

# BAB I

## PENDAHULUAN

### 1.1 Latar Belakang Masalah

Indonesia adalah negara yang didirikan didasarkan oleh Pancasila sebagai ideologi bangsa dan negara yang pada hakikatnya bukan hanya merupakan suatu hasil pemikiran seseorang atau kelompok karena Pancasila berasal dari nilai-nilai adat istiadat, nilai-nilai kebudayaan, serta nilai religius yang terdapat tumbuh dan hidup dalam masyarakat Indonesia, sebelum membentuk negara, perkataan unsur-unsur yang merupakan materi Pancasila tidak lain diangkat dari pandangan hidup masyarakat Indonesia sendiri, sehingga bangsa ini merupakan kausa materialis Pancasila.<sup>1</sup>

Pancasila sebagai tolok ukur, bahwa perbuatan pencabulan sesama jenis kelamin apakah telah bertolak belakang dengan nilai-nilai moral, adat istiadat dan agama yang ada di Indonesia, pencabulan sesama jenis kelamin saat ini lebih dari sekadar sebuah identitas, tetapi juga merupakan *campaign substance and cover* atas pelanggaran *Same Sex Attraction (SSA)*.<sup>2</sup>

Dengan berdasarkan Pancasila, Indonesia adalah negara ketuhanan secara jelas tidak sependapat dengan adanya perilaku pencabulan sesama jenis kelamin atau LGBT (lesbian, gay, biseksual dan transgender) di Indonesia, yang sesuai ketentuan yang diatur dalam Pasal 29 UUD 1945 berbunyi, “Negara menjamin agar setiap warga negara untuk melaksanakan ajaran agamanya.” Dikarenakan masih belum adanya hukum yang mengatur tentang perilaku menyimpang pencabulan sesama jenis menimbulkan perdebatan di dalam kalangan masyarakat, apakah Indonesia melegalkan pencabulan sesama jenis kelamin. Selain itu, didasarkan pada Pasal 1 Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan, berbunyi “Perkawinan ialah ikatan lahir batin 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>1</sup> M. Sudrajat Bassar, *Tindak-Tindak Pidana Tertentu di Dalam KUHP*, (Bandung: Remaja Rosdakarya, 2012), hlm. 170.

<sup>2</sup> Sudikno Mertokusumo, *Mengenal Hukum Suatu Pengantar*, (Yogyakarta: Liberty, 2012), hlm. 4.

Pada dasarnya, Indonesia hanya mengakui pernikahan yang dilakukan menurut hukum agama sebagai dasar pembentukan keluarga dan tidak mengakui perkawinan sesama jenis kelamin.

Hal tersebut mengindikasikan bahwa LGBT merupakan suatu bentuk perbuatan yang bertentangan dengan ketentuan Tuhan dan seharusnya keberadaannya dilarang di Indonesia. Akan tetapi, hal ini sangat kontras jika ditinjau dari perspektif Undang-Undang Dasar 1945 khususnya pada pasal-pasal tentang Hak Asasi Manusia (HAM). Pada pasal 28 A disebutkan, “setiap orang berhak untuk hidup serta berhak mempertahankan hidup dan kehidupannya”, dan pasal 28 D ayat (1) disebutkan, “Setiap orang berhak atas pengakuan, jaminan, perlindungan, dan kepastian hukum yang adil serta perlakuan yang sama dihadapan hukum.”

Menurut Undang-Undang Nomor 39 Tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia pada Pasal 70 ayat (1) disebutkan, “dalam menjalankan hak dan kebebasannya, setiap orang wajib tunduk kepada pembatasan yang ditetapkan Undang-Undang dengan maksud untuk menjamin pengakuan serta penghormatan atas hak dan kebebasan orang lain dan untuk memenuhi tuntutan yang adil sesuai dengan pertimbangan moral, keamanan, dan ketertiban umum dalam suatu masyarakat yang demokratis”, pada pasal 73 ayat (1) disebutkan, “hak dan kebebasan yang diatur dalam Undang-Undang ini hanya dapat dibatasi oleh dan berdasarkan undang-undang, semata-mata untuk menjamin pengakuan dan penghormatan terhadap hak asasi manusia serta kebebasan dasar orang lain, kesusilaan, ketertiban umum dan kepentingan bangsa.” Dari ketentuan tersebut dapat diartikan bahwa pembatasan terhadap hak asasi manusia seseorang harus ditetapkan berdasarkan undang-undang.

Jika ditinjau dari Undang-Undang Nomor 44 Tahun 2008 tentang Pornografi, perilaku LGBT dapat dikategorikan pada pasal 1 ayat (1) disebutkan, “Pornografi adalah gambar, sketsa, ilustrasi, foto, tulisan, suara, bunyi, gambar bergerak, animasi, kartun, percakapan, gerak tubuh, atau bentuk pesan lainnya melalui berbagai bentuk media komunikasi dan/atau pertunjukkan di muka umum, yang memuat kecabulan atau eksploitasi seksual yang melanggar norma kesusilaan dalam masyarakat”, sedangkan pada pasal 1 ayat 3 disebutkan, “setiap orang adalah orang perseorangan atau korporasi baik yang berbadan hukum maupun

tidak berbadan hukum.” Undang-Undang ini mengatur setiap orang yang melakukan pornografi, dan bukan mengatur keberadaan LGBT sehingga pemberlakuan undang-undang ini ketika subjek dari LGBT melakukan hal-hal yang dinilai mengandung pornografi.

Apabila terjadi perilaku seks menyimpang dalam perilaku hubungan seks sejenis dengan korbannya adalah anak telah diatur dalam ketentuan Undang-Undang Nomor 35 Tahun 2014 tentang Perlindungan Anak pada pasal 76 huruf D dan E dengan ancaman pidana diatur pada pasal 81.

Pasal 76D “Setiap Orang dilarang melakukan Kekerasan atau ancaman Kekerasan memaksa Anak melakukan persetubuhan dengannya atau dengan orang lain.”

Pasal 76E “Setiap Orang dilarang melakukan Kekerasan atau ancaman Kekerasan, memaksa, melakukan tipu muslihat, melakukan serangkaian kebohongan, atau membujuk Anak untuk melakukan atau membiarkan dilakukan perbuatan cabul.”

Pasal 81

- (1) Setiap orang yang melanggar ketentuan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 76D dipidana dengan pidana penjara paling singkat 5 (lima) tahun dan paling lama 15 (lima belas) tahun dan denda paling banyak Rp. 5.000.000.000,00 (lima miliar rupiah).
- (2) Ketentuan pidana sebagaimana dimaksud pada ayat (1) berlaku pula bagi Setiap Orang yang dengan sengaja melakukan tipu muslihat, serangkaian kebohongan, atau membujuk Anak melakukan persetubuhan dengannya atau dengan orang lain.

Ketentuan pidana yang diatur dalam Undang-Undang Perlindungan Anak tersebut tidak memandang apakah pelaku itu adalah seorang gay, lesbi dan lain-lain, karena unsur pokok dari ketentuan undang-undang tersebut adalah korban yaitu anak-anak.

LGBT berbicara tentang keadilan pada dirinya, tetapi tidak mengindahkan norma dan nilai maka hal itu sama saja mengambil hak-hak orang lain, sudah sepatutnya negara mengambil langkah secara tegas dan preventif untuk merapihkan atau bahkan mengkriminalisasi kaum LGBT karena tidak lagi sesuai dengan *grand norm* dan telah bertentangan dengan Pancasila yang penuh dengan filosofi bangsa Indonesia yang sejatinya harus dipelihara betapapun pesatnya

perkembangan zaman.<sup>3</sup> Masyarakat dihadapkan dalam permasalahan sosial perilaku yang dianggap menyimpang dan dilarang, pada saat ini dianggap normal bahkan sebagai gaya hidup oleh segelintir orang. Apabila hal ini dibiarkan dapat menyebabkan ketidakpercayaan masyarakat kepada hukum.

