

JURNAL HUKUM

ISSN 1979-5955

LEGALITAS



Universitas Negeri Gorontalo Universitas Negeri Gorontalo Universitas Negeri Gorontalo Universitas Negeri Gorontalo

Vol 8. No 1. Februari 2015



DAFTAR PUSTAKA

- Didik M, Arief, Elisatris Gultom, 2007. *Urgensi Perlindungan Korban Kejahatan* "Antara Norma dan Realita".
- Ishaq, 2007, *Dasar-dasar Ilmu Hukum*, KENCANA Prenada media Group, Jakarta
- Rozali Abdullah, *Hukum Kepegawaian*, Penerbit CV. Rajawali, Jakarta, 1986,
- Sahetapy, J.E, 2006, *Teori Kriminologi Suatu Pengantar*, P.T. Citra Aditya Bakti, Bandung
- Satjipto Rahardjo, 2006, *Ilmu Hukum*, PT.Citra Aditya Bakti, Bandung
- Soesilo, 2008. *KUHP & KUHP*, Buana Press.
- Yulies Tiena, Masriani. 2009. *Pengantar Ilmu Hukum*. Sinar Grafika. Jakarta.
- Undang-Undang Dasar 1945
- Undang-Undang Nomor 5 Tahun 2014 tentang Aparat Sipil Negara.
- Utrecth/Moh. Saleh Djindang., *Pengantar Hukum Administrasi Negara* Jakarta, PT. Ictiar Baru 1985,
- Peraturan Pemerintah Nomor 53 Tahun 2010 tentang Disiplin Pegawai Negeri Sipil pada Bab II Kewajiban dan Larangan, Bagian Kesatu Kewajiban, Pasal 3

DEKONSTRUKSI MAKNA PERZINAHAN PADA PASAL 284 KITAB UNDANG-UNDANG HUKUM PIDANA (KUHP) DALAM REALITAS SOSIAL MASYARAKAT (Deconstruction meaning of Article 284 of the Criminal Code In the Society of Social Reality)

Oleh: **Lusiana Margareth Tijow**

Abstrak

Dekonstruksi mengidentifikasi hirarki oposisional dalam teks, di mana biasanya terlihat peristilahan mana yang diistimewakan secara sistematis dan mana yang tidak, memperkenalkan sebuah istilah atau gagasan baru yang ternyata tidak bisa dimasukkan ke dalam kategori oposisional lama. Pidana menempatkan Tindak Pidana Perzinahan sebagai sebuah Kejahatan sebagaimana diatur dalam Pasal 284 KUHP yang dapat dikategorikan juga sebagai salah satu kejahatan terhadap kesuksesan Basis bekerjanya hukum adalah masyarakat, maka hukum akan dipengaruhi oleh faktor-faktor atau kekuatan sosial mulai dari tahap pembuatan sampai dengan pemberlakuan. Kekuatan sosial akan berusaha masuk dalam setiap proses legislasi secara efektif dan efisien. Peraturan dikeluarkan diharapkan sesuai dengan keinginan, tetapi efek dari peraturan tersebut tergantung dari kekuatan sosial seperti budaya hukumnya baik, maka hukum akan bekerja dengan baik pula, tetapi sebaliknya apabila kekuatannya berkurang atau tidak ada maka hukum tidak akan bisa berjalan. Karena masyarakat sebagai basis bekerjanya hukum.

Kata Kunci : Dekonstruksi, Perzinahan, Realitas sosial masyarakat

A. Latar Belakang

Salah satu misi pembangunan bangsa Indonesia adalah terciptanya masyarakat Indonesia yang memiliki martabat sebagai bangsa yang besar. Besar atau kecilnya bangsa sangat ditentukan oleh besar tidaknya martabat bangsa itu dalam relasinya dengan bangsa-bangsa lain. Ditinjau dari jumlah penduduk, luas wilayah, sumber daya alam dan sebagainya maka, tidak ada yang meragukan betapa besarnya Indonesia. Pancasila sebagai dasar Negara Indonesia

merupakan landasan bagi bangsa Indonesia dalam kehidupan bermasyarakat, berbangsa dan bernegara untuk mencapai tujuan atau cita-cita luhurnya. Dalam hal ini Pancasila dijadikan juga sebagai landasan sekaligus sumber hukum di Indonesia. Sebagai sumber hukum di Indonesia, maka Pancasila merupakan pijakan yang melandasi segala peraturan yang dibuat. Artinya bahwa segala peraturan yang ada di Indonesia harus sesuai dengan nilai-nilai luhur Pancasila dan tidak boleh bertentangan dengan Pancasila. Ide

ide dalam Pancasila tersebut teraktualisasikan dalam Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia yang menjadi Hukum Dasar tertulis dan Konstitusi pemerintahan Negara Republik Indonesia yang mengikat pemerintah, lembaga Negara, lembaga masyarakat, dan juga mengikat setiap warga Negara Indonesia dimanapun mereka berada dan juga mengikat setiap penduduk yang berada diwilayah Negara Republik Indonesia. Sebagai Hukum Dasar, UUD 1945 berisi norma-norma dan aturan-aturan yang harus ditaati dan dilaksanakan oleh semua komponen tersebut diatas.

Konstitusi negara atau Undang-Undang Dasar adalah peraturan negara yang memuat ketentuan-ketentuan pokok dan menjadi salah satu sumber dari peraturan perundangan lainnya yang berada di bawahnya. Dengan demikian setiap produk hukum seperti undang-undang, peraturan pemerintah, peraturan presiden, ataupun bahkan setiap kebijakan pemerintah haruslah berlandaskan dan bersumber pada peraturan yang lebih tinggi, yang pada akhirnya kesemuanya peraturan perundang-undangan tersebut harus dapat dipertanggung jawabkan sesuai dengan ketentuan UUD 1945, dan muaranya adalah Pancasila sebagai sumber dari segala sumber hukum Negara.³²⁴ Dimana Hukum tidak dapat dipisahkan dengan masyarakat dan negara, materi hukum digali, dibuat dari nilai-nilai yang terkandung dalam bumi pertiwi yang berupa kesadaran

dan cita hukum (*rechtidee*), cita moral, kemerdekaan individu dan bangsa, perikemanusiaan, perdamaian, cita politik dan tujuan negara. Hukum mencerminkan nilai hidup yang ada dalam masyarakat yang mempunyai kekuatan berlaku secara yuridis, sosiologis dan filosofis.

Hukum Pidana Indonesia (KUHP) yang nama aslinya *Wetboek van Strafrecht Nederlands-Indie (WvSNI)* merupakan produk asli bangsa Belanda yang diterapkan bagi bangsa Indonesia. Baru kemudian dengan Undang-Undang No I Tahun 1946 tentang peraturan Hukum Pidana *Wetboek van Strafrecht Nederlands-Indie (WvSNI)* tersebut berubah nama menjadi *Wetboek Van Strafrecht (WvS)* dan dapat disebut dengan kitab Undang-Undang Hukum Pidana. Perubahan nama itu diikuti dengan perubahan istilah, penambahan beberapa tindak pidana, dan perubahan ancaman-ancaman hukum yang sifatnya tambal sulam agar tampak lebih meng-Indonesia.

Setelah sekian lama KUHP (Kitab Undang-Undang Hukum Pidana) berlaku di Indonesia terbukti masih saja menyisakan berbagai masalah social di Indonesia. KUHP warisan zaman Hindia Belanda ini berasal dari sistem hukum continental (*Civil Law Sistem*) atau menurut Rene David disebut dengan *The Romano-Germanic Family*. *The Romano-Germanic Family* dipengaruhi oleh ajaran yang menonjolkan aliran individualism dan liberalisme (*individualism, liberalism, and*

individual right).³²⁵ Hal ini sangat berbeda dengan kultur bangsa Indonesia yang menjunjung tinggi nilai-nilai budaya dan social..

Perselingkuhan telah menjadi permasalahan yang tidak bisa dianggap biasa sebagai penyebab dari banyaknya kasus keretakan dalam rumah tangga sampai pada perceraian. Keluarga merupakan suatu kelompok sosial terkecil, namun pengaruhnya sangat besar terhadap dinamika kehidupan suatu bangsa. Hal inilah yang menarik untuk dikaji dikarenakan perselingkuhan tidak dikenal dalam KUHP yang dikenal adalah Perzinahan, dan Perselingkuhan tidak selalu berarti hubungan yang melibatkan kontak seksual karena sekalipun tidak ada kontak seksual, tetapi kalau sudah ada rasa saling ketertarikan, saling ketergantungan, dan saling memenuhi di luar pernikahan, hubungan semacam itu sudah bisa kita kategorikan sebagai perselingkuhan. Setelah rasa ketergantungan, mulailah proses saling memenuhi kebutuhan emosional masing-masing. Misalnya, yang satu punya problem dengan keluarganya, lalu diceritakan kepada rekan yang dapat memenuhi kebutuhan emosionalnya, dan terus berlanjut. Biasanya, kalau ada unsur-unsur ini, hanya tinggal masalah waktu untuk terjadinya hubungan seksual antara kedua orang tersebut.

