

BAB I

PENDAHULUAN

A. Latar Belakang Masalah

Perilaku menyimpang dari anak kini semakin menggejala di masyarakat, baik di negara maju maupun negara sedang berkembang. Perkembangan masyarakat yang berawal dari kehidupan agraris menuju kehidupan industrial telah membawa dampak signifikan terhadap kehidupan nilai sosiokultural pada sebagian besar masyarakat. Nilai-nilai yang bersumber dari kehidupan industrial semakin menggeser nilai-nilai kehidupan agraris dan proses tersebut menjadi secara berkesinambungan sehingga pada akhirnya membawa perubahan dalam tata nilai termasuk pola-pola perilaku dan hubungan masyarakat.

Perkembangan seperti ini juga berlangsung di Indonesia dengan menyatunya tata nilai yang bercirikan masyarakat industrial, maka perbenturan antara nilai-nilai lokal tradisional dengan nilai-nilai modernisme tidak dapat terelakkan. Pada akhirnya dampak yang paling terasa sebagai akibat dari perubahan sosial yang sangat cepat menuju kehidupan industrial adalah penyimpangan perilaku anak-anak atau remaja.

Pada akhir abad ke-19, kriminalisasi yang dilakukan oleh anak dan remaja semakin meningkat, sehingga dalam menghadapi fenomena tersebut diperlukan penanganan terhadap pelaku kriminal anak yang disamakan dengan pelaku criminal orang dewasa. Hal ini merupakan suatu konsekuensi dari hukum yang ada pada saat

itu karena belum memiliki aturan khusus yang mengatur tentang anak yang berhadapan dengan hukum atau anak pelaku tindak pidana.¹

Anak yang berkonflik dengan hukum merupakan istilah internasional yang digunakan terhadap anak yang disangka, didakwa maupun dipidana dalam masalah hukum. Dalam Konvensi Hak Anak, anak yang berkonflik dengan hukum ini dikategorikan ke dalam anak yang membutuhkan perlindungan khusus. Salah satunya dinyatakan dalam pasal 37 Konvensi Hak Anak : "Tidak seorang anak pun dapat dirampas kebebasannya secara melanggar hukum atau dengan sewenang-wenang. Penangkapan, penahanan atau pemenjaraan seorang anak harus sesuai dengan undang-undang, dan hanya digunakan sebagai upaya terakhir dan untuk jangka waktu terpendek dan tepat."²

Sebagaimana yang telah dituangkan dalam penjelasan UU No. 3 Tahun 1997 tentang Pengadilan Anak bahwa anak adalah bagian dari generasi muda sebagai penerus cita-cita perjuangan dan sumber daya manusia bagi pembangunan nasional. Dalam rangka mewujudkan sumber daya manusia Indonesia yang berkualitas dan mampu memimpin serta memelihara kesatuan dan persatuan bangsa Negara Kesatuan Republik Indonesia yang berdasarkan Pancasila dan Undang-Undang Dasar 1945 diperlukan pembinaan secara terus menerus demi kelangsungan hidup,

¹ Eliana, 2008,*Perlindungan Anak Yang Berkonflik Dengan Hukum*, Harian Global - PT. Paradigma Baru Globalindo

² ibid, hal. 13

pertumbuhan dan perkembangan fisik, mental dan sosial serta perlindungan dari segala kemungkinan yang akan membahayakan mereka dan bangsa di masa depan.³

Dalam berbagai hal upaya pembinaan dan perlindungan tersebut dihadapkan pada permasalahan dan tantangan dalam masyarakat dan kadang-kadang dijumpai penyimpangan perilaku di kalangan anak, bahkan lebih dari itu terdapat anak yang melakukan perbuatan melanggar hukum tanpa mengenal status sosial dan ekonomi. Disamping itu, terdapat pula anak yang karena satu dengan yang lain tidak mempunyai kesempatan sama dalam memperoleh perhatian secara fisik, mental maupun sosial, karena keadaan diri yang tidak memadai tersebut maka baik sengaja maupun tidak sengaja sering melakukan tindakan atau perilaku yang dapat merugikan dirinya (anak) dan atau masyarakat.(Penjelasan Undang-Undang No. 11 Tahun 2012 Tentang Peradilan Anak)

Dalam menghadapi dan menanggulangi berbagai perbuatan dan tingkah laku anak nakal, perlu dipertimbangkan kedudukan anak dengan segala ciri dan sifat khasnya. Walaupun anak telah menentukan sendiri langkah perbuatannya berdasarkan pikiran, perasaan dan kehendaknya, tetapi keadaan sekitar dapat mempengaruhi perilakunya. Oleh karena itu dalam mengharapi masalah anak nakal, orang tua dan masyarakat sekelilingnya seharusnya lebih bertanggungjawab terhadap pembinaan, pendidikan dan pengembangan perilaku anak tersebut.

