



**MAHKAMAH KONSTITUSI
REPUBLIK INDONESIA**

**IKHTISAR PUTUSAN
PERKARA NOMOR 132/PUU-XIII/2015**

Tentang

**Sanksi Pidana Atas Perbuatan Pidana Asusila Laki-Laki dan Perempuan
atas Dasar Suka Sama Suka**

- Pemohon** : **Robby Abbas**
- Jenis Perkara** : Pengujian Undang-Undang terhadap Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945
- Pokok Perkara** : Pengujian konstusionalitas Pasal 296 dan Pasal 506 Kitab Undang-Undang Hukum Pidana terhadap Pasal 28D ayat (1) dan Pasal 28J ayat (1) dan ayat (2) UUD 1945
- Amar Putusan** : Menolak permohonan Pemohon untuk seluruhnya
- Tanggal Putusan** : **Rabu, 5 April 2017**
- Ikhtisar Putusan** :

Bahwa terkait dengan kewenangan Mahkamah, oleh karena yang dimohonkan pengujian adalah undang-undang *in casu* Kitab Undang-Undang Hukum Pidana terhadap UUD 1945 maka Mahkamah berwenang untuk mengadili permohonan *a quo*;

Bahwa terhadap kedudukan hukum Pemohon, Mahkamah berpendapat, Pemohon memiliki kedudukan hukum sebagai Pemohon untuk mengajukan permohonan *a quo* karena hak konstusionalnya dirugikan atau setidaknya berpotensi dilanggar oleh berlakunya Pasal 296 dan Pasal 506 KUHP. Hak atas pengakuan, jaminan, perlindungan, dan kepastian hukum yang adil serta perlakuan yang sama di hadapan hukum sebagaimana dijamin dalam Pasal 28D ayat (1) UUD 1945 secara aktual dirugikan oleh berlakunya Pasal 296 dan Pasal 506 KUHP dan antara kerugian hak konstusional dengan berlakunya pasal yang dimohonkan pengujian memiliki hubungan sebab akibat, yang apabila permohonan Pemohon dikabulkan maka kerugian hak konstusional sebagaimana yang didalilkan oleh Pemohon tidak lagi terjadi;

Perihal pokok permohonan, yaitu Pasal 296 dan Pasal 506 KUHP bertentangan dengan UUD 1945, Mahkamah Konstitusi memberi pertimbangan, bahwa secara historis dapat dikatakan telah menjadi pengetahuan umum, khususnya dikalangan ahli hukum bahwa pertama kali asas legalitas dimuat dalam Konstitusi Amerika *Declaration of Independence* 1776 dan selanjutnya Ketentuan asas legalitas diakui pertama kali oleh konstitusi Amerika Serikat tahun 1783 yang dicantumkan dalam Article I Section 9 yang berbunyi: "*No bill of attainder or ex*

post facto law shall be passed". Pada tahun 1789 asas tersebut dapat diwujudkan dalam Pasal 8 *Declararation de droits de l'homme et du citoyen* yang berbunyi, "*nul ne peut etre puni qu'en vertu d'une loi etablie et promulguee anterieurement au delit et legalement appliquee*". Dalam perkembangan selanjutnya asas tersebut oleh Napoleon Boneparte dimasukkan dalam Pasal 4 *Code Penal* Perancis yang berbunyi, "*Nulle contravention, null delit, nul crime, ne peuvent etre punils de peines qui n' etaient pas prononcees par la loi evant qu'ils fussent commis*", asas tersebut kemudian oleh Belanda dimasukkan dalam Pasal 1 ayat (1) *Wetboek van Strafrecht* yang juga dimuat dalam Pasal 1 ayat (1) KUHP.

Bahwa terhadap asas legalitas para pakar hukum pidana memiliki pandangan yang sama mengenai maksud dari asas legalitas dalam Pasal 1 ayat (1) KUHP, yaitu "Tiada perbuatan dapat dipidana kecuali atas dasar kekuatan ketentuan pidana menurut undang-undang yang sudah ada terlebih dahulu". Sehubungan dengan asas legalitas tersebut, Machteld Boot menyatakan paling tidak ada empat syarat, yaitu: (i) *nullum crimen, noela poena sine lege praevia* (tidak ada perbuatan pidana, tidak ada pidana tanpa undang-undang sebelumnya); (ii) *nullum crimen, noela poena sine lege scripta* (tidak ada perbuatan pidana, tidak ada pidana tanpa undang-undang tertulis); (iii) *nullum crimen, noela poena sine lege certa* (tidak ada perbuatan pidana, tidak ada pidana tanpa undang-undang yang jelas); dan (iv) *nullum crimen, noela poena sine lege stricta* (tidak ada perbuatan pidana, tidak ada pidana tanpa undang-undang yang ketat) [Machteld Boot, 2001, hal 94].

