



Mahrus Ali <094100102@uii.ac.id>

[home] Submission Acknowledgement

M. Zulfa Aulia <mzulfaaulia@unja.ac.id>
Kepada: Mahrus Ali <mahrus_ali@uii.ac.id>

2 Maret 2021 14.08

Mahrus Ali:

Thank you for submitting the manuscript, "Douglas Husak: Teori Hukum Pidana Minimalis" to *Undang: Jurnal Hukum*. With the online journal management system that we are using, you will be able to track its progress through the editorial process by logging in to the journal web site:

Submission URL: <https://ujh.unja.ac.id/index.php/home/authorDashboard/submission/270>

Username: mahrus

If you have any questions, please contact me. Thank you for considering this journal as a venue for your work.

M. Zulfa Aulia

Undang: Jurnal Hukum, jurnal ilmiah bidang ilmu hukum, diterbitkan Fakultas Hukum Universitas Jambi. Jurnal ini didedikasikan sebagai media pembahasan hukum, yang dalam bahasa Melayu disebut *Undang*, dalam merespons dinamika dan perubahan sosial. Terbit pertama pada 2018, *Undang: Jurnal Hukum* hadir dua kali dalam setahun, yaitu pada April dan Oktober. Dalam setiap edisi terbitannya, *Undang: Jurnal Hukum* memuat tujuh artikel hasil penelitian atau pengkajian hukum dan satu artikel ulasan tokoh dan pemikiran hukum.

Undang: Jurnal Hukum telah terakreditasi nasional **Peringkat 2** berdasarkan Keputusan Menteri Riset dan Teknologi/Kepala Badan Riset dan Inovasi Nasional Republik Indonesia Nomor 148/M/KPT/2020 tanggal 3 Agustus 2020 untuk edisi Volume 1 Nomor 1 (2018) sampai Volume 5 Nomor 2 (2022).



Mahrus Ali <094100102@uii.ac.id>

[home] New notification from Undang: Jurnal Hukum

M. Zulfa Aulia <mzulfaaulia@unja.ac.id>

3 Mei 2021 10.53

Balas Ke: "M. Zulfa Aulia" <mzulfaaulia@unja.ac.id>

Kepada: Mahrus Ali <mahrus_ali@uii.ac.id>

You have a new notification from Undang: Jurnal Hukum:

You have been added to a discussion titled "Naskah perlu diperbaiki" regarding the submission "Douglas Husak: Teori Hukum Pidana Minimalis".

Link: <https://ujh.unja.ac.id/index.php/home/authorDashboard/submission/271>

M. Zulfa Aulia

Undang: Jurnal Hukum, jurnal ilmiah bidang ilmu hukum, diterbitkan Fakultas Hukum Universitas Jambi. Jurnal ini didedikasikan sebagai media pembahasan hukum, yang dalam bahasa Melayu disebut *Undang*, dalam merespons dinamika dan perubahan sosial. Terbit pertama pada 2018, *Undang: Jurnal Hukum* hadir dua kali dalam setahun, yaitu pada April dan Oktober. Dalam setiap edisi terbitannya, *Undang: Jurnal Hukum* memuat tujuh artikel hasil penelitian atau pengkajian hukum dan satu artikel ulasan tokoh dan pemikiran hukum.

Undang: Jurnal Hukum telah terakreditasi nasional **Peringkat 2** berdasarkan Keputusan Menteri Riset dan Teknologi/Kepala Badan Riset dan Inovasi Nasional Republik Indonesia Nomor 148/M/KPT/2020 tanggal 3 Agustus 2020 untuk edisi Volume 1 Nomor 1 (2018) sampai Volume 5 Nomor 2 (2022).



Mahrus Ali <094100102@uii.ac.id>

[home] Editor Decision

M. Zulfa Aulia <mzulfaaulia@unja.ac.id>
Kepada: Mahrus Ali <mahrus_ali@uii.ac.id>

9 Mei 2021 22.53

Mahrus Ali:

We have reached a decision regarding your submission to *Undang: Jurnal Hukum*, "Douglas Husak: Teori Hukum Pidana Minimalis".

Our decision is to: Accept Submission

M. Zulfa Aulia
Ketua Penyunting

Undang: Jurnal Hukum, jurnal ilmiah bidang ilmu hukum, diterbitkan Fakultas Hukum Universitas Jambi. Jurnal ini didedikasikan sebagai media pembahasan hukum, yang dalam bahasa Melayu disebut *Undang*, dalam merespons dinamika dan perubahan sosial. Terbit pertama pada 2018, *Undang: Jurnal Hukum* hadir dua kali dalam setahun, yaitu pada April dan Oktober. Dalam setiap edisi terbitannya, *Undang: Jurnal Hukum* memuat tujuh artikel hasil penelitian atau pengkajian hukum dan satu artikel ulasan tokoh dan pemikiran hukum.

Undang: Jurnal Hukum telah terakreditasi nasional **Peringkat 2** berdasarkan Keputusan Menteri Riset dan Teknologi/Kepala Badan Riset dan Inovasi Nasional Republik Indonesia Nomor 148/M/KPT/2020 tanggal 3 Agustus 2020 untuk edisi Volume 1 Nomor 1 (2018) sampai Volume 5 Nomor 2 (2022).



Mahrus Ali <094100102@uii.ac.id>

[home] Editor Decision

M. Zulfa Aulia <mzulfaaulia@unja.ac.id>

5 Juni 2021 01.28

Kepada: Mahrus Ali <mahrus_ali@uii.ac.id>, "M. Arif Setiawan" <884100103@uii.ac.id>

Mahrus Ali, M. Arif Setiawan:

The editing of your submission, "Teori Hukum Pidana Minimalis dari Douglas Husak: Urgensi dan Relevansi," is complete. We are now sending it to production.

Submission URL: <https://ujh.unja.ac.id/index.php/home/authorDashboard/submission/271>

M. Zulfa Aulia
Fakultas Hukum Universitas Jambi
mzulfaaulia@unja.ac.id

Undang: Jurnal Hukum, jurnal ilmiah bidang ilmu hukum, diterbitkan Fakultas Hukum Universitas Jambi. Jurnal ini didedikasikan sebagai media pembahasan hukum, yang dalam bahasa Melayu disebut *Undang*, dalam merespons dinamika dan perubahan sosial. Terbit pertama pada 2018, *Undang: Jurnal Hukum* hadir dua kali dalam setahun, yaitu pada April dan Oktober. Dalam setiap edisi terbitannya, *Undang: Jurnal Hukum* memuat tujuh artikel hasil penelitian atau pengkajian hukum dan satu artikel ulasan tokoh dan pemikiran hukum.

Undang: Jurnal Hukum telah terakreditasi nasional **Peringkat 2** berdasarkan Keputusan Menteri Riset dan Teknologi/Kepala Badan Riset dan Inovasi Nasional Republik Indonesia Nomor 148/M/KPT/2020 tanggal 3 Agustus 2020 untuk edisi Volume 1 Nomor 1 (2018) sampai Volume 5 Nomor 2 (2022).

Teori Hukum Pidana Minimalis dari Douglas Husak: Urgensi dan Relevansi

Mahrus Ali dan M. Arif Setiawan
Fakultas Hukum Universitas Islam Indonesia
mahrus_ali@uii.ac.id

Abstract

Douglas Husak **has been** widely known, especially in the United States and Europe, as a leading theorist who combines the disciplines of legal philosophy and criminal law. Most of his writings were directed at the use of the coercive means of the State through criminal law as minimum as possible. The minimalist theory of criminal law that he coined was motivated by the phenomenon of the increasing number of acts criminalized in the **United States** Federal State Law in which the majority related to offenses of risk prevention causing overcriminalization. To prevent this, criminal law must be placed as a last resort. The state's decision to criminalize an act must pay attention to internal and external constraints. The first includes the nontrivial harm or evil constraint, the culpability of the actor, and the proportionality of punishment, while the second is related to the substantiality of the state's authority to punish. The thought is relevant to be adopted in the criminalization policy in Indonesia, especially regarding the principle of the blameworthiness of conduct, the severity of punishment must weigh the dangerousness of the (actor) offenses, and criminalization should not be taken if other means are equally effective or even more effective to achieve the goal.

Keywords: criminalization; last resort; proportionality; constitutional rights.

Abstrak

Douglas Husak dikenal luas terutama di Amerika Serikat dan Eropa sebagai teoretisi terkemuka yang mengabungkan antara disiplin filsafat hukum dan hukum pidana. Tulisan-tulisan Husak kebanyakan diarahkan kepada penggunaan sarana koersif Negara melalui hukum pidana seminimal mungkin. Teori hukum pidana minimalis yang dicetuskannya dilatarbelakangi fenomena semakin banyaknya perbuatan-perbuatan yang dikriminalisasi dalam Undang-undang Negara Federal Amerika dan mayoritas terkait *offenses of risk prevention* sehingga menimbulkan kelebihan kriminalisasi. Untuk mencegahnya, hukum pidana harus ditempatkan sebagai sarana terakhir. Keputusan negara untuk mengkriminalisasi suatu perbuatan harus memperhatikan pembatas internal dan pembatas eksternal. Yang pertama meliputi sifat jahat dan dampak kerugian/kerusakan yang begitu serius dari dilakukannya suatu tindak pidana, kesalahan pembuat, dan proporsionalitas pidana; sedangkan yang kedua terkait substansialitas kewenangan negara untuk memidana. Pemikiran Husak relevan untuk diadopsi dalam kebijakan kriminalisasi di Indonesia terutama menyangkut prinsip ketercelaan suatu perbuatan, penetapan beratnya ancaman pidana mengacu kepada seriusitas delik dan kesalahan pembuat, dan kriminalisasi tidak boleh ditempuh jika cara-cara lain sama efektif atau bahkan lebih efektif untuk mencapai tujuan.

Kata Kunci: kriminalisasi; upaya terakhir; proporsionalitas; hak-hak konstitusional.

A. Pendahuluan

Artikel ini menampilkan sosok dan pemikiran hukum dari Douglas Husak. Dalam studi hukum pidana, nama tokoh ini sudah demikian terkenal, kecuali bagi mereka yang jarang

sekali bergumul dengan literatur berbahasa Inggris. Salah seorang begawan hukum pidana Indonesia, Barda Nawawi Arief, bahkan mengutip tulisan Husak tentang asas legalitas.¹ Pemikiran hukum Husak terutama teori hukum pidana minimalis begitu komprehensif dan relatif baru karena menjangkau area yang selama ini jarang disentuh ketika membincang kriminalisasi. Husak menggagas perlunya pelibatan disiplin non hukum pidana saat negara memutuskan untuk mengontrol hak dan kebebasan sipil warga negara melalui kriminalisasi sehingga relevan diadopsi di Indonesia.

Teori yang dikemukakan oleh Husak juga begitu praktis dan operasional terutama kapan suatu perbuatan hendak dikriminalisasi, apa kriterianya, dan bagaimana ancaman pidana seharusnya ditetapkan oleh legislator untuk mencegah timbulnya ancaman pidana yang tidak proporsional. Hal-hal tersebut penting diadopsi di Indonesia di tengah meningkatnya laju kriminalisasi tanpa disertai dengan parameter yang memadai. Penetapan ancaman pidana oleh pembentuk Undang-undang juga tidak dapat dicari argumentasi hukumnya, mengapa terhadap terhadap suatu delik diancam dengan pidana yang begitu berat, sedangkan pada delik yang lain justru diancam dengan pidana yang ringan. Penetapan ancaman pidana dalam perundang-undangan bahkan merupakan selera pembentuk Undang-undang tanpa justifikasi teoretis.²

Bagian pertama artikel ini menjelaskan secara singkat riwayat hidup dan karya Douglas Husak. Sebagai profesor filsafat hukum, semua karya Husak berfokus kepada interseksi antara filsafat hukum dan hukum pidana. Bagian kedua artikel ini mengetengahkan inti teori hukum pidana minimalis. Dimulai dengan ulasan mengenai melimpahnya (*proliferation*) perbuatan-perbuatan yang dikriminalisasi di Negara Federal Amerika Serikat, bagian ini dilanjutkan dengan ulasan tentang perlunya hukum pidana ditempatkan sebagai sarana terakhir di mana Husak secara komprehensif menegaskan perlunya pembatas internal dan eksternal kriminalisasi. Bagian terakhir tulisan ini mendiskusikan relevansi pemikiran Husak tentang teori hukum pidana minimalis terhadap kebijakan kriminalisasi di Indonesia.

