

PERLUKAH KRIMINALISASI TERHADAP PERILAKU AMORAL? PERDEBATAN PATRICK DEVLIN DAN H.L.A. HART

Petrus CKL Bello

¹ Bello & Partners Advocates & Legal Consultants, Jakarta, Indonesia. E-mail: bello.petrusckl@gmail.com

Abstract: *The famous debate in the mid-20th century between Patrick Devlin and H.L.A. Hart about the relationship between law and morality in discussing the limits of criminal law in matters of individual behaviour that are considered contrary to public morality, a debate which was sparked by the Report of the Wolfenden Committee on Homosexual Offences and Prostitution (The 1957 Report of the Wolfenden Committee on Homosexual Offense and Prostitution) for decriminalize private male homosexual activity. Although the focus of the initial debate was limited by the framework of the debate about criminal law in general and homosexual offenses in particular with the harm principle from John Stuart Mill to illustrate the sharp distinction between law and morality and a static conception of the relationship between the two, this article seeks to explore how Devlin developed the application of moral standards in areas of law other than criminal law. Regarding the debate between the two thinkers, the author will decontextualize the debate within the framework of enforcing Indonesian criminal law against sexually immoral behaviour.*

Keywords: *Criminal Law; Morality; Harm Principle; Private Morality; Public Morality.*

How to Site: Petrus CKL Bello (2024). Perlukah Kriminalisasi Terhadap Perilaku Amoral? Perdebatan Patrick Devlin dan H.L.A. HART. Jurnal hukum *to-ra*, 10 (2), pp 372-389. DOI. 10.55809/tora.v10i2.378

Introduction

Patrick Devlin adalah seorang hakim dan ahli filsafat hukum asal Inggris. Dia terlibat dalam perdebatan dengan H.L.A. Hart tentang homoseksualitas dan prostitusi dalam hukum Inggris dalam tanggapannya atas Laporan dari Komite Wolfenden dengan Pelanggaran Homoseksual dan Prostitusi (*The 1957 Report of Wolfenden Committee on Homosexual Offences and Prostitution*).¹ Laporan Komite Wolfenden ini membingkai debat antara Devlin dan Hart tercermin dalam terminologi yang mereka pakai dan topik-topik yang muncul dalam perdebatan mereka. *Pertama*, Komite Wolfenden dibentuk membahas hukum yang mengatur prostitusi dan tindakan homoseksual, maka debat

¹ Komite Wolfenden mendapatkan namanya dari ketua *The Departmental Committee on Homosexual Offences and Prostitution* yang bernama Lord Wolfenden. Laporan dari komite ini yang dipublikasikan di Inggris pada tanggal 4 September 1957 secara ringkas menyatakan bahwa tindakan homoseksual antara orang dewasa (21 tahun ke atas) di ruang privat tidak dapat dianggap sebagai pelanggaran hukum. Lord Wolfenden sendiri dianggap salah seorang pahlawan bagi kaum homoseksual sedangkan Laporan Wolfende sendiri memicu banyak perdebatan.

antara Devlin dan Hart pun secara tidak terelakan berfokus pada topik perilaku seksual manusia. *Kedua*, oleh karena Hart mendeteksi adanya afinitas antara pandangan Komite Wolfenden dengan argumen John Stuart Mill dalam *On Liberty* tentang “*the harm principle*” maka debat antara Devlin dan Hart pun tidak dapat tidak menyinggung topik ini. *Ketiga*, oleh karena Komite Wolfenden memperhatikan beberapa pelanggaran kriminal maka debat antara kedua pemikir ini memberi fokus yang serius pada hukum pidana dan kurang lebih mengabaikan bentuk-bentuk lain dari hukum positif, meskipun Devlin dalam bukunya *The Enforcement of Moral*,² membahas penegakan standar moral pada bidang selain hukum pidana. *Keempat*, aforisme yang terkenal dari Komite Wolfenden bahwa mesti ada “suatu wilayah moralitas privat yang bukan menjadi urusan hukum” mengantar mereka kepada suatu debat yang intens tentang hubungan hukum dan moralitas. *Kelima*, debat tersebut pun mengantar mereka ke dalam suatu bingkai hubungan persaingan ketimbang interaksi kreatif antara hukum dan moralitas.

Komite Wolfenden merekomendasikan upaya dekriminasi tindakan homoseksual yang diperbuat oleh orang dewasa di tempat privat. Menurut Laporan Wolfenden, tindakan homoseksual antara orang dewasa, yakni yang berumur 21 tahun ke atas, dan yang dibuat di tempat privat tidak dianggap sebagai pelanggaran hukum pidana. Laporan ini merupakan suatu terobosan bersejarah dalam sistem hukum yang sangat mempengaruhi hidup masyarakat Inggris dan memicu perdebatan di antara pemikir.

Komite Wolfenden mendasarkan pendirian mereka ini atas ide “perlunya masyarakat dan hukum melindungi kebebasan pribadi dalam memilih (*freedom of choice*) dan dalam bertindak (*freedom of action*) dalam hal-hal moralitas privat, dan bahwa walaupun masyarakat lewat hukum berusaha mengatur sendi-sendi hidup bersama namun mesti ada ruang pribadi yang tidak boleh begitu saja diintervensi oleh hukum. Dengan kata lain, wilayah moralitas privat bukanlah urusan hukum.”³

Komite Wolfenden menegaskan kembali pandangan liberalisme Mill dengan menyatakan bahwa fungsi hukum pidana adalah untuk menjaga tatanan dan kesusilaan publik demi melindungi warga negara dari hal-hal yang merugikan bukan untuk mencampuri kehidupan privat warga negara.⁴ Devlin menolak pendapat dari Komite Wolfenden yang berpegang pada prinsip bahwa moralitas privat bukan urusan hukum, karena prinsip tersebut bertentangan dengan upaya untuk mencapai keseimbangan antara tuntutan moralitas, kebebasan dan privasi. Menurut Devlin pendekatan hukum

² Patrick Devlin, *The Enforcement of Morals*. (Indianapolis: Liberty Fund, 2009: first published by Oxford University Press 1965)

³ Simon Lee, *Law and Morals: Warnock, Gillick and Beyond* (Oxford, New York :Oxford University Press, 1986), hal. 26.

⁴ Ibid

harus menunjukkan toleransi terhadap kebebasan maksimal yang sejalan dengan integritas masyarakat dan hanya melarang tindakan amoral yang menimbulkan 'perasaan terkutuk', dan privasi harus dihormati sejauh mungkin. Moralitas sosial, menurutnya, adalah sebuah jaringan yang mulus, dan ketika ada bagian darinya yang melemah, seluruh strukturnya terancam, dan dengan demikian tatanan sosial yang terancam pula.

Pendapat Delvin yang tajam terhadap laporan Komite Wolfenden tersebut mendapat tanggapan yang tidak kalah tajamnya dari H.L.A. Hart, filsuf positivisme hukum (*legal positivism*). Hart menyatakan bahwa pandangan Devlin merupakan kutukan terhadap prinsip liberal Hart. Dengan mengacu pada pernyataan Mill yang terkenal bahwa satu-satunya pembenaran untuk menetapkan kekuasaan *koersif* khususnya kekuasaan negara untuk mengkriminalisasi terhadap anggota komunitas yang beradab adalah untuk mencegah kerugian terhadap orang lain, Hart membantah klaim Delvin bahwa pelanggaran terhadap moralitas konvensional saja sudah cukup merugikan dan bisa membenarkan untuk membawa tindakan pribadi ke dalam lingkup kontrol negara. Moralitas sosial, menurutnya, bukanlah sebuah jaringan yang mulus, yang kerusakannya dapat disamakan dengan pengkhianatan. Sebaliknya, hal ini menurut Hart harus dilihat sebagai beberapa bagian, dan mempersanyaannya apakah penegakan hukum sesuai dengan masing-masing bagian.

Devlin dan Hart mengembangkan suatu perdebatan mengenai *the harm principle* dari Mill ini, di mana Hart terus melakukan pembelaan terhadap laporan Komite Wolfenden dengan mendasarkan pada *the harm principle* Mill bahkan Hart melakukan modifikasi atas *the harm principle* Mill, dan Devlin terus berpegang pada pendapatnya bahwa definisi populernya tentang moralitas tidak akan 'membekukan' standar moral namun menyiratkan bahwa hukum harus berubah seiring dengan perubahan pandangan orang berakal sehat. Devlin berpendapat bahwa upaya Hart untuk membedakan antara kerugian yang berwujud dan yang tidak terwujud mengabaikan fakta bahwa bahkan kerugian yang tidak berwujud pun dapat merusak tatanan sosial dengan melemahkan inti moralitas sosial. Menurut Delvin, argumen utilitarian Mill tentang kemungkinan tidak efektifnya hukum sebagai alat untuk menegakan moralitas dalam kondisi perselisihan sosial diajukan sebagai resep yang lebih baik bagi pembuat undang-undang dibandingkan dengan klaim Mill bahwa bidang-bidang tertentu 'bukan urusan hukum'. Perdebatan terus berkembang hingga menyentuh soal apakah lembaga peradilan pidana hanya sekedar pengatur, yang tugasnya diarahkan pada ketertiban sosial dan keputusannya mengkriminalisasikan tindakan seorang tidak ada hubungannya sama sekali dengan moralitas, dan juga apakah pembagian hukuman harus diatur oleh pertimbangan moral atau tidak. Menurut Delvin, moralitas hukum

dekat dengan moralitas sosial komtemporer dibandingkan dengan prinsip bahaya/kerugian Mill yang diikuti oleh Hart.

Dari perdebatan Devlin dan Hart ini memberi tantangan bagi penulis untuk mendekontekstualisasikan perdebatan Devlin dan Hart tersebut dalam kerangka penegakan hukum pidana di Indonesia terhadap kasus amoralitas seperti kumpul kebo (kohabitasi) yang diatur dalam Pasal 412 Undang-Undang No. 1 Tahun 2023 tentang Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP), perbuatan cabul (Pasal 414 ayat (1) KUHP), dan terhadap perilaku amoral seksual lainnya seperti bestialitas, inses, bigami, *pregnacy contract* (kontrak komersial untuk mengandung anak orang) dan kawin kontrak.

Tulisan ini akan mengetengahkan perdebatan Devlin dan Hart seputar hubungan hukum dan moralitas berkaitan laporan Komite Wolfenden yang mendekriminalisasi pelanggaran homoseksual, dengan terlebih dahulu dibahas secara ringkas mengenai Devlin dan Hart dan karya-karya mereka, lalu diuraikan secara ringkas titik tolak perdebatan mereka. Setelah itu, dibahas pokok-pokok perdebatan mereka soal moral dan hukum pidana khususnya yang terkait dengan dekriminalisasi homoseksual, dan soal kaitan antara hukum dan moralitas. Kemudian dibahas secara ringkas bagaimana Devlin mengembangkan penegakan standar moral dalam perbuatan melawan hukum atau '*quasicrime*', dalam hukum kontrak, dalam hukum perkawinan dan dalam demokrasi serta dibahas dekontekstualisasi perdebatan Devlin dan Hart ini dalam kerangka penegakan hukum pidana Indonesia terhadap kasus amoralitas seperti kumpul kebo (kohabitasi) yang diatur dalam Pasal 412 Undang-Undang No. 1 Tahun 2023 tentang Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP), perbuatan cabul (Pasal 414 ayat (1) KUHP) atau dalam kasus-kasus lain seperti bestialitas, inses, bigami, *pregnacy contract* (kontrak komersial untuk mengandung anak orang) dan kawin kontrak. Tulisan ini akan diakhiri dengan catatan penutup dari penulis mengenai debat Devlin dan Hart tersebut.