Bahwa dari uraian mengenai asas legalitas di atas, pertanyaan selanjutnya adalah apakah norma yang terdapat dalam Pasal 296 dan Pasal 506 KUHP dapat juga mencakup perbuatan perzinahan oleh laki-laki dewasa yang belum atau yang sudah menikah dengan perempuan dewasa yang belum ataupun yang sudah menikah yang didasari suka sama suka?

Dalam KUHP, perzinahan diatur dalam Pasal 284 ayat (1) yang berbunyi:

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

Perzinahan yang dilakukan oleh laki-laki dewasa yang sudah menikah atau perempuan dewasa yang sudah menikah baru dapat dipidana dengan pidana penjara apabila ada pengaduan dari suami atau istri. Namun, KUHP tidak mengatur hubungan badan yang dilakukan oleh laki-laki dewasa dan perempuan dewasa yang dilakukan dengan dasar suka sama suka;

Bahwa Pasal 296 dan Pasal 506 KUHP mengatur tentang seseorang yang dengan sengaja menyebabkan atau memudahkan perbuatan cabul oleh orang lain dengan orang lain, dan menjadikannya sebagai pekerjaan atau kebiasaan; dan seseorang yang menarik keuntungan dari perbuatan cabul seorang wanita dan menjadikannya sebagai mata pencarian, tidak perlu pengaduan dan dapat langsung dikenakan Pasal 296 dan Pasal 506 KUHP oleh aparat penegak

hukum. Dengan demikian, maka sesungguhnya KUHP sudah mengatur mengenai perzinahan (*overspel*), hanya saja perbuatan tersebut baru dapat dipidana setelah ada pengaduan terlebih dahulu, aparat penegak hukum tidak dapat langsung menjerat seseorang tanpa ada pengaduan. Namun, apabila yang dimaksudkan oleh Pemohon adalah mengenai orang yang menyebabkan, memudahkan atau melakukan perbuatan pencabulan dimasukkan ke dalam norma Pasal 296 KUHP dan Pasal 506 KUHP menurut Mahkamah hal tersebut dipandang kurang tepat mengingat masalah pencabulan telah diatur secara tersendiri di dalam KUHP. Sehingga sebenarnya dapat atau tidaknya pelaku yang menyebabkan, memudahkan atau melakukan perbuatan pencabulan diproses menjadi tindak pidana adalah sepenuhnya menjadi kewenangan aparat penegak hukum. Misalnya, dengan menjerat pelaku lain dengan pasal penyertaan yaitu Pasal 55 dan Pasal 56 KUHP.

Namun demikian apabila hal yang diminta oleh Pemohon kepada Mahkamah, yaitu memasukkan perzinahan yang sudah tercantum dalam Pasal 284 ayat (1) KUHP dan memasukkan perbuatan perzinahan antara laki-laki dewasa yang tidak terikat pernikahan dengan perempuan dewasa yang tidak terikat pernikahan atas dasar suka sama suka menjadi bagian dari Pasal 296 dan Pasal 506 KUHP maka hal tersebut menjadikan Mahkamah sebagai pembuat kebijakan kriminal (*criminal policy maker*). Padahal, pembuat kebijakan kriminal adalah negara dalam hal ini Pembentuk Undang-Undang (DPR bersama Pemerintah). Permohonan Pemohon yang meminta Mahkamah menafsirkan Pasal 296 dan Pasal 506 KUHP tidak dapat dilepaskan dari sejarah dibentuknya Mahkamah Konstitusi. Secara doktriner, pembentukan Mahkamah Konstitusi dimaksudkan untuk memiliki kewenangan sebagai *negative legislator*. Artinya, Mahkamah Konstitusi hanya dapat membatalkan Undang-Undang dan tidak dapat mengambil kewenangan Parlemen dalam membuat Undang-Undang atau peraturan. Doktrin tersebut dimaksudkan untuk membedakan antara kewenangan DPR dengan kewenangan Mahkamah Konstitusi. Doktrin demikian pada saat ini telah diterima oleh para *jurist* sebagai pandangan yang berlaku sebagai hukum (*opinio jurist sive necessitatis*). Dengan demikian, jelas bahwa pada dasarnya Mahkamah Konstitusi dalam pengujian Undang-Undang terhadap Undang-Undang Dasar adalah sebagai *negative legislator*.