¹ Saat menjelaskan asas legalitas, Barda mengutip artikel Douglas Husak yang ditulis bersama Craig A. Callender, "Wilful Ignorance, Knowledge, and the "Equal Culpability" Thesis: A Study of the Deeper Significance of the Principle of Legality". Menurut Husak, kejelasan atau kebenaran suatu norma hukum tidak hanya mengacu pada rumusannya yang jelas dalam suatu undang-undang, melainkan bergeser pada prinsip keadilan yang mendasari suatu norma hukum itu. Barda Nawawi Arief, *Pendekatan Keilmuan dan Pendekatan Religius dalam Rangka Optimalisasi dan Reformasi Penegakan Hukum (Pidana) di Indonesia* (Semarang: Pustaka Magister, 2015), hlm. 71-73.

² Salman Luthan, *Kebijakan Penal Mengenai Kriminalisasi di Bidang Keuangan*, Disertasi, Program Doktor Ilmu Hukum, Fakultas Hukum Universitas Indonesia, Jakarta, 2007

B. Riwayat Hidup dan Karya

Douglas Husak dikenal luas terutama di Amerika dan Eropa sebagai salah satu pemikir kenamaan dunia yang *concern* dengan filsafat hukum. Lahir di Cleveland, Ohio pada 11 Juni 1948, Husak meraih gelar Sarjana (B.A) di Denison University pada 1970 dengan predikat *summa cum laude*. Hal yang menarik adalah bahwa Husak meraih gelar M.A, Ph.D, dan J.D. dari Ohio State University pada tahun yang sama, 1976, di mana gelar terakhir diraih dengan predikat *cum laude*. Setahun kemudian, Husak menjadi dosen tetap di Rutgers University hingga sekarang sebagai *Distinguished Professor*.

Sejak 1976, Husak mengajar di banyak kampus ternama dunia, seperti Indiana University (1976-1977), University of Pittsburgh (1980), Barnard College, Columbia University (1986), Rutgers University College of Law (Newark) (1987-2000), University of Michigan (2006-2007), Fordham University Law School (2009), dan Bar-Ilan University (2014). Mata kuliah yang diampu meliputi; a) Introductory Philosophy Courses: Introduction to Logic; Current Moral and Social Issues; Introduction to Ethical Theory; b) Byrne Seminar: Criminal Law and Philosophy; c) Advanced Philosophy Courses: Philosophy of Law; Philosophy and the Law; Ethics; History of Ethics; Moral Responsibility; Rights, Justice and Equality; Medical Ethics; Business Ethics; Modern Social and Political Philosophy; Special Topics in Social and Political Philosophy; British Empiricism; d) Graduate Philosophy Courses: Philosophy of Law; Advanced Topics in Philosophy of Law; Ethics; Advanced Topics in Ethics; e) Law Courses: Criminal Law; Illicit Drugs: Policy and Practice; Criminal Law Theory; Culpability in Criminal Law (diampu bersama Kim Ferzan); Foundations of Criminal Law; dan f) Graduate Criminal Justice Course: Seminar on Culpability (diampu bersama Andrew von Hirsch).

Husak juga tergabung sebagai (dewan) editor pada sejumlah jurnal hukum terkemuka dunia, di antaranya sebagai Editor in Chief *Criminal Law and Philosophy* (2009-sekarang; Editor-in-Chief *Law and Philosophy*, Editorial Advisory Board *New Criminal Law Review* (2009-2013), Associate Editor dan Advisory Board *Criminal Justice Ethics*; Editorial Board pada *Journal of Applied Philosophy*, Editorial Board *Legal Theory*, Editorial Board *Ohio State Journal of Criminal Law*, Editorial Board *Substance Abuse: Treatment, Prevention, and Policy*, dan Advisory Board *Criminal Justice Books*. Husak juga sering diminta sebagai pamateri kuliah publik pada sejumlah kampus dunia, termasuk sebagai penguji eksternal disertasi di *Oxford University*, Inggris.

Sekalipun dikenal sebagai ahli filsafat hukum, tapi Husak sendiri mengakui bahwa bidang keahliannya mengenai interseksi antara filsafat hukum dan hukum pidana. Husak telah menghasilkan lebih dari 120 karya ilmiah berupa buku, jurnal, ensiklopedia, dan komentar singkat. Beberapa buku Husak yang dianggap berpengaruh dan mengundang diskursus filosofis dan teoretis di antara pelbagai pemikir hukum kenamaan antara lain; 1) *Ignorance of Law: A Philosophical Inquiry* (Oxford University Press, 2016); 2) *The Philosophy of Criminal Law: Selected Essays* (Oxford University Press, 2010); 3) *Overcriminalization: The Limits of the Criminal Law* (Oxford University Press, 2008); 4) *The Legalization of Drugs* (ditulis bersama Peter de Marneffe) (Cambridge University Press, *For & Against Series*, 2005); 5) *Legalize This! The Case for Decriminalizing Drugs* (London: Verso, 2002); 6) *Drugs and Rights* (Cambridge University Press, 1992); dan 7) *The Philosophy of Criminal Law* (Rowman & Littlefield, 1987).³

Buku Husak *Ignorance of Law: A Philosophical Inquiry* mengundang perdebatan di kalangan para ahli yang dituangkan dalam sejumlah tulisan di jurnal bereputasi. Michael J. Zimmerman misalnya, mengkritiknya dan memintanya untuk merevisi ulang karena isinya hanya menjelaskan sebagian saja dari *ignorance of law*.⁴ Gideon Yaffe juga mengkritik karya Husak dalam "Is akrasia Necessary for Culpability? on Douglas Husak's Ignorance of Law".⁵ Buku Husak tentang *overcriminalization* juga mendapat respons luar biasa dari para pemikir hukum yang lain baik yang pro maupun yang kontrak. Vanessa E. Munro berpendapat pemikiran Husak sangat berguna dan komprehensif untuk meminimalisasi penggunaan hukum pidana yang dewasa ini cenderung eksekutif.⁶ Stuart P. Green bahkan pada bagian terakhir tulisannya memuji karya Husak dengan pernyataan '... *He has taken on as big and as important a set of issues as there is in the philosophy of criminal law and has developed a lucid, closely argued, and highly original theoretical approach to their resolution. The book stands as a significant milestone in an already distinguished career*'.⁷ Pada sisi lain, Peter Ramsay menganggap teori normatif yang membatasi kriminalisasi Husak tidak bisa digunakan pada UU Terorisme dan UU Anti Pencucian Uang Inggris, sebab keduanya

³Rutgers School of Arts and Sciences, "Douglas Husak", <https://philosophy.rutgers.edu/people/faculty/details/182-faculty1/faculty-profiles/605-dhusak>, diakses 3/2/2021.

⁴Michael J. Zimmerman, "Recklessness, Willful Ignorance, and Exculpation", *Criminal Law and Philosophy*, 12, 2 (2018): 327-39.

⁵Gideon Yaffe, "Is akrasia Necessary for Culpability? on Douglas Husak's Ignorance of Law", *Criminal Law and Philosophy*, 12, 2 (2018): 341-49.

⁶Vanessa E. Munro, "Overcriminalization: The Limits of the Criminal Law", *New Criminal Law Review*, 12, 2 (2009): 323-26.

⁷Stuart P. Green, "Is There Too Much Criminal Law?" *Ohio State Journal of Criminal Law*, 6 (2009): 737-49.

ditujukan untuk melindungi kerentanan korban-korban potensial.⁸ Ekow N. Tankah menyebut ada paradog pada *overcriminalization* Husak, salah satunya karena ternyata kebijakan dekriminalisasi Marijuana dalam praktik mengalami kegagalan.⁹ Husak kemudian merespons kritik mereka pada *ignorance of law dan overcriminalization* dalam “Aspiration, Execution, and Controversy: Reply to My Critics”.¹⁰

C. Teori Hukum Pidana Minimalis Husak

Kebanyakan penstudi hukum pidana dewasa ini cenderung disibukkan dengan menganalisis rumusan delik dalam suatu undang-undang: bagaimana menginterpretasi dan menerapkannya dalam suatu kasus. Jarang sekali dijumpai diskusi tentang mengapa suatu perbuatan tertentu dikriminalisasi dan apa justifikasi moral penetapan suatu ancaman pidana.¹¹ Akibatnya, semakin banyak perbuatan-perbuatan yang dikriminalisasi tanpa proses evaluasi yang memadai sehingga melanggar kebebasan sipil warga negara, menambah beban penegak hukum,¹² dan menimbulkan ketidakadilan.¹³ Perbuatan-perbuatan yang dikriminalisasi juga kebanyakan terkait *mala prohibita*,¹⁴ yaitu perbuatan-perbuatan tersebut dilarang semata-mata karena Undang-undang melarang yang disertai dengan penetapan ancaman sanksi pidana. Substansi perbuatan tersebut merupakan pelanggaran administrasi atau perdata sehingga sifat tercelanya suatu perbuatan semata-mata bergantung kepada ada atau tidaknya Undang-undang yang melarang. Husak menyebut pelanggaran ini dengan istilah *crimes outside the core*.¹⁵

Menurut Douglas Husak, *overcriminalization* diartikan sebagai “*too much punishment, too much crimes...*”.¹⁶ Bentuk-bentuk delik yang bersifat *overcriminalization*

⁸Peter Ramsay, “Overcriminalization as Vulnerable Citizenship”, *New Criminal Law Review*, 13, 2 (2010): 262-84.

⁹Ekow N. Yankah, “A Paradox in Overcriminalization”, *New Criminal Law Review*, 14, 1 (2011), hlm. 1-29

¹⁰Douglas Husak, “Aspiration, Execution, and Controversy: Reply to My Critics”, *Criminal Law and Philosophy*, 12, 2 (2018): 351-62.

¹¹ Douglas N. Husak, “The Problem of Criminalization”, *New Jersey Lawyer*, 205 (2000), hlm. 18. Douglas N. Husak, “Reasonable Risk Creation and Over-inclusive Legislation”, *Buffalo Criminal Law Review*, 1, 2 (1998), hlm. 601.

¹² Lebih dari 300.000 peraturan Negara Federal Amerika Serikat yang diancam dengan sanksi pidana. Douglas N. Husak, “Retribution in Criminal Theory”, *San Diego Law Review*, 37, 4 (2000), hlm. 962-963.

¹³ Douglas Husak, “Is the Criminal Law Important?”, *Ohio State Journal of Criminal Law*, 1, 1 (2003), hlm. 266.

¹⁴ Douglas Husak, “Mistake of Law and Culpability”, *Criminal Law and Philosophy*, 4, 2 (2010), hlm. 136.

¹⁵ Douglas Husak, “Crimes Outside the Core”, *Tulsa Law Review*, 39, 4 (2004), hlm. 756.