Kelompok LGBT kini mulai tidak sungkan menampakkan diri. Terlebih, sejak disahkannya pernikahan sesama jenis di Amerika Serikat pada pertengahan 2015. Isu ini kembali merebak setelah aplikasi LGBT marak di media sosial sebagai bentuk dukungan terhadap para pelaku. Walaupun dalam hal ini banyak yang tidak setuju, seperti himbuan Menteri Riset dan Teknologi, Muhammad Natsir, melalui akun Twitter pribadi, menyatakan bahwa “komunitas yang tidak mempunyai manfaat sebaiknya dihentikan dan atau ditiadakan saja. Lebih baik melakukan kegiatan yang mempunyai orientasi jelas dan berkualitas”.

Sejauh ini hukum nasional Indonesia tidak mengkriminalisasikan homoseksualitas. Hal ini berbeda dengan hukum sodomi di negara Malaysia, produk hukum warisan kolonial Inggris yang mengkriminalisasikan tindakan homoseksual, atau lebih spesifik tindakan anal seks. Hukum pidana nasional tidak melarang hubungan seksual pribadi dan hubungan homoseksual non-komersial antara orang dewasa yang saling bersetuju.<sup>4</sup>

Kriminalisasi terhadap hubungan seks sesama jenis juga diterapkan di Brunei Darussalam yang telah memperkenalkan Undang-Undang pada fase pertama tahun 2014 membuat hubungan seksual sesama lelaki dijatuhi hukuman mati dengan dirajam, sementara bagi wanita yang didakwa melakukan hubungan seksual dengan wanita lain, hukuman maksimum adalah 40 pukulan batang tebu atau maksimum 10 tahun penjara. Penerapan undang-undang yang baru di Brunei Darussalam menurut Erywan Yusof, Menteri kedua Urusan Kuar Negeri Brunei sebagai dikutip *Antarnews.com* pada 12 April 2019 menyatakan bahwa berupa hukuman mati bagi pelaku LGBT dirancang sebagai tindakan ‘pencegahan dibandingkan dengan pelaksanaan hukuman’.<sup>5</sup>

---

<sup>3</sup> Frank G. Goble, *Mahzab Ketiga Psikologi Humanistik Abraham Maslow*, (Yogyakarta: Kanisius, 2009), hlm. 76.

<sup>4</sup> Siti Sahar, *Rekonstruksi Pidanaan Bagi Pelaku LGBT*, Jurnal Hukum Samudra Keadilan, Volume II Nomor 1, Januari-Juli 2016, hlm. 108.

<sup>5</sup> Brunei sebut Hukuman Mati bagi Pelaku LGBT lebih pada Pencegahan, *Antara News.Com* 12 April 2019 diakses melalui <https://www.antarnews.com/berita/827882/brunei-sebut-hukuman-mati-bagi-pelaku-lgbt-lebih-pada-pencegahan> tanggal 16 Mei 2020.

Dilihat dari penerapan undang-undang di kedua negara tersebut dibandingkan dengan di Indonesia dengan mencermati pada Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP) dikatakan oleh Sahar tidak menganggap perbuatan homoseksual sebagai suatu tindakan kriminal, selama tidak melanggar hukum-hukum lain yang lebih spesifik, antara lain hukum yang mengatur mengenai perlindungan anak, kesusilaan, pornografi, pelacuran, dan kejahatan pemerkosaan. Perbuatan homoseksual tidak dianggap sebagai tindakan kriminal selama hanya dilakukan oleh orang dewasa (tidak melibatkan anak-anak atau remaja di bawah umur), secara pribadi (rahasia/ tertutup, tidak dilakukan di tempat terbuka/umum, bukan pornografi yang direkam dan disebarluaskan), non-komersial (bukan pelacuran), dan atas dasar suka sama suka (bukan pemaksaan atau pemerkosaan). Sebuah RUU nasional untuk mengkriminalisasi homoseksualitas, beserta dengan hidup bersama di luar ikatan pernikahan (kumpul kebo), perzinahan dan praktik sihir, gagal disahkan pada tahun 2003 dan tidak ada undang-undang berikutnya yang diajukan kembali.<sup>6</sup>

Kontroversi pro dan kontra terhadap perbuatan seks sesama jenis yaitu pada tahun 2016 diajukan *Judicial Review* oleh 12 orang Pemohon di Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia dengan mengajukan 3 pasal dalam KUHP yaitu Pasal 284 ayat (1), (2), (3), (4), (5) tentang perzinahan; Pasal 285 tentang perkosaan; dan Pasal 292 tentang perbuatan cabul dengan orang yang belum dewasa sesama jenis untuk diperluas tafsirnya sehingga dapat memidanakan para pelaku hubungan seks sesama jenis yang dilakukan tidak hanya terhadap orang yang belum dewasa saja namun terhadap orang yang telah dewasa.

Negara seharusnya membuat payung hukum terkait dengan perilaku pencabulan sesama jenis kelamin, pasca putusan Mahkamah Konstitusi dalam perkara Nomor: 46/PUU-XIV/2016 yang menolak permohonan uji materi Pasal 284, Pasal 285, dan Pasal 292 Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP), banyak pihak yang menyayangkan kebijakan Mahkamah Konstitusi tersebut, dan saat ini upaya untuk membuat payung hukum tersebut adalah ke Dewan Perwakilan Rakyat (DPR) melalui cara melegitimasi perilaku pencabulan sesama jenis kelamin sebagai perbuatan kriminal di dalam RUU KUHP yang diharapkan

---

<sup>6</sup> Siti Sahar, *Op.Cit*, hlm. 108.

dapat melegitimasi segala norma kepatutan dan nilai kesusilaan yang ada dan tumbuh di Indonesia.

Terkait dengan putusan Mahkamah Konstitusi tersebut maka seharusnya tindakan LGBT sepatutnya dikualifikasikan sebagai suatu delik (tindak pidana) karena dapat merusak moral bangsa Indonesia. Tindak LGBT penting diatur dalam pidana sehingga pemerintah diharapkan dapat mengubah klausul pada Pasal 292 KUHP yang terkait dengan perbuatan cabul sesama jenis kelamin kedalam Undang-Undang.

Merespon kegaduhan netizen Indonesia kemudian Mahfud MD, selaku mantan Ketua MK sebagaimana dikutip pada Tribunnews.com tanggal 18 Desember 2017 memberikan penjelasan mengenai maksud putusan MK tersebut melalui salah satu media sosialnya, dinyatakan bahwa MK hanya menolak memberi perluasan tafsir atas yang ada di KUHP bukan membolehkan atau melarang, dan MK memang tidak boleh membuat norma. Menurutnya, larangan perbuatan zina dan LGBT tersebut bisa dilarang dalam undang-undang yang saat ini sudah ada di Rancangan Undang-Undang (RUU) KUHP.<sup>7</sup> Menurut Mahfud MD, sebagaimana dikutip dari viva.co.id pada tanggal 20 Desember 2017 mengatakan bahwa praktik-praktik homoseksual harus dilarang untuk dilegalkan di Indonesia karena bertentangan dengan konstitusi di Indonesia.<sup>8</sup>

Apabila mencermati pada RUU KUHP maka tindak pidana pencabulan sesama jenis kelamin akan ada perluasan norma yaitu jika dilakukan dengan paksaan, dilakukan dengan mempublikasikan kesusilaan di muka umum dan melanggar pornografi. Walaupun sudah ada perluasan norma akan tetapi perumusan di dalam RUU KUHP pada tahap perumusannya terutama Pasal 495 dalam Rapat Panitia Kerja (Panja) di tahun 2018 yang dipimpin oleh Benny Kabur Harman selaku Ketua Panja yang memimpin rapat tim perumus dan sinkronisasi RUKHP antara pemerintah dan DPR di ruang Komisi III terdapat perdebatan hingga penundaan draft RUU KUHP tersebut dikarenakan mengatur soal perbuatan cabul terhadap sesama jenis terkait dengan persoalan LGBT.

