

**MEMBONGKAR POSITIVISME HUKUM DALAM KUHP PERSPEKTIF
HUKUM ISLAM
UPAYA MENEGAKKAN KEADILAN HAM KAUM PEREMPUAN DI
INDONESIA**

Habib Shulton Asnawi

Universitas Proklamasi 45 Yogyakarta
habibshulton.doktor@yahoo.co.id

Abstract

Law enforcement (judges, prosecutors and police) in Indonesia is still dominated by the positivistic paradigm and-legalistic way of thinking, especially in the legal meaning of the Criminal Code. The way to think of this kind proved to make the process of law enforcement in Indonesia is arid dry from morality. As a result, justice becomes the ultimate goal of law is often not achieved. Especially is justice and Human Rights (HAM) women. The inequality of women is certainly contrary to the concept of Indonesia as the "rule of law". As in Article 1 (3) UUD 1945 Indonesia is the "rule of law". The hallmark of the Rule of Law (Rechtsstaat / Rule of Law) is a rule of law that protects human rights (Human Rights). Law as supreme commander (commander) should not ignore the value of the legal basis of "justice" and "human rights protection". Legal positivism in the Criminal and Code is a sharp criticism of the various theories, especially the law of Islam. In Islamic law the concept of justice, equality and the protection of human rights is a philosophy or principles that should not be overlooked. Therefore, efforts to dismantle legal positivism in the Criminal Code is a necessity.

Keywords: Positivism Law, Criminal Law, Islamic Law, Justice, Human Rights, Women.

Abstrak

Penegak hukum (Hakim, Jaksa dan Polisi) di Indonesia selama ini masih didominasi oleh paradigma dan cara berfikir positivistik-legalistik, terutama dalam pemaknaan hukum dalam KUHP. Cara berfikir semacam ini terbukti membuat proses penegakkan hukum di Indonesia menjadi gersang dan kering dari moralitas. Akibatnya, keadilan yang menjadi tujuan akhir hukum seringkali tidak tercapai. Khususnya adalah keadilan dan Hak Asasi Manusia (HAM) kaum perempuan. Ketidak-adilan perempuan tersebut tentu bertentangan dengan konsep Indonesia sebagai "negara hukum". Sebagaimana dalam Pasal 1 (3) UUD 1945 Indonesia adalah "negara hukum". Ciri dari negara hukum (Rechtsstaat/Rule of Law) adalah adanya supremasi hukum yang melindungi Hak Asasi Manusia. Hukum sebagai panglima tertinggi (commander) tidak boleh mengabaikan nilai dasar hukum yaitu "keadilan" serta "perlindungan terhadap HAM". Positivisme hukum dalam KUHP tersebut mendapat kritikan tajam dari berbagai teori, khususnya adalah hukum Islam. Dalam hukum Islam konsep keadilan, kesetaraan serta perlindungan HAM adalah filosofi atau prinsip dasar yang tidak boleh diabaikan. Oleh karena itu, upaya membongkar positivisme hukum dalam KUHP merupakan sebuah keniscayaan.

Kata kunci: Positivisme Hukum, KUHP, Hukum Islam, Keadilan, HAM, Perempuan.

Pendahuluan

Deklarasi Universal Hak Asasi Manusia (DUHAM) 1948, di dalamnya termuat bahwa hak dan kebebasan sangat perlu dimiliki oleh setiap orang tanpa diskriminasi, termasuk tidak melakukan diskriminasi berdasarkan jenis kelamin, laki-laki dan perempuan mempunyai derajat yang sama.¹ Dalam konstitusi Indonesia, juga telah memuat aturan HAM secara khusus dalam BAB XA yang terdiri dari Pasal 28 A sampai dengan 28 J.² Dari sini setidaknya ada dua hal yang bisa disimpulkan: *Pertama*, pengakuan secara umum atas kesetaraan antara laki-laki dan perempuan, tanpa membedakan jenis kelamin. *Kedua*, mengakui atas kesejajaran hak dan kewajiban antara laki-laki dan perempuan dalam berbagai bidang.³

Pengakuan perlindungan terhadap keadilan HAM kaum perempuan juga jelas ditegaskan dalam Islam.⁴ Keadilan HAM, kesetaraan dan nilai-nilai luhur inilah yang disebut di dalam prinsip dasar Islam, yang oleh ulama terdahulu dikatakan sebagai tujuan syaria'ah (*maqashid al-syari'ah*).⁵ Keadilan dan kesetaraan berlandaskan pada prinsip-prinsip yang memposisikan laki-laki dan perempuan sama sebagai hamba Tuhan.⁶

Secara normatif Islam dan konstitusi Internasional maupun dalam konstitusi Indonesia telah tegas perlindungannya. Bahwa, keadilan serta

¹ Saporinah Sadli, *Hak Asasi Perempuan Adalah Hak Asasi, dalam Pemahaman Bentuk-Bentuk Tindak Kekerasan Terhadap Perempuan Dan Alternatif Pemecahannya*, (Jakarta: Pusat Kajian Wanita dan Gender, Universitas Indonesia Jakarta, 2000), hal. 1.

² Disamping dalam UUD 1945, Indonesia juga telah memiliki berbagai peraturan perundang-undangan yang mengatur tentang HAM. Lihat: Sefriani, "Kewenangan Negara Melakukan Pengurangan dan Pembatasan terhadap Hak Sipil Politik", dalam *Jurnal Konstitusi*, Vol. 1, No. 1, November 2012, hal. 2.

³ Zaitunah Subhan, *Tafsir Kebencian: Studi Kasus Gender dalam Tafsir Qur'an*, (Yogyakarta: LKiS, 1999), hal. 4.

⁴ Kata 'adl di dalam al-Quran memiliki aspek dan objek yang beragam, begitu pula pelakunya. Keragaman tersebut mengakibatkan keragaman makna 'adl (keadilan). Menurut penelitian M. Quraish Shihab, paling tidak ada empat makna keadilan. Pertama, 'adl dalam arti "sama". Pengertian ini yang paling banyak terdapat di dalam al-Quran, antara lain pada S. an-Nisa' (4): 3, 58 dan 129, S. asy-Syura (42): 15, S. Al-Ma'idah (5): 8, S. An-Nahl (16): 76, 90, dan S. Al-Hujurat (49): 9. Kata 'adl dengan arti sama (persamaan) pada ayat-ayat tersebut yang dimaksud adalah persamaan dalam hak. Lihat: Ibrahim Lubis, "Pengertian Keadilan dalam al-Qur'an", <http://makalahmajannai.blogspot.com/2012/02/.html>, diakses 31-Januari 2013.

⁵ Salah satu konsep penting dan fundamental yang menjadi pokok bahasan dalam filsafat hukum Islam adalah konsep *maqasid at-tasyri'* atau *maqasid al-syariah* yang menegaskan bahwa hukum Islam disyariatkan untuk mewujudkan dan memelihara maslahat umat manusia. Konsep ini telah diakui oleh para ulama dan oleh karena itu mereka memformulasikan suatu kaidah yang cukup populer, "Di mana ada maslahat, di sana terdapat hukum Allah." Lihat: Muhammad Sa'id Ramdan al-Buti, *Dawabit al-Maslahah fi as-Syariah al-Islamiyah*, (Beirut: Mu'assasah ar-Risalah, 1977), h.12. Teori maslahat di sini menurut Masdar F. Masudi sama dengan teori keadilan sosial dalam istilah filsafat hukum. Lihat: Masdar F. Mas'udi, "Meletakkan Kembali Maslahat Sebagai Acuan Syari'ah" *Jurnal Ilmu dan Kebudayaan Ulumul Qur'an* No.3, Vol. VI Th. 1995, hal. 97.

⁶ Habib Shulton Asnawi, "Membongkar Patriarkhisme Islam Sebagai Kearifan Budaya Lokal: Sebuah Kritik Terhadap UU. No. 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan", dalam *Jurnal ESENSIA* Vol. XIII. No. 2 Juli 2012, (Yogyakarta: UIN Sunan Kalijaga, 2012), hal. 233.

kesetaraan antara laki-laki dan perempuan merupakan sebuah perwujudan HAM yang dimiliki oleh semua umat, khususnya kaum perempuan.⁷ Namun sangat ironis, kenyataan cenderung sebaliknya, status dan peran perempuan diberbagai masyarakat hingga sekarang ini pada umumnya masih berada pada posisi dan kondisi yang sangat mengawatirkan.⁸ Perempuan mengalami ragam ketidak-adilan, marginalisasi, subordinasi, stereotip serta pelanggaran HAM.