Hal inilah yang sangat menarik untuk dikaji dari sisi hukum pidana positif (*hukum yang sementara berlaku*) dikarenakan substansi pasal 284 KUHP belum mampu mengakomodir nilai-nilai hukum yang hidup dalam masyarakat berdasarkan dinamika masyarakat yang ditunjang dengan kemajuan teknologi. Kelemahan dari segi rumusan, segi sanksi dan pertanggung jawaban pidana, penggolongan delik, kelemahan segi tujuan hukum dan penafsirannya. Sehingga dirasakan belum sesuai dengan rasa keadilan masyarakat. Dalam konstruksi hukum yang semakin jauh dari ideal di tanah air membuat penulis tergerak untuk membongkar konstruksi yang cenderung jumud kaku dan dirasakan sudah sudah tidak bisa memenuhi rasa keadilan masyarakat oleh karena perkembangan dinamika yang terjadi pada masyarakat diikuti dengan kemajuan teknologi.

Dalam pandangan Derrida, tidak ada teori atau wacana yang tidak terpengaruh oleh dekonstruksi. Dengan perkembangan yang sangat cepat yang terjadi di masyarakat baik secara lokal maupun secara global seakan hukum tidak mampu memotret fenomena yang ada khususnya pada pasal 284 KUHP hingga membuat hukum seakan selal tertinggal dengan dinamika yang terjadi di masyarakat. Sebagaimana yang terjadi di negara kita fenomena kasus hukum terkait perselingkuhan yang marak akhir-akhir ini diberitakan media dan terjadi dilingkungan social kita sendiri membuat kita merasa *miris*.

³²⁴ Huck, Ni'matul, Hukum Tata Negara Indonesia, Raja Grafindo Husada, Jakarta 2005 Hal 2

³²⁵ Rene David Jhon E C Brierley, Major Legal System in The Word Today (London Stevens and Sons, 1978), P 24

B. Rumusan Masalah

Berdasarkan latar belakang yang telah dipaparkan, maka dapat dirumuskan masalah sebagai berikut "Bagaimana Hukum pidana memandang perselingkuhan dalam realitas sosial masyarakat dan bagaimana dekonstruksi makna perzinahan pada pasal 284 Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP).

C. Kerangka Teoritik

1. Teori Dekonstruksi

Sebagai bagian dari ilmu pengetahuan, ilmu hukum juga mengalami pasang surut dalam perkembangannya. Hal ini dapat ditelusuri mulai dari zaman purba (pra Socrates, Yunani, Romawi), abad pertengahan, Renaissance, zaman baru hingga zaman modern, mulai dari aliran hukum alam hingga aliran hukum pragmatis Amerika. Perkembangan tersebut seiring dengan perkembangan ilmu pengetahuan yang merupakan rangkaian penjelajahan atas ide manusia yang selalu mempertanyakan segala sesuatu. Mulai zaman purba, Mesir, Babylonia hingga zaman modern.

Dalam sejarah peradaban manusia jejak hukum mulai terekam sejak disusunnya kodifikasi hukum yang pertama oleh raja Hammurabi (*Codex Hamurabi*) pada masa kejayaan Babilonia (1800 SM). Meski demikian Marcus Tullius Cicero (106-45 SM) menuliskan dalam adagiumnya yang terkenal, "*ubi societas ibi ius*", dimana ada masyarakat di situ pasti ada hukum. Sejarah telah menceritakan bahwa sejak manusia manusia hidup

bermasyarakat sejak itu pula hukum mem-egang peranannya yang penting dalam kehidupan masyarakat tersebut.

Perkembangan penjelajahan ide manusia pada dunia pengetahuan hukum juga tampak pada masa Socrates, ketika ia berbicara tentang keadilan, kemudian dilanjutkan Aristoteles (348 - 322SM) yang berbicara tentang hukum begitu juga Pythagoras (571 - 497 SM) yang menyatakan keadilan sebagai bentuk perimbangan alamiah. Kesearahan orientasi penjelajahan ide manusia pada dunia hukum ini tentu saja berlanjut setelah abad masehi yakni melalui aliran hukum alam, mulai dari yang berorientasi pada universalitas atau yang biasa disebut sebagai aliran hukum alam irrasional hingga pada aliran hukum alam yang didominasi oleh rasio manusia atau yang biasa kita sebut aliran hukum alam rasional. Penjelajahan ide hukum ternyata terus berlanjut yang kemudian melahirkan banyak aliran hukum dengan berbagai metode pendekatan yang digunakan oleh tokoh sentralnya masing-masing sampai pada aliran hukum pragmatis.

Paham negara hukum yang dianut dalam budaya hukum Indonesia mendudukkan kepentingan perorangan secara seimbang dengan kepentingan umum. Artinya negara mengakui hak dan kewajiban asasi warga negara serta melindunginya, sementara pada sisi lain negara diberikan kekuasaan untuk melindungi hak dan kewajiban asasi rakyatnya dengan membuat pengatur-an-pengaturan yang memungkinkan terjaminnya kehidupan masyarakat

yang aman, tentram dan damai. Konsep kenegaraan ini tidak mendudukkan kepentingan individu atau HAM (dalam perspektif Barat) diatas segala-galanya dan tidak pula mendudukkan kepentingan negara diatas segalanya. Keduanya didudukkan dalam posisi yang proporsional demi terciptanya *gemah ripah loh jinawi toto tentrem kertoraharjo*.

Paradigma diatas dapat menuntun dalam penyelenggaraan suatu negara hukum, yakni pembuatan undang-undang, penegakan hukum dan peradilan. Tatanan hukum yang beroperasi dalam suatu masyarakat pada dasarnya merupakan pengejawantahan cita hukum yang dianut dalam masyarakat yang bersangkutan kedalam berbagai perangkat aturan hukum positif, lembaga hukum dan proses penegakkan hukum. Pembangunan dan pembinaan hukum di Indonesia didasarkan atas Pancasila dan Undang-Undang Dasar 1945 yang secara implisit memperlihatkan bahwa penyusunan hukum yang berlaku di Indonesia tidak dapat dilepaskan dengan pandangan hidup bangsa, yakni Pancasila. Dengan Pancasila sebagai pandangan hidup, maka paham negara hukum tidak seperti di anut dalam budaya hukum negara lain, baik itu *common law system*, *civil law system*, *socialist law system* maupun *islamic law system*.

Kondisi real Indonesia adalah bahwa Negara ini masih kurang peranannya dalam kancah dunia. Indonesia masih kurang memainkan kartu sebagai Negara demokratis ber-

penduduk muslim terbesar di dunia secara maksimal. Kunjungan presiden Amerika pada 9 November 2010 lalu dalam rangkaian kunjungan ke beberapa Negara di Asia yang kurang dari 24 jam menunjukkan anti klimaksnya. Indonesia hanya sekedar menjadi transit untuk istirahat atau dalam bahasa Obama "pulung kampung". Sebagaimana kita ketahui Barack Husein Obama adalah presiden Amerika Serikat pertama yang sempat tinggal di Indonesia pada masa kecilnya. Namun dalam hal ini kami ingin menegaskan bahwa hubungan emosional pribadi dan hubungan emosional kenegaraan adalah dimensi yang berbeda.

Kekhasan cara baca dekonstruktif, yang dalam proses selanjutnya membuatnya sangat bermuatan filosofis, adalah bahwa unsur-unsur yang dilacaknnya untuk kemudian dibongkar bukanlah sekedar inkonsistensi logis, argumen yang lemah, atau premis tidak akurat yang terdapat dalam teks sebagaimana yang biasanya dilakukan pemikiran modernisme. Melainkan unsur yang secara filosofis menjadi penentu atau unsur yang memungkinkkan teks tersebut menjadi filosofis. Singkatnya, kemungkinan filsafat itu sendirilah yang dipersoalkan.

Oleh karena itu, dalam metode dekonstruksi, atau lebih tepatnya pembacaan dekonstruktif, filsafat diartikan sebagai tulisan, dan oleh karenanya filsafat tidak pernah berupa ungkapan transparan pemikiran langsung. Sebab setiap pemikiran filosofis tentu disampaikan melalui sistem tanda yang

berkarakter material, baik grafis maupun fonetis. Dan sistem tanda itu tentu juga tak hanya digunakan untuk kepentingan filosofis. Filsafat yang pada dasarnya adalah tulisan, ingin melepaskan statusnya sebagai tulisan, dan keluar dari kerangka fisik kebahasaan yang digunakannya.

Sistematika penerapan dekonstruksi dalam berhadapan dengan teks, adalah: Pertama, mengidentifikasi hirarki oposisional dalam teks, di mana biasanya terlihat peristilahan mana yang diistimewakan secara sistematis dan mana yang tidak. Kedua, oposisi-oposisi itu dibalik dengan menunjukkan adanya saling ketergantungan di antara yang saling bertentangan atau privilesenya dibalik. Ketiga, memperkenalkan sebuah istilah atau gagasan baru yang ternyata tidak bisa dimasukkan ke dalam kategori oposisional lama.

2. Urgensi Transformasi Teori Dekonstruksi Terhadap Perkembangan Hukum di Indonesia

Para pengemban ilmu hukum dihadapkan pada beberapa pilihan mau dibawa kemana roh hukum tergantung dari kedalaman keilmuan dan ketulusan nurani para pengemban ilmu hukum. Keadilan memang bukan saja belum tercapai dengan adanya sebuah ketertibn. Karena keadilan memang lebih dari sekedar ketertiban dan kepastian (*legal certainty*).

