

BAB II TINJAUAN PUSTAKA

A. PERKAWINAN DALAM HUKUM POSITIF DAN HUKUM ISLAM

1. Perkawinan dalam Hukum Positif

Perkawinan merupakan salah satu obyek regulasi. Segala aturan hukum yang mengatur tentang persoalan perkawinan dikenal dengan istilah Hukum Perkawinan (*Law of Marriage*). Hukum Perkawinan merupakan bagian dari Hukum Keluarga (*Family Law*), sedangkan Hukum Keluarga masuk dalam kategori Hukum Perdata (*Civil Law*).

Di Indonesia, persoalan perkawinan di atur secara khusus dalam Undang-undang Nomor 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan atau lebih dikenal dengan sebutan Undang-undang Perkawinan. Dapat dikatakan bahwa Undang-undang Perkawinan merupakan sumber terpenting Hukum Perkawinan di Indonesia. Selain Undang-undang Perkawinan tersebut, ketentuan tentang perkawinan juga dapat dijumpai dalam Kitab Undang-undang Hukum Perdata (BW) serta peraturan-peraturan lain seperti Ordonansi Perkawinan Indonesia Kristen (Huwelijk Ordonantie Christen Indonesia 1933 No. 74), dan Peraturan Perkawinan Campuran (Regeling op gemeng de Huwelijken S.1898 No. 158). Dengan berlakunya Undang-undang Perkawinan ini, maka ketentuan-ketentuan yang diatur dalam Kitab Undang-undang Hukum Perdata (burgelijk Wetboek), Ordonansi Perkawinan Indonesia Kristen (Huwelijk Ordonantie Christen Indonesia 1933 No.74, Peraturan Perkawinan Campuran (Regeling op gemeng de Huwelijken S.1898 No. 158), dan Peraturan-peraturan lain yang mengatur tentang perkawinan sejauh telah diatur dalam Undang-undang ini, dinyatakan tidak berlaku.¹

Menurut ketentuan Pasal 1 Undang-undang Nomor 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan, yang dimaksud dengan perkawinan adalah ikatan lahir batin antara seorang pria dan seorang wanita sebagai suami isteri dengan tujuan membentuk keluarga atau rumah tangga yang bahagia dan kekal berdasarkan Ketuhanan Yang Maha Esa. Berdasarkan rumusan di atas, diketahui bahwa tujuan perkawinan adalah untuk membentuk keluarga atau rumah tangga yang bahagia dan kekal berdasarkan Ketuhanan Yang Mah Esa.

¹ Pasal 66 Undang-undang Perkawinan

Selanjutnya dalam Pasal 2 ayat (1) dinyatakan bahwa perkawinan adalah sah apabila dilakukan menurut hukum masing-masing agama dan kepercayaannya itu. Ketentuan menjadi bukti bahwa norma-norma agama bersifat otoritatif terhadap pemeluk-pemeluk agama dalam penentuan sah-tidaknya perkawinan yang dilakukan.

Hak dan kewajiban suami-isteri diatur dalam Bab VI, dalam lima (5) pasal yakni pada Pasal 30 sampai dengan Pasal 34. Suami-isteri memikul kewajiban yang luhur untuk menegakkan rumah tangga yang menjadi sendi dasar susunan masyarakat.² Hak dan kedudukan isteri adalah seimbang dengan hak dan kedudukan suami dalam kehidupan rumah tangga dan pergaulan hidup bersama dalam masyarakat.³ Suami isteri wajib saling saling cinta mencintai, hormat menghormati, setia dan memberi bantuan lahir batin yang satu kepada yang lain.⁴

2. Perkawinan dalam Hukum Islam

Dalam Islam, perkawinan (*nikah*) merupakan sesuatu yang suci dan fundamental. Seorang muslim dianggap telah menyempurnakan agamanya apabila dia telah menikah. Tujuan perkawinan dalam Islam adalah untuk membentuk keluarga yang bahagia. Keluarga yang bahagia merupakan komponen penting untuk membentuk sebuah masyarakat yang damai dan bahagia. Dengan menikah, suami dan isteri diperbolehkan melakukan hubungan seksual untuk tujuan kesenangan (rekreasi) maupun untuk melahirkan keturunan (reproduksi). Dalam al-Quran perkawinan digambarkan sebagai sebuah ikatan yang kokoh (*mitsaqan ghalidhan*). Perkawinan bukan sekedar perjanjian antara suami dan isteri tetapi juga merupakan sebuah perjanjian antara suami dan isteri dengan Allah. Kedua belah pihak terikat dengan hak-hak serta kewajiban-kewajiban tertentu yang dipertanggungjawabkan baik di dunia dan di akhirat.

