

**TINDAK PIDANA PENGHINAAN
TERHADAP PRESIDEN ATAU WAKIL PRESIDEN:
PERLUKAH DIATUR KEMBALI DALAM KUHP?**

**DEFAMATION AGAINST THE PRESIDENT OR VICE PRESIDENT:
SHOULD IT BE REGULATED IN THE CRIMINAL CODE?**

Lidya Suryani Widayati

Pusat Penelitian Badan Keahlian DPR RI, Gedung Nusantara 1 Lantai 2,
Jalan Jendral Gatot Subroto, Jakarta Pusat 10270,
email: lidyadhi@yahoo.com, lidya.widayati@dpr.go.id.

Naskah diterima: 15 Agustus 2017

Naskah direvisi: 18 September 2017

Naskah diterbitkan: 30 November 2017

Abstract

Decision of the Constitutional Court No. 013-022/PUU-IV/2006, stated that Article 134, Article 136 bis, and Article 137 of the Criminal Code on the defamation against the President or Vice President do not have binding power or in other are not valid. The Court considered that these Articles may create legal uncertainty, inhibit the right to freedom of expression of mind, spoken, written, and any expression and may also irrelevant to apply in Indonesia which upholds human rights. However, the Criminal Code Bill, of 2015, has re-set (criminalization) the act as a criminal offense that sparing off intense debate. This study does not examine the pros and cons debate on the re-setting issue of defamation against the President or Vice President as criminal offense in the Criminal Code Bill, but examines the issue from the point of criminalization policy. The analysis of the criminalization policy concludes that this crime need not be regulated. It is in contradictory to the Constitution, especially regarding the protection of human rights for every citizen. The explanation of this Article does not clearly state the logic and reason behind the article on defamation against the President or Vice President.

Keywords: criminalization, defamation, Criminal Code Bill

Abstrak

Putusan Mahkamah Konstitusi No. 013-022/PUU-IV/2006, menyatakan bahwa Pasal 134, Pasal 136 bis, dan Pasal 137 Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP) tentang tindak pidana penghinaan terhadap Presiden atau Wakil Presiden tidak lagi mempunyai kekuatan mengikat atau dengan kata lain sudah tidak berlaku lagi. Dalam pertimbangannya, Mahkamah Konstitusi (MK) menilai bahwa Pasal-Pasal ini dapat menimbulkan ketidakpastian hukum, menghambat hak atas kebebasan menyatakan pikiran, dengan lisan, tulisan, dan ekspresi, dan sudah tidak relevan lagi untuk diterapkan di Indonesia yang menjunjung tinggi hak asasi manusia. Namun, Rancangan Undang-Undang (RUU) KUHP tahun 2015, mengatur kembali perbuatan tersebut sebagai tindak pidana sehingga menimbulkan perdebatan berbagai pihak. Tulisan ini tidak mengkaji mengenai perdebatan pro dan kontra atas dirumuskannya kembali substansi tentang penghinaan terhadap Presiden atau Wakil Presiden dalam RUU KUHP, melainkan mengkajinya dari sudut kebijakan kriminalisasi. Analisis dari kebijakan kriminalisasi menyimpulkan bahwa tindak pidana ini tidak perlu diatur lagi karena bertentangan dengan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 (UUD NRI Tahun 1945), terutama dalam hal jaminan atas Hak Asasi Manusia (HAM) bagi setiap warga negara. Penjelasan Pasal RUU KUHP yang merumuskan tindak pidana penghinaan terhadap Presiden atau Wakil Presiden tersebut tidak menyebutkan secara jelas kepentingan apa yang ada di balik pengaturan penghinaan terhadap Presiden atau Wakil Presiden.

Kata kunci: kriminalisasi, penghinaan, RUU KUHP

I. PENDAHULUAN

MK melalui Putusannya No. 013-022/PUU-IV/2006 menyatakan bahwa Pasal “penghinaan terhadap Presiden” (Pasal 134, Pasal 136 bis, dan Pasal 137 KUHP) tidak lagi mempunyai kekuatan mengikat atau dengan kata lain sudah tidak berlaku lagi. MK menilai bahwa pasal-pasal ini dapat menimbulkan ketidakpastian hukum (*rechtsonzekerheid*) karena rentan akan multitafsir serta berpeluang menghambat hak atas kebebasan menyatakan pikiran dengan lisan, tulisan dan ekspresi. Dalam pertimbangannya, MK juga menilai bahwa Pasal 134, Pasal 136 bis, dan Pasal 137 KUHP juga dirasa tidak relevan lagi untuk diterapkan di Indonesia yang menjunjung tinggi hak asasi manusia sebagaimana secara tegas telah ditentukan dalam UUD NRI Tahun 1945.

Dua orang ahli yang dihadirkan dalam persidangan MK, Mardjono Reksodiputro dan J.E. Sahetapy memandang bahwa pasal-pasal tentang penghinaan terhadap presiden dan wakil presiden tidak perlu diberlakukan lagi. Mardjono berpendapat bahwa dalam hal penegakan pasal-pasal tersebut, arti penghinaan harus mempergunakan pengertian yang berkembang dalam masyarakat tentang Pasal 310-Pasal 321 KUHP (*mutatis mutandis*). Menurut Mardjono, tidak perlu lagi ada tindak pidana penghinaan khusus terhadap presiden atau wakil presiden, dan cukup dengan adanya Pasal 310-Pasal 321 KUHP. Mardjono juga menegaskan bahwa dalam suatu negara republik, kepentingan negara tidak dapat dikaitkan dengan pribadi presiden atau wakil presiden, seperti yang berlaku untuk pribadi raja dalam suatu negara kerajaan.¹

Sahetapy juga berpendapat bahwa perlu diingat Pasal V Oendang-Oendang No. 1 Tahun 1946 yang merupakan *toets steen* (batu pengujian) tentang relevansi dan *raison d’etre* pasal-pasal KUHP. Pasal V Oendang-Oendang No. 1 Tahun 1946 dimaksud menyatakan, “Peraturan hukum pidana yang seluruhnya atau sebagian sekarang tidak dapat dijalankan, atau bertentangan dengan kedudukan Republik Indonesia sebagai

negara merdeka, atau tidak mempunyai arti lagi, harus dianggap seluruhnya atau sebagian sementara tidak berlaku.” Terkait ketentuan Pasal V tersebut, Sahetapy memandang bahwa Pasal 134, Pasal 136 bis, dan Pasal 137 KUHP dalam era demokrasi reformasi tidak lagi relevan dan hilang *raison d’etre*-nya.²

Dengan dibatalkannya pasal-pasal penghinaan terhadap presiden atau wakil presiden maka sesungguhnya saat ini pasal-pasal tersebut telah hilang dari KUHP. Namun dalam perkembangannya, terdapat kriminalisasi penghinaan terhadap presiden atau wakil presiden dalam RUU KUHP. Meskipun Presiden Joko Widodo menjamin niat “menghidupkan” kembali pasal tentang penghinaan terhadap presiden atau wakil presiden bukan untuk membungkam rakyat namun justru untuk melindungi mereka yang kerap mengkritik pemerintah lewat cara yang baik demi kepentingan umum. Namun, diaturnya kembali tindak pidana ini telah menimbulkan perdebatan.³

Beberapa pihak yang setuju antara lain Pakar Hukum Universitas Islam Sumatera Utara, Zulfirman, yang berpendapat bahwa presiden adalah kepala negara sekaligus kepala pemerintahan, juga menjadi simbol Negara Indonesia yang berdaulat. Di sisi lain, presiden juga lekat dengan kepentingan dan kekuasaan negara sehingga perlu norma hukum yang mengatur tentang martabat dan kehormatannya agar tetap terjaga dengan baik. Pakar lain yang setuju adalah Pakar Hukum Pidana Universitas Krisnadwipayana, Indriyanto Seno Adji, yang berpendapat bahwa pasal tentang penghinaan terhadap presiden atau wakil presiden dalam RUU KUHP tidak perlu dicabut dan harus tetap dipertahankan karena secara universal aturan tentang penghinaan terhadap kepala negara ataupun simbol-simbol kenegaraan hingga kini masih tetap dipertahankan. Menurut Indriyanto,

² Ibid.

³ Gunoto Saparie, “Pasal Penghinaan terhadap Presiden”, <http://www.solopos.com/2015/08/11/gagasan-pasal-penghinaan-terhadap-Presiden-631927>, Selasa, 11 Agustus 2015 | 15:27 WIB, diakses tanggal 11 Januari 2017.

¹ Putusan MK No. 013-022/PUU-IV/2006.

Pemerintah juga telah melaksanakan amanat putusan MK karena telah mengubah delik pasal penghinaan terhadap presiden dan wakil presiden yang semula delik formil menjadi delik materil.⁴

Sementara pihak yang tidak setuju di antaranya adalah Ketua Presidium Indonesia *Police Watch* (IPW) Neta S. Pane, berpendapat bahwa pencantuman pasal penghinaan kepada presiden atau wakil presiden dalam RUU KUHP dianggap telah melanggar konstitusi dan legalitasnya dipertanyakan karena MK telah mencabut pasal serupa dalam KUHP. Selain Neta S. Pane, beberapa Anggota Dewan Perwakilan Rakyat (DPR) juga tidak sependapat jika pasal penghinaan terhadap presiden dan wakil presiden dimasukkan dalam RUU KUHP, di antaranya Eva Kusuma Sundari, Anggota DPR dari F-PDIP yang menilai pasal penghinaan kepada presiden akan menghidupkan politisi “penjilat” selain juga dapat menurunkan kualitas demokrasi.⁵

Terkait dengan pendapat bahwa presiden sebagai simbol negara juga tidak dapat diterima oleh berbagai pihak. Wakil Ketua Komisi III DPR, Desmond J Mahesa misalnya menyatakan bahwa simbol negara Indonesia adalah Garuda Pancasila. Menurut Desmond, pasal-pasal tentang penghinaan terhadap presiden atau wakil presiden sudah dibatalkan MK. Selain itu, pasal-pasal ini merupakan pengadopsian produk hukum negara Belanda yang dibentuk untuk menjaga martabat raja dan ratu dalam pemerintahan parlementer.⁶

Direktur Eksekutif Lembaga Kajian dan Advokasi untuk Independensi Peradilan (LeIP), Arsil, menyatakan bahwa dalam sistem parlementer Belanda, raja dan ratu merupakan simbol negara, sedangkan pemerintahannya dipimpin oleh perdana menteri. Pasal penghinaan di negara ini

dibuat untuk melindungi dan menjaga martabat Raja dan Ratu Belanda yang berfungsi sebagai lambang negara atau simbol negara. Sementara Indonesia merupakan negara dengan sistem presidensial di mana presiden berlaku sebagai kepala negara dan kepala pemerintahan dengan simbol Negara Indonesia adalah Garuda Pancasila.⁷

Menurut Arsil, Indonesia menganut sistem berbeda, presiden bukan lambang negara, melainkan kepala negara dan kepala pemerintahan. Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2009 tentang Bendera, Bahasa, dan Lambang Negara serta Lagu Kebangsaan jelas menyebut lambang negara ialah Garuda Pancasila, bukan presiden. Dalam sistem presidensial, sulit dibedakan antara murni tindakan penghinaan terhadap presiden dengan bentuk kekecewaan terhadap pemerintah. Oleh karena itu, Arsil menilai pasal penghinaan terhadap presiden berbahaya karena berpotensi digunakan rezim berkuasa ketika diserang kritikan. Selain itu, menurut Arsil yang menjadi pokok permasalahan adalah ancaman hukuman yang diatur dalam pasal penghinaan tersebut, yakni lima tahun penjara bagi orang yang menghina presiden.⁸

Jimly, ketua majelis hakim yang menghapus pasal-pasal penghinaan terhadap presiden atau wakil presiden menyebutkan bahwa tindak pidana tersebut bagian dari sistem feodal yang sudah tidak relevan lagi digunakan. Selain itu, simbol negara menurut UUD NRI Tahun 1945 adalah Garuda Pancasila. Jimly juga menegaskan bahwa presiden sebagai institusi negara yang tidak memiliki perasaan maka tidak dapat terhina. Hal tersebut berbeda dengan presiden secara pribadi yang sama seperti warga lainnya.⁹

⁴ Butje Tampi, “Kontroversi Pencantuman Pasal Penghinaan Terhadap Presiden Dan Wakil presiden Dalam Kupidana Yang Akan Datang”, *Jurnal Ilmu Hukum*, Vol. III, No.9, Agustus 2016, hal. 20-30.