Pemerintah melalui Undang-Undang No. 23 Tahun 2002 Tentang Perlindungan Anak berusaha untuk melakukan perlindungan terhadap anak-anak

³ ibid, hal. 14

dari beberapa kejadian yang mengancam keselamatan jiwa mereka, tetapi pelaksanaan dilapangan belum berjalan seperti yang diharapkan, misalnya ketika polisi sudah menggunakan Undang-Undang Perlindungan Anak sebagai dasar dalam menyusun BAP, tetapi jaksa lebih memilih menggunakan KUHP. Undang-Undang Perlindungan Anak diadakan dengan tujuan menjamin terpenuhinya hak-hak anak agar dapat hidup, tumbuh, berkembang, dan berpartisipasi optimal sesuai harkat dan martabat kemanusiaan, mendapat perlindungan dari kekerasan dan diskriminasi.⁴

Kehadiran Undang-Undang Nomor 11 Tahun 2012 tentang Pengadilan Anak Dimaksudkan untuk melindungi dan mengayomi anak yang berhadapan dengan hukum agar anak dapat menyosong masa depannya yang masih panjang serta memberi kesempatan kepada anak agar melalui pembinaan akan diperoleh jati dirinya untuk menjadi manusia yang mandiri, bertanggungjawab, dan berguna bagi diri sendiri, keluarga, masyarakat, bangsa dan negara. Namun, dalam pelaksanaan anak diposisikan sebagai objek dan perlakuan terhadap anak yang berhadapan dengan hukum cenderung merugikan anak. Selain itu, undang-undang tersebut sudah tidak sesuai lagi dengan kebutuhan hukum dalam masyarakat dan belum secara komprehensif memberikan perlindungan khusus kepada anak yang berhubungan dengan hukum. Dengan demikian perlu adanya perubahan paradigma dalam penanganan anak yang berhadapan dengan hukum, antara lain didasarkan pada peran dan tugas masyarakat, pemerintah dan lembaga negara lainnya yang

⁴ Iskandar Hoesin, *Perlindungan Terhadap Kelompok Rentan dalam Perspektif Hak Asasi Manusia*, Jurnal, 2007, hal. 23

berkewajiban dan bertanggungjawab untuk meningkatkan kesejahteraan anak serta memberikan perlindungan khusus kepada anak yang berhadapan dengan hukum.⁵

Anak yang berkonflik dengan hukum tetap memiliki hak untuk mendapatkan perlindungan karena secara psikologis mereka membutuhkan pendampingan. Dalam proses pemeriksaan perkara anak sebagai pelaku tindak pidana perlu didampingi oleh seorang yang ahli dalam bidang tersebut, karena anak pelaku tindak pidana kekerasan seksual masih dibawah umur. Oleh sebab itu maka perlu adanya pendamping atau bantuan hukum. Di Polres Pekalongan, telah dibentuk Unit PPA sebagai salah satu usaha untuk memberikan perlindungan kepada anak dan perempuan. Unit Pelayanan Perempuan dan anak (PPA), bukanlah merupakan suatu unit yang baru dalam organisasi Polri sebelumnya unit ini pernah bernama unit Rendawan (Remaja, Pemuda dan Wanita) yang berada di bawah naungan fungsi Binmas (Pembinaan Masyarakat dan sekarang dinamakan Binamitra) dan kemudian menjadi suatu unit dibawah Reskrim yang bernama unit RPK (Ruang Pelayanan Khusus). "Khusus", dimaksudkan dalam hal penanganan para korban,saksi atau tersangka yang melibatkan wanita dan anak-anak memerlukan hal yang khusus dalam penanganannya. Latar belakang pendirian Unit PPA adalah perlu adanya penanganan bagi Wanita dan Anak yang memang sangat rentan terhadap perilaku kekerasan baik secara fisik maupun seksual, ini dikarenakan posisi mereka yang sangat lemah dalam strata kemasyarakatan

⁵ Martina Peristyanti, *Efektifkah Konsep Diversi dan Keadilan Restoratif pada Sistem Peradilan Anak di Indonesia*, Opini, Kompas, 21 August 2012

Eksistensi Unit Pelayanan Perempuan dan Anak (PPA) merupakan sarana yang sangat penting dalam proses penegakan dan perlindungan hukum kepada tersangka/terdakwa maupun terpidana anak. Sarana yang sangat penting bagi perlindungan hukum anak ini sangat diharapkan oleh masyarakat agar dapat memberikan perlindungan terhadap pertumbuhan dan tersalurkannya hak-hak anak sesuai dengan yang dicita-citakan oleh Undang-Undang Perlindungan Anak (Undang-Undang No. 32 Tahun 2005 tentang Perlindungan Anak), akan tetapi kenyataannya dalam praktek Unit Pelayanan Perempuan dan Anak (PPA) belum dapat bekerja secara maksimal sehingga cita-cita yang dikehendaki oleh Undang-Undang Perlindungan Anak belum dapat diwujudkan.

Berdasarkan uraian diatas maka penulis tertarik untuk menulis tesis dengan judul : **“PENERAPAN HUKUM PELAKU TINDAK PIDANA KEKERASAN SEKSUAL TERHADAP ANAK DIBAWAH UMUR DALAM KAJIAN HUKUM POSITIF DAN HUKUM PIDANA ISLAM**

B. Perumusan Masalah

Dari uraian tersebut diatas, maka dapat dirumuskan bahwa yang menjadi pokok permasalahan yang akan diteliti adalah sebagai berikut :

1. Bagaimana pengaturan penerapan pelaku tindak pidana kekerasan seksual terhadap anak di bawah umur dari perspektif hukum islam dan hukum positif dan hukum islam?

2. Bagaimana penerapan hukum pelaku tindak pidana kekerasan seksual terhadap anak di bawah umur dari perspektif hukum islam dan hukum positif dan hukum islam?
3. Bagaimana hambatan-hambatan dalam penerapan hukum pelaku tindak pidana kekerasan seksual terhadap anak di bawah umur dari perspektif hukum islam dan hukum positif dan hukum islam?
4. Bagaimana mengatasi hambatan-hambatan yang dihadapi dalam penerapan hukum pelaku tindak pidana kekerasan seksual terhadap anak di bawah umur dari perspektif hukum islam dan hukum positif dan hukum islam?

