

BAB I

PENDAHULUAN

A. Latar Belakang

Indonesia memiliki hukum dasar yang mengatur tentang kebebasan beragama, kebebasan beragama diatur agar terciptanya perlindungan hukum bagi setiap warga negara yang akan menjalankan kewajibannya untuk berdoa dan beribadah sehingga tidak diusik oleh agama yang lain. Hukum dasar tersebut tercantum didalam Undang-undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 Pasal 29 Ayat (1) dan (2) berbunyi :

- (1) Negara berdasar atas Ketuhanan yang Maha Esa.
- (2) Negara menjamin kemerdekaan tiap-tiap penduduk untuk memeluk agamanya masing-masing dan untuk beribadat menurut agamanya dan kepercayaannya itu.

Tujuan utama negara menjamin perlindungan hukum dalam memeluk agama kepercayaan adalah untuk mencegah adanya suatu perbuatan yang melecehkan agama lain, saling menghina, dan membenci agama lain. Membahas mengenai agama di Indonesia merupakan suatu hal yang sensitif untuk dibicarakan karena masyarakat pada umumnya akan menganggap bahwa agamanya lah yang paling benar. Penistaan agama akhir-akhir ini semakin sering terjadi dimasyarakat sehingga menimbulkan konflik yang sulit untuk diredakan sebab konflik agama merupakan suatu hal yang sensitiif.

Penistaan agama memberikan pengaruh dan dampak negatif terhadap keharmonisan berbangsa dan bernegara setanah air Indonesia, sebab agama merupakan suatu hal yang sakral dan suci sehingga diharapkan umat beragama untuk saling bertoleransi dan menghargai setiap perbedaan agama yang ada. Beda agama, berbeda pula cara setiap pemeluk agama untuk menunaikan cara beribadahnya, beda kitab suci, beda rumah ibadat, dan beda allah yang disembah. Perbedaan ini sering menimbulkan kontradiktif sosial ditengah-tengah masyarakat meskipun telah ada hukum yang mengatur mengenai kebebasan

memeluk agama dan kepercayaan masing-masing tapi masih ditemukan pelanggaran oleh masyarakat baik secara disengaja maupun tidak disengaja.

Akan tetapi setiap kebebasan selalu terdapat pembatasan seperti diatur dalam pasal 28J Ayat (1) dan (2) UUD 1945 yang berbunyi :

- (1) Setiap orang wajib menghormati hak asasi manusia orang lain dalam tertib kehidupan bermasyarakat, berbangsa, dan bernegara.
- (2) Dalam menjalankan hak dan kebebasannya, setiap orang wajib tunduk kepada pembatasan yang ditetapkan dengan undang-undang dengan maksud semata-mata untuk menjamin pengakuan serta penghormatan atas hak dan kebebasan orang lain dan untuk memenuhi tuntutan yang adil sesuai dengan pertimbangan moral, nilai-nilai agama, keamanan, dan ketertiban umum dalam suatu masyarakat demokratis.

Negara berkewajiban menjamin kebebasan beragama yang merupakan hak dari warga negaranya, tetapi negara membatasi kebebasan beragama agar setiap orang dapat saling menghormati hak orang lain dalam setiap menjalankan haknya sendiri. Setiap warga negara yang tidak memtaati pembatasan-pembatasan yang telah diatur dalam konstitusi, maka akan dikenakan sanksi sesuai dengan aturannya.

Pengaturan tentang sanksi secara umum dan khusus bagi setiap orang yang telah melanggar hak beragama orang lain diatur dalam Kitab Undang-undang Hukum Pidana (KUHP) pada pasal 10 huruf (a) dan (b) yang berbunyi: pidana terdiri atas :

- (a) Pidana pokok :
 1. Pidana mati;
 2. Pidana penjara;
 3. Pidana kurungan;
 4. Pidana denda;
 5. Pidana tutupan.
- (b) Pidana tambahan:
 1. Pencabutan hak-hak tertentu;
 2. Perampasan barang-barang tertentu;
 3. Pengumuman putusan hakim.

Hukum menjerat setiap orang yang melakukan penodaan agama, didalam Kitab Undang-undang Hukum Pidana (KUHP) mengatur hal yang demikian yaitu diatur didalam pasal 156 KUHP yang berbunyi :

Barang siapa dimuka umum menyatakan perasaan permusuhan, kebencian atau penghinaan terhadap suatu atau beberapa golongan rakyat Indonesia, diancam dengan pidana penjara paling lama empat tahun atau pidana denda paling banyak empat ribu lima ratus rupiah.

Demikian juga didalam Pasal 156a Kitab Undang-undang Hukum Pidana (KUHP) menyebutkan :

Dipidana dengan pidana penjara selama-lamanya lima tahun barang siapa dengan sengaja dimuka umum mengeluarkan perasaan atau melakukan perbuatan :

- a. Yang pada pokoknya bersifat permusuhan, penyalahgunaan, atau penodaan terhadap suatu agama yang dianut di Indonesia.
- b. Dengan maksud agar supaya orang tidak menganut agama apapun juga, yang bersendikan Ketuhanan Yang Maha Esa.

Sedangkan dalam Pasal 1 Undang-Undang Nomor 1/PNPS/1965 tentang pencegahan Penyalahgunaan atau Penodaan Agama bahwa penistaan agama adalah “Setiap orang dilarang dengan sengaja dimuka umum menceritakan, menganjurkan, mengusahakan dukungan umum untuk melakukan penafsiran tentang sesuatu agama yang dianut di Indonesia atau melakukan kegiatan-kegiatan keagamaan yang menyerupai kegiatan-kegiatan keagamaan dari agama itu, penafsirandari kegiatan mana yang menyimpang dari pokok-pokok ajaran agama itu.”

Dapat disimpulkan bahwa setiap suatu kegiatan yang menyerupai agama dilarang untuk melakukan penghinaan. Penyimpangan Menurut Undang-undang Nomor 1/PNPS/1965 tentang pencegahan penyalahgunaan dan atau penodaan agama, hanya terdapat enam agama yang diakui yaitu: Islam, Kristen, Katholik, Budha, Hindhu, dan Konghuchu (confusianisme), sehingga ajaran agama lain yang mengatasnamakan salah-satu agama yang telah diakui tersebut, namun ajarannya tidak sesuai dengan pokok-pokok ajaran dari agama yang menjadi induknya, maka hal itu disebut sebagai

penyimpangan agama/penodaan agama.¹ Penodaan agama di Indonesia sangat berkaitan dengan kehidupan sosial yang syarat dengan norma, karena agama itu sendiri memiliki peranan penting dalam kehidupan bersosial.

Penistaan adalah berasal dari kata nista yang berarti hina, rendah, cela, noda. Undang-undang positif Indonesia lain yang mengatur mengenai sanksi terhadap pelaku penistaan agama yaitu UU No.19 Tahun 2016 tentang perubahan atas Undang-undang No. 11 Tahun 2008 Tentang Informasi dan Transaksi Elektronik (ITE). Yang diatur didalam pasal 45A Ayat (2) yang berbunyi:

- (2) Setiap orang yang dengan sengaja dan tanpa hak menyebarkan informasi yang ditujukan untuk menimbulkan rasa kebencian atau permusuhan individu dan/atau kelompok masyarakat tertentu berdasarkan atas suku, agama, ras, dan antar golongan (SARA) sebagaimana dimaksud dalam pasal 28 ayat (2) dipidana penjara paling lama 6 (enam) tahun dan/atau denda paling banyak Rp.1.000.000.000,00 (satu miliar rupiah).

Di Indonesia, penistaan agama sering terjadi oleh suatu hal yang dianggap sepele oleh sipelaku atau sipelaku terjebak oleh pemahaman dan tujuannya yang berbeda dari maksud menista suatu agama tertentu, namun oleh para penganut agama tersebut perbuatannya tersebut sudah merupakan perbuatan penistaan agama. Hal ini disebabkan oleh begitu sakralnya suatu agama tersebut bagi sipenganut.

Fenomena penistaan agama bukanlah hal yang baru dalam kehidupan masyarakat sejak dulu sampai sekarang kasus penistaan agama sudah ada. Kasus penistaan agama belakangan ini sering muncul dimasyarakat kadang tidak terlepas dari unsur-unsur politik yang ingin menjatuhkan lawan politiknya. Hal ini terlihat dari para pelaku penista agama dan pihak yang melaporkan suatu kasus adalah para elit-elit politik.

Pada pembukaan Undang-undang Dasar Negara Republik Indonesia (UUD) alineanya yang keempat disebutkan "... Maka disusunlah kemerdekaan Kebangsaan Indonesia itu dalam suatu Undang-

¹ Muhammad Amin, *Analisis Terhadap Tindak Pidana Penodaan Agama Dalam Putusan Mahkamah Agung No. 1787 K/PID/2012*. Yogyakarta: Ilmu Hukum Fakultas Syari'ah Dan Hukum Universitas Islam Negeri Sunan Kalijaga, 2016. Hal 2.

Undang Dasar Negara Indonesia, yang terbentuk dalam suatu susunan Negara Republik Indonesia yang berkedaulatan rakyat dengan berdasarkan kepada Ketuhanan Yang Maha Esa, Kemanusiaan yang adil dan beradab,...dst”.

“Agama mayoritas di Indonesia adalah agama islam dan bahkan Indonesia adalah negara penduduk penganut agama islam terbesar didunia. Tapi tidak menjamin bahwa menjadikan islam sebagai dasar negara Indonesia. Hal itu menegaskan bahwa semua agama memiliki hak untuk tumbuh dan berkembang, termasuk pemeluk agama untuk menjalankan agamanya secara bebas dan orang yang lain mempunyai kewajiban untuk menghormati kewenangan tersebut.”

Oleh sebab itu Pemerintah merupakan salah-satu pihak terdepan dan yang memiliki peranan penting dalam menanggulangi penistaan agama. Mengingat perasaan rakyat Indonesia yang sangat sensitif terhadap hal yang berbaur SARA (Suku, Agama, Ras dan Adat-istiadat), maka kebanyakan rakyat Indonesia dalam menghadapi kasus tersebut tidak berkepala dingin dan terlihat seolah-olah mampu menghakimi pelaku penista agama dan sering mendahului hukum dalam bertindak.

Dari sekian banyak kasus penistaan agama yang terjadi di Indonesia, penulis memilih untuk mengangkat kasus mantan Gubernur DKI Jakarta Ir. Basuki Tjahaja Purnama alias Ahok sebagai bahan penulisan hukum. Kasus yang dihadapi Ir. Basuki Tjahaja Purnama alias Ahok adalah suatu kasus yang besar yang pernah terjadi di Indonesia. oleh karena telah dianggap melakukan suatu tindak pidana penistaan agama Islam dengan sengaja dimuka umum mengeluarkan perasaan atau melakukan perbuatan yang pada pokoknya bersifat permusuhan, penyalahgunaan atau penodaan terhadap suatu agama yang dianut di Indonesia, maka Ir. Basuki Tjahaja Purnama Alias Ahok terancam Pasal 156 dan 156aKUHP.

. Untuk itu penulis mengangkat judul **“SANKSI PIDANA TERHADAP PELAKU PENISTAAN AGAMA MENURUT HUKUM POSITIF INDONESIA” (Study Putusan Nomor 1537/Pid.B/2016/PN.Jkt.Utr.)**

B. Perumusan Masalah

Berdasarkan latar belakang di atas, maka dalam hal ini yang menjadi permasalahan didalam penelitian ini adalah:

1. Bagaimanakah pengaturan sanksi pidana yang dapat dijatuhkan kepada pelaku penista agama di Indonesia menurut hukum positif Indonesia?
2. Bagaimanakah pertimbangan hakim dalam menjatuhkan sanksi pidana terhadap pelaku penista agama didalam Putusan Nomor 1537/Pid.B/2016/PN.Jkt.Utr.?