Perkembangan dinamika ilmu hukum dewasa ini pada galibnya ada melalui perdebatan panjang dan melelahkan untuk menemukan sebuah

entitas “kebenaran” dalam berhukum. Namun demikian sebuah paradigma hukum terus akan bermunculan seiring dengan perkembangan zaman. Paradigma lama akan tergantikan dengan paradigma baru, terkadang juga kemunculan paradigma baru tidak mampu menggoyahkan posisi paradigma lama bahkan malah memperkuat paradigma lama tersebut. Sebuah paradigma akan terus diuji seberapa kuat ia menahan gempuran paradigma baru.

Memperhatikan perkembangan sistem hukum Indonesia, kita akan melihat adanya ciri-ciri yang spesifik dan menarik untuk dikaji. Sebelum pengaruh hukum dari penjajahan Belanda di Indonesia berlaku hukum adat dan hukum Islam yang berbeda-beda dari berbagai masyarakat adat di Indonesia dari setiap kerajaan dan etnik yang berbeda. Setelah masuk penjajah Belanda membawa hukumnya sendiri yang sebagian besarnya merupakan konkordansi dengan hukum yang berlaku di Belanda yaitu hukum tertulis dan perundang-undangan yang bercorak positivis.

Dalam kajian-kajian teoretik, berdasarkan berbagai karakteristik sistem hukum dunia dibedakan antara: sistem hukum sipil; Sistem hukum *anglo saxon* atau dikenal juga dengan *common law*; hukum agama; hukum negara blok timur (sosialis). Eric L. Richard³²⁶ membedakan sistem hukum yang utama di dunia (*The World's Major Legal Systems*) menjadi: *civil law*; *common law*; *Islamic law*;

³²⁶ Ade Maman Suherman, *Op.cit.*, hlm. 21

socialist law; *sub-Sahara Africa*; dan *Far East*. Munir Fuady³²⁷ menyatakan terdapat lebih dari 11 pengelompokan sistem hukum. Menurutnya tradisi hukum dunia dibedakan antara: tradisi hukum Eropa Kontinental, tradisi hukum Anglo Saxon, tradisi hukum sosialis, tradisi hukum kedaerahan, tradisi hukum keagamaan.

Kompleksitas sistem hukum Indonesia dibentuk oleh perjalanan sejarah Bangsa Indonesia. Pertama kali kebudayaan yang muncul adalah kebudayaan Indonesia asli. Sebagai produk kebudayaan asli ini adalah hukum adat. Kebudayaan ini berlangsung sebelum kedatangan kebudayaan India (Hindu). Selanjutnya Indonesia memasuki masa pengaruh kebudayaan Hindu. Pada abad ke-13 sampai ke-14 masuk pengaruh Islam, dan hukum Islam berkembang dan memperkaya sistem hukum yang ada di Indonesia. Baru pada abad ke-17 masuk kebudayaan Eropa-Amerika.

Komitmen untuk menegakkan supremasi hukum selalu didengungkan, tetapi keberadaan hukum maupun sistem hukum bukanlah merupakan ciri mendasar dari supremasi hukum. Supremasi hukum ditandai dengan penegakan *rule of law* yang sesuai dengan, dan yang membawa keadilan sosial bagi masyarakat. Jadi yang terutama dan diutamakan adalah hukum dan sistem hukum yang membawa keadilan bagi masyarakat.

Sebuah Proses Pencarian Identitas Negara Hukum Untuk menentukan

³²⁷ Munir Fuady, *Perbandingan Ilmu Hukum*. Refika Aditama, Bandung, 2007, hlm. 32.

apakah suatu negara dapat dikategorikan sebagai negara hukum, biasanya digunakan dua macam asas, yakni:

1. Asas legalitas;

Asas legalitas merupakan unsur utama daripada suatu negara hukum. Semua tindakan Negara harus berdasarkan dan bersumber pada Undang-undang. Penguasa tidak boleh keluar dari rel-rel dan batas-batas yang telah ditetapkan dalam Undang-undang. Batas kekuasaan Negara ditetapkan dalam Undang-undang. Akan tetapi untuk dinamakan negara hukum tidak cukup bahwa suatu negara hanya semata-mata bertindak dalam garis-garis kekuasaan yang diberikan kepadanya oleh Undang-undang³²⁸. Sudah barang tentu bahwa dalam negara hukum setiap orang yang merasa hak-hak pribadinya dilanggar, diberi kesempatan seluas-luasnya untuk mencari keadilan dengan mengajukan perkaranya itu di hadapan pengadilan. Cara-cara mencari keadilan itu pun dalam negara hukum diatur dengan Undang-Undang³²⁹.

2. Asas perlindungan atas kebebasan setiap orang dan atas hak-hak asasi manusia.³³⁰

Asas perlindungan dalam negara hukum nampak antara lain dalam

³²⁸ Gouw Giok Siong, *Pengertian Tentang Negara Hukum*, Keng Po, Jakarta, 1955, hlm.12-13

³²⁹ Rochmat Soemitro, *Peradilan Administrasi dalam Hukum Pajak di Indonesia*, cet. Ke-IV, PT. Eresco, Jakarta-Bandung, 1976, hlm.18.

³³⁰ E. Utrecht, *Pengantar Hukum Administrasi Negara Indonesia*, PT. Ichtiar, Jakarta, 1963, hlm. 310.

“Declaration of Independence”, bahwa orang yang hidup di dunia ini sebenarnya telah diciptakan merdeka oleh Tuhan, dengan dikaruniai beberapa hak yang tidak dapat dirampas atau dimusnahkan. Hak-hak tersebut yang sudah ada sejak orang dilahirkan, perlu mendapat perlindungan secara tegas dalam negara hukum modern.³³¹

Dengan sistem yang demikian, memberikan kesempatan kepada setiap warga negara yang merasa dirugikan hak konstitusionalnya oleh produk politik dari institusi politik pembentuk hukum untuk mengajukan gugatan terhadap institusi negara tersebut. Dalam hal pelanggaran tersebut dilakukan melalui pembentukan undang-undang maka dapat diajukan keberatan kepada Mahkamah Konstitusi dan dalam hal segala produk hukum dari institusi politik lainnya dibawah undang-undang diajukan kepada Mahkamah Agung.

Sistem hukum di Indonesia dewasa ini adalah sistem hukum yang unik, sistem hukum yang dibangun dari proses penemuan, pengembangan, adaptasi, bahkan kompromi dari beberapa sistem yang telah ada. Sistem hukum Indonesia tidak hanya mengedepankan ciri-ciri lokal, tetapi juga mengakomodasi prinsip-prinsip umum yang dianut oleh masyarakat internasional.

Dekonstruksi Derrida bagi Ilmu Hukum memberikan alternatif pemahaman teks, yang berbeda dari model pemahaman teks yang konvensional dan formal dalam hukum yang

cenderung dianggap sesuatu yang sudah jadi yang mana gangguan kecil yang muncul dianggap sebagai perusak yang pada akhirnya tidak dapat memberikan jaminan kepastian teks, tetapi menurut Derrida bahwa ada dua cara penafsiran yaitu upaya untuk merekonstruksi makna atau kebenaran awal/orisinal dan secara eksplisit membuka pintu indeterminasi makna didalam sebuah permainan bebas sehingga pemikiran Derrida merupakan bentuk perlawanan terhadap model penafsiran teks yang sudah mapan, yang dalam ilmu hukum cenderung untuk ditolak, dianggap pasti dan sudah jadi.

Dekonstruksi dalam hukum merupakan strategi pembalik untuk membantu mencoba melihat makna istilah yang tersembunyi yang kadang telah cenderung diistimewakan melalui sejarah. Selain itu Dekonstruksi juga mempunyai gagasan tentang “free play of the text” yang mana setiap teks yang disusun termasuk keputusan hukum atau doktrin hukum dibebankan ketika teks itu disusun dengan kata lain melalui dekonstruksi teks mempunyai kehidupan sendiri.

Salah satu faktor eksternal yang menimbulkan perubahan pemikiran hukum adalah munculnya fenomena negara modern. Satu hal yang menonjol adalah lahirnya suatu orde hukum perundang-undangan yang dipicu oleh adanya pengadaaan kekuasaan legislatif yang memiliki kekuasaan spesifik untuk membuat undang-undang. Hal ini menandai kelahiran pemikiran positivis dalam hukum di abad kesem-

bilan belas. Pemikiran tentang hukum yang kemudian melahirkan positivisme, tak dapat dilepaskan dari kehadiran negara modern.

a. Bekerjanya Hukum Dalam Masyarakat

Basis bekerjanya hukum adalah masyarakat, maka hukum akan dipengaruhi oleh faktor-faktor atau kekuatan sosial mulai dari tahap pembuatan sampai dengan pelaksanaan. Kekuatan sosial akan berusaha masuk dalam setiap proses legislasi secara efektif dan efisien. Peraturan dikeluarkan diharapkan sesuai dengan keinginan, tetapi efek dari perturan tersebut tergantung dari kekuatan sosial seperti budaya hukumnya baik, maka hukum akan bekerja dengan baik pula, tetapi sebaliknya apabila kekuatannya berkurang atau tidak ada maka hukum tidak akan bisa berjalan. Karena masyarakat sebagai basis bekerjanya hukum.

