling singkat 5 tahun dan

² Ija Suntana, *Politik Hukum Islam*, Pustaka Setia, Bandung, 2014, hlm. 94.

paling lama 15 tahun dan denda paling banyak Rp. 5.000.000.000,00 (lima miliar rupiah)

- (2) Ketentuan pidana sebagaimana dimaksud pada ayat (1) berlaku juga bagi setiap orang yang dengan sengaja melakukan tipu muslihat, serangkaian kebohongan, atau membujuk anak melakukan persetubuhan dengannya atau dengan orang lain.
- (3) Dalam hal tindak pidana sebagaimana dimaksud ayat (1) dilakukan oleh orang tua, wali, pengasuh anak, pendidik, atau tenaga kependidikan, maka pidananya ditambah 1/3 dari ancaman pidana sebagaimana dimaksud pada ayat (1).

Berbeda dengan perbuatan terhadap tindak pidana kesusilaan yang lain, perbuatan persetubuhan menurut Pasal 81 UU No. 35 Thn 2014 ini terdapat suatu hubungan tertentu antara subjek hukum (pelaku) dan objek hukumnya (korban)³.

Dalam unsur delik tersebut dalam hal perbuatan *incest* sangat tidak lagi sesuai jika masih diterapkan hingga saat ini, karena *incest* yang merupakan tindak pidana terhadap kesusilaan dalam Pasal 81 UU No. 35 Thn 2014 hanya dapat dipidana jika korban masih belum dewasa.

Kemudian tindak pidana yang diatur dalam Pasal 294 KUHP yang selengkapnya adalah sebagai berikut:

- (1) Barang siapa melakukan perbuatan cabul dengan anaknya, anak tirinya, anak angkatnya, anak di bawah pengawasannya yang belum dewasa, anak tiri atau anak pungutnya, anak peliharaannya, atau dengan seorang yang belum dewasa yang dipercayakan padanya untuk ditanggung, dididik atau dijaga, atau dengan bujang atau orang sebahawnya yang belum dewasa, dihukum penjara paling lama tujuh tahun.
- (2) Diancam dengan pidana yang sama:

³ Ija Suntana, *Politik Hukum Islam*, Pustaka Setia, Bandung, 2014, hlm. 100

- a) Pegawai negeri yang melakukan perbuatan cabul dengan orang yang dibawah perintahnya atau dengan orang yang dipercayakan atau diserahkan kepadanya untuk dijaga;
- b) pengurus, dokter, guru, pegawai, mandor (*opzichter*) pengawas atau pesuruh dalam penjara, tempat pekerjaan negara (*landswerkinrichting*), tempat pendidikan, rumah piatu, rumah sakit, rumah sakit jiwa atau lembaga sosial, yang melakukan perbuatan cabul dengan orang yang dimasukkan ke dalamnya.

Dalam pasal tersebut terdapat unsur-unsur sebagai berikut:

- a. Perbuatan cabul;
- b. Dengan : (1) anaknya yang belum dewasa;
(2) Anak tirinya yang belum dewasa;
(3) Anak angkatnya yang belum dewasa;
(4) Anak dibawah pengawasannya yang belum dewasa; yang pemeliharaannya, Pendidikan, atau penjagaannya diserahkan kepadanya;
(5) Pembantunya yang belum dewasa;
(6) Bawahannya yang belum dewasa;

Perbuatan cabul yang juga termasuk persetujuan yang telah tercapuk didalamnya. Menurut Pasal 294 ayat (1), terdapat hubungan antara si pembuat cabul dengan orang yang dicabuli, salah satunya adalah hubungan keluarga, dimana si pembuat memiliki kewajiban hukum untuk melindungi, menghidupi, memelihara, mendidiknya, dan hubungan tersebut di pandang mempermudah pelaksanaan kejahatan. Hubungan keluarga ini misalnya antara orang tua dengan anak kandungnya, anak angkatnya, anak tirinya yang belum dewasa.

Karena yang dapat dihukumi sanksi menurut hukum indonesia hanyalah tindakan-tindakan yang oleh undang-undang dengan tegas

dinyatakan dapat dikenai hukuman⁴. Maka dengan keadaan tersebut cakupan pengertian *incest* secara menyeluruh tidak dapat dipidana seluruhnya. Hanya *incest* yang dilakukan kepada anak dibawah umur dewasa yang dapat dijatuhi pidana.

Padahal pengertian *incest* lebih luas lagi yaitu, *incest* atau hubungan sumbang adalah hubungan seksual baik bersifat paksaan maupun sukarela yang dilakukan oleh pasangan yang memiliki hubungan darah kekerabatan.

Padahal dalam Islam sendiri *Incest* atau dalam bahasa arab disebut *ghisyan al-maharim*, *sifah al-qurba* atau *zina almaharim* yaitu hubungan seksual baik itu secara sukarela maupun dengan paksaan antara orang yang diharamkan untuk menikah oleh syari'ah.

