

Analisa Pasal 469 dan Pasal 2 Ringkas¹

POTENSI KRIMINALISASI DAN PERSEKUSI TERHADAP IDENTITAS GENDER DAN ORIENTASI SEKSUAL BERBEDA PASKA PENGESAHAN RKUHP

Undang Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 (UUD 1945) menyebutkan bahwa Dewan Perwakilan Rakyat Republik Indonesia mempunyai 3 (tiga) fungsi utama yaitu fungsi legislasi, anggaran dan pengawasan. Komisi III DPR RI merupakan salah satu dari sebelas Komisi DPR RI dengan lingkup tugas di bidang hukum, hak asasi manusia, dan keamanan. Sebagai wujud pelaksanaan fungsi legislasi tersebut Komisi III DPR RI, melakukan pembahasan dan penyusunan Rancangan Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (RKUHP) yang saat ini kembali masuk di dalam Program Legislasi Nasional (Prolegnas) sebagai Prioritas usul inisiatif Komisi III DPR RI tahun 2018.

RKUHP telah diselesaikan oleh Tim Perumus (Timus) dan Tim Sinkronisasi (Timsin) pada Februari 2018 yang lalu. Meskipun sudah terdapat perubahan dalam RKUHP tersebut, masih ada pasal-pasal yang masih belum selesai untuk didiskusikan dan terpaksa untuk ditunda pembahasannya hingga 19 April 2018. Pasal-pasal yang ditunda tersebut adalah pasal terkait Hak Kesehatan Seksual dan Reproduksi termasuk di dalamnya pasal perluasan zinaan, *samenleven* atau pasal hidup bersama dan terutama pada pasal perbuatan cabul sesama jenis yang mengkriminalisasi LGBT (Pasal 469 Ayat 1 dan 2).

Adanya kerancuan bahasa yang hanya dapat ditentukan oleh hakim untuk memutuskan suatu perkara tersebut merupakan pidana pencabulan atau bukan. Bunyi Pasal 469 dan ketentuan dari Pasal 2 terkait *Living law* dikawatirkan akan menjadi tafsir yang luas di masyarakat hingga meningkatnya kasus-kasus kekerasan diskriminatif yang diterima oleh Identitas Gender dan Orientasi Seksual Berbeda. Pada akhirnya mereduksi nikmat mereka atas hak-hak asasi yang seharusnya dilindungi oleh Negara.

A. Mencoba memahami Unsur Pengertian Pencabulan

Berbicara tentang kekerasan tidak dapat diindahkan adanya aspek lain selain kekerasan secara fisik, mental maupun ancaman atas kekerasan tersebut. Aspek seksual di dalam suatu tindak kekerasan. Komnas Perempuan melalui risetnya selama 15 tahun menyimpulkan bahwa terdapat 15 bentuk kekerasan seksual yakni: 1) perkosaan, 2) intimidasi seksual termasuk ancaman atau percobaan perkosaan, 3) pelecehan seksual, 4) eksploitasi seksual, 5) perdagangan perempuan untuk tujuan seksual, 6) prostitusi paksa, 7) perbudakan seksual, 8) pemaksaan perkawinan termasuk cerai gantung, 9) pemaksaan kehamilan, 10) pemaksaan aborsi, 11) pemaksaan kontrasepsi dan sterilisasi, 12) penyiksaan seksual, 13) penghukuman

¹ Analisa Dampak Secara Singkat ditulis oleh Riska Carolina, SH. MH. Magister Hukum Transnasional dari Universitas Indonesia, yang saat ini masih bekerja sebagai Peneliti Hak Asasi Manusia dari Lembaga Studi dan Advokasi Masyarakat (ELSAM) dan untuk kepentingan riset terkait kajian gender dan seksualitas merangkap sebagai Konsultan Hukum Federasi Arus Pelangi, serta masih aktif dalam organisasi berbasis kajian pemikiran mahasiswa *Support Group and Resource Centre on Sexuality Studies* (SGRC Indonesia).

tidak manusiawi dan bernuansa seksual, 13) praktik tradisi yang bernuansa seksual yang membahayakan atau mendiskriminasi perempuan, 14) kontrol seksual, 15) termasuk lewat aturan diskriminatif beralasan moralitas dan agama. KUHP tidak memberikan penjelasan atau pengertian khusus mengenai tindak pidana yang berhubungan dengan kekerasan seksual melainkan langsung menjabarkannya sesuai dengan rumusan pasal, diantaranya perkosaan dan pencabulan.²

1. Pencabulan

Pencabulan menurut R. Soesilo yaitu “Segala perbuatan yang melanggar kesusilaan (kesopanan) atau perbuatan yang keji semua itu dalam lingkungan nafsu birahi kelamin, misalnya cium-ciuman meraba-raba anggota kemaluan, meraba-raba buah dada, dan lain sebagainya.³ Pada umumnya yang menjadi pencabulan ini adalah anak-anak”. Dalam pengertian ini adanya unsur sentuhan pada suatu tindakan yang dimaksud dalam kekerasan seksual tersebut. Sedangkan Peraturan Mahkamah Agung Nomor 3 Tahun 2018 mengartikan sentuhan itu sebagai pelecehan seksual, yakni “Serangan dalam bentuk pemaksaan hubungan seksual dengan memakai penis ke arah vagina, anus atau mulut korban. Bisa juga menggunakan jari tangan atau benda-benda lainnya”. Di mana serangan berupa sentuhan itu telah termasuk di dalamnya dilakukan dengan kekerasan, ancaman kekerasan, penahanan, tekanan psikologis, penyalahgunaan kekuasaan. Dalam pengertian Perma tersebut tidak lagi mensyaratkan suatu pencabulan dengan ‘kekerasan dan ancaman kekerasan’ karena pada intinya pencabulan sudah termasuk di dalamnya kekerasan dan ancaman kekerasan.

