

**The Protection of LGBT
(Lesbian, Gay, Bisexual, Transgender)
Rights According to Human Rights
Perlindungan Hak-Hak LGBT
(Lesbian, Gay, Bisexual, Transgender)
Menurut Hak Asasi Manusia¹
Oleh: Olivia J. S. Taebenu²**

ABSTRACT

This article addresses the issue of how the development of International Human Rights Law and other legal systems of states often times undermines the acceptance of sexual orientation and gender identity that ultimately impacts on how minimum are the protection toward lesbians, gays, bisexuals, and transgenders. More concretely, this article tries to explain this issue by using international human rights law instruments such as International Covenant on Civil and Political Rights, International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, and other regional human rights convention such as European Convention on Human Rights and Inter-American Convention on Human Rights. Moreover, on the basis of comparison this article also uses various judicial decisions of several human rights judicial bodies such as the European Court of Human Rights and Inter-American Court of Human Rights and also judgments of several states' Supreme Court on cases regarding the rights of LGBT where states, in their legal and religious discourses, whether directly or indirectly, often put the LGBT people as their subject of discrimination, torture and other ill-treatment, arbitrary detention, and were not granted civil liberties such as freedom of expression and freedom of association. When emphasizing substantial differences among current states' policies and the

¹ Artikel Skripsi. Dosen Pembimbing Skripsi: Dr. Merry E. Kalalo, S.H., M.H., Dr. Devy K.G. Sondakh, S.H., M.H., Ronny Luntungan, S.H., M.H.

² NIM: 100711154. Mahasiswa Fakultas Hukum Universitas Sam Ratulangi Manado

international human rights law, this article also shows the current tendencies of states to include the LGBT people on rights that were once forbidden for the LGBT people to obtain, such as the right to adopt, right to have same-sex marriage, and right to change their biological sex by the use of medical examinations, and so on.

Keywords: LGBT, homosexuality, human rights, ICCPR

ABSTRAK

Artikel skripsi ini membahas mengenai bagaimana perkembangan hukum hak asasi manusia (HAM) internasional dan sistem hukum di banyak Negara seringkali tidak sejalan dalam hal penerimaan orientasi seksual dan identitas gender yang pada akhirnya berdampak pada minimnya perlindungan terhadap kaum *Lesbian, Gay, Bisexual*, dan *Transgender*. Dalam artikel ini selanjutnya menggunakan instrumen-instrumen hukum HAM internasional seperti *International Covenant on Civil and Political Rights, International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, dan berbagai konvensi HAM regional seperti *European Convention on Human Rights* dan *Inter-American Convention on Human Rights*. Selain itu, digunakan pula putusan pengadilan dari beberapa badan peradilan HAM seperti *European Court of Human Rights, Inter-American Court of Human Rights* dan putusan dari Mahkamah Agung berbagai Negara sebagai perbandingan praktek-praktek hukum dan tradisi agama dalam suatu Negara, baik secara langsung maupun tidak langsung yang meletakkan kaum *LGBT* sebagai korban diskriminasi, penyiksaan dan perbuatan kejam lainnya, ditahan secara sewenang-wenang, dan tidak diberikan kebebasan dalam menyatakan pendapat dan kebebasan berkumpul atau berorganisasi. Seraya menekankan perbedaan antar satu Negara dengan Negara lain dalam praktek diskriminasi maupun gagalnya perlindungan

hak-hak lain terhadap kaum *LGBT*, artikel ini juga membahas perkembangan akhir-akhir ini dimana gerakan perlindungan hak kaum *LGBT* mulai dicanangkan dan berdampak pada beberapa Negara mulai menyertakan kaum *LGBT* dalam pemberian dan perlindungan hak yang mulanya dilarang seperti hak untuk mengadopsi anak, untuk melangsungkan pernikahan sesama jenis, mengubah jenis kelamin melalui proses medis, dan lain sebagainya.

Kata kunci: *LGBT*, homoseksual, Hak Asasi Manusia, *ICCPR*

A. LATAR BELAKANG

Sehubungan dengan perkembangan era globalisasi, masyarakat dunia juga sudah semakin mengetahui dan mengerti betapa pentingnya Hak Asasi Manusia (HAM). Belakangan ini, segala aspek isu negara-negara di dunia sangat berkaitan erat dengan isu HAM, baik dari segi ekonomi, sosial, politik, maupun budaya semuanya dapat dikatakan berhubungan langsung dengan perlindungan Hak Asasi Manusia. HAM adalah sebuah hak yang dimiliki sebagai manusia dan semua umat manusia memiliki hak ini.³ Karena karakter yang dimiliki oleh HAM bersifat fundamental, sehingga hak ini dianggap sebagai suatu hal yang pada dasarnya merupakan konsekuensi dari seorang individu. Instrumen-instrumen Hukum HAM Internasional seperti Deklarasi Universal HAM,⁴ *International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR)*,⁵ maupun *International Covenant on Economic, Social,*

*and Cultural Rights (ICESCR)*⁶ membawa perubahan yang signifikan dalam perjuangan untuk meningkatkan kepedulian setiap orang terhadap pentingnya rasa kemanusiaan. HAM menyandarkan nilai-nilainya pada tradisi, kebiasaan-kebiasaan, dan norma-norma yang diterima secara umum, walaupun tidak semua negara memiliki kebiasaan maupun norma tersebut. Dihubungkan dengan keberadaan kaum *LGBT* yang menjadi pembahasan skripsi ini, tidak lepas dari tradisi kebiasaan yang sudah ada dan berkembang dalam masyarakat. Keberadaan kaum *LGBT* telah ada sejak lama, namun tidak banyak orang yang mengenal dan menerima keberadaan kaum *LGBT* ini. Keberadaan kelompok ini mulai dikenal pada saat Perang Dunia dimana kelompok Nazi melarang keberadaan mereka dan mengirim mereka ke Kemah Konsentrasi (*Concentration Camp*) untuk kemudian disiksa dan dibunuh secara masal.⁷ Setelah berakhirnya PD II dan mulai dicetuskan pentingnya Hak Asasi Manusia, kaum *LGBT* mulai berani menyuarakan keberadaan mereka dan pentingnya hak mereka untuk dilindungi.⁸ Namun hal ini tidak berlangsung dengan baik, karena norma-norma agama yang sangat kental melarang hubungan asmara antara pasangan sesama jenis.⁹ Kriminalisasi kaum

³ Phillip Alston. (1990). *The United Nations and Human Rights: An Appraisal*. Oxford University Press. hlm. 10-11; Steven Wheatley. (1996). *SWOT International Law*. London: Blackstone Press Limited. hlm. 122.

