



**MAHKAMAH KONSTITUSI
REPUBLIK INDONESIA**

**RISALAH SIDANG
PERKARA NOMOR 46/PUU-XIV/2016**

**PERIHAL
PENGUJIAN 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
TERHADAP
UNDANG-UNDANG DASAR NEGARA REPUBLIK
INDONESIA TAHUN 1945**

**ACARA
PENGUCAPAN PUTUSAN**

J A K A R T A

KAMIS, 14 DESEMBER 2017



**MAHKAMAH KONSTITUSI
REPUBLIK INDONESIA**

**RISALAH SIDANG
PERKARA NOMOR 46/PUU-XIV/2016**

PERIHAL

Pengujian 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 [Pasal 284 ayat (1) sampai dengan ayat (5)] terhadap Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945

PEMOHON

1. Euis Sunarti
2. Rita Hendrawaty Soebagio
3. Dinar Dewi Kania, dkk.

ACARA

Pengucapan Putusan

**Kamis, 14 Desember 2017, Pukul 09.11 – 10.55 WIB
Ruang Sidang Gedung Mahkamah Konstitusi RI,
Jl. Medan Merdeka Barat No. 6, Jakarta Pusat**

SUSUNAN PERSIDANGAN

- | | |
|-------------------------|-----------|
| 1) Arief Hidayat | (Ketua) |
| 2) Anwar Usman | (Anggota) |
| 3) Aswanto | (Anggota) |
| 4) I Dewa Gede Palguna | (Anggota) |
| 5) Manahan MP Sitompul | (Anggota) |
| 6) Suhartoyo | (Anggota) |
| 7) Wahiduddin Adams | (Anggota) |
| 8) Maria Farida Indrati | (Anggota) |
| 9) Saldi Isra | (Anggota) |

Fadzlun Budhi SN

Panitera Pengganti

Pihak yang Hadir:

A. Pemohon:

1. Euis Sunarti
2. Rita Hendrawaty Soebagio
3. Nurul Hidayati
4. Dinar Dewi Kania
5. Akmal Syafi'i

B. Kuasa Hukum Pemohon:

1. Feizal Syah Menan
2. Aristya Kusuma Dewi
3. Anggi Ariwibowo
4. M. Andrian Kamil
5. Evi Risna Yanti

C. Pemerintah:

1. Purwoko
2. Surdianto

D. Pihak Terkait:

- | | |
|------------------------|-------------------------------|
| 1. Titin Suprihatin | (Persistri) |
| 2. Indri Oktavian | (Koalisi Perempuan Indonesia) |
| 3. Mursida Tahir | (Majelis Ulama Indonesia) |
| 4. Zainal Arifin Husen | (Majelis Ulama Indonesia) |
| 5. Muhammad Isnur | (YLBHI) |

E. KUASA HUKUM PIHAK TERKAIT

- | | |
|----------------------------|--------------------------|
| 1. Zunaerah Pangaribuan | (Yayasan Peduli Sahabat) |
| 2. Chaidir Napitupulu | (Yayasan Peduli Sahabat) |
| 3. Supriyadi Widodo Ediono | (ICJR) |
| 4. Naila Rizai | (Komnas Perempuan) |
| 5. Riri Khariro | |
| 6. Zainal Arifin aww | |

SIDANG DIBUKA PUKUL 09:11 WIB

1. HAKIM KETUA: ARIEF HIDAYAT

Bismillahirrahmaanirrahiim.

Sidang pengucapan ketetapan dan putusan dalam Perkara Nomor 46/PUU-XIV/2016 dengan ini dibuka dan terbuka untuk umum.

KETUK PALU 3X

Saya cek kehadirannya terlebih dahulu. Pemohon yang hadir siapa? Silakan.

2. KUASA HUKUM PEMOHON: FEIZAL SYAH MENAN

Terima kasih, Yang Mulia.

Pada pagi ini, hadir Pemohon Prof. Euis Sunarti, Ibu Rita Hendrawaty Soebagio, Ibu Nurul Hidayati, Ibu Dinar Dewi Kania, dan Bapak Akmal Syafi'i dengan Kuasa Hukum Feizal Syah Menan, Evi Risna Yanti, Aristya Kusuma Dewi, Anggi Ariwibowo, dan Bapak Andrian Kamil. Demikian, Yang Mulia.

