

BAB IV

ANALISIS HUKUM PIDANA ISLAM TERHADAP ZINA LAJANG

DALAM PASAL 483 RKUHP 2012

A. Diskursus Pembaruan Hukum Pidana di Indonesia

Rancangan Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (RKUHP) 2012 merupakan konsep KUHP terbaru dari sekian konsep yang dirumuskan mulai tahun 1964. Keinginan untuk melakukan pembaruan KUHP yang merupakan warisan hukum kolonial Belanda tidak lepas dari pelbagai aspek permasalahan yang dihadapi bangsa Indonesia terkait dengan hukum pidana, di antaranya KUHP sudah ketinggalan zaman (*outmoded*), tidak sesuai dengan realitas masyarakat (*unreal*), dan tidak berpijak pada keadilan (*unjust*).

Selain itu, sebagai warisan kolonial Belanda, KUHP (WvS) dinilai sudah tidak relevan dengan nilai-nilai hukum tradisional dan agama yang menjadi kearifan lokal (*local wisdom*) masyarakat Indonesia. Hal ini menurut penulis merupakan penyimpangan filosofi hukum yang harus segera diobati dengan cara melakukan reformasi atau pembaruan agar sesuai dengan falsafah, nilai, dan norma masyarakat Indonesia sehingga tidak semakin memperparah kondisi masyarakat yang mengharapkan hukum sebagai salah satu pilar kesejahteraan (*welfare state*) dan perlindungan masyarakat (*social defence*).

Kondisi demikian oleh Kongres PBB (*United Nations*) dinyatakan sebagai faktor yang juga memberi kontribusi meningkatnya kejahatan

(dalam laporan kongres ke-V, hal. 38 disebutkan: “*it was a contributing factor to the increase of crime*”¹). Bahkan dinyatakan, bahwa kebijakan pembangunan (termasuk kebijakan di bidang pembangunan hukum) yang mengabaikan nilai-nilai moral dan kultural, antara lain masih diambilnya atau diberlakukannya hukum asing warisan zaman kolonial dapat menjadi faktor kriminogen. Pernyataan terungkap dari laporan kongres PBB ke-VI, hal 42², yang antara lain menyatakan:

- “... *development was not criminogenic per se, but could become such if it was ... disregarded cultural and moral values*”;
- “... *the importation of foreign cultural patterns which did not harmonize with the indigenous culture had a criminogenic effect.*”³

Bertolak dari keadaan demikian, kongres menghimbau agar dilakukan “*pemikiran kembali terhadap keseluruhan kebijakan kriminal*” (“*to rethink the whole of criminal policy*”), termasuk di bidang kebijakan hukum pidana. “Pemikiran atau peninjauan kembali” berarti menuntut dilakukannya “*re-evaluasi, review, reorientasi, reformasi atau reformulasi*”. Ini berarti, diperlukan upaya-upaya untuk melakukan “*penggalan hukum*”.⁴

¹ Department of Economic and Social Affairs United Nations, *Fifth United Nations Congress on the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders: Geneva, 1-12 September 1975*, New York: 1976, hal. 38.

² Department of Economic and Social Affairs United Nations, *Sixth United Nations Congress on the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders: Caracas, Venezuela, 25 August-5 September 1980*, New York: 1981, hal. 42.

³ Barda Nawawi Arief, *Bunga Rampai Kebijakan Hukum Pidana*, Bandung: PT Citra Aditya Bakti, 2005, hal. 299.

⁴ *Ibid.*, hal. 299-300.

Hal yang menarik dari kecenderungan internasional dalam mengupayakan “pemikiran kembali” dan “penggalan hukum” dalam rangka memantapkan strategi penanggulangan kejahatan yang integral adalah himbauan untuk melakukan “pendekatan yang berorientasi pada nilai” (“*value-oriented approach*”), baik nilai-nilai kemanusiaan maupun nilai-nilai identitas budaya dan nilai-nilai moral keagamaan. Jadi, terlihat himbauan untuk melakukan “*pendekatan humanis*”, “*pendekatan kultural*” dan “*pendekatan religius*” yang diintegrasikan ke dalam pendekatan rasional yang berorientasi pada kebijakan (“*policy-oriented approach*”). Dengan mengemukakan hal-hal di atas ingin ditekankan bahwa penggalan hukum agama dan hukum tradisional merupakan hal yang wajar dan bahkan dapat dikatakan merupakan “tuntutan zaman”. Khususnya bagi bangsa Indonesia, hal itu jelas merupakan “*beban nasional*” dan bahkan merupakan “*kewajiban dan tantangan nasional*” karena telah diamanatkan dan direkomendasikan dalam pelbagai perundang-undangan dan seminar-seminar nasional selama ini. Masalahnya adalah bagaimana menggali, mentransformasikan dan mengaktualisasikan nilai-nilai hukum tradisional (hukum adat) dan nilai-nilai hukum agama sehingga dapat diterima menjadi norma-norma yang terintegrasi dalam sistem hukum nasional.⁵

Melihat latar belakang tersebut, reformasi hukum pidana—dalam hal ini revisi KUHP—harus segera dilaksanakan dan disahkan sebagai peraturan perundang-undangan supaya landasan hukum yang berlaku

⁵ *Ibid.*, hal. 300-301.

sesuai dengan karakter dan falsafah masyarakat Indonesia. Menurut Barda Nawawi Arief⁶, reformasi sering diartikan secara singkat sebagai pembaruan. Apabila maknanya direnungi lebih dalam, reformasi bukan sekadar melakukan pembaruan atau perubahan, tetapi mengandung makna peningkatan kualitas yang lebih baik, karena *to reform* mengandung makna *to make better, become better, change for the better*, atau *return to a former good state*.

Dengan demikian, reformasi sistem peradilan atau sistem penegakan hukum mengandung makna pembaruan sistem peradilan menuju kualitas yang lebih baik atau secara singkat peningkatan kualitas sistem penegakan hukum. Adapun upaya atau bentuk dari pembaruan menuju kualitas yang lebih baik itu bermacam-macam, antara lain dengan melakukan reorientasi (penyesuaian atau peninjauan kembali), reevaluasi (penilaian kembali), reformulasi (perumusan kembali), restrukturisasi (penataan kembali), dan rekonstruksi (pembangunan kembali).

Oleh karena itu, dalam rangka melakukan pembaruan hukum pidana secara holistik, setidaknya ada beberapa unsur sistem hukum yang harus diperhatikan. Adapun unsur-unsur sistem hukum tersebut sebagaimana dijelaskan Friedman dalam *American Law* (1984)⁷, meliputi:

⁶ Bardanawawi.wordpress.com, *Pembaharuan Sistem Penegakan Hukum dengan Pendekatan Religius dalam Konteks Siskumnas dan Bangkumnas*, <http://bardanawawi.wordpress.com/2009/12/23/pembaharuan-sistem-penegakan-hukum-dengan-pendekatan-religius-dalam-konteks-siskumnas-dan-bangkumnas/>, diakses 18 November 2013, jam 22.41 WIB.

⁷ Lawrence M. Friedman, *American Law: an Introduction*, (London: W.W. Norton & Company, 1984), hal. 6.

1. Substansi hukum (*legal substance*)

Substansi hukum diartikan sebagai norma atau sejumlah peraturan dalam peraturan perundang-undangan. Substansi hukum dapat dipahami sebagai materi hukum yang digunakan dalam sistem peradilan pidana, baik hukum pidana materiil, hukum pidana formil, dan hukum pelaksanaan pidana. Substansi hukum bukan hanya terdapat dalam aturan-aturan atau norma-norma dalam peraturan perundang-undangan (*law book*), tetapi juga hukum yang hidup dalam masyarakat (*living law*). Dalam hal ini, RKUHP 2012 merupakan bagian dari pembaruan substansi hukum (*legal substance reform*) yang diharapkan dapat menjadi landasan hukum berdasarkan karakter dan falsafah masyarakat Indonesia.

2. Struktur hukum (*legal structure*)

Tanpa adanya struktur hukum, substansi hukum tidak akan berjalan dengan baik karena pada dasarnya pondasi dari substansi hukum terletak pada struktur hukum. Seperangkat aturan atau hukum dapat berjalan baik apabila ada penegakan hukum (*law enforcement*). Sedangkan berjalan atau tidaknya penegakan hukum terletak pada penegak hukum yang disebut sebagai struktur hukum. Struktur hukum meliputi badan eksekutif, legislatif dan yudikatif, termasuk lembaga-lembaga terkait seperti Kepolisian, Kejaksaan, Pengadilan, Komisi Yudisial, Komisi Pemberantasan Korupsi (KPK), serta pelbagai lembaga penegakan hukum lainnya.

Pada dasarnya struktur hukum merupakan lembaga, aparat penegak hukum, institusional beserta mekanisme prosedural dan administrasinya. Pentingnya penegakan hukum yang memiliki dampak langsung terhadap kualitas hidup seseorang—baik individu maupun masyarakat secara menyeluruh—ditekankan dalam *Code of Conduct for Law Enforcement Officials* yang diterima oleh Majelis Umum PBB dalam Resolusi 34/169, 17 Desember 1979⁸, yang berbunyi: “*Mindful that the nature of the functions of law enforcement in the defense of public order and the manner in which those functions are exercised have a direct impact on the quality of life of individuals as well as of society as a whole.*”

3. Budaya hukum (*legal culture*)

Budaya hukum yang tumbuh dalam masyarakat merupakan perwujudan dari tatanan nilai yang merupakan dasar pijakan dalam berbangsa dan bernegara. Pengertian budaya hukum (*legal culture*)—seperti dinyatakan Romli Atmasasmita—adalah sikap dan perilaku masyarakat menurut hukum dalam kehidupan sehari-hari.⁹ Dengan demikian, budaya hukum dapat dipahami sebagai nilai-nilai filosofi hukum, nilai-nilai hukum yang hidup dalam masyarakat, terutama

⁸ Wwww.un.org, *Code of Conduct for Law Enforcement Officials*, <http://www.un.org/disarmament/convarms/ATTPrepCom/Background%20documents/CodeofConductforlawEnfOfficials-E.pdf>, diakses 19 November 2013, jam 12.52 WIB.

⁹ Badan Pembinaan Hukum Nasional Kementerian Hukum & HAM RI, *Budaya Hukum di Tengah Perubahan*, http://bphntv.bphn.go.id/index.php?option=com_content&view=article&id=112:eksistensi-penyuluhan-hukum-dalam-rekonstruksi-budaya-hukum&catid=5:forum&Itemid=167, diakses 19 November 2013, jam 07.21 WIB.

mengenai kesadaran hukum dari pelaku sosial. Sistem hukum dapat bekerja dengan baik dalam masyarakat apabila adanya suatu nilai, sikap, dan kesadaran hukum yang memberikan pemahaman tentang bekerjanya sistem hukum tersebut.

Berdasarkan uraian tersebut, penulis memahami bahwa KUHP warisan kolonial Belanda sebagai “substansi hukum” berbenturan dengan “budaya hukum” yang berlaku dalam masyarakat Indonesia. Substansi hukum pidana yang mengatur segala perilaku hukum manusia Indonesia bertentangan dengan budaya masyarakat yang seharusnya menjadi landasan utama dalam setiap mengambil keputusan hukum. Akibat dari perbenturan antara substansi hukum dan budaya hukum yang sangat mencolok ini, maka sistem hukum di Indonesia mengalami ketimpangan, ketidaksesuaian, bahkan bisa dikatakan “abnormal”.

Apabila hal tersebut dibiarkan berlarut-larut, sebagaimana disinggung dalam *Fifth United Nations Congress on the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders* (1976), keadaan yang demikian menjadi faktor pemicu terjadinya kejahatan. Melihat latar belakang yang demikian, pembaruan KUHP menjadi agenda yang menjadi prioritas utama untuk menciptakan sistem hukum nasional yang mapan dan sesuai dengan watak kepribadian budaya hukum masyarakat Indonesia. Demikian pula kebijakan kriminalisasi zina lajang dalam RKUHP 2012 merupakan langkah pembaruan hukum pidana yang sesuai dengan kepribadian, karakter, falsafah, watak dan budaya masyarakat Indonesia.

B. Aspek Kriminalisasi Pasal 483 RKUHP 2012 yang Mengatur Zina Lajang

1. Pengertian Kriminalisasi

Kriminalisasi diartikan sebagai proses penetapan suatu perbuatan seseorang sebagai perbuatan yang dapat dipidana. Proses ini diakhiri dengan terbentuknya undang-undang di mana perbuatan itu diancam dengan suatu sanksi yang berupa pidana.¹⁰

Kriminalisasi juga dapat dilihat dari perspektif nilai yang berarti perubahan nilai yang menyebabkan sejumlah perbuatan yang sebelumnya merupakan perbuatan yang tidak tercela dan tidak dituntut pidana, berubah menjadi perbuatan yang dipandang tercela dan perlu dipidana.¹¹

Soetandyo Wignjosoebroto berpendapat bahwa kriminalisasi adalah pernyataan bahwa perbuatan tertentu harus dinilai sebagai perbuatan pidana yang merupakan hasil dari suatu penimbangan normatif (*judgments*) di mana wujud akhirnya adalah suatu keputusan (*decisions*).¹²

Menurut Teguh Prasetyo, kriminalisasi adalah proses penetapan suatu perbuatan yang semula bukan tindak pidana atau tidak diatur

¹⁰ Sudarto, *Kapita Selekta Hukum Pidana*, (Bandung: Alumni, 1986), hal. 31.

¹¹ Rusli Effendi dkk, "Masalah Kriminalisasi dan Dekriminalisasi dalam Rangka Pembaruan Hukum Nasional" dalam BPHN, *Simposium Pembaruan Hukum Pidana Nasional Indonesia*, (Jakarta: Binacipta, 1986), hal. 64-65.

¹² Soetandyo Wignjosoebroto, "*Kriminalisasi dan Dekriminalisasi: Apa yang Dibicarakan Sosiologi Hukum tentang Hal Ini*", disampaikan dalam Seminar Kriminalisasi dan Dekriminalisasi dalam Pembaruan Hukum Pidana Indonesia, Fakultas Hukum UII Yogyakarta, 15 Juli 1993.

dalam hukum pidana, karena perkembangan masyarakat, kemudian menjadi tindak pidana atau dimuat ke dalam hukum pidana, artinya tahap akhir proses kriminalisasi adalah pembentukan hukum pidana.¹³

Sedangkan Kamus Besar Bahasa Indonesia (KBBI)¹⁴ memberikan definisi kriminalisasi dengan ejaan “kri-mi-na-li-sa-si” dalam terma hukum yang berarti proses yang memperlihatkan perilaku yang semula tidak dianggap sebagai peristiwa pidana, tetapi kemudian digolongkan sebagai peristiwa pidana oleh masyarakat.

