

Konsepsi HAM Universal Dan Partikular Dalam Putusan Mahkamah Konstitusi (Analisis Putusan MK Nomor 46/Puu-Xiv/2017 Tentang Pasal Pidana Dalam KUHP Bagi Pelaku Zina Dan LGBT)

Sobirin Malian

Univeristas Ahmad Dahlan Yogyakarta

Email : sobirinmalian@lawuad.com

Abstract

The Constitutional Court's decision rejecting the petition for judicial review related to criminal articles for adultery and LGBT perpetrators in the Criminal Code can certainly reap the pros and cons. Because the Court's decision is a decision with a dissenting opinion. Of the 9 judges, 5 judges thought the petition was unacceptable, while the other 4 judges thought the petition was acceptable. Therefore, this decision is interesting to study and analyze further from the point of view of law, psychology, religion and other sciences which have a correlation with the object of this decision. Theoretically, it is found that the concept of human rights (especially regarding LGBT) is not only related to the concept of universal human rights, there is also the concept of particular human rights, meaning that when discussing human rights issues, there are normative boundaries that are juridical, religious, and traditional / custom. Based on these universal and particular human rights concepts, it can be concluded that the correct decision by the Constitutional Court was to grant a request for a judicial review in relation to the criminal article for adultery and LGBT perpetrators.

Keywords: *The Court's Decision, Universal and Particular Human Rights, Adultery and LGBT.*

Abstrak

Putusan MK yang menolak permohonan yudicial review terkait pasal pidana bagi pelaku zina dan LGBT di dalam KUHP dapat dipastikan menuai pro-kontra. Karena putusan MK ini adalah putusan dengan dissenting opinion. Dari 9 hakim, 5 orang hakim berpendapat permohonan tersebut tidak bisa diterima, semetara 4 hakim lainnya berpendapat permohonan tersebut bisa diterima. Karena itu Putusan ini, menarik untuk dikaji dan dianalisis lebih lanjut baik dari sudut ilmu hukum, ilmu psikologi, ilmu agama dan ilmu lain-lain yang memiliki koreslasi dengan objek dari putusan ini. Secara teoritis ditemukan bahwa konsep HAM (khususnya terkait LGBT) tidak hanya hanya berkaitan dengan konsep HAM Universal saja, ada juga konsepHAM Partikular, artinya bahwa ketika membahas permasalahan HAM, maka ada batasan-batasan normatif yang sifatnya yuridis, agamis, dan tradisi/adat. Berdasarkan konsep ham universal dan partikular tersebut, dapat disimpulkan bahwa keputusan MK yang tepat sebenarnya adalah mengabulkan permohonan judicial review berkaitan dengan pasal pidana bagi pelaku zina dan LGBT.

Kata kunci: *Putusan MK, HAM Universal Dan Partikular, Zina Dan LGBT.*

Istinbath: Jurnal Hukum

Website : <http://e-journal.metrouniv.ac.id/index.php/istinbath/index>

Received : 2020-04-30| Reviewed : 2020-06-10| Published : 2020-06-15.



This is an open access article distributed under the terms of the [Creative Commons Attribution 4.0 International License](https://creativecommons.org/licenses/by-sa/4.0/), which permits unrestricted use, distribution, and reproduction in any medium, provided the original work is properly cited.

Pendahuluan

Putusan Mahkamah Konstitusi (MK) Nomor 46/PUU-XIV/2017 tanggal 14 Desember 2017 lalu, yang menolak permohonan Guru Besar IPB Prof.Dr. Euis Sunarti, AILA (Aliansi Cinta Keluarga Indonesia) dan sepuluh pemohon lainnya, tak pelak mengundang kontroversi di masyarakat. Intinya, MK menolak permohonan pengujian Undang-undang (*judicial review*) terkait norma hukum perzinahan, pemerkosaan dan homoseksual/lesbian yang terkandung dalam ketentuan Pasal 284, Pasal 285 dan Pasal 292 KUHP warisan kolonial Belanda itu.

Penolakan MK pada intinya karena mereka merasa tidak berwenang dalam kapasitasnya sebagai pembatal undang-undang (*negative legislator*). Menurut MK kewenangan *negative legislator* juga merupakan ranah kewenangan Pemerintah dan DPR selaku pembuat undang-undang (*positive legislator*).

