



JIHP:
Jurnal Ilmu Hukum, Humaniora dan Politik

<https://dinastirev.org/JIHP> dinasti.info@gmail.com [+62 811 7404 455](tel:+628117404455)

E-ISSN: 2747-1993
P-ISSN: 2747-2000

DOI: <https://doi.org/10.38035/jihhp.v4i6>
<https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>

Cost-Benefit Analysis Sebagai Pendukung Prinsip Ultimum Remedium dalam Pembentukan Undang-Undang

Wianda Aprillia, S.H.¹, Dr. Fitriani Ahlan Sjarief, S.H., M.H.²

¹Universitas Indonesia, Depok, Indonesia, wianda.aprillia@ui.ac.id.

²Universitas Indonesia, Depok, Indonesia, fitriani.achlan@ui.ac.id.

Corresponding Author: wianda.aprillia@ui.ac.id¹

Abstract: *Law functions as a regulator that must be obeyed, especially criminal law, which governs criminal acts with strict sanctions for offenders. The concept of punishment is often does not align with its intended goals. Ultimum remedium should be prioritized in the legislative process to achieve efficiency within the judicial system. Lawmakers have the authority to criminalize certain actions in law-making process, but the reality of overcriminalization results has led to suboptimal outcomes for the purposes of punishment. A policy evaluation is needed to distinguish between actions that are justifiably criminalized and those that are not, during the legislative process. Economic Analysis of Law (EAL), through methods such as Cost and Benefit Analysis (CBA) in research and Regulatory Impact Analysis (RIA) in the drafting of legislation, can be used to achieve social welfare maximization by ensuring policies are made efficiently and fulfill their social function. Through CBA, the goal of crafting policies for crime prevention can be achieved efficiently and with a preventative nature.*

Keyword: *Ultimum Remedium, Economic Law Analysis, Cost-Benefit Analysis, Regulatory Impact Analysis, Social Welfare.*

Abstrak: Hukum berfungsi sebagai pengatur yang harus dipatuhi, terkhusus hukum pidana, mengatur tindakan kriminal dengan sanksi tegas bagi pelanggar. Konsep pemidanaan seringkali tidak sesuai dengan tujuan yang diharapkan. Ultimum remedium, seharusnya diutamakan dalam pembentukan undang-undang agar terwujud efisiensi dalam sistem peradilan. Pembentuk undang-undang memiliki kewenangan untuk melakukan kriminalisasi dalam pembentukan undang-undang, namun kenyataan overkriminalisasi yang menyebabkan tujuan pemidanaan tidak optimal. Diperlukan evaluasi kebijakan yang membedakan antara tindakan yang layak dikriminalisasi dan yang tidak dalam proses legislasi. Terdapat EAL (*Economic Analysis of Law*) melalui kajian dengan metode tertentu seperti *Cost and Benefit Analysis* (CBA) dalam penelitian serta metode *Regulatory Impact Analysis* (RIA) dalam teknik penyusunan peraturan undang-undang untuk mencapai kesejahteraan masyarakat (*social welfare maximization*) yang dilandasi oleh pengaruh suatu kebijakan yang dibuat secara efisien, sehingga dapat melaksanakan fungsi sosialnya. Melalui CBA, tujuan dibuatnya suatu kebijakan guna penanggulangan kejahatan dapat diwujudkan secara efisien dan memiliki sifat pencegahan.

Kata Kunci: *Ultimum Remedium*, Analisis Ekonomi Hukum (EAL), Analisis Biaya, Manfaat (CBA), Analisis Dampak Regulasi, Kesejahteraan Sosial

PENDAHULUAN

Latar Belakang

Indonesia sebagai negara hukum, memiliki arti bahwasannya Indonesia sebagai suatu negara memiliki suatu pengaturan yakni hukum untuk dapat ditaati dan diindahkan peraturannya oleh seluruh warga negara Indonesia maupun warga negara asing yang sedang berkedudukan di Indonesia. Hukum dapat dikatakan mengatur segala lini, dan apabila suatu hukum itu dilanggar, akan mengakibatkan suatu akibat hukum terhadapnya. Seperti dalam hukum pidana misalnya, hukum pidana berkedudukan sebagai hukum yang mengatur mengenai tindakan kriminal dan apabila ketentuan mengenai pengaturan tersebut dilanggar, dikenakan sanksi. Perlu diketahui bahwasannya mula-mula Barda Nawawi Arief mengemukakan pernyataan terkait kenyataan pembentukan undang-undang yang banyak memuat ketentuan pidana, didukung dengan beberapa penelitian lain dari tahun 1985 sampai dengan 2014 terdapat 183 undang-undang yang memuat ketentuan pidana. Di Indonesia, hukum pidana seakan merupakan hukum yang memuat sanksi berat. Artinya, Indonesia sebagai negara yang erat sekali hubungan antar manusianya dalam berkehidupan dengan warga atau masyarakatnya yang menjunjung tinggi budaya ketimuran serta memiliki perasaan simpati serta empati yang tinggi, ketika dihadapkan dengan kenyataan terdapat relasi terdekat yang terancam hukuman pidana, akan menghadirkan suatu kekecewaan dalam bentuk keterasingan atau terpisah dari keluarga dan masyarakat. Terlebih, bagi pihak yang tersandung ancaman pidana akibat perbuatan tindak pidananya, bahkan keluarganya di Indonesia, secara umum akan mendapatkan stigma atau 'label' buruk di masyarakat.