Berbeda dengan pendapat Paul Cornill dalam ceramahnya pada kongres PBB ke-IV tahun 1970 mengenai *Prevention of Crime and Treatment of Offenders* tentang “*Criminality and Deviance in a Changing World*”¹⁵, kriminalisasi bukan semata-mata perbuatan yang semula dianggap bukan tindak pidana kemudian dianggap sebagai tindak pidana, tetapi juga penambahan atau peningkatan sanksi pidana terhadap tindak pidana yang sudah ada.

Sudarto dalam bukunya, *Kapita Selekta Hukum Pidana* (1981: 113-114) mendefinisikan kebijakan kriminal (*criminal policy*) sebagai berikut:

- 1) *dalam arti sempit*, ialah keseluruhan asas dan metode yang menjadi dasar dari reaksi terhadap pelanggaran hukum yang berupa pidana;

¹³ Teguh Prasetyo, *Kriminalisasi dalam Hukum Pidana*, Bandung: Nusa Media, 2010, hal. 32.

¹⁴ Kamus Besar Bahasa Indonesia (KBBI) Kamus versi online dalam jaringan, *Kriminalisasi*, <http://kbbi.web.id/kriminalisasi>, diakses 19 November 2013, jam 11.40 WIB.

¹⁵ Salman Luthan, “Asas dan Kriteria Kriminalisasi,” *Jurnal Hukum Fakultas Hukum UII Yogyakarta*, XVI, No 1, (Januari, 2009), hal. 2.

- 2) *dalam arti luas*, kriminalisasi adalah keseluruhan fungsi dari aparaturnya penegak hukum, termasuk di dalamnya cara kerja dari pengadilan dan polisi;
- 3) *dalam arti paling luas*—diambil Sudarto dengan mengutip pendapat Jorgen Jepsen—kriminalisasi adalah keseluruhan kebijakan yang dilakukan melalui perundang-undangan dan badan-badan resmi yang bertujuan untuk menegakkan norma-norma sentral dari masyarakat.

Barda Nawawi Arief secara singkat menggunakan istilah kriminalisasi sebagai kebijakan penyusunan delik-delik. Dari pelbagai pendapat tersebut, penulis menarik pemahaman bahwa kriminalisasi adalah upaya untuk memasukkan tindakan atau perbuatan yang dianggap mengancam tatanan kehidupan masyarakat ke dalam peraturan perundang-undangan sebagai delik yang patut mendapatkan sanksi pidana. Adapun tujuan akhir dari kriminalisasi—menurut penulis—adalah untuk menciptakan sistem hukum yang mapan dalam rangka membentuk tatanan masyarakat yang lebih sejahtera dan bermoral.

Sementara itu, terkait dengan masalah sentral dalam kebijakan kriminal yang menggunakan sarana penal (hukum pidana) adalah masalah penentuan dua hal, yaitu:¹⁶

- 1) perbuatan apa yang seharusnya dijadikan tindak pidana;

¹⁶ Barda Nawawi Arief, *Kebijakan Legislatif dalam Penanggulangan Kejahatan dengan Pidana Penjara*, Semarang: Universitas Diponegoro, 2000, hal. 35.

- 2) sanksi apa yang sebaiknya digunakan atau dikenakan kepada si pelanggar.

Adapun mengenai poin pertama, Sudarto mengemukakan bahwa dalam menghadapi masalah sentral pada poin pertama di atas yang sering disebut masalah kriminalisasi harus diperhatikan hal-hal sebagai berikut:¹⁷

- 1) penggunaan hukum pidana harus memperhatikan tujuan pembangunan nasional, yaitu mewujudkan masyarakat adil dan makmur yang merata, baik secara materiil maupun spiritual berdasarkan Pancasila; sehubungan dengan ini maka (penggunaan) hukum pidana bertujuan untuk menanggulangi kejahatan dan mengadakan peneguhan 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 atau spiritual) atas warga masyarakat.
- 3) Penggunaan hukum pidana harus pula memperhitungkan prinsip “biaya dan hasil” (*cost benefit principle*).
- 4) Penggunaan atau kemampuan daya kerja dari badan-badan penegak hukum, yaitu jangan sampai ada kelampauan beban tugas (*overbelasting*).

¹⁷ Sudarto, *Hukum dan Hukum Pidana*, Bandung: Alumni, 1977, hal. 44.

Adapun terkait dengan sumber bahan yang akan digunakan sebagai landasan kebijakan kriminalisasi harus didasarkan pada hal-hal sebagai berikut:¹⁸

- 1) masukan pelbagai penemuan ilmiah;
- 2) masukan dari pelbagai hasil penelitian dan pengkajian mengenai perkembangan delik-delik khusus dalam masyarakat dan perkembangan iptek;
- 3) masukan dari pengkajian dan pengamatan bentuk-bentuk serta dimensi baru kejahatan dalam pertemuan/kongres internasional;
- 4) masukan dari konvensi internasional;
- 5) masukan dari pengkajian perbandingan pelbagai KUHP asing.

Melihat pelbagai hal tersebut di atas, Barda Nawawi Arief mengutarakan bahwa kebijakan atau upaya penanggulangan kejahatan pada hakikatnya merupakan bagian integral dari upaya perlindungan masyarakat (*social defense*) dan upaya mencapai kesejahteraan masyarakat (*social welfare*). Dapat dikatakan bahwa tujuan utama dari politik kriminal adalah bagaimana kriminalisasi dari sebuah tindakan atau perilaku yang dianggap tercela dan perlu dipidana tersebut dapat mencapai kesejahteraan masyarakat.¹⁹ Dengan demikian, kebijakan kriminal sebagai salah satu bentuk upaya pembaruan hukum pidana diharapkan mampu mengakomodasi kepentingan masyarakat.

¹⁸ Teguh Prasetyo, *op.cit.*, hal. 41-42.

¹⁹ Barda Nawawi Arief, *op.cit.*, hal. 2.

2. Kebijakan Kriminal Zina Lajang dalam Pasal 483 RKUHP 2012

a. Urgensi Kriminalisasi Zina Lajang

Delik perzinahan pada hakikatnya termasuk salah satu delik kesusilaan yang erat hubungannya dengan nilai-nilai kesucian dari lembaga perkawinan. Jadi, masalah sentralnya bukan berkisar pada masalah apakah perzinahan itu delik aduan atau bukan; melainkan masalah sentralnya harus menitik pada masalah pandangan dan konsep nilai masyarakat mengenai nilai-nilai kesusilaan dan kesucian dari lembaga perkawinan itu sendiri.²⁰

Lebih lanjut, Barda Nawawi Arief menjelaskan bahwa pandangan “Barat” yang individualistik-liberalistik, hak-hak dan kebebasan individu—termasuk di bidang hukum seksual atau moral—sangat menonjol dan dijunjung tinggi. Sepanjang hubungan seksual atau moral tersebut bersifat individual, bebas dan tanpa paksaan, hal demikian dipandang wajar dan tidak tercela. Oleh karena itu, wajar perzinahan dan lembaga perkawinan dipandang sangat pribadi.

Barda Nawawi Arief menilai bahwa dalam masyarakat yang memiliki pandangan dan struktur sosial-budaya yang bersifat kekeluargaan dan kolektivistik, problematika zina dan lembaga perkawinan bukan semata-mata masalah pribadi dan persoalan kebebasan individual, melainkan terkait pula dengan nilai-nilai dan kepentingan masyarakat luas, minimal kepentingan keluarga,

²⁰ *Ibid.*, hal. 254.

kepentingan kaum dan kepentingan lingkungan. Hubungan atau proses perkawinan bukan semata-mata perjanjian antara individu yang bersangkutan, tetapi juga terkait dengan hubungan kekeluargaan dan kekerabatan kedua belah pihak, bahkan juga lingkungan.

Salah satu alasan Barda Nawawi Arief menekankan pentingnya kriminalisasi terhadap perbuatan zina—baik zina *muhsan* maupun zina *ghairu muhsan*—karena perbuatan tersebut dengan jelas melanggar kesucian perkawinan, padahal nilai kesusilaan nasional (NKN) yang ingin ditegakkan melalui Undang-Undang Perkawinan adalah bahwa hubungan seksual itu hendaknya dilakukan melalui lembaga perkawinan, bukan di luar lembaga perkawinan. Pembangunan moral bangsa yang menjadi tujuan kebijakan sosial (*social policy*) dan sepatutnya juga diperhatikan dalam setiap kebijakan kriminal (*criminal policy*) adalah moral yang bertolak dari budaya bangsa dan moral keagamaan, bukan yang bertolak dari paham “kebebasan moral”.

Itu artinya memberikan peluang besar terjadinya perbuatan zina sama halnya dengan memberikan peluang terhadap tumbuh suburnya dunia pelacuran. Ini sesuai dengan hukum ekonomi, semakin banyak permintaan maka semakin banyak penawaran. Semakin subur usaha pelacuran, berarti semakin besar peluang menyebabkan penyakit kotor (antara lain AIDS). Dengan demikian—menurut Barda Nawawi Arief, terlalu sederhana melihat perzinahan atau hubungan seksual dengan dasar suka sama suka sebagai masalah yang sangat pribadi. Perzinahan

dan hubungan seksual memang bersifat pribadi, tetapi dampak moral, dampak psikologis, dampak kriminogen dan dampak sosialnya negatif. Dengan demikian, perzinahan jelas bukan masalah pribadi lagi, tetapi sudah menyangkut kepentingan umum. Salah satu dampak kriminogen lainnya adalah perbuatan main hakim sendiri sebagai akibat sampingan tidak terselesaikannya masalah atau akibat yang timbul dari perbuatan zina.

Dalam pelbagai kesempatan secara terpisah melalui *Bunga Rampai Kebijakan Hukum Pidana* (2005), penulis menemukan latar belakang substantif mengenai kriminalisasi perbuatan zina menurut Barda Nawawi Arief, yaitu perbuatan zina dipandang sebagai perbuatan tercela yang bertentangan dengan perasaan kesusilaan atau moral masyarakat. Belum lagi ragam persoalan yang harus ditanggung oleh kedua belah pihak jika terjadi perselisihan yang tidak akan bisa selesai tanpa adanya hukum yang mengatur, misalnya kasus perbuatan zina di mana pihak wanita hamil atas tindakan zina tersebut dan laki-laki tidak bersedia menikahi atau ada halangan untuk menikah menurut undang-undang.

Oleh karena itu—menurut penulis—pelbagai macam problematika yang disebabkan oleh perbuatan zina apabila tidak dilakukan kriminalisasi bukan saja melukai rasa moral dan kesusilaan masyarakat, tetapi juga menyebabkan bermacam faktor kejahatan lain yang berdampak lebih masif daripada sekadar persoalan zina.

Akibatnya, tatanan sosial masyarakat akan terganggu sehingga sistem hukum yang diharapkan menjadi pelindung (*social defense*) dan pilar kesejahteraan masyarakat (*social welfare*) tidak berfungsi dengan baik.

b. Kebijakan Kriminal Zina Lajang dalam Perspektif Hukum Positif

Dalam laman *Chirpstory.com* yang berjudul “pasal-pasal kesusilaan dalam RKUHP, khususnya soal zina dan kumpul kebo” yang merangkum hasil diskusi hukum sesi #MelekHukum melalui akun Twitter @klinikhukum²¹, Muladi sebagai salah satu tim perumus RKUHP 2012 mengatakan bahwa pasal-pasal kesusilaan baru dimasukkan dalam RKUHP melihat dampak banyaknya remaja yang hamil di luar nikah. Dengan konsep KUHP yang sekarang berlaku, delik zina hanya bisa dikenakan kepada pasangan yang salah satu atau keduanya sudah menikah.

Wawancara yang diselenggarakan Radio Australia²², pakar hukum pidana Universitas Islam Indonesia (UII) Mudzakir sebagai salah seorang tim perumus draf revisi KUHP menjawab persoalan kriminalisasi zina lajang. Ketika diajukan sejumlah pertanyaan mengenai seruan Perserikatan Bangsa-Bangsa (PBB) yang tidak menghendaki terjadinya kriminalisasi terhadap perbuatan zina lajang,

²¹ Chirpstory.com, *Pasal-pasal kesusilaan dalam RUU KUHP oleh @klinikhukum*, <http://chirpstory.com/li/64495>, diakses 23 November 2013, jam 11.30 WIB.

²² Radio Australia, *Mengatur Perzinahan: Keseimbangan Perlindungan Individu dan Komunitas*, <http://www.radioaustralia.net.au/indonesian/radio/onairhighlights/mengatur-perzinahan-keseimbangan-perlindungan-individu-dan-komunitas/1100496>, diakses 24 November 2013, jam 07.45 WIB.

Mudzakir menilai bahwa masing-masing negara memiliki nilai budaya yang berbeda-beda, sehingga tidak bisa disamakan dengan nilai budaya seluruh negara di dunia. Mengingat negara Indonesia memiliki nilai-nilai tertentu di mana masyarakat menolak perbuatan perzinahan—termasuk perzinahan di kalangan lajang—maka ketika menyusun RKUHP yang mengatur perzinahan tersebut, tim sudah mencoba untuk menelusuri pikiran-pikiran masyarakat.

Tentu sebelum merumuskan zina lajang sebagai suatu delik, tim perumus sudah melakukan penelusuran riset di pelbagai pelosok tanah air dengan mengambil beberapa wilayah tertentu dan juga praktek yang terjadi dalam masyarakat. Berdasarkan riset tersebut—sebagaimana dikatakan Mudzakir—pada dasarnya masyarakat menolak terhadap perbuatan perzinahan. Oleh karena itu, perbuatan zina oleh tim perumus diformulasikan sedemikian rupa sehingga menjadikan perbuatan zina dilarang dalam hukum pidana, termasuk kualifikasi larangan tersebut di dalam bab terkait dengan perlindungan terhadap perkawinan. Hal demikian berarti masyarakat Indonesia menilai bahwa institusi perkawinan merupakan institusi yang agung dan suci, sehingga dalam rangka melindungi institusi perkawinan tersebut dilarang untuk melakukan hubungan seksual di luar nikah.

Deputi Direktur Pengembangan Sumber Daya Hak Asasi Manusia (PSDHAM) Lembaga Studi dan Advokasi Masyarakat (ELSAM) Zainal Abidin membantah pernyataan Mudzakir bahwa

kriminalisasi zina lajang merupakan upaya melakukan reformasi hukum pidana Indonesia dengan pengaturan baru yang seharusnya menyesuaikan perkembangan masyarakat. Menurutnya, ada pasal-pasal yang tidak cocok diterapkan. Dengan demikian—menurut Zainal Abidin—memasukkan zina lajang sebagai delik dinilai sebagai tindakan “over-kriminalisasi” di mana banyak regulasi yang sebetulnya tidak perlu diatur, tetapi kemudian dikriminalisasi.