Pada sidang kasus ini diwarnai dengan empat pendapat Hakim Konstitusi yang berbeda (*dissenting opinion*) dari sembilan hakim yang ada. Kontroversi putusan MK ini, tentu menjadi simpang siur karena pada umumnya masyarakat masih banyak yang belum paham, esensi dari putusan tersebut dan beranggapan putusan itu tak lebih hanyalah melegalkan LGBT. Sementara itu, di pihak lain, bagi pendukung LGBT, putusan itu seperti angin segar dan dianggap sudah tepat karena putusan demikianlah sebenarnya yang sejalan dengan konsep HAM (Hak-hak Asasi Manusia) universal.¹ Berangkat dari banyaknya perbedaan pandangan tentang putusan tersebut dan kaitannya juga dengan konsep HAM yang seolah semata bernilai universal, maka tulisan ini

¹ Hal ini penulis temukan dari berbagai media sosial atau viral yang berkembang.

Konsepsi HAM ..

merumuskan pokok persoalannya sebagai berikut: Benarkah konsep Hak Asasi Manusia itu satu-satunya universalisme, lalu pada aliran mana secara yuridis konsep HAM yang dirujuk oleh negara Indonesia?, Bagaimana seharusnya Mahkamah Konstitusi menyikapi *judicial review* dengan putusan yang memiliki kepastian hukum ?.

Pembahasan

Seperti telah diutarakan pada rumusan masalah, tulisan ini pertama-tama ingin menjelaskan konsep HAM (Hak-hak Asasi Manusia) yang terkesan semata universal (sama dan dianut di seluruh dunia) padahal tidak demikian. Oleh karena itu, dengan penelusuran ini nantinya penulis bermaksud memperjelas posisi secara yuridis konsep HAM yang dianut oleh bangsa/negara Indonesia.

Konsep Hak-hak Asasi Manusia (HAM) - Universalisme

Secara umum yang dimaksud dengan HAM adalah *human right*, meskipun jika ditelisik lebih dalam, terjemahan yang betul dari istilah *human right* adalah hak manusia, bukan HAM.² Koentjoro Poerbopranoto dan Soenarko,³ menerjemahkan *human right* menjadi hak-hak manusia dan hak-hak dasar manusia, atau hak-hak manusia yang bersifat pokok yang tidak dapat dikurangi oleh siapa pun.

Sedangkan menurut Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 39 Tahun 1999 Tentang Hak Asasi Manusia, yang dimaksud hak asasi manusia adalah hak dasar yang dimiliki manusia sejak lahir, sebagai pemberian Tuhan. Jadi, hak asasi manusia tidak dapat dihilangkan oleh orang lain, oleh masyarakat, maupun oleh negara. Karena bukan manusia yang memberi hak asasi, melainkan Tuhan Yang Maha Kuasa.

Dari sejarah internasional, PBB telah menghasilkan beberapa piagam penting yang pada intinya konsep HAM terbagi menjadi dua aliran. **Pertama**, konsep HAM bersifat universal (*universalism*) yang dilahirkan oleh PBB pada tahun 1948 di New York. Konsep ini menyatakan bahwa HAM itu universal (berlaku sama di mana pun, kapan pun),⁴ terutama terkait kebebasan terhadap harkat dan martabat manusia termasuk soal LGBT. Konsep ini banyak dianut di negara-negara Eropa, Amerika, Afrika dan

² Peter Salim, *Advanced English-Indonesia Dictionary*, Second Edition (Jakarta: Modern English, 1999), hlm. 406.

³ Koentjoro Poerbopranoto, *Sedikit Tentang Sistem Pemerintahan Demokrasi*, (Bandung: eresco, 1978), hlm.66.

⁴ Pendukungnya di Indonesia ada Adnan Buyung Nasution, Dedi Utomo, Todung Mulya Lubis, LBH dan lain-lain.

sebagian negara Asia. Mengiringi konsep ini, mereka menganggap sejalan dengan konsep demokrasi: individualisme dan liberalisme.

Teori Partikular atau Spektrum

Konsep HAM **kedua**, konsep yang bersifat partikularisme (*particularism*) atau disebut juga teori spektrum.⁵ Paradigma konsep ini menyatakan bahwa HAM tidaklah bersifat universal. HAM sangat tergantung pada konteksnya (nilai agama, nilai adat istiadat, nilai-nilai hukum dan jiwa bangsa/negara setempat), dan waktu. Bahwa hukum itu kontekstual dan senantiasa dipengaruhi oleh nilai-nilai agama dan adat istiadat masyarakatnya. Hukum itu mengacu pada teori K.C.Wheare sangat *resultan*, sesuai kebutuhan masyarakat.⁶ Konsep HAM partikularisme ini diputuskan di Kairo, Mesir pada tahun 1990, negara-negara yang menandatangani piagam HAM ini adalah negara-negara yang memang tidak sepaham dengan konsep HAM Universal atau menolak konsep HAM universal. Jika diamati, negara yang meratifikasi konsep HAM partikularisme ini adalah negara-negara yang menganut agama (misal, negara-negara Islam yang tergabung dalam OKI) dan istiadat yang kuat. Indonesia termasuk yang meratifikasi piagam HAM ini.⁷

