

KRIMINALISASI PERBUATAN CABUL YANG DILAKUKAN OLEH PASANGAN SESAMA JENIS KELAMIN (HOMOSEKSUAL)

Riswan Erfa

Program Magister Ilmu Hukum Universitas Brawijaya
Jalan M.T. Haryono No 19 Malang, Jawa Timur, Indonesia
email: riswan.erfa@gmail.com

Abstract

The writing of Journal in the form of research is motivated by three issues. First, juridical problems that can be observed from the vacuum of norm. Article 292 of the Criminal Code only formulate criminal sanctions for perpetrators who commit indecent acts between same-sex with child victim. Second, theoretical issue, crime can be interpreted as a mala in se or bad deeds in itself, prohibited behavior based on public agreement on procedures for the prohibition. Third, sociological problems that can be observed from the discovery of indecent acts performed by same-sex couples and the refusal of the major community to the existence of homosexuals. Aims in writing of this journal are formulated in two formulation. First: To analyze and explain indecent acts committed by same-sex couples should be categorized as a criminal act (offense) in Indonesia. Second: To analyze and explain concept of criminal law policy formula for indecent acts by criminalizing same-sex couples in Indonesia. The writing of Journal uses normative legal research methods. Acts committed by same-sex couples should be categorized as a criminal act, first: Juridical basis, can be based on Law Number 11 of 2012, the Pancasila as well as several articles in the Constitution of Indonesia and the last is Article 1 (1) of the Criminal Code concerning on the principle of legality. Second: the theoretical basis, can be based on the criminalization of indecent acts to the indecent acts undertaken by same-sex couples have met the general criteria of the criminalization supported by the form of criminalization theory, the theory of natural law, positivism, and human rights. Third: sociological basis, indecent acts by same-sex couple as an act that is not in line with the spirit of the nation, the public reaction to the rejection of homosexual activity, and not in line with the rules of indigenous peoples. Furthermore, the concept of policy formulation in the criminal law to criminalize the indecent acts performed by same-sex couples in Indonesia can be made by taking into account several things. Noting the criminal law policy and pay attention to the comparison of conceptual settings.

Key words: *criminalization, indecent acts, same-sex couples*

Abstrak

Penulisan jurnal ini dilatarbelakangi oleh tiga permasalahan. *Pertama*, permasalahan yuridis yang bisa dicermati dari adanya kekosongan norma. Pasal 292 KUHP hanya merumuskan ancaman pidana bagi pelaku tindak pidana yang melakukan perbuatan cabul terhadap sesama jenis kelamin yang korbannya anak. *Kedua*, permasalahan teoritis, kejahatan bisa ditafsirkan sebagai *mala in se* atau perbuatan yang buruk dengan sendirinya, perilaku terlarang yang didasarkan kesepakatan luas tentang tata kelakuan bagi satu larangan. *Ketiga*, permasalahan sosiologis yang bisa dicermati dari ditemukannya perbuatan cabul yang dilakukan oleh pasangan sesama jenis kelamin dan penolakan dari mayoritas masyarakat terhadap keberadaan homoseksual. Tujuan penulisan jurnal ini dirumuskan dalam dua rumusan. *Pertama*: untuk menganalisa dan menjelaskan perbuatan cabul yang dilakukan

oleh pasangan sesama jenis kelamin perlu dijadikan sebagai tindak pidana (delik) di Indonesia. *Kedua*: untuk menganalisa dan menjelaskan konsep kebijakan formulasi hukum pidana dalam mengkriminalisasi perbuatan cabul oleh pasangan sesama jenis kelamin di Indonesia. Penulisan jurnal ini menggunakan metode penelitian hukum normatif. Perbuatan cabul yang dilakukan oleh pasangan sesama jenis kelamin perlu dijadikan tindak pidana, *pertama*: Dasar yuridis, didasarkan pada UU Nomor 11 tahun 2012, Pancasila serta beberapa pasal dalam UUD NRI dan terakhir Pasal 1 ayat (1) KUHP yang mengatur mengenai asas legalitas. *Kedua*: dasar teoritis, didasarkan bahwa kriminalisasi perbuatan cabul terhadap perbuatan cabul yang dilakukan oleh pasangan sesama jenis kelamin telah memenuhi kriteria umum kriminalisasi yang didukung oleh bentuk teori kriminalisasi, teori hukum alam, positivisme, dan HAM. *Ketiga*: dasar sosiologis, perbuatan cabul sesama jenis kelamin sebagai suatu perbuatan yang tidak sejalan dengan jiwa bangsa, reaksi masyarakat yang melakukan penolakan terhadap aktivitas homoseksual, serta tidak sejalan dengan corak masyarakat hukum adat. Selanjutnya konsep kebijakan formulasi hukum pidana dalam mengkriminalisasi perbuatan cabul yang dilakukan oleh pasangan sesama jenis kelamin di Indonesia dapat dibuat dengan memperhatikan beberapa hal. Memperhatikan kebijakan hukum pidana dan memperhatikan perbandingan konsep pengaturan.

Kata kunci: Kriminalisasi, Perbuatan Cabul, Pasangan Sesama Jenis Kelamin

Latar Belakang

Thomas Aquinas sebagaimana dikutip oleh Achmad Ali menjelaskan definisi konsep hukum. Ia menyebutkan bahwa hukum adalah suatu aturan atau ukuran dari tindakan-tindakan, dalam hal mana manusia dirangsang untuk bertindak (sesuai aturan atau ukuran itu), atau dikekang untuk tidak bertindak (sesuai dengan aturan atau ukuran itu). Sebagaimana diketahui, perkataan *lex* (*law*, hukum) adalah berasal dari kata *ligare* (mengikat), sebab ia mengikat seseorang untuk bertindak (menurut aturan atau ukuran tertentu). Hukum tidak lain merupakan perintah rasional tentang sesuatu, yang memerintahkan hal-hal umum yang baik, disebar luaskan melalui perintah yang diperhatikan oleh masyarakat.¹

Pengertian hukum yang dikemukakan oleh Thomas Aquinas ini memberikan pemahaman kepada kita ukuran dari tindakan baik bagi seseorang adalah ukuran rasional dari pembuat aturan. Dalam konteks pidana, ukuran rasional itu bisa kita lihat dari nilai pokok keberadaan hukum pidana. Misalnya seperti tujuan untuk menciptakan keamanan dan ketertiban dalam satu masyarakat. Sehingga pada titik tertentu bisa melahirkan keseimbangan di dalam masyarakat, karena dengan hukum pidana bisa diciptakan keadilan, kedamaian, dan kebahagiaan dalam satu masyarakat. Seperti yang disampaikan oleh Purnadi Purbacaraka dan Ridwan Halim, bahwa eksistensi hukum pidana pada dasarnya meliputi nilai-nilai pokok: Keamanan dan ketertiban sebagai tujuan langsung hukum pidana, yang mutlak harus dapat

¹ Achmad Ali, **Menguak Teori Hukum (Legal Theory) dan Teori Peradilan (Judicialprudence)**, Kencana Prenada Media Grup, Jakarta, 2009, hlm. 419.

dicapai; Kesadaran warga masyarakat akan makna dan hakikat umum yang kemudian dapat menjadi sumber keadilan, kedamaian, kesejahteraan rohaniah dan jasmaniah, sebagai tujuan akhir hukum pidana; Keserasian antara kejasmanian (aspek lahir) dan kerohanian (aspek batin) maupun kebaruan dan kelestarian harus dicapai dalam penerapan hukum pidana.²

Kandungan nilai-nilai pokok itu tersebar dalam berbagai aspek. Mulai kandungan dalam *rasio legis* dibentuknya aturan hukum pidana hingga ukuran efektivitas dan efisiensi suatu aturan hukum pidana yang telah dirumuskan. Hakikat nilai pokok dasar pemikiran dirumuskannya aturan pidana antara lain: Untuk mengatur keserasian antar kepentingan pribadi dan kepentingan umum. Untuk sedapat mungkin mencapai dan mewujudkan aturan hukum yang telah dirumuskan dalam kehidupan masyarakat, di mana hukum itu berlaku melalui penerapan hukum pidana yang bersangkutan. Sebagai titik uji utama bagi masyarakat pada umumnya dan para ahli hukum atau pembentuk undang-undang pada khususnya untuk mengukur sejauh manakah efektivitas dan efisiensi itu ada pada suatu hukum pidana.³

Salah satu kandungan nilai pokok dari keberadaan hukum pidana sebagai titik uji bagi masyarakat dan ahli hukum untuk mengukur efektivitas dan efisiensi satu aturan hukum pidana maka perlu diperhatikan unsur kebaruan dan kelestarian hukum pidana.⁴ Hal demikian untuk mengantisipasi apabila ada kekosongan hukum, kekaburan norma, maupun konflik norma dalam hukum pidana. Terlebih dalam perkembangan kehidupan masyarakat yang semakin dinamis.⁵ Dalam era yang semakin dinamis, potensi kekosongan hukum, kekaburan norma, maupun konflik norma akan semakin besar. Hal demikian karena aturan hukum pidana yang ada belum mengakomodasi kenyataan-kenyataan yang mengganggu ketertiban di masyarakat. Dalam konteks ini pemaknaan kejahatan tidak bisa hanya dilekatkan pada

² Purnadi Purbacaraka dan A. Ridwan Halim, **Filsafat Hukum Pidana Dalam Tanya Jawab**, Rajawali Press, Jakarta, 1997, hlm. 1.