⁴ Universal Declaration of Human Rights, *Adopted and proclaimed by General Assembly resolution 217 A (III) of 10 December 1948*.

⁵ International Covenant on Civil and Political Rights, G.A. res. 2200A (XXI), 21 U.N. GAOR Supp. (No.16) at 52, U.N. Doc. A/6316 (1966), 999 U.N.T.S. 171

⁶ International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights. *Adopted and opened for signature, ratification and accession by General Assembly resolution 2200A (XXI) of 16 December 1966*

⁷ United States Holocaust Memorial Museum. *Nazi Persecution of Homosexuals*. (<http://www.ushmm.org/information/exhibitions/online-features/special-focus/nazi-persecution-of-homosexuals>). Diakses pada 11 Desember 2013.

⁸ Equal Jus. *The Equal Jus Handbook to LGBT Rights in Europe*. (www.equal-jus.eu). Diunduh pada 11 Desember 2013.

⁹ Shafiqah Ahmadi. (2012). *Legal, Secular, And Religious Perspectives On Marriage Equality/Marriage Protection/Same-Sex Marriage: Islam And Homosexuality: Religious Dogma, Colonial*

LGBT berlangsung terus menerus sejak saat itu. Pada tahun 1977, di San Fransisco Amerika Serikat, seorang Pengawas Kota bernama Harvey Milk menjadi orang *gay* pertama yang menjadi pejabat sipil.¹⁰ Harvey Milk sangat vokal menyuarakan persamaan hak untuk kaum LGBT. Oleh karena keaktifan Harvey Milk dalam menyuarakan perlindungan hak-hak LGBT, bahkan Propinsi Quebec di Kanada menjadi propinsi pertama yang melarang diskriminasi atas dasar orientasi seksual. Namun perjuangan Milk menuai hasil yang pahit, karena setahun setelah itu Harvey Milk dan Walikota San Fransisco saat itu, George Moscone dibunuh atas dasar mempromosikan hak LGBT di wilayah San Fransisco.¹¹ Setelah era Harvey Milk, penerimaan kaum LGBT masih mengalami pro dan kontra. Di beberapa negara di dunia, keberadaan kaum LGBT dilarang keras oleh hukum yang berlaku di negara tersebut. Di Iran dan Afghanistan, hukuman mati dijatuhkan pada warganya yang didapati terlibat hubungan sesama jenis.¹² Di Zimbabwe, Presiden Robert Mugabe memberikan pernyataan mengenai keberadaan kaum LGBT di negaranya bahwa “*animals in the jungle are better than these people*” (hewan di hutan lebih baik daripada orang-orang ini) dan “*homosexuals are worse than dogs and pigs*” (kaum homoseksual lebih buruk derajatnya daripada anjing dan babi).¹³

Rule, And The Quest For Belonging. 26 J. Civ. Rts. & Econ. Dev. 537. Hlm. 3.

¹⁰The Biography Channel website. *Harvey Milk*. (<http://www.biography.com/people/harvey-milk-9408170>) Diakses pada 11 Desember 2013.

¹¹*Ibid*

¹² International Lesbian, Gay, Bisexual, Trans and Intersex Association Asia [ILGA Asia], *Afghanistan*, (<http://ilga.org/ilga/en/countries/AFGHANISTAN/Law>). Diakses pada 11 Desember 2013.

¹³ The Huffington Post. *Robert Mugabe, Zimbabwe President, Threatens To Behead Gay Citizens*. (<http://www.huffingtonpost.com/2013/07/26/mugabe-zimbabwe-behead>

Pada akhir tahun 2012, Kremlin atau dewan legislatif Rusia mengeluarkan RUU yang melarang “propaganda homoseksual” dan peraturan ini sudah mulai diterapkan di sembilan propinsi di Rusia.¹⁴ Segala bentuk barang yang menunjukkan kegiatan pro homoseksual seperti bendera pelangi ataupun logo dianggap sebagai “propaganda” yang melanggar peraturan domestik Rusia.¹⁵ Peraturan ini menarik protes dari para aktivis hak-hak LGBT di Rusia yang kemudian menyelenggarakan demonstrasi di tengah kota St. Petersburg, ibukota Rusia, namun demonstrasi ini ditentang oleh pemerintah setempat dan beberapa aktivis yang mengikuti demonstrasi ditindas oleh oknum-oknum pemerintah yang kemudian memenjarakan mereka.¹⁶ Bahkan pada saat penulis menyelesaikan skripsi ini, negara India kembali membuat peraturan yang mengkriminalisasi kaum homoseksual,¹⁷ dan negara Uganda mengeluarkan peraturan yang mengkriminalisasi kaum LGBT yang disebut *Anti-Homosexuality Act 2014* dimana kegiatan mempromosikan, mendukung, ataupun terlibat hubungan

gays_n_3659454.html) Dikunjungi pada 11 Desember 2013.

¹⁴ Russian State Duma, *The Protection of Children from Information Harmful to their Health and Development and Miscellaneous Legal Acts of the Russian Federation for the Purpose of Protecting Children from Information Advocating for a Denial of Traditional Family Values*, Federal Law of the Russian Federation, diadopsi pada 29 Desember 2010, No. 436 – F3.

