

# **Menilik Akseptabilitas Perkawinan Sesama Jenis di dalam Konstitusi Indonesia**

## ***Divine the Acceptability of Same Sex Marriage in the Constitution of Indonesia***

**Timbo Mangaranap Sirait**

Program Doktor Ilmu Hukum Sekolah Pascasarjana Universitas Katolik  
Parahyangan Bandung

Jl. Merdeka 30 Bandung

E-mail: mangaranaptimotius@gmail.com

Naskah diterima: 07/03/2017 revisi: 29/05/2017 disetujui: 06/06/2017

### **Abstrak**

Diskursus hubungan antara hukum dengan “moral” dan “fakta” selalu saja menarik untuk dibahas di kalangan sarjana hukum. Hukum kodrat irrasional adalah teori hukum besar yang pertama yang cara pandanganya *theocentris* mengakui bahwa hukum bersumber dari “moralitas” Tuhan YME. Derivasi nilai moral universal ternyata semakin bermetamorfosa dalam berbagai fenomena kehidupan kemudian dituntut agar diperlakukan setara di hadapan hukum. Di berbagai belahan dunia, Gerakan LGBT (Lesbian, Gay, Biseksual, dan Transgender) dengan perjuangan perkawinan sesama jenis berkembang semakin luas dan telah memfalsifikasi dominasi perkawinan kodrati heteroseksual. Untuk itu, perlu ditilik secara reflektif filosofis akseptabilitas Konstitusi Indonesia atas perkawinan sesama jenis ini. Penelitian ini dilakukan dengan metode pendekatan yuridis normatif melalui cara berpikir deduktif dengan kriterium kebenaran koheren. Sehingga disimpulkan: *pertama*, kritikan hukum kodrat irrasional yang teosentris terhadap perkawinan sesama jenis, menganggap bahwa sumber hukum adalah “moral” bukan “fakta”, oleh karenanya aturan perundang-undangan dipositifkan

dari/dan tidak boleh bertentangan dengan moral Ketuhanan. Oleh karena itu, menurut hukum kodrat irrasional perkawinan sesama jenis tidak mungkin dapat diterima dalam hukum karena bertentangan dengan moralitas Ketuhanan Y.M.E. *Kedua*, bahwa Konstitusi Indonesia menempatkan Pancasila sebagai *grundnorm* dengan sila Ketuhanan Yang Maha Esa menjadi fondasi dan bintang pemandu pada Undang-undang Perkawinan Indonesia, yang intinya perkawinan harus antara pria dan wanita (heteroseksual) dengan tujuan membentuk keluarga (rumah tangga). Perkawinan sesama jenis juga tidak dapat diterima karena ketidakmampuan bentuk perkawinan ini untuk memenuhi unsur-unsur utama perkawinan, untuk terjaminnya keberlangsungan kemanusiaan secara berkelanjutan (*sustainable*).

**Kata Kunci:** Perkawinan Sesama Jenis, LGBT, dan Konstitusi

### **Abstract**

*The discourse of relationships between law, moral and facts are always interesting to be discussed among legal scholars. Irrational natural law is the first major legal theory that which theocentris worldview admit that the law derived from the "morality" of the God. The derivation of universal moral values appear increasingly metamorphosed into various life phenomena then are required to be treated equally before the law. In different parts of the world the movement LGBT (Lesbian, Gay, Bisexual, and Transgender) struggle for same-sex marriage has grown falsified domination of heterosexual marriage. Therefore it is necessary be a reflective philosophical divine the acceptability of the Constitution of Indonesia on same-sex marriage. This research was conducted by the method of normative juridical approach, in the frame of a coherent deductive acknowledgement. Concluded, Firstly, criticism Irrational natural law against same-sex marriage, assume that the source of the law is a "moral" rather than "facts"; therefore the rules of law are made of / and should not contradict with the morals of God. Therefore, according to irrational natural law that same-sex marriage may not be accepted in law as contrary to morality God. Secondly, That the Constitution of Indonesia puts Pancasila as the basic norms to please Almighty God be the foundation and a guiding star in the Indonesian Marriage Law, which is essentially a marriage should be between a man and a woman (heterosexual) with purpose of forming a family. Same-sex marriage is not acceptable also because of the inability to fulfill marriage form of the major elements of marriage, ensuring the sustainability of humanity in a sustainable manner.*

**Keywords:** Same Sex Marriage, LGBT, and Constitution

## PENDAHULUAN

### A. Latar Belakang

Diskursus tentang apa itu hukum dari mana ia bersumber serta bagaimana hubungannya dengan “moral” dan “fakta” selalu saja menarik untuk dibahas di kalangan sarjana hukum. Berbagai macam teori-teori kemudian lahir dari topik tersebut. Bantai-membantai teori, falsifikasi, bahkan transplantasi teori oleh para sarjana hukum yang kemudian disangkut-pautkan dengan aliran-aliran hukum besar yang sangat berpengaruh di dalam dunia hukum antara lain seperti Aliran Hukum Kodrat, Positivisme Hukum Murni ala Kelsen, Mazhab Sejarah, dan Realisme Hukum, telah menghasilkan berbagai tesis, antitesis, dan sintesis sebagai konsekuensi logis atas paradigma yang berbeda dalam menganalisis suatu realitas. Hal ini penting dalam dunia ilmu hukum, karena tujuan pendukung masing-masing teori-teori tersebut dengan segala argumentasinya bukan sentimen antar sesama ilmuwan hukum, akan tetapi sekedar menguji kebenaran dan validitas dari teori tersebut, dalam menjernihkan perdebatan soal eksistensi Moral dan Fakta dalam hubungannya dengan realitas hukum.

Aliran hukum kodrat irrasional adalah aliran hukum besar yang pertama yang cara pandangnya *theocentris* dan mengakui bahwa hukum itu harus sesuai dengan moralitas Ketuhanan. Masa Renaissance menjadi awal persimpangan dari hukum kodrat Irrasional. Lahirnya aliran hukum kodrat “rasional” yang *antropocentris*, memulai abad universalisme individualisme yang hingga kini bertumbuh dan menyebar dengan pesat. Sejarah mencatat Hugo de Groot atau Grotius (1583-1645) merupakan peletak dasar-dasar hukum kodrat modern. Menurut Hugo de Groot, hukum kodrat itu bersumber dari rasio manusia. Hukum kodrat rasional menjadi awal peranan rasio manusia tampil ke depan. Rasio manusia sebagai moral universal menjadi sumber satu-satunya sumber dari hukum. Ia menekankan rasio manusia bukanlah penjelmaan rasio Tuhan dan terlepas dari ketertiban Tuhan.

Derivasi nilai-nilai moral universal ternyata semakin bermetamorfosa dalam berbagai fenomena kehidupan yang kemudian juga dianggap dan dituntut untuk diperlakukan setara di hadapan hukum (*equality before the law*). Di berbagai belahan dunia, Gerakan LGBT (Lesbian, Gay, Biseksual, dan Transgender) dengan perjuangan perkawinan sesama jenis berkembang semakin luas dan telah memfalsifikasi dominasi bentuk perkawinan kodrati heteroseksual. Setelah diakui sebagai bentuk perkawinan yang sah di berbagai negara, *Supreme Court* Amerika

Serikat memutuskan bahwa Konstitusi Amerika menjamin perkawinan sesama jenis. Hakim Agung Amerika mengatakan LGBT meminta kesetaraan di hadapan hukum, dan konstitusi Amerika mengakui hak mereka itu. Sebelum putusan ini, perkawinan sesama jenis dilarang di 14 negara bagian dan hanya legal di 36 negara bagian Amerika, dan setelah pengajuan kasus *Obergefell versus Hodges* melalui keputusan 5:4, Mahkamah mencabut larangan pernikahan sesama jenis yang diterapkan oleh 14 negara bagian, bunyi opini mayoritas: "Pernikahan adalah hak konstitusional bagi pasangan sesama jenis".

Hukum itu seperti manusia ia dapat lahir, tumbuh dan berkembang, mempunyai keturunan, tidur, bahkan mati, demikianlah tentu segala turunannya. Konstitusi Indonesia yang fondasinya adalah Pancasila dan menempatkan Ketuhanan Yang Maha Esa sebagai sila pertamanya, juga telah mengalami proses lahir tumbuh dan berkembang sebagai konsekuensi dan reaksi menjawab tuntutan perkembangan jaman, dan hingga kini telah mengalami empat kali perubahan, konstitusi yang bercirikan aliran hukum kodrat irrasional ini, juga melahirkan turunan dalam berbagai bentuk undang-undang seperti Undang-undang Perkawinan yang mengatur bentuk perkawinan yang sah di Indonesia.