Dengan begitu *incest* atau hubungan sumbang dalam islam memiliki dua keharaman yaitu keharaman dalam hal menodai hubungan darah (*mahram*) dan keharaman dalam hal zina. Dalam surat Al-Nisa ayat 22 dan 23 yan menerangkan konsep *mahram* disebutkan bahwa:

وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ إِنَّهُ كَانَ فَاحِشَةً
وَمَقْتًا وَسَاءَ سَبِيلًا (٢٢) حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ وَأَخَوَاتُكُمْ
وَعَمَّاتُكُمْ وَخَالَاتُكُمْ وَبَنَاتُ الْأَخِ وَبَنَاتُ الْأُخْتِ وَأُمَّهَاتُكُمُ اللَّاتِي أَرْضَعْنَكُمْ
وَأَخَوَاتُكُمُ مِنَ الرَّضَاعَةِ وَأُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ وَرَبَائِبُكُمُ اللَّاتِي فِي حُجُورِكُمْ مِنْ
نِسَائِكُمُ اللَّاتِي دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَإِنْ لَمْ تَكُونُوا دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ

⁴ Oetarid Sadino, *Pengantar Ilmu Hukum*, Terjemahan L.J. Van Apeldoorn, Balai Pustaka, 2015, Jakarta, hlm. 324

وَحَلَائِلُ أَبْنَائِكُمُ الَّذِينَ مِنْ أَضْلَابِكُمْ وَأَنْ تَجْمَعُوا بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ إِلَّا مَا قَدْ

سَلَفَ إِنَّ اللَّهَ كَانَ غَفُورًا رَحِيمًا⁵(۲۳)

Artinya: 22. Dan janganlah kamu menikahi perempuan-perempuan yang telah dinikahi oleh ayahmu, kecuali (kejadian) pada masa lampau. Sesungguhnya perbuatan itu sangat keji dan dibenci dan seburuk-buruk jalan yang ditempuh.

23. Diharamkan atas kamu (menikahi) ibu-ibumu, anak-anakmu yang perempuan, saudara-saudaramu yang perempuan, saudara-saudara ayahmu yang perempuan, saudara-saudara ibumu yang perempuan, anak-anak perempuan dari saudara-saudaramu yang laki-laki, anak-anak perempuan dari saudara-saudaramu yang perempuan, ibu-ibumu yang menyusui kamu, saudara-saudara perempuan sesusuan, ibu-ibu istrimu (mertua), anak-anak perempuan dari istrimu (anak tiri) yang dalam pemeliharaanmu dari istri yang telah kamu campuri, tetapi jika kamu belum campur dengan istrimu itu (dan sudah kamu ceraikan), maka tidak berdosa kamu menikahnya, (dan diharamkan bagimu) istri-istri anak kandungmu (menantu), dan diharamkan mengumpulkannya (dalam pernikahan) dua perempuan yang bersaudara, kecuali yang telah terjadi pada masa lampau. Sesungguhnya Allah Maha Pengampun lagi Maha Penyayang. (Q.S. Al-Nisa ayat 22-23)

Lebih lanjut dalam Surat Al-Nur ayat 2 dijelaskan mengenai sanksi bagi para pelaku pezina *ghairu muhsan* (orang yang belum pernah melangsungkan pernikahan) disebutkan bahwa:

الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا مِائَةَ جَلْدَةٍ ۖ وَلَا تَأْخُذْكُم بِهِمَا

رَأْفَةٌ فِي دِينِ اللَّهِ إِنْ كُنْتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ ۖ وَلَيَْشْهَدَ

عَذَابَهُمَا طَائِفَةٌ مِّنَ الْمُؤْمِنِينَ⁶

Artinya: Perempuan yang berzina dan laki-laki yang berzina, deralah tiap-tiap seorang dari keduanya seratus kali dera dan janganlah belas kasihan kepada keduanya mencegah kamu untuk (menjalankan) agama

⁵ Kementerian Agama Republik Indonesia, *Mushaf Al-Qur'an Terjemah*, Pustaka Jaya Ilmu, Jakarta, 2014, hlm 81

⁶ Kementerian Agama Republik Indonesia, *Mushaf Al-Qur'an Terjemah*, ..., hlm 350

Allah, jika kamu beriman kepada Allah dan hari akhirat dan hendaklah (pelaksanaan) hukuman mereka disaksikan oleh sekumpulan orang-orang yang beriman. (Q.S. Al-Nur ayat 2)

Dan terdapat hadist dari Abu Daud yang menjelaskan mengenai sanksi bagi para pelaku zina *muhsan* (orang yang sudah menikah) disebutkan bahwa:

حديث عبد الله بن مسعود قال : قال رسول الله صلى الله عليه و سلم : لا يحل

دم امرىء مسلم يشهد ان لا اله الا الله وآني رسول الله الا بآء حدى ثلاث :

بالنفس و الثيب الزاني و المارق من الدين التارك الجماعة اخرجه البخار

ي (في : ٨٧ كتاب الديات : ٦ باب قوله تعالى (ان النفس بالنفس)⁷)

Artinya: Abdullah bin Mas'ud berkata: "Nabi Muhammad bersabda 'tidak dihalalkan menumpahkan darah seorang muslim yang telah beriman bahwa tiada tuhan selain Allah, dan aku utusan Allah, kecuali dengan salah satu dari tiga sebab; 1) membunuh jiwa orang maka dibalas bunuh, 2) berzina *muhsan* maka dirajam; 3) orang yang murtad, keluar dari agama Islam dan yang meninggalkan persatuan jamaah muslimin." (dikeluarkan oleh Bukhari pada kitab ke 87, Kitab Diyat Bab 6, Bab firman Allah "jiwa dibalas dengan jiwa".)

