

**Larangan Pornografi Dalam Undang-Undang nomor 44 Tahun 2008 tentang
Pornografi
(Perspektif Asas Legalitas)**

Oleh:
M. Iqbal Wibisono

Bahrul Fawaid
(bahrulfawaid@gmail.com)

Abstract

Law No. 44 of 2008 concerning Pornography was officially ratified on October 30, 2008. The emergence of this law cannot be separated from public anxiety about pornography cases which are increasingly spreading and consumed by various groups. Ease of access to information either through electronic media or communication media seems to be a 'free space' for the public to enjoy pornographic information or displays. By using a normative approach, the study of the problem is carried out using the flow and workings of the first and third types of doctrinal law research from Terry Hutchinson, because they are in accordance with the research problem and the purpose of this paper. This study aims to analyze whether the prohibition of pornography in Law no. 44 of 2008 following the principles of legality? It can be seen that the principle of legality actually has the main goal of protecting the dignity of a person from the arbitrariness of the authorities in applying the law. In the matter of pornography, the regulation must be clear, so as not to cause noise in its implementation. Given the diversity that exists in Indonesia, the criteria for pornography can vary. Thus, the state through its law enforcement officers must pay attention to local cultural factors. For this reason, it is necessary to make legal rules that can provide an umbrella for this diversity so that it can be a guide for judges in particular to assess whether an act that is considered to violate the law is something that is not against the law.

A. Pendahuluan

Undang-Undang No. 44 Tahun 2008 Tentang Pornografi¹ resmi disahkan pada Tanggal 30 Oktober 2008. Munculnya UU ini tidak lepas dari keresahan masyarakat terhadap kasus pornografi yang semakin menyebar dan dikonsumsi oleh berbagai kalangan. Kemudahan akses informasi baik melalui media elektronik maupun media komunikasi seakan menjadi 'ruang bebas' bagi masyarakat untuk menikmati informasi atau tampilan pornografi.

Ragam dan bentuk pornografi di dunia maya juga sangat beragam. Ini terlihat dengan munculnya berbagai penamaan seperti: *cyber pornography* (khususnya *child pornography*), *online pornography*, *cyber sex*, *cyber sexer*, *cyber lover*, *cyber romance*, *cyber affair*, *online romance*, *sex online*, *cybersex addicts*, *cyber sex offender*.

¹UU Pornografi telah disahkan dan diundangkan dalam Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2008 Nomor 181, Tambahan Lembaran Negara Nomor 4928.

Khususnya masalah *cyber child pornography*, dalam Konvensi Cybercrime Dewan Eropa 2001 di Budapest, sudah disepakati agar masalah tersebut dikriminalisasi. Sebelum Konvensi Dewan Eropa ini, keprihatinan dunia terhadap masalah eksploitasi sex anak dan pornografi anak terlihat antara lain dengan diselenggarakannya sejumlah forum internasional seperti *The first World Congress Against Commercial Sexual Exploitation of Children*, di Stockholm, 27 - 31 August 1996, dan *International Conference on "Combatting Child Pornography on the Internet"*, di Vienna, Hofburg, 29 September - 1 October 1999.

Dampak pornografi cukup memprihatinkan. Simpulan dari Kingston, Malamuth, Fedoroff, dan Marshall setelah membaca ratusan penelitian dari berbagai kelompok responden di berbagai negara, pornografi berdampak pada agresi seksual ditemukan lebih mungkin dilakukan oleh orang yang pernah menonton pornografi; terutama yang laki-laki, sering nonton, dan punya kecenderungan problematik lain (misalnya kenakalan remaja, alkohol, bullying, dan sebagainya)². Analisis yang dilakukan Kingston dan kawan-kawan merupakan model review atau meta-analisis. Kajian meta-analisis lainnya, dilakukan oleh Hald, Malamuth, dan Yuen juga menemukan bahwa konsumsi pornografi (baik yang violent maupun yang biasa) terkait dengan sikap mendukung kekerasan terhadap perempuan³. Beberapa penelitian lain juga menemukan hal senada. Intinya, mereka yang sering nonton pornografi cenderung melakukan agresi dan pelecehan seksual⁴.

Selain kekerasan seksual, dampak lain yang juga banyak diteliti adalah sikap dan perilaku seksual. Penelitian Albright di tahun 2008 menemukan bahwa pornografi menyebabkan laki-laki kurang semangat berhubungan sex dengan istrinya dan lebih mempersoalkan kesempurnaan tubuh istrinya⁵. Penelitian lain tentang dampak pornografi, adalah penelitian meta-analisis superlengkap dari Jill Manning tahun 2006 menyimpulkan bahwa pornografi menurunkan kepuasan dan kemesraan seksual, meningkatkan stres pernikahan, perpisahan, perceraian, serta meningkatkan terjadinya perselingkuhan. Mereka yang pasangannya nonton pornografi cenderung merasa dikhianati, dibohongi, marah, hancur, seolah mereka diselingkuhi⁶.

Berdasarkan berbagai hasil penelitian tersebut, Perrin dan kawan-kawan sampai pada kesimpulan bahwa dampak pornografi dapat dibagi jadi 3 kategori berdasarkan subjeknya⁷: (1). Penikmat pornografi (biasanya laki-laki): kecanduan seks, penyimpangan seksual, kecenderungan memperkosa perempuan. (2). Pasangan (biasanya perempuan): korban kekerasan seksual, di-objek-kan, mengalami seks tanpa

²Kingston, D., N. Malamuth, P. Fedoroff, and W. Marshall. 2009. The importance of individual differences in pornography use: Theoretical perspectives and implications for treating sexual offenders. *Journal of Sex Research* 46: 216-232.

³Hald, G. M., Malamuth, N. M., & Yuen, C. (2010). Pornography and attitudes supporting violence against women: Revisiting the relationship in nonexperimental studies. *Aggression Behavior*, 36(1), 14-20.

⁴Vega, V., & Malamuth, N. M. (2007). Predicting sexual aggression: The role of pornography in the context of general and specific risk factors. *Aggressive Behavior*, 33(2), 104-117.

⁵Albright, J. M. (2008). Sex in America online: An exploration of sex, marital status, and sexual identity in internet sex seeking and its impacts. *Journal of Sex Research*, 45(2), 175-186.

⁶Manning, J. C. (2006). The impact of internet pornography on marriage and the family: A review of a research. *Sexual Addiction & Compulsivity*, 13, 131-165.

⁷Perrin, P. C., Madanat, H. N., Barnes, M. D., Carolan, A., Clark, R. B., Ivins, N., et al. (2008). Health education's role in framing pornography as a public health issue: Local and national strategies with international implications. *Global Health Promotion and Education*, 15(1), 11-18.

emosi, dan hancurnya pernikahan. (3). Anak-anak: jadi objek pornografi, dan jadi korban penyimpangan seksual.

Dalam konteks yang demikian itu, wajar jika keberadaan UU Pornografi di Indonesia dirasa sebagai kebutuhan karena diharapkan dapat menjadi perangkat hukum melawan praktik pornografi. Meski sebagai UU Administrasi, namun UU a quo merumuskan macam atau bentuk-bentuk tindak pidana pornografi, berikut system pertanggungjawabannya serta formulasi sanksi yang cukup keras dan berat.

Sebagai instrument hukum yang diarahkan untuk menanggulangi pornografi, maka melalui karya ini penulis memberi perhatian pada larangan pornografi dalam UU tersebut, khususnya mengenai perbuatan yang dilarang dalam UU a quo dari sisi asas legalitas. Mutu formulasi delik perlu dikaji secara doctrinal agar memastikan apakah formulasi elemen-elemen delik dalam UU a quo sesuai dengan prinsip-prinsip hukum utama yang baik sehingga bisa diandalkan sebagai instrument penanggulangan kejahatan. Formulasi yang buruk bukan saja merupakan delik yang buruk, melainkan juga akan menyulitkan penerapannya baik berupa misleading penafsiran maupun proposionalitas penggunaannya. Akibat formulasi yang buruk bisa menghambat tujuan utamanya sebagai instrument penanggulangan kejahatan.

B. Rumusan Masalah

1. Apakah larangan pornografi dalam UU No. 44 Tahun 2008 mengikuti prinsip-prinsip asas legalitas?

C. Tujuan dan Manfaat

Sesuai masalah riset yang diajukan, maka tulisan ini secara khusus hendak menilai secara teoretis kesesuaian formulasi larangan pornografi dalam UU No. 44 Tahun 2008 dengan prinsip-prinsip asas legalitas. Manfaat secara teoretis, adalah menyumbang pemikiran teoretis dalam politik hukum pidana, khususnya mengenai mutu delik yang compatible dengan asas legalitas. Sedangkan manfaat praktisnya, tulisan ini juga diharapkan bermanfaat dalam rangka pembaharuan kebijakan hukum pidana yang terkait dengan pornografi.

D. Metode

Kajian terhadap masalah, dilakukan menggunakan alur dan cara kerja penelitian hukum doctrinal tipe pertama dan tipe ketiga dari Terry Hutchinson⁸, karena sesuai dengan masalah riset dan tujuan penulisan ini. Tipe pertama penelitian hukum dari Hutchinson adalah tipe *doctrinal research*, yaitu: *research which provides a systematic exposition of the rules governing a particular legal category, analyses the relationship between rules, explain areas of the difficulty and, perhaps, predict future development*⁹. Sedangkan tipe ketiga, adalah *theoretical research* yang oleh Hutchinson dirumuskan sebagai: *research which foster a more complete understanding of the conceptual bases of legal principles and of combined effect of a range of rules and procedures that touch on a particular area of activity*.

⁸Untuk diketahui, Terry Hutchinson, membedakan penelitian hukum menjadi empat kategori yang meliputi: (1). *Doctrinal research*, (2). *Reform oriented research: research which intensively evaluates the adequacy of existing rules and which recommends changes to any rules found wanting*; (3). *Theoretical research: research which foster a more complete understanding of the conceptual bases of legal principles and of combined effect of a range of rules and procedures that touch on a particular area of activity*. (4). *Fundamental research* (Lihat Pula Peter Mahmud marzuki, *Penelitian Hukum*, Kencana, Jakarta, 2005, hal. 29)

⁹Terry Hutchinson, *Researching and Writing in Law*, Lawbook co, Sydney, 2002, hal 8.

E. Kajian Pustaka Tentang Asas Legalitas

Asas legalitas adalah asas yang menghendaki adanya pendasaran hukum (secara yuridis) dalam penggunaan setiap kekuasaan Negara, termasuk kekuasaan kriminalisasi. Keharusan ini, didasarkan pada teori paling dasar dalam kekuasaan, yaitu keleluasaan yang diberikan pada pemangku kewenangan dalam mengambil suatu tindakan (tanpa control yang memadai), akan membuka ruang bagi perangai negatif kekuasaan.