Terkait dengan isu hubungan seksual, dalam Islam seorang isteri dituntut untuk melayani suaminya kapanpun suami menginginkannya. Melayani suami secara seksual

² Pasal 30 Undang-undang Perkawinan

³ Pasal 31 Ayat (1) Undang-undang Perkawinan

⁴ Pasal 33 Undang-undang Perkawinan

adalah kewajiban yang bersifat fundamental bagi isteri. Bahkan dikatakan dalam suatu hadits, seorang isteri yang menolak permintaan suami dalam urusan seks tanpa alasan yang dibenarkan oleh Syariat hingga membuat suaminya tidak ridha, malaikat akan melaknatnya hingga pagi. Namun bukan berarti tidak ada pengecualian sama sekali. Isteri diperbolehkan menolak ajakan ranjang suaminya dengan alasan sakit misalnya.

Meskipun suami memiliki hak untuk dilayani secara seksual oleh isterinya, hubungan seks seyogyanya merupakan aktifitas yang dapat dinikmati oleh kedua belah pihak. Oleh karena itu melayani pasangan sebenarnya bukan hanya kewajiban pihak isteri saja tetapi juga merupakan kewajiban suami mengingat isteri juga memiliki kebutuhan yang harus dipenuhi. Suami dan isteri yang bijaksana pasti memikirkan kebutuhan seks pasangannya serta menghargai kehendak pasangannya. Jika suatu ketika salah suami menginginkan hubungan seksual namun isterinya justru sedang tidak menginginkannya maka solusinya ada dua macam, yaitu:

1. Suami berkorban dengan cara menahan diri untuk tidak melakukan hubungan seks demi menghargai isterinya, atau;
2. Isterinya yang berkorban dengan tetap melayani suami meskipun sebenarnya ia tidak menginginkan hubungan seksual tersebut.

Dalam Islam, berkorban untuk orang lain merupakan perbuatan mulia bahkan dapat bernilai ibadah. Bukankah orang-orang mulia yang dikenal sepanjang sejarah adalah mereka yang sanggup berkorban demi kepentingan orang banyak? Lihat saja tokoh-tokoh seperti Mahatma Gandhi dan Mother Theresia dari India, Lady Diana dari Inggris, Muhammad Yunus dari Bangladesh, KH Ahmad Dahlan dari Indonesia, dan masih banyak lagi lainnya.

Perkawinan telah umum dipahami sebagai sebuah bentuk perjanjian kepemilikan (*aqd tamlik*), itu berarti bahwa dengan menikah seorang suami memiliki hak terhadap isterinya termasuk hak atas tubuhnya dan mempergunakannya untuk memenuhi kebutuhan seksualnya.⁵

Pertanyaan selanjutnya adalah apakah suami dibenarkan untuk memaksakan kehendak seksualnya pada isterinya. Terkait dengan hal tersebut, Masdar menawarkan konsep *aqd al-ibadah* (perjanjian ibadah). Hubungan seksual dapat dinilai sebagai sebuah bentuk ibadah

dan dalam peribadahan seharusnya tidak ada unsur pemaksaan dan kekerasan sebaliknya justeru bersdandar pada azas kesukarelaan.⁶

B. HUBUNGAN SEKSUAL DALAM HUKUM POSITIF DAN HUKUM ISLAM

1. Hubungan Seksual dalam Hukum Positif

Dalam perspektif hukum positif Indonesia, persoalan hubungan seksual masuk dalam ranah hukum pidana. Hukum pidana Indonesia menjadikan hubungan seksual sebagai salah satu obyek regulasi, dan bentuk-bentuk hubungan seksual tertentu telah ditetapkan sebagai tindak pidana (delik).

Dalam Wetboek van Strafrecht (WvS) dikenal sebuah konstruksi hukum yang disebut sebagai *overspel*, suatu bentuk hubungan seksual yang bersifat melawan hukum. Dalam Kitab Undang-undang Hukum Pidana (KUHP) *overspel* diatur dalam Pasal 284 ayat 1, masuk dalam kategori Kejahatan terhadap Kesusilaan. Para penerjemah KUHP menggunakan beberapa istilah yang berbeda, ada yang menggunakan istilah perzinahan, permukahan, atau pun pergendakan.

Overspel adalah hubungan seksual di luar nikah antara seorang lelaki dan perempuan yang masing-masing telah terikat dalam sebuah ikatan perkawinan dengan perempuan atau laki-laki lain. Dengan lain perkataan, yang dimaksud dengan *overspel* adalah hubungan seksual di luar nikah antara laki-laki dan perempuan yang masing-masing telah memiliki isteri atau suami.

