

BAB II

KAJIAN TEORITIS TINDAK PIDANA KESUSILAAN TERHADAP LGBT

DARI SUDUT KRIMINOLOGI

A. Tinjauan Umum Hukum Pidana Indonesia

Di dalam pembagian hukum konvensional, hukum pidana termasuk bidang hukum publik. Artinya, hukum pidana mengatur hubungan antara warga dengan negara dan menitikberatkan kepada kepentingan umum atau kepentingan publik. Secara historis hubungan hukum yang pada awalnya adalah hubungan pribadi atau hubungan privat, tetapi dalam perjalanan waktu terdapat hal-hal yang diambil alih kelompok atau suku dan akhirnya setelah berdirinya negara diambil alih oleh negara dan dijadikan kepentingan umum.

Hukum pidana merupakan hukum yang memiliki sifat khusus, yaitu dalam hal sanksinya. Setiap kita berhadapan dengan hukum, pikiran kita menuju kearah sesuatu yang mengikat perilaku seseorang di dalam masyarakat. Di dalamnya terdapat ketentuan tentang apa yang harus dilakukan dan apa yang tidak boleh dilakukan atau sering kita sebut sebagai norma, serta akibatnya atau sering disebut sanksi. Yang membedakan hukum pidana dengan hukum yang lainnya adalah bentuk sanksinya, bentuk sanksi ini bersifat hukuman yang memiliki macam-macam bentuk hukuman, seperti perampasan harta akibat denda, dirampas kemerdekaannya karena dipidana kurungan atau penjara, bahkan adapula dirampas nyawanya jika diputuskan atau dijatuhi pidana mati.

Ketentuan hukum positif (KUHP) di Indonesia saat ini, tidak tercantum suatu ketentuan yang menjelaskan mengenai definisi dari tindak pidana (*starfbaar feit*). Pembentuk undang-undang kita telah menggunakan perkataan "*strafbaarfeit*" untuk menyebutkan apa yang kita kenal sebagai "Tindak Pidana" di dalam KUHP tanpa memberikan sesuatu penjelasan mengenai apa yang sebenarnya dimaksud dengan perkataan "*Strafbaar feit*" tersebut. Perkataan "*feit*" itu sendiri di dalam bahasa Belanda berarti "sebagian dari suatu kenyataan" sedangkan "*Strafbaar feit*" dapat diterjemahkan sebagai "sebagian dari suatu kenyataan yang dapat di hukum". Sehingga dengan demikian dapat diketahui bahwa yang dapat dihukum itu sebenarnya adalah manusia sebagai pribadi dan bukan kenyataan, ataupun tindakan.²⁵

Hukum pidana yang berlaku di Indonesia sekarang ini ialah hukum pidana yang telah dikodifikasi, yaitu sebagian terbesar dan aturan-aturannya telah disusun dalam suatu kitab undang-undang yang dinamakan sebagai Kitab Undang-Undang Hukum Pidana, menurut suatu sistem yang tertentu. Di dalam KUHP itu sendiri tidak terdapat ketentuan atau satu pasal pun yang merumuskan mengenai pengertian tindak pidana, sehingga tidak ada batasan yang pasti mengenai makna dan pengertian istilah tindak pidana yang sebenar-benarnya. Oleh karena itu, timbul berbagai pendapat dari beberapa ahli hukum, dimana mereka mencoba untuk menafsirkan sendiri apa itu

²⁵ P.A.F Lamintang, Dasar-Dasar Hukum Pidana Indonesia, Bandung, 1984, Sinar Baru. Hal. 172

sebenarnya yang dimaksud dengan perkataan tindak pidana. Oleh karena itu, untuk menemukan dan memahami tentang pengertian serta makna dari perkataan tindak pidana, maka diteliti berdasarkan doktrin-doktrin atau pendapat para ahli mengenai makna dan pengertian tindak pidana.

Beberapa pendapat pakar hukum dari barat (Eropa) mengenai Hukum Pidana, antara lain sebagai berikut:²⁶

1. POMPE, menyatakan bahwa Hukum Pidana adalah keseluruhan aturan ketentuan hukum mengenai perbuatan-perbuatan yang dapat dihukum dan aturan pidananya.
2. APELDOORN, menyatakan bahwa Hukum Pidana dibedakan dan diberikan arti:

Hukum Pidana Materiil yang menunjuk pada perbuatan pidana dan yang oleh sebab perbuatan itu dapat dipidana, dimana perbuatan pidana itu mempunyai dua bagian, yaitu:

- a. Bagian objektif merupakan suatu perbuatan atau sikap yang bertentangan dengan hukum pidana positif, sehingga bersifat melawan hukum yang menyebabkan tuntutan hukuman dengan ancaman pidana atas pelanggarannya.
- b. Bagian subjektif merupakan kesalahan yang menunjuk kepada pelaku untuk dipertanggungjawabkan menurut hukum.

²⁶ Teguh Prasetyo, *Hukum Pidana*, Jakarta, PT. Raja Grafindo Persada, 2010. Hlm. 4-9

Hukum pidana formal yang mengatur cara bagaimana hukum pidana materiil ditegakkan.

3. D. HAZEWINKEL-SURINGA, dalam bukunya membagi hukum pidana dalam arti objektif (*ius poenale*), yang meliputi:
 - a. Perintah dan larangan yang pelanggarannya diancam dengan sanksi pidana oleh badan yang berhak.
 - b. Ketentuan-ketentuan yang mengatur upaya yang dapat digunakan apabila Norma itu dilanggar, yang dinamakan Hukum Penitensier.
 - c. Subjektif (*ius puniendi*), yaitu hak negara menurut hukum untuk menuntut pelanggaran delik dan untuk menjatuhkan serta melaksanakan pidana.
4. VOS, menyatakan bahwa hukum pidana diberikan dalam arti bekerjanya sebagai:
 - a. Peraturan hukum objektif (*ius poenale*) yang dibagi menjadi:
 1. Hukum pidana materiil yaitu peraturan tentang syarat-syarat bilamana, siapa dan bagaimana sesuatu dapat dipidana.
 2. Hukum pidana formal yaitu hukum acara pidana.
 - b. Hukum subjektif (*ius punaenandi*), yaitu meliputi hukum yang memberikan kekuasaan untuk menetapkan ancaman pidana, menetapkan putusan dan melaksanakan pidana yang hanya dibebankan kepada negara atau pejabat yang ditunjuk untuk itu.

- c. Hukum pidana umum (*algemene strafrecht*), yaitu dalam bentuknya sebagai *ius special* seperti hukum pidana militer, dan sebagai *ius singulare* seperti hukum pidana fiskal.
5. ALGRA JANSEN, mengatakan bahwa hukum pidana adalah alat yang dipergunakan oleh seorang penguasa (hakim) untuk memperingati mereka yang telah melakukan suatu perbuatan yang tidak dibenarkan, reaksi dari penguasa tersebut mencabut kembali sebagian dari perlindungan yang seharusnya dinikmati oleh terpidana atas nyawa, kebebasan dan harta kekayaan, yaitu seandainya ia telah tidak melakukan suatu tindak pidana.

Beberapa pendapat pakar hukum Indonesia mengenai Hukum Pidana, antara lain sebagai berikut:

1. MOELJATNO, mengatakan bahwa hukum pidana adalah bagian daripada keseluruhan hukum yang berlaku disuatu negara, yang mengadakan dasar-dasar dan aturan untuk:
 - a. Menentukan perbuatan mana yang tidak boleh dilakukan, yang dilarang, yang disertai ancaman atau sanksi yang berupa pidana tertentu bagi barangsiapa melanggar larangan tersebut.
 - b. Menentukan kapan dan dalam hal-hal apa kepada mereka yang telah melanggar larangan-larangan itu dapat dikenakan atau dijatuhkan pidana sebagaimana yang telah diancamkan.

- c. Menentukan dengan cara bagaimana pengenaan pidana itu dapat dilaksanakan apabila ada orang yang disangka telah melanggar larangan tersebut.
2. SATOCHID KARTANEGARA, bahwa hukum pidana dapat dipandang beberapa sudut, yaitu:
 - a. Hukum pidana dalam arti objektif, yaitu sejumlah peraturan yang mengandung larangan-larangan atau keharusan-keharusan terhadap pelanggarannya diancam dengan hukuman.
 - b. Hukum pidana dalam arti subjektif, yaitu sejumlah peraturan yang mengatur hak negara untuk menghukum seseorang yang melakukan perbuatan yang dilarang.
 3. SOEDARTO, mengatakan bahwa hukum pidana merupakan sistem sanksi yang negatif, ia diterapkan jika sarana lain sudah tidak memadai, maka hukum pidana dikatakan mempunyai fungsi yang subsider. Pidana juga termasuk tindakan (*maatregelen*), bagaimanapun juga merupakan suatu penderitaan, sesuatu yang dirasakan tidak enak oleh orang lain yang dikenai oleh karena itu hakikat dan tujuan pidana dan pembedaan untuk memberikan alasan pembenaran (*justification*) pidana itu.
 4. MARTIN PRODJOHAMIDJOJO, hukum pidana adalah bagian dari keseluruhan hukum yang berlaku di suatu negara, yang mengadakan dasar-dasar dan aturan-aturan untuk:

- a. Menentukan perbuatan-perbuatan mana yang tidak boleh dilakukan, yang dilarang, dengan disertai ancaman sanksi pidana tertentu bagi siapa saja yang melanggarnya.
 - b. Menentukan kapan dan dalam hal apa kepada mereka yang telah melakukan larangan-larangan itu dapat dikenakan atau dijatuhkan pidana sebagaimana yang telah diancamkan.
 - c. Menentukan dengan cara bagaimana pengenaan pidana itu dapat dilaksanakan apabila orang yang diduga telah melanggar ketentuan tersebut.
5. ROESLAN SALEH, mengatakan bahwa setiap perbuatan yang oleh masyarakat dirasakan sebagai perbuatan yang tidak boleh atau tidak dapat dilakukan sehingga perlu adanya penekanan pada perasaan hukum masyarakat. Oleh karena itu, sesuatu perbuatan pidana berarti perbuatan yang menghambat atau bertentangan dengan tercapainya tatanan dalam pergaulan yang dicita-citakan masyarakat. Sehingga isi pokok dari definisi hukum pidana itu dapat disimpulkan sebagai berikut:
- a. Hukum pidana sebagai hukum positif
 - b. Substansi hukum pidana adalah hukum yang menentukan tentang perbuatan pidana dan menentukan tentang kesalahan bagi pelakunya.
6. BAMBANG POERNOMO, menyatakan bahwa hukum pidana adalah hukum sanksi. Definisi ini diberikan berdasarkan ciri hukum pidana yang

membedakan dengan hukum yang lain, yaitu bahwa hukum pidana sebenarnya tidak mengadakan Norma sendiri melainkan sudah terletak pada lapangan hukum yang lain, dan sanksi pidana itu diadakan untuk menguatkan ditaatinya norma-norma di luar hukum pidana. Secara tradisional definisi hukum pidana dianggap benar sebelum hukum pidana berkembang dengan pesat.