C. Tujuan Penelitian

Sejalan dengan permasalahan yang telah disebutkan diatas, maka yang menjadi tujuan dalam penelitian ini adalah sebagai berikut :

1. Untuk mengetahui bagaimana pengaturan penerapan hukum pelaku tindak pidana kekerasan seksual terhadap anak di bawah umur dari perspektif hukum positif dan hukum islam.
2. Untuk mengetahui bagaimana penerapan hukum pelaku tindak pidana kekerasan seksual terhadap anak di bawah umur dari perspektif hukum Islam dan hukum positif.
3. Untuk mengetahui bagaimana hambatan-hambatan dalam penerapan hukum pelaku tindak pidana kekerasan seksual terhadap anak di bawah umur dari perspektif hukum islam dan hukum positif dan hukum islam.

4. Untuk bagaimana mengatasi hambatan-hambatan yang dihadapi dalam penerapan hukum pelaku tindak pidana kekerasan seksual terhadap anak di bawah umur dari perspektif hukum islam dan hukum positif dan hukum islam

D. Kontribusi Penelitian

1. Secara Teoritis

Setiap penelitian tentu diharapkan akan bermanfaat dalam perkembangan ilmu pengetahuan sebagai teori serta dalam pelaksanaannya, maka dengan berpedoman pada peraturan dan perundang-undangan yang berlaku bahwa penelitian ini diharapkan dapat menambah wacana khususnya tentang perlindungan hukum terhadap anak sebagai pelaku tindak pidana kekerasan seksual terhadap anak di bawah umur dari perspektif hukum Islam dan hukum positif.

2. Secara Praktis

Secara praktis penelitian ini diharapkan dapat memberikan masukan-masukan terhadap para pihak yang berhubungan dengan perlindungan hukum terhadap anak sebagai pelaku tindak pidana kekerasan seksual terhadap anak di bawah umur dari perspektif hukum Islam, karena perkembangan pola pikir masyarakat dan tindak kejahatan dalam era modern begitu cepat seiring dengan perubahan undang-undang yang mana perubahan undang-undang tersebut adalah untuk menyesuaikan dengan tuntutan reformasi dibidang hukum.

E. Kerangka Konseptual/Kerangka Berpikir

1. Hukum Pidana Nasional dan Hukum Pidana Islam

Membahas hukum pidana dengan segala aspeknya (aspek-aspek sifat melawan hukum, kesalahan dan pidana) akan selalu menarik perhatian, berhubung dengan sifat dan fungsinya yang istimewa. sering dikatakan bahwa hukum pidana memotong dagingnya sendiri. Serta mempunyai fungsi ganda yakni primer sebagai sarana penanggulangan kejahatan yang rasional (sebagai bagian politik kriminal) dan sekunder sebagai sarana pengaturan tentang kontrol sosial sebagaimana dilaksanakan secara spontan atau secara dibuat oleh negara dengan alat perlengkapannya.⁶

Sudarto berpendapat bahwa yang dimaksud dengan pidana ialah penderitaan yang sengaja dibebankan kepada orang yang melakukan perbuatan yang memenuhi syarat-syarat tertentu, sedangkan Roeslan Saleh menyatakan bahwa pidana adalah reaksi atas delik dan ini berujud suatu nestapa yang dengan sengaja ditimpakan negara kepada pembuat delik itu.⁷

Menurut aturan hukum Islam, orang yang menuduh seseorang dengan kejadian atau sifat yang diharamkan harus bisa membuktikan kebenaran tuduhannya. Jika ia tidak mampu atau tidak mau membuktikan, ia harus dijatuhi hukuman. Begitu juga dengan orang yang menyebutkan seseorang dengan kalimat atau kata tertentu, dia tidak yang tidak bisa membuktikan kebenaran

⁶ Van Bemmelen, Dalam Muladi, *Lembaga Pidana Bersyarat*, (Bandung : Alumni, 1992), hal. 15

⁷ Sri Endah Wahyuningsih, *loc.Cit*

kata-katanya karena dia sudah dipastikan berbohong dan perilakunya disamakan dengan mengumpat. Orang yang menuduh orang lain dengan sesuatu yang bukan perbuatannya tidak bisa dimaafkan, kendati apa yang ia tuduhkan benar ia telah menyakiti orang lain. Sedangkan hukum Islam mengharamkan umatnya untuk menyakiti orang lain, akan tetapi karena apa yang ia tuduhkan bukan hal yang haram menurut hukum Islam, ia tidak boleh dijatuhi hukuman. Dengan demikian, pelaku tidak boleh dijatuhi hukuman takzir.⁸ Dari kalimat di atas dijelaskan bahwa orang yang melakukan fitnah kepada orang lain atau menuduh orang lain melakukan suatu kejahatan tanpa ada bukti adalah suatu kejahatan dan orang tersebut dijatuhi hukuman. Sedangkan apabila tuduhan itu benar dan bisa dibuktikan kebenarannya maka orang tersebut tidak bisa dijatuhi hukuman.