3. KETUA: ARIEF HIDAYAT

Baik. Terima kasih.

Dari DPR belum hadir. Dari Pemerintah yang mewakili presiden?

4. PEMERINTAH: PURWOKO

Terima kasih, Yang Mulia.

Dari Pemerintah yang mewakili, saya Purwoko dan Pak Surdianto, Yang Mulia. Terima kasih.

5. KETUA: ARIEF HIDAYAT

Terima kasih. Baik.

Pihak Terkait. Yang pertama, Koalisi Perempuan Indonesia, hadir?

6. PIHAK TERKAIT DARI KOALISI PEREMPUAN INDONESIA: INDRI OKTAVIANI

Hadir Indri Oktaviani, Yang Mulia.

7. KETUA: ARIEF HIDAYAT

Baik. Terima kasih.
Dari Yayasan Peduli Sahabat?

8. KUASA HUKUM PIHAK TERKAIT DARI YAYASAN PEDULI SAHABAT: ZUNAERAH PANGARIBUAN

Terima kasih, Yang Mulia.
Kami hadir kuasa hukumnya, Zunaerah Pangaribuan dan Chaidir Napitupulu. Terima kasih.

9. KETUA: ARIEF HIDAYAT

Baik. Terima kasih.
Dari Persatuan Islam Istri atau Persistri?

10. PIHAK TERKAIT DARI PERSISTRI: TITIN SUPRIHATIN

Hadir, Yang Mulia. Saya Titin Suprihatin dari PP Persistri.

11. KETUA: ARIEF HIDAYAT

Baik. Terima kasih.
Dari International for Criminal Justice Reform?

12. KUASA HUKUM PIHAK TERKAIT DARI INTERNATIONAL FOR CRIMINAL JUSTICE REFORM: SUPRIYADI WIDODO EDIONO

Yang Mulia, diwakili Kuasa Hukum Supriyadi Widodo Ediono.

13. KETUA: ARIEF HIDAYAT

Baik. Terima kasih.
Dari Majelis Ulama Indonesia?

14. PIHAK TERKAIT DARI MUI: MURSIDAH TAHIR

Terima kasih, Yang Mulia.
Hadir kami dari Majelis Ulama Indonesia, diwakili oleh Zainal Arifin Husen dan Mursidah Tahir.

15. KETUA: ARIEF HIDAYAT

Baik. Terima kasih.

Terakhir dari Yayasan Lembaga Bantuan Hukum Indonesia (YLBHI)?

16. PIHAK TERKAIT DARI YLBHI: MUHAMMAD ISNUR

Assalamualaikum wr. wb. Terima kasih, Yang Mulia.
Saya Muhammad Isnur, hadir.

17. KETUA: ARIEF HIDAYAT

Baik. Terima kasih.
Kita mulai, mohon bisa bersabar karena ini putusannya tebal,
harus banyak yang harus dibacakan.
Bismillahirrahmaanirrahiim.

**PUTUSAN
NOMOR 46/PUU-XIV/2016
DEMI KEADILAN BERDASARKAN KETUHANAN YANG MAHA ESA
MAHKAMAH KONSTITUSI REPUBLIK INDONESIA**

[1.1] Yang mengadili perkara konstitusi pada tingkat pertama dan terakhir, menjatuhkan putusan dalam perkara Pengujian 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 terhadap Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, yang diajukan oleh:

1. Nama : Prof. Dr. Ir. Euis Sunarti., M.S
2. Selanjutnya disebut ----- Pemohon I;
Nama : Rita Hendrawaty Soebagio, M.Si
3. Selanjutnya disebut ----- Pemohon II;
Nama : Dr. Dinar Dewi Kania
- Selanjutnya disebut ----- Pemohon III;

dan seterusnya sampai Pemohon XII, Dhona El Furqon, Pemohon XII.