Pasal zina dan perbuatan cabul dalam beberapa klausul pasalnya merupakan lanjutan dari apa yang ada dalam KUHP sekarang, tetapi juga menambahkan sejumlah hal yang menurutnya masih kontroversial di masyarakat terkait dengan laki-laki dan perempuan yang masing-masing tidak terikat dengan perkawinan yang sah melakukan persetubuhan yang kemudian itu dimasukkan dalam kategori zina dan perbuatan cabul, apalagi diancam dengan pidana penjara 5 (lima) tahun.

Terkait dengan pernyataan Mudzakir yang menyatakan bahwa sebenarnya jiwa dari RKUHP mencerminkan norma-norma susila yang hidup di masyarakat timur seperti Indonesia, Zainal Abidin menilai bahwa apa yang diklaim sebagai “norma timur” yang sesuai dengan budaya Indonesia juga harus memperhatikan aspek iklim multikultural di Indonesia dan melihat perkembangan hukum ke depan.

Mengenai pertanyaan apakah kriminalisasi zina dalam RKUHP tersebut bersumber dari hukum Islam yang mempersyaratkan suatu

tuduhan perzinahan harus dibuktikan dengan empat orang saksi tepercaya yang melihat pelaku melakukan penetrasi, Mudzakir mengutarakan bahwa RKUHP merupakan substansi hukum yang murni diambil dari perspektif hukum nasional, sehingga proses pembuktian dalam suatu tindak pidana apapun dalam buku kedua RKUHP—termasuk di dalamnya mengenai tindak pidana kesusilaan yang menyangkut persoalan zina—tunduk pada pembuktian sebagaimana diatur dalam hukum acara pidana.

Mengingat sulitnya proses pembuktian tersebut, maka perbuatan zina dikualifikasikan sebagai delik aduan. Sebagai antisipasi apabila delik aduan kemudian dikhawatirkan banyak digunakan sebagai sarana untuk menyebarkan fitnah—dalam khasanah keilmuan hukum pidana Islam dikenal dengan istilah *qadzaf*—maka tim perumus RKUHP menyediakan pasal tersendiri khusus untuk penuduh zina.

Meskipun demikian, Mudzakir menekankan bahwa RKUHP harus didekati dengan pendekatan sistem hukum nasional, sehingga delik zina disebutkan dengan redaksi “dalam ikatan perkawinan atau di luar ikatan perkawinan.” Artinya, hukum berusaha untuk mempertahankan nilai-nilai dalam konteks nilai perkawinan. Apabila ada undang-undang perkawinan, maka hukum pidana harus menyertai dalam rangka mendorong dan mempertahankan undang-undang perkawinan yang menjadi bagian dari sistem hukum yang ada di Indonesia.

Hasil riset yang dilakukan Mudzakir dan beberapa tim perumus RKUHP menunjukkan bahwa masyarakat Indonesia masih mengenal arak bugil, yakni seseorang yang tertangkap zina kemudian ditelanjangi dan diarak bugil untuk dibawa ke Rukun Tetangga (RT), Rukun Warga (RW), dan sebagainya. Hal demikian menurut Mudzakir merupakan perilaku main hakim sendiri yang tidak manusiawi. Oleh karena itu, negara harus memberikan fasilitas agar masyarakat Indonesia tidak melakukan tindakan arak bugil terhadap pelaku zina lajang. Hal ini wajar dilakukan masyarakat mengingat tidak ada pasal yang mengatur soal zina lajang. Apalagi reaksi arak bugil selain dibawa ke RT dan RW, juga dipaksa untuk menikah sehingga hal demikian juga bertentangan dengan hukum. Oleh karena itu, ada ketentuan pasal yang mengatur tentang pihak ketiga yang tercemar, sesungguhnya untuk mengharmonisasi nilai-nilai yang hidup dalam kelompok masyarakat dan nilai-nilai yang semestinya dijaga oleh semua pihak.

Mudzakir memberikan studi kasus bahwa seorang turis di Bali melakukan hubungan seksual di Pura (tempat ibadah orang Hindu). Pertanyaannya adalah yang satu pihak melakukan hubungan seksual tidak dilarang dalam KUHP, tetapi orang Bali melakukan tindakan reaksi dengan memberikan sanksi sosial. Masyarakat Bali atau yang memiliki tempat ibadah itulah yang dikatakan sebagai pihak ketiga

yang tercemar, tidak bisa kemudian orang Jawa yang jauh dari Bali mengajukan aduan.

Adanya arak bugil menurut Mudzakir merupakan indikasi bahwa masyarakat tidak menghendaki perzinahan, apalagi perbuatan tersebut dilakukan di lokasi di mana mereka berada. Jadi ada dua hal terkait dengan arak bugil, yaitu masyarakat menolak perzinahan dan masyarakat menolak lokasi mereka dijadikan tempat berzina.

Voa Islam²³ menilai bahwa perilaku seks bebas di kalangan pelajar yang semakin marak menjadi salah satu alasan untuk melakukan kriminalisasi terhadap pelaku zina lajang.

Penelitian Survei Kesehatan Reproduksi Remaja Indonesia pada 2007 menemukan bahwa perilaku seks bebas bukan sesuatu yang aneh dalam kehidupan remaja di Indonesia. Kementerian Kesehatan pada 2009 pernah merilis perilaku seks bebas remaja dari hasil penelitian di empat kota, yaitu Jakarta Pusat, Medan, Bandung, dan Surabaya. Hasilnya adalah sebanyak 35,9 persen remaja memiliki teman yang sudah pernah melakukan hubungan seksual sebelum menikah. Bahkan 6,9 persen responden telah melakukan hubungan seksual sebelum menikah.²⁴

²³ Voa Islam, *RUU KUHP: Jerat Hukum Buat Para Jomblo yang Suka Kumpul Kebo*, <http://www.voa-islam.com/read/indonesiana/2013/03/21/23675/ruu-kuhp-jerat-hukum-buat-para-jomblo-yang-suka-kumpul-kebo/#sthash.6YusUW47.dpbs>, diakses 25 November 2013, jam 12.14 WIB.

²⁴ Kebijakan Kesehatan Indonesia, *BKKBN: Seks Bebas Kini Masalah Utama Remaja Indonesia*, <http://kebijakankesehatanindonesia.net/component/content/article/73-berita/1233-bkkbn-seks-bebas-kini-masalah-utama-remaja-indonesia.html>, diakses 25 November 2013, jam 12.26 WIB.

Pakar hukum pidana Universitas Indonesia Ganjar Laksamana mengatakan bahwa permasalahan kriminalisasi zina lajang diusulkan karena mengadopsi nilai yang ada dalam masyarakat. Ganjar menjelaskan, tidak ada agama yang dianut masyarakat yang mengizinkan lajang untuk berzina. “Hanya sekte yang memperbolehkan zina, tetapi sekte sendiri dilarang,” katanya dalam diskusi mengupas RKUHP dan RKUHAP di Kementerian Hukum dan HAM, Selasa, 2 April 2013.²⁵

Dari pelbagai uraian di atas, penulis memahami bahwa kriminalisasi terhadap lajang yang berzina dilatarbelakangi oleh beberapa hal, di antaranya sebagai berikut:

- 1) zina lajang bertentangan dengan nilai-nilai, norma, falsafah, dan moral kesusilaan yang hidup dalam masyarakat Indonesia;
- 2) zina lajang bertentangan dengan semua ajaran agama yang dianut dalam masyarakat Indonesia;
- 3) zina lajang bertentangan dengan kepentingan masyarakat, baik kepentingan keluarga individu, kepentingan kekerabatan kedua belah pihak (apabila zina muhsan), kepentingan lingkungan, serta kepentingan kaum sebagai manusia mulia yang beradab, berakal, dan bermartabat tinggi;
- 4) zina lajang mencederai kesucian lembaga perkawinan. Dalam skala yang lebih luas, mencederai kesucian lembaga perkawinan yang

²⁵ Tempo.co, *Mengapa RUU KUHP Mengatur Perzinahan dan Lajang?*, <http://www.tempo.co/read/news/2013/04/03/063470878/Mengapa-RUU-KUHP-Mengatur-Perzinahan-dan-Lajang>, diakses 25 November 2013, jam. 14.05 WIB.

- diatur dan ditetapkan negara dalam skala yang lebih luas berarti menghinati negara sehingga perbuatan tersebut perlu mendapatkan sanksi pidana;
- 5) zina lajang melanggar nilai kesusilaan nasional (NKN) yang ditegakkan melalui undang-undang perkawinan di mana hubungan seksual seharusnya dilakukan melalui lembaga perkawinan, bukan di luar perkawinan yang sah oleh hukum;
 - 6) banyaknya pelajar dan kalangan lajang yang melakukan hubungan seksual di luar pernikahan yang berdampak pada banyaknya kalangan lajang yang hamil di luar nikah, serta pelbagai dampak lain akibat perzinahan oleh kalangan lajang, seperti perselisihan akibat zina yang dikhawatirkan tidak akan pernah bisa terselesaikan tanpa adanya hukum yang mengatur, pengguguran anak hasil perzinahan, dan pelbagai dampak lain yang merusak tatanan sosial masyarakat Indonesia;
 - 7) menghindari adanya sanksi sosial dari masyarakat langsung atau menghindari reaksi main hakim sendiri dari masyarakat sehingga apabila hal ini terjadi maka negara selaku *legal structure* tidak memiliki peran dalam melakukan penegakan hukum. Artinya, peran negara sebagai penegak hukum menjadi “mandul”;
 - 8) mencegah secara legal-formal terhadap penyebarluasan penyakit akibat perzinahan, seperti AIDS, sifilis, kencing nanah, dan lain sebagainya.

3. Analisis Kebijakan Kriminal Zina Lajang dalam Perspektif Hukum Pidana Islam

Ahmad Rofiq²⁶ tidak sepakat dengan penggunaan kata “kriminalisasi” dalam konteks hukum pidana Islam, karena perbuatan zina memang diklasifikasikan dalam hukum Islam sebagai sebuah delik atau tindakan kriminal. Menurut Rofiq, kata “kriminalisasi” harus ditempatkan dalam konteks suatu perbuatan yang sebenarnya bukan tindakan kriminal, tetapi kemudian dikriminalisasi. Dalam konteks zina lajang, maka perbuatan tersebut—menurut hukum Islam—memang perbuatan kriminal. Hanya saja nilai KUHP diambil dari kode penal Perancis (*French Penal Code*) yang kemudian dibawa Belanda ke Indonesia sehingga KUHP menganggap hubungan seksual atas dasar suka sama suka tidak dilarang. Berbeda dengan Islam yang memang dari awal memandang hubungan seksual tanpa adanya ikatan perkawinan dikategorikan sebagai perbuatan zina, tidak memandang apakah itu lajang atau sudah menikah.

Ahmad Rofiq berpendapat bahwa larangan zina (kebijakan kriminal) disebabkan karena Islam memandang pernikahan sebagai ikatan suci. Selain itu, seks merupakan persoalan suci yang tidak bisa diobral sehingga karena kesucian tersebut, maka hubungan seksual diatur dalam pernikahan. Dengan demikian, segala sesuatu yang

²⁶ Wawancara dengan Prof. Dr. H. Ahmad Rofiq, MA, Guru Besar Hukum Islam IAIN Walisongo Semarang; Sekretaris Umum Majelis Ulama Indonesia (MUI) Jawa Tengah, 21 November 2013, jam. 08.33 WIB.

berhubungan dengan perbuatan seksual yang tidak halal baginya menurut syara' tetap dilarang.

Salah satu tujuan adanya pernikahan adalah sebagai wadah untuk menyalurkan kebutuhan biologis. Mengingat pernikahan itu sakral, maka hubungan seksual itu semestinya juga dianggap sakral karena hal tersebut diatur dalam lembaga pernikahan. Oleh karena itu, pernikahan dalam Islam sebetulnya diberikan kelonggaran dalam konteks batasan umur. Misalnya, Siti Aisyah berusia 7 (tujuh) tahun dinikahi Nabi Muhammad saw yang kemudian baru di-*boyong*²⁷ saat berusia 9 (sembilan) tahun. Apalagi dalam aturan ijab dan qabul yang melakukan ijab adalah orangtua pengantin perempuan, bukan dirinya sendiri.

Ijab dalam hal ini menjadi indikasi bahwa persoalan perkawinan yang menjadi sarana untuk menyalurkan hubungan seksual melibatkan kepentingan orang lain, bukan semata-mata kepentingan pribadi yang bisa diserahkan kepada calon mempelai. Selain itu—menurut penulis—kelonggaran batasan umur dalam Islam yang dimaksud Ahmad Rofiq tersebut dalam rangka mempermudah pernikahan sehingga dengan cara tersebut bisa dikatakan sebagai salah satu cara untuk mengantisipasi perzinahan. Berbeda dengan hukum positif di mana dalam pasal 15 Kompilasi Hukum Islam (KHI) tentang Calon Mempelai dijelaskan sebagai berikut:

²⁷ *Boyong* adalah istilah dalam kosakata bahasa Jawa di mana dalam konteks penjelasan ini dimaksudkan dengan arti “digauli layaknya suami istri.”

Bagian Kedua
Calon Mempelai

Pasal 15

- (1) Untuk kemaslahatan keluarga dan rumah tangga, perkawinan hanya boleh dilakukan calon mempelai yang telah mencapai umur ditetapkan dalam Pasal 7 Undang-Undang No. 1 Tahun 1974, yakni calon suami sekurang-kurangnya berumur 19 tahun dan calon istri sekurang-kurangnya berumur 16 tahun.
- (2) Bagi calon mempelai yang belum mencapai umur 21 tahun harus mendapat izin sebagaimana diatur dalam Pasal 6 Ayat (2), (3), (4), dan (5) UU No. 1 Tahun 1974.

Melihat maraknya lajang yang berzina—terutama kalangan pelajar—yang memiliki usia di bawah 19 tahun dengan dampak hamil di luar nikah, maka menurut penulis tidak cukup hanya dengan melakukan reformasi *legal substance* yang diaktualkan dalam tindakan kriminalisasi terhadap lajang yang berzina kemudian dapat meminimalisasi tindakan zina. Penulis sepakat dengan adanya reformasi *legal substance* terhadap perbuatan zina yang dilakukan lajang dalam RKUHP 2012 dengan syarat bahwa wilayah *legal structure* hendaknya juga direformasi untuk disesuaikan dengan *legal substance* sehingga menghasilkan sistem hukum yang mapan. Dengan demikian, reformasi hukum yang dilakukan benar-benar komprehensif-holistik sehingga tujuan hukum sebagai pilar kesejahteraan dan perlindungan masyarakat benar-benar tercapai.

