



LAPORAN PENELITIAN

**Urgensi Penerapan Konsep *Godly Constitution*
(Konstitusi dengan Berdasar Nilai Ketuhanan)
dalam Pengujian Perkara Konstitusional di
Mahkamah Konstitusi**

**Kerjasama antara Mahkamah Konstitusi dengan
Fakultas Hukum Universitas Pekalongan**



KEPANITERAAN DAN SEKRETARIAT JENDERAL

MAHKAMAH KONSTITUSI

2018

**URGENSI PENERAPAN KONSEP *GODLY CONSTITUTION*
(KONSTITUSI DENGAN BERDASAR NILAI KETUHANAN) DALAM
PENGUJIAN PERKARA KONSTITUTIONAL DI MAHKAMAH KONSTITUSI**

HASIL PENELITIAN

**Kerjasama antara Mahkamah Konstitusi dengan
Fakultas Hukum Universitas Pekalongan**

Ketua

A.H. As'ari Taufiqurrohman, S.H., M.H.

Anggota:

Dwi Edi Wibowo, SH., M.Hum.

**Pusat Penelitian dan Pengkajian Perkara, dan Pengelolaan Perpustakaan
Kepaniteraan dan Sekretariat Jenderal Mahkamah Konstitusi
Tahun 2018**

LEMBAR PERSETUJUAN

**URGENSI PENERAPAN KONSEP *GODLY CONSTITUTION*
(KONSTITUSI DENGAN BERDASAR NILAI KETUHANAN) DALAM
PENGUJIAN PERKARA KONSTITUSIONAL DI MAHKAMAH KONSTITUSI**

Ketua

A.H. As'ari Taufiqurrohman, S.H., M.H.

Anggota:

Dwi Edi Wibowo, SH., M.Hum.

Mengesahkan,

Kapuslitka



Dr. Wiryanto, S.H., M.Hum.

NIP. 19640605 198803 1 001

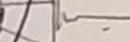
LAPORAN AKHIR
PENELITIAN KOMPETITIF
HIBAH MAHKAMAH KONSTITUSI

URGENSI PENERAPAN KONSEP GODLY CONSTITUTION
(KONSTITUSI BERKETUHANAN)
DALAM PENGUJIAN PERKARA KONSTITUSIONAL DI MAHKAMAH KONSTITUSI



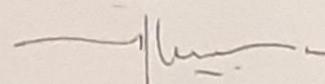
TIM PENGUSUL

A.H.AS'ARI TAUFIQURROHMAN, S.H., M.H.
DWI EDI WIBOWO, SH, M.HUM

Mengetahui
Dekan Fakultas Hukum
Universitas Pekalongan

Dr. Nurul Huda, S.H., M.Hum
NPP. 110493072

Pekalongan, 18 Oktober 2018

Ketua


A.H. As'ari Taufiqurrohman, S.H, M.H
NPP. 111011252

PERNYATAAN KEASLIAN KARYA ILMIAH

Saya yang bertandatangan dibawah ini:

Nama : A.H. Asari Taufiqurrohman, S.H., M.H
Unit Kerja : Fakultas Hukum Universitas Pekalongan
Alamat Surat : Gedung A Fakultas Hukum, Jalan Sriwijaya, No. 3, Kota
Pekalongan
NIDN : 0618118601
No. Hp/ Email : 085 878 140 191 / arry.asari@yahoo.com

dengan ini menyatakan bahwa laporan akhir karya ilmiah penelitian kompetitif Hibah Mahkamah Konstitusi dengan judul:

_ _ _Urgensi Penerapan konsep Godly Constitution (Konstitusi Berketuhanan) dalam pengujian perkara konstitusional di Mahkamah Konstitusi_ _ _

adalah merupakan penelitian, pemikiran, dan pemaparan asli yang merupakan hasil karya saya sendiri. Karya ilmiah ini sepenuhnya merupakan karya intelektual saya dan seluruh sumber yang menjadi rujukan dalam karya ilmiah ini telah saya sebutkan sesuai kaidah akademik yang berlaku umum, termasuk para pihak yang telah memberikan kontribusi pemikiran pada isi, kecuali yang menyangkut ekspresi kalimat dan desain penulisan.

Demikian pernyataan ini saya nyatakan secara benar dengan penuh tanggung jawab dan integritas.

Pekalongan, 19 Oktober 2018

Yang menyatakan,

Ketua Tim

(Asari Taufiqurrohman, S.H., M.H.)

DAFTAR ISI

Halaman

HALAMAN JUDUL	i
LEMBAR PENGESAHAN	ii
LEMBAR VALIDASI KEASLIAN PENELITIAN	iii
DAFTAR ISI	iv
PENDAHULUAN.....	1
1.1 Latar Belakang Masalah	1
1.2 Rumusan Masalah	3
1.3 Tujuan Penelitian	4
1.4 Manfaat Penelitian	4
KERANGKA TEORI DAN KONSEPTUAL	5
METODE PENELITIAN	18
HASIL PENELITIAN DAN PEMBAHASAN	
Relevansi nilai ketuhanan dalam konstitusi	21
Nilai ketuhanan dan dinamika dalam penyusunan konstitusi indonesia	30
Implementasi konstitusi berketuhanan (godly Constitution)	40
PENUTUP	138
DAFTAR PUSTAKA	140

BAB I

PENDAHULUAN

A. Latar Belakang Masalah

Membicarakan tentang Negara tak lepas dari memperbincangkan manusia, masyarakat atau bangsa. Negara bangsa dibangun melalui sekumpulan manusia-manusia yang sepakat menyatukan visi dan keinginan untuk hidup dalam sebuah sistem bersama secara politik. Sedangkan di sisi lain, mereka pun bersepakat untuk mengikis hak-hak individual mereka agar tidak berbenturan dengan hak-hak individu lainnya. Oleh sebab itulah manusia sebagai individu selalu dapat secara luwes menempatkan dirinya dalam kelompok. Manusia sendiri disebut sebagai makhluk social (*homo homini lupus*) atau bahkan sebagai insan politik (*zoon politicon*). Akan tetapi, problematika kemudian muncul manakala kelompok masyarakat tersebut berjalan mewujudkan visi dan tujuannya.

Dalam proses perjalanannya secara organisasional maupun politik, seringkali terjadi perbedaan, baik itu dikarenakan perbedaan pandangan maupun ketidaksetujuan dikarenakan adanya pengikisan hak-hak individual yang terjadi secara tidak adil. Hal yang wajar memang, karena bukankah komunitas masyarakat berisi banyak individu? Bukan satu atau dua orang saja. Komunitas bangsa juga demikian, terdiri dari beberapa kelompok dan elemen yang saling menunjang dan melebur ke dalam satu panutan system yang secara politik akan dijalankan bersama-sama, disepakati bersama dalam rangka mencapai tujuan baik itu kesejahteraan, ekonomi maupun budaya. Oleh sebab itu, menuangkan satu kesepakatan bersama ke dalam suatu ikatan perjanjian__baik itu tertulis maupun tidak tertulis (yang diakui telah menjadi satu kebiasaan atau konvensi)__merupakan hal yang niscaya untuk dilakukan. Kesepakatan inilah yang kemudian dinamakan "Konstitusi".Konstitusi dan Negara memiliki hubungan yang sangat

erat, Konstitusi adalah penunjang berdirinya sebuah Negara, bahkan identitas sebuah Negara. Dengan demikian, pastilah Konstitusi akan memiliki corak warna yang khas sesuai dengan nilai luhur bangsa yang dianut.

Konstitusi menjadi suatu dokumen yang amat penting dalam rangka memenuhi kebutuhan tersebut, karena disamping mengatur aturan dasar, di dalamnya juga diatur bagaimana cara menjalankannya. Pada dasarnya, menurut pemikiran penulis, cikal bakal sebuah konstitusi telah ada sejak masyarakat memiliki keinginan untuk membentuk satu komunitas dalam lingkup satu wilayah politis yang memiliki aturan hukum mengikat (dalam bentuk negara, kerajaan, atau komunitas bangsa lainnya yang belum menamakan dirinya negara, tetapi memiliki seorang pemimpin atau figur yang dianggap sebagai penguasa). Hanya saja, kondisi pada masa itu masih menggunakan konsep konstitusi secara sederhana dan yang terpenting mengatur bagaimana kekuasaan akan dijalankan.

Indonesia sendiri, melalui ketentuan Pasal 1 ayat (3) Undang - Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 (Konstitusi Indonesia) dinyatakan bahwa Negara Indonesia adalah negara hukum, yang kemudian dipertegas pada Pasal 28 I ayat (5) Undang - Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 (menjelaskan tentang perwujudan Konsep Negara Hukum Demokratis Indonesia) adalah Untuk menegakkan dan melindungi hak asasi manusia sesuai dengan dengan prinsip negara hukum yang demokratis, maka pelaksanaan hak asasi manusia dijamin, diatur dan dituangkan dalam peraturan perundang-undangan”.

Konsep Negara Hukum Indonesia merupakan perpaduan kedua konsep *rechtstaat* dan *the rule of law*. Sebelumnya, konsep negara Hukum di Indonesia lebih mengarah kepada *Rechtstaat* yang bercirikan *Civil Law*, selanjutnya dengan pemberian nama Negara Hukum Pancasila, yaitu tepatnya pada masa orde baru dan sebelum

amandemen UUD NRI Tahun 1945, dan menjadi Negara hukum demokratis pada masa reformasi hingga saat ini. Dengan demikian, maka jelaslah sudah bahwa Konstitusi memiliki kedudukan yang amat penting bagi sebuah negara. Konstitusi pula yang akan menjadi dasar aturan bagaimana negara akan dijalankan. Melalui Konstitusi, dapat dilihat gambaran mengenai sistem hukum apa yang dianut, perkembangan demokrasi, sampai kepada konsep penyelenggaraan pemerintahan, pemenuhan aspek keadilan maupun pembagian kekuasaan dalam negara.

Perkembangan teori konstitusi, dewasa ini (khususnya Indonesia) mengarah kepada perwujudan konsep Konstitusi berdasarkan nilai Ketuhanan (godly Constitution). Dengan demikian, perlu memasukkan unsur dan nilai ketuhanan dalam konstitusionalisme Indonesia. Mahkamah Konstitusi selain berfungsi sebagai Guardian of The Constitution, juga sebagai The Guardian of Ideology, memiliki peran yang sangat kuat dalam mewujudkan konsep Godly Constitution, terutama dalam mewarnai putusan-putusannya.

B. RUMUSAN MASALAH

Dalam penelitian ini, peneliti mencoba merumuskan ke dalam tiga aspek pertanyaan besar diantaranya:

1. Sejauhmana relevansi konsep Konstitusi Berketuhanan bila dilihat dalam konteks Negara Hukum Indonesia?
2. Bagaimana kajian kesejarahan (yuridis historis) berkaitan konsep godly constitution dalam masa pengembangan Negara Hukum Indonesia, dahulu dan kini?
3. Bagaimana implementasi Konstitusi Berketuhanan tersebut sebagai salah satu landasan teoritik dalam memutus perkara Konstitusional di Mahkamah Konstitusi?

C. TUJUAN PENELITIAN

Tujuan penelitian diantaranya:

1. Untuk dapat mendeskripsikan sejauhmana relevansi konsep Konstitusi Berketuhanan bila dilihat dalam konteks Negara Hukum Indonesia
2. Mendapatkan kajian kesejarahan (yuridis historis) secara ilmiah dalam masa pengembangan Negara Hukum Indonesia, dahulu dan kini
3. Dapat mengimplementasikan Konstitusi Berketuhanan tersebut sebagai salah satu landasan teoritik dalam memutus perkara Konstitusional di Mahkamah Konstitusi

D. MANFAAT PENELITIAN

Manfaat penelitian diantaranya:

1. Untuk dapat mengetahui dan mendeskripsikan sejauhmana relevansi konsep Konstitusi Berketuhanan bila dilihat dalam konteks Negara Hukum Indonesia, serta dapat digunakan dalam kajian hukum konstitusi sebagai bagian dari perkembangan ketatanegaraan Indonesia
2. Penelitian ini memiliki manfaat terutama dapat digunakan sebagai kajian kesejarahan (yuridis historis) secara ilmiah dalam masa pengembangan Negara Hukum Indonesia, dahulu dan kini
3. Penelitian ni diharapkan dapat memberikan sumbangsih pemikiran mengenai proses mengimplementasikan nilai Konstitusi Berketuhanan tersebut sebagai salah satu landasan teoritik dalam memutus perkara Konstitusional di Mahkamah Konstitusi



BAB II

KERANGKA TEORI DAN KONSEPTUAL

A. KERANGKA TEORI

Konsep Negara Hukum

Konsep Negara Hukum *Rechtsstaat*: berkembang di wilayah Eropa Kontinental yang dipelopori diantaranya oleh Immanuel Kant, Paul Laband, Julius Stahl.

Ciri khas konsep Negara Hukum *Rechtsstaat* adalah;¹

- 1) Pengakuan hak-hak asasi manusia (*grondrechten*);
- 2) Adanya pemisahan kekuasaan (*Scheiding van machten*);
- 3) Pemerintahan yang berdasarkan atas undang-undang (*wetmatigheid van bestuur*); dan
- 4) Peradilan administrasi (*administratieve rechtspraak*).

Konsep Negara Hukum *The Rule of law*: berkembang di wilayah anglo saxon maupun anglo-amerika dan dipelopori oleh A.V. Dicey. Konsep *The Rule of Law* memiliki ciri sebagai berikut²:

- 1) Supremasi Hukum (*Supremacy of Law*);
- 2) Persamaan di hadapan hukum (*Equality before the Law*)
- 3) Asas Legalitas (*Due Proses Law*)

Menurut Sri Soemantri,³ Ada empat unsur yang harus dipenuhi dalam konsep Negara Hukum yaitu:

- 1) Bahwa pemerintah dalam melaksanakan tugas dan kewajibannya harus berdasar atas hukum atau peraturan perundang-undangan;
- 2) Adanya jaminan terhadap hak-hak asasi manusia (warga negara);
- 3) Adanya pembagian kekuasaan dalam negara;
- 4) Adanya pengawasan dari badan-badan peradilan.

¹. Padmo Wahyono, 1989, "*Pembangunan Hukum di Indonesia*", Ind-Hill Co, Jakarta, hal.30.

². Jimly Asshiddiqie, 2006, "*Konstitusi dan Konstitusionalisme*".op.cit, hal.152.

³. Sri Soemantri, 1992, "*Bunga Rampai Hukum Tata Negara Indonesia*", Alumni, Bandung, hal. 29-30

Teori dan Pengertian Konstitusi

a) Definisi Konstitusi

- Konstitusi berasal dari bahasa Perancis (*constituer*) yang berarti membentuk. Pemakaian istilah konstitusi ialah pembentukan suatu Negara atau menyusun dan menyatakan suatu Negara.⁴
- Konstitusi dalam bahasa latin terdiri dari dua kata :
 - 1) *Cume* : (sebuah makna preposisi) yang berarti bersama dengan
 - 2) *Stature* : berasal dari kata "sta" yang berarti berdiri, berarti pula "membuat sesuatu berdiri / mendirikan dan menetapkan".

Secara keseluruhan berarti menetapkan sesuatu secara bersama-sama (constituo).⁵

- Menurut Jimliy Asshiddiqie :
Konstitusi adalah hukum dasar yang dapat berupa tertulis (berupa UUD) dan tidak tertulis.⁶
- Menurut Brian Thompson :
"*a constitution is a document which contains the rules for the operation of an organization*"⁷, artinya : konstitusi adalah sekumpulan dokumen yang berisi aturan, tata cara dijalankannya sebuah organisasi.
- Menurut C. F. Strong :
"*A collection of principles according to which the powers of government, the rights of government, and the relations between the two are adjusted*"⁸, artinya : "Sekumpulan aturan yang berkaitan dengan kekuasaan pemerintah, hak-hak yang diperintah, dan hubungan yang mengatur diantara keduanya."

⁴ . Wirjono Projodikoro, 1989, "**Asas-Asas Hukum Tata Negara di Indonesia**", Dian Rakyat, Jakarta, hal. 10

⁵ . Koerniatmanto Soetoprawiro, "**Konstitusi: pengertian dan Perkembangannya**", pro justicia, no. 2 tahun V Mei 1987, hl. 3, dalam Dahlan Thaib, Ni'matul Huda dan Jazim Hamidi, op cit, hal.3

⁶ . Jimly Asshiddiqie, *op.cit*, Hal.35

⁷ . Brian Thompson, "**Textbook sirconstitucional and administrative law**", dalam Jimliy Asshiddiqie, *Ibid*, hal.10

⁸ . C.F. Strong, 1960, "**Modern Politicl Constitution, An Introduction To The Comparative Study of their History and Existing Form**", Sidgwick & Jackson Limited, London, hal 9, Dalam Budiman Sinaga, 2005, "**Hukum Konstitus**", Kusuma Kalam Semesta, Yogyakarta, hal 15 – 16.

- Menurut Lord Bryce :
*"A Frame of political society, organized through and by law, that is to say, on in which law has established permanent institutions with recognized functions and definite rights."*⁹Artinya : Sebuah bingkai kehidupan politik, yang terorganisir oleh aturan hukum, yang dalam hal ini berisikan pula ketentuan lembaga-lembaga negara yang didalamnya diatur pula ketentuan-ketentuan tentang HAM.
- Menurut John Alder:
*Constitutions means a foundations or basisi, and the constitutions of a country embodies the basic framework of rules about the government of that country and about its fundamental values.*¹⁰
- Menurut Henc van Masrseven:
 menyatakan bahwa konstitusi adalah: (1) *a national document*, di mana konstitusi ini berfungsi untuk menunjukkan kepada dunia (*having constitution to show to the outside world*) dan menegaskan identitas negara (to emphasize the state's own identity); (2) *a politic-legal document*, di mana konstitusi berfungsi sebagai dokumen politik dan hukum suatu negara (*as a means of forming the state's own political and legal system*; dan (3) *a bitrh of certificate*, di mana konstitusi berfungsi sebagai piagam kelahiran suatu bangsa (*as a sign of adulthood and independence*).¹¹
- Menurut Ferejohn;
 konstitusionalisme adalah suatu proses interpretasi yang dalam satu masyarakat yang para anggotanya berpartisipasi dalam kekuasaan politik dan secara bersama berusaha untuk menetapkan apa yang konstitusi diijinkan atau dipersyaratkan dalam kaitannya dengan persoalan-persolan spesifik.¹²

⁹ . *Ibid*, hal. 16

¹⁰ . John Adler, 1989, "*Constitutional and administrative Law*", MacMillan education ltd, London, hal.43.

¹¹ . Dikutip dalam Sri Soemantri, 2002, *Undang Undang Dasar 1945, Kedudukan dan Aspek Perubahannya*", Unpad Press, Bandung, hal.17.

¹² . John ferejohn, Jack N Rakove and Jonathan Rhile, 2001, "*Constitutional Culture and Democration Rule*", Cambridge University Press, United Kingdom, hal. 8-9.

- Menurut A. Mukthie Fadjar :
"Pengertian konstitusi yang ada di Indonesia lazim disebut Undang-Undang dasar adalah sekumpulan kaidah yang mengatur organisasi negara, yang merupakan pedoman pokok berfungsinya suatu negara."¹³

Teori dan Pengertian Konstitusi

- Definisi Konstitusi, Konstitusi berasal dari bahasa Perancis (*constituer*) yang berarti membentuk. Pemakaian istilah konstitusi ialah pembentukan suatu Negara atau menyusun dan menyatakan suatu Negara.¹⁴
- Konstitusi dalam bahasa latin terdiri dari dua kata :
 - 1) *Cume* : (sebuah makna preposisi) yang berarti bersama dengan
 - 2) *Stature* : berasal dari kata "sta" yang berarti berdiri, berarti pula "membuat sesuatu berdiri / mendirikan dan menetapkan".
Secara keseluruhan berarti menetapkan sesuatu secara bersama-sama (constituo).¹⁵
- Menurut Jimliy Asshiddiqie :
Konstitusi adalah hukum dasar yang dapat berupa tertulis (berupa UUD) dan tidak tertulis.¹⁶
- Menurut Brian Thompson :
*"a constitution is a document which contains the rules for the operation of an organization"*¹⁷, artinya : konstitusi adalah sekumpulan dokumen yang berisi aturan, tata cara dijalankannya sebuah organisasi.
- Menurut C. F. Strong :
"A collection of principles according to which the powers of government, the rights of government, and the relations between the two are

¹³ . A. Mukthie Fadjar, 2004, "*Tipe Negara Hukum*", Banyumedia Publishing, Malang, hal. 80

¹⁴ . Wirjono Projudikoro, 1989, "*Asas-Asas Hukum Tata Negara di Indonesia*", Dian Rakyat, Jakarta, hal. 10

¹⁵ . Koerniatmanto Soetoprawiro, "*Konstitusi: pengertian dan Perkembangannya*", pro justicia, no. 2 tahun V Mei 1987, hl. 3, dalam Dahlan Thaib, Ni'matul Huda dan Jazim Hamidi, op cit, hal.3

¹⁶ . Jimly Asshiddiqie, *op.cit*, Hal.35

¹⁷ . Brian Thompson, "*Textbook sirconstitucional and administrative law*", dalam Jimliy Asshiddiqie, *Ibid*, hal.10

*adjusted*¹⁸, artinya : "Sekumpulan aturan yang berkaitan dengan kekuasaan pemerintah, hak-hak yang diperintah, dan hubungan yang mengatur diantara keduanya."

- Menurut Lord Bryce :

"*A Frame of political society, organized through and by law, that is to say, on in which law has established permanent institutions with recognized functions and definite rights.*"¹⁹ Artinya : Sebuah bingkai kehidupan politik, yang terorganisir oleh aturan hukum, yang dalam hal ini berisikan pula ketentuan lembaga-lembaga negara yang didalamnya diatur pula ketentuan-ketentuan tentang HAM.

- Menurut John Alder: *Constitutions means a foundations or basisi, and the constitutions of a country embodies the basic framework of rules about the government of that country and about its fundamental values.*²⁰

- Menurut Henc van Masrseveen:

menyatakan bahwa konstitusi adalah: (1) *a national document*, di mana konstitusi ini berfungsi untuk menunjukkan kepada dunia (*having constitution to show to the outside world*) dan menegaskan identitas negara (to emphasize the state's own identity); (2) *a politic-legal document*, di mana konstitusi berfungsi sebagai dokumen politik dan hukum suatu negara (*as a means of forming the state's own political and legal system*; dan (3) *a bitrh of certificate*, di mana konstitusi berfungsi sebagai piagam kelahiran suatu bangsa (*as a sign of adulthood and independence*).²¹

- Menurut Ferejohn;

Konstitusionalisme adalah suatu proses interpretasi yang dalam satu masyarakat yang para anggotanya berpartisipasi dalam kekuasaan politik dan secara bersama berusaha untuk menetapkan apa yang konstitusi

¹⁸ . C.F. Strong, 1960, "**Modern Politicl Constitution, An Introduction To The Comparative Study of their History and Existing Form**", Sidgwick & Jackson Limited, London, hal 9, Dalam Budiman Sinaga, 2005, "**Hukum Konstitus**", Kusuma Kalam Semesta, Yogyakarta, hal 15 – 16.

¹⁹ . *Ibid*, hal. 16

²⁰ . John Adler, 1989, "**Constitutional and administrative Law**", MacMillan education ltd, London, hal.43.

²¹ . Dikutip dalam Sri Soemantri, 2002, "**Undang Undang Dasar 1945, Kedudukan dan Aspek Perubahannya**", Unpad Press, Bandung, hal.17.

dijinkan atau dipersyaratkan dalam kaitannya dengan persoalan-persolan spesifik.²²

- Menurut A. Mukthie Fadjar :

"Pengertian konstitusi yang ada di Indonesia lazim disebut Undang-Undang dasar adalah sekumpulan kaidah yang mengatur organisasi negara, yang merupakan pedoman pokok berfungsinya suatu negara."²³

- Menurut Usep Ranawijaya²⁴

Ciri Umum UUD sebagai Konstitusi adalah :

1. Konstitusi sebagai kumpulan kaidah hukum diberi kedudukan yang lebih tinggi daripada kaidah hukum lainnya, karena dimaksudkan sebagai alat untuk membatasi wewenang penguasaan sehingga tidak boleh dengan mudah diubah oleh golongan yang kebetulan berkuasa.
2. Konstitusi memuat prinsip-prinsip dan ketentuan-ketentuan yang dianggap paling pokok mengenai kehidupan bersama.
3. Konstitusi lahir dari moment sejarah terpenting bagi masyarakat yang bersangkutan.

b) Isi Konstitusi

- Menurut Steenbeek

Secara umum, UUD berisi tiga hal pokok :

Pertama, adanya jaminan terhadap hak-hak asasi manusia dan warga negara ; *Kedua*, ditetapkannya susunan ketatanegaraan yang bersifat fundamental ; *Ketiga*, adanya pembagian dan pembatasan tugas ketatanegaraan yang juga bersifat fundamental.²⁵

- Menurut Bagir Manan dan Kuntana Magnar, UUD berisikan :

- a. Dasar-dasar mengenai jaminan terhadap hak-hak dan kewajiban penduduk atau warga negara
- b. Dasar-dasar susunan atau organisasi negara.

²² . John ferejohn, Jack N Rakove and Jonathan Rhile, 2001, "**Constitutional Culture and Democracy Rule**", Cambridge University Press, United Kingdom, hal. 8-9.

²³ . A. Mukthie Fadjar, 2004, "**Tipe Negara Hukum**", Banyumedia Publishing, Malang, hal. 80

²⁴ . Usep Ranawijaya, 1983, "**Hukum Tata Negara Indonesia, Dasar-dasarnya**", Ghalia Indonesia, Jakarta, hal. 184.

²⁵ . Dikutip dari Sri Soemantri, dalam Budiman Sinaga, "**Hukum Konstitusi**", op.cit, hal. 20

- c. Dasar-dasar pembagian dan pembatasan kekuasaan lembaga-lembaga negara ; dan
- d. Hal-hal yang menyangkut identitas negara, seperti bendera dan bahasa nasional.²⁶

- Menurut I Gede Pantja Astawa

Konstitusi juga dapat berisi pengaturan tentang sistem ketatanegaraan. Sistem ketatanegaraan dapat diartikan sebagai susunan ketatanegaraan, yaitu segala sesuatu yang berkenaan dengan organisasi negara, baik yang menyangkut tentang susunan dan kedudukan lembaga-lembaga negara, tugas dan wewenangnya maupun mengenai hubungannya satu sama lain.²⁷

c) Prosedur Perubahan Konstitusi

Menurut C.F Strong:²⁸

1. Perubahan Konstitusi yang dilakukan oleh pemegang kekuasaan legislatif, akan tetapi menurut pembatasan-pembatasan tertentu
2. Perubahan Konstitusi yang dilakukan oleh rakyat melalui suatu referendum
3. Perubahan Konstitusi yang dilakukan oleh sejumlah Negara-Negara bagian
4. Perubahan Konstitusi yang dilakukan dalam suatu konvensi atau dilakukan oleh suatu lembaga negara khusus yang dibentuk hanya untuk keperluan perubahan.

Konstitusionalisme

Menurut C.J Friedrich:

"an institutionalised system of effective, regularized restraints upon governmental action": suatu sistem yang terlembagakan, menyangkut

²⁶ . Dikutip dari Pendapat Bagir Manan & Kuntana Magnar, dalam Budiman Sinaga, *Ibid*, hal. 21

²⁷ . I Gede Pantja Astawa, 2000, "**Hak Angket Dalam Sistem Ketatanegaraan Indonesia Menurut UUD 1945**", Disertasi, Pasca Sarjana UNPAD, Bandung , hal. 3, dalam Budiman Sinaga, *Ibid*

²⁸ . CF. Strong, op.cit, hal. 146-148

pembatasan yang efektif dan teratur terhadap tindakan-tindakan pemerintahan.²⁹

Menurut Ferejohn;

konstitusionalisme adalah suatu proses interpretasi yang dalam satu masyarakat yang para anggotanya berpartisipasi dalam kekuasaan politik dan secara bersama berusaha untuk menetapkan apa yang konstitusi diijinkan atau dipersyaratkan dalam kaitannya dengan persoalan-persoalan spesifik.³⁰

Menurut Walton H. Hamilton:

*"Constitutionalism is the name given to the trust which men repose in the power of words engrossed on parchment to keep a government in order"*³¹:

Menurut Robert N. Wilkin:

"Konstitusionalisme merupakan teori atau prinsip pemerintahan konstitusional, atau menganut teori tersebut (konstitusi)"³²

"Konstitusionalisme adalah suatu pemerintahan oleh hukum (*government by law*), bukan pemerintahan oleh orang-orang (*government by men*).³³

Undang – Undang Dasar 1945

Disahkan pada tanggal 18 Agustus 1945 sebagai konstitusi negara Indonesia dalam sidang Panitia Persiapan Kemerdekaan Indonesia.³⁴ UUD 1945 berlaku sejak 18 Agustus 1945 sampai 27 Desember 1949.³⁵

²⁹ . Friedrich, C.J, 1963, "**Man and his government**", McGraw-Hill, New York, hlm.217, dalam Jimly Asshiddiqie, *op.cit*, hal. 21.

³⁰ . John Ferejohn, Jack N Rakove and Jonathan Rile, *op.cit*, hal. 8-9.

³¹ . Jimly Asshiddiqie, *op.cit*, hal. 23

³² . G.A. Forrest, 1967, "**Constitution and Constitutional law**", dalam Encyclopedia Britanica, Vol VI, hal. 398, dalam Irfan Idris, 2009, "**Islam dan Konstitusionalisme**", antonylib, Jogjakarta, hal.5.

³³ . *ibid*

³⁴ . Jimly Asshiddiqie.*op.cit*, hlm.38

³⁵ . *ibid*. hal 43

Istilah HAM secara eksplisit tidak dikenal dalam UUD 1945, tetapi hanyalah disebutkan berupa hak dan kewajiban warga negara³⁶ yang diatur pada Bab X Pasal 26 sampai Pasal 28³⁷ UUD 1945.

Undang-Undang Dasar Republik Indonesia Serikat (RIS) 1949

Mulai berlaku pada 27 Desember 1945³⁸ melalui kesepakatan dalam Konferensi Meja Bundar (KMB) di St Gravenhage pada 2 November 1945 yang dihadiri 3 pihak yaitu : Republik Indonesia, BFO dan Nederland, serta dihadiri pula oleh sebuah komisi PBB untuk Indonesia.³⁹

Dalam konstitusi RIS 1949, pengaturan HAM terdapat dalam bagian V yang berjudul "Hak – hak dan kebebasan – kebebasan dasar manusia (terdapat 27 Pasal, dari Pasal 7 sampai Pasal 33).⁴⁰

Undang-Undang Dasar Sementara (UUDS 1950)

UUDS 1950 mulai berlaku sejak 17 Agustus 1950⁴¹ melalui adanya pemberlakuan UU federal No. 7 tahun 1950 tentang Perubahan Konstitusi Sementara Republik Indonesia Serikat menjadi Undang-Undang Dasar Sementara Republik Indonesia (UUDS RI tahun 1950 no. 56).⁴²

UUDS 1950 terdiri dari 6 bagian dan 43 pasal, ketentuan HAM diatur pada bagian V (Hak-Hak dan Kebebasan Dasar Manusia) Pasal 7 sampai Pasal 33. Sedangkan kewajiban dasar konstitusional diatur pada bagian VI (azas-azas dasar) Pasal 35 sampai Pasal 43.⁴³

Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 Perubahan Pertama

³⁶ . *Ibid.* hal 63

³⁷ . *Ibid.* hal 62

³⁸ . Majda El Muhtaj, HAM dan Konstitusionalisme Indonesia op cit, hal. 63

³⁹ . Joeniarto, *Sejarah Ketatanegaraan Republik Indonesia*, Jakarta : Sinar Grafika, 2001, hal

62

⁴⁰ . *Ibid*, hlm 64

⁴¹ . Majda Muhjat, *op cit.* hal 76

⁴² . *Ibid*, hal 77

⁴³ . Lihat naskah UUDS 1950

Ide perubahan atas Undang-Undang Dasar mengemuka pada saat bergulirnya era reformasi. Hal ini terkait dirasa perlunya perubahan terhadap sistem pemerintahan serta perluasan Konsep HAM yang kurang memadai selama rezim orde baru. Hal ini sekaligus mematahkan sakralisasi terhadap Undang-Undang Dasar. Mengenai hal ini, ide tentang perlunya penyesuaian Konstitusi terhadap kemajuan zaman telah muncul dahulu pada masa saat dirumuskan dan disahkannya Undang-Undang Dasar 1945. Pada saat itu Soekarno mengatakan: *“Undang-Undang Dasar yang kita buat sekarang ini, adalah Undang-Undang Dasar Sementara. Kalau saya boleh menggunakan perkataan, ini adalah Undang-Undang Dasar kilat. Nanti kalau kita telah bernegara dalam suasana yang lebih tenteram, kita tentu akan mengumpulkan kembali Majelis Permusyawaratan Rakyat yang dapat membuat Undang-Undang Dasar yang lebih lengkap dan sempurna. Tuan-tuan tentu mengerti, bahwa ini adalah sekadar Undang-Undang Dasar Sementara, Undang-Undang Dasar kilat, bahwa barangkali boleh dikatakan pula, inilah revolutiegrondwet. Nanti kita membuat Undang-Undang Dasar yang lebih sempurna dan lengkap.*

Mengenai perubahan Konstitusi ini, secara lebih lanjut memiliki beberapa tinjauan aspek, diantaranya yang *pertama* adalah dikarenakan UUD 1945 merupakan *moment opname* dari beberapa kekuatan politik dan ekonomi yang dominan pada saat dirumuskannya Konstitusi itu. Setelah 54 tahun kemudian, tentu terdapat berbagai perubahan baik di tingkat nasional maupun global. Hal ini tentu saja belum tercakup dalam UUD 1945 karena saat itu belum tampa perubahan tersebut. *Kedua*, UUD 1945 Disusun oleh manusia yang sesuai kodratnya tidak akan pernah sampai kepada tingkat kesempurnaan. Pekerjaan yang dilakukan manusia tetap memiliki kemungkinan kelemahan maupun kekurangan.⁴⁴

Perubahan (amandemen) pertama disahkan dan diputuskan dalam rapat paripurna Majelis Permusyawaratan Rakyat Republik Indonesia ke-

⁴⁴ . Panji Masyarakat, No. 16, Tahun III, 4 Agustus 1999, hal.21,dalam Irfan Idris,2009, **Islam dan Konstitusionalisme Indonesia**, op.cit, hal. 148.

12 tanggal 19 Oktober 1999 sidang Umum Majelis Permusyawaratan Rakyat Republik Indonesia, tanggal 19 Oktober 1999.⁴⁵ Perubahan pertama ini mencakup perubahan atas 9 pasal UUD NRI tahun 1945.⁴⁶

Kesembilan pasal yang mengalami perubahan atau penambahan tersebut seluruhnya berisi 16 ayat atau dapat disebut ekuivalen dengan 16 butir ketentuan dasar.⁴⁷

KERANGKA KONSEPTUAL

Pasal 28J ayat (2) UUD NRI Tahun 1945 sebagai bagian dari Pengakuan HAM dalam Konstitusi, juga menggambarkan cirinya sebagai konstitusi yang berketuhanan (*Godly Constitution*) sehingga terlihat jelas bahwa nilai agama dan ketertiban umum diberi posisi dan fungsi oleh konstitusi sebagai salah satu rambu atau pedoman yang harus dipatuhi dalam membentuk norma undang-undang. sejarah pembentukan MK pertama kali di Austria yang diberi nama *Verfassungsgerichtshoft* atau MK (*Constitutional Court*) yang dipelopori oleh Hans Kelsen, yang menurut Kelsen tujuan MK salah satunya adalah membentuk hukum dalam arti negatif. Artinya MK dapat membentuk hukum guna mengisi kekosongan hukum dalam masyarakat sesuai dengan Konstitusi yang hidup dalam masyarakat. Bahkan dala perjalanannya MK di berbagai negara telah terdapat pergeseran dari semula fungsi MK yang hanya bersifat *negative legislator* dalam hal tertentu juga bersifat *positive legislator* atau bahkan kearah *temporary legislator*.⁴⁸

Pada tahapan selanjutnya teori Konstitusi akan digunakan sebagai landasan untuk menggambarkan sejauh mana nilai luhur masyarakat indonesia pada saat proses penyusunannya. Dengan demikian, disamping teori negara hukum sebagai teori utama, diperkaya dengan teori konstitusi. Pada tahapan selanjutnya, permasalahan berupa pertentangan ideology dan nilai- nilai ketuhanan yang muncul dalam pengembangan negara hukum, dapat diteliti

⁴⁵ . Sekretariat Jendral Mahkamah Konstitusi RI. *Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia tahun 1945 dan Undang-Undang Republik Indonesia no. 24 tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi* (Jakarta : Sekjend NKRI. 2006) hlm. 29 bagian perubahan pertama UUD NRI tahun 1945.

