

**BAB II**

**TINJAUAN PUSTAKA TENTANG URGENSI KRIMINALISASI  
TERHADAP PERBUATAN MELANGGAR NORMA KESUSILAAN  
YANG BERKAITAN DENGAN LESBIAN GAY BISEKSUAL  
TRANSGENDER (LGBT) DALAM HUKUM PIDANA INDONESIA**

**A. Tinjauan Umum Tentang Hukum Pidana**

**a. Pengertian Hukum Pidana**

Kata “Hukum Pidana” pertama kali digunakan untuk merujuk pada keseluruhan ketentuan yang menetapkan syarat-syarat apa saja yang mengikat negara, bila negara tersebut berkehendak untuk memunculkan hukum mengenai pidana, serta aturan-aturan dalam perumusan pidana, hukum pidana ini adalah hukum pidana yang berlaku atau hukum pidana positif, yang juga sering disebut *Ius Poenali*.

Perintah dan larangan atas pelanggaran terhadap badan-badan negara yang berwenang oleh undang-undang dengan ditetapkan dalam bentuk saksi terlebih dahulu yang harus ditaati oleh setiap orang. Bahwa pada kenyataannya hukum pidana memiliki lebih dari satu pengertian karena menurut para ahli hukum pidana sulit untuk didefinisikan karena masing-masing hukum memiliki pandangan yang berbeda.

Menurut Soedarto, sebagaimana dikutip Tongat (Tongat, 2009) hukum pidana berpangkal dari dua dua hal pokok yaitu perbuatan yang memenuhi syarat-syarat tertentu dan pidana. Lebih lanjut Soedarto menjelaskan dengan perbuatan yang memenuhi syarat-syarat tertentu, dimaksudkan perbuatan yang dilakukan oleh orang yang memungkinkan

adanya pemberian pidana. Perbuatan semacam itu bisa disebut perbuatan yang dapat dipidana atau dapat disingkat perbuatan jahat. Oleh karena dalam perbuatan jahat ini harus ada orang yang melakukannya, maka persoalan tentang perbuatan tertentu itu diperinci menjadi dua, yaitu perbuatan yang dilarang dan orang yang melanggar larangan itu. Sementara yang dimaksud dengan pidana adalah penderitaan yang sengaja di bebaskan kepada orang yang melakukan perbuatan yang memenuhi syarat-syarat tertentu. Termasuk juga dalam hal ini apa yang disebut tindakan tata tertib.

Lamaire juga memberikan batasan atau pengertian hukum pidana, yakni sebagai norma-norma yang berisi keharusan-keharusan dan larangan-larangan yang (oleh pembentuk undang-undang) telah dikaitkan dengan suatu sanksi berupa hukuman yaitu suatu penderitaan yang bersifat khusus.

Upaya melakukan pembaharuan hukum pidana (*“penal reform”*) pada hakikatnya termasuk bidang *“penal policy”* yang merupakan bagian dan terkait erat dengan *“law enforcement policy”*, *“criminal policy”*, dan *“sosial policy”*. Pengertian kebijakan criminal atau politik criminal (*criminal policy*) merupakan usaha rasional dan terorganisasi dari suatu masyarakat untuk menanggulangi kejahatan (Sudarto, 1981) Menurut Sudarto kebijakan kriminal mempunyai beberapa pengertian, antara lain:

1. Dalam arti sempit, mempunyai arti keseluruhan asas dan metode yang menjadi dasar dari reaksi terhadap pelanggaran hukum yang berupa

pidana, dalam arti luas, mempunyai pengertian keseluruhan fungsi dari aparat penegak hukum termasuk di dalamnya cara bekerja dari pengadilan dan polisi.

2. Dalam arti luas, mempunyai arti keseluruhan kebijakan, yang dilakukan melalui perundang-undang dan badan-badan resmi, yang bertujuan untuk menegakkan norma-norma dari masyarakat.

Sedangkan G. Peter Hoefnagels mengemukakan bahwa “*criminal policy is the rational organization of the social reactions to crime*” (G. Peter Hoefnagels, 1969). Selanjutnya juga G. Peter Hoefnagels mengemukakan beberapa definisi mengenai kebijakan kriminal antara lain:

1. *Criminal Policy is the science of response* (kebijakan kriminal adalah ilmu tentang reaksi dalam menghadapi kejahatan).
2. *Criminal policy is the science of prevention* (kebijakan kriminal adalah ilmu untuk menanggulangi kejahatan).

Politik kriminal pada hakikatnya merupakan bagian integral dari upaya perlindungan masyarakat (*social defence*) dan upaya mencapai kesejahteraan masyarakat (*social welfare*), oleh karena itu dapat dikatakan bahwa tujuan akhir atau tujuan utama dari politik kriminal atau kebijakan kriminal adalah perlindungan masyarakat untuk mencapai kesejahteraan masyarakat. Dengan demikian dapatlah dikatakan, bahwa politik kriminal pada hakikatnya juga merupakan bagian integral dari politik sosial.

Masalah kriminalisasi dan dekriminalisasi atas suatu perbuatan haruslah sesuai dengan politik kriminal yang dianut oleh bangsa Indonesia, yaitu sejauh mana perbuatan tersebut bertentangan dengan nilai-nilai fundamental yang berlaku dalam masyarakat dan oleh masyarakat dianggap patut atau tidak patut dihukum dalam rangka menyelenggarakan kesejahteraan masyarakat.

