

BAB I

PENDAHULUAN

A. Latar Belakang Masalah

Dalam konteks hukum dan ketertiban Indonesia, kita seyogyanya memperhitungkan semua aspek norma yang meliputi norma sosial, bernegara, dan berbangsa kemudian diterjemahkan ke dalam hukum, mungkin akan ada perbedaan pandangan antara warga negara mengenai masalah perihal interpretasi norma. Ketaatan terhadap norma hukum positif (norma hukum yang berlaku) adalah prinsip dasar patriotism sebagai elemen perilaku konstitusionalistik di negara, karena keadilan, ketertiban umum, dan kepastian hukum dapat ditanamkan dari sana.¹

Di Indonesia, terdapat serangkaian peraturan hukum yang mengatur berbagai aspek kehidupan masyarakat, termasuk hukum perdata, hukum pidana, hukum administrasi negara, hukum tata negara, dan hukum internasional. Penelitian ini menitikberatkan pada analisis pengaturan hukum pidana di Indonesia, mengingat meningkatnya jumlah tindak pidana yang mengganggu ketertiban sosial seiring dengan perkembangan zaman. Hukum pidana dianggap sebagai bagian dari hukum publik karena fungsinya dalam mengatur kepentingan umum dalam masyarakat.

Kehadiran hukum pidana dalam masyarakat bertujuan untuk menghilangkan tindak pidana yang terjadi di dalamnya. Oleh karena itu, pengaturan dalam hukum pidana mencakup tindakan yang dilarang bagi semua anggota masyarakat, termasuk tindakan seperti pencurian, pembunuhan, penipuan, pelanggaran kesusilaan, penganiayaan, dan sejenisnya yang dianggap sebagai pelanggaran hukum.²

Kitab Undang-undang Hukum Pidana (Selanjutnya disingkat KUHP) sebagai rujukan utama hukum pidana materiil saat ini merupakan peninggalan dan warisan dari Belanda yang sudah ada sejak Tahun 1915. Pemberlakuan *Wetboek van Strafrecht voor Nederlands Indie* dilakukan sebagai bagian dari hukum materiil dalam proses penegakan hukum, dimulai sejak 10 Januari 1918. Setelah Indonesia merdeka, pada tanggal 15 Maret 1946, nama *Wetboek van Strafrecht* diubah menjadi Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP) dan tetap berlaku hingga saat ini.³ Indonesia sudah cukup lama memberlakukan KUHP selama lebih dari 105 Tahun dihitung sejak Tahun 1918. Karena usia KUHP sudah cukup tua dan merupakan produk dan peninggalan dari Belanda, banyak pasal dan ketentuan yang terdapat dalam KUHP tidak cocok atau relevan lagi dengan perkembangan masyarakat, nilai,

¹ Mulyadi L, 2008, *Bungai Rampai Hukum Pidana Perspektif Teoritis dan Praktik*, Bandung: Alumni, hlm. 69.

² Erdianto Effendi, 2011, *Hukum Pidana Indonesia-Suatu Pengantar*, Bandung: Refika Aditama, hlm.1.

³ Ahmad Bahiej, 2006, "Sejarah dan Problematika Hukum Pidana Materiel di Indonesia," *Jurnal SosioReligia* 5, no. 2 1–21.

dan budaya Indonesia.⁴

Perlu dilakukan pembaruan terhadap ketentuan dan rumusan pasal yang ada dalam KUHP. Dalam konteks politik, pembaruan hukum penting untuk menunjukkan kemajuan hukum sesuai dengan perkembangan sosial. Pembaruan hukum juga merupakan cerminan politik yang stabil dan berkembang di suatu negara. Pembaharuan dilakukan untuk memperbaiki berbagai aspek filosofis, politik, sosiologis, dan praktis dari hukum pidana di Indonesia.⁵ Jika dianalisis lebih lanjut, beberapa aspek tersebut, seperti aspek filosofis KUHP Belanda, dianggap tidak sesuai dengan nilai-nilai yang dijunjung tinggi oleh masyarakat Indonesia. Begitu juga dengan aspek lainnya, termasuk tantangan baru seperti kejahatan berbasis teknologi yang belum diatur dalam KUHP.⁶ Secara hakiki, upaya pembaharuan hukum pidana adalah bagian dari reformasi terhadap hukum pidana sebelumnya. Oleh karena itu UU No 1 Tahun 2023 tentang Kitab Undang- Undang Hukum Pidana (KUHP) telah di sah kan sebagai upaya pembaruan KUHP di Indonesia.

Perubahan sosial tidak dapat dipisahkan dari timbulnya permasalahan hukum, khususnya di era yang semakin maju ini. Kondisi ini menunjukkan bahwa instrumen hukum pidana sering kali tampak tertinggal dan kurang memadai untuk mengimbangi perubahan sosial yang terjadi. Situasi tersebut menuntut agar hukum pidana berkembang sejalan dengan perubahan tersebut dan mampu mengatasi permasalahan hukum yang mengganggu keseimbangan di masyarakat. Salah satu contohnya adalah isu homoseksualitas yang melibatkan hubungan antara pasangan sesama jenis.

Homoseksual menjadi perbincangan di tengah-tengah masyarakat Indonesia dan masyarakat Internasional. Homoseksual merupakan ketertarikan seksual berupa disorientasi pasangan seksualnya. Disebut "GAY" bila penderitanya lelaki yang memiliki orientasi seksual terhadap sesama jenis lelaki, dan "LESBIAN" untuk penderita perempuan yang memiliki orientasi seksual terhadap sesama jenisnya perempuan. Istilah homoseksualitas merupakan bentuk terjemahan dari Bahasa Yunani "Homoios" istilah tersebut merujuk kepada berbagai kecenderungan terhadap jenis kelamin yang sama.⁷ Dede Oetomo mendefinisikan homoseksual sebagai sebuah orientasi seksual dimana seseorang memiliki ketertarikan secara emosional kepada sesama jenis.⁸

Pada Tahun 2007 tepatnya di Yogyakarta telah di tandatangani Prinsip SOGI (*Sexual Orientation and Gender Identity*) yang menjadi dasar pengakuan bagi kaum

⁴ Iman Hidayat, 2022, "Keberadaan Tindak Pidana Perzinaan dalam Koridor Pembaharuan Hukum Pidana," *Wajah Hukum* 6, no. 1 :170–173,

⁵ Hanafi Amrani, 2019, *Politik Pembaruan Hukum Pidana*, Yogyakarta: UII Press, hlm. 33.

⁶ Dewi Bunga, 2019, "Politik Hukum Pidana Terhadap Penanggulangan Cybercrime," *Jurnal Legislasi Indonesia* 16, no. 1: 1–15

⁷ Musa Aripin 2016, "LGBT Dalam Takaran Sosiologi Hukum", *Yurisprudentia: Jurnal Hukum Ekonomi* 2, No.1: 52-64

⁸ *Ibid*, hlm,53.

LGBT.⁹ Akan tetapi prinsip SOGI tersebut tidak memiliki kekuatan hukum mengikat dikarenakan belum adanya tindak lanjut pemerintah Indonesia dalam meratifikasi prinsip tersebut menjadi sebuah konvensi. Komunitas Homoseksual ini tumbuh subur dan berkembang didaratan Eropa, Amerika dan negara barat lainnya. Sementara di daerah timur termasuk di Indonesia Homoseksual merupakan suatu hal yang dianggap masih tabu atau terlarang, karena bertentangan dengan nilai-nilai yang hidup, tumbuh dan berkembang di dalam masyarakat serta tidak sesuai dengan adat istiadat ketimuran.¹⁰

Berbagai macam penolakan bermunculan terhadap komunitas Homoseksual beserta segala aktifitas seksual yang dilakukannya, tetapi sampai saat ini belum terdapat pengaturan hukum yang secara konkret mengatur dan melarang aktifitas seksual yang dilakukan oleh seluruh komunitas Homoseksual di dalam hukum positif Indonesia.

Hingga saat ini, regulasi yang tegas dalam hukum positif di Indonesia terkait perilaku Homoseksual hanya terdapat dalam pasal 292 KUHP, akan tetapi dalam pasal tersebut hanya menyatakan “Orang yang cukup umur yang melakukan perbuatan cabul dengan orang lain sama kelamin, yang diketahui atau sepatutnya harus diduga, bahwa belum cukup umur, diancam dengan pidana penjara paling lima Tahun”

Pasal tersebut hanya terbatas dalam mengatur seseorang yang telah cukup umur melakukan perbuatan cabul atau berhubungan seks dengan seseorang yang berjenis kelamin sama yang diketahui atau patut diduga belum cukup umur saja. Tidak ada pengaturan terhadap orang yang telah cukup umur melakukan perbuatan hubungan seksual dengan orang yang berjenis kelamin yang sama atas dasar suka sama suka. Pada tanggal 19 April 2016, muncul permohonan uji materiil yang diajukan kepada MK (Mahkamah Konstitusi) mengenai bunyi berbagai ketentuan menyangkut kesusilaan, di antaranya ialah pasal 292 KUHP yang dipandang inkonstitusional oleh MK.

Pancasila sebagai pedoman dalam merumuskan suatu aturan sebaiknya berlandaskan pada argumentasi bahwa Homoseksual bertentangan dengan nilai moral, budaya, serta agama di Indonesia. Homoseksual sekarang bukan sekedar identitas, tetapi juga inti dari daya tarik seks yang sama.¹¹ Kejahatan disfungsi seksual dimulai dengan pemikiran homoseksual, kemudian memmanifestasikan dirinya dalam tindakan homoseksual dan akhirnya dikaitkan dengan bentuk perjuangan, yang harus dianggap sebagai perilaku yang biasa.

⁹ Elfa Murdiana, 2017 “*LGBT Perspektif Legal Reform (Sebuah Kajian Legal Subtansi dalam Upaya Pembentukan Ius Constituendum)*”, Jurnal Mahkamah: Kajian Ilmu Hukum dan Hukum Islam 2, No.2: 193-216.

¹⁰ Karlina Sofyanto, 2017, “*Abu-Abu Regulasi LGBT di Indonesia*”, Jurnal Hukum dan Bisnis (Selisik) 3, No. 2: hlm.84-94

¹¹ Mertokusumo.S, (2012), *Mengenal Hukum Suatu Pengantar*, Yogyakarta: Liberty, hlm 4.

Menurut Undang-Undang No 1 Tahun 1974 mengenai perkawinan termuat dalam pasal 1 yang berisi :

“Perkawinan yaitu ikatan lahir batin antara pria dan wanita sebagai suami istri bertujuan membentuk keluarga yang bahagia berdasarkan Ketuhanan Yang Maha Esa”.

Faktanya, Indonesia hanya mengakui pernikahan yang dibuat berdasarkan hukum agama sebagai dasar untuk membentuk keluarga serta tidak mengakui pernikahan dengan gen lain. Di arena politik kekuasaan, hak asasi manusia memainkan peran yang baik dalam memberi warna baru, tetapi, disisi lain, hak asasi manusia juga menyebabkan kebingungan, bukan karna kesalahan dalam masalah hak asasi manusia, tetapi karena itu adalah objek hak asasi manusia. Orang-orang melakukan ini untuk keuntungan diri mereka sendiri atau kelompok mereka karena hak asasi manusia telah menjadi masalah bagi pengebirian kewajiban hak asasi manusia.