¹⁵ Russian State Duma, *Federal Law On Basic Guarantees for the Rights of the Child in the Russian Federation*, diadopsi pada 24 Juli 1998, No. 124-FZ.

¹⁶ CBS News. *Russian anti-gay bill passes, protesters detained*. (<http://www.cbsnews.com/news/russian-anti-gay-bill-passes-protesters-detained/>) dikunjungi pada 11 Desember 2013.

¹⁷ The New York Times. *India's Supreme Court Restores an 1861 Law Banning Gay Sex*. (<http://www.nytimes.com/2013/12/12/world/asia/court-restores-indias-ban-on-gay-sex.html?ref=gardinerharris&r=0>). Dikunjungi pada 11 Desember 2013.

seks sesama jenis dapat dijatuhi hukuman penjara bahkan sampai hukuman mati.¹⁸

Pentingnya penerimaan komunitas internasional akan keberadaan dan perlindungan hak kaum *LGBT* perlu ditekankan dikarenakan instrumen-instrumen hukum HAM internasional menjamin hak dan kebebasan fundamental manusia seperti hak untuk tidak didiskriminasi,¹⁹ hak untuk bebas berasosiasi,²⁰ bebas mengeluarkan pendapat,²¹ hak untuk tidak ditahan secara sewenang-wenang,²² dan hak untuk bebas dari penyiksaan.²³ Hampir semua negara di dunia telah menandatangani dan meratifikasi konvensi-konvensi HAM yang mengatur tentang hak dan kebebasan seperti yang telah disebutkan sebelumnya yang tentunya menjadi hak dasar setiap orang termasuk kaum *LGBT*.

B. RUMUSAN MASALAH

Berdasarkan uraian diatas, maka dapat disimpulkan perumusan masalah penulisan skripsi ini, yaitu:

¹⁸ Parliament of Uganda. (2014). *The Anti-Homosexuality Act*; Wikipedia. (2014). *Uganda Anti-Homosexuality Act, 2014*. (http://en.wikipedia.org/wiki/Uganda_Anti-Homosexuality_Act,_2014) diakses pada tanggal 2 Maret 2014; BBC News. (2014). *Ugandan President Yoweri Museveni signs anti-gay bill*. (<http://www.bbc.com/news/world-africa-26320102>). Diakses pada 2 Maret 2014.

¹⁹ *Universal Declaration of Human Rights [UDHR]*, Pasal 7; *International Covenant on Civil and Political Rights [ICCPR]*, Pasal 26; *European Convention on Human Rights [ECHR]*. 213 U.N.T.S. 221. Pasal 14; *African [Banjul] Charter on Human and Peoples' Rights [African Charter]*, adopted June 27, 1981, OAU Doc. CAB/LEG/67/3 rev. 5, 21 I.L.M. 58 (1982). Pasal 19.

²⁰ *UDHR*. Pasal 20; *ICCPR*. Pasal 22; *ECHR*. Pasal 11; *African Charter*. Pasal 11.

²¹ *UDHR*. Pasal 19; *ICCPR*. Pasal 19; *ECHR*. Pasal 10; *African Charter*. Pasal 9.

²² *UDHR*. Pasal 9; *ICCPR*. Pasal 9; *ECHR*. Pasal 5; *African Charter*. Pasal 4.

²³ *UDHR*. Pasal 5; *ICCPR*. Pasal 7; *ECHR*. Pasal 3; *African Charter*. Pasal 5.

- 1) Bagaimana pengaturan perlindungan hak kaum *LGBT* menurut Hak Asasi Manusia?
- 2) Bagaimana implementasi perlindungan hak-hak *LGBT* oleh komunitas internasional?

C. METODE PENELITIAN

Penulisan skripsi ini menggunakan metode penelitian kepustakaan atau *library research*. Metode ini didasarkan pada bahan hukum primer dan sekunder. Bahan hukum yang didapatkan dari berbagai referensi atau literatur yang ada kemudian diolah dan dianalisis secara kualitatif dengan menggunakan logika berpikir dan deduksi yaitu hal-hal yang bersifat umum kemudian ditarik kesimpulan yang bersifat khusus.

Lebih khusus, penulisan skripsi ini menggunakan metode penelitian doktrin hukum (*Legal Research*), dimana penelitian terpusat pada studi dokumen, yakni menggunakan sumber-sumber hukum berupa undang-undang, konvensi ataupun perjanjian internasional, putusan-putusan pengadilan, teori-teori hukum, maupun pendapat dari ahli-ahli hukum, yang kemudian diinterpretasikan ke dalam suatu tulisan yang berhubungan antar kejadian dan peraturan tertulis sehingga tulisan tersebut bekerja secara sistematis, jelas, dan teliti.²⁴

PEMBAHASAN

1. Pengaturan Perlindungan Hak-Hak *LGBT* Menurut Hak Asasi Manusia

Meskipun timbul perdebatan dalam hukum internasional mengenai status perlindungan dari kaum *LGBT* dan bagaimana mereka dikelompokkan kelompok yang dilindungi hukum internasional, namun untuk skripsi ini penulis mencoba mengemukakan berbagai

²⁴ Peter Mahmud Marzuki. (2005). *Penelitian Hukum: Edisi Revisi*. Jakarta: Kencana Prenada Media Group. Hlm. 133-135.

aturan dalam hukum HAM internasional yang menjamin perlindungan hak-hak asasi terhadap setiap orang, terlebih khusus hak-hak untuk bebas mempunyai dan mengeluarkan pendapat, hak atas kebebasan berkumpul, hak untuk tidak didiskriminasi, hak untuk bebas dari penyiksaan maupun perlakuan atau penghukuman lain yang kejam, tidak manusiawi atau merendahkan martabat manusia, dan hak untuk tidak ditahan secara sewenang-wenang.

