

**REKONSTRUKSI TINDAK PIDANA ZINA DALAM KUHP
BERSUMBER DARI NILAI KETUHANAN YANG MAHA ESA
(HUKUM ISLAM)**

DISERTASI

Untuk Memperoleh Gelar Doktor Dalam Bidang Ilmu
Hukum Pada Universitas Islam Sultan Agung
(UNISSULA)



Oleh:

MUKTAR

NIM : 10302000243

**PROGRAM DOKTOR (S3) ILMU HUKUM (PDIH)
FAKULTAS HUKUM
UNIVERSITAS ISLAM SULTAN AGUNG (UNISSULA)
SEMARANG
2022**

PENGESAHAN

REKONSTRUKSI TINDAK PIDANA ZINA DALAM KUHP BERSUMBER DARI NILAI KETUHANAN YANG MAHA ESA (HUKUM ISLAM)

Oleh:
MUKTAR
NIM : 10302000243

DISERTASI

Untuk memenuhi salah satu syarat ujian Guna memperoleh gelar Doktor
dalam Ilmu Hukum ini.
Telah disetujui oleh Promotor dan Co-Promotor pada tanggal seperti tertera
di bawah ini.

Semarang, 2022

Majelis Penguji:

Promotor

CO-Promotor

Prof. Dr. Hj. Hartiwiningsih, M.Hum

Prof. Dr. Hj. Sri Endah Wahyuningsih, S.H., M.Hum.

DEKAN

Mengetahui,

Ketua Program Doktor Ilmu Hukum
Fakultas Hukum Universitas Islam Sultan Agung



Prof. Dr. Hj. Anis Mashdurohatun, SH., M.Hum.
NIDN: 06-2105-7002

PERNYATAAN ORISINALITAS

Penulis dengan ini menyatakan bahwa skripsi:

1. Disertasi ini, adalah asli dan belum pernah diajukan untuk mendapatkan gelar akademik (doktor), baik di Fakultas Hukum Universitas Islam Sultan Agung (UNISSULA) Semarang maupun di perguruan tinggi lain.
2. Disertasi ini murni merupakan gagasan, rumusan, dan penelitian sendiri, tanpa bantuan pihak lain, kecuali arahan Tim Promotor dan Co-Promotor dan masukan Tim Penguji.
3. Dalam disertasi ini tidak terdapat karya atau pendapat yang telah ditulis atau dipublikasikan orang lain, kecuali secara tertulis dengan jelas dicantumkan sebagai acuan dalam naskah dengan sebutkan nama pengarang dan dicantumkan dalam daftar pustaka.
4. Pernyataan ini dibuat dengan sesungguhnya dan apabila dikemudian hari terdapat penyimpangan dan ketidak benaran dalam pernyataan ini, maka bersedia menerima sanksi akademik berupa pencabutan gelar yang telah diperoleh karena karya ini, serta sanksi lain sesuai dengan norma yang berlaku di perguruan tinggi ini.

Semarang, 2022

Yang Membuat Pernyataan



MUKTAR
10302000243

ABSTRAK

Tujuan penelitian disertasi ini adalah untuk mengkaji dan menganalisis (1) kebijakan formulasi tindak pidana zina dalam KUHP dibanding dengan ketentuan menurut hukum Islam. (2) kelemahan-kelemahan formulasi tindak pidana Zina dalam KUHP saat ini. (3) merekonstruksi tindak pidana zina dalam KUHP berbasis nilai Ketuhanan Yang Maha Esa. Penelitian ini adalah penelitian kualitatif, dengan pendekatan yuridis sosiologis, bersifat deskriptif analisis, dengan menggunakan data primer dan data sekunder, dengan menggunakan Teori Keadilan Pancasila dan Teori Kebijakan Formulasi Hukum Pidana sebagai *Grand Theory* Teori Tujuan Pemidanaan Dan Penegakan Hukum sebagai *Middle Theory* Teori Hukum Progresif sebagai *Applied Theory*. Adapun temuan penelitian adalah (1) Kebijakan formulasi tindak pidana zina dalam KUHP dibanding dengan ketentuan menurut hukum Islam belum berlandaskan nilai Ketuhanan Yang Maha Esa (Islam) sebagai dasar Negara Republik Indonesia, melainkan menerapkan nilai-nilai hukum peninggalan kolonial, belum ada nilai keseimbangan sebagai upaya terwujudnya nilai keadilan yang religius. Nilai-nilai hukum agama dan hukum yang hidup di masyarakat akhirnya terciderai oleh ketentuan pidana dalam delik kesusilaan, karena dianggap masih bersifat individual dan tidak sesuai dengan Pancasila. (2) Kelemahan formulasi tindak pidana zina dalam KUHP saat ini, disamping belum berlandaskan nilai Ketuhanan Yang Maha Esa (Islam) sebagai dasar Negara Republik Indonesia, dan masih menerapkan nilai-nilai hukum peninggalan kolonial, juga delik pada tindak pidana zina ini masih memberlakukan delik aduan absolut, yang mempersulit penegakan hukum dan melahirkan peradilan massa terhadap pelaku zina di masyarakat yang tertangkap tangan. (3) Rekonstruksi tindak pidana zina dalam KUHP berbasis nilai Ketuhanan Yang Maha Esa adalah dengan mempeluas makna zina yang ada dalam ketentuan pidana sekarang dengan merujuk pada kitab suci (Al-Quran), hal tersebut dikarenakan sebagian besar masyarakat Indonesia yang beragama Islam dan religius, selain itu hal tersebut merupakan bentuk pengamalan sila pertama Pancasila yang berdasarkan Ketuhanan Yang Maha Esa, serta Pasal 29 ayat (1) Undang Undang Dasar Negara Republik Indonesia yang menyatakan bahwa negara Republik Indonesia berdasarkan Ketuhanan Yang Maha Esa. Implikasi teoritis bahwa pembuat undang-undang dalam hal ini Dewan Perwakilan Rakyat Republik Indonesia dan Pemerintah: *Pertama*, masih mempertahankan dan mengikuti KUHP Warisan Kolonial Belanda. *Kedua*, mengabaikan dasar Negara Republik Indonesia yang ditegaskan dalam Pasal 29 ayat (1) Undang Undang Dasar Negara Republik Indonesia adalah berdasarkan Ketuhanan Yang Maha Esa. *Ketiga*, mengabaikan nilai keadilan Pancasila khususnya sila Ketuhanan Yang Maha Esa. *Keempat*, mengabaikan hukum yang hidup di masyarakat, baik hukum adat maupun hukum Islam yang menentang tindak pidana zina. Implikasi Praktis: (1) Rekonstruksi Pasal 284 KUHP harus dilandasi oleh nilai-nilai keadilan Pancasila. (2) Rekonstruksi Pasal 284 KUHP harus dilandasi oleh nilai-nilai budaya bangsa serta agama yang dianut oleh bangsa Indonesia. (3) Rekonstruksi Pasal 284 KUHP harus mencabut delik aduan absolut dan menggantinya dengan delik biasa, sehingga penegakan hukum terhadap tindak pidana zina yang memiliki banyak implikasi dapat ditegakkan secara berkeadilan dan sesuai dengan nilai-nilai keadilan Pancasila negara yang Berketuhanan Yang Maha Esa.

Kata Kunci: *Rekonstruksi, Tindak Pidana, Zina, Nilai, Ketuhanan.*

ABSTRACT

The research objective of this dissertation is to study and analyze (1) the formulation policy of the criminal act of zina in the Criminal Code compared to the provisions according to Islamic law. (2) weaknesses in the formulation of the criminal act of adultery in the current Criminal Code. (3) reconstructing the crime of adultery in the Criminal Code based on the values of One God. This research is a qualitative research, with a sociological juridical approach, descriptive analysis, using primary data and secondary data, using Pancasila Justice Theory and Criminal Law Formulation Policy Theory as Grand Theory Theory of Criminal Purposes and Law Enforcement as Middle Theory of Progressive Legal Theory as a Applied Theory. The findings of the study are (1) The policy of formulation of the criminal act of zina in the Criminal Code compared to the provisions according to Islamic law is not based on the value of the One and Only Godhead (Islam) as the basis of the Republic of Indonesia, but rather applies colonial legacy legal values, there is no balance as efforts to realize the value of religious justice. The values of religious law and law that live in society are ultimately injured by the criminal provisions in the offense of decency, because they are still considered to be individual and not in accordance with Pancasila. (2) The weakness of the formulation of the criminal act of adultery in the current Criminal Code, besides not being based on the value of One God (Islam) as the basis of the Republic of Indonesia, and still applying colonial legacy legal values, also the offense on this crime of adultery still imposes an offense. absolute complaints, which complicate law enforcement and give birth to mass justice against adulterers in society who are caught red-handed. (3) The reconstruction of the criminal act of adultery in the Criminal Code based on the value of the Almighty God is to expand the meaning of adultery in the current criminal provisions by referring to the holy book (Al-Quran), this is because the majority of Indonesian people are Muslim and religious, apart from that This is a form of practicing the first principle of Pancasila which is based on One Godhead, as well as Article 29 paragraph (1) of the Constitution of the Republic of Indonesia which states that the Republic of Indonesia is based on One God. Practical Implications: (1) The reconstruction of Article 284 of the Criminal Code must be based on the values of Pancasila justice. (2) The reconstruction of Article 284 of the Criminal Code must be based on the cultural values of the nation and the religion adhered to by the Indonesian people. (3) The reconstruction of Article 284 of the Criminal Code must revoke the absolute complaint offense and replace it with ordinary offenses, so that law enforcement against the crime of adultery which has many implications can be enforced fairly and in accordance with the values of justice for the Pancasila of the country with one God.

Keywords: Reconstruction, Crime, Adultery, Value, Divinity.

KATA PENGANTAR

Puji dan syukur kehadiran Allah SWT, atas limpahan rahmat, taufiq, hidayah, serta inayahNya sehingga penulis dapat menyelesaikan disertasi ini dengan judul: REKONSTRUKSI TINDAK PIDANA ZINA DALAM KUHP BERSUMBER DARI NILAI KETUHANAN YANG MAHA ESA (HUKUM ISLAM), penulisan disertasi ini sebagai salah satu syarat untuk menyelesaikan studi pada Program Doktor (S-3) Ilmu Hukum (PDIH) Fakultas Hukum Universitas Islam Sultan Agung (Unissula) Semarang.

Penulis sadar betul, dalam penyelesaian penulisan disertasi ini bukan pekerjaan mudah, akan tetapi memerlukan keuletan, kegigihan, kesabaran serta dedikasi yang tinggi. Dalam penulisan disertasi ini masih sangat jauh dari sempurna, bahkan banyak sekali kekurangannya, itu semua tiada lain karena keterbatasan penulis sebagai manusia yang tidak luput dari kesalahan dan kealpaan, oleh karena itu penulis dengan segala kerendahan hati, dan besar hati menerima segala kritik dan saran guna perbaikan dan penyempurnaan yang konstruktif dan lebih dari itu hasil penelitian disertasi ini dapat menjadi bahan penelitian bagi para peneliti lainnya.

Penulisan disertasi ini tidak terlepas dari usaha, bantuan, bimbingan, do'a dan dukungan dari berbagai pihak. Dalam kesempatan ini penulis menyampaikan ucapan terimakasih kepada yang amat terpelajar:

1. Bapak Prof. Dr. H. Gunarto, S.H., S.E.Akt. M.Hum., selaku Rektor Universitas Islam Sultan Agung (UNISSULA) Semarang.

2. Dekan Fakultas Hukum Universitas Islam Sultan Agung (UNISSULA).
3. Ibu Prof. Dr. Hj. Anis Mashdurohatun, S.H., M.Hum., selaku Ketua Program Doktor Ilmu Hukum Fakultas Hukum Universitas Islam Sultan Agung.
4. Ibu Prof. Dr. Hj. Hartiwiningsih, M.Hum. Selaku Promotor Penelitian Hukum Disertasi Program Doktor Ilmu Hukum Universitas Islam Sultan Agung (UNISSULA) Semarang.
5. Ibu Prof. Dr. Hj. Sri Endah Wahyuningsih, S.H., M.Hum. Selaku Co. Promotor Penelitian Hukum Disertasi Program Doktor Ilmu Hukum Universitas Islam Sultan Agung (UNISSULA) Semarang.
6. Seluruh dosen pengajar pada Program Doktor Ilmu Hukum Universitas Islam Sultan Agung (UNISSULA) Semarang.
7. Segenap karyawan pada Program Doktor Ilmu Hukum Universitas Islam Sultan Agung (UNISSULA) Semarang.
8. Rekan-rekan dan sahabat-sahabat mahasiswa Program Doktor Ilmu Hukum Universitas Islam Sultan Agung (UNISSULA) Semarang.
9. Istriku yang telah mendorong terselesaikannya penulisan disertasi ini.
10. Saudara-saudaraku.
11. Seluruh pihak yang tidak dapat penulis sebutkan satu per-satu, yang telah berkenan membantu masukan dan bahan penelitian disertasi ini.

Atas segala bantuan, kerja sama yang telah diberikan dengan ikhlas kepada penulis selama menyelesaikan studi hingga rampungnya disertasi ini, tak ada kata

yang dapat terucapkan selain terima kasih. Begitu banyak bantuan yang telah diberikan bagi penulis.

Akhirnya secara khusus ucapan terima kasih kepada kedua orang tua yang melahirkan, membesarkan, mendidik, dan memberikan pengorbanan yang tidak dapat dinilai harganya. Sebagai balasan dan terima kasih kepada beliau, dengan penuh tafakkur penulis panjatkan doa semoga mendapatkan pahala yang setimpat dari Allah Swt, Amiiin.

Semarang, 2022



MUKTAR
10301800026

DAFTAR ISI

	Halaman
HALAMAN JUDUL	i
HALAMAN PENGESAHAN	ii
HALAMAN DEWAN PENGUJI UJIAN TERTUTUP	iii
PERNYATAAN ORISINALITAS	iv
PERNYATAAN PERSETUJUAN PUBLIKASI KARYA ILMIAH	v
ABSTRAK	vi
ABSTRACT	vii
GLOSARIUM	viii
DAFTAR SINGKATAN	ix
RINGKASAN	xii
SUMMARY	xxix
KATA PENGANTAR	xliv
DAFTAR ISI	xlvii
DAFTAR TABEL	1
 BAB I PENDAHULUAN	 1
A. Latar Belakang Masalah	2
B. Perumusan Masalah	10
C. Tujuan Penelitian	10
D. Manfaat Penelitian	11
1. Manfaat Secara Teoritis	11
2. Manfaat Secara Praktis	11
E. Kerangka Konseptual.	12
F. Kerangka Teori	15
1. Teori Keadilan Islam dan Teori Kebijakan Formulasi Hukum Pidana sebagai <i>Grand Theory</i>	15
2. Teori Tujuan Pemidanaan Dan Penegakan Hukum sebagai <i>Middle Theory</i>	28
3. Teori Hukum Progresif sebagai <i>Applied Theory</i> .	37
G. Kerangka Pemikiran	41
H. Metode Penelitian	42
1. Paradigma Penelitian	42
2. Metode Pendekatan	43
3. Spesifikasi Penelitian	44
4. Sumber Data Penelitian	45
5. Teknik Pengumpulan Data	48
6. Teknik Penyajian Data	49
7. Metode Analisis Data	49
I. Originalitas Disertasi	50
J. Sistematika Penulisan	52
 BAB II TINJAUAN PUSTAKA	 55

A.	Pidana Dan Pemidanaan	55
1.	Model Pidana Dan Pemidanaan	55
2.	Tujuan Pemidanaan	60
3.	Pertanggungjawaban Pidana	75
B.	Urgensi Rekonstruksi KUHP Dalam Pembangunan Sistem Hukum Nasional	82
1.	Urgensi Rekonstruksi KUHP	82
2.	Pancasila Sebagai Sumber Hukum Dalam Pembaharuan Hukum Pidana Di Indonesia	93
3.	Keseimbangan Monodualistik	103
C.	Posisi Hukum Islam Dalam Pembangunan Sistem Hukum Pidana Di Indonesia	109
1.	Kontribusi Hukum Islam dalam Pembangunan Hukum Nasional	114
2.	Prospek Hukum Pidana Islam di Indonesia dan Tantangannya	118
BAB III	KEBIJAKAN FORMULASI TINDAK PIDANA ZINA DALAM KUHP DIBANDINGKAN DENGAN KETENTUAN MENURUT HUKUM ISLAM	125
A.	Kebijakan Formulasi Tindak Pidana Zina Dalam KUHP	125
B.	Konsep Perbuatan Pidana Perzinaan Menurut Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP)	150
1.	Pengertian <i>Overspel</i> (Zina) menurut KUHP	150
2.	Unsur-Unsur Perzinaan Menurut Pasal 284 KUHP	151
C.	Tindak Pidana Zina Perspektif Hukum Pidana Islam ...	154
1.	Definisi Zina	154
2.	Unsur – Unsur Zarimah Zina	158
3.	Dasar Hukum Zina Dalam Islam	162
4.	Macam-Macam Hukuman Zina dan Pelaksanaannya	163
5.	Halangan-Halangan Pelaksanaan Hukuman Zina	166
D.	Formulasi Tindak Pidana Zina Dalam Hukum Islam ...	167
E.	Problematika Zina	171
1.	Bentuk – bentuk Perzinahan	171
2.	Penyebab Terjadinya Zina	174
3.	Bahaya Zina	175
4.	Dampak Yang Dilakukan Pelaku Zina	178
5.	Perbandingan Formulasi Zina Dalam KUHP Dan Hukum Islam	181
BAB IV	KELEMAHAN FORMULASI TINDAK PIDANA ZINA DALAM KUHP SAAT INI	183
A.	Kelemahan Substansi Tindak Pidana Zina Dalam	183

	KUHP Saat Ini	
B.	Kelemahan Formulasi Tindak Pidana Zina Dalam KUHP Saat Ini Dalam Perspektif Struktur Hukum (<i>Legal Structure</i>)	192
C.	Kelemahan Formulasi Tindak Pidana Zina Dalam KUHP Saat Ini Dalam Perspektif Substansi Hukum (<i>Legal Substance</i>)	198
D.	Kelemahan Formulasi Tindak Pidana Zina Dalam KUHP Saat Ini Perspektif Kultur Hukum (<i>Legal Culture</i>)	213
BAB V	REKONSTRUKSI FORMULASI TINDAK PIDANA ZINA DALAM KUHP BERSUMBER DARI NILAI KETUHANAN YANG MAHA ESA (HUKUM ISLAM)	217
A.	Formulasi Tindak Pidana Zina Di Beberapa Negara	217
1.	Delik Zina Dalam KUHP Republik Korea	218
2.	Delik Zina Dalam KUHP Argentina	219
3.	Pelaksanaan Hukuman Pelaku Perzinaan di Mahkamah Syariah Sarawak Malaysia	219
4.	Zina Menurut Hukum di Negara Turki	223
B.	Rekonstruksi Nilai	233
1.	Rekonstruksi Nilai Tindak Pidana Zina Dalam Perspektif Keadilan	233
2.	Rekonstruksi Nilai Tindak Pidana Zina Dalam KUHP Berbasis Nilai Ketuhanan Yang Maha Esa	241
C.	Rekonstruksi Tindak Pidana Zina Dalam Kitab Undang Undang Hukum Pidana Indonesia Berbasis Nilai Ketuhanan Yang Maha Esa	246
BAB VI	PENUTUP	265
A.	Kesimpulan	265
B.	Saran	267
C.	Implikasi Kajian Disertasi	268
1.	Implikasi Teoritis	268
2.	Implikasi Praktis	269
	DAFTAR PUSTAKA	270
	LAMPIRAN	

DAFTAR TABEL/BAGAN/SKEMA

	Halaman
Tabel 1 Kerangka Pemikiran	42
Tabel 2 Originalitas Disertasi	50
Tabel 3 Perbandingan Unsur dan Sanksi Pidana KUHP Dan Hukum Islam	181
Tabel 4 Rekonstruksi Pasal 284 KUHP	



BAB I

PENDAHULUAN

A. Latar Belakang Masalah

Negara Indonesia adalah negara hukum (*Rechtsstaat*), yaitu Negara yang segala sikap dan tingkahlaku dan perbuatan, baik yang dilakukan oleh para penguasa maupun oleh para warganegaranya harus berdasarkan hukum¹. Negara Hukum Indonesia adalah Negara yang berdasarkan Pancasila dan Undang-Undang Dasar Negara RI Tahun 1945 (UUD 1945), Pasal 29 ayat (1) UUD 1945 secara tegas menyatakan bahwa negara berdasar atas Ketuhanan Yang Maha Esa. Demikian halnya jika membaca Petusan Pengadilan, pada Kepala Putusannya ada “irah-irah” yang menyatakan: “Demi Keadilan Berdasarkan Ketuhanan Yang Maha Esa. Kalimat Ketuhanan Yang Maha Esa disamping tertera sebagai Sila Pertama dalam Pancasila, juga terdapat di dalam Pembukaan UUD 1945 pada alinea keempat. Demikian dijunjung tingginya nilai Ketuhanan Yang Maha Esa oleh bangsa Indonesia. pertanyaannya apa juga demikian pada Kitab Undang Undang Hukum Pidana (KUHP) khususnya terkait dengan tindak pidana zina.

Pada awalnya KUHP dipandang sebagai induk dan sebagai wujud dari kodifikasi dan unifikasi. Namun dalam perkembangan selanjutnya, KUHP dipandang belum lengkap atau belum dapat menampung berbagai masalah

¹ Soehino, 2000, *Asas-Asas Hukum Tata Usaha Negara*, Liberty Yogyakarta, Jakarta, h. 195-196.

dalam dimensi perkembangan bentuk-bentuk tindak pidana baru, serta kurang sesuai dengan nilai-nilai sosio filosofik, sosio politik, dan sosio kultural yang hidup dalam masyarakat. Hal tersebut sejalan dengan Surat Edaran Mahkamah Agung Nomor 3 Tahun 1963, yang menyatakan:

Sejak semula pada umumnya sudah dirasakan sebagai suatu keganjilan, bahwa di Indonesia, meskipun telah merupakan suatu Negara merdeka, masih saja berlaku banyak undang-undang yang sifat dan tujuannya sedikit banyak tidak dapat dilepaskan dari jalan pikiran kaum penjajah, yang dalam tindakannya pertama-tama dan mungkin juga dalam keseluruhannya, hanya mengejar pemenuhan kepentingan-kepentingan Negara Belanda dan orang-orang Belanda.

Maka hanya dengan rasa terpaksa peraturan-peraturan undang-undang yang berasal dari penjajahan Belanda itu, dilaksanakan oleh para yang berwajib.

Dalam keadaan yang demikian ini, dapat dimengerti, bahwa sering dicari jalan, terutama secara suatu penafsiran yang istimewa untuk menghindarkan masyarakat dirugikan.

Mengingat kejahatan, bahwa *Burgerlijk Wetboek* oleh penjajah Belanda dengan sengaja disusun sebagai tiruan belaka dari *Burgerlijk Wetboek* di Negara Belanda dan lagi untuk pertama-tama diperlakukan bagi orang-orang Belanda yang ada di Indonesia, maka timbul pertanyaan, apakah dalam suasana Indonesia Merdeka yang melepaskan diri dan belenggu penjajahan Belanda itu, masih pada tempatnya untuk memandang *Burgerlijk Wetboek* ini sejajar dengan suatu undang-undang yang secara resmi berlaku di Indonesia.

Dengan lain perkataan: apakah *Burgerlijk Wetboek* yang bersifat kolonial ini, masih pantas harus secara resmi dicabut dulu untuk menghentikan berlakunya di Indonesia sebagai undang-undang.

Berhubung dengan ini timbul suatu gagasan yang menganggap *Burgerlijk Wetboek* tidak sebagai suatu undang-undang, melainkan sebagai suatu dokumen yang hanya menggambarkan suatu kelompokkan hukum tak tertulis.

Sebagai konsekwensi dari gagasan ini, maka Mahkamah Agung menganggap tidak berlaku lagi antara lain Pasal-pasal tertentu dari *Burgerlijk Wetboek*.

Gagasan menganggap tidak berlakunya beberapa pasal yang terdapat dalam *Burgerlijk Wetboek* atau Kitab Undang-undang Hukum Perdata (KUHP), tidak berbeda terhadap KUHP. Gagasan pembaruan pada hukum

nasional, khususnya hukum pidana (KUHP) telah lama direncanakan. Usaha pembaruan tersebut berdasarkan pada fakta bahwa KUHP yang sedang berlaku sekarang ini merupakan produk hukum warisan kolonial Belanda, dan falsafah yang mendasarinya berkiblat pada nilai-nilai *individualisme* dan *liberalisme* yang sangat bertolak belakang dengan hukum konstitusi. Sehingga KUHP sekarang ini dapat dikatakan tidak relevan lagi dengan tuntutan perkembangan pemikiran hukum dan dinamika masyarakat Indonesia yang berlandaskan kepada Pancasila dan menjunjung tinggi nilai Ketuhanan Yang Maha Esa.

Kaedah hukum yang berlaku di Indonesia sekarang ini terdapat tiga sistem hukum, yaitu sistem hukum adat, sistem hukum Islam, dan sistem hukum Barat². Ketiga sistem hukum itu, jelas bahwa sistem hukum adat, dan sistem hukum Islam mempunyai hubungan yang sangat erat dengan agama, dan hukum Islam adalah hukum yang bersifat universal, karena ia merupakan bagian dari agama Islam yang universal sifatnya³, sebab mencakup semua manusia di dunia ini, tidak dibatasi oleh lautan maupun batasan sesuatu negara⁴. Hal ini telah dijelaskan di dalam Al-Qurán dalam surat Saba' (34) ayat 28 yang berbunyi:

Artinya:

Dan kami tidak mengutus kamu, melainkan kepada umat manusia seluruhnya sebagai pembawa berita gembira dan sebagai pemberi

² Dedi Supriyadi, 2007, *Sejarah Hukum Islam (Dari Kawasan Jazirah Arab Sampai Indonesia)*, Pustaka Setia, Bandung, h. 291.

³ Muhammad Daud Ali, H., 1990, *Hukum Islam : Pengantar Ilmu Hukum dan Tata Hukum Islam di Indonesia*, Raja Grafindo Persada, Jakarta, h. 266.

⁴ Ismail Muhammad Syah, H., dkk, 1992, *Filsafat Hukum Islam*, Bumi Aksara, Jakarta h. 113.

*peringatan, tetapi kebanyakan manusia tiada Mengetahui*⁵. (Q.S. Saba' (34) : 28).

Ayat di atas menjelaskan bahwa segala manusia yang mendiami permukaan bumi ini adalah jadi tujuan dari dāwah Nabi Muhammad SAW. dengan tidak memandang bangsa, batas daerah dan warna kulit. Di samping itu juga memberikan khabar berita yang menggembirakan kebahagiaan jiwa di atas dunia ini. Dalam ayat tersebut mengancam terhadap orang yang tidak mematuhi ajaran itu, yang mendurhaka dan membangkang, tidak melalui jalan yang dilalui oleh orang yang beriman, maka di akhirat diancam akan dimasukkan ke dalam neraka, yakni tempat penderitaan untuk selamanya⁶.

Yang menjadi sorotan sangat tajam dan yang paling dikritisi dalam upaya pembaruan KUHP ialah penyerapan hukum terhadap rumusan tindak pidana perzinaan. Khususnya sorotan kritis terhadap delik perzinaan yang telah mengalahkan pembahasan delik-delik lain yang digagas dalam Konsep RUU-KUHP. Rumusan tindak pidana perzinaan dalam Pasal 284 KUHP ialah perzinaan yang dilakukan oleh dua orang yang salah satu atau keduanya terikat hubungan perkawinan dan diadukan oleh isteri atau suami pelaku zina dan dilakukan atas dasar suka sama suka, hukumannya maksimal sembilan bulan penjara. Untuk tindak pidana perzinaan ini KUHP menempatkannya sebagai tindak pidana aduan (delik aduan). Pengaturan ini membuka ruang dan kesempatan yang seluas-luasnya bagi merebaknya

⁵ Departemen Agama RI, 1981/1982, *Al-Qurán dan Terjemahnya*, Yayasan Penyelenggara Penterjemah Al-Qurán, Jakarta, h. 688.

⁶ Hamka, 2006, *Tafsir Al Azhar*, Pustaka Panjimas, Jakarta, Juz XXII, h. 166.

tindak pidana perzinaan dalam berbagai bentuk dan variasinya. Keberadaan Pasal 284 ini tentunya sudah sangat tidak relevan lagi dan tidak dapat dikatakan bahwa Pasal 284 tersebut ideal sebagai sebuah produk hukum yang menjamin tegaknya keamanan dan ketentraman dalam kehidupan masyarakat sebagaimana tujuan hukum yang di cita-citakan (*ius constituendum*). Pada kenyataannya substansi dari pasal 284 tersebut tidak mampu lagi mencerminkan dan mengakomodir nilai-nilai hukum yang hidup dalam masyarakat, baik hukum adat maupun hukum agama, yang mana disebut-sebut sebagai gagasan pembentuk hukum konstitusi⁷.

Seperti contoh kasus asusila (zina) anggota DPR Yahya Zaini-Maria Eva dan Ariel-Cut Tari. Kedua kasus tersebut jelas memenuhi unsur sebagai tindak pidana zina, bahkan pelaku mengakui perbuatan tersebut dan publik pun mengetahuinya. Tetapi perbuatan tersebut tidak dapat dilakukan penuntutan karena tidak adanya aduan dari pihak-pihak yang dirugikan (keluarganya). Adapun ariel dipidana penjara karena melanggar ketentuan Undang-Undang ITE dengan menyebar luaskan film porno nya ke dunia maya, bukan karena perzinaannya.

Mengenai Pasal 284 KUHP ini, R. Soesilo menjelaskan bahwa yang dimaksud dengan zina adalah persetubuhan yang dilakukan oleh laki-laki atau perempuan yang telah terikat perkawinan dengan perempuan atau laki-laki yang bukan isteri atau suaminya. Supaya masuk dalam Pasal 284 ini,

⁷ Arifin Ma'ruf, *Delik Zina dalam RUU KUHP*, Komunitas Pemerhati Konstitusi, dalam (<https://kpkuinsuka.blogspot.com/2014/03/delikzinadalam-ruu-kuhp-arifin-maruf.html>), diunggah bulan Maret 2014, diunduh tanggal 03 April 2017.

maka persetubuhan tersebut harus dilakukan dengan dasar suka sama suka, tidak boleh ada paksaan dari salah satu pihak⁸.

Secara etimologis zina berasal dari bahasa arab yang artinya persetubuhan diluar pernikahan⁹. Pengertian zina secara umum adalah persetubuhan pria-wanita tanpa ikatan perkawinan yang sah. Dari segi tata susila perbuatan ini sangat kotor (hina) dan tercela dalam pandangan masyarakat. Sedangkan dari segi agama perbuatan ini terhukumi dosa. Tidak ada yang mengingkari dalam memberikan hukuman kecuali mereka yang pikirannya beda di bawah kendali hawa nafsunya. Mereka menganggap setiap pelanggaran hukum dan peraturan adalah suatu ciptaan baru hasil falsafah hidup manusia¹⁰.

Pengertian zina dalam dunia Barat diartikan sebagai persetubuhan yang dilakukan di mana salah satu pelaku atau kedua pelaku sudah terikat perkawinan dengan orang lain¹¹. Jadi jika persetubuhan tersebut dilakukan oleh orang yang sama-sama tidak terikat perkawinan maka tidak dapat dihukumi sebagai perbuatan zina. Sedangkan menurut orang Islam, zina adalah hubungan kelamin antara seorang lelaki dengan seorang perempuan yang satu sama lain tidak terikat dalam hubungan perkawinan, sehingga siapapun mereka jika melakukan persetubuhan dengan orang yang bukan

⁸ Soesilo, R., 1976, *Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP) Serta Komentar-Komentarnya Lengkap Pasal Demi Pasal*, Politea, Bogor, h. 209.

⁹ Eman Sulaeman, 2008 *Delik Perzinaan Dalam Pembaharuan Hukum Pidana Di Indonesia*, Walisongo Press. Semarang, h. 47.

¹⁰ Abdul A'la Almaududi, 1979, *Kejamkah Hukum Islam*, Gema Insani Press. Jakarta, h. 36-37.

¹¹ "Tindak Pidana Kesusilaan dalam Perspektif Hukum Pidana Islam", dalam <http://one.indoskripsi.com>,

suami atau istrinya maka dihukumi zina.

Ironisnya, pengertian zina dalam KUHP masih mengikuti pemikiran orang Barat¹². Hal ini terjadi karena KUHP yang ada saat ini adalah warisan dari Belanda. Sedangkan masyarakat Indonesia adalah masyarakat yang religius yang tentu saja mempunyai pemikiran yang sangat berbeda dengan pola pikir orang Barat mengenai zina. Hal ini terlihat bahwa KUHP masih tidak sesuai dengan hukum adat atau pun kultur yang dianut. Indonesia bukanlah negara yang sekuler, karena nilai-nilai agama sangat berpengaruh pada kehidupan sehari-hari, oleh karena itu perumusan tindak pidana tentang kesusilaan seharusnya memasukkan nilai-nilai agama¹³.

Apabila kita cermati lagi, ketentuan tindak pidana perzinaan dalam KUHP yang sedang berlaku saat ini bertujuan untuk mengkriminalisasi pelaku perselingkuhan dimana salah seorang atau keduanya terikat dengan ikatan perkawinan. Selain itu Pasal 284 KUHP ini merupakan delik aduan absolut yang tidak memungkinkan perbuatan itu dipidana jika tidak ada yang mengadukan dari pihak yang dirugikan, dan selama perkara itu belum diperiksa dimuka pengadilan, maka pengaduan tersebut dapat ditarik kembali¹⁴.

Dari hal tersebut, dapat disimpulkan bahwa perancang Pasal 284 tersebut yang ada saat itu merupakan Pemerintah Kolonial Belanda yang mengkriminalisasikan tindak pidana perzinaan dengan alasan untuk

¹² Zainuddin Ali, 2007, Hukum Pidana Islam, Sinar Crafike, Jakarta, h. 37.

¹³ "Tindak Pidana Kesusilaan dalam Perspektif Hukum Islam", dalam <http://one.indoskripsi.com>,

¹⁴ Loc.cit.

menjaga kesucian ikatan perkawinan bagi orang yang telah kawin. Selama kedua belah pihak yang melakukan persetubuhan ini belum terikat dengan ikatan perkawinan, maka delik perzinaan tersebut tidak dapat dikenakan.

Perbuatan zina merupakan salah satu tindak pidana yang dilarang oleh sistem hukum barat, sistem hukum adat, maupun sistem hukum Islam. Perbuatan zina di dalam sistem hukum barat telah dirumuskan normanya di dalam pasal 284 Kitab Undang-undang Hukum Pidana (KUHP).

Sistem hukum Islam yang normanya berasal dari Tuhan Yang Maha Esa yang isinya berupa larangan, perintah, dan anjuran, yang tujuannya adalah untuk kemaslahatan manusia. Allah SWT mensyariatkan hukum-Nya adalah untuk memelihara kemaslahatan manusia, sekaligus untuk menghindari mafsadat, baik di dunia maupun di akhirat¹⁵.

Kemaslahatan itu dapat diwujudkan apabila lima unsur pokok dapat diwujudkan dan dipelihara. Kelima unsur pokok itu, menurut al-Syatibi adalah agama, jiwa, keturunan, akal dan harta¹⁶, kelima unsur pokok ini di dalam literatur-literatur hukum Islam dikenal dengan *Ushul al-Khamsah*¹⁷. Salah satu dari lima itu adalah memelihara keturunan yakni disyariatkan untuk menikah dilarang berzina. Zina termasuk jarimah yang hukumannya adalah *hudud*, yakni hukuman yang telah ditentukan oleh Allah SWT di

¹⁵ Miftahul Huda, 2006, *Filsafat Hukum Islam Menggali Hakikat, Sumber dan Tujuan Hukum Islam*, Ponorogo, STAIN ponorogo Press, Ponorogo, h. 116.

¹⁶ Dalam Asafri Jaya Bakri, 1996, *Konsep Maqashid Syari'ah Menurut Al-Syatibi*, Raja Grafindo Persada, Jakarta, h. 71.

¹⁷ Adalah sumber atau dalil yang lima, yang susunannya adalah agama, jiwa, akal, keturunan dan harta.

dalam al-Qurán¹⁸, maupun di dalam al-Hadits¹⁹.

Perbuatan zina atau overspel yang tercantum dalam Pasal 284 ayat (1) KUHP merupakan suatu tindak pidana yang harus dilakukan dengan sengaja. Di dalam rumusan Pasal 284 KUHP disebutkan bahwa, hanya pria atau wanita yang telah menikah sajalah yang dapat melakukan zina, sedangkan pria atau wanita yang tidak menikah itu, menurut rumusan ketentuan pidana yang diatur dalam Pasal 284 ayat (1) angka 2e huruf a dan b KUHP itu hanya dipandang sebagai orang-orang yang turut melakukan zina yang dilakukan oleh orang-orang yang telah menikah²⁰.

Di samping itu bahwa ketentuan pidananya di dalam pasal 284 KUHP hanya dihukum penjara selama-lamanya 9 (Sembilan) bulan. Akibatnya, hukum tidak membuat orang jera atau takut melakukan tindak pidana. Pada hal tujuan pemidanaan menurut Andi Hamzah adalah penjeraan (deterent), baik yang ditujukan kepada pelanggar hukum sendiri maupun kepada masyarakat dari perbuatan jahat; perbaikan (reformasi) penjahat²¹.

Oleh karena itu Pasal 284 KUHP yang berlaku sekarang ini perlu diformulasi ulang dalam upaya penanggulangan tindak pidana zina tersebut.

Dalam konteks inilah reformasi hukum pidana menjadi sangat urgen, yaitu

¹⁸ adalah kalam Allahditurunkan kepada Nabi Muhammad saw. dalam bahasa Arab dengan perantaraan malaikat Jibril, sebagai hujjah (argumentasi) bagi-Nya dalam mendakwakan kerasulan-Nya dan sebagai pedoman hidup bagi manusia yang dapat dipergunakan untuk mencari kebahagiaan hidup di dunia dan di akhirat, serta sebagai media untuk bertaqarrub (mendekatkan diri) kepada Tuhan dengan membacanya.

¹⁹ adalah segala ucapan Nabi, segala perbuatan beliau, dan segala keadaan beliau.

²⁰ Lamintang, P.A.F. Theo Lamintang, 2009, *Delik Delik Khusus Kejahatan Melanggar Norma Kesusilaan dan Norma Kepatutan*, Edisi Kedua, Sinar Grafika, Jakarta, h. 84-85.

²¹ Andi Hamzah, 1993, *Sistem Pidana dan Pemidanaan Indonesia*, Cetakan Kedua, Pradnya Paramita, Jakarta, h. 25.

sebagai upaya untuk menyerasikan nilai-nilai yang ada dalam masyarakat ke dalam hukum pidana Indonesia²².

Bertitik tolak dari latar belakang tersebut, penulis akan melakukan penelitian hukum disertasi dengan judul: REKONSTRUKSI TINDAK PIDANA ZINA DALAM KUHP BERSUMBER DARI NILAI KETUHANAN YANG MAHA ESA (HUKUM ISLAM).

B. Perumusan Masalah

Sejalan dengan latar belakang di atas dikemukakan rumusan masalah sebagai berikut:

1. Bagaimana kebijakan formulasi tindak pidana zina dalam KUHP dibanding dengan ketentuan menurut hukum Islam ?
2. Bagaimana kelemahan-kelemahan formulasi tindak pidana Zina dalam KUHP saat ini ?
3. Bagaimana rekonstruksi tindak pidana zina dalam KUHP berbasis nilai Ketuhanan Yang Maha Esa ?

C. Tujuan Penelitian

Bertitik tolak dari perumusan masalah di atas, maka tujuan penelitian hukum disertasi ini adalah untuk:

1. Mengkaji dan menganalisis kebijakan formulasi tindak pidana zina dalam KUHP dibanding dengan ketentuan menurut hukum Islam.

²² Tongat, 2002, *Pidana Kerja Sosial Dalam Pembaharuan Hukum Pidana Indonesia*, Djambatan, Jakarta, h. 25.

2. Mengkaji dan menganalisis kelemahan-kelemahan formulasi tindak pidana dalam KUHP saat ini.
3. Merekonstruksi tindak pidana zina dalam KUHP berbasis nilai Ketuhanan Yang Maha Esa.

D. Mafaat Penelitian

Penelitian hukum disertasi ini diharapkan memiliki manfaat baik secara teoritis maupun secara praktis sebagai berikut:

1. Manfaat Secara Teoritik

Hasil penelitian hukum disertasi ini diharapkan dapat memiliki manfaat secara teoritis dalam hal memberikan kontribusi sebagai bahan rujukan bagi pengembangan ilmu hukum, terutama sebagai referensi bagi penelitian dalam bidang hukum pidana khususnya terkait dengan tindak pidana zina.

2. Manfaat Secara Praktik

Hasil penelitian hukum disertasi ini secara praktis diharapkan dapat memiliki manfaat sebagai bahan pertimbangan bagi badan legislatif dan pemerintah dalam mengambil langkah kebijakan hukum pidana dalam merumuskan peraturan perundang-undangan di bidang hukum pidana khususnya dalam reformulasi RUU KUHP yang saat ini sudah masuk ke prolegnas dengan nama RUU KUHP Tahun 2018 terkait dengan Pasal tindak pidana zina.

E. Kerangka Konseptual

Penjelasan beberapa konsep dasar yang digunakan dalam penulisan disertasi ini. adalah sebagai berikut:

1. Rekonstruksi

Rekonstruksi dalam *Kamus Besar Bahasa Indonesia* berasal dari kata „konstruksi“ berarti pembangunan yang kemudian di tambah imbuhan „re“ pada kata konstruksi menjadi „rekonstruksi“ yang berarti pengembalian seperti semula.²³ Dalam *Black Law Dictionary*²⁴, *reconstruction is the act or process of rebuilding, recreating, or reorganizing something*, rekonstruksi di sini dimaknai sebagai proses membangun kembali atau menciptakan kembali atau melakukan pengorganisasian kembali atas sesuatu. B.N. Marbun dalam *Kamus Politik* mengartikan rekonstruksi adalah pengembalian sesuatu tempatnya yang semula, penyusunan atau penggambaran kembali dari bahan-bahan yang ada dan disusun kembali sebagaimana adanya atau kejadian semula.²⁵

2. Tindak pidana

Pembentuk undang-undang telah menggunakan istilah “ *strafbaar feit*” untuk menyebut apa yang disebut sebagai “tindak pidana” di dalam Kitab Undang-Undang Hukum Pidana tanpa memberikan suatu penjelasan tentang apa yang disebut sebagai “*strafbaar feit*” tersebut.

²³ Departemen Pendidikan Nasional, Jakarta, *Kamus Besar Bahasa Indonesia*, Balai Pustaka, 2005, h. 942.

²⁴ Bryan A. Garner, 1999, *Black' Law Dictionary*, West Group, ST. Paul Minn, h. 1278.

²⁵ B.N. Marbun, 1996, *Kamus Politik*, Pustaka Sinar Harapan, Jakarta, h. 469.

Oleh karena itu timbullah beberapa doktrin mengenai pendapat tentang makna dari istilah “*strafbaar feit*” tersebut. Mengenai isi pengertian tindak pidana tidak ada kesatuan pendapat para sarjana.²⁶

3. Zina

Zina menurut fiqh adalah persetubuhan antara laki-laki dan perempuan tanpa ada ikatan perkawinan yang sah, yaitu memasukkan kelamin laki-laki ke dalam kelamin perempuan, minimal sampai batas hasyafah (kepala zakar)²⁷.

Zina secara harfiah artinya *fahisyah*, yaitu perbuatan keji. Zina dalam pengertian istilah adalah hubungan kelamin diantara seorang lelaki dengan seorang perempuan yang satu sama lain tidak terikat dalam hubungan perkawinan. Para fuqaha (ahli hukum Islam) mengartikan bahwa zina, yaitu melakukan hubungan seksual dalam arti memasukkan zakar (kelamin pria) ke dalam vagina wanita yang dinyatakan haram, bukan karena syubhat, dan atas dasar syahwat²⁸.

Ibnu Rusyd mendefinisikan *zina* sebagai persetubuhan yang dilakukan bukan karena nikah yang sah atau semu nikah dan bukan karena pemilikan hamba sahaya. Menurut H.A. Dzajuli, dengan mengutip ulama Malikiyyah, zina adalah *mewathui'nya* laki-laki *mukallaf* terhadap *faraj* wanita yang bukan miliknya dan dilakukan

²⁶ P.A.F. Lamintang. 1997, *Dasar-dasar Hukum Pidana Indonesia*. Citra Aditya Bakti, Bandung, h. 24-26

²⁷ M. Abdul Mujieb, dkk. 2002, *Kamus Istilah Fiqh*, Pustaka Firdaus, Jakarta, h. 443

²⁸ Zainuddin Ali, 2006, *Hukum Islam Pengantar Ilmu Hukum Islam di Indonesia*, Sinar Grafika, Jakarta, h. 106.

dengan sengaja. Adapun ulama Syafi'iyah, masih dari sumber yang sama, mendefinisikan zina adalah memasukkan *zakar* ke dalam *faraj* yang haram dengan tidak *syubhat* dan secara naluriah memuaskan hawa nafsu²⁹.

Zina adalah perbuatan laki-laki dengan perempuan atau beberapa orang laki dengan seorang perempuan, atau beberapa orang perempuan dengan seorang laki-laki, atau beberapa orang laki-laki dengan beberapa orang perempuan secara bersamaan atau bergantian yang tidak dalam perikatan perkawinan.

4. Hukum Islam

Hukum Islam adalah hukum yang bersumber dan menjadi bagian dari agama Islam. Konsepsi hukum islam, dasar, dan kerangka hukumnya ditetapkan oleh Allah. Hukum tersebut tidak hanya mengatur hubungan manusia dengan manusia dan benda dalam masyarakat, tetapi juga hubungan manusia dengan Tuhan, hubungan manusia dengan manusia dengan dirinya sendiri, hubungan manusia dengan manusia lain dalam masyarakat, dan hubungan manusia dengan benda alam sekitarnya³⁰. Menurut Amir Syarifuddin sebagaimana dikutip oleh Kutbuddin Aibak, hukum islam adalah seperangkat peraturan wahyu Allah dan Sunnah Rasul tentang tingkah laku manusia mukalaf yang diakui dan diyakini berlaku mengikuti

²⁹ Rahmat Hakim, 2000, *Hukum Pidana Islam*, CV Pustaka Setia, Bandung, h. 69.

³⁰ Abdul Ghani Abdullah, 1994, *Pengantar Kompilasi Hukum Islam dalam Tata Hukum Indonesia*. Gema Insani Press, Jakarta, h. 10.

untuk semua yang beragama islam³¹.

F. Kerangka Teori

Berdasarkan uraian di atas, maka dalam rangka penelitian disertasi ini ada beberapa teori yang penulis gunakan sebagai pisau analisis permasalahan yang telah dirumuskan. Teori-teori dimaksud adalah Teori Hukum Keadilan Pancasila; Teori Kebijakan Formulasi Hukum Pidana; sebagai *Grand Theory*; Teori Tujuan Pemidanaan; Teori Penegakan Hukum sebagai *Midlle Theory*; Teori Hukum Progresif sebagai *Applied Theory*.

1. Grand Theory: Teori Hukum Keadilan Islam

Setiap pembicaraan tentang hukum, akan terkait dengan keadilan. Hukum tanpa keadilan akan menimbulkan kesewenang-wenangan atau ketidakadilan, sedangkan keadilan tanpa hukum akan menimbulkan ketidakpastian. Dengan demikian, setiap pembicaraan tentang hukum pasti terkait dengan keadilan. Hukum dan keadilan bagaikan dua keping sisi mata uang dan merupakan satu kesatuan yang tidak terpisahkan.

Satjipto Rahardjo menyatakan bahwa membicarakan hukum adalah membicarakan hubungan antar manusia. Membicarakan hubungan antar manusia adalah membicarakan keadilan. Dengan demikian, setiap pembicaraan mengenai hukum, jelas atau samar-

³¹ Kutbuddin Aibak, 2014, "Otoritas dalam Hukum Islam (Telaah Pemikiran Khaled M. Abou El Fadl)". Disertasi. UIN Sunan Kalijaga, Yogyakarta, h. 94. Kutbuddin Aibak, "Membaca Kembali Eksistensi Hukum Islam dalam Keragaman Hidup dan Kehidupan", dalam Ahkam: Jurnal Hukum Islam, volume 5 No. 2 November 2017, h. 322.

samar, senantiasa merupakan pembicaraan mengenai keadilan pula. Kita tidak dapat membicarakan hukum hanya sampai kepada wujudnya sebagai suatu hubungan yang formal. Kita juga perlu melihatnya sebagai ekspresi dari cita-cita keadilan masyarakatnya³².

Keadilan berasal dari kata dasar adil dengan mendapat imbuhan ke-an, menjadi keadilan. Keadilan berarti dapat menempatkan sesuatu secara proporsional dan persamaan hak sesuai dengan kapasitas dan kemampuan seseorang dalam melakukan sesuatu masalah³³.

Di dalam literatur Inggris istilah keadilan disebut dengan “*justice*”, kata dasarnya “*jus*”. Perkataan “*jus*” berarti hukum atau hak. Dengan demikian salah satu pengertian dari *justice* adalah hukum. Dalam makna keadilan sebagai hukum, kemudian berkembang arti dari kata *justice* sebagai “*lawfulness*” yaitu keabsahan menurut hukum³⁴.

Menurut bahasa (etimologi) keadilan ialah seimbang antara berat dan muatan³⁵, sesuai dengan hak dan kewajiban, sesuai antara pekerjaan dan hasil yang diperoleh, sesuai dengan ilmu, sesuai dengan pendapatan dan kebutuhan.

WJS. Poerwadaminta memberikan pengertian adil sebagai berikut:

- a. Adil berarti tidak berat sebelah (tidak memihak), pertimbangan yang adil, putusan yang dianggap adil;

³² Soerjono Soekanto 1, *Op. cit.*, h. 159.

³³ Yatimin Abdullah, 2006, *Pengantar Studi Etika*, PT. Raja Grafindo Persada, Jakarta, h. 537.

³⁴ Bahder Johan Nasution, 2004, *Hukum Ketenagakerjaan Kebebasan Berserikat Bagi Pekerja*, Mandar Maju, Bandung, h. 48.

³⁵ Ibnu Miskawaih, 1995, *Menuju Kesempurnaan Ahlak*, Mizan, Bandung, h. 115.

- b. Adil berarti patut, sepatutnya, tidak sewenang-wenang. Misalnya, dalam mengemukakan tuntutan yang adil, masyarakat adil, masyarakat yang sekalian anggotanya mendapat perlakuan yang sama adil³⁶.

Apa yang dikemukakan WJS. Poerwadarminta tentang adil, hampir sama dengan pengertian adil/keadilan menurut pengertian kalangan masyarakat pada umumnya yaitu merupakan sifat tindakan atau perlakuan yang tidak memihak kepada salah satu pihak, tidak berat sebelah, memberikan sesuatu kepada setiap orang sesuai dengan hak yang harus diperolehnya, selalu berpihak kepada yang benar dan tidak berbuat sewenang-wenang³⁷.

Mengenai pengertian keadilan memiliki sejarah pemikiran yang panjang. Tema keadilan merupakan tema utama dalam hukum semenjak masa Yunani kuno³⁸, karena salah satu tujuan hukum adalah keadilan.

Menurut Ahmad Ali, tujuan hukum dititik beratkan pada segi "keadilan". Sedangkan Gustav Radbruch mengkonsepsi salah satu tujuan hukum atau cita hukum adalah "keadilan" di samping kemanfaatan dan kepastian³⁹. Aristoteles berpendapat bahwa tujuan hukum itu semata-mata untuk mewujudkan keadilan. Keadilan di sini

³⁶ Poerwadarminta WJS., 1986, *Kamus Umum Bahasa Indonesia*, Balai Pustaka, Jakarta, h. 16.

³⁷ Kuffal HMA., 2012, *Demi Keadilan Berdasarkan Ketuhanan Yang Maha Esa*, Universitas Muhammadiyah, Malang, h. 48.

³⁸ Fernando M. Manullang E., 2007, *Menggapai Hukum Berkeadilan*, PT. Kompas Media Nusantara, Jakarta h. 96.

³⁹ Ahmad Ali, 2002. *Menguak Tabir Hukum Suatu Kajian Filosofis Sosiologis*, Gunung Agung, Jakarta, h. 72.

adalah *ius suum quique tribuere*, yang artinya memberikan kepada setiap orang apa yang menjadi bagian atau haknya⁴⁰. Formulasinya tentang keadilan bertumpu pada tiga sari hukum alam yang dianggapnya sebagai prinsip keadilan utama yaitu *honeste vivere*, *alterum non laedere*, *suum quique tribuere* (hidup secara terhormat, tidak mengganggu orang lain, dan memberi kepada tiap orang bagiannya)⁴¹.

Selain model keadilan yang berbasis kesamaan, Aristoteles juga mengajukan model keadilan lain yakni keadilan distributif dan keadilan korektif. Keadilan distributif identik dengan keadilan atas dasar kesamaan proporsional. Sedangkan keadilan korektif atau remedial berfokus pada "pembetulan pada sesuatu yang salah". Jika sesuatu dilanggar, atau kesalahan dilakukan maka keadilan korektif berupaya memberi kompensasi yang memadai bagi pihak yang dirugikan. Jika suatu kejahatan dilakukan maka hukuman yang sepatutnya harus diberikan pada si pelaku. Singkatnya, keadilan korektif bertugas membangun kembali keharmonisan. Keadilan korektif merupakan standar umum untuk memperbaiki setiap akibat dari perbuatan tanpa memandang siapa pelakunya. Prinsipnya adalah hukuman harus memperbaiki kejahatan, ganti rugi harus memperbaiki kerugian dan memulihkan keuntungan yang tidak sah. Konsep Themis,

⁴⁰ Dudu Duswara Machmudin, 2000. *Pengantar Ilmu Hukum Sebuah Sketsa*, Refika Aditama, Bandung, h. 23.

⁴¹ Bernard L. Tanya, dkk., 2007. *Teori Hukum Strategi Tertib Manusia Lintas ruang dan Generasi*, CV. Kita, Surabaya, h. 152.

dewi keadilan melandasi keadilan jenis ini yang bertugas menyeimbangkan prinsip - prinsip tersebut tanpa memandang siapa pelakunya⁴².

Perbincangan tentang keadilan berkembang dengan pendekatan dan sudut pandang yang berbeda-beda, sehingga karenanya berkembang pula teori-teori keadilan dari para sarjana yang intinya mengemukakan teorinya dari sudut pandangannya masing-masing. Teori keadilan yang tepat dipergunakan dalam membedah permasalahan penelitian ini adalah keadilan yang berdasarkan Ketuhanan Yang Maha Esa (Teori Keadilan Islam).

Indonesia adalah negara yang berdasarkan Ketuhanan Yang Maha Esa, sebagaimana diatur dan ditegaskan dalam Pasal 29 ayat (1) Undang Undang Dasar Negara Republik Indonesia (UUD NRI 1945). Istilah “Ketuhanan” menurut Kaelan dan Achmad Zubaidi berasal dari pokok kata Tuhan, yaitu suatu Dzat Yang Maha Kuasa pencipta segala yang ada di alam semesta ini, yang biasa disebut Penyebab Pertama atau *Kuasa Prima*. Sedangkan istilah “Ketuhanan” berarti keyakinan dan pengakuan yang diekspresikan dalam bentuk perbuatan terhadap Dzat Yang Maha Kuasa sebagai Pencipta⁴³. Yang Maha Esa berarti Yang Maha Tunggal, tiada tersusun, tiada duanya, tunggal dalam dzat-

⁴² *Ibid.* h. 53-54.

⁴³ Noor MS. Bakry, 1990, *Orientasi Filsafat Pancasila*, Liberty, Yogyakarta, h. 81-82, dalam Sri Endah Wahyuningsih, 2018, *Model Pengembangan Asas Hukum Pidana Dalam KUHP Berbasis Nilai – Nilai Ketuhanan Yang Maha Esa*, Penerbit Fastindo, Semarang, h. 15.

Nya, tunggal dalam sifat-Nya dan tunggal dalam perbuatan-Nya⁴⁴.

Berdasarkan hal di atas, maka yang dimaksud dengan Ketuhanan Yang Maha Esa adalah: Keyakinan pengakuan yang diwujudkan dalam bentuk perbuatan terhadap suatu Dzat Yang Maha Tunggal tiada duanya, yang Sempurna sebagai Penyebab Pertama⁴⁵. Ketuhanan Yang Maha Esa adalah identik dengan hukum Islam, karena kunci masuk surga bagi umat Islam Ketuhanan Yang Maha Esa atau “Tiada Tuhan selain Allah” serta “Katakan bahwa Tuhan (Allah) adalah Maha Esa”.

Kontroversi terhadap pengkerdilan nilai-nilai dari hukum Islam di Indonesia, adalah berawal dari politik adu domba dari bangsa kolonial Belanda melalui ahli hukumnya, yaitu Christiaan Snouck Hurgronje dengan teori *Receptie*, yang didukung oleh dua sarjana lainnya, yaitu Cornelis van Vallenhoven dan B. Ter Haar⁴⁶. Hazairin merespon teori ahli hukum kolonial tersebut dengan merumuskan teori *Receptie Exis* yang pada intinya menyatakan bahwa teori *Receptie* bertentangan dengan Pancasila dan UUD 1945 dan aturan hukum yang berlaku di Indonesia harus berdasarkan pada keyakinan agama yang dianut bangsa Indonesia⁴⁷, dan 88,7 persen penduduk Indonesia adalah muslim⁴⁸.

⁴⁴ *Ibid*, h. 84.

⁴⁵ *Ibid*, h. 87.

⁴⁶ Abdul Ghofur Anshori, 2005, *Filsfat Hukum Kewarisan Islam, Konsep Kewarisan Bilateral Hazairinj*, UII Perss, Yogyakarta, h. xiii.

⁴⁷ Hazairin, 1982, *Hukum Kekeluargaan Nasional*, Tinta Mas, Jakarta, h. 129.

⁴⁸ Yuseil Ihza Mahendra, 1999, *Sumbangan Ajaran Islam Bagi Pembangunan Hukum Nasional Di Era Pembangunan Jangka Panjang II, dalam 70 Tahun K.H., Ali Yafie, Fiqh Sosial, Wacana Baru*, Jakarta, h. 3-4.

Kedudukan hukum Islam (hukum fiqih) di Indonesia menurut Jimly Asshidiqie⁴⁹, melibatkan kesadaran keagamaan mayoritas penduduk yang sedikit banyak berkaitan pula dengan masalah kesadaran hukum. Baik norma agama maupun norma hukum selalu sama-sama menuntut ketaatan. Apalagi jika norma hukum itu dibandingkan dengan aspek hukum dari norma agama itu, akan semakin jelas bahwa hubungan antara keduanya sangat erat satu sama lain. Keduanya sama-sama menuntut ketaatan dan kepatuhan dari warga masyarakatnya. Oleh karena itu, keduanya haruslah dikembangkan secara searah, tidak dibiarkan saling bertentangan seperti yang berkembang dalam kenyataan dewasa ini.

Menurut Notonagoro⁵⁰ Sila Ketuhanan Yang Maha Esa merupakan nilai bahkan esensi nilai (*core value*), bagi kehidupan berbangsa dan bernegara. Ketuhanan Yang Maha Esa mendasari dan menjiwai sila-sila dari Pancasila. Meminjam istilah atau yang disebut dengan “teori saringan” dari Ismail Saleh, mantan Menteri Kehakiman di masa Orde Baru⁵¹, maka Ketuhanan Yang Maha Esa merupakan saringan dari keempat sila lainnya dari Pancasila, dan saringan dalam kehidupan berbangsa dan bernegara, karena Ketuhanan Yang Maha

⁴⁹ Jimly Asshidiqie, 1998, *Pembaharuan Hukum Pidana Indonesia*, Angkasa, Bandung, h. 5.

⁵⁰ Notonagoro, 1975, *Pancasila Ilmiah Populer*, Pancuran Tujuh, Jakarta, h. 78.

⁵¹ Ismail Saleh, dalam Mohammad Daud Ali, 1999, *Hukum Islam Pengantar Ilmu Hukum Dan Tata Hukum Islam di Indonesia*, Raja Grafindo Persada, Jakarta, h. 245, dalam Sri Endah Wahyuningsih, 2018, *Model Pengembangan Asas Hukum Pidana Dalam KUHP Berbasis Nilai – Nilai Ketuhanan Yang Maha Esa*, Penerbit Fastindo, Semarang, h. 29.

Esa merupakan dasar dari negara Republik Indonesia yang digariskan dalam Pasal 29 ayat (1) Undang Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 (UUD NRI 1945). Dengan demikian hukum sebagai perwujudan ketaatan terhadap Tuhan Yang Maha Esa, sudah tentu adalah hukum yang sudah tersaring atau menurut Sri Endah Wahyuningsih harus melalui batu penguji Pancasila yang merupakan filsafat hukum nasional⁵², dengan demikian menurut penulis jika hukum telah dan merupakan ketaatan kepada Tuhan Yang Maha Esa, maka dengan sendirinya hukum tersebut telah melewati batu penguji Pancasila, karena keempat sila dari Pancasila merupakan satu kesatuan dan tersaring oleh Ketuhanan Yang Maha Esa, jika keempat sila dimaksud bertentangan dengan Sila Ketuhanan Yang Maha Esa sebagai dasar negara maka hukum tersebut tidak merupakan ketaatan terhadap Tuhan Yang Maha Esa dan bertentangan dengan Pasal 29 ayat (1) UUD NRI 1945.

Sejalan dengan uraian tersebut, maka penggunaan Teori Hukum Keadilan Islam sebagai *Grand Theory*, adalah sangat relevan dan memiliki dasar yang kuat.

Dalam *Kamus Besar Bahasa Indonesia*, keadilan sosial didefinisikan sebagai sama berat, tidak berat sebelah, tidak memihak, berpihak kepada yang benar, berpegang pada kebenaran⁵³. Kata adil

⁵² Sri Endah Wahyuningsih, 2018, *Model Pengembangan Asas Hukum Pidana Dalam KUHP Berbasis Nilai – Nilai Ketuhanan Yang Maha Esa*, Penerbit Fastindo, Semarang, h. 31.

⁵³ Depdiknas, 2002, *Kamus Besar Bahasa Indonesia*, Balai Pustaka, Jakarta, h. 8.

(*al-'adl*) berasal dari bahasa Arab, dan dijumpai dalam al-Qur'an, sebanyak 28 tempat yang secara etimologi bermakna pertengahan⁵⁴. Pengertian adil, dalam budaya Indonesia, berasal dari ajaran Islam. Kata ini adalah serapan dari kata Arab '*adl*'⁵⁵.

Secara etimologis, dalam *Kamus Al-Munawwir*, *al'adl* berarti perkarayang tengah-tengah⁵⁶. Dengan demikian, adil berarti tidak berat sebelah, tidak memihak, atau menyamakan yang satu dengan yang lain (*al-musâwah*). Istilah lain dari *al-'adl* adalah *al-qist*, *al-misl* (sama bagian atau semisal). Secara terminologis, adil berarti mempersamakan sesuatu dengan yang lain, baik dari segi nilai maupun dari segi ukuran, sehingga sesuatu itu menjadi tidak berat sebelah dan tidak berbeda satu sama lain. Adil juga berarti berpihak atau berpegang kepada kebenaran⁵⁷. Menurut Ahmad Azhar Basyir, keadilan adalah meletakkan sesuatu pada tempat yang sebenarnya atau menempatkan sesuatu pada proporsinya yang tepat dan memberikan kepada seseorang sesuatu yang menjadi haknya⁵⁸.

Al-Qur'an memerintahkan perbuatan adil dan kebajikan seperti bunyi firman-Nya,

Artinya:

⁵⁴ Muhammad Fu'ad Abd al-Baqiy, 1981, *Al-Mu'jam al-Mufahras li Alfaz Al-Qur'an alKarim*, Dar al-Fikr, Beirut, h. 448–449.

⁵⁵ M.Dawam Rahardjo, 2002, *Ensiklopedi Al-Qur'an: Tafsir Sosial Berdasarkan Konsep Konsep Kunci*, Paramadina, Jakarta, h. 369.

⁵⁶ Ahmad Warson Al-Munawwir, 1997, *Kamus Al-Munawwir Arab-Indonesia Terlengkap*, Pustaka Progressif, Yogyakarta, h. 906.

⁵⁷ Abdul Aziz Dahlan, *et. all*, (editor), 1997, *Ensiklopedi Hukum Islam*, jilid 2, PT Ichtiar Baru Van Hoeve, Jakarta, h. 25.

⁵⁸ Ahmad Azhar Basyir, 2000, *Negara dan Pemerintahan dalam Islam*, UII Pres, Yogyakarta, h. 30.

"Sesungguhnya Allah menyuruh (kamu) berlaku adil dan berbuat kebajikan" (QS Al-Nahl [16]: 90)⁵⁹.

Ihsan (kebajikan) dinilai sebagai sesuatu yang melebihi keadilan. Namun dalam kehidupan bermasyarakat, keadilan lebih utama daripada kedermawanan atau ihsan. Ihsan adalah memperlakukan pihak lain lebih baik dari perlakuannya, atau memperlakukan yang bersalah dengan perlakuan yang baik. Ihsan dan kedermawanan merupakan hal-hal yang baik pada tingkat antar individu, tetapi dapat berbahaya jika dilakukan pada tingkat masyarakat.

Imam Ali r.a. bersabda, "Adil adalah menempatkan sesuatu pada tempatnya, sedangkan ihsan (kedermawanan) menempatkannya bukan pada tempatnya." Jika hal ini menjadi sendi kehidupan bermasyarakat, maka masyarakat tidak akan menjadi seimbang. Itulah sebabnya, mengapa Nabi Saw menolak memberikan maaf kepada seorang pencuri setelah diajukan ke pengadilan, walau pemilik harta telah memaafkannya⁶⁰.

Potensi dan kemampuan manusia berbeda-beda, bahkan potensi dan kemampuan para rasul pun demikian (QS Al-Baqarah [2]: 253). Perbedaan adalah sifat masyarakat, namun hal itu tidak boleh mengakibatkan pertentangan. Sebaliknya, perbedaan itu harus mengantarkan kepada kerja sama yang menguntungkan semua pihak. Demikian kandungan makna firmanNya pada surat Al-Hujurat (49):

⁵⁹ Yayasan Penyelenggara Penterjemah/Pentafsir al-Qur'an, 1986, *Al-Qur'an dan Terjemahnya*, Departemen Agama, Jakarta, h. 415.

⁶⁰ M. Quraish Shihab, 2003, *Wawasan Al-Qur'an*, Mizan, Bandung, h. 124.

13. Dalam surat Az-Zukhruf (43): 32 tujuan perbedaan itu dinyatakan:

Artinya:

Apakah mereka yang membagi-bagi rahmat Tuhanmu? Kami telah menentukan antara mereka penghidupan mereka dalam kehidupan di dunia, dan Kami telah meninggikan sebagian mereka atas sebagian yang lain beberapa derajat, agar sebagian mereka dapat saling mempergunakan sebagian yang lain. Dan rahmat Tuhanmu lebih baik dari apa yang mereka kumpulkan (Az-Zukhruf 43: 32)⁶¹.

Setiap anggota masyarakat dituntut untuk *fastabiqul khairât* (berlomba-lombalah di dalam kebajikan) (QS Al-Baqarah [2]: 148).

Setiap perlombaan menjanjikan "hadiah". Di sini hadiahnya adalah mendapatkan keistimewaan bagi yang berprestasi. Tentu akan tidak adil jika peserta lomba dibedakan atau tidak diberi kesempatan yang sama. Tetapi, tidak adil juga bila setelah berlomba dengan prestasi yang berbeda, hadiahnya dipersamakan, sebab akal maupun agama menolak hal ini

Artinya:

Tidaklah sama antara mukmin yang duduk (tidak berjuang) kecuali yang uzur dengan orang yang berjuang di jalan Allah dengan harta dan jiwa mereka. Allah melebihkan orang-orang yang berjihad dengan harta dan jiwa mereka atas orang-orang yang duduk (tidak ikut berjuang karena uzur) satu derajat. Dan, kepada masing-masing mereka Allah menjanjikan imbalan baik...(QS Al-Nisa [4]: 95)⁶².

Artinya:

Adakah sama orang yang mengetahui dengan orang-orang yang tidak mengetahui? (QS Al-Zumar [39]: 9)⁶³.

Keadilan seperti terlihat di atas, bukan mempersamakan semua

⁶¹ Yayasan Penyelenggara ... , op.cit, h. 798.

⁶² *Ibid*, h.136.

⁶³ *Ibid*, h. 747.

anggota masyarakat, melainkan mempersamakan mereka dalam kesempatan mengukir prestasi. Sehubungan dengan itu, Murtadha Muthahhari menggunakan kata adil dalam empat hal, *pertama*, yang dimaksud dengan adil adalah keadaan yang seimbang; *kedua*, persamaan dan penafian (peniadaan) terhadap perbedaan apa pun; *ketiga*, memelihara hak-hak individu dan memberikan hak kepada setiap orang yang berhak menerimanya⁶⁴.