B. Tindak Pidana Dalam Hukum Pidana Indonesia

Tindak pidana merupakan terjemahan dari istilah Belanda “*Strafbaar Feit*” sedangkan dalam bahasa Latin dipakai istilah “*Delict*” atau “*Delictum*” dalam Bahasa Indonesia digunakan istilah Delik. Adapun pengertian tindak pidana menurut pakar ahli hukum pidana, menurut Moeljatno tindak pidana adalah:²⁷

“Perbuatan yang dilarang oleh suatu aturan hukum larangan mana disertai ancaman (sanksi) yang berupa pidana tertentu, bagi barang siapa melanggar larangan tersebut dapat juga dikatakan bahwa perbuatan pidana adalah perbuatan yang oleh suatu aturan dilarang dan diancam pidana. Asal saja dalam pidana itu diingat bahwa larangan ditunjukkan pada perbuatan (yaitu suatu keadaan atau kejadian yang ditimbulkan oleh kelakuan orang yang menimbulkan kejadian itu)”.

Menurut P.A.F Lamintang:²⁸

“Istilah tindak pidana berasal dari bahasa Belanda yaitu “*Strafbaar feit*”. Perkataan *feit* itu sendiri dalam bahasa Belanda berarti “sebagian dari suatu kenyataan”, sedangkan *strafbaar* berarti “dapat dihukum”, hingga secara harafiah perkataan “*strafbaar feit*” itu

²⁷ Moeljatno, *Asas-Asas Hukum Pidana*, Rineka Cipta, cetakan delapan, Jakarta, 2009. Hlm 60.

²⁸ *Ibid*, hlm 211

dapat diterjemahkan atau diartikan kedalam bahasa Indonesia yang berarti sebagian dari suatu kenyataan yang dapat dihukum.”

Sedangkan menurut Adam Chazami, istilah-istilah yang pernah digunakan, baik dalam perundang-undangan yang ada maupun dalam berbagai literatur hukum sebagai terjemahan dari istilah *strafbaar feit* adalah sebagai berikut:²⁹

1. *Tindak pidana*, dapat dikatakan berupa istilah resmi dalam perundang-undangan. Hampir seluruh peraturan perundang-undangan menggunakan istilah tindak pidana, seperti didalam UU No.6 Tahun 1982 tentang Hak Cipta (diganti dengan UU No. 19 Tahun 2002), UU No. 3 Tahun 1971 tentang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi (diganti dengan UU No. 31 Tahun 1999), dan perundang-undangan lainnya. Ahli hukum yang menggunakan istilah ini seperti Prof. Dr. Wirjono Projodikoro, S.H.
2. *Peristiwa pidana*, digunakan oleh beberapa ahli hukum, misalnya Mr.Drs.H.J van Schravendijk dalam buku *Pelajaran Tentang Hukum Pidana Indonesia*, Prof.A.Zainal Abidin, S.H dalam buku beliau *Hukum Pidana*. Pembentuk undang-undang juga pernah menggunakan istilah tersebut dalam Undang Undang Dasar Sementara Tahun 1950 Pasal 14 ayat 1.

²⁹ Adami Chazawi, *Pelajaran Hukum Pidana*, Bagian 1, Raja Grafindo persada, Jakarta, 2001. Hlm 67-68

3. *Delik*, yang digunakan sebenarnya berasal dari bahasa latin *delictum* juga digunakan untuk menggambarkan tentang apa yang dimaksud dengan *strafbaar feit*. Istilah ini dapat dijumpai dalam beberapa literature, misalnya Prof.Drs.E.Utrecht,S.H, walaupun juga beliau menggunakan istilah lain yakni peristiwa pidana dalam buku *Hukum Pidana I*, Prof. A. Zainal Abidin dalam buku beliau *Delik-Delik Percobaan Delik-Delik Penyertaan* walaupun menurut beliau lebih tepat dengan istilah perbuatan pidana.
4. *Pelanggaran Pidana*, dapat dijumpai dalam buku *Pokok-Pokok Hukum Pidana* yang ditulis oleh Mr.M.H.Tirataamidjaja.
5. *Perbuatan yang boleh dihukum*, digunakan oleh Mr.Karni dalam buku ringkasan *Tentang Hukum Pidana Indonesia*.
6. *Perbuatan yang dapat dihukum*, digunakan oleh pembentuk undang-undang dalam Undang-Undang No.12/Drt/1951 tentang Senjata Api dan Bahan Peledak (baca Pasal 3).
7. *Perbuatan Pidana*, digunakan oleh Prof. Mr. Moeljanto dalam berbagai tulisan beliau, misalnya dalam buku *Asas-asas Hukum Pidana*.

Menurut Pompe sebagaimana yang dikemukakan oleh Bambang Poernomo, pengertian *strafbaar feit* dibedakan menjadi:³⁰

³⁰ Bambang Poernomo, *Asas-Asas Hukum Pidana*, Ghalia Indonesia, Jakarta, hlm 91

- a. Definisi menurut teori memberikan pengertian “*strafbaar feit*” adalah suatu pelanggaran terhadap Norma, yang dilakukan karena kesalahan si pelanggar dan diancam dengan pidana untuk mempertahankan tata hukum dan menyelamatkan kesejahteraan umum.
- b. Definisi menurut hukum positif, merumuskan pengertian “*strafbaar feit*” adalah suatu kejadian (*feit*) yang oleh peraturan perundang-undangan dirumuskan sebagai perbuatan yang dapat dihukum.

Sejalan dengan definisi atau pengertian menurut teori dan hukum positif diatas, J.E Jonkers juga telah memberikan definisi *strafbaar feit* menjadi dua pengertian, sebagaimana yang dikemukakan Bambang Poernomo yaitu:³¹

- a. Definisi pendek memberikan pengertian “*strafbaar feit*” adalah suatu kejadian (*feit*) yang dapat diancam pidana oleh Undang-Undang.
- b. Definisi panjang atau lebih dalam memberikan pengertian “*strafbaar feit*” adalah suatu kelakuan yang melawan hukum berhubung dilakukan dengan sengaja atau alfa oleh orang yang dapat dipertanggungjawabkan.

Menurut definisi pendek pada hakekatnya menyatakan bahwa pastilah untuk setiap delik yang dapat dipidana harus berdasarkan Undang-Undang yang dibuat oleh pembentuk Undang-Undang, dan pendapat umum tidak dapat menentukan lain daripada apa yang telah ditetapkan dalam Undang-

³¹ *Ibid*, hlm 92

Undang. Definisi yang panjang lebih menitikberatkan kepada sifat melawan hukum dan pertanggung jawaban yang merupakan unsur-unsur yang telah dirumuskan secara tegas di dalam setiap delik, atau unsur yang tersembunyi secara diam-diam dianggap ada.

Simons dalam Roni Wiyanto mendefinisikan tindak pidana sebagai suatu perbuatan (*handeling*) yang diancam dengan pidana oleh undang-undang, bertentangan dengan hukum (*onrechtmatig*) dilakukan dengan kesalahan (*schuld*) oleh seseorang yang mampu bertanggung jawab. Rumusan pengertian tindak pidana oleh Simons dipandang sebagai rumusan yang lengkap karena akan meliputi:³²

1. Diancam dengan pidana oleh hukum
2. Bertentangan dengan hukum
3. Dilakukan oleh seseorang dengan kesalahan (*schuld*)
4. Seseorang itu dipandang bertanggung jawab atas perbuatannya.

Van Hammel juga sependapat dengan rumusan tindak pidana dari Simons, tetapi menambahkan adanya “sifat perbuatan yang mempunyai sifat dapat dihukum”. Jadi, pengertian tindak pidana menurut Van Hammel meliputi 5 (lima) unsur, sebagai berikut:³³

1. Diancam dengan pidana oleh hukum

³² Roni Wiyanto, *Asas-Asas Hukum Pidana Indonesia*, C.V Mandar Maju, Bandung. 2012. Hlm 160

³³ *Ibid*, hlm 162

2. Bertentangan dengan hukum
3. Dilakukan oleh seseorang dengan kesalahan (*schuld*)
4. Seseorang itu dipandang bertanggung jawab atas perbuatannya.
5. Sifat perbuatan yang mempunyai sifat dapat dihukum.

Tindak pidana ini sama dengan istilah Inggris “*Criminal Act*” karena *criminal act* ini juga berarti kelakuan dan akibat, atau dengan lain perkataan akibat dari suatu kelakuan yang dilarang oleh hukum.

Menurut Moeljatno ada macam-macam tindak pidana selain di bedakan dalam kejahatan dan pelanggaran juga di bedakan dalam teori dan praktek yang lain adalah:³⁴

1. Delik dolus dan delik culpa, bagi delik dolus dipergunakan adanya kesengajaan sedangkan pada delik culpa orang juga sudah dapat dipidana bila kesalahannya itu terbentuk kealpaan;
2. Delik *Commissionis* dan delikta *Commissionis*, delik *commissionis* adalah delik yang terdiri dari suatu perbuatan yang dilarang oleh aturan-aturan pidana, sedangkan delikta *commissionis* delik yang terdiri dari tindak perbuatan sesuatu atau melakukan sesuatu padahal mestinya berbuat;
3. Delik biasa dan delik yang dikualisir (dikhususkan), delik khusus adalah delik biasa tambah dengan unsur-unsur lain itu mengenai cara yang khas dalam melakukan delik biasa, adakalanya objek yang khas, adakalanya

³⁴ Moeljatno dan Abdul djamali. *Pengantar Hukum Indonesia*, Raja Grafinda, Jakarta, 1993, hlm 24

pula mengenai akibat yang khas dari perbuatan yang merupakan delik biasa;

4. Delik menerus dan tidak menerus, delik menerus adalah perbuatan yang dilarang menumbulkan keadaan yang berlangsung terus.

Dari batasan-batasan tentang tindak pidana itu kiranya dapat ditarik kesimpulan bahwa, untuk terwujudnya suatu tindak pidana atau agar seseorang itu dapat dikatakan melakukan tindak pidana harus memenuhi unsur-unsur yang terkandung didalam setiap pasal yang dilanggar.

