

**BATASAN NEGARA UNTUK MENENTUKAN TINDAK PIDANA
DALAM PERSPEKTIF TEORI KONTRAK SOSIAL**

Novianto Sanjaya
Universitas Dr. Soetomo

ABSTRAK

Penulisan ini bertujuan untuk menganalisis mengenai pemberlakuan hukum pidana di Indonesia dengan berdasarkan pada norma yang bersumber dari asas-asas dan kebiasaan di masyarakat. Keberlakuan tersebut juga diikuti dengan keberadaan teori yang telah dikemukakan oleh Hans Kelsen mengenai teori kaidah hukum berjenjang, bahwa suatu norma hukum yang lebih tinggi dan berlapis akan diikuti oleh norma hukum dibawahnya secara berjenjang, yang mana norma hukum tertinggi disebut sebagai *grundnorm*. Hal tersebut menjadi dasar sebagai salah satu hasil dari *social of contract* atau kehendak sosial. Hal tersebut sangatlah fundamental, mengingat selayaknya tubuh, negara bisa saja menjadi rusak apabila salah memahami apa yang menjadi penyakit, apa yang menjadi obat, dan apa yang menjadi racun bagi negara dan seluruh komponen yang ada di dalamnya itu sendiri. Maka dengan adanya pro dan kontra mengenai revisi KUHP di Indonesia menjadikan kekhawatiran terhadap masa depan hukum nasional mengenai sejauh mana batasan substansi khususnya dalam hukum pidana Indonesia dalam mengatur suatu perbuatan yang dapat dikatakan salah dan secara melawan hukum sesuai dengan asas legalitas (*Nullum delictum nulla poena sinepraevia lege poenali*) yang diungkapkan oleh Anselm Von Feuerbach dan dituangkan dalam Pasal 1 KUHP, yang mana asas tersebut memberikan suatu jaminan kepada seseorang untuk tidak melakukan suatu perbuatan yang dilarang. Serta bagaimana batasan terhadap *mala in se* di Indonesia yang dimaknai sebagai dinyatakan sebagai tindakan yang salah karena secara natural ia bertentangan dengan prinsip-prinsip hukum pidana.

Kata kunci: hukum pidana, kehendak sosial, mala in se di Indonesia

ABSTRACT

*The article aims to analyze the enforcement of criminal law in Indonesia based on norms that are sourced from the principles and habits of the community. The applicability is also followed by the theory that Hans Kelsen has expressed about the theory of the rules of law, that a higher and layered legal norm will be followed by the legal norm under a tiered basis, which Where the highest legal norm is referred to as *grundnorm*. It is the basis as a result of *social of contract* or *social will*. It is very fundamental, given the proper body, the state may become damaged if it misunderstands what is the disease, what is the drug, and what is*

poison for the country and all the components in it itself. Therefore, with the pros and cons of the revision of the criminal law in Indonesia makes a concern for the future of national law regarding the extent of the substance, especially in Indonesian criminal law in regulating a deed that can be said Wrong and against the law in accordance with the legal basis (Nullum delictum nulla poena sinepraevia lege poenali) expressed by Anselm Von Feuerbach and set forth in article 1 of the criminal law, which the principle gives an assurance to a person Not to commit a prohibited deed. As well as how the limitation of Mala in Indonesia is interpreted as being the wrong act because it naturally contradicts the principles.

Keywords: criminal law, social will, Mala in se in Indonesia

A. PENDAHULUAN

Negara adalah organisasi kekuasaan yang pada hakikatnya dibentuk untuk memenuhi kehendak bersama masyarakat yang ada di dalamnya. Kehendak bersama secara teoritis, diejawentahkan dalam apa yang disebut sebagai *grund norm* atau norma dasar. Istilah tersebut dikenalkan oleh Hans Kelsen, dengan sebutan teori hierarki norma hukum (*stufenbau des recht*). Menurut Hans Kelsen bahwa sejatinya norma itu berjenjang-jenjang dan berlapis-lapis dalam satu kesatuan hierarki, artinya bahwa suatu norma yang lebih rendah berlaku, bersumber dan berdasar pada norma yang lebih tinggi lagi, hingga sampai pada suatu titik puncak yaitu norma yang tidak bisa ditelusuri lebih lanjut dan bersifat hipotesis dan fiktif, itulah *grundnorm* (norma dasar). Norma dasar yang merupakan norma tertinggi dalam suatu sistem norma tersebut tidak lagi dibentuk oleh suatu norma yang lebih tinggi lagi, tetapi norma dasar itu ditetapkan terlebih dahulu oleh masyarakat sebagai norma dasar yang merupakan gantungan bagi norma-norma yang berada di bawahnya, sehingga suatu norma dasar itu dikatakan *presupposed*.¹

Di Indonesia, *grundnorm* atau *staatsfundamentalnorm* tersebut adalah Pancasila, yang kemudian menurut Hamid Attamimi dituangkan dalam pembukaan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945

¹ Hans Kelsen, *General Theory of Law and State; Teori Umum Tentang Negara dan Hukum*, Bandung, Nusamedia, 2006, hlm.35.

(selanjutnya UUD NRI 1945). Hal ini menjadi dasar bagi Indonesia untuk menentukan aturan-aturan hukum lain yang akan dibuat oleh Negara nantinya.