Pembenaran (*justifikasi*) lain dari konsep HAM partikularisme ini termuat juga dalam konstitusi UUD NRI 1945 Pasal 18B ayat (2) berbunyi, “Negara mengakui dan menghormati kesatuan-kesatuan masyarakat hukum adat beserta hak-hak tradisionalnya sepanjang masih hidup dan sesuai dengan perkembangan masyarakat dan prinsip Negara Kesatuan Republik Indonesia, yang diatur dalam Undang-undang.”⁸ Juga Pasal 28J ayat (1) berbunyi, “Setiap orang wajib menghormati hak asasi manusia orang lain dalam tertib kehidupan bermasyarakat, berbangsa dan bernegara.” Ayat (2), “Dalam menjalankan hak dan kebebasannya, setiap orang wajib tunduk kepada pembatasan yang ditetapkan dengan undang-undang dengan maksud semata-mata untuk menjamin pengakuan serta penghormatan atas hak dan kebebasan orang lain dan untuk memenuhi

⁵ Rukmana Amanwinata, Pengaturan dan Batas Implementasi kemerdekaan Berserikat dan Berkumpul dalam Pasal 26 UUD 1945, *Disertasi*, Universitas Padjadjaran Bandung, 1996.

⁶ K.C.Wheare, *Modern Constitution*, (Oxford: University Press, 1971), hlm.67. Diterjemahkan ke dalam edisi Indonesia, K.C.Wheare, *Konstitusi-Konstitusi Modern*, (Surabaya: Pustaka Eureka, 2003), hlm.103.

⁷ Disusul deklarasi yang dihadiri sekitar 170 negara anggota PBB (termasuk Indonesia) pada bulan Juni 1993, mengeluarkan *Vienna Declaration* yang mengakomodasi pendirian Negara Barat dan Non-Barat terutama yang dirumuskan dalam *Bangkok Declaration*. Lihat, Miriam Budiardjo, *Dasar-Dasar Ilmu Politik*, Cetakan ke-13 (Jakarta: Gramedia, 2013), hlm.213.

⁸ Perubahan Kedua UUD 1945.

Konsepsi HAM ..

tuntutan yang adil sesuai dengan pertimbangan moral, nilai-nilai agama, keamanan, dan ketertiban umum dalam suatu masyarakat demokratis.⁹ Atas dasar itulah, maka semestinya KUHP atau Kitab Undang-undang Hukum Pidana dan juga peraturan perundang-undangan lain harus mengakomodir norma ini.¹⁰ Kata lain, harus ada harmonisasi antara bunyi konstitusi dengan aturan hukum yang ada dibawahnya.

Terkait Putusan MK

Putusan MK yang menolak permohonan pengujian undang-undang (*judicial review*) adalah terkait norma hukum perzinahan, pemerkosaan dan homoseks/lesbian yang terkandung dalam Pasal 284, Pasal 285 dan Pasal 292 KUHP warisan kolonial Belanda. Bagi MK penolakan permohonan itu didasari karena mereka tidak berwenang dalam kapasitasnya sebagai pembatal undang-undang (*negative legislator*). Kewenangan pembatalan Undang-undang itu merupakan ranah Pemerintah dan DPR selaku pembuat Undang-undang (*positive legislator*). Putusan para hakim MK ini sejatinya tidak bulat karena dari sembilan hakim ada empat hakim yaitu Arief Hidayat, Anwar Usman, Wahiduddin Adams dan Aswanto melakukan pendapat yang berbeda (*dissenting opinion*).

Jika ditelusuri secara filosofis-historis, menurut Zulfikar Ardiwardana Wanda¹¹, ketentuan Pasal 282 *Wetboek van Strafrecht* (WvS) nama asli dalam bahasa Belanda dari KUHP pasca diberlakukannya asas konkordansi (pemberlakuan hukum negeri kolonial ke wilayah koloni/jajahan) tahun 1918_mengatur tentang penalisasi perbuatan zina (*overspel*) antara laki-laki dan perempuan di luar perkawinan yang salah satu pelakunya masih dalam ikatan perkawinan dengan laki-laki atau perempuan lain; pada hakikatnya sangat dipengaruhi *mindset* sekuleristik di daratan negara-negara Eropa pada masa itu.

Dalam konteks Indonesia, Pasal 284 KUHP *mindset*-partikularnya sangat berbeda dengan yang terjadi di Eropa, Amerika dengan HAM Universalnya. Pasal 284 KUHP jika dicermati membatasi pemidanaan/penalisasi terhadap perbuatan zina yang dianggap kejahatan terhadap (moral) kesetiaan perkawinan sehingga perbuatan tersebut dipandang menodai kesucian dan keagungan akad lembaga perkawinan.¹²

⁹ *Ibid.*

¹⁰ Norma ini ibarat *grand theory* dalam kajian akademik murni.