i. Non-Diskriminasi

Universal Declaration on Human Rights mengatur hak untuk tidak mendapat perlakuan diskriminasi yang dijelaskan dalam Pasal 7 dimana semua orang adalah sama di depan hukum tanpa adanya diskriminasi. Semua orang berhak mendapatkan perlindungan terhadap diskriminasi yang melanggar *UDHR*. Sedangkan Pasal 26 *ICCPR* dinyatakan hal yang serupa namun lebih dijelaskan bahwa perlindungan terhadap diskriminasi berlaku terhadap diskriminasi atas ras (*race*), warna kulit (*skin colour*), jenis kelamin (*sex*), bahasa (*language*), agama (*religion*), keanggotaan politik (*political or other opinion*), asal kewarganegaraan ataupun kelompok sosial (*national or social origin*), kepemilikan (*property*), kelahiran (*birth*), maupun status lainnya. Hal yang senada juga dituangkan *European Convention on Human Rights (ECHR)* Pasal 14, dalam Pembukaan *African Charter on Human and Peoples' Rights* atau Piagam Afrika, dan *Inter American Convention on Human Rights* atau Pakta San Jose yang menjelaskan dimana konvensi - konvensi tersebut menjamin perlindungan atas diskriminasi berdasarkan hal – hal seperti ras, bahasa, agama, dan lain sebagainya.

Prinsip non-diskriminasi memang tidak menyertakan peraturan yang menyatakan haruslah ada perbedaan perlakuan dan pemberian hak dan kebebasan terhadap beberapa individu maupun kelompok

tertentu seperti yang diberikan terhadap anak-anak dibawah umur, orang pribumi, orang asing, bukan warga negara, dan sebagainya.²⁵ Beberapa pendapat yang dikeluarkan oleh UNHCHR dalam beberapa kasus menyatakan bahwa prinsip non-diskriminasi dan penikmatannya tidaklah harus sama terhadap setiap orang; karena setiap orang memiliki dasar tersendiri untuk tidak didiskriminasi, namun itu juga tidak berarti bahwa hak non-diskriminasi yang dimiliki berbeda tersebut tidak memiliki maksud atau tidak berdasarkan alasan yang jelas.²⁶ Tidak adanya peraturan yang jelas dalam konvensi-konvensi HAM internasional mengenai hak non-diskriminasi terhadap kaum *LGBT*,²⁷ bukan berarti bahwa kaum *LGBT* tidak mendapat perlindungan yang setara dengan individu maupun kelompok lain yang secara jelas mendapat perlindungan dalam hukum internasional.

ii. Penahanan secara sewenang-wenang (*arbitrary detention*)

Beberapa instrumen hukum HAM internasional seperti Pasal 9 *UDHR* disebutkan bahwa tidak seorang pun boleh ditangkap, ditahan atau dibuang dengan sewenang-wenang. Beberapa tahun kemudian *ICCPR* memuat peraturan dalam Pasal 9 ayat 1 yang menguraikan bahwa semua orang berhak atas kebebasan dan keamanan. Tidak seorang pun dapat ditangkap atau ditahan secara sewenang-wenang. Tidak seorang pun dapat

²⁵ *ICCPR*. Pasal 10(3), Pasal 13, Pasal 25.

²⁶ UNHCHR. *Case of W.M. Brooks v. The Netherlands*. Communication No. 172/1984. Views of 9 April 1987. Paragraf. 13; *Case of Zwaan-de-Vries v. The Netherlands*. Communication No. 182/1984. Views of 3 April 1989; *Case of Ibrahima Gueye and others v. France*. Communication No. 196/1985; *Case of Alina Simunek v. The Czech Republic*. Communication No. 516/1992; UNHCHR, *General Comment No. 18: Non-discrimination*. Paragraf. 8.

²⁷ Ketentuan – ketentuan beberapa instrumen HAM internasional penting seperti Pasal 26 *ICCPR* tidak menjelaskan hak non-diskriminasi atas kaum *LGBT*.

dihilangkan kebebasannya kecuali atas dasar prosedur hukum yang berlaku. *United Nations Human Rights Committee* atau Badan PBB yang khusus menangani masalah HAM menekankan bahwa sebuah penahanan yang mulanya sesuai dengan peraturan hukum dapat berubah menjadi penahanan yang sewenang-wenang jika ditahan dalam waktu yang panjang dan tidak ditentukan dan tidak memiliki tinjauan periodik (*periodic review*).²⁸ Disamping Pasal 9 ayat 1, sebuah penahanan dapat dikatakan sebagai penahanan secara sewenang-wenang jika melanggar pasal-pasal di *ICCPR* yang berhubungan seperti Pasal 14, yang mengharuskan persidangan didepan peradilan yang kompeten dan tidak memihak, Pasal 7 yang melarang penyiksaan dan perbuatan kejam lainnya, Pasal 10 yang mengharuskan perlakuan yang manusiawi selama penahanan.

Sangat sering ditemukan kaum *LGBT* dibatasi kebebasannya atas dasar orientasi seksual dan identitas gender mereka.²⁹ Pembatasan kebebasan ini dapat berupa penahanan dengan proses persidangan, penahanan sementara, penangkapan dengan tujuan untuk diperlakukan secara

semena-mena, dan lain sebagainya.³⁰ Menurut Hukum Internasional, suatu penahanan haruslah memenuhi kriteria untuk menghindari penahanan tersebut menjadi penahanan yang sewenang-wenang, kriteria tersebut adalah: memenuhi asas legalitas, tujuan penahanan sesuai hukum yang berlaku, penahanan tersebut perlu dilakukan, proporsional, dan hak asasi manusia dijamin.³¹ Semua instrumen hukum HAM internasional memastikan bahwa sebuah penahanan haruslah sesuai prosedur hukum yang berlaku.

iii. Penyiksaan maupun perlakuan atau penghukuman lain yang kejam, tidak manusiawi atau merendahkan martabat manusia (*torture or other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment*)

