



DOI: <https://doi.org/10.31933/unesrev.v6i1>

Received: 24 Juni 2023, Revised: 27 September 2023, Publish: 29 September 2023

<https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>

Tindak Pidana Kesusilaan Ditinjau dalam Undang-Undang Darurat Nomor 1 Tahun 1951, KUHP dan KUHP 2023

Viena Nungky Kusuma¹, Halif², Dina Tsalist Wildana³, Fanny Tanuwijaya⁴, Laili Furqoni⁵

¹ Fakultas Hukum, Universitas Jember, Indonesia

E-mail: fannyhwang45@gmail.com

² Fakultas Hukum, Universitas Jember, Indonesia

E-mail: halif.fh@unej.ac.id

³ Fakultas Hukum, Universitas Jember, Indonesia

E-mail: dinawildana@unej.ac.id

⁴ Fakultas Hukum, Universitas Jember, Indonesia

E-mail: fanny.tanuwijaya@unej.ac.id

⁵ Fakultas Hukum, Universitas Jember, Indonesia

E-mail: lailifurqoni@unej.ac.id

Corresponding Author: fannyhwang45@gmail.com

Abstract: *This article will examine the Criminal Law loophole which can still be found in the qualification of the crime of, "having intercourse with a woman out of wedlock". In Verdict Number 30/Pid.B/2017/PN.bdw the perpetrator of crime and the victim who are both adults and without marital ties have intercourse without coercion, threats of violence and/or violence in different private areas. The Bondowoso District Court judge sentenced the perpetrator to three years in prison with a subsidiary indictment of the Public Prosecutor, namely Article 5 paragraph (3) letter b of the Emergency Law Number 1 of 1951 jo. Article 289 of the Criminal Code in Verdict Number 30/Pid.B/2017/PN.Bdw. This article will examine the accuracy of Article in Verdict Number 30/Pid.B/2017/PN.Bdw which uses Article 5 paragraph (3) letter b of the Emergency Law Number 1 of 1951 jo. Article 289 of the Criminal Code regarding the criminal act of obscenity and to examine the application of Article 412 in the new Criminal Code no. 1 of 2023 for perpetrators of criminal acts in Verdict Number 30/Pid.B/PN.Bdw. The research uses normative juridical research with statute approach and a conceptual approach. The temporary conclusion of this article is that the act of two single adults who have intercourse with the promise of marriage is still not punishable by crime. Indonesia's positive law and criminal law reforms still have legal loopholes, so they require government regulations to regulate actions that are considered morally bad. Law enforcers need to take a legal sources outside of the appropriate law to convict perpetrator of criminal acts are that unequalled in the Criminal Code to fill the legal vacuum so that it does not become arbitrary space for law enforcers.*

Keyword: *Construction Implementation, Perverted sexual, Prisoner, Legal Certainty*

Abstrak: Penelitian ini akan mengkaji celah dalam hukum pidana yang masih dapat ditemukan dalam kualifikasi tindak pidana, “bersetubuh dengan perempuan di luar nikah”. Dalam Putusan Nomor 30/Pid.B/2017/PN.Bdw, pelaku tindak pidana dan korban yang sama-sama dewasa dan tidak terikat dalam perkawinan melakukan persetubuhan tanpa adanya paksaan, ancaman kekerasan dan/atau kekerasan di ruang privat yang berbeda. Majelis Hakim Pengadilan Negeri Bondowoso menjatuhkan sanksi pidana berupa penjara tiga tahun dengan menggunakan dakwaan subsidair dari Jaksa Penuntut Umum yaitu Pasal 5 ayat (3) huruf b Undang-Undang Darurat Nomor 1 Tahun 1951 *juncto* Pasal 289 Kitab Undang-Undang Hukum Pidana tentang Perbuatan Cabul. Tujuan penelitian ini akan mengkaji, pertama kesesuaian Pasal dalam Putusan Nomor 30/Pid.B/2017/PN.Bdw yang menggunakan Pasal 5 ayat (3) huruf b Undang-Undang Darurat Nomor 1 Tahun 1951 *juncto* Pasal 289 Kitab Undang-Undang Hukum Pidana tentang Perbuatan Cabul, kedua untuk menguji apakah Pasal 412 dalam Kitab Undang-Undang Hukum Pidana baru yaitu Undang-Undang Nomor 1 Tahun 2023 dapat memidanakan pelaku tindak pidana dalam Putusan Nomor 30/Pid.B/2017/PN.bdw. Penelitian ini menggunakan yuridis normatif dengan pendekatan undang-undang (*statute approach*) dan pendekatan konseptual (*conceptual approach*). Kesimpulan dari penelitian ini adalah penggunaan UU drt 1/1951 yang tidak tepat karena pertama, Bondowoso bukan merupakan daerah swapraja maupun daerah hukum adat sebagaimana adresat dalam UU drt 1/1951 adalah kawula-kawula swapraja serta perbuatan pidana yang dilakukan tiada bandingnya di Kitab Undang-Undang Pidana Sipil. Kedua, perbuatan pidana yang dilakukan tidak memenuhi unsur delik dalam Pasal 412 KUHP 2023. Reformasi hukum pidana Indonesia masih memiliki kekosongan hukum sehingga diperlukan Peraturan Pemerintah untuk mengatur tindakan yang dianggap buruk secara moral. Penegak hukum perlu mengambil sumber hukum di luar undang-undang untuk memidanakan seseorang yang perbuatan pidananya tiada bandingnya dengan Kitab Undang-Undang Hukum Pidana untuk mengisi kekosongan hukum agar tidak menjadi ruang bersewenang-wenangan bagi para penegak hukum.

Kata Kunci: Kejahatan Terhadap Kesusilaan, Tindak Pidana Adat Zinah, Perbuatan Cabul

PENDAHULUAN

Indonesia sebagai negara hukum sebagaimana tercantum dalam Pasal 1 ayat (3) Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia memiliki banyak peraturan serta kebijakan di mana Indonesia memiliki sekitar 45.114 peraturan hingga Oktober 2022. Produk hukum pertama yang berupa Undang-Undang di Indonesia yakni Undang-Undang No. 1 Tahun 1946 tentang Undang-Undang Hukum Pidana (selanjutnya disebut KUHP 1946) yang diadaptasi dari hukum pidana Belanda dan berlaku sebagai hukum positif hingga saat ini. Pasal 1 KUHP 1946 menyebutkan bahwa Peraturan Presiden Republik Indonesia tertanggal 10 Oktober 1945 Nomor 2 menetapkan bahwa peraturan-peraturan hukum pidana yang berlaku sekarang adalah peraturan-peraturan hukum pidana yang ada pada tanggal 8 Maret 1942 (Wantjik Saleh, 1981). KUHP 1946 menjadi hukum pidana positif di Indonesia karena sebelum Tahun 1945 Indonesia masih tidak diakui oleh Belanda kemerdekaannya sehingga kolonial Belanda yang berdiplomasi di Indonesia menggunakan hukum pidana Belanda untuk mengisi kekosongan hukum.