³ *Ibid.*, hlm. 2.

⁴ Dapat dijelaskan bagaimana unsur kebaruan dan kelestarian tampak dalam hukum pidana. Unsur kebaruan akan tampak dalam hukum pidana bila sudah ada peraturan baru yang lebih sempurna, lebih lengkap, lebih praktis dan lebih cocok dengan situasi dan kondisi kekinian. Secara keseluruhan atau sebagian besar sudah dapat mengganti peraturan-peraturan yang lama. Sedangkan unsur kelestarian akan tampak dalam hukum pidana bila, sebelum adanya peraturan baru, agak tidak terjadi kekosongan hukum, peraturan yang lama masih terus diberlakukan. Peraturan yang lama itu masih cocok untuk diterapkan pada situasi yang tengah dihadapi dewasa ini. Belum dapat dihapus sebab masih diperlukan untuk berbagai tujuan yang masih dapat dijangkaunya. Masih dapat disempurnakan dengan penafsiran atau konstruksi dimana perlu, sehingga dalam hal ini belum perlu diadakan pemaharuan. Lihat di Purnadi Purbacaraka dan A. Ridwan Halim, **Filsafat Hukum Pidana Dalam Tanya Jawab**, Rajawali Press, Jakarta, 1997, hlm. 3.

⁵ Kejahatan atau tindak kriminal merupakan satu bentuk dari “perilaku menyimpang” yang selalu ada dan melekat pada tiap benak masyarakat; tidak ada masyarakat yang sepi dari kejahatan. Perilaku menyimpang merupakan suatu ancaman yang nyata dan ancaman terhadap norma-norma sosial; dapat menumbulkan ketegangan individual maupun ketegangan-ketegangan sosial; dan merupakan ancaman riil atau potensial bagi berlangsungnya ketertiban sosial. Lihat di Barda Nawawi Arief, **Kebijakan Legislatif dalam Penanggulangan Kejahatan dengan Pidana Penjara**, Genta Publishing, Yogyakarta, 2010.

norma-norma yang sudah mengatur mengenai perbuatan yang telah dirumuskan tetapi juga harus memperhatikan gejala dalam satu masyarakat.

Tafsir kejahatan sering dikaitkan dengan perbuatan melawan hukum (melawan norma hukum pidana). Dalam pandangan kriminologi (positivistis) di Indonesia, kejahatan dipandang sebagai: pelaku yang telah diputus oleh Pengadilan; Perilaku yang perlu dekriminialisasi; Populasi pelaku yang yang ditahan; Perbuatan yang melanggar norma; Perbuatan yang mendapat reaksi sosial. Lebih lanjut beberapa ahli kriminologi menafsirkan kejahatan, antara lain; W.A. Bonger yang menyebutkan kejahatan merupakan perbuatan anti sosial yang secara sadar mendapatkan reaksi dari negara berupa pemberian derita dan kemudian, sebagai reaksi-reaksi terhadap rumusan hukum (*legal definition*) mengenai kejahatan. Selain itu juga ada Sutherland yang mengartikan kejahatan sebagai perilaku yang dilarang oleh negara karena merugikan, terhadapnya negara bereaksi dengan hukuman sebagai upaya menegakkan dan memberantasnya.⁶

Definisi kejahatan yang merupakan produk sosial, oleh para pakar dibedakan menjadi dua, yakni perbuatan *mala prohibita* dan *mala in se*. Perbuatan yang didefinisikan sebagai *mala prohibita* menunjuk pada perbuatan yang tidak dengan sendirinya dipandang buruk, akan tetapi karena hukum mendefinisikannya sebagai pelanggaran atau kejahatan. Sementara *mala in se* adalah perbuatan yang buruk dengan sendirinya, perilaku terlarang yang didasarkan kesepakatan atau konsensus luas tentang tata atau norma kelakuan bagi satu larangan.⁷ Dengan demikian ada perbuatan yang dinilai oleh masyarakat dengan ukuran norma-norma sosial sebagai perbuatan jahat meskipun menurut norma hukum (khususnya hukum pidana) perbuatan itu bukan perbuatan jahat.

Perubahan sosial membawa permasalahan hukum tidak bisa kita pungkiri pada era yang makin maju ini. Kondisi demikian membuat instrumen hukum pidana terlihat ketinggalan dan kurang memadai bagi perubahan sosial itu. Hal demikian menuntut hukum pidana untuk mengikuti perubahan itu dan mengatasi permasalahan hukum yang mengganggu keseimbangan hukum di masyarakat. Salah satu contohnya adalah masalah mengenai perbuatan cabul yang dilakukan oleh pasangan sesama jenis kelamin atau homoseksual. Perbuatan cabul sesama jenis atau homoseksual merupakan bagian dari materi terkait norma kesusilaan. Kejahatan kesusilaan dalam hukum pidana Indonesia, salah satunya dapat dicermati dari ketentuan pidana dalam Bab XIV di Buku ke-II KUHP. Ketentuan mengenai

⁶ Yesmil Anwar dan Adang, **Kriminologi**, Refika Aditama, Bandung, 2013, hlm. 178.

⁷ Frank E. Hagan, **Pengantar Kriminologi (Teori, Metode dan Prilaku Kriminal Edisi Ketujuh)**, Kencana, Jakarta, 2013, hlm. 9.

delik pelanggaran kesusilaan ini dibentuk oleh pembentuk undang-undang dengan maksud memberikan perlindungan kepada orang-orang yang dipandang perlu untuk mendapatkan perlindungan terhadap tindak-tindakan asusila atau *ontuchte handelingen* dan terhadap perilaku-perilaku baik dalam bentuk kata-kata maupun dalam bentuk perbuatan-perbuatan yang menyinggung rasa susila. Yang demikian didasarkan pada adanya pertentangan dengan pandangan orang tentang kepatutan di bidang kehidupan seksual, baik dilihat dari prespektif masyarakat setempat maupun dari kebiasaan-kebiasaan masyarakat setempat.⁸

Masalah hukum mengenai perbuatan cabul yang dilakukan oleh pasangan sesama jenis, dapat kita cermati dari rumusan Pasal 292 KUHP.⁹ Konsep Pasal ini hanya mengatur ancaman pidana bagi orang dewasa baik laki-laki maupun perempuan yang melakukan perbuatan cabul terhadap orang yang belum dewasa dan orang yang belum dewasa tersebut memiliki jenis kelamin yang sama dengannya. Sementara kenyataan dimasyarakat menunjukkan perkembangan komunitas homoseksual, baik gay maupun lesbian berkembang di Indonesia.¹⁰ Berdasarkan konsep pasal tersebut, kita dapat memahami bahwa hukum pidana tidak mengatur tentang bagaimana ancaman pidana atau konsekuensi hukum perbuatan cabul yang dilakukan oleh orang dewasa yang memiliki jenis kelamin yang sama. Hal demikian membuat kekosongan norma (*vacum of norm*).

Di tengah masyarakat Indonesia permasalahan perbuatan cabul yang dilakukan oleh pasangan dengan jenis kelamin yang sama menjadi *patologi sosial*.¹¹ Dalam teori hukum, dikenal ajaran "hukum sebagai alat rekayasa sosial", hukum mengatur masalah dalam masyarakat. Meskipun, intervensi dalam masalah ini akan dianggap sebagai intervensi negara

⁸ P.A.F. Lamintang, Theo Lamintang, **Delik-delik Khusus Kejahatan Melanggar Norma Kesusilaan dan Norma Kepatutan**, Sinar Grafika, Jakarta, 2011, hlm. 1.

⁹ Pasal 292 KUHP menyebutkan "Orang dewasa yang melakukan perbuatan cabul dengan orang lain sesama kelamin, yang diketahuinya atau sepatutnya harus diduganya belum dewasa, diancam dengan pidana penjara paling lama lima tahun". Pasal ini memiliki unsur subjektif maupun unsur objektif. Dijelaskan tindak pidana melakukan tindakan melanggar kesusilaan oleh orang dewasa dengan anak di bawah umur yang dimaksudkan ketentuan pidana yang di atur dalam Pasal 292 KUHP terdiri atas unsur-unsur :a. Unsur-unsur subjektif; Yang ia ketahui atau sepantasnya harus dapat ia duga; b. Unsur-unsur objektif; Seorang dewasa; Melakukan tindakan melanggar kesusilaan; Seorang anak belum dewasa dari jenis kelamin yang sama; Kebelumdewasaan. Lihat di P.A.F. Lamintang, Theo Lamintang, **Delik-delik Khusus Kejahatan Melanggar Norma Kesusilaan dan Norma Kepatutan**, Sinar Grafika, Jakarta, 2011.

¹⁰ Pada Maret 2010 lalu kaum homoseksual (gay dan lesbian) berencana melakukan Kongres Kaum Gay dan Lesbian di Surabaya, kendati kemudian ditentang dan dilarang banyak pihak. Hal ini selain menunjukkan eksistensi kaum gay dan lesbian di Indonesia, juga menggambarkan bahwa masyarakat Indonesia punya kekuatan nilai dan budaya yang meyakini bahwa gay dan lesbian merupakan penyimpangan nilai dan budaya, yang pada titik tertentu bisa mengakibatkan terganggunya keseimbangan hukum. Eksistensi mereka juga bisa kita lacak dari adanya organisasi Gay, misalnya Gaya Nusantara (dapat dilihat pada website resminya www.gayanusantara.or.id/).

