

TINJAUAN TEORITIS TERHADAP WACANA KRIMINALISASI LGBT¹

Oleh:

Ari Wibowo, S.H.I., S.H., M.H²**Abstrak**

LGBT merupakan perbuatan amoral yang bertentangan dengan nilai moral Pancasila dan kaidah-kaidah semua agama. Oleh karena LGBT perbuatan amoral maka hukum pidana mengambil posisi/bagian untuk menjalankan fungsinya terutama untuk menegakkan moral dan hukum. Memang tidak semua ekspresi LGBT dapat dikriminalisasi karena delik yang dikriminalisasi juga harus measurable sehingga dapat ditegakkan (enforceable), tetapi paling tidak terhadap ekspresi tertentu, seperti persetubuhan sesama jenis (gay,lesbi), hidup bersama layaknya suami istri oleh pasangan sesama jenis, perkosaan sesama jenis, atau lainnya dapat dikriminalisasi.

Berangkat dari sini maka hukum pidana harus responsif terhadap fenomena LGBT di Indonesia yang sudah cukup masif terjadi.

Kata kunci: LGBT, hukum pidana, moral dan hukum.

Prolog

Merujuk pada situs MentalHelp.net, LGBT merupakan singkatan dari *lesbian, gay, bisexual, and transgender*. Menurut situs tersebut istilah “gay” sebenarnya secara tradisional digunakan untuk mewakili berbagai kelompok atau orang-orang yang memiliki ketertarikan secara seksual atau hubungan percintaan dengan seseorang dari jenis kelamin yang sama. Dengan demikian, gay bisa disebut dengan istilah homoseksual yang secara umum bisa diartikan “*people whose sexual and romantic feelings are mostly for the same gender: men who are attracted to men, and women who are attracted to women.*” Adapun lesbian merupakan perempuan yang homoseksual. Sementara biseksual adalah seseorang yang memiliki ketertarikan seksual dengan laki-laki dan perempuan, serta transgender

¹ Disampaikan dalam Diskusi Publik “Kriminalisasi LGBT”, Departemen Hukum Pidana, Fakultas Hukum, Universitas Islam Indonesia, 6 Oktober 2016 di Ruang Sidang Utama Fakultas Hukum, Universitas Islam Indonesia.

² Dosen tetap Hukum Pidana, Fakultas Hukum, Universitas Islam Indonesia.

yang merupakan istilah umum menyangkut keragaman ekspresi gender seseorang, misalnya waria.³

Dari definisi di atas, LGB menurut *The American Psychological Association* (APA) merupakan bagian dari ragam orientasi seksual. APA mendefinisikan orientasi seksual sebagai berikut:⁴

“an enduring pattern of emotional, romantic, and/or sexual attractions to men, women, or both sexes. Sexual orientation also refers to a person’s sense of identity based on those attractions, related behaviors, and membership in a community of others who share those attractions.”

Adapun transgender bukan merupakan bagian dari ragam orientasi seksual melainkan identitas gender, ekspresi gender, atau perilaku menyimpang dari umumnya kebiasaan yang identik dengan gender tertentu. Identitas gender mengacu pada perasaan internal seseorang menjadi laki-laki, perempuan, atau sesuatu yang lain, sedangkan ekspresi gender mengacu pada cara seseorang mengkomunikasikan identitas gendernya kepada orang lain melalui karakteristik perilaku, pakaian, gaya rambut, suara, atau badan.⁵

Semua orang mengakui bahwa keberadaan LGBT merupakan suatu realitas yang tak terbantahkan, bahkan beberapa teks agama telah menyinggungnya. Namun dalam beberapa tahun terakhir ini, khususnya di Indonesia, geliat munculnya LGBT ke permukaan publik semakin kentara. Dulu, LGBT cenderung tertutup yang disebabkan berbagai faktor, misalnya merasa malu karena perbedaan orientasi seksual dari umumnya orang, atau bisa juga karena ekspresi LGBT dianggap oleh masyarakat sebagai perilaku menyimpang yang tidak lazim. Indikasi semakin terbukanya LGBT paling tidak bisa kita jumpai dari komunitas-komunitas LGBT yang mulai menunjukkan taringnya di depan publik dan situs-situs LGBT seperti <http://aruspelangi.org/>

Semakin “percaya dirinya” LGBT di Indonesia dalam memperjuangkan “hak-haknya” sangat dipengaruhi oleh konstelasi yang terjadi di negara-negara barat, terlebih setelah pada 26 Juni 2015 Supreme Court Amerika Serikat dalam

³ <https://www.mentalhelp.net/articles/what-is-the-meaning-of-lgbt/>, diakses pada 3 Oktober 2016.