Mengutip dari pendapat Buchari Said, setiap tindak pidana haruslah memenuhi unsur:³⁵

“Harus ada perbuatan manusia, jadi perbuatan manusia yang dapat mewujudkan tindak pidana. Dengan demikian pelaku atau subjek tindak pidana itu adalah manusia, hal ini tidak hanya terlihat dari perkataan “barang siapa”. Di dalam ketentuan undang-undang pidana ada perkataan “seorang ibu”, “seorang dokter”, “seorang nahkoda”, dan lain sebagainya, juga dari ancaman pidana dalam pasal 10 KUHPidana tentang macam-macam pidana, seperti adanya pidana mati, pidana penjara, dan sebagainya itu hanya ditunjukkan kepada manusia. Sedangkan diluar KUHPidana subjek tindak pidana itu tidak hanya manusia, juga suatu korporasi (kejahatan yang dilakukan korporasi, seperti dalam Undang-Undang Tindak Pidana Korupsi, Undang-Undang Tindak Pidana Lingkungan Hidup, Undang-Undang Tindak Pidana Pencucian Uang dan sebagainya).”

³⁵ Buchari Said, *Ringkasan Pidana Materil*, Fakultas Hukum Universitas Pasundan, Bandung, 2008, hlm 76

C. Tinjauan Delik-Delik Kesusilaan Di Dalam KUHP

Delik Kesusilaan dalam KUHP diatur di dalam Bab XIV Buku II yang merupakan Kejahatan dan dalam Bab VI Buku III termasuk jenis Pelanggaran. Dalam bab XIV tentang Kejahatan terhadap Kesusilaan dimuat jenis-jenis delik Kesusilaan (Pasal 281 samapai Pasal 303 KUHP) yang meliputi perbuatan-perbuatan:

1. Pasal 281 KUHP

Ketentuan pidana yang melarang orang dengan sengaja merusak kesusilaan di depan umum oleh pembentuk undang-undang telah diatur didalam Pasal 281 KUHP, yang rumusnya berbunyi sebagai berikut:

Diancam dengan pidana penjara paling lama dua tahun delapan bulan atau pidana denda paling banyak empat ribu lima ratus rupiah:

1. Barangsiapa dengan sengaja dan terbuka melanggar kesusilaan;
2. Barangsiapa dengan sengaja dan di depan orang lain yang ada disitu bertentangan dengan kehendaknya, melanggar kesusilaan.

Tindak pidana yang diatur dalam Pasal 281 KUHP mempunyai unsur-unsur sebagai berikut:

- a. Unsur Subjektif : dengan sengaja
- b. Unsur Objektif :
 1. Barangsiapa
 2. Merusak kesusilaan
 3. Di depan umum

Sebagaimana yang telah dikatakan diatas, unsur subjektif dari tindak pidana yang diatur dalam Pasal 281 KUHP ialah unsur *opzettelijk* atau dengan sengaja. Unsur dengan sengaja ini ditinjau dari penempatannya di dalam rumusan tindak pidana yang diatur dalam Pasal 281 KUHP, meliputi unsur-unsur seperti, merusak kesusilaan dan di depan umum.

Menurut R.Soesilo dalam bukunya “*Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP) Serta Komentar-Komentarnya Lengkap Pasal Demi Pasal*” (hlm 204), bahwa kata kesopanan disini dalam arti kata “kesusilaan” yaitu perasaan malu yang berhubungan dengan nafsu kelamin. Misalnya bersetubuh, meraba tempat kemaluan wanita, memperlihatkan anggota kemaluan wanita atau pria, mencium dan sebagainya. Kejahatan terhadap kesopanan ini semuanya dilakukan dengan suatu “perbuatan”.³⁶

Agar pelaku dapat dinyatakan terbukti telah memenuhi unsur dengan sengaja tersebut, di sidang pengadilan yang memeriksa dan mengadili perkara pelaku, hakim dan penuntut umum harus data membuktikan:

1. Bahwa pelaku memang mempunyai kehendak atau maksud untuk melakukan perbuatan merusak kesusilaan;
2. Bahwa pelaku memang mengetahui yakni bahwa perbuatannya itu ia lakukan di depan umum.

³⁶ <http://m.hukumonline.com/klinik/detail/cl6289/jika-rekan-kerja-sering-mengajak-ke-tempat-sepi>, diakses pada selasa, 12 April 2016, pukul 7:39 WIB.

Jika kehendak atau maksud dan pengetahuan pelaku ataupun salah satu dari kehendak atau pengetahuan pelaku diatas ternyata tidak dapat dibuktikan, maka tidak ada alasan bagi penuntut umum untuk menyatakan pelaku terbukti memenuhi unsur dengan sengaja yang terdapat di dalam rumusan tindak pidana yang diatur dalam Pasal 281 KUHP, dan hakim akan memberikan putusan bebas bagi pelaku.

Untuk dapat menyatakan pelaku terbukti telah memenuhi unsur dengan sengaja yang terdapat dalam rumusan tindak pidana yang diatur dalam Pasal 281 KUHP, hakim tidak perlu menggatungkan diri pada adanya pengakuan dari pelaku yang dalam praktik memang sulit dapat diharapkan, melainkan ia dapat menarik kesimpulan dari kenyataan yang terungkap di sidang pengadilan, misalnya dari keterangan yang diberikan oleh pelaku sendiri atau dari keterangan yang diberikan oleh para saksi.

Apa sebabnya hakim atau penuntut umum harus dapat membuktikan tentang adanya kehendak atau maksud para pelaku untuk melakukan perbuatan merusak kesusilaan dan apa sebabnya hakim atau penuntut umum harus dapat membuktikan tentang adanya pengetahuan pelaku bahwa perbuatan yang ia lakukan di depan umum, kiranya sudah cukup jelas, yakni karena baik menurut memori jawaban atau menurut *Memorie van Antwoord* dari Menteri Kehakiman maupun menurut penjelasan atau menurut *Memorie van Toelichting* mengenai kata *opzet* atau dengan sengaja, yakni bahwa *opzet*

itu mempunyai arti sebagai *willens en wetens* atau sebagai menghendaki dan mengetahui.³⁷

Unsur objektif dari tindak pidana dengan sengaja merusak kesusilaan di depan umum seperti yang diatur dalam Pasal 281 KUHP ialah unsur barangsiapa. Yang dimaksud dengan barangsiapa ialah orang atau orang-orang, yang apabila orang atau orang-orang tersebut terbukti memenuhi unsur-unsur tindak pidana yang diatur dalam Pasal 281 KUHP mereka itu dapat disebut sebagai pelaku atau sebagai pelaku-pelaku dari tindak pidana tersebut.

2. Pasal 282 KUHP

Tindak pidana menyebarluaskan, mempertunjukkan secara terbuka, secara tulisan, gambar atau benda yang menyinggung kesusilaan oleh pembentuk undang-undang telah diatur dalam Pasal 282 ayat 1 sampai dengan ayat 3 KUHP yang berbunyi:

- (1) Barangsiapa menyiarkan, mempertunjukkan atau menempelkan di muka umum tulisan, gambaran atau benda yang telah diketahui isinya melanggar kesusilaan, atau barangsiapa dengan maksud untuk disiarkan, dipertunjukkan atau ditempelkan di muka umum, membikin tulisan, gambaran atau benda tersebut, memasukannya ke dalam negeri, meneruskannya, mengeluarkannya dari negeri, atau memiliki persediaan, ataupun barangsiapa secara terang-terangan atau dengan mengedarkan surat tanpa diminta, menawarkannya atau menunjukkannya sebagai bisa diperoleh, diancam dengan pidana penjara paling lama satu tahun enam bulan atau pidana denda paling tinggi empat ribu lima ratus rupiah.
- (2) Barangsiapa menyiarkan, mempertunjukkan atau menempelkan di muka umum tulisan, gambaran atau benda yang melanggar

³⁷ Lamintang, op.cit, hlm 268-273

kesusilaan, ataupun barangsiapa dengan maksud untuk disiarkan, dipertunjukkan atau ditempelkan dimuka umum, membikin, memasukkan ke dalam negeri, meneruskan mengeluarkannya dari negeri, atau memiliki persediaan, atau barangsiapa secara terang-terangan atau dengan mengedarkan surat tanpa diminta, menawarkan atau menunjuk sebagai bisa diperoleh, diancam, jika ada alasan kuat baginya untuk menduga bahwa tulisan, gambaran atau benda itu melanggar kesusilaan, dengan pidana paling lama Sembilan bulan atau pidana denda paling banyak empat ribu lima ratus rupiah.

- (3) kalau yang bersalah melakukan kejahatan tersebut dalam ayat pertama sebagai pencarian atau kebiasaan, dapat dijatuhkan pidana penjara paling lama dua tahun delapan bulan atau pidana denda paling banyak tujuh puluh lima ribu rupiah.

Untuk memudahkan penjabaran dari tiga jenis tindak pidana di atas ke dalam unsur-unsurnya masing-masing, maka dapat disesuaikan dengan tindak pidana yang bersangkutan.

Unsur yang terkandung dalam Pasal 282 ayat 1 KUHP:

1. Barangsiapa
2. Menyebarkan
3. Mempertunjukkan secara terbuka
4. Menempelkan secara terbuka
5. Tulisan gambar atau benda yang sifatnya melanggar kesusilaan

Unsur yang terkandung dalam Pasal 282 ayat 2 KUHP:

1. Barangsiapa
2. Membuat
3. Memasukkan

4. Mengangkut keluar
5. Mempunyai dalam persediaan
6. Untuk disebarluaskan atau dipertunjukkan atau ditempelkan secara terbuka
7. Suatu tulisan, gambar, atau benda yang sifatnya melanggar kesusilaan

Unsur yang terkandung dalam Pasal 282 ayat 3 KUHP:

1. Barangsiapa
2. Tanpa diminta menawarkan
3. Tanpa diminta menyatakan dapat diperoleh
4. Suatu tulisan, gambar atau benda yang sifatnya melanggar kesusilaan
5. Dilakukan baik secara terbuka maupun dengan cara menyebarkan suatu tulisan.

Mengenai Pasal 282 KUHP, R. Soesilo berpendapat (hlm 206), tulisan, gambar atau barang itu harus melanggar perasaan kesopanan, perasaan kesusilaan, misalnya buku yang isinya cabul, gambar atau patung yang bersifat cabul, dan sebagainya. Sifat cabul dan tidaknya itu harus ditentukan berdasar atas pendapat umum, tiap-tiap peristiwa harus ditinjau sendiri-sendiri, amat tergantung pada adat istiadat dalam lingkungan itu.³⁸

³⁸ <http://m.hukumonline.com/klinik/detail/cl6289/jika-rekan-kerja-sering-mengajak-ke-tempat-sepi>, diakses pada Selasa, 12 April 2016, pukul 8:13 WIB.

Menurut pasal 282 KUHP, pelaku harus mengetahui isi dari tulisan, gambar atau benda yang ia perlihatkan secara terbuka atau yang ia tempelkan dan lain-lainnya. Tidaklah perlu bahwa pelaku telah menganggapnya sebagai bersifat menyinggung kesusilaan atau bahwa ia sendiri telah bermaksud untuk memandang tulisan, gambar atau benda tersebut sebagai mempunyai sifat yang menyinggung kesusilaan.

