

**TESIS**  
**PENERAPAN ASAS *LEX SPECIALIS DEROGAT LEGI GENERALIS* PADA  
PERKARA TINDAK PIDANA KEKERASAN DALAM RUMAH TANGGA  
DENGAN STATUS PERKAWINAN DI BAWAH TANGAN**



**Oleh :**

**DISKA HARSANDINI**

**B 012 191 081**

**PROGRAM STUDI MAGISTER ILMU HUKUM**

**FAKULTAS HUKUM**

**UNIVERSITAS HASANUDDIN**

**MAKASSAR**

**2023**

**HALAMAN JUDUL**

**Penerapan Asas *Lex Specialis Derogat Legi Generalis* Pada Perkara  
Tindak Pidana Kekerasan Dalam Rumah Tangga Dengan Status  
Perkawinan Di bawah Tangan**

**Diajukan Sebagai Salah Satu Syarat Untuk Mencapai Gelar Magister  
Pada Program Studi Magister Ilmu Hukum**

**Disusun dan Diajukan oleh:  
DISKA HARSANDINI  
B 012 191 081**

**PROGRAM STUDI MAGISTER ILMU HUKUM  
FAKULTAS HUKUM  
UNIVERSITAS HASANUDDIN  
MAKASSAR  
2023**

TESIS

**PENERAPAN ASAS *LEX SPECIALIS DEROGAT LEGI GENERALIS* PADA  
PERKARA TINDAK PIDANA KEKERASAN DALAM RUMAH TANGGA DENGAN  
STATUS PERKAWINAN DI BAWAH TANGAN**

Disusun dan diajukan oleh

**DISKA HARSANDINI**

Nomor Pokok B012191081

Telah Dipertahankan di Depan Panitia Ujian  
Tesis Pada tanggal 04 Agustus 2023  
dan Dinyatakan Telah Memenuhi Syarat

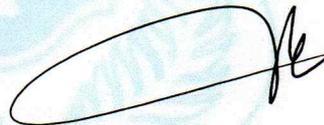
Menyetujui  
Komisi Penasihat,

**Pembimbing Utama**



**Dr. Haeranah, S.H., M.H.**  
NIP. 19661212 199103 2 002

**Pembimbing Pendamping**



**Dr. Nur Azisa, S.H., M.H.**  
NIP. 19671010 199202 2 002

Ketua Program Studi Magister  
Ilmu Hukum



**Prof. Dr. Hasbir Paserangi, S.H., M.H.**  
NIP. 19700708 199412 1 001

Dekan Fakultas Hukum  
Universitas Hasanuddin



**Prof. Dr. Hamzah Halim, S.H., M.H., M.A.P.**  
NIP. 19671231 199103 2 002

## PERNYATAAN KEASLIAN

Yang bertanda tangan di bawah ini:

Nama : Diska Harsandini  
Nim : B 012 191 081  
Program Studi : Magister Ilmu Hukum

Menyatakan dengan sesungguhnya bahwa penulisan Tesis yang berjudul **Penerapan Asas *Lex Specialis Derogat Legi Generalis* Pada Perkara Tindak Pidana Kekerasan Dalam Rumah Tangga Dengan Status Perkawinan Di bawah Tangan** adalah benar-benar karya saya sendiri, bukan merupakan pengambilan tulisan atau pemikiran orang lain dan hal yang bukan karya saya dalam penulisan Tesis ini diberi tanda *citasi* dan ditunjukkan dalam daftar pustaka.

Apabila dikemudian hari terbukti atau dapat dibuktikan bahwa sebagian atau keseluruhan isi Tesis ini hasil karya orang lain atau dikutip tanpa menyebut sumbernya, maka saya bersedia menerima saksi atas perbuatan tersebut sesuai Peraturan Menteri Pendidikan Nasional Republik Indonesia Nomor 17 Tahun 2010 Dan Peraturan PerUndang-undangan yang berlaku.

Makassar, 8 Mei 2023



**DISKA HARSANDINI**

NIM. B 012 191 081

## UCAPAN TERIMA KASIH

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

Segala puji bagi Allah SWT. Tuhan semesta alam yang selalu melimpahkan nikmat, rahmat, dan hidayah-Nya kepada kita semua. Shalawat dan taslim tak lupa kita kirimkan kepada baginda Rasulullah Muhammad SAW sebagai rahmat bagi seluruh alam.

Suatu kebahagiaan tersendiri bagi Penulis dengan selesainya tugas akhir ini sebagai syarat untuk memperoleh gelar Magister Hukum di Fakultas Hukum Universitas Hasanuddin. Namun keberhasilan ini tidak Penulis dapatkan dengan sendirinya, karena keberhasilan ini merupakan hasil bantuan dari beberapa pihak yang tidak ada hentinya menyemangati Penulis dalam menyelesaikan kuliah dan Tesis ini.

Olehnya itu, Penulis ingin menyampaikan ucapan terima kasih kepada pihak yang telah mendampingi Penulis, sehingga Penulis dapat menyelesaikan Tesis ini sesuai dengan waktu yang telah ditargetkan, khususnya kepada **Dr. Haeranah ,S.H.,M.H** dan **Dr. Nur. Azisa, S.H.,M.H.** Selanjutnya penulis ucapkan banyak terima kasih kepada orang tua penulis bapak **Muhammad Tajudin** dan **Esti Widyastuti** yang telah membesarkan Penulis dengan penuh perhatian dan kasih sayang, yang dengan sabar dan tabah merawat dan menjaga Penulis, menasehati, dan terus memberikan

semangat, mengajarkan hikmah kehidupan, kerja keras dan selalu bertawakkal serta menjaga Penulis dengan do'a yang tak pernah putus. Serta senantiasa memberikan bantuan moril maupun materil kepada Penulis selama kuliah hingga memperoleh gelar Magister Hukum. Bagi penulis beliau adalah sosok orang tua yang terbaik di dunia dan di akhirat. Untuk saat ini Hanya ucapan terima kasih yang mampu Penulis haturkan. Segala kebaikan dan jasa-jasa kalian akan di nilai oleh Allah SWT dan semoga selalu dilimpahkan kesehatan, kepanjangan umur serta ridho dari-Nya. Terima kasih sudah menjadi orang tua yang selalu meluangkan waktu untuk mendengarkan curahan dan keluhan Penulis dalam segala hal apapun. Tak lupa Penulis ucapkan terima kasih kepada suami penulis, **Jeki Saputra** dan buah hati kami **Fayzel Maggala H**, yang senantiasa menjadi salah satu sumber motivasi Penulis untuk dapat menyelesaikan program pascasarjana ilmu hukum di universitas hasanuddin.

Pada akhirnya Tesis yang merupakan tugas akhir dalam menyelesaikan studi Magister Ilmu Hukum ini dapat terselesaikan. Dengan segala keterbatasan Penulis, maka terselesaikanlah Tesis dengan judul: **Penerapan Asas *Lex Specialis Derogat Legi Generalis* Pada Perkara Tindak Pidana Kekerasan Dalam Rumah Tangga Dengan Status Perkawinan Di bawah Tangan.**

Pada kesempatan ini pula, Penulis ingin menghaturkan terima kasih kepada pihak yang telah memberikan bantuan dalam penyelesaian Tesis ini terutama kepada:

1. **Prof. Dr. Ir. Jamaluddin Jompa, M.Sc** selaku Rektor Universitas Hasanuddin, beserta Wakil Rektor dan jajarannya.
2. **Prof. Dr. Hamza Halim, S.H., M.H.,M.AP** selaku Dekan Fakultas Hukum Universitas Hasanuddin. Beserta Wakil Dekan dan jajarannya.
3. **Prof. Dr. Hasbir Paserangi, S.H.,M.H.** selaku Ketua Program Studi Magister Ilmu Hukum Universitas Hasanuddin.
4. **Dr. Nur Azisa, S.H.,M.H.** selaku Ketua departemen Hukum Pidana Fakultas Hukum Universitas Hasanuddin. Beserta jajarannya.
5. Pembimbing Utama dan Pembimbing Pendamping, **Dr. Haeranah ,S.H.,M.H** dan **Dr. Nur. Azisa, S.H.,M.H.** terima kasih yang sebesar-besarnya atas segala waktu, arahan, tenaga, saran dan pikiran serta kesabaran dalam membimbing Penulis menyelesaikan skripsi ini, hingga tesis ini layak untuk dipertanggungjawabkan.
6. Tim penguji, **Dr. Syamsuddin Muchtar, S.H., .M.H,** **Dr. Hijrah Adhyanti Mirzana, S.H.,M.H,** serta **Dr. Audyna Mayasari**

**Muin, S.H.,M.H.,CLA.** yang telah menyempatkan waktunya untuk memeriksa Tesis ini dan memberikan masukan yang sangat positif kepada Penulis sehingga penulisan Tesis ini menjadi jauh lebih baik.

7. Seluruh **Bapak dan Ibu Dosen Pengajar Fakultas Hukum Universitas Hasanuddin** yang juga telah menyalurkan ilmunya kepada Penulis sehingga pengetahuan Penulis tentang ilmu hukum dapat bertambah.
8. Seluruh **Pegawai Akademik Fakultas Hukum Universitas Hasanuddin** yang telah memberikan bantuan sehingga Penulis dapat menyelesaikan studi dengan baik.
9. **Pengelola Perpustakaan Fakultas Hukum Universitas Hasanuddin** yang telah memberikan waktu dan tempat selama penelitian berlangsung sehingga Penulis dapat menemukan literatur yang dibutuhkan dalam penyusunan Tesis ini.
10. **Pengelola Perpustakaan Universitas Hasanuddin** yang telah memberikan waktu dan tempat selama penelitian berlangsung sehingga Penulis dapat menemukan literatur yang dibutuhkan dalam penyusunan Tesi ini.

Terima kasih kepada semua pihak yang telah banyak membantu yang tidak dapat Penulis sebutkan satu persatu. Harapan Penulis, semoga

tesis ini dapat berguna dalam pengembangan ilmu pengetahuan dalam bidang hukum pada umumnya dan hukum pidana pada khususnya.

Makassar, 03 Agustus 2023

A handwritten signature in black ink, consisting of several loops and a final vertical stroke, positioned above the name.

Diska Harsandini, S.H.

## ABSTRACT

**Diska Harsandini B012191081 dengan judul “Penerapan Asas *Lex Specialis Derogat Legi Generalis* Pada Perkara Tindak Pidana Kekerasan Dalam Rumah Tangga Dengan Status Perkawinan Di bawah Tangan.**

Penelitian ini bertujuan untuk menganalisis tujuan hukum penerapan Pasal 351 ayat (1) KUHP dalam perkara pidana KDRT, serta penerapan UURI No. 23 Tahun 2004 Tentang PKDRT bagi korban KDRT dengan ikatan perkawinan di bawah tangan.

Jenis penelitian yang digunakan adalah penelitian hukum normatif. Penelitian normatif adalah suatu proses untuk menemukan suatu aturan hukum, prinsip-prinsip hukum, maupun doktrin-doktrin hukum guna menjawab isu hukum yang dihadapi dalam hal ini tindak pidana KDRT.

Hasil penelitian menunjukkan bahwa (1) penerapan UURI No. 23 Tahun 2004 Tentang PKDRT dapat diterapkan bagi korban KDRT dengan ikatan perkawinan di bawah tangan, dengan landasan KHI serta UU perkawinan, hal ini pula diperkuat dengan adanya *Asas Lex Specialis Derogat Legi Generalis* sehingga korban KDRT dengan ikatan perkawinan di bawah tangan tidak lagi hanya dilindungi dengan peraturan umum yaitu KUHP melainkan peraturan khusus yakni UURI No. 23 Tahun 2004 Tentang PKDRT. (2) Penerapan Pasal 351 ayat (1) KUHP tidak memenuhi tujuan hukum dari segi kepastian, keadilan, serta kemanfaatan hukum. Hal ini diakibatkan majelis hakim melalui pertimbangannya tidak melihat bahwa perkawinan di bawah tangan merupakan perkawinan yang sah, sedangkan dalam KHI serta UU perkawinan menganggap bahwa perkawinan yang dijalankan dengan syairat agama merupakan perkawinan yang sah, sehingga penerapan UURI No. 23 Tahun 2004 Tentang PKDRT dapat diterapkan sebagai landasan hukum.

**Kata Kunci: Tindak Pidana, Kekerasan Dalam Rumah Tangga, perkawinan di bawah tangan, *Asas Lex Specialis Derogat Legi Generalis*.**

## ABSTRACT

**Diska Harsandini B012191081 with the title "Application of the *Lex Specialis Derogat Legi Generalis* Principle in Domestic Violence Crime Cases with Underhanded Marriage Status (supervised by Haeranah and Nur Azisa).**

This study aims to analyze the legal objectives of applying Article 351 paragraph (1) of the Criminal Code in domestic violence cases in decision No. 101/Pid.B/2018/PN/Kph, as well as implementation of constitution No. 23 of 2004 concerning domestic violence law for victims of domestic violence with underhand marriage ties.

The type of research used is normative legal research. Normative research is a process to find a rule of law, legal principles, and legal doctrines to answer the legal issues faced, in this case the crime of domestic violence.

The results of the study show that (1) the application of UURI No. 23 of 2004 concerning PKDRT can be applied to victims of domestic violence with underhanded marriage ties, on the basis of KHI and the Marriage Law, this is also strengthened by the *Lex Specialis Derogat Legi Generalis* Principle so that victims of domestic violence with underhanded marriages are no longer only protected by general regulations, namely the Criminal Code, but special regulations, namely UURI No. 23 of 2004 concerning PKDRT. (2) The application of Article 351 paragraph (1) of the Criminal Code does not fulfill the legal objectives in terms of legal certainty, justice and expediency. This is due to the fact that the panel of judges, through their considerations, does not see that underhand marriage is a legal marriage, whereas in the KHI and the Marriage Law it is considered that marriages carried out with religious verses are legal marriages, so that the application of UURI No. 23 of 2004 concerning PKDRT can be applied as a legal basis.

**Keywords: Crime, Domestic Violence, underhand marriage, *Lex Specialis Derogat Legi Generalis* Principle.**

## DAFTAR ISI

HALAMAN JUDUL .....	i
PERSETUJUAN PEMBIMBING .....	ii
PERNYATAAN KEASLIAN.....	iii
UCAPAN TERIMA KASIH .....	iii
ABSTRAK .....	iii
ABSTRACK .....	iii
DAFTAR ISI .....	iv

### BAB I PENDAHULUAN

A. Latar Belakang Masalah .....	1
B. Rumusan Masalah .....	10
C. Tujuan Penelitian .....	11
D. Kegunaan Penelitian .....	11
E. Orisinalitas Penelitian .....	12

### BAB II TINJAUAN PUSTAKA

A. Tinjauan Umum Tentang Asas-Asas Hukum Pidana.....	15
1. Pengertian Asas .....	15
2. Fungsi-Fungsi Asas .....	18
3. Kekuatan Berlakunya Asas Hukum .....	27
B. Asas <i>Lex Specialis Derogat Legi Generali</i> .....	28
1. Pengertian Asas <i>Lex Specialis Derogat Legi Generali</i> .....	28
2. Asas <i>Lex Specialis Derogat Legi Generali</i> Serta Hubungannya Dengan KUHP .....	32
B. Teori Tujuan Hukum.....	36
1. Teori Keadilan .....	38
2. Teori Kemanfaatan .....	43

3. Teori Kepastian Hukum .....	45
C. Teori Pertimbangan Hakim.....	48
D. Perkawinan .....	56
1. Pengertian Perkawinan .....	56
2. Syarat Sahnya Perkawinan .....	61
E. Perkawinan Di bawah Tangan Dalam Hukum Indonesia .....	64
F. Kekerasan Dalam Rumah Tangga (KDRT) .....	75
1. Pengertian Kekerasan Dalam Rumah Tangga (KDRT) .....	75
2. Ruang lingkup Kekerasan Dalam Rumah Tangga (KDRT).....	78
3. Bentuk-Bentuk Kekerasan Dalam Rumah Tangga (KDRT) .....	79
G. Kerangka Pikir .....	86
• Bagan Kerangka Pikir .....	89
H. Definisi Operasional .....	90

### **BAB III METODE PENELITIAN**

A. Tipe Penelitian .....	92
B. Pendekatan Penelitian .....	93
C. Jenis Dan Sumber Bahan Hukum .....	93
D. Teknik Pengumpulan Bahan Hukum .....	94
E. Analisis Bahan Hukum .....	95

### **BAB IV HASIL PENELITIAN DAN PEMBAHASAN**

A. Penerapan UU RI No. 23 Tahun 2004 Tentang PKDRT Bagi Korban KDRT Dengan Ikatan Perkawinan Di bawah Tangan. ....	96
1. Keadilan Hukum .....	96
2. <i>Asas Lex Specialis Derogat Legi Generalis</i> .....	109
3. Analisis Perkawinan Di Bawah Tangan Dengan Sudut Pandangan Multidisipliner Dalam Hukum .....	112

B. Pemenuhan Tujuan Hukum Penerapan Pasal 351 Ayat (1) KUHP Dalam Perkara Tindak Pidana KDRT Pada putusan No. 101/Pid.B/2018/PN/Kph. ....	127
1. Pertimbangan Hakim .....	127
a) Unsur-Unsur Tindak Pidana .....	132
b) Putusan Majelis Hakim .....	134
c) Analisis Putusan No. 101/Pid.B/2018/PN/Kph. ....	135
2. Tujuan Hukum No. 101/Pid.B/2018/PN/Kph. ....	149
a) Kepastian Hukum .....	154
b) Keadilan Hukum .....	162
c) Kemanfaatan Hukum .....	168

## **BAB V PENUTUPAN**

A. Kesimpulan .....	172
B. Saran .....	174

<b>DAFTAR PUSTAKA</b> .....	175
-----------------------------	-----

# **BAB I**

## **PENDAHULUAN**

### **A. Latar Belakang Masalah**

Menurut kodratnya, manusia berusaha mempertahankan hidup dan kelangsungan komunitasnya. Naluri mereka itu diwujudkan dengan perkawinan yang bertujuan untuk mendapatkan keturunan atau anak. Hal ini sangat relevan dengan salah satu “dorongan kesatuan biologis” pada setiap manusia, yaitu hasrat untuk mempertahankan keturunan. Dalam perspektif Islam, perkawinan merupakan sunnatullah atas penciptaan manusia yang berpasang-pasangan. Menjadi sebuah pertemuan antara dua individu dan dua keperibadian yang berbeda, sebagaimana telah dijelaskan dalam Pasal 2 ayat (2) Undang-undang Nomor 16 Tahun 2019 Tentang Perkawinan perubahan atas undang-undang Nomor 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan (yang selanjutnya disebut UU No. 16 Tahun 2019 Tentang Perkawinan p.a UU No. 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan) menegaskan: “Tiap-tiap perkawinan dicatat menurut peraturan perundang-undangan yang berlaku”.<sup>1</sup> Hal senada juga diatur dalam Kompilasi Hukum Islam (KHI) pada Pasal 5 ayat 1 : “Pencatatan perkawinan dari mereka yang melangsungkan perkawinannya menurut agama Islam, dilakukan oleh Pegawai Pencatat sebagaimana dimaksud dalam UU No.

---

<sup>1</sup> Lihat Pasal 2 ayat (2) UU No. 16 Tahun 2019 Tentang Perkawinan p.a UU No. 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan.

32 Tahun 1954 Tentang Pencatatan Nikah, Talak dan Rujuk. Bagi yang di luar agama Islam, Pencatatan Perkawinan dilakukan di Kantor Pencatatan Sipil.

UU No. 16 Tahun 2019 Tentang Perkawinan p.a UU No. 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan menjelaskan bahwa, tujuan perkawinan adalah membentuk keluarga yang bahagia dan kekal, karena perkawinan sebagai mana didefenisikan dalam Pasal 1, adalah ikatan lahir bathin antara seorang pria dengan seorang wanita sebagai suami istri dengan tujuan membentuk keluarga (rumah tangga) yang bahagia dan kekal berdasarkan Ketuhanan Yang Maha Esa.<sup>2</sup> Kemudian pada Pasal 2 (ayat 1) dikatakan bahwa : Perkawinan adalah sah, apabila dilakukan menurut hukum masing – masing agamanya dan Kepercayaannya itu, kemudian dilanjutkan dengan : tiap - tiap perkawinan dicatat menurut peraturan dan perundang-undangan yang berlaku (ayat 2).<sup>3</sup>

Dalam KHI Pasal 5 ayat 1: “agar terjamin ketertiban perkawinan bagi masyarakat Islam setiap perkawinan harus dicatat”. Kemudian pada Pasal 2 disebutkan bahwa; “pencatatan perkawinan pada ayat (1), dilakukan oleh Pegawai Pencatat Nikah<sup>4</sup>, sebagaimana yang diatur UU No. 22 Tahun 1946 Tentang Pencatatan Nikah, Talak, Dan Rujuk jo UU No. 32 Tahun 1954

---

<sup>2</sup> Lihat Pasal 1 UU No. 16 Tahun 2019 Tentang Perkawinan p.a UU No. 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan.