Dalam hal ini berdasarkan Surat Kuasa Khusus bertanggal 29 Maret 2016 memberi kuasa kepada Evi Risna Yanti, S.H. M.Kn. dan kawan-kawan, para Advokat dan para Pengabdian Bantuan

Hukum baik bertindak secara bersama-sama maupun sendiri-sendiri, berkedudukan/berkantor pada Kantor Hukum & Pengacara "Tim Advokasi Untuk Indonesia Beradab" yang beralamat di Komplek Perkantoran Ciputat Indah Permai Blok D 28, Jalan Juanda Nomor 50, Kecamatan Ciputat, Kota Tangerang Selatan, yang bertindak baik sendiri maupun bersama-sama atas nama pemberi kuasa;
Selanjutnya disebut sebagai ----- para Pemohon;

- [1.2] Membaca permohonan para Pemohon;
Mendengar keterangan para Pemohon;
Mendengar dan membaca keterangan Presiden;
Membaca keterangan Dewan Perwakilan Rakyat;
Mendengar keterangan Pihak Terkait Tidak Langsung Komnas Perempuan; *Institute for Criminal Justice Reform* (ICJR); Koalisi Perempuan Indonesia; Yayasan Peduli Sahabat; Persatuan Islam Istri (Persistri); Yayasan Lembaga Bantuan Hukum (YLBHI); dan Majelis Ulama Indonesia (MUI);
Membaca keterangan *ad informandum* Abi Marutama dan Aliansi Remaja Independen
Mendengar keterangan ahli para Pemohon;
Mendengar keterangan ahli para Pihak Terkait;
Memeriksa bukti-bukti para pihak;
Membaca kesimpulan para pihak.

18. HAKIM KETUA: SUHARTOYO

PERTIMBANGAN HUKUM

Satu, kewenangan mahkamah. Dua, kedudukan hukum atau legal standing dianggap dibacakan. Langsung pada pokok permohonan.

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.
- 3) 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 memperbaiki 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.
- 6) 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 memperkosa 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:

1) 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. Pemerkosaan, 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, sebagaimana diuraikan di bawah ini:

a) Pasal 284 KUHP (terjemahan R. Soesilo) yang selengkapnya berbunyi:

(1) Dihukum penjara selama-lamanya sembilan bulan:

1e. a. laki-laki yang beristri, berbuat zina, sedangkan diketahuinya, bahwa Pasal 27 Kitab Undang-undang Hukum Perdata (Sipil) berlaku padanya;

b. perempuan yang bersuami, berbuat zina;

2e.a. laki-laki yang turut melakukan perbuatan itu, sedang diketahuinya, bahwa kawannya itu bersuami;

b. perempuan yang tiada bersuami yang turut melakukan perbuatan itu, sedang diketahuinya, bahwa kawannya itu beristri dan Pasal 27 Kitab Undang-undang Hukum Perdata (Sipil) berlaku pada kawannya itu.

(2) Penuntutan hanya dapat dilakukan atas pengaduan suami (istri) yang mendapat malu dan jika pada suami (istri) 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.

(3) Tentang pengaduan ini Pasal 72, 73 dan 75 tidak berlaku.

(4) Pengaduan itu boleh dicabut selama pemeriksaan di muka sidang pengadilan belum dimulai.

(5) Kalau bagi suami dan istri 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.

Oleh para Pemohon dimohonkan agar:

- Pasal 284 ayat (1) angka 1e. huruf a KUHP dimaknai "*laki-laki berbuat zina*";
- Pasal 284 ayat (1) angka 1e. huruf b KUHP dimaknai "*seorang perempuan berbuat zina*";
- Pasal 284 ayat (1) angka 2e. huruf a KUHP dimaknai ... ada? Ya, supaya dihapus itu. Pasal 284 ayat (1) angka 2e. huruf a KUHP dimaknai "*laki-laki yang turut melakukan perbuatan itu*";
- Pasal 284 ayat (1) angka 2e. huruf b KUHP dimaknai "*perempuan yang turut melakukan perbuatan itu*";

- Pasal 284 ayat (2), ayat (3), ayat (4), dan ayat (5) KUHP dinyatakan bertentangan dengan UUD 1945, yang artinya dihapuskan.

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.

19. HAKIM ANGGOTA: SALDI ISRA

- 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;
 - c. 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;
 - c. 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 Agung pada angka 6 ... pada 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;
- c. 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

(*stafmodus*)-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.