Kebijakan pidana merupakan salah satu cara atau alternatif dalam penyelesaian masalah kejahatan karena pada dasarnya politik hukum pada intinya adalah kebijakan dari negara melalui badan-badan yang berwenang untuk menetapkan peraturan-peraturan yang dikehendaki yang diperkirakan bisa digunakan untuk mengekspresikan apa yang terkandung dalam masyarakat dan untuk mencapai apa yang dicita-citakannya (T. Subarsyah Sumadikara, 2010). Di dalam setiap regulasi hukum harus memperhatikan nilai-nilai yang hidup di tengah-tengah masyarakat, tidak terkecuali masalah kebijakan hukum pidana (*penal policy*) diperlukan suatu upaya untuk menekan dampak negatifnya. Harapan tersebut sudah selayaknya terakomodir dalam suatu konsep pembaharuan dalam hukum pidana di Indonesia.

Pembuatan peraturan perundang-undangan dalam perumusannya yang disebut Kebijakan Hukum Pidana (*Penal Policy*) atau kebijakan criminal (*Criminal Policy*) harus secara jelas dan terinci khususnya dalam perumusan sanksi agar tidak menimbulkan keraguan dalam penerapannya dan hukum itu dapat efektif sehingga dapat menciptakan keadilan dan

kepastian hukum bagi pihak-pihak yang berperkara. Perlindungan sosial sangatlah dibutuhkan dalam rangka untuk mewujudkan masyarakat adil dalam kesejahteraan dan sejahtera dalam keadilan, sementara regulasi larangan masalah Kebijakan hukum pidana (penal policy) di Indonesia masih terus berkembang.

## **B. Tinjauan Umum Tentang Urgensi Kriminalisasi**

Urgensi menurut istilah adalah hal yang begitu utama atau kewajiban yang begitu menekan untuk dikerjakan, dengan hal tersebut mengandaikan ada satu problem serta harus ditindaklanjuti (Chetans WP). Urgensi menurut kamus besar bahasa Indonesia (KBBI) adalah sebuah keharusan yang mendesak. Dari pengertian ini dapat dikatakan bahwa urgensi merupakan keadaan dimana kita harus mementingkan suatu hal yang benar-benar membutuhkan untuk segera ditindak lanjuti (Ernawati, 133). Urgensi yaitu kata dasar dari “urgen” mendapat akhiran “i” yang berarti sesuatu yang jadi bagian atau yang memegang pimpinan yang terutama atau unsur yang penting (Abdurrahman Saleh dan Muhib Abdul Wahab, 2004).

Urgensi kriminalisasi dapat dimaknai sebagai suatu sarana dalam hukum untuk membuat suatu perbuatan yang sebelumnya bukan merupakan perbuatan pidana menjadi perbuatan pidana guna mengendalikan kejahatan. Dalam hal ini Herbert L. Packer menyebutkan bahwa upaya pengendalian kejahatan yang dimaknai sebagai perbuatan anti sosial melalui penjatuhan pidana kepada orang yang melanggar peraturan pidana adalah satu dimensi hukum penting dalam masalah atau problem sosial. Usaha pengendalian

perbuatan anti sosial dengan mengenakan pidana pada seseorang yang bersalah melanggar peraturan pidana, merupakan suatu problem sosial yang mempunyai dimensi hukum penting. Kriminalisasi merupakan salah satu masalah sentral kebijakan hukum pidana, yaitu mengenai kebijakan kriminalisasi (merumuskan perbuatan apa yang seharusnya dijadikan perbuatan pidana) dan kebijakan penalisasi (ancaman sanksi pidana apa yang sebaiknya dikenakan kepada si pelaku pelanggaran).

Menurut Sudarto, kriminalisasi adalah penetapan suatu perbuatan yang awalnya bukan merupakan tindak pidana menjadi tindak pidana. Proses ini diakhiri dengan terbentuknya Undang-Undang yang mengancam perbuatan tersebut dengan sanksi pidana Prinsip-prinsip kriminalisasi adalah sebagai berikut:

- a. Mendukung tercapainya tujuan nasional
- b. Perbuatan yang diskriminalisasi mengakibatkan kerugian atau mendatangkan korban (subsosialiteit)
- c. Memperhatikan prinsip biaya dan hasil (cost and benefit principle),
- d. Harus dapat ditegakkan (enforceable)
- e. Memperhatikan prinsip hukum pidana sebagai sarana terakhir (ultimum remidium), subsidairitas bukan premium remidium
- f. Menghindari perumusan yang bersifat samar atau umum (precision principle), dan
- g. Perbuatan yang dikriminalisasikan harus (digambarkan secara jelas dalam ketentuan hukum pidana (clearness principle)

Terkait dengan salah satu prinsip kriminalisasi berupa memperhatikan prinsip pidana sebagai sarana terakhir (*ultimum remidium*), maka perlu diketahui penyebab timbulnya doktrin *ultimum remidium* tersebut, yaitu sebagai berikut :