Akibat dari perbuatan tindak pidana yang dilakukan seseorang memiliki efek yang begitu jauh relativitasnya, bukan hanya bagi dirinya tetapi juga lingkungan sekitarnya. Selain itu, saat ini seringkali terdengar persoalan dalam hal *overcapacity* di Lembaga Pemasyarakatan. Hal ini terjadi, akibat dari *overcriminalization*. Apabila menyinggung konsep pemidanaan, suatu kejahatan merupakan peristiwa yang berdiri sendiri dan harus dipertanggungjawabkan. Dalam konsep pemidanaan terdapat teori tujuan (*doeltheorieen*) sebagai dasar pembenaran dijatuhkannya suatu pidana untuk mencapai tujuan tertentu, seperti memulihkan kerugian yang timbul akibat kejahatan serta mencegah agar orang lain tidak melakukan kejahatan yang bermuara pada kesimpulan bahwa tujuan pemidanaan bukan sekedar untuk melakukan pembalasan bagi pelaku tindak pidana, namun terdapat tujuan tertentu yang bermanfaat. Seperti diketahui, hukum sebenarnya telah menetapkan berbagai tujuan pemidanaan dan dapat dimungkinkan terjadi pertentangan mengenai masing-masing versi pengertian tujuan pemidanaan. Oleh sebab itu, diperlukan suatu keseimbangan dalam penerapan tujuan pemidanaan dalam setiap persoalan untuk dapat mengimbangi atau mencapai keputusan tujuan pemidanaan yang paling tepat.

Penggunaan hukum pidana, secara nyata dapat dilakukan apabila penggunaannya digunakan setelah melalui suatu pertimbangan secara tepat. Namun, mengenai cara menentukan apakah penggunaan hukum pidana merupakan cara yang tepat dan efektif untuk dilakukan, tentu diperlukan penelitian dengan berbagai argumen pendukung. Sebab, diketahui secara nyata pula, disamping penggunaan hukum pidana berupa sanksi misalnya pemidanaan, sebenarnya terdapat sarana lain seperti denda administratif, hukum administrasi negara, hukum perdata, hukum adat atau bahkan kaidah lain seperti norma sosial/kebiasaan, norma kesopanan, norma agama, dan lain-lain yang diakui dan diterima oleh masyarakat luas. Keefektifan penggunaan hukum pidana seakan tergerus, sebab pada dasarnya memang dimungkinkan suatu bentuk penyelesaian lain selain penggunaan sanksi pidana untuk menyelesaikan masalah

sosial. Melihat kembali pada kenyataan bahwa dikenakan suatu sanksi pidana dalam hukum pidana bagi masyarakat cukup berat dan dalam penerapannya belum tentu dapat menghasilkan *output* yang efektif dan efisien, hukum pidana dalam hal ini dimungkinkan penggunaannya hanya pada saat benar-benar tidak ada acara lain untuk dapat melakukan penyelesaian dalam suatu persoalan di masyarakat. Penyelesaian persoalan dengan menggunakan hukum pidana dikenal dengan istilah *Ultimum Remedium* menurut literatur Belanda, sedangkan menurut literatur negara lain penyelesaian menggunakan hukum pidana sebagai upaya terakhir dikenal dengan istilah *Ultima Ratio* atau *the Last Resort*. *Ultimum remedium* memiliki arti membiarkan bidang hukum lain untuk memecahkan suatu persoalan terlebih dulu sebelum mengoperasionalkan hukum pidana.

Untuk dapat memperjelas penentuan dalam hal penggunaan hukum pidana sebagai upaya terakhir atau *ultimum remedium*, salah satu upaya yang dapat dilakukan adalah dalam tahap pembentukan undang-undang. Pembentuk undang-undang, memiliki kekuasaan untuk menetapkan suatu perbuatan sebagai tindak pidana, dilengkapi dengan konsekuensi berupa sanksi pidana. Pembentuk undang-undang dalam hal ini melakukan legislasi, yaitu proses pengkajian peraturan undang-undang secara bertahap untuk membuat suatu produk berupa undang-undang melalui prosedur perencanaan, penyusunan, pembahasan, pengesahan, dan berakhir dengan pengundangan yang melahirkan suatu hukum positif. Mengacu pada pendapat Panu Minkinen dalam artikel yang berjudul “*The Last Resort: A Moral and/or Legal Principle?*”, kedudukan *ultimum remedium* dapat dikatakan merupakan suatu prinsip moral, berupa pedoman dalam penyusunan peraturan undang-undang untuk menentukan penggunaan hukum pidana dalam proses legislasinya. Bukan sebagai prinsip hukum, yang adakalanya prinsip ini dilanggar dan belum dapat dijalankan secara tegas.

Penerapan hukum pidana yang didasari oleh pembuat undang-undang dalam tahapan legislasi menitikberatkan pada sanksi pidana seperti pemidanaan penjara, apabila diimplementasikan dan dilihat pada kenyataannya, cenderung melakukan *overcriminalization*. Sehingga, menggambarkan tidak berkesesuaian atau tidak memenuhi tujuan pemidanaan yang ingin dicapai, tidak memperhatikan hak asasi yang dimiliki tiap-tiap manusia, serta tidak mencapai keadilan hukum. Adanya pengaturan secara jelas yang dituangkan ke dalam peraturan undang-undang telah memenuhi asas kepastian hukum, namun disisi lain kriminalisasi suatu perbuatan dalam tahap legislasi membuat adanya suatu permasalahan yang mengakibatkan terjadinya kompleksitas dalam konteks kerumitan aparat penegak hukum dalam sistem peradilan untuk dapat menerapkan hukuman yang pantas dan berkesesuaian dengan pencapaian nilai keadilan. Pada tahap legislasi apabila penggunaan atau penerapannya tidak disesuaikan berdasarkan berat-ringan, kemudian tidak berkesesuaian dengan hukuman yang patut diberikan terhadap pelaku tindak pidana, agaknya membuat hukum di Indonesia mengalami stagnansi dan tidak melihat kesesuaian serta kebutuhan yang diharapkan dalam suatu sistem kenegaraan terutama dalam sistem peradilan.