²⁸ G Alfredsson, et al. (eds). (2001). *International Human Rights Monitoring Mechanisms*. Den Haag: Martinus Nijhof Publishers. Hlm. 67-121; Carlos Jiménez Piernas (ed.). (2003). *Iniciación a la Práctica en Derecho Internacional*. Madrid: Marcial Pons. Hlm. 215-277; UN Human Rights Committee (UNHCHR). *van Alphen v. the Netherlands (Communication No. 305/1988)*. CCPR/C/39/D/305/1988. 23 July 1990. Annex IX Sect. M. paragraf. 5.8; Manfred Nowak, (1993). *U.N. Covenant on Civil and Political Rights: Commentary*. Strasbourg: N.P. Engel, Kehl. Hlm. 172; Alfred de Zayas. (2005). *Human Rights and Indefinite Definition*. 87 Int'l Review of Red Cross 857. Hlm. 18.

²⁹ UNHCHR. *Report of the Special Rapporteur on Extrajudicial, summary or arbitrary executions*. UN Doc. A/HRC/4/20. 29 January 2007. Hlm. 112-113.

³⁰ International Commission of Jurists. (2006). *Sexual Orientation, Gender Identity and International Human Rights Law*. Hlm 75.

³¹ Permanent Court of International Justice [PCIJ]. *Consistency of Certain Danzig Legislative Decrees with the Constitution of the Free City*, Advisory Opinion, 1935 P.C.I.J. (ser. A/B) No. 65 (Dec. 4); International Court of Justice [ICJ]. *Case Concerning United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran (United States of America v. Iran)*, ICJ Reports 1980, p. 42, para. 91; *IACtHR. Gangaram Panday Case v. Suriname, (Judgment)*. January 21, 1994. in OAS doc. OAS/Ser.L/V/III.31. 2000); *IACtHR. Gómez Paquiyauri v. Peru. (Judgment)*. 23 November 2003. Para. 83. *IACtHR. Bulacio v. Argentina. (Judgment)*. 18 September 2003. *IACtHR. Juan Humberto Sánchez v. Honduras. (Judgment)*. 7 June 2003; ECtHR. *Brannigan and McBride v. United Kingdom. (Judgment)*. 26 Many 1993. Para. 48. ECtHR. *Brogan and others v. United Kingdom. (Judgment)*. 29 November 1988. Para. 32. ECtHR. *Günay and others v. Turkey, (Judgment)*. 27 September 2001. Para. 22. ECtHR. *Murat Sakik and others v. Turkey. (Judgment)*. 26 November 1997. ECtHR. *Chahal v United Kingdom. (Judgment)*. 15 November 1996. Para. 118; U.S Court of Appeals Ninth Circuit, *Martinez v. City of Los Angeles*, 141 F.3d 1373, 1384 (9th Cir. 1998); U.S. Court of Appeals Fifth Circuit, *De Sanchez v. Banco Central de Nicaragua*, 770 F.2d 1385, 1397 (5th Cir. 1985).

Banyak konvensi-konvensi internasional yang menguraikan pengertian penyiksaan yang berbeda-beda, namun pada intinya semua konvensi tersebut melarang adanya penyiksaan maupun perbuatan kejam, dan tidak manusiawi lainnya.³² *International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia* (ICTY) menjelaskan dalam beberapa putusan kasus bahwa dalam hukum kebiasaan internasional, tiga elemen harus dipenuhi untuk suatu tindakan dikatakan sebagai penyiksaan, yaitu: Tingkatan dari tindakan (*infliction*) baik itu tindakan yang telah dilakukan maupun oleh karena pembiaran, yang menyebabkan sakit yang berkepanjangan maupun penderitaan, baik secara fisik maupun mental; b) tindakan maupun pembiaran adalah disengaja (*intentional*); c) tindakan penyiksaan tersebut haruslah merupakan sebuah sarana untuk mencapai sebuah tujuan, yang berarti hasil dari penyiksaan harus bertujuan untuk mendapatkan sesuatu dari korban yang disiksa.³³ Sebagai kelompok minoritas, kaum *LGBT* sering diposisikan dalam posisi yang sulit dan rawan akan penyiksaan. Laporan *Special Rapporteur PBB* menyatakan bahwa kaum *LGBT* rawan akan tindakan penyiksaan, karena kebiasaan dan kepercayaan yang berakar dari mitos dan rasa takut yang sering diasosiasikan dengan gender, perilaku seks, dan HIV/AIDS yang merupakan kontribusi

terbesar stigma dan diskriminasi terhadap kaum *LGBT*.³⁴

iv. Kebebasan untuk mempunyai dan mengeluarkan pendapat dan kebebasan berkumpul (*freedom of opinions and freedom of association*)

UDHR menyatakan bahwa setiap orang berhak atas kebebasan mempunyai dan mengeluarkan pendapat tanpa mendapat gangguan, dan untuk mencari, menerima dan menyampaikan keterangan-keterangan dan pendapat dengan cara apapun dan dengan tidak memandang batas. *ICCPR* Pasal 19 menambahkan bahwa hak untuk mencari, menerima dan menyampaikan keterangan dapat melalui media cetak, dalam bentuk karya seni, atau sumber lain sesuai keinginan masing-masing. *ECHR* dalam Pasal 10 juga menambahkan, seiring dengan perkembangan teknologi, hak untuk mencari, menerima, bahkan menyampaikan pendapat juga termasuk kewajiban negara memberikan izin penyiaran baik media televisi maupun perfilman. Lebih lanjut Pasal 20 ayat 1 *UDHR* dituliskan bahwa “*everyone has the right to freedom of peaceful assembly and association*” atau yang dapat diartikan bahwa semua orang memiliki hak untuk bebas berasosiasi dan membentuk kelompok secara damai. Pasal 21 *ICCPR* menerangkan bahwa hak untuk bebas berasosiasi adalah hak atas kebebasan berkumpul secara damai haruslah dilindungi. Tidak boleh ada pembatasan atas hak ini selain pembatasan yang diberikan oleh hukum dan yang dipandang perlu dalam masyarakat demokratis terhadap kepentingan keamanan nasional atau keamanan publik, keteraturan publik, dan perlindungan kesehatan ataupun moral masyarakat atau perlindungan hak dan kebebasan dari orang lain.