Dalam sejarah perkembangannya ilmu pengetahuan hukum pidana ada pertentangan antara aliran klasik dan aliran modern dalam hal pemberian pidana, seperti pendapat Sudarto dalam bukunya menyatakan :⁹

.....**aliran klasik** dalam pemberian pidana melihat terutama kepada perbuatan yang dilakukan dan menghendaki pemberian pidana yang dijatuhkan seimbang dengan perbuatan tersebut, sedangkan **aliran modern** pertama-tama meninjau pada pembuatnya dan menghendaki individualisasi dari pidana, artinya dalam pemidanaan memperhatikan sifat-sifat dan keadaan si pembuat.

⁸ *Ensiklopedi Hukum Pidana Islam*, hal. 18

⁹ Sudarto, *Kapita Selekta Hukum Pidana*, (BAndung : Alumni, 1981), hal. 80

Menurut aliran modern, perbuatan seseorang tidak dapat dilihat secara abstrak dari sudut yuridis semata-mata terlepas dari orang yang melakukannya, tetapi harus dilihat secara konkrit bahwa dalam kenyataannya perbuatan seseorang itu dipengaruhi oleh watak pribadinya, faktor-faktor biologis maupun karakter lingkungan kemasyarakatannya. Jadi aliran ini bertolak pada pandangan determinisme, karena manusia dipandang tidak mempunyai kebebasan kehendak tetapi dipengaruhi oleh watak dan lingkungannya. Jadi aliran ini menolak pandangan adanya pembalasan berdasarkan kesalahan yang subyektif.¹⁰

Dalam symposium Pembaharuan Hukum Pidana Nasional tahun 1980, dalam satu laporannya menyatakan :¹¹

“Sesuai dengan politik hukum pidana, maka tujuan pemidanaan harus diarahkan kepada perlindungan masyarakat dari kejahatan. Serta keseimbangan dan keselarasan hidup dalam masyarakat dengan memperhatikan kepentingan-kepentingan masyarakat/ negara, korban dan pelaku.”

Menurut W.L.G. Lemaire Hukum pidana itu terdiri dari norma-norma yang berisi keharusan-keharusan dan larangan-larangan yang (oleh pembentuk undang-undang) telah dikaitkan dengan suatu sanksi berupa hukuman, yakni suatu penderitaan yang bersifat khusus. Dengan demikian dapat juga dikatakan, bahwa hukum pidana itu merupakan suatu sistem norma-norma yang

¹⁰ Sri Endah Wahyuningsih, *Loc.cit*

¹¹ Laporan Simposium Pembaharuan Hukum Pidana Nasional, 2008

menentukan terhadap tindakan-tindakan yang mana (hal melakukan sesuatu atau tidak melakukan sesuatu di mana terdapat suatu keharusan untuk melakukan sesuatu). Dan dalam keadaan-keadaan bagaimana hukum itu dapat dijatuhkan, serta hukuman yang bagaimana yang dapat dijatuhkan bagi tindakan-tindakan tersebut.¹²

Pembaharuan hukum pidana materiil sebagaimana dalam RUU KUHP tidak membedakan lagi antara tindak pidana dalam kejahatan dan pelanggaran, untuk keduanya diatur dalam buku kedua tentang tindak pidana.¹³ Dengan demikian KUHP yang masih berlaku sekarang yang terdiri dari 3 buku, Buku Kesatu Aturan Umum, Buku Kedua Kejahatan, Buku Ketiga Pelanggaran. Sedangkan dalam RUU KUHP hanya terdiri dari dua buku, Buku Kesatu : Aturan Umum dan Pejalasan, Buku Kedua tentang Tindak Pidana dan Penjelasan.¹⁴

Buku ketiga KUHP tentang Pelanggaran dihapus dan materinya sebagian yang dapat dikualifikasi sebagai tindak pidana dimasukkan dalam Buku Kedua. Alasan penghapusan adalah bahwa perbedaan antara kejahatan sebagai "*rechts deliet*" dan pelanggaran sebagai "*wets deliek*" tidak dapat dipertahankan. Karena ada beberapa *rechtsdeliek* yang dikualifikasikan sebagai pelanggaran

¹² P.A.F. Lamintang, *Dasar-dasar Hukum Pidana Indonesia*, (Bandung: Sinar Baru, 1984), h. 1-2.

¹³ Sri Sumarwani, *Tindak Pidana Baru Dalam RUU KUHP 2005*, Disampaikan Dalam Diskusi Intern Tim Pengembangan Iptek, UNISSULA, Semarang, 2005, hal. 1

¹⁴ *ibid.*

yang kemudian dijadikan kejahatan *wets delict*, hanya karena diperberat ancaman pidananya.¹⁵

Dalam RUU KUHP terdapat beberapa jenis tindak pidana baru yang disesuaikan dengan perkembangan serta kebutuhan masyarakat antara lain : tindak pidana penghinaan terhadap proses peradilan (*contempt of court*), pencucian uang (*money laundering*), dan mengenai terorisme. Seirama dengan lajunya pembangunan dan kemajuan teknologi canggih diperkirakan jenis tindak pidana baru masih akan muncul. Namun menurut pembentuk Undang-Undang terhadap jenis tindak pidana baru yang akan muncul, yang belum diatur dalam KUHP ini pengaturannya dilakukan dalam undang-undang yang bersangkutan.¹⁶

Hukum pidana merupakan kata-kata yang mempunyai lebih daripada satu pengertian. Maka dapat dimengerti bahwa tidak ada satupun rumusan di antara rumusan-rumusan yang ada, yang dapat dianggap sebagai rumusan yang sempurna yang dapat diberlakukan secara umum.¹⁷

Konsep kodifikasi hukum pidana Indonesia dari tahun ke tahun telah menunjukkan kemajuan baik dalam konsepsi dasar pandangan hukum pidana yang dialirkan melalui penyerapan perkembangan ilmu (pengetahuan), hukum

¹⁵ *ibid.*, hal. 2.