Sebagian besar orang Indonesia tak mampu menerima perilaku hubungan seksual sesama jenis ini karena tidak mencerminkan nilai kesusilaan yang berkembang dalam masyarakat,¹² dan ada kekhawatiran bahwa dapat menyebabkan kekacauan yang menyebabkan kewaspadaan di masyarakat, lantaran pasal 292 KUHP sekedar mengaur perbuatan yang terkait dengan kekerasan seksual terhadap anak dibawah umur, dimana bunyi pasal 292 KUHP “menentukan larangan terhadap orang dewasa yang melakukan perbuatan cabul dengan orang lain sesama kelamin, yang diketahuinya atau sepatutnya harus diduganya belum dewasa”. Larangan tersebut diatur kembali dalam UU No. 1 Tahun 2003 Pasal 414 hanya mengalami perluasan norma yakni jika perbuatan itu dilakukan secara paksa, dilakukan dengan memasang iklan di tempat-tempat umum dan melanggar pornografi, persoalan hubungan seksual yang dilakukan sesama jenis atas dasar suka sama suka tidak diatur didalamnya, sehingga hubungan seksual sesama jenis dianggap sah karena tidak ada hukum yang mengaturnya.¹³

Soerjono Soekanto menerangkan bahwa kriminalisasi sebagai perbuatan yang dapat dipidana atau menjadikan suatu perbuatan yang mulanya dianggap sebagai perbuatan biasa saja menjadi perbuatan kriminal dan dapat dipidana melalui penetapan penguasa.¹⁴ Lebih lanjut dipaparkan oleh Paul Cornil bahwa kriminalisasi bukan sekedar pemberian pidana atau sanksi tertentu, tetapi juga melihat perkembangan dari celaan moral dari suatu tindak pidana.¹⁵ Jika dilihat dari perspektif nilai-nilai moral yang ada di Indonesia secara umum, hubungan sesama

¹² Karlina Sofyarto, Op Cit 84-94

¹³ Firdanefi, E.D., 2014 . *Sistem Peradilan Pidana Indonesia*, Graha Ilmu, hlm. 74

¹⁴ Soerjono Soekanto, 1981 *Kriminologi: Suatu Pengantar*, Cetakan Pertama, Jakarta: Ghalia Indonesia, hlm. 62.

¹⁵ Lidya Suryani Widayati, 2019, “*Kebijakan Kriminalisasi Kesusilaan Dalam Rancangan Undang-Undang Tentang Hukum Pidana Dari Perspektif Moral (Criminalization Of Decency In The Criminal Code Bill From Moral Perspectives)*,” *Negara Hukum: Membangun Hukum Untuk Keadilan Dan Kesejahteraan* 9, no. 2, hlm.181–198

jenis tentu akan bertentangan dengan budaya bangsa, terutama jika hubungan tersebut kemudian diakui secara hukum seperti suatu perkawinan. Aturan hukum, sebagai hasil dari wewenang negara, bertujuan untuk mencapai harmoni dalam kehidupan bersama, menjaga keseimbangan, memastikan ketenangan masyarakat, dan membentuk keteraturan hidup.

Berdasarkan uraian tersebut, perlu dibentuk suatu formulasi terkait regulasi perilaku homoseksual di Indonesia melalui analisis berbagai nilai fundamental yang bersumber dari Pancasila, yang merupakan pijakan utama pembangunan bangsa, sebagaimana tercantum dalam pembukaan UUD 1945 yang menegaskan penghormatan terhadap eksistensi Ketuhanan Yang Maha Esa sebagai fondasi negara.

Dari konteks latar belakang yang telah diuraikan, penelitian ini diinisiasi sebagai langkah untuk memperkaya pemahaman dan memperluas perspektif dalam ranah hukum. Oleh karena itu, judul penelitian yang akan dilakukan adalah **“Kriminalisasi Perbuatan Hubungan Seksual yang Dilakukan Oleh Sesama Jenis Dalam Perspektif Kriminologi”**.

B. Rumusan Masalah

1. Faktor-faktor apa saja yang menyebabkan seseorang melakukan perbuatan hubungan seksual sesama jenis?
2. Bagaimanakah mengkriminalisasi perbuatan hubungan seksual yang dilakukan oleh sesama jenis dalam perspektif kriminologi?

C. Tujuan Penelitian

1. Untuk menganalisis faktor apa saja yang menyebabkan seseorang melakukan perbuatan hubungan seksual sesama jenis.
2. Untuk menganalisis pendekatan kriminologis dalam mengkriminalisasi hubungan seksual sesama jenis dengan mempertimbangkan aspek-aspek hukum pidana dan norma sosial

D. Manfaat Penelitian

1. Manfaat Teoritis

Karya tulis ini diharapkan dapat memberikan manfaat sebagai bahan memperkaya khasanah pengetahuan tentang hukum khususnya dalam keilmuan hukum pidana materiil terutama dalam hal Kriminalisasi Perbuatan Hubungan Seksual yang Dilakukan Oleh Sesama Jenis Dalam Perspektif Kriminologi.

2. Manfaat Praktis

Penelitian karya tulis ini diharapkan dapat memberikan pencerahan ilmu pengetahuan dibidang ilmu hukum pidana, berupa konsep penalaran, pemikiran dan pemahaman kepada Hakim, Pengacara (advokat), Jaksa dan masyarakat di

Indonesia terkait Kriminalisasi Perbuatan Hubungan Seksual yang Dilakukan Oleh Sesama Jenis Dalam Perspektif Kriminologi.

E. Orisinal Penelitian

Untuk mengetahui originalitas atau keaslian penelitian, penulis memaparkan penelitian-penelitian terdahulu yang berkaitan dengan penelitian yang penulis lakukan. Penelitian terdahulu bertujuan sebagai alat pembandingan bagi peneliti dalam sebuah penelitian yang akan atau sedang dilakukan, sehingga mengetahui kekurangan maupun kelebihan penelitian yang dilakukan oleh penulis. Selain hal itu, dengan adanya penelitian terdahulu dapat terlihat dan dapat disimpulkan bahwa perbedaan substansial yang membedakan antara penelitian yang satu dan yang lainnya.

1. I Wayan Agus Harry Saputra dan I Made Arya Utama, jurnal dari Fakultas Hukum, Universitas Udayana, Bali dengan judul "*Kriminalisasi Terhadap Perilaku Cabul Antar Orang Dewasa Sesama Jenis (Lesbian Dan Gays)*" dengan rumusan masalah 1). Apakah perilaku cabul antar orang dewasa sesama jenis (lesbian dan gay) sesuai dengan nilai Pancasila? 2). Apakah sanksi pidana tepat dikenakan kepada perilaku cabul antar orang dewasa sesama jenis (lesbian dan gay)?.
2. I Negah Meliarta, Ida Bagus Surya Dharma Jaya, dan Sagung Putri M. E Purwani, jurnal dari Fakultas Hukum, Universitas Udayana, Bali dengan judul "*Kriminalisasi Hubungan Seksual Sesama Jenis Yang Dilakukan Oleh Lesbian, Gay, Biseksual, dan Transgender (LGBT) Dalam Perspektif Pembaharuan Hukum Pidana*" dengan rumusan masalah 1). Apakah hubungan seksual sesama jenis yang dilakukan kriminalisasi oleh lesbian, gay, biseksual, dan transgender (LGBT) merupakan bagian tindak pidana menurut hukum pidana Indonesia? 2). Apakah perlu dilakukan kriminalisasi yang lebih luas terhadap hubungan seksual sesama jenis yang dilakukan kriminalisasi oleh lesbian, gay, biseksual, dan transgender (LGBT) dalam pembaharuan hukum pidana Indonesia?
3. Kukuh Prima, Usman, dan Herry Liyus, jurnal dari Fakultas Hukum Universitas Jambi dengan judul "*Pengaturan Homoseksual Dalam Hukum Pidana Indonesia*" dengan rumusan masalah 1). Bagaimanakah pengaturan homoseksual menurut hukum pidana Indonesia? 2). Bagaimanakah kebijakan hukum pidana mengenai homoseksual?

Dari beberapa karya tulis yang penulis kemukakan di atas, penulis menemukan kemiripan terhadap penelitian yang akan penulis teliti. Namun dalam hal ini bukanlah pengulangan terhadap penelitian tersebut. Akan tetapi, penelitian yang akan ditinjau dari sisi Kriminalisasi Perbuatan Hubungan Seksual yang Dilakukan Oleh Sesama Jenis Dalam Perspektif Kriminologi sebagai *a tool of social control dan a tool of social engineering*, melalui pendekatan teori kriminalisasi, teori kebijakan hukum pidana, teori moralitas serta teori relativisme budaya sedangkan

penelitian sebelumnya hanya fokus pada penilaian pada nilai kesulitan dan dalam perspektif kebijakan atau pengaturannya dalam hukum positif di Indonesia.

BAB II TINJAUAN PUSTAKA

A. Kriminologi

1. Pengertian Kriminologi

Kriminologi merupakan cabang ilmu pengetahuan yang mulai berkembang pada tahun 1850 bersama dengan sosiologi, antropologi, dan psikologi. Istilah kriminologi ditemukan oleh P. Topinard (1830-1911), seorang pakar antropologi asal Prancis. Sebelumnya, istilah yang digunakan adalah "*antropologi criminal*".¹⁶ Secara etimologis, kriminologi berasal dari kata "crimen" yang berarti kejahatan dan "logos" yang berarti ilmu atau pengetahuan. Jadi, kriminologi adalah ilmu yang mempelajari tentang kejahatan.¹⁷ Kriminologi adalah proses pembentukan hukum, pelanggaran hukum dan reaksi terhadap pelanggaran hukum. Kriminologi adalah proses pembentukan hukum, pelanggaran hukum dan reaksi terhadap pelanggaran hukum.

Definisi yang tercakup dalam "kriminologi" menunjukkan kalau ilmu ini bukan bermaksud mempelajari cara berbuat kejahatan, melainkan "kejahatan" dipelajari dalam rangka menanggulangnya. Beberapa Ahli mendefinisikan tentang kriminologi sebagai berikut:

Edwin H. Sutherland menyatakan bahwa:

Kriminologi sebagai "*is the body of knowledge regarding delinquency and crime as social phenomena*" (kriminologi merupakan kumpulan pengetahuan yang membahas kenakalan remaja dan kejahatan sebagai gejala sosial).¹⁸

J.Constant menyatakan bahwa:

Kriminologi adalah ilmu pengetahuan yang bertujuan untuk menentukan faktor-faktor penyebab terjadinya kejahatan dan penjahat.¹⁹

Wood menjelaskan bahwa:

Kriminologi adalah bidang pengetahuan yang mencakup semua teori dan pengalaman yang berkaitan dengan perbuatan jahat dan pelaku kejahatan, termasuk reaksi masyarakat terhadap tindakan kejahatan dan para penjahat.²⁰

Mudigdo Moeliono menyatakan bahwa:

Kriminologi adalah bahwa pelaku kejahatan memiliki peran dalam terjadinya suatu kejahatan. Kejahatan bukan hanya merupakan tindakan yang di tentang oleh masyarakat, tetapi juga didorong oleh keinginan

¹⁶ Alam, A.S, 2010, *Pengantar Kriminologi*, Makassar: Pustaka Refleksi, hlm.1

¹⁷ Susanto, 2011, *Kriminologi*, Yogyakarta: Genta Publishing, hlm. 1

¹⁸ Alam, A.S, Op Cit

¹⁹ Topo Santoso dan Zulfa, A.E, 2001, *Kriminologi*, Jakarta: Raja Grafindo Persada, hlm.12

²⁰ Ibid

pelaku untuk melakukan perbuatan yang bertentangan dengan masyarakat.²¹

WME. Noach menyatakan bahwa:

Kriminologi adalah ilmu pengetahuan yang menyelidiki gejala-gejala kejahatan dan perilaku tidak senonoh, serta sebab musabab dan akibatnya.²²

Berdasarkan definisi-definisi tersebut, kriminologi merupakan ilmu yang berfokus pada pemahaman dan analisis penyebab-penyebab kejahatan serta menelusuri latar belakang perilaku kejahatan.

Kriminologi adalah ilmu pengetahuan yang mempelajari arti, sebab, pencegahan kejahatan, dan perbaikan penjahat sebagai gejala sosial dan kemanusiaan dengan menghimpun sumbangan-sumbangandari ilmu pengetahuan pendukungnya.²³

Dalam hukum pidana positif, kejahatan dirumuskan sebagai setiap tindakan yang merusak tatanan norma-norma hukum yang berlaku. Kriminologi mendefinisikan kejahatan sebagai perilaku yang mengganggu norma-norma hukum yang ada (dalam arti luas), karena tindakan tersebut tidak disukai oleh masyarakat. Kriminologi memandang kejahatan sebagai fenomena dalam masyarakat yang dianggap tidak pantas dan seringkali belum diatur oleh ketentuan-ketentuan tertulis. Kriminologi adalah disiplin ilmu yang mempelajari kejahatan dengan tujuan memperoleh pemahaman dan pengetahuan tentang fenomena kejahatan. Ini dilakukan melalui analisis ilmiah terhadap berbagai data, pola, keseragaman, dan faktor penyebab yang terkait dengan kejahatan, pelaku kejahatan, serta reaksi masyarakat terhadap keduanya. Terdapat tiga objek studi dalam kriminologi yang tidak dipisahkan, yaitu: perbuatan yang disebut sebagai kejahatan, pelaku kejahatan, serta reaksi masyarakat terhadap perbuatan dan pelaku tersebut.²⁴

2. Teori-Teori Kriminologi

a. Teori Asosiasi Diferensial (Differential Association Theory)

Sutherland mengemukakan hipotesis bahwa pelaku kriminal itu dipelajari melalui asosiasi yang dilakukan dengan mereka yang melanggar norma-norma masyarakat termasuk norma hukum. Proses mempelajari tadi tidak hanya teknik kejahatan sesungguhnya tetapi juga meliputi motif, dorongan, sikap dan rasionalisasi yang memberikan kepuasan untuk melakukan perilaku anti-sosial. Teori asosiasi differensial Sutherland mengenai kejahatan menegaskan bahwa;²⁵

²¹ Alam, A.S, Op Cit, hlm 2

²² Ibid

²³ Firganefi, Ahmad Irzal Fardiansyah, 2014, *Hukum Dan Kriminalistik*, Bandar Lampung:Justice Publisher, hlm. 24.