Ketidakadilan serta pelanggaran HAM yang dialami oleh kaum perempuan tersebut akibat dari “pemaknaan yang salah” terhadap beberapa Pasal dalam KUHP, dimana Pasal-pasal tersebut dimaknai oleh penegak hukum Indonesia (Hakim, Jaksa dan Polisi) secara positivistik-legalistik semata. Yang dimaksud positivistik-legalistik hukum secara sederhana dikatakan bahwa “apapun bunyi pasal dalam KUHP tersebut, itulah yang harus dijalankan, meskipun harus mengabaikan keadilan”. Pasal-pasal dalam KUHP yang dimaksud yang menjelaskan tindak pidana kekerasan terhadap kaum perempuan. Cara berfikir semacam ini terbukti membuat proses penegakkan hukum di Indonesia menjadi gersang dan kering dari moralitas. Akibatnya, keadilan yang menjadi tujuan akhir hukum seringkali tidak tercapai. Khususnya adalah keadilan dan Hak Asasi Manusia (HAM) kaum perempuan.

Karena pemahaman yang patriarkhis itu, maka praktik penegakan pasal-pasal dalam Bab VIX KUHP dalam kenyataannya sungguh-sungguh justru lebih sering menyebabkan tambahan penderitaan pada kaum perempuan yang menjadi korban pelanggaran pasal-pasal tersebut. Konsep penegakan hukum penuh dengan ketidakadilan tersebut tentu bertentangan dengan prinsip hukum Islam. Dalam hukum Islam konsep keadilan, kesetaraan serta perlindungan HAM adalah filosofi atau prinsip dasar yang tidak boleh diabaikan.

Selain itu, ketidakadilan yang dialami oleh kaum perempuan tersebut, tentu bertentangan dengan konsep negara Indonesia yaitu sebagai negara hukum.⁹ Ciri dari negara hukum diantaranya adalah adanya jaminan terhadap perlindungan HAM.¹⁰ Oleh karena itu, pemaknaan hukum secara progresif

⁷ Habib Shulton Asnawi, “Politik Hukum Kesetaraan Kaum Perempuan dalam Organisasi Masyarakat Islam di Indonesia”, dalam *Jurnal Studi Gender dan Islam/MUSAWA*, (Yogyakarta: PSW UIN Sunan Kalijaga, 2012), hal. 27.

⁸ Dengan kondisi rill seperti itu wajar apabila kemudian status peran perempuan dinilai lebih buruk dimanapun dibelahan bumi ini. Penjelasan tentang jenis-jenis ketidak-adilan yang banyak dialami kaum perempuan ini; lihat, Mansour Faqih, *Analisis Gender dan Transformasi Sosial*, (Yogyakarta: Pustaka Pelajar, 1999), hal. 12-23.

⁹ Negara hukum ialah negara yang berdiri di atas hukum yang menjamin keadilan kepada warga negaranya. Pengertian negara hukum merupakan terjemahan dari *rechtsstaat* dan *the rule of law*. Pada paham *rechtsstaat* dan *the rule of law*, terdapat sedikit perbedaan, meskipun dalam perkembangannya dewasa ini tidak dipermasalahkan lagi perbedaan antara keduanya, karena pada dasarnya kedua konsep itu mengarahkan dirinya pada suatu sasaran yang utama, yaitu pengakuan terhadap hak asasi manusia (HAM). Lihat, Philipus M. Hadjon, *Perlindungan Hukum Bagi Masyarakat Indonesia*, (Surabaya: PT Bina Ilmu, 1987), hal. 72.

¹⁰ Frans Magnis Suseno, *Etika Politik Prinsip-prinsip Moral Dasar Kenegaraan Modern*, (Jakarta: Gramedia Pustaka Utama, 1999), hal. 295-298.

merupakan sebuah keniscayaan bagi hakim-hakim di Indonesia. Dalam kajian ini permasalahan yang hendak dijawab adalah; *Petama*: bagaimana membongkar paradigma positivisme hukum dalam KUHP?; *Kedua*, bagaimana pandangan hukum Islam terkait positivisme hukum dalam KUHP tersebut?; *Ketiga*, upaya apakah yang dilakukan untuk menegakkan keadilan dan perlindungan HAM kaum perempuan di Indonesia?

Kajian dalam tulisan ini berdasarkan data kepustakaan yang dianalisa secara kualitatif. Pendekatan yang digunakan adalah pendekatan yuridis sosiologis.

Konsep Positivisme Hukum dalam Negara Hukum Indonesia

Indonesia adalah negara hukum yang selama ini diatur dalam Penjelasan UUD 1945, dalam Amandemen UUD 1945 telah diangkat ke dalam UUD 1945 Pasal 1 ayat (3), "*Negara Indonesia adalah Negara Hukum*". Kalimat tersebut menunjukkan bahwa negara Indonesia merdeka akan dijalankan berdasarkan hukum, dalam hal ini adalah UUD sebagai aturan hukum tertinggi. Konsep negara hukum tersebut untuk membentuk pemerintahan negara yang bertujuan, baik untuk melindungi HAM.¹¹

Namun, sampai saat ini hukum di negara hukum ini justru sering menuai kritikan ketimbang pujian. Banyak kritikan terhadap hukum, baik pembuatan maupun penegakannya, ini jelas tidak menunjukkan peran hukum sebagaimana harapan yang dituangkan di dalam UUD 1945. Pada kenyataannya, hukum memang telah ditegakkan, namun hukum tersebut seringkali diskriminatif sifatnya, tidak *equal*.

Akibatnya, keadilan yang menjadi tujuan akhir hukum seringkali tidak tercapai, karena yang terjadi adalah semata-mata tegaknya hukum. Padahal, hukum hanya sekedar instrumen penegakan keadilan. Jika hukum tegak namun tidak ada keadilan, maka tujuan hukum belumlah dapat dikatakan terwujud.

Moh. Mahfud MD, mengatakan bahwa hal tersebut karena factor penegak hukum khususnya hakim-hakim di Indonesia, yang mana selama ini hakim-hakim di Indonesia masih didominasi oleh paradigma dan cara berfikir positivistik-legalistik. Proses penegakan hukum dijalankan sedemikian rupa dengan perspektif peraturan hukum semata. Akibatnya, ketentuan hukum tertulis (peraturan perundang-undangan) menjadi patokan paling utama dalam berhukum. Yang terjadi jika tetap menggunakan cara berpikir semacam ini terbukti membuat proses penegak hukum menjadi gersang, kering dari moralitas.¹²

¹¹ Udiyo Basuki, "Perlindungan HAM dalam Negara Hukum Indonesia: Studi Ratifikasi Konvensi Hak-hak Disabilitas (*Convention on The Rights of Persons with Disabilities*)" *Jurnal SOSIO-RELIGIA*, Vol. 10, No.1, (Februari-Juni 2012), hal. 23-24.

¹² Moh. Mahfud MD, *Negara Hukum Indonesia: Gagasan dan Realita di Era Reformasi*, makalah disampaikan dalam Seminar Nasional "Dinamika Implementasi Negara Hukum NIZHAM, Vol. 02. No. 01, Januari-Juni 2013

Pengertian positivistik/positivisme hukum adalah: Suatu paham atau paradigma yang menuntut harus dilepaskannya pemikiran metayuridis mengenai hukum, hukum harus eksis, dalam alamnya yang objektif sebagaimana norma-norma yang positif. Dalam hubungannya dengan aturan hukum tertulis sebagai sumber hukum, positivisme hukum menganggap bahwa memang tiada hukum lain kecuali perintah penguasa yang telah dituliskan dalam hukum atau undang-undang tersebut.¹³

Selain itu, paradigma positivisme hukum menolak ajaran yang bersifat ideologis dan hanya menerima hukum sebagaimana adanya, yaitu dalam bentuk peraturan-peraturan yang ada. Aliran positivisme hukum ini berpendapat hendaknya "*Keadilan harus dikeluarkan dari ilmu hukum*". Faham ini menghendaki suatu gambaran tentang hukum yang bersih dalam abstraksinya dan ketat dalam logikanya dan karenanya menyampingkan hal-hal yang bersifat ideologis yang dianggapnya irasional.¹⁴