- a. Keterbatasan kemampuan Undang-Undang Hukum Pidana yang hanya mampu menyelesaikan masalah kejahatan secara *symptomathic*, bukan penyebabnya
- b. Norma ancaman sanksi Hukum Pidana paling berat dibanding norma ancaman sanksi hukum lain karena itu hendaknya hanya dipakai manakala norma (hukum) yang lain tidak mampu mengatasi masalah (senjata pamungkas),
- c. Penggunaan norma Hukum Pidana menimbulkan stigmatisasi sosial

Soetandyo Wignosoebroto, mengemukakan bahwa kriminalisasi adalah suatu pernyataan bahwa suatu perbuatan tertentu harus dinilai sebagai perbuatan pidana yang merupakan hasil dari suatu penimbangan penimbangan normatif yang wujud akhirnya suatu keputusan (Soetandyo Wignosoebroto 1993). Menurut Mokhammad Najih, kriminalisasi merupakan suatu kebijakan (*Criminalization Policy*), yang fokus pada usaha memformulasikan perbuatan jahat sebagai tindak pidana yang diperbaharui atau bentuk perumusan yang baru dalam perancangan undang-undang, seperti pembuatan RUU KUHP atau tindak pidana tertentu (Mokhammad Najih, 2014).

Objek studi hukum pidana materil yang membahas penentuan suatu perbuatan sebagai tindak pidana yang diancam dengan sanksi pidana tertentu

disebut kriminalisasi. Perbuatan tercela yang sebelumnya tidak dikualifikasikan sebagai perbuatan terlarang dijustifikasi sebagai tindak pidana yang diancam dengan sanksi pidana. Kriminalisasi merupakan bagian dari kebijakan kriminal (Criminal Policy), yang berupaya untuk melakukan pencegahan dan penanggulangan kejahatan, kebijakan kriminal ini tidak lepas dari kebijakan sosial yang merupakan suatu upaya untuk menciptakan kesejahteraan sosial dan perlindungan masyarakat (Moh Hatta,2010).

### **C. Ruang Lingkup Kriminalisasi**

#### **a. Asas-Asas Kriminalisasi**

Dalam Kamus Besar Bahasa Indonesia, asas adalah hukum dasar, secara harfiah asas diartikan sebagai prinsip-prinsip atau dasar-dasar atau landasan pembuatan suatu peraturan, kebijakan dan keputusan mengenai aktivitas hidup manusia (Salman Luthan). Asas hukum merupakan norma etis, konsepsi falsafah negara, dan doktrin politik. Suatu pikiran-pikiran yang menuntun kepada pilihan terhadap kebijakan, prinsip hukum, pandangan manusia dan masyarakat, kerangka masyarakat, juga merupakan asas hukum. Menurut Scholten, asas-asas hukum adalah pikiran-pikiran yang tidak ditegaskan secara eksplisit dalam undang-undang. Ukuran kepatutan menurut hukum dapat dicari dalam pikiran-pikiran yang ada di belakang naskah undang-undang.

Menurut Van Hoecke, asas-asas hukum adalah opsi-opsi atau pilihan-pilihan dasar bagi kebijakan kemasyarakatan yang aktual dan prinsip-prinsip etik hukum (Roeslan Saleh, 2009). Pengertian asas dalam

konteks kriminalisasi, dapat dipahami sebagai konsepsi-konsepsi dasar; norma-norma etis; dan prinsip-prinsip hukum yang menuntun pembentukan norma-norma hukum pidana melalui pembuatan peraturan perundang-undangan pidana, sebagai sarana penanggulangan kejahatan. Terdapat beberapa asas kriminalisasi yang perlu diperhatikan bagi pembentuk undang-undang dalam menetapkan suatu perbuatan sebagai perbuatan pidana, beberapa asas tersebut antara lain:

a. Asas legalitas

Menurut Moeljatno, asas legalitas merupakan asas yang menentukan bahwa tidak ada perbuatan yang dilarang dan diancam dengan pidana jika tidak ditentukan terlebih dahulu dalam perundang-undangan (Moeljatno, 2008). Istilah tersebut sering dikenal dalam bahasa Latin sebagai “Nullum delictum nulla poena sine praevia lege” yang dikemukakan oleh von Feuerbach. Asas legalitas merupakan asas yang paling penting dalam hukum pidana, khususnya asas pokok dalam penetapan kriminalisasi. Menurut Moeljatno, asas legalitas ini dimaksud mengandung setidaknya tiga pengertian, yaitu:

- 1) Tidak ada perbuatan yang dilarang dan diancam dengan pidana, kalau hal itu terlebih dahulu belum dinyatakan dalam suatu aturan undang-undang
- 2) Untuk menentukan adanya perbuatan pidana tidak boleh digunakan analogi (kias)
- 3) Aturan-aturan hukum pidana tidak berlaku surut

Menurut Schafmeister dan J.E. Sahetapy, asas legalitas mengandung 7(tujuh) makna, yaitu:

- 1) Tidak dapat dipidana kecuali berdasarkan ketentuan pidana menurut undang-undang
- 2) Tidak ada penerapan undang-undang pidana berdasarkan analogi
- 3) Tidak dapat dipidana hanya berdasarkan kebiasaan
- 4) Tidak boleh ada perumusan delik yang kurang jelas (syarat *lex certa*)
- 5) Tidak ada kekuatan surut dari ketentuan pidana
- 6) Tidak ada pidana lain kecuali yang ditentukan undang-undang
- 7) Penuntutan pidana hanya menurut cara yang ditentukan undangundang

b. Asas Persamaan

Asas persamaan atau kesamaan mempunyai kedudukan penting dalam melakukan upaya kriminalisasi terhadap suatu perbuatan. Menurut Servan dan Letrossne, asas persamaan atau kesamaan bukanlah pernyataan dari aspirasi tentang hukum pidana yang lebih adil, melainkan merupakan suatu keinginan diadakannya sistem hukum pidana yang lebih jelas dan sederhana (Roeslan Saleh). Lacretelle berpendapat, bahwa asas persamaan atau kesamaan tidaklah hanya suatu dorongan bagi hukum pidana yang bersifat adil, tetapi juga untuk hukuman pidana yang tepat.

**b. Kriteria Kriminalisasi**

Menurut Moeljatno, terdapat 3 kriteria kriminalisasi dalam proses pembaharuan hukum pidana, yaitu:

- a. Penetapan suatu perbuatan sebagai perbuatan terlarang (perbuatan pidana) harus sesuai dengan perasaan hukum yang hidup dalam masyarakat;
- b. Apakah ancaman pidana dan penjatuhan pidana itu adalah jalan yang utama untuk mencegah dilanggarnya larangan-larangan tersebut;
- c. Apakah pemerintah dengan melewati alat-alat negara yang bersangkutan, betul-betul mampu untuk benar-benar melaksanakan ancaman pidana kalau ternyata ada yang melanggar larangan (Moeljatno, 1985).

Muladi mengemukakan beberapa ukuran yang harus diperhatikan sebagai pedoman dalam kriminalisasi, yaitu:

- a. Kriminalisasi tidak boleh terkesan menimbulkan overkriminalisasi yang masuk kategori the misuse of criminal sanction;
- b. Kriminalisasi tidak boleh bersifat ad hoc;
- c. Kriminalisasi harus mengandung unsur korban victimizing baik aktual maupun potensial;
- d. Kriminalisasi harus memperhitungkan analisa biaya, hasil, dan prinsip ultimum remedium.
- e. Kriminalisasi harus menghasilkan peraturan yang enforceable;

- f. Kriminalisasi harus mampu memperoleh dukungan publik;
- g. Kriminalisasi harus mengandung unsur subsosialitet mengakibatkan bahaya bagi masyarakat, sekalipun kecil sekali;
- h. Kriminalisasi harus memperhatikan peringatan bahwa setiap peraturan pidana membatasi kebebasan rakyat dan memberikan kemungkinan kepada aparat penegak hukum untuk mengekang kebebasan itu (Muladi, 1995).

Menurut Nigel Walker, penggunaan sarana penal dalam kriminalisasi sepatutnya memperhatikan prinsip-prinsip pembatas (the limiting principles), antara lain:

- a. Jangan menggunakan hukum pidana semata-mata untuk tujuan pembalasan;
- b. Jangan menggunakan hukum pidana untuk memidana perbuatan yang tidak merugikan atau membahayakan;
- c. Jangan menggunakan hukum pidana untuk mencapai suatu tujuan yang dapat dicapai secara lebih efektif dengan sarana-sarana lain yang lebih ringan;
- d. Jangan menggunakan hukum pidana apabila kerugian atau bahaya yang timbul dari pidana lebih besar daripada kerugian atau bahaya dari perbuatan-perbuatan atau tindak pidananya sendiri;
- e. Larangan-larangan hukum pidana jangan mengandung sifat lebih berbahaya daripada perbuatan yang akan dicegah;
- f. Hukum pidana jangan memuat larangan-larangan yang tidak

mendapat dukungan kuat dari publik. (Nigel Walker, 2007)

Menurut Teguh Prasetyo, Guru Besar Universitas Slamet Riyadi, untuk merumuskan suatu perbuatan menjadi perbuatan yang dilarang oleh hukum pidana harus diperhatikan hal-hal sebagai berikut:

- a. Perbuatan tersebut haruslah benar-benar perbuatan yang merugikan atau menyerang kepentingan hukum (baik kepentingan hukum individu; masyarakat; maupun kepentingan hukum negara);
- b. Diperhatikan “kesiapan” aparat penegak hukum dalam menegakkan hukum pidana terhadap perbuatan tersebut, baik kesiapan secara kualitatif (yang menyangkut profesionalisme aparat), maupun dari segi kuantitatif (keseimbangan kuantitas aparat sehingga tidak menjadi beban);
- c. Diperhatikan pula “*Cost and benefit principle*”, yang bermakna bahwa biaya pembuatan suatu peraturan pidana dan biaya penegakan hukum nantinya harus benar-benar diperhitungkan, sehingga sesuai dengan tujuan dibentuknya peraturan pidana (Teguh Prasetyo, 2010).

