

BAB IV

PEMAPARAN HASIL PENELITIAN DAN ANALISIS

A. Perbedaan Mendasar antara Hukum Pidana Indonesia dengan Hukum Pidana Islam dalam Mengatur Delik Zina

1. Perbedaan dari Aspek Pengertian/Batasan Delik Zina

Terdapat perbedaan yang sangat mendasar antara pengertian zina dalam KUHP dengan pengertian zina menurut hukum pidana Islam. Pengertian zina dalam KUHP mengacu pada konsep *overspel* sebagaimana dianut oleh hukum pidana Belanda tahun 1886 yang pengertiannya jauh lebih sempit dari pada apa yang dirumuskan dalam hukum pidana Islam.

Konsep *overspel* hanya identik dengan persetujuan atau hubungan seksual di luar ikatan perkawinan yang sah yang dilakukan oleh orang yang telah menikah, baik salah satu atau kedua-duanya, yang dilakukan atas dasar kesengajaan atau dengan penuh kesadaran. Selain itu konsep *overspel* ini pun menempatkan zina hanya sebagai delik aduan, sehingga inisiatif penuntutan pidana terhadap pelaku zina diserahkan kepada pihak-pihak (suami/istri) yang merasa dirugikan. Hal ini karena persoalan zina dianggap sebagai urusan antar individu (privat) semata, tidak ada kaitannya dengan kepentingan umum (masyarakat).

Sementara hukum pidana Islam mengidentikkan zina dengan segala bentuk hubungan seksual di luar ikatan perkawinan yang sah, baik yang dilakukan oleh orang yang sudah menikah ataupun belum menikah,

yang dilakukan atas dasar kesengajaan atau dengan penuh kesadaran. Dalam hukum pidana Islam inisiatif penuntutan pidana terhadap pelaku zina datang dari pihak aparat penegak hukum (pemerintah), karena perbuatan zina tersebut dianggap telah mengganggu ketertiban umum atau merugikan masyarakat.

2. Perbedaan dari Aspek Sumber/Dasar Hukum yang Mengatur Delik Zina

Dalam hukum pidana Indonesia satu-satunya sumber atau dasar hukum yang khusus mengatur delik zina adalah Pasal 284 Kitab Undang-undang Hukum Pidana (KUHP). KUHP itu sendiri merupakan produk hukum buatan pemerintah Kolonial Hindia Belanda yang mulai berlaku sejak tahun 1918, dan setelah Negara Kesatuan Republik Indonesia lahir yang ditandai dengan Proklamasi Kemerdekaan pada tanggal 17 Agustus 1945, KUHP tersebut tetap diberlakukan sebagai hukum positif dengan hanya sedikit perubahan yang berlaku hingga saat ini.

Dalam hukum pidana Islam, sumber atau dasar hukum yang mengatur tentang delik zina tersebar dalam banyak *nash* Al Qur'an dan hadits. Hal ini karena hukum pidana Islam merupakan produk hukum buatan Allah Ta'ala yang terwujud dalam bentuk firman-firmanNya yang tertuang dalam Kitab Suci Al Qur'an, maupun dalam wujud sabda-sabda Rasul-Nya sebagaimana tertuang dalam kitab-kitab hadits. Dasar hukum di dalam Al Qur'an antara lain dapat ditemukan dalam Surat Al-Israa': 32,

Surat Furqaan: 68-70, Surat An-Nuur: 2-3, Surat Al-Mumtahanah: 12, Surat An-Nisaa': 15, 24, dan 25. Sedangkan dasar hukum dalam hadits Rasul antara lain dapat ditemukan dalam Hadits Riwayat Bukhari nomor 6378 dan 6820, dan Hadits Riwayat Muslim nomor 57 dan 1676. Sementara itu, ijtihad para ulama (fuqaha) yang merupakan penjelasan lebih lanjut atau perincian terhadap ketentuan-ketentuan pokok tentang zina yang telah diatur dalam Al Qur'an dan hadits merupakan sumber (dasar) hukum selanjutnya.

3. Perbedaan dari Aspek Alasan/Tujuan Pelarangan (Kriminalisasi)

Zina

Dalam perspektif hukum pidana Indonesia (KUHP), sebagaimana halnya Hukum pidana Belanda atau hukum Barat pada umumnya, satu-satunya alasan yang diajukan terkait pelarangan (kriminalisasi) zina adalah adanya pengkhianatan terhadap ikatan (perjanjian) perkawinan, sehingga pemidanaan terhadap pelaku zina dimaksudkan untuk melindungi kehormatan diri pasangannya yang sah yang merasa telah dikhianati dan dicemarkan nama baiknya oleh adanya perbuatan zina tersebut. Dengan demikian, hak penuntutan pidana sepenuhnya diserahkan kepada individu-individu yang merasa telah dikhianati dan dicemarkan nama baiknya tersebut. Akan tetapi, jika si pasangan sah dari pelaku zina itu sendiri ternyata tidak merasa dikhianati dan dicemarkan nama baiknya atau mungkin justru merestui perbuatan zina tersebut sehingga tidak

mengadukannya (melaporkannya) kepada aparat hukum yang berwenang, maka peristiwa perbuatan zina tersebut tidak lagi dianggap sebagai perbuatan ilegal dengan sendirinya. Ketentuan yang demikian ini didasarkan pada pandangan bahwa zina merupakan masalah perseorangan yang hanya berkaitan dengan hubungan antar individu dan tidak berkaitan dengan kepentingan masyarakat, sehingga negara hanya akan menuntut pidana kepada pelaku zina jika ada pengaduan dari individu-individu yang merasa dirugikan oleh adanya peristiwa perbuatan zina. Atas dasar pandangan ini pula maka dianggap tak ada artinya menghukum pelaku zina jika persetubuhan terjadi atas dasar suka sama suka oleh mereka yang sama-sama belum menikah.

Hukum Islam diberlakukan untuk melindungi keutuhan masyarakat secara erat dan kuat. Atas dasar itulah hukum pidana Islam menjatuhkan hukuman atas perbuatan zina karena dianggap mengancam keamanan masyarakat dan keselamatannya. Zina dianggap sebagai kejahatan yang merusak tatanan keluarga, padahal keluarga adalah dasar bagi tegaknya masyarakat. Membolehkan zina hanya akan memperluas kekejian, mengakibatkan keruntuhan keluarga, kehancuran dan keretakan masyarakat.¹

¹ Abdul Qadir Audah, *Ensiklopedia Hukum Pidana Islam IV* (Judul Asli: *At-Tasyri' Al-Jina'I Al-Islamy Muqaranan bil Qanunil Wad'iy*), Terjemahan, Alih bahasa : Tim Tsalisah, Bogor, PT Kharisma Ilmu, 2008, hlm. 152..

4. Perbedaan dari Aspek Sifat Pidanaan dan Bentuk Pidana (Hukuman) terhadap Pelaku Delik Zina

Hukum pidana Indonesia (KUHP) mengategorikan zina sebagai delik aduan, oleh karena itu pidanaan terhadap pelaku hanya mungkin dilaksanakan jika ada pengaduan dari pihak-pihak (individu-individu) yang merasa dirugikan dengan adanya delik (tindak pidana) tersebut. Dalam hal ini pelaku zina hanya dapat dikenakan pidana jika diadukan oleh suami atau istrinya kepada pihak yang berwajib karena merasa tercemar atau dirugikan oleh adanya perbuatan zina tersebut. Mengenai bentuk hukuman bagi pelaku zina, KUHP hanya mengenal satu bentuk hukuman pidana yaitu penjara selama-lamanya 9 (sembilan) bulan.