⁵ *Ibid.*

⁶ Christie Stefanie, CNN Indonesia, “Pakar Hukum: Presiden Bukan Simbol Negara, Tak Perlu Pasal”, <http://www.cnnindonesia.com/politik/20150806185919-32-70561/pakar-hukum-Presiden-bukan-simbol-negara-tak-perlu-pasal/>, diakses tanggal 11 Januari 2017.

⁷ Pan Mohamad Faiz, “Pencabutan Pasal Penghinaan Presiden, Presiden Tanpa Perisai?”, <http://jurnalhukum.blogspot.co.id/2006/12/pencabutan-pasal-penghinaan-Presiden.html>, diakses tanggal 11 Januari 2017.

⁸ Pan Mohamad Faiz, “Pencabutan Pasal Penghinaan Presiden, Presiden Tanpa Perisai?”, <http://jurnalhukum.blogspot.co.id/2006/12/pencabutan-pasal-penghinaan-Presiden.html>, diakses tanggal 11 Januari 2017.

⁹ Christie Stefanie, CNN Indonesia, “Pakar Hukum: Presiden Bukan Simbol Negara, Tak Perlu Pasal”, <http://www.cnnindonesia.com/politik/20150806185919-32-70561/pakar-hukum-Presiden-bukan-simbol-negara-tak-perlu-pasal/>, diakses tanggal 11 Januari 2017.

Selain Jimly, Ahli Hukum Tata Negara Irmanputra Sidin, merujuk ketentuan dalam Pasal 35 - Pasal 36B BAB XV UUD NRI Tahun 1945. Dalam BAB XV UUD NRI Tahun 1945 disebutkan bahwa bendera negara Indonesia ialah Sang Merah Putih, bahasa negara ialah Bahasa Indonesia, lambang negara ialah Garuda Pancasila dengan semboyan Bhineka Tunggal Ika, dan lagu kebangsaan ialah Indonesia Raya. Selain itu, simbol negara juga diatur lebih lanjut dalam UU No. 24 Tahun 2009 tentang Bendera, Bahasa, dan Lambang Negara, serta Lagu Kebangsaan. UUD NRI Tahun 1945 tidak disebutkan jika presiden atau wakil presiden adalah bagian dari simbol negara.¹⁰

Pengaturan kembali tindak pidana penghinaan terhadap presiden atau wakil presiden juga dikhawatirkan akan mengkerdilkan kebebasan berpendapat sebagai bagian dari HAM dan pengembangan demokrasi-demokratisasi. Menurut Yohanes tindak pidana penghinaan tersebut berpotensi dijadikan "senjata" oleh pemerintah menghadapi penggunaan kebebasan berpendapat melalui pers, mimbar umum, ataupun mimbar akademik.¹¹

Berdasarkan Putusan MK maka perintah pembatalan pasal-pasal penghinaan terhadap presiden atau wakil presiden tidak hanya yang terdapat dalam KUHP melainkan juga yang terdapat dalam RUU KUHP. Dalam pertimbangannya, MK berpendapat, Indonesia sebagai suatu negara hukum yang demokratis, berbentuk republik, dan berkedaulatan rakyat, serta menjunjung tinggi hak asasi manusia sebagaimana telah ditentukan dalam UUD NRI Tahun 1945, tidak relevan lagi jika dalam KUHP-nya masih memuat pasal-pasal seperti Pasal 134, Pasal 136 bis, dan Pasal 137 yang menegasi prinsip persamaan di depan hukum,

mengurangi kebebasan mengekspresikan pikiran dan pendapat, kebebasan akan informasi, dan prinsip kepastian hukum. Dengan demikian, dalam RUU KUHP juga harus tidak lagi memuat pasal-pasal yang isinya sama atau mirip dengan Pasal 134, Pasal 136 bis, dan Pasal 137 KUHP. Terlebih lagi, ancaman pidana terhadap pelanggaran Pasal 134 paling lama enam tahun penjara dapat dipergunakan untuk menghambat proses demokrasi, khususnya akses bagi jabatan-jabatan publik yang mensyaratkan seseorang tidak pernah dihukum karena melakukan tindak pidana yang diancam dengan pidana penjara lima tahun atau lebih.¹²

Menurut MK, pasal penghinaan presiden akan dapat menjadi hambatan bagi kemungkinan untuk mengklarifikasi apakah presiden atau wakil presiden telah melakukan pelanggaran sebagaimana dimaksud dalam Pasal 7A UUD NRI Tahun 1945¹³ karena upaya-upaya melakukan klarifikasi tersebut dapat ditafsirkan sebagai penghinaan terhadap presiden atau wakil presiden.

MK dalam pertimbangannya juga menegaskan bahwa tindak pidana penghinaan terhadap presiden atau wakil presiden seharusnya diberlakukan Pasal 310-Pasal 321 KUHP manakala penghinaan (*beleediging*) ditujukan dalam kualitas pribadinya, dan Pasal 207 KUHP dalam hal penghinaan ditujukan kepada presiden atau wakil presiden selaku pejabat (*als ambtsdrager*).¹⁴ Dengan demikian, dibatalkannya Pasal 134, Pasal 136 bis, dan Pasal 137 tidak berarti bahwa penghinaan kepada presiden atau wakil presiden menjadi dilegalkan. Pasal 310-Pasal 312 KUHP dapat diterapkan bagi setiap orang yang melakukan penghinaan kepada presiden atau wakil presiden sebagai kualitas pribadi. Namun perbedaannya,

¹⁰ Andi Saputra, "Soal Pasal Penghinaan Presiden, Apakah Presiden Simbol Negara?", <http://news.detik.com/berita/2986411/soal-pasal-penghinaan-Presiden-apakah-Presiden-simbol-negara>, diakses tanggal 14 Agustus 2017.

¹¹ Usfunan, Yohanes., *Kodifikasi RUU KUHP Dari Perspektif Legislative Drafting*, Disampaikan Dalam Seminar Yang Diselenggarakan oleh Komisi III DPR RI Berkaitan Dengan Pembahasan RUU KUHP (Buku II), Jakarta: 23-24 Agustus 2016.

¹² Putusan MK No. 013-022/PUU-IV/2006.

¹³ Pasal 7A UUD NRI Tahun 1945 berbunyi, "Presiden dan/atau Wakil Presiden dapat diberhentikan dalam masa jabatannya oleh Majelis Permusyawaratan Rakyat atas usul DPR, baik apabila terbukti telah melakukan pelanggaran hukum berupa pengkhianatan terhadap negara, korupsi, penyuapan, tindak pidana berat lainnya, atau perbuatan tercela maupun apabila terbukti tidak lagi memenuhi syarat sebagai Presiden atau Wakil presiden",

¹⁴ Putusan MK No. 013-022/PUU-IV/2006.

selain pidana yang diancam tidak seberat ancaman pidana dalam Pasal 134, Pasal 136 bis, dan Pasal 137, Pasal 310-Pasal 312 KUHP merupakan “delik aduan” bukan “delik biasa”.

Terkait dengan konstitusionalitas Pasal 310-Pasal 321, dan Pasal 207 KUHP terhadap UUD NRI Tahun 1945, pada tahun 2008 para Pemohon *judicial review* (Risang Bima Wijaya dan Bersihar Lubis), mendalilkan bahwa Pasal 310 ayat (1), Pasal 310 ayat (2), Pasal 311 ayat (1) KUHP tersebut bertentangan dengan Pasal 28E ayat (2), Pasal 28E ayat (3), dan Pasal 28F UUD NRI Tahun 1945. Sedangkan, Pasal 207 dan Pasal 316 KUHP didalilkan bertentangan dengan Pasal 27 ayat (1), Pasal 28E ayat (2), Pasal 28E ayat (3), dan Pasal 28F UUD NRI Tahun 1945.¹⁵ Namun melalui Putusan MK No. 14/PUU-VI/2008, MK menolak permohonan *judicial review* tersebut dengan pertimbangan bahwa nama baik, martabat, atau kehormatan seseorang adalah salah satu kepentingan hukum yang dilindungi oleh hukum pidana karena merupakan bagian dari hak konstitusional warga negara yang dijamin baik oleh UUD NRI Tahun 1945 maupun hukum internasional.¹⁶

Dalam kaitan dengan pemberlakuan Pasal 207 KUHP bagi tindak pidana penghinaan terhadap presiden atau wakil presiden sebagaimana halnya dengan penghinaan terhadap penguasa atau badan publik lainnya, seharusnya penuntutan terhadapnya dilakukan atas dasar pengaduan. Di beberapa negara

antara lain Jepang, penghinaan terhadap kaisar, ratu, nenek suri, ibu suri, atau ahli waris kekaisaran hanya dapat dituntut atas dasar pengaduan. *Article 232 (2) The Penal Code of Japan* menentukan bahwa perdana menteri akan membuat pengaduan atas nama kaisar, ratu, nenek suri, ibu suri guna pengajuan penuntutan, dan apabila penghinaan dimaksud dilakukan terhadap seorang raja atau presiden suatu negeri asing, maka wakil negeri yang berkepentingan itu yang akan membuat pengaduan atas namanya. Penuntutan terhadap pelaku pelanggaran atas Pasal 207 KUHP oleh aparat penyelenggara negara memerlukan penyesuaian di masa depan sejalan dengan pertimbangan MK mengenai Pasal 134, Pasal 136 bis, dan Pasal 137 KUHP tersebut.¹⁷

Dengan adanya pengaturan kembali penghinaan terhadap presiden atau wakil presiden dalam RUU KUHP maka mendorong penulis untuk mengkaji kebijakan tersebut dari sisi kriminalisasi. Melalui kajian dari sisi kriminalisasi maka penulisan ini pada akhirnya bertujuan untuk memberikan masukan kepada pembentuk undang-undang mengenai perlu atau tidaknya pasal penghinaan terhadap Presiden atau Wakil Presiden diatur kembali dalam KUHP.

Terdapat beberapa hasil penelitian ataupun kajian yang telah dilakukan oleh peneliti ataupun penulis lainnya yang khususnya berkaitan dengan penghinaan terhadap presiden atau wakil presiden atau yang secara umum terkait dengan masalah penghinaan, baik berupa penistaan, pencemaran nama baik, dan sebagainya. Butje Tampi misalnya, mengkaji masalah penghinaan terhadap presiden atau wakil presiden dari perspektif politik dan sosial. Dalam kajiannya tersebut, Butje menyatakan bahwa Putusan MK No. 013-022/PUU-IV/2006 selayaknya dikaji ulang dalam perspektif politik dan sosial, tidak hanya mengandalkan teori-teori tentang HAM dalam kerangka individual. Tampi menyimpulkan dalam tulisannya bahwa pasal penghinaan terhadap presiden atau wakil presiden tetap perlu dicantumkan dalam RUU

¹⁵ Pasal 27 ayat (1) UUD RI Tahun 1945 menentukan bahwa segala warga negara bersamaan kedudukannya di dalam hukum dan pemerintahan dan wajib menjunjung hukum dan pemerintahan itu dengan tidak ada kecualinya. Selanjutnya Pasal 28E ayat (2) UUD RI Tahun 1945 menentukan bahwa setiap orang berhak atas kebebasan meyakini kepercayaan, menyatakan pikiran dan sikap, sesuai dengan hati nuraninya. Pasal 28E ayat (3) UUD RI Tahun 1945 menentukan bahwa setiap orang berhak atas kebebasan berserikat, berkumpul, dan mengeluarkan pendapat. Sedangkan Pasal 28F UUD RI Tahun 1945 menentukan bahwa setiap orang berhak untuk berkomunikasi dan memperoleh informasi untuk mengembangkan pribadi dan lingkungan sosialnya, serta berhak untuk mencari, memperoleh, memiliki, menyimpan, mengolah, dan menyampaikan informasi dengan menggunakan segala jenis saluran yang tersedia.