Disamping itu, Teguh Prasetyo juga mengemukakan, bahwa dalam melakukan upaya kebijakan kriminalisasi terhadap suatu perbuatan, yang menghubungkan perbuatan tersebut dengan pengertian kejahatan (kriminal) sebagai suatu konsep yang relatif dinamis dan bergantung pada ruang serta waktu, sumber bahannya harus didasarkan pada beberapa hal, diantaranya sebagai berikut:

- a. Masukan berbagai penemuan ilmiah;
- b. Masukan dari beberapa hasil penelitian dan pengkajian mengenai perkembangan delik-delik khusus dalam masyarakat dan perkembangan ilmu pengetahuan dan teknologi;
- c. Masukan dari pengkajian dan pengamatan bentuk-bentuk serta dimensi baru kejahatan dalam pertemuan atau kongres internasional;
- d. Masukan dari konvensi internasional;
- e. Masukan dari pengkajian perbandingan berbagai KUHP asing.

Simposium Pembaharuan Hukum Pidana menyimpulkan beberapa kriteria umum dalam melakukan kriminalisasi, antara lain:

- a. Mempertimbangkan suatu perbuatan dibenci atau tidak disukai oleh masyarakat karena merugikan atau dapat merugikan, mendatangkan korban atau dapat mendatangkan korban;
- b. Mempertimbangkan biaya kriminalisasi seimbang dengan hasil yang akan dicapai, mulai dari proses pembuatan undang-undang, pengawasan hukum, dan pengakan hukum, serta beban yang dipikul oleh korban maupun pelaku kejahatan yang harus seimbang dengan kondisi tertib hukum yang akan dicapai;
- c. Mempertimbangkan keseimbangan sesuai kemampuan aparat penegak hukum sehingga tidak membebani tugasnya;
- d. Mempertimbangkan perbuatan-perbuatan yang dapat berpotensi bahaya bagi seluruh masyarakat sehingga dapat menghambat atau menghalangi cita-cita Bangsa Indonesia (Barda Nawawi, 2010).

### **c. Pelanggaran norma kesusilaan**

#### **1. Pengertian Pelanggaran norma kesusilaan**

Soesilo mengatakan bahwa kejahatan dibagi dalam dua sudut pandang yaitu yuridis dan sosiologis. Secara yuridis, kejahatan di definisikan sebagai perbuatan tingkah laku yang bertentangan dengan undang-undang. Secara sosiologis, pengertian kejahatan menurut Soesilo adalah perbuatan atau tingkah laku yang selain merugikan si penderita, juga sangat merugikan masyarakat yaitu berupa hilangnya keseimbangan, ketentraman, dan ketertiban (Soesilo, 1985:1).

Kejahatan menurut B. Simanjuntak adalah suatu tindakan anti sosial yang merugikan, tidak pantas, tidak dapat dibiarkan, yang dapat menimbulkan kegoncangan dalam masyarakat. Van Bammelen mengatakan bahwa kejahatan adalah tindak susila dan merugikan dan menimbulkan begitu banyak ketidak tenangan dalam suatu masyarakat tertentu, sehingga masyarakat itu berhak untuk mencelanya dan menyatakan penolakannya atas kelakuan itu dalam bentuk nestapa dengan sengaja diberikan karena kelakuan tersebut (Yani, 2012: 1).

Definisi kejahatan menurut Kartino bahwa (Muladi dan Barda Nawawi Arif, 1998 : 4) :

1. Secara yuridis formal, kejahatan adalah bentuk tingkah laku yang bertentangan dengan moral kemanusiaan (immoriil), merupakan masyarakat sosial sifatnya dan melanggar hukum secara undang-

undang pidana.

2. Secara sosiologis, kejahatan adalah semua ucapan, perbuatan dan tingkah laku yang secara ekonomis, politis dan sosial psikologis sangat merugikan masyarakat, melanggar norma-norma susila dan menyerang keselamatan warga masyarakat (baik yang tidak tercantum dalam undang-undang pidana).

Kejahatan menurut hukum pidana adalah setiap tindakan yang dilakukan melanggar rumusan kaidah hukum pidana, dalam arti memenuhi unsur-unsur delik, unsur-unsur delik terdiri atas unsur subjektif dan unsur objektif. (Laden Marpaung, 2008 :9-10) Unsur subjektif adalah unsur yang berasal dari dalam diri pelaku. Asas hukum pidana menyatakan “tidak ada hukuman kalau tidak ada kesalahan”. Kesalahan yang dimaksud disini adalah kesalahan yang diakibatkan oleh kesengajaan dan kealpaan. Unsur objektif merupakan unsur dari luar pelaku yang terdiri atas perbuatan manusia, akibat perbuatan manusia, keadaan-keadaan, sifat dapat dihukum dan sifat melawan hukum.

Perbuatan pelanggaran norma kesusilaan adalah delik yang berhubungan dengan masalah kesusilaan. Kata “kesusilaan” berarti perihal susila kesusilaan mempunyai pengertian tentang budi bahasa, sopan santun, kesopanan, keadaban, adat istiadat dan tertib yang baik. Didalam prespektif masyarakat kesusilaan itu adalah kelakuan yang benar dan atau salah, khususnya dalam hal yang berhubungan dengan kejadian seksual (Leden Marpaung, 1996). Dalam bahasa inggris, kata “susila”

diartikan sebagai moral (ethics; decent). Kata tersebut biasanya diterjemahkan berbeda. Kata moral diterjemahkan dengan moril (kesopanan). Sedangkan ethic diterjemahkan dengan kesusilaan dan decent diterjemahkan dengan kepatuhan. Didalam prespektif masyarakat kesusilaan itu adalah kelakuan yang benar atau salah, khususnya dalam hal yang berhubungan dengan kejadian seksual. Hukum memandang kesusilaan sebagai tingkah laku, perbuatan, percakapan bahkan sesuatu apapun yang harus dilindungi oleh hukum yang bersangkutan dengan norma-norma kesopanan demi terwujudnya tata susila dan tata tertib dalam kehidupan bermasyarakat.