Secara garis besar, aturan-aturan hukum tersebut dibagi menjadi dua, yaitu aturan hukum privat yaitu hukum perdata dan aturan hukum publik yaitu hukum pidana dan hukum administrasi. Setiap aturan hukum tersebut, baik yang privat maupun yang publik diciptakan untuk kepentingan masyarakat dan juga negara. Senada dengan hal tersebut, Mochtar Kusumaatmadja menyatakan bahwa hukum diciptakan dengan tujuan untuk menciptakan ketertiban pokok dari terciptanya struktur sosial yang teratur. Hukum juga bertujuan dalam rangka mewujudkan keadilan yang sesuai dengan masyarakat dan zaman. Singkatnya, tolak ukur untuk menentukan apakah suatu aturan hukum tersebut berhasil atau tidak adalah tercipta atau tidaknya ketertiban itu sendiri.

Isu saat ini di Indonesia adalah mengenai RUU KUHP yang mana menyita perhatian masyarakat bahwa bagaimana sejatinya fungsi hukum pidana itu sendiri dapat diterapkan. Persoalan muncul, jika obat yang dimaksudkan untuk menyembuhkan penyakit tersebut malah dianggap berbahaya dan mendapat penolakan dari antibodi. Dalam skenario ini penulis menduga bahwa bisa jadi telah terjadi kesalahan dalam memberikan obat atau mungkin sebenarnya tidak terjadi sakit sama sekali di tubuh tersebut, sehingga yang dianggap sebagai obat tadi, alih-alih menyembuhkan, malah menjadi racun yang mematikan bagi tubuh. Fenomena ini, sama halnya dengan yang terjadi paska adanya RUU Revisi KUHP. Penolakan dari masyarakat yang bisa dikatakan massif, menggelitik kita sebagai yuris untuk bertanya, sejatinya tindakan apa, tindakan macam apa, yang boleh dirumuskan oleh Negara sebagai tindak pidana. Hal tersebut sangatlah fundamental, mengingat selayaknya tubuh, negara bisa saja menjadi rusak apabila salah memahami apa yang menjadi penyakit, apa yang menjadi obat, dan apa yang menjadi racun bagi negara dan seluruh komponen yang ada di dalamnya itu sendiri. Hal-hal tersebut di atas yang melatarbelakangi penulis dalam penelitian ini.

Berdasarkan latar belakang permasalahan di atas, penulis merumuskan sebagai isu hukum dalam penelitian ini sebagai berikut:

1. Bagaimanakah pengewajantahan kontrak sosial di Indonesia?
2. Bagaimanakah batasan *Mala in Prohibita* di Indonesia?

B. PEMBAHASAN

1. Manifestasi Kontrak Sosial

Perdebatan mengenai asal mula negara adalah salah satu perdebatan tersulit, baik dalam ilmu hukum maupun ilmu politik. Hal tersebut terjadi karena belum pernah ditemukannya bukti yang kuat tentang keberadaan embrio dari suatu negara. Ketiadaan bukti tersebut menimbulkan banyak teori-teori tentang lahirnya sebuah negara yang hanya bersifat spekulatif dan abstrak. Negara dan teorinya, dengan kata lain hanya dapat dijaungkau dengan teori-teori yang bersumber dari pemikiran-pemikiran yang teoritis dan deduktif, tidak lebih dan tidak kurang.

Salah satu teori yang tertua dan terpenting mengenai asal mula negara adalah apa yang disebut sebagai kontrak sosial. Sekalipun teori kontrak sosial bermacam-macam dan disampaikan oleh banyak ahli, teori ini menjawab bahwa pada dasarnya negara timbul dari adanya hubungan-hubungan kontraktual antar masyarakat untuk mencetuskan kehendak dan membentuk sebuah sistem yang dinamakan negara (*pactum unionis*). Setelah itu, masyarakat kemudian juga melakukan hubungan kontraktual dengan negara mengenai sistem apa yang semestinya berlaku di negara tersebut (*pactum subjectionis*)

Di dunia Barat, ide tentang dasar hubungan kontraktual antara masyarakat dan negara mulanya ditemukan dalam tulisan-tulisan orang-orang *sofis*, Plato dan Aristoteles. Plato dalam bukunya *The Republic* menguraikan semacam perjanjian yang membentuk masyarakat, yaitu:

therefore when men act unjustly towards one another, and thus experienced both the doing and suffering, those amongst them who are unable to compass the one and escape the other, come to this opinion: that it is more profitable that they should mutually agree wheter to

*inflict injustice nor to suffer it. Hence men began to establish laws and covenants with one another and they called what the law prescribed lawfull and just.*²

Pemikiran Plato tersebut banyak mempengaruhi pemikiran-pemikiran sarjana-sarjana di barat, seperti Thomas Hobbes, Rawls, John Locke dan Rosseau. Teori-teori kontrak sosial yang diyakini oleh mereka, walaupun berbeda namun dibangun melalui pondasi pemikiran bahwa pada dasarnya kehidupan manusia dipisahkan ke dalam dua zaman yang berbeda, yakni zaman di mana manusia masih sebagai Individu dan berada dalam keadaan sesuai dengan fitrah alaminya atau yang disebut *status naturalis* atau *zustand (state of nature)* dan zaman ketika manusia sudah tidak lagi sebagai Individu saja, namun terikat dalam suatu organisasi kekuasaan yang disebut sebagai negara, keadaan tersebut bernama *Staatzustand (state of civilization)*.

Dalam menggambarkan *status naturalis* terdapat perbedaan di kalangan para sarjana-sarjana barat tadi. Thomas Hobbes misalnya menyatakan bahwa *status naturalis* tadi merupakan sebuah keadaan sosial yang kacau balau. Hal ini terjadi karena pada hakikatnya manusia itu berorientasi pada kepentingan individualistiknya saja, sehingga mereka menjadi ganas, kejam, serta tidak dapat menyentuh tabir keadilan.