¹¹ Marc Ancel dalam Social Defence beliau memaparkan bahwa kejahatan disamping masalah kemanusiaan ia juga merupakan masalah sosial. Lihat di Barda Nawawi Arief, **Kebijakan Legislatif dalam Penanggulangan Kejahatan dengan Pidana Penjara**, Genta Publishing, Yogyakarta, 2010.

dalam hak pribadi. Perkembangan sosio kultural lain yang ada di masyarakat menunjukkan satu gejala, yaitu ada orang yang melakukan perbuatan cabul dengan jenis kelamin yang sama. Hal ini bisa kita konfirmasi dengan ditemukannya layanan prostitusi homoseksual di Medan.¹² Contoh lain, ditangkapnya dua Pria yang sedang bermesraan di dalam kamar hotel oleh pihak kepolisian dari Sabhara Polres Sukoharjo.¹³

Pasal 292 KUHP merumuskan ancaman pidana perbuatan cabul yang dilakukan oleh orang dewasa dengan jenis kelamin yang sama terhadap orang yang belum dewasa, bukan sesama orang dewasa. Terlebih misalnya seorang yang berada dalam perkawinan yang sah dimana pasangannya melakukan perbuatan cabul dengan orang dewasa yang memiliki jenis kelamin yang sama, maka Ia tidak bisa membuat aduan dengan ketentuan pidana tentang perzinahan. Rumusan delik yang mengatur tentang perzinahan tidak bisa diterapkan terhadap perbuatan cabul antara orang dewasa yang memiliki jenis kelamin yang sama

Pengaturan hukum pidana mengenai homoseksualitas ini dapat kita pahami belum memadai. Subjek hukum ketentuan itu hanya orang dewasa yang mencabuli orang lain sesama kelamin, yakni orang yang dicabulinya diketahui atau diduga belum dewasa. Atau dengan kata lain, seseorang yang melakukan delik ini kepada seorang anak (korbannya anak). Selain itu delik mengenai perzinahan yang telah juga tidak bisa diterapkan pada perbuatan cabul pasangan sesama jenis. Sehingga lebih jauh dapat kita pahami bahwa hukum pidana di Indonesia tidak mengkriminalisasi homoseksualitas. Kendati sebenarnya, masyarakat di Indonesia punya ukuran sensitifitas nilai tersendiri terhadap homoseksualitas.

Von Savigny dalam Abdul Manan, mengatakan bahwa manusia di dunia ini terdiri atas berbagai bangsa dan tiap-tiap bangsa itu mempunyai jiwa bangsa sendiri yang disebut sebagai "*volkgeist*", jiwa bangsa ini berbeda satu dengan yang lain menurut tempat dan waktu. Semangat atau jiwa bangsa itu terjelma dalam bahasa, adat istiadat dan organisasi sosial. Jiwa bangsa itu tidak statis selalu berubah-ubah menurut keadaan masyarakat pada

¹² Dalam berita yang dimuat di laman berita Harian Andalas dengan judul "**Lokasi Prostitusi Homo Seks Digrebek**" disebutkan bahwa petugas Reskrim Polsek Medan Baru pada tanggal 12 September melakukan penggerebekan terhadap tempat yang diduga dijadikan penyediaan layanan prostitusi bagi homoseksual. <http://harianandalas.com/kanal-berita-utama/lokasi-prostitusi-homo-seks-digrebak>, diakses 8 Januari 2015 pukul 15.00 WIB.

¹³ Dalam berita yang dimuat di laman berita detik.com dengan judul "2 PNS Pria di Sukoharjo Ditangkap Sedang Bermesraan di Kamar Hotel" disebutkan bahwa petugas dari Sabhara Polres Sukoharjo ketika melakukan operasi pertibatan masyarakat di sejumlah hotel dan penginapan mengamankan pasangan pria dewasa (S yang berusia 52 tahun dan DAP yang berusia 32 tahun) sedang bermesraan di dalam kamar hotel. <http://news.detik.com/read/2013/06/04/155106/2264509/10/>, diakses 8 Januari 2015 pukul 15.30 WIB.

zaman ke zaman.¹⁴ Gagasan yang dikemukakan oleh Von Savigny bisa menjadi dasar bagi kita bahwa setiap negara memiliki kekhasan tersendiri mengenai hukum mereka, sebab tiap bangsa punya jiwa yang berbeda dengan bangsa lain. Sehingga bangunan hukumnya pun antara satu negara dengan negara lain akan berbeda. Termasuk dalam hal ini terkait pengaturan masalah homoseksualitas. Di Indonesia permasalahan hukum tersebut tidak hanya tentang masalah hukum, tetapi juga tentang masalah budaya dan jiwa bangsa yang paling tidak bisa tergambar dalam dasar dan cita hukum negara.¹⁵

Berdasarkan hal itu perlu dilakukan analisa untuk menjelaskan dan memberikan gambaran apakah perbuatan cabul yang dilakukan oleh pasangan sesama jenis kelamin perlu dijadikan sebagai tindak pidana (delik) di Indonesia. Serta bagaimana konsep kebijakan formulasi hukum pidana dalam mengkriminalisasi perbuatan cabul oleh pasangan sesama jenis kelamin di Indonesia.

Penulisan jurnal hasil penelitian ini menggunakan metode penelitian hukum normatif melalui pendekatan Perundang-undangan, konsep dan perbandingan. Bahan hukum yang digunakan terdiri dari bahan hukum primer yang terdiri dari Undang-undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, Kitab Undang-undang Hukum Pidana (*Staadblad* Tahun 1915 Nomor 732), Kitab Undang-undang Hukum Perdata (*Staatblad* Tahun 1847 Nomor 23), Undang-undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan (Lembaran Negara Nomor 1 Tahun 1974), Undang-undang Nomor 11 Tahun 2012 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan. Putusan Pengadilan Agama Jakarta Timur Perkara Nomor 1564/Pdt.G/2008/PA.JT, bahan hukum sekunder yang terdiri dari buku, jurnal, dan kasus-kasus hukum terkait penelitian, dan bahan hukum tersier yang terdiri dari Kamus Besar Bahasa Indonesia, Kamus Bahasa Inggris, Kamus Hukum, dan ensiklopedia. Bahan hukum tersebut dikumpulkan berdasarkan tema permasalahan yang telah dikemukakan kemudian dikaji secara mendalam.

Pembahasan

A. Dasar Yuridis Kriminalisasi Perbuatan Cabul oleh Pasangan Sesama Jenis Kelamin

¹⁴Abdul Manan, **Aspek-aspek Pengubah Hukum**, Prenada Media, Jakarta, 2005.

¹⁵ Pancasila bisa dimaknai sebagai dasar negara sekaligus merupakan cita hukum. Sebagai suatu cita, dia harus merupakan kerangka penyusunan semua hukum yang akan lahir rang dicita-citakan oleh anggota masyarakat. Pancasila harus dijabarkan secara konkret dalam bentuk peraturan Perundang-undangan. Sebagai suatu *staatsfundamentalnorm*, Pancasila merupakan suatu aturan, pola, atau standar minimal yang harus diakui dan ditaati keberadaannya. Lihat di I Gede, **Hukum Adat Indonesia (Perkembangan dari Masa ke Masa)**, Citra Aditya Bakti, Bandung, 2005, hlm. 71.

Undang-undang Nomor 11 Tahun 2012 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan dalam Pasal 2 menyebutkan bahwa Pancasila sebagai segala sumber hukum negara.¹⁶ Hukum negara yang dilegitimasi oleh undang-undang tersebut salah satunya adalah peraturan tertulis yang di dalamnya terdapat norma atau aturan hukum yang mengikat secara umum, yang mana norma itu dibentuk atau ditetapkan oleh suatu lembaga negara yang atau pejabat yang berwenang melalui mekanisme yang telah ditetapkan oleh Peraturan Perundang-undangan.¹⁷ Maka dari itu segala norma hukum yang dilegitimasi oleh ketentuan UU tersebut harus mendasarkan sumbernya pada Pancasila.

Pembentukan peraturan perundang-undangan termasuk dalam konteks Peraturan perundang-undangan yang memuat ketentuan pidana, bisa kita maknai sebagai pembentukan norma baru maupun perbaikan norma yang telah ada. Diperlukannya suatu aturan atau norma baru apabila kekosongan norma. Seperti yang telah dikemukakan di awal pada bagian latar belakang, permasalahan hukum dalam penelitian ini adalah adanya kekosongan norma. Permasalahan tersebut adalah tidak adanya norma hukum pidana yang mengatur secara tegas ancaman pidana bagi perbuatan cabul yang dilakukan oleh pasangan sesama jenis yang subjek hukumnya sama-sama dewasa. Sementara kenyataan hukum, perbuatan yang demikian ada di masyarakat dan perbutaan itu mengganggu keseimbangan hukum.