Selain KUHP sebagai produk hukum, Indonesia juga memiliki Undang-Undang Darurat. Undang-Undang Darurat merupakan undang-undang yang ditetapkan oleh pemerintah dalam keadaan yang mendesak tanpa persetujuan DPR terlebih dahulu. Undang-Undang Darurat dibentuk pada masa konstitusi Republik Indonesia Serikat yang selanjutnya akan ditulis sebagai RIS dan konstitusi Undang-Undang Dasar Sementara yang selanjutnya akan ditulis

sebagai UUDS untuk mengatur tentang jalannya pemerintahan dan peradilan ketika dalam keadaan darurat. Pemerintah menganggap Indonesia berada dalam keadaan darurat karena adanya pergantian konstitusi serikat menjadi kesatuan sehingga dibutuhkan undang-undang yang mengatur tentang jalannya pemerintahan dan peradilan baru. Menurut S.E Vinner yang dikutip oleh Jimly Asshiddiqie, keadaan darurat dibagi menjadi tiga kategori yaitu: a. Keadaan darurat karena perang (*State of War*), b. Keadaan darurat karena ketegangan (*State of Tension*) termasuk bencana alam atau ketegangan akibat peristiwa politik, c. Keadaan darurat karena kepentingan internal pemerintahan yang memaksa (*innere notstand*), (Nurbani, 2022). RIS merupakan konstitusi darurat yang hanya bertahan selama delapan bulan sebelum menjadi UUDS. Adanya Agresi Militer Belanda I dan II serta konflik Indonesia-Belanda juga terjadi saat masa konstitusi RIS di mana kolonial Belanda ingin mempertahankan beberapa negara bagian di Indonesia sehingga Presiden Soekarno menganggap hal ini adalah keadaan darurat. Pergantian masa konstitusi RIS menjadi Kesatuan Republik Indonesia ditandai dengan pembentukan UUDS 1950 yang berfokus pada Hukum Tata Negara Darurat tentang pemerintahan, penerapan militer dan dibuatlah Undang-Undang No. 74 Tahun 1957 tentang pencabutan, "*Regeling Po De Staat Van Oorlog En Beleg*" dan penetapan "Keadaan Bahaya". Walau tidak banyak yang mengatur tentang definisi Undang-Undang Darurat, namun Undang-Undang Darurat ini masih ada dan aktif. Undang-Undang Darurat yang masih belum dicabut antara lain: Undang-Undang Darurat No. 11 Tahun 1954 Tentang Amnesti dan Abolisi, Undang-Undang Darurat No. 1 Tahun 1951 Tentang Tindakan-Tindakan Sementara Untuk Menyelenggarakan Kesatuan Susunan Kekuasaan dan Acara Pengadilan-Pengadilan Sipil, Undang-Undang Darurat No. 7 Tahun 1955 Tentang Pengusutan, Penuntutan dan Peradilan Tindak Pidana Ekonomi, serta Undang-Undang Darurat No. 7 Tahun 1959 Tentang Pembentukan Pengadilan Tinggi di Jawa Tengah di Semarang dan Perubahan Wilayah Hukum Pengadilan Tinggi di Surabaya dan Makassar.

Dari contoh Undang-Undang Darurat di atas, Undang-Undang No. 1 Tahun 1951 Tentang Tindakan-Tindakan Sementara Untuk Menyelenggarakan Kesatuan Susunan Kekuasaan dan Acara Pengadilan-Pengadilan Sipil (selanjutnya disebut UU Drt. No. 1 Tahun 1951) merupakan undang-undang yang menarik. Undang-undang ini ditetapkan menjadi peraturan yang memberikan jembatan antara susunan kekuasaan dan hukum acara pada saat konstitusi Republik Indonesia Serikat menjadi Undang-Undang Dasar Sementara Republik Indonesia. Undang-Undang Darurat No. 1 Tahun 1951 berbentuk formil materil yang salah satu Pasal dalam di dalamnya sering dipakai dalam perkara tindak pidana asusila seperti pencabulan. Faktanya ada beberapa putusan pengadilan tentang perkara tindak pidana asusila yang menggunakan Pasal 5 ayat (3) huruf b Undang-Undang Darurat No. 1 Tahun 1951, antara lain: Putusan Mahkamah Agung No. 666 K/Pid/1984, Putusan Pengadilan Tinggi Denpasar No. 22/Pid/S/1988/PT dan Putusan No. 30/Pid.B/2017/PN.Bdw.

Kejahatan kesusilaan merupakan kejahatan yang sering terjadi pada perempuan dan anak. Bukan hanya merupakan tindakan yang melanggar norma, kejahatan kesusilaan juga sering membuat korban merasa trauma dan merupakan kejahatan yang menyerang kehormatan. Jenis-jenis kejahatan terhadap kesusilaan yang bersangkutan ada delapan belas sebagaimana diatur dalam Buku II Bab XIV KUHP mulai Pasal 281 sampai Pasal 299 seperti perkosaan, pelecehan seksual di tempat umum, persetubuhan antara laki-laki dan perempuan yang salah satu atau keduanya ada dalam ikatan perkawinan, perkosaan dalam kondisi korban sedang tidak berdaya

dan kekerasan seksual terhadap anak yang masih belum dewasa. Namun tidak sedikit juga kasus tentang persetubuhan orang dewasa yang berlandaskan kesepakatan namun berakhir dengan tuduhan pencabulan bahkan pemerkosaan. Padahal arti dari pemerkosaan sendiri adalah pelanggaran dengan kekerasan atau perbuatan yang diiringi oleh kekerasan. Banyak faktor yang menyebabkan korban merasa dirugikan secara fisik maupun psikis atas terjadinya persetubuhan yang dilakukan oleh orang dewasa walau dalam konteks berlandaskan kesepakatan. Sebagian besar dari mereka adalah perempuan yang berhasil dimanipulasi oleh laki-laki seperti janji untuk dinikahi, iming-iming dengan materi dan juga hal lain yang membuat korban merasa aman untuk melakukan persetubuhan. Tidak ada jerat hukum untuk kasus seperti ini di dalam Kitab Undang-Undang Hukum Pidana karena unsur perkosaan sendiri menurut R. Soesilo adalah peraduan antara anggota kemaluan laki-laki dan perempuan yang dijalankan untuk mendapatkan anak, jadi alat kelamin laki-laki harus masuk ke dalam alat kelamin perempuan sehingga mengeluarkan air mani. Sedangkan unsur dari pencabulan menurut R. Soesilo adalah segala perbuatan yang melanggar kesusilaan atau kesopanan, atau dapat pula merupakan suatu perbuatan keji yang masuk dalam lingkungan nafsu birahi kelamin, misalnya mencium, meraba anggota kemaluan, meraba buah dada, dan sebagainya (R. Soesilo, 1991).

KUHP 1946 mengelompokkan perkosaan, perzinahan serta pencabulan dalam bagian kejahatan terhadap kesusilaan maka berbeda dengan Undang-Undang No. 1 Tahun 2023 Tentang Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (selanjutnya disebut KUHP 2023) yang secara tegas mengelompokkan perkosaan, perzinahan, kumpul kebo atau kohabitasi serta pencabulan ke dalam Tindak Pidana Kekerasan Seksual (TPKS) dalam Pasal 423. KUHP 2023 merupakan produk hukum yang dibentuk oleh legislatif yang telah disetujui oleh Presiden. Undang-Undang ini mengatur banyak delik baru termasuk mengakui *living law* atau hukum yang hidup dalam masyarakat pada Pasal 2 ayat (1). Mengakui *living law* dalam KUHP 2023 maka dapat disimpulkan bahwa pemerintah memperluas azas legalitas sehingga perbuatan pidana yang tidak diatur dalam undang-undang namun merupakan tindak pidana adat dapat diberikan sanksi pidana yang selanjutnya akan diatur oleh Peraturan Pemerintah (PP).