Dan juga hadist riwayat Muslim sebagai berikut:

وعن عبادة بن الصامت رضي الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه و

سلم (خذوا عني، خذوا عني، فقد جعل الله لهن سبيلا البكر جلد مائة، و نفس

سنة، والثيب بالثيب جلد مائة ، والرجم) رواه مسلم⁸

Artinya: Dari Ubadah bin Shamit ra berkata, Rasulullah shallallahu alaihi wasallam bersabda: "Ambillah dari diriku, ambillah dari diriku, sesungguhnya Allah telah memberi jalan keluar (hukuman) untuk mereka (pezina). Jejaka dan perawan yang berzina hukumannya dera

⁷ M. fu'ad Abdul Baqi, *Al-Lu'lu Wal Marjan (Shahih Bukhari Muslim)*, Diterjemahkan oleh: Muhammad Ahsan, Kompas Gramedia, Jakarta, 2017, hlm 627.

⁸ A. Djazuli, *Hukum Pidana Islam*, Jakarta, Radja Grafindo, 1996, hlm 45

seratus kali dan pengasingan selama satu tahun. Sedangkan duda dan janda hukumannya dera seratus kali dan rajam." (HR Muslim).

Maka merujuk kepada keterangan diatas delik dari Pasal 81 UU No. 35 Thn 2014 masih belum cukup mewakili definisi dari *incest* secara menyeluruh sehingga dengan hadirnya Rancangan Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (RKUHP) khususnya dalam Pasal 419 dapat mengisi kekosongan hukum terkait hubungan sumbang atau *incest*.

Adapun bunyi Pasal 419 RKUHP 2019 ialah, *Setiap orang yang melakukan persetubuhan dengan seseorang yang diketahuinya bahwa orang tersebut merupakan anggota keluarga sedarah dalam garis lurus atau samping sampai derajat ketiga dipidana dengan pidana penjara paling lama 12 (dua belas) tahun.*

Apabila merujuk pada ketentuan *incest* dalam Pasal 419 RKUHP dapat ditarik makna bahwa perbuatan *incest* merupakan tindak persetubuhan yang dilakukan oleh orang yang memiliki hubungan kekeluargaan sedarah baik itu dalam garis lurus maupun samping sampai derajat ketiga.

Berdasarkan uraian tersebut, penulis tertarik untuk memilih judul penelitian: **Pembaharuan Materi Hukum *Incest* di Indonesia Dalam Pasal 419 Rancangan Kitab Undang-Undang Hukum Pidana Ditinjau Menurut Hukum Pidana Islam.**

B. Rumusan Masalah

Dari latar belakang yang terurai diatas secara garis besar ada kesamaan konsep dan cakupan berkaitan dengan tindak pidana *incest* atau hubungan sumbang di dalam RKUHP dan Hukum Pidana Islam. Sehingga untuk lebih praktis dalam penguraian masalah maka dalam penelitian ini dirumuskan dalam bentuk pertanyaan sebagai berikut:

1. Bagaimana materi hukum *incest* dalam hukum nasional Indonesia?
2. Bagaimana unsur hukum pidana Islam dalam materi hukum pasal 419 Rancangan Kitab Undang-Undang Hukum Pidana?

3. Bagaimana kerangka konsep pembaharuan materi hukum *incest* dalam Pasal 419 Rancangan Kitab Undang-Undang Hukum Pidana?

C. Tujuan Penelitian

Berdasarkan rumusan masalah diatas, maka dapat diketahui yang menjadi tujuan dalam penelitian ini adalah:

1. Untuk mengetahui materi hukum *incest* dalam hukum nasional Indonesia.
2. Untuk mengetahui unsur hukum pidana Islam dalam materi hukum pasal 419 Rancangan Kitab Undang-Undang Hukum Pidana.
3. Untuk mengetahui kerangka konsep pembaharuan materi hukum *incest* dalam Pasal 419 Rancangan Kitab Undang-Undang Hukum Pidana

D. Manfaat Penelitian

Adapun manfaat penelitian mengenai Pembaharuan Materi Hukum *Incest* di Indonesia Dalam Pasal 419 Rancangan Kitab Undang-Undang Hukum Pidana Ditinjau Menurut Hukum Pidana Islam ialah:

1. Manfaat Teoritis

Manfaat teoritis penelitian ini adalah supaya dapat menambah *khazanah* keilmuan dan juga dapat menambah sumber pengetahuan terkait dengan *incest*, dan penelitian ini juga diharapkan dapat memberikan sumbangsih *khazanah* keilmuan pada bidang-bidang yang berkaitan dengan penelitian ini. Terutama terhadap tindakan *incest* atau hubungan sumbang baik di bidang hukum pidana nasional maupun di bidang hukum pidana Islam.