Permasalahan yuridis itu salah satunya bisa dicermati dalam ketentuan KUHP pada Pasal 292 yang hanya memberikan ancaman pidana bagi seseorang yang melakukan perbuatan cabul terhadap seseorang yang belum dewasa dengan jenis kelamin yang sama. Di pasal-pasal lain yang mengatur delik kesusilaan memang tidak ada lagi aturan atau norma yang memberikan ancaman pidana bagi orang yang melakukan perbuatan cabul dengan jenis kelamin yang sama dan subjek hukumnya sama-sama dewasa.

Pembentukan norma baru dalam hukum pidana itu bisa dimaknai sebagai salah satu upaya kriminalisasi. Kriminalisasi yang bisa dimaknai sebagai suatu sarana dalam hukum untuk membuat suatu perbuatan yang sebelumnya bukan merupakan perbuatan pidana menjadi perbuatan pidanam guna mengendalikan kejahatan. Dalam hal ini Herbert L. Packer menyebutkan bahwa upaya pengendalian kejahatan yang dimaknai sebagai perbuatan anti

¹⁶ Lihat di Pasal 2 Undang-undang Nomor 11 Tahun 2012 tentang **Pembentukan Peraturan Perundang-undangan yang menyebutkab bahwa “Pancasila merupakan sumber segala sumber hukum negara”**.

¹⁷ Lihat di Pasal 1 angka (2) Undang-undang Nomor 11 Tahun 2012 tentang **Pembentukan Peraturan Perundang-undangan yang menyebutkan bahwa “Peraturan Perundang-undangan adalah peraturan tertulis yang memuat norma hukum yang mengikat secara umum dan dibentuk ata ditetapkan oleh lembaga negara atau pejabat yang berwenang melalui prosedur yang ditetapkan dalam peraturan perundanga-undangan”**.

sosial melalui penjatuhan pidana kepada orang yang melanggar peraturan pidana adalah satu dimensi hukum penting dalam masalah atau problem sosial. Usaha pengendalian perbuatan anti sosial dengan mengenakan pidana pada seseorang yang bersalah melanggar peraturan pidana, merupakan “suatu problem sosial yang mempunyai dimensi hukum penting.”¹⁸

Rumusan Pasal 292 KUHP tersebut dalam bentuk normatif dapat diuraikan ke dalam unsur subjektif dan unsur objektif. Unsur Subjektif tersebut adalah “yang ia ketahui atau sepiantasnya harus dapat ia duga”. Sementara unsur objektif paling tidak ada empat unsur. Pertama, “seorang dewasa.” Kedua, “melakukan tindakan melanggar kesusilaan, seorang anak belum dewasa dari jenis kelamin yang sama”. Keempat, “kebelumdewasaan”.¹⁹ Rumusan pasal ini menegaskan ancaman pidana bagi orang yang melakukan perbuatan cabul terhadap orang dengan jenis kelamin yang sama dan korbannya adalah seorang anak atau paling tidak diduga korbannya itu belum dewasa. Sehingga ancaman pidana dalam rumusan Pasal 292 tersebut tidak berlaku bagi seseorang yang melakukan perbuatan cabul dengan jenis kelamin yang sama dan sama-sama sudah dewasa. Tidak dapat diancamkan pidana tersebut juga tidak lepas dari asas legalitas yang berlaku dalam hukum pidana. Asas yang dituangkan dalam ketentuan Pasal 1 ayat (1) KUHP mengharuskan adanya ketentuan pidana yang telah menyatakan bahwa suatu perbuatan dilarang oleh norma hukum pidana.

Dasar yuridis dalam ketentuan di UUD NRI 1945 mengenai permasalahan dalam penelitian ini dapat kita lacak pada beberapa Pasal dalam UUD NRI 1945. Pasal-pasal tersebut antara lain Pasal 1 ayat (3) yang menyatakan Indonesia sebagai negara hukum, Pasal 28 D ayat (1) yang menyebutkan pengakuan, jaminan, perlindungan serta kepastian hukum yang sama di depan hukum, dan Pasal 28 J terkait kewajiban asasi. Karena itu paling tidak ada tiga dasar yuridis dalam UUD NRI 1945 yang dapat dijadikan dasar melakukan kriminalisasi perbuatan cabul yang dilakukan oleh Pasangan sesama jenis kelamin. Berikut akan penulis uraikan satu persatu dasar yuridis yang bisa ditemukan dalam UUD NRI 1945 tersebut.

B. Dasar Teoritis Kriminalisasi Perbuatan Cabul oleh Pasangan Sesama Jenis Kelamin

Respon oleh negara atas suatu perbuatan yang dinilai jahat diartikan sebagai institusionalisasi kejahatan. Kejahatan yang telah diinstitusionalisasikan oleh negara itu bisa disebut sebagai *Mala in Prohibita*, yakni perbuatan yang tidak dengan sendirinya dipandang

¹⁸ Teguh Prasetyo, *Kriminalisasi dalam Hukum Pidana*, Nusa Media, Bandung, 2011, hlm. 25-26.

¹⁹ P.A.F. Lamintang, Theo Lamintang, *Op.cit.*

buruk, akan tetapi karena hukum mendefinisikannya sebagai pelanggaran atau kejahatan. Sementara ada pula kejahatan yang belum diinstitutionalisasi oleh negara melalui suatu instrumen hukum. Hal demikian bisa diartikan sebagai *Mala in Se* atau oleh Frank E. Hagan dalam Pengantar Kriminologi diartikannya sebagai perbuatan yang buruk dengan sendirinya, perilaku terlarang yang didasarkan kesepakatan atau konsensus luas tentang tata atau norma kelakuan bagi satu larangan.²⁰

Kejahatan dalam bentuk *Mala in Prohibita* dapat dipahami sebagai kejahatan yang oleh suatu ketentuan Perundang-undangan telah dinormakan, meskipun ada kemungkinan perbuatan itu oleh konsensus luas tentang norma kelakuan tidak dianggap sebagai kejahatan. Sebaliknya *Mala in Se* mengukur kejahatan dari bentuk konsensus luas tentang norma kelakuan meskipun tidak dinormakan dalam bentuk hukum. Dua bentuk pemahaman mengenai kejahatan ini jika dikaitkan dengan permasalahan yang dikemukakan dalam penelitian ini dapat kita cermati sebagai bentuk perbuatan yang diartikan dalam *Mala in Se*. Perbuatan cabul yang dilakukan oleh pasangan sesama jenis kelamin dalam pandangan konsensus tata norma kelakuan di Indonesia adalah perbuatan yang dianggap sebagai perbuatan tercela. Namun tentu ukuran konsensus tata norma kelakuan itu tidak bisa sepenuhnya digunakan untuk menormakan perbuatan tersebut ke dalam norma hukum. Harus digunakan berbagai pendekatan dan analisa dengan berbagai teori agar didapatkan argumentasi yang kuat untuk menyatakan bahwa perbuatan itu bisa dibuat ke dalam norma hukum pidana atau dilakukan kriminalisasi. Dasar teoritis melakukan kriminalisasi paling tidak bisa didasarkan pada teori kriminalisasi, teori hukum alam, teori hukum positivisme, dan teori HAM.

Teori kriminalisasi yang berbasis pada teori moral yang dikemukakan oleh Lord Devlin. Teori ini menyatakan bahwa kriminalisasi berpangkal tolak dari pendapat bahwa perbuatan yang harus dipandang sebagai kriminalitas adalah setiap perbuatan yang bersifat merusak atau tindak susila. Hal ini karena moralitas umum (*common Morality*) memiliki peranan esensial untuk mempertahankan masyarakat. Jika ikatan-ikatan moral yang mengikat masyarakat hilang, masyarakat akan mengalami disintegrasi.

Hal lain yang dapat menegaskan permasalahan itu ada gagasan dari Joel Feinberg mengenai kriminalisasi dalam Teori *Feinberg*. Teori ini memperjelas konsep kerugian sebagai dasar untuk mengkriminalisasi suatu perbuatan menjadi terlarang. Feinberg tidak hanya menyebutkan perbuatan seseorang merugikan orang lain sebagai satu-satunya dasar

²⁰ Frank E. Hagan, *Op.cit.*, hlm. 9.

pembenar kriminalisasi, namun Ia mengajukan dua alasan sebagai dasar kriminalisasi, yakni untuk mencegah atau mengurangi kerugian kepada orang lain dan untuk mencegah serangan-serangan serius terhadap orang lain.

Selanjutnya dalam prespektif teori paternalisme yang merupakan reaksi terhadap dari dasar kriminalisasi yang tidak dapat memberikan perlindungan kepada kelompok-kelompok masyarakat yang memiliki kelemahan fisik, pikiran, dan mental seperti anak-anak dan pengguna narkoba. Tugas pokok teori ini adalah perlindungan untuk tidak merugikan diri sendiri. Hukum pidana melegitimasi pelarangan perbuatan seseorang yang dapat merugikan dirinya sendiri. Maka dari itu pembentukan norma hukum pidana mengenai ancaman pidana terhadap perbuatan cabul yang dilakukan oleh pasangan sesama jenis kelamin merupakan upaya untuk memberikan manfaat dalam hal perlindungan untuk tidak merugikan diri sendiri. Pandangan teori hukum alam maka upaya kriminalisasi perbuatan cabul yang dilakukan oleh pasangan sesama jenis dapat dipandang sebagai upaya reorientasi nilai moral ke dalam norma hukum. Sebab pemahaman teori hukum alam tidak bisa dilepaskan dari sisi moral. Hukum tidak bisa dinilai dari satu entitas hukum saja melainkan juga harus dinilai dari entitas lainnya seperti nilai moral.