Keadilan dalam pelaksanaannya tergantung dari struktur-struktur kekuasaan dalam masyarakat, struktur-struktur mana terdapat dalam bidang politik, ekonomi, sosial, budaya, dan ideologi. Maka membangun keadilan berarti menciptakan struktur-struktur yang memungkinkan pelaksanaan keadilan⁶⁵. Masalah keadilan ialah bagaimanakah mengubah struktur-struktur kekuasaan yang seakan-akan sudah memastikan ketidakadilan, artinya yang memastikan bahwa pada saat yang sama di mana masih ada golongan-golongan miskin dalam masyarakat, terdapat juga kelompok-kelompok yang

⁶⁴ Murtadha Muthahhari, 1981, *Keadilan Ilahi: Asas Pandangan Dunia Islam*, Terj. Agus Efendi, Mizan anggota IKAPI, Bandung, h. 53 – 56. Dalam tulisannya “*Rhetorica*”, Aristoteles. membedakan dua macam keadilan, yaitu keadilan distributif dan keadilan komutatif. Keadilan distributif adalah keadilan yang memberikan kepada setiap orang jata hmenurut jasanya (pembagian menurut haknya masing-masing). Ia tidak menuntut supaya tiaptiap orang mendapat bagian yang sama banyaknya; bukan persamaan, melainkan kesebandingan. Sedangkan keadilan komutatif ialah keadilan yang memberikan pada setiap orang sama banyaknya dengan tidak mengingat jasa-jasa perseorangan. Ia memegang peranan dalam tukar menukar, pada pertukaran barang-barang dan jasa, dalam mana sebanyak mungkin harus terdapat persamaan antara apa yang dipertukarkan. Keadilan komutatif lebih menguasai hubungan antara perseorangan khusus, sedangkan keadilan distributif terutama menguasai hubungan antara masyarakat (khususnya negara) dengan perseorangan khusus. Lihat C.S.T.Kansil, 1986, *Pengantar Ilmu Hukum dan Tata Hukum Indonesia*, Balai Pustaka, Jakarta, h. 42.

⁶⁵ Franz Magnis Suseno, 1988, *Kuasa dan Moral*, PT Gramedia, Jakarta, h. 45.

dapat hidup dengan seenaknya karena mereka menguasai sebagian besar dari hasil kerja dan hak-hak golongan yang miskin itu.

Menurut Juhaya S.Praja, dalam Islam perintah berlaku adil ditujukan kepada setiap orang tanpa pandang bulu. Perkataan yang benar harus disampaikan apa adanya walaupun perkataan itu akan merugikan kerabat sendiri. Keharusan berlaku adil pun harus ditegakkan dalam keluarga dan masyarakat muslim itu sendiri, bahkan kepada orang kafir pun umat Islam diperintahkan berlaku adil. Untuk keadilan sosial harus ditegakkan tanpa membedakan karena kaya miskin, pejabat atau rakyat jelata, wanita atau pria, mereka harus diperlakukan sama dan mendapat kesempatan yang sama⁶⁶. Senada dengan itu, Sayyid Qutb menegaskan bahwa Islam tidak mengakui adanya perbedaan-perbedaan yang digantungkan kepada tingkatan dan kedudukan⁶⁷.

Salah satu sumbangan terbesar Islam kepada umat manusia adalah prinsip keadilan sosial dan pelaksanaannya dalam setiap aspek kehidupan manusia. Islam memberikan suatu aturan yang dapat dilaksanakan oleh semua orang yang beriman. Setiap anggota masyarakat didorong untuk memperbaiki kehidupan material masyarakat tanpa membedakan bentuk, keturunan dan jenis orangnya. Setiap orang dipandang sama untuk diberi kesempatan dalam

⁶⁶ Juhaya S. Praja, 1995, *Filsafat Hukum Islam*, Pusat Penerbitan Universitas LPPM UNISBA, Bandung, h. 73.

⁶⁷ Sayyid Qutb, "Keadilan Sosial dalam Islam", dalam John J. Donohue dan John L. Esposito, 1984, *Islam dan Pembaharuan*, Terj. Machnun Husein, CV Rajawali, Jakarta, h. 224.

mengembangkan seluruh potensi hidupnya⁶⁸.

Berdasarkan uraian di atas, maka penulis menyimpulkan bahwa Islam bertujuan membentuk masyarakat dengan tatanan sosial yang solid. Dalam tatanan itu, setiap individu diikat oleh persaudaraan dan kasih sayang bagai satu keluarga. Sebuah persaudaraan yang universal dan tak diikat batas geografis. Islam menganggap umat manusia sebagai suatu keluarga. Karenanya semua anggota keluarga itu mempunyai derajat yang sama dihadapan Allah. Islam tidak membedakan pria ataupun wanita, putih atau hitam. Secara sosial, nilai yang membedakan satu dengan yang lain adalah ketakwaan, ketulusan hati, kemampuan dan pelayanannya pada kemanusiaan.

2. ***Middle Theory: Teori Tujuan Pemidanaan; dan Teori Penegakan Hukum***

Masalah pemidanaan merupakan masalah yang urgen dalam hukum pidana. Dahulu pidana dianggap sebagai persoalan yang sederhana, oleh negara sebagai pihak yang memegang kekuasaan tertinggi mempunyai wewenang untuk menghukum terhadap barangsiapa yang melanggar hukum pidana. Tujuan pemidanaan klasik masih berorientasi pada pembalasan atas apa yang dilakukan oleh pelaku kejahatan tanpa mempertimbangkan aspek lain yang sekiranya menjadi penting untuk dipertimbangkan.

⁶⁸ Afzalur Rahman, 1995, *Doktrin Ekonomi Islam*, jilid 1, Terj. Soeroyo, Nastangin, PT. Dana Bhakti Wakaf, Yogyakarta, h. 74.

Dewasa ini masalah pemidanaan menjadi sangat kompleks sebagai akibat dari usaha untuk lebih memperhatikan faktor-faktor yang menyangkut hak asasi manusia, serta menjadikan pidana bersifat operasinal dan fungsional. Untuk itu diperlukan pendekatan multidimensi yang bersifat mendasar terhadap dampak pemidanaan, baik yang menyangkut dampak yang bersifat individual maupun dampak yang bersifat sosial. Pendekatan semacam ini mengakibatkan adanya keharusan untuk memilih teori integratif tentang tujuan pemidanaan, yang dapat memenuhi fungsinya dalam rangka mengatasi kerusakan-kerusakan yang diakibatkan oleh tindak pidana (*individual and social damages*)⁶⁹.

Teori integratif merupakan teori gabungan yang menganulir gagasan-gagasan yang dianut masing-masing teori pemidanaan yang ada, dengan asumsi bahwa dampak pemidanaan yang dijatuhkan oleh hakim harus mempunyai manfaat secara paktis bagi pelaku kejahatan, korban kejahatan dan masyarakat secara keseluruhan. Pallegino Rossi sebagaimana dikutip oleh Muladi dan Barda Nawawi⁷⁰ mengemukakan teori gabungan yang dalam teori pemidanaan yang berkembang di dalam sistem Eropa Kontinental disebut *vereninging theorieen*. Sekalipun ia menganggap retributif sebagai asas utama dan bahwa dalam teori integratif pidana mempunyai berbagai pengaruh antara lain

⁶⁹ Muladi, 1985, *Lembaga Pidana Bersyarat*, Alumni, Bandung, h. 53.

⁷⁰ Eva Achjani Zulfa, *op.cit*, 2011, h. 61.

pencegahan, penjeraan dan perbaikan suatu yang rusak dalam masyarakat.

Seiring dengan perkembangan teori-teori pemidanaan, maka teori integratif juga semakin berkembang. Semula teori integratif disebut dengan teori gabungan hanya mengakomodir dua teori tujuan pemidanaan yakni teori absolut dan teori relatif. Paradigma tujuan pemidanaan tersebut masih berorientasi pada teori *retributif* dan teori *deterrence*. Teori retributif memandang bahwa pidana adalah akibat nyata/mutlak yang harus ada sebagai suatu pembalasan kepada pelaku tindak pidana, sedangkan menurut teori *deterrence* selain fungsi pembalasan ada tujuan yang lebih bermanfaat yang paling utama yang hendak dicapai. Jeremy Bentham (1748-1832), seorang filosofi Inggris yang diklasifikasikan sebagai penganut *utilitarian hedonist* mengatakan bahwa tujuan kemanfaatan atau sasaran pembentuk undang-undang menentukan prinsip kegunaan dengan mempertimbangkan hal berikut⁷¹:

- a. *to prevent all offenders* (mencegah semua penjahat),
- b. *if this fails, to induce a person to commit a less mischievous offence* (jika gagal akan menyebabkan seseorang melakukan pelanggaran ringan),
- c. *to dispose an offender to do as little mischief as in necessary to his purpose* (membuat pelaku melakukan kejahatan sekecil mungkin sebagai tujuan penting),
- d. *to prevent the mischief at as cheap a rate as possible* (mencegah kejahatan sampai ke tingkat serendah mungkin).

⁷¹ C. Djisman Samosir, 2012, *Sekelumit Tentang Penologi & Pemasyarakatan*, Nuansa Aulia, Bandung, h. 91.

Teori absolut dan teori relatif mempunyai kelemahan-kelemahan disamping kelebihanannya. Teori gabungan berhasil melihat sisi positif yang terdapat pada kedua teori tersebut. Menurut E. Utrecht teori gabungan dapat dibagi ke dalam tiga golongan yaitu⁷²:

- a. Teori gabungan yang menitikberatkan pada pembalasan, tetapi pembalasan tidak boleh melampaui batas apa yang perlu dan sudah cukup untuk dapat mempertahankan tata tertib masyarakat,
- b. Teori gabungan yang menitikberatkan pada pertahanan tata tertib masyarakat, tetapi hukuman tidak boleh lebih berat daripada suatu penderitaan yang beratnya sesuai dengan beratnya perbuatan yang dilakukan oleh si terhukum,
- c. Teori yang menggabungkan yang menganggap kedua asas tersebut harus dititikberatkan sama.

Seiring perkembangan hak asasi manusia secara berimbang antara pelaku dan korban kejahatan serta kepentingan masyarakat maka selain teori retributif dan teori deterence, berkembang pula teori rehabilitasi, teori incapacitation, teori resosialisasi, teori restitusi dan kompensasi. Dengan demikian teori integratif semakin memperkaya dirinya dengan dampak yang begitu luas dari ppidanaan.

Teori rehabilitasi dilatarbelakangi oleh pandangan positivis dalam kriminologi tentang kejahatan. Aliran ini lahir pada abad ke-19 yang dipelopori Casare Lombroso (1835-1909), Enrico Ferri (1856-1928) dan Raffaele Garofalo (1852-1934). Penyebab kejahatan lebih dikarenakan adanya penyimpangan sosial yang disintegrasi dalam masyarakat. Menurut C. Rey Jeffery bahwa ppidanaan yang

⁷² E. Utrecht, 1986, *Hukum Pidana I*, Pustaka Tinta Mas, Surabaya, h. 186.

dimaksudkan aliran ini untuk memberikan tindakan perawatan (*treatment*) dan perbaikan (*rehabilitation*) kepada pelaku kejahatan sebagai pengganti dari penghukuman. Argumen aliran positivis ini dilandaskan pada alasan bahwa pelaku kejahatan adalah orang yang sakit sehingga membutuhkan tindakan perawatan dan perbaikan⁷³.

Teori *Incapacitation* merupakan teori pemidanaan yang membatasi orang dari masyarakat selama waktu tertentu dengan tujuan perlindungan terhadap masyarakat pada umumnya⁷⁴. Oleh sebab itu ada juga yang menyebut teori ini sebagai Teori *Social defence* (Teori Perlindungan Masyarakat). Pendekatan pemidanaan menurut teori ini ditujukan terhadap jenis kejahatan yang sifatnya sangat berbahaya dan meresahkan masyarakat. Jenis pidana mati merupakan salah satu jenis pidana dalam teori ini demi perlindungan masyarakat.

Teori Resosialisasi muncul sebagai akibat dari anggapan bahwa memisahkan pelaku dari kehidupan sosial masyarakat dan membatasinya untuk dapat berkomunikasi dengan masyarakat pada dasarnya dapat berakibat buruk terhadap pelaku kejahatan, untuk itulah diperlukan suatu mekanisme agar pelaku tindak pidana dapat berinteraksi dan bersosialisasi dengan lingkungan masyarakat. Teori ini banyak memperoleh kritik karena teori ini hanya dapat dipakai dan jelas terlihat sebagai sarana akhir masa hukuman untuk mempersiapkan

⁷³ Marlina, 2011, *Hukum Penitensier*, Refika Aditama, Bandung, h. 59.

⁷⁴ Eva Achjani Zulfa, 2011, *op.cit*, h. 57.

diri memasuki masa kebebasan⁷⁵.

Teori-teori yang telah dikemukakan di atas pada dasarnya lebih fokus terhadap pelaku kejahatan, baik itu teori retributif dengan pembalasannya, teori *deterrence* dengan fungsi pencegahannya, teori rehabilitasi dengan pemulihan atau perbaikan, teori incapacitation dengan membatasi/menghindarkan pelaku dari masyarakat, teori resosialisasi yang bertujuan agar pelaku dapat berinteraksi dan bersosialisasi dengan masyarakat jika bebas, kesemuanya berorientasi kepada pelaku kejahatan. Berbeda dengan teori Restitusi dan Kompensasi yang memandang bahwa korban sebagai bagian penting yang harus dipertimbangkan dalam penjatuhan pidana bagi pelaku kejahatan.

Dalam beberapa peraturan perundang-undangan disebutkan bahwa restitusi adalah ganti kerugian yang diberikan oleh pelaku kepada korban kejahatan, sedangkan kompensasi adalah ganti kerugian yang diberikan oleh negara, karena pelaku tidak mampu memberikan ganti kerugian sepenuhnya yang menjadi tanggung jawabnya.

Akhirnya dapat dikatakan bahwa untuk mencapai tujuan pemidanaan yang mencerminkan keseimbangan kepentingan maka teori integratif sebagai manifestasi dari beberapa teori tersebut di atas dapat memenuhi tujuan pemidanaan yang hakiki.

Penegakan hukum merupakan suatu variabel yang sangat esensial

⁷⁵ Eva Achjani Zulfa, 2011, *ibid*, h. 59.

dalam proses bekerjanya hukum dalam kehidupan masyarakat⁷⁶. Dengan bahasa yang lebih lugas, sebenarnya yang dimaksud penegakan hukum tidak lain dari segala daya upaya untuk menjabarkan kaidah-kaidah hukum ke dalam kehidupan masyarakat, sehingga dengan demikian dapat terlaksana tujuan hukum dalam masyarakat berupa perwujudan nilai-nilai keadilan, kesebandingan, kepastian hukum, perlindungan hak, ketertiban, kebahagiaan masyarakat dan lain-lain⁷⁷.

Bekerjanya sistem hukum dalam penegakan hukum (*law enforcement*) menurut Lawrence M Friedman senantiasa terdapat tiga komponen sebagai berikut⁷⁸:

- a. Struktur, yaitu keseluruhan institusi-institusi hukum yang ada beserta aparatnya, mencakup antara lain kepolisian dengan para polisinya, kejaksaan dengan para jaksanya, pengadilan dengan para hakimnya, dan lain-lain.
- b. Subtansi, yaitu keseluruhan aturan hukum, norma hukum dan asas hukum, baik yang tertulis maupun yang tidak tertulis termasuk putusan pengadilan.
- c. Kultur hukum, yaitu opini-opini, kepercayaan-kepercayaan (keyakinan-keyakinan) kebiasaan-kebiasaan, cara berpikir, dan cara bertindak, baik dari para penegak hukum maupun dari warga masyarakat, tentang hukum dan berbagai fenomena yang berkaitan dengan hukum.

Tujuan hukum setidaknya dapat tercapai jika hukum dalam bentuk aturan yang abstrak dapat diimplementasikan dengan mengandalkan

⁷⁶ Abdullah Marlang. 1997, *Penegakan Hukum di Bidang Konservasi Sumber Daya Alam Hayati dan Ekosistemnya di Sulawesi Selatan*, Disertasi Program Pascasarjana Universitas Hasanuddin, Makassar, h. 103.

⁷⁷ Munir Fuady, 2003, *Aliran Hukum Kritis Paradigma Ketidakberdayaan Hukum*, PT Citra Aditya Bakti, Bandung, h. 39.

⁷⁸ Achmad Ali, 2009, *op.cit*, h. 204.

beberapa faktor pendukungnya sebagaimana diuraikan oleh Fiedman tersebut di atas. Menurut Wayne La Favre penegakan hukum sebagai suatu proses, pada hakikatnya merupakan penerapan diskresi yang menyangkut membuat keputusan yang tidak secara ketat diatur oleh kaidah hukum, akan tetapi mempunyai unsur penilaian pribadi.

Mengutip pendapat Roscoe Pound, maka La Favre menyatakan, bahwa pada hakikatnya diskresi berada diantara hukum dan moral (etika dalam arti sempit)⁷⁹. Dengan demikian atas dasar pemikiran tersebut menurut Soerjono Soekanto bahwa dalam realitasnya, bekerjanya sistem hukum dalam karangka penegakan hukum mungkin saja terjadi gangguan, yakni apabila ada ketidakserasian antara “tri tunggal” nilai, kaidah dan pola perilaku⁸⁰. Oleh sebab itu penegakan hukum bukanlah semata-mata hanya berarti pelaksanaan perundang-undangan, tetapi bagaimana pola perilaku yakni aparat dan masyarakat (aparat yang menerapkan hukum dan masyarakat sebagai konsumen hukum) itu mendayagunakan hukum (sebagai salah satu unsur kaidah). Unsur ini saling berpengaruh dalam proses penegakan hukum. Di satu sisi kualitas perundang-undangan turut mempengaruhi perilaku hukum aparat dan masyarakat untuk mencapai tujuan hukum demikian pula sebaliknya.

Perkembangan teori penegakan hukum dikemukakan oleh

⁷⁹ Soerjono Soekanto, 2008, *Faktor-Faktor yang Mempengaruhi Penegakan Hukum*, PT RajaGrafindo Persada, Jakarta, h. 7.

⁸⁰ Loc.cit.

Soerjono Soekanto dengan meletakkan dasar yang lebih luas dari teori Friedman. Soerjono Soekanto lebih melihat realita empiris yang terdapat dalam negara yang menghadapi permasalahan problematika penegakan hukum. Beliau mengatakan bahwa masalah pokok penegakan hukum sebagai faktor-faktor yang dapat mempengaruhi penegakan hukum setidaknya ada lima faktor sebagai berikut⁸¹:

- a. Faktor hukumnya sendiri;
- b. Faktor penegak hukum, yakni pihak-pihak yang membentuk maupun penerapan hukum;
- c. Faktor sarana atau fasilitas yang mendukung penegakan hukum;
- d. Faktor masyarakat, yakni lingkungan di mana hukum tersebut berlaku atau diterapkan;
- e. Faktor kebudayaan, yakni sebagai hasil karya, cipta dan rasa yang didasarkan pada karsa manusia di dalam pergaulan hidup.

Efektivitas penegakan hukum sangat bergantung pada kelima faktor tersebut oleh sebab itu sebagai unsur yang sangat esensial, antara faktor sangat berkaitan erat dan saling mempengaruhi. Faktor hukumnya sendiri merupakan unsur esensial dalam penegakan hukum. Pada negara yang menjadikan undang-undang sebagai sumber hukum utama tentunya sangat penting karena menjadi landasan utama dalam menentukan pola perilaku aparat. Perundang-undangan yang baik akan mempengaruhi efektivitas penegakan hukum. Perundang-undangan yang baik antara lain meliputi kejelasan makna sehingga tidak menimbulkan multi tafsir yang akan mempengaruhi penegakan hukum.

⁸¹ Ibid. h. 8.

Demikian pula dalam beberapa hal undang-undang sebagai ketentuan umum yang memerlukan aturan teknis maka efektivitas penegakan hukumnya diperlukan peraturan pelaksanaan yang menjadi pedoman bagi aparat penegak hukum. Akan menjadi masalah jika suatu perundang-undangan tidak mempunyai peraturan pelaksanaan padahal di dalam undang-undang itu sendiri diperintahkan agar beberapa hal diatur secara khusus di dalam Peraturan Pemerintah.

3. ***Applied Theory: Teori Hukum Progresif***

Seirama dengan perkembangan bidang hukum dewasa ini telah berkembang berbagai pendirian dari para sarjana tentang hukum, salah satunya adalah pemikiran dari Satjipto Rahardjo mengenai Hukum Progresif. Tidak dapat dipungkiri, pemikiran Hukum Progresif ini telah memberikan warna bagi perkembangan hukum di Indonesia.

Hukum progresif merupakan salah satu gagasan yang paling menarik dalam literatur hukum Indonesia pada saat ini. Dikatakan menarik, karena Hukum Progresif telah menggugat keberadaan hukum modern yang telah dianggap mapan dalam berhukum kita selama ini⁸².

Hukum progresif menyingkap tabir dan menggeledah berbagai kegagalan hukum modern yang didasari oleh Filsafat positivistik, legalistik, dan linier tersebut untuk menjawab persoalan hukum sebagai masalah manusia dan kemanusiaan⁸³.

⁸² Satjipto Rahardjo, 2009, *Hukum Progresif Sebuah Sintesa Hukum Indonesia*, Genta Publishing, Yogyakarta, h.v.

⁸³ Loc.cit.

Dalam konteks hukum progresif, hukum tidak hanya dijalankan dengan kecerdasan spiritual. Menjalankan hukum haruslah dengan determinasi, empati, dedikasi, komitmen terhadap penderitaan bangsa untuk berani mencari jalan lain guna mensejahterakan rakyat.

Melalui pemikiran hukum progresif ini Satjipto Rahardjo kemudian melakukan elaborasi mendalam mengenai peranan hukum dan bagaimana seharusnya hukum diperankan dalam mengatur kehidupan masyarakat Indonesia⁸⁴.

Gagasan hukum progresif yang dicetuskan Satjipto Rahardjo disampaikan dalam berbagai seminar, diskusi, dan pertemuan ilmiah dan telah mengundang berbagai komentar dari berbagai kalangan dalam mengkritisi pemikiran hukum progresif tersebut⁸⁵.

Asumsi dasar hukum progresif adalah mengenai pandangan tentang hubungan antara hukum dan manusia. Ada penegasan prinsip

⁸⁴ Romly Atmasasmita, 2012, *Teori Hukum Integratif; Rekonstruksi Terhadap Teori Hukum Pembangunan dan Teori Hukum Progresif*, Genta Publishing, Yogyakarta, h. 86

⁸⁵ Pandangan Teori Hukum Progresif menurut Satjipto Rahardjo, merupakan gagasan yang berintikan 9 (Sembilan) pokok pemikiran sebagai berikut;

- 1) Hukum menolak tradisi *analytical jurisprudence* atau *rechtsdogmatik* dan berbagai paham dengan aliran seperti *legal realism*, *freirechtslekre*, *sociological jurisprudence*, *interressenjuriprudenz* di Jerman, teori hukum alam dan *critical legal studies*.
- 2) Hukum menolak pendapat bahwa ketertiban (*order*) hanya bekerja melalui institusi-institusi kenegaraan.
- 3) Hukum progresif bertujuan untuk melindungi rakyat menuju kepada ideal hukum.
- 4) Hukum menolak status-quo serta tidak ingin menjadikan hukum sebagai teknologi yang tidak bernurani, melainkan suatu institusi yang bermoral.
- 5) Hukum adalah suatu institusi yang bertujuan mengantarkan manusia pada kehidupan yang adil, sejahtera dan membuat manusia bahagia.
- 6) Hukum progresif adalah hukum yang pro rakyat dan hukum yang pro keadilan.
- 7) Asumsi dasar hukum progresif adalah bahwa hukum untuk manusia, dan bukan sebaliknya.
- 8) Hukum bukan merupakan suatu institusi yang absolute dan final, melainkan sangat tergantung pada bagaimana manusia melihat dan menggunakannya. Manusia lah yang merupakan penentu.
- 9) Hukum selalu berada dalam proses untuk terus menjadi (*law as a process, law in the making*)

Ibid. h. 88-89.

bahwa “hukum adalah untuk manusia”, bukan sebaliknya⁸⁶. Berkaitan dengan itu bahwa hukum tidak ada untuk dirinya sendiri, melainkan untuk sesuatu yang lebih luas dan lebih besar. Setiap kali ada masalah dengan hukum, hukumlah yang ditinjau dan diperbaiki dan bukan manusia yang dipaksa-paksa untuk dimasukkan ke dalam skema hukum⁸⁷.

Begitu juga halnya dengan ketentuan hukum yang menyangkut tindak pidana zina, hal ini menunjukkan adanya ketidakjelasan atau pertentangan, maka mengacu pada pandangan hukum progresif, ketentuan hukum itu yang mesti harus diperbaiki atau disempurnakan, dalam arti direformasii normanya, sebagai bagian dari upaya untuk membuat masyarakat (manusia) sejahtera dan bahagia.

Hukum progresif menolak pendapat bahwa ketertiban (*order*) hanya bekerja melalui institusi-institusi kenegaraan. Hukum progresif ditujukan untuk melindungi rakyat menuju kepada ideal hukum dan menolak status-quo, serta tidak ingin menjadikan hukum sebagai teknologi yang tidak bernurani, melainkan suatu institusi yang bermoral⁸⁸.

Konsep pemikiran tersebut diatas ditawarkan untuk diimplementasikan dalam tataran agenda akademika dan agenda aksi. Hukum adalah suatu institusi yang bertujuan mengantarkan manusia

⁸⁶ Satjipto Rahardjo, *Hukum Progresif, Hukum Yang Membebaskan*, Jurnal Hukum Progresif, PDIH Semarang, Volume I Nomor 1, April, 2005, h. 5.

⁸⁷ Endang Sutrisno, *Op.Cit*, h. 67.

⁸⁸ Satjipto Rahardjo I, h.2.

kepada kehidupan yang adil, sejahtera, dan membuat manusia bahagia⁸⁹.

Pernyataan tersebut merupakan pangkal pikiran yang akhirnya memuncak pada tuntutan bagi kehadiran hukum progresif. Pernyataan tersebut mengandung paham mengenai hukum, baik konsep, fungsi serta tujuannya. Hal tersebut sekaligus merupakan ideal hukum yang menuntut untuk diwujudkan. Sebagai konsekuensinya, hukum merupakan suatu proses yang secara terus-menerus membangun dirinya menuju ideal tersebut. Inilah esensi hukum progresif. Secara spesifik hukum progresif adalah suatu hukum yang pro rakyat dan hukum yang pro keadilan⁹⁰.

Dalam konteks paparan di atas kiranya demikian relevan dan urgen beberapa pokok pikiran hukum progresif dari Satjipto Rahardjo, kaitannya reformulasi tindak pidana zina yang bersifat delik aduan bukan delik biasa, sehingga menimbulkan ketidakadilan dan merupakan salah satu faktor dari penegakan hukum;

- a. Hukum progresif ditujukan untuk melindungi rakyat kepada ideal hukum.
- b. Hukum adalah institusi yang bertujuan mengantarkan manusia pada kehidupan yang adil, sejahtera dan membuat manusia bahagia.

⁸⁹ Loc.cit.

⁹⁰ Ibid.

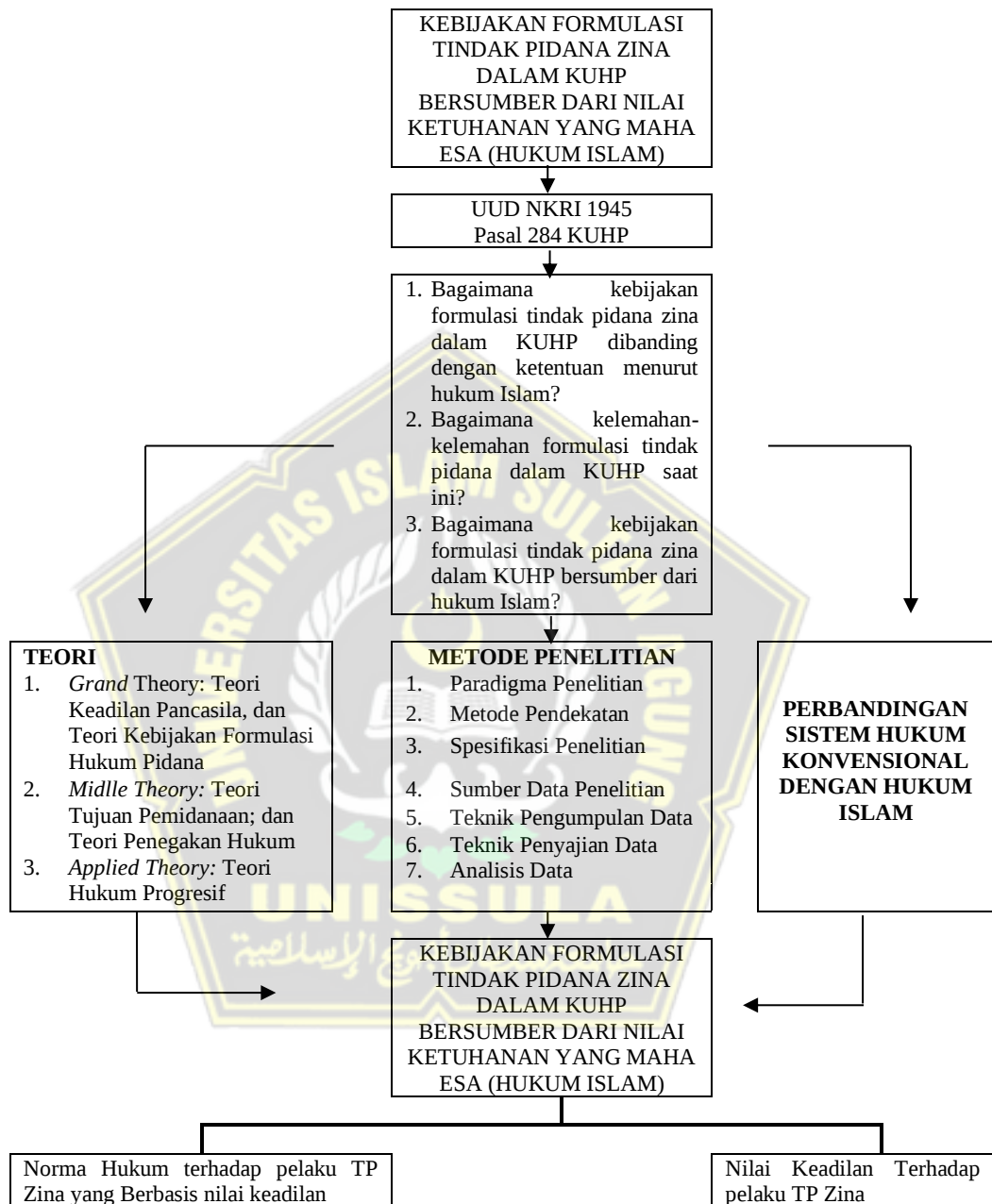
- c. Hukum progresif adalah hukum yang pro rakyat dan hukum yang pro keadilan.

G. Kerangka Pemikiran

Penelitian ini diawali dengan pemaparan latar belakang yang mencoba untuk mengidentifikasi berbagai problematik, baik problematik sosiologis, filosofis, maupun yuridis berkaitan dengan kebijakan formulasi tindak pidana zina dalam KUHP bersumber dari nilai Ketuhanan Yang Maha Esa (Hukum Islam).

Selanjutnya dengan menggunakan teori-teori hukum yang ada yang didukung metode penelitian beserta pendekatan-pendekatan ilmiahnya, dilakukan pembahasan terhadap permasalahan penelitian dengan menekankan kajian pada rumusan masalah yang diteliti. Setelah melalui analisa dan pembahasan kemudian diberikan kesimpulan hasil penelitian dan rekomendasi. Untuk jelasnya mengenai kerangka berpikir, alur berpikir pemecahan masalah dalam penelitian ini, maka dapat dilihat pada bagan dibawah ini;

Tabel/Bagan/Skema 1
Kerangka Pemikiran



H. Metode Penelitian

1. Paradigma Penelitian

Paradigma menurut Wimmer dan Dominick, yaitu seperangkat

teori, prosedur, dan asumsi yang diyakini tentang bagaimana peneliti melihat dunia⁹¹. Sedangkan paradigma menurut Bogdan dan Biklen, adalah sekumpulan anggapan dasar mengenai pokok permasalahan, tujuan, dan sifat dasar bahan kajian yang akan diteliti. Melalui paradigma, peneliti memperhatikan, menginterpretasi, dan memahami realitas⁹².

Dalam penelitian ini, peneliti menggunakan paradigma kritis. Paradigma kritis pada umumnya selalu melihat dalam konteks yang luas, tidak hanya pada sebuah level saja namun juga mengeksplorasi level lain yang ikut berperan dalam sebuah peristiwa. Paradigma merupakan suatu sistem dasar keyakinan seseorang yang mengandung berbagai asumsi filosofis meliputi ontologis, epistemologis, metodologis, dan aksiologis.

Secara ontologis, paradigma kritis memandang realitas yang teramati sebagai realitas semu yang telah terbentuk oleh proses sejarah dan kekuatan sosial, budaya, ekonomi, dan politik. Secara epistemologis hubungan peneliti dengan yang diteliti selalu dijumpai oleh nilai-nilai tertentu, serta pemahaman suatu realitas⁹³.

2. Metode Pendekatan

Adapun jenis pendekatan yang digunakan dalam penelitian ini

⁹¹ Rakhmat Kriyantono, 2012, *Teknik Praktis Riset Komunikasi*, Kencana, Jakarta, h. 48.

⁹² Muh. Tahir, 2011, *Pengantar Metodologi Penelitian*, Makassar: Universitas Muhammadiyah Makassar, h. 59.

⁹³ Rakhmat Kriyantono, 2012, *Op.cit*, h. 51-52.

adalah penelitian kualitatif, yaitu penelitian yang menghasilkan penemuan-penemuan yang tidak dapat dicapai dengan prosedur statistik atau cara lain dari kualitatif. Pendekatan ini diarahkan pada data dan individu tersebut secara holistik (utuh). Jadi dalam hal ini tidak boleh mengisolasi individu atau organisasi ke dalam variable atau hipotesis, tetapi perlu memandang sebagai bagian dari suatu keutuhan.

Pendekatan penelitian diartikan sebagai suatu prosedur untuk mendapatkan data yang didasarkan atas ukuran-ukuran tentang yang berkaitan dengan masalah penelitian⁹⁴. Dalam penelitian ini metode pendekatan yang digunakan adalah metode pendekatan yuridis sosiologis. Pendekatan yuridis sosiologis (*socio-legal approach*) dimaksudkan untuk mempelajari dan meneliti hubungan timbal balik yang dikaitkan secara riil dengan variable-variable sosial yang lain⁹⁵.

3. Spesifikasi Penelitian

Untuk memperoleh data yang diperlukan untuk menyusun penulisan hukum ini, spesifikasi penelitian yang digunakan dalam penelitian ini adalah bersifat deskriptif analisis, yaitu penelitian yang bertujuan untuk memperoleh gambaran yang jelas dan sistematis mengenai keadaan atau fakta yang ada terhadap permasalahan yang diteliti dan dipejari sebagai sesuatu yang utuh⁹⁶.

⁹⁴ Ronny Hanitijo Soemitro, 1988, Metode Penelitian Hukum dan Yurimetri, Ghalia Indonesia, Jakarta, h. 34-35.

⁹⁵ Lexy J. Meleong, 2002, Op.cit. h. 3.

⁹⁶ Mukti Fajar ND., dkk, 2010, Dualisme Penelitian Hukum Normatif dan Empiris, Pustaka Pelajar, Yogyakarta, h. 192.

Spesifikasi penelitian ini adalah bersifat deskriptif analisis sesuai dengan masalah dan tujuan dalam penelitian ini. Deskriptif ini bukan dalam arti yang sempit, artinya dalam memberikan gambaran tentang fenomena yang ada dilakukan sesuai dengan metode penelitian. Fakta-fakta yang ada digambarkan dengan suatu interpretasi, evaluasi dan pengetahuan umum, karena fakta tidak akan mempunyai arti tanpa interpretasi, evaluasi dan pengetahuan umum.

4. Sumber Data Penelitian

Sumber data yang dipakai dalam penelitian ini meliputi data primer dan data sekunder. Data primer merupakan bahan penelitian yang berupa fakta-fakta empiris sebagai perilaku maupun hasil perilaku manusia, baik dalam bentuk perilaku verbal (perilaku nyata), maupun perilaku yang terdokumentasi dalam berbagai hasil perilaku atau catatan-catatan (arsip). Sedangkan data sekunder adalah data yang ada dalam bahan pustaka. Data sekunder antara lain mencakup dokumentasi, buku-buku, hasil-hasil penelitian yang berwujud laporan-laporan dan sebagainya⁹⁷.

a. Data Primer

Merupakan bahan penelitian yang berupa fakta-fakta empiris sebagai perilaku manusia baik dalam bentuk perilaku verbal (perilaku nyata), maupun perilaku yang terdokumentasi

⁹⁷ Ibid.

dalam berbagai hasil perilaku atau catatan-catatan (arsip)⁹⁸. Menurut Sanapiah Faisal. Data primer adalah data yang diperoleh langsung dari sumber pertama yakni perilaku warga masyarakat melalui penelitian⁹⁹.

b. Data Sekunder

Menurut Sumadi Suryabrata, yang dimaksud dengan data sekunder yaitu data yang diperoleh dari bahan kepustakaan, data tersebut biasanya telah tersusun dalam bentuk dokumen-dokumen¹⁰⁰. Menurut Soerjono Soekanto dan Sri Mamuji, data yang diperoleh dari bahan-bahan pustaka, lazimnya dinamakan data sekunder¹⁰¹. Lebih lanjut Soerjono Soekanto dan Sri Mamuji mengemukakan bahwa dalam penelitian hukum, data sekunder meliputi bahan hukum primer, bahan hukum sekunder, dan hukum tertier, adalah sebagai berikut:

- 1) Bahan hukum primer, yaitu bahan-bahan hukum yang mengikat. Merupakan bahan hukum bersifat autoritatif artinya memiliki otoritas, mutlak dan mengikat. Bahan hukum primer terdiri dari peraturan dasar, peraturan perundang-undangan, catatan resmi, lembaran negara dan penjelasan, risalah, putusan hakim dan

⁹⁸ Mukti Fajar ND., dkk., 2010, Op.cit. h. 193.

⁹⁹ Sanapiah Faisal, 1990, Penelitian Kualitatif Dasar-dasar dan Aplikasi, Yayasan Asih Asah Asuh (YA3 Malang), Malang, h. 19.

¹⁰⁰ Sumadi Suryabrata, 1992, Metode Penelitian, Tajawali Press, Jakarta, h. 84.

¹⁰¹ Soerjono Soekanto, 1986, Penelitian Hukum Normatif Suatu Tinjau Singkat, CV. Rajawali, Jakarta, h. 14.

yurisprudensi¹⁰². Terdiri dari: UUD 1945; KUHP; KUHP, Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan, Undang-Undang Nomor 39 Tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia, Kompilasi Hukum Islam (KHI), RUU Kitab Undang-Undang Hukum Pidana 2018.

2) Bahan hukum sekunder, yaitu bahan pustaka atau data-data yang memberikan informasi atau penjelasan mengenai data primer¹⁰³. Dalam penelitian ini bahan hukum sekunder yang digunakan berupa buku-buku, hasil karya ilmiah, makalah, serta hasil penelitian terdahulu yang berhubungan dengan permasalahan yang diteliti.

3) Bahan hukum tertier, yaitu data data atau bahan-bahan yang memberikan petunjuk atau penjelasan terhadap bahan hukum primer dan bahan hukum sekunder¹⁰⁴.

Bahan hukum tertier dalam penelitian ini meliputi: kamus atau ensiklopedi yang memberikan batasan pengertian secara etimologi/arti kata atau secara gramatikal untuk istilah-istilah terutama yang berkaitan

¹⁰² Bambang Sugono, 2006, Metode Penelitian Hukum, PT. RajaGrafindo Persada, Jakarta, h. 113.

¹⁰³ Soerjono Soekanto, 2007, Penelitian Hukum Normatif Suatu Tinjauan Singkat, PT. TajaGrafindo Persada, Jakarta, h. 13.

¹⁰⁴ Ibid. h. 14.

dengan permasalahan yang diangkat.

5. Teknik Pengumpulan Data

Sesuai dengan sumber data yang dibutuhkan yaitu data primer dan data sekunder, maka metode pengumpulan data dalam penelitian ini dapat dijelaskan sebagai berikut:

a. Studi Lapangan

Wawancara adalah cara yang dipergunakan untuk memperoleh keterangan secara lisan guna mencapai tujuan¹⁰⁵. Dalam penelitian ini penelitian menggunakan wawancara semi terstruktur yang untuk mengetahui informasi buku di mana peneliti memiliki panduan wawancara dan wawancara tak terstruktur di mana wawancara berjalan mengalir sesuai topik atau dikatakan wawancara terbuka¹⁰⁶. Melalui wawancara dapat diketahui pandangan terhadap tindak pidana zina, wawancara dimaksud dilakukan dengan penegak hukum dan akademisi.

b. Studi Kepustakaan

Data yang diperoleh dengan cara melakukan studi dokumentasi terhadap peraturan perundang-undangan, buku-buku literatur dan dokumen-dokumen lainnya, yang berkaitan dengan objek atau materi penelitian. Studi pustaka merupakan

¹⁰⁵ Burhan Ashofa, 2004, Metode Penelitian Hukum, PT. Rineka Cipta, Jakarta, h. 95.

¹⁰⁶ Sugiyono, 2008, Memahami Penelitian Kualitatif, Alfabeta, Bandung, h. 233.

cara memperoleh data-data dengan memfokuskan pada data yang ada pada pustaka-pustaka baik yang terorganisir maupun yang tidak. Studi pustaka dimaksudkan untuk mencari data sekunder yang dibutuhkan guna menjelaskan data primer.

6. Teknik Penyajian Data

Data yang diperoleh selanjutnya disajikan dalam bentuk uraian yang disusun secara sistematis, logis, dan rasional. Dalam arti keseluruhan data yang diperoleh akan dihubungkan satu dengan yang lainnya dan disesuaikan dengan pokok permasalahan sehingga merupakan satu kesatuan yang utuh dengan pokok permasalahan yang diteliti.

7. Metode Analisis Data

Teknik analisis data dalam disertasi ini menggunakan deskriptif kualitatif. Langkah analisis data penelitian akan dilakukan dengan mengikuti model interaktif dalam 3 (tiga) siklus kegiatan yang terjadi secara bersama, yaitu reduksi data, penyajian data, penarikan kesimpulan, verifikasi, sebagai suatu kegiatan yang jalin menjalin pada saat, sebelum, selama dan sesudah pengumpulan data untuk mereformasi analisis. Reduksi data adalah proses pemilihan, pemutusan dan perhatian pada penyederhanaan, pengabsahan dan transformasi data kasar yang muncul dari catatan-catatan tertulis di lapangan. Penyajian data sebagai kumpulan informasi tersusun yang memberi

kemungkinan adanya penarikan kesimpulan dan pengambilan tindakan. Penarikan kesimpulan, yaitu mencari keteraturan, pola-pola, penjelasan, konfigurasi-konfigurasi yang mungkin, alur sebab akibat dan proposisi¹⁰⁷.

I. Originalitas Disertasi

Sejalan dengan semakin berkembangnya hukum pidana yang memfokuskan tindak pidana zina dalam kerangka pembaharuan hukum pidana, maka berkembang pula minat di kalangan masyarakat terutama kalangan akademik untuk mengkaji dari berbagai aspek dan sudut pandang tentang tindak pidana zina.

Penelitian dan pengkajian terhadap tindak pidana zina dalam hukum pidana selalu diarahkan kepada hal-hal baru sehingga melahirkan pemikiran-pemikiran baru yang dapat dijadikan sumber kebijakan dalam rangka perkembangan dan pembaharuan hukum pidana ke depan, khususnya yang terkait dengan tindak pidana zina.

Setelah melakukan penelusuran pustaka, penulis menemukan beberapa hasil penelitian yang mengkaji tentang tindak pidana zina yang dituangkan dalam bentuk karya ilmiah dari berbagai perguruan tinggi.

Tabel/Bagan/Skema 2
Originalitas Disertasi

NO	Penyusun	Judul	Kajian dan Temuan	Kebaharuan / Novelty
1.	Agustiawan, NIM:	Analisis Tindak	Tujuan penelitian	Persamaan karya

¹⁰⁷ Lihat dalam Mattew Miles, Michael Huberman, 1992, Analisis Data Kualitatif, UI Press, Jakarta, h. 16-19.

	10300112013 UIN Alauddin Makasar 2016	Pidana Perzinahan (Studi Komparatif antara Hukum Islam dan Hukum Nasional)	untuk mengetahui tindak pidana perzinahan menurut hukum Islam dan hukum nasional dan untuk mengetahui perbandingan tindak pidana perzinahan menurut hukum Islam dan hukum nasional. Al-Qur'an secara jelas melarang tindak pidana perzinahan dalam QS al-Isra' / 17: 32, menjelaskan tentang larangan mendekati zina, sesungguhnya zina itu adalah suatu perbuatan yang keji dan suatu jalan yang buruk dan QS al-Nur /24: 2, menjelaskan tentang hukuman yang akan didapatkan oleh pelaku zina.	ilmiah ini sama- sama mengkaji tindak pidana zina dalam perspektif hukum konvensional dan hukum Islam, dan perbedaannya disertasi ini juga melakukan rekonstruksi terhadap tindak pidana zina dalam KUHP dan RUU KUHP.
2.	Ihda Shofiyatun Nisa/ NIM: 132211041 UNIVERSITAS ISLAM NEGERI WALISONGO SEMARANG 2017	Studi Komparatif Hukum Pidana Islam dan Hukumum Positif Tentang Delik Perzinaan	Hasil dari penelitian dan analisis data dalam penelitian ini menyatakan bahwa: pertama, di dalam Hukum Pidana Islam itu tidak menenal yang namanya delik aduan, semua jarimah baik itu hudud, qishos, diyat, dan takzir semua merupakan delik biasa. Perzinaan di dalam hukum Islam bukan merupakan delik aduan, sedangkan di dalam KUHP Pasal 284 tindak pidana perzinaan	Persamaan karya ilmiah ini sama- sama mengkaji tindak pidana zina dalam perspektif hukum konvensional dan hukum Islam, dan perbedaannya disertasi ini juga melakukan rekonstruksi terhadap tindak pidana zina dalam KUHP dan RUU KUHP.

			merupakan delik aduan, dan termasuk kategori delik aduan absoluth.	
3.	MUH. ISRA BIII 06 862 UNIVERSITAS HASANUDDIN MAKASSAR 2013	TINJAUAN YURIDIS TERHADAP TINDAK PIDANA PERZINAHAN (Studi Kasus Putusan Pengadilan Negeri Makassar 1881/Pid.b/2010/ PN.Mks)	Hasil penelitian antara lain: bahwa penerapan hukum pada tindak pidana perzinahan (Studi Kasus Putusan No:1881/Pid.B/2010 /Pn. makassar) yaitu dalam Pasal 284 ayat (1) ke-1 huruf b jo Pasal 55 ayat (1) ke-1 KUHP sudah menjelaskan unsur tindak pidana perzinahan dan sanksi yang diberikan meski terlalu ringan yaitu kurungan 2 (dua) bulan dengan masa percobaan 4 (empat) bulan akan tetapi sudah sesuai dengan pidana materil mengingat system pemidanan dalam KUHP menggunakan pidana maksimal.	Karya ilmiah ini berbeda pembahasan dengan judul disertasi penulis.

J. Sistematika Penulisan

Sesuai dengan sistematika penulisan disertasi maka disertasi ini disusun secara sistematis dalam enam bab, yaitu sebagai berikut:

BAB I Pendahuluan, dalam bagian pendahuluan ini dijelaskan tentang: Latar Belakang Masalah; Rumusan Masalah; Tujuan Penelitian; Kegunaan Penelitian; Kerangka Konseptual; Kerangka Teori; Kerangka Pemikiran; Metode Penelitian;

serta Sistematika Penulisan.

BAB II Tinjauan Pustaka menguraikan tentang Pidana Dan Pemidanaan; Tindak Pidana (*Delik/Delicten*); Konsep Perbuatan Pidana Perzinaan Menurut Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP); serta Tindak Pidana Zina Perspektif Hukum Pidana Islam.

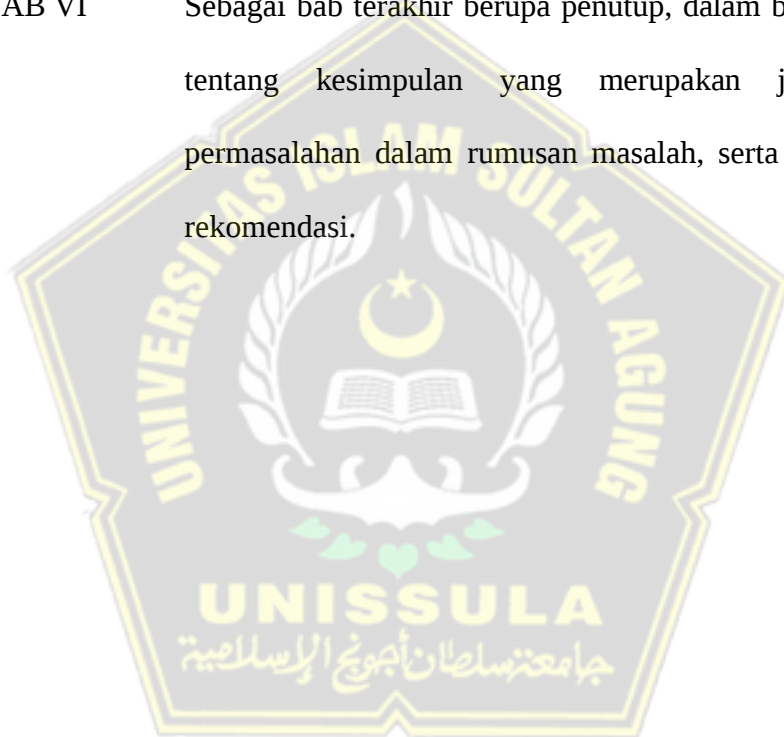
BAB III Bab ini menguraikan bahasan tentang Kebijakan Formulasi Tindak Pidana Zina Dalam KUHP Dibandingkan Dengan Ketentuan Menurut Hukum Islam, dengan sub pokok bahasan mengenai; Problematika Zina; serta Formulasi Tindak Pidana Zina Dalam KUHP dan Hukum Islam.

BAB IV Bab ini menguraikan bahasan yang terkait dengan Kelemahan Formulasi Tindak Pidana Zina Dalam KUHP Saat Ini, dengan sub pokok bahasan mengenai; Kelemahan Formulasi Tindak Pidana Zina Dalam KUHP Saat Ini; Kelemahan Formulasi Tindak Pidana Zina Dalam KUHP Saat Ini Dalam Perspektif Struktur Hukum (*Legal Structure*); Kelemahan Formulasi Tindak Pidana Zina Dalam KUHP Saat Ini Dalam Perspektif Substansi Hukum (*Legal Substance*), serta Kelemahan Formulasi Tindak Pidana Zina Dalam KUHP Saat Ini Perspektif Kultur Hukum (*Legal Culture*).

BAB V Bahasan pada bab ini menguraikan pokok bahasan mengenai

Rekonstruksi Formulasi Tindak Pidana Zina Dalam KUHP Bersumber Dari Nilai Ketuhanan Yang Maha Esa (Hukum Islam), dengan sub pokok bahasan tentang; Formulasi Tindak Pidana Zina Di Beberapa Negara; Rekonstruksi Nilai; serta Rekonstruksi Pasal 284 Kitab Undang Undang Hukum Pidana Indonesia Tentang Tindak Pidana Zina.

BAB VI Sebagai bab terakhir berupa penutup, dalam bab ini disusun tentang kesimpulan yang merupakan jawaban dari permasalahan dalam rumusan masalah, serta saran sebagai rekomendasi.



BAB II TINJAUAN PUSTAKA

A. Pidana Dan Pemidanaan

1. Model Pidana Dan Pemidanaan

Pidana adalah hukuman dari hukum pidana. Menurut Simons, pidana (*straf*) dikatakan sebagai nestapa khusus (*bijzonder leed*)¹⁰⁸. Ini karena dibandingkan dengan hukum perdata dan hukum administrasi negara, hukum pidana merupakan hukum yang dianggap sebagai hukuman yang paling berat dan hanya diadakan apabila hukuman dalam bidang-bidang lain tidak memadai (*ultimumremedium*).

Hampir sama dengan pidana, pemidanaan juga identik dengan penghukuman. Menurut Sudarto, menyatakan bahwa perkataan pemidanaan itu sinonim dengan perkataan hukum, yaitu “penghukuman berasal dari kata dasar hukum, sehingga dapat diartikan sebagai menetapkan hukuman atau memutuskan tentang hukumannya (*berechten*).” Sedangkan menurut Andi Hamzah, menyatakan bahwa pemidanaan disebut sebagai penjatuhan pidana atau penghukuman, dalam bahasa Belanda disebut *straf*toemeting dan dalam bahasa Inggris disebut *sentencing*¹⁰⁹.

¹⁰⁸ Frans maramis, 2013, *Hukum Pidana Umum dan Tertulis di Indonesia*, Rajawali pers, Jakarta, h. 18.

¹⁰⁹ Tobib Seiyady, 2009, *Pokok-pokok Hukum Penintensier Indonesia*, Alfabeta, Bandung, h. 21.

Hukum pidana adalah peraturan hukum mengenai pidana. Dalam hukum pidana kata “pidana” berarti hal yang “dipidanakan”, yaitu oleh instansi yang berkuasa dilimpahkan kepada seseorang oknum sebagai hal yang tidak enak dirasakannya dan juga hal-hal yang sehari-hari dilimpahkan¹¹⁰. Hukum pidana menentukan sanksi terhadap setiap pelanggaran hukum yang dilakukan. Sanksi itu pada prinsipnya merupakan *penambahan penderitaan dengan sengaja*. Penambahan penderitaan dengan sengaja ini pula yang menjadi pembeda terpenting antara hukum pidana dengan hukum yang lainnya.

Pidana berasal dari kata *straf* (Belanda), yang dimaksud pidana adalah penderitaan yang sengaja dibebankan kepada orang yang melakukan perbuatan yang memenuhi syarat-syarat tertentu. Didalam hukum pidana modern, pidana juga meliputi apa yang disebut “tindakan” (tata tertib).¹¹¹ Di kalangan ahli hukum, istilah “pidana” sering diartikan sama dengan istilah “hukuman”; Demikian pula istilah “pidana” diartikan sama dengan “penghukuman”. Mengenai istilah “pidana” dan “hukuman”, istilah “pidana” dan “penghukuman”, penulis setuju dengan pendapat beberapa ahli hukum yang berusaha memisahkan pengertian istilah-istilah tersebut. Moelyatno¹¹² misalnya mengatakan, “istilah “hukuman” berasal dari kata “*straf*” dan istilah “dihukum” berasal dari perkataan “*wordt gestraft*” adalah

¹¹⁰Moeljatno, 1993, *Asas-asas Hukum Pidana*, Rineka Cipta, Jakarta, h.1.

¹¹¹A. Fuad Usfa, 2006, *Pengantar Hukum Pidana*, UMM, Malang, h. 2.

¹¹²Muladi dan Barda Nawawi Arief, 1992, *Teori-Teori Dan Kebijakan Hukum Pidana*, Alumni. Bandung, h.1.

istilah-istilah yang konvensional. Sedang istilah “pidana” untuk menggantikan kata “*straf*” dan “diancam dengan pidana” untuk menggantikan kata “*wordt gestraft*” merupakan istilah yang inkonvensional. “Dihukum” berarti diterapi hukum, baik hukum pidana maupun hukum perdata. Sedang “hukuman” adalah hasil atau akibat dari penerapan hukum tadi yang maknanya lebih luas daripada pidana, sebab mencakup juga keputusan hakim dalam lapangan hukum perdata.

Pendapat senada dikemukakan oleh Muladi dan Barda Nawawi Arief¹¹³, bahwa istilah “hukuman” merupakan istilah umum dan konvensional yang mempunyai arti lebih luas dari istilah “pidana”, karena istilah “hukuman” tidak hanya mencakup bidang hukum saja, tetapi juga istilah sehari-hari misalnya dibidang pendidikan, moral agama dan sebagainya. Sedang istilah “pidana” merupakan istilah yang lebih khusus, karena terkait erat dengan pengertian atau makna sentral yang menunjukkan ciri-ciri atau sifat-sifat dari pidana itu sendiri.

Adapun ciri-ciri atau sifat khas yang menggambarkan pengertian pidana berdasarkan pendapat beberapa ahli sebagaimana dihimpun dan dikutip oleh Muladi dan Barda Nawawi adalah sebagai berikut¹¹⁴:

- a. Sudarto:
Yang dimaksud dengan pidana ialah penderitaan yang sengaja dibebankan kepada orang yang melakukan perbuatan yang memenuhi syarat-syarat tertentu.
- b. Roelan Saleh:

¹¹³*Ibid.* h . 2.

¹¹⁴*Ibid*, h. 2-4.

Pidana adalah rekasi atas delik, dan ini berujud suatu nestapa yang dengan sengaja ditimpakan negara pada pembuat delik itu.

c. Fitzgerald:

Punishment is the authoritative infliction of suffering for an offence. (Pidana adalah penderitaan dari yang berwenang terhadap sebuah pelanggaran.).

d. Ted Honderich:

Punishment is an authority's infliction of penalty (something involvingde privation or distress) on an offender for an offence.(Pidana adalah hukuman dari pihak yang berwenang (sesuatu yang meliputi pencabutan atau penderitaan) terhadap seorang pelanggar dari sebuah pelanggaran).

e. Sir Rupert Cross:

Punishment means "The infliction of pain by the State on someone whohas been convicted of an offence.(Pidana adalah derita yang menyakitkan dari negara terhadap seseorang yang dihukum dari sebuah pelanggaran).

f. Burton M. Leiser:

A punishment is a harm inflicted by a person in a position of authorityupon another who is judged to have violated a rule or a law.(Pidana adalah sebuah kerugian yang diderita oleh seseorang dalam sebuah kedudukan dari pihak yang berwenang terhadap siapa yang sudah melanggar sebuah aturan hukum).

g. H.L.A Hart:

*Punishment must:*a.involve pain or other consequences normally consideredunpleasant;b.be for an actual or supposed offender for his offence;c. be for an offence against legal rules;d.be intentionally administered by human beings other than theoffender;e.be imposed and administered by an authority constituted by a legalsystem against with the offence is committed.(Pidana itu harus : a) diberikan sebagai nestapa atau akibat-akibat lain yang tidak menyenangkan; b) dijatuhkan atas suatu perbuatan atau ditujukan kepada pelaku pelanggaran atas perbuatannya; c) diberikan kepada seseorang yang telah melakukan pelanggaran terhadap peraturan; d) merupakan kesengajaan administasi oleh masyarakat terhadap pelanggar; e) dijatuhkan oleh lembaga atau instansi yang berwenang.).

h. Alf Ross:

Punishment is that social response which :a.occurs where there is violation of a legal rule;b.is imposed and carried out by authorized persons on behalf of thelegal order to which the violated rule belongs;c. involves sufferings or at

least other consequences normally considered unpleasant; d. expresses disapproval of the violator. (Pidana adalah tanggung jawab sosial dimana : a) terdapat pelanggaran terhadap aturan hukum; b) dijatuhkan atau dikenakan oleh pihak yang berwenang atas nama perintah hukum terhadap pelanggar hukum; c) merupakan suatu nestapa atau akibat-akibat lain yang tidak menyenangkan; d) perwujudan pencelaan terhadap pelanggar).

Pendapat-pendapat di atas secara tegas memberi gambaran mengenai karakteristik/pengertian pidana pada umumnya, yaitu¹¹⁵:

- a. pidana itu merupakan penderitaan atau nestapa;
- b. pidana itu diberikan dengan sengaja oleh orang atau badan yang berwenang;
- c. pidana dikenakan kepada seseorang yang telah melakukan tindak pidana menurut undang-undang;
- d. pidana itu merupakan pernyataan perbuatan tercela.

Sementara sehubungan dengan istilah “pidana” yang diartikan sama dengan istilah “penghukuman”, dikemukakan oleh Soedarto¹¹⁶ bahwa “penghukuman” berasal dari kata dasar “hukum” sehingga dapat diartikan sebagai “menetapkan hukum” atau “memutuskan tentang hukumnya” (*berechten*), baik itu mencakup hukum pidana maupun hukum perdata. Sedangkan “pidana” atau “pemberian/penjatuhan pidana oleh hakim, merupakan pengertian “penghukuman dalam arti sempit yang mencakup bidang hukum pidana saja; dan maknanya sama dengan “sentence” atau “*veroordeling*, misalnya dalam pengertian “*sentence conditionally*” atau “*voorwaardelijk veroordeeld*” yang sama artinya dengan

¹¹⁵*Ibid*, h. 4.

¹¹⁶*Ibid*, h. 1.

“dihukum bersyarat” atau “dipidana bersyarat”. Dalam kesempatan lain Soedarto juga pernah mengatakan¹¹⁷:

Pemberian pidana itu mempunyai dua (2) arti:

- a. dalam arti umum ialah yang menyangkut pembentuk undang-undang, ialah yang menetapkan stelsel sanksi hukum pidana (pemberian pidana *in abstracto*);
- b. dalam arti konkrit, ialah yang menyangkut berbagai badan atau jawatan yang kesemuanya mendukung dan melaksanakan stelsel sanksi hukum Pidana itu.

Berdasarkan uraian di atas dapat dikemukakan bahwa timbulnya dualisme istilah “pidana” dan “hukuman”, “pidanaaan” dan “penghukuman” adalah berpangkal dari perbedaan dalam mengartikan kata “*straf*” (bahasa Belanda) ke dalam Bahasa Indonesia yang oleh sementara kalangan ahli hukum ada yang disinonimkan dengan istilah “pidana” dan ada pula yang menggunakan istilah “hukuman”. Sehubungan dengan dualisme istilah tersebut dikemukakan oleh Sudarto¹¹⁸ bahwa istilah “pidana” lebih baik daripada “hukuman”.

2. Tujuan Pidanaaan

Pembahasan tentang teori-teori pidanaaan sangat erat kaitannya dengan tujuan dari hukum pidana. Oleh karena itu terlebih dahulu akan mengemukakan beberapa pendapat tentang tujuan hukum pidana kemudian akan dilanjutkan dengan uraian tentang teori-teori pidanaaan.

Tugas dari hukum pidana adalah untuk melindungi kepentingan

¹¹⁷Sudarto, 1986, *Hukum Dan Hukum Pidana*, Alumni. Bandung, h.42.

¹¹⁸Muladi dan Barda Nawawi Arief, *Teori-Teori Dan Kebijakan Hukum Pidana*, Op.Cit.

hukum yang digolongkan ke dalam perlindungan terhadap nyawa, badan, kehormatan, kebebasan, dan kekayaan.¹¹⁹ Wujud dari perlindungan tersebut adalah melalui sanksi pidana.

Wirjono Prodjodikoro menyatakan bahwa, tujuan hukum pidana ialah untuk memenuhi rasa keadilan. Ada beberapa tujuan hukum pidana yaitu:¹²⁰

- a. Pemeliharaan tertib masyarakat.
- b. Perlindungan warga masyarakat dari kejahatan, kerugian atau bahaya yang tidak dapat dibenarkan, yang dilakukan oleh orang lain;
- c. Memasyarakatkan kembali (resosialisasi) para pelanggar hukum;
- d. Memelihara atau mempertahankan integritas pandangan-pandangan dasar tertentu mengenai keadilan sosial, martabat kemanusiaan, dan keadilan individu.

Guna lebih mendalami dari tujuan pidana, dikemukakan beberapa pendapat para sarjana sebagai berikut:

Richard D. Schwartz dan Jerome H. Skolnick mengemukakan bahwa, sanksi pidana dimaksudkan untuk:¹²¹

- a. Mencegah terjadinya pengulangan tindak pidana (*to prevent recidivism*);
- b. Mencegah orang lain melakukan perbuatan yang sama seperti yang dilakukan si terpidana (*to deter other from the performance of similar acts*);
- c. Menyediakan saluran untuk mewujudkan motif-motif balas (*to provide a channel for the expression of retaliatory motives*).

Menurut Emile Durkheim, fungsi dari pidana adalah untuk menciptakan kemungkinan bagi pelepasan emosi-emosi yang

¹¹⁹Zamhri Abidin, 1986, *Pengertian dan Asas Hukum Pidana Dalam Bagan dan Catatan Singkat*, Ghalia Indonesia, Jakarta, h. 4.

¹²⁰Wirjono Prodjodikoro, 1981, *Asas Asas Hukum Pidana*, Eresco, Bandung, h.16.

¹²¹Muladi dan Barda Nawawi Arief, 1992, *Teori-teori dan Kebijakan Pidana*, Alumni, Bandung, h. 20.

ditimbulkan atau diguncangkan oleh adanya kejahatan (*the function of punishment is to create a possibility for the realease of emotions that are aroused by the crime*).¹²²

Roeslan Saleh¹²³ mengemukakan bahwa pada hakikatnya ada dua poros yang menentukan garis-garis hukum pidana, yaitu:

- a. Segi prevensi, yaitu bahwa hukum pidana adalah hukum sanksi, suatu upaya untuk dapat mempertahankan kelestarian hidup bersama dengan melakukan pencegahan kejahatan;
- b. Segi pembalasan, yaitu bahwa hukum pidanasekaligus merupakan pula penentuan hukum, merupakan koreksi dari dan reaksi atas sesuatu yang bersifat tidak hukum.

Dengan demikian, pada hakikatnya dia (pidana) adalah selalu merupakan perlindungan terhadap masyarakat dan pembalasan atas perbuatan tindak hukum. Disamping itu pidana mengandung hal-hal lain, yaitu bahwa pidana diharapkan sebagai suatu yang akan membawa kerukunan dan pidana adalah suatu proses pendidikan untuk menjadikan orang dapat diterima kembali dalam masyarakat.

Fouconnet, Penghukuman dalam arti pembedaan dan pelaksanaan pidana pada hakikatnya merupakan penegasan kembali nilai-nilai kemasyarakatan yang telah dilanggar dan dieubah dengan adanya kejahatan itu. (*... the conviction and the execution of the sentences is essentially a ceremonial reaffirmation of the societal values thar are violated and challenged by the crime*).¹²⁴

¹²² Loc.cit.

¹²³ Roeslan Saleh, Stelsel Pidana Indonesia, Jakarta, Aksara Baru, Dalam Mohammad Taufik Makarao, Pembaharuan ..., h. 65.

¹²⁴ Muladi dan Barda nawawi Arief, Op.cit., h. 20-21.

Roger Hood.¹²⁵ Sasaran pidana disamping untuk mencegah si terpidana atau pembuat pontensiil melakukan tindak pidana, juga untuk:

- a. Memperkuat kembali nilai-nilai sosial (*reinforcing social values*);
- b. Menentramkan rasa takut masyarakat terhadap kejahatan (*allaying public fear of crime*).

J.E. Sahetapy mengemukakan bahwa pembedaan bertujuan:¹²⁶

“Pembebasan”. Pidana harus dapat membebaskan si pelaku dari cara atau jalan yang keliru yang telah ditempuhnya. Makna pembebasan tidak identik dengan pengertian rehabilitasi atau reformasi. Makna pembebasan menghendaki agar si pelaku bukan saja harus dibebaskan dari alam pikiran yang jahat, yang keliru, melainkan ia harus pula dibebaskan dari kenyataan sosial di mana ia terbelenggu.

Menurut Sahetapy tidak dapat disangkal bahwa dalam pengertian pidana tersimpul suatu unsur penderitaan. Tetapi penderitaan dalam tujuan membebaskan bukanlah semata-mata untuk penderitaan agar si pelaku menjadi takut atau merasa menderita akibat suatu pembalasan dendam melainkan derita itu harus dilihat sebagai obat atau sebagai kunci jalan keluar yang membebaskan dan juga memberi kemungkinan bertobat dengan penuh keyakinan.

G. Peter Hoefnagels¹²⁷ mengemukakan, tujuan pidana adalah untuk:

- a. Menyelesaikan konflik (*conflict resolution*);
- b. Mempengaruhi para pelanggar dan orang-orang lain ke arah perbuatan yang kurang lebih sesuai dengan hukum

¹²⁵ Ibid., hlm. 21.

¹²⁶ J.E. Sahetapy, 1992, *Suatu Studi Khusus Mengenai Ancaman Pidana Mati Terhadap Pembunuhan Berencana*, Rajawali Pers, Jakarta, h. 279-300.

¹²⁷ Ibid. hlm. 279-300.

(influencing offenders and possibility other than offenders towards more or less law conforming behavior).

R. Rijkssen, membedakan antara dasar hukum dari pidana dan tujuan pidana. Dasar hukum dari pidana terletak pada pembalasan terhadap kesalahan, yakni dalam pembalasan itu terletak pembenaran daripada wewenang pemerintah untuk memidana. Apakah penguasa juga akan menggunakan wewenang itu tergantung dari tujuan yang dikehendaki. Tujuan-tujuan itu menurut R. Rijkssen serta penulis-penulis lain yaitu van Veen, Hulsman dan Hoefnagels adalah penegakkan wibawa, penegakan norma, menakut-nakuti, mendamaikan, mempengaruhi tingkah laku dan menyelesaikan konflik.¹²⁸

Bismar Siregar¹²⁹ menyatakan antara lain, yang pertama-tama diperhatikan dalam pemberian pidana, bagaimana caranya agar hukuman badaniah mencapai sasaran mengembalikan keseimbangan yang telah terganggu akibat perbuatan si tertuduh. Karena tujuan penghukuman tiada lain mewujudkan kedamaian dalam kehidupan manusia.

Mengingat pentingnya tujuan pemidanaan sebagai pedoman dalam memberikan atau menjatuhkan pidana, maka dikemukakan konsep-konsep tujuan pemidanaan dari beberpa Rancangan Undang-undang Kitab Undang-undang Hukum Pidana (RUU-KUHP). Di dalam RUU-

¹²⁸ Muladi dan Barda nawawi Arief, Op.cit., hlm. 21.

¹²⁹ Bismar Siregar, 1980, "Tentang Pemberian Pidana", Kertas Kerja pada Simposium Pembaharuan Hukum Pidana Nasional di Semarang, tahun 1980.

KUHP tahun 1972, dirumuskan di dalam Pasal 2 sebagai berikut:

- (1) Maksud tujuan pemidanaan ialah:
 1. Untuk mencegah dilakukannya tindak pidana demi pengayoman negara, masyarakat dan penduduk;
 2. Untuk membimbing agar terpidana insaf dan menjadi anggota masyarakat yang berbudi baik dan berguna;
 3. Untuk menghilangkan noda-noda yang diakibatkan oleh tindakan pidana;
- (2) Pemidanaan tidak dimaksudkan untuk menderitakan dan tidak diperkenankan merendahkan martabat manusia.