Dewasa ini, Ilmu Filsafat harus berinteraksi dengan segala permasalahan dalam masyarakat. Dengan demikian, kita harus dapat melihat dengan tajam dan kritis apa yang sedang terjadi di sekeliling.<sup>1</sup> Di Indonesia polemik tentang LGBT ini juga berkembang dengan pro dan kontra, kelompok yang berpendapat bahwa LGBT adalah sebuah "fakta" sehingga harus diberi hak setara di dalam undang-undang sebagaimana telah dilakukan di berbagi negara, kontra dengan kelompok yang berpendapat bahwa perkawinan sesama jenis bukan "moral" sehingga tidak akan mendapat tempat di dalam hukum Indonesia. Oleh karena itu, permasalahan ini perlu direfleksikan secara filosofis bagaimana akseptabilitas perkawinan sesama jenis LGBT ini jika ditilik menurut Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia 1945.

## **B. Perumusan Masalah**

Berdasarkan latar belakang di atas, maka rumusan masalah yang akan diangkat dalam penelitian ini adalah: *pertama*, bagaimana pandangan Teori Hukum Kodrat Irrasional dalam mengkritisi perkawinan sesama jenis LGBT? *Kedua*, bagaimana kemungkinan akseptabilitas perkawinan sesama jenis dari perspektif Filosofi Hukum di dalam konstitusi?

<sup>1</sup> Antonius Cahyadi, dan E. Fernando M. Manullang, *Pengantar ke Filsafat Hukum*, Jakarta: Kencana Prenada Media Group, 2007, h. 12.

### C. Metode Penelitian

Penelitian ini menggunakan pendekatan yuridis normatif dengan pendekatan filsafat hukum dan metode hermenutika, dengan menganalisis data sekunder secara kualitatif berupa bahan-bahan hukum sekunder dengan memahami hukum sebagai perangkat peraturan atau norma-norma positif, seperti Pancasila sebagai *Grundnorm*, Undang-undang Dasar Negara Republik Indonesia 1945, Undang-undang Perkawinan, Kitab Undang-undang Hukum Pidana (KUHP) dan lain-lain. Penelitian Hukum atau "*legal research*" di maksudnya yaitu "*seeking fo find those authorities in the primary sources of the law that are applicable to a particular legal situation*"<sup>2</sup> Untuk menjawab permasalahan dapat tidaknya perkawinan sesama jenis diterima menurut Konstitusi Indonesia, maka dianalisis dengan Teori Hukum Kodrat Irrasional, melalui cara berpikir deduktif dengan kriterium kebenaran koheren yang merupakan ciri khas yuridis normatif.

## PEMBAHASAN

### A. Kritik Teori Hukum Kodrat Irrasional Secara Filosofis terhadap Perkawinan Sesama Jenis

Sejak keberadaan manusia hingga sampai saat ini masalah kesusilaan menjadi topik penting dan menarik untuk didiskusikan. Kesusilaan sangat terkait erat dengan hakikat manusia sebagai makhluk ciptaan Tuhan yang bermoral. Nilai kesusilaan sebagai hasil dari penghayatan manusia atas keberadaan diri dan relasinya dengan masyarakat menciptakan sebuah tatanan hidup masyarakat yang berbeda antara yang satu dengan lainnya.<sup>3</sup> Dengan demikian sejak dahulu nilai moral merupakan hal yang paling esensial dalam menata kesedapan hidup bersama di masyarakat.

Lahirnya filsafat<sup>4</sup> di abad ke-enam tidak terlepas dari pemikiran bahwa manusia (*hominis*) itu bukanlah dewa-dewa (*deus*) dan bukanlah juga binatang/serigala (*lupus*), ia berada diantara (*in between*) kedua makhluk tersebut, karena berada diantara keduanya kadang sering terjadi tarik menarik posisinya, akibatnya konon ada *hominis* yang saking bijaksananya menjaga kehidupannya dalam

<sup>2</sup> Sunaryati Hartono, *Penelitian Hukum di Indonesia Pada Akhir Abad ke-20*, Bandung: Alumni, 2006, h.131.

<sup>3</sup> Hwian Christianto, "Eksistensi Hak Atas Materi Pornografi Berdasarkan Norma Kesusilaan", *Jurnal Veritas et Justitia*, Volume 1, No. 1, Juni 2015, h.61.

<sup>4</sup> Perkataan Filsafat (*philosophy, filosofie*) berasal dari dua perkataan dalam bahasa Yunani, yaitu: "*philia*" (cinta, love) dan "*sophia*" (kebijaksanaan, wisdom). Pada permulaan ia berarti (menunjuk pada) hampir semua penyelidikan yang menuntut upaya intelektual (akal budi)" Lihat. B. Arief Sidharta, *Apakah Filsafat dan Filsafat Ilmu itu ?*, Bandung: Pustaka Sutra, 2008, h. 23.

kesucian ia diumpamakan bagaikan *deus* (dewa/malaikat), dan sebaliknya ada juga *hominis* yang saking mengikuti sifat *evil things* di dalam dirinya sehingga menjadi terdegradasi kelakuan dan tindak-tanduknya bagaikan *lupus* hingga melahirkan adagium ‘manusia menjadi serigala buat manusia yang lain’ (*homo homini lupus*). Dengan konteks realitas manusia bukanlah *deus* dan bukan jugalah *lupus* maka Plato dalam karyanya *Phaidros*, “menerangkan bahwa kata ‘makhluk bijak’ (*Sophos*) terlalu luhur untuk seorang manusia. Kata itu pantas untuk Dewa. Bagi Plato lebih baik manusia dijuluki sebagai pencinta kebijakan atau *philosphos*. Sejak saat itulah *philosophos* berkembang sebagai sebuah sebutan bagi manusia yang mencari dan mencintai kebijaksanaan”.<sup>5</sup> Di dalam proses mencintai kebijakan inilah, maka manusia akan memahami apa itu manusia (*ontologi*), dari mana ia datang (*epistemologi*) dan hendak kemanakah ia pergi atau apa fungsi dan manfaat manusia ada (*aksiologi*). Itulah sebabnya dalam berfilsafat ontologi dan epistemologi, harus diakhiri dengan aksiologi, karena dengan demikian manusia akan memahami maknanya sebagai manusia. Oleh karena filsafat juga membicarakan “manfaat” (aksiologi) sebagai salah satu sub penyelidikannya, maka pada akhirnya keinginan dan harapan kelompok LGBT agar perkawinan sesama jenis (*same sex marriage*) dapat dilegalisasi setara di dalam hukum perkawinan Indonesia sebagaimana sudah terjadi di berbagai negara Eropa dan Amerika Serikat, harus digali secara radikal aksiologinya yaitu seberapa “bermanfaatkah” kedalaman realitasnya perkawinan sesama jenis bermanfaat untuk kemaslahatan humana dan humanisme. Perkawinan Sesama Jenis (*same sex marriage*) itu sendiri berarti perkawinan yang dilakukan oleh orang-orang yang beridentitas gender yang sama atau berjenis kelamin sama (homoseksual) antara laki-laki dengan laki-laki dan wanita-dengan wanita.

Mengenai homoseksual, Charlotte Knight dan Kath Wilson mengatakan “*the term “homosexuality” comes from an Ancient Greek word meaning “same” and the latin “sexus” meaning sex and refers to a romantic attraction, a sexual attraction or sexual behaviour between members of the same sex or gender.*”<sup>6</sup> (kata homoseks bersumber dari kata “sama” bahasa Yunani Kuno dan bahasa Latin “kelamin”, yang maknanya seks yang merujuk adanya ketertarikan atau kecenderungan romantisme sex antara sesama jenis kelamin atau gender).

<sup>5</sup> Antonius Cahyadi, dan E. Fernando M. Manullang, *Pengantar ke Filsafat...*, Op.Cit., h. 5.

<sup>6</sup> Charlotte Knight dan Kath Wilson, *Lesbian, Gay, Bisexual and Trans People (LGBT) and the Criminal Justice System*, London: Palgrave Macmillan, 2016, h. 24.

Proses-proses mencari dan mencintai kebijakan pun (berfilosofi) semakin berkembang, melalui proses hermeneutik kemudian berderivasi dalam bidang filsafat hukum yang hasilnya akhirnya memperkaya dunia ilmu hukum. B. Arief Sidharta mengatakan "... Hermenutika yaitu filsafat tentang hakikat hal mengerti dan memahami sesuatu, yakni refleksi kefilosafatan yang menganalisis syarat-syarat kemungkinan bagi semua pengalaman dan pergaulan manusiawi dengan kenyataan, termasuk peristiwa mengerti dan/atau interpretasi",<sup>7</sup> refleksi kefilosafatan ini secara diakronik melahirkan mazhab-mazhab hukum yang masing-masing satu sama lain berusaha juga saling memfalsifikasi tentang apa sumber hukum apakah moral atau fakta atau kedua-duanya, sehingga dunia hukum pun semakin berkembang karena lahirnya aliran-aliran/mazhab-mazhab hukum seperti seperti Mazhab Hukum Kodrat, Positivisme Hukum, Mazhab Formalistis, Utilitarianisme, *Sociological Jurisprudence*, Realisme Hukum, *Critical Legal Studies*, *Feminisme Jurisprudence* yang menempatkan moral dan fakta di tempat yang berbeda.