Novelty

Melihat kenyataan bahwasannya subsistem yang membentuk *criminal justice system* seperti lembaga Kepolisian, Kejaksaan, Pengadilan, dan Lembaga Pemasyarakatan dituntut untuk dapat berkerjasama agar dapat berjalan secara serempak, memiliki arti dalam menjalankan hukum pidana masing-masing lembaga berperan untuk menjalankan fungsi secara integratif, koordinatif, serta koheren agar dapat mencapai efisiensi dan efektivitas secara optimal. Seringkali, dalam pelaksanaan tugas pokok dan fungsinya aparat penegak hukum dihadapkan dengan kondisi dilema, dalam hal menentukan penyelesaian atau penghukuman yang sesuai dengan perbuatan seseorang, dengan tetap harus mengacu pada hukum positif juga dengan rasa keadilan pada hati nurani. Hal ini dapat dibuktikan, dengan berbagai macam kasus persoalan yang ada, masing-masing lembaga tersebut memiliki pengaturan ‘internal’ yaitu:

1. Keputusan Direktur Jenderal Badan Peradilan Umum Mahkamah Agung RI No. 1691/DJU/SK/PS.00/12/2020 tentang Pemberlakuan Pedoman Penerapan *Restorative Justice* di Lingkungan Peradilan Umum;
2. Peraturan Kejaksaan RI No. 15 Tahun 2020 tentang Penghentian Penuntutan Berdasarkan Keadilan Restoratif; dan
3. Peraturan Kepolisian NRI No. 8 Tahun 2021 tentang Penanganan Tindak Pidana Berdasarkan Keadilan Restoratif;

Peraturan lembaganya tersendiri sebagaimana tercantum diatas merupakan wujud nyata, diaturnya kewenangan untuk melakukan keadilan restoratif yang umumnya dilakukan guna penegakan hukum dalam penyelesaian perkara dilakukan untuk mengubah fokus tata pemidanaan menjadi dialog, mediasi yang melibatkan para pihak yang ada di dalam persoalan, dengan dasar alasan untuk mencapai penyelesaian secara adil dan seimbang agar dapat mencapai pemulihan serta pengembalian pola hubungan yang baik di masyarakat. Selain alasan ini, terdapat penelitian terdahulu yang berketerkaitan dengan isu penelitian yang dibahas, dan dimungkinkan dapat dia jadikan sebagai acuan dasar bahwasannya memang isu yang diangkat memiliki urgensi, namun dengan tetap tidak menyerupai atau mengikuti pembahasan yang ada seperti di dalam Jurnal Hukum Ius Quia Iustum Vol. 25 No. 3 tertanggal 17 Januari 2019, karya Mahrus Ali, dengan judul “Overcriminalization dalam Perundang-Undangan di Indonesia.”

Adanya kenyataan ini, mendukung adanya suatu unsur kebaruan atau *novelty* dari suatu penelitian terkait penerapan *ultimum remedium* dalam pembentukan undang-undang terutama dalam aspek kriminalisasi suatu tindak pidana yang dilakukan oleh lembaga legislatif. Untuk meneliti serta menemukan unsur temuan baru yang dapat berkontribusi secara baik bagi hukum Indonesia berkaitan dengan pengaturan yang secara tepat serta efektif dapat diterapkan dalam menjatuhkan suatu hukuman bagi pelaku kejahatan dilihat dari konteks keilmuan atau kehidupan bermasyarakat.

METODE

Penelitian ini menggunakan metode penelitian hukum doktrinal dengan pendekatan perundang-undangan dan pendekatan konseptual. Metode yuridis normatif digunakan untuk menelaah norma-norma hukum yang berlaku terkait dengan penerapan prinsip *ultimum remedium* dalam pembentukan undang-undang. Penelitian ini menitikberatkan pada bahan hukum primer, yaitu peraturan perundang-undangan, dan bahan hukum sekunder berupa literatur, jurnal hukum, dan dokumen resmi terkait, termasuk regulasi nasional serta referensi dari sistem hukum internasional yang relevan.

Analisis dilakukan secara normatif, dengan cara mengkaji bagaimana konsep *ultimum remedium* dan prinsip *cost-benefit analysis* dapat diintegrasikan dalam penyusunan peraturan perundang-undangan. Data yang diperoleh akan disusun secara sistematis, kemudian dianalisis untuk menemukan jawaban atas rumusan masalah yang telah ditetapkan. Tujuan dari penggunaan metode ini adalah untuk memperoleh gambaran yang komprehensif tentang pentingnya pengaturan prinsip *ultimum remedium* secara normatif dalam proses legislasi nasional guna mencegah terjadinya overkriminalisasi.

HASIL DAN PEMBAHASAN

Pertimbangan Pemberian Sanksi Pidana Dengan Membatasi Kewenangan Pembentuk Undang-Undang Dalam Kriminalisasi Suatu Perbuatan/Tindakan

Apabila dikaitkan dengan hubungan hukum yang sama mengenai kewenangan pembentuk undang-undang untuk melakukan kriminalisasi suatu perbuatan. Di luar Indonesia, tepatnya Uni Eropa beberapa tahun terakhir telah meningkatkan aktivitas legislatifnya dalam bidang hukum pidana yang tentu, juga menyoroti kepentingan keperluan penggunaan kriminalisasi yang koheren dan konsisten dengan tetap memperhatikan perbuatan atau tindakan apa yang dapat secara tepat dan sah dapat dikriminalisasi. Tentu sama halnya dengan di

Indonesia, pembentuk undang-undang pada badan legislatif pada kenyataannya secara umum melakukan legislasi suatu peraturan undang-undang dalam hukum pidana. Namun, perbedaannya Indonesia cenderung melakukan kriminalisasi kepada hampir seluruh peraturan undang-undang. Suatu kebijakan dan/atau undang-undang menurut kedudukan hukum di Uni Eropa memiliki dampak besar, bukan hanya di tingkat nasional saja bahkan secara internasional. Dampak besar yang dimaksud adalah untuk mencapai pembangunan serta stabilitas di masyarakat yang berguna untuk melindungi hak-hak tiap masyarakat yang dimiliki serta menangani segala keluhan atau tindakan atas suatu ketidakteraturan. Indonesia, sebagai salah satu negara yang terbilang besar di Asia Tenggara, untuk dapat memperkuat sistem hukumnya, perlu melakukan peningkatan transparansi, akuntabilitas, serta akses terhadap keadilan. Keadilan merupakan aspek integral dalam pembentukan peraturan undang-undang sebagai landasan sistem hukum yang adil dan merata. Pertimbangan keadilan ini penting untuk menjaga ketertiban sosial.