C. Tujuan Penelitian

1. Untuk mengetahui bagaimanakah pengaturan sanksi pidana yang dapat dijatuhkan kepada pelaku penista agama di Indonesia menurut hukum positif Indonesia,
2. Untuk mengetahui bagaimanakah pertimbangan hakim dalam menjatuhkan sanksi pidana terhadap pelaku penista agama Putusan Nomor1537/Pid.B/2016/PN.Jkt.Utr.

D. Manfaat Penelitian

Adapun manfaat dari penelitian ini adalah :

1. Manfaat Teoritis

Penelitian ini diharapkan mampu memberikan informasi, Wacana dan Wawasan pengetahuan hukum khususnya hukum pidana.

2. Manfaat praktis

a. Bagi masyarakat

Memberikan pengetahuan kepada masyarakat mengenai tindak pidana terhadap pelaku penistaan agama menurut hukum positif Indonesia yang secara sah melanggar hukum dan dilarang oleh negara. Sehingga masyarakat tidak terjerumus didalamnya dan ikut serta menjaga keharmonisan beragama dalam berbangsa dan bernegara di Indonesia.

b. Manfaat bagi aparat penegak hukum

Sebagai literatur, bacaan dan penambah wawasan terhadap aparat penegak hukum mengenai sanksi pidana penistaan agama. Sehingga membantu aparat penegak hukum untuk mengetahui, memahami, dan mengadili serta memberi sanksi pidana terhadap pelaku penistaan agama.

c. Bagi diri sendiri

Sebagai penambah ilmu pengetahuan dibidang hukum dan juga sebagai salah-satu syarat untuk menyelesaikan perkuliahan di fakultas hukum dan untuk memperoleh gelar sarjana hukum konsentrasi hukum pidana.

BAB II

TINJAUAN PUSTAKA

A. TINJAUAN UMUM TENTANG TINDAK PENISTAAN AGAMA

1. Pengertian Tindak Pidana

Istilah tindak pidana, hakikatnya merupakan istilah yang berasal dari terjemahan kata *Straafbaarfeit* dalam bahasa Belanda. Kata *Straafbaarfeit* kemudian diterjemahkan dalam bahasa Indonesia. Beberapa kata yang digunakan untuk menerjemahkan kata *Straafbaarfeit* oleh sarjana-sarjana Indonesia antara lain: tindak pidana, *delict* dan perbuatan pidana.²

Istilah tindak pidana menunjukkan pengertian gerak-gerik tingkah laku dan gerak-gerik jasmani seseorang. Hal tersebut terdapat juga seseorang untuk tidak berbuat, akan tetapi dengan tidak berbuat dia, dia telah melakukan tindak pidana. KUHP tidak memberikan definisi terhadap istilah tindak pidana atau *Straafbaar Feit*. Karenanya, para penulis hukum pidana telah memberikan pendapat mereka masing-masing untuk menjelaskan tentang arti dari istilah tersebut. Secara sederhana dapat dikatakan bahwa tindak pidana adalah perbuatan yang pelakunya seharusnya dipidana.

Beberapa definisi Tindak Pidana menurut para ahli, antara lain:

- a. Menurut Wirjono Prodjodikoro, “tindak pidana berarti suatu perbuatan yang pelakunya dapat dikarenakan hukuman pidana”.

² Teguh Prasetyo, *Hukum Pidana*, Jakarta: Rajawali Pers, 2013, Cetakan ke -4, Hal. 49

- b. Menurut D.Simons, tindak pidana (*Straafbaar Feit*) adalah kelakuan (*handeling*) yang diancam dengan pidana “yang bersifat melawan hukum, yang berhubungan dengan kesalahan yang dilakukan oleh orang yang mampu bertanggungjawab”.
- c. Menurut G.A. Van Hamel, sebagaimana yang diterjemahkan oleh Moeljatno, *strafbaar feit* adalah kelakuan orang yang dirumuskan dalam *wet* , yang bersifat melawan hukum, yang patut dipidana dan dilakukan dengan kesalahan.³

Timbullah masalah dalam menerjemahkan istilah *Straafbaar feit* itu kedalam bahasa Indonesia. Moeljatno dan Roesland Saleh memakai istilah perbuatan pidana meskipun tidak untuk menerjemahkan *Straafbaar feit* itu. Utrecht memakai istilah peristiwa hukum karena yang ditinjau adalah peristiwa (*feit*) dari sudut hukum pidana. Moeljatno menolak Istilah peristiwa pidana karena peristiwa itu adalah pengertian yang konkrit yang hanya menunjuk kepada suatu kejadian yang tertentu saja, misalnya matinya orang. Hukum pidana tidak melarang orang mati, tetapi melarang adanya orang mati karena perbuatan orang lain. Moeljatno mengartikan tindak pidana sebagai perbuatan yang dilarang oleh suatu aturan hukum larangan mana disertai ancaman (sanksi) yang berupa pidana tertentu, bagi barang siapa yang melanggar larangan tersebut.

2. Unsur-Unsur Tindak Pidana

Setiap tindak pidana yang terdapat didalam didalam Kitab Undang-Undang hukum pidana itu pada umumnya dapat kita jabarkan kedalam unsur-unsur yang pada dasarnya dapat kita bagi menjadi dua macam unsur yakni:

a. Unsur Subyektif

Yang dimaksud dengan unsur subyektif adalah unsur-unsur yang melekat pada diri sipelaku atau yang berhubungan dengan diri si pelaku, dan termasuk kedalamnya yaitu segala sesuatu yang terkandung didalam hatinya.

Unsur-unsur subyektif dari suatu tindak pidana itu adalah:

³*Ibid.* Hal. 50

1. Kesengajaan atau ketidaksengajaan (*dolus* atau *culpa*)
2. Maksud dan *vonnerman* pada suatu percobaan atau poging seperti yang dimaksud didalam Passal 51 ayat 1 KUHP
3. Macam-macam maksud atau *oogmerk* seperti yang terdapat misalnya didalam kejahatan-kejahatan pencurian, penipuan, pemerasan, pemalsuan dan lain-lain
4. Merencanakan terlebih dahulu *atau voorbedachte raad* seperti yang misalnya yang terdapat didalam kejahatan pembunuhan menurut Pasal 340 KUHP
5. Perasaan takut atau vress seperti yang antara lain terdapat di dalam rumusan tindak pidana menurut Pasal 308 KUHP.

b. Unsur Obyektif

Yang dimaksud dengan unsur obyektif adalah unsur-unsur yang ada hubungannya dengan keadaan-keadaan, mana tindakan dari si pelaku itu harus dilakukan.⁴

Unsur-unsur obyektif dari suatu tindak pidana itu adalah:

1. Sifat melawan hukum
2. Kualitas dari sipelaku, misalnya seorang pegawai negeri sipil melakukan kejahatan diatur dalam pasal 415 KUHP
3. Kausalitas , yakni hubungan antara suatu tindakan sebagai penyebab dengan kenyataan sebagai akibat.

3. Pengertian Tindak Pidana Penistanaan Agama

Perkataan “menista” berasal dari kata “nista”. Sebagian pakar mempergunakan kata celaan. perbedaan istilah tersebut disebabkan penggunaan kata-kata dalam menerjemahkan kata *smaad* dari bahasa Belanda. “Nista” berarti hina, rendah, celah, noda. Dalam bahasa Sansekerta istilah agama berasal dari “a” artinya kesini dan “gam” artinya berjalan-jalan. Sehingga dapat berarti peraturan-peraturan tradisional, ajaran, kumpulan bahan-bahan hukum. Pendeknya apa saja yang turun temurun dan

⁴*Ibid*

ditentukan oleh adaptasi kebiasaan. Menurut penulis, penistaan agama adalah suatu perbuatan yang disengaja melalui bentuk lisan maupun tulisan, semata-mata dengan maksud untuk merendahkan, mengolok-olok, menodai, suatu agama ikut dengan ajaran-ajaran dan semua aspek yang diatur didalam agama tersebut.

Agama merupakan suatu sistem yang terdiri atas empat komponen:

1. Emosi keagamaan yang menyebabkan manusia itu bersikap religius;
2. Sistem keyakinan yang mengandung segala keyakinan serta bayangan manusia tentang sifat-sifat Tuhan, wujud alam gaib, serta segala nilai, norma, dan ajaran dari religi yang bersangkutan;
3. Sistem ritus dan upacara yang merupakan usaha manusia untuk mencari hubungan dengan Tuhan, dewa-dewa atau makhluk halus yang mendiami alam gaib;
4. Umat atau kesatuan sosial yang menganut sistem keyakinan tersebut butir b, dan yang melakukan sistem ritus dan upacara tersebut butir c.

Agama adalah suatu peraturan yang mendorong jiwa seseorang yang mempunyai akal, memegang peraturan Tuhan dengan kehendaknya sendiri untuk mencapai kebaikan hidup di dunia dan kebahagiaan kelak di akherat. Pasal 1 Undang-Undang Nomor 1 PNPS/1965 Tentang Pencegahan Penyalahgunaan dan/atau Penodaan Agama bahwa penistaan agama adalah:

Setiap orang dilarang dengan sengaja dimuka umum menceritakan, menganjurkan, mengusahakan dukungan umum, untuk melakukan penafsiran tentang sesuatu agama yang dianut di Indonesia atau melakukan kegiatan-kegiatan keagamaan yang menyerupai kegiatan-kegiatan keagamaan dari agama itu, penafsiran dan kegiatan mana menyimpang dari pokok-pokok ajaran itu.

Secara yuridis penodaan agama merupakan bagian dari delik agama yang memang telah diatur dalam Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP) di Indonesia. Pengaturan tersebut ditujukan untuk menjamin agar negara Indonesia yang multi agama, multi etnik, dan multi ras dapat terhindar dari hal-hal memecah belah, salah satunya konflik-konflik antar umat beragama. Di dalam KUHP sebetulnya tidak

ada bab khusus yang mengatur delik agama. Namun ada beberapa delik yang sebenarnya dapat dikategorikan sebagai delik agama. Istilah delik agama sendiri mengandung beberapa pengertian meliputi: (a) delik menurut agama; (b) delik terhadap agama; (c) delik yang berhubungan dengan agama.

Persoalannya sekarang, dalam praktek peradilan terkait dengan delik penodaan terhadap agama yang sering menjadi kesulitan adalah istilah penodaan terhadap agama sesungguhnya sangat abstrak. Dalam praktiknya pasal tentang penodaan agama menjadi pasal yang sangat lentur yang bisa dipahami secara sepihak. Oleh karena itu dalam pembuktian kasus penodaan agama harus dilakukan dengan hati-hati dan memperhatikan aspek kepastian hukum bagi masyarakat.

Mengenai kejahatan penghinaan yang berhubungan dengan agama ini dapat dibedakan menjadi 4 (empat) macam, yaitu: (1) penghinaan terhadap agama tertentu yang ada di Indonesia (Pasal 156a); (2) penghinaan terhadap petugas agama yang menjalankan tugasnya (Pasal 177 angka 1); (3) penghinaan mengenai benda-benda untuk keperluan ibadah (Pasal 177 angka 2); (4) menimbulkan gaduh di dekat tempat ibadah yang sedang digunakan beribadah (Pasal 503).

Membahas mengenai penistaan agama maka akan ada suatu objek yang dinistakan menyangkut suatu agama tersebut. Sehingga akan menimbulkan konflik, karena dianggap telah menodai segala apa yang diatur didalam suatu kesakralan dan kesucian agama tersebut.