Berbeda dengan Hobbes, Locke menggambarkan *status naturalis* seperti sebuah taman firdaus yang termanifestasi ke dunia. *Status naturalis*, bagi Locke adalah tempat di mana manusia dapat hidup sederajat sehingga mereka rukun dan keadaan yang Locke lukiskan ialah keadaan yang tentram. Mereka, menurut Locke, hidup dengan apa yang disebut sebagai *law of reason* yang mengajarkan nilai-nilai kebaikan seperti sepuluh titah Tuhan dalam ajaran Judaisme, misalnya tidak boleh menanggung hidup, kesehatan, dan kebebasan milik sesamanya.

Berikutnya, Rosseau sama halnya dengan Locke juga mengungkapkan *status naturalis* sebagai keadaan di mana manusia belum melakukan dosa, atau suatu keadaan aman dan bahagia. Lebih jauh, ia juga mengatakan bahwa dalam

² Charles DC Reeve. *Plato: Republic*. Hackett, Indianapolis, 2004.

keadaan tersebut manusia hidup sederajat, semua dihasilkan sendiri oleh individu serta individu mencapai kepuasan dari apa yang dilakukannya. Tindakan individu-individu tersebut beranjak atas kepercayaan pada diri sendiri dan atas dasar belas kasih pada sesamanya. Rosseau dengan pandangannya memasukkan unsur yang lebih tinggi dari manusia, dan unsur itu mistik. Hal ini seperti St. Etienne pernah menuliskan dua jilid risalah filsafat yaitu *Le Pain et Le Vin* (Roti dan Anggur), pada bab pertama yang berjudul Dieu Comme un Auteur pada jilid pertama risalah filsafat Etienne, ia menggambarkan sebuah dasar fundamental filosofis dunia melalui redefinisi atas proses penciptaan di kitab kejadian. Di sana ia menggambarkan dunia dalam sebagai sebuah momen pewahyuan yang diturunkan oleh Tuhan pada realitas. Dalam bab tersebut, Tuhan digambarkan sebagai sosok pengarang yang menuliskan sebuah aturan-aturan dasar alam semesta dalam ruang yang hampa dan peraturan-peraturan itulah yang menjadikan alam semesta menjadi ada. Aturan tersebut berisi hakikat sejati dari pencipta, alam semesta, dan makhluknya. Aturan-aturan tersebut kemudian menjadi sebuah ukuran yang universal, dan karena mereka berasal dari Tuhan maka ia harus ditaati. Dengan ini Etienne membagi segala tindakan di dunia dalam dikotomi besar, ialah dosa dan bukan dosa. Hal ini yang kemudian menjadi *fundamentum inconcusum* bagi manusia untuk bertindak. Dengan kata lain, dapat dikatakan bahwa tindakan yang baik merupakan tindakan yang tidak menimbulkan dosa dan tindakan yang buruk adalah yang menimbulkan dosa.

Para sarjana-sarjana barat tersebut, sekalipun berbeda pemikiran mengenai *status naturalis* dari peradaban manusia, namun sama-sama sepakat untuk menyatakan bahwa manusia dan keadaan alamiahnya tidak dapat bertahan selamanya. Oleh karenanya, mereka membentuk suatu kontrak sosial yang menggambarkan kehendak bersama (*volunte generale*) mereka. Kehendak bersama tersebut nantinya menjadi pintu masuk bagi manusia dalam memasuki zaman yang kedua yaitu, zaman bernegara. Sekalipun demikian, negara yang dipahami Hobbes, Locke, dan Rosseau adalah hal yang berbeda. Paling mencolok adalah paham Hobbes yang bermuara pada absolutism. Hal ini pantas saja karena

seperti yang dikatakan sebelumnya, Hobbes menganggap bahwa manusia pada hakikatnya kejam, dan tidak mengenal nilai keadilan.

2. Batasan *Mala in Prohibita* di Indonesia

Membuat peraturan perundangan, melanggar hukum, dan reaksi terhadap melanggar hukum, menurut Sutherland³ adalah subjek disiplin ilmu kriminologi; singkatnya, pengertian ilmu kriminologi, membuat hukum, dalam konteks kriminologi, berarti tentu membuat hukum pidana, yaitu kriminalisasi. Tidak banyak literature dan jurnal tentang hukum pidana yang mendedah kriminalisasi secara komprehensif, biasanya hanya pada satu atau dua paragraph saja. Alasan itu mungkin saja disebabkan karena keterkaitan sifat inheren kriminalisasi dengan politik. Seperti yang kita ketahui, politik bukanlah hal yang populer di kalangan akademisi hukum pidana.

Di benua Eropa misalnya, politik dianggap sebagai sesuatu hal yang “kotor” dan karenanya tidak boleh menjadi bagian. Namun Sutherland, secara tegas menyatakan bahwa kriminalisasi, pertama dan terutama adalah proses politik; suatu proses, yang berawal dari dunia politik dan melaluinya kebijakan-kebijakan hukum pidana dibuat. Kebijakan-kebijakan tersebut antara lain mengenai hal-hal apa saja yang dinyatakan illegal dan juga standar - standar perilaku manusia dalam bertindak. Karena tidak steril dari politik kita harus sadar bahwa faktanya kekuatan untuk mengkriminalisasi perilaku manusia adalah kekuatan yang luar biasa yang bisa dilakukan oleh penguasa. Mereka memiliki kuasa untuk membentuk nilai-nilai kita, membagi manusia menjadi golongan penjahat dan bukan penjahat, dan membatasi kebebasan orang untuk bertindak dan dapat membuat (dengan menjatuhkan sanksi pidana) kehidupan beberapa orang secara signifikan menjadi lebih buruk. Karenanya, kriminalisasi bukanlah merupakan hal yang trivial. Ia membutuhkan suatu standart yang jelas sebagai pertimbangan. Dalam konteks hukum, maka ia membutuhkan pertimbangan-pertimbangan yang tidak mudah dan harus sesuai dengan prinsip-prinsip hukum, teori, serta hak asasi

³ Sutherland, *Principle of Criminology*, Lippincot, Philadelphia, 1934, hlm.20

manusia. Kriminalisasi inilah yang nantinya akan melahirkan apa yang disebut sebagai *mala in prohibita*.