Hukum Kodrat Irrasionil merupakan mazhab yang pertama yang paling tua, sebuah mazhab yang mengakui bahwa hukum itu bersumber dari Tuhan, sebagaimana dikatakan Friedman, "... sejarah tentang hukum kodrat adalah sejarah umat manusia dalam usahanya untuk menemukan apa yang dinamakan *absolute justice* (keadilan yang mutlak).<sup>8</sup> Tetapi dalam perjalanannya mazhab ini sempat mati suri oleh lahirnya mazhab Positivisme Hukum yang produk-produknya diagung-agungkan sebagai penemuan terbesar umat manusia, yang mengatakan bahwa sumber hukum bukan dari Tuhan tetapi dari Penguasa Berdaulat. Hukum Kodrat kembali mendapatkan perhatian sebab dianggap sarat dengan nilai-nilai moral universal. Hukum kodrat bangkit lagi atas kesalahan positivisme hukum yang ternyata rentan dimanipulasi oleh penguasa berdaulat, yang tidak bermoral sebagaimana dilakukan Hitler Nazi untuk melegitimasi tindakan pelanggaran HAM terhadap bangsa Yahudi di Jerman.

Lili Rasjidi mengatakan bahwa aliran ini berpendapat bahwa hukum itu berlaku universal dan abadi.<sup>9</sup> Dalam teori Hukum Alam, hukum dianggap sebagai nilai yang universal dan selalu hidup di setiap sanubari orang, masyarakat maupun negara. Hal ini disebabkan karena hukum niscaya harus tunduk pada batasan-batasan moral yang menjadi *guideline* bagi hukum itu sendiri.<sup>10</sup> Pada periode tertentu,

<sup>7</sup> B. Arief Sidharta, *Hermeneutik, Landasan Kefilosafatan Ilmu Hukum dan Praksis Hukum*, Makalah, Bandung: Universitas Katolik Parahyangan, 2015. h.1.

<sup>8</sup> Lili Rasjidi, dan Ira Thania Rasjidi, *Dasar-dasar Filsafat dan Teori Hukum*, Bandung: Citra Aditya Bakti, 2007, h. 47.

<sup>9</sup> *Ibid.*

<sup>10</sup> Teguh Prasetyo, dan Abdul Halim Barkatullah, *Filsafat, Teori, & Ilmu Hukum*, Jakarta: RajaGrafindo Persada, 2012, h. 90-91.

Hukum Kodrat berakar pada ide yang religius atau supernatural. Namun demikian di masa modern ini, hukum kodrat telah dijadikan landasan ideologis dan moral dalam membenarkan setiap sistem hukum.<sup>11</sup> Menurut Plato, kekuatan moral adalah unsur hakikat dari hukum, sebab tanpa adanya moralitas, maka hukum akan kehilangan supremasi dan independensinya. Keadilan dan ketidakadilan menurut hukum akan diukur oleh nilai moralitas yang mengacu pada harkat dan martabat manusia.<sup>12</sup>

Perkawinan dan kelahiran dapat dikatakan sebagai dua sisi dari sebuah sisi mata uang, keduanya tidak dapat dipisahkan.<sup>13</sup> Perkawinan beda jenis kelamin (heteroseksual) pria dan wanita<sup>14</sup> yang hingga kini tetap dipegang teguh dan di positifkan dalam aturan perundang-undangan Indonesia adalah bentuk perkawinan yang dipatuhi dan dilaksanakan berdasarkan pemikiran bahwa konsep perkawinan heteroseksual adalah selaras dengan kaidah moral menurut Tuhan melalui penafsiran konsep-konsep dan simbol-simbol perkawinan yang tersirat dengan jelas dan didapati dalam kitab-kitab suci agama-agama *mainstream*, dengan demikian konsep perkawinan heteroseksual adalah perkawinan yang dilakukan berdasarkan “moral” Ketuhanan.

Lesbian, Gay, Biseksual, dan Transgender (LGBT) bukan sesuatu yang baru dalam sejarah peradaban umat manusia, selain di dalam kitab-kitab agama *mainstream* secara historis dengan jujur juga mencatat keberadaan kaum ini sebagai sebuah “fakta” lewat peristiwa nabi Luth (Lot) di Sodom dan Gomora. Demikian juga keberadaannya dalam sejarah Adat perjalanan bangsa Indonesia, “fakta” akan adanya kaum ini juga setidaknya terdapat di dalam adat budaya di daerah Sulawesi Selatan, kepercayaan tradisional Bugis yaitu komunitas Amparita Sidrap, dikenal dengan sebutan “Bissu” kaum pendeta yang tidak memiliki golongan gender. Di dalam komunitas ini tidak hanya mengakui dua jenis kelamin laki-laki dan perempuan, tetapi lebih dari itu antara lain seperti *Oroane* (laki-laki), *Makunrai* (wanita), *Calalai* (wanita yang berperenampilan seperti laki-laki), *Calabai* (laki-laki yang berperenampilan seperti wanita), dan golongan *Bissu* (pendeta yang berkelamin netral). Sehingga dapat dikatakan bahwa eksistensi keberadaan LGBT

<sup>11</sup> Antonius Cahyadi, dan E. Fernando M. Manullang, *Pengantar ke Filsafat...*, *Op.Cit*, h. 41

<sup>12</sup> Teguh Prasetyo . *Op.Cit*, h. 93.

<sup>13</sup> Wila Chandrawila Supriadi, “Pencatatan Perkawinan dan Kelahiran Dikaitkan dengan Perlindungan Anak”, *Jurnal Pro Justitia*, Tahun XXII No. 3 Juli 2004, h.95.

<sup>14</sup> Pasal 1 ayat (1) Undang-Undang No. 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan mengatakan bahwa Perkawinan adalah “ ikatan lahir batin antara seorang pria dengan seorang wanita sebagai suami istri dengan tujuan membentuk keluarga (rumah tangga) yang bahagia kekal berdasarkan Ketuhanan Yang Maha Esa,

dari dahulu hingga kini adalah sebuah fakta yang tidak dapat dipungkiri secara empirik di seluruh dunia termasuk di Indonesia.

Stanley L. Paulson, seorang sarjana hukum yang lahir Fergus Falls, Minnesota, salah satu yang sangat tertarik untuk menyederhanakan diskursus relasitas Moral dan Fakta sebagai sumber hukum dengan membuat sebuah skema, dan melalui skema yang disampaikannya telah menghasilkan sebuah gambaran yang sangat jelas tentang hubungan antara “Hukum dan Fakta” dan hubungan ‘Hukum dan Moral” di dalam teori-teori hukum seperti Aliran Hukum Kodrat. Hukum Kodrat (*Natural Law Theory*) sebagai teori besar pertama dalam sejarah teori hukum universal, digambarkan Stanley L. Paulson bahwa hukum kodrat tesisnya adalah keterpisahan hukum dengan fakta (*seperability of law and fact*) yang bermakna bahwa sumber dari hukum kodrat bukan dibuat dari dan berdasarkan fakta-fakta yang ada, dengan demikian menurut Stanley hukum kodrat menjadi selaras dengan tesis moralitas (*morality thesis*) yang maknawinya ketidak-berpisahan antara hukum dan moralitas (*inseparability of law and morality*) maksudnya hukum itu bersumber dari nilai-nilai moral terlepas apakah itu bersumber dari hukum kodrat yang Irrasional dan Teologis yang berpandangan bahwa alam semesta dan segala yang ada, diciptakan dan dikendalikan oleh Tuhan Yang Maha Kuasa sehingga semua manusia harus hidup sesuai dengan hakekat Tuhan dan kaidah-kaidah moral yang digariskan Tuhan dan ada dalam kitab suci.