Lawrence M.Friedman dalam bukunya yang berjudul *The Legal System A Social Science Perspective*, 1975; menyebutkan bahwa sistem hukum terdiri atas perangkat struktur hukum (berupa lembaga hukum), substansi hukum (peraturan perundang-undangan) dan kultur hukum atau budaya hukum. Ketiga komponen ini mendukung berjalannya sistem hukum di suatu negara. Secara realitas sosial, keberadaan sistem hukum yang terdapat dalam masyarakat mengalami perubahan-perubahan sebagai akibat pengaruh, apa yang disebut dengan modernisasi atau globalisasi baik itu secara evolusi maupun revolusi.

Hukum dapat bekerja dan berfungsi tidak sekedar apa yang diharapkan oleh pembuat peraturan hukum, tetapi perlu diteliti pada komponen elemen yang tidak bekerja sebagaimana mestinya. Maksudnya tidak bekerja itu, bisa datangnya dari pembuat peraturan hukum, atau dari para penerap peraturan/pelaksana, atautkah dari pemangku peran. Selain itu dapat dikaji kendala-kendala eksternal global yang menyebabkan hukum tidak dapat dilaksanakan sebagaimana mestinya. Seperti ada tekanan-tekanan dari pihak luar negeri yang tergabung dalam organisasi internasional.

b. Proses Pembentukan Hukum

Hukum tidak akan mungkin bekerja dalam ruang hampa. Itulah sebabnya hukum dalam realitasnya berfungsi sebagai faktor pengintegrasian masyarakat. Sebagai pengatur sosial, hukum harus menjalani suatu proses yang panjang dan melibatkan berbagai aktivitas dengan kualitas yang berbeda-beda dalam proses pembuatan hukum dan proses implementasi hukum. Proses pembuatan hukum itu sesungguhnya mengandung pengertian yang sama dengan istilah proses pembuatan UU.

Pembuatan hukum merupakan awal dari bergulirnya proses pengaturan pola pembentukan hukum untuk mengatur tatanan kehidupan social. Dalam masyarakat demokratis yang modern, badan legislative berdaulat dalam membuat kebijakan pembuatan hukum untuk menyalurkan aspirasi masyarakat. Pada prinsipnya proses

pembuatan hukum tersebut berlangsung dalam tiga tahapan besar, yakni :

(1) Tahap Inisiasi

Lahirnya gagasan dalam masyarakat perlunya pengaturan suatu hal melalui hukum yang masih murni merupakan aktivitas sosiologis. Sebagai bentuk reaksi terhadap sebuah fenomena sosial yang diprediksikan dapat mengganggu keteraturan dan ketertiban dalam kehidupan bermasyarakat, berbangsa, dan bernegara. Di sinilah letak betapa pentingnya kajian-kajian sosiologis dalam memberikan sumbangan informasi yang memadai untuk memperkuat gagasan tentang perlunya pengaturan sesuatu hal dalam tatanan hukum.

(2) Tahap Sosio-Politis & Tahap Juridis

Sosio-politis ini dimulai dengan mengolah, membicarakan, mengkritisi, mempertahankan gagasan awal masyarakat melalui pertukaran pendapat berbagai golongan dan kekuatan dalam masyarakat. Gagasan akan mengalami ujian, apakah ia bisa terus berjalan untuk berproses menjadi sebuah produk hukum atautkah berhenti di tengah jalan. Apabila gagasan tersebut gagal dalam ujian dengan sendirinya akan hilang dan tidak dipermasalahkan di dalam masyarakat. Apabila gagasan tersebut berhasil untuk diajalkan terus, maka format dan substansinya mengalami perubahan yang menjadikan bentuk dan isi gagasan tersebut semakin luas dan dipertajam.

(3) Tahap Penyebarluasan atau Desiminasi

Gagasan dirumuskan lebih lanjut secara lebih teknis menjadi hukum, termasuk menetapkan saksi hukumnya yang melibatkan kegiatan intelektual yang bersifat murni dan tidak terlibat konflik kepentingan (*conflict of interest*) politik, yang tentunya ditangani oleh tenaga-tenaga yang khusus berpendidikan hukum. Merumuskan bahan hukum menurut bahasa hukum dan memeriksa meneliti konteks sistem hukum yang ada sehingga tidak menimbulkan gangguan sebagai satu kesatuan sistem. Tahap terakhir adalah tahap desiminasi (penyebarluasan) yang menjadi tahap sosialisasi produk hukum. Sosialisasi ini berpengaruh terhadap bekerjanya hukum di masyarakat. Sebagus apapun substansial hukum jika tidak disosialisasikan dengan baik, maka hukum tersebut tidak dapat diterapkan dengan baik di masyarakat.

Pembuatan hukum di sini hanya merupakan pencerminan dari nilai-nilai yang disepakati dan dipertahankan oleh warga masyarakat. Langkah pembuatan hukum dimungkinkan adanya konflik-konflik atau tegangan secara internal. Dimana nilai-nilai dan kepentingan-kepentingan yang bertentangan dapat tanpa mengganggu kehidupan masyarakat. Padahal pembuatan hukum memiliki arti yang sangat penting dalam merubah perilaku warga masyarakat. Hukum baru memiliki makna setelah ditegakkan karena tanpa penegakan hukum bukan apa-apa. Namun ketika bertentangan dengan keadaan dimasyarakat maka akan sia-sia juga kelahiran hukum tersebut.

Dalam penegakan hukum, faktor hukum (*substance*), aparat penegak hukum, sarana atau fasilitas pendukung penegakan hukum, masyarakat, dan budaya memberikan pengaruh implementasinya dilapangan. Proses penegakan hukum (tahapan pembuatan hukumnya, pemberlakuan dan penegakannya) harus dijalankan dengan baik tanpa pengaruh kepentingan individu dan kelompok. Hukum kemudian diberlakukan dan ditegakkan sebagai sarana untuk merealisasikan kepentingan dan tujuan serta untuk melindungi kepentingan individu, masyarakat, serta bangsa dan negara.

Secara juridis dan ideologis, instansi penegak hukum dan aparat penegak hukum di Indonesia merupakan suatu kesatuan sistem yang terintegrasi dalam membangun satu misi penegakan hukum. Meskipun penegakan hukum secara prinsip adalah satu, namun secara substantif penegakan hukum, penyelesaian perkara akan melibatkan seluruh integritas kepribadian para aparat penegak hukum yang terlibat di dalamnya. Keberhasilan atau kegagalan para penegak hukum dalam melaksanakan tugasnya sebetulnya sudah dimulai sejak peraturan hukum dijalankan itu dibuat.

Norma hukum dikatakan berlaku secara filosofis apabila norma hukum itu memang bersesuaian dengan nilai-nilai filosofis yang dianut oleh suatu negara. Nilai filosofis negara Republik Indonesia terkandung dalam Pancasila sebagai "*staatsfundamentalnorm*". Dalam rumusan kelima sila Pancasila terkandung nilai-nilai religiusitas

Ketuhanan Yang Maha Esa, humanitas kemanusiaan yang adil dan beradab, nasionalitas kebangsaan dalam ikatan berbhineka-tunggal-ikaan, soberenitas kerakyatan, dan sosialitas keadilan bagi segenap rakyat Indonesia. Dari kelima nilai-nilai filosofis tersebut tidak satupun yang boleh diabaikan atau malah ditentang oleh norma hukum yang terdapat dalam berbagai kemungkinan bentuk peraturan perundang-undangan dalam wadah Negara Kesatuan Republik Indonesia.

Norma hukum dengan daya ikatnya untuk umum dari pertimbangan bersifat teknis juridis berlaku apabila norma hukum sendiri memang ditetapkan sebagai norma hukum berdasarkan norma hukum yang lebih tinggi. Mengikat atau berlaku karena menunjukkan hubungan keharusan antara suatu kondisi dengan akibatnya. Ditetapkan sebagai norma hukum menurut prosedur pembentukan hukum yang berlaku dan ditetapkan sebagai norma hukum oleh lembaga yang memang berwenang untuk itu. Maka norma hukum yang bersangkutan dapat dikatakan memang berlaku secara juridis.

Norma hukum berlaku secara politis apabila pemberlakuannya memang didukung oleh faktor-faktor kekuatan politik yang nyata. Keberlakuan politik ini berkaitan dengan teori kekuasaan (*power theory*) yang memberikan legitimasi pada keberlakuan suatu norma hukum semata-mata dari sudut pandang kekuasaan. Apapun wujudnya dan bagaimanapun proses pengambilan keputusan poli-

tersebut dicapainya sudah cukup untuk menjadi dasar legitimasi bagi keberlakuan norma hukum yang bersangkutan dari segi politik.