Dalam konsep RUU-KUHP tahun 1982/1983, tujuan pemberian pidana dirumuskan sebagai berikut:

- (1) Pemidanaan bertujuan untuk:
 - ke-1 mencegah dilakukannya tindak pidana dengan menegakkan norma hukum demi pengayoman masyarakat;
 - ke-2 mengadakan koreksi terhadap terpidana, dan dengan demikian menjadikannya orang baik dan berguna, serta mampu untuk hidup bermasyarakat;
 - ke-3 menyelesaikan konflik yang ditimbulkan oleh tindak pidana, memulihkan keseimbangan dan mendatangkan rasa damai dalam masyarakat;
 - ke-4 membebaskan rasa bersalah pada terpidana.
- (2) Pemidanaan tidak dimaksudkan untuk menderitakan dan tidak diperkenankan merendahkan martabat manusia.

Dalam konsep RUU-KUHP tahun 1991/1992, tujuan pemidanaan dirumuskan sebagai berikut:

- (1) Pemidanaan bertujuan untuk:
 - ke-1 mencegah dilakukannya tindak pidana dengan menegakkan norma hukum demi pengayoman masyarakat;
 - ke-2 memasyarakatkan terpidana dengan mengadakan pembinaan sehingga menjadikannya orang yang baik dan berguna;
 - ke-3 menyelesaikan konflik yang ditimbulkan oleh tindak pidana, memulihkan keseimbangan dan mendatangkan rasa damai dalam masyarakat;
 - ke-4 membebaskan rasa bersalah pada terpidana.
- (2) Pemidanaan tidak dimaksudkan untuk menderitakan dan tidak diperkenankan merendahkan martabat manusia.

Dalam konsep RUU-KUHP tahun 2019, tujuan pemidanaan dirumuskan sebagai berikut:

- (1) Pemidanaan bertujuan:
 - a. mencegah dilakukannya tindak pidana dengan menegakkan norma hukum demi pengayoman masyarakat;
 - b. memasyarakatkan terpidana dengan mengadakan pembinaan sehingga menjadi orang yang baik dan berguna;
 - c. menyelesaikan konflik yang ditimbulkan oleh tindak pidana, memulihkan keseimbangan, dan mendatangkan rasa damai dalam masyarakat; dan
 - d. membebaskan rasa bersalah pada terpidana.
- (2) Pemidanaan tidak dimaksudkan untuk menderitakan dan merendahkan martabat manusia.

Merujuk pendapat para pakar di atas, dapat penulis simpulkan bahwa tujuan hukum pidana pada umumnya adalah untuk menjaga ketertiban dan keamanan dalam masyarakat dan secara khusus untuk melindungi kepentingan individu dari berbagai jenis perbuatan jahat serta memberi efek jera kepada pelanggar hukum agar tidak mengulangi melakukan kejahatan.

Pemidanaan mempunyai beberapa tujuan yang bisa diklasifikasikan berdasarkan teori-teori tentang pemidanaan. Teori tentang tujuan pemidanaan yang berkisar pada perbedaan hakekat ide dasar tentang pemidanaan dapat dilihat dari beberapa pandangan berikut.

Herbert L. Packer menyatakan bahwa ada dua teori tujuan pemidanaan yang berbeda satu sama lain yaitu teori retributif (*retributive theory*) dan teori utilitarian (*utilitarian theory*). Teori

retributif mengandaikan pemidanaan sebagai ganjaran negatif terhadap perilaku menyimpang yang dilakukan oleh warga masyarakat sehingga pandangan ini melihat pemidanaan hanya sebagai pembalasan terhadap kesalahan yang dilakukan atas dasar tanggung jawab moralnya masing-masing. Pandangan ini dikatakan bersifat melihat ke belakang (*backward-looking*). Sedangkan teori *utilitarian* melihat pemidanaan dari segi manfaat atau kegunaannya, di mana yang dilihat adalah situasi atau keadaan yang ingin dihasilkan dengan dijatuhkannya pidana itu. Di satu pihak, pemidanaan dimaksudkan untuk memperbaiki sikap atau tingkah laku terpidana dan di pihak lain pemidanaan itu juga dimaksudkan untuk mencegah orang lain dari kemungkinan melakukan perbuatan yang serupa. Pandangan ini dikatakan berorientasi ke depan (*forward-looking*) dan mempunyai sifat pencegahan (*deterrence*).¹³⁰

Muladi berpendapat bahwa teori tujuan pemidanaan dapat dibagi menjadi 3 kelompok sebagai berikut:

- a. Teori absolut (*retributif*) memandang bahwa pemidanaan merupakan pembalasan atas kesalahan yang telah dilakukan sehingga berorientasi pada perbuatan dan terletak pada terjadinya kejahatan itu sendiri. Teori ini mengedepankan bahwa sanksi dalam hukum pidana dijatuhkan semata-mata karena orang telah melakukan sesuatu kejahatan yang merupakan akibat mutlak yang harus ada sebagai suatu pembalasan kepada orang yang melakukan kejahatan sehingga sanksi bertujuan untuk memuaskan tuntutan keadilan.
- b. Teori teleologis (tujuan) memandang bahwa pemidanaan

¹³⁰Herbert L. Packer, 1968, *The Limits of the Criminal Sanction*, Stanford University Press, California, h. 9-10.

bukan sebagai pembalasan atas kesalahan pelaku tetapi sarana mencapai tujuan yang bermanfaat untuk melindungi masyarakat menuju kesejahteraan masyarakat. Sanksi ditekankan pada tujuannya, yakni untuk mencegah agar orang tidak melakukan kejahatan, maka bukan bertujuan untuk pemuasan absolut atas keadilan.

- c. Teori retributif-teleologis (teori integratif) memandang bahwa tujuan pemidanaan bersifat plural. Hal itu karena teori ini menggabungkan antara prinsip-prinsip teleologis (tujuan) dan retributif sebagai satu kesatuan. Teori ini bercorak ganda, di mana pemidanaan mengandung karakter retributif sejauh pemidanaan dilihat sebagai suatu kritik moral dalam menjawab tindakan yang salah. Sedangkan karakter teleologisnya terletak pada ide bahwa tujuan kritik moral tersebut ialah suatu reformasi atau perubahan perilaku terpidana dikemudian hari. Pandangan teori ini menganjurkan adanya kemungkinan untuk mengadakan artikulasi terhadap teori pemidanaan yang mengintegrasikan beberapa fungsi sekaligus *retribution* yang bersifat *utilitarian*, dimana pencegahan dan sekaligus rehabilitasi yang kesemuanya dilihat sebagai sasaran yang harus dicapai oleh suatu rencana pemidanaan. Karena tujuannya bersifat integratif, maka perangkat tujuan pemidanaan adalah pencegahan umum dan khusus, perlindungan masyarakat, memelihara solidaritas masyarakat, dan pengimbalan/pengimbangan.¹³¹

Dalam perkembangannya, teori pemidanaan yang bertujuan rehabilitasi telah dikritik karena didasarkan pada keyakinan bahwa tujuan rehabilitasi tidak dapat berjalan. Pada tahun 1970-an telah terdengar tekanan-tekanan bahwa *treatment* terhadap rehabilitasi tidak berhasil serta *indeterminate sentence* tidak diberikan dengan tepat tanpa garis-garis pedoman.¹³²

Terhadap tekanan atas tujuan rehabilitasi tersebut, lalu lahir “Model Keadilan” sebagai justifikasi modern untuk pemidanaan yang

¹³¹Muladi, 2002, *Lembaga Pidana Bersyarat*, Penerbit Alumni, Bandung, h. 49-51.

¹³²Sholehuddin, 2003, *Sistem Sanksi dalam Hukum Pidana, Ide Dasar Double Track System dan Implementasinya*, RajaGrafindo Persada, Jakarta, h. 61.

dikemukakan oleh Sue Titus Reid. Model keadilan dikenal juga dengan pendekatan keadilan atau model ganjaran setimpal (*just desert model*) yang didasarkan pada dua teori tentang tujuan pemidanaan yaitu pencegahan (*prevention*) dan retribusi (*retribution*). Dasar retribusi dalam *just desert model* menganggap bahwa pelanggar akan dinilai dengan sanksi yang patut diterima oleh mereka mengingat kejahatan-kejahatan yang telah dilakukannya, sanksi yang tepat akan mencegah para kriminal melakukan tindakan-tindakan kejahatan lagi dan mencegah orang-orang lain melakukan kejahatan.¹³³

Sesuai skema *just desert*, pelaku dengan kejahatan yang sama akan menerima penghukuman yang sama, dan pelaku kejahatan yang lebih serius akan mendapatkan hukuman yang lebih keras daripada pelaku kejahatan yang lebih ringan. Akan tetapi, terdapat dua hal yang menjadi kritik dari teori *just desert* ini yaitu:

- a. *Desert theories* menekankan pada keterkaitan antara hukuman yang layak dengan tingkat kejahatan. Berdasarkan kepentingan memperlakukan kasus seperti itu, teori ini mengabaikan perbedaan-perbedaan relevan lain antara para pelaku, seperti latar belakang pribadi pelaku dan dampak penghukuman kepada pelaku dan keluarganya. Oleh karena itu, seringkali terdapat perlakuan kasus yang tidak sama dengan cara yang sama.
- b. Secara keseluruhan tapi eksklusif, menekankan pada pedoman-pedoman pembeda dari kejahatan dan catatan kejahatan mempengaruhi psikologi dari penghukuman dan pihak yang menghukum.¹³⁴

Bambang Poernomo dan Van Bemmelen juga menyatakan ada 3

¹³³ Sue Titus Reid, 1987, *Criminal Justice, Procedur and Issues*, West Publishing Company, New York, h. 352. Dalam Sholehuddin, *Ibid.*, h. 62.

¹³⁴ Michael Tonry, 1996, *Sentencing Matters*, Oxford University Press, New York, h. 15.

teori pembedaan sebagaimana yang dinyatakan oleh Muladi, yakni teori pembalasan (*absolute theorien*), teori tujuan (*relatieve theorien*) dan teori gabungan atau (*verenigings theorien*).¹³⁵ Hal yang sama dikemukakan oleh Andi Hamzah bahwa ada 3 (tiga) teori yang membenarkan penjatuhannya pidana yakni¹³⁶:

- a. Teori Absolut atau Teori Pembalasan (*Vergeldings Theorien*).
- b. Teori Relatif atau Teori Tujuan (*Doeltheorien*).
- c. Teori Gabungan (*Verenigingstheorien*)

a. Teori Absolut atau Teori Pembalasan (*Vergeldings Theorien*)

Teori pembalasan menjelaskan bahwa pidana tidaklah untuk tujuan yang praktis, seperti memperbaiki penjahat. Kejahatan itu sendirilah yang mengandung unsur-unsur untuk dijatuhkannya pidana. Pidana secara mutlak ada karena dilakukan suatu kejahatan, tidaklah perlu untuk memikirkan manfaat penjatuhannya pidana karena setiap kejahatan akan berakibat dijatuhkannya pidana kepada pelaku.

Oleh karena itulah maka teori ini disebut Teori Absolut. Pidana merupakan tuntutan mutlak, bukan hanya sesuatu yang perlu dijatuhkan tetapi menjadi keharusan, hakikat suatu pidana adalah pembalasan.¹³⁷

Dasar pemikiran teori ini yaitu pidana dijatuhkan sebagai

¹³⁵Bambang Poernomo, 1985, *Asas-asas Hukum Pidana*, Ghalia Indonesia, Jakarta, h. 27.

¹³⁶Andi Hamzah, 1986, *Sistem Pidana dan Pemidanaan dari Retribusi ke Reformasi*, Pradnja Paramita, Jakarta, h. 17.

¹³⁷*Ibid.* h. 18.

pembalasan atas kesalahan yang dibuat oleh pelaku kejahatan. Teori ini berkembang pada akhir abad ke 18, dengan para penganutnya antara lain Immanuel Kant, Hegel, Herbart dan Stahl.

Imanuael Kant berpendapat bahwa kejahatan itu menimbulkan ketidakadilan, maka ia harus dibalas dengan ketidakadilan pula. Dasar pemikiran inilah yang melahirkan teori absolut.¹³⁸

b. Teori Relatif atau Teori Tujuan (*Doeltheoien*)

Teori relatif disebut pula dengan beberapa istilah lain seperti Teori Utilitarian, Teori Teleologis dan Teori Deterrent.¹³⁹ Teori relatif/teori tujuan lahir sebagai reaksi atas ketidakpuasan terhadap teori pembalasan. Secara teoritis, teori tujuan dibedakan atas:

- 1) Prevensi umum (*generale preventie*); tujuan pokok pidana adalah pencegahan yang ditujukan kepada khalayak ramai, kepada semua orang agar supaya tidak melakukan pelanggaran terhadap ketertiban masyarakat.
- 2) Prevensi khusus (*speciale preventie*); tujuan pidana adalah mencegah si penjahat mengulangi lagi kejahatan.
- 3) *Verbetering van de dader*; tujuan pidana adalah untuk memperbaiki si penjahat agar menjadi manusia yang baik dengan *reclassering*.
- 4) *Onschadelijk maken van de misdadiger*; karena tujuan pertama, kedua dan ketiga tidak ada manfaatnya bagi terpidana, maka pidana yang

¹³⁸Bambang Purnomo, *Asas-Asas Hukum Pidana*, Op.cit, h. 21.

¹³⁹I Ketut Mertha, 2014. *Efek Jera, Pemiskinan Koruptor dan Sanksi Pidana*, Udayana University Press, Cet. 1, h. 34.

dijatuhkan harus bersifat menyingkirkan dari masyarakat dengan menjatuhkan pidana seumur hidup ataupun pidana mati.

- 5) *Herstel van geleden maatschappelijk nadeel*; tujuan pidana menurut aliran ini mendasarkan pada jalan pikiran bahwa kejahatan itu menimbulkan kerugian yang bersifat ideel (*ideal nadeel*) di dalam masyarakat dan oleh karena itu pidana diadakan untuk memperbaiki kerugian masyarakat yang terjadi pada masa yang lalu.¹⁴⁰

Tujuan pemidanaan adalah untuk mencapai kebaikan bagi masyarakat secara keseluruhan. Pidana dijatuhkan bukan “*quia peccatum est*” (karena orang melakukan kejahatan) melainkan “*ne peccetur*” (supaya orang tidak melakukan kejahatan).¹⁴¹ Dengan demikian untuk tujuan perbaikan kondisi dalam masyarakat pidana harus diterapkan meskipun pemidanaan tersebut akan menimbulkan kerugian bagi seseorang ataupun sekelompok orang seperti kehilangan kebebasan bergerak, kesempatan bahkan harus membayar sejumlah uang pengganti kerugian.

M. Sholehuddin mengemukakan bahwa ada tiga bentuk teori tujuan yakni pertama, pemidanaan untuk memberikan efek penjeratan dan penangkalan (*deterrence*), kedua, pemidanaan sebagai rehabilitasi dan ketiga, pemidanaan sebagai wahana pendidikan moral. Efek jera dimaksudkan agar terpidana tidak mengulangi perbuatan jahat yang sama sedangkan penangkalan

¹⁴⁰*Ibid.* h. 23-25.

¹⁴¹Muladi dan Barda Nawawi Arief, 1984, *Teori Teori dan Kebijakan Pidana*, Penerbit Alumni, Bandung, h. 17.

dimaksudkan sebagai usaha mencegah dan mengingatkan agar penjahat potensial tidak melakukan kejahatan yang sama. Pemidanaan sebagai rehabilitasi dimaksudkan sebagai jalan untuk mereformasi dan merehabilitasi terpidana yang telah melakukan kejahatan. Kesalahan atau tindakan kejahatan dianggap sebagai suatu penyakit sosial yang disintegratif dalam masyarakat, kejahatan dilihat pula sebagai simpton disharmoni mental atau ketidakseimbangan personal yang membutuhkan terapi psikiatris, latihan-latihan spiritual dan sebagainya. Sedangkan pemidanaan sebagai wahana pendidikan moral berangkat dari asumsi bahwa perbuatan terpidana adalah salah, tidak dapat diterima oleh masyarakat dan bahwa terpidana telah bertindak melawan kewajibannya dalam masyarakat. Oleh karenanya dalam proses pemidanaan terpidana dibantu untuk menyadari kesalahannya dan penempatan di lembaga pemasyarakatan sebagai tempat pendidikan moral, yaitu tempat refleksi-refleksi moral dan spiritual. Para terpidana diberikan pengajaran moral dan agama agar keyakinan dan pandangannya diperbaharui, kecenderungan-kecenderungan jahatnya dikendalikan dan hidupnya disegarkan.¹⁴²

c. Teori Gabungan (*Verenigingstheorien*)

¹⁴²M. Sholehuddin, Op.cit, h. 44-45.

Munculnya teori gabungan sebagai reaksi atas keberatan-keberatan terhadap teori pembalasan dan teori tujuan. Teori gabungan mendasarkan diri pada pemikiran bahwa pidana hendaknya didasarkan atas tujuan pembalasan dan mempertahankan ketertiban masyarakat yang diterapkan secara kombinasi dengan menitik beratkan pada salah satu unsurnya tanpa menghilangkan unsur yang lain maupun pada semua unsur yang ada.

Vos menerangkan bahwa di dalam teori gabungan terdapat tiga aliran yaitu:

- 1) Teori gabungan yang menitik beratkan pembalasan tetapi dengan maksud sifat pidana pembalasan itu untuk melindungi ketertiban hukum.
- 2) Teori gabungan yang menitik beratkan pada perlindungan ketertiban masyarakat.
- 3) Teori gabungan yang menitik beratkan secara sama antara pembalasan dan perlindungan ketertiban masyarakat.¹⁴³

Teori gabungan menitikberatkan pada keadilan yang diwujudkan dalam pembalasan, tetapi yang berguna bagi masyarakat. Dasar tiap-tiap pidana ialah penderitaan yang sesuai dengan beratnya perbuatan yang dilakukan oleh terpidana.

Teori gabungan sebagai penjabaran dari tujuan pidana banyak mewarnai pemikiran para pakar hukum pidana, seperti Muladi menyebutnya sebagai tujuan pidana yang integratif

¹⁴³Bambang Purnomo, *Op.Cit.*, h. 25-26.

yaitu¹⁴⁴:

- 1) Tujuan pidana adalah pencegahan (umum dan khusus).
- 2) Tujuan pidana adalah perlindungan masyarakat.
- 3) Tujuan pidana adalah memelihara solidaritas masyarakat.
- 4) Tujuan pidana adalah pengimbalan/pengimbangan.

Antara teori-teori pembedaan dan tujuan pembedaan secara substansial mengandung esensi yang hampir sama sehingga sulit untuk dibedakan karena falsafah pembedaan dalam teori pembedaan merupakan esensi dan tujuan akhir pembedaan tersebut. Pembedaan oleh hakim menurut Barda Nawawi Arief harus mengandung unsur-unsur¹⁴⁵:

- 1) Kemanusiaan, dalam arti bahwa pembedaan menjunjung tinggi harkat dan martabat seseorang.
- 2) Edukatif, bahwa pembedaan mampu membuat orang sadar sepenuhnya atas perbuatan yang dilakukan.
- 3) Keadilan, bahwa pembedaan tersebut dirasakan adil oleh terdakwa, korban, ataupun oleh masyarakat.

3. Pertanggungjawaban Pidana

KUHP tidak menyebutkan secara eksplisit sistem pertanggungjawaban pidana yang dianut. Beberapa Pasal KUHP sering menyebutkan kesalahan berupa kesengajaan atau kealpaan. Namun sayang, kedua istilah tersebut tidak dijelaskan lebih lanjut oleh undang-undang tentang maknanya. Jadi, baik kesengajaan maupun kealpaan tidak ada keterangan lebih lanjut dalam KUHP. Kedua kata

¹⁴⁴Muladi dalam Muhari Agus Santosa, 2002, *Paradigma Baru Hukum Pidana*, Averroes Press, Malaysia, h. 58.

¹⁴⁵Muhari Agus Santoso, *Op.Cit.* h. 60-61.

kata itu sering dipakai dalam rumusan delik, seakan-akan sudah pasti, tetapi tidak tahu apa maknanya. Hal itu seakan-akan tidak menimbulkan keragu-raguan lagi dalam pelaksanaannya.¹⁴⁶

Apabila dicermati rumusan Pasal-Pasal yang ada dalam KUHP, terutama buku kedua, tampak dengan jelas disebutkan istilah kesengajaan atau kealpaan. Berikut ini akan dikutipkan rumusan Pasal-Pasal KUHP tersebut.

a. Dengan sengaja

misalnya, Pasal 338 KUHP yang berbunyi: Barang siapa dengan sengaja menghilangkan nyawa orang lain, diancam karena pembunuhan ... dan seterusnya.

b. Karena kealpaan

Misalnya, Pasal 359 KUHP yang berbunyi:Barang siapa karena kealpaannya menyebabkan matinya orang lain, diancam dengan pidana ... dan seterusnya.

Tidak ada penjelasan lebih lanjut apa yang dimaksud dengan kesengajaan atau kealpaan tersebut. namun, berdasarkan doktrin dan pendapat para ahli hukum dapat disimpulkan bahwa dengan rumusan seperti itu berarti Pasal-Pasal tersebut mengandung unsur kesalahan yang harus dibuktikan oleh pengadilan. Dengan kata lain, untuk memidana pelaku, selain telah terbukti melakukan tindak pidana, maka

¹⁴⁶ Roeslan Saleh, 1982, *Perbuatan Pidana dan Pertanggungjawaban Pidana*, Cetakan Pertama, Ghalia Indonesia. Jakarta, h. 98.

unsur kesengajaan atau kealpaan juga harus dibuktikan.

Sementara itu, terdapat juga Pasal-Pasal yang dirumuskan tidak secara eksplisit mengenai kesengajaan atau kealpaan. Namun, dari rumusannya sudah dapat ditafsirkan secara gramatikal bahwa rumusan yang demikian tak lain dan tak bukan harus dilakukan dengan sengaja.

Beberapa contoh Pasal itu dapat dilihat berikut ini.

- a. Dengan Maksud
Misalnya Pasal 362 KUHP yang berbunyi:
Barang siapa mengambil sesuatu barang yang seluruhnya atau untuk sebagian kepunyaan orang lain dengan maksud untuk memilikinya dengan melawan hukum ... dan seterusnya.
- b. Mengetahui/Diketahui
Misalnya, Pasal 480 KUHP yang berbunyi:
Barang siapa ... yang diketahuinya atau disangka bahwa barangitu diperoleh dari kejahatan ... dan selanjutnya.
- c. Yang Ia Tahu
Misalnya, Pasal 245 KUHP yang berbunyi:
Barang siapa yang dengan sengaja, mengeluarkan mata uang kertas negara atau uang kertas yang ditirunya atau dipalsukannya sendiri atas yang pada waktu diterimanya ia tahu ... dan seterusnya.
- d. Dengan Paksa
Misalnya, Pasal 167 KUHP berbunyi:
Barang siapa dengan paksa dan melawan hukum memasuki sebuah rumah atau ruangan atau pekarangan tertutup ... dan seterusnya.
- e. Dengan Paksa
Misalnya, Pasal 160 KUHP yang berbunyi:
Barang siapa melawan hukum masuk dengan paksa ke dalam, a tau dengan melawan hukum ada tinggal di dalam rumah atau tempat yang tertutup, yang dipakai oleh orang yang lain dan tidak segera pergi dari tempat itu, atas permintaan yang berhak ... dan seterusnya.
- f. Dengan Kekerasan atau Ancaman Kekerasan
Misalnya, Pasal 175 KUHP yang berbunyi:
Barang siapa dengan kekerasan atau ancaman kekerasan, merintangi pertemuan agama yang bersifat umum dan diizinkan atau upacara agama yang diizinkan atau upacara penguburan jenazah, diancam ... dan seterusnya.

Kalau Pasal-Pasal kejahatan sebagaimana diuraikan di atas disebutkan dengan jelas unsur kesalahan atau setidaknya tidaknya bisa ditafsirkan secara gramatikal, tidak demikian halnya dengan Pasal-Pasal pelanggaran. Apabila dicermati Pasal-Pasal pelanggaran, dari rumusannya, ada yang jelas-jelas mensyaratkan unsur kesalahan, ada juga Pasal-Pasal yang tidak jelas rumusannya, apakah kesalahan merupakan unsur yang harus ada atau tidak.

Pasal-Pasal yang secara jelas mensyaratkan adanya unsur kesalahan biasanya dirumuskan secara aktif, seperti menghasut, menjual, menawarkan, membagi-bagikan, memburu, membawa, menjalankan, memberi, menerima, tidak memenuhi kewajiban, dan dengan terang-terangan menunjukkan. Pasal-Pasal yang dirumuskan seperti ini dapat ditafsirkan bahwa unsur kesalahan harus terdapat didalamnya.

Di samping Pasal-Pasal tersebut di atas, terdapat pula Pasal-Pasal pelanggaran lain yang dilihat dari rumusannya tidak terlalu jelas sehingga tidak mudah untuk menafsirkan apakah harus ada unsur kesalahan atau tidak, seperti rumusan Pasal-Pasal berikut ini.

- a. Tidak Mentaati Perintah atau Petunjuk
Misalnya Pasal 511 KUHP yang berbunyi:
Barang siapa di waktu ada pesta, arak-arakan dan sebagainya tidak mentaati perintah atau petunjuk yang diadakan ... dan seterusnya.
- b. Tanpa Wenang
Misalnya Pasal 518 KUHP yang berbunyi:
Barang siapa tanpa wewenang memberi pada atau menerima dari seorang terpidana sesuatu barang, diancam

- dengan ... dan seterusnya.
- c. Pasal 532 KUHP yang berbunyi:
Barang siapa di muka umum menyanyikan lagu-lagu yang melanggar kesusilaan.
 - d. Pasal 540 KUHP yang berbunyi:
Barang siapa menggunakan hewan untuk pekerjaan dengan yang terang melebihi kekuatannya.

Dalam Pasal 511 dan 518 tersebut di atas, Tidak mentaati perintah dan tanpa wewenang tidak dijelaskan lebih lanjut, apakah Pasal tersebut dilakukan dengan sengaja atau alpa. Demikian juga halnya dengan Pasal 532, di muka umum menyanyikan lagu yang melanggar kesusilaan, apakah dilakukan dengan sengaja atau alpa. Juga Pasal 540 menggunakan hewan untuk pekerjaan yang terang melebihi kekuatannya, tidak dicantumkan unsur kesengajaan atau kealpaan. Jika tidak ada unsur kesengajaan atau kealpaan itu, penegakan hukumnya akan sulit, karena bisa saja pelaku menyatakan melakukan hal itu karena tidak mengetahui akan adanya perintah atau pelaku tidak mengetahui bahwa ia tidak wenang.

Dari rumusan yang tidak jelas itu, timbul pertanyaan bagi penulis, apakah Pasal-Pasal tersebut sengaja dibuat begitu, dengan maksud ke arah pertanggungjawaban terbatas (*strict liability*)? Kalau dugaan penulis benar, tanpa disadari sebenarnya KUHP kita juga menganut pengecualian terhadap asas kesalahan, terutama terhadap Pasal-Pasal pelanggaran.

Pernah juga dalam sejarahnya ada pandangan bahwa apabila seseorang melakukan suatu tindak pidana, dia tentu dipidana, dengan

tidak menghiraukan apakah padanya ada kesalahan atau tidak. Pandangan seperti ini juga pernah dikemukakan oleh pembentuk undang-undang ketika membentuk WvS. Pada waktu itu kesalahan diperlukan hanya pada jenis tindak pidana yang disebut kejahatan sehingga tidak pada pelanggaran, sebagaimana dikatakan oleh MvT (*Memorie van Toelichting*) berikut ini:

“Pada pelanggaran, hakim tidak perlu untuk mengadakan penyelidikan, apakah ada kesengajaan atau kealpaan”. Apakah terdakwa telah melakukan sesuatu yang lalu bertentangan dengan undang-undang? Cuma inilah yang perlu diselidiki. Dan dari jawabannya pula tergantung apakah dijatuhkan pidana atau tidak. Pendapat demikian ini dinamakan ajaran *feit materiel*. Di sini tidak dihiraukan sama sekali tentang syarat kesalahan.¹⁴⁷

Pandangan itu juga dipraktikkan dalam pengadilan (Hooge Raad 23 Mei 1899; 17 Desember 1908, dan 18 Januari 1915). Dalam pertimbangan Mahkamah itu disebutkan:

Tidaklah menjadi soal, apakah terdakwa itu telah berbuat dengan sengaja atau dengan alpa asal tidak karena daya memaksa (*overmach*) maka ia melakukan perbuatannya itu.

Pada bagian lain *Hooge Raad* pernah berpendapat:

Adalah cukup untuk menyatakan seseorang itu dapat dipidana karena telah melakukan pelanggaran, apabila orang itu secara materiel atau secara nyata telah berperilaku seperti dirumuskan di dalam suatu ketentuan pidana, tanpa perlu mempertimbangkan lagi apakah perilaku orang tersebut dapat dipersalahkan kepadanya atau tidak.

Persoalan tersebut di atas telah dinyatakan pula dalam Arrest H.R tanggal 14 Pebruari 1916 tentang “arrest air dan susu” sebagai berikut:

A.B pengusaha susu menyuruh D melever susu yang ternyata

¹⁴⁷Roeslan Saleh, *Ibid.*, h. 86.

susu tersebut tidak murni karena telah dicampur air . D tidak tahu sama sekali tentang hal itu. Berdasarkan Pasal 303a dan 344 Peraturan Polisi Umum, perbuatan itu diancam pidana dan merupakan tindak pidana pelanggaran .Oleh Hooze Raad A.B dijatuhi pidana, dengan pertimbangan telah menyuruh pelayannya (D) melever susu dengan sebutan “susu murni” padahal dicampur dengan air, hal tersebut tidak diketahui oleh D.

Sehubungan dengan pandangan pembentuk WvS yang diikuti oleh putusan Mahkamah Agung Belanda tersebut, tidak diragukan lagi bahwa pembentuk WvS menghendaki agar terhadap pelanggaran tidak perlu ada unsur kesalahan. Kenyataan seperti itu mengundang pro dan kontra di kalangan ahli hukum. Simons, misalnya, termasuk yang menentang pendapat itu. Pada tahun 1884 ia telah mulai dengan serangan-serangannya terhadap pendapat klasik itu, antara lain, dalam karangannya *Schuldbegrip bij overtredingen* dan *Themis* 1884. Sebagai asas pokok yang diajukan adalah: *Tidak ada pidana tanpa kesalahan*.¹⁴⁸

Dengan uraian tersebut dapat disimpulkan bahwa terdapat perbedaan pendapat mengenai penerapan ajaran *fait materiel*. Di satu pihak, penjelasan WvS menyebutkan bahwa untuk pelanggaran tidak diperlukan adanya kesengajaan atau kealpaan, cukup apabila perbuatan pelaku memenuhi rumusan delik sehingga ia dapat dipidana. Pendapat seperti ini diikuti juga oleh pengadilan. Namun di pihak lain, para ahli hukum mempermasalahkan penerapan *faitmateriel* itu yang dirasakan mengandung ketidakadilan. Pola pikir ahli hukum pada waktu itu

¹⁴⁸Roeslan Saleh, *Ibid.*, h. 87.

adalah karena dianutnya doktrin/ajaran tidak tertulis yang berbunyi *geen straf zonder schuld* yang artinya “tidak ada pidana tanpa kesalahan”.

Dari uraian itu tampak jelas adanya perbedaan pendapat antara penjelasan pembentuk undang-undang (WvS) yang diikuti putusan *Hooge Raad* di satu pihak, dengan pendapat ahli hukum di pihak lain. Menurut hemat penulis, melihat kondisi rumusan Pasal-Pasal pelanggaran dalam KUHP, maka penulis cenderung memilih penjelasan WvS yang telah dipraktikkan oleh pengadilan Belanda, yakni terhadap pelanggaran tidak perlu dibuktikan adanya unsur kesalahan baik berupa kesengajaan maupun kealpaan.

B. Urgensi Rekonstruksi KUHP Dalam Pembangunan Sistem Hukum Nasional

1. Urgensi Rekonstruksi KUHP

Dalam *Kamus Besar Bahasa Indonesia* berasal dari kata „konstruksi“ berarti pembangunan yang kemudian di tambah imbuhan „re“ pada kata konstruksi menjadi „rekonstruksi“ yang berarti pengembalian seperti semula.¹⁴⁹ Dalam *Black Law Dictionary*¹⁵⁰, *reconstruction is the act or process of rebuilding, recreating, or reorganizing something*, rekonstruksi di sini dimaknai sebagai proses membangun kembali atau menciptakan kembali atau melakukan

¹⁴⁹ Departemen Pendidikan Nasional, 2005, *Kamus Besar Bahasa Indonesia*, Balai Pustaka, Jakarta, h. 942.

¹⁵⁰ Bryan A.Garner, 1999, *Black' Law Dictionary*, West Group, ST. Paul Minn, h. 1278.

pengorganisasian kembali atas sesuatu. B.N. Marbun dalam *Kamus Politik* mengartikan rekonstruksi adalah pengembalian sesuatu ketempatnya yang semula, penyusunan atau penggambaran kembali dari bahan-bahan yang ada dan disusun kembali sebagaimana adanya atau kejadian semula.¹⁵¹

Pentingnya rekonstruksi menurut Barda Nawawi Arief, bahwa rekonstruksi hukum pada hakikatnya adalah suatu upaya untuk melakukan reorientasi dan reformasi hukum pidana yang sesuai dengan nilai-nilai sentral sosio politik, sosio filosofi dan sosio kultural masyarakat Indonesia yang melandasi kebijakan sosial, kebijakan kriminal dan kebijakan penegakan hukum pidana¹⁵². sehingga rekonstruksi yang dimaksud bukan hanya rekonstruksi terhadap norma, melainkan juga rekonstruksi terhadap nilai.

Nilai-nilai yang melandasi pembangunan hukum pidana ke depan yaitu nilai-nilai yang sesuai dengan nilai yang hidup dan berkembang dalam masyarakat Indonesia, dalam hal ini bahwa nilai ke-Tuhan-an YME dan nilai Keadilan Sosial sebagai nilai asli bangsa Indonesia yang perlu diimplementasikan dalam pembangunan hukum pidana pada masa yang akan datang dengan menggali nilai-nilai yang bersumber baik dari hukum agama maupun hukum adat, sehingga tidak menutup kemungkinan timbulnya hukum yang dinamis atau

¹⁵¹ B.N. Marbun, 1996, *Kamus Politik*, Pustaka Sinar Harapan, Jakarta, h. 469.

¹⁵² Sri Endah Wahyuningsih, 2012, *Mata Kuliah Penunjang Disertasi, Perbandingan Hukum Pidana dari perspektif Religious Law System*, UNISSULA Press, h. 47.

hukum tersebut tidak akan bersifat kaku. Baik hukum yang bersifat dinamis maupun hukum yang bersifat kaku, kedua-duanya harus dihindari, seperti pada saat orde baru, dimana hukum menjadi kaku, karena hukum menjadi alat kekuasaan bagi penguasa, sedangkan pada pasca reformasi, hukum lebih menjadi dinamis sehingga banyak terjadi pelanggaran hukum di masyarakat, bahkan tingkat kriminalitas semakin meningkat pada setiap tahunnya¹⁵³. Oleh karenanya, dalam rekonstruksi hukum diperlukan penggalan kembali terhadap nilai-nilai yang melandasi terhadap pembangunan hukum pidana ke depan yaitu nilai-nilai yang bersumber, hidup kejahatan ini yang sesuai dengan nilai keadilan masyarakatnya. Sehingga sudah saatnya untuk merekonstruksi kebijakan hukumnya.

Rekonstruksi yang berarti membangun atau pengembalian kembali sesuatu berdasarkan kejadian semula, dimana dalam rekonstruksi tersebut terkandung nilai-nilai primer yang harus tetap ada dalam aktifitas membangun kembali sesuatu sesuai dengan kondisi semula. Untuk kepentingan pembangunan kembali sesuatu, apakah itu peristiwa, fenomena-fenomena sejarah masa lalu, hingga pada konsepsi pemikiran yang telah dikeluarkan oleh pemikir-pemikir terdahulu, kewajiban para rekonstruktor adalah melihat pada segala sisi, agar kemudian sesuatu yang coba dibangun kembali sesuai

¹⁵³ Mu'in Abdul Kadir, Rekonstruksi Hukum, dalam [www. fatkhulmuin1983's. weblog.com](http://www.fatkhulmuin1983's.blogspot.com), diakses pada 10 Desember 2019.

dengan keadaan yang sebenarnya dan terhindar pada subjektifitas yang berlebihan, dimana nantinya dapat mengaburkan substansi dari sesuatu yang ingin kita bangun tersebut. Maka rekonstruksi dalam penelitian ini yaitu upaya untuk melakukan suatu perbaikan atas tindak pidana zina dalam hukum pidana di Indonesia.

Dalam literatur Hukum Islam yang kontemporer, kata "pembaruan" silih berganti dipergunakan dengan kata reformasi, modernisasi, dekonstruksi, rekonstruksi, Ishlah dan *tajdid*. Di antara kata-kata tersebut yang paling banyak digunakan adalah kata reformasi, ishlah dan *tajdid*.¹⁵⁴ Kata "Tajdid" dianggap yang paling tepat apabila berbicara tentang pembaruan hukum. Bustami Muhammad Saad, mengemukakan bahwa kata "Tajdid" lebih tepat digunakan untuk membahas tentang pembaruan hukum sebab "tajdid" mempunyai arti pembaruan.¹⁵⁵

Kata *tajdid* dalam pembaruan hukum Islam mempunyai dua makna, Pertama, apabila dilihat dari segi sasaran, dasar, landasan, dan sumber yang tidak berubah-ubah, pembaruan bermakna mengembalikan segala sesuatu kepada aslinya. Kedua, pembaruan bermakna modernisasi apabila sasaran *tajdid* itu mengenai hal-hal yang tidak mempunyai sandaran, dasar, landasan, dan sumber yang berubah-ubah seperti metode, sistem, teknis, strategi untuk disesuaikan

¹⁵⁴ Abdul Manan, 2009, *Aspek-Aspek Pengubah Hukum*, ctk. Ketiga, Kencana Prenada Group, Maret, Jakarta, h. 218.

¹⁵⁵ *Ibid*, h. 219.

dengan kondisi, ruang, dan waktu.

Menurut Masjful Zuhdi, kata *tajdid* lebih komprehensif pengertiannya sebab dalam *tajdid* terdapat tiga unsur yang saling berhubungan. *Pertama, al-I'adah*, artinya mengembalikan masalah-masalah agama yang bersifat khilafiah kepada sumber ajaran Islam, yaitu Alquran dan Al-Hadis. *Kedua, Al-Ibanah*, artinya purifikasi atau pemurnian ajaran Islam dari segala macam bentuk *bid'ah* dan *khufara* serta pembebasan berpikir (liberalisasi) ajaran Islam dari fanatik mazhab, aliran, ideologi yang bertentangan dengan prinsip-prinsip ajaran Islam. *Ketiga, al-Ihya*, artinya menghidupkan kembali, menggerakkan, memajukan, dan memperbarui pemikiran dan melaksanakan ajaran Islam.¹⁵⁶

Dalam teori hukum manusia, terbentuknya norma hukum (yang meliputi perintah dan larangan) tersusun dari ide, konsep, dan cara pandang yang untuk setiap bangsa berbeda. Apabila ide, konsep, dan cara pandangnya adalah individualistik, hukum yang dibentuknya bersifat individualistik. Ekistensi hukum pidana Belanda yang nota benanya warisan kolonial, menurut Rende David menonjolkan sifat individualisme, liberalisme, dan *individual right*,¹⁵⁷ jelas tidak tepat diberlakukan di Indonesia yang berpandangan Pancasila dan mengutamakan keseimbangan. Hal inilah yang sesungguhnya menjadi

¹⁵⁶ *Ibid*, h. 221.

¹⁵⁷ Barda Nawawi Arief, *Beberapa Aspek Kebijakan Penegakan dan Pengembangan Hukum Pidana*, PT. Citra Aditya Bakti, Bandung, 1998, hlm 100.

penyebab munculnya ketidakadilan hukum di Indonesia sehingga perlu dilakukan pembaharuan hukum pidana (*Penal Reform*).

Berbicara tentang pembaharuan hukum, sesungguhnya merupakan bagian dari pembangunan hukum. Adi Sulistiyono memberikan penegasan bahwa pembangunan hukum mempunyai makna yang lebih menyeluruh dan mendasar dibandingkan dengan istilah pembinaan hukum atau pembaharuan hukum. Menurut Adi juga "pembinaan hukum" lebih mengacu pada efisiensi, dalam arti meningkatkan efisiensi hukum. "Pembaharuan hukum" menurut dia, mengandung pengertian menyusun suatu tata hukum untuk menyesuaikan dengan perubahan masyarakat. Pembangunan hukum itu tidak hanya tertuju pada aturan atau substansi hukum, tetapi juga pada struktur atau kelembagaan hukum dan pada budaya hukum masyarakat.¹⁵⁸

Untuk mewujudkan hukum yang lebih baik di masa datang (*ius constitundum*) sebagai tujuan pembaharuan hukum, dalam perwujudannya harus didukung dengan politik hukum nasional¹⁵⁹ yang

¹⁵⁸ Adi Sulistiyono, 2008, *Reformasi Hukum Ekonomi Indonesia*, (editor: Rustamadji, Kundharu Saddhono dan Sri Anitah), ctk. Kedua, (Surakarta: Lembaga Pengembangan Pendidikan (LPP) UNS dan UPT Penerbitan dan Percetakan UNS, UNS Press, Mei, 2008, h. 69.

¹⁵⁹ Beberapa definisi politik hukum dikutipkan: 1. Menurut Satjipto Rahardjo, politik hukum adalah aktivitas dan cara yang hendak dipakai untuk mencapai tujuan sosial dan hukum tertentu dalam masyarakat. 2. Mochtar Kusumatmadja memberikan batasan bahwa politik hukum adalah kebijakan hukum dan perundang-undangan, dalam rangka pembaruan hukum. Menurut Teuku Mohammad Radhie, politik hukum diartikan sebagai suatu pernyataan kehendak penguasa negara mengenai hukum yang berlaku diwilayahnya dan mengenai arah perkembangan hukum yang di bangun. 3. Menurut Soedarto, politik hukum adalah kebijakan dari negara melalui badan-badan negara yang berwenang untuk menetapkan peraturan yang dikehendaki, yang diperkirakan akan digunakan untuk mengekspresikan apa yang terkandung dalam masyarakat dan untuk mencapai apa yang di cita-citakan lihat Abdul Latif dan Hasbi Ali, 2010, *Politik Hukum*, ctk. Pertama, Sinar Grafika, November, Jakarta, h. 22-26.

baik. Abdul Hakim Garuda Nusantara mengartikan, politik hukum nasional sebagai kebijakan hukum (*legal policy*) yang hendak diterapkan atau dilaksanakan secara nasional oleh suatu pemerintahan negara tertentu.¹⁶⁰

Politik hukum nasional mencakup: (1) pelaksanaan hukum yang telah ada secara konsisten; (2) pembangunan hukum yang intinya adalah pembaruan terhadap ketentuan hukum yang telah ada dan dianggap usang, serta menciptakan ketentuan hukum baru yang diperlukan untuk memenuhi tuntutan perkembangan yang terjadi dalam masyarakat; (3) penegakan fungsi lembaga penegak hukum atau pelaksana hukum dan pembinaan anggotanya; (4) meningkatkan kesadaran hukum masyarakat menurut persepsi kelompok elit pengambil kebijakan.¹⁶¹

Ada keterkaitan antara politik dan pembaharuan hukum. Apabila politik pada suatu negara baik, kemungkinan akan berakibat pada hukum yang baik. Demikian juga sebaliknya, apabila iklim politik suatu negara tidak baik, undang-undang yang dibuatnya menjadi tidak baik. Hukum adalah produk politik sehingga jika politiknya tidak baik, hukumnya pun tidak akan baik. Menurut Moh. Mahfud, MD, berdasarkan asumsi, hukum adalah produk politik. Apabila politik berubah, hukum akan berubah. Perubahan hukum itu menurut Mahfud,

¹⁶⁰ *Ibid*, h, 27.

¹⁶¹ *Ibid*, h, 27.

akan sejalan dengan perubahan sistem politik.¹⁶²

Pada masa orde baru, reformasi hukum diawali dengan reformasi politik tahun 1998. Menurut Mahfud juga, kondisi bidang hukum yang memerlukan penataan ulang, antara lain berikut ini.¹⁶³ Pertama, Hukum Indonesia/Undang-Undang bersifat elitis, bersumber dari lembaga eksekutif yang secara politik dipaksakan agar menjadi hukum. Di samping itu, pada masa orde baru, hukum/Undang-Undang bersifat positivistik-instrumentalistik. Artinya, banyak hukum yang dijadikan alat pembenar atas kehendak penguasa, baik yang terlanjur dilakukan maupun yang akan dilakukan. Kedua, pengadilan pada waktu itu berwatak koruptif sehingga muncul istilah yang cukup populer "mafia peradilan". Istilah ini menurut Mahfud tidak tepat. Yang tepat adalah korupsi peradilan (*judicial corruption*). Penyebab korupsi di lingkungan peradilan, di antaranya ketidakjujuran aparat penegak hukum, tekanan, dan intervensi eksekutif terhadap lembaga peradilan serta kolusi sesama penegak hukum. Ketiga, produk hukum pada saat itu harus diterima sebagai kebenaran yang final sehingga tidak ada satu lembaga pun kecuali lembaga legislatif itu sendiri (*legislative review*) untuk mencabutnya). Keempat, pada masa lalu telah terjadi pelanggaran hak-hak politik rakyat karena negara banyak melakukan kekerasan politik, misalnya dalam bentuk pembatasan jumlah partai

¹⁶² Moh. Mahfud MD, 2010, *Konstitusi dan Hukum dalam Kontroversial Isu*, ctk. Kedua, Rajawali Pers, Januari, Jakarta, h. 71.

¹⁶³ *Ibid*, h. 157-158.

politik (Parpol).

Dalam perspektif hukum pidana, menurut Barda Nawawi Arief, makna dan hakikat pembaharuan hukum pidana, yaitu sebagai berikut.¹⁶⁴

a. Dilihat dari sudut pendekatan –kebijakan:

- 1) Sebagai bagian dari upaya pembaharuan hukum pidana, pada hakikatnya merupakan bagian dari upaya untuk mengatasi masalah-masalah sosial (termasuk masalah kemanusiaan) dalam rangka mencapai atau menunjang tujuan nasional (kesejahteraan masyarakat dan sebagainya).
- 2) Sebagai bagian dari kebijakan kriminal, pembaharuan hukum pidana pada hakekatnya merupakan bagian dari upaya perlindungan masyarakat (khususnya upaya penanggulangan kejahatan).
- 3) Sebagai bagian dari kebijakan penegakan hukum, pembaharuan hukum pidana pada hakikatnya merupakan bagian dari upaya memperbaharui substansi hukum (*legal substance*) dalam mengefektifkan penegakan hukum.

b. Dilihat dari Sudut Pendekatan Nilai

Pembaharuan hukum pidana pada hakekatnya merupakan upaya melakukan peninjauan kembali dan penilaian kembali

¹⁶⁴ Barda Nawawi Arief, 2002, *Bunga Rampai Kebijakan Hukum Pidana*, PT. Citra Aditya Bakti, Bandung, h. 28-29.

(reorientasi dan re-evaluasi) nilai-nilai sosial-politik, sosial filosofik, dan sosial kultural yang melandasi serta memberi isi terhadap muatan normatif dan substansi hukum pidana yang dicita-citakan. Bukanlah pembaharuan (reformasi) hukum pidana apabila orientasi nilai dari hukum pidana yang dicita-citakan (misalnya KUHP Baru) sama saja dengan orientasi nilai hukum lama warisan penjajahan (KUHP lama atau WvS).

Berbijak pada hakikat pembaharuan hukum pidana dilihat dari pendekatan nilai sebagaimana di atas, persoalan yang terpenting dalam pembaharuan hukum pidana, bukan terletak pada upaya kriminalisasi dan dekriminalisasi¹⁶⁵ terhadap suatu perbuatan. Persoalan pembaharuan hukum pidana, bukanlah sama pengertiannya dengan bongkar pasang Pasal yang terdapat dalam KUHP Kolonial (WvS). Pembaharuan hukum pidana berarti penggantian atas konsep *individualism*, *liberalism* dan *individual right* sebagaimana yang dianut oleh KUHP kolonial

¹⁶⁵ Kriminalisasi adalah proses menjadikan suatu perbuatan yang sebelumnya bukan merupakan perbuatan pidana menjadi perbuatan pidana dan dicantumkan dalam Undang-Undang. lihat Sudarto, *Hukum dan Hukum Pidana*, (Bandung: Alumni, 1986). Menurut Sudarto adanya kriminalisasi tersebut, oleh karena perbuatan tersebut dapat mengakibatkan kerugian bagi masyarakat bahkan dapat membahayakan kehidupan manusia. Menurut Muladi (sebagaimana disampaikan pada perkuliahan hukum pidana korporasi, Program Magister Ilmu Hukum UNDIP, 1 Agustus 2003), bahkan pengertian kriminalisasi bukan hanya dapat menjadikan suatu perbuatan yang sebelumnya bukan sebagai perbuatan pidana menjadi perbuatan pidana (yang selanjutnya dicantumkan dalam Undang-Undang:Penulis), akan tetapi dapat diperluas. Yaitu memperluas pertanggungjawaban pidana, memperluas jenis-jenis pidana dan sanksi-sanksi pidana (baik berupa pidana maupun tindakan:Penulis) serta menjadikan sanksi administrasi menjadi sanksi pidana. Dekriminalisasi berarti sebuah proses menjadikan perbuatan yang dipidana menjadi perbuatan yang tidak dipidana. Dekriminalisasi ini, bukan hanya terjadi pada saat perbuatan tersebut sudah dicabut oleh UU, akan tetapi belum dicabutpun apabila masyarakat tidak mentaati dan kemudian tidak ada sanksi hukum, dapat diartikan dekriminalisasi.

dengan nilai soio-politik, sosiofilofofik dan sosio kultur yang berdasarkan Pancasila dan mengutamakan keseimbangan.

Menurut Barda Nawawi Arief, konsepsi Hukum Pidana yang ber-Pancasila, tidak lain adalah hukum pidana yang di dalamnya tercermin nilai keagamaan (religius), nilai kemanusiaan, nilai persatuan, nilai demokrasi dan nilai keadilan sosial. Konsepi yang demikian harus ada pada setiap tahapan, baik formulais, aplikasi maupun eksekusi.

Menurut Muladi, ada 4 (empat) alasan tentang pembaharuan hukum pidana yaitu alasan politis, sosiologis, praktis, dan alasan adaptif.¹⁶⁶

- 1) Alasan politis, bahwa memiliki Hukum Pidana sendiri, merupakan kebanggaan Nasional.
- 2) Alasan sosiologis, bahwa memiliki KUHP sendiri, merupakan sebuah tuntutan sosial untuk memiliki KUHP yang bersendikan sistem hukum Nasional.
- 3) Alasan praktis, dengan adanya KUHP yang asli Indonesia berbahasa Indonesia akan memudahkan semua pihak untuk dapat memahaminya oleh karena KUHP yang sekarang ada (merupakan terjemahan).
- 4) Alasan adaptif, bahwa KUHP Nasional masa-masa

¹⁶⁶ Muladi, *Proyeksi Hukum Pidana Materil di Indonesia dimasa datang*. Pidato Pengukuhan Sebagai Guru Besar, Fakultas Hukum UNDIP, 24 Pebruari 1990, h. 3.

mendatang harus menyesuaikan dengan perkembangan-perkembangan baru, khususnya perkembangan Internasional yang sudah disepakati oleh masyarakat-masyarakat yang beradab.¹⁶⁷

2. Pancasila Sebagai Sumber Hukum Dalam Pembaharuan Hukum Pidana Di Indonesia

Pancasila sebagai falsafah negara Republik Indonesia bercita-cita agar terwujud keadilan, berupa manusia adil dan beradab serta adil secara sosial. Secara jelas Pancasila dua kali mengatur dan menyebut kata adil, yaitu sila kedua dan sila ke lima. Makna keadilan yang terkandung dalam Pancasila adalah tidak berat sebelah, berpihak pada kebenaran, yang sepatutnya, tidak sewenang-wenang dalam menentukan mana yang benar dan mana yang salah.¹⁶⁸ Adil mengandung suatu makna bahwa hakikat manusia sebagai makhluk yang berbudaya dan beradab harus berkodrat adil sesuai dengan Pancasila Falsafah bangsa dengan kelima silanya memberikan pedoman hidup yang sempurna bagi segenap bangsa Indonesia.¹⁶⁹ Soekarno menjelaskan ketika berbicara Pancasila menyebutkan pandangan dunia untuk satu tempat tertentu yang bernama Indonesia. Jadi Pancasila adalah Pandangan dunia untuk locus Indonesia.¹⁷⁰

¹⁶⁷ *Ibid*, h. 3.

¹⁶⁸ Derita Prapti Rahayu, *Budaya Hukum Pancasila*, Thafamedia, Yogyakarta, 2014, h. 119.

¹⁶⁹ *Ibid*

¹⁷⁰ Bernard L. Tanya dan Theodorus Yosep Parera, *Pancasila Bingkai Hukum Indonesia*, Genta Publising, Yogyakarta, 2015, halaman 37. Lihat juga Stufentheorie dari kelsen, Pancasila

Soediman Kartohadiprojo menjelaskan Pancasila sebagai sebuah system nilai harus pula terjelma dalam kehidupan berbangsa, bernegara dan bermasyarakat di Indonesia.¹⁷¹ Keadilan merupakan salah satu tujuan dari setiap sistem hukum, bahkan merupakan tujuan yang terpenting di samping kepastian hukum dan kemanfaatan. Di samping merupakan tujuan hukum, keadilan dapat juga dilihat sebagai nilai (*value*).¹⁷² Menurut filosof besar bangsa Yunani, Plato menyebutkan keadilan merupakan nilai kebijakan yang paling tinggi. Oleh karena itu Plato menyebut “*justice is the supreme virtue which harmonize all other virtues*”¹⁷³

Pancasila sebagai cita hukum (*rechts idea*), merupakan suatu asas kerohanian yang meliputi suasana kebatinan atau cita-cita hukum, baik moral maupun hukum Negara dan menguasai hukum dasar baik yang tertulis maupun yang tidak tertulis.¹⁷⁴ Bernard Arief Sidharta,¹⁷⁵

Pancasila sebagai cita hukum berintikan pada 7 (tujuh) aspek, yaitu:

- a. Ketuhanan yang maha esa
- b. Penghormatan atas martabat manusia
- c. Wawasan kebangsaan atas martabat manusia
- d. Persamaan dan kelayakan

dikontruksi bukan hanya sebagai norma dasar (*grundnorm*) tertib hukum Indonesia, melainkan juga sebagai norma dasar dari norma-norma yang lain. Dijelaskan dalam Tulisan Yogi Sumakto, Pancasila *Qua Grundnorm* dalam Struktur Hierarkis Norma-norma Sistem Hukum Indonesia halaman 40 (Pendulum Antinomi Hukum) Antologi 70 Tahun Valerine J.L. Kriekhoff, Genta Publising, Yogyakarta, h. 39.

¹⁷¹Nyana Wangsa dan Kristian, *Hermeneutika Pancasila, Orisionalitas dan Bahasa Hukum Indonesia*, Refika Aditama, Bandung, 2015, h. 60.

¹⁷²Bambang Sutiyoso, *Reformasi Keadilan dan Penegakan Hukum di Indonesia*, UII Press, Yogyakarta, 2010, h. 6.

¹⁷³*Ibid*

¹⁷⁴Teguh Prasetyo dan Arie Purnomosidi, *Membangun Hukum Berdasarkan Pancasila*, Nusamedia, Bandung, 2014, h. 35.

¹⁷⁵*Ibid*

- e. Keadilan sosial
- f. Moral dan budi pekerti yang luhur, dan
- g. Partisipasi dan transparansi dalam proses pengambilan putusan publik.

Pancasila sebagai tatanan nilai bangsa Indonesia salah satunya adalah nilai keadilan, seperti yang terdapat sila kedua Pancasila "Kemanusiaan yang adil dan beradab". Sila ini terbagi-bagi dalam beberapa butir, yaitu terdapat 10 (sepuluh) butir bagian, antara lain:

- a. Mengakui dan memperlakukan manusia sesuai dengan harkat dan martabatnya sebagai makhluk Tuhan Yang Maha Esa.
- b. Mengakui persamaan derajat, persamaan hak dan persamaan kewajiban antara sesama manusia.
- c. Saling mencintai sesama manusia
- d. Mengembangkan sikap tenggang rasa
- e. Tidak semena-mena terhadap orang lain
- f. Menjunjung tinggi nilai kemanusiaan
- g. Gemar melakukan kegiatan kemanusiaan
- h. Berani membela kebenaran dan keadilan
- i. Bangsa Indonesia merasa dirinya sebagai bagian dari ummat manusia.
- j. Mengembangkan sikap hormat menghormati dan bekerjasama dengan bangsa lain.

Sila kedua Pancasila yang dijabarkan sesuai butir-butirnya menjadi landasan nilai keadilan untuk bangsa Indonesia dan menghendaki merealisasikan hakikat kemanusiaannya.¹⁷⁶ Kaelan menyebutkan rumusan sila kedua mempunyai makna "*monopluralis*" yang tersimpul dalam pengertian¹⁷⁷:

- a. Hubungan manusia dengan diri sendiri;
- b. Hubungan manusia dengan manusia lainnya;

¹⁷⁶Dedi Mulyadi, 2014, *Internalisasi Nilai-nilai Ideologi Pancasila, Dalam Dinamika Demokrasi dan Perkembangan Ketatanegaraan Indonesia*, Refika Aditama, Bandung, h 30.

¹⁷⁷Kaelan, 2013, *Negara Kebangsaan Pancasila, Kultural, Historis, Filosofis, Yuridis, dan Aktualisasinya*, Paradigma, Yogyakarta.

c. Hubungan manusia dengan Tuhannya.¹⁷⁸

Kaelan merumuskan pengertian adil dan beradab, sebagai berikut: adil: dalam kaitannya dengan kemanusiaan yaitu adil terhadap diri sendiri, terhadap sesama manusia dan terhadap Tuhannya. Atas pengertian kemanusiaan yang adil dan beradab tersebut di atas, maka dalam praktek hubungan internasional juga harus terjelma pengertian adil dalam hubungan dengan sesama bangsa dan negara di dunia, sehingga dalam kaitannya dengan sila ketiga yaitu "Persatuan Indonesia" atau prinsip kebangsaan Indonesia tidak bersifat *chauvinitis*.¹⁷⁹

Basis filosofis negara Indonesia diletakkan pada nilai kemanusiaan yang adil dan beradab, mengandung konsekuensi bahwa segala aspek penyelenggaraan negara harus merealisasikan terselenggaranya nilai-nilai kemanusiaan (*human values*). Hal ini berarti negara mengakui dan merealisasikan martabat manusia (*human dignity*), hak-hak manusia (*human right*) serta kemerdekaan manusia (*human freedom*). Hal ini mengandung konsekuensi bahwa negara harus merealisasikan dan mengembangkan nilai-nilai tersebut dalam pergaulan masyarakat internasional yang disebut "*monopluralis*".

Notonegoro menyebutkan watak manusia mempunyai sifat yang luhur yang disebut sebagai tabiat "*saleh*" yang meliputi 4 (empat) hal:

a. Moral Kebijaksanaan.

¹⁷⁸*Ibid*, h. 3.

¹⁷⁹*Ibid*

Sikap perbuatan manusia harus senantiasa merupakan hasil pertimbangan dari akal, rasa dan kehendak, secara selaras. Akal memberi pengetahuan tentang perbuatan yang bagaimana yang harus dilakukan, rasa mengujinya dengan berpedoman pada hasratnya (secara etis), serta kehendak akan menentukan perbuatan tersebut akan dilakukan atau tidak (secara etis).

b. Moral Keadilan

Hakikat manusia monopluralis harus terjelma dalam satu perbuatan adil. Susunan kodrat manusia senantiasa berbuat adil yaitu suatu kemampuan untuk memberikan kepada diri sendiri dan kepada orang lain secara semestinya yang menjadi haknya. Selain itu manusia merealisasikan moralitas keadilan yaitu relasi antara manusia dengan manusia lainnya, manusia dengan masyarakat, bangsa/negara, manusia terhadap diri sendiri dan manusia terhadap tuhan.

c. Moral Kesederhanaan

Setiap perbuatan manusia harus bersifat sederhana, yaitu harus menekankan dan menghindari pelampauan batas dalam wujud kemewahan, kenikmatan atau hal-hal yang bersifat enak.

d. Watak Keteguhan

Watak keteguhan yaitu kemampuan yang ada pada manusia untuk senantiasa memiliki keyakinan terhadap suatu kebenaran dan senantiasa meletakkan sebagai suatu pedoman dan acuan dalam sikap dan tindakannya, tentang kebenaran baik secara epistemologis maupun ideologis.

Demikian juga Sila kelima tentang Keadilan Sosial Bagi Seluruh Rakyat Indonesia. Sila kelima Pancasila ini terkandung arti hubungan antara manusia dengan benda dan sesamanya, sekaligus masalah kepemilikan material dan masalah kesejahteraan,¹⁸⁰ Sila Kelima Pancasila ini terbagi dalam beberapa butir, antara lain:

- a. Mengembangkan perbuatan-perbuatan yang luhur yang mencerminkan sikap dan suasana kekeluargaan dan gotong royong;
- b. Bersikap adil;
- c. Menjaga keseimbangan antara hak dan kewajiban;

¹⁸⁰*Ibid*

- d. Menghormati hak-hak orang lain;
- e. Suka memberi pertolongan pada orang lain;
- f. Menjauhi sikap pemerasan terhadap orang lain;
- g. Tidak bersifat boros;
- h. Tidak bergaya hidup mewah;
- i. Tidak melakukan perbuatan yang merugikan kepentingan umum
- j. Suka bekerja keras;
- k. Menghargai karya orang lain;
- l. Bersama-sama berusaha mewujudkan kemajuan yang merata dan berkeadilan sosial.

Jadi sangat jelas bila keadilan yang ditegakkan di Indonesia harus mengacu kepada nilai Pancasila yang dijelaskan dalam butir-butir di atas, oleh karenanya keadilan Pancasila bukan keadilan yang semu tetapi harus sesuai dengan jiwa Pancasila. Sila kelima Keadilan Sosial Bagi Seluruh Rakyat Indonesia mewajibkan manusia Indonesia untuk menyadari hak dan kewajiban yang sama untuk menciptakan keadilan sosial dalam kehidupan masyarakat Indonesia.¹⁸¹ Keadilan sosial merupakan sila kelima Pancasila yang merupakan ujung harapan dari sila lainnya. Pancasila sebagai paradigma pembangunan hukum ditunjukkan dalam setiap perumusan peraturan perundang-undangan yang dibentuk haruslah merupakan cerminan nilai-nilai kemanusiaan, kerakyatan dan keadilan. Nilai-nilai Pancasila menjadi landasan dalam pembentukan hukum yang aspiratif.¹⁸²

¹⁸¹ Muhammad Taufiq, *Keadilan Substansial Memangkas Rantai Birokrasi Hukum*, Pustaka Pelajar, Yogyakarta, 2014, h. 59.

¹⁸² *Ibid*

Sila ke dua dan Sila ke lima Pancasila sebagai falsafah bangsa dalam menentukan landasan keadilan harus bersumber pada unsur-unsur, antara lain¹⁸³:

- a. Keseimbangan
- b. Persamaan
- c. Pemberian hak
- d. Objektif.

Bernard L. Tanya menyebutkan dalam perspektif lain sistem hukum Pancasila sebagai rambu-rambu dan melahirkan politik hukum nasional, rambu yang paling umum adalah larangan bagi munculnya hukum yang bertentangan dengan nilai-nilai Pancasila.¹⁸⁴ Sesuai dengan kedudukan dan fungsi Pancasila sebagai jiwa bangsa, kepribadian, pandangan hidup, falsafah hidup, ideologi Negara, perjanjian luhur bangsa, Dasar Negara, sebagai sumber hukum nasional.¹⁸⁵

Mahfud MD dalam Muhammad Taufiq menyebutkan Pancasila menjadi cita hukum (*rechtside*) yang harus dijadikan dasar dan tujuan setiap hukum di Indonesia. Oleh sebab itu setiap hukum yang lahir di Indonesia harus berdasarkan pada Pancasila dengan memuat

¹⁸³Samsudin dkk, *Pendidikan Pancasila Menempatkan Pancasila Dalam Konteks Ke Islam dan Ke Indonesiaan*, Total Media, Yogyakarta, 2009, halaman 82. Lebih lanjut Kaelan dalam tulisannya Pendidikan Pancasila, Edisi Reformasi, 2014, halaman 53 menjelaskan bahwa Sila Pancasila “Kemanusiaan yang adil dan beradab” diliputi dan dijiwai oleh Sila “Ketuhanan Yang Esa” dan menjiwai sila ke 3,4,5. Sementara Sila kelima “Keadilan Sosial Bagi Seluruh Rakyat Indonesia” diliputi dan dijiwai oleh sila-sila ke,1,2,3,4.

¹⁸⁴Dedi Mulyadi, *OP. Cit*, h. 33.

¹⁸⁵MBM. Munir dan Umi Salamah dan Suratman, *Pendidikan Pancasila*, Madani Media, Malang, 2015, halaman 37, bandingkan dengan pandangan Kaelan dan Achmad Zubaidi dalam bukunya Pendidikan Kewarganegaraan, Materi Baru, Paradigma, Yogyakarta, 2012, halaman 32, yang menjelaskan nilai kemanusiaan yang beradab adalah perwujudan nilai kemanusiaan sebagai makhluk yang berbudaya bermoral dan beragama.

konsistensi isi mulai dari yang paling atas sampai yang paling rendah hirarkinya.¹⁸⁶ Konsep keadilan sosial (*sosial justice*) berbeda dari ide keadilan hukum yang biasa dipaksakan berlakunya melalui proses hukum.¹⁸⁷ Oleh karena untuk mendapatkan suatu pengertian tentang hakikat keadilan, maka dipandang perlu untuk membahas teori keadilan klasik, antara lain¹⁸⁸:

- a. Keadilan moral;
- b. Keadilan prosedural;
- c. Keadilan distributif;
- d. Keadilan perbaikan;
- e. Keadilan komutatif;

Pengembangan sikap adil terhadap sesama manusia, kesamaan kedudukan terhadap hukum dan HAM, keseimbangan antara hak dan kewajiban merupakan sikap yang tercermin dari pengamalan nilai Pancasila. Fungsi dari nilai yang terkandung dalam Pancasila sila ke lima ini berfungsi sebagai tujuan Negara.¹⁸⁹ Namun apakah nilai-nilai yang terkandung dalam sila ke lima Pancasila itu sudah terlaksana seutuhnya dilingkungan kita. Kita dapat mengamati keadilan disekitar kita, masih banyak masyarakat Indonesia yang tidak bersikap sesuai

¹⁸⁶ *Ibid*

¹⁸⁷ Lebih lanjut dijelaskan bahwa Pancasila yang dimaksudkan sebagai dasar pencapaian tujuan Negara tersebut melahirkan kaidah-kaidah penuntun hukum yaitu: a. Hukum yang dibuat di Indonesia haruslah bertujuan membangun dan menjamin integrasi Negara dan bangsa Indonesia baik secara teori maupun ideologi; b. Hukum yang dibuat di Indonesia haruslah didasarkan pada demokrasi dan nomokrasi sekaligus; c. Hukum yang dibuat di Indonesia harus ditujukan untuk membangun keadilan sosial bagi seluruh rakyat Indonesia; d. Hukum yang dibuat di Indonesia haruslah didasarkan pada toleransi beragama yang berkeadaban yakni hukum yang tidak mengistimewakan atau mendiskriminasi kelompok tertentu.

¹⁸⁸ Kaelan, *Op. Cit.* h. 400.

¹⁸⁹ Ngadino dan Syahril Syarbaini dan A. Rahman HI, 2015, *PANCASILA dalam makna dan aktualisasi*, Penerbit ANDI, Yogyakarta, h 338.

dengan moral Pancasila. Mereka cenderung bersikap individualis, menghalalkan segala cara walaupun dengan kerja keras melemahkan kekuatan hukum.

Dalam konteks hukum keadilan juga dapat dibedakan ke dalam dua jenis¹⁹⁰:

- a. Keadilan restitutif, yaitu keadilan yang berlaku dalam proses litigasi di pengadilan, di mana fokusnya adalah pada pelaku. Bagaimana menghukum atau membebaskan pelaku.
- b. Keadilan restoratif, yaitu keadilan yang berlaku dalam proses penyelesaian sengketa nonlitigasi (*Alternative Dispute Resolution*), di mana fokusnya bukan pada pelaku, tetapi pada kepentingan korban (*victim*).

Dalam bidang hukum keadilan sosial berpedoman kepada sikap, antara lain:

- a. Mengembangkan sikap adil terhadap sesama;¹⁹¹
- b. Menjaga keseimbangan antara hak dan kewajiban;¹⁹²
- c. Menghormati hak orang lain;¹⁹³

Bismar Siregar dalam Bambang Sutiyoso menyebutkan dalam pengambilan putusan seorang hakim harus bermunajat kepada Allah,

¹⁹⁰*Ibid*

¹⁹¹Penjabaran makna adil yang sesungguhnya terkandung memberikan pro dan kontra antar manusia. Adil dalam hukum yakni semua rakyat Indonesia memiliki kedudukan yang sama di mata hukum. Adil terhadap sesama yaitu, memperlakukan manusia sama dengan yang lain tanpa membedakan suku, ras, agama, jenis kelamin.