3. Harm Principle

Prinsip merupakan nilai dan tujuan yang berada di atas sebuah gagasan, aturan, dan konsep.⁴ Prinsip hukum merupakan sebuah pembimbing untuk menyelesaikan suatu permasalahan hukum.⁵ Prinsip, mendedah penerapan dari hukum melalui nilai-nilai dan tujuan. Prinsip-prinsip umum mengekspresikan nilai utama dan tujuan utama dari pertanyaan-pertanyaan tentang hukum pidana.⁶ Prinsip seolah-olah adalah suatu yang statis ketika mereka mengekspresikan tentang nilai-nilai dan tujuan, namun juga dinamis dan fungsional ketika mendedah penerapan hukum melalui nilai-nilai dan tujuan. Prinsip dan aturan adalah dua hal yang berbeda. Prinsip lebih luas daripada aturan dan juga lebih umum. Aturan-aturan dalam hukum pidana membedakan antara inti-inti delik dari setiap tindak pidana, prinsip di lain sisi adalah sebuah ide dasar yang memebentuk inti-inti tersebut.

Kemudian, mengenai *Harm Principle*, teori-teori liberal politik pada abad ke-19 memberikan pengaruh yang signifikan terhadap hukum pidana umum, dan secara khusus pada kriminalisasi. Hukum pidana yang sangat kaku tersebut membutuhkan sebuah justifikasi bagi negara untuk memasuki sisi otonomi dari manusia sebagai individu. Untuk memberikan standart itu, pertama kali John Stuart Mill dalam bukunya *on liberty* (1859) menyatakan bahwa:

The sole end, for which mankind are warranted, individually or collectively, in interfering with the liberty of action of any their number is self-protection. That the only purpose which power can be rightfully exercised

⁴ Nina Persak, *Criminalisng Harmfull Conduct: The Harm Principle, Its Limits and Continental Counterparts*, Springer International Publishing, Switzerland, 2007, hlm. 5

⁵ Sevon, *The concepts of "Rechtsgut", "Handlung" and "Schuld"*, Finnish Lawyer Publishing Company, Helsinki, 1992, hlm. 128

⁶ *Ibid*, hlm. 127

*over any member of a civilized community, against his will, is to prevent harm to others.*⁷

Pemikiran Mills adalah pemikiran yang sangat kental akan corak liberal. Dalam pernyataannya, bahkan Mills secara implisit hanya membenarkan intervensi negara dalam hal kriminalisasi, apabila suatu tindakan yang dilakukan oleh orang lain tersebut bersifat buruk atau akan menimbulkan penderitaan ke orang lain secara langsung. Lebih jauh, Mills mengatakan bahwa satu-satunya legitimasi bagi Negara dalam mencampuri sisi otonom dari individu adalah hanya untuk mencegah individu tersebut memberikan penderitaan ke individu yang lain.

Harm Principle selanjutnya juga dinyatakan oleh Joel Feinberg. Berbeda dari Mills, pemikiran Feinberg *less-liberal*. Ia menyatakan bahwa⁸:

It is always a good reason in support of penal legislation that it would be effective in preventing (eliminating, reducing) harm to persons other than the actor (the one prohibited from acting) and there is no other means that is equally effective at no greater cost to other values.

Dari pendapatnya, penulis menarik kesimpulan bahwa *Harm Principle*, yang dibawakan Feinberg sangatlah berbeda dari pandangan Mills. Ketika prinsip yang dibawakan oleh Mills memiliki sifat eksklusif jika dibandingkan dengan prinsip yang lain, prinsip Feinberg seakan dapat berdampingan dengan prinsip-prinsip yang lain (misalnya, *offence principle*). Mills yang menyatakan bahwa satu-satunya legitimasi bagi Negara dalam mengintervensi adalah jika ada gangguan ke individu yang lain, maka Feinberg menyatakan bahwa alasan *harm principle* sebagai legitimasi negara adalah hal yang baik, namun pasti bukanlah satu-satunya alasan yang dapat dibenarkan.

Konsep *harm principle* ini, bagaimapun juga, bukanlah konsep yang tidak tanpa kelemahan. Menurut penulis, penhertian-pengertian baik yang dibawakan oleh Mills maupun Feinberg, tidak menyentuh sisi sebenarnya bagaimana yang dikatakan *harm* itu sendiri. Tentu, sejatinya konsep ini, seperti kata Feinberg perlu

⁷ John Stuart Mills, *On Liberty and Other Essay*, Oxford University Press, Oxford, 1991, hlm. 14.

⁸ Feinber, *Harm to other – The moral Limits of Criminal Law*, Oxford University Press, United Kingdom, 1984, hlm. xix.

konsep yang lain untuk mendukungnya. Perlu sebuah rumusan mengenai *harm* itu sendiri. Karena itu penulis beranjak ke konsep berikutnya, yaitu *offence principle*.