Sementara itu, dalam hukum pidana Islam, zina dikategorikan sebagai salah satu dari beberapa kejahatan yang diancam dengan '*hudud*', yaitu hukuman yang dijelaskan oleh Allah di dalam nash yang jelas dalam Al Qur'an atau Sunnah. Aplikasi hukum *hudud* itu adalah hak Allah² selaku pembuat hukum (*As-Syari' / Al Hakim*). Pengertian hak Allah sendiri dalam hukum Islam dipahami sebagai identik dengan hak masyarakat luas (*ummat*).

Karena merupakan hak Allah (hak masyarakat), pidanaan terhadap pelaku zina bersifat keharusan (wajib) dan mengenai bentuk dan kadar hukuman serta caranya harus sesuai dengan apa yang telah ditentukan secara jelas dalam *nash* Al Qur'an dan Hadits. Jika pelakunya

² Topo Santoso, *Seksualitas Dan Hukum Pidana*, Cet. Pertama, Jakarta, Ind-Hill Co., 1997, hlm. 96.

adalah *ghairu muhsan* yaitu orang yang belum pernah menikah dalam pernikahan yang *syar'i*, maka ia didera (dicambuk) sebanyak seratus kali dan diasingkan dari negerinya selama setahun.³ Jika pelaku zina adalah *muhsan*, yaitu orang yang telah menikah secara *syar'i*, maka dirajam (dilempari) dengan batu hingga meninggal dunia.⁴ Pemberian sanksi pidana yang sangat tegas ini di samping untuk menjerakan si pelaku dan untuk melindungi kepentingan individu-individu yang dirugikan secara langsung dengan adanya perbuatan zina tersebut, juga untuk mencegah orang lain melakukan hal yang sama sehingga akan terjamin tetap tegaknya tatanan kehidupan bermasyarakat yang bermoral dalam suasana tertib, aman, tentram dan penuh kedamaian.

5. Perbedaan dari Aspek Latar Belakang Historis-Sosiologis yang Mendasari Pembentukan Hukum tentang Delik Zina

KUHP yang berlaku di Indonesia sejak tahun 1918 dibentuk oleh pemerintah kolonial Hindia Belanda dan merupakan jiplakan (*copy*) dari KUHP Negeri Belanda tahun 1886,⁵ sehingga pengaturan (pembentukan hukum) zina di dalamnya pun didasarkan pada latar belakang historis dan dinamika sosiologis masyarakat Negeri Belanda serta Eropa pada umumnya.

³ Lihat Abu Bakar Jabir Al-Jazairi, *Ensiklopedia Islam* (Judul Asli: *Minhajul Muslim*), alih bahasa Fadhl Bahri, Jakarta, Darul Falah, 2000, hlm 694.

⁴ *Ibid.*

⁵ Lihat sejarah pembentukan KUHP (*Wys*) dalam CST. Kansil, *Pengantar Hukum Indonesia*, Jakarta, Balai Pustaka, 1993, hlm. 93.

Pada zaman dahulu (di Eropa) terdapat perbedaan pandangan mengenai kejahatan perzinahan mengenai perlu atau tidaknya dipandang sebagai suatu perbuatan yang terlarang dan dapat diancam dengan pidana. Menurut hukum Romawi, pihak wanita sajalah yang dapat dipersalahkan telah melakukan perzinahan. Jika terdapat istri melakukan hubungan kelamin dengan laki-laki lain yang bukan suaminya, maka ia telah dipandang sebagai seorang istri yang merugikan hak seorang suami untuk menuntut kesetiaan dari istrinya dalam perkawinan. Perlakuan di depan hukum yang tidak seimbang antara wanita dengan pria itu kemudian berlanjut pada Code Penal Perancis.⁶

Berbeda dengan hukum Romawi yang memandang wanita lebih rendah kedudukannya di depan hukum dibandingkan dengan pria, ternyata hukum gereja Katolik telah menempatkan kedudukan wanita itu sederajat dengan kedudukan pria di depan hukum. Oleh karena itu, perzinahan dipandang sebagai perbuatan dosa yang dapat dilakukan oleh pria maupun wanita, dan dipandang sebagai *inbreuk op de heilige band van het huwelijk* atau suatu penodaan terhadap ikatan suci dari perkawinan.⁷

Pandangan gereja Katholik tentang kedudukan hukum yang sederajat antara pria dengan wanita itu telah diikuti oleh pembentuk undang-undang di negeri Belanda yang dapat dilihat dari cara mereka merumuskan ketentuan-ketentuan pidana dalam Pasal 340 sampai dengan

⁶ Ahmad Bahiej, *Tinjauan Yuridis atas Delik Perzinahan (Overspel) dalam Hukum Pidana Indonesia*, Makalah, hlm. 4, www.docstoc.com/.../Tinjauan-Yuridis-Perzinahan-dalam-Hukum-Pidana-Indonesia. Diunduh pada tanggal 5 Februari 2011 jam 11:00 WIB

⁷ *Ibid*, hlm. 4-5.

Pasal 344 *Criminal Wetboek voor bet Koninklijk Holland* (KUHP Belanda) yang mengatur perzinahan sebagai suatu perbuatan yang terlarang dan dapat diancam pidana.⁸

Meskipun dalam beberapa aspek pembentuk undang-undang negeri Belanda mengambil pandangan-pandangan gereja Katolik, namun tidak setiap ajaran gereja katolik diakomodir dalam *Criminal Wetboek voor bet Koninklijk Holland* (KUHP Belanda). Hanya aspek-aspek yang kebetulan bersesuaian dengan gagasan (ide) sekularisme-liberalisme saja yang diakomodir. Contoh yang paling nyata tentang hal ini yaitu, *Criminal Wetboek voor bet Koninklijk Holland* (KUHP Belanda) hanya melarang perselingkuhan (*overspel/adultery*) sedangkan perbuatan hubungan seksual sebelum kawin (*fornication*) tidak dilarang. Sementara, Paus mengajarkan bahwa cabul (*fornication*) dan zinah (*adultery*) sama-sama sebagai perbuatan asusila yang pantas dihukum meskipun berbeda dalam tingkat hukumannya (I Kor.6:9).⁹

Semula saat *Wetboek van Strafrecht* (*WvS/KUHP* untuk Hindia Belanda) itu dibentuk, perzinahan tidak dimasukkan ke dalamnya sebagai sebuah delik (kejahatan). Akan tetapi atas usul Mr. Modderman, perzinahan dimasukkan sebagai salah satu perbuatan yang terlarang dalam *Wetboek van Strafrecht* (*WvS*). Alasan yang dipakai Mr. Modderman

⁸ *Ibid.*, hlm. 5.

⁹ Sahara, *Perselingkuhan Menurut Al Kitab*, Artikel, <http://pembaharuankeluarga.wordpress.com/2009/01/08/perselingkuhan-menurut-alkitab/>, Diunduh pada tanggal 16 Maret 2011 jam 09:30 WIB.

adalah apabila perzinahan itu tidak diatur dalam *WvS*, dikhawatirkan akan mendatangkan kerugian bagi kesusilaan.¹⁰

Atas usul Modderman itu, kemudian perzinahan dicantumkan sebagai salah satu delik kesusilaan di dalam *WvS* yang sedang dibentuk. Dengan demikian wanita diberi kedudukan yang sama dengan pria yaitu bukan hanya berkedudukan sebagai subyek dari tindak pidana perzinahan akan tetapi berkedudukan pula sebagai pihak yang sama. Artinya, pihak wanita berhak pula mengajukan pengaduan dan gugatan perceraian jika perbuatan itu dipandang perlu baginya.¹¹

Sementara itu, pembentukan hukum Islam (*syari'at Islam*), termasuk di dalamnya ketentuan hukum tentang zina, semata-mata didasarkan pada kehendak Allah Ta'ala selaku pembuat hukum (*As-Syari'Al-Hakim*). Sehingga nilai-nilai yang terkandung di dalam hukum Islam (*syari'ah Islam*) merupakan nilai-nilai Ilahiah yang sifat kebenarannya mutlak, tidak bersumber dari nilai-nilai sosiologis yang sifat kebenarannya relatif. Allah Ta'ala membuat hukum (*syari'at*) untuk menjadi petunjuk dan aturan hidup di dunia bagi umat manusia. Dengan berpedoman kepada hukum (*syari'at*) tersebut, manusia akan dapat menjalankan hidupnya secara berkehormatan dan berperadaban sesuai kedudukan dan fungsinya sebagai hamba Allah sekaligus sebagai *khalifah* Allah di muka bumi. Dengan demikian, kehidupan umat manusia akan diliputi oleh suasana yang aman, tertib, damai, tegaknya tata susila, dan

¹⁰ Ahmad Bahiej, *Op. Cit.*, him. 5

¹¹ *Ibid.*

terwujudnya keadilan dan kesejahteraan yang mencerminkan peradaban yang tinggi.