Pelajaran paling dasar yang dipetik dari perjalanan semua peradaban politik, adalah bahwa kekuasaan mesti dibatasi. Inilah yang menjadi salah satu jantung pergulatan pemikiran kebanyakan filsuf dan ilmuwan sosial-politik sepanjang masa. Kekuasaan di terima kehadirannya, tapi ia mesti dikendalikan agar tidak senantiasa memproduksi bencana bagi manusia dan kemanusiaan¹⁰.

Dalam mengekspresikan kebutuhan di atas, Plato mengintroduksi konsep *Philosopher-Kings*. Sama halnya ajaran Konfusianisme, Plato merumuskan keharusan untuk membatasi kekuasaan lewat konsep moral kepemimpinan. Inilah racikan rumusan yang kini dikenal sebagai etika ataupun moralitas kekuasaan. Moral pemegangnya diandaikan bisa berfungsi sebagai kekuatan *self-control* atas perangai kekuasaan. Tetapi realitas membuktikan, kekuasaan terlampau besar untuk bisa dijinakkan hanya dengan moral ataupun etika¹¹.

Dalam perkembangan lebih modern, pembatasan kekuasaan diekspresikan dalam raut yang bervariasi. Pada tingkat pertama, kekuasaan diyakini bisa di kontrol oleh kekuasaan pula. Ini menjadi fondasi dari pembagian atau pemisahan kekuasaan seperti yang terungkap dalam konsep Trias Politika ataupun prinsip *checks and balances*. Ini pula fondasi yang melegalisasi ide distribusi kekuasaan yang mengukuhkan diferensiasi struktur dan spesialisasi fungsi dalam birokrasi modern¹².

Semua ide pembatasan kekuasaan tersebut, didasarkan pada sebuah pengandaian bahwa sumber malapetaka yang diturunkan dari kekuasaan terletak pada derajat kosentrasi kekuasaan yang berlebihan ataupun ketiadaan limitasi yang rigid terhadap kekuasaan tersebut. Karenanya, kekuasaan mesti dipencarkan dan dibatasi secara ketat. Kekuasaan yang dibangun dengan impian mulia, bisa bertukar raut menjadi horor yang bersifat permanen ketika naluri kesewenang-wenang berjalan tanpa kendali.

Kemunculan asas legalitas sebagai asas paling pokok dalam hukum pidana, sebenarnya bertolak dari kekhawatiran soal bahaya perangai kekuasaan seperti tersebut di atas. Asas ini lahir sebagai reaksi terhadap kelaliman penguasa *Ancien Regime* di Eropa Barat Abad ke-17 dan 18. Pada masa itu, penguasa dalam sistem *Standestaat*, menjalankan kekuasaan yang totaliteristik—sehingga hak-hak asasi rakyat diabaikan bahkan diinjak-injak. Lewat perjuangan para cendikia seperti, *Montesquieu*, *Voltaire*, *Beccaria* dan *De Sarvan*, untuk menyebut beberapa saja, telah mengilhami kaum borjuis dengan energi kapitalnya, untuk berjuang menjatuhkan kekuasaan *Standestaat* dengan feodalismenya, sehingga demokrasi beserta *Rule of Law* dinobatkan menjadi tatanan baru yang egaliter dan penuh kebebasan¹³.

¹⁰ Lih. Bernard L. Tanya, *Penegakan Hukum dalam Terang Etika*, Yogyakarta, Genta Publishing, 2011.

¹¹ *Ibid.*

¹² *Ibid.*

¹³ Lih. Gianfranco Poggi, *The Development of the Modern State, A Sociological Introduction*, London: Hurchinson & Co. Ltd., 1978.

Itulah sebabnya, sebagai “asas pembebasan”, asas legalitas bersama asas-asas lain seperti, asas kesamaan, publisitas, proporsionalitas, dan subsidiaritas, berfungsi sebagai asas *kritis-normatif* terhadap kekuasaan. Sekalian asas itu, selain dijadikan ukuran untuk menilai kewajaran penggunaan kekuasaan penguasa terhadap rakyat, juga sekaligus berfungsi mengatur “garis demarkasi” kehidupan rakyat yang boleh atau tidak boleh dimasuki oleh kekuasaan penguasa. Dua fungsi itu secara implisit tersirat dalam pasal 1 ayat (1) Kitab Undang Undang Hukum Pidana yang berbunyi: “Tiada suatu perbuatan dapat dipidana kecuali atas kekuatan aturan pidana dalam perundang-undangan yang telah ada, sebelum perbuatan dilakukan.

Nico Keijzer,¹⁴ menyebut dua fungsi fundamental aturan hukum pidana lewat asas legalitas, yaitu fungsi perlindungan dan fungsi instrumental. Fungsi perlindungan aturan pidana, artinya undang-undang pidana berfungsi untuk melindungi rakyat terhadap pelaksanaan kekuasaan tanpa batas oleh pemerintah. Di samping fungsi melindungi, undang-undang pidana juga mempunyai fungsi instrumental, artinya di dalam batas-batas yang ditentukan oleh undang-undang pelaksanaan kekuasaan oleh pemerintah untuk menuntut setiap orang yang melanggar, tegas-tegas diperbolehkan.

Fungsi perlindungan dan instrumental tersebut, tercermin dalam 4 asas dasar yang terkandung dalam prinsip legalitas. Pertama, asas legalitas formal yang mengharuskan perlu ada aturan pidana terlebih dahulu yang melarang suatu perbuatan sebelum perbuatan tersebut ditindak sebagai kejahatan. Asas ini mengharuskan aparat penegak hukum terikat pada undang-undang, dan penindakan terhadap pelaku harus dijalankan menurut cara yang telah diatur dalam undang-undang. Makna terdalam dari asas legalitas ini adalah terjaminnya perlindungan dan kepastian hukum. Karenanya, ia menjadi tumpuan dari hukum pidana dan hukum acara pidana.

Kedua, asas *lex certa*, yaitu asas yang mengharuskan perumusan ketentuan undang-undang dilakukan secermat mungkin. Undang-undang harus membatasi dengan tajam dan jelas wewenang pemerintah terhadap rakyatnya. Ini terkait dengan posisi hukum pidana yang dikatakan Peters bahwa “*The limitations of, and control over, the powers and the State constitute the real juridical dimension of criminal law; The juridical task of criminal law is not policing society but policing the police*”.¹⁵ Dengan demikian rakyat akan percaya dan menghargai suatu undang-undang.

Ketiga, asas *lex temporis delicti* yang menggariskan bahwa hukum yang akan dikenakan terhadap suatu tindak pidana adalah hukum yang berlaku pada saat tindak pidana itu terjadi. Keempat, asas non-retroaktif yang menegaskan tentang larangan berlakunya undang-undang pidana secara retroaktif. Asas ini dilatarbelakangi oleh ide perlindungan terhadap Hak Asasi Manusia (HAM). Karenanya, asas ini juga dimuat dalam beberapa sumber hukum internasional, seperti: *Universal Declaration of Human Rights* (UDHR) Pasal 11, *International Convention on Civil and Political Rights* (ICCPR) Pasal 15 ayat 1 dan Statuta Roma tentang *International Criminal Court* (ICC) pada Pasal 22 ayat 1 serta Pasal 24 ayat 1.

Dalam hukum pidana Indonesia, sekaligus fungsi perlindungan dan instrumental tersebut telah menjadi bagian yang sangat penting dalam hukum pidana materil maupun hukum pidana formal. Menurut Keijzer, pengertian dasar legalitas sebagaimana dengan tegas diatur dalam pasal 1: 1 KUHP, berkaitan pula dengan keharusan untuk

¹⁴ Nico Keijzer, *Legaliteitsbeginsel*, Makalah pada Penataran Nasional Hukum Pidana Angkatan III Kerjasama Indonesia-Belanda di Kupang, 30 Juli sampai dengan 19 Agustus 1989.

¹⁵ G.P. Hoefnagels, *The Other Side of Criminology*, Kluwer – Deventer, Holland, 1973, h. 139: “Pembatasan dan pengendalian kekuasaan Negara merupakan dimensi yuridis senyatanya dari hukum pidana; tugas yuridis hukum pidana bukanlah (sekadar) mengatur masyarakat, tetapi lebih pada pengaturan terhadap penguasa”.

adanya jaminan prosedur yang memadai dan kepastian hukum dalam hukum pidana. Oleh karena itu, dimensi lain yang tercakup dalam asas legalitas adalah dimensi politik hukum yang berarti perlakuan yang sama di depan hukum bagi semua orang tanpa kecuali. Asas perlakuan yang sama inilah menurut Keijzer menjadi landasan perlindungan hak asasi manusia dalam hukum pidana¹⁶.

Demikian pula dalam hukum acara pidana, fungsi perlindungan dan instrumental tersebut mendapat tempat yang cukup memadai dalam KUHAP. Pergantian hukum acara pidana, dari *Het Herziene Indische Reglement* (yang mengutamakan “*arbitrary process*”) ke Kitab Undang-Undang Hukum Acara Pidana (yang berisi ketentuan dan asas-asas “*due process of law*”), merupakan langkah nyata untuk mengukuhkan fungsi perlindungan dan fungsi instrumental dimaksud.

Baik dalam asas-asas maupun dalam pasal-pasal, KUHAP memuat perlindungan dan jaminan terhadap HAM dalam proses peradilan pidana. Jaminan HAM tersebut, dengan mudah kita temukan dalam asas-asas yang melandasi KUHAP, antara lain : (1) perlakuan yang sama di depan hukum; (2) penghormatan terhadap asas praduga tak bersalah; (3) hak-hak dalam penangkapan dan pendakwaan; (4) hak-hak dalam penahanan sementara ; (5) hak-hak minimal dalam mempersiapkan pembelaan; (6) hak-hak dalam pemeriksaan pendahuluan dan dalam persidangan; (7) jaminan peradilan yang bebas dan terbuka; dan (8) hak untuk memperoleh upaya hukum (banding dan kasasi) terhadap putusan pengadilan.

Cukup banyak peringatan para pakar hukum pidana tentang penggunaan atau penerapan hukum pidana agar tidak membias dan memunculkan persoalan kemanusiaan dalam kehidupan sosial. Untuk menyebut salah satunya adalah Herbert L. Packer. Pada bab kesimpulan dalam bukunya, Packer menegaskan, bahwa: “*The criminal sanction is at once prime guarantor and prime threatener of human freedom. Used providently and humanely it is guarantor; used indiscriminately and coercively, it is threatener*”.¹⁷

Demikian pula Nigel Walker yang juga mengutip pendapat-pendapat para pemikir hukum pidana terkemuka--seperti Cesare Beccaria, Jeremy Bentham dan J.S. Mill—pernah menyampaikan tentang ‘*limiting principles*’ dalam penggunaan hukum pidana. Antara lain diingatkannya, bahwa:

- *Prohibitions should not be included in the criminal law for the rule purpose of ensuring that breaches of them are visited with retributive punishment* (Larangan-larangan tidak perlu dimasukkan ke dalam hukum pidana dengan tujuan memastikan bahwa pelanggaran terhadap larangan-larangan tersebut, dikenai sanksi yang bertujuan pembalasan).
- *The criminal law should not be used to penalize behaviour which does no harm* (hukum pidana seharusnya tidak digunakan untuk memidana perbuatan yang tidak merugikan).
- *The criminal law should not be used to achieve a purpose which can be achieved as effectively at less cost in suffering* (Hukum pidana seharusnya tidak

¹⁶*Ibid*, hal. 5.