Norma hukum berlaku mengutamakan pendekatan yang empiris dengan mengutamakan beberapa pilihan criteria pengakuan (*recognition theory*), penerimaan (*reception theory*), faktisitas hukum. Hal itu menunjukkan, bahwa keadilan tidak hanya dapat diperoleh di pengadilan, tetapi lebih jauh dari itu. Karena keadilan yang sebenarnya muncul kesepakatan-kesepakatan yang dilakukan oleh para pihak yang bersengketa.

c. Implementasi dan Penegakan Hukum

Hukum bukan merupakan suatu karya seni yang adanya hanya untuk dinikmati oleh orang-orang yang mengamatinya. Ia juga bukan suatu hasil kebudayaan yang adanya hanya untuk menjadi bahan pengkajian secara logis-rasional. Hukum diciptakan untuk dijalankan. "hukum yang tidak pernah dijalankan, pada hakikatnya telah berhenti menjadi hukum", demikian menurut Scholten. Kemudian hukum bukanlah suatu hasil karya pabrik yang begitu keluar dari bengkelnya langsung akan dapat bekerja. Kalau hukum mengatakan bahwa jual-beli tanah harus dilakukan di hadapan pejabat yang ditunjuk untuk melakukan pencatatannya, tidak berarti, bahwa sejak saat itu orang yang melakukan jual-beli itu akan memperoleh pelayanan seperti ditentukan adanya beberapa langkah yang memungkinkan ketentuan tersebut dijalankan.

Menurut Schuyt, tujuan hukum yang kemudian harus diwujudkan oleh organ-organ pelaksanaannya itu adalah sangat umum dan kabur sifatnya, ia menunjuk pada nilai-nilai keadilan, keserasian dan kepastian hukum. Sebagai tujuan-tujuan yang harus diwujudkan oleh hukum dalam kehidupan sehari-hari. Oleh karena kekaburan dalam tujuan yang hendak dilaksanakan oleh hukum inilah, maka sekalipun organisasi-organisasi yang dibentuk itu bertujuan untuk mewujudkan apa yang menjadi tujuan hukum, organ-organ ini dipakai untuk mengembangkan pendapatnya/penafsirannya sendiri mengenai tujuan hukum itu. Dengan demikian maka organisasi-organisasi ini, seperti Pengadilan, kepolisian, legislatif dsb, melayani kehidupannya sendiri, serta mengajar, tujuan-tujuannya sendiri pula. Melalui proses ini terbentuklah suatu kultur, yang selanjutnya akan memberikan pengarahannya pada tingkah laku organisasi-organisasi serta pejabatnya sehari-hari itu.

d. Pengertian *Overspel*

Para Pakar Hukum Indonesia berbeda pendapat mengenai penggunaan istilah pengganti dari *overspel*. Hal ini dikarenakan bahasa asli yang digunakan dalam KUHP adalah Bahasa Belanda, dan ada beberapa pendapat yang menggunakan istilah zina. Sedangkan pendapat lain menggunakan kata Mukah atau gendak. Pendapat lain juga menggunakan kata selingkuh. Hal ini tampak dalam terjemahan KUHP hasil karya Moelyatno, Andi Hamzah, R. Soesilo, Soenarto Soerodibroto atau

terjemahan KUHP dari Badan Pembinaan Hukum Nasional (BPHN) Departemen kehakiman.

Menurut *Van Dale's Groot Woordenboek Nedrlanche Taag* kata *overspel* berarti pelanggaran terhadap kesetiaan perkawinan. Menurut Putusan Hooge Raad tanggal 16 mei 1946 *overspel* berarti: didalamnya termasuk hubungan kelamin dengan seorang ketiga dengan persetujuan suami atau istrinya hal itu bukan pelanggaran terhadap kesetiaan perkawinan yaitu andaikata suaminya adalah germo maka ia telah membuat istrinya menjadi pelacur, ia menganggap cara hidupnya lebih baik tanpa pengecualian.

Demikian pula *overspel* menurut Noyon-Langemayer yang menegaskan bahwa perzinahan hanya dapat dilakukan oleh orang yang menikah yang tersangkut dalam perbuatan itu adalah turut serta.³³² Oleh karena itu melihat ketentuan pasal 284 sedemikian rupa maka *overspel* yang dapat dikenai sanksi pidana menurut KUHP adalah :

- a. Persetubuhan dilakukan oleh mereka yang sudah menikah saja. Apabila pasangan ini belum menikah kedua-duanya maka persetubuhan mereka tidak dapat dikualifikasikan sebagai *overspel*, hal mana berbeda dengan pengertian berzina yang menganggap persetubuhan antara pasangan yang belum menikah juga termasuk didalamnya.

- b. Partner yang disetubuhi, yang belum menikah hanya dianggap sebagai peserta pelaku (*medepleger*). Ini berarti apabila partner yang disetubuhi telah menikah juga, yang bersangkutan dianggap bukan sebagai peserta pelaku
- c. Persetubuhan tidak diestui oleh suami atau istrinya yang bersangkutan, secara *a contrario* dapat dikatakan kalau persetubuhan itu disetujui oleh suami atau isteri yang bersangkutan maka itu bukan termasuk *overspel*.³³³

D. Pembahasan

1. Perzinahan dalam Hukum Pidana

Pasal 284 Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP). Pasal 284 ayat (1) dan ayat (2) KUHP menentukan mengenai perzinahan sebagai berikut :
(1) Diancam dengan pidana penjara paling lama 9 bulan :

1. a. Seorang pria telah nikah yang melakukan zina, padahal diketahui bahwa Pasal 27 BW berlaku baginya;
- b. Seorang wanita telah nikah yang melakukan zina,
2. a. seorang pria yang turut serta melakukan perbuatan itu, padahal diketahuinya bahwa yang turut bersalah telah nikah;

³³² Topo Santosa Seksualitas dan Hukum Pidana (Jakarta Ind-Hill, 1997) Hal 92-93

³³³ Sahetapy dan B. Mardjono Reksodipuro, Parados dalam Kriminologi (Jakarta Rajawali, 1989), Hal 60-61

masing tidak terikat pernikahan dengan orang lain.³³⁴

Kemudian dalam RUU KUHP berkaitan dengan pasal perzinahan diajukan rancangan Pasal Perzinahan sebagai berikut:³³⁵ Pasal 483 Ayat 1 Dipidana karena zina, dengan pidana penjara paling lama 5 (lima) tahun :

- a. Laki-laki yang berada dalam ikatan perkawinan melakukan persetubuhan dengan perempuan yang bukan istrinya.
- b. Perempuan yang berada dalam ikatan perkawinan melakukan persetubuhan dengan laki-laki yang bukan suaminya.
- c. Laki-laki yang tidak dalam ikatan perkawinan melakukan persetubuhan dengan perempuan, padahal diketahui bahwa perempuan tersebut berada dalam ikatan perkawinan.
- d. Perempuan yang tidak dalam ikatan perkawinan melakukan persetubuhan dengan laki-laki, padahal diketahui bahwa laki-laki tersebut berada dalam ikatan perkawinan.
- e. Laki-laki dan perempuan yang masing-masing tidak terikat dalam perkawinan yang sah melakukan persetubuhan.

Pasal 485 : Setiap orang yang melakukan hidup bersama sebagai

³³⁴ Lidya Suryani Widyawati, 2009, Revisi Pasal Perzinahan dalam rancangan KUHP : Studi masalah perzinahan di kota padang dan Jakarta, jurnal hukum Vol. 16 juli 2009, Hal 319

³³⁵ <http://id.berita.yahoo.com/daftar-pasal-kontroversial-di-rancangan-kuhp-065109406.html> diakses tanggal 06 desember 2014

suami-istri di luar perkawinan yang sah, dipidana pidana penjara paling lama 1 (satu) tahun atau pidana denda paling banyak Kategori II.

2. Pandangan Hukum Pidana Islam

Zina adalah hubungan seksual antara seorang laki-laki dan seorang wanita yang tidak atau belum diikat perkawinan tanpa disertai unsur keraguan dalam hubungan seksual tersebut dan tidak ada hubungan kepemilikan.³³⁶ Hukum pidana islam merupakan salah satu bagian dari syariat islam, Dalam Hukum Islam perzinahan dianggap sebagai suatu perbuatan yang sangat terkutuk dan dianggap sebagai *jarimah*. Pendapat ini disepakati oleh ulama kecuali perbedaan pendapat pada persoalan hukumnya. Menurut sebagian ulama, tanpa memandang pelakunya, baik yang dilakukan oleh orang yang belum menikah atau orang yang telah menikah, selama persetubuhan tersebut berada diluar kerangka pernikahan hal itu disebut sebagai zina dan dianggap sebagai perbuatan melawan hukum. Juga tidak mengurangi nilai kepidanaannya, walaupun hal itu dilakukan secara sukarela atau suka sama suka. Meskipun tidak ada yang merasa dirugikan, zina dipandang oleh islam sebagai pelanggaran seksualitas yang sangat tercela tanpa kenal prioritas.³³⁷ Dalam Hukum islam hukuman bagi pelaku

³³⁶ Abdul Aziz Dahlan, dkk, ensiklopedi hukum islam (al-mausu'ah al-fiqhiyah), cet V (Jakarta : PT. Ichtiar Baru van Hoeve, 2001), VI:2006

³³⁷ Rahmat Hakim, Hukum...hal 69

zina yang belum menikah (*ghairu muhsan*) didasarkan pada ayat Al-Qur'an, yakni didera seratus kali. Sementara bagi pezina (*muhsan*) dikenai sanksi rajam³³⁸

Hukum islam dan Hukum Positif berbeda pandangan dalam masalah zina. Hukum Islam memandang setiap hubungan kelamin diluar nikah adalah zina dan mengancamnya dengan hukuman, baik pelaku sudah kawin atau belum, dilakukan dengan suka sama suka, atau tidak. Sebaliknya hukum positif tidak memandang semua hubungan kelamin diluar perkawinan sebagai zina.³³⁹

Hukum islam melarang zina dan mengancamnya dengan hukuman karena zina merusak sitem kemasyarakatan dan mengancam keselamatannya. Zina merupakan pelanggaran atas sitem kekeluargaan, sedangkan keluarga merupakan dasar berdirinya masyarakat. Memperbolehkan zina berarti membiarkan kekejian, dan hal ini dapat meruntuhkan masyarakat. Sedangkan syariat islam menghendaki langgengnya masyarakat yang kukuh dan kuat.³⁴⁰ Hukum positif menganggap perbuatan zina sebagai urusan pribadi yang hanya menyinggung hubungan individu dan tidak menyinggung hubungan masyarakat. Oleh karenanya dalam pandangan hukum positif, apabila zina itu dilakukan dengan sukarela (suka sama suka) maka pelaku tidak perlu dikenakan

³³⁸ Makhrus Munajat, Dekonstruksi..., Hal 98

³³⁹ Ahmad Wardi Muslich, Hukum...Hal 3

³⁴⁰ H. Ahmad Wardi Muslich, Hukum Pidana Islam, Sinar Grafika Jakarta 2005, hal 4

- b. seorang wanita tidak menikah yang turut serta melakukan perbuatan itu padahal diketahui olehnya, bahwa yang turut bersalah telah menikah dan Pasal 27 BW berlaku baginya.