2. Manfaat Praktis

Manfaat praktis penelitian ini adalah supaya menjadi bahan acuan untuk para pembaca ataupun bahan masukan untuk para pembaca yang sedang

melakukan penelitian pada bidang ini. Serta sebagai tambahan bagi *khazanah* kepustakaan di bidang hukum nasional maupun hukum Islam.

E. Kerangka Pemikiran

Tuntutan bahwa hukum Islam harus selalu kekinian dan dapat mereduksi perkembangan kehidupan manusia bukan berarti ajaran Islam tidak konsisten mudah mengikuti perkembangan kehidupan dan bebas menginterpretasikan al-Qur'an dan sunah sesuai kepentingan manusia⁹.

Abdullahi Ahmed An-Naim menuliskan bahwa hukum Islam dan Islam merupakan hal yang berbeda, sebab hukum Islam merupakan hasil intepretasi dan pemikiran para *fuqaha* terhadap sumber ajaran Islam yaitu Al-Qur'an dan Hadist. Sehingga hukum Islam itu merupakan produk pemahaman *fuqaha* yang dilandasi Al-Qur'an dan Hadist dalam rangka pengembangan suatu sistem Syariah yang *komperhensif* sebagai aturan bagi manusia yang bersifat *shalih fi kulli zaman wa makan*¹⁰.

Maka hal tersebutlah yang melandasi banyaknya perbedaan pandangan dalam hukum Islam terkait hal-hal yang diperbincangangkan, keberagaman tersebut tidaklah harus dimaknai negatif, tetapi perbedaan tersebut harus dimaknai positif. Sebagai keberagamannya *khazanah* hukum Islam.

Eksistensi hukum Islam yang konsisten pada prinsip dan asasnya tidaklah harus dimaknai menjadi hukum yang statis dan kaku, justru harus fleksibel sehingga dapat mereduksi perkembangan kehidupan manusia, tetapi tetap tidak berubah dari prinsip dan asasnya¹¹.

Dalam perkembangan kehidupan manusia memerlukan adanya pembaharuan hukum sebagai bagian dari perubahan realita hidup dan cerminan masyarakat yang berubah pula. Pembaharuan merupakan suatu

⁹ Syahrul Anwar, *Ilmu Fiqh & Ushul Fiqh*, Ghalia Indonesia, 2010, Bogor, hlm. 48

¹⁰ Imam Syaukani, *Rekonstruksi Epistemologi Hukum Islam Indonesia Dan Relevansinya Bagi Pembangunan Hukum Nasional*, RajaGrafindo Persada, Jakarta, 2006, hlm. 26

¹¹ Imam Syaukani, *Rekonstruksi Epistemologi Hukum Islam Indonesia Dan Relevansinya Bagi Pembangunan Hukum Nasional*, ..., hlm. 47

proses peninjauan dan penilaian kembali terhadap sesuatu yang sudah ada guna mencapai keadilan yang dicita-citakan sebab pembaharuan bersifat dinamis dan konstruktif.

Sehingga pembaharuan hukum pidana pada hakikatnya merupakan upaya melakukan peninjauan dan penilaian kembali (reorientasi dan reevaluasi) nilai-nilai sosiopolitik, sosiofilosofis, dan sosiokultural yang melandasi dan memberi isi terhadap muatan normatif dan substantif hukum pidana yang dicita-citakan (Contoh, KUHP baru)¹².

Makna dan hakikat pembaharuan hukum pidana berkaitan erat dengan latar belakang dan urgensi diadakannya pembaharuan hukum pidana itu sendiri. Latar belakang dan urgensi diadakannya pembaharuan hukum pidana dapat ditinjau dari aspek sosiopolitik, sosiofilosofis, dan sosiokultural, atau dari berbagai aspek kebijakan (khususnya kebijakan sosial, kebijakan criminal, dan kebijakan penegakan hukum) Ini berarti, pembaharuan hukum pidana pada hakikatnya mengandung makna suatu upaya untuk melakukan reorientasi dan reformasi hukum pidana yang sesuai dengan nilai-nilai sentral sosiopolitik, sosiofilosofis, dan sosiokultural masyarakat Indonesia yang melandasi kebijakan sosial, kebijakan criminal, dan kebijakan penegakan hukum di Indonesia¹³.

Pembaharuan hukum pidana di Indonesia diperlukannya fleksibilitas dari ajaran hukum pidana Islam itu sendiri agar menjadi bahan hukum terhadap pembaharuan hukum secara substantif. Sehingga corak dari hukum pidana Islam akan tetap ada dan tidak lekang oleh waktu serta mampu bergerak secara dinamis mengikuti perkembangan sosial masyarakat. Sesuai dengan kaidah fiqh:

¹² Barda Nawawi Arief, *Bunga Rampai Kebijakan Hukum Pidana (Perkembangan Penyusunan Konsep KUHP Baru)*, Kencana, Jakarta, 2008, hlm 30

¹³ Barda Nawawi Arief, *Bunga Rampai Kebijakan Hukum Pidana (Perkembangan Penyusunan Konsep KUHP Baru)*, ..., hlm 29

تغير الفتوى (الحكم) بتغير الامنة و الامكنة والاحوال¹⁴

“Suatu ketetapan fatwa (hukum) dapat berubah disebabkan berubahnya waktu, tempat dan situasi (kondisi)”

لاينكر تغير الاحكام بتغير الامان¹⁵

“Tidak dapat diingkari adanya perubahan karena berubahnya waktu (zaman)”

Pembaharuan hukum tidak bermaksud untuk mengembangkan syari'at hukum Islam yang sakral tetapi bertujuan untuk mengaitkan fenomena baru dengan asas atau kaidah hukum Islam yang ada. Karena harus diakui bahwa sumber hukum Islam adalah *nash* yang mana telah berhenti diwahyukan sementara permasalahan sosial terus berkembang.