Patrick Devlin lahir di Chislehurst, Kent pada tahun 1905. Ayahnya merupakan seorang arsitek Katolik Roma Irlandia yang ayahnya sendiri berasal dari County Tyrone, sedangkan ibunya merupakan keturunan Protestan Skotlandia dan berasal dari Aberdeen. Di tahun 1909, beberapa tahun setelah kelahiran Devlin, keluarganya pindah ke kota kelahiran ibunya. Anak-anak mereka dibesarkan dengan ajaran Katolik. Kedua saudara laki-lakinya menjadi aktor ternama, bernama William Devlin dan yang satunya lagi menjadi pastor Jesuit.

Devlin bergabung dengan Ordo Dominikan (*Dominican Order*) sebagai pemula setelah meninggalkan Stonyhurst College, tapi keluar setahun setelahnya karena masuk ke Chrit's College di Cambridge. Di sana, Devlin membaca tentang sejarah dan hukum, serta

dipilih sebagai Presiden Persatuan Cambridge (*Cambridge Union*) di tahun 1926. Ia lulus di tahun 1927 dan mendapat gelar *Lower Second* untuk kedua bagian dari gelarnya.

Ia bergabung dengan Gray's Inn di tahun 1927, lolos ujian pengacara di tahun 1929. Lalu dia bekerja sebagai "*devil*" (anggota junior yang mengerjakan surat atau menulis otoni untuk anggota advokat yang lebih senior) untuk William Jowitt selama Jowitt menjadi Jaksa Agung, dan pada akhir tahun 1930an sudah berhasil mendirikan prakteknya sendiri. Selama Perang Dunia II, ia bekerja untuk beberapa kementerian negara. Ia "*took silk*" (istilah bagi pengacara yang menjadi bagian dari konsultan hukum anggota kerajaan) pada tahun 1939 dan menjadi Jaksa Agung Kadipaten Cornwall (*Duchy of Cornwall*) antara tahun 1947-1948.

Di tahun 1948, Jowitt (saat itu sudah menjadi Tuan Kanselir) menjadikan Devlin, saat itu berusia 42 tahun, sebagai hakim Pengadilan Tinggi yang ditugaskan di Divisi King's Bench (divisi pengadilan di Inggris yang menangani beberapa tipe kasus umum dan menjadi pengawas pengadilan level rendah). Ia menerima gelar ksatria pada akhir tahun itu juga. Dirinya merupakan orang kedua paling muda yang pernah ditunjuk sebagai hakim Pengadilan Tinggi di abad ke-20. Pada tahun 1956-1960, ia juga mengabdikan sebagai Presiden pertama Pengadilan Praktik Restriktif (pengadilan yang mengatur soal perdagangan).

Di tahun 1960, Devlin diangkat menjadi *Lord Justice of Appeal* (Pengadilan Banding), dan di tahun berikutnya pada tanggal 11 Oktober, ia menjadi *Law Lord* dan rekan hidup, sebagai *Baron Devlin* dari West Wick di Country of Wilts. Ia pensiun pada tahun 1964 di usia 58 tahun setelah menyelesaikan masa minimum 15 tahun yang diperlukan untuk memenuhi syarat pensiun yudisial penuh. Dia menyatakan bahwa pensiunnya antara lain karena kebosanannya dengan banyak kasus perpajakan yang diajukan ke *House of Lord*.⁵

Setelah pensiun, Devlin menjadi hakim di Pengadilan Administrasi Perburuan Internasional hingga tahun 1986. Ia juga menjadi ketua Dewan Pers dari tahun 1964 sampai 1969, dan Pejabat Tinggi Universitas Cambridge di tahun 1966-1991. Ia habiskan waktu untuk menulis tentang hukum dan sejarah, khususnya interaksi hukum dan filsafat moral, dan pentingnya juri. Ia meninggal pada usia 86 tahun di Pewsey, Wiltshire.⁶

⁵ Marcel Berlins, *The judgement of history* (London: The Times, 11 Juni 1985), hal. 10.

⁶ Tony Honore, "Devlin, Patric Arthur, Baron Devlin (1905-1992)" *Oxford Dictionary of National Biography* (on line ed.). Oxford University Press.

Lord Devlin menerima beberapa gelar kehormatan, termasuk dari Universitas Oxford, Cambridge, Glasgow, Sussex, Leicester, Toronto, dan Durham.⁷ Berikut ini disampaikan beberapa karya Devlin, yaitu :

1. Devlin, *The Hon. Sir Patrick, Trial by Jury*, Stevens & Sonas, 1956, 1966.
2. Devlin, Patrick, *The Enforcement of Moral*, Oxford. Oxford University Press, 1965, 1968.
3. Devlin, Patrick, *Too Proud to Fight*, 1974 (biography of Woodrow Wilson).
4. Devlin, Patrick, *The Judge*, Oxford University Press, 1971, 1981.
5. Devlin, Patrick, *Easing the Passing*. The Bodley Head, 1985.

Herbert Lionel Adolphus Hart lahir pada tahun 1907 dari orang tua Yahudi di Yorkshire, Inggris. Pendidikan tingginya dimulai di Bradford Grammar School and New College Oxford, lulus dengan sangat baik dalam studi "*Classical Great*" (studi filsafat, humaniora, dan sejarah kuno) pada tahun 1929. Seperti lulusan Oxford lain yang brilian dalam bidang itu, dia mulai karirnya sebagai pengacara pada tahun 1932-1940 di London. Pada saat itu dia semakin tertarik pada filsafat, namun tetap melanjutkan karir dalam bidang hukum yang akhirnya berhenti karena Perang Dunia II. Selama Perang Dunia II dia bekerja di badan intelijen Inggris dan berjumpa dengan Gilbert Ryle dan Stuart Hampshire yang memperkuat minatnya pada filsafat.

Pada tahun 1945 ia menerima tawaran untuk menjadi tutor filsafat di New college, Oxford. Pada saat inilah dia mulai terlibat dengan diskusi-diskusi yang dilakukan oleh lingkaran Oxford yang dimotori oleh Gilbert Ryle dan J.L. Austin.⁸ Menurut Hacker, Lingkaran Oxford ini merupakan fase keempat perkembangan filsafat analitik yang dipimpin oleh Ryle dan Austin dengan dibantu oleh para kolega mereka seperti Waisman, Grice, Hart, Hampshire, dan Berlin dan generasi setelah perang seperti Strawson dan Hare.⁹ Maka bisa dibayangkan bahwa Hart menggunakan metode filsafat analitik lingkaran Oxford dalam menjawab persoalan-persoalan dalam filsafat hukum. Dalam pendahuluan bukunya, *Essay in Jurisprudence and Philosophy*, Hart sendiri menceritakan tentang bagaimana lingkaran filsafat analitik di Oxford ini sangat membentuk pandangan filosofisnya setelah ia kembali ke Oxford pada tahun 1945. Dia mulai menerapkan teknik-teknik filsafat analitik lingkaran Oxford dalam filsafat hukum yang membuatnya diakui sebagai seorang tokoh lingkaran Oxford. Hal ini nampak

⁷ *The Press and the People* (London: The Press Council, 1968), hal. 92.

⁸ Neil McCormick menceritakan dalam bukunya '*H.L.A. Hart*' bahwa pada saat itu Hart terlibat dalam diskusi filosofis Sabtu pagi di kamar J.L. Austin bersama F. Waismann. G.A. Paul, J.O. Armzoon, A.D. Woolley, R.M. Hare, P.F. Strawson, Geoffrey and Mary Warnock, Philipa Foot, dan A.M. Honore (lih. McCormick, Neil. *H.L.A. Hart*, Stanford: Stanford University Press 2008 (Second Edition), hal. 5-6.

⁹ Lihat Hacker, P.M.S. "Analytic Philosophy: what, whence, dan whither?" dalam: Biletzki, A. & Matar, A. (eds.), *The Story of Analytic Philosophy: Plot and Heroes*. London: Routledge, 1998, hal. 2. Lihat pula Petrus C.K.L. Bello, *Hukum dan Moralitas Tinjauan Filsafat Hukum*, Erlangga, Jakarta, 2012, hal. 8-12.

misalnya dalam karyanya, *“The Ascription of Responsibility and Rights”* (1948) dan *“A Logician’s Fairy Tale”* (1951).¹⁰ Pada tahun 1952 atas anjuran Austin, Hart menjadi Profesor untuk Yurisprudensi di Universitas Oxford yang dipegangnya sampai tahun 1969. Dia menggantikan Prof. A.L. Goodhart. Dalam pidato pengangkatannya sebagai Profesor Yurisprudensi di Oxford pada tahun 1953, dengan judul *“Definition and Theory of Jurisprudence”*, dia berusaha untuk menunjukkan relevansi dari filsafat bahasa ini bagi filsafat hukum dan Yurisprudensi.”¹¹ Pada masa inilah dia mempublikasikan karya utamanya *The Concept of Law* pada tahun 1961 yang merupakan pengembangan kuliah-kuliahnya.

Dia berkunjung ke Harvard pada tahun 1956-7 yang menghasilkan *“Holmes Lecture”* yang berjudul *“Positivisme and Separation of Law and Moral”* (1958) dan debat yang terkenal melawan pembela teori hukum kodrat, Lon Fuller. Sekembalinya ke Inggris dia kembali terlibat dalam debat yang sama terkenalnya dengan Patrick Delvin mengenai batas-batas hukum kriminal dalam menerapkan moralitas. Setelah mengundurkan diri sebagai Profesor Yurisprudensi dan digantikan oleh Ronald Dworkin, Hart memfokuskan studinya pada J. Bentham yang kemudian dipublikasikan pada tahun 1982, *Essay on Bentham*. Dengan Dworkin yang memberikan kritik atas teori hukumnya, Hart juga terlibat dalam debat panjang berkenaan dengan konsep hukum sebagai aturan dan perlunya diskresi bagi para hakim.¹² Dari tahun 1973-1978 dia menjadi Prinsipal Brasenose College, Oxford. Pada tahun 1992 dia meninggal dan diakui sebagai pembela doktrin positivisme hukum kontemporer yang karya utamanya *The Concept of Law* dianggap sebagai karya yang harus dibaca dalam filsafat hukum.

Berikut ini disampaikan beberapa karyanya, yaitu :

1. *Law, Liberty and Morality*, Stanford: Stanford University Press, 1963.
2. *The Morality of the Criminal Law*, 1965.
3. *Punishment on Responsibility : Essays in the Philosophy of Law*, Oxford: Oxford University Press, 1968.
4. *Essays on Bentham: Jurisprudence and Political Theory*, Oxford: Oxford University Press, 1982.

¹⁰ Lihat M. Witz. “Oxford Philosophy” dalam *The Philophical Review*, Vol. 62, No.2, 1953, hal 187-233. Sumbangan Hart bagi filsafat analitik lingkaran Oxford ini dalam karyanya *“The Ascription of Responsibility and Rights”*, dibahas dengan cukup luas (hal. 201-207). Sumbangan Hart dalam analisis tentang tuturan yang biasanya digunakan dalam hukum adalah menunjukkan bahwa tuturan itu tidak hanya deskriptif dan emotif, tapi bisa juga performatif, askriptif dan imperatif. Hart terutama menunjukkan kekhasan tuturan askriptif dalam dunia hukum yang masalahnya bukan benar/salah seperti dalam tuturan deskriptif, namun bisa dibatalkan atau tidak.