⁴⁶ . Jimly Asshiddiqie, *op cit*, hal. 59

⁴⁷ . *Ibid*

⁴⁸disadur dari laman saiful anam and partners <http://www.sapl原因w.top/tag/godly-constitution/>

lebih lanjut dengan cara menggabungkan fakta historis dengan pisau analisis teori yang digunakan.

terkait dengan pembaharuan hukum merujuk pada konsep Meuwissen yang menyebutkan bahwa pembaharuan hukum oleh pengemban hukum teoritis maupun praktis. Pembaharuan oleh pengemban hukum teoritis bertujuan untuk mempertanyakan sekaligus memperbaiki pemikiran-pemikiran hukum. Pembaharuan hukum oleh pengemban hukum praktis bertujuan menghadirkan kegunaan atau manfaat hukum dalam kehidupan sehari-hari melalui kegiatan pembentukan hukum, penemuan hukum dan bantuan hukum.

Dalam hal adanya perubahan hukum, Prof. Satjipto Rahadjo menganggap hal yang penting, antara lain disebabkan karena hukum itu pada saat ini umumnya memakai bentuk tertulis. Dengan pemakaian bentuk ini memang kepastian lebih terjamin. Namun ongkos yang harus dibayarnya pun cukup mahal juga, yaitu berupa kesulitan untuk melakukan adaptasi yang cepat terhadap perubahan di sekelilingnya. Lain halnya dengan hukum kebiasaan yang karena bentuknya lebih mudah melakukan adaptasi itu. Singkatnya, pada hukum tertulis mudah tercipta kesenjangan antara peraturan dengan yang diaturnya.⁴⁹ Untuk itu, perlu dilihat konsep hukum tidak tertulis berupa nilai keagamaan ketuhanan untuk dapat menjadi dasar konsep hukum bagi sebuah negara.

Konsep operasional bekerjanya hukum juga disampaikan oleh Robert B Siedman dan William J Chambliss, bahwa keberhasilan pelaksanaan suatu peraturan perundang-undangan sangat tergantung banyak faktor. Secara garis besar bekerjanya hukum dalam masyarakat akan ditentukan oleh beberapa faktor utama. Faktor-faktor tersebut dapat :

- a. Bersifat yuridis normatif (menyangkut pembuatan peraturan perundang-perundangannya).
- b. Penegakannya (para pihak dan peranan pemerintah)

⁴⁹. lihat Bernard Arief Sidharta, 1999, *Refleksi tentang Struktur Ilmu Hukum*, Mandar Maju, Bandung halaman 117.

- c. Serta faktor yang bersifat yuridis sosiologis (menyangkut pertimbangan ekonomis serta kultur hukum masyarakat).⁵⁰

Di dalam negara hukum kehidupan hukum sangat ditentukan oleh faktor struktur atau lembaga hukum, di samping faktor-faktor lain, seperti faktor substansi hukum dan faktor kultur hukum sebagaimana dikatakan oleh Lawrence M Friedman bahwa :

" Legal system, first of all, have structure. They have form, patterns and persistents style. Structure is the body, the frame work, the long lasting shape of the system: the way courts or police departemen are organized, the lines of jurisdiction, the table of organization."

Hukum harus bisa memberikan manfaat atau berguna bagi kehidupan manusia. Apalah artinya hukum, apabila tujuan akhirnya bukan untuk manusia itu sendiri. Dalam konteks inilah, salah satu aspek penting dari penegakan hukum adalah *utilitarianisme* (secara etimologi berarti utilitas yang mempunyai makna berguna, bermanfaat. Jadi paham ini menilai baik atau tidaknya, susila atau tidak susilanya, ditinjau dari segi kegunaan atau faedah yang didatangkannya,⁵¹ termasuk di dalamnya untuk menilai konsep negara hukum Indonesia.

Istilah Ketuhanan menurut kamus besar bahasa Indonesia berarti: /ke·tu·han·an/ n **1** sifat keadaan Tuhan; **2** segala sesuatu yang berhubungan dengan Tuhan: *hal-hal ~* , yang berhubungan dengan Tuhan; *ilmu ~* , ilmu mengenai keadaan Tuhan dan agama; *dasar ~* , kepercayaan kepada Tuhan Yang Maha Esa. peristilahan *godly constitution* merujuk pada pengertian gagasan penempatan nilai-nilai ketuhanan dalam sebuah konstitusi, nilai kearifan religius pada pengejawantahan konstitusi serta menjadi gagasan penguat ideologi Pancasila. Sedangkan berkaitan dengan putusan Mahkamah konstitusi, menjadikan konsep *godly constitution* sebagai salah satu acuan dalam menjalankan peran sebagai the guardian of ideology.

⁵⁰. Suteki, 2008, *Rekonstruksi Politik Hukum tentang Hak Menguasai Negara Atas Sumber Daya Air Berbasis Nilai-Nilai Keadilan*, Disertasi pada Program Doktor Ilmu Hukum Universitas Diponegoro

⁵¹. Lawrence M Friedman, *Law and Society and Introduction*, (Prentice-Hall Inc, Engelwood Cliffs, New Jersey, 1977). p.6

BAB III

METODE PENELITIAN

A. Jenis Penelitian

Penelitian ini menggunakan jenis penelitian yuridis-normatif atau dikenal dengan doktrinal dengan objek atau sasaran penelitian berupa peraturan perundang-undangan, dan bahan hukum lainnya. Penelitian hukum normatif merupakan penelitian kepustakaan dengan meneliti norma-norma hukum yang berlaku dengan pendekatan studi kepustakaan. Di mana yang diteliti hanya bahan pustaka atau data sekunder yang mencakup bahan hukum primer, bahan hukum sekunder, bahan hukum tersier yang sepenuhnya menggunakan data sekunder (kepustakaan) sehingga tidak diperlukan sampling, karena data sekunder sebagai sumber utamanya memiliki bobot dan kualitas tersendiri yang tidak bisa digantikan dengan data jenis yang lain. Penyajian data ini dilakukan sekaigus dengan analisisnya.⁵²

B. Pendekatan Penelitian

1. Pendekatan perundang-undangan dilakukan dengan menelaah semua undang-undang dan regulasi yang berkaitan dengan isu hukum yang sedang ditangani, hasil dari telaah tersebut merupakan suatu argumen untuk memecah isu yang dihadapi. Pendekatan undang-undang ini akan membuka kesempatan bagi peneliti untuk mempelajari adakah konsistensi dan kesesuaian antara undang-undang dengan undang-undang lain atau antara undang-undang dengan Undang-Undang Dasar atau antara regulasi dan undang-undang.
2. Pendekatan Analitis
Pendekatan dengan melakukan analisis terhadap bahan hukum untuk mengetahui makna yang terkandung dalam suatu peraturan perundang-

⁵²Bambang Sunggono, *Metode Penelitian Hukum*, Raja Grafindo Persada, Jakarta, 1996

undangan secara konsepsional, sekaligus mengetahui penerapannya dalam praktek putusan hakim.

C. Sumber Data dan Jenis Data

1. Sumber Data

- a. Bahan hukum sekunder, yaitu semua publikasi tentang hukum yang merupakan dokumen yang tidak resmi. Adapun bahan hukum sekunder yang digunakan adalah karya dari kalangan hukum, teori, pendapat para sarjana, bahan pustaka atau literatur yang berhubungan dengan masalah yang diteliti
- b. Bahan hukum tersier yaitu bahan yang memberikan petunjuk terhadap sumber hukum primer dan sumber hukum sekunder yang lebih dikenal dengan nama bahan acuan bidang hukum.

2. Teknik Pengumpulan Data

Teknik pengumpulan data yang digunakan adalah studi kepustakaan atau studi dokumen yang merupakan langkah awal dari setiap penelitian hukum baik normatif maupun sosiologis, meliputi studi bahan hukum yang terdiri dari bahan hukum primer, bahan hukum sekunder, bahan hukum tersier.

3. Pengolahan dan Analisis Bahan Hukum

Pengolahan dan analisa data merupakan proses pencarian dan perencanaan secara sistematis terhadap semua dokumen dan bahan lain yang telah dikumpulkan agar peneliti memahami apa yang akan ditemukan dan dapat menyajikan dengan jelas.

Data dalam penelitian ini melalui :

Penelitian Kepustakaan

Penelitian kepustakaan artinya data yang diperoleh dalam penelitian ini dilakukann dengan membaca literatur yang terkait dengan persoalan yang akan dikaji.

4. Jenis Data

- a. Data Sekunder , diperoleh dari hasil penelitian kepustakaan yaitu berupa putusan MK,Peraturan Perundangan, buku-buku atau literatur, serta konstitusi negara negara ASEAN.

b. Data Sekunder meliputi :

- Bahan hukum primer , bahan hukum yang mempunyai otoritas mengikat dalam hal ini yang menunjang penelitian, antara lain :
 - o Undang-Undang Dasar 1945
 - o Undang –Undang Nomor 48 Tahun 2009 Tentang Kekuasaan Kehakiman
 - o Undang –Undang Nomor 8 Tahun 2011 Tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 Tentang MK.

Untuk dapat memecahkan dan menguraikan masalah yang akan diteliti berdasarkan bahan hukum yang diperoleh, maka diperlukan adanya teknik analisa bahan hukum. Pada dasarnya pengolahan dan analisa data tergantung pada jenis datanya, bagi penelitian hukum normatif yang hanya mengenal data sekunder saja, yang terdiri dari bahan hukum primer, bahan hukum sekunder dan bahan hukum tersier, maka dalam megolah dan menganalisis bahan hukum tersebut tidak bisa lepas darim penafsiran yang dikenal dengan ilmu hukum. Berdasarkan data yang dikumpulkan maka penelitian akan dianalisa secara kualitatif, merupakan suatu jenis metode penelitian yang mempunyai kateristik sendiri dengan cara menafsirkan gejala yang terjadi.



BAB IV

HASIL PENELITIAN DAN PEMBAHASAN

A. Relevansi Nilai Ketuhanan dalam Konstitusi

1. Sejarah dan pemikiran awal tentang Konstitusi

Pemikiran dan ide awal tentang Konstitusi pada dasarnya telah muncul sejak masa lampau, yaitu masa dimana mulai berkembangnya poses unifikasi masyarakat menjadi sebuah komunitas rakyat dalam satu bentuk pengakuan kedaulatan di bawah satu system pemerintahan. Pada masa ini, secara sederhana konsitusi melalui pengertian maknanya muncul dalam satu lingkup sistem pemerintahan yang sangat sederhana pula. Adalah Yunani kuno, sebuah wilayah yang melahirkan ide gagasan tentang konstitusi yang didahului dengan munculnya bentuk Negara kota (*polis*) yang kemudian memunculkan pula ide-ide tentang konsep dan sistematika pemerintahan kala itu. Ide-ide yang berkaitan dengan politik, pemerintahan, negara dan sosial.

Gagasan mengenai konstitusi secara maknawi diperkenalkan oleh Plato melalui tulisan-tulisan dalam "*Nomoi*", demikian halnya dengan Socrates yang menelurkan konsep kekuasaan (*power*), rakyat dan pemerintahan melalui karyanya "*Panatheenaicus*" maupun "*aeropagiticus*". Pada masa klasik ini, perkembangan konstitusionalisme masih pada taraf yang amat primitif dan diberlakukan pada negara kota (*polis*) yunani kuno. Selaras dengan itu, Aristoteles yang mewarisi pemikiran Plato dan hidup dalam rentang waktu selanjutnya, melalui "*Politics*" membahas lebih lengkap mengenai Konstitusi termasuk di dalamnya konsep kedaulatan (*sovereignty*), kekuasaan Negara (*power*), dan pemerintahan. Meskipun kondisi Negara pada waktu itu masih berbentuk polis (Negara kota) kecil, akan tetapi pemikiran filsuf yunani saat itu telah sampai pada cita Negara dan pemerintahan yang diidealkan. Secara tidak langsung, makna tentang

Konstitusi secara sedikit demi sedikit telah muncul dan berkembang dalam rangkaian pemikiran Yunani kuno.

Selanjutnya, gagasan tentang Konstitusi mulai berkembang pesat pada masa Romawi dimana gagasan tersebut telah sampai pada tahap pengertiannya sebagai "*superiority law*" atau hukum tertinggi. Pada tahapan masa ini, Konstitusi dimaknai sebagai suatu aturan hukum yang terpisah dari Negara dan kedudukannya pun jauh lebih tinggi. Senada dengan itu, Cicero mengartikan suatu Negara sebagai *a bond of law (vinculum iuris)*⁵³. Dengan demikian, maka Konstitusi pun mulai dipahami sebagai aturan tertinggi yang menentukan bagaimana bangunan kenegaraan harus dikembangkan sesuai dengan prinsip *the higher law*⁵⁴. Hal ini lantas berimplikasi pada diperkenalkannya hierarki peraturan (hukum) di bawah konstitusi dan penyelenggaraan pemerintahan dengan berpegang pada konstitusionalisme.

Baik itu pemikiran konstitusi pada masa Yunani maupun Romawi, keduanya sama-sama membuktikan keniscayaan akan dibutuhkan Konstitusi dalam lingkup kehidupan dan susunan sebuah Negara. Sejalan dengan itu, Konstitusi pada masa modern mengalami perkembangan yang luar biasa signifikan seiring dengan peradaban bernegara. Konstitusi yang pada awal kemunculannya masih berupa gagasan ide, secara pasti mulai menemukan bentuk tubuhnya. Bisa dikatakan, berkembangnya sebuah Konstitusi dibangun dari dalam ide Konstitusi itu sendiri, atau dengan kata lain, Konstitusi itu sendirilah yang menjamin bagaimana dirinya akan dijalankan dalam kehidupan bernegara (Konstitusionalisme).

Negara dalam berbagai cara kelahirannya membutuhkan sebuah Konstitusi untuk menjamin keberadaan dan eksistensi dirinya. Dengan demikian maka Konstitusi antara satu Negara dengan Negara lain tentu saja berbeda dalam hal *spirit of nation*-nya. Hal demikian terjadi karena perbedaan sosio-kultural, pergerakan politik, maupun perbedaan dalam hal latar belakang proses kelahiran dan terbentuknya sebuah Negara.

⁵³ . Jimly Asshiddiqie, *op.cit*, hal.13

⁵⁴ . *Ibid*, hal. 14

Kondisi sosio kultural yang ada pada abad pertengahan di Eropa kontinental menjadikan konstitusi sebagai sebuah legalitas formal atas absolutisme raja dimana ia sendiri menjadikan Konstitusi sebagai alat kekuasaan dan hukum. Pada masa ini pula Negara dan konstitusi berada pada satu garis lurus kekuasaan absolutisme raja. Konstitusi berfungsi sebagai sarana kekuasaan dan kedaulatan Raja, sedangkan kekuasaan dan wewenang Negara (kerajaan) terwakilkan melalui ucapan maupun titah Raja; "*L'état ces moi*".

Runtuhnya romantisme dan absolutisme raja yang terjadi sedemikian rupa diiringi dengan munculnya Revolusi dan industrialisasi di segala bidang, pada tahap selanjutnya telah melahirkan gagasan pembentukan sekaligus lahirnya Konstitusi yang di dalamnya memperhatikan hak-hak individu melalui proses suksesi kala itu. Konstitusi dan konstitusionalisme pada masa ini sangat kental dengan konsep individualisme dan liberalisme sebagai efek dari berakhirnya periodisasi absolutisme raja. Konstitusionalisme pada masa ini lebih mengarah pada perwujudan konsep *Laizes Faire*, sedangkan posisi Negara hanya sebagai penjamin atau "penjaga malam" saja. Dikatakan demikian karena Negara bersifat pasif terhadap kesejahteraan rakyat dan menyerahkan urusan perekonomian sesuai kehendak para pemilik modal maupun mekanisme pasar. Dalam sejarah perkembangannya kemudian, teknologi dan industri yang demikian pesat serta individualisme yang dominan menyebabkan tidak meratanya strata sosial dan kesejahteraan masyarakat. Dalam kondisi seperti itulah Negara dirasa perlu untuk mengambil langkah guna mewujudkan Negara yang dapat mewujudkan pemerataan kesejahteraan rakyatnya. Peranan Negara secara perlahan tidak lagi berada pada posisi *naachtwachterstaat*, melainkan menuju pada konsep *welfaarstaat*

Konstitusi mengalami perluasan substansi justru pada masa era Negara hukum modern. Konsep Negara hukum yang muncul dalam dua konsep *rechtsstaat* dan *rule of law* merupakan era dimana konstitusionalisme benar-benar terimplementasikan secara proposional

dalam penyelenggaraan Negara. Baik antara *rechhtstaat* yang muncul di eropa kontinental maupun *rule of law* yang berkembang di wilayah anglo saxon dan anglo-amerika, keduanya senada menempatkan Konstitusi sebagai tolak utama penyelenggaraan Negara dan pemerintahan. Keduanya bahkan menempatkan HAM didalamnya. *Rechtstaat* dan *rule of law* merupakan metamorfosa dari konsep Negara hukum liberalis- individualis yang tidak lagi mampu mewujudkan kesejahteraan masyarakat. Hal ini pula lah yang kemudian secara filosofis memunculkan ide akan Negara kesejahteraan (*welfare state*) yang sampai pada konsep negara hukum modern saat ini. Konsep ini mendasari pembentukan Konstitusi-Konstitusi Negara yang muncul dikemudian hari, dan kemudian sampai pada pengejawantahan nilai-nilai yang dianut dan disesuaikan kepada negara bangsa. Nilai-nilai yang kemudian terwujud beraneka ragam, terkristalisasi salah satunya dalam bentuk dasar nilai ketuhanan.

2. kajian kesejarahan (yuridis historis) dalam masa pengembangan Negara Hukum Indonesia, dahulu dan kini

Pelebagaan nilai Ketuhanan, melalui Hak Asasi Manusia dalam Sejarah dan Konstitusi

Pada prinsipnya, pengembangan nilai ketuhanan telah ada dalam HAM sebagai unsur intrinsik yang ada pada diri manusia telah ada sejak lama. Kesadaran akan adanya hak asasi manusia, harga diri, harkat dan martabat kemanusiaan sesungguhnya telah diawali sejak manusia ada di muka bumi. Hal itu disebabkan oleh hak – hak kemanusiaan secara kodrati sudah ada sejak manusia itu dilahirkan dan merupakan hak yang melekat dan tidak terpisahkan pada diri manusia.

Hak Asasi sendiri dalam perwujudannya yang paling sederhana muncul dengan sendirinya bersamaan dengan kelahiran umat manusia. Ia muncul hampir bersamaan dengan “kewajiban” yang membebani manusia sebagai individu maupun kelompok. Manakala manusia mulai berinteraksi

dengan manusia lainnya, maka hak asasi akan berbenturan satu sama lain, dengan demikian muncullah kesepakatan awal untuk saling tidak menghilangkan hak asasi diantara mereka. Kesepakatan ini kemudian menjadi hukum yang mengatur kehidupan antar umat manusia, termasuk itu di dalamnya berisi kewajiban untuk saling menjaga hak, kepentingan dan kebutuhan manusia. Dengan demikian, Kemunculan Hak Asasi ini sama lampaunya dengan konsepsi kemunculan hukum dalam sejarah umat manusia. Dalam pada itu, Pengakuan atas Hak asasi manusia pada masa lampau masih bersandar pada bingkai sosio-kultural yang saat itu berlaku sebagai kebiasaan (*customary law*). Sedangkan pengakuan Hak Asasi dalam bentuk dokumen tertulis baru muncul pada waktu yang lama sesudahnya saat manusia mulai mengenal aksara.

Upaya yang dilakukan dalam rangka pengakuan dan penegakan HAM sebagai bagian dari konstitusi telah ada sejak dahulu kala. Pada masa kenabian, Hak Asasi Manusia tergambar melalui pellawanan Musa terhadap Fir'aun yang memerintahkan pembantaian terhadap bayi perempuan. Musa juga menyelamatkan kaum yahudi dari kekejaman Fir'aun serta menyatukan ajaran dan komunitas umat yahudi dalam satu ajaran Taurat, Ibrahim yang mencoba meninggikan harkat kemanusiaan hingga akhirnya selamat meskipun dibakar, serta Muhammad yang melalui ajaran Islamnya menyerukan persatuan, peninggian derajat umat manusia serta beberapa langkah penghapusan perbudakan yang menjadi kebudayaan arab.

Ide dan upaya penegakan Hak Asasi Manusia juga terjadi pada masa kekaisaran Hammurabi (babylonia) salah satunya dengan membuat kodifikasi Hammurabi dalam sebuah prasasti yang didalamnya menyatakan kewajiban dan hak rakyat dalam hal kepatuhan dan penyembahan terhadap dewa matahari. Di Yunani, Socrates yang terkenal dalam pemikirannya juga termasuk ke dalam individu pelaku sejarah yang telah meletakkan dasar perlindungan dan jaminan diakuinya HAM dengan konsepsinya yang menganjurkan masyarakat untuk melakukan kontrol terhadap kekuasaan pemerintah, yang kemudian diteruskan oleh ahli

filsafat kenegaraan Aristoteles dengan ajaran demokrasinya.⁵⁵ Selain itu, di Athena, Solon sudah mencanangkan perlindungan atas HAM sebagai ekspresi penegakan keadilan dengan pembentukan lembaga peradilan (*heliaea*) dan majelis rakyat (*ecclesia*). Dilanjutkan oleh Pericles yang menghimbau rakyat untuk menggunakan hak-haknya sebagai warga Negara untuk berperan serta dalam majelis rakyat tersebut.⁵⁶

Pergolakan mengenai perkembangan HAM dan pelembagaannya telah ada dan berkembang dalam beberapa periode sejarah yang diakui keabsahannya secara modern, diantaranya :

- “Perjanjian Agung” *Magna Charta* di Inggris pada 15 Juni 1215⁵⁷, yang kemudian diakui sebagai konstitusi pemberontakan baron terhadap raja John yang berisi : hendaknya raja tak melakukan pelanggaran terhadap hak milik dan kebebasan pribadi seorang pun dari rakyat. Magna Charta sendiri merupakan sebuah dokumen pembatasan kekuasaan Raja. Secara eksplisit, Magna Charta memberikan kebebasan kepada rakyat, para Baron dan pihak Gereja termasuk didalamnya memberikan jaminan hukum. Perjanjian ini menandakan bahwa Raja harus tunduk pada Hukum/Undang-Undang. Magna Charta memuat 2 (dua) prinsip utama berkaitan dengan pengakuan dan penegakan HAM, yaitu: **(i)** pembatasan terhadap kekuasaan raja, dan **(ii)** pengakuan bahwa HAM lebih penting daripada kedaulatan raja, sehingga pertimbangan untuk mengurangi HAM haruslah melalui prosedur hukum yang ada lebih dahulu, prinsip tersebut dalam perjalanan sejarah hukum modern dikenal dengan prinsip legalitas.⁵⁸
- *Petition of Rights*, muncul selanjutnya di Inggris pada Tahun 1628 dan secara garis besar berisi penegasan jaminan Hak Asasi dalam hal persetujuan pungutan pajak dan Hak warga Negara untuk mendapatkan jaminan persetujuan dari intervensi militer.

⁵⁵ . Bambang Soegiono, 2010, artikel- diunduh pada 24 september 2010 melalui www.google.com, hal.1

⁵⁶ . *Ibid*,

⁵⁷ . Majda el Muhtaj, 2005, “*Hak – Hak Asasi Manusia dalam Konstitusi Indonesia*”, Kencana, Jakarta, hal. 52.

⁵⁸ . Bambang Soegiono, 2010,*op.cit*.

- *Habeas Corpus Act*, dibuat pada tahun 1628, merupakan pakta yang dibuat guna melindungi Hak Asasi Manusia dalam kaitannya dengan penangkapan dan penahanan.
- *Bill of Right* pada 1689, muncul setelah adanya revolusi tak berdarah (*Glorious Revolution*) sebagai perlawanan terhadap Raja James pada tahun 1668. Bill of Rights berisi pembatasan kekuasaan raja dan dihilangkannya hak raja untuk melaksanakan kekuasaan terhadap siapapun atau untuk memenjarakan, menyiksa dan mengirimkan tentara kepada siapapun tanpa dasar hukum.⁵⁹ Disamping itu merupakan sebuah dokumen yang di dalamnya menegaskan HAM secara spesifik seperti kebebasan memilih parlemen, kebebasan beragama dan kebebasan berbicara dan mengeluarkan pendapat.
- Deklarasi kemerdekaan Amerika Serikat yang sekaligus memunculkan *Declaration of Independence*, pada 6 Juli 1776⁶⁰ memuat penegasan bahwa setiap orang dilahirkan dalam persamaan dan kebebasan dengan hak untuk hidup dan mengejar kebahagiaan serta mengganti pemerintah yang tidak mengindahkan ketentuan - ketentuan dasar tersebut. Selanjutnya;
- *The Four Freedom*, dicetuskan oleh Franklin D. roosevelt pada Kongres Amerika Serikat tanggal 6 Januari 1941 dan berisi tentang Kebebasan untuk berbicara dan mengeluarkan pendapat (*freedom of speech*), Kebebasan untuk memeluk agama (*freedom of religion*), Kebebasan dari ketakutan, (*freedom from fear*) dan Kebebasan dari kemelaratan (*freedom from want*).
- *Declaration de Droits de l'home et du citoyen* Prancis pada 14 Agustus 1789, diantaranya berisi Hak asasi pemilikan harta, kekerasan, persamaan, keamanan, perlawanan terhadap penindasan.⁶¹

⁵⁹ . *Ibid*, hal. 52

⁶⁰ . Marsiyem, "**Sari Kuliah Hukum dan HAM**", disampaikan pada saat mata kuliah hukum dan HAM fakultas Hukum Unissula, Selasa, 12 September 2006.

⁶¹ . [Http://www.wikisource.org](http://www.wikisource.org)

– *Declaration of Human Rights* 1948.⁶²

Sebelum munculnya *Declaration of Human Rights*, terlebih dahulu PBB membentuk dan mengesahkan Piagam dan Statuta Mahkamah Internasional menyangkut perlindungan HAM pada tanggal 26 Juni 1945 di San Fransisco. Selanjutnya, setelah Perang Dunia II tahun 1946 Badan PBB (UN) yang disebut ECOSOC merancang piagam HAM yang hasilnya disahkan dalam Sidang Umum PBB (*General Assembly United Nations*) pada tanggal 10 Desember 1948 di Paris, dikenal dengan sebutan Piagam Sedunia tentang Hak-hak Manusia (*Universal Declaration of Human Rights*). Sebagai sebuah "pernyataan" atas piagam tersebut baru mengikat secara moral dan bukan yuridis, sebab mengikat secara yuridis harus dituangkan dalam bentuk Perjanjian Universal. Pada tanggal 16 Desember 1966 lahir Covenant dari Sidang Umum PBB yang mengikat secara yuridis bagi semua negara yang meratifikasi perjanjian (*covenant*) tersebut. Covenant tersebut memuat: **(i)** perjanjian tentang hak-hak ekonomi, sosial dan budaya (*covenant on economic, social dan cultural rights*), dan **(ii)** perjanjian tentang Hak-hak Sipil dan Politik (*covenant on civil and political rights*).⁶³

Nilai Ketuhanan dan HAM dalam perkembangan kebangsaan Indonesia

Agama di bumi Nusantara telah mempengaruhi kondisi sosio kultural masyarakat. Pada saat itu, konstelasi masyarakat yang masih memegang teguh kebudayaan dan agama Hindu-Budha sebagian masih animisme dan dinamisme secara sedikit demi sedikit berbaur dan berubah dengan masuknya ajaran agama baru yaitu Islam, dan selanjutnya nasrani serta tionghoa. Perubahan ini dapat dilihat melalui adanya asimilasi kultural antara kebudayaan Islam dan budaya masyarakat Nusantara, termasuk di dalamnya peninggalan Hindu-Budha yang masih lestari. Munculnya

⁶² . [Http:www.Google.com](http://www.Google.com) – Declaration of Human Rights.doc

⁶³ . Disadur dari Bambang Sugiono, *op.cit*, hal. 2-3.

kerajaan-kerajaan Islam menandai awal mula kemajuan peradaban dan pemerintahan Islam di wilayah Nusantara.

Islam masuk secara damai salah satunya melalui jalur perdagangan dan berkembang pengajarannya melalui jalan dakwah. Islam saat itu datang sebagai agama Tauhid yang kemudian melakukan pembaharuan di bidang keyakinan masyarakat terkait persamaan kedudukan manusia serta dihapusnya pola feodalisme yang memisahkan derajat antara manusia yang satu dengan manusia yang lain. Islam bahkan menghapuskan *kasta* yang pada saat itu masih menjadi rujukan dalam konteks pergaulan sosial masyarakat. Melalui kekuatan sosiologis dan budaya yang telah menyatu, Islam kemudian tampil sebagai salah satu agama yang cukup dominan di wilayah Nusantara terutama dalam konsep Kemanusiaan (HAM), pendidikan, pemerintahan, keagamaan serta konsep perekonomian perdagangan.

Sebagai agama yang hidup berdampingan dengan heterogenitas keyakinan masyarakat, Islam tampil dengan sangat toleran. Budaya sebagai hasil pemikiran manusia tidak serta merta dihapuskan, tetapi secara perlahan dimasukkan nilai tauhid ke dalamnya sehingga sesuai dengan nilai dasar Islam. Lebih lanjut dapat disimpulkan bahwa Islam pada saat itu melakukan kompromi budaya dalam hal pemasukan dan penerapan ajaran-ajarannya.

Konteks persatuan masyarakat yang terwujud melalui konsep Jama'ah menjadi dasar dalam kekuatan perjuangan Islam baik itu dalam rangka penegakan syari'ah maupun dalam pergerakan dan perlawanan terhadap penjajahan. Agama ini memberikan andil besar dalam memberikan kekuatan dan semangat tersendiri dalam upaya perjuangan kemerdekaan Indonesia.

Islam hadir sebagai sebuah agama yang menjadi pelengkap (komplementer) dalam kehidupan sosio kultural dan politik di Indonesia. Meskipun demikian, dalam rangkaian sejarah perumusan hukum pasca diperolehnya kemerdekaan bangsa Indonesia tidaklah serta merta

menjadikan Islam sebagai acuan dan dasar dalam pembentukan negara Indonesia saat itu. Sebagai salah satu komponen penting dalam struktur sosial Indonesia, ide pemikiran Islam ternyata tidak mendominasi pembentukan kenegaraan Indonesia sebagaimana terjadi dalam perdebatan penyusunan rancangan Undang-Undang Dasar yang diselenggarakan BPUPKI pada awal masa kemerdekaan Indonesia. Tidak berhasilnya ide akan negara Islam pada saat itu telah memberikan pelajaran besar bagi masyarakat Islam akan pentingnya pengakuan atas persamaan heterogenitas sosial, masyarakat dan agama dalam sebuah negara. Hal demikian berlaku pula seimbang dengan agama lainnya yakni penganut kristiani serta penganut konghucu. Keseimbangan dan kesetaraan inilah yang kemudian menjadikan negara hukum Indonesia tidak mendasarkan ideologinya kepada satu agama tertentu, melainkan menggunakan ideologi Pancasila. Ini merupakan titik temu, kristalisasi serta kompromi dalam mewujudkan negara bangsa Indonesia dikemudian hari.

Nilai Ketuhanan dan dinamika dalam penyusunan Konstitusi Indonesia

a. UUD 1945

1) Pertentangan *Pembahasan Islam dalam UUD 1945*

UUD 1945 disahkan dan mulai berlaku sebagai konstitusi Indonesia melalui sidang Panitia Persiapan Kemerdekaan Indonesia (PPKI) pada tanggal 18 Agustus 1945. Sebelumnya, naskah UUD 1945 ini telah dipersiapkan terlebih dahulu oleh "*Dokuritzu Zyunbi Tyoosaka*" atau "Badan Penyelidik Usaha-usaha Persiapan Kemerdekaan Indonesia" (BPUPKI).⁶⁴ Badan ini dibentuk dan dilantik oleh Pemerintah Bala Tentara Jepang pada tanggal 28 Mei 1945 dalam rangka memenuhi janji pemerintah Jepang untuk memberi kemerdekaan kepada bangsa Indonesia.⁶⁵

⁶⁴ . Jimliy Asshiddiqie, 2006, "***Konstitusi dan Konstitusionalisme***". *Op.cit*, hlm 38

⁶⁵ . *Ibid*, hlm 39

Pada awal pembahasan Undang-Undang Dasar dalam rapat BPUPKI, para penyusun telah memperdebatkan bentuk negara termasuk di dalamnya perdebatan atas pemasukan unsur Islam. Dalam kesempatan itu, isu tentang Pembentukan Negara Islam menncuat melalui pandangan yang dilontarkan oleh KI Bagoes Hadikoesoemo. Dalam uraiannya, beliau menawarkan ide akan keistimewaan dan relevansi asas Islam dalam pembentukan Negara Indonesia. Ki Bagoes mengatakan relevansi empat ajaran pokok dalam Islam berupa; Ajaran iman atau kepercayaan kepada Allah SWT; Ajaran beribadah, berhikmat dan berbakti kepada Allah; Ajaran beramal salih; Ajaran berjihad di jalan Allah.⁶⁶ Ia kemudian mengaitkan empat ajaran filosofis Islam tersebut ke dalam ide dasar pembentukan negara Indonesia. Selanjutnya ia mengatakan:

“ Tuan -tuan dalam sidang yang terhormat! Dalam Negara kita, niscaya tuan-tuan menginginkan berdirinya suatu pemerintahan yang adil dan bijaksana, berdasarkan budipekerti yang luhur bersendi permusyawaratan dan putusan rapat, serta luas berlebar dada tidak memaksa tentang agama. Kalau benar demikian, maka dirikanlah pemerintahan itu atas agama Islam karena ajaran Islam mengandung kesempaiannya sifat-sifat itu.”⁶⁷

Berseberangan dengan itu, Soepomo dan Hatta menolak ide pembentukan Negara berdasarkan asas Islam. Keduanya menghawatirkan adanya isu kecemburuan minoritas serta dalam kemajemukan budaya. Selain itu, adanya Fakta bahwa negara-negara penganut Islam mengalami kesulitan dalam perkembangan dan pencarian jati diri hukum serta ambiguitas pemisahan negara dan agama membuat kedua tokoh ini sepakat untuk menolak ide tersebut. Mengenai hal ini Soepomo mengatakan:

“Dengan pendek kata, dalam negara-negara Islam masih ada pertentangan pendirian tentang bagaimana seharusnya bentuk hukum negara, supaya sesuai dengan aliran zaman modern, yang meminta

⁶⁶ . Pandangan Ki Bagoes Hadikoesoemo, dalam sidang pertama BPUPKI tanggal 31 Mei 1945, dalam ***Risalah Sidang Badan Penyelidik Usaha-Usaha Persiapan Kemerdekaan Indonesia (BPUPKI), Panitia Persiapan Kemerdekaan Indonesia (PPKI)***, 1998, Jakarta, Sekretariat Negara Republik Indonesia, hal. 36-37.