¹¹ Duta.co, 21 Desember 2017.

¹² UU No.1 Tahun 1974 Tentang UU Perkawinan.

Falsafah yang terkandung di dalam Pasal 284 KUHP tentang zina telah melimitasi dan bertentangan dengan konsep zina menurut optik nilai-nilai ajaran agama (*values of religion*) dan hukum yang hidup serta berkembang dalam masyarakat (*living law*) bangsa Indonesia. Konsep zina dipandang lebih luas, meliputi persetubuhan di luar perkawinan yang dilakukan oleh pihak yang terikat oleh perkawinan (*adultery*) maupun yang tidak terikat perkawinan (*fornication*). Konsep ini, misalnya dapat ditemukan dalam al-Qur'an surat al-Isra ayat 32: "...dan janganlah kamu mendekati zina. Sesungguhnya zina merupakan perbuatan keji dan suatu jalan yang buruk" dan dalam Agama Kristen bisa ditemukan dalam Surat Matius 5: 27 yang berbunyi, "Kamu telah mendengar firman: Jangan berzinah."

Dalam praktiknya di peradilan, ketentuan Pasal 284 KUHP yang baru disahkan setelah Indonesia merdeka itu mengalami perluasan norma oleh Mahkamah Agung (MA). Namun perluasan norma itu nampaknya sejalan (terinspirasi) dan bisa jadi merupakan sumber materiil dari nilai-nilai yang terkandung dalam banyak agama yang kemudian secara yuridis oleh MA dituangkan dalam Putusan MA No.93/K/Kr/1976 tentang perkara "tindak pidana zina" di Banda Aceh yang dalam pertimbangan hukumnya (*ratio desidendi*) memandang bahwa zina merupakan perbuatan terlarang mengenai hubungan kelamin pria dan wanita, terlepas dari persyaratan apakah salah satu pihak terikat perkawinan atau tidak sebagaimana yang dimaksud dalam ketentuan Pasal 284 KUHP.¹³

Pada prinsipnya konsep zina yang mengandung *adultery* dan *fornication* sebagaimana telah diuraikan merupakan perbuatan yang dianggap tercela dan terlarang dengan sendirinya (*including*) yang bersumber dari nilai-nilai agama dan jiwa hukum yang berkembang dalam masyarakat, bukan perbuatan cabul dengan orang lain sesama jenis yang patut diketahui/diduga belum dewasa. Dengan rumusan yang demikian dapat dikatakan, bahwa perbuatan homoseks/*gay* atau lesbian yang sudah sama-sama dewasa tidak dipidana. Agar dapat dijerat pasal ini, orang dewasa tersebut harus tahu atau setidaknya menduga bahwa lawan yang akan dicabuli itu belum dewasa menurut undang-undang. Pada pasal ini memiliki persamaan dengan Pasal 284 KUHP dimana minimal ada dua orang yang melakukan. Sedangkan perbedaannya jenis kelamin yang

¹³ Waktu itu hakim ketua yang mengadili adalah Bismar Siregar yang kemudian menjadi hakim agung beberapa tahun kemudian.

Konsepsi HAM ..

melakukan dan zina mempersyaratkan jenis kelamin harus ada persetujuan badan yang berbeda konsep dengan delik pencabulan yang sebagaimana diatur dalam Pasal 292 KUHP.

Secara historis, terjadi pergulatan politik hukum yang saling bersamaan dalam perumusan Pasal 292 WvS (KUHP sekarang) antara Pemerintah Kerajaan Belanda dan *Tweede Kamer* (parlemen Belanda) yang pada akhirnya dimenangkan oleh kaum homoseksual yang mayoritas duduk di *Tweede Kamer*. Berdasarkan asas konkordansi, kemudian pasal ini yang termuat dalam WvS di terapkannya UUD ke dalam wilayah koloni Hindia Belanda dan semakin mendapat kedudukan hukum yang kuat pasca ditetapkannya UUD NRI 1945 oleh PPKI yang tetap memberlakukan WvS sebagai hukum Negara Indonesia berdasarkan Pasal 2 Aturan Peralihan UUD sebelum amandemen agar tidak terjadi kekosongan hukum (*rechtsvacuum*) untuk sementara waktu. Setahun pasca kemerdekaan, WvS diundangkan secara resmi oleh Pemerintah melalui UU No.1 Tahun 1946 (berlaku untuk Jawa dan Madura) dan UU No.73 Tahun 1958 (berlaku secara nasional) dengan istilah resmi Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP) yang masih tetap berlaku hingga sekarang.