Menurut M. Sudrajat Bassar (M. Sudrajat Bassar, 1986) dalam bukunya “Tindak-Tindak Pidana Tertentu” mengatakan bahwa, yang dinamakan dengan kesusilaan adalah:

Kesusilaan ialah mengenai adat kebiasaan yang baik dalam berhubungan antara berbagai anggota masyarakat tetapi khusus yang sedikit banyaknya mengenai kelamin (seks) seorang manusia. Sedangkan kesopanan pada umumnya mengenai adat kebiasaan yang baik.

Dari pengertian kesusilaan, di atas secara singkat delik kesusilaan dapat dikatakan bahwa:

Delik kesusilaan adalah delik yang berhubungan dengan (masalah) kesusilaan. Namun tidaklah mudah menetapkan batas-batas atau ruang lingkup delik kesusilaan, karena pengertian dan batas-batas “kesusilaan” itu cukup luas dan berbeda-beda menurut pandangan dan nilai yang

berlaku dalam masyarakat. Terlebih karena hukum itu sendiri adalah pada hakikatnya merupakan nilai-nilai kesusilaan yang minimal (*das recht das ethische minimum*).

Perbuatan yang dapat dikategorikan kedalam delik kesusilaan sangat sulit dirumuskan secara tegas, kejahatan terhadap kesusilaan pada kenyataannya tidak hanya menyangkut masalah seksual saja, nilai kesusilaan tidak hanya terdapat dalam hubungan pribadi saja, tetapi juga dalam hubungan bermasyarakat, berbangsa dan bernegara. Delik kesusilaan sebagai suatu kejahatan diatur dalam KUHP buku II bab XVI dari pasal 281 D.

## **2. Unsur-Unsur Tindak Pidana Asusila**

Melihat dari pengertian perbuatan pidana menurut Moeljatno dan pengertian tindak pidana menurut Rancangan KUHP Nasional, maka unsur-unsur perbuatan pidana atau tindak pidana adalah sebagai berikut :

Menurut Moeljatno (Moeljatno, 1993) ada dua unsur tindak pidana ialah :

### **1. Unsur-unsur Formal**

- a. Perbuatan (manusia) ;
- b. Perbuatan itu dilarang oleh suatu aturan hukum ;
- c. Larangan itu disertai ancaman (sanksi) yang berupa pidana tertentu;
- d. Larangan itu dilanggar oleh manusia.

### **2. Unsur Material**

Perbuatan itu harus bersifat melawan hukum, yaitu harus betul-betul

dirasakan oleh masyarakat sebagai perbuatan yang tidak boleh atau tak patut dilakukan.

Dalam ilmu hukum pidana, unsur-unsur tindak pidana dibedakan dalam 2 (dua) macam, yaitu unsur objektif dan unsur subjektif.

#### 1. Unsur Objektif

Unsur objektif adalah unsur yang terdapat diluar diri si pelaku tindak pidana. Menurut Lamintang unsur objektif itu adalah unsur yang ada hubungannya dengan keadaan-keadaan, yaitu di dalam keadaan mana tindakan-tindakan dari si pelaku itu harus dilakukan.

Unsur objektif ini meliputi :

- a. Perbuatan atau kelakuan manusia
- b. Perbuatan atau kelakuan manusia itu ada yang aktif (berbuat sesuatu) misalnya memperkosa/pelecehan seksual, menganiaya, dan lain-lain. Dan ada pula yang pasif (tidak berbuat sesuatu), misalnya, tidak melaporkan kepada yang berwajib atau kepada yang terancam, sedangkan ia mengetahui ada suatu permufakatan jahat, adanya niat untuk melakukan suatu kejahatan tertentu, tidak mengindahkan kewajiban menurut undang-undang sebagai saksi, ahli atau juru bahasa, tidak memberi pertolongan kepada orang yang sedang menghadapi maut.
- c. Akibat yang menjadi syarat mutlak dari delik.

Hal ini terdapat dalam delik-delik materil atau delik-delik yang dirumuskan secara materil, misalnya pembunuhan,

penganiayaan, pemerkosaan dan lain-lain.

d. Unsur lain yang menentukan sifat tindak pidana.