Sehingga dalam kasus penistaan agama ada beberapa bentuk ruang lingkup penistaan agama yang perlu diketahui untuk dipelajari dan diketahui.

Penghinaan terhadap agama tertentu yang ada di Indonesia (KUHP Pasal 156a)

Pada Kitab Undang-Undang Hukum Pidana Indonesia menyebutkan: Dipidana dengan penjara selama-lamanya lima tahun barang siapa dengan sengaja dimuka umum mengeluarkan perasaan atau melakukan perbuatan:

- a. Yang pada pokoknya bersifat permusuhan, penyalahgunaan atau penodaan terhadap suatu agama yang dianut di Indonesia.
- b. Dengan maksud agar supaya orang tidak menganut apa pun juga, yang bersendikan Tuhan Yang Maha Esa.

Penistaan agama melalui ayat 156a KUHP ini, jelas merupakan suatu ujaran kebencian yang secara sengaja ditempat umum, dimana termuat unsur-unsur untuk menimbulkan permusuhan, penyalahgunaan atau penodaan terhadap suatu agama yang ada di Indonesia. Yang mana bertujuan untuk supaya orang tidak menganut agama apa pun, yang bersendikan Ketuhanan yang Maha Esa.

Dalam KUHP (WvS) sebenarnya tidak ada bab khusus mengenai delik agama, meski ada beberapa delik yang sebenarnya dapat dikategorikan sebagai delik agama. Istilah delik agama itu sendiri sebenarnya mengandung beberapa pengertian: 1. delik menurut agama; 2. delik terhadap agama; 3. delik yang berhubungan dengan agama. Omar Seno Adji menyebutkan bahwa delik agama hanya mencakup delik terhadap agama dan delik yang berhubungan dengan agama. Meski demikian, bila dicermati sebenarnya delik menurut agama bukan tidak ada dalam KUHP meski hal itu tidak secara penuh ada dalam KUHP seperti delik pembunuhan, pencurian, penipuan/perbuatan curang, penghinaan, fitnah, delik- delik kesusilaan (zina, perkosaan dan sebagainya).⁵

Sedangkan pasal 156a KUHP yang sering disebut dengan pasal penodaan agama bisa dikategorikan sebagai delik terhadap agama. Sedang delik kategori tersebar dalam beberapa perbuatan seperti merintangi pertemuan/upacara agama dan upacara penguburan jenazah (pasal 175); mengganggu pertemuan/upacara agama dan upacara penguburan jenazah (pasal 176); mentertawakan petugas agama dalam menjalankan tugasnya yang diizinkan dan sebagainya. Pasal 156a sering dijadikan rujukan hakim untuk memutus kasus penodaan agama. Ketentuan Pasal 156a dikutip selengkapnya sebagai berikut: “Dipidana dengan pidana penjara selama-lamanya lima tahun barang siapa dengan sengaja di muka umum mengeluarkan perasaan atau melakukan perbuatan :

- a. Yang pokoknya bersifat permusuhan, penyalahgunaan atau penodaan terhadap suatu agama yang dianut di Indonesia;
- b. Dengan maksud agar supaya orang tidak menganut agama apapun juga, yang bersendikan Ketuhanan Yang Maha Esa.”

⁵ Mudzakkir, *Tindak Pidana Terhadap Agama Dalam Kitab Undang-Undang Pidana (KUHP) Dan Undang-Undang Nomor 1/PNPS/1965 Tentang Pencegahan Penyalahgunaan Dan/Atau Penodaan Agama, Jurnal Tindak Pidana Terhadap Agama Vol. II No. 3, Desember 2011, Hal.6*

Pasal ini bisa dikategorikan sebagai tindak pidana terhadap penistaan agama. Asumsinya, yang ingin dilindungi oleh pasal ini adalah agama itu sendiri. Agama, menurut pasal ini, perlu dilindungi dari kemungkinan-kemungkinan perbuatan orang yang bisa merendahkan dan menistakan simbol-simbol agama seperti Tuhan, Nabi, Kitab Suci dan sebagainya. Meski demikian, karena agama “tidak bisa bicara” maka sebenarnya pasal ini juga ditujukan untuk melindungi penganut agama. Dalam Bab V KUHP tentang Kejahatan terhadap Ketertiban Umum tidak ada tindak pidana yang secara spesifik mengatur tindak pidana terhadap agama. Pasal 156a merupakan tambahan untuk mengatur mengenai tindak pidana terhadap agama.

4. Unsur-unsur Tindak Pidana Penistaan Agama.

Dalam penistaan agama, terdapat unsur-unsur yang mengandung tindak pidana penistaan agama. Unsur tersebut tersebut terdapat didalam Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP) pasal 156a adalah sebagai berikut :

1. Dengan Sengaja

Yang dimaksudkan sengaja dalam pasal ini adalah orang yang melakukan perbuatan tersebut menghendaki perbuatan itu dan mengetahui atau menyadari tentang yang dilakukannya.

2. Di muka umum

Diartikan perbuatan tersebut dilakukan di depan umum yang mana dalam kasus nya memicu kelompok atau sebagian masyarakat luas mengetahui dengan seksama.

3. Mengeluarkan perasaan atau melakukan perbuatan yang bersifat permusuhan, penyalahgunaan, penodaan atau penistaan agama.⁶

Bahwa jika semua unsur terpenuhi maka dalam tahap penyidikan hal pertama dilakukan setelah menerima laporan adalah pertama menerima laporan tersebut kemudian mengkaji lebih dalam apakah tindak penistaan terhadap agama tersebut memenuhi unsur-unsur diatas dan dalam pasal atau undang-undang yang terkait dengan tindak pidana Ujaran kebencian.

⁶ P.A.F Lamintang,*Dasar-dasar Hukum Pidana Indonesia*, Bandung: citra Aditya Bakti, 2011, Hal. 193.

Kemudian apabila setelah dikaji perbuatan tersebut ternyata telah memenuhi unsur-unsur tindak pidana penistaan terhadap agama maka langkah selanjutnya yang dilakukan oleh tim penyidik yaitu mengkroscek atau mengintrogasi pihak-pihak yang terkait dalam kasus ini, yaitu dengan cara meminta keterangan terhadap masyarakat apa yang sebenarnya terjadi, kemudian memanggil para saksi dan saksi ahli untuk diminta keterangan terkait kasus Penistaan Agama dan terakhir melakukan pemeriksaan terhadap tersangka, apabila berkas sudah lengkap, maka pihak penyidik melimpahkan berkas perkara tersebut ke Kejaksaan untuk di tindak lanjuti. Unsur atau elemen perbuatan suatu pidana itu terdiri dari:

- a. Kelakuan dan akibat (perbuatan).
- b. Hak ikhwal atau keadaan yang menyertai perbuatan.
- c. Keadaan tambahan yang memberatkan pidana
- d. Unsur melawan hukum yang objektif.

Unsur melawan hukum yang menunjuk pada keadaan lahir atau objektif yang menyerupai perbuatan.

- e. unsur melawan hukum yang subjektif

B. Pengaturan Hukum Positif Yang Mengatur Tentang Penistaan Agama

1. Pengertian Hukum Positif Indonesia

Hukum adalah suatu peraturan yang dibuat berdasarkan suatu kebiasaan yang dianut didalam suatu kehidupan masyarakat Indonesia untuk dijadikan sebagi suatu pedoman hidup dan norma guna menertibkan kehidupan bermasyarakat. oleh pemerintah dan dikeluarkan oleh negara yang bersifat sah, dan berlaku secara menyeluruh bagi rakyat Indonesia yang berisikan larangan, hak, dan kewajiban manusia dimana bagi barang siapa yang melanggar akan dikenakan sanksi yang tegas.

Hukum positif Indonesia artinya adalah hukum yang saat ini berlaku di Indonesia. Hukum positif disini mencakup aturan perundangan yang berlaku umum (*regelling*) atau keputusan yang berlaku khusus (*beschikking*), yang pelaksanaannya dikawal oleh aparaturnegara dan dunia peradilan, dalam bahasa latin hukum positif disebut *ius constitutum*. Sebagai hukum yang berlaku disuatu negara, yang

pelaksanannya dikawal oleh aparaturnegara dan dunia peradilan, maka tidak sembarang lembaga dapat menghasilkan hukum positif.

Singkatnya, hukum positif hanya dapat dihasilkan oleh organ negara yang memang diberikan kewenangan untuk itu. Tentang pembentukan peraturan perundangan, hukum positif yang sekarang berlaku adalah Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2011 Pasal 7. UU tersebut mengatur jenis dan hierarki peraturan perundangan adalah: UUD 1945, Ketetapan MPR, Undang-Undang/Perpu, Peraturan Pemerintah, Perpres, Perda Provinsi atau Kabupaten/Kota.

Penekanan pada saat ini sedang berlaku, karena secara keilmuan *rechtwefenschap*, pengertian hukum positif diperluas. Bukan saja yang sedang berlaku sekarang, melainkan termasuk juga hukum yang pernah berlaku dimasa lalu. Perluasan ini timbul karena dalam definisi keilmuan mengenai hukum positif dimasukkan unsur berlaku pada waktu tertentu dan tempat tertentu. Hukum yang pernah berlaku, adalah juga hukum yang berlaku pada waktu tertentu dan tempat tertentu, sehingga termasuk pengertian hukum positif, walaupun dimasa lalu. Memasukkan hukum yang pernah berlaku sebagai hukum positif dapat pula dikaitkan dengan pengertian keilmuan yang membedakan antara *ius constitutum* dan *ius constituendum*. *Ius constituendum* lazim didefinisikan sebagai hukum yang diinginkan atau yang dicita-citakan, yaitu hukum yang telah didapati dalam rumusan-rumusan hukum tetapi belum berlaku *Ius constitution*.⁷

Dipihak lain ada *ius constitution* yaitu hukum yang berlaku atau disebut hukum positif. Hukum yang pernah berlaku adalah *ius constitution* walaupun tidak berlaku lagi, karena tidak mungkin dimasukkan sebagai *ius constituendum*. Dalam kajian ini, hukum positif diartikan sebagai aturan hukum yang sedang berlaku atau sedang berjalan, tidak termasuk aturan hukum di masa lalu .Selain unsur "pada saat ini sedang berlaku,"didapati pula unsur-unsur lain dari hukum positif, yaitu:

- a. Hukum Positif mengikat secara umum atau khusus.Mengikat secara umum adalah aturan hukurn yang berlaku umum yaitu peraturan perundang-undangan (UUD, UU, PP, Peraturan Daerah),

⁷ Kadri Husin dan Budi Rizki Husin, *Sistem Peradilan Pidana di Indonesia*, Jakarta: Sinar Grafika, 2016, Hal. 134.

hukum adat, hukum yurisprudensi, dan hukum agama yang dijadikan atau diakui sebagai hukum positif. Khusus bagi yang beragama Islam ditambah dengan hukum waris, wakaf, dan beberapa bidang hukum lainnya (UU No. 7 Tahun 1989). Mengikat secara khusus, adalah hukum yang mengikat subyek tertentu atau obyek tertentu saja yaitu yang secara keilmuan (Ilmu Hukum Administrasi Negara) dinamakan *beschikking*. Termasuk juga Keputusan Presiden (sebagai Kepala Negara) yang menetapkan pengangkatan atau pemberhentian pejabat-pejabat alat kelengkapan negara (DPA, BPK, MA), Selanjutnya, hukum khusus termasuk juga Ketetapan MPR mengangkat Presiden dan Wakil Presiden.