Kasus persetubuhan yang dilakukan oleh orang dewasa tanpa adanya ancaman kekerasan atau paksaan dalam bentuk kekerasan tidak dapat dijerat oleh Pasal 285 maupun Pasal 289 KUHP 1946 yang secara umum juga mensyaratkan adanya paksaan dalam bentuk kekerasan dan ancaman kekerasan oleh pelaku terhadap korban. Apabila merujuk pada definisi yang disebutkan oleh *World Health Organization* (WHO), “Suatu tindakan atau perbuatan seksual apa pun baik dengan komentar maupun rayuan seksual yang tidak diinginkan, tindakan untuk tujuan diperdagangkan, tindakan seksualitas dengan paksaan, dalam hubungan apa pun dan kondisi apa pun tidak terbatas di rumah dan kantor sudah merupakan bentuk kekerasan seksual”. Kondisi-kondisi seperti penolakan korban terhadap pelaku, tidak adanya persetujuan antara korban dan pelaku, hilangnya kesadaran pada korban dan pelaku, serta tipu daya yang diberikan pelaku terhadap korban memang belum diatur dalam KUHP sehingga kasus-kasus seperti pencabulan dalam ranah kekerasan seksual yang dilandasi oleh faktor tipu daya dan persetujuan (*consent*) masih belum bisa menjerat pelaku pencabulan atau pelaku kekerasan seksual dari ancaman hukum. Penyebab selain karena faktor KUHP yang belum mengatur tentang pencabulan dalam ranah kekerasan seksual yang dilandasi oleh faktor tipu daya serta persetujuan, penyebab lainnya adalah karena minimnya alat bukti yang cukup untuk

meyakinkan hakim dalam memutuskan perkara seperti kesaksian yang dinilai kurang kuat dan nihilnya barang bukti. KUHP 2023 khususnya Pasal 411 sampai 422 juga tidak menyebutkan bahwa perbuatan asusila yang dilakukan oleh dua orang dewasa atau lebih secara sadar dan tanpa kekerasan dan atau ancaman kekerasan di luar ikatan perkawinan dapat diberikan sanksi pidana.

Walau tidak bisa diancam pidana oleh Pasal di dalam KUHP, perbuatan cabul yang dianggap sebagai sesuatu yang tidak dikehendaki oleh masyarakat dapat dikenakan hukuman atau sanksi pada pelaku yang termasuk dalam masyarakat hukum adat. Putusan Mahkamah Agung No. 93/K/Kr/1996 tertanggal 19 November 1977 memutuskan pelaku bersalah atas tindakan adat zina yang terjadi di wilayah Aceh dimana pelaku dan korban merupakan orang dewasa yang keduanya tidak memiliki ikatan perkawinan atau dapat disebut dengan persetubuhan lajang. Putusan tersebut merupakan contoh putusan yang diangkat menjadi yurisprudensi sehingga dapat digunakan oleh hakim untuk menjatuhkan hukuman dalam kasus serupa sesuai dengan daerah dan adat masing-masing. Definisi masyarakat hukum adat dalam Undang-Undang No. 27 Tahun 2007 tentang Pengelolaan Wilayah Pesisir dan Pulau-pulau Kecil yang mendefinisikan masyarakat hukum adat sebagai sekelompok orang yang secara turun temurun bermukim di wilayah geografis tertentu di Negara Kesatuan Republik Indonesia karena adanya ikatan pada asal usul leluhur, hubungan yang kuat dengan tanah, wilayah, sumber daya alam, memiliki pranata pemerintahan adat, dan tatanan hukum adat di wilayah adatnya sesuai dengan ketentuan peraturan perundangan-undangan. Sedangkan pada Undang-Undang No. 6 Tahun 2014 tentang Desa, negara memberikan pengakuan terhadap kesatuan masyarakat hukum adat melalui penetapan suatu desa menjadi desa adat. Penetapan tersebut dilaksanakan melalui pembentukan suatu Peraturan Daerah Kota/Kabupaten tentang desa adat.

Sehingga timbul pertanyaan baru apakah pelaku pencabulan yang bukan termasuk dalam masyarakat hukum adat dan tidak berada di wilayah yang memiliki hukum adat dapat diberikan sanksi serupa dengan pelaku yang merupakan masyarakat hukum adat dan apakah persetubuhan yang dilakukan secara sadar tanpa ancaman kekerasan atau dengan pemaksaan di luar wilayah yang adatnya tercatat di dalam peraturan perundang-undangan dapat dikenakan sanksi pidana.

Dengan Demikian, artikel jurnal ini akan meneliti lebih lanjut masalah penerapan Undang-Undang Drt. No. 1 Tahun 1951, KUHP 1946 dan KUHP 2023 terhadap pelaku tindak pidana bersetubuh dengan wanita di luar nikah tanpa adanya ancaman kekerasan atau pemaksaan dengan kekerasan serta dasar hukum apa yang dapat dijatuhkan terhadap pelaku tindak pidana pencabulan tanpa adanya ancaman kekerasan atau pemaksaan dengan kekerasan yang berada di luar wilayah hukum adat.

METODE

Metode penelitian ini menggunakan yuridis normatif. Berdasarkan pendapat Marzuki (2015), tipe penelitian ini disebut dengan studi pustaka yang memanfaatkan peraturan hukum, serta prinsip hukum dan doktrin hukum sebagai acuan penelitian agar mendapatkan jawaban atas segala isu yang berkaitan dengan hukum. Studi dilakukan dengan 2 (dua) pendekatan, yakni pendekatan perundnag-undangan (*statute approach*) dan pendekatan konseptual (*conceptual approach*). Bahan hukum yang digunakan yakni bahan hukum primer dan bahan hukum sekunder. Kedua bahan hukum tersebut dikumpulkan menggunakan metode studi

pustaka dan kemudian dianalisis menggunakan metode analisis deduktif sehingga menghasilkan kesimpulan dan juga saran atas isu hukum yang diambil.

HASIL DAN PEMBAHASAN

Ketepatan Penerapan Pasal 5 ayat (3) huruf b Undang-Undang Darurat No. 1 Tahun 1951 Dalam Putusan Nomor 30/Pid.B/2017/PN.Bdw

1. Unsur-Unsur Pasal 5 ayat (3) huruf b Undang-Undang Darurat No. 1 Tahun 1951

UU Drt No. 1 Tahun 1951 merupakan undang-undang yang ditetapkan dalam keadaan darurat. Undang-undang tersebut menyatukan sistem peradilan melalui penghapusan berbagai pengadilan yang tidak sesuai. UU Drt. No. 1 Tahun 1951 juga menyatukan hukum acara pidana sipil sebagaimana diatur dalam Reglemen Indonesia yang Diperbaharui (*Staatsblad* 1941 No. 44). Pasal-Pasal yang ada dalam UU Drt No. 1 Tahun 1951 bersifat formil dan materil karena menjembatani sistem dan juga susunan acara di pengadilan-pengadilan swapraja ke pengadilan sipil. Pasal yang bersifat materil di UU Drt No. 1 Tahun 1951 dan masih digunakan oleh instrumen hukum dalam memidanakan pelaku tindak pidana salah satunya adalah Pasal 5 ayat (3) huruf b yang menjelaskan apabila suatu perkara pidana yang diperiksa oleh pengadilan adat atau pengadilan Swapraja tersebut tiada bandingnya dengan KUHP, maka diancam hukuman tidak lebih dari tiga bulan penjara dan/atau denda lima ratus rupiah sebagai hukuman pengganti dari hukuman adat. Akan tetapi, bila hakim berpandangan bahwa hukuman pengganti tersebut dirasa kurang karena perbuatannya melampaui ancaman hukuman pengganti tersebut, maka hakim dapat menjatuhkan pidana paling tinggi 10 tahun penjara. Namun apabila perkara pidana yang diperiksa tersebut memiliki persamaan atau bandingnya di KUHP, maka dapat diancam hukuman sesuai dengan ancaman pidana pada KUHP.