2. Perkosaan

Sebagaimana yang dijelaskan oleh R. Soesilo pada Pasal 285 KUHP unsur perkosaan harusnya memiliki kepastian adanya ‘persetubuhan’ jika tidak maka akan dianggap sebagai bentuk pencabulan.⁴ Persetubuhan adalah peraduan antara *anggauta* kemaluan laki-laki dan perempuan yang biasa dijalankan untuk mendapatkan anak, jadi *anggauta* laki-laki harus masuk ke dalam *anggauta* perempuan, sehingga mengeluarkan air mani.⁵ Persetubuhan saat ini dikenal dengan ‘penetrasi’. Merril D. Smith menyatakan dalam bukunya *Encyclopedia of Rape* pengertian dari perkosaan belum berganti yaitu adanya penetrasi vagina, atau lubang lainnya, oleh penis (atau objek lain) tanpa persetujuan (*consent*) dari wanita atau pria yang dipenetrasi tersebut.⁶

Dari kedua pengertian tersebut maka jelas terlihat bedanya di antara pencabulan dengan perkosaan. Adanya unsur sentuhan yang tidak senonoh namun tidak melibatkan penetrasi penis ke vagina maupun dengan alat lainnya. Gerakan menggesekkan penis ke tubuh seseorang juga akan dianggap sebagai suatu perbuatan cabul. Suatu perbuatan cabul bukan hanya dilakukan oleh sesama jenis kelamin namun juga dilakukan oleh beda kelamin. Kompas

² Meidina Rahmawati dan Supriyadi Widodo Eddoyono, *Menuju Penguatan Hak Korban: Dalam RUU Penghapusan Kekerasan Seksual*, (Seri Kertas Kebijakan RUU Penghapusan Kekerasan Seksual), Jakarta: ICJR, Hal. 6

³ R. Soesilo, *Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP) Serta Komentar-Komentarnya Lengkap Pasal Demi Pasal*, Bogor: Politea, Hal. 212

⁴ *Ibid.* Hal. 211

⁵ *Ibid.* Hal. 209, sesuai Arrest Hooge Raad 5 Februari 1912 (W.9292)

⁶ Merril D. Smith, *Encyclopedia of Rape*, London: Greenwood Press, 2004, Hal. IX

memberitakan 12 tindak kekerasan seksual yang termasuk dalam pencabulan kesemuanya patut diduga laki-laki yang melakukannya terhadap korban perempuan.

Kompas memberitakan bahwa Selama 2017, tercatat ada 12 kasus pelecehan seksual yang terjadi di gerbong kereta rel listrik (KRL) Jabodetabek.¹

Hal ini membuktikan bahwa kekerasan seksual dalam bentuk pencabulan bukan hanya dilakukan oleh sesama jenis kelamin namun juga dapat dilakukan oleh beda jenis kelamin. Kesulitan membedakan antara pelecehan seksual dengan pencabulan membuat seakan pelaku kejahatan seksual yang beda jenis kelamin kebal terhadap hukum karena tidak tercantum dalam KUHP. Pengertian pencabulan melekat di masyarakat jika hal itu hanya dilakukan oleh sesama jenis kelamin, padahal R. Soesilo dalam menjelaskan pengertian pencabulan tidak pernah secara spesifik menyebutkan pencabulan hanya untuk kekerasan seksual yang dilakukan mereka dengan jenis kelamin yang sama.

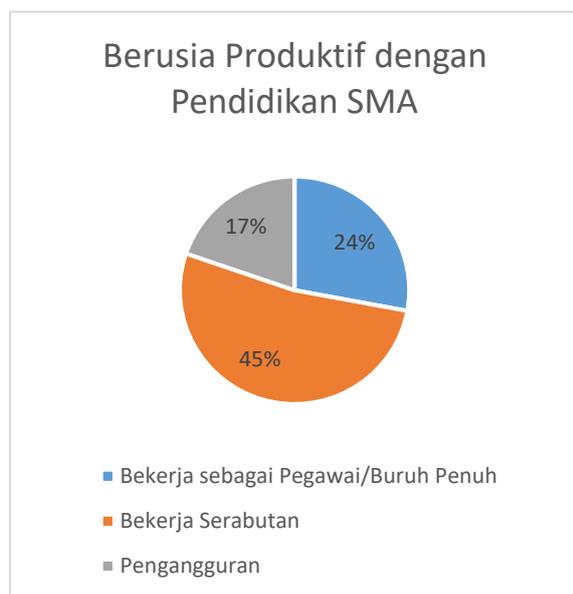
B. Mengenal Identitas Gender dan Seksual Orientasi Berbeda

Berdasarkan *American Psychologist Association* (APA), definisi dari orientasi seksual, identitas dan ekspresi gender adalah sebagai berikut:

1. Orientasi Seksual adalah pola ketertarikan secara emosional, romantik dan/atau seksual terhadap laki-laki, perempuan ataupun kedua jenis kelamin tersebut. Orientasi seksual memiliki keragaman yang berkisar dari ketertarikan yang eksklusif terhadap lawan jenis kelamin (heteroseksual), hingga ketertarikan yang eksklusif pada sesama jenis kelamin (homoseksual). Orientasi seksual tidak melulu tentang perilaku seksual, seperti berpegangan tangan atau berciuman, namun juga terkait erat dengan hubungan pribadi yang intim ditambah dengan kebutuhan yang dalam akan cinta, kedekatan dan keintiman.
2. Identitas gender adalah perasaan di dalam diri seseorang yang melihat dirinya sebagai laki-laki, perempuan ataupun yang lainnya. Sementara ekspresi gender adalah cara seseorang mengkomunikasikan identitas gendernya kepada orang lain melalui perilaku, cara berpakaian, potongan rambut, suara atau karakteristik tubuh.

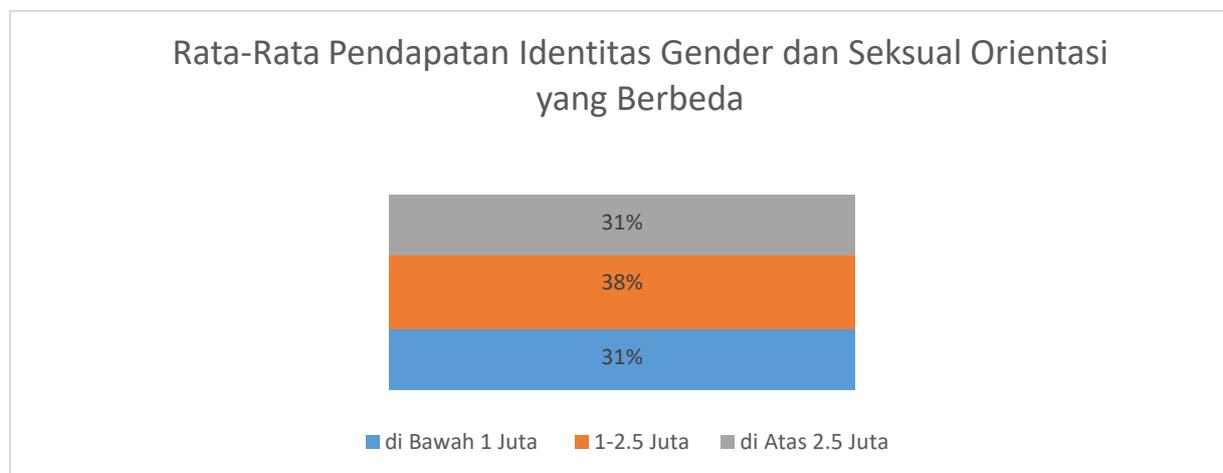
Menurut APA, baik homoseksualitas dan transgenderisme bukanlah penyakit mental. Homoseksualitas bahkan telah secara resmi dicoret dari daftar penyakit mental oleh Organisasi Kesehatan Dunia (WHO) sejak tahun 1990. Departemen Kesehatan, melalui Direktorat Kesehatan Jiwa telah menerbitkan Pedoman Penggolongan Diagnosis Gangguan Jiwa (PPDGJ) III, yang diterbitkan pada tahun 1993, sudah tidak lagi mengkategorikan homoseksualitas sebagai penyakit kejiwaan. Adapun segala bentuk pereduksian terhadap mereka tidak dapat dibenarkan adanya pembedaan atau diskriminasi dalam bentuk apapun.