<sup>3</sup> Lihat Pasal 2 ayat (1) UU No. 16 Tahun 2019 Tentang Perkawinan p.a UU No. 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan.

<sup>4</sup> Lihat Pasal 5 ayat (1) *Kompilasi Hukum Islam*.

Tentang Pencatatan Nikah, Talak, Dan Rujuk. Dengan adanya keharusan mencatat perkawinan oleh Undang-Undang, maka lahirlah istilah nikah siri untuk menyebut Perkawinan yang dilakukan tanpa pencatatan. Problem hukum daripada perkawinan siri atau di bawah tangan pun akan muncul, di antaranya bentuk perlindungan negara kepada pasangan suami istri bila terjadi sengketa dalam perkawinan tersebut seperti terjadinya kasus Kekerasan Dalam Rumah Tangga.

Pernikahan siri yang dipandang secara agama dianggap sah, pada faktanya justru bisa menimbulkan permasalahan serta kerugian di salah satu pihak, yaitu pihak perempuan. Salah satu contohnya adalah ketika terjadi Kekerasan Dalam Rumah Tangga (KDRT) yang dilakukan oleh suami terhadap istrinya yang dinikahi secara siri, maka istri siri tidak memiliki perlindungan hukum sesuai ketentuan yang berada di dalam Undang-undang Penghapusan Kekerasan Dalam Rumah Tangga. Terdapat banyak bentuk-bentuk pelanggaran kekerasan dalam rumah tangga, seperti yang marak dan realitanya dirasakan oleh kaum perempuan ataupun laki-laki yang menerima perlakuan kekerasan dalam rumah tangga. Di dalam Pasal 5 Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2004 Tentang Penghapusan Kekerasan Dalam Rumah Tangga (yang selanjutnya disebut UU No. 23 Tahun 2004 Tentang PKDRT) yaitu larangan melakukan kekerasan dalam rumah tangganya yaitu dengan

cara : 1. Kekerasan Fisik 2. Kekerasan Psikis 3. Kekerasan Seksual 4. Penelantaran Rumah Tangga.<sup>5</sup>

Dalam UU No. 23 Tahun 2004 Tentang PKDRT, kekerasan fisik adalah perbuatan yang mengakibatkan rasa sakit, jatuh sakit, atau luka berat.<sup>6</sup> Kekerasan Fisik merupakan bentuk kekerasan yang secara langsung dirasakan oleh fisik, misalnya memukul dan membunuh.<sup>7</sup> Korban kekerasan fisik, biasanya telah mengalami kekerasan psikis sebelum dan sesudahnya. Kekerasan fisik bisa muncul dalam berbagai bentuk dan rupa, mulai dari menampar, menempeleng, memukul, membanting, menendang, membenturkan ke benda lain sampai bisa menusuk dengan pisau bahkan membakar.

Kekerasan psikis yang mana mengarah pada serangan terhadap mental/psikolog seseorang, kekerasan ini berupa kekerasan yang mengakibatkan perasaan tertekan, stres, dan munculnya penyakit di dalam hati. Kekerasan psikis yang dialami oleh istri dapat dialami dalam bentuk kata-kata kotor, ucapan-ucapan menyakitkan, bentakan, penghinaan, dan juga ancaman yang merupakan bentuk-bentuk dari kekerasan psikis. Definisi yang lebih jelas terkait dengan kekerasan psikis, tertulis didalam Pasal 7 UU No. 23

---

<sup>5</sup> Lihat Pasal 5 Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2004 Tentang *PKDRT*.

<sup>6</sup> Pasal 6 Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2004 Tentang *PKDRT*.

<sup>7</sup> Mustofa Hasan, *Pengantar Hukum Keluarga*, (Bandung: Pustaka Setia, 2011), hlm. 364.

Tahun 2004 Tentang PKDRT.<sup>8</sup> Disebut sebagai kekerasan psikis adalah perbuatan yang mengakibatkan rasa ketakutan, hilangnya rasa percaya diri, hilangnya kemampuan untuk bertindak, rasa tidak berdaya, dan atau penderitaan psikis berat pada seseorang. Kekerasan terhadap psikis ini paling banyak kasus-kasus yang dilaporkan ke lembaga-lembaga pendamping.<sup>9</sup>

Sayangnya ketentuan UU No. 23 Tahun 2004 Tentang PKDRT yang membatasi pemberian perlindungan hukum hanya pada orang-orang yang mempunyai hubungan dengan suami, istri dan anak secara sah menurut hukum justru menimbulkan problematika salah satunya jika dihadapkan pada kasus kekerasan dalam pernikahan siri yang pada dasarnya tidak tercatat secara administratif sebagaimana pengaturan dalam UU No. 16 Tahun 2019 Tentang Perkawinan p.a UU No. 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan. Tidak adanya perlindungan oleh UU No. 23 Tahun 2004 Tentang PKDRT ini dapat dilihat pada sebuah kasus KDRT dengan pernikahan di bawah tangan, yang dituntut oleh penuntut umum dan diputus oleh majelis hakim sebagai tindak penganiyayan saja.

Dalam berkas perkara atas nama Hendri Putra Jaya Alias Hen Bin Ahmad Nawawi<sup>10</sup> yang bermula terdakwa disini melakukan penganiyayan

---

<sup>8</sup> Pasal 7 UU No. 23 Tahun 2004 Tentang *PKDRT*.

<sup>9</sup> Faqihuddin Abdul Kodir dan Ummu Azizah Mukarnawati, *Referensi Bagi Hakim Peradilan Agama Tentang Kekerasan Dalam Rumah Tangga*, Jakarta, Komisi Nasional Anti Kekerasan Terhadap Perempuan, 2013, hlm.32.

<sup>10</sup> Lihat Putusan Nomor 101/Pid.B/2018/Pn Kph.

dengan cara memukul wajah saksi yaitu Deli Puspita Sari yang merupakan istri yang dinikahkan oleh terdakwa yang dilakukan di bawah tangan oleh terdakwa, dengan menggunakan kayu bekas keranjang buah yaitu sebanyak 3 kali dan mengenai bagian betis sebelah kanan saksi Deli, memukul kaki kiri sebanyak 2 kali, memukul pundak bagian belakang sebanyak 2 kali dan pantat saksi deli sebanyak 1 kali, olehnya itu akibat perbuatan terdakwa, saksi deli mengalami sakit disekujur tubuh dan tidak dapat melakukan aktivitas sehari-hari selama 3 hari. Hal ini kemudian di validasi kebenarannya berdasarkan hasil *Visum Et Repertum* dari RSUD Kepahiang No. 252/307/VR/1.2 tertanggal 06 juni 2018 yang ditanda tangani langsung dokter bersangkutan.

Selanjutnya Jaksa penuntut umum dalam tuntutan yang dibuktikan adalah Pasal 351 ayat (1) KUHP. Sehingga hakim mendasari dari tuntutan Jaksa Penuntut Umum memutus bahwa perbuatan terdakwa terbukti memenuhi unsur dalam Pasal 351 ayat (1) KUH Pidana, ranah dari kasus kekerasan ini terjadi dalam ruang lingkup rumah tangga. Perkawinan yang terjadi dalam kasus ini adalah perkawinan di bawah tangan karena yang merupakan suatu bentuk perkawinan tanpa adanya suatu pencatatan pada instansi yang telah ditentukan oleh peraturan perundangundangan.

Dilihat dalam UU No. 23 Tahun 2004 Tentang PKDRT. Kekerasan dalam rumah tangga secara mendasar, meliputi, kekerasan fisik, kekerasan psikologis, kekerasan seksual, kekerasan ekonomi. Dalam kasus ini terdakwa melakukan pemukulan pada bagian tubuh saksi Deli Puspita Alias Deli Binti

Nopin yang mengakibatkan terdapat memar biru pada bokong kiri, paha kiri kanan belakang, betis kanan luka lecet, serta pada sekitar mata kiri saksi Deli Puspita Alias Deli Binti Nopin. terdakwa membuktikan adanya kekerasan fisik pada saksi Deli Puspita Alias Deli Binti Nopin yang mana memenuhi unsur Pasal 6 UU No. 23 Tahun 2004 Tentang PKDRT.<sup>11</sup> Jaksa Penuntut Umum membuktikan dalam tuntutananya dalam Pasal 351 ayat (1) KUH pidana<sup>12</sup> yang merupakan peraturan mengenai penganiayaan yang diatur secara umum. Hal itu menurut hemat penulis kurang tepat apabila kita melihat asas *Lex Specialis Derogate Lex Generali* yang artinya bahwa terdapat suatu peraturan khusus mengesampingkan peraturan yang bersifat umum sehingga peraturan khusus itu seharusnya lebih tepat untuk diterapkan. Penulis berpendapat bahwa perbuatan Hendri Putra Jaya Als Hen Bin Ahmad Nawawi termasuk dalam kategori perbuatan melakukan kekerasan fisik dalam rumah tangga.

Selanjutnya Berdasarkan kasus tersebut, terlihat bahwa Hakim dalam menjatuhkan pidana terhadap terdakwa menggunakan Pasal 351 ayat (1) KUHP mengenai penganiayaan, dikarenakan menurut hukum positif Indonesia, pernikahan yang tidak tercatat apabila terjadi kekerasan dalam rumah tangga terdakwa tidak bisa dijerat Pasal yang ada dalam UU No. 23 Tahun 2004 Tentang PKDRT dan tidak mendapat perlindungan hukum sebagaimana mestinya berdasar pada Undang-Undang tentang Penghapusan

---

<sup>11</sup> Lihat Pasal 6 UU No. 23 Tahun 2004 Tentang *PKDRT*.

<sup>12</sup> Lihat Pasal 351 ayat (1) *KUHP*.

Kekerasan Dalam Rumah Tangga. Hal ini kemudian menimbulkan pertanyaan terhadap penulis terhadap pertimbangan hakim dalam memberikan putusan tersebut diatas, sejalan dengan itu apabila kita melihat perbuatan terdakwa dapat dimungkinkan oleh majelis hakim untuk menggunakan UU No. 23 Tahun 2004 Tentang PKDRT, demi terwujudnya saksi hukum pidana yang adil bagi korban KDRT. Bahkan jika terdakwa hanya dijerat dengan Pasal 351 ayat (1) KUHP tentang penganiyaan maka potensi hukumannya jauh lebih ringan dengan maksimal 2 tahun 8 bulan (dua tahun delapan bulan) dibanding UU No. 23 Tahun 2004 Tentang PKDRT dengan maksimal hukuman yang dapat diberikan sampai 20 tahun (dua puluh tahun) lamanya.

Ketika kita menyoalkan putusan hakim berarti, secara tidak langsung kita akan menyoroti hakim dan tugasnya sebagai pelaksana hukum maupun sebagai pencipta hukum. Tugas hakim sebagaimana dalam Pasal 1 UU No. 48 Tahun 2009 Tentang Kekuasaan Kehakiman<sup>13</sup> tidak lain adalah menerima, memeriksa, mengadili, serta menyelesaikan setiap perkara yang diajukan kepadanya. Ketiga proses tersebut kelak mengejawantah dalam putusan yang tidak lain merupakan mahkota dari hakim tersebut. Di satu sisi hakim terikat oleh produk-produk hukum seperti konstitusi, UU atau preseden dalam menjalankan tugasnya. Kalimat-kalimat yang termuat di produk-produk hukum tersebut adalah referensi bagi hakim dalam menjalankan tugasnya

---

<sup>13</sup> Lihat Pasal 1 UU No. 48 Tahun 2009 Tentang *Kekuasaan Kehakiman*.

menerapkan hukum. Seorang filsuf hukum Lon L Fuller dalam sebuah tulisannya yang sangat terkenal berjudul *The Case of The Speluncean Explorer* mengatakan bahwa pengadilan mempunyai kewajiban menegakkan hukum yang tertulis dan menginterpretasikan hukum tertulis tersebut sesuai dengan arti harfiahnya. *“The obligation of the judiciary to enforce faithfully the written law, and to interpret that law in accordance with its plain meaning”*.<sup>14</sup>

Meski demikian hal tersebut akan mengalami masalah pada saat ketentuan-ketentuan tersebut tidak dapat menjawab persoalan yang ada. Di sisi yang lain, penekanan pada asas keadilan, berarti hakim harus mempertimbangkan hukum yang hidup dalam masyarakat, yang terdiri atas kebiasaan dan ketentuan hukum tidak tertulis. Dalam hal ini harus dibedakan rasa keadilan menurut individu, kelompok dan masyarakat. Terlebih lagi, adil bagi suatu masyarakat tertentu belum tentu adil bagi yang lain, sehingga dalam memberikan pertimbangan hakim dituntut untuk menjelaskan hal tersebut sebagai dasar untuk menjatuhkan putusan. Idealnya putusan hakim harus mampu mengkombinasikan tiga hal penting sekaligus, yakni kepastian hukum, keadilan dan kemanfaatan. Namun seringkali keadaannya tidak se-simple itu. Kepastian hukum seringkali berdiri di arah berlawanan dengan keadilan sebagai tujuan hukum.

---

<sup>14</sup> Lon L Fuller dalam Dinal Fedrian, *Dinamika Peran Hakim di Masyarakat*, Majalah Komisi Yudisial, September 2018, Jakarta, Komisi Yudisial, 2018, hlm. 12.

Berdasarkan uraian diatas, penulis sangat tertarik mengangkat sebuah Kasus KDRT dalam perkawinan siri yang sering terjadi namun sulit terungkap. Banyak masyarakat yang memilih melakukan perkawinan siri karena dianggap prosesnya yang mudah. Namun perkawinan siri inipun menjadi salah satu pemicu terjadinya KDRT. Sedangkan para korban KDRT dalam perkawinan siri ini sebagian besar takut dan malu untuk melaporkan kasusnya karena status perkawinannya pun belum sah secara hukum dan negara. Selain itu, korban kasus KDRT perkawinan siri mengalami kesulitan untuk mendapatkan perlindungan-perlindungan yang disebabkan oleh tidak mempunyai legalitas hukum atas perkawinannya dan juga status perkawinan siri juga menjadi suatu kelemahan bagi para korban untuk memperjuangkan hak-haknya.

Olehnya penulis tertarik melakukan penenelitian dengan judul, Penerapan Asas *Lex Specialis Derogat Legi Generalis* Pada Perkara Tindak Pidana Kekerasan Dalam Rumah Tangga Dengan Status Perkawinan Di bawah Tangan.

## **B. Rumusan Masalah**

1. Apakah UU No. 23 Tahun 2004 Tentang PKDRT dapat diterapkan bagi korban KDRT dengan ikatan perkawinan di bawah tangan ?
2. Apakah penerapan Pasal 351 ayat (1) KHUP dalam perkara tindak pidana KDRT pada Putusan No. 101/Pid.B/2018/PN/Kph telah memenuhi tujuan hukum ?

### **C. Tujuan Penelitian**

Dari rumusan masalah yang penulis teliti memiliki tujuan sebagai berikut:

1. Untuk mengetahui UU No. 23 Tahun 2004 Tentang PKDRT dapat diterapkan bagi korban KDRT dengan ikatan perkawinan di bawah tangan.
2. Untuk menganalisis penerapan Pasal 351 ayat (1) KHUP dalam perkara tindak pidana KDRT pada Putusan No. 101/Pid.B/2018/PN/Kph telah memenuhi tujuan hukum.

### **D. Kegunaan Penelitian**

Dari rumusan masalah yang penulis teliti, penulis berharap tulisan ini banyak bermanfaat kepada para pencari ilmu, aparat penegak hukum, masyarakat umum, terkhususnya masyarakat yang berprofesi sebagai penyidik kepolisian, jaksa penuntut umum, Hakim pada tingkat pertama Adapun manfaat teoritis dan manfaat praktis, sebagai berikut:

1. Manfaat Teoritis
  - a. Hasil penelitian ini diharapkan memberikan manfaat dibidang pengembangan ilmu pengetahuan pada fokus ilmu hukum khususnya hukum pidana;

b. Hasil penelitian ini diharapkan memeberikan dan memperkaya referensi dan literatur mengenai kepustakaan hukum pidana dengan kajian penegakan hukum tindak pidana korban KDRT dengan ikatan perkawinan di bawah tangan.

## 2. Manfaat Praktis

a. Sebagai bahan masukan dan sumbangsi saran yang diharapkan bermanfaat bagi pemerintah dan para Aparat Penegak Hukum dalam hal memutuskan perkara tindak pidana korban KDRT dengan ikatan perkawinan di bawah tangan.

b. Hasil penelitian ini diharapkan dapat memberi masukan serta tambahan pengetahuan bagi semua pihak yang bersedia menerima bagi para pihak yang terkait dengan masalah yang diteliti serta bermanfaat bagi para pihak yang berminat pada permasalahan tindak pidana korban KDRT dengan ikatan perkawinan di bawah tangan.

## E. Orisinalitas Penelitian

1. Fatmawati, dalam tesisnya yang berjudul Perlindungan Hukum Terhadap Anak Yang Lahir Dari Perkawinan Di bawah Tangan Menurut Hukum Islam Dan Hukum Positif, Program Magister Ilmu

Hukum Universitas Islam Sultan Agung, tahun 2017. Adapun rumusan masalah dari tesis ini ialah:

- a. Untuk menganalisis akibat hukum perkawinan di bawah tangan.
- b. Untuk menganalisis kedudukan hukum terhadap anak yang lahir dari perkawinan di bawah tangan di Demak.
- c. Menganalisis perlindungan hukum anak yang lahir dari perkawinan di bawah tangan dimasa mendatang di Demak.<sup>15</sup>

2. Afifa Zakiyah Sufa dalam tesisnya yang berjudul Fenomena Perkawinan Di bawah Tangan (Studi Masyarakat Desa Maguwoharjo Depok Sleman Yogyakarta, Program Magister Hukum Islam UIN Sunan Kalijaga, Tahun 2017 Adapun rumusan masalah dari tesis ini ialah:

- a. Bagaimana potret perkawinan di bawah tangan masyarakat desa Maguwoharjo ?
- b. Apa penyebab masyarakat desa Maguwoharjo melakukan perkawinan di bawah tangan tidak mencatatkan perkawinannya di depan pembantu pegawai pencatat nikah.<sup>16</sup>

---

<sup>15</sup> Fatmawati, *Perlindungan Hukum Terhadap Anak Yang Lahir Dari Perkawinan Dibawah Tangan Menurut Hukum Islam Dan Hukum Positif*, Semarang, Universitas Islam Sultan Agung, 2017.

<sup>16</sup> Afifa Zakiyah Sufa, *Fenomena Perkawinan Dibawah Tangan (Studi Masyarakat Desa Maguwoharjo Depok Sleman Yogyakarta)*, UIN Sunan Kalijaga, Yogyakarta, 2017.

3. Addin Daniar Syamdan, dalam tesisnya yang berjudul Aspek Hukum Perkawinan Siri Dan Akibat Hukumnya, Program Magistrasi Hukum Universitas Diponegoro, tahun 2019, Adapun rumusan masalah dari tesis ini ialah:

- a. Bagaimana aspek hukum mengenai keabsahan perkawinan siri ?
- b. Bagaimanakah akibat hukum dari perkawinan siri terhadap isteri dan anak hasil nikah siri ?.<sup>17</sup>

### **Perbandingan Penelitian**

Adapun hal-hal yang menjadi pembeda dari penelitian tesis diatas dengan penelitian tesis ini terdapat pada objek penelitian, pada penelitian tesis ini penulis mengambil putusan No. 101/Pid.B/2018/PN/Kph sebagai objek penelitian, lalu menjadikan dasar putusan tersebut sebagai bahan penelitian normatif peneliti dalam mengkaji perlindungan bagi korban KDRT dengan pertalian perkawinan di bawah tangan.

---

<sup>17</sup> Addin Daniar Syamdan, Aspek Hukum Perkawinan Siri Dan Akibat Hukumnya, Universitas Diponegoro, 2019.

## **BAB II**

### **TINJAUAN PUSTAKA**

#### **A. Tinjauan Umum Tentang Asas-Asas Hukum Pidana**

##### **1. Pengertian Asas**

Mengingat bahwa asas berguna untuk menentukan suatu maksud dan tujuan dibentuknya suatu peraturan hukum, maka perlu ditegaskan pula bahwa urgensi asas dalam undang-undang untuk memperjelas maksud serta tujuan diberlakukannya suatu peraturan dalam undang-undang. Bellefroid dikutip dari Eddy O.S. Hiariej dalam bukunya “Asas Legalitas dan Penemuan Hukum Dalam Hukum Pidana”, terkait dengan asas hukum umum, menyatakan sebagai berikut : Asas hukum umum itu merupakan pengendapan hukum positif dalam suatu masyarakat. Demikian pula menurut van Eikema Hommes yang menyatakan bahwa asas hukum tidak boleh dianggap sebagai normanorma hukum yang konkret, akan tetapi perlu dipandang sebagai dasar-dasar umum atau petunjuk-petunjuk bagi hukum yang berlaku.<sup>18</sup>

Asas hukum umum itu kedudukannya abstrak dan bukan merupakan suatu norma-norma hukum yang konkret, dalam artian norma-norma hukum konkret yang telah atau pernah terjadi dalam pergaulan masyarakat. Pada asas hukum yang sifatnya abstrak, mengandung nilai-nilai atau kaidah-kaidah hukum yang dapat diterapkan terhadap norma-norma hukum konkret tertentu.