¹⁹²Rakyat Indonesia memiliki hak dan kewajiban yang sama untuk membela Negara, Rakyat Indonesia juga memiliki jaminan hak asasi manusia yang tertuang dalam UUD 1945. Hak asasi manusia tersebut mencakup atas kedudukan yang sama dalam hukum, hak atas kehidupan yang layak, dan atas kehidupan bersekutu dan berkumpul, hak atas kebebasan mengeluarkan pendapat, hak atas kemerdekaan memeluk agama, hak untuk mendapatkan pengajaran dan sebagainya. Dengan dirumuskannya hak asasi dalam UUD 1945, mengandung pengertian bahwa UUD mewajibkan pemerintah dan lain-lain penyelenggara Negara untuk memelihara budi pekerti kemanusiaan yang luhur yang bersifat universal serta memegang teguh cita-cita moral rakyat yang luhur.

¹⁹³Setiap manusia memiliki hak. Hak yang telah diperoleh dan dibawanya sejak lahir yaitu hak asasi manusia. Hak asasi manusia berlaku sejak ia lahir di bumi tanpa perbedaan atas dasar bangsa, ras, agama, jenis kelamin.

sesuai dengan irah-irah putusan hakim “Demi Keadilan Berdasarkan Ketuhanan Yang Maha Esa”.¹⁹⁴ Rasulullah S.A.W bersabda: *Wahai Abu Hurairah, Keadilan satu jam lebih utama dari ibadahmu puluhan, Shalat, Zakat dan Puasa. Wahai Abu Hurairah, penyelewengan hukum satu jam lebih pedih dan lebih besar dalam pandangan Allah dari pada melakukan maksiat enam puluh tahun”*.

Allah berfirman dalam Al-Qur'an, surat An-Nisa:58, Sebagai berikut:

إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ إِنَّ اللَّهَ نِعِمَّا يَعِظُكُمْ بِهِ إِنَّ اللَّهَ كَانَ سَمِيعًا بَصِيرًا

Artinya:

*"Sesungguhnya, Allah menyuruh kamu menyampaikan amanat kepada yang berhak menerimanya, dan (menyuruh kamu) apabila menetapkan hukum di antara manusia supaya kamu menetapkan dengan adil. Sesungguhnya, Allah memberi pengajaran yang sebaik-baiknya kepadamu. Sesungguhnya, Allah adalah Maha Mendengar lagi Maha Melihat." – (QS.An Nisaa:58).*¹⁹⁵

Kemudian ditegaskan kembali dalam Al-Qur'an Surat An-Nisa:

135

يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ لِلَّهِ وَلَوْ عَلَىٰ أَنْفُسِكُمْ أَوِ الْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ إِنْ يَكُنْ غَنِيًّا أَوْ فَقِيرًا فَاللَّهُ أَوْلَىٰ بِهِمَا فَلَا تَتَّبِعُوا الْهَوَىٰ أَنْ تَعْدِلُوا وَإِنْ تَلُؤْا أَوْ تُعْرِضُوا فَإِنَّ اللَّهَ كَانَ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرًا

Artinya:

“Wahai orang-orang yang beriman, jadilah kamu orang-orang yang benar-benar penegak keadilan, menjadi saksi karena Allah biarpun terhadap dirimu sendiri atau ibu bapak dan kaum kerabatmu, jika ia kaya ataupun miskin, maka Allah lebih tahu

¹⁹⁴Bambang Sutiyoso, *Op. Cit*, halaman 5.

¹⁹⁵Al-Qur'an, Surah An-nisa, ayat 58.

*kemaslahatannya, maka janganlah kamu mengikuti hawa nafsu karena menyimpang dari kebenaran, Dan jika kamu memutarbalikkan (kata-kata) atau enggan menjadi saksi, maka sesungguhnya Allah adalah maha mengetahui segala apa yang kamu kerjakan.*¹⁹⁶

3. Keseimbangan Monodualistik

Permasalahan dalam pembaharuan hukum pidana di Indonesia, khususnya terkait dengan kriminalisasi tindak pidana zina adalah penerapan asas keseimbangan dalam kriminalisasi zina tersebut, di mana baik KUHP Warisan Kolonial Belanda maupun dalam RUU KUHP Tahun 2019, masih belum sampai kepada asas keseimbangan dimaksud, khususnya terkait delik yang diberlakukan, baik dalam KUHP warisan colonial Belanda maupun dalam RUU KIUHP-September 2019, masih menerapkan delik aduan bukan delik biasa.

Pembaharuan secara etimologis berarti suatu hal yang “lama” dan sedang dalam prosesnya untuk diperbaharui. Telah dijelaskan di awal bahwa kebijakan hukum pidana ialah suatu usaha untuk membuat peraturan (pidana) menuju yang lebih baik, tidak hanya melakukan pengaturan tingkah laku masyarakat, namun juga menciptakan masyarakat yang sejahtera. Hal ini berarti pembaharuan hukum pidana merupakan bagian yang tak terpisahkan dari kebijakan hukum pidana.

Usaha pembaharuan hukum di Indonesia yang sudah dimulai sejak proklamasi kemerdekaan tanggal 17 Agustus 1945, melalui Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 (UUD

¹⁹⁶Al-Qur'an , Surah An-nisa, ayat 135.

NRI 1945) tidak dapat dilepaskan dari landasan dan sekaligus tujuan nasional yang ingin dicapai seperti dirumuskan dalam Pembukaan UUD 1945, khususnya alinea ke empat.

Dari perumusan tujuan nasional yang tertuang dalam alinea ke empat UUD 1945 tersebut, dapat diketahui dua tujuan nasional yang utama yaitu: (1) untuk melindungi segenap bangsa Indonesia, dan (2) untuk memajukan kesejahteraan umum berdasarkan Pancasila. Hal itu berarti ada dua tujuan nasional, yaitu “perlindungan masyarakat” (*social defence*) dan “kesejahteraan masyarakat” (*social welfare*) yang menunjukkan adanya asas keseimbangan dalam tujuan pembangunan nasional¹⁹⁷.

Pembaharuan hukum pidana menuntut adanya penelitian dan pemikiran terhadap masalah sentral yang sangat fundamental dan sangat strategis. Termasuk dalam masalah kebijakan dalam menetapkan sanksi pidana, kebijakan menetapkan pidana dalam perundang-undangan. Kebijakan legislatif merupakan tahap yang paling strategis dilihat dari keseluruhan proses kebijakan, untuk mengoperasionalkan hukum pidana. Pada tahap inilah dirumuskan garis-garis kebijakan sistem pidana dan pemidanaan, yang sekaligus merupakan landasan legalitas bagi tahap-tahap berikutnya, yaitu tahap penerapan pidana oleh badan pengadilan dan tahap pelaksanaan pidana

¹⁹⁷ Barda Nawawi Arief, 2009, *Tujuan dan Pedoman Pemidanaan*, Badan Penerbit Universitas Diponegoro, Semarang, h. 43.

oleh aparat pelaksana pidana¹⁹⁸.

Latar belakang dan urgensi diadakannya pembaharuan hukum pidana dapat ditinjau dari aspek sosiopolitik, sosiofilosofis, sosiokultural, atau dari berbagai aspek kebijakan (khususnya kebijakan sosial, kebijakan kriminal, dan kebijakan penegakan hukum). Dengan demikian, 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 kriminal, dan kebijakan penegakan hukum di Indonesia¹⁹⁹. Singkatnya pembaharuan hukum pidana setidaknya harus menggunakan dua pendekatan, yaitu pendekatan kebijakan (*policy-oriented approach*) dan pendekatan nilai (*valueoriented approach*)²⁰⁰.

Tujuan Pemidanaan (*The Aim of Punishment*). Tujuan pemidanaan bertolak dari pemikiran bahwa sistem hukum pidana merupakan satu kesatuan sistem yang bertujuan (*“purposive system”* atau *“teleological system”*) dan pidana hanya merupakan

¹⁹⁸ Syaiful Bakhri, 2009, *Perkembangan Stelsel Pidana Indonesia*, Total Media, Yogyakarta, h. 87.

¹⁹⁹ Barda Nawawi Arief, *Op.Cit.*, h. 29.

²⁰⁰ Pendekatan yang dilakukan terhadap pembaharuan hukum pidana ini dilakukan berdasarkan urgensi diadakannya pembaharuan hukum pidana. Singkatnya pendekatan kebijakan terdiri dari; a. Kebijakan sosial yang bertujuan sebagai penyelesaian masalah-masalah sosial, dan dalam rangka mensejahterakan masyarakat; b. Kebijakan kriminal yang berarti melakukan perlindungan masyarakat (*social defence*) (khususnya sebagai upaya penanggulangan kejahatan); c. Kebijakan penegakan hukum dalam rangka mengefektifkan penegakan hukum. Serta dalam hal pendekatan nilai pada dasarnya merupakan pembaharuan hukum pidana terhadap muatan normatif dan substansif. Lihat Barda Nawawi Arief, *Ibid.* h. 29-30.

alat/sarana untuk mencapai tujuan, maka didalam konsep KUHP baru merumuskan tujuan pemidanaan yang bertolak pada keseimbangan dua sasaran pokok, yaitu “perlindungan masyarakat” (*general prevention*) dan “perlindungan/pembinaan individu” (*special prevention*)²⁰¹.

Perkembangan dari pendekatan yang berorientasi terhadap kebijakan ialah lamban datangnya, hal ini dikarenakan bila kita kembali ke awal pembahasan, kebijakan ini dilakukan oleh DPR yang pada dasarnya harus melewati proses legislasi, dan proses legislatif belum siap untuk pendekatan yang demikian. Serta masalah yang lain ialah proses kriminalisasi ini yang berlangsung terus menerus tanpa diadakannya suatu evaluasi mengenai pengaruhnya terhadap keseluruhan sistem. Hal ini mengakibatkan timbulnya: a. krisis kelebihan kriminalisasi; dan b. krisis kelampauan batas dari hukum pidana²⁰².

Kebijakan yang ditempuh oleh bangsa Indonesia dalam melaksanakan pembaruan hukum pidana, melalui dua jalur, yaitu:

- a. Pembuatan Konsep Rancangan Kitab Undang-Undang Hukum Pidana Nasional, yang maksudnya untuk menggantikan KUHP yang berlaku sekarang.
- b. Pembaruan perundang-undangan pidana yang maksudnya mengubah, menambah, dan melengkapi KUHP yang berlaku

²⁰¹ <http://www.legalitas.org/database/artikel/lain/pokokpokok%20pikiran%20penyusunan%20kuhp.pdf>, pokok-pokok pikiran penyusunan rancangan undang-undang tentang kitab undang-undang hukum pidana, diakses pada 20 Juli 2020.

²⁰² Lihat M. Cherif Bassiouni sebagaimana dikutip dalam Barda Nawawi Arie, h. 33-34.

sekarang.

Masalah utama dalam kebijakan kriminal ialah kriminalisasi, yakni proses diikatnya suatu perbuatan yang sebelumnya tidak diancam dengan sanksi pidana, menjadi perbuatan yang diancam dengan sanksi pidana. Kriminalisasi ini diakhiri dengan diundangkannya suatu perbuatan tersebut.

Jika tujuan pemidanaan bertolak dari keseimbangan dua sasaran pokok, maka syarat pemidanaan menurut didalam konsep KUHP baru juga bertolak dari keseimbangan mono-dualistik antara kepentingan masyarakat dan kepentingan individu. Oleh karena itu, syarat pemidanaan didasarkan pada dua pilar atau asas yang sangat fundamental, yaitu “*asas legalitas*” (yang merupakan asas kemasyarakatan) dan “*asas kesalahan atau culpabilitas*”²⁰³ (yang merupakan asas kemanusiaan atau individual). Bertolak dari ide perlindungan masyarakat, maka didalam konsep KUHP baru tetap mempertahankan jenis-jenis pidana berat, yaitu pidana mati (*capital punishment*) dan penjara seumur hidup (*life sentence*).

Namun dalam kebijakan formulasinya juga mempertimbangkan perlindungan/kepentingan individu (ide “*individualisasi pidana*”), yaitu dengan diadakannya ketentuan mengenai:

1. Penundaan pelaksanaan pidana mati atau pidana mati bersyarat

²⁰³ Andi Hamzah, 1986, *Sistem Pidana dan Pemidanaan di Indonesia*: dari retribusi ke reformasi, Pradnya Paramita, Jakarta, h. 45.

(conditional capital punishment);

2. Dapat diubahnya pidana penjara seumur hidup menjadi penjara 15 tahun apabila terpidana telah menjalani pidana minimal 10 tahun dengan berkelakuan baik, sehingga dimungkinkan terpidana mendapatkan “pelepasan bersyarat” (*“conditional release/ parole”*).

Sedangkan mengenai Pedoman atau Aturan Pemidanaan (*Sentencing Guidelines*) Masalah keseimbangan antara kepastian atau kekakuan dengan kelenturan (*elastisitas-fleksibilitas*)²⁰⁴ juga diimplementasikan dalam “pedoman dan aturan pemidanaan”, antara lain sebagai berikut²⁰⁵:

- a. Walaupun sanksi pidana dirumuskan secara tunggal (bersifat imperatif/kaku), namun hakim dapat memilih alternatif pidana lainnya yang tidak tercantum dalam perumusan delik atau mengenakan pidana secara kumulatif dengan pidana lain;
- b. Walaupun sanksi pidana dirumuskan secara alternatif, namun hakim dapat menjatuhkan sanksi pidana secara kumulatif;
- c. Walaupun sudah ada putusan pemidanaan yang berkekuatan tetap, masih dimungkinkan adanya modifikasi/perubahan/penyesuaian/p eninjauan kembali (asas *“modification of sanction”*; asas *“the alteration/annulment/ revocation of sanction”*) terhadap putusan tersebut berdasarkan:
 - 1) Adanya perubahan UndangUndang atau perubahan *“legislative policy”*;
 - 2) Adanya perubahan/perbaikan/ perkembangan pada diri terpidana.
- d. Walaupun pada prinsipnya konsep RUU KUHP bertolak dari ide keseimbangan, namun dalam hal ada perbenturan

²⁰⁴ Saleh, K. Wantjik, 1981, *Pelengkap KUHP: Perubahan KUH Pidana dan UU Pidana sampai dengan Akhir*, Ghalia Indonesia, Jakarta, h. 19.

²⁰⁵ <http://eclipping.unila.ac.id/2009/07/14/pemidanaanstruktural-dan-kuhp-baru/> Dakses Pada 09 Juni 2020, jam 12.00

antara kepastian hukum dan keadilan, konsep memberikan pedoman agar “dalam mempertimbangkan hukum yang akan diterapkan, hakim sejauh mungkin mengutamakan keadilan di atas kepastian hukum”.

Dalam berbagai bentuk tindak pidana (baik WvS maupun konsep baru KUHP) juga diatur tentang adanya “pelaku”, “yang menyuruh melakukan”, dan “turut serta melakukan” tindak pidana. Logika pertanggungjawaban struktural merupakan kaitan yang boleh jadi menginspirasi atau lalai baik terhadap pengawasan maupun tanggung jawab sehingga terjadinya tindak pidana. Artinya bahwa jelas dalam tindak pidana dan pertanggungjawaban pidana dapat melibatkan pihak lain selain pelaku secara individual. Pertanggungjawaban pidana dalam hal ini tidak bisa dilihat hanya dalam pelaksanaan tindak pidana, tetapi juga memperhatikan hubungan-hubungan psikologis dan historis pelaku tindak pidana, yang tetap harus dalam bingkai rasionalitas. Barda Nawawi mengistilahkan sebagai kebijakan integral dalam penanggulangan kejahatan untuk menyebut pentingnya sistem pembedaan struktural, yang mengandung arti pula kebijakan integral dalam sistem pembedaan.

C. Posisi Hukum Islam Dalam Pembangunan Sistem Hukum Pidana Di Indonesia

Dalam membicarakan Hukum Islam di tengah-tengah Hukum Nasional pusat perhatian akan ditujukan pada kedudukan Hukum Islam dalam sistem Hukum Nasional. Sistem Hukum Indonesia, sebagai akibat dari

perkembangan sejarahnya bersifat majemuk. Disebut demikian karena sampai sekarang di negara Republik Indonesia berlaku beberapa sistem hukum yang mempunyai corak dan susunan sendiri. Sistem hukum itu adalah sistem hukum Adat, sistem hukum Islam dan sistem hukum Barat²⁰⁶.

Sejak awal kehadiran Islam pada abad ke tujuh Masehi tata hukum Islam sudah dipraktikkan dan dikembangkan dalam lingkungan masyarakat dan peradilan Islam. Hamka mengajukan fakta berbagai karya ahli Hukum Islam Indonesia. Misalnya Shirat al-Thullab, Shirat alMustaqim, Sabil al-Muhtadin, Kartagama, Syainat al-Hukm, dan lain-lain²⁰⁷. Akan tetapi semua karya tulis tersebut masih bercorak pembahasan fiqh, masih bersifat doktrin hukum dan sistem fiqh Indonesia yang berorientasi kepada ajaran Imam Mazhab.

Pada era kekuasaan kesultanan dan kerajaan-kerajaan Islam peradilan agama sudah hadir secara formal. Ada yang bernama peradilan penghulu seperti di Jawa. Mahkamah Syar'iyah di Kesultanan Islam di Sumatera. Peradilan Qadi di Kesultanan Banjar dan Pontianak. Namun sangat disayangkan, walaupun pada masa Kesultanan telah berdiri secara formal peradilan Agama serta status ulama memegang peranan sebagai penasehat dan hakim, belum pernah disusun suatu buku hukum positif yang sistematis. Hukum yang diterapkan masih abstraksi yang ditarik dari kandungan doktrin

²⁰⁶ Mardani, *Kedudukan Hukum Islam Dalam Sistem Hukum Nasional*, Jurnal Hukum, No. 2, Vol. 16 April 2009, h. 267.

²⁰⁷ Hamka, 1974, *Antara Fakta dan Khayal "Tuanku Rao"*, Bulan Bintang, Jakarta, h. 324.

fiqih²⁰⁸.

Baru pada tahun 1760 VOC memerintahkan D.W. Freijer untuk menyusun hukum yang kemudian dikenal dengan Compendium Freijer. Compendium ini dijadikan rujukan hukum dalam menyelesaikan sengketa yang terjadi dikalangan masyarakat Islam di daerah yang dikuasai VOC²⁰⁹.

Penggunaan Compendium Freijer tidak berlangsung lama. Pada tahun 1800 VOC menyerahkan kekuasaan kepada Pemerintah Hindia Belanda. Bersamaan dengan itu lenyap dan tenggelam compendium itu. Lahirlah politik hukum baru, yang didasarkan atas teori resepsi atau teori konflik Snouck Hurgronje dan van Vollenhoven. Sejak itu secara sistematis, dengan menjaga hukum Islam dipencilkan. Sebagai gantinya digunakan dan ditampilkan hukum adat. Pemerintah Hindia Belanda mencoba melaksanakan hanya dua sistem hukum yang berlaku, yaitu hukum adat untuk golongan Bumiputera dan hukum barat bagi golongan Eropa.

Upaya paksaan untuk melenyapkan peran hukum Islam, terakhir ditetapkan dalam Staatsblad 1937 Nomor 116. Aturan ini merupakan hasil usaha komisi Ter Haar, yang di dalamnya memuat rekomendasi: (1) Hukum kewarisan Islam belum diterima sepenuhnya oleh masyarakat. (2) Mencabut wewenang Peradilan Agama (Raad Agama) untuk mengadili perkara kewarisan, dan wewenang ini dialihkan kepada Landraad. (3) Pengadilan Agama ditempatkan di bawah pengawasan Landraad. (4) Putusan

²⁰⁸ Mardani, *op.cit*, h. 268.

²⁰⁹ Supomo dan Djoko Sutowo, 1955, *Sejarah Politik Hukum Adat 1609 – 1848*, Djambatan, Jakarta, h. 26.

Pengadilan Agama tidak dapat dilaksanakan tanpa *executoir verklaring* dari ketua Landraad²¹⁰.

Setelah Indonesia merdeka, walaupun aturan peralihan menyatakan bahwa hukum yang lama masih berlaku selama jiwanya tidak bertentangan dengan UUD 1945, seluruh peraturan pemerintahan Belanda yang berdasarkan teori *receptie* tidak berlaku lagi karena jiwanya bertentangan dengan UUD 1945. Teori *receptie* harus *exit* karena bertentangan dengan al-Qur'an dan *sunnah Rasul*²¹¹. Hazairin menyebut teori *receptie* sebagai teori Iblis.

Berdasarkan pendapatnya ini, Hazairin mengembangkan teori yang disebutnya sebagai teori *receptie exit*. Pokok-pokok pikiran Hazairin tersebut adalah²¹²: 1) Teori *receptie* telah patah, tidak berlaku dan *exit* dari tata negara Indonesia sejak tahun 1945 dengan merdekanya bangsa Indonesia dan mulai berlakunya UUD 1945. 2) Sesuai dengan UUD 1945 Pasal 29 ayat 1 maka negara Republik Indonesia berkewajiban, membentuk hukum nasional Indonesia yang bahannya hukum agama. Negara mempunyai kewajiban kenegaraan untuk itu. 3) Hukum agama yang masuk dan menjadi hukum nasional Indonesia bukan hukum Islam saja, melainkan juga hukum agama lain untuk pemeluk agama lain. Hukum agama di bidang

²¹⁰ M. Yahya Harahap, 1999, *Informasi Materi Kompilasi Hukum Islam: "Memposisikan Abstraksi Hukum Islam"*, dalam, *Kompilasi Hukum Islam dan Peradilan Agama dalam Sistem Hukum Nasional*, Logos, Jakarta, h. 27.

²¹¹ Ichtijanto, 1991, "Pengembangan Teori Berlakunya Hukum Islam di Indonesia", dalam, *Hukum Islam di Indonesia Perkembangan dan Pembentukan*, Rosdakarya, Bandung, h. 128.

²¹² Amiur Nuruddin dan Azhari Akmal Tarigan, 2004, *Hukum Perdata Islam di Indonesia*, Kencana, Jakarta, h. 17.

hukum perdata diserap dan hukum pidana diserap menjadi hukum nasional Indonesia. Itulah hukum baru Indonesia dengan dasar Pancasila.

Di samping Hazairin, seorang tokoh yang juga menentang teori *receptie* adalah Sayuti Thalib yang menulis buku *Receptie a Contrario: Hubungan Hukum Adat dengan Hukum Islam*. Teori ini mengandung sebuah pemikiran bahwa, hukum adat baru berlaku kalau tidak bertentangan dengan hukum Islam. Melalui teori ini jiwa pembukaan dan UUD 1945 telah mengalahkan Pasal 134 ayat 2 *Indische Staatsregeling* itu²¹³.

Menurut Ismail Sunny setelah Indonesia merdeka dan UUD 1945 berlaku sebagai dasar negara kendati tanpa memuat ketujuh kata dari Piagam Jakarta maka teori *receptie* dinyatakan tidak berlaku lagi dan kehilangan dasar hukumnya. Selanjutnya hukum Islam berlaku bagi bangsa Indonesia yang beragama Islam sesuai dengan pasal 29 UUD 1945. Era ini disebut Sunny sebagai *Periode Penerimaan Hukum Islam* sebagai sumber *Persuasif (Persuasive source)*²¹⁴.

Selanjutnya dengan ditematkannya Piagam Jakarta dalam Dekrit Presiden RI tanggal 5 Juli 1959, maka era ini dapat dikatakan era penerimaan hukum Islam sebagai sumber otoritatif (*authoritative source*). Sehingga sering kali disebut bahwa Piagam Jakarta menjiwai Undang-Undang Dasar 1945 dan merupakan suatu rangkaian kesatuan dalam konstitusi tersebut. Kata menjiwai bisa bermakna negatif dalam arti tidak

²¹³ Sayuti Thalib, 1985, *Receptie a Contrario*, Bina Aksara, Jakarta, h. 37-40.

²¹⁴ Ismail Sunny, 1988, "Tradisi dan Inovasi Keislaman di Indonesia dalam Bidang Hukum Islam", dalam, *Hukum Islam dalam Tata Masyarakat Indonesia*, Cik Hasan Bisri (ed), Logos Publishing, Jakarta, h. 96.

boleh dibuat perundang-undangan dalam negara RI yang bertentangan dengan syari'at Islam bagi pemeluk-pemeluknya. Secara positif maknanya adalah pemeluk-pemeluk yang beragama Islam diwajibkan menjalankan syari'at Islam. Untuk itu diperlukan undang-undang yang akan memberlakukan hukum Islam dalam hukum nasional.

1. Kontribusi Hukum Islam dalam Pembangunan Hukum Nasional

Kata hukum Islam tidak ditemukan sama sekali di dalam al-Qur'an dan literatur hukum dalam Islam. Yang ada dalam al-Qur'an adalah kata syari'ah, fiqh, hukum Allah dan yang seakar dengannya. Kata-kata hukum Islam merupakan terjemahan dari term "Islamic Law" dari literatur Barat.

Dalam penjelasan tentang hukum Islam dari literatur Barat ditemukan definisi hukum Islam yaitu: keseluruhan kitab Allah yang mengatur kehidupan setiap muslim dalam segala aspeknya²¹⁵. Dari definisi ini arti hukum Islam lebih dekat dengan pengertian syariah.

Hasbi Asy-Syiddiqy memberikan definisi hukum Islam dengan "koleksi daya upaya fuqaha dalam menerapkan syari'at Islam sesuai dengan kebutuhan masyarakat"²¹⁶. Pengertian hukum Islam dalam definisi ini mendekati kepada makna fiqh.

Untuk lebih memberikan kejelasan tentang arti hukum Islam, perlu diketahui lebih dahulu arti dari kata "hukum". Sebenarnya tidak

²¹⁵ Lihat Joseph Schacht, 1964, *An Introduction to Islamic Law*, University Press, Oxford, h. 1.

²¹⁶ Muhammad Hasbi Ash-Shiddiqy, 1993, *Falsafah Hukum Islam*, Bulan Bintang, Jakarta, h. 44.

ada arti yang sempurna tentang hukum. Namun, untuk mendekatkan kepada pengertian yang mudah dipahami, meski masih mengandung kelemahan, definisi yang diambil oleh Muhammad Muslehuddin dari *Oxford English Dictionary* perlu diungkapkan. Menurutnya, hukum adalah “*the body of rules, whether proceeding from formal enactment or from custom, which a particular state or community recognizes as binding on its members or subjects*”²¹⁷. (Sekumpulan aturan, baik yang berasal dari aturan formal maupun adat, yang diakui oleh masyarakat dan bangsa tertentu sebagai mengikat bagi anggotanya).

Bila hukum dihubungkan dengan Islam, maka hukum Islam berarti: “Seperangkat peraturan berdasarkan wahyu Allah dan Sunnah Rasul tentang tingkah laku manusia mukallaf yang diakui dan diyakini berlaku dan mengikat untuk semua umat yang beragama Islam”²¹⁸.

Dari definisi yang dikemukakan di atas dapat dipahami bahwa hukum Islam mencakup Hukum Syari’ah dan Hukum Fiqh, karena arti syarak dan fiqh terkandung di dalamnya.

Sebagai upaya pembinaan dan pembangunan hukum nasional, hukum Islam telah memberikan kontribusi yang sangat besar, paling tidak dari segi jiwanya. Pernyataan ini diperkuat oleh beberapa argumen²¹⁹.

²¹⁷ AS. Honrby, 1986, *Oxford Advanced Learner’s Dictionary of Current English*, Oxford University Press, Britain, h. 478.

²¹⁸ Amir Syarifuddin, 1992, “Pengertian dan Sumber Hukum Islam”, dalam *Falsafah Hukum Islam*, Bumi Aksara, Jakarta, h. 14.

²¹⁹ M. Yasir, Pelaksanaan Perwakafan di Indonesia, Permasalahan dan Pemecahannya, Fakultas Syariah UIN Jakarta; Jurnal Ahkam No. 16/VII/2005. h. 275;

1. UU No. 1 tahun 1974 tentang Perkawinan. Pada Pasal 2 Undang-undang ini, ditulis bahwa perkawinan adalah sah apabila dilakukan menurut hukum masing-masing agamanya. Sementara dalam pasal 63 menyatakan bahwa, yang dimaksud pengadilan dalam Undang-undang ini adalah Pengadilan Agama bagi mereka yang beragama Islam.
2. Di dalam UU No.2 tahun 1989 tentang Sistem Pendidikan Nasional, disebutkan bahwa dalam rangka pembangunan manusia seutuhnya adalah beriman dan bertakwa kepada Tuhan Yang Maha Esa, berbudi pekerti luhur, mempunyai ilmu pengetahuan dan keterampilan, sehat rohani, mempunyai kepribadian yang mantap dan mandiri, mempunyai rasa tanggung jawab kemasyarakatan dan kebangsaan.
3. UU No. 7 tahun 1989 tentang Peradilan Agama. Undang-undang ini membuktikan bahwa Peradilan Agama sudah sepantasnya hadir, tumbuh, serta dikembangkan di bumi Indonesia. Hal ini membuktikan adanya kontribusi umat Islam sebagai umat yang mayoritas.
4. Kompilasi Hukum Islam (KHI), meski tidak terbentuk undang-undang, melainkan Instruksi Presiden Nomor 1 Tahun 1991. Kompilasi ini sangat membantu para hakim dalam memutuskan perkara, terutama di Peradilan Agama.
5. PP No.28 tahun 1978 tentang Perwakafan Tanah Milik, di samping UU No.5 tahun 1960 sebagai pengaturan pokok masalah pertanahan di Indonesia. Sebagai pelaksanaannya telah dikeluarkan juga Peraturan Menteri Agama No. Tahun 1978 tentang Peraturan Pelaksana PP No. 28 tahun 1978. Untuk pelaksanaan tersebut telah dikeluarkan beberapa peraturan sebagai berikut : 1. Keputusan Menteri Agama No. 73 tahun 1978 tentang Pendelegasian Wewenang kepada Kepala Kanwil Departemen Agama Propinsi/Setingkat di seluruh Indonesia untuk mengangkat/memberhentikan Kepala KUA Kecamatan sebagai PAIW; 2. Instruksi bersama Menteri Agama dan Menteri Dalam Negeri masing-masing No. 1 tahun 1978 tentang Pelaksanaan Peraturan Pemerintah No. 28 tahun 1978; 3. Instruksi Menteri Agama No. 3 tahun 1979 tentang Petunjuk Pelaksanaan Keputusan Menteri Agama No. 73 tahun 1978 tentang Pendelegasian Wewenang kepada Kepala Kanwil Dep. Agama Propinsi/Setingkat untuk mengangkat/memberhentikan setiap Kepala KUA Kec. sebagai PPAIW; 4. Peraturan Direktur Jenderal Bimas Islam dan Urusan Haji No. D.II/5/Ed/14/1980 tentang Pemakaian Bea Materai dengan lampiran rekaman Surat Direktorat Jenderal Pajak No. S-629/ PJ.331/1080 tentang

Ketentuan Menteri Keuangan atas tanda-tanda sebagai dimaksud dalam Peraturan Menteri Agama No. 1 Th. 1978 tentang Peraturan Pelaksanaan PP No. 28 Th. 1977; 5. Peraturan Menteri Dalam Negeri Nomor 6 tahun 1977 tentang Tata Cara Pendaftaran Tanah mengenai Perwakafan Tanah Milik; 6. Surat Dirjen Bimas Islam dan Urusan Haji No. D.II/5/Ed/07/1981 tentang Pendaftaran Perwakafan Tanah Milik; 7. Surat Dirjen Bimas Islam dan Urusan Haji No. D.II/5/Ed/11/1981 tentang Petunjuk Pengisian nomor pada formulir Perwakafan Tanah Milik.

Hukum Islam sebagai tatanan hukum yang dipedomani dan ditaati oleh mayoritas penduduk dan masyarakat Indonesia adalah hukum yang telah hidup dalam masyarakat, dan merupakan sebagian dari ajaran dan keyakinan Islam yang eksis dalam kehidupan hukum nasional, serta merupakan bahan dalam pembinaan dan pengembangannya.

Sejarah perjalanan hukum di Indonesia, kehadiran hukum Islam dalam hukum nasional merupakan perjuangan eksistensi. Teori eksistensi merumuskan keadaan hukum nasional Indonesia, masa lalu, masa kini, dan masa datang, menegaskan bahwa hukum Islam itu ada dalam hukum nasional Indonesia, baik tertulis maupun yang tidak tertulis. Ia ada dalam berbagai lapangan kehidupan hukum dan praktik hukum.

Teori eksistensi, dalam kaitannya dengan hukum Islam adalah teori yang menerangkan tentang adanya hukum Islam dalam hukum nasional Indonesia, yaitu: (1) Ada, dalam arti sebagai bagian integral dari hukum nasional Indonesia; (2) Ada, dalam arti kemandiriannya

yang diakui, adanya kekuatan dan wibawanya, dan diberi status sebagai hukum nasional; (3) Ada, dalam arti hukum nasional dan norma hukum Islam yang berfungsi sebagai penyaring bahan-bahan hukum nasional di Indonesia; (4) Ada, dalam arti sebagai bahan utama dan unsur utama.

Jadi, secara eksistensial, kedudukan hukum Islam dalam hukum nasional merupakan sub sistem dari hukum nasional. Karenanya, hukum Islam juga mempunyai peluang untuk memberikan sumbangan dalam rangka pembentukan dan pembaharuan hukum nasional, meski harus diakui problema dan kendalanya yang belum pernah usai.

Secara sosiologis, kedudukan hukum Islam di Indonesia melibatkan kesadaran keberagaman bagi masyarakat, penduduk yang sedikit banyak berkaitan pula dengan masalah kesadaran hukum, baik norma agama maupun norma hukum, selalu sama-sama menuntut ketaatan.

Dengan demikian, jelaslah bahwa hubungan antara keduanya sangat erat. Keduanya sama-sama menuntut ketaatan dan kepatuhan dari warga masyarakat. Keduanya harus dikembangkan secara searah, serasi, dan seimbang. Keduanya tidak boleh dibiarkan saling bertentangan.

2. Prospek Hukum Pidana Islam di Indonesia dan Tantangannya

Harapan untuk mengembangkan syariat Islam di Indonesia sudah

lama terniatkan, sejak hukum pidana positif berkembang pada zaman pemerintahan Hindia Belanda. Para perumus bangsa (The Founding Fathers) kita sudah merencanakan untuk diberlakukannya syariat Islam di Indonesia. Namun, dengan mendasarkan pada pluralitas penduduk Indonesia, rencana itu tidak terwujud dan kemudian menjadikan Pancasila sebagai dasar negara Indonesia. Perkembangan politik hukum di Indonesia sudah menjalani pertumbuhan dengan memperhatikan pengaruh dari faktor nilai- nilai kemasyarakatan dan keagamaan. Maka sudah waktunya para ulama dan kaum cendekiawan Muslim turut menegaskan kaidah agama, agar para penganutnya tidak lagi melanggar ajaran agamanya dengan cara self inforcement. Penegakan hukum (kaidah) agama secara preventif ini sangat membantu pemantapan pola penegakan hukum (law enforcement) negara secara preventive repesive. Tujuannya adalah agar masyarakat memahami dan menaati kaidah hukum negara dan kaidah agama sekaligus. Dengan demikian, syariah Islam bukan hanya didakwahkan, tetapi juga dilaksanakan melalui penegakan hukum preventif (bukan represif) guna mengisi kelemahan hukum pidana positif²²⁰.

Hukum pidana yang berlaku di Indonesia hingga sekarang ini masih merupakan warisan dari pemerintahan Hindia Belanda. Sejak awal abad ke-19 Hindia Belanda memberlakukan kodifikasi hukum

²²⁰ A. Malik Fajar, 2001, "Potret Hukum Pidana Islam; Deskripsi, Analisis Perbandingan dan Kritik Konstruktif", dalam Jaenal Aripin dan M. Arskal Salim GP (ed.), *Pidana Islam di Indonesia: Peluang, Prospek, dan Tantangan*, Pustaka Firdaus. Jakarta. h. 18.

pidana yang pada mulanya masih pluralistis, yakni Undang-undang Hukum Pidana untuk orang-orang Eropa dan Kitab Undang-undang Hukum Pidana untuk orang-orang Bumiputra serta yang dipersamakan (inlanders). Mulai tahun 1918 di Indonesia diberlakukan satu Kitab Undang-undang Hukum Pidana untuk seluruh golongan yang ada di Hindia Belanda (unifikasi hukum pidana) hingga sekarang²²¹.

Sejak Indonesia merdeka kitab hukum pidana itu diterjemahkan ke dalam bahasa Indonesia menjadi Kitab Undang-undang Hukum Pidana (KUHP). KUHP dinyatakan berlaku melalui dasar konstitusional pasal II dan IV Aturan Peralihan UUD 1945 dengan Undang-undang No. 1 tahun 1946. Dalam pasal III disebutkan bahwa perkataan *Nederlandsch-Indie* atau *Nederlandsch-Indisch* (e) (en) harus dibaca dengan “Indonesie” atau “Indonesche”, yang selanjutnya menjadi Indonesia. Dalam pasal VI (1) dinyatakan bahwa *Wetboek van Strafrecht voor Nederlandsch-Indie* diubah menjadi *Wetboek van Strafrecht*. Kemudian dalam ayat (2) kitab hukum itu diterjemahkan menjadi Kitab Undang-undang Hukum Pidana (KUHP). Inilah yang menjadi dasar sehingga UU No. 1 tahun 1946 disebut dengan UU KUHP. UU ini berlaku secara resmi untuk seluruh wilayah Indonesia dengan UU No. 73 tahun 1958²²².

²²¹ Bustanul Arifin, *Hukum Pidana (Islam) dalam Lintasan Sejarah*, dalam Jaenal Aripin dan M. Arskal Salim GP (ed.), 2001, *Pidana Islam di Indonesia: Peluang, Prospek, dan Tantangan*, Pustaka Firdaus. Jakarta. h.46.

²²² Abdul Gani Abdullah, “Eksistensi Hukum Pidana Islam dalam Reformasi Sistem Hukum Nasional” dalam Jaenal Aripin dan M. Arskal Salim GP (ed.), 2001, *Pidana Islam di Indonesia: Peluang, Prospek, dan Tantangan* Pustaka Firdaus. Jakarta, h. 246.

Untuk Hukum Pidana Islam (HPI), yang menurut asas legalitas dikategorikan sebagai hukum tidak tertulis, masih dapat diakui di Indonesia secara konstitusional sebagai hukum, dan masih terus berlaku menurut pasal II Aturan Peralihan UUD 1945. Namun demikian, ketentuan dasar itu belum ditindaklanjuti dengan instrument untuk masuk ke dalam wujud instrumen asas legalitas. Seperti halnya KUHP di atas, posisi HPI belum terdapat kepastian untuk menjawab pertanyaan teoritis, mana hukum pidana yang dapat ditegakkan?²²³.

Ketiadaan HPI secara tertulis di Indonesia menjadi penyebab belum dapat terpenuhinya HPI secara legal sesuai dengan pertanyaan tersebut. Karena itulah HPI harus benar-benar disiapkan secara tertulis sebagaimana hukum positif lainnya, bukan langsung mendasarkannya pada sumber hukum Islam, yakni al-Quran, Sunnah, dan ijtihad pada ulama (kitab-kitab fikih). Hingga sekarang ini sebenarnya muncul keinginan di hati sebagian umat Islam Indonesia keinginan untuk diberlakukannya hukum Islam secara utuh di Indonesia, termasuk dalam bidang hukum pidana. Hal ini didasari oleh anggapan bahwa dengan diberlakukannya hukum pidana Islam, maka tindak pidana yang semakin hari semakin merebak di tengah-tengah masyarakat sedikit demi sedikit dapat berkurang. Sanksi yang tidak sepadan yang diberikan kepada para pelaku tindak pidana selama ini tidak membuat jera mereka untuk mengulangnya. Karena itu, sanksi yang tegas

²²³ *Loc.cir.*

seperti yang ada dalam HPI nampaknya merupakan alternatif terbaik yang dapat mengatasi permasalahan tindak pidana di Indonesia²²⁴.

Telah bertahun-tahun di negara kita diupayakan pembuatan KUHP yang baru yang dapat disebut KUHP Indonesia. Upaya ini mendapatkan hasil dengan disiapkannya RUU KUHP yang baru. Dalam RUU ini juga termuat materi-materi yang bersumberkan pada hukum pidana Islam, meskipun tidak secara keseluruhan. RUU ini juga sudah beberapa kali dibahas dalam berbagai kesempatan, termasuk dalam forum sidang-sidang di DPR, namun hingga saat ini belum ada kata sepakat di kalangan para pengak hukum kita tentang materi atau pasal-pasal yang menjadi isi dari RUU tersebut²²⁵.

Pengintegrasian HPI ke dalam hukum pidana nasional, seperti yang terlihat pada beberapa pasal dalam RUU KUHP, merupakan suatu pemikiran yang cukup bijak. Namun, jika secara eksplisit hal ini tidak bisa dilakukan, minimal prinsip-prinsip utamanya dapat terwujud dalam hukum pidana kita. Misalnya, tindak pidana perzinaan dan meminum minuman keras tidak mesti harus dihukum dengan hukuman rajam atau hukuman cambuk empat puluh kali kepada pelakunya. Yang paling prinsip adalah bagaimana kedua contoh bentuk perbuatan itu dianggap sebagai tindak pidana yang tidak sesuai dengan prinsip dan moralitas Islam. Hal ini, menurut Masykuri Abdullah ²²⁶ .

²²⁴ *Ibid.*

²²⁵ *Ibid.*

²²⁶ M. Arskal Salim, "Politik Hukum Pidana Islam di Indonesia: Eksistensi Historis, Kontribusi Fungsional dan Prospek Masa Depan", dalam Jaenal Aripin dan M. Arskal Salim GP

merupakan proses dari strategi legislasi hukum Islam yang bersifat gradual yang sejalan dengan kaidah fikih: Ma la yudraku kulluh la yutraku kulluh (sesuatu yang tidak dapat dicapai seluruhnya, tidak boleh ditinggalkan seluruhnya). Langkah ini bukanlah yang paling ideal, tetapi cukup memberikan harapan untuk dimulainya pemberlakuan HPI di Indonesia secara bertahap. Tawaran seperti ini barangkali juga dapat memuaskan sementara pihak yang kerap kali menolak setiap upaya pemberlakuan hukum Islam di Indonesia. Pandangan Masykuri seperti di atas belum tentu dapat diterima oleh semua kalangan umat Islam di Indonesia. Ada sebagian dari mereka yang menginginkan diberlakukannya HPI secara penuh sesuai dengan ketentuan yang pasti (qath'iy) dari al-Quran dan Sunnah Nabi. Pemberlakuan HPI dalam aspek fundamentalnya saja, seperti di atas, bukan harapan mereka, namun juga harus menyertakan aspek instrumentalnya. Karena itulah, yang mereka harapkan adalah dimasukkannya ketentuan-ketentuan pokok HPI dalam hukum pidana nasional, jika tidak bisa diberlakukan HPI secara khusus. Perlu ditambahkan bahwa pembaharuan sistem hukum pidana nasional melalui pembahasan RUU KUHP sekarang ini harus diakui sebagai upaya untuk mengakomodasi aspirasi sebagian besar umat beragama di Indonesia²²⁷.

(ed.), 2001, *Pidana Islam di Indonesia: Peluang, Prospek, dan Tantangan*, Pustaka Firdaus, Jakarta, h. 259.

²²⁷ Loc.cir.

Berbagai delik tentang agama ataupun yang berkaitan dengan agama mulai dirumuskan dalam RUU tersebut, misalnya tentang penghinaan agama, merintangi ibadah atau upacara keagamaan, merusak bangunan ibadah, penghinaan terhadap Tuhan, penodaan terhadap agama dan kepercayaan, dan lain sebagainya. Rumusan semacam ini tidak mungkin didapati dalam hukum pidana yang diberlakukan di negara-negara sekular, sebab urusan agama bukan urusan negara dan menjadi hak individu masing-masing warga negara. Selain beberapa pasal yang terkait dengan delik agama, dalam rancangan tersebut juga dimasukkan pasal-pasal baru yang berkaitan dengan delik kesusilaan, seperti berbagai bentuk persetubuhan di luar pernikahan yang sah atau yang melanggar ketentuan agama. Tentu saja masih banyak pasal-pasal lain yang terkait dengan materi HPI dalam RUU KUHP tersebut. Langkah seperti di atas merupakan upaya positif pemerintah untuk memberlakukan ketentuan hukum sesuai aspirasi masyarakat, khususnya umat Islam.²² Namun, hingga sekarang langkah ini belum terwujud. Pembahasan masalah ini sudah memakan waktu yang cukup lama.

BAB III

KEBIJAKAN FORMULASI TINDAK PIDANA ZINA DALAM KUHP DIBANDINGKAN DENGAN KETENTUAN MENURUT HUKUM ISLAM

A. Kebijakan Formulasi Tindak Pidana Zina Dalam KUHP

Istilah kebijakan berasal dari bahasa Inggris yakni *Policy* atau dalam bahasa Belanda *Politiek*, yang secara umum dapat diartikan sebagai prinsip-prinsip umum yang berfungsi untuk mengarahkan pemerintah (dalam arti luas termasuk pula aparat penegak hukum dalam mengelola, mengatur, atau menyelesaikan urusan-urusan publik, masalah-masalah masyarakat atau bidang-bidang penyusunan peraturan perundang-undangan dan pengaplikasian hukum/peraturan, dengan tujuan (umum) yang mengarah pada upaya mewujudkan kesejahteraan atau kemakmuran masyarakat (warga negara)²²⁸.

Bertolak dari kedua istilah asing tersebut, maka istilah kebijakan hukum pidana dapat pula disebut dengan istilah politik hukum pidana. Dalam kepustakaan asing istilah politik hukum pidana ini sering dikenal dengan berbagai istilah, antara lain *penal policy*, *criminal law policy* atau *staft rechts politiek*²²⁹. Dalam Kamus Besar Bahasa Indonesia memberikan arti terhadap istilah politik dalam 3 (tiga) batasan pengertian, yaitu:

1. Pengetahuan mengenai ketatanegaraan (seperti sistem pemerintahan, dasar-dasar pemerintahan);
2. Segala urusan dan tindakan (kebijakan, siasat dan sebagainya

²²⁸ Barda Nawawi Arief, 2010, *Bunga Rampai Kebijakan Hukum Pidana*, PT. Citra Aditya Bakti, Bandung, h. 23-24.

²²⁹ Aloysius Wisnubroto, 1999, *Kebijakan Hukum Pidana dalam Penanggulangan Penyalahgunaan Komputer*, Universitas Atmajaya, Yogyakarta, h. 10.

3. Cara bertindak (dalam menghadapi atau menangani suatu masalah) kebijakan²³⁰.

Mengkaji politik hukum pidana akan terkait dengan politik hukum.

Politik hukum terdiri atas rangkaian kata politik dan hukum. Menurut Sudarto, istilah politik dipakai dalam berbagai arti, yaitu:

1. Perkataan politiek dalam bahasa Belanda, berarti sesuatu yang berhubungan dengan negara;
2. Berarti membicarakan masalah kenegaraan atau berhubungan dengan negara²³¹.

Selanjutnya, definisi politik hukum menurut Bellefroid, sebagai berikut:

Politik hukum merupakan cabang dari salah satu cabang (bagian) dari ilmu hukum yang menyatakan politik hukum bertugas untuk meneliti perubahan-perubahan mana yang perlu diadakan, terhadap hukum yang ada atas memenuhi kebutuhan-kebutuhan baru di dalam kehidupan masyarakat²³². Politik hukum tersebut merumuskan arah perkembangan tertib hukum, dari *ius contitutum* yang telah ditentukan oleh kerangka landasan hukum yang dahulu, maka politik hukum berusaha untuk menyusun *Ius constituendum* atau hukum pada masa yang akan datang. Menurut Utretch, politik hukum menyelidiki perubahan-perubahan apa yang harus diadakan dalam hukum yang sekarang berlaku supaya sesuai dengan kenyataan sosial²³³. Politik hukum membuat suatu *Ius constituendum* (hukum yang akan berlaku) dan

²³⁰ Departemen Pendidikan dan Kebudayaan, 1998, *Kamus Besar Bahasa Indonesia*, Balai Pustaka, Jakarta, h. 780.

²³¹ Teguh Prasetyo dan Abdul Halim Barkatullah, 2005, *Politik Hukum Pidana : Kajian Kebijakan Kriminalisasi dan Dekriminalisasi*, Pustaka Pelajar, Yogyakarta, h. 11.

²³² Bellefroid dalam Moempoeni Martojo, 2000, *Politik Hukum dalam Sketsa*, Fakultas Hukum UNDIP, Semarang, h. 35.

²³³ Abdul Latif dan Hasbih Ali, 2011, *Politik Hukum*, PT. Sinar Grafika, Jakarta, h. 22-23.

berusaha agar *Ius constituendum* itu pada suatu hari berlaku sebagai *Ius constitutum* (hukum yang berlaku yang baru).

Satjipto Rahardjo, mengemukakan bahwa politik hukum adalah aktivitas memilih dan cara yang hendak dipakai untuk mencapai suatu tujuan sosial dan hukum tertentu dalam masyarakat. Secara substansial politik hukum diarahkan pada hukum yang seharusnya berlaku (*Ius constituendum*). Sedangkan pengertian Politik hukum menurut Muchtar Kusumatmadja, adalah kebijakan hukum dan perundang-undangan dalam rangka pembaruan hukum. Proses pembentukan hukum harus dapat menampung semua hal yang relevan dengan bidang atau masalah yang hendak diatur dalam undang-undang itu, apabila perundang-undangan itu merupakan suatu pengaturan hukum yang efektif²³⁴.

Menurut Padmo Wahjono, Politik hukum adalah kebijakan penyelenggara negara yang bersifat mendasar dalam menentukan arah, bentuk maupun isi dari hukum yang akan dibentuk dan tentang apa yang dijadikan kriteria untuk menghukum sesuatu, dengan kata lain politik hukum berkaitan dengan hukum yang berlaku di masa mendatang (*Ius constituendum*)²³⁵.

Menurut Moh. Mahfud MD, politik hukum adalah arahan atau garis resmi yang dijadikan dasar pijakan dan cara untuk membuat dan

²³⁴ *Ibid*, h.24.

²³⁵ Imam Syaukani dan A. Ahsin Thoari, 2010, *Dasar-Dasar Politik Hukum*, PT. Raja Grafindo Persada, Jakarta, h. 26-27.

melaksanakan hukum dalam rangka mencapai tujuan bangsa dan negara²³⁶. namun pernyataan pertama paradoks dengan pernyataan selanjutnya, Moh. Mahfud MD, menyatakan bahwa politik hukum adalah kristalisasi dari kehendak-kehendak politik yang saling bertentangan dalam pemberlakuan hukum, sehingga latar belakang politik tertentu melahirkan hukum dengan karakter tertentu²³⁷.

Berdasarkan uraian teoritis dan empiris di masyarakat, *Politik hukum, menurut hemat penulis, adalah cara membuat dan melaksanakan hukum dalam rangka mewujudkan dasar negara yang telah disepakati di dalam konstitusi negara*. Gambaran nyata bahwa hukum (baca undang-undang) yang tidak didasarkan kepada dasar negara, adalah banyaknya undang-undang yang bermuara di Mahkamah Konstitusi. Konfigurasi politik (partai politik) memang cara lahirnya hukum, karena jika tidak ada konfigurasi, maka akan sulit untuk lahirnya suatu hukum, terkecuali di parlemen (DPR) ada partai politik yang memiliki kursi lebih dari 50% sebagai partai pemenang pemilu, maka tanpa konfigurasi-pun partai pemenang pemilu tersebut dapat membuat hukum. Namun demikian sekali-pun konfigurasi terjadi dengan mayoritas partai politik di parlemen, tidak dapat menjamin bahwa produk hukum dapat disahkan, sebagai contoh, Rancangan Undang-

²³⁶ Mohamad Mahfud MD, 2006, *Politik Hukum Menuju Pembangunan Sistem Hukum Nasional*, tulisan ini menggambarkan bahwa perubahan-perubahan karakteristik produk hukum dan politik hukum dipengaruhi oleh perubahan-perubahan konfigurasi politik (partai politik) Makalah disampaikan pada Seminar Arah Pembangunan Hukum Menurut UUD 1945 Hasil Amandemen, Badan Pembinaan Hukum Nasional, Departemen Hukum dan HAM RI, Jakarta, h. 3. lihat Sri Endah Wahyuningsih, 2018, *Model Pengembangan Asas Hukum Pidana Dalam KUHP Berbasis Nilai – Nilai Ketuhanan Yang Maha Esa*, Penerbit Fastindo, Semarang, h. 29.

²³⁷ Moh. Mahfud M.D, 2001, *Politik dan Hukum di Indonesia*, Pustaka LP3ES, Jakarta, h. 6.

undang Haluan Ideologi Pancasila (RUU-HIP), karena disinyalir bertentangan dan/atau akan merubah dasar negara, maka RUU-HIP menjadi kontroversi dan mengundang rakyat ke jalan untuk melakukan unjuk rasa menolak RUU-HIP yang hendak mengganti dasar negara Ketuhanan Yang Maha Esa (Pasal 29 ayat (1) UUD NRI 1945) dan Pancasila.

Berdasarkan uraian tersebut, maka dapat disimpulkan bahwa politik harus dibedakan dengan politik hukum pembentukan hukum (undang-undang). Politik adalah alat atau sarana untuk mencari kemenangan suatu partai politik, sehingga partai politik selalu berupaya untuk menghasilkan produk hukum yang dapat menunjang kemenangan partai politiknya, sebagai contoh Undang-undang Pemilu yang selalu berubah-ubah karena adanya konfigurasi dari partai politik untuk memenangkan pemilu dan meloloskan calon presiden dan/atau calon wakil presidennya. Namun demikian bagaimana-pun upayanya akan berpulang kepada hakim-hakim di Mahkamah Konstitusi, jika ada gugatan dan nyata-nyata produk undang-undang tersebut bertentangan konstitusi dan dasar negara, maka dengan sendirinya produk konfigurasi partai politik tersebut tidak dapat diberlakukan.

Menurut hemat penulis, munculnya istilah konfigurasi partai politik dalam memproduksi hukum (undang-undang) yang tidak berlandaskan dengan dasar negara, adalah hak imunitasi dari anggota DPR, namun jika dikaji lebih jauh bukanlah syarat partai politik dalam Undang-undang Partai Politik harus berdasarkan dasar negara baik itu UUD NRI 1945 maupun

Pancasila, dan setiap partai politik yang asas dan visinya bertentangan dengan UUD NRI 1945 dan Pancasila tidak bisa hidup bahkan dapat dibubarkan, entah dimana akar masalahnya jika sebuah partai politik yang memiliki dasar partai yang tidak sejalan dengan UUD NRI 1945 dan Pancasila dapat lolos, bahkan melahirkan RUU yang dianggap akan merubah dasar negara saja tetap masih dibiarkan. Menurut hemat penulis hak imunitas tersebut hanya dapat berlaku, jika pembuat hukum (undang-undang) hany bertentangan dengan UUD NRI 1945, hak imunitas tersebut tidak dapat digunakan jika bertentangan bahkan ada keinginan untuk merubah dasar negara, karena kewenangan untuk merubah dasar negara tidak berada pada DPR melainkan pada MPR.

Salah satu upaya untuk dapat menanggulangi kejahatan, diantaranya melalui suatu kebijakan hukum pidana atau politik hukum pidana. Pengertian kebijakan atau politik hukum pidana dapat dilihat dari politik hukum pidana maupun politik kriminal. Menurut Sudarto, politik hukum adalah²³⁸:

1. Usaha untuk mewujudkan peraturan perundang-undangan yang baik sesuai dengan keadaan dan situasi pada suatu saat;
2. Kebijakan dari negara melalui badan-badan yang berwenang untuk menetapkan peraturan yang dikehendaki yang diperkirakan bisa digunakan untuk mengekspresikan apa yang terkandung dalam masyarakat dan untuk mencapai apa yang dicita-citakan.

Pendapat Sudarto tersebut adalah pendapat secara umum dan berlaku pada negara yang tidak memiliki dasar negara, jika pendapat Sudarto

²³⁸ Aloysius Wisnubroto, *Op Cit*, h. 10.

diterapkan pada negara yang memiliki dasar negara, maka perubahan dasar negara akan begitu mudah terjadi, artinya di Indonesia tidak lagi MPR yang dapat merubah dasar negara, melainkan DPR-pun dapat merubahnya, sehingga tidak ada kepastian hukum arah dan dasar negara yang telah ditetapkan, Indonesia memiliki dasar Negara sesuai dengan Pasal 29 ayat (1) UUD NRI 1945, yakni Ketuhanan Yang Maha Esa, dan Pancasila. Dengan demikian pendapat Sudarto tersebut penulis lengkapi agar tidak begitu mudah merubah dasar suatu negara, sebagai berikut:

1. Usaha untuk mewujudkan peraturan perundang-undangan yang baik sesuai dengan keadaan dan situasi pada suatu saat yang tidak bertentangan dengan dasar negara yang telah disepakati;
2. Kebijakan dari negara melalui badan-badan yang berwenang untuk menetapkan peraturan yang dikehendaki yang diperkirakan bisa digunakan untuk mengekspresikan apa yang terkandung dalam masyarakat dan untuk mencapai apa yang dicita-citakan dalam konstitusi dan dasar negaranya.

Selanjutnya, Sudarto menyatakan bahwa melaksanakan politik hukum pidana berarti mengadakan pemilihan untuk mencapai hasil perundang-undangan pidana yang paling baik dalam arti memenuhi syarat keadilan dan daya guna. Politik hukum pidana berarti usaha mewujudkan peraturan perundang-undangan pidana yang sesuai dengan keadaan dan situasi pada suatu waktu dan untuk masa-masa yang akan datang. Kata sesuai dalam pengertian tersebut mengandung makna baik dalam arti memenuhi syarat

keadilan dan daya guna²³⁹.

Menurut Marc Ancel, pengertian *penal policy* (Kebijakan Hukum Pidana) adalah suatu ilmu sekaligus seni yang pada akhirnya mempunyai tujuan praktis untuk memungkinkan peraturan hukum positif dirumuskan secara lebih baik dan untuk memberi pedoman tidak hanya kepada pembuat undang-undang, tetapi juga kepada pengadilan yang menerapkan undang-undang dan juga kepada penyelenggara atau pelaksana putusan pengadilan²⁴⁰.

Politik hukum pidana diartikan juga sebagai kebijakan menyeleksi atau melakukan kriminalisasi dan dekriminalisasi terhadap suatu perbuatan. Disini tersangkut persoalan pilihan-pilihan terhadap suatu perbuatan yang dirumuskan sebagai tindak pidana atau bukan, serta menyeleksi diantara berbagai alternatif yang ada mengenai apa yang menjadi tujuan sistem hukum pidana pada masa mendatang²⁴¹. Oleh karena itu, dengan politik hukum pidana, negara diberikan kewenangan merumuskan atau menentukan suatu perbuatan yang dapat dikategorikan sebagai tindak pidana, dan kemudian dapat menggunakannya sebagai tindakan represif terhadap setiap orang yang melanggarnya. Inilah salah satu fungsi penting hukum pidana, yakni memberikan dasar legitimasi bagi tindakan yang represif negara terhadap seseorang atau kelompok orang yang melakukan perbuatan yang

²³⁹ Barda Nawawi Arief, *Op Cit*, h. 24.

²⁴⁰ Aloysius Wisnubroto, *Op Cit*, h. 11.

²⁴¹ Barda Nawawi Arief, *Bunga Rampai ...*, *Op Cit*, h. 23.

dirumuskan sebagai tindak pidana²⁴²

Politik hukum pidana pada dasarnya merupakan aktivitas yang menyangkut proses menentukan tujuan dan cara melaksanakan tujuan tersebut. Terkait proses pengambilan keputusan atau pemilihan melalui seleksi di antara berbagai alternatif yang ada mengenai apa yang menjadi tujuan sistem hukum pidana mendatang. Dalam rangka pengambilan keputusan dan pilihan tersebut, disusun berbagai kebijakan yang berorientasi pada berbagai masalah pokok dalam hukum pidana (perbuatan yang bersifat melawan hukum, kesalahan atau pertanggung jawaban pidana dan berbagai alternatif sanksi baik yang merupakan pidana maupun tindakan)²⁴³. Dalam hal mencapai tujuan tertentu hukum pidana tidak dapat bekerja sendiri, tetapi perlu melibatkan sarana-sarana lainnya yang mendukung, yakni tahapan kebijakan hukum pidana, dalam mengoperasionalkan hukum pidana, melalui tahap formulasi kebijakan legislatif atau pembuatan peraturan perundang-undangan, tahap perencanaan yang seharusnya memuat tentang hal-hal apa saja yang akan dilakukan, dalam menghadapi persoalan tertentu di bidang hukum pidana, dan kejahatan yang terjadi selalu berorientasi pada kebijakan penanggulangan kejahatan terpadu, sebagai upaya yang rasional guna pencapaian kesejahteraan masyarakat dan sekaligus perlindungan masyarakat²⁴⁴.

²⁴² Yesmil Anwar dan Adang, 2008, *Pembaharuan Hukum Pidana ; Reformasi Hukum*, PT. Gramedia Widiasarana Indonesia, Jakarta, h. 58-59.

²⁴³ Muladi dalam Syaiful Bakhri, 2009, *Pidana Denda dan Korupsi*, Total Media, Yogyakarta, h. 45-46.

²⁴⁴ Syaiful Bakhri, *Ibid*, h. 83-84.

Kebijakan hukum pidana sebagaimana yang telah diuraikan sebelumnya, maka, sekilas tampak bahwa kebijakan hukum pidana identik dengan pembaharuan perundang-undangan hukum pidana yaitu substansi hukum, bahkan sebenarnya ruang lingkup kebijakan hukum pidana lebih luas daripada pembaharuan hukum pidana. Hal ini disebabkan karena kebijakan hukum pidana dilaksanakan melalui tahap-tahap konkretisasi/operasionalisasi/fungsionalisasi hukum pidana yang terdiri dari²⁴⁵:

1. Kebijakan formulatif/legislatif, yaitu tahap perumusan/penyusunan hukum pidana;
2. Kebijakan aplikatif/yudikatif, yaitu tahap penerapan hukum pidana;
3. Kebijakan administratif/eksekutif, yaitu tahap pelaksanaan hukum pidana.

Kebijakan hukum pidana tidak dapat dipisahkan dari sistem hukum pidana. Dalam hal ini, Marc Ancel menyatakan bahwa setiap masyarakat yang terorganisir memiliki sistem hukum yang terdiri dari peraturan-peraturan hukum pidana beserta sanksinya, suatu prosedur hukum pidana dan suatu mekanisme pelaksanaan pidana²⁴⁶. Selanjutnya, A.Mulder mengemukakan bahwa kebijakan hukum pidana ialah garis kebijakan untuk menentukan²⁴⁷:

1. Seberapa jauh ketentuan-ketentuan pidana yang berlaku perlu diubah atau diperbaharui;
2. Apa yang dapat diperbuat untuk mencegah terjadinya tindak pidana;
3. Cara bagaimana penyidikan, penuntutan, peradilan dan pelaksanaan pidana harus dilaksanakan.

²⁴⁵ Barda Nawawi Arief, Bunga Rampai....., *Op Cit*, h. 24.

²⁴⁶ *Ibid*, h. 28-29.

²⁴⁷ Aloysius Wisnubroto, *Op Cit*, h. 12.

Dengan demikian kebijakan hukum pidana berkaitan dengan proses penegakan hukum (pidana) secara menyeluruh. Oleh sebab itu, kebijakan hukum pidana diarahkan pada konkretisasi/operasionalisasi/fungsionalisasi hukum pidana material (substansial), hukum pidana formal (hukum acara pidana) dan hukum pelaksanaan pidana. Selanjutnya kebijakan hukum pidana dapat dikaitkan dengan tindakan-tindakan²⁴⁸:

1. Bagaimana upaya pemerintah untuk menanggulangi kejahatan dengan hukum pidana;
2. Bagaimana merumuskan hukum pidana agar sesuai dengan kondisi masyarakat;
3. Bagaimana kebijakan pemerintah untuk mengatur masyarakat dengan hukum pidana;
4. Bagaimana menggunakan hukum pidana untuk mengatur masyarakat dalam rangka mencapai tujuan yang lebih besar.

Penggunaan hukum pidana dalam mengatur masyarakat (lewat peraturan perundang-undangan) pada hakekatnya merupakan bagian dari suatu langkah kebijakan (*policy*). Operasionalisasi kebijakan hukum pidana dengan sarana penal (pidana) dapat dilakukan melalui proses yang terdiri atas tiga tahap, yakni²⁴⁹:

1. Tahap formulasi (kebijakan legislatif);
2. Tahap aplikasi (kebijakan yudikatif/yudisial);
3. Tahap eksekusi (kebijakan eksekutif/administratif).

Berdasarkan hal di atas, kebijakan hukum pidana terkandung di dalamnya tiga kekuasaan/kewenangan, yaitu kekuasaan legislatif/formulatif berwenang dalam hal menetapkan atau merumuskan perbuatan apa yang

²⁴⁸ *Ibid.*

²⁴⁹ Barda Nawawi Arif, 2007, *Masalah Penegakan Hukum dan Kebijakan Hukum Pidana dalam Penanggulangan Kejahatan*, Kencana Media Group, Jakarta, h. 78-79.

dapat dipidana yang berorientasi pada permasalahan pokok dalam hukum pidana meliputi perbuatan yang bersifat melawan hukum, kesalahan/pertanggungjawaban pidana dan sanksi apa yang dapat dikenakan oleh pembuat undang-undang. Tahap aplikasi merupakan kekuasaan dalam hal menerapkan hukum pidana oleh aparat penegak hukum atau pengadilan, dan tahapan eksekutif/administratif dalam melaksanakan hukum pidana oleh aparat pelaksana/eksekusi pidana²⁵⁰.

Perspektif hukum pidana, menunjukan kebijakan formulasi harus memperhatikan harmonisasi internal dengan sistem hukum pidana atau aturan pidana umum yang berlaku saat ini. Tidaklah dapat dikatakan terjadi harmonisasi/sinkronisasi apabila kebijakan formulasi berada diluar sistem hukum pidana yang berlaku saat ini. Kebijakan formulasi merupakan tahapan yang paling strategis dari *penal policy* karena pada tahapan tersebut legislatif berwenang dalam hal menetapkan atau merumuskan perbuatan apa yang dapat dipidana yang berorientasi pada permasalahan pokok hukum pidana meliputi perbuatan yang bersifat melawan hukum, kesalahan, pertanggung jawaban pidana dan sanksi apa yang dapat dikenakan. Oleh karena itu, upaya penanggulangan kejahatan bukan hanya tugas aparat penegak hukum tetapi juga tugas aparat pembuat undang-undang (aparatur legislatif)²⁵¹. Perencanaan (*planning*) pada tahapan formulasi pada intinya, menurut Nils Jareborg mencakup tiga masalah pokok struktur hukum

²⁵⁰ *Ibid.*

²⁵¹ *Ibid*, h. 80.

pidana, yaitu masalah²⁵²:

1. Perumusan tindak pidana/kriminalisasi dan pidana yang diancamkan (*criminalisation and threatened punishment*);
2. Pemidanaan (*adjudication of punishment sentencing*);
3. Pelaksanaan pidana (*execution of punishment*).

Berkaitan dengan kebijakan kriminalisasi, menurut Sudarto bahwa perlu diperhatikan hal-hal yang intinya sebagai berikut²⁵³:

1. Penggunaan hukum pidana harus memperhatikan tujuan pembangunan nasional, yaitu mewujudkan masyarakat adil makmur yang merata materiil dan spritual berdasarkan dengan Pancasila; sehubungan dengan ini (penggunaan) hukum pidana bertujuan untuk menanggulangi kejahatan dan mengadakan pengurangan terhadap tindakan penanggulangan itu sendiri demi kesejahteraan dan pengayoman masyarakat;
2. Perbuatan yang diusahakan untuk dicegah atau ditanggulangi dengan hukum pidana harus merupakan perbuatan yang tidak dikehendaki yaitu perbuatan yang mendatangkan kerugian (materiil dan sprituil) atas warga masyarakat.
3. Penggunaan hukum pidana harus pula memperhitungkan prinsip biaya dan hasil (*cost and benefit principle*);
4. Penggunaan hukum pidana harus pula memperhatikan kapasitas atau kemampuan daya kerja dari badan-badan penegak hukum yaitu jaringan sampai ada kelampauan beban tugas (*overbelasting*).

Sejalan dengan yang dikemukakan Sudarto di atas, menurut Bassiouni bahwa keputusan untuk melakukan kriminalisasi dan dekriminilisasi harus didasarkan pada faktor-faktor kebijakan tertentu yang mempertimbangkan bermacam-macam faktor, termasuk²⁵⁴:

1. Keseimbangan sarana-sarana yang digunakan dalam hubungannya dengan hasil-hasil yang ingin dicapai;
2. Analisis biaya terhadap hasil-hasil yang diperoleh dalam hubungannya dengan tujuan-tujuan yang dicari;
3. Penilaian atau penafsiran tujuan-tujuan yang dicari itu dalam

²⁵² Nils Jareborg dalam Barda Nawawi Arif, *Ibid*, h. 81.

²⁵³ Sudarto, 1983, *Hukum dan Hukum Pidana*, Alumni, Bandung, h. 23.

²⁵⁴ Muladi dan Barda Nawawi Arief, 1998, *Teori-Teori dan Kebijakan Pidana*, Cet II, Alumni, Bandung, h. 166.

- kaitannya dengan prioritas-prioritas lainnya dalam pengalokasian sumber-sumber tenaga manusia;
4. Pengaruh sosial dari kriminalisasi dan dekriminalisasi yang berkenaan dengan atau dipandang dari pengaruh-pengaruh yang sekunder.