Selain itu adanya perdukisian nikmat kelompok dengan Identitas Gender dan Seksual Orientasi yang Berbeda dalam bentuk akses di kehidupan sehari-hari:⁷



Adanya perdukisian nikmat dalam pekerjaan, stigma dan diskriminasi telah membuat Gender dan Seksual Orientasi yang Berbeda lebih sulit mengakses pekerjaan di sektor formal. Dari Identitas Gender dan Seksual Orientasi Berbeda berusia produktif dengan pendidikan akhir SMA(K) ke atas, hanya 24% yang terserap di sektor formal dan bekerja sebagai pegawai/buruh penuh waktu, sementara 45% lainnya bekerja secara informal dan serabutan. Selain itu, angka pengangguran di kalangan Identitas Gender dan Seksual Orientasi Berbeda juga tinggi, tercatat ada 17% Identitas Gender dan Seksual Orientasi Berbeda yang tidak memiliki pekerjaan/menganggur.

Hasil penelitian ini menunjukkan bahwa 38% Identitas Gender dan Seksual Orientasi Berbeda hidup dengan pendapatan 1-2,5 juta perbulan, sementara 31% Identitas Gender dan Seksual Orientasi Berbeda masih hidup dengan pendapatan di bawah 1 juta perbulan.



Bukan hanya hidup tidak layak sebagai masyarakat kategori miskin, berpendidikan rendah dan kekurangan kesempatan setara untuk memperoleh pekerjaan namun dengan adanya RKUHP ini akan mengancam keberadaan mereka dengan kriminalisasi masif. Upaya kriminalisasi perilaku hubungan seksual sesama jenis menurut Arsul Sani, Sekretaris Jenderal Partai Persatuan Pembangunan menegaskan bahwa hal yang akan dipidana adalah perilaku seksualnya bukan statusnya sebagai individu marginal.⁸ Akan tetapi perilaku dan status identitas tidak dapat dipisahkan. Secara singkat orientasi seksual termasuk juga ketertarikan seksual sedangkan

⁷ Yasmin Purba, *Kertas Posisi Arus Pelangi Tentang Rumusan Bab Kesusilaan di Dalam Rancangan Kitab Undang-Undang Hukum Pidana*, Jakarta: Arus Pelangi, 2017, Hal. 6

⁸ Rakhmat Nur Hakim, *Kompas*, "PPP: Yang Dipidana Bukan Status LGBT, tapi Perilakunya", 23 Januari 2018 <https://nasional.kompas.com/read/2018/01/23/19361591/ppp-yang-dipidana-bukan-status-lgbt-tapi-perilakunya>, diakses 21 Maret 2018

ekspresi gender merupakan hal umum yang dijadikan patokan masyarakat dalam menstigmatisasi kelompok ini. Jadi pelarangan perilaku seksual yang berbeda disandingkan dengan kata 'pencabulan' secara langsung mendiskriminasi kelompok dengan Identitas Gender dan Seksual Orientasi Berbeda menjadi sasaran persekusi.

C. Persekusi Warga Negara Melalui Hukum yang Hidup di Masyarakat

Data Lembaga Studi dan Advokasi Masyarakat (ELSAM) pada 2017 menunjukkan perbuatan main hakim sendiri meningkat di akhir tahun. Perbuatan main hakim tersebut sebanyak 11% berupa pelanggaran terhadap ruang privat warga negara seperti, penggerebekan, pengusiran, pembubaran acara, hingga perendahan martabat termasuk di dalamnya intimidasi, penelanjangan, dan lainnya.

Main hakim sendiri sudah terjadi saat ini dan diyakini jumlah kekerasan berbasis pada identitas gender dan orientasi seksual akan bertambah. Ketika Mahkamah Konstitusi akan memutuskan perkara perluasan zina, samenleven (hidup bersama) dan perbuatan cabul sesama jenis pada KUHP.

Perbuatan tersebut cukup banyak yang dilatarbelakangi alasan pribadi di samping dari reaksi spontan baik personal maupun komunal dari suatu kelompok. Motif yang sedikit berbeda di tahun ini adalah adanya usaha pemaksaan standar moral

sekelompok orang kepada orang lainnya. Adanya fenomena radikalisme yang menguat di kalangan masyarakat yang dipicu banyak hal, termasuk salah satunya adalah perkembangan disinformasi dari media daring.

Dari tatanan yang lebih luas dan terfokus, diskriminasi berdasarkan pada identitas dapat bergulir menjadi kejahatan terhadap kemanusiaan dengan persekusi sebagai salah satu unsurnya. Unsur lainnya seperti tindakan-tindakan kekerasan yang meluas atau sistematis⁹ baik dalam bentuk perbuatan-perbuatan diskriminasi yang meluas ataupun dengan diskriminasi sistemik.