Berbagai pendapat para sarjana hukum yang dapat mendukung *morality thesis* Stanley tentang Hukum Kodrat tersebut yaitu adanya ketidak-berpisahan antara hukum dan moralitas (*inseparability of law and morality*). Thomas Aquinas (Aquino) pun demikian. Ia menunjukkan bahwa ada sumber di luar diri manusia, yang menjadi dasar ketaatan moral manusia dalam tatanan politik. Sumber ketaatan moral ini berasal dari konsep yang Illahi sifatnya tentang ketertiban alam semesta.<sup>15</sup> Pada periode tertentu Hukum Kodrat berakar pada ide yang religius atau supernatural. Namun demikian di masa modern ini, hukum kodrat telah dijadikan landasan ideologis dan moral dalam membenarkan setiap sistem hukum.<sup>16</sup> Dalam teori Hukum Alam, hukum dianggap sebagai nilai yang universal dan selalu hidup di setiap sanubari orang, masyarakat maupun negara. Hal ini disebabkan karena hukum niscaya harus tunduk pada batasan-batasan moral yang menjadi *guideline* bagi hukum itu sendiri.<sup>17</sup> Menurut Plato, kekuatan moral

<sup>15</sup> Antonius Cahyadi, dan E. Fernando M. Manullang, *Op.Cit*, h. 46.

<sup>16</sup> *Ibid*, h. 41.

<sup>17</sup> Teguh Prasetyo, dan Abdul Halim Barkatullah, *Op.Cit*, h. 90-91.

adalah unsur hakikat dari hukum, sebab tanpa adanya moralitas, maka hukum akan kehilangan supremasi dan independensinya. Keadilan dan ketidakadilan menurut hukum akan diukur oleh nilai moralitas yang mengacu pada harkat dan martabat manusia.<sup>18</sup> Moral dalam konteks ini dibuat bukan berdasarkan fakta lebih dahulu, dan kemudian setelah ada moral baru fakta-fakta itu menjadi sesuatu yang bermoral atau bertentangan dengan moral. Sebelum ada Hukum Taurat yang diyakini agama-agama *mainstream* perbuatan-perbuatan yang masuk menjadi 10 hukum taurat Tuhan belum jelas apakah merupakan sebuah pelanggaran moral atau tidak di masyarakat, baru kemudian setelah Taurat 10 perintah moralitas Tuhan diberikan maka seluruh fakta-fakta yang bersinggungan dengan moral tersebut menjadi pelanggaran moralitas Tuhan dan disebut dosa. Nilai-nilai moralitas Tuhan inilah yang kemudian dikodifikasikan kedalam Hukum, jadi yang dikodifikasikan dalam Hukum Kodrat Irrasional adalah moralnya bukan faktanya.

Dari argumentasi di atas, bagi mereka pemegang paham hukum kodrat yang irrasional sangat kontras sekali pembelaannya bahwa sumber hukum tersebut adalah “moral” bukan “fakta”, moralitas yang bersumber dari keyakinannya akan Tuhan, dan bagi pemegang paham hukum kodrat rasional moral yang bersumber dari diri manusia itu sendiri. Moral-moral inilah yang kemudian diikat dan dikodifikasikan menjadi hukum, serta bermanifestasi merasuki semua ranting-ranting hukum, manifesto-manifesto tersebut antara lain sebagaimana terdapat dalam Hukum Pidana nilai-nilai moral misalnya untuk “jangan membunuh, jangan mencuri, dan jangan berbuat cabul” dalam kaidah moral agama kemudian dijadikan menjadi delik formil dan delik materiil, serta diperlengkapi dengan sanksi, supaya dituruti dan dipatuhi oleh setiap orang. Demikian juga dalam hukum perdata moralitas Ketuhanan ini dapat kita lihat pada asas *pacta sunt servanda* yang secara filosofi intinya mengandung nilai moral tinggi yaitu “kalau janji harus ditepati”, serta dalam Undang-Undang Perkawinan yang mengakui bahwa bentuk perkawinan yang bermoral Ketuhanan adalah perkawinan heteroseksual beda jenis kelamin.

Moralitas adalah pembuatan, ekspresi atau pegangan dari nilai-nilai moral yaitu konsepsi tentang apa yang baik dan buruk, benar dan salah atau diterima dan tidak dapat diterima, karena dinilai sesuai dengan beberapa standar apriori, yang menjadi kaidah pribadi atau sosial.<sup>19</sup> Sedangkan mengenai fakta, Shidarta mengatakan, di dalam alam semesta ini, tidak terhitung jumlah fakta yang terjadi.

<sup>18</sup> *Ibid*, h. 93.

<sup>19</sup> Austin Chinhengo, *Essential Jurisprudence*, Second Edition, London: Cavendish Publishing Limited, 2000, h. 7.

Fakta adalah segala sesuatu yang berada dalam ruang dan waktu. Dalam hukum, peristiwa kongkret adalah suatu fakta karena dapat ditunjukkan di mana terjadinya dan kapan terjadinya”.<sup>20</sup> Oleh karena itu, LGBT hanyalah sebuah fakta, maka keinginan dan harapan agar diakuinya perkawinan sesama jenis dari perspektif teori hukum kodrat irrasional tidak perlu dan tidak dapat diterima di dalam hukum, karena sumber hukum dalam teori hukum kodrat irrasional adalah moral Ketuhanan bukan fakta empirik, dan kalau semua fakta yang ada di alam ruang dan waktu, dimasukkan dalam hukum maka karena begitu banyaknya fakta yang harus diatur justru akan menciptakan ketidakadilan dan kekacau-balauan (*chaos*) dalam bidang hukum.

## **B. Perkawinan Sesama Jenis Dalam Perspektif Konstitusi Indonesia**

Soekamto menyatakan dalam hubungannya dengan manusia lain, seorang manusia haruslah berpedoman pada norma. Hubungan manusia dengan manusia lain, manusia dengan kelompok manapun hubungan antar kelompok diatur dengan serangkaian nilai-nilai atau kaidah. Kaidah atau norma dalam masyarakat terdiri dari norma agama, kesusilaan, sopan santun, dan norma hukum.<sup>21</sup> Demikian juga halnya dengan bentuk-bentuk perkawinan seharusnya sesuai dengan norma yang bersumber dari nilai moral sehingga tercipta ketertiban di masyarakat.

Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 sangat jelas menganut aliran hukum kodrat irrasional. Hal ini terlihat dari pengakuan akan Tuhan Yang Maha Esa ditegaskan dalam pembukaan UUD NRI Tahun 1945 yang menyatakan bahwa, “... disusunlah Kemerdekaan Kebangsaan Indonesia itu dalam suatu Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia, yang terbentuk dalam suatu susunan Negara Republik Indonesia yang berkedaulatan rakyat dengan berdasar kepada Ketuhanan Yang Maha Esa, dan selanjutnya dikukuhkan lagi di dalam Pasal 29 ayat (1) yang berbunyi “Negara berdasar atas Ketuhanan Y.M.E. Sebagai undang-undang tertinggi maka konstitusi jelas menekankan moral Ketuhanan menjadi fundasi dari setiap pembentukan hukum di Indonesia.

Maknawinya, bahwa hambatan tidak dapat diterimanya perkawinan sesama jenis di Indonesia, bukan karena *homophobia*<sup>22</sup>, sentimen atau berdasarkan

<sup>20</sup> Sidharta, dalam Bernard Arief Sidharta, *Pengembangan Hukum Teoritis, Refleksi atas Konstelasi Disiplin Hukum*, Bandung: Logoz Publishing, 2014, h. 118.

<sup>21</sup> Agus Sudaryanto, dan Sigit Riyanto, “Eksistensi Delik Adat di lingkungan Masyarakat Sentolo Kabupaten Kulonprogo Yogyakarta”, *Jurnal Mimbar Hukum*, Volume 28, Nomor 1, Februari 2016, h. 47.

<sup>22</sup> Homophobia adalah sebuah istilah yang berarti penindasan dan diskriminasi yang dialami oleh orang-orang LGB dan sering dikaitkan dengan tindak kekerasan anti-gay yang ekstrem seperti kejahatan kebencian (lihat, Fish, dalam Charlotte Knight dan Kath Wilson, *Op.Cit.*, h.23.)

atas perasaan suka atau tidak suka (*like or dislike*) atau arogansi mayoritas terhadap minoritas LGBT tanpa dasar argumentasi hukum yang ilmiah, tetapi dasar rasionalitasnya adalah karena perkawinan sesama jenis bertentangan dengan moral Ketuhanan Yang Maha Esa dalam Konstitusi, sehingga menurut teori hukum kodrat irrasional tidak dapat menerima jenis perkawinan tersebut adalah karena dari optik hukum kodrat irrasional perkawinan sesama jenis itu tidak elok di mata Tuhan. Menurut kitab agama-agama *mainstream* pada mula-mula penciptaan manusia, Tuhan akhirnya menyandingkan kelamin feminis yang diambil dari tulang rusuk yang berkelamin patriarki supaya dapat melakukan perkawinan heteroseksual, kemudian setelah itu baru Tuhan melihat semua ciptaan sempurna. Nilai-nilai moral dalam perkawinan heteroseksual juga dapat terlihat dari visi dan misi kemanusiaan yang diembannya yaitu agar manusia itu berketurunan dan bertambah banyak, suatu unsur yang tidak mungkin dapat dipenuhi oleh perkawinan sesama jenis (*same sex marriage*) LGBT.