Tindak pidana yang diatur dalam Pasal 282 ayat 2 pada dasarnya adalah sama dengan tindak pidana yang diatur dalam Pasal 282 ayat 1 KUHP, kecuali unsur subjektifnya, yakni karena bagi tindak pidana yang diatur dalam Pasal 282 ayat 2 KUHP, undang-undang hanya mensyaratkan adanya unsur *culpa* pada diri pelaku. Hal mana terbukti dengan dipakainya kata-kata yang sepantasnya harus ia duga di dalam rumusan tindak pidana tersebut.

3. Pasal 283 KUHP

Tindak pidana menawarkan, menyerahkan, dan lain-lain suatu tulisan, gambar, dan lain-lain yang sifatnya melanggar kesusilaan kepada seorang anak di bawah umur. Suatu ketentuan pidana yang dibentuk khusus untuk melindungi anak-anak di bawah umur terhadap perbuatan-perbuatan menawarkan, menyerahkan dan lain-lain suatu tulisan, suatu gambar dan lain-lain yang sifatnya melanggar kesusilaan oleh pembentuk undang-undang diatur dalam Pasal 283 ayat 1 sampai 3 yang berbunyi:

- (1) Diancam dengan pidana penjara paling lama Sembilan bulan atau pidana denda paling banyak Sembilan ribu rupiah, barangsiapa menawarkan, memberikan untuk terus maupun untuk sementara

waktu, menyerahkan atau memperlihatkan tulisan, gambaran atau benda yang melanggar kesusilaan, maupun alat untuk mencegah atau menggugurkan kehamilan kepada seorang yang belum dewasa, dan yang diketahui atau sepatutnya harus di duga bahwa umumnya belum tujuh belas tahun, jika isi tulisan, gambaran, benda atau alat itu telah diketahuinya.

- (2) Diancam dengan pidana yang sama, barangsiapa membacakan isi tulisan yang melanggar kesusilaan di muka orang yang belum dewasa sebagaimana dimaksud dalam ayat yang lalu, jika isi tadi telah diketahuinya.
- (3) Diancam dengan pidana penjara paling lama empat bulan atau pidana kurungan paling lama tiga bulan atau pidana denda paling banyak Sembilan ribu rupiah, barangsiapa menawarkan, memberikan untuk terus maupun untuk sementara waktu, menyerahkan atau memperlihatkan tulisan, gambaran atau benda yang melanggar kesusilaan, maupun alat untuk mencegah atau menggugurkan kehamilan kepada seseorang yang belum dewasa sebagaimana dimaksud dalam ayat pertama, jika ada alasan kuat baginya untuk menduga, bahwa tulisan, gambaran atau benda yang melanggar kesusilaan atau alat itu adalah alat untuk mencegah atau menggugurkan kehamilan.

Tindak pidana yang diatur dalam pasal 283 ayat 1 KUHP ternyata mempunyai dua unsur subjektif, masing-masing unsur yang diketahui menunjukkan bahwa undang-undang telah mensyaratkan keharusan adanya unsur kesengajaan pada diri pelaku dan untuk yang sepatasnya harus dapat ia duga yang menunjukkan bahwa di samping unsur kesengajaan, undang-undang ternyata juga telah mensyaratkan unsur ketidaksengajaan, sehingga orang dapat mengatakan bahwa tindak pidana yang diatur dalam Pasal 283 ayat 1 KUHP itu mempunyai unsur-unsur subjektif yang *pro parte dolus* dan *pro parte culpa* atau mempunyai unsur-unsur subjektif yang sebagian *dolus* dan sebagian *culpa*.

Dilihat dari penempatannya di dalam rumusan tindak pidana unsur-unsur subjektif yang ia ketahui dan yang sepantasnya harus ia duga itu ternyata hanya meliputi unsur-unsur seorang anak yang belum dewasa dan bahwa anak itu belum mencapai usia tujuh belas tahun.

4. Pasal 284 KUHP

Tindak pidana perzinaan atau *overspel* oleh pembentuk undang-undang telah diatur dalam pasal 284 KUHP yang berbunyi:

(1) Diancam dengan pidana penjara paling lama Sembilan bulan:

1.
 - a. Seorang pria yang telah kawin yang melakukan gendak (*overspel*), padahal diketahui bahwa Pasal 27 BW berlaku baginya,
 - b. Seorang wanita yang telah kawin yang melakukan gendak, padahal diketahui bahwa pasal 27 BW berlaku baginya;
2.
 - a. Seorang pria yang turut serta melakukan perbuatan itu, padahal diketahuinya bahwa yang turut bersalah telah kawin;
 - b. Seorang wanita yang telah kawin yang turut serta melakukan perbuatan itu, padahal diketahui olehnya bahwa yang turut bersalah telah kawin dan Pasal 27 BW berlaku baginya.

(2) Tidak dilakukan penuntutan melainkan atas pengaduan suami/istri yang tercemar, dan bilamana bagi mereka berlaku Pasal 27 BW, dalam tenggang waktu tiga bulan diikuti dengan permintaan bercerai atau pisah-meja dan ranjang karena alasan itu juga.

(3) Terhadap pengaduan ini tidak berlaku pasal 72, 73, dan 75.

(4) Pengaduan dapat ditarik kembali selama pemeriksaan dalam sidang pengadilan belum dimulai.

(5) Jika bagi suami-istri berlaku pasal 27 BW, pengaduan tidak diindahkan selama perkawinan belum diputuskan karena perceraian atau sebelum putusan yang menyatakan pisah meja dan tempat tidur menjadi tetap.

Tindak pidana perzinaan atau *overspel* yang dimaksudkan dalam Pasal

284 KUHP merupakan suatu *opzettelijk delict* atau suatu tindak pidana yang

harus dilakukan dengan sengaja. Artinya unsur kesengajaan tersebut harus terbukti ada pada diri pelaku, agar ia dapat dinyatakan terbukti telah memenuhi unsur kesengajaan dalam melakukan salah satu tindak pidana perzinaan dari tindak pidana perzinaan yang diatur dalam Pasal 284 KUHP.

Tentang perbuatan yang apabila dilakukan orang, dapat dipandang sebagai suatu perzinaan, ternyata undang-undang tidak memberikan penjelasannya, seolah-olah yang dimaksudkan dengan perzinaan sudah jelas bagi setiap orang.

Kata “zina” di dalam Pasal 284 KUHP mempunyai pengertian lain dari kata zina di dalam hukum Islam, sehingga dapat dimengerti Badan Pembinaan Hukum Nasional Departemen Kehakiman RI telah berusaha untuk menemukan satu kata yang lebih tepat bagi kata *overspel* di dalam Pasal 284 ayat 1 KUHP, yang biasanya telah diterjemahkan orang dengan kata zina.³⁹

Perlu diketahui bahwa perbuatan mengadakan hubungan kelamin yang dilakukan oleh dua orang dari jenis kelamin yang berbeda bukan merupakan perzinaan misalnya yang dilakukan oleh seorang suami dengan istrinya atau yang dilakukan oleh seorang istri dengan suaminya.

Alasan yang membuat pembentuk undang-undang telah menjadikan tindak pidana perzinaan sebagai tindak pidana yang membuat para pelakunya hanya dapat dituntut jika ada pengaduan karena apabila pihak yang merasa

³⁹ BPHN di dalam KUHP yang dinyatakannya sebagai terjemahan resmi dari *Wetboek van strafrecht*, hlm 115, telah menerjemahkan kata *overspel* dengan kata gendak.

dirugikan oleh para pelaku ternyata tidak mempunyai keinginan untuk mengajukan gugatan perceraian, maka tidak terdapat suatu dasar yang kuat untuk memberikan wewenang kepada pihak tersebut yakni untuk meminta kepada alat-alat negara agar terhadap pihak-pihak yang telah merugikan dirinya itu dilakukan penuntutan menurut hukum pidana. Sehingga pengaduan yang misalnya telah diajukan oleh seorang suami terhadap seorang pria yang telah berzina dengan istrinya maka bukan hanya pengaduan yang ditujukan kepada pria itu saja melainkan ditujukan kepada istrinya sendiri juga.

5. Pasal 285 KUHP

Tindak pidana pemerkosaan atau *verkrachting* oleh pembentuk undang-undang telah diatur dalam Pasal 285 KUHP yang berbunyi:

“Barangsiapa dengan kekerasan atau ancaman kekerasan memaksa seorang wanita bersetubuh dengan dia di luar perkawinan, diancam karena melakukan perkosaan dengan pidana penjara paling lama dua belas tahun”

Menurut wijono Prodjodikoro, kata perkosaan sebagai terjemahan dari kualifikasi aslinya dalam bahasa Belanda yakni *verkrachting* tidaklah tepat. Dalam bahasa Belanda istilah *verkrachting* sudah berarti perkosaan untuk bersetubuh, sedangkan dalam Bahasa Indonesia kata perkosaan saja sama sekali belum menunjuk pada pengertian perkosaan untuk bersetubuh. Wirjono Prodjodikoro juga memberikan perbedaan lain antara tindak pidana perkosaan dan pencabulan adalah bahwa perkosaan untuk bersetubuh hanya dilakukan

oleh seorang laki-laki terhadap seorang perempuan, sedangkan untuk cabul dapat juga dilakukan oleh seorang perempuan terhadap seorang laki-laki.⁴⁰

Di dalam rumusan Pasal 285 KUHP tidak mensyaratkan keharusan adanya unsur kesengajaan pada diri pelaku dalam melakukan perbuatan yang dilarang, tetapi dengan dicantumkannya unsur memaksa di dalam rumusan tersebut, kiranya sudah jelas bahwa tindak pidana perkosaan seperti yang dimaksudkan dalam Pasal 285 KUHP itu harus dilakukan dengan sengaja.

Untuk dapat menyatakan seorang terdakwa yang didakwa melanggar pasal 285 KUHP terbukti memiliki kesengajaan melakukan tindak pidana perkosaan, maka hakim maupun penuntut umum harus dapat membuktikannya di sidang pengadilan dengan melihat beberapa sisi:⁴¹

1. Adanya kehendak atau maksud terdakwa memakai kekerasan;
2. Adanya kehendak atau maksud terdakwa untuk mengancam akan memakai kekerasan;
3. Adanya kehendak atau maksud terdakwa untuk memaksa;
4. Adanya pengetahuan pada terdakwa bahwa yang dipaksa itu adalah seorang wanita yang bukan istrinya;

⁴⁰ Wirjono Prodjodikoro, *Tindak-Tindak Pidana Tertentu di Indonesia*, Refika Aditama, Bandung, 2003, hlm 119-120.