Pendapat yang sangat menarik diungkapkan oleh Oemer Seno Adjie yang mengatakan dalam hal kejahatan terhadap kesusilaan, bahwa dalam membuat dan merumuskan delik-delik susila itu, seharusnya unsur agama harus berperan dalam pemenuhan dan pengelolaan kejahatan terhadap kesusilaan. Sehingga tidak semata-mata melihat hanya hubungan antara hukum dan moral saja tetapi harus melibatkan unsur agama juga, khususnya dalam kejahatan terhadap kesusilaan¹⁶.

Peluang dari penerimaan hukum pidana Islam dalam mewarnai hukum pidana nasional dapat dilihat dari tiga sisi yaitu: *pertama* sumber hukum nasional, *kedua* pendapat ahli, *ketiga* mayoritas masyarakat muslim Indonesia.

¹⁴ Abdullah bin Abdul Muhsin, *Ushul al-Madzhah al-Imam Ahmad*, Cet. III, (Beirut: Dar al-fikr, 1980), hlm. 164.

¹⁵ Ali Haidar, *Dhararu al-Hukkam Syarh Majallah al-Ahkam*, (Beirut: Maktabah al-Nahdha), hlm. 43.

¹⁶ Badan Pembinaan Hukum Nasional Kementerian Hukum dan Hak Asasi Manusia Republik Indonesia, *Naskah Akademik Rancangan Undang-Undang Tentang Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (Kuhp)*, 2015, hlm. 239.

Hans Nawiasky mengemukakan terkait dengan teori norma yang didalamnya terdapat jenis dan tingkatan suatu tertib hukum, yakni:

1. Norma Fundamental Negara / Sumber Hukum;
2. Aturan Dasar Negara / Konstitusi;
3. Undang-Undang;
4. Aturan Pelaksana.

Staatsfundamentalnorm di Indonesia merupakan Pancasila, hal tersebut disebutkan secara langsung dalam Pasal 2 UU No. 12 Tahun 2011 “Pancasila merupakan sumber segala sumber hukum negara”.

Pada hakikatnya Pancasila terbagi dalam tiga asas yaitu, *pertama* Pancasila sebagai asas kebudayaan, *kedua* Pancasila sebagai asas religius, *ketiga* Pancasila sebagai asas kenegaraan¹⁷.

Hukum adat dan hukum agama secara objektif diakui sebagai sumber hukum bagi pembaharuan hukum nasional. Kedua sistem hukum tersebut saling mempengaruhi namun dalam perkembangannya hukum adat mengalami penggerusan baik substansi maupun struktur hukumnya. Sedangkan pada hukum Islam justru sebaliknya, dalam perkembangannya hukum Islam mengalami penguatan baik substansi maupun struktur hukumnya¹⁸.

Realita tersebut bisa dijelaskan dengan baik oleh Nazairin dalam kegiatan konferensi Kementerian Kehakiman di Salatiga tahun 1950, beliau mengemukakan: “Hukum Agama (Islam) masih terselip di dalam Hukum Adat yang memberikan tempat dan persanderaan kepadanya, tetapi sekarang kita lihat Hukum Agama itu sedang bersiap hendak membongkar dirinya dari ikatan adat itu”¹⁹.

¹⁷ Kaelan, *Pendidikan Pancasila*, Paradigma, Yogyakarta, 2016, hlm. 101

¹⁸ Abdurrahman Konoras, *Eksistensi Hukum Islam dan Hukum Adat Dalam Sistem Hukum Nasional*, Jurnal al-Syir'ah Vol. 14, Manado, 2016, hlm. 9

¹⁹ Mohammad Daud Ali, *Kedudukan Hukum Islam Dalam Sistem Hukum Indonesia*, Yayasan Risalah, Bandung, 1984, hlm. 108

Kejahatan terhadap kesusilaan khususnya dalam ketentuan mengenai hubungan *incest* memerlukan pembaharuan hukum dikarenakan adanya kekosongan hukum bagi pelaku persetubuhan yang dilakukan oleh orang yang memiliki hubungan sedarah (*mahram* dalam Islam).

Kontribusi hukum pidana Islam dalam rangka pembaharuan hukum pidana di Indonesia khususnya dalam aspek kesusilaan berkaitan dengan hubungan sumbang terbuka untuk diaplikasikan dan diterima oleh masyarakat karena hubungan *incest* tidak sejalan dengan karakter bangsa Indonesia yang beragama dan beradab. Karena dalam realita ada kasus yang menghebohkan seperti seorang kakak menikahi adik kandungnya (yang tengah hamil empat bulan) asal Bulukumba di perantauan Kalimantan timur.