Diskriminasi sistemik dapat mencakup diskriminasi langsung, seperti undang-undang apartheid di Selatan Afrika, namun pada kesempatan lain, ketentuan undang-undang mungkin mencakup bentuk diskriminasi tak langsung yang bisa disadari atau tidak disadari yang merugikan kelompok yang ditundukkan secara kumulatif.¹¹ Diskriminasi sistemik juga telah digunakan untuk menerapkan segala bentuk keyakinan, nilai, asumsi dan proses oleh institusi masyarakat yang memperlakukan kelompok tertentu sebagai inferior. Dalam arti yang begitu luas, diskriminasi

pada tahun 2013, ditemukan bahwa 89,3% orang LGBTI pernah mengalami kekerasan fisik, 79,1% pernah mengalami kekerasan psikis dan 45,1% pernah mengalami kekerasan seksual dalam hidup mereka.¹⁰

⁹ Penjelasan mengenai 'meluas atau sistematis' dapat dilihat pada Human Rights Watch (Editor: Erasmus Cahyadi dan Eddi Riyadi), *Genosida, Kejahatan Perang, dan Kejahatan Terhadap Kemanusiaan: Jilid I Saripati Kasus-Kasus Pelanggaran HAM Berat dalam Pengadilan Pidana Internasional Untuk Rwanda*, Cet 1, 2007, Hal. 55-56

¹⁰ Arus Pelangi, Dampak Pemberitaan Negatif Media Bagi Komunitas LGBTI, 2016, dapat diunduh di: <http://aruspelangi.org/project/dampak-pemberitaan-negatif-media-1/>

¹¹ Paivy Gynther, *Beyond Systemic Discrimination: Educational Rights, Skill Acquisition and Case of Roma*, Vol. 9, Leiden Boston: Martinus Nijhoff Publisher, 2007, Hal. 25

sistemik mungkin mencakup bahkan fenomena stereotip dan prasangka sebagai faktor yang mendasarinya.

Standar moral kelompok masyarakat menjadi tajuk yang menarik di akhir 2017 hingga 2018 ini. Seiring dengan pembahasan amandemen RKUHP yang kemungkinan akan disahkan pada 2018 namun tertunda dengan pembahasan mengenai pasal-pasal kesusilaan termasuk ketentuan dari Pasal 469 tentang pencabulan sesama jenis di atas 18 tahun. Tidak dapat dipungkiri adanya potensi persekusi yang lebih besar jika pasal-pasal yang bersinggungan dengan kelompok rentan tertentu tidak segera dibenahi. Pelanggaran privasi hingga kekerasan seksual berbasis orientasi seksual tidak hanya dilakukan oleh masyarakat sipil namun juga beberapa kasus dilakukan oleh aparat penegak hukum berdasarkan alasan ketertiban umum.

Ditambah lagi dengan dukungan dari pejabat publik yang berat sebelah dalam menanggapi kasus-kasus yang berkaitan dengan seksualitas. Dukungan tersebut berbentuk kutipan-kutipan di media yang menunjukkan keberpihakan pejabat publik. Ujaran kebencian menjadi salah satu unsur kunci kejahatan terhadap kemanusiaan yang menekankan diskriminasi identitas.

Sejumlah 47 ujaran kebencian dari pejabat publik yang menasar identitas gender dan seksual orientasi kelompok tertentu sepanjang Desember 2017 sampai dengan Februari 2018.¹²

Diskriminasi sistematis juga dapat dilihat dari sejumlah peraturan daerah yang secara nyata mendiskriminasi Identitas Gender dan Orientasi Seksual Berbeda. Peraturan daerah (perda) tersebut akan meningkat jika Pasal 469 dengan empat pengecualiannya terbuka kembali dengan menilik Pasal 2 mengenai hukum yang hidup di dalam masyarakat (*living law*).

Berdasarkan analisa singkat di atas maka Pasal 469 baik Ayat (1) dan (2) sebaiknya tidak terfokuskan pada diskriminasi relasi seksual sesama jenis kelamin. Jika berbicara mengenai pencabulan maka penting untuk adanya penjelasan yang tidak mendiskriminasi kelompok Identitas Gender dan Orientasi Seksual Berbeda sebagai pelaku tindak pidana secara general. Ditambah lagi dengan delik umum yang menghantui pasal ini yang nampaknya mempersiapkan aparat penegak hukum untuk melakukan operasi pelanggaran privasi masyarakatnya. Hal itu diyakini dapat memicu bukan hanya main hakim sendiri namun dapat menjadi persekusi yang menasar pada identitas gender dan seksual orientasi seseorang.

USAID dan UNDP tentang Hidup Sebagai LGBT di Asia, setidaknya ada lima peraturan daerah yang diskriminatif terhadap kelompok LGBT di Indonesia.¹³ Sedangkan Pada Februari 2018 ditemukan 45 regulasi dari pemerintah daerah terkecil (desa) sampai dengan peraturan pusat daerah.¹⁴ Adanya peningkatan sebesar 9 kali lipat dari 2013 sampai dengan 2018.

¹² Database Arus Pelangi Untuk Catatan Hitam 2018: Persekusi Pada Identitas Gender dan Orientasi Seksual Berbeda.

¹³ Penelitian USAID & UNDP, Laporan LGBT Nasional Indonesia - Hidup Sebagai LGBT di Asia, (Tinjauan dan Analisa Partisipatif Tentang Lingkungan Hukum dan Sosial Bagi Orang dan Masyarakat Madani Lesbian, Gay, Biseksual dan Transgender), 2013, Hal. 25.

¹⁴ *Ibid*

D. Analisa & Rekomendasi

Pasal 469 tentang Pencabulan Sesama Jenis Kelamin

RKUHP Versi 24 Februari 2017		RUU HP Versi 2 Februari 2018		Analisa/Catatan	Rekomendasi
495 Ayat (1)	Setiap orang yang melakukan perbuatan cabul dengan orang lain yang sama jenis kelaminnya yang diketahui atau patut diduga belum berumur 18 (delapan belas) tahun, dipidana dengan pidana penjara paling lama 9 (sembilan) tahun.	469 Ayat (1)	Setiap Orang yang melakukan perbuatan cabul dengan orang lain yang sama jenis kelaminnya yang diketahui atau patut diduga belum berumur 18 (delapan belas) tahun, dipidana dengan pidana penjara paling lama 9 (sembilan) tahun.	<p>1. Adanya kontradiksi bunyi Pasal 469 Ayat (1) yang mengatur pencabulan sesama jenis baik di bawah umur atau di bawah 18 tahun. Padahal, jika tujuan pasal ini mengatur mengenai <i>Pedofilia</i> maka sudah seharusnya unsur jenis kelamin tidak boleh dikhususkan hanya pada pencabulan sesama jenis kelamin di bawah umur. Seseorang dikatakan pedofil jika dan hanya jika dia memiliki hasrat yang sering dan intens untuk berhubungan seks dengan individu yang berada pada tahap pra-puber.¹⁵ Maka dari itu seharusnya hukum yang dibentuk tidak lagi hanya menempatkan kelompok tertentu sebagai pelaku suatu perbuatan.</p> <p>2. Makna daripada pencabulan bias di dalam Pasal 469 dan Pasal 466 serta frase melanggar kesusilaan di depan umum pada Pasal 445 sendiri haruslah</p>	<p>1. Pasal 469 penting untuk menghapus frase <i>sesama jenis</i>.</p> <p>2. Menghapus dan menjadikan satu Pasal 466 mengenai perbuatan cabul secara general dengan 445 mengenai pasal melanggar kesusilaan di depan umum, menjadi satu kesatuan dengan Pasal 469.</p> <p>3. Penting untuk menambahkan ketentuan pasal 469 Ayat (2) tersebut adalah delik <i>aduan</i> oleh korban.</p>

¹⁵ Stephen Kershner, *A Philosophical Analysis: Pedophilia and Adult Child Sex*, London: Lexinton Books, 2015, Hal.2. Pedophile: A person is a pedophile if and only if he or she has frequent and intense desires to have sex with individuals who are or appear to be in a pre-pubescent stage.