¹⁶ *ibid.*

¹⁷ Lamintang, *Dasar-Dasar Hukum Pidana Indonesia*, (Bandung : PT. Citra Aditya Bakti, 1997), hal. 1

pidana, maupun nilai-nilai/budaya hukum yang bersumber pada perubahan dalam pembangunan masyarakat Indonesia.¹⁸

Dalam perumusan KUHP yang saat ini berlaku di Indonesia, tidak pernah disebutkan secara eksplisit tentang asas-asas hukum pidana. Sedangkan dalam beberapa KUHP asing, ada ketentuan yang secara tegas disebutkan atau diberi judul (*heading*) "*the principle of criminal law*", "*Basic principle of the criminal law*", atau "*Basic of criminal liability*".¹⁹

Dua masalah sentral dalam kebijakan kriminal dengan menggunakan sarana penal (hukum pidana) ialah masalah penentuan :²⁰

- (1) Perbuatan apa yang seharusnya dijadikan tindak pidana; dan
- (2) Sanksi apa yang sebaiknya digunakan atau dikenakan kepada si pelanggar

Menurut Barda Nawawi Arief dalam pencegahan dan penanggulangan kejahatan dengan sarana "*penal*" merupakan "*penal policy*" atau "*penal law enforcement policy*" yang fungsionalisasi/operasionalisasinya melalui beberapa tahap :²¹

- (1) tahap formulasi (kebijakan legislatif)
- (2) tahap aplikasi (kebijakan yudikatif/yudisial)

¹⁸ Bambang Poernomo, *Pola Dasar Teori Asas Umum Hukum Acara Pidana dan Penegakan Hukum Pidana*, (Yogyakarta : Penerbit Liberty, 1993), hal. 125

¹⁹ Barda Nawawie Arief, *Perkembangan Asas-Asas Hukum Pidana Indonesia, (Perspektif Perbandingan Hukum Pidana)*, Badan Penerbit UNDIP Semarang, 2010, hal. 1

²⁰ Barda Nawawi Arief, *Kebijakan Hukum Pidana, Perkembangan Penyusunan Konsep KUHP Baru*, Jakarta, Kencana Prenada Media Media Group, 2008: hal. 30

²¹ Barda Nawawi Arief, *Masalah Penegakan Hukum dan Kebijakan hukum Pidana dalam Penanggulangan Kejahatan*, Jakarta, Putra Grafika, 2010, hal. 78

(3) tahap eksekusi (kebijakan eksekutif/administratif)

Dengan adanya formulasi, maka upaya pencegahan dan penanggulangan kejahatan bukan hanya tugas aparat penegak hukum/penerap hukum, tetapi juga tugas aparat pembuat hukum (aparatur legislatif), bahkan kebijakan legislatif merupakan tahap paling strategis dari *penal policy*.

Dalam konteks hukum (pidana) Islam istilah tindak pidana sering juga disebut dengan istilah jarimah. Menurut hukum (pidana) Islam tindak pidana (jarimah) adalah perbuatan-perbuatan yang terlarang menurut syara' yang pelakunya diancam dengan pidana *huud* atau *ta'ziir*.²²

Dalam hukum Islam, tindak pidana (delik, jarimah) diartikan sebagai perbuatan-perbuatan yang dilarang oleh syarak yang diancam oleh Allah SWT dengan hukuman hudud atau takzir.²³

Larangan-larangan syarak tersebut ada kalanya berupa mengerjakan perbuatan yang dilarang atau meninggalkan perbuatan yang diperintahkan. Adanya kata *syarak* pada pengertian tersebut dimaksudkan bahwa suatu perbuatan baru dianggap tindak pidana apabila dilarang oleh syarak.²⁴

Dari definisi sebelumnya dapat disimpulkan bahwa tindak pidana adalah melakukan setiap perbuatan yang dilarang atau meninggalkan setiap perbuatan yang diperintahkan, atau melakukan atau meninggalkan perbuatan yang telah ditetapkan hukum Islam atas keharaman dan diancamkan hukuman

²² Barda Nawawi Arief, *Perkembangan Asas-Asas Hukum Pidana Indonesia, (Perspektif Perbandingan Hukum Pidana) Op.cit*

²³ Ensiklopedi Hukum Pidana Islam, Bab I Hakikat Tindak Pidana, hal. 87

²⁴ *ibid.*

terhadapnya. Dengan kata lain, berbuat atau tidak berbuat baru dianggap sebagai tindak pidana apabila telah ditetapkan dan diancamkan suatu hukuman terhadapnya.²⁵

Menurut para ahli filsafat hukum Islam, setidaknya ada 5 (lima) kepentingan pokok yang menjadi pusat perhatian dan titik tolak setiap pengaturan hukum. Artinya, hukum Islam mengenai apapun yang telah ditetapkan dalam nash Al Qur'an, al hadist, al qonun (perundang-undangan) maupun yang masih akan ditetapkan sebagai respon yuridis, terhadap problem-problem baru yang muncul harus bersifat mendukung terhadap terwujudnya lima kepentingan tersebut. Kelima kepentingan pokok tersebut adalah :²⁶

- a. Terpeliharanya masalah eksistensi agama
- b. Terjaminnya hak hidup (jiwa) manusia
- c. Terjaganya masalah hak milik (harta)
- d. Terjaganya kesucian akal
- e. Terjaganya kesucian keturunan dan harga diri (martabat) manusia.