4. *Offence Principle*

Teori-teori hukum yang didasari oleh pemikiran liberalistik menemukan prinsip lain selain *harm principle*, yang mungkin dapat menjadi alasan dan pondasi yang baik dalam rangka kriminalisasi. Dalam kasus misalnya, banyak orang yang mengalami sebuah tindakan yang mungkin memang tidak memberikan penderitaan secara fisik baginya, namun, tindakan tersebut bagaimapun juga sangat tidak menyenangkan bagi kita bahkan mengganggu kebebasan kita, sehingga dapat dibenarkan ketika kita meminta perlindungan hukum dari tindakan tersebut. Feinberg dengan itu mengenalkan sebuah konsep yang ia sebut sebagai *offence principle*. Dalam bukunya, *the moral limits of criminal law*, ia menyatakan:

*it is always a good reason in support of a proposed criminal prohibition that it is necessary to prevent serious offence (as supposed to injury or harm) of persons other than the actor and would be an effective means to that end if enacted.*⁹

Dari pernyataan Feinberg, penulis menarik kesimpulan bahwa *offence principle* tersebut merupakan sebuah prinsip yang membenarkan intervensi negara untuk melakukan kriminalisasi terhadap tindakan yang memenuhi syarat bahwa, pertama tindakan itu adalah tindakan yang tidak menyenangkan bagi si korban, dan kedua, tindakan tersebut memberikan efek mental yang serius terhadap si korban. Namun, Feinberg juga mengatakan bahwa antara *offence* dan *harm* tidaklah bisa diperlakukan sama. Keduanya memang bisa dijadikan ukuran untuk mengkriminalisasi, namun *harm* harus memiliki sanksi yang lebih berat daripada *offence*. Namun, perlu diingat bahwa Feinberg mengatakan jika tolak ukur tindakan yang tidak menyenangkan tersebut akan benar, jika memang secara

⁹ *Ibid*, hlm. 10.

umum, sosial mengatakan bahwa tindakan tersebut adalah tindakan yang tidak layak untuk dilakukan.

5. Moralitas

Aristoteles membahas Keutamaan Moral dalam bukunya "*Ethica Nichomacea*". Dalam bukunya, Aristoteles mengatakan bahwa keutamaan moral adalah sebuah sikap atau watak yang memungkinkan manusia untuk mengambil jalan tengah dari suatu ekstrem yang berlawanan. Selain itu, Plato dalam bukunya "*Republic*" menyatakan bahwa ada empat jenis keutamaan, yaitu Pengendalian diri (*Temperance*) yang memiliki tujuan tertentu dan ditujukan secara utama kepada kelompok-kelompok tertentu, kedua adalah Keberanian (*Fortitude*), ditujukan bagi para ksatria, prajurit, atau mereka yang berperang, ketiga adalah Kebijaksanaan (*Prudence*), ditujukan kepada mereka yang menerapkan suatu aturan agar dalam melakukannya terdapat unsur kebijaksanaan di dalamnya, keempat adalah Keadilan (*Justice*), adalah keutamaan yang harus ada pada ketiga keutamaan yang lain dan berfungsi untuk menghubungkan mereka.

Moral, terlepas dari apa yang dikatakan oleh Aristoteles dan Plato mengenai keutamaannya, merupakan suatu hal yang tentative dan hal itu bergantung pada dua faktor, yaitu internal dan faktor eksternal. Faktor Internal penentu moralitas berarti bahwa moralitas itu mulanya beranjak dari pribadi masing-masing manusia. Ide dasar ini mirip dengan konsep hukum kodrati (*natural law*) yang dibawakan oleh Thomas Aquinas. Menurutnya, hukum kodrati adalah hukum yang bersumber dari nilai-nilai alamiah yang sudah tertanam dalam diri manusia. Karena Aquinas merupakan seorang teolog, maka ia menyatakan bahwa nilai-nilai tersebut berasal dari Tuhan. Singkatnya, Aquinas menyatakan bahwa hukum kodrati ialah hukum yang berasal dari Tuhan dan nilai-nilai ketuhanan tersebut telah ditanamkan dalam pikiran manusia untuk ditemukan sendiri, bukan diciptakan sendiri. Namun berbeda dengan moralitas, ia terbentuk dari adanya nilai-nilai moral yang ditanamkan Tuhan pada pikiran manusia.

Nilai-nilai moral itu kemudian ditentukan oleh apa dan bagaimana manusia dalam menjalankan hidupnya. Tuhan memang menanamkan nilai-nilai moral pada pikiran manusia, namun manusia harus menemukan itu sendiri dalam prosesnya. Untuk menemukan itu menurut penulis, faktor penentunya berkaitan dengan apa tujuan manusia itu hidup.

Segala sesuatu pasti bermula dari satu titik tertentu, sebuah kesimpulanpun sama, ia bermula dari suatu konsep. Karenanya acap kali dalam mempelajari ilmu hukum, kita sering menemukan istilah *ex falso quodlibet* yang memiliki arti kesalahan suatu konsep akan menimbulkan suatu kesimpulan yang salah. Konsep itu sendiri berisi hakikat dari konsep itu (Ontologi), tujuan dari konsep itu (Aksiologi), dan terakhir dari mana konsep itu berasal (epistemologi). Moralitas juga merupakan sebuah konsep, karenanya ia harus memenuhi unsure-unsur tersebut. Secara epistemologis misalnya, ia berasal dari Tuhan, secara Ontologis ia berisi nilai-nilai moral yang ditanamkan Tuhan kepada manusia, karenanya ia sudah pasti baik. Terakhir secara aksiologis ia harus memiliki Tujuan yang baik. Singkat kata, faktor internal penentu moralitas ialah suatu tujuan yang ada pada batin dan perbuatan manusia.