Di tengah merebaknya gagasan dan penyebaran HAM universal pasca Perang Dunia Ke II, maka semakin berkembanglah negara-negara yang mengusung konsep HAM universal sebagai identitas negara modern. Euforia terhadap HAM mengalir deras tanpa batas di era globalisasi ini sehingga kaum Lesbian, Gay, Biseksual, dan Transgender (LGBT) pun memanfaatkan momentumnya untuk mendapat pengakuan dan perlindungan eksistensinya.¹⁴ Kebetulan di beberapa Negara Eropa dan Amerika mereka berhasil.

Beberapa tahun lalu, tepatnya pada 26 Juni 2015, *Supreme Court* (MA) Amerika Serikat melegalkan pernikahan sesama jenis di 50 negara bagian yang sebelumnya hanya diperbolehkan di 36 negara bagian. Melalui putusan tersebut, *Supreme Court* AS resmi mencabut larangan sesama jenis yang diberlakukan di 14 negara bagian.

Permasalahannya penting dipahami, bahwa Pasal 292 KUHP yang diuraikan di atas merupakan hukum kompromistis yang dibuat oleh Belanda dan serta merta diterapkan di Hindia Belanda; sejatinya Pasal itu sangat bertentangan dengan nilai-nilai

¹⁴ Tercatat per Januari 2015 ada 17 negara yang telah melegalkan Undang-undang perkawinan sesama jenis,

agama, moralitas dan hukum adat masyarakat Indonesia saat itu. Pasca kemerdekaan, melalui muatan isi Pancasila dan UUD 1945 pun, perilaku seksual menyimpang ini juga tidak mendapat tempat dan bertentangan dengan nilai ketuhanan dan nilai moralitas yang terkandung dalam sila pertama dan Pasal 28J UUD NRI 1945.

Berdasarkan uraian di atas, penulis menilai bahwa seyogyanya Mahkamah Konstitusi dapat mengabulkan secara bersyarat apa yang dimohonkan oleh pemohon dalam amar putusannya. Pada perkembangannya dalam praktik, jenis amar putusan MK mengalami kreasi di luar jenis amar putusan yang ditentukan secara limitatif di dalam UU MK yaitu permohonan tidak dapat diterima, permohonan dikabulkan dan permohonan ditolak.

Seperti dikatakan Harjono, mantan Hakim Konstitusi, apabila hanya berdasar pada ketiga jenis putusan tersebut akan sulit untuk men-*judicial review* dimana sebuah undang-undang seringkali mempunyai sifat yang dirumuskan secara umum, padahal dalam rumusan yang umum itu belum diketahui apakah dalam penerapannya akan bertentangan dengan konstitusi atau tidak. Oleh karena itu, timbullah 2 bentuk kreasi amar putusan MK yaitu konstitusional bersyarat (*conditionally constitutional*) dan inkonstitusional bersyarat (*inconstitutional unconstitutional*).

Dalam kaitannya dengan pasal-pasal yang dimohonkan di atas, menurut pendapat penulis, MK dapat menjatuhkan putusan inkonstitusional bersyarat sepanjang untuk Pasal 284 ayat (1-5) KUHP tidak dimaknai persetujuan yang dilakukan di luar perkawinan oleh pihak yang terkait oleh perkawinan (*adultery*), tidak mencakup atau meliputi juga persetujuan diluar perkawinan yang dilakukan oleh pihak yang tidak terikat perkawinan (*fornivication*) serta sepanjang untuk Pasal 292 KUHP tidak dimaknai pemidaan pencabulan terhadap orang dewasa yang melakukan perbuatan cabul dengan orang lain sesama jenis yang patut diketahui/diduga belum dewasa menurut undang-undang tidak mencakup atau meliputi juga “yang sudah dewasa menurut Undang-undang”. Dalam sejarahnya, putusan inkonstitusional bersyarat pertama kali dijatuhkan pada Maret tahun 2009 ketika MK men-*judicial review* UU Pemerintahan Daerah.

Dari argumentasi ini, dalam hemat penulis, tidaklah tepat MK menolak permohonan pemohon dengan dalih tidak berwenang karena perannya bukanlah *positive legislator*. Sepanjang MK menerapkan dua bentuk kreasi utusan yaitu konstitusional