---

<sup>18</sup> Eddy O.S. Hiariej, 2009, *Asas Legalitas dan Penemuan Hukum Dalam Hukum Pidana*, Jakarta:Erlangga, hlm. 19.

Lebih lanjut, terkait dengan asas hukum, Dewa Gede Atmadja dalam Jurnalnya berjudul “Asas-Asas Hukum dalam Sistem Hukum” mengutip pendapat dari Paul Scholten, yaitu sebagai berikut <sup>19</sup>: Asas-asas hukum itu “tendensi-tendensi yang disyaratkan kepada hukum oleh paham kesusilaan kita”. Dipahami asas-asas hukum itu sebagai pikiran-pikiran dasar yang terdapat di dalam dan di belakang sistem hukum, masing-masing dirumuskan dalam aturan-aturan perundang-undangan dan putusan-putusan hakim, yang berkenaan dengan ketentuan-ketentuan dan keputusan-keputusan individual dapat dipandang sebagai penjabarannya.

Eksistensi dari asas-asas hukum itu sendiri, yakni ada pada peraturan perundang-undangan dan putusan-putusan hakim. Adapun implementasi serta implikasi dari asas-asas hukum itu tercermin dalam penegakan hukum itu sendiri. Oleh sebab itu, pendapat Paul Scholten di atas yang menyinggung soal paham kesusilaan, merupakan nilai-nilai yang dipegang dan terus dipertahankan oleh masyarakat. Lebih lanjut, Sudikno Mertokusumo dikutip dari Dewa Gede Atmadja kemudian menyimpulkan terkait dengan asas hukum umum itu, yakni sebagai berikut :<sup>20</sup> Bahwa asas hukum atau prinsip hukum bukanlah peraturan hukum konkret, melainkan pikiran dasar yang umum sifatnya atau merupakan latar belakang dari peraturan yang konkret yang

---

<sup>19</sup> Dewa Gede Atmadja, 2018, *Asas-Asas Hukum dalam Sistem Hukum*, Kertha Wicaksana, Volume 12, Nomor 2, hlm. 146.

<sup>20</sup> *Ibid.*

terdapat dalam dan di belakang sistem hukum yang terjelma dalam peraturan perundangundangan dan putusan hakim yang merupakan hukum positif dan dapat ditemukan dengan mencari sifat-sifat umum dalam peraturan konkret tersebut. Ditegaskan lagi, bahwa asas hukum bukanlah kaedah hukum yang konkret, melainkan latar belakang peraturan yang konkret dan bersifat umum atau abstrak.

Oleh karena asas hukum atau prinsip hukum bukanlah peraturan hukum konkret, maka kedudukan asas hukum atau prinsip hukum ini kedudukannya berbeda dengan peraturan hukum konkret. Kita ambil contoh asas legalitas dalam hukum pidana, kedudukannya sebagai dasar peraturan pidana itu diberlakukan. Atas dasar adanya asas di dalam suatu peraturan perundang-undangan, maka peraturan yang konkret itu dapat memiliki arah dan tujuan saat diberlakukan. Apabila diikuti prinsip yang dianut KUHP yang sekarang berlaku, maka dengan ketentuan yang diatur dalam Pasal 1 (1) KUHP yang menyatakan : "Tiada suatu perbuatan dapat dipidana kecuali atas kekuatan aturan pidana dalam perundang-undangan yang telah ada, sebelum perbuatan dilakukan." Ketentuan Pasal 1 (1) KUHP di atas mengandung pengertian, bahwa ketentuan pidana dalam undang-undang hanya dapat diberlakukan terhadap suatu tindak pidana yang terjadinya sesudah ketentuan pidana dalam undang-undang itu diberlakukan.<sup>21</sup>

---

<sup>21</sup> Tongat, *Dasar-Dasar Hukum Pidana Indonesia Dalam Perspektif Pembaharuan*, Op.cit, hlm 45.

## 2. Fungsi Asas-Asas Hukum

Negara hukum diartikan sebagai suatu negara yang menerapkan prinsip legalitas, yaitu segala tindakan negara melalui, berdasarkan dan sesuai dengan hukum. Hukum mempunyai kedudukan tertinggi agar supaya pelaksanaan kekuasaan negara tidak menyimpang dari undang undang, hal itu ditegaskan oleh E.Y Kanter dan S.R Sianturi:<sup>22</sup> “Hukum pidana harus bersumber pada undang-undang, disebut juga sebagai asas legalitas. Artinya pemidanaan harus berdasarkan undang-undang (lege) yang di maksud undangundang dalam hal ini adalah pengertian yang luas, yaitu bukan saja secara tertulis telah di tuangkan dalam bentuk undang-undang yang di buat oleh pemerintah dengan DPR, akan tetapi produk perundang-undangan lainnya seperti peraturan pemeritah pengganti undang-undang, peraturan pemerintah, keputusan presiden, peraturan-peraturan pelaksanaan lainnya seperti perartuaran atau intruksi menteri, Gubernur atau kepala daerah dan lain sebagainya.”

Dengan demikian kekuasaan akan tunduk pada hukum, bukan sebaliknya. Hukum sebagai perangkat kaidah sosial yang salah satu tugasnya menciptakan pergaulan hidup damai, dalam penegakannya kerap kali juga mesti memperhatikan Penerapan Asas Hukum dan Kepentingan Politik tetapi

---

<sup>22</sup> E.Y.Kanter dan S.R. Sianturi, *Asas-Asas Hukum Pidana Di Indonesia*, Storia Grafika, Jakarta, 2012, hlm. 74.

perlu dipandang sebagai dasardasar umum atau petunjuk-petunjuk bagi hukum yang berlaku, yakni dasar-dasar atau petunjuk arah dalam hukum positif Suatu asas hukum bukanlah suatu ketentuan hukum, asas bukanlah hukum namun hukum tidak dapat dimengerti tanpa asas, asas adalah gejala yang mengarah penentuan moral kita pada hukum, asas adalah hal-hal yang umum dengan segala sesuatu yang relatif yang mendampinginya yang tidak lolos dari kebutuhan untuk memperjelas pemahaman menyangkut asas hukum, pandangan tentang asas hukum itu tidak boleh dianggap sebagai norma-norma hukum yang kongkret, akan tetapi perlu dipandang sebagai dasar-dasar umum atau petunjuk-petunjuk bagi hukum yang berlaku. B. Arif Sidharta menjelaskan:<sup>23</sup> “Fungsi dan tujuan hukum itu sebenarnya sudah terkandung dalam batasan pengertian atau definisinya. Kalau dikatakan hukum itu adalah perangkat kaidah dan asas-asas yang mengatur kehidupan manusia dalam masyarakat, dapat disimpulkan bahwa fungsi yang terpenting dari hukum adalah tercapainya keteraturan dalam kehidupan manusia di dalam masyarakat. Artinya orang dapat mengadakan kegiatan-kegiatan yang diperlukan dalam kehidupan bermasyarakat karena ia dapat mengadakan perhitungan tentang apa yang akan terjadi atau apa yang bisa dia harapkan.”

Meskipun setiap produk asas hukum memuat kehendak serta keputusan penguasa atau penentu kebijakan politik, tidaklah kemudian berarti

---

<sup>23</sup> B. Arif Sidharta, *Pengantar Ilmu Hukum*, Alumni, Bandung, 2009, hlm. 49.

kaidah asas hukum tersebut merugikan kepentingan masyarakat banyak serta menyimpang dari kaidah-kaidah hukum pada umumnya. Pembentukan hukum yang praktis perlu berorientasi pada asas-asas hukum tersebut dengan kata lain, asas hukum adalah dasar-dasar atau petunjuk arah dalam pembentukan hukum positif, berkenaan dengan asas hukum, dimana fungsi asas hukum dapat dilihat atas fungsi sebagaimana dijelaskan oleh Achmad Ali adalah:<sup>24</sup> “Dalam sistem hukum, asas hukum memiliki fungsi, yaitu Menjaga ketaatan asas atau konsistensi. Contoh, dalam Hukum Acara Perdata dianut " asas pasif bagi hakim ", artinya hakim hanya memeriksa pokok-pokok sengketa yang oleh para pihak yang berperkara dan bukan oleh hakim. Hakim hanya ditentukan membantu para pencari keadilan dan berusaha mengatasi segala hambatan dan rintangan untuk tercapainya keadilan.”

Fungsi asas hukum juga di uraikan Achmad Ali yang membagi kedalam beberapa fungsi sebagai berikut:

a) Fungsi Taat Asas (konsisten)

Fungsi taat asas dari hukum itu adalah bagaimana konsistensi dapat terjamin dalam sistem hukum. Contohnya dalam hukum asas perdata dianut asas pasif bagi hakim, artinya hakim hanya memeriksa dan mengadili pokok persengketaan yang ditentukan oleh para pihak yang berperkara.

---

<sup>24</sup> Achmad Ali, *Menguak Tabir Hukum*, Prenada Media Group, Jakarta, 2015, hlm. 370.

#### b) Fungsi Mengatasi Konflik

Fungsi ini merupakan fungsi penting dari asas hukum, Asas *lex superior derogat legi inferiori* adalah asas yang mengatur bahwa peraturan hukum yang lebih tinggi hirarkinya harus didahulukan dari pada peraturan hukum yang lebih rendah. Jika suatu peraturan walikota bertentangan dengan peraturan-peraturan Gubernur maka harus diberlakukan peraturan Gubernur.

#### c) Fungsi Rekayasa Sosial

Mengemukakan bahwa dilihat dari fungsi hukum sebagai alat perekayasa sosial (a tool of social engineering), maka sebenarnya suatu asas hukum pun dapat difungsikan sebagai alat perekayasa sosial. Hal ini tentunya tergantung pada inisiatif dan kreativitas para pelaksana dan penentu kebijakan hukum, sebagai contoh untuk ini adanya asas tidak ada keharusan untuk mewakilkan sebaliknya diganti dengan asas keharusan untuk mewakilkan, sebagai salah satu bentuk rekayasa sosial dibidang asas hukum, oleh karena itu dengan asas ini proses pengadilan setidaknya dapat berlangsung cepat, serta juga dapat mengaktifkan lebih banyak penggunaan sarjana hukum.

Menyelesaikan konflik yang terjadi di dalam sistem hukum Fungsi asas diwujudkan dalam beberapa asas hukum, dengan demikian hakim menjadi pasif dan terjagalah ketaatan asas atau konsistensi:

- a) *Lex dura sed ita scripta*, Undang- Undang adalah keras tetapi ia telah ditulis demikian;
- b) *Lex nimirum cogit ad impossibilia*, undang- undang tidak memaksa seseorang untuk melakukan sesuatu yang tidak mungkin;
- c) *Lex posterior derogat legi priori atau Lex posterior derogat legi anteriori*, undang-undang yang lebih baru mengenyampingkan undang-undang yang lama;
- d) *Lex specialist derogat legi generali*, undang-undang yang khusus didahulukan berlakunya daripada undang- undang yang umum;
- e) *Lex superior derogat legi inferiori*, undang-undang yang lebih tinggi mengenyampingkan undang- undang yang lebih rendah tingkatannya.

Fungsi lain adalah sebagai rekayasa sosial, baik dalam sistem hukum maupun dalam sistem peradilan. Pada fungsi rekayasa sosial, kemungkinan difungsikannya suatu asas hukum untuk melakukan rekayasa sosial di bidang peradilan, seperti asas sistem peradilan pidana di Indonesia menganut asas tidak ada keharusan mendampingi kepada Advokat, diubah menjadi asas keharusan untuk diwakili. Asas yang masih dianut tersebut, sebetulnya sebagai bentuk diskriminasi kolonial Belanda, sehingga sudah perlu dihapuskan. Dengan demikian, asas hukum difungsikan sebagai a tool of social engineering bagi masyarakat. Asas dalam hukum mendasarkan eksistensinya pada rumusan oleh pembentuk undang-undang dan hakim ini

merupakan fungsi yang bersifat mengesahkan serta mempunyai pengaruh yang normatif dan mengikat para pihak. Asas dalam ilmu hukum hanya bersifat mengatur dan eksplikatif, tujuannya adalah memberi ikhtisar, sifatnya tidak normatif dan tidak termasuk hukum positif.

Penerapan asas hukum tidak sepenuhnya diterapkan terutama ketika itu berhadapan dengan kepentingan politik, tidak dijalankannya asas hukum secara konsisten dan ideal sebagai salah satu faktor karena hukum itu sendiri tidak otonom. Keberadaannya sangat dipengaruhi oleh tangan-tangan politik, sehingga terlihat kesan bila hukum berhadapan dengan politik, maka hukum tersebut akan tunduk di bawah keinginan politisi. Ketidak otonomnya hukum terutama di negara-negara berkembang seperti di Indonesia ini adalah lantaran sistem kemasyarakatan, termasuk sistem politik dan pemerintahan tidak mengenal adanya pemisahan kekuasaan yang terpisah secara tajam, antara lembaga legislatif, eksekutif dan yudikatif. Misalnya, pada prakteknya cenderung kita lihat lembaga legislatif juga diperankan dengan tidak maksimal.

Penerapan Asas Hukum dan Kepentingan Politik itu sendiri yang juga melakukan intervensi terhadap lembaga yudikatif dan seterusnya. Maka politik hukum, merupakan langkah kebijakan politik (political policy) penguasa dalam memberlakukan kaidah-kaidah. Oleh karena asas hukum itu dapat dipengaruhi produk kebijakan politik penguasa, sehingga pada setiap asas hukum yang dirancang sedemikian rupa akan terpengaruh kehendak kepentingan politik. Kepentingan politik bertujuan atau mempunyai obyek untuk

menyelenggarakan peraturan-peraturan hukum yang tepat legislatif dalam suatu keadaan, situasi, dan waktu yang tertentu. Namun dalam instansi terakhir politik hukumlah yang menentukan apakah pembaharuan hukum tersebut sudah dapat dilaksanakan seluruhnya atau sebahagian atau masih belum waktunya untuk dilaksanakan. Hanya saja bahwa meskipun setiap produk undang-undang memuat serta keputusan penguasa atau penentu kebijakan politik tidaklah kemudian berarti kasus hukum tersebut merefleksikan visi dan kehendak penguasa yang cenderung a priori merugikan kepentingan rakyat banyak serta menyimpang dari asas-asas hukum pada umumnya.

Adalah ideal apabila visi kepentingan politik yang tercermin di dalamnya sesuai dengan persepsi kesadaran hukum (budaya hukum) masyarakat banyak. Sebab berjalannya suatu sistem hukum berjalan dengan baik bila mana di dalamnya didukung oleh ketiga komponen yaitu substansi hukum, struktur hukum, dan budaya hukumnya untuk itulah bahwa hukum tidak dapat hanya dipandang sebagai Pasal-Pasal yang bersifat imperatif atau keharusan-keharusan yang bersifat *das sollen*, melainkan harus dipandang sebagai subsistem yang dalam kenyataan bukan tidak mungkin sangat ditentukan oleh politik, baik dalam perumusan materi dan Pasal-Pasalnya maupun dalam implementasi dan penegakannya. Sosiologi hukum agaknya muskil untuk menerapkan asas-asas hukum secara konsisten dan ideal dalam suatu konteks masyarakat yang sangat didominasi oleh sentral-sentral

kekuasaan lembaga eksekutif, terutama ketika idealitas asas hukum sangat bertentangan atau berseberangan dengan kepentingan-kepentingan politik yang ada pertimbangan-pertimbangan etis yang dapat dijadikan sebagai patokan agar tidak terjadi konflik ketika terjadi benturan-benturan penerapan beberapa perangkat hukum atau aturan. Selain itu, asas hukum dapat juga menjadi tuntunan bagi aparat hukum lainnya pada saat menyelesaikan dan melakukan proses hukum terhadap setiap sengketa hukum atau pelanggaran hukum yang diajukan kepadanya. Negara hukum diartikan sebagai suatu negara yang menerapkan prinsip legalitas yaitu segala tindakan negara melalui, berdasarkan dan sesuai dengan hukum.

Hukum mempunyai kedudukan tertinggi agar supaya pelaksanaan kekuasaan negara tidak menyimpang dari Undang-undang, dengan demikian kekuasaan akan tunduk pada hukum, bukan sebaliknya. Asas hukum sebagai tuntunan etis yang bersifat abstrak dalam hal melakukan pertimbangan-pertimbangan hukum, secara ideal seharusnya berjalan dengan konsisten serta tidak boleh dijadikan sebagai dalih untuk melakukan penyimpangan-penyimpangan hukum. Oleh karena asas hukum memang diadakan untuk melakukan harmonisasi bagi semua kepentingan-kepentingan hukum, guna lebih mengarahkan tujuan-tujuan hukum itu sendiri pada dasarnya yang lebih proporsional hal itu di jelaskan oleh J.J. H. Bruggink yang menjelaskan:<sup>25</sup> “Asas

---

<sup>25</sup> Arief Sidharta, *Refleksi Tentang Hukum*, Citra Aditya Bakti, Bandung, 1996, hlm. 126.

hukum berisi ukuran nilai dan hanya tidak secara langsung memberikan pedoman, asas hukum tidak selalu di positifkan dalam aturan hukum, maka sulit untuk mengkonstantasi, kapan asas hukum akan kehilangan keberlakuannya, misalnya karena pengembalian kewenangan tidak lagi menegakkan asas hukum tertentu atau para justisiabel tidak lagi menerima ukuran nilai itu dan tidak lagi menjadi acuan bagi perilaku.”

Hukum dengan perlengkapan dan otoritasnya yang ada padanya, melakukan pengintegrasian terhadap proses-proses yang berlangsung dalam masyarakat, hukum menerima asupan-asupan dari berbagai bidang, seperti politik, ekonomi, budaya dan lain-lain, untuk kemudian diolah menjadikeluaran-keluaran yang dikembalikan ke dalam masyarakat, pada waktu bahan yang diolah itu, yaitu dalam bentuk asupan tadi, wujudnya berupa sengketa atau konflik.

Untuk menjalankan hukum, hukum membutuhkan suatu kekuatan pendorong, ia membutuhkan kekuasaan kepentingan politik yang memberikan kekuatan kepadanya untuk menjalankan fungsi hukum, tetapi ia juga tidak bisa membiarkan kekuasaan kepentingan politik itu untuk menunggangi hukum. Karena dalam menerapkan hukum asas hukum harus mampu untuk menjadi saluran, agar keadilan itu dapat diselenggarakan secara saksama dalam kehidupan masyarakat guna stabilitas serta kerangka sosial terhadap kebutuhan-kebutuhan masyarakat, baik dalam wujudnya bentuk norma-norma. Realita penerapan asas hukum terkadang mengalami benturan-benturan

dengan mengaitkan kepentingan politik, kekuasaan, dan otoritas, sehingga pada saat yang bersamaan penerapan asas hukum tersebut tidak berjalan secara konsisten dan ideal, kecenderungan ini akhirnya mengakibatkan hilangnya kepercayaan para wargamasyarakat terhadap perangkat hukum sebagai alat untuk menyelesaikan konflik.

### **3. Kekuatan Berlakunya Asas Hukum**

Bentuk dan kekuatan asas hukum sejak zaman dahulu, orang-orang sudah berkeyakinan bahwa manusia tidak bisa membentuk undang-undang dengan sewenang-wenang saja. Ada prinsip-prinsip tertentu yang lebih tinggi daripada hukum yang ditentukan oleh manusia. Dari penjelasan mengenai bentuk-bentuk asas hukum dapat diketahui bahwa asas hukum bukanlah kaidah hukum yang konkrit melainkan merupakan latar belakang peraturan yang konkrit dan bersifat umum dan abstrak Satjipto Rahardjo:<sup>26</sup> “Mengemukakan bahwa asas hukum bukanlah norma hukum konkrit karena asas hukum adalah jiwa dari norma hukum itu sendiri.”

Asas hukum dikatakan sebagai jiwa dari norma hukum atau peraturan hukum karena ia merupakan dasar lahir atau *ratio legis* dari peraturan hukum. Sebagai contoh bahwa asas hukum merupakan jiwa dari peraturan atau norma hukum yaitu, asas hukum yang menyatakan bahwa apabila seseorang

---

<sup>26</sup> Satjipto Rahardjo, *Hukum dan Perilaku*, Jakarta, Kompas, 2009, hlm. 160

melakukan perbuatan yang merugikan orang lain maka ia harus mengganti kerugian, dan ini merupakan asas hukum yang bersifat abstrak, dari asas hukum ini lahir suatu norma hukum yang bersifat konkrit yaitu setiap perbuatan yang melawan hukum dan menimbulkan kerugian bagi pihak lain, wajib membayar ganti rugi. Karena sifat asas hukum yang abstrak inilah sehingga tidak bisa diterapkan secara langsung dalam peristiwa hukum lain halnya dengan peraturan hukum yang bersifat konkrit.