Overspel merupakan sebuah bentuk delik aduan (*klacht delicten*), yaitu suatu tindak pidana yang hanya dapat dituntut atau diproses secara hukum apabila ada pengaduan dari pihak korban. Yang dimaksud sebagai korban dalam hal ini adalah suami atau isteri dari pelaku *overspel* itu sendiri.⁷

Dari ketentuan tersebut tampak bahwa kriminalisasi terhadap *overspel* ditujukan untuk

dari pelaku *overspel* tersebut. Dengan demikian apabila, pihak suami ataupun isteri dari pelaku tidak merasa dirugikan, dan oleh karenanya tidak membuat aduan, maka hukum pidana tidak punya otoritas untuk meminta pertanggungjawaban si pelaku.

Selain *overspel*, di dalam KUHP juga ditemukan beberapa varian bentuk hubungan seksual yang bersifat melawan hukum yaitu:

- a. Perkosaan (Pasal 285 KUHP);
- b. Menyetubuhi wanita bukan isterinya yang sedang berada dalam keadaan pingsan/tidak berdaya (Pasal 286 KUHP);
- c. Menyetubuhi wanita bukan isterinya yang belum berusia 15 tahun (Pasal 287 ayat (1) KUHP
- d. Melakukan persetubuhan dengan isteri yang masih di bawah umur yang mengakibatkan luka, luka berat atau kematian (Pasal 288)

Selain *overspel* dan beberapa bentuk hubungan seksual yang bersifat melawan hukum sebagaimana telah disebutkan di atas, di dalam KUHP juga ditemukan ketentuan yang mengatur tentang perbuatan cabul.⁸

2. Hubungan Seksual dalam Perspektif Islam

Menurut ajaran Islam, hubungan seksual memiliki dua fungsi yaitu fungsi rekreasi dan fungsi reproduksi. Hubungan seks merupakan sebuah bentuk kenikmatan hidup di dunia. Disamping memenuhi hasrat manusia, hubungan seksual merupakan cara alami untuk menjaga kelangsungan hidup manusia melalui proses regenerasi.

Mengingat fungsinya yang demikian fundamental itu, hubungan seks bersifat sakral dalam Islam, bahkan bernilai ibadah asalkan dilakukan sesuai dengan aturan Allah. Syakir Jamaludin menekankan hal ini dengan menyatakan bahwa pemenuhan kebutuhan seksual akan dinilai sebagai ibadah kepada Allah jika pelaksanaannya sesuai dengan ketentuan syariah.⁹ Berdasarkan ketentuan syariah, hanyalah hubungan seksual yang dilakukan oleh suami isteri yang diperbolehkan (*halal*), di luar itu adalah terlarang (*haram*).

⁸ Lihat Pasal 289 dan seterusnya.

⁹ Syakir Jamaludin, *Etika Bercinta Ala Nabi*, Yogyakarta: LPPI-UMY, 2010, p.48

Keharaman hubungan seksual tidak semata-mata disandarkan pada persoalan status perkawinan saja, tetapi didasarkan pada keadaan-keadaan tertentu. Meskipun hubungan seksual dilakukan oleh pasangan suami isteri, namun hukumnya menjadi haram apabila hubungan seksual tersebut dilakukan dalam situasi sebagai berikut:

1. Dilakukan pada saat sedang melaksanakan ibadah puasa Ramadhan,
2. Dilakukan pada saat isteri sedang datang bulan (*haid*),
3. Dilakukan pada saat isteri sedang menjalani masa nifas,
4. Dilakukan bukan pada tempatnya (*anal sex*).

Hubungan seksual yang dilakukan di luar ikatan pernikahan disebut zina dan dalam Islam zina merupakan salah satu bentuk dosa besar. Berdasarkan status perkawinan pelakunya, zina diklasifikasikan menjadi dua kategori yaitu *zina muhsan* jika pelakunya sudah menikah and *zina ghair muhsan* jika pelakunya belum menikah.

Zina bukan saja merupakan perbuatan dosa dalam artinya pelakunya akan mendapatkan azab di akhirat, tetapi juga merupakan bentuk kejahatan (*jarimah*) yang diancam dengan sanksi berat di dunia. *Zina* termasuk dalam kategori *jarimah hudud* yaitu kejahatan atau tindak pidana yang diancam dengan hukuman *hadd*.