Hal demikian sejalan dengan apa yang dikemukakan oleh Henry Campbell mengenai bagaimana sistem hukum alam itu lahir yakni ia lahir dengan prinsip-prinsip yang dimaksudkan sebagai pedoman bagi sikap tindak manusia, yang bersifat independen dari peraturan hukum positif atau aturan hukum lainnya yang sedang berlaku di suatu negara, sistem hukum alam tersebut didapatkan oleh pemikiran rasional dari manusia yang tumbuh dan berkembang sesuai dengan hakikat perkembangan manusia yang benar, yaitu perkembangan mental, moral, dan hukum-hukum fisika. Hakikat perkembangan manusia yang benar tersebut tidak dapat dikalahkan atau dikesampingkan oleh ketidakjujuran, kepura-puraan, dan hal-hal yang negatif lainnya.²¹

Pandangan yang bisa menegaskan itu adalah pandangan dari William Seal Carpenter juga mengemukakan tiga pengertian terkait hukum alam: Pertama, hukum alam sebagai kaidah moral yang merupakan tata cara penafsiran benar terhadap hukum positif. Kedua, hukum alam sebagai perangkat ketentuan alami yang berkedudukan lebih tinggi dari hukum buatan manusia (*human law*). Dan ketiga, ia mengemukakan pengertian yang mengartikan

²¹ Munir Fuady, **Teori-teori Besar (Grand Theory) dalam Hukum**, Kencana, Jakarta, 2013, hlm. 17.

hukum alam sebagai sebagiannya tergantung di awang-awang, tetapi sebagiannya lagi ada ada hak-hak manusia.²²

Selain dari pandangan teori hukum guna menemukan pemahaman yang komprehensif juga perlu dicermati pandangan berbeda, yakni berdasarkan teori hukum positivisme. Sehingga permasalahan perlu tidaknya kriminalisasi perbuatan cabul yang dilakukan oleh pasangan sesama jenis kelamin lebih jelas. Karena teori ini pada hakikatnya mengenyampingkan materi muatan nilai moral.

Mengenai teori positivisme yang mengenyampingkan materi muatan nilai moral itu bisa kita cermati dari gagasan yang dikemukakan oleh Hart yang menyebutkan arti dari positivisme sebagai berikut:²³

- a. Hukum adalah perintah.
- b. Menempatkan penghargaan utama pada analisis konsep-konsep hukum, sehingga berbeda dari studi sosiologis dan historis serta berbeda pula dengan studi kritis.
- c. Menempatkan rasionalitas keputusan-keputusan melalui pembentukan pemahaman secara logis terhadap peraturan-peraturan yang telah ada, tanpa perlu memperhatikan tujuan-tujuan sosial, kebijakan dan moralitas.
- d. Mengenyampingkan sisi moral dengan dasar pertimbangan penghukuman berdasar pada ukuran moral tidak dapat ditegakkan dan dipertahankan melalui penerapan logika rasional, pembuktian atau pengujian.
- e. Memaknai hukum hanya sebagai hukum yang diundangkan, ditetapkan, positif, dan harus benar-benar dipisahkan dengan hukum yang semestinya diciptakan atau diinginkan.

Pandangan oleh Hart itu ditegaskan oleh Jhon Austin seorang ahli hukum dari Inggris yang memaknai sumber hukum dalam prespektif positivisme hanyalah kekuasaan yang tertinggi dalam suatu negara.²⁴ Artinya keberlakuan hukum tidak bisa dikaitkan dengan nilai moral atau ideal hukum melainkan tergantung pada kekuasaan tertinggi dalam suatu negara. Teori hukum positivisme ini bisa saja menutup ruang bagi kriminalisasi perbuatan cabul yang dilakukan oleh pasangan sesama jenis, namun hal ini hanya berlaku apabila pembuatan norma terkait hanya didasarkan pada nilai moral semata. Karena menurut teori hukum positivisme seperti dijelaskan di atas, dalam teori tersebut dikesampingkannya nilai moral

²² *Ibid.*

²³ Satjipto Rahardjo, **Ilmu Hukum**, Citra Aditya Bakti, Bandung, 2006, hlm. 273 – 274.

²⁴ *Ibid.*, hlm. 274.

karena ukuran moral tidak dapat ditegakkan dan sulit menemukan pertimbangan rasional yang bisa menjelaskan ukuran nilai moral. Karenannya apabila pertimbangannya tidak hanya nilai moral dan dapat dipertahankan secara rasional maka kriminalisasi terhadap perbuatan cabul yang dilakukan oleh pasangan sesama jenis kelamin dapat dilakukan.

Selain permasalahan moral dan hukum tersebut, permasalahan kriminalisasi perbuatan cabul yang dilakukan oleh pasangan sesama jenis kelamin dinilai sebagai permasalahan hak asasi manusia. Karena perbuatan cabul yang dilakukan dengan sesama jenis yang telah memiliki usia dewasa adalah pilihan yang dibangun dengan secara sadar dan tidak merugikan orang lain. Pandangan demikian tentu bisa dipahami sebagai bagian dari keinginan dipenuhinya HAM. Bentuk HAM dimaksud dalam hal itu adalah HAM yang dibangun dengan pendekatan *natural right*. Sebagaimana teori yang dikemukakan oleh Todung Mulya Lubis, terkait teori hak alami (*natural rights*) yang berpandangan bahwa HAM adalah hak yang dimiliki oleh seluruh manusia pada segala waktu dan tempat berdasarkan takdirnya sebagai manusia (*human rights are rights that belong to all times and in all places by virtue of being born as human beings*).²⁵ Atau pandangan *universal absolut* yang memaknai HAM sebagai bagian yang memiliki nilai-nilai universal, karenanya ia tidak mempertimbangkan identitas sosial budaya yang terdapat pada masing-masing bangsa.²⁶

Hal berlawanan bisa dibangun dengan pendekatan teori HAM yang lain, yakni teori positivis (*positivist theory*), yang berpandangan bahwa karena hak harus tertuang dalam hukum riil, maka pandangan sebagai hak melalui adanya jaminan konstitusi (*right, then should be created and granted by constitution, laws and contracts*). Pandangan ini secara nyata berasal dari ungkapan Bentham yang mengatakan bahwa, *rights is a child of law, from real laws com real rights, but from imaginar law, laws of nature, come imaginary rights. Natural rights is simple nonsens, natural and imprecicable rights rethorical nonsens, nonsens upon still*.²⁷ Dalam konteks permasalahan pada penelitian ini, maka jaminan untuk melakukan aktivitas seksual dengan sesama jenis itu harus dijamin oleh konstitusi, tidak bisa semata-mata menyatakan bahwa itu adalah nilai universal. Kendati ada pasal yang menginstitutionalisasikan itu, namun juga harus diperhatikan ketentuan kewajiban asasi yang bisa menggururkan hak asasi tersebut.

²⁵ Majda El Muhtaj, **Dimensi-dimensi HAM (Mengurai Hak Ekonomi, Sosial, dan Budaya)**, RajaGrafindo Persada, Jakarta, 2008, hlm. 2.

²⁶ A. Masyhur Effendi, **Perkembangan Dimensi Hak Asasi Manusia dan Proses Dinamika Penyusunan Hukum Hak Asasi Manusia**, Ghalia Indonesia, Bogor, 2005, hlm. 78 – 79.

²⁷ Majda El Muhtaj, *Op.cit.*, hlm. 2.

Pasal yang secara tegas memberikan kewajiban asasi dalam konstitusi itu bisa kita temui dalam ketentuan Pasal 28J UUD NRI 1945. Pasal ini menjadi rumusan yang menyimpangi hak asasi seseorang dengan batasan UU dengan maksud untuk memberikan jaminan penghormatan hak asasi dan kebebasan orang lain melalui pertimbangan moral, nilai-nilai agama, ketertiban dan lainnya.²⁸

Selain teori HAM positivis itu juga perlu diperhatikan teori relativis kultural (*cultural relativist theory*) yang mengemukakan bahwa menganggap hak itu bersifat universal merupakan pelanggaran satu dimensi terhadap dimensi kultural yang lain, atau disebut dengan imperialisme kultural (*cultural imperialism*). Yang ditekankan dalam teori ini adalah bahwa manusia merupakan interaksi sosial dan kultural serta perbedaan tradisi budaya dan peradaban berisikan perbedaan cara pandang kemanusiaan (*differnt ways of being human*). Oleh karenanya, penganut teori ini mengatakan, *that rights belonging to all human beings at all times in all places would be the rights of desocialized and deculturized beings*.²⁹

Hal serupa teori kultural relativis itu bisa kita temui pada pandangan HAM sebagai partikularitas relatif, pandangan ini tidak hanya memaknai masalah HAM sebagai permasalahan universal namun juga sebagai permasalahan nasional masing-masing bangsa. Dalam pandangan ini, ketentuan atau dokumen-dokumen internasional harus diselaraskan, diserasikan, dan diseimbangkan serta memperoleh dukungan budaya bangsa. Dengan demikian HAM menjelma dalam suatu bangsa dengan adaptif, karena tidak hanya menjadikan pandangan khusus pada masing masing bangsa untuk bersikap defensif melainkan juga mencoba aktif mencari formulasi terhadap karakteristik HAM yang dianutnya.³⁰

Berdasarkan teori kultural relativis dan pandangan partikularitas relatif maka perbuatan cabul yang dilakukan oleh pasangan sesama jenis tidak bisa dipandang sebagai permasalahan nilai HAM yang universal, melainkan permasalahan nilai budaya bangsa. Dalam konteks ke-Indonesiaan aktivitas homoseksual dipandang sebagai perbuatan yang tidak sejalan dengan nilai budaya atau jiwa bangsa, karena itu transplantasi nilai HAM tidak bisa dilepaskan dari nilai budaya bangsa tersebut. Ukuran nilai budaya atau jiwa bangsa itu salah satunya bisa diukur dari Pancasila maka dapat dikatakan aktivitas homoseksual termasuk didalamnya perbuatan cabul yang dilakukan oleh pasangan sesama jenis kelamin itu tidak sejalan dengan nilai-nilai pancasila sebagaimana dijelaskan sebelumnya.