¹⁶ Putusan MK No. 14/PUU-VI/2008

¹⁷ Putusan MK No. 013-022/PUU-IV/2006.

KUHP. Namun, harus menjadi delik materil dan harus jelas perbuatan atau tindakan apa yang dapat dikategorikan sebagai penghinaan terhadap presiden atau wakil presiden.¹⁸

Selanjutnya tulisan Zaqiu Rahman menggambarkan kembali bagaimana perspektif MK dalam memutuskan uji materi pasal-pasal penghinaan terhadap presiden atau wakil presiden. Zaqiu merekomendasikan agar pasal-pasal penghinaan terhadap presiden atau wakil presiden dihapus di dalam RUU KUHP, karena mengingat putusan MK yang bersifat final dan mengikat. Namun apabila wacana pengaturan pasal-pasal tersebut tetap dilanjutkan maka menurut Zaqiu “penghinaan” harus dirumuskan secara lugas, tegas, dan tidak interpretatif, sehingga akan meminimalisasi interpretasi di luar apa yang dimaksud di dalam UU dan tidak berpotensi melanggar HAM.¹⁹

Aditya Septian Wicaksono, dkk, dalam *law review* tentang “Kebijakan Hukum Pidana Terhadap Formulasi Perbuatan Pencemaran Nama Baik Presiden Sebagai Perlindungan Simbol Negara” menyimpulkan bahwa pasal-pasal pencemaran nama baik masih perlu dipertahankan. Sesuai dengan nilai budaya yang menganut ketimuran dan memandang bahwa presiden sebagai simbol negara maka pasal-pasal tentang pencemaran nama baik terhadap presiden atau wakil presiden tetap harus ada terlebih lagi masih tetap dipertahankannya pasal-pasal penghinaan terhadap kepala negara sahabat.²⁰

Sedangkan Wildan Muchladun dalam tulisannya menyampaikan mengenai bagaimana penerapan hukum pidana terhadap

tindak pidana pencemaran nama baik dan pertimbangan hakim dalam menjatuhkan sanksi pidana terhadap pelaku tindak pidana tersebut. Wildan juga menyebutkan bahwa pencemaran nama baik merupakan hasil dari penghinaan yang merupakan *character assassination* dan pelanggaran hak asasi manusia.²¹

Yulia Kurniaty, dkk, mengkaji tentang unsur-unsur apa saja yang harus terpenuhi agar pelaku pencemaran nama baik melalui media *online* dapat dijatuhi sanksi pidana. Berdasarkan hasil penelitian para penulis, pelaku pencemaran nama baik melalui media *online* dapat dipidana apabila memenuhi unsur objektif yang diatur dalam Pasal 27 ayat 3 UU No. 11 Tahun 2008 tentang Informasi dan Transaksi Elektronik jo. UU No. 19 Tahun 2016 tentang Perubahan Atas UU No. 11 Tahun 2008 tentang Informasi dan Transaksi Elektronik, yaitu melakukan perbuatan mendistribusikan, mentransmisikan, membuat dapat diaksesnya informasi elektronik dan/atau dokumen elektronik yang memuat penghinaan dan/atau pencemaran nama baik.²²

Beberapa tulisan tersebut, meskipun juga secara khusus mengkaji mengenai pasal-pasal penghinaan terhadap presiden atau wakil presiden atau yang secara umum terkait dengan “penghinaan”, namun tulisan-tulisan tersebut belum mengkajinya dari sudut pandang kriminalisasi. Sementara dalam tulisan ini penulis memandang perlu mengkaji pasal-pasal tentang penghinaan terhadap presiden atau wakil presiden berdasarkan sudut pandang kriminalisasi karena pertanyaan yang muncul terkait dengan apakah suatu perbuatan (penghinaan terhadap presiden atau wakil presiden) layak ditetapkan atau tidak sebagai tindak pidana adalah menyangkut kebijakan kriminalisasi.

¹⁸ Butje Tampi, “Kontroversi Pencantuman Pasal Penghinaan Terhadap Presiden Dan Wakil presiden Dalam Kuhpidana Yang Akan Datang”, *Jurnal Ilmu Hukum*, Vol. III, No.9, Agustus 2016, hal. 20-30.

¹⁹ Zaqiu Rahman, “Wacana Pasal Penghinaan Presiden atau Wakil presiden dalam RUU KUHP”, *Jurnal Rechts Vinding Online. Media Pembinaan Hukum Nasional*.

²⁰ Aditya Septian Wicaksono, Sularto, dan Hasyim Asy’ari, “Kebijakan Hukum Pidana Terhadap Formulasi Perbuatan Pencemaran Nama Baik Presiden Sebagai Perlindungan Simbol Negara”, *Diponegoro Law Review*, Vol. 5, No. 2 Tahun 2016, <http://www.ejournal-s1.undip.ac.id/index.php./dir/>

²¹ Wildan Muchladun, “Tinjauan Yuridis Terhadap Tindak Pidana Pencemaran Nama Baik”, *Jurnal Ilmu Hukum Legal Opinion*, Edisi 6, Volume 3, Tahun 2015, hal. 1-8.

²² Yulia Kurniaty, Agna Susila, dan Heni Hendrawati, “Unsur-Unsur Pidana Dalam Tindak Pidana Pencemaran Nama Baik Melalui Media Online (Kajian Putusan Perkara Dengan Terdakwa Florence Saulina Sihombing)”, *The 5th Urecol Proceeding*, ISBN 978-979-3812-42-7, hal. 328-334.

II. TINDAK PIDANA PENGHINAAN TERHADAP PRESIDEN ATAU WAKIL PRESIDEN DALAM KUHP

Tindak pidana penghinaan terhadap presiden atau wakil presiden diatur dalam Bab II Buku II KUHP tentang Kejahatan-Kejahatan terhadap Martabat Presiden dan Wakil Presiden. Semula bab ini terdiri dari 11 pasal, namun berdasarkan Pasal VIII UU No. 1 Tahun 1946, 6 pasal dihapus karena mengatur mengenai keluarga raja, yang di Indonesia tidak ada. Dengan demikian hanya terdapat 5 (lima) pasal, yaitu Pasal 131, Pasal 134, Pasal 136 bis, Pasal 137 dan Pasal 139.²³ Sedangkan pasal-pasal tentang penghinaan terhadap presiden atau wakil presiden terdapat dalam Pasal 134, Pasal 136 bis, dan Pasal 137.

Menurut Cleiren, dikatakan terdapat penghinaan (*belediging; slander; defamation*), apabila kehormatan (*eer; honor*) atau nama baik (*goede naam; reputation*) seseorang diserang (*aangerand; impugns*). Sedangkan pengertian "kehormatan" merujuk kepada "respect" (rasa hormat) yang merupakan hak seseorang sebagai manusia. Selanjutnya pengertian "nama baik" merujuk pada "mengurangi kehormatan seseorang di mata orang lain". Mengenai apa yang merupakan "sifat menghina" (*beledigend karakter*) tergantung pada norma-norma masyarakat pada saat itu.²⁴

Sedangkan mengenai masalah "abscuur" (kabur)²⁵ arti "penghinaan" dalam Pasal 134, menurut Mardjono Reksodiputro, karena KUHP (terjemahan WvS Hindia Belanda 1918) tidak mempunyai penjelasan otentik maka penjelasan Pasal 134 dan Pasal 136 bis KUHP harus dilihat

dalam *Memorie van Toelichting* (MvT) dari pasal padanannya (berdasarkan asas konkordansi) di Belanda, yaitu Pasal 111 WvS Belanda, yang perumusannya serupa. Menurut W.A.M. Cremers (1980) pengertian "penghinaan" (*belediging*) mempunyai arti yang sama dengan Pasal 261 WvS Belanda (Pasal 310 KUHP). Selanjutnya menurut C.P.M. Cleiren (1994) mengatakan bahwa Pasal 111 WvS Belanda (Pasal 134 KUHP) merupakan kekhususan dari tindak pidana-tindak pidana dalam Bab XVI WvS Belanda tentang Penghinaan (Bab XVI KUHP tentang Penghinaan). Jadi arti penghinaan Pasal 134 KUHP berkaitan dengan arti penghinaan dalam Pasal 310 – Pasal 321 KUHP.²⁶

Terkait dengan masalah tafsiran atas "penghinaan", Mardjono Reksodiputro mengemukakan bahwa dalam hal penegakan Pasal 134 KUHP dan Pasal 136 bis KUHP, arti "penghinaan" harus mempergunakan pengertian yang berkembang dalam masyarakat tentang Pasal 310 – Pasal 321 (*mutatis mutandis*).²⁷ Arti penghinaan dalam Pasal 134 KUHP yang dinilai berkaitan dengan arti penghinaan dalam Pasal 310 – Pasal 321 KUHP ini juga merupakan penilaian dari beberapa Penulis lainnya, R. Soesilo dan Sianturi misalnya. Menurut Soesilo, yang diartikan dengan penghinaan adalah perbuatan-perbuatan macam apapun juga yang menyerang nama baik, martabat atau keagungan presiden atau wakil presiden, termasuk segala macam penghinaan yang tersebut dalam bab XVI buku ke II KUHP, yaitu Pasal 310 – Pasal 321.²⁸ Sedangkan Sianturi menyatakan bahwa karena pengertian penghinaan atau bagaimana cara-caranya tidak disebutkan maka penghinaan yang dimaksud dalam Pasal 134 harus diartikan sama dengan penghinaan yang diatur dalam Bab XVI Buku ke II KUHP tentang Penghinaan.²⁹

²³ Wirjono Prodjodikoro, *Tindak-Tindak Pidana Tertentu Di Indonesia*, Bandung: Refika Aditama, 2002, hal. 207.

²⁴ Mardjono Reksodiputro, *Tentang Penghinaan Terhadap Presiden Dan Wakil presiden Serta Kebebasan Memperoleh Informasi*, dalam Buku *Menyelaraskan Pembaruan Hukum*, Jakarta: Komisi Hukum Nasional, 2009, hal. 57.

²⁵ Menurut Mardjono, pengertian "kabur" diukur berdasarkan 2 patokan, yaitu: (1) bahwa seseorang tidak dapat memastikan apakah perbuatannya dilarang oleh undang-undang; dan (2) bahwa "kekaburan" peraturan tersebut menimbulkan penegakan hukum yang sewenang-wenang (*arbitrary enforcement*). Baca Mardjono Reksodiputro, *ibid.*

²⁶ *Ibid.*

²⁷ *Ibid.*

²⁸ R. Soesilo, *Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP) Serta Komentar-Komentarnya Lengkap Pasal Demi Pasal*, Bogor: Politeia Bogor, 1996, hal. 120.

²⁹ S.R. Sianturi, *Tindak Pidana di KUHP Berikut Uraianannya*, Jakarta: tanpa nama penerbit, 2016, hal. 12.