6. Perbedaan dari Aspek Landasan Nilai (Filsafat)

Sebagaimana lazimnya, dalam merumuskan suatu ketentuan hukum, pembentuk hukum selalu berlandaskan pada nilai-nilai kebenaran atau pemikiran filosofis (filsafat) tertentu. Nilai-nilai kebenaran atau pemikiran filosofis yang bersifat abstrak inilah yang berfungsi sebagai fondasi dan pengarah (tolok ukur benar-salah; baik-buruk) bagi ketentuan-ketentuan hukum (norma) yang bersifat teknis dan aplikatif. Karena begitu penting dan mendasarnya kedudukan filsafat sebagai landasan suatu sistem hukum maka sering disebut pula dengan istilah *ground-norm* (norma dasar) atau sumber dari segala sumber hukum.

Mengacu pada latar belakang sosiologis-historis pembentukan hukum zina dalam KUHP (*WvS*) yang berakar pada dinamika masyarakat Eropa khususnya pasca *renaissance*, maka tampak jelas bahwa filsafat sekulerisme-liberalisme merupakan nilai-nilai dasar yang dijadikan acuan dalam perumusan hukum. Dalam pandangan filsafat *sekulerisme-liberalisme*, persoalan zina dan kesusilaan secara umum dianggap sebagai urusan individu-individu (privat) dan merupakan persoalan moral yang menjadi tanggung jawab para pemuka agama (ruhaniwan), sehingga negara tidak berhak terlalu turut campur dalam masalah itu. Oleh karena itu wajar jika dalam *WvS* ketentuan-ketentuan tentang delik zina dan

kesusilaan tampak bersifat setengah hati (setengah perdata), yakni dengan mengkategorikannya sebagai delik aduan dan ancaman hukumannya pun terbilang sangat ringan sehingga tidak bersifat menjerakan.

Sementara itu, keunikan dari hukum Islam secara umum maupun ketentuan hukum Islam tentang delik zina secara khusus adalah bahwa landasan nilainya bersumber dari wahyu. Dengan demikian nilai-nilai kebenaran yang sifatnya abstrak yang dijadikan landasan bangunan hukum Islam adalah nilai-nilai (hikmah) Ilahiyah sebagaimana tertuang dalam ayat-ayat Al Qur'an dan juga dalam Hadits Rasul. Adapun nilai dasar yang paling fundamental yang mendasari hukum Islam adalah prinsip mentauhidkan Allah (*tauhidullah*), yaitu mengesakan Allah dalam hal nama (*asma*) dan sifat-Nya, dalam hal kedudukan-Nya sebagai pencipta dan pemelihara alam semesta (*Rabb*), dalam hal kedudukan-Nya sebagai sembahhan (*Ilah*), dan dalam kedudukannya sebagai penguasa alam semesta (*Malik*), yang mana konsekuensi dari pengesaan Allah itu adalah kewajiban manusia untuk mengabdikan (beribadah) kepada Allah dengan jalan menjalankan syari'at-Nya dalam segala aspek kehidupannya sebagaimana telah dicontohkan oleh Rasulullah Muhammad SAW. Berpokok pangkal dari prinsip tauhid inilah lahirnya nilai-nilai asasi lainnya dalam Islam seperti, keadilan, persamaan derajat manusia di hadapan Tuhan, persaudaraan (*ukhuwah*) yang diliputi suasana saling tolong-menolong (*ta'awun*), dan sebagainya.

Dengan demikian, berbeda dengan prinsip sekulerisme yang memisahkan nilai-nilai dan hukum-hukum agama dengan kehidupan publik (negara), prinsip tauhid dalam Islam mengajarkan untuk diterapkannya nilai-nilai ilahiah dan hukum-hukum agama dalam segala sektor kehidupan, baik dalam kehidupan pribadi, keluarga, masyarakat, dan negara.

Sementara itu jika prinsip liberalisme sangat menekankan kepada kebebasan individu sehingga lebih memperhatikan kepentingan individu dari pada kepentingan masyarakat, maka dalam Islam sangat ditekankan adanya perlindungan bagi kepentingan individu maupun kepentingan masyarakat secara seimbang. Dalam ketentuan hukum Islam tentang delik zina sangat terlihat penerapan prinsip ini, dimana perbuatan zina baik yang dilakukan oleh orang yang belum menikah ataupun yang sudah menikah tidak hanya dianggap merugikan individu-individu tertentu tetapi juga merugikan masyarakat secara keseluruhan karena menimbulkan ketidaktertiban dan merusak moral masyarakat.

B. Alasan-Alasan yang Melandasi Pentingnya Dilakukan Reformasi Hukum Pidana Indonesia Menyangkut Pengaturan Delik Zina

1. Alasan Teoritis-Normatif

Filsafat sekulerisme-liberalisme yang dijadikan dasar oleh pembentuk hukum (pemerintah Kolonial Belanda) dalam pembentukan hukum tentang delik zina dalam KUHP (*WvS*) jelas bertentangan dengan

Filsafat Pancasila yang menjadi dasar pembentukan hukum nasional pasca proklamasi kemerdekaan Indonesia 17 Agustus 1945.¹² Filsafat Pancasila secara tegas menyatakan Ketuhanan Yang Maha Esa menjadi dasar pertama (prinsip fundamental) dalam melaksanakan kehidupan bernegara. Hal ini ditegaskan lebih lanjut dalam UUD 1945 pada Pasal 29 ayat 1 yang menyatakan, “Negara Berdasarkan Ketuhanan Yang Maha Esa”, dan pada ayat 2, “Negara menjamin kemerdekaan tiap-tiap penduduk untuk memeluk agamanya masing-masing dan beribadah menurut agama dan kepercayaannya itu”. Dengan demikian negara Republik Indonesia bukanlah negara sekuler melainkan negara yang justru menempatkan agama sebagai sumber nilai dalam penyelenggaraan kehidupan kenegaraannya.

Filsafat Pancasila juga secara tegas menganut prinsip keadilan sosial dalam kehidupan bernegara yang jelas sangat bertentangan dengan prinsip liberalisme (individualisme) yang lebih mengutamakan kepentingan individu-individu di atas kepentingan masyarakat. Prinsip keadilan sosial mengandung arti bahwa kepentingan individu dan kepentingan masyarakat (umum) harus diselaraskan satu sama lain.