Pasal 495 dalam draft RUU KUHP, berbunyi:

---

<sup>7</sup> <http://wow.tribunnews.com/2017/12/18/netizen-persoalkan-keputusan-mk-tentang-lgbt-mahfud-md-beri-tanggapan-keras> diakses pada tanggal 14 November 2019.

<sup>8</sup> <https://www.viva.co.id/berita/nasional/989249-mahfud-md-lgbt-dan-zina-harus-dilarang> diakses pada tanggal 14 November 2019.

- (1) Setiap orang yang melakukan perbuatan cabul dengan orang yang sama jenis kelamin:
  - a) Di depan umum, dipidana dengan pidana penjara paling lama 1 tahun 6 bulan atau pidana denda paling banyak kategori II.
  - b) Secara paksa, dengan kekerasan atau ancaman kekerasan, dipidana penjara paling lama 9 bulan atau pidana denda paling banyak kategori III.
  - c) Yang dipublikasikan sebagai muatan pornografi, dipidana dengan pidana penjara paling lama 9 bulan atau pidana denda paling banyak kategori III.
- (2) Setiap orang yang melakukan perbuatan cabul dengan orang yang sama jenis kelamin, yang diketahui atau patut diduga belum berumur 18 tahun, dipidana dengan pidana penjara paling lama 12 tahun atau pidana denda paling banyak kategori IV.
- (3) Dalam perbuatan sebagaimana dimaksud ayat (2) dilakukan dengan kekerasan atau ancaman kekerasan dipidana dengan pidana penjara paling lama 15 tahun atau pidana denda paling banyak kategori V.

Dalam hal ini, menurut Marc Ancel dikutip dari Barda Nawawi Arief yang berpandangan bahwa “*Penal Policy*” memungkinkan peraturan hukum positif dirumuskan secara lebih baik dan untuk memberi pedoman tidak hanya kepada pembuat undang-undang, tetapi juga kepada pengadilan yang menerapkan undang-undang serta kepada para penyelenggara atau pelaksana putusan pengadilan.<sup>9</sup>

Indonesia sebagai negara hukum seharusnya sudah menimbang segala perilaku bermasyarakat, bernegara dan berbangsa untuk diimplementasikan ke dalam hukum. Artinya, antar warga negara dapat saja berbeda pendapat dalam suatu hal, namun hal tersebut harus dikembalikan pada kajian hukum untuk mendapatkan ‘status yuridis’-nya, apakah dapat dibenarkan ataukah tidak? Taat pada norma hukum positif sebagai norma hukum yang sedang berlaku adalah suatu konsesi patriotisme yang paling utama sebagai sendi-sendi perilaku konstitusionalis dalam bernegara, sebab dari hal tersebut dapat disemai keadilan, ketertiban umum, dan kepastian hukum.<sup>10</sup>

Kajian hukum pada kenyataannya tidak hanya tentang norma hukum positif tetapi juga sejarah hukum dan politik hukum yang berada dalam pembangunan hukum, penegakan hukum dan pengawasan hukum dikarenakan adanya fakta

---

<sup>9</sup> Barda Nawawi Arief, *Bunga Rampai Kebijakan Hukum Pidana*, (Bandung: PT Citra Aditya Bakti, 2015), hlm. 21-29.

<sup>10</sup> Lilik Mulyadi, *Bunga Rampai Hukum Pidana Perspektif Teoritis dan Praktis*, (Bandung: Alumni, 2010), hlm. 69.

kekosongan hukum, interpretasi hukum, norma hukum yang kabur, saling tumpang tindih atau bahkan saling bertentangan sehingga selalu ada ruang bagi gagasan atau perilaku apapun, baik yang tidak masuk akal sekalipun, untuk terus eksis di kancah kajian atau pendapat hukum. Hal ini menjadi suatu *logical plot* yang dikenal dengan istilah *democratic and constitutional welfare state* sebagai suatu muatan glosarium ketatanegaraan Indonesia.<sup>11</sup>

Salah satu contoh dari berbagai fenomena homoseks yang dilakukan di Indonesia dalam sebuah pesta “*The Wild One*” tidak tanggung-tanggung sebanyak 141 orang beserta barang bukti berupa alat kontrasepsi diamankan oleh Kepolisian Negara Republik Indonesia Sektor Jakarta Utara pada tanggal 21 Mei 2017.<sup>12</sup> Pada pesta ini, diduga menggelar homoseks atau hubungan seks sesama jenis secara masal. Karena tidak adanya undang-undang yang mengatur larangan perbuatan homoseks dilakukan oleh orang dewasa terhadap orang dewasa lainnya sesama jenis di Indonesia, mengakibatkan para pelaku homoseks ini tidak dapat dihukum atas perbuatan hubungan seks sesama jenisnya. Padahal perbuatan seks sesama jenis ini dinilai sebagian besar masyarakat Indonesia merupakan perbuatan yang dilarang untuk dilakukan, karena sangat bertentangan dengan berbagai nilai yang hidup dalam masyarakat, baik nilai agama, moral, budaya serta nilai kodrat manusia sendiri.

Upaya pembentukan peraturan perundang-undangan oleh DPR dan pemerintah untuk mengatur suatu perbuatan yang sebelumnya bukan suatu perbuatan pidana yang kemudian menjadi suatu perbuatan yang dilarang dan diancam pidana dapat disebut sebagai kriminalisasi. Kriminalisasi merupakan bagian dari kebijakan hukum pidana.<sup>13</sup> Di dalam melaksanakan kebijakan kriminalisasi, ditemukan dua pokok pemikiran sebagai penentuan masalahnya yaitu perbuatan apa yang seharusnya dijadikan tindak pidana dan sanksi apa yang sebaiknya dikenakan kepada si pelanggar.<sup>14</sup>

---

<sup>11</sup> Lilik Mulyadi, *Ibid*, hlm. 69-70.

<sup>12</sup> <http://news.liputan6.com/read/2960849/akhir-pesta-gay-berbalut-the-wild-one> diakses tanggal 13 November 2019.

<sup>13</sup> Barda Nawawi Arief, *Bunga Rampai Kebijakan Hukum Pidana*, (Bandung: PT Citra Aditya Bakti, 2008), hlm. 2-3.

<sup>14</sup> Barda Nawawi Arief, *Kebijakan Legislatif dalam Penanggulangan Kejahatan dengan Pidana Penjara*, (Semarang: Genta Publishing, 2010), hlm. 35.



Pemidanaan terhadap perilaku seksual sudah diatur dalam KUHP dengan memberi batas yang tegas bahwa perilaku seksual dapat dipidana jika dilakukan di wilayah publik sehingga terdapat adanya pelanggaran asusila. Hal ini akan menyebabkan sulit untuk membuktikan pidana dalam perbuatan LGBT. Pembuktian terhadap tindakan ini harus terlebih dahulu melanggar ruang privasi seseorang. Apabila tidak berhati-hati, kriminalisasi perbuatan LGBT dapat berpotensi menjadi tindakan persekusi organisasi masyarakat atau kesewenang-wenangan aparat penegak hukum.<sup>15</sup>

Jika mencermati dari hukum adat yang diterapkan di Provinsi Daerah Istimewa Aceh berdasarkan Qanun Aceh Nomor 6 Tahun 2014 tentang Hukum Jinayat yang memuat aturan qanun secara lebih spesifik pada jenis jinayat berikut dengan sanksi yang memberatkan. Qanun Jinayat (pidana) mengatur tentang perbuatan yang dilarang syariat Islam dan tentang hukuman yang dijatuhkan hakim untuk pelaku. Perbuatan homoseksual (*liwath*) dan lesbian (*musahaqah*) yang dijatuhi hukuman kepada pelaku berupa hukuman cambuk atau denda berupa emas atau penjara. Banyaknya cambuk atau denda tergantung dari tingkat kesalahan. Paling ringan sepuluh kali atau denda 100 gram emas atau penjara 10 bulan dan paling berat adalah cambuk sebanyak 150 kali atau denda 1.500 gram emas atau penjara 150 bulan.<sup>16</sup>

Pemberlakuan hukum jinayat menurut Qanun Nomor 6 Tahun 2014 yang terjadi di Aceh memberikan dinamika pada dua hal, yaitu kekhawatiran tidak adanya kepastian hukum dalam penerapannya, dikarenakan adanya unsur pertentangan antara substansi qanun dengan KUHP dan KUHAP, sementara di satu sisi, Pemerintah Aceh berkeyakinan bahwa dengan adanya qanun tersebut dapat memberikan perlindungan hukum bagi masyarakat golongan lemah. Pemberlakuan qanun jinayat juga turut memberikan dampak yuridis pada dinamika politik hukum Indonesia, terutama dalam menangani perbuatan yang

---

<sup>15</sup> *Pembuktian Pidana LGBT Sulit, Pasti Didahului Pelanggaran Privasi* diakses melalui <https://tirto.id/pembuktian-pidana-lgbt-sulit-pasti-didahului-pelanggaran-privasi-cCdV> tanggal 14 November 2019.