Hal lain yang perlu dikemukakan dari pendekatan kebijakan adalah yang berkaitan dengan nilai-nilai yang ingin dicapai atau dilindungi oleh hukum pidana. Menurut Bassiouni, tujuan-tujuan yang ingin dicapai oleh pidana pada umumnya terwujud dalam kepentingan-kepentingan sosial yang mengandung nilai-nilai tertentu yang perlu dilindungi. Kepentingan-kepentingan sosial tersebut adalah²⁵⁵:

1. Pemeliharaan tertib masyarakat;
2. Perlindungan warga masyarakat dari kejahatan, kerugian atau bahaya-bahaya yang tidak dapat dibenarkan, yang dilakukan oleh orang lain;
3. Memasyarakatkan kembali (rasionalisasi) para pelanggar hukum;
4. Memelihara atau mempertahankan integritas pandangan-pandangan dasar tertentu mengenai keadilan sosial, martabat kemanusiaan dan keadilan individu.

Berdasarkan pertimbangan di atas, dapat disimpulkan bahwa syarat kriminalisasi pada umumnya adalah²⁵⁶:

1. Adanya korban;
2. Kriminalisasi bukan semata-mata ditujukan untuk pembalasan;
3. Harus berdasarkan asas ratio-principle; dan
4. Adanya kesepakatan sosial (public support).

Selanjutnya, untuk merumuskan suatu perbuatan menjadi perbuatan yang dilarang oleh hukum pidana, harus mempertimbangkan hal-hal sebagai berikut²⁵⁷:

²⁵⁵ *Ibid*, h. 167.

²⁵⁶ Teguh Prasetyo dan Abdul Halim Barkatullah, 2005, *Politik Hukum Pidana : Kajian Kebijakan Kriminalisasi dan Dekriminalisasi*, Pustaka Pelajar, Yogyakarta, h. 51.

1. Perbuatan tersebut haruslah benar-benar perbuatan yang jahat atau tidak dikehendaki oleh masyarakat atau merugikan masyarakat. Dengan kata lain jahat berarti merugikan atau menyerang kepentingan hukum (baik kepentingan hukum individu, masyarakat maupun kepentingan hukum negara);
2. Diperhatikan pula kesiapan aparat penegak hukum dalam menegakkan hukum pidana itu nantinya, baik itu kesiapan secara kualitatif yang menyangkut profesionalisme aparat, maupun dari segi kuantitatif, yakni apakah seimbang dengan kuantitas aparat sehingga tidak menjadi beban baginya;
3. Diperhatikan pula *cost and benefit principle*, artinya biaya pembuatan suatu peraturan pidana harus benar-benar diperhitungkan apakah sudah sesuai dengan tujuan dibentuknya peraturan pidana, atau apakah sudah tersedia biaya yang memadai dalam penegakan hukum itu nantinya, sebab ketidaksiapan biaya penegakan hukum (termasuk pengadaan sarana dan prasarannya) justru akan menyakiti masyarakat.

Kebijakan hukum pidana berkaitan dengan masalah kriminalisasi yaitu perbuatan apa yang dijadikan tindak pidana dan penalisasi yaitu sanksi apa yang sebaiknya dikenakan pada si pelaku tindak pidana. Kriminalisasi dan penalisasi menjadi masalah sentral yang untuk penanganannya diperlukan pendekatan yang berorientasi pada kebijakan (*policy oriented approach*).

Kriminalisasi (*criminalisation*) mencakup lingkup perbuatan melawan hukum (*actus reus*), pertanggungjawaban pidana (*mens rea*) maupun sanksi yang dapat dijatuhkan baik berupa pidana (*punishment*) maupun tindakan (*treatment*). Kriminalisasi harus dilakukan secara hati-hati, jangan sampai menimbulkan kesan represif yang melanggar prinsip *ultimum remedium* (*ultima ratio principle*) dan menjadi bumerang dalam kehidupan sosial berupa kriminalisasi yang berlebihan (*over criminalisation*), yang justru

²⁵⁷ Teguh Prasetyo, 2011, *Kriminalisasi dalam Hukum Pidana*, Nusa Media, Jakarta, h. 27-28.

mengurangi wibawa hukum. Kriminalisasi dalam hukum pidana materiil akan diikuti pula oleh langkah-langkah pragmatis dalam hukum pidana formil untuk kepentingan penyidikan dan penuntutan²⁵⁸.

Hukum yang telah dipilih sebagai sarana untuk mengatur kehidupan bermasyarakat, berbangsa dan bernegara yang berwujud peraturan perundang-undangan melalui aparatur negara, maka perlu ditindak lanjuti usaha pelaksanaan hukum itu secara baik sesuai dengan ketentuan yang telah ditetapkan. Pada tahap ini termasuk ke dalam bidang penegakan hukum, dalam hal ini perlu diperhatikan komponen-komponen yang terdapat dalam sistem hukum yaitu struktur, substansi dan kultur²⁵⁹.

KUHP adalah kitab induk hukum pidana di Indonesia, dalam Pasal-pasal yang mengatur tentang pidana zina sebagai bagian dari kejahatan terhadap kesusilaan, semuanya masuk kedalam jenis kejahatan. Kejahatan yang dimaksud termuat dalam lima Pasal, yaitu: Pasal 284 (perzinaan), Pasal 285 (perkosaan bersetubuh), Pasal 286 (persetubuhan dengan perempuan bukan isterinya yang dalam keadaan pingsan). Pasal 287 persetubuhan dengan perempuan yang belum berumur lima belas tahun yang bukan isterinya), Pasal 288 (bersetubuh dalam perkawinan dengan perempuan yang belum waktunya dikawini dan menimbulkan luka atau kematian)²⁶⁰.

Perbuatan yang mempunyai makna sama dengan perzinaan, di dalam

²⁵⁸ Muladi, 2003, *Kebijakan Kriminal terhadap Cybercrime*, Majalah Media Hukum Vol. 1 No. 3 tanggal 22 Agustus, h. 1-2.

²⁵⁹ Lihat Hakristuti Harkrisnowo, Tahun 2003/2004, *Reformasi Hukum : Menuju Upaya Sinergis untuk Mencapai Supremasi Hukum yang Berkeadilan*, Jurnal Keadilan Vol. 3, No.6 page: 3.

²⁶⁰ <http://perzinaan-hukum.blogspot.co.id> akses 21 pebruari 2021.

KUHP digolongkan kejahatan kesusilaan diatur dalam Pasal 284-303 KUHP. Salah satu kejahatan kesusilaan tersebut terkenal dengan istilah perzinaan/ mukah (*overspel*) yang di atur dalam Pasal 284.

Menurut KUHP Pasal 284 dinyatakan bahwa zina adalah persetubuhan yang dilakukan oleh laki-laki atau perempuan yang telah kawin dengan perempuan atau laki-laki yang bukan istri atau suaminya. Dan supaya masuk pasal ini maka persetubuhan itu harus dilakukan dengan suka sama suka, tidak boleh ada paksaan dari salah satu pihak²⁶¹.

Sedangkan yang dimaksud dengan persetubuhan ialah perpaduan antara anggota kemaluan laki-laki dan perempuan yang biasa dijalankan untuk mendapat anak, jadi anggota laki-laki masuk ke dalam anggota perempuan, sehingga mengeluarkan air mani²⁶².

Pasal 284 KUHP²⁶³

- (1) Diancam dengan pidana penjara paling lama sembilan bulan:
 1. a. Seorang pria yang telah kawin yang melakukan gendak (*overspel*), padahal diketahui bahwa pasal 27 BW berlaku baginya.
 - b. Seorang wanita yang telah kawin yang melakukan gendak, padahal diketahui bahwa pasal 27 BW berlaku baginya;
 2. a. Seorang pria yang turut serta melakukan perbuatan itu, padahal diketahuinya yang turut bersalah telah kawin;
 - b. Seorang wanita yang telah kawin yang turut serta melakukan perbuatan itu, padahal diketahui olehnya bahwa yang turut bersalah telah kawin dan pasal 27 BW berlaku baginya.
- (2) Tidak dilakukan penuntutan melainkan atas pengaduan suami/istri yang tercemar, dan bilamana bagi mereka berlaku

²⁶¹ R. Soesilo, 1996, *Kitab Undang-Undang Hukum Pidana Serta KomentarKomentarnya Lengkap Pasal Demi Pasal*, Polites, Bogor, h. 181.

²⁶² Ibid, h. 209.

²⁶³ Moeljatno, 2001, *KUHP*, Bumi Aksara, Jakarta, h 104.

pasal 27 BW, dalam tenggang waktu tiga bulan diikuti dengan permintaan bercerai atau pisah-meja dan ranjang karena alasan itu juga.

- (3) Terdapat pengaduan ini tidak berlaku pasal 72,73,dan 75.
- (4) Pengaduan dapat ditarik kembali selama pemeriksaan dalam sidang pengadilan belum dimulai.
- (5) Jika bagi suami-istri berlaku Pasal 27 BW, pengaduan tidak diindahkan selama perkawinan belum diputuskan karena perceraian atau sebelum putusan yang menyatakan pisah meja dan tempat tidur menjadi tetap.

Tindak pidana perzinahan atau *overspel*²⁶⁴ yang dimaksud dalam pasal 284 KUHP ayat (1) KUHP itu merupakan suatu *opzettelijk delict* atau merupakan tindak pidana yang harus dilakukan dengan sengaja. Melihat ketentuan Pasal 284 maka *overspel* yang dapat dikenai sanksi pidana menurut KUHP adalah²⁶⁵:

1. Persetubuhan dilakukan oleh mereka yang sudah sah menikah saja. Apabila pasangan ini belum menikah kedua-duanya, maka persetubuhan mereka tidak dapat dikualifikasikan sebagai *overspel*, hal mana berbeda dengan pengertian berzina yang menganggap persetubuhan antara pasangan yang belum menikah juga termasuk di dalamnya.
2. Partner yang disetubuhi, yang belum menikah hanya dianggap sebagai peserta pelaku (*medepleger*). Ini berarti apabila partner yang disetubuhi telah menikah juga, yang bersangkutan dianggap bukan sebagai peserta pelaku.
3. Persetubuhan tidak direstui oleh suami ataupun isteri yang bersangkutan. Kalau persetubuhan itu direstui oleh suami atau isteri yang bersangkutan maka bukan termasuk *overspel*.

Pembahasan Rancangan Undang-Undang tentang Kitab Undang-

²⁶⁴ diartikan menurut Kamus Besar Bahasa Belanda Van Dale dan dilengkapi dengan pendapat Noyon-Langemayer yang mengatakan bahwa perzinahan hanya dapat dilakukan oleh orang yang menikah saja yakni, *overspel* menurut Noyon-Langemayer yang menegaskan bahwa *overspel kan aller door een gehuwde gepleegd worden; de angehuwde met wie het gepleegd wordt is volgent de wet medepleger*, yang artinya perzinahan hanya dapat dilakukan oleh orang yang menikah; yang tersangkut dalam perbuatan itu adalah turut serta (*medepleger*).

²⁶⁵ Sahetapy dan B. Mardjono Reksodiputro, 1989, *Parados dalam Kriminologi*, Rajawali, Jakarta, h. 60-61.

Undang Hukum Pidana (RUU KUHP) dapat dikatakan sudah hampir selesai, dan RUU KUHP siap disahkan dalam rapat paripurna terakhir periode 2014-2019 bulan September 2019. Namun demikian, masih ada beberapa substansi pasal yang belum berhasil diputuskan. Dalam Rapat Panitia Kerja (Panja) RUU KUHP tanggal 28-30 Agustus 2019, salah satu substansi penting yang masih perlu diselesaikan yaitu mengenai Tindak Pidana Perzinaan (TP Perzinaan)²⁶⁶.

Terdapat beberapa hal yang menjadi pro dan kontra terkait TP Perzinaan yang berkembang dalam rapat Panja RUU KUHP dan di kalangan masyarakat. Salah satunya yaitu mengenai persoalan kekhawatiran akan terjeratnya pasangan yang menikah secara syariat Islam namun tidak mencatatkan perkawinannya di Kantor Urusan Agama (KUA) atau yang lazim disebut nikah siri. Masalah ini cukup banyak diutarakan oleh berbagai kalangan, salah satunya *Institute for Criminal Justice Reform* (ICJR) yang menyatakan bahwa “perluasan pasal zina dalam RUU KUHP berpotensi menimbulkan over kriminalisasi, sebab jika perluasan pasal TP Perzinaan disahkan oleh DPR, maka akan menyasar orang-orang yang mempraktikkan nikah siri dan poligami”²⁶⁷.

Kebijakan kriminalisasi TP Perzinaan di RUU KUHP ini cukup menarik untuk dibahas, terutama dari sisi perluasan lingkup kriminalisasinya dan kontroversi yang muncul terkait substansi pasal tersebut. Ulasan

²⁶⁶ Prianter Jaya Hairi, 2019, *Kriminalisasi Tindak Pidana Perzinaan Dalam RUU KUHP*, Bidang Info Singkat, Kajian Singkat Terhadap Isu Aktual Dan Strategis, Vol.XI, No.17/I/Puslit/September/2019, Pusat Penelitian Badan Keahlian DPR RI, Jakarta, h. 1.

²⁶⁷ Ibid.

mengenai perluasan lingkup kriminalisasi TP Perzinaan akan memberikan pemahaman yang lebih baik mengenai apa yang sebenarnya masih menjadi substansi yang kontroversial selama ini.

Menurut Cornil, kriminalisasi tidak terbatas pada penetapan suatu perbuatan sebagai tindak pidana dan dapat dipidana, tetapi juga termasuk penambahan (peningkatan) sanksi pidana terhadap tindak pidana yang sudah ada. Dalam hal ini, esensi kriminalisasi bukan hanya berkaitan dengan penentuan suatu perbuatan sebagai tindak pidana dengan ancaman sanksi pidana tertentu, tetapi juga berkaitan dengan perkembangan (perubahan) celaan moral terhadap suatu perbuatan²⁶⁸.

Kebijakan kriminalisasi TP Perzinaan dalam RUU KUHP tidak bermakna bahwa perbuatan perzinaan merupakan perbuatan pidana yang baru atau perbuatan yang tadinya bukan merupakan tindak pidana, lalu kemudian akan menjadi perbuatan pidana dalam konsep RUU KUHP. Ada perluasan terhadap bentuk atau lingkup dari TP Perzinaan tersebut jika dibandingkan dengan formulasi kebijakan hukum pidana yang saat ini masih berlaku.

KUHP yang saat ini berlaku telah mengatur tentang TP Perzinaan. Meskipun tidak diatur dalam bagian tersendiri mengenai perzinaan, namun pasal-pasal ini termasuk dari bab tentang kejahatan terhadap kesusilaan. Beberapa bentuk perbuatan yang merupakan TP Perzinaan di KUHP yaitu:

²⁶⁸ Paul Cornil,. 1971. *Criminality and Deviance in a Changing World, Part Three. Summaries Of Lectures, Fourth United Nations Congress On The Prevention Of Crime and The Treatment Of Offenders, Kyoto, Japan, 17-26 August 1970, Department of Economic and Social Affairs: Report prepared by the Secretariat, United Nation, New York*, h. 37.

melakukan perbuatan gendak (*overspel*) oleh wanita atau pria dengan pria atau wanita yang terikat perkawinan [Pasal 284 ayat (1)]; melakukan pemerkosaan (Pasal 285); melakukan persetubuhan dengan wanita di luar perkawinan dalam keadaan pingsan (Pasal 286); dan melakukan persetubuhan dengan wanita di bawah umur 15 tahun (Pasal 287).

Sementara dalam konsep RUU KUHP, TP Perzinaan diatur dalam bagian tersendiri dalam bab mengenai TP terhadap Kesusilaan. Terdapat empat perbuatan yang masuk dalam bagian TP Perzinaan, yaitu: melakukan persetubuhan dengan orang yang bukan suami atau istrinya (Pasal 417); melakukan persetubuhan dengan perempuan namun mengingkari janji mengawininya (Pasal 418); melakukan “kumpul kebo” (*Samenleven/Cohabitation*) atau melakukan hidup bersama sebagai suami istri di luar perkawinan (Pasal 419); melakukan persetubuhan dengan keluarga sedarah dalam garis lurus atau ke samping sampai derajat ketiga (Pasal 420).

Dapat dicermati bahwa lingkup TP Perzinaan yang diformulasikan dalam RUU KUHP lebih luas daripada yang diatur dalam KUHP. Perluasan lingkup yang dimaksud yaitu: *pertama*, RUU KUHP memperluas lingkup perbuatan gendak (*overspel*) antara wanita dan pria, yang tadinya hanya melingkupi pelaku pria atau wanita yang dalam ikatan perkawinan (jika salah satu atau kedua pelaku tidak dalam ikatan perkawinan, tidak masuk lingkup perbuatan zina), berubah menjadi melingkupi pelaku pria atau wanita yang bukan suami atau istrinya (artinya jika bukan suami-istri, maka masuk lingkup perbuatan zina). *Kedua*, memperluas lingkup zina terhadap

pria yang tidak menepati janjinya untuk mengawini wanita tidak bersuami yang disetubuhinya. *Ketiga*, memperluas lingkup zina terkait perbuatan “kumpul kebo”. Serta keempat, memperluas lingkup zina dalam hal persetubuhan dengan keluarga sedarah dalam garis lurus atau ke samping sampai derajat ketiga²⁶⁹.

Sementara itu, terdapat 3 perbuatan lainnya yang masuk lingkup perzinaan dalam KUHP, yakni pemerkosaan (Pasal 285); persetubuhan dengan wanita di luar perkawinan dalam keadaan pingsan (Pasal 286); dan persetubuhan dengan wanita di bawah umur 15 tahun (Pasal 287). Dalam RUU KUHP telah dipindahkan posisi pasalnya (reposisi) menjadi bagian dari lingkup TP Pemerkosaan (Pasal 480 RUU KUHP).

Selain itu, terdapat perubahan lain terkait proses penuntutan terhadap TP Perzinaan, khususnya Pasal 417 dan Pasal 419 RUU KUHP, yakni mengenai perbuatan persetubuhan dengan orang yang bukan suami atau istrinya dan perbuatan “kumpul kebo”, ialah merupakan suatu delik aduan yang subjeknya diperluas (dapat diadukan oleh suami, istri, orang tua, atau anak). Sedangkan jika dibandingkan dengan pengaturan dalam KUHP, TP Perzinaan berupa perbuatan gendak (*overspel*) merupakan delik aduan yang hanya dapat diadukan oleh suami/istri yang tercemar, dan proses penuntutannya baru dapat dilakukan setelah putusan perceraian antara suami/istri tersebut berkekuatan hukum tetap, atau sebelum putusan yang menyatakan pisah meja dan tempat tidur menjadi tetap [Pasal 284 ayat

²⁶⁹ Prianter Jaya Hairi, op.cit, h. 1.

(5)]²⁷⁰.

Kontroversi muncul karena TP Perzinaan yang diatur dalam Pasal 417 dan Pasal 419 RUU KUHP merupakan suatu delik aduan (masih sama dengan delik perzinaan dalam Pasal 284 KUHP). Artinya perbuatan perzinaan masih merupakan delik aduan, bukan delik biasa yang dapat dilaporkan oleh siapa saja yang mengetahui terjadinya perbuatan pidana tersebut. Model formulasi ini oleh sebagian kalangan dinilai belum ideal, karena dianggap masih membuka celah terjadinya pelanggaran terhadap pasal itu tanpa dapat diproses hukum, sebab sangat bergantung pada aduan pihak keluarga terdekat yang bersangkutan (suami, istri, orang tua, atau anak).

Perumus RUU KUHP bukannya tidak memahami persoalan ini. Terdapat berbagai pertimbangan yang mungkin menjadi alasan mengapa tindak pidana ini masih tetap merupakan tindak pidana yang sifatnya delik aduan absolut, yakni delik aduan yang berkonsekuensi diprosesnya penuntutan terhadap kedua pelaku tindak pidana tersebut (tidak bisa hanya salah satu). Menurut penulis, salah satu pertimbangan yang mungkin menjadi alasannya yaitu terkait konsep sahnya perkawinan sebagaimana diatur dalam UU No. 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan (UU Perkawinan).

Pasal 2 ayat (1) UU Perkawinan menyatakan bahwa “Perkawinan adalah sah, apabila dilakukan menurut hukum masing-masing agamanya dan kepercayaannya itu”. Jika dipahami, misalnya bagi penganut agama Islam,

²⁷⁰ Ibid.

maka perkawinan diyakini telah “sah” apabila telah dilakukan sesuai dengan syarat dan rukun yang ditentukan dalam fikih syariat Islam.

Hal ini telah diyakini oleh umat Islam, karena jumhur ulama menyatakan terdapat 4 rukun nikah yaitu; sighth (*ijab* dan *qabul*), istri, suami, dan wali. Sementara untuk saksi dan mahar, merupakan syarat akad nikah. Hal ini ditegaskan dalam Pasal 9 Peraturan Menteri Agama No. 19 Tahun 2018 tentang Pencatatan Perkawinan (Permenag No.19 Tahun 2018), bahwa rukun perkawinan yaitu: calon suami; calon istri; wali; dua orang saksi; dan *ijab qabul*. Merujuk pada aturan tersebut, maka jika suatu perkawinan telah memenuhi syarat dan rukunnya, maka perkawinan tersebut dianggap sah.

Dalam konsep hukum nasional, pencatatan perkawinan di KUA merupakan tertib administrasi, transparansi, dan kepastian hukum dalam pelaksanaan perkawinan, sebagaimana ditegaskan dalam Pasal 2 ayat (2) UU Perkawinan dan Pasal 3 Permenag No. 19 Tahun 2018. Meskipun pencatatan tersebut dikatakan “wajib” (Pasal 2 Permenag No. 19 Tahun 2018), namun sebenarnya tidak ada sanksi apabila dilanggar dan tidak mempengaruhi keabsahan pernikahan yang telah dilaksanakan sesuai syarat dan rukun dalam fikih syariat Islam. Itulah mengapa ada sebagian orang beragama Islam di Indonesia yang telah menikah namun tidak memiliki akta perkawinan (karena tidak dicatatkan). Kondisi ini secara tidak langsung berimplikasi pada ketidakjelasan status pernikahan orang yang tidak melakukan pencatatan perkawinan tersebut.

Jika dikaitkan dengan penerapan pasal RUU KUHP terkait TP Perzinaan, maka akan menjadi persoalan tersendiri ketika terdapat pasangan suamiistri yang sah (namun tidak memiliki akta perkawinan) oleh masyarakat dilaporkan kepada aparat kepolisian karena dianggap telah melakukan perzinaan. Padahal ketika diperiksa oleh kepolisian, ternyata benar merupakan pasangan suami istri.

Perumus RUU KUHP mungkin memandang bahwa persoalan ini dapat diantisipasi dengan cara ditetapkan sebagai delik aduan. Dengan demikian apabila ada pasangan yang diduga melakukan TP Perzinaan maka pengaduan harus dilakukan oleh keluarga terdekat, dengan asumsi bahwa keluarga terdekat merupakan subjek yang paling dekat dengan pelaku dan yang paling memahami status dari kedua pasangan tersebut. Selain itu, dengan pertimbangan bahwa konsekuensi negatif dari hubungan antara pasangan yang tidak sah akan diderita oleh keluarga terdekat dari pasangan tersebut, yakni suami, istri, orang tua, atau anak.

Pengamat hukum pidana asal UII Yogyakarta, Mudzakir, yang merupakan salah satu tim perumus RUU KUHP termasuk yang berpendapat bahwa perbuatan nikah siri tidak masuk lingkup perzinaan di RUU KUHP, karena nikah siri adalah nikah yang tidak dicatatkan, tetap sah menurut agama. Dicontohkan, jika seorang pria beristri melakukan poligami dengan cara nikah siri tanpa adanya restu dari istri pertama, maka itu merupakan urusan hukum administrasi. Dalam hal ini, nikah sirri masuk dalam ranah hukum perdata karena pihak istri merasa dirugikan tanpa adanya persetujuan

tersebut²⁷¹.

B. Konsep Perbuatan Pidana Perzinaan Menurut Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP)

1. Pengertian *Overspel* (Zina) menurut KUHP

R. Soesilo dalam bukunya menyatakan bahwa pengertian *Overspel* (Zina) dalam Hukum Positif (KUHP) adalah;

Zina (*overspel*) adalah persetubuhan yang dilakukan oleh laki-laki atau perempuan yang telah kawin dengan laki-laki atau perempuan yang bukan suami atau isterinya. Supaya masuk ke dalam Pasal ini, maka persetubuhan itu harus dilakukan atas dasar suka sama suka, tidak boleh ada unsur paksaan dari salah satu pihak.

Di dalam Pasal 284, Konsep zina dalam pandangan KUHP lebih ditekankan pada letak pernikahannya, apabila yang melakukan perbuatan ini tidak dalam ikatan pernikahan dan dilakukan secara suka sama suka maka pelaku tidak dikenakan Pasal ini, secara sederhana zina dalam pandangan hukum positif adalah perselingkuhan.

Hal ini dapat dilihat pada Pasal 284 KUHP;

1. Diancam dengan pidana penjara paling lama sembilan bulan:
 - a. seorang pria yang telah kawin yang melakukan gendak (*Overspel*), padahal diketahui bahwa Pasal 27 BW berlaku baginya,
 - b. seorang wanita yang telah kawin yang melakukan gendak, padahal diketahui bahwa Pasal 27 BW berlaku baginya;
2.
 - a. seorang pria yang turut serta melakukan perbuatan itu, padahal diketahuinya bahwa yang turut bersalah telah kawin;
 - b. seorang wanita yang telah kawin yang turut serta

²⁷¹ Ibid.

melakukan perbuatan itu, padahal diketahui olehnya bahwa yang turut bersalah telah kawin dan Pasal 27 BW berlaku baginya.

Melihat ketentuan Pasal 284 yang telah dikutip di atas, maka

Overspel yang dapat dikenai sanksi pidana menurut KUHP adalah:

1. Persetubuhan dilakukan oleh mereka yang sudah menikah saja. Apabila pasangan ini kedua-keduanya belum menikah, maka persetubuhan mereka tidak dapat dikualifikasikan sebagai *Overspel*, hal ini berbeda dengan pengertian berzina dalam Islam yang menganggap persetubuhan antara pasangan yang belum menikah juga termasuk di dalamnya.
2. Partner yang disetubuhi, yang belum menikah hanya dianggap sebagai peserta pelaku (*medepleger*). Ini berarti apabila partner yang disetubuhi telah menikah juga, maka yang bersangkutan dianggap bukan lagi sebagai peserta pelaku.
3. Persetubuhan tidak direstui oleh suami atau pun isteri yang bersangkutan. Secara ringkas dapat dikatakan kalau persetubuhan itu direstui oleh suami atau isteri yang bersangkutan maka itu bukan termasuk *Overspel*.

2. Unsur-Unsur Perzinaan Menurut Pasal 284 KUHP

Unsur-unsur tindak pidana merupakan syarat-syarat untuk menentukan sampai di mana perbuatan seorang manusia dapat dikenakan hukuman/pidana. Unsur-unsur itu meliputi perbuatan manusia yang memenuhi rumusan undang-undang dan bersifat melawan hukum serta unsur orang atau pelakunya, yakni adanya kesalahan pada diri pelaku.

Untuk menentukan perbuatan *Overspel/zina* dapat dikenakan sanksi pidana, maka perbuatan itu haruslah dilakukan secara sadar dan sengaja bukan dalam keadaan tidak sadar. Hal ini sesuai dengan apa yang dikatakan oleh Soedrajat Bassar yaitu Tindak pidana perzinaan

atau *Overspel* yang dimaksud dalam Pasal 284 KUHP ayat (1) KUHP itu merupakan tindak pidana yang harus dilakukan dengan sengaja²⁷².

Ini menunjukkan bahwa unsur kesengajaan itu harus terbukti pada si pelaku agar ia dapat terbukti sengaja dalam melakukan tindak pidana perzinahan yang diatur dalam Pasal 284 ayat (1) KUHP. Adapun mengenai kesengajaan ini, KUHP tidak memberikan definisi secara jelas. Petunjuk untuk mengetahui arti kesengajaan dapat diambil dari *Memorie van Toelichting* (MvT) yang mengartikan kesengajaan (*opzet*) sebagai perbuatan yang menghendaki atau mengetahui (*willens en wetens*). Sehingga dapat dikatakan bahwa sengaja berarti menghendaki dan mengetahui apa yang ia lakukan²⁷³. Apabila unsur kesengajaan dari pelaku zina ini tidak dapat dibuktikan maka pelaku tidak terbukti menghendaki atau tidak terbukti mengetahui perzinahan yang dilakukan, sehingga hakim harus memutuskan bebas dari tuntutan hukum bagi pelaku.

Kemudian salah satu unsur untuk menentukan perbuatan zina dapat dikenakan sanksi pidana maka perbuatan zina haruslah dilakukan secara suka sama suka bukan secara pemaksaan, kemudian pelaku yang dapat dikatakan berzina adalah bagi mereka yang telah kawin atau memiliki isteri/suami sebagaimana yang dimaksud oleh R.Soesilo yaitu²⁷⁴;

²⁷² Soedrajat Bassar, 1999, *Tindak-tindak Pidana Tertentu*, Ghalian, Bandung, h. 88.

²⁷³ Sudarto, 1990, *Hukum Pidana I*, Fakultas Hukum Universitas Diponegoro, Semarang, h. 102.

²⁷⁴ R.Soesilo, *Kitab Undang-Undang Hukum Pidana ...*h. 209.

Zina adalah persetubuhan yang dilakukan oleh laki-laki atau perempuan yang telah kawin dengan perempuan atau laki-laki yang bukan isteri atau suaminya. Supaya masuk dalam Pasal ini, maka persetubuhan itu harus dilakukan dengan suka sama suka, tidak boleh ada paksaan dari salah satu pihak.

Untuk adanya suatu perzinaan menurut Pasal 284 KUHP itu diperlukan adanya suatu hubungan alat-alat kelamin yang selesai dilakukan antara seorang pria dengan seorang wanita. Sehingga apabila dilakukan oleh dua orang yang berjenis kelamin sama bukan merupakan perzinaan yang dimaksud dalam Pasal 284 KUHP²⁷⁵.

Syarat lain yang perlu diperhatikan agar perbuatan melakukan hubungan kelamin antara seorang pria dengan seorang wanita yang salah satu atau keduanya telah kawin dapat disebut sebagai delik perzinaan menurut KUHP adalah bahwa tidak adanya persetujuan diantara suami isteri itu. Artinya jika ada persetujuan di antara suami dan isteri, misal suami yang bekerja sebagai mucikari dan isterinya menjadi pelacur bawahannya maka perbuatan semacam itu bukanlah termasuk perbuatan zina.

Kemudian agar dapat dilakukan penuntutan atas perbuatan zina maka haruslah dilakukan pengaduan dari orang yang merasa dirugikan. Apabila tidak terdapat pengaduan dari pihak yang merasa dirugikan maka si pelaku tidak dapat terproses secara hukum karena perbuatan zina adalah perbuatan yang hanya dapat dituntut apabila ada pengaduan dari orang yang dirugikan, tindak pidana semacam ini

²⁷⁵ *Ibid.*

disebut dengan *klacht delichten*²⁷⁶.

Dengan demikian secara ringkas dapat kita simpulkan bahwa menurut para ahli hukum pidana perbuatan zina dalam KUHP dapat terjadi apabila terpenuhinya unsur-unsur berikut ini:

- a. Adanya kesengajaan.
- b. Adanya hubungan kelamin dengan orang lain yang bukan isteri/suami yang salah satu atau keduanya telah terikat dengan ikatan perkawinan.
- c. Bukan hubungan kelamin sesama jenis.
- d. Tidak adanya persetujuan dari suami/isteri.
- e. Adanya pengaduan dari pihak yang dirugikan

C. Tindak Pidana Zina Perspektif Hukum Pidana Islam

1. Definisi Zina

Zina secara harfiah berarti fahishah, yaitu perbuatan keji. Zina dalam pengertian istilah adalah hubungan kelamin antara seorang lelaki dengan seorang perempuan yang satu sama lain tidak terikat dalam hubungan perkawinan²⁷⁷. Ibnu Rusyd mendefinisikan zina sebagai persetubuhan yang dilakukan bukan karena nikah sah atau semu nikah dan bukan karena pemilikan hamba sahaya²⁷⁸. Namun dalam hal ini tidak menjadi persoalan apakah salah seorang atau kedua belah

²⁷⁶ Lamintang, 2016, *Dasar-Dasar Hukum Pidana di Indonesia*, Sinar Grafika, Jakarta, Cet.2, h. 217.

²⁷⁷ Zainuddin Ali, 2009, *Hukum Pidana Islam*, Sinar Grafika, Jakarta, h. 37.

²⁷⁸ Rahmat Hakim, 2000, *Hukum Pidana Islam (Fiqh Jinayah)*, Pustaka Setia, Bandung, h. 69.

pihak telah memiliki pasangan hidupnya masing-masing ataupun belum menikah sama sekali. Kata “zina” ini dikenakan baik terhadap seorang atau keduanya telah menikah ataupun belum. Islam menganggap zina bukan hanya sebagai dosa besar, melainkan juga sebagai suatu tindakan yang akan membuka gerbang berbagai perbuatan memalukan lainnya, misalnya akan menghancurkan landasan keluarga yang sangat mendasar, akan mengakibatkan terjadinya banyak perselisihan dan pembunuhan, meruntuhkan nama baik dan kekayaan, serta menyebarluaskan sejumlah penyakit baik jasmani maupun rohani²⁷⁹.

Para fuqaha (ahli hukum Islam) sepakat mengartikan zina, yaitu melakukan hubungan seksual dalam arti memasukkan zakar (kelamin pria) ke dalam vagina wanita yang dinyatakan haram, bukan karena syubhat, dan atas dasar syahwat²⁸⁰. Akan tetapi, mereka berbeda pendapat dalam mengkualifikasikan persetubuhan yang diharamkan tersebut yang berakibat pada hukuman dera atau rajam (had zina) sebagaimana dikemukakan dalam Alquran dan Sunah²⁸¹. Beberapa pendapat tersebut di antaranya:

a. Pendapat mazhab Maliki

Mazhab Maliki sebagaimana dikutip oleh Abdul Qadir Audah, memberikan definisi sebagai berikut: “Zina adalah persetubuhan yang dilakukan oleh orang mukalaf terhadap farji manusia (wanita) yang bukan miliknya secara

²⁷⁹ Abdurrahmad Doi, 1992, *Tindak Pidana Syariat Islam*, Rineka Cipta, Jakarta, h. 31.

²⁸⁰ Zainuddin Ali, *Hukum Pidana...*, h. 37.

²⁸¹ Enceng Arif Rizal dan Jaih Mubarak, 2004, *Kaidah Fiqh Jinayah (Asas-asas Hukum Pidana Islam)*, Pustaka Bani Quraisy, Bandung, 117.

disepakati dengan kesengajaan.”

b. Pendapat mazhab Hanafi

“Zina adalah nama bagi persetubuan yang haram dalam qubul (kemaluan) seorang perempuan yang masih hidup dalam keadaan ikhtiar (tanpa paksaan) di dalam negeri yang adil yang dilakukan oleh orang-orang kepadanya berlaku hukum Islam, dan wanita tersebut bukan miliknya dan tidak ada syubhat dalam miliknya.”

c. Pendapat mazhab Syafii

Mazhab Syafii sebagaimana dikutip oleh Abdul Qadir Audah, memberikan definisi sebagai berikut. “Zina adalah memasukkan zakar ke dalam farji yang diharamkan karena zatnya tanpa ada syubhat dan menurut tabiatnya menimbulkan syahwat.”

d. Pendapat mazhab Hambali

“Zina adalah melakukan perbuatan keji (persetubuan), baik terhadap qubul (farji) maupun dubur.”²⁸²

e. Pendapat Zahiriyah

“Zina adalah **mewahti** orang yang tidak halal untuk dilihat dan ia tahu akan **keharamannya**.”

f. Pendapat Imamiyah

“Zina adalah masuknya penis terhadap farji perempuan yang haram baik melalui depan (vagina) atau belakang (anus), tidak terikat akad nikah, bukan miliknya, dan tidak ada syubhat.”²⁸³

Apabila diperhatikan, maka dari beberapa definisi tersebut berbeda dalam redaksi dan susunan kalimatnya, namun dalam intinya sama, yaitu bahwa zina adalah hubungan kelamin antara seorang laki-

²⁸² Ahmad Wardi Muslich, 2005, *Hukum Pidana Islam*, Sinar Grafika, Jakarta, h. 6-7.

²⁸³ Enceng Arif Rizal dan Jaih Mubarak, *Kaidah Fiqh Jinayah...*, h. 119.

laki dan perempuan di luar nikah. Hanya kelompok Hanabilah yang memberikan definisi yang singkat dan umum, yang menyatakan bahwa zina adalah setiap perbuatan keji yang dilakukan terhadap farji atau dubur. Dengan demikian, Hanabilah menegaskan dalam definisinya bahwa hubungan kelamin terhadap dubur dianggap sebagai zina yang dikenakan hukuman had²⁸⁴.

Konsep tentang tindak pidana perzinaan menurut hukum Islam jauh berbeda dengan sistem hukum Barat, karena dalam hukum Islam, setiap hubungan seksual yang diharamkan itulah zina, baik yang dilakukan oleh orang yang telah berkeluarga maupun yang belum berkeluarga asal ia tergolong orang mukallaf, meskipun dilakukan dengan rela sama rela, hal tersebut tetap merupakan tindak pidana²⁸⁵.

Dalam syariat Islam, perzinaan bukan saja perbuatan yang dianggap jarimah. Lebih dari itu, perzinaan dikategorikan sebagai suatu tindak pidana yang termasuk dalam kelompok jarimah hudud, yaitu kelompok jarimah yang menduduki urutan teratas dalam hirarki jarimah-jarimah. Kelompok jarimah hudud ini mengancamkan pelakunya dengan hukuman yang sangat berat, dan rata-rata berupa hilangnya nyawa, atau paling tidak hilangnya sebagian anggota tubuh pelaku jarimah²⁸⁶.

²⁸⁴ Ahmad Wardi Muslich, *Hukum Pidana Islam...*, h. 8.

²⁸⁵ A. Djazuli, 1996, *Fiqh Jinayah*, Raja Grafindo, Bandung, h. 35.

²⁸⁶ Rahmat Hakim, *Hukum Pidana Islam...*, h. 70.

2. Unsur – Unsur Zarimah Zina

Dari beberapa definisi yang dikemukakan para ahli, sekalipun terdapat perbedaan redaksional, namun terdapat persamaan visi²⁸⁷. Para ulama sepakat bahwa terdapat dua unsur jarimah zina, yaitu²⁸⁸:

a. Persetubuhan yang diharamkan

Persetubuhan yang dianggap sebagai zina atau persetubuhan yang haram adalah persetubuhan pada farji wanita bukan istrinya atau hambanya dan masuknya zakar tersebut seperti masuknya ember ke dalam sumur dan tetap dianggap zina²⁸⁹. Ukurannya adalah apabila kepala kemaluan (*hashafah*) telah masuk ke dalam farji walaupun sedikit, hal tersebut juga dianggap sebagai zina walaupun ada penghalang antara zakar dan kemaluan perempuan, selama penghalangnya tipis yang tidak menghalangi perasaan dan kenikmatan bersenggama. Di samping itu, kaidah untuk menentukan persetubuhan sebagai zina adalah persetubuhan yang terjadi bukan pada miliknya sendiri. Dengan demikian, apabila persetubuhan terjadi dalam lingkungan hak milik sendiri karena ikatan perkawinan maka persetubuhan tersebut tidak dianggap sebagai zina, walaupun persetubuhannya itu diharamkan karena suatu sebab. Hal ini karena hukum haramnya persetubuhan tersebut datang belakangan karena adanya suatu sebab bukan

²⁸⁷ Ibid., h. 72.

²⁸⁸ A. Djazuli, *Fiqh Jinayah...*, h. 36.

²⁸⁹ Ibid.

karena zatnya Contohnya, seperti menyetubuhi yang sedang haid, nifas, atau sedang berpuasa ramadhan. Persetubuhan ini semuanya dilarang, tetapi tidak dianggap sebagai zina²⁹⁰.

Apabila persetubuhan tidak memenuhi ketentuan-ketentuan tersebut maka tidak dianggap sebagai zina yang dikenai hukuman had, melainkan hanya tergolong kepada perbuatan maksiat yang diancam dengan hukuman takzir, walaupun perbuatannya itu merupakan pendahuluan dari zina. Contohnya seperti mufakhodzah (memasukkan penis di antara dua paha), atau memasukkannya ke dalam mulut, atau sentuhan-sentuhan di luar farji. Demikian pula perbuatan maksiat yang lain yang juga merupakan pendahuluan dari zina dikenai hukuman takzir. Contohnya seperti ciuman berpelukan, bersunyi-sunyi dengan wanita asing (bukan muhrim), atau tidur bersamanya dalam satu ranjang. Perbuatan-perbuatan ini dan semacamnya yang merupakan rangsangan terhadap perbuatan zina merupakan maksiat yang harus dikenai hukuman takzir²⁹¹. Larangan terhadap perbuatan-perbuatan tersebut tercakup dalam firman Allah Surah Alisra ayat 32 yang berbunyi:

Artinya: Dan janganlah kamu mendekati zina. Sesungguhnya zina itu adalah suatu perbuatan yang keji dan merupakan suatu jalan yang buruk. (QS. Alisra : 32)²⁹²

²⁹⁰ Ahmad Wardi Muslich, *Hukum Pidana Islam...*, h. 8.

²⁹¹ Ibid., h. 8-9.

²⁹² Departemen Agama RI, t.t., *Al Qur'an dan Terjemahnya (Transliterasi Arab-Latin)*, CV. Asy-Syifa', Semarang, h. 610.

Adapun pada umumnya para fukaha sepakat bahwa yang dianggap zina itu adalah persetubuhan terhadap farji manusia yang masih hidup, namun dalam penerapannya terhadap kasus-kasus tertentu mereka kadang-kadang berbeda pendapat. Beberapa kasus dan pendapat para ulama mengenai hukumannya adalah sebagai berikut.

1) Persetubuhan dengan adanya syubhat

Golongan mazhab syafii membagi syubhat ini kepada tiga bagian sebagai berikut²⁹³:

- a) Syubhat dalam objek atau tempat;
- b) Syubhat pada dugaan pelaku;
- c) Syubhat pada Jihat atau aspek hukum.

Golongan Hanafiyah membagi syubhat ini kepada dua bagian, yaitu sebagai berikut:

- a) Syubhat dalam perbuatan; dan
- b) Syubhat dalam tempat atau objek.

Sebenarnya Imam Abu Hanifah sendiri masih menambah macam syubhat ini dengan macam yang ketiga, yaitu syubhat yang terjadi karena adanya akad walaupun akad tersebut telah disepakati oleh para ulama tentang haramnya. Dalam hubungan dalam syubhat dalam persetubuhan karena adanya akad ini, berikut adalah

²⁹³ Ahmad Wardi Muslich, Hukum Pidana Islam..., h. 18.

beberapa kasusnya²⁹⁴.

- a) Persetubuhan dengan wanita muhrim yang dinikahi;
- b) Persetubuhan dalam pernikahan yang batal;
- c) Persetubuhan dalam pernikahan yang diperselisihkan hukumnya;
- d) Persetubuhan karena dipaksa.

2) Kekeliruan persetubuhan

Kekeliruan atau kesalahan dalam persetubuhan ini ada dua macam kemungkinan, yaitu kekeliruan dalam persetubuhan yang mubah dan kekeliruan dalam persetubuhan yang diharamkan.

3) Perkawinan setelah terjadinya zina

Perkawinan yang menyusul setelah terjadinya perbuatan zina dianggap sebagai syubhat yang menggugurkan hukuman had. Pendapat ini dikemukakan oleh Imam Abu Hanifah menurut Abu Yusuf.

4) Utuhnya selaput darah

Apabila empat orang saksi menyaksikan seorang wanita berzina, tetapi berdasarkan hasil pemeriksaan dokter ahli yang dapat dipercaya, selaput dara wanita tersebut masih utuh maka tidak hukuman had bagi wanita, karena hal itu dianggap sebagai syubhat. Demikian pula para saksi tidak

²⁹⁴ Ibid., h. 20.

dikenakan hukuman, karena mereka bertindak sebagai saksi bukan sebagai penuduh.

b. Adanya kesengajaan atau adanya iktikad jahat

Unsur yang kedua dari jarimah zina adalah adanya niat dari pelaku yang melawan hukum. Unsur ini terpenuhi apabila pelaku melakukan suatu perbuatan (persetubuhan) padahal ia tahu bahwa wanita yang disetubuhinya adalah wanita yang diharamkan baginya. Dengan demikian, apabila seseorang mengerjakan suatu perbuatan dengan sengaja, tetapi ia tidak tahu bahwa perbuatan yang dilakukannya tersebut haram maka ia tidak dikenai hukuman had²⁹⁵.

3. **Dasar Hukum Zina Dalam Islam**

Dasar hukum hudud zina di dalam Alquran di antaranya²⁹⁶:

a. QS. An-nur ayat 2:

Artinya: Perempuan yang berzina dan laki-laki yang berzina, maka 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 dari orang-orang yang beriman²⁹⁷.

b. QS. Annisa ayat 15

Artinya: Dan (terhadap) para wanita yang mengerjakan perbuatan keji, hendaklah ada empat orang saksi di antara kamu (yang menyaksikan). Kemudian apabila mereka telah

²⁹⁵ Ibid., h. 25.

²⁹⁶ Zainuddin Ali, Hukum Pidana..., h. 37-38.

²⁹⁷ Departemen Agama RI, Al Qur'an dan..., h. 764.

member persaksian, maka kurunglah mereka (wanita-wanita itu) dalam rumah sampai mereka menemui ajalnya, atau sampai Allah memberi jalan yang lain kepadanya²⁹⁸.

c. QS. Alisra ayat 32

Artinya: Dan janganlah kamu mendekati zina, sesungguhnya zina itu adalah perbuatan yang keji dan suatu jalan yang buruk²⁹⁹.

d. QS. Annur ayat 30-31

Artinya: Katakanlah kepada wanita yang beriman: “Hendaklah mereka menahan pandangannya, dan memelihara kemaluannya, dan janganlah mereka menampakkan perhiasannya, kecuali yang (biasa) tampak daripadanya, dan janganlah mereka menampakkan perhiasannya, kecuali kepada suami mereka, atau ayah mereka, atau ayah suami mereka, atau putra-putra mereka, atau putra-putra saudara laki-laki mereka, atau putra-putra saudara perempuan mereka, atau wanita-wanita Islam, atau budak-budak yang mereka miliki, atau pelayan-pelayan laki-laki yang tidak mempunyai keinginan (terhadap wanita) atau anak-anak yang belum mengerti tentang aurat wanita. Dan janganlah mereka memukulkan kakinya agar diketahui perhiasan yang mereka sembunyikan. Dan bertaubatlah kamu sekalian kepada Allah, hai orang-orang yang beriman supaya kamu beruntung³⁰⁰.

4. Macam-Macam Hukuman Zina dan Pelaksanaannya

Hukuman zina itu ada dua macam, tergantung kepada keadaan pelakunya apakah ia belum berkeluarga (*ghair muhshan*) atau sudah berkeluarga (*muhsan*)³⁰¹.

a. Hukuman Zina *Ghair Muhshan*

²⁹⁸ Departemen Agama RI, Al Qur'an dan..., h. 170.

²⁹⁹ Departemen Agama RI, Al Qur'an dan..., h. 610.

³⁰⁰ Departemen Agama RI, Al Qur'an dan..., h. 772.

³⁰¹ Ahmad Wardi Muslich, Hukum Pidana Islam..., h. 29.

Zina ghair muhsan adalah zina yang dilakukan oleh laki-laki dan perempuan yang belum berkeluarga. Hukuman untuk zina ghair muhsan ini ada dua macam, yaitu:

1) Hukuman Dera

Apabila jejak dan gadis melakukan perbuatan zina, mereka dikenai hukuman dera seratus kali. Sebagaimana dijelaskan dalam firman Allah dalam Surah Annur ayat 2 dan hadis Nabi saw. Hadis Rasulullah saw³⁰²:

Dari Ubadah ibn Ash-Shamit ia berkata: Rasulullah saw telah bersabda: “Ambillah dari diriku, ambillah dari diriku, sesungguhnya Allah telah memberikan jalan keluar bagi mereka (pezina). Jejak dengan gadis hukumannya dera seratus kali dan pengasingan selama satu tahun. Sedangkan duda dan janda hukumannya dera seratus kali dan rajam. (Hadis diriwayatkan oleh Muslim, Abu Dawud, dan Turmudzi).

Hukuman dera adalah hukuman had, yaitu hukuman yang sudah ditentukan oleh syarak. Oleh karena itu, hakim tidak boleh mengurangi, menambah, menunda pelaksanaannya, atau menggantinya dengan hukuman lain³⁰³.

2) Hukuman pengasingan

Hukuman yang kedua untuk zina muhsan adalah hukuman pengasingan selama satu tahun. Menurut Imam Abu Hanifah, hukuman pengasingan tidak wajib dilaksanakan. Akan tetapi, mereka membolehkan bagi

³⁰² Rahmat Hakim, Hukum Pidana Islam..., h. 74.

³⁰³ Ahmad Wardi Muslich, Hukum Pidana Islam..., h. 30.

Imam untuk menggabungkan antara dera seratus kali dan pengasingan apabila hal itu dipandang maslahat. Dengan demikian, menurut hukuman pengasingan itu bukan hukuman had, melainkan hukuman takzir. Jumhur ulama yang terdiri atas Imam Malik, Imam Syafii dan Imam Ahmad berpendapat bahwa hukuman pengasingan harus dilaksanakan bersama-sama dengan hukuman dera seratus kali. Dengan demikian, menurut Jumhur hukuman pengasingan ini termasuk hukuman had, dan bukan hukuman takzir³⁰⁴.

b. Hukuman untuk zina muhsan

Zina muhsan adalah zina yang dilakukan oleh laki-laki dan perempuan yang sudah berkeluarga (bersuami/beristri).

Hukuman untuk pelaku zina muhsan ini ada dua macam, yaitu:

- 1) Hukuman Dera 100 Kali, dan
- 2) Rajam

Hukuman dera seratus kali didasarkan kepada Alquran Surah Annur ayat 2 dan hadis Rasulullah saw. yang telah dikemukakan di atas. Hukuman rajam ditetapkan bagi pelaku zina muhsan, baik terhadap laki-laki maupun perempuan. Hukuman rajam adalah hukuman mati dengan

³⁰⁴ Ibid., h. 31.

jalan dilempari batu atau sejenisnya³⁰⁵. Hukuman rajam merupakan hukuman yang telah diakui dan diterima oleh hampir semua fukaha³⁰⁶. Fukaha menyepakati keberadaan hukuman rajam. Alasan mereka, hukuman rajam pernah dijatuhkan oleh Rasulullah Saw dan oleh ijmak sahabat sesudahnya. Adapun di antara hadis yang berkaitan dengan hal ini adalah³⁰⁷:

“Tidak halal darah (jiwa) seorang muslim kecuali karena salah satu dari tiga hal: kufur sesudah iman, zina sesudah kawin, dan pembunuhan bukan karena pembunuhan (kisas).”

5. **Halangan-Halangan Pelaksanaan Hukuman Zina**

Hukuman tidak dapat dilaksanakan apabila alat buktinya hanya berupa pengakuan dan yang bersangkutan menarik pengakuannya, atau alat buktinya adalah persaksian lalu salah seorang saksinya menarik persaksiannya sebelum dilaksanakan hukuman atau salah seorang yang berzina mengingkari atau mengaku sudah kawin apabila zina dibuktikan dengan pengakuan dari salah seorang keduanya³⁰⁸.

Adapun karena hilangnya kecakapan para saksi sebelum pelaksanaan hukuman dan setelah adanya putusan hakim. Dan karena meninggalnya saksi sebelum hukuman rajam dilaksanakan atau karena

³⁰⁵ Abdul Qadir Audah, 2008, *Ensiklopedi Hukum Pidana Islam*, (Ahsin Sakho Muhammad dkk), Jilid III, PT Kharisma Ilmu, Bogor, h. 47.

³⁰⁶ Ahmad Wardi Muslich, *Hukum Pidana Islam...*, h. 33.

³⁰⁷ Abdul Qadir Audah, *Ensiklopedi Hukum Pidana Islam...*, h. 47.

³⁰⁸ A. Djazuli, *Fiqh Jinayah...*, h. 63.

sudah dilaksanakan perkawinan antara pelaku zina tersebut³⁰⁹.

D. Formulasi Tindak Pidana Zina Dalam Hukum Islam

Zina merupakan tindak pidana yang diancam dengan hukuman *hadd*, yaitu suatu hukuman yang diberlakukan terhadap pelanggaran yang menyangkut hak Allah³¹⁰. Dengan demikian hukuman tindak pidana zina telah diatur oleh Al Qur'an dan merupakan hak Allah secara mutlak.

Menurut ulama fiqih zina adalah persetubuhan antara lakilaki dan perempuan tanpa ada ikatan perkawinan yang sah, yaitu memasukkan kelamin laki-laki kedalam kelamin perempuan, minimal sampai batas *hasyafah* (kepala zakar)³¹¹.

Persetubuhan yang diharamkan dan dianggap zina adalah persetubuhan di dalam *farji*, dimana zakar dalam *farji* seperti batang celak di dalam botol celak atau seperti *timba* di dalam sumur. Persetubuhan dianggap zina, minimal dengan terbenanya *hasyafah* (pucuk *dzakar*) pada *farji*, atau sejenis *hasyafah* jika zakar tidak mempunyai *hasyafah*, dan menurut pendapat yang kuat, zakar tidak disyaratkan ereksi³¹².

Zina menurut Islam adalah persetubuhan yang dilakukan oleh pasangan yang tidak terikat perkawinan yang sah. Untuk pelaku zina sendiri dibagi menjadi dua yaitu zina *muhsan* dan *ghairu muhsan*. Zina *muhsan* adalah

³⁰⁹ Ahmad Wardi Muslich, *Hukum Pidana Islam...*, h. 59.

³¹⁰ Syamsul Huda, 2015, *Zina dalam Prespektif Hukum Islam dan KUHP*, jurnal Vol 12, (STAIN Kediri, h. 382.

³¹¹ M.Abdul Mujieb, dkk, 2002, *Kamus Istilah Fikih*, (Jakarta: Pustaka Firdaus, Jakarta, h.443.

³¹² Abdul Qadir Audah, 2007, *Ensiklopedi Hukum Pidana Islam*, Kharisma Ilmu, Jakarta, h. 154.

zina yang dilakukan oleh orang yang sudah baligh, berakal, merdeka, dan sudah bercampur secara sah dengan orang lain jenis kelaminnya. Dengan kata lain zina *muhsan* adalah zina yang sudah menikah. Sedangkan zina *ghairu muhsan* adalah zina yang dilakukan oleh orang yang belum pernah melangsungkan perkawinan yang sah.

Hukum Islam melarang zina dan mengancamnya dengan hukuman karena zina merusak sistem kemasyarakatan dan mengancam keselamatan. Zina merupakan pelanggaran atas sistem kekeluargaan, sedang keluarga merupakan dasar untuk berdirinya masyarakat. Memperbolehkan zina berarti memperbolehkan kekejian, dan hal ini dapat meruntuhkan masyarakat. Mengenai kekejian zina, Muhammad Al-Khatib AlSyarbani mengatakan zina merupakan dosa-dosa besar yang paling keji, tidak satu agama menghalalkannya. Sedangkan saksi yang dijatuhkan juga sangat berat, karena mengancam kehormatan dan hubungan nasab³¹³.

Sebagai perbandingan dalam Kompilasi Hukum Islam Pasal 2 disebutkan perkawinan bertujuan untuk mewujudkan kehidupan rumah tangga yang sakinah, mawaddah, dan warohmah³¹⁴. Tujuan perkawinan menurut Islam tercantum di dalam QS an-Nahl/16:72.

Artinya:

“Allah menjadikan bagi kamu isteri-isteri dari jenis kamu sendiri dan menjadikan bagimu dari isteri-isteri kamu itu, anak-anak dan cucu-cucu, dan memberimu rezki dari yang baik-baik. Maka Mengapakah mereka beriman kepada yang bathil dan

³¹³ Nurul Irfan, Masyrofah, 2013, *Fikih Jinayah*, Azmah, Jakarta, h.18.

³¹⁴ Abd.Shomad, 2010, *Hukum Islam*, Kencana, Jakarta, h. 276.

mengingkari nikmat Allah.” (QS. An-Nahl (16):72)³¹⁵.

Terdapat beberapa ayat Al Quran yang mengharamkan zina, yaitu sebagai berikut:

Artinya:

dan janganlah mendekati zina, sesungguhnya zina itu adalah suatu perbuatan yang keji dan suatu jalan yang buruk. (QS.Al-Isro' (17):32)³¹⁶.

Larangan zina menurut ayat diatas merupakan larangan yang paling utama dalam konsep pelanggaran menjaga kehormatan. Namun demikian, larangan itu juga berlaku pada setiap model perbuatan yang mengarah dan merupakan pendahuluan yang mengantarkan pada terjadinya perbuatan zina seperti halnya berkhawat (berdua-duaan), memandang lawan jenis sehingga mendatangkan syahwat, meraba, memeluk, mencium ataupun kencan dengan pasangan selingkuhanya. Larangan zina bermuara pada upaya menjaga kehormatan dan martabat manusia sebagai makhluk yang terhormat yang membedakan dengan dengan hewan yang tidak pernah berfikir soal kehormatan dari sebuah keluarga dengan silsilah yang jelas. Agar manusia tetap sebagai makhluk yang terhormat dan dalam melakukan aktivitas seksualnya secara terhormat, Islam membuat syariat pernikahan sehingga penyaluran kebutuhan biologisnya dilakukan secara legal dan bermartabat³¹⁷. Dalam ayat lain Allah Berfirman:

³¹⁵ Departemen Agama RI, 2011, *Al Quran dan Terjemahnya*, PT. Mizan Bunaya, Bandung, h. 275.

³¹⁶ Departemen Agama RI, 2015, *Al Quran dan Terjemahnya*, juz 15, CV Penerbit Diponegoro, Bandung, h. 285.

³¹⁷ Ridwan, 2006, *Kekerasan Berbasis Gender*, cet 1, Pusat Studi Gender, Purwokerto, h, 149-150.

Artinya:

*dan orang-orang yang sudah menyembah Tuhan yang lain beserta Allah dan tidak membunuh jiwa yang diharamkan Allah (membunuhnya) kecuali dengan (alasan) yang benar dan tidak berzina, barangsiapa yang melakukan yang demikian itu, niscaya akan mendapatkan (pembalasan) dosanya. (QS.Al-Furqan (25): 68)*³¹⁸.

Selain dua ayat diatas, juga disebutkan dalam hadist bahwa:

Artinya:

*dari Abdullah meriwayatkan, “aku bertanya, wahai Rasulullah, dosa-dosa apa yang paling besar disisi Allah?”, beliau menjawab, “kamu menjadikan tandingan bagi Allah (berbuat syirik), padahal dialah yang telah menciptakan kamu”, lalu aku bertanya lagi, “kemudian dosa apalagi?”, beliau menjawab, “kamu membunuh anakmu karena takut kalau ia akan bersama kamu”, kemudian aku bertanya lagi, “kemudian dosa apa lagi?”, beliau menjawab, “kamu berzina istri tetanggamu”. (HR.Al-Bukhori dan Ibbnu Hibban)*³¹⁹.

Syariat Islam melarang zina karena zina itu banyak bahayanya, baik terhadap akhlaq dan agama, jasmani dan badan, di samping terhadap masyarakat dan keluarga.

Bahaya terhadap agama dari perbuatan zina sudah cukup jelas. Seseorang yang melakukan perbuatan zina, pada waktu itu ia merasa gembira dan senang. Sementara di pihak lain perbuatannya itu menimbulkan kemarahan dan kutukan Tuhan karena telah dilarang keras oleh-Nya dan menghukum pelakunya. Di samping itu perbuatan zina juga mengarah kepada lepasnya keimanan dari hati pelakunya, sehingga andaikan ia mati

³¹⁸ Kementrian Agama RI, 2011, *Al Quran dan Translitasi Perkata dan Terjemahan Per Kata*, Cipta Bagus Segara, Bekasi, h. 369.

³¹⁹ Abu Abdillah Muhammad bin Ismail Al-Bukhori, *Shohih Al Bukhori*, Dahlan, Indonesia, jilid IV, h. 2721-2723.

pada saat melakukan zina tersebut maka ia mati dengan tidak membawa iman. Dalam sebuah hadist yang diriwayatkan oleh Imam Bukhori dan lainnya, Rasulullah bersabda³²⁰:

Artinya:

*Tidaklah berzina seorang pezina kalau pada waktu berzina dalam keadaan beriman*³²¹.

Dengan demikian, perzinahan merupakan suatu hal yang diharamkan oleh Allah dan Rasulnya dalam Al Quran maupun hadist serta disepakati oleh para ulama dari berbagai madzhab.

E. Problematika Zina

1. Bentuk – bentuk Perzinahan

Perzinahan yang terjadi di muka bumi ini seiring dengan perkembangan zaman dan teknologi, maka semakin bervariasi bentuk dan rupanya, dan mengalami berbagai bentuk dan perubahan semenjak zaman sodom and gomora.

a. Sodomi

Yaitu perzinahan dengan cara anal seks yakni melakukan hubungan seksual dengan memasukan alat kelamin pria ke dalam lubang dubur.

b. Lesbian

Yaitu hubungan seksual yang dilakukan antara wanita dan wanita

³²⁰ Ahmad Wardi Muslih, Hukum Pidana Islam, Sinar Grafika, Jakarta, h. 5.

³²¹ Muhammad Ibnu Ismail Al-Bukhori, *Matan Al-Bukhori*, juz IV, Dar al Fikr, Bairut, h.

dan perilaku ini juga disebut dengan zina

c. Masturbasi

Masturbasi atau onani merupakan aktifitas seksual yang dilakukan dengan cara mengeluarkan sperma melalui cara selain bersetubuh³²².

d. Homoseksual

Homoseksual merupakan kelainan seksual berupa disorientasi pasangan seksualnya disebut dengan “gay” bila penderitanya laki-laki.

e. *Masokisme*

Yaitu penyimpangan seksual dengan sengaja membiarkan dirinya disakiti atau disiksa untuk memperoleh kepuasan seksual.

f. *Ekshibisionisme*

Yaitu penyimpangan seksual dimana kepuasan seksualnya dengan memperlihatkan alat kelamin mereka pada orang lain yang sesuai dengan kehendaknya, bila korban terkejut jijik/ menjerit ketakutan ia akan semakin teransang.

g. *Fetishisme*

Yaitu penyimpangan seksual dengan cara memuja aktifitas seksual penderita petishisme biasanya disalurkan melalui bermasturbasi ria dengan breast holde, celana dalam, kaos kaki

³²² Hasan zakariyah fulaifil, 2006, *Bagaimana Menaklukkan Syahwat*, Pustaka al-kausar, Jakarta, h. 46-48.

atau benda lain yang dapat meningkatkan hasrat / dorongan seksual. Sehingga orang tersebut mengalami ejakulasi dan mendapatkan kepuasan atau ada juga penderita yang meminta pasangannya mengenakan benda-benda favoritnya kemudian melakukan hubungan seksual yang sebenarnya dengan pasangannya tersebut.

h. *Voyeurisme/scoptophilia*

Yaitu kelainan dimana penderita akan memperoleh kepuasan dengan cara mengintip atau melihat orang lain yang sedang telanjang mandi, bahkan berhubungan seksual.

i. *Bestiality*

Yaitu kelainan / penyimpangan seksual dimana penderita sering melakukan hubungan seksual dengan binatang.

j. *Transvestitisme*

Yaitu penyimpangan seksual dimana penderita lebih merasakan kepuasan bila dia memakai pakaian lawan jenis.

k. *Wifeshwapping*

Yaitu penyimpangan seksual dimana penderita saling bertukar istri untuk mencapai kepuasan seksual.

l. *Troilisme / triolisme*

Adalah penyimpangan seksual dimana penderita akan mengalami kepuasan apabila senggama dilakukan dengan dua orang atau

lebih³²³.

2. Penyebab Terjadinya Zina

a. Melalui Pandangan

Pandangan merupakan asal muasal terjadinya suatu musibah, di dalam pandangan terdapat khayalan, kemudian berubah menjadi niat yang kuat untuk melakukan perbuatan yang di benci Allah, Allah menegaskan didalam surah An-Nur ayat 30:

Artinya: Katakanlah kepada orang laki-laki yang beriman: "Hendaklah mereka menahan pandangannya, dan memelihara kemaluannya; yang demikian itu adalah lebih suci bagi mereka, Sesungguhnya Allah Maha mengetahui apa yang mereka perbuat".

b. Pengaruh Lingkungan

Orang lain yang berada pada suatu lingkungan merupakan salah satu di antara komponen sosial yang ikut mempengaruhi sikap individu seseorang yang di anggap penting, seseorang yang di anggap persetujuan bagi setiap gerak tingkah dan pendapat, seseorang yang tidak ingin di kecewakan atau seseorang yang berarti khusus bagi seseorang (*significant others*), akan banyak mempengaruhi pembentukan sikap seseorang terhadap sesuatu.

c. Pengaruh Kebudayaan

Kebudayaan seseorang individu hidup dan di besarkan mempunyai pengaruh besar terhadap pembentukan sikap

³²³ Yanti, 2011, *Kesehatan Reproduksi*, Pustaka Rihamah, Yogyakarta, 116-118.

individu itu sendiri. Apabila hidup di budaya yang mempunyai norma longgar bagi pergaulan apabila hidup di dalam budaya yang mengutamakan kehidupan yang berkelompok, maka sangat mungkin akan mempunyai sifat yang negatif terhadap kehidupan individualisme yang mengutamakan kepentingan perorangan,

d. Media Massa

Media masa adalah sebagai sarana komunikasi, berbagai bentuk media masa seperti TV, Radio, kabar Majalah dll. Mempunyai pengaruh besar dalam pembentukan opini dan kepercayaan orang, penyampaian informasi sebagai tugas pokoknya, media masa membawa pula pesan-pesan yang berisi sugesti yang dapat mengarahkan opini seseorang. Adanya informasi yang baru mengenai sesuatu hal memberikan landasan kognitif baru bagi terbentuknya sikap terhadap hal tersebut.

3. **Bahaya Zina**

Perbuatan zina merupakan perbuatan yang sangat dilarang dan prinsip islam dalam larangannya sangat keras sehingga Allah menegaskan dalam firmanNya dalam surah Al-isra' Ayat 32:

Artinya: Dan janganlah kamu mendekati zina; Sesungguhnya zina itu adalah suatu perbuatan yang keji. dan suatu jalan yang buruk (QS. Al-ISRA' :32).

Ayat dan Hadist diatas menjelaskan bahwa Perintah untuk meninggalkan perbuatan zina dalam Al- Qur'an secara jelas

mengemukakan perkara-perkara yang akan ditimpakan atas pelakunya. Didalam pemberantasan perzinahan terdapat dalam agama-agama samawi, sebab perzinahan dapat memberi dampak yang buruk yaitu merusak dan menyebarkan bahaya di kehidupan sosial, seperti mengaburkan masalah keturunan, merusak keturunan, menghancurkan rumah tangga, memporak porandakan muamalah, meluasnya penyakit kelamin, kejahatan nafsu dan merosot akhlak.

Islam mengharamkan perbuatan zina dan menutup semua jalan atau pintu-pintu yang mengarah dan membawa kepadanya. Begitu juga mengharamkan segala cara sebagai pendahulu yang mungkin masuk kedalam perbuatan haram tersebut.

Oleh karena itu tepatlah yang dikatakan Allah dalam surat Al-Isra' ayat 32, nampak buruk perbuatan zina ditimpakan secara khusus pada pelakunya dan secara umum kepada umat manusia. Bahaya zina pada kasat mata tidak satupun orang yang apat mengingkari baik orang yang beriman atau tidak beriman., sebab dampak buruk perbuatan keji itu sudah nyata. Diantara bahaya perbuatan zina adalah:

- a. Zina membunuh perasaan malu dalam diri orang yang melakukannya sehingga ia tidak mempunyai harga diri dan sifat manusianya berubah menjadi binatang.
- b. Zina membuat pelakunya terjerumus kedalam lembah bermacam-macam dosa sehingga tampak dari wajahnya muram dan gelap, tidak ada cahaya iman yang memancar dari hatinya.

- c. Menjadikan pelakunya selalu kekurangan (fakir), atau merasa demikian sehingga tidak pernah kecukupan atas apa yang diterimanya.
- d. Bisa menghilangkan kehormatan pelakunya sehingga jatuhlah martabatnya baik dihadapan Allah maupun sesama manusia.
- e. Pelaku zina akan dipandang oleh manusia dengan pandangan sinis dan penuh ketidakpercayaan.
- f. Perzinaan menyeret kepada terputusnya hubungan silaturahmi, durhaka kepada orang tua, pekerjaan haram, berbuat dzalim, serta menyia-nyiakan keluarga dan keturunan. Bahkan bisa membawa kepada pertumpahan darah dan main dukun/ tenung serta dosa-dosa besar lainnya. Zina biasanya berkaitan dengan kemaksiatan lain sebelumnya atau yang bersamaan dengannya, setelah itu biasanya akan melahirkan jenis kemaksiatan yang lain lagi.
- g. Perbuatan zina dapat melahirkan generasi yang lemah, sebab tidak mempunyai setatus sosial dalam masyarakat.
- h. Perbuatan zina dapat menularkan penyakit kelamin yang dasyat seperti: AIDS, Siphillis (raja singa), dan Gonore (kencing nanah).
- i. .Perbuatan zina senantiasa mendapat murka dari Allah, dan salah satu sebab turunnya mala petaka yang beruntun atas suatu daerah saat perzinahan merebak.

4. Dampak Yang Dilakukan Pelaku Zina

Zina dari aspek medis sebagai bentuk dari seks bebas memiliki banyak konsekuensi misalnya:

- a. Penyakit menular seksual (PMS)
- b. Infeksi
- c. Infertilitas
- d. Kanker
- e. HIV/AIDS
- f. Penderita penyakit kelamin Herves
- g. Penyakit herpes genetalis
- h. Dapat menyebabkan siflis yang berakibat fatal
- i. Siklus virus penyakit gonore
- j. Stadium awal dari gejala penyakit siflis
- k. Mengalami kudis yang parah di stadium dua
- l. Stadium tiga, ditandai dengan pembekakan di tubuh
- m. Bisa menyebabkan penyakit kutil genitalis.