¹⁶ Douglas Husak, *Overcriminalization the Limits of the Criminal Law* (New York: Oxford University Press, 2008), hlm. 4.

meliputi *overlapping crimes*, *offenses of risk-prevention*, dan *ancillary offenses*. *Overlapping crimes* dalam hal ini diartikan sebagai “*by criminalizing the same conduct over and over again*”.¹⁷ Jadi, *overlapping crimes* merupakan **pelarangan suatu perbuatan dengan sanksi pidana atas perbuatan yang sebelumnya telah dikriminalisasi atau dalam suatu Undang-undang terdapat lebih dari satu rumusan delik yang memiliki substansi/karakter yang sama**.¹⁸ *Offenses of risk prevention* adalah **delik yang masih belum sempurna. Hal yang dilarang bukanlah timbulnya kerugian, melainkan kemungkinan terjadinya kerugian meskipun saat delik terjadi, kerugian tersebut tidak perlu dibuktikan**. Contoh delik dalam kategori ini adalah larangan menggunakan gawai saat mengemudikan kendaraan. Perbuatan ini dilarang karena dikhawatirkan mengakibatkan kecelakaan lalu lintas meski akibat tersebut tidak perlu dibuktikan.¹⁹ *Offenses of risk prevention* merupakan faktor utama fenomena kelebihan kriminalisasi.²⁰

Sedangkan *ancillary offenses* diartikan sebagai kejahatan ‘tambahan’ atas kejahatan utama yang telah dilakukan oleh seseorang.²¹ Ada dua jenis *ancillary offenses*: *derivative crimes* dan *enforcement and information gathering offenses*. Contoh jenis kejahatan pertama adalah seseorang yang seharusnya dikenakan satu dakwaan atas perampokan sebuah bank, tetapi kemudian orang itu mendapatkan dakwaan kedua berupa menyimpan uang tersebut ke dalam rekening bank miliknya. Perbuatan menyimpan uang di bank merupakan aktivitas komersial biasa, tapi dijadikan sebagai kejahatan berupa ‘pengetahuan terdakwa dan fakta bahwa uang tersebut berasal dari hasil kejahatan’. Jenis kejahatan yang kedua adalah kejahatan yang dilakukan pada saat proses penyidikan suatu perkara pidana terhadap kejahatan pokok atau pengabaian untuk memberikan informasi penting yang akan menuntut perkara tersebut. Sebagai contoh, bank yang mengabaikan transaksi yang mencurigakan. Kejahatan jenis ini meningkat seiring dengan terbitnya beberapa undang-undang yang mengatur mengenai pengabaian untuk melaporkan adanya kejahatan kekerasan terhadap anak dan sebagainya. Undang-undang tersebut telah menentukan ‘siapa’ yang harus melapor, ‘apa’ yang harus dilaporkan, serta ‘kapan’ dan ‘kepada siapa’ laporan itu disampaikan.²²

¹⁷ Husak, *Overcriminalization the Limits*, hlm. 36.

¹⁸ Stephen F. Smith, “Overcoming Overcriminalization”, *Journal of Criminal Law and Criminology*, 102, 3 (2012), hlm. 539.

¹⁹ Husak, *Overcriminalization the Limits*, hlm. 38.

²⁰ Douglas Husak, “Why Punish Attempts at all? Yaffe on ‘the Transfer Principle’”, *Criminal Law and Philosophy*, 6, 3 (2012), hlm. 402.

²¹ Husak, *Overcriminalization the Limits*, hlm. 40.

²² Husak, *Overcriminalization the Limits*, hlm. 41.

Bagi Husak, kelebihan kriminalisasi dapat dicegah melalui penggunaan hukum pidana seminimal mungkin (*minimalist theory of criminal law*),²³ suatu teori yang secara radikal mampu mengurangi jumlah dan ruang lingkup delik.²⁴ Teori ini harus mampu menyediakan seperangkat persyaratan di mana negara diperbolehkan untuk menetapkan ancaman pidana terhadap suatu perbuatan. Sepanjang persyaratan-persyaratan tersebut dipenuhi, maka campur tangan negara terhadap kebebasan sipil warga negara melalui hukum pidana dianggap sah.²⁵ Menurut Husak, untuk sampai kepada teori ini, hukum pidana seharusnya digunakan hanya sebagai jalan terakhir (*last resort*) untuk mencegah perbuatan-perbuatan terlarang. Hukum pidana dalam konteks ini harus diposisikan sebagai *preventive interpretation*, yaitu hukum pidana seharusnya tidak digunakan apabila cara-cara non hukum pidana mampu mencegah perbuatan yang dilarang atau bahkan lebih baik.²⁶

Secara operasional, teori hukum pidana minimalis Husak perlu dikaitkan dengan pembatas internal dan eksternal hukum pidana. Dengan kata lain, keputusan negara untuk mengkriminalisasi suatu perbuatan melalui pembentukan undang-undang harus memperhatikan pembatas internal (*internal constraint*) dan pembatas eksternal (*external constraint*). Pembatas internal kriminalisasi berasal dari prinsip-prinsip yang selama ini dikenal dalam hukum pidana materiil, sedangkan pembatas eksternal kriminalisasi berasal dari kewajiban-kewajiban normatif yang membatasi kewenangan negara untuk mengkriminalisasi. Pembatas eksternal kriminalisasi terkait hak-hak konstitusional warga negara.²⁷

Pembatas internal kriminalisasi meliputi empat hal. Pertama, *nontrivial harm or evil constraint* atau sifat jahat dan dampak kerugian/kerusakan yang begitu serius dari dilakukannya suatu tindak pidana. Husak mengatakan bahwa pertanggungjawaban pidana tidak dapat dikenakan kecuali undang-undang memang dirancang untuk melarang perbuatan jahat atau mengakibatkan kerusakan/kerugian serius.²⁸ Negara tidak boleh

²³Douglas Husak, "Criminal Law Textbooks and Human Betterment", *Ohio State Journal of Criminal Law*, 7, 1 (2009), hlm. 274.

²⁴ Douglas Husak, "Is the Criminal Law Important?" *Ohio State Journal of Criminal Law*, 1, 1 (2003), hlm. 270.

²⁵ Douglas Husak, "Reservation about Overcriminalization", *New Criminal Law Review*, 14, 1 (2011), hlm. 98.

²⁶ Douglas Husak, "Applying Ultima Ratio: A Skeptical Assessment", *Ohio State Journal of Criminal Law*, 2, 2 (2005), hlm. 536.

²⁷ Munro, "Overcriminalization: The Limits", hlm. 324.

²⁸ Husak, *Overcriminalization the Limits*, hlm. 65-66.

membuat undang-undang pidana yang isinya melarang suatu perbuatan tertentu yang tidak menimbulkan kerugian apapun dengan sanksi pidana.

Kerugian/kerusakan memiliki sejumlah makna. Dennis J. Baker mengatakan bahwa ketercelaan moral suatu perbuatan merupakan alasan untuk mengkriminalisasi.²⁹ Herbert L. Packer mengemukakan bahwa hanya perbuatan yang dianggap imoral saja yang perlu dikriminalisasi.³⁰ Kriterianya adalah, sebagian besar masyarakat menganggap perbuatan tersebut sebagai perilaku yang mengancam mereka.³¹ Suatu perbuatan dikriminalisasi hanya jika perbuatan tersebut merugikan/berbahaya.³² Perbuatan yang tidak menimbulkan kerugian bagi orang lain tidak perlu untuk dikriminalisasi.³³

Umumnya, terhadap *nontrivial harm or evil constraint*, ada tiga pembelaan yang biasa diajukan penasihat hukum pelaku bahwa perbuatannya tidak dapat dikategorikan sebagai perbuatan yang jahat atau mengakibatkan kerusakan serius, yaitu; (1) *the defence of lesser evil, necessity, or justification generally*; (2) *the defence of consent*; dan (3) *the defence of de minimis*. Pembelaan pertama digunakan manakala nilai kerusakan/kerugian atau sifat jahat yang ingin dihindari lebih besar daripada yang ingin dicegah oleh undang-undang yang merumuskan tindak pidana tersebut.³⁴ Pembelaan kedua terkait kesengajaan yang mengecualikan pertanggungjawaban digunakan apabila ia menghalangi terjadinya kerusakan/kerugian atau sifat jahat yang ingin dicegah oleh undang-undang yang merumuskan tindak pidana.³⁵ Pembelaan ketiga diterapkan ketika perbuatan pelaku sebenarnya tidak menyebabkan atau mengancam kerugian/kerusakan atau sifat jahat yang hendak dicegah oleh undang-undang yang merumuskan tindak pidana, atau memang menyebabkan hal tersebut tapi tidak terlalu serius sehingga tidak pantas dijatuhi pidana.³⁶

Kedua, *wrongfulness constraint* atau pembatasan terkait kesalahan pembuat. Husak mengatakan bahwa pertanggungjawaban pidana tidak boleh dijatuhkan kecuali tindakan pembuat (dalam beberapa hal) adalah salah.³⁷ Apabila pembuat tidak dapat dipersalahkan atas dilakukannya perbuatan yang dilarang, maka tidak mungkin membicarakan

²⁹ Dennis J. Baker, "Constitutionalizing the Harm Principle", *Criminal Justice Ethics*, 27, 2 (2008), hlm. 6.

³⁰ Herbert L. Packer, *The Limits of the Criminal Sanction* (California: Standord University Press, 1968), hlm. 262.

³¹ Packer, *The Limits of the Criminal Sanction*, hlm. 296.

³² Hamish Stewart, "The Limits of the Harm Principle", *Criminal Law and Philosophy*, 4, 1 (2010), hlm. 18.

³³ Shlomit Wallerstein, "Criminalising Remote Harm and the Case of Anti-Democratic Activity", *Cardozo Law Review*, 28 (2007), hlm. 2699.

³⁴ Husak, *Overcriminalization the Limits*, hlm. 66-67.

³⁵ Husak, *Overcriminalization the Limits*, hlm. 67.

³⁶ Husak, *Overcriminalization the Limits*, hlm. 67.

³⁷ Husak, *Overcriminalization the Limits*, hlm. 73.

pemaafan.³⁸ Pemikiran Husak dalam konteks ini tidak semuanya dapat diikuti karena rumusan delik dalam suatu undang-undang tidak semuanya mencantumkan kesengajaan atau kealpaan sebagai unsur subjektif delik.

Ketiga, *desert constraint*. Menurut Husak, pidana dibenarkan hanya ketika dan sejauh itu pantas dijatuhkan.³⁹ Pidana dianggap tidak pantas dijatuhkan apabila pembuat memiliki alasan pemaaf. Pidana juga dianggap tidak pantas jika dijatuhkan secara berlebihan. Kepantasan pidana mengacu kepada prinsip proporsionalitas, yaitu beratnya pidana berfungsi atau mengacu kepada seriusitas kejahatan.⁴⁰ Pidana yang diancamkan atau dijatuhkan dianggap proporsional jika sesuai dengan tingkat kesalahan pembuat.⁴¹ Tingkat ketercelaan perbuatan pembuat dan kesalahannya merupakan faktor yang menentukan beratnya ancaman sanksi pidana.⁴² Agar prinsip ini tercapai, maka delik-delik perlu diperingkat dulu berdasarkan skala seriusitasnya. Delik-delik yang ringan harus diancam pidana berdasarkan ringannya seriusitas delik tersebut. Dengan kata lain, delik-delik yang tingkat keseriusannya adalah ringan tidak boleh diancam pidana melebihi ancaman pidana pada kelompok delik yang lebih serius.⁴³

Prinsip proporsionalitas juga perlu menjawab paling tidak lima isu. Pertama, apa yang membuat suatu delik lebih serius dari delik yang lain, apakah terdapat skala tunggal yang dapat digunakan untuk memeringkat seriusitas semua delik? Kedua, apa yang membuat ancaman pidana lebih berat dibandingkan yang lain, apakah metrik beratnya pidana seluruhnya objektif? Ketiga, apa fungsi yang menghubungkan seriusitas delik kepada beratnya pidana, apakah ia linier, atau ia memiliki bentuk yang lebih kompleks? Keempat, isu apa saja yang mendahului pertimbangan proporsionalitas, dan seberapa besar atau seberapa kecil pertimbangan ini mendahului? Kelima, bagaimana sistem penetapan ancaman pidana mencapai proporsionalitas cardinal? Kelima isu tersebut perlu dijawab agar beratnya ancaman pidana mencerminkan seriusitas delik.⁴⁴

³⁸ Alfonso Donoso M, "Douglas Husak, Overcriminalization. The Limits of the Criminal Law", *Criminal Law and Philosophy*, 4, 1 (2010), hlm. 101.