⁴ Gary J. Gates, “LGBT Identity: A Demographer’s Perspective”, *45 Loyola of Los Angeles Law Review*. 693 (2012), hlm. 694.

⁵ *Ibid.*, hlm. 696.

kasus *Obergefell v. Hodges* memutuskan bahwa pasangan sesama jenis memiliki hak konstitusional untuk melaksanakan perkawinan. Salah satu hal yang dipertimbangkan dalam putusan tersebut adalah: “setiap orang punya kebebasan dasar untuk menentukan pilihan pribadi. Pilihan tersebut termasuk untuk menentukan identitas dan keyakinan pribadi yang berhubungan dengan seksualitas.”⁶ Perkawinan sebagai hak fundamental seharusnya bisa juga didapatkan oleh pasangan sesama jenis.

Dijelaskan dalam pertimbangan putusan tersebut bahwa dahulu sebagian besar orang beranggapan homoseksual sebagai menyakit, bahkan menurut Buku Manual Diagnostik dan Statistik Gangguan Mental yang diterbitkan *American Psychiatric Association* pada tahun 1952, homoseksualitas diklasifikasikan sebagai gangguan mental. Buku tersebut dijadikan referensi sampai tahun 1973. Namun dalam beberapa tahun terakhir para psikiater mengakui bahwa homoseksual merupakan orientasi seksual atau ekspresi seksualitas yang normal dan paten bagi manusia.⁷ Adanya pengakuan homoseksual sebagai orientasi seksual yang normal dan paten tersebut menjadi salah satu pertimbangan Supreme Court untuk melegalkan perkawinan sesama jenis.

Saya berbeda pendapat, sesuai dengan ajaran agama yang saya anut, saya meyakini bahwa LGBT bukan merupakan orientasi seksual yang normal dan paten, melainkan suatu gangguan orientasi seksual. Kalau saya baca QS. al-A'raf ayat 80-81 yang menceritakan dibinasakannya kaum Luth karena homoseksual yang menjijikkan (*fahisyah*) dan menyimpang dari fitrah manusia. Belum lagi hadits-hadits nabi yang mengancam pelaku homoseksual dengan hukuman yang amat berat. Keyakinan saya ini ternyata secara teoritis ada justifikasinya, misalnya dalam Buku Diagnosis Gangguan Jiwa dari PPDGJ (Pedoman dan Penggolongan Diagnosis Gangguan Jiwa) III bahwa transeksualisme (F64.0), transvestisme peran ganda (F64.1), dan gangguan identitas jenis kelamin masa kanak (F64.2) sebagai masalah kejiwaan atau gangguan jiwa.⁸

⁶ Syllabus *Obergefell et al. v. Hodges*, Director, Ohio Department of Health, et al. Certiorari to the United States Court of Appeals for the Sixth Circuit No. 14-556. Argued April 28, 2015—Decided June 26, 2015., Supreme Court of The United States, hlm. 10.

⁷ *Ibid.*, hlm. 8.

⁸ Rusdi Maslim (editor), *Diagnosis Gangguan Jiwa – Rujukan Ringkas dari PPDGJ III* (Jakarta: FK Unika Atmajaya), hlm. 111.

Ius Contitutum

Dalam Hukum Pidana yang saat ini berlaku hanya ada satu ketentuan yang khusus mengatur perbuatan LGBT, yaitu Pasal 292 KUHP yang berbunyi “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 292 KUHP ini secara eksplisit mencantumkan unsur “sesama kelamin”. Sementara untuk delik perkosaan (Pasal 285 KUHP), persetujuan di luar perkawinan (Pasal 286, Pasal 287), dan delik-delik susila lainnya masih diperuntukan untuk pasangan pria dengan wanita. Adapun untuk perilaku-perilaku lain yang menyertainya, seperti prostitusi, eksploitasi anak, pornografi, tetap bisa digunakan beberapa ketentuan Hukum Pidana, seperti UU Pornografi, UU Perdagangan Orang, UU Perlindungan Anak, dan beberapa ketentuan lain dalam KUHP.