¹⁷Herbert L. Packer, *The Limit of the Criminal Sanction*, California: Stanford University Press, 1968, hal. 366. “Sanksi pidana dapat menjadi pelindung utama sekaligus sebagai pengancam utama terhadap kebebasan manusia. Penggunaan yang manusiawi dan tidak memihak, akan menjadi suatu pelindung; tapi penggunaan yang diskriminatif dan bersifat paksaan, justru akan menjadi sebuah ancaman”.

digunakan untuk mencapai suatu tujuan yang dapat dicapai secara lebih efektif melalui sarana-sarana lain yang lebih ringan).

- *The criminal law should not be used if the harm done by the penalty is greater than the harm done by the offence* (Hukum pidana seharusnya tidak digunakan bila kerugian yang timbul dari pidana lebih besar daripada kerugian yang disebabkan oleh tindak pidana itu sendiri).
- *The criminal law should not be used for the purpose of compelling people to act in their own best interests* (Hukum pidana seharusnya tidak digunakan untuk tujuan yang mendorong orang bertindak menurut kepentingan sendiri).
- *The criminal law should not include prohibitions which do not have strong public support* (Hukum pidana seharusnya tidak memuat larangan-larangan yang tidak mendapat dukungan kuat dari publik).¹⁸

Berbagai peringatan dari para pakar hukum pidana di atas, terkait erat sekali dengan sifat paradoksal hukum pidana itu sendiri. Di satu sisi, hukum pidana bertujuan melindungi kepentingan hukum yang dilanggar oleh seseorang. Di sisi lain, hukum pidana justru dapat merendahkan martabat kemanusiaan seseorang melalui bentuk-bentuk sanksinya yang keras dan tajam. Beberapa ungkapan dilontarkan mengenai hukum pidana, seperti: “*hukum pidana bagai pedang bermata dua*”, dan “*hukum pidana mengiris dagingnya sendiri*”. Oleh sebab itu, peringatan para pakar hukum pidana sejak beratus-ratus tahun lalu bukanlah sekadar ‘pesan moral’, tetapi lebih sebagai ‘kewajiban etis’ bagi pihak legislator dan aparat penegak hukum agar menggunakan hukum pidana secara hati-hati dan secermat mungkin serta tidak sembarangan dan diskriminatif.

Begitu pentingnya asas legalitas dalam hukum pidana (dan peradilan pidana), berbagai instrument internasional mengaturnya secara khusus. Misalnya, UDHR 1948 dan ICCPR dalam Article 6 dan 16 yang menegaskan bahwa “*Everyone has the right to recognition everywhere as a person before the law*”. Article 15 ICCPR juga menegaskan, bahwa:

“No one shall be held guilty of any criminal offence on account of any act or omission which did not constitute a criminal offence, under national or international law, at the time when it was committed. Not shall a heavier penalty be imposed than the one that was applicable at the time when the criminal offence was committed. If, subsequent to the commission of the offence, provision is made by law for the imposition of a lighter penalty, the offender shall benefit thereby”.

Dalam Article 22 pada ayat (1) Statuta Roma 1998 tentang ICC juga dicantumkan asas “*nullum crimen sine lege*” yang berbunyi: “*A person shall not be criminally responsible under this Statute unless the conduct in question constitutes, at the time it takes place a crime within the jurisdiction of the Court*”. Sedangkan dalam Article 23 mencantumkan asas “*nulla poena sine lege*” yang berbunyi: “*A person convicted by the Court may be punished only in accordance with Statute*”. Asas “*nonretroactivity ratione persone*” tercantum dalam Article 24 ayat (1) yang

¹⁸ Nigel Walker, *Sentencing in a Rational Society*, Basic Book, Inc., Publishers, First American Edition, New York, 1971, h. 26-31. Nigel Walker mengacu dari buku Beccaria “*Of Crime and Punishments* (1764), buku Bentham “*Introduction to the Principles of Morals and Legislation* (1789), dan sebuah Essay dari Mill “*On Liberty*”. yang ditulisnya pada tahun 1839.

menegaskan: “*No person shall be criminally responsible under the Statute for conduct prior to the entry into force of the Statute*”.

Dengan demikian dapat ditegaskan bahwa lahirnya asas legalitas ini sesungguhnya mempunyai tujuan utama untuk melindungi harkat dan martabat seseorang dari kesewenang-wenangan penguasa dalam menerapkan hukum. Dalam konteks fungsi perlindungan dari asas legalitas, maka aturan hukum harus berpegang pada prinsip *lex scripta*, *lex certa*, dan *lex stricta*. *Lex scripta* mengandung pengertian bahwa hukum harus tertulis. Sedangkan *lex certa* berarti hukum pidana harus jelas sehingga tidak menimbulkan ketidakpastian hukum. Sementara *lex stricta* memiliki makna bahwa hukum haruslah diatur secara ketat. Semua merupakan pengejawantahan asas *exemptio firmat regulam* dan prinsip *legal certainty*.

Menurut Schafmeister dan J.E. Sahetapy¹⁹ asas legalitas mengandung tujuh makna, yaitu: (a) tidak dapat dipidana kecuali berdasarkan ketentuan pidana menurut undang-undang; (b) tidak ada penerapan undang-undang pidana berdasarkan analogi; (c) tidak dapat dipidana hanya berdasarkan kebiasaan; (d) tidak boleh ada perumusan delik yang kurang jelas (syarat *lex certa*); (e) tidak ada kekuatan surut dari ketentuan pidana; (f) tidak ada pidana lain kecuali yang ditentukan undang-undang; dan (g) penuntutan pidana hanya menurut cara yang ditentukan undang-undang.

Dalam doktrin hukum pidana ada enam macam fungsi asas legalitas. Pertama, pada hakikatnya, asas legalitas dirancang untuk memberi maklumat kepada publik seluas mungkin tentang apa yang dilarang oleh hukum pidana sehingga mereka dapat menyesuaikan tingkah lakunya²⁰. Kedua, menurut aliran klasik, asas legalitas mempunyai fungsi untuk membatasi ruang lingkup hukum pidana. Sedangkan dalam aliran modern asas legalitas merupakan instrumen untuk mencapai tujuan perlindungan masyarakat²¹. Ketiga, fungsi asas legalitas adalah untuk mengamankan posisi hukum rakyat terhadap negara (penguasa)²².

Keempat, asas legalitas dikaitkan dengan peradilan pidana, mengharapkan lebih banyak lagi daripada hanya akan melindungi warga masyarakat dari kesewenang-wenangan pemerintah. Asas legalitas itu diharapkan memainkan peranan yang lebih positif, yaitu harus menentukan tingkatan-tingkatan dari persoalan yang ditangani oleh suatu sistem hukum pidana yang sudah tidak dapat dipakai lagi²³. Kelima, tujuan utama asas legalitas adalah untuk membatasi kesewenang-wenangan yang mungkin timbul dalam hukum pidana dan mengawasi serta membatasi pelaksanaan dari kekuasaan itu atau menormakan fungsi pengawasan dari hukum pidana itu. Fungsi pengawasan ini juga merupakan fungsi asas kesamaan, asas subsidiaritas, asas proporsionalitas, dan asas publisitas²⁴. Keenam, asas legalitas memberikan kepastian hukum kepada masyarakat mengenai perbuatan-perbuatan yang dilarang (tindak pidana) yang disertai

¹⁹J.E. Sahetapy (Ed.), *Hukum Pidana*, Yogyakarta: Penerbit Liberty, 1996, hal. 6-7. Paul Cornill, “Criminality and Deviance in a Changing Whorld”, Ceramah pada Kongres PBB IV 1970 mengenai Prevention of Crime and treatment of Offender.

²⁰Abdullah Ahmed An-Naim, *Dekonstruksi Syari’ah*, Yogyakarta, LkiS dan Pustaka Pelajar, 1990, hal. 197.

²¹Antonie A.G. Peters, “Main Current in Criminal Law Theorie”, in *Criminal Law in Action*, Gouda Quint by, Arnhem, 1986, hal. 33, dikutip dari Kamariah Emong, “Ajaran Sifat Melawan Hukum Material Dalam Hukum Pidana Indonesia”, Pidato Pengukuhan Guru Besar, UNPAD, Bandung, Maret 1994, hal 43.

²²Roeslan Saleh mengutip Antonie A.G. Peter, dalam *Asas Hukum Pidana Dalam Perspektif*, Jakarta: Aksara Baru, 1981, hal. 28.

²³*Ibid*, hal. 35.

²⁴*Ibid.*, hal. 14

dengan ancaman pidana tertentu. Dengan adanya penetapan perbuatan terlarang itu berarti ada kepastian (pedoman) dalam bertindak laku bagi masyarakat.

Dapat disimpulkan bahwa penggunaan hukum pidana harus dibatasi karena hukum pidana merupakan bidang hukum yang paling keras dengan sanksi yang sangat berat, termasuk sanksi pidana mati. Hukum pidana digunakan hanya untuk melindungi kepentingan masyarakat yang sangat vital bagi kehidupan bersama. Hukum pidana harus dapat menjamin hak-hak dasar setiap warga negara, dan pembatasan terhadap hak-hak dasar warga negara melalui instrumen hukum pidana semata-mata dimaksudkan untuk menjamin hak-hak dasar bagi semua warga negara. Fungsi asas legalitas untuk mengamankan posisi hukum rakyat terhadap negara dan fungsi untuk melindungi anggota masyarakat dari tindakan sewenang-wenang pihak pemerintah merupakan dimensi politik hukum dari asas legalitas²⁵.

F. Pembahasan

f.1. Kategori Delik Pornografi

Delik pornografi dalam UU No. 44/2008 diatur pada bagian perikop “Ketentuan Pidana” (Pasal 29 sampai Pasal 38). Dilihat dari sudut perbuatan yang dilarang terdapat 33 tindak pidana pornografi, dimuat dalam 10 pasal. Rinciannya adalah sebagai berikut:

1. Tindak pidana memproduksi, membuat, memperbanyak, menggandakan, menyebarkan, menyiarkan, mengimpor, mengekspor, menawarkan, memperjualbelikan, menyewakan, menyediakan pornografi (Pasal 29).