³⁹ Husak, *Overcriminalization the Limits*, hlm. 82.

⁴⁰ Douglas Husak, "Lifting the Cloak: Preventive Detention as Punishment", *San Diego Law Review*, 48, 4 (2011), hlm. 1197.

⁴¹ Douglas Husak, "Holistic Retributivism", *California Law Review*, 88, 3 (2000), hlm. 997.

⁴² Dean J. Spader, "Megatrends in Criminal Justice Theory", *American Journal of Criminal Law*, 13, 2 (1986), hlm. 183.

⁴³ Douglas Husak, "Criminal Law at the Margins", *Criminal Law and Philosophy* 14, 3 (2020), hlm. 382.

⁴⁴ Douglas Husak, "The Price of Criminal Law Skepticism: Ten Functions of the Criminal Law", *New Criminal Law Review*, 23, 1 (2020), hlm. 48.

Menurut Husak, pidana hanya pantas jika mengandung dua elemen, yaitu pencelaan (stigma) dan perlakuan yang keras (perampasan).⁴⁵ Respons negara hanya dapat disebut menghukum apabila memberikan suatu nestapa atau akibat-akibat lain yang tidak menyenangkan.⁴⁶ Berdasarkan pemikiran ini, wajar jika pidana diartikan sebagai sanksi yang dijatuhkan oleh negara tentang apa yang secara umum dipandang sebagai akibat-akibat yang tidak menyenangkan kepada individu atau kelompok yang melanggar hukum, sebagai respons atas pelanggaran tersebut, sebagai bagian dari penegakan hukum, dan respons tersebut tidak hanya dijadikan sebagai sarana untuk menyediakan kompensasi atas kerugian yang ditimbulkan pelaku.⁴⁷ Respons negara terhadap suatu perbuatan yang dilarang tidak dikualifikasikan sebagai menghukum kecuali dimaksudkan untuk mencela (stigma). Tujuan utama sanksi negara yang bersifat menghukum adalah untuk mengenakan stigma yang keras kepada pelanggar. Dimensi stigma ini mendukung prinsip proporsionalitas pidana yang secara langsung berasal dari implikasi celaan sanksi pidana.⁴⁸

Keempat, *burden of proof constraint* atau beban pembuktian. Aspek ini terkait elemen penting sanksi pidana, yaitu celaan dan stigma. Husak mengatakan bahwa hukuman yang dijatuhkan oleh negara berpotensi melanggar hak warga negara untuk tidak mendapatkan celaan dan stigma secara sewenang-wenang. Beban pembuktian untuk mengkriminalisasi, oleh karena itu, ada pada mereka yang mendukung usulan kriminalisasi, yakni para legislator. Mereka harus menyediakan alasan yang memadai yang sesuai dengan alat uji kriminalisasi.⁴⁹ Negara hakikatnya memiliki kewenangan untuk melarang suatu perbuatan tertentu disertai ancaman pidana, tapi kewenangan ini harus disertai dengan alasan yang kuat, dilakukan secara hati-hati dan tidak diskriminatif. Sebab, pada yang saat yang sama, sebagaimana dikemukakan Douglas Husak, tiap-tiap warga negara juga memiliki hak untuk tidak dipidana.⁵⁰

Pembatas eksternal kriminalisasi terkait kewajiban-kewajiban normatif yang membatasi kewenangan negara untuk memidana.⁵¹ Pembatas ini berada di luar hukum pidana karena menyangkut hak-hak konstitusional warga negara. Pertanyaan pokok yang harus dijawab adalah, apakah kriminalisasi melanggar hak-hak konstitusional warga negara. Jika iya, kapan kriminalisasi dianggap tidak melanggar hak tersebut. Kriminalisasi

⁴⁵ Husak, "Reservations about Overcriminalization", hlm. 100.

⁴⁶ Packer, *The Limits of the Criminal Sanction*, hlm. 21.

⁴⁷ Donald Nicolson dan Lois Bibbing, *Feminist Perspective on Criminal Law* (London: Cavendish Publishing Limited, 2000), hlm. 51.

⁴⁸ Husak, *Overcriminalization the Limits*, hlm. 94.

⁴⁹ Husak, *Overcriminalization the Limits*, hlm. 99-100.

⁵⁰ Husak, *Overcriminalization the Limits*, hlm. 92.

⁵¹ Munro, "Overcriminalization: The Limits", hlm. 324.

tidak dianggap melanggar hak konstitusional warga negara berupa hak untuk tidak dipidana (*right not to be punished*) jika negara memiliki dasar pembenar, yaitu kepentingan negara untuk mengkriminalisasi memang substansial. Substansialitas kepentingan negara ini yang menjadi dasar pembatas hak untuk tidak dipidana. Untuk mengetahui substansialitas kepentingan negara ini, legislator harus mengidentifikasi kepentingan negara tersebut serta menunjukkan legitimasi dan substansialitasnya.⁵² Negara harus mampu menunjukkan bahwa perbuatan yang hendak dikriminalisasi tidak lebih luas daripada tujuan yang hendak dicapai.⁵³

D. Relevansi Teori Hukum Pidana Minimalis terhadap Kebijakan Kriminalisasi di Indonesia

Berdasarkan empat prinsip yang terkandung baik dalam pembatas internal maupun pembatas eksternal sebagai kristalisasi dari teori hukum pidana minimalis Douglas Husak, paling tidak terdapat tiga prinsip yang bisa relevan diadopsi dalam kebijakan kriminalisasi di Indonesia. Pertama, prinsip *nontrivial harm or evil constraint*. Prinsip ini penting diadopsi didasarkan pada fakta tentang kecenderungan penggunaan hukum pidana melalui sarana kriminalisasi yang tercermin dalam produk hukum legislatif dalam kurun waktu 30 tahun terakhir. Penelitian Barda Nawawi Arief mengungkapkan bahwa antara tahun 1985 hingga 1995 terdapat 29 Undang-undang yang mengkriminalisasi suatu perbuatan tertentu disertai ancaman pidana.⁵⁴ Pada 1998-2014, terdapat 392 undang-undang yang disahkan, 154 di antaranya memuat ketentuan pidana dengan proporsi 1.601 perbuatan yang dikriminalisasi.⁵⁵ Catatan legislasi 2014-2019 juga menguatkan kecenderungan demikian, yaitu dengan disahkannya sekitar 90 undang-undang dengan 33 di antaranya juga memuat ketentuan pidana. Data tersebut menunjukkan potret kriminalisasi sejak era reformasi (1998-2019) telah mencerminkan angka 39 persen, atau sekitar 187 dari total 482 undang-undang yang disahkan oleh legislatif.⁵⁶

⁵² Ariel L. Bendor dan Hadar Dancing-Rosenberg, "Unconstitutional Criminalization", *New Criminal Law Review*, 19, 2 (2016), hlm. 135, 137-145.

⁵³ Darryl K. Brown, "Can Criminal Law Be Controlled?", *Michigan Law Review*, 108, 6 (2010), hlm. 976-977.

⁵⁴ Barda Nawawi Arief, *Kapita Selekta Hukum Pidana* (Bandung: PT. Citra Aditya Bakti, 2013), hlm. 11.

⁵⁵ Anugerah Rizki Akbari, *Potret Kriminalisasi Pasca Reformasi dan Urgensi Reklasifikasi Tindak Pidana di Indonesia* (Jakarta: Institute for Criminal Justice Reform, 2015), hlm. 10-11.

⁵⁶ Dewan Perwakilan Rakyat Republik Indonesia, *Buku Memori Dewan Perwakilan Rakyat Republik Indonesia Periode 2014-2019* (Jakarta: Sekretariat Jenderal DPR RI, 2019), hlm. 31.

Hal yang menarik adalah, kebanyakan perbuatan tersebut merupakan *mala prohibita*,⁵⁷ di mana keberadaan sanksi pidana pada delik kategori tersebut seharusnya ditempatkan sebagai *mercenary-sanction*,⁵⁸ meski realitasnya menunjukkan sebaliknya. Selain itu, proses kriminalisasi yang berlangsung tanpa henti tanpa dilakukan penilaian dan evaluasi mengenai pengaruhnya terhadap keseluruhan sistem pemidanaan dan penegakan hukum pidana juga menimbulkan kelebihan kriminalisasi.⁵⁹ Salah satu bentuk perbuatan yang banyak dikriminalisasi di Indonesia yang menurut Husak merupakan kelebihan kriminalisasi adalah *offenses of risk prevention* sebagaimana dimuat dalam Pasal 110 Undang-undang Nomor 32 Tahun 2009 tentang Perlindungan dan Pengelolaan Lingkungan Hidup (UU PPLH). Perbuatan yang dilarang pada pasal ini adalah “menyusun Amdal tanpa memiliki sertifikat kompetensi penyusun Amdal”. Tujuan dilarangnya perbuatan tersebut adalah untuk mencegah timbulnya akibat berupa perusakan atau pencemaran lingkungan hidup meski akibat tersebut tidak perlu dibuktikan. Perbuatan sudah dianggap terbukti jika terdapat Amdal yang disusun oleh seseorang yang tidak memiliki sertifikat penyusun Amdal.

Dokumen Amdal merupakan dasar penetapan keputusan kelayakan lingkungan hidup.⁶⁰ Keputusan layak atau tidaknya lingkungan hidup mengacu kepada hasil penilaian Komisi Penilai Amdal yang dibentuk oleh menteri, gubernur, atau bupati/walikota sesuai dengan kewenangannya.⁶¹ Apabila Komisi Penilai menetapkan bahwa dokumen Amdal yang diajukan tidak layak diberikan keputusan kelayakan lingkungan hidup karena Amdal disusun oleh penyusun Amdal yang tidak memiliki sertifikat penyusun, maka izin lingkungan tidak mungkin dikeluarkan. Hal ini karena penerbitan izin lingkungan oleh menteri, gubernur, atau bupati/waliko mengacu kepada keputusan kelayakan lingkungan hidup.⁶² Izin lingkungan yang tidak dapat diterbitkan tersebut berimplikasi pada tidak diterbitkannya izin usaha dan/atau kegiatan. Apabila izin lingkungan yang merupakan syarat keluarnya izin usaha dan/atau kegiatan,⁶³ maka Amdal yang telah disusun tersebut dianggap tidak ada. Keberadaannya, dengan demikian, tidak memiliki dampak apapun.

⁵⁷ Supriyadi, “Penetapan Tindak Pidana Sebagai Kejahatan dan Pelanggaran dalam Undang-undang Pidana Khusus”, *Mimbar Hukum*, 27, 3 (2015), hlm. 394.

⁵⁸ Muladi, *Kapita Selekta Sistem Peradilan Pidana* (Semarang: Badan Penerbit Universitas Diponegoro, 1995), hlm. 42.

⁵⁹ Muladi dan Barda Nawawi Arief, *Teori-teori dan Kebijakan Hukum Pidana* (Bandung: Alumni, 1998), hlm. 163.

⁶⁰ Pasal 24 UU PPLH.

⁶¹ Pasal 29 ayat (1) dan Pasal 31 UU PPLH.

⁶² Pasal 36 ayat (2) UU PPLH.

⁶³ Pasal 40 ayat (1) UU PPLH.

Untuk mengatasi problem serius tersebut, setidaknya ada tiga langkah praktis yang bisa ditempuh. Pertama, pendekatan kebijakan dan pendekatan nilai harus dilakukan secara bersamaan di dalam mengkriminalisasi suatu perbuatan.⁶⁴ Kedua, legislator harus mengevaluasi cara-cara lain non pidana untuk mencapai tujuan dibentuknya suatu undang-undang. Kriminalisasi tidak boleh dilakukan jika cara-cara lain tersebut sama efektifnya atau bahkan lebih efektif untuk mencapai tujuan itu.⁶⁵ Ketiga, walaupun perbuatan-perbuatan dalam kategori *offenses of risk prevention* tetap dikriminalisasi, maka hukum pidana harus ditempatkan sebagai *ultimum remedium* dengan mengikuti rumusan delik dalam Pasal 100 UU PPLH.