Tidak kurang ahli-ahli hukum Indonesia yang menyatakan bahwa saat ini bangsa Indonesia sesungguhnya belum benar-benar memiliki hukum nasional yang mandiri yang selaras dengan nilai-nilai riil yang hidup dalam masyarakat-bangsa Indonesia, karena masih banyak produk-

¹² Lihat penjelasan Notonagoro tentang kedudukan Pancasila sebagai dasar filsafat Negara dalam M. Abdul Karim, *Menggali Muatan Pancasila dalam Perspektif Islam*, Cet. 1, Yogyakarta, Surya Raya, 2004, hlm. 16.

produk hukum peninggalan zaman kolonial Belanda yang masih diberlakukan padahal sesungguhnya tidak sesuai lagi dengan alam kemerdekaan. Contoh yang paling aktual adalah masih diberlakukannya KUHP (*WvS*) hingga saat ini tanpa adanya perubahan yang berarti menyangkut substansi atau materi muatan yang dikandungnya, padahal jelas-jelas berdasarkan sejarahnya *WvS* ini merupakan jiplakan (*copy*) dari KUHP Belanda tahun 1886¹³ yang otomatis pembentukan hukumnya didasarkan pada nilai-nilai masyarakat Belanda atau Eropa secara umum yang berlandaskan pada prinsip-prinsip sekulerisme dan liberalisme (*individualisme*).

Di antara ahli-ahli hukum yang berpendapat demikian adalah Bustanul Arifin yang menyatakan bahwa kita (bangsa Indonesia) harus mengakui bahwa kita belum berhasil membangun suatu ilmu hukum nasional, dan bahkan hukum nasional pun belum kita miliki.¹⁴

Sudarto mengatakan, "*Wetboek van Strafrecht* atau Kitab Undang-undang Hukum Pidana yang disingkat *WvS* atau KUHP yang sehari-hari digunakan oleh para praktisi hukum Indonesia telah berusia lebih dari 50 tahun. Selama itu ia mengalami penambahan, pengurangan atau perubahan, namun jiwanya tidak berubah."¹⁵

¹³ Lihat sejarah pembentukan KUHP (*WvS*) dalam CST. Kansil, *Loc. Cit.*

¹⁴ Bustanul Arifin, *Membangun Ilmu Hukum Indonesia*, Naskah Pidato Prof. Bustanul Arifin sebagai promotor dalam acara promosi Doktor Rifyal Ka'bah di Universitas Indonesia Jakarta pada tanggal 23 November 1998.

¹⁵ Yuana Nurshiyam, *Kebijakan Kriminalisasi Kumpul Kebo (Cohabitation) dalam Pembaharuan Hukum Pidana Indonesia*, Tesis Program Magister Ilmu Hukum Universitas Diponegoro Semarang, 2004, hlm. 3.

Sementara, Barda Nawawi Arief mengemukakan, “Dengan memakai ide-ide/pola pikir dan norma-norma substansi KUHP secara dogmatis, tidak mustahil dalam penerapannya terjadi benturan (konflik) dengan nilai-nilai dan kepentingan/kebutuhan hukum yang ada dalam masyarakat. Adanya kesenjangan/ketidaksesuaian (*gap/discrepancy*) dan bahkan perbedaan nilai/kepentingan inilah yang tidak mustahil dapat menjadi faktor timbulnya ketidakpuasan dalam praktek penegakan hukum. Bahkan dapat pula menjadi faktor penyebab timbulnya korban (faktor *victimogen*) maupun timbul delik/kejahatan lain (faktor *criminogen*).”¹⁶

Pertentangan nilai (konsep) yang begitu nyata antara filsafat sekulerisme-liberalisme yang dijadikan landasan nilai bagi ketentuan Pasal 284 tentang zina dalam KUHP dengan filsafat Pancasila, menjadi alasan yang sangat kuat dan logis untuk dilakukannya reformasi hukum pidana menyangkut ketentuan tentang zina.

2. Alasan Sosiologis-Empiris

Beberapa fenomena sosial yang ada di tengah-tengah masyarakat Indonesia berkaitan dengan kehidupan seksual menyimpang berikut ini dan juga fakta tentang sulitnya penegakan hukum berkaitan dengan delik zina selama ini, menjadi alasan yang kuat untuk segera dilakukannya reformasi hukum pidana Indonesia menyangkut delik zina.

¹⁶ *Ibid*, hlm. 17.

a. Fenomena Seks Pra-nikah

Perilaku seks bebas dalam bentuk hubungan seksual pra-nikah akhir-akhir ini tampaknya telah menjadi trend gaya hidup anak muda di kalangan remaja (generasi muda) di Indonesia. Gaya hidup seks bebas yang telah lama menjadi bagian tak terpisahkan dari kehidupan bangsa Barat (Eropa) yang menganut paham sekulerisme-liberalisme, saat ini secara nyata telah menular pada perilaku seksual generasi muda Indonesia.

Fakta-fakta tentang hal itu setidaknya dapat dilihat dari hasil survei Komnas Perlindungan Anak bekerja sama dengan Lembaga Perlindungan Anak (LPA) di 12 provinsi pada 2007 yang mana diperoleh pengakuan remaja bahwa :

- Sebanyak 93,7% anak SMP dan SMU pernah melakukan ciuman, petting, dan oral seks.
- Sebanyak 62,7% anak SMP mengaku sudah tidak perawan.
- Sebanyak 97% pelajar SMP dan SMA mengaku suka menonton film porno.¹⁷

Lembaga Perlindungan Anak (LPA) juga melaporkan bahwa ancaman pola hidup seks bebas remaja secara umum baik di pondokan atau kos-kosan tampaknya berkembang semakin serius. Dari tahun ke

¹⁷ Rama Andika, *Bahaya Seks Di Kalangan Remaja Dan Pencegahannya*, Artikel, <http://moreartikel.blogspot.com/2010/07/bahaya-seks-bebas-di-kalangan-remaja.html>, Diunduh pada tanggal 5 Februari 2011 jam 11:54 WIB.

tahun data remaja yang melakukan hubungan seks bebas semakin meningkat. Dari sekitar lima persen pada tahun 1980-an, menjadi dua puluh persen pada tahun 2000.¹⁸

Kisaran angka tersebut, dikumpulkan dari berbagai penelitian di beberapa kota besar di Indonesia, seperti Jakarta, Surabaya, Palu dan Banjarmasin. Bahkan di pulau Palu, Sulawesi Tenggara, pada tahun 2000 lalu tercatat remaja yang pernah melakukan hubungan seks pra nikah mencapai 29,9 persen.¹⁹

Kelompok remaja yang masuk ke dalam penelitian tersebut rata-rata berusia 17-21 tahun, dan umumnya masih bersekolah di tingkat Sekolah Lanjutan Tingkat Atas (SLTA) atau mahasiswa. Namun dalam beberapa kasus juga terjadi pada anak-anak yang duduk di tingkat Sekolah Menengah Pertama (SMP).²⁰

Sementara itu, data Badan Kependudukan dan Keluarga Berencana Nasional (BKKBN) pada tahun 2010 menunjukkan, 51 persen remaja di Jabodetabek telah melakukan seks pranikah. Beberapa wilayah lain di Indonesia, seks pranikah juga dilakukan beberapa remaja. Misalnya saja di Surabaya tercatat 54 persen, di Bandung 47 persen, dan 52 persen di Medan. Sementara hasil

¹⁸ *Ibid.*

¹⁹ *Ibid.*

²⁰ *Ibid.*

penelitian di Yogya dari 1.160 mahasiswa, sekitar 37 persen mengalami kehamilan sebelum menikah.²¹

b. Fenomena Perselingkuhan dan Kumpul Kebo

Perilaku seks bebas remaja, sebagaimana dilaporkan oleh Lembaga Perlindungan anak (LPA), ternyata berlanjut hingga menginjak ke jenjang perkawinan²² dalam bentuk perselingkuhan dan kumpul kebo. Perselingkuhan dalam hal ini termasuk dalam kategori *overspel*, sementara kumpul kebo adalah hidup bersama tanpa adanya suatu ikatan perkawinan yang terjadi antara seorang pria dan seorang wanita di mana mereka sama-sama belum menikah.²³

Fenomena perselingkuhan dan kumpul kebo tersebut kini mulai marak di kota-kota besar di Indonesia. Dua kasus perselingkuhan (*overspel*) yang melibatkan tokoh (figur) publik dan menjadi sorotan media massa nasional beberapa waktu lalu, yaitu kasus rekaman video asusila Yahya Zaini-Maria Eva dan Ariel-Cut Tari, semakin menegaskan adanya trend perilaku seksual yang menyimpang ini di kalangan warga kota. Sedangkan gaya hidup kumpul kebo secara mudah juga bisa diamati dari kehidupan beberapa selebritis Indonesia yang seringkali terungkap di media massa, maupun

²¹ Antara News (ANT-009/R009), *BKKBN: 51 Persen Remaja Jabotabek Tidak Perawan*, Artikel Berita, <http://arsipberita.com/show/bkkbn-51-persen-remaja-jabotabek-tidak-perawan-110115.html>, Diunduh pada tanggal 27 April 2011 jam 20:22 WIB.