Pernikahan tersebut membuat heboh masyarakat sampai-sampai Bupati Bulukumba dan jajaran Pemerintah Daerah angkat suara terkait hal tersebut. Mereka semua sepakat untuk menolak pernikahan tersebut. Tetapi penolakan tersebut hanya bisa sebatas memberikan sanksi administrasi kepada dua orang kakak beradik yang menikah tersebut. Tidak ada sanksi pidana yang bisa dijatuhkan kepada dua orang tersebut karena kekosongan hukum terkait hubungan *incest*.

Dengan begitu terbukanya kesempatan bagi hukum pidana Islam untuk mewarnai hukum pidana nasional yang dapat dilihat dalam RKUHP khususnya dalam hal hubungan *incest*. Hal tersebut juga diilhami dari perkembangan politik hukum Indonesia yang semakin kuat dipengaruhi oleh nilai-nilai keagamaan sehingga bisa termanifestasi dalam sebuah Rancangan Undang-Undang.

Tujuan hukum pidana Islam tidak dapat dilepas dari tujuan syariat Islam secara umum. Karena hukum pidana Islam merupakan bagian dari syariat Islam²⁰. Tujuan dari syariat Islam sendiri adalah menjadi tolak ukur dalam rangka mencapai kebahagiaan dan kemaslahatan hidup. Syariat Islam

²⁰ Mardani, *Hukum Pidans Islam*, Prenada Media Grup, 2019, Jakarta, hlm. 5

memiliki tujuan-tujuan universal yang biasa disebut dengan *maqashid al-syari'ah*. Tujuan syariat Islam dapat dibagi menjadi lima pokok, yaitu²¹:

1. *Hifdz al-dien*, memelihara kebebasan beragama.
2. *Hifdz al-nafs*, memelihara keberlangsungan hidup.
3. *Hifdz al-aql*, memelihara kreatifitas berpikir.
4. *Hifdz al-nasl*, memelihara keturunan dan kehormatan.
5. *Hifdz al-mal*, memelihara kepemilikan harta, properti dan kekayaan.

Hukum di Indonesia perlu untuk menjamin lima hal pokok tersebut untuk mencapai kemaslahatan dan kebahagiaan individu maupun masyarakat. Sebagai bentuk nyata negara menjamin hal tersebut diperlukannya pembaharuan hukum terkait *incest* karena perbuatan *incest* dapat merusak hal pokok diatas.

Lima hal pokok tersebut dapat dibedakan menjadi tiga peringkat yang didasari dari kepentingannya yaitu, *daruriyyat*, *hajiyyat*, dan *tahsiniyyat*. Urutan peringkat ini akan saling melengkapi dimana *tahsiniyyat* melengkapi *hajiyyat* dan *hajiyyat* melengkapi *daruriyyat*.

Hukum pidana Islam atau *fiqh jinayah* adalah segala ketentuan mengenai tindak pidana (*jarimah*) dan sanksi hukumnya (*uqubah*) yang dilakukan oleh *mukalaf* sebagai dari hasil pemahaman atas dalil-dalil hukum yang terperinci.

Konsep hukum pidana Islam yang berkaitan dengan *jarimah* dapat dibagi menjadi tiga, yaitu:

1. *Jarimah hudud* yaitu tindak kejahatan yang menjadikan pelakunya dikenakan sanksi *had*²². *Had* sendiri merupakan ketentuan berupa sanksi terhadap pelaku *jarimah hudud* menurut ketetapan Allah yang terdapat pada nas.

²¹ Syahrul Anwar, *Ilmu Fiqh & Ushul Fiqh*, Ghalia Indonesia, 2010, Bogor, hlm. 76

²² Zainuddin Ali, *Hukum Islam*, Sinar Grafika, 2006, Jakarta, hlm.106

2. *Jarima Qisas* yaitu tindak kejahatan yang menyebabkan hilangnya nyawa dan atau anggota tubuh yang diancam dengan hukuman pembalasan yang serupa (*qisas*) atau ganti rugi (*diyat*) jika korban atau keluarga korban memaafkan pelaku.
3. *Jarimah ta'zir* yaitu tindak kejahatan yang bentuk sanksinya diatur oleh penguasa. Sanksi yang diberikan haruslah bersifat mendidik.

Pada dasarnya tujuan pemidanaan dalam hukum pidana Islam tidak dapat dipisahkan dari tujuan umum syari'at Islam itu sendiri, yaitu untuk memelihara kemashlahatan manusia di dunia dan di akhirat serta menjaga manusia dari *kemafsadahan*²³. Tujuan pemidanaan dalam hukum pidana Islam menurut M. Tahmid Nur, tujuan pemidanaan dalam hukum pidana Islam ialah pencegahan (*ar-rad-u waz-zajru*) dan pengajaran serta Pendidikan (*al-islah wat-tahdzib*).