Terdapat beberapa pengertian mengenai LGBT di dalam perundang-undangan dan literatur. Pengertian Homoseksual yang terkandung di dalam Pasal 292 Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP) istilah perbuatan cabul secara seksual dengan orang lain sesama jenis kelamin. Menurut Kamus Bahasa Indonesia terbitan Pusat Bahasa Departemen Pendidikan Nasional, Homoseksual adalah mempunyai rasa berahi terhadap orang dari jenis kelamin yang sama. Lesbian adalah wanita yang memuaskan berahinya dengan sesama jenisnya atau wanita homoseks<sup>23</sup> Gay adalah laki-laki yang menyukai dan berhubungan seks secara homoseksual dengan sesama laki-laki. Istilah Gay pada umumnya digunakan terhadap orang-orang homoseksual atau yang mempunyai sifat-sifat homoseksual dengan penampilan yang cerah dan warna-warni. Sedangkan Transgender adalah jenis kelamin tertentu yang dipilih melalui operasi, dan atau berpenampilan yang berbeda dari gender yang di asumsikan saat kelahiran, karena merasa bahwa gender tersebut tidak sesuai untuk mendeskripsikan diri mereka secara sempurna.

### **1. Bentuk Perkawinan dalam Undang-Undang Perkawinan Indonesia**

Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia 1945 merupakan undang-undang tertinggi dalam hierarki perundang-undangan Indonesia, dan hingga kini telah mengalami perubahan sebanyak empat kali, tetapi dalam setiap perubahan Konstitusi masih tetap menempatkan Pancasila

<sup>23</sup> Kamus Bahasa Indonesia, Jakarta: Pusat Bahasa, Departemen Pendidikan Nasional, 2008, h. 919.

sebagai cita hukum (*rechtsidee*) dan pokok-pokok pikiran sekaligus menjadi norma fundamental (*Staatsfundamentalnorm*) yang mendasari dan menjadi sumber Aturan pokok Negara (*verfassungsnorm*). “Selanjutnya dikemukakan bahwa “Kelima sila dari Pancasila dalam kedudukannya sebagai Cita Hukum rakyat Indonesia dalam kehidupan bermasyarakat, berbangsa, dan bernegara secara positif merupakan “bintang pemandu” yang memberikan pedoman dan bimbingan dalam semua kegiatan memberi isi kepada tiap peraturan perundang-undangan, dan secara negatif merupakan kerangka yang membatasi ruang gerak isi peraturan perundang-undangan tersebut. Terhadap isi peraturan perundang-undangan sila-sila tersebut baik sendiri-sendiri maupun bersama-sama, baik tunggal maupun berpasangan merupakan asas hukum umum”.<sup>24</sup>

Di dalam Undang-undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan kedudukan Pancasila sebagai cita hukum (*rechtsidee*) dan pokok-pokok pikiran sekaligus menjadi norma fundamental yang mendasari dan menjadi sumber Aturan pokok Negara yang memandu dan memberikan pedoman dan bimbingan dalam semua kegiatan memberi isi kepada tiap peraturan perundang-undangan, dapat dilihat dalam konsiderans undang-undang perkawinan tersebut yang mengatakan bahwa undang-undang perkawinan tersebut merupakan derivasi dan falsafah Pancasila serta cita-cita untuk pembinaan hukum nasional, sehingga perlu adanya undang-undang yang mengatur tentang perkawinan terhadap seluruh warga negara tanpa terkecuali.

Ini berarti bahwa segala bentuk-bentuk perkawinan yang dilakukan di Indonesia, implementasinya harus dilakukan berdasarkan Pancasila. Sila pertama menyatakan bahwa Indonesia adalah negara yang berdasarkan Ketuhanan Yang Maha Esa. Sila ini menjadi sangat penting dalam sistem perkawinan di Indonesia karena merupakan manifestasi penganut hukum alam *irrasional*, yaitu paham hukum yang meyakini bahwa hukum pada hakekatnya bersumber dari Tuhan sehingga harus sejalan dengan kaidah moral dari Tuhan Yang Maha Esa.

Selanjutnya Undang-Undang Perkawinan tersebut mengatakan bahwa Perkawinan merupakan ikatan lahir batin antara seorang pria dengan seorang wanita sebagai suami istri dengan tujuan membentuk keluarga (rumah tangga) yang bahagia kekal berdasarkan Ketuhanan Yang Maha

<sup>24</sup> A. Hamid S. Attamimi, dalam Maria Farida Indrati S. *Ilmu Perundang-undangan, Jenis, Fungsi, dan Materi Muatan*, Yogyakarta: Kanisius, 2007, h. 59.

Esa. Pasal ini merupakan kata kunci bentuk perkawinan yang berlaku di Indonesia, yang secara vertikal harmonis dengan Konstitusi Pasal 28 ayat (1) yang menyatakan bahwa setiap orang berhak membentuk keluarga dan melanjutkan keturunan melalui perkawinan yang sah. Kedua pasal baik Pasal 28 ayat (1) Konstitusi Indonesia maupun Undang-Undang Perkawinan secara sinkron telah menetapkan bahwa bentuk perkawinan yang sah yang dapat diterima di Indonesia adalah bentuk perkawinan heteroseksual antara pria dan wanita sebagai suami istri, lengkap dengan misi kemanusiaan untuk menjadi sebuah keluarga terdiri dari suami dan istri atau kewajiban alternatif menjadi sebuah rumah-tangga yang terdiri dari ayah-ibu dan anak, untuk merefleksikan misi awal konsep awal perkawinan dan penciptaan manusia oleh Tuhan Yang Maha Esa.

Kendala utama untuk dapat mengakomodir konsep perkawinan sesama jenis untuk dapat dipositifkan dan diterapkan di dalam perundang-undangan Indonesia, adalah ketidak mampuan jenis perkawinan ini untuk memenuhi unsur-unsur moral Ketuhanan yang harus dipenuhi agar sesuai dengan Pasal-pasal dalam Konstitusi dan dalam undang-undang perkawinan, yaitu bahwa yang melakukan perkawinan selain harus memenuhi unsur berbeda jenis kelamin, tetapi juga harus memenuhi unsur penting lainnya yaitu untuk melanjutkan keturunan (rumah-tangga).

Selain itu sah tidaknya suatu perkawinan di Indonesia juga harus melalui proses legitimasi menurut kaidah-kaidah yang berlaku pada institusi agama yang dipeluk oleh seseorang, tanpa adanya pengakuan dari agama yang dianut oleh orang yang akan melakukan perkawinan, itu juga sudah menjadi kendala dan tantangan tersendiri yang akan dihadapi oleh bentuk perkawinan sesama jenis, sehingga sulit untuk mendapat pengesahan menurut aturan perundang-undangan dari Negara. Di dalam berbagai peristiwa hukum yang terjadi di masyarakat, pengadilan dapat dan telah membatalkan sejumlah perkawinan yang telah terlanjur terjadi karena secara tipu muslihat salah seorang calon yang kawin mengelabui identitas gendernya. Menurut aturan seorang suami atau seorang isteri dapat mengajukan permohonan pembatalan perkawinan ke pengadilan apabila pada waktu berlangsungnya perkawinan terjadi salah sangka mengenai diri suami atau isterinya tersebut, dan adapun pihak-pihak yang dapat mengajukan pembatalan perkawinan tersebut termasuk para keluarga dalam garis keturunan lurus ke atas dari suami atau istri.

Legitimasi dari agama-agama tersebut harus selaras dan dapat dilihat dari pengertian-pengertian tentang istilah perkawinan yang diberikannya. “Istilah perkawinan menurut Islam disebut nikah atau *ziwaj*. Kedua istilah ini dilihat dari arti katanya dalam bahasa Indonesia ada perbedaan, sebab kata “nikah” berarti hubungan seks antar suami-isteri sedangkan *ziwaj* berarti kesepakatan antara seorang pria dengan seorang wanita yang mengikat diri dalam hubungan suami isteri untuk mencapai tujuan hidup dalam melaksanakan ibadat kebaktian kepada Allah”.<sup>25</sup> Sedangkan menurut Kompilasi Hukum Islam bahwa Perkawinan menurut Islam adalah pernikahan, yaitu akad yang sangat kuat atau *miitsaaqon gholidhan* untuk menaati perintah Allah dan melaksanakannya merupakan ibadah, dengan tujuan untuk mewujudkan kehidupan rumah tangga yang *sakinah, mawaddah, dan rahmah*.