²² Rama Andika, *Loc. Cit.*

²³ Yuana Nurshiyam, *Op. Cit.*, hlm. 6.

dari kehidupan sebagian warga kota pada umumnya, khususnya di kalangan generasi muda.

c. Fenomena Aborsi

Lembaga Perlindungan Anak (LPA) mengungkapkan bahwa tingginya angka hubungan seksual pranikah di kalangan remaja erat kaitannya dengan meningkatnya jumlah aborsi.²⁴

Dari hasil survei oleh Komnas Perlindungan Anak bekerja sama dengan Lembaga Perlindungan Anak (LPA) di 12 provinsi pada 2007 sebagaimana telah disebutkan di atas, juga diperoleh pengakuan remaja bahwa sebanyak 21,2% remaja SMA mengaku pernah melakukan aborsi. Dari penelitian itu terungkap pula bahwa dari 2 juta wanita Indonesia yang pernah melakukan aborsi, 1 juta adalah remaja perempuan.²⁵

United Nation Population Fund (UNPF) dan Badan Koordinasi Keluarga Berencana Nasional (BKKBN) mensinyalir jumlah kasus aborsi di Indonesia mencapai 2,3 juta pertahunnya, dengan 20% diantaranya dilakukan oleh para remaja.²⁶ Hal itu diperkuat oleh hasil pantauan LPA yang mencatat jumlah aborsi pada bulan Juli 2010 tercatat sekitar 2,3 juta, dan 15-20 persen di antaranya dilakukan remaja. Hal ini pula yang menjadikan tingginya angka

²⁴ Rama Andika, *Loc. Cit.*

²⁵ *Ibid.*

²⁶ Ahmad Aulia Jusuf, *Bahaya Seks Bebas Pada Remaja, Suatu Tinjauan Aspek Medis dan Islam*. Makalah, <http://staff.ui.ac.id/internal/.../DAMPAKSEXBEBASPADAREMAJA-2006.ppt>. Diunduh pada tanggal 27 April 2011 jam 20:07 WIB.

kematian ibu di Indonesia, menjadikan Indonesia sebagai negara yang angka kematian ibunya tertinggi di seluruh Asia Tenggara.²⁷

d. Fenomena Pembuangan Bayi

Maraknya hubungan di luar nikah hingga menghasilkan anak yang tidak berdosa, telah memicu meningkatnya kasus pembuangan bayi. Komisi Nasional Perlindungan Anak (Komnas PA) mencatat sepanjang 2011 di DKI Jakarta saja sudah ada 36 kasus bayi yang dibuang orangtuanya. Dari jumlah itu, sebanyak 12 bayi ditemukan telah meninggal dunia, 8 bayi dititipkan di panti sosial milik Pemprov DKI Jakarta, dan 16 bayi lainnya diasuh langsung masyarakat. Jumlah ini meningkat dari kasus tahun lalu yang hanya terdapat 24 kasus, di antaranya 20 bayi ditemukan hidup dan 4 bayi lainnya meninggal dunia.²⁸

Ketua Komnas Perlindungan Anak, Arist Merdeka Sirait, mengatakan peningkatan kasus pembuangan bayi ini diakibatkan ketidaksiapan orangtua menerima kehadiran anak mereka, baik dari segi mental maupun ekonomi. Selain itu, juga karena pergaulan bebas di kalangan remaja dan dewasa.²⁹ Secara Nasional, pada tahun 2008, Komnas Perlindungan Anak menerima pengaduan kasus pembuangan bayi sebanyak 886 bayi. Sedangkan tahun 2009 jumlahnya meningkat

²⁷ Rama Andika, *Loc. Cit.*

²⁸ Lenny, *Kasus Pembuangan Bayi Meningkat*, artikel Berita, Beritajakarta.com, Edisi 18-05-2011 17:29, http://www.beritajakarta.com/2008/id/berita_detail.asp?idwil=0&nNewsId=44689, Diunduh pada tanggal 21 Mei 2011 jam 10:07 WIB.

²⁹ *Ibid.*

menjadi 904 bayi. Dari laporan yang didapatkan dari masyarakat, sekitar 68% bayi yang dibuang tersebut meninggal dunia.³⁰

e. Fenomena Pelacuran (Prostitusi)

Pelacuran (prostitusi) sebagai penyakit sosial hingga saat ini masih menjadi fenomena umum di berbagai kota di Indonesia. Modusnya bermacam-macam, mulai dari yang paling konvensional dengan cara menawarkan jasa seks komersial di pinggir-pinggir jalan atau warung remang-remang, jasa seks komersial berkedok panti pijat dan spa, hingga yang diorganisir dalam lokalisasi yang ironisnya keberadaannya justru dilegalisasi oleh peraturan hukum (Perda). Akhir-akhir ini bahkan mulai marak munculnya laman-laman prostitusi *on-line* yang eksistensinya sejauh ini tampaknya belum tersentuh hukum.

f. Fenomena Penyakit Kelamin

Para pakar medis mengungkapkan bahwa salah satu dampak berbahaya yang ditimbulkan dari gaya hidup seks bebas adalah berkembangnya penyakit kelamin yang biasa di sebut dengan istilah Penyakit Menular Seksual (PMS). Penyakit kelamin (PMS) adalah jenis penyakit yang disebabkan oleh kuman yang ditularkan melalui

³⁰ Herry Nurdi, *Jihad Melawan AIDS, artikel*, <http://www.ydsf.org/blog/sahabat-berbagi/jihad-melawan-aids>, Diunduh pada tanggal 21 Mei 2011 jam 10:16 WIB.

hubungan seks oral maupun melalui hubungan kelamin.³¹ Jenisnya bermacam-macam seperti, kencing nanah (*Gonorrhoe*), raja singa (*Sifilis*), *herpes genitalis*, *limfogramuloma venereum (LGV)*, *kandidiasis*, *trikomona vaginalis*, kutil kelamin, HIV/AIDS dan sebagainya. Sebagian penyakit kelamin sudah dapat disembuhkan, namun untuk penyakit-penyakit tertentu seperti HIV/AIDS sampai kini belum ditemukan obatnya.³² Ironisnya, jumlah pengidap HIV/AIDS di Indonesia tahun demi tahun justru semakin meningkat secara signifikan.

Sejak penemuan kasus pertama di Bali pada tahun 1987, HIV/AIDS terus menyebar ke semua provinsi di Indonesia. Depkes RI menyebutkan jumlah pengidap HIV di Indonesia mencapai 5.904 orang hingga September 2007. Dalam periode Juli-September 2007, teridentifikasi 695 kasus AIDS dilaporkan dari 20 provinsi.³³

Sampai 31 Desember 2007, data Komisi Pemberantasan AIDS (KPA) Nasional memperlihatkan secara kumulatif tercatat 17.207 kasus dengan perincian, 11.141 kasus penderita AIDS dan 6.066 kasus HIV di Indonesia. Berdasarkan data KPA, hingga 31 Maret 2008, secara kumulatif terdapat 11.868 kasus AIDS telah

³¹ Anonim, *Penyakit Kelamin Mematikan*, Artikel, <http://alphacyber.wordpress.com/2008/07/03/penyakit-kelamin-mematikan>, Diunduh pada tanggal 27 April 2011 jam 19:49 WIB.