Dalam berita yang dilansir *Sindonews.com* pada 7 November 2013, perilaku seks bebas di kalangan remaja di Ponorogo, Jawa Timur, sangat mengkhawatirkan. Dalam 10 bulan terakhir, sekitar 200-

an siswi hamil di luar nikah. Data ini terungkap dari banyaknya permohonan dispensasi menikah di bawah umur di Pengadilan Agama (PA) Ponorogo. Para siswi yang sudah hamil mengajukan permohonan agar bisa menikah. Data mengejutkan ini terungkap dari jumlah permohonan izin menikah di bawah umur atau disebut dispensasi nikah di PA Kabupaten Ponorogo. Dispensasi atau keringanan untuk menikah karena belum cukup umur, yaitu di bawah 16 tahun untuk perempuan dan laki-laki di bawah 19 tahun. Untuk bisa menikah secara sah dan diakui hukum, harus ada putusan MA yang mengizinkan keduanya menikah. Yang lebih memprihatinkan lagi, ternyata mereka yang mengajukan dispensasi sudah dalam kondisi hamil. Mereka juga kebanyakan berstatus pelajar SMA, bahkan SMP.²⁸

Data aktual di atas bukan dimaksudkan untuk mengkaji dalam perspektif hukum perdata, tetapi penulis hendak menyajikan fakta empiris di lapangan sebagai salah satu sampel permasalahan zina lajang bahwa ada beberapa hal yang harus dikaji terkait dengan data tersebut.

Pertama, fenomena zina lajang sudah semakin menggejala dan memprihatinkan, sehingga cukup beralasan untuk melakukan kriminalisasi zina oleh lajang. Kedua, pengetahuan seks bebas bersamaan dengan praktik hubungan seksual sudah dipahami dengan baik oleh kalangan remaja yang dianggap Kompilasi Hukum Islam

²⁸ Sindonews.com, *Perilaku seks remaja Ponorogo sudah gawat*, <http://nasional.sindonews.com/read/2013/11/06/23/802653/perilaku-seks-remaja-ponorogo-sudah-gawat>, diakses 26 November 2013, jam 22.16 WIB.

(KHI) belum cukup umur sehingga berimplikasi pada perbuatan hubungan seksual tanpa didahului ikatan perkawinan secara sah. Artinya, batasan usia 16 tahun untuk perempuan dan 19 tahun untuk laki-laki tampaknya tidak bisa mengakomodasi kebutuhan sosial masyarakat yang semakin menggejala terkait dengan hubungan seksual.

Ketiga, pernikahan terhambat oleh kebijakan birokrasi yang menyulitkan untuk menikah di mana regulasi (*legal substance*) berbenturan dengan realitas masyarakat (*legal culture*). Artinya, regulasi dan pengadilan selaku penegak hukum berbenturan dengan realitas sosial bahwa kalangan lajang semakin tidak terkendali terkait dengan perilaku seksual, sementara regulasi dan lembaga pernikahan belum mampu mengakomodasi kebutuhan tersebut. Menurut penulis, Pasal 15 ayat 2 KHI yang mengharuskan calon mempelai di bawah 21 tahun mendapatkan izin sebagaimana pasal 6 Undang-Undang No. 1 Tahun 1974 merupakan bukti adanya “birokratisasi” pernikahan yang mempersulit seseorang untuk menikah.

Dengan ulasan tersebut, penulis berpendapat bahwa untuk melakukan reformasi RKUHP 2012 sebagai *legal substance*—terutama kriminalisasi lajang berzina—harus dibarengi dengan reformasi *legal structure*, terlebih reformasi tersebut dilandasi dengan pemahaman yang sungguh-sungguh terhadap *legal culture* atau realitas sosial yang ada dalam masyarakat. Dengan demikian, pemahaman yang baik

terhadap hukum pidana materiil tanpa adanya pemahaman yang baik terhadap hukum pidana formil, serta pemahaman yang baik terhadap kebutuhan sosial masyarakat, hal tersebut tentu merupakan upaya pembaruan hukum parsial yang tidak diharapkan.

Menurut Ahmad Rofiq, alasan zina dikategorikan sebagai perbuatan kriminal karena Islam ingin menjaga keberlanjutan keturunan manusia yang merupakan kebutuhan *dharuriyah*²⁹ bagi kehidupan manusia, sehingga apapun bentuk hubungan seks harus melalui pernikahan. Sementara itu, pernikahan diatur sedemikian rupa agar tidak boleh memiliki hubungan *nasab*³⁰ di mana apabila ditinjau secara medis dilarang karena memiliki kemungkinan keturunan lahir dalam kondisi cacat.

Berbeda dengan Abu Hapsin³¹ yang lebih sepekat untuk membedakan terlebih dahulu antara hukum dan moral sebelum melakukan kriminalisasi terhadap perbuatan zina lajang. Pertanyaan yang timbul kemudian adalah apakah moral itu bisa dihukum atau tidak? Abu Hapsin memberikan contoh sederhana bahwa apakah orang

²⁹ *Dharuriyah* adalah segala sesuatu yang harus ada untuk tegaknya kehidupan manusia. Artinya, tanpa segala sesuatu yang dikategorikan *dharuriyah* tersebut, maka eksistensi manusia akan hilang. Konsep ini diperkenalkan oleh Imam al-Syatibi (w. 790 H) dalam kitab *al-Muwawafaqat fi Ushul al-Ahkam* terletak pada juz II tentang *al-Maqashid* di mana al-Syatibi memberikan klasifikasi untuk menegakkan *maqashid al-syari'ah* terdiri dari tiga tingkat, yaitu *dharuriyah* (dasar atau asasi), *hajjiyat* (sekunder, apabila kebutuhan manusia tidak terpenuhi maka manusia mengalami kesulitan, tidak sampai mengancam eksistensi manusia), dan *tahsiniyah* (tersier, apabila manusia tidak terpenuhi maka tidak akan mengancam eksistensi manusia maupun tidak menyulitkan manusia).

³⁰ Nasab adalah hubungan kekerabatan yang masih sedarah.

³¹ Wawancara dengan Drs. Abu Hapsin, Ph.D, Dosen Filsafat Hukum Islam IAIN Walisongo Semarang; Ketua Pengurus Wilayah Nahdlatul Ulama (PWNU) Jawa Tengah; Wakil Ketua Majelis Ulama Indonesia (MUI) Jawa Tengah, 24 November 2013, jam 21.00 WIB.

yang tidak shalat bisa dihukum? Sementara shalat itu merupakan persoalan pribadi. Ketika orang melakukan zina, tidak ada hak orang lain yang dilanggar. Di sinilah letak perbedaan antara paradigma positivisme dan hukum Islam dalam memandang perbuatan zina lajang.

Dalam hukum Islam, perbuatan melanggar moral bisa dihukum. Misalnya, orang tidak melaksanakan shalat Jum'at tiga kali berturut-turut dan apabila ketahuan polisi moral maka ia dikenakan sanksi pidana sosial, kurungan atau denda. Boleh saja hakim bebas menentukan hukuman kepada setiap orang yang bukan saja melanggar hukum, tetapi juga yang melanggar moral. Namun dalam hukum positif, hal demikian tidak bisa dilakukan karena hukum menyangkut persoalan yang dampaknya bersifat publik. Oleh karena itu, hukum dalam paradigma positivisme seperti lampu lalu lintas yang mengatur tertib "lalu lintas hak" supaya hak orang yang satu atau kelompok yang satu dengan orang atau kelompok yang lain tidak berbenturan. Hukum mengatur orang untuk menahan diri dan tidak mengekspresikan kebebasan hak pribadinya, sehingga tidak bertabrakan antara klaim hak yang satu dengan klaim hak yang lain.

Abu Hapsin menjelaskan, seandainya moral itu bisa dikriminalisasi di sebuah negara yang demokratis—seperti Indonesia—maka nilai demokrasi akan rusak karena saat moral bisa dilegislati, maka moralitas para penguasa bisa saja menjadi aturan pemerintah

melalui pintu legislasi. Pemimpin bisa jadi memunculkan aturan-aturan berbasis moral, bukan aturan-aturan yang didasarkan pada kepentingan hak. Misalnya, pemimpin suka membaca al-Qur'an sehingga ada aturan bahwa siapa saja yang tidak bisa membaca al-Qur'an tidak boleh menikah. Orang tidak bisa membaca al-Qur'an apakah ada orang lain yang merasa haknya terampas? Bertolak dari sini, hukum pidana harus fokus mengatur lalu lintas "hak" supaya tidak bertabrakan antara hak satu dengan hak yang lain. Harus dipahami bersama bahwa statemen Abu Hapsin wajar jika menyamakan zina dengan pelanggaran ibadah lainnya seperti shalat atau membaca al-Qur'an karena dalam hal ini ia memandang dari perspektif paradigma hukum Barat, bukan hukum pidana Islam.

Menurut Abu Hapsin, alasan paling mendasar yang paling substantif terkait dengan kriminalisasi zina adalah Islam menilai moral bisa dilegislati karena memang hukum Islam sangat paternalistik. Yang dimaksud paternalistik adalah bersifat "kebakakan" yang merasa harus bertanggung jawab terhadap anak. Jadi, hukum berperan sebagai "bapak", sedangkan masyarakat berperan sebagai "anak" sehingga bapak (hukum) bisa berbuat apa saja terhadap anak (masyarakat). Dalam hal ini, masyarakat dianggap sebagai "anak" yang harus dididik melalui hukum.

Oleh karena itu—menurut Abu Hapsin—apabila moral bisa dilegislasikan yang terjadi adalah penghambaan hukum oleh kekuasaan

dan hukum menjadi pelayan penguasa. Jika dikaitkan dengan statemen Mudzakir sebagai salah satu perumus RKUHP 2012 bahwa kriminalisasi zina lajang diambil dari nilai dan moral masyarakat yang menjadi cermin dan falsafah bangsa, Abu Hapsin sepakat dengan pernyataan itu. Meskipun demikian, Abu Hapsin menggarisbawahi bahwa nilai-nilai budaya yang dianut masyarakat harusnya mendasarkan pada moralitas yang sudah menjadi bagian dari publik secara merata. Artinya, moral tersebut bukan moral yang menjadi milik individu (*private morality*), tetapi milik publik (*public morality*).

Mengenai apakah zina lajang termasuk moralitas individu atau moralitas publik, hal ini tergantung pada tempat atau lingkungan sosial. Misalnya, orang lajang melakukan zina di salah satu tempat kos dalam masyarakat yang menjunjung tinggi nilai moralitas, wajar kalau warga melaporkan kepada polisi karena pezina sudah melanggar moral yang sudah menjadi milik publik. Namun berbeda ketika perbuatan zina dilakukan di lingkungan elite perkotaan, hotel, apartemen, atau tempat-tempat di mana masyarakat acuh dan tidak peduli dengan privasi orang lain. Jika permasalahannya demikian, terletak di manakah moralitas publik yang terganggu oleh kedua orang lajang yang berhubungan seksual secara diam-diam dan dilakukan suka sama suka tanpa mengganggu publik?

Oleh karena itu, Abu Hapsin berpendapat bahwa moral—termasuk zina oleh kalangan lajang—boleh saja dikriminalisasikan

dengan syarat bahwa moral tersebut sudah menjadi milik publik. Hal ini mungkin terdengar aneh di kalangan “Barat” karena hukum Barat tidak mengenal istilah “moralitas publik”. Paradigma “Barat” menganggap moralitas merupakan masalah individu.

Terkait dengan hubungan antara hukum dan moral, Eman Sulaeman dalam bukunya, *Delik Perzinahan dalam Pembaharuan Hukum Pidana di Indonesia* (2008) menyajikan argumen yang dikemukakan Patrick Devlin (1977). Menurut Devlin, perzinahan tidak semata-mata menjadi masalah privat, tetapi juga menjadi urusan publik. Untuk itu lembaga perkawinan yang mendasari lembaga kemasyarakatan, kelangsungannya sangat dipengaruhi dan tergantung pada ketaatan pada norma-norma tertentu yang berhubungan dengan kesucian atau kemurnian lembaga perkawinan. Lembaga perkawinan akan terancam jika hanya dengan pertimbangan individu dapat menjustifikasi praktek perzinahan. Masyarakat yang sebagian besar tinggal di negara-negara Kristen mempertimbangkan bahwa monogami itu baik dan menawarkan cara hidup yang baik. Oleh karena itu menurut Devlin, masyarakat kita lebih mengadopsi asas monogami sebagai norma untuk perkawinan. Sebagai konsekuensinya, jika kita telah memilih untuk memelihara kebaikan masyarakat, maka perzinahan harus diperlakukan sebagai suatu ancaman yang dapat merusak keamanan masyarakat dan karenanya hal tersebut merupakan masalah publik. Devlin beralasan bahwa masyarakat

bukanlah sesuatu yang bersatu padu secara fisik, tetapi juga melalui ikatan yang non fisik dari pikiran dan perasaan yang berlaku umum. Jika ikatannya kendor maka anggota masyarakat itu akan terpisah dan tercerai berai. Moralitas publik menjadi bagian dari ikatan itu. Ikatan tersebut menjadi bagian dari nilai masyarakat.³²

Ketika standar moral telah mapan dan telah diakui oleh masyarakat sebagai moralitas publik, maka masyarakat berhak atas perlindungannya melalui jalur hukum. Jika masyarakat tidak mempunyai hak untuk membuat pertimbangan terhadap moral, hukum harus menemukan beberapa pertimbangan khusus untuk memasuki wilayah moral (kesusilaan).³³ Dengan statemen ini Devlin mengakui bahwa moral dan hukum memiliki dunia yang berbeda dengan karakteristiknya masing-masing. Sungguh pun keduanya mungkin mempunyai kosakata yang serupa, seperti “kewajiban”, “larangan”, “rasa bersalah”, “tugas”, dan lain-lain, tetapi konotasinya menjadi berbeda. Kewajiban hukum dibedakan dari kewajiban moral jika dilihat dari sanksinya. Sanksi hukum berbentuk fisik atau material, sedangkan sanksi moral berbentuk non fisik (immaterial). Jika hukum tidak bisa masuk ke wilayah moral, dasar apakah yang dimiliki masyarakat untuk berhak memberikan justifikasi?³⁴

³² Patrick Devlin, *The Enforcement of Moral*, Oxford: Oxford University Press, 1977, hal. 103.

³³ *Ibid.*, hal. 11.

³⁴ Eman Sulaeman, *Delik Perzinahan dalam Pembaharuan Hukum Pidana*, Semarang: Walisongo Press, 2008, hal. 64.