Mardjono Reksodiputro juga menegaskan bahwa dengan mempertimbangkan perkembangan nilai-nilai sosial dasar (*fundamental social values*) dalam masyarakat demokratik yang modern maka tindak pidana penghinaan tidak boleh lagi digunakan untuk menghambat “kritik” dan “protes” terhadap kebijakan pemerintah pusat ataupun daerah dan pejabat-pejabat pemerintah pusat ataupun daerah. Dengan merujuk pada nilai-nilai sosial dasar dalam masyarakat demokratik yang modern ini pula maka tidak perlu lagi ada tindak pidana penghinaan khusus terhadap presiden atau wakil presiden. Menurut Mardjono, dalam suatu negara republik maka kepentingan negara tidak dapat dikaitkan dengan kepentingan presiden atau wakil presiden, seperti yang berlaku untuk pribadi raja dalam suatu negara kerajaan.³⁰

Selain yang dikemukakan Mardjono, “kritik” ataupun “protes” terhadap kebijakan pemerintah pusat ataupun daerah dan pejabat-pejabat pemerintah pusat ataupun daerah tidak hanya rentan terhadap tafsir apakah “kritik” ataupun “protes” tersebut merupakan penghinaan terhadap presiden atau wakil presiden tetapi juga berpeluang menghambat hak atas kebebasan menyatakan pikiran dengan lisan, tulisan dan ekspresi sebagaimana dijamin Pasal 28D ayat (1), Pasal 28E ayat (2), dan ayat (3), dan Pasal 28F UUD NRI Tahun 1945.

Mengenai penghinaan yang dapat ditujukan kepada setiap orang sebagaimana diatur dalam Pasal 310 – Pasal 321 KUHP terdapat 5 kualifikasi sebagai penghinaan, yaitu: menista (*smaad*) baik menista secara lisan dan/atau secara tulisan; memfitnah (*laster*); penghinaan ringan (*eenvoudige belediging*); mengadu secara memfitnah (*lasterlijke aanklacht*); dan tuduhan secara memfitnah (*lasterlijke verdachtmaking*). Kelima bentuk penghinaan tersebut adalah delik aduan yang secara eksplisit dinyatakan dalam Pasal 319 KUHP.³¹ Terkait dengan pasal-pasal penghinaan ini, Ari Wibowo menyatakan

agar tidak disalahgunakan, maka diperlukan perbaikan-perbaikan yaitu dirumuskan sebagai delik materiil atau formil-materiil yang jelas parameterinya. Selain itu, agar tidak terjadi disparitas putusan pengadilan perlu adanya harmonisasi antara KUHP dengan UU ITE terkait dengan bobot pidana yang diancamkan.³²

Terdapat perbedaan antara Pasal 134 dengan Pasal 310 KUHP yaitu bahwa Pasal 310 merupakan pasal tentang penghinaan biasa yang dapat ditujukan kepada setiap orang dan merupakan tindak pidana aduan. Sedangkan Pasal 134 merupakan pasal tentang penghinaan terhadap presiden atau wakil presiden dan merupakan tindak pidana biasa. Menurut Cleiren, pengaturan tersebut adalah karena “...martabat Raja tidak membenarkan pribadi Raja bertindak sebagai pengadu (*aanklager*)”. Cleiren menyebutkan bahwa pribadi raja begitu dekat terkait (*verweven*) dengan kepentingan negara (*staatsbelang*) sehingga martabat raja memerlukan perlindungan khusus. Hal inilah yang merupakan alasan mengapa ada bab dan pasal khusus untuk penghinaan terhadap raja. Tidak ditemukan rujukan, apakah alasan serupa dapat diterima di Indonesia, yang mengganti kata “raja” dengan presiden atau wakil presiden.³³

Dalam praktik, terjadi penyalahgunaan penerapan pasal-pasal tentang tindak pidana penghinaan ataupun pasal-pasal tentang tindak pidana penghinaan terhadap presiden atau wakil presiden ini, yaitu untuk melindungi kepentingan pemerintah yang diwakili oleh presiden atau wakil presiden. Konsep melindungi martabat presiden atau wakil presiden dalam pasal-pasal ini diartikan juga untuk melindungi kebijakan pemerintah dari kritik. Oleh karena itu, setiap orang yang melakukan kritik dan demonstrasi terhadap pemerintah akan dianggap melakukan penghinaan terhadap presiden sekaligus dianggap sebagai antipemerintah.³⁴ Oleh

³⁰ Mardjono Reksodiputro, *Tentang Penghinaan...*, hal. 58.

³¹ Eddy O.S. Hiariej, *Prinsip-Prinsip Hukum Pidana*, Yogyakarta: Cahaya Atma Pustaka, 2014, hal. 111.

³² Ari Wibowo, “Kebijakan Kriminalisasi Delik Pencemaran Nama Baik di Indonesia”, *Pandecta, -Research Law Journal*, Vol. 7 No. 1, Januari 2012, hal. 1 – 12.

³³ Mardjono Reksodiputro, *Tentang Penghinaan...*, hal. 58.

³⁴ Ignatius Haryanto, *Kejahatan Negara*, Jakarta: Elsam, 2003, hal. 102-103.

karena itu, pasal-pasal ini sering disebut dengan pasal-pasal *lese majeste*. Sesuai dengan praktik dan penggunaannya, *lese majeste* diartikan sebagai hukum yang bermaksud menempatkan pemimpin negara tidak bisa diganggu gugat, atau tidak boleh dikritik.³⁵ Pada masa Orde Baru misalnya, pasal-pasal tentang penghinaan tersebut sering dijadikan jerat bagi warga negara baik individu maupun kelompok yang berseberangan dengan pemerintah.³⁶

Sejak Putusan MK tahun 2006 dan Putusan MK tahun 2007, tindak pidana penghinaan terhadap presiden atau wakil presiden sebagaimana diatur dalam Pasal 134, Pasal 136 bis dan Pasal 137 KUHP dan tindak pidana menyatakan perasaan permusuhan, kebencian atau merendahkan terhadap Pemerintah Indonesia sebagaimana diatur dalam Pasal 154 dan Pasal 155 KUHP dinyatakan “tidak mempunyai kekuatan mengikat”.

Berdasarkan putusan MK tahun 2006 maka penghinaan terhadap presiden apabila ditujukan pada pribadinya akan diterapkan pasal-pasal penghinaan yang dimuat dalam Bab XVI Buku II KUHP. Namun, apabila penghinaan terhadap presiden atau wakil presiden bukan ditujukan kepada pribadinya tetapi kepada *kedudukannya* sebagai penguasa, maka dapat diterapkan penghinaan terhadap penguasa yang diatur dalam Pasal 207 KUHP.

Selanjutnya hal-hal yang terkait dengan hak mengemukakan atau menyampaikan pendapat baik secara lisan maupun tulisan diperkuat dengan adanya Keputusan MK No. 6/PUU/5/2007 yang memutuskan untuk mencabut Pasal 154 dan Pasal 155 KUHP.³⁷ Beberapa

pertimbangan hukum yang digunakan oleh MK untuk mencabut Pasal 154 dan Pasal 155 KUHP ini, antara lain yaitu *pertama*, bahwa kualifikasi tindak pidana dalam Pasal 154 dan Pasal 155 KUHP adalah delik formil yang cukup hanya mensyaratkan terpenuhinya unsur adanya perbuatan yang dilarang tanpa mengaitkan dengan akibat dari suatu perbuatan. Akibatnya, rumusan kedua pasal ini menimbulkan kecenderungan penyalahgunaan kekuasaan karena secara mudah dapat ditafsirkan menurut selera penguasa. Selain itu, penuntut umum tidak perlu membuktikan apakah pernyataan atau pendapat yang disampaikan oleh seseorang itu benar-benar telah menimbulkan akibat berupa tersebar atau bangkitnya kebencian atau permusuhan di kalangan khalayak ramai.

Kedua, mengacu pada *Wetboek van Strafrecht* di Belanda, yang merupakan sumber dari KUHP, tidak terdapat ketentuan sebagaimana dirumuskan dalam Pasal 154 dan Pasal 155 KUHP. Bahkan pada saat munculnya ide untuk merumuskan ketentuan demikian ke dalam KUHP Belanda pada abad ke-19, Menteri Kehakiman Belanda ketika itu menyatakan bahwa pasal-pasal tersebut hanya berlaku sebagai kebutuhan masyarakat kolonial. Sedangkan di Belanda sendiri, ketentuan tersebut dipandang tidak demokratis karena bertentangan dengan ketentuan gagasan *freedom of expression and opinion*. Dengan demikian, menurut MK, nyatalah bahwa ketentuan Pasal 154 dan Pasal 155 KUHP menurut sejarahnya memang dimaksudkan untuk menjerat tokoh-tokoh pergerakan kemerdekaan di Hindia Belanda, sehingga telah nyata pula bahwa kedua ketentuan tersebut bertentangan dengan kedudukan Indonesia sebagai negara merdeka

³⁵ *Human Rights Watch, Kembali Ke Orde Baru Tahanan Politik Di Bawah Kepemimpinan Megawati*, 2003, dalam Supriyadi Widodo Eddyono, *Memutus Jerat Pasal-Pasal Sang Ratu*, Jurnal Konstitusi, Vol. 4, No. 1, Maret 2007, hal. 38.

³⁶ Ignatius Haryanto, *Kejahatan...*, hal. 31.

³⁷ Pasal 154 KUHP berbunyi: “Barangsiapa di muka umum menyatakan perasaan permusuhan, kebencian atau merendahkan terhadap Pemerintah Indonesia, diancam dengan pidana penjara paling lama tujuh tahun atau pidana denda paling banyak empat ribu lima ratus rupiah.” Pasal 155 KUHP berbunyi: (1) “Barangsiapa menyiarkan, mempertunjukkan atau menempelkan tulisan atau lukisan dimuka umum yang mengandung pernyataan perasaan

permusuhan, kebencian atau merendahkan terhadap Pemerintah Indonesia, dengan maksud supaya isinya diketahui oleh umum, diancam dengan pidana penjara paling lama empat tahun enam bulan atau pidana denda paling banyak empat ribu lima ratus rupiah”. (2) “Jika yang bersalah melakukan kejahatan tersebut pada waktu menjalankan pencaharian dan pada saat itu belum lewat lima tahun sejak pembedaannya menjadi tetap karena melakukan kejahatan semacam itu juga, yang bersangkutan dapat dilarang menjalankan pencaharian tersebut”.

dan berdaulat, sebagaimana Pasal 5 UU No. 1 Tahun 1946.

Dalam putusannya, MK juga mengemukakan bahwa Pasal 154 dan Pasal 155 KUHP dapat dikatakan tidak rasional, karena seorang warga negara dari sebuah negara merdeka dan berdaulat tidak mungkin memusuhi negara dan pemerintahannya sendiri yang merdeka dan berdaulat, kecuali dalam hal makar. Namun, ketentuan tentang makar sudah diatur tersendiri dalam pasal lain dan bukan dalam Pasal 154 dan Pasal 155 KUHP.

III. KEBIJAKAN KRIMINALISASI PENGHINAAN TERHADAP PRESIDEN DAN WAKIL PRESIDEN DALAM RUU KUHP

Dengan dibatalkannya pasal-pasal penghinaan terhadap presiden atau wakil presiden melalui Putusan MK No. 013-022/PUU-IV/2006 maka dengan demikian pasal-pasal tersebut telah hilang dari KUHP. Namun, dalam perkembangannya, terdapat kriminalisasi penghinaan terhadap presiden dan wakil presiden dalam RUU KUHP. RUU KUHP yang masuk ke DPR RI pada tahun 2015 memuat kembali substansi tentang penghinaan terhadap presiden atau wakil presiden dalam Pasal 263 dan Pasal 264.