<sup>16</sup> Majalah Tempo, "Qanun Jinayat Kini Berlaku, Hukuman Cambuk Lebih Berat", <http://nasional.tempo.co/read/news/2015/10/23/078712269/qanun-jinayat-kini-berlaku-hukuman-cambuk-lebih-berat> diakses tanggal 16 Mei 2020.

melanggar syariat Islam, seperti homoseksual (*liwath*) dan lesbian (*musahaqah*) sebagai fakta dinamisasi yuridis di Aceh, Indonesia.<sup>17</sup>

Berdasarkan latar belakang masalah tersebut maka dalam penelitian tesis ini, peneliti tertarik untuk meneliti tentang “**Kriminalisasi Perilaku Menyimpang Hubungan Seks Sesama Jenis Dalam Perspektif Pembaharuan Hukum Pidana**”.

## 1.2 Rumusan Masalah

Atas dasar permasalahan yang telah diuraikan dalam latar belakang masalah maka pokok permasalahan dalam tesis ini dapat dirumuskan dalam bentuk pertanyaan penelitian, sebagai berikut.

- 1) Bagaimana kriminalisasi perilaku menyimpang hubungan seks sesama jenis ditinjau dari perspektif pembaharuan hukum pidana di Indonesia?
- 2) Bagaimana kebijakan kriminalisasi terhadap penyimpangan perilaku seksual yang sesuai dengan situasi dan kondisi masyarakat di Indonesia?

## 1.3 Tujuan Penelitian

Tujuan dari penelitian tesis ini didasarkan pada perumusan masalah yang dapat diuraikan sebagai berikut.

- 1) Untuk mengetahui dan menjelaskan tentang kriminalisasi perilaku menyimpang hubungan seks sesama jenis ditinjau dari perspektif pembaharuan hukum pidana di Indonesia.
- 2) Untuk mengetahui dan menjelaskan tentang kebijakan kriminalisasi terhadap penyimpangan perilaku seksual yang sesuai dengan situasi dan kondisi masyarakat di Indonesia.

## 1.4 Kegunaan Penelitian

Adapun kegunaan penelitian tesis ini memiliki dua manfaat yaitu manfaat secara teoritis dan manfaat secara praktis.

- 1) Manfaat secara teoritis diharapkan dari penelitian tesis ini dapat menambah ilmu pengetahuan di bidang ilmu hukum khususnya mengenai kriminalisasi

---

<sup>17</sup> Zaki Ulya, Dinamika Penerapan Hukum Jinayat sebagai Wujud Rekonstruksi Syariat Islam di Aceh, *Jurnal Rechtsvinding*, Volume 5 Nomor 1, April 2016, hlm. 138.

perilaku menyimpang hubungan seks sesama jenis ditinjau dari perspektif pembaharuan hukum pidana di Indonesia.

- 2) Manfaat secara praktis diharapkan dari penelitian tesis ini dapat memberikan kontribusi pemikiran dan saran bagi pemerintah dan legislatif terkait dengan kekosongan hukum pidana yang mengatur kebijakan kriminalisasi penyimpangan perilaku seksual yang sesuai dengan kondisi dan masyarakat di Indonesia. Penelitian tesis ini juga diharapkan dapat menjadi sumber referensi bagi peneliti selanjutnya yang ingin meneliti terkait dengan hukum pidana hubungan seks sesama jenis di Indonesia.

## 1.5 Kerangka Teoritis

### 1.5.1 Teori Hukum Pidana

Teori hukum pidana atau *criminal law theory* adalah, “*the enterprise of subjecting criminal doctrine and its procedures to critical scrutiny. It seeks to tell the story of criminal law in a way which offers more than a merely descriptive account of the rules and procedures governing criminal liability*”<sup>18</sup>, diartikan sebagai usaha untuk menundukkan doktrin kriminal dan prosedurnya pada pemeriksaan kritis. Hal ini dimaksudkan berusaha untuk menyampaikan tentang hukum pidana secara deskriptif dari aturan dan prosedur yang mengatur pertanggungjawaban pidana.

Kriminalisasi menurut Persak adalah “*defining certain human conduct (acts or omissions) as criminal offences and usually assigning to them a certain range of criminal law sanctions*” diartikan untuk menentukan suatu tindakan sebagai tindak pidana dan memberlakukan ancaman sanksi pidana atas tindak pidana tersebut.

Berdasarkan Pasal 1 ayat 1 KUHP dikenal sebagai asas legalitas, suatu tindakan dapat dikualifikasikan sebagai tindak pidana manakala negara telah melakukan kriminalisasi terhadap tindakan tersebut melalui undang-undang (legislasi), sebagaimana dijelaskan lebih lanjut oleh Moeljatno, mengenai dilarang dan diancamnya suatu perbuatan, yaitu mengenai perbuatan

---

<sup>18</sup> William Wilson, *Central Issues in Criminal Theory*, (London: hart Publishing, 2002), hlm. 1.

pidananya sendiri, mengenai *criminal act*, juga ada dasar yang pokok, yaitu azas legalitas (*principle of legality*), azas yang menentukan bahwa tidak ada perbuatan yang dilarang dan diancam dengan pidana jika tidak ditentukan terlebih dahulu dalam perundang-undangan. Biasanya ini dikenal dalam Bahasa Latin sebagai *Nullum delictum nulla poena sine praevia lege poenali* (tidak ada delik, tidak ada pidana tanpa peraturan terlebih dahulu).<sup>19</sup>

Lebih lanjut, Moeljatno mengatakan tiga pengertian asas legalitas, yaitu: (1) tidak ada perbuatan yang dilarang dan diancam dengan pidana kalau hal itu terlebih dahulu belum dinyatakan dalam suatu undang-undang; (2) untuk menentukan adanya perbuatan pidana tidak boleh digunakan analogi (*kias*); dan (3) aturan-aturan hukum pidana tidak berlaku surut.<sup>20</sup>

Asas legalitas sebagaimana dirumuskan di dalam pasal 1 ayat (1) KUHP, menurut Lamintang memiliki beberapa kesalahan, yaitu kesalahan pertama terdapat pada fokus dari pasal 1 ayat (1) KUHP sendiri yang mengatur tentang *strafbaarfeit* (perbuatan yang dapat dihukum) pemahamannya selalu terarah pada “perbuatan yang dapat dihukum”, seharusnya “orang yang telah melakukan perbuatan tersebut atau pelakunya” yang menjadi fokusnya. Kesalahan kedua mengenai penerjemahan istilah *wettelijke strafbepaling* yang terlalu sering diterjemahkan dengan “peraturan pidana di dalam undang-undang” adalah kurang tepat. Istilah *bepaling* seharusnya diterjemahkan dengan “ketentuan” sedangkan istilah “*wettelijke*” lebih menunjuk pada *dijvoegelijk naamwoord* (suatu kata keterangan keadaan) sehingga terjemahan yang tepat adalah “ketentuan pidana menurut undang-undang”. Apabila rumusan terjemahan “ketentuan pidana menurut undang-undang” ini dipergunakan maka semakin luas pemahaman asas legalitas yang tidak lagi hanya bertumpu pada undang-undang. Dalam konteks tersebut, Lamintang mengutip dari penafsiran pasal 1 ayat (1) KUHP yang dikatakan oleh Profesor Van Hattum dengan penjelasannya sebagai berikut.<sup>21</sup>

*“Intussen mag het begrip 'wettelijk' in dit artikel niet, evenmin als de term 'strafwet' in het opschrift van de eerste titel van het eerste boek,*

---

<sup>19</sup> Moeljatno, *Asas-Asas Hukum Pidana*, (Jakarta: Rineka Cipta, 2003), hlm. 1.