¹¹ H.L.A. Hart. *Essay in Jurisprudence and Philosophy*, (Oxford: Oxford University Press, 1983), hal. 3. Pidato pengangkatan Hart pada tahun 1953 bisa ditemukan dalam yang sama, hal. 21-48.

¹² Lihat Petrus C.K.L. Bello, ‘The Controversy About The Essence of Law: A Dispute Between Hart And Dworkin’. *Junal Indonesia Law Review*. Vo. 2 No. 1. hal. 45-58.

5. *Essay in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford: Oxford University Press, 1983.

6. *The Concept of Law*, Oxford: Oxford University Press, 1994 (Second Edition, with a Poscript edited by Bulloch. Penelope A. & Raz. Joseph).

Titik Tolak Perdebatan

Setelah laporan Komite Wolfenden di tahun 1957, Devlin berargumentasi awalnya dalam *Maccabean Lecture* bidang Yurisprudensi tahun 1959 di British Academy untuk mendukung James Fitzjames Stephen (seorang hakim yang menulis buku *Liberty, Equality, Fraternity*, 1873) bahwa moralitas populer harus dibiarkan mempengaruhi pembuatan undang-undang dan bahkan tindakan pribadi pun harus dikenakan sanksi hukum jika dianggap tidak dapat diterima secara moral oleh 'orang yang berakal sehat' untuk menjaga tatanan moral masyarakat. Argumen Devlin diperluas di dalam bukunya *The Enforcement of Moral* (1965).

Dalam *Maccabean Lecture* yang pertama yang diberi judul "penegakan moral", Devlin berpendapat bahwa "masyarakat adalah komunitas gagasan; tanpa gagasan bersama mengenai politik, moral, dan etika, tidak bisa ada masyarakat". Pelanggaran terhadap moralitas bersama akan melemahkan salah satu ikatan yang menyatuhkan suatu masyarakat, dan dengan demikian mengancam suatu masyarakat, dan dengan demikian mengancam terjadinya disintegrasi. Jadi serangan terhadap "moralitas konstitutif masyarakat" akan mengancam masyarakat dengan disintegrasi. Oleh karena itu, tindakan tersebut tidak bisa lepas dari pengawasan dan sanksi publik karena tindakan tersebut murni tindakan pribadi.

Meskipun menyimpulkan bahwa pelanggaran terhadap "kode moral" adalah urusan hukum, Devlin mengamati bahwa hal ini tidaklah berarti bahwa masyarakat mempunyai kekuatan untuk campur tangan. Dia mencatat bahwa inti dari "prinsip elatis" yang membatasi kekuasaan negara untuk membuat undang-undang yang menentang amoralitas adalah "toleransi terhadap kebebasan individu maksimum yang konsisten dengan integritas masyarakat."¹³ Ia menyatakan bahwa "batas toleransi" tercapai ketika perasaan orang biasa terhadap suatu bentuk perilaku tertentu mencapai intensitas "intoleransi", kemarahan, dan rasa jijik" tertentu.¹⁴ Jika misalnya, masyarakat mempunyai perasaan yang tulus bahwa homoseksualitas adalah "suatu kejahatan yang sangat keji sehingga kehadirannya merupakan suatu pelanggaran", maka masyarakat dapat memberantasnya.¹⁵

Secara pribadi, Devlin merasa anti-pati terhadap homoseksualitas belum mencapai intensitas "intoleransi, kemarahan, dan rasa jijik. Maka pada Mei 1965 dia menjadi salah

¹³ Patrick Devlin, *The Enforcement of Moral*, hal. 60.

¹⁴ Idem 61

¹⁵ Idem

satu penandatanganan surat kepada The Times yang menyerukan penerapan reformasi Wolfenden. Pada *Maccabean Lecture* terakhir dengan judul “penegakan moral” Devlin menyatakan bahwa para pendukung doktrin John Stuart Mill tidak masuk akal memasukkan ke dalam teori mereka pelanggaran-pelanggaran kode moral seperti euthanasia, bunuh diri, perjanjian bunuh diri bersama, aborsi, inses, kekejaman terhadap hewan, bigami, bestialitas, dan kecabulan lainnya yang dilakukan secara pribadi di antara orang dewasa yang menyetujuinya, dan tidak menimbulkan kerugian bagi orang lain.

Hart membantah klaim Delvin bahwa pelanggaran terhadap moralitas konvensional saja sudah cukup merugikan dan sudah dapat membenarkan membawa tindakan pribadi ke dalam lingkup kontrol negara. Moralitas sosial, menurut Hart bukanlah sebuah jaringan mulus, yang kerusakannya dapat disamakan dengan pengkhianatan. Sebaliknya, hal ini harus dilihat sebagai beberapa bagian, dan mempersanyaannya apakah penegakan hukum sesuai dengan masing-masing bagian. Dalam tiga kuliahnya di Stanford, Hart berpendapat berbeda dengan Devlin, bahwa negara demokratis tidak berhak menegakan standar moral demi kepentingan mereka sendiri. Dengan pengecualian pada kasus-kasus khusus tertentu di mana undang-undang yang bersifat paternalistik dapat dibenarkan, negara harus menghormati kebebasan individu dan melakukan intervensi hanya untuk mencegah atau menghukum tindakan yang menimbulkan kerugian nyata. Bahan perkuliahan Hart di Stanford tersebut kemudian menjadi buku *Law, Liberty and Morality* (1963) dan *The Morality of Criminal Law* (1965).

Perdebatan tentang Moral dan Hukum Pidana terkait Dekriminalisasi Homoseksual

Devlin mengkritik penegasan Laporan Wolfenden tentang wilayah moralitas privat. Ia membangun kritiknya lewat beberapa pertanyaan mendasar sebagai berikut:¹⁶

1. Apakah masyarakat memiliki hak untuk menilai hal-hal yang berhubungan dengan kehidupan moral dalam masyarakat? Dengan kata lain, apakah ada moralitas publik atau moralitas itu selalu merupakan persoalan pribadi?
2. Jika masyarakat memiliki hak untuk memberi penilaian atas masalah moral, apakah masyarakat juga memiliki hak untuk menggunakan hukum untuk menegakkan moralitas?
3. Jika demikian, apakah hukum mesti digunakan dalam semua kasus atau hanya dalam beberapa kasus tertentu saja; dan jika hanya dalam kasus tertentu, berdasarkan prinsip-prinsip apa hal itu dapat dibedakan?

¹⁶ Simon Lee, *Law and Moral*, hal. 26-27.

Devlin memberikan jawaban atas pertanyaan-pertanyaan di atas yang dapat dirangkum sebagai berikut :¹⁷

1. Masyarakat memiliki hak untuk membuat penilaian atas moralitas karena andaikan anggota masyarakat mencoba membangun suatu masyarakat tanpa persetujuan fundamental tentang yang baik dan yang jahat maka masyarakat itu akan hancur.
2. Masyarakat memiliki hak untuk menggunakan hukum pidana demi menjamin bahwa moralitas dijalankan sebagaimana mestinya, sebagaimana masyarakat memiliki hak untuk menggunakan hukum demi mengamankan hal-hal lainnya yang bersifat esensial bagi kelangsungan hidup masyarakat yang bersangkutan.
3. Namun masyarakat seharusnya hanya menggunakan hukum pidana dalam kasus-kasus tertentu saja.

Devlin mengusulkan empat panduan, yang dikenal sebagai prinsip pengekan (*principles of restraint*), yang menegaskan bahwa masyarakat seharusnya menggunakan hukum pidana demi menegakkan moralitas.¹⁸

- (1) Tidak ada yang dapat dihukum oleh hukum yang tidak berada di luar batas toleransi. Toleransi menjangkau kebebasan individu yang sebesar-besarnya sejauh masih berada dalam batas-batas yang konsisten dengan integritas masyarakat.
- (2) Tingkat toleransi masyarakat itu berbeda-beda dari generasi ke generasi.
- (3) Sejauh mungkin, privasi harus dihargai,
- (4) Hukum bertalian dengan suatu standar maksimum dan minimum tingkah laku manusia.

Hart lebih memilih untuk melihat pertanyaan-pertanyaan Devlin dalam formasi seperti ini: “Apakah fakta bahwa tingkah laku tertentu yang oleh standar umum dipandang amoral cukup untuk menjustifikasi bahwa tindakan tersebut dapat dihukum berdasarkan hukum? Apakah secara moral dapat diijinkan untuk menjalankan moralitas seperti itu?”

Di sinilah letak perbedaan pemikiran antara Devlin dan Hart. Devlin setuju bahwa tindakan-tindakan yang dianggap amoral dapat ditindak secara hukum sedangkan Hart menolak. Hart mengadopsi suatu titik berangkat yang berbeda. Ia mengembangkan *the harm principle* dari Mill dalam menilai tingkah laku individu dalam masyarakat serta intervensi yang dapat diambil untuk menghukum tindakan-tindakan anggota masyarakat.

¹⁷ Ibid

¹⁸ Ibid. Lht pula. Patrick Devlin, *The Enforcement of Morals*, hal. 16-20.

The harm principle (prinsip bahaya/kerugian) menyatakan bahwa tindakan individu harus dibatasi hanya untuk mencegah bahaya bagi individu lain. Mill mengartikulasikan prinsip tersebut dalam esainya *On Liberty*, 1859, di mana dia berpendapat bahwa “Satu-satunya tujuan kekuasaan dapat digunakan secara sah terhadap setiap anggota masyarakat beradab, yang bertentangan dengan keinginannya, adalah untuk mencegah bahaya bagi orang lain”.

Hart tidak setuju untuk memasukkan pelanggaran moral sebagai suatu justifikasi atas hukuman. Hart menjuluki Devlin sebagai moralisme legal yang menganggap bahwa suatu tindakan dianggap sebagai amoral secara inheren, baik ketika tindakan itu mencederai ataupun tidak mencederai orang lain. Hart berfokus pada individu sedangkan Devlin kepada masyarakat.

Di mana letak kesalahan pemikiran Devlin? Hart berpendapat bahwa kesalahan Devlin terletak pada asumsinya yang tidak berdasar, yakni pandangannya bahwa semua moralitas membentuk jaringan tunggal tanpa cela, sehingga orang-orang yang melanggar salah satu aspek moralitas dengan sendirinya melanggar keseluruhan moralitas. Menurut Hart, adalah jelas dengan sendirinya bahwa masyarakat tidak dapat eksis tanpa suatu moralitas yang mencerminkan dan menyuplai larangan atas tindakan yang merugikan orang lain namun sekali lagi tidak ada bukti untuk mendukung, dan apalagi menolak, teori yang menyatakan bahwa mereka melanggar moralitas seksual konvensional bermusuhan dengan masyarakat.

Hart secara seksama menjelaskan mengapa kita harus melihat sebelum melompat dari kecaman moral menuju penegakan hukum. Hart memberikan empat alasan pemikirannya:¹⁹

1. Hukuman aktual bagi pelanggar yang mana menghambat seseorang dari kebebasannya bergerak (melalui penjara) atau dari kebebasannya atas uang (melalui benda) jelas-jelas menyakiti orang yang dihukum.
2. Tindakan yang berasal dari pilihan bebas yang tidak dirintangi mungkin saja memiliki nilai pada dirinya sendiri yang mana secara *prima facie* salah jika diintervensi-secara hukum, misalnya.
3. Tindakan yang berasal dari pilihan bebas yang tidak dirintangi dapat dianggap sebagai tindakan yang bermakna ia memungkinkan individu-individu untuk bereksperimen dengan kehidupan dan untuk menemukan hal-hal yang berarti baik bagi diri mereka maupun bagi orang lain.