²⁴ Topo Santoso, 2009, *Kriminologi*, Jakarta: Rajawali Pers, hlm.9

²⁵ Soedjono Dirdjosiswono, 1994, *Sinopsis Kriminologi Indonesia*, Jakarta: Mandar Madju, hlm. 108-143

- 1) Perilaku kriminal, sama halnya dengan perilaku lainnya, dipelajari
- 2) Perilaku kriminal dipelajari melalui interaksi dengan orang lain melalui proses komunikasi.
- 3) Bagian penting dari pembelajaran perilaku kriminal terjadi dalam pergaulan intim dengan mereka yang melakukan kejahatan, yang berarti dalam hubungan langsung di tengah-tengah lingkungan pergaulan.
- 4) Mempelajari perilaku kriminal mencakup, pemahaman tentang teknik melaksanakan kejahatan serta motivasi, dorongan atau alasan pembenaran yang mendasarinya.
- 5) Dorongan tertentu ini dipelajari melalui penghayatan terhadap peraturan perundang-undangan, menyukai atau tidak menyukai
- 6) Seseorang menjadi delinquent karena penghayatan terhadap peraturan perundang lebih suka melanggar daripada mentaatinya
- 7) Asosiasi diferensial ini bervariasi tergantung pada frekuensi, durasi, prioritas dan intensitasnya.
- 8) Proses mempelajari perilaku kriminal melalui interaksi dengan pola kriminal dan anti kriminal melibatkan semua mekanisme yang berlaku dalam setiap proses belajar
- 9) Meskipun perilaku kriminal mencerminkan kebutuhan umum dan nilai-nilai, tetapi perilaku kriminal tidak dapat dijelaskan melalui kebutuhan umum dan nilai-nilai tersebut, hal ini dikarenakan perilaku non kriminal juga mencerminkan dari kebutuhan umum dan nilai-nilai yang sama.

b. Teori Anomie

Teori ini diperkenalkan oleh Emile Durkheim yang menganggap bahwa manusia pada dasarnya memiliki dorongan untuk melanggar hukum, norma, dan peraturan setelah terputusnya keterhubungan antara tujuan dan cara mencapainya. Dorongan ini menjadi begitu besar sehingga baginya merasa satu-satunya cara untuk mencapai tujuan tersebut adalah melalui jalur yang illegal.²⁶ Teori ini memiliki pandangan optimis terhadap manusia, menganggap bahwa manusia pada dasarnya baik dan bahwa kondisi sosial yang menciptakan tekanan, stress, dan ketegangan dan pada akhirnya melakukan tindakan kriminal.

c. Teori Kontrol Sosial (Social Control Theory)

Dasar pemikiran dari teori ini adalah bukan melihat individu sebagai orang yang secara intrinsik patuh pada hukum, melainkan mengadopsi pandangan antitesis di mana individu harus belajar untuk tidak melakukan tindak pidana. Mengingat bahwa kita memiliki kecenderungan alami untuk melanggar peraturan-peraturan

²⁶ Nur Fadhilah Mappaselleng, 2017, *Kriminologi Esensi dan Perspektif Arus Utama*, Yogyakarta: Trussmedia Grafika, hlm.121

dalam masyarakat, delinkuen dipandang oleh teoretisi kontrol sosial sebagai konsekuensi logis dari kegagalan seseorang dalam menginternalisasi larangan-larangan terhadap perilaku melanggar hukum.

Terdapat empat unsur kunci dalam teori kontrol sosial mengenai kriminal menurut Hirschi, yang meliputi:²⁷

1) Keterikatan (*Attachment*)

Keterikatan, yang sering diartikan kasih sayang atau hubungan emosional. Unsur pertama ini mencakup ikatan antara individu dan saluran primer sosialisasi, seperti orang tua, guru dan para pemimpin masyarakat. Akibatnya, hal ini merupakan ukuran sejauh mana orang-orang yang patuh pada hukum bertindak sebagai sumber kekuatan positif bagi individu.

2) Komitmen (*Commitment*)

Terkait dengan komitmen, kita melihat adanya investasi dalam suasana konvensional dan pertimbangan terhadap tujuan-tujuan masa depan yang bertentangan dengan gaya hidup delinkuensi.

3) Keterlibatan (*Involvement*)

Keterlibatan merupakan ukuran kecenderungan seseorang untuk berpartisipasi dalam kegiatan-kegiatan konvensional yang mengarahkan individu kepada keberhasilan yang di hargai oleh masyarakat.

4) Kepercayaan (*Belief*)

Akhirnya, kepercayaan memerlukan diterimaannya keabsahan moral norma-norma sosial serta mencerminkan kekuatan sikap konvensional seseorang. Keempat unsur ini sangat mempengaruhi ikatan sosial antara individu dan lingkungannya dalam masyarakat.

d. Teori Label (*Labeling Theory*)

Landasan berpikir dari teori ini diartikan dari segi pandangan pemberian norma, yaitu bahwa sebab utama kejahatan dapat ditemukan dalam pemberian label oleh masyarakat untuk mengidentifikasi anggota-anggotanya. Ada banyak cara di mana pemberian label dapat mempengaruhi perilaku kriminal, misalnya dengan menciptakan citra diri yang negatif pada individu yang diberi label. Menurut teori label ini, cap atau merek yang diberikan oleh penguasa sosial terhadap warga masyarakat tertentu melalui aturan dan undang-undang sebenarnya memiliki efek jangka panjang, di mana individu yang diberi cap tersebut akan berperilaku sesuai dengan label yang melekat padanya. Jadi, sikap mencap orang dengan predikat jahat bersifat kriminogen.²⁸

²⁷ Ibid hlm 199-200

²⁸ Ibid hlm.220-221

e. Teori Psikoanalitik (*Psycho Analytic Theory*)

Menurut Sigmund Freud, penemu psikoanalisis, ia hanya sedikit berbicara tentang orang-orang kriminal. Hal ini karena perhatian Freud lebih terfokus pada neurosis dan faktor-faktor di luar kesadaran yang terkait dengan struktur umum dari berbagai jenis gangguan atau penyakit. Seperti yang dinyatakan oleh Alexander dan Staub, kriminalitas merupakan bagian dari sifat manusia. Dari sudut pandang psikoanalitik, perbedaan utama antara kriminal dan non-kriminal adalah bahwa non-kriminal telah belajar mengontrol dan menyublimasi dorongan serta perasaan anti-sosial mereka.

3. Obyek Studi Kriminologi

Secara umum, obyek studi kriminologi adalah:

- a. Kejahatan adalah perbuatan yang disebut sebagai kejahatan, yang dipelajari terutama melalui peraturan perundang-undangan (pidana), yaitu norma-norma yang termuat dalam peraturan pidana. Pelaku adalah orang yang melakukan kejahatan atau sering disebut "penjahat." Studi terhadap pelaku ini terutama dilakukan oleh kriminologi positivis dengan tujuan mencari sebab-sebab orang melakukan kejahatan.
- b. Reaksi masyarakat terhadap kejahatan dan pelaku bertujuan untuk memahami pandangan serta tanggapan masyarakat terhadap perbuatan-perbuatan atau gejala yang dianggap merugikan atau membahayakan masyarakat luas.

4. Pembagian Kriminologi

Pembagian kriminologi ini menurut A.S alam terbagi dalam 2 (dua) golongan besar, yaitu;

a. Kriminologi Teoritis

Secara teoritis, kriminologi dapat dibagi menjadi 5 (lima) cabang pengetahuan. Tiap cabangnya memperdalam pemahaman mengenai sebab-sebab kejahatan secara teoritis, sebagai berikut:²⁹

1) Antropologi Kriminal

Antropologi kriminal adalah ilmu pengetahuan yang mempelajari karakteristik fisik yang dianggap sebagai ciri khas seorang penjahat. Contohnya, menurut Lombroso, ciri-ciri seorang penjahat termasuk tengkorak yang panjang, rambut lebat, tulang pelipis menonjol, dahi menonjol, dan sebagainya.

2) Sosiologi Kriminal

Sosiologi kriminal adalah cabang ilmu pengetahuan yang mempelajari kejahatan sebagai fenomena sosial. Kategori-kategori sosiologi kriminal adalah: 1)

²⁹ A.S. Alam, Op. Cit., hlm. 4-7.

Etiologi sosial adalah ilmu yang mempelajari berbagai faktor dan sebab-sebab yang mendasari terjadinya suatu kejahatan dalam konteks sosial. 2) Geografis adalah ilmu yang mempelajari hubungan timbal balik antara lokasi geografis suatu daerah dengan tingkat kejahatan yang terjadi di sana. 3) Klimatologis adalah ilmu yang mempelajari hubungan timbal balik antara cuaca dan kejahatan

3) Psikologi Kriminal

Psikologi Kriminal adalah cabang ilmu pengetahuan yang mempelajari kejahatan dari sudut pandang jiwa, yang termasuk dalam golongan ini yaitu;1). Tipologi adalah ilmu pengetahuan yang mempelajari tentang golongan-golongan penjahat. 2) Psikologi sosial kriminal adalah ilmu pengetahuan yang mempelajari dari segi ilmu tentang jiwa sosial.

4) Psikologi dan Neuro Patologi Kriminal

Psikologi Kriminal dan Neuro Patologi Kriminal adalah cabang ilmu pengetahuan yang mempelajari penjahat yang mengalami gangguan jiwa atau kondisi psikologis yang menyebabkan perilaku kriminal.

5) Penologi

Penologi adalah cabang ilmu pengetahuan yang mempelajari tentang sejarah, arti dan manfaat hukum, terutama dalam konteks sistem hukum pidana dan peradilan.

b. Kriminologi Praktis

Kriminologi praktis adalah bidang ilmu pengetahuan yang bermanfaat dalam menangani kejahatan yang muncul di tengah masyarakat. Dengan kata lain, kriminologi praktis merupakan bagian yang terapan dari ilmu pengetahuan yang digunakan. Berbagai cabang dari kriminologi praktis ini meliputi: 1) Hyiene Kriminal salah satu cabang kriminologi yang berusaha memberantas faktor penyebab timbulnya kejahatan. 2) Politik Kriminal yaitu ilmu yang mempelajari tentang bagaimana cara menetapkan hukum yang optimal kepada narapidana agar ia dapat menyadari kesalahannya serta berniat untuk tidak melakukan kejahatan Kembali. 3) Kriminalistik adalah cabang ilmu tentang penyelidikan teknik kejahatan dan penangkapan pelaku kejahatan.

B. Kriminalisasi

1. Pengertian Kriminalisasi

Kriminalisasi merujuk pada penelitian dalam bidang hukum pidana yang membahas proses penetapan suatu perilaku sebagai tindak kejahatan yang dapat dikenakan hukuman pidana tertentu. Ini merupakan fokus dari studi dalam hukum pidana materiil. Perbuatan yang sebelumnya dianggap tidak pantas atau tercela namun tidak dianggap sebagai pelanggaran hukum, kemudian dijadikan sebagai tindakan kejahatan yang dapat dikenai hukuman pidana. Soerjono Soekanto

menerangkan bahwa kriminalisasi sebagai perbuatan yang dapat dipidana atau menjadikan suatu perbuatan yang mulanya dianggap sebagai perbuatan biasa saja menjadi perbuatan kriminal dan dapat dipidana melalui penetapan penguasa³⁰ Lebih lanjut dipaparkan oleh Paul Cornil bahwa kriminalisasi bukan sekedar pemberian pidana atau sanksi tertentu, tetapi juga melihat perkembangan dari celan moral dari suatu tindak pidana³¹ Dalam buku Mokhammad Najih yang mengatakan bahwa:³²

“Kriminalisasi itu suatu kebijakan (*Criminalization Policy*), yang fokusnya 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.”