Materi delik Pasal ini menunjuk pada daftar larangan dalam Pasal 4 ayat (1). Berdasarkan Pasal 4 ayat (1) tersebut, perbuatan-perbuatan yang dilarang tersebut dikaitkan dengan frasa: “...yang secara eksplisit memuat: a. persenggaman, termasuk persenggaman yang menyimpang; b. kekerasan seksual; c. masturbasi atau onani; d. ketelanjangan atau tampilan yang mengesankan ketelanjangan; e. alat kelamin; atau f. pornografi anak”.

Dengan demikian, jika dipilah berdasarkan materi perbuatan dan obyek perbuatan, maka larangan dalam delik ini adalah : *memproduksi, membuat, memperbanyak, menggandakan, menyebarkan, menyiarkan, mengimpor, mengekspor, menawarkan, memperjualbelikan, menyewakan, menyediakan pornografi yang secara eksplisit memuat: a. persenggamaan, termasuk persenggamaan yang menyimpang; b. kekerasan seksual; c. masturbasi atau onani; d. ketelanjangan atau tampilan yang mengesankan ketelanjangan; e. alat kelamin; f. pornografi anak.*

2. Tindak Pidana menyediakan jasa pornografi (Pasal 30).

Materi delik ini menunjuk pada daftar larangan dalam Pasal 4 ayat (2) yang lengkapnya sebagai berikut: “...dilarang menyediakan jasa pornografi yang: a. menyajikan secara eksplisit ketelanjangan atau tampilan yang mengesankan ketelanjangan; b. menyajikan secara eksplisit alat kelamin; c. mengeksploitasi atau memamerkan aktivitas seksual; atau d. menawarkan atau mengiklankan, baik langsung maupun tidak langsung layanan seksual.

²⁵*Ibid*

Jika dipilah berdasarkan materi perbuatan dan obyek perbuatan, maka larangan dalam delik ini adalah: *menyediakan jasa pornografi yang; a. menyajikan secara eksplisit ketelanjangan atau tampilan yang mengesankan ketelanjangan; b. menyajikan secara eksplisit alat kelamin; c. mengeksploitasi atau memamerkan aktivitas seksual; d. menawarkan atau mengiklankan, baik langsung maupun tidak langsung layanan seksual.*

3. Tindak Pidana meminjamkan atau mengunduh pornografi (Pasal 31).

Materi delik dalam pasal ini menunjuk pada daftar larangan dalam Pasal 5 yang lengkapnya sebagai berikut: “...Setiap orang dilarang meminjamkan atau mengunduh pornografi sebagaimana dimaksud dalam Pasal 4 ayat (1)”. Tampaknya Pasal 5 yang rujuk delik ini menunjuk lagi pada Pasal 4 ayat (1), sehingga larangan dalam delik ini adalah: *meminjamkan dan mengunduh pornografi yang secara eksplisit memuat: a. persenggaman, termasuk persenggaman yang menyimpang; b. kekerasan seksual; c. masturbasi atau onani; d. ketelanjangan atau tampilan yang mengesankan ketelanjangan; e. alat kelamin; f. pornografi anak.*

4. Tindak pidana memperdengarkan, mempertontonkan, memanfaatkan, memiliki, atau menyimpan produk pornografi (Pasal 32).

Materi delik dalam pasal ini menunjuk pada daftar larangan dalam Pasal 6 yang lengkapnya sebagai berikut: “...dilarang memperdengarkan, mempertontonkan, memanfaatkan, memiliki, atau menyimpan produk pornografi sebagaimana dimaksud dalam Pasal 4 ayat 1, kecuali yang diberi kewenangan oleh peraturan perundang-undangan”.

Sama seperti Pasal 5, maka Pasal 6 yang dirujuk delik ini menunjuk objek pornografi yang dimuat dalam Pasal 4 ayat (1), sehingga larangan dalam delik ini adalah: *a. memperdengarkan; b. mempertontonkan; c. memanfaatkan; d. memiliki; e. menyimpan pornografi yang secara eksplisit memuat: a. persenggamaan, termasuk persenggamaan yang menyimpang; b. kekerasan seksual; c. masturbasi atau onani; d. ketelanjangan atau tampilan yang mengesankan ketelanjangan; e. alat kelamin; f. pornografi anak.*

5. Tindak pidana mendanai atau memfasilitasi perbuatan-perbuatan pornografi (Pasal 33).

Materi delik ini menunjuk pada daftar larangan dalam Pasal 7 yang lengkapnya sebagai berikut: “...dilarang mendanai atau memfasilitasi perbuatan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 4”. Pasal 7 yang dirujuk delik ini ternyata menunjuk objek pornografi yang dimuat dalam Pasal 4 ayat (1), sehingga larangan dalam delik ini adalah: *mendanai atau memfasilitasi orang memproduksi, membuat, memperbanyak, menggandakan, menyebarkan, menyiarkan, mengimpor, mengekspor, menawarkan, memperjualbelikan, menyewakan, atau menyediakan pornografi yang secara eksplisit memuat: 1) persenggamaan, termasuk persenggamaan yang menyimpang; 2) kekerasan seksual; 3) masturbasi atau onani; 4) ketelanjangan atau tampilan yang mengesankan ketelanjangan; 5) alat kelamin; 6) pornografi anak. b. Orang yang menyediakan jasa pornografi yang : 1) menyajikan secara eksplisit ketelanjangan atau tampilan yang mengesankan ketelanjangan; 2) menyajikan secara eksplisit alat kelamin; 3) mengeksploitasi atau memamerkan aktivitas seksual; 4) menawarkan atau mengiklankan, baik langsung maupun tidak langsung layanan seksual.*

6. Tindak pidana sengaja menjadi objek atau model yang mengandung muatan pornografi (Pasal 34).

Materi delik ini menunjuk pada daftar larangan dalam Pasal 8 yang lengkapnya sebagai berikut: "...dilarang dengan sengaja atau atas persetujuan dirinya menjadi objek atau model yang mengandung muatan pornografi". Dengan demikian larangan dalam delik ini adalah: *dengan sengaja atau atas persetujuannya menjadikan dirinya sebagai objek atau model yang mengandung muatan pornografi*.

7. Tindak pidana sengaja menjadikan orang lain sebagai objek atau model yang mengandung muatan pornografi (Pasal 35).

Perbuatan yang dilarang dalam Pasal 35 ini sama dengan perbuatan yang dilarang dalam Pasal 9 yang lengkapnya sebagai berikut: "...dilarang menjadikan orang lain sebagai objek atau model yang mengandung muatan pornografi". Dengan demikian larangan dalam delik ini adalah: *menjadikan orang lain sebagai objek atau model yang mengandung muatan pornografi*.

8. Tindak pidana pornografi mempertontonkan diri atau orang lain dalam pertunjukan atau di muka umum yang menggambarkan ketelanjangan, eksploitasi seksual, persenggamaan (Pasal 36).

Perbuatan yang dilarang dalam Pasal 35 ini sama dengan perbuatan yang dilarang dalam Pasal 10 yang lengkapnya sebagai berikut: "...dilarang mempertontonkan diri atau orang lain dalam pertunjukan atau di muka umum yang menggambarkan ketelanjangan, eksploitasi seksual, persenggamaan, atau yang bermuatan pornografi lainnya". Dengan demikian larangan dalam delik ini adalah: *mempertontonkan diri atau orang lain yang menggambarkan ketelanjangan, eksploitasi seksual, persenggamaan atau yang bermuatan pornografi lainnya dalam pertunjukan atau di muka umum*.

9. Tindak pidana pornografi yang melibatkan anak (Pasal 37 UUP). Rumusan deliknya: "Setiap orang yang melibatkan anak dalam kegiatan dan/atau sebagai objek sebagaimana dalam Pasal 11 dipidana dengan pidana yang sama dengan pidana sebagaimana dimaksud dalam Pasal 29, Pasal 30, Pasal 31, Pasal 32, Pasal 34, Pasal 35 dan Pasal 36, ditambah 1/3 (sepertiga) dari maksimum ancaman pidananya".

Jelas Pasal 37 ini bukan rumusan tindak pidana pornografi yang berdiri sendiri, melainkan ketentuan mengenai alasan pemberatan pidana pada semua tindak pidana pornografi. Berbeda halnya dengan Pasal 38 UUP yang merupakan tindak pidana yang berdiri sendiri meskipun juga menyangkut anak. Unsur anak menurut Pasal 37 UUP merupakan alasan pemberatan tindak pidana Pasal 29, Pasal 30, Pasal 31, Pasal 32, Pasal 33, Pasal 34, Pasal 35, Pasal 36 UUP.

Ada 2 perlakuan terhadap anak yang menjadi faktor pemberatan pidana, yaitu anak yang dilibatkan dalam kegiatan yang dimaksud Pasal 11 UUP dan anak sebagai objek kegiatan yang dimaksud Pasal 11. Kegiatan yang dimaksud Pasal 11 adalah kegiatan sebagaimana yang dimaksud dalam Pasal 4, Pasal 5, Pasal 6, Pasal 37, Pasal 8, Pasal 9, atau Pasal 10 UUP. Dengan kata lain, kegiatan tersebut sama artinya dengan tindak pidana yang dirumuskan dalam Pasal 29,30,31,32,33,34,35 dan 36 UUP. Oleh sebab itu, pidana yang dijatuhkan pada pembuat tindak pidana pada pasal-pasal tersebut dapat ditambah dengan sepertiga dari ancaman maksimum pada pasal-pasal yang dilanggar.

10. Tindak pidana mengajak, membujuk, memanfaatkan, membiarkan, menyalahgunakan kekuasaan, atau memaksa anak menggunakan produk atau jasa pornografi (Pasal 38 UUP).

Perbuatan yang dilarang dalam Pasal 38 ini sama dengan perbuatan yang dilarang dalam Pasal 12 yang lengkapnya sebagai berikut: "...dilarang mengajak, membujuk, memanfaatkan, membiarkan, menyalahgunakan kekuasaan atau memaksa anak dalam menggunakan produk atau jasa pornografi". Karena itu, larangan dalam delik ini adalah: *mengajak, membujuk, memanfaatkan, membiarkan, menyalahgunakan kekuasaan, memaksa anak dalam menggunakan produk atau jasa pornografi*

Pasal 38 juga termasuk tindak pidana pornografi anak sebab 6 (enam) bentuk perbuatan yang ditujukan pada anak dalam rumusan Pasal mengharuskan melibatkan anak, yaitu anak sebagai objek tindak pidana, sementara tindak pidananya adalah tindak pidana yang dirumuskan dalam Pasal 29 sampai dengan Pasal 37 UUP.

f.2. Kajian Asas Legalitas

f.2.1. Konsep Pornografi

Bagian pertama yang perlu dikaji dari sisi asas legalitas, adalah soal konsep pornografi yang dianut UU a quo (Pasal 1 angka 1) karena konsep tersebut memberikan gambaran dan arah mengenai apa yang dimaksud dengan pornografi. Dengan kata lain, suatu definisi yang termuat dalam Ketentuan Umum suatu Peraturan Perundang-undangan, dalam hal ini Pasal 1 angka 1 UU Pornografi, akan menentukan pemaknaan terhadap dengan pasal-pasal yang lain, karena definisi tersebut merupakan substansi yang selalu mendasari dan menjadi pijakan rumusan seluruh pasal-pasal selanjutnya.