Justifikasi Teoritis

Kriminalisasi merupakan bagian dari politik hukum pidana yang pada intinya merupakan kebijakan bagaimana merumuskan hukum pidana yang baik dan memberikan pedoman dalam pembuatan (kebijakan legislatif), aplikasi (kebijakan yudikatif), dan pelaksanaan (kebijakan eksekutif) hukum pidana.⁹ Politik hukum pidana sendiri merupakan bagian dari politik hukum yang menurut Sudarto diartikan sebagai serangkaian usaha untuk menciptakan norma-norma hukum yang sesuai dengan situasi dan kondisi pada masa tertentu. Politik hukum menyangkut *ius constituendum*, yaitu hukum pada masa mendatang yang dicita-citakan.¹⁰

Kriminalisasi menjadi bagian dari politik hukum pidana khususnya pada kebijakan legislatif atau formulatif. Tahap formulatif merupakan tahap yang sangat menentukan bagi tahap-tahap berikutnya karena pada tahap ini akan ditentukan perbuatan-perbuatan apa saja yang akan dijadikan sebagai tindak pidana. Kriminalisasi sendiri merupakan proses penetapan suatu perbuatan yang awalnya bukan merupakan tindak pidana menjadi tindak pidana.¹¹ Proses ini diakhiri dengan

⁹ Arief Amrullah, *Politik Hukum Pidana dalam Perlindungan Korban Kejahatan Ekonomi di Bidang Perbankan* (Malang: Bayumedia Publishing, 2007), hlm 21.

¹⁰ Sudarto, *Hukum dan Hukum Pidana* (Bandung: Alumni, 1981), hlm. 151.

¹¹ Pengertian kriminalisasi ini sudah umum digunakan dalam diskursus hukum pidana,

terbentuknya undang-undang yang mengancam perbuatan tersebut dengan sanksi pidana.¹² Aspek krusial dalam melakukan kriminalisasi adalah menentukan kriteria atau ukuran yang menjadi dasar perlu tidaknya suatu perbuatan dinyatakan sebagai tindak pidana.¹³

Terkait dengan hal ini, menarik untuk dicermati bahwa putusan Supreme Court Amerika Serikat dalam kasus *Obergefell v. Hodges* tidak bulat karena ada empat hakim yang memiliki pendapat berbeda (*dissenting opinion*). Hakim yang masuk dalam pendapat mayoritas adalah Kennedy, Sonia Sotomayor, Ruth Bader Ginsburg, Stephen G. Breyer, dan Elena Kagan. Adapun empat hakim yang menyatakan *dissenting opinion*, yaitu John G. Roberts Jr. (Ketua Supreme Court), Antonin Scalia, Samuel A. Alito Jr., dan Clarence Thomas. Banyak yang menilai putusan tersebut merupakan hasil pertarungan antara liberalisme v. konservatisme. Lima hakim mayoritas menyuarakan faham liberalisme atau pendukung kebebasan, sementara empat hakim minoritas menyuarakan faham konservatisme yang masih berpegang pada prinsip perkawinan tradisional yang berdasar pada agama.¹⁴

Faham liberalisme yang dianut hakim mayoritas terlihat dari pertimbangan putusan Supreme Court bahwa setiap orang memiliki kebebasan dalam menentukan identitas seksualnya sesuai keyakinannya dan berhak atas akses perkawinan, baik untuk pasangan heteroseksual maupun homoseksual. Sementara dalam pendapatnya, John G. Roberts Jr. yang menyatakan *dissenting opinion* mengatakan bahwa sepanjang sejarah AS tidak ada perdebatan mengenai definisi perkawinan, yakni persatuan seorang pria dan seorang wanita. Bahkan sekalipun dalam undang-undang AS tidak mendefinisikannya, masyarakat sudah tahu (*common sense*) kalau perkawinan merupakan persatuan seorang pria dan seorang wanita. Dalam berbagai kamus-kamus edisi pertama di AS, seperti Noah Webster, *American Dictionary of*

meskipun menurut Paul Cornili, kriminalisasi juga bisa diartikan tidak saja berupa penetapan suatu perbuatan sebagai tindak pidana, namun termasuk juga penambahan sanksi pidana terhadap tindak pidana yang sudah ada. Lihat Salman Luthan, "Kebijakan Penal Mengenai Kriminalisasi di Bidang Keuangan (Studi Terhadap Pengaturan Tindak Pidana Dan Sanksi Pidana Dalam Undang-Undang Perbankan, Perpajakan, Pasar Modal, Dan Pencucian Uang)", Disertasi pada Program Doktor, Program Pascasarjana, Fakultas Hukum, Universitas Indonesia, Jakarta, 2007, hlm. 54.

¹² Sudarto, *Hukum ... op. cit.*, hlm. 31-32.

¹³ Suwondo, Dikutip dari Lilik Mulyadi, *Kapita Selekta Hukum Pidana, Kriminologi, dan Viktimologi* (Jakarta: Penerbit Djambatan, 2007), hlm. 35.