- 2) 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, anggaplah 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.

20. HAKIM ANGGOTA: MARIA FARIDA INDRATI

- 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 seterusnya dianggap dibacakan 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, membebankan 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. Andaikata pun 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.

- 5) 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 perzinahan, 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.

21. HAKIM ANGGOTA: I DEWA GEDE PALGUNA

- 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;

- 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;
- 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.
- 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. 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;
 - 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;
 - 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;

- 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.

- 6) 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.

22. KETUA: ARIEF HIDAYAT

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.

AMAR PUTUSAN

Mengadili

Menolak permohonan para Pemohon untuk seluruhnya.

KETUK PALU 1X

PENDAPAT BERBEDA (*DISSENTING 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*). Silakan Hakim Konstitusi Prof. Aswanto Yang Mulia untuk membacakan dissenting-nya, dilanjutkan dengan Hakim Dr. Wahiduddin Adams. Silakan, Yang Mulia.

23. HAKIM ANGGOTA: ASWANTO

Pendapat berbeda (*dissenting opinion*) terhadap putusan mahkamah tersebut terhadap 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 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 kegotong-royongan 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 menegaskan 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 begrepen vleselijke gemeenschap met een derde ander goedkewing van den anderen echtgenoot. Die dood is dan geen schending van de huwelijktrow. I.C. was deman souteneur; hij had zijn vrouw tot publieke vrouw gemaakt. Hij keurde haar levenswijze zonder voorhoud 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 kesucian dan keutuhan perkawinan sebagaimana konsep ... pada lewat tadi, 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 mempersempit ... 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.

24. HAKIM ANGGOTA: WAHIDUDDIN ADAMS

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 menyelaraskan 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 marginal 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 (*medepledder*).

Adapun untuk pembedaannya, 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 konstusionalitas 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 konstusional 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 pembedaannya, 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 konstusionalitas 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)

justu 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.

25. KETUA: ARIEF HIDAYAT

Demikian diputus dalam Rapat Permusyawaratan Hakim yang dihadiri oleh sembilan Hakim Konstitusi yaitu Arief Hidayat selaku Ketua merangkap Anggota, Anwar Usman, I Dewa Gede Palguna, Saldi Isra, Suhartoyo, Maria Farida Indrati, Manahan MP Sitompul, Aswanto, dan Wahiduddin Adams, masing-masing sebagai Anggota, pada hari Rabu, tanggal enam, bulan Desember, tahun dua ribu tujuh belas, yang diucapkan dalam Sidang Pleno Mahkamah Konstitusi terbuka untuk umum pada hari Kamis, tanggal empat belas, bulan Desember, tahun dua ribu tujuh belas, selesai diucapkan pukul 10.54 WIB, oleh sembilan Hakim Konstitusi tersebut di atas dengan didampingi oleh Fadzlun Budi S.N. sebagai Panitera Pengganti, serta dihadiri oleh para Pemohon/kuasanya, Presiden atau yang mewakili, dan para Pihak Terkait Tidak Langsung/kuasanya, tanpa dihadiri Dewan Perwakilan Rakyat atau yang mewakili.

Demikian Pemohon, Pemerintah dan Pihak Terkait. Pembacaan telah selesai. Salinan putusan dapat diterima di lantai 4 Gedung Mahkamah Konstitusi. Untuk Pemerintah, pada pukul 11.00 akan kita lanjutkan dengan pembacaan putusan yang lain, sehingga putusannya diterima setelah semuanya selesai.

Untuk Pemohon dan Pihak Terkait, bisa langsung menuju ke lantai
4. Terima kasih, sidang selesai dan ditutup.

KETUK PALU 3X

SIDANG DITUTUP PUKUL 10:55 WIB

Jakarta, 14 Desember 2017
Kepala Sub Bagian Risalah,

t.t.d.

Yohana Citra Permatasari
NIP. 19820529 200604 2 004

Risalah persidangan ini adalah bentuk tertulis dari rekaman suara pada persidangan di Mahkamah Konstitusi, sehingga memungkinkan adanya kesalahan penulisan dari rekaman suara aslinya.