Paradigma positivisme hukum inilah yang melekat dalam pemikiran para penegak hukum di Indonesia khususnya para hakim-hakim di Indonesia. Sehingga apapun bunyi redaksi pasal dalam UU tersebut itulah yang harus dijalankan, tanpa melihat akibat jika pasal tersebut tetap diterapkan, paradigma ini mengabaikan kemashlahatan yang ada di sosial masyarakat, paradigma ini lebih mengedepankan teks daripada konteks kemashlahatan manusia. Sehingga akibatnya keadilan menjadi terabaikan.¹⁵

Jika keadilan dan perlindungan HAM disampingkan, hanya karena alih-alih mengedepankan positivisme hukum/kepastian hukum. Maka, hal ini sangat bertentangan dengan konsep negara hukum Indonesia. Ciri dari negara hukum diantaranya adalah adanya jaminan terhadap perlindungan HAM.¹⁶ HAM merupakan salah satu unsur dan bagian yang khas dari negara hukum, serta merupakan sifat negara hukum yang sebenar-benarnya. Jadi, dengan demikian HAM disini secara fundamental sangat esensial dan penting, khususnya adalah perlindungan terhadap HAM kaum perempuan.¹⁷

Indonesia dan Tantangannya di Era Reformasi", yang diselenggarakan Fakultas Hukum Universitas Atma Jaya Yogyakarta, Sabtu 8 September 2012 di Yogyakarta, hal. 8.

¹³Darji Darmodiharjo dan Shidarta, *Pokok-pokok Filsafat Hukum*, (Jakarta: Gramedia Press, 2004), h. 113. Positivisme merupakan aliran filsafat yang berkembang di eropa Kontinental khususnya Prancis dengan berbagai eksponen yang terkenal khususnya Henri Saint Simon (1760-1825) dan August Comte (1798-1857). Lihat HR Otje Salman dan Anton F. Susanto, *Teori Hukum*, (Bandung: Refika Aditama, 2000.), hal. 79

¹⁴ Satjipto Rahardjo, *Ilmu Hukum*, (Bandung: Citra Aditya Bhakti, 1991), hal. 272.

¹⁵ Habib Shulton Asnawi, "Politik Hukum Putusan MK No.46/PUU-VIII/2010 Tentang Status Anak di Luar Nikah: Upaya Membongkar Positivisme Hukum Menuju Perlindungan HAM", dalam *Jurnal Mahkamah Konstitusi*, Vol. 10, No. 2, Juni 2012: h. 250-251.

¹⁶ Frans Magnis Suseno, *Etika Politik*, hal. 295-298.

¹⁷ Abdul Latief, "Demokratisasi dan Perlindungan HAM dalam Negara Hukum" dalam Eko Riyadi dan Supriyanto Abdi (ed.), *Mengurai Kompleksitas Hak Asasi Manusia : Kajian Multi Perspektif*, (Yogyakarta: PUSHAM UII, 2007), hal. 125.

NIZHAM, Vol. 02. No. 01, Januari-Juni 2013

Oleh karena itu, konsep negara hukum bukan hanya sebuah teks yang tercantum dalam konstitusi semata, namun memerlukan berbagai elemen yang merupakan syarat berjalannya negara hukum. Prinsip dalam negara hukum selain adanya perlindungan terhadap HAM, diantaranya juga terdapat prinsip asas legalitas dalam tata pemerintahan. Dalam sebuah negara hukum yang demokratis asas legalitas dalam birokrasi pemerintahan memerlukan ruang untuk dikreasi atau inovasi. Jika asas legalitas hanya dipahami secara kaku dan ketat maka jalannya birokrasi tidak bisa efektif dan efisien.

Padahal, konsep negara hukum tidak hanya terbatas pada bagaimana suatu negara mengakui bahkan telah mengklaim berbagai syarat normatif tersebut. Jika yang terjadi seperti ini, maka secara tidak sadar para penegak hukum telah terjebak kepada konsep pemahaman yang serba “normatif-positivisme”.¹⁸ Bagi lembaga pengadilan, moralitas hakim mutlak diperlukan untuk menjaga putusan benar-benar menjadi alat untuk mencapai keadilan. Atas dasar itu pula, bagi hakim, proses penegakkan hukum tidak patut direduksi hanya sekedar supremasi hukum tertulis, terlebih lagi hanya supremasi kalimat dalam undang-undang, melainkan supremasi keadilan.

Namun demikian, bukan berarti hakim boleh seenaknya melanggar atau menerobos ketentuan undang-undang. Dalam hal undang-undang sudah mengatur secara pasti dan dirasa adil, maka hakim tetap wajib berpegang pada undang-undang. Penekanannya disini adalah prinsip bahwa berdasarkan sistem hukum dan konstitusi di Indonesia, hakim diperbolehkan membuat putusan yang keluar dari undang-undang jika undang-undang itu membelenggunya dari keyakinan untuk menegakkan keadilan.¹⁹

Proses penegakkan hukum tetap dan wajib berdasarkan undang-undang akan tetapi tidak serta merta pasrah terbelenggu undang-undang demi hukum. Para penegak hukum harus punya keberanian melakukan “*rule breaking*” dan keluar dari rutinitas penerapan hukum, tidak berhenti pada menjalankan hukum secara apa adanya, melainkan melakukan tindakan kreatif “*beyond the call law*”. Untuk itu, setiap hakim harus memiliki kesungguhan moral untuk menegakkan aturan hukum sebagai alat penuntun menuju keadilan. Hal ini sejalan dengan konsep negara hukum Indonesia.²⁰

Hanya dengan cara seperti inilah, hukum bisa dirasakan manfaatnya. Oleh karena itu, maka dibutuhkan pelaku hukum yang kreatif menterjemahkan hukum itu dalam format kepentingan-kepentingan sosial yang pada dasarnya memang harus dilayaninya. Pada akhirnya, panutan negara hukum harus

¹⁸ Hamdan Zoelva, *Negara Hukum Indonesia: Gagasan dan Realita di Era Reformasi*, makalah disampaikan dalam Seminar Nasional “Dinamika Implementasi Negara Hukum Indonesia dan Tantangannya di Era Reformasi”, yang diselenggarakan Fakultas Hukum Universitas Atma Jaya Yogyakarta, Sabtu 8 September 2012 di Yogyakarta, h. 1.

¹⁹ Moh. Mahfud MD, *Negara Hukum Indonesia...*, hal. 19.

²⁰ *Ibid.*, hal. 20.

dimaknai kedalam orientasi untuk membahagiakan rakyatnya dengan tidak bertumpu pada bunyi pasal-pasal undang-undang semata.

Karena, menggali rasa keadilan merupakan salah satu pesan UUD 1945 yang menegaskan prinsip penegakkan keadilan dalam proses peradilan. Jadi yang harus dilakukan oleh penegak hukum bukan pada semata pada kepastian hukum, akan tetapi kepastian hukum yang adil. Secara lebih konkrit, hal tersebut termanifestasi dalam *irah-irah* putusan pengadilan. Dituliskan disana, putusan dibuat "*Demi Keadilan Berdasarkan Ketuhanan Yang Maha Esa*" bukan "*Demi Kepastian Hukum Berdasarkan Undang-undang.*" Inilah dasar kuat yang menjustifikasi hakim membuat putusan untuk menegakkan keadilan meski jika terpaksa melanggar ketentuan formal yang menghambat keadilan.

Membongkar Paradigma Positivisme Hukum dalam KUHP

Sebagaimana uraian diatas, bahwa positivisme hukum jelas telah bertentangan dengan konsep negara hukum di Indonesia. Oleh karena itu, membongkar atau mereformasi hukum dan memaknai hukum secara progresif merupakan sebuah kaniscayaan oleh para penegak hukum di Indonesia. Paradigma positivisme hukum dalam KUHP telah membelenggu keadilan dan pelanggaran HAM bagi kaum perempuan di Indonesia.

Paradigma positivisme hukum yang membelenggu Pasal dalam KUHP yang dimaksud adalah Pasal yang menjelaskan sebagian besar perbuatan-perbuatan yang berkaitan dengan kekerasan yang terdapat dalam Pasal 89 KUHP yang dimasukan kedalam BAB XIX yaitu kekerasan yang berakibat hilangnya nyawa atau kejahatan terhadap nyawa, BAB XX kekerasan terhadap tubuh atau penganiayaan dan BAB XXI tentang kealpaan yang menyebabkan mati. Kekerasan yang diatur dalam BAB dan Pasal-pasal tersebut diatas hanya berkaitan dengan konsep kekerasan terhadap tubuh atau nyawa.