Sedangkan menurut oktoberriansyah tujuan pemidanaan hukum pidana Islam, yaitu:

1. *Al-Jaza* (pembalasan). Konsep ini menyatakan bahwa setiap orang yang berbuat hahat akan mendapat balasan yang setimpal dengan yang dilakukannya.
2. *Al-Jazru* (pencegahan). Konsep ini ditunjukkan untuk mencegah suatu kejahatan agar tidak terulang lagi.
3. *Al-Islah* (pemulihan). Menurut para fuqaha tujuan ini merupakan tujuan yang paling penting dan mendasar dalam sistem pemidanaan Islam.
4. *Al-Istiadah* (restorasi). Konsep ini memiliki metode untuk melibatkan pihak-pihak yang bertikai dalam memperbaiki kerusakan yang ditimbulkan oleh tindak pidana yang dilakukan pelaku.
5. *Al-Takfir* (penebus dosa). Tujuan ini bersifat *ukhrawi*, orang yang melakukan tindak pidana bukan hanya akan

²³ Fathurrahman Djamil, *Filsafat Hukum Islam: Bagian Pertama* Jakarta: Logos Wacana Ilmu, 1997, hlm. 125.

mempertanggungjawabkan di dunia saja tapi di akhirat juga. Penjatuhan hukuman di dunia merupakan salah satu cara untuk menggurkan dosa yang telah dilakukan²⁴.

Perbuatan hubungan seksual diluar ikatan pernikahan sendiri tergolong kepada *jarimah hudud* perzinahan diancam dengan *had*, yang tertera dalam Al-Qur'an surat Al-nur ayat 2 untuk *ghairu muhsan* dan Hadist dari riwayat Muslim dan Abu Daud untuk *muhsan*.

الرَّانِيَّةُ وَالرَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا مِائَةَ جَلْدَةٍ ۖ وَلَا تَأْخُذْكُمْ بِهِمَا رَأْفَةٌ فِي دِينِ اللَّهِ إِنْ كُنْتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ ۖ وَلَيْشِهَدْ عَذَابُهُمَا طَائِفَةٌ مِّنَ الْمُؤْمِنِينَ²⁵

Artinya: Perempuan yang berzina dan laki-laki yang berzina, deralah tiap-tiap seorang dari keduanya seratus kali dera dan janganlah belas kasihan kepada keduanya mencegah kamu untuk (menjalankan) agama Allah, jika kamu beriman kepada Allah dan hari akhirat dan hendaklah (pelaksanaan) hukuman mereka disaksikan oleh sekumpulan orang-orang yang beriman.

وعن عبادة بن الصامت رضي الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه و

سلم (خذوا عني، خذوا عني، فقد جعل الله لهن سبيلا البكر جلد ما نة، و نفس

سنة، والثيب بالثيب جلد ما نة ، والرجم) رواه مسلم²⁶

Artinya: Dari Ubadah bin Shamit ra berkata, Rasulullah shallallahu alaihi wasallam bersabda: "Ambillah dari diriku, ambillah dari diriku, sesungguhnya Allah telah memberi jalan keluar (hukuman) untuk mereka (pezina). Jejaka dan perawan yang berzina hukumannya dera

²⁴ Mardani, *Hukum Pidans Islam*, Prenada Media Grup, 2019, Jakarta, hlm. 7

²⁵ Kementerian Agama Republik Indonesia, *Mushaf Al-Qur'an Terjemah*, Pustaka Jaya Ilmu, Jakarta, 2014, hlm 350

²⁶ A. Djazuli, *Hukum Pidana Islam*, Jakarta, Radja Grafindo, 1996, hlm 45

seratus kali dan pengasingan selama satu tahun. Sedangkan duda dan janda hukumannya dera seratus kali dan rajam." (HR Muslim).

حديث عبد الله بن مسعود قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : لا يحل

دم امرىء مسلم يشهد ان لا اله الا الله وآبى رسول الله الا بء حدى ثلاث :

بالنفس و الثيب الزاني و المارق من الدين التارك الجماعة اخرجه البخار

ي (في : ٨٧ كتاب الديات : ٦ باب قوله تعالى (ان النفس با لنفس)²⁷

Artinya: Abdullah bin Mas'ud berkata: "Nabi Muhammad bersabda 'tidak dihalalkan menumpahkan darah seorang muslim yang telah beriman bahwa tiada tuhan selain Allah, dan aku utusan Allah, kecuali dengan salah satu dari tiga sebab; 1) membunuh jiwa orang maka dibalas bunuh, 2) berzina *muhsan* maka dirajam; 3) orang yang murtad, keluar dari agama Islam dan yang meninggalkan persatuan jamaah muslimin." (dikeluarkan oleh Bukhari pada kitab ke 87, Kitab Diyat Bab 6, Bab firman Allah "jiwa dibalas dengan jiwa".)

Perbuatan *incest* bukan saja melanggar ketentuan zina yang dilarang keras oleh Islam tapi juga melanggar ketentuan menodai hubungan darah (*mahram*).

Dari berbagai uraian diatas penulis akan membahas berkenaan dengan pembaharuan materi hukum *incest* di indonesia dan ditinjau menurut hukum pidana Islam.