Berbagai keputusan konkrit ini dimasukkan juga sebagai hukum positif karena mengikat. Secara langsung mengikat yang bersangkutan. Secara tidak langsung mengikat pula pihak lain. Bagi pihak lain, berbagai keputusan konkrit yang secara tidak langsung mengikat menjadi semacam *spiegelrecht*. Pengangkatan seseorang menjadi Bupati, memberikan hak dan wewenang kepada yang bersangkutan untuk membuat berbagai keputusan yang mengikat, hak atas gaji, dan lain sebagainya. Keputusan konkrit ini dijalankan atau ditegakkan oleh pemerintah atau pengadilan. Dapat pula dimasukkan kedalam hukum positif yang khusus adalah hukum yang lahir dari suatu perjanjian. Dalam Kitab Undang-Undang Hukum Perdata (BW) didapati asas bahwa suatu perjanjian yang dibuat sesuai dengan undang-undang, merupakan undang-undang bagi pihak-pihak yang membuat perjanjian tersebut (Pasal 1338) Karena mempunyai kekuatan sebagai undang-undang walaupun hanya untuk pihak-pihak apabila ada perselisihan atau sengketa, ketentuan-ketentuan dalam perjanjian tersebut dapat ditegakkan melalui pengadilan atau cara-cara lain yang mempunyai kekuatan mengikat seperti putusan di luar pengadilan (arbitrase, mediasi, dan lain-lain). Perjanjian, merupakan hukum positif" bagi pihak-pihak yang bersangkutan.

- b. Hukum positif ditegakkan oleh atau melalui pemerintah atau pengadilan. Manusia hidup dan diatur, serta tunduk pada berbagai aturan. Selain aturan umum atau khusus yang telah disebutkan diatas, manusia juga diatur dan tunduk pada aturan adat-istiadat (hukum kebiasaan), hukum agama (sepanjang belum menjadi hukum positif), hukum moral. Hukum kebiasaan, hukum

agama, hukum moral mempunyai daya ikat yang kuat bagi seseorang atau suatu kelompok tertentu. Jadi merupakan hukum bagi mereka, tetapi tidak merupakan (bukan) hukum positif. Ketaatan terhadap hukum kebiasaan, hukum agama, atau hukum moral tergantung pada sikap orang perorangan dan sikap kelompok masyarakat yang bersangkutan. Negara, dalam hal ini pemerintah dan pengadilan tidak mempunyai kewajiban hukum untuk mempertahankan atau menegakkan hukum tersebut. Tetapi tidak berarti hukum kebiasaan, hukum agama, atau hukum moral tidak berpeluang mempunyai kekuatan sebagai hukum positif. Pertama; seperti sepintas telah disebutkan, sebagian hukum agama telah menjadi hukum positif melalui peraturan perundang-undangan. Hal yang sama dapat terjadi pada hukum kebiasaan, dan hukum moral. Kedua; melalui pengadilan. Dalam penerapan hukum, didapat asas bahwa penerapan aturan hukum (positif), tidak boleh bertentangan dengan atau wajib memperhatikan kepatutan *rechtsvaardigheid*, keadilan *billijkheid* ketertiban umum *openbare orde*, atau kepentingan umum *algemeen belang*. Apabila penerapan suatu aturan hukum akan bertentangan dengan kepatutan (umum atau individual), hakim wajib mempertimbangkan hal-hal seperti hukum atau kebiasaan yang hidup dalam masyarakat sebagai dasar kepatutan dan keadilan. Dengan cara ini, terjadilah transformasi hukum kebiasaan, hukum agama, menjadi hukum positif dalam bentuk hukum yurisprudensi. Hukum positif ditegakkan atau dipertahankan oleh atau melalui pemerintah atau pengadilan. Ciri ini menimbulkan paham bahwa hukum positif adalah aturan hukum yang mempunyai sifat memaksa. Hukum (positif) menurut ciri Kelsen adalah *a coercive order* atau suatu "tatanan yang memaksa." Paksaan merupakan salah satu bentuk sanksi yaitu perampasan atau perenggutan secara paksa diluar kemauan yang terkena terhadap segala sesuatu yang dimiliki seperti nyawa, kebebasan atau harta benda. Meskipun sanksi diakui Kelsen sebagai unsur aturan hukum (positif), tetapi tidak dianggapnya sebagai ciri atau karakteristik hukum (positif). Menurut Kelsen semua tatanan sosial mempunyai sanksi, dan sanksi tidak hanya berupa hukuman (*punishment*), tetapi dapat juga berupa ganjaran (*reward*).

Pandangan Kelsen mengenai kedudukan sanksi sebagai karakteristik hukum (positif) agak

berbeda dengan Bentham, yang menganggap sanksi sebagai motivasi mendorong agar hukum ditaati. Walaupun demikian, Bentham mengakui tatanan sosial lainnya juga mempunyai sanksi. Sanksi-sanksi ini dapat pula mendorong ketaatan pada aturan hukum (positif). Sama dengan Kelsen, Bentham juga membedakan antara *coercive sanction* dan *alluring sanction* (atau yang disebut Kelsen sebagai *reward*).

Berbeda dengan John Austin yang mengartikan sanksi semata-mata sebagai suatu bentuk membebani penderitaan (*punishment bukan reward*).

Memberikan "sanksi" sebagai karakteristik aturan hukum (positif), tidak sesuai dengankenyataan: Pertama; seperti diakui Bentham dan Kelsen, tatanan sosial selain aturan hukum (positif) juga mengandung sanksi. Perbedaannya hanya pada pengenaan sanksi dan cara penindakannya. Pada tatanan sosial di luar aturan hukum (positif), sanksi tidak berupa perampasan secara langsung atas nyawa, kebebasan, atau harta benda, melainkan dalam bentuk sanksi sosial (misalnya, diasingkan dari pergaulan) atau sanksi moral seperti dicap sebagai orang tidak baik. Dalam hal hukum agama, sanksi itu berupa keyakinan yang dapat dikenakan di dunia (seperti musibah) atau diakhirat kelak (ditempatkan dalam api neraka). Kedua; banyak sekali aturan hukum (positif) yang tidak mencantumkan suatu sanksi atau sifat memaksa tertentu atau suatu akibat hukum tertentu. Misalnya kaidah-kaidah hukum tata negara. Tidak ada kaidah hukum tata negara yang memuat sanksi. Memperhatikan kenyataan dan sifat aturan hukum tersebut, ilmu hukum membedakan antara hukum yang memuat aturan hukum memaksa (*dwirigeridrecht*), dan yang semata-mata memuat aturan yang mengatur (*regelendrecht*). *Dwingenrecht*, disebut juga *imperatiefrecht*, atau *normatiefrecht*, adalah aturan hukum yang tidak dapat dikesampingkan oleh pihak-pihak, baik melalui suatu perbuatan tertentu merumuskan *dwifigendrecht* atau melalui suatu perjanjian. Menurut Take adalah ketentuan yang tidak dapat dikesampingkan oleh pihak-pihak yang melakukan suatu hubungan hukum. Aturan hukum yang tidak dapat dikesampingkan pada umumnya adalah aturan hukum yang bersifat perlindungan terhadap ketidaktahuan, atau kelalaian, atau menghadapi *overmacht* dari pihak lain, dan ketentuan

yang berkaitan dengan ketertiban umum (*openbare orde*) dan atau kesusilaan (*goede zeden*). Suatu hubungan hukum atau perbuatan hukum yang bertentangan dengan ketertiban umum dan atau kesusilaan diancam batal demi hukum. Aturan hukum (positif) di bidang ketenagakerjaan (*arbeidsrecht*) dan sewa-menyewa (*huursrecht*) dalam KUHPerdara (BW) banyak memuat ketentuan yang mempunyai sifat memaksa (tidak dapat dikesampingkan). *Regelendrecht*; disebut juga *anvullenrecht*, atau *dispositiefrecht*, adalah aturan hukum yang dapat dikesampingkan pihak-pihak yang melakukan hubungan hukum, atau suatu perjanjian. Dengan perkataan lain, terhadap aturan hukum yang termasuk *regelendrecht*, pihak-pihak bebas mengatur dengan cara lain atau berbeda, baik dalam bentuk menyimpangi atau berupa tambahan dari aturan hukum yang ada. Dalam hal dan makna inilah yang dimaksud dengan asas kebebasan termasuk *dwingendrecht* berkontrak, sepanjang tidak menyimpangi asas dan aturan hukum yang. Menurut Take (baik dalam praktek maupun secara keilmuan) perbedaan antara *dwingendrecht* dengan *regelendrecht*: terutama didapati dalam lapangan hukum keperdataan. Hal ini bertalian dengan sifat terbuka aturan hukum keperdataan (open system). Aturan hukum publik hampir selalu merupakan *dwingendrecht*, karena penegakannya secara eksklusif ada pada negara. Selain itu, sifat *dwingend* atau memaksa dalam hukum publik sangat berbeda dengan hukum keperdataan. Untuk menghindarkan salah pengertian, *dwingendrecht* meskipun mengandung pengertian memaksa, tidak terkait dengan pemberian sanksi dalam bentuk membebaskan suatu penderitaan seperti antara lain diutarakan John Austin. Kalau sifat memaksa dikaitkan dengan sanksi yang membebaskan suatu penderitaan, tidak semua aturan hukum publik memuat sanksi semacam itu. Aturan hukum ketatanegaraan adalah aturan hukum publik yang tidak memuat sanksi yang akan mengenakan suatu penderitaan terhadap pelanggarnya. Walaupun demikian, aturan hukum ketatanegaraan merupakan *dwingendrecht*, karena tidak dapat dikesampingkan dalam setiap hubungan atau peristiwa hukum.

c. Hukum positif berlaku dan ditegakkan di Indonesia.

Unsur ini dimaksudkan untuk menunjukkan bahwa, hukum positif adalah suatu aturan hukum yang bersifat nasional, bahkan mungkin lokal. Selain hukum positif Indonesia, akan didapati hukum positif Malaysia, Singapura, Filipina, Thailand, dan lain-lain negara atau suatu masyarakat hukum tertentu. Apakah mungkin ada hukum positif yang bersifat supra nasional, misalnya dalam lingkungan ASEAN, UNI ERPAH, dan lain-lain. Sangat mungkin, asal dipenuhi syarat ada badan pada tingkat supra nasional yang bersangkutan yang menegakkan aturan hukum tersebut apabila ada pelanggaran.⁸

2. Perumusan sanksi pidana di dalam hukum positif Indonesia

Ditinjau dari lingkungan teritorial sebagai tempat berlaku, di Indonesia ada dua macam hukum positif yaitu hukum positif yang berlaku di seluruh wilayah Negara Indonesia (nasional) dan ada yang berlaku untuk daerah atau lingkungan masyarakat hukum tertentu atau dapat disebut sebagai hukum positif lokal.⁹

Hukum positif lokal dapat dibedakan antara hukum positif yang lahir atau dibuat dan berlaku dalam lingkungan pemerintahan otonomi berupa Peraturan Daerah, atau keputusan-keputusan lainnya. Hukum positif lokal ini termasuk juga peraturan hukum yang dibuat pada tingkat nasional tetapi hanya berlaku untuk daerah atau wilayah tertentu. Undang-undang tentang pembentukan daerah otonom seperti Nanggroe Aceh Darussalam (UU No. 18 Tahun 2001) adalah aturan hukum yang dibuat oleh Pusat, tetapi hanya berlaku untuk daerah atau wilayah Aceh.

Selain itu, hukum positif lokal dapat berupa hukum adat yang berlaku untuk lingkungan masyarakat hukum teritorial atau geneologis tertentu. Van Vollenhoven membagi Indonesia dalam 19 lingkungan hukum adat (*rechtskringen*) yang berbeda-beda satu sama lain dengan berbagai corak hukum terutama dalam hukum kekeluargaan dan waris yang berbeda-beda pula¹⁰.