Ada beberapa tindak pidana yang untuk dapat memperoleh sifat tindak pidana yaitu memerlukan hal-hal objektif yang menyertainya, seperti : penghasutan, melanggar kesusilaan, pengemisan, mabuk. Tindak pidana tindak pidana tersebut harus dilakukan di muka umum. Selain dari pada itu ada pula beberapa tindak pidana yang untuk dapat memperoleh sifat tindak pidananya memerlukan hal-hal subjektif, seperti; kejahatan jabatan, harus dilakukan oleh pegawai negeri, pembunuhan anak sendiri, harus dilakukan oleh ibunya.

e. Unsur yang memberatkan pidana

Hal ini terdapat dalam delik-delik yang dikualifikasikan oleh akibatnya, yaitu karna timbulnya akibat tertentu, maka ancaman pidananya diperberat. misalnya, penganiayaan diancam dengan pidana penjara paling lama 2 tahun 8 bulan, apabila penganiayaan itu mengakibatkan luka-luka berat ancaman pidananya diperberat menjadi penjara paling lama 5 tahun, jika mengakibatkan mati maka diperberat lagi menjadi penjara paling lama 12 tahun.

f. Unsur tambahan yang menentukan tindak pidana.

Hal ini misalnya, dengan suka rela masuk tentara Negara asing, yang diketahui Negara itu akan perang dengan Indonesia,

pelakunya hanya dapat dipidana jika terjadi pecah perang dan lain-lain.

## 2. Unsur Subjektif

Unsur subjektif adalah unsur yang terdapat dalam diri si pelaku tindak pidana. Unsur subjektif ini meliputi :

### a. Kesengajaan (*dolus*)

Hal ini terdapat, seperti dalam ; melanggar kesusilaan, merampas kemerdekaan, pembunuhan dan lain-lain.

### b. Kealpaan (*culpa*)

Hal ini terdapat seperti dalam; dirampas kemerdekaan, menyebabkan mati dan lain-lain.

### c. Niat (*voornemen*)

Hal ini terdapat dalam percobaan (*poging*)

### d. Maksud (*oogmerk*)

Hal ini terdapat seperti dalam; pencurian, pemerasan, penipuan dan lain-lain.

### e. Dengan rencana lebih dahulu

Hal ini terdapat seperti dalam ; pembunuhan dengan rencana, membunuh ana sendiri dengan rencana dan lain-lain.

### f. Perasaan takut (*vrees*)

Hal ini terdapat, seperti dalam; membuang anak sendiri, membunuh anak sendiri, pembunuh anak sendiri dengan rencana.

### 3. Bentuk-bentuk Kejahatan Tindak Pidana Kesusilaan

Didalam kehidupan bermasyarakat seperti sekarang ini tingkah laku masyarakat semakin beraneka ragam dalam melakukan suatu tindakan atau perbuatan baik itu tindakan atau perbuatan yang melanggar hukum atau pun perbuatan yang tidak melanggar hukum. Ruang lingkup perbuatan yang dapat dikategorikan sebagai kejahatan terhadap kesusilaan itu sulit untuk dirumuskan secara tegas dan pasti, dikarenakan batasan-batasan pengertian kesusilaan yang belum secara pasti dirumuskan dalam KUHP dan juga karena nilai kesusilaan suatu masyarakat sangat dipengaruhi oleh nilai-nilai dan norma-norma lain yang berlaku dalam masyarakat. Sehingga apa yang dianggap susila oleh suatu masyarakat mungkin saja dianggap asusila oleh masyarakat yang lain, dan juga sebaliknya .

Tata hukum di negara Indonesia menganut hukum positif yaitu hukum yang tertulis, sehingga didalam hukum positif Indonesia itu mengatur mengenai kejahatan terhadap kesusilaan yang diatur dalam buku II (tentang kejahatan) BAB XIV (tentang kejahatan terhadap kesusilaan) dari pasal 281 sampai dengan 303 dan 303.

Menurut Drs.P.A.F.;Lamintang, SH, Ketentuan pidana yang diatur dalam pasal 282 ayat (1) KUHP melarang dilakukannya tiga jenis tindak pidana, yaitu Menyebarkan, mempertunjukkan atau menempelkan secara terbuka suatu tulisan yang diketahui isinya, untuk disebarluaskan atau dipertunjukkan atau ditempelkan secara terbuka suatu tulisan atau

benda yang sifatnya melanggar kesusilaan (Lamintang, 1990).

**Tabel. 1. Bentuk Pelanggaran norma kesusilaan dalam KUHPidana**

No	Pasal	Bentuk Tindakan	Unsur Pembeda
1.	281	<b>Kesusilaan Umum</b>	Dengan sengaja secara terbuka melanggar segala bentuk tindakan asusila di depan umum.
2.	284	<b>Perzinahan</b>	Persetubuhan di luar perkawinan yang sah menurut hukum oleh seorang yang telah kawin atas dasar saling suka. Merupakan delik absolut.
3.	285	<b>Perkosaan</b>	Dilakukan tanpa kekerasan atau ancaman kekerasan karena korban

			(wanita) tersebut dalam keadaan pingsan atau tidak berdaya
4.	286-288	<b>Persetubuhan Dengan Wanita Dibawah Umur</b>	Seseorang dengan kekerasan atau ancaman kekerasan memaksa seseorang wanita dibawah umur untuk bersetubuh dengannya di luar perkawinan dalam kualifikasi menjadi delik perkosaan/percabulan.
5.	289-294	<b>Percabulan</b>	Suatu perbuatan yang dengan sengaja melakukan suatu bujukan terhadap orang untuk melakukan perbuatan cabul pada orang lain, atau membiarkan

			dilakukannya cabul pada dirinya, dan perbuatan bujukan tersebut dengan menggunakan tipuan berbagai cara seperti dengan memberikan janji, hadiah, atau lainnya.
--	--	--	--

