

BAB II

TINJAUAN UMUM TENTANG KEBIJAKAN HUKUM PIDANA, WANITA TUNA SUSILA, PENGGUNANYA, DAN PEMBAHARUAN HUKUM PIDANA

2.1. KEBIJAKAN HUKUM PIDANA

2.1.1 Pengertian Kebijakan Hukum Pidana

Secara terminology kebijakan berasal dari istilah "*policy*" (Inggris) atau "*politiek*" (Belanda). Terminologi tersebut dapat diartikan sebagai prinsip-prinsip umum yang berfungsi untuk mengarahkan pemerintah (termasuk penegak hukum) dalam mengelola, mengatur atau menyelesaikan urusan-urusan public, masalah-masalah masyarakat atau bidang-bidang penyusunan peraturan perundang-undangan dan mengalokasikan hukum/peraturan dalam suatu tujuan (umum) yang mengarah pada upaya mewujudkan kesejahteraan dan kemakmuran masyarakat (warga Negara).¹ Sutan Zanti Arbi dan Wayan Ardana, menterjemahkan "*policy*" juga dengan kebijakan, yaitu suatu keputusan yang menggariskan cara yang paling efektif dan paling efisien untuk mencapai tujuan yang ditetapkan secara kolektif.²

Bertolak dari kedua istilah asing tersebut diatas, maka istilah "kebijakan Hukum Pidana" dapat pula disebut dengan istilah "politik hukum pidana". Dalam kepustakaan asing istilah "politik Hukum Pidana" sering dikenal dengan berbagai istilah, antara lain "*penal*

¹ Lilik Mulyadi, 2008, *Bunga Rapai Hukum Pidana Perspektif Teoritis dan Praktik*, PT. Alumni Bandung, hlm. 389.

² Barda Nawawi Arief, 2009, *Kebijakan Legislatif Dalam Penanggulangan Kejahatan Dengan Pidana Penjara*, Badan Penerbit UNDIP Semarang, hlm.59.,

policy”, “*criminal law policy*” atau “*strafrechtspolitik*”.³ Pengertian kebijakan atau politik hukum pidana dapat dilihat dari politik hukum maupun dari politik criminal.

Menurut Soedarto, politik hukum adalah :

1. Usaha untuk mewujudkan peraturan-peraturan yang baik sesuai dengan keadaan dan situasi pada suatu saat;
2. Kebijakan dari Negara melalui badan-badan yang berwenang untuk menetapkan peraturan-peraturan yang dikehendaki yang diperkirakan bisa digunakan untuk mengekspresikan apa yang terkandung dalam masyarakat dan untuk mencapai apa yang dicita-citakan.⁴

Bertolak dari pengertian diatas, kebijakan hukum pidana pada hakikatnya merupakan usaha untuk mewujudkan peraturan perundang-undangan pidana agar sesuai dengan keadaan pada waktu tertentu (*ius constitutum*) dan masa mendatang (*ius constituendum*). Konsekuensi logisnya, kebijakan hukum pidana identik dengan “pembaharuan perundang-undangan hukum pidana”, namun sebenarnya pengertian kebijakan hukum pidana tersebut dalam arti sempit. Hal ini dapat dijelaskan bahwa, hukum pidana sebagai suatu system hukum yang terdiri dari budaya (*culture*), struktur (*structural*), dan substansi (*substantive*) hukum. Karena undang-undang merupakan bagian dari substansi hukum, maka pembaharuan hukum pidana, disamping memperbaharui perundang-undangan, juga mencakup pembaharuan ide dasar dan ilmu hukum pidana.⁵

Dikaji dari perspektif politik hukum, pada dasarnya politik hukum pidana berusaha membuat dan merumuskan perundang-undangan pidana yang baik. Menurut Marc Ancel, *penal policy* merupakan ilmu sekaligus seni yang bertujuan untuk memungkinkan peraturan hukum positif dirumuskan secara lebih baik. Peraturan hukum positif disini diartikan sebagai peraturan perundang-undangan hukum pidana. Atas dasar itu, menurut Mac Ancel

³ Barda Nawawi Arief, 2005, *Bunga rampai Kebijakan Hukum Pidana*, Cet.III, PT. Citra Bakti, Bandung, hlm.24.

⁴ Soedarto, 2006, *Kapita Selekta Hukum Pidana*, Alumni Bandung, hlm. 159.