³² *UN Declaration on the Protection of All Persons from Being Subjected to Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*. Pasal 1(1); *UN Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*. Pasal 1(1); *Rome Statute of the International Criminal Court*. Pasal 7(2e); *Inter-American Convention to Prevent and Punish Torture*. Pasal 2.

³³ ICTY. *Prosecutor v. Kunarac, Kovic and Vukovic*. (Judgment). 22 February 2001. Case IT-96-23-T. para. 483.

³⁴ UN Committee against Torture. *Report of the Special Rapporteur on torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment*. 24 January 2008. UN Doc. CAT/C/GC/2.

2. Implementasi Perlindungan Hak-Hak LGBT Oleh Komunitas Internasional

Ketiadaan instrumen HAM yang khusus mengatur tentang hak-hak asasi kaum *LGBT* bukan berarti membebaskan negara atas tanggung jawab untuk melindungi hak mereka dalam hukum internasional. Seperti yang telah penulis uraikan sebelumnya, bahwa prinsip non-diskriminasi, hak untuk bebas dari penyiksaan dan perlakuan kejam lainnya, hak untuk tidak ditahan secara sewenang-wenang, dan hak kebebasan mengeluarkan pendapat dan berkumpul adalah hak-hak asasi yang bersifat universal. Terlebih lagi, banyak putusan peradilan dan pendapat para ahli yang menempatkan kaum *LGBT* dalam status "sex" ataupun "other status" yang keduanya dilindungi menurut Hak Asasi Manusia. Hal ini tentu berbanding terbalik dengan fakta dilapangan dimana banyak negara menetapkan hukum yang mendiskriminasi kaum *LGBT* dan bahkan melakukan praktik-praktik tertentu yang merugikan terhadap warga negara dan warga asing yang merupakan bagian dari kaum *LGBT* yang tunduk dibawah yurisdiksi negara-negara tersebut. Berdasarkan data *Commonwealth Secretariat* tahun 2013, dari 193 negara anggota PBB, hanya 12 negara yang tidak menetapkan peraturan yang membatasi hak dari kaum *LGBT*.³⁵ Kebanyakan negara-negara anggota PBB terus menetapkan peraturan yang membatasi bahkan mengkriminalisasi kaum *LGBT*.

Namun, gagalannya pemenuhan kewajiban oleh hampir 80% negara di dunia tidak juga serta-merta dikatakan sebagai perbuatan yang tidak sah secara internasional. Negara-negara di dunia tidak hanya memiliki satu tradisi, budaya, dan konsep

hukum yang sama. Tiap-tiap negara memiliki tradisi, budaya, maupun aturan hukum yang berbeda mengikuti kehidupan masyarakat yang berlaku di tiap negara tersebut. Dikarenakan perbedaan dari sudut ini menyebabkan interpretasi maupun pemenuhan kewajiban internasional untuk memberikan kebebasan seluas-luasnya seperti yang menjadi tujuan pembentukan konvensi-konvensi HAM internasional dapat berbeda di tiap negara. Konsep ini dalam hukum internasional dikenal sebagai *margin of appreciation*. Doktrin *margin of appreciation* adalah suatu doktrin dalam hukum HAM internasional yang membolehkan negara-negara anggota suatu konvensi HAM internasional untuk menginterpretasikan peraturan dalam konvensi tersebut berbeda di tiap negara, dikarenakan perbedaan hukum yang berlaku dan tradisi juga budaya di tiap-tiap negara.³⁶ Doktrin ini tidak diatur dalam konvensi HAM manapun ataupun *travaux preparatoire*-nya.³⁷ *Margin of appreciation* pertama kali dicetuskan pada tahun 1958, satu tahun sebelum dibentuknya *European Court of Human Rights*.³⁸ Pada saat itu kasus-kasus mengenai HAM masih dibawah *European Commission of Human Rights* (Komisi HAM Eropa), dan *margin of appreciation* pertama kali digunakan dalam kasus *Greece v. United Kingdom*, dimana

³⁵ Corrine Lennox, Matthew Waites. (2013). *Human Rights, Sexual Orientation and Gender Identity in The Commonwealth: Struggles for Decriminalisation and Change*. London: School of Advanced Study, University of London. Hlm 21-24.

³⁶ Dean Spielmann. (2012). *Allowing the Right Margin the European Court of Human Rights and the National Margin of Appreciation Doctrine: Waiver or Subsidiarity of European Review?*. London: Centre for European Legal Studies. Hlm. 2; Steven Greer. (2000). *The Margin of Appreciation: Interpretation and Discretion under the European Convention on Human Rights*. UK: Council of Europe Publishing. Hlm 14.

³⁷ *Ibid*; Steven Greer. (2006). *The Interpretation of the European Convention on Human Rights: Universal Principle or Margin of Appreciation?*. UCL Human Rights Review Vol. 3. Hlm 2.