Pasal 1 angka 1 UU a quo, merumuskan pornografi sebagai: gambar, sketsa, ilustrasi, foto, tulisan, suara, bunyi, gambar bergerak, animasi, kartun, percakapan, gerak tubuh, atau bentuk pesan lainnya melalui berbagai bentuk media komunikasi dan/atau pertunjukan di muka umum, yang memuat kecabulan atau eksploitasi seksual yang melanggar norma kesusilaan dalam masyarakat²⁶.

Dalam membaca suatu teks undang-undang, berlaku postulat: *primo executiunda est verbis vis, ne sermonis vitio obstruatur oratio, sive lex sine argumentis*. Artinya, perkataan (yang tertulis dalam aturan) adalah hal pertama yang diperiksa untuk mencegah adanya kesalahan pengertian atau kekeliruan dalam memahami suatu aturan hukum. Dengan menggunakan dalil tersebut, maka ada beberapa hal yang bermasalah jika dilihat dari asas legalitas.

Pertama, substansi pornografi dalam rumusan tersebut lebih luas dari makna terminology pornografi itu sendiri karena mencakup pula aspek pornoaksi seperti: "bunyi", "percakapan", dan "gerak tubuh". Pornografi versi UU ini tidak lagi terbatas pada aspek *graphein* (gambar, tulisan, sketsa dan semacamnya) yang mengandung materi seksualitas, melainkan mencakup aspek aksi (pornoaksi) atau tindakan berupa aktivitas fisik yang mengandung materi seksualitas. Hal ini penting diperhatikan oleh karena nomenklatur UU ini adalah UU Pornografi. Jadi memasukan unsur pornoaksi sebagai bagian dari pornografi dapat dianggap melangkahi prinsip ketepatan isi atau precision principle dari asas legalitas.

²⁶Pasal 1 ayat (1) UU No. 44 Tahun 2008.

Dengan memasukan diksi atau kata-kata seperti “bunyi”, “percakapan”, dan “gerak tubuh” sebagai bagian dari pornografi, maka delik pornografi dapat saja diterapkan terhadap misalnya seorang yang pada resepsi pernikahan memakai kebaya yang agak terbuka di bagian dada, atau goyang dangdut yang meliuk-liuk di atas pentas dengan pakaian ketat yang menutupi seluruh tubuhnya.

f.2.2. Perbuatan Yang Dilarang

Unsur perbuatan pornografi dalam UU a quo terbilang banyak dan cenderung tumpang-tindih, sebagaimana diatur pada pasal 4 s/d ada 13. Rinciannya adalah sebagai berikut:

- Memproduksi
- Menyediakan
- Membuat
- Menyewakan
- Memperbanyak
- Menyediakan
- Menggandakan
- Meminjamkan
- Mengunduh
- Menyebarluaskan
- Memperdengarkan
- Menyiarkan
- Mempertontonkan,
- Mengimpor
- Memanfaatkan,
- Mengekspor
- Memiliki
- Menawarkan
- Menyimpan produk pornografi
- Memperjual-belian
- Mengajak
- Menyewakan
- Membujuk
- Menyetujui sebagai obyek
- Memanfaatkan
- Membiarkan
- Menyalahgunakan kekuasaan
- Memaksa anak

Dari list unsur perbuatan tindak pidana pornografi di atas terdapat tumpang tindih pengertian satu dengan yang lainnya seperti misalnya: pengertian memproduksi dengan membuat, memperbanyak dengan menggandakan, menyebarluaskan dengan mengedarkan dan memperjual-belian. Hal ini mempunyai akibat bahwa pada suatu kasus tertentu maka dapat diterapkan dua atau tiga perbuatan pidana sekaligus.

Dalam konteks fungsi perlindungan dari asas legalitas, maka aturan hukum harus berpegang pada prinsip *lex scripta*, *lex certa*, dan *lex stricta*. *Lex scripta* mengandung pengertian bahwa hukum harus tertulis. Sedangkan *lex certa* berarti hukum pidana harus jelas sehingga tidak menimbulkan ketidakpastian hukum. Sementara *lex stricta* memiliki makna bahwa hukum haruslah diatur secara ketat. Semua merupakan pengejawantahan asas *exceptio firmit regulam* dan prinsip *legal certainty*.

Singkatnya, inti kepastian adalah adanya aturan yang jelas dan tegas sedemikian rupa sehingga pada tingkat yang masuk akal orang bisa menggunakannya sebagai pedoman perilaku dan bisa memprediksi konsekuensi yang ditimbulkan oleh suatu tindakan tertentu. Konsep seperti ini ditemukan misalnya dalam James R Maxeiner yang mengatakan bahwa, *legal certainty.... "requires that all law be sufficiently precise to allow the person – if need be, with appropriate advice – to foresee, to a degree that is reasonable in the circumstances, the consequences which a given action may entail"*²⁷. Tidak jauh berbeda dengan Maxeiner, Patricia Popelier juga berpendapat bahwa: "... above all, that those subject to the law must know what the law is so that they can abide by it and plan their lives accordingly"²⁸.

Berdasarkan ukuran kepastian hukum, unsur perbuatan pornografi dalam UU a quo yang tumpang-tindih tersebut secara tidak langsung mengabaikan fungsi-fungsi utama dari asas legalitas. Fungsi pertama legalitas adalah memberi maklumat kepada publik seluas mungkin tentang apa yang dilarang oleh hukum pidana sehingga mereka dapat menyesuaikan tingkah lakunya²⁹. Fungsi kedua adalah membatasi ruang jangkauan hukum pidana³⁰. Fungsi ketiga adalah mengamankan posisi hukum rakyat terhadap kesewenang-wenangan negara³¹. Fungsi keempat, adalah membatasi kesewenang-wenangan yang mungkin timbul dalam hukum pidana dan mengawasi serta membatasi pelaksanaan dari kekuasaan itu atau menormakan fungsi pengawasan dari hukum pidana itu. Fungsi kelima adalah memberikan kepastian hukum kepada masyarakat mengenai perbuatan-perbuatan yang dilarang (tindak pidana) yang disertai dengan ancaman pidana tertentu. Dengan adanya penetapan perbuatan terlarang itu berarti ada kepastian (pedoman) dalam bertingkah laku bagi masyarakat.

Itulah sebabnya, sebuah aturan menurut Hart harus memenuhi prinsip-prinsip hukum yang baik³², yakni ketersediaan aturan yang jelas-tegas, adanya jaminan prediktabilitas, kontinuitas, dan akseptabilitas. Dapat dikatakan, ketersediaan aturan

²⁷James R Maxeiner, "[Some Realism About Legal Certainty in Globalization of The Rule of Law](#)". Houston Journal of International law. Retrieved 29 May 2011.

²⁸Patricia Popelier, *Legal Certainty and Principles of Proper Law Making*, 2 EUR. IL. REFORM, 2000, p 321, 321.

²⁹Abdullah Ahmed An-Naim, *Dekonstruksi Syari'ah*, Yogyakarta, LkiS dan Pustaka Pelajar, 1990, hlm. 197.

³⁰Antonie A.G. Peters, "Main Current in Criminal Law Theorie", in *Criminal Law in Action*, Gouda Quint by, Arnhem, 1986, hal. 33, dikutip dari Kamariah Emong, "Ajaran Sifat Melawan Hukum Material Dalam Hukum Pidana Indonesia", Pidato Pengukuhan Guru Besar, UNPAD, Bandung, Maret 1994, hlm 43.

³¹Roeslan Saleh mengutip Antonie A.G. Peter, dalam *Asas Hukum Pidana Dalam Perspektif*, Jakarta: Aksara Baru, 1981, hlm. 28.

³²Lon L. Fuller, *The Morality of Law*, New Haven: Yale University Press, 1964.

yang jelas-tegas dan *predictable*³³, merupakan keharusan yang terkait dengan kepastian hukum secara formal. Sedangkan kontinuitas dan akseptabilitas, merupakan keharusan moral yang terkait dengan kepastian hukum secara materil. Dengan demikian, *legal certainty* selalu harus dibaca sebagai kejernihan aturan, *predictable*, dijamin kontinuitasnya, dan harus bisa diterima atau dijalankan³⁴.

Hanya dengan begitu, kehadiran hukum sebagai aturan, bisa dirasakan oleh pencari keadilan sebagai pedoman—melalui mana dengan apa—mereka mentautkan dan menggantungkan harapan-harapannya yang sah dalam menghadapi ragam persoalan dalam hidup bersama.

f.2.3. Actus Reus Heavy

Definisi pornografi dalam pasal a quo terlampau deskriptif sehingga semua “materi seksualitas” dalam berbagai bentuk tersebut dianggap jahat pada dirinya. Padahal tidak semua “materi seksualitas” yang dibuat oleh manusia dalam bentuk gambar, sketsa, ilustrasi, foto, tulisan, dan sebagainya dimaksudkan atau diperuntukkan untuk maksud jahat (merangsang seksualitas) seperti misalnya arsitektur Gothic Abad Renaissance, relief Candi Borobudur, Candi Prambanan dan sebagainya.

Kecenderungan UU a quo lebih menekankan pencelaan perbuatan terlihat dalam rumusan delik yang ada. Di antara 10 pasal mengenai tindak pidana, hanya ada satu pasal dalam UU a quo yang mencantumkan secara *expresiv verbis* unsur “dengan sengaja” yaitu pada Pasal 34 UU Pornografi. Kondisi tersebut dapat dimaknai bahwa titik berat perumusan delik dalam UU ini adalah pada pencelaan perbuatan.

Dari sisi doktrinal atau teori, system perumusan seperti ini cenderung berat sebelah karena sejatinya substansi suatu tindak pidana, tidak hanya menyangkut perbuatan pidana atau *actus reus*, melainkan juga kesalahan dalam diri pelaku yakni adanya niat jahat atau *mens rea*. Artinya, apa yang disebut tindak pidana selalu menyangkut dua hal pokok yang sama-sama penting, yaitu: perbuatan melawan hukum dan kesalahan atau *schuld*.

Perumusan delik yang bersifat pukul rata versi UU Pornografi di atas, akan membuat semua perbuatan dalam 9 (sembilan) pasal yang lain dianggap serta-merta mengandung kesalahan dalam dirinya. Secara logis, hal ini memiliki kaitan dengan rumusan definisi pornografi dalam Pasal 1 angka 1 UU a quo.