Pada dasarnya, Devlin memandang bahwa kebebasan individu harus dimaklumi sejauh tidak merusak integritas sosial. Hak privasi memang harus dihormati dan dijunjung tinggi, tetapi jika dalam memperoleh dan menikmati hak pribadi tersebut mengganggu hak orang lain, maka ia harus bersiap untuk kehilangan hak privasinya. Hukum tidak bisa bertentangan dengan hak pribadi kecuali jika ada keluhan masyarakat. Contoh sederhana untuk mendeskripsikan argumen Devlin adalah sebuah warung internet (warnet) yang terletak di Ruko Grand Ngaliyan Square, Semarang pada 15 November 2013 terkena sasaran operasi dari Kapolrestabes Semarang dan empat pasangan muda-mudi—sebagaimana dilaporkan Detiknews.com³⁵—diketahui telah berbuat mesum. Razia tersebut dilakukan berdasarkan informasi dari masyarakat.

Itu artinya, meskipun aktivitas warnet tidak mengganggu hak orang lain, tetapi masyarakat merasa bahwa moralitasnya terganggu meskipun aktivitas di warnet samasekali tidak melanggar hak masyarakat. Karena itu, penulis sepakat dengan pernyataan Devlin jika pada faktanya hukum bisa bertentangan dengan hak pribadi karena ada keluhan masyarakat. Kesimpulan yang lebih mengarah pada kriminalisasi zina terkait dengan pelaporan masyarakat tersebut bahwa moralitas umum yang terjadi dalam masyarakat menghendaki

³⁵ Detiknews.com, *4 Pasangan Muda-Mudi Terpergok Mesum di Warnet, Tisu Noda Sperma Diamankan*, <http://news.detik.com/read/2013/11/15/232152/2414694/10/4-pasangan-muda-mudi-terpergok-mesum-di-warnet-tisu-noda-sperma-diamankan>, diakses 28 November 2013, jam. 07.05 WIB.

pelarangan terhadap perbuatan zina, sehingga cukup menjadikan alasan bahwa perbuatan zina sudah dianggap mengganggu moralitas publik.

Adapun kriminalisasi zina *ghairu muhsan* dalam hukum Islam menurut Abu Hapsin yang selama ini banyak dipahami, menyangkut tentang *hifzh an-nasl*³⁶, yaitu dalam rangka memelihara keturunan agar jelas alur keturunannya. Namun dalam hal ini, Abu Hapsin juga meragukan jika tujuan dipidananya zina berkaitan masalah keturunan mengingat sekarang ini banyak alat kontrasepsi yang dapat mencegah terjadinya kehamilan yang dapat merusak *hifzh an-nasl*, misalnya kondom, pil, dan sebagainya.

Menurut penulis, *hifzh an-nasl* merupakan salah satu alasan rasional dari pelbagai tujuan pelarangan terhadap zina, tidak terkecuali zina *ghairu muhsan*. Banyak pengkaji hukum Islam kontemporer yang meragukan alasan *hifzh an-nasl* sebagai alasan kriminalisasi zina karena hadirnya alat penghalang kehamilan, kemudian mereka seolah menjadi latah dengan pemahaman bahwa *hifzh an-nasl* bukanlah tujuan pelarangan perbuatan zina. Kalau memang sekadar alat kontrasepsi seperti kondom dapat menggugurkan alasan *hifzh an-nasl* sebagai dasar kriminalisasi zina, kenapa masih banyak kalangan lajang yang hamil di luar nikah yang menimbulkan pelbagai problematika baru yang lebih pelik?

³⁶ Imam asy-Syatibi membagi *maqashid al-syari'ah* yang termasuk dalam kategori *dharuriyah* menjadi 5 (lima), yaitu menjaga agama (*hifzh ad-din*), menjaga jiwa (*hifzh an-nafs*), menjaga akal (*hifzh al-'aql*), menjaga keturunan (*hifzh al-nasl*), dan menjaga harta (*hifzh al-mal*). *Maqashid al-syari'ah* dapat dipahami sebagai tujuan diturunkannya syari'at kepada manusia.

Data yang dihimpun laman *Sindonews.com* (7 November 2013) di atas adalah contoh banyaknya remaja yang hamil di luar nikah meskipun saat ini banyak alat kontrasepsi beredar di toko-toko umum. Oleh karena itu, penulis berpendapat bahwa *hifzh an-nasl* tetap menjadi salah satu tujuan pelarangan terhadap perbuatan zina.

Di sisi lain, Abu Hapsin sepakat jika alasan pemidanaan zina lebih banyak dipahami karena adanya indikasi perusakan terhadap kehormatan (*al-‘irdun*) daripada *hifzh an-nasl*. Istilah yang digunakan adalah *hifzh al-irdh*, yaitu menjaga kehormatan. Tetapi kemudian Abu Hapsin juga mempertanyakan terkait dengan *hifzh al-irdh*, yakni kehormatan merupakan “value”. Ketika berbicara soal “value” maka juga berbicara soal moral dan yang harus diperhatikan adalah “value” bisa berubah dari waktu ke waktu. Bagaimana jika seandainya suatu saat “value”—yang menyangkut masalah zina lajang—tidak dianggap sebagai kehormatan?

Pada kenyataannya—menurut Abu Hapsin—masyarakat sekarang memiliki pandangan yang berbeda. Anak hasil zina sekarang sudah tidak pernah diasingkan seperti zaman dulu. Jika dulu anak di luar nikah dikatakan anak haram dan banyak sanksi sosial yang dikenakan pelaku, sehingga ketika orang berzina kemudian memiliki anak maka masyarakat melakukan reaksi dengan cara mengusir atau mengasingkan. Dengan kata lain, nilai moral yang berlaku di masyarakat Jawa pada waktu itu secara implisit serupa dengan nilai-

nilai ajaran Islam, seperti hukum pengasingan yang dikenakan pelaku zina lajang. Yang perlu digarisbawahi adalah orang yang memiliki anak haram tidak akan berani tinggal di desanya karena apabila mereka tetap tinggal di desanya, selamanya terjadi stigmatisasi terhadap keluarga tersebut.

Hal ini memberikan indikasi bahwa nilai (*value*) yang hidup dalam suatu kelompok masyarakat bisa saja berubah seiring perubahan peradaban yang sejajar dengan perubahan nilai dan paradigma. Hal inilah yang menurut Abu Hapsin melatarbelakangi bahwa kriminalisasi zina lajang perlu dikaji kembali.

Meskipun demikian, penulis sepakat bahwa *hifzh al-'irdh* merupakan salah satu sebab kriminalisasi zina, sebab duduk persoalan bukan terletak pada kekhawatiran akan terjadinya perubahan nilai tetapi bagaimana nilai tersebut sampai saat ini masih dipertahankan oleh masyarakat.

Dalam kajian yang lebih komprehensif dengan memperhatikan aspek kemaslahatan yang lebih luas, penulis sepakat dengan pemikiran Abdul Qadir Audah dalam karya monumentalnya berjudul *at-Tasyri' al-Jina'i al-Islamiy Muqaranan bil Qanunil Wad'iy* yang diterjemahkan dalam bahasa Indonesia dengan judul *Ensiklopedi Hukum Pidana Islam* (2008: 152), hukum Islam menjatuhkan hukuman atas perbuatan zina karena dianggap mengusik keamanan masyarakat dan keselamatannya. Zina dianggap 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. Hukum Islam diberlakukan untuk melindungi keutuhan masyarakat secara erat dan kuat.

Dalam KUHP yang mencerminkan “hukum Barat” memberikan sanksi pidana kepada pezina yang sudah menikah karena semata dengan alasan menjaga kehormatan rumah tangga. Apabila seseorang belum berumah tangga, maka tidak ada yang harus dijaga terkait dengan kehormatan rumah tangga sehingga perbuatan tersebut dikategorikan sebagai tindakan privat yang tidak bisa dikenakan sanksi pidana oleh hukum.

Abdul Qadir Audah berpendapat bahwa apa yang terjadi di Eropa dan negara-negara Barat secara umum menguatkan teori Islam. Persatuan masyarakat Eropa terancam retak, perselisihan memanas, dan kenyamanan hilang. Penyebabnya adalah kekejian yang merajalela, rusaknya moral, dan kebebasan tanpa batas. Kekejian tidak akan merajalela, moral tidak akan rusak, dan kebebasan tidak akan keluar batas seandainya manusia tidak membebaskan zina, membiarkan setiap orang memenuhi syahwatnya, dan menganggap zina sebagai urusan perseorangan yang tidak menyentuh kepentingan masyarakat.

Barangkali krisis sosial maupun politik terberat yang dihadapi negara-negara non-Islam sekarang bermula dari kebebasan prostitusi. Sangat sedikit warga yang memiliki keturunan langsung. Hal ini bisa mengakibatkan kehancuran negara dan menghentikan perkembangannya. Penduduk yang memiliki keturunan langsung sangat sedikit karena mayoritas dari mereka enggan untuk menikah dan jumlah kemandulan di kalangan suami istri meningkat.³⁷

Cita-cita pertama perempuan adalah menikah dan tugas yang diciptakan untuknya adalah mengurus rumah tangga dan mendidik anak-anak. Akan tetapi, kini banyak perempuan yang lari dari pernikahan dan tidak mau menjadi “tawanan” laki-laki. Hal ini dikarenakan ia merasa bisa mendapatkan apa yang ada pada diri puluhan lelaki tanpa harus terbebani oleh ikatan dan belenggu pernikahan.³⁸

Maraknya perzinahan menyebabkan perempuan menentang kehamilan dan mengakibatkan merebaknya penyakit yang belum dikenali. Jika menentang kehamilan bisa mengakibatkan kemandulan pada perempuan, merebaknya penyakit yang tidak dikenali kerap mengakibatkan kemandulan pada diri laki-laki maupun perempuan. Perempuan semestinya hidup dalam lindungan suami melalui naungan perkawinan. Ketika laki-laki tidak mau nikah, perempuan harus terus

³⁷ Abdul Qadir Audah, *at-Tasyri' al-Jina'i al-Islamiy Muqaranan bil Qanunil Wad'iy*, Terj. Tim Tsalisah, “Ensiklopedi Hukum Pidana Islam”, Jakarta: PT Kharisma Ilmu, 2008, hal. 152.

³⁸ *Ibid.*

berjuang untuk hidup. Ia terpaksa bersaing dengan laki-laki di medan pekerjaan untuk memperoleh penghidupan. Akibatnya, meluasnya pengangguran dan merebaknya prinsip-prinsip yang menghancurkan dan mencampakkan masyarakat Eropa ke dalam gelombang kehidupan yang berhias kehampaan dan kekacauan.³⁹

Oleh karena itu, Abdul Qadir Audah menilai bahwa perbuatan zina—baik *muhsan* maupun *ghairu muhsan*—merupakan tindak pidana paling berbahaya. Masalah masyarakat menghendaki diharamkannya segala bentuk perzinahan dan pelaku zina harus mendapatkan hukuman berat. Dengan alasan tersebut, hukum Islam mengharamkan zina dengan tujuan supaya masyarakat terhindar dari akibat-akibat yang dikhawatirkan. Bahkan, hukum Islam sampai menganggap pelaku zina *muhsan* tidak pantas untuk hidup dengan alasan telah menjadi contoh yang buruk bagi masyarakat.

Dampak implisit yang lebih masif akibat perbuatan zina dikatakan Abdul Qadir Audah adalah budaya tidak menikah di mana akan mengakibatkan penurunan jumlah keturunan, kemandulan, penyebaran bermacam penyakit yang tidak dikenali, persaingan perempuan dan laki-laki dalam mencari penghidupan, kemerosotan moral dan etika masyarakat, dan hilangnya rasa malu dari muka dan jiwa mereka.

³⁹ *Ibid.*, hal. 153

Oleh karena itu, Abdul Qadir Audah menilai bahwa dalam format hukum Islam tidak mengenal klasifikasi antara moral, agama, dan hukum karena ketiganya dianggap sama. Abdul Qadir Audah (1982: 24) menyatakan bahwa syari'ah Islam datang dengan tujuan utama untuk memelihara dan menjaga nilai-nilai moralitas. Diharamkannya perzinahan dengan ancaman hukuman yang sangat berat adalah contoh aturan dari hukum Islam yang sangat berkaitan dengan upaya penegakan nilai-nilai moral. Bagi hukum Islam, perbuatan itu merupakan kejahatan yang sangat keji yang menggerogoti nilai-nilai moral.

Terkait dengan kriminalisasi zina lajang yang tercantum dalam Pasal 483 RKUHP 2012, penulis menilai bahwa ada kesamaan alasan dan tujuan antara RKUHP 2012 dan hukum pidana Islam di mana secara filosofis perbuatan zina lajang termasuk perbuatan yang akan mengancam eksistensi moralitas masyarakat secara destruktif-masif, sehingga perbuatan zina—termasuk zina lajang—perlu mendapatkan sanksi. Meskipun demikian, ada beberapa perbedaan antara RKUHP 2012 dengan hukum pidana Islam, antara lain sebagai berikut:

- 1) RKUHP 2012 mendasarkan pada landasan moral yang menjadi nilai, norma, falsafah, kepribadian, dan kesadaran masyarakat, sedangkan hukum pidana Islam mendasarkan pada wahyu di mana zina dikatakan sebagai perbuatan keji (*fahsya'*) kemudian para ulama mengambil nilai maslahat bahwa zina akan merusak nasab,

merusak kehormatan, tidak manusiawi, sumber penyakit, dan pelbagai alasan lain yang telah dikemukakan di atas.

- 2) RKUHP 2012 melakukan kriminalisasi terhadap perbuatan (zina) yang dianggap sebagai moralitas, sedangkan hukum pidana Islam sejak semula menganggap zina merupakan *hudud*, yaitu tindakan kriminal yang ditetapkan syara'. Artinya, RKUHP 2012 bertolak dari pemahaman bahwa zina itu merupakan moralitas yang kemudian dianggap telah mengganggu moralitas publik (*public morality*) sehingga perlu dipidanakan, sementara hukum pidana Islam beranjak dari pemahaman bahwa zina sebagai perbuatan keji atau delik (*jarimah*) yang perlu dihukum berat.

Berdasarkan pertimbangan filosofis, sosiologis dan pertimbangan praktis yang menjadi alasan dilakukannya pembaruan KUHP tersebut, penulis sepakat dengan adanya kriminalisasi zina lajang. Meskipun demikian, perumus kebijakan seharusnya bukan hanya memperhatikan aspek *legal substance* dan *legal culture*, tetapi juga *legal structure* karena diakui atau tidak di wilayah ini biasa terjadi “pemelintiran” atau “politisasi” terhadap *legal substance*. Dengan memperhatikan tiga aspek tersebut, pembaruan hukum secara komprehensif-holistik dapat menjawab tuntutan dan kehendak masyarakat luas untuk menjadikan hukum sebagai pilar perlindungan dan kesejahteraan masyarakat, bukan sebaliknya.