³² Ahmad Aulia Jusuf, *Loc. Cit.*

³³ Joseph H. Gunawan, *Memerdekakan Pengidap HIV/AIDS*, Artikel Koran Suara Pembaharuan Edisi 8 Agustus 2009, dalam http://www.reformed-crs.org/ind/articles/memerdekakan_pengidap_hiv aids.html, Diunduh pada tanggal 25 April 2011 jam 11.25 WIB.

dilaporkan dari 32 provinsi, 194 kabupaten/kota.³⁴ Bahkan National Trainer Care, Support and Treatment IMAI-HIV/AIDS dalam seminar Global Diseases 2nd Continuing Professional Development di Bandar Lampung mengungkapkan data yang lebih ‘mencengangkan’, yaitu bahwa jumlah penderita HIV/AIDS di seluruh kabupaten/kota di Indonesia pada 2010 diperkirakan mencapai 93 ribu sampai 130 ribu orang. Angka ini berdasarkan perkiraan pengaduan penderita terinfeksi HIV/AIDS ke sejumlah rumah sakit.³⁵

Data dan fakta-fakta resmi sebagaimana diungkap oleh Komisi Perlindungan AIDS tersebut di atas belum mencerminkan keadaan yang sebenarnya, melainkan hanya merupakan ‘puncak gunung es’, artinya, yang kelihatan atau dilaporkan hanya sedikit, sementara yang tidak terlihat atau tidak dilaporkan jumlahnya berkali-kali lipat. Para ahli memperkirakan bahwa jumlah sebenarnya bisa 100 kali lipat.³⁶

Mengingat begitu berbahayanya penyakit HIV/AIDS ini sudah selayaknya pemerintah cepat tanggap untuk memutus mata rantai penularannya salah satunya dengan jalan menyiapkan perangkat hukum yang mampu menindak tegas para pelaku seks bebas.

³⁴ *Ibid.*

³⁵ Herry Nurdi, *Loc. Cit.*

³⁶ Efri Widiati, *Remaja dan Permasalahannya: Bahaya Merokok, Penyimpangan seks pada Remaja, dan Bahaya Penyalahgunaan Minuman Keras/Narkoba*, Makalah Hasil Penelitian (Disampaikan dalam penyuluhan sosial mengenai remaja dan permasalahannya di Tsanawiyah Banuraja dan Tsanawiyah Al Ihsan Batujajar Kabupaten Bandung), Fakultas Ilmu Keperawatan, Universitas Padjajaran, Bandung, 2007.

- g. Fakta Sulitnya Penegakan Hukum Berkaitan Dengan Delik Zina yang Berakibat pada Munculnya Fenomena Main Hakim Sendiri oleh Masyarakat terhadap Pelaku Zina

Ketentuan tentang *overspel* sebagaimana diatur dalam Pasal 284 KUHP secara nyata telah menimbulkan permasalahan yang rumit dalam penegakan dan penindakan hukum terutama terhadap pelaku perbuatan zina yang belum menikah. Hal ini sangat bisa dipahami karena secara hukum (menurut KUHP) perbuatan zina semacam itu memang tidak termasuk kejahatan yang bisa dipidana meskipun nyata-nyata telah menyinggung rasa susila, menimbulkan keresahan, dan merusak ketertiban masyarakat. Oleh karena itu jelaslah bahwa aparat penegak hukum tidak punya wewenang untuk melakukan penindakan hukum sama sekali.

Tidak hanya itu bahkan untuk perbuatan zina yang dilakukan oleh orang yang telah menikah pun, karena dikategorikan sebagai delik aduan oleh Pasal 284 KUHP, mengakibatkan dalam prakteknya proses penindakan secara hukum menjadi sulit dilakukan mengingat inisiatif penuntutan pidana tidak berada di tangan aparat penegak hukum. Sehingga jika tidak ada pengaduan oleh pihak suami atau pihak istri yang merasa tercemar atau dirugikan, aparat penegak hukum lagi-lagi tidak memiliki wewenang apapun untuk melakukan penindakan hukum kepada pelaku zina.

Contoh nyata sulitnya pemidanaan terhadap pelaku zina tampak dari berbagai razia yang dilakukan pihak kepolisian terhadap wanita-wanita Pekerja Seks Komersial (PSK) dan laki-laki hidung belang di jalan-jalan dan warung remang-remang selama ini yang tindak lanjutnya biasanya hanya berupa penangkapan yang diikuti dengan pembinaan oleh Departemen Sosial dan selanjutnya dilepaskan kembali dengan peringatan keras supaya tidak mengulangi perbuatannya lagi. Begitupun dengan razia yang dilakukan terhadap pasangan-pasangan mesum di hotel-hotel, biasanya juga hanya berakhir di kantor polisi, karena pihak suami atau isteri pelaku mesum (zina) tersebut kebanyakan dari mereka dengan pertimbangan proses hukum yang sering kali memakan banyak waktu, tenaga, dan biaya, akhirnya lebih memilih menyelesaikan perkara tersebut secara damai (kekeluargaan) dibandingkan harus mengajukan tuntutan hukum. Sementara itu yang paling ironis adalah fakta bahwa hingga sejauh ini tempat-tempat lokalisasi pelacuran masih eksis di berbagai kota di Indonesia yang keberadaannya justru mendapat izin dari pemerintah daerah setempat, bukannya ditutup atau dibubarkan. Hal ini menunjukkan tidak tegasnya sikap pemerintah berkenaan dengan zina, apakah menganggapnya sebagai perbuatan terlarang (ilegal) atau tidak.

Sebagai akibat 'tumpulnya' hukum pidana Indonesia (KUHP) dan tidak tegasnya sikap pemerintah dalam mengatasi maraknya

perbuatan zina yang oleh mayoritas warga masyarakat dipandang telah mengusik rasa kesusilaan dan ketertiban masyarakat, maka muncullah fenomena main hakim sendiri (*eigen rechting*) terhadap pelaku zina di sana sini. Cara-cara main hakim sendiri itu sendiri bermacam-macam, namun yang paling memprihatinkan dan ini sering ditemui di berbagai daerah adalah para pelaku zina diarak keliling kampung dalam keadaan setengah bugil atau bahkan bugil sama sekali yang tentunya sangat memalukan bukan hanya bagi si pelaku tetapi juga bagi yang melihatnya, terutama dalam hal ini sangat tidak baik untuk dilihat oleh anak-anak dan remaja karena justeru bisa merusak moralitas dan perkembangan jiwa mereka.

3. Pendapat Ahli Hukum

Dari hasil wawancara dengan **Dr. Mudzakkir, S.H., MH.** (Dosen Hukum Pidana Indonesia dan Fiqh Jinayat, Fakultas Hukum, Universitas Islam Indonesia, Yogyakarta) pada Hari Kamis tanggal 19 Mei 2011 Jam 12.05 WIB di Ruang TS III/06 Fakultas Hukum, Universitas Islam Indonesia, diperoleh pandangan-pandangan beliau seputar konsep zina dalam KUHP yang bisa menjadi alasan kuat untuk dilakukannya reformasi hukum pidana Indonesia khususnya ketentuan-ketentuan tentang delik zina.