<sup>20</sup> Moeljatno, *Ibid*, hlm. 1.

<sup>21</sup> P.A.F. Lamintang, *Dasar-Dasar Untuk Mempelajari Hukum Pidana yang Berlaku di Indonesia*, (Bandung: Citra Aditya Bakti, 1997), hlm. 36-37.

*eng worden opgevat. Onder strafwet heeft men te verstaan, niet het wetboek alleen, doch het geheel van Nederlandse strafrechtelijke voorschriften, algemene of bijzondere, zoals die in de gecodificeerde en niet gecodificeerde wetgeving worden getroffen. En wet is hier dan niet op te vatten in de formele, doch in de materiele zin.”*

(Dalam pada itu pengertian “*wettelijke*” dalam pasal ini tidak boleh diartikan secara sempit, demikian perkataan “Undang-undang pidana” seperti yang dapat kita jumpai di bagian atas dari bab pertama Buku ke-I KUHP. Yang di maksud dengan Undang-undang Pidana itu bukan hanya kitab undang-undang saja, melainkan juga keseluruhan peraturan-peraturan hukum pidana Belanda, baik yang bersifat umum ataupun yang bersifat khusus, baik yang di jumpai di dalam perundang-undangan yang telah di bukukan ataupun yang dijumpai di dalam perundang-undangan yang tidak di bukukan. Dengan demikian, maka perkataan undang- undang itu janganlah di artikan sebagai undang-undang dalam arti formal melainkan ia harus di artikan sebagai undang-undang dalam arti material).

Indonesia sebagai negara hukum yang menganut asas legalitas sebagaimana dituangkan dalam Pasal 1 ayat (1) KUHP dengan tiga makna asas legalitas tersebut mengakibatkan adanya dua implikasi, yaitu larangan menggunakan analogi dan keharusan menggunakan undang-undang pidana yang berlaku pada saat perbuatan dilakukan. Artinya, dilarang memberlakukan undang-undang pidana secara retroaktif. Menurut E. Utrecht dikutip dari Djinang mengatakan bahwa asas legalitas tidak dapat dianut di Indonesia dengan alasan banyaknya perbuatan yang sepatutnya dipidana (*strafwaardig*) tidak dipidana karena adanya asas tersebut.<sup>22</sup> Kondisi tersebut dapat sejalan dengan munculnya perilaku menyimpang hubungan seks sesama jenis sebagai perbuatan yang sepatutnya dipidana (*strafwaardig*) tidak dipidana karena adanya asas tersebut.

Kriminalisasi menurut Persak harus dibatasi secara ekstra ketat karena dampaknya yang bersifat negatif terhadap kebebasan manusia, seperti penyataannya di bawah ini.<sup>23</sup>

*The enactment of the criminal legislation is from the individual's standpoint one of the most intrusive and repressive*

---

<sup>22</sup> Mohammad Saleh Djinang, *Pengantar dalam Hukum Indonesia*, (Jakarta: PT. Ichtiar Baru, 1989), hlm. 42.

<sup>23</sup> Dennis J. Baker, *The Right Not to be Criminalized: Demarcating Criminal Law's Authority* (New York: Ashgate Publishing, 2011), hlm. 1.

*acts of state power, for it not only restricts his freedom of action but also punishes infringements (often with deprivation of the individual's liberty) ... As the criminal law is the most intrusive of the institutions of formal social control, with lasting and sweeping implications for the individual, it should be, therefore, kept to the minimum.*

Berlakunya undang-undang pidana dari sudut pandang individu adalah salah satu tindakan kekuasaan negara yang paling mengganggu dan represif, karena tidak hanya membatasi kebebasan bertindak tetapi juga menghukum pelanggaran (seringkali dengan perampasan kebebasan individu)... Hukum pidana adalah yang paling mengganggu dari lembaga-lembaga kontrol sosial formal, dengan implikasi yang langgeng dan luas bagi individu, oleh karena itu, harus dijaga seminimal mungkin.

Secara teoretis, pembatasan terhadap kekuasaan pembentuk undang-undang dalam melakukan kriminalisasi dapat ditujukan pada dua aspek. Pembatasan pertama adalah pembatasan yang ditujukan terhadap kekuasaan legislasinya *per se*. Pembatasan kedua adalah pembatasan yang ditujukan terhadap substansi kriminalisasinya sendiri. Dengan demikian, pembatasan pertama cenderung bersifat *generalis*. Sementara pembatasan kedua bersifat *specialis*.

Douglas Husak menjelaskan terkait *overcriminalization* untuk menggambarkan kondisi terlalu banyaknya ancaman pidana yang dibuat oleh negara terhadap warganya (*the massive increase in State punishment* atau *too much punishment*) yang menghasilkan teori kriminalisasi, yaitu “*a normative framework to distinguish those criminal laws that are justified from those that are not*” diartikan sebagai kerangka noormatif untuk membedakan hukum pidana yang dibenarkan dari yang tidak dibenarkan.<sup>24</sup>

Sudut pandang dari teori Husak adalah kriminalisasi dan hukum pidana merupakan *ultimum remedium*. Karena itu ada batas-batas bagi dapat tidaknya suatu tindakan dikriminalisasi, sehingga pada akhirnya apakah tindakan itu memang dapat atau layak menjadi objek dari hukum pidana ataukah tidak. Husak mengemukakan ada dua batasan utama dalam kriminalisasi, yaitu: “*internal constraints on criminalization*” artinya batas-

---

<sup>24</sup> Douglas Husak, *Overcriminalization: The Limits of the Criminal Law*, (Oxford University Press, 2008), hlm. 3.

batas kriminalisasi dari dalam hukum pidana sendiri) dan “*external constraints on criminalization*”, artinya batas-batas kriminalisasi dari luar hukum pidana).

Dennis J. Baker menjelaskan bahwa untuk memperoleh kriteria objektif dan dapat digeneralisasi tidaklah mudah, khususnya dikaitkan dengan tujuan yang hendak dicapai dalam rangka melakukan kriminalisasi yang dijelaskan sebagai berikut.

*“constraints such as the harm and culpability constraints are only objective to the extent that there is deep conventional agreement about what constitutes a punishable harm, but once we get into territory where there is disagreement about what ends are intersubjectively sharable by all agents communally situated, a principled case for criminalization is difficult to identify.”*<sup>25</sup>

“kendala seperti kendala kerugian dan kesalahan hanya objektif sejauh ada kesepakatan konvensional yang mendalam tentang apa yang merupakan kerugian yang dapat dihukum, tetapi begitu kita masuk ke wilayah dimana ada ketidaksepakatan tentang apa tujuan yang secara intersubjektif dapat dibagikan oleh semua agen yang berada secara komunal, setiap kasus berprinsip untuk kriminalisasi sulit diidentifikasi.”

### 1.5.2 Teori Hukum Positivisme

Pemikiran positivism hukum memandang perlu memisahkan secara tegas antara hukum dengan moral dimana hukum tiada lain merupakan perintah penguasa. Penguasa yang dimaksud adalah penguasa yang berdaulat atau berwenang untuk mengeluarkan hukum, sebagaimana dinyatakan oleh W. Friedman yang memberikan gambaran, sistem hukum positif dalam pandangan positivism hukum dihasilkan dari pembentuk hukum yang ditentukan secara tegas sebagian yang berdaulat. Semua hukum positif atau tiap hukum yang disebut sederhana dan tepat dibentuk oleh yang berkuasa atau badan yang berwenang untuk anggota atau anggota-anggota masyarakat politik yang bebas dalam mana orang atau badan itu berwenang atau yang tertinggi.<sup>26</sup>

Positivisme hukum menurut Mark Tebbit dikatakan, “*positivism is rooted in the empiricist interpretation of the scientific revolution*” diartikan

<sup>25</sup> Dennis J. Baker, *Op.Cit*, hlm. 209.