Kemudian, jika dibandingkan dengan Arab Saudi yang telah meningkatkan proses legislasinya agar berdampak baik bagi pemangku kepentingan dan masyarakat, namun pada praktiknya masih ditemukan kekurangan, seperti halnya Indonesia juga dihadapkan dengan persoalan yang sama. Arab Saudi dalam menyusun peraturan undang-undangnya terdapat kesenjangan dalam kerangka peraturan penyusunan yang menghambat efisiensi serta kejelasan undang-undang, artinya ada kesenjangan di antara pedoman penyusunan yang kurang komprehensif dengan penelitian dasar/metodologi untuk melakukan penilaian dampak peraturan undang-undang, sehingga menyebabkan inkonsistensi. Anthony Duff dalam artikelnya yang berjudul “The Realm of Criminal Law” membahas mengenai masa depan sistem hukum pidana. Bermula dari pertanyaannya terkait hukum pidana yang terkesan dianggap istimewa/khusus, Duff mengaitkannya dengan kriminalisasi. Duff menyadari betapa pentingnya batasan-batasan tertentu dalam kriminalisasi sebagai suatu hukuman, apakah diperlukan atau tidak, dan seperti apa penerapan terbaiknya. Duff dalam ranah hukum pidana menawarkan diterapkannya hukum pidana untuk dapat mendorong akuntabilitas dan pengampunan, mengecam tindakan tanpa dasar menghukum, serta berupaya memitigasi kesenjangan. Duff juga berpendapat bahwa untuk saat ini, tujuan hukum pidana secara konsep memerlukan suatu kebijakan untuk dapat membenarkan suatu hukuman atau kriteria kriminalisasi agar tidak berada dalam konsepsi hukum pidana yang berbeda.

Mengutip salah satu materi pada perkuliahan Teori Hukum di tingkat Pascasarjana Universitas Indonesia yang diampu oleh Prof. Harkristuti Harkrisnowo, berkaitan dengan tujuan pemidanaan diterapkannya suatu sanksi yakni, bertujuan untuk:

1. Mengecam perbuatan melanggar hukum oleh pelaku;
2. Mencegah pelaku dan orang lain melakukan pelanggaran;
3. Memisahkan pelanggar dari masyarakat (apabila diperlukan);
4. Membantu merehabilitasi pelaku;
5. Memberikan reparasi atas kerugian yang terjadi pada korban atau masyarakat; dan
6. Untuk membangkitkan rasa tanggung jawab pada pelaku dan pengakuan atas kerugian yang terjadi pada korban serta masyarakat.

Pembentuk undang-undang sebagai pihak yang dapat dikatakan sebagai tangan pertama untuk menindak suatu perbuatan yang bersinggungan dengan tindak pidana melalui tahapan legislasi, tentu dapat dibenarkan tindakannya untuk melakukan kriminalisasi suatu perbuatan didasari dari adanya tujuan pemidanaan yang memiliki maksud dan dampak baik bagi pelaku juga masyarakat secara luas apabila diterapkan dengan baik. Namun, disisi lain terjadinya overcriminalization juga membuat sanksi atau hukuman dari tujuan pemidanaan tidak berjalan dengan maksimal. Sehingga, kecenderungan pemerintah Indonesia untuk melakukan kriminalisasi suatu perbuatan atau tindakan melalui pengesahan undang-undang menjadi penting untuk terlebih dulu dipaparkan pandangan teoritis atau metodologis yang tepat untuk

dapat menggunakan hukum pidana berupa sanksi sebagai alat kontrol sosial untuk masuk ke dalam evaluasi kebijakan.

Evaluasi kebijakan oleh pembentuk undang-undang di lembaga legislatif dibutuhkan untuk mengatasi kecenderungan hukum pidana yang seringkali digunakan untuk mengatur masyarakat dan berbuntut pada kriminalisasi suatu perbuatan. Kecenderungan ini seakan menjustifikasi kelemahan pemerintah yang seakan tidak mampu mengontrol kejahatan, meskipun memang sebenarnya hukum pidana berfungsi sebagai alat untuk mengintensifikan pertahanan dalam hal supremasi negara. Dewan Perwakilan Rakyat sebagai lembaga legislatif di Indonesia sepertinya masih kesulitan untuk dapat memahami prinsip pembentukan undang-undang sehingga memiliki kecenderungan untuk melakukan kriminalisasi hampir secara menyeluruh yang mencerminkan rendahnya kualitas undang-undang yang dihasilkan. Misalnya, dalam UU No. 11 Tahun 2008 tentang ITE ("UU ITE") mengenai penghinaan dan/atau pencemaran nama baik melalui media informasi elektronik dalam Pasal 27 ayat (3) yang dalam penerapannya sempat menjadi polemik karena menjerat seorang wanita bernama Prita Mulyasari yang menyampaikan keluhannya terkait pelayanan yang dialaminya pada RS Omni Internasional, seakan-akan UU ITE mengakomodasikan suatu peraturan yang bertentangan dengan semangat reformasi kebebasan berpendapat dan/atau berekspresi sebagaimana dijamin dalam UUD 1945. Dapat dinilai dan dikatakan bahwasannya pembentuk undang-undang gagal mendefinisikan perbuatan yang dilarang, dengan tidak cukupnya unsur perumusan yang jelas dapat dikhawatirkan pula jika pembentuk undang-undang memiliki kemungkinan untuk melegitimasi suatu isu dalam melakukan kriminalisasi terhadap tindak pidana baru secara kurang komprehensif, sehingga menumbuhkembangkan kelebihan kriminalisasi atau overcriminalization.