Kedua, *desert constraint*, yang secara praktis mengacu pada prinsip proporsionalitas pidana yang mengendaki agar berat atau ringannya penetapan ancaman pidana didasarkan kepada seriusitas kejahatan dan kesalahan pembuat. Di Indonesia, proporsionalitas pidana jarang sekali dikaitkan dengan kebijakan formulasi sanksi pidana. Isu ini dilupakan (*the forgotten issue*) baik dalam kebijakan legislatif maupun dalam diskursus teori hukum pidana Indonesia meski hal itu berhubungan erat dengan kewenangan pembentuk Undang-undang. Selain itu, prinsip proporsionalitas pidana juga membatasi kewenangan pembentuk Undang-undang di dalam menetapkan ancaman sanksi pidana.⁶⁶

Kepercayaan publik terhadap proses peradilan pidana akan memudar apabila penetapan ancaman pidana oleh pembentuk Undang-undang tidak mengacu kepada seriusitas kejahatan dan kesalahan pelaku karena hal itu dianggap sebagai ketidakadilan.⁶⁷ Pada akhirnya, ancaman pidana yang demikian akan melahirkan ketidakadilan berikutnya, yaitu saat hakim menjatuhkan sanksi pidana kepada terdakwa dalam suatu perkara pidana. Oleh karena itu, ketidaktepatan pembentuk Undang-undang dalam mengancamkan pidana atas suatu delik memiliki pengaruh yang besar terhadap praktik penjatuhan dan pelaksanaan pidana.⁶⁸ Timbulnya fenomena disparitas pidana (*disparity of sentencing*) salah satunya disebabkan penetapan ancaman pidana pada tahap formulasi yang tidak memenuhi prinsip proporsionalitas.

⁶⁴ Barda Nawawi Arief, *Bunga Rampai Kebijakan Hukum Pidana* (Bandung: PT. Citra Aditya Bakti, 2005), hlm. 29-36.

⁶⁵ Stuart P. Green, "Is There Too Much Criminal Law?", *Ohio State Journal of Criminal Law*, 6 (2009), hlm. 743.

⁶⁶ Alice Ristroph, "Proportionality as a Principle of Limited Government", *Duke Law Journal*, 55, 2 (2005), hlm. 263.

⁶⁷ Gregory S. Schneider, "Sentencing Proportionality in the States", *Arizona Law Review*, 54, 1 (2012), hlm. 241.

⁶⁸ Barda Nawawi Arief, *Masalah Penegakan Hukum dan Kebijakan Hukum Pidana dalam Penanggulangan Kejahatan* (Jakarta: Kencana Prenada Group, 2010), hlm. 2.

Fakta bahwa penetapan ancaman pidana tidak proporsional terlihat pada bobot pidana pada beberapa delik dalam pelbagai undang-undang. Pertama, bobot pidana pada delik *obstruction of justice* yang diartikan sebagai tindakan menghalang-halangi proses hukum yang sedang dilakukan oleh aparat penegak hukum, dalam hal ini polisi, jaksa, hakim dan advokat, baik terhadap saksi, tersangka maupun terdakwa. Penafsiran doktriner terhadap *obstruction of justice* adalah suatu perbuatan, baik melakukan atau tidak melakukan sesuatu dengan maksud menunda, mengganggu, atau mengintervensi proses hukum dalam suatu kasus. Pengertian ini mengandung arti bahwa tindakan yang dilakukan sejak awal itu memiliki motif untuk menghalangi proses hukum. *Obstruction of justice* ini dapat dilakukan oleh siapa saja seperti orang pribadi, kelompok kepentingan, aparat penegak hukum maupun suatu kekuatan politik.⁶⁹

Ketentuan mengenai *obstruction of justice* diatur dalam Pasal 21 Undang-Undang Nomor 31 Tahun 1999 tentang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi (UU Tipikor), Pasal 22 Undang-undang Nomor 21 Tahun 2007 tentang Pemberantasan Tindak Pidana Perdagangan Orang (UU Perdagangan Orang), Pasal 138 Undang-Undang Nomor 35 Tahun 2009 tentang Narkotika (UU Narkotika), dan Pasal 102 Undang-Undang Nomor 18 Tahun 2013 tentang Pencegahan dan Pemberantasan Perusakan Hutan (UU Perusakan Hutan) sebagaimana terlihat pada Tabel 1.⁷⁰

Tabel 1. Perbandingan Bobot Pidana *Obstruction of Justice* dalam UU Tipikor, Narkotika, Perdagangan Orang, dan Perusakan Hutan

| UU | Perbuatan yang Dilarang | Penjara | Denda (Rp) |
|--------------------------------|---|------------------|-------------------|
| UU Tipikor, Pasal 21 | Setiap orang yang dengan sengaja mencegah, merintang, atau menggagalkan secara langsung atau tidak langsung penyidikan, penuntutan, dan pemeriksaan di sidang pengadilan terhadap tersangka dan terdakwa ataupun para saksi dalam perkara korupsi | 3-12 tahun | 150-600 juta |
| UU Narkotika, Pasal 138 | Setiap orang yang menghalang-halangi atau mempersulit penyidikan serta penuntutan dan pemeriksaan perkara tindak pidana Narkotika dan/atau tindak pidana Prekursor Narkotika di muka sidang pengadilan. | Maksimal 7 tahun | Maksimal 500 juta |
| UU Perdagangan Orang, Pasal 22 | Setiap orang yang dengan sengaja mencegah, merintang, atau menggagalkan secara langsung atau tidak langsung penyidikan, penuntutan dan pemeriksaan di sidang pengadilan terhadap tersangka, terdakwa | 1-5 tahun | 40-200 juta |

⁶⁹ Eddy O.S. Hiariej, "KPK dan Perintang Peradilan", harian *Kompas*, 23/1/2018.

⁷⁰ Tabel tersebut merupakan modifikasi peneliti dari artikel Mahrus Ali, "Proporsionalitas dalam Kebijakan Formulasi Sanksi Pidana", *Jurnal Hukum Ius Quia Iustum*, 25, 1 (2018), hlm. 153-154.

| | | | |
|-------------------------------|---|------------|---------------------|
| | atau sanksi dalam perkara perdagangan orang | | |
| UU Perusakan Hutan, Pasal 102 | Orang perseorangan yang dengan sengaja menghalang-halangi dan/atau menggagalkan penyelidikan, penyidikan, penuntutan, atau pemeriksaan di sidang pengadilan tindak pidana pembalakan liar dan penggunaan kawasan hutan secara tidak sah (ayat 1). | 1-10 tahun | 500 juta – 5 milyar |
| | Korporasi yang menghalang-halangi dan/atau menggagalkan penyelidikan, penyidikan, penuntutan, atau pemeriksaan di sidang pengadilan tindak pidana pembalakan liar dan penggunaan kawasan hutan secara tidak sah (ayat 2). | 5-15 tahun | 5-15 milyar |

Sumber: Modifikasi peneliti dari artikel Mahrus Ali

Ancaman pidana penjara dan pidana denda dalam UU Perusakan Hutan dan UU Tipikor lebih berat daripada ancaman pidana penjara dan pidana denda dalam UU Narkotika dan UU Perdagangan Orang, meskipun substansi tindak pidananya adalah sama-sama tentang menghalang-halangi proses peradilan (*obstruction of justice*). Ancaman pidana dalam UU Perusakan Hutan bahkan diperberat jika pelaku *obstruction of justice* adalah korporasi. Padahal, korporasi juga diakui sebagai subjek delik, baik dalam UU Tipikor,⁷¹ UU Perdagangan Orang⁷² maupun UU Narkotika.⁷³ Dengan mengikuti prinsip proporsionalitas pidana, tindak pidana-tindak pidana yang memiliki substansi atau karakter yang sama atau mirip seharusnya diancam dengan sanksi pidana yang berat atau ringannya setara atau dapat diperbandingkan.⁷⁴

Kedua adalah bobot pidana pada delik suap aktif dalam UU Tipikor yang tidak proporsional, sebagaimana terlihat pada Tabel 2.

Tabel 2. Perbandingan Bobot Pidana Delik Suap Aktif dalam UU Tipikor

| Pasal | Perbuatan yang Dilarang | Bobot Pidana |
|--------------------|---|--|
| 5 ayat (1) huruf a | Memberi atau menjanjikan sesuatu kepada pegawai negeri atau penyelenggara negara dengan maksud supaya pegawai negeri atau penyelenggara negara tersebut berbuat atau tidak berbuat sesuatu dalam jabatannya, yang bertentangan dengan kewajibannya. | Pidana penjara 1-5 tahun dan atau pidana denda 50-250 juta |

⁷¹ Pasal 1 angka 3 UU Tipikor memperluas makna setiap orang yang meliputi orang perorangan atau korporasi

⁷² Pasal 1 angka 4 UU Perdagangan Orang mengartikan setiap orang sebagai orang perseorangan atau korporasi yang melakukan tindak pidana perdagangan orang.

⁷³ Pasal 1 angka 21 UU Narkotika mengartikan korporasi sebagai kumpulan terorganisasi dari orang dan/atau kekayaan, baik merupakan badan hukum maupun bukan badan hukum

⁷⁴William W. Berry III, "Promulgating Proportionality", *Georgia Law Review*, 46 (2011), hlm. 94.

| | | |
|--------------------------|--|--|
| Pasal 5 ayat (1) huruf b | Memberi sesuatu kepada pegawai negeri atau penyelenggara negara karena atau berhubungan dengan sesuatu yang bertentangan dengan kewajiban, dilakukan atau tidak dilakukan dalam jabatannya. | Pidana penjara 1-5 tahun dan atau pidana denda 50-250 juta |
| Pasal 6 ayat (1) huruf a | Memberi atau menjanjikan sesuatu kepada hakim dengan maksud untuk mempengaruhi putusan perkara yang diserahkan kepadanya untuk diadili. | Pidana penjara 3-15 tahun dan pidana denda 150-750 juta |
| Pasal 6 ayat (1) huruf b | Memberi atau menjanjikan sesuatu kepada seseorang yang menurut ketentuan peraturan perundang-undangan ditentukan menjadi advokat untuk menghadiri sidang pengadilan dengan maksud untuk mempengaruhi nasihat atau pendapat yang akan diberikan berhubung dengan perkara yang diserahkan kepada pengadilan untuk diadili. | Pidana penjara paling singkat 3-15 tahun dan pidana denda 150-750 juta |
| Pasal 13 | Memberi hadiah atau janji kepada pegawai negeri dengan mengingatk kekuasaan atau wewenang yang melekat pada jabatan atau kedudukannya, atau oleh pemberi hadiah atau janji dianggap melekat pada jabatan atau kedudukan tersebut. | Pidana penjara maksimal 3 tahun dan atau denda maksimal 150 juta |

Sumber: diolah sendiri oleh peneliti

Delik-delik pada Tabel 2 atas sama-sama merupakan delik suap aktif yang memiliki tingkat seriusitas yang sama. Hal ini ditandai dengan empat ciri. Pertama, pelaku delik adalah bisa siapa saja seperti orang perorangan, korporasi, pegawai negeri, penyelenggara negara, pegawai swasta, hakim, advokat, atau jaksa bisa melakukan delik tersebut. Kedua, unsur objektif delik adalah sama-sama tentang memberikan sesuatu atau menjanjikan sesuatu. Ketiga, unsur objektif delik ada kaitannya dengan jabatan/kewenangan penerima suap untuk melakukan sesuatu atau tidak melakukan sesuatu. Keempat, penerima suap dibatasi kepada pegawai negeri, penyelenggaraan negara, hakim, dan advokat.