Artinya, di dalam Pasal-pasal dalam KUHP tersebut tidak dikenal konsep kekerasan yang berakibat atau terkait dengan hal lain selain tubuh dan nyawa, misalnya kekerasan yang berakibat kepada spikis seseorang, kekerasan atas otoritas ekonomi seseorang dan kekerasan yang terkait dengan alat reproduksi atau kekerasan seksual bagi kaum perempuan.²¹

Kekerasan yang dirumuskan di dalam ketiga BAB tersebut tidak ditunjukan secara khusus untuk korban dengan jenis kelamin tertentu atau batasan umur tertentu. Dengan demikian, kekerasan yang ditunjukan khusus kepada korban perempuan, tidak terdapat di dalam rumusan kejahatan kekerasan seperti yang ada di dalam ketiga BAB tersebut. Oleh karena itu, rumusan atau teks perundang-undangan tersebut seolah-olah memiliki makna akan kebenaran yang tidak dapat dibantah lagi. Rumusan tersebut diyakini oleh

²¹ Niken Savitri, *HAM Perempuan: Kritik Teori Hukum Feminis Terhadap KUHP*, (Bandung: PT Rafika Aditama, 2008), hal. 66-67.

para aliran positivistik-legalistik sebagai suatu yang diturunkan dari kebenaran yang bersifat hipotesis.²²

Berdasarkan pemikiran itu kemudian, para perumus hukum atau penegak hukum akan menerapkannya kepada kasus konkrit berdasarkan makna yang sudah dibakukan dalam rumusan dan dalam teks tersebut. Dengan demikian kekerasan yang terdapat di dalam rumusan KUHP, dipersempit melalui pengertian yang diberikan melalui teks yang ada pada Pasal 89 KUHP tersebut, dan dimaknai seolah-olah tidak ada lagi pengertian kekerasan lain selain dari pada yang telah dirumuskan di dalam Pasal 89 KUHP tersebut.

Seperti misalnya yang tampak dalam Pasal 285 KUHP tentang Perkosaan, yang mengatur perbuatan perkosaan hanya meliputi perbuatan laki-laki terhadap kaum perempuan yang tidak terikat dalam ikatan perkawinan.²³ Hal ini diterima dengan lebih banyak didasarkan kepada pandangan bahwa perkosaan terhadap kaum perempuan di dalam ikatan perkawinan tidak mungkin dilakukan. Disebabkan peranan dan posisi istri yang memiliki kewajiban mutlak harus selalu siap untuk selalu melayani suami di dalam perkawinan.

Dalam KUHP didalamnya hanya mengatur tentang tindak pidana kekerasan yang berakibat perlukaan secara fisik saja, baik yang berakibat mati atau luka-luka. Dengan demikian tidak diberikan pengaturan khusus berupa pemberatan sanksi misalnya, apabila korbannya adalah kaum perempuan yang secara sosiologis ter subordinasi termarginalisasi oleh pelakunya, begitu pula tidak diberikan pengaturan kepada tindak pidana kekerasan yang tidak berakibat kepada korban yang terluka secara fisik, misalnya pelecehan seksual, celaan ataupun kekerasan verbal yang lebih mengakibatkan perlukaan psikis. Padahal Deklarasi Penghapusan Kekerasan dari PBB Internasional tahun 1995 telah memperluas pengertian jenis kekerasan, tidak hanya mencakup pengertian kekerasan secara fisik saja, namun juga pada kekerasan psikis dan kekerasan seksual.²⁴

²² Anthon Freddy Susanto, *Semiotika Hukum, Dari Dekonstruksi Teks Menuju Progresivitas Makna*, (Bandung: Rafika Aditama, 2005), hal. 182.

²³ "Barang siapa dengan kekerasan atau ancaman kekerasan memaksa seseorang wanita bersetubuh dengan dia diluar perkawinan, diancam karena melakukan perkosaan, dengan pidana penjara paling lama dua belas tahun". Lihat Pasal 285 KUHP.

²⁴ Menurut hemat penulis Rancangan RUU KUHP yang baru ini, jangan hanya memberikan pengertian "kejahatan terhadap kesusilaan". Oleh karena itu, harus ada pembahasan atau BAB serta Pasal-Pasal khusus mengenai "kejahatan seksual". Jika para pemerintah serta DPR yang adadiparlemen yang sedang merumuskan Rancangan RUU KUHP yang baru, tidak mencantumkan Bab atau Pasal "kekerasan seksual" sangat berbahaya sekali, sehingga apabila terjadi kekerasan seksual di area domestik, pelaku tidak dapat disentuh hukum melalui KUHP. Kejahatan kesusilaan jangan hanya menitik beratkan kepada pengaturan tentang susila dan kesopanan, sehingga tidak memberikan penekanan kepada adanya perlindungan kepada perempuan sebagai korbannya. Padahal sepatutnya kejahatan seksual yang terdapat di KUHP, khususnya tindak pidana perkosaan harus dipersepsikan lebih luas, yaitu sebagai *Gender Based Violence* atau kejahatan yang didasarkan karena korban bergender tertentu.

Ketidakadilan yang dialami kaum perempuan akibat pelanggaran Pasal-pasal dalam KUHP sebagaimana di atas, menurut hemat penulis harus segera dilakukan pembongkaran paradigma. Peralihan paradigma “*positivistik-legalistik*” menuju paradigma “*progresifisme hukum*”. Satjipto Raharjo, menyerukan agar hukum harus kembali pada makna filosofi dasarnya yaitu hukum untuk kepentingan manusia bukan sebaliknya. Hukum bertugas untuk melayani manusia, bukan manusia melayani hukum.²⁵

Hukum tidak ada untuk dirinya melainkan untuk sesuatu yang luas, yaitu untuk harga diri manusia, kebahagiaan, kesejahteraan dan kemuliaan manusia.²⁶ Inilah filosofi hukum progresif sebagai upaya membongkar positivistik-legalistik terhadap pemaknaan hukum. Hukum progresif ditunjukkan untuk melindungi manusia menuju kepada ideal hukum dan menolak *status-quo*, serta tidak ingin menjadikan hukum sebagai teknologi yang tidak bernurani, melainkan institusi yang bermoral. Hukum progresif bisa disebut sebagai “*hukum yang pro-rakyat*” dan “*hukum pro-keadilan*”.²⁷

Negara hukum tentu tidak dapat dibatasi dengan asas legalitas yang kaku, penegak hukum hanya dapat bertindak berdasarkan aturan-aturan hukum yang formal dan kaku, padahal sering mengorbankan keadilan. Sebagaimana dalam pasal-pasal dalam KUHP ditas. Oleh karena itu, untuk menjalankan tugasnya dengan sempurna, para penegak hukum yakni (Hakim, Jaksa, Kepolisian), seharusnya selalu berpikir dan bertindak berdasarkan kepentingan umum, dengan memperhatikan asas-asas hukum yang berlaku serta rasa keadilan.²⁸ Khususnya keadilan dan perlindungan HAM terhadap kaum perempuan.

Positivisme Hukum dalam KUHP Perspektif Hukum Islam

Reformasi dalam penegakkan hukum adalah sebuah keniscayaan (*necessary condition*) yang tidak bisa dielakkan. Peraturan hukum yang baik, yang memenuhi prinsip-prinsip logika, menjadi tidak bermakna jika aparat pelaksanaannya tidak mau menggunakan logika dan akal sehat (*common sense*). Disamping itu, reformasi hukum juga menjadi porsi dan tanggung jawab perguruan tinggi khususnya adalah Fakultas-fakultas Hukum diseluruh Indonesia. Kampus-kampus perlu melakukan kajian sekaligus mereformasi kurikulum yang diajarkan dalam kuliah hukum, karena produk perguruan tinggi ini yang akan menjadi pilar penegak hukum.

²⁵Satjipto Raharjo, *Hukum Progresif: Sebuah Seketsa Hukum Indonesia*, (Yogyakarta: GENTA Publishing, 2009), hal. 1.