⁸*Ibid.* Hal. 135-139

⁹Ojak Nainggolan dan Nelson Siagian, *hukum Tindak Pidana Umum*, Fakultas Hukum Universitas HKBP Nommensen, Medan, 2009, Hal. 31

¹⁰*Ibid.* Hal. 32

Meskipun hukum positif bersifat nasional dan pada dasarnya hanya berlaku dalam wilayah negara Indonesia (daerah tertentu), tetapi dalam keadaan tertentu dapat berlaku diluar wilayah negara Indonesia. Dalam KUH Pidana (WvS) dijumpai perluasan berlaku hukum pidana diluar teritorial negara Indonesia.

Ketentuan hukum pidana Indonesia berlaku terhadap perbuatan pidana di atas kapal Indonesia yang sedang berada diluar wilayah negara Indonesia (KUH Pidana, Pasa13). Menurut Wirjono Prodjodikoro, ketentuan Pasal 3 KUH Pidana hanya menyangkut perluasan tempat berlaku, bukan menunjukkan bahwa kapal Indonesia adalah bagian dari wilayah Indonesia. Indonesia tidak menganut *ship is terrifoir*, karena perbuatan pidana di atas kapal Indonesia yang sedang berada di luar wilayah negara Indonesia dapat juga diadili oleh negara yang bersangkutan (sesuai ketentuan yang berlaku di negara yang bersangkutan).

Dalam hal pelaku pidana diadili oleh negara asing, maka tidak dapat lagi diadili di Indonesia berdasarkan asas *ne bis in idem* (KUH Pidana Pasal 76).

Berdasarkan prinsip nasionalitas, ketentuan tertentu hukum pidana Indonesia (seperti Pasal 160, Pasal 161, Pasal 249), berlaku terhadap warga negara Indonesia yang melakukan perbuatan pidana diluar negeri (KUH Pidana, Pasa15). Hal serupa berlaku juga dalam hukum keperdataan seperti diatur dalam Pasal 16 AB yang antara lain menyebutkan: "Ketentuan-ketentuan dalam undang-undang mengenai status dan wewenang seseorang tetap berlaku ketika yang bersangkutan berada diluar Indonesia."

Kaidah hukum keperdataan dapat juga berlaku diluar wilayah Indonesia berdasarkan suatu perjanjian. Hukum positif Indonesia juga berlaku dimana Indonesia mempunyai hak-hak berdaulat (*sovereign rights*) atas wilayah yang tidak lagi masuk wilayah teritorial negara Indonesia seperti pada Zona Ekonomi Eksklusif (ZEE).¹¹

Jenis atau Macam Hukum Positif hukum positif dapat dikelompokkan kedalam hukum positif tertulis dan hukum positif tidak tertulis.

1. Hukum Positif Tertulis,

¹¹Kadri Husin dan Budi Rizki Husin, Op.cit., Hal. 136

Dapat dibedakan antara hukum positif tertulis yang berlaku umum dan hukum positif tertulis yang berlaku khusus.

Hukum positif tertulis yang berlaku umum, terdiri dari:

(a). Peraturan perundang-undangan;

Yaitu hukum positif tertulis yang dibuat, ditetapkan, atau dibentuk pejabat atau lingkungan jabatan yang berwenang menurut atau berdasarkan ketentuan peraturan perundang-undangan tertentu dalam bentuk tertulis yang berisi aturan tingkah laku yang berlaku atau mengikat (secara) umum. Termasuk dalam kategori peraturan perundang-undangan adalah aturan hukum sebagaimana disebutkan dalam Tap. No. III/MPR/2000." Ditinjau dari wewenang pembentukannya, peraturan perundang-undangan dapat dibedakan antar yang bersifat kenegaraan dan yang bersifat administrasi negara. Selanjutnya ditinjau dari daya ikatnya ada yang bersifat ketatanegaraan (*staatsrechtelijk*) dan ada yang bersifat administrasi negara (*admfnistratiefrechtelijk*). Ditinjau dari lingkungan tempat berlaku, dapat dibedakan antara peraturan perundangundangan tingkat nasional dan daerah.¹²

(b). Peraturan kebijakan (*beleidsregels, pseudowetgeving, policy rides*),

Yaitu peraturan yang dibuat baik kewenangan atau materi muatannya tidak berdasar pada peraturan perundang-undangan, delegasi, atau mandat, melainkan berdasarkan wewenang yang timbul dari *Freis Ermessen* yang dilekatkan pada administrasi negara untuk mewujudkan suatu tujuan tertentu yang dibenarkan oleh hukum. Aturan kebijakan hanya didapati dalam lapangan administrasi negara, karena itu keentuan aturan kebijakan hanya dalam lapangan hukum administrasi negara. Termasuk kedalam kategori ini adalah surat edaran, juklak, juknis. Pada saat ini didapati juga semacam aturan kebijakan yang dikeluarkan oleh badan yang bukan administrasi negara seperti Surat Edaran Mahkamah Agung. Meskipun dari segi bentuk, menyerupai salah satu aturan kebijakan, Surat Edaran Mahkamah Agung tidak perlu dikategorikan sebagai aturan kebijakan. Pertama; Mahkamah Agung bukan administrasi negara. Kedua; wewenang Mahkamah Agung membuat surat edaran tidak didasarkan pada

¹² Frans Maramis, *Hukum Pidana Umum dan Tertulis di Indonesia*, Jakarta: Rajawali Pers, 2013, Hal. 57

kebebasan bertindak, tetapi atas petunjuk undang-undang. Ketiga; Surat Edaran Mahkamah Agung berada dalam cakupan yang terbatas yaitu sebagai pedoman yang berisi petunjuk bagi badan peradilan tingkat rendah yang mandiri dalam menjalankan fungsi peradilan.

Perlu ditiadakan kesan, seolah-olah peraturan kebijakan atas dasar *Freis Ermessen*, atau *beleidsvrijheid*, adalah peraturan yang semata-mata berkaitan dengan *doelmatigheid* sehingga tidak terkait dengan unsur *rechtmatigheid*, bahkan dapat menyimpangi *rechtmatigheid*. Kesan semacam ini tidak benar (keliru). Unsur *doelmatigheid* sebagai alas *Freis Ermessen* haruslah suatu tujuan atau manfaat yang dibenarkan hukum.

Kebebasan bertindak adalah kebebasan dalam lingkup wewenang yang telah ditentukan berdasarkan hukum. Setiap tindakan administrasi negara diluar wewenang Yang telah ditetapkan berdasarkan hukum termasuk tindakan berdasarkan *Freis Ermessen*, adalah tindakan melampaui wewenang (*detournement de pouvoir*), bahkan dapat melawan hukum (*ortrechtmatigouer-heidsdaad*), atau penyalahgunaan wewenang (*misbruik van recht*).¹³

2. Hukum Positif Tidak Tertulis,

Yang dapat dibedakan atau terdiri dari Hukum Adat, Hukum Keagamaan, Hukum Yurisprudensi, Hukum Tidak Tertulis lainnya.

Hukum Adat, yaitu hukum asli bangsa Indonesia yang hidup dan berlaku secara turun temurun atau diakui atau dinyatakan sebagai hukum yang berlaku berdasarkan peraturan perundang-undangan dan atau putusan hakim. Hukum adat mungkin didapati atau diketahui dalam atau melalui tulisan (dituliskan). Walaupun demikian, hukum adat adalah hukum tidak tertulis, karena tidak pernah dengan sengaja dibentuk secara tertulis oleh pejabat yang berwenang melalui tata cara tertentu.

Hukum adat menjadi hukum positif atas dasar kenyataan sebagai hukum yang hidup dan ditaati, pengakuan, dibiarkan berlaku, atau ditetapkan oleh pengadilan. Lingkup hukum adat sebagai hukum positif makin terbatas akibat kehadiran hukum positif tertulis atau karena yurisprudensi

¹³*Ibid.* Hal. 58

Hal ini kemudian lebih dipertegas berdasarkan perubahan Pasal 18 UUD 1945 yang antara lain menyebut: "Negara mengakui dan menghormati kesatuan-kesatuan masyarakat hukum adat beserta hak-hak tradisionalnya sepanjang masih hidup dan sesuai dengan perkembangan masyarakat dan prinsip negara kesatuan Republik Indonesia yang diatur dalam undang-undang (UUD 1945, Pasal 18 B).

Namun tidak berarti kajian keilmuan hukum adat menjadi kurang penting. Tetap penting. Tetapi harus bergeser dan ditempatkan dalam kajian sejarah hukum (*rechthistorie*) dan atau teori hukum (*rechthistorie*) atau filsafat hukum.

3. Penistaan Agama Menurut Sudut Pandang Hukum Positif di Indonesia

Indonesia merupakan negara hukum sesuai dengan konstitusi tertulis Negara Kesatuan Republik Indonesia. Hal ini memberi penegasan bahwa setiap perbuatan di negara ini harus berdasarkan hukum, dan setiap kehidupan sosial bermasyarakat baik dalam garis vertikal maupun horizontal didasari oleh hukum yang berlaku.¹⁴

Menurut Hans Kelsen dalam bukunya berjudul *Legal Theory*, hukum adalah tata aturan sebagai suatu sistem aturan-aturan tentang perilaku manusia. Dengan kata lain, hukum adalah seperangkat aturan yang mengatur mengenai kehidupan sosial bermasyarakat yang berbicara mengenai hak dan kewajiban dan perintah maupun larangan bagi setiap masyarakat.

Masyarakat Indonesia adalah masyarakat yang mejemuk, yang terdiri dari beragam suku agama, ras, adat, dan budaya. Sehingga diperlukan suatu hukum yang ketat untuk menertibkan keadaan yang berbeda tersebut agar tidak menciptakan perasaan berbeda sebangsa dan setanah air. Namun dalam

¹⁴ [http:// Suduthukum. Logdown.com/post/779469-penistaan-agama-menurut-hukum-positif-di-indonesia](http://Suduthukum.Logdown.com/post/779469-penistaan-agama-menurut-hukum-positif-di-indonesia), diakses 1 Juni 2017

perbedaan tersebut hal yang sangat sensitif dibicarakan adalah mengenai agama, seolah-olah perbedaan beragama adalah suatu hal yang tabu untuk dibahas atau dibicarakan.¹⁵

Menurut sudut pandang hukum positif yang ada di Indonesia mengenai penistaan agama telah diatur sedemikian rupa agar tidak menimbulkan perpecahan diantara masyarakat. Pancasila yang merupakan Ideologi bangsa Indonesia mencantumkan pada sila kesatu yaitu “Ketuhanan Yang Maha Esa.” Merupakan sebuah sila yang menegaskan bahwa negara Indonesia adalah negara yang rakyatnya berlandaskan pada asa Ketuhanan.

Kebebasan beragama di Indonesia telah diatur juga di dalam konstitusi negara Indonesia yaitu Undang-Undang Dasar (UUD) Negara Republik Indonesia Tahun 1945 Pasal 28E Ayat (1) dan (2) disebutkan:

- (1) Setiap orang bebas memeluk agama dan beribadat menurut agamanya, memilih pendidikan dan pengajaran, memilih pekerjaan, memilih kewarganegaraan, memilih tempat tinggal diwilayah negara dan meninggalkannya, serta berhak kembali.
- (2) Setiap orang berhak atas kebebasan meyakini kepercayaan, menyatakan pikiran dan sikap, sesuai dengan hati nuraninya.

Demikian UUD 1945 Pasal 29 Ayat (1) dan (2) berbunyi :

- (1) Negara berdasar atas Ketuhanan yang Maha Esa.
- (2) Negara menjamin kemerdekaan tiap-tiap penduduk untuk memeluk agamanya masing-masing dan untuk beribadat menurut agamanya dan kepercayaannya itu.