Bagi umat Katolik perkawinan adalah sebuah panggilan hidup sebagai lembaga atau wadah untuk saling mencintai bersifat monogami dan tak terceraiakan, “melalui perkawinan, suami isteri membangun kehidupan keluarga, entah berbentuk keluarga luas tradisional ataupun keluarga kecil modern monogam. Setiap bentuk keluarga memiliki nilai-nilai positif dan sekaligus membonceng kecenderungan negatif. Umat beriman Katolik menerima dan menghayati bentuk perkawinan yang dipilihnya dalam terang cahaya Alkitab, ajaran Gereja dan Tradisi Katolik. Yang penting bagi orang Katolik menjadi suami-isteri adalah sebuah panggilan; perkawinan adalah sakramen; suami isteri membentuk komunitas cinta dan keluarga adalah gereja kecil atau gereja rumah tangga (*ecclesia domestica*).<sup>26</sup> Sedangkan perkawinan menurut agama Kristen Protestan perkawinan adalah ikatan cinta kasih antara seorang pria yang meninggalkan ayah dan ibunya untuk bersatu serumah dengan wanita yang menjadi isteri yang dikasihinya membentuk keluarga (rumah-tangga) untuk menjalankan dan meneruskan amanat agung Tuhan.

Majelis Tinggi Agama Khonghucu Indonesia (Matakin) mendefinisikan perkawinan sebagai ikatan lahir batin antara seorang pria dengan seorang wanita dengan tujuan membentuk keluarga (rumah tangga) yang bahagia dan melangsungkan keturunan berdasarkan Ketuhanan Yang Maha Esa. Parisada Hindu Dharma Indonesia (PHDI) menyatakan perkawinan menurut ajaran Hindu adalah *yajna*, yaitu sebagai salah satu bentuk kewajiban pengabdian

<sup>25</sup> R. Abdul Djamali, *Hukum Islam*, Bandung: Mandar Maju, 2002, h. 77.

<sup>26</sup> Jacobus Tarigan, *Religiositas Agama & Gereja Katolik*, Jakarta: Grasindo, 2007, h. 128.

kepada Hyang Widhi Wasa (Tuhan Yang Maha Kuasa). Ditambah lagi bahwa perkawinan adalah masa awal memasuki *Grihastha Asrama* (kehidupan berumah tangga) dan dinyatakan sebagai dharma (kewajiban suci), sehingga lembaga tersebut harus dijaga keutuhan dan kesuciannya.<sup>27</sup>

Berefleksi dari pengertian-pengertian dan kaidah-kaidah dari masing-masing institusi agama di atas, maka semuanya mengarah pada bentuk perkawinan heteroseksual dan menganut teori hukum kodrat irrasional, syarat-syarat ini juga yang kemudian di resepsi menjadi rujukan utama di dalam Konstitusi dan aturan perundang-undangan yang mengatur tentang perkawinan di Indonesia. Tujuan perkawinan menurut agama-agama tersebut sangat mulia yaitu ibadah untuk dapat meneruskan keturunan beranak cucu dan menjadi penguasa atas segala yang hidup. Jadi perkawinan yang diharapkan bukan hanya sekedar kebutuhan hubungan emosional dan seksual, akan tetapi lebih jauh lagi agar terjaga kelangsungan kehidupan manusia yang berkelanjutan (*sustainable*).

## 2. LGBT sebagai Fakta dan Perkawinan Sesama Jenis sebagai Moral dalam KUHP

KUHP merupakan hukum pidana peninggalan Belanda yaitu *Wetboek van Strafrecht (WvS)* yang diberlakukan di Negara Indonesia atas dasar konkordansi, dan setelah kemerdekaan Indonesia kemudian dikukuhkan dengan Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1946 *Jo* Undang-Undang Nomor 73 Tahun 1958 (N. 58-127) yang menyatakan berlakunya Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1946 Republik Indonesia tentang Peraturan Hukum Pidana untuk Seluruh Wilayah Republik Indonesia dan Mengubah Kitab Undang-Undang Hukum Pidana.

Tindak pidana kesusilaan (*zedelijkheid*) atau *delict-susila* dalam KUHP di mana salah satu pasalnya mengatur tentang homoseksual Lesbian Gay Biseksual dan Transgender (LGBT), terdapat dalam Buku Kedua, Bab XIV. Kesusilaan yang dimaksud dilanggar atau disinggung oleh si petindak adalah hal-hal yang dirasakan sebagai suatu kesusilaan oleh segenap orang pada umumnya pada suatu masyarakat tertentu. Menurut Kamus Besar Bahasa Indonesia, kesusilaan berasal dari kata susila yang artinya baik budi

<sup>27</sup> Putusan Nomor 68/PUU-XII/2014, dalam Faiq Tobroni, "Kebebasan Ijtihad Nikah Beda Agama Pasca Putusan Mahkamah Konstitusi", Jurnal Konstitusi Volume 12 Nomor 3 September 2015, h. 616.

bahasanya, beradab, sopan, sedangkan kesusilaan adalah perihal susila, adat istiadat yang baik, sopan santun, kesopanan, keadaban, pengetahuan tentang adab.<sup>28</sup> Sedangkan menurut sugandhi, kesusilaan berarti rasa kesopanan yang berkaitan dengan nafsu kekelaminan.<sup>29</sup>

Salah satu hal yang menarik di dalam Kitab Undang-undang Hukum Pidana Indonesia adalah peletakan masalah LGBT sebagai sebuah “fakta” sehingga persetubuhan sesama jenis kelamin (homoseksual) yang dilakukan secara suka sama suka antara orang dewasa tidak dimasukkan menjadi delik kesusilaan. Di dalam Pasal 292 dinyatakan bahwa hubungan seksual homoseksual atau sejenis kelamin sejenis laki-laki dengan laki-laki (gay), dan wanita dengan wanita (lesbian) yang telah dewasa bukan merupakan sebuah tindak pidana. Bagi hukum pidana Indonesia hubungan percabulan seperti ini adalah sebuah fakta yang tidak perlu diatur. Pengaturan dan larangan hanya diatributkan untuk melindungi “anak di bawah umur”, artinya hubungan homoseksual yang menjadi delik pidana hanya akan terjadi jika perbuatan tersebut dilakukan oleh anak di bawah umur atau sesama anak di bawah umur tujuannya adalah agar si anak tersebut tidak terganggu kejiwaannya di masa depannya nanti. Lebih-lanjut di dalam Pasal 292 Kitab Undang-undang Hukum Pidana (KUHP) mengatakan “*orang dewasa yang melakukan perbuatan cabul dengan orang lain sesama jenis kelamin, yang sepatutnya harus diduga belum dewasa, diancam dengan pidana penjara paling lama lima tahun*”, dan di dalam Undang-Undang Nomor 35 Tahun 2014 Tentang Perlindungan Anak hukuman ini kemudian diperberat bagi pelaku dewasa, sedangkan terhadap pelaku sesama anak dengan *diversi*.

Penempatan hubungan seks homoseksual walaupun dilakukan dengan tidak sah tetapi KUHP menempatkan sebagai sebuah ‘fakta’ sehingga para pelaku tidak dapat dipidana, berbanding terbalik dengan penempatannya dengan hubungan seks heteroseksual yang tidak sah dianggap sebagai pelanggaran ‘moral’ sehingga di dalam Pasal 293 hingga pasal 298 dianggap merupakan sebuah pelanggaran terhadap tindak pidana kesusilaan. “Wirjono Prodjodikoro, menyebut kesusilaan dengan kata kesopanan, dan mengartikan bahwa kesopanan pada umumnya mengenai adat istiadat kebiasaan yang baik dalam hubungan antara berbagai anggota masyarakat. Sedangkan kesusilaan

<sup>28</sup> Kamus Bahasa Indonesia, *Ibid*, h. 1570.