Untuk mencegah hal-hal seperti itu tidak dipersalahkan sebagai pornografi, maka rumusan Pasal 1 ayat (1) tersebut mestinya memasukkan aspek *mens rea* sebagai patokan kesalahan atau pencelaan, sebagaimana definisi atau konsep pornografi dalam berbagai literatur.

Sekedar sebagai contoh, Kamus Besar Bahasa Indonesia, mengartikan pornografi sebagai: (i). penggambaran tingkah laku secara erotis dengan lukisan atau tulisan *untuk* (cetak miring penulis) membangkitkan nafsu birahi; (2). bahan bacaan yang *dengan sengaja dan semata-mata dirancang untuk* (cetak miring penulis) membangkitkan nafsu birahi dalam seks³⁵. Makna yang kurang lebih sama, terdapat dalam *Webster New*

³³Bernard A. Sidharta, “Kajian Kefilsafatan tentang Negara Hukum”, dalam Jentera (Jurnal Hukum), “Rule of Law”, Pusat Studi Hukum dan Kebijakan (PSHK), edisi 3 Tahun II, November, Jakarta, 2004, hlm.124-125.

³⁴Jerome Frank, *Law and Modern Mind*, Anchor Books Doubleday & Company Inc, New York, USA, 1963.

³⁵Departemen Pendidikan dan Kebudayaan Republik Indonesia, Kamus Besar Bahasa Indonesia, Jakarta: Balai Pustaka, Cet. 3, hlm. 860

World Dictionary (1988:1051) yang memberikan definisi tentang pornografi, sebagai: "... writing, pictures etc. intended primarily to arouse sexual desire..."³⁶.

Ada dua hal yang ditekankan dalam pengertian menurut dua kamus tersebut. Pertama, penggambaran tingkah laku secara erotis dengan lukisan atau tulisan (*writing, pictures etc.*). Kedua, penggambaran itu dengan sengaja dan semata-mata dirancang untuk membangkitkan nafsu birahi dalam seks (*intended primarily to arouse sexual desire*).

Unsur "sengaja dan semata-mata dirancang untuk membangkitkan nafsu" dalam konsep pornografi ditemukan pada hampir semua sumber rujukan. Sebut saja misalnya dalam *Encyclopedia Britanica* disebutkan bahwa pornography: *The representation or erotic behaviour, as in book, picture, or films, intended to cause sexual excitement* (suatu pengungkapan atau tingkah laku yang erotik seperti di dalam buku-buku, gambar-gambar, dalam film-film, yang ditunjukkan untuk menimbulkan kegairahan seksual).

Begitu juga definisi yang dikemukakan oleh suatu Komite dari Parlemen Inggris tahun 1979 tentang Pornografi, dikatakan:

A pornographic representation combines two feature: it has a certain or intention, to arouse its audience sexually, and also a certain content, explicit representation of sexual materials (organs, postures, activity, etc). American Psychological Association, memberi definisi pornografi sebagai, "*sexually explicit media which are mainly intended to stimulate viewers sexually*"³⁷.

Sama seperti Webster New World Dictionary maupun Kamus Besar Bahasa Indonesia, aksentuasi pornografi versi American Psychological Association, adalah penggambaran seks secara terang-terangan yang sengaja dibuat untuk merangsang penontonnya. Lebih rinci, *Encarta Dictionary Tools* dalam Sutan Remy Syahdeini³⁸, pornography diberi arti sebagai: *Sexually explicit material: films, magazines, writing, photographs, or other materials that are sexually explicit and intended to cause sexual arousal sexual images industry: the production or sale of sexually explicit films, magazine, or other materials.*

Pentingnya aspek mens rea sebagai patokan kesalahan, oleh karena hukum pidana mengenal dua ajaran dalam melihat unsur obyektif dan unsur subyektif tindak pidana, yakni monisme dan dualisme. Bagi ajaran monisme, antara unsur subjektif (pelaku/pembuat pidana) dengan unsur objektif (perbuatan) tidak perlu dilakukan pemisahan. Dengan kata lain, perbuatan menyatu dengan kesalahan. Setiap perbuatan yang melanggar rumusan delik dianggap mengandung kesalahan dalam dirinya. Sedangkan bagi yang dualisme, perbuatan dan kesalahan dipisahkan. perbuatan yang mengandung sifat melawan hukum adalah satu soal, yang harus dibedakan dengan kesalahan dan kemampuan bertanggung jawab pelaku. Asas yang mendasarinya adalah *an act does not make a person guilty unless the his mind a guilty*. Dengan kata lain, *suatu perbuatan tidak dapat membuat orang bersalah kecuali dilakukan dengan niat jahat*.

Jika rumusan Pasal 1 ayat (1) UU Pornografi dibaca menggunakan ajaran monisme, maka arsitektur Ghotic Abad Renaissance, relief Candi Borobudur, Candi Prambanan dan sebagainya itu disalahkan sebagai pornografi karena aksentuasinya adalah pada perbuatan. Sebaliknya jika dibaca menggunakan ajaran dualisme, maka

³⁶Webster New World Dictionary (1988:1051)

³⁷American Psychological Association, Task Force on the Sexualization of Girls. In Report of the APA Task Force on the Sexualization of Girls, 2007.

³⁸S.R. Sjahdeini, *Kejahatan dan Tindak Pidana Komputer*. Grafiti, Jakarta, 2009, hal. 228.

hal-hal tersebut tidak bisa dipersalahkan sebagai pornografi karena tidak diniatkan jahat untuk membangkitkan nafsu birahi.

Dengan demikian, dari sisi asas legalitas, formulasi larangan dalam Pasal 1 tersebut melangkahi *clearness principle*. Prinsip *clearness* menuntut bahwa perbuatan yang dikriminalisasikan harus digambarkan secara jelas-tegas. Prinsip kejelasan ini sangat penting oleh karena menyangkut fungsi primer legalitas yaitu fungsi perlindungan dan fungsi petunjuk. Melalui rumusan yang jelas dan tegas, maka dapat mencegah aturan hukum pidana dipakai secara *all embracing and all purpose act* yang akan menciderai hak-hak seseorang. Pada sisi yang lain rumusan yang jelas berfungsi sebagai pedoman yang mengenai apa yang dilarang dan apa yang tidak, dan dengan itu seseorang menyesuaikan perilakunya.

Jadi yang ingin ditekankan oleh penulis di sini adalah, bahwa delik pornografi harus didasarkan pada unsur “sengaja dan semata-mata dirancang untuk membangkitkan nafsu birahi dalam seks”, bukan hanya aspek “dapat membangkitkan nafsu birahi dalam seks” saja. Menggeloranya nafsu birahi tidak semata-mata karena materi porno, sebab bisa saja seorang pemuda melihat foto pacarnya (dalam pakaian lengkap) kemudian muncul rasa rindu pada dirinya disertai imajinasi-imajinasi erotis dan hasrat seksual. Begitu juga relief-relief erotis di Candi Borobudur tidak selalu bisa membangkitkan nafsu birahi seks seseorang yang berpikiran normal.

f.2.4. Pencelaan Berbasis Norma Kesusilaan

Patokan pencelaan terhadap suatu perbuatan (dalam Pasal 1) didasarkan pada norma kesusilaan dalam masyarakat. Jadi ukuran porno tidaknya sebuah gambar, sketsa, ilustrasi, atau foto yang bermuatan “materi seksualitas” adalah norma kesusilaan dalam masyarakat. Penerapan norma kesusilaan suatu masyarakat kepada perilaku warganya sendiri yang tumbuh dalam faham kesusilaan tersebut, relative tidak menimbulkan masalah. Namun tidak demikian jika norma kesusilaan dimaksud diterapkan kepada mereka yang tidak tumbuh dalam faham kesusilaan tersebut, maka akan memunculkan masalah yang tidak mudah.

UU a quo tidak menjelaskan pengertian dari norma kesusilaan itu sendiri, dan bagaimana kaitannya dengan norma kesopanan, tata karma dan sebagainya. Tidak ada nilai kesusilaan yang tunggal atau seragam. Hal ini diakui oleh Barda Nawawi Arief, bahwa batasan-batasan kesusilaan (etika) sangat tergantung dengan nilai-nilai yang berlaku dalam suatu masyarakat³⁹. Bahkan menurut R. Soesilo, sifat merusak perbuatan-perbuatan yang tergolong melanggar kesusilaan kadang-kadang amat tergantung pada pendapat umum pada waktu dan tempat tertentu⁴⁰. Akhirnya, selama ini pemaknaan terhadap kesusilaan diserahkan kepada aparat penegak hukum. Hal inilah yang mengakibatkan seluruh ketentuan-ketentuan diatas menemukan problem tersendiri pada penegakan hukumnya.

Menurut Andi Hamzah⁴¹ kesusilaan merupakan sesuatu yang “menimbulkan rasa malu seksual”. Meski diungkapkan secara sederhana, tapi cakupannya menjadi luas karena rasa malu seksual sangat tergantung dari agama, budaya, dan daerah dimana pasal ini akan diterapkan. Apa yang dikatakan Andi Hamzah itu, memiliki substansi yang sama dengan pengertian dalam *The Lexicon Webster Dictionary*, yang mengartikan kesusilaan sebagai: “*behavior as to right or wrong, especially in relation*

³⁹Barda Nawawi Arief, *Bunga Rampai Kebijakan Hukum Pidana*, Bandung, 1996.

⁴⁰R. Soesilo, *KUHP Serta Komentarnya Lengkap Pasal Demi Pasal*, Bogor, 1996.

⁴¹Andi Hamzah, *Delik-delik Tertentu (Special Delicten) di Dalam KUHP*, Jakarta, Sinar Grafika hal 156.

to sexual matter” (kelakuan yang benar atau salah, khususnya dalam hubungan pada hal/kejadian seksual)⁴².

Kamus Besar Bahasa Indonesia mendefinisikan kesusilaan antara lain: perihal susila; yang berkaitan dengan adab dan sopan santun; norma yang baik; kelakuan yang baik; tata krama yang luhur⁴³. Menurut Kamus Hukum pengertian kesusilaan diartikan sebagai tingkah laku, perbuatan percakapan bahwa sesuatu apapun yang berpautan dengan norma-norma kesopanan yang harus/dilindungi oleh hukum demi terwujudnya tata tertib dan tata susila dalam kehidupan bermasyarakat⁴⁴.