Didalam pengaturan mengenai pelanggaran penistaan agama di Indonesia diatur mengenai sanksi terhadap pelanggaran tersebut dimana termuat didalam Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP), didalam pasal 156 disebutkan:

¹⁵P.A.F. Lamintang & Theo Lamintang, *Kejahatan Melanggar Norma Kesusilaan & Norma Kepatutan*, Jakarta: Sinar Grafika, 2009, Hal. 285

“Barang siapa dimuka umum menyatakan perasaan permusuhan, kebencian atau penghinaan terhadap suatu atau beberapa golongan rakyat Indonesia, diancam dengan pidana penjara paling lama empat tahun atau pidana denda paling banyak empat ribu lima ratus rupiah”.

Demikian juga didalam Pasal 156a Kitab Undang-undang Hukum Pidana (KUHP) menyebutkan :

Dipidana dengan pidana penjara selama-lamanya lima tahun barang siapa dengan sengaja dimuka umum mengeluarkan perasaan atau melakukan perbuatan :

- a. Yang pada pokoknya bersifat permusuhan, penyalahgunaan, atau penodaan terhadap suatu agama yang dianut di Indonesia.
- b. Dengan maksud agar supaya orang tidak menganut agama apapun juga, yang bersendikan Ketuhanan Yang Maha Esa.

Undang-Undang positif Indonesia lain yang mengatur mengenai sanksi terhadap pelaku penistaan agama yaitu UU No.19 Tahun 2016 tentang perubahan atas Undang-undang No. 11 Tahun 2008 Tentang Informasi dan Transaksi Elektronik (ITE). Yang diatur didalam pasal 45A Ayat (2) yang berbunyi:

(2). Setiap orang yang dengan sengaja dan tanpa hak menyebarkan informasi yang ditujukan untuk menimbulkan rasa kebencian atau permusuhan individu dan/atau kelompok masyarakat tertentu berdasarkan atas suku, agama, ras, dan antar golongan (SARA) sebagaimana dimaksud dalam pasal 28 ayat (2) dipidana penjara paling lama 6 (enam) tahun dan/atau denda paling banyak Rp.1.000.000.000,00 (satu miliar rupiah).¹⁶

Sedangkan dalam Pasal 1 Undang-Undang Nomor 1PNPS/1965 tentang pencegahan Penyalahgunaan atau Penodaan Agama bahwa penistaan agama adalah

¹⁶ Adami Chazawi dan Ardi Ferdian, *Tindak Pidana Informasi & Transaksi Elektronik*, Malang : Media Nusa Creative, 2015, Hal. 55

“Setiap orang dilarang dengan sengaja dimuka umum menceritakan, menganjurkan, mengusahakan dukungan umum untuk melakukan penafsiran tentang sesuatu agama yang dianut di Indonesia atau melakukan kegiatan-kegiatan keagamaan yang menyerupai kegiatan-kegiatan keagamaan dari agama itu, penafsir dari kegiatan mana yang menyimpang dari pokok-pokok ajaran agama itu.”

Rakyat Indonesia begitu kuat untuk membela kepercayaan agama masing-masing, sehingga jika ada dugaan kasus penistaan agama yang terjadi maka beritanya langsung viral, dan para penganut agama yang sama yang merasa agamanya dinistakan tersebut akan saling mendukung dan langsung membawanya kedalam upaya hukum untuk mendapat keadilan.

Para pelaku penista agama pada umumnya akan diperiksa dan diadili kasusnya didalam suatu pengadilan umum, sehingga dalam penjatuhan sanksi terdapat didalam Pasal 10 KUHP huruf (a) dan (b) yang mengatur mengenai sanksi Pidana:

(a) Pidana pokok :

6. Pidana mati;
7. Pidana penjara;
8. Pidana kurungan;
9. Pidana denda;
10. Pidana tutupan

(b) Pidana tambahan:

4. Pencabutan hak-hak tertentu;
5. Perampasan barang-barang tertentu;
6. Pengumuman putusan hakim.

Penjatuhan sanksi tersebut berguna untuk keadilan dan kesejahteraan rakyat Indonesia untuk menuju suatu negara yang toleran terhadap keberagaman agama, adat, suku, Ras, dan budaya. Sehingga penerapan hukum positif di Indonesia mengenai penistan agama akan dapat ditanggulangi ataupun dicegah.

C. Tinjauan Umum Tentang Sanksi Pidana

1. Pengertian Sanksi Pidana

Sanksi Pidana adalah suatu hukuman sebab akibat, sebab adalah kasusnya dan akibat adalah hukumannya, orang yang terkena akibat akan memperoleh sanksi baik masuk penjara ataupun terkena hukuman lain dari pihak berwajib. Sanksi Pidana merupakan suatu jenis sanksi yang bersifat nestapa yang

diancamkan atau dikenakan terhadap perbuatan atau pelaku perbuatan pidana atau tindak pidana yang dapat mengganggu atau membahayakan kepentingan hukum.¹⁷

Sanksi pidana pada dasarnya merupakan suatu penjamin untuk merehabilitasi perilaku dari pelaku kejahatan tersebut, namun tidak jarang bahwa sanksi pidana diciptakan sebagai suatu ancaman dari kebebasan manusia itu sendiri. dalam Pasal 10 Kitab Undang-Undang Pidana adalah penderitaan atau nestapa yang sengaja dibebankan kepada orang yang melakukan perbuatan yang memenuhi unsur syarat-syarat tertentu, sedangkan Roslan Saleh menegaskan bahwa pidana adalah reaksi atas delik, dan ini berwujud suatu nestapa yang dengan sengaja dilimpahkan Negara kepada pembuat delik.¹⁸

Tujuan pemidanaan adalah mencegah dilakukannya kejahatan pada masa yang akan datang, tujuan diadakannya pemidanaan diperlukan untuk mengetahui sifat dasar hukum dari pidana. bahwa Dalam konteks dikatakan *Hugo De Groot* “*malum pasisionispropter malum actionis*” yaitu penderitaan jahat menimpa dikarenakan oleh perbuatan jahat.

Pengertian mengenai sanksi pidana tidak mengalami perkembangan sesuai dengan kemajuan zaman dan perkembangan di masyarakat, karena sanksi pidana dianggap tetaplah merupakan suatu Nestapa/derita yang akan dijalani bagi barang siapa yang melanggar hukum sehingga tidak dipengaruhi oleh perkembangan zaman maupun masyarakat.¹⁹

Keberadaan sanksi pidana guna memberikan perlindungan dan pelayanan masyarakat yang meliputi seluruh wilayah hukum Republik Indonesia, merupakan manifestasi dari mandat dan amanat yang diberikan oleh masyarakat dan/atau negara. Penerapan mengenai sanksi disini termasuk keselamatan jiwa, harta benda setiap orang, dan lingkungan hidup dan masyarakat banyak. Pelaksanaan dan penjatuhan sanksi tetap berada dalam bingkai norma dan ketentuan hukum yang berlaku.

Kitab Undang-undang Hukum Pidana (KUHP) Pasal 2 menyebutkan: “Ketentuan pidana dalam perundang-undangan Indonesia diterapkan bagi setiap orang yang melakukan suatu tindak pidana di Indonesia”. Selanjutnya dalam Pasal 12 menyebutkan bahwa;

¹⁷Teguh Prasetyo, *Hukum Pidana* Jakarta: Rajawali Pers, 2013, Cetakan ke-4, Hal. 49

¹⁸*Ibid* Hal. 50

¹⁹*Ibid*

1. Pidana penjara ialah seumur hidup atau selama waktu tertentu.
2. Pidana penjara selama waktu tertentu paling pendek satu hari dan paling lama lima belas tahun berturut-turut.
3. Pidana penjara selama waktu tertentu boleh dijatuhkan untuk dua puluh tahun berturut-turut dalam hal ini kejahatan yang pidananya hakim boleh memilih antara pidana mati, pidana seumur hidup, dan pidana penjara selama waktu tertentu, atau pidana penjara seumur hidup dan pidana penjara selama waktu tertentu; begitu juga dalam hal batas lima belas tahun dilampaui sebab tambahan pidana karena perbarengan, pengulangan atau karena ditentukan pasal 52.
4. Pidana penjara selama waktu tertentu sekali-kali tidak boleh melebihi dua puluh tahun.

2. Teori-teori Pidana

Dalam pengantarnya ketika membahas tentang teori hukum, Prof. Satjipto Raharjo mengemukakan bahwa:

Dalam dunia ilmu teori menempati kedudukan yang penting. Ia memberikan sarana kepada kita untuk bisa merangkum serta memahami masalah yang kita bicarakan secara lebih baik. Hal-hal yang semula tampak tersebar dan berdiri sendiri bisa disatukan dan ditunjukkan kaitannya satu sama lain secara bermakna.²⁰

Teori dengan demikian memberikan penjelasan dengan cara mengorganisasikan dan mensistematisasikan masalah yang dibicarakannya. Suatu teori mengandung tiga hal. Pertama, seperangkat proposisi yang terdiri dari konstruk-konstruk yang terdefiniskan dan saling berhubungan. Kedua, pandangan sistematis mengenai fenomena yang dideskripsikan oleh variabel-variabel.

Menurut Bruggink, teori hukum adalah suatu keseluruhan pernyataan yang saling berkaitan dengan sistem konseptual aturan-aturan hukum dan putusan-putusan hukum dan sistem tersebut untuk sebagian yang penting dpositifkan. Lebih lanjut diuraikan bahwa terdapat makna ganda dalam definisi teori hukum, pertama teori hukum sebagai produk, karena keseluruhan pernyataan yang saling berkaitan itu adalah hasil dari kegiatan teoretik bidang hukum. Kedua teori hukum sebagai proses, yaitu kegiatan teoretik tentang hukum atau pada kegiatan penelitian teoretik bidang hukum.²¹

Teori-teori pidana berkembang mengikuti dinamika kehidupan masyarakat sebagai reaksi dari timbul dan berkembangnya kejahatan itu sendiri yang senantiasa mewarnai kehidupan sosial

²⁰ Andi Hamzah, *Asas-Asas Hukum Pidana*, Jakarta: Rineka Cipta, 2010, Hal. 94

²¹ Ibid Hal. 95

masyarakat dari masa ke masa. Dalam dunia ilmu hukum pidana itu sendiri, berkembang beberapa teori tentang tujuan pemidanaan, yaitu teori

Absolut (*retributif*), teori relatif (*deterrence/utilitarian*), teori penggabungan

(*integratif*), teori *treatment* dan teori perlindungan sosial (*social defence*). Teori-teori pemidanaan mempertimbangkan berbagai aspek sasaran yang hendak dicapai di dalam penjatuhan pidana.²²

1. Teori absolut (teori retributif),

Memandang bahwa pemidanaan merupakan pembalasan atas kesalahan yang telah dilakukan, jadi berorientasi pada perbuatan dan terletak pada kejahatan itu sendiri. Pemidanaan diberikan karena si pelaku harus menerima sanksi itu demi kesalahannya. Menurut teori ini, dasar hukuman harus dicari dari kejahatan itu sendiri, karena kejahatan itu telah menimbulkan penderitaan bagi orang lain, sebagai imbalannya (*vergelding*) si pelaku harus diberi penderitaan.²³

Setiap kejahatan harus diikuti dengan pidana, tidak boleh tidak, tanpa tawar menawar. Seseorang mendapat pidana oleh karena melakukan kejahatan. Tidak dilihat akibat-akibat apapun yang timbul dengan dijatuhkannya pidana, tidak peduli apakah masyarakat mungkin akan dirugikan. Pembalasan sebagai alasan untuk memidana suatu kejahatan. Penjatuhan pidana pada dasarnya penderitaan pada penjahat dibenarkan karena penjahat telah membuat penderitaan bagi orang lain Menurut Hegel bahwa, pidana merupakan keharusan logis sebagai konsekuensi dari adanya kejahatan. Ciri pokok atau karakteristik teori *retributif*, yaitu:

1. Tujuan pidana adalah semata-mata untuk pembalasan ;
2. Pembalasan adalah tujuan utama dan di dalamnya tidak mengandung sarana-sarana untuk tujuan lain misalnya untuk kesejahteraan masyarakat;
3. Kesalahan merupakan satu-satunya syarat untuk adanya pidana ;
4. Pidana harus disesuaikan dengan kesalahan si pelanggar ;

²² Leden Marpaung, *Asas-Teori-Praktik Hukum Pidana*, Jakarta: Sinar Grafika, 2005, Hal. 7-8

²³ *Ibid* Hal. 9

5. Pidana melihat ke belakang, ia merupakan pencelaan yang murni dan tujuannya tidak untuk memperbaiki, mendidik atau memasyarakatkan kembali si pelanggar.²⁴

2. Teori relatif (*deterrence*),

Teori ini memandang ppidanaan bukan sebagai pembalasan atas kesalahan si pelaku, tetapi sebagai sarana mencapai tujuan bermanfaat untuk melindungi masyarakat menuju kesejahteraan. Dari teori ini muncul tujuan ppidanaan sebagai sarana pencegahan, yaitu pencegahan umum yang ditujukan pada masyarakat.