<sup>29</sup> Sugandhi, *KUHP dan Penjasannya*, Surabaya: Usaha Nasional, 1981, h. 295.

juga mengenai adat kebiasaan yang baik itu, tetapi khusus setidaknya mengenai kelamin (seks) seseorang”.<sup>30</sup>

Homoseksual, menunjuk kepada suatu perbuatan bersama melanggar kesusilaan antara dua orang berkelamin sama, jadi antara laki-laki dengan laki-laki, atau antara perempuan dengan perempuan.<sup>31</sup> Sedangkan yang dimaksud dengan kesusilaan adalah dalam arti yang luas. Bukan hanya menyangkut soal kebirahian atau sex saja, akan tetapi meliputi semua kebiasaan hidup yang pantas dan berahlak dalam suatu kelompok masyarakat (tertentu) yang sesuai dengan sifat-sifat dari masyarakat yang bersangkutan. Norma kesusilaan tidak hanya terbatas bagi orang-orang yang memeluk suatu agama tertentu saja, melainkan juga bagi mereka yang tidak mengakui sesuatu agama. Orang terdorong untuk mentaati norma-norma kesusilaan, karena keinginannya untuk hidup bermasyarakat tanpa semata-mata karena paksaan rohaniah atau jasmaniah.<sup>32</sup>

### 3. Perkawinan Sesama Jenis dalam Hukum Adat

Indonesia dikenal kaya dengan adat tradisi budayanya, dan hingga kini menjadi salah satu sektor penghasil sumber devisa negara, dan yang paling banyak menyokong pendapatan masyarakat di daerah-daerah tertentu. “...Alam pemikiran tradisional Indonesia (alam pikiran timur pada umumnya) bersifat kosmis, meliputi segala-galanya sebagai kesatuan (totaliter). Umat manusia menurut aliran pikiran kosmis itu adalah sebgagian dari alam, tidak terjadi ada pemisahan-pemisahan-pemisahan dari berbagai macam lapangan hidup, tidak adanya pembatasan antara dunia lahir dan dunia gaib, dan tidak ada pemisahan manusia dengan mahluk-mahluk lainnya. Segala sesuatu bercampur-baur dan bersangkutan paut, segala sesuatu pengaruh mempengaruhi”.<sup>33</sup> Di dalam hukum adat ruang lingkupnya sangat sempit batasan antara urusan pribadi dengan urusan komuniti, urusan pribadi dapat menjadi urusan komuniti dan sebaliknya urusan komuniti bisa menjadi urusan pribadi. Hukum adat sangat transparan hal itu terjadi karena dalam hukum adat terdapat hubungan kekerabatan yang sangat dekat, atau setidaknya berasal dari satu wilayah atau kekerabatan yang sama. Norma-norma dalam hukum adat juga mengatur hal-hal yang diperintahkan dan hal-hal dilarang untuk menjaga kesedapan

<sup>30</sup> Wirjono Prodjodikoro, *Tindak-tindak Pidana Tertentu Di Indonesia*, Bandung: Refika Aditama, 2012, h. 112.

<sup>31</sup> *Ibid*, h. 120.

<sup>32</sup> E.Y. Kanter dan S.R. Sianturi, *Asas-asas Hukum Pidana di Indonesia dan Penerapannya*, Jakarta: Stora Grafika, 2002, h. 27.

<sup>33</sup> Soepomo, *Bab-bab Tentang Hukum Adat*, Jakarta: Pradnya Paramita, 1993, h. 110.

hidup bersama dalam suatu komunitas adat. Bentuk pengaturan-pengaturan larangan dalam hukum adat mulai dari larangan yang ringan hingga dalam bentuk larangan yang bersifat “tabu”, dan pada umumnya bersifat tidak tertulis tetapi masih tetap dipegang teguh oleh setiap anggota komunitas adat.

Akan tetapi walaupun dalam akar budaya Indonesia embrio LGBT sudah ada sebagaimana halnya di dalam budaya kepercayaan tradisional Bugis yaitu komunitas Amparita Sidrap, dikenal dengan sebutan “*Bissu*” yang disebut di atas, ini tidak mencerminkan bahwa fakta tersebut mencerminkan penerimaan perkawinan sesama jenis dalam hukum adat Indonesia. Di dalam hukum Adat Indonesia dikenal dengan adanya “larangan perkawinan dalam hukum adat”, dan menurut Dewi Wulansari “...larangan perkawinan dalam hukum adat adalah segala sesuatu yang dapat menyebabkan perkawinan itu tidak dapat dilaksanakan karena tidak memenuhi persyaratan sebagaimana dikehendaki oleh hukum adat atau larangan agama yang telah masuk menjadi ketentuan hukum adat.”<sup>34</sup> Larangan perkawinan itu dapat terjadi antara lain karena hubungan kekerabatan, karena perbedaan kedudukan, karena perbedaan agama, terlebih-lebih karena perkawinan sama jenis kelamin.

Secara prinsip tujuan perkawinan menurut hukum adat adalah untuk meneruskan keturunan yaitu keturunan leluhur yang mempunyai hubungan darah secara turun-turun dari generasi yang terdahulu kegenerasi terkemudian. Hal itu sangat penting agar ada penerus marga, gelar, klan, harta peninggalan leluhur dan penerus yang menjaga kampung atau desa dalam satu wilayah tertentu dan lain sebagainya.

Pada umumnya kita melihat adanya hubungan hukum yang didasarkan pada hubungan darah, a.l. antara orang tua dengan anak-anaknya, juga bahwa pada umumnya ada akibat hukum yang berhubungan dengan keturunan, bergandengan dengan ketunggalan leluhur; akibat hukum ini tidak semua sama di seluruh daerah.<sup>35</sup> Tetapi meskipun akibat-akibat hukum yang berhubungan dengan ketunggalan leluhur ini diseluruh daerah tidak sama, toh dalam kenyataan terdapat suatu pandangan pokok yang sama terhadap masalah keturunan ini di seluruh daerah, yaitu bahwa keturunan adalah merupakan unsur yang hakiki serta mutlak bagi sesuatu klan, suku ataupun

<sup>34</sup> Dewi Wulansari, *Hukum Adat Indonesia, Suatu Pengantar*, Bandung: Refika Aditama, 2012, h. 64.

<sup>35</sup> Bushar Muhammad, *Pokok-pokok Hukum Adat*, Jakarta: Pradnya Paramita, 2006, h. 1.

kerabat yang menginginkan dirinya tidak punah, yang menghendaki supaya ada generasi penerus.<sup>36</sup>

Mayoritas dalam budaya-budaya tertentu menganggap bahwa perkawinan tanpa menghasilkan keturunan adalah merupakan suatu aib atau sesuatu yang memalukan, itulah sebabnya didaerah-daerah adat tertentu walaupun ada agama kental dengan larangan agama yang melarang untuk bercerai, tetapi biasanya komunitas adat akan lebih toleran untuk dapat menerima dan memaklumi alasan perceraian tersebut karena perkawinannya tidak mempunyai keturunan. Demikian juga dalam daerah adat yang komunitasnya juga beragama Islam, faktor keturunan juga menjadi salah satu alasan perceraian, atau setidaknya dapat menikah setelah mendapat persetujuan dari istri terdahulu sesuai ketentuan yang diatur oleh undang-undang perkawinan dan kompilasi hukum Islam.

Upaya untuk mendapat keturunan dalam hukum adat ini juga membuat bentuk-bentuk perkawinan adat menjadi beragam, seperti adanya perkawinan yang dinamai dengan “Kawin Menginjam Jago”, “Kawin Tegak-tegik, Kawin Ambil Anak/Kawin Tambig Anak, Kawin Jeng Mirul, Rejang, Kawin Medua Ranjang, dan semuanya ini adalah bentuk perkawinan untuk dapat meneruskan garis keturunan marga, klan dari leluhur agar tidak terjadi kepunahan. “Kawin Menginjam Jago, Walaupun tidak mempunyai arti hina, karena sang suami di sini hanyalah semata-mata menjadi “jago” untuk mendapatkan keturunan darinya, seperti halnya pada kawin *ama-ni-manuk* di Tapanuli. Dalam keadaan darurat dan diancam kepunahan, kedudukan sang menantu terhormat dan sebagai suami ia akan tetap menginsyafi dirinya sebagai orang pendatang/ menantu yang tidak mempunyai hak apapun didalam urusan harta dan kepentingana lain dalam keluarga istrinya itu”.<sup>37</sup> Kawin Jeng Mirul, ini adalah suatu bentuk perkawinan dalam keadaan darurat, yaitu suatu keluarga melaksanakan perkawinan dengan mengambil anak (menjadi) menantu, semata-mata sebagai wali atau wakil mutlak dari anak-anak yang kemudian akan dilahirkan dari perkawinan tersebut.<sup>38</sup> Bentuk perkawinan Medua Ranjang atau Ganti Tikar juga, terjadi dalam hukum adat, yaitu seorang laki-laki kawin dengan janda istri abangnya yang sudah meninggal dunia/almarhum

<sup>36</sup> *Ibid.*

<sup>37</sup> *Ibid.*, h. 26.

<sup>38</sup> *Ibid.*

yang tidak punya keturunan. Dengan perkawinan itu lahirlah anak-anak, dan dianggap sebagai anak dari abangnya yang meninggal tersebut.

Besarnya kepedulian komunitas adat akan keturunan sebagai tanggung jawab kolektif, menjadi faktor penghalang yang membuat sulitnya perkawinan sesama jenis LGBT untuk diterima dalam perjalanan budaya Indonesia yang berakar dari budaya tradisional. Dalam budaya-budaya Indonesia bahkan tidak terpikirkan akan ada jenis kelamin ketiga dan bentuk perkawinan sesama jenis, meskipun secara faktual LGBT itu ada. Mayoritas kelompok budaya di Indonesia hanya mengenal jenis kelamin laki-laki dan wanita dan perkawinan heteroseksual sebagai upaya memastikan adanya kehidupan keturunan yang berkelanjutan.