²⁸ Lihat bunyi Pasal 28 J UUD NRI 1945.

²⁹ Majda El Muhtaj, *Op.cit.*, hlm. 2 – 3.

³⁰ A. Masyhur Effendi, *Op.cit.*, hlm. 79 – 80.

C. Dasar Sosiologis Kriminalisasi Perbuatan cabul oleh Pasangan Sesama Jenis Kelamin

Von Savigny mengemukakan gagasan bahwa manusia di dunia ini terdiri atas berbagai bangsa dan tiap-tiap bangsa itu mempunyai jiwa bangsa sendiri yang disebut sebagai “*volkgeist*”, jiwa bangsa ini anantara satu bangsa dengan bangsa yang lain berbeda baik didasarkan pada waktu dan tempat. Semangat atau jiwa bangsa itu terjelma dalam bahasa, adat istiadat dan organisasi sosial. Jiwa bangsa itu tidak statis selalu berubah-ubah menurut keadaan masyarakat pada zaman ke zaman.³¹

Gambaran jiwa bangsa Indonesia bisa kita cermati paling tidak selain dari adat istiadat atau yang menjelma dalam hukum adat juga ada pada Pancasila. Jiwa bangsa yang melekat pada Pancasila itu oleh pembentuk Undang-undang diakomodir dengan dinyatakannya Pancasila sebagai sumber dari semua sumber hukum negara.³² Termasuk dalam konteks kriminalisasi perbuatan cabul yang dilakukan oleh pasangan sesama jenis, harus dilihat dari nilai jiwa bangsa.

Perbuatan cabul yang dilakukan oleh pasangan sesama jenis tentu bisa dinilai sebagai suatu perbuatan yang tidak sejalan dengan jiwa bangsa. Karena perbuatan ini membuat nilai yang terkandung dalam Pancasila terkesampingkan. Utamanya nilai dalam sila pertama sebagaimana telah dijelaskan sebelumnya. Perbuatan demikian akan mengaburkan nilai yang menjadi semangat pembangunan hukum nasional.

Reaksi masyarakat ini menunjukkan apakah secara sosiologis ada ketidaksepakatan untuk menerima atau justru kesepakatan untuk menolak. Data penolakan masyarakat yang bisa digunakan adalah survei yang dirilis oleh Pew Research Center yang mengemukakan data bahwa Indonesia sangat menolak homoseksualitas berdasarkan hasil survei yang menunjukkan sekitar 93 persen mengatakan bahwa gay tidak seharusnya diterima.³³ Hasil survei itu dapat dicermati sebagai bentuk reaksi penolakan masyarakat terhadap bentuk homoseksualitas termasuk perbuatan cabul yang dilakukan oleh pasangan sesama jenis.

Guna memberikan legitimasi secara hukum terhadap proses penanganan aktivitas homoseksual, utamanya perbuatan cabul yang dilakukan oleh pasangan sesama jenis agar tidak melahirkan konflik yang berujung pada kekerasan di masyarakat adalah dengan

³¹ Abdul Manan, *Op.cit.*

³² Lihat Pasal 2 UU Nomor 11 Tahun 2012 tentang **Pembentukan Peraturan Perundang-undangan.**

³³ **Indonesia Termasuk Paling Tidak Toleran Terhadap Homoseksualitas**, Voice of America Indonesia, <http://www.voaindonesia.com/content/indonesia-termasuk-paling-tidak-toleran-terhadap-homoseksualitas/1675468.html>, diakses 29 Maret 2015 pukul 19.15 WIB.

menggunakan sarana hukum pidana. Pembuatan norma atau formulasi norma baru dalam hukum pidana yang mengatur mengenai larangan perbuatan cabul yang dilakukan oleh pasangan sesama jenis kelamin dapat dipahami sebagai upaya rasional yang bisa dilakukan guna menghindari konflik di masyarakat yang bisa berujung pada kekerasan.

Selain itu jiwa bangsa dalam konteks ke-Indonesiaan juga dapat dicermati dari hukum adat. Hukum adat yang didasari oleh semangat adat atau kebiasaan masyarakat yang kemudian dilengkapi dengan sanksi.³⁴ Salah satu corak hukum adat adalah *religio magis* atau perilaku hukum atau kaidah-kaidah hukumnya berkaitan dengan kepercayaan terhadap yang ghaib dan untuk berdasarkan ajaran ke-Tuhanan Yang Maha Esa.³⁵ Corak hukum adat yang demikianlah yang menjadi semangat masyarakat Indonesia dalam berperilaku hukum. Karenanya wajar dalam konteks sosiologis jika terjadi penolakan dari masyarakat terhadap aktivitas homoseksual termasuk perbuatan cabul yang dilakukan oleh pasangan sesama jenis.

D. Formulasi Hukum Pidana Indonesia terhadap Perbuatan Cabul oleh Pasangan Sesama Jenis Kelamin dalam Pembaharuan Hukum Pidana

Kriminalisasi perbuatan cabul yang dilakukan oleh pasangan sesama jenis merupakan satu bentuk upaya rasional dalam merespon adanya kekosongan norma hukum pidana guna menciptakan keseimbangan hukum. Upaya rasional itu bisa dilihat sebagai salah satu bentuk politik hukum. Sebagaimana Bellefroid yang menjelaskan bahwa politik hukum adalah bagian dari bentuk kegiatan menyelidiki perubahan - perubahan apakah yang harus dilakukan terhadap hukum yang sekarang, supaya dapat memenuhi syarat-syarat baru dari politik hukum dari hidup kemasyarakatan. Melanjutkan perkembangan tertib hukum, karena dia menjadikan *ius constituendum* yang diperkembangkan dari stelsel-stelsel hukum yang lama, menjadi *ius constitutum* atau hukum untuk masa yang akan datang (hukum yang dicita-citakan).³⁶

Mempertimbangkan *ius constituendum* untuk menjadi *ius constitutum* harus didasari oleh berbagai argumentasi-argumentasi yang kuat. Karena tujuan dari pada pembentukan norma hukum yang baru adalah untuk membentuk suatu hukum ideal yang dicita-citakan. Dalam konteks kriminalisasi perbuatan cabul yang dilakukan oleh pasangan sesama jenis kelamin, argumentasi yang dibangun oleh penulis telah dikemukakan dalam sub bab

³⁴ Sebagaimana dikemukakan oleh Cristian Snouk Hurgronje yang mengemukakan bahwa hukum adat adalah adat yang mengandung sanksi, sementara adat yang tidak mengandung sanksi adalah suatu kebiasaan normatif, yakni kebiasaan yang berwujud sebagai tingkah laku yang berwujud dimasyarakat. Pada kenyataannya antara hukum adat dengan kebiasaan tidak jelas batasnya. Lihat di Tolib Setiady, **Intisari Hukum Adat Indonesia**, Alfabeta, Bandung, 2009, hlm. 8.

³⁵ Tolib Setiady, **Intisari Hukum Adat Indonesia**, Alfabeta, Bandung, 2009, hlm. 32.

³⁶ Abdul Latif dan Hasbi Ali, **Politik Hukum**, Sinar Grafika, Jakarta, 2011, hlm. 10.

sebelumnya dengan tiga dasar utama, yakni dasar yuridis, dasar teoritis, dan dasar sosiologis. Setelah semua dasar itu bisa membentuk satu argumentasi yang kuat perlu dilihat bagaimana kebijakan hukum pidana Indonesia, khususnya dalam hal kebijakan formulasi. Guna menganalisis dan menjelaskan masalah ini, untuk dapat menemukan gambaran kebijakan formulasi tersebut penting dilakukan analisa dengan mencermati teori kebijakan hukum pidana.

Perbuatan cabul yang dilakukan oleh pasangan sesama jenis kelamin (yang subjek hukumnya sama-sama dewasa) tidak diatur dalam ketentuan hukum pidana kita. Ketentuan hukum pidana kita hanya memformulasikan ancaman pidana bagi pelaku perbuatan cabul dengan jenis kelamin yang sama, yang mana korbannya adalah anak atau ada unsur kebelumdewasaan. Hal demikian bisa kita lacak dalam Pasal 292 KUHP. Upaya untuk mengisi kekosongan hukum itu secara umum bisa dimaknai sebagai kebijakan hukum pidana atau dapat disebut istilah yang lain kebijakan kriminal.