Pertama, subjek hukum yang disebutkan dalam Pasal 5 ayat (3) huruf b UU Drt No. 1 Tahun 1951 merupakan kawula-kawula Swapraja hingga saat ini yang sebelumnya pernah diadili menggunakan pengadilan adat dan perkaranya dilimpahkan pada pengadilan sipil sebagaimana Pasal tersebut berbunyi, “hukum materil sipil dan untuk sementara waktu pun hukum materil pidana sipil yang sampai kini berlaku untuk kawula-kawula daerah Swapraja dan orang-orang yang dahulu diadili oleh Pengadilan Adat, ada tetap berlaku untuk kawula-kawula orang itu....” sehingga bagi subjek hukum yang tidak disebutkan dalam Pasal tersebut akan dipidana menggunakan Kitab Hukum Pidana Sipil. Kedua, kesalahan yang dimaksud dalam Pasal 5 ayat (3) huruf b UU Drt No. 1 Tahun 1951 merupakan unsur subjektif di mana subjek hukum yang berupa orang atau badan hukum dengan sengaja atau tidak sengaja melakukan perbuatan yang dilarang atau diperintahkan oleh undang-undang. Ketiga, sifat melawan hukum pada Pasal 5 ayat (3) huruf b UU Drt No. 1 Tahun 1951 merupakan bentuk umum dari perbuatan pidana baik yang ada bandingnya di KUHP maupun tidak ada bandingnya di KUHP sebagaimana Pasal tersebut berbunyi, “suatu perbuatan yang menurut hukum yang hidup harus dianggap perbuatan pidana....”. Perbuatan pidana yang dimaksud dalam Pasal tersebut adalah perilaku yang dilarang atau diperintahkan oleh undang-undang. Ketiga, tindakan yang dilarang oleh undang-undang dalam Pasal 5 ayat (3) huruf b UU Drt No. 1 Tahun 1951 merupakan tindakan yang menurut hukum yang hidup di masyarakat dianggap sebagai tindak pidana sebagaimana Pasal tersebut berbunyi, “Bahwa suatu perbuatan yang menurut hukum yang hidup harus dianggap perbuatan pidana, akan tetapi tiada bandingnya dalam Kitab Hukum Pidana Sipil....”

Dari unsur-unsur pidana yang ada dalam Pasal 5 ayat (3) huruf b UU Drt. No. 1 Tahun 1951, Penulis dapat menyimpulkan bahwa ancaman pidana hanya dapat diberlakukan pada orang-orang yang tinggal dalam daerah adat dan memiliki lembaga adat kemudian disebut sebagai kawula-kawula Swapraja. Ancaman pidana bagi kawula-kawula Swapraja dapat tergantung dari apa tindak pidana adat yang dilakukan sebagaimana Pasal 5 ayat (3) huruf b UU Drt. No. 1 Tahun 1951 menyebutkan apabila perbuatan pidana tersebut tiada

bandingnya dalam KUHP maka ancaman pidananya adalah tiga bulan penjara dan/atau denda sebesar lima ratus rupiah akan tetapi, bila hakim berpandangan bahwa hukuman pengganti tersebut dirasa kurang karena perbuatannya melampaui ancaman hukuman pengganti tersebut, maka hakim dapat menjatuhkan pidana paling tinggi 10 tahun penjara serta apabila perkara pidana yang diperiksa tersebut memiliki persamaan atau bandingnya di KUHP, maka dapat diancam hukuman sesuai dengan ancaman pidana pada KUHP.

Dalam Putusan Nomor 30/Pid.B/2017/PN.Bdw Tentang Tindak Pidana Bersetubuh Diluar Nikah, hakim menjatuhkan sanksi pidana berupa penjara selama tiga tahun bagi pelaku menggunakan dakwaan subsidair Jaksa Penuntut Umum yaitu Pasal 5 ayat (3) huruf b UU Drt No. 1 Tahun 1951 *jo* Pasal 289 KUHP Tentang Pencabulan. Penggunaan Pasal tersebut menunjukkan bahwa pelaku melakukan tindak pidana adat yang dipersamakan dengan perbuatan cabul dalam KUHP. Jaksa Penuntut Umum mendakwa pelaku dengan Pasal 5 ayat (3) huruf b UU Drt No. 1 Tahun 1951 sebab Jaksa Penuntut Umum menganggap subjek hukum merupakan masyarakat hukum adat yang sehari-hari menjalankan aturan adat atau tunduk dengan hukum yang tumbuh dalam masyarakat yaitu agama Islam, namun sesuai dengan pengertian masyarakat hukum adat menurut Van Vollenhoven, Ter Harr, dan Van Dijk ialah masyarakat tersebut harus memiliki suatu tata hukum, suatu otoritas dengan kuasa untuk memaksa anggotanya untuk patuh dan taat, harta kekayaan komunitas, serta ikatan batin antar anggotanya.

2. Kondisi Sosial Budaya Masyarakat Bondowoso (Pengaturan Hukum Adat dan Masyarakat H. Adat)

Kondisi sosial budaya merupakan kondisi atau tatanan dalam lingkungan masyarakat yang menyangkut tentang komponen moral, pengetahuan, adat, budaya, keyakinan serta tingkah laku. Kondisi sosial budaya bersifat dinamis yang artinya dapat berubah sesuai perkembangan zaman dan tidak stagnan yang bertujuan untuk meningkatkan kualitas hidup masyarakat.

Pada wilayah Jawa dan Sumatera yang dikuasai oleh Republik Indonesia sebelum terbentuknya Republik Indonesia Serikat, Pemerintah Republik Indonesia telah menghapuskan seluruh Pengadilan Raja yang ada melalui Undang-Undang Nomor 23 Tahun 1947 tentang Penghapusan Pengadilan-Raja di Jawa dan Sumatera. Pada masa Hindia Belanda, di Pulau Jawa hanya wilayah Yogyakarta dan Surakarta yang memiliki Pengadilan-Raja sesuai dengan *Staatsblad* 1903 Nomor 8 seperti Pradata (Mangkunegaran), Pradata Gedhe, maupun Pengadilan Kraton Darah Dalam (Yogyakarta). Adapun wilayah lain di luar Yogyakarta dan Surakarta menggunakan sistem peradilan Hindia Belanda yang terdiri atas Pengadilan Distrik atau Pengadilan Kawedanan, Pengadilan Kabupaten (sebagai pengadilan banding atas putusan Pengadilan Distrik atau Pengadilan Kawedanan), *Landraad* (sebagai pengadilan banding atas putusan Pengadilan Kabupaten dan pengadilan tingkat pertama untuk pidana yang diancam denda maksimal 25 gulden), *Landgerecht* (sebagai pengadilan tingkat pertama dan akhir untuk perkara pidana yang diancam denda maksimal 500 gulden dengan tidak membedakan kalangan apapun), *Raad van Justitie* (sebagai pengadilan untuk kalangan Eropa dan pengadilan tingkat banding atas putusan *Landraad* per 1938), serta *Hooggerechtshof* (sebagai Mahkamah Agung Hindia Belanda). Pada Penjelasan UU No. 23 Tahun 1947 tentang Penghapusan Pengadilan-Raja di Jawa dan Sumatera, hanya disebutkan penghapusan Pengadilan Pradata (Mangkunegaran), Pengadilan Pradata Gedhe, dan Pengadilan Kraton Darah Dalam (Yogyakarta).