#### **4. Penempatan Posisi LGBT dan Posisi Perkawinan Sesama Jenis di Indonesia**

Melihat distorsi yang cukup keras terjadi di masyarakat antara para penganut hukum alam irrasional, yang melihat semua realitas dari sudut pandang deduktif dari nilai-nilai moral Ketuhanan, yang berbenturan dengan aliran-aliran hukum Kodrat rasional yang menganggap bahwa sumber hukum itu moral manusia dan melepaskan diri dari moralitas Ketuhanan, maka solusi terbaik adalah menggali secara radikal aksiologi (manfaat) dari semua perjuangan yang ada apakah bermanfaat untuk manusia dan kemanusiaan.

Bagi penganut hukum kodrat irrasional yang penganutnya mayoritas di Indonesia, bahwa moral Ketuhanan adalah sesuatu yang tidak dapat ditawar-tawar lagi, dan manakala moral Ketuhanan berbenturan dengan moral Kemanusiaan maka moral Kemanusiaan lah yang harus menyesuaikan diri dengan moral Ketuhanan. Perkawinan yang bermoral bagi penganut hukum kodrat irrasional adalah perkawinan beda kelamin (heteroseksual), sedangkan perkawinan sesama jenis kelamin (homoseksual) adalah perkawinan yang tidak bermoral Ketuhanan, sehingga tidak mungkin dapat diterima di dalam Konstitusi dan perundang-undangan. Selanjutnya penganut hukum Kodrat Irrasional LGBT (Lesbian Gay Biseksual dan Transgender) adalah sebuah "fakta" sedangkan fakta menurut teori Stanley L. Paulson bukan merupakan sumber hukum kodrat irrasional yang menempatkan moralitas Ketuhanan di dalam semua perundang-undangan sebagai terdapat dalam Undang-undang

Dasar Negara Republik Indonesia 1945 yang menempat Pancasila dengan nilai Ketuhanan Yang Maha Esa. Akan tetapi walau bagaimanapun karena LGBT adalah sebuah fakta maka sebagai sesama warganegara Indonesia, tentu pemerintah wajib untuk memberi perlindungan yang setara (*equality*) dan perlakuan di hadapan hukum didalam segala hal, terkecuali harapan tentang pengakuan perkawinan sesama jenis (*same sex marriage*) sebagaimana diuraikan diatas terpaksa di marginalkan karena tidak sesuai dengan Konstitusi dan Pancasila.

## KESIMPULAN

Berdasarkan uraian di atas maka dapatlah disimpulkan, *Pertama*, bahwa di dalam perspektif hukum kodrat irrasional yang *theocentris* sumber hukum adalah “moral” bukan “fakta”, oleh karenanya aturan perundang-undangan dipositifkan dari/dan tidak boleh bertentangan dengan moral Ketuhanan Y.M.E., dalam pandangan hukum kodrat irrasional, LGBT dan perkawinan sesama jenis (*same sex marriage*) adalah sebuah “fakta” yaitu sesuatu yang berada di dalam ruang dan waktu sehingga bukan merupakan sumber hukum. Perkawinan ini tidak elok di mata (moral) Tuhan dan karena bertentangan dengan moralitas Ketuhanan maka tidak mungkin dapat dijadikan hukum. *Kedua*, bahwa Konstitusi Indonesia telah empat kali mengalami perubahan, di mana setiap perubahan tersebut Pancasila sebagai *grundnorm* yang sila pertamanya Ketuhanan Y.M.E. selalu ditempatkan menjadi salah satu fundasi dan bintang pemandu dalam pembuatan Undang-undang Perkawinan, hal mana intisari dari perkawinan itu merupakan ikatan lahir batin antara seorang pria dan wanita (heteroseksual) dengan tujuan membentuk keluarga (rumah tangga) yang bahagia kekal berdasarkan Ketuhanan Y.M.E. Pasal ini merupakan kata kunci bentuk perkawinan yang sah di Indonesia, yang secara vertikal harmonis dengan Pancasila, kaidah-kaidah agama *mainstream*, dan Pasal 28 ayat (1) Konstitusi, Undang-undang Perkawinan, dan hukum Adat. Sebab pertentangan dengan hal-hal itulah maka perkawinan sesama jenis (*same sex marriage*) LGBT tidak diterima, dan selain itu, bentuk perkawinan baru ini tidak mampu menjalankan visi misi kemanusiaan yang harus diembannya, agar manusia itu berketurunan guna terjaminnya keberlangsungan manusia dan kemanusiaan secara berkelanjutan (*sustainable*).

## DAFTAR PUSTAKA

### Buku

- Antonius Cahyadi, dan E. Fernando M. Manullang, 2007, *Pengantar ke Filsafat Hukum*, Jakarta: Kencana Prenada Media Group.
- Austin Chinhengo, 2000, *Essential Jurisprudence*, Second Edition, London: Cavendish Publishing Limited.
- B. Arief Sidharta, 2008, *Apakah Filsafat dan Filsafat Ilmu itu ?*, Bandung: Pustaka Sutra.
- \_\_\_\_\_, 2014, *Pengembangan Hukum Teoritis, Refleksi atas Konstelasi Disiplin Hukum*, Bandung: Logoz Publishing.
- Bushar Muhammad, 2006, *Pokok-pokok Hukum Adat*, Jakarta: Pradnya Paramita.
- Charlotte Knight dan Kath Wilson, 2016, *Lesbian, Gay, Bisexual and Trans People (LGBT) and the Criminal Justice System*, London: Palgrave macmillan.
- Dewi Wulansari, 2012, *Hukum Adat Indonesia, Suatu Pengantar*, Bandung: Refika Aditama.
- E.Y. Kanter dan S.R. Sianturi, 2002, *Asas-asas Hukum Pidana di Indonesia dan Penerapannya*, Jakarta: Storia Grafika.
- Jacobus Tarigan, 2007, *Religiositas Agama & Gereja Katolik*, Jakarta: Grasindo.
- Kamus Bahasa Indonesia, 2008, Jakarta: Pusat Bahasa, Departemen Pendidikan Nasional.
- Lili Rasjidi, dan Ira Thania Rasjidi, 2007, *Dasar-dasar Filsafat dan Teori Hukum*, Bandung: Citra Aditya Bakti.
- Maria Farida Indrati S. 2007, *Ilmu Perundang-undangan, Jenis, Fungsi, dan Materi Muatan*, Yogyakarta: Kanisius.
- R. Abdul Djamali, 2002, *Hukum Islam*, Bandung; Mandar Maju.
- Sugandhi, 1981, *KUHP dan Penjelasannya*, Surabaya: Usaha Nasional.
- Sunaryati Hartono, 2006, *Penelitian Hukum di Indonesia Pada Akhir Abad ke-20*, Bandung, Alumni.

Soepomo, 1993, *Bab-bab Tentang Hukum Adat*, Jakarta: Pradnya Paramita.

Teguh Prasetyo, dan Abdul Halim Barkatullah, 2012, *Filsafat, Teori, & Ilmu Hukum*, Jakarta: Raja Grafindo Persada.

Wirjono Prodjodikoro, 2012, *Tindak-tindak Pidana Tertentu Di Indonesia*, Bandung: Refika Aditama.

## **Jurnal**

Agus Sudaryanto dan Sigit Riyanto, 2016, "Eksistensi Delik Adat Dilingkungan Masyarakat Sentolo Kabupaten Kulonprogo Yogyakarta", *Jurnal Mimbar Hukum*, Volume 28, Nomor 1, Februari, h. 46-60.

Faiq Tobroni, 2015, "Kebebasan Ijtihad Nikah Beda Agama Pasca Putusan Mahkamah Konstitusi", *Jurnal Konstitusi*, Volume 12, Nomor 3, September h. 604-630

Hwian Christianto, 2015, "Eksistensi Hak Atas Materi Pornografi Berdasarkan Norma Kesusilaan", *Jurnal Veritas et Justitia*, Volume 1, No. 1, Juni, h. 61-90.

Wila Chandrawila Supriadi, 2014, "Pencatatan Perkawinan dan Kelahiran Dikaitkan Dengan Perlindungan Anak", *Jurnal Pro Justitia*, Tahun XXII Nomor 3, Juli, h. 95.

## **Makalah**

B. Arief Sidharta, *Hermeneutik, Landasan Kefilsafatan Ilmu Hukum dan praksis hukum*, Makalah, Universitas Katolik Parahyangan, Bandung, 2015.