## **B. Asas *Lex Specialis Derogat Legi Generali*.**

### **1. Pengertian *Lex Specialis Derogat Legi Generali*.**

*Lex specialis derogate legi generalis* merupakan asas dimana ketentuan yang khusus mengesampingkan ketentuan yang bersifat umum. Bertalian dengan itu maka dalam hukum pidana Indonesia dapat dijumpai dalam Pasal 63 ayat (2) menyatakan, “jika suatu perbuatan masuk dalam suatu aturan pidana yang umum, diatur pula dalam aturan pidana yang khusus maka yang khusus itulah yang dipergunakan.”

Ketentuan ini secara teoritis pragmatis mengandung asas *lex specialis derogate legi generalis* yang artinya undang-undang khusus mengesampingkan undang-undang yang umum. Dalam konteks hukum pidana, bahwa jika sebuah perbuatan diatur dalam undang-undang pidana umum dan khusus sekaligus maka undang-undang khusus lah yang

dipergunakan. Jadi makna *lex specialis derogate legi generalis*, pada prinsipnya semua unsur-unsur suatu rumusan perbuatan pidana terdapat atau ditemukan kembali di dalam peraturan yang lain, sedangkan peraturan yang disebut kedua (yang khusus) itu disamping semua unsur-unsur peraturan yang pertama (yang umum) memuat pula satu atau beberapa unsur lain.<sup>27</sup> Konsekuensinya kepada pelaku mesti dibebaskan karena adanya kesalahan dalam penerapan aturan hukum atau *error in juris*.<sup>28</sup>

Cara untuk mengetahui bahwa suatu ketentuan pidana itu secara lebih khusus telah mengatur suatu perilaku, yang sebenarnya telah diatur didalam ketentuan pidana yang lain. Sebenarnya tidak ada suatu kriteria yang dapat dipergunakan sebagai pedoman. Di dalam doktrin terdapat dua cara memandang suatu ketentuan pidana yaitu untuk dapat mengatakan apakah ketentuan pidana itu merupakan suatu ketentuan yang bersifat khusus atau bukan dengan cara sebagai berikut: (1). Memandang secara logis ( *logische beschouwing* ) Suatu ketentuan pidana dapat dianggap sebagai suatu ketentuan pidana yang bersifat khusus apabila ketentuan pidana tersebut di samping memuat unsur-unsur yang lain, juga memuat semua unsur dari ketentuan pidana yang bersifat umum. (2). Memandang secara yuridis atau secara sistematis

---

<sup>27</sup> Hariman Satria, *Anatomi Hukum Pidana Khusus*, UII Press, Yogyakarta, 2014, hlm 13

<sup>28</sup> *Ibid*, hlm. 5.

(*juridische* atau *systematische beschouwing*) Suatu ketentuan pidana itu walaupun tidak memuat semua unsur dari suatu ketentuan yang bersifat umum, ia tetap dapat dianggap sebagai suatu ketentuan pidana yang bersifat khusus yaitu apabila dengan jelas dapat diketahui bahwa pembentuk undang-undang memang bermaksud untuk memberlakukan ketentuan pidana tersebut sebagai suatu ketentuan pidana yang bersifat khusus.<sup>29</sup> Disini yang perlu diperhatikan satu dari dua ketentuan pidana bukan karena hubungan logisnya satu sama lain, tetapi hubungan nilai antara dua norma hukumnya.

Asas preferensi adalah asas hukum yang menunjuk hukum mana yang lebih didahulukan (untuk diberlakukan), jika dalam suatu peristiwa (hukum) terkait atau terlanggar beberapa peraturan. Menurut Bagir Manan dan A.A. Oka Mahendra menyatakan bahwa asas *lex specialis derogat legi generali* memiliki definisi yaitu aturan hukum yang sifatnya khusus akan mengesampingkan aturan hukum yang bersifat umum. Terdapat beberapa

---

<sup>29</sup> PAF.Lamintang dan Franciscus Theojunior Lamintang, *Dasar-Dasar Hukum Pidana di Indonesia*, Sinar Grafika, Jakarta ,2016, hlm 730

prinsip yang patut diperhatikan dalam penggunaan asas *lex specialis derogat legi generalis*, sebagai berikut :<sup>30</sup>

- a. Rangkaian ketentuan/norma yang dimuat dalam aturan hukum yang bersifat umum tetap berlaku, kecuali terdapat pengaturan secara khusus dalam aturan hukum yang bersifat khusus tersebut.
- b. Rangkaian ketentuan/norma *lex specialis*, harus dalam suatu tingkatan (hierarki) yang sama dengan rangkaian ketentuan/norma *lex generalis*, contohnya UU dengan UU.
- c. Rangkaian ketentuan/norma *lex specialis* harus berada dalam rezim (lingkungan hukum) yang sama dengan *lex generalis*. Contohnya KUH Perdata dan KUH Dagang yang sama-sama merupakan peraturan pada rezim keperdataan.

Menurut Purnadi Purbacaraka dan Soerjono Soekanto Maksud dari asas ini adalah bahwa terhadap peristiwa khusus wajib diberlakukan undang-undang yang menyebut peristiwa itu, walaupun untuk peristiwa khusus tersebut dapat pula diberlakukan undang-undang yang menyebut peristiwa yang lebih luas atau lebih umum yang dapat mencakup peristiwa khusus tersebut. Sedangkan menurut Eddy OS Hiariej jika dilihat dari perspektif politik hukum pidana (penal policy), eksistensi asas '*lex specialis derogat legi generali*

---

<sup>30</sup> A.A. Oka Mahendra. 2010. *Harmonisasi Peraturan Perundang-Undangan*. Jakarta. *Artikel Hukum Tata Negara dan Peraturan Perundang-undangan*, diperoleh dari <http://ditjenpp.kemenkumham.go.id> diakses pada tanggal 25 Agustus 2018.

" sebenarnya merupakan asas hukum yang menentukan dalam tahap aplikasi. Tahap ini merupakan tahap penerapan peraturan perundang-undangan pidana yang telah dilanggar terhadap peristiwa konkrit (ius operatum) melalui proses penegakan hukum. Oleh karena itu, asas "lex specialis" ini menjadi penting bagi aparat penegak hukum ketika akan menerapkan peraturan perundangundangan pidana terhadap perkara pidana yang ditanganinya.

## **2. *Lex Specialis Derogat Legi Generali* serta hubungannya dengan KUHP.**

Hukum Pidana Indonesia tersusun dalam suatu sistem yang terkodifikasi dan sistem yang diluar kodifikasi. Sistem yang terkodifikasi adalah apa yang termuat dalam KUHP dimana di dalam KUHP tersusun berbagai jenis perbuatan yang digolongkan sebagai tindak pidana, perbuatan mana yang dapat dihukum. Sedangkan diluar KUHP masih terdapat pula berbagai pengaturan tentang perbuatan apa saja yang juga dapat Hukum Pidana Indonesia tersusun dalam suatu sistem yang terkodifikasi dan sistem yang diluar kodifikasi. Sistem yang terkodifikasi adalah apa yang termuat dalam KUHP dimana di dalam KUHP tersusun berbagai jenis perbuatan yang digolongkan sebagai tindak pidana, perbuatan mana yang dapat dihukum. Sedangkan diluar KUHP masih terdapat pula berbagai pengaturan tentang perbuatan apa saja yang juga

dapat dihukum dengan saksi pidana. Lobby Loqman membedakan sumber-sumber hukum pidana tertulis di Indonesia sebagai berikut:

1. Kitab Undang-undang Hukum Pidana ( KUHP );
2. Undang-undang yang merubah atau menambah KUHP;
3. Undang-Undang Hukum Pidana Khusus;
4. Aturan-aturan pidana diluar Undang-undang Hukum Pidana;

Prinsip dan aturan dasar yang termuat dalam Buku I KUHP berlaku bagi semua tindak pidana, baik yang terdapat dalam KUHP maupun diluar KUHP kecuali ditentukan lain oleh undang-undang tersebut.<sup>31</sup> Sehingga munculnya peraturan pidana di luar KUHP dengan mengatur substansi yang sama dengan yang ada dalam KUHP maka secara mutatis muntadis ketentuan dalam KUHP tidak dapat diberlakukan. Terkait dengan hal ini apabila dilihat dari aspek hukum pidana materil maka Pasal 103 KUHP yang berbunyi “ ketentuan dalam Bab I sampai VIII buku ini juga berlaku bagi perbuatan-perbuatan yang oleh ketentuan undang-undang ditentukan lain.” Secara eksplisit memungkinkan munculnya peraturan pidana yang lain di luar pidana kodifikasi. Inilah yang disebut dengan penyimpangan terhadap KUHP.<sup>32</sup> Keberadaan hukum pidana khusus di beberapa sisi dianggap lebih baik karena beberapa alasan, antara lain :

---

<sup>31</sup> *Ibid*, hlm. 64.

<sup>32</sup> Hariman Satria, *op.cit*, hlm 7

1. Dengan membentuk hukum pidana khusus, dapat dilakukan penyimpangan dari prinsip umum KUHP.
2. Karena hukum pidana khusus hanya diatur dalam satu undang-undang saja, maka perubahan untuk menyesuaikan dengan perkembangan masyarakat juga menjadi mudah.
3. Dari segi teknis, perubahan atas satu undang-undang tindak pidana khusus lebih mudah dibandingkan dengan harus merubah KUHP yang isinya jauh lebih banyak daripada satu undang- undang saja.<sup>33</sup>

Jika kita masukkan asas 'lex specialis derogat legi generali kedalam hukum pidana positif di indonesia, asas lex specialis derogat legi generali dinormakan dalam Pasal 63 ayat (2) KUHP yang menentukan bahwa, “Jika suatu tindakan masuk dalam suatu ketentuan pidana umum, tetapi termasuk juga dalam ketentuan pidana khusus, maka hanya yang khusus itu yang diterapkan”. Artinya, jika terjadi suatu tindak pidana yang melanggar dua ketentuan hukum pidana atau lebih, yang salah satunya adalah ketentuan hukum pidana umum, dan yang lainnya adalah ketentuan hukum pidana khusus, maka ketentuan hukum pidana khusus itulah yang dikenakan kepada pelakunya. Namun, KUHP tidak menjelaskan dalam situasi seperti apa,

---

<sup>33</sup> Erdianto Effendi, *op.cit*, hlm 61

terdapat peristiwa yang melanggar ketentuan pidana umum dan pidana khusus tersebut. Memorie van Toelichting (MvT) hanya menyatakan bahwa:<sup>34</sup>

*“Indien het eene strafbare feit slechts is eene bijzonder genoemde soort van het andere, en dus uit zijnen aard daaronder reeds is begrepen, dan geldt de regel lex specialis derogate legi generali, onverschillig of de species zwaarder of lichter wordt gestraft dan het genus, en onverschillig of zij al dan niet een eigen naam heeft.*

(Jika suatu tindak pidana hanyalah satu jenis khusus dari suatu perbuatan yang lain, dan dari makna yang ada sudah dipahami, maka berlaku aturan lex specialis derogat legi generali, tanpa mempedulikan apakah yang khusus itu dihukum lebih berat atau lebih ringan daripada yang umum, dan tanpa mempedulikan pula apakah dia memiliki sebutan sendiri).

Menurut Nolte, pada awalnya orang sepakat bahwa dalam peradilan pidana, asas ini hanya diterapkan, bilamana suatu perbuatan memenuhi semua unsur dari suatu tindak pidana yang diatur dalam suatu ketentuan pidana, tetapi juga memenuhi unsur dari suatu tindak pidana lain, yang dirumuskan dalam suatu ketentuan pidana lainnya, yang unsur-unsur dari ketentuan pidana pertama tadi menyatu ke dalamnya.<sup>35</sup> Se l a r a s dengan

---

<sup>34</sup> H.J. Schmidt, 1891, *Geschiedenis van Het Wetboek van Strafrecht: Volledige Verzameling van Regeeringsontwerpen, Gewisselde Stukken, Gevoerde Beraadslagingen* enz.Eeerste Deel. Haarlem, H.D. Tjeenk Willink, hlm 478.

<sup>35</sup> H .J.A. Nolte, 1949. *Het Strafrecht in De Afzonderlijke Wetten: Rechtshistorisch, Rechtsfilosofisch en Systematische Bewerkt*, Utrecht, Dekker & Van De Vegt NV, hlm 251.

Nolt e , Van Ha ttum menyatakan bahwa penerapan hukum yang demikian memperlihatkan hubungan kekhususan yang logis dari satu ketentuan hukum pidana dengan ketentuan hukum pidana lainnya, karena semua unsur dari ketentuan pidana yang pertama dapat ditemui juga dalam ketentuan pidana yang terakhir, bahkan ketentuan terakhir ini memiliki unsur lain.<sup>36</sup>

Namun, praktik penegakan hukum pidana kemudian juga memperlihatkan diterimanya penerapan asas tersebut terhadap ketentuan pidana khusus yang sistematis, dimana ketentuan yang lain itu dianggap sebagai ketentuan khusus bukan karena memiliki semua unsur dari ketentuan yang lain, tetapi karena pengaturan atau nama delik atau sejarahnya, merupakan ketentuan yang lebih khusus.

## **B. Teori Tujuan Hukum.**

Dalam mewujudkan tujuan hukum Gustav Radbruch menyatakan perlu digunakan asas prioritas dari tiga nilai dasar yang menjadi tujuan hukum. Hal ini disebabkan karena dalam realitasnya, keadilan hukum sering berbenturan dengan kemanfaatan dan kepastian hukum dan begitupun sebaliknya. Diantara tiga nilai dasar tujuan hukum tersebut, pada saat terjadi benturan, maka mesti ada yang dikorbankan. Untuk itu, asas prioritas yang digunakan oleh Gustav Radbruch harus dilaksanakan dengan urutan sebagai berikut:<sup>37</sup>

### 1. Keadilan Hukum;

---

<sup>36</sup> Utrecht, 1994, *Hukum Pidana II*, Surabaya, Pustaka Tinta Mas, hlm 176.

<sup>37</sup> Muhammad Erwin, *Filsafat Hukum*, Raja Grafindo, Jakarta, 2012, hlm.123

2. Kemanfaatan Hukum;

3. Kepastian Hukum.

Dengan urutan prioritas sebagaimana dikemukakan tersebut diatas, maka sistem hukum dapat terhindar dari konflik internal. Secara historis, pada awalnya menurut Gustav Radbruch tujuan kepastian menempati peringkat yang paling atas di antara tujuan yang lain. Namun, setelah melihat kenyataan bahwa dengan teorinya tersebut Jerman di bawah kekuasaan Nazi melegalisasi praktek-praktek yang tidak berperikemanusiaan selama masa Perang Dunia II dengan jalan membuat hukum yang mensahkan praktek-praktek kekejaman perang pada masa itu, Radbruch pun akhirnya meralat teorinya tersebut di atas dengan menempatkan tujuan keadilan di atas tujuan hukum yang lain.<sup>38</sup>

Bagi Radbruch ketiga aspek ini sifatnya relatif, bisa berubah-ubah. Satu waktu bisa menonjolkan keadilan dan mendesak kegunaan dan kepastian hukum ke wilayah tepi. Diwaktu lain bisa ditonjolkan kepastian atau kemanfaatan. Hubungan yang sifatnya relatif dan berubahubah ini tidak memuaskan. Meuwissen memilih kebebasan sebagai landasan dan cita hukum. Kebebasan yang dimaksud bukan kesewenangan, karena kebebasan tidak berkaitan dengan apa yang kita inginkan. Tetapi berkenaan dengan hal menginginkan apa yang kita ingini. Dengan kebebasan kita dapat

---

<sup>38</sup> Ahmad Zaenal Fanani, *Berpikir Falsafati Dalam Putusan Hakim*, Artikel ini pernah dimuat di *Varia Peradilan* No. 304 Maret 2011, hlm 3.

menghubungkan kepastian, keadilan, persamaan dan sebagainya ketimbang mengikuti Radbruch.

#### **a) Teori Keadilan Hukum.**

Keadilan adalah perekat tatanan kehidupan bermasyarakat yang beradab. Hukum diciptakan agar agar setiap individu anggota masyarakat dan penyelenggara negara melakukan sesuatu tindakan yang diperlukan untuk menjaga ikatan sosial dan mencapai tujuan kehidupan bersama atau sebaliknya agar tidak melakukan suatu tindakan yang dapat merusak tatanan keadilan. Jika tindakan yang diperintahkan tidak dilakukan atau suatu larangan dilanggar, tatanan sosial akan terganggu karena tercederainya keadilan. Untuk mengembalikan tertib kehidupan bermasyarakat, keadilan harus ditegakkan. Setiap pelanggaran akan mendapatkan sanksi sesuai dengan tingkat pelanggaran itu sendiri.<sup>39</sup>

Menurut John Rawls, situasi ketidaksamaan harus diberikan aturan yang sedemikian rupa sehingga paling menguntungkan golongan masyarakat yang paling lemah. Hal ini terjadi kalau dua syarat dipenuhi. Pertama, situasi ketidaksamaan menjamin maximum minimorum bagi golongan orang yang paling lemah. Artinya situasi masyarakat harus sedemikian rupa sehingga dihasilkan untung yang paling tinggi yang mungkin dihasilkan bagi golongan

---

<sup>39</sup> Sidharta Arief, Meuwissen *Tentang Pengembangan Hukum, Ilmu Hukum, Teori Hukum dan Filsafat Hukum*, PT Refika Aditama, Bandung, 2007, hlm. 20.

orang-orang kecil. Kedua, ketidaksamaan diikat pada jabatan-jabatan yang terbuka bagi semua orang. Maksudnya supaya kepada semua orang diberikan peluang yang sama besar dalam hidup. Berdasarkan pedoman ini semua perbedaan antara orang berdasarkan ras, kulit, agama dan perbedaan lain yang bersifat primordial, harus ditolak. Lebih lanjut John Rawls menegaskan bahwa maka program penegakan keadilan yang berdimensi kerakyatan haruslah memperhatikan dua prinsip keadilan, yaitu, pertama, memberi hak dan kesempatan yang sama atas kebebasan dasar yang paling luas seluas kebebasan yang sama bagi setiap orang. Kedua, mampu mengatur kembali kesenjangan sosial ekonomi yang terjadi sehingga dapat memberi keuntungan yang bersifat timbal balik (*reciprocal benefits*) bagi setiap orang, baik mereka yang berasal dari kelompok beruntung maupun tidak beruntung.<sup>40</sup>

Keadilan berbasis persamaan, didasarkan atas prinsip bahwa hukum mengikat semua orang, sehingga keadilan yang hendak dicapai oleh hukum dipahami dalam konteks kesamaan. Kesamaan yang dimaksudkan disini terdiri dari atas kesamaan numerik dan kesamaan proporsional. Kesamaan numerik berprinsip kesamaan derajat atas setiap orang di hadapan hukum, sedangkan kesamaan proporsional adalah memberi kepada setiap orang apa yang sudah menjadi haknya. Keadilan distributif, hal ini identik dengan keadilan

---

<sup>40</sup> John Rawls, *A Theory of Justice*, London: Oxford University press, 1973, yang sudah diterjemahkan dalam bahasa Indonesia oleh Uzair Fauzan dan Heru Prasetyo, *Teori Keadilan*, Yogyakarta: Pustaka Pelajar, 2006.

proporsional, dimana keadilan distributif berpangkal pada pemberian hak sesuai dengan besar kecilnya jasa, sehingga dalam hal ini keadilan didasarkan pada persamaan, melainkan sesuai dengan porsinya masing-masing (proporsional). Keadilan korektif, pada dasarnya merupakan keadilan yang bertumpu pada pembetulan atas suatu kesalahan, misalnya apabila ada kesalahan orang yang menimbulkan kerugian bagi orang lain, maka orang yang mengakibatkan munculnya kerugian, harus memberikan ganti rugi (kompensasi) kepada pihak yang menerima kerugian untuk memulihkan keadaannya sebagai akibat dari kesalahan yang dilakukan. Hukum sebagai pengembalian nilai keadilan menurut Radbruch menjadi ukuran bagi adil tidak adilnya tata hukum. Tidak hanya itu, nilai keadilan juga menjadi dasar dari hukum sebagai hukum. Dengan demikian, keadilan memiliki sifat normatif sekaligus konstitutif bagi hukum. Keadilan menjadi dasar bagi tiap hukum positif yang bermartabat.<sup>41</sup>

Keadilan menjadi landasan moral hukum dan sekaligus tolok ukur sistem hukum positif. Kepada keadilanlah hukum positif berpangkal. Sedangkan konstitutif, karena keadilan harus menjadi unsur mutlak bagi hukum sebagai hukum. Tanpa keadilan, sebuah aturan tidak pantas menjadi hukum. Apabila, dalam penegakan hukum cenderung pada nilai kepastian hukum atau dari sudut peraturannya, maka sebagai nilai ia telah menggeser

---

<sup>41</sup> Yovita A. Mangesti & Bernard L. Tanya, *Moralitas Hukum*, Yogyakarta: Genta Publishing, 2014, hlm 74.

nilai keadilan dan kegunaan. Hal ini dikarenakan, di dalam kepastian hukum yang terpenting adalah peraturan itu sendiri sesuai dengan apa yang dirumuskan. Begitu juga ketika nilai kegunaan lebih diutamakan, maka nilai kegunaan akan menggeser nilai kepastian hukum maupun nilai keadilan karena yang penting bagi nilai kegunaan adalah kenyataan apakah hukum tersebut berguna bagi masyarakat. Demikian juga, ketika yang diperhatikan hanya nilai keadilan, maka akan menggeser nilai kepastian hukum dan kegunaan. Sehingga, dalam penegakan hukum harus ada keseimbangan antara ketiga nilai tersebut<sup>42</sup>.