Tujuan sendiri terbagi dalam dua, yaitu tujuan mengenai apa yang diinginkan seorang manusia. Manusia yang memiliki keinginan yang baik akan menghasilkan moralitas yang baik. Misalnya, seseorang yang menjadi hakim dengan keinginan untuk memberikan keadilan bagi semua pihak yang berpekar akan memutuskan segala perkara persidangan dengan seadil-adilnya. Tujuan yang kedua ialah apa yang ingin dicapai. Misalnya, seorang hakim yang memiliki keinginan untuk memberikan keadilan bagi semua orang, memiliki tujuan akhir untuk menjaga ketertiban kehidupan bermasyarakat dan berbangsa. Karena ketika keadilan telah tercapai, maka akan terwujud keadilan di dalam masyarakat.

Berikutnya, moralitas tidak hanya ditentukan oleh adanya tujuan yang baik dalam diri manusia, ia juga dipengaruhi faktor eksternal. Konsep ini digambarkan dengan baik oleh Thomas Hobbes dalam bukunya “Leviathan”. Dalam bukunya, Hobbes, menggambarkan manusia sebagai makhluk yang secara alamiah bebas,

artinya manusia itu bebas. Selanjutnya, Hobbes juga menyatakan bahwa pada hakikatnya manusia adalah makhluk yang mencari kebahagiaannya masing-masing (individu), karenanya manusia dapat menjadi srigala bagi manusia lain. Kemudian untuk mengatasi hal tersebut, manusia bersepakat untuk menyerahkan sebagian kebebasannya untuk membentuk suatu tataran sosial yang menjadi pedoman mengenai baik dan buruk dan apa yang boleh dilakukan atau tidak, inilah yang disebut sebagai kontrak sosial. Kontrak sosial ini kemudian menjadi landasan suatu masyarakat sosial tadi dalam menjalankan kehidupan. Mereka yang tidak berperilaku sesuai kesepakatan (kontrak sosial) akan dianggap berperilaku buruk. Sebaliknya mereka yang memegang prinsip-prinsip yang dituangkan dalam kontrak sosial akan dianggap baik. Hal ini berlanjut hingga nilai-nilai kontrak sosial tadi menjadi sebuah kebiasaan, kemudian berlanjut hingga menjadi sebuah standart moral, hingga menjadi sebuah moralitas.

Faktor eksternal yang mempengaruhi moralitas, dalam skala besar bisa kita lihat dalam konsep yang dibawakan Jermy Bentham mengenai *mala in se* dan *mala in prohibita*. Bentham mengatakan bahwa suatu tindakan yang dinyatakan sebagai tindakan jahat karena pada dasarnya tindakan itu memang jahat dan bertentangan dengan nilai-nilai moral secara universal, disebut sebagai mala in se. Sedangkan mala in prohibita ialah suatu tindakan yang dinyatakan sebagai tindakan jahat karena Negara memutuskan untuk mengkriminalisasi hal tersebut. Misalnya, mula-mula suatu tindakan bukanlah merupakan perbuatan yang bertentangan dengan moralitas, kemudian dinyatakan sebaliknya oleh negara, maka tindakan tersebut akan menjadi tindakan yang jauh dari kata moralitas.

Singkatnya, lingkungan adalah salah satu faktor penting penentu moralitas. Lingkungan ini tidak hanya berpengaruh pada, bagaimana diterapkannya suatu moralitas yang telah dibentuk secara internal pada masing-masing individu, melainkan ia juga bisa membentuk standart moral baru selain yang telah dibentuk sebelumnya.

Kontroversi Rancangan Kitab Undang-Undang Hukum Pidana menggelitik nalar kita untuk berpikir apa sejatinya landasan yang benar dan bagaimana batasan

negara dalam melakukan kriminalisasi terhadap tindakan-tindakan manusia. Secara proses, hal ini sudah jelas selesai. Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-Undangan telah memberikan jawaban yang tepat mengenai mekanisme pembuatan peraturan-perundangan.

Penulis telah mempersembahkan sub-bab demi sub-bab sebagai landasan teoritik dan juga filosofis untuk menggambarkan hal tersebut. Namun karena bersifat abstrak dan spekulatif, sub-bab ini dipersembahkan penulis untuk mengeksaminasi pembasan-pembahasan sebelumnya agar lebih konkrit dan jelas mengenai batasan-batasan negara dalam menentukan tindak pidana.

Pertama, kita berangkat dari putusan MK Nomor 013-022/PUU-IV/2006 yang salah satunya mencabut ketentuan Pasal penghinaan terhadap Presiden dan Wakil Presiden karena dianggap inkonstitusional. Dalam pertimbangannya, Hakim menyatakan bahwa Sejarahnya Pasal 134 KUHPidana yang dimohonkan pengujian oleh para Pemohon, secara konkordan berasal dari Artikel 111 Nederlands *Wetboek van Strafrecht* (WvS Nederland, 1881) yang mengatur tentang *opzettelijke belediging den Koning of der Koningin* dengan ancaman hukuman penjara paling lama lima tahun atau denda paling banyak 300 gulden. Berdasarkan *Koninklijk Besluit (KB)* bertanggal 15 Oktober 1915 Nomor 33, diberlakukan *Wetboek van Strafrecht voor Nederlands – Indie* (WvS Nederlands – Indie), namun dinyatakan mulai berlaku mengikat sejak tanggal 1 Januari 1918, dimuat dalam *Staatsblad* 1915 Nomor 732. Pasal 134 WvS Nederlands - Indie berbunyi, “*Opzettelijke belediging den Koning of der Koningin aangedaan, wordt gestraf van ten hoogste zes jaren of geldboete van ten hoogste driehonderd gulden*”.