Pada hakikatnya kebijakan kriminalisasi merupakan bagian dari kebijakan kriminal dengan menggunakan sarana hukum pidana (*penal*) dan oleh karena itu termasuk bagian dari “kebijakan hukum pidana” (*penal policy*).³⁸ Sedangkan mengenai pengertian kriminalisasi, dalam *Black's Law Dictionary* disebutkan bahwa *criminalization is the act or an instance of making a previously lawful act criminal, usually by passing a statute*.³⁹ Sedangkan Ted Honderich mendefinisikan *criminalization* yaitu “*making a given behavior and the attendant formal and informal processes and effect no longer punishable*

by criminal law”.⁴⁰ Kriminalisasi juga diartikan sebagai suatu proses untuk menjadikan suatu perbuatan sebagai kejahatan, sehingga dapat dituntut dan menentukan bagaimana sanksinya.⁴¹

Menurut Soerjono Soekanto kriminalisasi⁴² adalah tindakan atau penetapan penguasa mengenai perbuatan-perbuatan tertentu yang oleh masyarakat atau golongan-golongan masyarakat dianggap sebagai perbuatan yang dapat dipidana menjadi perbuatan pidana⁴³ atau menurut Soedarto kriminalisasi merupakan suatu proses penetapan suatu perbuatan yang semula bukan tindak pidana menjadi tindak pidana. Proses ini diakhiri dengan terbentuknya undang-undang di mana perbuatan tersebut diancam dengan sanksi pidana.⁴⁴ Dari beberapa

⁴⁰ Ted Honderich, dalam Yenti Garnasih, *Kriminalisasi Pencucian Uang*, Jakarta: Fakultas Hukum Pasca Sarjana Universitas Indonesia, 2003, hal. 23.

⁴¹ “There are three critical stages in the criminalization process. In the first, a determination is made as to what should be made criminal. Criminal law constrains an individuals freedom of action; to do what is criminal invites a prosecution and, upon conviction, punishment in the second or grading stage, offences a fitted within a general scheme of crimes that indicate their relative seriousness. The generally involves setting a punishment for violation of the law. The severity of the penalty that is attached to the crime indicates the seriousness that parliament or the courts have attached to the offence. Lastly, the criminal law will be applied in individual cases, with the particular sanction in each case, should the defendant be convicted, determined by the particular fact and circumstances of the case, sebagaimana Janet Dine & James Gobert, *Cases & Materials on Criminal Law*, dikutip dalam Yenti Ganarsih, *ibid.*, hal. 23.

⁴² Berlawanan dengan kriminalisasi adalah dekriminalisasi, yaitu suatu proses penghapusan sama sekali sifat dapat dipidananya suatu perbuatan yang semula merupakan tindak pidana. Pengertian dekriminalisasi harus dibedakan dengan pengertian depenalisasi, yaitu suatu proses penghapusan ancaman pidana terhadap perbuatan yang semula merupakan tindak pidana, akan tetapi masih dimungkinkan adanya penuntutan dengan cara lain yaitu dengan melalui hukum perdata atau hukum administrasi. Soedarto, *Hukum dan Hukum Pidana*, Bandung: Alumni, 2007, hal. 31-32.

⁴³ Soerjono Soekanto, *Kriminologi Suatu Pengantar*, Jakarta, Ghalia Indonesia, Cetakan Pertama, 1981, hal. 62.

⁴⁴ Soedarto, *Hukum dan Hukum Pidana*, Bandung: Alumni, 2007, hal. 32 dan hal. 151. Baca Soedjono, *Pertanggungjawaban Dalam Hukum Pidana*, Bandung: Alumni, 1981, hal. 22. Muladi, *Demokratisasi, Hak Asasi Manusia, dan Reformasi Hukum di Indonesia*, Jakarta: The Habibie Center, 2002, hal. 255.

³⁸ Barda Nawawi, *Kapita Selekta Hukum Pidana*, Bandung: Citra Aditya Bakti, 2003, hal. 240.

³⁹ Bryan A. Garner (Ed), *Black's Law Dictionary*, Ninth Edition, USA: West. A. Thomson Reuters Business, 2009, hal. 431.

pengertian mengenai kriminalisasi tersebut maka pengertian kriminalisasi dapat diartikan sebagai kebijakan penentuan suatu perbuatan sebagai tindak pidana dengan ancaman sanksi pidana.

Beberapa teori kriminalisasi telah lahir untuk menjawab persoalan tentang dasar pembenaran kebijakan kriminalisasi. Teori-teori kriminalisasi lahir sesuai dengan konteks sosialnya, artinya teori tersebut berusaha menjawab masalah-masalah yang dihadapi masyarakat sesuai dengan pemikiran dominan yang hidup pada zamannya.

Ketika keberadaan hukum pidana sangat dipengaruhi oleh doktrin agama dan moral, maka teori moral mempengaruhi pemikiran hukum pidana, termasuk pemikiran mengenai kriminalisasi. Edmundson misalnya, menyatakan bahwa sebuah tindakan dianggap salah bila tindakan itu bertentangan dengan tuntutan moral. Semua orang memiliki kewajiban moral untuk tidak melakukan yang secara moral (dianggap) salah. Pendapat ini mendeskripsikan hubungan logis antara konsep-konsep kebersalahan secara moral, tuntutan moral, dan kewajiban moral dan bisa dianggap sebagai kebenaran kecil (*trivial*) atau sebagai ketetapan.⁴⁵ Devlin beragumen bahwa pengendalian terhadap perilaku amoral adalah urusan hukum sepenuhnya dan dapat dibenarkan berdasarkan alasan seperti yang digunakan dalam pengaturan terhadap tindakan subversif.⁴⁶

Munculnya ide rasionalisme dan utilitarianisme yang dimotori oleh Beccaria dan Bentham juga menguasai pemikiran hukum pidana saat itu, termasuk pemikiran mengenai kriminalisasi. Teori Bentham misalnya, mengajarkan bahwa suatu tindakan kriminalisasi adalah baik jika hal itu dapat

memaksimalkan kemanfaatan kepada negara dan masyarakat.⁴⁷

Selanjutnya kecenderungan munculnya kebijakan paternalistik⁴⁸ juga turut mempengaruhi kebijakan kriminalisasi. Paternalisme adalah kebijakan pemerintah untuk bertanggung jawab terhadap urusan-urusan individu rakyatnya, yaitu dengan cara menyalurkan kebutuhan-kebutuhan mereka atau mengatur tingkah laku mereka secara paksa terutama melalui hukum pidana.⁴⁹ Paternalisme merupakan kebijakan yang membatasi kebebasan individu untuk kebaikan mereka sendiri.⁵⁰

Beberapa teori kriminalisasi lainnya seperti antara lain teori “analisis ekonomi dalam hukum” (*the economic analysis of law*) dari Richard A. Posner,⁵¹ teori “kerugian” (*harm*) dari John Stuart Mill dan Joel Feinberg,⁵²

⁴⁷ Douglas Husak, *Overcriminalization-The Limits of The Criminal Law*, Oxford University Press, 2008, hal. 188.

⁴⁸ Paternalisme adalah kebijakan pemerintah untuk bertanggungjawab terhadap urusan individu rakyatnya, yaitu dengan cara menyalurkan kebutuhan-kebutuhan mereka atau mengatur tingkah laku mereka secara paksa terutama melalui hukum pidana. *A government's policy or practice of taking responsibility for the individual affairs of its citizens, esp. by supplying their needs or regulating their conduct in a heavyhanded manner*, Bryan A. Garner (Ed), *Black's Law Dictionary*, Ninth Edition, USA: West. A. Thomson Reuters Business, 2009, hal. 1241.

⁴⁹ *A government's policy or practice of taking responsibility for the individual affairs of its citizens, esp. by supplying their needs or regulating their conduct in a heavyhanded manner*, dalam Bryan A. Garner (Ed), *Black's Law Dictionary*, Ninth Edition, USA: West. A. Thomson Reuters Business, 2009, hal. 1241.

⁵⁰ Christian Coons and Michael Weber (eds.), *Paternalism: Theory and Practice*, Cambridge University Press, 2013, 283 pp., ISBN 9781107691964, Reviewed by Edward Erwin, University of Miami.

⁵¹ Teori ekonomi dari Richard A. Posner menyatakan bahwa larangan-larangan dasar dalam hukum pidana seharusnya diletakkan pada konsep-konsep efisiensi. Sebaliknya apa yang seharusnya dilarang dalam hukum pidana adalah perbuatan atau tindakan yang inefisien. Baca Richard A. Posner, *An Economic Theory of the Criminal Law*, dalam Douglas Husak, *Overcriminalization...*, hal. 180.

⁵² Menurut Mill, satu-satunya dasar pembenaran kriminalisasi adalah perbuatan seseorang yang merugikan orang lain. Sedangkan Feinberg menyebutkan adanya dua dasar pembenaran kriminalisasi, yakni untuk mencegah atau mengurangi kerugian kepada orang lain dan untuk mencegah serangan-serangan serius terhadap orang lain. Baca C.M.V. Clarkson, *Understanding Criminal Law*, Suvet and Maxwell, London, 1998, hal 208.

⁴⁵ William A. Edmundson, *Privacy*, Chapter 16 Part III Perennial Topics dalam buku Martin P. Golding and William A. Edmundson (Ed), *The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory*, USA, UK, Australia: Blackwell Publishing Ltd, 2005, hal. 274.

⁴⁶ H.L.A. Hart, *Law, Liberty, and Morality*, diterjemahkan oleh Ani Mualifatul Maisah, *Hukum, Kebebasan, dan Moralitas*, Yogyakarta: Genta Publishing, 2009, hal. vi.

dan teori pelanggaran dari Feinberg (*offence principle*)⁵³ juga mempengaruhi pembentuk undang-undang dalam menentukan kebijakan kriminalisasi.

Dari beberapa pemikiran mengenai teori-teori kriminalisasi maka ada beberapa kriteria yang dapat menjadi acuan dalam menentukan kriminalisasi, antara lain, yaitu: perbuatan tersebut immoral (bertentangan dengan tuntutan moral), perbuatan tersebut menimbulkan kerugian bagi orang lain, perbuatan yang dilarang tersebut bertujuan untuk melindungi orang-orang termasuk anak-anak dari kerugian potensial yang akan muncul jika mereka melakukan perbuatan tersebut, dan perbuatan tersebut tidak dimaafkan oleh sebagian besar masyarakat. Selain itu prinsip *ultimum remedium* yaitu bahwa tidak ada alternatif lain selain sanksi pidana untuk menghadapi tingkah laku yang ada juga harus menjadi pertimbangan bagi pembentuk undang-undang dalam menentukan kebijakan kriminalisasi.

Berbeda dengan para ahli hukum pidana yang sebagian menggali teori-teori kriminalisasi yang bersumber dari hukum pidana itu sendiri, Husak juga mendasarkan teori kriminalisasi dari luar hukum pidana. Menurut Husak, kekuasaan negara dalam membuat aturan pidana tidak hanya dibatasi oleh beberapa kriteria yang bersumber dari hukum pidana (yang disebut Husak *internal constraints*) melainkan juga dibatasi oleh kriteria-kriteria yang bersumber

dari luar hukum (*external constraint*). Husak menegaskan bahwa kebijakan kriminalisasi harus memenuhi *internal constraints* antara lain yaitu: perbuatan yang dilarang harus bersifat jahat, ada kerugian *nontrivial* atau kerugian yang tidak sepele, yang berat (*the nontrivial harm or evil constraint*); pembatasan karena kesalahan (*the wrongfulness constraint*), pertanggungjawaban pidana hanya dapat diberikan sesuai dengan kesalahan yang dilakukan pelaku (prinsip pemberian hukuman yang adil); adanya pertimbangan antara kesalahan dan sanksi pidana (proporsionalitas dalam pemidanaan); dan kejahatan tersebut harus dapat dibuktikan (*the burden of proof constraint*).⁵⁴

Husak juga mengemukakan mengenai pentingnya memperhatikan kriteria-kriteria di luar hukum pidana yang disebutnya sebagai *external constraint*. Husak menegaskan bahwa pembentuk undang-undang harus memperhatikan *constraints* mengenai dasar pembenaran pidana yang berasal dari Undang-Undang Dasar yaitu *pertama*, mengenai hak atau kebebasan yang fundamental, baik yang berasal dari Undang-Undang Dasar seperti hak menyatakan pendapat maupun hak yang mendasar yang sudah mendarah daging dalam kebudayaan bangsa seperti pernikahan. *Kedua*, kebebasan yang non fundamental.⁵⁵

Terkait dengan pengaturan kembali pasal-pasal penghinaan terhadap presiden atau wakil presiden maka dengan demikian juga dapat dianalisis berdasarkan *external constraint* dari Husak terutama mengenai keharusan pembentuk undang-undang memperhatikan UUD NRI Tahun 1945. Dalam praktik, penerapan pasal-

⁵³ Dalam formulasi Feinberg tentang *offense principle*, pelanggaran terdiri dari menyebabkan ketergangguhan pada perasaan orang lain (meskipun kepentingan mereka tidak terganggu dengan cara sedemikian rupa sehingga menimbulkan kerugian). Gangguan terhadap perasaan orang lain menjadi landasan *prima facie* untuk menegakkan hukum pidana, asalkan ada orang dalam jumlah yang memadai yang cukup terganggu. Kriminalisasi harus didasarkan pada intensitas dan keluasan gangguan itu, pada apakah perilaku itu terjadi dalam keadaan dimana orang lain tidak selalu siap menghindari ketergangguhan dari tindakan itu, dan pada nilai sosial dimana perilaku itu berada. Baca Andrew Von Hirsch And AP Semester, *Penalising Offensive Behaviour: Constitutive And Mediating Principles*, dalam *Chapter 4*, Andrew Von Hirsch And AP Semester, *Incivilities: Regulating Offensive Behaviour*, Oxford and Portland, Oregon, 2006, hal. 117.