bersyarat (*conditionally constitutional*) dan inkonstitusional bersyarat (*unconstitutional*) sebagaimana telah diuraikan, maka tidak dapat dihindari MK menjalankan fungsinya sebagai *positive legislator* sebab norma yang ditafsirkan MK tersebut menjadi sebuah norma baru yang berbeda dengan norma sebelumnya. Mengacu kepada pendapat Jeremy Bentham, sejauh putusan legislasi itu bermanfaat dengan pertimbangan moral, maka putusan itu sah-sah saja.¹⁵ Sebuah lembaga peradilan dalam istilah Satjipto Rahardjo, hakimnya harus progresif bukan semata pada logika. Hukum hendaknya dijalankan dengan perasaan, kepedulian dan semangat keterlibatan (*compassion*) kepada bangsa dan masyarakat yang khawatir terjerumus pada kehancuran moral.¹⁶ Dalam konteks pemidanaan terkait pasal yang dimohonkan di atas yang secara tegas tercantum dalam rumusan tindak pidana, tidak sependapat dengan hakim yang melakukan *dissenting opinion* bahwa MK seyogyanya harus mengambil sikap membatasi diri (*judicial restraint*) untuk tidak menjadi *positive legislator*. Menurut pandangan penulis (*point of view*), sepanjang hal itu dibutuhkan untuk mencairkan kebekuan pasal-pasal dalam Undang-undang, maka sah-sah saja MK melakukan terobosan hukum yang progresif dan keadilan limitatif. Masih dalam perspektif Satjipto Rahardjo, semestinya hakim harus mengerahkan segala daya upaya agar LGBT nantinya tidak merajalela. Sudah semestinya hukum merupakan institusi yang berfungsi untuk menjadikan bangsa kita, merasa sejahtera dan bahagia.¹⁷

Kendati demikian, penulis tetap bersepakat dan setuju dengan hakim *dissenting opinion* yang lain dari 4 Hakim Konstitusi apabila norma dalam undang-undang tersebut secara nyata bertentangan dengan nilai-nilai agama, Pancasila dan *living law* yang dijamin oleh konstitusi namun terganjal oleh aturan formal-legalistik. Oleh karena itu, MK perlu ber-*ijtihad* dengan menggunakan konstitusional moralitas (*moral reading of the constitution*). Tambahan lagi dari penulis, yang perlu menjadi catatan pertimbangan bagi MK dalam menjatuhkan putusan perkara ini bahwa, apabila berdalih pasal-pasal yang dimohonkan sedang atau telah tercantum dalam Rancangan KUHP (RUU-KUHP) nasional, masih belum jelas akan disahkan dan diberlakukan. Itu sama saja dengan memberi putusan tanpa kepastian hukum. Patut diingat, bahwa rancangan KUHP itu

¹⁵ Jeremy Bentham, *The Theory of Legislation*, (Bombay: N.M. Tripath Private Limited, 1979, hlm. 87.

¹⁶ Satjipto Rahardjo, *Membedah Hukum Progresif*, (Jakarta: Kompas, 2008, hlm. 22.

¹⁷ *ibid.*

telah dibahas , digodok sejak tahun, 1960-an hingga sekarang. Artinya, tidak jelas kapan RUU-KUHP itu akan selesai?. Dengan kata lain, putusan “menolak” oleh MK, pada apa yang diujimateriilkan terkesan telah memberi keadilan dan kepastian hukum, padahal justru sebaliknya. Sebuah keadilan tidak dapat dicapai, apabila kepastian tidak dipenuhi. Bahkan sebaliknya, menghukum sesuatu yang belum pasti objek yang dilanggar adalah sewenang-wenang dan pada prinsipnya hanya akan menghilangkan nilai keadilan.¹⁸ Oleh karena itu, seharusnya menjadi momentum terbaik bagi MK untuk melakukan terobosan hukum guna menegakkan keadilan, kepastian hukum dan kemanfaatan. Apalagi, nilai putusan itu ditunggu-tunggu banyak orang.

Kesimpulan

LGBT bagaimana pun perilaku yang kontroversial. Dalam sejarah, misal di masa Nabi Luth, kaum LGBT dilaknat oleh Allah SWT karena jelas-jelas “melawan” dan penentang perintah Allah SWT. Pada Qur’an Surat al Ankabut (29): 28, dikatakan: “*Dan (ingatlah) ketika Luth berkata kepada kaumnya: ”Sesungguhnya kamu benar-benar mengerjakan perbuatan fahirsyah yang belum pernah dikerjakan oleh seorangpun dari umat-umat sebelum kamu.”*¹⁹ Dalam sejarah modern,LGBT adalah sebuah gerakan. Bahkan Adriano Rusfi menyatakan, LGBT adalah sebuah gerakan (*organized crime*)²⁰ yang secara sistematis dan masif sedang menularkan sebuah penyakit!! Organisasi ini, kata Adriano, “mendakwahkan” bahwa mereka persis sebuah sekte, kultus atau gerakan-gerakan eksklusif lainnya: fanatik, eksklusif, penetratif dan indoktrinatif. Ya, ini telah berkembang menjadi sebuah sekte seksual.²¹ Gerakan ini, ditambahkan Adriano Rusfi, memiliki target yaitu mendorong pranata hukum agar eksistensi mereka sah secara legal. Untuk itu mereka membutuhkan beberapa syarat: *Pertama*, jumlah mereka harus signifikan secara statistik sehingga itu untuk mengubah asumsi, taksonomi, dan kategorisasi. *Kedua*, keberadaan mereka telah memenuhi

¹⁸ E. Fernando M. Manullang, *Menggapai Hukum Berkeadilan: Tinjauan Hukum Kodrati dan Antinomi Nilai*, (Jakarta: Penerbit Buku Kompas, 2007), hlm.101-102.