Dari aspek sosial psikologis, pelaku seks bebas akan mendapatkan konsekuensi misalnya:

- a. Kualitas mentalis

Kualitas mentalis pada penderita seksual akan rendah bahkan cenderung memburuk.

- b. Kualitas kesehatan reproduksi

Ini erat kaitannya dengan dampak medis karena kondisi fisik alat reproduksinya tidak berfungsi dengan baik.

- c. Kualitas keberpungisian keluarga

Jika seseorang yang melakukan seks bebas menikah akan mengakibatkan kurang dipahaminya peran-peran baru yang disandangnya dalam pembentuk keluarga.

d. Kualitas pendidikan

Apabila terjadi dalam suatu rumah tangga peran orang tua sebagai pendidik tidak berpungsi dengan baik karena mengalami kelainan psikis dan mental.

e. Kualitas partisipasi dalam pembangunan

Penderita seksual tidak mampu mendukung dalam pembangunan sebab kondisi fisik, mental, dan sosial yang kurang baik.

Dampak yang biasa terjadi dari perilaku hubungan seks bebas adalah terjadinya kehamilan. Hal ini banyak terjadi dikalangan remaja saat ini. Kehamilan pada masa remaja mempunyai risiko medis yang cukup tinggi, karena pada masa remaja belum cukup matang untuk melakukan fungsinya. Kebanyakan remaja bebas yang selalu kita duga menganut kebiasaan seks bebas dan melepaskan tanggung jawabnya dengan jalan pintas, dengan melakukan perbuatan aborsi atau pembunuhan janin namun hal ini juga terjadi pada orang dewasa yang selalu melakukan perbuatan zina karena menghindari anak di luar nikah bahkan kerap kali memaksa pasangannya melakukan aborsi terhadap janin. Namun apapun alasannya dari tindakan tersebut jelas-jelas sangat berdampak negatif bagi pelaku dan dapat menimbulkan risiko:

- a. Pendarahan
- b. Infeksi
- c. Kemandulan
- d. Bahkan kematian
- e. Risiko komplikasi yang mungkin terjadi pada anak dan ibu seperti anemia, preeklamsia, eklamsia.

Ada beberapa resiko yang dihadapi wanita yang timbul akibat melakukan aborsi, yaitu³²⁴:

- a. Resiko kesehatan dan keselamatan fisik setelah melakukan aborsi:
 - 1) Kematian mendadak karena pendarahan hebat atau karena pembiusan yang gagal.
 - 2) Kematian secara lambat akibat infeksi serius disekitar kandungan.
 - 3) Rahim yang sobek (*uterine perforation*)
 - 4) Kerusakan leher rahimnya yang akan menyebabkan cacat pada anak berikutnya.
 - 5) Kanker payudara (karena ketidakseimbangan hormon esterogen pada wanita). Kanker indung telur (*ovarian cancer*), kanker leher rahim (*cervical cancer*), kanker hati (*placenta previa*)
 - 6) Kelainan pada plasenta (*placenta previa*)
 - 7) Menjadi mandul/tidak mampu memiliki keturunan lagi (*ectopic pregnancy*)
 - 8) Infeksi rongga panggul dan infeksi pada lapisan rahim
- b. Sedangkan resiko psikologis yang dialami:
 - 1) Perasaan sedih karena kehilangan bayi
 - 2) Beban bathin akibat timbulnya perasaan bersalah
 - 3) Penyesalan yang dapat mengakibatkan depresi
 - 4) Kehilangan harga diri
 - 5) Trauma berhubungan seksual
 - 6) Hilangnya kepercayaan diri
- c. Resiko psikososial
 - 1) Diasingkan oleh masyarakat
 - 2) Tekanan masyarakat akan keberadaannya
 - 3) Dikucilkan dari keluarga
 - 4) Mendapat celaan dari orang-orang sekitar
 - 5) Risiko masa depan dan janin yang dikandung
 - 6) Timbulnya gangguan kesuburan atau infertilitas
 - 7) Menjalani hidup dipenjara bila di ketahui melakukan aborsi
 - 8) Masa depan yang suram
 - 9) Masa depan janin sendiri terputus seketika saat aborsi dilakukan.

³²⁴ Kusmiran, 2011, *Kesehatan Reproduksi Remaja Dan Wanita*, Jakarta, selemba medika.

5. Perbandingan Formulasi Zina Dalam KUHP Dan Hukum Islam

Berdasarkan uraian tersebut di atas, formulasi baik unsur-unsur maupun sanksinya dari tindak pidana zina tersebut baik berdasarkan KUHP maupun berdasarkan Hukum Islam, dapat digambarkan seperti table berikut:

Tabel/Bagan/Skema 3
Perbandingan Unsur dan Sanksi Pidana
KUHP Dan Hukum Islam

Formulasi	Unsur-unsur	Sanksi
KUHP	- Adanya kesengajaan - Adanya hubungan kelamin dengan orang lain yang bukan isteri/suami yang salah satu atau keduanya telah terikat dengan ikatan perkawinan. - Bukan hubungan kelamin sesama jenis. - Tidak adanya persetujuan dari suami/isteri. - Adanya pengaduan dari pihak yang dirugikan	Berupa Delik Aduan, diancam dengan pidana penjara paling lama 9 (Sembilan) bulan.
Hukum Islam	- Zina adalah masuknya penis terhadap farji perempuan yang haram - baik melalui depan (vagina) atau belakang (anus), - tidak terikat akad nikah, - bukan miliknya, dan - tidak ada syubhat	Hukuman untuk Zina <i>Ghair Muhshan</i> : - Hukuman Dera - Hukuman pengasingan Hukuman untuk zina muhshan - Hukuman Dera 100 Kali - Rajam

Berdasarkan Tabel 3 tersebut, dapat disimpulkan bahwa sodomi juga termasuk zina, dan hukum Islam lebih tegas dibandingkan dengan KUHP dalam merumuskan tindak pidana zina maupun sanksi yang

dapat dijatuhkan terhadap pelakunya.



BAB IV

KELEMAHAN FORMULASI TINDAK PIDANA ZINA DALAM KUHP SAAT INI

A. Kelemahan Substansi Tindak Pidana Zina Dalam KUHP Saat Ini

Perilaku seksual merupakan aktivitas naluriah bagi manusia. setiap manusia pasti membutuhkan aktivitas ini. Bahkan Froude menyebutkan bahwa setiap aktivitas manusia didorong oleh hasrat seksual. Sekalipun aktifitas ini lazim dilakukan namun ada syarat etik yang mengaturnya. Seperti di dalam agama Islam aktivitas seksual hanya boleh dilakukan dalam bingkai ikatan perkawinan. Selain itu tempat dan etika pelaksanaannya pun tidak luput dari berbagai aturan etika. Aktifitas seksual yang dilakukan tidak pada orang yang tepat, tempat yang semestinya dan cara yang sewajarnya, tidak sesuai dengan norma dan etika akan disebut sebagai kejahatan. Secara umum kejahatan tidak hanya terdapat di dalam perundang-undangan tetapi juga perbuatan-perbuatan yang dapat menimbulkan nestapa dan kerugian³²⁵. Kejahatan seksual disebut juga kejahatan kesusilaan. Kata kesusilaan telah dipahami oleh setiap orang sebagai etika, adab sopan santun yang berhubungan dengan seksual atau nafsu birahi³²⁶.

Hukum Pidana Menurut Moelyatno adalah keseluruhan hukum yang berlaku di suatu negara tentang perbuatan yang dilarang, pertanggungjawaban

³²⁵ Arief Gosita, 1983, *Masalah Korban Kejahatan*, Kumpulan Karangan edisi pertama, Akademika Presindo, Jakarta, h.. 77.

³²⁶ Adami Chazawi, 2005, *Tindak Pidana Mengenai Kesopanan*, Raja Grafindo Persada, Jakarta, h. 2.

pidana dan prosedur penuntutan³²⁷. perbuatan yang dilarang dan diancam sanksi disebut dengan

Perbuatan pidana/delik. Penentuan terhadap macam-macam perbuatan pidana diatur di dalam asas legalitas (*Principle of Legality*) artinya harus ada perundang-undangan yang mengatur baik di dalam KUHP maupun undang-undang di luar KUHP. Sehingga rumusan tindak pidana memuat tiga hal yaitu *normadressaat* (subyek), *Strafbaar* (perbuatan yang dilarang), dan *strafmaat* (ancaman pidana)³²⁸. Sementara hal-hal yang bersifat subyektif terkait dengan sikap batin pembuat tindak pidana masuk dalam pembahasan kesalahan sehingga dapat dimintai pertanggungjawaban sebagai dasar dapat dipidanya pelaku.

Perbuatan pidana dan pertanggungjawaban masuk dalam kualifikasi hukum pidana materiil sedangkan prosedur penuntutan termasuk pada kualifikasi hukum pidana formil yang umum disebut dengan Hukum Acara Pidana. Berdasarkan tema dan latarbelakang yang telah disusun diawal, maka kajian ini akan fokus pada poin perbuatan pidana yang berkaitan dengan kejahatan seksual.

KUHP mengatur kejahatan kesusilaan yaitu kejahatan yang berhubungan dengan masalah seksual ke dalam Buku II KUHP Bab XIV mulai dari pasal 281 sampai pasal 299. Macam-macam kejahatan yang berkaitan dengan sesusilaan/seksual menurut KUHP meliputi: Kejahatan

³²⁷ Moelyatno, 2008, *Asas-Asas Hukum Pidana*, Rineka Cipta, Jakarta, h. 1.

³²⁸ MuhammadAinul Syamsu, 2014, *Pergeseran Turut Serta Melakukan Dalam Ajaran Penyertaan*, Jakarta: Kencana Prenadamedia Group, Jakarta, h 19.

dengan melanggar kesusilaan, pornografi, perzinahan, perkosaan, perbuatan cabul, pencaharian dengan cara memudahkan, memfasilitasi perbuatan cabul, perdagangan wanita dan anak laki-laki yang belum dewasa, petugas aborsi.

Perbuatan disebut melanggar kesusilaan menurut Pasal 281 KUHP adalah: Ayat (1) barang siapa dengan sengaja dan terbuka melanggar kesusilaan, Ayat (2) barang siapa dengan sengaja dan di muka orang lain yang ada disitu bertentangan kehendaknya, melanggar kesusilaan³²⁹.

Mengenai pengertian kesusilaan, Loebby Loqman membagi ke dalam dua pengertian, dalam arti sempit dan dalam arti luas³³⁰. Dalam arti sempit yaitu perbuatan yang berhubungan dengan seks sedangkan dalam arti luas yaitu seluruh perbuatan yang berkaitan dengan norma adat masyarakat. Senada dengan Loebby Loqman, R Soesilo yang memaknai kesusilaan dengan perbuatan yang berhubungan dengan nafsu kelamin, mulai dari mencium, meraba buah dada, meraba kemaluan termasuk juga persetubuhan³³¹.

Terkait dengan perbuatan kesusilaan menurut pasal 281 KUHP ini adalah perbuatan melanggar kesusilaan disebut tindak pidana dan dijatuhi sanksi apabila: pertama, pelaku dalam hal ini kedua pihak melakukan perbuatan tersebut ditempat umum secara suka rela. Secara a contrario tidak dikenai pasal ini apabila perbuatan dilakukan di tempat tertutup. Kedua,

³²⁹ Moelyatno, *KUHP*, 2014, PT Bina Aksara, Jakarta, h. 102.

³³⁰ Loebby Loqman, *Delik Kesusilaan*, makalah Lokakarya BPHN, 1995.

³³¹ R Soesilo, 1993, *KUHP, Serta Lengkap Komentar-Komentarnya Lengkap Pasal demi Pasal*, Politeia, Bogor, h. 204.

pelaku adalah orang yang melakukan perbuatan melanggar kesusilaan terhadap korban yang tidak menghendaki perbuatan tersebut yang dilakukan di muka orang lain. Ayat ini melindungi korban yang tidak menghendaki perbuatan melanggar kesusilaan terjadi kepadanya.

Zinah (overspel/gendak) adalah pelanggaran terhadap kesetiaan perkawinan³³² yang di dalam KUHP diatur dalam Pasal 284. Menurut R. Soesilo zina adalah persetubuhan sukarela yang dilakukan oleh laki-laki atau perempuan yang telah kawin dengan perempuan atau laki-laki yang bukan suami atau istrinya³³³. Zina dikatakan tindak pidana apabila persetubuhan dilakukan oleh orang yang salah satu atau keduanya terikat dengan perkawinan masing-masing. Arti secara a contrario persetubuhan yang dilakukan dimana para pelaku secara suka rela tidak sedang dalam ikatan perkawinan masing-masing tidak disebut zina. Pasal ini adalah suatu delik aduan yang absolut, artinya tidak dapat dituntut apabila tidak ada pengaduan dari pihak suami atau istri yang dirugikan (dimalukan). Pengaduan ini tidak boleh dibelah maksudnya pengaduan pihak yang dirugikan itu berlaku bagi kedua pihak yang merugikannya yaitu pasangan zinanya. Meskipun belum ada pengaduan dari pihak yang berkepentingan, polisi tidak dilarang untuk mengadakan pemeriksaan bila menjumpai peristiwa perzinahan, bahkan dalam hal-hal tertentu ia harus mengambil tindakan- tindakan untuk mencegah hal-hal yang tidak diinginkan guna menjaga keamanan dan

³³² Ahmad Bahiej, Tinjauan Yuridis atas Delik Perzinahan, <https://andukot.files.wordpress.com/2010/05/tinjaun-yuridis-atas-delik-perzinahan.pdf> diakses pada tanggal 30 Juli 2020

³³³ R Soesilo, 1993, *KUHP, Serta Lengkap ...* h. 209.

ketertiban umum.

Polisi atau penyidik memang tidak dilarang untuk menyidik tindak pidana perjinaan, namun karena delik aduan diberlakukan terhadap Pasal 284 KUHP lepas dari segala tuntutan hukum apabila suami/isterinya tidak melakukan pengaduan, salah satunya adalah dalam kasus nasional kaitannya dengan tindak pidana video pornografi yang dilakukan oleh Penyanyi Ariel Piterpen (Noah) yang dalam pembuatan video tersebut terlibat artis Luna Maya yang belum pernah menikah dan artis Cut Tari yang telah memiliki suami, karena tidak ada aduan dari suami Cut Tari, maka kasus tersebut hanya menjerat Ariel sebagai pelaku penyebaran Video Porno, sedangkan dua artis perempuan yang terlibat bebas melenggang. Terakhir adalah kasus video porno yang menimpa artis Gissel Anatasya, kasus ini baru terungkap setelah terjadi perceraian antara Gissel A dengan Gading Martin³³⁴. Artinya Polisi hanya bertindak sebagai pengamanan saja agar dengan terjadinya kasus perzinaan tersebut dapat diantisipasi jika terjadi yang tidak diharapkan, misalnya suami/isteri yang melakukan tindakan di luar hukum³³⁵.

Penggunaan delik aduan absolut dalam tindak pidana zina, merupakan kelemahan formulasi pada tindak pidana zina dalam KUHP saat ini, yang berimplikasi terhadap penegakan hukum pada tindak pidana zina dalam sistem hukum pidana Indonesia.

³³⁴ Hasil Wawancara dengan Ajun Inspektur Satu (Aiptu) Yanti, Kasubnit Perlindungan Perempuan Dan Anak (PPA) Polresta Cirebon.

³³⁵ Hasil Wawancara dengan Ajun Inspektur Satu (Aiptu) Yanti, Kasubnit Perlindungan Perempuan Dan Anak (PPA) Polresta Cirebon.

Penegakan hukum, sebagaimana dirumuskan secara sederhana oleh Satjipto Rahardjo, merupakan suatu proses untuk mewujudkan keinginan-keinginan hukum menjadi kenyataan³³⁶. Keinginan-keinginan hukum yang dimaksudkan di sini yaitu yang merupakan pikiran-pikiran badan pembentuk undang-undang yang dirumuskan dalam peraturan-peraturan hukum itu. Perumusan pikiran pembuat hukum yang dituangkan dalam peraturan hukum, turut menentukan bagaimana penegakan hukum itu dijalankan. Pendapat senada dikemukakan oleh Jimly Asshiddiqie, bahwa Penegakan hukum adalah proses dilakukannya upaya untuk tegaknya atau berfungsinya norma-norma hukum secara nyata sebagai pedoman perilaku dalam lalu lintas atau hubungan-hubungan hukum dalam kehidupan bermasyarakat dan bernegara.

Dengan demikian pada gilirannya, proses penegakan hukum itu memuncak pada pelaksanaannya oleh para pejabat penegak hukum itu sendiri. Dari keadaan ini, dengan nada ekstrim dapat dikatakan bahwa keberhasilan ataupun kegagalan para penegak hukum dalam melaksanakan tugasnya sebetulnya sudah dimulai sejak peraturan hukum yang harus dijalankan itu dibuat.

Penegakan hukum terkait dengan sistem peradilan pidana yang berlaku. Sistem hukum menurut Bellefroid, sebagai suatu rangkaian kesatuan peraturan-peraturan hukum yang disusun secara tertib menurut asas-

³³⁶ Satjipto Rahardjo, 1983, Masalah Penegakan Hukum, Sinar Baru, Bandung, h. 24.

asanya³³⁷. Sedangkan Sudikno Mertokusumo menyatakan, sistem hukum adalah suatu kesatuan yang terdiri dari unsur-unsur yang mempunyai interaksi satu sama lainnya dan bekerja sama untuk mencapai tujuan kesatuan tersebut³³⁸. Sistem hukum menurut Scholten, merupakan kasatuan di dalam sistem hukum tidak ada peraturan hukum yang bertentangan dengan peraturan-peraturan hukum lain dari sistem itu³³⁹. Sedangkan Sudarto menyatakan bahwa sistem hukum dipandang sebagai “*Logische Geschlossenheit*”, sebagai suatu struktur tertutup yang logis, tidak bertentangan satu sama lain. Hukum dipandang sebagai seperangkat aturan-aturan yang diharapkan agar ditaati oleh para anggota masyarakat³⁴⁰. Dengan demikian jika formulasinya saja sudah lemah, maka hukum tersebut atau yang terkait dengan tindak pidana zina tidak akan ditaati oleh masyarakat, dan sulit penegakannya oleh penegak hukum.

Pengertian Sistem hukum sebagaimana dikemukakan di atas, dapat disimpulkan bahwa yang dimaksud dengan “sistem hukum” adalah suatu kesatuan peraturan, yakni satu peraturan dengan peraturan lainnya lainnya menjadi satu kesatuan yang tidak dapat dipisahkan. menurut Sudikno Mertokusumo, masing-masing bagian peraturan hukum tersebut, harus dilihat dalam kaitannya dengan bagian-bagian lain dan dengan

³³⁷ Surojo Wignjodipoero, *Pengantar Ilmu Hukum*, Cetakan II, (Bandung: Alumni, 1973), hlm. 103..

³³⁸ Sudikno Mertokusumo, *Mengenal Hukum*, Cetakan I, (Yogyakarta: Liberty, 1986), hlm. 100.

³³⁹ Utrecht, E., (1), *Op.cit*, h. 207.

³⁴⁰ Sudarto, (1), *Op.cit*, h. 3.

keseluruhannya, seperti gambaran mozaik³⁴¹. Suatu gambar yang dipotong-potong menjadi bagian-bagian yang kecil, untuk kemudian dihubungkan lagi sehingga menjadi utuh, artinya bagian-bagian gambar yang kecil memiliki satu kesatuan yang tidak dapat dipisahkan, karena jika hanya satu bagian gambar kecil, maka tidak memiliki arti dan makna.

Sistem hukum merupakan sistem abstrak (konseptual) karena terdiri dari unsur-unsur yang tidak konkret, yang tidak menunjukkan kesatuan yang dapat dilihat. Unsur-unsur dalam sistem hukum mempunyai hubungan khusus dengan unsur-unsur lingkungannya. Selain itu, juga dikatakan, bahwa sistem hukum merupakan sistem yang terbuka, karena peraturan-peraturan hukum dengan istilah-istilahnya yang bersifat umum, terbuka untuk penafsiran yang berbeda dan untuk penafsiran yang luas³⁴².

Fuler dalam bukunya yang berjudul “*The Morality of Law (1971)*” menyatakan bahwa kumpulan peraturan-peraturan hukum dalam masyarakat baru dapat dikatakan sebagai suatu sistem hukum jika peraturan-peraturan tersebut memenuhi 8 (delapan) asas yang dinamakan “*Principles of Legality*”, yaitu³⁴³:

1. Suatu sistem hukum harus mengandung peraturan-peraturan, tidak boleh mengandung sekedar keputusan ad. hoc.
2. Peraturan-peraturan yang telah dibuat harus diumumkan.
3. Peraturan-peraturan tidak boleh ada yang berlaku surut.
4. Peraturan-peraturan harus disusun dalam rumusan yang dapat dimengerti.
5. Suatu sistem tidak boleh mengandung peraturan-peraturan yang bertentangan dengan satu sama lainnya.
6. Peraturan-peraturan tidak boleh mengandung tuntutan yang

³⁴¹*Ibid.* hlm. 101.

³⁴² Sudikno Mertokusumo, *Op.Cit.* h. 102.

³⁴³ Satjipto Rahardjo, *Op.Cit.*, h. 91.

- melebihi apa yang dapat dilakukan.
7. Tidak boleh ada kebiasaan untuk sering mengubah-ubah peraturan sehingga menyebabkan orang kehilangan orientasi.
 8. Harus ada kecocokan antara peraturan yang diundangkan dengan pelaksanaannya sehari-hari.

Sistem hukum sifatnya konsisten. Peraturan-peraturan hukum yang dikehendaki adalah yang tidak bertentangan satu sama lainnya. Peraturan hukum yang bertentangan dapat diberlakukan jika secara konsisten didasari oleh asas-asas hukum, seperti "*lex specialis derogat legi generali*", "*lex posteriori derogate legi priori*", atau "*lex superior derogate legi inferiori*". Peraturan hukum baru dapat dinyatakan bertentangan dengan peraturan hukum yang lainnya jika telah diputus dan dinyatakan bertentangan dengan peraturan yang di atasnya oleh putusan Mahkamah Agung atau Mahkamah Konstitusi.

Usaha penanggulangan kejahatan, secara operasional dapat dilakukan melalui sarana penal maupun non penal. Menurut Muladi:

Penanggulangan kejahatan melalui sarana penal lazimnya secara operasional dilakukan melalui langkah-langkah: Perumusan norma-norma hukum pidana yang di dalamnya terkandung adanya unsur substantif, struktural dan kultural masyarakat tempat sistem hukum pidana itu diberlakukan. Sistem hukum pidana yang berhasil dirumuskan itu selanjutnya secara operasional bekerja lewat suatu sistem yang disebut Sistem Peradilan Pidana.

Sejalan dengan pendapat Muladi tersebut, selanjutnya penulis akan membahas mengenai kelemahan formulasi tindak pidana zina dalam KUHP saat ini akan dianalisis berdasarkan unsur substantif, struktural dan kultural masyarakat tempat sistem hukum pidana itu diberlakukan.

B. Kelemahan Formulasi Tindak Pidana Zina Dalam KUHP Saat Ini Dalam Perspektif Struktur Hukum (*Legal Structure*)

Sistem hukum menurut Lawrence M. Friedman terdiri dari tiga elemen, yaitu elemen struktur hukum (*legal structure*), substansi hukum (*legal substance*), dan budaya hukum (*legal culture*)³⁴⁴. Aspek struktur (*structure*) oleh Friedman dirumuskan sebagai berikut:

"The structure of a legal system consists of elements of this kind: the number and size of courts; their jurisdiction (that is, what kind of cases they hear, and how and why), and modes of appeal from one court to another. Structure also means how the legislature is organized, how many members sit on the Federal Trade Commission, what a president can (legally) do or not do, what procedures the police department follows, and so on". (Struktur dari suatu sistem hukum terdiri atas hal-hal sebagai berikut, diantaranya : jumlah dan kapasitas peradilan, yurisdiksi, dan pola banding dari satu peradilan keperadilan lainnya. Struktur pun menjelaskan pengaturan legislasi, jumlah anggota yang duduk pada Kamar Dagang, batas wewenang dan keabsahan tindakan suatu pimpinan, prosedur yang dijalankan Kepolisian dan sebagainya).

Mengacu kepada rumusan di atas, maka pengadilan beserta organisasinya, dan DPR merupakan elemen struktur dari sistem hukum. Lembaga DPR sebagai elemen struktur, alat-alat kelengkapan dan anggota DPR merupakan aspek struktur dalam sistem hukum.

Teori Lawrence Meir Friedman yang pertama terkait struktur hukum/pranata hukum, bahwa dalam teori Lawrence Meir Friedman hal ini disebut sebagai sistem struktural yang menentukan dapat atau tidaknya hukum itu

³⁴⁴Lawrence M. Friedman, 1977, *Law and Society, an introduction*, Prentice Hall, New Jersey, p.7. (Selanjutnya disebut Lawrence M. Friedman I) Pada prinsipnya menurut Friedman bahwa sistem hukum terdiri dari struktur hukum, substansi hukum dan budaya hukum. Struktur hukum menyangkut lembaga-lembaganya, substansi hukum mencakup semua peraturan hukum, sementara itu budaya hukum mencakup gambaran sikap dan perilaku terhadap hukum, dan faktor-faktor yang menentukan diterimanya sistem hukum tertentu dalam suatu masyarakat.

dilaksanakan dengan baik. Struktur hukum berdasarkan UU No. 8 Tahun 1981 yang terdiri mulai dari Kepolisian, Kejaksaan, Pengadilan dan Badan Pelaksana Pidana (Lapas). Kewenangan lembaga penegak hukum dijamin oleh undang-undang, sehingga dalam melaksanakan tugas dan tanggungjawabnya terlepas dari pengaruh kekuasaan pemerintah dan pengaruh-pengaruh lain. Terdapat adagium yang menyatakan “*fiat justitia et pereat mundus*” (meskipun dunia ini runtuh, hukum harus ditegakkan). Namun demikian hukum yang mana yang harus ditegakan, jika zina yang didasarkan kepada delik aduan absolut sebagai tindak pidana tidak dapat diproses karena tidak adanya aduan dari yang dirugikan, baik itu suami ataupun istri dari pelaku tindak pidana zina. Artinya penegak hukum dalam artian Polisi, Jaksa, dan Pengadilan sudah barang tentu tidak akan dapat melakukan penegakan hukum jika pelaku zinanya tidak diadukan oleh yang dirugikan.

Kelemahan dari formulasi tidak pidana zina sebagai berupa delik aduan absolut, yang menyebabkan penegak hukum bersifat menunggu atau pasif atas tindak pidana zina yang telah terjadi akan berlanjut kepada proses persidangan dan diadili dalam peradilan pidana atau tidak, maka penegak hukum dalam hal ini Polisi, Jaksa maupun Hakim, tidak dapat menegakan hukum dengan seharusnya, dengan demikian masalah struktur hukum yang dimaksud tidak terletak pada penegak hukum seperti halnya Polisi, Jaksa maupun Hakim, melainkan dikembalikan kepada struktur hukum dari pembuat hukum, yakni Dewan Perwakilan Rakyat (DPR), karena kelemahan

dari suatu regulasi atau aturan hukum berpulang kembali kepada DPR dalam memformulasi suatu pasal yang akan diberlakukan, apakah menjadi pasal sapu jagat yang dapat menyapu semua jenis tindak pidana maupun hanya sekedar pasal yang menghiasi suatu undang-undang atau KUHP sehingga tidak memiliki fungsi untuk menanggulangi suatu tindak pidana, seperti halnya tindak pidana zina, ada peraturannya yang dibuat; ada pengakuannya secara hukum apa yang dimaksud dengan zina, namun tindak pidana tersebut dalam penanggulangannya digantungkan kepada orang yang mengadukannya. Artinya struktur hukum dalam hal ini DPR memiliki peran yang penting dalam melemahkan atau menguatkan bahwa zina merupakan tindak pidana yang dapat dipidana, artinya akan masuk kepada substansi hukum yang akan dibuat oleh DPR itu sendiri.

Berdasarkan analisis dan pembahasan tersebut di atas, maka kelemahan formulasi tindak pidana zina dalam KUHP dalam perspektif Struktur hukum, adalah terletak pada struktur hukumnya itu sendiri, yakni DPR sebagai pembuat undang-undang yang masih tetap kukuh mempertahankan KUHP warisan kolonial belanda. Kukuhnya DPR RI untuk mempertahankan KUHP warisan kolonial Belanda, khususnya yang terkait dengan Pasal Zina yang masing mempertahankan bahwa tindak pidana zina merupakan delik aduan absolut, terlihat pada Rancangan Undang Undang Kitab Undang Undang Hukum Pidana versi bulan September 2019, yang diatur pada Pasal 417 RUU KUHP-Sep-2019, yang formulasinya sebagai berikut:

- (1) Setiap Orang yang melakukan persetubuhan dengan orang yang bukan suami atau istrinya dipidana karena perzinaan dengan

- pidana penjara paling lama 1 (satu) tahun atau denda kategori II.
- (2) Tindak Pidana sebagaimana dimaksud pada ayat (1) tidak dilakukan penuntutan kecuali atas pengaduan suami, istri, Orang Tua, atau anaknya.
 - (3) Terhadap pengaduan sebagaimana dimaksud pada ayat (2) tidak berlaku ketentuan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 25, Pasal 26, dan Pasal 30.
 - (4) Pengaduan dapat ditarik kembali selama pemeriksaan di sidang pengadilan belum dimulai.

Formulasi tindak pidana zina yang diatur pada Pasal 417 RUU KUHP-Sep-2019 menggambarkan bahwa elemen struktur hukum dalam hal ini DPR RI masih mempertahankan delik zina sebagai delik aduan absolut sebagaimana yang ditetapkan pada KUHP Warisan Kolonial Belanda, sekalipun ada sedikit perubahan bahwa pelaku zina tidak disyaratkan oleh pelaku yang telah terikat perkawinan dengan orang lain selain isteri atau suaminya, dan pada Pasal 417 RUU KUHP-Sep-2019 memasukkan pula pelaku zina yang sama-sama tidak terikat dalam suatu perkawinan yang sah atau sama-sama lajang.

Penegakan hukum. Hukum dapat dikatakan efektif jika terdapat dampak hukum yang positif, hukum mencapai sasarannya dalam membimbing perilaku manusia sehingga menjadi perilaku hukum. Soerjono Soekanto mengemukakan lima faktor yang harus diperhatikan dalam penegakan hukum. Kelima faktor itu meliputi³⁴⁵: a. Faktor hukum atau undang-undang; b. faktor penegak hukum; c. faktor sarana atau fasilitas; d. faktor masyarakat; dan e. faktor kebudayaan.

³⁴⁵ Soerjono Soekanto, 2014, *Faktor-Faktor yang Mempengaruhi Penegakan Hukum*, Cetakan Ketiga Belas, Rajawali Pers, Jakarta, h. 8.

Ditinjau dari faktor hukum atau Undang-Undang, dapat dikatakan bahwa hukum atau Undang-Undang dalam arti materiil merupakan peraturan tertulis yang berlaku umum dan dibuat oleh penguasa pusat maupun daerah yang sah. Peraturan dibagi dua macam, yaitu peraturan pusat dan peraturan setempat. Peraturan pusat berlaku untuk semua warga negara atau suatu golongan tertentu saja maupun yang berlaku umum di sebagian wilayah negara. Peraturan setempat hanya berlaku di suatu tempat atau daerah saja. Peraturan terkait dengan tindak pidana zina di Indonesia merupakan peraturan pusat yang dapat ditemukan dalam Pasal 284 KUHP³⁴⁶.

Pasal 284 KUHP memberikan celah bagi masyarakat yang belum kawin untuk dapat melakukan perbuatan zina. Dengan kata lain, pria atau wanita yang belum kawin tidak menjadi cakupan dalam peraturan ini, sehingga efek yang timbul adalah banyak terjadinya pergaulan bebas atau hubungan seksual yang dilakukan oleh masyarakat yang belum kawin. Di sisi lain, pasal ini juga merupakan delik aduan, tindak pidana zina hanya akan dilakukan penuntutan apabila adanya pengaduan.

Ditinjau dari faktor penegak hukum, penegakan hukum yang dilakukan oleh penegak hukum di Indonesia terkait dengan perbuatan tindak pidana zina selama ini masih menerapkan Pasal 284 KUHP, yaitu dengan menunggu adanya aduan dari pihak yang mempunyai kewenangan.

³⁴⁶ Salim HS dan Erlies Septiana Nurbani, 2017, *Penerapan Teori Hukum Pada Penelitian Tesis dan Disertasi*, Cetakan Kelima, RajaGrafindo Persada, Jakarta, h. 307.

Walaupun terkadang penegak hukum juga melakukan razia terhadap lokasi remang-remang yang di mana biasa terjadi hubungan seksual yang dilakukan oleh pasangan yang tidak sah. Namun dalam penegakannya tidak diterapkan Pasal 284 KUHP, karena salah satu unsur dari pasal tersebut harus ada aduan dari suami atau istri.

Ditinjau dari faktor sarana atau fasilitas, sarana atau fasilitas itu sendiri meliputi tenaga manusia yang berpendidikan dan terampil, organisasi yang baik, peralatan yang memadai, keuangan yang cukup, dan sebagainya. Kalau hal itu tidak dipenuhi, maka mustahil penegakan hukum akan mencapai tujuannya³⁴⁷. Pada dasarnya sarana atau fasilitas yang dibutuhkan telah tersedia, tetapi kembali kepada unsur pasal perzinaan yang mengharuskan adanya aduan dari suami atau istri yang tercemar. Sehingga sarana atau fasilitas yang sudah ada tidak dapat dimanfaatkan sebelum adanya aduan tersebut.

Ditinjau dari faktor masyarakat, masyarakat Indonesia dalam menyikapi perbuatan zina terkadang tidak sesuai dengan aturan yang terdapat dalam Pasal 284 KUHP. Hal ini dapat dilihat ketika terjadi tindakan main hakim sendiri yang dilakukan oleh masyarakat terhadap pelaku perbuatan zina. Seperti pemberitaan yang ada di dalam media *online* yang menyatakan “Sepanjang 2017, catatan penangkapan, penggerebekan, dan persekusi warga karena urusan seksualitasnya bertambah panjang. Bagi sebagian masyarakat, seks adalah untuk mereka yang heteroseksual dan telah

³⁴⁷ Soerjono Soekanto, *Faktor-Faktor... Op. Cit.*

menikah saja”³⁴⁸. Faktor-faktor tersebut harus diperhatikan secara saksama dalam proses penegakan hukum, karena apabila hal itu kurang mendapat perhatian maka penegakan hukum tidak akan tercapai³⁴⁹.

C. Kelemahan Formulasi Tindak Pidana Zina Dalam KUHP Saat Ini Dalam Perspektif Substansi Hukum (*Legal Substance*)

Elemen kedua dari sistem hukum adalah substansi hukum (*substance*).

Penjelasan Friedman terhadap substansi hukum adalah sebagai berikut³⁵⁰:

"By this is meant the actual rules, norms, and behavior patterns of people inside the system. This is, first of all, "the law" in the popular sense of the term-the fact that the speed limit is fifty-five miles an hour, that burglars can be sent to prison, that 'by law' a pickle maker has to list his ingredients on the label of the jar". (Hal tersebut diartikan sebagai peraturan yang nyata, norma, dan pola perilaku masyarakat dalam suatu sistem. Hal ini utamanya hukum dalam pengertian umum, sebagai suatu bentuk batasan kecepatan 50 mili per/jam, bahwa penjahat dapat dijebloskan kepenjara, dan demi hukum setiap pembuat acara harus menjelaskan bahan-bahan dalam setiap toplesnya).

Dengan demikian, Friedman mengatakan, bahwa yang dimaksudkan dengan substansi hukum adalah peraturan-peraturan yang ada, norma-norma dan aturan tentang perilaku manusia, atau yang biasanya dikenal orang sebagai "hukum" itulah substansi hukum. Permasalahan yang ditemukan dalam formulasi tindak pidana zina, adalah pada formulasi atau substansi hukumnya itu sendiri.

Sebelum mengkaji lebih jauh Pasal 284 KUHP, perlu kiranya untuk

³⁴⁸ “Masyarakat AMP Negara Masih Gatal Urusi Seksualitas Individu”, <https://tirto.id/2017-masyarakat-amp-negara-masih-gatal-urusi-seksualitas-individu-cCw7>, diakses pada tanggal 6 November 2018.

³⁴⁹ Salim HS dan Erlies Septiana Nurbani, *Penerapan Teori ...Op. Cit.*, h. 308.

³⁵⁰ Lawrence M. Friedman, dalam Inosentius Samsul, 2004, *Perlindungan Konsumen, Kemungkinan Penerapan Tanggungjawab Mutlak*, Fakultas Hukum Universitas Indonesia, h. 23.

diketahui bagaimana proses digunakannya pasal tersebut sebagai hukum positif di Indonesia. Pasal 284 merupakan bagian dari KUHP yang berasal dari Belanda. KUHP yang berasal dari WvSvNI ini merupakan sebuah Titah Raja yang ditetapkan pada tanggal 15 Oktober 1915 dan mulai berlaku tanggal 1 Januari 1918. Berarti KUHP dibuat beberapa abad yang lalu digunakan untuk mengatur masyarakat pada saat itu. Artinya KUHP ini dibentuk untuk masyarakat Belanda pada masa itu yang sudah barang tentu nilai-nilai yang mendasari dan setting social sangat berbeda jauh dengan bangsa Indonesia pada masa kini. Oleh sebab itu permasalahan menjadi berbeda ketika bangsa ini sudah merdeka selama 70 tahun, hukum yang digunakan masih hukum yang berasal dari pemerintah kolonial.

Menggunakan KUHP sebagai induk hukum pidana berarti mempertahankan transplantasi hukum Belanda pada masyarakat Indonesia. Hal tersebut merupakan kebijakan yang tidak tepat, karena kosmologi bangsa Belanda tidak sama dengan kosmologi bangsa Indonesia. Sebagaimana yang dikatakan Robert B. Seidman³⁵¹, bahwa hukum tidak dapat begitu saja ditransplantasikan dari bangsa satu ke bangsa yang lain karena masing-masing bangsa mempunyai kosmologi yang berbeda. KUHP yang berasal dari Belanda tersebut tidak mempunyai akar pada basis sosial bangsa Indonesia, atau dengan kata lain tidak ada hubungan yang erat antara Pasal 284 KUHP dengan masyarakat Indonesia, maka sangat tidak tepat apabila KUHP khususnya Pasal 284 KUHP ditransplantasikan ke Indonesia.

³⁵¹ Suteki, 2007, *Integrasi Hukum dan Masyarakat*, Pustaka Magister, Semarang, h.1.

Diungkapkan oleh Barda Nawawi Arief, bahwa ketiadaan konsistensi antara peraturan dengan kenyataan di dalam masyarakat akan menjadi faktor kriminogen. Demikian pula halnya penggunaan Pasal 284 KUHP menjadi kriminogen, karena esensi pasal tersebut jauh dari perasaan dan nilai-nilai yang hidup di dalam masyarakat Indonesia³⁵². Hal tersebut menjadikan semakin besar ketidakpercayaan pada efektivitas penggunaan Pasal 284 KUHP dalam menanggulangi tindak perzinahan.

Digunakannya KUHP (yang dalam hal ini adalah Pasal 284) oleh bangsa Indonesia, berdasarkan pada pertimbangan-pertimbangan politik pada masa itu. Politik hukum pada awal pasca kemerdekaan Indonesia tidak menghendaki terjadinya kekosongan hukum, maka penggunaan undang-undang yang diadopsi dari Belanda merupakan suatu kebijakan yang dapat diterima. Hukum kolonial tersebut diadopsi dengan berdasar pada Pasal 2 Aturan Peralihan UUD 1945 sebagai “pasal jembatan” dalam menghadapi masa transisi yang belum memungkinkan dibentuknya undang-undang baru. Melalui Undang-undang Nomor 1 tahun 1946, KUHP Belanda (*Wetboek van Strafrecht voor Nederlandsch Indie*) diganti menjadi *Wetboek Van Strafrecht (WVS)* yang diterjemahkan dalam bahasa Indonesia menjadi Kitab Undang-undang Hukum Pidana (KUHP). Dalam Pasal V Undang-undang Nomor 1 tahun 1946 tentang Peraturan Hukum Pidana diatur kriteria atau kisi-kisi tentang pasal-pasal yang tidak dapat diberlakukan.

³⁵² Barda Nawawi Arief, *Beberapa Aspek Pengembangan Ilmu Hukum Pidana (Menyongsong Generasi Baru Hukum Pidana Indonesia)*, Pidato Pengukuhan Guru Besar Fakultas Hukum Undip, Semarang, 25 Juni 1994, h.362.

Tidak semua pasal yang ada dalam KUHP Belanda diberlakukan. Adapun kriteria yang tertuang dalam Pasal V adalah: yang seluruhnya atau sebagian tidak dapat dijalankan, bertentangan dengan kedudukan RI sebagai negara merdeka, dan tidak mempunyai arti lagi³⁵³. Berdasar bunyi pasal tersebut tidak terdapat ketentuan yang mengharuskan adanya konsistensi terhadap UUD 1945.

Barangkali dengan memahami politik hukum pada masa itu akan didapat penjelasan mengapa Pasal 284 KUHP masih tetap diberlakukan. Politik hukum merupakan alat atau ebagai sarana dan langkah yang dapat digunakan pemerintah untuk menciptakan sistem hukum nasional dalam upaya mencapai cita-cita bangsa³⁵⁴. Moh. Mahfud MD mengatakan jika hukum diartikan sebagai alat untuk meraih cita-cita dan mencapai tujuan, maka politik hukum diartikan sebagai arah yang harus ditempuh dalam pembuatan dan penegakan hukum guna mencapai cita-cita dan tujuan bangsa atau dengan kata lain politik hukum adalah upaya menjadikan hukum sebagai proses pencapaian cita dan tujuan³⁵⁵. Masih menurut Moh. Mahfud MD³⁵⁶ politik hukum mencakup proses pembuatan dan pelaksanaan

³⁵³ Barda Nawawi Arief, 2011, *Reformasi Sistem Peradilan (Sistem Penegakan Hukum) di Indonesia*, Badan Penerbit Universitas Diponegara, Semarang, h. 12.

³⁵⁴ Sunaryati Hartono, 1991, *Politik Hukum Menuju Sistem Hukum Nasional*, Alumni, Bandung, h. 1.

³⁵⁵ Mahfud MD, 2006, *Membangun Politik Hukum Menegakkan Konstitusi*, Pustaka LP3ES Indonesia, Jakarta, h. 31.

³⁵⁶ Moh. Mahfud Md, 2009, *Politik Hukum di Indonesia*, Rajawali Pers, Jakarta, h.17 Berdasarkan pendapat Abdul Hakim Garuda Nusantara bahwa Politik Hukum sebagai *Legal Policy* yang akan dan telah dilaksanakan secara nasional oleh pemerintah Indonesia yang meliputi : *pertama*, pembangunan hukum yang berintikan pembuatan dan pembaharuan terhadap materi-materi hukum agar dapat sesuai dengan kebutuhan; *kedua*, pelaksanaan ketentuan hukum yang telah ada termasuk penegasan fungsi lembaga dan pembinaan para penegak hukum.

hukum yang dapat menunjukkan sifat dan ke arah mana hukum akan dibangun dan ditegakkan. Arah dan cita-cita tersebut menurut penulis bukan didasarkan kepada visi dan misi Partai Politik pembuat undang-undang, baik mandiri karena pemenang pemilu maupun hasil konfigurasi Partai Politik, melainkan didasarkan kepada arah dan cita-cita bangsa, yakni Ideologi Pancasila dan Undang Undang Dasar Tahun 1945 (UUD NRI 1945), artinya politik hukum NRI adalah Pancasila dan UUD NRI 1945 sebagai sumber hukum NRI, hal tersebut dibuktikan bahwa peraturan perundang-undangan yang bertentangan UUD NRI 1945 dapat diajukan untuk diuji di Mahkamah Konstitusi, artinya tidak dapat dinyatakan secara mutlak bahwa hukum merupakan produk politik dan dihasilkan melalui konfigurasi politik.

Mengacu pada pengertian politik hukum tersebut maka dapat diketahui bahwa kehendak penguasa memberlakukan KUHP dengan melalui Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1946 (yang dalam hal ini adalah Pasal 284 KUHP) merupakan salah satu bentuk upaya pembaharuan hukum pidana yang semula berdasarkan WvSvNI disesuaikan dengan kondisi bangsa Indonesia menjadi WvS yang diterjemahkan KUHP. Akan tetapi perubahan yang dilakukan oleh undang-undang tersebut tidak menyentuh jiwa/roh dari peraturan itu sendiri, jadi hanya bersifat penyesuaian yang tambal sulam. Seharusnya politik hukum tentang perubahan hukum pidana tidak hanya sekedar “penyesuaian” saja, karena melalui kemerdekaan Indonesia yang diproklamasikan pada tanggal 17 Agustus 1945, serta dengan UUD 1945 sebagai hukum dasarnya, menuntut adanya pembaharuan atau penggantian

atas hukum-hukum peninggalan penjajah.

Dalam UUD 1945 Pasal 29 ayat (1) menyebutkan bahwa “Negara berdasar atas Ketuhanan Yang Maha Esa”. Bunyi pasal tersebut mengandung makna bahwa nilai-nilai agama menjadi dasar atau pedoman dalam penyelenggaraan negara, termasuk dalam hal pembangunan hukum. Dapat diartikan pula bahwa setiap peraturan perundangan yang ada di Indonesia tidak boleh bertentangan dengan nilai-nilai tuntunan Tuhan (norma-norma agama).

Dalam konteks memperjelas konsistensi dari *content* Pasal 284 KUHP terhadap Pasal 29 ayat (1) UUD 1945, maka perlu kiranya diurai bunyi Pasal 284 KUHP. Adapun bunyi pasal tersebut adalah sebagai berikut:

- (1) Diancam dengan pidana penjara paling lama sembilan bulan:
 - 1a. Seorang pria yang telah kawin yang melakukan mukah (*overspel*) padahal diketahui bahwa pasal 27 BW berlaku baginya;
 - 1b. Seorang wanita yang telah kawin yang melakukan mukah.
 - 2a. Seorang pria yang turut serta melakukan perbuatan itu, padahal diketahuinya bahwa yang turut bersalah telah kawin.
 - 2b. Seorang wanita yang telah kawin yang turut serta melakukan perbuatan itu, padahal diketahui olehnya bahwa yang turut bersalah telah kawin dan pasal 27 BW berlaku baginya.
- (2) Tidak dilakukan penuntutan melainkan atas pengaduan suami/isteri yang tercemar, dan bilamana bagi mereka berlaku pasal 27 BW, dalam tenggang waktu tiga bulan diikuti dengan permintaan bercerai atau pidah meja atau ranjang karena alasan itu juga.
- (3) Terhadap pengaduan ini tidak berlaku pasal 72, pasal 73, pasal 75 KUHP
- (4) Pengaduan dapat ditarik kembali selama pemeriksaan dalam sidang pengadilan belum dimulai.
- (5) Jika bagi suami isteri berlaku pasal 27 BW, pengaduan tidak diindahkan selama perkawinan belum diputuskan karena perceraian atau sebelum putusan yang menyatakan pisah meja

atau ranjang menjadi tetap.

Hal yang perlu dikaji dalam pasal ini adalah batasan zina yang dapat dikenai sanksi, bentuk sanksi zina dan jenis delik. Dalam pasal ini disebutkan bahwa dapat dikenai sanksi apabila pelaku perzinahan dilakukan oleh orang-orang – yang salah satu atau kedua-duanya–terikat tali perkawinan, sehingga apabila ada laki-laki dan perempuan yang masing-masing tidak terikat tali perkawinan melakukan perzinahan, maka tidak dapat dikenai sanksi atau tidak dapat dipidana dengan kata lain perbuatan tersebut bukan delik perzinahan. Adapun sanksi yang dapat dijatuhkan maksimal hanya 9 (sembilan) bulan pidana penjara.

Melihat bentuk sanksi tersebut dapat dimaknai bahwa pasal ini hanya memperhatikan sisi pelaku saja tanpa memperhitungkan kepentingan korban. Sedangkan kerugian yang diderita korban tidak hanya kerugian materiil saja melainkan juga kerugian moril yang tidak ringan. Di samping itu penuntutan dapat dilakukan apabila ada pengaduan dari suami atau istri dari pelaku perzinahan. Artinya, apabila tidak ada pengaduan dari pihak suami atau istri pelaku tidak dapat dilakukan penuntutan sehingga sanksi tidak dapat dikenakan.

Bunyi ketentuan tentang keharusan adanya pengaduan dari pihak suami atau istri pelaku juga terkandung arti bahwa pihak lain selain suami atau istri pelaku tidak dapat melakukan pengaduan. Penyelesaian delik dalam pasal ini tidak harus sampai ke persidangan karena pengaduan dapat ditarik kembali apabila proses belum sampai ke persidangan. Hal tersebut

menunjukkan bahwa Pasal 284 KUHP adalah delik aduan absolut. Dijadikannya delik perzinahan sebagai delik aduan absolut merupakan faktor yang mempengaruhi efektivitas penegakan pasal tersebut. Pembatasan pihak yang dapat mengadukan hanya suami atau istri yang tercemarkan menunjukkan bahwa pasal ini menganggap korban tindak perzinahan hanya suami atau istri pelaku.

Persyaratan adanya ikatan perkawinan untuk dapat dijatuhkannya sanksi pada pelaku perzinahan dalam Pasal 284 KUHP tersebut dapat dijelaskan dengan memahami nilai-nilai perkawinan orang Belanda serta hubungan antara agama dan negara di Belanda. Bagi orang Belanda perkawinan adalah urusan atau kepentingan antar individu, tidak melibatkan keluarga, apalagi masyarakat. sehingga persetubuhan yang dilakukan oleh orang yang belum ada ikatan perkawinan merupakan urusan masing-masing individu, artinya negara tidak perlu campur tangan untuk menjatuhkan sanksi pada perbuatan tersebut. Sedangkan bagi yang sudah terikat perkawinan, negara ikut bertanggung jawab karena sudah ada lembaga yang dirugikan, dan lembaga tersebut sudah dicatatkan dalam negara.

Syarat adanya ikatan perkawinan untuk dapat dijatuhkan sanksi sangat terkait dengan bentuk hubungan antara agama dan negara bangsa Belanda yang menganut paradigma sekularistik. Paham ini berpendapat bahwa hukum positif yang berlaku adalah hukum yang berasal dari kesepakatan manusia melalui *social contract* yang tidak terikat sama sekali dengan

hukum agama³⁵⁷. Oleh sebab itu wajar apabila hukum Belanda tidak berdasarkan pada norma-norma agama, termasuk aturan tentang delik perzinahan.

Bertolak pada penjelasan di atas maka dapat dikatakan bahwa Pasal 284 KUHP secara yuridis bertentangan dengan Pasal 29 ayat (1) UUD 1945, karena bunyi pasal ini mengandung arti bahwa negara dijalankan berdasarkan atas nilai-nilai ketuhanan atau hukum yang ada harus berbasis pada norma-norma agama. Sedangkan isi Pasal 284 KUHP sangat jauh bahkan dapat dikatakan bertentangan dengan norma-norma agama yang ada di Indonesia.

Ketidakkonsistenan Pasal 284 KUHP dengan Pasal 29 ayat (1) UUD 1945 secara jelas dapat diketahui dengan melihat aturan pelarangan zina dalam norma-norma agama. Dalam hukum Islam bentuk zina dibagi dua, *Pertama*, yaitu *zina ghoiru muhson* yang artinya persetubuhan antara orang dewasa yang belum kawin (*fornication*). *Kedua*, yaitu *zina muhson* yang artinya persetubuhan yang dilakukan oleh laki-laki dengan perempuan yang bukan suami istri dan salah satu atau keduanya sudah terikat dalam perkawinan dengan suami/istri lain³⁵⁸ (*adultery*). Dari pembagian jenis zina tersebut menunjukkan bahwa pada dasarnya hukum Islam melarang zina, baik yang terikat perkawinan maupun tidak.

Sejalan dengan hal tersebut Rekomendasi Fatwa Majelis Ulama

³⁵⁷ A. Ubaidillah dan Abdul Rozak, 2006, *Demokrasi, Hak Asasi Manusia dan Masyarakat Madani*, ICCE UIN Syarif Hidayatullah Jakarta, Jakarta, h. 40.

³⁵⁸ Oemar Seno Adji, 1976, *Hukum (Acara) Pidana dalam Prospekti*, cet. Ke-2, Erlangga, Jakarta, h. 49-51.

Indonesia Nomor 11 Tahun 2012 tentang Kedudukan Anak Hasil Zina Dan Perlakuan Terhadapnya, yang menyatakan:

1. DPR-RI dan Pemerintah diminta untuk segera menyusun peraturan perundang-undangan yang mengatur:
 - a. hukuman berat terhadap pelaku perzinaan yang dapat berfungsi sebagai *zawajir* dan *mawani*' (membuat pelaku menjadi jera dan orang yang belum melakukan menjadi takut untuk melakukannya);
 - b. memasukkan zina sebagai delik umum, bukan delik aduan karena zina merupakan kejahatan yang menodai martabat luhur manusia.
2. Pemerintah wajib mencegah terjadinya perzinaan disertai dengan penegakan hukum yang keras dan tegas.
3. Pemerintah wajib melindungi anak hasil zina dan mencegah terjadinya penelantaran, terutama dengan memberikan hukuman kepada laki-laki yang menyebabkan kelahirannya untuk memenuhi kebutuhan hidupnya.
4. Pemerintah diminta untuk memberikan kemudahan layanan akte kelahiran kepada anak hasil zina, tetapi tidak menasabkannya kepada lelaki yang mengakibatkan kelahirannya.
5. Pemerintah wajib mengedukasi masyarakat untuk tidak mendiskriminasi anak hasil zina dengan memperlakukannya sebagaimana anak yang lain. Penetapan nasab anak hasil zina kepada ibu dimaksudkan untuk melindungi nasab anak dan ketentuan keagamaan lain yang terkait, bukan sebagai bentuk diskriminasi.

Hukum Islam tidak hanya melarang zina, perbuatan yang mendekati zina juga dilarang, artinya perbuatan-perbuatan yang mendorong atau yang menyebabkan seseorang melakukan zina juga dilarang³⁵⁹. Sebagaimana bunyi Qur'an surat Al-Isra':32 "dan janganlah kamu mendekati zina; sesungguhnya zina itu adalah suatu perbuatan yang keji. Dan suatu jalan yang buruk".

Sedangkan sanksi bagi pelaku zina menurut hukum Islam diatur dalam

³⁵⁹ Al-Qur'an, Surat Al-Isra': 32.

Qur'an Surat AnNur ayat 2, yaitu:

“Perempuan dan laki-laki yang berzina, deralah kedua-duanya, masing-masing seratus kali dera. Janganlah sayang kepada keduanya dalam menjalankan hukum agama Allah, kalau kamu betul-betul beriman kepada Allah dan hari kemudian; dan hendaknya hukuman bagi keduanya itu disaksikan oleh sekumpulan orang yang beriman”.

Dalam hadist nabi Muhammad SAW dijelaskan bahwa hukuman rajam bagi pezina yang pernah kawin, baik laki-laki maupun perempuan apabila terdapat bukti yang nyata dan/dia telah hamil atau pengakuannya sendiri. Sedangkan pezina yang belum pernah kawin Rasulullah menjatuhkan hukuman cambuk sebanyak 100 kali dan diasingkan selama setahun³⁶⁰. Berdasarkan bentuk sanksi tersebut dapat dikatakan bahwa disamping hukuman fisik, Islam juga memberikan sanksi moral maupun sosial yaitu dengan diasinkannya pelaku. Di samping sanksi sosial yang berupa pengasingan, juga dikenal sanksi berupa diumumkannya aibnya, diasingkan (*Taghrib*), tidak boleh dinikahi dan ditolak persaksiannya³⁶¹.

Agama Kristen Protestan maupun Katholik juga mengartikan zina secara luas, artinya zina tidak hanya dimaknai sebagai hubungan suami istri di luar perkawinan yang sah, akan tetapi termasuk dalam perbuatan zina antara lain seseorang yang memandang perempuan dan tertarik maka oleh Yesus dikatakan sudah berbuat zina di dalam hatinya, dan menurut beberapa tafsir Alkitab, berkeinginan untuk berbuat zina sudah sama sifatnya dengan

³⁶⁰ Berdasarkan kesimpulan Zainuddin, 2007, *Hukum Pidana Islam*, Sinar Grafika, Jakarta, h. 47. Beliau menyimpulkn dari beberapa hadist Nabi dalam menyelesaikan kasus-kasus zina yang terjadi pada umat nabi Muhammad SAW.

³⁶¹ Dalam Neng Djubaedah, 2010, *Perzinaan dalam Peraturan Perundang-undangan di Indonesia Ditinjau dari Hukum Islam*, Kencana Prenada Media Group, Jakarta, h. 74-75.

berzina³⁶². Sebagaimana dalam Kitab/Injil yang tertuang dalam Matius 5: 28-29, yaitu:

“Setiap orang yang memandang perempuan serta menginginkannya, sudah berzina dengan dia di dalam hatinya. Maka jika matamu yang kanan menyesatkan engkau, cungkillah dan buanglah itu, karena lebih baik bagimu jika satu dari anggota tubuhmu binasa, dari pada tubuhmu dengan utuh dicampakkan ke dalam neraka”.

Batasan zina menurut agama Kristen Protestan dan Katholik tidak hanya pada orang yang terikat tali perkawinan. Hal tersebut dapat dilihat di dalam agama ini, bahwa berkeinginan zina dipersamakan dengan berbuat zina, sedangkan yang dapat mempunyai keinginan zina dapat terjadi pada orang yang belum terikat tali perkawinan.

Dalam Alkitab sanksi perbuatan zina antara lain diatur dalam Imamat 20:10, yaitu: “Bila seorang laki-laki berzina dengan isteri orang lain, yakni berzina dengan isteri sesamanya manusia, pastilah keduanya dihukum mati, baik laki-laki maupun perempuan yang berzina itu.” (Perjanjian Lama, hlm. 131). Adapun dalam Amsal 6:32-33 disebutkan: “siapa melakukan zina tidak berakal budi; orang yang berbuat demikian merusak diri. Siksa dan cemooh diperolehnya, malunya tidak terhapuskan”. (Perjanjian Lama, h. 686). Dari ketentuan dalam Alkitab tersebut dapat diketahui bahwa sanksi yang diberikan kepada pelaku zina tidak hanya berupa pidana mati, akan tetapi ada bentuk sanksi lain yaitu sanksi sosial yang berupa pencemoohan dan permaluan. Bentuk sanksi lain terhadap perbuatan zina juga dapat dilihat

³⁶² <http://id.wikipedia.org/wiki/Pelacuran_menurut_agama>, diakses pada hari Sabtu 21-Juli. 2020, diperkuat dengan Hasil wawancara dengan Bapak Andreas Ketua Persatuan Gereja Indonesia

dalam Alkitab, Perjanjian Baru, yang antara lain memuat: “Barangsiapa diantara kamu tidak berdosa, hendaklah ia pertama melemparkan batu kepada perempuan zina itu”³⁶³. Ketentuan yang terakhir ini menunjukkan bahwa perbuatan zina bukan sebagai delik aduan.

Dalam agama Hindu, khususnya bagi pemeluk Hindu di Bali, masalah zina diuraikan dalam Tri kaya Parisudha tentang Kayika, yang disebut: “tan paradara”. Pengertian tan paradara ini diartikan luas sebagai menggoda, bersentuhan seks, berhubungan seks, bahkan menghayalkan seks dengan wanita/lelaki lain yang bukan istri/suaminya yang sah. Dalam agama Hindu, untuk bisa melakukan hubungan seks hanya bisa dilakukan setelah seseorang melangsungkan proses *pawiwahan* (perkawinan) dengan aturan yang telah ditentukan. Bertolak pada hal tersebut maka bagi umat Hindu batasan zina tidak hanya pada orang yang terikat tali perkawinan saja, melainkan siapapun yang melakukan hubungan seksual tanpa melangsungkan proses *pawiwahan* adalah zina³⁶⁴.

Zina dalam agama Hindu disebut *Samgrahana Gamana*. Ketentuan etika atau tata susila dalam agama Hindu diatur dalam kitab Manawa Dharmasastra, Gautama Smerti, Parasara Dharmasastra, Slokantara, Kamasutra, dan sebagainya, yang kesemuanya bersumber pada Veda Sruti. Berdasarkan ketentuan yang ada dalam kitab tersebut, semua perbuatan yang

³⁶³ Leden Marpaung, 2008, *Kejahatan Terhadap Kesusilaan dan Masalah Prevensinya*, Sinar Grafika, Jakarta, h.5.

³⁶⁴ Dalam, Any Ismayawati, Konsistensi Pasal 284 KUHP Terhadap Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, *Legality*, Vol.24, No.1, Maret 2016-Agustus 2016, h. 94.

menyimpang dari tata susila atau etika akan memperoleh sanksi, baik sanksi moral maupun sanksi hukum³⁶⁵.

Dalam agama Budha perbuatan zina termasuk dalam pengelompokan "Sepuluh Kamma Buruk". Disamping itu, perbuatan zina termasuk pula dalam pengelompokan perbuatan buruk yang dinamakan *Kammakilesa*. Ada empat macam perbuatan yang masuk dalam *Kammakilesa*, salah satunya adalah *Kamesu-Micchacara*, yaitu kelakuan salah berkenaan dengan seks. Dari pengelompokan perbuatan buruk tersebut dibuat "*Lima Sila*" atau peraturan kemoralan, yang salah satunya *Kamesu-Micchacara Veramani* yang artinya agar menahan diri dari kelakuan seks yang salah³⁶⁶. Agama Buddha melarang perzinahan, meskipun tidak dicantumkan sanksi bagi yang melanggar. Dalam agama Buddha terdapat keyakinan bahwa apabila orang tidak bertingkah laku sebagaimana yang diatur, maka orang tersebut akan menerima *Dukkha* atau penderitaan³⁶⁷.

Berdasar pada beberapa pengertian tentang zina dari berbagai agama yang ada di Indonesia menunjuk pada adanya suatu perbuatan yang berupa hubungan persetubuhan yang tidak dalam perkawinan yang sah, baik sah menurut agama atau menurut negara. Adanya larangan terhadap persetubuhan di luar perkawinan yang sah menunjukkan bahwa ada suatu upaya untuk melindungi lembaga perkawinan. Tingkatan perlindungan terhadap lembaga perkawinan tersebut tentunya sesuai dengan makna

³⁶⁵ *Ibid.*

³⁶⁶ *Ibid.*

³⁶⁷ Pandita S. Widyadharma, 1983, *Inti Sari Agama Buddha*, Yayasan Dana Pendidikan Buddhis Nalanda, Jakarta, h. 10.

keberadaan perkawinan dalam masyarakat itu sendiri. Sebagaimana yang dikemukakan oleh Barda Nawawi Arief³⁶⁸, bahwa perzinahan merupakan salah satu delik kesusilaan yang erat kaitannya dengan kesucian lembaga perkawinan, sehingga masalah sentralnya terletak pada pandangan masyarakat mengenai kesusilaan dan kesucian lembaga perkawinan.

Mendasarkan pada aturan zina yang ada dalam norma-norma agama secara umum dapat dikatakan bahwa zina yang dilarang meliputi perzinahan yang dilakukan orang yang terikat tali perkawinan maupun yang tidak sama sekali. Sanksi terhadap tindak perzinahan menurut norma agama ada yang berupa pidana mati, pidana rajam, pidana cambuk, pidana pengasingan dan pidana permaluan atau sanksi soaia. Melihat beberapa bentuk jenis sanksi tersebut dapat dikatakan bahwa sanksi perzinahan tidak cukup hanya pidana penjara atau pidana pengasingan saja. Adapun jenis delik untuk tindak perzinahan menurut norma agama adalah delik biasa bukan delik aduan.

Demikian halnya sebagaimana yang dikemukakan oleh Hazairin³⁶⁹:

“Dalam negara Republik Indonesia tidak boleh terjadi atau berlaku sesuatu yang bertentangan dengan kaidah-kaidah Islam bagi umat Islam, atau kaidah-kaidah Kristiani bagi umat Kristiani/Katholik atau bertentangan dengan kaidah-kaidah agama Hindu Bali bagi orang-orang Hindu Bali atau yang bertentangan dengan kesusilaan agama Budha bagi orang-orang Budha”. Oleh sebab itu dalam menjalankan kehidupan berbangsa, bernegara dan bermasyarakat termasuk di dalamnya dalam ber hukum tidak boleh bertentangan dengan norma-norma agama yang diakui di Indonesia.

³⁶⁸ Barda Nawawi Arief, 1996, *Bunga Rampai Kebijakan Hukum Pidana*, Citra Aditya, Bandung, h. 279-285.

³⁶⁹ Hazairin, 1985, *Demokrasi Pancasila*, Bina Aksara, Jakarta, h. 34.

Berdasarkan pada uraian di atas maka dapat dikatakan bahwa Pasal 284 KUHP sama sekali tidak konsisten atau bertentangan dengan UUD NRI 1945, khususnya terhadap Pasal 29 ayat (1). Oleh sebab itu pembatalan atau tidak diberlakukannya Pasal 284 KUHP merupakan hal yang sangat dimungkinkan, dengan demikian kelemahan formulasi tindak pidana zina dalam KUHP saat ini adalah karena substansi hukumnya yang bertentangan dengan UUD NRI 1945 dan Pancasila.

D. Kelemahan Formulasi Tindak Pidana Zina Dalam KUHP Saat Ini Perspektif Kultur Hukum (*Legal Culture*)

KUHP yang berlaku di Indonesia bersumber pada hukum Barat, maka tindak pidana zina yang diatur di Indonesia ialah menurut hukum Barat. Akan tetapi, kajian terhadap pengaturan tindak pidana zina dalam Pasal 284 KUHP dari perspektif *living law* dapat dilakukan dari beberapa bentuk hukum. Dalam hal ini kajian dari perspektif *living law* yang ada di Indonesia ialah melalui hukum Islam dan hukum adat. Perspektif dari hukum Islam maupun hukum adat akan mengkaji terkait dengan pengertian zina, pengaturan zina dan juga sanksi terhadap zina. Pengertian yang diuraikan dalam Pasal 284 KUHP, jika dilihat dari perspektif *living law* memiliki beberapa perbedaan. Apabila dilihat dari hukum Islam zina adalah hubungan seksual yang dilakukan oleh seorang laki-laki dengan seorang perempuan yang tidak terikat dalam perkawinan yang sah secara syariah Islam, atas dasar suka sama suka dari kedua belah pihak, atau dasar suka dari salah satu pihak (dalam kasus perkosaan) tanpa keraguan (*syubhat*) dari pelaku atau

para pelaku zina bersangkutan³⁷⁰.

Menurut *Ensiklopedia Hukum Islam*, zina adalah, “hubungan seksual antara seorang laki-laki dengan seorang perempuan yang tidak atau belum diikat dalam perkawinan tanpa disertai unsur keraguan dalam hubungan seksual tersebut³⁷¹. Sedangkan menurut mazhab Hanafi, zina adalah hubungan seksual yang dilakukan seorang laki-laki secara sadar terhadap perempuan yang disertai nafsu seksual dan di antara mereka tidak atau belum ada ikatan perkawinan secara sah atau ikatan perkawinan *syubhat*, yaitu perkawinan yang diragukan keabsahannya, seperti ikatan perkawinan tanpa wali nikah, tanpa saksi, atau kawin *mut'ah*³⁷².

Tindak pidana zina dalam Adat Minangkabau sama dengan delik yang dirumuskan oleh Agama Islam yaitu hubungan seksual antara pria dan wanita yang tidak terikat dengan perkawinan yang sah yang dilakukan secara sengaja. Sudah merupakan kelaziman bahwa setiap pelaku tindak pidana kesusilaan akan mendapatkan hukuman. Di Kenagarian Garagahan Lubuk Basung, misalnya, penerapan sanksi adat terhadap pelaku tindak pidana zina, khususnya yaitu berupa denda 5 karung semen; dikucilkan dari masyarakat; diusir dari kampung dan denda kepada mamak adat berupa keris, deta, saluak dan emas. Namun penerapan sanksi ini belum berjalan sebagaimana mestinya karena banyaknya pertimbangan-pertimbangan sosial

³⁷⁰ Neng Djubaedah, 2010, *Perzinaan: Dalam Peraturan Perundang-undangan di Indonesia Ditinjau dari Hukum Islam*, Kencana, Jakarta, h. 182.

³⁷¹ Abdul Aziz Dahlan, 1996, *Ensiklopedia Hukum Islam*, jilid 6, Cetakan Pertama Jakarta, Ichtiar Baru van Hoeve, h. 2026.

³⁷² Neng Djubaedah, 2010, *Perzinaan dalam ... Op. Cit.*, h. 182-183.

oleh kepala adat dalam mengambil keputusan serta banyaknya perbuatan zina yang tidak dilaporkan.

Di masyarakat adat Tolaki, sanksi yang diterapkan terhadap pelaku tindak pidana kesusilaan terbagi menjadi 2 yaitu *peohala* dan *pinakawi*. Sanksi *peohala* yaitu pemberian ganti kerugian berupa uang, sarung dan kain kafan beserta isi-isi adat lainnya yang diberikan kepada pelaku tindak pidana kesusilaan ringan seperti pencabulan, pelecehan seksual. Sanksi *pinakawi* yaitu pernikahan yang dilakukan karena adanya pelanggaran adat yang dianggap melanggar norma-norma hukum adat dan hukum Islam yang diberikan kepada pelaku tindak pidana seksual berat seperti tindak pidana pemerkosaan, dan perzinaan.