Kriminalisasi adalah pernyataan bahwa suatu tindakan harus dianggap sebagai tindak pidana yang berasal dari proses pertimbangan normatif, yang akhirnya menghasilkan suatu keputusan (*decisions*).³³ Kriminalisasi dapat pula diartikan suatu perilaku dianggap sebagai tindakan yang dapat dikenai hukuman pidana. Proses ini mencakup tahap identifikasi perilaku, pertimbangan normatif, dan akhirnya pembentukan undang-undang yang menetapkan perilaku tersebut sebagai pelanggaran yang diancam dengan sanksi pidana.³⁴ Arti dari kriminalisasi adalah pembatasan pada penetapan suatu perbuatan sebagai kejahatan yang dapat dihukum secara pidana. Namun, menurut Paul Cornill, konsep kriminalisasi tidak hanya terbatas pada penetapan perbuatan sebagai tindak pidana yang dapat dihukum, melainkan juga mencakup peningkatan sanksi pidana untuk tindakan kejahatan yang sudah ada sebelumnya.

Muladi membahas beberapa aspek yang perlu diperhatikan dalam konteks kriminalisasi, termasuk standar doktrinal yang harus dijadikan panduan.:

- a. Kriminalisasi tidak boleh terkesan menimbulkan overkriminalisasi yang masuk kategori the misuse of criminal ad hoc;
- b. Kriminalisasi tidak bersifat ad hoc
- c. Kriminalisasi wajib mengandung unsur korban victimizing baik actual maupun potensial
- d. Kriminalisasi wajib mempertimbangkan analisa biaya, hasil dan *prinsip ultimum remedium*
- e. Kriminalisasi wajib menghasilkan peraturan yang *enforceable*
- f. Kriminalisasi wajib mampu mendapatkan dukungan public

³⁰ Soerjono Soekanto, Op Cit, hlm. 62.

³¹ Lidya Suryani Widayati, Op Cit

³² Mokhammad Najih, 2014, *Politik Hukum Pidana*, Malang: Setara Press, hlm. 22

³³ Sudarto, 1986, *Kapita Selekta Hukum Pidana*, Bandung: Alumni, hal. 31

³⁴ Rusli Effendi, et al, 1986 “Masalah Kriminalisasi dan Dekriminalisasi dalam Rangka Pembaruan Hukum Nasional” dalam BPHN, Simposium Pembaruan Hukum Pidana Nasional Indonesia, Jakarta: Binacipta, hlm. 64-65

- g. Kriminalisasi wajib memiliki unsur subsoialitet mengkabitkan bahaya bagi masyarakat, meskipun itu sangat kecil
- h. Dalam konteks kriminalisasi, penting untuk disadari bahwa setiap tindakan kriminalisasi akan membawa konsekuensi bahwa setiap undang-undang pidana akan membatasi kebebasan individu dan memberikan wewenang kepada aparat penegak hukum untuk mengekang kebebasan tersebut.³⁵

Perkembangan masyarakat selalu mempengaruhi cara kita melihat perilaku kriminal. Tindakan yang sekarang dianggap kriminal mungkin saja tidak dianggap sebagai tindakan yang melanggar hukum di masa lalu. Ini karena perubahan sosial secara bertahap mengubah pandangan kita tentang apa yang dianggap sebagai pelanggaran hukum. Perubahan tersebut mencakup tidak hanya perubahan dalam struktur dan fungsi masyarakat, tetapi juga dalam nilai-nilai budaya, sikap, dan perilaku yang menjadi bagian dari identitas dan norma masyarakat. Oleh karena itu, pemahaman terhadap perubahan sosial yang terjadi dalam masyarakat penting untuk menyadari bagaimana tindakan yang tadinya tidak dianggap sebagai tindak pidana dapat berubah menjadi kriminal.

Perubahan nilai pada dasarnya merupakan perubahan dalam norma-norma perilaku yang mengatur kehidupan masyarakat., Koentjaraningrat membagi jenis perubahan nilai ini menjadi 2 hal, yaitu: 1) Perubahan nilai-nilai budaya primordial, yang semula ditentukan oleh kelompok kekerabatan dan komunikasi di tingkat desa, mengalami transisi menuju pengintegrasian dalam suatu sistem budaya nasional. 2) Perubahan sistem nilai tradisional ke sistem nilai budaya modern.³⁶

Dampak dari perubahan sosial telah mengubah penilaian terhadap tindakan-tindakan yang sebelumnya dianggap negatif atau merugikan masyarakat, kini menjadi lebih diterima dan tidak tercela. Tindakan seperti mempertunjukkan alat-alat KB di muka umum serta kegiatan gelandangan dan perang tanding masih diatur dalam KUHP di Indonesia. Namun, terdapat perubahan dalam penilaian terhadap perilaku di masyarakat. Beberapa perbuatan yang dulunya dianggap wajar, kini dianggap sebagai tindakan yang jahat, tercela, dan merugikan masyarakat. Contohnya termasuk pencemaran lingkungan, praktek monopoli dalam ekonomi, pencucian uang, dan penipuan terhadap konsumen.

Kriminalisasi adalah pernyataan bahwa suatu tindakan harus dianggap sebagai tindak pidana yang berasal dari proses pertimbangan normatif, yang menghasilkan keputusan. Proses kriminalisasi melibatkan identifikasi perilaku, pertimbangan normatif, dan pembentukan undang-undang yang menetapkan perilaku tersebut sebagai pelanggaran yang diancam dengan sanksi pidana.

³⁵ Muladi, 1995, *Kapita Selekta Hukum Pidana*, Semarang: Badan Penerbit Universitas Diponegoro, hlm. 256.

³⁶ Koentjaraningrat, Tanpa Tahun, "*Pergeseran Nilai-nilai Budaya dalam Masa Transisi*" dalam *BPHN, Kesadaran Hukum Masyarakat dalam Masa Transisi*, Jakarta: Binacipta, hlm. 25.

a. Asas-asas Kriminalisasi

Asas adalah prinsip-prinsip atau dasar-dasar atau landasan pembuatan suatu peraturan, kebijakan dan keputusan mengenai aktivitas hidup manusia.

Menurut G. W. Paton, asas merupakan suatu konsep yang diungkapkan secara umum yang menjadi fondasi bagi pembuatan aturan atau prinsip hukum. Dengan demikian, asas memiliki sifat yang lebih abstrak, sedangkan aturan atau prinsip hukum bersifat lebih konkret karena menyangkut perilaku atau tindakan hukum yang spesifik.³⁷ Selanjutnya Menurut A. R. Lacey, asas hukum memiliki ruang lingkup yang meluas, yang berarti bahwa asas tersebut dapat menjadi fondasi ilmiah bagi berbagai aturan atau prinsip hukum yang mengatur perilaku manusia dan menghasilkan konsekuensi hukum yang diinginkan.³⁸

Dalam konteks kriminalisasi, asas mengacu pada prinsip-prinsip fundamental, norma-norma etis, dan prinsip-prinsip hukum yang membimbing proses pembentukan undang-undang pidana melalui legislasi. Secara sederhana, asas hukum merupakan konsep dasar, norma etis, dan prinsip-prinsip yang menjadi landasan dalam penggunaan hukum pidana sebagai alat untuk menangani kejahatan. Ada 3 (tiga) asas kriminalisasi yang perlu diperhatikan pembentuk undang-undang dalam menetapkan suatu perbuatan sebagai tindak pidana beserta hukumannya, yaitu asas legalitas, asas subsidiaritas, dan asas kesamaan/persamaan.

1) Asas Legalitas

Asas yang esensinya terdapat dalam bahasa Latin, "*Nullum delictum, nulla poena sine praevia lege poenali.*" yang dijelaskan oleh von Feurbach yang berarti "tidak ada pelanggaran, tidak ada hukuman tanpa undang-undang yang sudah ada sebelum perbuatan dilakukan". Asas legalitas menduduki posisi yang sangat vital dalam hukum pidana, terutama sebagai prinsip utama dalam menetapkan suatu tindakan sebagai tindak pidana.

Scafmeister dan J.E. Sahetapy berpendapat bahwa asas legalitas mengandung tujuh makna, yaitu:³⁹

- a) Tidak dapat dipidana kecuali berdasarkan ketentuan pidana menurut undang-undang
- b) Tidak menggunakan analogi dalam penerapan undang-undang
- c) Tidak dapat dipidana hanya karena kebiasaan
- d) Perumusan aturan harus jelas (syarat *lex certa*)
- e) Tidak berlaku surut dari ketentuan pidana

³⁷ Dewa Gede Atmadja, 2018, *Asas-Asas Hukum dalam Sistem Hukum*, Jurnal Kertha Wicaksana, Vol. 12, No. 2, hlm. 147

³⁸ Ibid

³⁹ J.E. Sahetapy (Ed.), 1996, *Hukum Pidana*, Yogyakarta: Liberty, hlm. 6-7

- f) Tidak boleh ada pidana lain selain yang ditentukan oleh undang-undang
- g) Penuntutan tindak pidana yang tidak diatur oleh undang-undang tidak diperbolehkan.

Doktrin hukum pidana menjelaskan tiga fungsi dari asas legalitas, yaitu sebagai berikut:

- a) Menurut Abdullah Ahmed An-Naim, fungsi asas legalitas adalah sebagai berikut:⁴⁰

"Pada hakikatnya, asas legalitas dirancang untuk memberikan maklumat kepada publik sebanyak mungkin tentang apa yang dilarang oleh hukum pidana sehingga mereka dapat menyesuaikan perilaku mereka."

- b) Menurut Antonie A. G. Peters, fungsi asas legalitas adalah sebagai berikut:⁴¹

"Menurut aliran klasik, asas legalitas membatasi cakupan hukum pidana. Namun dalam aliran modern, asas legalitas menjadi instrumen untuk mencapai tujuan perlindungan masyarakat."

- c) Menurut Roelan Saleh menjelaskan fungsi legalitas sebagai berikut :

- (1) Fungsi asas legalitas dalam interpretasi tradisionalnya adalah untuk melindungi posisi hukum rakyat terhadap negara atau penguasa, namun pandangan ini cenderung mengabaikan pengertian penuh asas legalitas seperti yang dimaksudkan oleh para ahli hukum pidana pada abad ke-XVIII (delapan belas).⁴²
- (2) Asas legalitas memberikan kepastian hukum kepada masyarakat mengenai perbuatan-perbuatan yang dilarang, yang disertai dengan ancaman pidana tertentu. Dengan penetapan perbuatan terlarang tersebut masyarakat memiliki kepastian atau pedoman yang jelas dalam bertindak.⁴³
- (3) Asas legalitas dalam konteks peradilan pidana tidak hanya berfungsi untuk melindungi warga masyarakat dari penyalahgunaan kekuasaan pemerintah. Diharapkan bahwa asas legalitas juga memiliki peran yang lebih positif, yaitu menetapkan tingkat-tingkat persoalan yang diatasi oleh suatu sistem hukum pidana yang telah tidak dapat diterapkan lagi.⁴⁴
- (4) Tujuan utama asas legalitas adalah untuk membatasi kemungkinan timbulnya kesewenang-wenangan dalam hukum pidana serta mengawasi dan membatasi pelaksanaan dari hukum pidana itu sendiri. Fungsi

⁴⁰ Abdullah Ahmed An-Naim, 1990, *Dekonstruksi Syari'ah*, Yogyakarta: LkiS dan Pustaka Pelajar, hlm. 197

⁴¹ Antonie A.G. Peters, 1986 "*Main Current in Criminal Law Theorie*", in *Criminal Law in Action, Gouda Quint by, Arnhem*, hlm. 33.

⁴² Roeslan Saleh mengutip Antonie A.G. Peter, 1981, *Asas Hukum Pidana Dalam Perspektif*, Jakarta: Aksara Baru, hlm. 28.