Dalam pada itu, menurut Pasal 7 Oendang-Oendang 1946 Nomor 1 tentang Peratoeran Hoekoem Pidana, nama *Wetboek van Strafrecht voor Nederlandch – Indie* diubah menjadi *Wetboek van Strafrecht* atau dapat disebut Kitab Oendang-Oendang Hoekoem Pidana. Pasal 8 Angka 24 Oendang-Oendang 1946 Nomor 1 menetapkan bahwa perkataan *Koning of der Koningin* pada Pasal 134 KUHPidana diganti dengan kata *President of den*

Vice – President. Tatkala *Wetboek van Strafrecht voor Nederlands – Indie*(1915) diberlakukan di wilayah Hindia Belanda, Hindia Belanda di kala itu berstatus negeri jajahan *Het Koninkrijk der Nederlanden*. Artikel 1 *Grondwet van Koninkrijk der Nederlanden* (sejak *Grondwet* 1813, terakhir 1938) berbunyi, “*Het Koninkrijk der Nederlanden omvat het grondgebied van Nederland, Nederlands – Indie, Suriname en Curacao*“. Puncak pemerintahan tertinggi (*oppergezag, opperbewind*) berada pada *de Kroon der Nederlanden*, yakni pada *de Koning (of der Koningin) van het Rijk*. Raja (atau Ratu) Kerajaan Belanda diangkat secara turun-temurun (*erfopvolging*). *Grondwet regelt de troonopvolging, waarbij is uitgegaan van Koning Willem I*.¹⁰

Selanjutnya, hakim dalam pertimbangannya jga menyatakan bahwa mestinya, jika berkait dengan penghinaan, ia harus merupakan sebuah delik aduan. Namun di Belanda, penghinaan terhadap *Koning* dan *Der Koningin* bukanlah merupakan delik aduan. Karena Menurut Koster Henke, martabat Raja tidak membenarkan pribadi Raja untuk bertindak sebagai pengadu (*aanklager*). Asal 134 KUHPidana (selaku konkordan dari Artikel 111 WvS Nederland) merupakan pasal perlakuan pidana khusus sehubungan dengan penghinaan terhadap Raja (atau Ratu) Belanda. ”... pribadi Raja begitu dekat terkait (*verweven*) dengan kepentingan negara (*staatsbelang*), sehingga martabat Raja memerlukan perlindungan khusus”, kata Cleirenet al lagi. Pengertian kata *Koningin* tidak sebatas Ratu yang memerintah. *Met Koningin word zoowel de regeerende, als de niet regeerende Koningin bedoeld* (W.L.H. Koster Henke et al, *ibid*). Dikatakan, ”*iemand die op straat uitroept, ‘Weg met Koningin Wilhelmina’ kan strafbaar zijn volgensartikel 134 WvS Ned. – Indie.*” Selanjutnya, kata Ahli Prof. Mardjono Reksodiputro di persidangan, ”Tidak ditemukan rujukan, apakah alasan serupa dapat diterima di Indonesia, yang mengganti kata ‘Raja’ dengan ‘Presiden dan Wakil Presiden’.

¹⁰ Melgert Spaander, *Handelsrecht: voor H.B.S. 5j. c. A. voor handelsscholen en handelswetenschappelijke examens en voor zelfstudie*, P Nordhoff, 1938, h.11.

Rancangan Kitab Undang-Undang Hukum Pidana, dalam Pasal 218-220 memuat *haatzai artikelen* yang sama dengan apa yang dinyatakan oleh Mahkamah Konstitusi sebagai inkonstitusional. Ketentuan pasal-pasal tersebut mengatur bahwa :

Pasal 218

- (1) Setiap orang yang di muka umum menyerang kehormatan atau harkat dan martabat diri Presiden atau Wakil Presiden dipidana dengan pidana penjara paling lama 3 (tiga) Tahun 6 (enam) bulan atau pidana denda paling banyak kategori IV.
- (2) Tidak merupakan penyerangan kehormatan atau harkat dan martabat sebagaimana dimaksud pada ayat (1) jika perbuatan dilakukan untuk kepentingan umum atau pembelaan diri.

Pasal 219

Setiap orang yang menyiarkan, mempertunjukkan, atau menempelkan tulisan atau gambar sehingga terlihat oleh umum, memperdengarkan rekaman sehingga terdengar oleh umum atau menyebarluaskan dengan sarana teknologi informasi yang berisi penyerangan kehormatan atau harkat dan martabat terhadap presiden atau wakil presiden dengan maksud agar isinya diketahui atau lebih diketahui umum dipidana dengan pidana penjara paling lama 4 (empat) tahun 6 (bulan) atay pidana denda paling banyak kategori IV.

Pasal 220

- (1) Tindak Pidana sebagaimana dimaksud dalam pasal 218 dan Pasal 219 hanya dituntut berdasarkan aduan.
- (2) Pengaduan sebagaimana dimaksud pada ayat (1) dapat dilakukan secara tertulis oleh Presiden dan Wakil Presiden.”

Jika kita perhatikan ketentuan-ketentuan Pasal di atas, dan Pasal di KUHPidana lama yang telah dinyatakan inkonstitusional oleh Mahkamah Konstitusi, jelas dari penggunaan kata terdapat perbedaan. Misalnya yang semula “menghina”, menjadi “menyerang martabat dan kehormatan”, namun dari segi

makna, pernyataan tersebut bermakna sama, dalam artian, menghina juga dapat merendahkan martabat seseorang.