Doktrin yang senada dengan *negative legislator* adalah doktrin *judicial restraint*. Doktrin tersebut berkembang di Negara Amerika yang merupakan implementasi dari penerapan prinsip pemisahan kekuasaan (*separation of power*). Dalam doktrin *judicial restraint*, pengadilan harus dapat melakukan pengekangan atau pengendalian diri dari kecenderungan ataupun dorongan untuk bertindak layaknya sebuah "*miniparliament*" (*Phillip A. Talmadge, 1999, hal. 711*). Salah satu bentuk tindakan pengadilan yang dapat dikategorikan sebagai tindakan parlemen adalah membentuk norma hukum baru ketika memutuskan sebuah perkara *judicial review*. Dari dua doktrin di atas, maka pengadilan khususnya Mahkamah Kontitusi dalam memutuskan suatu perkara *judicial review* terdapat batasan yang juga harus diperhatikan yaitu pembatasan untuk tidak menjadi "*miniparliament*" atau mengambil kewenangan dari legislatif (DPR). Lagi pula, dalil Pemohon yang menyatakan bahwa frasa "**menyebabkan atau memudahkan perbuatan cabul**" dalam Pasal 296 dan frasa "**perbuatan cabul seorang wanita**" dalam Pasal 506 KUHP bertentangan dengan UUD 1945 sepanjang tidak dimaknai "**menyebabkan, memudahkan, atau melakukan perbuatan pencabulan**" dan "**perbuatan cabul yang dilakukannya maupun oleh seorang wanita**" adalah tidak masuk akal.

Sebab, apabila jalan pikiran Pemohon diikuti maka akan lahir konklusi sebagai berikut:

- *Pertama*, dalam hal Pasal 296 KUHP, dengan mengikuti jalan pikiran Pemohon, berarti orang yang dengan sengaja menyebabkan atau memudahkan perbuatan cabul oleh orang lain dengan orang lain dan menjadikannya sebagai pekerjaan atau kebiasaan, adalah bertentangan dengan UUD 1945 semata-mata karena frasa “menyebabkan atau memudahkan perbuatan cabul” dalam pasal ini tidak mencakup “menyebabkan, memudahkan, atau melakukan perbuatan pencabulan”;
- *Kedua*, dalam hal Pasal 506 KUHP, dengan mengikuti jalan pikiran Pemohon, berarti orang yang menarik keuntungan dari perbuatan cabul seorang wanita dan menjadikannya sebagai mata pencaharian adalah bertentangan dengan UUD 1945 semata-mata karena frasa “perbuatan cabul seorang wanita” dalam pasal ini tidak mencakup “perbuatan cabul yang dilakukannya maupun oleh seorang wanita”;

Dengan kata lain jika jalan pikiran Pemohon diikuti, berarti dalil pertentangan norma dalam kedua pasal tersebut dengan UUD 1945 sesungguhnya bukan bertolak dari pertentangan “mengapa materi muatan norma dalam kedua pasal tersebut bertentangan dengan UUD 1945” melainkan dari pertanyaan “mengapa Pembentuk Undang-Undang tidak memperluas ruang lingkup materi muatan dalam kedua pasal tersebut, sehingga sesuai dengan harapan Pemohon”; Hal ini makin memperjelas persoalan hukum dari Pemohon *a quo* sebagai persoalan yang mempertanyakan kebijakan kriminal (*criminal policy*) negara, *in casu* Pembentuk Undang-Undang, bukan persoalan konstiusionalitas norma Undang-Undang;