<sup>26</sup> W. Friedman, *Law in Change Society*, (Jakarta: CV Rajawali, 2009), hlm. 150.

bahwa positivism hukum berakar dari perubahan filsafat hukum atau revolusi keilmuan.<sup>27</sup> Arti dari positivism hukum dalam pandangan HLA Hart adalah sebagai berikut.

- 1) Hukum adalah perintah;
- 2) Analisis terhadap konsep-konsep hukum adalah usaha yang berharga untuk dilakukan. Analisis yang demikian ini berbeda dari studi sosiologis dan historis serta berlain pula suatu penilaian kritis;
- 3) Keputusan-keputusan dapat dideduksi secara logis dari peraturan-peraturan yang sudah ada lebih dahulu tanpa menunjuk kepada tujuan-tujuan sosial, kebijakan serta moralitas;
- 4) Penghukuman (*judgement*) secara moral tidak dapat ditegakkan dan dipertahankan oleh penalaran rasional, pembuktian atau pengujian;
- 5) Hukum sebagaimana diundangkan, ditetapkan, *positum*, harus senantiasa dipisahkan dari hukum yang seharusnya diciptakan, yang diinginkan.<sup>28</sup>

Hukum positif atau hukum yang sebenarnya yang masih ada dalam pemikiran John Austin mempunyai empat unsur, yaitu perintah, sanksi, kewajiban dan kedaulatan. Kedaulatan diartikan, kalau seseorang yang berkuasa, yang tidak biasa tunduk pada seseorang yang berkuasa yang sama, dipatuhi oleh sebagian besar dari masyarakat tertentu, yang menetapkan bahwa yang berkuasa adalah yang berdaulat pada masyarakat itu dan masyarakat (termasuk yang berkuasa) merupakan masyarakat politik yang bebas. Kedaulatan sebagai unsur jelas memasyaratkan adanya unsur pra hukum, yang tidak dapat disimpulkan, tetapi harus dianggap atau dibuktikan sebagai fakta yang nyata, kebiasaan taatnya sebagian besar masyarakat tertentu.<sup>29</sup>

Teori hukum yang dikembangkan oleh Hans Kelsen meliputi dua aspek penting, yaitu aspek statis (*nomostatics*) yang melihat perbuatan yang

---

<sup>27</sup> Mark Tebbit, *Philosophy of Law: An Introduction* (London and New York: Routledge, 2000), hlm. 16.

<sup>28</sup> Soetjipto Rahardjo, *Pengantar Ilmu Hukum*, (Bandung: Penerbit Alumni, 2000), hlm. 267.

<sup>29</sup> Dardji Darmodihardjo dan Shidarta, *Pokok-Pokok Filsafat Hukum*, (Jakarta: Gramedia, 1995), hlm. 114.



diatur oleh hukum dan aspek dinamis (*nomodinamics*) yang melihat hukum yang mengatur perbuatan tertentu. Hukum dalam pandangan Hans Kelsen adalah tata aturan (*order*) sebagai suatu sistem aturan-aturan (*rules*) tentang perilaku manusia. Dengan demikian, hukum tidak menunjuk pada suatu aturan tunggal (*rule*), tetapi seperangkat aturan yang memiliki suatu kesatuan sehingga dapat dipahami sebagai suatu sistem.<sup>30</sup>

Mochtar Kusumaatmadja memberikan definisi hukum sebagai keseluruhan asas dan kaidah yang mengatur manusia dalam masyarakat, termasuk lembaga dan proses dalam mewujudkan berlakunya kaidah itu dalam kenyataan masyarakat. Kata asas dan kaidah menggambarkan hukum sebagai gejala normatif, sedangkan kata lembaga dan proses menggambarkan hukum sebagai gejala sosial. Hukum sebagai kaidah sosial tidak lepas dari nilai (*values*) yang berlaku di suatu masyarakat. Bahkan dapat dikatakan bahwa hukum itu merupakan pencerminan dari nilai-nilai yang berlaku dalam masyarakat.<sup>31</sup>

Di dalam pengembangan hukum nasional. Mochtar Kusumaatmadja berpendapat hendaknya dalam menerapkan bidang hukum mana yang sebaiknya dikembangkan dapat dipertimbangkan bidang hukum yang tidak mengandung kompilasi-kompilasi kultural, keamanan dan sosiologis.<sup>32</sup> Pandangan tersebut mengandung arti bahwa:<sup>33</sup>

- 1) Pengembangan hukum nasional adalah proses pengisian kekosongan hukum dalam kebutuhan hukum yang ada atau proses mengubah hukum guna mendukung program pembangunan atau pembaruan masyarakat. Pengembangan hukum nasional dilakukan dengan cara melalui pembentukan peraturan perundang-undangan oleh pihak yang berwenang (perintah penguasa yang berdaulat/positivism hukum).

---

<sup>30</sup> Jimly Asshidiqie dan Ali Syafaat, *Teori Hans Kelsen tentang Hukum*, (Jakarta: Kontan Press, 2006), hlm. 8.

<sup>31</sup> Mochtar Kusumaatmadja, *Konsep-Konsep Hukum dalam Pembangunan Nasional*, (Bandung: Penerbit Alumni, 2002), hlm. 10.

<sup>32</sup> Mochtar Kusumaatmadja, *Ibid*, hlm. 33.

<sup>33</sup> Andi Wahyu Wibisana, *Teori Mochtar Kusumaatmadja tentang Hukum Sarana Pembangunan Masyarakat sebagai Teori Jalan Tengah antara Aliran Mazhab Positivisme dengan Mazhab Sejarah*, (Jurnal Hukum Themis, Volume 9 Nomor 1, Februari 2017), hlm. 968.

- 2) Proses pengembangan hukum nasional jangan menimbulkan kompilasi-kompilasi kultural, keamanan dan sosiologis, artinya pembentukan peraturan perundang-undangan yang tidak menimbulkan benturan dengan hukum yang berkembang dalam masyarakat. Selain itu, pembentukan peraturan perundang-undangan tidak boleh meninggalkan asas-asas hukum yang berkembang dalam masyarakat dan telah menjadi bagian dalam kehidupan masyarakat (sejarah hukum masyarakat/mazhab sejarah).

Istilah “kaidah” dalam bingkai teori hukum positivism dijelaskan oleh Mochtar Kusumaatmadja dengan menempatkan hukum sebagai kaidah sosial tidak diartikan bahwa pergaulatan antar manusia dalam masyarakat hanya diatur oleh hukum. Selain hukum, kehidupan manusia dalam masyarakat selain dipedomani moral manusia itu sendiri, diatur pula oleh agama, oleh kaidah-kaidah susila, kesopanan, adat kebiasaan dan kaidah sosial lainnya. Antara hukum dan kaidah-kaidah sosial lainnya ini terdapat jalinan hubungan yang erat yang satu memperkuat yang lainnya.