⁴¹ P.A.F. Lamintang, *Delik-Delik Khusus Kejahatan Melanggar Norma Kesusilaan Dan Norma Kepatutan*, Sinar Grafika, Jakarta, 2011, hlm 97-98.

5. Adanya pengetahuan pada terdakwa bahwa yang dipaksakan untuk dilakukan oleh wanita tersebut ialah untuk mengadakan hubungan kelamin dengan dirinya di luar perkawinan.

Perbuatan memaksa dapat dilakukan dengan perbuatan dan dapat juga dilakukan dengan ucapan. Perbuatan membuat seorang wanita menjadi terpaksa bersedia mengadakan hubungan kelamin, harus dimasukkan ke dalam pengertian memaksa seorang wanita mengadakan hubungan kelamin, walaupun yang menanggalkan semua pakaian yang dikenakan oleh wanita tersebut adalah wanita itu sendiri. Dalam hal ini kiranya sudah jelas, bahwa keterpaksaan wanita tersebut harus merupakan akibat dari dipakainya kekerasan dan ancaman kekerasan oleh pelaku atau oleh salah seorang dari para pelaku.

6. Pasal 286 KUHP

Tindak pidana yang mengadakan hubungan kelamin dengan wanita yang sedang berada dalam keadaan pingsan atau tidak berdaya, oleh pembentuk undang-undang telah diatur dalam ketentuan Pasal 286 KUHP yang berbunyi:

“Barangsiapa bersetubuh dengan seorang wanita di luar perkawinan, padahal diketahui bahwa wanita itu dalam keadaan pingsan atau tidak berdaya, diancam dengan pidana penjara paling lama sembilan tahun.”

Unsur-unsur yang terkandung di dalam Pasal 286 KUHP ini salah satunya menerangkan bahwa mengadakan hubungan dengan seorang wanita yang dalam keadaan pingsan atau tidak berdaya. Wanita yang dalam keadaan

pingsan ialah keadaan dimana wanita tersebut tidak sadar sepenuhnya, dan yang dimaksudkan dengan tidak berdaya adalah berada dalam keadaan tidak berdaya secara fisik yang membuat wanita tersebut tidak berdaya untuk melakukan perlawanan.

Agar seorang terdakwa dapat dinyatakan terbukti mempunyai kesengajaan dalam melakukan tindak pidana tersebut, maka penegak hukum harus dapat membuktikan:⁴²

- a. Tentang adanya kehendak, maksud, atau niat terdakwa untuk mengadakan suatu hubungan kelamin di luar pernikahan dengan seorang wanita.
- b. Tentang adanya pengetahuan terdakwa bahwa wanita tersebut sedang berada dalam keadaan pingsan atau dalam keadaan tidak berdaya.

7. Pasal 287 KUHP

Tindak pidana mengadakan hubungan kelamin diluar pernikahan dengan seorang wanita yang belum mencapai usia lima belas tahun atau yang belum dapat dinikahi oleh pembentuk undang-undang telah diatur di dalam Pasal 287 KUHP yang tersirat:

- (1) Barangsiapa bersetubuh dengan seorang wanita di luar perkawinan, padahal diketahuinya atau sepatutnya harus diduganya bahwa umurnya belum lima belas tahun, atau kalau umurnya tidak jelas, bahwa belum mampu dikawin, diancam dengan pidana penjara paling lama Sembilan tahun.

⁴² Lamintang, *Ibid*, hlm. 108-109

- (2) Penuntutan hanya dilakukan atas pengaduan, kecuali jika umumnya wanita belum sampai dua belas tahun atau jika ada salah satu hal tersebut Pasal 291 dan Pasal 294.

Yang dimaksudkan dengan pernikahan di dalam rumusan tindak pidana yang diatur di dalam Pasal 287 ayat 1 KUHP ialah perikahan yang sah menurut Pasal 2 Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan yang tersirat:

1. Perkawinan adalah sah, apabila dilakukan menurut hukum masing-masing agamanya dan kepercayaanya itu.
2. Tiap-tiap perkawinan dicatat menurut peraturan perundang-undangan yang berlaku.

Untuk melaksanakan ketentuan-ketentuan yang diatur dalam Pasal 2 Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tersebut, di dalam Pasal 2 Peraturan Pemerintah RI Nomor 9 Tahun 1975 tentang Pelaksanaan Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan, Presiden RI telah menentukan:

1. Pencatatan perkawinan dari mereka yang melangsungkan perkawinan menurut agama Islam, dilakukan oleh pegawai pencatat sebagaimana dimaksud dalam Undang-Undang Nomor 32 tahun 1954 tentang Pencatatan Nikah, Talak, dan Rujuk.
2. Pencatatan perkawinan dari mereka yang melangsungkan perkawinan menurut agamanya dan kepercayaanya itu selain agama Islam, dilakukan

oleh pegawai pencatat perkawinan pada Kantor Catatan Sipil sebagaimana dalam berbagai perundang-undangan mengenai pencatatan perkawinan.

3. Dengan tidak mengurangi ketentuan-ketentuan yang khusus berlaku bagi tata cara pencatat perkawinan berdasarkan berbagai peraturan yang berlaku, tata cara pencatatan perkawinan dilakukan sebagaimana dalam Pasal 3 sampai Pasal 9 Peraturan Pemerintah ini.

Di dalam pidana yang diatur dalam Pasal 287 ayat 2 KUHP, undang-undang telah menentukan bahwa pelaku dari tindak pidana yang diatur dalam Pasal 287 ayat 1 KUHP itu tidak akan dituntut kecuali jika ada pengaduan. Pengaduan yang dimaksudkan di dalamnya harus diajukan oleh korbanya sendiri, yakni wanita yang telah mengadakan hubungan kelamin di luar pernikahan. Pengaduan seperti yang dimaksudkan di atas tidak perlu ada, jika korban ternyata merupakan seorang wanita yang belum mencapai usia dua belas tahun.

8. Pasal 288 KUHP

Tindak pidana mengadakan hubungan kelamin dalam pernikahan dengan seorang wanita yang belum dapat dinikahi oleh pembentuk undang-undang telah diatur dalam Pasal 288 KUHP yang ditulis:

- (1) Barangsiapa dalam perkawinan bersetubuh dengan seorang wanita yang diketahuinya atau sepatutnya harus diduganya bahwa yang bersangkutan belum waktunya untuk dikawin, apabila perbuatan mengakibatkan luka-luka diancam dengan pidana penjara paling lama empat tahun.
- (2) Jika perbuatan mengakibatkan luka-luka berat, dijatuhkan pidana penjara paling lama delapan tahun.

(3) Jika mengakibatkan mati, dijatuhkan pidana penjara paling lama dua belas tahun.

Pernikahan yang dimaksud disini adalah pernikahan yang sesuai dengan ketentuan yang diatur di dalam Undang-Undang No. 1 Tahun 1974, tentang wanita mana yang dapat dipandang sebagai wanita yang belum dapat dinikahi, undang-undang sendiri ternyata tidak memberikannya. Jika berusaha mendapatkan jawabannya tentang wanita yang dapat dipandang sebagai wanita yang belum dapat dinikahi dengan menggunakan metode penafsiran secara teologis kiranya sudah jelas bahwa wanita tersebut harus merupakan wanita yang belum mencapai usia lima belas tahun, karena undang-undang pidana kita pada dasarnya hanya bermaksud untuk memberikan perlindungan bagi wanita yang belum mencapai usia lima belas tahun.

Mengingat pertumbuhan fisik dan psikis antara wanita-wanita yang berusia dua hingga enam belas tahun maka disini yang menjadi patokan adalah kebijakan hakim yang harus melihat sendiri keadaan yang senyatanya dari wanita yang telah menjadi korban dari tindak pidana seperti yang dimaksudkan dalam Pasal 288 KUHP.

9. Pasal 289 KUHP

Tindak pidana dengan kekerasan atau dengan ancaman akan kekerasan memaksa seseorang untuk melakukan atau untuk membiarkan dilakukannya tindakan-tindakan melanggar kesusilaan, oleh pembentuk undang-undang telah diatur dalam Pasal 289 KUHP yang rumusnya ditulis:

“Barangsiapa dengan kekerasan atau ancaman kekerasan memaksa seseorang untuk melakukan atau membiarkan dilakukan perbuatan cabul, diancam karena melakukan perbuatan yang menyerang kehormatan kesusilaan dengan pidana penjara paling lama Sembilan tahun.”

Dalam Pasal ini tidak mencantumkan unsur kesengajaan, karena dengan dicantumkannya unsur memaksa dalam melakukan tindak pidana tersebut kiranya sudah jelas bahwa tindak pidana yang dimaksudkan adalah harus dilakukan dengan sengaja, karena perbuatan memaksa orang lain tentu tidak pada dilakukan dengan tidak sengaja.

Dalam hal pengertian pencabulan, pendapat para ahlu dalam mendefinisikan tentang pencabulan berbeda-beda seperti yang dikemukakan oleh Soetandyo Wignjosoebroto bahwa “Pencabulan adalah suatu usaha melampiaskan nafsu seksual oleh seorang laku-laki terhadap seorang perempuan dengan cara menurut moral dan atau hukum yang berlaku melanggar”. Adapun pendapat lain menurut R.Sughandhi yang menyatakan bahwa “Pencabulan adalah seorang pria yang memaksa pada seorang wanita yang bukan isterinya untuk melakukan persetubuhan dengannya dengan ancaman kekerasan, yang mana diharuskan kemaluan pria telah masuk ke dalam lubang kemaluan seorang wanita yang kemudian mengeluarkan air mani.”⁴³

⁴³ <http://adtyaemby.blogspot.co.id/2012/06/tindak-pidana-pencabulan-terhadap-anak.html>, diakses pada 20 Mei 2016 pukul 09.08 WIB

Pemaksaan itu harus ditunjukkan secara langsung pada orang yang dipaksa untuk melakukan perbuatan yang sifatnya melanggar kesusilaan atau pada orang yang dipaksa untuk membiarkan dilakukannya perbuatan melanggar kesusilaan oleh pelaku.

Disini tindak pidananya adalah dengan kekerasan atau ancaman kekerasan memaksa seseorang melakukan atau membiarkan dilakukan pada dirinya perbuatan cabul. Perbuatan cabul yang dimaksud disini ialah segala perbuatan yang melanggar rasa kesusilaan, atau perbuatan lain yang keji dan semuanta dalam lingkungan nafsu birahi kelamin.

Sebagai tindak pidana menurut pasal ini tidaklah hanya memaksa seseorang melakukan perbuatan cabul, tetapi juga memaksa seseorang dengan kekerasan membiarkan dilakukan pada dirinya perbuatan cabul, dikarenakan untuk menunjukkan sifat berat dari tindak pidana sebagai perbuatan yang sangat tercela.