Pengertian zina menurut Pasal 284 KUHP yang diisyaratkan harus laki-laki atau perempuan yang sedang kawin, berlatar belakang pada pemikiran Belanda bahwa zina adalah pengingkaran perkawinan, yang berbeda menurut hukum adat yang berlatar belakang penodaan nilai-nilai kesucian daripada persetubuhan. Menurut hukum adat di dalam persetubuhan itu terkandung nilai-nilai kesucian. Oleh karena itu, untuk melakukannya diperlukan syarat, yaitu perkawinan. Apabila dilakukan di luar perkawinan, dia berdosa dan telah melanggar nilai kesucian itu, dia berzina, oleh sebab itu si pembuatnya harus dihukum³⁷³.

Pengakuan atas hukum adat tertuang di berbagai peraturan

³⁷³ Leden Marpaung, 2004, *Kejahatan terhadap Kesusilaan dan Masalah Prevensinya*, Sinar Grafika, Jakarta, h. 56.

perundangan, sehingga ini membuktikan bahwa eksistensi keberadaan hukum adat dalam hukum positif masih tetap dipertahankan meskipun ada beberapa hal tertentu hukum adat di batasi kewenangannya. Olehnya itu, kekosongan dalam hukum tertulis tidak harus dijadikan alasan hukum untuk tidak mengualifikasikan perbuatan perzinaan tersebut ke dalam perbuatan melawan hukum. Sebab, apapun alasannya perbuatan zina tersebut merupakan pelanggaran oleh aturan-aturan hukum tidak tertulis merupakan salah satu aturan yang diakui hidup pada masyarakat Indonesia sebagaimana telah disebutkan dalam ketentuan Pasal 5 ayat (3) sub b Undang-Undang Darurat Nomor 1 Tahun 1951 tentang Pemberlakuan Hukum Pidana Adat. Fleksibilitas seperti ini, diharapkan agar hukum agar benar-benar dapat digunakan sebagai instrumen untuk menciptakan keadilan di satu sisi (kebenaran riil), dan tidak mengenyampingkan kepastian hukum di sisi lain (kebenaran formil), terlebih dalam hukum positif Indonesia mengakui bahwa salah satu sumber hukum formil adalah hukum adat.

Berdasarkan uraian tersebut di atas, dapat disimpulkan bahwa kelemahan dari formulasi tindak pidana zina dalam KUHP antara lain juga bertentangan dengan kultur, maupun hukum yang hidup di masyarakat Indonesia, baik hukum adat maupun hukum dari agama Islam, sebagai agama yang dipeluk oleh mayoritas penduduk Negara Republik Indonesia.

BAB V

REKONSTRUKSI FORMULASI TINDAK PIDANA ZINA DALAM KUHP BERSUMBER DARI NILAI KETUHANAN YANG MAHA ESA (HUKUM ISLAM)

A. Formulasi Tindak Pidana Zina Di Beberapa Negara

Negara Muslim adalah negara-negara yang penduduknya 50 persen atau lebih beragama Islam. Jean Michiel Otto menyebut dua belas negara Muslim, yaitu: Mesir, Maroko, Arab Saudi, Sudan, Turki, Afghanistan, Iran, Pakistan, Indonesia, Malaysia, Mali, dan Negeria³⁷⁴. Kategori ini belum memasukkan Libya, Tunisia, Syria, Aljazair, Maroko, Jordania, Uni Emirat Arab, Qatar, Maladewa, dan Bahrain.

Dari dua belas negara Muslim di atas, empat negara telah memberlakukan hukum jinayah secara nasional, yaitu Arab Saudi, Sudan, Iran, dan Pakistan. Tiga negara yaitu Negeri, Indonesia dan Malaysia memberlakukan hukum jinayah di level lokal, sedangkan di level nasional, negara ini telah memberlakukan hukum pidana warisan kolonial. Empat negara lainnya yaitu Mesir, Turki, Maroko, dan Mali tidak memberlakukan hukum jinayah, tetapi memberlakukan hukum pidana warisan kolonial atau telah dipengaruhi kolonial³⁷⁵.

Adapun dilihat dari kodifikasi hukum jinayah di sejumlah negara-negara Muslim, dapat dipetakan dalam dua kategori. *Pertama*, ada negara

³⁷⁴ Jean Michiel Otto, 2010, *Sharia Incorporated: a Comparative Overview of the Legal System of Twelve Muslim Countries in Past and Present*, Leiden University Press, Leidenm h. 28

³⁷⁵ Taufik Adnan Amal, dan Samsurizal Panggabean, 2004, *Politik Syariat Islam Dari Indonesia Hingga Nigeria*, Alvabet, Jakarta.

yang memberlakukan hukum jinayah dengan cara tidak mengkodifikasi dalam bentuk undang-undang. *Kedua*, ada negara-negara yang memberlakukan hukum jinayah dengan cara menyudun undang-undang. Arab Saudi merupakan negara yang tidak menyudun undang-undang jinayah, karena Arab Saudi cukup mengambil hukum yang termaktub dalam al-Qur'an dan Hadith. Adapun negara-negara lainnya melakukan modernisasi hukum jinayah dalam bentuk undang-undang, seperti Iran, Sudan, Pakistan, Indonesia, Malaysia, dan Nigeria.

Berdasarkan fakta-fakta tersebut, maka realitas, perbedaan sistem hukum di beberapa negara, menjadi faktor penyebab utama pentingnya melakukan perbandingan hukum, karena dengan mempelajari perbandingan hukum membawa faedah untuk bidang kultural tentang hukum diberbagai negara sehingga dapat lebih luas dan kritis dalam memahami hukum dinegaranya sendiri³⁷⁶.

Perbedaan persepsi dalam memandang zina dalam dua sistem hukum di dua negara yang memiliki ideologi yang berbeda merupakan hal yang menarik dan penting untuk dikaji, dalam hal ini yang akan dibuat perbandingan dengan konsep hukum tindak pidana perzinaan Indonesia dengan konsep hukum tindak pidana perzinaan dari beberapa Negara lain. Diantara adalah sebagai berikut:

1. Delik Zina Dalam KUHP Republik Korea

Ada beberapa perbedaan antara delik mukah (*overspel/zina*) korea

³⁷⁶ Munir Fuady, 2007, *Perbandingan Ilmu Hukum*, Refika Aditama, Bandung, h. 19.

dengan KUHP Indonesia yang lama. Perbedaan pertama ialah ancaman pidana dalam KUHP Korea lebih berat, yaitu maksimum 2 (dua) tahun, sedangkan dalam Pasal 284 KUHP lama Indonesia maksimum 9 (sembilan) bulan. Perbedaan selanjutnya dalam KUHP Korea dicantumkan secara tegas, bahwa suami/isteri memanfaatkan mukah (overspel/zina) itu, maka pengaduan tidak dapat ditarik. Ini berbeda dengan KUHP Indonesia, dimana dalam KUHP Indonesia pengaduan dapat ditarik kembali selama belum masuk dalam proses persidangan³⁷⁷.

2. Delik Zina Dalam KUHP Argentina

Delik zina dalam KUHP Argentina diatur dalam Pasal 118 tentang mukah (overspel/zina). Perbedaan delik antara KUHP Argentina dengan KUHP Indonesia terletak pada bagian pengaduan, dalam KUHP Argentina jika yang mengadukan telah meninggal dunia, maka hak menuntut hilang, dan jika telah diputus pidana tidak dapat dijalankan (pasal 74) KUHP Argentina³⁷⁸.

3. Pelaksanaan Hukuman Pelaku Perzinaan di Mahkamah Syariah Sarawak Malaysia

Melihat dari sejarah awal tanah Melayu syariat Islam telah diberlakukan, tetapi apa yang terjadi setelah tanah Melayu dijajah sistem undang-undangnya turut berubah. Di dalam perlembagaan telah

³⁷⁷ Andi Hamzah, 1995, *Perbandingan Hukum Pidana Beberapa Negara*, Edisi I Cetakan ke-II, Jakarta, h. 55.

³⁷⁸ *Ibid*, h. 81.

ditetapkan bahawa agama Islam adalah agama Persekutuan dan agama-agama lain juga boleh berlaku sebagaimana kepercayaan masing-masing. Namun undang-undang Islam yang ada ditanah Melayu sebelum penjajahan.

Sebelum Akta Parlimen 1965 Mahkamah Syariah (Bidang Kuasa Jenayah) pindaan 1984, Mahkamah Syariah seluruh Malaysia tidak mempunyai bidang kuasa untuk mengenakan hukuman bagi pelaku penzina terhadap pesalah-pesalah jinayah syariah dan apabila Akta tersebut dipinda mengikut pindaan Akta A612 dan digazet kuat kuasanya pada 1.1.1986 barulah Mahkamah Syariah seluruh Malaysia mempunyai bidang kuasa yang lebih sedikit berbanding sebelumnya iaitu diberi kuasa tiga tahun penjara, denda RM5000.00 (Rp 13500000) mengikut perkiraan sekarang dan 6³⁷⁹ sebatan atau mana-mana kombinasi daripada hukuman tersebut. Jelas mahkamah syariah telah ditentukan wewenangnya, tanpa diberi kebebasan sendiri.

Di Malaysia, hukuman zina yang dikenakan sebagai suatu hukuman bagi kesalahan jinayah dalam tiga kategori sebagai berikut³⁸⁰.

- a. Hukuman zina bagi kesalahan jinayah yang dijatuhkan oleh mahkamah sivil seperti kesalahan merogol di bawah seksyen 376

³⁷⁹ Pasal 2 Akta No. 355 tentang Mahkamah Syariah (Bidang Kuasa Jenayah) 1965 yang diamandemen tahun 1984.

³⁸⁰ Mahamad Naser Bin Disa Pelaksanaan Hukuman Sebat dalam kes Jenayah Syariah: Maslah dan penyelesaiannya, dibentangkan dalam Seminar Hukuman Sebat Jenayah Syariah anjuran Jabatan Kemajuan Islam Malaysia (JAKIM) pada 23 April 2009.

Kanun Keseksaan [Akta 574], kesalahan mengedar dadah di bawah seksyen 39A Akta Dadah Berbahaya 1952 [Akta 234] dan kesalahan memiliki senjata api secara haram di bawah seksyen 8 Akta Senjata Api (Penalti Lebih Berat) 1971 [Akta 37].

- b. Hukuman zina yang diawardkan oleh Pegawai yang Menjaga di bawah Peraturan-Peraturan Penjara 2000 [P.U. (A) 325/2000] (Peraturan Penjara) karena kesalahan yang dilakukan oleh seorang banduan di dalam penjara seperti melarikan diri atau cuba melarikan diri di bawah subperaturan 123(b) Peraturan Penjara; dan
- c. Hukuman zina bagi kesalahan jinayah yang dijatuhkan oleh mahkamah Syariah yaitu di bawah enakmen/ordinan/akta kesalahan jinayah Syariah Negeri-Negeri/Wilayah-Wilayah Persekutuan seperti kesalahan muncikari di bawah seksyen 19, kesalahan persetubuhan luar nikah di bawah seksyen 20, kesalahan persetubuhan bertentangan dengan hukum tabii di bawah seksyen 22 dan beberapa kesalahan lain yang terkandung dalam Ordinan Jinayah Syariah (Negeri Sarawak) 2001 [Ordinan 46 Tahun 2001]³⁸¹.

Pelaksanaan setiap hukuman zina yang dijatuhkan bagi setiap kategori tersebut hanya diberi kuasa kepada pihak penjara. Selain itu terdapat prosedur khusus yang telah diperuntukkan oleh undang-

³⁸¹ Ordinan Jenayah Syariah (Negeri Sarawak)

undang dalam melaksanakan hukuman zina yang telah dijatuhkan bagi kategori tersebut, prosedur-prosedur tersebut terkandung dalam undang-undang berikut:

- a. Kanun Acara Jenayah [Akta 593] (KAJ);
- b. Peraturan Penjara
- c. Enakmen/ordinan/akta tatacara jenayah Syariah di bawah model undang-undang seragam yang telah diluluskan oleh Majlis Raja-Raja dan telah dikuatkuasakan di kebanyakan Negeri dan Wilayah Persekutuan³⁸².

Berdasarkan peruntukan-peruntukan yang dinyatakan di atas pelaksanaan hukuman zina oleh pihak penjara hendaklah mematuhi prosedur-prosedur yang telah ditetapkan mengikut mahkamah yang menjatuhkan hukuman zina tersebut, dengan kata lain sekiranya sesuatu hukuman zina itu dijatuhkan oleh mahkamah sivil bagi kesalahan jinayah yang berada di bawah bidang kuasa mahkamah sivil, maka KAJ³⁸³ dirujuk bagi melaksanakan hukuman zina tersebut.

Manakala sekiranya hukuman zina itu bagi kesalahan yang dilakukan oleh banduan ketika berada di bawah penjagaan penjara maka prosedur bagi pelaksanaan hukuman zina yang terpakai adalah sebagaimana yang terkandung dalam Peraturan Penjara, begitu juga bagi kesalahan jinayah Syariah yang dijatuhkan hukuman zina oleh

³⁸² Ordinan Tatacara Jenayah Syariah (Negeri Sarawak) 2001 [Ordinan 46/2001] (Ordinan Tatacara Jenayah Syariah Sarawak).

³⁸³ Kanun Acara Jenayah.

mahkamah Syariah, prosedur yang terpakai bagi melaksanakan hukuman tersebut adalah sebagaimana yang terkandung dalam enakmen/ordinan/akta, melihat pada enakmen atau ordinan bagi kesalahan yang dikenakan hukuman cambuk di mahkamah syariah jika diteliti pemberlakuannya tidak dilaksanakan³⁸⁴.

4. Zina Menurut Hukum di Negara Turki

Penting sekali untuk mengulas masalah sejarah Negara Turki sebelum sampai pada bagaimana sistem hukumnya, karena sebagaimana disinggung oleh penulis pada bagian sebelumnya bahwa Turki memiliki historis yang unik dalam pentas peradaban dunia Islam pada khususnya dan dunia pada umumnya³⁸⁵.

Harun Nasution, membagi rentangan sejarah Islam menjadi tiga periode, pertama, periode klasik (dari tahun 650-1250 M); kedua, periode pertengahan (dari tahun 1250-1800 M); dan periode moderen (dari tahun 1800 M dan seterusnya), menurut pembagian ini, Turki yang pernah berkuasa selama hampir enam setengahabad (1300-1924 M) telah mengenyam tiga periode, dari klasik sampai moderen.

Munculnya Kerajaan Turki Utsmani dalam panggung sejarah memiliki arti yang sangat penting, terutama dalam rangka menyelamatkan Kejayaan Islam, setelah Baghdad runtuh kendatipun

³⁸⁴ *Ibid.*

³⁸⁵ Harun Nasution, *Islam Ditinjau dari Berbagai Aspeknya*, (dalam makalah Ali Murtado), *Kerajaan Turki Utsmani, Pembaharuan Sebelum Moderen*, PASCASARJANA IAIN Iman Bondjol, Padang, 1998, h.5.

tidak mewarisi baghdad seratus persen tetapi ia mewarnai dunia Islam dengan warna khas Kerajaan Turki, kekhasannya antara lain terletak dari ekspansi dan kekuatan militernya³⁸⁶.

Dari warna khas inilah kerajaan Turki Utsmani, sebagaimana dikatakan Ahmad Syalabi pernah disebut sebagai “benteng Islam” yang menjadi “sandungan” bagi Eropa dalam melancarkan ekspansi kolonial mereka ke timur³⁸⁷. Bahkan sandungan ini pulalah yang pernah mengalahkan tentara Kristen dalam perang salib yang muncul karena disulut api dendam yang berkepanjangan, sehingga peristiwa itu tercatat sebagai kekalahan tentara eropa yang paling fatal dalam sejarah peperangan melawan tentara Utsmani³⁸⁸.

Turki Utsmani mencapai puncak kejayaannya pada masa Sualiman I yang digelar al- Qannuni (pembuat undang-undang) dan Sulaiman Yang Agung, pada masanya wilayah Turki meliputi Aljazair, Mesir, Hijaz, Armenia, Irak, Asia Kecil, Balkan, Bulgaria, Bosnia, Yunani, Hongaria, Rumania, dan tiga laut yaitu; Laut Hitam, Laut Tengah, dan Laut Merah³⁸⁹. Karena itu pada masa ini Turki menjadi negara adikuasa, sehingga tidak mengherankan apabila adikuasa terakhir Kerajaan Islam ini menimbulkan ketakutan bagi bangsa Eropa

³⁸⁶ Ali Murtado, 1998, *Kerajaan Turki Utsmani, Pembaharuan Sebelum Moderen*, Pascasarjana IAIN Iman Bondjol, Padang, h. 2.

³⁸⁷ Ahmad Syalabiy, 1998, *Sejarah dan Kebudayaan Islam*, (terjemahan; Aceng Bahaudin), Kalam Mulia, Jakarta, h. 6.

³⁸⁸ *Ibid.*

³⁸⁹ Ensiklopedia Islam, h. 60.

untuk meruntuhkannya pada saat itu³⁹⁰.

Keperkasaan Kerajaan Turki Utsmani mulai melemah setelah al-Qannuni wafat (1556). Tampaknya, meninggalnya al-Qannuni bukan sebagai penyebab utama lemahnya kerajaan, karena masih terdapat sebab yang lain diantaranya adalah lemahnya kewibawaan para penguasa setelah itu dan munculnya ketidakpercayaan rakyat kepada pemerintah³⁹¹.

Hal ini terlihat pada abad ke tujuh belas, Turki mengalami berbagai kekalahan perang melawan Eropa sehingga dipaksa harus menandatangani beberapa perjanjian yang merugikan Turki, kerugian Turki akibat perjanjian ini ialah semakin dipersempitnya wilayah kekuasaan Turki³⁹².

Perkembangan Turki pada masa selanjutnya, yakni pasca moderen Turki berubah menjadi sebuah negara yang berbentuk republik konstitusional yang demokratis, dan sekuler, sistem politiknya didirikan pada tahun 1923 dibawah pimpinan Mustafa Kemal Atatürk, setelah jatuhnya Khilafah Ottoman, akibat perang dunia I, sejak itu Turki berangsur-angsur bergabung dengan Barat sementara disaat yang sama menjalin hubungan dengan dunia timur³⁹³.

Istilah sekulerisasi dalam dunia pembaharuan minimal

³⁹⁰ John L.Esposito, *Ancaman Islam, Mitos Atau Realitas*, Terjemahan Alwiyah Abdul Rahman dan MISSI, Bandung, Mizan, h. 53.

³⁹¹ Ali Murtado, *Op.Cit*, h. 4.

³⁹² *Ibid*, h. 4.

³⁹³ Wikipedia bahasa Indonesia, Ensiklopedia Bebas

mengandung dua makna yang praktis yaitu; pembedaan yang kultural (profan) dengan yang doktrinal dalam agama, sekaligus “pemisahan” antara keduanya, sesuatu yang berkaitan dengan yang kultural diatur dengan menggunakan prinsip-prinsip sekuler, duniawi, yang terlepas dari doktrin agama³⁹⁴.

Sekalipun proses sekulerisasi telah lama berlangsung dan mencapai klimaksnya pada masa Attaturk, tetapi semua itu belum memberikan *trademark* Turki sebagai Negara sekuler, terbukti kemudian timbul gerakan “*back to Islam*” pada tahun 1949, demikian juga dalam bidang politik, Islam juga telah memainkan peranan yang cukup besar.

Turki merupakan Negara yang mayoritas penduduknya beragama Islam yaitu sekitar 99,2 %, agama dalam tradisi masyarakat Turki mempunyai peranan besar dalam lapangan sosial dan politik. Pada periode awal, syariat Islam dilaksanakan dengan murni sesuai dengan Alquran dan Sunnah, sementara pada periode pertengahan sudah ada usaha untuk memasukkan hukum Islam ke dalam perundang-undangan Negara yaitu ketika Khalifah al-Manshur, usaha tersebut terwujud setelah munculnya buku Al-Majallah al-ahkam, Al-Adliyah pada tahun 1823³⁹⁵.

Dengan demikian dikeluarkanlah keputusan pemerintah Turki

³⁹⁴ Fazlur Rahman, 1992, *Islam*, Bumi Aksara, Jakarta, h. 155.

³⁹⁵ Lihat www.goggle.com, *Perkembangan Hukum Islam di Turki*, di akses tanggal 5/6/2020.8.41PM

Utsmani untuk memakai kitab undang-undang tersebut sebagai pegangan para Hakim di pengadilan. Kitab tersebut terdiri dari 185 pasal yang dibagi menjadi 16 bab³⁹⁶.

Dengan demikian kitab undang-undang ini merupakan kitab undang-undang hukum perdata positif pertama yang diambil dari ketentuan hukum Islam, dan diambil dari mazhab Hanafi sebagai mazhab resmi Negara pada waktu itu³⁹⁷. Selain kitab tersebut di atas, dikeluarkan pula Undang-undang keluarga (*Qannun 'aliat*) yangdikhhususkan untuk masalah-masalah kawin dan putusnya perkawinan, keluarnya kedua undang-undang tersebut merupakan kodifikasi hukum pertama yang bersumber pada syariat Islam³⁹⁸.

Reformasi Mustafa kemal dibidang hukum yang merupakan kebijakan untuk memisahkan Islam dari urusan keagamaan, mulai menghilangkan institusi keagamaan yang ada dalam pemerintahan, dengan dihapuskannya Biro *Syaikh al-Islam* dan Mahkamah Syariat,

³⁹⁶ 1)Jual beli,
2)Sewa menyewa,
3)Tanggungan,
4)Pemindahan utang piutang,
5)Gadai,
6)Titipan,
7)Hibah
8)Rampasan,
9) Pengampunan, paksaan dan hak beli dengan paksa,
10) Serikat dagang,
11)Perwakilan,
12)Perdamaian dan pembebasan hak,
13) Pengakuan
14) Gugatan,
15) Pembuktian dan Sumpah,
16) Peradilan.

³⁹⁷ *Ibid.*

³⁹⁸ *Ibid.*

dan hukum syariat dalam soal perkawinan digantikan oleh hukum Swiss. Dengan demikian perkawinan tidak lagi dilakukan menurut syariat, tetapi menurut hukum sipil, demikian pula dalam hukum pidana, hukum dagang, hukum laut, dan hukum obligasi digunakan hukum barat disesuaikan dengan kebutuhan rakyat Turki³⁹⁹.

Dilanggarnya batas-batas tentang hal-hal yang tetap (*al-Tsawabith*) dan hal-hal yang bisa berubah (*al-Mutaghayyirat*) dalam hukum Islam. Dalam rangka mengadakan pembaharuan hukum, ummat Islam dalam hal ini penguasa yang menentukan kebijakan pembinaan hukum tidak lagi terikat atau tidak lagi mengindahkan batas-batas kebolehan melakukan pembaharuan hukum Islam. Akibatnya, beberapa bidang hukum yang secara tradisional dipandang bersifat mutlak dan bukan lapangan *ijtihad* telah dijadikan lapangan pembaharuan hukum. Misalnya penggantian pidana *hudud* dengan hukum-hukum Barat⁴⁰⁰.

Kondisi Turki ketika syariat Islam masih diberlakukan maka perbuatan zina adalah hubungan seksual antara seorang laki-laki dan seorang wanita yang tidak atau belum diikat oleh perkawinan tanpa disertai unsur keraguan dalam hubungan seksual tersebut dan tidak ada hubungan pemilikan⁴⁰¹.

Perbuatan zina diharamkan berdasarkan firman Allah SWT dan

³⁹⁹ *Ibid.*

⁴⁰⁰ Ikhwani, *Reformasi Hukum di Turki Usmani Eratanzemat (Suatu Tinjauan HistorisSosiologis)* h. 8.

⁴⁰¹ Ensiklopedi Hukum Islam, hlm. 2026.

sabda Rasulullah SAW, dasar hukum keharaman zina dalam Al-Quran antara lain terdapat dalam surah an-Nur (24) ayat 2 yang artinya;” *Perempuan yang berzina dan laki-laki yang berzina, maka deralah tiap-tiap seorang dari keduanya seratus kali dera, dan janganlah belas kasihan kepada keduanya mencegah kamu untuk (menjalankan) agama Allah”*

Hukuman bagi para pelaku zina, ialah *Jarimah Hudud* yaitu *jarimah* yang diancamkan hukuman *had*, yaitu hukuman yang telah ditentukan macam dan jumlahnya dan menjadi hak Tuhan. Dengan demikian, maka hukuman tersebut tidak mempunyai batas terendah atau batas tertinggi⁴⁰².

Hukuman yang termasuk hak Tuhan ialah setiap hukuman yang dikehendaki oleh kepentingan umum (masyarakat), seperti untuk memelihara ketentraman dan keamanan masyarakat, dan manfaat penjatuhan hukuman tersebut akan dirasakan oleh keseluruhan masyarakat⁴⁰³.

Akan tetapi perjalanan sejarah pasca Turki melakukan pembaharuannya dalam bidang hukum, maka kaidah-kaidah syariat Islam yang dianggap ketinggalan zaman dan *out of date* kemudian di tinggalkan dan kemudian berubah haluan dengan menentukan sikap untuk memisahkan antara urusan agama dan urusan negara, namun

⁴⁰² Ahmad Hanafi, 1990, *Asas-asas Hukum Pidana Islam*, Bulan Bintang, Jakarta, h. 7.

⁴⁰³ *Ibid.*

pemikiran tersebut merupakan pengaruh dari penetrasi dunia barat dan sarat dengan tekanan politis.

Perjalanan sejarah mengantarkan Turki menjadi sebuah negara yang sekuler dan merubah keseluruhan sistem hukumnya, hal tersebut mengakibatkan banyak hal yang berubah dan perubahan sosial itupun kemudian menjadi fakta sejarah dalam peradaban Islam dan berimplikasi terhadap melemahnya negara-negara Islam dalam pergaulan dunia. Kondisi latar belakang sejarah suatu negara pada hakekatnya sangat berpengaruh terhadap perkembangannya, baik itu aspek ekonomi maupun aspek hukumnya.

Sebagaimana yang diungkapkan oleh Tahir Mahmood:

," The history, nature, rationale, and implication of what is called :Islamic" criminal law in fact call for a close study by the experts, this law can be neither forthrightly rejected as a wholly outdated system unfit for ours times not zealously enforced without a proper study and without duly correlating it to the local socio-economic condition" ⁴⁰⁴ . (Sejarah, sifat, dasar pemikiran, dan implikasi dari apa yang disebut: hukum pidana Islam "pada kenyataannya membutuhkan studi yang cermat oleh para ahli, hukum ini tidak dapat secara terang-terangan ditolak sebagai sistem yang sepenuhnya ketinggalan jaman yang tidak sesuai untuk zaman kita tidak ditegakkan dengan penuh semangat tanpa studi yang tepat dan tanpa harus mengkorelasikannya dengan kondisi sosial ekonomi lokal).

Dinamika politik di Negara Turki turut berpengaruh pada aspek penegakan hukum, dan pada akhirnya masalah perzinahan sendiri pernah menjadi isu hangat di Turki dan menjadi perdebatan yang

⁴⁰⁴ Tahir Mahmood, 1996, *Criminal Law Reform In Moslem Countries Glimpses Of Traditional an Moderen Legislation*, dalam *Criminal Law In Islam and The Moslem World,; A Comparative Persfektive*, Institute Of Objektive Studies, New Delhi, h. 332-333.

panjang, zina pernah akan ditetapkan menjadi suatu perbuatan pidana, namun pihak barat khawatir Turki memutuskan zina sebagai kejahatan, mereka yakin ideologi sekuler-liberal dan kebebasan, sehingga pada akhirnya parlemen Turki pernah mendiskusikan satu Rancangan Undang-undang yang diajukan pemerintah yang isinya menetapkan perzinahan sebagai satu bentuk kejahatan kriminal, Menurut PM Turki, Recep Tayyip Erdogan, undang-undang itu dimaksudkan untuk melindungi keluarga dan istri-istri dari perselingkuhan/perzinahan suaminya⁴⁰⁵.

Namun, RUU tentang perzinahan itu kemudian mengalami perdebatan dan tekanan dari berbagai pihak, pemerintahan Turki akhirnya membatalkan RUU tersebut, karena ideologi sekuler beranggapan bahwa masalah seks merupakan hak azasi (*privat*) dan Negara atau agama tidak berhak campur tangan, dan merupakan hak azasi yang fundamental.

Perzinahan sendiri memiliki kedudukan yang penting dalam Hukum keluarga di Turki, yang merupakan salah satu potret pembaruan hukum keluarga di Turki yang mengalami beberapa kali amandemen adalah aturan-aturan hukum tentang perceraian dalam perundang-undangan telah mengalami perkembangan yang cukup pesat jika dibandingkan dengan *fiqh* konvensional.

⁴⁰⁵ www.goggle.com. Ramalan Fukuyama Tentang Masalah Perzinahan Di Turki, diakses;06/04/2020.9.44.PM.

Masalah perzinahan masuk menjadi salah satu faktor dapat dilakukannya perceraian dalam ketentuan tentang perceraian diatur pada Pasal 129 – 138 Hukum Perdata Turki tahun 1926. Suami atau isteri yang terikat dalam sebuah ikatan perkawinan dapat mengajukan perceraian kepada pengadilan dengan alasan-alasan yang telah ditentukan sebagai berikut⁴⁰⁶:

- a. Salah satu pihak berbuat zina.
- b. Salah satu pihak melakukan percobaan pembunuhan atau penganiayaan berat terhadap pihak lainnya.
- c. Salah satu pihak melakukan kejahatan atau perbuatan tidak terpuji yang mengakibatkan penderitaan yang berat dalam kehidupan rumah tangga.
- d. Salah satu pihak meninggalkan tempat kediaman bersama (rumah) tiga bulan atau lebih dengan sengaja dan tanpa alasan yang jelas yang mengakibatkan kerugian di pihak lain.
- e. Salah satu pihak menderita penyakit jiwa sekurang-kurangnya 3 tahun atau lebih yang mengganggu kehidupan rumah tangga dan dibuktikan dengan surat keterangan ahli medis (dokter).
- d. Terjadi ketegangan antara suami isteri secara serius yang mengakibatkan Penderitaan.

Dengan demikian masalah zina di Negara Turki yang sekuler, perbuatan perzinahannya sendiri bukan merupakan perbuatan yang dapat dipidana, akan tetapi dapat menjadi penyebab atau dijadikan alasan untuk mengajukan perceraian, akan tetapi bagi para pelaku zina yang belum atau tidak terikat perkawinan maka, perbuatan zina yang dilakukan tidak berdampak atau beresiko apapun.

⁴⁰⁶ Dirjen Bimas Islam, *Hukum Keluarga Kontemporer di Negara-Negara Muslim*, h.1.

B. Rekonstruksi Nilai

1. Rekonstruksi Nilai Tindak Pidana Zina Dalam Perspektif Keadilan

Keadilan merupakan salah satu tujuan hukum yang paling banyak dibicarakan. Dalam ajaran Islam, keadilan adalah ketetapan Allah bagi kosmos atau alam raya ciptaannnya. Keadilan adalah prinsip yang merupakan hukum seluruh hajat raya. Oleh karenanya melanggar keadilan adalah melanggar hukum kosmos dan dosa ketidakadilan akan mempunyai dampak kehancuran tatanan masyarakat manusia⁴⁰⁷.

Indonesia adalah Negara berdasarkan Pancasila dan UUD 1945. Segala peraturan perundang-undangan yang berlaku di negeri ini tidak boleh bertentangan dengan Pancasila dan UUD 1945. Pancasila merupakan falsafah dan dasar dari Negara Kesatuan Republik Indonesia. Penjabaran dari nilai-nilai Pancasila yaitu adanya peraturan Undang-undang yang lebih rinci dalam mengaturnya, akan tetapi peraturan perundang-undangan undangan terutama ketentuan pidana tidak boleh bertentangan dengan nilai-nilai yang ada dalam Pancasila. Pancasila adalah pandangan hidup bangsa Indonesia yang sila pertama yaitu berKetuhanan Maha Esa yang artinya bahwa manusia adalah makhluk ciptaan Tuhan yang wajib percaya dan menyembahnya⁴⁰⁸.

⁴⁰⁷ Amin, M. 2014. Konsep Keadilan Dalam Perspektif Filsafat Hukum Islam. *Jurnal Hukum dan Perundangan Islam*, Vol.4, No.2, p.323.

⁴⁰⁸ Yudhanti, R. 2016, Pancasila dan Berbagai Permasalahan Aktual. *Seminar Hukum Nasional*, Vol.2, No.1, p.600.

Idealnya, hukum suatu negara harus sesuai dengan nilai-nilai budaya dan mencerminkan kepribadian masyarakatnya⁴⁰⁹. Formulasi ketentuan pidana yang berkeadilan religius harus mampu menggali nilai-nilai ajaran dari Tuhan dan nilai-nilai yang hidup di masyarakat. Indonesia merupakan negara yang terdiri dari beberapa pulau dengan segala kekayaan keanekaragamannya baik adat istiadat dan budaya, maka setiap daerah di Indonesia tentu memiliki nilai-nilai dan falsafah dalam menjalani kehidupan sehari-hari. Para Legislator dalam merumuskan suatu aturan pidana harus mampu menggali nilai-nilai yang hidup di masyarakat agar dapat terwujud keadilan bagi seluruh rakyat Indonesia. Formulasi hukum pidana yang berkeadilan religius tetap harus mensinkronisasikan antara nilai-nilai agama dan nilai yang telah hidup di masyarakat dengan ketentuan pada sistem hukum nasional, mengingat banyak nilai-nilai yang hidup di masyarakat bersumber dari nilai-nilai religius berdasarkan Ketuhanan, sehingga kelak tidak terjadi benturan yang membuat rakyat merasa tidak mendapat keadilan.

Formulasi keadilan yang religius tidak bisa dilepaskan dari Kitab Suci. Indonesia yang merupakan negara Pancasila yang mengakui adanya Ketuhanan Yang Maha Esa dalam sila pertama. Kata “adil” berarti menetapkan hukum dengan benar. Jadi seorang yang adil

⁴⁰⁹ Ali, M. 2016. Fondasi Ilmu Hukum Berketuhanan: Analisis Filosofis Terhadap Ontologi, Epistemologi, dan Aksiologi. *Jurnal Pandecta Unnes*, Vol.11, No.2, p.125.

adalah berjalan lurus dan sikapnya selalu menggunakan ukuran yang sama, bukan ukuran ganda. Persamaan itulah yang merupakan makna asal kata adil, yang menjadikan pelakunya tidak berpihak kepada salah seseorang yang berselisih, dan pada dasarnya pula seseorang yang adil “berpihak kepada yang benar” karena baik yang benar maupun yang salah sama-sama harus memperoleh haknya⁴¹⁰. Untuk menentukan formulasi hukum itu adil atau tidak harus memiliki ukuran, agar tidak ada masyarakat yang merasa didiskriminasi terhadap aturan formulasi pidana yang dikeluarkan oleh lembaga perumus Undang-undang.

Adil saat menetapkan hukum dalam Al Quran berbunyi *“Sesungguhnya Allah menyuruh kamu menyampaikan amanat kepada yang berhak menerimanya, dan (menyuruh kamu) apabila menetapkan hukum diantara manusia supaya kamu menetapkan dengan adil” (Q.S An-Nisaa’ ayat 58)*. Adil dalam firman di atas bermakna memberikan sanksi-sanksi dan pidana sesuai dengan yang telah disyariatkan oleh Allah melalui rosulnya. Banyak sekali perintah Allah dalam Al-Quran yang menyerukan kepada hambanya agar berlaku adil.

Munculnya perkara kesusilaan yang semakin marak di Indonesia menuntut sebuah pemahaman yang sangat mendalam tentang tatanan nilai yang pantas dan berlaku dalam sebuah masyarakat yang dikenal dengan norma kesusilaan. Demi terwujudnya keadilan yang religius,

⁴¹⁰ Sopyono, E. 2017. *Hikmah Al-Quran Dalam Pembaharuan Hukum Pidana Demi Mewujudkan Keadilan Religius*, Semarang, Pidato Pengukuhan Guru Besar Dosen Tetap Undip.

maka penegakan hukum terhadap tindak pidana kesusilaan harus dilakukan kajian yang mendalam, para penegak hukum tidak hanya melihat aturan yang berlaku semata, akan tetapi harus melihat nilai-nilai hukum yang hidup di masyarakat serta nilai-nilai religius yang berpedoman pada kitab suci. Sila pertama Pancasila menyatakan “Ketuhanan Yang Maha Esa”, dengan demikian aturan ketentuan pidana terkait kesusilaan harus berlandaskan nilai-nilai ketuhanan untuk menghasilkan keadilan yang religius.

Secara umum tindak pidana kesusilaan diartikan sebagai tindak pidana yang berhubungan dengan masalah kesusilaan (etika). Hal ini menunjukkan bahwa menentukan batasan atau pengertian mengenai kesusilaan tidaklah sederhana⁴¹¹.

Saat ini, aturan ketentuan pidana terkait delik kesusilaan terutama perzinahan masih dianggap belum mampu memberikan keadilan bagi masyarakat. Ketentuan pidana masih belum berlandaskan nilai keadilan religius, yang mana masih dianggap menciderai hukum yang berlaku di masyarakat (hukum agama dan hukum yang hidup). Banyak nilai-nilai dalam delik kesusilaan ternyata bertentangan dengan nilai-nilai masyarakat yang sangat religi, hal tersebut disebabkan karena KUHP yang merupakan peninggalan kolonial memiliki jiwa yang berbeda dengan jiwa bangsa Indonesia, hal ini jika dipaksakan akan

⁴¹¹ Lumingkewas, F. 2016 Tindak Pidana Kesusilaan dalam KUHP dan RUU KUHP Serta Persoalan Keberpihakan Terhadap Perempuan. *Lex Crimen*, Vol.V, No.1, p. 22.

berbenturan dengan nilai dan kepentingan baru yang tidak mustahil justru akan menimbulkan kejahatan baru. Masalah delik perzinahan merupakan salah satu contoh aktual adanya benturan antara pengertian dan paham tentang zina dalam KUHP dengan kepentingan/nilai sosial masyarakat. Adanya benturan tersebut justru menjadikan hukum tidak menghasilkan kemanfaatan dan keadilan yang melindungi masyarakat.

Barda Nawawi Arief⁴¹² mengatakan adanya kesenjangan / ketidaksesuaian (*gap/discrepancy*) dan bahkan perbedaan nilai/kepentingan inilah yang tidak mustahil menjadi faktor timbulnya ketidakpuasan dalam praktek penegakan hukum. Bahkan dapat pula menjadi faktor penyebab timbulnya korban (faktor victimogen) maupun timbulnya delik/kejahatan lain (faktor criminogen). Berdasarkan hasil penelitian, Latief Wiyata⁴¹³ menunjukkan bahwa gangguan terhadap istri penyebab utama dilakukannya carok dengan prosentase perkara dari tahun 1990 sebanyak 21 perkara (67,7%), tahun 1991 sebanyak 23 perkara (71,9%), tahun 1992 sebanyak 26 perkara (72,2%), tahun 1993 sebanyak 28 perkara (50,9%) dan tahun 1994 sebanyak 27 perkara (50,9%).

Carok adalah budaya Madura yang masih dipertahankan, Carok

⁴¹² Barda Nawawi Arief. 1994. *Beberapa Aspek Pengembangan Ilmu Hukum Pidana (Menyongsong Generasi Baru Hukum Pidana Indonesia)*. Pidato Pengukuhan Guru Besar dalam Ilmu Hukum, Undip.

⁴¹³ Christianto, H. 2016. Norma Kesusilaan Sebagai Batasan Penemuan Hukum Progresif: Perkara Kesusilaan di Bangkalan Madura. *Jurnal Hukum & Pembangunan*, Tahun ke-46 No.1 Januari-Maret, pp.2-4.

merupakan tradisi bertarung yang disebabkan karena alasan tertentu yang berhubungan dengan harga diri kemudian diikuti antar kelompok dengan menggunakan senjata (biasanya celurit). Hal itu juga disebabkan karena ketentuan pidana yang berlaku di Indonesia belum mampu memberikan keadilan. Formulasi Ketentuan pidana yang religius diharapkan mampu menjadi solusi ditengah susahny keadilan yang didapat oleh masyarakat. Meningat, sejak awal pendiri bangsa menekankan bahwa negara ini didirikan untuk mewujudkan bangsa Indonesia yang sejahtera. Pengertian negara kesejahteraan yang dianut di Indonesia menuntut adanya materiil maupun spritual⁴¹⁴. Penggalan nilai-nilai religius berdasarkan tuntunan Tuhan adalah hal yang harus dilakukan dalam rangka pembangunan hukum nasional yang berlandaskan Pancasila, sebagaimana yang disampaikan Moeljatno bahwa, “dalam negara kita yang berdasarkan Pancasila, dengan adanya sila Ketuhanannya, maka tiap ilmu pengetahuan (termasuk ilmu hukum, pen.) yang tidak dibarengi dengan ilmu ketuhanan adalah tidak lengkap”. Notohamidjojo pun sering menegaskan, bahwa “tanggung jawab jurist ialah merohaniahkan hukum”, dan “penilaian *scientia juridis* harus mendalam dan mendasar pada *conscientia*” (nilai kebenaran, keadilan, kejujuran, kasih sayang antar sesama dsb). Dengan demikian tidak ada “sekulerisasi” dalam pendidikan hukum

⁴¹⁴ Soemarsono, M. 2007. Negara Hukum Indonesia ditinjau dari Sudut Teori Tujuan Negara. *Jurnal Hukum dan Pembangunan*, Tahun ke37 No.2 April – Juni 2007, p.309.

dan ilmu hukum di Indonesia.

Ilmu hukum yang tidak dibarengi dengan ilmu Ketuhanan tidak lengkap mengandung makna bahwa para pembuat Undang-undang dan penegak hukum maupun mahasiswa hukum harus melihat hukum berdasarkan ilmu ketuhanan, dengan demikian harus dilakukan penggalian nilai-nilai yang ada dalam rumusan pasal dalam ketentuan pidana apakah telah mengandung ilmu Ketuhanan atau belum. Penggalian nilai-nilai Ketuhanan akan menambah ilmu pengetahuan sehingga dalam menjalankan hukum dapat terwujud keadilan yang religius.

Istilah ketentuan pidana merupakan istilah umum untuk menyebut keseluruhan aturan/norma hukum pidana. L.H.C Hulsman pernah mengemukakan, bahwa sistem pemidanaan (*the sentencing system*) adalah “aturan perundang-undangan yang berhubungan dengan sanksi pidana dan pemidanaan (*the statutory rules relating to penal sanctions and punishment*)”⁴¹⁵.

Munculnya perkara kesusilaan yang semakin marak di Indonesia menuntut sebuah pemahaman yang sangat mendalam tentang tatanan nilai yang pantas dan berlaku dalam sebuah masyarakat yang dikenal dengan norma kesusilaan. Demi terwujudnya keadilan yang religius, maka penegakan hukum terhadap tindak pidana kesusilaan harus

⁴¹⁵ Barda Nawawi Arief,. 2012. *Kebijakan Formulasi Ketentuan Pidana Dalam Peraturan Perundang-undangan*, Semarang: Pustaka Magister.

dilakukan kajian yang mendalam, para penegak hukum tidak hanya melihat aturan yang berlaku semata, akan tetapi harus melihat nilai-nilai hukum yang hidup di masyarakat serta nilai-nilai religius yang berpedoman pada kitab suci. Sila pertama Pancasila menyatakan “Ketuhanan Yang Maha Esa”, dengan demikian aturan ketentuan pidana terkait kesusilaan harus berlandaskan nilai-nilai ketuhanan untuk menghasilkan keadilan yang religius.

Secara singkat dapat dikatakan bahwa delik kesusilaan adalah delik yang berhubungan dengan (masalah kesusilaan). Definisi singkat dan sederhana itu apabila dikaji lebih lanjut untuk mengetahui seberapa jauh ruang lingkupnya ternyata tidaklah mudah, karena pengertian dan batas-batas “kesusilaan” itu cukup luas dan dapat berbeda-beda menurut pandangan dan nilai-nilai yang berlaku di dalam masyarakat. Terlebih pada dasarnya setiap delik atau tindak pidana mengandung di dalamnya pelanggaran terhadap nilai-nilai kesusilaan; bahkan dikatakan bahwa hukum itu sendiri pada hakikatnya merupakan nilai-nilai kesusilaan yang minimal (*das Recht ist das ethische Minimum*)⁴¹⁶.

Hukum yang berbasis nilai keadilan religius seharusnya tidak hanya dilihat dari rumusan norma semata, akan tetapi melihat nilai yang terkandung didalamnya yang membuat suatu tatanan masyarakat

⁴¹⁶ Barda Nawawi Arief. 2011. *Pembaharuan Hukum Pidana Dalam Perspektif Kajian Perbandingan*. Bandung: PT Citra Aditya Bakti.

menjadi lebih baik. Masyarakat Indonesia memang memiliki pemahaman yang berbeda terkait norma kesusilaan, akan tetapi berdasarkan negara Pancasila maka nilai-nilai Ketuhanan tetap harus menjadi pedoman.

2. Rekonstruksi Nilai Tindak Pidana Zina Dalam KUHP Berbasis Nilai Ketuhanan Yang Maha Esa

Tidak sejalanannya struktur hukum dengan nilai-nilai keadilan Pancasila sebagai ideologi negara, maka akan berimplikasi kepada substansi hukum yang tidak jelas arah politik hukumnya, dan jauh dari nilai-nilai keadilan Pancasila, disamping bukan mustahil akan melahirkan disharmonis antara peraturan perundang-undangan yang satu dengan peraturan perundang-undangan lainnya.

Merumuskan suatu ketentuan pidana dalam delik kesusilaan bukanlah hal yang mudah, mengingat banyaknya perbedaan pendapat dan juga batasan-batasan negara dalam mengaturnya. Roeslan Saleh pernah melontarkan bahwa pengertian kesusilaan hendaknya tidak dibatasi pada pengertian kesusilaan dalam bidang seksual, tetapi meliputi hal-hal lain yang termasuk dalam penguasaan norma-norma keputusan bertingkah laku dalam pergaulan masyarakat⁴¹⁷.

KUHP sendiri telah mengatur delik kesusilaan yang terbagi di Buku Kedua Bab XIV dan Buku Ketiga Bab VI. Hampir setiap pasal-pasal dalam KUHP termasuk delik kesusilaan mewarisi kaidah-kaidah

⁴¹⁷ Ibid.

yang mengatur hukum pidana semenjak masa kolonial hingga saat ini. Ruang lingkup tindak pidana kesusilaan dalam KUHP meliputi perbuatan atau tulisan yang melanggar kesusilaan (Pasal 281 – 283, 532 -535); hubungan seksual dan perbuatan cabul (Pasal 284 – 296), Perdagangan wanita dan anak laki-laki di bawah umur (Pasal 297); perbuatan yang berhubungan dengan pengguguran kehamilan (Pasal 299); yang berhubungan dengan minuman keras/memabukkan (Pasal 300, 536 – 539); Pemanfaatan anak untuk pengemisan, pekerjaan berbahaya/merusak kesehatan (Pasal 301); Penganiayaan ringan dan perlakuan tidak susila terhadap hewan (Pasal 302, 541 dan 544); perjudian (Pasal 303 dan 303 bis); meramal nasib/mimpi dan yang berhubungan dengan jimat atau benda berkekuatan gaib (Pasal 545 – 547).

Pasal-pasal kesusilaan di atas haruslah dikaji makna dan nilai yang terkandung didalamnya, mengingat pasal-pasal tersebut adalah peninggalan kolonial, sedangkan saat ini Indonesia berlandaskan nilai-nilai Pancasila. Barda Nawawi Arief⁴¹⁸ mengatakan Adanya kesenjangan / ketidaksesuaian (*gap/discrepancy*) dan bahkan perbedaan nilai/kepentingan inilah yang tidak mustahil menjadi faktor timbulnya ketidakpuasan dalam praktek penegakan hukum. Bahkan dapat pula menjadi faktor penyebab timbulnya korban (faktor

⁴¹⁸ Barda Nawawi Arief. 1994. *Beberapa Aspek Pengembangan Ilmu Hukum Pidana (Menyongsong Generasi Baru Hukum Pidana Indonesia)*. Pidato Pengukuhan Guru Besar dalam Ilmu Hukum, Undip.

victimogen) maupun timbulnya delik/kejahatan lain (faktor criminogen).

Ketentuan-ketentuan pidana yang diatur dalam Bab XIV mengenai kejahatan-kejahatan terhadap kesusilaan ini awalnya sengaja dibentuk oleh pembentuk undang-undang dengan maksud untuk melindungi orang-orang dari tindakan-tindakan asusila dan perilaku-perilaku baik dengan ucapan maupun dengan perbuatan yang menyinggung rasa susila karena bertentangan dengan pandangan orang tentang kepatutan-kepatutan di bidang sosial, baik ditinjau dari segi pandangan masyarakat setempat maupun dari segi kebiasaan masyarakat dalam menjalankan kehidupan seksual mereka⁴¹⁹.

Secara lebih mendasar KUHP memang memiliki jiwa yang berbeda dengan jiwa bangsa Indonesia, hal ini jika dipaksakan akan berbenturan dengan nilai dan kepentingan baru yang tidak mustahil justru akan menimbulkan kejahatan baru. Masalah delik perzinahan merupakan salah satu contoh aktual adanya benturan antara pengertian dan paham tentang zina dalam KUHP dengan kepentingan/nilai sosial masyarakat. Adanya benturan tersebut justru menjadikan hukum tidak menghasilkan kemanfaatan dan keadilan yang melindungi masyarakat.

Demikian halnya dengan budaya hukum (*legal culture*) karena dua elemen tersebut di atas tidak memenuhi nilai-nilai keadilan

⁴¹⁹ Lamintang. 2011. *Delik-delik Khusus: Kejahatan Melanggar Norma-norma Kesusilaan dan Norma Kepatutan*. Sinar Grafika, Jakarta.

Pancasila, maka sudah barang tentu budaya hukum pun akan terabaikan, karena Pancasila sendiri digali dari nilai-nilai dan budaya bangsa Indonesia.

Kongres PBB mengenai "*The Prevention of Crime and the Treatment of Offenders*" sering menyatakan dan mensinyalir, bahwa sistem hukum pidana yang ada selama ini di beberapa negara, yang sering berasal (diimpor) dari hukum asing semasa zaman kolonial, pada umumnya telah usang dan tidak adil (*obsolete and unjust*) serta sudah ketinggalan zaman dan tidak sesuai dengan kenyataan (*outmoded and unreal*) karena tidak berakar pada nilai-nilai budaya dan bahkan ada "diskrepansi" dengan aspirasi masyarakat serta tidak responsif terhadap kebutuhan sosial masa kini⁴²⁰.

Seiring berjalannya waktu, nilai-nilai dalam delik kesusilaan ternyata banyak yang bertentangan dengan nilai-nilai masyarakat yang sangat religi. Penelitian yang dilakukan oleh Latief Wiyata sebagaimana disebutkan di atas, menunjukkan bahwa aturan terkait tindak pidana kesusilaan belumlah berkeadilan religius sehingga membuat masyarakat masih tidak lagi mempercayai hukum.

Pasal 284 KUHP menyatakan bahwa yang dikatakan perbuatan zina hanya pada seseorang yang telah menikah, hal tersebut tentu sangat bertentangan dengan nilai-nilai agama dan nilai-nilai hukum yang hidup diyakini sebagian masyarakat Indonesia.

⁴²⁰ Ibid.

Masalah delik perzinahan merupakan salah satu contoh aktual adanya benturan antara pengertian dan paham tentang zina dalam KUHP dengan kepentingan/nilai sosial masyarakat. Benturan yang sering terjadi di masyarakat, acapkali menimbulkan kejahatan baru⁴²¹.

Perbuatan zina sesungguhnya bukan hanya permasalahan dari pihak pelaku semata, akan tetapi masyarakat pun merasakan dampaknya. Sehingga hukum yang berbasis nilai keadilan religius harus memiliki keseimbangan dalam melihat suatu aturan ketentuan pidana, dengan berpedoman pada tuntunan Tuhan (dalam hal ini penulis merujuk pada Al-Qur'an) serta nilai moral yang berlaku di masyarakat. Sehingga masyarakat merasa terlindungi dengan adanya ketentuan pidana dalam suatu perundang-undangan.

Berdasarkan hasil wawancara penulis dengan KH. Muhammad Mais, salah seorang pengasuh Pondok Pesantren Benda Kerep Kota Cirebon⁴²², beliau mengatakan bahwa aturan terkait ketentuan pidana yang ada dalam KUHP sekarang belum bisa dikatakan berkeadilan religius. Banyaknya nilai-nilai luhur masyarakat yang masih sangat religius akhirnya terciderai oleh asas-asas hukum yang berasal dari kolonial. Lebih lanjut beliau mengatakan bahwa Adil itu menembus batas, sehingga adil itu tidak lagi memandang suku, agama maupun ras, sehingga adil itu sama.

⁴²¹ Bahriej, A. 2003. Tinjauan Yuridis atas Delik Perzinahan (Overspel) dalam Hukum Pidana Indonesia. *Jurnal Sosio-Relegia*, Vol. 2, No.2, p. 2

⁴²² Hasil Wawancara dengan KH. Muhammad Mais, Pengasuh Pondok Pesantren Benda Kerep, Kota Cirebon, tanggal 20 Desember 2020.

Adil menurut Islam sangat bergandengan erat dengan Ikhsan, sedangkan Ikhsan menjadikan seseorang itu menjadi ber-Taqwa. Oleh sebab itu, menurutnya bahwa suatu ketentuan pidana yang berkeadilan religius adalah sesuai dengan nilai-nilai yang ada dalam Kitab Suci yang mana mampu melindungi masyarakat dan korban, selain itu memberikan perbaikan kepada pelaku.

C. Rekonstruksi Tindak Pidana Zina Dalam Kitab Undang Undang Hukum Pidana Indonesia Berbasis Nilai Ketuhanan Yang Maha Esa

Tindak pidana perzinahan atau *overspel* yang dimaksudkan dalam Pasal 284 ayat (1) KUHP merupakan suatu *opzettlijk delict* atau suatu tindak pidana yang harus dilakukan dengan sengaja. Itu berarti unsur kesengajaan tersebut harus terbukti ada pada diri pelaku, agar ia dapat dinyatakan terbukti telah memenuhi unsur kesengajaan dalam melakukan tindak pidana perzinahan yang diatur dalam Pasal 284 ayat (1) angka 1 huruf a atau b dan angka 2 huruf a atau b KUHP. Jika unsur kesengajaan dalam bentuk kehendak atau dalam bentuk maksud untuk melakukan perzinahan pada diri pelaku ternyata tidak dapat dibuktikan, maka Hakim akan memberikan putusan bebas dari tuntutan hukum atau *ontslag van rechtsvervolging* bagi pelaku⁴²³.

Di dalam rumusan ketentuan pidana yang diatur Pasal 284 ayat (1) angka 1 huruf a dan angka 2 huruf b KUHP, undang-undang telah

⁴²³ Lamintang, Ibid.

mensyaratkan adanya pengetahuan para pelaku yakni bahwa ketentuan yang diatur dalam Pasal 27 *Burgelijk Wetboek* itu berlaku bagi dirinya atau berlaku bagi laki-laki dengan siapa seorang wanita itu telah melakukan perzinaan.

Jika di sidang pengadilan yang memeriksa perkara pelaku, pengetahuan tentang berlakunya ketentuan yang diatur dalam Pasal 27 *Burgelijk Wetboek* ternyata tidak dapat dibuktikan oleh Penuntut Umum atau oleh hakim, maka hakim harus memberikan putusan bebas atau *vrисpraak* bagi pelaku⁴²⁴.

Rumusan pasal ketentuan pidana di atas sangat bertentangan dengan nilai-nilai Pancasila berdasarkan Ketuhanan Yang Maha Esa. Hukum seakan hanya memberikan perlindungan kepada para pelaku, nilai-nilai religius yang ada dalam masyarakat pun menjadi terganggu. Masyarakat tidak dapat melakukan perbuatan apapun karena hal tersebut dibenarkan dalam peraturan. Ketentuan pidana seperti itu menunjukkan bahwa hukum yang berlaku belumlah berkeadilan religius.

Pasal 284 KUHP menunjukkan bahwa keadilan yang sesungguhnya belumlah terwujud dalam ketentuan pidana yang berlaku. Di dalam berbagai rambu-rambu nasional, sering juga diungkapkan, bahwa keadilan yang ditegakkan adalah keadilan substantif, yaitu “Keadilan berdasarkan Pancasila” atau “Keadilan berdasarkan Ketuhanan YME (Pasal 2 ayat 2 UU No. 48/2009). Jadi tidak digunakan istilah “keadilan berdasarkan UU”. Ini berarti tidak ada sekularisme dalam penegakan hukum di Indonesia, di

⁴²⁴ Ibid.

samping pengenaan pidana harus berdasar tuntunan UU, harus juga dilandasi oleh tuntunan Tuhan dalam menegakkan keadilan⁴²⁵.

Pada kasus kesusilaan tentang zina ini, rumusan ketentuan pidana sangat berpihak hanya kepada perbuatan pelaku semata tanpa memperhatikan keadilan yang ada di masyarakat dan norma-norma yang berlaku (norma agama, norma kesopanan). Pasal-pasal dalam KUHP juga tidak bisa menghukum/melarang perbuatan seorang pria yang telah mengadakan hubungan kelamin dengan seorang wanita yang menikah, dengan persetujuan atau dengan sepengetahuan suami dari wanita tersebut tidak dapat dipandang sebagai perzinahan. Hal ini dapat dilihat *Hoge Raad* dalam *arrest*-nya tanggal 16 Mei 1946, NJ 1946 No. 523 antara lain memutuskan bahwa⁴²⁶:

“Onder overspel is niet begrepen vleeselijkgemeenschap met een derde onder goedkeuring van den anderen echtgenoot. De daad is dan geen schending van de huwelijksstrouw. I.c was de man souteneur; hij had zijn vrouw tot publiek vrouw gemaakt. Hij keurde haar levenswijze zonder voorbehoud goed”.
“

(Tidak termasuk dalam pengertian zina yakni mengadakan hubungan kelamin dengan pihak ketiga, yang dilakukan dengan persetujuan suami dari pihak ketiga tersebut. Perbuatan itu bukan merupakan yang menodai kesetiaan dalam perkawinan. Dalam hal ini, suami tersebut merupakan seorang germo, yang telah membuat istrinya menjadi seorang pelacur. Ia telah menyetujui cara hidup yang ditempuh oleh istrinya tanpa syarat)”).

Perbuatan di atas tidak sesuai dengan nilai-nilai Pancasila. Menurut Barda Nawawi Arief, hukum yang berkeadilan adalah tidak bisa hanya

⁴²⁵ Barda Nawawi Arief., 2012. *Kebijakan Formulasi Ketentuan ...*, *opcit*.

⁴²⁶ Lamintang, *Ibid*.

melihat tekstual yang ada dalam pasal semata, apalagi di negara Pancasila yang berdasarkan Ketuhanan Yang Maha Esa. Hukum harus berdasarkan tuntunan Tuhan, selain itu Barda Nawawi Arief juga mengatakan bahwa hukum tidak boleh terjebak pada asas legalitas yang kaku, yang hanya melihat perbuatan dinyatakan bersalah atau tidak hanya yang tertulis, tapi mengabaikan hukum yang hidup di masyarakat dan tuntunan Tuhan. Hukum yang berkeadilan harus memiliki nilai keseimbangan, yakni keseimbangan antara aturan yang berlaku dengan hukum yang hidup di masyarakat. Keseimbangan juga tidak hanya berfokus kepada pelaku/perbuatan semata yang tertulis dalam rumusan pasal, tetapi ada hak-hak masyarakat juga yang harus dilindung kepentingannya.

Perbuatan Zina yang dirumuskan dalam Pasal 284 KUHP yang mana tidak melarang seorang yang telah terikat perkawinan melakukan hubungan seksual asal dengan persetujuan suami/istri adalah tidak sesuai dengan nilai-nilai agama. Dalam Surat An-Nur dikatakan yang artinya:

“Katakanlah kepada laki-laki yang beriman, agar mereka menjaga pandangannya, dan memelihara kemaluannya; yang demikian itu lebih suci bagi mereka. Sungguh, Allah Maha mengetahui apa yang mereka perbuat (Q.S. 24 ayat 30)”.

“Dan katakanlah kepada perempuan yang beriman, agar mereka menjaga pandangannya, dan memelihara kemaluannya, dan janganlah menampakkan perhiasannya (auratnya), kecuali yang (biasa) terlihat. dst (Q.S 24 ayat 31)”.

Ayat diatas menunjukkan bahwa seorang manusia haruslah memelihara diri dari perbuatan-perbuatan yang dilarang, artinya hukum yang baik dan adil seharusnya menjadikan seseorang manusia menjadi ber Taqwa,

sehingga apabila rumusan suatu teks pasal itu justru bertentangan dengan moral maka hukum itu tidak bisa dikatakan baik, apalagi bisa memberikan keadilan.

Merumuskan ketentuan pidana yang berbasis nilai keadilan religius haruslah memiliki pengetahuan tentang nilai-nilai religius dan keadilan itu sendiri. Barda Nawawi Arief⁴²⁷ . mengatakan bahwa hakikat pembaruan/pembangunan hukum bukan terletak pada aspek formal dan lahiriah (seperti terbentuknya UU baru), melainkan justru terletak pada aspek immateril ini, yaitu membangun budaya dan nilai-nilai kejiwaan dari hukum. Selain itu, pembangun dalam bidang hukum khususnya pembangunan hukum pidana, tidak hanya mencakup pembangunan yang bersifat struktural, yakni pembangunan substansial berupa produk-produk yang merupakan hasil suatu sistem hukum dalam peraturan hukum pidana yang bersifat kultural⁴²⁸.

Disamping peningkatan kualitas moral, penegakan keadilan memerlukan peningkatan kualitas keilmuan. Kebijakan legislatif/formulatif (dalam rangka reformasi penyusunan UU) perlu disertai dengan reformasi kualitas keilmuannya (ilmu hukum dan keadilan). Sebagai negara yang berlandaskan Pancasila yang ber-Ketuhanan, maka dalam merumuskan suatu aturan ketentuan pidana harus mengikuti pedoman/ tuntunan ilahiah (tuntunan Tuhan Yang Maha Esa) tentang bagaimana merumuskan aturan

⁴²⁷ Arief, Barda N. 2007. *Masalah Penegakan Hukum dan Kebijakan Hukum Pidana dalam Penanggulangan Kejahatan*. Kencana Media Group, Jakarta.

⁴²⁸ Nyoman Sarekat P. Jaya, 2016. Hukum (Sanksi) Pidana Adat Dalam Pembaharuan Hukum Pidana Nasional. *Masalah-masalah Hukum*, Jilid 45, No.2, p.125.

yang berkeadilan religius. Dalam Al-Quran terdapat tuntunan yang menyatakan antara lain:

1. “Apabila kamu menghukum di antara manusia (“*bainan naas*”), maka hukumlah dengan adil” (Q.S. an-Nisa’: 58);
2. “Tegakkanlah kebenaran dan keadilan walau pada dirimu sendiri, ayah ibumu, maupun pada karib kerabat (kroni-kroni)mu” (Q.S. an-Nisa’:135)
3. “Janganlah karena mengikuti hawa nafsumu karena ingin menyimpang dari kebenaran/keadilan” (Q.S. an-Nisa’: 135)
4. “Janganlah kebencianmu kepada suatu kaum/golongan, mendorong/menyebabkan kamu berlaku tidak adil” (Q.S. Al-Maidah: 8).

Tuntutan keadilan menurut Al-Quran di atas jelas mengandung prinsip-prinsip universal, yaitu: prinsip persamaan (*equality, indiskriminatif*); tidak pilih kasih (*nonfavoritisme, anti nepotisme*); tidak berpihak pada pihak (*fairness, impartial*); dan prinsip objektivitas (tidak subjektif). Prinsip-nilai-nilai universal itu, saat ini terlihat semakin melemah atau mengalami erosi⁴²⁹.

Peningkatan kualitas para penegak hukum terhadap tuntunan keadilan berdasarkan Ketuhanan Yang Maha Esa di atas, tentunya tidak hanya sebatas kemampuan “pengetahuan” (*knowledge/cognitive*) saja, tetapi diharapkan menjiwai keyakinan dan sikapnya, bahwa apabila keadilan berdasarkan tuntunan ilahiah itu tidak diikuti dan dilaksanakan, maka akan rusaklah masyarakat⁴³⁰.

Al-Quran menggunakan beberapa kata yang berbeda untuk makna keadilan, yaitu *qist, mizan, haq, watasha*, dan *adl*. Kesemua kata tersebut

⁴²⁹ Arief, Barda N. 2007. *Masalah Penegakan Hukum dan ...*, *op.cit.*

⁴³⁰ *Ibid.*

dalam makna yang berbeda dapat ditujukan pada makna adil atau keadilan. Kata qist mengandung makna keadilan yang dikaitkan dengan kebenaran. Kata haq, yaitu kebenaran dapat juga bermakna keadilan (Q.S 7:159 dan 181). Mizan mengandung makna keadilan berkaitan dengan timbangan (keseimbangan), yaitu memperlakukan sesuatu secara seimbang. Kata watasha yaitu keadilan dalam kaitan dengan sikap yang berada ditengah (pertengahan) dan tidak memihak⁴³¹.

Pendekatan nilai religius dalam pembaharuan substansi hukum (ketentuan pidana) telah berulang kali dikemukakan oleh para sarjana maupun dalam berbagai forum seminar hukum nasional. Biasanya pendekatan religius dikaitkan juga dengan pendekatan nilai-nilai budaya dan kesadaran hukum yang hidup dalam masyarakat (hukum adat). berbagai statement seminar nasional mengenai pendekatan kultural-religius itu (khususnya yang berkaitan dengan hukum pidana) antara lain⁴³²:

1. Seminar Hukum Nasional ke-I/1963. Yang dipandang sebagai perbuatan jahat....., *tidak menutup pintu bagi larangan perbuatan menurut hukum adat yang hidup* dan tidak menghambat pembentukan masyarakat, yang dicita-citakan tadi, dengan sanksi adat yang masih dapat sesuai dengan martabat bangsa. Bagian khusus antara lain memuat : menciptakan *delik-delik agama, antara lain blasphemy*. Unsur-unsur hukum agama dan hukum adat dijalinan dalam KUHP.
2. Simposium “Pengaruh Kebudayaan/Agama Terhadap Hukum Pidana Khusus” 1975:
Kesimpulan Komisi I. Dalam memperhitungkan pengaruh-pengaruh kebudayaan dan agama dalam penciptaan hukum pidana, diperlukan *pembentukan delik-delik agama dan delik-delik yang ada hubungannya dengan agama serta delik adat*.

⁴³¹ Zoelva, H. 2018. Kembali ke Fitrah Keadilan dalam Perspektif Islam dan Kebangsaan. Retrieved from <http://mediaindonesia.com/read/detail/16618-kembali-ke-fitrah-keadilan-dalam-perspektif-islam-dan-kebangsaan>, diakses pada 5 Desember 2020, 22.07 WIB.

⁴³² Barda Nawawi Arief., 2012. *Kebijakan Formulasi Ketentuan ..., opcit.*

Dalam menetapkan delik-delik susila *supaya diperhatikan faktor-faktor agama, adat serta modernisasi* dan dalam penerapannya diperhitungkan nilai-nilai umum yang berlaku dalam masyarakat.

Kesimpulan Komisi II : pengaruh/*unsur agama* memegang peranan dalam menentukan norma hukum pidana; antara norma adat dan agama tidak dapat dibedakan dalam delik adat; norma agama/adat dalam kenyataannya sudah bersatu dengan putusan hakim sehari-hari; pengaruh agama di beberapa daerah telah menjelma menjadi kesadaran hukum rakyat;

3. Seminar Hukum Nasional ke IV Tahun 1979. Hukum Nasional dibina ke arah unifikasi dengan memperhatikan *kesadaran hukum masyarakat*.

Hasil seminar dan simposium di atas menunjukkan bahwa segala ketentuan pidana yang ada di Indonesia tidak bisa dilepaskan dari pengaruh nilai-nilai agama dan hukum yang hidup di masyarakat. Oleh sebab itu, para legislator dalam merumuskan ketentuan pidana yang akan datang haruslah mampu menggali dan memasukan nilai-nilai agama serta hukum adat ke dalam rumusan Pasal. Dengan demikian harapan agar terciptanya keadilan yang religius dapat terwujud. Selama ini, banyaknya perkara-perkara yang mana dalam penyelesaiannya dianggap belumlah berkeadilan, hal tersebut disebabkan salah satunya yaitu ketentuan pidana yang masih berlandaskan hukum kolonial, sehingga sering terjadi benturan antara kepastian hukum dan keadilan.

Kesimpulan Seminar Hukum Nasional ke VI/1994 pernah dinyatakan: “perlu untuk dikembangkan gagasan mengenai kualitas pemberian keadilan (*the dispensation of justice*) yang lebih cocok dengan sistem hukum Pancasila”. Dari pernyataan ini tersmpul perlunya dikembangkan keadilan bercirikan Indonesia yaitu “keadilan Pancasila”, yang mengandung makna

“keadilan berketuhanan”, keadilan berkemanusiaan (humanistik)”, “keadilan yang demokratik, nasionalistik, dan berkeadilan-sosial. Ini berarti keadilan yang ditegakkan juga bukan sekedar keadilan formal, tetapi keadilan substansial⁴³³.

Merumuskan formulasi yang berkeadilan religius, maka para pembuat undang-undang harus mampu menggali petunjuk yang ada dalam kitab suci agama (Al-Quran) dan nilai-nilai hukum yang hidup di masyarakat. Dengan menggali kedua sumber tersebut, maka kemungkinan terjadi benturan antara hukum tertulis dengan hukum yang hidup tidak akan terjadi. Untuk menyatukan formulasi hukum tertulis dan menggali nilai-nilai agama, maka dibutuhkan nilai-nilai keseimbangan.