Lebih lanjut Mochtar Kusumaatmadja berpendapat bahwa hukum berbeda dari kaidah-kaidah sosial lainnya, yakni bahwa penataan ketentuan-ketentuannya dapat dipaksakan dengan suatu cara yang teratur. Artinya, pemaksaan guna menjamin penataan ketentuan-ketentuan hukum itu sendiri tunduk pada aturan-aturan tertentu, baik mengenai bentuk, cara, maupun alat pelaksanaannya. Hal ini tampak dengan jelas dalam suatu negara pemaksaan itu biasanya berada di tangan negara dengan alat-alat perlengkapannya.<sup>34</sup>

Hukum adalah perintah dari kekuasaan yang sah seperti terlihat di Indonesia, undang-undang merupakan cara pengaturan hukum yang utama, pembaruan masyarakat dengan jalan hukum berarti pembaruan hukum, terutama perundang-undangan yang menekankan aspek nilai pada setiap peraturan hukum. Undang-undang tidak boleh keluar dari nilai yang

---

<sup>34</sup> Mochtar Kusumaatmadja, *Op.Cit*, hlm. 4-5.

berkembang dalam masyarakat dan menekankan pada kepastian hukum pada aspek nilai yang berkembang pada hukum, seperti keadilan.<sup>35</sup>

Solusi dari setiap permasalahan hukum terletak pada bagaimana proses penegakan hukum dilaksanakan. Penegakan hukum adalah proses dilakukannya upaya untuk tegaknya atau berfungsinya norma-norma hukum secara nyata sebagai pedoman perilaku dalam lalu lintas atau hubungan-hubungan hukum dalam kehidupan bermasyarakat dan bernegara.<sup>36</sup>

Menurut Satjipto Raharjo, penegakan hukum pada hakikatnya merupakan penegakan ide-ide atau konsep-konsep tentang keadilan, kebenaran, kemanfaatan sosial dan sebagainya. Jadi penegakan hukum merupakan usaha untuk mewujudkan ide dan konsep-konsep tadi menjadi kenyataan.<sup>37</sup>

Penegakan hukum menurut Mulyana W. Kusumah adalah proses dilakukannya upaya untuk tegaknya atau berfungsinya norma-norma hukum secara nyata sebagai pedoman perilaku dalam kehidupan bermasyarakat atau bernegara. Penegakan hukum (*law enforcement*) berperan penting dan sangat dibutuhkan di dalam masyarakat, utamanya dalam era reformasi yang berlangsung saat ini manakala peran dan fungsi penegakan hukum adalah upaya untuk menciptakan keadilan, dan bagaimana hukum itu diterapkan sebagaimana mestinya. Oleh karena itu, penegakan hukum secara hakiki harus dilandasi tiga hal pokok, yaitu:<sup>38</sup>

- (1) Landasan ajaran atau faham agama,
- (2) Landasan ajaran kultur (adat istiadat), landasan kebiasaan atau traktat, dan
- (3) Landasan aturan hukum positif yang jelas dalam penerapannya.

Penegakan hukum tentu akan berlandaskan pada acuan sistem hukum. Penegakan hukum ini sebagai komponen struktur yang mewujudkan tatanan sistem hukum. Tidak akan bisa diterapkan penegakan hukum tersebut jika hanya Peraturan Perundang-Undangan tanpa didukung oleh aparaturnya yang bersih yang berintegritas tinggi dan profesional sehingga penegakan

---

<sup>35</sup> *Ibid*, hlm. 89.

<sup>36</sup> Jimly Asshiddiqie, *Penegakan Hukum*, dikutip dari <http://www.jimly.com.penegakan-hukum.pdf> diakses tanggal 14 November 2019.

<sup>37</sup> Satjipto Raharjo, *Op.Cit*, hlm. 33-34

<sup>38</sup> Mulyana W. Kusumah, *Tegaknya Supremasi Hukum*, (Bandung: PT Rosdakarya, 2011), hlm.13.

hukum akan berfungsi dan diterapkan sebagaimana mestinya dengan baik jika aturan perundang-undangan yang ada diimbangi oleh aparaturnya yang profesional yang berlandaskan pada kode etik dan integritasnya.<sup>39</sup>

Menurut Jimly Asshiddiqie, penegakan hukum adalah proses dilakukannya upaya untuk tegaknya atau berfungsinya norma-norma hukum secara nyata sebagai pedoman perilaku dalam lalu lintas atau hubungan-hubungan hukum dalam kehidupan bermasyarakat dan bernegara. Penegakan hukum yang kurang efektif dan cenderung tidak mampu secara tuntas menangani kejahatan baik secara kualitas maupun kuantitas telah menimbulkan fenomena baru yang masyarakatnya sendiri menanamkan peradilan masa atau main hakim sendiri yang selalu berpegang pada jalan pintas dan terobosan dengan menghakimi penjahat yang tertangkap basah melalui *delik*.<sup>40</sup>

Di dalam penegakan hukum terdapat beberapa faktor yang mempunyai arti yang netral, sehingga dampak positif atau negatifnya terletak pada isi faktor-faktor sebagai berikut.<sup>41</sup>

- a) Peningkatan dan pemantapan aparat penegak hukum, yang meliputi pemantapan organisasi, personil, sarana dan prasarana untuk mempertuntas perkara-perkara pidana.
- b) Perundang-undangan yang berfungsi untuk menganalisis dan menekankan kejahatan dengan mempertimbangkan masa depan.
- c) Mekanisme peradilan pidana yang efektif dan efisien (memenuhi syarat-syarat cepat, tepat, murah dan sederhana).
- d) Koordinasi antara aparaturnya yang saling berhubungan (saling mengisi) untuk meningkatkan daya guna penanggulangan kriminalitas.
- e) Partisipasi dari masyarakat untuk membantu kelancaran pelaksanaan penanggulangan kriminalitas.
- f) Faktor masyarakat sosial, yakni lingkungan, dan faktor ekonomi.

---

<sup>39</sup> Mulyana W. Kusumah, *Ibid*, hlm.13.

<sup>40</sup> *Ibid*, hlm. 84.

<sup>41</sup> Mulyana W. Kusumah, *Op.Cit*, hlm.93.

g) Faktor *culture* atau budaya, yakni sebagai hasil interaksi antara masyarakat yang satu dengan yang lainnya manakala adanya keterkaitan dalam pergaulan yang menitikberatkan pada perbuatan yang cenderung menyimpang dan diikuti oleh jejak penerusnya di dalam kehidupan sehari-harinya.<sup>42</sup>

Upaya penegakan dan penerapan hukum di Indonesia seringkali berhadapan dengan kendala dari perkembangan masyarakat sebagai suatu konsekuensi logis dari perkembangan peradaban masyarakat dunia dimana perkembangan masyarakat tersebut lebih cepat daripada perkembangan peraturan perundang-undangan sehingga memunculkan masalah yang berkaitan dengan hal-hal yang belum atau tidak diatur dalam peraturan perundang-undangan sehingga tidak menjamin kepastian hukum warganya yang berakibat adanya kekosongan hukum (*rechtsvacuum*) di masyarakat.

## 1.6 Kerangka Konseptual

Kerangka konseptual yang digunakan peneliti dalam penelitian tesis ini memiliki keterkaitan atau relevansi terhadap teori dan konsep yang digunakan untuk menganalisis pokok permasalahan yang telah dirumuskan dalam tesis ini sehingga dapat dijabarkan secara konseptual sebagai berikut.

- 1) Hukum pidana adalah hukum yang mengatur tentang perbuatan konkrit berupa perilaku jahat atau perbuatan pidana serta syarat-syarat perbuatan pidana itu sendiri beserta sanksinya dimana kejahatan itu sendiri bersumber dari faktor-faktor sosial kemasyarakatan atau faktor-faktor non hukum yang senantiasa berkembang seiring dengan perkembangan sosial kemasyarakatan.<sup>43</sup>
- 2) Penjatuhan Pidana adalah suatu mata rantai proses tindakan hukum dari pejabat yang berwenang, mulai dari proses penyidikan, penuntutan sampai pada putusan pidana dijatuhkan oleh pengadilan dan dilaksanakan oleh aparat pelaksana pidana.<sup>44</sup>
- 3) Tindak pidana adalah suatu pelanggaran norma atau gangguan tata tertib hukum yang dengan sengaja atau tidak dengan sengaja telah dilakukan oleh seorang

---

<sup>42</sup> Mulyana W. Kusumah, *Op.Cit*, hlm.93-94.

<sup>43</sup> Muladi, *Demokratisasi Hak Asasi Manusia dan Reormasi Hukum di Indonesia*, (Jakarta: The Habibie Centre, 2002), hlm. 256.