⁶⁷ . *Ibid*, hal. 41.

perhatian dari negara-negara yang turut berhubungan dengan dunia internasional itu. Jadi, seandainya kita disini mendirikan negara Islam, pertentangan pendirian itu akan timbul juga di masyarakat kita dan barangkali Badan Penyelidik ini pun akan susah memperbincangkan soal itu. Akan tetapi, tuan-tuan yang terhormat, akan mendirikan negara Islam di Indonesia berarti, tidak akan mendirikan negara negara *persatuan*. Mendirikan negara Islam di Indonesia berarti mendirikan negara yang akan mempersatukan diri dengan golongan yang terbesar, yaitu golongan Islam. Jikalau di Indonesia didirikan negara Islam, maka tentu akan timbul soal-soal "minderheden", soal agama yang kecil-kecil, golongan agama kristen dan lain-lain. Meskipun negara Islam akan menjamin dengan sebaik-baiknya kepentingan golongan-golongan lain itu, akan tetapi golongan agama kecil itu tidak bisa mempersatukan dirinya dengan negara. Oleh karena itu, cita-cita negara Islam itu tidak sesuai dengan cita-cita negara persatuan yang telah diidam-idamkan oleh kita semuanya dan juga yang telah dianjurkan oleh Pemerintah Balatentara.

Oleh karena itu, saya menganjurkan dan saya mufakat dengan pendirian yang hendak mendirikan *negara nasional yang bersatu* dalam arti totaliter seperti yang saya uraikan tadi...⁶⁸

Penolakan terhadap isu negara Islam juga turut dikemukakan oleh Soekarno pada rapat lanjutan 1 Juni 1945. dalam kesempatan itu ia mengatakan:

"...Pertama-tama, saudara-saudara, saya bertanya: apakah kita hendak mendirikan Indonesia Merdeka untuk sesuatu orang, untuk sesuatu golongan? Mendirikan Negara Indonesia Merdeka yang namanya saja Indonesia Merdeka, tetapi sebenarnya hanya untuk mengagungkan satu orang, untuk memberi kekuasaan pada satu golongan bangsawan?

Apakah maksud kita begitu? Sudah tentu tidak! Baik saudara-saudara yang bernama kaum kebangsaan yang di sini, maupun saudara-saudara yang dinamakan kaum Islam, semuanya telah mufakat, bahwa bukan negara yang demikian itulah kita punya tujuan. Kita hendak mendirikan suatu negara "semua buat semua". Inilah salah satu dasar pikiran yang nanti akan saya kupas lagi. Maka, yang selalu mendengung di dalam saya punya jiwa, bukan saja di dalam beberapa hari di dalam sidang Dokuritsu Zyunbi Tyoosakai ini, akan tetapi sejak tahun 1918, 25 tahun lebih, ialah: Dasar pertama, yang baik dijadikan dasar buat Negara Indonesia, ialah dasar kebangsaan."

Lebih dari itu, Soekarno melalui pidatonya memberikan ide kebebasan terhadap penerapan pola agama tetapi di bawah satu kesatuan kebangsaan. Soekarno tidak sekalipun menolak Islam

⁶⁸ . Soepomo, dalam Risalah Sidang BPUPKI, *ibid*, hal. 59-60.

sebagai agama dalam sebuah negara, melainkan menolak ide pemasukan tunggal agama ke dalam sebuah bentuk formal negara. Meskipun demikian bukan berarti Soekarno menafikan peran Islam dalam sejarah perjuangan bangsa Indonesia. Melalui pemikirannya, ia menganjurkan untuk memperhatikan kesetaraan dalam kemajemukan dan diakuinya hak-hak agama bagi masing-masing pemeluk agama di bawah satu ide negara kebangsaan.

Penolakan terhadap dimasukkannya ide-ide negara Islam ke dalam sebuah Konstitusi pada dasarnya membuktikan bahwa Islam tidak selayaknya menempatkan diri dalam posisi yang bersaing vis-a-vis dengan komponen lainnya dalam hal penerapan konsep Negara berdasarkan ideologi Islam dalam Konstitusi negara-bangsa Indonesia. Akan tetapi, Islam harus ditampilkan sebagai unsur komplementer dalam fondasi tatanan sosial, kultural, dan politik negeri ini. Upaya menjadikan Islam sebagai suatu ideologi alternatif atau pemberi warna tunggal hanya akan membawa perpecahan dalam masyarakat secara keseluruhan mengingat corak sosial masyarakat Indonesia yang beragama.⁶⁹

Pelembagaan nilai ketuhanan dalam kaitannya dengan Konsep HAM.

(1) Hak beragama

Hak ini tercermin dalam Pasal 29 ayat (1) dan (2) UUD 1945 ; "Negara berdasar atas Ketuhanan Yang Maha Esa" (ayat 1) dan "Negara menjamin kemerdekaan tiap-tiap penduduk untuk memeluk agamanya masing-masing dan untuk beribadat menurut agamanya dan kepercayaannya itu " (ayat 2)

⁶⁹ . Disarikan dari pemikiran Abdurrahman Wahid, dalam Zubaidi, 2007, ***Islam dan Benturan Peradaban (Dialog Filsafat Barat dengan Islam, Dialog Peradaban, dan Dialog Agama)***, Ar-Ruz Media, Yogyakarta, hal.181.

(2) Hak atas kebebasan berpikir dan beragama

Pasal 18 UUD RIS 1949 :

“Setiap orang berhak atas kebebasan pikiran dan keinsyafan batin dan agama ; hak ini meliputi pula kebebasan bertukar agama atau keyakinan, begitu pula kebebasan menganut agamanya atau keyakinannya, baik sendiri maupun dalam lingkungannya sendiri dengan jalan mengajarkan, mengamalkan, beribadat, mentaati perintah dan aturan-aturan agama serta dengan jalan mendidik anak-anak dalam iman dan keyakinan orang tua mereka.”

(3) Kewajiban asasi dalam hal kebebasan beragama

Pasal 41 ayat (1) UUD RIS 1949 :

“Penguasa memberi perlindungan yang sama kepada segala perkumpulan dan persekutuan agama yang diakui.”

(4) Kewajiban asasi dalam hal penguasaan kebebasan beragama

Pasal 41 ayat (2) UUD RIS 1949 :

“Penugasan mengawasi supaya segala persekutuan dan perkumpulan agama patuh taat kepada Undang-undang, termasuk aturan-aturan hukum yang tak tertulis.”

(5) Hak kebebasan beragama

Pasal 18 dan Pasal 43 ayat (1), (2), (3), (4) UUDS 1950 :

Pasal 18 UUDS 1950

“Setiap orang berhak atas kebebasan agama, keinsyafan batin dan pikiran.”

Pasal 43 ayat (1) UUDS 1950 :

“Negara berdasar atas Ketuhanan Yang Maha Esa.”

Pasal 43 ayat (2) UUDS 1950 :

“Negara menjamin kemerdekaan tiap-tiap penduduk untuk memeluk agamanya masing-masing dan untuk beribadat menurut agamanya dan kepercayaannya itu.”

Pasal 43 ayat (3) UUDS 1950 :

“Penguasa memberi perlindungan yang sama kepada segala perkumpulan dan persekutuan agama yang diakui. Pemberian sokongan berupa apapun oleh penguasa kepada penjabat-penjabat agama dan persekutuan-persekutuan atau perkumpulan-perkumpulan agama dilakukan atas dasar sama hak.”

Pasal 43 ayat (4) UUDS 1950 :

“Penguasa mengawasi supaya segala persekutuan dan perkumpulan agama patuh-taat kepada Undang-undang termasuk aturan-aturan hukum yang tak tertulis.”

Rumusan HAM yang terkandung dalam perubahan (amandemen) II UUD NRI Tahun 1945 adalah :

- (1) Hak untuk hidup, hak untuk tidak disiksa, hak kemerdekaan pikiran dan hati nurani, **hak beragama**, hak untuk tidak diperbudak, hak untuk diakui sebagai pribadi di hadapan hukum, dan hak untuk tidak dituntut atas dasar hukum yang berlaku surut adalah hak asasi manusia yang tidak dapat dikurangi dalam keadaan apa pun.
- (2) Setiap orang berhak bebas dari perlakuan yang bersifat diskriminatif atas dasar apa pun dan berhak mendapatkan perlindungan terhadap perlakuan yang bersifat diskriminatif itu.
- (3) Identitas budaya dan hak masyarakat tradisional dihormati selaras dengan perkembangan zaman dan peradaban.

Secara Horizontal, pengaturan HAM yang berkaitan dengan pengakuan nilai ketuhanan dalam konstitusi kita (Undang-Undang Dasar) memang telah ditegaskan. Meskipun komposisinya berbeda dari setiap konstitusi yang pernah ada, namun harus diakui ada penegasan terhadap rumusan penegakan HAM terutama pemasukan

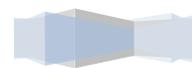
nilai ketuhanan.(di masa yang akan datang, nilai ini diharapkan dapat diwujudkan melalui pengujian perkara undang-undang melalui Mahkamah Konstitusi)

Sebagai perbandingan, maka dibawah ini disandingkan mengenai perbandingan konstitusi negara ASEAN, terutama yang berkaitan dengan Nilai Ketuhanan (pengakuan atas agama). Negara ASEAN dipilih sebagai perbandingan atas kawasan serumpun terdekat, yang memiliki ciri kewilayahan dan karakteristik mewakili wilayah masyarakat asia tenggara dengan heterogenitas pemeluk agama yang beragam.

**Tabel Perbandingan Konstitusi Negara Negara ASEAN
Berkaitan Dengan Nilai Agama Dan Ketuhanan**

NO	NAME OF STATE	RELIGIOUS CHAPTER IN CONSTITUTION
1	INDONESIA	<p>Pasal 28 E UUD NRI Tahun 1945</p> <p>(1) Everyone has the right to convert to religion and worship according to his religion, to choose education and teaching, to choose a job, to choose citizenship, to choose a place to live in the territory of the state and to leave it, and to be entitled to return.</p> <p>(2) Everyone has the right to freedom of belief, expression of thought and attitude, according to his conscience</p>
2	MALAYSIA	<p>Article number 11.1 Constitution of Malaysia</p> <p>"Every person has the right to profess and practice his religion."</p>
3	SINGAPORE	<p>Part IV, Fundamental Liberties, 15, Freedom of religion</p> <p>(1) Every person has the right to profess and practise his religion and to propagate it.</p> <p>(2) No person shall be compelled to pay any tax the proceeds of which are specially allocated in whole or in part for the purposes of a religion other than his own.</p> <p>(3) Every religious group has the right</p> <p>(a) to manage its own religious affairs;</p> <p>(b) to establish and maintain institutions for religious or charitable purposes; and</p> <p>(c) to acquire and own property and hold and administer it in accordance with law.</p> <p>(4) This Article does not authorise any act contrary to</p>

		any general law relating to public order, public health or morality.
4	BRUNEI DARUSSALAM	<p>Part II Religion Religion of Brunei Darussalam and religious observance.</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. The religion of Brunei Darussalam shall be the Muslim Religion according to the Shafeite sect of that religion. Provided that all other religions may be practiced in peace and harmony by the person professing them in any part of Brunei Darussalam. 2. The Head of the religion of Brunei Darussalam shall be His Majesty the Sultan and Yang Di-Pertuan. 3. The Principal officers responsible to His Majesty the Sultan and Yang Di-Pertuan for Religion, Custom and Welfare shall be the Religious Adviser, the Adat Isti'adat Officer and the Welfare, respectively.
5	THAILAND	<p>Thailand constitution of 2014 (<i>religion content was covered include all human dignity</i>)</p> <p>Section 4 Subject to the provisions of this Constitution, all human dignity, rights, liberties and equality of the people protected by the constitutional convention under a democratic regime of government with the King as the Head of State, and by international obligations bound by Thailand, shall be protected and upheld by this Constitution.</p>
6	PHILIPPINES	<p>ARTICLE II Declaration of Principles and State Policies Principles SECTION 6. The separation of Church and State shall be inviolable.</p> <p>ARTICLE III Bill Of Rights SECTION 5. No law shall be made respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof. The free exercise and enjoyment of religious profession and worship, without discrimination or preference, shall forever be allowed. No religious test shall be required for the exercise of civil or political rights.</p> <p><i>(The other sections is autonomous regions with based on basis religion in Mindanao)</i></p>
7	MYANMAR	<p>Chapter VIII constitution of the republic of union myanmar 360. (a). The freedom of religious right given in</p>



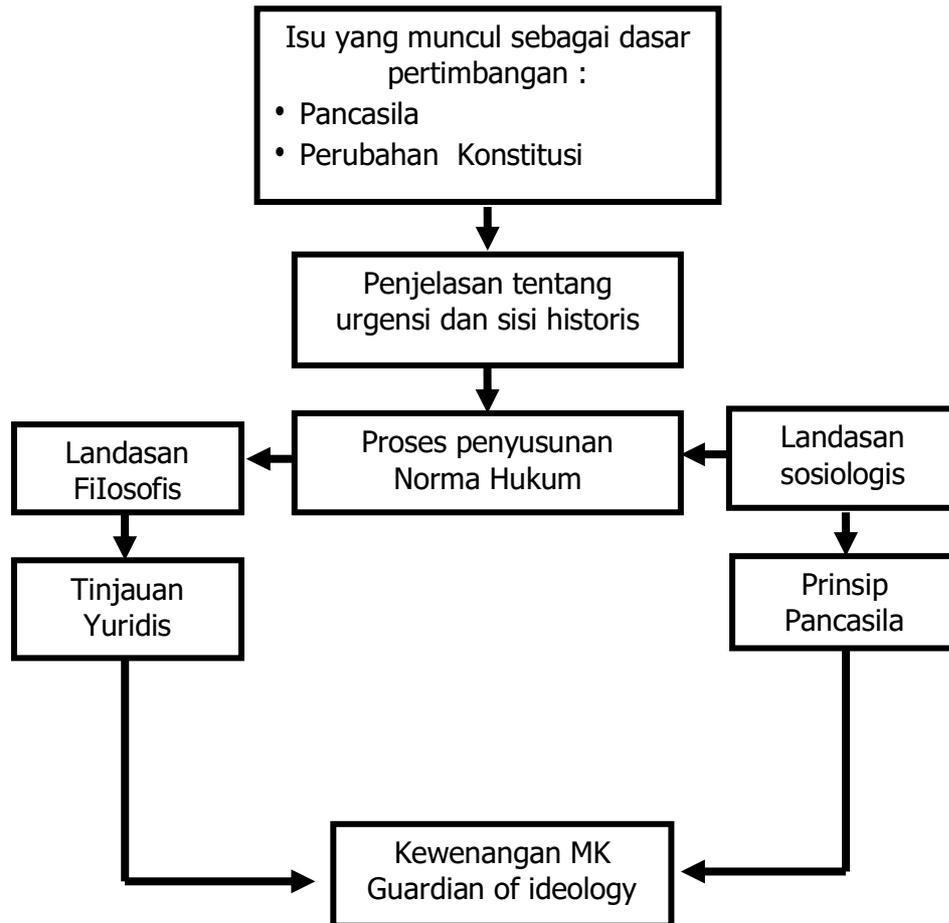
		<p>Section 34 shall not include any economic, financial, political or other secular activities that may be associated with religious practice.</p> <p>(b) The freedom of religious practice so guaranteed shall not debar the Union from enacting law for the purpose of public welfare and reform.</p> <p>361. The Union recognizes special position of Buddhism as the faith professed by the great majority of the citizens of the Union.</p> <p>362. The Union also recognizes Christianity, Islam, Hinduism and Animism as the religions existing in the Union at the day of the coming into operation of this Constitution.</p> <p>363. The Union may assist and protect the religions it recognizes to its utmost.</p> <p>364. The abuse of religion for political purposes is forbidden. Moreover, any act which is intended or is likely to promote feelings of hatred, enmity or discord between racial or religious communities or sects is contrary to this Constitution. A law may be promulgated to punish such activity.</p>
8	LAO	<p>Constitution of Lao people's democratic republic</p> <p>Article 9. The state respects and protects all lawful activities of the Buddhists and of other religious followers mobilises and encourages the Buddhist monks and novices as well as the priests of other religions to participate in the activities which are beneficial to the country and people. All acts of creating division of religions and classes of people are prohibited.</p>
9	CAMBODIA	<p>Article 13 (<i>head of state replacements</i>) consists of (<i>partially</i>)</p> <p>The Chief Monk of each of the Orders of Mahayana Buddhism (MahaNikay) and Theravada Buddhism (ThammayutekakNikay)</p> <p>Article 31</p> <p>The Kingdom of Cambodia recognizes and respects human rights as stipulated in the United Nations Charter, the Universal Declaration of Human Rights and the covenants and conventions related to human rights, women's rights and children's rights.</p>

		<p>Khmer citizens shall be equal before the law, enjoying the same rights and freedom and obligations regardless of race, color, sex, language, religious belief, political tendency, national origin, social status, wealth or other status. The exercise of personal rights and freedom by any individual shall not adversely affect the rights and freedom of others. The exercise of such rights and freedom shall be in accordance with the law.</p> <p>Article 43 Khmer citizens of either sex shall have the rights to freedom of belief. Freedom of belief and religious worship shall be guaranteed by the State on the condition that such freedom does not affect other beliefs and religions or violate public order and security.</p> <p>Buddhism shall be the religion of the State.</p>
10	VIETNAM	<p>Article 24</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Everyone shall enjoy freedom of belief and religion; he or she can follow any religion or follow none. All religions are equal before the law. 2. The State respects and protects freedom of belief and of religion. 3. No one has the right to infringe on the freedom of belief and religion or to take advantage of belief and religion to violate the laws.



3. Implementasi Konstitusi Berketuhanan sebagai salah satu landasan teoritik dalam memutus perkara Konstitusional di Mahkamah Konstitusi

ALUR SISTEMATIKA PEMASUKAN NILAI KONSTITUSI BERKETUHANAN



Ringkasan Penjabaran yang termaktub dalam Putusan MK No. 46/PUU-XIV/2016

1. Pemohon memohon agar MK melakukan pengujian konstitusionalitas Pasal 284 KUHP ayat (1), (2), (3), (4), (5), Pasal 285 KUHP dan Pasal 292 KUHP (**bukti P-2**) yakni;

a. Pasal 284 ayat (1), (2), (3), (4), (5) KUHP

Pasal 284 ayat (1) angka 1.a KUHP sepanjang frasa '*yang beristri*' dan frasa '*sedang diketahuinya, bahwa Pasal 27 Kitab Undang-undang Hukum Perdata (sipil) berlaku kepadanya*' adalah bertentangan dengan UUD 1945 dan tidak memiliki kekuatan hukum; sehingga harus dibaca sebagai "*laki-laki berbuat zina*".

Pasal 284 ayat (1) angka 1.b. sepanjang frasa '*yang bersuami*' adalah bertentangan dengan UUD 1945 dan tidak memiliki kekuatan hukum; sehingga harus dibaca sebagai "*perempuan berbuat zina*".

Pasal 284 ayat (1) angka 2.a. sepanjang frasa '*sedang diketahuinya, bahwa kawannya itu bersuami*' adalah bertentangan dengan UUD 1945 dan tidak memiliki kekuatan hukum; sehingga harus dibaca: "2.a. *laki-laki yang turut melakukan perbuatan itu*".

Pasal 284 ayat (1) angka 2.b. sepanjang frasa '*yang tiada bersuami*' dan frasa '*sedang diketahuinya, bahwa kawannya itu beristri dan Pasal 27 Kitab Undang-undang Hukum Perdata (sipil) berlaku pada kawannya itu*' adalah bertentangan dengan UUD 1945 dan tidak memiliki kekuatan hukum; sehingga harus dibaca: 2 b. *perempuan yang turut melakukan perbuatan itu*.

Pasal 284 ayat (2) ayat (3) ayat (4) dan ayat (5) adalah bertentangan dengan UUD 1945 tidak memiliki kekuatan hukum;

b. Pasal 285 KUHP

Pasal 285 KUHP sepanjang frasa kata '*perempuan yang bukan istrinya*' adalah bertentangan dengan UUD 1945 dan tidak memiliki kekuatan hukum; sehingga harus dibaca

sebagai: *"Barang siapa dengan kekerasan atau ancaman kekerasan memaksa bersetubuh dengan dia, dihukum karena memperkosa dengan hukuman penjara selama-lamanya dua belas tahun"*.

c. Pasal 292 KUHP

Pasal 292 Kitab Undang-Undang Hukum Pidana sepanjang frasa *"dewasa"*, frasa *"yang belum dewasa"* dan frasa *"sedang diketahuinya atau patut harus disangkanya hal belum dewasa itu"* bertentangan dengan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia 1945; sehingga harus dibaca sebagai; *"Orang yang melakukan perbuatan cabul dengan orang dari jenis kelamin yang sama, dihukum penjara selama-lamanya lima tahun"*;

Bahwa Para Pemohon menyatakan bahwa Pasal 284 KUHP ayat (1), (2), (3), (4), (5), Pasal 285 KUHP dan Pasal 292 KUHP bertentangan dengan Pasal 1 ayat (3), Pasal 28B ayat (1) dan (2), Pasal 28C ayat (2), Pasal 28D ayat (1), Pasal 28G ayat (1) dan ayat (2), Pasal 28H ayat (1), Pasal 28J ayat (1) dan ayat (2) dan Pasal 29 ayat (1) UUD 1945 yang berbunyi; Pasal 1 ayat (3) UUD 1945, *"Negara Indonesia adalah Negara hukum"* Pasal 28B ayat (1) dan (2) UUD 1945, *"Setiap orang berhak membentuk keluarga dan melanjutkan keturunan melalui perkawinan yang sah"*

(1) "Setiap anak berhak atas kelangsungan hidup, tumbuh, dan berkembang serta berhak atas perlindungan dari kekerasan dan diskriminasi."

Pasal 28C ayat (2) UUD 1945, *"Setiap orang berhak untuk memajukan dirinya dalam memperjuangkan haknya secara kolektif untuk membangun masyarakat, bangsa dan negaranya."*

Pasal 28D ayat (1) UUD 1945, *"Setiap orang berhak atas pengakuan, jaminan, perlindungan, dan kepastian hukum yang adil serta perlakuan yang sama dihadapan hukum."*

Pasal 28G ayat (1) UUD 1945;

(1) *"Setiap orang berhak atas perlindungan diri pribadi, keluarga, kehormatan, martabat, dan harta benda yang di bawah kekuasaannya, serta berhak atas rasa aman dan perlindungan dari ancaman ketakutan untuk berbuat atau tidak berbuat sesuatu ..."*

(2) *"Setiap orang berhak untuk bebas dari penyiksaan atau perlakuan yang merendahkan derajat martabat manusia....."*

Pasal 28H ayat (1) UUD 1945: *"Setiap orang berhak hidup sejahtera lahir dan batin, bertempat tinggal, dan mendapatkan lingkungan hidup yang baik dan sehat serta berhak memperoleh pelayanan kesehatan."*

Pasal 28J ayat (1) dan (2) UUD 1945:

(1) *"Setiap orang wajib menghormati hak asasi manusia orang lain dalam tertib kehidupan bermasyarakat, berbangsa dan bernegara."*

(2) *"Dalam menjalankan hak dan kebebasannya, setiap orang wajib tunduk kepada pembatasan yang ditetapkan dengan undang-undang dengan maksud semata-mata untuk menjamin pengakuan serta penghormatan atas hak dan kebebasan orang lain dan untuk memenuhi tuntutan yang adil sesuai dengan pertimbangan moral, nilai-nilai agama, keamanan dan ketertiban umum dalam suatu masyarakat demokratis."*

Pasal 29 ayat (1) UUD 1945 *"Negara berdasar atas Ketuhanan Yang Maha Esa"*

Bahwa permohonan para Pemohon adalah permohonan pengujian konstitusionalitas Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1946 tentang Peraturan Hukum Pidana Untuk Seluruh Wilayah Republik Indonesia Dan Mengubah Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 127 Tahun 1958, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 1660 Tahun 1958) terhadap UUD 1945. Dengan demikian, Mahkamah berwenang mengadili permohonan *a quo*.

Bahwa berdasarkan Pasal 9 ayat (1) UU Nomor 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-Undangan (Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 82 Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 5234) yang mengatur bahwa manakala terdapat dugaan suatu Undang-Undang bertentangan dengan Undang-Undang Dasar Republik Indonesia Tahun 1945, maka pengujiannya dilakukan oleh Mahkamah Konstitusi.

Dasar Filosofis Negara: Agama

1. Bahwa dasar filosofis Negara RI adalah Ketuhanan Yang Maha Esa sebagaimana termaktub dalam Sila Pertama Pancasila, Pembukaan UUD 1945 serta Pasal 29 ayat (1) UUD 1945 yang menjamin negara untuk berpegang pada nilai-nilai Ketuhanan Yang Maha Esa;
2. Bahwa *founding fathers* Indonesia telah mufakat mencantumkan prinsip Ketuhanan Yang Maha Esa sebagai Sila Pertama Pancasila sebagai norma dasar (*groundnorm*). Dalam buku Uraian Pancasila Tahun 1976, Anggota Panitia Lima, yakni Mohammad Hatta, Prof. HA Subardjo Djoyoadisuryo S.H., Mr. Alex Andries Maramis, Prof. Sunario S.H., dan Prof. Abdoel

Gafar Pringgodigdo S.H., merumuskan: "*Dasar Ketuhanan Yang Maha Esa jadi dasar yang memimpin cita-cita ke negaraan kita, yang memberikan jiwa kepada usaha menyelenggarakan segala yang benar, adil dan baik, sedangkan dasar kemanusiaan yang adil dan beradab adalah kelanjutan dalam perbuatan dan praktik hidup dari dasar yang memimpin tadi.*" (Lihat, Muhammad Hatta, *Pengertian Pancasila*, (Jakarta: CV Haji Masagung, 1989);

3. Bahwa para pendiri bangsa Indonesia sama sekali tidak mencitakan Indonesia sebagai negara "netral agama" atau "negara sekuler". Pancasila dan Pembukaan UUD 1945 sarat dengan muatan nilai-nilai keagamaan sebagai dasar berdirinya Negara Indonesia. Karena itu, seyogianya, pemahaman terhadap Pancasila dan UUD 1945 tidak dilepaskan dari kerangka nilai-nilai agama terlebih diseret ke kutub netral agama. Pemahaman semacam ini, selain keliru, juga merupakan pengkhianatan terhadap cita-cita luhur para pendiri bangsa, juga akan berakhir dengan sia-sia, sebab bangsa Indonesia pada umumnya tidak mungkin bisa dilepaskan dari ajaran-ajaran agama, secara khusus umat

Islam sebagai mayoritas masyarakat di Indonesia tentu saja sulit untuk bisa dilepaskan dari ajaran-ajaran agama Islam baik secara akidah maupun syariahnya;

4. Bahwa Almarhum Prof. Hazairin dalam bukunya, *Demokrasi Pancasila* (Jakarta: Rineka Cipta, 1990, cet ke-6 hal. 34), menulis: "*Bahwa yang dimaksud dengan Tuhan Yang Maha Esa itu ialah Allah, dengan konsekuensi (akibat mutlak) bahwa 'Ketuhanan Yang Maha Esa' berarti pengakuan 'Kekuasaan Allah' atau 'Kedaulatan Allah'*" (hlm 31). "*Negara RI wajib menjalankan syariat Islam bagi orang Islam, syariat Nasrani bagi orang Nasrani, dan syariat Hindu Bali bagi orang Bali,*

sekadar menjalankan syariat tersebut memerlukan perantara kekuasaan Negara.”;

5. Bahwa menurut Bung Hatta, “*Dasar Ketuhanan Yang Maha Esa jadi dasar yang memimpin cita-cita kenegaraan kita untuk menyelenggarakan segala yang baik, sedangkan dasar Perikemanusiaan adalah kelanjutan dalam perbuatan dan praktik hidup daripada dasar-dasar yang memimpin tadi. Dan dasar Ketuhanan Yang Maha Esa tidak hanya dasar hormat menghormati agama masing-masing, melainkan pula menjadi dasar yang memimpin ke jalan kebenaran, keadilan dan kejujuran.*”

(M. Natsir, Agama dan Negara dalam Prespektif Islam, halaman 244- 245.)

6. Bahwa dalam persidangan di Majelis Konstituante, gagasan Natsir menjadikan sila Ketuhanan Yang Maha Esa sebagai *point of reference* ternyata juga didukung oleh Arnold Mononutu, anggota Konstituante dari Partai Nasional Indonesia (PNI) dan beragama Nasrani, dengan lantang menafsirkan Pancasila menurut iman Kristiani. Mononutu yang menolak mengakui Pancasila sebagai hasil “penggalan” dari masyarakat Indonesia, menafsirkan sila demi sila dari Pancasila dengan memakai ayat-ayat dari Kitab Injil. Bagi Mononutu, Pancasila merupakan manifestasi dari ajaran-ajaran Injil. Mononutu antara lain menerangkan: “*Ketuhanan Yang Maha Esa adalah bagi Kami, pokok dan sumber dari sila-sila lain. Tanpa Ketuhanan Yang Maha Esa, Pancasila akan menjadi satu filsafat materialistis belaka.*” Substansi kalimat itu diulangi oleh

Mononutu: “*Pancasila tanpa Ketuhanan Yang Maha Esa merupakan ideologi materialistik semata-mata yang secara prinsipil Kami tidak dapat menerimanya.*”

(Natsir, Agama dan Negara dalam Prespektif Islam, halaman 244-245);

7. Bahwa atas atas dukungan Arnold Mononutu, Natsir berkata: *"Bukankah ini berarti, (kalau sudah demikian), di sinilah kita sampai pada satu titik pertemuan, antara umat Kristen dan umat Islam, yakni sama-sama hendak mencari dasar negara yang bersumberkan wahyu Ilahi? Baik yang melalui Injil ataupun melalui Qur'an. Dengan demikian akan terdapatlah kiranya kenyataan, baik golongan Saudara Mononutu dan golongan Kami mendapat persesuaian dalam satu hal esensial, yakni sama-sama menolak paham sekularisme sebagai falsafah negara..."* (Natsir, Agama dan Negara dalam Prespektif Islam, halaman 244-245);
8. Bahwa dalam bagian "Pendapat Mahkamah" Putusan Nomor 140/PUU- VII/2009 disebutkan bahwasanya Keyakinan terhadap Tuhan Yang Maha Esa adalah domain *forum internum* yang merupakan konsekuensi penerimaan Pancasila sebagai dasar negara. Setiap propaganda yang semakin menjauhkan warga negara dari Pancasila tidak dapat diterima oleh warga negara yang baik. Pada saat Mohammad Natsir menjadi Perdana Menteri RI (tahun 1950-1951), dia memerintahkan Menteri Agama K.H.A. Wachid Hasyim dan Menteri Pendidikan, Pengajaran, dan Kebudayaan, Bahder Djohan untuk membuat kebijaksanaan pendidikan yang menjembatani sistem pendidikan pesantren dan sistem pendidikan persekolahan;
9. Bahwa Mahkamah Konstitusi pada putusan mengenai pengujian Undang- Undang Nomor 1 Tahun 1965 tentang Penyalahgunaan Penodaan Agama (Putusan Nomor 140/PUU- VII/2009) menyatakan, *"Atas dasar pandangan filosofis tentang kebebasan beragama yang demikian maka di Indonesia sebagai negara Pancasila, tidak boleh dibiarkan adanya kegiatan atau*

praktik yang menjauhkan warga negara dari Pancasila. Atas nama kebebasan, seseorang atau kelompok tidak dapat dapat mengikis religiusitas masyarakat yang telah diwarisi sebagai nilai-nilai yang menjiwai berbagai ketentuan perundang-undangan di Indonesia;”

10. Bahwa lebih jauh lagi, MK menyatakan “Prinsip negara hukum Indonesia harus dilihat dengan cara pandang UUD 1945, yaitu negara hukum yang menempatkan prinsip Ketuhanan Yang Maha Esa sebagai prinsip utama, serta nilai-nilai agama yang melandasi gerak kehidupan bangsa dan negara, bukan negara yang memisahkan hubungan antara agama dan negara (*separation of state and religion*), serta tidak semata-mata berpegang pada prinsip individualisme maupun prinsip komunalisme” (Putusan Nomor 140/PUU-VII/2009, [3.34.10]);
11. Bahwa dengan adanya dasar filosofis sebagaimana yang telah diuraikan diatas, maka para Pemohon yakin bahwasanya kebutuhan untuk mendasarkan seluruh perundang-undangan dalam konsep dasar moral yang berlandaskan nilai-nilai Ketuhanan Yang Maha Esa adalah sebuah keniscayaan dalam tatanan Negara Republik Indonesia yang tidak dapat ditawar-tawar atas dasar apapun;
12. Bahwa agama-agama di Indonesia pada dasarnya juga melarang perzinaan di luar perkawinan (Pasal 284 KUHP), melarang pemerkosaan kepada siapa saja (Pasal 285 KUHP) dan melarang hubungan sesama jenis (Pasal 292 KUHP). Oleh karena itu, tidak ada kebutuhan lain untuk mempertahankan pasal-pasal *a quo* (yang merupakan produk kolonial dari zamankolonial yang sudah lama berlalu) selain dari pada harus ditegaskannya kembali nilai-nilai agama sebagai salah satu pedoman hidup bermasyarakat yang tertuang dalam hukum positif negara;

13. Bahwa oleh karenanya berdasarkan dua alasan utama sebagai *framework* permohonan *judicial review* inilah, maka kemudian seorang guru besar, lima orang doktor dari berbagai bidang keilmuan serta para ibu dan ayah Indonesia menggunakan hak konstitusionalnya untuk bersama-sama membangun masyarakat, bangsa dan negaranya sebagaimana diberikan dalam Pasal 28C ayat (2) UUD 1945 untuk melakukan uji materiil atas 3 pasal dalam KUHP yakni Pasal 284 ayat (1), ayat (2), ayat (3), ayat (4), ayat (5), Pasal 285 dan Pasal 292 KUHP;

14. Bahwa dalam agama Islam, sebagai agama yang dianut mayoritas masyarakat Indonesia, zina tidak hanya dilakukan antara laki-laki dengan perempuan yang masih dalam ikatan perkawinan.

Zina (bahasa Arab: bahasa Ibrani: *-zannah*) adalah perbuatan bersenggama antara laki-laki dan perempuan yang tidak terikat oleh hubungan pernikahan (perkawinan).

Dalam Islam ulama fikih sepakat bahwa perzinaan diharamkan sebagaimana disebutkan dalam Surat An-nuur [24] ayat 2: Artinya: *Pezina perempuan dan pezina laki-laki, cambuk kalianlah setiap mereka adalah seratus kali cambukan.*;

15. Bahwa dalam agama Kristen, dalam Injil Matius 5: 27 yang bersabda: *"Kamu telah mendengar firman: Jangan berzina."* Serta dalam Surat Yakobus 2:11 yang menyatakan *"Sebab Ia yang mengatakan: "Jangan berzina", Ia mengatakan juga: "Jangan membunuh". Jadi jika kamu tidak berzina tetapi membunuh, maka kamu menjadi pelanggar hukum juga."*;

16. Bahwa dari sejarah pembentukan Pasal 284 KUHP dapat dilihat bahwa pembentuk undang-undang hanya menafsirkan makna "zina" dalam arti sempit. Yaitu yang dianggap menurut Romawi ataupun Gereja Katholik sebagai perbuatan hubungan kelamin

antara laki-laki dan perempuan yang bukan suami atau istrinya. Pembentuk KUHP hanya beranggapan perbuatan zina (dalam arti sempit) merupakan perbuatan pengkhianatan perikatan suci perkawinan. Padahal dalam nilai-nilai yang ada dalam masyarakat Indonesia makna zina lebih luas dari apa yang terkandung dalam Pasal 284 KUHP.