¹⁴ <http://vonis.fh.unpad.ac.id/mahkamah-agung-amerika-serikat-legalkan-pernikahan-sesama-jenis/>, diakses pada 4 Oktober 2016.

the English Language, dan Black's Law Dictionary, pernikahan diartikan sebagai hubungan hukum antara pria dengan wanita untuk hidup bersama.¹⁵ Selain itu, perlu juga diperhatikan banyaknya para pemuka agama yang menolak pernikahan sesama jenis karena bertentangan dengan prinsip keimanannya.¹⁶

Adapun Thomas yang juga menyatakan *dissenting opinion* menyatakan bahwa selain merusak proses politik AS yang sangat melindungi kebebasan, keputusan mayoritas hakim Supreme Court dianggapnya mengancam kebebasan beragama di AS yang telah lama diperjuangkan untuk dilindungi. AS sangat akrab dengan sejarah kebebasan beragama. Namun dengan adanya legalisasi perkawinan sesama jenis justru negara menggerus kebebasan beragama dan kebebasan menjalankan praktik sesuai ajaran agama.¹⁷

Perbedaan pendapat seperti dalam Supreme Court di atas sebenarnya mirip dengan perdebatan yang pernah terjadi antara John Stuart Mill dan Hakim Devlin di Inggris. Perdebatan tersebut secara panjang lebar dijelaskan oleh H.L.A. Hart, seorang profesor di Oxford, dalam bukunya *Law, Liberty, and Morality*. Menurut Mill, kekuasaan negara untuk melakukan kriminalisasi hanyalah semata-mata untuk mencegah seseorang mencederai orang lain.¹⁸ Pemikiran Mill tersebut oleh Salman Luthan dalam Disertasinya disebut dengan Teori Liberal Individualistik yang semata-mata berpijak kepada *harm to society* dalam memberikan rambu-rambu terhadap pembatasan kebebasan warga Negara. Menurut teori ini, kekuasaan Negara tidak dapat membatasi kebebasan warga Negara kecuali jika perbuatannya merugikan orang lain, sehingga terhadap perbuatan yang merugikan ini negara berhak mengkriminalisasi.¹⁹

Pemikiran Mill sangat berpengaruh dalam penghapusan pidanaaan (decriminalisasi) terhadap homoseksual dan prostitusi di Inggris. Tahun 1954, Komite Wolfenden diberikan tugas untuk mengkaji kembali status hukum homoseksual dan

¹⁵ Roberts, C. J., dissenting, Supreme Court of The United States, Nos. 14-556, 14-562, 14-571 and 14-574., hlm. 6.

¹⁶ *Ibid.*, hlm. 9.

¹⁷ Thomas, J., dissenting, Supreme Court of The United States, Nos. 14-556, 14-562, 14-571 and 14-574, hlm. 14-15.

¹⁸ H.L.A. Hart, *Law, Liberty, and Morality*, diterjemahkan oleh Ani Mualifatul Maisah *Law, Liberty, and Morality: Hukum, Kebebasan, dan Moralitas* (Yogyakarta: Genta Publishing, 2009), hlm. 5.

¹⁹ Salman Luthan, *Kebijakan ... op.cit.*, hlm. 82.

prostitusi. Tahun 1957, Komite merekomendasikan agar praktik homoseksual yang dilakukan secara tertutup oleh orang dewasa tidak perlu dijadikan sebagai tindak pidana. Sama halnya dengan prostitusi yang direkomendasikan untuk tidak dilarang namun hukum hanya sebatas mencegah praktiknya agar tidak liar dan mengusik masyarakat.²⁰

Berbeda dengan Mill yang menganggap moralitas bukanlah urusan hukum, Hakim Devlin berpandangan bahwa fungsi hukum pidana adalah untuk menegakan prinsip moral. Tindakan amoral -meskipun berupa “amoralitas seksualitas yang tertutup”- dapat membahayakan eksistensi masyarakat.²¹ Penerapan pemikiran Hakim Devlin ini terlihat pada beberapa kebijakan kriminalisasi di beberapa negara, misalnya euthanasia meskipun atas dasar kemauannya sendiri, perzinahan, percobaan bunuh diri, dan lain sebagainya yang semuanya tidak mencederai orang lain namun dikriminalisasi semata-mata karena bertentangan dengan moral publik.