Konsekuensi lebih jauh dari konklusi tersebut adalah bahwa oleh karena norma yang mengatur perbuatan demikian bertentangan dengan UUD 1945 maka perbuatan dan orang yang melakukan perbuatan demikian tidak boleh dipidana. Belum lagi jika mempertimbangkan argumentasi konstiusional yang digunakan oleh Pemohon, yaitu bahwa menurut Pemohon, Pasal 296 dan Pasal 506 KUHP tersebut bertentangan dengan Pasal 28D ayat (1) UUD 1945. Dengan argumentasi demikian berarti norma yang termuat dalam Pasal 296 dan Pasal 506 KUHP tersebut, menurut Pemohon, berarti tidak memberikan pengakuan, jaminan, perlindungan, dan kepastian hukum yang adil, dan perlakuan yang sama di hadapan hukum;

Tentu saja penalaran demikian tidak dapat diterima akal sehat. Sebab norma yang termuat dalam kedua pasal tersebut tidak mengandung pengertian lain selain yang secara tegas tertulis dalam kedua pasal itu. Norma itu juga berlaku umum terhadap siapa pun yang melakukan perbuatan sebagaimana dirumuskan dalam kedua pasal itu, dan perbuatan demikian memang layak dipidana sehingga tidak terdapat alasan untuk menyatakannya tidak adil;

Bahwa Pasal 296 dan Pasal 506 KUHP tidak mencakup perbuatan sebagaimana yang dikehendaki Pemohon, hal itu tidak serta merta berarti kedua pasal tersebut bertentangan dengan UUD 1945. Oleh karena itu, tidak terdapat alasan bagi Mahkamah untuk menyatakan Pasal 296 dan Pasal 506 KUHP bertentangan dengan UUD 1945 meskipun secara bersyarat (*conditionally unconstitutional*) sebagaimana didalilkan Pemohon. Suatu norma Undang-Undang hanya akan dinyatakan bertentangan secara bersyarat dengan UUD 1945, antara lain, apabila suatu norma dengan memperhatikan rumusannya berdasarkan suatu penafsiran hukum yang relevan, seharusnya mencakup hal atau keadaan lain yang

menjadi bagian tak terpisahkan dari norma itu namun ternyata tidak terumuskan secara jelas dalam norma tersebut; atau, suatu norma Undang-Undang dirumuskan sedemikian rupa sehingga menimbulkan penafsiran yang berbeda-beda tatkala dipraktikkan; atau, suatu norma dirumuskan sedemikian rupa sehingga terdapat potensi pertentangan dengan norma lain, baik yang terdapat dalam Undang-Undang yang sama, maupun dalam Undang-Undang yang berbeda. Dalam keadaan demikianlah antara lain Mahkamah, dengan tidak mengambil alih kewenangan pembentuk Undang-Undang, akan menyatakan suatu norma Undang-Undang bertentangan secara bersyarat dengan UUD 1945 melalui suatu penafsiran hukum dan penafsiran konstitusi yang telah diakui keberlakuannya dan validitasnya;

Berdasarkan uraian di atas, maka telah ternyata bahwa persoalan hukum yang dipermasalahan Pemohon adalah kebijakan kriminal dalam arti menjadikan suatu perbuatan yang sebelumnya bukan perbuatan pidana menjadi perbuatan pidana dimana kebijakan demikian adalah politik hukum pidana yang merupakan kewenangan pembentuk undang-undang. Apalagi yang dipersoalkan dalam permohonan *a quo* adalah tentang pidana yang berkaitan dengan penghukuman terhadap orang/manusia, sehingga bahkan Pembentuk Undang-Undang pun yang meskipun memiliki kewenangan untuk itu dalam merumuskan suatu perbuatan sebagai perbuatan yang dapat dipidana (*strafbaar feit*) harus sangat hati-hati. Menyatakan suatu perbuatan yang semula bukan perbuatan pidana menjadi perbuatan pidana harus mendapat kesepakatan dari seluruh rakyat yang di Negara Indonesia diwakili oleh para Anggota Dewan Perwakilan Rakyat bersama dengan Presiden. Dengan demikian, maka dalam hubungannya dengan permohonan *a quo*, persoalannya adalah bukan terletak pada konstusionalitas norma melainkan pada persoalan politik hukum dalam hal ini politik hukum pidana;