¹⁹ Simon Lee, *Law and Moral*, hal. 29.

Sejauh berhubungan dengan moralitas seksual, pembatasan dorongan hati secara umum merupakan sesuatu yang mempengaruhi perkembangan atau keseimbangan dari kehidupan emosional, kebahagiaan dan kepribadian individu.

Discussion

Perdebatan Devlin dan Hart terkait Hubungan antara Hukum dan Moralitas

Untuk lebih memahami bagaimana Devlin dan Hart menilai hubungan antara hukum dan moralitas dalam perdebatan mereka, marilah kita membahas secara lebih mendalam beberapa hal penting yang muncul dalam perdebatan keduanya, yakni pertama, tentang sex dan peran masyarakat dalam menegakan moralitas dan kedua, tentang moralitas.

Tentang Sex dan Peran Masyarakat dalam Menegakan Moralitas.

Suasana umum dari debat antara Devlin dan Hart dipengaruhi oleh kontroversi tentang pokok hubungan antara perilaku seksual dan moralitas. Para pendukung pemikiran liberal berpendapat bahwa perilaku homoseksual privat antara dua orang dewasa tidak bersifat amoral. Lebih lanjut, Komite Wolfenden berpendirian bahwa perilaku seperti itu merupakan urusan moralitas pribadi dan bukan urusan hukum.

Sebaliknya, Devlin menegaskan bahwa penegakan hukum dari norma-norma moral yang partikular dijustifikasi dalam suatu masyarakat jika anggota-anggotanya secara umum berpendapat bahwa hal itu terjustifikasi. Interpretasi ini dijelaskan oleh Hart dalam gagasannya mengenai pembedaan antara moralitas positif dan moralitas kritis. Moralitas positif dalam pengertian Hart adalah moralitas yang sesungguhnya diterima dan dihidupi oleh suatu kelompok sosial tertentu.²⁰ Sedangkan moralitas kritis berisi prinsip-prinsip moral yang digunakan dalam kecaman atas institusi sosial yang aktual termasuk moralitas positif.²¹

Hart membuat distingsi di atas untuk menunjukkan bahwa pendapat Devlin dapat digolongkan ke dalam kelompok pendukung moralitas positif. Hart sendiri mengedepankan pertanyaan kritis tentang apakah masyarakat dapat menggunakan hukum pidana untuk menegakan moralitas itu. Dan ia menyatakan bahwa pertanyaan ini merupakan suatu pertanyaan moral yang tidak bisa dijawab oleh praktik aktual dari masyarakat manapun. Ketimbang berpegang teguh pada kebiasaan umum masyarakat, Hart lebih memilih untuk mencari prinsip-prinsip moral yang dapat mendukung penegakan moralitas. Ide inilah yang dimaksudkan Hart sebagai moralitas kritis.

²⁰ H.L.A. Hart, *Law, Liberty and Morality*. New York: Vintage Book, 1966, hal. 20

²¹ Ibid

Dengan menolak penyederhanaan yang dibuat atas pemikirannya, Delvin sebaliknya bercerita banyak tidak hanya dalam *Maccabaen Lecture* tetapi juga dalam bukunya *The Enforcement of Moral* bahwa baginya, belum menemukan alternatif yang memuaskan terhadap tesis yang dia ajukan. Pertentangan terhadap hal ini, mau tak mau ia pikirkan, belum menghilangkan gagasan yang wajar bagi seorang filsuf bahwa orang mencari hukum moral juga harus mengejar kebenaran absolutnya. Maka mereka akan terkejut jika mereka menemukan kebenaran di bawah suara terbanyak. Bagi Devlin moralitas harus ditegakkan, dan ia juga secara jelas menyatakan ketidakpercayaannya akan otonomi umum bahwa suatu perbuatan itu amoral dan karenanya ilegal, yang dengan sendirinya bersifat kriminal²² yang menentukan, menurutnya, adalah pandangan atau pendirian dari orang-orang yang terpelajar atas moralitas karena orang terpelajar mempunyai keuntungan dalam masyarakat demokratis, orang terpelajar mempunyai atau seharusnya mempunyai keunggulan dalam kekuatan persuasi di atas orang biasa.²³ Ia menegaskan pula bahwa mengidentifikasi moralitas komunitas bukanlah soal menghitung berapa kepala atau membuat *polling* pendapat.

Lebih lanjut, Devlin mengusulkan empat prinsip yang harus diperhatikan oleh lembaga legislatif dalam mempertimbangkan pembuatan undang-undang dalam menegakkan moral: toleransi maksimum atas kebebasan individual yang sejalan dengan integritas masyarakat; konservatisme di hadapan kaidah-kaidah sosial yang selalu berubah; penghargaan atas privasi; dan kepatuhan atas suatu distingsi antara kewajiban moral dan cita-cita moral.²⁴

Dibandingkan dengan para penentangannya, Devlin lebih tertarik pada pertanyaan politis tentang apa yang harus diperbuat oleh para pembuat hukum di dalam suatu masyarakat demokratis di hadapan ketidaksetujuan yang signifikan dan kokoh tentang isu-isu seperti batasan dari hukum pidana.²⁵ Misalnya Devlin meluangkan sebagian besar perhatiannya pada isu-isu yang berkaitan dengan hukum pidana tentang *drunkenness* (mabuk-mabukan), *gambling* (judi), dan prostitusi (*prostitution*), dan sebagainya yang membuat beberapa ahli seperti Peter Cane menilai bahwa Devlin sangat mempedulikan pengaruh moralitas masyarakat atas kehidupan bersama. Menurut Devlin masyarakat tidak dapat hidup tanpa moral.

Tentang Moralitas

Dalam debat antara Devlin dan Hart, moralitas dimengerti baik secara statis maupun dinamis. Dimengerti secara statis, moralitas dipandang sebagai suatu perangkat norma

²² Patrick Devlin, *The Enforcement of Morals*, hal. 93.

²³ Idem, hal 95.

²⁴ Idem, 16-20.

²⁵ Idem, hal 16-25.

tentang tingkah laku manusia. Moralitas dipandang sebagai berkaitan dengan hubungan interpersonal dalam masyarakat. Moralitas mengambil fungsi sebagai sistem normatif yang menjadi acuan bagi hidup para anggota masyarakat. Dalam artian statis ini pulalah kita melihat bahwa moralitas memungkinkan norma-norma partikular untuk diklasifikasikan entah sebagai moral atau non-moral, selain itu moralitas dalam pengertian ini memungkinkan kita membedakan antara moralitas dan tipe-tipe yang lain dari norma-norma.²⁶

Dimengerti secara dinamis, moralitas sebagai produk dari proses berpikir secara praktis. Inilah yang disebut oleh Dworkin sebagai “moralitas dalam arti diskriminatori”. Menurut Dworkin bahwa kita mungkin mulai dengan fakta bahwa istilah-istilah seperti ‘posisi moral’ dan ‘keyakinan moral’ berfungsi dalam moralitas konvensional kita sebagai istilah pembenaran dan kritik, serta deskripsi. Memang benar bahwa kadang-kadang kita berbicara tentang ‘moral’ atau ‘moral suatu kelompok’. Moralitas adalah kepercayaan moral atau posisi moral atau keyakinan moral, dalam apa dia sebut sebagai pengertian antropologis, yang berarti mengacu pada sikap apa pun yang ditunjukkan kelompok mengenai sifat perilaku, kualitas, atau tujuan manusia. Dalam pengertian ini, kita katakan, khususnya ‘moral posisi’ dan ‘keyakinan moral’ dalam arti yang diskriminatif, untuk membedakan posisi yang digambarkan dengan prasangka, rasionalisasi, masalah kebencian atau selera pribadi, pendirian sewenang-wenang dan sejenisnya. Jadi “moralitas dalam arti diskriminatori” dapat diartikan sebagai norma-norma tingkah laku yang didasarkan atas rasio sebagaimana bertolak belakang dengan emosi, prasangka, ketaatan buta dan sebagainya.²⁷

Proses berpikir secara praktis ini sering diperlawankan dengan proses-proses politik yang menyangkut kompromi dan resolusi konflik yang biasanya muncul dalam pemahaman dinamis akan hukum sebagaimana telah diuraikan secara ringkas di atas. Dalam perdebatan antara Devlin dan Hart, hubungan antara hukum dan moralitas dipahami sebagai hubungan yang kompetitif. Dipahami secara statis, moralitas memberikan seperangkat standar kritis untuk menilai hukum. Dalam pemahaman dinamis, gagasan bahwa moralitas adalah produk akal, sebagai menentang konflik dan kompromi, menetapkan kredibilitasnya sebagai standar kritis yang digunakan untuk menilai hukum. Pendekatan ini melibatkan pandangan hukum secara dinamis sebagai

²⁶ Untuk diskusi lebih lanjut, lihat R. Jay Wallace, “Rightness of Acts and Goodness of Lives,” dalam R. Jay Wallace, et al. (eds.), *Reason and Value: Themes from the Moral Philosophy of Joseph Raz* (Oxford: Clarendon Press, 2004), hal. 385-411.

²⁷ Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 2010, hal. 248.

perangkat institusi, mekanisme dan prosedur, bukan secara statis sebagai perangkat norma.²⁸

Hubungan antara Hukum dan Moralitas

Debat antara Devlin dan Hart menyangkut hubungan hukum dan moralitas sesungguhnya berangkat dari perbedaan pendapat mereka menanggapi pertanyaan apakah hukum (hukum pidana) dapat digunakan oleh masyarakat untuk menegakan norma moral atau lebih netralnya disebut norma-norma sosial, Devlin sendiri menyebut moral sosial/moral sosial komtemporer yang eksis secara terpisah dari hukum pidana.

Menurut Devlin, masyarakat tentu saja dapat menggunakan hukum dalam menegakan moralitas bahkan jika perlu menggunakan instrumen hukum untuk menghukum para pelanggar moralitas. Hal ini dibuat demi menjaga ketertiban sosial serta memelihara kelangsungan hidup masyarakat yang teratur dan harmonis.

Berangkat dari keprihatinan Devlin atas Laporan Komite Wolfenden, ia menggunakan argumen tersebut di atas untuk menjustifikasi intervensi masyarakat dan hukum terhadap perilaku homoseksual yang didekriminalisasi oleh Komite Wolfenden. Devlin menjelaskan pemikirannya sebagai berikut: "... jika... seseorang tidak menaati standar moral..., (maka) masyarakat secara keseluruhan dirugikan, karena orang tersebut memberi kontribusi yang kurang memadai dari apa yang harus ia berikan, misalnya jika seseorang tidak menjalankan standar kesehatan dan moralitas, maka masyarakat secara keseluruhan akan menjadi miskin."²⁹

Devlin menjelaskan lebih lanjut bahwa masyarakat menderita akibat sifat buruk dari anggota-anggotanya lantaran beberapa alasan berikut ini. *Pertama*, seorang individu yang berperilaku buruk memperlemah dirinya sendiri sehingga ia tidak bisa menjadi anggota masyarakat yang berguna. Jelas bahwa seseorang, jika tidak dibatasi keburukannya, dapat melemahkan dirinya sendiri sehingga ia tidak lagi menjadi anggota masyarakat yang berguna.³⁰ *Kedua*, orang yang berkelakuan buruk akan menyebabkan perilaku buruk menyebar dan masyarakat bisa tercemar, jelas juga bahwa sejumlah besar individu melemahkan dirinya sendiri, maka masyarakat pun akan melemah.³¹ *Ketiga*, tindakan amoral menyebabkan ketidakpercayaan pada keyakinan bersama akan yang baik dan jahat. Musuh masyarakat bukanlah kesalahan melainkan ketidakacuhan kepada pendirian bersama tentang moralitas.³²

²⁸ Lihat Peter Cane, *Taking Law Seriously: Starting Point of the Hart/Devlin Debat,* "The Journal of Etic, No. 10, No.1/2, (Jan., 2006), hal. 8.