Berdasarkan teori ini, hukuman yang dijatuhkan untuk melaksanakan maksud atau tujuan dari hukuman itu, yakni memperbaiki ketidakpuasan masyarakat sebagai akibat kejahatan itu. Tujuan hukuman harus dipandang secara ideal, selain dari itu, tujuan hukuman adalah untuk mencegah (prevensi) kejahatan.

Menurut Leonard, teori relatif ppidanaan bertujuan mencegah dan mengurangi kejahatan pidana harus dimaksudkan untuk mengubah tingkah laku penjahat dan orang lain yang berpotensi atau cenderung melakukan kejahatan. Tujuan pidana adalah tertib masyarakat, dan untuk menegakan tata tertib masyarakat itu diperlukan pidana.

Pidana bukanlah sekedar untuk melakukan pembalasan atau pengimbalan kepada orang yang telah melakukan suatu tindak pidana, tetapi mempunyai tujuan-tujuan tertentu yang bermanfaat. Pembalasan itu sendiri tidak mempunyai nilai, tetapi hanya sebagai sarana untuk melindungi kepentingan masyarakat.

Dasar pbenaran pidana terletak pada tujuannya adalah untuk mengurangi frekuensi kejahatan. Pidana dijatuhkan bukan karena orang membuat kejahatan, melainkan supaya orang jangan melakukan kejahatan. Sehingga teori ini sering juga disebut teori tujuan (*utilitarian theory*).

Adapun ciri pokok atau karakteristik teori relatif (*utilitarian*), yaitu :

- 1) Tujuan pidana adalah pencegahan (*prevention*) ;

²⁴ Andi Hamzah, Op.cit., Hal. 95

- 2) Pencegahan bukan tujuan akhir tetapi hanya sebagai sarana untuk mencapai tujuan yang lebih tinggi yaitu kesejahteraan masyarakat ;
- 3) Hanya pelanggaran-pelanggaran hukum yang dapat dipersalahkan kepada si pelaku saja (misal karena sengaja atau *culpa*) yang memenuhi syarat untuk adanya pidana ;
- 4) Pidana harus ditetapkan berdasar tujuannya sebagai alat untuk pencegahan kejahatan ;
- 5) Pidana melihat ke muka (bersifat prospektif), pidana dapat mengandung unsur pencelaan, tetapi unsur pembalasan tidak dapat diterima apabila tidak membantu pencegahan kejahatan untuk kepentingan kesejahteraan masyarakat.

3. Teori gabungan (*integratif*)

Mendasarkan pidana pada asas pembalasan dan asas tertib pertahanan tata tertib masyarakat, dengan kata lain dua alasan itu menjadi dasar dari penjatuhan pidana. Pada dasarnya teori gabungan adalah gabungan teori absolut dan teori relatif. Gabungan kedua teori itu mengajarkan bahwa penjatuhan hukuman adalah untuk mempertahankan tata tertib hukum dalam masyarakat dan memperbaiki pribadi si penjahat.

Teori gabungan ini dapat dibedakan menjadi dua golongan besar, yaitu :

1. Teori gabungan yang mengutamakan pembalasan, tetapi pembalasan itu tidak boleh melampaui batas dari apa yang perlu dan cukup untuk dapatnya dipertahankannya tata tertib masyarakat;
2. Teori gabungan yang mengutamakan perlindungan tata tertib masyarakat, tetapi penderitaan atas dijatuhinya pidana tidak boleh lebih berat daripada perbuatan yang dilakukan terpidana.

4. Teori *treatment*,

Mengemukakan bahwa pembedaan sangat pantas diarahkan kepada pelaku kejahatan, bukan kepada perbuatannya. Teori ini memiliki keistimewaan dari segi proses re-sosialisasi pelaku sehingga diharapkan mampu memulihkan kualitas sosial dan moral masyarakat agar dapat berintegrasi lagi ke dalam masyarakat. Menurut Albert Camus, pelaku kejahatan tetap *human offender*, namun demikian

sebagai manusia, seorang pelaku kejahatan tetap bebas pula mempelajari nilai-nilai baru dan adaptasi baru. Oleh karena itu, peneanaan sanksi harus mendidik pula, dalam hal ini seorang pelaku kejahatan membutuhkan sanksi yang bersifat *treatment*.

Treatment sebagai tujuan pemidanaan dikemukakan oleh aliran positif. Aliran ini beralaskan paham determinasi yang menyatakan bahwa orang tidak mempunyai kehendak bebas dalam melakukan suatu perbuatan karena dipengaruhi oleh watak pribadinya, faktor-faktor lingkungan maupun kemasyarakatannya.

Dengan demikian kejahatan merupakan manifestasi dari keadaan jiwa seorang yang abnormal. Oleh karena itu si pelaku kejahatan tidak dapat dipersalahkan atas perbuatannya dan tidak dapat dikenakan pidana, melainkan harus diberikan perawatan (*treatment*) untuk rekonsialisasi pelaku.

5. Teori perlindungan sosial (*social defence*)

Merupakan perkembangan lebih lanjut dari aliran modern dengan tokoh terkenalnya Filippo Gramatica, tujuan utama dari teori ini adalah mengintegrasikan individu ke dalam tertib sosial dan bukan pemidanaan terhadap perbuatannya. Hukum perlindungan sosial mensyaratkan penghapusan pertanggungjawaban pidana (kesalahan) digantikan tempatnya oleh pandangan tentang perbuatan anti sosial, yaitu adanya seperangkat peraturan-peraturan yang tidak hanya sesuai dengan kebutuhan untuk kehidupan bersama tapi sesuai dengan aspirasi-aspirasi masyarakat pada umumnya.

Berdasarkan teori-teori pemidanaan yang dikemukakan di atas, dapat diketahui bahwa tujuan pemidanaan itu sendiri merumuskan perpaduan antara kebijakan *penal* dan *non-penal* dalam hal untuk menanggulangi kejahatan. Di sinilah peran negara melindungi masyarakat dengan menegakan hukum. Aparat penegak hukum diharapkan dapat menanggulangi kejahatan melalui wadah Sistem Peradilan Pidana (*Criminal Justice System*).

3. Jenis-jenis Sanksi Pidana

Menurut KUHP, pidana dibedakan dalam pidana pokok dan pidana tambahan, terutama sebagaimanayang ditentukan dala Pasal 10KUHP. Dalam hal ini Roeslan Saleh menjelaskan bahwa

urutan pidana ini dibuat menurut beratnya pidana, dan yang terberat disebut yang lebih depan. Jenis-jenis pidana yang disebutkan dalam pasal 10 KUHP adalah:

1. Pidana pokok :
 - a. Pidana mati;
 - b. Pidana penjara;
 - c. Pidana kurungan;
 - d. Pidana denda;
 - e. Pidana tutupan.
2. Pidana tambahan:
 - a. Pencabutan hak-hak tertentu;
 - b. Perampasan barang-barang tertentu;
 - c. Pengumuman putusan hakim.

3. Pidana Tutupan

Pidana tutupan sebagai pidana pokok (UU Nomor 20 Tahun 1946). Secara rinci dari jenis-jenis pidanayang terdapat dalam pasal 10 Kitab Undang-Undang Pidana tersebut dapat diuraikan sebagai berikut:

1. Pidana Pokok

a. Pidana mati

Pidana mati didalam Kitab Undang-Undang Hukum Agama Indonesia diatur dalam pasal 11 yang menyatakan bahwa pidana mati dijalankan algojo diatas tempat gantungan (*scavot*) dengan cara mengikat leher si terhukum dengan jerat pada tiang gantungan lalu dijatuhkan papan dari bawah kakinya berdasarka Penetapan Presiden Nomor 2 Tahun 1964, Lembaran Negara 1964 Nomor 38 yang ditetapkan menjadi Undang-Undang dengan UU Nomor 5 Tahun 1969, pidana mati dijalankan dengan menembak mati terpidana.²⁵

b. Pidana penjara

Pidana penjara merupakan pidana utama diantara pidana penghilangan kemerdekaan dan pidana ini dapat dijatuhkan untuk seumur hidup atau sementara waktu. Berbeda dengan jenis lainnya, maka

²⁵ Teguh Prasetyo, op.cit., Hal. 57

pidana penjara ini adalah suatu pidana berupa pembatasan kebebasan bergerak dari seorang terpidana, yang dilakukan dengan menutup orang tersebut didalam sebuah lembaga pemasyarakatan.²⁶

Andi Hamzah pernah mengemukakan bahwa pidana penjara disebut juga dengan pidana hilang kemerdekaan, tetapi narapidana kehilangan hak-hak tertentu, seperti hak memilih dan dipilih, hakim memangku jabatan publik, dan beberapa hak sipil lain. Pidana penjara bervariasi dari penjara sementara minimal 1 (satu) hari sampai pidana penjara seumur hidup. Namun, pada umumnya pidana penjara maksimum 15 (lima belas tahun) dan dapat dilampaui dengan dua puluh tahun.

Roeslan Saleh menjelaskan bahwa banyak pakar memiliki keberatan terhadap penjara seumur hidup ini, keberatan ini disebabkan oleh putusan kemudian terdakwa tidak mempunyai harapan lagi kembali dalam masyarakat.

Padahal harapan tersebut dipulihkan oleh lembaga grasi dan lembaga remisi. Maka dari itu walaupun pidana penjara sudah menjadi pidana yang sudah umum diterapkan diseluruh dunia namun dalam perkembangan terakhir ini banyak yang mempersoalkan kembali manfaat penggunaan pidana penjara.

c. Pidana Kurungan

Pidana kurungan ini sama halnya dengan pidana penjara namun lebih ringan dibandingkan dengan pidana penjara walaupun kedua pidana ini sama-sama membatasi kemerdekaan bergerak seorang terpidana. Sebagai pembedaan itu dalam ketentuan pasal KUHP disebutkan, bahwa perbandingan beratnya pidana pokok yang tidak sejenis ditentukan menurut urutan didalam KUHP.²⁷

Dalam hal ini Roelan Saleh menjelaskan bahwa ; dari urutan dari Pasal 10 KUHP ternyata pidana kurungan disebutkan sesudah pidana penjara, sedangkan Pasal 69 (1) KUHP menyebutkan bahwa perbandingan beratnya pidana pokok yang tidak sejenis ditentukan menurut urutan Pasal 10. Demikian pula jika diperhatikan bahwa pekerjaan yang diwajibkan kepada orang yang dipidana kurungan juga lebih ringan daripada mereka yang menjalani pidana penjara”.