³⁸ F. Sudre. (1998). *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*. Brussels: Bruylant. Hlm. 63.

menurut putusannya *European Commission* menyatakan bahwa pemerintah tergugat (*United Kingdom*) dalam penggunaan pasal 15 *ECHR* dibenarkan untuk bebas bertindak dalam suatu tingkatan tertentu (*une certain marge d'appréciation*).³⁹ Namun, hukum HAM internasional juga mengenal sebuah prinsip yang mengatur bahwa suatu tindakan negara tidak boleh tidak proporsional atau melewati ambang batas aturan HAM yang sudah ditetapkan yang disebut prinsip proporsionalitas atau *principle of proportionality*. Prinsip proporsionalitas adalah sebuah prinsip hukum dimana sebuah tindakan negara haruslah masih dalam batas rasional, dan tidak menginvasi secara semena-mena hak asasi manusia tiap individu.⁴⁰ Pada intinya, prinsip ini bertujuan untuk agar negara dalam melaksanakan suatu peraturan ataupun tindakan harus mempertimbangkan keadaan-keadaan dari individu yang bersinggungan langsung dengan peraturan maupun tindakan tersebut.⁴¹

Seperti yang telah diuraikan sebelumnya, kaum *LGBT* seringkali menjadi korban dari diskriminasi maupun penyiksaan. Mengingat kewajiban negara untuk memenuhi kewajibannya dalam sebuah instrument atau perjanjian internasional, maka sudah sepantasnya penggunaan doktrin *margin of appreciation* tidak boleh dikenakan terhadap kaum *LGBT*, apalagi dalam hal ini berkaitan dengan penikmatan hak-hak asasi manusia yang merupakan hak dasar semua orang.

³⁹ European Commission on Human Rights. *Greece v. United Kingdom*. Application no. 176/56. Yearbook of the European Convention on Human Rights. Vol. 2. Hlm. 174,176.

⁴⁰ Eric Engle. *The History of the General Principle of Proportionality: An Overview*. The Dartmouth Law Journal Vol. X:1. Hlm. 2.

⁴¹ Adnan Buyung Nasution, A. Patra Zen M. (2006). *Instrumen Internasional Pokok Hak Asasi Manusia*. Jakarta: Yayasan Obor Indonesia. Hlm. 495.

KESIMPULAN

Instrumen-instrumen HAM internasional seperti *ICCPR*, *ICESCR*, *CEDAW*, *Convention on Torture*, *Convention on the Rights of Child* dan konvensi HAM regional seperti *ECHR*, *American Convention on Human Rights*, *African Charter* maupun *Arab Charter* memang tidak mengelaborasi secara khusus mengenai ada atau tidaknya perlindungan terhadap kaum *LGBT*. Namun, seiring dengan berjalannya waktu dan fakta dilapangan yang menunjukkan kurangnya atensi dan perlindungan dari negara terhadap kaum *LGBT* menyebabkan badan-badan khusus PBB untuk HAM dan komisi juga peradilan HAM regional mulai menyertakan orientasi seksual dan identitas gender sebagai kaum yang perlu dilindungi hukum HAM internasional.

SARAN

Walaupun telah dibahas sebelumnya mengenai perlindungan hak *LGBT* dalam aturan HAM internasional secara umum dan pengimplementasiannya, namun penulis merasa sangatlah perlu agar dibuat sebuah aturan khusus dalam Hukum Internasional yang secara spesifik mengatur tentang perlindungan hak-hak dari kaum *LGBT*. Fakta bahwa banyaknya kaum *LGBT* yang didiskriminasi, disiksa, maupun ditahan secara sewenang-wenang adalah bukti bahwa perlindungan oleh negara terhadap kaum *LGBT* sangatlah minim. Kewajiban negara dalam memenuhi tanggung jawab internasional dan sifat universalitas HAM haruslah menjadi acuan perlindungan HAM terhadap kaum *LGBT*. Oleh karena itu, penting dibuat sebuah peraturan baik berupa konvensi, protokol, maupun perjanjian bilateral internasional yang disetujui dan diratifikasi yang membahas perlindungan terhadap kaum *LGBT* agar dikemudian hari tindakan diskriminasi terhadap kaum *LGBT* dapat berkurang.

DAFTAR PUSTAKA

- Adnan Buyung Nasution, A. Patra Zen M. (2006). *Instrumen Internasional Pokok Hak Asasi Manusia*. Jakarta: Yayasan Obor Indonesia.
- Alfred de Zayas. (2005). *Human Rights and Indefinite Definition*. 87 Int'l Review of Red Cross 857.
- African [Banjul] Charter on Human and Peoples' Rights. adopted June 27, 1981, OAU Doc. CAB/LEG/67/3 rev. 5, 21 I.L.M. 58 (1982).
- BBC News. (2014). *Ugandan President Yoweri Museveni signs anti-gay bill*. (<http://www.bbc.com/news/world-africa-26320102>).
- Carlos Jiménez Piernas (ed.). (2003). *Iniciación a la Práctica en Derecho Internacional*. Madrid: Marcial Pons.
- CBS News. *Russian anti-gay bill passes, protesters detained*. (<http://www.cbsnews.com/news/russian-anti-gay-bill-passes-protesters-detained/>)
- Corrine Lennox, Matthew Waites. (2013). *Human Rights, Sexual Orientation and Gender Identity in The Commonwealth: Struggles for Decriminalisation and Change*. London: School of Advanced Study, University of London.
- Dean Spielmann. (2012). *Allowing the Right Margin the European Court of Human Rights and the National Margin of Appreciation Doctrine: Waiver or Subsidiarity of European Review?*. London: Centre for European Legal Studies.
- Eric Engle. *The History of the General Principle of Proportionality: An Overview*. The Dartmouth Law Journal Vol. X:1.
- European Convention on Human Rights. 213 U.N.T.S. 221.
- European Commission on Human Rights. *Greece v. United Kingdom*. Application no. 176/56. Yearbook of the European Convention on Human Rights. Vol. 2.
- European Court of Human Rights. *Brannigan and McBride v. United Kingdom*. (Judgment). 26 Many 1993.
- European Court of Human Rights. *Brogan and others v. United Kingdom*. (Judgment). 29 November 1988.
- European Court of Human Rights. *Günay and others v. Turkey*, (Judgment). 27 September 2001.
- European Court of Human Rights. *Murat Sakik and others v. Turkey*. (Judgment). 26 November 1997.
- European Court of Human Rights. *Chahal v United Kingdom*. (Judgment). 15 November 1996.
- F. Sudre. (1998). *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*. Brussels : Bruylant.
- International Lesbian, Gay, Bisexual, Trans and Intersex Association Asia [ILGA Asia], *Afghanistan*, (<http://ilga.org/ilga/en/countries/AFGHANISTAN/Law>).
- International Court of Justice [ICJ]. *Case Concerning United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran (United States of America v. Iran)*, ICJ Reports 1980.
- Inter-American Court of Human Rights. *Gangaram Panday Case v. Suriname*, (Judgment). January 21, 1994. in OAS doc. OAS/Ser.L/V/III.31. 2000).
- Inter-American Court of Human Rights. *Gómez Paquiyauri v. Peru*. (Judgment). 23 November 2003.
- Inter-American Court of Human Rights. *Bulacio v. Argentina*. (Judgment). 18 September 2003.
- Inter-American Court of Human Rights. *Juan Humberto Sánchez v. Honduras*. (Judgment). 7 June 2003.
- International Commission of Jurists. (2006). *Sexual Orientation, Gender Identity and International Human Rights Law*.
- International Covenant on Civil and Political Rights, G.A. res. 2200A (XXI), 21 U.N. GAOR Supp. (No.16) at 52, U.N. Doc. A/6316 (1966), 999 U.N.T.S. 171