Jika kita kaitkan dengan konsep yang dianut KUHP, di situ dibedakan antara kesusilaan (*zedelijkheid*) dan kesopanan (*zeden*). Menurut Wirjono Prodjodikoro, dalam teks asli bahasa Belanda mengenai tindak pidana kesusilaan, ada kesusilaan dalam arti *zedelijkheid* dan ada kesusilaan dalam arti (*zeden*). Dalam Bab XIV Buku Kedua dan Bab VI Buku Ketiga KUHP, diatur jenis tindak pidana dalam makna *zedelijkheid* dan tindak pidana dalam makna *zeden*. Untuk kejahatan melanggar kesusilaan dalam makna *zedelijkheid* terdapat pada Pasal 281 sampai dengan Pasal 299, dan untuk pelanggaran terhadap kesusilaan *zedelijkheid* dirumuskan dalam Pasal 532 sampai Pasal 535. Sedangkan tentang tindak pidana terhadap kesusilaan dalam makna *zeden* (kesopanan) diatur dalam Pasal 536 sampai dengan Pasal 547. Tindak pidana jenis ini tidak berhubungan dengan masalah seksual, dan dirumuskan dalam jenis pelanggaran terhadap kesopanan⁴⁵. Contoh tentang kejahatan kesusilaan (*zedelijkheid*) adalah Pasal 282 ayat (1) KUHP.

Pasal 282

(1) Barang siapa menyiarkan, mempertunjukkan atau menempelkan di muka umum tulisan, gambaran atau benda yang telah diketahui isinya melanggar kesusilaan, atau barang siapa dengan maksud untuk disiarkan, dipertunjukkan atau ditempelkan di muka umum, membikin tulisan, gambaran atau benda tersebut....” diancam dengan pidana penjara paling lama satu tahun enam bulan atau pidana denda paling tinggi empat ribu lima ratus rupiah.

Sedangkan contoh pelanggaran kesopanan (*zeden*) adalah ketentuan Pasal 536 ayat (1) KUHP.

Pasal 536

(1) Barang siapa terang dalam keadaan mabuk berada di jalan umum, diancam dengan pidana denda paling banyak dua ratus dua puluh lima rupiah.

Kata *zeden* memiliki arti yang lebih luas dari kesusilaan. Kesopanan (*zeden*) pada umumnya adalah mengenai adat kebiasaan yang baik dalam hubungan antara berbagai anggota masyarakat. Sedangkan kesusilaan (*zedelijkheid*) juga merupakan adat kebiasaan yang baik tersebut (*zeden*) namun khusus mengenai kelamin (seks) seseorang. Jadi dalam konteks KUHP, kesopanan (*zeden*) memiliki dua ranah pengaturan secara substansial yakni kesopanan di bidang kesusilaan (disebut *zedelijkheid*) dan kesopanan diluar bidang kesusilaan (disebut *zeden*).

⁴²Lih dalam 35 Leden Marpaung, *Kejahatan Terhadap Kesusilaan dan Masalah Prevensinya*, Jakarta, Sinar Grafika, 2008 hal 2.

⁴³Departemen Pendidikan Dan Kebudayaan, Kamus Besar Bahasa Indonesia, Balai Pustaka, Edisi-3, Jakarta, 2005.

⁴⁴Soedarso, Kamus Hukum, Rineka Cipta, Jakarta, 1992, hal. 6.

⁴⁵Wirjono Prodjodikoro, 2003, *Tindak-Tindakan Pidana Tertentu di Indonesia*, Refika Aditama, Yogyakarta, h. 111.

f.2.6. Tidak Membedakan Antara Pornografi dengan Erotica dan Cabul

Rumusan Pasal 1 angka 1 UU Pornografi tidak membedakan antara pornografi dan erotica. Padahal beberapa literatur memisahkan dengan cukup tegas. Meski keduanya sama-sama menampilkan ketelanjangan dan seks, namun ada perbedaan mendasar antara keduanya. Fokus dari pornografi adalah pada adanya tujuan khusus untuk merangsang penikmatnya secara seksual. Sedangkan erotika lebih berfokus pada aspek non seksual (bukan ditujukan untuk merangsang secara seksual), seperti patung dewa-dewi Yunani atau Romawi⁴⁶. Relief-relief Candi Borobudur dan Candi Prambanan juga mengandung materi seksualitas yang dibuat oleh manusia dalam bentuk gambar, ukiran, dan sketsa. Di sebuah gua di Inggris terdapat artefak berupa benda mirip kelamin perempuan yang diyakini berusia 12 ribu tahun. Di Asia, seperti Cina, Jepang, India, dan Persia sudah ada kisah-kisah seks dalam literatur kuno mereka. Namun sifatnya lebih spiritual dan maknanya berbeda dengan pornografi yang kita pahami saat ini. Dengan tidak adanya distingsi yang jelas antara pornografi dan erotica, maka pasal-pasal pornografi dapat diterapkan kepada materi erotica. Demikian pula ketiadaan factor sengaja dan semata-mata dirancang untuk membangkitkan nafsu birahi dalam seks (*intended primarily to arouse sexual desire*) dalam definisi versi UU, akan mengancam hal-hal yang tidak dimaksudkan atau tidak diniatkan jahat sebagai pornografi.

Rumusan Pasal 1 angka 1 UU Pornografi juga tidak membedakan antara pornografi dengan cabul. Dalam konteks KUHP, kejahatan pencabulan merupakan salah satu bentuk dari kejahatan kesusilaan, yaitu terjadinya hubungan seksual tanpa adanya persetujuan dari seorang wanita, bahkan didahului dengan ancaman kekerasan atau dengan kekerasan. Tindak pidana kesusilaan dalam KUHP dibedakan menjadi dua, yaitu Tindak Pidana Perkosaan untuk bersetubuh yang diatur dalam Pasal 285 KUHP; dan tindak pidana perkosaan untuk berbuat cabul yang diatur dalam Pasal 289-296 KUHP. Pengaturan Tentang Kejahatan Pencabulan selain diatur dalam KUHP, yaitu dalam Pasal 289, Pasal 290, Pasal 292, Pasal 293, Pasal 294, Pasal 295 dan Pasal 296 KUHP, juga diatur dalam Pasal 82 Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2002 Tentang Perlindungan Anak.

Seperti diketahui, definisi tentang percabulan, memang tidak seragam di berbagai Negara. Di Belanda misalnya memberikan pengertian yang lebih umum untuk pencabulan, yaitu "persetubuhan diluar perkawinan yang dilarang yang diancam pidana. Ini mirip dengan yang digunakan KUHP. Sedangkan di Amerika Serikat, pencabulan menunjuk pada "kontak atau interaksi antara anak dan orang dewasa di mana anak tersebut dipergunakan untuk stimulasi seksual oleh pelaku atau orang yang berada dalam posisi memiliki kekuatan atau kendali atas korban". Termasuk di sini adalah kontak fisik yang tidak pantas, membuat anak melihat tindakan seksual atau pornografi, menggunakan seorang anak untuk membuat pornografi, atau memperlihatkan alat genital orang dewasa kepada anak.

Dalam semua produk hukum, apalagi hukum pidana, prinsip legalitas⁴⁷ harus dipegang teguh. Moralitas di balik prinsip tersebut adalah perlindungan terhadap rakyat

⁴⁶Ibid.

⁴⁷Perumusan Pasal 1 ayat 1 KUHP terkandung 4 asas hukum pidana di dalamnya, yaitu : (a) asas legalitas formal, (b) asas *lex temporis delicti*, (c) asas *lex certa*, dan (d) asas non-retroaktif.

dari kemungkinan kesewenang-wenangan penguasa⁴⁸. Tuntutan tentang kejelasan aturan hukum menjadi amat penting, oleh karena aturan hukum merupakan pedoman perilaku, baik bagi warga masyarakat maupun bagi aparat dalam rangka penegakan hukum. Bagi warga masyarakat, kejelasan suatu aturan bukan saja mempermudah untuk mengetahui hak dan kewajiban yang diatur oleh hukum, tetapi juga dapat memprediksi atau memperkirakan konsekuensi-konsekuensi yuridis dari tindakan-tindakan hukum yang mereka lakukan.

Demikian juga bagi aparat dalam rangka penegakan hukum. Kejelasan suatu aturan bukan saja mempertegas demarkasi perbuatan-perbuatan yang boleh dituntut secara hukum, tetapi juga menjadi panduan bagi aparat dalam melakukan tugas penerapan hukum. Oleh karena itu, sampai derajat tertentu, “mutu” suatu peraturan akan menentukan proses penegakannya.

Soal kejelasan aturan menjadi sangat krusial, karena dalam sistem *civil law* yang juga dianut Indonesia, seluruh penyelenggaraan hukum berporos pada aturan perundang-undangan atau aturan kodifikasi. Dalam sistem ini, aparat hukum dalam menjalankan tugasnya dituntut untuk selalu berpedoman pada aturan perundang-undangan, bukan pada norma-norma di luar perundang-undangan sebagaimana dalam sistem *common law*.

Dengan kata lain, pekerjaan seorang aparat penegak hukum dalam sistem *civil law*, adalah pertama-tama menerapkan aturan hukum tertulis. Polisi, jaksa, dan hakim harus bertindak berdasarkan UU⁴⁹. Dalam menghadapi peristiwa hukum, peraturan-peraturan yang ada dipakai untuk merekonstruksi sekalian kasus yang dihadapi menurut “logika” norma-norma tersebut. Seperti dikatakan Erik Wolf, bagi polisi, jaksa, atau pun hakim, aturan tertulis adalah sesuatu dengan mana ia bekerja sehari-hari.

Sebagai perlengkapan pekerjaannya, ia dituntut untuk percaya pada aturan tersebut. Kesetiaan itu tentu saja sebagai akibat belaka dari ancaman bahaya ketidakpastian, bila ia harus memperdulikan hal-hal lain di luar aturan. Sudah umum diketahui, dalam menjalankan pekerjaan yang telah dilimpahkan kepadanya, seorang aparat sulit sekali untuk tidak mendasarkan diri pada aturan yang dipegangnya. Pertimbangan rasa aman dalam tugas, terutama ketika menjalankan tugas rutin menegakan hukum, telah menjadi pendorong utama untuk “setia” pada aturan-aturan yang sudah pasti. Itulah sebabnya, seorang aparat lebih aman berpegang pada aturan ketimbang disalahkan karena menuruti rasa hati yang berada di luar aturan. Bagi mereka, tidak ada jaminan apapun yang mengamankan tugas dan kariernya jika menyimpangi sebuah ketentuan hukum demi sesuatu di luar aturan yang dipegangnya.