Keempat ciri tersebut merupakan pertimbangan dalam menetapkan beratnya pidana. Menurut prinsip proporsionalitas, tindak pidana-tindak pidana yang memuat tingkat seriusitas delik yang sepadan perlu diancam dengan pidana yang berat atau ringannya setara. Seriusitas delik dan kesalahan pembuat menjadi parameter utama penetapan anaman pidana.⁷⁵ Oleh karena itu, semakin serius suatu delik, maka ancaman pidana harus semakin berat.⁷⁶ Dalam konteks ini, Tabel 1 dan Tabel 2 tidak sesuai dengan prinsip proporsionalitas pidana karena delik-delik yang memiliki tingkat seriusitas yang sama justru diancam dengan pidana yang berat atau ringannya tidak sepadan.

⁷⁵Berry III, "Promulgating Proportionality", hlm. 87-88.

⁷⁶ Joel Goh, "Proportionality-An Unattainable Ideal in the Criminal Justice System", *Manchester Student Law Review*, 2 (2013), hlm. 44. Erik Luna, "Punishment Theory, Holism, and the Procedural Conception of Restorative Justice", *Utah Law Review*, 1 (2003), hlm. 216.

Ketiga, penetapan bobot pidana juga tidak sepadan pada delik-delik pasif dalam UU Tipikor, sebagaimana terlibat pada Tabel 3.

Tabel 3. Perbandingan Bobot Pidana Delik Suap Pasif dalam UU Tipikor

| Pasal | Perbuatan yang Dilarang | Bobot Pidana |
|------------------|--|--|
| 5 ayat (2) | Pegawai negeri atau penyelenggara negara yang menerima pemberian atau janji sebagaimana dimaksud dalam Pasal 5 ayat (1) huruf a atau huruf b. | Pidana penjara 1-5 tahun dan atau pidana denda 50-250 juta |
| Pasal 6 ayat (2) | Hakim atau advokat yang menerima pemberian atau janji sebagaimana dimaksud pada Pasal 6 ayat (1) huruf a dan b | Pidana penjara paling singkat 1-5 tahun dan atau pidana denda 50-250 juta |
| Pasal 11 | Pegawai negeri atau penyelenggara negara yang menerima hadiah atau janji padahal diketahui atau patut diduga, bahwa hadiah atau janji tersebut diberikan karena kekuasaan atau kewenangan yang berhubungan dengan jabatannya, atau yang menurut pikiran orang yang memberikan hadiah atau janji tersebut ada hubungan dengan jabatannya. | Pidana penjara 1-5 tahun dan atau pidana denda 50-250 juta |
| Pasal 12 huruf a | Pegawai negeri atau penyelenggara negara yang menerima hadiah atau janji, padahal diketahui atau patut diduga bahwa hadiah atau janji tersebut diberikan untuk menggerakkan agar melakukan atau tidak melakukan sesuatu dalam jabatannya, yang bertentangan dengan kewajibannya. | Pidana penjara seumur hidup atau pidana penjara 4-20 tahun dan pidana denda 200 juta sampai 1 milyar |
| Pasal 12 huruf b | Pegawai negeri atau penyelenggara negara yang menerima hadiah, padahal diketahui atau patut diduga bahwa hadiah tersebut diberikan sebagai akibat atau disebabkan karena telah melakukan atau tidak melakukan sesuatu dalam jabatannya yang bertentangan dengan kewajibannya. | Pidana penjara seumur hidup atau pidana penjara 4-20 tahun dan pidana denda 200 juta sampai 1 milyar |
| Pasal 12 huruf c | Hakim yang menerima hadiah atau janji, padahal diketahui atau patut diduga bahwa hadiah atau janji tersebut diberikan untuk mempengaruhi putusan perkara yang diserahkan kepadanya untuk diadili. | Pidana penjara seumur hidup atau pidana penjara paling singkat 4-20 tahun dan pidana denda 200 juta sampai 1 milyar |
| Pasal 12 huruf d | Seseorang yang menurut ketentuan peraturan perundang-undangan ditentukan menjadi advokat untuk menghadiri sidang pengadilan, menerima hadiah atau janji, padahal diketahui atau patut diduga bahwa hadiah atau janji tersebut untuk mempengaruhi nasihat atau pendapat yang akan diberikan, berhubung dengan perkara yang | Pidana penjara seumur hidup atau pidana penjara 4-20 tahun dan pidana denda paling sedikit 200 juta dan paling banyak 1 milyar |

diserahkan kepada pengadilan untuk diadili.

Sumber: diolah sendiri oleh peneliti

Terdapat tiga ciri umum yang sama pada delik-delik Tabel 3. Pertama, penerima suap dibatasi kepada pegawai negeri, penyelenggara negara, hakim, dan advokat. Kedua, unsur objektif delik adalah sama-sama tentang menerima pemberian atau menerima janji. Ketiga, unsur objektif tersebut sama-sama terkait dengan melakukan sesuatu atau tidak melakukan sesuatu yang bertentangan dengan kewenangan/jabatan/kewajiban pegawai negeri, penyelenggara negara, hakim, dan advokat. Tiga ciri tersebut merupakan pertimbangan yang mendasar penetapan ancaman pidana yang proporsional.

Ternyata, ancaman pidana pada delik-delik tersebut tidak proporsional. Hal ini dibuktikan dengan beberapa hal. Pertama, terdapat delik suap pasif yang diancam dengan pidana penjara paling lama lima tahun (Pasal 5 ayat [2], Pasal 6 ayat [2], dan Pasal 11), tapi ada yang justru diancam dengan pidana yang lebih berat, yaitu pidana penjara paling lama 20 tahun (Pasal 12 huruf a, b, c, dan d). Kedua, ancaman pidana denda ada yang paling banyak 250 juta (Pasal 5 ayat [2], Pasal 6 ayat [2], dan Pasal 11), tapi justru ada yang diancam dengan denda paling banyak satu milyar (Pasal 12 huruf a, b, c, dan d). Ketiga, ancaman pidana ada yang dirumuskan secara kumulatif, tapi ada juga yang dirumuskan secara kumulatif alternatif. Berdasarkan prinsip proporsionalitas pidana, beratnya ancaman pidana pada delik-delik yang memiliki tingkat seriusitas yang sama seharusnya sepadan atau dapat diperbandingkan.⁷⁷

Keempat, bobot pidana dalam delik-delik materiil dalam UU PPLH, sebagaimana Tabel 4.⁷⁸

Tabel 4. Perbandingan Bobot Pidana pada Delik Materiil dalam UU PPLH

| Pasal | Perbuatan yang Dilarang | Pidana Penjara | Pidana Denda |
|-------|---|----------------|--------------|
| 98 | Setiap orang yang dengan sengaja melakukan perbuatan yang mengakibatkan dilampauinya baku mutu udara ambien, baku mutu air, baku mutu air laut, atau kriteria baku kerusakan lingkungan hidup (ayat 1). | 3-10 tahun | 3-10 milyar |
| | Apabila perbuatan sebagaimana dimaksud pada ayat (1) mengakibatkan orang luka dan/atau bahaya kesehatan manusia (ayat 2) | 4-12 tahun | 4-12 milyar |

⁷⁷ Shachar Eldar, "Criminal Law, Parental Authority, and the State", *Criminal Law and Philosophy*, 12, 4 (2018), hlm. 703.

⁷⁸ Mahrus Ali, *Pencegahan Dampak Ovekriminalisasi dalam Undang-undang Bidang Lingkungan Hidup*, Disertasi, Program Doktor Ilmu Hukum, Universitas Diponegoro, Semarang, 2019, hlm. 155-157

| | | | |
|-----|--|---------------------|-------------|
| | Apabila perbuatan sebagaimana dimaksud pada ayat (1) mengakibatkan orang luka berat atau mati (ayat 3). | 5-15 tahun | 5-15 milyar |
| | Setiap orang yang karena kelalaiannya mengakibatkan dilampauinya baku mutu udara ambien, baku mutu air, baku mutu air laut, atau kriteria baku kerusakan lingkungan hidup (ayat 1). | 1-3 tahun | 1-3 milyar |
| 99 | Apabila perbuatan sebagaimana dimaksud pada ayat (1) mengakibatkan orang luka dan/atau bahaya kesehatan manusia (ayat 2). | 2-6 tahun | 2-6 milyar |
| | Apabila perbuatan sebagaimana dimaksud pada ayat (1) mengakibatkan orang luka berat atau mati (ayat 3). | 3-9 tahun | 3-9 milyar |
| 112 | Setiap pejabat berwenang yang dengan sengaja tidak melakukan pengawasan terhadap ketaatan penanggung jawab usaha dan/atau kegiatan terhadap peraturan perundangundangan dan izin lingkungan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 71 dan Pasal 72, yang mengakibatkan terjadinya pencemaran dan/atau kerusakan lingkungan yang mengakibatkan hilangnya nyawa manusia. | Paling lama 1 tahun | 500 juta |

Sumber: Modifikasi Peneliti dari Disertasi Mahrus Ali

Artikel ini berpendapat, delik dalam Pasal 112 lebih serius dibandingkan dengan delik dalam Pasal 99 berdasarkan dua alasan. Pertama, pelaku delik dalam Pasal 112 adalah pejabat seperti menteri, gubernur, dan bupati/walikota. Kedua, ada dua akibat yang dipersyaratkan untuk terjadinya delik, yakni terjadinya pencemaran dan/atau kerusakan lingkungan dan hilangnya nyawa manusia. Hilangnya nyawa manusia harus disebabkan oleh tercemarnya dan/atau rusaknya lingkungan. Ancaman pidana maksimal terhadap pelanggaran Pasal 112 hanya pidana penjara paling satu tahun atau denda paling banyak 500 juta, lebih ringan daripada ancaman pidana maksimal dalam Pasal 98 ayat (3) berupa pidana penjara paling singkat tiga tahun dan paling lama sembilan tahun dan denda paling sedikit tiga milyar dan paling banyak sembilan milyar. Berdasarkan data ini, ancaman pidana pada delik omisi materiil yang dilakukan secara sengaja yang dilakukan pejabat yang mensyaratkan dua akibat sekaligus jauh lebih ringan dari pada ancaman pidana pada delik materiil yang dilakukan karena kealpaan.

Pemikiran Husak tentang perlunya penetapan ancaman pidana mengacu pada seriusitas delik dan kesalahan pembuat bermuara pada keadilan (*fairness*) sebagai tujuan akhir proporsionalitas,⁷⁹ dan ini relevan untuk diterapkan dalam kebijakan formulasi di Indonesia terutama apabila dihubungkan dengan sila kelima Pancasila. Agar ide ini dapat diaplikasikan, ada dua langkah praktis yang dapat ditempuh. Pertama, legislator perlu

⁷⁹ Susan F. Mandiberg & Michael G. Faure, "A Graduated Punishment Approach to Environmental Crimes: Beyond Vindication of Administrative Authority in the United States and Europe", *Columbia Journal of Environmental Law*, 34, 2 (2009), hlm. 493-494.

melakukan pemeringkatan delik berdasarkan seriusitasnya. Di kalangan ahli, tidak terdapat kesamaan pandangan mengenai konsep seriusitas kejahatan. Tiap-tiap komunitas memiliki perspektif yang beragam tentang konsep ini dan kriterai yang digunakan, termasuk Indonesia.⁸⁰ Seriusitas kejahatan mensyaratkan skala nilai untuk menilai dan menetapkan beratnya ancaman pidana dihubungkan dengan karakter deliknya. Nilai, budaya dan norma hukum suatu komunitas cenderung untuk menjadi faktor penentu penetapan peringkat pidana yang dipandang patut dan tepat dalam konteks sejarah tertentu.⁸¹

Menurut teori hukum pidana, kriteria seriusitas kejahatan berdasarkan dua cara. Pertama adalah berdasarkan kerugian atau ketercelaan suatu perbuatan. Cara pertama ini memuat beberapa cara, yaitu; a) menekankan pada perbuatan; b) menekankan pada akibat; c) menekankan pada keadaanya yang menyertai perbuatan atau akibat; dan d) menekankan pada perbuatan, akibat, dan keadaan-keadaan yang menyertainya.⁸² Kedua adalah berdasarkan kepada kesalahan pembuat (*the culpability of offender*) seperti faktor motif, niat, dan keadaan yang menyertai kesalahannya itu.⁸³

Kedua, setelah delik-delik tersebut diperingkat berdasarkan seriusitasnya, maka harus terdapat jarak pidana (*spacing of penalties*) antar kelompok delik-delik sangat ringan, ringan, sedang, berat, serius, dan sangat serius. Sebagai contoh, delik A, B dan C berbeda dalam peringkat keseriusannya, dari yang berat sampai yang ringan. A lebih serius dari B, tapi sedikit kurang serius dibandingkan C. Jarak pidana ini bertujuan untuk mencegah adanya ancaman pidana yang beratnya yang sama/mirip terhadap delik-delik yang memiliki tingkat keseriusan yang berbeda.