- International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights. *Adopted and opened for signature, ratification and accession by General Assembly resolution 2200A (XXI) of 16 December 1966*
- G Alfredsson, et al. (eds). (2001). *International Human Rights Monitoring Mechanisms*. Den Haag: Martinus Nijhof Publishers.
- Manfred Nowak, (1993). *U.N. Covenant on Civil and Political Rights: Commentary*. Strasbourg: N.P. Engel, Kehl.
- Parliament of Uganda. (2014). *The Anti-Homosexuality Act*.
- Permanent Court of International Justice [PCIJ]. *Consistency of Certain Danzig Legislative Decrees with the Constitution of the Free City*, Advisory Opinion, 1935 P.C.I.J. (ser. A/B) No. 65 (Dec. 4).
- Peter Mahmud Marzuki. (2005). *Penelitian Hukum: Edisi Revisi*. Jakarta: Kencana Prenada Media Group.
- Phillip Alston. (1990). *The United Nations and Human Rights: An Appraisal*. Oxford University Press. Steven Wheatley. (1996). *SWOT International Law*. London: Blackstone Press Limited.
- Russian State Duma, *The Protection of Children from Information Harmful to their Health and Development and Miscellaneous Legal Acts of the Russian Federation for the Purpose of Protecting Children from Information Advocating for a Denial of Traditional Family Values*, Federal Law of the Russian Federation, No. 436 – F3.
- Russian State Duma, *Federal Law On Basic Guarantees for the Rights of the Child in the Russian Federation*, diadopsi pada 24 Juli 1998, No. 124-FZ.
- Shafiqah Ahmadi. (2012). *Legal, Secular, And Religious Perspectives On Marriage Equality/Marriage Protection/Same-Sex Marriage: Islam And Homosexuality: Religious Dogma, Colonial Rule, And The Quest For Belonging*. 26 J. Civ. Rts. & Econ. Dev. 537.
- Steven Greer. (2000). *The Margin of Appreciation: Interpretation and Discretion under the European Convention on Human Rights*. UK: Council of Europe Publishing.
- Steven Greer. (2006). *The Interpretation of the European Convention on Human Rights: Universal Principle or Margin of Appreciation?*. UCL Human Rights Review Vol. 3.
- The Biography Channel website. *Harvey Milk*. (<http://www.biography.com/people/harvey-milk-9408170>).
- The Huffington Post. *Robert Mugabe, Zimbabwe President, Threatens To Behead Gay Citizens*. (http://www.huffingtonpost.com/2013/07/26/mugabe-zimbabwe-behead-gays_n_3659454.html).
- The New York Times. *India's Supreme Court Restores an 1861 Law Banning Gay Sex*. (<http://www.nytimes.com/2013/12/12/world/asia/court-restores-indias-ban-on-gay-sex.html?ref=gardinerharris&r=0>).
- Universal Declaration of Human Rights, *Adopted and proclaimed by General Assembly resolution 217 A (III) of 10 December 1948*.
- United Nations High Commissioner of Human Rights. *Report of the Special Rapporteur on Extrajudicial, summary or arbitrary executions*. UN Doc. A/HRC/4/20. 29 January 2007.
- United Nations High Commissioner of Human Rights. *Case of W.M. Brooks v. The Netherlands*. Communication No. 172/1984. Views of 9 April 1987.
- United Nations High Commissioner of Human Rights *Case of Zwaan-de-Vries v. The Netherlands*. Communication No. 182/1984. Views of 3 April 1989.
- United Nations High Commissioner of Human Rights *Case of Ibrahima Gueye and others v. France*. Communication No. 196/1985.

United Nations High Commissioner of Human Rights *Case of Alina Simunek v. The Czech Republic*. Communication No. 516/1992.

United Nations High Commissioner of Human Rights, *General Comment No. 18: Non-discrimination*.

United States Holocaust Memorial Museum. *Nazi Persecution of Homosexuals*.

(<http://www.ushmm.org/information/exhibitions/online-features/special-focus/nazi-persecution-of-homosexuals>).

United States Court of Appeals Fifth Circuit, *De Sanchez v. Banco Central de Nicaragua*, 770 F.2d 1385, 1397 (5th Cir. 1985).

United States Court of Appeals Ninth Circuit, *Martinez v. City of Los Angeles*, 141 F.3d 1373, 1384 (9th Cir. 1998).

Wikipedia. (2014). *Uganda Anti-Homosexuality Act, 2014*. (http://en.wikipedia.org/wiki/Uganda_Anti-Homosexuality_Act,_2014).