Kebijakan kriminal tersebut bisa dilakukan dengan sarana kebijakan penal maupun kebijakan non penal. G. Peter Hoefnagels yang mengemukakan penanggulangan penerapan hukum pidana (*criminal law application*), diterapkannya hukum pidana dalam menanggulangi kejahatan itulah dapat dilihat adanya sisi represif.³⁷ Bentuk yang dikemukakan oleh G. Peter Hoefnagels tersebut adalah bentuk penanggulangan kejahatan melalui sarana kebijakan penal. Lebih jauh dia juga mengemukakan dalam hal penanggulangan kejahatan pencegahan tindak pidana (*prevention without punishment*) dan membangun paradigma atau pandangan masyarakat mengenai kejahatan.³⁸ Karena itu idealnya kebijakan tersebut juga diiringi dengan kebijakan non penal, sebab titik berat kebijakan menggunakan sarana non penal adalah upaya pencegahan yang berda di luar sisi represif.

Upaya melakukan kriminalisasi terhadap perbuatan cabul yang dilakukan oleh pasangan sesama jenis kelamin melalui sarana kebijakan penal paling tidak harus memperhatikan dua hal, yakni perbuatan cabul sesama jenis seperti apa yang harus dijadikan sebagai tindak pidana dan formulasi sanksi pidana apa yang tepat diancamkan kepada pelaku. Bahasan terkait dua masalah ini akan di bahas dalam sub bab bahasan selanjutnya. Namun demikian, yang perlu dicermati terlebih dahulu adalah bagaimana bentuk kebijakan formulasi yang saat ini ada, hal ini bisa dilakukan dengan mencermati Rancangan KUHP.

³⁷ Prija Djatmika, **Mediasi Penal untuk Perkara Penghinaan oleh Pers**, Selaras, Malang, 2014, hlm. 92 – 93.

³⁸ *Ibid.*

Delik dalam Bab Rancangan KUHP yang mengatur perbuatan cabul dengan sesama jenis kelamin adalah Pasal 492 yang menyebutkan “*setiap orang yang melakukan perbuatan cabul dengan orang lain yang sama jenis kelaminnya yang diketahui atau patut diduga belum berumur 18 (delapan belas) tahun, dipidana dengan pidana penjara paling singkat 1 (satu) tahun dan paling lama 7 (tujuh) tahun*”. Delik ini masuk dalam Bab XVI tentang kesusilaan, bagian kelima tentang perkosaan dan perbuatan cabul tepatnya di paragraf dua tentang percabulan.

Rumusan pasal tersebut sejatinya tidak jauh berbeda dengan Pasal 292 KUHP, hanya saja dalam Rancangan KUHP ditegaskan usia korban perbuatan cabul itu belum 18 tahun. Rumusan yang demikian membuat unsur objektifnya pada dasarnya adalah kebelumdewasaan dan ukuran kebelumdewasaan itu adalah 18 tahun. Pasal ini bisa kita maknai sebagai bentuk perlindungan hukum yang mencoba melindungi anak. Sehingga kita belum menemukan adanya kebijakan hukum pidana saat ini yang mencoba untuk secara keseluruhan mempertegas subjek hukum yang bisa diancam pidana setiap orang yang sudah sama-sama dewasa.

Kebijakan formulasi menggunakan sarana penal selain secara nasional (dalam rancangan KUHP) juga dapat dicermati dari skala lokal (dalam peraturan daerah). Paling tidak kita dapat menemukan lima perda yang memformulasikan ancaman pidana bagi aktivitas homoseksual di Indonesia, yakni Peraturan Daerah yang di keluarkan oleh Provinsi Sumatera Selatan, Kota Palembang, Kabupaten Banjar, Kota Tasik Malaya, dan Padang Panjang.

Selain kebijakan formulasi dengan menggunakan sarana penal juga diperlukan kebijakan yang memformulasikan sarana non penal, hal ini guna menciptakan kebijakan yang integral. Sebagaimana dikemukakan oleh Barda Nawawi Arief, bahwa kebijakan integral dalam penanggulangan kejahatan itu dapat dilihat dari berbagai pendekatan, salah satunya adalah keterpaduan antara upaya penanggulangan kejahatan “penal” dan “non penal”.³⁹ Apabila kita melihat kebijakan formulasi dengan menggunakan kebijakan penal yang ada saat ini (dalam Rancangan KUHP) belum menemukan kebijakan formulasi yang dapat menjawab permasalahan yang telah dikemukakan dalam penelitian ini maka kebijakan non penal pun pada dasarnya juga belum ada memformulasikan penanggulangan bentuk perbuatan cabul oleh pasangan sesama jenis kelamin (yang subjek hukumnya sama-sama dewasa).

³⁹ Barda Nawawi Arief, **Bunga Rampai Kebijakan Hukum Pidana**, Kencana, Jakarta, 2011, hlm. 4.

Namun demikian, apabila kebijakan hukum pidana melalui sarana non penal itu dipahami sebagai upaya yang dilakukan oleh lembaga yang tidak berwenang dalam tata struktur lembaga hukum pidana, pembangunan paradigma yang memandang perbuatan sesama jenis kelamin sebagai satu kejahatan bisa kita lihat dari fatwa yang dikeluarkan oleh Majelis Ulama Indonesia (MUI) yang menyerukan hukuman bagi kaum homoseksual (hukuman cambuk sampai hukuman mati).⁴⁰

Fatwa tersebut hanya membangun paradigma dalam entitas terbatas, yakni umat Islam. Terlebih dalam struktur pembentuk kebijakan formulasi hukum pidana MUI bukanlah bagian dari struktur tersebut. Karenannya upaya formulasi dengan menggunakan sarana non penal melalui hal tersebut memiliki posisi yang tidak terlalu kuat. Dengan demikian, secara nasional tidak ada kebijakan formulasi dalam upaya pembaharuan hukum pidana, yang secara tegas memberikan pengaturan terhadap perbuatan cabul yang dilakukan oleh pasangan sesama jenis kelamin, baik melalui kebijakan penal maupun kebijakan non penal. Kebijakan formulasi melalui hukum pidana atau sarana penal itu hanya bisa kita lihat dari tingkat lokal, yakni dengan adanya perda yang memformulasikan penagaturan terkait aktivitas homoseksual.

Guna memberikan gambaran perbandingan pengaturan hal terkait, perlu diuraikan bagaimana konsep pengaturan mengenai perbuatan cabul yang dilakukan oleh pasangan sesama jenis ke lamin di salah satu negara lain. Khusus terkait ketentuan pidana atau delik dalam KUHP Singapura mengenai perbuatan cabul yang dilakukan oleh sesama lelaki. itu secara keseluruhan dirumuskan *“Any male person who, in public or private, commits, or abets the commission of, or procures or attempts to procure the commission by any male person of, any act of gross indecency with another male person, shall be punished with imprisonment for a term which may extend to 2 years”*.

Berdasarkan rumusan delik tersebut maka dapat dipahami bahwa konsep ketentuan yang dibuat oleh pembentuk Undang-undang Singapura secara tegas memberikan larangan bagi aktivitas perbuatan cabul yang dilakukan oleh pasangan sesama jenis kelamin, baik di tempat umum maupun bukan di tempat umum.

⁴⁰ Pada 3 Maret 2015 MUI mengeluarkan fatwa yang menyerukan berbagai hukuman bagi kaum homoseksual, baik hukuman cambuk maupun hukuman mati. Melalui Hassanudin A.F. selaku Ketua Komisi Fatwa MUI menyampaikan bahwa fatwa itu dikeluarkan karena penyimpangan seksual meningkat, bahkan telah menyusup ke sekolah-sekolah. Lihat di <http://www.tempo.co/read/news/2015/03/17/078650564/MUI-Keluarkan-Fatwa-Hukum-Mati-Kaum-Homoseksual>, diakses 19 Maret 2015 pukul 10.00 WIB.

E. Konsep Pengaturan Perbuatan Cabul oleh Pasangan Sesama Jenis Kelamin

Kriminalisasi perbuatan cabul yang dilakukan oleh pasangan sesama jenis setelah dapat dibangun argumentasi secara yuridis, teoritis, dan sosiologis maka bisa dibangun konsep pengaturan terhadap norma hukum pidana yang akan mengkriminalisasi perbuatan tersebut. Paling tidak konsep pengaturan itu harus memperhatikan jiwa atau semangat bangsa, konsep pengaturan di negara lain sebagai perbandingan yang dapat memperkaya khazanah bentuk pengaturuan ideal, mencermati subjek hukum yang akan di atur, dan mencermati perbuatan yang akan diatur dan dijadikan sebagai tindak pidana.

Hazerwinkel-Suringa, memberikan pengertian terhadap tindak pidana secara umum, yakni sebagai suatu perilaku manusia yang ada suatu saat tertentu telah ditolak di dalam suatu pergaulan masyarakat tertentu dan perilaku tersebut harus ditiadakan oleh hukum pidana dengan menggunakan sarana-sarana yang bersifat memaksa yang terdapat di dalamnya. Atau VOS memandang *strafbaar feit* atau tindak pidana sebagai suatu kelakuan manusia yang diancam pidana oleh peraturan undang-undang, jadi suatu kelakuan yang pada umumnya dilarang dengan ancaman pidana.⁴¹ Karena itu untuk dapat membentuk perbuatan cabul yang dilakukan oleh pasangan sesama jenis kelamin selain perilaku tersebut telah ditolak di dalam suatu pergaulan masyarakat juga harus ditiadakan dengan hukum pidana melalui sarana - sarana yang sifatnya memaksa atau diancam pidana oleh peraturan perundang - undangan.