Sebelum Juli tahun 1947 Bondowoso merupakan daerah atau wilayah berbentuk *afdeeling*/kabupaten yang berada dalam karesidenan Besuki. Bondowoso dipimpin oleh seorang Bupati bernama RT Saleh Kusumowinoto. Setelah Juli tahun 1947 sistem pemerintahan Karesiden Besuki berubah akibat dari adanya intervensi pihak kolonial Belanda, beberapa Bupati daerah tapal kuda menjadi ditawan dan hanya sedikit yang dapat

mempertahankan kekuasaannya salah satunya adalah Kaweedanan Tamanan Kaabupaten Bondowoso. Wedana Tamanan Kabupaten Bondowoso adalah oleh R. Badrus Sapari. R. Badrus Sapari dapat mempertahankan menjadi seorang Wedana karena ia berfungsi ganda sebagai Wedana Republik Indonesia sekaligus Wedana Belanda. R. Badrus Sapari akhirnya diangkat sebagai Bupati Bondowoso oleh Pemerintah Pusat (1949-1950) (Ohorella & Gunawan, 2001).

Kabupaten Bondowoso merupakan wilayah dengan akulturasi budaya suku Madura dan Jawa disebabkan masa Republik Indonesia Serikat Bondowoso merupakan kota besar di Karesidenan Besuki yang berada daalam Negara Bagian Jawa Timur dan bersebelahan dengan Negara Madura. Pasca masa pemerintahan RIS dan perlawanan kota besar di Besuki berhasil, akhirnya wilayah yang telah dikuasai oleh Belanda dapat kembali dikuasai menjadi Kesatuan Republik Indonesia (Ohorella & Gunawan, 2001).

Akibat adanya akulturasi maka wilayah Karesidenan Besuki disebut sebagai wilayah Tapal Kuda yang masyarakatnya disebut dengan masyarakat *pandhalungan*. Karena wilayah Karesidenan Besuki merdeka dari Pemerintah Belanda dan menjadi wilayah-wilayah dengan berbentuk kabupaten yang dipimpin oleh seorang bupati, maka kota-kota dan kabupaten di Karesidenan Besuki bukanlah merupakan daerah Swapraja atau daerah yang merupakan hasil dari perjanjian antara Pribumi dan Pemerintah Belanda untuk memimpin daerahnya sendiri seperti Yogyakarta dan beberapa wilayah Indonesia bagian timur. Khususnya Bondowoso yang bukan merupakan daerah dengan satu etnis atau adat tertentu yang memiliki lembaga serta aturan tercatat dalam Peraturan Daerah (PERDA) maka dapat disimpulkan bahwa Bondowoso bukanlah daerah Swapraja dan daerah adat serta masyarakatnya tidak termasuk masyarakat hukum adat. Kondisi sosial budaya daerah Bondowoso adalah hasil akulturasi di mana keyakinan, moral serta adatnya tidak terpaku pada satu macam terlebih tidak ada PERDA yang mengatur soal daerah adat atau lembaga adat di daerah Bondowoso menjadikan daerah ini hanya tunduk pada hukum positif Indonesia. Sedangkan dapat disebut sebagai masyarakat hukum adat apabila suatu kesatuan masyarakat tersebut menempati suatu wilayah tertentu berdasarkan keturunan atau kesamaan tempat tinggal, terdapat kelembagaan adat sebagai otoritas yang mengatur dan bersifat memaksa, memiliki kekayaan bersama, serta hidup secara komunal dan bergotong royong.

3. Keberlakuan Undang-Undang No. 1 Tahun 1951 Tentang Tindakan-Tindakan Sementara Untuk Menyelenggarakan Kesatuan Susunan Kekuasaan dan Acara Pengadilan-Pengadilan Sipil

Undang-Undang Darurat merupakan undang-undang yang ditetapkan oleh pemerintah dalam keadaan yang mendesak tanpa persetujuan DPR terlebih dahulu. Undang-Undang Darurat dibentuk pada masa konstitusi Republik Indonesia Serikat yang selanjutnya akan ditulis sebagai RIS dan konstitusi Undang-Undang Dasar Sementara yang selanjutnya akan ditulis sebagai UUDS untuk mengatur tentang jalannya pemerintahan dan peradilan ketika dalam keadaan darurat. Pemerintah menganggap Indonesia berada dalam keadaan darurat karena adanya pergantian knstitusi serikat menjadi kesatuan sehingga dibutuhkan undang-undang yang mengatur tentang jalannya pemerintahan dan peradilan baru. Menurut S.E Vinner yang dikutip oleh Jimly Asshiddiqie, keadaan darurat dibagi menjadi tiga kategori yaitu: a. Keadaan darurat karena perang (*State of War*), b. Keadaan darurat karena ketegangan (*State of Tension*) termasuk bencana alam atau ketegangan akibat peristiwa politik, c. Keadaan darurat karena kepentingan internal pemerintahan yang memaksa (*innere notstand*) (Nurbani, 2022). RIS merupakan konstitusi darurat yang hanya bertahan selama delapan bulan sebelum menjadi UUDS. Adanya Agresi Militer Belanda I dan II serta konflik Indonesia-Belanda juga terjadi saat masa konstitusi RIS di mana kolonial Belanda ingin mempertahankan beberapa negara bagian di Indonesia sehingga Presiden Soekarno

menganggap hal ini adalah keadaan darurat. Pergantian masa konstitusi RIS menjadi Kesatuan Republik Indonesia ditandai dengan pembentukan UUDS 1950 yang berfokus pada Hukum Tata Negara Darurat tentang pemerintahan, penerapan militer dan dibuatlah Undang-Undang No. 74 Tahun 1957 tentang pencabutan, "*Regeling Po De Staat Van Oorlog En Beleg*" dan penetapan "Keadaan Bahaya". Walau tidak banyak yang mengatur tentang definisi Undang-Undang Darurat, namun Undang-Undang Darurat ini masih ada dan aktif. Undang-Undang Darurat yang masih belum dicabut antara lain: Undang-Undang Darurat No. 11 Tahun 1954 Tentang Amnesti dan Abolisi, Undang-Undang Darurat No. 1 Tahun 1951 Tentang Tindakan-Tindakan Sementara Untuk Menyelenggarakan Kesatuan Susunan Kekuasaan dan Acara Pengadilan-Pengadilan Sipil, Undang-Undang Darurat No. 7 Tahun 1955 Tentang Pengusutan, Penuntutan dan Peradilan Tindak Pidana Ekonomi, serta Undang-Undang Darurat No. 7 Tahun 1959 Tentang Pembentukan Pengadilan Tinggi di Jawa Tengah di Semarang dan Perubahan Wilayah Hukum Pengadilan Tinggi di Surabaya dan Makassar.

Tujuan utama diundangkannya UU Drt. No 1 Tahun 1951 selain untuk menghapuskan berbagai jenis pengadilan-pengadilan rendah di luar sistem peradilan Gubernemen Hindia Belanda, juga memiliki maksud untuk menyatukan berbagai pengadilan-pengadilan di bawah sistem Gubernemen Hindia Belanda beserta alat-alat Penuntutan Umumnya ke dalam suatu sistem peradilan nasional. Pengadilan-pengadilan yang dihapuskan oleh UU Drt. No. 1 Tahun 1951 diambil alih tugas dan wewenangnya oleh Pengadilan-pengadilan Negeri yang dibentuk dalam memeriksa dan mengadili perkara pidana dan perdata. Alat-alat Penuntutan Umum pada lingkup Pengadilan-pengadilan Negeri tersebut disebut dengan Jaksa atau Wakil Jaksa.