Melihat kelima kepentingan pokok yang menjadi titik tolak pengaturan hukum-hukum islam diatas tersimpul, bahwa maksud disyariatkannya hukum islam adalah demi terwujudnya kemaslahatan atau kebaikan dalam hidup manusia dan sekaligus untuk mencegah timbulnya mafsadah atau kerusakan dalam hidup manusia itu sendiri. Dengan demikian secara *argumentatif of contrario* dapat disimpulkan, bahwa perbuatan apapun yang dapat menghambat/

²⁵ *ibid.*

²⁶ Tongat, *Loc.cit, hal. 112*

mencegah terwujudnya maksud disyariatkannya hukum islam tersebut harus dilihat atau dinyatakan sebagai tindak pidana (jarimah), dalam arti sebagai perbuatan yang tercela/ terlarang.²⁷

2. Pengertian Anak yang Bermasalah dengan Hukum

Dalam hukum kita terdapat pluralisme mengenai pengertian anak. Hal ini adalah sebagai akibat dari tiap-tiap peraturan perundang-undangan yang mengatur secara tersendiri mengenai peraturan anak itu sendiri. Pengertian anak dalam kedudukan hukum meliputi pengertian anak dari pandangan system hukum atau yang disebut kedudukan dalam arti khusus sebagai objek hukum. Kedudukan anak dalam artian dimaksud meliputi pengelompokkan ke dalam sub system sebagai berikut :²⁸

a. Pengertian anak berdasarkan Undang-Undang Dasar 1945

Pengertian anak dalam UUD 1945 terdapat di dalam pasal 34 yang berbunyi : “Fakir miskin dan anak-anak terlantar dipelihara oleh negara”. Hal ini mengandung makna bahwa anak adalah subjek hukum dari hukum nasional yang harus dilindungi, dipelihara dan dibina untuk mencapai kesejahteraan anak. Dengan kata lain anak tersebut merupakan tanggungjawab pemerintah dan masyarakat terhadap pengertian anak menurut UUD 1945 ini maka ditegaskan kembali dengan dikeluarkannya Undang-Undang Nomor 4 Tahun 1979 tentang Kesejahteraan Anak, yang berarti makna anak yaitu

²⁷ *Ibid.*

²⁸ Andy Lesmana, *Definisi Anak*, Opini, Koran Kompas, 15 May 2012, diunduh tanggal 30 Desember 2013, jam 11.00 WIB

seseorang yang harus memperoleh hak-hak yang kemudian hak-hak tersebut dapat menjamin pertumbuhan dan perkembangan dengan wajar baik secara rahasia, jasmaniah, maupun social. Atau anak juga berhak atas pelayanan untuk mengembangkan kemampuan dan kehidupan social. Anak juga berhak atas pemeliharaan dan perlindungan baik semasa dalam kandungan maupun sesudah ia dilahirkan.

b. Pengertian Anak menurut Hukum Adat/Kebiasaan

Hukum dapat tidak ada menentukan siapa yang dikatakan anak-anak dan siapa yang dikatakan orang dewasa. Akan tetapi dalam hukum dapat ukuran anak dapat dikatakan dewasa tidak berdasarkan usia tetapi pada ciri tertentu yang nyata.

c. Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2002 Tentang Perlindungan Anak

Secara khusus Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2002 Tentang Perlindungan Anak, dan Undang-Undang Nomor 21 Tahun 2007 Tentang Pemberantasan Tindak Pidana Perdagangan Orang, memberikan batasan, bahwa Anak adalah seseorang yang belum berusia 18 (delapan belas) Tahun, termasuk anak yang ada dalam kandungan.

d. Undang-Undang Nomor 39 Tahun 1999 Tentang HAM

Undang-Undang Nomor 39 Tahun 1999 Tentang Hak Asasi Manusia menyebutkan pengertian anak adalah :

“Anak adalah setiap manusia yang berusia di bawah 18 (delapan belas) Tahun dan belum menikah, termasuk anak yang masih dalam kandungan apabila hal tersebut adalah demi kepentingannya”.

Sedangkan menurut pasal 1 angka (1) Undang-Undang Nomor 3 Tahun 1997 Tentang Pengadilan Anak, pengertian anak yaitu:

“Anak adalah orang yang dalam perkara Anak Nakal telah mencapai umur 8 (delapan) Tahun tetapi belum mencapai umur 18 (delapan belas) Tahun dan belum pernah kawin”.

Jadi, jelaslah bahwa menurut Undang-Undang Pengadilan Anak, bagi seorang anak yang belum mencapai usia 8 (delapan) tahun itu belum dapat mempertanggungjawabkan perbuatannya walaupun perbuatan tersebut merupakan tindak pidana. Akan tetapi bila si anak tersebut melakukan tindak pidana dalam batas umur 8 (delapan) tahun tetapi belum mencapai umur 18 (delapan belas) tahun maka ia tetap dapat diajukan ke sidang Pengadilan Anak.