Perlu dipahami bersama pula, bahwasannya di Indonesia kini, dominasi hakim menjatuhkan jenis pidana penjara lebih umum dibandingkan dengan keempat jenis pidana lainnya (Pasal 10 KUHP). Dominasi ancaman pidana penjara dalam KUHP Indonesia, terbukti dari jumlah ancaman pidana penjara tunggal dan alternatif sebanyak 98% (sembilan puluh delapan persen), dan diluar KUHP sebanyak 92% (sembilan puluh dua persen). KUHP pun tidak memiliki indikator penggunaan ancaman pidana mana yang tepat dan efektif untuk digunakan sebagai ukuran menentukan jenis pidana yang dijatuhkan. Banyaknya faktor yang menyebabkan frekuensi kejahatan menjadi turun-naik, sehingga perlu diperlihatkan hubungan atau faktor-faktor lain yang membentuk sikap dan tindakan. Memang, pada pokoknya efektivitas hukum pidana tidak dapat diukur secara akurat, melainkan hanya sebagai sarana kontrol sosial.

Terdapat EAL (Economic Analysis of Law) yang meliputi nilai (value), manfaat (utility), serta efisiensi (efficiency) yang dapat digunakan sebagai pertimbangan dalam pembentukan undang-undang. Hal ini, sejalan dengan diperkenalkannya alur berpikir sinergi kebijakan dan regulasi melalui kajian dengan metode tertentu seperti Cost and Benefit Analysis (CBA) dalam penelitian serta metode Regulatory Impact Analysis (RIA) dalam teknik penyusunan peraturan undang-undang di dalam UU No. 13 Tahun 2022 tentang Perubahan Kedua Atas UU No. 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-Undangan. Bahwasannya, EAL memiliki fokus untuk mencapai kesejahteraan masyarakat (social welfare maximization) yang dilandasi oleh pengaruh suatu kebijakan yang dibuat secara efisien, sehingga dapat melaksanakan fungsi sosialnya. Melalui EAL, tujuan dibuatnya suatu kebijakan guna penanggulangan kejahatan dapat diwujudkan secara efisien dan memiliki sifat pencegahan, sebab mempertimbangan persoalan Benefit Cost Ratio (BCR) yang nantinya, baik itu bagi pembuat kebijakan ataupun bagi pelaku yang mungkin akan melakukan suatu perbuatan.

Atas dasar ini, perlu dibedakan atau diatur pembatasan kewenangan pembentuk undang-undang untuk melakukan kriminalisasi. Kriminalisasi dapat diartikan sebagai mendefinisikan perilaku individu baik itu tindakan yang dikehendaki atau kelalaian, sebagai suatu tindak pidana dan memberlakukan ancaman hukuman berupa sanksi pidana atas tindak pidana yang

dilakukan. Melalui konsep moral atau etika hukum, terdapat hak untuk tidak dikriminalisasi secara tidak adil. Konsep ini berguna untuk membatasi kriminalisasi yang tidak adil didasari oleh adanya perlindungan hak asasi yang dimiliki seperti kebebasan berpendapat, privasi, kebebasan beragama, dan lain sebagainya. Apabila dikaitkan dengan kondisi di Indonesia, pembentuk undang-undang dapat memperhatikan pengaturan terkait klasifikasi suatu perbuatan, mana yang dapat dilakukan kriminalisasi (legitimate) dan mana yang tidak dapat dilakukan kriminalisasi (not legitimate), dikarenakan apabila melampaui batasan tentu akan mencapai kelebihan kriminalisasi.

Ninth United Nations Congress on The Prevention of Crime and The Treatment of Offenders, di Kairo tahun 1995, menghasilkan salah satu poin yang patut diperhatikan sebagai dasar sebelum melakukan kriminalisasi. Pada bagian I. International cooperation and practical technical assistance for strengthening the rule of law: Promoting the UN crime prevention and criminal justice program, dalam Angka 5 yang menyatakan pada pokoknya menyerukan kepada negara-negara anggota PBB (yang salah satunya Indonesia), untuk mengintensifkan upaya yang bertujuan untuk melakukan kerjasama serta koordinasi yang lebih terkonsolidasi dalam pencegahan kejahatan dalam peradilan pidana, untuk membangun kebijakan, program, rencana, serta mekanisme regional yang terintegrasi dengan memperhatikan tradisi serta nilai sosial dan agama, serta mengacu pada norma serta standar PBB dalam melakukan pencegahan tindak pidana. Sehingga jika diimplementasikan di Indonesia, dapat diartikan pembentuk undang-undang perlu memperhatikan harmonisasi, sinkronisasi, serta konsistensi antara pembangunan hukum dalam arti pembaruan hukum nasional dengan nilai sosiokultural yang disesuaikan. Sebab, apabila nilai moral serta kultural tidak diperhatikan tentu akan menimbulkan polemik dan inkonsistensi antara suatu undang-undang dengan kenyataannya, terlebih apabila kriminalisasi dilakukan terhadap suatu perbuatan yang sebenarnya bereksistensi dan dianggap sebagai perasaan atau nilai-nilai yang hidup dalam masyarakat, dapat menimbulkan ketidakefektifan sistem disamping ketidakpercayaan masyarakat. Sehingga, alangkah baiknya para pembuat undang-undang memperhatikan nilai, moral, norma, serta kebiasaan yang ada dalam lingkungan masyarakat, memperhatikan sebab-akibat dari suatu perbuatan yang dikriminalisasi sebelum mengundang suatu peraturan undang-undang, agar tercapai kepastian hukum yang berkeadilan dengan tetap mementingkan kebutuhan masyarakat dan tatanan suatu negara.