Dalam pandangan beliau, secara filosofis konsep zina dalam KUHP menekankan pada **pelarangan pengingkaran terhadap**

perkawinan, bukan pelarangan pada perbuatan hubungan seksualnya. Oleh karena itulah, secara normatif, delik zina dalam konsep KUHP hanya ditujukan pada perbuatan hubungan seksual di luar perkawinan yang pelakunya (salah satu atau kedua-duanya) telah kawin. Jadi tidak mencakup perbuatan hubungan seksual di luar perkawinan yang dilakukan oleh lelaki dan perempuan yang sama-sama belum kawin. Adapun alasan yang digunakan untuk menuntut pidana kepada pelaku hubungan seksual di luar perkawinan adalah karena si pelaku telah mengingkari komitmen atau janji kawin yang sudah ia buat dengan pasangannya yang sah. Oleh karenanya pihak yang dapat menuntut pidana adalah pihak suami atau istri dari pelaku, karena merekalah yang dirugikan oleh adanya perbuatan tersebut. Dengan demikian, jelaslah bahwa konsep delik zina dalam KUHP didasarkan pada filsafat kebebasan (liberalisme-individualisme) yang menganggap hubungan seksual di luar perkawinan merupakan hak individu-individu, sehingga siapapun bebas untuk melakukan perbuatan tersebut asal didasari suka sama suka. Apabila dikaitkan dengan fenomena seks bebas yang kini marak di tengah-tengah masyarakat Indonesia khususnya di kalangan generasi muda, tentu fenomena tersebut memiliki korelasi erat dengan basis filsafat yang dianut KUHP yang justru membolehkan (tidak melarang) seks bebas.

Sedangkan dari hasil wawancara dengan **Ahmad Tohir, SHI, MA, LLM.** (Dosen Hukum Pidana Islam, Fakultas Syari'ah, Universitas Islam Negeri (UIN) Sunan Kalijaga, Yogyakarta) pada hari Rabu tanggal

11 Mei 2011, pukul 13:15 -14:15 WIB. di Ruang Bagian Jinayah Siyasa, Fakultas Syari'ah UIN Sunan Kalijaga, Yogyakarta, diperoleh pandangan-pandangan beliau yang memperkuat alasan untuk dilakukannya reformasi hukum pidana Indonesia (KUHP) khususnya ketentuan-ketentuan tentang delik zina berikut ini.

Menurut beliau ketentuan tentang delik zina dalam KUHP masih mengandung kelemahan. Letak kelemahannya yang paling utama adalah karena KUHP hanya memberikan ancaman pidana kepada pelaku zina yang sudah menikah, dan itupun bersifat delik aduan (bukan delik biasa) yang artinya pelaku zina yang sudah menikah tidak dapat dituntut pidana jika tidak diadukan oleh suami atau isterinya kepada pihak kepolisian. Akibat dari ketentuan semacam itu, para pelaku zina yang belum menikah tidak dapat dituntut pidana sama sekali, sementara untuk pelaku zina yang sudah menikah sulit untuk dituntut pidana karena tergantung pada ada tidaknya pengaduan dari pihak suami atau isteri yang merasa dirugikan. Atas dasar itu wajar jika fenomena seks bebas saat ini cukup marak di Indonesia khususnya di kalangan generasi muda (remaja), karena memang dari sisi hukumnya masih ada kelemahan-kelemahan yang perlu diperbaiki.

C. Dasar/Landasan Yuridis-Konstitusional bagi Dimasukkannya Ketentuan-Ketentuan Hukum Pidana Islam tentang Delik Zina ke Dalam Hukum Positif dalam Rangka Reformasi Hukum Pidana Indonesia

Setelah proklamasi kemerdekaan Indonesia pada tanggal 17 Agustus 1945, syarat dan dasar (yuridis-konstitusional) berlakunya hukum Islam dan hukum agama-agama yang lain adalah Pasal 29 ayat (1) dan (2) UUD 1945 yang berbunyi:

- (1) Negara berdasar atas Ketuhanan Yang Maha Esa
- (2) Negara menjamin kemerdekaan tiap-tiap penduduk untuk memeluk agamanya masing-masing dan untuk beribadat menurut agamanya dan kepercayaannya itu.³⁷

Pasal 29 ayat (1) UUD 1945, sebagaimana dijelaskan dalam disertasi Dr. Rifyal Ka'bah pada dasarnya mengandung tiga muatan makna:

1. Negara tidak boleh membuat peraturan perundang-undangan atau melakukan kebijakan-kebijakan yang bertentangan dengan dasar keimanan kepada Tuhan Yang Maha Esa.
2. Negara berkewajiban membuat peraturan-peraturan perundang-undangan atau melakukan kebijakan-kebijakan bagi pelaksanaan wujud rasa keimanan kepada Tuhan Yang Maha Esa.
3. Negara berkewajiban membuat peraturan-peraturan perundang-undangan yang melarang siapapun melakukan pelecehan terhadap ajaran agama.³⁸

Sementara itu, kata 'beribadat' sebagai kelanjutan dari jaminan negara bagi tiap-tiap penduduk untuk memeluk agama dalam Pasal 29 ayat (2)

³⁷ Rifyal Ka'bah, *Hukum Islam di Indonesia*, Jakarta, Penerbit Universitas Yarsi, 1999, hlm. 77.

³⁸ *Ibid.*

adalah dengan pengertian menjalankan syari'at (hukum) agama. Negara berkewajiban menjalankan syari'at agama Islam sebagai hukum dunia untuk ummat Islam, syari'at agama Kristen untuk ummat Kristen, dan seterusnya sesuai syari'at agama yang dianut oleh bangsa Indonesia bila agama tersebut mempunyai syari'at agama untuk penganutnya.³⁹

Kata 'ibadat' (*'ibadah*) berasal dari perbendaharaan Islam. Allah menciptakan jin dan manusia adalah untuk tujuan beribadat kepadaNya (Adz-Dzariyat : 51-56). Ibadat secara bahasa berarti kerendahan diri (*adz-dzall*), ketundukan (*al-khudhu'*) dan kepatuhan (*al-inqiyad*). Dengan demikian beribadat berarti merendahkan diri di depan Allah serta tunduk dan patuh kepada ketentuan hukum-Nya. Dalam Islam, ibadat tidak hanya terbatas dalam pengertian menjalankan kewajiban ibadat seperti shalat, puasa, zakat, dan haji, tetapi mencakup semua kewajiban kepada Allah.⁴⁰

Dengan alur pemahaman yang demikian, menjadi jelas bahwa sesungguhnya terdapat landasan yuridis-konstitusional yang sangat kokoh untuk diterapkannya hukum pidana Islam sebagai bagian dari hukum positif yang berlaku di Indonesia, termasuk di dalamnya ketentuan-ketentuan hukum pidana Islam yang berkaitan dengan delik zina. Meskipun demikian, untuk benar-benar merealisasikan gagasan dimasukkannya ketentuan-ketentuan hukum pidana Islam tentang zina dalam hukum positif dalam rangka reformasi hukum pidana Indonesia ke depan, tampaknya akan dijumpai permasalahan teoritis-yuridis yang cukup pelik yang harus dicarikan solusinya secara tepat.

³⁹ *Ibid.*, hlm. 77-78.

⁴⁰ *Ibid.*, hlm. 78.