Menganalisa ketentuan Pasal tersebut, penulis beranjak dari *Harm Principle* yang dicetuskan oleh Mills, yang menyatakan bahwa batasan terhadap Hak Asasi seseorang adalah Hak Asasi orang lain. Lebih jauh, Mills, sebagaimana dijabarkan sebelumnya menegaskan bahwa orang yang dimaksud hanya manusia (*naturalijk person*) saja. Selanjutnya, timbul pertanyaan, apakah Presiden dan Wakil Presiden adalah manusia. Secara awam memang iya, namun secara hukum, dibedakan antara jabatan (*ambt*) dan Pribadi (*person*), bersatunya kedua entitas tersebut, menciptakan apa yang disebut sebagai Pejabat (*ambtenaar*). Karenanya, Presiden dan Wakil Presiden secara hukum adalah entitas yang bukan manusia, dan karenanya bukan merupakan objek dari *harm principle*. Jadi, menghina, mengkritik, Presiden dan wakil presiden tidak lebih dari sekedar bagian demokrasi. Lagipula, Negara dan organnya adalah hasil dari kehendak sosial, Karenanya, *ex parte principis* terhadapnya adalah hal yang mutlak dan wajar dalam iklim demokrasi yang liberalistik.¹¹ Karenanya, penulis menyatakan bahwa ketentuan dalam RKUHPidana yang telah dipaparkan di atas, merupakan bentuk dari *overcriminalisation*. Karena ia telah melampaui standart-standart *Mala in Prohibita* yang dapat dibenarkan.

C. PENUTUP

Berdasarkan paparan pembahasan yang telah dijabarkan oleh penulis di atas, maka ditarik kesimpulan, yaitu:

1. Ontologi Indonesia pengejawentahan kontrak sosial, dapat dilihat dalam Pancasila yang tidak hanya sekedar Ideologi dan Konstitusi, namun juga manifestasi dari kontrak sosial rakyat Indonesia. Pancasila, juga merupakan sebuah ideologi yang unik, artinya ia di satu sisi bersifat konservatif dan di sisi yang lain bercorak liberalistic. Konsekuensinya,

¹¹ Norberto Bobbio, *Stato, Governo, Societa: Per Una Teoria Generale Della Politica*, Giulio Einaudi, Torino, 1981, h.56

Negara dikontrol oleh kehendak-kehendak rakyat dan kehendak-kehendak tersebut tetap tidak boleh melanggar *the higher law*, yaitu Hukum-Hukum kodrati yang berasal dari Tuhan.

2. Batasan-batasan negara dalam menentukan tindak pidana (*mala in prohibita*) hanya sebatas apabila ia sesuai dengan *harm principle* dan *Offence Principle* yang dinyatakan oleh Mills dan Feinberg dan juga bertentangan dengan Moralitas, hal ini dapat dibenarkan karena Indonesia merupakan negara demokrasi yang bercorak liberalistic. Namun, tidak seperti barat, Indonesia dibatasi oleh Nilai-Nilai agama sebagai konsekuensi dari Pancasila. Namun, tindakan-tindakan yang secara ‘ke-Tuhanan’ buruk, merupakan *mala in se*, bukan *mala in prohibita*.

Berdasarkan kesimpulan-kesimpulan yang telah dipaparkan, penulis memberikan saran agar dalam merumuskan tindak Pidana terlebih (*mala in prohibita*), pemerintah dan juga Dewan Perwakilan Rakyat harus selalu memperhatikan dan mengingat bahwa negara serta kelengkapannya merupakan manifestasi dari kehendak sosial, tidak lebih tidak kurang. Karenanya, perumusan tindak pidana harus sterill dari hal-hal yang dapat mencederai kebebasan rakyat di Indonesia yang sekalipun konservatif (dalam arti tetap bertumpu pada nilai-nilai ke-Tuhanan), namun juga liberalistik dan demokratis. Selain itu, jika dirumuskannya tindak pidana mendapat penolakan yang hebat dari rakyat, maka pemerintah harus segera mengambil tindakan untuk membatalkan tersebut, karena sejatinya kedaulatan tetap di tangan rakyat, dan negara hanya manifestasi dari kedaulatan tersebut.

DAFTAR PUSTAKA

Buku

Feinber, *Harm to other – The moral Limits of Criminal Law*, Oxford University Press, United Kingdom, 1984.

John Stuart Mills, *On Liberty and Other Essay*, Oxford University Press, Oxford, 1991

Kelsen, Hans, *General Theory of Law and State; Teori Umum Tentang Negara dan Hukum*, Bandung, Nusamedia, 2006.

Norberto Bobbio, *Stato, Governo, Societa: Per Una Teoria Generale Della Politica*, Giulio Einaudi, Torino, 1981

Reeve, Charles DC. *Plato: Republic*. Hackett, Indianapolis, 2004.

Sevon, *The concepts of "Rechtsgut", "Handlung" and "Schuld"*, Finnish Lawyer Publishing Company, Helsinki, 1992.

Spaander, Melgert, *Handelsrecht: voor H.B.S. 5j. c. A. voor handelsscholen en handelswetenschappelijke examens en voor zelfstudie*, P Nordhoff, 1938

Sutherland, *Principle of Criminology*, Lippincot, Philadelphia, 1934 Nina Persak, *Criminalisng Harmfull Conduct: The Harm Principle, Its Limitsand Continental Counterparts*, Springer International Publishing, Switzerland, 2007.

Tongat, *Hukum Pidana Materii*. UMM Press. Malang, 2006.

Williams Blackstone, *Commentaries on The laws of England*, di dalam H.

Wirjono Prodjodikoro, *Asas-Asas Hukum Pidana di Indonesia*, Bandung: PT. Refika Aditama, 2003.

Peraturan Perundang-undangan

Kitab Undang-undang Hukum Pidana

Kitab Undang-undang Hukum Acara Pidana