Makna zina mencakup bersetubuh yang tidak sah berarti persetubuhan yang bukan saja dilakukan oleh suami atau isteri di luar lembaga perkawinan, tetapi juga persetubuhan yang dilakukan oleh pria dan wanita di mana keduanya belum menikah, kendatipun sudah bertunangan. Sah disini harus ditafsirkan sah dalam ruang lingkup lembaga perkawinan. Sehingga zina meliputi pula *fornication* yaitu persetubuhan yang dilakukan secara suka rela antara seorang yang belum menikah dengan seorang dari sex yang berlawanan (yang belum menikah juga). Meskipun persetubuhan itu bersifat *voluntary*, atas dasar suka sama suka, namun perbuatan bersetubuh itu tetap tidak sah. Menurut Anggota masyarakat, persetubuhan sah hanya dilakukan dalam lembaga perkawinan. Dengan demikian pengertian berzina mencakup pengertian *overspel, fornication, dan prostitusi*. (Sahetapy dan Reksodiputro, 1989: hlm. 62);

17. Bahwa secara sosiologis zina dalam kehidupan sosial masyarakat Indonesia merujuk pada hubungan badan yang tidak sah baik didalam lembaga pernikahan ataupun di luar lembaga pernikahan. Hal ini sangat dapat dimengerti mengingat zina sendiri kata serapan dari bahasa arab yang dalam Kamus Besar Bahasa Indonesia yang diartikan:

zina/zina/ n 1 perbuatan bersanggama antara laki-laki dan perempuan yang tidak terikat oleh hubungan pernikahan (perkawinan); 2 perbuatan bersanggama seorang laki-laki yang terikat perkawinan dengan seorang perempuan yang bukan istrinya, atau seorang perempuan yang terikat perkawinan dengan seorang laki-laki yang bukan suaminya; (<http://kbbi.web.id/zina> diakses tanggal 28/03/2016)

18. Bahwa dari pengertian di atas, Pasal 284 KUHP tidak mampu mencakupi seluruh pengertian arti dari kata zina, karena zina dalam konstruksi Pasal 284 KUHP hanya terbatas bila salah satu pasangan atau kedua-duanya terikat dalam hubungan pernikahan, sedangkan dalam konteks kenyataan sosial, konstruksi zina jauh lebih luas selain sebagaimana dimaksud dalam Pasal 284 KUHP juga termasuk hubungan badan yang dilakukan oleh pasangan yang tidak terikat dalam pernikahan;
19. Bahwa hubungan badan antara sepasang manusia yang dilakukan tanpa ikatan pernikahan memberikan dampak yang sangat buruk antara lain:
 - a. Ancaman terhadap perlindungan normatif hak-hak anak. Bahwa walaupun Mahkamah Konstitusi telah mengeluarkan Putusan MK Nomor 46/PUU-VIII/2010 yang antara lain menyatakan bahwa anak yang dilahirkan diluar perkawinan mempunyai hubungan perdata dengan ibunya dan keluarga ibunya serta dengan laki-laki sebagai ayahnya yang dapat dibuktikan berdasarkan ilmu pengetahuan dan teknologi dan/atau alat bukti lain menurut hukum mempunyai hubungan darah, termasuk hubungan perdata dengan keluarga ayahnya. Namun demikian tetap saja hak-hak anak baru bisa dipenuhi setelah dapat dibuktikan dengan ilmu pengetahuan dan teknologi dan/atau alat bukti lain. Sedangkan tidak semua masyarakat dapat mengakses

- pengadilan. Sehingga hal ini harus diartikan sebagai ancaman atas ketidak terpenuhan hak-hak anak;
- b. Tindak kriminalitas akibat perzinaan sepertimaraknya kasus pembuangan bayi yang juga erat kaitannya dengan hamil di luar nikah akibat dari hubungan zina. Tercatat pada tahun 2012 terdapat kasus per tiga hari satu bayi dibuang di Kota Jakarta.
 - c. Bahwa dalam buku berjudul "Perzinaan" tulisan Dr. Neng Djubaedah, menyatakan bahwasanya konsep zina yang dianut dalam KUHP merupakan cara pandang dan cara pikir orang barat (Belanda), maka hal demikian akan sangat berbeda dengan cara pandang orang Islam (dan budaya Timur) yang mendasarkan pemikirannya dan pandangannya kepada hukum Islam. Penjajah Belanda, selalu berusaha tidak memberlakukan hukum Islam melalui teori *receptie*, teori belah bambu, dengan menganakemaskan hukum (pidana) Adat dan menyingkirkan atau menghapuskan hukum (pidana Islam). (Dr, Neng Djubaedah, "Perzinaan", Kencana Prenada Media Group, 2010. Hal 8);

Bahwa dilanjutkan kembali dalam buku tersebut; "orang-orang barat (Belanda) menanamkan dan memaksakan pandangan dan ajarannya mengenai perbuatan zina sebagai tindak pidana sesuai versi barat, diantaranya melalui peraturan perundang-undangan yang dimuatkan dalam KUHP. Sehingga perbuatan seksual yang dilakukan oleh orang-orang dewasa yang tidak terikat perkawinan dan sama-sama suka adalah sebagai hak pribadinya (privat), bukan merupakan bidang hukum publik, maka para pelaku zina hingga saat ini tidak dapat dipidana.

(Dr, Neng Djubaedah, "Perzinaan", Kencana Prenada Media Group, 2010. Hal 9);

d. Bahwa, hal tersebut di atas dapat dikecualikan jika hakim dalam menerapkan Pasal 284 KUHP melakukan penafsiran tentang makna zina sesuai hukum adat, sebagaimana yurisprudensi tetap Mahkamah Agung Nomor 93 K/Kr/1976 tanggal 19 November 1977 di mana ditentukan kaidah hukum bahwa PN berwenang untuk memeriksa dan memutus perbuatan yang menurut hukum adat dianggap sebagai perbuatan yang mempunyai bandingannya dengan KUHP. Delik adat zina merupakan perbuatan terlarang mengenai hubungan kelamin antara pria dan wanita, terlepas dari tempat umum atau tidak, perbuatan tersebut dilakukan seperti disyaratkan oleh Pasal 281 KUHP ataupun terlepas dari

persyaratan apakah salah satu pihak itu kawin atau tidak seperti dimaksudkan oleh Pasal 284 KUHP. Di situ hakim dapat memaknai zina dalam Pasal 284 KUHP sebagaimana dimaknai oleh hukum adat, padahal dalam sistem hukum Indonesia yang mengikuti sistem Eropa Kontinental para hakim tidaklah terikat kepada yurisprudensi sehingga jika kita hanya menggantungkan pemaknaan zina dalam Pasal 284 KUHP kepada yurisprudensi akan mengakibatkan tidak terpenuhinya asas kepastian hukum, oleh karena itu tetap diperlukan peninjauan terhadap keberlakuan Pasal 284 KUHP tersebut.

Zina (Seks Bebas) dan Ancaman Terhadap Keturunan

20. Bahwa perzinaan merusak sistem keturunan, sistem keluarga dan tatanan sosial sehingga pada akhirnya merusak Negara. Sehingga jikalau zina hanya dipahami sebagai hubungan yang dilakukan oleh seorang yang dilakukan telah menikah maka hal ini tidak melindungi kepentingan masyarakat dan sistem keluarga secara umum;

21. Bahwa tafsir dari Mushaf Al-Qur'an Departemen Agama Republik Indonesia (Penerbit Wicaksana: 1994, hal 155-552), zina merupakan perbuatan keji yang mengakibatkan kerusakan antara lain:

Perbuatan zina itu mencampuradukkan keturunan, yang mengakibatkan seseorang menjadi ragu-ragu terhadap anaknya, apakah anak tersebut lahir sebagai keturunannya yang sah atau hasil dengan lelaki lain;

Perbuatan zina menimbulkan ketidakstabilan dan kegelisahan diantara sesama anggota masyarakat, disebabkan tidak terpeliharanya kehormatan.

Perbuatan zina dapat merusak ketenangan hidup berumah tangga. Seorang wanita atau laki-laki yang telah (pernah) berbuat zina menimbulkan stigma atau noda keluarga dalam masyarakat setempat. Bahwa perubahan sosial, perkembangan teknologi, ilmu pengetahuan, dan komunikasi menyebabkan perubahan sosial yang demikian cepat pada hampir semua kebudayaan manusia.

Alasan Pemohon Untuk Pengujian Pasal 285 KUHP bertentangan dengan Pasal 28B ayat (2), Pasal 28G ayat (1), Pasal 28H ayat (1) dan Pasal 28J ayat (2) Undang-Undang Dasar 1945

Pasal 285 KUHP, *"Barang siapa dengan kekerasan atau ancaman kekerasan memaksa perempuan yang bukan istrinya bersetubuh dengan dia, dihukum, karena memperkosa, dengan hukuman penjara selama-lamanya dua belas tahun"*

Pasal 28B ayat (2) UUD 1945, *"Setiap anak berhak atas kelangsungan hidup, tumbuh dan berkembang serta berhak atas perlindungan dari kekerasan dan diskriminasi"*

Pasal 28G ayat (1) UUD 1945, *“Setiap orang berhak atas perlindungan diri pribadi, keluarga, kehormatan, martabat dan harta benda yang dibawah kekuasaannya, serta berhak atas rasa aman dan perlindungan dari ancaman ketakutan untuk berbuat atau tidak berbuat sesuatu yang merupakan hak asasi”*

Pasal 28H ayat (1) UUD 1945, *“Setiap orang berhak hidup sejahtera lahir dan batin, bertempat tinggal dan mendapatkan lingkungan hidup baik dan sehat serta berhak memperoleh pelayanan kesehatan”*

Pasal 28J ayat (2) UUD 1945, *“Dalam menjalankan hak dan kebebasannya, setiap orang wajib tunduk kepada pembatasan yang ditetapkan dengan undang-undang dengan maksud semata-mata untuk menjamin pengakuan serta penghormatan atas hak dan kebebasan orang lain dan untuk memenuhi tuntutan yang adil sesuai dengan pertimbangan moral, nilai-nilai agama, keamanan dan ketertiban umum dalam suatu masyarakat demokratis”*

1. Bahwa Pasal 285 berbunyi: *“Barang siapa dengan kekerasan atau ancaman kekerasan memaksa perempuan yang bukan istrinya bersetubuh dengan dia, dihukum, karena memperkosa, dengan hukuman penjara selama-lamanya dua belas tahun”*; (vide bukti P – 2)
2. Bahwa berlakunya kata *“perempuan yang bukan istrinya”* dalam Pasal 285 Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP) harus ditinjau keberlakuannya, sehingga Pasal 285 KUHP selanjutnya dibaca menjadi

“Barang siapa dengan kekerasan atau ancaman kekerasan memaksa bersetubuh dengan dia, dihukum, karena memperkosa, dengan hukuman penjara selama-lamanya dua belas tahun”. Dihapuskannya kata *“perempuan yang bukan istrinya”* menjadikan perkosaan tidak hanya dibatasi bisa terjadi terhadap wanita, melainkan menjadi bisa terjadi pula terhadap

laki-laki, terbuka pula pengertian perkosaan bisa terjadi atas sesama jenis, kedua situasi tersebut adalah kondisi nyata yang berkembang dalam masyarakat saat ini dan menjadi ancaman bagi kehidupan bangsa Indonesia yang mana telah dijamin keselamatan dan keamanan hidupnya dalam Pembukaan Undang-Undang Dasar 1945, Pasal 28B ayat (2), Pasal 28H ayat (1), Pasal 28J ayat (2) dan Pasal 28G ayat (1) UUD 1945; (vide bukti P-1)

3. Bahwa pria adalah juga dapat menjadi korban perkosaan, apakah dilakukan oleh sesama pria, maupun oleh wanita terhadap pria, yang seringkali terjadi karena adanya 'relasi kuasa.' Studi menunjukkan bahwa pria adalah dapat juga menjadi korban perkosaan, seperti yang disampaikan Jessica Turchik (2012): *...Although the majority of adult sexual crimes are committed by men against women, other forms of sexual assault, such as those perpetrated against men, are often ignored. It is estimated that approximately 3% to 8% of American and British men have experienced an adulthood incident of sexual assault in their life time (Terjemahan: Meskipun mayoritas kejahatan seksual dewasa dilakukan oleh laki-laki terhadap wanita, bentuk lain serangan seksual terhadap laki-laki seringkali diabaikan. Diperkirakan sekitar 3% - 8% pria Inggris dan Amerika pernah mengalami insiden serangan seksual di masa dewasa-nya.*

Kemudian, riset dari Lara Stemple (2008) mengungkapkan bahwa:

The Centers for Disease Control and Prevention and the National Institute of Justice found that 92,700 adult men are forcibly raped each year in the United States, and that approximately 3% of all American men—a total of 2.78 million men—have experienced an attempted or completed rape in their lifetime. The Bureau of Justice Statistics' National

Crime Victimization Survey found that 11% of total sexual assault victims are male. Data on

male rape outside of the United States is even less common. In the only population-based survey conducted outside of the United States on nonconsensual sex experienced by adult men, a study in England found a prevalence rate of 2.89%. Also, in England and Wales, reported male rape comprises 7.5% of all rape reported to criminal authorities. One analysis of 120 prevalence studies concluded that 3% of men worldwide have been raped in their lifetime (as children or adults), in contrast to 13% of women. The World Health Organization gives a higher estimate for males, asserting that between 5% and 10% of men throughout the world reported a history of childhood sexual abuse, while acknowledging that most studies have been conducted in developed countries. In prevalence studies conducted in developing countries, the findings were 20% in Peru, 3.6% in Namibia, and 13.4% in the United Republic of Tanzania.

(Terjemahan: Pusat Pengendalian dan Pencegahan Penyakit dan Institut Keadilan Nasional menemukan data bahwa 92.700 pria dewasa telah diperkosa secara paksa setiap tahunnya di USA, kemudian sekitar 3% dari total Pria Amerika (atau total-nya 2.78 juta jiwa) pernah mengalami perkosaan ataupun percobaan perkosaan dalam hidupnya. Statistik dari Badan Keadilan tentang Survey Nasional Kejahatan dan Viktimisasi menemukan bahwa 11% dari total korban serangan seksual adalah laki-laki. Data tentang perkosaan terhadap laki-laki di luar USA bahkan kurang umum tersedia. Pada satu-satunya survey populasi yang dilakukan terhadap laki-laki sebagai korban insiden seksual secara paksa yang dilakukan di England menemukan angka prevalensi 2.89%. Kemudian di England dan Wales, kasus-kasus

pemeriksaan laki-laki adalah berjumlah 7.5% dari total kasus perkosaan. Satu analisis yang dilakukan terhadap 120 studi tentang prevalensi menyimpulkan bahwa 3% laki-laki di seluruh dunia pernah diperkosa sepanjang hidupnya (baik ketika anak-anak maupun ketika sudah dewasa). Angka prevalensi yang sama adalah 13% terhadap perempuan. WHO bahkan menyebutkan angka yang lebih tinggi dengan menyampaikan data bahwa 5% - 10% laki-laki di seluruh dunia pernah mengalami kekerasan seksual di waktu anak-anak. Sementara itu, data prevalensi kejahatan seksual terhadap korban laki-laki menghadirkan

temuan angka 20% di Peru, 3.6% di Namibia dan 13.4% di Republik Kesatuan Tanzania.

4. Bahwasanya kasus-kasus kejahatan aktual juga menunjukkan bahwa pria, tidak hanya wanita, adalah juga dapat menjadi korban perkosaan, antara lain yang terjadi di Bengkulu:

Emayartini (Tante May) yang sekaligus istri Ketua RT memperkosa enam anak laki-laki dari 19 April 2011 sampai 25 Januari 2013.

Tindakan asusila itu dilakukan Emayartini di kediamannya di Jalan Kopri Raya Nomor 174 RT 16 RW 03, Kelurahan Bentiring, Muara Bangkahulu, Bengkulu.

Pengadilan Negeri Bengkulu menjatuhkan hukuman penjara 8 tahun pada 3 Desember 2013 karena memperkosa enam anak laki-laki. Padahal Jaksa mengajukan tuntutan 12 tahun penjara.

Putusan Pengadilan Negeri Bengkulu diperkuat di tingkat banding oleh Pengadilan Tinggi Bengkulu pada 3 Maret 2014. Hakim ketua Sunaryo dan hakim anggota Walfred Pardamean serta Bambang Widiyatmoko memenuhi banding terdakwa karena hukuman itu sudah setimpal dengan kesalahan Emayartini.

Kemudian, Mahkamah Agung (MA) memenuhi permohonan kasasi jaksa penuntut umum yang menginginkan Emayartini dihukum 12 tahun penjara. Putusan dengan Nomor 815 K/PID.SUS/2014 itu ditetapkan pada Rabu, 25 Juni 2014;

Para Pemohon meyakini bahwa kasus seperti di atas bisa terjadi lagi di manapun di wilayah Indonesia sehingga para Pemohon merasa khawatir akan keselamatan putra putri terhadap ancaman perkosaan kelak di kemudian hari.

5. Di luar negeri, kasus serupa terjadi antara lain di Zimbabwe dan di Amerika Serikat (USA). Kasus di Zimbabwe antara lain sebagai berikut:

Bulawayo - Kasus seorang pria diperkosa para perempuan untuk diambil spermanya kembali terjadi di Zimbabwe. Kali ini tiga perempuan memperkosa seorang pria dengan modus memberi tumpangan mobil.

Tujuan ketiga perempuan itu pun sama dengan kasus sebelumnya, yakni mengambil sperma korbannya.

Aksi geng perempuan pemerkosa terbaru ini terjadi di Kota Bulawayo, wilayah barat daya Zimbabwe. Kisahnya, seorang pemuda tiba-tiba dihampiri sebuah mobil yang di dalamnya terdapat tiga perempuan.

Pemuda itu lantas ditawari tumpangan di mobil Toyota Cresta warna putih oleh tiga perempuan tersebut. Korban mulai curiga, ketika mobil tersebut tiba-tiba mengubah rute perjalanan.

Kepada polisi, korban mengatakan bahwa ketiga perempuan misterius itu memberhentikan mobilnya di sebuah lokasi di pedesaan.

Setelah sperma korban diambil, dia lantas diturunkan dari mobil sebelum akhirnya ketiga perempuan itu melarikan diri. (<http://international.sindonews.com/read/1088581/46/lagi-pria->

zimbabwe- diperkosa-tiga-wanita-untuk-diambil-spermanya-14564815)

Kasus lain terjadi di Amerika Serikat:

Amerika Serikat - Megan Mahoney (24), guru cantik yang mengajar olahraga di sekolah terkenal, ditangkap polisi. Ia diduga 30 kali melakukan hubungan seksual dengan murid laki-lakinya.

Megan dipastikan melakukan "pemeriksaan", karena korbannya masih di bawah umur. Ia melakukan hal tersebut hampir dua kali dalam sepekan.

Dilansir dari New York Post, murid laki-lakinya yang masih berumur 16 tahun itu bahkan pernah digaulinya dalam lingkungan sekolah. Guru seksi ini juga didakwa melakukan pelecehan seksual dengan kata-kata dan perbuatan, termasuk oral seks yang kerap dilakukan selama mereka berhubungan. (<http://www.tribunnews.com/internasional/2014/11/26/guru-seksi-ini-perkosa-murid-lelaki-yang-minta-diajari-basket>)

6. Bahwa Keberadaan kata "*perempuan yang bukan istrinya*" dalam Pasal 285 KUHP justru bertentangan dengan Pembukaan UUD 1945, Pasal 28B ayat (2), Pasal 28H, Pasal 28J ayat (2) dan Pasal 28G ayat (1) UUD 1945, karena membatasi perkosaan hanya bisa terjadi terhadap seorang wanita,

padahal kenyataannya saat ini banyak terjadi pula perkosaan terhadap laki-laki maupun sesama jenis baik sesama lelaki maupun sesama wanita, sehingga demi memastikan perlindungan negara terhadap warga negaranya berdasarkan Pembukaan UUD 1945, Pasal 28B ayat (2), Pasal 28H, Pasal 28J ayat (2) dan Pasal 28G ayat (1) UUD 1945, maka sepatutnyalah kata "*perempuan yang bukan istrinya*" tersebut dihapuskan. Tambahan pula kata "*bersetubuh*" harus dimaknai sebagai hubungan seksual baik antara kelamin laki-laki dan wanita

maupun hubungan seksual sesama jenis, sehingga perkosaan pun terjadi baik dengan adanya hubungan seksual antara kelamin laki-laki dan wanita maupun hubungan seksual sesama jenis. Pemaknaan tersebut diperlukan demi melindungi hak warga negara Indonesia yang dilindungi oleh negara Republik Indonesia berdasarkan Pembukaan UUD 1945, Pasal 28B ayat (2), Pasal 28H, Pasal 28J ayat (2) dan Pasal 28G ayat (1) UUD 1945.;

7. Bahwa berdasarkan Pembukaan yang ada dalam UUD 1945 yang berbunyi "*Kemudian dari pada itu untuk membentuk suatu Pemerintah Negara Indonesia yang melindungi segenap bangsa Indonesia dan seluruh tumpah darah Indonesia.*", maka pembatasan perlindungan terbatas terhadap wanita bertentangan dengan Pembukaan UUD 1945, karena kenyataannya ancaman terhadap perkosaan tidak hanya terjadi pada wanita, namun juga terjadi pada kaum laki-laki;
8. Bahwa selain dalam Pembukaan UUD 1945 tersebut di atas, di pasal yang lain yaitu dalam Pasal 28G ayat (1) juga disebutkan dengan tegas bahwa: "*Setiap orang berhak atas perlindungan diri pribadi, keluarga, kehormatan, martabat dan harta benda yang dibawah kekuasaannya, serta berhak atas rasa aman dan perlindungan dari ancaman ketakutan untuk berbuat atau tidak berbuat sesuatu yang merupakan hak asas*", sehingga pembatasan ancaman perkosaan terhadap wanita juga bertentangan dengan Pasal 28G ayat (1);
9. Bahwa para Pemohon menilai dengan dihapusnya kata "*perempuan yang bukan istrinya*" dalam Pasal 285 KUHP maka akan tercipta kepastian hukum mengenai adanya perlindungan baik terhadap wanita maupun laki- laki dari ancaman perkosaan, selain itu para Pemohon juga menilai bahwa

perlindungan tersebut adalah bagian dari hak asasi sebagai warga negara Republik Indonesia yang nantinya akan terpenuhi, merasa dijamin dan dilindungi oleh negara;

10. Sehingga dengan dihapuskannya kata "*perempuan yang bukan istrinya*" dan pemaknaan terhadap kata "*bersetubuh*" sebagaimana tersebut diatas, menjadikan hak-hak warga negara Indonesia menjadi terlindungi sepenuhnya oleh negara dan Para Pemohon pun secara serta merta juga terlindungi hak-haknya;
11. Bahwa perumusan delik perkosaan juga perlu diperluas; tidak hanya dalam artian bersetubuh dengan cara memasukkan alat kelamin ke dalam vagina, tetapi juga memasukkan alat kelamin ke dalam anus atau mulut (*Meninggalkan Jejak Kolonialisme: Catatan Kritis RUU KUHP*, Position Paper Bersama Yayasan Tifa, et.al) atau memasukkan sesuatu benda ke dalam vagina atau memasukkan penis laki-laki ke mulut. Caranya tidak hanya dengan kekerasan/ancaman kekerasan tetapi juga dengan cara apapun di luar kehendak atau persetujuan korban.
12. Bahwa korban perkosaan bisa perempuan, anak-anak dan laki-laki di setiap usia, juga orang dengan beragam jenis fisik dan cara bertingkah laku. Perkosaan tidak hanya terjadi terhadap perempuan dengan karakteristik tertentu, juga tidak hanya terjadi terhadap orang yang keluar malam atau sering berpapasan dengan orang asing, melainkan bisa terjadi pada siapa saja, termasuk terhadap laki-laki. Data statistik tentang ini diperoleh dari berbagai sumber, termasuk studi tentang perkosaan di Amerika yang dilakukan oleh National Victim Center, Federal Bureau of Investigation (FBI) dan National Crime Survey tahun 1992 (Bagus Takwin, *Jurnal Perempuan* Nomor 71 November 2011, hal 12 – 13). **(bukti P-13)**
13. Bahwa perkosaan adalah tindakan kekerasan, sebuah kejahatan kekerasan, bukan tindakan gairah. Perkosaan adalah sebuah

usaha untuk menyakiti dan merendahkan yang menggunakan seks sebagai senjatanya. Selain senjata lainnya. Korbannya bisa perempuan atau laki-laki, bisa anak-anak atau orang dewasa, bahkan manula. Mitos bahwa hanya perempuan dan laki-laki yang memiliki kecenderungan penyuka sesama jenis yang diperkosa jelas tidak sesuai dengan kenyataan. Mayoritas laki-

14. laki yang menjadi korban perkosaan adalah heteroseksual. Motifnya, sekali lagi, kekuasaan dan control terhadap orang lain. Pemerksa dimotivasi oleh hasrat untuk menguasai dan mengontrol orang lain, bukan daya tarik seksual. Banyak laki-laki yang diperkosa tidak melaporkan perkosaan yang mereka alami karena takut dipermalukan (Bagus Takwin, *Jurnal Perempuan* Nomor 71 November 2011,hal 15).

Alasan para Pemohon Bahwa Pasal 292 KUHP bertentangan dengan Pasal 1 ayat (3) dan Pasal 28D ayat (1), Pasal 28G ayat (1) Undang- Undang Dasar 1945

Pasal 292 KUHP, "*Orang dewasa yang melakukan perbuatan cabul dengan orang yang belum dewasa dari jenis kelamin yang sama, sedang diketahuinya atau patut harus disangkanya hal belum dewasa, dihukum penjara selama- lamanya lima tahun*"

bertentangan dengan Pasal 1 ayat (3), Pasal 28D ayat (1), Pasal 28G ayat (1) Undang-Undang Dasar 1945

Pasal 1 ayat (3) UUD 1945, "*Negara Indonesia adalah negara hukum*"

Pasal 28D ayat (1) UUD 1945, "*Hak atas pengakuan, jaminan perlindungan dan kepastian hukum yang adil dan perlakuan yang sama di depan hukum*"

Pasal 28G ayat (1) UUD 1945, *“Setiap orang berhak atas perlindungan diri pribadi, keluarga, kehormatan, martabat dan harta benda yang dibawah kekuasaannya, serta berhak atas rasa aman dan perlindungan dari ancaman ketakutan untuk berbuat atau tidak berbuat sesuatu yang merupakan hak asasi”*

1. Bahwa dalam Pasal 292 Kitab Undang-Undang Hukum Pidana disebutkan *“Orang dewasa yang melakukan perbuatan cabul dengan orang yang belum dewasa dari jenis kelamin yang sama, sedang diketahuinya atau patut disangkanya hal belum dewasa, dihukum penjara selama- lamanya lima tahun”* (vide bukti P – 2)
2. Bahwa para Pemohon memohon pengujian Pasal 292 Kitab Undang- Undang Hukum Pidana sepanjang kata *“dewasa”*, frasa *“yang belum dewasa”* dan frasa *“sedang diketahuinya atau patut harus disangkanya hal belum dewasa itu”* bertentangan dengan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia 1945; sehingga harus dimaknai sebagai; *“Orang yang melakukan perbuatan cabul dengan orang dari jenis kelamin yang sama, dihukum penjara selama-lamanya lima tahun”*;

Kepastian Hukum

3. Bahwa sebagai negara berdaulat, Indonesia harus memberikan jaminan, perlindungan dan kepastian hukum bagi warga negaranya. Hingga saat ini belum ada peraturan yang secara tegas dan jelas melarang adanya praktik cabul sesama jenis di Indonesia. Sedangkan kampanye-kampanye dan praktik-praktik cabul sesama jenis telah banyak menimbulkan keresahan dalam masyarakat. Hal ini tentunya menimbulkan ancaman sosial dan budaya yang mana tidak sesuai dengan nilai-nilai luhur yang dianut di Indonesia;
4. Bahwa pengaturan mengenai pelarangan cabul sesama jenis

memang telah diatur dalam Pasal 292 KUHP ini namun hanya sebatas pada pelarangan hubungan cabul sesama jenis terhadap anak dibawah umur. Sedangkan kondisi saat ini, sudah terjadi wabah sosial di mana terjadi perbuatan cabul sesama jenis sesama orang dewasa yang mengancam struktur sosial dan struktur kemasyarakatan di Indonesia;

5. Bahwa maraknya perilaku cabul sesama jenis ini menimbulkan keresahan yang luar biasa bagi para orang tua, guru, dan masyarakat Indonesia pada umumnya. Di mana para pelaku dan para provokator dengan mudah mengkampanyekan perilaku cabul sesama jenis tersebut sebagai sebuah hal yang wajar dan normal sehingga meresahkan dan menodai nilai-nilai luhur yang sejak lama dianut oleh bangsa Indonesia;
6. Bahwa untuk melindungi nilai-nilai budaya, sosial dan agama yang telah menjadi identitas bangsa Indonesia sebagai bangsa yang beradab, maka dibutuhkan sebuah pengaturan khusus mengenai larangan cabul sesama jenis bukan saja terhadap korban anak dibawah umur melainkan juga terhadap korban orang dewasa;
7. Bahwa pengaturan ini menjadi penting, dikarenakan ketidakjelasan aturan akan membuat penuluran perilaku cabul sesama jenis akan semakin meluas disebabkan korban (dicabuli) yang dewasa akan merasa kebingungan untuk melapor dan mendapatkan keadilan tanpa adanya pasal jelas yang melarang cabul sesama jenis;
8. Bahwa pada banyak kasus, seseorang lelaki maupun perempuan menjadi pelaku cabul sesama jenis dikarenakan adanya trauma atau pernah menjadi korban cabul. Sayangnya, ketiadaan pengaturan atau pasal yang jelas mengenai pelarangan cabul sesama jenis bagi orang dewasa memungkinkan korban akan menjadi ragu dan malu untuk melapor guna mendapatkan

- keadilan. Sehingga pengaturan untuk melarang perbuatan cabul sesama jenis ini menjadi amat penting untuk memberikan perlindungan hukum bagi siapa saja untuk mendapatkan keadilan apabila diperlakukan cabul sesama jenis oleh orang lain;
9. Bahwa pemberlakuan Pasal 292 KUHP selama ini justru tidak melindungi kelompok korban orang dewasa, dan juga tidak memberikan rasa keadilan dan kepastian hukum dalam hal, pelakunya adalah bukan orang dewasa, karena secara teoritis, menurut Simons (P.A.F. Lamintang, 1997:11) yang menjelaskan bahwa:
- "Hukum pidana adalah ketentuan yang memuat peraturan-peraturan dan rumusan-rumusan dari tindak pidana, peraturan, mengenai syarat-syarat tentang bilamana seseorang itu menjadi dapat dihukum, penunjukan dari"*
10. Bahwa Pasal 28D ayat (1) UUD 1945 yang menyatakan, *"Setiap orang berhak atas pengakuan, jaminan, perlindungan, dan kepastian hukum..."* kata *"setiap orang"* menunjukkan bahwa negara berkewajiban melindungi seluruh warga negara baik laki-laki atau perempuan, dewasa maupun anak-anak. Hal demikian sejalan dengan asas hukum pidana yang tertuang dalam Pasal 2 KUHP *"Ketentuan pidana dalam perundang-undangan Indonesia diterapkan bagi setiap orang yang melakukan suatu tindak pidana di Indonesia"*. Oleh karenanya kata dan frasa *"sedang diketahuinya atau patut harus disangkanya hal belum dewasa"*, *"orang dewasa"* dalam Pasal 292 KUHP bertentangan dengan asas umum hukum pidana dan Pasal 28D ayat (1) UUD 1945. Lebih lanjut pengertian hukum pidana adalah hukum yang mengatur tentang kejahatan dan pelanggaran terhadap kepentingan umum. Mengingat yang dilindungi adalah kepentingan umum, maka seharusnya tidak dilihat lagi siapa korbannya;

Perlindungan Atas Rasa Aman

1. Bahwa dengan demikian Pasal 292 KUHP telah bertentangan dengan Pasal 28G ayat 1 UUD 1945 yang menyatakan, "*Setiap orang berhak atas perlindungan diri pribadi, keluarga, kehormatan, martabat, dan harta benda yang di bawah kekuasaannya, serta berhak atas rasa aman dan perlindungan dari ancaman ketakutan untuk berbuat atau tidak berbuat sesuatu yang merupakan hak asasi.*";
2. Bahwa dalam hal anak sebagai pelaku pencabulan tidak mendapatkan sanksi, karena tidak terpenuhinya unsur kejahatan sebagaimana disebutkan dalam Pasal 292 KUHP, maka tidak menutup kemungkinan pelaku belum dewasa tersebut mengajak temannya untuk melakukan hal yang sama; dan atau orang-orang belum dewasa lainnya, melakukan peniruan atas perilaku tersebut, dengan pertimbangan, tidak merupakan kejahatan jika pelakunya masih belum dewasa.;
3. Bahwa tindakan mengajak, atau meniru tersebut, akan sangat sulit dibendung, mengingat Undang-Undang memang tidak menyebutnya sebagai kejahatan, sehingga berakibat tidak terlindunginya diri pribadi korban, keluarga, kehormatan, sehingga masyarakat kehilangan rasa aman dan perlindungan oleh Negara, karena tidak sesuai dengan kewajiban Negara sebagaimana dinyatakan dalam Pasal 28G UUD 1945; "*Setiap orang berhak atas perlindungan...*";
4. Bahwa pembiaran terhadap pemberlakuan Pasal 292 KUHP, dapat pula mengakibatkan meningkatkan terjadinya jumlah penularan penyakit menular seksual, karena pelaku dengan kriteria orang belum dewasa, masih akan bebas melakukan perbuatan cabul pada baik orang belum dewasa lainnya ataupun orang dewasa. Sehingga berakibat tidak terlindunginya diri pribadi korban, keluarga, kehormatan, sehingga masyarakat

kehilangan rasa aman dan perlindungan oleh Negara, karena tidak sesuai dengan kewajiban negara sebagaimana dinyatakan dalam Pasal 28G UUD 1945;

5. Bahwa perlindungan hukum membutuhkan instrument kepastian hukum yang akan memberikan pondasi bagi pemenuhan hak-hak warga negara. Dalam hal ini, hanya Negara yang dapat memberikan jaminan kepastian hukum. Hal ini dikarenakan negara memiliki kewenangan yuridis untuk membentuk dan *review* peraturan perundang-undangan yang melanggar hak-hak warga negara dalam mencapai perlindungan hukum;
6. Bahwa salah satu ciri adanya kepastian hukum adalah dengan adanya keselarasan hukum yang berlaku di Indonesia. Dalam hal ini, memang

sudah ada beberapa ketentuan perundangan yang memberikan ketentuan bahwasanya hubungan seksual dan hubungan kekeluargaan yang sah diakui di Indonesia adalah hubungan perkawinan dan kekeluargaan yang terdiri dari suami dan istri, ayah dan ibu yang berjenis kelamin laki-laki dan perempuan. Sehingga dapat secara sederhana diartikan bahwa hubungan seksual antara sesama jenis merupakan sebuah perilaku menyimpang dari hukum;

7. Bahwa ketentuan hubungan laki-laki dan perempuan dalam konteks keluarga dan perkawinan diatur dalam beberapa peraturan perundang-undangan yakni:
 - a. Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan

Pasal 1, "Perkawinan ialah ikatan lahir bathin antara seorang pria dengan seorang wanita sebagai suami isteri dengan tujuan membentuk keluarga (rumah tangga) yang bahagia dan kekal berdasarkan ketuhanan Yang Maha Esa"
 - b. Undang-Undang Nomor 35 Tahun 2014 tentang

- Perlindungan Anak Pasal 1 angka 3, "*Keluarga adalah unit terkecil dalam masyarakat yang terdiri atas suami istri, atau suami istri dan anaknya, atau ayah dan anaknya, atau ibu dan anaknya, atau keluarga sedarah dalam garis lurus ke atas atau ke bawah sampai dengan derajat ketiga.*" Pasal 1 angka 4, "*Orang Tua adalah ayah dan/atau ibu kandung, atau ayah dan/atau ibu tiri, atau ayah dan/atau ibu angkat*"
- c. Undang-Undang Nomor 52 Tahun 2009 tentang Perkembangan Kependudukan dan Pembangunan Keluarga Pasal 1 angka 6, "*Keluarga adalah unit terkecil dalam masyarakat yang terdiri dari suami istri, atau suami, istri dan anaknya, atau ayah dan anaknya, atau ibu dan anaknya.*"
8. Bahwa ketentuan hukum positif di Indonesia memang tidak menyiratkan adanya kemungkinan dan peluang hubungan cabul sesama jenis. Sehingga perlu untuk ditegaskan kembali pelarangan cabul sesama jenis sebagai bentuk pengokohan nilai-nilai dan kepastian hukum di Indonesia;
9. Bahwa dengan mengabulkan Permohonan Pemohon untuk menghapuskan kata "*yang belum dewasa*" dan frasa "*sedang diketahuinya*
10. *atau patut harus disangkanya hal belum dewasa*", dalam Pasal 292 KUHP maka perlindungan dan kepastian hukum bagi warga negara untuk tidak diperlakukan cabul sesama jenis, khususnya bagi mereka yang dewasa, baik secara sadar maupun dalam pengaruh godaan dan komunitas tidak akan terjadi. Sehingga perlindungan atas tatanan sosial, agama dan budaya bangsa Indonesia mampu terselamatkan oleh Mahkamah Konstitusi.