²⁶ Satjipto Rahardjo, *Membedah Hukum Progresif*, (Jakarta: Penerbit Buku Kompas, 2006), hal. 188.

²⁷ Satjipto Raharjo, *Hukum Progresif: Sebuah Seketsa...*, hal. 2.

²⁸ Yusril Ihza Mahendra, *Dinamika Tatanegara Indonesia Kompilasi Aktual Masalah Konstitusi Dewan Perwakilan dan Sitem Kepartaian*, (Jakarta: Gema Insani Press, 1996), hal. 42-44.

Dalam Islam “hukum” dimaknai sebagai peraturan yang bersifat terus berubah, berkembang, elastis dan kontekstual. Jadi “hukum” dalam Islam tidak dimaknai sebagai hukum yang bersifat statis, suci, final, abadi/kekal tanpa kenal perubahan. Sebagaimana dalam teori kaidah hukum Islam menyatakan bahwa “Berubahnya suatu hukum sesuai dengan perubahan zaman, tempat dan keadaan”.²⁹

Jika hukum tertulis tidak konteks atau tidak memberikan keadilan dan perlindungan kepada manusia khususnya perlindungan terhadap HAM kaum perempuan, maka hukum tersebut harus direformasi. Demi terwujudnya keadilan dan perlindungan HAM. Prinsip keadilan dalam menegakkan hukum merupakan prinsip yang sangat fundamental.

Oleh karena itu, ketidakadilan serta pelanggaran HAM kaum perempuan akibat penegak hukum (Hakim, Jaksa, Polisi) yang masih terhegemoni oleh paradigma positivistik-legalistik terhadap pasal-pasal KUHP sebagaimana diatas, maka positivisme hukum terhadap KUHP tersebut merupakan sebuah pelanggaran dan bertentangan dengan prinsip hukum Islam yakni “keadilan”.³⁰

Keadilan merupakan salah satu tujuan hukum yang paling banyak dibicarakan sepanjang perjalanan sejarah filsafat hukum. Tujuan hukum bukan hanya keadilan, tetapi juga kepastian hukum dan kemanfaatan hukum. Idealnya, hukum memang harus mengakomodasikan ketiganya. Putusan hakim misalnya, sedapat mungkin merupakan resultant dari ketiganya. Sekalipun demikian, bahwa di antara ketiga tujuan hukum tersebut, keadilan merupakan tujuan hukum yang paling penting.

Prinsip keadilan dalam Islam dijelaskan di dalam al-Qur’an surah an-Nisa [4]: 135.

“Wahai orang-orang yang beriman, jadilah kamu orang yang benar-benar penegak keadilan, menjadi saksi karena Allah biarpun terhadap dirimu sendiri atau ibu bapa dan kaum kerabatmu. jika ia³¹ kaya ataupun miskin, Maka Allah lebih tahu kemaslahatannya. Maka janganlah kamu mengikuti hawa nafsu karena ingin menyimpang dari kebenaran. dan jika kamu memutar balikkan (kata-kata) atau enggan menjadi saksi, Maka Sesungguhnya Allah adalah Maha mengetahui segala apa yang kamu kerjakan.

Dalam ayat lain Allah mengulangi lagi kewajiban manusia untuk menegakkan keadilan, yakni surah al-Maidah/5:8

²⁹ Moh. Kurdi Fadal, *Kaidah Kaidah Fikih*, (Jakarta: Arta Rivera, 2008), hal. 79.

³⁰ Fundamental dari bangunan pemikiran hukum Islam adalah keadilan dan maslahat. Keadilan dan maslahat manusia universal, atau-dalam ungkapan yang lebih operasional- "keadilan sosial". Tawaran teoritik (*ijtihadi*) apa pun dan bagaimana pun, baik didukung dengan nas atau pun tidak, yang bisa menjamin terwujudnya maslahat kemanusiaan, dalam kacamata Islam adalah sah, dan umat Islam terikat untuk mengambilmnya dan merealisasikannya. Sebaliknya, tawaran teoritik apa pun dan yang bagaimana pun, yang secara meyakinkan tidak mendukung terjaminnya maslahat, lebih lebih yang membuka kemungkinan terjadinya kemudaratn serta ketidak-adilan, dalam kacamata Islam, adalah *fasid*, dan bertentangan dengan Islam. Masdar F. Mas'udi, "Meletakkan Kembali Maslahat...", hal. 97.

³¹ Maksudnya: orang yang tergugat atau yang terdakwa.

“Hai orang-orang yang beriman hendaklah kamu Jadi orang-orang yang selalu menegakkan (kebenaran) karena Allah, menjadi saksi dengan adil. dan janganlah sekali-kali kebencianmu terhadap sesuatu kaum, mendorong kamu untuk Berlaku tidak adil. Berlaku adillah, karena adil itu lebih dekat kepada takwa. dan bertakwalah kepada Allah, Sesungguhnya Allah Maha mengetahui apa yang kamu kerjakan”.

Dari ayat tersebut diatas, dapat ditarik garis hukum: *Pertama*, bahwa menegakkan hukum secara keadilan adalah kewajiban orang-rang yang beriman; *Kedua*, setiap manusia apabila menjadi saksi ia wajib menjadi saksi yang adil dan jujur; *Ketiga*, manusia dilarang menyeleweng dari kebenaran.³²

Dari tiga garis hukum tersebut, maka keadilan menjadi salah satu prinsip yang sangat penting bagi umat manusia dalam pergaulannya dengan komunitas masyarakat atau negara. Bahkan dapat dikatakan tidak ada prinsip atau pandangan dasar yang sedemikian didambakan sepanjang sejarah umat manusia seperti prinsip keadilan. Prinsip keadilan dalam berbagai dimenasinya merupakan cita-cita tertinggi umat manusia yang terkadang tidak mudah untuk di realisasikan. Hukum Islam dalam melihat keadilan ini menggambarkannya sebagai suatu perintah yang lebih tinggi karena tidak hanya memberikan hak dari setiap orang tapi juga sebagai rahmat, dan berlaku adil dianggap sebagai langkah menuju ketakwaan.³³

Menurut Nurcholish Madjid, prinsip keadilan sebagai hukum kosmos atau bagian dari hukum alam, yang menjadi suatu prinsip yang sangat penting. Penegak hukum yang melanggar prinsip keadilan, selain melanggar, merusak dan merugikan tatanan hukum seluruh jagad raya, juga berarti bertentangan sunnah Allah SWT dalam menciptakan dan menegakkan keadilan.³⁴

Betapa pentingnya keadilan dalam penegakkan hukum, yang kemudian dapat dikatakan bahwa keadilan hukum mengandung asas persamaan hukum atau *“equality before the law”*. Setiap orang harus diperlakukan sama terhadap hukum, dengan perkataan lain, hukum harus diterapkan terhadap siapapun juga secara adil. Oleh karena itu, keadilan hukum sangat erat kaitannya dengan implementasi hukum. Keadilan hukum tidak akan tercapai, apabila hukum tidak diterapkan secara adil. Untuk mencapai penerapan dan pelaksanaan hukum secara adil diperlukan kesadaran hukum bagi para penegak hukum di Indonesia yakni Hakim, Jaksa dan Polisi.³⁵

Prinsip persamaan dihadapan hukum (*equality before the Law*) dalam negara hukum bermakna bahwa pemerintah tidak boleh mengistimewakan orang atau

³² Muhammad Tahir Azhari, *Negara Hukum: Suatu Studi tentang Prinsip-prinsipnya Dilihat dari Segi Hukum Islam, Implementasinya pada Periode Negara Madinah dan Masa Kini*, (Jakarta: Prenada Media, 2004), hal. 117-118.

³³ Lihat QS: al-Maidah ayat 8.

³⁴ Nurcholis Madjid, *Pintu-pintu Menuju Tuhan*, (Jakarta: Paramadina, 2002), hal. 40-43.

³⁵ Tim Depag, *Islam untuk Disiplin Ilmu Hukum, Sosial dan Politik*, (Jakarta: Depag RI, 1996), hal. 61-62.

kelompok orang tertentu, atau memdiskriminasi orang atau kelompok orang tertentu. Di dalam prinsip ini, terkandung (a) adanya jaminan persamaan bagi semua orang di hadapan hukum dan pemerintahan, dan (b) tersedianya mekanisme untuk menuntut perlakuan yang sama bagi semua warga negara.