Berbagai perundang-undangan tentang anak, atau yang mempunyai perhatian terhadap anak seperti Undang-Undang No. 4 Tahun 1979 Tentang Kesejahteraan Anak, Undang-Undang No. 2 Tahun 1988 Tentang Usaha Kesejahteraan Anak Bagi Anak Yang Mempunyai Masalah, Undang-Undang NO. 12 Tahun 1995 Tentang Pemasarakatan dan Undang-Undang No. 3 Tahun 1997 Tentang Pengadilan Anak yang kemudian diubah menjadi Undang-Undang No. 11 Tahun 2012 tentang Sistem Peradilan Pidana Anak.

Dalam Undang-Undang, juga dikenal pengertian anak nakal, seperti tersebut dalam Pasal 1 ayat (2) Undang-Undang No. 3 Tahun 1997 yaitu :

a. anak yang melakukan tindak pidana; atau

- b. anak yang melakukan perbuatan yang dinyatakan terlarang bagi anak baik menurut peraturan perundang-undangan maupun menurut peraturan hukum lain yang hidup dan berlaku dalam masyarakat bersangkutan.

Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP) pasal 45 mendefinisikan anak yang belum dewasa apabila belum berumur 16 (enam belas) tahun. Dalam hal ini jika anak tersebut tersangkut dalam perkara pidana, hakim boleh memerintahkan supaya anak tersebut dikembalikan kepada orang tuanya, walinya, atau pemeliharaannya dengan tidak dikenakan suatu hukuman.

3. Pengertian Kekerasan Seksual

Istilah kekerasan seksual berasal dari bahasa Inggris sexual Hardness, dalam bahasa Inggris kata hardness mempunyai arti kekerasan, tidak menyenangkan, dan tidak bebas.²⁹ Sementara kata sexual mempunyai arti sesuatu yang berkaitan dengan seksualitas. Sehingga istilah sexual Hardness berarti perbuatan seksual yang tidak diinginkan oleh si penerima, dimana di dalam terdapat ancaman, tekanan, tidak menyenangkan dan tidak bebas. Ternyata dalam KUHP telah mengatur tentang kekerasan yaitu pasal 89 yang mendefinisikan kekerasan berarti menggunakan tenaga atau kekuatan jasmani

²⁹ John M. Echols dan Hassan Shadily, Kamus Inggris Indonesia, Gramedia Pustaka Utama, Jakarta, 1997, hlm. 517

tidak kecil secara sah, misalnya menendang, memukul dengan tangan atau dengan segala macam senjata.³⁰

Untuk mengetahui bentuk -bentuk kekerasan seksual terhadap anak menurut Resna dan Darmawan dapat dibagi atas tiga kategori sebagai berikut :

1) *Pemeriksaan*

Pemeriksaan biasanya terjadi pada suatu saat dimana pelaku (biasanya) lebih dulu mengancam dengan memperlihatkan kekuatannya kepada anak.

2) *Incest*

Hubungan seksual atau aktivitas seksual lainnya antara individu yang mempunyai hubungan kerabat, yang perkawinan diantara mereka dilarang oleh hukum maupun kultur.

3) *Eksplorasi*

Eksplorasi seksual meliputi prostitusi dan pornografi. Hal ini cukup unik karena sering meliputi suatu kelompok secara berpartisipasi. Hal ini dapat terjadi sebagai sebuah keluarga atau di luar rumah bersama beberapa orang dewasa dan tidak berhubungan dengan anak-anak dan merupakan suatu lingkungan seksual.

³⁰ R. Soesilo, Kitab Undang-undang Hukum Pidana (KUHP) serta Komentar-komentar Lengkap Pasal demi Pasal, Politeia, Bogor 1996, hlm : 98

F. Metode Penelitian

1. Tipe Penelitian

Penelitian tentang perlindungan hukum terhadap anak sebagai pelaku tindak pidana kekerasan seksual terhadap anak di bawah umur dari kajian hukum Islam di Indonesia merupakan penelitian hukum normatif. oleh karena itu pendekatan permasalahannya lebih bersifat abstrak teoritis. maksudnya dalam penelitian ini titik tolak utama kajian menggunakan pendekatan yang bersifat yuridis normatif, yaitu mengangkat kaidah-kaidah normatif dan asas-asas hukum dengan menggunakan ketentuan-ketentuan normatif sebagai bahan dalam melaksanakan penelitian ini.³¹

Ronny Hanitijo Soemitro mengemukakan bahwa dalam penelitian hukum normatif dapat dibedakan menjadi :

- 1. Penelitian inventarisasi hukum positif;**
- 2. Penelitian untuk menemukan asas-asas hukum dan terhadap asas-asas hukum;**
- 3. Penelitian untuk menemukan hukum *in concreto* bagi suatu peristiwa tertentu;**
- 4. Penelitian terhadap sistematika peraturan perundangan;**
- 5. Penelitian terhadap taraf sinkronisasi vertikal dan horizontal dari peraturan perundang-undangan;**
- 6. Penelitian perbandingan hukum positif.³²**

Berdasarkan pendapat di atas maka penelitian ini termasuk dalam penelitian hukum untuk menentukan asas hukum dan terhadap asas-asas hukum,

³¹ Sri Endah Wahyuningsih, *Prinsip-Prinsip Individualisasi Pidana Dalam Hukum Pidana Islam dan Prospek Kontribusinya Bagi Pembaharuan Hukum Pidana Indonesia*, Program Kajian Umum dan Sistem Peradilan Pidana Program Magister Ilmu Hukum Undip, Semarang, 2002, hal. 24

³² Ronny Hanitijo Soemitro, *Metodologi Penelitian Hukum dan Jurimetri*, Ghalia Indonesia, Jakarta, 1990, hal. 12

karena dilakukan penelitian tinjauan yuridis tindak pidana kekerasan seksual terhadap anak di bawah umur (*overspel*) dalam hukum pidana positif di Indonesia dan dalam perspektif hukum Islam.