Alasan lainnya adalah

1. Bahwa alinea Keempat Pembukaan UUD 1945 menyatakan, "*... yang terbentuk dalam suatu susunan Negara Republik Indonesia*

yang berkedaulatan rakyat dengan berdasarkan kepada Ketuhanan Yang Maha Esa". Bahwa ideologi Negara Indonesia yaitu Ketuhanan Yang Maha Esa juga dinyatakan dalam Pasal 29 ayat (1) UUD 1945. Prinsip Ketuhanan yang diamanatkan dalam UUD 1945 tersebut merupakan perwujudan dari pengakuan keagamaan. Sebagai negara yang berdasarkan oleh warga negara mempunyai hubungan yang erat dengan agama. Salah satu tindakan atau perbuatan yang terkait erat dengan negara adalah perkawinan. Perkawinan merupakan salah satu bentuk perwujudan hak konstitusional warga negara yang harus dihormati dan dilindungi oleh setiap orang dalam tertib kehidupan bermasyarakat, berbangsa dan bernegara. Dalam hak konstitusional perkawinan tersebut terkandung kewajiban penghormatan atas hak konstitusional orang lain. Oleh karenanya untuk menghindari benturan dalam pelaksanaan hak konstitusional tersebut diperlukan adanya pengaturan pelaksanaan hak konstitusional yang dilakukan oleh negara."

2. Bahwa dalam menurut Mahkamah dalam Putusan Nomor 68/PUU- XII/2014, dalam menjalankan hak dan kebebasannya setiap warga negara wajib tunduk terhadap pembatasan yang ditetapkan dengan Undang- Undang dengan maksud semata-mata untuk menjamin pengakuan dan penghormatan atas hak dan kebebasan orang lain serta untuk memenuhi tuntutan yang adil sesuai dengan pertimbangan moral, nilai-nilai agama, keamanan dan ketertiban umum dalam suatu masyarakat demokratis.

[vide Pasal 28] UUD 1945]. Sesuai dengan landasan falsafah Pancasila dan UUD 1945, menurut Mahkamah, UU 1/1974 telah dapat mewujudkan prinsip-prinsip yang terkandung dalam Pancasila dan UUD 1945 serta telah pula dapat menampung segala kenyataan yang hidup dalam bermasyarakat;

11. Bahwa menurut Mahkamah dalam poin [3.12.3] Putusan Nomor 68/PUU- XII/2014, perkawinan merupakan salah satu bidang permasalahan yang diatur dalam tatanan hukum di Indonesia. Segala tindakan dan perbuatan yang dilakukan oleh warga Negara termasuk dalam hal yang menyangkut urusan perkawinan harus taat dan tunduk serta tidak bertentangan atau melanggar peraturan perundang-undangan. Peraturan perundang- undangan mengenai perkawinan dibentuk untuk mengatur dan melindungi hak dan kewajiban setiap warga Negara dalam kaitannya dengan perkawinan. Perkawinan menurut UU 1/1974 diartikan sebagai hubungan lahir batin yang terjalin antara seorang pria dan seorang wanita yang diikat oleh tali pernikahan dan menjadikan status mereka sebagai suami istri. Perkawinan ditujukan untuk membentuk keluarga atau rumah tangga yang bahagia dan kekal berdasarkan Ketuhanan Yang Maha Esa. Suatu perkawinan dianggap sah apabila dilakukan sesuai dengan hukum masing-masing agama atau kepercayaannya serta dicatat menurut peraturan perundang-undangan. Sebagai ikatan lahir. Perkawinan merupakan hubungan hukum antara seorang pria dengan seorang wanita untuk hidup bersama sebagai suami istri. Ikatan lahir tersebut merupakan hubungan formil yang sifatnya nyata, baik bagi yang mengikatkan dirinya maupun bagi orang lain atau masyarakat, sedangkan sebagai ikatan batin, perkawinan merupakan pertalian jiwa yang terjalin karena adanya kemauan yang sama dan ikhlas antara seorang pria dengan seorang wanita untuk hidup bersama sebagai suami istri. Bahwa ikatan lahir dan batin dalam sebuah perkawinan juga merupakan bentuk pernyataan secara tegas bahwa seorang pria dan seorang wanita ingin membentuk keluarga (rumah tangga) yang bahagia dan kekal berdasarkan Ketuhanan Yang Maha Esa;

12. Bahwa menurut Mahkamah dalam Putusan Nomor 68/PUU-XII/2014 tentang Pengujian Pasal 2 ayat (1) UU Nomor 1/1974 tentang Perkawinan, kehidupan berbangsa dan bernegara berdasarkan Pancasila dan UUD 1945, agama menjadi landasan dan Negara mempunyai kepentingan dalam hal perkawinan. Agama menjadi landasan bagi komunitas individu yang menjadi wadah kebersamaan pribadi-pribadi dalam hubungannya dengan Tuhan Yang Maha Esa serta turut bertanggung jawab terwujudnya kehendak Tuhan Yang Maha Esa untuk meneruskan dan menjamin keberlangsungan hidup manusia. Negara juga berperan memberikan pedoman untuk menjamin kepastian hukum kehidupan bersama dalam tali ikatan perkawinan. Secara khusus, negara berpesan untuk memberikan perlindungan untuk membentuk keluarga dan melanjutkan keturunan melalui perkawinan yang sah yang merupakan wujud dan jaminan keberlangsungan hidup manusia. Perkawinan tidak boleh hanya dilihat dari aspek formal semata, tetapi juga harus dilihat dari aspek spiritual dan sosial. Agama menetapkan tentang keabsahan perkawinan, sedangkan undang-undang menetapkan keabsahan administratif yang dilakukan oleh negara;
13. Bahwa melalui pendapat Mahkamah dalam Putusan Nomor 68/PUU- XII/2014 mengenai pengujian Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974, maka telah tegas dinyatakan bahwa Negara hanya mengakui hubungan perkawinan antara laki-laki dan perempuan. Hal ini didasari oleh hukum agama berdasarkan prinsip Ketuhanan Yang Maha Esa di mana tidak dikenal adanya hubungan sesama jenis yang mana hubungan sesama jenis tidak dapat menghasilkan nilai-nilai luhur perkawinan yang mana ditujukan untuk menghasilkan keturunan;

Alasan Keagamaan dan Keyakinan

1. Bahwa dalam semua agama, termasuk agama Islam yang

menjadi agama dari Para Pemohon, perbuatan cabul sesama jenis antar orang dewasa merupakan sebuah perbuatan yang diharamkan bahkan dilaknat oleh Allah SWT;

2. Bahwa sebenarnya fenomena penyimpangan seksual sudah muncul jauh sebelum masa Nabi Muhammad SAW, tepatnya pada masa Nabi Luth yang diutus untuk kaum Sadum (Sodom). Kitab suci Al-Qur'an merupakan kitab yang paling otoritatif dalam menjelaskan perilaku homoseksual pertama di muka bumi. Nabi Luth bin Haran bin Azar, anak saudara Nabi Ibrahim kepada penduduk Sodom dan negeri-negeri sekitarnya untuk menyeru kepada kebenaran. Allah SWT berfirman di Surat Al-A'raaf (7) ayat 80 dan ayat 81 bahwa kaum Sodom telah melakukan perbuatan haram *fahisyah*, yang belum pernah seorang manusia pun pernah melakukannya. Ibn Katsir dalam tafsirnya menjelaskan bahwa Fahisyah adalah laki-laki menggauli laki-laki lainnya dan bukan wanita, padahal Allah SWT menciptakan wanita melainkan untuk laki-laki. Hal tersebut menurut Ibn Katsir, merupakan perbuatan yang melampaui batas karena Kaum Sodom telah menempati sesuatu bukan pada tempat semestinya.

Dalam Surat Hud ayat 79 diceritakan dalih mereka melakukan perbuatan cabul sesama jenis karena tidak menyukai wanita. Para Mufasir mengatakan maksud ayat tersebut adalah ketika kaum laki-laki merasa cukup dengan laki-laki dan kaum wanita tidak lagi memerlukan kaum laki-laki.

(Muhammad Nasib Ar-Rifai. 1999. Ringkasan Tafsir Ibn Katsir. Jilid 2. Depok: Gema Insani Press. hlm. 392 – 393);

14. Bahwa Allah menggambarkan Azab yang menimpa kaum nabi Luth: "*Maka tatkala datang azab Kami, Kami jadikan negeri kaum Luth itu yang di atas ke bawah (Kami balikkan), dan Kami hujani mereka dengan batu dari tanah yang terbakar dengan*

bertubi-tubi, yang diberi tanda oleh Tuhanmu, dan siksaan itu tiadalah jauh dari orang-orang yang zalim' [Q.S. Hud 82- 83];

15. Bahwa sikap keras melaknat perbuatan cabul sesama jenis bukan hanya ada pada agama Islam, namun juga pada agama Kristen. Praktik cabul sesama jenis juga menjadi momok yang menakutkan di agama Kristen. Bibel menyebutnya sebagai ibadah kafir yang lazim dikenal dengan nama "*pelacuran kudus*". Ia sangat mengutuk dan mengecam pelakunya karena itu bertentangan dengan moral;
16. Bahwa dalam Perjanjian Baru, Roma 1:26-27, Rasul Paulus mengingatkan, bahwa praktik cabul sesama jenis adalah sebagian dari bentuk kejahatan moral, dari mana orang-orang kristen sebenarnya telah dibebaskan dan disucikan oleh Kristus. Dalam Imamat 20:13 berbunyi, "*Janganlah engkau tidur dengan laki-laki secara orang bersetubuh dengan perempuan, karena itu suatu kejahatan, pastilah mereka dihukum mati dan darah mereka tertimpa kepada mereka sendiri*".
Yang melakukannya diancam dengan hukuman mati;
17. Bahwa dalam khazanah keilmuan Islam khususnya fikih, perbuatan cabul sesama jenis dalam Islam disebut *al faahisyah* (dosa besar) yang sangat menjijikkan dan bertentangan dengan kodrat dan tabiat manusia. Oleh karenanya para ulama sangat mengutuk, mengecam dan mengharamkannya;
18. Bahwa apabila ditelusuri secara gramatikal (bahasa) tidak ada perbedaan penggunaan kata antara homoseksual dan lesbian. Dalam bahasa Arab kedua-duanya di namakan *al liwath*. Pelakunya di namakan *al luthiy* (lotte). Namun Imam Al-Mawardi membedakannya. Beliau menyebut homoseksual dengan *liwath* dan lesbian dengan *sihaq* atau *musaahaqah*. (lihat: Al Hawi Al Kabir karya Al Mawardi: juz :13 hal: 474-475);
19. Bahwa Ibn Qudamah Al Maqdisi menyebutkan bahwa penetapan

hukum haramnya praktik homoseksual adalah Ijma' (kesepakatan) ulama, berdasarkan nash-nash Al-Quran dan Al-Hadits. [al mughni juz :10 hal: 155]. Adapun Imam Al Mawardi berkata, "*Penetapan hukum haramnya praktik homoseksual menjadi Ijma' dan itu diperkuat oleh Nash-nash Al- Quran dan Al-Hadits*". [Kitab Al hawi Al Kabir, juz :13 hal: 475];

20. Bahwa dari ayat-ayat di atas (Al A'raf: 80-84 dan Hud: 77-83) secara jelas berisi kutukan dan larangan Allah SWT terhadap pelaku praktik homoseksual. Itu juga diperkuat oleh hadits-hadits berikut:

Hadits riwayat Ibn Abbas: "*Siapa saja yang engkau dapatkan mengerjakan perbuatan homoseksual maka bunuhlah kedua pelakunya*". [ditakhrij oleh Abu Dawud 4/158, Ibn Majah 2/856, At Turmuzi 4/57 dan Daru Quthni 3/124].

Hadits Jabir: "*Sesungguhnya yang paling aku takuti (menimpa) umatku adalah perbuatan kaum Luth*" [HR Ibnu Majah: 2563, 1457. Tirmidzi berkata: Hadits ini hasan Gharib, Hakim berkata, Hadits shahih isnad].

Hadits Ibnu Abbas: "*Allah melaknat siapa saja yang melakukan perbuatan kaum Luth, (beliau mengulanginya sebanyak tiga kali)*" [HR Nasa'i dalam As-Sunan Al-Kubra IV/322 Nomor 7337];

21. Bahwa perbedaan *atsar* (penyikapan baik dengan kata atau perbuatan) para sahabat adalah dalam menentukan jenis hukuman yang dikenakan kepada pelaku. Diantara perbedaannya adalah; membakarnya dengan api, menindihnya dengan dinding, dijatuhkan dari tempat yang tinggi sambil menimpuknya dengan batu, ditahan di tempat yang paling busuk sampai mati;
22. Bahwa sebagai Negara yang berdasarkan Ketuhanan Yang Maha Esa sebagaimana dijamin oleh UUD 1945, maka para Pemohon memohon kepada Mahkamah untuk menghilangkan sepanjang

frasa "dewasa", frasa 'yang belum dewasa' dan frasa "yang diketahuinya atau sepatutnya harus diduganya belum dewasa" dalam Pasal 292 KUHP. Hal ini ditujukan agar Para Pemohon dapat terpenuhi hak konstitusionalnya untuk hidup dalam Negara dengan nilai-nilai moral agama sesuai dengan cita Pancasila khususnya Ketuhanan Yang Maha Esa dan Pasal 29 ayat (1) UUD 1945;

23. Bahwa dalam Putusan MK Nomor 140/PUU-VII/2009 tentang Pengujian Undang-Undang Nomor 1/PNPS Tahun 1965 tentang Pencegahan Penyalahgunaan dan/atau Penodaan Agama, MK telah memberikan penjelasan mengenai batasan yang harus ditaati sesuai dengan nilai-nilai agama sebagaimana ditafsirkan sesuai dengan Pasal 28J UUD 1945. Lebih jauh MK menyatakan, "*Elemen inilah yang merupakan salah satu elemen yang menandakan perbedaan pokok antara negara hukum Indonesia dengan negara hukum Barat, sehingga dalam pelaksanaan pemerintahan negara, pembentukan hukum, pelaksanaan pemerintahan serta peradilan, dasar ketuhanan dan ajaran serta nilai-nilai agama menjadi alat ukur untuk menentukan hukum yang baik atau hukum yang buruk, bahkan untuk menentukan hukum yang konstitusional atau hukum*

yang tidak konstitusional. Dalam kerangka pemikiran seperti diuraikan di atas, pembatasan hak asasi manusia atas dasar pertimbangan "nilai-nilai agama" sebagaimana disebutkan dalam Pasal 28J ayat (2) UUD 1945 merupakan salah satu pertimbangan untuk membatasi pelaksanaan hak asasi manusia."

24. Bahwa dalam poin [3.34.15] dari Putusan MK Nomor 140/PUU-VII/2009 tentang Pengujian Undang-Undang Nomor 1/PNPS Tahun 1965 tentang Pencegahan Penyalahgunaan dan/atau Penodaan Agama, lebih jauh menegaskan: "*Bersamaan dengan*

diberikannya hak atas kebebasan beragama, negara juga berhak memberikan pengaturan dan batasan atas pelaksanaan kebebasan beragama'.

Pembatasan itu secara eksplisit terkandung dalam Pasal 28J ayat (2) UUD 1945 yang menyatakan, "*Dalam menjalankan hak dan kebebasannya, setiap orang wajib tunduk kepada pembatasan yang ditetapkan dengan undang-undang dengan maksud semata-mata untuk menjamin pengakuan serta penghormatan atas hak dan kebebasan orang lain dan untuk memenuhi tuntutan yang adil sesuai dengan pertimbangan moral, nilai-nilai agama, keamanan, dan ketertiban umum dalam suatu masyarakat demokratis.*";

25. Bahwa dalam poin [3.34.16] dari Putusan MK Nomor 140/PUU-VII/2009 tentang Pengujian Undang-Undang Nomor 1/PNPS Tahun 1965 tentang Pencegahan Penyalahgunaan dan/atau Penodaan Agama itu lebih jauh menyatakan: "*Selain melindungi hak asasi manusia sebagai hak yang secara kodrati melekat dan bersifat universal, negara juga memberikan kewajiban dasar yang merupakan seperangkat kewajiban yang apabila tidak dilaksanakan, tidak memungkinkan terlaksana dan tegaknya hak asasi manusia (vide Pasal 1 angka 2 Undang-Undang Nomor 39 Tahun 1999). Secara integral, UUD 1945 mengatur bahwa dalam menegakkan hak asasi, setiap elemen baik negara, pemerintah, maupun masyarakat juga memiliki kewajiban dasar yang mendukung penghormatan HAM itu sendiri*";

26. Bahwa dalam poin [3.34.18] dari Putusan MK tersebut dilanjutkan bahwa:

"Dari sudut pandang HAM, kebebasan beragama yang diberikan kepada setiap manusia bukanlah merupakan kebebasan yang bebas nilai dan kebebasan an sich, melainkan kebebasan yang

disertai dengan tanggung jawab sosial untuk mewujudkan HAM bagi setiap orang”;

27. Bahwa lebih jauh dibahas mengenai peran negara dalam poin [3.34.19] dari Putusan MK tersebut menyatakan bahwa, “*Dalam hal ini negara memiliki peran sebagai penyeimbang antara hak asasi dan kewajiban dasar untuk mewujudkan HAM yang berkeadilan. Negara memiliki peran untuk memastikan bahwa dalam pelaksanaan kebebasan.... Di sinilah negara akan mewujudkan tujuannya yakni untuk mencapai kehidupan yang lebih baik (the best life possible)*”;
28. Bahwa Filosofi negara Indonesia sebagaimana yang termaktub dalam Pembukaan UUD 1945 telah bersepakat atas tujuan atau cita-cita bersama (*the general goals of society or general acceptance of the same philosophy of government*), yakni untuk “*melindungi segenap bangsa Indonesia*”. Perlindungan inilah yang dapat diartikan sebagai perlindungan atas identitas budaya, suku, agama, dan kekhasan bangsa Indonesia baik secara individual maupun komunal [vide Putusan MK Nomor 140/PUU-VII/2009 poin [3.34.23];
29. Bahwa Pembatasan tidak selalu harus diartikan sebagai diskriminasi. Selama pembatasan yang diberikan adalah sebagai bentuk dari perlindungan terhadap hak orang lain dan dalam tertib kehidupan bermasyarakat, berbangsa dan bernegara [vide Pasal 28J ayat (1) UUD 1945], maka hal tersebut merupakan bentuk perlindungan terhadap hak asasi orang lain sekaligus merupakan atau kewajiban asasi bagi yang lainnya; [vide Putusan MK Nomor 140/PUU-VII/2009 poin [3.34.24]];
30. Bahwa dalam menilai pluralisme, liberalisme, ataupun fundamentalisme tidak dapat disikapi secara inklusif dan individual melainkan harus dikembalikan pada konstitusi yakni UUD 1945 sebagai kesepakatan bersama (*general agreement*)

bangsa Indonesia. Apa pun dasar filosofi sebuah kepercayaan yang dikaitkan dengan prinsip kebebasan di Indonesia tidak dapat diterjemahkan berlebihan atau berkekurangan selain yang telah dijamin oleh UUD 1945; [vide Putusan MK Nomor 140/PUU-VII/2009 poin [3.34.25]];

31. Bahwa berdasarkan alasan-alasan diatas, maka pembatasan untuk pelarangan hubungan sesama jenis dapat dilakukan dengan adanya pembatasan mengenai pelaksanaan HAM yang disesuaikan dengan nilai- nilai agama dan nilai-nilai sosial budaya bangsa Indonesia sebagaimana dalam Pasal 28J ayat (1) dan ayat (2) UUD 1945;

PERTIMBANGAN HUKUM

Kewenangan Mahkamah

[3.1] Menimbang bahwa berdasarkan Pasal 24C ayat (1) Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 (selanjutnya disebut UUD 1945), Pasal 10 ayat (1) huruf a Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi sebagaimana telah diubah dengan Undang-Undang Nomor 8 Tahun 2011 tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2011 Nomor 70, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 5226, selanjutnya disebut UU MK), dan Pasal 29 ayat (1) huruf a Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2009 Nomor 157, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 5076, selanjutnya disebut UU 48/2009), Mahkamah berwenang, antara lain, mengadili pada tingkat pertama dan terakhir yang putusannya bersifat final untuk menguji Undang-Undang terhadap UUD 1945;

[3.2] Menimbang bahwa oleh karena permohonan para Pemohon adalah permohonan untuk menguji konstusionalitas norma Undang-Undang, *in casu* Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1946 tentang Peraturan Hukum Pidana atau Kitab Undang-Undang Hukum Pidana *juncto* Undang-Undang Nomor 73 Tahun 1958 tentang Menyatakan Berlakunya Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1946 tentang Peraturan Hukum Pidana Untuk Seluruh Wilayah Republik Indonesia dan Mengubah Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 127 Tahun 1958, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 1660 Tahun 1958, selanjutnya disebut KUHP) terhadap UUD 1945, maka Mahkamah berwenang untuk mengadili permohonan *a quo*;

Kedudukan Hukum (*Legal Standing*) Pemohon

[3.3] Menimbang bahwa berdasarkan Pasal 51 ayat (1) UU MK beserta Penjelasannya, yang dapat mengajukan permohonan pengujian undang-undang terhadap UUD 1945 adalah mereka yang menganggap hak dan/atau kewenangan konstusionalnya yang diberikan oleh UUD 1945 dirugikan oleh berlakunya suatu Undang-Undang, yaitu:

- a. perorangan warga negara Indonesia (termasuk kelompok orang yang mempunyai kepentingan sama);
- b. kesatuan masyarakat hukum adat sepanjang masih hidup dan sesuai dengan perkembangan masyarakat dan prinsip Negara Kesatuan Republik Indonesia yang diatur dalam undang-undang;
- c. badan hukum publik atau privat; atau
- d. lembaga negara;

Dengan demikian, Pemohon dalam pengujian Undang-Undang terhadap UUD 1945 harus menjelaskan terlebih dahulu:

- a. kedudukannya sebagai para Pemohon sebagaimana dimaksud dalam Pasal 51 ayat (1) UU MK;

- b. ada tidaknya kerugian hak dan/atau kewenangan konstitusional yang diberikan oleh UUD 1945 yang diakibatkan oleh berlakunya Undang-Undang yang dimohonkan pengujian dalam kedudukan sebagaimana dimaksud pada huruf a;

[3.4] Menimbang bahwa Mahkamah sejak Putusan Nomor 006/PUU-III/2005 tanggal 31 Mei 2005 dan Putusan Nomor 11/PUU-V/2007 tanggal 20 September 2007 serta putusan-putusan selanjutnya, telah berpendirian bahwa kerugian hak dan/atau kewenangan konstitusional sebagaimana dimaksud dalam Pasal 51 ayat (1) UU MK harus memenuhi 5 (lima) syarat, yaitu:

- a. adanya hak dan/atau kewenangan konstitusional para Pemohon yang diberikan oleh UUD 1945;
- b. hak dan/atau kewenangan konstitusional tersebut oleh para Pemohon dianggap dirugikan oleh berlakunya Undang-Undang yang dimohonkan pengujian;
- c. kerugian konstitusional tersebut harus bersifat spesifik (khusus) dan aktual atau setidaknya potensial yang menurut penalaran yang wajar dapat dipastikan akan terjadi;
- d. adanya hubungan sebab-akibat (*causal verband*) antara kerugian dimaksud dan berlakunya Undang-Undang yang dimohonkan pengujian
- e. adanya kemungkinan bahwa dengan dikabulkannya permohonan, maka kerugian konstitusional seperti yang didalilkan tidak akan atau tidak lagi terjadi;

[3.5] Menimbang bahwa berdasarkan uraian ketentuan Pasal 51 ayat (1) UU MK dan syarat-syarat kerugian hak dan/atau kewenangan konstitusional sebagaimana diuraikan di atas, selanjutnya Mahkamah akan mempertimbangkan kedudukan hukum (*legal standing*) para Pemohon sebagai berikut:

1. Bahwa norma Undang-Undang yang dimohonkan dalam permohonan *a quo* adalah Pasal 284 ayat (1), ayat (2), ayat (3), ayat (4), ayat (5), Pasal 285, Pasal 292 KUHP yang masing-masing menyatakan sebagai berikut:

Pasal 284 ayat (1) angka 1.b. sepanjang frasa '*yang bersuami*'

Pasal 284 ayat (1) angka 2.a. sepanjang frasa '*sedang diketahuinya, bahwa kawannya itu bersuami*'

Pasal 284 ayat (1) angka 2.b. sepanjang frasa '*yang tiada bersuami*' dan frasa '*sedang diketahuinya, bahwa kawannya itu beristri dan Pasal 27 Kitab Undang-undang Hukum Perdata (sipil) berlaku pada kawannya itu*'

Pasal 284 ayat (2)

Pasal 284 ayat (2) KUHP, "*Penuntutan hanya dilakukan atas pengaduan suami (isteri yang mendapat malu dan jika pada suami (isteri) itu berlaku Pasal 27 Kitab Undang-Undang Hukum Perdata (sipil) dalam tempo 3 bulan sesudah pengaduan itu, diikuti dengan permintaan akan bercerai atau bercerai tempat tidur dan meja makan (scheiding van tafel en bed) oleh perbuatan itu juga.*"

Pasal 284 ayat (3)

Pasal 284 ayat (3) KUHP, "*Terhadap pengaduan ini Pasal 72, 73 dan 75 tidak berlaku*"

Pasal 284 ayat (4)

Pasal 284 ayat (4) KUHP, "*Pengaduan itu boleh dicabut selama pemeriksaan di muka sidang pengadilan belum dimulai*"

Pasal 284 ayat (5)

Pasal 284 ayat (5) KUHP, "*Kalau bagi suami dan isteri itu berlaku Pasal 27 Kitab Undang-Undang Hukum Perdata (sipil) maka*

pengaduan itu tidak diindahkan sebelumnya mereka itu bercerai, atau sebelum keputusan hakim tentang perceraian tempat tidur dan meja makan mendapat ketetapan”

Pasal 285

Pasal 285 KUHP sepanjang frasa kata *perempuan yang bukan istrinya*

Pasal 292

Pasal 292 KUHP sepanjang frasa “dewasa”, frasa “yang belum dewasa” dan frasa “sedang diketahuinya atau patut harus disangkanya hal belum dewasa itu

2. Bahwa pokok argumentasi para Pemohon dalam menjelaskan kedudukan hukumnya dalam permohonan *a quo* adalah sebagai perseorangan warga negara Indonesia. Para Pemohon menganggap hak-hak konstitusionalnya telah terlanggar atau berpotensi untuk terlanggar yang disebabkan oleh berlakunya pasal-pasal dalam KUHP sebagaimana disebut pada angka 1. Adapun hak-hak konstitusional dimaksud, menurut para Pemohon, adalah:
 - a. hak untuk mendapatkan perlindungan negara dan hak untuk menjadi masyarakat yang adil dan beradab, sebagaimana dimaksud dalam Pembukaan UUD 1945;
 - b. hak untuk tinggal dalam negara yang berdaulat, negara yang berdasarkan Ketuhanan Yang Maha Esa serta kemanusiaan yang adil dan beradab sesuai dengan sila pertama dan kedua Pancasila dan sebagaimana juga diatur dalam Pembukaan UUD 1945;
 - c. hak untuk memperjuangkan hak secara kolektif untuk kemajuan bangsa dan negara, sebagaimana diatur dalam Pasal 28C ayat (2) UUD 1945;
 - d. hak atas rasa aman untuk bebas dari rasa takut dan ancaman bagi diri, martabat, dan keluarga sebagaimana dijamin dalam Pasal 28G ayat (1) UUD 1945;
 - e. hak untuk dihormati hak asasi manusia sebagai sesama warga

negara Indonesia, sebagaimana diatur dalam Pasal 28J ayat (1) UUD 1945

f. hak untuk mendapatkan kepastian hukum dan perlindungan sebagai peribadi, keluarga, dan masyarakat.

Para Pemohon menganggap bahwa pasal-pasal KUHP yang dimohonkan pengujian tersebut tidak mampu menjangkau hal-hal yang oleh para Pemohon dianggap sebagai kejahatan yang terjadi pada saat ini, seperti seks bebas di luar nikah, kumpul kebo, prostitusi, perkosaan dan cabul sesama jenis baik yang dilakukan oleh orang dewasa maupun anak-anak. Hal itu, menurut para Pemohon, telah menimbulkan kerusakan moral yang berdampak pada lingkungan sosial para Pemohon, di mana hal itu dapat terjadi pada diri para Pemohon atau keluarganya.

3. Selanjutnya para Pemohon masing-masing secara tersendiri juga menjelaskan kerugian hak konstitusionalnya karena berlakunya norma undang-undang yang dimohonkan pengujian sebagai berikut:
 - a. Pemohon I, Prof. Dr. Ir. Euis Sunarti, M.Si, perorangan warga negara Indonesia, menyatakan dirinya sebagai guru besar dalam bidang ketahanan keluarga dari Institut Pertanian Bogor (IPB) sehingga menganggap memiliki keterkaitan erat dengan materi permohonan *a quo* dalam posisinya sebagai akademisi, pendidik, dan tokoh yang menaruh perhatian besar dalam menjaga institusi keluarga dan perkawinan. Karena itu, Pemohon I merasa hak konstitusionalnya sebagaimana diatur dalam Pasal 28G ayat (1) dan ayat (2) UUD 1945 dirugikan;
 - b. Pemohon II, Rita Hendrawaty Soebagio, Sp.Psi.,M.Si, menyatakan dirinya sebagai ibu dari tiga orang anak yang telah beranjak remaja yang juga seorang peneliti psikologi yang menelaah kebebasan seksual. Pemohon II khawatir anak-anaknya menjadi korban perkosaan atau pencabulan sesama jenis yang menyasar

- remaja-remaja yang secara psikologis masih labil, karenanya Pemohon II menganggap hak konstitusionalnya sebagaimana diatur dalam Pasal 28G ayat (1) dan ayat (2) UUD 1945 dirugikan;
- c. Pemohon III, Dr. Dinar Dewi Kania, menyatakan dirinya sebagai seorang doktor dalam bidang pendidikan dan pemikiran Islam yang memiliki tiga orang anak. Pemohon III menyatakan telah terjadi liberalisme dan sekularisme yang dibawa oleh kampanye kebebasan seksual yang memandang remeh perzinahan dan secara masif berusaha berupaya melegalisasi perbuatan cabul sesama jenis. Pemohon III juga menganggap bahwa kebebasan dalam pasal-pasal tentang hak asasi manusia dalam UUD 1945 telah disalahgunakan dan karenanya, menurut Pemohon III, perlu pembatasan kebebasan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 28J ayat
- (1) UUD 1945 perlu dipertegas;
- d. Pemohon IV, Dr. Sitaresmi Sulistyawati Soekanto, adalah seorang dosen agama Islam di Universitas Indonesia dan juga ibu dari tujuh orang anak serta memiliki empat orang cucu. Pemohon IV menyatakan menaruh perhatian terhadap maraknya kegiatan yang menurutnya mempromosikan kegiatan penyimpangan seksual yang merupakan pelanggaran terhadap norma agama Islam. Hal itu, dalam penilaian Pemohon IV, disebabkan oleh tidak adanya kejelasan hukum yang mengatur perzinahan, pemerkosaan dan larangan yang jelas tentang perilaku seks menyimpang, yakni cabul sesama jenis. Sebagai seorang ibu dan nenek, Pemohon IV merasa khawatir terhadap anak dan cucunya dari perilaku menyimpang tersebut dan hal itu dirasakannya sebagai tidak adanya jaminan, perlindungan, dan kepastian hukum sebagaimana diatur dalam Pasal 1 ayat (3) dan Pasal 28D ayat (1) UUD 1945;
- e. Pemohon V, Nurul Hidayati Kusumahastuti Ubaya, S.S., M.B.A., menyatakan dirinya sebagai seorang ibu rumah tangga serta

pengelola majelis taklim dan organisasi pemberdayaan perempuan dan ketahanan keluarga. Pemohon V menganggap terjadi kekosongan hukum berkenaan dengan perzinaan, kekerasan seksual, dan perkosaan serta perilaku seks sesama jenis yang menurutnya amat mengganggu kenyamanan dan ketenangannya dalam memberdayakan perempuan dalam membangun ketahanan keluarga dan perlindungan anak Indonesia sebagaimana menurut Pemohon V, dijamin dalam Pasal 28C ayat (2) dan Pasal 28G ayat (1) UUD 1945;

- f. Pemohon VI, Dr. Sabriaty Azis, dan Pemohon VII, Sri Vira Chandra D., menerangkan dirinya sebagai ibu rumah tangga dan pimpinan Majelis Taklim Muslimah di Indonesia yang menyatakan mengutuk keras praktik perzinaan secara bebas, perkosaan dan kekerasan seksual serta praktik cabul sesama jenis yang menurutnya tidak terjangkau oleh pengaturan dalam Pasal-pasal KUHP yang dimohonkan pengujian;
- g. Pemohon VIII, Fithra Faisal Hastiadi, S.E., M.A., M.Sc., Ph.D., dan Pemohon IX, Dr. Tiar Anwar Bachtiar, menerangkan dirinya sebagai dosen/akademisi dan ayah serta kepala keluarga yang menyatakan peduli terhadap pendidikan anak dan keluarga. Pemohon VIII dan Pemohon IX khawatir akan keamanan, keselamatan, dan masa depan bangsa serta anak-anak dan keluarganya, yang menurut Pemohon VIII dan Pemohon IX dijamin oleh Pasal 28C ayat (1) dan ayat (2) serta Pasal 18B ayat (2) UUD 1945 yang disebabkan tidak terjangkaunya "kejahatan" perzinaan secara masif, kekerasan seksual, dan perilaku seksual sesama jenis oleh Pasal-pasal dalam KUHP yang dimohonkan pengujian;
- h. Pemohon X, Qurrata Ayuni, S.H., Pemohon XI, Akmal. S.T., M.Pd.I, dan Pemohon XII, Dhona El Furqon, S.H.I., M.H., menerangkan dirinya sebagai orang tua dan aktivis LSM yang

peduli dengan ketahanan keluarga dan perlindungan anak. Pemohon X, Pemohon XI, dan Pemohon XII menganggap kekerasan seksual terhadap anak, perkembangan perzinaan massif, kekerasan dan perkosaan serta perilaku seks sesama jenis yang makin provokatif yang tidak terjangkau oleh pengaturan dalam Pasal-padal KUHP yang dimohonkan pengujian merupakan ancaman serius yang dapat merusak lingkungan sosial tempat tumbuh kembang anak sebagaimana dijamin dalam Pasal 28B ayat (2) UUD 1945.

Berdasarkan seluruh uraian pada angka 1 sampai dengan angka 3 di atas, Mahkamah berpendapat bahwa terlepas dari persoalan terbukti tidaknya dalil para Pemohon perihal inkonstitusionalnya pasal-pasal KUHP yang dimohonkan pengujian, dalam kedudukan sebagai perseorangan warga negara Indonesia dan sepanjang berkenaan dengan hak atas kelangsungan hidup, tumbuh, dan berkembang, sebagaimana diatur dalam Pasal 28B ayat (2) UUD 1945, serta hak untuk memajukan diri dalam memperjuangkan haknya secara kolektif untuk membangun masyarakat, bangsa, dan negaranya, para Pemohon telah secara spesifik dan jelas menerangkan anggapannya tentang kerugian hak-hak konstitusionalnya dimaksud dan hubungan kausalnya dengan berlakunya pasal-pasal KUHP yang dimohonkan pengujian. Oleh karena itu, para Pemohon memiliki kedudukan hukum untuk bertindak sebagai Pemohon dalam Permohonan *a quo*.