Ketiga, yaitu prinsip yang mengaitkan antara kriminalisasi dengan hak-hak konstitusional warga negara. Pemikiran Husak pada poin ini sangat menarik karena berupaya mencari dasar pembenar kriminalisasi dari bidang hukum konstitusi. Diskursus teoretis kriminalisasi oleh teoritis cenderung berangkat dari perspektif hukum pidana,⁸⁴ meski *output* kriminalisasi sendiri sebenarnya terkait pelanggaran/pembatasan terhadap

⁸⁰ Michael O'Connell and Anthony Whelan, "Taking Wrongs Seriously Public Perceptions of Crime Seriousness", *British Journal of Criminology*, 36, 2 (1996), hlm. 300-302.

⁸¹ Harkristuti Harkrisowo, "Kebijakan Formulasi Sanksi Pidana & Dilema Proporsionalitas: The Forgotten Issue", Makalah Pelatihan Hukum Pidana bagi Dosen dan Praktisi Hukum Pidana, diselenggarakan Fakultas Hukum Universitas Bayangkara Surabaya dan Masyarakat Hukum Pidana dan Kriminologi, Surabaya, 29/11- 1/12/2017, slide 17.

⁸² Julia L. Torti, "Accounting for Punishment in Proportionality Review", *New York University Law Review*, 88, 5 (2013), hlm. 1918-1919. Geoff Fisher, *Sentencing Severity for 'Serious' and 'Significant' Offences: A Statistical Report* (Australia: Sentencing Advisory Council, 2011), hlm. 2.

⁸³ Andrew von Hirsch, "Commensurability and Crime Prevention: Evaluating Formal Sentencing Structures and Their Rationale", *Journal of Criminal Law and Criminology*, 74, 1 (1983), hlm. 214.

⁸⁴ Paul McGorry, "The Philosophy of Criminalisation: A Review of Duff et al.'s Criminalisation Series", *Criminal Law and Philosophy*, 12, 1 (2018), hlm. 199.

hak-hak konstitusional warga negara. Oleh karena itu, logis bila kepentingan negara untuk mengkriminalisasi memang subsansial. Jika negara tidak mampu menunjukkan perbuatan yang hendak dikriminalisasi tidak lebih luas daripada tujuan yang hendak dicapai,⁸⁵ maka suatu perbuatan tidak boleh dikriminalisasi. Prinsip ini menghendaki agar prinsip pembatasan hak warga negara perlu diperhatikan ketika negara memilih jalur kriminalisasi di dalam menyelesaikan problem sosial. Kriminalisasi pada dasarnya melanggar hak-hak fundamental dan kebebasan warga negara. Negara dilarang membatasi hak tersebut dan hanya diperbolehkan jika dilakukan secara proporsional.⁸⁶

Dalam konteks Indonesia, prinsip pembatasan hak konstitusional warga negara ditemukan dasar hukumnya dalam Pasal 28J ayat (2) Undang-undang Dasar Republik Indonesia 1945 dengan syarat; a) ditetapkan dengan Undang-undang; b) menjamin pengakuan serta penghormatan atas hak dan kebebasan orang lain; dan c) memenuhi tuntutan yang adil sesuai dengan pertimbangan moral, nilai-nilai agama, keamanan, dan ketertiban umum dalam suatu masyarakat demokratis. Berdasarkan hal ini, pembatasan hak konstitusional warga negara dapat dilakukan jika memenuhi tiga syarat.⁸⁷ Pertama, *by law*. Syarat ini terkait produk hukum untuk mengkriminalisasi berupa undang-undang. Kedua, *legitimate aim*. Syarat ini mengacu pada sejumlah alasan/tujuan yang oleh hukum dibenarkan dalam rangka pembatasan hak asasi manusia, seperti ketertiban umum, kesehatan masyarakat, moral publik, agama, keamanan nasional, keselamatan publik, atau hak dan kebebasan orang lain. Syarat ini dalam konteks pemikiran Husak terkait *non-trivial harm or evil constraint*. Ketiga, *necessary in a democratic society*. Pembatasan hak asasi manusia tidak boleh dilakukan dengan cara dan tujuan yang bertentangan dengan demokrasi.

Limitasi hak asasi manusia perlu mempertimbangkan prinsip kesepadanan yang berfungsi untuk menghindari kesewenang-wenangan Negara. Negara diperbolehkan untuk mencampuri urusan warga Negara sepanjang dibenarkan oleh hukum dan untuk melindungi kepentingan yang lebih substansial.⁸⁸ Prinsip kesepadanan memiliki tiga ciri. Pertama, prosedur-prosedur yang ditempuh cara-cara dalam rangka limitasi hak asasi

⁸⁵Darryl K. Brown, "Can Criminal Law Be Controlled?", *Michigan Law Review*, 108, 6 (2010), hlm. 976-77.

⁸⁶ Rhona K.M. Smith, *Textbook on International Human Rights* (New York: Oxford University Press, 2005), hlm. 173.

⁸⁷American Association for the International Commission of Jurist. "Siracusa Principle on Limitation and Derogation Provisions in the International Covenant on Civil and Political Rights", bagian B angka 15-38.

⁸⁸ Manfrek Nowak, *Introduction to the International Human Rights Regime* (Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2003), hlm. 60.

warga negara harus masuk akal dan ada kaitan langsung dengan tujuan yang hendak diwujudkan. Kedua, pembatasan hak tersebut harus diminimalisir sekecil mungkin untuk mencapai tujuan dimaksud. Ketiga, efek limitasi dan tujuan yang hendak diwujudkan harus seimbang.⁸⁹

Prinsip kesepadanan juga perlu dihubungkan dengan *margin of appreciation*, yaitu pengadilan nasional memiliki penilaian yang lebih baik mengenai tradisi, nilai dan kebutuhan-kebutuhan lokal dibandingkan dengan pengadilan internasional. Negara wajib menghormati tradisi budaya dan nilai-nilai komunitas setempat saat mempertimbangkan lingkup dan arti hak asasi manusia, dan menetapkannya sebagai kriteria dalam pelaksanaan perlindungan hak asasi manusia oleh pengadilan.⁹⁰ Limitasi hak asasi manusia yang memenuhi prinsip kesepadanan perlu menjadi kriteria tersebut sebagai standar meskipun demikian, walaupun kriteria kesepadanan sudah ditetapkan, interpretasinya dalam praktik akan beragam antara satu negara dengan negara lain.

Artikel ini berpendapat, syarat *necessary in a democratic society* yang tercermin dalam prinsip proporsionalitas dalam konteks hukum pidana sebenarnya erat kaitannya dengan prinsip bahwa hukum pidana harus diposisikan sebagai jalan terakhir (*ultimum remedium*) di dalam menanggulangi kejahatan. Artinya, ada kebersinggungan antara hukum pidana dan prinsip-prinsip pembatasan hak-hak warga negara yang diatur di dalam konstitusi ketika membincang kriminalisasi, yakni sama-sama menempatkan kewenangan negara untuk mengintervensi hak dan kebebasan sipil warga negara melalui penghukuman sebagai jalan terakhir (*last resort*). Pemikiran hukum Husak dalam konteks ini merupakan kajian interdisipliner guna meminimalisasi penggunaan hukum pidana sebagai sarana kontrol sosial yang bersifat koersif.

E. Kesimpulan

Teori hukum pidana minimalis dari Douglas Husak berangkat dari premis bahwa kriminalisasi merupakan suatu hal yang luar biasa karena isinya secara langsung melanggar hak-hak konstitusional warga negara. Oleh karena itu, ia harus ditempatkan sebagai jalan/pilihan terakhir ketika sarana-sarana yang ada sudah tidak mampu lagi menanggulangi kejahatan. Negara hanya memiliki justifikasi untuk mengontrol hak dan

⁸⁹ Imer Flores, "Proportionality in Constitutional and Human Rights Interpretation", *Georgetown Public Law and Legal Theory Research Paper*, 13 (2013), hlm. 102-03.

⁹⁰ Department of Justice The Government of the Hong Kong Special Administrative Region, "The Principle of Proportionality and the Concept of Margin of Appreciation in Human Rights Law", *Basic Law Bulletin Issue*, 15 (2013), hlm. 9.

kebebasan sipil warga negara melalui sarana punitif jika memenuhi pembatas internal dan pembatas eksternal. Kedua pembatas tersebut berisi empat prinsip: perbuatan-perbuatan yang hendak dikriminalisasi merupakan perbuatan yang tercela/menimbulkan kerugian; harus ada kejelasan mengenai kesalahan pembuat; penetapan beratnya ancaman pidana harus mengacu kepada seriusitas delik dan kesalahan pembuat; dan kepentingan negara untuk mengkriminalisasi memang subsansial. Jika negara tidak mampu menunjukkan perbuatan yang hendak dikriminalisasi tidak lebih luas daripada tujuan yang hendak dicapai, maka suatu perbuatan tidak boleh dikriminalisasi.

Prinsip-prinsip dalam teori hukum pidana minimalis dapat diadopsi dalam kebijakan kriminalisasi di Indonesia terutama prinsip pertama, kedua, dan keempat. Proses kriminalisasi yang terus berlangsung yang ditandai dengan semakin banyaknya perbuatan-perbuatan yang dikriminalisasi yang kebanyakan terkait bidang hukum administrasi serta penetapan beratnya ancaman pidana yang serampangan sehingga cenderung tidak adil, merupakan alasan yang argumentatif untuk mengadopsinya. Teori Husak juga membuka peluang bagi kajian interdisipliner mengenai kriminalisasi yang selama ini jarang disentuh.

Daftar Pustaka

Artikel, Buku, dan Laporan

Ali, Mahrus, "Proporsionalitas dalam Kebijakan Formulasi Sanksi Pidana", *Jurnal Hukum Ius Quia Iustum*, 25, 1 (2018): 153-154.

Ali, Mahrus, *Pencegahan Dampak Ovekriminalisasi dalam Undang-undang Bidang Lingkungan Hidup*, Disertasi, Program Doktor Ilmu Hukum, Semarang: Universitas Diponegoro, 2019

Akbari, Anugerah Rizki. *Potret Kriminalisasi Pasca Reformasi dan Urgensi Reklasifikasi Tindak Pidana di Indonesia*. Jakarta: Institute for Criminal Justice Reform, 2015.

American Association for the International Commission of Jurist. "Siracusa Principle on Limitation and Derogation Provisions in the International Covenant on Civil and Political Rights".

Arief, Barda Nawawi. *Bunga Rampai Kebijakan Hukum Pidana*. Bandung: PT. Citra Aditya Bakti, 2005.

Arief, Barda Nawawi. *Kapita Selekta Hukum Pidana*. Bandung: PT. Citra Aditya Bakti, 2013.