				<p>berkesesuaian dengan prinsip <i>lex scripta</i>, <i>lex stricta</i> dan <i>lex certa</i>, yang mendorong untuk ditiadakannya analogi dalam hukum pidana sehingga interpretasinya harus jelas sejelas-jelasnya di dalam undang-undang.</p> <p>3. Jika niat daripada RKUHP adalah menghasilkan Undang-Undang Hukum Pidana yang berkesesuaian dengan perubahan zaman seharusnya tidak mendiskriminasi perbuatan cabul hanya pada satu jenis kelamin saja. RKUHP juga tidak konsisten dengan Undang-Undang Nomor. 35 Tahun 2014 tentang Perlindungan Anak (UU Perlindungan Anak) pada Pasal 76E mengenai perbuatan cabul dengan kekerasan dan ancaman kekerasan terhadap anak. Pasal ini tidak mengkhususkan dari jenis kelamin pelaku.</p> <p>4. Pasal 15a menyebutkan bahwa yang dimaksud dengan kekerasan terhadap anak adalah perbuatan terhadap Anak yang berakibat timbulnya kesengsaraan atau penderitaan secara fisik, psikis, seksual, dan/atau penelantaran, termasuk ancaman untuk melakukan</p>	<p>4. Menyesuaikan beban pidana dengan undang-undang lain yang terkait seperti UU Pornografi dan UU Perlindungan Anak.</p> <p>5. Rekomendasi contoh bunyi Pasal 469 ada pada hal. 19 Ringkasan ini.</p>
--	--	--	--	--	---

				<p>perbuatan, pemaksaan, atau perampasan kemerdekaan secara melawan hukum. Menyambung pasal itu pidana untuk kekerasan terhadap anak beban pidananya dapat dilihat pada Pasal 80 UU Perlindungan Anak.¹⁶ Sehingga hal ini tidaklah sesuai dengan cara penghitungan beban pidana RKUHP.</p>	
495 Ayat (2)	Dipidana dengan pidana yang sama ditambah dengan sepertiga jika perbuatan cabul sebagaimana dimaksud pada ayat (1) dilakukan dengan cara seks oral atau seks anal atau semua bentuk pertemuan organ non kelamin dengan alat kelamin yang	469 Ayat (2)	Setiap Orang yang melakukan perbuatan cabul dengan orang lain yang sama jenis kelaminnya yang berumur di atas 18 (delapan belas) tahun dipidana dengan pidana yang sama, jika: <ul style="list-style-type: none"> a. Menggunakan Kekerasan atau Ancaman Kekerasan; 	1. pada Pasal 469 Ayat (2) bunyi pasal ini sangatlah bias gender dan secara nyata mendikriminasi suatu kelompok tertentu. Pasal ini tidak mempertimbangkan konsensual antar dua pihak di dalam ruang privat seseorang. Negara secara nyata masuk ke dalam urusan pribadi warga negaranya hanya berlandaskan moral dengan indikator yang sangat subyektif. Negara seharusnya memperhatikan perbedaan apakah suatu perbuatan jahat itu tetap dan pantas secara bersama-sama disebut sebagai suatu kejahatan. Ajaran yang terpenting dalam hukum pidana adalah	

¹⁶ Pasal 80 Ayat (1) Setiap Orang yang menempatkan, membiarkan, melakukan, menyuruh melakukan, atau turut serta melakukan Kekerasan terhadap Anak (Pasal 76C) dipidana dengan pidana penjara paling lama 3 (tiga) tahun 6 (enam) bulan dan/atau denda paling banyak Rp72.000.000,00 (tujuh puluh dua juta rupiah). (2) Dalam hal Anak sebagaimana dimaksud pada ayat (1) luka berat, maka pelaku dipidana dengan pidana penjara paling lama 5 (lima) tahun dan/atau denda paling banyak Rp100.000.000,00 (seratus juta rupiah). (3) Dalam hal Anak sebagaimana dimaksud pada ayat (2) mati, maka pelaku dipidana dengan pidana penjara paling lama 15 (lima belas) tahun dan/atau denda paling banyak Rp3.000.000.000,00 (tiga miliar rupiah). (4) Pidana ditambah sepertiga dari ketentuan sebagaimana dimaksud pada ayat (1), ayat (2), dan ayat (3) apabila yang melakukan penganiayaan tersebut Orang Tuanya.

	<p>dilakukan secara homoseksual.</p>		<p>b. melanggar kesusilaan di muka umum; c. mempublikasikan; atau d. mengandung unsur Pornografi.</p>	<p>doktrin <i>nullum crimen sine lege</i> yang artinya tidak ada kejahatan apabila undang-undang tidak menyatakan perbuatan itu sebagai perbuatan yang dilarang. Pertanyaanya adalah apakah perbuatan-perbuatan tertentu tersebut merupakan suatu kejahatan, oleh karena perbuatan itu oleh undang-undang ditunjuk atau dijadikan kejahatan (tindak pidana) atau yang disebut sebagai <i>mala prohibita</i>.¹⁷ Penting untuk Negara memperhatikan moral secara keseluruhan dan bukan hanya sebagian masyarakat dalam pengertian mayoritas, apalagi peraturan tersebut akan menciderai kebebasan sipil dalam ruang privat warga negara secara keseluruhan dan mengkriminalisasi kelompok minoritas.</p> <p>2. Belum lagi jika melihat Pasal 469 Ayat (1) yang menjelaskan unsur-unsur pidana pencabulan anak di bawah 18 tahun dan Pasal 469 Ayat (2) di atas 18 tahun, dengan beban pidana yang sama yakni 9 tahun. Secara tidak langsung, hal ini menyatakan bahwa perbuatan cabul</p>	
--	--------------------------------------	--	---	--	--