Pokok Permohonan

[3.6] Menimbang bahwa oleh karena Mahkamah berwenang mengadili permohonan *a quo* dan para Pemohon memiliki kedudukan hukum untuk bertindak sebagai Pemohon, Mahkamah selanjutnya akan mempertimbangkan Pokok Permohonan. Para Pemohon mendalilkan Pasal 284 ayat (1), ayat (2), ayat (3), ayat (4), ayat (5), Pasal 285, dan

Pasal 292 KUHP yang rumusannya sebagaimana telah diuraikan pada paragraf [3.5] di atas bertentangan dengan UUD 1945 dengan argumentasi yang pada pokoknya sebagai berikut (argumentasi para Pemohon selengkapnya termuat dalam bagian Duduk Perkara):

- 1) Menurut para Pemohon, ada dua alasan mendasar yang dijadikan alasan pengujian konstiusionalitas norma Undang-Undang *a quo*, yaitu ketahanan keluarga dan perlindungan terhadap nilai-nilai agama. Dalam masyarakat yang menurut para Pemohon makin liberal, kedua hal tersebut sering dianggap sebagai isu domestik yang tidak dapat dijadikan dasar membatasi perilaku masyarakat. Padahal, peran keluarga dan agama sangat penting dalam membangun bangsa dan negara.
- 2) Menurut para Pemohon, kata "keluarga" yang dijamin dalam Pasal 28B ayat (1) dan Pasal 28G ayat (1) UUD 1945 tidak dapat semata-mata dimaknai sebagai bentuk hubungan lahiriah/biologis antara ibu-bapak dan anak-anak melainkan terkandung pula unsur-unsur psikologis, keagamaan, keamanan, dan pendidikan sebagai institusi konstiusional yang diakui negara karena ketahanan keluarga berpengaruh langsung terhadap ketahanan nasional. Sementara itu, nilai-nilai agama juga tegas diakui dalam Pasal 29 ayat (1) UUD 1945 dan sila pertama Pancasila yang tercantum dalam Pembukaan UUD 1945 sehingga harus dimaknai bahwa negara didasarkan pada nilai-nilai agama sebagai salah satu landasan konstiusional.

Menurut para Pemohon, ketiga pasal dalam KUHP yang dimohonkan pengujian dalam Permohonan *a quo*, yaitu Pasal 284 (perzinaan), Pasal 285 (perkosaan), dan Pasal 292 (perbuatan cabul) sangat mengancam ketahanan keluarga yang pada akhirnya mengancam ketahanan nasional. Pasal 284 KUHP (perzinaan) yang hanya berlaku jika salah satu pelakunya terikat dalam perkawinan pada dasarnya sangat berbahaya bagi kultur keluarga di Indonesia dan merusak tatanan masyarakat. Adapun Pasal 285 KUHP (perkosaan) yang membatasi

korban hanya kepada wanita tidak sesuai lagi dengan perkembangan zaman. Perkosaan juga dapat terjadi terhadap laki-laki, baik yang dilakukan oleh wanita maupun laki-laki dan juga dilakukan oleh orang dewasa terhadap anak-anak maupun sesama anak-anak. Sementara itu, Pasal 292 KUHP, menurut para Pemohon, selama ini justru tidak melindungi kelompok korban orang dewasa dan tidak memberi rasa keadilan serta kepastian hukum dalam hal pelakunya bukan orang dewasa.

- 4) Menurut para Pemohon, Indonesia bukanlah negara yang didirikan oleh para pendiri bangsa ini sebagai negara yang “netral agama” atau “negara sekuler”. Pancasila dan Pembukaan UUD 1945 sarat dengan muatan nilai-nilai keagamaan sebagai dasar berdirinya Negara Indonesia. Dengan dasar filosofi demikian, kebutuhan untuk mendasarkan seluruh perundang-undangan dalam konsep dasar moral yang berdasarkan nilai-nilai Ketuhanan Yang Maha Esa merupakan keniscayaan yang tidak dapat ditawar-tawar. Agama-agama di Indonesia pada dasarnya juga melarang perzinaan di luar perkawinan, melarang pemerkosaan kepada siapa saja, dan melarang hubungan sesama jenis.
- 5) Menurut para Pemohon, KUHP yang merupakan produk Pemerintah Kolonial Belanda dan diberlakukan sejak 1886 sudah tidak sesuai lagi dengan perkembangan sosial budaya di Indonesia. Oleh karena itu, keinginan untuk memperbarui KUHP telah lahir sejak 1963 namun hingga saat ini tidak ada tanda-tanda untuk segera disahkannya revisi terhadap KUHP tersebut sementara gejolak sosial di masyarakat, menurut para Pemohon, sudah demikian parah dan memerlukan tindakan serius pembuat kebijakan. Dalam penilaian para Pemohon, saat ini telah terjadi pergeseran nilai-nilai dikarenakan ketidakjelasan hukum perihal kesusilaan, terutama dalam hal perzinaan, pemerkosaan, dan cabul sesama jenis.

Menurut para Pemohon, meskipun telah ada program legislasi nasional yang akan merevisi KUHP yang telah berlangsung sejak lama, belum tampak ada tanda-tanda bahwa revisi tersebut akan segera disahkan sementara gejolak sosial memerlukan tindakan dan aksi serius dari pembuat kebijakan.

- 7) Setelah menguraikan secara panjang lebar alasan-alasan permohonannya yang disertai dengan berbagai rujukan, para Pemohon berkesimpulan bahwa Pasal 284, Pasal 285, dan Pasal 292 KUHP bertentangan dengan Pasal 29 ayat (1), Pasal 28D ayat (1), Pasal 28B ayat (1) dan ayat (2), Pasal 28C ayat (2), Pasal 28G ayat (1) dan ayat (2), Pasal 28H ayat (1), Pasal 28J ayat (1) dan ayat (2) UUD 1945 dan karena itu memohon agar Mahkamah menyatakan:
 - a. Pasal 284 ayat (1) angka 1e. huruf a KUHP bertentangan dengan UUD 1945 sepanjang tidak dimaknai "*laki-laki berbuat zina*";
 - b. Pasal 284 ayat (1) angka 1e. huruf b KUHP bertentangan dengan UUD 1945 sepanjang tidak dimaknai "*seorang perempuan berbuat zina*";
 - c. Pasal 284 ayat (1) angka 2e. huruf a KUHP bertentangan dengan UUD 1945 sepanjang tidak dimaknai "*laki-laki yang turut melakukan perbuatan itu*";
 - d. Pasal 284 ayat (1) angka 2e. huruf b KUHP bertentangan dengan UUD 1945 sepanjang tidak dimaknai "*perempuan yang turut melakukan perbuatan itu*";
 - e. Pasal 284 ayat (2), ayat (3), ayat (4), dan ayat (5) KUHP bertentangan dengan UUD 1945;
 - f. Pasal 285 KUHP bertentangan dengan UUD 1945 sepanjang tidak dimaknai "*Barang siapa yang dengan kekerasan memaksa bersetubuh dengan dia, dihukum karena memperkosanya dengan hukuman penjara selama-lamanya dua belas tahun*";
 - g. Pasal 292 KUHP bertentangan dengan UUD 1945 sepanjang tidak dimaknai "*Orang yang melakukan perbuatan cabul dengan orang*

dari jenis kelamin yang sama, dihukum penjara selama-lamanya lima tahun".

[3.7] Menimbang bahwa untuk menguatkan dalilnya, para Pemohon telah mengajukan alat bukti surat/tulisan yang diberi tanda P-1 sampai dengan P-17 serta dan 9 (sembilan) orang ahli yang masing-masing telah didengar keterangannya dalam persidangan tanggal 26 Juli 2016, tanggal 1 Agustus 2016, dan tanggal 23 Agustus 2016;

[3.8] Menimbang bahwa Mahkamah telah menerima keterangan tertulis dari Dewan Perwakilan Rakyat bertanggal 26 Juli 2016 yang diterima di Kepaniteraan Mahkamah pada tanggal 23 Agustus 2016, yang selengkapnya telah diuraikan dalam bagian Duduk Perkara;

[3.9] Menimbang bahwa Mahkamah telah mendengar keterangan Presiden dalam persidangan tanggal 19 Juli 2016 dan keterangan tertulis yang diterima di Kepaniteraan Mahkamah pada tanggal 23 September 2016, yang selengkapnya telah diuraikan dalam bagian Duduk Perkara;

[3.10] Menimbang bahwa Mahkamah telah mendengar keterangan beberapa Pihak Terkait yakni Komnas Perempuan, *Institute for Criminal Justice Reform (ICJR)*, Koalisi Perempuan Indonesia, Yayasan Peduli Sahabat, Persatuan Islam Isteri (PERSISTRI), Yayasan Lembaga Bantuan Hukum Indonesia (YLBHI), dan Majelis Ulama Indonesia (MUI), dalam persidangan yang selengkapnya telah diuraikan dalam bagian Duduk Perkara;

[3.11] Menimbang bahwa Mahkamah telah mendengar keterangan para ahli dan saksi yang diajukan para Pihak Terkait dalam persidangan yang selengkapnya telah diuraikan dalam bagian Duduk Perkara;

[3.12] Menimbang bahwa setelah Mahkamah memeriksa secara saksama dalil para Pemohon dan bukti-bukti yang diajukan serta pihak-pihak sebagaimana disebutkan pada paragraf [3.8] sampai dengan paragraf [3.11] di atas, Mahkamah mempertimbangkan sebagai berikut:

Bahwa maksud Permohonan para Pemohon, sebagaimana secara tegas termuat dalam *Petitum* Permohonannya, pada intinya adalah meminta Mahkamah untuk memperluas cakupan atau ruang lingkup, bahkan mengubah, jenis-jenis perbuatan yang dapat dipidana dalam pasal-pasal KUHP yang dimohonkan pengujian karena, menurut para Pemohon, sudah tidak sesuai lagi dengan perkembangan masyarakat, sementara jika menunggu proses legislasi yang sedang berlangsung saat ini tidak dapat dipastikan kapan akan berakhir. Dengan kata lain, para Pemohon meminta Mahkamah untuk melakukan kebijakan pidana (*criminal policy*) dalam pengertian merumuskan perbuatan yang sebelumnya bukan merupakan perbuatan yang dapat dipidana menjadi perbuatan pidana (*delict*), yaitu:

- a. Zina, sebagaimana diatur dalam Pasal 284 KUHP, akan menjadi mencakup seluruh perbuatan persetubuhan antara laki-laki dan perempuan yang tidak terikat dalam suatu ikatan perkawinan yang sah;
- b. Pemerksaan, sebagaimana diatur dalam Pasal 285 KUHP, akan menjadi mencakup semua kekerasan atau ancaman kekerasan untuk bersetubuh, baik yang dilakukan oleh laki-laki terhadap perempuan maupun yang dilakukan oleh perempuan terhadap laki-laki;
- c. Perbuatan cabul, sebagaimana diatur dalam Pasal 292 KUHP, akan menjadi mencakup setiap perbuatan cabul oleh setiap orang dengan orang dari jenis kelamin yang sama, bukan hanya terhadap anak di bawah umur;

Dengan demikian, apabila ditelaah lebih jauh berarti para Pemohon memohon agar Mahkamah bukan lagi sekadar memperluas ruang lingkup perbuatan atau tindakan yang sebelumnya bukan merupakan perbuatan pidana atau tindak pidana tetapi juga mengubah sejumlah hal pokok atau prinsip

dalam hukum pidana, bahkan merumuskan tindak pidana baru. Sebab, dengan permohonan demikian secara implisit Pemohon memohon agar Mahkamah mengubah rumusan delik yang terdapat dalam pasal-pasal KUHP yang dimohonkan pengujian sehingga dengan sendirinya bukan hanya akan mengubah kualifikasi perbuatan yang dapat dipidana tetapi juga kualifikasi subjek atau orang yang dapat diancam pidana karena melakukan perbuatan tersebut. Hal itu lebih jauh juga berarti akan mengubah konsep-konsep mendasar yang berkenaan dengan suatu perbuatan pidana atau tindak pidana,

Dengan permohonan demikian, jika dikabulkan maka:

- Dalam konteks Pasal 284 ayat (1) angka 1e huruf a KUHP, yang oleh para Pemohon dimohonkan untuk dimaknai "*laki-laki berbuat zina*" maka yang akan terjadi adalah:
 - a. pelaku perbuatan yang dapat dipidana yang semula adalah laki-laki yang beristri dan baginya berlaku Pasal 27 Kitab Undang-undang Hukum Perdata berubah menjadi semua laki-laki tanpa kecuali, termasuk jika ia belum cukup umur atau masih anak-anak;
 - b. sifat melawan hukum (*wederrechtelijkheid*) dalam perbuatan yang diancam pidana dalam norma ini juga berubah. Sebagaimana diketahui, "melawan hukum" adalah salah satu elemen dari perbuatan pidana di samping elemen "memenuhi unsur delik" dan elemen "dapat dicela". Oleh karena itu, terlepas dari perdebatan apakah perlu dicantumkan secara tegas atau tidak dalam rumusan delik, elemen melawan hukum itu harus ada. Sebab tidak mungkin suatu perbuatan dapat dipidana (*strafbaar*) jika perbuatan itu tidak melawan hukum. Dalam konteks permohonan para Pemohon *a quo*, maka sifat melawan hukum umum (*generale wederrechtelijkheid*) dalam Pasal

284 ayat (1) angka 1e. huruf a KUHP itu berubah: semula dipersyaratkan laki-laki itu harus beristri, yang secara implisit berarti sudah dewasa, dan tunduk pada Pasal 27 Kitab Undang-undang Hukum Perdata menjadi tidak harus beristri dan tidak harus tunduk pada Pasal 27 Kitab Undang-undang Hukum Perdata dan tidak harus sudah dewasa. Dengan kata lain, semula jika perbuatan sebagaimana dirumuskan dalam Pasal 284 ayat (1) angka 1e. huruf a KUHP itu dilakukan oleh seorang laki-laki yang tidak beristri, apalagi masih anak-anak atau belum dewasa, dan tidak tunduk pada Pasal 27 Kitab Undang-undang Hukum Perdata, tidak dianggap sebagai perbuatan melawan hukum, berubah menjadi melawan hukum. Konsekuensinya, kalau semula penuntut umum harus membuktikan dalam dakwaannya bahwa laki-laki yang bersangkutan sudah beristri, yang artinya sudah dewasa, dan tunduk pada Pasal 27 Kitab Undang-undang Hukum Perdata berubah menjadi tidak perlu lagi membuktikan semua hal itu;

- c. alasan penghapusan pidana pun berubah, dalam hal ini alasan penghapus pidana yang bersifat khusus. Semula, jika seorang laki-laki yang meskipun terbukti melakukan perbuatan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 284 ayat (1) angka 1e. huruf a KUHP itu namun ternyata ia tidak beristri dan tidak tunduk pada Pasal 27 Kitab Undang-undang Hukum Perdata, lebih-lebih jika masih anak-anak atau belum dewasa, maka laki-laki itu harus dilepaskan dari tuntutan hukum karena perbuatan itu bukan perbuatan pidana, berubah menjadi dipidana karena hilangnya syarat beristri dan syarat tunduk pada Pasal 27 Kitab Undang-undang Hukum Perdata.

- Dalam konteks Pasal 284 ayat (1) angka 1e huruf b KUHP, yang oleh para Pemohon dimohonkan untuk dimaknai "*seorang perempuan berbuat zina*" maka keadaan yang serupa dengan uraian di atas akan terjadi kepada seorang perempuan, yaitu:

a. pelaku perbuatan yang dapat dipidana berubah, semula adalah seorang perempuan yang bersuami, yang secara implisit berarti sudah dewasa, menjadi hanya seorang perempuan, termasuk perempuan yang belum dewasa atau masih anak-anak;

b. sifat melawan hukum perbuatan itu juga berubah, semula jika perbuatan itu dilakukan oleh seorang perempuan yang tidak bersuami, yang secara implisit termasuk pula perempuan yang belum dewasa, maka hal itu tidak dianggap sebagai perbuatan melawan hukum, berubah menjadi melawan hukum kendatipun perbuatan itu dilakukan oleh seorang perempuan yang tidak bersuami, termasuk perempuan yang belum dewasa atau masih anak-anak;

alasan penghapus pidana juga berubah: semula jika perbuatan itu dilakukan oleh seorang perempuan yang tidak bersuami, termasuk perempuan yang belum dewasa atau masih anak-anak, hal itu dapat menjadi alasan penghapus pidana yang bersifat khusus, sehingga pelakunya harus dilepaskan dari tuntutan hukum, alasan demikian menjadi tidak dapat lagi digunakan sehingga yang bersangkutan (perempuan yang tidak bersuami atau masih anak-anak) tetap harus dipidana.

- Dalam konteks Pasal 284 ayat (1) angka 2e huruf a KUHP, yang oleh para Pemohon dimohonkan untuk dimaknai "*laki-*

laki yang turut melakukan perbuatan itu” maka yang akan terjadi adalah:

a. pelaku perbuatan yang dapat dipidana berubah: semula, pelaku yang dapat dipidana karena turut melakukan perbuatan yang oleh undang-undang disebut sebagai perbuatan zina adalah laki-laki yang mengetahui bahwa perempuan yang diajaknya berzina adalah perempuan yang bersuami, berubah menjadi tidak perlu lagi adanya pengetahuan itu;

b. sifat melawan hukum perbuatan itu juga berubah: semula, sifat melawan hukum dianggap ada jika laki-laki yang turut serta melakukan perbuatan itu mengetahui bahwa perempuan yang diajaknya berzina itu adalah perempuan yang bersuami berubah menjadi tetap dianggap melawan hukum terlepas dari persoalan apakah si laki-laki itu mengetahui bahwa perempuan dimaksud bersuami, bahkan juga terlepas dari persoalan apakah perempuan itu bersuami atau tidak. Konsekuensinya, dalam proses persidangan, jika semula penuntut umum harus membuktikan adanya pengetahuan si laki-laki yang turut melakukan perbuatan bahwa perempuan dimaksud adalah perempuan yang bersuami dan juga membuktikan bahwa perempuan itu adalah bersuami, berubah menjadi tidak perlu lagi membuktikan hal-hal tersebut;

alasan penghapus pidana pun berubah: semula, jika ternyata terbukti bahwa laki-laki yang turut melakukan perbuatan dimaksud tidak tahu kalau perempuan yang diajaknya melakukan perbuatan itu adalah bersuami atau kalau ternyata perempuan itu ternyata tidak bersuami, hal itu dapat dijadikan alasan penghapus pidana yang bersifat khusus sehingga laki-laki tersebut harus dilepaskan dari

tuntutan hukum, berubah menjadi tidak lagi dapat digunakan sebagai alasan penghapus pidana sehingga laki-laki dimaksud tetap harus dihukum.

- Dalam konteks Pasal 284 ayat (1) angka 2e huruf b KUHP, yang oleh para Pemohon dimohonkan untuk dimaknai "*perempuan yang turut melakukan perbuatan itu*" maka bunyi pasal ini akan berubah menjadi "*Dihukum penjara selama-lamanya sembilan bulan ... 2e. b. Perempuan yang turut melakukan perbuatan itu, sedang diketahuinya, bahwa kawannya itu beristri dan Pasal 27 Kitab Undang-undang Hukum Perdata berlaku pada kawannya itu*". Dengan demikian yang akan terjadi adalah:
 - a. pelaku perbuatan yang dapat dipidana berubah: semula, pelaku yang dapat dipidana adalah perempuan yang tidak bersuami dan ia tahu bahwa laki-laki yang diajaknya melakukan perbuatan dimaksud adalah laki-laki beristri dan tunduk pada Pasal 27 Kitab Undang-undang Hukum Perdata, berubah menjadi setiap perempuan, baik bersuami maupun tidak, dan ia tahu bahwa laki-laki yang diajaknya melakukan perbuatan itu sudah beristri dan tunduk pada Pasal 27 Kitab Undang-undang Hukum Perdata;
 - b. sifat melawan hukum dari perbuatan itu juga berubah: semula, sifat melawan hukum dari perbuatan itu dianggap ada jika perbuatan itu dilakukan oleh perempuan yang tidak bersuami dan mengetahui bahwa laki-laki yang diajak melakukan perbuatan itu ia ketahui telah beristri dan tunduk pada Pasal 27 Kitab Undang-undang Hukum Perdata, berubah menjadi semua perempuan, baik bersuami maupun tidak, sepanjang perempuan dimaksud mengetahui bahwa laki-laki yang bersamanya melakukan perbuatan itu sudah beristri dan tunduk pada Pasal 27

Kitab Undang-undang Hukum Perdata;

Berkenaan dengan dalil para Pemohon ini, Mahkamah menemukan adanya inkonsistensi antara *posita* dan *petitum* Permohonan *a quo*, sebagaimana akan tampak dalam pertimbangan Mahkamah pada angka 6).

- Dalam konteks Pasal 284 ayat (2), ayat (3), ayat (4), dan ayat (5) KUHP yang oleh para Pemohon dimohonkan untuk dinyatakan bertentangan dengan UUD 1945, yang berarti dimohonkan untuk dihapuskan, maka yang akan terjadi adalah:
 - a. perbuatan pidana yang diatur dalam Pasal 284 ayat (1) KUHP itu berubah dari delik aduan (*klachtdelict*) menjadi delik biasa. Dengan kata lain, jika semula terhadap perbuatan itu tidak dapat dilakukan penyelidikan, penyidikan, dan penuntutan jika tidak ada pengaduan, menjadi berubah di mana pengaduan menjadi tidak lagi merupakan syarat yang harus ada untuk dapat dilakukan penyelidikan, penyidikan, dan penuntutan terhadap perbuatan itu;
 - b. dengan perubahan kualifikasi delik sebagaimana diuraikan pada huruf a di atas berarti tindak pidana yang dirumuskan dalam Pasal 284 ayat (1) KUHP itu yang semula dikonstruksikan sebagai urusan domestik laki-laki yang sudah beristri atau perempuan yang sudah bersuami sehingga karenanya negara baru akan turun tangan apabila pihak-pihak tersebut memintanya (melalui pengaduan, delik aduan absolut) dan campur tangan negara itu pun harus dihentikan apabila pihak-pihak tersebut mencabut pengaduannya, berubah menjadi urusan negara sepenuhnya;

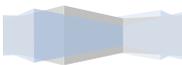
- b) Pasal 285 KUHP yang selengkapnya berbunyi:

Barang siapa dengan kekerasan atau ancaman kekerasan memaksa perempuan yang bukan istrinya bersetubuh dengan dia, dihukum, karena memperkosa, dengan hukuman penjara selama-lamanya dua belas tahun.

Oleh para Pemohon dimohonkan untuk dimaknai "*Barang siapa dengan kekerasan atau ancaman kekerasan memaksa bersetubuh dengan dia, dihukum karena memperkosa dengan hukuman penjara selama-lamanya dua belas tahun*". Dengan demikian, yang akan terjadi adalah bahwa meskipun dalam hubungan dengan sifat melawan hukum tidak ada perubahan karena terletak pada ada atau tidak adanya paksaan dengan menggunakan kekerasan atau ancaman kekerasan, namun pelaku perbuatan yang dapat dipidana berubah: semula, pelaku yang dapat dipidana adalah laki-laki yang memaksa dengan kekerasan atau ancaman kekerasan kepada perempuan yang bukan istrinya bersetubuh dengannya, berubah menjadi setiap orang, baik laki-laki maupun perempuan, yang memaksa dengan kekerasan atau ancaman kekerasan seseorang, baik laki-laki maupun perempuan, bersetubuh dengannya.

Satu hal mendasar yang perlu dikemukakan yaitu bahwa pertimbangan di atas diberikan dalam konteks KUHP, tidak berkaitan dengan kekerasan dalam rumah tangga yang telah diatur dengan undang-undang tersendiri, yaitu Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2004 tentang Penghapusan Kekerasan Dalam Rumah Tangga.

- c) Pasal 292 KUHP yang selengkapnya berbunyi:



Orang dewasa yang melakukan perbuatan cabul dengan orang yang belum dewasa dari jenis kelamin yang sama, sedang diketahuinya atau patut harus disangkanya hal belum dewasa itu, dihukum selama-lamanya lima tahun.

Oleh para Pemohon dimohonkan untuk dimaknai "*Orang-orang yang melakukan perbuatan cabul dengan orang dari jenis kelamin yang sama, dihukum penjara selama-lamanya lima tahun*". Dengan demikian, yang akan terjadi adalah:

- a. pelaku perbuatan yang dapat dipidana berubah: semula, pelaku yang dapat dipidana adalah orang dewasa, baik laki-laki maupun perempuan, yang melakukan perbuatan cabul dengan orang yang belum dewasa dari jenis kelamin yang sama dengan pelaku dan pelaku mengetahui atau patut harus menyangka kebelumdewasaan orang yang dicabuli, berubah menjadi setiap orang, baik laki-laki maupun perempuan, baik sudah dewasa maupun masih anak-anak, yang melakukan perbuatan cabul dengan orang lain dari jenis kelamin yang sama, baik orang lain itu sudah dewasa maupun masih anak-anak;
- b. sifat melawan hukum perbuatan itu juga berubah: semula, sifat melawan hukum itu dianggap ada jika pelaku mengetahui atau patut harus menyangka bahwa orang yang dicabuli itu belum dewasa, berubah menjadi tidak perlu ada pengetahuan itu;
alasan penghapus pidana juga berubah: semula, ada kemungkinan (meskipun sulit) pelaku dilepaskan dari tuntutan hukum jika terbukti bahwa ia tidak mengetahui perihal kebelumdewasaan orang yang dicabuli, berubah menjadi tidak ada kemungkinan itu.

Dengan seluruh pertimbangan berkenaan dengan Pasal 284, Pasal 285, dan Pasal 292 KUHP di atas maka telah nyata bahwa, secara substansial, permohonan para Pemohon bukan lagi sekadar memohon kepada Mahkamah untuk memberi pemaknaan tertentu terhadap norma undang-undang yang dimohonkan pengujian dalam Permohonan *a quo*, bahkan bukan pula sekadar memperluas pengertian yang terkandung dalam norma undang-undang yang dimohonkan pengujian itu, melainkan benar-benar merumuskan tindak pidana baru; sesuatu yang hanya pembentuk undang-undang yang berwenang melakukannya. Argumentasi bahwa proses pembentukan undang-undang memakan waktu lama tidak dapat dijadikan alasan pembenar bagi Mahkamah untuk mengambil-alih wewenang pembentuk undang-undang. Lagi pula, menghilangkan frasa tertentu dan/atau menambahkan pemaknaan baru terhadap suatu norma hukum pidana, yang berarti mengubah pula sifat melawan hukum (*wederrechtelijkheid*) perbuatan itu, tanpa melakukan perubahan atau penyesuaian dalam ancaman pidana (*strafmaat*)-nya dan bentuk pengenaan pidana (*strafmodus*)-nya tidaklah dapat diterima oleh penalaran hukum dalam merancang suatu norma hukum pidana karena hal itu melekat pada jenis atau kualifikasi perbuatan yang dapat dipidana atau tindak pidana (*strafbaarfeit*) yang bersangkutan.

Dengan memperhatikan pertimbangan sebagaimana diuraikan pada angka 1) di atas telah menjadi terang pula bahwa secara esensial permohonan *a quo* menjadi berhadapan dengan asas legalitas yang wajib diterapkan secara ketat dalam hukum pidana. Sebagaimana diketahui, asas legalitas yang secara doktriner diturunkan dari adagium *nulla poena sine lege; nulla poena sine crimine; nullum*

crimen sine poena legali, yang dalam perkembangannya kemudian “diringkas” menjadi adagium *nullum delictum, nulla poena sine praevia lege punali*, mengandung empat makna sebagai satu kebulatan pengertian, yaitu:

- a. tidak ada perbuatan pidana dan karenanya tidak ada pidana jika tidak ada undang-undang yang telah mengatur sebelumnya (*nullum crimen, nulla poena sine lege praevia*). Dalam pernyataan ini terkandung pengertian bahwa norma hukum pidana tidak boleh berlaku surut atau retroaktif;
- b. tidak ada perbuatan pidana dan karenanya tidak ada pidana jika tidak ada norma hukum tertulis atau undang-undang (*nullum crimen, nulla poena sine lege scripta*). Dalam pernyataan ini terkandung pengertian bahwa norma hukum pidana harus tertulis, demikian pula pidananya. Artinya, baik perbuatan yang dilarang maupun pidana yang diancamkan terhadap perbuatan yang dilarang itu harus tegas dituliskan dalam undang-undang;
- c. tidak ada perbuatan pidana dan karenanya tidak ada pidana jika tidak ada aturan tertulis atau undang-undang yang jelas rumusannya (*nullum crimen, nulla poena sine lege certa*). Dalam pernyataan ini terkandung pengertian bukan hanya larangan untuk memberlakukan hukum tidak tertulis dalam hukum pidana dan dalam menjatuhkan pidana tetapi juga larangan menjatuhkan pidana jika rumusan norma dalam hukum tertulis (undang-undang) itu tidak jelas;
- d. tidak ada perbuatan pidana dan karenanya tidak ada pidana jika tidak ada hukum tertulis yang ketat (*nullum crimen, nulla poena sine lege stricta*). Dalam pernyataan ini terkandung pengertian bahwa ketentuan yang terdapat dalam undang-undang pidana harus ditafsirkan secara ketat. Dari sini pula lahir pemahaman yang telah diterima di kalangan hukum bahwa dalam hukum pidana dilarang menggunakan analogi.

Dengan merujuk pada empat makna yang terkandung dalam pengertian asas legalitas tersebut jika dikaitkan dengan permohonan *a quo* dan jika Mahkamah mengabulkan permohonan para Pemohon maka timbul pertanyaan, apakah putusan Mahkamah Konstitusi dalam konteks ini memenuhi ukuran empat makna yang membentuk kebulatan pengertian yang terkandung dalam asas legalitas tersebut? Dalam hukum pidana, terminologi “undang-undang” yang terkandung dalam keempat makna asas legalitas di atas adalah merujuk pada pengertian undang-undang dalam arti yang sesungguhnya, yaitu produk hukum tertulis yang dibuat oleh pembentuk undang-undang (di Indonesia, oleh Dewan Perwakilan Rakyat bersama Presiden). Artinya, produk hukum yang lahir dari kebijakan pidana atau politik hukum pidana (*criminal policy*) pembentuk undang-undang.

Dengan demikian, anggaphlah diterima pandangan yang menyatakan bahwa karena putusan Mahkamah setara dengan undang-undang sehingga dengan sendirinya tiga makna pertama yang terkandung dalam asas legalitas itu terpenuhi (*nullum crimen, nulla poena sine lege praevia; nullum crimen, nulla poena sine lege scripta; nullum crimen, nulla poena sine lege certa*), *quod non*, tetapi makna keempat (*nullum crimen, nulla poena sine lege stricta*) jelas tidak terpenuhi. Sebab, jika penggunaan analogi (oleh hakim yang mengadili perkara pidana *in concreto*) dilarang, apakah tepat jika Mahkamah yang mengadili norma dapat memperluas makna yang termuat dalam norma hukum pidana yang merupakan hasil kebijakan pidana pembentuk undang-undang? Sekali lagi ini karena menyangkut hukum pidana di mana asas legalitas diterapkan secara ketat. Lagi pula, hanya karena materi muatan suatu norma undang-undang tidak lengkap atau tidak sepenuhnya mampu mengakomodasikan aspirasi yang berkembang dalam masyarakat tidaklah dengan sendirinya berarti norma undang-undang itu

bertentangan dengan UUD 1945, lebih-lebih dalam bidang hukum pidana.

3) Lebih jauh perihal kebijakan pidana atau politik hukum pidana dikaitkan dengan permohonan *a quo*, benar bahwa putusan Mahkamah Konstitusi memiliki kedudukan setara dengan undang-undang sehingga daya ikatnya pun setara dengan undang-undang. Namun kesetaraan itu adalah dalam konteks pemahaman akan kedudukan Mahkamah sebagai *negative legislator*, bukan dalam pemahaman sebagai pembentuk undang-undang (*positive legislator*). Benar pula bahwa Mahkamah melalui putusannya telah berkali-kali menyatakan suatu norma undang-undang konstitusional bersyarat (*conditionally constitutional*) ataupun inkonstitusional bersyarat (*conditionally unconstitutional*) yang mempersyaratkan pemaknaan tertentu terhadap suatu norma undang-undang untuk dapat dikatakan konstitusional, yang artinya jika persyaratan itu tidak terpenuhi maka norma undang-undang dimaksud adalah inkonstitusional. Namun, ketika menyangkut norma hukum pidana, Mahkamah dituntut untuk tidak boleh memasuki wilayah kebijakan pidana atau politik hukum pidana (*criminal policy*). Pengujian undang-undang yang pada pokoknya berisikan permohonan kriminalisasi maupun dekriminalisasi terhadap perbuatan tertentu tidak dapat dilakukan oleh Mahkamah karena hal itu merupakan salah satu bentuk pembatasan hak dan kebebasan seseorang di mana pembatasan demikian, sesuai dengan Pasal 28J ayat (2) UUD 1945, adalah kewenangan eksklusif pembentuk undang-undang. Hal ini penting ditegaskan sebab sepanjang berkenaan dengan kebijakan pidana atau politik hukum pidana, hal itu adalah sepenuhnya berada dalam wilayah kewenangan pembentuk undang-undang. Berbeda dengan bidang hukum lainnya, hukum pidana dengan sanksinya yang keras yang dapat mencakup perampasan kemerdekaan seseorang, bahkan nyawa seseorang, maka legitimasi negara untuk

merumuskan perbuatan yang dilarang dan diancam pidana serta jenis sanksi yang diancamkan terhadap perbuatan itu dikonstruksikan harus datang dari persetujuan rakyat, yang dalam hal ini mewujud pada organ negara pembentuk undang-undang (Dewan Perwakilan Rakyat bersama Presiden yang keduanya dipilih langsung oleh rakyat), bukan melalui putusan hakim atau pengadilan. Hanya dengan undang-undanglah hak dan kebebasan seseorang dapat dibatasi. Sejalan dengan dasar pemikiran ini, Pasal 15 dan Lampiran II, C.3. angka 117 Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan menegaskan bahwa materi muatan mengenai pidana hanya dapat dimuat dalam produk perundang-undangan yang harus mendapatkan persetujuan wakil rakyat di lembaga perwakilan, yaitu DPR atau DPRD, seperti Undang-Undang dan Peraturan Daerah. Sedangkan Mahkamah berada dalam posisi menguji apakah pembatasan yang dilakukan dengan undang-undang itu telah sesuai dengan Konstitusi atau justru melampaui batas-batas yang ditentukan dalam Konstitusi. Oleh karena itu, sepanjang berkenaan dengan hukum pidana, selama ini permohonan yang diajukan justru memohon agar dilakukan dekriminalisasi terhadap suatu perbuatan yang diatur dalam undang-undang karena dinilai bertentangan dengan hak asasi manusia dan hak konstitusional warga negara sehingga harus dapat diuji konstitusionalitasnya. Sebab, kewenangan pengujian undang-undang memang ditujukan untuk menjaga agar hak dan kebebasan konstitusional warga negara yang dijamin oleh Konstitusi tidak dilanggar oleh kebijakan kriminalisasi yang dibuat oleh pembentuk undang-undang. Oleh karena itu, meskipun secara konstitusional memiliki kewenangan menetapkan kebijakan kriminalisasi, pembentuk undang-undang pun harus sangat berhati-hati. Pembentuk undang-undang harus benar-benar memperhatikan bukan hanya perkembangan hukum yang hidup dalam masyarakat

sebagai pandangan hidup Bangsa Indonesia tetapi juga perkembangan dunia. Simposium Pembaruan Hukum Nasional yang dilakukan di Semarang pada bulan Agustus 1980, untuk menunjuk sebuah referensi, merekomendasikan bahwa untuk menetapkan kebijakan kriminalisasi perlu diperhatikan kriteria umum, yaitu:

- a. apakah perbuatan itu tidak disukai atau dibenci oleh masyarakat karena merugikan, atau dapat merugikan, mendatangkan korban atau dapat mendatangkan korban;
- b. apakah biaya mengkriminalisasi seimbang dengan hasilnya yang akan dicapai, artinya *cost* pembuatan undang-undang, pengawasan dan penegakan hukum, serta beban yang dipikul oleh korban dan pelaku kejahatan itu sendiri harus seimbang dengan situasi tertib hukum yang akan dicapai;
- c. apakah akan makin menambah beban aparat penegak hukum yang tidak seimbang atau nyata-nyata tidak dapat diemban oleh kemampuan yang dimilikinya;
- d. apakah perbuatan-perbuatan itu menghambat atau menghalangi cita-cita bangsa Indonesia, sehingga merupakan bahaya bagi keseluruhan masyarakat.