Penggunaan Prinsip *Ultimum Remedium* Pada Tahap Pembentukan Undang-Undang

Suatu perbuatan dapat dikualifikasi sebagai suatu perbuatan tindak pidana apabila telah dikriminalisasi melalui tahapan legislasi dalam pembuatan undang-undang yang berkesesuaian dengan asas legalitas. Untuk menentukan suatu perbuatan sebagai tindak pidana melalui legislasi, dilakukan oleh pembuat undang-undang. Salah satu hasil dari kebijakan yang dibentuk negara berkaitan dengan keperluan pengaturan dalam suatu masyarakat, yaitu melalui undang-undang, seringkali dalam implementasinya sanksi pidana sebagai reaksi dan/atau kebutuhan masyarakat akibat dari terjadinya suatu kejahatan diberikan negara dalam mengatasi permasalahan melalui kebijakan pidana (criminal policy), dalam pelaksanaannya digunakan bukan sebagai *ultimum remedium*, melainkan sebagai *primum remedium*. Hal ini tercermin dari sanksi pidana yang seringkali bahkan hampir sebagian besar tercantum di dalam undang-undang. Melengkapi sub bagian sebelumnya berkaitan dengan penggunaan hukum pidana sebagai kontrol perilaku masyarakat, seakan berpotensi menimbulkan ekses negatif kearah ketidakadilan bagi masyarakat umum. Negara melalui lembaga legislatif perlu untuk membatasi kewenangannya mengontrol kehidupan masyarakat dengan hukum pidana, alangkah baiknya jika mekanisme hukum pidana ini digunakan sebagai upaya terakhir untuk menyelesaikan persoalan hukum (*ultima ratio*).

Penyelesaian persoalan dengan hukum pidana sebagai upaya terakhir setelah sarana lain ditempuh karena tidak secara efektif dapat mengatasinya. Hendaknya patut digarisbawahi oleh

pembentuk undang-undang, terkhusus ketika akan melakukan kriminalisasi atas suatu perbuatan, untuk secara patut memperhatikan pedoman termasuk syarat untuk melakukan kriminalisasi. Alangkah baiknya, jika ketentuan terkait ultimum remedium diwujudkan kedalam suatu peraturan undang-undang sehingga dapat mengikat pembuat undang-undang ketika akan merumuskan suatu rancangan undang-undang dapat mengacu kepada peraturan tersebut. Penggunaan ultimum remedium sebenarnya telah terwujud ke dalam salah satu aturan terkait Penjelasan Umum Nomor 6 UU No. 32 Tahun 2009 tentang Perlindungan dan Pengelolaan Lingkungan hidup. Dengan adanya contoh ini, dapat diartikan bahwa suatu undang-undang dimungkinkan untuk pemenuhan hukumannya bukan berbentuk pembedaan secara langsung, tetapi dapat melalui suatu upaya lain terlebih dahulu.

Menilik kembali pada bagian Novelty, telah disinggung beberapa peraturan internal yang dimiliki oleh beberapa lembaga dalam sistem peradilan pidana berkaitan dengan restorative justice yang Penulis dalam hal ini mengartikan suatu penyelesaian persoalan melalui keadilan restorative adalah sebagai upaya penyelesaian lain yang diakibatkan atau bertitiktolak pada kegagalan pembuat undang-undang dalam mengundang suatu perbuatan yang dikriminalisasi dan penyelesaiannya tidak melalui prinsip ultimum remedium. Sehingga, dapat dikatakan merepotkan aparat penegak hukum untuk dapat mengimplementasikan nilai keadilan disamping kepastian hukum, yang tentunya menimbulkan polemik di masyarakat. Mungkin, hal ini kurang diperhatikan para pembuat undang-undang, dikarenakan lembaga legislatif dapat dikatakan jarang sekali mendapatkan evaluasi dari masyarakat, sebab masyarakat cenderung mengetahui penegakan hukum dilakukan hanya oleh aparat penegak hukum saja, padahal pada kenyataannya lembaga legislatif merupakan pintu utama penentuan suatu perbuatan yang ada dimasyarakat dapat ditentukan sebagai suatu perbuatan pidana yang dikriminalisasi atau tidak. Lembaga legislatif harus dapat mempertanggungjawabkan tugasnya, setidaknya dengan melakukan perubahan melalui evaluasi dari praktik yang telah bereksistensi di masyarakat pada kenyataannya.

Sebab, dalam perancangan undang-undang jarang terdengar pembahasan terkait ultimum remedium, ultimum remedium lebih sering digunakan pada saat tahapan penegakan hukum. Meskipun memang, ultimum remedium pada hakikatnya secara prinsip berbeda dengan restorative justice. Namun apabila dikonektivitaskan dalam hal pelaksanaannya, menurut hemat Penulis hal ini dapat dijadikan alasan karena ada ketersinggungan untuk dapat dilakukan suatu perubahan yang mendasar namun berefek besar bagi tatanan hukum di Indonesia dalam hal prinsip ultimum remedium yang digunakan dalam proses legislasi untuk mewujudkan keefektivitasan suatu peraturan dalam pelaksanaannya. Para pembuat undang-undang (law makers) memiliki prinsip yang sejajar seperti hakim yang memiliki prinsip *the judge is subject to the principle in dubio pro reo*, yang jika diartikan apabila sedang dalam keadaan ragu, tidak disarankan bahkan dilarang untuk membuat aturan atau sanksi yang mengikat, kaitannya dengan para pembuat undang-undang yakni *in dubio pro lege*, yang diartikan apabila terdapat keragu-raguan tidak disarankan membuat undang-undang dan apabila telah pasti atau percaya maka baik dilakukan pembuatan undang-undang itu.

Implikasinya ada pada ketentuan pembentukan peraturan undang-undang itu sendiri, yakni apabila dalam suatu rancangan undang-undang terkait suatu isu atau persoalan sekiranya tidak memerlukan ketentuan pidana, maka tidak perlu dibuat bab berkaitan dengan ketentuan pidana itu. Namun sebaliknya, apabila pengaturan terkait suatu isu atau persoalan itu memerlukan pengaturan terkait ketentuan pidana dan/atau memang rancangan undang-undang tersebut berkaitan dengan hukum pidana, baru bab terkait ketentuan pidana dirumuskan. Sehingga, perlu diperhatikan kesesuaian serta kebutuhan pengaturan terhadap suatu ketentuan tersebut agar tidak ada anggapan bahwasannya semua permasalahan dapat diselesaikan dalam urusan hukum pidana yang berbuntut pada overcriminalization. Perlu disuarakan penyelesaian suatu persoalan, bukan melalui hukum pidana sebagai pokok hukumannya. Secara tidak langsung penyelesaian dapat dikatakan melalui alternatif atau upaya penyelesaian lain

misalnya seperti penyelesaian administratif. Didukung pula dari sisi pengaturan, pengawasan, serta penegakan secara terintegrasi oleh lembaga legislatif dan aparat penegak hukum agar penerapannya dapat berjalan maksimal.