#### D. Lesbian, Gay, Biseksual, dan Transgender

##### 1. Pengertian Lesbian, Gay, Biseksual, dan Transgender

LGBT adalah istilah yang berasal dari singkatan Lesbian Gay Biseksual dan Transgender untuk menunjukkan gabungan dari kalangan minoritas dalam hal seksualitas. Para kaum minoritas ini memiliki kecenderungan orientasi seks sesama jenis (homoseksual). Tidak normalnya seksual “*Sexual Perversion*” itu mencangkup perilaku seksual atau fantasi seksual untuk pencapaian orgasme melalui hubungan eksternal sesama jenis atau heteroseksual ataupun dengan partner yang belum dewasa dan melanggar norma perilaku seksual dalam masyarakat yang diterima secara umum (Ulan Sari, 2016). Istilah ini digunakan semenjak tahun 1990-an. Dan menggantikan frasa “komunitas gay” karena istilah ini lebih mewakili kelompok-kelompok

yang telah disebutkan. Adapun macammacam orientasi seksual menyimpang adalah sebagai berikut:

a. Lesbian

Lesbian berasal dari kata Lesbos. Sebuah pulau di tengah lautan Egea, tempat yang pada zaman dulu dihuni oleh para perempuan dan mereka melakukan hubungan seks di sana (Kartini Kartono, 1989). Lesbian adalah perempuan yang mencintai perempuan, baik itu secara fisik, seksual, emosional atau secara spiritual. Pada kelompok lesbian, memiliki label gender untuk membedakan mereka berdasarkan sikap, perilaku, dan gaya berpakaian. Misalnya butch, femme dan butch/femme. Butch adalah seorang lesbian yang merepresentasikan gender maskulin, dan bertingkah laku terlihat seperti laki-laki. Femme adalah lesbian yang berpenampilan dan berpakaian feminin, dan pada umumnya bertingkah laku lembut layaknya perempuan. Sedangkan Butch/femme merupakan gabungan antara butch dan femme. Keduanya menghadirkan sifat maskulin dan feminin yang relatif sama, atau menghadirkan kedua hal itu secara bergantian.

b. Gay

Gay adalah istilah untuk laki-laki yang mengarahkan orientasi seksualnya kepada sesama laki-laki. Istilah lain yang digunakan untuk menafsirkan perilaku gay adalah sodomi dan liwat. Sodomi dalam istilah medis berarti seks melalui anus, yaitu seks yang sering

dikaitkan dengan orang homoseksual, gay dan waria (Nina Surtiretna, 2006). Kaum gay dalam melakukan senggama biasanya dengan memanipulasi alat kelamin pasangannya dengan memasukkan penis ke dalam mulut (*oral erotisme*), dengan menggunakan bibir (*fellatio*), dan lidah (*cunnilingus*) untuk menggelitik. Metode lainnya adalah dengan memanipulasi penis di sela-sela paha (*intervemoral coitus*) (Marzuki Umar Sa'abah, 1998).

c. Biseksual

Biseksual adalah orientasi seks yang mempunyai ciri-ciri berupa ketertarikan estetis atau hasrat seksual kepada pria dan juga kepada wanita. Biseksual dalam kata "bi" yang berarti dua Sementara "seksual" berarti seks antara pria dan wanita (Peter Salim & Yenny Salim, 2002).

Biseksual adalah orang yang sensitif secara seksual baik terhadap lakilaki maupun perempuan. Banyak ahli percaya bahwa mayoritas biseksualitas pada orang dewasa adalah heteroseksual atau gay. Walaupun minoritas mempertahankan hubungan seks dengan pria dan wanita pada saat yang sama. Tetapi kebanyakan dari pelaku biseksual menghabiskan lebih banyak waktu dengan salah satu jenis kelamin daripada jenis kelamin lainnya (Marzuki Umar Sa'abah, 1997).

d. Transgender

Pengertian kata gender dapat dibedakan menjadi dua

pengertian. Secara biologis, kata gender adalah jenis kelamin, dan secara sosiologis, kata gender merupakan ciri khas laki-laki dan perempuan berdasarkan dimensi sosial budaya yang dapat dilihat dari nilai dan perilakunya. Di sisi lain, dari sudut pandang linguistik, transgender didefinisikan sebagai gejala fisik dan seksual dengan keadaan mental (kejiwaan). Beberapa ekspresi yang mungkin dapat dilihat bisa dalam bentuk riasan, penataan rambut, dan bahkan operasi penggantian kelamin (Mahjuddin, 2005).

Marzuki mendefinisikan Transgender sebagai bentuk ketidakpuasan seseorang terhadap jenis kelamin yang dimilikinya. Karena merasa memiliki seksualitas yang berlawanan, ketidakpuasan ini bisa diwujudkan dalam berbagai bentuk, mulai dari perubahan cara berjalan, berbicara, berpakaian, perhiasan, dan riasan hingga usaha untuk menjalani operasi penggantian kelamin (Suhaimi Razak, 2016). Transgender ini mengacu pada identitas gender seseorang yang tidak ada hubungannya dengan jenis kelamin biologis yang diperolehnya sejak lahir. Istilah transgender di Indonesia sering disebut sebagai Waria.