Sebagaimana diketahui, hingga saat ini sistem hukum Indonesia masih mewarisi politik hukum peninggalan pemerintah kolonial Hindia Belanda yang memberlakukan **asas unifikasi hukum pidana** bagi seluruh golongan penduduk (warga negara) Indonesia, sementara untuk bidang hukum perdata dianut **asas pluralisme hukum** guna mengakomodir golongan-golongan penduduk di Indonesia yang beraneka ragam yang masing-masing memiliki kebutuhan hukum perdata yang berbeda-beda pula. Dengan masih dianutnya asas unifikasi hukum pidana menimbulkan konsekuensi logis bahwa tidak mungkin bagi umat Islam untuk memberlakukan hukum pidana Islam di kalangan umat Islam. Begitupun tidak mungkin bagi umat Kristen, Hindu, dan umat agama-agama lainnya di Indonesia untuk dapat menjalankan ketentuan hukum pidana sesuai ajaran agamanya masing-masing. Dengan kondisi semacam ini, tampak jelas adanya pertentangan (paradoks) antara ‘asas kebebasan beragama (beribadah)’ yang dianut oleh UUD 1945 dengan ‘asas unifikasi hukum pidana’ yang saat ini berlaku.

Jika dicermati lebih jauh pertentangan tersebut sesungguhnya berakar dari perbedaan filsafat (ideologi) yang dijadikan dasar (landasan) dalam penetapan atau penentuan politik hukum. Politik hukum pemerintah kolonial Hindia Belanda didasarkan pada filsafat (ideologi) sekularisme yang memisahkan agama dengan negara (ruang publik),⁴¹ sementara politik hukum Negara Republik Indonesia didasarkan pada filsafat (ideologi) Pancasila yang

⁴¹ Lihat pembahasan tentang politik hukum Pemerintah kolonial Hindia Belanda dan kaitannya dengan sekularisme dalam Muhammad Daud Ali, *Hukum Islam: Pengantar Ilmu Hukum dan Tata Hukum Islam di Indonesia*, Cet. Kedelapan, Jakarta, PT. Raja Grafindo Persada, 2000, hlm.13-18

menjadikan Ketuhanan Yang Maha Esa (nilai-nilai agama) sebagai dasar dalam penyelenggaraan kehidupan kenegaraan atau pengelolaan kehidupan publik.

Ditinjau dari perpektif filsafat (ideologi) sekulerisme yang memandang agama *an sich* sebagai urusan perorangan (privat), sudah pasti asas unifikasi hukum pidana sangatlah sesuai (*compatible*). Akan tetapi jika ditinjau dari perspektif filsafat (ideologi) Pancasila yang mengakui agama sebagai sumber nilai dan sumber norma dalam penyelenggaraan kehidupan publik, penerapan asas unifikasi hukum pidana sesungguhnya tidak sepenuhnya sesuai. Hal ini karena faktanya agama yang dianut oleh penduduk (warga negara) Indonesia adalah beragam, yang mana masing-masing agama secara *genuine* dalam ajarannya umumnya telah memiliki konsep-konsep hukum pidana tertentu yang berbeda satu sama lainnya. Oleh karena itu tidak mungkin untuk memaksakan konsep hukum pidana satu agama tertentu (misalnya hukum pidana Islam) diberlakukan secara umum bagi semua golongan penduduk (warga negara) Indonesia. Dengan demikian, jika asas unifikasi hukum pidana tetap diberlakukan, maka mau tidak mau segala perbedaan ajaran agama itu harus dikesampingkan untuk selanjutnya harus dirumuskan suatu KUHP nasional yang baru (sebagai pengganti KUHP/WvS) yang materi muatannya merupakan hasil kompromi dari berbagai konsep hukum pidana yang terkandung dalam berbagai ajaran agama yang dianut di Indonesia. Solusi inilah yang tampaknya sekarang dianut oleh Pemerintah dan DPR dalam perumusan R-KUHP. Hanya saja, jika solusi ini yang diambil,

masih dirasakan adanya suatu 'keganjilan' karena secara substantif akan bertentangan dengan ketentuan Pasal 29 ayat 2 UUD 1945 yang menyatakan jaminan negara bagi setiap pemeluk agama untuk dapat menjalankan ibadah atau menjalankan hukum-hukum (syari'at) agamanya masing-masing. Contohnya dari keganjilan semacam ini misalnya, dalam ketentuan hukum pidana Islam kejahatan zina diancam dengan hukuman *hadd* yaitu hukuman yang telah ditetapkan jenis dan kadarnya oleh Allah Ta'ala selaku pembuat hukum (*Al-Hakim/As-Syari'*). Jika asas unifikasi hukum pidana diterapkan maka ketentuan hukum tersebut tentu tidak dapat dilaksanakan secara konsisten oleh umat Islam karena tidak mungkin untuk memaksakan diberlakukannya ketentuan hukum tersebut kepada pemeluk agama lain jika pemeluk agama lain tersebut tidak mau menerimanya.

Melihat adanya berbagai permasalahan tersebut, penerapan asas pluralisme hukum pidana di Indonesia sebagaimana pada bidang hukum perdata, sesungguhnya dapat dirasakan lebih konsisten dan lebih sesuai dengan filsafat (ideologi) Pancasila dan UUD 1945. Hal ini karena faktanya tiap-tiap pemeluk agama memiliki kebutuhan hukum pidana yang berbeda-beda sesuai ajaran agamanya masing-masing sebagaimana halnya mereka memiliki kebutuhan hukum perdata yang berbeda-beda. Oleh karena itu seandainya **asas pluralisme hukum pidana** ini yang dianut, maka sangat dimungkinkan bagi umat Islam untuk memberlakukan hukum pidana Islam di kalangan umat Islam. Begitupun bagi umat Kristen dan umat agama lainnya di Indonesia dapat menjalankan ketentuan hukum pidana sesuai ajaran

agamanya masing-masing. Adapun sebagai 'jembatan' berkaitan dengan kemungkinan terjadinya perbuatan (peristiwa) pidana yang melibatkan pihak-pihak yang berbeda agama, maka dapat dibentuk hukum pidana nasional yang bersifat sebagai hukum *intergentil* (hukum antar golongan). Selain memuat ketentuan-ketentuan hukum pidana yang bernuansa '*intergentil*', hukum pidana nasional ini tentunya juga harus memuat materi-materi hukum pidana yang menyangkut kepentingan bersama (lintas golongan) atau menyangkut kepentingan nasional seperti, yang berkaitan dengan kejahatan terhadap keamanan negara, kejahatan terhadap presiden dan wakil presiden, kejahatan terhadap penguasa umum, kejahatan terhadap ketertiban umum, kejahatan terhadap mata uang dan sebagainya.

Meskipun asas pluralisme hukum pidana sesungguhnya bisa dirasakan lebih sesuai dengan konteks keragaman agama di Indonesia, namun gagasan ini untuk saat sekarang tampaknya masih belum begitu mengemuka di kalangan para ahli hukum di Indonesia. Hal ini setidaknya dapat ditangkap dari tanggapan dua ahli hukum pidana berikut ini ketika menjawab pertanyaan seputar wacana (gagasan) dimasukkannya konsep-konsep (ketentuan-ketentuan) hukum pidana Islam dalam hukum positif.

Mudzakkir menanggapi wacana dimasukkannya ketentuan-ketentuan hukum pidana Islam tentang zina dalam hukum positif, berpendapat bahwa Pasal 29 UUD 1945 tentu saja telah dapat menjadi landasan yuridis konstitusional bagi dimasukkannya ketentuan-ketentuan hukum pidana Islam tentang delik zina dalam hukum pidana positif, tetapi dalam realisasinya untuk

hukuman penjara dalam waktu yang lama (lebih dari 5 tahun) bagi pelaku *muhsan*, pidana denda yang besar, atau kerja sosial yang berat.⁴³

⁴³ Hasil wawancara dengan Ahmad Tohir, SHI, MA, LL.M. (Dosen Hukum Pidana Islam, Fakultas Syari'ah, Universitas Islam Negeri (UIN) Sunan Kalijaga, Yogyakarta) pada hari Rabu tanggal 11 Mei 2011, pukul 13:15 -14:15 WIB. di Ruang Bagian Jinayah Siyasah, Fakultas Syari'ah UIN Sunan Kalijaga, Yogyakarta.