Keberadaan UU Drt. No. 1 Tahun 1951 ini masih aktif digunakan hingga sekarang sebagaimana tertera dalam Pasal 5 ayat (3) huruf b yang disebutkan bahwa berlakunya hukum materil dalam Pasal tersebut hanya dikhususkan pada kawula-kawula Swapraja atau masyarakat hukum adat yang perkaranya belum selesai dan dilimpahkan dari Pengadilan Adat ke Pengadilan Sipil dengan beberapa pengertian, "apabila suatu perkara pidana yang diperiksa oleh pengadilan adat atau pengadilan Swapraja tersebut tiada bandingnya dengan KUHP, maka diancam hukuman tidak lebih dari tiga bulan penjara dan/atau denda lima ratus rupiah sebagai hukuman pengganti dari hukuman adat. Akan tetapi, bila hakim berpandangan bahwa hukuman pengganti tersebut dirasa kurang karena perbuatannya melampaui ancaman hukuman pengganti tersebut, maka hakim dapat menjatuhkan pidana paling tinggi 10 tahun penjara. Namun apabila perkara pidana yang diperiksa tersebut memiliki persamaan atau bandingnya di KUHP, maka dapat diancam hukuman sesuai dengan ancaman pidana pada KUHP." Undang-Undang No 1 tahun 1981 Tentang Kitab Undang-Undang Hukum Acara Pidana juga mencabut sebagian Pasal dalam UU Drt No. 1 Tahun 1951 yaitu tentang Hukum Acara Pidananya saja.

4. Perluasan Asas Legalitas Dalam Undang-Undang No. 1 Tahun 2023 Tentang Kitab Undang-Undang Hukum Pidana

Asas legalitas dalam hukum pidana tertulis dalam KUHP Pasal 1 yaitu tidak ada perbuatan pidana apabila tiada ketentuan yang diatur terlebih dahulu. Dengan kata lain, ketentuan pidana itu harus sudah berlaku ketika perbuatan pidana tersebut dilakukan. Satochid Kertanegara dalam buku hukum pidana menyatakan bahwa dengan adanya Pasal 1 ayat (1) KUHP tersebut, maka KUHP tidak dapat berlaku surut. Hal ini berarti: 1. KUHP tidak dapat berlaku surut, ini merupakan sebuah asas ini merupakan asas yang pertama, rasionya adalah bahwa KUHP harus bersumber pada peraturan tertulis (asas non retroaktif); 2. KUHP harus bersumber pada peraturan tertulis. Sehingga hukum pidana dalam KUHP tidak boleh berseumber dari hukum adat atau hukum yang hidup berlaku dalam masyarakat yang tiada bandingnya dengan KUHP. Namun ini bertentangan dengan pendapat Moeljatno

yang menyatakan bahwa hukum pidana adat itu masih dapat berlaku walaupun hanya untuk subjek hukum tertentu dan sementara saja. Dasarnya adalah Pasal 14 ayat (2) Undang-Undang Dasar Sementara. Undang-Undang No. 1 Tahun 2023 Tentang Kitab Undang-Undang Hukum Pidana memasukkan *living law* atau hukum yang hidup dalam masyarakat sebagai ketentuan pidana terhadap perilaku tindak pidana yang tiada bandingnya di KUHP.

Hukum yang hidup dalam masyarakat sendiri dapat diartikan sebagai adat atau kebiasaan yang memiliki sanksi atau akibat hukum apabila seseorang melanggarnya. Apabila merujuk pada Naskah Akademik Rancangan Undang-Undang Masyarakat Hukum Adat, pengenaan sanksi diberikan semata-mata bukan untuk menimbulkan efek takut pada upaya paksa suatu hukum, melainkan guna mengembalikan keseimbangan kosmis yang terganggu akibat adanya pelanggaran atas hukum adat.

Perluasan asas legalitas tersebut dijawantahkan pada Pasal 2 ayat (1) serta dalam Pasal 2 ayat (2) KUHP 2023. Perluasan asas legalitas ini bertujuan untuk mengakomodir hukum yang tumbuh dalam masyarakat dan disebut sebagai pidana adat namun tiada bandingnya di KUHP. Beberapa pakar hukum tidak setuju dengan adanya perluasan asas legalitas di KUHP 2023 sebab hukum yang hidup dalam masyarakat sangat bervariasi dan khawatir menjadi ruang bersewenang-wenang bagi penegak hukum. Dalam KUHP 2023 juga tidak disebutkan tata cara memidanakan pelaku tindak pidana menggunakan hukum yang hidup dalam masyarakat serta apa saja hukum adat yang dapat digunakan sebagai acuan untuk memidanakan seseorang. Dalam Pasal 2 ayat (3) KUHP 2023 menyebutkan, "Ketentuan mengenai tata cara dan kriteria penetapan hukum yang hidup dalam masyarakat diatur dengan Peraturan Pemerintah."

Dapat disimpulkan bahwa Undang-Undang No. 1 Tahun 2023 masih belum dapat digunakan sepenuhnya untuk memidanakan pelaku tindak pidana yang dianggap melanggar hukum yang hidup dalam masyarakat. Perlu adanya peraturan di bawah Undang-Undang yang mengatur tata cara baik secara materil maupun formil agar terkompilasi dengan baik.

Contoh Pasal dalam KUHP 2023 yang menggunakan perluasan asas legalitas salah satunya adalah Pasal 412 tentang kohabitasi atau kumpul kebo yang ayat (1) nya berbunyi, "Setiap orang yang melakukan hidup bersama sebagai suami istri di luar perkawinan dipidana dengan pidana penjara paling lama 6 (enam) Bulan atau pidana denda paling banyak kategori II." Pasal kohabitasi merupakan perluasan dari delik zinah yang diatur oleh KUHP 1946 di mana Pasal ini merupakan delik aduan yang penuntutannya akan dilakukan jika ada aduan dari a. Suami atau istri yang terikat perkawinan, atau; b. Orang Tua atau anaknya bagi orang yang tidak terikat perkawinan.

5. Unsur-Unsur Tindak Pidana Zina dalam Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (Undang-Undang No. 1 Tahun 2023)

Unsur-unsur tindak pidana meliputi unsur objektif dan subjektif. Menurut R. Tresna dikutip oleh Adami Chazawi, unsur tindak pidana dibedakan menjadi tiga (3), yakni: (1) perbuatan manusia atau rangkaian perbuatan manusia, (2) yang bertentangan dengan peraturan perundang-undangan, (3) adanya sanksi atau hukuman pemidanaan (Chazawi, 2008). Sehingga dapat disimpulkan bahwa R. Tresna mengartikan perbuatan yang dilarang tersebut harus diikuti oleh hukuman (pemidanaan). Berbeda dengan Moeljatno yang mengartikan perbuatan tersebut tidak selalu diikuti oleh hukuman (pemidanaan).

Pasal yang termasuk Bagian Perzinaan dalam UU No. 1 Tahun 2023 Tentang Kitab Undang-Undang Hukum Pidana meliputi Pasal 411-413. Pasal 411 ayat (1) berbunyi, "Setiap orang yang melakukan persetubuhan dengan orang yang bukan suami atau istrinya, dipidana karena perzinaan, dengan pidana penjara paling lama 1 (satu) tahun atau pidana denda paling banyak kategori II." Unsur-unsur subjektif dan objektif dalam Pasal tersebut yakni;

a. Setiap orang yang melakukan;

- b. Melakukan persetubuhan dengan orang yang bukan suami atau;
- c. Dipidana karena perzinahan;
- d. Dengan pidana penjara paling lama 1 (satu) tahun atau pidana denda paling banyak kategori II.

Pasal tersebut merupakan delik aduan yang disebutkan pada ayat (2) yaitu akan dilakukan penuntutan atas pengaduan suami atau istri bagi orang yang terikat perkawinan atau Orang Tua atau anaknya bagi orang yang tidak terikat perkawinan.