Membentuk konsep perbuatan cabul yang dilakukan oleh pasangan sesama jenis kelamin, sebagaimana disebutkan di atas harus memperhatikan, pertama jiwa atau semangat bangsa. Nilai di balik norma yang akan di atur harus mencerminkan nilai Pancasila dan corak hukum adat.

Kedua, terkait subjek yang akan diatur dalam konsep formulasi pengaturan ancaman pidana bagi perbuatan cabul yang dilakukan oleh pasangan sesama jenis. Subjek yang diatur dalam formulasi konsep kriminalisasi perbuatan cabul yang dilakukan oleh pasangan sesama jenis kelamin ini adalah laki-laki dewasa dengan sesama laki-laki dewasa serta perempuan dewasa dengan perempuan dewasa. Hal ini guna menutupi kekosongan norma yang ada dalam rumusan pasal 292 KUHP sebagaimana dikemukakan dalam penelitian tesis ini.

Hal ketiga dan keempat yang perlu dicermati adalah terkait bentuk perbuatan yang akan dikonsepsikan dan sanksi yang akan dikonsepsikan. Hal ini sebagaimana dikemukakan oleh Prija Djatmika, bahwa dalam hal penanggulangan kejahatan melalui sarana kebijakan penal (termasuk dalam kebijakan formulasi konsepnya) ada dua hal yang perlu diperhatikan yakni

⁴¹Bambang Poernomo, **Asas-asas Hukum Pidana**, Ghalia Indonesia, Jakarta, 1978, hlm. 85.

perbuatan apa yang seharusnya dijadikan tindak pidana dan sanksi apa yang sebaiknya dikenakan kepada pelaku tindak pidana.⁴²

Simpulan

Berdasarkan hasil dalam pembahasan yang telah diuraikan penulis, maka kesimpulan yang dapat dikemukakan guna menjawab rumusan masalah yang dikemukakan dalam penelitian ini adalah:

1. Perbuatan cabul yang dilakukan oleh pasangan sesama jenis kelamin perlu dijadikan sebagai tindak pidana (delik) di Indonesia dapat didasarkan pada tiga hal medasar, yakni dasar yuridis, teoritis, dan sosiologis. *Pertama*: dasar yuridis, bisa didasarkan pada UU Nomor 11 tahun 2012 yang memberikan landasan bagi pembentukan peraturan Perundang-undangan, termasuk di dalamnya pembentukan norma hukum pidana, selanjutnya sila pertama dalam Pancasila yang diamanatkan oleh pembentuk Undang-undang sebagai sumber dari segala sumber hukum negara, kemudian beberapa pasal dalam UUD NRI 1945 yang menjadi dasar dalam pembentukan satu norma hukum tersebut dan terakhir Pasal 1 ayat (1) KUHP yang mengatur mengenai asas legalitas. *Kedua*: dasar teoritis, bisa didasarkan bahwa kriminalisasi perbuatan cabul terhadap perbuatan cabul yang dilakukan oleh pasangan sesama jenis kelamin telah memenuhi kriteria umum kriminalisasi yang didukung oleh bentuk teori kriminalisasi; teori moral, teori *feinberg*, dan teori paternalisme. Selain itu juga didukung oleh teori hukum alam yang menegaskan pembentukan suatu hukum tidak bisa dipisahkan dari nilai moral, bahkan dalam pandangan teori hukum positivisme kriminalisasi terhadap perbuatan sesama jenis kelamin bisa diterima dengan dasar-dasar rasional yang mengacu pada dasar yuridis. Kemudian dalam pandangan teori HAM permasalahan kriminalisasi perbuatan cabul yang dilakukan oleh pasangan sesama jenis kelamin bisa diterima dengan mendasarkan pada teori HAM positivistis, teori HAM relativis kultural, ditambah pandangan HAM partikularitas relatif. Selanjutnya terkait *ketiga*: dasar sosiologis, bahwa perbuatan cabul yang dilakukan oleh pasangan sesama jenis tentu bisa dinilai sebagai suatu perbuatan yang tidak sejalan dengan jiwa bangsa, reaksi masyarakat yang melakukan penolakan terhadap aktivitas homoseksual, yang bisa didasarkan pada survei terkait hal tersebut, corak masyarakat hukum adat yang tergambar dalam corak hukum adat yang *religio magis* menutup bagi masuknya aktivitas homoseksual.

⁴² Prija Djatmika, *Op.cit.* hlm. 93.

2. Konsep kebijakan formulasi hukum pidana dalam mengkriminalisasi perbuatan cabul yang dilakukan oleh pasangan sesama jenis kelamin di Indonesia dapat dibuat dengan memperhatikan beberapa hal. Memperhatikan kebijakan hukum pidana yang ada saat ini, memperhatikan perbandingan pengaturan, Sehingga ditawarkan konsep sebagai berikut:
- a. “Dipidana karena perbuatan cabul, dengan pidana paling lama lima tahun:
 - (1) Laki –laki yang berada dalam ikatan perkawinan melakukan perbuatan cabul dengan sesama jenis kelamin laki-laki.
 - (2) Laki-laki yang berada dalam ikatan perkawinan melakukan perbuatan cabul dengan sesama jenis kelamin laki-laki, yang laki-laki itu berada dalam ikatan perkawinan atau patut diduga berada dalam ikatan perkawinan
 - (3) Perempuan yang berada dalam ikatan perkawinan melakukan perbuatan cabul dengan sesama jenis kelamin perempuan.
 - (4) Perempuan yang berada dalam ikatan perkawinan melakukan perbuatan cabul dengan sesama jenis kelamin perempuan, yang perempuan itu berada dalam ikatan perkawinan atau patut diduga berada dalam ikatan perkawinan.
 - b. Laki-laki yang tidak berada dalam ikatan perkawinan melakukan perbuatan cabul dengan sesama jenis kelamin laki-laki, yang laki –laki itu tidak berada dalam ikatan perkawinan, baik dengan persetujuan laki-laki itu maupun tidak dengan persetujuan laki-laki itu dapat diancam pidana dengan pidana penjara selama dua tahun penjara dan atau denda paling banyak 50 juta rupiah.

Perempuan yang tidak berada dalam ikatan perkawinan melakukan perbuatan cabul dengan sesama jenis kelamin Perempuan, yang Perempuan itu tidak berada dalam ikatan perkawinan, baik dengan persetujuan perempuan itu maupun tidak dengan persetujuan perempuan itu dapat diancam pidana dengan pidana penjara selama dua tahun penjara dan atau denda paling banyak dan atau 50 juta rupiah.

DAFTAR PUSTAKA

Buku

A. Masyhur Effendi, 2005, **Perkembangan Dimensi Hak Asasi Manusia dan Proses Dinamika Penyusunan Hukum Hak Asasi Manusia**, Ghalia Indonesia, Bogor.

Abdul Manan, 2005, **Aspek-aspek Pengubah Hukum**, Prenada Media, Jakarta.

Achmad Ali, 2009, **Menguak Teori Hukum (Legal Theory) dan Teori Peradilan (Judicialprudence)**, Kencana Prenada Media Grup, Jakarta.

Barda Nawawi Arief, 2010, **Kebijakan Legislatif dalam Penanggulangan Kejahatan dengan Pidana Penjara**, Genta Publishing, Yogyakarta.

Frank E. Hagan, 2013 **Pengantar Kriminologi (Teori, Metode, dan Prilaku Kriminal Edisi Ketujuh)**, Kencana, Jakarta.

I Gede, 2005, **Hukum Adat Indonesia (Perkembangan dari Masa ke Masa)**, Citra Aditya Bakti, Bandung.

Majda El Muhtaj, 2008, **Dimensi-dimensi HAM (Mengurai Hak Ekonomi, Sosial, dan Budaya)**, RajaGrafindo Persada, Jakarta.

Munir Fuady, 2013, **Teori-teori Besar (Grand Theory) dalam Hukum**, Kencana, Jakarta.

Purnadi Purbacaraka, A. Ridwan Halim, 1997, **Filsafat Hukum Pidana dalam Tanya Jawab**, Rajawali Press, Jakarta.

P.A.F. Lamintang, Theo Lamintang, 2011, **Delik-delik Khusus Kejahatan Melanggar Norma Kesusilaan dan Norma Kepatutan**, Sinar Grafika, Jakarta.

Satjipto Rahardjo, 2006, **Ilmu Hukum**, Citra Aditya Bakti, Bandung.

Teguh Prasetyo, 2011, **Kriminalisasi dalam Hukum Pidana**, Nusa Media, Bandung.

Tolib Setiady, 2009, **Intisari Hukum Adat Indonesia**, Alfabeta, Bandung.

Yesmil Anwar, Adang, 2013, **Kriminologi**, Refika Aditama, Bandung.

Peraturan Perundang-undangan

Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia 1945.

Kitab Undang-undang Hukum Pidana.

Undang-undang Nomor 11 Tahun 2012 tentang **Pembentukan Peraturan Perundang - undangan**.