⁴⁸ Menurut Nico Keijzer, asas legalitas mempunyai dua fungsi dasar, yaitu: *Fungsi perlindungan*, artinya undang-undang pidana berfungsi untuk melindungi rakyat terhadap pelaksanaan kekuasaan tanpa batas oleh pemerintah. Di samping fungsi melindungi, undang-undang pidana juga mempunyai *fungsi instrumental*, artinya di dalam batas-batas yang ditentukan oleh undang-undang pelaksanaan kekuasaan oleh pemerintah untuk menuntut setiap orang yang melanggar, tegas-tegas diperbolehkan. Pengertian dasar pasal 1:1 KUHP menurut Keijzer, berkaitan pula dengan keharusan untuk adanya jaminan prosedur yang memadai dan kepastian hukum dalam hukum pidana. Oleh karena itu, dimensi lain yang tercakup dalam asas legalitas adalah dimensi politik hukum yang berarti perlakuan yang sama di depan hukum bagi semua orang tanpa kecuali. Asas perlakuan yang sama inilah menurut Keijzer menjadi landasan perlindungan hak asasi manusia dalam hukum pidana (Nico Keijzer, *Legaliteitsbeginsel* yang telah diterjemahkan oleh Wonosusanto dan diedit oleh J.E. Sahetapy dengan judul *Asas Legalitas*; Makalah pada Penataran Nasional Hukum Pidana Angkatan III Kerjasama Indonesia-Belanda di Kupang, 30 Juli sampai dengan 19 Agustus 1989 hlm. 3 – 4).

⁴⁹ Lih G.J. Wiarda, *Die Typen van Rechtsvinding*, Zwolle, W.E.J. Tjeenk Willink 2de Herziene Druk, 1980, hlm. 11.

Melalui prinsip-prinsip kepastian hukum yang berbobot, maka terjamin fungsi kaidah hukum sebagai norma pedoman—melalui mana dengan apa—para pencari keadilan dan masyarakat bisa memastikan apa yang boleh dan apa yang tidak boleh, apa yang diijinkan dan apa yang tidak diijinkan, serta apa yang dikecualikan dan apa yang tidak dikecualikan. Kejelasan hal-hal yang tersebut di atas, akan membantu pencari keadilan memperkirakan secara relatif pasti mengenai perbuatan dan realisasi harapan-harapan yang sah yang mereka gantungkan pada hukum. Misalnya harapan perlindungan hak, harapan diperlakukan secara fair, harapan mendapatkan keadilan, dan lain sebagainya.

Oleh karena itu, sulit diharapkan terjadinya penegakan hukum yang efektif jika materi hukumnya tidak jelas. Aturan yang tidak jelas justru dapat menjerumuskan seorang aparat dalam kesulitan. Di satu pihak, ia harus menerapkan aturan yang tidak jelas/tegas itu dalam kasus-kasus riil. Sementara di pihak lain, ia selalu dihantui oleh kemungkinan adanya kekeliruan menafsirkan aturan tersebut. Dalam kondisi psikologis yang dilematis seperti ini, maka sulit diharapkan aparat penegak hukum dapat menjalankan tugas secara maksimal.

G. Kesimpulan

Dari uraian di atas dapat diketahui, bahwa asas legalitas sesungguhnya mempunyai tujuan utama untuk melindungi harkat dan martabat seseorang dari kesewenang-wenangan penguasa dalam menerapkan hukum. Oleh karena diketahui bahwa ciri hukum pidana adalah *Policing the Police*, dalam arti mengatur penguasa dalam melakukan aktifitasnya, harus sesuai dengan prinsip-prinsip hukum. Dengan azas legalitas setiap warga negara dan setiap orang akan menjadi tahu mana perbuatan yang dilarang dan yang tidak beserta segala konsekuensinya. Dalam konteks fungsi perlindungan dari asas legalitas, maka aturan hukum harus berpegang pada prinsip *lex scripta*, *lex certa*, dan *lex stricta*. *Lex scripta* mengandung pengertian bahwa hukum harus tertulis dan diundangkan sehingga dapat dibaca dan diketahui oleh semua warga negara. Sedangkan *lex certa* berarti hukum pidana harus jelas sehingga tidak menimbulkan ketidakpastian hukum, oleh karena itu ada prinsipangan dalam penafsiran hukum yang terkadang penerapannya justru menimbulkan ketidakpastian hukum. Sementara *lex stricta* memiliki makna bahwa hukum haruslah diatur secara ketat. Semua merupakan pengejawantahan asas *exemptio firmat regulam* dan prinsip *legal certainty*

Dalam persoalan pornografi pun harus jelas pengaturannya, supaya tidak menimbulkan kegaduhan dalam pelaksanaannya. Mengingat keberagaman yang ada di Indonesia, kriteria pornografi pun dapat beragam. Dengan demikian negara melalui aparat penegak hukumnya harus memperhatikan faktor budaya setempat. Untuk itu perlu dibuat aturan hukum yang dapat memayungi keberagaman ini sehingga dapat menjadi pegangan bagi hakim hususnya untuk menilai apakah suatu perbuatan yang meskipun dianggap melanggar undang-undang itu merupakan sesuatu yang tidak bersifat melawan hukum. Semua perlu pengaturan yang jelas dan itu hanya dapat dilakukan melalui perangkat perundang-undangan yang kredible, sehingga ada keadilan, kepastian dan kemanfaatan dari undang-undang itu sendiri.

DAFTAR PUSTAKA

- Abdullah Ahmed An-Naim, *Dekonstruksi Syari'ah*, Yogyakarta, LkiS dan Pustaka Pelajar, 1990,.
- Albright, J. M. (2008). Sex in America online: An exploration of sex, marital status, and sexual identity in internet sex seeking and its impacts. *Journal of Sex Research*, 45(2), 175-186.
- American Psychological Association, Task Force on the Sexualization of Girls. In *Report of the APA Task Force on the Sexualization of Girls*, 2007.
- Andi Hamzah, *Delik-delik Tertentu (Special Delicten) di Dalam KUHP*, Jakarta, Sinar Grafika
- Antonie A.G. Peters, "Main Current in Criminal Law Theorie", in *Criminal Law in Action*, Gouda Quint by, Arnhem, 1986,
- Antonie A.G. Peters, "Main Current in Criminal Law Theorie", in *Criminal Law in Action*, Gouda Quint by, Arnhem, 1986,
- Barda Nawawi Arief, *Bunga Rampai Kebijakan Hukum Pidana*, Bandung, 1996.
- Bernard A. Sidharta, "Kajian Kefilsafatan tentang Negara Hukum", dalam *Jentera (Jurnal Hukum)*, "Rule of Law", Pusat Studi Hukum dan Kebijakan (PSHK), edisi 3 Tahun II, November, Jakarta, 2004,
- Bernard L. Tanya, *Penegakan Hukum dalam Terang Etika*, Yogyakarta, Genta Publishing, 2011. Gianfranco Poggi, *The Development of the Modern State, A Sociological Introduction*, London: Hurchinson & Co. Ltd., 1978.
- Departemen Pendidikan dan Kebudayaan Republik Indonesia, *Kamus Besar Bahasa Indonesia*, Jakarta: Balai Pustaka, Cet. 3
- Departemen Pendidikan Dan Kebudayaan, *Kamus Besar Bahasa Indonesia*, Balai Pustaka, Edisi-3, Jakarta, 2005.
- G.J. Wiarda, *Die Typen van Rechtsvinding*, Zwolle, W.E.J. Tjeenk Willink 2de Herziene Druk, 1980,
- G.P. Hoefnagels, *The Other Side of Criminology*, Kluwer – Deventer, Holland, 1973
- Hald, G. M., Malamuth, N. M., & Yuen, C. (2010). Pornography and attitudes supporting violence against women: Revisiting the relationship in nonexperimental studies. *Aggression Behavior*, 36 (1), 14-20.
- Herbert L. Packer, *The Limit of the Criminal Sanction*, California: Stanford University Press, 1968 Nigel Walker, *Sentencing in a Rational Society*, Basic Book, Inc., Publishers, First American Edition, New York, 1971,
- J.E. Sahetapy (Ed.), *Hukum Pidana*, Yogyakarta: Penerbit Liberty, 1996,
- James R Maxeiner, "[Some Realism About Legal Certainty in Globalization of The Rule of Law](#)". *Houston Journal of International law*. Retrieved 29 May 2011.

- Jerome Frank, *Law and Modern Mind*, Achor Books Donbeday & Company Inc, New York, USA, 1963.
- Kamariah Emong, "Ajaran Sifat Melawan Hukum Material Dalam Hukum Pidana Indonesia", Pidato Pengukuhan Guru Besar, UNPAD, Bandung, Maret 1994, Roeslan Saleh mengutip Antonie A.G. Peter, dalam *Asas Hukum Pidana Dalam Perspektif*, Jakarta: Aksara Baru, 1981,
- Kingston, D., N. Malamuth, P. Fedoroff, and W. Marshall. 2009. The importance of individual differences in pornography use: Theoretical perspectives and implications for treating sexual offenders. *Journal of Sex Research* 46: 216-232.
- Leden Marpaung, *Kejahatan Terhadap Kesusilaan dan Masalah Prevensinya*, Jakarta, Sinar Grafika, 2008
- Lon L. Fuller, *The Morality of Law*, New Haven: Yale University Press, 1964.
- Manning, J. C. (2006). The impact of internet pornography on marriage and the family: A review of a research. *Sexual Addiction & Compulsivity*, 13, 131-165.
- Nico Keijzer, *Legaliteitsbeginsel*, Makalah pada Penataran Nasional Hukum Pidana Angkatan III Kerjasama Indonesia-Belanda di Kupang, 30 Juli sampai dengan 19 Agustus 1989.
- Patricia Popelier, *Legal Certainty and Principles of Proper Law Making*, 2 EUR. IL. REFORM, 2000,
- Paul Cornill, "Criminality and Deviance in a Changing Whorld", Ceramah pada Kongres PBB IV 1970 mengenai Prevention of Crime and treatment of Offender.
- Perrin, P. C., Madanat, H. N., Barnes, M. D., Carolan, A., Clark, R. B., Ivins, N., et al. (2008). Health education's role in framing pornography as a public health issue: Local and national strategies with international implications. *Global Health Promotion and Education*, 15 (1),
- Peter Mahmud marzuki, *Penelitian Hukum*, Kencana, Jakarta, 2005 Terry Hutchinson, *Researching and Writing in Law*, Lawbook co, Sydney, 2002.
- R. Soesilo, *KUHP Serta Komentari-Komentarnya Lengkap Pasal Demi Pasal*, Bogor, 1996.
- Roeslan Saleh mengutip Antonie A.G. Peter, dalam *Asas Hukum Pidana Dalam Perspektif*, Jakarta: Aksara Baru, 1981
- S.R. Sjahdeini, *Kejahatan dan Tindak Pidana Komputer*. Grafiti, Jakarta, 2009.
- Soedarso, *Kamus Hukum*, Rineka Cipta, Jakarta, 1992,

UU Pornografi telah disahkan dan diundangkan dalam Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2008 Nomor 181, Tambahan Lembaran Negara Nomor 4928.

Vega, V., & Malamuth, N. M. (2007). Predicting sexual aggression: The role of pornography in the context of general and specific risk factors. *Aggressive Behavior*, 33(2), 104-117.

Wirjono Prodjodikoro, 2003, *Tindak-Tindak Pidana Tertentu di Indonesia*, Refika Aditama, Yogyakarta, .