¹⁷ Noach Simanjuntak, *Kriminologi*, Bandung: Penerbit Tarsito, 1984, Hal. 25

				<p>terhadap anak yang notabene jelas merupakan suatu kejahatan adalah hal yang sama buruknya dengan perbuatan cabul sesama jenis, di usia dewasa, konsensual dan di dalam ruang privat.</p> <p>3. Kemudian melihat perubahan pasal versi 2 february 2018, Pasal 469 Ayat (2) diberikan pengecualian yakni, perbuatan cabul sesama jenis di atas 18 tahun hanya jika dengan kekerasan atau ancaman kekerasan, melanggar kesusilaan, mempublikasikan, dan pornografi. Padahal secara umum pencabulan dengan kekerasan atau ancaman kekerasan sudah dirumuskan dalam pasal 466 dengan tidak mengkhususkan pada jenis kelaminnya. Sedangkan pasal 445 mengenai persyaratan pencabulan yang melanggar kesusilaan di depan umum juga telah disebutkan secara general tanpa batasan jenis kelamin. Walaupun kedua pasal ini pun masih membutuhkan penjelasan lebih lanjut agar tidak menjadi multitafsir.</p> <p>4. Syarat pencabulan sesama jenis kelamin di atas 18 tahun lainnya yakni dengan syarat publikasi dan pornografi. Pada</p>	
--	--	--	--	---	--

				<p>Undang-Undang Nomor 44 Tahun 2008 tentang Pornografi pada pasal 44 menyatakan ketentuan lain di luar UU Pornografi akan tetap berlaku selama tidak bertentangan dengan UU Pornografi. Maka di sini RKUHP ini nantinya akan menjadi <i>lex specialis</i> daripada UU Pornografi tersebut, akan tetapi jika melihat ketentuan pidana pada UU Pornografi yang lebih tinggi ketimbang RKUHP ini dikawatirkan akan menjadi persoalan tersendiri. UU Pornografi dengan pidana penjara 12 tahun¹⁸ sedangkan RKUHP pencabulan baik anak dan dewasa jika dilakukan untuk tujuan pornografi hanya dipidana penjara 9 tahun. Hal ini tentunya bertentangan dengan UU Pornografi yang menjadi <i>lex specialis</i> daripada ketentuan khusus mengenai pornografi.</p> <p>5. Terkait dengan persyaratan publikasi sendiri, memang tidak bertentangan dengan undang-undang manapun, akan</p>	
--	--	--	--	--	--

¹⁸ Pasal 29 Setiap orang yang memproduksi, membuat, memperbanyak, menggandakan, menyebarkan, menyiarkan, mengimpor, mengekspor, menawarkan, memperjualbelikan, menyewakan, atau menyediakan pornografi sebagaimana dimaksud dalam Pasal 4 ayat (1) dipidana dengan pidana penjara paling singkat 6 (enam) bulan dan paling lama 12 (dua belas) tahun dan/atau pidana denda paling sedikit Rp250.000.000,00 (dua ratus lima puluh juta rupiah) dan paling banyak Rp6.000.000.000,00 (enam miliar rupiah).

				<p>tetapi persyaratan ini rasionalitasnya sumir hingga dikawatirkan dapat menyebabkan luasnya interpretasi bahasa. Jika melihat persyaratan ini sama dengan rasionalitas pada persyaratan pornografi, maka maksud dari pasal ini adalah akan dipidananya suatu perbuatan cabul sesama di atas 18 tahun jika dilakukan untuk publikasi. Perlu penelaah kembali mengenai syarat ini agar tidak disalah artikan masyarakat maupun aparat penegak hukum hingga hakim dalam memutus suatu perkara.</p> <p>6. Walaupun Pasal 469 ini dari sisi hukumnya diniatkan untuk mempidana perbuatan cabulnya dan bukan kepada subjek hukumnya akan tetapi dengan adanya pengkhususan jenis kelamin yang sama dikawatirkan akan menjadi diskriminasi terhadap kelompok tertentu dalam hal ini Identitas Gender dan Orientasi Seksual Berbeda. Belum lagi tidak ditemukan penjelasan lebih lanjut mengenai delik yang akan dikenakan dalam pasal ini, maka begitu rancangan pasal ini berbeda dengan pasal pencabulan yang disebutkan dalam pasal 289-296 KUHP, di mana deliknya</p>	
--	--	--	--	--	--

				merupakan delik aduan. Hal ini akan sangat mungkin menciptakan atmosfer diskriminasi dalam bentuk kriminalisasi oleh aparat penegak hukum dengan dalih Operasi Penyakit Masyarakat. Pelanggaran privasi warga negara dengan adanya RKUHP ini sangat diyakini akan menjadi justifikasi <i>abuse of power</i> dari aparat penegak hukum, pejabat publik sampai pada perbuatan main hakim sendiri di masyarakat.	
--	--	--	--	---	--

Pasal 2 *Living Law*

Bunyi Pasal Versi 2 Februari 2018		Penjelasan Pasal 2	Analisa/ Catatan	Rekomendasi
2 Ayat (1) living law	Ketentuan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 1 ayat (1) tidak mengurangi berlakunya hukum yang hidup dalam masyarakat yang menentukan bahwa seseorang patut dipidana walaupun perbuatan tersebut tidak diatur	Hukum yang hidup di dalam masyarakat adalah hukum yang masih berlaku dan berkembang dalam kehidupan masyarakat hukum Indonesia. Di beberapa daerah tertentu di Indonesia masih terdapat ketentuan hukum yang tidak tertulis yang hidup dalam masyarakat dan berlaku sebagai hukum di daerah	1. Berdasarkan bunyi penjeasan Pasal 2 Ayat (1) diketahui bahwa hukum yang hidup di dalam masyarakat adalah hukum yang masih berlaku dan berkembang dalam kehidupan masyarakat hukum Indonesia. Ada niatan Negara untuk mengkompilasi hukum ada yang ada dan hukum-hukum yang hidup dan berkembang dalam masyarakat dalam bentuk tertulis. Kompilasi tersebut dijelaskan dalam	1. Pasal 2 terkait <i>living law</i> , pasal ini sangat akan mempengaruhi harkat hidup kelompok rentan dalam hal ini Identitas Gender dan Orientasi Seksual Berbeda. Adanya upaya untuk Negara mengatur peraturan daerah namun di satu sisi juga adanya pembiaran