⁵⁴ Ukuran untuk menimbang besar kecilnya kesalahan sangat erat kaitannya dengan jenis tindak pidana. Untuk menyatakan suatu tindak pidana masuk dalam kategori berat atau ringan bergantung kepada 2 hal yaitu: nilai kerugian materiil yang ditimbulkan sebagai akibat dari tindak pidana yang terjadi atau pandangan atau penilaian masyarakat terhadap suatu perbuatan pada satu waktu tertentu. Oleh karena itu, para pembuat kebijakan selayaknya dapat merekam setiap perubahan yang terjadi dalam masyarakat sehingga dapat menakar jenis dan ukuran sanksi yang selayaknya diancamkan atas suatu tindak pidana tertentu. *Keempat*, A. Douglas Husak, *Overcriminalization...*, hal. 55 – 102.

⁵⁵ *Ibid.*, hal. 99.

pasal tentang penghinaan terhadap presiden atau wakil presiden lebih ditujukan untuk melindungi kepentingan atau kebijakan pemerintah yang diwakili oleh presiden atau wakil presiden dari kritik. Dalam hal ini, setiap orang yang melakukan kritik terhadap pemerintah akan dianggap melakukan penghinaan terhadap presiden atau wakil presiden sehingga masyarakat tidak dapat menggunakan haknya untuk menyampaikan pendapat.

Sementara hak berekspresi ataupun hak menyampaikan pendapat merupakan HAM yang dijamin UUD NRI Tahun 1945. Menurut Mardjono Reksodiputro, karena sifat HAM melekat pada martabat sebagai manusia (*inherent dignity of men*) maka hak-hak ini tidak dapat dihapuskan atau dicabut (*inalienable rights*) dan karena itu pula tidak boleh dilanggar (*inviolable*).⁵⁶ Romli Atmasasmita menegaskan bahwa hak untuk bebas menyampaikan pendapat dengan lisan, tulisan dan ekspresi (*the right to freedom of expression* sebagaimana ketentuan Pasal 19 para 2 Konvenan dan Pasal 29E UUD NRI Tahun 1945) merupakan hak dasar yang memerlukan perhatian dan sangat krusial dalam perkembangan politik dan praktik hukum di Indonesia. Namun demikian, Romli menyatakan bahwa hak tersebut tidak dielaborasi lebih dalam sehingga telah diabaikan substansi ketentuan Pasal 19 para 3 Konvenan. Sedangkan ketentuan Pasal 19 para 3 merupakan kunci solusi bagi banyaknya perbedaan tafsir atas hak dasar ini. Pasal 19 para 3 menegaskan:

*“the exercise of the rights...carries with it special duties and responsibilities. It may therefore be subject to certain restrictions, but these shall only be such as are provided by law and are necessary: (a) for respect of the rights or reputations of others; (b) for the protection of national security or of public order (ordre public), or of public health or morals.”*⁵⁷

⁵⁶ Mardjono Reksodiputro, *Bunga Rampai Permasalahan Dalam Sistem Peradilan Pidana*, Kumpulan Karangan Buku Kelima, Jakarta: Pusat Pelayanan Keadilan dan Pengabdian Hukum Universitas Indonesia, 1987, hal. 161.

⁵⁷ Romli Atmasasmita, *Pengantar Hukum Pidana Internasional. Bagian II*, Jakarta: Hecca Mitra Utama, 2004, hal. 5.

Mengacu pada ketentuan Pasal 19 para 3 Konvenan tersebut, Romli menyatakan bahwa ketentuan mengenai hak untuk bebas menyatakan pendapat sebagaimana dalam Pasal 28E UUD NRI Tahun 1945 tidak merujuk kepada Pasal 19 *International Covenant on Civil and Political Rights* (ICCPR) melainkan kepada *Universal Declaration of Human Rights* (UDHR) 1948. Sedangkan ICCPR itu sendiri merupakan derivatif dari UDHR. Hal ini memberikan peluang untuk dapat menimbulkan perbedaan tafsir yang cukup signifikan dalam implementasi hak untuk bebas menyampaikan pendapat terutama terhadap arti dan makna kalimat “hak dan kebebasan” di dalam UUD NRI Tahun 1945 yang diadopsi dari UDHR tanpa memberikan rambu-rambu yang jelas sejalan dengan Pasal 19 para 3 Konvenan.⁵⁸ Dengan kata lain bahwa restriksi (pelarangan atau pembatasan) terhadap kebebasan menyatakan pendapat hanya dapat dilakukan berdasarkan undang-undang demi menghormati hak-hak dan reputasi orang lain dalam rangka melindungi keamanan nasional atau ketertiban umum (*public order*) atau kesehatan atau kesusilaan umum. Bagaimana dengan ketentuan tentang penghinaan terhadap presiden atau wakil presiden sebagaimana diatur dalam Pasal 263 dan Pasal 264 RUU KUHP, apakah memenuhi 3 pembatasan tersebut.

Pasal 263 ayat (1) RUU KUHP menyebutkan bahwa setiap orang yang di muka umum menghina Presiden atau Wakil Presiden, dipidana dengan pidana penjara paling lama 5 (lima) tahun atau pidana denda paling banyak Kategori IV. Selanjutnya pada ayat (2) Pasal ini menentukan bahwa tidak merupakan penghinaan jika perbuatan sebagaimana dimaksud pada ayat (1) jelas dilakukan untuk kepentingan umum atau pembelaan diri. Selanjutnya Pasal 264 RUU KUHP memuat rumusan bahwa setiap orang yang menyiarkan, mempertunjukkan, atau menempelkan tulisan atau gambar sehingga terlihat oleh umum, atau memperdengarkan rekaman sehingga terdengar oleh umum, yang berisi penghinaan

⁵⁸ *Ibid.*, hal. 6.

terhadap presiden atau wakil presiden dengan maksud agar isi penghinaan diketahui atau lebih diketahui umum, dipidana dengan pidana penjara paling lama 5 (lima) tahun atau pidana denda paling banyak Kategori IV.

Jika mengacu pada penjelasan tentang penghinaan dalam penjelasan Pasal 263 RUU KUHP⁵⁹ maka yang dimaksud dengan “menghina” dalam pasal ini dapat dikatakan kabur (*obscur*). Dalam hal ini, tidak ada penyebutan secara tegas, pasti dan limitatif tentang perbuatan apa yang diklasifikasikan sebagai penghinaan. Penjelasan Pasal 263 RUU KUHP hanya menyebutkan bahwa

⁵⁹ Penjelasan Pasal 263 RUU KUHP menyebutkan bahwa yang dimaksud dengan “menghina” adalah perbuatan apapun yang menyerang nama baik atau martabat Presiden atau Wakil Presiden di muka umum. Dalam penjelasan pasal ini juga disebutkan bahwa termasuk penghinaan adalah menista dengan surat, memfitnah, dan menghina dengan tujuan memfitnah. Penghinaan terhadap orang biasanya merupakan tindak pidana aduan, akan tetapi penghinaan terhadap presiden atau wakil presiden dapat dituntut dengan tidak perlu ada pengaduan. Pasal ini tidak dimaksudkan untuk meniadakan atau mengurangi kebebasan mengajukan kritik ataupun pendapat yang berbeda dengan yang dianut presiden atau wakil presiden. Penjelasan pasal ini juga menegaskan bahwa penghinaan pada hakikatnya merupakan perbuatan yang sangat tercela (dilihat dari berbagai aspek: moral, agama, nilai-nilai kemasyarakatan dan nilai-nilai HAM/kemanusiaan), karena “menyerang/merendahkan martabat kemanusiaan” (menyerang nilai-universal); oleh karena itu, secara teoritik dipandang sebagai “*rechtsdelict*”, “*intrinsically wrong*”, “*mala per se*” dan oleh karena itu pula dilarang (dikriminalisasi) di berbagai negara. Selanjutnya penjelasan Pasal 263 RUU KUHP juga memuat penjelasan bahwa dirasakan janggal atau tidak sepadan jika penghinaan terhadap orang biasa, orang yang sudah mati, bendera/lagu kebangsaan, lambang kenegaraan, petugas/pejabat umum, dan kepala negara sahabat saja dijadikan tindak pidana; sedangkan penghinaan terhadap presiden tidak; terlebih status/posisi/kedudukan/fungsi/tugas presiden berbeda dengan orang biasa, dilihat dari sudut sosiologis, hukum dan ketata-negaraan. Karena status/posisi presiden berbeda dengan orang biasa pada umumnya, maka tidak pada tempatnya hal ini dihadapkan/dipermasalahan dengan prinsip “*equality before the law*”. Apabila dipermasalahan demikian, semua perbedaan jenis tindak pidana yang didasarkan pada status/kualifikasi yang berbeda (seperti terdapat dalam jenis-jenis penghinaan, pembunuhan, penganiayaan, dsb.) juga berarti harus ditiadakan karena dipandang bertentangan dengan prinsip “*equality before the law*”.

yang dimaksud “menghina” adalah perbuatan apapun yang menyerang nama baik atau martabat presiden atau wakil presiden di muka umum. Penjelasan yang tidak jelas ini akan mengakibatkan tidak adanya kepastian hukum serta akan mengakibatkan tindakan sewenang-wenang dari aparat penegak hukum karena tafsir atas “perbuatan apapun” menjadi tergantung kepada tafsir dan interpretasi aparat penegak hukum.