- (2) Tidak dilakukan penuntutan melainkan atas pengaduan suami/istri yang tercemar, dan bilamana bagi mereka berlaku Pasal 27 BW, dalam tenggang waktu tiga bulan diikuti dengan permintaan bercerai atau pisah meja dan ranjang karena alasan itu juga.

Dari rumusan ketentuan Pasal 284 KUHP tersebut maka unsur-unsur perzinahan adalah sebagai berikut :

- (1) adanya persyaratan telah kawin;
- (2) adanya pengaduan dari suami atau isteri yang tercemar; dan si turut serta harus mengetahui bahwa pasangannya terikat perkawinan. Berdasarkan ketentuan Pasal 284 KUHP, apabila laki-laki dan perempuan yang kedua-duanya belum menikah dan melakukan hubungan seks di luar ikatan pernikahan yang sah maka tidak dapat dikategorikan sebagai perzinahan dan tidak dapat dijerat oleh hukum. Dengan kata lain, ketentuan Pasal 284 KUHP, baik secara langsung maupun tidak langsung memberikan peluang kepada persetubuhan di luar nikah antara laki-laki dan perempuan yang masing-

hukuman, karena dianggap tidak ada pihak yang dirugikan, kecuali apabila salah satu atau keduanya dalam keadaan sudah kawin. Dalam hal ini perbuatan tersebut baru dianggap sebagai tindak pidana dan pelakunya dikenai hukuman, karena hal itu melanggar kehormatan perkawinan.³⁴¹

Zina menurut Malikiyah adalah persetubuhan yang dilakukan oleh mukalaf terhadap Farji manusia (wanita) yang bukan miliknya secara disepakati dengan kesengajaan.³⁴² Pendapat Hanafiyah, Zina adalah nama bagi persetubuhan yang haram dalam qubul (kemaluan) seorang perempuan yang masih hidup dalam keadaan ikhtiar (tanpa paksaan) di dalam negeri yang adil oleh orang-orang kepadanya berlaku hukum islam, dan wanita tersebut bukan miliknya dan tidak ada syubat dalam miliknya.³⁴³ Zina menurut Syafi'iyah adalah memasukkan zakar ke dalam farji yang diharamkan karena zatnya tanpa ada syubat dan menurut tabiatnya menimbulkan syahwat.³⁴⁴ Pendapat Hanabah zina adalah melakukan perbuatan keji (persetubuhan), baik terhadap qubul (farji) maupun dubur.³⁴⁵

Dari definisi tentang zina diatas tersebut berbeda dalam redaksi dan susunan kalimatnya, namun dalam

intinya sama, yaitu bahwa zina adalah hubungan kelamin antara seorang laki-laki dan perempuan diluar nikah. Hanya kelompok Hanabilah yang memberikan definisi yang singkat dan umum, yang menyatakan bahwa zina adalah setiap perbuatan keji yang dilakukan terhadap qubul (farji) atau dubur. Dengan demikian, Hanabillah menegaskan dalam definisinya bahwa hubungan kelamin terhadap dubur dianggap sebagai zina yang dikenakan hukuman had.

Unsur-unsur Zina yang dikemukakan dari definisi zina diatas ada dua yaitu :

1. Persetubuhan yang diharamkan, Persetubuhan yang dianggap sebagai zina dalam farji. Ukurannya adalah apabila kepala kemaluan (*hasyafah*) telah masuk ke dalam farji walaupun sedikit. Juga dianggap sebagai zina walaupun ada penghalang anatara zakar (kemaluan laki-laki) dan farji (kemaluan perempuan), selama penghalangnya tipis yang tidak menghalangi perasaan dan kenikmatan bersenggama.

2. Adanya Kesengajaan atau niat yang melawan hukum³⁴⁶ unsur terpecah apabila adanya niat dari para pelaku yang melakukan suatu perbuatan (persetubuhan) padahal ia tahu bahwa wanita yang disetubuhinya adalah wanita yang diharamkan baginya. Dengan demikian, apabila seseorang mengerjakan suatu perbuatan dengan sengaja, tetapi ia tidak tahu bahwa perbuatan yang dilakukannya

haram maka ia tidak dikenai hukuman had. Unsur melawan hukum atau kesengajaan berbuat ini harus bersamaan dengan melakukan perbuatan yang diharamkannya itu, bukan sebelumnya. Artinya niat melawan hukum tersebut harus ada pada saat dilakukannya perbuatan yang dilarang itu. Apabila pada saat dilakukannya perbuatan yang dilarang niat yang melawan hukum itu tidak ada meskipun sebelumnya ada maka pelaku tidak dikenai pertanggungjawaban atas perbuatan yang dilakukannya.

3. Hukum Pidana Adat

Dengan membandingkan Hukum pidana adat dengan hukum pidana positif Indonesia KUHP dapat dikemukakan perbedaan sebagai berikut :

a. Menurut ketentuan yang disebutkan dalam KUHP Perzinahan dapat terjadi apabila ada persetubuhan antara seorang pria dengan seorang wanita yang keduanya atau salah seorang dari mereka telah terikat perkawinan dengan orang lain. Sedangkan menurut Hukum adat perzinahan tidak hanya dilakukan oleh orang yang sudah kawin. Jadi baik sudah menikah maupun belum menikah jika melakukan persetubuhan diluar hubungan yang sah tetap dianggap sebagai perbuatan yang terlarang yang disebut juga sebagai zina.³⁴⁷

b. Pasal 284 ayat 1 KUHP menentukan bahwa perbuatan zina dapat diancam dengan pidana penjara Sembilan bulan, baik bagi pelaku yang

sudah kawin maupun orang yang turut melakukan perbuatan itu. Namun menurut hukum pidana adat, berat atau ringannya pidana tergantung hukum adat yang berlaku dilingkungan adat masing-masing.³⁴⁸ Adapun tindakan reaksi atau koreksi terhadap kejahatan dalam lingkungan masyarakat adat Indonesia dienal tindakan-tindakan sebagai berikut :

1. Penggantian kerugian materiel dalam berbagai rupa seperti paksaan untuk menikahi gadis yang telah dicemarkan;
2. Pembayaran uang adat kepada yang terkena, berupa benda sakti sebagai pengganti kerugian rohani;
3. Selamatan (korban) untuk membersihkan masyarakat dari segala kotoran aib;
4. Penutup malu atau permintaan maaf;
5. Pengasingan dari masyarakat serta meletakkan orang diluar tata hukum;
6. Hukuman badan hingga hukuman mati³⁴⁹

c. Hukuman pidana Indonesia (KUHP) menganut asas legalitas formal sebagaimana yang tercantum dalam pasal 1 KUHP, yaitu tiada suatu perbuatan yang boleh dihukum melainkan atas kekuatan aturan pidana dalam Perundang-Undangan yang telah ada sebelum perbuatan itu dilakukan. Akibat dianutnya asas legalitas formal ini maka tafsiran analogi tidak boleh dipergunakan dalam menentukan

³⁴¹ Ibid

³⁴² Abd Al-Qadir Audah, II op. cit. Hal 349

³⁴³ 'Ala ' Ad-Din Al-Kasani, Kitab Badai' Ash-Shanai' fi Tartib Asy-Syarai', Juz VII, Dar Al-Fikr, Beirut, 1996, hal 49

³⁴⁴ Abd Al-Qadir Audah, II loc. Cit Hal 349

³⁴⁵ Abdullah ibn Muhammad ibn Qudamah, Al-Mughni, Juz VIII, Dar Al-Mannar, 1368 H, Hal 181; Audah II Loc. cit

³⁴⁶ Ibid Hal 349

³⁴⁷ Prof Hi. Hilaman Hadikusuma, S.H Op. Cit, Hal 88

³⁴⁸ Loc.cit

³⁴⁹ Prof I Made Widnyana, S.H., Op. cit hal 44

adanya tindak pidana. Sedangkan asas legalitas formal ini tidak dikenal dalam hukum adat. Setiap perbuatan atau kejadian yang bertentangan dengan kepatutan, kerukunan, ketertiban, keamanan, dan rasa keadilan dan kesadaran hukum masyarakat bersangkutan, baik hal itu akibat perbuatan seseorang maupun perbuatan penguasa sendiri, maka perbuatan atau kejadian itu dianggap sebagai delik adat.³⁵⁰ Oleh sebab itu dengan alasan manusia tidak akan mampu meramalkan masa yang akan datang, maka ketentuan-ketentuan dalam hukum adat tidak pasti dan bersifat terbuka untuk segala peristiwa atau perbuatan yang mungkin terjadi. Yang dijadikan ukuran menurut hukum adat adalah rasa keadilan dan kesadaran hukum masyarakat yang sesuai dengan perkembangan, waktu dan tempat.