²⁹ Patrick Devlin, *The Enforcement of Law*, hal. 104.

³⁰ Ibid, hal. 111.

³¹ Ibid

³² Ibid, hal. 114.

Tanggapan Hart bahwa Devlin jatuh pada paternalisme moral atau penegakan hukum atas moralitas atau moralisme hukum. Hart membela suatu paternalisme fisik yang membatasi kebebasan masyarakat untuk mencegah mereka merugikan diri mereka sendiri tapi dia tidak setuju dengan paternalisme moral. Hart menyatakan tidak setuju dengan Devlin bahwa hukum pidana harus digunakan untuk melarang tindakan amoral yang membuat orang bereaksi dengan intoleransi, kemarahan dan rasa jijik karena merupakan bentuk ekstrem dari moralitas hukum. Sebagai gantinya, Hart berpendapat, kita harus dengan tegas menempatkan visi pencerahan dan toleransi liberal, kepedulian terhadap penderitaan manusia dan penghormatan terhadap kebebasan manusia yang hanya diimbangi oleh paternalisme terbatas.

Hart menyatakan Devlin gagal memberikan bukti empiris untuk mendukung anggapannya bahwa penegakan moralitas masyarakat diperlukan untuk menjaga stabilitas sosial. Namun Hart sendiri tidak dapat memberikan bukti psikologis atau sosiologis atas klaim yang dibuatnya. Hart tidak memberikan spesifikasi yang independen tentang apa yang dianggap sebagai kerugian itu. Tanpa spesifikasi yang jelas dan independen, batas antara paternalisme fisik dan paternalisme moral menjadi rapuh.

Penegakan standar moral pada *quasi crime*, hukum kontrak, hukum perkawinan dan demokrasi

Setelah debat dengan Hart, Devlin terus mengembangkan idie-idenya, dan enam tahun setelah *Maccabaeen Lecture*, ia menerbitkan ulang kuliah aslinya bersama dengan enam esai lebih lanjut yang menguraikan tesisnya tentang moralitas hukum dan bahkan memperluas ke *quasi crime*, hukum kontrak, hukum perkawinan dan demokrasi. Bertentangan dengan pernyataan Hart, daya tariknya terhadap reaksi 'intoleransi, kemarahan dan rasa jijik', tegasnya, dimaksudkan untuk menandai batasan mengenai apa yang seharusnya yang dikriminalisasikan oleh hukum, bukan sebagai resep untuk kriminalisasi di mana hal ini menunjukkan Devlin setuju bahwa kriminalisasi moral tetap berlaku secara terbatas untuk kasus-kasus yang menimbulkan perasaan intoleransi, kemarahan dan rasa jijik. Devlin mengemukakan cita-citanya untuk memperluas analisisnya guna menilai pengaruh yang tepat dari hukum moral di bidang-bidang di luar hukum pidana.

Tulisan ini sebenarnya membatasi atau fokus pada diskusi atau perdebatan tentang batas-batas hukum pidana dalam penegakan moralitas, namun karena pengaruh hukum moral atas bidang-bidang di luar hukum pidana juga merupakan bagian dari upaya Devlin untuk memperkuat tatanan moral masyarakat dan hal ini menurut penulis juga penting dibahas dalam tulisan ini.

Devlin membahas penegakan standar moral pada soal perbuatan melawan hukum atau *'quasi crime'* dan perbuatan melawan hukum (ini sebutan Devlin) dalam bab II bukunya. Dia berpendapat bahwa kesalahan moral bergantung pada keadaan pikiran dan bukan pada tingkat kerusakan.³³ Menurutnya hukum tentang perbuatan melawan hukum bukanlah bidang hukum dengan tujuan moral. Dia juga berargumentasi bahwa perluasan hukum pidana ke dalam wilayah yang disebutnya sebagai *'quasi crime'* pada dasarnya merupakan suatu penyimpangan terhadap tujuan moral kriminalisasi, dan melemahkan tujuan kriminalisasi hubungan penting antara kejahatan *'nyata'* dan dosa. Kewajiban memberikan kompensasi atau reparasi atas kerugian kepada pihak yang menjadi korban perbuatan melawan hukum menurut Devlin mungkin dapat menyelaraskan hukum tentang perbuatan melawan hukum dan hukum moral.³⁴

Devlin membahas penegakan standar moral pada hukum kontrak dalam bab III bukunya. Dia berpendapat bahwa hukum kontrak didasarkan pada prinsip-prinsip itikad baik dan transaksi yang adil, namun hal ini kurang sepenuhnya diwujudkan dalam hukum kontrak (khususnya dalam sistem *common law*), yang secara tegas dibentuk oleh kondisi perdagangan, dibandingkan sistem sipil. Ketimpangan kekuatan tawar yang tidak terselesaikan oleh doktrin kontrak, dalam perdagangannya, tidak menimbulkan pertanyaan mengenai moralitas.³⁵ Namun meskipun hanya hukum pidana menurutnya, yang dapat digunakan untuk menegakkan standar moral, kita dapat berharap bahwa bidang hukum kontrak akan mencerminkan ketidaksetujuan masyarakat terhadap tindakan amoralitas non-kriminal. Hal ini, menurutnya, seperti tercermin dalam dalam aturan bahwa ilegalitas membuat kontrak tidak dapat dilaksanakan.³⁶

Devlin membahas penegakan standar moral pada hukum perkawinan dalam bab IV bukunya, yang menurutnya perkawinan pada dasarnya dipahami sebagai izin negara untuk menciptakan hubungan khusus melalui perkawinan atau pasca perceraian untuk perkawinan kembali. Menurut Devlin peraturan perkawinan dan perceraian lebih terikat erat dengan hukum moral dibanding dengan hukum lainnya.³⁷ Pandangan Devlin tentang hubungan antara hukum dan moralitas meskipun melampaui hukum pidana, namun argumen utama dalam bukunya ini, dan yang paling terkenal, adalah argumennya bahwa memang tugas hukum pidana adalah melindungi kohesi sosial dengan menegakkan moralitas, termasuk dalam soal perkawinan serta penekannya pada hubungan analisis antara kejahatan dan dosa, dan penolakannya terhadap gagasan *'moralitas pribadi yang berada di luar cakupan hukum'*.

³³ Ibid, hal. 34

³⁴ Ibid, hal. 41

³⁵ Ibid, hal. 50

³⁶ Ibid, hal. 52 -56.

³⁷ Ibid, hal. 61

Devlin mengangkat tema yang mendapat penekanan dalam jawaban Hart, yaitu hubungan antara demokrasi dan moralitas dalam bab V bukunya. Devlin tidak setuju usulan Hart, begitu pula para pendahulunya yakni Mill dan Austin untuk dilakukan demoralisasi hukum, karena demokrasi tetap perlu dituntun oleh moralitas politik dan hukum. Pendapat Hart dan Mill bahwa nilai universal dalam moralitas tidak dapat dipertahankan dengan paksaan hukum dan kekhawatiran Hart dan Mill terhadap bahaya demokrasi mayoritas tidak menjadikannya anti demokarsi tapi mayoritas tidak berarti bahwa mereka selalu benar, untuk itu menurut Hart perlu kepedulian terhadap penderitaan kemanusiaan dan penghormatan terhadap kebebasan manusia, dengan menerapkan demoralisasi hukum atau paternalisme moral terbatas.³⁸ Dalam bab ini, Devlin mengungkapkan pandangannya mengenai peran hukum pidana sebagai penjaga warisan (moral) dan bukan penciptaan suatu sistem. Penegakan standar moral yang menjadi dasar perbedaan pendapat moral dalam masyarakat.³⁹

Devlin membahas kebebasan dalam moralitas dalam bab VI bukunya, dengan berfokus secara khusus pada pembelaan Mill terhadap kebebasan. Devlin menyatakan bahwa definisi populernya tentang moralitas (menekankan moralitas sosial) tidak akan 'membekukan' standar moral namun menyiratkan bahwa hukum berubah seiring dengan perubahan pandangan orang yang berakal sehat.⁴⁰ Bagi Devlin, argumen utilitarian Mill tentang kemungkinan tidak efektifnya hukum sebagai alat untuk menegakan moralitas dalam kondisi perselisihan masih lebih baik bagi pembuat undang-undang dibandingkan dengan klaim Mill bahwa bidang-bidang tertentu bukan urusan hukum.

Dalam bab terakhir bukunya, Devlin memanfaatkan aspek-aspek hukum pidana kontemporer untuk memajukan dua argumen utamanya, yaitu *pertama*, dengan menunjuk pada peran pertimbangan moral atas sifat patut disalahkan dalam pemberian hukuman. Artinya, lembaga peradilan pidana tidak hanya mengatur arah ketertiban sosial tapi juga memeriksa, memutuskan dan menjatuhkan hukuman berdasarkan pertimbangan moral. *Kedua*, Devlin menunjukkan batasan pembelaan persetujuan dalam hukum pidana kontemporer. Di sini ia memanfaatkan modifikasi Hart atas artikulasi asli Mill tentang prinsip kerugian/bahaya dengan konsensinya bahwa bentuk-bentuk paternalisme fisik tertentu yang bertentangan dengan moral dapat dibenarkan. Dalam pandangan Devlin, kontur paternalisme yang dibenarkan dalam skema Hart tidak hanya tidak jelas garis yang coba ditarik oleh Hart juga tidak masuk akal. Dengan mengakui pembenaran atas contoh-contoh paternalisme tertentu, Devlin berargumen, Hart pada dasarnya mengabaikan prinsip kerugian/bahaya Mill, dan bersamaan dengan

³⁸ Ibid, hal. 91-92

³⁹ Ibid, hal. 89.