Dengan demikian hukum atau perundang-undangan harus memberi perlindungan dan kepastian hukum yang adil terhadap kaum perempuan. Prinsip "*equality before the Law*" atau persamaan dihadapan hukum memang sangat penting, karena realitas yang ada menunjukkan bahwa kaum perempuan jika dikenakan pasal 89 KUHP sebagaimana senantiasa mendapatkan perlakuan diskriminatif dan penuh dengan ketidak-adilan serta pelanggaran HAM.

Budaya Patriarkhisme sebagai Penghalang Keadilan Perempuan

Hambatan dalam menegakkan keadilan dan perlindungan HAM kaum perempuan di Indonesia selain akibat terbelenggu oleh paradigma positivisme hukum terhadap pemaknaan hukum dalam Pasal 89 KUHP sebagaimana diatas, kendala lain juga disebabkan oleh factor "*Budaya Patriarkhisme*". Definisi budaya patriarki berasal dari kata *patri-arkat*, berarti struktur yang menempatkan peran laki-laki sebagai penguasa tunggal, sentral dari segala-galanya.³⁶

Jadi budaya Patriarki adalah budaya yang dibangun di atas dasar struktur dominasi dan subordinasi yang mengharuskan suatu hirarki di mana laki-laki dan pandangan laki-laki menjadi suatu norma. Budaya patriarki secara kuat memang berakar kuat pada zaman kerajaan di manapun, yang corak produksi ekonominya adalah feodalisme.³⁷ Budaya patriarki yang menguntungkan pihak laki-laki dan mengungkung pihak perempuan digugat sebagai budaya yang melanggar superioritas kekuasaan laki-laki yang secara psikologis melekat kepada keinginannya untuk menguasai perempuan.

Budaya masyarakat Indonesia yang dilandasi agama, adalah budaya patriarkhis yang cenderung menempatkan laki-laki dalam posisi lebih tinggi dibandingkan kaum perempuan. Cara berfikir patriarki ini mengakumulasi terciptalah cara berfikir ini masuk kedalam segala aspek kehidupan, sehingga menghegemoni dan dianggap wajar, alamiah dan dianggap kodrat.³⁸

³⁶ Habib Shulton Asnawi, "Membongkar Patriarkhisme Islam Sebagai Kearifan Budaya Lokal: Sebuah Kritik Terhadap UU. No. 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan", dalam *Jurnal ESENSIA*, Vol. XIII, No. 2 Juli 2012, (Yogyakarta: UIN Suka, 2012), hal. 227.

³⁷ R. Tockary, "Catatan Singkat Tentang Konflik Etnis Agama di Indonesia", dalam *Konflik Komunal di Indonesia*, (Jakarta-Leiden: INIS dan PBB, 2003), hal. 53.

³⁸ Imbas yang dirasakan oleh kaum perempuan adalah: Misalnya ketidak-adilan pembagian kerja dalam keluarga antara bapak dengan ibu, dimana peran iburumahtangga sangat berat sekali, para ibu rumahtangga bertanggung-jawab pada seluruh pekerjaan domestic dan untuk memnuhi pekerjaan itu tanpa ada batas waktunya, namun yang menjadi perhatian adalah dalam realita kehidupan ternyata ketidakadilan gender ini dilakukan secara tidak sadar karena hanya berdasarkan kebiasaan semata (lebih epat dikatakan bahwa terjadinya ketidakadilan berlangsung karena ketidaktahuan) yang secara social dianggap sebagai sesuatu yang normal, wajar

Oleh karena itu, membebaskan dari paradigma patriarkhisme adalah langkah yang tepat, sejumlah kajian mengenai HAM menjelaskan bahwa hambatan pertama dalam menguatkan hak-hak kaum perempuan adalah faktor budaya. Masyarakat masih sangat kuat penganut nilai-nilai budaya patriarkhi yang tentu sangat tidak kondusif bagi upaya penegak hak-hak perempuan.³⁹

Hukum di Indonesia banyak dipengaruhi oleh faham atau paradigma *patriarkhisme* hukum yang melakukan diskriminasi terhadap kaum perempuan, tidak terkecuali pasal 89 KUHP. Karena *patriarkhisme* tersebut yang dilakukan dengan kecenderungan *legisme* telah melegalisir peraturan perundang-undangan yang tentunya bias gender kedalam penerapannya yang kemudian implikasi dari semua ini sangat merugikan oleh kaum perempuan di Indonesia. Dari semua itu hak-hak kaum perempuan terampas, dan kaum perempuan selalu termarginalisasikan. Adanya bias patriarkhi pada hukum, menurut beberapa *Teori Hukum Feminis* disebabkan oleh berbagai hal, antara lain *biologis, budaya, dan kekuasaan*.⁴⁰

Teori hukum feminis⁴¹ berpendapat bahwa konsep serta teori-teori hukum yang selama ini ditapilkan oleh para pemikir hukum sangat mengkonsentrasikan diri pada *jurisprudence* yang patriarkhi. Teori-teori yang ditampilkan dan dicoba untuk memahami adalah teori hukum yang dikembangkan oleh laki-laki dan tentang bagaimana laki-laki berperan sebagai bagian dari warga negara.⁴²

Secara empiris dapat dikatakan bahwa hukum dan teori hukum adalah dominan laki-laki. Atau secara ringkas dapat dikatakan bahwa laki-laki yang menulis hukum dan teori hukum. Atau secara ringkas dapat dikatakan bahwa laki-laki yang menulis hukum dan teori hukum. Hal ini tampak dari para mereka para ahli teori hukum yang mengemukakan teorinya, yang memang hampir seluruhnya adalah mereka dari laki-laki. Dengan demikian penulisan dan hasil pemikiran para ahli pemikir hukum yang hampir seluruhnya berjenis kelamin laki-laki itu langsung maupun tidak langsung akan mempengaruhi teori-teori yang dihasilkannya. Atau dengan kata lain, teori-teori tersebut dihasilkan

dan bersifat kodrati. Lihat, Santi Wijaya Hesti Utami, *Kesetaraan Gender "Langkah Menuju Demokratisasi Desa*, (Yogyakarta: IP. Lappera Indonesia, 2001), hal. 6-7.

³⁹ Habib Shulton Asnawi, "Membongkar Patriarkhisme Islam...", hal. 235-236.

⁴⁰ Chatarina Mac Kinnon, *Feminisme Unmodified*, (Harvard, University Press, 1987), hal. 33.

⁴¹ Teori Hukum Feminis atau *Feminist Legal Theory* (FLT) muncul pertama pada tahun 1970, sebuah pemikiran yang berusaha melakukan terobosan terhadap berlakunya hukum terhadap kaum perempuan dan diskriminasi yang didapat perempuan dari hukum. Para feminis meyakini bahwa sejarah ditulis melalui sudut pandang laki-laki dan sama sekali tidak merefleksikan peranan kaum perempuan didalam pembuatan dan penyusunan sejarah, sejarah buatan laki-laki tersebut telah dengan bias menciptakan konsep-konsep tentang keberadaan manusia, potensi gender dan rekayasa sosial yang menghasilkan bahasa, logika dan struktur hukum yang mencerminkan karakter dan nilai-nilai dari sudut pandang laki-laki.

⁴² Margaret Davie, *Asking the Law Question*, The Law Book Company Limited, 1994, hal. 167.

melalui kerangka berfikir laki-laki dan berdasarkan dari sudut pandang laki-laki pula.

Hal ini terbukti bahwa perumusan dalam Pasal 89 KUHP sejarahnya ditulis melalui sudut pandang laki-laki dan sama sekali tidak merefleksikan peranan kaum perempuan didalam pembuatan dan penyusunan sejarah, sejarah buatan laki-laki tersebut telah dengan bias menciptakan konsep-konsep tentang keberadaan manusia, potensi gender dan rekayasa sosial yang menghasilkan bahasa, logika dan struktur hukum yang mencerminkan karakter dan nilai-nilai dari sudut pandang laki-laki.