Arief, Barda Nawawi. *Masalah Penegakan Hukum dan Kebijakan Hukum Pidana dalam Penanggulangan Kejahatan*. Jakarta: Kencana Prenada Group, 2010.

Arief, Barda Nawawi. *Pendekatan Keilmuan dan Pendekatan Religius dalam Rangka Optimalisasi dan Reformasi Penegakan Hukum (Pidana) di Indonesia*. Semarang: Pustaka Magister, 2015.

Baker, Dennis J. "Constitutionalizing the Harm Principle". *Criminal Justice Ethics*, 27, 2 (2008): 3-28.

- Bendor, Ariel L. dan Hadar Dancing-Rosenberg. "Unconstitutional Criminalization". *New Criminal Law Review*, 19, 2 (2016): 171-207. DOI: 10.1525/nclr.2016.19.2.171.
- Berry III, William W. "Promulgating Proportionality". *Georgia Law Review*, 46 (2011): 69-115.
- Brown, Darryl K. "Can Criminal Law Be Controlled?". *Michigan Law Review*, 108, 6 (2010): 971-91.
- Donoso M, Alfonso. "Douglas Husak, Overcriminalization. The Limits of the Criminal Law". *Criminal Law and Philosophy*, 4, 1 (2010): 99-104. DOI: 10.1007/s11572-009-9084-7.
- Eldar, Shachar. "Criminal Law, Parental Authority, and the State". *Criminal Law and Philosophy*, 12, 4 (2018): 695-705. DOI: 10.1007/s11572-017-9452-7.
- Fisher, Geoff. *Sentencing Severity for 'Serious' and 'Significant' Offences: A Statistical Report*. Australia: Sentencing Advisory Council, 2011.
- Flores, Imer. "Proportionality in Constitutional and Human Rights Interpretation". *Georgetown Public Law and Legal Theory Research Paper*, 13 (2013): 83-113.
- Goh, Joel. "Proportionality-An Unattainable Ideal in the Criminal Justice System". *Manchester Student Law Review*, 2 (2013): 41-72.
- Green, Stuart P. "Is There Too Much Criminal Law?". *Ohio State Journal of Criminal Law*, 6 (2009): 737-49.
- Harkrisowo, Harkristuti. *Kebijakan Formulasi Sanksi Pidana & Dilema Proporsionalitas: The Forgotten Issue*. Makalah Pelatihan Hukum Pidana bagi Dosen dan Praktisi Hukum Pidana, diselenggarakan Fakultas Hukum Universitas Bayangkara Surabaya dan Masyarakat Hukum Pidana dan Kriminologi, Surabaya, 29/11-1/12/2017.
- Hiariej, Eddy O.S. "KPK dan Perintang Peradilan". *Kompas*, 23/1/2018: 6.
- Hirsch, Andrew von. "Commensurability and Crime Prevention: Evaluating Formal Sentencing Structures and Their Rationale". *Journal of Criminal Law and Criminology*, 74, 1 (1983): 209-48.
- Husak, Douglas. "Applying Ultima Ratio: A Skeptical Assessment". *Ohio State Journal of Criminal Law*, 2, 2 (2005): 535-45.
- Husak, Douglas. "Aspiration, Execution, and Controversy: Reply to My Critics". *Criminal Law and Philosophy*, 12, 2 (2018): 351-62. DOI: 10.1007/s11572-017-9446-5.
- Husak, Douglas. "Crimes Outside the Core". *Tulsa Law Review*, 39, 4 (2004): 755-80.
- Husak, Douglas. "Criminal Law at the Margins". *Criminal Law and Philosophy* 14, 3 (2020): 381-93. DOI: 10.1007/s11572-019-09505-9.
- Husak, Douglas. "Criminal Law Textbooks and Human Betterment". *Ohio State Journal of Criminal Law*, 7, 1 (2009): 267-74.
- Husak, Douglas. "Holistic Retributivism". *California Law Review*, 88, 3 (2000): 991-1000. DOI: 10.2307/3481203.
- Husak, Douglas. "Is the Criminal Law Important?". *Ohio State Journal of Criminal Law*, 1, 1 (2003): 261-71.
- Husak, Douglas. "Lifting the Cloak: Preventive Detention as Punishment". *San Diego Law Review*, 48, 4 (2011): 1173-204.

- Husak, Douglas. "Mistake of Law and Culpability". *Criminal Law and Philosophy*, 4, 2 (2010): 135-59. DOI: 10.1007/s11572-010-9092-7.
- Husak, Douglas. *Overcriminalization the Limits of the Criminal Law*. New York: Oxford University Press, 2008.
- Husak, Douglas. "Reservation about Overcriminalization". *New Criminal Law Review*, 14, 1 (2011): 97-107. DOI: 10.1525/nclr.2011.14.1.97.
- Husak, Douglas. "The Price of Criminal Law Skepticism: Ten Functions of the Criminal Law". *New Criminal Law Review*, 23, 1 (2020): 27-59. DOI: 10.1525/nclr.2020.23.1.27.
- Husak, Douglas. "Why Punish Attempts at all? Yaffe on 'the Transfer Principle'". *Criminal Law and Philosophy*, 6, 3 (2012): 399-410. DOI: 10.1007/s11572-012-9147-z.
- Husak, Douglas N. "Reasonable Risk Creation and Over-inclusive Legislation". *Buffalo Criminal Law Review*, 1, 2 (1998): 599-626. DOI: 10.1525/nclr.1998.1.2.599.
- Husak, Douglas N. "Retribution in Criminal Theory". *San Diego Law Review*, 37, 4 (2000): 959-86.
- Husak, Douglas N. "The Problem of Criminalization". *New Jersey Lawyer*, 205 (2000): 18-21.
- Husak, Douglas N dan Craig A Callender. "Wilful Ignorance, Knowledge, and the 'Equal Culpability' Thesis: A Study of the Deeper Significance of the Principle of Legality". *Wisconsin Law Review*, 1994, 1 (1994): 29-69.
- Luna, Erik. "Punishment Theory, Holism, and the Procedural Conception of Restorative Justice". *Utah Law Review*, 2003, 1 (2003): 205-302.
- Luthan, Salman, *Kebijakan Penal Mengenai Kriminalisasi di Bidang Keuangan*, Disertasi, Program Doktor Ilmu Hukum, Jakarta: Fakultas Hukum Universitas Indonesia, 2007
- Mandiberg, Susan F. dan Michael G. Faure. "A Graduated Punishment Approach to Environmental Crimes: Beyond Vindication of Administrative Authority in the United States and Europe". *Columbia Journal of Environmental Law*, 34, 2 (2009): 447-511.
- McGorrery, Paul. "The Philosophy of Criminalisation: A Review of Duff et al.'s Criminalisation Series". *Criminal Law and Philosophy*, 12, 1 (2018): 185-207. DOI: 10.1007/s11572-017-9416-y.
- Muladi dan Barda Nawawi Arief. *Teori-teori dan Kebijakan Hukum Pidana*. Bandung: Alumni, 1998.
- Muladi. *Kapita Selekta Sistem Peradilan Pidana*. Semarang: Badan Penerbit Universitas Diponegoro, 1995.
- Munro, Vanessa E. "Overcriminalization: The Limits of the Criminal Law". *New Criminal Law Review*, 12, 2 (2009): 323-26. DOI: 10.1525/nclr.2009.12.2.323.
- Nicolson, Donald dan Lois Bibbing. *Feminist Perspective on Criminal Law*. London: Cavendish Publishing Limited, 2000.
- Nowak, Manfred. *Introduction to the International Human Rights Regime*. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2003.
- O'Connell, Michael dan Anthony Whelan. "Taking Wrongs Seriously Public Perceptions of Crime Seriousness". *British Journal of Criminology*, 36, 2 (1996): 299-318.
- Packer, Herbert L. *The Limits of the Criminal Sanction*. California: Standord University Press, 1968.

- Ramsay, Peter. "Overcriminalization as Vulnerable Citizenship". *New Criminal Law Review*, 13, 2 (2010): 262-84. DOI: 10.1525/nclr.2010.13.2.262.
- Republik Indonesia, Dewan Perwakilan Rakyat. *Buku Memori Dewan Perwakilan Rakyat Republik Indonesia Periode 20142-2019*. Jakarta: Sekretariat Jenderal DPR RI, 2019.
- Ristroph, Alice. "Proportionality as a Principle of Limited Government". *Duke Law Journal*, 55, 2 (2005): 263-331.
- Rutgers School of Arts and Sciences. "Douglas Husak". <https://philosophy.rutgers.edu/people/faculty/details/182-faculty1/faculty-profiles/605-dhusak>. Diakses 3/2/2021.
- Schneider, Gregory S. "Sentencing Proportionality in the States". *Arizona Law Review*, 54, 1 (2012): 241-75.
- Smith, Rhona K.M. *Textbook on International Human Rights*. New York: Oxford University Press, 2005.
- Smith, Stephen F. "Overcoming Overcriminalization". *Journal of Criminal Law and Criminology*, 102, 3 (2012): 537-91.
- Spader, Dean J. "Megatrends in Criminal Justice Theory". *American Journal of Criminal Law*, 13, 2 (1986): 157-98.
- Stewart, Hamish. "The Limits of the Harm Principle". *Criminal Law and Philosophy*, 4, 1 (2010): 17-35. DOI: 10.1007/s11572-009-9082-9.
- Supriyadi. "Penetapan Tindak Pidana Sebagai Kejahatan dan Pelanggaran dalam Undang-undang Pidana Khusus". *Mimbar Hukum*, 27, 3 (2015): 389-403. DOI: 10.22146/jmh.15878.
- The Government of the Hong Kong Special Administrative Region, Department of Justice. "The Principle of Proportionality and the Concept of Margin of Appreciation in Human Rights Law". *Basic Law Bulletin Issue*, 15 (2013): 2-10.
- Torti, Julia L. "Accounting for Punishment in Proportionality Review". *New York University Law Review*, 88, 5 (2013): 1908-52.
- Wallerstein, Shlomit. "Criminalising Remote Harm and the Case of Anti-Democratic Activity". *Cardozo Law Review*, 28 (2007): 2697-737.
- Yaffe, Gideon. "Is Akrasia Necessary for Culpability? On Douglas Husak's Ignorance of Law". *Criminal Law and Philosophy*, 12, 2 (2018): 341-49. DOI: 10.1007/s11572-017-9443-8.
- Yankah, Ekow N. "A Paradox in Overcriminalization". *New Criminal Law Review*, 14, 1 (2011): 1-34. DOI: 10.1525/nclr.2011.14.1.1.
- Zimmerman, Michael J. "Recklessness, Willful Ignorance, and Exculpation". *Criminal Law and Philosophy*, 12, 2 (2018): 327-39. DOI: 10.1007/s11572-017-9424-y.

Peraturan Hukum

- Republik Indonesia. Undang-Undang Nomor 31 Tahun 1999 tentang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi. Lembaran Negara Tahun 1999 Nomor 140, Tambahan Lembaran Negara Nomor 3874.
- Republik Indonesia. Undang-undang Nomor 21 Tahun 2007 tentang Pemberantasan Tindak Pidana Perdagangan Orang. Lembaran Negara Tahun 2007 Nomor 58, Tambahan

Lembaran Negara Nomor 4720.

Republik Indonesia. Undang-Undang Nomor 32 Tahun 2009 tentang Perlindungan dan Pengelolaan Lingkungan Hidup. Lembaran Negara Tahun 2009 Nomor 140, Tambahan Lembaran Negara Nomor 5059.

Republik Indonesia. Undang-Undang Nomor 35 Tahun 2009 tentang Narkotika. Lembaran Negara Tahun 2009 Nomor 143, Tambahan Lembaran Negara Nomor 5062.

Republik Indonesia. Undang-Undang Nomor 18 Tahun 2013 tentang Pencegahan dan Pemberantasan Perusakan Hutan. Lembaran Negara Tahun 2013 Nomor 130, Tambahan Lembaran Negara Nomor 5432.