⁴⁰ Ibid, hal. 105-106

itu gagasan bahwa bidang moralitas pribadi yang 'bukan urusan hukum' seperti dikatakan baik oleh Mill maupun Hart lebih terlihat tidak masuk akal. Lebih baik menurut Devlin, dengan cara yang sangat utilitarian, menerima bahwa peran hukum pidana hanya dibatasi oleh penilaian yang seimbang mengenai apakah hukum pidana memang dapat mencapai tujuannya dengan biaya yang wajar. Devlin memberi tantangan kepada Hart untuk mengartikulasikan pandangannya tentang bagaimana hukum harus menangani bigami, aborsi, bestialitas dan inses, dengan berspekulasi bahwa akan sulit melakukan hal tersebut tanpa menganut moralitas hukum pada tingkat tertentu. Devlin menyimpulkan bahwa moralitas hukum lebih dekat dengan 'moralitas sosial kontemporer' dibandingkan dengan prinsip kerugian/bahaya Mill yang dianut oleh Hart.⁴¹

Dekontekstualisasi Perdebatan Devlin dan Hart dalam kerangka Penegakan Hukum Pidana Indonesia terhadap Perilaku Amoral Seksual

Menurut Nicolo Lacey, berdasarkan penelitiannya atas perdebatan antara Devlin dan Hart ini, menyimpulkan bahwa ada beberapa konteks perdebatan kedua pemikir tersebut, yakni konteks sosial dan intelektual.⁴² Peluncuran laporan Komite Wolfenden telah mengisyaratkan konteks sosial dan intelektual yang melatarbelakangi perdebatan kedua pemikir tersebut. Konteks sosial dicirikan dari situasi Inggris saat itu menjadi negara kontemporer sebagai akibat periode penghematan setelah Perang Dunia II. Ini adalah periode di mana perubahan sosial yang besar, terutama dalam hubungan kelas, budaya remaja, dan adat istiadat seksual yang berlaku dan sedang terjadi.⁴³

Perjalanan budaya harus dilakukan menuju reformasi Undang-Undang Pelanggaran Seksual pada tahun 1965 perlu dipahami dengan melihat semakin intensifnya kebijakan peradilan pidana yang bersifat homofobik moralistik pada tahun 1950an. Konsekuensinya adalah peningkatan penuntutan sebesar empat hingga lima kali lipat terhadap pelaku kejahatan amoral homoseksual yang melakukan perbuatannya secara eksibisionis dan berbahaya bagi orang lain. Pembentukan Komite Wolfenden ini terjadi setelah adanya ketidakadilan yang dirasakan secara luas dalam putusan pengadilan pada Pengadilan Wildeblood tahun 1954: sebuah contoh dari ketidakadilan sikap masyarakat dan reaksi elit di mana terdakwa adalah laki-laki yang dapat mereka kenali, dan Sunday Time yang biasanya tidak simpatik mencatat pada kesempatan ini kuatnya alasan untuk melakukan reformasi. Fakta terdapat rentang waktu hampir satu dekade antara laporan Komite Wolfenden dan Undang-Undang yang direkomendasi laporan

⁴¹ Ibid, hal. 139.

⁴² Nicola Lacey, *Patrick Devlin's the Eforcement of Morals, Revisited : Absolutism and Ambivalence*, Working Papar, LSE Law, Soceitet and Economy Working, 2022, diakses at: <https://ssrn.com/abstract=4062258> tanggal 13 Juli 2024.

⁴³ Ibid, hal. 13-14.

tersebut menunjukkan perasaan pemerintah bahwa penolakan terhadap liberalisasi masih meluas.⁴⁴

Sedangkan konteks intelektual dicirikan dari buku Devlin, *The Enforcement of Morals*, di mana buku ini memicu reaksi dari beberapa ahli hukum, filsuf, teolog, dan kriminolog paling berpengaruh saat itu, terutama Richard Wollheim (1959), Basil Mitchell (1967), Barbara Wootton (1963), Morris Ginsberg (1967), Eugene Rostow, Dekan Fakultas Hukum Yale (1960), dan Ronald Dworkin (1965-6). Namun tanggapan yang paling terkenal tidak diragukan lagi adalah tanggapan Hart (1959; 1963; 1965), dan debat Delvin dan Hart telah menjadi topik utama bagi mahasiswa hukum sejak saat itu. Hal ini menunjukkan contoh menarik mengenai peran yang dimainkan para intelektual dalam membentuk wacana publik di dunia secara lebih terhormat pada tahun 1960an.⁴⁵

Beberapa ciri konteks intelektual pada saat buku Devlin ini diterbitkan juga menarik. *Pertama*, para hakim pada masa itu jarang mengungkapkan pendapatnya mereka mengenai isu-isu kebijakan saat itu, dan mereka juga tidak cenderung terlibat dalam perdebatan yurisprudensial, sementara Devlin memberi pernyataan yudisial di *Maccabaeen Lecture*. *Kedua*, pertarungan paradigma liberal, sekuler, dan rasional sehubungan dengan peran umum hukum pidana, dan hubungan hukum dan moralitas. Skeptisisme liberal Hart terhadap kriminalisasi amoralitas, khususnya wawasan sosio-hukumnya mengenai dampak undang-undang tersebut, terutama dalam hal perluasan kebijaksanaan polisi dan penuntutan yang tidak akuntabel, sehingga menyebabkan pemborosan sumber daya, penegakan hukum yang diskriminatif dan pada akhirnya terkikisnya persepsi legitimasi hukum pidana.⁴⁶ Dworkin bersimpati dengan proposisi Devlin bahwa moralitas harus diperhitungkan, namun menolak konsepsi emosional Delvin tentang apa yang dianggap sebagai moralitas, dengan alasan bahwa proposisi moral harus lulus uji rasionalitas tertentu dan konsistensinya agar memenuhi syarat sebagai kandidat yang memiliki kedudukan moral.⁴⁷ Akibat pertarungan paradigma tersebut, tahun 1980an justru membuat retributivisme, bentuk-bentuk teori hukum kodrat dan moralitas hukum secara umum mengalami kebangkitan.⁴⁸

Signifansi dan warisan dari perdebatan Devlin dan Hart serta buku Devlin itu, di antaranya adalah mengenai posisi moralitas hukum kini mempunyai pengaruh besar terhadap teori hukum pidana, ilmu pengetahuan dan kebijakan publik saat ini. Selama lebih dari setengah abad, perdebatan Devlin dan Hart serta buku Devlin telah

⁴⁴ Ibid, hal 14-15.

⁴⁵ Ibid, hal. 16.

⁴⁶ Ibid, hal. 16-17.

⁴⁷ Ronald Dworkin, "Lord Devlin and the Enforcement of Morals" 75 Yale Law Journal (1965-6), hal. 986-1005. bdk, Ronald Dworkin, *Taking Right Seriously*, (London: Duckwort 1977), hal. 289-310.

⁴⁸ Nicola Lacey, *Patrick Devlin's The Enforcement of Morals*, hal. 18.

menghasilkan literatur sekunder tentang kriminalisasi, baik secara umum maupun dalam kaitannya dengan bidang tertentu seperti tinju, aspek etika kedokteran, dan pertanyaan tentang integrasi Islam dalam masyarakat liberal. Yang memperlihatkan bahwa buku Devlin memiliki arti penting dalam mengungkap silsilah paradigma moralis yang dapat dikatakan menjadi ciri sebagian besar teori dan keilmuan hukum pidana berbahasa Inggris pada saat itu.⁴⁹

Meninjau literatur sekunder dalam buku Devlin memungkinkan kita melacak dua perubahan penting dalam bidang keilmuan hukum pidana, yang dipahami secara luas. *Yang pertama*, minat baru terhadap hukum pidana di kalangan filsuf moral, yang menyebabkan perdebatan masalah-masalah dalam hukum pidana semakin canggih secara filosofis, di mana hal ini berkontribusi pada kebangkitan kognitivisme dan realisme dalam etika, dan pada akhirnya memberikan dorongan pada kebangkitan moralisme hukum. *Yang kedua*, dampak neo-retributivime yang terakumulasi tidak hanya dalam pembedaan tetapi juga teori hukum pidana, yang membawa serta fokus baru pada aspek-aspek hukuman yang ekspresif dan emotif serta terkikisnya teori-teori hukum liberal. Dalam konteks inilah kita dapat memahami dengan baik perubahan halus namun menentukan dalam sudut pandang perdebatan antara Hart yang anti moralitas hukum dan Devlin yang mendukung moralitas hukum. Dalam hal ini, perubahan politik hukum dalam teori hukum pidana, mungkin saja terkait erat dengan perdebatan Devlin dan Hart tersebut, di mana ini menyiratkan bahwa perkembangan terbaru dalam bidang hukum pidana ini dalam artian nyata adalah bagian dari warisan perdebatan Devlin dan Hart ini.⁵⁰

Dekontekstualisasi Perdebatan Devlin dan Hart dalam kerangka Penegakan Hukum Pidana Indonesia atas Perilaku Amoral Seksual

Dekontekstualisasi yang saya maksudkan di sini adalah pelepasan teks dari konteks lamanya. Pelepasan teks dari konteks lamanya tersebut dilakukan dengan melakukan penjarakan antara teks dengan pengarangnya maupun antara teks dengan pembacanya. Teks yang telah dilepaskan konteks lamanya kemudian direkontekstualisasi atau diberi konteks baru yang relevan. Teks yang saya maksudkan di sini adalah buku-buku yang dihasilkan dari perdebatan kedua pemikir itu. Seperti kita ketahui bahwa dari perdebatan tersebut, Devlin menulis *The Enforcement of Moralitas* (1965) dan Hart menulis *Law, Liberty and Morality* (1963) dan *The Morality of the Criminal Law* (1965).

Seperti diuraikan di atas, bahwa konteks awal perdebatan kedua pemikir itu adalah situasi sosial Negara Inggris saat itu menjadi negara kontemporer sebagai akibat periode penghematan setelah Perang Dunia II. Ini adalah periode di mana perubahan sosial yang

⁴⁹ Ibid, hal. 18-19.

⁵⁰ Ibid, hal. 22-23.

besar, terutama dalam hubungan kelas, budaya remaja, dan adat istiadat seksual yang berlaku, dan konteks intelektual terkait persaingan/pertarungan antara paradigma liberalisme yang diwakili oleh Hart dan hukum kodrat/moralisme yang diwakili oleh Devlin. Warisan dari perdebatan tersebut sampai hari ini terasa di mana paradigma moralitas hukum dan moralitas liberal secara bersamaan berpegaruh dalam teori hukum pidana, ilmu pengetahuan dan kebijakan publik saat ini.

Karena dekadensi moralitas yang nyata terjadi di Indonesia dan wacana mengenai moralitas individu dan moralitas publik (sosial) semakin menguat di tengah masyarakat belakangan ini, dan wacana moralitas itu kini berkembang di dalam wacana hukum, yakni perlunya penegakan moralitas dalam hukum pidana di Indonesia terhadap perilaku amoral seksual, misalnya ketika masyarakat meminta dalam RKUHP baru untuk mengkriminalisasi kaum LGBT (Lesbian, Gay, Biseksual dan Transgender), meskipun hal itu tidak berhasil tapi tetap ada larangan kumpul kebo (kohabitasi) yang diatur dalam Pasal 412 Undang-Undang No. 1 Tahun 2023 tentang Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP) dan perbuatan cabul (Pasal 414 ayat (1) KUHP) - yang dapat dipakai untuk mengkriminalisasi perilaku seksual pasangan sejenis (lesbisan dan gay), maka beralasan menurut penulis untuk mendekontekstualisasikan perdebatan kedua pemikir itu dan kemudian merekontekstualisasikan dalam situasi di Indonesia.

Dari moralitas hukum Devlin kita dapat menggunakan hukum pidana untuk melarang perilaku amoral seksual apa pun tidak hanya kohabitasi dan perbuatan cabul tetapi perbuatan lainnya seperti bestialitas, inses, bigami, *pregnacy contract* (kontrak komersial untuk mengandung anak orang) dan kawin kontrak karena membuat masyarakat bereaksi dengan intoleransi, kemarahan dan rasa jijik, sementara dari Hart kita diingatkan agar moralitas hukum tidak menjadi konservatisme moral, dan mengusulkan penerapan moralitas hukum yang terbatas dengan berdasarkan *the harm principle Mill*. Menurut Hart, kriminalisasi perilaku amoral seksual akan mendatangkan penderitaan bagi manusia dan tidak menghormati kebebasan manusia, dan mengingatkan kriminalisasi amoralitas, khususnya dalam konteks perselisihan sosial, akan menimbulkan prasangka publik yang meluas dan dampak secara sosio-hukumnya yakni bisa mendorong perluasan kebijaksanaan polisi dan penuntutan yang tidak akuntabel, sehingga menyebabkan pemborosan sumber daya, penegakan hukum yang diskrimatif dan pada akhirnya akan membuat terkikisnya letigimasi hukum pidana.