Selanjutnya Pasal 412 ayat (1) berbunyi, “Setiap orang yang melakukan hidup bersama sebagai suami istri di luar perkawinan dipidana dengan pidana penjara paling lama 6 (enam) bulan atau pidana denda paling banyak kategori II.” Unsur-unsur objektif maupun subjektif dari Pasal tersebut antara lain;

- a. Setiap orang yang melakukan;
- b. Melakukan hidup bersama sebagai suami istri;
- c. Di luar perkawinan;
- d. Dipidana dengan pidana penjara paling lama 6 (enam) bulan atau pidana denda paling banyak kategori II.

Pasal 412 dalam ayat 2 dan 3 menjelaskan bahwa hanya akan dilakukan penuntutan apabila adanya aduan dari suami atau istri bagi orang yang terikat perkawinan atau Orang Tua atau anak bagi orang yang tidak terikat perkawinan yang selanjutnya disebut sebagai delik aduan.

Pasal 413 tentang berbunyi, “Setiap orang yang melakukan persetubuhan dengan seseorang yang diketahuinya bahwa orang tersebut merupakan anggota keluarga batihnya, dipidana dengan pidana penjara paling lama 10 (sepuluh) tahun. Unsur-unsur pidana dalam delik tersebut antara lain;

- a. Setiap orang yang melakukan;
- b. Melakukan persetubuhan dengan seseorang yang diketahuinya bahwa orang tersebut merupakan anggota keluarga batihnya;
- c. dengan pidana penjara paling lama 10 (sepuluh) tahun.

6. Tindak Pidana Perzinahan dalam Hukum Adat

Zinah merupakan pelanggaran adat yang dalam setiap masyarakat adat di Indonesia. Dalam hukum adat, perzinahan merupakan perbuatan kesusilaan yang merusak moral dan norma masyarakat serta menyerang kehormatan seseorang. Perzinahan dianggap mencederai martabat seseorang, mengganggu kesucian dan merusak tatanan kehidupan. Menurut Soepomo perzinahan bukan hanya melanggar kepentingan hukum seseorang sebagai suami/istri namun juga melanggar kehormatan golongan famili (Soepomo, 1993). Sedangkan menurut Hilman Hadikusuma, perzinahan dalam hukum adat merupakan persetubuhan antara laki-laki dan perempuan di luar ikatan perkawinan yang sah (Soepomo, 1993).

Dalam hukum adat Madura, perzinahan merupakan persetubuhan antara laki-laki dan perempuan baik yang telah terikat perkawinan maupun tidak terikat perkawinan yang sah (Rozah). Sanksi pidana adat merupakan pemenuhan kewajiban yang dijatuhkan oleh lembaga adat terhadap orang yang melanggar hukum adat. Tiap daerah memiliki sanksi adat yang berbeda dalam menjatuhkan pidana adat bagi pelaku yang melanggarnya, contoh sanksi adat dalam masyarakat Minang di Lubuk Basung, sanksi adat dijatuhkan pada pelaku perzinahan antara lain: pertama, dibuang dari daerah pelaku perzinahan itu berada, dengan variasi: *buang siriah*, *buang tambika*, *buang saro*, *buang utang*, dan *buang pulus*. Kedua, denda yang disepakati bersama berupa sejumlah uang atau emas ditetapkan oleh kaum untuk memberi makan “pasukan”, biasanya terdiri dari: beras satu pikul, satu ekor jawi, beserta sirih dan carano. Denda lainnya dapat berupa material untuk pembangunan fasilitas umum (Handoko, Efendi, Hendra).

Sanksi adat perzinahan dalam masyarakat Dayak merupakan yang paling berat diantara yang lainnya karena apabila perzinahan tersebut tertangkap tangan maka suami boleh membunuh istrinya dan pria pasangan zinahnya. Suami yang membunuh tidak akan dianggap bersalah dan tidak dijatuhi sanksi pidana adat selama ia melaporkan pembunuhan tersebut pada saat itu juga pada kepala adat (Sudiyat, 2000).

Sanksi adat bermacam-macam tergantung bagaimana aturan adat tiap daerah diberlakukan, biasanya sanksi adat dimulai dari paling rendah hingga paling tinggi yaitu hukuman mati. Jenis sanksi adat perzinahan bersifat magis/kosmos. Sanksi adat berupa denda bukan untuk negara/lembaga adat melainkan masyarakat umum dan sekitarnya. Oleh sebab itu dari sisi pemidanaan sanksi adat perzinahan lebih mencerminkan kondisi yang relatif. Biasanya sanksi diberikan dengan tujuan untuk mengembalikan keseimbangan lingkungan masyarakat adat agar tidak terulang kembali.

Sanksi Tindak Pidana Perzinahan Dalam Undang-Undang No. 1 Tahun 1946 Tentang Kitab Undang-Undang Hukum Pidana dan Undang-Undang No. 1 Tahun 2023 Tentang Kitab Undang-Undang Hukum Pidana

Dasar hukum dari perzinahan dalam UU No. 1 Tahun 1946 ada pada Pasal 284. Dasar pemidanaannya adalah karena hukum Belanda memandang bahwa perbuatan zina atau *Overspeel* adalah perbuatan pengkhianatan atas perkawinan (Hamzah, 2010). Menurut Adami Chazawi (2008) dalam bukunya mengatakan bahwa ada tiga unsur esensial dalam perzinahan, unsur-unsur tersebut antara lain:

1. Melakukan persetubuhan dengan perempuan yang bukan istrinya atau laki-laki yang bukan suaminya;
2. Bagi dirinya berlaku Pasal 27 B, dan
3. Dirinya sedang dalam ikatan perkawinan.

Sedangkan dalam Pasal 284 KUHP 1946 pada ayat (2) diketahui bahwa tindak pidana zina merupakan delik aduan absolut yang berarti akan dilakukan suatu penuntutan jika seseorang yang ditunjuk oleh peraturan perundang-undangan memberikan aduan. KUHP 1946 merumuskan bahwa persetubuhan merupakan delik zina apabila para pelaku atau salah satunya masih terikat perkawinan. Persetubuhan di luar perkawinan, atau orang yang sama-sama lajang bukan merupakan tindak pidana perzinahan dan tidak dapat diancam pidana oleh KUHP 1946. Sanksi terhadap tindak pidana perzinahan sesuai dengan Pasal 284 KUHP 1946 yakni, pidana penjara paling lama 9 (sembilan) bulan.

Sedangkan dasar hukum perzinahan dalam UU No. 1 Tahun 2023 Tentang KUHP yaitu terdapat pada Pasal 411 hingga 412. Dasar pemidanaan perzinahan pada KUHP 2023 merupakan perluasan asas legalitas yaitu dengan mengadaptasi hukum yang hidup di dalam masyarakat atau *living law* yang perbuatan pidananya tiada bandingnya di dalam KUHP. Pemerintah menganggap perzinahan merupakan perbuatan yang melanggar norma dan merusak hukum yang hidup dalam masyarakat sehingga diperluaslah asas legalitas tentang tindak pidana perzinahan.

Pasal 411 ayat (1) berbunyi, “Setiap orang yang melakukan persetubuhan dengan orang yang bukan suami atau istrinya, dipidana karena perzinahan, dengan pidana penjara paling lama 1 (satu) tahun atau pidana denda paling banyak kategori II.” Selanjutnya Pasal 412 ayat (1) berbunyi, “Setiap orang yang melakukan hidup bersama sebagai suami istri di luar perkawinan dipidana dengan pidana penjara paling lama 6 (enam) bulan atau pidana denda paling banyak kategori II.” Dan Pasal 413 ayat (1) berbunyi, “Setiap orang yang melakukan persetubuhan dengan seseorang yang diketahuinya bahwa orang tersebut merupakan anggota keluarga batihnya, dipidana dengan pidana penjara paling lama 10 (sepuluh) tahun.”