4. PERSELINGKUAN

Pernikahan merupakan suatu ikatan sakral yang menyatukan dua individu dengan pribadi yang berbeda. Hal ini menyebabkan suami dan istri memiliki tujuan yang berbeda dalam kehidupan pernikahannya. Namun ada hal-hal yang merupakan tujuan umum dari sebuah pernikahan yang meliputi tujuan fisik, psikologis, spiritual, serta tujuan untuk bersosialisasi baik itu dengan pasangan, keluarga maupun lingkungannya. Sebuah pernikahan dikatakan memuaskan jika tujuan-tujuan dari pernikahan tersebut sudah tercapai (Santrock, 2002).

Di dalam kehidupan pernikahan, suami istri melakukan perbandingan untung rugi yang ditambah oleh adanya relasi pernikahan mereka. Apabila dari hasil perbandingan itu, baik suami maupun istri menemukan bahwa pernikahan mereka membawa dampak yang menguntungkan atau bahkan lebih baik dari yang diharapkan, maka relasi pernikahan tersebut dapat dipertahankan. Namun apabila dalam interaksinya dengan lingkungan, baik suami maupun istri menemukan relasi yang lebih menarik dari relasi sebelumnya maka akan muncul suatu usaha untuk mempertahankan relasi yang baru sehingga terjadilah suatu bentuk penyelewengan atas ikatan pernikahan mereka yang lebih akrab dikenal sebagai perselingkuhan

Keluarga adalah satu-satunya kelompok berdasarkan hubungan darah atau hubungan perkawinan. Namun kelompok tersebut akan retak apabila salah satu anggotanya tidak mencapai idealisasi dalam melaksanakan perannya. Salah satu penyebabnya ialah dengan hadirnya orang ketiga (selingkuhan) sebagai akibat dari retaknya keluarga tersebut.

Suatu perselingkuhan yang walaupun dalam hukum pidana positif tidak mengenal kata selingkuh tetapi hanya kata perzinahan, tetapi sudah merupakan salah satu yang mengancam kehidupan moral bangsa. Selingkuh betul-betul tidak dibenarkan atas nama apa pun, baik secara sosial maupun agama. Meskipun awalnya hanya dari kelompok kecil saja, yakni keluarga, karena apabila keluarga

mengalami kehancuran maka akan berdampak pula terhadap lingkungan masyarakat sekitar. Salah satu dampaknya adalah pencemaran nama baik lingkungan yang bersangkutan sekaligus bisa menjadi contoh yang bisa merusak moral masyarakat sekitar.

Disamping itu, Maslow mengemukakan adanya 5 hierarki kebutuhan (*need*) yang ada pada diri manusia, yaitu :

1. *Physicological Needs*, yaitu kebutuhan-kebutuhan yang bersifat fisiologis, dan kebutuhan-kebutuhan ini merupakan kebutuhan yang paling kuat diantara kebutuhan-kebutuhan lainnya.
2. *Safety needs*, yaitu kebutuhan yang berkaitan dengan rasa aman.
3. *Belongingnes and Loves needs*, yaitu merupakan kebutuhan yang berkaitan dengan orang lain, merupakan kebutuhan social.
4. *Esteem Needs*, yaitu kebutuhan yang berkaitan dengan penghargaan, termasuk ingin dihargai.
5. *Needs for self-Actualization*, yaitu kebutuhan untuk mengaktualisasikan diri, kebutuhan ikut berperan.

Itulah gambaran tentang kebutuhan manusia, dan melalui pernikahan maka akan dapat memenuhi salah satu kebutuhan hidup manusia itu yakni *Physicological Needs* walaupun sebenarnya pernikahan itu bisa mencakup juga pemenuhan kelima kebutuhan diatas dan bukan tidak mungkin dalam memenuhi kebutuhan tersebut terjadi pergeseran pada norma pernikahan akibat dari perselingkuhan.

Perselingkuhan merupakan penyelewengan dan ketidaksetiaan terhadap pasangannya dengan penyaluran seks yang tidak benar. Perselingkuhan juga bisa terjadi karena suami isteri terlalu sibuk dengan aktivitas masing-masing, sehingga antara keduanya terjadi kesalah pahaman dan kurangnya rasa perhatian. Perselingkuhan adalah hubungan pribadi di luar nikah, yang melibatkan sekurangnya satu orang yang berstatus nikah, dan didasari oleh tiga unsur³⁵¹:

- (1) saling ketertarikan
- (2) saling ketergantungan
- (3) saling memenuhi secara emosional dan seksual.

Agama mana pun di dunia ini, pasti tak ada yang membenarkan perselingkuhan dalam rumah tangga. Begitu pun dengan norma-norma yang berlaku di masyarakat, pasti memandang negatif perselingkuhan, termasuk di negara-negara Barat sekalipun, yang terkenal dengan sekulerisme dan hedonismenya. Pernikahan, benar-benar dianggap sebuah "wadah" yang harus steril dari perselingkuhan, dan kesetiaan menjadi mutlak 100% bagi pasangan suami-istri, tak peduli berapa pun umur pernikahannya, dan bagaimanapun kondisi pernikahannya.

Akan tetapi, realitas hidup di masyarakat berkata lain. Tanpa perlu data statistik yang resmi dan valid, kita pasti tahu betapa mudahnya perselingkuhan dalam rumah tangga terjadi di masyarakat kita. Kita tak perlu

³⁵⁰ Prof Hi Hilman Hadikusuma, S.H., Op cit Hal. 10

³⁵¹ Monty P. Satiadarma, Menyikapi Perselingkuhan. (Jakarta: Pustaka Populer Obor, 2001), hal: 37 & 38

menonton sinetron, telenovela, atau *infotainment* di televisi untuk bisa menyaksikan perselingkuhan, karena hal itu bisa kita temukan dalam kehidupan sehari-hari, bahkan di depan mata kita. Perselingkuhan bisa dilakukan oleh tetangga kita, kerabat kita, saudara kita, teman kita, teman kerja kita, atasan kita, guru/dosen kita, sahabat dekat kita, orang tua kita, saudara kandung kita, atau bahkan kita sendiri.

Perselingkuhan, dengan atau tanpa hubungan seks, meskipun jelas-jelas haram menurut agama dan dicap buruk oleh masyarakat, pada kenyataannya begitu mudah untuk ditemukan, bahkan untuk dilakukan. Perselingkuhan pun bukan menjadi monopoli pihak tertentu. Perselingkuhan tak kenal status sosial, tingkat pendidikan, jabatan, bidang profesi, domisili, bahkan gender. Semua masalah itu membuat rumah tangga pasutri mana pun menjadi rentan perselingkuhan, yang kalau dibiarkan begitu lama dan intens bisa menjadi bom waktu, yang sewaktu-waktu bisa “meledak” dan menghancurkan semua yang telah susah payah dibangun selama ini. Kehadiran WIL (wanita idaman lain) atau PIL (pria idaman lain), baik yang masih *single*, janda/duda, ataupun sama telah menikah, memang banyak dituding sebagai biang kerok terjadinya perselingkuhan di dalam rumah tangga. Tak sedikit istri yang langsung melabrak wanita selingkuhan suami-nya, ataupun suami yang langsung *ngamuk* kepada pria selingkuhan istrinya, begitu mereka mengetahui perselingkuhan

pasangannya. Selain itu, kita juga tak bisa menuduh “motivasi” mereka adalah materi ataupun faktor ekonomi.

Hawari menyebutkan perselingkuhan sebagai penyebab terbesar konflik suami istri saat ini. Pada era globalisasi sekarang ini, kesempatan untuk berinteraksi dengan pihak manapun yang disukai menjadi bertambah besar. Bagi hubungan suami istri, keadaan ini dapat menjadi saingan bagi kelangsungan pernikahan mereka. Mencermati akan pengertian perzinahan dimaksud, maka kita akan mengalami kesulitan dalam pembuktian, mengapa demikian, karena tidak mungkin orang berzinah, dilakukan ditempat yang sekiranya dapat disaksikan dengan mata telanjang, sehingga pembuktian terhadap unsur perzinahan ini, biasanya hanya bergantung pada Pengakuan pasangan zinah serta pembuktian secara medis. Khusus untuk pengakuan pasangan zinah agak sulit kita dapati (hal ini sejalan dengan ungkapan klasik bahwa kalau pencuri mengaku maka penjara sudah pasti penuh. perzinahan itu, istri yang berzinah atau perempuan pasangan zinah hamil atau mempunyai anak dan kemudian pemeriksaan medis (Test DNA) mampu membuktikannya, maka walaupun tidak ada pengakuan akan perbuatan persetubuhan, tetapi keadaan diatas telah menjelaskannya.