Gustav Radbruch menuturkan bahwa hukum adalah pengemban nilai keadilan, keadilan memiliki sifat normatif sekaligus konstitutif bagi hukum. Bersifat normative karena kepada keadilanlah, hukum positif berpangkal. Bersifat konstitutif karena keadilan harus menjadi unsur mutlak bagi hukum, tanpa keadilan, sebuah aturan tidak pantas menjadi hukum.<sup>43</sup> Hal ini memperhatikan pula asas prioritas yang dikemukakan oleh Gustav Radbruch bahwa untuk menerapkan hukum secara tepat dan adil untuk memenuhi tujuan hukum maka yang diutamakan adalah keadilan, kemudian kemanfaatan setelah itu kepastian hukum.<sup>44</sup> Konsep keadilan sebagaimana yang

---

<sup>42</sup> LBH Perjuangan, *Penegakan Hukum Yang Menjamin Keadilan, Kepastian Hukum Dan Kemanfaatan (Studi Kasus: Kasus Mbah Minah)*. Diperoleh dari, <http://lbhperjuangan.blogspot.com/2010/10/penegakan-hukum-yang-menjamin-keadilan.html>, Diakses pada tanggal 23 Desember 2019.

<sup>43</sup> Satjipto Rahardjo. *Ilmu Hukum*, Editor Awaludin Marwan, PT Citra Aditya Bakti, Bandung, 2012, hlm. 20.

dikemukakan oleh Teguh Prastyo tentang keadilan bermartabat adalah :  
“keadilan bermartabat memandang pembangunan sistem hukum yang khas Indonesia. Bagaimana sistem hukum positif member identitas dirinya, ditengah-tengah pengaruh yang sangat kuat dari system-sitem hukum dunia yang ada saat ini dan dengan sangat keras seolah-olah melakukan kedalam cara berhukum bangsa Indonesia.<sup>45</sup>

Teori keadilan bermartabat mencatat suatu sikap dalam pembangunan sistem hukum berdasarkan Pancasila. Dikemukakan, bahwa sistem hukum Indonesia tidak menganut sistem hukum secara mutlak statute law, dan juga tidak mutlak menganut sistem common law, sekalipun banyak yang mendukung pendapat bahwa sistem judge made law itu menjunjung tinggi harkat dan martabat hakim sebagai lembaga atau institusi pencipta hukum. Namun suatu ciri yang menonjol dari teori keadilan bermartabat adalah bahwa dalam melakukan penyelidikan untuk menemukan kaidah dan asas-asas hukum dalam melalui lapisan-lapisan ilmu hukum sebagaimana telah dinyatakan di atas, teori keadilan bermartabat menjaga keseimbangan pandangan yang berbeda pada lapisan-lapisan ilmu hukum itu sebagai suatu konflik. Teori keadilan bermartabat menjauhkan sedini mungkin konflik dalam (conflict within the law).<sup>46</sup>

---

<sup>45</sup> Teguh Prasetyo, *Keadilan Bermartabat*, Nusa Media, Bandung, 2015, hlm. 17.

<sup>46</sup> *Ibid*, hlm. 18.

## **b) Teori Kemanfaatan Hukum.**

Utilitarianisme pertama kali dikembangkan oleh Jeremi Bentham (1748- 1831). Persoalan yang di hadapi oleh Bentham pada zaman itu adalah bagaimana menilai baik Buruknya suatu kebijakan social politik, ekonomi, dan legal secara moral. Dengan kata lain bagaimana menilai suatu kebijakan public yang mempunyai dampak kepada banyak orang secara moral. Berpijak dari tesis tersebut, Bentham menemukan bahwa dasar yang paling objektif adalah dengan melihat apakah suatu kebijakan atau tindakan tertentu membawa manfaat atau hasil yang berguna atau, sebaliknya kerugian bagi orang-orang yang terkait.<sup>47</sup>

Bila dikaitkan apa yang dinyatakan Bentham pada hukum (baca Kebijakan), maka baik buruknya hukum harus diukur dari baik buruknya akibat yang dihasilkan oleh penerapan hukum itu. Suatu ketentuan hukum baru bisa di nilai baik, jika akibat-akibat yang dihasilkan dari penerapannya adalah kebaikan, kebahagiaan sebesar-besarnya, dan berkurangnya penderitaan. Dan sebaliknya dinilai buruk jika penerapannya menghasilkan akibat-akibat yang tidak adil, kerugian, dan hanya memperbesar penderitaan. Sehingga tidak salah tidak ada para ahli menyatakan bahwa teori kemanfaatan ini sebagai dasar-dasar ekonomi bagi pemikiran hukum. Prinsip utama dari teori ini adalah mengenai tujuan dan evaluasi hukum. Tujuan hukum adalah

---

<sup>47</sup> Sonny Keraf, *Etika Bisnis Tuntunan dan Relevansinya*, Kanisius, Yogyakarta, 1998, hlm. 93-94.

kesejahteraan yang sebesar-besarnya bagi sebagian terbesar rakyat atau bagi seluruh rakyat, dan evaluasi hukum dilakukan berdasarkan akibat-akibat yang dihasilkan dari proses penerapan hukum. Berdasarkan orientasi itu, maka isi hukum adalah ketentuan tentang pengaturan penciptaan kesejahteraan Negara.<sup>48</sup>

Penganut aliran Utilitarianisme selanjutnya adalah John Stuart Mill. Sejalan dengan pemikiran Bentham, Mill memiliki pendapat bahwa suatu perbuatan hendaknya bertujuan untuk mencapai sebanyak mungkin kebahagiaan. Menurut Mill, keadilan bersumber pada naluri manusia untuk menolak dan membalas kerusakan yang diderita, baik oleh diri sendiri maupun oleh siapa saja yang mendapatkan simpati dari kita, sehingga hakikat keadilan mencakup semua persyaratan moral yang hakiki bagi kesejahteraan umat manusia.<sup>26</sup> Mill setuju dengan Bentham bahwa suatu tindakan hendaklah ditujukan kepada pencapaian kebahagiaan, sebaliknya suatu tindakan adalah salah apabila menghasilkan sesuatu yang merupakan kebalikan dari kebahagiaan. Lebih lanjut, Mill menyatakan bahwa standar keadilan hendaknya didasarkan pada kegunaannya, akan tetapi bahwa asal-usul kesadaran akan keadilan itu tidak diketemukan pada kegunaan, melainkan pada dua hal yaitu rangsangan untuk mempertahankan diri dan perasaan simpati. Menurut Mill keadilan bersumber pada naluri manusia untuk menolak

---

<sup>48</sup> Lili Rasjidi dan I.B Wyasa Putra, *Hukum sebagai Suatu Sistem*, Remaja Rosdakarya, Bandung, 1993, hlm. 79-80.

dan membalas kerusakan yang diderita, baik oleh diri sendiri maupun oleh siapa saja yang mendapat simpati dari kita. Perasaan keadilan akan memberontak terhadap kerusakan, penderitaan, tidak hanya atas dasar kepentingan individual, melainkan lebih luas dari itu sampai kepada orang lain yang kita samakan dengan diri kita sendiri, sehingga hakikat keadilan mencakup semua persyaratan moral yang sangat hakiki bagi kesejahteraan umat manusia.<sup>49</sup>

### **c) Teori Kepastian Hukum.**

Kepastian hukum sebagai salah satu tujuan hukum dapat dikatakan sebagai bagian dari upaya mewujudkan keadilan. Bentuk nyata dari kepastian hukum adalah pelaksanaan atau penegakan hukum terhadap suatu tindakan tanpa memandang siapa yang melakukan. Dengan adanya kepastian hukum setiap orang dapat memperkirakakan apa yang akan dialami jika melakukan tindakan hukum tertentu. Kepastian diperlukan untuk mewujudkan prinsip persamaan dihadapan hukum tanpa diskriminasi.<sup>50</sup> Kata "kepastian" berkaitan erat dengan asas kebenaran, yaitu sesuatu yang secara ketat dapat disilogismekan secara legal-formal. Melalui logika deduktif, aturan-aturan hukum positif ditempatkan sebagai premis mayor, sedangkan peristiwa konkret

---

<sup>49</sup> Bodenheimer dalam Satjipto Rahardjo, *Ilmu Hukum*, Bandung : PT. Citra Aditya Bakti, 2006, hlm. 277.

<sup>50</sup> Moh. Mahfud MD, *Loc. Cit.*

menjadi premis minor. Melalui sistem logika tertutup akan serta merta dapat diperoleh konklusinya. Konklusi itu harus sesuatu yang dapat diprediksi, sehingga semua orang wajib berpegang kepadanya. Dengan pegangan inilah masyarakat menjadi tertib. Oleh sebab itu, kepastian akan mengarahkan masyarakat kepada ketertiban.<sup>51</sup>

Kepastian hukum akan menjamin seseorang melakukan perilaku sesuai dengan ketentuan hukum yang berlaku, sebaliknya tanpa ada kepastian hukum maka seseorang tidak memiliki ketentuan baku dalam menjalankan perilaku. Dengan demikian, tidak salah apabila Gustav Radbruch mengemukakan kepastian sebagai salah satu tujuan dari hukum. Dalam tata kehidupan masyarakat berkaitan erat dengan kepastian dalam hukum. Kepastian hukum merupakan sesuai yang bersifat normatif baik ketentuan maupun keputusan hakim. Kepastian hukum merujuk pada pelaksanaan tata kehidupan yang dalam pelaksanaannya jelas, teratur, konsisten, dan konsekuen serta tidak dapat dipengaruhi oleh keadaan-keadaan yang sifatnya subjektif dalam kehidupan masyarakat.

Kepastian hukum merupakan pertanyaan yang hanya bisa dijawab secara normatif, bukan sosiologis. Kepastian hukum secara normatif adalah ketika suatu peraturan dibuat dan diundangkan secara pasti karena mengatur secara jelas dan logis. Jelas dalam artian tidak menimbulkan keragu-raguan

---

<sup>51</sup> Sidharta Arief, *Meuwissen Tentang Pengembangan Hukum, Ilmu Hukum, Teori Hukum dan Filsafat Hukum*, PT Refika Aditama, Bandung, 2007, hlm. 8.

(multi-tafsir) dan logis dalam artian ia menjadi suatu sistem norma dengan norma lain sehingga tidak berbenturan atau menimbulkan konflik norma. Konflik norma yang ditimbulkan dari ketidakpastian aturan dapat berbentuk kontestasi norma, reduksi norma atau distorsi norma.<sup>52</sup>

Gustav Radbruch mengemukakan 4 (empat) hal mendasar yang berhubungan dengan makna kepastian hukum, yaitu : - Pertama, bahwa hukum itu positif, artinya bahwa hukum positif itu adalah perundang-undangan. - Kedua, bahwa hukum itu didasarkan pada fakta, artinya didasarkan pada kenyataan. - Ketiga, bahwa fakta harus dirumuskan dengan cara yang jelas sehingga menghindari kekeliruan dalam pemaknaan, di samping mudah dilaksanakan. - Keempat, hukum positif tidak boleh mudah diubah. Pendapat Gustav Radbruch tersebut didasarkan pada pandangannya bahwa kepastian hukum adalah kepastian tentang hukum itu sendiri. Kepastian hukum merupakan produk dari hukum atau lebih khusus dari perundang-undangan. Berdasarkan pendapatnya tersebut, maka menurut Gustav Radbruch, hukum positif yang mengatur kepentingan-kepentingan manusia dalam masyarakat harus selalu ditaati meskipun hukum positif itu kurang adil.<sup>53</sup> Selanjutnya Kepastian hukum adalah perihal (keadaan) yang pasti, ketentuan atau ketetapan. Hukum secara hakiki harus pasti dan adil. Pasti sebagai pedoman

---

<sup>52</sup> Nur Agus Susanto, *Dimensi Aksiologis Dari Putusan Kasus "ST" Kajian Putusan Peninjauan Kembali Nomor 97 PK/Pid.Sus/2012*, Jurnal Yudisial Vol. 7 No. 3 Desember 2014.

<sup>53</sup> Anonimos, diperoleh dari, <https://ngobrolinhukum.wordpress.com/memahami-kepastian-dalam-hukum/>, Diakses pada tanggal 25 Desember 2020.

kelakuan dan adil karena pedoman kelakuan itu harus menunjang suatu tatanan yang dinilai wajar. Hanya karena bersifat adil dan dilaksanakan dengan pasti hukum dapat menjalankan fungsinya. Kepastian hukum merupakan pertanyaan yang hanya bisa dijawab secara normatif, bukan sosiologi.<sup>54</sup>

### **C. Teori Pertimbangan Hakim.**

Pertimbangan hakim adalah suatu tahapan dimana majelis hakim mempertimbangkan fakta-fakta yang terungkap selama proses persidangan berlangsung. Pertimbangan hakim merupakan salah satu aspek terpenting dalam menentukan terwujudnya nilai dari suatu putusan hakim yang mengandung keadilan dan mengandung kepastian hukum, disamping itu juga mengandung manfaat bagi para pihak yang bersangkutan sehingga pertimbangan hakim ini harus disikapi dengan teliti, baik, dan cermat. Apabila pertimbangan hakim tidak teliti, baik, dan cermat maka putusan hakim yang berasal dari pertimbangan hakim tersebut akan dibatalkan oleh Pengadilan Tinggi/Mahkamah Agung.<sup>55</sup>

Hakim dalam memeriksa suatu perkara juga memerlukan adanya pembuktian, dimana hasil dari pembuktian itu dapat dijadikan bahan pertimbangan oleh hakim dalam memutus perkara. Pembuktian merupakan

---

<sup>54</sup> Dominikus Rato, *Filsafat Hukum Mencari: Memahami dan Memahami Hukum*, Laksbang Pressindo, Yogyakarta, 2010, hlm.59

<sup>55</sup> Mukti Arto, *Praktek Perkara Perdata pada Pengadilan Agama*, cet V (Yogyakarta: Pustaka Pelajar, 2004), hlm. 140.

tahap yang paling penting dalam pemeriksaan selama peridangan. Pembuktian bertujuan untuk memperoleh kepastian bahwa suatu peristiwa/fakta yang sudah diajukan itu benar-benar terjadi, guna mendapatkan putusan hakim yang benar dan adil. Hakim tidak dapat menjatuhkan suatu putusan sebelum nyata baginya bahwa peristiwa/fakta tersebut benar-benar terjadi, yakni dapat dibuktikan kebenarannya, sehingga tampak adanya hubungan hukum antara para pihak.<sup>56</sup> Pada hakikatnya, pertimbangan hakim sebaiknya juga memuat tentang hal-hal sebagai berikut:<sup>57</sup>

- a. Pokok persoalan dan hal-hal yang diakui atau dalil-dalil yang tidak disangkal.
- b. Adanya analisis secara yuridis terhadap putusan segala aspek menyangkut semua fakta/hal-hal yang terbukti dalam persidangan.
- c. Adanya semua bagian dari petitum pihak Penggugat yang harus mempertimbangkan/diadili secara satu demi satu sehingga hakim dapat menarik kesimpulan tentang terbukti atau tidaknya dan dapat dikabulkan/tidaknya tuntutan tersebut dalam amar putusan.

Pertimbangan-pertimbangan hakim akan dimuat dalam putusan, putusan yang baik adalah putusan yang memenuhi 3 unsur aspek secara berimbang, yaitu sebagai berikut:

- a) Kepastian Hukum

Dalam hal ini kepastian hukum menginginkan hukum harus dilaksanakan dan ditegakkan secara tegas bagi setiap peristiwa

---

<sup>56</sup> *Ibid*, hlm 141.

<sup>57</sup> *Ibid*, hlm. 142.

konkret dan tidak boleh terdapat penyimpangan. Kepastian hukum memberikan perlindungan kepada masyarakat dan tindakan sewenang-wenang dari pihak lain, dan hal ini berkaitan dalam usaha ketertiban di masyarakat.

b) Keadilan

Masyarakat selalu berharap agar dalam pelaksanaan atau penegakan hukum, memperhatikan nilai-nilai keadilan. Hukum itu mengikat setiap orang, dan bersifat menyamaratakan atau tidak membanding-bandingkan status ataupun perbuatan yang dilakukan oleh manusia.

c) Manfaat

Hukum itu ada untuk manusia, sehingga masyarakat mengharapkan kemanfaatan dari pelaksanaan atau penegakan hukum. Jangan sampai terjadi dalam pelaksanaan atau penegakan hukum itu timbul keresahan dalam kehidupan bermasyarakat.<sup>58</sup>

Dasar hakim dalam menjatuhkan putusan pengadilan perlu didasarkan kepada teori dan hasil penelitian yang maksimal dan seimbang dalam tataran teori dan praktik. Salah satu usaha untuk mencapai kepastian hukum kehakiman, dimana hakim merupakan aparat penegak hukum melalui

---

<sup>58</sup> Mukti Arto, *Praktek Perkara Perdata pada Pengadilan Agama*, yogyakarta, pustaka pelajar, 2000, hlm. 35.

putusannya dapat menjadi tolak ukur tercapainya suatu kepastian hukum. Pokok kekuasaan kehakiman diatur dalam Undang-undang Dasar 1945 Bab IX Pasal 24 dan Pasal 25 serta di dalam Undang-undang Nomor 48 Tahun 2009. Undang-undang Dasar 1945 menjamin adanya suatu kekuasaan kehakiman yang bebas. Hal ini secara tegas dicantumkan dalam Pasal 24, terutama penjelasan Pasal 24 ayat (1) Undang-undang No. 48 Tahun 2009, yang menyebutkan kekuasaan kehakiman adalah kekuasaan negara yang merdeka untuk menyelenggarakan peradilan guna menegakkan hukum dan keadilan berdasarkan Pancasila dan Undang-undang Negara Kesatuan Republik Indonesia tahun 1945 demi terselenggaranya negara hukum Republik Indonesia.<sup>59</sup>

Kekuasaan kehakiman merupakan kekuasaan yang merdeka dalam ketentuan ini mengandung pengertian bahwa kekuasaan kehakiman bebas dari segala campur tangan pihak kekuasaan ekstra yudisial, kecuali hal-hal sebagaimana disebut dalam UUD 1945. Kebebasan dalam melaksanakan wewenang yudisial bersifat tidak mutlak karena tugas hakim adalah menegakkan hukum dan keadilan berdasarkan Pancasila, sehingga putusannya mencerminkan rasa keadilan rakyat Indonesia. Kemudian dalam Pasal 24 ayat (2) menegaskan bahwa: kekuasaan kehakiman dilakukan oleh sebuah Mahkamah Agung dari badan peradilan yang berada di bawahnya

---

<sup>59</sup> *Ibid*, hlm. 142.

dalam lingkungan Peradilan Umum, lingkungan Peradilan Agama, lingkungan Peradilan Militer dan lingkungan Peradilan Tata Usaha Negara, dan oleh sebuah Mahkamah Konstitusi.<sup>60</sup> Tentang kebebasan hakim, perlu juga dipaparkan posisi hakim yang tidak memihak (*impartial judge*), dijelaskan dalam Pasal 5 ayat (1) Undang-undang No. 48 Tahun 2009. Tidak memihak dalam hal ini diartikan tidak berat sebelah dalam penilaian dan pertimbangannya, seperti bunyi dalam Pasal tersebut: "Pengadilan mengadili menurut hukum dengan tidak mebenda-bedakan orang".<sup>61</sup>

Seorang hakim diwajibkan untuk menegakkan hukum dan keadilan dengan tidak memihak. Hakim dalam memberi suatu keadilan harus menelaah terlebih dahulu tentang kebenaran peristiwa yang diajukan kepadanya, kemudain memberikan penilaian terhadap peristiwa tersebut dan menghubungkannya dengan hukum yang berlaku. setelah itu hakim harus dapat menjatuhkan putusan terhadap peristiwa tersebut. Seorang hakim dianggap tahu akan hukumnya sehingga tidak boleh menolak memeriksa dan mengadili suatu peristiwa yang diajukan kepadanya. Hal ini diatur dalam Pasal 16 ayat (1) UU No. 35 tahun 1999 jo. UU No. 48 Tahun 2009, yakni: "Pengadilan tidak boleh menolak untuk memeriksa dan mengadili suatu perkara yang diajukan dengan dalil bahwa hukum tidak ada atau kurang jelas, melainkan wajib untuk memeriksa dan mengadilinya". Sorang hakim dalam

---

<sup>60</sup> Ali Hamzah, *KUHP dan KUHP* (Jakarta: Rineka Cipta, 1996), hlm. 94.