Telah menjadi pengetahuan bagi kalangan ahli hukum bahwa kehati-hatian dalam merumuskan hukum pidana sangat dibutuhkan karena sifat khusus yang dimiliki oleh hukum pidana itu, yaitu adanya penderitaan yang bersifat khusus (*bijzondere leed*) dalam bentuk hukuman kepada pelanggarnya yang mencakup pembatasan atau perampasan kemerdekaan, bahkan nyawa. Oleh karena itulah hukum pidana diposisikan sebagai “obat terakhir” (*ultimum remedium*) untuk memperbaiki perilaku manusia, setelah didahului oleh pemberlakuan norma hukum maupun norma-norma kemasyarakatan lainnya;

Demikianlah sehingga kehati-hatian bukan hanya diperlukan dalam merumuskan perbuatan apa yang dilarang dan dapat dipidana (*ius poenale, strafrecht in objectieve zin*) tetapi juga karena dari rumusan itu akan ditentukan hak negara untuk menghukum (*ius puniendi, strafrecht in subjectieve zin*) sehingga negara benar-benar terbebas dari “tuduhan” main hakim sendiri. Dalam hubungan ini penting kiranya untuk selalu diingat pernyataan ahli hukum pidana Hezewinkel – Suringa “*Noch aan de staat, noch aan der logere publiekrechtelijke organen komt op strafrechtelijk terrein eigenrichting toe*” (Dalam bidang hukum pidana, baik negara maupun suatu badan, yang bersifat hukum publik yang lebih rendah lainnya, tidak berwenang main hakim sendiri) [vide PAF. Lamintang, 2013, hal 14];

Bahwa dengan mendasarkan pada pertimbangan di atas telah terang bagi Mahkamah bahwa Pasal 296 dan Pasal 506 KUHP merupakan pasal yang sudah jelas. Adapun hal yang dimintakan oleh Pemohon merupakan kebijakan kriminal yang merupakan kewenangan dari negara dalam hal ini Pembentuk Undang-Undang untuk dirumuskan ke dalam Undang-Undang. Hal tersebut semata-mata agar Mahkamah tidak menjadi “*miniparliament*” dalam memutus

perkara *a quo*. Oleh karena itu, Mahkamah menilai permohonan Pemohon mengenai Pasal 296 dan Pasal 506 KUHP bertentangan dengan UUD 1945 tidak beralasan menurut hukum;

Bahwa terhadap frasa “***denda paling banyak lima belas ribu rupiah***” dalam **Pasal 296 KUHP** harus dimaknai sebagai “***denda berdasarkan kepatutan***”, Mahkamah mempertimbangkan bahwa pidana denda dengan jumlah tertentu sebagaimana terurai dalam KUHP adalah sesuatu yang harus bersifat pasti. Adapun terkait dengan nilai rupiah yang tidak sesuai dengan keadaan sekarang tidak berarti hal itu bertentangan dengan UUD 1945. Apabila pemikiran Pemohon yang diikuti dengan mengartikan menjadi berdasarkan “***kepatutan***” justru tidak memberi kepastian hukum yang adil. Kata kepatutan tidak jelas ukurannya dan akan membuat ketidakjelasan dalam pelaksanaannya. Peraturan Mahkamah Agung Nomor 02 Tahun 2012 tentang Penyesuaian Batasan Tindak Pidana Ringan dan Jumlah Denda Dalam KUHP, tanggal 27 Februari 2012 khususnya terkait dengan denda juga menyebutkan nilai rupiah, yaitu sebesar Rp. 2.500.000,- (dua juta lima ratus ribu rupiah). Hal tersebut merupakan bentuk contoh bahwa jumlah nilai rupiah dalam pengenaan denda dalam KUHP juga harus bersifat pasti, sehingga sebagaimana telah diuraikan dalam pertimbangan di atas bahwa penentuan jumlah rupiah dalam denda KUHP juga menjadi kewenangan Pembentuk Undang-Undang. Dengan demikian, menurut Mahkamah permintaan penafsiran frasa “***denda paling banyak lima belas ribu rupiah***” dalam **Pasal 296 KUHP** harus dimaknai sebagai “***denda berdasarkan kepatutan***”, seperti yang didalilkan oleh Pemohon tidak beralasan menurut hukum;

Berdasarkan seluruh pertimbangan di atas, Mahkamah memutuskan dengan amar menolak permohonan Pemohon untuk seluruhnya.