	<p>dalam peraturan perundang undangan.</p>	<p>tersebut. Dalam lapangan hukum pidana hal tersebut dikenal sebagai hukum pidana adat. Untuk memberikan dasar hukum mengenai berlakunya hukum pidana adat, maka hal tersebut mendapat pengaturan secara tegas dalam Kitab Undang-Undang Hukum Pidana ini dan dikompilasi oleh pemerintah melalui peraturan daerah masing-masing.</p> <p>Ketentuan pada ayat ini merupakan pengakuan atas hukum yang hidup dalam masyarakat. Diakuinya hukum yang hidup tersebut untuk lebih memenuhi rasa keadilan yang hidup di dalam masyarakat tertentu.</p> <p>Frase “peraturan perundang-undangan”, lihat Penjelasan Pasal 1 ayat (2).</p>	<p>Pasal 2 Ayat (2) merangkum hukum adat dan hukum yang ada di masyarakat dalam suatu peraturan daerah.</p> <p>2. Pasal ini sangat mungkin digunakan sebagai alat politik kelompok patron¹⁹. Kelompok patron dalam proses perancangan peraturan daerah dapat melakukan intervensi pemaknaan ulang dari <i>living law</i> dengan melemahkan nilai dan norma yang ada. Tujuannya tentu saja untuk melanggengkan patron yang selama ini mereka kuasai. Padahal jika ditelisik lebih jauh, berbicara mengenai adat dan istiadat, contohnya di Kebudayaan Bugis yang mengenal lima gender termasuk <i>Calalai, Calabai, dan Bissu</i>²⁰. Hal ini berbanding terbalik dengan dikeluarkannya Peraturan Daerah Provinsi Sumatera Selatan Nomor 13 Tahun 2002 Tentang Pemberantasan Maksiat di Provinsi Sulawesi Selatan. Perda itu menyebutkan bahwa lesbian secara identitas seksual sebagai suatu perbuatan maksiat. Secara tidak</p>	<p>Negara untuk daerah mengatur hidup masyarakatnya. Hal ini sangat berbahaya karena Negara diberikan hak untuk mengatur relasi privasi warga negara dan mengindahkan kebudayaan yang seharusnya tidak tertulis menjadi tertulis namun tidak berdampak baik.</p> <p>2. Permintaannya adalah untuk pasal ini dihapuskan beserta turunannya karena hanya akan membuka peluang meningkatnya persekusi</p>
--	--	---	---	---

¹⁹ Kelompok Patron Istilah "patron" berasal dari bahasa spanyol yang berarti seseorang yang memiliki kekuasaan dan pengaruh dalam suatu kelompok masyarakat tertentu.

²⁰ Penelitian dari Shary Graham. Dalam bukunya berjudul, *Challenging Gender Norms: Five Genders Among Bugis in Indonesia*, 2007, Case Studies in Cultural Anthropology: George Spindler and Janice Stockard, Series Sharyn mengungkapkan fakta mengenai adanya pengakuan atas lima gender oleh Suku Bugis, Sulawesi Selatan.

			<p>langsung adanya standar ganda di masyarakat Bugis yang dibuat oleh kelompok patron. Di satu sisi Bugis mengakui keberadaan lima gender lepas dari seksual orientasi mereka namun di sisi lain pemerintah daerah mendiskriminasi keberadaan keragaman gender dan minoritas seksual.</p> <p>3. Hal ini dikawatirkan akan semakin luasnya pengertian daripada <i>living law</i> oleh sekelompok Patron untuk melancarkan aksi-aksi politik dengan mengorbankan pihak-pihak lain yang termarginalkan hingga bahkan terdapat kemungkinan melanggengnya suatu tindakan persekusi. Contohnya di Indramayu, yang mengeluarkan Surat Edaran No.443.1/24.a/Kesra Tentang Sosialisasi dan Pencegahan Perilaku LGBT, tertanggal 27 Februari 2018. Surat Edaran yang ditandatangani Bupati Indramayu tersebut, menggunakan Rancangan KUHP sebagai rujukan suatu aturan daerah untuk membelenggu kebebasan sipil suatu kelompok tertentu dan memancing timbulkan tindak kekerasan. Dalam Surat Edaran itu menyebutkan kelompok dengan</p>	
--	--	--	--	--

			<p>identitas gender dan orientasi seksual yang berbeda dengan sebutan “berbahaya” dan mengajak masyarakat secara langsung untuk mendiskriminasi mereka dengan membuat poster yang mengungkapkan kebencian. Menggunakan rancangan perundang-undangan saja sudah merupakan kesalahan berpikir. Apalagi ditambah dengan sikap maupun ujaran yang secara nyata mengajak dan menunjukkan sikap permusuhan yang penuh kebencian kepada suatu kelompok. Di mana kelompok tersebut selama ini hidup termarginalkan.</p>	
2 Ayat (2) Living Law	<p>Hukum yang hidup dalam masyarakat sebagaimana dimaksud pada ayat (1) berlaku dalam tempat hukum itu hidup dan sepanjang tidak diatur dalam Undang-Undang ini dan sesuai dengan nilai-nilai yang terkandung dalam Pancasila, Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, hak asasi manusia,</p>	<p>Ayat ini mengandung pedoman atau kriteria atau rambu-rambu dalam menetapkan sumber hukum materiel (hukum yang hidup dalam masyarakat), yakni hukum adat yang masih berlaku di beberapa tempat di Indonesia dan yang telah dikompilasi oleh Pemerintah. Kompilasi ini dilakukan dengan memperhatikan Peraturan Daerah yang telah</p>	<p>1. <i>Living law</i> bukan saja akan menimbulkan interpretasi yang beragam hingga dapat digunakan untuk pelanggaran kekuasaan patron namun juga membuka ruang diskriminasi yang berusaha ditutup oleh empat pengecualian pencabulan sesama jenis pada Pasal 469 Ayat (2). <i>Living law</i> akan memberi kesempatan daerah untuk membuat aturan-aturan yang secara khusus mendiskriminasi sistemik kelompok Identitas Gender dan Orientasi Seksual Berbeda.</p>	

	<p>dan asas-asas hukum umum yang diakui masyarakat beradab</p>	<p>memuat mengenai hukum yang hidup di dalam masyarakat yang dikualifikasi sebagai tindak pidana adat. Kompilasi tersebut juga harus berorientasi pada nilai-nilai yang terkandung dalam Pancasila, Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, hak asasi manusia, dan asas-asas hukum umum yang diakui masyarakat beradab.</p>	<p>2. Padahal jelas tertulis pada penjelasan Pasal 2 Ayat (2) Peraturan Daerah yang telah memuat mengenai hukum yang hidup di dalam masyarakat yang dikualifikasi sebagai tindak pidana adat harus berorientasi pada nilai-nilai yang terkandung dalam Pancasila, Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, hak asasi manusia, dan asas-asas hukum umum yang diakui masyarakat beradab. Jika berbicara mengenai adab, apakah yang disebut dengan adab diharuskan untuk memberangus hak asasi manusia sebagai individu merdeka.</p> <p>3. Aceh menjadi contoh ketidakselarasan dari frase 'hak asasi manusia', <i>living law</i> dan politik patron berlandaskan moral. Walau disangkal dan memunculkan banyak perdebatan mengenai ini, tidak bisa ditampik dengan adanya Pasal 2 dalam RKUHP akan menimbulkan banyak <i>Qanun</i> lainnya diberbagai daerah di Indonesia. Diskriminasi terhadap Identitas Gender dan Orientasi Seksual Berbeda adalah isu global yang hangat dan menjual.</p>	
--	--	---	---	--