⁴³ Ibid

⁴⁴ Ibid, hlm. 35.

pengawasan ini juga mencakup fungsi-fungsi dari asas kesamaan, asas subsidiaritas, asas proporsionalitas, dan asas publisitas.⁴⁵

Dalam konteks kriminalisasi yang dijelaskan diatas, fungsi asas legalitas yang sangat relevan adalah yang dijelaskan oleh Antonie A. G. Peters, yaitu fungsi untuk membatasi ruang lingkup hukum pidana. Hal ini menekankan pentingnya pembatasan dalam penerapan hukum pidana, sehingga tidak semua perilaku atau perbuatan dapat dipidana secara sewenang-wenang, tetapi hanya yang memenuhi syarat-syarat yang telah ditetapkan oleh undang-undang. Dengan demikian, asas legalitas berperan dalam memastikan bahwa kriminalisasi hanya terjadi pada tindakan yang memang benar-benar mencoreng kepentingan masyarakat atau melanggar norma-norma yang telah ditetapkan secara jelas dalam undang-undang.

Keberadaan hukum pidana perlu diatur dengan ketat karena sanksi yang diterapkan seringkali sangat berat, terutama dalam kasus hukuman mati. Fungsi utama hukum pidana adalah melindungi kepentingan masyarakat yang sangat penting, oleh karena itu perbuatan yang harus dijadikan objek kriminalisasi adalah perbuatan yang langsung mengganggu ketertiban sosial.

2) Asas Subsidiaritas

Asas Subsidiaritas menyatakan bahwa hukum pidana harus dianggap sebagai tindakan terakhir (*ultimatum remedium*) dalam penanganan kejahatan, bukan sebagai solusi utama (*primum remedium*). Dalam menanggapi tindak pidana, penerapan asas subsidiaritas ini memerlukan evaluasi terhadap efektivitas penggunaan hukum pidana yang ada. Tujuan dari evaluasi ini adalah untuk menilai apakah ancaman pidana yang diberlakukan pada suatu tindak pidana sesuai. Selain itu, proses evaluasi ini juga bertujuan untuk mengurangi kemungkinan adanya keputusan atau kebijakan yang merugikan masyarakat.

Menurut Roeslan Saleh, pentingnya penggunaan prinsip subsidiaritas dalam menetapkan perbuatan terlarang atau tindak pidana didasari oleh dua faktor utama:

- a) Prinsip subsidiaritas dapat mendorong terbentuknya sistem hukum pidana yang lebih adil.
- b) Praktek legislasi yang berlebihan dapat menyebabkan dampak negatif terhadap efektivitas hukum pidana, seperti *overcriminalisation* dan *overpenalisation*, yang mengakibatkan pengurangan pengaruhnya dalam masyarakat.⁴⁶

Selain itu, *overcriminalisation* dan *overpenalisation* juga dapat meningkatkan beban kerja aparat penegak hukum dalam proses peradilan pidana. Konsekuensinya, hukum pidana mungkin tidak dapat berfungsi secara optimal dan kehilangan kepercayaan dari masyarakat.

⁴⁵ Ibid, hlm. 14.

⁴⁶ Ibid, hlm.48

3) Asas Persamaan/Kesamaan

Asas kesetaraan atau kesamaan juga memiliki peran penting dalam proses kriminalisasi, yang berarti bahwa kejelasan dan kesederhanaan dalam hal tersebut akan membawa dampak pada terciptanya ketertiban. Menurut Sevan dan Letrossne Asas kesamaan bukan hanya merupakan aspirasi untuk menciptakan sebuah sistem hukum pidana yang lebih adil. Lebih dari itu, asas kesamaan lebih merupakan keinginan untuk memiliki sistem hukum pidana yang lebih jelas dan sederhana.⁴⁷ Menurut Lacretelle, asas kesamaan tidak hanya mendorong keberadaan hukum pidana yang adil, tetapi juga untuk memberlakukan hukuman pidana yang tepat.⁴⁸

Asas persamaan, atau *equality before the law*, menggaris bawahi perlunya perlakuan yang sama bagi semua individu dalam sistem hukum, yang berarti bahwa setiap warga memiliki hak yang sama untuk dilindungi oleh undang-undang yang berlaku.

2. Kriteria Kriminalisasi

Menurut Bassiouni, keputusan untuk melakukan kriminalisasi dan dekriminalisasi harus berdasarkan pertimbangan-pertimbangan kebijakan tertentu, yang meliputi:

- a. Menimbang keseimbangan sarana yang digunakan dengan hasil yang ingin dicapai.
- b. Menganalisis biaya terhadap hasil yang diperoleh sehubungan dengan tujuan-tujuan yang ingin dicapai.
- c. Mengevaluasi tujuan-tujuan yang diinginkan dalam konteks prioritas-prioritas lain dalam pengalokasian sumber daya manusia.
- d. Mengukur pengaruh sosial dari kriminalisasi dan dekriminalisasi serta dampaknya yang dipandang dari perspektif sekunder.

Pandangan lain disampaikan oleh Soedarto, yang menyoroti pentingnya memperhatikan hal-hal berikut dalam menghadapi masalah kriminalisasi:

- a. Penggunaan hukum pidana harus mempertimbangkan tujuan pembangunan nasional, yaitu menciptakan masyarakat yang adil dan sejahtera secara merata, baik secara materiil maupun spiritual sesuai dengan nilai-nilai Pancasila. Oleh karena itu, hukum pidana bertujuan untuk mengatasi kejahatan dan melaksanakan tindakan pencegahan untuk kesejahteraan dan perlindungan masyarakat.
- b. Perbuatan yang diintervensi oleh hukum pidana haruslah perbuatan yang dianggap tidak diinginkan, artinya Perbuatan yang mendatangkan kerugian, baik secara materiil maupun spiritual kepada anggota masyarakat.
- c. Dalam penggunaan hukum pidana, penting juga untuk mempertimbangkan prinsip biaya dan manfaat (*cost-benefit principle*).

⁴⁷ Roeslan Saleh, Op. Cit, hlm.36-37

⁴⁸ Ibid, hlm 38-39

- d. Penggunaan hukum pidana harus pula memperhatikan kapasitas atau kemampuan daya kerja dari badan-badan penegak hukum, yaitu jangan sampai ada kelampauan beban tugas (overbelasting).⁴⁹

Menurut Moeljatno, dalam proses pembaharuan hukum pidana, terdapat tiga kriteria yang harus dipertimbangkan:

- a. Penetapan suatu perbuatan sebagai perbuatan terlarang harus sesuai dengan norma hukum yang diterima secara luas dalam masyarakat.
- b. Penting untuk menilai apakah ancaman pidana dan penerapan hukuman pidana merupakan cara yang efektif untuk mencegah pelanggaran larangan-larangan tersebut.
- c. Evaluasi terhadap kemampuan pemerintah untuk benar-benar menegakkan ancaman pidana jika ada pelanggaran larangan.⁵⁰

Komponen biaya lainnya adalah dampak kriminalisasi terhadap privasi individu. Stephen dan Devlin mengakui risiko mengkriminalisasi perilaku yang bersifat privat tanpa menimbulkan kerugian bagi orang lain. Permasalahannya adalah bahwa penegakan hukum memerlukan penggunaan teknik investigasi yang "intrusive" yang dapat melanggar privasi individu. Selain itu, terdapat efek kriminogenik yang timbul sebagai akibat dari kriminalisasi. Beberapa larangan memiliki konsekuensi kriminogenik, yaitu menciptakan situasi yang meningkatkan kemungkinan terjadinya aktivitas kejahatan yang seharusnya tidak terjadi jika tidak ada pelanggaran dalam hal tertentu.

C. Tindak Pidana

1. Pengertian Tindak Pidana

Definisi tindak pidana dalam bahasa Belanda dikenal dengan istilah "*strafbaar feit*," yang sebenarnya merupakan istilah resmi dalam Wetboek van Strafrecht atau KUHP yang berlaku di Indonesia. Istilah dalam Bahasa asing yang sering digunakan adalah "*delict*."⁵¹ Dalam KUHP, istilah "tindak pidana" merupakan terjemahan dari "*strafbaar feit*." Namun, KUHP tidak memberikan penjelasan eksplisit mengenai konsep apa yang sebenarnya dimaksud dengan "*strafbaar feit*" itu sendiri.⁵²

Simons menyatakan bahwa *strafbaar feit* adalah perilaku yang diancam dengan pidana, bersifat melawan hukum, dan dilakukan oleh individu yang mampu bertanggungjawab. Sementara itu, Van Hamel menjelaskan bahwa *strafbaar feit* adalah perilaku yang diatur oleh Undang-Undang, bersifat melawan hukum, patut dihukum, dan dilakukan dengan kesalahan.⁵³

⁴⁹ Sudarto, Op Cit, hlm. 44-48

⁵⁰ Moeljatno, 1985, *Azas-Azas Hukum Pidana*, Jakarta:Bina Cipta, hlm. 5

⁵¹ Wirjono Prodjodikoro, 2003, *Tindak-Tindak Pidana Tertentu di Indonesia*, Bandung:Refika Aditama, hlm. 59

⁵² Prasetyo Teguh, 2011, *Hukum Pidana Edisi Revisi*, Jakarta:Raja Grafindo Persada, hlm. 47

⁵³ E.Y. Kanter, S.R. Sianturi, 2002, *Asas-asas Hukum Pidana di Indonesia dan Penerapannya*, Jakarta: Stora Grafika, hlm. 205

Moeljatno menjelaskan istilah "*strafbaar feit*" diartikan sebagai suatu perbuatan pidana yang mengacu pada perbuatan yang dilarang oleh undang-undang, yang kemudian diancam dengan sanksi tertentu bagi siapa pun yang melanggar larangan tersebut.⁵⁴

Wirjono Prodjodikoro menggunakan istilah tindak pidana atau dalam Bahasa Belanda "*strafbaar feit*" yaitu suatu perbuatan yang pelakunya di kenakan sanksi pidana dan pelakunya dianggap merupakn "subyek" tindak pidana.⁵⁵

Tindak pidana adalah perilaku manusia yang diatur dalam undang-undang, bertentangan dengan hukum, dan dapat dikenai hukuman. Orang yang melakukan tindak pidana bertanggungjawab atas perbuatannya dan menerima hukuman jika terbukti bersalah. Kesalahan seseorang ditentukan dari perspektif normatif masyarakat pada saat melakukan perbuatan tersebut.⁵⁶

Dari penjelasan para pakar hukum ini penulis menyimpulkan bahwa Tindak pidana adalah suatu perilaku manusia yang diatur oleh undang-undang, yang melibatkan pelanggaran terhadap norma hukum yang berlaku. Perilaku ini dapat berupa tindakan atau kelalaian yang bertentangan dengan ketentuan hukum yang ada, dan dapat dikenai sanksi pidana.

a. Unsur-Unsur Tindak Pidana

Dalam konteks hukum pidana, unsur tindak pidana dibedakan dari dua sudut pandang utama, yaitu pandangan monistis dan pandangan dualistis.

1. Pandangan monistis memandang bahwa untuk suatu perbuatan dapat dianggap sebagai tindak pidana, harus memenuhi dua hal, yaitu sifat dan perbuatan.⁵⁷

Unsur-unsur tindak pidana menurut pandangan monistis yaitu:

- a) Ada perbuatan
- b) Ada sifat melawan hukum
- c) Tidak ada alasan pembenar
- d) Mampu bertanggungjawab
- e) Kesalahan
- f) Tidak ada alasan pemaaf

⁵⁴ Tri Andrisman, 2009, *Hukum Pidana Asas-Asas Dan Aturan Umum Hukum Pidana Indonesia*. Unila, hlm.70.

⁵⁵ Wiryono Projodikoro, 1986, *Azas- azas Hukum Pidana di Indonesia*, Bandung: PT. Eresco, hlm. 55.

⁵⁶ Andi Hamzah, 2001, *Bunga Rampai Hukum Pidana dan Acara Pidana*, Jakarta:Ghalia Indonesia, hlm.22

⁵⁷ Amir Ilyas, 2012, *Asas-Asas Hukum Pidana*, Yogyakarta: Rangkang Education Yogyakarta & PuKAP- Indonesia, hlm. 38.

2. Pandangan dualistis: berbeda dengan pandangan monistis, pandangan dualistis memisahkan antara tindak pidana dan pertanggungjawaban pidana. Dalam pandangan ini, untuk menyatakan sebuah perbuatan sebagai tindak pidana cukup dengan adanya perbuatan yang dirumuskan oleh undang-undang yang memiliki sifat melawan hukum.