Pemikiran Hakim Devlin yang dikenal dengan Teori Moral tersebut bersesuaian dengan beberapa pemikiran ahli Hukum Pidana Indonesia, misalnya Sudarto yang menyatakan perlunya pendekatan holistik dalam menetapkan kriteria yang patut dipertimbangkan dalam melakukan kriminalisasi, salah satunya bahwa perbuatan tersebut tercela, tidak dikehendaki atau tidak disukai oleh masyarakat.²² Muladi juga mensyaratkan bahwa kriminalisasi harus mengandung unsur *subsosialiteit* (megakibatkan bahaya bagi masyarakat sekecil apapun).²³ Bassouni memberikan rambu-rambu dalam melakukan kriminalisasi, salah satunya harus mempertimbangkan “*the social impact of criminalization and decriminalization in terms of its secondary effect.*”²⁴

Menurut J.E Sahetapy, beberapa hal yang harus dipertimbangkan dalam pengambilan kebijakan kriminalisasi antara lain nilai-nilai sosial, aspek budaya, dan faktor struktural dari masyarakat tertentu. Terkait dengan nilai, di dalam masyarakat selalu ada skala nilai yang bertalian dengan agama, moral, budaya, dan sosial.

²⁰ H.L.A. Hart ... *op.cit.*, hlm. 18-19.

²¹ *Ibid.*, hlm. 26.

²² Arief Amrullah, Politik ... *op. cit.*, hlm. 12.

²³ Muladi, Dikutip dari Eman Sulaeman, *Delik Perzinaan dalam Pembaharuan Hukum Pidana di Indonesia* (Semarang: Walisongo Press, 2008), hlm. 42-43.

²⁴ Yenti Garnasih, *Kriminalisasi Pencucian Uang (Money Laundering)* (Jakarta: Program Pascasarjana Fakultas Hukum Universitas Indonesia, 2003), hlm. 24.

Suatu perbuatan pantas dikriminalisasi atau tidak, didasarkan pada pertimbangan pada dampak dan implikasi perbuatan itu yang bertalian dengan agama, moral, budaya, dan sosial.²⁵ Dari sini bisa dikatakan bahwa moral, budaya, dan sosial harus diperhatikan dalam melakukan kriminalisasi.

Berbagai hasil pertemuan PBB mengenai “*The Prevention of Crime an the Treatment of Offenders*” juga sering menghimbau agar dalam melakukan kebijakan kriminalisasi hendaknya dilakukan pendekatan filosofik/kultural, pendekatan moral religius, dan pendekatan humanis yang diintegrasikan dengan pendekatan rasional yang berorientasi pada kebijakan (*policy oriented approach*). Beberapa pernyataan dalam kongres tersebut intinya menyatakan:²⁶

1. Perlu adanya harmonisasi/ sinkronisasi/ konsistensi antara pembangunan/ pembaharuan hukum nasional dengan nilai-nilai atau aspirasi sosio-filosofik dan sosio kultural.
2. Sistem hukum yang tidak berakar pada nilai-nilai budaya dan bahkan ada “diskrepansi” dengan aspirasi masyarakat, merupakan faktor kontribusi untuk terjadinya kejahatan (*a contributing factor to the increase of crime*).
3. Kebijakan pembangunan yang mengabaikan nilai-nilai moral dan kultural, dapat menjadi faktor kriminogen.
4. Ketiadaan konsistensi antara UU dengan kenyataan merupakan faktor kriminogen.
5. Semakin jauh UU bergeser dari perasaan dan nilai-nilai yang hidup dalam masyarakat, semakin besar ketidakpercayaan akan keefektifan sistem hukum.

Moral merupakan ukuran untuk menentukan baik buruknya suatu sifat atau watak, dan benar atau salah suatu perbuatan. Sementara sumber dan isi kewajiban-kewajiban moral terdapat dalam agama. Seseorang dalam hidup bersama harus berpegang pada prinsip-prinsip moral, dan untuk menegakan prinsip-prinsip tersebut diperlukan hukum. Antara hukum dan moral tidak dapat dipisahkan, hukum harus

²⁵ J. E. Sahetapy, *Teori Kriminologi Suatu Pengantar* (Bandung: PT. Citra Aditya Bakti, 1992), hlm. 82.

²⁶ Barda Nawawi Arief, “Kriminalisasi Kebebasan Pribadi dan Pornografi/ Pornoaksi dalam Perspektif Kebijakan Pidana”, Makalah disampaikan dalam Seminar tentang *Kriminalisasi Kebebasan Pribadi dan Pornografi-Pornoaksi dalam RUU KUHP*, Diselenggarakan oleh Komisi Nasional Hak Asasi Manusia et. al., Hotel Graha Santika Semarang, 20 Desember 2005, hlm. 17-18.

berlandaskan moral yang baik.²⁷ Hanya saja, moralitas tidak bersifat universal, namun tergantung tempat bahkan waktu. Karena hukum merupakan perangkat dalam menegakan moral, maka tidak bisa dipungkiri adanya perkembangan hukum sangat dipengaruhi oleh moral konvensional dan cita-cita kelompok sosial tertentu.²⁸ Dengan demikian, terkait persoalan LGBT harus dilihat dari kaca mata nilai-nilai moralitas yang dianut bangsa Indonesia saat ini.