Dalam konteks negara demokrasi, penting mempertanyakan relevansi pemberian sanksi pidana terhadap kasus-kasus pencemaran nama baik ataupun penghinaan. Di negara-negara yang secara konsisten menerapkan demokrasi, pasal-pasal pencemaran nama baik dalam hukum pidana dianggap sebagai ancaman terhadap kebebasan berekspresi. Oleh sebab itu, tindakan yang dianggap merugikan reputasi seseorang, biasanya akan dimintai pertanggungjawaban melalui hukum perdata, bukan pidana. Di Amerika Serikat (AS) misalnya, tidak dikenal pertanggungjawaban pidana untuk tindakan pencemaran nama baik atau penghinaan, karena dianggap bertentangan dengan *First Amendment* dalam Konstitusi AS yang menjamin kebebasan berpendapat dan kebebasan pers. Hal ini semakin tegas setelah muncul putusan Mahkamah Agung AS dalam kasus *New York Times v. Sullivan* pada 1964.⁶⁰

Putusan Mahkamah Agung AS menyebutkan bahwa pejabat pemerintah, hanya dapat meminta pertanggungjawaban media atau mereka yang melontarkan pernyataan, jika mereka dapat membuktikan secara meyakinkan dan jelas bahwa yang dikatakan terhadap mereka secara faktual salah. Selain itu, pada saat hal itu dikatakan atau dipublikasikan, yang menyatakan atau mempublikasikan telah mengetahui bahwa hal itu kemungkinan salah. Sejak keluarnya putusan tersebut, gugatan perdata pun sangat jarang diajukan terhadap kasus pencemaran nama baik. Sebab, penggugat harus membuktikan apa yang disampaikan itu salah dan ada kesengajaan untuk menyatakan

⁶⁰ M. Halim, dkk, *Menggugat Pasal-Pasal Pencemaran Nama Baik*, Jakarta: LBH Pers, 2009, hal. 27.

atau mempublikasikan hal itu walau telah diketahui bahwa itu salah.⁶¹

Hal yang sama terjadi di Belanda, ketentuan pencemaran nama baik dalam KUHP Belanda telah berubah sejak 1978.⁶² Sebagian besar negara maju lainnya juga telah menghapus tuntutan pidana karena penghinaan, karena kekhawatiran bahwa pemerintah *incumbent* atau individu kuat lainnya dapat mempengaruhi jaksa penuntut untuk menekan oposisi atau kritik mereka.⁶³

Norma hukum pidana terkait dengan penghinaan, misalnya pencemaran nama baik, terutama berkaitan dengan perlindungan reputasi. Reputasi yang baik sangat penting untuk rasa harga diri manusia, dan juga merupakan hal berharga dalam bisnis. Norma hukum ini, tidak hanya melindungi nama baik seseorang dan memperbaiki kerusakan, tetapi juga menghalangi publikasi pernyataan penghinaan.⁶⁴ Terkait dengan penghinaan, mayoritas the *Defamation Act* 2013 yang berkaitan dengan Inggris dan Wales dan beberapa ketentuan yang berkaitan dengan Skotlandia pada Bagian 1 *the Defamation Act* 2013 menetapkan bahwa sebuah pernyataan tidak memfitnah kecuali publikasi tersebut telah menyebabkan atau kemungkinan akan menyebabkan 'bahaya yang serius' terhadap reputasi penggugat. Selain itu, merusak reputasi suatu badan yang memperdagangkan keuntungan tidak dianggap sebagai 'bahaya serius' kecuali jika telah menyebabkan atau

cenderung menyebabkan kerugian finansial yang serius bagi suatu badan tersebut.⁶⁵

Di Indonesia, melalui Putusan MK No. 013-022/PUU-IV/2006, MK menegaskan bahwa pasal-pasal mengenai penghinaan terhadap presiden atau wakil presiden tidak relevan lagi untuk diterapkan pada negara Indonesia yang menjunjung tinggi hak asasi manusia sebagaimana secara tegas telah ditentukan dalam UUD NRI Tahun 1945. Pasal-pasal mengenai penghinaan terhadap presiden atau wakil presiden menegasi prinsip persamaan di depan hukum, mengurangi kebebasan mengekspresikan pikiran dan pendapat, kebebasan akan informasi, dan prinsip kepastian hukum. Dengan demikian, sebagaimana Putusan MK maka RUU KUHP juga tidak perlu lagi memuat pasal-pasal yang isinya sama atau mirip dengan Pasal 134, Pasal 136 bis, dan Pasal 137 KUHP tentang penghinaan terhadap Presiden atau Wakil Presiden. Selama kita masih menganut UUD NRI Tahun 1945 yang memberikan jaminan hak atas kebebasan menyatakan pikiran/pendapat dengan lisan, tulisan dan ekspresi maka selama itu pula tidak boleh ada pengaturan mengenai penghinaan terhadap presiden atau wakil presiden.

Penegasan Putusan MK agar RUU KUHP tidak lagi memuat pasal-pasal tentang penghinaan terhadap presiden atau wakil presiden juga terkait dengan ketentuan Pasal 24C UUD NRI Tahun 1945 yang menentukan bahwa pengujian MK atas undang-undang terhadap Undang-Undang Dasar adalah bersifat final. Ketentuan ini ditegaskan kembali dalam Pasal 10 UU No. 24 Tahun 2003 tentang MK bahwa pengujian MK atas undang-undang terhadap UUD NRI Tahun 1945 adalah bersifat final. Penjelasan Pasal 10 UU No. 24 Tahun 2003 menyebutkan bahwa Putusan MK bersifat final artinya putusan MK langsung memperoleh kekuatan hukum tetap sejak diucapkan dan

⁶¹ *Ibid.*

⁶² *Ibid.*

⁶³ Park Kyung Sin & You Jong-Sung, "Criminal Prosecutions For Defamation And Insult In South Korea With A Lefarian Study In Election Contexts", Copyright (c) 2017 East Asian Legal Studies Association, University of Pennsylvania Law School, All Rights Reserved, University of Pennsylvania Asian Law Review Spring, 2017, University of Pennsylvania Asian Law Review, 12 U. Pa. Asian L. Rev. 463

⁶⁴ Ellyn Tracy Marcus, "Group Defamation and Individual Actions: A New Look at an Old Rule", 71 Cal. L. Rev. 1532, California Law Review September (Approx. 32 pages), 1983 Comment Ellyn Tracy Marcus^a Copyright 1983 by the California Law Review, Inc.; Ellyn Tracy Marcus.

⁶⁵ Frank Cranmer, Fellow, St Chad's College, Durham, Honorary Research Fellow, Centre for Law and Religion, Cardiff University, Parliamentary Report, October 2013 - January 2014, COPYRIGHT © Ecclesiastical Law Society 2014, Ecclesiastical Law Journal (UK), 1 May 2014, Ecclesiastical Law Journal, 16, 211-214.

tidak ada upaya hukum yang dapat ditempuh. Selanjutnya Penjelasan Pasal 10 UU No. 8 Tahun 2011 tentang Perubahan Atas UU No. 24 Tahun 2003 tentang MK menjelaskan lebih lanjut bahwa sifat final dalam putusan MK mencakup pula kekuatan hukum mengikat (*final and binding*). Dengan demikian, putusan MK No. 013-022/PUU-IV/2006 yang telah menyatakan bahwa Pasal 134, Pasal 136 bis, dan Pasal 137 KUHP bertentangan dengan UUD NRI Tahun 1945 harus dianggap tetap berlaku dan mengikat seluruh warga negara sepanjang UUD NRI Tahun 1945 sebagai hukum dasar (konstitusi) tidak mengalami perubahan.

Dalam suatu negara hukum, mengharuskan adanya pengakuan normatif terhadap prinsip supremasi hukum, yaitu bahwa semua masalah diselesaikan dengan hukum sebagai pedoman tertinggi. Pengakuan normatif mengenai supremasi hukum terwujud dalam pembentukan norma hukum secara hirarki yang berpuncak pada supremasi konstitusi. Dalam hal ini, hukum dimaknai sebagai kesatuan hirarki tatanan norma hukum yang berpuncak pada konstitusi. Selain merupakan konsekuensi dari konsep negara hukum, supremasi konstitusi juga merupakan pelaksanaan demokrasi karena konstitusi adalah wujud perjanjian sosial tertinggi. Oleh karena itu, aturan-aturan dasar konstitusional harus menjadi dasar dan dilaksanakan melalui peraturan perundang-undangan yang mengatur penyelenggaraan negara dan kehidupan masyarakat.⁶⁶

Selanjutnya, konsekuensi dari adanya prinsip hirarki dalam pembentukan norma hukum adalah harus ada mekanisme yang menjaga dan menjamin agar prinsip tersebut ditaati, tidak disimpangi atau dilanggar. Mekanisme untuk menjaga dan menjamin agar prinsip hirarki tersebut ditaati yaitu dengan adanya sistem pengujian secara judicial (*judicial review*) atas setiap peraturan perundang-undangan terhadap peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi tingkatannya atau

terhadap peraturan perundang-undangan tingkat tertinggi yaitu Undang-Undang Dasar.⁶⁷ Dengan demikian, putusan *judicial review* atas pasal-pasal penghinaan terhadap presiden atau wakil presiden adalah demi menjaga agar ketentuan pasal-pasal tersebut tidak melanggar prinsip hirarki dalam pembentukan norma hukum.

Sebagai hukum yang lebih tinggi atau bahkan lebih tinggi serta paling fundamental sifatnya, konstitusi itu sendiri merupakan sumber legitimasi atau landasan otorisasi bentuk-bentuk hukum atau peraturan perundang-undangan lainnya. Sesuai dengan prinsip hukum yang berlaku universal, maka agar peraturan-peraturan yang tingkatannya di bawah Undang-Undang Dasar dapat berlaku dan diberlakukan, peraturan-peraturan itu tidak boleh bertentangan dengan hukum yang lebih tinggi tersebut.⁶⁸ Dengan demikian maka norma hukum pidana yang diatur dalam KUHP sebagai bagian dari sistem hukum nasional harus bersifat hierarki dan memiliki jalinan nilai sehingga membentuk sistem norma atau sistem nilai yang tidak terpisahkan dengan sistem norma yang paling tinggi yaitu UUD NRI Tahun 1945. Dalam hal ini, UUD NRI Tahun 1945 menjadi sumber materiil dalam pembentukan norma-norma hukum termasuk pula norma-norma hukum pidana.

Selanjutnya sifat hukum pidana sebagai *ultimum remedium* harus menjadi pertimbangan bagi pembentuk undang-undang. Jika ada sarana lainnya untuk mencapai tujuan maka tidak perlu menggunakan hukum pidana sebagai sarana. Pada akhirnya jika hukum pidana (kebijakan kriminalisasi) dipilih untuk mencapai tujuan maka pembentuk UU selain harus memperhatikan norma-norma dasar dalam konstitusi juga harus mempertimbangkan prinsip-prinsip dan kriteria dalam kebijakan kriminalisasi.

⁶⁶ Jimly Asshiddiqie, *Membangun Budaya Sadar Berkonstitusi*, dalam Satya Arinanto dan Ninuk Triyanti (Editor), *Memahami Hukum. Dari Konstruksi sampai Implementasi*, Jakarta: RajaGrafindo Persada, 2011, hal. 222.

⁶⁷ Widayati, "Problem Ketidakpatuhan Terhadap Putusan Mahkamah Konstitusi Tentang Pengujian Undang-Undang", *Jurnal Pembaharuan Hukum*, Vol. IV No. 1, hal. 1 – 14.

⁶⁸ Jimly Asshiddiqie, *Membangun Budaya ...*, hal. 218.

Mengacu pada UUD NRI Tahun 1945 yang menjunjung tinggi hak asasi manusia maka pengaturan kembali pasal-pasal mengenai penghinaan terhadap presiden atau wakil presiden akan menegasi prinsip persamaan di depan hukum, mengurangi kebebasan berpendapat dan mengemukakan pikiran. Hukum pidana pada dasarnya telah memberikan perlindungan terhadap kehormatan dan nama baik setiap orang, apa pun statusnya, dan kehormatan jabatan publik atau penyelenggara negara dengan cara melarang melakukan perbuatan penghinaan, dengan segala bentuknya, yang menyerang kehormatan dan nama baiknya sebagaimana selama ini diatur dalam Pasal 310 – Pasal 321 dan Pasal 207 KUHP. Substansi dalam Pasal 310 – Pasal 321 dan Pasal 207 KUHP juga telah dimuat kembali dalam RUU KUHP, yaitu dalam Bab XIX tentang Tindak Pidana Penghinaan yang memuat larangan tindak pidana pencemaran (Pasal 540), fitnah (Pasal 541, Pasal 542), penghinaan ringan (Pasal 543, Pasal 544), pengaduan fitnah (Pasal 545, Pasal 546), persangkaan palsu (Pasal 547), dan pencemaran orang yang sudah meninggal (Pasal 548, Pasal 549, Pasal 550).

RUU KUHP juga telah memuat definisi penghinaan yaitu bahwa yang dimaksud dengan perbuatan “penghinaan” adalah menyerang kehormatan atau nama baik orang lain. Sifat dari perbuatan pencemaran adalah jika perbuatan penghinaan yang dilakukan dengan cara menuduh, baik secara lisan, tulisan, maupun dengan gambar yang menyerang kehormatan dan nama baik seseorang, sehingga merugikan orang tersebut. Perbuatan yang dituduhkan tidak perlu harus suatu tindak pidana.