Berbagai kriteria umum di atas tentu harus dipertimbangkan dari berbagai aspek. Penilaian terhadap kriteria pertama akan bersentuhan dengan aspek norma-norma moral, adat, dan agama. Pada ranah ini, kesepakatan-kesepakatan politik melalui lembaga perwakilan antara kelompok yang berbeda agama, aliran, dan golongan di Indonesia amat diperlukan. Sementara kriteria kedua harus dipenuhi dengan melakukan penghitungan secara cermat ihwal dampak dikriminalkannya suatu perbuatan. Sedangkan kriteria ketiga mesti dipenuhi dengan mempertimbangkan beban kerja aparat penegak hukum jika suatu perbuatan ditetapkan sebagai tindak pidana. Adapun untuk kriteria terakhir dibutuhkan simulasi

dan antisipasi yang memadai ihwal akibat dari penetapan suatu perbuatan sebagai tindak pidana agar keseimbangan hak individu dan masyarakat sebagai salah satu tujuan pemidanaan tetap dapat dijaga. Sekali lagi, meskipun pembentuk undang-undang secara konstitusional memiliki kewenangan untuk menetapkan kebijakan kriminalisasi, hanya dengan dukungan hasil riset yang intensiflah kiranya segala argumentasi yang akan dipakai untuk memenuhi keempat kriteria umum di atas memperoleh legitimasinya.

- 4) Berkait dengan Permohonan *a quo*, sesungguhnya Mahkamah telah menyatakan pendiriannya tatkala memutus permohonan dengan substansi yang serupa dengan permohonan *a quo*, sebagaimana tertuang dalam Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 132/PUU-XIII/2015, bertanggal 5 April 2017. Dalam pertimbangan hukum putusan tersebut, Mahkamah telah menegaskan, antara lain:

"[3.9]...

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 memutus sebuah perkara judicial review. Dari dua doktrin di atas, maka pengadilan khususnya Mahkamah Konstitusi dalam memutus suatu perkara judicial review terdapat batasan yang juga harus diperhatikan yaitu pembatasan untuk tidak menjadi "miniparliament" atau mengambil kewenangan dari legislatif (DPR)..."

- 5) Lebih jauh, dengan memeriksa secara saksama dalil-dalil yang dikemukakan para Pemohon, nyata kalau Permohonan *a quo* bertolak dari anggapan bahwa semua persoalan yang merupakan fenomena sosial dalam masyarakat berupa perbuatan yang oleh

para Pemohon dinilai sebagai perbuatan atau perilaku menyimpang, bahkan sebagai persoalan besar bangsa, akan terselesaikan secara efektif apabila perbuatan atau perilaku menyimpang yang menjadi fenomena sosial itu dinyatakan sebagai tindak pidana dan menghukum atau menjatuhkan pidana terhadap pelakunya. Dalam hubungan ini, penting direnungkan bahwa hukum hanyalah salah satu kaidah sosial atau kaidah kemasyarakatan yang bertujuan menciptakan sekaligus memelihara tertib sosial dalam kehidupan masyarakat. Terdapat banyak kaidah sosial atau kaidah kemasyarakatan lainnya yang juga bertujuan menciptakan dan memelihara tertib sosial dimaksud, yaitu kaidah kesusilaan, kaidah kesopanan, dan kaidah agama. Pandangan para sosiolog yang telah diterima secara umum menyatakan bahwa ketertiban sosial akan tercipta manakala segenap kaidah kemasyarakatan itu bekerja atau berfungsi dengan baik, dimulai dari kaidah kesusilaan, kaidah kesopanan, kaidah agama, dan terakhir barulah kaidah hukum. Tugas hukum akan menjadi jauh lebih ringan manakala kaidah kesusilaan, kaidah kesopanan, dan kaidah agama itu ditaati oleh masyarakat yang lahir dari kesadaran bahwa kaidah-kaidah itu dibutuhkan dalam kehidupan bermasyarakat sehingga menimbulkan rasa wajib moral untuk mentaatinya. Khusus dalam kaitannya dengan kaidah hukum, kaidah yang ada dalam bidang atau lapangan hukum pidana menempati urutan terakhir. Artinya, hukum pidana baru akan digunakan apabila kaidah kesusilaan, kaidah kesopanan, kaidah agama, dan kaidah hukum dalam bidang atau lapangan hukum lainnya telah tidak memadai lagi. Oleh karena itulah hukum pidana dikatakan sebagai "obat terakhir" (*ultimum remedium*). Dengan demikian, membebaskan seluruh tanggung jawab dalam menata fenomena sosial berupa perilaku yang dianggap menyimpang (*deviant behavior*) semata-mata kepada kaidah

hukum, lebih-lebih hanya kepada kaidah hukum pidana, tidaklah proporsional, bahkan cenderung terlalu menyederhanakan persoalan. Sebab belum tentu akar dari semua problema sosial itu bersumber pada lemahnya kaidah hukum, *in casu* hukum pidana, sehingga "obat" yang dibutuhkan guna mengatasinya juga belum tentu semata-mata berupa perbaikan kaidah hukum, khususnya kaidah hukum pidana. Membangun argumentasi bahwa menata tertib sosial harus dilakukan dengan cara memaksa anggota masyarakat yang berperilaku menyimpang itu dengan ancaman hukuman, lebih-lebih hukum pidana, sama artinya dengan menyatakan bahwa tertib sosial hanya mungkin tercipta di bawah ancaman. Andaikapun asumsi ini benar maka ketertiban yang lahir darinya, yaitu dalam hal ini berupa perilaku taat hukum, adalah ketertiban semu. Sebab ketaatan yang menghadirkan ketertiban itu lahir semata-mata karena ancaman hukuman, bukan karena dilandasi atau dimotivasi oleh kesadaran yang lahir dari adanya rasa wajib moral untuk taat. Pertimbangan ini bukan hendak menafikan peran hukum, termasuk hukum pidana, melainkan semata-mata untuk menegaskan bahwa tertib sosial itu tidak semata-mata tercipta karena paksaan kaidah hukum melainkan harus didasari oleh adanya rasa wajib moral untuk taat kepada seluruh kaidah sosial atau kaidah kemasyarakatan yang ada dengan kesadaran bahwa kaidah-kaidah sosial itu dibutuhkan dalam kehidupan bersama. Dalam konteks itu, pendidikan memegang peranan penting sehingga dibutuhkan kesatuan pandangan perihal tata nilai yang harus dikembangkan dalam ketiga lingkungan pendidikan yang ada, yaitu keluarga, sekolah, dan masyarakat.

- 6) Setelah mempertimbangkan secara saksama terhadap substansi permohonan para Pemohon yang pada dasarnya memohon agar Mahkamah melakukan kebijakan kriminalisasi, sebagaimana

diuraikan pada angka 1) sampai dengan angka 5) di atas, selanjutnya Mahkamah akan mempertimbangkan secara satu demi satu dalil-dalil para Pemohon sebagai berikut:

a. Bahwa, menurut para Pemohon, frasa "yang beristri" dan frasa "*sedang diketahuinya bahwa Pasal 27 Kitab Undang-undang Hukum Perdata (Sipil) berlaku kepadanya*" dalam Pasal 284 ayat (1) angka 1e. huruf a KUHP; frasa "*yang bersuami*" dalam Pasal 284 ayat (1) angka 1e. huruf b KUHP;

frasa "*sedang diketahuinya, bahwa kawannya itu bersuami*" dalam Pasal 284 ayat (1) angka 2e. huruf a KUHP; frasa "*yang tiada bersuami*" dan frasa "*sedang diketahuinya, bahwa kawannya itu beristri dan Pasal 27 Kitab Undang-undang Hukum Perdata (Sipil) berlaku pada kawannya itu*" dalam Pasal 284 ayat (1) angka 2e. huruf b KUHP; dan Pasal 284 ayat (2), ayat (3), ayat (4), dan ayat (5) KUHP bertentangan dengan Pasal 29 ayat (1), Pasal 28B ayat (1) dan ayat (2), Pasal 28H ayat (1), dan Pasal 28J ayat (2) UUD 1945 dengan argumentasi bahwa ketiadaan larangan zina selain makna yang dipersempit dalam KUHP menyebabkan rusaknya sistem dan tatanan keluarga dan tatanan sosial serta tidak lagi sesuai dengan perkembangan hukum, Mahkamah mempertimbangkan:

- Pasal 29 ayat (1) UUD 1945 mengatur bahwa negara berdasar atas Ketuhanan Yang Maha Esa. Sebagai dasar pengujian, dengan menguji ketentuan-ketentuan yang dimohonkan para Pemohon terhadap ketentuan UUD 1945 tersebut, sama sekali tidak terdapat pertentangan. Dengan adanya frasa-frasa yang disebutkan oleh para Pemohon tersebut, di mana laki-laki beristri atau perempuan bersuami yang berbuat zina dinyatakan sebagai tindak pidana justru sejalan dengan norma Pasal 29 ayat (1) UUD 1945. Apalagi telah menjadi pemahaman umum bahwa tidak satu pun agama

membenarkan adanya perbuatan zina. Ihwal pengaturan zina dalam KUHP tersebut belum lengkap atau belum mencukupi semua perbuatan yang dapat dikategorikan sebagai zina tidak berarti norma Undang-Undang *a quo* inkonstitusional. Persoalan kekuranglengkapan dalam konteks ini berbeda dengan persoalan inkonstitusionalitas. Tugas pembentuk undang-undang lah untuk menyempurnakan atau melengkapi kekurangan itu setelah memperhatikan perkembangan hukum yang hidup di Indonesia maupun di dunia, sebagaimana telah diuraikan pada pertimbangan sebelumnya;

Pasal 28B ayat (1) UUD 1945 mengatur tentang hak untuk membentuk keluarga dan melanjutkan keturunan yang sah. Maka, beberapa frasa dalam Pasal 284 ayat (1), ayat (2), ayat (3), ayat (4), dan ayat (5) KUHP alih-alih bertentangan, sebagaimana didalilkan para Pemohon, justru turut menopang bagaimana hak untuk berkeluarga dan melanjutkan keturunan yang sah tetap terjaga. Begitu pula halnya dengan Pasal 28B ayat (2) yang mengatur tentang hak anak atas kelangsungan hidup, tumbuh, dan berkembang serta berhak atas perlindungan dari kekerasan dan diskriminasi. Dengan adanya larangan bagi suami atau istri untuk melakukan zina, perlindungan terhadap anak justru makin terjamin;

- Pasal 28J UUD 1945 merupakan ketentuan yang berkenaan dengan pembatasan terhadap hak dan kebebasan seseorang yang ditetapkan dengan undang-undang untuk menjamin penghormatan atas hak dan kebebasan orang lain. Sebagaimana halnya dengan norma UUD 1945 yang telah disinggung sebelumnya, justru pembatasan terhadap laki-laki yang beristri dan perempuan yang bersuami untuk berzina dalam Pasal

284 KUHP tersebut adalah dalam rangka membatasi hak pelaku perbuatan itu di mana pembatasan tersebut dilakukan sesuai dengan tuntutan moral, nilai-nilai agama, dan ketertiban umum;

- Bahwa terjadinya kerusakan sistem dan tatanan sosial serta keluarga akibat perbuatan perzinaan, salah satu penyebabnya adalah tidak dikriminalkannya perbuatan zina dalam arti yang lebih luas dalam ketentuan hukum pidana Indonesia, sebagaimana didalilkan para Pemohon, sangat mungkin terjadi. Namun, hal itu bukan berarti jenis perbuatan yang sudah ditetapkan sebagai perbuatan zina dalam Pasal 284 KUHP bertentangan dengan UUD 1945, apalagi menjadi penyebab terjadinya kerusakan sebagaimana didalilkan para Pemohon. Bila mengikuti rangkaian dalil para Pemohon, penyebab terjadinya kerusakan tatanan sosial dan keluarga dimaksud lebih dikarenakan terjadinya kekosongan hukum yang belum menjangkau pengertian zina dalam arti yang lebih luas sebagaimana dimaksud oleh para Pemohon. Kekosongan demikian seharusnya diisi melalui proses legislasi oleh pembentuk undang-undang, bukan dengan memohon kepada Mahkamah untuk memperluas pengertian zina yang diatur dalam Pasal 284 KUHP tersebut. Lagi pula, walaupun Mahkamah melakukan hal yang dimohonkan para Pemohon tersebut, *quod non*, tidak ada jaminan bahwa masalah yang dirisaukan oleh para Pemohon akan teratasi.

Berdasarkan pertimbangan di atas, Mahkamah berpendapat dalil para Pemohon sepanjang berkenaan dengan Pasal 284 KUHP tidak beralasan menurut hukum.

- b. Bahwa, menurut para Pemohon, frasa "*perempuan yang bukan istrinya*" dalam Pasal 285 KUHP bertentangan dengan Pasal 28B

ayat (2), Pasal 28G ayat (1), Pasal 28H ayat (1), dan Pasal 28J ayat (2) UUD 1945 dengan alasan tidak menjamin kepastian adanya perlindungan yang setara baik terhadap perempuan maupun laki-laki di setiap usia dari ancaman perkosaan, Mahkamah mempertimbangkan:

- Pasal 28B ayat (2) UUD 1945, sebagaimana diuraikan sebelumnya, mengatur tentang hak anak atas kelangsungan hidup, tumbuh, dan berkembang serta berhak atas perlindungan dari kekerasan dan diskriminasi. Perbuatan pidana pemerkosaan terhadap perempuan, lebih-lebih perempuan yang bukan istrinya, sebagaimana diatur dalam Pasal 285 KUHP, justru merupakan salah satu jaminan kepastian bahwa seorang perempuan terlindungi dari tindakan pemerkosaan. Pengkhususan pengaturan subjek yang hanya mencakup perempuan dalam Pasal tersebut tidak dapat diartikan bertentangan dengan Pasal 28B ayat (2) UUD 1945. Sebab, pada saat norma tersebut dirumuskan, hanya perempuanlah yang kerap menjadi korban perkosaan. Andaikata pun ada perkembangan baru pemerkosaan yang juga bisa dilakukan oleh seorang perempuan terhadap laki-laki, maka perbuatan itu yang mesti diputuskan lebih jauh apakah akan dikriminalkan atau tidak melalui proses pembentukan atau perubahan undang-undang. Sehingga dengan demikian, menyatakan Pasal 285 KUHP bertentangan dengan Pasal 28B ayat (2) UUD 1945 karena tidak mencakup pemerkosaan yang dilakukan oleh seorang perempuan terhadap laki-laki tidak memiliki koherensi;
- Pasal 28G ayat (1) UUD 1945 mengatur tentang hak atas perlindungan diri pribadi, keluarga, kehormatan, martabat seseorang dari ancaman ketakutan. Oleh karena itu, jangankan bertentangan, keberadaan Pasal 285 KUHP justru

sebagai instrumen hukum untuk memastikan bahwa seorang perempuan dilindungi dari perbuatan pemerkosaan;

- 7) Pasal 28H ayat (1) UUD 1945 memuat ketentuan yang terkait dengan hak hidup sejahtera lahir batin dan mendapatkan lingkungan yang baik dan sehat. Sesungguhnya hak konstitusional yang diatur dalam Pasal 28H ayat (1) UUD 1945, yang lahir dari konsepsi hak-hak ekonomi dan sosial, tidak ada relevansinya dengan substansi atau materi muatan yang diatur dalam Pasal 285 KUHP. Namun, jika menurut para Pemohon dipandang ada relevansinya maka, sama halnya dengan pertimbangan Mahkamah yang telah dikemukakan sebelumnya, justru dengan keberadaan Pasal 285 KUHP seorang perempuan dijamin haknya untuk hidup sejahtera lahir dan batin karena terlindungi dari ancaman pemerkosaan;
- 8) Pasal 28J UUD 1945, sebagaimana telah disinggung sebelumnya, merupakan ketentuan yang terkait dengan pembatasan terhadap hak dan kebebasan seseorang yang (harus) ditetapkan dengan undang-undang semata-mata untuk menjamin penghormatan terhadap hak dan kebebasan orang lain dan untuk memenuhi tuntutan yang adil sesuai dengan pertimbangan moral, nilai-nilai agama, keamanan, dan ketertiban umum dalam suatu masyarakat demokratis. Pasal 285 KUHP justru membatasi kebebasan seseorang agar tidak melakukan kekerasan atau ancaman kekerasan yang bertentangan dengan norma agama, moral, dan ketertiban umum dan sekaligus untuk menjamin penghormatan dan kebebasan orang lain, sebagaimana maksud Pasal 28J ayat (2) UUD 1945.
 - a. Bahwa adalah benar Pasal 285 KUHP tidak dapat menjangkau tindakan kekerasan atau pemerkosaan yang dilakukan oleh perempuan terhadap laki-laki, hanya saja karena ketidakterjangkauan itu tidak lantas berarti Pasal 285 KUHP bertentangan dengan UUD 1945. Sebab yang sesungguhnya terjadi adalah kekosongan hukum yang dikarenakan kebijakan

kriminalisasi pembentuk undang-undang belum menetapkan atau mengatur perkosaan oleh perempuan terhadap laki-laki. Maka, yang seharusnya dilakukan bukanlah memohon kepada Mahkamah untuk mengisi kekosongan itu, yang membuat Mahkamah menjadi bertindak sebagai *positive legislator*, melainkan mengusulkan dan mendorong agar pembentuk undang-undang untuk memasukkan pemerkosaan oleh perempuan terhadap laki-laki itu ke dalam kebijakan pidananya.

- b. Berdasarkan pertimbangan di atas, Mahkamah berpendapat dalil para Pemohon sepanjang berkenaan dengan Pasal 285 KUHP tidak beralasan menurut hukum.
 - c. Bahwa, menurut para Pemohon, frasa "*dewasa*", frasa "*yang belum dewasa*", dan frasa "*sedang diketahuinya atau patut harus disangkanya hal belum dewasa itu*" dalam Pasal 292 KUHP bertentangan dengan Pasal 1 ayat (3), Pasal 28D ayat (1), dan Pasal 28G ayat (1) UUD 1945 karena tidak memberikan perlindungan, kepastian hukum, dan keadilan bagi korban cabul sesama jenis yang korbannya bukan anak di bawah umur, melainkan orang dewasa, serta ketidakpastian hukum bagi pelaku yang bukan orang dewasa, Mahkamah mempertimbangkan:
 - Pasal 1 ayat (3) UUD 1945 adalah norma Konstitusi yang menegaskan bahwa Indonesia adalah negara hukum. Keberadaan frasa-frasa dalam Pasal 292 KUHP yang dimaksud oleh para Pemohon sama sekali tidak bertentangan dengan gagasan bahwa Indonesia adalah negara hukum. Justru karena merupakan negara hukumlah hal demikian diatur sebagai salah satu bentuk jaminan dan perlindungan terhadap anak dari perbuatan cabul;
- 9) Pasal 28D ayat (1) UUD 1945 adalah berkenaan dengan pengaturan perihal hak setiap orang atas pengakuan, jaminan, perlindungan,

dan kepastian hukum yang adil. Rumusan ketentuan pidana dalam Pasal 292 KUHP memang hanya ditujukan bagi subjek tertentu, yaitu orang dewasa dan korbannya anak-anak. Rumusan demikian sama sekali tidak bertentangan dengan hak atas pengakuan, jaminan, perlindungan dan kepastian hukum. Sebab, subjek yang diatur di dalamnya sangat jelas dan pasti. Perihal ada bentuk perbuatan cabul dan pelaku perbuatan cabul lainnya tentu tidaklah menafikan bahwa perbuatan cabul orang dewasa terhadap anak, sebagaimana diatur dalam Pasal 292 KUHP, sebagai sebuah tindak pidana;

- 10) Pasal 28G ayat (1) UUD 1945, sebagaimana telah diuraikan sebelumnya, adalah mengatur tentang hal ihwal hak atas perlindungan diri pribadi, keluarga, kehormatan, martabat seseorang dari ancaman ketakutan. Pengaturan perbuatan cabul terhadap anak sebagai tindak pidana, sebagaimana diatur dalam Pasal 292 KUHP, justru merupakan salah satu wujud perlindungan terhadap diri pribadi, kehormatan, dan martabat seseorang, terutama dalam hal ini anak, dari ancaman ketakutan;
- 11) Sama halnya dengan uraian dalam pertimbangan sebelumnya, dalam perkembangan perilaku sosial masyarakat ternyata terdapat bentuk dan pelaku perbuatan cabul yang belum terakomodasikan dalam ketentuan yang ada, *in casu* Pasal 292 KUHP. Terhadap kondisi demikian, upaya yang semestinya ditempuh adalah mengajukan usul dan mendorong perubahan undang-undang kepada pembentuk undang-undang untuk menjadikan pencabulan terhadap orang dewasa atau pencabulan anak terhadap anak sebagai tindak pidana, bukan dengan melakukan pengujian undang-undang. Proses pembahasan Rancangan Kitab Undang-undang Hukum Pidana yang tengah berlangsung dapat dijadikan momentum untuk mengajukan usul demikian. Pembentuk undang-undang seharusnya menangkap aspirasi ini sebagai bagian dari masukan dalam menyusun substansi Rancangan Kitab Undang-undang Hukum Pidana yang baru.

Berdasarkan pertimbangan di atas, Mahkamah berpendapat permohonan para Pemohon sepanjang berkenaan dengan Pasal 292 KUHP tidak beralasan menurut hukum.

Bahwa dengan seluruh pertimbangan di atas bukanlah berarti Mahkamah menolak gagasan “pembaruan” para Pemohon sebagaimana tercermin dalam dalil-dalil permohonannya. Bukan pula berarti Mahkamah berpendapat bahwa norma hukum pidana yang ada dalam KUHP, khususnya yang dimohonkan pengujian dalam Permohonan *a quo*, sudah lengkap. Mahkamah hanya menyatakan bahwa norma pasal-pasal dalam KUHP yang dimohonkan pengujian dalam permohonan *a quo* tidak bertentangan dengan UUD 1945.

Perihal perlu atau tidaknya dilengkapi, hal itu sepenuhnya merupakan kewenangan pembentuk undang-undang melalui kebijakan pidana (*criminal policy*)-nya yang merupakan bagian dari politik hukum pidana. Oleh karena itu, gagasan pembaruan yang ditawarkan para Pemohon seharusnya diajukan kepada pembentuk undang-undang dan hal tersebut seharusnya menjadi masukan penting bagi pembentuk undang-undang dalam proses penyelesaian perumusan KUHP yang baru.

[3.13] Menimbang bahwa berdasarkan seluruh pertimbangan sebagaimana diuraikan pada paragraf **[3.12]** di atas, Mahkamah berpendapat permohonan para Pemohon tidak beralasan menurut hukum.

KONKLUSI

Berdasarkan penilaian atas fakta dan hukum sebagaimana diuraikan di atas, Mahkamah berkesimpulan:

[4.1] Mahkamah berwenang mengadili permohonan *a quo*;

[4.2] Para Pemohon memiliki kedudukan hukum untuk mengajukan permohonan *a quo*;

[4.3] Pokok permohonan tidak beralasan menurut hukum.

(Menolak permohonan para Pemohon untuk seluruhnya).

2. PENDAPAT BERBEDA (***DISSSENTING OPINION***)

Terhadap putusan Mahkamah tersebut terdapat 4 (empat) orang Hakim Konstitusi yakni Hakim Konstitusi Arief Hidayat, Hakim Konstitusi Anwar Usman, Hakim Konstitusi Wahiduddin Adams, dan Hakim Konstitusi Aswanto, yang memiliki pendapat berbeda (*dissenting opinion*), sebagai berikut:

Pancasila merupakan sumber segala sumber hukum negara. Penempatan Pancasila sebagai sumber dari segala sumber hukum negara adalah sesuai dengan Pembukaan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 alinea keempat yaitu Ketuhanan Yang Maha Esa, Kemanusiaan yang adil dan Beradab, Persatuan Indonesia, Kerakyatan yang dipimpin oleh hikmat kebijaksanaan dalam Permusyawaratan/Perwakilan, dan Keadilan sosial bagi seluruh rakyat Indonesia. Menempatkan Pancasila sebagai dasar dan ideologi negara serta sekaligus dasar filosofis negara sehingga setiap materi muatan Peraturan Perundang-undangan tidak boleh bertentangan dengan nilai-nilai yang terkandung dalam Pancasila.

Dalam Pancasila, nilai ketuhanan dibaca dan dimaknai secara hierarkis. Nilai Ketuhanan merupakan nilai tertinggi karena menyangkut nilai yang bersifat mutlak. Seluruh nilai kebaikan

diturunkan dari nilai ini. Suatu perbuatan dikatakan baik apabila tidak bertentangan dengan nilai, kaidah dan hukum Tuhan. Berikutnya, dalam bacaan Pancasila juga, prinsip Ketuhanan diwujudkan dalam paham kemanusiaan yang adil dan beradab sebagai watak kebangsaan Indonesia. Dalam pandangan Jimly Asshiddiqie, dorongan keimanan dan ketakwaan kepada Tuhan Yang Maha Esa menentukan kualitas dan derajat kemanusiaan seseorang di antara sesama manusia sehingga perikehidupan bermasyarakat dan bernegara dapat tumbuh sehat dalam struktur kehidupan yang adil sehingga kualitas peradaban bangsa dapat berkembang secara terhormat di antara bangsa-bangsa.

Nilai-nilai ketuhanan yang dikehendaki Pancasila, meminjam ungkapan Bung Karno, merupakan nilai-nilai Ketuhanan yang berkebudayaan dan berkeadaban. Artinya, nilai-nilai etis ketuhanan yang digali dari nilai profetis agama-agama dan kepercayaan bangsa yang bersifat membebaskan, memuliakan keadilan dan persaudaraan ketuhanan lapang, dan toleran yang memberi semangat kegotongroyongan dalam etika sosial dalam kehidupan berbangsa dan bernegara. Sejalan dengan itu, Bung Hatta mengungkapkan, Sila Ketuhanan menjadi dasar yang memimpin ke jalan kebenaran, keadilan, kebaikan, kejujuran dan persaudaraan. Sila Ketuhanan mengajak bangsa Indonesia untuk mengembangkan etika sosial dalam kehidupan publik-politik dengan memupuk rasa kemanusiaan dan persatuan, mengembangkan permusyawaratan dan keadilan sosial.

Dalam pemahaman di atas, Ketuhanan Yang Maha Esa bukan merupakan prinsip yang memasuki ruang akidah umat beragama, melainkan suatu prinsip hidup bersama dalam suatu negara di

tengah masyarakat dengan keragaman agama dan keyakinan. *The founding fathers* tidak memaknai sila Ketuhanan dalam makna yang terlalu teologis dan filosofis. Ia tidak ditampilkan sebagai konsep Ilahiah menurut klaim agama dan filsafat tertentu. Ketuhanan dimaknai dalam konteks kehidupan praksis, suatu kehidupan yang dicirikan dengan bagaimana nilai-nilai ketuhanan itu dipraktikkan dalam kehidupan sehari-hari, seperti bersikap adil terhadap sesama, berkata dan bertindak jujur, dan menyambung silaturahmi, sehingga perpecahan antar sesama dapat dihindari. Dari nilai-nilai demikian itulah, negara memperoleh fundamennya.

Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 (UUD 1945) merupakan hukum dasar dalam Peraturan Perundang-undangan. Yang dimaksud dengan hukum dasar adalah norma dasar bagi Pembentukan Peraturan Perundang-Undangan yang merupakan sumber hukum bagi Pembentukan Peraturan Perundang-Undangan di bawah UUD 1945.

Berdasarkan Pasal 1 ayat (3), Pasal 29, dan Pasal 18B ayat (2) UUD 1945 dapat dipahami bahwa Negara Indonesia merupakan “negara hukum yang berdasar atas Ketuhanan Yang Maha Esa yang senantiasa menjamin kemerdekaan tiap-tiap penduduk untuk memeluk agamanya masing-masing dan untuk beribadat menurut agamanya, serta mengakui dan menghormati kesatuan- kesatuan masyarakat hukum adat beserta hak-hak tradisionalnya sepanjang masih hidup dan sesuai dengan perkembangan masyarakat dan prinsip NKRI yang diatur dalam undang-undang”. Konsepsi ini menegaskan bahwa peraturan perundang- undangan di Indonesia harus senantiasa sejalan dan sama sekali tidak boleh bertentangan dengan dasar Ketuhanan Yang Maha Esa dan nilai agama serta *living law* yang sesuai dengan perkembangan masyarakat dan prinsip NKRI.

Terkait dalam konteks ini pula, dalam Pasal 28D ayat (1) UUD 1945 disebutkan bahwa salah satu hak konstitusional setiap orang adalah “kepastian hukum yang adil”, bukan kepastian hukum semata, sehingga jika terdapat suatu kepastian hukum dalam bentuk norma Undang-Undang yang mereduksi, mempersempit, melampaui batas, dan/atau justru bertentangan dengan dasar Ketuhanan Yang Maha Esa serta nilai agama dan *living law* yang sesuai dengan perkembangan masyarakat dan prinsip NKRI maka kepastian hukum tersebut bukanlah kepastian hukum yang adil sehingga harus dinyatakan bertentangan dengan UUD 1945 dan tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat dan sama sekali tidak boleh diserahkan sebagai *open legal policy* dari pembentuk undang-undang.

Eksistensi Pasal 1 ayat (3), Pasal 29, dan Pasal 18B ayat (2) UUD 1945, serta Pasal 28D ayat (1) UUD 1945 sejatinya tidaklah menegasikan hak dan kebebasan manusia. Manusia tetap mendapat jaminan konstitusional untuk menjalankan hak dan kebebasannya sebagaimana yang diatur dalam BAB XA UUD 1945 mengenai Hak Asasi Manusia, namun Pasal 28J ayat (2) UUD 1945 menegaskan bahwa dalam menjalankan hak dan kebebasannya, setiap orang wajib tunduk kepada pembatasan yang ditetapkan dengan undang-undang dengan maksud semata-mata untuk menjamin pengakuan serta penghormatan atas hak dan kebebasan orang lain dan untuk memenuhi tuntutan yang adil sesuai dengan pertimbangan moral, nilai-nilai agama, keamanan, dan ketertiban umum dalam suatu masyarakat yang demokratis.

Dalam konteks Pasal 28J ayat (2) inilah UUD 1945 menegaskan jati diri dan identitasnya sebagai konstitusi yang berketuhanan (*Godly Constitution*) sehingga terlihat jelas bahwa nilai agama dan ketertiban

umum diberi posisi dan fungsi oleh konstitusi sebagai salah satu rambu atau pedoman yang harus dipatuhi dalam membentuk norma undang-undang sehingga manakala terdapat norma undang-undang yang mereduksi, mempersempit, melampaui batas, dan/atau justru bertentangan dengan nilai agama maka norma Undang-Undang itulah yang harus disesuaikan agar tidak bertentangan dengan nilai agama dan ajaran ketuhanan.

Elaborasi jati diri dan identitas UUD 1945 sebagai konstitusi yang berketuhanan (*Godly Constitution*) sekaligus hukum dasar dalam Peraturan Perundang-undangan selanjutnya senantiasa tercermin dalam frasa "Dengan Rahmat Tuhan Yang Maha Esa" pada setiap bagian awal peraturan perundang-undangan serta dalam setiap *irah-irah* "Demi Keadilan Berdasarkan Ketuhanan Yang Maha Esa" pada suatu Putusan Pengadilan. Hal ini merefleksikan bahwa setiap kepastian hukum di Indonesia, baik dalam bentuk norma peraturan perundang-undangan (termasuk undang-undang) maupun putusan pengadilan, harus senantiasa disinari oleh nilai agama dan sinar Ketuhanan sehingga sistem hukum di Indonesia (termasuk hukum pidana) sama sekali tidak boleh memberikan atau membiarkan adanya eksistensi norma hukum yang mereduksi, mempersempit, melampaui batas, dan/atau justru bertentangan dengan nilai agama dan sinar ketuhanan.

Mahkamah yang diberikan tugas dan kewenangan oleh UUD 1945 sebagai *the sole interpreter and the guardian of the constitution* bahkan juga sebagai *the guardian of the state ideology* juga memiliki kewajiban konstitusional untuk senantiasa menjaga agar norma undang-undang tidak mereduksi, mempersempit, melampaui batas, dan/atau bahkan bertentangan dengan nilai agama dan sinar

ketuhanan, mengingat Putusan Mahkamah juga senantiasa diawali dengan *irah- irah* "Demi Keadilan Berdasarkan Ketuhanan Yang Maha Esa" serta mengingat sumpah/janji jabatan tiap-tiap hakim konstitusi yang juga senantiasa diawali dengan nilai agama dan sinar ketuhanan yang antara lain muncul dalam frasa "Demi Allah", "Demi Tuhan", "Om Atah Paramawisesa" serta diakhiri pula dengan nilai agama dan sinar ketuhanan yang antara lain muncul dalam frasa "kiranya Tuhan Menolong Saya" atau "Om, Shanti, Shanti, Shanti, Om".

Pasal 284 KUHP yang mengatur delik *overspel* pada hakikatnya sangat dipengaruhi filosofi dan paradigma sekuler-hedonistik yang menjadi hegemoni pembentukan norma hukum di Eropa pada masa silam yang tentunya sangat berbeda dengan kondisi sosiologis masyarakat di nusantara, baik secara historis jauh sebelum dilakukannya konkordansi *Wetboek Van Strafrecht* oleh pemerintah kolonial Hindia Belanda maupun dalam konteks kekinian di negara Republik Indonesia.

Ruang lingkup Pasal 284 KUHP sejatinya (hanya) meliputi kriminalisasi dan penalisasi terhadap perbuatan *overspel* (*Echtbreuk*, de *Schending van de huwelijktrow*/pelanggaran terhadap kesetiaan perkawinan) sehingga sifat ketercelaan (*verwijtbaarheid*) delik *overspel* sebagai persetubuhan di luar perkawinan dalam Pasal 284 KUHP adalah hanya karena perbuatan tersebut dianggap merusak kesucian dan keutuhan lembaga perkawinan.

Noyon-Langemeijer mengemukakan *overspel kan aller door een gehuwde gepleegd worden: de ongehuwde met wie gepleegd wordt is volgens de wet medepleger* (*Overspel* hanya dapat dilakukan oleh orang yang terikat perkawinan, sedangkan orang yang tidak terikat perkawinan namun tersangkut dalam perbuatan tersebut dikonstruksikan sebagai turut serta). Begitu pula *Arrest Hoge Raad* Belanda 16 Mei 1946

menyebutkan bahwa yang dimaksud *overspel* adalah *is met begrepenvleselijke gemeenschap met een derde ander goedkewing van den auderen echtgenaat. Die dood is dan geen schending van de huwelijksstrow. I.C. was deman souteneur; hij had zijn vrouw tat publieke vrow gemaakt. Hij keurde haar levenswijze zander voorboud gaed* (tidak termasuk persetubuhan dengan orang ketiga di luar perkawinan yang dilakukan atas persetujuan suami atau istrinya (dalam kasus *a quo*: suami menjadi germo dari sang istri). Perbuatan ini bukanlah merupakan pelanggaran terhadap kesetiaan perkawinan, melainkan bahwa suami-istri tersebut telah bersepakat menyetujui cara hidup mereka berdua dalam menjalani bahtera perkawinan). Dengan demikian, jelaslah bahwa kriminalisasi dan penalisasi delik *overspel* dalam Pasal 284 KUHP hanya berlaku terhadap mereka yang sudah menikah saja berdasarkan pengaduan (*klachtdelict*) dan dalam hal pasangan yang disetubuhi belum menikah maka pasangan yang disetubuhi itu dikonstruksikan sebagai turut serta (*medepleger*).