²⁶Leden Marpaung, op.,Cit.,Hal. 20

²⁷ Adami Chazawi, *Pelajaran Hukum Pidana Bagian I*, Jakarta: Raja Grafindo Persada, 2013, Hal. 127

Lamanya pidana kurungan sekurang-kurangnya adalah 1 (satu) hari dan selama-lamanya adalah satu tahun. Akan tetapi lamanya pidana tersebut dapat diperberat hingga satu tahun empat bulan, yaitu bila terjadi *samenloop*, *recidive* dan berdasarkan Pasal 52 KUHP²⁸.

Dengan demikian jangka waktu pidana kurungan lebih pendek dari pidana penjara, sehingga pembuat Undang-Undang memandang pidana kurungan lebih ringan dari pidana penjara. Oleh karena itu, pidana kurungan dincamkan pada delik-delik yang dipandang ringan seperti delik *culpa* dan pelanggaran.²⁹

Menurut penjelasan didalam *Memori Van Toeliching* , dimasukkannya pidana kurungan didalam KUHP terdorong oleh dua macam kebutuhan masing-masing yaitu: Oleh kebutuhan akan perlunya suatu bentuk pidana yang sangat sederhana berupa pembatasan kebebasan bergerak atau suatu *vrijheidsstraf* yang sifatnya sangat sederhana bagi delik-delik yang sifatnya ringan.

Oleh kebutuhan akan perlunya suatu bentuk pidana berupa suatu bentuk pembatasan kebebasan bergerak yang sifatnya tidak begitu mengekang bagi delik-delik yang menurut sifatnya tidak menunjukkan adanya suatu kebobrokan mental atau suatu maksud yang sifatnya jahat pada pelaku, ataupun yang sering disebut sebagai suatu *custodia honesta* belaka.

Berkenaan dengan perbedaan pidana kurungan dan pidana penjara dapat dirinci sebagai berikut:

- 1) Pidana kurungan hanya diancamkan pada tindak pidana yang lebih ringan daripada tindak pidana yang diancam dengan pidana penjara.
- 2) Ancaman maksimum umum pidana penjara 15 tahun, sedang ancaman maksimum umum pidana kurungan 1 tahun.
- 3) Pelaksanaan pidana denda tidak dapat diganti dengan pelaksanaan pidana penjara, tetapi pelaksanaan pidana denda dapat diganti dengan pelaksanaan pidana kurungan.

²⁸ Jur. Andi Hamzah, *Hukum Pidana*, Jakarta: Softmedia, 2015, Hal. 135

²⁹ *Ibid* 136

- 4) Dalam melaksanakan pidana penjara dapat dilakukan di Lembaga Pemasyarakatan diseluruh Indonesia (dapat dipindah-pindahkan), sedang pelaksanaan pidana kurungan Lembaga Pemasyaratannyadimana ia berdiam ketikaputusan hakim dijalankan.
- 5) Pekerjaan-pekerjaan narapidana penjara lebih berat daripada pekerjaan-pekerjaan pada narapidana kurungan.³⁰

d. Pidana denda

Pidana denda ini banyak diancamkan pada banyak jenis pelanggaran, baik sebagai alternatif pidana kurungan atau berdiri sendiri.

Adapun keistimewaan yang terdapat pada pidana denda adalah sebagai berikut:

1. Pelaksanaan pidana denda bisa dilakukan atau dibayar oleh orang lain.
2. Pelaksanaan pidana denda boleh diganti dengan menjalani pidana kurungan dalam hal terpidana tidak membayarkan denda.³¹

Hal ini tentu saja diberikan kebebasan kepada terpidana untuk memilih. Dalam pidana denda ini tidak terdapat maksimum umum, yang ada hanyalah minimum umum. Sedang maksimum khususnya ditentukan pada masing-masing rumusan tindak pidana yang bersangkutan.

e. Tindak pidana tutupan

Pidana tutupan ini ditambahkan kedalam pasal 10 KUHP, melalui Undang-Undang Nomor 20 Tahun 1946, yang dalam Pasal 2 ayat 1 menyatakan bahwa dalam mengadili orang yang melakukan tindak pidana, yang diancaman dengan pidana penjara, karena terdorong oleh maksud yang patut dihormati, hakim boleh menjatuhkan pidana tutupan.

f. Pidana tambahan, meliputi:

1. Pencabutan hak-hak tertentu

Menurut Pasal 35 ayat 1 KUHP, hak-hak yang dapat dicabut adalah:

³⁰ H.A.K. Moch. Anwar, *Hukum Pidana Bagian Khusus (KUHP Buku II)*, Bandung: Alumni, 1981, Hal. 256

³¹ <http://prasxo.Wordpress.com/2011/05/31/pengertian-pidana-denda/>

- Hak jabatan pada umumnya atau jabatan tertentu.
- Hak menjalankan jabatan dalam Angkatan Bersenjata/Tentara Nasional Indonesia.
- Hak memilih dan dipilih dalam pemilihan yang diadakan berdasarkan aturan-aturan umum.
- Hak menjadi penasihat hukum, hak menjadi wali, wali pengawas, wali pengampu.
- Hak menjalankan kekuasaan bapak, menjalankan perwalian atau pengampuan atas anak sendiri.
- Hak menjalankan mata pencaharian.³²

2. Perampasan barang tertentu

Barang yang dapat dirampas melalui putusan hakim ada dua jenis berdasarkan pasal 39 KUHP, yaitu:

- Barang yang berasal atau diperoleh dari suatu kejahatan, pemalsuan uang.
- Barang-barang yang digunakan dalam melakukan kejahatan, misalnya; pisau yang digunakan dalam kejahatan pembunuhan atau penganiayaan.

3. Pengumuman putusan hakim

Pengumuman hakim ini, hakim dibebaskan menentukan perihal cara melaksanakan pengumuman itu, dapat melalui surat kabar ditempelkan dipapan pengumuman, atau diumumkan melalui media radio atau televisi.³³

Tujuannya adalah untuk mencegah bagi orang-orang tertentu agar tidak melakukan tindak pidana orang tersebut.

Menurut Bambang Poernomo, selain putusan-putusan pidana, bebas dan dilepaskan masih terdapat jenis-jenis lain yaitu:

³² H.A.K. Moch. Anwar, *opcit*, Hal. 257

³³ <http://www.sarjanaku.com/2012/12/pengertian-pengumuman-putusan-hakim.html>

- Putusan yang bersifat penetapan tidak menjatuhkan pidana akan tetapi berupa tindakan hakim, misalnya memasukka kerumah sakit jiwa, menyerahkan kepada lembaga pendidikan khusus anak nakal dan lain-lainnya.
- Putusan yang bersifat penetapan berupa tidak wewenag mengadiliperkara terdakwa, misalnya terdakwa menjadi kewenangan untuk diadili oleh mahkamah militer.

Putusan yang bersifat penetapan berupa pernyataan surat-surat tuduhan batal karena tidak mengandung isi yang diharuskan oleh syarat formal Undang-undang.

- Putusan yang bersifat penetapan menolak atau tidak menerima tuntutan yang diajukan oleh penuntutan umum.

Misalnya, perkara jelas delik aduan tidak disertai surat pengaduan oleh sikorban atau keluarganya.

Setelah hakim membacakan putusan yang mengandung pembedaan maka hakim wajib memberitahukan kepada terdakwa akan hak-haknya, hak menolak, atau menerima putusan, atau hak mengajukan banding dan lain-lain.

Disamping jenis sanksi yang berupa pidana, dalam hukum pidana positif dikenal juga jenis sanksi yang berupa tindakan, misalnya :

- Penempatan dirumah sakit jiwa bagi orang yang tidak dapat dipertanggungjawabkan karena jiwanya cacat dengan tumbuhnya atau terganggu penyakit (Pasal 44 ayat (2) KUHP).
- Bagi anak yang berumur 16 tahun melakukan tindak pidana, hakim dapat melakukan tindakan berupa (Pasal 45 KUHP): Mengembalikan kepada orang tuanya, walinya atau pemeliharanya, atau;
- Memerintahkan agar anak tersebut diserahkan kepada pemerintah; dalam hal ini, yang selanjutnya anak tersebut dimasukkan kedalam rumah pendidikan negara yang penyelenggaraannya diatur dalam Peraturan Pendidikan Paksa *Dwangopvoedingregeling*, Stb. 1916 nomor 741).

- Penempatan ditempat bekerja negara (landswerkinrichting) bagi penganggur yang mals bekerja dan tidak mempunyai mata pencaharian, serta mengganggu keterbiban umum dengan pengemisan, bergelandangan, atau perbuatan asosial (Stb. 1936 nomor 160)
- Tindakan tata tertib dalam haltindak pidana ekonomi (Pasal 8 Undang-Undang Nomor 7 Drt. 1955).

Demikianlah jenis jenis dari sanksi pidana yang bertujuan untuk penjelasan mengenai penggolongan sanksi yang sesuai dengan perbuatan tindak pidana yang dilakukan.

BAB III

METODE PENELITIAN

A. Ruang Lingkup Penelitian

Ruang lingkup penelitian ini hanya terbatas kepada permasalahan yang penulis teliti yaitu untuk mengetahui bagaimana pengaturan sanksi pidana yang dapat dijatuhkan kepada pelaku penista agama di Indonesia menurut hukum positif di Indonesia dan bagaimana pertimbangan hakim dalam menjatuhkan sanksi pidana terhadap pelaku penista agama di dalam Putusan Nomor 1357/pid.B/2016/PN.Jkt.Utr.

B. Jenis Penelitian

Jenis penelitian ini adalah menggunakan pendekatan perundang-undangan, dimana masalah penelitian dianalisis dengan menggunakan peraturan perundang-undangan terkait yang berlaku yaitu Kitab Undang-Undang Hukum Pidana, Penetapan Presiden Nomor 1 Tahun 1965 Tentang Pencegahan Penyalahgunaan dan/atau Penodaan Agama, Undang-Undang ITE Nomor 19 Tahun 2016. Dan pendekatan kasus yaitu dengan menganalisis putusan pengadilan Nomor 1537/Pid.B/2016/PN.Jkt.Utr.

C. Sumber Bahan Hukum

Sumber-sumber bahan hukum yang digunakan adalah sebagai berikut:

1. Bahan hukum sekunder

Bahan hukum sekunder yaitu Kitab Undang-Undang No 11 Tahun 2008 revisi menjadi Undang-Undang Nomo 19 Tahun 2016 Tentang Informasi dan Transaksi Elektronik, Peraturan Presiden Nomor 1 Tahun 1965 Tentang Pencegahan Penyalahgunaan dan/atau Penodaan Agama, dan Buku-buku.

Bahan hukum primer yang dimaksud adalah bahan hukum yang diperoleh melalui situs internet yang mempunyai kedudukan mengikat secara yuridis dan resmi untuk diambil dan diteliti sebagai bahan penulisan hukum.

2. Bahan hukum primer

Bahan hukum primer yang dimaksud adalah bahan hukum yang diperoleh melalui situs internet yang mempunyai kedudukan mengikat secara yuridis dan resmi untuk diambil dan diteliti sebagai bahan penulisan.

D. Analisis Bahan Hukum

Bahan-bahan hukum yang diperoleh dari bahan hukum sekunder dan bahan hukum primer diolah dan disusun secara sistematis, sehingga bahan hukum tersebut diperoleh suatu gambaran, kemudian akan didapat suatu kesimpulan yang lebih objektif.