10. Pasal 290 KUHP

Tindak pidana melakukan tindakan melanggar kesusilaan dengan orang yang sedang berada dalam keadaan pingsan atau dalam keadaan tidak berdaya ataupun dengan orang yang belum mencapai usia lima belas tahun oleh pembentuk undang-undang telah diatur dalam Pasal 290 KUHP yang ditulis:

Diancam dengan pidana penjara paling lama tujuh tahun:

1. Barangsiapa melakukan perbuatan cabul dengan seorang, padahal diketahuinya bahwa orang itu pingsan atau tidak berdaya;
2. Barangsiapa melakukan perbuatan cabul dengan seorang padahal diketahuinya atau sepatutnya harus diduganya, bahwa umurnya belum lima belas tahun atau kalau umurnya tidak jelas, yang bersangkutan belum waktunya untuk dikawin;
3. Barangsiapa membujuk seseorang yang diketahuinya atau sepatutnya harus diduganya bahwa umurnya belum lima belas tahun atau kalau umurnya tidak jelas yang bersangkutan atau belum waktunya untuk dikawin, untuk melakukan atau membiarkan dilakukan perbuatan cabul, atau bersetubuh di luar perkawinan dengan orang lain.

Jika yang dilakukan oleh pelaku ialah perbuatan melakukan

hubungan kelamin diluar pernikahan dengan seorang wanita yang diketahui bahwa wanita tersebut sedang berada dalam keadaan pingsan atau sedang berada dalam keadaan tidak berdaya secara fisik, maka bagi pelaku diberlakukan ketentuan pidana yang diatur dalam Pasal 286 KUHP dan bukan ketentuan pidana yang diatur dalam Pasal 290, walaupun perbuatan melakukan hubungan kelamin diluar pernikahan seperti itu juga termasuk dalam pengertian tindakan melanggar kesusilaan.

Jika yang dilakukan oleh pelaku ialah perbuatan mengadakan hubungan seksual dengan seorang anak di bawah umur dari jenis kelamin yang sama, maka tanpa memperhatikan apakah anak tersebut sedang berad dalam keadaan pingsan atau sedang berada dalam keadaan tidak berdaya atau pun tidak sama sekali atau sadar, bagi pelaku harus diberlakukan ketentuan pidana yang diatur dalam Pasal

192 KUHP dan bukan ketentuan pidana yang diatur dalam Pasal 290 angka 1 KUHP.

Kata “pingsan” di sinonimkan dengan kata-kata “tidak sadar”, “tidak ingat, sedangkan kata “tidak berdaya” dapat disinonimkan dengan kata “tidak bertenaga” atau sangat lemah. Kata “diketahuinya” adalah rumusan dolus atau sengaja. Dengan demikian si pelaku mengetahui bahwa yang dicabulinya tersebut dalam keadaan pingsan atau tidak sadar.

Jika dipandang dari segi kemanusiaan di mana orang yang dalam keadaan pingsan atau tidak berdaya memerlukan pertolongan kepada orang lain, tetapi keadaan tersebut malah dimanfaatkan oleh pelaku pencabulan. Perilaku demikian sangatlah tercela maka wajar saja bila ancaman pidananya diperberat.

Pasal ini merupakan perlindungan terhadap anak atau remaja. Perlu diperhatikan bahwa pada pasal tersebut tidak ada kata “wanita” melainkan kata “orang”. Dengan demikian, meskipun dilakukan terhadap anak atau remaja pria, misalnya homoseks atau yang disebut sehari-hari oleh “tante girang” maka pasal ini dapat diterapkan. Tetapi jika sesama jenis maka hal itu diatur dalam Pasal 292 KUHP.

11. Pasal 292 KUHP

Tindak pidana melakukan perbuatan melanggar kesusilaan dengan seorang anak di bawah umur dari jenis kelamin yang sama

ataupun yang di dalam doktrin juga sering disebut sebagai homoseksualitas oleh pembentuk undang-undang telah diatur dalam Pasal 292 KUHP yang ditulis:

“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 melindungi orang yang belum dewasa dari orang yang dikenal sebagai “*homoseks*” atau “*Lesbian*”. Dalam Kamus Besar Bahasa Indonesia di muat arti dari homoseksual dan lesbian adalah dalam keadaan tertarik terhadap orang dari jenis kelamin yang sama (*homoseksual*), sedang *lesbian* adalah wanita yang cinta birahi kepada sesama jenisnya. Bagi orang dibawah umur, perlu dilindungi dari orang dewasa yang *homoseks* atau *lesbian* karena sangat berbahaya bagi perkembangannya.

Mengenai unsur melakukan tindakan melanggar kesusilaan di dalam rumusan ketentuan pidana yang diatur dalam Pasal 292 KUHP, dengan sendirinya perbuatan melakukan hubungan kelamin sebagaimana yang dimaksudkan diatas yaitu perbuatan melanggar kesusilaan harus dilakukan oleh orang-orang dari jenis kelamin yang sama, sehingga tidak ada alasan untuk berbicara tentang perbuatan melakukan hubungan kelamin dan mungkin hanya agak tepat jika

dalam hal ini orang hanya berbicara tentang dilakukannya hubungan seksual yang tidak wajar.

Dengan demikian, yang dimaksudkan dengan perbuatan melakukan tindakan melanggar kesusilaan di dalam rumusan ketentuan pidana yang diatur dalam Pasal 292 KUHP bukan hanya terbatas pada perbuatan-perbuatan yang lazim dilakukan oleh orang-orang homoseksual yakni melakukan hubungan seksual sesama jenis seperti melalui anus atau dubur, melainkan juga perbuatan-perbuatan seperti melakukan hubungan seksual melalui mulut, mempermainkan alat kelamin dan sebagainya.

12. Pasal 293 KUHP

Tindak pidana dengan pemberian atau janji akan memberikan uang atau benda atau dengan menyalahgunakan hubungan yang ada dengan sengaja menggerakkan seorang anak di bawah umur untuk melakukan tindakan-tindakan melanggar kesusilaan atau membiarkan dilakukannya tindakan-tindakan seperti itu oleh anak di bawah umur tersebut dengan dirinya sendiri, oleh pembentuk undang-undang telah diatur di dalam Pasal 293 KUHP yang ditulis:

- (1) Barangsiapa dengan memberi atau menjanjikan uang atau barang, menyalahgunakan pembawa yang timbul dari hubungan keadaannya, atau dengan penyesatan sengaja menggerakkan seseorang belum dewasa dan baik tingkahlakunya untuk melakukan atau membiarkan dilakukan perbuatan cabul dengan dia, padahal tentang belum kedewasaannya, diketahui atau selayaknya harus

diduganya, diancam dengan pidana penjara paling lama lima tahun.

- (2) Penuntutan hanya dilakukan atas pengaduan orang yang terhadap dirinya dilakukan kejahatan itu.
- (3) Tenggang waktu tersebut dalam Pasal 74 bagi pengaduan ini adalah masing-masing sembilan bulan dan dua belas bulan.

Tindak pidana yang dimaksudkan dalam ketentuan Pasal 293 KUHP ini memiliki dua macam unsur subjektif, yaitu bahwa undang-undang telah mensyaratkan tentang keharusan adanya unsur dolus atau unsur kesengajaan pada pelaku dimana pelaku yang sudah memiliki umur lebih dewasa melakukan tindakan-tindakan yang melanggar kesusilaan dan selain adanya unsur dolus atau unsur kesengajaan, undang-undang juga mensyaratkan adanya unsur culpa atau unsur ketidaksengajaan pada diri pelaku dimana pelaku yang sudah dewasa membiarkan dilakukannya tindakan-tindakan melanggar kesusilaan dengan pelaku.

Yang diancam dengan hukuman dalam pasal ini adalah:⁴⁴

1. Membujuk orang untuk melakukan perbuatan cabul dengan dia atau membiarkan perbuatan cabul itu dilakukan pada dirinya orang tersebut;
2. Cara membujuk itu dengan jelas mempergunakan:
 - a. Hadiah atau perjanjian akan memberi uang atau barang.

⁴⁴ R.Sugandhi, *Kitab Undang-Undang HUKUM Pidana dan Penjasannya*, Usaha Nasional, Surabaya, hlm 309.

- b. Kekuasaan yang timbul dari pergaulan.
 - c. Tipu daya
3. Orang yang dibujuk itu belum dewasa dan tak bercacat kelakuannya.
- a. Membujuk berarti berusaha mempengaruhi supaya orang mau menuruti kehendaknya yang membujuk.
 - b. Perjanjian mengenai hal lain, tidak termasuk disini.
 - c. “Belum dewasa” berarti belum berumur dua puluh satu tahun dan belum pernah kawin.
 - d. Yang dimaksud “tidak bercacat kelakuannya” hanya mengenai kelakuan dalam segi seksual. Membujuk seorang pelacur yang belum dewasa tidak termasuk disini, karena pelacur sudah cacat kelakuannya dalam bidang seksual.
 - e. Kejahatan ini adalah suatu delik aduan. Tempo untuk memasukkan pengaduan ialah sembilan bulan bagi orang yang diam di dalam negeri dan dua belas bulan bagi orang yang diam di luar negeri. Jelasnya pengaduan ini tak boleh lewat dari tempo yang telah ditetapkan di atas ini, bila terlambat berarti kadaluarsa.

13. Pasal 294 KUHP

Tindak pidana melakukan tindak melanggar kesusilaan dengan anaknya sendiri, dengan anak tirinya, dengan anak angkatnya atau

dengan seorang anak di bawah umur yang pengawasannya, pendidikannya atau pengurusannya dipercayakan kepada pelaku itu, oleh pembentuk undang-undang telah diatur dalam Pasal 294 KUHP yang ditulis:

- (1) Barangsiapa melakukan perbuatan cabul dengan anaknya, tirinya, anak angkatnya, anak dibawah pengawasannya yang belum dewasa, atau dengan orang yang belum dewasa yang pemeliharanya, pendidikan atau penjagaannya diannya yang belum dewasa, diancam dengan pidana penjara paling lama 7 tahun.
- (2) Diancam dengan pidana yang sama:
 1. Pejabat yang melakukan perbuatan cabul dengan orang yang karena jabatan adalah bawahannya, atau dengan orang yang penjagaannya dipercayakan atau diserahkan kepadanya.
 2. Pengurus, dokter, guru, pegawai, pengawas, atau pesuruh dalam penjara, tempat pekerjaan negara, tempat pendidikan, rumah piatu, rumah sakit, rumah sakit jiwa atau lembaga social, yang melakukan perbuatan cabul dengan orang yang dimasukkan ke dalamnya.