Dalam konteks Indonesia, hukum harus didasarkan pada nilai-nilai yang bersumber dari Pancasila²⁹, yaitu nilai moral-religius, nilai kemanusiaan, dan nilai kemasyarakatan. Pancasila bukan hanya merupakan norma dasar (*grundnorm*) akan tetapi lebih mendasar dari itu sebagai nilai-nilai dasar (*grundwerten*).³⁰ Atas dasar itulah, maka Hukum Pidana Indonesia seharusnya tidak sekuler, namun Hukum Pidana yang berketuhanan sebagai pengejawantahan Sila Pertama Pancasila.³¹ Hukum pidana negara-negara barat yang cenderung sekuler bisa digunakan sebagai perbandingan dan bisa diakomodasi sepanjang tidak bertentangan dengan moral Pancasila.

Hazairin menegaskan bahwa di negara Pancasila tidak boleh ada sesuatu yang bertentangan dengan kaidah-kaidah Islam bagi umat Islam, bertentangan dengan kaidah-kaidah Kristiani bagi umat Kristiani, bertentangan dengan kaidah-kaidah Budha bagi umat Budha, dan bertentangan dengan kaidah-kaidah Hindu bagi umat Hindu.³² Dengan kata lain, hukum harus memfasilitasi semua masyarakat Indonesia untuk terselenggaranya kehidupan sesuai dengan kaidah-kaidah agamanya.

Sila Ketuhanan Yang Maha Esa merupakan dasar moral bagi bangsa Indonesia dalam kehidupan bernegara dan bermasyarakat. Berdasarkan rumusan Pancasila yang bersifat hierarkhis dan berbentuk Piramidal, Sila ini mendasari keempat sila lainnya. Dalam kaitannya dengan persoalan moralitas, sila pertama dapat

²⁷ H.M. Agus Santoso, *Hukum, Moral & Keadilan: Sebuah Kajian Filsafat Hukum* (Jakarta: Kencana Pranada Media Group), hlm. 88, 90.

²⁸ H.L.A. Hart, *the Concept of Law*, diterjemahkan oleh M. Khozim, *Konsep Hukum* (Bandung: Penerbit Nusa Media, 2009), hlm. 286.

²⁹ Roeslan Saleh menyebutnya dengan istilah "Moral Pancasila".

³⁰ Barda Nawawie Arief, *Ilmu Hukum Pidana Integralistik: Pemikiran Integratif dalam Hukum Pidana* (Semarang: Penerbit Pustaka Magister, 2015), hlm. 21.

³¹ *Ibid.*, hlm. 31.

³² Barda Nawawie Arief, *Pendekatan Keilmuan dan Pendekatan Religius dalam Rangka Optimalisasi dan Reformasi Penegakan Hukum (Pidana) Indonesia* (Semarang: Penerbit Pustaka Magister Universitas Diponegoro, 2015), hlm. 55.

dihubungkan dengan sila kedua “Kemanusiaan yang Adil dan Beradab”. Dalam hubungan antara sila pertama dengan kedua ini dapat dipahami bahwa pemerintah dan penyelenggara negara berkewajiban menjaga terselenggaranya kehidupan yang beradab atau bermoral berdasarkan nilai-nilai ketuhanan yang Maha Esa.³³

LGBT dilarang berdasarkan kaidah-kaidah semua agama yang diakui di Indonesia,³⁴ sehingga dianggap amoral dan dapat dikriminalisasi. Hanya saja kriminalisasi hanya bisa dilakukan terhadap ekspresi LGBT yang berupa perbuatan tertentu. Jika dikriminalisasi, ekspresi LGBT akan masuk dalam kategori delik kesusilaan karena terkait dengan seksualitas. Adapun terkait perbuatan-perbuatan apa saja yang perlu dikriminalisasi dapat dipertimbangkan hal-hal sebagai berikut:³⁵