Unsur-unsur tindak pidana menurut pandangan monistis yaitu:⁵⁸

- a) Perbuatan yang sesuai dengan rumusan delik
- b) Sifat melawan hukum
- c) Tidak ada alasan pembenar

Sedangkan unsur-unsur pertanggungjawaban pidana yaitu:⁵⁹

- a) Mampu bertanggungjawab
- b) Kesalahan
- c) Tidak ada alasan pemaaf.

Unsur unsur tindak pidana, antara lain:

1. Perbuatan yang Sesuai dengan Rumusan Delik

Perbuatan manusia secara arti luas mencakup tindakan, perkataan, dan sikapnya terhadap suatu kejadian. Perbuatan yang sesuai rumusan delik berarti memastikan kesesuaian dengan unsur-unsur yang tercantum dalam pasal yang didakwakan termasuk unsur perbuatan serta pertanggungjawaban pidananya.

2. Ada Sifat Melawan Hukum

Sifat melawan hukum dapat dibedakan menjadi 4 (empat) jenis, yaitu:

- a) Sifat melawan hukum umum

Diartikan sebagai prasyarat umum untuk penuntutan dalam konteks perumusan perbuatan pidana, tindakan pidana merujuk pada perilaku manusia yang termasuk dalam perumusan delik, yang bertentangan dengan hukum, dan dapat dicela

- b) Sifat melawan hukum khusus

Sifat melawan hukum yang secara khusus dijabarkan dalam rumusan delik dikenal sebagai sifat melawan hukum khusus, yang juga dikenal sebagai "sifat melawan hukum facet"

⁵⁸ I Made Widnyana, 2010, *Asas-Asas Hukum Pidana*, Jakarta: Fikahati Aneska, hlm.57

⁵⁹ Ibid

c) Sifat melawan hukum formal

Istilah ini berarti bahwa semua persyaratan yang dijelaskan secara tertulis dalam rumusan delik telah terpenuhi, sehingga memenuhi syarat untuk dijadikan dasar untuk penuntutan pidana.

d) Sifat melawan hukum materil

Istilah ini berarti melanggar atau mengancam kepentingan hukum yang diinginkan dilindungi oleh para pembuat undang-undang dalam penyusunan suatu tindak pidana tertentu.

Dalam ilmu hukum pidana, terdapat beberapa pengertian tentang tindakan melawan hukum (*wederrechtelijk*). Simons menyatakan bahwa tindakan melawan hukum diartikan sebagai bertentangan dengan hukum, tidak hanya terkait dengan hak subjektif orang lain, tetapi juga mencakup hukum perdata dan hukum administrasi negara.⁶⁰

3. Tidak Ada Alasan Pembena

Alasan pembena menghapuskan sifat melawan hukum dari suatu perbuatan, yang berarti bahwa meskipun perbuatan tersebut telah memenuhi unsur-unsur delik sebagaimana ditetapkan dalam undang-undang, alasan pembena dapat menghapuskan pidana karena perbuatan tersebut.⁶¹

Pada dasarnya, perbuatan seseorang bisa saja dianggap sebagai tindak pidana, namun karena alasan tertentu perbuatan tersebut dapat dibenarkan sehingga pelakunya tidak dapat dipidana.

Hal hal yang dapat menjadi alasan pembena, yaitu:

a) Daya paksa absolut

Daya paksa absolut diatur dalam Pasal 48 KUHP yang menyatakan bahwa:

barang siapa melakukan perbuatan karena terpaksa oleh sesuatu kekuasaan yang tidak dapat dihindarkan tidak boleh dihukum.

b) Pembelaan terpaksa

Pembelaan terpaksa diuraikan dalam Pasal 49 ayat (1) KUHP sebagai berikut:

“Barangsiapa melakukan perbuatan, yang terpaksa dilakukannya untuk dirinya atau diri orang lain, mempertahankan kehormatan atau harta benda sendiri atau kepunyaan orang lain, dari pada serangan yang melawan hukum hak dan mengancam dengan segera pada saat itu juga, tidak boleh dihukum”

⁶⁰ Amir Ilyas, Op. Cit., hlm. 52

⁶¹ I Made Widnyana, Op.Cit., hlm 138

Pembelaan yang dimaksud yaitu pembelaan yang harus sebanding dengan serangan atau ancaman. sesuai dengan asas keseimbangan (*proporsionaliteit*). Di samping itu, juga dianut asas subsidiaritas (*subsidiariteit*), yang berarti untuk melindungi kepentingan hukumnya yang terancam, pembelaan harus mengambil tindakan yang paling minim dampaknya bagi orang lain.⁶²

c) Menjalankan ketentuan undang-undang

Dasar alasan pembenar karena menjalankan ketentuan undang-undang dirumuskan dalam Pasal 50 KUHP sebagai berikut:

“Barangsiapa yang melakukan perbuatan untuk melaksanakan ketentuan undang-undang tindak pidana”

Pasal 50 KUHP ditujukan untuk mengantisipasi tindakan yang dilakukan berdasarkan kewenangan yang diberikan oleh undang-undang. Hal ini ditegaskan oleh Hoge Raad dalam pertimbangan suatu putusan pada tanggal 26 Juni 1911, yang menyatakan bahwa seorang pegawai negeri diperbolehkan menggunakan segala alat yang diberikan kepadanya untuk menanggapi perlawanan dalam menjalankan aturan-aturan undang-undang.⁶³

Contohnya, jika undang-undang memberikan wewenang kepada penyidik untuk menangkap dan menahan seorang tersangka *dengan* memenuhi prosedur dan syarat-syarat yang ditetapkan, seperti surat perintah, maka dalam menjalankan wewenang yang diberikan oleh undang-undang tersebut, penyidik dapat melakukan tindakan-tindakan tertentu seperti memukul bahkan menembak untuk melumpuhkan sepanjang tindakan tersebut dianggap diperlukan.

d) Menjalankan perintah jabatan yang sah

Menjalankan perintah jabatan yang sah ini di rumuskan dalam Pasal 51 ayat (1) KUHP yang berbunyi sebagai berikut:

“Barangsiapa melakukan perbuatan untuk melaksanakan perintah jabatan yang diberikan oleh penguasa yang berwenang, tidak dipidana”

Perintah jabatan terdapat hubungan publik antara orang yang memberi perintah dan orang yang diberi perintah. Kemudian, keputusan *Hoge Raad* (Mahkamah Agung Belanda) menyatakan bahwa perintah yang diberikan oleh pengairan Negara kepada pemborong tidak termasuk dalam kategori perintah jabatan. Keputusan tersebut menyatakan bahwa perintah tersebut memiliki sifat hukum perdata, bukan sifat hukum perintah jabatan (HR 27 November 1933 W. 12698, N.J 1934, 266).⁶⁴

⁶² Adami Chazawi, 2002, *Tindak Pidana Mengenai Kesopanaan*, Jakarta: PT Raja Grafindo Persada, hlm. 46.

⁶³ Ibid

⁶⁴ Amir Ilyas, Op. Cit., hlm. 71.

Perintah dianggap sah jika berdasarkan pada tugas, wewenang, atau kewajiban yang diatur oleh suatu peraturan. Selain itu, hubungan jabatan dan subordinasi antara pemberi perintah dan penerima perintah juga harus ada. Dalam hubungan ini, penerima perintah berada dalam posisi yang lebih rendah dalam struktur organisasi daripada pemberi perintah.

b. Tindak Pidana Kesusilaan

Kesusilaan, menurut Kamus Besar Bahasa Indonesia merujuk pada hal-hal yang berkaitan dengan moralitas dan etika; sebuah konsep yang terkait erat dengan tindakan yang beradab dan beretika. Ini juga diinterpretasikan sebagai standar perilaku yang positif; kelakuan yang baik; dan tata krama yang luhur.⁶⁵

Satjipto Rahardjo menjelaskan bahwa di dalam struktur masyarakat terdapat sub-sub tatanan yang membentuk hubungan yang tetap dan teratur antara anggota-anggota masyarakat, yang bersifat berdasarkan kebiasaan, hukum, dan kesusilaan untuk menciptakan ketertiban.⁶⁶

Kesusilaan merupakan salah satu komponen tatanan yang erat hubungannya dengan nilai-nilai ideal yang diinginkan dalam kehidupan sosial. Konsep keidealan tersebut menjadi standar evaluasi bagi perilaku anggota masyarakat oleh struktur tatanan, sehingga penerimaan terhadap perilaku tersebut seharusnya sesuai dengan standar ideal manusia. Dalam kesusilaan, tidak ada unsur kehendak manusia karena norma kesusilaan bukanlah hasil kehendak manusia, melainkan diterima begitu saja.⁶⁷

Tindak pidana melanggar kesusilaan (*zedeljkheid*). Yang termasuk di dalam tindak pidana yang melanggar kesusilaan ini terdapat di dalam KUHP yaitu pada Pasal 281 sampai dengan Pasal 299, sedangkan dalam Undang-Undang No 1 Tahun 2023 tentang Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP) yang telah disahkan sebagai upaya pembaruan hukum di Indonesia, mengatur tindak pidana kesusilaan ini dalam Pasal 406-423.

Pengaturan dalam KUHP yang disebutkan di atas bertujuan untuk memberikan perlindungan kepada individu yang membutuhkan perlindungan terhadap adanya suatu tindakan asusila. Hal ini didasarkan pada perbedaan pandangan individu tentang apa yang dianggap patut dalam konteks seksualitas, baik dari perspektif lokal maupun dari norma-norma yang berlaku di masyarakat setempat.

Penulis setuju dengan konsep kesusilaan sebagai sebuah perilaku atau etika yang terkait dengan dorongan birahi atau seksual. Kesusilaan, sebagai bagian dari struktur sosial masyarakat, ketika dilanggar, dikategorikan sebagai tindak pidana kesusilaan. Hal ini karena dalam KUHP diatur mengenai kejahatan dan pelanggaran

⁶⁵ Arti Kata Susila, *Kamus Besar Bahasa Indonesia*.

⁶⁶ Satjipto Rahardjo, 2006, *Ilmu Hukum*, Bandung: PT Citra Aditya Bakti, hlm. 14

⁶⁷ Ibid, hlm 17

terhadap kesucilaan sebagai bagian dari upaya untuk menjaga ketertiban dalam masyarakat.

Di dalam penelitian ini, fokus ditempatkan pada masalah homoseksualitas, yang dianggap sebagai perilaku yang dianggap tidak sesuai dengan kesucilaan. Menurut penulis pengkategorian homoseksual sebagai suatu masalah kesucilaan karena homoseksualitas berkaitan erat dengan seksual.

D. Sesama jenis (Homoseksual)

Istilah *homoseksualitas* merupakan bentuk terjemahan dari Bahasa Yunani "*Homoios*" istilah tersebut merujuk kepada berbagai kecenderungan terhadap jenis kelamin yang sama.⁶⁸ Dede Oetomo mendefinisikan homoseksual sebagai sebuah orientasi seksual dimana seseorang memiliki ketertarikan secara emosional kepada sesama jenis.⁶⁹

Homoseksualitas merupakan ketertarikan seksual yang termanifestasi dalam orientasi pasangan seksual yang sejenis. Istilah "gay" digunakan untuk pria yang mengalami homoseksualitas, sementara "lesbian" untuk wanita yang mengalami hal serupa. Ketertarikan seksual ini berhubungan dengan orientasi seksual, yaitu kecenderungan seseorang untuk melakukan perilaku seksual dengan individu dari jenis kelamin yang sama. Homoseksualitas tidak hanya mencakup kontak seksual antara individu-individu yang sejenis secara biologis, tetapi juga melibatkan aspek-aspek psikologis, emosional, dan sosial yang berkaitan dengan kedekatan terhadap individu yang memiliki jenis kelamin yang sama.