Posisi penulis dalam perdebatan moralitas hukum Devlin dan moralitas liberalnya Hart, adalah mendukung moralitas hukum meskipun dengan tetap menegaskan bahwa ada perbedaan antara hukum pidana dan moralitas, serta penolakan terhadap model kriminalisasi dalam rangka mengstigmatisasi kesalahan moral.

Penulis tidak setuju dengan Hart yang menggunakan *the harm principle Mill* untuk membatasi penerapan hukum pidana terhadap perilaku amoral seksual, namun setuju atas peringatan Hart agar moralitas hukum tidak menjadi konservatisme moral, apalagi moralitas sosial model Devlin tidak tertutup kemungkinan menimbulkan prasangka publik yang meluas dan setuju akan peringatan Hart akan dampak sosio-hukumnya dari kriminalisasi tersebut yakni bisa mendorong perluasan kebijaksanaan polisi dan penuntutan yang tidak akuntabel, sehingga menyebabkan pemborosan sumber daya, penegakan hukum yang diskrimatif dan pada akhirnya akan membuat terkikisnya legitimasi hukum pidana .

Meskipun tidak setuju dengan *the harm principle Mill* yang dipakai untuk membatasi penerapan hukum pidana terhadap perilaku amoral seksual, namun penulis setuju bila *the harm principle* ini berlaku pada hukum pidana dalam perspektif untuk memperlakukan setiap orang secara setara dalam penegakan hukum dalam arti tidak terjadi penegakan hukum yang diskriminatif yang merugikan manusia, yang pada akhirnya akan membuat terkikisnya legitimasi hukum pidana.

Penulis setuju dengan tesis Devlin bahwa dalam keadaan tertentu negara memiliki hak untuk menggunakan hukum pidana guna menegakan moralitas. Tapi penulis tidak setuju pendapat Devlin yang menyatakan negara dapat menimbang apa itu masalah dengan cara mendengarkan pandangan atau aspirasi orang awam yaitu berdasarkan perasaan mereka yang terdalam sehubungan dengan isu-isu yang menimbulkan keresahan, ketidaksetujuan atau amarah masyarakat. Sesungguhnya penulis melihat sumbangsih dari pemikiran Devlin yang memperlihatkan hubungan langsung hukum dan moralitas, dan hubungan demokrasi dan moralitas. Ide tentang konsensus dalam demokrasi yang memperbolehkan perbedaan pandangan moral merupakan ide yang positif karena ide ini memungkinkan setiap individu dihargai secara setara, bahwa pandangan orang awam pun diterima dalam penentuan keputusan moral.

Penulis setuju dengan Dworkin dalam menganalisa asumsi-asumsi yang dibuat oleh Devlin mengenai hakikat moralitas. Sebagai catatan di sini bahwa Dworkin juga ikut terlibat dalam perdebatan antara Devlin dan Hart tersebut. Menurut Dworkin ide tentang moralitas publik itu (sedangkan Devlin memakai istilah moralitas sosial kontemporer) sesungguhnya lebih kompleks ketimbang deskripsi tentang perasaan seorang awam pada suatu waktu tertentu dan bahwa Devlin keliru ketika menganggap bahwa suatu pertimbangan moral yang akurat dapat dicapai dari ungkapan-ungkapan yang mentah dari perasaan publik. Sebaliknya, perasaan publik merupakan bahan telaah rasional untuk memilah-milah mana ungkapan perasaan semata-mata dan mana

ungkapan dari penilaian moral yang sejati, mendalam dan dapat dipertanggungjawabkan.⁵¹

Dworkin mengungkapkan bahwa kita hendaknya menghadirkan alasan-alasan dari setiap pandangan moral kita.⁵² Alasan-alasan ini, bagi Dworkin, tidak mesti bersifat abstrak atau filosofis tetapi setidaknya-tidaknya dapat dimengerti dan bahwa ada alasan-alasan yang dapat dipertanggungjawabkan di balik klaim yang diajukan. Gagasan utama Dworkin adalah bahwa suatu konsensus komunitas tentang moralitas sesungguhnya memiliki landasan pemikiran yang lebih dalam ketimbang deskripsi pada tataran permukaan yang dipikirkan dan dirasakan orang pada suatu waktu atau tempat dan konteks tertentu. Pijakannya ada pada level alasan atau keyakinan yang dapat dipertanggungjawabkan lintas kondisi, waktu, tempat, dan konteks. Dworkin tidak menentang ide Devlin bahwa suatu moralitas komunitas (contoh, demokrasi) dan bahwa moralitas komunitas harus diperhitungkan melainkan bahwa ia lebih menekankan pada bagaimana *cara mencapai moralitas tersebut*. Dengan kata lain, Dworkin menekankan pentingnya menelaah apa isi dari moralitas komunitas tersebut. Apakah kebenaran penilaian moral publik dapat dipertanggungjawabkan?⁵³

Dari kritiknya terhadap pemikiran Devlin terungkap bahwa Dworkin menganggap penting memperhatikan perbedaan antara konvensi dan konsensus publik sebagai dasar moralitas. Baginya, moralitas tidak ditentukan oleh konvensi publik yang mendasarkan keputusan moral berdasarkan pada apa yang sesuai dengan pendapat kebanyakan orang. Jika moralitas didasarkan pada konvensi publik maka tentu saja praktik-praktik yang tidak bermoral, misalnya perbudakan, akan dianggap baik. Sementara itu, konsensus publik yang terbentuk oleh keinsiden keyakinan-keyakinan tertentu pun berakibat akan memperlemah justifikasi penilaian moral. Ambil contoh, penilaian atas pemerkosaan. Jika pemerkosaan dianggap jahat hanya karena kebanyakan orang menganggap itu jahat maka kita tidak dapat mempertanggungjawabkan secara meyakinkan karena anggapan kebanyakan orang pun harus ditelaah kebenarannya.

Tentu saja konvensi dapat memberikan pijakan bagi perilaku tertentu, seperti konvensi bahwa orang harus menanggalkan topi saat masuk gereja namun jika ditilik lebih jauh maka sesungguhnya konvensi ini didasarkan pada alasan moral untuk menghargai orang lain. Dengan kata lain, konvensi menjadi aturan moral bukan karena didikte oleh pendapat umum melainkan oleh kaidah moral yang dikandung dalam kebiasaan

⁵¹ Stephen Guest, *Ronald Dworkin*: Third Edition, Stanford, California: Stanford University Press, 2012, hal. 125.

⁵² Ronald Dworkin, *Taking Right Seriously*, Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1977, hal. 252.

⁵³ Stephen Guest, *Ronald Dworkin*, hal. 125.

tersebut. Jika konvensi dijadikan sebagai kewajiban moral maka tujuan dari moralitas akan terhambat. Konvensi dapat menyesatkan secara moral dan membahayakan kehidupan bersama teristimewa hak-hak orang-orang kecil, minoritas, dan lemah. Orang misalnya dapat berkilah dari tanggung jawab moralnya dengan mengatakan bahwa moralitas kelompoknya berbeda dengan moralitas sebagian orang yang lain.

Bagi Dworkin, distingsi antara konvensi dan moralitas sangat paralel dengan apa yang dibuat oleh Bentham dan Austin ketika membedakan antara moralitas 'positif' dan moralitas 'kritis'. Moralitas positif merupakan contoh konvensi sosial tentang apa yang harus dan apa yang tidak boleh dilakukan secara moral. Moralitas positif, dengan demikian, mungkin saja bersifat jahat. Sedangkan moralitas kritis adalah standar-standar yang digunakan untuk menilai konvensi-konvensi sosial tersebut, yang karena itu bersifat lebih kritis dan mendasar sehingga bersifat dapat dipertanggungjawabkan.

Dengan demikian, gagasan bahwa tugas-tugas yudisial diatur oleh konvensi, menurut Dworkin, sangatlah tidak memadai. Objektivitas moralitas tidak bergantung pada dunia eksternal - 'di luar' (*'out there'*) - realitas moral, misalnya dalam bentuk konvensi-konvensi publik, kebiasaan, tradisi ataupun praktik-praktik pada umumnya melainkan *harus digali secara rasional dari fakta dan argumen penilaian moral itu sendiri*.

Menurut Dworkin penilaian moral adalah kewajiban yang harus dijalankan ketika menghadapi kasus moral apapun. Tidaklah benar untuk mengabaikan kewajiban moral ini dengan cara mengandalkan intuisi moral semata seperti yang biasanya dibuat dalam model natural. Demikianpun tidaklah benar untuk berpikir bahwa tentu saja ada jawaban yang benar ketika berhadapan dengan situasi di mana intuisi-intuisi moral seolah bertolak belakang namun jawaban tersebut tidak dapat dicapai oleh rasio manusia. Keputusan moral harus didasarkan pada penilaian moral yang sungguh-sungguh berdasarkan prinsip bukan berdasarkan asumsi, intuisi, atau iman. Prinsip-prinsip tersebutlah yang membangun objektivitas moralitas. Dalam melakukan penilaian moral orang harus sanggup mengeksplorasi prinsip-prinsip itu. Dan tanggung jawab untuk membuat penilaian moral bersifat individual, dalam arti bahwa setiap orang harus melakukan penilaian yang rasional dan mempertanggungjawabkan secara masuk akal ketika berhadapan dengan isu-isu etis.⁵⁴ Meskipun hukum sebagai institusi sosial punya pengalaman cukup luas berkenaan dengan penyelesaian sengketa atau kasus dalam hubungan hukum yang muncul dalam/kontrak-kontrak tertulis atau *'quasi crime'* terkait amoral seksual, tanggapan hukum khususnya hukum pidana atas situasi baru dan unik berkaitan dengan perilaku amoral seksual tidak terbatas pada kasus kumpul kebo (kohabitasi), perbuatan cabul dengan bermacam-macam bentuk perilakunya, bestialitas, inses, bigami, *pregnancy contract* (kontrak komersial untuk mengandung anak

⁵⁴ Petrus C.K.L. Bello, Objectivity of Morality (Value), *Jurnal HukumTora*, Vol. 10, No.1, 2024, hal. 87-104.

orang) dan kawin kontrak kadang masih belum jelas dan tegas, dan hal ini mengindikasikan bahwa kumpulan pengalaman tersebut tampaknya lebih sesuai untuk memunculkan jawaban mudah dan siap pakai ketimbang solusi-solusi yang secara substansial lebih dapat diterima. Berbagai kemungkinan dan kesulitan baru yang dimunculkan oleh pelbagai perilaku amoral seksual berikut kontrak-kontrak komersial dan *'quasi crime'* amoral seksual di atas berhadapan dengan budaya kita, khususnya pemahaman budaya kita akan sifat dan fungsi hukum, merupakan tantangan yang memaksa kita untuk menelaah ulang secara fundamental cara bagaimana kita memahami hukum.