Biasanya seorang suami/istri yang menjadi korban dari sebuah tindak pidana perzinahan, ketika menangkap “basah” suami/istrinya dengan pasangan zinahnya, berduaan didalam kamar hotel, kamar kost bahkan

suami/istri pasangan zinah tadi ketika ditangkap mengakui dengan jujur bahwa ia mencintai pasangannya dan sudah menjalin hubungan cinta untuk waktu yang cukup lama, lalu melaporkan secara pidana kepada aparat negara penegak hukum dan melalui serangkaian proses hukum, kemudian suami/istri yang berzinah tadi tidak dapat diproses lebih lanjut oleh karena tidak dapat dibuktikan adanya unsur persetubuhan. Untuk dapat memproses (dilakukannya tindakan penyidikan) tindak pidana perzinahan, maka harus ada pengaduan dari suami/istri yang menjadi korban dari tindakan perzinahan. Tindak Pidana perzinahan merupakan delik aduan absolut karena tindak pidana perzinahan tidak dapat dituntut apabila tidak ada pengaduan dari suami/istri yang menjadi korban dari tindakan perzinahan.

Selain dilematisnya pemenuhan ketiga unsur pasal dari tindak pidana perzinahan diatas, salah satu persoalan penting yang juga menyebabkan aturan tentang tindak pidana perzinahan ini seolah-olah tidak memberi “tekanan psikologi” yang berarti bagi setiap orang untuk tidak berbuat tindak pidana perzinahan adalah tidak dapat dikenakannya tindakan “Penahanan” terhadap pelaku tindak pidana perzinahan. Sedangkan kita ketahui bersama bahwa seorang suami/istri yang menjadi korban dari sebuah tindak pidana perzinahan, ketika menangkap “basah” suami/istrinya dengan pasangan zinahnya, tentu lebih menginginkan suaminya/istrinya yang berzinah tadi dikenakan penahanan,

karena dengan tindakan penahanan sedikit tidaknya terobati rasa keterpuhukan psikis yang dialaminya. Begitupun juga ketika didapati bentuk bentuk perselingkuhan lewat sms dan alat-alat bantu media social yang bisa membuka peluang perselingkuhan perasaan yang menjurus pada rasa saling ketertarikan antara laki-laki dan perempuan yang diungkapkan dengan kata-kata yang sudah menjurus kearah perselingkuhan belum bisa dijerat hukum pidana dikarenakan unsur delik yang ada dalam pasal 284. Hal ini bisa membawa dampak tekanan psikologi pada pihak-pihak yang merasa dirugikan.

Gambaran keberadaan Tindak pidana perzinahan dalam bingkai hukum pidana positif kita diatas, diharapkan dapat membuka wawasan kita, sehingga kita mempunyai rasa tanggungjawab bersama dalam kehidupan berbalut “kontrak sosial” yang sementara kita jalani sekarang ini untuk memperbaiki perilaku hidup yang menyimpang dengan adanya pembaharuan hukum pidana khususnya Pasal 284 Kitab Undang-Undang Hukum Pidana.

E. KESIMPULAN

Pembaharuan hukum Pidana Positif sudah sangat diperlukan agar pasal-pasal yang dipandang mati atau hilang keberlakuannya karena tidak sesuai lagi dengan perkembangan jaman bisa diperbaharui sehingga memunculkan daya keberlakuannya. Oleh karena Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP) yang berlaku sekarang merupakan warisan hukum

kolonial Belanda yang dinilai sudah tidak memenuhi kebutuhan-kebutuhan hukum yang ada di dalam masyarakat. Konsep-konsep, sistem hukum, serta teori-teori hukum yang digunakan sudah tidak sesuai lagi dengan kebutuhan hukum masyarakat. maka tidak salah pula KUHP yang baru nantinya dibentuk sesuai dengan pemikiran *sociological jurisprudence* yaitu hukum yang baik hendaknya sesuai dengan hukum yang hidup di dalam masyarakat. Sehingga keteraturan tersebut bisa mencapai keteraturan hidup menuju masyarakat yang aman, damai dan sejahtera dibutuhkan sumber daya manusia yang bermoral dan pancasilais.

Berkaitan dengan kontroversi pasal perzinahan dalam Rancangan KUHP baru maka tidaklah salah pandangan masyarakat dan pembentuk undang-undang untuk mengatur masalah delik aduan tersebut mengikat para pelaku baik yang terikat perkawinan maupun yang masih lajang juga ketika kedapan melakukan perzinahan sudah bisa diproses berdasarkan hukum tanpa menunggu adanya aduan dari para pihak yang merasa dalam tindak pidana perzinahan. Adanya pertimbangan yang bisa memasukkan makna perselingkuhan dalam KUHP dimana Perselingkuhan adalah suatu hubungan antara dua orang yang bukan merupakan pasangan sahnya, yang dapat terjadi baik secara emosional maupun seksual yang dilakukan secara sembunyi-sembunyi karena merupakan perbuatan yang melanggar komitmen terhadap pasangan sebenarnya. Perselingkuhan

tidak selalu berarti hubungan yang melibatkan kontak seksual. Sekalipun tidak ada kontak seksual, tetapi kalau sudah ada saling ketertarikan, saling ketergantungan, dan saling memenuhi di luar pernikahan, hubungan semacam itu sudah bisa kita kategorikan sebagai perselingkuhan. Ada beberapa tahapan perselingkuhan, yaitu :

1. Tahapan ketertarikan, yang terdiri dari ketertarikan secara fisik atau pun emosional. Karena tertarik pada seseorang, mulailah kita bercakap-cakap dan menjalin hubungan dengannya.
2. Setelah itu, kita mulai merasa tergantung dengannya. Kita merasa membutuhkan dia. Saat dia tidak hadir, kita merasa tidak nyaman, sehingga kita mulai menanti-nantikan dia.

Setelah rasa ketergantungan, mulailah proses saling memenuhi. Kita dengan dia merasa saling memenuhi kebutuhan emosional masing-masing. Misalnya, yang satu punya problem dengan keluarganya, lalu diceritakan kepada rekan yang dapat memenuhi kebutuhan emosionalnya, dan terus berlanjut. Biasanya, kalau ada unsur-unsur ini, hanya tinggal masalah waktu untuk terjadinya hubungan seksual antara kedua orang tersebut, Karena perzinahan sudah merupakan penyakit masyarakat yang juga mempengaruhi hukum untuk bertindak secara arif dan bijaksana demi tercapainya keadilan dalam masyarakat. Perzinahan tidak sesuai dengan budaya masyarakat Indonesia yang tercermin dalam sila-sila Pancasila yang termanifestasi dari

nilai-nilai luhur yang dijunjung tinggi masyarakat Indonesia. dan dihayati oleh bangsa Indonesia dan

DAFTAR PUSTAKA

- Adam chazawi, *Tindak Pidana mengenai kesopanan*, Raja Grafindo Persada, Jakarta, 2006
- A.M.W Pranarka, *Sejarah Pemikiran Tentang Pancasila*, Yayasan Proklamasi CSIS, Jakarta, 1985.
- Achmad Ali, *Keterpurukan Hukum Indonesia (Penyebab dan Solusinya)*. Ghalia Indonesia, Jakarta, 2002.
- , *Menguak Tabir Hukum: Suatu Kajian Filosofis dan Sosiologis*, Cet. II, Penerbit Gunung Agung, Jakarta, 2002.
- Ade Maman Suherman, *Pengantar Perbandingan Sistem Hukum*. PT. Raja Grafindo Persada, Jakarta, 2004.
- Akhyar Yusuf Lubis, *Dekonstruksi Epistemologi Modern: Dari Posmodernisme, Teori Kritis, Poskolonialisme, Hingga Cultural Studies*. Pustaka Indonesia Satu, Jakarta, 2006.
- Alan Hunt, *The Sociological Movement in Law*, Macmillan Press, London, 1978.
- Bambang Poernomo, *Asas-asas Hukum Pidana*, Ghalia Indonesia, Jakarta, 1983
- Bachsan Mustafa. *Sistem Hukum Indonesia Terpadu*. Bandung: PT. Citra Aditya Bakti, 2003.
- Budiono Kusumohamidjojo, *Filsafat Hukum*, Grasino, Jakarta, 2004.
- D.H.M Meuwissen, *Elementen van Staatsrecht*, Tjeenk Willink, Zwolle, 1975.
- Daniel S Lev, *Hukum Dan Politik di Indonesia, Kesenambungan dan Perubahan*, Cet I, LP3S, Jakarta, 1990.
- Donald Black, *Sociological Justice*, Oxford University Press, New York, 1988.
- E. Sumaryono, *Hermeneutik : Sebuah Metode Filsafat*, Kanisius, Yogyakarta, 1993.
- E. Utrecht, *Pengantar Hukum Administrasi Negara Indonesia*, PT. Ichtiar, Jakarta, 1963.
- Fuady, Munir, *Sosiologi Hukum Kontemporer. Interaksi Hukum, Kekuasaan, dan Masyarakat*, Bandung PT Citra Aditya Bakti 2007
- Koenoe, Muhammad. SH. Prof. Dr *Hukum dan Perubahan-Perubahan Perhubungan Kemasyarakatan*