Dalam hal ini, penulis memperhatikan aspek *legal culture* di mana masyarakat menghendaki adanya hukuman bagi pezina lajang. Hasil riset yang dilakukan Eman Sulaeman (2008: 203-207) terhadap pandangan masyarakat tentang pemidanaan bagi pezina lajang (*fornicator*) adalah sebanyak 27 persen masyarakat sangat setuju, 58 persen setuju, 13,7 persen tidak setuju, dan 1,3 persen sangat tidak setuju. Riset ini mengambil responden sebanyak 300 orang dan diambil secara acak dari enam kecamatan di wilayah kota Semarang, yaitu Kecamatan Tugu, Mijen, dan Ngaliyan mewakili wilayah pinggir kota dan Kecamatan Semarang Barat, Semarang Timur dan Semarang Tengah mewakili wilayah kota.

C. Analisis Aspek Penalisasi Pasal 483 RKUHP 2012 yang Mengatur Zina Lajang

1. Penalisasi dan Sistem Pemidanaan dalam RKUHP 2012

Secara umum, penalisasi dapat dipahami sebagai proses pengancaman suatu perbuatan yang dianggap sebagai delik. Penalisasi tidak lepas dari serangkaian kriminalisasi. Setelah tim perancang RKUHP memformulasikan perbuatan apa saja yang dikategorikan sebagai delik (kriminalisasi), maka langkah selanjutnya adalah memformulasikan sanksi pidana yang tepat bagi tindakan yang dikategorikan sebagai delik tersebut. Untuk memberikan pemahaman yang lebih sederhana, kriminalisasi terkait dengan “tindak pidana”, sedangkan penalisasi terkait dengan “sanksi pidana”.

Menurut Barda Nawawi Arief (2005: 29), dua masalah sentral dalam kebijakan kriminal dengan menggunakan sarana penal (hukum pidana) adalah masalah penentuan perbuatan apa yang seharusnya dijadikan tindak pidana dan sanksi apa yang sebaiknya digunakan atau dikenakan kepada si pelanggar. Bertolak dari penjelasan Barda tersebut—khususnya pada poin kedua tersebut—yang dimaksud penulis tentang penalisasi zina lajang dalam RKUHP 2012 adalah sanksi apa yang dikenakan kepada si pelanggar, termasuk alasan-alasan sanksi tersebut dikenakan kepada pelanggar.

Sebelum melakukan analisis mengenai kebijakan penal (*penal policy*) zina lajang dalam RKUHP 2012 dalam perspektif Islam, penulis tertarik untuk menyajikan masalah sistem pemidanaan yang terdapat dalam Konsep atau RKUHP. Barda Nawawi Arief dalam *RUU KUHP Baru: Sebuah Restrukturisasi/Rekonstruksi Sistem Hukum Pidana Indonesia* (2012: 56-57) menjelaskan bahwa tiga masalah pokok hukum pidana terdiri tiga macam, yaitu tindak pidana, kesalahan, dan pidana (*punishment*). Dalam RKUHP 2012, tujuan dan pedoman pemidanaan dijelaskan secara rinci dalam Bab III Buku Kesatu tentang Pemidanaan, Pidana, dan Tindakan.

Dengan menggunakan skema, Barda menjelaskan bahwa tujuan dan pedoman pemidanaan menurut RKUHP adalah pidana yang merupakan hasil daripada formulasi tindak pidana yang merupakan asas legalitas (kemasyarakatan) dan kesalahan atau yang merupakan

asas culpabilitas (kemanusiaan). Dengan kata lain, tujuan pidana merupakan manifestasi dari keseimbangan asas legalitas yang berpijak pada asas kemasyarakatan dan asas culpabilitas yang berpijak pada asas kemanusiaan. Menurut penulis, konsep pemidanaan baru tersebut lebih progresif dan lebih maju dibandingkan dengan KUHP saat ini di mana dengan adanya konsep “tujuan dan pedoman pemidanaan” dalam RKUHP 2012 diharapkan dapat menghasilkan putusan-putusan hukum berkualitas yang menjunjung tinggi nilai-nilai keadilan berdasarkan filosofi hukum dan konteks tindak pidana.

Dirumuskannya tentang “Tujuan dan Pedoman Pemidanaan” yang membuat RKUHP 2012 berbeda dengan KUHP yang saat ini berlaku adalah bertolak dari pemikiran bahwa:⁴⁰

- 1) sistem hukum pidana merupakan satu kesatuan sistem yang bertujuan (*purposive system*) dan pidana hanya merupakan alat/sarana untuk mencapai tujuan;
- 2) “tujuan pidana” merupakan bagian integral (sub-sistem) dari keseluruhan sistem pemidanaan (sistem hukum pidana) di samping sub-sistem lainnya, yaitu sub-sistem “tindak pidana”, “pertanggungjawaban pidana (kesalahan)”, dan “pidana”;
- 3) perumusan tujuan dan pedoman pemidanaan dimaksudkan sebagai fungsi pengendali/kontrol/pengarah dan sekaligus memberikan

⁴⁰ Barda Nawawi Arief, *RUU KUHP Baru: Sebuah Restrukturisasi/Rekonstruksi Sistem Hukum Pidana Indonesia*, edisi 5, Semarang: Universitas Diponegoro, 2012, hal. 54.

dasar/landasan filosofis, rasionalitas, motivasi, dan justifikasi pemidanaan;

- 4) dilihat secara fungsional/operasional, sistem pemidanaan merupakan suatu rangkaian proses melalui tahap “formulasi” (kebijakan legislatif), “tahap aplikasi” (kebijakan judicial/judikatif), dan tahap “eksekusi” (kebijakan administratif/eksekutif); oleh karena itu agar ada keterjalinan dan keterpaduan antara ketiga tahap itu sebagai satu kesatuan sistem pemidanaan, diperlukan perumusan tujuan dan pedoman pemidanaan.

Barda Nawawi Arief (2012: 65) menjelaskan bahwa sistem pemidanaan yang dituangkan di dalam Konsep (RKUHP), dilatarbelakangi oleh pelbagai ide dasar atau prinsip-prinsip sebagai berikut:

- 1) ide keseimbangan monodualistik antara kepentingan masyarakat (umum) dan kepentingan individu;
- 2) ide keseimbangan antara “*social welfare*” dengan “*social defence*”;
- 3) ide keseimbangan antara pidana yang berorientasi pada pelaku (*offender*) dan korban (*victim*);
- 4) ide penggunaan “*double track system*”, yaitu antara pidana (*punishment*) dengan tindakan (*treatment*)
- 5) ide mengefektifkan “*non custodial measures (alternative to imprisonment)*”;
- 6) ide fleksibilitas pemidanaan (*flexibility of sentencing*);

- 7) ide modifikasi/perubahan/penyesuaian pidana (*redetermining punishment*);
- 8) ide subsidiaritas di dalam memilih jenis pidana;
- 9) ide mendahulukan/mengutamakan keadilan dari kepastian hukum.

Bertolak dari ide-ide dasar itu, Barda Nawawi Arief (2012: 66) menjelaskan bahwa di dalam Konsep (RKUHP) ada ketentuan-ketentuan yang tidak ada dalam KUHP (WvS) yang berlaku saat ini, yaitu antara lain:

- 1) adanya pasal yang menegaskan asas “tiada pidana tanpa kesalahan” (asas culpabilitas) yang diimbangi dengan adanya ketentuan tentang “*strict liability*” dan “*vicarious liability*” (Pasal 35/2004; 36/2005-2008);
- 2) adanya batas usia pertanggungjawaban pidana anak (*the age of criminal responsibility*); Pasal 46/2004-2005 jo. 113/2005-2008;
- 3) adanya bab khusus tentang pemidanaan terhadap anak (Bab III Bagian Keempat);
- 4) adanya kewenangan hakim untuk setiap saat menghentikan atau tidak melanjutkan proses pemeriksaan perkara pidana terhadap anak (asas diversifikasi), Pasal 111/2004 atau 114/2005-2008);
- 5) adanya pidana mati bersyarat (Pasal 86/2004; Pasal 89/2005-2008)
- 6) dimungkinkannya terpidana seumur hidup memperoleh pelepasan bersyarat (Pasal 67 jo. 69/2004; pasal 70/2008)

- 7) adanya pidana kerja sosial; pidana pembayaran ganti rugi, dan pemenuhan kewajiban adat dan/atau kewajiban menurut hukum yang hidup (Pasal 62 jo 64/2004; Pasal 65 jo. 67/2008)
- 8) adanya pidana minimal khusus yang disertai juga dengan aturan/pedoman pidanaannya atau penerapannya (Pasal 66, 82, 120, 121, 130, 137 Konsep 2004; atau Pasal 69, 81, 123, 133, 140 Konsep 2006/2008);
- 9) dimungkinkannya penggabungan jenis sanksi (pidana dan tindakan);
- 10) dimungkinkannya pidana tambahan dijatuhkan sebagai sanksi yang berdiri sendiri (Pasal 64 ayat 2-2004; Pasal 67 ayat 2-2006/2007);
- 11) dimungkinkannya hakim menjatuhkan jenis pidana lain yang tidak tercantum dalam perumusan delik yang hanya diancam dengan pidana tunggal (Pasal 56-57/2004; Pasal 58-59/2006-2008);
- 12) dimungkinkannya hakim menjatuhkan jenis pidana lain secara kumulatif walaupun ancaman pidana dirumuskan secara alternatif (Pasal 58/2004; Pasal 60/2006-2008);
- 13) dimungkinkannya hakim memberi maaf/pengampunan (*rechterlijk pardon*) tanpa menjatuhkan pidana/tindakan apapun kepada terdakwa, sekalipun telah terbukti adanya tindak pidana dan kesalahan (Pasal 52 ayat 2 – 2004; Pasal 55 ayat 2 – 2006/2008)
- 14) adanya kewenangan hakim untuk tetap mempertanggungjawabkan/ memidana si pelaku walaupun ada alasan penghapus pidana, jika si

pelaku patut dipersalahkan (dicela) atas terjadinya keadaan yang menjadi alasan penghapus pidana tersebut (dikenal dengan asas “*culpa in causa*” atau asas “*action libera in causa*”); Pasal 54/2004; 15) dimungkinkannya perubahan/modifikasi putusan ppidanaan, walaupun sudah berkekuatan tetap (Pasal 55 dan Pasal 2 ayat 3 Konsep 2004; Pasal 57 dan Pasal 2 ayat 3 – 2006/2008).

2. Analisis Penalisasi bagi Pezina Lajang dalam Perspektif Hukum Pidana Islam

Sebelum mengkaji aspek penalisasi pezina lajang, penulis menyajikan tujuan ppidanaan sebagai bentuk substansi aspek penalisasi terhadap suatu tindak pidana. Hal ini menurut penulis perlu ditampilkan mengingat formulasi RKUHP menambahkan klausul tentang tujuan dan pedoman ppidanaan yang tidak ditemukan dalam KUHP yang saat ini masih berlaku. Adapun tujuan ppidanaan secara umum yang dicantumkan dalam Pasal 54 RKUHP 2012 adalah sebagai berikut:

Pasal 54

- (1) Ppidanaan 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) Ppidanaan tidak dimaksudkan untuk menderitakan dan merendahkan martabat manusia.

Dalam hukum pidana Islam, sanksi atau hukuman dikenal dengan istilah *uqubah* (عقوبة) yang berarti siksa atau hukuman (Munawwir, 1996: 952), yaitu hukuman atas perbuatan yang melanggar ketentuan syara' yang ditetapkan untuk kemaslahatan masyarakat.

Sedangkan tujuan hukum pidana Islam apabila dilihat dari ketetapan hukum yang dibuat oleh Allah dan nabi Muhammad saw, baik yang termuat al-Qur'an maupun al-Hadits, yaitu untuk kebahagiaan hidup manusia di dunia dan di akhirat dengan jalan mengambil segala yang bermanfaat dan mencegah serta menolak segala yang tidak berguna kepada kehidupan manusia. Dengan kata lain, tujuan hukum Islam adalah kemaslahatan hidup manusia baik jasmani maupun rohani, individu dan masyarakat. Kemaslahatan yang dimaksud dirumuskan asy-Syathibiy dan disepakati oleh ahli hukum Islam lainnya, yaitu memelihara agama (*hifzh ad-din*), menjaga jiwa (*hifzh an-nafs*), menjaga akal (*hifzh al-'aql*), menjaga keturunan (*hifzh al-nasl*), dan menjaga harta (*hifzh al-mal*).⁴¹ Tujuan hukum Islam tersebut termasuk kemaslahatan tingkat *dharuri* (primer), sedangkan tujuan hukum Islam lain juga mengatur di tingkat *hajji* (sekunder), dan *tahsini* (tersier).

Adapun tujuan pokok dalam penjatuhan hukuman dalam syari'at Islam ada dua, yaitu pencegahan (زجر) dan pengajaran atau pendidikan (تهذيب). (Hanafi, 1967: 255). Pencegahan adalah

⁴¹ H. Hamka Haq, *Filsafat Ushul Fiqh*, Makassar: Yayasan al-Ahkam, 1998, hal. 68.

menahan pelaku agar tidak mengulangi perbuatan jarimah atau agar pelaku tidak terus menerus melakukannya. Di samping itu juga sebagai pencegahan terhadap orang lain agar pelaku tidak melakukan perbuatan jarimah, sebab ia mengetahui hukuman yang diterima bila ia melakukan perbuatan jarimah serupa. Perbuatan-perbuatan yang diancam hukuman dapat berupa pelanggaran terhadap larangan atau meninggalkan kewajiban. Dalam keadaan seperti itu boleh jadi hukuman meninggalkan kewajiban jauh lebih berat, karena tujuan penjatuhan hukuman pada meninggalkan kewajiban ialah memaksa pelaku untuk mengerjakan kewajiban.⁴² Sedangkan pengajaran dimaksudkan memberikan efek jera, sekaligus menjadi pelajaran agar hukuman tersebut menjadikan dirinya lebih baik dari sebelumnya.

Ditinjau dari perspektif hukum pidana Islam, ada beberapa hal yang harus diperhatikan dalam menganalisis kebijakan penal (*penal policy*) Pasal 483 RKUHP tentang “Zina dan Perbuatan Cabul” yang di dalamnya mengatur zina lajang, yaitu:

a. Jenis Pidana: Antara Penjara, Dera, dan Pengasingan

Pasal 483 RKUHP mengenakan pidana penjara terhadap pelaku zina, baik itu pezina yang sudah menikah (*muhsan*) maupun lajang (*ghairu muhsan*). Sedangkan hukum pidana Islam yang tercantum dalam QS. An-Nur: 2 mengharuskan hukuman dera

⁴² Media Pemikiran Hukum Islam dan Ekonomi Syariah, *Penjara dalam Perspektif Fiqh Jinayat*, <http://imamyahya.blogspot.com/2010/04/penjara-dalam-perspektif-fiqh-jinayat.html>, diakses 28 November 2013, jam 17.52 WIB.

terhadap pelaku zina. Sementara itu, hadis dari Zaid bin Kholid Al Juhani yang diriwayatkan Imam Bukhari mengharuskan hukuman pengasingan berbarengan dengan hukum dera.