Penelitian terhadap asas-asas hukum dilakukan terhadap bahan **hukum primer** dan bahan **hukum sekunder**. adapun bahan hukum primer seperti Pancasila, UUD 1945, Al-Quran, al-Hadis, peraturan perundang-undangan, teori-teori hukum (hukum pidana dan hukum Islam), yurisprudensi dan bahan hukum yang tidak dikodifikasikan. sedangkan bahan hukum sekunder yang digunakan dalam penelitian ini adalah Rancangan Peraturan Perundang-undangan, hasil karya ilmiah para sarjana, dan hasil-hasil penelitian.

Selain merupakan penelitian untuk menemukan asas-asas hukum dan terhadap asas hukum, maka penelitian ini juga termasuk penelitian mengenai tinjauan yuridis tindak pidana kekerasan seksual terhadap anak di bawah umur menurut hukum Islam yang kemudian dicari kemungkinannya terhadap pembaharuan KUHP mendatang..

2. Spesifikasi Penelitian

Berdasarkan judul penelitian yang telah dijabarkan dalam beberapa rumusan masalah dan dihubungkan dengan tujuan-tujuan yang ingin dicapai sebagaimana telah diuraikan diatas, maka spesifikasinya termasuk dalam lingkup penelitian deskriptif analitis. artinya penelitian ini merupakan suatu upaya untuk mendeskripsikan (mengungkapkan dan memaparkan) tinjauan yuridis tindak pidana kekerasan seksual terhadap

anak di bawah umur dalam kaitannya dengan hukum positif di Indonesia dan hukum pidana Islam serta KUHP mendatang.

3. Metode/ Teknik Pengumpulan Data

Sebagaimana telah disebutkan terdahulu penelitian dalam tesis ini adalah penelitian untuk menemukan asas hukum dan terhadap asas hukum serta penelitian perbandingan hukum positif. oleh sebab itu secara klasifikasi termasuk kategori penelitian literature (kepustakaan), yaitu suatu penelitian dimana sebagian besar data yang diperlukan dan akan dikaji adalah data yang bersifat sekunder.³³

Dalam metodologi riset, data sekunder yang berupa bahan pustaka memiliki ciri-ciri umum sebagai berikut :

- a. Data sekunder pada umumnya ada dalam keadaan siap terbuat (*ready made*)
- b. Bentuk maupun isi data sekunder telah dibentuk dan diisi oleh peneliti-peneliti terdahulu.
- c. Data sekunder dapat diperoleh tanpa terikat atau dibatasi oleh waktu dan tempat.³⁴

Dalam penelitian ini, yang dimaksud dengan data sekunder meliputi :

:

³³ *Ibid*, hal. 11

³⁴ Soerjono Soekanto dan Sri Mamudji, *Penelitian Hukum Normatif : Suatu Tinjauan Singkat*, (Jakarta : Raja Grafindo Persada, 1995) hal. 24

1. **Bahan hukum primer, yaitu bahan hukum yang mengikat yang terdiri dari norma dasar Pancasila, UUD 1945, Ketetapan-ketetapan MPR, Peraturan perundang-undangan, Yurisprudensi dan lain sebagainya.**
2. **Bahan hukum sekunder, yaitu bahan hukum yang erat hubungannya dengan bahan hukum primer dan dapat membantu menganalisis serta memahami bahan hukum primer tersebut. misalnya konsep rancangan KUHP Nasional, hasil-hasil penelitian para ahli terkait, hasil karya para pakar hukum (buku-buku yang relevan), hasil-hasil pertemuan ilmiah (seminar, simposium, diskusi) dan lain-lain.**
3. **Bahan hukum tersier yang akan memberikan petunjuk informasi/penjelasan terhadap bahan hukum primer dan sekunder, seperti kamus hukum, indeks dan lain-lain.**

4. Analisa Data

Data-data yang diperoleh dari hasil penelitian berupa data primer maupun data sekunder kemudian dikumpulkan dan disusun secara teratur untuk dianalisa.

Dalam penulisan tesis ini penulis menggunakan analisa data secara kualitatif yaitu suatu cara penelitian yang menghasilkan data secara deskriptif.

G. Sistematika Penulisan

Systematika penulisan hasil penelitian ini direncanakan sebagai berikut:

Bab I sebagai Pendahuluan berisi latar belakang masalah, rumusan masalah, tujuan penelitian, kegunaan penelitian, metode penelitian, dan sistematika penulisan.

Bab II berisikan Tinjauan Pustaka yang berisi konsep dan teori yang berhubungan dengan pokok permasalahan. Teori yang berkaitan dengan perlindungan hukum terhadap anak sebagai pelaku tindak pidana kekerasan seksual terhadap anak di bawah umur dari perspektif hukum Islam.

Bab III merupakan hasil penelitian dan pembahasan. Berisikan temuan data yang selanjutnya dianalisis untuk menemukan jawaban dari perumusan masalah yang terdapat dalam Bab I.

Bab IV, merupakan Penutup memuat kesimpulan yang dirumuskan berdasarkan hasil penelitian serta pembahasannya (analisis) terhadap masalah yang diteliti, juga dikemukakan saran-saran yang relevan.