Pasal tersebut merupakan delik aduan absolut yang artinya akan dilakukan sebuah penuntutan apabila orang yang ditunjuk oleh undang-undang melaporkan aduan penuntutan atas perbuatan pidana yang dilakukan. Delik aduan absolut menuntut peristiwa pidana tanpa

memandang pihak mana yang akan dituntut. Berbeda dengan delik aduan relatif yang dapat menuntut pelaku atau subjek yang melakukan tindak pidana. Pasal 411 sendiri dapat dipadankan unsur deliknya dengan Pasal 284 di KUHP 1946, yang menjadi perbedaan adalah ancaman pidananya saja. Pada Pasal 412 pemerintah melakukan perluasan makna zina yaitu menjadikan kumpul kebo atau kohabitasi menjadi sebuah delik. Kohabitasi atau lebih dikenal kumpul kebo artinya adalah hidup dan tinggal bersama dalam satu atap bagaikan suami istri. Istilah umumnya mereka hidup dan tinggal di bawah atap yang sama di luar perkawinan dalam jangka panjang atau permanen. Sehingga jika ada pasangan lajang dewasa yang melakukan persetubuhan tanpa adanya paksaan dan kekerasan dalam waktu yang singkat di satu atap yang sama maka tidak dapat diancam pidana kohabitasi.

KESIMPULAN

1. Tindak pidana 'bersetubuh dengan perempuan di luar nikah' dalam Putusan Nomor 30/Pid.B/2017/PN.Bdw merupakan perbuatan yang melanggar norma dan merusak moral yang tidak dapat diancam oleh KUHP dan UU Drt. No 1 Tahun 1951 khususnya Pasal 5 ayat (3) huruf b sebab yang dimaksud dengan pidana adat zinah dalam Pasal 5 ayat (3) UU Drt. No 1 Tahun 1951 hanya ditujukan pada kawula-kawula Swapraja atau masyarakat hukum adat di mana perbuatan pidana tersebut jika tiada bandingnya di KUHP sipil akan diancam pidana paling lama tiga bulan penjara akan tetapi, bila hakim berpandangan bahwa hukuman adat tersebut dirasa kurang karena perbuatannya melampaui ancaman hukuman pengganti tersebut, maka hakim dapat menjatuhkan pidana paling tinggi 10 tahun penjara dan apabila perkara pidana yang diperiksa tersebut memiliki persamaan atau bandingnya di KUHP, maka dapat diancam hukuman sesuai dengan ancaman pidana pada KUHP.
2. Dalam Putusan Nomor 30/Pid.B/2017/PN.Bdw yang terjadi di Desa Tamanan daerah Kabupaten Bondowoso, pelaku tidak dapat diancam dengan Pasal 5 ayat (3) huruf b UU Drt. No. 1 Tahun 1951 karena Bondowoso bukan merupakan daerah hukum adat menurut Undang-Undang No. 6 Tahun 2014 tentang Desa yaitu negara memberikan pengakuan terhadap kesatuan masyarakat hukum adat melalui penetapan suatu desa menjadi desa adat. Penetapan tersebut dilaksanakan melalui pembentukan suatu Peraturan Daerah Kota/Kabupaten tentang desa adat sehingga masyarakat Bondowoso sehari-hari tidak tunduk pada aturan adat tertulis. Pemerintah Kabupaten Bondowoso juga tidak memiliki peraturan daerah yang mengatur tentang daerah adat serta lembaga adat.
3. Dalam perkara persetubuhan yang dilakukan oleh dua orang lajang yang dewasa dan tidak ada ancaman kekerasan serta paksaan dalam waktu yang sementara tidak dapat dijatuhi pidana perzinahan, pencabulan dan kohabitasi dalam KUHP. Perzinahan memiliki definisi dua orang yang salah satu atau keduanya terikat dalam suatu perkawinan dan melakukan persetubuhan, sedangkan pencabulan harus memiliki unsur memaksa, dengan kekerasan dan atau ancaman kekerasan melakukan perbuatan cabul terhadap korban serta kohabitasi atau *samen leven* memiliki arti orang yang hidup bersama di dalam satu atap di bagaikan suami istri di luar perkawinan dan dilakukan dalam jangka waktu yang panjang atau terus menerus. Sedangkan pelaku dan korban dalam Putusan tersebut dengan sadar dan tanpa paksaan melakukan persetubuhan di luar perkawinan dengan status berpacaran di sebuah hotel dalam waktu yang singkat.
4. Penulis juga menyimpulkan bahwa masih ada kekosongan hukum tentang perbuatan pidana yang tiada bandingnya di dalam KUHP namun dipandang melanggar hukum yang hidup dalam masyarakat ini sehingga sangat sulit bagi penegak hukum untuk menuntut dan memberikan sanksi pidana yang tepat bagi dua orang lajang yang tidak terikat perkawinan melakukan persetubuhan tanpa adanya kekerasan, paksaan dan atau ancaman kekerasan sehingga dalam Putusan Nomor 30/Pid.B/2017/PN.Bdw pelaku tidak dapat dipidanakan menggunakan dakwaan subsidair dari Jaksa Penuntut Umum dan ketidaktepatan sanksi pidana terhadap pelaku akan mencederai tujuan hukum itu sendiri.

REFERENSI

- Nurbani, Achmad Alif “Konstitusi RIS 1949 dan UUDS 1950 Status Hukum Suatu Negara Darurat yang Diutamakan Tentang Pemerintahan”, *Justicia Sains: Jurnal Ilmu Hukum*, Vol. 07, No. 2 (2002) : 346.
- Soepomo, *Kedudukan Hukum Adat di Kemudian Hari*. Djakarta: Pustaka Rakjat, 1951
- Soesilo, R. *Kitab Undang-Undang Hukum Pidana serta Komentar-komentarnya Lengkap Pasal demi Pasal*. Bogor: Politeia, 1991
- Sudiyat. *Hukum Adat Sketsa Asas*, Yogyakarta: Liberty Yogyakarta, 2000
- Marzuki, Peter Mahmud. *Penelitian Hukum*. Jakarta: Prenada Media, 2005
- Chazawi, Adami. *Pelajaran Hukum Pidana (Bagian I)*. Jakarta: Rajawali Pers, 2012
- Hamzah, Andi. *Surat Dakwaan dalam Hukum Acara Pidana Indonesia*. Bandung: PT Alumni, 2016
- Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1946 Tentang Hukum Pidana
- Undang-Undang Nomor 23 Tahun 1947 Tentang Penghapusan Pengadilan Raja di Jawa dan Sumatera
- Undang-Undang Nomor 7 Tahun 1950 tentang Perubahan Konstitusi Sementara Republik Indonesia Serikat Menjadi Undang-Undang Dasar Sementara Republik Indonesia
- Undang-Undang Darurat Nomor 1 Tahun 1951 tentang Tindakan-tindakan Sementara untuk Menyelenggarakan Kesatuan Susunan Kekuasaan dan Acara Pengadilan-pengadilan Sipil
- Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1981 tentang Hukum Acara Pidana
- Undang-Undang Nomor 41 Tahun 1999 tentang Kehutanan
- Undang-Undang Nomor 1 Tahun 2023 tentang Kitab Undang-Undang Hukum Pidana