Mekipun penulis setuju hukum pidana dapat menjangkau pelbagai perilaku amoral seksual berikut kontrak-kontrak komersial dan *'quasi crime'* amoral seksual seperti disebut di atas, namun penulis berpendapat (punya premis) bahwa ada cacat inheren dalam setiap hukum termasuk hukum kodrat maupun positivisme hukum bahwa akal manusia (kemampuan individual) maupun rasional kolektif tidak dapat menanggung beban normatif yang ditugaskan kepadanya. Premis ini tidak berarti kita jadi sia-sia membicarakan penegakan hukum pidana, tapi harus diartikan bahwa kita siap untuk mengevaluasi hukum yang ada dan penegakan hukum pidana yang telah dilaksanakan karena menganggap hukum yang berlaku dan penegakan hukum pidana belum optimal, hanya dengan cara inilah kita terus melakukan evolusi atas hukum dan penegakan hukum. Inilah suatu epistemologi yang sadar akan bahaya rasa benar sendiri yang akan membuka diri bagi kemungkinan bahwa perbedaan yang kita temukan dalam norma-norma dan landasan dari hukum bisa jadi merupakan refleksi sifat/karakteristik manusia, ketimbang sebagai indikasi dari sifat realitas moral. Hal demikian memungkinkan bahwa pengetahuan kita dan eksistensi kita, bahkan pengetahuan akan eksistensi kita, mencakup suatu afirmasi anteseden dari realitas transenden.

Satu disiplin hukum yang mengandung epistemologi yang sadar akan keterbatasan rasionalisme tidak akan memberikan jawaban-jawaban legal sempit dan seketika atas dilema yang dimunculkan dari pelbagai perilaku amoral seksual berikut kontrak-kontrak komersial dan *'quasi crime'* amoral seksual. Keluasan aspek-aspek relasi demikian, yang meskipun tidak sekalipun objektif, tidak dapat dikuantifikasikan dan tidak konkrit, menuntut adanya suatu disiplin hukum yang minimum terbuka untuk mencari bantuan dari disiplin ilmu lainnya, seperti teologi, filsafat moral, sosiologi, antropologi, psikologi, dan konseling keluarga. Aspek-aspek subjektif dan emosional dari relasi-relasi semacam itu tidak dipandang sebagai tidak relevan dalam perumusan perundangan-undangan dan penegakan hukum, sebaliknya, suatu kajian ke dalam aspek-aspek demikian akan menjadi esensial bagi hukum yang layak. Fakta bahwa orang perorangan bisa memiliki pandangan yang jauh berbeda satu sama lain tentang kelayakan atau perlunya *"comercial pregnancy contract"* atau kawin kontrak, misalnya, tidak memaksakan

kesimpulan bahwa tidak ada justifikasi bagi hukum untuk membatasi atau melarang dibuatnya kontrak seperti itu. Sebaliknya, hal itu akan memaksakan tanggapan yang lebih hati-hati dan cermat serta sadar tentang apa yang dari sudut teknologi dimungkinkan, dan apa yang dari sisi moral dibenarkan. Kemungkinan bahwa ada banyak faktor lain yang berperan dalam dinamika reproduksi manusia daripada yang dapat kita secara objektif hitung atau analisis secara rasional, mensyaratkan adanya atau dimunculkannya disiplin hukum yang menghindari ketersediaan jawaban-jawaban cepat, yakni dengan cara menerima kemungkinan dari jawaban-jawaban yang lebih ambigu.

Pandangan terakhir dari penulis berkenaan dengan kajian ke dalam soal hukum dan moralitas terangkum dalam kombinasi antara sikap kita untuk dapat menerima suatu ontologi di dalam mana realitas moral ditemukan dalam keterlibatan akan kebersamaan dengan yang lain, sikap kita untuk dapat memahami teleologi dengan benar bahwa tujuan-tujuan berbeda dari hukum tidak dikacaukan satu sama lain, dan sikap untuk dapat menerima suatu epistemologi yang sadar akan keterbatasan. Oleh karena itu, kita perlu suatu reformulasi dari cara bagaimana kita mengkaji ke dalam sifat/karakteristik dari fungsi hukum, dan karena itu juga, ke dalam hubungan atau perkaitan antara moralitas dan hukum. Kajian kita harus dimulai dengan penerimaan atas keterbatasan dari otoritas akal namun yang dibarengi dengan keyakinan atas adanya sumber hukum yang transenden. Kita harus mengidentifikasi berbagai fungsi hukum sambil mengingat adanya tujuan hukum yang dikaitkan pada otoritas yang anteseden (sudah ada terlebih dahulu/mendahului). Kita harus mengejar dan menggapai karakter esensial dari hukum di dalam realitas moral, sambil melandaskan realitas tersebut dalam keterlibatan dalam kebersamaan dengan yang lain (*complicity*).

Conclusion

Debat antara Devlin dan Hart adalah suatu gambaran dari pandangan atas moralitas individu dan publik dari sudut legal dan moral. Jawaban moral dimengeti sebagai hasil dari rasio sedangkan jawaban legal dipahami sebagai hasil dari konflik dan kompromi politis. Namun fakta dari perdebatan antara keduanya tentang batasan dari hukum pidana menerangkan bahwa kita tidak memiliki alasan yang perlu untuk menyukai jawaban non-legal daripada jawaban legal. Pencarian atas nilai-nilai yang penting dalam suatu masyarakat yang sekuler dan pluralistik sangatlah sulit dan kompleks, dengan demikian patut diakui bahwa tidak ada metode menjawab pertanyaan yang bersifat universal, atau secara luas dapat diterima sebagai tidak dapat salah. Tidak ada alasan untuk mengasumsikan bahwa dalam pertentangan antara jawaban legal dan jawaban non legal, jawaban legal harus diasumsikan sebagai benar dan lebih diminati. Dalam kaitan dengan debat antara Devlin dan Hart, kesimpulan ini menyarankan bahwa lebih baik membuat dialog antara *the harm principle* (dan prinsip-prinsip yang relevan lainnya) dengan hukum daripada menggunakan *the harm principle* sebagai suatu titik berangkat yang diistimewakan dalam mengkaji jawaban legal. Sebaliknya, kita tidak boleh terlalu cepat memangkas hukum untuk disesuaikan dengan anggapan dan intuisi normatif kita yang belum teruji tanpa pertama-tama mencoba untuk memahami alasan-alasan mengapa menempatkan hukum dalam posisi yang demikian. Karena hanyalah dengan didasarkan pada alasan-alasan yang baik yang dibutuhkan maka hukum memperoleh otoritas normatifnya, dan karena itu hukum memiliki kemampuan untuk mencapai kebaikan sosial yang karenanya kita menghargainya. Benarlah bahwa masyarakat memiliki hak untuk memberi penilaian moral. Dan tidaklah benar bahwa hukum harus dipertahankan begitu saja tanpa bersifat kritis atasnya di hadapan kehidupan sosial dan pandangan moral yang senantiasa berubah dari zaman ke zaman. Beberapa prinsip tentang perlunya intervensi masyarakat dalam menegakan moralitas melalui hukum pidana telah diberikan oleh Devlin, dan sangatlah bermanfaat.

Acknowledgements

Namun bagaimanapun juga, pendekatan Hart juga berjasa. Ia misalnya menyatakan bahwa moralitas tidaklah bersifat kaku dan permanen untuk segala abad sekaligus, tidak satu untuk semua manusia di manapun mereka berada. Penekanan Hart pada moralitas 'kritis' ketimbang moralitas 'positif' memberi jalan kepada pemikiran kritis dalam mencari keadilan yang sepatutnya bagi setiap anggota masyarakat di hadapan hukum. Jika kita tergoda kepada moralisme legal, misalnya, kita harus setidaknya menjelaskan apakah kita mendukung hukum melaksanakan moralitas yang diterima dan dihidupi oleh masyarakat (moralitas positif) atau menjalankan apa yang kita anggap sebagai suatu moralitas yang ideal (suatu pendekatan kritis yang didasarkan pada hak dan kewajiban

setiap individu dalam masyarakat). Kalau tidak, ada bahaya membela prasangka masyarakat atau kepentingan golongan yang berkuasa dengan menggunakan bendera moralitas. Singkat kata, debat antara Devlin dan Hart telah memberikan wawasan yang menyumbang kepada pengertian kita akan masalah yang rumit mengenai hubungan antara moralitas dan hukum serta peran masyarakat di dalam penegakan hukum atas perilaku yang menyimpang secara moral.

References

Books

Bayles, M.D., *Hart's Legal Philosophy : An Examination*. Boston: Kluwer Academic Publishes, 1992.

C.K.L. Bello, Petrus *Hukum dan Moralitas Tinjauan Filsafat Hukum*, Erlangga, Jakarta, 2012.

Devlin, P., *The Enforcement of Morals*. (Indianapolis, Liberty Fund, 2009: first published by Oxford University Press 1965).

Dworkin, R. *Taking Rigt Seriously*. Cambridge: Harvad University Press, 1977.

Fuller, L.. *The Morality of Law*, edisi revisi. New Heaven & London: Yale University Press, 1964.

Guest, Stephen, *Ronald Dworkin: Third Edition*, Stanford, California: Stanford University Press, 2012.

Greenawalt, Kent, *Conflicts of Law and Morality*, Oxford University Press, New York and Claderendon Press Oxford, 1987.

Hacker, P.M.S. "Analytic Philosophy: what, whince, dan whither?" dalam: Biletzki. A. & Matar, A. (eds.), *The Story of Analytic Philosophy: Plot and Heroes*. London: Routlenge, 1998.

Hart, H.L.A., *Law, Liberty, and Morality*. New York: Vintage Books, 1996.

_____, *Essay in Jurisprudence and Philosophy*. New York : Oxford University Press, 1983.

_____, *Essay on Bentham, Studies in Jurisprudence and Political Theory*, edisi kedua. Oxford:Oxford University Press, 2001.

_____, *Punishment and Responsibility*. Oxford: Oxford University, 2009.

Lee, S., *Law and Moral: Warnock, Gillick and Beyond*. Oxford & New York : Oxford University Press, 1966.

Lamont, WD, *law and the Moral Order*, Aberdeen University Press, 1981.

Posner, Richard A. *The Problematics of Moral and Legal Theory*, The Belknap Press of Harvard University Press. Cambridge, Massachusetts, London, England, 1999.

Simmonds, Nigel, *Lasw as A Moral Idea*. Great Clarendon Street, Oxford. Oxford University Press, 2007.

Petrus CKL Bello (2024)

Perlu Kriminialisasi Terhadap Perilaku Amoral? Perdebatan Patrick Devlin dan H.L.A. HART

Jurnal Hukum tora: 10 (2): 372-389

Wallace, R. J. "Rightness of Acts and Goodness of Lives," dalam R. Jay Wallace, et al. (eds.), *Reason and Value: Themes from the Moral Philosophy of Joseph Raz* (Oxford: Clarendon Press, 2004), hal. 385- 411.

Journal

C.K.L. Bello, Petrus, Objectivity of Morality (Value), *Jurnal Hukum Tora*, Vol. 10, No.1, 2024, hal. 87-104.

C.K.L. Bello, Petrus 'The Controversy About The Essence of Law: A Dispute Between Hart And Dworkin'. *Jurnal Indonesia Law Review*. Vo. 2 No. 1. hal. 45-58.

Dworkin, Ronald, "Lord Devlin and the Enforcement of Morals" 75 *Yale Law Journal* (1965-6), hal. 986-1005.

Cane, Peter, Taking Law Seriously: Starting Point of the Hart/Devlin Debat," *The Journal of Ethic*, No. 10, No.1/2, (Jan., 2006).

M. Witz. "Oxford Philosophy" dalam *The Philophysical Review*, Vol. 62, No.2, 1953, hal 187-233.

Makalah

Lacy, Nicola. *Patrick Devlin's the Enforcement of Morals, Revisited: Absolutism and Ambivalence*, Working Paper, LSE Law, Society and Economy Working, 2022, diakses at: <https://ssrn.com/abstract=4062258> tanggal 13 Juli 2024.

Majalah

Berlins, Marcel. *The judgement of history*. The Times. London, 11 Juni 1985, hal. 10