Menurut Siti Musdah Mulia, beberapa langkah mengubah budaya patriarkhis yang sudah berurat dalam tradisi dan nilai-nilai sosial masyarakat adalah: ⁴³

1. Membangun kesadaran bersama dimasyarakat, akan pentingnya penghargaan dan penghormatan terhadap manusia dan nilai-nilai kemanusiaan. Manusia adalah makhluk Tuhan yang paling sempurna dan tidak ada yang membedakan diantara manusia terkecuali prestasi taqwanya.⁴⁴ Maka tidak seorang pun yang mendapat memberikan penilaian terkecuali Tuham semata. Dimata Tuhan semua manusia adalah sama, setara, dan bersaudara. Karena itu, semua manusia memiliki hak-hak dan kebebasan asasi yang tidak boleh diganggu, dikurangi, atau dihilangkan oleh siapapun dan demi alasan apapun.
2. Mensosialisasikan budaya kesetaraan sejak dirumah tangga melalui pola-pola pengasuhan anak yang demokratis, serta dimasyarakat melalui metode pembelajaran yang demokratis pada lembaga-lembaga pendidikan, baik formal maupun non formal.
3. Melakukan dekonstruksi terhadap ajaran dan interpretasi agama yang bias gender dan nilai-nilai patriarkhat. Menyebarkan ajaran agama yang apresiatif dan ekomodatif terhadap nilai-nilai kemanusiaan, nilai-nilai demokrasi, dan nilai-nilai kedamaian.
4. Diperlukan penafsiran ulang terhadap pasal-pasal tersebut sesuai dengan konteks masa kini, yang penuh dengan kemashlahatan serta penuh dengan keadilan HAM. Serta merevisi semua peraturan dan perundang-undangan yang tidak kondusif bagi upaya penegakan dan perlindungan serta keadilan HAM, khususnya keadilan HAM kaum perempuan.

Sistematikasi Ketidakadilan Kaum Perempuan

Kasus ketidak-adilan dan pelanggaran terhadap hak asasi kaum perempuan selain termaktub didalam KUHP diatas, juga terdapat di Undang-

⁴³ Musdah Mulia, *Islam dan Hak ...*, hal. 148.

⁴⁴ Lihat Q. S. al-Hujurat [49] : 13. ان اكرمكم عند الله اتقكم Artinya "Sesungguhnya orang yang paling mulia diantara kamu disisi Allah ialah orang yang paling taqwa diantara kamu".

undang Nasional lainnya yang sangat bias gender, misalnya: UU. No. 1 tahun 1974 tentang Perkawinan dan Kompilasi Hukum Islam (KHI), dalam Perundang-undangan ini jika dilihat dari persepektif kesetaraan dan keadilan gender, nyaris menomor duakan perempuan. KHI mengukuhkan pandangan dominan dalam fikih yang menempatkan perempuan sebagai “*Urutan Kedua*” setelah laki-laki, seperti soal poligami dan kewajiban suami isteri.

Padahal pihak-pihak yang menikah dan membentuk keluarga itu bukan hanya laki-laki, tapi juga perempuan. Mereka dimata Allah SWT sama-sama bekeras dan sama-sama dihargai pula. Tanpa diskriminasi, dan juga tanpa yang satu dilebihkan sedang yang lain diendahkan. Sementara fakta menunjukkan, kasus-kasus kekerasan dalam rumah tangga membuat kita prihatin.⁴⁵

Ini semua jelas bahwa agama dan negara “*bersekongkol*” memarginalkan perempuan, seperti telah jelas terlihat didalam UU. No. 1 tahun 1974 tentang Perkawinan dan Kompilasi Hukum Islam (KHI) versi Indonesia. Sejumlah kajian menyimpulkan betapa memarginalkan posisi perempuan dalam hukum di Indonesia. Ini bukti nyata bahwa ketimpangan gender dalam relasi laki-laki dan perempuan di Indonesia masih sangat kuat.⁴⁶ Ketimpangan gender ini jelas merupakan masalah social yang harus diselesaikan secara integratif. Oleh karena itu, segala bentuk ketidak-adilan, merupakan pelanggaran Hak Asasi Manusia (HAM), dan kejahatan terhadap martabat kemanusiaan serta bentuk diskriminasi yang wajib dihapuskan.

Hak Asasi Manusia (HAM) adalah hak-hak yang dimiliki manusia semata-mata karena ia manusia. Umat manusia memilikinya bukan karena diberikan kepadanya oleh masyarakat atau berdasarkan hukum positif, melainkan semata-mata berdasarkan martabatnya sebagai manusia. Dalam arti ini, maka meskipun setiap orang terlahir dengan warna kulit, jenis kelamin, bahasa, budaya dan kewarganegaraan yang berbeda-beda, ia tetap mempunyai hak-hak tersebut. Inilah sifat universal dari hak-hak tersebut. Selain bersifat universal, hak-hak itu juga tidak dapat dicabut (*inalienable*).⁴⁷

⁴⁵ Keprihatinan tersebut misalnya dapat kita lihat melalui Laoran Menteri Pemberdayaan Perempuan tahun 2001. Dari penduduk Indonesia yang katanya mayoritas muslim 11,4 persen diantaranya atau sekitar 24 juta penduduk perempuan, mengaku pernah mengalami tindak kekerasan. Sebagian besar berupa kekerasan domestic, seperti penganiayaan, kekerasan ekonomi, kekerasan seksual, pelecehan, suami selingkuh dan poligami. Ini semua dapat dipastikan, data kekerasan yang tercatat itu jauh lebih sedikit dari yang seharusnya dilaporkan. Karena tidak semua perempuan yang mengalami kekerasan bersedia melaporkan kasusnya. Bagaimana gunung es yang terlihat hanya sedikit diperukaan.

⁴⁶ Habib Shulton Asnawi, “Kritik Teori Hukum Feminis Terhadap UU. No. 1/1974 tentang Perkawinan: Upaya dalam Menegakkan Keadilan HAM Kaum Perempuan” dalam *Jurnal al-Ahwal (Hukum Keluarga Islam)*, Vol. 4, No. 1 Januari-Juli 2011: hal. 460.

⁴⁷ Knut D. Asplund, Suparman Marzuki, Eko Riyadi (Penyunting/Editor), *Hukum Hak Asasi Manusia* (Yogyakarta: Pusat Studi Hak Asasi Manusia Universitas Islam Indonesia, PUSHAM UII, 2008), hal. 7.

Perempuan sebagai suatu kelompok dalam masyarakat di dalam suatu negara, merupakan kelompok yang juga wajib mendapatkan jaminan atas hak-hak yang dimilikinya secara asasi. Di Indonesia jaminan atas hak asasi manusia secara umum bisa ditemui di dalam UUD 1945 Hasil Amandemen kedua Pasal 28-A-J, dan Undang-undang No. 39 tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia, lebih khusus lagi jaminan atas hak-hak perempuan dapat ditemui dalam Undang-undang No.7 tahun 1984 tentang Pengesahan Konvensi Mengenai Penghapusan Segala Diskriminasi Terhadap Wanita (*Convention on the Elimination of all Forms of Discrimination Against Women*) yang biasa disebut sebagai Konvensi Wanita atau Konvensi Perempuan atau Konvensi CEDAW.⁴⁸

Deklarasi Penghapusan Kekerasan yang dikeluarkan PBB telah memperluas jenis kekerasan terhadap perempuan, tidak saja kekerasan fisik, namun juga kekerasan psikis dan kekerasan seksual. Dalam KUHP tindak pidana kekerasan diatur untuk melindungi korban kekerasan baik yang berjenis laki-laki maupun perempuan, yaitu jenis kekerasan yang berakibat pada perlukaan fisik. Sedangkan kekerasan yang berakibat pada psikis tidak ditemui dalam KUHP. Oleh karena itu, melihat signifikan data perempuan yang menjadi korban kekerasan tersebut, maka perlu ditinjau kembali makna KUHP dalam memberikan perlindungan kepada perempuan sebagai korban kekerasan. Oleh karena itu dalam KUHP yang baru agar dimuat bab tersendiri yang mengatur kejahatan atau tindak pidana kekerasan terhadap kaum perempuan yang dibedakan dan terpisahkan dari kejahatan terhadap kesusilaan.

Kesimpulan

Penegak hukum (Hakim, Jaksa dan Polisi) di Indonesia pada umumnya masih di dominasi oleh paradigma dan cara berpikir positivistik-legalistik khususnya dalam pemaknaan hukum dalam KUHP sebagaimana dalam pasal 89 KUHP yang dimasukkan kedalam BAB XIX, BAB XX dan BAB XXI. Penegakan hukum dijalankan sedemikian rupa dengan perspektif peraturan hukum semata. Model berpikir positivisme hukum ini terbukti membuat proses penegakan hukum menjadi gersang, kering dari moralitas. Akibatnya kaum perempuan mengalami ketidakadilan dan pelanggaran HAM.