<sup>61</sup> *Ibid*, hlm. 95.

menemukan hukumnya diperbolehkan untuk bercermin pada yurisprudensi dan pendapat para ahli hukum terkenal (doktrin). Hakim dalam memberikan putusan tidak hanya berdasarkan pada nilai-nilai hukum, tetapi juga nilai-nilai hukum yang hidup dalam masyarakat, seperti yang dijelaskan dalam Pasal 28 ayat (1) Undang-undang No. 48 tahun 2009 yang berbunyi: "Hakim wajib menggali, mengikuti, dan memahami nilai-nilai hukum yang hidup dalam masyarakat".

Putusan hakim merupakan puncak klimaks dari suatu perkara yang sedang di periksa dan diadili oleh hakim. Hakim memberikan keputusannya mengenai hal-hal sebagai berikut:<sup>62</sup>

1. Keputusan mengenai peristiwanya, apakah terdakwa telah melakukan perbuatan yang di tuduhkan kepadanya.
2. Keputusan mengenai hukumnya, apakah perbuatan yang dilakukan terdakwa itu merupakan suatu tindak pidana dan apakah terdakwa bersalah dan dapat di pidana.
3. Keputusan mengenai pidananya, apabila terdakwa memang dapat di pidana.

Hakim dalam menjatuhkan putusan harus berdasarkan atau yang telah ditentukan oleh Undang-Undang. Hakim tidak boleh menjatuhkan hukuman yang lebih rendah dari batas minimal dan juga hakim tidak boleh menjatuhkan

---

<sup>62</sup> Sudarto, *Hukum dan Hukum Pidana*, Bandung, Alumni, 1986, hlm. 74.

hukuman yang lebih tinggi dari batas maksimal hukuman yang telah ditentukan oleh Undang-Undang. Dalam memutus putusan, ada beberapa teori yang dapat digunakan oleh hakim. Menurut Mackenzie, ada beberapa teori atau pendekatan yang dapat di pergunakan oleh hakim dalam mempertimbangkan penjatuhan putusan dalam suatu perkara, yaitu sebagai berikut:

a) Teori Keseimbangan

Teori keseimbangan yaitu keseimbangan antara syarat-syarat yang ditentukan oleh Undang Undang dan kepentingan pihak-pihak yang tersangkut atau berkaitan dengan perkara.

b) Teori Pendekatan Seni dan Intuisi

Penjatuhan putusan oleh hakim merupakan diskresi atau kewenangan dari hakim. Sebagai diskresi, dalam penjatuhan putusan, hakim akan menyesuaikan dengan keadaan dan hukuman yang wajar bagi setiap pelaku tindak pidana atau dalam perkara perdata, hakim akan melihat keadaan pihak yang berperkara, yaitu penggugat dan tergugat, dalam perkara perdata pihak terdakwa atau Penuntut Umum dalam perkara pidana. Penjatuhan putusan, hakim mempergunakan pendekatan seni, lebih ditentukan oleh instink atau instuisi daripada pengetahuan dari Hakim.

c) Teori Pendekatan Keilmuan

Titik tolak dari ilmu ini adalah pemikiran bahwa proses penjatuhan pidana harus dilakukan secara sistematis dan penuh kehati-hatian

khususnya dalam kaitannya dengan putusan-putusan terdahulu dalam rangka menjamin konsistensi dari putusan hakim.

d) Teori Pendekatan Pengalaman

Pengalaman dari seorang hakim merupakan hal yang dapat membantunya dalam menghadapi perkara-perkara yang di hadapinya sehari-hari.

e) Teori Ratio Decidendi

Teori ini didasarkan pada landasan filsafat yang mendasar yang mempertimbangkan segala aspek yang berkaitan dengan pokok perkara yang di sengkatakan kemudian mencari peraturan perundang-undangan yang relevan dengan pokok perkara yang disengkatakan sebagai dasar hukum dalam penjatuhan putusan serta pertimbangan hakim harus didasarkan pada motivasi yang jelas untuk menegakkan hukum dan memberikan keadilan bagi para pihak yang berperkara.

f) Teori Kebijaksanaan

Aspek dari teori ini adalah menekankan bahwa pemerintah, masyarakat, keluarga dan orang tua ikut bertanggung jawab untuk membimbing, mendidik, membina dan melindungi terdakwa, agar kelak dapat menjadi manusia yang berguna bagi keluarga, masyarakat dan bangsanya.

Dalam memutus suatu perkara pidana, hakim harus memutus dengan seadil-adilnya dan harus sesuai dengan aturan-aturan yang berlaku. Menurut Van Apeldoorn, hakim itu haruslah:<sup>63</sup> 1. Menyesuaikan Undang-Undang dengan faktor-faktor konkrit, kejadian-kejadian konkrit dalam masyarakat. 2. Menambah Undang-Undang apabila perlu.

#### **D. Perkawinan.**

##### **1. Pengertian Perkawinan.**

Perkawinan menurut Kamus Besar Bahasa Indonesia (KBBI) adalah perihal (urusan dan sebagainya) kawin; pertemuan hewan jantan dan betina secara seksual; perkawinan yang sungguh-sungguh dilakukan sesuai dengan cita-cita hidup berumah tangga yang bahagia.<sup>64</sup> Menurut Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan, bahwa perkawinan ialah “ikatan lahir batin antara seorang pria dengan seorang wanita, sebagai suami isteri dengan tujuan membentuk keluarga (rumah tangga) yang bahagia dan kekal berdasarkan Ketuhanan Yang Maha Esa”.<sup>65</sup> Sesuai dengan rumusan pengertian perkawinan tersebut, maka dapat diketahui bahwa dalam suatu perkawinan ada 3 ( tiga ) unsur pokok yang terkandung didalamnya yaitu sebagai berikut :

---

<sup>63</sup> E. Utrecht an Moch Saleh Djindang, *Pengantar dalam Hukum Indonesia*, Jakarta, Sinar Harapan, 1980, hlm. 204.

<sup>64</sup> Pengertian Perkawinan Menurut KBBI.

<sup>65</sup> Undang-Undang Nomor 1 tahun 1974 Tentang *Perkawinan*.

- a) Perkawinan sebagai ikatan lahir dan batin antara seorang pria dan seorang wanita.
- b) Perkawinan bertujuan untuk membentuk keluarga (rumah tangga) yang bahagia dan kekal.
- c) Perkawinan berdasarkan Ketuhanan Yang Maha Esa.

Berikut ini adalah beberapa pengertian perkawinan menurut para ahli

:

1. Menurut Thalib (1996) perkawinan adalah suatu bentuk perjanjian suci yang sangat kuat dan kokoh untuk hidup bersama yang sah diantara laki-laki dan perempuan, sehingga bisa mengharapkan membentuk keluarga yang kekal, saling santun menyantuni, saling kasih mengkasih, tentram, dan juga Bahagia
2. Menurut Soetoyo Prawirohamidjojo, perkawinan adalah persekutuan hidup yang terjadi antara seorang laki-laki dan perempuan yang disahkan secara formal dengan undang-undang dan umumnya bersifat religius.
3. Menurut Kaelany HD perkawinan adalah akad antara calon suami dan calon istri untuk memenuhi hajat jenisnya menurut ketentuan yang sudah di atur oleh syariah. Dengan akad ini kedua calon akan diperbolehkan untuk bergaul sebagai suami istri.
4. Menurut Subekti perkawinan adalah pertalian sah yang terjadi antara seorang laki-laki dan seorang perempuan untuk jangka waktu lama.

5. Menurut Dunvall dan Miller (2012) perkawinan adalah adanya suatu hubungan yang sah antara pria dan wanita dengan melibatkan hubungan seksual yang saling melengkapi sehingga mampu mengetahui tugas masing-masingnya
6. Menurut Maya (2013) perkawinan adalah adanya suatu bentuk pola sosial yang disetujui oleh kedua belah pihak (pria dan wanita) yang sehingga mampu membentuk keluarga yang sah dimana agama dan legal dimata hukum.
7. Menurut Hazaririn (1963) perkawinan adalah adanya hubungan antara dua orang yang harus berbeda jenis kelamin yang di dalamnya terdapat pembagian peran dan tanggung jawab.
8. Menurut Heriyanti (2002) perkawinan adalah adanya suatu ikatan antara lakilaki dan perempuan atas dasar kemauan kedua belah pihak sehingga menjadi ciri khas yang mengikat satu sama lainnya
9. Menurut Paul Scholten perkawinan adalah hubungan hukum antara seorang pria dan wanita untuk hidup bersama dengan kekal dan diakui oleh negara.
10. Menurut K. Wantjik Saleh perkawinan adalah ikatan lahir dan batin antara seorang pria dan wanita sebagai suami istri.
11. Menurut Nilam W. perkawinan merupakan komitmen jangka panjang dan bersifat sakral.

12. Menurut Kompilasi Hukum Islam (KHI) Pasal 2 perkawinan yaitu akad yang sangat kuat atau untuk mentaati perintah Allah dan melaksanakannya merupakan ibadah
13. Menurut Wirjono Prodjodikoro, SH perkawinan adalah suatu hidup bersama dari seorang laki-laki dan perempuan yang memenuhi syarat-syarat yang termasuk dalam peraturan hukum pernikahan.
14. Menurut Asser, Scolten, Melis, Wiarda dan Pitlo perkawinan adalah suatu persekutuan antara seorang laki-laki dan seorang wanita yang diakui oleh negara untuk bersama yang kekal.<sup>66</sup>

Pengertian perkawinan yang dimaksud dalam Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan, oleh Abdulkadir Muhammad dijelaskan sebagai berikut :<sup>67</sup>

1. Ikatan lahir adalah hubungan formal yang dapat dilihat karena dibentuk menurut undang-undang, hubungan mana mengikat kedua belah pihak dan pihak lain dalam masyarakat. Sedangkan ikatan batin adalah hubungan tidak formal yang dibentuk dengan kemauan bersama dengan sungguh-sungguh yang mengikat kedua belah pihak saja.

---

<sup>66</sup> ID Pengertian, *Pengertian Pernikahan Menurut Para Ahli*, diperoleh dari, <https://www.idpengertian.com/pengertian-pernikahan/>, diakses pada tanggal 8 Agustus 2020.

<sup>67</sup> Slide Share, "Asas-Asas Perkawinan-Perceraian Adat", diperoleh dari, <https://www.slideshare.net/Qomaruzzaman84/asas-asas-perkawinan-perceraian-ada>, diakses pada tanggal 8 Agustus 2020.

2. Antara seorang pria dengan seorang wanita artinya dalam satu masa ikatan lahir batin itu hanya terjadi antara seorang pria dengan seorang wanita saja. Pria dan wanita adalah jenis kelamin sebagai karunia Tuhan, bukan bentukan manusia.
3. Suami isteri adalah fungsi masing-masing pihak sebagai akibat dari adanya ikatan lahir dan batin berarti tidak ada pula fungsi sebagai suami isteri.
4. Setiap perkawinan pasti ada tujuannya, dimana tujuan tersimpul dalam fungsi suami isteri oleh karena itu tidak mungkin ada fungsi suami isteri tanpa mengandung suatu tujuan.
5. Membentuk keluarga artinya membentuk kesatuan masyarakat terkecil, yang terdiri dari suami, ister dan anak anak. Membentuk rumah tangga artinya membentuk kesatuan hubungan suami isteri dalam suatu wadah yang disebut rumah kediaman bersama.
6. Bahagia artinya ada kerukunan dalam hubungan antara suami, isteri dan anak-anak dalam rumah tangga.
7. Kekal artinya langsung terus menerus seumur hidup dan tidak boleh diputuskan begitu saja atau dibubarkan menurut kehendak suami isteri.
8. Perkawinan berdasarkan Ketuhanan Yang Maha Esa artinya perkawinan itu tidak terjadi begitu saja menurut kemauan para pihak melainkan sebagai karunia Tuhan kepada manusia sebagai makhluk yang beradab. Itulah sebabnya sehingga perkawinan dilakukan secara

keadaban pula sesuai dengan ajaran agama yang diturunkan kepada manusia.<sup>68</sup>

## **2. Syarat Sahnya Perkawinan.**

Dalam Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 dinyatakan bahwa suatu perkawinan adalah sah bilamana dilakukan menurut hukum masing-masing agama dan kepercayaan tersebut, dan di samping itu tiap-tiap perkawinan harus dicatat menurut peraturan perundang-undangan yang berlaku. Pencatatan tiaptiap perkawinan adalah sama halnya dengan pencatatan peristiwa-peristiwa penting dalam kehidupan seseorang, kelahiran, kematian yang dinyatakan dalam surat-surat keterangan, suatu akta resmi yang juga dimuat dalam daftar pencatatan.<sup>69</sup>

Sahnya suatu perkawinan harus memenuhi beberapa persyaratan, yang dimana syarat-syarat tersebut diatur dalam Bab II dari Pasal 6 sampai dengan Pasal 12. Syarat berarti memenuhi ketentuan-ketentuan yang telah ditentukan oleh peraturan perundang-undangan, syarat yang sah berarti syarat menurut hukum yang berlaku. Perkawinan dikatakan sah apabila memenuhi syarat dan hukum yang telah ditentukan. Apabila perkawinan yang dilakukan tidak memenuhi dengan tata tertib hukum yang ditentukan, maka perkawinan

---

<sup>68</sup> Abdulkadir Muhammad, 1990, *Hukum Perdata Indonesia*, Bandung : PT.Citra Aditya Bakti, hal. 74-75.

<sup>69</sup> Skripsi Lu'luil Hidayati, 2017, *Tinjauan Yuridis Dispensasi Perkawinan Bagi Anak Di Bawah Umur (Studi Kasus Penetapan Pengadilan Agama Mataram)*, Skripsi Program Studi Ilmu Hukum, Mataram : Universitas Mataram, hlm. 16.

bisa menjadi tidak sah dan perkawinan tersebut dapat terancam dengan sebuah pembatalan atau perkawinan tersebut dapat dibatalkan. Jadi yang dimaksud dengan syarat perkawinan adalah sesuatu yang harus ada dalam perkawinan, apabila ada salah satu dari syarat yang telah ditentukan tidak dipenuhi maka perkawinan itu menjadi tidak sah. Syarat perkawinan dibagi menjadi dua (2) yaitu :

a) Syarat materiil

Syarat materiil adalah syarat yang melekat pada diri pihak-pihak yang melangsungkan perkawinan, dan disebut juga syarat subyektif. Syarat-syarat perkawinan yang harus dipenuhi berdasarkan ketentuan Undang-Undang No. 1 Tahun 1974 seperti yang diatur dalam Pasal 6 sampai dengan Pasal 12 adalah sebagai berikut :

- a) Adanya Persetujuan kedua calon mempelai (Pasal 6 ayat 1).
- b) Adanya izin kedua orangtua atau wali bagi calon mempelai yang belum berusia 21 (dua puluh satu) tahun (Pasal 6 ayat 2).
- c) Usia calon mempelai pria sudah 19 (sembilan belas) tahun dan calon mempelai wanita sudah mencapai 16 (enam belas) tahun, kecuali ada dispensasi dari pengadilan (Pasal 7).

- d) Antara calon mempelai pria dan calon mempelai wanita tidak dalam hubungan keluarga atau darah yang tidak boleh kawin (Pasal 8).
- e) Calon mempelai wanita tidak dalam ikatan perkawinan dengan pihak lain dan calon mempelai pria juga tidak dalam ikatan perkawinan dengan pihak lain, kecuali telah mendapat izin dari pengadilan untuk poligami (Pasal 9).
- f) Bagi suami istri yang telah bercerai, lalu kawin lagi, agama dan kepercayaan mereka tidak melarang kawin kembali (untuk ketiga kalinya) (Pasal 10).
- g) Tidak dalam waktu tunggu bagi calon mempelai wanita yang berstatus janda (Pasal 11).

b) Syarat formal

Syarat formal adalah tata cara atau prosedur melangsungkan perkawinan menurut agama dan undang-undang, disebut juga syarat obyektif. Syaratsyarat formal berhubungan dengan tata cara perkawinan, dalam Pasal 12 Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 menyebutkan bahwa tata cara pelaksanaan perkawinan diatur dalam peraturan Perundang-undangan sendiri. Syarat formal yang berhubungan dengan tata cara perkawinan adalah sebagai berikut :

- a) Pemberitahuan untuk melangsungkan perkawinan.

- b) Pengumuman untuk melangsungkan perkawinan.
- c) Calon suami isteri harus memperlihatkan akta kelahiran.
- d) Akta yang memuat izin untuk melangsungkan perkawinan dari mereka yang harus memberi izin atau akta dimana telah ada penetapan dari Pengadilan.
- e) Jika perkawinan itu untuk kedua kalinya, harus memperlihatkan akta perceraian, akta kematian atau dalam hal ini memperlihatkan surat kuasa yang disahkan Pegawai Pencatat Nikah.
- f) Bukti bahwa pengumuman kawin telah berlangsung tanpa pencegahan.
- g) Dispensasi untuk kawin, dalam hal dispensasi diperlukan.<sup>70</sup>

#### **E. Perkawinan Di bawah Tangan Dalam Hukum Indonesia.**

Pernikahan di bawah tangan merupakan sebutan yang biasa digunakan di tengah masyarakat. Pernikahan di bawah tangan ini dimaksud menyebutkan perkawinan yang belum atau tidak tercatat di KUA/PPN Kecamatan atau pernikahan yang dilakukan secara sembunyi (siir), tetapi telah memenuhi rukun dan syarat pernikahan menurut hukum Islam. Sebagaimana disebutkan di dalam Pasal 2 ayat (2) Undang- Undang No. 1 tahun 1974 yang

---

<sup>70</sup> K. Wantjik saleh, 1980, *Hukum Perkawinan Indonesia*, Jakarta : Ghalia Indonesia, hlm. 16.

berbunyi “tiap-tiap perkawinan dicatat menurut peraturan perundang-undangan yang berlaku”. Hal itu tentu memberikan gambaran bagi kita tiap-tiap pernikahan di bawah tangan memiliki kewajiban bagi kedua mempelai untuk mencatatkan perkawinannya di KUA/PPN tempat mereka melangsungkan pernikahan. Dan dengan tidak dilakukannya pencatatan bukan berarti pernikahan yang dilakukan tidak syah secara Islam tetapi tidak sah secara hukum di Indonesia.<sup>71</sup> Perkawinan di bawah tangan sama dengan perkawinan tidak dicatat, yang dimaksud dengan “perkawinan di bawah tangan atau perkawinan tidak dicatat” adalah perkawinan yang memenuhi rukun dan syarat sesuai dengan Hukum Islam, tetapi tidak dicatatkan atau belum dicatatkan di Kantor Urusan Agama (KUA).

Istilah “tidak dicatat” tidak sama dengan istilah “tidak dicatatkan”. Kedua istilah tersebut mengandung makna yang berbeda. Pada istilah “perkawinan tidak dicatat” bermakna bahwa perkawinan itu tidak mengandung unsur “dengan sengaja” yang mengiringi iktikad atau niat seseorang untuk tidak mencatatkan perkawinannya. Adapun istilah “perkawinan tidak dicatatkan” terkandung iktikad atau niat buruk dari suami khususnya yang bermaksud perkawinannya memang “dengan sengaja” tidak dicatatkan. Karena itu penulis menyepadankan “perkawinan tidak dicatat” dengan

---

<sup>71</sup> Ahmad, Basyir, *Hukum Perkawinan Islam*, (Yogyakarta : Kencana, 1977), hlm. 10.

“perkawinan yang belum dicatatkan” yang berbeda dengan perkawinan tidak dicatatkan.<sup>72</sup>

Ibnu Taimiyah menyampaikan tentang pertanyaan seseorang kepada Syaikhul Islam rahimahullah, yaitu mengenai seorang laki-laki yang menikahi seorang perempuan dengan cara mushafahah nikah sirri yaitu perkawinan tanpa wali dan tanpa saksi, dengan maskawin lima dinar, dan ia telah tinggal bersamanya dan mencampurinya. Menurut Ibnu Taimiyah, Syaikhul Islam rahimahullah menjawab, bahwa laki-laki yang menikahi perempuan tanpa wali dan saksi-saksi, serta merahasiakannya, menurut kesepakatan Imam, perkawinan itu bathil. Ibnu taimiyah mengemukakan bahwa pernikahan sirri adalah sejenis perkawinan pelacur, karena tanpa wali dan tanpa dua orang saksi, dan perkawinan sirri juga termasuk dzawatil akhdan yaitu perempuan yang mempunyai laki-laki piaraan (gundik). Perbuatan tersebut adalah haram dilakukan.<sup>73</sup>

Nikah di bawah tangan cukup dengan adanya wali dari mempelai perempuan, ijab-qabul, mahar dan dua orang saksi laki-laki serta tidak perlu melibatkan petugas dari Kantor Urusan Agama setempat. Nikah di bawah tangan atau nikah sirri biasanya dilaksanakan karena kedua belah pihak belum siap meresmikan atau meramaikan dengan resepsi. Selain itu, biasa

---

<sup>72</sup> Neng Djubaidah, *Pencatatan Perkawinan dan Perkawinan Tidak Tercatat*, (Jakarta : Sinar Garfia, 2010), hlm. 153.