¹⁹ Rosidin, Menyototi LGBT dari Perspektif Alquran dan Fikih, *makalah, “Seminar LGBT”* di STAI Ma’had Aly Al-Hikmah, Malang. Menurut Rosidin, kata *fa’-ha’-syin*...menunjukkan sesuatu yang buruk, keji dan dibenci. Sedangkan al-Ashfahani mengartikan fahisyah sebagai perbuatan atau perkataan yang sangat buruk. Rosidin MPdI... adalah Dosen, 13 Januari 2018.

²⁰ Pada ILC, 12 Desember 2017, Moh. Mahfud menyatakan, bahwa Wapres Jusuf Kalla, pernah menyatakan pada tahun 2015, ada organisasi internasional yaitu UNDP siap mengucurkan dana sebesar (USD 8 juta) Rp 107 Miliar, jika Indonesia dapat melegalkan LGBT. Atau klik <http://www.unfe.org>

²¹ <http://www.madinaonline.id/c907-editorial...http://dammemeria.blogspot.co.id/2010...mesti.html>

Konsepsi HAM ..

persyaratan populatif, sehingga layak disebut sebagai sebuah komunitas. *Ketiga*, perilaku mereka telah diterima secara normatif menurut persyaratan kesehatan dari WHO. Untuk memenuhi ketiga persyaratan ini, maka organisasi ini harus mampu menularkan penyimpangannya secara eksponensial kepada lingkungannya. Mereka telah mempelajari hal itu dari keberhasilan “perjuangan” saudara-saudara mereka di Amerika Serikat. Mereka sadar pertumbuhan jumlah mereka hanya bisa dilakukan lewat penularan, mengingat mereka tak mungkin tumbuh lewat keturunan. Mereka sadar, tanpa penularan mereka akan punah!!, demikian Adriano Rusfi, yang sering meneliti perilaku seks menyimpang yang juga alumni Fakultas Psikologi UI. Di sisi lain, psikater Dr. Fidiansyah, dalam tayangan Indonesia Lawyer Club di tvOne, pertengahan Desember 2017 lalu menjelaskan, bahwa LGBT merupakan sebuah gangguan jiwa. Tidak hanya sekadar gangguan jiwa, penyakit tersebut dapat menular kepada manusia lainnya. Lebih lanjut, ia menjelaskan, penularan LGBT bukan karena virus atau karena kuman tetapi lewat teori pembiasaan dan perilaku. Dijelaskan Elly Risman, LGBT bisa dipengaruhi oleh penggunaan alat komunikasi, tontonan yang banyak dilihat anak lewat *smartphone*, di antaranya kegiatan seks sejenis. Dengan seringnya menonton hal-hal seperti itu, anak-anak akan memiliki kecenderungan untuk meniru sesuatu hal yang baru dan membuat penasaran. Hal itu sesuai dengan kondisi seorang anak yang selalu ingin tahu dan ingin mencoba hal-hal yang baru. Ikatan Psikologi Klinis-Himpunan Psikologi Indonesia (IPK-Himpsti) secara terang-terangan menolak pandangan bahwa LGBT sebagai gaya hidup. LGBT dalam pandangan organisasi profesi ini, bertentangan dengan budaya bangsa dan berpotensi merusak tatanan kehidupan bermasyarakat di Indonesia.²² LGBT bagaimana pun memang masalah yang kompleks. LGBT sangat dipengaruhi oleh orientasi seksual, identitas seksual dan praktik seksual yang merupakan tiga hal yang bisa terpisah. Misalnya, karena kemiskinan, seorang lelaki muda heteroseksual pergi ke kota. Karena keterbatasan pendidikan yang ia miliki, kemudian ia menjadi seorang pekerja seks untuk melayani sesama lelaki. Saya mempraktikkan hubungan seks dengan lelaki, tetapi saya tetap memiliki identitas sebagai seorang heteroseksual dan berpacaran dengan seorang perempuan. Sementara itu, bekerja untuk memberi pelayanan seks bagi sesama lelaki hanya untuk mendapatkan uang. Contoh lainnya, adalah lelaki heteroseksual di dalam penjara.

²² Republika, 22 Desember 2017.