Menurut pasal ini perbuatan cabul atau persetujuan dilakukan dengan mereka yang dikategorikan khusus yaitu yang dipercayakan padanya untuk diasuh, di didik, atau di jaga. Demikian pula jika yang melakukan perbuatan cabul atau persetujuan adalah pegawai negeri dan dilakukan dengan orang yang dalam pekerjaannya adalah bawahannya, atau dengan orang yang dipercayakan atau diserahkan padanya untuk dijaga.⁴⁵

⁴⁵ Leden Marpaung, *Kejahatan Terhadap Kesusilaan dan Masalah Prevensinya*, Sinar Grafika, Jakarta, 1996, hlm 70.

Dalam pasal ini pun mengandung unsur paksaan psikis dan tidak dapat dikatakan atas dasar suka sama suka karena dilakukan dengan seseorang yang lebih rendah tingkatannya dari segi sastra social keluarganya dan stratasosial hubungan kerja dimana si pria memiliki kekuasaan dan wewenang untuk memaksa si wanita secara psikis agar menuruti kemauan dan kehendaknya.⁴⁶

Unsur objektif yang terpenting dari tindak pidana yang dimaksudkan di dalam ketentuan pidana yang diatur dalam Pasal 294 ayat 1 KUHP ialah unsur-unsur anak sendiri, anak tiri, anak asuh atau anak angkat yang belum dewasa ataupun anak yang belum dewasa yang pengurusannya, pendidikannya atau penjagaannya telah dipercercayakan kepada pelaku. Menurut penuli pengertian dari anak-anak seperti yang dimaksudkan diatas sudah cukup jelas, sehingga tidak akan dibicarakan lebih lanjut.

Itulah yang merupakan tindak pidana kesusilaan yang diatur di dalam KUHP di dalam Pasal 281 hingga Pasal 303 KUHP, adapun yang mengatur mengenai kesusilaan namun dalam bentuk pelanggaran yang diatur dalam Pasal 504 hingga Pasal 547 KUHP.

⁴⁶ Muhammad Abdul Malik, *Perilaku Zina Pandangan Hukum Islam*, hlm 183.

D. Kajian Teori Kriminologi

Kriminologi sebagai ilmu pengetahuan yang sifatnya masih baru apabila kita ambil definisinya secara etimologis berasal dari kata *crimen* yang berarti kejahatan dan *logos* yang berarti pengetahuan atau ilmu pengetahuan, sehingga kriminologi adalah ilmu atau pengetahuan tentang kejahatan.⁴⁷

Pandangan ini lahir ketika pandangan klasik tidak mampu lagi mengungkap kejahatan yang telah bergeser kearah yang lebih politis. Kriminologi (teori) kritis bertugas untuk menganalisis proses-proses bagaimana stigma atau cap jahat tersebut diterapkan terhadap tindakan dan orang-orang tertentu. Menurut Richard Quinney, kajian kriminologi kritis dalam mempelajari masalah kejahatan dan penjahat tidak lagi meletakkan pusat perhatiannya pada dan sekitar si penjahat, akan tetapi pada struktur sosial dengan taat hukumnya.⁴⁸

Kemunculan aliran positif mengarahkan para pakar kriminologi untuk lebih menaruh perhatian kepada pemahaman tentang pelaku kejahatan (penjahat) daripada sifat dan karakteristik kejahatan, asal mula hukum serta dampak-dampaknya. Perhatian terhadap hubungan hukum dengan organisasi ke masyarakat muncul kembali pada pertengahan abad 20 karena hukum mulai dianggap memiliki peranan penting dalam menentukan sifat dan karakteristik suatu kejahatan. Para pakar kriminologi berkeyakinan bahwa

⁴⁷ Topo Santoso Dan Eva Achjani Zulfa, *kriminologi*, Raja Grafindo Persada, Jakarta 2012, hlm 9

⁴⁸ Koesriani Siswosobroto, *Pendekatan Baru Dalam Kriminologi*, Penerbit Universitas Trisakti, Jakarta, hlm 114

pandangan atau perspektif seseorang terhadap hubungan antara hukum dan masyarakat memberikan pengaruh yang penting dalam penyelidikan-penyelidikan yang bersifat kriminologis.

Dalam kriminologi, terdapat beberapa teori, yang telah digagas oleh pakar-pakar kriminologi terdahulu, yang menjadi acuan bagi keberlangsungan kriminologi itu sendiri. Teori-teori itu seperti Teori Asosiasi Diferensia, Anomi, kontrol sosial, dll yang dapat menjadi landasan dalam melihat dan menjawab masalah-masalah dalam kasus LGBT yang ada di Indonesia atau dalam mendukung perkembangan dan pembaharuan hukum dan perundangan hukum pidana. Melihat keterkaitan atau kesesuaian antara teori-teori tersebut dengan perspektif dan paradigma yang ada, maka akan dijabarkan mengenai teori-teori tersebut yaitu:

1. Teori Asosiasi Diferensial

Dalam teori ini, Sutherland berpendapat bahwa perilaku kriminal merupakan perilaku yang dipelajari di dalam lingkungan sosial, artinya semua tingkah laku dapat dipelajari dengan berbagai cara. Oleh karena itu, perbedaan tingkah laku yang *conform* dengan *criminal* adalah apa dan bagaimana sesuatu itu dipelajari. Sutherland lebih memfokuskan kepada konflik budaya dan disorganisasi sosial serta asosiasi diferensial. Dalam hal ini, tidaklah berarti bahwa hanya kelompok pergaulan dengan penjahat akan menyebabkan perilaku *criminal* akan tetapi yang terpenting adalah isi dari proses

komunikasi dengan orang lain. Jelas di sini perilaku jahat itu karena adanya komunikasi, yang tentunya komunikasi ini dilakukan dengan orang jahat pula.

Pada tahun 1947, Sutherland mengenalkan versi keduanya, ia menekankan bahwa semua tingkah laku itu dapat dipelajari dan ia mengganti pengertian *social disorganization* dengan *differential social organization*. Dengan demikian, teori ini menentang bahwa tidak ada tingkah laku (jahat) yang diturunkan dari kedua orang tua. Dengan kata lain, pola perilaku jahat tidak diwariskan akan tetapi dipelajari melalui suatu pergaulan yang akrab.

Dapat disimpulkan bahwa menurut teori asosiasi diferensial tingkah laku jahat tersebut dapat dipelajari melalui interaksi dan komunikasi, yang dipelajari dalam kelompok tersebut adalah teknik untuk melakukan kejahatan dan alasan-alasan (nilai-nilai, motif, rasionalisasi, serta tingkah laku) yang mengandung perbuatan jahat tersebut.

2. Teori Kontrol Sosial

Perspektif kontrol adalah perspektif yang terbatas untuk penjelasan delinkuensi dan kejahatan. Teori ini meletakkan penyebab kejahatan pada lemahnya ikatan individu atau ikatan sosial dengan masyarakat, atau macetnya integrasi sosial. Kelompok-kelompok yang lemah ikatan sosialnya (misalnya kelas bawah) cenderung melanggar hukum karena merasa sedikit terikat dengan peraturan konvensional. Jika seseorang merasa dekat dengan kelompok konvensional, sedikit sekali kecenderungan menyimpang dari

aturan-aturan kelompoknya. Tapi jika ada jarak sosial sebagai hasil dari putusnya ikatan seseorang merasa lebih bebas untuk menyimpang.

Travis Hirschi (1969) sebagai pelopor teori ini, mengatakan bahwa *“Perilaku kriminal merupakan kegagalan kelompok-kelompok sosial konvensional seperti keluarga, sekolah, kawan sebaya untuk mengikatkan atau terikat dengan individu”* artinya, argumentasi dari Teori Kontrol Sosial adalah bahwa *“... Individu dilihat tidak sebagai orang yang secara intrinsik patuh pada hukum; namun menganut segi pandangan antitesis dimana orang harus belajar untuk tidak melakukan tindak pidana”*. Argumentasi ini, didasarkan pada bahwa kita semua dilahirkan dengan kecenderungan alami untuk melanggar aturan hukum. Dalam hal ini Kontrol Sosial, memandang delinkuen sebagai *“konsekuensi logis dari kegagalan seseorang untuk mengembangkan larangan-larangan ke dalam terhadap perilaku melanggar hukum.”*

Selanjutnya, Albert J. Reiss Jr memberikan dua macam kontrol, yaitu *personal control* dan *social control*. *Personal control* adalah kemampuan seseorang untuk menahan diri agar tidak mencapai kebutuhannya dengan cara melanggar norma-norma yang berlaku di masyarakat. Sedangkan *social control* adalah kemampuan kelompok sosial atau lembaga-lembaga di masyarakat melaksanakan norma-norma atau peraturan-peraturan menjadi efektif. Manusia dalam Teori Kontrol Sosial, dipandang sebagai makhluk

yang memiliki moral murni, oleh karena itu, manusia memiliki kebebasan untuk melakukan sesuatu.

3. Teori Anomie

Teori Anomi adalah teori struktural tentang penyimpangan yang paling penting selama lebih dari lima puluh tahun. Teori Anomi menempatkan ketidakseimbangan nilai dan norma dalam masyarakat sebagai penyebab penyimpangan, dimana tujuan-tujuan budaya lebih ditekankan daripada cara-cara yang tersedia untuk mencapai tujuan-tujuan budaya itu. Individu dan kelompok dalam masyarakat seperti itu harus menyesuaikan diri dan beberapa bentuk penyesuaian diri itu bisa jadi sebuah penyimpangan .

Secara global, aktual dan *representative* teori Anomi lahir, tumbuh dan berkembang berdasarkan kondisi sosial. Pakal sosiologi melihat peristiwa tersebut lebih jauh lagi dan mengambil makna darinya sebagai suatu bukti atau petunjuk bahwa terdapat hubungan erat antara struktur masyarakat dengan penyimpangan tingkah laku individu. Dalam konteks perkembangan ekonomi Indonesia yang ditandai dengan perkembangan industrialisasi dan pelbagai fluktuasi yang kurang menentu dari kebijaksanaan pemerintah di bidang perekonomian dan keuangan, terutama setelah pelita II dan diikuti dengan perkembangan kejahatan yang semakin canggih khususnya di bidang perekonomian dan perbankan, tampaknya teori Anomi dapat digunakan sebagai pisau analisis yang dapat mengungkapkannya secara memadai pelbagai kejahatan.

Menurut Durkheim Anomi diartikan sebagai suatu keadaan tanpa Norma (*the concept of Anomie referred to an absence of social regulation normlessness*). Kemudian dalam buku *the division of labor in society* Emile Durkheim mempergunakan istilah Anomi untuk mendeskripsikan keadaan “*deregulation*” di dalam masyarakat yang diartikan sebagai tidak ditaatinya aturan-aturan yang terdapat pada masyarakat sehingga orang tidak tahu apa yang diharapkan dari orang lain dan keadaan ini menyebabkan deviasi.

Menurut Emile, teori Anomi terdiri dari tiga perspektif, yaitu:

- a. Manusia adalah makhluk sosial
- b. Keberadaan manusia sebagai makhluk sosial
- c. Manusia cenderung hidup dalam masyarakat dan keberadaannya sangat tergantung pada masyarakat tersebut sebagai koloni.