1. Delik-delik kesusilaan pada pokoknya dicari pada syarat *kuishcid, chastity, sexual purity or decency*. Artinya bahwa delik-delik kesusilaan harus didasarkan pada kesesuaian atau kepatutan, kesucian/ sakralitas perbuatan seksual, sehingga kejahatan terhadap hal-hal tersebut di atas masuk pada kategori delik kesusilaan.
2. Kriminalisasi yang ditujukan untuk tujuan perlindungan terhadap anak-anak muda, supaya mereka jangan sampai menghadapi *shocks* dalam perkembangan seksual mereka. Seperti hubungan seksual dan perbuatan cabul yang dilakukan terhadap orang yang masih di bawah umur.
3. Mencegah orang-orang yang tidak berdaya, misalnya orang yang tidak sadar terhadap serangan-serangan seksual.
4. Untuk melindungi anak-anak dari perbuatan cabul yang dilakukan oleh orang-orang yang memiliki hubungan tertentu yang didasarkan atas “hubungan kesusilaan”, seperti perbuatan cabul kepada anak kandung, anak tiri, anak angkat, anak yang ada di bawah pengawasannya, kemudian perbuatan cabul yang dilakukan oleh pejabat terhadap bawahannya, pengurus, dokter, guru, dan lain-lain terhadap pasien dan muridnya.
5. Adanya kekerasan atau ancaman kekerasan untuk berhubungan seksual di luar pernikahan/ perbuatan cabul.
6. Adanya faktor-faktor komersil dalam hubungan seksual di luar pernikahan,

³³ Kaelan, *Filsafat Pancasila* (Yogyakarta: Penerbit Paradigma, 1996), hlm. 97-99.

³⁴ <http://news.babe.co.id/5613917>, diakses pada 5 Oktober 2016.

³⁵ Oemar Seno Adji, sebagaimana dikutip oleh Eman Sulaeman, *Delik Perzinaan ... op.cit.*, hlm. 43-45.

seperti pelacuran dan rumah-rumah bordir.

7. Adanya perlindungan terhadap kesucian lembaga perkawinan seperti larangan perzinahan (*adultery*).

Perlunya kriminalisasi terhadap ekspresi LGBT dalam rangka menjamin kebebasan kehidupan bangsa yang berlandaskan nilai dan budaya Pancasila. Paradigma nilai dan budaya Pancasila pada hakekatnya mengandung keseimbangan antara nilai ketuhanan (moral-religius), nilai kemanusiaan (humanistik), dan nilai kerakyatan (nasionalistik, demokratik, dan keadilan sosial). Selain itu juga mencegah segala bentuk penjajahan, termasuk penjajahan moral, penjajahan budaya, penjajahan ekonomi, dan penjajahan politik.³⁶ Hal ini sesuai dengan bunyi pembukaan UUD 1945 “kemerdekaan adalah hak segala bangsa.”

Epilog

Dari pemaparan di atas, ekspresi LGBT merupakan perbuatan amoral yang bertentangan dengan moral Pancasila karena bertentangan dengan kaidah-kaidah semua agama yang diakui di Indonesia. Terhadap perbuatan amoral tersebut, Hukum Pidana harus mengambil bagian dalam rangka menjalankan fungsinya untuk menegakan moralitas. Memang tidak semua ekspresi LGBT dapat dikriminalisasi karena delik yang dikriminalisasi juga harus *measurable* sehingga dapat ditegakan (*enforceable*), tetapi paling tidak terhadap ekspresi tertentu, seperti persetubuhan sesama jenis, hidup bersama layaknya suami istri oleh pasangan sesama jenis, perkosaan sesama jenis, atau lainnya, dapat dikriminalisasi.

Sebagaimana diungkapkan dalam laporan Kongres PBB ke VI/1980 bahwa tidak adanya konsistensi antara hukum dengan kenyataan sering kali menjadi faktor kriminogen. Semakin jauhnya hukum dari nilai-nilai yang dianut oleh masyarakat, maka semakin besar ketidakpercayaan akan keefektifan sistem hukum.³⁷ Romly Atmasasmita juga mengatakan bahwa ketegangan antara moral dengan hukum pidana mengakibatkan hukum pidana akan dinilai tidak bisa menjaga nilai-nilai moral yang dijunjung tinggi dalam pergaulan hidup masyarakat.³⁸ Dengan demikian,

³⁶ Barda Nawawi Arief, *Pornografi, Pornoaksi, Cybersex, dan Cybeporn* (Semarang: Badan Penerbit Universitas Diponegoro, 2011), hlm. 3.

³⁷ Barda Nawawie Arif, *Ilmu Huku ... op.cit.*, hlm. 18, 26.

³⁸ Romli Atmasasmita, *Bunga Rampai Kriminologi* (Jakarta: CV. Rajawali, 1984), hlm. 56-57.

Hukum Pidana harus responsif terhadap fenomena LGBT di Indonesia yang sudah sedemikian meluas bahkan menjangkit anak-anak muda penerus bangsa.