F. Langkah-Langkah Penelitian

1. Metode Penelitian

Jenis dari metode penelitian ini adalah penelitian hukum normatif. Metode penelitian hukum normatif menurut Peter Mahmud Marzuki ialah suatu proses untuk menemukan suatu aturan hukum, prinsip-prinsip hukum, maupun doktrin-doktrin hukum untuk menjawab permasalahan.hukum yang dihadapi. Penelitian hukum normatif dilakukan untuk menghasilkan

²⁷ M. fu'ad Abdul Baqi, *Al-Lu'lu Wal Marjan (Shahih Bukhari Muslim)*, Diterjemahkan oleh: Muhammad Ahsan, Kompas Gramedia, Jakarta, 2017, hlm 627.

argumentasi teori atau konsep baru sebagai preskripsi dalam menyelesaikan masalah yang dihadapi²⁸.

Metode penelitian hukum normatif ini penulis gunakan karena penelitian dilakukan dengan cara mengkaji bahan pustaka yang berupa data primer yang ditunjang oleh data sekunder²⁹.

2. Jenis Data

Penelitian ini didasarkan pada jenis data kualitatif yang mana data kualitatif itu sendiri merupakan data yang diperoleh berdasarkan kata-kata yang pada nantinya akan disimpulkan menjadi suatu kesimpulan yang *komperhensif* dan objektif. Penelitian ini akan menggunakan data yang berhubungan dengan Pembaharuan Materi Hukum *Incest* Di Indonesia Dalam Pasal 419 Rancangan Kitab Undang-Undang Hukum Pidana Ditinjau Menurut Hukum Pidana Islam.

3. Sumber data

Sumber data yang digunakan dalam penelitian ini adalah:

a. Bahan Hukum Primer

Bahan hukum primer yaitu bahan yang mempunyai kekuatan yang mengikat dalam hal ini sumber data yang diambil dalam bahan hukum primer yaitu Kitab Al-Tasyri' al-Jinai al-Islami dan Rancangan Kitab Undang-Undang Hukum Pidana Tahun 2019.

b. Bahan Hukum Sekunder

Bahan hukum sekunder yaitu bahan hukum yang memberi penjelasan terhadap bahan hukum primer. Bahan hukum sekunder yang penulis gunakan ialah, buku-buku, jurnal, skripsi terdahulu, artikel, dan bahan referensi yang nantinya akan bersangkutan dengan judul penelitian ini.

²⁸ Peter Mahmud Marzuki, *Penelitian Hukum: Edisi Revisi*, Kencana Prenada Media Group, Jakarta, 2005, hlm. 35

²⁹Ronny Hanitijo Soemantri, *Metodologi Penelitian Hukum dan Jurimetri*, Ghala Indonesia, Semarang, 1990, hlm. 9

c. Bahan Hukum Tersier

Bahan hukum tersier yaitu bahan hukum yang memberi penjelasan terhadap bahan hukum primer dan sekunder.

4. Teknik Pengumpulan Data

Karena metode penelitian ini menggunakan metode penelitian hukum normatif maka teknik pengumpulan data yang penelitian ini akan gunakan yaitu teknik studi kepustakaan (*Library research*).

Pendekatan teknik ini adalah dengan memahami dan menganalisis semua bahan hukum baik yang primer, sekunder, maupun tersier kemudian menyusun dalam bentuk literatur yang berkaitan dengan judul penelitian ini.

5. Pengolahan dan Analisis Data

Pengolahan data yang dilakukan oleh penulis dalam melakukan analisis data dengan langkah-langkah sebagai berikut:

- a. Mengumpulkan data tentang pembaharuan hukum, *incest* dan hukum pidana Islam
- b. Menguraikan data tentang pembaharuan hukum, *incest* dan hukum pidana Islam
- c. Mengklasifikasikan data yang diperoleh untuk dikelompokkan mana yang diperlukan dan mana yang tidak diperlukan
- d. Memahami data yang telah di klasifikasikan
- e. Menentukan hubungan data tentang pembaharuan materi hukum *incest* di Indonesia dalam pasal 419 rancangan kitab undang-undang hukum pidana ditinjau menurut hukum pidana Islam
- f. Menganalisis data
- g. Menarik kesimpulan tentang pembaharuan hukum *incest* di Indonesia dalam Pasal 419 rancangan kitab undang-undang hukum pidana ditinjau menurut hukum pidana Islam

Analisis data yang akan penelitian ini gunakan yaitu analisis *deskriptif* yang mana untuk norma yang kosong perlu penemuan hukum dengan

menggunakan metode penafsiran hukum dalam menemukan hukum dan untuk norma yang ambigu perlu memperjelas dengan metode analogi³⁰.

Penganalisisan secara *deskriptif* menggunakan metode penafsiran/interpretasi hukum untuk membangun suatu kesimpulan yaitu berupa sebuah pernyataan yang seharusnya sekaligus rekomendasi (*preskripsi*)³¹.



³⁰ Muhaimin, *Metode Penelitian Hukum*, Mataram University Press, Mataram, 2020, hlm. 76

³¹ Muhaimin, *Metode Penelitian Hukum*, Mataram University Press, ..., hlm. 76