<sup>44</sup> Barda Nawawi Arief, *Op.Cit*, hlm. 30.

pelaku yang penjatuhan hukuman terhadap pelaku tersebut adalah perlu demi terpeliharanya tertib hukum dan terjaminnya kepentingan umum.<sup>45</sup>

- 4) Pelaku tindak pidana adalah orang yang melakukan tindak pidana yang bersangkutan, dalam arti orang yang dengan suatu kesengajaan atau suatu tidak sengaja seperti yang diisyaratkan oleh Undang-Undang telah menimbulkan suatu akibat yang tidak dikehendaki oleh Undang-Undang, baik itu merupakan unsur subjektif maupun unsur objektif, tanpa memandang apakah keputusan untuk melakukan tindak pidana tersebut timbul dari dirinya sendiri atau tidak karena gerakkan oleh pihak ketiga.<sup>46</sup>
- 5) Hubungan seks sesama jenis merupakan ketertarikan seksual berupa disorientasi pasangan seksualnya. Ketertarikan seksual ini yang dimaksud adalah orientasi seksual, yaitu kecenderungan seseorang untuk melakukan perilaku seksual dengan laki-laki atau perempuan.<sup>47</sup>

## 1.7 Metode Penelitian

Penelitian hukum (*legal research*) menurut Morris L. Cohen dikutip dari Peter Mahmud Marzuki didefinisikan sebagai berikut.<sup>48</sup>

*“Legal research is the process of finishing the law that governs activities in human society. It involves locating both the rules which are enforced by the states and commentaries which explain or analyze these rules”*

“Penelitian hukum adalah suatu proses untuk mencari hukum yang mengatur kegiatan masyarakat. Termasuk mencari keduanya, peraturan yang dipaksakan oleh negara dan komentar yang menjelaskan atau menganalisis peraturan tersebut”

Dari pendapat ahli tersebut, penelitian hukum yang dilakukan dalam tesis ini merupakan jenis penelitian preskriptif yaitu penelitian yang bertujuan untuk memberikan gambaran atau merumuskan masalah sesuai dengan keadaan atau

---

<sup>45</sup> P.A.F. Lamintang, *Dasar-Dasar Hukum Pidana Indonesia*, (Bandung: Citra Aditya Bakti, 2007), hlm. 61.

<sup>46</sup> Barda Nawawi Arief, *Hukum Pidana II*, (Semarang: Universitas Diponegoro Press, 2004), hlm. 37.

<sup>47</sup> Nietzel, *Abnormal Psychology*, (Boston: Allyn and Bacon Inc, 2008), hlm. 489.

<sup>48</sup> Peter Mahmud Marzuki, *Penelitian Hukum*, (Jakarta: Kencana, 2005), hlm. 29.

fakta yang ada.<sup>49</sup> Penelitian ini bersifat preskriptif karena dimaksudkan untuk menjawab isu hukum yang diangkat dengan argumentasi, teori atau konsep baru sebagai preskripsi dalam menyelesaikan permasalahan yang dihadapi<sup>50</sup>, yaitu berkaitan dengan kriminalisasi perilaku seks menyimpang sesama jenis yang sesuai dengan keadaan atau fakta yang ada dalam persepektif pembaharuan hukum pidana di Indonesia

Pendekatan dalam penelitian hukum normatif menyesuaikan pada isu hukum yang diteliti dalam tesis ini yaitu menggunakan pendekatan undang-undang, konseptual dan komparatif seperti dijelaskan oleh Nasution, sebagai berikut.<sup>51</sup>

- 1) Pendekatan undang-undang yaitu penelitian terhadap produk-produk hukum. Pada tesis ini terkait dengan peraturan perundang-undangan yang berlaku di Indonesia, yaitu Undang-Undang Dasar 1945, Kitab Undang-Undang Hukum Pidana, Undang-Undang Perkawinan, Undang-Undang Hak Asasi Manusia, Undang-Undang Pornografi.
- 2) Pendekatan konseptual, penelitian terhadap konsep-konsep hukum seperti sumber hukum, fungsi hukum, lembaga hukum dan sebagainya. Pendekatan ini beranjak dari pandangan-pandangan dan doktrib-doktrin yang berkembang dalam ilmu hukum sebagai pijak untuk membangun argumentasi hukum ketika menyelesaikan isu hukum yang dihadapi. Pandangan/doktrin akan memperjelas ide-ide dengan memberikan pengertian-pengertian hukum, konsep hukum, maupun asas hukum yang relevan pada permasalahan yang diteliti dalam tesis ini terkait dengan kriminalisasi perilaku seks menyimpang sesama jenis dalam perspektif pembaharuan hukum pidana di Indonesia.
- 3) Pendekatan komparatif, penelitian tentang perbandingan hukum mengenai perbandingan sistem hukum antara negara, maupun perbandingan produk hukum dan karakter hukum antar waktu dalam satu negara. Pada tesis ini, pendekatan komparatif digunakan untuk membandingkan penerapan kebijakan kriminalisasi perilaku seks menyimpang sesama jenis dari

---

<sup>49</sup> Salim H.S., dan Erlies Septiana Nurbani, *Penerapan Teori Hukum pada Penelitian Tesis dan Disertasi*, (Jakarta: PT. Raja Grafindo Persada, 2013), hlm. 9.

<sup>50</sup> Peter Mahmud Marzuki, *Op.Cit*, hlm. 29.

<sup>51</sup> Johan Nasution, *Metode Penelitian Ilmu Hukum*, (Bandung: Mandar Maju, 2008), hlm. 81.

penerapan undang-undang di negara selain Indonesia, yaitu Malaysia dan Brunei Darussalam sebagai negara tetangga dalam kawasan Asia Tenggara.

Untuk pengumpulan data pada tesis ini dilakukan dengan cara penelitian kepustakaan (*library research*) yaitu penelitian yang dilakukan dengan cara meneliti bahan pustaka atau yang disebut dengan bahan hukum sekunder yang diperoleh dari buku-buku, artikel, jurnal, dan media elektronik dan internet.

Analisis data yang digunakan dalam tesis ini adalah metode analisis deskriptif, yakni usaha untuk mengumpulkan dan menyusun suatu data, kemudian dilakukan analisis terhadap data tersebut. Data yang telah terkumpul, selanjutnya dianalisa dengan menggunakan metode deduktif, yaitu cara berpikir yang berangkat dari teori atau kaidah hukum yang ada.<sup>52</sup> Metode ini digunakan untuk menganalisis bagaimana kriminilasi perilaku seks menyimpang sesama jenis dalam perspektif pembaharuan hukum pidana di Indonesia.

## 1.8 Sistematika Penulisan

Sistematika penulisan dalam tesis ini dibagi menjadi lima bab yang dapat diuraikan sebagai berikut.

- BAB I PENDAHULUAN, terdiri dari latar belakang masalah, rumusan masalah, tujuan penelitian, kegunaan penelitian, kerangka teoritis, kerangka konseptual, metode penelitian dan sistematika penulisan.
- BAB II TINJAUAN PUSTAKA, terdiri dari penelitian terdahulu, teori dan konsep tentang kebijakan hukum pidana, tindak pidana, pidana dan pemidanaan, pelaku tindak pidana, hubungan seksual sesama jenis.
- BAB III METODE PENELITIAN, terdiri dari jenis penelitian, pendekatan penelitian, sumber data, teknik pengumpulan dan pengolahan data, teknik analisis data.
- BAB IV HASIL PENELITIAN DAN PEMBAHASAN, berisikan analisis dan pembahasan mengenai kriminilasi perilaku seks menyimpang sesama jenis dalam perspektif pembaharuan hukum pidana di Indonesia.
- BAB V PENUTUP, berisikan tentang simpulan dan saran.

---

<sup>52</sup> Winarno Surachman, *Pengantar Penelitian Ilmiah: Dasar, Metode, dan Teknik*, (Bandung: Tarsito, 2010), hlm. 139.