			4. Pasal 2 atau yang disebut sebagai <i>living law</i> jelas dapat membuka kesempatan diskriminasi sistemik yang dilakukan oleh kelompok patron yang bertentangan dengan hak asasi manusia. Diskriminasi apapun bentuknya bukanlah hak asasi manusia walau bunyinya menuliskan hak asasi manusia dalam substansinya	
--	--	--	---	--

E. Contoh Alternatif Perubahan Pasal 469 Berdasarkan Analisa dan Rekomendasi

Berdasarkan analisa sebelumnya adapun contoh alternatif perubahan pasal 469 dengan menghapus pasal 466 dan 445 RKUHP yang tidak berkesesuaian dengan prinsip <i>lex stricta</i> dan melihat pengertian ketentuan pasal pada peraturan perundangan lain beserta beban pidananya (hanya tentatif terkait dengan beban pidana):	
469 Ayat (1) Setiap Orang yang melakukan melakukan Kekerasan atau ancaman Kekerasan, memaksa, melakukan tipu muslihat, melakukan serangkaian kebohongan, atau membujuk Anak atau orang yang belum berumur 18 (delapan belas) tahun, untuk melakukan atau membiarkan dilakukan perbuatan cabul, dipidana dengan pidana penjara paling lama 15 (lima belas tahun) tahun.	<i>(disesuaikan dengan melihat pasal 76E UU Perlindungan Anak mengenai perbuatan cabul dengan anak. Untuk pengertian kekerasan lihat 15a dan untuk beban pidana lihat pasal 80)</i>
469 Ayat (2) Setiap Orang yang melakukan perbuatan cabul terhadap orang lain di atas 18 tahun dipidana dengan penjara 12 tahun) jika dilakukan dengan: a. kekerasan atau ancaman kekerasan b. melanggar kesusilaan di muka umum c. Pornografi	<i>(disesuaikan dengan pidana penjara maksimal pada UU Pornografi Pasal 29. Perlu diingat berdasarkan Pasal 44 UU Pornografi yang menyebutkan keharusan Peraturan Perundangan lain berkesesuaian dengan UU Pornografi jika memuat ketentuan tentang Pornografi)</i>

F. Referensi

1. Peraturan

Undang-undang No. 1 Tahun 1946 Republik Indonesia tentang Peraturan Hukum Pidana Dinyatakan Berlaku Untuk Seluruh Wilayah Republik Indonesia. (Kitab Undang-Undang Hukum Pidana). LN 127, TL 1660.

Undang-Undang No. 44 Tahun 2008 tentang Pornografi. LN 181, TL 4928.

Undang-Undang No. 35 Tahun 2014 tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2002 tentang Perlindungan Anak. LN 297, TL 5606.

Peraturan Daerah Provinsi Sumatera Selatan Nomor 13 Tahun 2002 Tentang Pemberantasan Maksiat di Provinsi Sulawesi Selatan.

Surat Edaran Kabupaten Indramayu No.443.1/24.a/Kesra Tentang Sosialisasi dan Pencegahan Perilaku LGBT, tertanggal 27 Februari 2018

2. Buku, Penelitian dan Sumber Resmi Lainnya

Database Arus Pelangi Untuk Catatan Hitam 2018: Persekusi Pada Identitas Gender dan Orientasi Seksual Berbeda.

Human Rights Watch (Editor: Erasmus Cahyadi dan Eddi Riyadi). *Genosida, Kejahatan Perang, dan Kejahatan Terhadap Kemanusiaan: Jilid I Sarihati Kasus-Kasus Pelanggaran HAM Berat dalam Pengadilan Pidana Internasional Untuk Rwanda*. Cet 1. 2007.

Meidina Rahmawati dan Supriyadi Widodo Eddyono. *Menuju Penguatan Hak Korban: Dalam RUU Penghapusan Kekerasan Seksual*. (Seri Kertas Kebijakan RUU Penghapusan Kekerasan Seksual). Jakarta: ICJR. 2017.

Merril D. Smith. *Encyclopedia of Rape*. London: Greenwood Press. 2004.

Noach Simanjuntak. *Kriminologi*. Bandung: Penerbit Tarsito. 1984.

Paivy Gynther. *Beyond Systemic Discrimination: Educational Rights, Skill Acquisition and Case of Roma*. Vol. 9. Leiden Boston: Martinus Nijhoff Publisher. 2007.

R. Soesilo. *Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP) Serta Komentar-Komentarnya Lengkap Pasal Demi Pasal*. Bogor: Politea.

Shary Graham. *Challenging Gender Norms: Five Genders Among Bugis in Indonesia*. (Case Studies in Cultural Anthropology: George Spindler and Janice Stockard, Series Sharyn. 2007.

Stephen Kershner. *A Philosophical Analysis: Pedophilia and Adult Child Sex*. London: Lexinton Books. 2015.

USAID & UNDP. *Laporan LGBT Nasional Indonesia - Hidup Sebagai LGBT di Asia*. (Tinjauan dan Analisa Partisipatif Tentang Lingkungan Hukum dan Sosial Bagi Orang dan Masyarakat Madani Lesbian, Gay, Biseksual dan Transgender). 2013.

Yasmin Purba. *Kertas Posisi Arus Pelangi Tentang Rumusan Bab Kesusilaan di Dalam Rancangan Kitab Undang-Undang Hukum Pidana*. Jakarta: Arus Pelangi. 2017.

3. Penelusuran Daring

Arus Pelangi, Dampak Pemberitaan Negatif Media Bagi Komunitas LGBTI, 2016, dapat diunduh di: <http://aruspelangi.org/project/dampak-pemberitaan-negatif-media-1/>

Rakhmat Nur Hakim, Kompas, "PPP: Yang Dipidana Bukan Status LGBT, tapi Perilakunya", 23 Januari 2018 <https://nasional.kompas.com/read/2018/01/23/19361591/ppp-yang-dipidana-bukan-status-lgbt-tapi-perilakunya>, diakses 21 Maret 2018