<sup>73</sup> Amir, Syarifuddin, *Hukum Perkawinan Islam Di Indonesia*, (Jakarta : Kencana, 2007), hlm. 56.

alasanya untuk menjaga agar tidak terjerumus kepada hal-hal yang dilarang agama. Kata sirri secara etimologi berasal dari bahasa Arab assiru yang mempunyai arti "rahasia". Menurut Faridl, pengertian nikah sirri terdapat dua kemungkinan, yaitu pertama, nikah yang dilaksanakan hanya sesuai dengan ketentuan agama, tidak dilakukan pengawasan dan pencacatan oleh Kantor Urusan Agama (KUA). Kedua, nikah sirri yang mengandung arti sembunyi atau tidak dipublikasikan, dalam ajaran Islam tidak dibenarkan karena dapat menimbulkan fitnah, buruk sangka terhadap yang bersangkutan yaitu suami-isteri.<sup>74</sup>

Dan di lain pihak mengatakan bahwa nikah di bawah tangan adalah perkawinan yang dilakukan dalam ruang yang terbatas dan tidak dilakukan pencacatan atau pengawasan oleh KUA/PPN sehingga tidak memperoleh Akta Nikah. Hal ini dimaksudkan sebagai cara untuk menghindar dari ketentuan hukum pernikahan (perkawinan).

Pada mulanya syariat Islam baik dalam Al-Qur'an atau Al- Sunnah tidak mengatur secara kongkrit tentang adanya pencatatan perkawinan. Ini berbeda dengan ayat muamalat (mudayanah) yang dalam situasi tertentu diperintahkan untuk mencatatnya. Tuntutan perkembangan, dengan berbagai pertimbangan kemaslahatan. Pencatatan perkawinan bertujuan untuk mewujudkan ketertiban perkawinan dalam masyarakat. Ini merupakan upaya

---

<sup>74</sup> *Ibid.*

yang diatur melalui perundang-undangan, untuk melindungi martabat dan kesucian (misaq al-galid) perkawinan, dan lebih khusus lagi bagi perempuan dalam kehidupan rumah tangga. Pencatatan perkawinan dibuktikan dengan Akta Nikah, yang masing-masing suami dan isteri mendapat salinannya. Sejak diundangkan Undang-Undang No. 1 tahun 1974, merupakan era baru bagi kepentingan umat Islam khususnya dan masyarakat Indonesia umumnya. Undang-undang ini merupakan kodifikasi dan untuk unikasi hukum perkawinan, yang bersifat Nasional yang menempatkan hukum Islam memiliki eksistensinya sendiri, tanpa harus diresipir oleh hukum adat. Dalam Undang-Undang No. 1 tahun 1974 tentang perkawinan tidak memuat secara tegas Pasal yang menjelaskan tentang pernikahan di bawah tangan, akan tetapi hal ini dapat diinterpretasikan dari makna yang tergantung dalam Pasal 2 ayat 2 Undang-Undang No. 1 tahun 1974 tentang keharusan untuk mencatatkan perkawinan.<sup>75</sup>

Tentang pencatatan perkawinan bagi umat Islam, secara tegas di jelaskan dalam Pasal 5 Kompilasi Hukum Islam, yaitu :

- a. Agar terjamin ketertiban perkawinan bagi masyarakat Islam, setiap perkawinan harus dicatat.

---

<sup>75</sup> Ahmad, Rofiq, *Hukum Islam di indonesia*, Jakarta :PT. Raja Grafindo Persada, 1998, hlm. 9.

- b. Pencatatan perkawinan tersebut pada ayat (1) dilakukan oleh Pegawai Pencatat Nikah sebagaimana diatur dalam Undang-Undang No. 22 tahun 1946 jo. Undang-Undang No. 32 tahun 1954. Teknis pelaksanaannya dijelaskan dalam Pasal 6 yang menyebutkan :
- a. Untuk memenuhi ketentuan Pasal 5, setiap perkawinan dilangsungkan di hadapan dan di bawah pengawasan Pegawai Pencatat Nikah.
- b. Perkawinan yang dilakukan di luar pengawasan Pegawai Pencatat Nikah tidak mempunyai kekuatan hukum.<sup>76</sup>

Pencatatan perkawinan diatur karena tanpa pencatatan suatu perkawinan tidak mempunyai kekuatan hukum. Akibat yang timbul adalah, apabila salah satu pihak melalaikan kewajibannya, maka pihak lain tidak dapat melakukan upaya hukum, karena tidak memiliki bukti- bukti yang sah dan otentik dari perkawinan yang mereka lakukan. Tentu saja keadaan demikian bertentangan dengan misi dan tujuan perkawinan itu sendiri.<sup>77</sup> Pencatatan perkawinan memiliki preventif, yaitu menanggulangi agar tidak terjadi kekurangan atau penyimpangan rukun dan syarat perkawinan, baik menurut hukum agama dan kepercayaannya itu, maupun menurut perundang-undangan.

---

<sup>76</sup> Abdurrahman, *Kompilasi Hukum Islam (KHI)* Pasal 5 ayat (1,2), (Jakarta : 1985). hlm. 21.

<sup>77</sup> Ahmad Rofiq, *Op.,cit.*, hlm. 11.

Dalam bentuk kongkritnya, penyimpangan tadi dapat dideteksi melalui prosedur yang diatur dalam Pasal 3 PP No. 9 Tahun 1975 :

- a. Setiap orang yang akan melangsungkan perkawinan memberitahukan kehendaknya itu kepada Pegawai Pencatat di tempat perkawinan akan dilangsungkan.
- b. Pemberitahuan tersebut dalam ayat (1) dilakukan sekurang-kurangnya 10 (sepuluh) hari kerja sebelum perkawinan dilangsungkan.
- c. Pengecualian terhadap waktu tersebut dalam ayat (2) disebabkan sesuatu alasan yang penting, diberikan oleh Camat atas nama Bupati Kepala Daerah.<sup>78</sup>

Tata cara pemberitahuan rencana perkawinan telah diatur dalam Peraturan Pemerintah (PP) No. 9 tahun 1975, Pasal 4 sebagai berikut : “Pemberitahuan dilakukan secara lisan atau tertulis oleh calon mempelai, atau oleh orang tua atau wakilnya”. Adapun hal-hal yang diberitahukan diatur dalam Undang- Undang No. 1 tahun 1974 Pasal 5 yang berbunyi : “Pemberitahuan memuat nama, umur, agama/kepercayaan, pekerjaan, tempat kediaman calon mempelai, dan apabila salah seorang atau keduanya pernah kawin, disebutkan juga nama istri atau suami terdahulu”.<sup>79</sup> Dengan adanya pemberitahuan ini, kemungkinan terjadi penyimpangan atau pemalsuan identitas dapat dihindari.

---

<sup>78</sup> Hasbullah Bakhry, *Op.,cit.*, hlm. 34.

<sup>79</sup> *Ibid.*, hlm. 35.

Tindakan yang harus diambil oleh Pegawai Pencatat Nikah setelah menerima pemberitahuan, diatur dalam Peraturan Pemerintah (PP) No. 9 tahun 1975, Pasal 6 sebagai berikut :

- a. Pegawai Pencatat yang menerima pemberitahuan kehendak melangsungkan perkawinan meneliti apakah syarat-syarat perkawinan telah terpenuhi dan apakah tidak terdapat halangan perkawinan menurut undang-undang.
- b. Selain penelitian terhadap hal sebagai dimaksud dalam ayat (1) Pegawai Pencatat meneliti pula :
  1. Kutipan akta kelahiran atau surat kenal lahir calon mempelai. Dalam hal tidak ada akta kelahiran atau surat kenal lahir, dapat dipergunakan surat keterangan yang menyatakan umur dan asal- usul calon mempelai yang diberikan oleh Kepala Desa atau setingkat dengan itu.
  2. Keterangan mengenai nama, agama/kepercayaan, pekerjaan, dan tempat tinggal orang tua calon mempelai.<sup>80</sup>
  3. Mengajukan izin tertulis izin pengadilan sebagai dimaksud dalam Pasal 6 ayat (2), (3), (4), dan (5) undang, apabila salah seorang calon mempelai atau keduanya belum mencapai umur 21 (dua puluh satu) tahun.

---

<sup>80</sup> Ibid., hlm. 35.

4. Izin pengadilan sebagai dimaksud Pasal 4 Undang-undang dalam hal calon mempelai adalah seorang suami yang masih mempunyai istri.
5. Dispensasi pengadilan/ pejabat sebagai dimaksud Pasal 7 ayat (2) undang .
6. Surat kematian istri atau suami yang terdahulu atau dalam hal perceraian surat keterangan perceraian, bagi perkawinan untuk kedua kalinya atau lebih.
7. Izin tertulis dari pejabat yang ditunjuk oleh Menteri HANKAM/Pangab, apabila salah seorang calon mempelai atau keduanya anggota Angkatan Bersenjata.
8. Surat kuasa otentik atau di bawah tangan yang disahkan oleh Pegawai Pencatat, apabila salah seorang calon mempelai atau keduanya tidak dapat hadir sendiri karena sesuatu alasan yang penting, sehingga mewakilkan kepada orang lain.<sup>81</sup>

Ketentuan dalam Pasal 6 ayat (1) dan (2) di atas, memberi manfaat, pertama, memelihara ketertiban hukum yang menyangkut kompetensi relatif kewilayahan dari Pegawai Pencatat Nikah. Kedua, menghindarkan terjadinya pemalsuan atau penyimpangan hukum lainnya, seperti identitas calon mempelai dan status perkawinan mereka, termasuk kemungkinan terjadinya

---

<sup>81</sup> Hasbullah Bakhry, *Log.,cit.*, hlm. 35.

perbedaan agama yang mereka anut. Selain itu, dalam kaitannya dengan program pemerintah ingin membangun dan mewujudkan manusia Indonesia yang berkualitas, penelitian umur masing-masing calon mempelai sangat penting. Karena tidak jarang terjadi terutama di kampung-kampung yang masih berpegang kuat pada tradisi bahwa mempunyai anak perawan tua/kasip dapat menjadi 'aib. Pemalsuan umur merupakan hal yang sering terjadi, belum lagi kemungkinan dampak yang akan timbul, akibat kawin muda yang mendominasi banyaknya kasus-kasus perceraian di beberapa Pengadilan Agama. Karena itulah ketelitian Pegawai Pencatat Nikah menjadi faktor kunci tidak terjadinya penyimpangan. Dan yang tidak kalah pentingnya, lurah atau Kepala Desa yang dianggap mengetahui identitasnya atau usia calon mempelai, peranannya dalam mengantisipasi kemungkinan terjadinya pemalsuan sangat besar.<sup>82</sup> Mengingat kesadaran masyarakat yang menjadi subjek hukum tidak sama mungkin karena tidak tahu atau karena hal lain hingga ketentuan-ketentuan tersebut di atas belum dapat bekerja dengan baik, peraturan perundang-undangan memberi alternatif kelonggaran kepada pihak-pihak karena sesuatu hal harus segera melangsungkan perkawinan yaitu dalam PP No. 9 tahun 1975 Pasal 6 ayat 2 (c).<sup>83</sup>

Pegawai Pencatat Nikah juga bermaksud untuk meneliti status perkawinan seseorang baik calon suami atau calon istri. Karena itu, jika

---

<sup>82</sup> Ahmad Rofiq, *Op., cit.*, hlm. 112.

<sup>83</sup> *Ibid.*, hlm.. 113

diperlukan calon mempelai melampirkan surat-surat dalam PP No. 9 tahun 1975 Pasal 6 ayat 2 (d, e, f, g, h, dan i).<sup>84</sup> Dalam PP No. 9 tahun 1975 Pasal 7 ayat (1 dan 2) yang berbunyi :

- a. Hasil penelitian sebagai dimaksud Pasal 6, oleh Pegawai Pencatat Nikah ditulis dalam sebuah daftar yang diperuntukkan.
- b. Apabila ternyata hasil penelitian menunjukkan adanya halangan perkawinan sebagai dimaksud undang-undang dan atau belum dipenuhinya pernyataan tersebut dalam Pasal 6 ayat (2) Peraturan Pemerintah ini. Keadaan itu segera diberitahukan kepada calon mempelai atau kedua orang tua atau kepada walinya.<sup>85</sup>

Apabila terpenuhi syarat-syarat serta tidak terdapat halangan perkawinan maka dalam Pasal 8 dan 9 PP No. 9 tahun 1975 dalam Pasal 8 menegaskan : “Setelah terpenuhi tatacara dan syarat-syarat serta tidak terdapat halangan perkawinan, pegawai pencatat menyelenggarakan pengumuman tentang pemberitahuan kehendak melangsungkan perkawinan. Dengan cara, menempelkan suarat pengumuman menurut formulir yang ditetapkan pada Kantor Pencatatan Perkawinan, ditempel pada suatu tempat yang sudah ditentukan dan mudah dibaca oleh umum”.<sup>86</sup> Pengumuman tersebut ditandatangani oleh Pegawai Pencatat Nikah dan memuat dalam PP

---

<sup>84</sup> *Ibid.*, hlm. 114.

<sup>85</sup> Hasbullah, Bakhry, *Op.,cit.*, hlm. 35.

<sup>86</sup> *Ibid.*, hlm. 36.

No. 9 tahun 1975 dalam Pasal 9 yang berbunyi : a. Nama, umur, agama/kepercayaan, pekerjaan, tempat kediaman dari calon mempelai dan dari orang tua calon mempelai, apabila salah seorang atau keduanya pernah kawin maka disebutkan nama istri atau suami terlebih dahulu. b. Hari, tanggal, jam dan tempat perkawinan akan dilangsungkan.<sup>87</sup>

## **F. Kekerasan Dalam Rumah Tangga (KDRT).**

### **1. Pengertian Kekerasan Dalam Rumah Tangga (KDRT).**

Menurut WHO, kekerasan adalah penggunaan kekuatan fisik atau kekuasaan secara disengaja, ancaman atau tindakan, terhadap seseorang atau sekelompok orang atau masyarakat yang menyebabkan atau kemungkinan besar menyebabkan luka, kematian, kerugian psikologis, kelainan perkembangan atau perampasan hak. Kekerasan merupakan suatu perbuatan yang dilakukan dengan fisik sehingga dapat menimbulkan luka, cacat, sakit, atau penderitaan terhadap orang lain dengan unsur paksaan yang dilakukan terhadap pihak lain yang dilukainya.<sup>88</sup> Kekerasan menurut Mansour Faqih merupakan serangan atau invasi terhadap fisik maupun integritas keutuhan mental psikologi seseorang. Menurut pandangan Mansour Faqih menunjuk definisi kekerasan terhadap objek fisik maupun psikologis. Hanya

---

<sup>87</sup> *Ibid.*

<sup>88</sup> Abdul Wahid dan Muhammad Irfan, *Perlindungan Terhadap Korban Kekerasan Seksual*, Refika Aditama, Bandung, 2001, hlm.30.

saja bentuk kekerasan yang dilakukan secara fisik dapat menimbulkan luka, cacat, atau ketidaknormalan terhadap fisik-fisik tertentu.<sup>89</sup> Halim Barkatullah menyimpulkan bahwa kekerasan menurut Mulyana W. Kusumah yaitu:

1. Kekerasan rasional

Merupakan beberapa tindakan kekerasan yang tidak legal namun tidak ada saksi sosialnya yang merupakan sebuah kejahatan yang dipandang rasional dalam konteks kejahatan. Misalnya: pembunuhan dalam rangka suatu kejahatan terorganisasi

2. *Illegal, Nonsanctioned, Irrational Violence.*

merupakan suatu tindak kekerasan yang tidak berperasaan yang terjadi tanpa adanya provokasi terlebih dahulu tanpa memperlihatkan motivasi tertentu dan kebanyakan korban tidak mengenal (dalam pembunuhan oleh pembunuhnya).

Oleh karena itu orang yang melakukan sebuah tindak kekerasan merupakan orang yang kehilangan kontrol dan tidak dapat menyeimbangkan hasrat, pikiran, dan perasaanya terhadap orang lain. Kekerasan juga sering kali dilakukan terhadap perempuan. Adapun pengertian kekerasan terhadap perempuan merupakan tindakan atau sikap yang dilakukan dengan tujuan tertentu sehingga dapat merugikan pihak perempuan baik itu secara fisik

---

<sup>89</sup> Mensour Faqih, *Analisis Gender dan Transformasi Sosial*, Pustaka Pelajar, Yogyakarta, 2001, hlm.17.

maupun psikis. Adapun bentuk kejahatan yang berhubungan dengan tindak kekerasan terhadap perempuan yaitu:

1. tindak kekerasan fisik, seksual, dan psikologis yang terjadi dalam keluarga misalnya pemukulan, penyalahgunaan seksual atas anak-anak perempuan dalam rumah tangga, kekerasan yang berhubungan dengan mas kawin, pemerkosaan dalam perkawinan, merusak alat kelamin perempuan, dan praktik-praktik kekejaman tradisional lain terhadap perempuan diluar hubungan suami istri, dan kekerasan yang berhubungan dengan eksploitasi.
2. Kekerasan secara fisik, seksual, dan psikologis yang yang terjadi dalam masyarakat luas yaitu pemerkosaan, penyalahgunaan seksual, pelecehan, dan ancaman seksual ditempat kerja dan masih banyak lagi.
3. Kekerasan secara fisik, seksual, dan psikologis yang dilakukan atau dibenarkan oleh negara.

Dalam KUHP Indonesia menyatakan kekerasan terhadap perempuan sebagai korban yang berkeenaan dengan: (1). Pemerkosaan (Pasal 282). (2). Pengguguran kandungan tanpa izin perempuan yang bersangkutan paut (Pasal 347). (3). Perdagangan perempuan (Pasal 287) (4). Melarikan perempuan (Pasal 332) Dari kejahatan-kejahatan diatas tindak kekerasan fisik lainnya

tidak diberi saksi pidana. Walaupun terjadi viktimisasi terhadap perempuan tidak dapat dilakukan tindakan hukum.<sup>90</sup>

## **2. Ruang lingkup kekerasan dalam rumah tangga (KDRT)**

Pasal 2 ayat 1 menyebutkan bahwa lingkup rumah tangga dalam UU No. 23 tahun 2004 tentang penghapusan kekerasan dalam rumah tangga Pasal 2 ayat 1 ini meliputi: suami, istri, dan anak orang-orang yang mempunyai hubungan keluarga dengan orang sebagaimana dimaksud dalam huruf a karena hubungan darah, perkawinan, persusuan, pengasuhan, dan perwalian, yang menetap dalam rumah tangga; dan atau. orang yang bekerja membantu rumah tangga dan menetap dalam rumah tangga tersebut.

Maka dari sini sudah jelas bahwa yang dimaksud dengan korban dari UU ini yang harus dilindungi adalah anggota keluarga yang timbul dan lahir karena hubungan perkawinan (istri/suami/anak) atau orang-orang yang mempunyai hubungan keluarga (hubungan darah/ perkawinan/ pengasuhan/perwalian) atau anggota rumah tangga lainnya (yang menetap dalam rumah tangga/ yang bekerja dalam rumah tangga) atau anggota rumah tangga lainnya seperti pembantu. Pengertian “rumah tangga” dalam UU cakupannya sangat luas sehingga tentu saja tidak hanya untuk melindungi perempuan/ istri tetapi juga anggota keluarga lainnya bahkan mereka yang tidak memiliki pertalian darah tetapi telah lama hidup bersama keluarga atau

---

<sup>90</sup> Fathul Jannah dkk, *Kekerasan Terhadap Istri*, LKIs, Yogyakarta: 2002, hlm.14

bekerja dalam rumah tangga tersebut dan tak terkecuali suami. Sebab, fakta di lapangan menunjukkan bahwa suami, anak, atau pembantu rumah tangga juga bisa mengalami kekerasan dalam rumah tangga. Jadi apabila seorang laki-laki (suami) teraniaya oleh istrinya (korban kekerasan) maka dia dapat dilindungi hak-haknya oleh UU tersebut apabila dia melapor ke pihak berwajib.