Pada kenyataannya definisi dari “penghinaan” banyak bergantung pada temperamen zaman, pendapat kontemporer, moral dan kondisi sosial serta pandangan masyarakat yang berbeda pula. Namun pada umumnya, penghinaan didefinisikan sebagai perbuatan yang merugikan reputasi orang lain sehingga dapat menurunkan pandangan/ pendapat masyarakat terhadapnya atau

mencegah orang ketiga bergaul atau berurusan dengannya.⁶⁹ Kerusakan pada reputasi terletak pada efek pernyataan penghinaan tersebut di benak orang-orang yang mendengar.⁷⁰

Selanjutnya, terkait dengan pertimbangan MK dalam Putusan MK No. 013-022/PUU-IV/2006 yang membatalkan Pasal 134, Pasal 136 bis, dan Pasal 137 KUHP tentang tindak pidana penghinaan terhadap presiden atau wakil presiden sayangnya tidak memperhatikan dan menilai pasal-pasal lain yang terkait, misalnya: ketentuan mengenai penghinaan kepala negara sahabat dan wakil negara asing di Indonesia sebagaimana diatur dalam Pasal 142 dan Pasal 143 KUHP. Dengan mengacu pada UUD NRI Tahun 1945 dan prinsip-prinsip dalam kebijakan kriminalisasi maka seharusnya ketentuan mengenai penghinaan kepala negara sahabat dan wakil negara asing di Indonesia juga tidak perlu lagi diatur dalam KUHP. Selain itu, perbuatan yang menyerang atau merusak integritas kepala negara sahabat dan wakil negara asing di Indonesia sebagaimana pula larangan terhadap pencemaran nama baik, penghinaan, hingga fitnah atau menista juga bertujuan untuk melindungi atau menegakkan kehormatan dan nama baik setiap orang.

IV. PENUTUP

Tindak pidana penghinaan terhadap presiden atau wakil presiden tidak perlu lagi diatur dalam KUHP. Pasal-pasal yang mengatur tindak pidana ini pada dasarnya memuat substansi yang sama sebagaimana pasal-pasal penghinaan yang diatur dalam KUHP yang telah dibatalkan oleh MK karena dinilai bertentangan dengan UUD NRI Tahun 1945. Dengan demikian juga berkaitan dengan arti

⁶⁹ Patrice S. Arend, “Defamation In An Age Of Political Correctness: Should A False Public Statement That A Person Is Gay Be Defamatory?”, 18 N. Ill. U. L. Rev. 99, Northern Illinois University Law Review Fall 1997, Copyright (C) 1997 Board Of Regents For Northern Illinois University.

⁷⁰ Rodney A. Smola, Law of Defamation. Four common-law slander per se categories—Imputations of criminal conduct—In general, November 2017 Update, Westlaw. © 2017 Thomson Reuters. No Claim to Orig. U.S. Govt. Works.

penghinaan dalam Pasal 310 – Pasal 321 KUHP. Pada dasarnya RUU KUHP juga memuat pasal-pasal penghinaan sebagaimana substansi dalam Pasal 310-Pasal 321 KUHP.

Kebijakan kriminalisasi selain harus memperhatikan kriteria mengenai layak atau tidaknya suatu perbuatan dirumuskan sebagai tindak pidana juga tidak boleh bertentangan dengan UUD NRI Tahun 1945 terutama dalam hal ini jaminan atas HAM bagi setiap warga negara. Jika konsensus yang disepakati dalam UUD NRI Tahun 1945 untuk menjamin HAM tersebut runtuh karena diabaikan maka runtuh pula legitimasi kekuasaan negara yang bersangkutan.

Pembentuk undang-undang pada dasarnya juga harus dapat membuktikan bahwa kriminalisasi penghinaan terhadap presiden atau wakil presiden yang dirumuskan dalam RUU KUHP juga harus memenuhi kepentingan negara (pemerintahan yang sah). Namun penjelasan pasal yang merumuskan tindak pidana tersebut tidak menyebutkan secara jelas kepentingan apa yang ada di balik pengaturan penghinaan terhadap presiden atau wakil presiden.

DAFTAR PUSTAKA

Jurnal

- Arend, Patrice S. "Defamation In An Age Of Political Correctness: Should A False Public Statement That A Person Is Gay Be Defamatory?". 18 N. Ill. U. L. Rev. 99. Northern Illinois University Law Review Fall 1997. Copyright (C) 1997 Board Of Regents For Northern Illinois University.
- Butje, Tampi. *Kontroversi Pencantuman Pasal Penghinaan Terhadap Presiden Dan Wakil presiden Dalam KUHPidana Yang Akan Datang*. Jurnal Ilmu Hukum. Vol. 3. No. 9. Agustus 2016.
- Cranmer, Frank. Fellow. St Chad's College. Durham. Honorary Research Fellow. Centre for Law and Religion. Cardiff University. Parliamentary Report. October 2013 - January 2014. COPYRIGHT © Ecclesiastical Law Society 2014. Ecclesiastical Law Journal (UK). 1 May 2014. Ecclesiastical Law Journal. 16.
- Eddyono, Supriyadi Widodo. *Memutus Jerat Pasal-Pasal Sang Ratu*. Jurnal Konstitusi. Vol. 4. No. 1. Maret 2007.
- Kurniaty, Yulia. Agna Susila., dan Heni Hendrawati., "Unsur-Unsur Pidana Dalam Tindak Pidana Pencemaran Nama Baik Melalui Media Online (Kajian Putusan Perkara Dengan Terdakwa Florence Saulina Sihombing)". *The 5th Urecol Proceeding*. ISBN 978-979-3812-42-7.
- Marcus, Ellyn Tracy. "Group Defamation and Individual Actions: A New Look at an Old Rule". 71 Cal. L. Rev. 1532. California Law Review September (Approx. 32 pages). 1983 Comment Ellyn Tracy Marcus^a Copyright 1983 by the California Law Review. Inc.; Ellyn Tracy Marcus.
- Muchladun, Wildan. "Tinjauan Yuridis Terhadap Tindak Pidana Pencemaran Nama Baik". *Jurnal Ilmu Hukum Legal Opinion*. Edisi 6. Vol. 3. Tahun 2015.
- Rahman, Zaqu. "Wacana Pasal Penghinaan Presiden atau Wakil presiden dalam RUU KUHP". *Jurnal Rechts Vinding Online. Media Pembinaan Hukum Nasional*.
- Sin, Park Kyung. & You Jong-Sung. "Criminal Prosecutions For Defamation And Insult In South Korea With A Leflarian Study In Election Contexts". Copyright (c) 2017 East Asian Legal Studies Association. University of Pennsylvania Law School. All Rights Reserved. University of Pennsylvania Asian Law Review Spring. 2017. University of Pennsylvania Asian Law Review. 12 U. Pa. Asian L. Rev. 463.

- Smolla, Rodney A, Law of Defamation. Four common-law slander per se categories—Imputations of criminal conduct—In general. November 2017 Update. Westlaw. © 2017 Thomson Reuters. No Claim to Orig. U.S. Govt. Works.
- Wibowo, Ari. “Kebijakan Kriminalisasi Delik Pencemaran Nama Baik di Indonesia”. *Pandecta-Research Law Journal*. Vol. 7 No. 1.
- Wicaksono, Aditya Septian, Sularto, dan Hasyim Asy’ari. “Kebijakan Hukum Pidana Terhadap Formulasi Perbuatan Pencemaran Nama Baik Presiden Sebagai Perlindungan Simbol Negara”. *Diponegoro Law Review*. Vol. 5. No. 2 Tahun 2016. <http://www.ejournal-s1.undip.ac.id/index.php./dir/>
- Widayati. “Problem Ketidakpatuhan Terhadap Putusan Mahkamah Konstitusi Tentang Pengujian Undang-Undang”. *Jurnal Pembaharuan Hukum*. Vol. IV No. 1.
- Buku**
- Arif, Barda Nawawi. *Kapita Selekta Hukum Pidana*. Bandung: Citra Aditya Bakti. 2003.
- Arinanto, Satya. dan Ninuk Triyanti (Editor). *Memahami Hukum. Dari Konstruksi sampai Implementasi*. Jakarta: RajaGrafindo Persada. 2011.
- Atmasasmita, Romli. *Pengantar Hukum Pidana Internasional*. Bagian II. Jakarta: Hecca Mitra Utama. 2004.
- C.M.V. Clarkson. *Understanding Criminal Law*. Suveat and Maxwell. London. 1998.
- Garnasih, Yenti. *Kriminalisasi Pencucian Uang*. Jakarta: Fakultas Hukum Pasca Sarjana Universitas Indonesia. 2003.
- Golding, Martin P, and William A. Edmundson (Ed). *The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory*. USA. UK. Australia: Blackwell Publishing Ltd. 2005.
- Haryanto, Ignatius. *Kejahatan Negara*. Jakarta: Elsam. 2003.
- Halim, M., dkk, *Menggugat Pasal-Pasal Pencemaran Nama Baik*. Jakarta: LBH Pers. 2009
- Hart, H.L.A. *Law, Liberty, and Morality*, diterjemahkan oleh Ani Muallifatul Maisah. *Hukum. Kebebasan. dan Moralitas*. Yogyakarta: Genta Publishing. 2009.
- Hiariej, Eddy O.S. *Prinsip-Prinsip Hukum Pidana*. Yogyakarta: Cahaya Atma Pustaka. 2014
- Hirsch, Andrew Von. and AP Simester. *Incivilities: Regulating Offensive Behaviour*. Oxford and Portland. Oregon. 2006.
- Husak, A. Douglas. *Overcriminalization-The Limits of The Criminal Law*. Oxford University Press. 2008.
- Muladi. *Demokratisasi, Hak Asasi Manusia, dan Reformasi Hukum di Indonesia*, Jakarta: The Habibie Center, 2002.
- Prodjodikoro, Wirjono. *Tindak-Tindak Pidana Tertentu di Indonesia*, Bandung: Refika Aditama, 2002.
- Reksodiputro, Mardjono. *Menyelaraskan Pembaruan Hukum*, Jakarta: Komisi Hukum Nasional, 2009.
- Reksodiputro, Mardjono. *Bunga Rampai Permasalahan Dalam Sistem Peradilan Pidana*, Kumpulan Karangan Buku Kelima, Jakarta: Pusat Pelayanan Keadilan dan Pengabdian Hukum Universitas Indonesia, 1987.
- Soesilo, R. *Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP) Serta Komentari-Komentarnya Lengkap Pasal Demi Pasal*. Bogor: Politeia Bogor. 1996.
- Sianturi, S.R. *Tindak Pidana di KUHP Berikut Uraianannya*. Jakarta: tanpa nama penerbit. 2016.
- Soedarto. *Hukum dan Hukum Pidana*. Bandung: Alumni. 2007.
- Soekanto, Soerjono. *Kriminologi Suatu Pengantar*. Jakarta: Ghalia Indonesia. Cetakan Pertama. 1981.

Soedjono. *Pertanggungjawaban Dalam Hukum Pidana*. Bandung: Alumni. 1981.

Makalah

Usfunan, Yohanes. *Kodifikasi RUU KUHP Dari Perspektif Legislative Drafting*. disampaikan dalam Seminar yang diselenggarakan oleh Komisi III DPR RI Berkaitan Dengan Pembahasan RUU KUHP. Jakarta: 23-24 Agustus 2016.

Supriyadi Widodo Eddyono dan Fajrimei A. Gofar. *Menelisik Pasal-Pasal Proteksi Negara dalam RUU KUHP: Catatan Kritis terhadap Pasal-Pasal Tindak Pidana Ideologi. Penghinaan terhadap Matabat Presiden dan Wakil Presiden dan Penghinaan terhadap Pemerintah*. Jakarta: ELSAM dan Aliansi Nasional Reformasi KUHP. 2007.