Pada kasus homoseksualitas, individu yang mengalami disorientasi seksual ini mendapatkan kepuasan dalam fantasi seksual melalui pasangan sesama jenis. Orientasi seksual ini dapat terjadi akibat faktor genetik dalam struktur kromosom individu, atau dapat dipengaruhi oleh pengalaman traumatis seksual selama proses perkembangan hidup individu, serta interaksi dengan lingkungan yang memungkinkan individu tersebut mengembangkan kecenderungan tersebut. Istilah homoseksual diperkenalkan pertama kali pada tahun 1896 oleh Dr. Karl Maria Kerbeny, seorang dokter berkebangsaan Jerman-Hongaria.⁷⁰

Istilah ini pertama kali muncul di Jerman melalui sebuah pamflet tanpa nama. Kemudian penyebarannya ke seluruh dunia dilakukan oleh Richard Freiherr Von Krafft-Ebing melalui bukunya "*Psychopathia Sexualis*". Krafft-Ebing menyatakan bahwa istilah "gay" muncul sebagai salah satu bentuk seksualitas ketika individu tersebut berubah dari praktik sodomi menjadi semacam androgini, yaitu campuran ciri-ciri maskulin dan feminin secara batiniah. Istilah sodomi berasal dari nama sebuah kota, Sodom, yang terkenal karena melegalkan hubungan seksual sesama jenis, khususnya antara laki-laki (gay). Secara historis, sodomi mengacu pada praktik

⁶⁸ Musa Aripin, Op Cit, hlm.52-64

⁶⁹ Ibid, hlm,53.

⁷⁰ RamaAzhari dan Putra Kencana. 2008, *Membongkar Rahasia Jaringan Cinta Terlarang Kaum Homoseksual*, Jakarta:Hujjah Press, hlm. 24

seks anal baik dalam konteks homoseksual maupun heteroseksual. Istilah ini lebih sering dikaitkan dengan homoseksualitas dan saat ini umumnya digunakan sebagai istilah untuk perilaku seksual gay. Dahulu, pelaku sodomi dianggap sebagai orang yang sakit, namun saat ini gayahidup dianggap sebagai bagian dari keragaman seksual manusia.

E. Landasan Teori

1. Teori Kebijakan Hukum Pidana

Terminologi kebijakan diambil dari istilah policy (Inggris) atau politiek (Belanda). Menurut Rober R. Mayer dan Ernest Greenwood, pengertian "kebijakan" (policy), sebagai suatu keputusan yang menggariskan cara-cara yang paling efektif dan efisien untuk mencapai suatu tujuan yang ditetapkan secara kolektif.⁷¹ Dalam Kamus Besar Bahasa Indonesia (KBBI), "kebijakan" diartikan "rangkaiannya konsep dan asas yang menjadi garis besar dan dasar rencana dalam pelaksanaan suatu pekerjaan, kepemimpinan, dan cara bertindak (tentang pemerintahan, organisasi, dan sebagainya), pernyataan cita-cita, tujuan, prinsip, atau maksud sebagai garis pedoman untuk memanejemen dalam usaha mencapai sasaran."⁷²

Istilah kebijakan hukum pidana juga dapat disebut sebagai "criminal law policy, penal policy" atau "politik kriminal", yang mengacu pada upaya yang dijalankan secara rasional oleh masyarakat untuk mengatasi tindak kriminal.⁷³ Penal policy adalah bidang yang digambarkan oleh Marc Ancel sebagai kombinasi ilmu dan seni yang bertujuan praktis untuk meningkatkan pembuatan peraturan hukum positif. Tujuannya adalah memberikan pedoman bagi pembuat undang-undang dalam merumuskan hukum, memberikan panduan kepada pengadilan dalam penerapan hukum, dan memberikan arahan kepada pihak yang melaksanakan putusan pengadilan.⁷⁴ Sudarto memberikan definisi alternatif untuk "penal policy" sebagai usaha untuk menciptakan peraturan-peraturan yang sesuai dengan konteks dan situasi yang berlaku pada waktu tertentu.⁷⁵

Kebijakan hukum pidana bertujuan untuk mencegah dan menanggulangi kejahatan. Penanggulangan kejahatan tersebut pada hakikatnya merupakan bagian dari penegakan hukum, terutama penegakan hukum pidana. Oleh karena itu, kebijakan hukum pidana sering kali dianggap sebagai bagian dari kebijakan penegakan hukum (law enforcement policy). Secara umum, kebijakan hukum pidana dapat mencakup tiga bidang utama, yaitu kebijakan dalam hukum pidana materiil,

⁷¹ Barda Nawawi Arief, 2002, *Bunga Rampai Kebijakan Hukum Pidana*, Bandung: Citra Aditya Bakti, hlm.1

⁷² Departemen Pendidikan Nasional, 2016, *Kamus Besar Bahasa Indonesia*, Jakarta: PT. Gramedia Pustaka Utama, hlm.190.

⁷³ Tongat, 2008, *Dasar-dasar Hukum Pidana dalam Perspektif Pembaharuan*, Malang: Penerbit UMM, hlm.51.

⁷⁴ Marc Ancel dalam Barda Nawawi Arief, 2007, *Masalah Penegakan Hukum dan Kebijakan Hukum Pidana dalam Penanggulangan Kejahatan*, Jakarta: Kencana, hlm.26

⁷⁵ Sudarto, 1981, *Hukum dan Hukum Pidana*, Bandung: Alumni, hlm.159.

hukum pidana formil, dan pelaksanaan hukuman pidana.⁷⁶ Pencegahan dan penanggulangan kejahatan melalui sarana hukum pidana (penal policy), dioperasionalisasikan melalui beberapa tahap, yaitu:

- a. Tahap formulasi (kebijakan legislatif atau kebijakan legislasi);
- b. Tahap aplikasi (kebijakan yudikatif atau kebijakan yudisial);
- c. Tahap eksekusi (kebijakan eksekutif dan kebijakan administratif)

Tahap formulasi, juga dikenal sebagai tahap kebijakan legislatif atau kebijakan legislasi, dapat diartikan sebagai tahap di mana pembuat undang-undang menegakkan hukum in abstracto. Kebijakan yudikatif atau tahap aplikasi, adalah tahap penerapan hukum pidana in concreto oleh lembaga penegak hukum, dimulai dari polisi hingga pengadilan. Sementara itu, tahap eksekusi adalah tahap terakhir dalam penanggulangan kejahatan, di mana hukum pidana diterapkan secara konkrit oleh pelaksana hukum pidana.⁷⁷ Barda Nawawi Arief mengatakan bahwa dari perspektif kebijakan, pembaharuan hukum pidana memiliki makna yang penting yaitu;

- a. Sebagai bagian dari kebijakan sosial (bagian upaya untuk mengatasi masalah sosial, dalam rangka mencapai atau menunjang tujuan nasional);
- b. Sebagai bagian dari kebijakan kriminal (bagian dari upaya perlindungan masyarakat, khususnya upaya penanggulangan kejahatan);
- c. Sebagai bagian dari kebijakan penegakan hukum (bagian dari upaya memperbaharui substansi hukum dalam rangka lebih mengefektifkan penegakan hukum).⁷⁸

Dalam konteks pembaharuan hukum pidana perlu diperhatikan masalah pokok hukum pidana, yaitu;

- a. *Criminal act* (perumusan tindak pidana)
- b. *Criminal responsibility* (perumusan pertanggungjawaban pidana)
- c. *Sanction* (perumusan sanksi).⁷⁹

Menurut Sudarto, kebijakan hukum pidana bertujuan untuk membuat pilihan yang menghasilkan undang-undang pidana yang terbaik, dengan artian memenuhi standar keadilan dan efektivitasnya.⁸⁰

Hal di atas sejalan dengan tujuan politik kriminal yang bertujuan untuk menciptakan regulasi yang sesuai dengan dinamika sosial dan perkembangan masyarakat, termasuk dalam konteks hubungan seksual sesama jenis. Melalui pembaharuan hukum yang relevan dengan nilai-nilai keadilan dan keberlanjutan,

⁷⁶ Ibid.

⁷⁷ Muladi, Op Cit, hlm.13-14.

⁷⁸ Barda Nawawi Arief, Op. Cit, hlm.26.

⁷⁹ H. Dey Ravena dan Kristian, 2017, *Kebijakan Kriminal (Criminal Policy)*, Jakarta: Kencana, hlm.148-152.

⁸⁰ Sudarto,1983, *Hukum Pidana dan Perkembangan Masyarakat*, Bandung: Sinar Baru, hlm.20.

diharapkan upaya pencegahan dan penegakan hukum terhadap tindakan-tindakan yang melanggar norma-norma hukum terkait hubungan seksual sesama jenis dapat memberikan kontribusi signifikan dalam menciptakan lingkungan sosial yang lebih inklusif dan mendukung kesejahteraan bagi seluruh anggota masyarakat.

2. Teori Moralitas

Dari segi etimologi, istilah moralitas berasal dari bahasa Latin "mosmores" yang berarti 'kebiasaan', 'adat' atau sebagainya.⁸¹ moralitas pada dasarnya memiliki makna yang serupa dengan moral, namun bersifat lebih abstrak. moralitas menggambarkan dimensi moral atau penilaian baik-buruknya suatu perbuatan.⁸²

Seperti yang telah dijelaskan diatas, moralitas berakar dari kebiasaan atau adat (mos-mores). Awalnya, kebiasaan mungkin hanya dimiliki secara individual. Namun karena manusia secara alami makhluk sosial dan hidup dalam komunitas dan lingkungan sosial, kebiasaan individu tersebut akan dicontoh oleh orang lain, dan seiring waktu akan menjadi kebiasaan yang diterima oleh kelompok secara keseluruhan. Setelah kelompok menetapkan bahwa suatu kebiasaan dianggap baik, kebiasaan tersebut kemudian dianggap sebagai kewajiban yang harus dipatuhi oleh seluruh anggota kelompok.⁸³ Dengan demikian, moralitas pada awalnya hanya terdiri dari kebiasaan sehari-hari yang berfokus pada aspek lahiriah, tetapi seiring waktu hal ini menjadi standar yang mengatur kebaikan secara universal bagi manusia. Oleh karena itu, moralitas memiliki sifat universal, yaitu berlaku bagi semua manusia tanpa terkecuali. Selain itu, moralitas juga bersifat rasional, artinya, penetapannya didasarkan pada pertimbangan akal sehat, nalar, dan logika, bukan hanya berdasarkan selera.⁸⁴

Moralitas dapat memiliki sifat objektif atau subjektif. Moralitas objektif adalah moralitas yang diterapkan pada suatu tindakan, terlepas dari preferensi atau kehendak individu yang melakukan tindakan tersebut. Sedangkan moralitas subjektif adalah moralitas yang memandang perbuatan dinilai dari pengetahuan, pusat perhatian, latar belakang, pelatihan, stabilitas emosional, dan perilaku pribadi pelakunya.⁸⁵ Dalam konteks hukum dikenal istilah moralitas ekstrinsik yaitu menetapkan kebenaran atau kesalahan suatu tindakan berdasarkan apakah tindakan tersebut diperintahkan atau dilarang oleh penguasa atau pemerintah, yang diberlakukan melalui penerapan hukum positif.⁸⁶

⁸¹ Agus Tridiatno, 2000, *Masalah-Masalah Moral*. Yogyakarta: Penerbit Universitas Atma Jaya, hlm.14

⁸² K Bertens, 1993, *Etika*, Jakarta: PT Gramedia Pustaka Utama, hlm.7

⁸³ Agus Tridiatno, Op. Cit., hlm. 15.

⁸⁴ Ibid, hlm. 17

⁸⁵ E. Sumaryono, 2002, *Etika Hukum: Relevansi Teori Hukum Kodrat Thomas Aquinas*. Yogyakarta: Kanisius, hlm. 51

⁸⁶ Ibid, hlm. 52

Menurut Franz Magnis-Suseno istilah moral selalu mengacu pada penilaian baik-buruknya perilaku manusia sebagai manusia.⁸⁷ Oleh karena itu, moralitas tidak hanya berlaku untuk peran tertentu dalam masyarakat, seperti dosen, hakim, jaksa, atau advokat, tetapi lebih pada dimensi kemanusiaan secara keseluruhan. Seseorang dapat dikatakan bermoral apabila tingkah laku orang tersebut sesuai dengan nilai-nilai moral yang dijunjung tinggi oleh kelompok sosialnya. Perkembangan moral berhubungan dengan peraturan dan ketentuan tentang interaksi yang pantas di antara orang-orang.