Durkheim meyakini bahwa jika sebuah masyarakat sederhana berkembang menuju satu masyarakat yang modern dan kota maka kedekatan yang dibutuhkan untuk melanjutkan satu set norma-norma umum (*a common set of rules*) akan merosot kelompok-kelompok menjadi terpisah-pisah dan dalam ketiadaan satu set aturan-aturan umum tindakan-tindakan dan harapan-harapan orang di satu sektor mungkin bertentangan dengan tindakan dan harapan orang lain. Dengan tidak dapat diprediksinya perilaku tersebut secara bertahap akan runtuh, dan masyarakat tersebut berada dalam kondisi Anomie.

Dalam masyarakat modern pembagian kerja yang sangat kompleks menghasilkan solidaritas ‘organik’. Spesialisasi yang berbeda-beda dalam

bidang pekerjaan dan peranan sosial menciptakan ketergantungan yang mengikat orang kepada sesamanya, karena mereka tidak lagi dapat memenuhi seluruh kebutuhan mereka sendiri. Dalam masyarakat yang 'mekanis' misalnya, para petani gurem hidup dalam masyarakat yang swa-sembada dan terjalin bersama oleh warisan bersama dan pekerjaan yang bersama. Dalam masyarakat modern yang 'organik', para pekerja memperoleh gaji dan harus mengendalikan orang lain yang mengkhususkan diri dalam produk-produk tertentu (bahan makanan, pakaian, dan lain-lain) untuk memenuhi kebutuhan mereka. Akibat dari pembagian kerja yang semakin rumit ini, demikian Durkheim, ialah kesadaran individual berkembang dalam cara yang berbeda dari kesadaran kolektif-seringkali malah berbenturan dengan kesadaran kolektif.

Durkheim menghubungkan jenis solidaritas pada suatu masyarakat tertentu dengan dominasi dari suatu sistem hukum. Ia menemukan bahwa masyarakat yang memiliki solidaritas mekanis hukum seringkali bersifat represif: perilaku suatu kejahatan atau perilaku menyimpang akan terkena hukuman, dan hal itu akan membalas kesadaran kolektif yang dilanggar oleh kejahatan itu; hukuman itu bertindak lebih untuk mempertahankan keutuhan kesadaran. Sebaliknya, dalam masyarakat yang memiliki solidaritas organik, hukum bersifat restitutif; ia bertujuan bukan untuk menghukum melainkan untuk memulihkan aktivitas normal dari suatu masyarakat yang kompleks.

Jadi, perubahan masyarakat yang cepat karena semakin meningkatnya pembagian kerja menghasilkan suatu kebingungan tentang Norma dan semakin meningkatnya sifat tidak pribadi dalam kehidupan sosial, yang akhirnya mengakibatkan runtuhnya norma-norma sosial yang mengatur perilaku.

E. Tinjauan Hukum Terhadap LGBT

Pada dasarnya negara Indonesia adalah negara yang berdasarkan atas negara hukum Pancasila. Negara yang memiliki aturan tersendiri, dalam mewujudkan *keselarasan, keserasian, dan keseimbangan* pada tatanannya. Aturan-aturan tersebut selanjutnya dituangkan dalam Hukum Positif yang mengatur, mengikat, bahkan bisa memaksa. Upaya-upaya yang dilakukan oleh LGBT dalam mencapai tujuannya banyak yang menabrak peraturan perundang-undangan yang berlaku. Mereka hanya mengandalkan satu pemahaman tentang hukum saja. Alih-alih berdiri dalam basis argumentasi hak asasi, tetapi malah melupakan apa yang menjadi kewajibannya. Segala hak yang dimiliki oleh manusia telah dirumuskan melalui Peraturan Perundang-Undangan dengan membatasi hak tersebut agar tidak bertentangan dengan norma-norma sosial yang berlaku dimasyarakat.

Pada hakikatnya LGBT adalah penyimpangan sosial yang dialami seseorang, dan bukan perbuatan jahat yang harus dipandang sebagai tindak pidana. Transeksual dapat diakibatkan faktor bawaan (hormon dan gen) dan

faktor lingkungan. Faktor lingkungan di antaranya pendidikan yang salah pada masa kecil dengan membiarkan anak laki-laki berkembang dalam tingkah laku perempuan, pada masa pubertas dengan homoseksual yang kecewa dan trauma, trauma pergaulan seks dengan pacar, suami atau istri. Perlu dibedakan penyebab *transsexual* kejiwaan dan bawaan. Pada kasus transeksual karena keseimbangan hormon yang menyimpang (bawaan), menyeimbangkan kondisi hormonal guna mendekati kecenderungan biologis jenis kelamin bisa dilakukan.⁴⁹

Fenomena LGBT dapat pula menjadi permasalahan hukum apabila telah melanggar Norma Hukum maupun Kesusilaan, bahkan meresahkan masyarakat. Tindakan yang berhubungan dengan LGBT yang perlu dikriminalisasi (*necessary to be a crime*) ialah perbuatan cabul yang dilakukan oleh kaum *Lesbian, Gay*, maupun *Biseksual* tersebut, terlebih lagi apabila mengambil tindakan hukum untuk melakukan perkawinan yang sah menurut hukum yang berlaku di Indonesia. Terkait dengan *Transgender* sendiri, tindakan yang perlu dikriminalisasi adalah perubahan jenis kelamin yang tidak didasari dengan itikad baik dan dapat merugikan pihak lain sebagai anggota dari masyarakat, misalnya dengan maksud untuk melakukan penipuan maupun penyamaran, komersialisasi, atau perbuatan melawan

⁴⁹ Setiawan Budi Utomo, Fenomena Transgender dan Hukum Operasi Kelamin, Dakwatuna, <http://www.dakwatuna.com/2009/08/12/3427/fenomena-transgender-dan-hukum-operasi-kelamin>, diakses pada tanggal 3 Juni 2016 Pukul 07.57 WIB

hukum lainnya. Hal ini dikarenakan hukum pidana dipandang sebagai *social defence* untuk melindungi masyarakat terhadap kejahatan, dan sesuai dengan politik hukum pidana, tujuan pemidanaan harus diarahkan kepada perlindungan masyarakat dari kesejahteraan serta keseimbangan dan keselarasan hidup dalam masyarakat dengan memperhatikan kepentingan masyarakat atau negara, korban dan pelaku.⁵⁰

Kriminalisasi mungkin untuk diterapkan terhadap perbuatan-perbuatan tersebut, berdasarkan syarat atau kriteria kriminalisasi berikut:⁵¹

1. Perbuatan tersebut tidak disukai oleh masyarakat karena merugikan, atau dapat merugikan, mendatangkan korban atau dapat mendatangkan korban, hal ini dapat dilihat dari reaksi masyarakat yang memandang LGBT sebagai ketercelaan dan dapat merugikan atau mendatangkan korban. Dalam hal perbuatan cabul yang dilakukan terhadap sesama jenis dengan atau tanpa paksaan atau ancaman, bisa saja menimbulkan disorientasi seksual terhadap orang yang sebelumnya tidak memiliki kelainan (orientasi seksualnya normal), atau malah memperburuk keadaan seseorang yang sebelumnya memang memiliki kelainan orientasi seksual.
2. Biaya pembuatan aturan, pengawasan, dan penegakan hukum, serta beban yang dipikul oleh korban dan pelaku harus seimbang dengan tertib hukum

⁵⁰ M. Sholehuddin, *Sistem Sanksi Dalam Hukum Pidana*, Raja Grafindo Persada, Jakarta, hlm 58-59.

⁵¹ Teguh Prasetyo dan Abdul Halim Barkatullah, *Politik Hukum Pidana – Kajian Kebijakan Kriminalisasi dan Dekriminalisasi*, Pustaka Pelajar, Yogyakarta, 2005, hlm 42-43.

yang akan dicapai. Terkait fenomena LGBT ini akan lebih baik bagi masyarakat apabila segera diatur dalam hukum tertulis mengenai kriminalisasinya, sehingga terkait pengakuan atau larangan atas tindakan tertentu yang dilakukan oleh kaum LGBT tidak lagi menuai multitafsir yang relatif subjektif dari berbagai pihak, artinya dibuat untuk kepastian hukum dan kepentingan umum.

3. Dapat diemban atau diterapkan oleh aparat penegak hukum berdasarkan kemampuannya. Penerapan kriminalisasi ini agaknya tidak menimbulkan *overblasting* pada aparat penegak hukum, karena kriminalisasi LGBT ini juga tidak membutuhkan penanganan khusus seperti tindak pidana khusus korupsi, narkoba, atau lainnya, sehingga tidak harus menambah lembaga baru dalam penegakan hukumnya.
4. Perbuatan tersebut menghambat cita-cita Bangsa Indonesia sehingga menjadi bahaya bagi masyarakat. Perbuatan LGBT yang perlu untuk dikriminalisasi tersebut dinilai sebagai sebuah kejahatan bagi pemuliaan generasi. Perilaku tersebut secara jelas menghilangkan satu-satunya nilai kemanusiaan dari perilaku seksual yang dikaruniakan Tuhan Yang Maha Esa. Hal ini dikhawatirkan dapat berimbas kepada generasi berikutnya di Indonesia, apabila perbuatan tersebut tidak dikriminalisasi (sehingga mendapat ketetapan bahwa perbuatan tersebut dilarang dan tidak sesuai dengan hukum yang berlaku di Indonesia). Kriminalisasi perbuatan tersebut juga tidak menimbulkan overkriminalisasi, karena memang pada

dasarnya perbuatan tersebut secara historis tidak sesuai dengan Norma kesusilaan dan Norma agama yang hidup dalam masyarakat.

Pada dasarnya dalam konteks negara hukum Indonesia, kita harus menimbang segala perilaku bermasyarakat, bernegara, dan berbangsa dalam kacamata hukum. Artinya, antarwarga negara dapat saja berbeda pendapat dalam suatu hal. Bertalian dengan hal tersebut, pada kenyataannya kajian hukum tidak hanya tentang norma hukum positif tapi juga sejarah hukum dan politik hukum yang berada dalam taraf pembangunan hukum, penegakan hukum, dan pengawasan hukum. Hal ini diperpanjang dengan fakta adanya 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.

Perilaku LGBT pada gilirannya akan mendorong hadirnya pemahaman yang menyimpang tentang seksualitas. Dikatakan menyimpang karena tidak dapat menyatukan antara keinginannya dengan prinsip-prinsip dasar kehidupan, sehingga terjadi gangguan keberfungsian sosial. Faktanya, tidak ada satu pun agama, nilai kemanusiaan, atau nilai kemanfaatan manapun yang membenarkan perilaku demikian.