Hadd adalah istilah teknis untuk menyebut bentuk hukuman yang telah ditentukan oleh Allah dimana bersifat tetap, tidak boleh dikurangi ataupun ditambah. Dalam perkara zina, hukuman pada pelakunya berbeda tergantung dari jenis zina yang terjadi, apakah *zina muhsan* ataukah *zina ghair muhsan*. Jika pelaku sudah menikah (*zina muhsan*) maka hukumannya adalah dirajam (dilempari batu hingga mati), sedangkan bila pelaku belum menikah (*zina ghair muhsan*) hukumannya adalah dijiid (dipukul) sebanyak 100 kali dan diasingkan selama satu tahun.

C. PERKOSAAN DALAM HUKUM POSITIF DAN HUKUM ISLAM

1. Perkosaan dalam Hukum Positif

Sebagaimana telah disinggung sebelumnya, perkosaan termasuk salah satu kategori hubungan seksual yang bersifat melawan hukum berdasarkan ketentuan hukum yang berlaku di Indonesia (Hukum Positif). Di dalam Kitab Undang-undang Hukum Pidana (KUHP)

bentuk-bentuk hubungan seksual yang melanggar hukum tersebut seperti *overspel* (Pasal 284 ayat 1) dan perkosaan (Pasal 285) diklasifikasikan sebagai Kejahatan terhadap Kesusilaan yang diatur dalam Bab IV Kitab Undang-undang Hukum Pidana (KUHP).

Tindak pidana perkosaan dirumuskan dalam Pasal 285 KUHP sebagai sebuah perbuatan/tindakan memaksa seorang wanita yang bukan isterinya untuk melakukan persetubuhan yang dilakukan dengan kekerasan atau ancaman kekerasan. Berdasarkan ketentuan Pasal 285 KUHP tersebut, pelaku tindak pidana perkosaan diancam dengan pidana penjara paling lama dua belas (12) tahun.

Redaksi Pasal 285 KUHP berbunyi:

“Barangsiapa dengan kekerasan atau ancaman kekerasan memaksa seorang wanita bersetubuh dengan dia di luar perkawinan, diancam karena melakukan perkosaan dengan pidana penjara paling lama dua belas tahun”

Dari redaksi di atas diketahui bahwa yang dapat bertindak sebagai pelaku dalam tindak pidana perkosaan hanyalah laki-laki, sementara korbannya adalah wanita yang bukan isterinya. Dengan demikian, berdasarkan ketentuan di atas seorang wanita tidak mungkin dipertanggungjawabkan secara pidana atas tuduhan melakukan perkosaan.

KUHP juga menetapkan sebagai delik perbuatan-perbuatan yang diserupakan dengan perkosaan, yaitu perbuatan menyetubuhi wanita bukan isterinya yang berada dalam keadaan pingsan atau tidak berdaya sebagaimana diatur dalam Pasal 286, serta perbuatan menyetubuhi wanita bukan isterinya yang umurnya belum genap lima belas tahun atau belum pantas dikawini sebagaimana diatur dalam Pasal 287. Namun berbeda dengan tindak pidana perkosaan murni yang diancam dengan pidana penjara paling lama dua belas tahun, delik-delik yang diatur dalam Pasal 286 dan 287 tersebut ancaman pidananya sedikit lebih ringan, yaitu pidana penjara paling lama sembilan tahun.

2. Perkosaan dalam Hukum Islam

Hukum pidana Islam tidak mengatur masalah perkosaan secara eksplisit. Namun para ahli hukum Islam (*fuqaha*) memasukkan perkosaan dalam kategori tindak pidana yang dikenal dengan istilah *jarimah al-Hirabah*. Pada dasarnya istilah *jarimah al-Hirabah* digunakan untuk menyebut sebuah bentuk kejahatan yang berupa perampasan terhadap harta benda seseorang yang disertai dengan kekerasan atau ancaman kekerasan. Bentuk

kejahatan ini mirip dengan tindak pidana perampokan dalam hukum pidana Indonesia. Dalam literatur berbahasa Inggris digunakan istilah *robbery* atau *highway robbery*.

Penempatan kejahatan perkosaan ke dalam kategori *al-Hirabah* dilakukan dengan mengaplikasikan metode analogi (*qiyas*). Para fuqaha berpendapat bahwa ada kesamaan *illat* antara perkosaan dengan *al-Hirabah*. Begitu dimasukkan dalam kategori *jarimah al-Hirabah*, maka ancaman pidana yang berlaku pada *jarimah al-Hirabah* tersebut juga berlaku pada delik perkosaan.

Dalam hukum pidana Islam, *jarimah al-Hirabah* termasuk dalam kategori *jarimah Hudud*, yaitu kelompok tindak pidana yang tunduk pada ketentuan hukuman *hadd*.