Pada kasus delik perzinahan, maka hal konkret yang harus dilakukan oleh para legislator dalam merumuskan ketentuan pidana terkait perzinahan adalah dengan memperluas makna perzinahan itu sendiri yang berpedoman kepada AlQuran. Hal tersebut memiliki nilai keseimbangan dan keadilan, dengan memperluas makna defisini zina tersebut akan memberikan keadilan bagi masyarakat Indonesia yang religius, sehingga nilai keseimbangan antara kepentingan masyarakat dan nilai-nilai agama dapat terlindungi oleh ketentuan pidana yang berlaku.

Sebagai contoh, masih banyak perbuatan yang dianggap melanggar menurut nilai-nilai agama (Islam) yang tidak diadopsi dalam ketentuan pidana yang berlaku. Sebagaimana dijelaskan di atas, bahwa formulasi

⁴³³ *Ibid.*

ketentuan pidana yang berbasis nilai keadilan religius dalam Al-Quran diantaranya harus mengandung makna Mizan: keadilan berkaitan dengan timbangan (keseimbangan), yaitu memperlakukan sesuatu secara seimbang. Kata *watasha* yaitu keadilan dalam kaitan dengan sikap yang berada ditengah (pertengahan) dan tidak memihak. Jika merujuk pada makna keadilan menurut Al-Quran, maka masih banyak formulasi ketentuan pidana yang belum berbasis nilai keadilan religius.

Perbuatan “kumpul kebo” yang sangat populer di masyarakat yang untuk menyebut perbuatan hidup bersama di luar pernikahan yang sah, menurut KUHP yang berlaku saat ini, yang berasal dari *Wetboek van Strafrecht (WvS)* zaman Hindia Belanda, kumpul kebo tidak dinyatakan sebagai perbuatan yang dapat dipidana. Padahal perbuatan tersebut dipandang oleh sebagian besar masyarakat Indonesia sebagai perbuatan tercela. Selain itu, berdasarkan nilai-nilai religius perbuatan tersebut adalah perbuatan tercela yang tidak boleh dilakukan. Berbagai istilah, kumpul kebo ini dapat diidentifikasi dengan sebutan “*samen leven*”, “*living in nonmatriamonial union*”, “*conjugal union*”, atau “*cohabitation*”⁴³⁴.

Indonesia adalah negara berdasarkan Pancasila, yang mana sila pertama menyatakan “Ketuhanan Yang Maha Esa”, sila tersebut seharusnya menjadi acuan dalam merumuskan ketentuan pidana. Mengingat Pancasila adalah sumber dari segala aturan perundang-undangan di Indonesia. Kumpul kebo

⁴³⁴ Barda Nawawi Arief. 2011. *Pembaharuan Hukum Pidana Dalam Perspektif Kajian Perbandingan*. Bandung: PT Citra Aditya Bakti.

merupakan suatu realitas sosial dan memunculkan problema sosial, tetapi sampai saat ini tidak ada aturan yang mengaturnya dan belum terjamah hukum.

Saat ini tindak pidana kumpul kebo dimasukan dalam rancangan KUHP. Banyak terjadi pro kontra. Banyak yang berpendapat bahwa Negara tidak perlu ikut campur dalam urusan pribadi, akan tetapi disisi lain banyak juga masyarakat yang merasa bahwa itu harus diatur, apalagi perbuatan tersebut bertentangan dengan nilai-nilai agama.

Memperluas definisi zina dengan merujuk pada Al-Quran adalah hal yang harus dilakukan, dengan diaturnya perbuatan kumpul kebo adalah wujud ketentuan pidana yang berbasis nilai keadilan religius, dikarenakan mampu mengadopsi nilai-nilai yang dianut masyarakat. Perluasan makna zina dengan merujuk pada Al-Quran mengingat hampir sebagian besar masyarakat Indonesia beragama Islam, selain itu dengan memperluas dan mewadahi perbuatan kumpul kebo kedalam aturan perundang-undangan, diharapkan dapat menghindarkan dari perbuatan main hakim sendiri dikarenakan hilangkan kepercayaan masyarakat terhadap hukum.

Aturan ketentuan pidana yang seirama dengan nilai yang dianut masyarakat (nilai religius) mampu menjadikan hukum itu bermanfaat dan berkeadilan. Sebagaimana seorang ahli hukum Von Savigny pernah menyatakan bahwa sistem hukum tidak ahistoris, hukum justru muncul dan

berkembang bersama masyarakat⁴³⁵.

Bila melihat ketentuan pidana di beberapa negara, tindak pidana kumpul kebo sesungguhnya telah diatur diberbagai negara diantaranya⁴³⁶:

1. KUHP Republik Federal Yugoslavia
KUHP Republik Federal Yugoslavia 1951, Pasal 193 merumuskan sebagai berikut:
 - (1) *A person of full age living in nonmatrimonial union with a minor who has attained the age of fourteen years, shall be punished with imprisonment of not less than three months.*
 - (2) *The same punishment shall be inflicted on the parent or guardian permitted a minor over fourteen years old to live in nonmatrimonial union with another person, or who induced him to do so*
 - (3) *If the offence from Paragraph 2 of this article was committed for personal gain, the offender shall be punished with severe imprisonment of to five years.*
 - (4) *If marriage is contracted, prosecution shall not be instituted and if it has been instituted, it shall be discontinued.*Dari perumusan di atas, terlihat hal-hal sebagai berikut:
 - (1) Yang dipidana adalah kumpul kebo antara orang dewasa dan anak yang telah mencapai usia 14 (empat belas) tahun; pidananya tidak kurang dari tiga bulan penjara (Catatan: menurut sistem perumusan di Yugoslavia, apabila minimum pidana ditulis "*not less than three months*", berarti edik itu diancam dengan pidana mulai dari tiga bulan sampai maksimum tiga bulan, lihat Pasal 30 KUHP Yugoslavia. Jadi mirip dengan sistem perumusan di Norwegia dan Polandia)
 - (2) Pidana yang sama juga dikenakan kepada orang tua atau wali yang mengizinkan atau mendorong/membujuk anak di atas empat belas tahun untuk kumpul kebo dengan orang lain.
 - (3) Apabila ayat (2) dilakukan untuk keuntungan pribadi, maksimum pidananya lima tahun penjara berat ("*severe imprisonment*").
 - (4) Apabila perkawinan berlangsung, penuntutan tidak dilakukan; dan apabila telah dilakukan penuntutan penuntutan itu tidak dilanjutkan.
2. KUHP Singapore dan Malaysia

⁴³⁵ Cahyadi, A. 2005. Hukum Rakyat. *Jurnal Hukum dan Pembangunan*, Tahun ke-35 No.4, p.387.

⁴³⁶ Barda Nawawi Arief. 2011. *Pembaharuan Hukum Pidana Dalam Perspektif Kajian Perbandingan*. Bandung: PT Citra Aditya Bakti.

Dalam Bab XX tentang *Offences Relating to Marriage*, ada pasal yang mengancam pidana terhadap seorang laki-laki yang hidup bersama sebagai suami istri (cohabitation) atau melakukan hubungan seksual dengan seorang wanita yang karena ditipu telah percaya bahwa ia (wanita itu) telah kawin secara sah dengan laki-laki itu (Pasal 493)

Pasal 493 KUHP Singapore berbunyi:

“Every man, who by deceit causes any woman who is not lawfully married to him to believe that she is lawfully married to him and tho cohabit or have sexual intercourse with him in that belief, shall be punished with imprisonment for a term which may extent to ten years, and shall also be liable to fine”.

“Sa-saorang lelaki yang dengan jalan perdayaan menyebabkan sa-saorang perempuan yang tidak berkahwin dengannya dengan sah disisi undang-undang supaya memperchayai bahawa perempuan itu telah berkahwin dengan-nya dengan sah di-sisi undang-undang dan supaya bersekedudukan atau bersetuboh dengannya atas kepercayaan itu, hendaklah diseksa dengan penjara sa-lama tempoh yang boleh sampai duapuluh (sic) tahun, dan boleh-lah juga di-kenakan denda”.

(Di-Indonesiakan: *“seorang laki-laki yang dengan cara memperdaya/menipu seorang wanita yang tidak terikat dalam perkawinan yang sah dengannya menurut undang-undang, sehingga percaya bahwa telah menikah secara sah dengan laki-laki itu, dan hidup bersama atau melakukan persetubuhan dengannya atas kepercayaan tersebut, diancam pidana penjara selama tidak lebih dari 20 (sic. 10 tahun) dan juga denda”.* BNA)

Diaturinya masalah kumpul kebo di berbagai KUHP negara lain, menunjukkan bahwa negara lain (asing) juga mengurus masalah moral dan rasa kesusilaan masyarakat. Jadi tidak benar adanya pendapat bahwa negara tidak berhak untuk mengurus moral dan rasa kesusilaan masyarakat. D.A

Thomas pernah menyatakan⁴³⁷:

“Systems of substantive criminal law serve several purpose. Politically, a criminal code may acquire symbolic significance as an expression of national unity. Morally, the code may amount to a

⁴³⁷ Ibid.

concrete manifestation of the judgment of the community on the central values which bind it together and serve notice on the citizen of the limits of permissible behaviour within that society. Pragmatically, a code of substantive criminal law is a means of defining the collective powers of the various organs of the state concerned with the maintenance of order, and of allocating their respective sphere of responsibility”.

Sistem hukum pidana substantif (KUHP) secara politik pada hakikatnya merupakan ciri simbolik dari ekspresi/ Pernyataan kesatuan nasional dan secara moral merupakan perwujudan/manifestasi penilaian masyarakat terhadap nilai-nilai sentral yang mengikat dan membatasi perilaku anggota masyarakat. Pernyataan D.A Thomas di atas sangat sesuai dengan kondisi Indonesia yang sistem hukumnya dilandaskan pada nilai-nilai Pancasila, khususnya sila Ketuhanan Yang Maha Esa yang mengandung di dalamnya nilai-nilai/paradigma moral religius⁴³⁸.

Ketentuan pidana yang berkeadilan religius adalah, ketentuan pidana yang mana dalam rumusannya memasukkan nilai-nilai religi yang berpedoman kepada Tuntunan Tuhan. Apabila dalam rumusan pasal saja nilai-nilai religi itu tidak ditemukan, maka tidak mungkin hukum akan menghasilkan keadilan yang religius.

Nilai keseimbangan menjadi sangat penting bagi para legislator dalam merumuskan ketentuan pidana yang berkeadilan. Nilai keseimbangan tersebut diantaranya: Keseimbangan dalam menentukan sumber/dasar hukum ditetapkannya pidana. Selama ini, ketentuan pidana yang berlaku hanya memberi ruang kepada hukum yang tertulis, sehingga banyak

⁴³⁸ Ibid.

perbuatan yang menurut hukum agama dan adat adalah terlarang, tidak bisa dijerat oleh hukum tertulis. Hal tersebut sesuai dengan fungsi hukum yang menurut Hans Kelsen adalah untuk menciptakan keadilan bagi masyarakat dimana konsep adil dipahami sebagai suatu penciptaan terhadap sebanyak-banyaknya kebahagiaan dalam masyarakat⁴³⁹.

Formulasi ketentuan pidana yang berkeadilan religius, dalam menentukan pidana haruslah memiliki tujuan pidana. 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.

Tujuan pemidanaan sangat mempengaruhi dalam penekan hukum, sehingga keadilan sering terabaikan. Barda Nawawi Arief⁴⁴⁰, berpendapat bahwa, tujuan pemidanaan harus dikaitkan dengan 4 (empat) aspek atau ruang lingkup perlindungan dari perlindungan masyarakat, yaitu: (1) Masyarakat memerlukan perlindungan terhadap perbuatan anti sosial yang merugikan dan membahayakan masyarakat. Bertolak dari aspek ini, maka tujuan pemidanaan (penegakan hukum pidana) adalah mencegah dan menanggulangi kejahatan; (2) Masyarakat memerlukan perlindungan terhadap sifat berbahaya seseorang. Oleh karena itu, pidana/hukum pidana bertujuan memperbaiki sipelaku kejahatan atau berusaha mengubah dan

⁴³⁹ Gunarto, Marcus P. 2012. Asas Keseimbangan Dalam Konsep Rancangan Kitab Undang Undang Hukum Pidana. *Mimbar Hukum*, Vol.24, No.1, p. 84.

⁴⁴⁰ Arief, Barda N. 2017. *Tujuan & Pedoman Pemidanaan (Perspektif Pembaharuan & Perbandingan Hukum Pidana*. Pustaka Magister, Semarang.

mempengaruhi tingkah lakunya agar kemabli patuh pada hukum dan menjadi warga masyarakat yang baik dan berguna; (3) Masyarakat memerlukan pula perlindungan terhadap penyalahgunaan sanksi atau reaksi dari penegakan hukum maupun dari warga masyarakat pada umumnya. Oleh karena itu wajar pula akibat tujuan pidana harus mencegah terjadinya perlakuan atau tindakan yang sewenang-wenang di luar hukum (tidak manusiawi); (4) Masyarakat memerlukan perlindungan terhadap keseimbangan atau keselarasan berbagai kepentingan dan nilai yang terganggu sebagai akibat dari adanya kejahatan. Oleh karena itu wajar pula apabila penegakan hukum pidana harus dapat menyelesaikan konflik yang ditimbulkan oleh tindak pidana, dapat pula memulihkan keseimbangan dan mendatangkan rasa damai dalam masyarakat.

Bertolak dari keempat aspek tujuan perlindungan masyarakat seperti yang telah diuraikan di atas, maka tujuan pembedaan pada intinya mengandung dua aspek pokok, yaitu⁴⁴¹:

1. Aspek perlindungan masyarakat terhadap tindak pidana.
Aspek pokok pertama ini meliputi tujuan-tujuan: (a). Pencegahan kejahatan, (b). Pengayoman (pengaman) masyarakat, (c). Pemulihan keseimbangan masyarakat, terdiri dari penyelesaian konflik (*conflict oplossing*) dan mendatangkan rasa damai (*vrede – making*).
2. Aspek perlindungan/pembinaan individu pelaku tindak pidana (aspek individualisasi pidana)
Aspek pokok kedua ini dapat meliputi tujuan: (a). Rehabilitasi, reduksi, resosialisasi (memasyarakatkan) terpidana; antara lain: agar tidak melakukan perbuatan-perbuatan yang merusak atau merugikan diri sendiri maupun orang lain/masyarakat dan agar berbudi pekerti (berakhlak) Pancasila, (b). Membebaskan rasa bersalah, (c). Melindungi si pelaku dari pengenaan sanksi atau

⁴⁴¹ *Ibid.*

pembalasan yang sewenang-wenang tidak manusiawi (pidana tidak dimaksudkan untuk menderitakan dan merendahkan martabat manusia).

Merumuskan ketentuan pidana yang berkeadilan religius, selain menggali nilai-nilai tuntunan Tuhan. Maka moral menjadi tolak ukur rumusan ketentuan pidana. Nabi Muhammad diturunkan oleh Allah, pertama kali yang diperintahkan adalah untuk memperbaiki akhlak manusia, bukan memberikan hukuman. Oleh sebab itu dalam perumusan ketentuan pidana bisa dilihat dari substansi apakah memiliki keseimbangan, yaitu memperbaiki pelaku yang melakukan tindak pidana agar bisa menjadi lebih baik lagi. Selain itu tidak melupakan kepentingan korban dan masyarakat.

Sejalan dengan analisis pembahasan baik berdasarkan data-data empiris maupun teoritis, maka hukum harus memiliki kemaslahatan bagi manusia dan hukum sendiri untuk manusia bukan manusia untuk hukum, maka terhadap Pasal 284 KUHP baik KUHP warisan kolonial Belanda maupun pada Rancangan Undang Undang Kitab Undang Undang Hukum Pidana versi September 2019 (RUU KUHP-2019) diajukan rekonstruksi sebagai berikut.

Tabel/Bagan/Skema 4
Rekonstruksi Pasal 284 KUHP

KUHP LAMA	RUU-KUHP-2019	REKONSTRUKSI
Pasal 284:	Pasal 417:	Pasal 284 KUHP:
(1) Dihukum penjara selama-lamanya sembilan bulan: 1e.a. laki-laki yang beristeri, berbuat zina, sedang diketahuinya, bahwa Pasal 27 Kitab	(1) Setiap Orang yang melakukan persetubuhan dengan orang yang bukan suami atau istrinya dipidana karena perzinaan dengan pidana penjara paling lama 1 (satu) tahun atau denda	(1) Setiap Orang yang melakukan persetubuhan dengan orang yang bukan suami atau istrinya dipidana karena perzinaan dengan pidana penjara

Undang Undang Hukum Perdata (sipil) berlaku padanya; b perempuan yang bersuami, berbuat zina; 2e.a. laki-laki yang turut melakukan perbuatan itu, sedang diketahuinya, bahwa kawannya itu bersuami; b. perempuan yang tiada bersuami yang turut melakukan perbuatan itu, sedang diketahuinya, bahwa kawannya itu beristeri dan Pasal 27 Kitab Undang Undang Hukum Perdata (sipil) berlaku pada kawannya itu. (2) Penuntutan hanya dilakukan atas pengaduan suami (isteri) yang mendapat malu dan jika pada suami (isteri) itu berlaku Pasal 27 Kitab Undang Undang Hukum Perdata (sipil) dalam tempo 3 bulan sesudah pengaduan itu, diikuti dengan permintaan akan bercerai atau bercerai tempat tidur dan meja makan (<i>scheiding van tafel en bed</i>) oleh perbuatan itu juga. (3) Tentang pengaduan ini Pasal 72, 73 dan 75 tidak berlaku. (4) Pengaduan itu boleh dicabut selama pemeriksaan dimuka sidang pengadilan belum dimulai. (5) Kalau bagi suami dan isteri itu berlaku Pasal 27 Kitab Undang Undang Hukum Perdata (sipil) maka pengaduan itu tidak diindahkan,	kategori II. (2) Tindak Pidana sebagaimana dimaksud pada ayat (1) tidak dilakukan penuntutan kecuali atas pengaduan suami, istri, Orang Tua, atau anaknya. (3) Terhadap pengaduan sebagaimana dimaksud pada ayat (2) tidak berlaku ketentuan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 25, Pasal 26, dan Pasal 30. (4) Pengaduan dapat ditarik kembali selama pemeriksaan di sidang pengadilan belum dimulai. Kelemahan: Pasal 284 KUHP: - Tindak pidana zina dimaksud oleh Pasal 284 KUHP hanya berlaku terhadap seseorang yang salah satunya atau keduanya telah menikah atau terikat dalam pernikahan. - Delik yang diberlakukan adalah delik aduan absolut. Pasal 417 RUU KUHP-2019: - Tindak pidana zina dimaksud oleh Pasal 417 RUU KUHP-2019 masih mempertahankan delik aduan absolut sebagaimana KUHP warisan kolonial Belnda.	selama 2 (dua) tahun. (2) Tindak Pidana zina merupakan delik biasa.
---	---	--

sebelumnya mereka bercerai, atau sebelum keputusan hakim tentang perseraian tempat tidur dan meja makan mendapat ketetapan.		
---	--	--



BAB VI PENUTUP

A. Kesimpulan

Berdasarkan hasil pembahasan dan hasil penelitian yang dianalisis berdasarkan teori-teori yang telah ditetapkan, maka sebagai jawaban dari masalah yang telah dirumuskan, dikemukakan kesimpulan:

1. Kebijakan Formulasi Tindak Pidana Zina Dalam Pasal 284 KUHP belum berlandaskan Ketuhanan Yang Maha Esa, melainkan menerapkan nilai-nilai hukum peninggalan Kolonial Belanda yang sangat bertentangan dengan konstitusi Negara Republik Indonesia, yakni Pasal 29 ayat (1) Undang Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 yang menegaskan bahwa Negara Republik Indonesia berdasarkan atas Ketuhanan Yang Maha Esa. Pasal 284 KUHP, belum ada nilai keseimbangan sebagai upaya terwujudnya nilai keadilan yang religius. Nilai-nilai hukum agama dan hukum yang hidup di masyarakat akhirnya terciderai oleh ketentuan pidana dalam delik kesusilaan, karena dianggap masih bersifat individual dan tidak sesuai dengan Pancasila.
2. Kelemahan Formulasi Tindak Pidana Zina Dalam Pasal 284 KUHP saat ini, dari substansi hukumnya, yaitu keseluruhan aturan hukum, norma hukum dan asas hukum, baik yang tertulis maupun yang tidak tertulis termasuk putusan pengadilan bertentangan dengan dasar Negara Republik Indonesia, yaitu Ketuhanan Yang Maha Esa.

Dari struktur hukumnya, yaitu keseluruhan institusi-institusi hukum yang ada beserta aparatnya, masih berkehendak untuk mempertahankan Pasal 284 KUHP sekalipun dinyatakan oleh masyarakat bahwa Pasal 284 KUHP bertentangan dengan dasar Negara Republik Indonesia, yaitu Ketuhanan Yang Maha Esa.

Dari Kultur hukum, yaitu opini-opini, kepercayaan-kepercayaan (keyakinan-keyakinan) kebiasaan-kebiasaan, cara berpikir, dan cara bertindak, baik dari para penegak hukum maupun dari warga masyarakat, tentang hukum dan berbagai fenomena yang berkaitan dengan hukum, Pasal 284 KUHP bertentangan dengan kultur hukum rakyat Indonesia yang religius.

3. Rekonstruksi tindak pidana zina dalam Pasal 284 KUHP berbasis nilai Ketuhanan Yang Maha Esa adalah dengan mempeluas makna zina yang ada dalam ketentuan pidana sekarang dengan merujuk pada kitab suci (Al-Quran), hal tersebut dikarenakan sebagian besar masyarakat Indonesia yang beragama Islam dan religius, selain itu hal tersebut merupakan bentuk pengamalan sila pertama Pancasila yang berdasarkan Ketuhanan Yang Maha Esa, serta Pasal 29 ayat (1) Undang Undang Dasar Negara Republik Indonesia yang menyatakan bahwa negara Republik Indonesia berdasarkan Ketuhanan Yang Maha Esa.

B. Saran

Sejalan dengan kesimpulan yang dikemukakan, sebagai jawaban terhadap permasalahan yang ditemukan dalam penelitian, dikemukakan saran sebagai rekomendasi, sebagai berikut:

1. Pembuat undang=undang dalam hal ini Dewan Perwakilan Rakyat Indonesia dan pemerintah harus melakukan kajian secara komprehensif terhadap Pasal 284 KUHP terkait dengan tindak pidana zina dengan melibatkan berbagai tokoh agama dan ahli hukum agar dapat diterapkan secara efektif. Selain itu, pemerintah juga dapat segera memperbaharui Kitab Undang-Undang Hukum Pidana yang diterapkan di Indonesia dan di dalamnya mengatur perbuatan zina yang efektif. Hal tersebut harus dilakukan agar perbuatan zina yang sudah merajalela di dalam pergaulan masyarakat bisa dihilangkan, karena perbuatan zina dapat merusak moral para generasi bangsa dan juga dapat merusak keturunan.
2. Rekonstruksi Pasal 284 KUHP mengenai perbuatan zina di Indonesia seharusnya diatur dengan peraturan yang diambil dari nilai-nilai yang ada di dalam masyarakat. Hal ini harus dilakukan karena perbuatan zina merupakan perbuatan yang sudah dianggap sangat tercela. Selain itu pengertian dan unsur-unsur yang terdapat dalam aturan zina juga harus dikembalikan kepada pengertian dan unsur-unsur zina yang sesungguhnya, agar peraturan tersebut dapat relevan dengan masyarakat Indonesia yang berdasarkan Pancasila. Maka dari itu

pembaharuan terhadap Kitab Undang Undang Hukum Pidana harus segera dilakukan dan disesuaikan dengan nilai-nilai yang ada di dalam masyarakat.

3. Rekonstruksi Pasal 284 KUHP mendatang seharusnya tidak menggunakan delik aduan absolut dan melainkan memberlakukan delik biasa, sehingga akan sesuai dengan nilai-nilai keadilan Pancasila dan sejalan dengan Pasal 29 ayat (1) Undang Undang Dasar 1945.

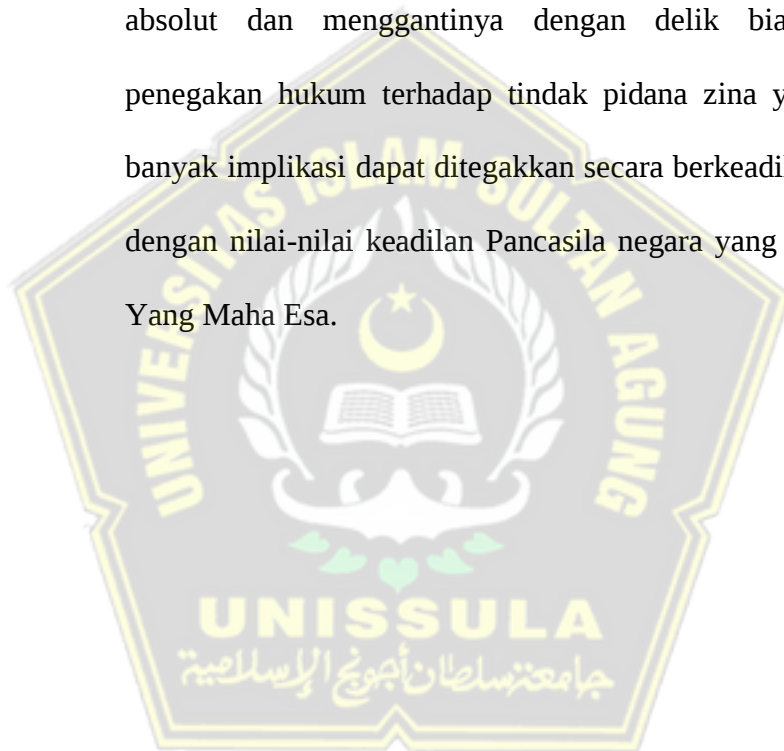
C. Implikasi Kajian Disertasi

1. Implikasi Teoritis

Hasil studi ini ternyata berimplikasi pada kerangka pemikiran teoritik bahwa mempertahankan delik aduan pada tindak pidana zina pada Rancangan Undang Undang KUHP versi September 2019 menggambarkan bawa: *Pertama*, pembuat undang-undang dalam hal ini Dewan Perwakilan Rakyat Republik Indonesia dan Pemerintah masih mempertahankan dan mengikuti KUHP Warisan Kolonial Belanda. *Kedua*, mengabaikan dasar Negara Republik Indonesia yang ditegaskan dalam Pasal 29 ayat (1) Undang Undang Dasar Negara Republik Indonesia adalah berdasarkan Ketuhanan Yang Maha Esa. *Ketiga*, mengabaikan nilai keadilan Pancasila khususnya sila Keruhanan Yang Maha Esa. *Keempat*, mengabaikan hukum yang hidup di masyarakat, baik hukum adat maupun hukum Islam yang menentang tindak pidana zina.

2. Implikasi Praktis

1. Rekonstruksi Pasal 284 KUHP harus dilandasai oleh nilai-nilai keadilan Pancasila.
2. Rekonstruksi Pasal 284 KUHP harus dilandasi oleh nilai-nilai budaya bangsa serta agama yang dianut oleh bangsa Indonesia.
3. Rekonstruksi Pasal 284 KUHP harus mencabut delik aduan absolut dan menggantinya dengan delik biasa, sehingga penegakan hukum terhadap tindak pidana zina yang memiliki banyak implikasi dapat ditegakkan secara berkeadilan dan sesuai dengan nilai-nilai keadilan Pancasila negara yang Berketuhanan Yang Maha Esa.



DAFTAR PUSTAKA

A. Buku

- Abu Abdillah Muhammad bin Ismail Al-Bukhori, *Shohih Al Bukhori*, Dahlan, Indonesia, jilid IV.
- Abdul A'la Almaududi, 1979, *Kejamkah Hukum Islam*, Gema Insani Press, Jakarta.
- Abdul Aziz Dahlan, *et. all*, (editor), 1997, *Ensiklopedi Hukum Islam*, jilid 2, PT Ichtiar Baru Van Hoeve, Jakarta.
- Abdul Ghani Abdullah, 1994, Pengantar Komopilasi Hukum Islam dalam Tata Hukum Indonesia. Gema Insani Press, Jakarta.
- Abdul Ghofur Anshori, 2006. *Filsafat Hukum*, Gajah Mada University Press, Yogyakarta.
- , 2005, *Filsfat Hukum Kewarisan Islam, Konsep Kewarisan Bilateral Hazairinj*, UII Perss, Yogyakarta.
- Abdul Latif dan Hasbih Ali, 2011, Politik Hukum, PT. Sinar Grafika, Jakarta.
- Abdul Manan, 2009, *Aspek-Aspek Pengubah Hukum*, ctk. Ketiga, Kencana Prenada Group, Maret, Jakarta.
- Abdul Mujieb, M., dkk, 2002, *Kamus Istilah Fikih*, (Jakarta: Pustaka Firdaus, Jakarta.
- Abdul Qadir Audah, 2008, *Ensiklopedi Hukum Pidana Islam*, (Ahsin Sakho Muhammad dkk), Jilid III, PT Kharisma Ilmu, Bogor.
- Abdurrahmad Doi, 1992, *Tindak Pidana Syariat Islam*, Rineka Cipta, Jakarta.
- Adami Chazawi, 2005, *Tindak Pidana Mengenai Kesopanan*, Raja Grafindo Persada, Jakarta.
- Adi Sulistiyono, 2008, *Reformasi Hukum Ekononi Indonesia*, (editor: Rustamadji, Kundharu Saddhono dan Sri Anitah), ctk. Kedua, Lembaga Pengembangan Pendidikan (LPP) UNS dan UPT

Penerbitan dan Percetakan UNS, UNS Press, Mei, 2008m
Surakarta.

Afzalur Rahman, 1995, *Doktrin Ekonomi Islam*, jilid 1, Terj. Soeroyo,
Nastangin, PT. Dana Bhakti Wakaf, Yogyakarta.

Agus Santoso H.M., 2012, *Hukum, Moral, dan Keadilan*, Kencana Prenada
Media Group, Jakarta.

Ahmad Ali, 2002. *Menguak Tabir Hukum Suatu Kajian Filosofis Sosiologis*,
Gunung Agung, Jakarta.

Ahmad Azhar Basyir, 2000, *Negara dan Pemerintahan dalam Islam*, UII
Pres, Yogyakarta.

Ahmad Hanafi, 1990, *Asas-asas Hukum Pidana Islam*, Bulan Bintang,
Jakarta.

Ahmad Syalabiy, 1998, *Sejarah dan Kebudayaan Islam*, (terjemahan; Aceng
Bahaudin), Kalam Mulia, Jakarta.

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

Ahmad Warson Al-Munawwir, 1997, *Kamus Al-Munawwir Arab-Indonesia
Terlengkap*, Pustaka Progressif, Yogyakarta.

Ali Murtado, 1998, *Kerajaan Turki Utsmani, Pembaharuan Sebelum
Moderen*, Pascasarjana IAIN Iman Bondjol, Padang.

Amiur Nuruddin dan Azhari Akmal Tarigan, 2004, *Hukum Perdata Islam di
Indonesia*, Kencana, Jakarta.

Amir Syarifuddin, 1992, "Pengertian dan Sumber Hukum Islam", dalam
Falsafah Hukum Islam, Bumi Aksara, Jakarta.

Andi Hamzah, 1993, *Sistem Pidana dan Pemidanaan Indonesia*, Cetakan
Kedua, Pradnya Paramita, Jakarta.

-----, 1995, *Perbandingan Hukum Pidana Beberapa Negara*, Edisi I
Cetakan ke-II, Jakarta.

-----, 1986, *Sistem Pidana dan Pemidanaan di Indonesia: dari
retribusi ke reformasi*, Pradnya Paramita, Jakarta.

Andre Ata Ujan, 2009. *Filsafat Hukum Membangun Hukum dan Membela
Keadilan*, Kanisius, Yogyakarta.

- Arief Gosita, 1983, *Masalah Korban Kejahatan*, Kumpulan Karangan edisi pertama, Akademika Presindo, Jakarta.
- Asafri Jaya Bakri, 1996, *Konsep Maqashid Syari'ah Menurut Al-Syatibi*, Raja Grafindo Persada, Jakarta.
- Bambang Poernomo, 1985, *Asas-asas Hukum Pidana*, Ghalia Indonesia, Jakarta.
- Bambang Sugono, 2006, *Metode Penelitian Hukum*, PT. RajaGrafindo Persada, Jakarta.
- Bambang Sutiyoso, 2010, *Reformasi Keadilan dan Penegakan Hukum di Indonesia*, UII Press, Yogyakarta.
- Barda Nawawi Arief, *Beberapa Aspek Kebijakan Penegakan dan Pengembangan Hukum Pidana*, PT. Citra Aditya Bakti, Bandung, 1998.
- , 2009, *Tujuan dan Pedoman Pemidanaan*, Badan Penerbit Universitas Diponegoro, Semarang.
- , 2008, *Bunga Rampai Kebijakan Hukum Pidana*, Kencana Prenada Media Group, Jakarta.
- , 2006, *Tindak Pidana Mayantara Perkembangan Kajian Cyber Crime di Indonesia*, RajaGrafindo Persada, Jakarta.
- , 1994, *Kebijakan Legislatif Dalam Penanggulangan Kejahatan Dengan Pidana Penjara*, Badan Penerbit Universitas Diponegoro, Semarang.
- , 2007, *Masalah Penegakan Hukum dan Kebijakan Hukum Pidana dalam Penanggulangan Kejahatan*, Kencana Media Group, Jakarta.
- , 2011, *Reformasi Sistem Peradilan (Sistem Penegakan Hukum) di Indonesia*, Badan Penerbit Universitas Diponegara, Semarang.
- , 2012. *Kebijakan Formulasi Ketentuan Pidana Dalam Peraturan Perundang-undangan*, Semarang: Pustaka Magister.
- , 2011. *Pembaharuan Hukum Pidana Dalam Perspektif Kajian Perbandingan*. Bandung: PT Citra Aditya Bakti.
- , 2017. *Tujuan & Pedoman Pemidanaan (Perspektif Pembaharuan*

& *Perbandingan Hukum Pidana*. Pustaka Magister, Semarang.

Bernard L. Tanya, dkk., 2007. *Teori Hukum Strategi Tertib Manusia Lintas ruang dan Generasi*, CV. Kita, Surabaya.

Bernard L. Tanya dan Theodorus Yosep Parera, *Pancasila Bingkai Hukum Indonesia*, Genta Publising, Yogyakarta, 2015.

Burhan Ashofa, 2004, *Metode Penelitian Hukum*, PT. Rineka Cipta, Jakarta.

Dardji Darmodihardjo, 2002. *Pokok-Pokok Filsafat Hukum Apa dan Bagaimana Filsafat Hukum Indonesia*, PT. Gramedia Pustaka Utama, Jakarta.

Dawam Rahardjo, M., 2002, *Ensiklopedi Al-Qur'an: Tafsir Sosial Berdasarkan Konsep Konsep Kunci*, Paramadina, Jakarta.

Dedi Mulyadi, 2014, *Internalisasi Nilai-nilai Ideologi Pancasila, Dalam Dinamika Demokrasi dan Perkembangan Ketatanegaraan Indonesia*, Refika Aditama, Bandung.

Dedi Supriyadi, 2007, *Sejarah Hukum Islam (Dari Kawasan Jazirah Arab Sampai Indonesia)*, Pustaka Setia, Bandung.

Depdiknas, 2002, *Kamus Besar Bahasa Indonesia*, Balai Pustaka, Jakarta.

Departemen Agama RI, 1981/1982, *Al-Qurán dan Terjemahnya*, Yayasan Penyelenggara Penterjemah Al-Qurán, Jakarta.

Departemen Agama RI, t.t., *Al Qur'an dan Terjemahnya (Transliterasi Arab-Latin)*, CV. Asy-Syifa', Semarang.

Departemen Agama RI, 2011, *Al Quran dan Terjemahnya*, PT. Mizan Bunaya, Bandung.

Departemen Agama RI, 2015, *Al Quran dan Terjemahnya*, juz 15, CV Penerbit Diponegoro, Bandung.

Departemen Kehakiman RI, *Penjelasan Naskah Rancangan KUHP*. Tahun 2015.

Departemen Pendidikan Nasional, 2005, *Kamus Besar Bahasa Indonesia*, Balai Pustaka, Jakarta.

Derita Prapti Rahayu, *Budaya Hukum Pancasila*, Thafamedia, Yogyakarta, 2014.

- Dirjen Bimas Islam, *Hukum Keluarga Kontemporer di Negara-Negara Muslim*.
- Djazuli, A, 1996, *Fiqh Jinayah*, Raja Grafindo, Bandung.
- Donohue, John J. dan John L. Esposito, 1984, *Islam dan Pembaharuan*, Terj. Machnun Husein, CV Rajawali, Jakarta.
- Dudu Duswara Machmudin, 2000. *Pengantar Ilmu Hukum Sebuah Sketsa*, Refika Aditama, Bandung.
- Eman Sulaeman, 2008 *Delik Perzinaan Dalam Pembaharuan Hukum Pidana Di Indonesia*, Walisongo Press. Semarang.
- Enceng Arif Rizal dan Jaih Mubarak, 2004, *Kaidah Fiqh Jinayah (Asas-asas Hukum Pidana Islam)*, Pustaka Bani Quraisy, Bandung.
- Esposito, John L., *Ancaman Islam, Mitos Atau Realitas*, Terjemahan Alwiyah Abdul Rahman dan MISSI, Bandung, Mizan.
- Fazlur Rahman, 1992, *Islam*, Bumi Aksara, Jakarta.
- Friedman, Lawrence M. 1977, *Law and Society, an introduction*, Prentice Hall, New Jersey.
- Fuad Usfa, A., 2006, *Pengantar Hukum Pidana*, UMM, Malang.
- Garner, Bryan A., 1999, *Black' Law Dictionary*, West Group, ST. Paul Minn.
- Hamdan, M. 1997. *Politik Hukum Pidana*. Raja Grafindo Persada. Jakarta.
- Hamka, 2006, *Tafsir Al Azhar*, Pustaka Panjimas, Jakarta.
- , 1974, *Antara Fakta dan Khayal "Tuanku Rao"*, Bulan Bintang, Jakarta.
- Harahap, M. Yahya, 1999, *Informasi Materi Kompilasi Hukum Islam: "Mempositifkan Abstraksi Hukum Islam"*, dalam, *Kompilasi Hukum Islam dan Peradilan Agama dalam Sistem Hukum Nasional*, Logos, Jakarta.
- Hasan zakariyah fulaifil, 2006, *Bagaimana Menaklukkan Syahwat*, Pustaka al-kausar, Jakarta.
- Hazairin, 1982, *Hukum Kekeluargaan Nasional*, Tinta Mas, Jakarta.

- , 1985, *Demokrasi Pancasila*, Bina Aksara, Jakarta.
- Honrby, AS., 1986, *Oxford Advanced Learner's Dictionary of Current English*, Oxford University Press, Britain.
- Hulsman, L. H . C., 1984, *Sistem Peradilan Pidana Dalam Perspektif Perbandingan Hukum Pidana*, Penyadur, Soedjono Dirdjosisworo, CV: Rajawali Pers, Jakarta.
- Ibnu Miskawaih, 1995, *Menuju Kesempurnaan Ahlak*, Mizan, Bandung.
- Ichtiyanto, 1991, "Pengembangan Teori Berlakunya Hukum Islam di Indonesia", dalam, *Hukum Islam di Indonesia Perkembangan dan Pembentukan*, Rosdakarya, Bandung.
- Imam Syaukani dan A. Ahsin Thoari, 2010, *Dasar-Dasar Politik Hukum*, PT. Raja Grafindo Persada, Jakarta.
- Inosentius Samsul, 2004, *Perlindungan Konsumen, Kemungkinan Penerapan Tanggungjawab Mutlak*, Fakultas Hukum Universitas Indonesia.
- Ismail Muhammad Syah, H., dkk, 1992, *Filsafat Hukum Islam*, Bumi Aksara, Jakarta.
- Ismail Sunny, 1988, "Tradisi dan Inovasi Keislaman di Indonesia dalam Bidang Hukum Islam", dalam, *Hukum Islam dalam Tatahan Masyarakat Indonesia*, Cik Hasan Bisri (ed), Logos Publishing, Jakarta.
- Jaenal Aripin dan M. Arskal Salim GP (ed.), 2001, *Pidana Islam di Indonesia: Peluang, Prospek, dan Tantangan* Pustaka Firdaus. Jakarta.
- Jaya, Nyoman Sarekat P. 2016. *Hukum (Sanksi) Pidana Adat Dalam Pembaharuan Hukum Pidana Nasional. Masalah-masalah Hukum*, Jilid 45, No.2.
- Jimly Asshidiqie, 1998, *Pembaharuan Hukum Pidana Indonesia*, Angkasa, Bandung.
- Joseph Schacht, 1964, *An Introduction to Islamic Law*, University Press, Oxford.
- Juhaya S. Praja, 1995, *Filsafat Hukum Islam*, Pusat Penerbitan Universitas LPPM UNISBA, Bandung.

- Kaelan, 2007, *Pendidikan Kewarganegaraan Untuk Perguruan Tinggi*, Paradigma, Yogyakarta.
- , 2010, *Pendidikan Pancasila*, Paradigma, Yogyakarta.
- , 2013, *Negara Kebangsaan Pancasila, Kultural, Historis, Filosofis, Yuridis, dan Aktualisasinya*, Paradigma, Yogyakarta.
- Kaelan dan Achmad Zubaidi, 2012, *Pendidikan Kewarganegaraan*, Materi Baru, Paradigma, Yogyakarta.
- Kansil, C.S.T. 1986, *Pengantar Ilmu Hukum dan Tata Hukum Indonesia*, Balai Pustaka, Jakarta.
- Kementrian Agama RI, 2011, *Al Quran dan Translitasi Perkata dan Terjemahan Per Kata*, Cipta Bagus Segara, Bekasi.
- Kuffal HMA., 2012, *Demi Keadilan Berdasarkan Ketuhanan Yang Maha Esa*, Universitas Muhammadiyah, Malang.
- Kusmiran, 2011, *Kesehatan Reproduksi Remaja Dan Wanita*, Jakarta, selemba medika.
- Lamintang, P.A.F. Theo Lamintang, 2009, *Delik Delik Khusus Kejahatan Melanggar Norma Kesusilaan dan Norma Kepatutan*, Edisi Kedua, Sinar Grafika, Jakarta.
- Lamintang. 2011. *Delik-delik Khusus: Kejahatan Melanggar Norma-norma Kesusilaan dan Norma Kepatutan*. Sinar Grafika, Jakarta.
- ., 1997, *Dasar-dasar Hukum Pidana Indonesia*. Citra Aditya Bakti, Bandung.
- , 2016, *Dasar-Dasar Hukum Pidana di Indonesia*, Sinar Grafika, Jakarta, Cet.2.
- Mahfud MD, 2006, *Membangun Politik Hukum Menegakkan Konstitusi*, Pustaka LP3ES Indonesia, Jakarta.
- , 2010, *Konstitusi dan Hukum dalam Kontroversial Isu*, ctk. Kedua, Rajawali Pers, Januari, Jakarta.
- , 2009, *Politik Hukum di Indonesia*, Rajawali Pers, Jakarta.
- ., 2001, *Politik dan Hukum di Indonesia*, Pustaka LP3ES, Jakarta.

- Manullang E., Fernando M., 2007, *Menggapai Hukum Berkeadilan*, PT. Kompas Media Nusantara, Jakarta.
- Maramis, Frans, 2013, *Hukum Pidana Umum dan Tertulis di Indonesia*, Rajawali pers, Jakarta.
- Marbun, S.F., 1997. *Peradilan Administrasi Negara, dan Upaya Administrasi di Indonesia*, Cet. I, Liberty, Yogyakarta.
- Marbun, B.N., 1996, *Kamus Politik*, Pustaka Sinar Harapan, Jakarta.
- Mardjono Reksodiputro, 1994, *Kemajuan Pembangunan Ekonomi dan Kejahatan, Pusat Pelayanan Keadilan dan Pengabdian Hukum*. U niv Indonesia, Jakarta.
- Marlina, 2011, *Hukum Penitensier*, Refika Aditama, Bandung.
- Marpaung, Leden, 2008, *Kejahatan Terhadap Kesusilaan dan Masalah Prevensinya*, Sinar Grafika, Jakarta.
- Mattew Miles, Michael Huberman, 1992, *Analisis Data Kualitatif*, UI Press, Jakarta.
- Mertha, I Ketut, 2014. *Efek Jera, Pemiskinan Koruptor dan Sanksi Pidana*, Udayana University Press, Bali.
- Miftahul Huda, 2006, *Filsafat Hukum Islam Menggali Hakikat, Sumber dan Tujuan Hukum Islam*, Ponorogo, STAIN ponorogo Press, Ponorogo.
- Mochtar Kusumaatmadja dan Bernard Arief Sidharta, 1999, *Pengantar Ilmu Hukum: Suatu Pengenalan Pertama Ruang Lingkup Berlakunya Ilmu Hukum*, Buku I, Alumni, Bandung.
- Moeljatno, 1993, *Asas-asas Hukum Pidana*, Rineka Cipta, Jakarta.
- Moempoeni Martojo, 2000, *Politik Hukum dalam Sketsa*, Fakultas Hukum UNDIP, Semarang.
- Mohammad Daud Ali, 1999, *Hukum Islam Pengantar Ilmu Hukum Dan Tata Hukum Islam di Indonesia*, Raja Grafindo Persada, Jakarta.
- , 1990, *Hukum Islam : Pengantar Ilmu Hukum dan Tata Hukum Islam di Indonesia*, Raja Grafindo Persada, Jakarta.
- Muhammad Ainul Syamsu, 2014, *Pergeseran Turut Serta Melakukan*

Dalam Ajaran Penyertaan, Jakarta: Kencana Prenadamedia Group, Jakarta.

Muhammad Fu'ad Abd al-Baqiy, 1981, *Al-Mu'jam al-Mufahras li Alfaz Al-Qur'an alKarim*, Dar al-Fikr, Beirut.

Muhammad Hasbi Ash-Shiddiqy, 1993, *Falsafah Hukum Islam*, Bulan Bintang, Jakarta.

Muhammad Ibnu Ismail Al-Bukhori, *Matan Al-Bukhori*, juz IV, Dar al Fikr, Bairut.

Muhammad Taufiq, 2014, *Keadilan Substansial Memangkas Rantai Birokrasi Hukum*, Pustaka Pelajar, Yogyakarta.

Muhari Agus Santosa, 2002, *Paradigma Baru Hukum Pidana*, Averroes Press, Malaysia.

Mujieb, M. Abdul, dkk. 2002, *Kamus Istilah Fiqh*, Pustaka Firdaus, Jakarta.

Mukti Fajar ND., dkk, 2010, *Dualisme Penelitian Hukum Normatif dan Empiris*, Pustaka Pelajar, Yogyakarta.

Mu'in Abdul Kadir, *Rekonstruksi Hukum*, dalam [www. fatkhulmuin1983's. weblog.com](http://www.fatkulmuin1983's.weblog.com), diakses pada 10 Desember 2019.

Muladi, 1985, *Lembaga Pidana Bersyarat*, Alumni, Bandung.

Muladi dan Barda Nawawi Arief, 2010, *Teori-Teori dan Kebijakan Pidana*, Alumni, Bandung.

Munir Fuady, 2007, *Perbandingan Ilmu Hukum*, Refika Aditama, Bandung.

-----, 2003, *Aliran Hukum Kritis Paradigma Ketidakberdayaan Hukum*, PT Citra Aditya Bakti, Bandung.

Munir, MBM., dan Umi Salamah dan Suratman, 2015, *Pendidikan Pancasila*, Madani Media, Malang.

Murtadha Muthahhari, 1981, *Keadilan Ilahi: Asas Pandangan Dunia Islam*, Terj. Agus Efendi, Mizan anggota IKAPI, Bandung.

Nasution, Bahder Johan, 2004, *Hukum Ketenagakerjaan Kebebasan Berserikat Bagi Pekerja*, Mandar Maju, Bandung.

Nasution, Harun, *Islam Ditinjau dari Berbagai Aspeknya*, (dalam makalah Ali Murtado), *Kerajaan Turki Utsmani, Pembaharuan Sebelum*

- Moderen, Pascasarjana IAIN Iman Bondjol, Padang, 1998.
- Neng Djubaedah, 2010, *Perzinaan dalam Peraturan Perundang-undangan di Indonesia Ditinjau dari Hukum Islam*, Kencana Prenada Media Group, Jakarta.
- Ngadino dan Syahril Syarbaini dan A. Rahman HI, 2015, *PANCASILA dalam makna dan aktualisasi*, Penerbit ANDI, Yogyakarta.
- Noor MS. Bakry, 1990, *Orientasi Filsafat Pancasila*, Liberty, Yogyakarta.
- Notonagoro, 1975, *Pancasila Ilmiah Populer*, Pancuran Tujuh, Jakarta.
- Nurul Irfan, Masyrofah, 2013, *Fikih Jinayah*, Azmah, Jakarta.
- Nyana Wangsa dan Kristian, 2015, *Hermeneutika Pancasila, Orisinalitas dan Bahasa Hukum Indonesia*, Refika Aditama, Bandung.
- Oemar Seno Adji, 1976, *Hukum (Acara) Pidana dalam Prospekti*, cet. Ke-2, Erlangga, Jakarta.
- Otto, Jean Michiel, 2010, *Sharia Incorporated: a Comparative Overview of the Legal System of Twelve Muslim Countries in Past and Present*, Leiden University Press, Leiden.
- Packer, Herbert L. 1968, *The Limits of the Criminal Sanction*, Stanford University Press, California.
- Pandita S. Widyadharma, 1983, *Inti Sari Agama Buddha*, Yayasan Dana Pendidikan Buddhis Nalanda, Jakarta.
- Poerwadarminta WJS., 1986, *Kamus Umum Bahasa Indonesia*, Balai Pustaka, Jakarta.
- Prasetijo Rijadi dan Sri Priyati, 2011, *Membangun Ilmu Hukum Mazhab Pancasila*, dalam Buku *Memahami Hukum dari Konstruksi sampai Implementasi*, Raja Grafindo Persada, Jakarta.
- Rahmat Hakim, 2000, *Hukum Pidana Islam*, CV Pustaka Setia, Bandung.
- Rakhmat Kriyantono, 2012, *Teknik Praktis Riset Komunikasi*, Kencana, Jakarta.
- Rawls, John, *A Theory of Justice (Teori Keadilan)*, *Dasar Dasar Filsafat Politik Untuk Mewujudkan Kesejahteraan Sosial Dalam Negara*, diterjemahan oleh : Uzair Fauzan dan Heru Prasetyo, 2006. Pustaka Pelajar, Yogyakarta.

- Reid, Sue Titus. 1987, *Criminal Justice, Procedur and Issues*, West Publising Company, New York.
- Ridwan, 2006, *Kekerasan Berbasis Gender*, cet 1, Pusat Studi Gender, Purwokerto.
- Rindjin Ketut, 2012, *Pendidikan Pancasila Untuk Perguruan Tinggi*, PT. Gramedia Pustaka Utama, Jakarta.
- Roeslan Saleh, 1982, *Perbuatan Pidana dan Pertanggungjawaban Pidana*, Cetakan Pertama, Ghalia Indonesia. Jakarta.
- Romly Atmasasmita, 2012, *Teori Hukum Integratif; Rekonstruksi Terhadap Teori Hukum Pembangunan dan Teori Hukum Progresif*, Genta Publishing, Yogyakarta
- Ronny Hanitijo Soemitro, 1988, *Metode Penelitian Hukum dan Yurimetri*, Ghalia Indonesia, Jakarta.
- Rudhi Prasetya. 1989, “*Perkembangan Korporasi dalam Proses Modernisasi*”, Makalah Seminar Nasional Hukum Pidana, Semarang: Fakultas Hukum Univ Diponegoro. Tanggal 13-24 Nopember 1989.
- Sahetapy, J.E., 1992, *Suatu Studi Khusus Mengenai Ancaman Pidana Mati Terhadap Pembunuhan Berencana*, Rajawali Pers, Jakarta.
- Sahetapy dan B. Mardjono Reksodiputro, 1989, *Parados dalam Kriminologi*, Rajawali, Jakarta.
- Saleh, K. Wantjik, 1981, *Pelengkap KUHP: Perubahan KUH Pidana dan UU Pidana sampai dengan Akhir*, Ghalia Indonesia, Jakarta.
- Salim HS dan Erlies Septiana Nurbani, 2017, *Penerapan Teori Hukum Pada Penelitian Tesis dan Disertasi*, Cetakan Kelima, RajaGrafindo Persada, Jakarta.
- Salman Luthan, 2014, *Kebijakan Kriminalisasi di Bidang Keuangan*, FH UII Press, Yogyakarta.
- Samosir, C. Djisman, 2012, *Sekelumit Tentang Penologi & Pemasyarakatan*, Nuansa Aulia, Bandung.
- Samsudin dkk, 2009, *Pendidikan Pancasila Menempatkan Pancasila Dalam Konteks Ke Islaman dan Ke Indonesiaan*, Total Media,

Yogyakarta.

Sanapiah Faisal, 1990, *Penelitian Kualitatif Dasar-dasar dan Aplikasi*, Yayasan Asih Asah Asuh (YA3 Malang), Malang.

Satjipto Rahardjo, 2009, *Hukum Progresif Sebuah Sintesa Hukum Indonesia*, Genta Publishing, Yogyakarta.

-----, 1983, *Masalah Penegakan Hukum*, Sinar Baru, Bandung.

Sayuti Thalib, 1985, *Receptie a Contrario*, Bina Aksara, Jakarta.

Shihab, M. Quraish, 2003, *Wawasan Al-Qur'an*, Mizan, Bandung.

Sholehuddin, 2003, *Sistem Sanksi dalam Hukum Pidana, Ide Dasar Double Track System dan Implementasinya*, RajaGrafindo Persada, Jakarta.

Shomad, Abd. 2010, *Hukum Islam*, Kencana, Jakarta.

Siregar, Bismar, 1980, "Tentang Pemberian Pidana", Kertas Kerja pada Simposium Pembaharuan Hukum Pidana Nasional di Semarang, tahun 1980.

Soedrajat Bassar, 1999, *Tindak-tindak Pidana Tertentu*, Ghalian, Bandung.

Soehino, 2000, *Asas-Asas Hukum Tata Usaha Negara*, Liberty Yogyakarta, Jakarta.

Soerjono Soekanto, 1986, *Penelitian Hukum Normatif Suatu Tinjau Singkat*, CV. Rajawali, Jakarta.

-----, 2007, *Penelitian Hukum Normatif Suatu Tinjauan Singkat*, PT. RajaGrafindo Persada, Jakarta.

-----, 2008, *Faktor-Faktor yang Mempengaruhi Penegakan Hukum*, PT RajaGrafindo Persada, Jakarta.

-----, 2014, *Faktor-Faktor yang Mempengaruhi Penegakan Hukum*, Cetakan Ketiga Belas, Rajawali Pers, Jakarta.

Soesilo, R., 1976, *Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP) Serta Komentar-Komentarnya Lengkap Pasal Demi Pasal*, Politea, Bogor.

Sri Endah Wahyuningsih, 2018, *Model Pengembangan Asas Hukum Pidana Dalam KUHP Berbasis Nilai – Nilai Ketuhanan Yang Maha*

Esa, Penerbit Fastindo, Semarang.

Sudarto, 1983, *Hukum dan Hukum Pidana*, Alumni, Bandung.

-----, 1983, *Hukum Pidana dan Perkembangan Masyarakat*, Sinar Baru, Bandung.

-----, 1990, *Hukum Pidana I*, Fakultas Hukum Universitas Diponegoro, Semarang.

Sudikno Mertokusumo, 1986, *Mengenal Hukum*, Cetakan I, Liberty, Yogyakarta.

Sugiyono, 2008, *Memahami Penelitian Kualitatif*, Alfabeta, Bandung.

Sumadi Suryabrata, 1992, *Metode Penelitian*, Tajawali Press, Jakarta.

Sunaryati Hartono, 1991, *Politik Hukum Menuju Sistem Hukum Nasional*, Alumni, Bandung.

Supomo dan Djoko Sutowo, 1955, *Sejarah Politik Hukum Adat 1609 – 1848*, Djambatan, Jakarta.

Surojo Wignjodipoero, 1973, *Pengantar Ilmu Hukum*, Cetakan II, Alumni, Bandung.

Suseno, Franz Magnis, 1988, *Kuasa dan Moral*, PT Gramedia, Jakarta.

Suteki, 2007, *Integrasi Hukum dan Masyarakat*, Pustaka Magister, Semarang.

Syaiful Bakhri, 2009, *Pidana Denda dan Korupsi*, Total Media, Yogyakarta.

-----, 2009, *Perkembangan Stelsel Pidana Indonesia*, Total Media, Yogyakarta.

Tahir, Muh. 2011, *Pengantar Metodologi Penelitian*, Makassar: Universitas Muhammadiyah Makassar.

Taufik Adnan Amal, dan Samsurizal Panggabean, 2004, *Politik Syariat Islam Dari Indonesia Hingga Nigeria*, Alvabet, Jakarta.

Teguh Prasetyo dan Arie Purnomosidi, 2014, *Membangun Hukum Berdasarkan Pancasila*, Nusamedia, Bandung.

Teguh Prasetyo, 2011, *Kriminalisasi dalam Hukum Pidana*, Nusa Media, Jakarta.

- Teguh Prasetyo dan Abdul Halim Barkatullah, 2005, *Politik Hukum Pidana : Kajian Kebijakan Kriminalisasi dan Dekriminalisasi*, Pustaka Pelajar, Yogyakarta.
- Tim Redaksi Kamus Bahasa Indonesia, 2008, *Kamus Bahasa Indonesia*, Pusat Bahasa Departemen Pendidikan Nasional, Jakarta.
- Tobib Seiyady, 2009, *Pokok-pokok Hukum Penintensier Indonesia*, Alfabeta, Bandung.
- Tongat, 2002, *Pidana Kerja Sosial Dalam Pembaharuan Hukum Pidana Indonesia*, Djambatan, Jakarta.
- Tonry, Michael, 1996, *Sentencing Matters*, Oxford University Press, New York.
- Ubaidillah, A., dan Abdul Rozak, 2006, *Demokrasi, Hak Asasi Manusia dan Masyarakat Madani*, ICCE UIN Syarif Hidayatullah Jakarta, Jakarta.
- Utrecht, E. 1986, *Hukum Pidana I*, Pustaka Tinta Mas, Surabaya.
- Wirjono Prodjodikoro, 1981, *Asas Asas Hukum Pidana*, Eresco, Bandung.
- Wisnubroto, Aloysius, 1999, *Kebijakan Hukum Pidana dalam Penanggulangan Penyalahgunaan Komputer*, Universitas Atmajaya, Yogyakarta.
- Yanti, 2011, *Kesehatan Reproduksi*, Pustaka Rihamah, Yogyakarta.
- Yasir, M., *Pelaksanaan Perwakafan di Indonesia, Permasalahan dan Pemecahannya*, Fakultas Syariah UIN Jakarta; Jurnal Ahkam No. 16/VII/2005.
- Yatimin Abdullah, 2006, *Pengantar Studi Etika*, PT. Raja Grafindo Persada, Jakarta.
- Yayasan Penyelenggara Penterjemah/Pentafsir al-Qur'an, 1986, *Al-Qur'an dan Terjemahnya*, Departemen Agama, Jakarta.
- Yesmil Anwar dan Adang, 2008, *Pembaharuan Hukum Pidana ; Reformasi Hukum*, PT. Gramedia Widiasarana Indonesia, Jakarta.
- Yogi Sumakto, *Pancasila Qua Grundnorm Dalam Struktur Hierarkis Norma-Norma Sistem Hukum Indonesia (Pendulum Antinomi Hukum)* Antologi 70 Tahun Valerine J.L. Kriekhoff, Genta Publisng,

Yogyakarta.

Yusril Ihza Mahendra, 1999, *Sumbangan Ajaran Islam Bagi Pembangunan Hukum Nasional Di Era Pembangunan Jangka Panjang II, dalam 70 Tahun K.H., Ali Yafie, Fiqh Sosial*, Wacana Baru, Jakarta.

Zamhri Abidin, 1986, *Pengertian dan Asas Hukum Pidana Dalam Bagan dan Catatan Singkat*, Ghalia Indonesia, Jakarta.

Zainuddin Ali, 2006, *Hukum Islam Pengantar Ilmu Hukum Islam di Indonesia*, Sinar Grafika, Jakarta.

-----, 2009, *Hukum Pidana Islam*, Sinar Grafika, Jakarta.

B. Peraturan Perundang-undangan

Indonesia, Undang Undang Dasar 1945.

Indonesia, Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan.

Indonesia, Undang-Undang Nomor 39 Tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia.

Indonesia, Kompilasi Hukum Islam (KHI): Pena Pustaka.

Indonesia, RUU Kitab Undang-Undang Hukum Pidana 2018.

Moelyatno, 2014, *KUHP*, PT Bina Aksara, Jakarta.

Ordinan Jenayah Syariah (Negeri Sarawak)

Ordinan Tatacara Jenayah Syariah (Negeri Sarawak) 2001 [Ordinan 46/2001] (Ordinan Tatacara Jenayah Syariah Sarawak).

Soesilo, R. 1996, *Kitab Undang-Undang Hukum Pidana Serta Komentarkomentarnya Lengkap Pasal Demi Pasal*, Polites, Bogor.

Subekti, R. dan R. Tjitrosudibio, 1992, *KUH Perdata*, Cetakan Ke 24, Pradnya Paramita, Jakarta.

Sugandhi, R. 1981, *KUHP dan Penjelaskannya*, Cetakan ke IV, Usaha Nasional, Surabaya.

C. Jurnal dan Katya Ilmiah

Abdullah Marlang. 1997, *Penegakan Hukum di Bidang Konservasi Sumber Daya Alam Hayati dan Ekosistemnya di Sulawesi Selatan*, Disertasi Program Pascasarjana Universitas Hasanuddin, Makassar.

Agus Budi Susilo, 2011, "Penegakan Hukum yang Berkeadilan dalam Perspektif Filsafat Hermeneutika Hukum, Suatu Alternatif Solusi terhadap Penegakan Hukum di Indonesia", *Jurnal Perspektif*, Vol. XVI No. 4 Tahun 2011 Edisi September.

Ahkam: Jurnal Hukum Islam, volume 5 No. 2 November 2017.

Ali, M. 2016. Fondasi Ilmu Hukum Berketuhanan: Analisis Filosofis Terhadap Ontologi, Epistemologi, dan Aksiologi. *Jurnal Pandecta Unnes*, Vol.11, No.2.

Amin, M. 2014. Konsep Keadilan Dalam Perspektif Filsafat Hukum Islam. *Jurnal Hukum dan Perundangan Islam*, Vol.4, No.2.

Any Ismayawati, Konsistensi Pasal 284 KUHP Terhadap Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, *Legality*, Vol.24, No.1, Maret 2016-Agustus 2016.

Bahriej, A. 2003. Tinjauan Yuridis atas Delik Perzinahan (Overspel) dalam Hukum Pidana Indonesia. *Jurnal Sosio-Relegia*, Vol. 2, No.2.

Barda Nawawi Arief. 1994. *Beberapa Aspek Pengembangan Ilmu Hukum Pidana (Menyongsong Generasi Baru Hukum Pidana Indonesia)*. Pidato Pengukuhan Guru Besar dalam Ilmu Hukum, Undip.

Cahyadi, A. 2005. Hukum Rakyat. *Jurnal Hukum dan Pembangunan*, Tahun ke-35 No.4.

Christianto, H. 2016. Norma Kesusilaan Sebagai Batasan Penemuan Hukum Progresif: Perkara Kesusilaan di Bangkalan Madura. *Jurnal Hukum & Pembangunan*, Tahun ke-46 No.1 Januari-Maret.

Cornil, Paul, 1971. *Criminality and Deviance in a Changing World, Part Three. Summaries Of Lectures, Fourth United Nations Congress On The Prevention Of Crime and The Treatment Of Offenders, Kyoto, Japan, 17-26 August 1970, Department of Economic and Social Affairs: Report prepared by the Secretariat, United Nation, New York.*

Gunarto, Marcus P. 2012. Asas Keseimbangan Dalam Konsep Rancangan

- Kitab Undang Undang Hukum Pidana. *Mimbar Hukum*, Vol.24, No.1.
- Hakristuti Harkrisnowo, Tahun 2003/2004, *Reformasi Hukum : Menuju Upaya Sinergis untuk Mencapai Supremasi Hukum yang Berkeadilan*, Jurnal Keadilan Vol. 3, No.6 page.
- Kutbuddin Aibak, 2014, “Otoritas dalam Hukum Islam (Telaah Pemikiran Khaled M. Abou El Fadl)”. Disertasi. UIN Sunan Kalijaga, Yogyakarta.
- Loebby Loqman, Delik Kesusilaan , makalah Lokakarya BPHN, 1995.
- Lumingkewas, F. 2016 Tindak Pidana Kesusilaan dalam KUHP dan RUU KUHP Serta Persoalan Keberpihakan Terhadap Perempuan. *Lex Crimen*, Vol.V, No.1.
- Mahfud MD, Mohamad, 2006, *Politik Hukum Menuju Pembangunan Sistem Hukum Nasional*, Makalah disampaikan pada Seminar Arah Pembangunan Hukum Menurut UUD 1945 Hasil Amandemen, Badan Pembinaan Hukum Nasional, Departemen Hukum dan HAM RI, Jakarta.
- Mardani, *Kedudukan Hukum Islam Dalam Sistem Hukum Nasional*, Jurnal Hukum, No. 2, Vol. 16 April 2009.
- Muhamad Naser Bin Disa Pelaksanaan Hukuman Sebat dalam kes Jenayah Syariah: Masalah dan penyelesaiannya, dibentangkan dalam Seminar Hukuman Sebat Jenayah Syariah anjuran Jabatan Kemajuan Islam Malaysia (JAKIM) pada 23 April 2009.
- Muladi, 1991, “*Proyeksi Hukum Pidana Materiil Indonesia Pada Masa Depan*”, Pidato Pengukuhan Guru Besar, Universitas Diponegoro, Semarang.
- , 2003, *Kebijakan Kriminal terhadap Cybercrime*, Majalah Media Hukum Vol. 1 No. 3 tanggal 22 Agustus.
- Prianter Jaya Hairi, 2019, *Kriminalisasi Tindak Pidana Perzinaan Dalam RUU KUHP*, Bidang Info Singkat, Kajian Singkat Terhadap Isu Aktual Dan Strategis, Vol.XI, No.17/I/Puslit/September/2019, Pusat Penelitian Badan Keahlian DPR RI, Jakarta.
- Satjipto Rahardjo, *Hukum Progresif, Hukum Yang Membebaskan*, Jurnal Hukum Progresif, PDIH Semarang, Volume I Nomor 1, April, 2005.
- Siregar, Bismar, 1980, “Tentang Pemberian Pidana”, Kertas Kerja pada Simposium Pembaharuan Hukum Pidana Nasional di Semarang, tahun

1980.

Soemarsono, M. 2007. Negara Hukum Indonesia ditinjau dari Sudut Teori Tujuan Negara. *Jurnal Hukum dan Pembangunan*, Tahun ke37 No.2 April – Juni 2007.

Soponyono, E. 2017. *Hikmah Al-Quran Dalam Pembaharuan Hukum Pidana Demi Mewujudkan Keadilan Religius*, Semarang, Pidato Pengukuhan Guru Besar Dosen Tetap Undip.

Sri Endah Wahyuningsih, 2012, Mata Kuliah Penunjang Disertasi, Perbandingan Hukum Pidana dari perspektif Religious Law System, UNISSULA Press.

Syamsul Huda, 2015, *Zina dalam Prespektif Hukum Islam dan KUHP*, jurnal Vol 12, STAIN Kediri.

Yudhanti, R. 2016, Pancasila dan Berbagai Permasalahan Aktual. *Seminar Hukum Nasional*, Vol.2, No.1.

D. Internet dan Website

Ahmad Bahiej, Tinjauan Yuridis atas Delik Perzinahan, <https://andukot.files.wordpress.com/2010/05/tinjaun-yuridis-atas-delik-perzinahan.pdf> diakses pada tanggal 30 Juli 2020

Arifin Ma'ruf, *Delik Zina dalam RUU KUHP*, Komunitas Pemerhati Konstitusi, dalam <https://kpkainsuka.blogspot.com/2014/03/delikzinadalam-ruu-kuhp-arifin-maruf.html>), diunggah bulan Maret 2014.

<http://eclipping.unila.ac.id/2009/07/14/pemidanaanstruktural-dan-kuhp-baru/>
Dakses Pada 09 Juni 2020, jam 12.00

<http://id.wikipedia.org/wiki/Zina_menurut_agama>, diakses pada hari Sabtu 21-Juli. 2020, diperkuat dengan Hasil wawancara dengan Bapak Andreas Ketua Persatuan Gereja Indonesia

<http://www.legalitas.org/database/artikel/lain/pokokpokok%20pikiran%20penyusunan%20kuhp.pdf>, pokok-pokok pikiran penyusunan rancangan undang-undang tentang kitab undang-undang hukum pidana, dakses pada 20 Juli 2020.

“Masyarakat AMP Negara Masih Gatal Urusi Seksualitas Individu”, <https://tirto.id/2017-masyarakat-amp-negara-masih-gatal-urusi->

seksualitas-individu-cw7, diakses pada tanggal 6 November 2018.

"Tindak Pidana Kesusilaan dalam Perspektif Hukum Islam",
<http://one.indoskripsi.com>,

<http://perzinaan-hukum.blogspot.co.id> akses 21 pebruari 2021.

www.goggle.com, *Perkembangan Hukum Islam di Turki*, di akses tanggal 5/6/2020.8.41PM

www.goggle.com. *Ramalan Fukuyama Tentang Masalah Perzinahan Di Turki*, diakses;06/04/2020.9.44.PM.

Zoelva, H. 2018. Kembali ke Fitrah Keadilan dalam Perspektif Islam dan Kebangsaaan. Retrieved from <http://mediaindonesia.com/read/detail/1661> 8-kembali-ke-fitrah-keadilan-dalam perspektif-islam-dan-kebangsaan, diakses pada 5 Desember 2020, 22.07 WIB.