Mengacu pada Penjelasan atas UU No. 13 Tahun 2022 tentang Perubahan Kedua Atas UU No. 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-Undangan, diterangkan bahwa untuk mencapai tujuan negara diperlukan aturan hukum dengan memperhatikan beberapa asas seperti kepastian hukum, keadilan, serta kemanfaatan melalui pembentukan peraturan UU dan di dalam UU tersebut memiliki urgensi menyempurnakan UU sebelumnya yang salah satunya menambahkan metode omnibus. Mengenai bentuk rancangan undang-undang dengan metode omnibus, dalam sistematika sub bagian undang-undang mengenai Ketentuan Pidana ada di bagian BAB hampir akhir suatu rancangan undang-undang, dan diperjelas dibawah BAB Ketentuan Pidana tertulis “(jika diperlukan)”, oleh karenanya dapat diartikan memang dalam suatu rancangan undang-undang hingga sampai akhirnya diundangkan, suatu undang-undang diperbolehkan tidak memuat suatu ketentuan pidana di dalamnya.

Kemudian, pada Lampiran I UU No. 13 Tahun 2022 tentang Perubahan Kedua Atas UU No. 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-Undangan dalam kajian teoretis dan praktik empiris didukung dengan menganalisa dampak dari suatu norma dalam UU untuk memperkirakan Cost and Benefit dari penerapan suatu UU. Tercantum salah satu metode yang digunakan adalah Regulatory Impact Analysis (RIA) sebagai suatu alternatif kebijakan sebelum suatu kebijakan itu dituangkan ke dalam naskah akademik rancangan undang-undang. RIA merupakan tools yang berguna untuk mengkaji opsi-opsi suatu kebijakan atau peraturan dengan memperhatikan dampak ekonomi, administrasi lembaga, dampak sosial, serta dampak lingkungan yang nantinya jika telah berkesesuaian akan dituangkan dalam suatu rekomendasi sebelum masuk ke dalam rancangan dalam undang-undang. Dalam Lampiran II UU ini, juga dimuat ketentuan terkait teknik penyusunan peraturan UU yang dalam Angka 66a yang berkesesuaian dengan prinsip *ultimum remedium* berbunyi “Norma yang memberikan sanksi administratif, sanksi keperdataan, atau sanksi pidana harus ditempatkan setelah norma yang memuat kewajiban atau larangan” seakan melegitimasi sistematika suatu hukuman pidana yang penerapannya hanya dapat diberlakukan saat memang tiada lagi hukuman yang sepatutnya dijatuhkan terhadap pelaku.

KESIMPULAN

Pembentuk undang-undang selaku pihak yang berwenang untuk membuat undang-undang berwenang melakukan kriminalisasi. Namun, disisi lain terjadinya *overcriminalization* juga membuat sanksi atau hukuman dari tujuan pemidanaan tidak berjalan secara optimal. Diperlukan evaluasi kebijakan oleh pembentuk undang-undang untuk mengatasi kecenderungan hukum pidana yang seringkali melakukan kriminalisasi suatu perbuatan. Atas dasar ini, perlu dibedakan atau diatur pembatasan untuk melakukan kriminalisasi, melalui klasifikasi suatu perbuatan. Mana perbuatan yang dapat dilakukan kriminalisasi (*legitimate*) dan mana yang tidak dapat dilakukan kriminalisasi (*not legitimate*). Sepatutnya, pembentuk undang-undang memerhatikan nilai, moral, norma, serta kebiasaan yang ada dalam lingkungan masyarakat, memerhatikan sebab-akibat dari suatu perbuatan yang dikriminalisasi sebelum undang-undang berlaku, agar tercapai kepastian hukum yang berkeadilan dengan tetap mementingkan kebutuhan masyarakat dan tatanan suatu negara. Dengan *Cost and Benefit Analysis* mempergunakan EAL (*Economic Analysis of Law*) dapat digunakan sebagai pertimbangan dalam pembentukan undang-undangan sebagai penentuan sanksi pidana.

Selama ini dalam pelaksanaan, penjatuhan hukum pidana digunakan bukan sebagai *ultimum remedium*, melainkan sebagai *primum remedium*. Padahal, kenyataannya dalam tahap pembentukan undang-undang, pembentuk undang-undang dapat memerhatikan pengaturan terkait klasifikasi suatu perbuatan, mana yang dapat dilakukan kriminalisasi (*legitimate*) dan

mana yang tidak dapat dilakukan kriminalisasi (*not legitimate*). Selain itu, para pembentuk undang-undang (*law makers*) memiliki prinsip *the judge is subject to the principle in dubio pro reo*, yang jika diartikan apabila sedang dalam keadaan ragu, tidak disarankan bahkan dilarang untuk membuat aturan atau sanksi yang mengikat, kaitannya dengan para pembuat undang-undang yakni *in dubio pro lege*, yang diartikan apabila terdapat keragu-raguan tidak disarankan membuat undang-undang dan apabila telah pasti atau percaya maka baik dilakukan pembuatan undang-undang itu. Hal ini tercermin dari sanksi pidana yang hampir sebagian besar tercantum dalam peraturan UU di Indonesia. Sebaiknya, *ultimum remedium* diwujudkan ke dalam penentuan sanksi pidana dalam penyusunan undang-undang, sehingga dapat mengikat pembuat undang-undang ketika akan merumuskan suatu rancangan undang-undang, agar memiliki acuan. Implikasinya ada pada pembentuk undang-undang itu sendiri yang menyesuaikan, apakah diperlukan atau tidak. Maka, perlu disadari oleh pembentuk undang-undang bahwa sanksi pidana tidak perlu selalu dimuat dalam tahapan pembentukannya, disesuaikan dengan kebutuhannya. Perlu digagas, bahwa penyelesaian persoalan, bukan hanya melalui sanksi pidana namun perlu dipertimbangkan alternatif penyelesaian atau upaya penyelesaian lain, seperti penyelesaian administratif. Didukung pula dari sisi pengaturan, pengawasan, serta penegakan secara terintegrasi oleh lembaga legislatif dan aparat penegak hukum agar penerapannya dapat berjalan maksimal.