Karena tidak ada perempuan di dalam jeruji besi untuk bersenggama dengannya, maka lelaki tadi pun akhirnya berhubungan seks dengan sesama lelaki penghuni lapas. Tetapi praktik seksual itu tidak serta merta membuatnya menjadi *gay*. Praktik seksual dengan sesama lelaki hanyalah untuk memuaskan hasratnya, akibat absennya kehadiran perempuan. Keluar penjara, ia tetap sebagai lelaki heteroseksual (normal) yang memiliki istri atau berpacaran dengan perempuan. Dari sinilah, istilah MSM atau LSL itu merujuk pada bagaimana praktik seksual, orientasi seksual dan identitas seksual tidak selalu berjalan dalam koridor yang sama.²³ Kedua istilah ini juga digunakan untuk merujuk pada lelaki heteroseksual yang nota bene sudah beristri tetapi juga memiliki pasangan lelaki atau waria. Mereka menolak untuk disebut *gay* atau biseksual. Dari semua penyimpangan seksual itu, menarik menyimak kesimpulan penelitian yang dilakukan oleh Elisabeth Grosz yang menyatakan bahwa, “*without sociality, human sexuality cannot develop* (Tanpa interaksi sosial, seksualitas manusia tidak akan berkembang). Jadi, waspadalah...waspadalah, terhadap LGBT.

Saran

Disarankan, tidaklah tepat MK menolak permohonan pemohon dengan dalih tidak berwenang karena perannya bukanlah *positive legislator*. Sepanjang MK menerapkan dua bentuk kreasi utusan yaitu konstitusional bersyarat (*conditionally constitutional*) dan inkonstitusional bersyarat (*unconstitutional unconstitutional*) sebagaimana telah diuraikan, maka tidak dapat dihindari MK menjalankan fungsinya sebagai *positive legislator* sebab norma yang ditafsirkan MK tersebut menjadi sebuah norma baru yang berbeda dengan norma sebelumnya. Mengacu kepada pendapat Jeremy Bentham, sejauh putusan legislasi itu bermanfaat dengan pertimbangan moral, maka putusan itu sah-sah saja.²⁴ Dalam konteks pembedaan terkait pasal yang dimohonkan di atas yang secara tegas tercantum dalam rumusan tindak pidana, penulis tidak sependapat dengan hakim yang melakukan *dissenting opinion* bahwa MK

²³ Hendri Yulius, *Coming Out* dalam <https://www.goodreads.com>

²⁴ *Op-cit*, hlm. 87.

Konsepsi HAM ..

seyogyanya harus mengambil sikap membatasi diri (*judicial restraint*) untuk tidak menjadi *positive legislator*. Menurut pandangan penulis (*point of view*), sepanjang hal itu dibutuhkan untuk mencairkan kebekuan pasal-pasal dalam Undang-undang, maka sah-sah saja MK melakukan terobosan hukum yang progresif dan keadilan limitative.

Daftar Pustaka

Jeremy Bentham, Teori Perundang-undangan: Prinsip-prinsip Legislasi, Hukum Perdata dan Hukum Pidana, (Bandung: Nusamedia, 2010).

Miriam Budiardjo, Dasar-Dasar Ilmu Politik, Cetakan ke-13 (Jakarta: Gramedia, 2013).

Peter Mahmud Marzuki, Penelitian Hukum, (Jakarta: Prenada Media Gorup, 2005).

K.C.Wheare, Modern Constitution, (Oxford: University Press, 1971).

K.C.Wheare, Konstitusi-Konstitusi Modern, (Surabaya: Pustaka Eureka, 2003).

Satjipto Rahardjo, Membedah Hukum Progresif,(Jakarta: Kompas, 2008).

E. Fernando M. Manullang, Menggapai Hukum Berkeadilan: Tinjauan Hukum Kodrati dan Antinomi Nilai, (Jakarta: Penerbit Buku Kompas, 2007).

Rukmana Amanwinata, Pengaturan dan Batas Implementasi Kemerdekaan Berserikat dan Berkumpul alam Pasal 26 UUD 1945, Disertasi, Universitas Padjadjaran Bandung, 1996.

Duta.co, 21 Desember 2017.

UU No.1 Tahun 1974 Tentang UU Perkawinan.

Jeremy Bentham, The Theory of Legislation, (Bombay: N.M. Tripath Private Limited, 1979).

ILC, 12 Desember 2017,

<http://www.unfe.org>

<http://www.madinaonline.id/c907-editorial...http://dammemeria.blogspot.co.id/2010...mesti.html>

Republika, 22 Desember 2017.

Hendri Yulius, Coming Out dalam <https://www.goodreads.com>

Sobirin Malian, Staf pengajardi FH Universitas Ahmad Dahlan Yogyakarta dan mengajar di beberapa PTS.

Tenaga Ahli Komisi VIII DPR RI (2013-2019).