Daftar Pustaka

Arief Amrullah, *Politik Hukum Pidana dalam Perlindungan Korban Kejahataan Ekonomi di Bidang Perbankan* (Malang: Bayumedia Publishing, 2007).

Barda Nawawi Arief, *Pornografi, Pornoaksi, Cybersex, dan Cybeporn* (Semarang: Badan Penerbit Universitas Diponegoro, 2011).

_____, *Ilmu Hukum Pidana Integralistik: Pemikiran Integratif dalam Hukum Pidana* (Semarang: Penerbit Pustaka Magister, 2015).

_____, *Pendekatan Keilmuan dan Pendekatan Religius dalam Rangka Optimalisasi dan Reformasi Penegakan Hukum (Pidana) Indonesia* (Semarang: Penerbit Pustaka Magister Universitas Diponegoro, 2015).

_____, "Kriminalisasi Kebebasan Pribadi dan Pornografi/ Pornoaksi dalam Perspektif Kebijakan Pidana", Makalah disampaikan dalam Seminar tentang *Kriminalisasi Kebebasan Pribadi dan Pornografi-Pornoaksi dalam RUU KUHP*, Diselenggarakan oleh Komisi Nasional Hak Asasi Manusia et. al., Hotel Graha Santika Semarang, 20 Desember 2005.

Eman Sulaeman, *Delik Perzinaan dalam Pembaharuan Hukum Pidana di Indonesia* (Semarang: Walisongo Press, 2008).

Gary J. Gates, "LGBT Identity: A Demographer's Perspective", *45 Loyola of Los Angeles Law Review*. 693 (2012).

H.L.A. Hart, *the Concept of Law*, diterjemahkan oleh M. Khozim, Konsep Hukum (Bandung: Penerbit Nusa Media, 2009).

H.L.A. Hart, *Law, Liberty, and Morality*, diterjemahkan oleh Ani Mualifatul Maisah *Law, Liberty, and Morality: Hukum, Kebebasan, dan Moralitas* (Yogyakarta: Genta Publishing, 2009).

H.M. Agus Santoso, *Hukum, Moral & Keadilan: Sebuah Kajian Filsafat Hukum* (Jakarta: Kencana Pranada Media Group).

<http://news.babe.co.id/5613917>, diakses pada 5 Oktober 2016.

<https://www.mentalhelp.net/articles/what-is-the-meaning-of-lgbt/>, diakses pada 3

Oktober 2016.

<http://vonis.fh.unpad.ac.id/mahkamah-agung-amerika-serikat-legalkan-pernikahan-sesama-jenis/>, diakses pada 4 Oktober 2016.

J. E. Sahetapy, *Teori Kriminologi Suatu Pengantar* (Bandung: PT. Citra Aditya Bakti, 1992).

Kaelan, *Filsafat Pancasila* (Yogyakarta: Penerbit Paradigma, 1996).

Lilik Mulyadi, *Kapita Selekta Hukum Pidana, Kriminologi, dan Viktimologi* (Jakarta: Penerbit Djambatan, 2007).

Roberts, C. J., dissenting, Supreme Court of The United States, Nos. 14–556, 14–562, 14–571 and 14–574.

Romli Atmasasmita, *Bunga Rampai Kriminologi* (Jakarta: CV. Rajawali, 1984).

Rusdi Maslim (editor), *Diagnosis Gangguan Jiwa – Rujukan Ringkas dari PPDGJ III* (Jakarta: FK Unika Atmajaya).

Salman Luthan, “Kebijakan Penal Mengenai Kriminalisasi di Bidang Keuangan (Studi Terhadap Pengaturan Tindak Pidana Dan Sanksi Pidana Dalam Undang-Undang Perbankan, Perpajakan, Pasar Modal, Dan Pencucian Uang)”, Disertasi pada Program Doktor, Program Pascasarjana, Fakultas Hukum, Universitas Indonesia, Jakarta, 2007.

Sudarto, *Hukum dan Hukum Pidana* (Bandung: Alumni, 1981).

Syllabus Obergefell et al. v. Hodges, Director, Ohio Department of Health, et al. Certiorari to the United States Court of Appeals for the Sixth Circuit No. 14–556. Argued April 28, 2015—Decided June 26, 2015., Supreme Court of The United States.

Thomas, J., dissenting, Supreme Court of The United States, Nos. 14–556, 14–562, 14–571 and 14–574.

Yenti Garnasih, *Kriminalisasi Pencucian Uang (Money Laundering)* (Jakarta: Program Pascasarjana Fakultas Hukum Universitas Indonesia, 2003).