REFERENSI

- _____. *Undang-Undang Tentang Informasi dan Transaksi Elektronik*, UU Nomor 11 Tahun 2008, LN Tahun 2008 No. 58 TLN No. 4843.
- _____. *Undang-Undang Tentang Perubahan Kedua atas Undang-Undang Pembentukan Peraturan Perundang-Undangan*, UU Nomor 13 Tahun 2022, LN Tahun 2022 No. 143 TLN No. 6801.
- Alharbi, Rakan. "Toward the Development of the Regulatory Framework of Legislative Drafting and Law-Making Process in Saudi Arabia." *Statue Law Review collaborating with Oxford University Press*. Vol. 44 (2023). Hlm. 1-17.
- Ali, Mahrus. "Overcriminalization dalam Perundang-Undangan di Indonesia." *Jurnal Hukum Ius Quia Iustum*. Vol. 25. No. 3 (2018). Hlm. 450-471.
- Anindyati, Titis, Irfan Nur Rachman, dan Anak Agung Dian Okta. "Konstitusionalis Norma Sanksi Pidana sebagai Ultimum Remedium dalam Pembentukan Perundang-Undangan." *Jurnal Konstitusi*. Vol. 12. No. 4 (2015).
- Dianisa, Tifani Rizki dan Gayatri Dyah Suprobawati. "Penerapan Teori Legislasi dalam Pembentukan Peraturan Perundang-Undangan di Indonesia." *Sovereignty: Jurnal Demokrasi dan Ketahanan Nasional*. Vol. 1. No. 2 (2022). Hlm, 298-305.
- Garland, David. *The Culture of Control: Crime Control and Social Order in Contemporary Society*. Oxford: Oxford University Press, 2001.
- Harahap, M. Yahya. *Pembahasan Permasalahan Dan Penerapan KUHAP: Penyidikan Dan Penuntutan*. Ed. 2, Jakarta: Sinar Grafika, 2009.
- Husak, Douglas. "The Criminal Law as Last Resort." *Oxford Journals of Legal Studies*. Vol. 24. No. 2 (2004). Hlm. 207-235.
- J. Baker, Dennis. *The Right Not to Be Criminalized: Demarcating Criminal Law's Authority*. London: Ashgate Publishing, 2011.
- Mayson Sandra G. "The Concept of Criminal Law." *Criminal Law and Philosophy collaborating with HeinOnline*. Vol. 14. No. 3 (2020). Hlm 447-464.
- Nagy, Rosemary. "Transnational Justice as Global Project: Critical Reflections." *Third World Quarterly collaborating with JStor*. Vol. 29. No. 2 (2008). Hlm. 275-289.

- Persak, Nina. "EU Criminal Law and Its Legitimation: In Search for a Substantive Principle of Criminalization." *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice in collaborating with HeinOnline*. Vol. 26. No. 1 (2018). Hlm. 20-39.
- Persak, Nina. *Criminalising Harmful Conduct: The Harm Principle, its Limits and Continental Counterparts*. New York: Springer Science+Business Media, LLC, 2007.
- Potabuga, Rifanly. "Pidana Penjara Menurut KUHP." *Lex Crimen*. Vol. 1. No. 4 (2012). Hlm. 79-93.
- Putra Zenno, Mas, et al. "Penerapan Doktrin Business Judgement Rule dalam Perkara Tindak Pidana Korupsi Karen Agustiawan." *Jurnal Ius Constituendum*. Vol. 7. No. 1 (2022). Hlm. 143-158.
- Rasad, Fauziah. "The Conversion of the Death Penalty into Imprisonment through the Alternative Punishment." *Hein Online*. Vol. 12. No. 1 (2021). Hlm. 141-164.
- Rizki Akbari, Anugerah. *Potret Kriminalisasi Pasca Reformasi dan Urgensi Reklasifikasi Tindak Pidana di Indonesia*. Pasar Minggu: Institute for Criminal Justice Reform, 2015.
- Robinson, Darryl. "Legality and Our Contradictory Commitments: Some Thoughts About How We Think." *Cambridge University Press on Behalf of the American Society of International Law*. Vol. 103 (2009). Hlm. 104-106.
- Santoso, Topo. *Hukum Pidana: Suatu Pengantar*. Depok: Rajawali Pers, 2021.
- Seno Adji, Indriyanto. "Korupsi: Economic Analysis of Law & Perspektif Keadilan Restoratif." Pusat Analisa Kebijakan Hukum dan Ekonomi. April 2021. Tersedia pada <https://pakhe.co.id/wp-content/uploads/2021/04/KORUPSI-2021-EAL-PERSPEKTIF-DPA-RESTORATIVE-JUSTICE-25-MARET-2021-Autosaved-1.pdf>. Diakses pada 8 September 2024.
- Smith, Robert Brian, Siti Hafsyah Idris, dan Rodiyah. "Mainstreaming Justice in the Establishment of Laws and Regulations Process: Comparing Case in Indonesia, Malaysia, and Australia." *Journal of Indonesian Legal Studies*. Vol. 8. No. 1 (2023). Hlm. 333-378.
- Toelle, Marthen H. "Kriminalisasi Ditinjau dari Perspektif Teori Hukum Pidana." *Refleksi Hukum*. Vol. 8. No. 2 (2014). Hlm. 115-132.
- Watts, Duncan. *The European Union*. Edinburgh: Edinburgh University Press in collaborating with ProQuest Ebook Central, 2008.
- Wibowo, Ari. "Kebijakan Kriminalisasi Delik Pencemaran Nama Baik di Indonesia," *Pandecta*. Vol. 7. No.1 (2012). Hlm. 1-12.