### **3. Bentuk-Bentuk Kekerasan Dalam Rumah Tangga (KDRT).**

Bahwa bentuk – bentuk Kekerasan Dalam Rumah Tangga meliputi telah terangkum dalam Pasal 5 Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2004 sebagai berikut :<sup>91</sup>

#### **a. Kekerasan Fisik**

Sesuai dalam peraturan dalam Pasal 6 Undang – Undang Nomor 23 Tahun 2004 tentang Penghapusan Kekerasan Alam Rumah Taangga yaitu Perbuatan yang mengakibatkan rasa sakit, jatuh sakit, dan luka berat , meliputi pemukulan, penganiayaan, dan sebagainya.<sup>92</sup>

#### **b. Kekerasan Psikis**

Sesuai dalam peraturan dalam Pasal 7 Undang – Undang Nomor 23 Tahun 2004 tentang Penghapusan Kekerasan Alam Rumah

---

<sup>91</sup> Himpunan peraturan perundang- undangan tentang penghapusan kekerasan dalam rumah tangga, Bandung: fokid media, 2009, hlm 5-

<sup>92</sup> Republik Indonesia, Undang-Undang Nomer 23 Tahun 2004 Tentang Penghapusan Kekerasan Dalam Rumah Tangga, (Jakarta: Lima Bintang, 2004), hlm. 3

Tangga yaitu Perbuatan yang mengakibatkan ketakutan, hilangnya rasa percaya diri, hilangnya kemampuan untuk bertindak, rasa tidak berdaya, dan atau penderitaan psikis berat terhadap seseorang, misalnya ancaman terhadap seseorang.

c. Kekerasan Seksual

Sesuai dalam peraturan dalam Pasal 8 Undang – Undang Nomor 23 Tahun 2004 tentang Penghapusan Kekerasan Alam Rumah Tangga yaitu Pemaksaan hubungan seksual yang dilakukan terhadap orang yang menetap dalam lingkungan rumah tangga atau terhadap seseorang dalam lingkup rumah tangganya dalam orang lain untuk tujuan komersil dan atau untuk tujuan tertentu.

b. Penelantaran Rumah Tangga

Sesuai dalam peraturan dalam Pasal 9 Undang – Undang Nomor 23 Tahun 2004 tentang Penghapusan Kekerasan Alam Rumah Tangga yaitu setiap orang dilarang menelantarkan orang didalam lingkup rumah tangga. Padahal menurut hukum berlaku baginya atau karna persetujuan atau perjanjian ia wajib memberikan penghidupan, perawatan atau pemeliharaan terhadap orang tersebut. Penelantaran ini berlaku setiap orang yang mengakibatkan ketergantungan ekonomidengan cara membatasi atau melarang untuk bekerja yang layak didalam rumah maupun diluar rumah, sehingga korban di bawah kendali orang tersebut

(Pasal 9 Undang Undang KDRT)<sup>93</sup>.

### **1) Unsur-Unsur Pasal 44 Ayat (1) Undang-Undang Kekerasan Dalam Rumah Tangga**

Adapun ketentuan pidana untuk kekerasan yang dilakukan oleh suami terhadap istri yang bentuk kekerasannya adalah kekerasan fisik diatur dalam Pasal 44 Ayat (1) sampai dengan Ayat (4). Pasal 44 Undang-Undang No. 23 Tahun 2004 menyatakan :

- 1) Setiap orang yang melakukan perbuatan kekerasan fisik dalam lingkup rumah tangga sebagaimana yang dimaksud dalam Pasal 5 huruf a dipidana dengan pidana penjara paling lama 5 (lima) tahun atau pidana denda paling banyak Rp 15.000.000,00 (lima belas juta rupiah)
- 2) Dalam hal perbuatan sebagaimana dimaksud pada ayat (1) mengakibatkan korban mendapat jatuh sakit atau luka berat, dipidana dengan pidana penjara paling lama 10 (sepuluh) tahun atau denda paling banyak RP 30.000.000,00; (tiga puluh juta rupiah)
- 3) Dalam hal perbuatan sebagaimana dimaksud pada ayat (2) mengakibatkan matinya korban, dipidana dengan pidana penjara paling lama 15 (lima belas) tahun atau denda paling banyak Rp 45.000.000,00; (empat puluh lima juta rupiah)

---

<sup>93</sup> Undang – Undang Nomor 23 Tahun 2004 tentang Penghapusan Kekerasan Dalam Rumah Tangga

- 4) Dalam hal perbuatan sebagaimana dimaksud pada ayat (1) dilakukan oleh suami terhadap istri atau sebaliknya yang tidak menimbulkan penyakit atau halangan untuk menjalankan pekerjaan jabatan atau mata pencaharian atau kegiatan sehari-hari, dipidana dengan pidana penjara paling lama 4 (empat) bulan atau denda paling banyak p 5.000.000,00; (lima juta rupiah)

Pasal 44 ayat 1 UU Penghapusan KDRT menyatakan bahwa setiap orang yang melakukan perbuatan kekerasan fisik dalam lingkup rumah tangga dipidana dengan pidana penjara paling lama lima tahun atau denda paling banyak lima belas juta rupiah. Jika melihat ketentuan Pasal 5 huruf a jo. Pasal 6 UU Penghapusan KDRT maka perbuatan terlarang dalam Pasal 44 ayat (1) ini adalah perbuatan mengakibatkan “rasa sakit, jatuh sakit, atau luka berat”, tetapi jika kita melihat aturan dalam Pasal 44 ayat 2 UU Penghapusan KDRT yang mengatur tentang kekerasan fisik yang menyebabkan jatuh sakit atau luka berat, maka maksud Pasal 44 ayat 1 UU Penghapusan KDRT hanya mengancam atas perbuatan yang mengakibatkan “rasa sakit saja”. Dari hal ini terlihat perumusan pengertian, aturan dan ancaman perbuatan “kekerasan fisik” UU Penghapusan KDRT tidak sinkron dan tidak sistematis.

Ketentuan yang dilarang dalam Pasal 44 ayat (1) UU Penghapusan KDRT ini adalah setiap orang yang dengan sengaja melakukan perbuatan yang menimbulkan rasa sakit pada korban (dalam lingkup rumah tangga) yakni korban merasa sakit tanpa ada perubahan dalam bentuk badan. Konstruksinya

“penganiayaan” jelas syarat tersebut harus ada, tetapi dalam UU Penghapusan KDRT ada hal yang berbeda yakni dengan adanya ketentuan dalam Pasal 44 ayat 4 UU Penghapusan KDRT (tentang kekerasan fisik ringan). Konsekuensi dari hal tersebut jelas jika kekerasan fisik itu dilakukan bukan atau selain oleh suami terhadap isteri atau sebaliknya dan tidak menimbulkan penyakit atau halangan untuk menjalankan pekerjaan maka harus tetap dipidana dengan Pasal 44 ayat (1) UU Penghapusan KDRT terkualifikasi sebagai kekerasan fisik biasa. Dengan demikian, kekerasan fisik dalam Pasal 44 ayat (1) UU Penghapusan KDRT syaratnya adalah harus ada perbuatan yang menimbulkan rasa sakit dan menimbulkan penyakit atau halangan untuk menjalankan pekerjaan jabatan atau mata pencaharian atau kegiatan sehari-hari.

## **2) Unsur-Unsur Pasal 351 KUHP**

Pasal 351 KUHP termasuk dalam bab XX tentang tindak pidana penganiayaan. Adapun untuk Pasal 351 ayat 2 memuat tentang tindak penganiayaan berat. Mengutip dari KUHP, berikut lengkap isi Pasalnya. Bunyi Pasal 351 KUHP:

- (1) Penganiayaan diancam dengan pidana penjara dua tahun delapan bulan atau pidana denda paling banyak empat ribu lima ratus rupiah.
- (2) Jika perbuatan mengakibatkan luka-luka berat, yang bersalah diancam dengan pidana penjara paling lama lima tahun.

- (3) Jika mengakibatkan mati, diancam dengan pidana penjara paling lama tujuh tahun.
- (4) Dengan penganiayaan disamakan sengaja merusak kesehatan.
- (5) Percobaan untuk melakukan kejahatan ini tidak dipidana.

Dalam undang-undang tidak perumusan apa yang dinamakan penganiayaan. R. Soesilo berpendapat bahwa: "Menurut Yurisprudensi pengadilan maka yang dinamakan penganiayaan adalah : 1) Sengaja menyebabkan perasaan tidak enak (penderitaan). 2) Menyebabkan rasa sakit. 3) Menyebabkan luka-luka."<sup>94</sup> Dari uraian diatas beberapa ahli hukum mendefinisikan pengertian penganiayaan sebagai berikut : Poerwodarminto berpendapat bahwa: "Penganiayaan adalah perlakuan sewenang-wenang dalam rangka menyiksa atau menindas orang lain".

Penganiayaan ini jelas melakukan suatu perbuatan dengan tujuan menimbulkan rasa sakit atau luka pada orang lain, unsur dengan sengaja di sini harus meliputi tujuan menimbulkan rasa sakit atau luka pada orang lain, unsur dengan sengaja di sini harus meliputi tujuan menimbulkan rasa sakit atau luka pada orang lain. Dengan kata lain si pelaku menghendaki akibat terjadinya suatu perbuatan. Kehendak atau tujuan di sini harus disimpulkan dari sifat pada perbuatan yang menimbulkan rasa sakit atau luka pada orang lain. Dalam hal ini harus ada sentuhan pada badan orang lain yang dengan sendirinya

---

<sup>94</sup> R. Soesilo, *KUHP Serta Komentar-Komentarnya Lengkap Pasal Demi Pasal*, Politeia, Bogor, 1995, hlm. 245.

menimbulkan akibat sakit atau luka pada orang lain. Misalnya memukul, menendang, menusuk, mengaruk, dan sebagainya.

Sudarsono mengatakan bahwa:<sup>95</sup> “Kamus hukum memberikan arti bahwa penganiayaan adalah perbuatan menyakiti atau menyiksa terhadap manusia atau dengan sengaja mengurangi atau merusak kesehatan orang lain.” Wirjono berpendapat bahwa:<sup>96</sup> “Menurut terbentuknya Pasal-Pasal dari Kitab Undang-Undang Hukum Pidana Belanda, mula-mula dalam rancangan Undang-Undang dari Pemerintahan Belanda ini hanya dirumuskan dengan sengaja merusak kesehatan orang lain karena perumusan ini tidak tepat. Karena meliputi perbuatan pendidik terhadap anak dan perbuatan dokter terhadap pasien. Keberatan ini diakui kebenarannya, maka perumusan ini diganti menjadi penganiayaan, dengan sengaja bahwa ini berarti berbuat sesuatu dengan tujuan untuk mengakibatkan rasa sakit”. Dengan demikian dapat dikatakan bahwa tindak pidana penganiayaan adalah semua tindakan melawan hukum dan tindakan seseorang kepada orang yang membahayakan atau mendatangkan rasa sakit pada badan atau anggotabadan manusia yang mana luka yang diderita oleh korban sesuai dengan kategori luka pada Pasal 90 (KUHP) yang berisi: 1. Jatuh sakit atau mendapat luka yang tidak memberi harapan akan sembuh sama sekali, atau yang menimbulkan bahaya maut; 2.

---

<sup>95</sup> Sudarsono, *Kamus Hukum*, PT. Rineka Cipta, Jakarta, 1992, hlm. 34.

<sup>96</sup> Wirjono Projodikoro, *Tindak-tindak Pidana Tertentu di Indonesia*, Refika Aditama, Bandung, 2010, hlm. 67.

Tidak mampu terus menerus untuk menjalankan tugas jabatan atau pekerjaan pencarian; 3. Kehilangan salah satu panca indra; 4. Mendapat cacat berat; 5. Menderita sakit lumpuh; 6. Terganggu daya pikir selama empat minggu atau lebih; 7. Gugur atau matinya kandungan seorang perempuan.

Tindak pidana penganiayaan ini ada kalanya disengaja dan terkadang karena kesalahan. Tindak pidana penganiayaan sengaja yaitu perbuatan yang disengaja oleh pelakunya dengan sikap permusuhan.

### **G. Kerangka Pikir**

Penelitian tesis ini mengangkat permasalahan mengenai Penerapan Asas *Lex Specialis Derogat Legi Generalis* Pada Perkara Tindak Pidana Kekerasan Dalam Rumah Tangga Dengan Status Perkawinan Di bawah Tangan (Studi Putusan Nomor 101/Pid.B/2018/Pn Kph), serta menggunakan teori tujuan hukum, teori pertimbangan hakim, serta asas *Lex Specialis Derogat Legi Generalis*, sebagai dasar dalam merumuskan hipotesis, dan sebagai informasi untuk menetapkan pengujian hipotesis, pada teori tujuan hukum, teori pertimbangan hakim, serta asas *Lex Specialis Derogat Legi Generalis*. Pada penelitian ini penulis menggunakan teori dan asas diatas indikator pengujian hipotesis penulis dalam memecahkan rumusan masalah pertama dan kedua.

Pada rumusan masalah pertama penulis menggunakan teori tujuan hukum dan teori pertimbangan hukum untuk menganalisis putusan No.

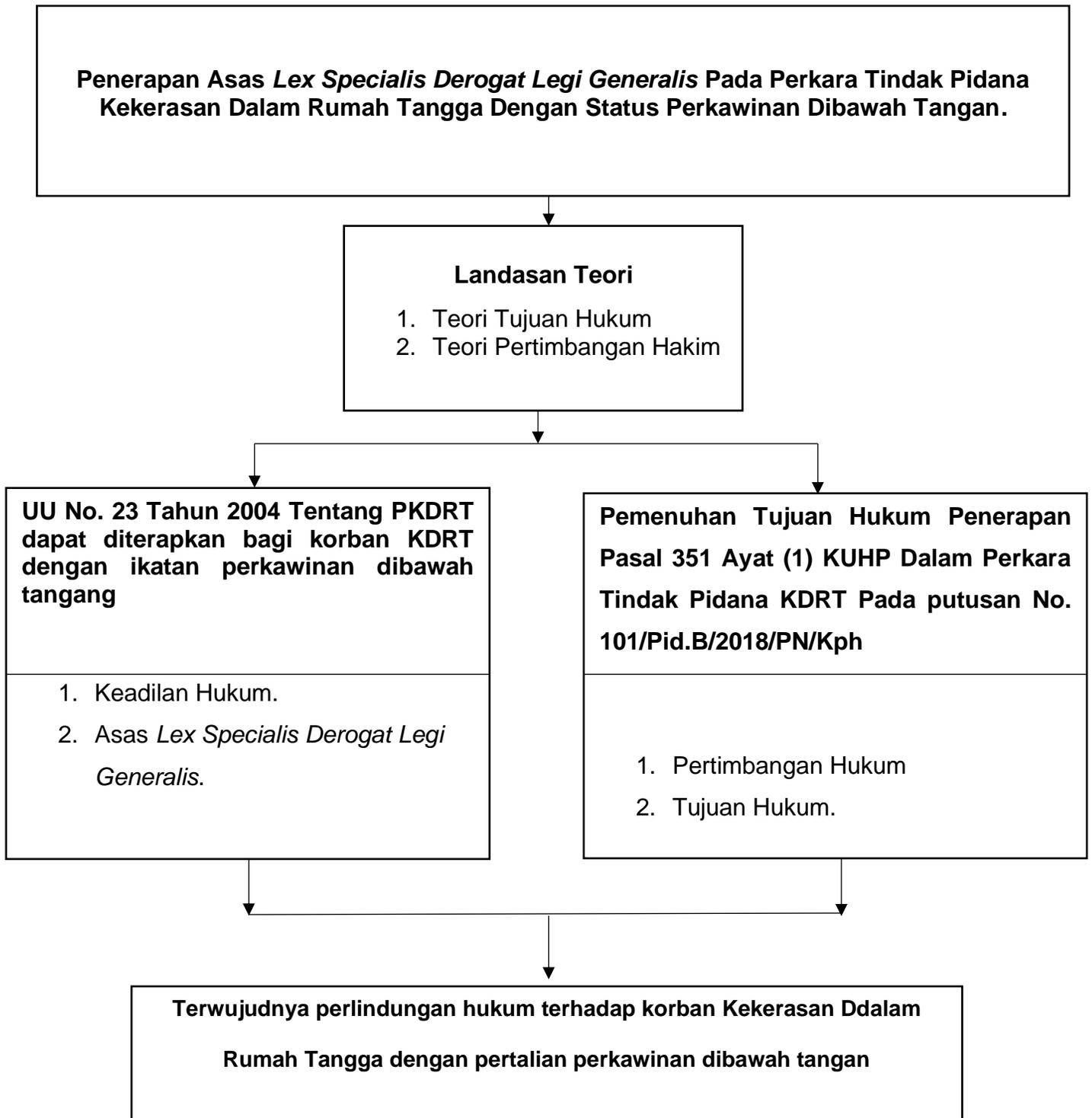
101/Pid.B/2018/PN/Kph yang dimana majelis hakim dalam Tindak Pidana Kekerasan Dalam Rumah Tangga Dengan Status Perkawinan Di bawah Tangan, menggunakan Pasal 351 ayat (1) KHUP sebagai perbuatan melawan hukum, dengan ancaman pidana penjara paling lama dua tahun delapan bulan, sedangkan apabila majelis hakim menggunakan UU No. 23 Tahun 2004 Tentang PKDRT, bisa lebih memberikan efek jera kepada pelaku dengan ancaman pidana penjara paling lama lima tahun. Hal ini kemudian yang menarik penulis untuk menganalisis putusan putusan No. 101/Pid.B/2018/PN/Kph, dengan menggunakan teori tujuan hukum untuk melihat apakah dengan hadirnya putusan diatas dapat dijadikan sebagai putusan yang adil, bermanfaat, serta berkepastian hukum, selanjutnya penulis pula menggunakan teori pertimbangan hakim untuk melihat apa dasar pertimbangan hakim memutuskan bahwa korban Kekerasan Dalam Rumah Tangga Dengan Status Perkawinan Di bawah Tangan, hanya diputuskan dengan perbuatan Pasal 351 ayat (1) KHUP, bukan Pasal 44 UU No. 23 Tahun 2004 Tentang PKDRT.

Sedangkan pada rumusan kedua penulis menggunakan asas *Lex Specialis Derogat Legi Generalis* dan teori keadilan hukum untuk mengetahui apakah UU No. 23 Tahun 2004 Tentang PKDRT dapat diterapkan bagi korban Tindak Pidana Kekerasan Dalam Rumah Tangga Dengan Status Perkawinan Di bawah Tangan. Asas *Lex Specialis Derogat Legi Generalis* digunakan sebagai landasan asas idealnya putusan hakim pada putusan No.

101/Pid.B/2018/PN/Kph. Selanjutnya pada penggunaan teori keadilan hukum penulis ingin menguji keadilan bagi korban KDRT baik dengan pertalian perkawinan tercatat ataupun perkawinan di bawah tangan.

Harapannya penelitian tesis ini dapat menjadi sumbangsi pemikiran untuk terwujudnya perlindungan hukum terhadap korban Kekerasan Dalam Rumah Tangga dengan pertalian perkawinan di bawah tangan, terkhusus dalam berkas tuntutan jaksa penuntut umum dan putusan majelis hakim dengan perkara yang sama demi menjaga agar tidak meningkatnya korban-korban KDRT, serta menjadi efek jera bagi pelaku. Uraian pemikiran ini dapat diejawantahkan secara konsep melalui bagan kerangka pikir sebagai berikut:

## BAGAN KRANGKA PIKIR



## H. Definisi Operasional

Pada bagian ini akan dikemukakan definisi operasional variabel sebagai suatu pegangan dalam menganalisis tiap-tiap indikator yang termuat dalam variabel-variabel. Hal ini bertujuan agar tidak terjadi penafsiran yang berbeda sehingga bermuara pada pemahaman yang sama dalam memahami tiap-tiap indikator. Adapun definisi operasional dalam penelitian ini adalah sebagai berikut:

1. Asas Asas *Lex Specialis Derogat Legi Generalis* merupakan asas penafsiran hukum yang menyatakan bahwa hukum yang bersifat khusus *lex special* mengesampingkan hukum yang bersifat umum *lex generalis*.
2. Tujuan Hukum adalah mengajarkan bahwa hukum bertujuan semata-mata untuk mencapai keadilan dan hukum yang dibuat harus diterapkan secara adil serta bermanfaat untuk seluruh masyarakat.
3. Pertimbangan hakim adalah suatu tahapan dimana majelis hakim mempertimbangkan fakta-fakta yang terungkap selama proses persidangan berlangsung.
4. Keadilan hukum adalah keadilan yang telah dirumuskan oleh hukum dalam bentuk hak dan kewajiban, dimana pelanggaran terhadap keadilan ini akan ditegaskan lewat proses hukum.

5. KDRT adalah setiap perbuatan terhadap seseorang terutama perempuan, yang berakibat timbulnya kesengsaraan atau penderitaan secara fisik, seksual, psikologis, dan penelantaran rumah tangga termasuk ancaman untuk melakukan perbuatan tersebut.
6. Asas-asas adalah dasar sesuatu pedoman, atau yang dianggap kebenaran, yang menjadi tujuan berpikir dan prinsip yang menjadi landasan hukum positif.
7. Perkawinan adalah ikatan lahir batin antara seseorang pria dengan wanita sebagai suami istri dengan tujuan membentuk keluarga yang bahagia dan kekal berdasarkan ketuhanan yang maha esa.
8. Perkawinan di bawah tangan adalah nikah tanpa adanya suatu pencatatan pada instansi yang telah ditentukan oleh peraturan perundang-undangan.