Istilah moralis dapat diartikan sebagai ajaran tentang kesusilaan, tabiat, atau kelakuan. Moralitas merujuk pada hal-hal yang berkaitan dengan kesusilaan, sementara etika merupakan bidang ilmu yang membahas tentang perilaku manusia, baik yang dianggap baik maupun yang dianggap buruk (ethic the study and philosophy of human conduct with emphasis on the determination of right and wrong one of the normative sciences). Untuk membedakan antara kedua konsep tersebut, istilah "moral" digunakan untuk merujuk pada perbuatan moral (moral act), sementara penyelidikan tentang moralitas sering disebut sebagai "kode etik" (ethical code). Etika lebih berfokus pada aspek teoritis, sementara moral lebih menekankan pada implementasi dalam praktik sehari-hari.⁸⁸

Berdasarkan penjelasan di atas moralitas mencakup penilaian mengenai perilaku manusia sebagai manusia, yang mencakup aspek kemanusiaan secara keseluruhan, dan mencakup nilai-nilai tentang kesusilaan. Moralitas juga berkaitan dengan etika, yang merupakan studi tentang perilaku manusia dalam konteks filosofis, dengan fokus pada penentuan yang benar dan yang salah.

Dalam teori moral terdapat beberapa teori salah satunya teori moralitas sosial yang berasal dari pemikiran Thomas Hobbes, Emile Durkheim, dan Max Weber menyatakan bahwa manusia itu hidup bermasyarakat, karena itu moralitas sosial menjadi landasan dalam kehidupan. Moralitas sosial perlu untuk menjamin manusia sebagai anggota masyarakat akan hidup dalam keadaan aman dan damai. Dalam masyarakat ada persoalan-persoalan yang dianggap baik dan dianggap buruk. Masyarakat mempengaruhi tindak tanduk, sikap dan cara berfikir individu. Segala peraturan, larangan, dan pantangan yang ditetapkan oleh masyarakat adalah untuk kepentingan masyarakat dan bukannya individu. Teori moralitas sosial menekankan bahwa segala peraturan, nilai, norma dan tatasusila yang diwujudkan dalam sebuah masyarakat itu adalah sesuatu yang disetujui bersama. Kewujudannya juga adalah untuk kebaikan, kepentingan dan keselamatan kelompok masyarakat tersebut. Pandangan moral masyarakat yang tercermin dalam teori moralitas sosial menjadi faktor penting yang memengaruhi bagaimana kriminalisasi hubungan seksual sesama jenis diatur dan dilaksanakan dalam hukum pidana.

⁸⁷ Franz Magnis Suseno, 1987, *Etika Politik: Prinsip-Prinsip Moral Dasar Kenegaraan Modern*. Jakarta: PT. Gramedia, hlm.19

⁸⁸ Burhanuddin, 1997, *Etika Individual Pola Dasar Filsafat Moral*, Jakarta: Rineka Cipta, hlm.37

3. Teori Relativisme Budaya

Isu relativisme budaya muncul baru menjelang berakhirnya Perang Dingin sebagai tanggapan terhadap klaim universal dari gagasan Hak Asasi Manusia Internasional. Konsep relativisme budaya menyatakan bahwa kebudayaan adalah satu-satunya landasan untuk melegitimasi hak atau prinsip moral. Setiap kebudayaan memiliki hak yang sama untuk eksis dan memiliki martabat yang harus dihormati.⁸⁹ Oleh karena itu, Hak Asasi Manusia (HAM) harus dipertimbangkan dalam konteks budaya yang spesifik di setiap negara.

Pandangan ini mulai berkembang pada abad ke-18 setelah Johann Gottfried von Herder mengemukakan bahwa setiap bangsa memiliki keunikan yang khas, yang mengakibatkan nilai-nilai universal dianggap sebagai konsep yang tidak tepat, karena hanya bersifat relatif terhadap wilayah dan ketaksengajaan (contingent).⁹⁰ Relativisme beranggapan bahwa usaha untuk menerapkan perlindungan hak asasi manusia secara universal dianggap sebagai tindakan intervensi budaya (cultural imperialism) yang berasal dari negara-negara Barat. Pendekatan universalisme tersebut dianggap merusak keragaman budaya dan menyebabkan hegemoni budaya (cultural hegemonisation) menuju arah penciptaan satu dunia modern.⁹¹

Howard berpendapat bahwa relativisme budaya sebenarnya adalah bentuk absolutisme budaya, yang menganggap bahwa nilai-nilai etis dalam suatu budaya tertentu adalah yang tertinggi. Dalam konteks ini, Hak Asasi Manusia (HAM) tidak dapat dijunjung tinggi jika penerapannya menghasilkan perubahan dalam budaya itu sendiri. Oleh karena itu, implementasi HAM harus disesuaikan dengan konteks budaya di setiap negara.⁹² Gagasan bahwa hak asasi manusia harus dipahami dalam konteks budaya juga didukung oleh negara-negara berkembang serta negara-negara Islam. Pada Tahun 1990-an, terutama menjelang Konferensi Dunia Hak Asasi Manusia di Wina, pandangan ini diutarakan oleh para pemimpin dan intelektual dari negara-negara tersebut. Contohnya, pemimpin dari negara-negara di wilayah Lembah Pasifik Barat menekankan bahwa "nilai-nilai Asia" lebih relevan bagi kemajuan di kawasan ini daripada "nilai-nilai Barat" seperti hak asasi manusia dan demokrasi yang dinilai tidak begitu urgent bagi bangsa-bangsa Asia.⁹³

Pada Konferensi Dunia tentang Hak Asasi Manusia di Wina tahun 1993, sebagai respons terhadap tekanan dari negara-negara berkembang, PBB setuju untuk memberikan beberapa kelonggaran dalam implementasi hak asasi manusia. Ditekankan bahwa faktor-faktor seperti kekhususan nasional, regional, serta berbagai latar sejarah, budaya, dan agama harus selalu dipertimbangkan tanpa

⁸⁹ Jack Donnelly, 2003, *Universal Human Rights in Theory and Practice*, Ithaca and London: Cornell University Press. hlm. 89-93

⁹⁰ ranoto Iskandar, 2010, *Hukum HAM Internasional, Sebuah Pengantar Kontekstual*, Malang: IMR Press, 156

⁹¹ Ibid, hlm. 367.

⁹² Rhona K.M Smith, 2010, *Texts and Materials on International Human Right*, Second edition, London and Newyork: Routledge, hlm. 20.

⁹³ Ibid, hlm.21

mengurangi tanggung jawab semua negara untuk memajukan seluruh hak asasi manusia (Pasal 5 Deklarasi Wina 1993).

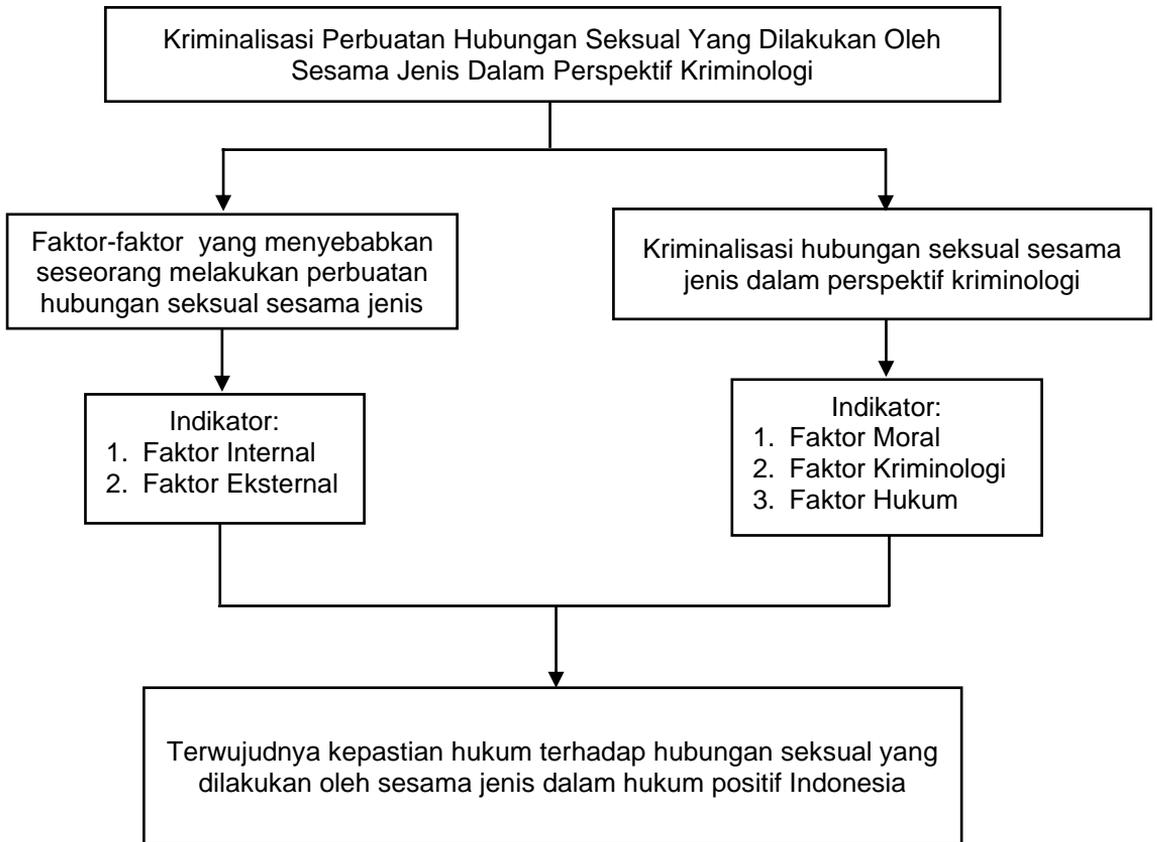
Dalam konteks penelitian tentang kriminalisasi hubungan seksual sesama jenis, relevansi teori relativisme budaya menjadi krusial dalam pemahaman dan analisis tentang bagaimana nilai-nilai budaya memengaruhi sikap hukum terhadap hubungan tersebut. Penelitian ini bertujuan untuk mengeksplorasi cara di mana pandangan budaya yang berbeda-beda terhadap seksualitas, moralitas, dan agama dapat mempengaruhi kebijakan hukum yang berkaitan dengan kriminalisasi hubungan seksual sesama jenis.

F. Kerangka Pikir

Dalam melakukan penelitian, diperlukan adanya kerangka pemikiran sebagai dasar dalam melakukan analisis terhadap suatu permasalahan yang diangkat untuk memberikan landasan. Pada umumnya setiap penelitian harus selalu disertai dengan pemikiran teoritis dimana konsep-konsep yang digunakan oleh penulis serta variable-variabel yang diteliti akan menggambarkan hubungan hubungan antara variabel yang satu dengan variabel yang lainnya. Dalam penelitian ini akan mengkaji mengenai kriminalisasi perbuatan hubungan seksual yang dilakukan oleh sesama jenis dalam perspektif kriminologi.

Teori yang digunakan sebagai landasan dalam penelitian ini adalah teori kriminalisasi, teori kebijakan hukum pidana dan teori moralitas. Dalam penelitian ini penulis akan berfokus pada perlunya melakukan kriminalisasi terhadap hubungan seksual sesama jenis dan diatur secara komprehensif dalam undang-undang dengan perspektif kriminologi.

G. Bagan Kerangka Pikir



H. Definisi Operasional

1. Kriminalisasi adalah langkah-langkah yang diambil oleh penguasa atau pejabat tertentu untuk menetapkan tindakan seseorang sebagai suatu pelanggaran hukum;
2. Pelaku adalah individu yang melakukan suatu tindak pidana, baik dengan sengaja maupun tanpa sengaja, seperti yang dirumuskan dalam Undang-Undang;
3. Tindak Pidana adalah tindakan yang dilakukan oleh manusia yang melanggar hukum dan memenuhi unsur-unsur suatu delik;
4. Persetubuhan merupakan tindakan antara individu pria dan wanita yang umumnya dilakukan untuk tujuan keturunan;
5. Homoseksualitas adalah ketertarikan seksual antara individu-individu dengan jenis kelamin yang sama.

6. Gay adalah istilah yang sering digunakan untuk merujuk kepada seorang pria yang memiliki ketertarikan seksual terhadap sesama pria.
7. Lesbian adalah istilah yang digunakan untuk merujuk kepada seorang wanita yang merasa tertarik secara seksual terhadap wanita lain.
8. Hukum Pidana merupakan kumpulan norma hukum yang menetapkan konsekuensi atau hukuman yang harus diberikan terhadap suatu perilaku yang dianggap melanggar hukum, serta jenis hukuman yang sesuai dengan pelanggaran tersebut.