Membongkar positivisme hukum dengan metode mekanaan hukum secara progresif merupakan sebuah langkah yang tepat. Penegak hukum harus kembali kepada makna filosofi dasarnya yaitu hukum untuk kepentingan manusia bukan sebaliknya. Hukum tidak ada untuk dirinya melainkan untuk sesuatu yang luas, yaitu untuk harga diri manusia, kebahagiaan, kesejahteraan

⁴⁸ Achie Sudiarti Luhulima (ed.), *Bahan Ajar Tentang Hak Perempuan: UU No. 7 Tahun 1984 Tentang Pengesahan Konvensi Mengenai Penghapusan Segala Bentuk Diskriminasi Terhadap Wanita*, (Jakarta: Yayasan Obor Indonesia, 2007), hal. 260.

dan kemuliaan manusia, khususnya keadilan dan perlindungan HAM kaum perempuan.

Daftar Pustaka

Jurnal:

- Asnawi, Habib Shulton, "Politik Hukum Putusan MK No.46/PUU-VIII/2010 Tentang Status Anak di Luar Nikah: Upaya Membongkar Positivisme Hukum Menuju Perlindungan HAM", dalam *Jurnal Mahkamah Konstitusi*, Vol. 10, No. 2, Juni 2012
- , "Kritik Teori Hukum Feminis Terhadap UU. No. 1/1974 tentang Perkawinan: Upaya dalam Menegakkan Keadilan HAM Kaum Perempuan" dalam *Jurnal al-Ahwal (Hukum Keluarga Islam)*, Vol. 4, No. 1 Januari-Juli 2011
- , "Membongkar Patriarkhisme Islam Sebagai Kearifan Budaya Lokal: Sebuah Kritik Terhadap UU. No. 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan" dalam *Jurnal ESENSIA*, Vol. XIII, No. 2 Juli 2012, Yogyakarta: UIN Suka, 2012.
- , "Politik Hukum Kesetaraan Kaum Perempuan dalam Organisasi Masyarakat Islam di Indonesia", dalam *Jurnal Studi Gender dan Islam/MUSAWA*, Yogyakarta: PSW UIN Sunan Kalijaga, 2012.
- Basuki, Udiyoy, "Perlindungan HAM dalam Negara Hukum Indonesia: Studi Ratifikasi Konvensi Hak-hak Disabilitas (*Convention on The Rights of Persons with Disabilities*)" *Jurnal SOSIO-RELIGIA*, Vol. 10, No.1, Februari-Juni 2012.
- Sefriani, "Kewenangan Negara Melakukan Pengurangan dan Pembatasan terhadap Hak Sipil Politik", dalam *Jurnal Konstitusi*, Vol. 1, No. 1, November 2012

Buku:

- Asplund, Knut D., Suparman Marzuki, Eko Riyadi (Penyunting/Editor), *Hukum Hak Asasi Manusia*, Yogyakarta: Pusat Studi Hak Asasi Manusia Universitas Islam Indonesia, PUSHAM UII, 2008.
- Azhari, Muhammad Tahir, *Negara Hukum: Suatu Studi tentang Prinsip-prinsipnya Dilihat dari Segi Hukum Islam, Implementasinya pada Periode Negara Madinah dan Masa Kini*, Jakarta: Prenada Media, 2004.
- Darmodiharjo, Darji, dan Shidarta, *Pokok-pokok Filsafat Hukum*, Jakarta: Gramedia Press, 2004.
- Davie, Margaret, *Asking the Law Question*, The Law Book Company Limited, 1994.
- Fadal, Moh., *Kaidah Kaidah Fikih*, Jakarta: Arta Rivera, 2008.
- Faqih, Mansour, *Analisis Gender dan Transformasi Sosial*, Yogyakarta: Pustaka Pelajar, 1999.
- Hadjon, M., *Perlindungan Hukum Bagi Masyarakat Indonesia*, Surabaya: PT Bina Ilmu, 1987.
- Kinnon, Chatarina Mac., *Feminisme Unmodified*, Harvard, University Press, 1987.
- Latief, Abdul, "Demokratisasi dan Perlindungan HAM dalam Negara Hukum" dalam Eko Riyadi dan Supriyanto Abdi (ed.), *Mengurai Kompleksitas Hak Asasi Manusia : Kajian Multi Perspektif*, Yogyakarta: PUSHAM UII, 2007.

NIZHAM, Vol. 02. No. 01, Januari-Juni 2013

- Luhulima, Achie Sudiarti, (ed.), *Bahan Ajar Tentang Hak Perempuan: UU No. 7 Tahun 1984 Tentang Pengesahan Konvensi Mengenai Penghapusan Segala Bentuk Diskriminasi Terhadap Wanita*, Jakarta: Yayasan Obor Indonesia, 2007.
- Madjid, Nurcholis, *Pintu-pintu Menuju Tuhan*, (Jakarta: Paramadina, 2002), hlm. 40-43.
- Mahendra, Yusril Ihza, *Dinamika Tatanegara Indonesia Kompilasi Aktual Masalah Konstitusi Dewan Perwakilan dan Sitem Kepartaian*, Jakarta: Gema Insani Press, 1996.
- R. Tockary, "Catatan Singkat Tentang Konflik Etnis Agama di Indonesia", dalam *Konflik Komunal di Indonesia*, Jakarta-Leiden: INIS dan PBB, 2003.
- Rahardjo, Satjipto, *Ilmu Hukum*, (Bandung: Citra Aditya Bhakti, 1991), hlm. 272.
- Rahardjo, Satjipto, *Membedah Hukum Progresif*, Jakarta: Penerbit Buku Kompas, 2006.
- Raharjo, Satjipto, *Hukum Progresif: Sebuah Seketsa Hukum Indonesia*, Yogyakarta: GENTA Publishing, 2009.
- Sadli, Saparinah, *Hak Asai Perempuan Adalah Hak Asasi, Dalam Pemahaman Bentuk-Bentuk Tindak Kekerasan Terhadap Perempuan Dan Alternatif Pemecahannya*, Jakarta: Pusat Kajian Wanita dan Gender, Universitas Indonesia Jakarta, 2000.
- Salman HR Otje., dan Anton F. Susanto, *Teori Hukum*, (Bandung: Refika Aditama, 2000).
- Savitri, Niken, *HAM Perempuan: Kritik Teori Hukum Feminis Terhadap KUHP*, Bandung: PT Rafika Aditama, 2008.
- Subhan, Zaitunah, *Tafsir Kebencian: Studi Kasus Gender dalam Tafsir Qur'an*, Yogyakarta: LKiS, 1999.
- Susanto, Anthon Freddy, *Semiotika Hukum, Dari Dekonstruksi Teks Menuju Progresivitas Makna*, Bandung: Rafika Aditama, 2005.
- Suseno, Frans Magnis, *Etika Politik Prinsip-prinsip Moral Dasar Kenegaraan Modern*, Jakarta: Gramedia Pustaka Utama, 1999.
- Tim Depag, *Islam untuk Disiplin Ilmu Hukum, Sosial dan Politik*, (Jakarta: Depag RI, 1996).
- Utami, Santi Wijaya Hesti, *Kesetaraan Gender "Langkah Menuju Demokratisasi Desa*, Yogyakarta: IP. Lappera Indonesia, 2001.

Makalah:

- Mahfud MD, Moh., *Negara Hukum Indonesia: Gagasan dan Realita di Era Reformasi*, makalah disampaikan dalam Seminar Nasional "Dinamika Implementasi Negara Hukum Indonesia dan Tantangannya di Era Reformasi", yang diselenggarakan Fakultas Hukum Universitas Atma Jaya Yogyakarta, Sabtu 8 September 2012 di Yogyakarta.
- Zoelva, Hamdan, *Negara Hukum Indonesia: Gagasan dan Realita di Era Reformasi*, makalah disampaikan dalam Seminar Nasional "Dinamika Implementasi Negara Hukum Indonesia dan Tantangannya di Era Reformasi", yang diselenggarakan Fakultas Hukum Universitas Atma Jaya Yogyakarta, Sabtu 8 September 2012 di Yogyakarta.