Menurut Any Ismayawati dalam *Pembaharuan Sistem Pelaksanaan Pidana Penjara di Indonesia* (1997: 209), tujuan pidana penjara pada hakikatnya menitikberatkan pada prinsip retributif, penindasan atas kehidupan dan kemerdekaan narapidana. Sedangkan pidana penjara dengan sistem “pemasyarakatan” yang kemudian dikenal dalam sistem pidana penjara sekarang ini bersumber dari konsep “kemanusiaan” yang berupa perlakuan terhadap narapidana dan anak didik dengan berorientasi pada pengayoman dan pembinaan berdasarkan Pancasila.

Menurut penulis, meskipun teori pemidanaan penjara dengan sistem pemasyarakatan dapat menekan tingkat kejahatan, tetapi setidaknya pidana penjara pada mulanya dikenal tidak manusiawi yang merampas hak kemerdekaan. Lepas dari persoalan tersebut, penjara dengan sistem pemasyarakatan banyak disalahgunakan narapidana untuk belajar kejahatan dari narapidana lain (*school of crime*). Belum lagi sistem pemasyarakatan disalahgunakan kalangan elite sebagai tempat istirahat yang mewah. Dengan keadaan yang demikian, tujuan pemidanaan menjadi nihil.

Sejauh penelusuran penulis, penulis hanya menemukan pidana penjara sebagai sebuah sanksi hukum dalam al-Qur’an di

mana terdapat dalam QS. An-Nisaa': 15-16 yang menyatakan bahwa para wanita yang mengerjakan perbuatan keji yang diketahui empat orang saksi maka ia harus dikurung dalam rumah sampai meninggal, kecuali Allah memberikan jalan lain. Tetapi kemudian ayat tersebut oleh kesepakatan ulama di-*mansukh* oleh QS. An-Nur: 2 di mana sanksi pidana diganti dengan dera seratus kali.

Dalam konteks pembedaan, hukum pidana Islam secara jelas membedakan antara pelaku yang sudah menikah (*muhsan*) dan pelaku yang masih lajang (*ghairu muhsan*), sedangkan RKUHP 2012 samasekali tidak ada pembedaan antara lajang dan sudah menikah. Menurut penulis, hukum pidana Islam yang diberlakukan kurang lebih 14 abad yang lalu justru lebih mutakhir, substantif-filosofis, dan mengedepankan keadilan jika dibandingkan *legal substance* yang ada pada RKUHP 2012. Betapa tidak, pezina yang sudah menikah seharusnya dikenakan sanksi lebih berat karena ia bukan saja melanggar nilai-nilai moral yang telah disepakati bersama, tetapi juga melanggar ikatan janji suci yang terlembagakan secara formal dalam lembaga pernikahan yang suci pula.

Abdul Qadir Audah (2008: 181-182) menjelaskan alasan peringanan hukuman atas lajang daripada yang sudah menikah dengan alasan bahwa hukum Islam didirikan atas dasar kemuliaan dan menjaga akhlak, kehormatan, dan keturunan dari kotoran dan percampurbauran. Hukum Islam juga mewajibkan manusia

mengekang syahwatnya dan tidak menurutinya kecuali melalui jalan yang halal, yaitu pernikahan. Hukum Islam juga mewajibkan manusia menikah jika ia sudah mampu sehingga tidak berhadapan dengan fitnah atau menanggung beban yang tidak mampu ia hadapi. Jika ia tidak menikah lalu syahwat menguasai akal dan niatnya, hukumannya seratus kali dera dan diasingkan selama satu tahun. Alasan yang meringankan hukuman ini adalah keterlambatan menikah yang mengakibatkan tindak pidana. Jika ia sudah menikah lalu melakukan tindak pidana, hukumannya adalah dera dan rajam. Penyebabnya menikah (*ihsan*) itu menutup pintu menuju tindak pidana perzinahan dan hukum Islam menjadikan menikah sebagai jalan untuk tidak melakukan perzinahan.

Hukum Islam juga tidak menjadikan pernikahan sebagai sesuatu yang abadi hingga suami istri bisa terhindar dari dosa atau kesalahan jika terdapat kerusakan di antara keduanya. Hukum Islam juga membolehkan istri untuk memutuskan perkawinan (*'ismah*) sebagaimana membolehkan istri meminta talak karena kepergian suami, sakit, mudarat atau melarat. Hukum Islam membolehkan suami menalak setiap saat dan menikahi lebih dari satu istri dengan syarat harus berlaku adil di antara istri-istrinya. Dengan demikian, hukum Islam membuka pintu-pintu halal bagi *muhsan* dan menutup pintu-pintu haram baginya. Jadi, hal ini adil baginya. Karena itu, dari sisi akal dan tabiat, alasan-alasan untuk meringankan hukuman

pun sudah putus. Atas dasar ini, *muhsan* dikenai hukuman berat dengan tujuan untuk memperbaiki sikapnya.⁴³

Terkait dengan hukum dera, Abu Hapsin menilai bahwa hukuman dera sebenarnya sudah ada sebelum Islam datang di mana hukuman tersebut dijalankan oleh penguasa. Hukuman yang ditetapkan atas ijtihad penguasa disebut *ta'zir*. Sehingga dalam merespon situasi bumi (Arab) dengan tradisi yang demikian, Allah menyesuaikan perintahnya dengan kondisi bumi yang kemudian hukum dera menjadi bagian dari ketetapan hukum Islam. Hal ini yang menjadikan para ulama hanya bisa “meraba” terkait dengan alasan ditetapkannya hukuman dera. Bahkan, pencarian alasan-alasan rasional seperti ini tidak dibenarkan karena sudah menjadi ketetapan Tuhan. Dalam kajian *ushul fiqh*, ketentuan tersebut dikatakan sebagai *ta'abbudi*, yaitu perbuatan-perbuatan *ubudiyah* (hubungannya dengan Tuhan) yang harus dilakukan oleh mukallaf sebagai wujud penghambaan kepada Tuhan tanpa harus ada penambahan atau pengurangan. Perbuatan *ta'abbudi* bersifat mutlak, tidak dapat diganggu gugat, dan tidak dapat dipertanyakan atau dianalisis menggunakan akal secara rasional. Sebaliknya, perbuatan *ubudiyah* yang berkembang dan dinamis, serta dapat dianalisis dengan rasio disebut dengan *ta'aqquli*.

⁴³ Abdul Qadir Audah, op.cit., hal. 182.

Abu Hapsin menambahkan bahwa pada hakikatnya hukuman dera atau cambuk bertujuan agar pelaku zina lajang menjadi jera. Dalam hal ini, penulis berpendapat bahwa pelaku bukan saja hanya dikenakan hukuman yang bersifat fisik seperti dera, tetapi juga bersifat non-fisik, yaitu disaksikan oleh sekumpulan orang-orang beriman sebagaimana dijelaskan dalam QS. An-Nur: 2. Itu artinya, pelaku zina lajang meskipun pada dasarnya mendapatkan satu jenis hukuman berupa dera, tetapi juga mendapatkan sanksi moral karena hukuman atas perbuatan keji tersebut disaksikan oleh masyarakat.

Terkait dengan pengasingan dalam hukum pidana Islam sebagai salah satu jenis pidana terhadap pelaku zina lajang, penulis memahami bahwa pidana penjara serupa dengan pengasingan, meskipun pada dasarnya berbeda. Serupa karena kedua jenis hukuman sama-sama merampas hak kemerdekaan dan membuat pelaku terasing dari kelompok masyarakatnya sendiri, dan dikatakan berbeda karena secara prosedural mekanisme penghukuman berbeda, yakni antara dikurung dan diasingkan dalam konteks dibuang ke daerah lain.

Abu Hapsin memberikan komentar bahwa pengasingan sebagai bentuk pengusiran pelaku zina dari kelompok masyarakat agar perilaku tercela tersebut tidak menjadi “penyakit sosial” yang menular di masyarakat. Selain itu, pengasingan dilakukan untuk

menghindari stigmatisasi terhadap pelaku zina, apalagi kalau pelaku zina memiliki anak di luar pernikahan. Dari sini, penulis berpendapat bahwa pengasingan memiliki dampak kemaslahatan yang saling berhubungan antara individu sebagai pelanggar dan masyarakat sebagai pemilik moralitas publik. Di satu sisi, pengasingan menghindarkan pelaku dari stigmatisasi masyarakat, di sisi lain pengasingan menghindarkan masyarakat dari “penularan penyakit sosial”.

Mengenai prosedur pengasingan, para fuqaha berbeda pendapat. Imam Malik dan Abu Hanifah mengatakan bahwa mengasingkan berarti menahan. Jadi, pelaku zina ditahan di tempat di mana ia diasingkan selama tidak lebih dari setahun. Ulama Malikiyah dan Hanafiyah menyatakan bahwa mengasingkan berarti menahan di daerah selain tempat kejadian tindak pidana. Ulama Zaidiyah sepakat dengan pendapat ini. Imam asy-Syafi'i dan Ahmad bin Hanbal berpendapat bahwa yang dimaksud mengasingkan adalah menyingkirkan pezina dari daerah terjadinya zina ke daerah lain. Akan tetapi, pelaku zina tidak perlu ditahan karena di tempat pengasingan ada penjagaan terhadap orang yang diasingkan.⁴⁴

Sebagian ulama berpendapat bahwa mengasingkan harus dilakukan dari wilayah kekuasaan tertentu ke wilayah kekuasaan

⁴⁴ Abdul Qadir Audah, *op.cit.*, hal. 180.

lain tanpa harus mencapai jarak tertentu. Cukuplah si pezina dibuang ke satu kampung yang jaraknya satu mil dari tempat kejadian. Begitu juga jika ia dibuang dari satu kota ke kota lain. Alasannya, kata pengasingan di sini bersifat umum. Jadi, ia mencakup apapun bermakna mengasingkan. Yang dimaksud dengan pengawasan adalah pelarangan atas pelaku zina untuk kembali ke kampungnya atau menurut sebagian ulama, pindah ke tempat yang jaraknya kurang dari jarak *qasar*⁴⁵ sebelum masa pengasingan selesai. Sebagian ulama lain berpendapat bahwa yang dimaksud pengawasan adalah mewajibkan orang yang diasingkan tetap berada di daerah pengasingannya hingga ia tidak bepergian.⁴⁶

Abul A'la Almaududi menjelaskan bahwa dalam rangka menjaga masyarakat dari dampak perzinahan, maka Islam tidak hanya menggunakan senjata pengasingan. Islam bahkan menjabarkan penyelesaian dan pencegahan secara ketat, luas dan dengan maksud untuk mengadakan perbaikan. Dalam undang-undang Islam pengasingan merupakan jalan pintas dalam membersihkan masyarakat dari dunia perzinahan. Islam tidak bermaksud membiarkan manusia bebas melakukan perzinahan setelah dihukum cambuk. Islam tidak pula membiarkan pezina menuruti nafsunya siang dan malam.⁴⁷

⁴⁵ Jarak *qasar* menurut Imam Malik, Syafi'i, Ahmad, dan lainnya adalah sejauh 4 burud. Dalam kitab *Bidayatul Mujtahid* dituliskan bahwa 4 burud adalah 88,704 km.

⁴⁶ *Ibid.*

⁴⁷ Abul A'la Almaududi, *op.cit.*, hal. 44.

Pengasingan bertujuan untuk mengalihkan manusia dari tindak pidana sesempurna mungkin dan tidak membiarkan pezina berlarut-larut melakukannya. Oleh sebab itu, Islam lebih mementingkan pembersihan diri sebelum sesuatu terjadi yakni dengan menanamkan dan membesarkan rasa takut terhadap azab Allah di dalam hati manusia. Islam juga bermaksud menanamkan rasa tanggung jawab kepada hari akhir di mana kelak tidak seorang pun dapat mengelak dari pelbagai tuduhan dan hukumanNya. Pengasingan juga dimaksudkan untuk menumbuhkan rasa kecondongan hati agar senantiasa taat kepada perintah Allah dan rasulNya yang merupakan dasar tujuan iman dalam Islam.⁴⁸

Meskipun cita-cita, harapan dan tujuan pidana pengasingan oleh Abul A'la Almaududi dideskripsikan sangat efektif dalam menegakkan kemaslahatan dan menolak kemudharatan, tetapi pada implementasinya pidana pengasingan menemui banyak problematika yang sangat pelik. Persoalan pelik inilah yang menyebabkan hukuman pengasingan menuai banyak perdebatan di kalangan ulama, bahkan di kalangan sahabat Rasul sekalipun.

Salah satu alasan Umar bin Khattab tidak memberikan hukuman pengasingan bagi peminum *khamr* termasuk kepada pezina lajang sebagaimana dijelaskan dalam Bab II di atas sangat sosiologis. Umar bercermin pada sebuah pengalaman yang

⁴⁸ *Ibid.*

menimpa Rabi'ah. Selama diasingkan, Rabi'ah tidak merasa menyesal dan bertaubat atas perbuatan yang pernah dilakukan karena hukuman pengasingan, tetapi justru bertemu dengan seorang Nasrani dan akhirnya masuk agama Nasrani. Artinya, sikap Umar secara implisit dapat dipahami bahwa hukuman pengasingan bukanlah satu-satunya cara untuk memberikan efek jera dan mengembalikan perilaku terdakwa ke dalam perbuatan yang lebih baik. Dalam konteks persoalan Rabi'ah, penulis menilai bahwa pengasingan telah gagal dalam dua hal, yaitu: Pertama, pidana pengasingan gagal membuat pihak terdakwa menjadi jera. Kedua, pidana pengasingan gagal dalam memperbaiki kesalahan yang diharapkan terdakwa kembali ke masyarakat asal lebih baik.

b. Kadar hukuman

Pasal 483 RKUHP 2012 memberikan kadar hukuman pidana penjara dengan batas maksimal 5 (lima) tahun dan batas minimal 1 (satu) hari sebagaimana Pasal 69 ayat 2 RKUHP 2012. Terkait dengan batas maksimal yang ditentukan tim perumus, Barda Nawawi Arief⁴⁹ menjelaskan bahwa kita tidak bisa melakukan rasionalisasi terhadap batasan maksimal terhadap suatu pidana tertentu. Artinya, kita tidak bisa menetapkan kadar hukuman secara rigid dan tidak bisa menentukan sebuah hukuman pidana secara

⁴⁹ Wawancara dengan Prof. Dr. Barda Nawawi Arief, SH (Guru Besar Hukum Pidana Universitas Diponegoro; salah satu Tim Perumus RUU KUHP 2012), 28 November 2013, jam. 11.09 WIB.

rasional bahwa jenis pidana A harus dikenakan sanksi dengan hukuman B selama 1 (satu), 2 (dua), 3 (tiga) tahun, atau seterusnya.