Paradigma dan filosofi sebagaimana tersebut di atas jelas mempersempit, bertentangan, dan sama sekali tidak memberi tempat bagi nilai agama, sinar ketuhanan, serta nilai hukum yang hidup dalam masyarakat Indonesia (*living law*) yang memandang bahwa sifat ketercelaan (*verwijtbaarheid*) dari persetubuhan di luar perkawinan sejak dahulu di bumi nusantara sejatinya lebih luas, yakni termasuk juga karena perbuatan tersebut bertentangan dengan nilai agama serta *living law* masyarakat Indonesia, sebab menurut nilai agama dan *living law* yang hidup dan berkembang di masyarakat Indonesia dari dulu hingga kini (minus Pasal 284 KUHP), persetubuhan hanya boleh dilakukan antara laki-laki dan perempuan dalam ikatan perkawinan.

Dengan demikian, konsep *overspel* (gendak/permukahan) dalam Pasal 284 KUHP jelas mempersempit ruang lingkup dan bahkan bertentangan dengan konsep persetubuhan terlarang (zina) menurut nilai agama dan *living law* yang hidup dan berkembang di masyarakat

Indonesia yang sejatinya lebih luas, yakni meliputi baik persetubuhan di luar perkawinan yang dilakukan oleh pihak yang terikat perkawinan (*adultery*) maupun persetubuhan yang dilakukan oleh pihak yang tidak terikat perkawinan (*fornication*).

Dalam kehidupan masyarakat di nusantara jauh sebelum dilakukannya konkordansi *Wetboek van Strafrecht* oleh pemerintah kolonial Hindia Belanda, zina merupakan perbuatan yang sangat tercela dan tidak pernah dipandang sebagai perbuatan yang hanya berdimensi privat, sebab secara sosiologis dan antropologis, kehidupan masyarakat Indonesia yang terdiri dari beragam agama dan suku bangsa lebih identik dengan nuansa komunal-religius ketimbang nuansa individual-sekuler sehingga setiap perbuatan tercela yang dilakukan oleh individu (khususnya zina) senantiasa dianggap menimbulkan dampak negatif secara komunal, sebab yang dianggap primer dalam *living law* masyarakat Indonesia adalah masyarakat, bukan individu, sebab individu bukanlah manusia yang terasing dan bebas dari segala ikatan struktur masyarakatnya.

Begitu pula dalam ajaran agama manapun yang hidup dan berkembang di Indonesia, zina merupakan perbuatan yang sangat tercela. Dalam agama Islam misalnya, terdapat norma larangan dari Allah SWT kepada manusia yang secara eksplisit menyebutkan “...*dan janganlah kamu mendekati zina. Sesungguhnya zina merupakan suatu perbuatan yang keji dan suatu jalan yang buruk*” (Q.S. Al Isra: 32). Dalam ajaran Islam, ruang lingkup ketercelaan perbuatan zina jelas meliputi *adultery* dan *fornication*, meskipun memang besaran ancaman hukuman terhadap keduanya berbeda.

“Upaya perlawanan” terhadap kepastian hukum yang tidak adil sebagaimana yang tercantum dalam Pasal 284 KUHP juga telah beberapa kali dilakukan oleh Mahkamah Agung, antara lain dalam Putusan Mahkamah Agung Nomor 93/K/Kr/1976 yang telah berkekuatan

hukum tetap (*inkracht van gewijsde*) yang pada esensinya memandang bahwa ruang lingkup delik Pasal 284 KUHP seharusnya meliputi pula persetubuhan di luar perkawinan, terlepas dari persyaratan apakah salah satu pihak terikat perkawinan atau tidak. Selain itu, Surat Edaran Mahkamah Agung (SEMA) Nomor 8 Tahun 1980 juga telah menyatakan bahwa pasca Putusan MA Nomor 349 K/Kr/1980, yurisprudensi telah menggariskan keseimbangan dalam perlakuan hukum dalam konteks pemaknaan Pasal 284 KUHP.

Begitu pula dalam RUU tentang KUHP yang diajukan Presiden kepada DPR sebagai *ius constituendum* yang telah disusun oleh para ahli hukum pidana sejak lebih dari 50 tahun yang lalu juga telah mencoba untuk mengembalikan konsep bahwa ketercelaan (*verwijtbaarheid*) dari perbuatan “persetubuhan di luar perkawinan” sejatinya bersifat intrinsik dan bukan sekedar karena merusak kesucian dan keutuhan perkawinan sebagaimana konsep yang dianut sejak lama oleh masyarakat di bumi nusantara jauh sebelum diberlakukannya *Wetboek van Strafrecht* berdasarkan asas konkordansi oleh pemerintah kolonial Hindia Belanda.

Dengan demikian, dari waktu ke waktu semakin dirasakan bahwa eksistensi kepastian hukum yang ada dalam norma Pasal 284 KUHP jelas bersifat tidak adil, baik secara sosiologis-historis maupun dalam konteks kekinian, sebab filosofi dan paradigma yang menjiwai norma Pasal 284 KUHP jelas mempersempit dan bahkan bertentangan dengan konsep “persetubuhan terlarang” menurut berbagai nilai agama dan *living law* masyarakat di Indonesia yang oleh konstitusi diakui sebagai salah satu rambu atau pedoman utama dalam setiap pembentukan norma hukum guna menjamin kepastian hukum yang adil. Selain itu, rumusan dan keberlakuan Pasal 284 KUHP juga menyebabkan terjadinya segregasi penduduk sebagai bagian dari politik kolonial berdasarkan status perkawinan, jenis kelamin, dan golongan penduduk, khususnya dalam frasa “telah kawin” dan frasa “Pasal 27 *Burgerlijk Wetboek* berlaku baginya” sebagaimana yang diuraikan dalam Surat Edaran Mahkamah

Agung (SEMA) Nomor 8 Tahun 1980 sehingga jelas juga bertentangan dengan Pasal 27 ayat (1) UUD 1945.

Jika eksistensi Pasal 284 KUHP tetap dipertahankan sebagaimana adanya (*pro status quo*) maka kewibawaan supremasi konstitusi dan hukum di Indonesia akan sangat terancam manakala suatu Undang-Undang yang senantiasa memuat frasa "Dengan Rahmat Tuhan Yang Maha Esa" justru mencantumkan norma hukum yang bertentangan atau setidaknya mempersempit dan mereduksi ruang lingkup ketercelaan suatu perbuatan yang telah digariskan secara jelas menurut hukum Tuhan. Begitu pula putusan pengadilan yang senantiasa memuat *irah-irah* "Demi Keadilan Berdasarkan Ketuhanan Yang Maha Esa" juga harus senantiasa membebaskan pelaku yang telah terbukti secara sah dan meyakinkan melakukan perbuatan yang sangat dilarang menurut hukum Tuhan semata-mata hanya karena tidak memenuhi unsur delik, padahal perbuatan tersebut jelas dilarang dan bersifat sangat tercela menurut nilai agama dan sinar ketuhanan.

Jika hal ini dibiarkan terus-menerus atau diputuskan sebagai *open legal policy* dari pembentuk undang-undang yang sepenuhnya tergantung pada kekuatan dan konfigurasi politik yang senantiasa dinamis maka Mahkamah sejatinya memberikan kesempatan atau setidaknya ikhlas membiarkan eksistensi suatu norma hukum dalam undang-undang dan putusan-putusan pengadilan yang tidak diterangi dan bahkan bertentangan dengan nilai agama dan sinar ketuhanan serta *living law* masyarakat Indonesia, padahal Mahkamah Agung sebagai sesama pelaku kekuasaan kehakiman dan sebagian besar ahli hukum pidana Indonesia bersama Pemerintah dalam tim penyusunan dan pembahasan RUU tentang KUHP sebagai *ius constituendum* kodifikasi hukum pidana nasional yang rancangannya telah disampaikan ke Dewan Perwakilan Rakyat (DPR) melalui Surat Presiden Susilo Bambang Yudhoyono pada 11 Desember 2011 dengan Surat Nomor R-87-88/Pres/12/2011 dan Surat Presiden Joko Widodo

Nomor R-35/Pres/06/2015 tanggal 5 Juni 2015 yang sekarang dalam tahap pembahasan dengan Komisi III DPR RI, telah lama berjuang dan menunjukkan langkah nyata keberpihakannya dengan menyatakan sikap bahwa ketercelaan perbuatan persetubuhan di luar perkawinan sejatinya bersifat intrinsik dan bukan sekedar karena perbuatan tersebut merusak kesucian dan keutuhan lembaga perkawinan sehingga ruang lingkup ketercelaan (*verwijtbaarheid*) perbuatan zina dalam konteks tertib hukum pidana Indonesia harus dikembalikan lagi seperti sediakala sebelum dipersempit ruang lingkungannya oleh Pemerintah kolonial Hindia Belanda berdasarkan *Wetboek van Strafrecht* dan asas konkordansi oleh pemerintah kolonial Hindia-Belanda sehingga seharusnya meliputi baik *adultery* maupun *fornication*.

Dalam konteks kriminalisasi, kami sependapat bahwa Mahkamah seharusnya mengambil sikap membatasi diri (*judicial restraint*) untuk tidak menjadi "*positive legislator*" dengan memperluas ruang lingkup suatu tindak pidana (*strafbaar feit*), namun lain persoalannya manakala norma Undang-Undang *a quo* secara nyata mereduksi dan bahkan bertentangan dengan nilai agama dan sinar ketuhanan yang pada dasarnya bersifat 'terberi' (*given*) bagi ketertiban dan kesejahteraan kehidupan manusia, sebab *adultery* dan *fornication* sejatinya merupakan *mala in se* dan bukan *mala prohibita* karena sifat ketercelaannya (*verwijtbaarheid*) bersifat intrinsik dan jelas disebutkan dalam Al Qur'an serta berbagai kitab suci lain, sehingga aspek persetujuan (perwakilan) rakyat tidaklah menjadi aspek yang *sine qua non* seperti manakala suatu negara harus memutuskan akan melakukan atau tidak melakukan kriminalisasi terhadap suatu perbuatan yang bersifat *mala prohibita*.

Dengan menyatakan bahwa zina seharusnya meliputi *adultery* dan *fornication*, kami berpendapat bahwa Mahkamah sejatinya tidaklah menjadi "*positive legislator*" atau memperluas ruang lingkup suatu tindak pidana (*strafbaar feit*), melainkan mengembalikan kembali konsep zina sesuai dengan nilai hukum dan keadilan menurut berbagai nilai agama

dan hukum yang hidup dalam masyarakat di Indonesia yang telah dipersempit ruang lingkungannya selama ratusan tahun oleh hukum positif “warisan” pemerintah kolonial Hindia Belanda sehingga hanya meliputi *adultery* saja berdasarkan Pasal 284 KUHP. Oleh karena itu, Mahkamah dalam konteks ini seharusnya ber-*ijtihad* dengan melakukan *moral reading of the Constitution* dan bukan justru menerapkan prinsip *judicial restraint*.

Upaya rekriminalisasi melalui putusan pengadilan sejatinya juga bukanlah hal yang tabu atau bahkan diharamkan bagi hakim, sebab melalui *judicial activism*, hakim (khususnya hakim konstitusi) justru berkewajiban untuk menjaga, meluruskan, dan menyeleraskan hukum pidana dengan dinamika kehidupan masyarakat, bahkan *Hoge Raad* (Mahkamah Agung Belanda) beranggapan bahwa memang ada kemungkinan arti satu kata atau pengertian yang dirangkumkan dalam perundang-undangan akan mengalami perubahan seiring dengan berjalannya waktu sehingga perbuatan yang dulu tidak tercakup, sekarang justru masuk ke dalam rumusan delik tertentu sehingga metode interpretasi harus dapat dilakukan oleh hakim guna menyeleraskan perkaitan antara masa lalu dengan masa kini (*die Verbindungen von Gestern zu Heute herzustellen*) [Jan Remmelik: 2003, hlm. 56].

Pasal 5 UU Nomor 48/2009 tentang Kekuasaan Kehakiman juga memerintahkan bahwa “Hakim dan hakim konstitusi wajib menggali, mengikuti, dan memahami nilai-nilai hukum dan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat” sehingga jika terdapat ketidaksesuaian antara norma Undang-Undang dengan “nilai-nilai hukum dan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat” maka hakim dan hakim konstitusi wajib mengikuti dan berpihak pada “nilai-nilai hukum dan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat”.



Benar bahwa dalam konteks hukum dan dinamika masyarakat, rasio dan kalbu manusia harus digunakan secara seimbang, namun penggunaan rasio secara berlebihan hingga membuat peran kalbu semakin marjinal hanya akan menciptakan despiritualisasi hukum yang pada akhirnya dapat membinasakan hidup dan kehidupan manusia. Penyempitan makna zina yang hanya meliputi *adultery* menurut Pasal 284 KUHP jelas merupakan despiritualisasi hukum, sebab menurut ajaran agama dan ketertiban umum yang memang oleh konstitusi dijadikan sebagai salah satu rambu atau pedoman yang harus dipatuhi dalam membentuk norma undang-undang, persetubuhan antara laki-laki dan perempuan secara manusiawi hanya dapat dibenarkan melalui sarana lembaga perkawinan.

Dengan diakuinya zina sebagai suatu konsep yang meliputi *adultery* dan *fornication* maka konsep zina dalam hukum pidana Indonesia seharusnya juga tidak perlu lagi mensyaratkan pengaduan (*klacht*) dan tidak lagi mengkonstruksikan pelaku zina yang tidak terikat perkawinan sebagai turut serta (*medeplegger*).

Adapun untuk pemidanaannya, baik jenis (*strafsoort*) maupun besarannya (*strafmaat*), atau boleh jadi tindakan (*maatregel*) yang dapat dijatuhkan kepada pelaku zina, kami berpendapat hal ini merupakan *open legal policy* pembentuk undang-undang.

Pasal 285 KUHP yang mengatur delik perkosaan pada hakikatnya mengatur kriminalisasi dan penalisasi terhadap laki-laki yang melakukan perbuatan perkosaan terhadap perempuan. Perkosaan dalam pasal *a quo* dikonsepsikan sebagai perbuatan laki-laki yang memaksa dengan kekerasan atau ancaman kekerasan terhadap perempuan untuk bersetubuh di luar perkawinan sehingga menegasikan kemungkinan terjadinya perkosaan yang dilakukan oleh pelaku perempuan terhadap korban laki-laki.

Paradigma dan filosofi dalam Pasal 285 KUHP ini memiliki persoalan konstitusionalitas yang sangat serius, sebab substansi pasal *a quo* memandang bahwa perkosaan sebagai perbuatan memaksa dengan kekerasan atau ancaman kekerasan untuk bersetubuh hanya dapat dilakukan oleh laki-laki terhadap perempuan. Paradigma dan filosofi *male-superiority complex* yang terkandung dalam pasal *a quo* jelas mengancam dan tidak sejalan dengan beberapa jaminan hak konstitusional menurut Pasal 27 ayat (1), Pasal 28D ayat (1), dan Pasal 28G ayat (1) UUD 1945, sebab norma-norma konstitusi ini menyebutkan prinsip kesamaan kedudukan di hadapan hukum (*equality before the law*) tanpa membedakan jenis kelamin dan secara historis maupun kontemporer dapat dibuktikan bahwa baik laki-laki maupun perempuan sama-sama berpotensi menjadi pelaku ataupun korban dalam konteks delik perkosaan (*verkrachting*).

Percobaan perkosaan dan perkosaan yang dilakukan oleh perempuan terhadap laki-laki bukanlah sesuatu yang ahistoris dan seiring perkembangan budaya dan teknologi medis (rekayasa genetik/obat-obatan), hal ini ternyata justru seringkali juga terjadi. Ketercelaan dan kerugian akibat delik perkosaan (*verkrachting*) tidaklah semata-mata karena berpotensi menyebabkan perempuan hamil dan melahirkan anak luar kawin, melainkan termasuk pula trauma fisik dan psikis serta stigma sosial yang negatif bagi korban, yang hal ini tentunya dapat dialami baik oleh laki-laki maupun perempuan.

Dengan diakuinya konsepsi perkosaan sebagai pemaksaan pesetubuhan yang dapat dilakukan baik oleh laki-laki maupun perempuan maka kami berpendapat frasa "perempuan" dalam Pasal 285 KUHP seharusnya dinyatakan bertentangan dengan UUD 1945 dan tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat.

Adapun untuk pembedanya, baik jenis (*strafsoort*) maupun besarnya (*strafmaat*), atau boleh jadi tindakan (*maatregel*) yang dapat

dijatuhkan kepada pelaku perkosaan (*verkrachting*), kami berpendapat hal ini merupakan *open legal policy* pembentuk undang-undang.

Pasal 292 KUHP yang mengatur delik percabulan pada hakikatnya mengatur kriminalisasi dan penalisasi terhadap orang dewasa yang melakukan perbuatan cabul dengan orang lain sesama kelamin yang diketahuinya atau sepatutnya harus diduga belum dewasa. Paradigma dan filosofi pasal *a quo* jelas hanya mengutamakan perlindungan terhadap “seorang yang masih berada di bawah umur” (*minderjarige*) agar tidak menjadi korban percabulan dari orang dewasa yang berjenis kelamin sama sehingga sifat ketercelaannya (*verwijtbaarheid*) lebih dikarenakan aspek viktimogen, yakni semata-mata karena korbannya merupakan “seorang yang masih berada di bawah umur” (*minderjarige*).

Secara historis, pencantuman unsur objektif “anak di bawah umur dari jenis kelamin yang sama” dalam pasal *a quo* jelas merupakan ‘kemenangan’ kaum homoseksual dan sebagian anggota *Tweede Kamer* Belanda yang memang afirmatif terhadap praktik homoseksualitas, padahal praktik homoseksualitas jelas merupakan salah satu perilaku seksual yang secara intrinsik, manusiawi, dan universal sangat tercela menurut hukum agama dan sinar ketuhanan serta nilai-nilai hukum yang hidup di masyarakat (*living law*) sehingga kami berpendapat bahwa kata “dewasa”, frasa “yang belum dewasa”, dan frasa “yang diketahuinya atau sepatutnya harus diduganya belum dewasa” dalam Pasal 292 KUHP seharusnya dinyatakan bertentangan dengan UUD 1945 dan tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat.

Adapun untuk ppidanaannya, baik jenis (*strafsoort*) maupun besarnya (*strafmaat*), atau boleh jadi tindakan (*maatregel*) yang dapat dijatuhkan kepada pelaku percabulan sesama jenis, kami berpendapat hal ini merupakan *open legal policy* pembentuk undang-undang.

Dengan demikian, UUD 1945 tidak boleh membiarkan kebebasan absolut setiap orang untuk berbuat semata-mata menurut kehendaknya,

terlebih lagi dalam hal perbuatan tersebut jelas mereduksi, mempersempit, melampaui batas, dan bertentangan dengan nilai agama serta sinar ketuhanan. Oleh karena itu, manakala UUD 1945 bersinggungan dengan nilai agama (*religion*), UUD 1945 sebagai konstitusi yang berketuhanan (*Godly Constitution*) harus menegaskan jati dirinya sebagai penjamin *freedom of religion* dan bukan *freedom from religion* sehingga segala kepastian hukum dalam bentuk norma undang-undang yang mereduksi, mempersempit, melampaui batas, dan bahkan bertentangan dengan nilai agama serta sinar ketuhanan haruslah dinyatakan bertentangan dengan UUD 1945 dan tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat.

Kekhawatiran akan adanya potensi penyimpangan kekuasaan (*abuse of power*) yang akan dilakukan aparat penegak hukum dalam konteks penegakan hukum terhadap tindak pidana zina, perkosaan, dan homoseksual, sejatinya bukanlah persoalan konstitusionalitas norma. Setiap proses pembuktian unsur-unsur tindak pidana di negara manapun senantiasa mensyaratkan proses pembuktian yang profesional serta wajib dilandasi dengan itikad baik dan prinsip praduga tak bersalah (*presumption of innocence*) dan bahkan dalam ajaran Islam, terdapat ancaman hukuman yang tak kalah beratnya bagi setiap orang yang beriktikad buruk menuduh orang lain berbuat zina tanpa didasarkan bukti dan proses pembuktian yang dapat dipertanggungjawabkan.

Maraknya perilaku "main hakim sendiri" (*eigenrichting*) yang selama ini dilakukan masyarakat terhadap pelaku hubungan seksual terlarang (baik dalam bentuk zina, perkosaan, maupun homoseksual) justru terjadi karena nilai agama dan *living law* masyarakat di Indonesia tidak mendapat tempat yang proporsional dalam sistem hukum (pidana) Indonesia sehingga jika telah terdapat modifikasi norma hukum (*legal substance*) mengenai hal ini maka diharapkan struktur (*legal structure*) dan budaya hukum (*legal culture*) masyarakat Indonesia dalam

menyikapi fenomena perbuatan-perbuatan *a quo* juga dapat berubah menjadi lebih baik.

Dengan demikian, berdasarkan *ratio decidendi* sebagaimana tersebut di atas, kami berpendapat bahwa Mahkamah seharusnya mengabulkan permohonan para Pemohon.

Hal mengenai konsep Godly constitution ini, Suatu Konstitusi atau Undang-Undang Dasar supaya bermakna bagi suatu negara, maka konstitusi tersebut harus fungsional, di dalam arti konstitusi secara efektif mampu memenuhi fungsi-fungsinya, sehingga tidak terjadi kesenjangan (*gap*) antara apa yang tertulis dalam Undang-Undang Dasar dengan realitas konstitusional dalam kehidupan masyarakat⁷⁰. Dalam pada itu, melalui putusan MK nomor 46/PUU-XIV/2016, terlihat adanya pertentangan antara positive legislature dengan negative legislature.

Menurut hemat kami, putusan MK tersebut menganut *negative legislature* apabila dilihat dari kacamata fungsi MK sebagai *the Guardian of Constitution*. Akan tetapi, bila dilihat melalui kacamata *positive legislature*, maka *dissenting opinion* hakim lah yang menganut dan menerapkan posisi MK sebagai *the Guardian of Ideology*. Meskipun demikian, apabila dilihat dalam posisinya sebagai *the guardian of ideology*, MK selayaknya tidak perlu menghawatirkan terjadinya positive legislature, hal ini dikarenakan MK dapat memosisikan diri secara fleksibel baik itu sebagai *the guardian of constitution*, maupun sebagai *the guardian of ideology*.

MK didalam melakukan pengujian konstitusionalitas suatu Undang-undang tidak hanya berpikir dengan pertimbangan sempit, yaitu hanya memeriksa apakah undang-undang tersebut bertentangan atau tidak dengan UUD NRI 1945. MK harus mampu melihat dan

⁷⁰ Abdul Mukthie Fadjar, **Peranan Mahkamah Konstitusi Dalam Membangun Kesadaran Berkonstitusi, Konstitusionalisme Demokrasi**, In TRANS menyatakan suatu undang Publishing, Malang, 2010, hlm. 13.

menjangkau dengan perspektif yang lebih luas. Itulah yang tulisan makna sebagai *positive legislature*.⁷¹ Mengenai penilaian atau pengujian konstiusionalitas Undang-Undang dapat menggunakan alat pengukur sebagaimana berikut : 1) naskah UUD yang resmi tertulis 2) dokumen-dokumen tertulis yang terikat erat dengan naskah UUD itu, seperti risalah-risalah, keputusan dan ketetapan MPR, Undang-Undang tertentu, peraturan tata tertib, dan lain-lain;serta 3) nilai-nilai konstitusi yang hidup dalam praktek ketatanegaraan yang telah dianggap sebagai bagian yang tidak terpisahkan dari keharusan dan kebiasaan dalam penyelenggaraan kegiatan bernegara; dan 4) nilai-nilai yang hidup dalam kesadaran kognitif rakyat serta kenyataan perilaku politik dan hukum warga negara yang dianggap sebagai kebiasaan dan keharusan-keharusan yang ideal dalam perikehidupan berbangsa dan bernegara.

Elaborasi jati diri dan identitas UUD 1945 sebagai konstitusi yang berketuhanan (*Godly Constitution*) sekaligus hukum dasar dalam Peraturan Perundang-undangan selanjutnya senantiasa tercermin dalam frasa "Dengan Rahmat Tuhan Yang Maha Esa" pada setiap bagian awal peraturan perundang-undangan serta dalam setiap *irah-irah* "Demi Keadilan Berdasarkan Ketuhanan Yang Maha Esa" pada suatu Putusan Pengadilan. Hal ini merefleksikan bahwa setiap kepastian hukum di Indonesia, baik dalam bentuk norma peraturan perundang-undangan (termasuk undang-undang) maupun putusan pengadilan, harus senantiasa disinari oleh nilai agama dan sinar Ketuhanan sehingga sistem hukum di Indonesia (termasuk hukum pidana) sama sekali tidak boleh memberikan atau membiarkan adanya eksistensi norma hukum yang mereduksi, mempersempit, melampaui batas, dan/atau justru bertentangan dengan nilai agama dan sinar ketuhanan.

⁷¹ Jimly Asshiddiqie, **Hukum Acara Pengujian Undang-Undang**, Sekretariat Jenderal dan Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia, Jakarta, 2005, hlm. 8, dalam fitria esfandari, jazim hamidi, "*positive Legislature mahkamah Konstitusi di Indonesia*" halaman 9.

Mahkamah yang diberikan tugas dan kewenangan oleh UUD 1945 sebagai *the sole interpreter and the guardian of the constitution* bahkan juga sebagai *the guardian of the state ideology* juga memiliki kewajiban konstitusional untuk senantiasa menjaga agar norma undang-undang tidak mereduksi, mempersempit, melampaui batas, dan/atau bahkan bertentangan dengan nilai agama dan sinar ketuhanan, mengingat Putusan Mahkamah juga senantiasa diawali dengan *irah- irah* "Demi Keadilan Berdasarkan Ketuhanan Yang Maha Esa" serta mengingat sumpah/janji jabatan tiap-tiap hakim konstitusi yang juga senantiasa diawali dengan nilai agama dan sinar ketuhanan yang antara lain muncul dalam frasa "Demi Allah", "Demi Tuhan", "Om Atah Paramawisesa" serta diakhiri pula dengan nilai agama dan sinar ketuhanan yang antara lain muncul dalam frasa "kiranya Tuhan Menolong Saya" atau "Om, Shanti, Shanti, Shanti, Om".

Dengan demikian, UUD 1945 tidak boleh membiarkan kebebasan absolut setiap orang untuk berbuat semata-mata menurut kehendaknya, terlebih lagi dalam hal perbuatan tersebut jelas mereduksi, mempersempit, melampaui batas, dan bertentangan dengan nilai agama serta sinar ketuhanan. Oleh karena itu, manakala UUD 1945 bersinggungan dengan nilai agama (*religion*), UUD 1945 sebagai konstitusi yang berketuhanan (*Godly Constitution*) harus menegaskan jati dirinya sebagai penjamin *freedom of religion* dan bukan *freedom from religion* sehingga segala kepastian hukum dalam bentuk norma undang-undang yang mereduksi, mempersempit, melampaui batas, dan bahkan bertentangan dengan nilai agama serta sinar ketuhanan haruslah dinyatakan bertentangan dengan UUD 1945 dan tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat.



BAB V

PENUTUP

Kesimpulan

1. Relevansi nilai (ketuhanan) dalam HAM dan Konstitusi Indonesia;

nilai-nilai ketuhanan sebagai dasar penegakan dan pengakuan atas HAM, memiliki kaitan erat dengan konsep negara Hukum. Disamping itu, Negara dalam berbagai cara kelahirannya membutuhkan sebuah Konstitusi untuk menjamin keberadaan dan eksistensi dirinya. Dengan demikian maka Konstitusi antara satu Negara dengan Negara lain tentu saja berbeda dalam hal *spirit of nation*-nya. Hal demikian terjadi karena perbedaan sosio-kultural, pergerakan politik, maupun perbedaan dalam hal latar belakang proses kelahiran dan terbentuknya sebuah Negara

2. kajian kesejarahan (yuridis historis) berkaitan konsep godly constitution;

Agama di bumi Nusantara telah mempengaruhi kondisi sosio kultural masyarakat. Pada saat itu, konstelasi masyarakat yang masih memegang teguh kebudayaan dan agama Hindu-Budha sebagian masih animisme dan dinamisme secara sedikit demi sedikit berbaur dan berubah dengan masuknya ajaran agama baru yaitu Islam, dan selanjutnya nasrani serta tionghoa. Perubahan ini dapat dilihat melalui adanya asimilasi kultural antara kebudayaan Islam dan budaya masyarakat Nusantara, termasuk di dalamnya peninggalan Hindu-Budha yang masih lestari. Munculnya kerajaan-kerajaan Islam menandai awal mula kemajuan peradaban dan pemerintahan Islam di wilayah Nusantara.

Islam masuk secara damai salah satunya melalui jalur perdagangan dan berkembang pengajarannya melalui jalan dakwah. Islam saat itu datang sebagai agama Tauhid yang kemudian melakukan pembaharuan di bidang keyakinan masyarakat terkait persamaan kedudukan manusia serta dihapusnya pola feodalisme yang memisahkan derajat antara manusia yang satu dengan manusia yang lain. Islam bahkan menghapuskan *kasta* yang pada saat itu masih menjadi rujukan dalam konteks pergaulan sosial masyarakat. Melalui

kekuatan sosiologis dan budaya yang telah menyatu, Islam kemudian tampil sebagai salah satu agama yang cukup dominan di wilayah Nusantara terutama dalam konsep Kemanusiaan (HAM), pendidikan, pemerintahan, keagamaan serta konsep perekonomian perdagangan.

Sebagai agama yang hidup berdampingan dengan heterogenitas keyakinan masyarakat, Islam tampil dengan sangat toleran. Budaya sebagai hasil pemikiran manusia tidak serta merta dihapuskan, tetapi secara perlahan dimasukkan nilai tauhid ke dalamnya sehingga sesuai dengan nilai dasar Islam. Lebih lanjut dapat disimpulkan bahwa Islam pada saat itu melakukan kompromi budaya dalam hal pemasukan dan penerapan ajaran-ajarannya.

Di samping itu, dominasi agama (nilai Ketuhanan) dalam kondisi Sosial Masyarakat Indonesia meskipun tidak cukup dapat dijadikan dasar pembentukan sebuah dasar Negara berdasarkan asas Islam, tetapi dapat dijadikan nilai yang mendasari kebutuhan penegakan HAM dan perwujudan Nilai ketuhanan berdasarkan masing-masing keyakinan agama yang hidup dalam konteks Negara Hukum Indonesia.

Perdebatan mengenai dimasukkannya nilai-nilai Ketuhanan ke dalam sebuah Konstitusi berlanjut pada masa berlakunya Undang-Undang Dasar Indonesia Serikat melalui perdebatan di dalam Badan Konstituante. Rangkaian perdebatan yang terjadi antara akan dipilihnya asas Islam ataukah Negara Kebangsaan dalam rapat pembentukan Undang-Undang Dasar menjadi bukti awal pergolakan pemikiran saat itu. Tidak disetujuinya pembentukan Negara Islam bukan karena mengabaikan fakta sejarah maupun hak-hak kaum Muslim, dan bukan karena tidak adanya relevansi antara Islam dan Konstitusi, tetapi lebih dari itu dalam rangka membangun tatanan kebangsaan dan kenegaraan yang mengakui persamaan dan kebebasan hak bagi setiap agama. Dan nilai kesetaraan inilah yang kemudian memberikan kebebasan kepada setiap agama untuk dapat diakui nilai-nilainya dalam bingkai Negara Hukum. Untuk itu, penegasan konsep Negara hukum dalam konstitusi selayaknya disesuaikan kembali pada rel nya yakni berdasarkan Ketuhanan. Penguatan terhadap

pengakuan agama dan ketuhanan tidak kemudian menjadikan institusionalisasi dan politisasi agama dalam negara hukum Indonesia.

3. Konstitusi Berketuhanan tersebut sebagai salah satu landasan teoritik

Elaborasi jati diri dan identitas UUD 1945 sebagai konstitusi yang berketuhanan (*Godly Constitution*) sekaligus hukum dasar dalam Peraturan Perundang-undangan selanjutnya senantiasa tercermin dalam frasa "Dengan Rahmat Tuhan Yang Maha Esa" pada setiap bagian awal peraturan perundang-undangan serta dalam setiap *irah-irah* "Demi Keadilan Berdasarkan Ketuhanan Yang Maha Esa" pada suatu Putusan Pengadilan. Hal ini merefleksikan bahwa setiap kepastian hukum di Indonesia, baik dalam bentuk norma peraturan perundang-undangan (termasuk undang-undang) maupun putusan pengadilan, harus senantiasa disinari oleh nilai agama dan sinar Ketuhanan sehingga sistem hukum di Indonesia (termasuk hukum pidana) sama sekali tidak boleh memberikan atau membiarkan adanya eksistensi norma hukum yang mereduksi, mempersempit, melampaui batas, dan/atau justru bertentangan dengan nilai agama dan sinar ketuhanan.



DAFTAR PUSTAKA

- A.Mukthie Fadjar, 2004, "***Tipe Negara Hukum***", Banyumedia Publishing, Malang.
- Brian Thompson, 2005 "***Textbook constitutional and administrative law***",
- Budiman Sinaga, 2005, "***Hukum Konstitusi***", Kusuma Kalam Semesta, Yogyakarta.
- C.F. Strong, 1960, "***Modern Political Constitution, An Introduction To The Comparative Study of their History and Existing Form***", Sidgwick & Jackson Limited, London
- Jimly Asshiddiqie, 2006, "***Konstitusi dan Konstitusionalisme***", Jakarta, MKRI, 2004
- John ferejohn, Jack N Rakove and Jonathan Rhile, 2001, "***Constitutional Culture and Democration Rule***", Cambridge University Press, United Kingdom.
- Koerniatmanto Soetoprawiro, "***Konstitusi: pengertian dan Perkembangannya***", pro justicia, no. 2 tahun V Mei 1987
- Padmo Wahyono, 1989, "***Pembangunan Hukum di Indonesia***", Ind-Hill Co, Jakarta.
- Panji Masyarakat*, No. 16, Tahun III, 4 Agustus 1999, hal.21, dalam Irfan Idris, 2009, "***Islam dan Konstitusionalisme Indonesia***".
- Risalah Sidang Badan Penyelidik Usaha-Usaha Persiapan Kemerdekaan Indonesia (BPUPKI), Panitia Persiapan Kemerdekaan Indonesia (PPKI)***, 1998, Jakarta, Sekretariat Negara Republik Indonesia,
- Sekretariat Jendral Mahmakah Konstitusi RI. "***Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia tahun 1945 dan Undang-Undang Republik Indonesia no. 24 tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi***" (Jakarta : Sekjend NKRI. 2006) hlm. 29 bagian perubahan pertama UUD NRI tahun 1945.
- Sri Soemantri, 1992, "***Bunga Rampai Hukum Tata Negara Indonesia***", Alumni, Bandung, hal. 29-30
- Sri Soemantri, 2002, "***Undang Undang Dasar 1945, Kedudukan dan Aspek Perubahannya***", Unpad Press, Bandung.
- Usep Ranawijaya, 1983, "***Hukum Tata Negara Indonesia, Dasar-dasarnya***", Ghalia Indonesia, Jakarta.

Wirjono Projudikoro, 1989, "**Asas-Asas Hukum Tata Negara di Indonesia**",
Dian Rakyat, Jakarta.

Zubaidi, 2007, **Islam dan Benturan Peradaban (Dialog Filsafat Barat dengan Islam, Dialog Peradaban, dan Dialog Agama)**, Ar-Ruz Media, Yogyakarta,.

Fitria Esfandiari, Jazim Hamidi, Moh. Fadli, **positive legislature mahkamah konstitusi di indonesia**, Program Magister Ilmu Hukum Fakultas Hukum Universitas Brawijaya Malang