Dengan adanya batas pidana minimum umum selama 1 (satu) tahun dan pidana maksimal khusus 5 (lima) tahun, maka hakim dapat dengan leluasa mempertimbangkan putusan yang mendasarkan pelbagai aspek, termasuk tujuan pemidanaan dan pedoman pemidanaan sebagaimana tercantum dalam Pasal 54 dan Pasal 55 RKUHP 2012. Dengan demikian, sanksi terhadap zina lajang bisa jadi dikenakan pidana penjara selama 1 (satu) tahun, 2 (dua) tahun, atau berapa pun dengan batas maksimal 5 (lima) tahun sesuai dengan pertimbangan hakim.

Adapun mengenai keputusan apakah zina lajang akan dikenakan sanksi pidana berupa penjara dengan batas maksimal 5 (lima) tahun, Barda Nawawi Arief menjelaskan bahwa hal tersebut tentu harus atas persetujuan DPR sebagai wakil rakyat mengingat posisi RKUHP 2012 sekarang masih berupa konsep yang sedang digodok DPR.

Dalam hukum pidana Islam, zina lajang (*ghairu muhsan*) dikenakan sanksi dera dengan kadar hukuman 100 (seratus) kali di mana sudah menjadi kesepakatan jumbuh ulama bahwa jumlah seratus kali dera tidak boleh dikurangi, ditambah, atau diganti dengan sanksi pidana lain karena ketentuan seratus kali dera merupakan *hudud* yang ditetapkan syara'. Dalam hal ini, hakim

samasekali tidak memiliki wewenang untuk melakukan ijtihad atau upaya penggalian hukum yang kemudian dengan faktor tertentu bisa diganti dengan kadar hukuman lain atau dengan jenis hukuman yang lain, misalnya denda (*diyat*).

Meskipun demikian, demi menegakkan kemaslahatan yang berpijak pada nilai-nilai kemanusiaan dan kepentingan terdakwa, ada beberapa upaya peringanan dalam memberikan hukuman, namun dengan jumlah atau kadar yang tidak bertentangan dengan syara', yakni tetap seratus kali. Dalam konteks ini, apabila kondisi terdakwa dalam keadaan sakit yang cukup parah atau dalam keadaan lemah—biasanya terjadi karena usia sudah lanjut—maka pelaksanaan hukuman cukup sekali pukulan dengan menggunakan dahan daun berlidi seperti daun pohon kelapa yang terdiri dari seratus dan terkumpul menjadi satu. Artinya, eksekutor memberikan hukuman cambuk dengan seikat kumpulan lidi yang berjumlah seratus. Dengan cara ini, tujuan syari'at akan tercapai sekaligus memberikan kemudahan atas ketidakmampuan terhukum.

Bahkan, dalam masalah teknik pelaksanaan hukuman banyak ulama mengizinkan membagi jangka penderaannya setiap hari dua puluh kali. Sedangkan menurut Abu Hanifah Ra, bisa saja sebuah hukuman cambuk dilaksanakan dalam satu hari dengan lima puluh kali pencambukan dan lima puluh kali pada hari berikutnya. Ini dengan maksud agar si terdakwa merasakan hukuman tersebut.

Namun lebih dari itu tidak diperbolehkan. Para fuqoha banyak yang lebih mengutamakan pelaksanaan sesuai dengan jumlahnya.⁵⁰

Menurut penulis, tidak adanya batasan hukuman dalam konteks perzinahan karena memang tidak ada unsur keterpaksaan dalam hubungan perzinahan. Keduanya saling mengetahui bahwa perbuatan itu melanggar syari'at dan keduanya melakukan zina atas dasar suka sama suka, karena apabila ada unsur pemaksaan maka hal demikian bukan zina melainkan pemerkosaan. Hal ini berbeda dengan RKUHP 2012 yang memberikan batasan pidana minimum umum dan batasan pidana maksimum khusus dalam menghukumi pelaku zina. Kalau memang ada “relativitas” dalam menjatuhkan hukuman pidana, lalu apa yang menjadi dasar “relativitas” tersebut dalam menjatuhkan hukuman terhadap pelaku zina? Apakah ia diindikasikan terlalu banyak melanggar ketenangan publik atau apakah banyaknya pengulangan jumlah perbuatan zina yang dilakukan?

Dalam konteks hukum pidana Islam, dikenal dengan teori saling melengkapi (*at-Tadakhul*) di mana apabila seseorang diketahui berulang-ulang melakukan perbuatan zina, pencurian, minum-minuman, dan perbuatan melanggar lain yang sejenis maka pelaku cukup diberi satu hukuman. Pada dasarnya, teori ini menyatakan bahwa satu jenis tindak pidana dikenakan satu jenis

⁵⁰ Abul A'la Almaududi, *op.cit.*, hal. 81.

sanksi pidana dengan ketetapan syari'at yang sama. Adapun teori penyerapan (*al-Jabb*) adalah menjatuhkan hukuman yang dapat menyebabkan hukuman lain terhalangi, seperti hukuman mati.

c. Pembuktian: Antara Delik Aduan, Saksi, dan Pengakuan

Perbuatan zina dalam Pasal 483 ayat 2 RKUHP 2012 tidak dilakukan penuntutan kecuali ada pengaduan dari suami, istri, atau pihak ketiga yang merasa tercemar. Sedangkan hukum pidana Islam diatur lebih rinci, mutakhir, dan lebih modern daripada *legal substance* dalam Pasal 483 ayat 2 tersebut.

Pertama, hukum Islam menghendaki saksi 4 (empat) orang di mana masing-masing saksi harus melihat betul masuknya lubang farji ke dalam zakar. Hal ini mengindikasikan bahwa Islam sangat menghargai moralitas publik (*public morality*). Logika sederhananya, perbuatan zina yang telah disaksikan empat orang berarti ia telah melakukan perbuatan zina di tempat umum sehingga perbuatan tersebut bisa mencederai moralitas publik.

Itupun kalau syarat empat orang saksi tidak terpenuhi, maka yang mengajukan aduan tersebut bisa dikatakan menuduh yang harus dikenakan sanksi 80 (delapan puluh) kali dera. Bahkan, hakim sekalipun yang melihat dan ia menjadi saksi yang terakhir dari empat orang saksi, maka ia harus mencopot jabatannya sebagai hakim demi persaksian tersebut. Apabila tidak dilakukan, maka persaksiannya batal. Termasuk apabila hakim melihat dengan mata

kepala sendiri perbuatan zina tersebut namun tidak bisa mendatangkan tiga saksi lain maka ia tidak bisa menghukumnya meskipun perbuatan zina memang telah dilakukan. Hal tersebut memberikan indikasi bahwa pada hakikatnya hukum Islam sangat menghargai moralitas publik yang dijunjung tinggi oleh masyarakat.

Kedua, pengakuan zina. Menurut penelusuran penulis, belum ada peristiwa yang menghukumi pelaku zina atas empat orang saksi, kecuali atas pengakuan diri sendiri. Hal ini berarti Islam sangat menghargai taubat karena zina sangat erat hubungannya dengan *hablum minallah*. Atas pertaubatan yang sungguh-sungguh tersebut, pelaku zina disucikan dengan cara dihukum sehingga kelak akan mengurangi hukuman di akhirat.

Ada yang menarik dari konsep ini, yaitu siklus bahwa pelaku zina harus bertaubat dahulu, setelah ia merasa sadar atas kesalahan tersebut kemudian dikenakan sanksi. Taubat ditunjukkan dalam bentuk pengakuan dan kerelaan diri untuk dikenakan sanksi pidana. Berbeda dengan konsep hukum positif, siklus yang digunakan berbanding terbalik, yaitu hukum dikenakan agar pelaku bertaubat. Dalam hukum positif, hukum menghukumi setiap pelaku padahal pelaku merasa terpaksa dan belum ada kesadaran dari hati nurani sehingga pada akhirnya ketika dijatuhkan hukuman, ia akan mengulangi di kemudian hari karena pada dasarnya pelaku belum merasa sadar atas pelanggaran yang dibuat tersebut.

Bukti lain bahwa Islam sangat menjunjung tinggi hak pribadi sebagaimana diagung-agungkan oleh “Barat” dengan mengutamakan moralitas publik adalah bahwa nabi Muhammad saw selalu melakukan konfirmasi terhadap pengakuan zina, apakah benar-benar zina atau sekadar meraba, gila atau alasan lain yang mungkin saja ia tidak melakukan perbuatan zina. Bahkan dalam pelbagai riwayat hadis, nabi Muhammad saw melakukan konfirmasi atas perbuatan zina sebanyak empat kali baru nabi Muhammad saw merasa pengakuan itu dibenarkan.

Hal yang kemudian sangat menarik dan mutakhir bagi penulis dalam hukum pidana Islam dibandingkan hukum Barat maupun hukum positif Indonesia adalah dalam konteks pengakuan zina, hakim tidak diperkenankan melakukan penyelidikan, melakukan introgasi, atau membuat cara apapun agar tersangka mengakui perbuatannya. Dengan demikian, bukankah Islam sangat menjunjung tinggi hak pribadi? Maka penulis sangat tidak sepakat apabila Islam selalu dibenturkan dengan hukum Barat bahwa Islam identik dengan hukum yang kuno dan usang, sementara hukum Barat identik dengan hukum modern yang menjunjung tinggi hak asasi manusia. Pada faktanya, hukum pidana Islam jauh lebih mutakhir apabila benar-benar dipahami secara menyeluruh dengan menyingkap makna-makna implisit yang terkandung di dalamnya. Bahkan, penarikan terhadap pengakuan zina dalam hukum pidana

Islam sangat dijunjung tinggi dan dihargai sehingga hukuman menjadi batal atas penarikan pengakuan tersebut.

Dengan demikian, penulis tidak sepakat apabila ada statemen yang menyatakan bahwa tim perumus KUHP baru mencoba melakukan upaya islamisasi terhadap RKUHP 2012 karena apabila dikaji secara komprehensif-holistik, antara RKUHP 2012 dan hukum pidana Islam sangat berbeda. Kesamaan RKUHP 2012 dan hukum pidana Islam sebatas pada aspek kriminalisasi, yaitu bahwa zina yang dalam Islam dikenal *ghairu muhsan* dimasukkan dalam Konsep KUHP yang dicita-citakan menjadi KUHP baru bagi masyarakat Indonesia. Itupun menurut penulis Pasal 483 RKUHP samasekali tidak menjunjung tinggi keadilan karena antara pezina *muhsan* dan pezina *ghairu muhsan* tidak dibedakan. Selebihnya, aspek penalisasi dan formulasi pembedaan zina lajang dalam RKUHP 2012 sangat berbeda dengan aspek penalisasi dan formulasi pembedaan dalam hukum pidana Islam.

d. Persoalan Kumpul Kebo

RKUHP 2012 mengatur kumpul kebo dalam Pasal 485 di mana hukumannya justru jauh lebih kecil daripada pezina, yaitu batas maksimal satu tahun atau denda paling banyak Rp 30.000.000,00 (tiga puluh juta) rupiah. Dalam hukum pidana Islam, kumpul kebo tetap dikatakan sebagai perbuatan zina dengan hukuman yang sama dengan pelaku zina sejauh bisa dibuktikan

sesuai yang disyaratkan dalam hukum pidana Islam. Dalam hal ini apabila benar disahkan menjadi KUHP baru, kumpul kebo yang merusak, tidak menghargai kesucian lembaga perkawinan dan dalam skala yang lebih luas tidak menghargai negara sebagai penegak hukum justru dikenakan sanksi yang lebih ringan dibandingkan pelaku zina.

Untuk itu, rumusan kumpul kebo dalam Pasal 485 RKUHP 2012 perlu ditinjau kembali agar tidak saling berbenturan antara konsep zina dan konsep kumpul kebo yang memiliki keserupaan dalam konteks perbuatan yang dipidana, yaitu hubungan layaknya suami-istri di luar pernikahan yang sah. Apabila tidak ada definisi dan klasifikasi yang jelas, bisa jadi terjadi kesalahan dalam menafsirkan tindak pidana yang dilakukan subyek hukum: apakah tindakan hubungan seksual terlarang tanpa ikatan pernikahan yang dilakukan lajang termasuk kategori kumpul kebo atau perbuatan zina? Implikasi yang berdampak cukup serius yang ditimbulkan atas persoalan tersebut adalah menyangkut pertanyaan: dikenakan pasal berapakah pelaku tersebut?

Oleh karena itu, Pasal 485 RKUHP yang mengatur pasangan kumpul kebo hendaknya dikaji ulang secara komprehensif-holistik, mulai dari definisi, klasifikasi, termasuk serangkaian penjelasan yang cukup memadai sehingga tidak terjadi ambiguitas dan pandangan hukum yang multitafsir.

e. Persoalan Hubungan Sejenis (*liwat*)

RKUHP 2012 tidak menyinggung persoalan hubungan sejenis. Padahal perkembangan sosial masyarakat menunjukkan bahwa permasalahan hubungan sejenis semakin kompleks. Meskipun beberapa negara di dunia seperti Belanda, Belgia, Spanyol, Kanada, Norwegia, Argentina, Meksiko, dan negara-negara lain yang mengakui pernikahan sejenis justru melegalkan pernikahan sejenis, tetapi apakah Indonesia dengan segala budaya yang terkandung dalam masyarakat menerima hubungan sejenis? Inilah yang kemudian menyebabkan *legal substance* RKUHP 2012 yang mengatur perzinahan menjadi ambigu atau *subhat*.

Dalam hukum Islam, hubungan sejenis tidak dikategorikan sebagai perbuatan zina, tetapi justru sebagai tindak pidana yang lebih berat daripada zina. Meskipun demikian, dalam konteks ini para ulama berbeda pendapat. Ada yang mengatakan hubungan sejenis harus dihukum sesuai dengan zina, ada yang mengatakan bahwa hubungan sejenis masuk dalam *ta'zir*. Meskipun demikian, hukum pidana Islam tetap mengakui hubungan sejenis sebagai pelanggaran yang perlu mendapatkan sanksi. Inilah yang kemudian menurut penulis, RKUHP 2012 lagi-lagi harus dikaji ulang secara menyeluruh supaya pada akhirnya produk hukum yang dihasilkan benar-benar menjunjung tinggi keadilan.