⁵ Lilik Mulyadi, *Opcit.*, hlm. 390.

sebaiknya hukum positif dirumuskan secara lebih baik agar dapat menjadi pedoman bukan hanya untuk pembuat undang-undang saja, tetapi juga untuk pengadilan yang menerapkan undang-undang dan kepada penyelenggara atau pelaksana putusan pengadilan. Karena itu istilah *penal policy*, menurut Ancel sama dengan istilah kebijakan atau politik hukum pidana.⁶ Menurut Mahmud Mulyadi, politik hukum pidana merupakan upaya menentukan kearah mana pemberlakuan hukum pidana Indonesia di masa yang akan datang dengan melihat penegakkannya saat ini.⁷

Di sisi lain, kebijakan hukum pidana (*penal policy*) menurut wisnubroto merupakan tindakan yang berhubungan dengan hal – hal :

- a. Bagaimana upaya pemerintah untuk menanggulangi kejahatan dengan hukum pidana;
- b. Bagaimana merumuskan hukum pidana agar sesuai dengan kondisi masyarakat;
- c. Bagaimana kebijakan pemerintah untuk mengatur masyarakat dengan hukum pidana;
- d. Bagaimana menggunakan hukum pidana untuk mengatur masyarakat dalam rangka mencapai tujuan yang lebih besar.⁸

Melaksanakan politik hukum pidana berarti didalamnya terkandung upaya yang mengarah pada perubahan, perbaikan dan pembaharuan hukum pidana tidak hanya untuk saat ini, melainkan juga kearah masa depan. Oleh karena itu membicarakan politik hukum pidana termasuk di dalamnya termasuk prospek serta upaya antisipasi dalam rangka membuat peraturan hukum pidana yang lebih baik. Mengenai prospek kebijakan hukum pidana mencakup persoalan kebijakan hukum pidana yang berlaku pada saat ini (*ius constitutum*) dan kebijakan hukum pidana untuk masa depan atau hukum yang dicita-citakan

⁶ *Ibid.*

⁷ Mahmud Mulyadi, 2008, *Criminal Policy: Pendekatan Integral Penal Policy dan Non Penal Policy Dalam Penanggulangan Kejahatan Kekerasan*, Pustaka Bangsa Press, Medan, hlm. 66.

⁸ Lilik Mulyadi, *Op.cit.*, hal. 390

(*ius constitutuendum*) yang berupa pemecahan faktor-faktor yang menjadi penghambat secara umum, di dalamnya meliputi faktor substantif atau materi, faktor struktural, dan faktor budaya hukum, fungsi antisipatif dan terlebih fungsi adiktif. Dari suatu peraturan perundang-undangan terutama hukum pidana merupakan prasyarat keberhasilan pencegahan dan penanggulangan tindak pidana pada umumnya. Kebijakan pemerintah menetapkan peraturan perundang-undangan yang memuat ketentuan hukum pidana ditujukan dalam rangka menciptakan ketertiban sosial.

Menurut A. Mulder, dalam *Strafrechtpolitiek* ditentukan garis—garis kebijakan tentang :

1. Seberapa jauh ketentuan-ketentuan pidana yang berlaku perlu diperbaiki;
2. Apa yang dapat diperbuat untuk mencegah terjadinya tindak pidana;
3. Cara bagaimana penyidik, pengusutan, peradilan dan pelaksanaan pidana harus dilaksanakan.

Definisi mulder diatas bertolak belakang dari pengertian “system hukum pidana” menurut Marc Ancel yang menyatakan bahwa, tiap masyarakat yang terorganisir memiliki sistem hukum pidana yang terdiri dari :

- a. Peraturan –peraturan hukum pidana dan sanksinya;
- b. Suatu prosedur hukum pidana, dan
- c. Suatu mekanisme pelaksanaan (pidana)⁹

Usaha dan kebijakan untuk membuat peraturan hukum pidana yang lebih baik pada hakikatnya tidak dapat dilepaskan dari tujuan penanggulangan kejahatan. Jadi, kebijakan atau politik hukum pidana juga merupakan bagian dari politik kriminal. Dengan kata lain,

⁹ Barda Nawawi Arief, *Op. cit.*, hl m.26

jika dilihat dari sudut pandang politik criminal, maka politik hukum pidana identik dengan pengertian “kebijakan penanggulangan kejahatan dengan hukum pidana”.

2.1.2 Ruang Lingkup Kebijakan Hukum Pidana

Dalam pengertian praktis, kebijakan hukum pidana merupakan usaha yang rasional dari masyarakat untuk menanggulangi kejahatan. Usaha ini meliputi pembentukan undang-undang dan aktifitas aparat penegak hukum yang sesuai dengan tugas dan fungsinya masing-masing. Pada akhirnya kebijakan hukum pidana tidak dapat bekerja sendiri, karena berhubungan dengan penegakan hukum baik hukum pidana, hukum perdata maupun hukum administrasi. Ruang lingkup kebijakan hukum pidana sebenarnya lebih luas daripada pembaharuan hukum pidana. hal ini disebabkan karena kebijakan hukum pidana melalui tahap - tahap konkretisasi / operasionalisasi / fungsionalisasi hukum pidana yang terdiri dari :

- a. Tahap Formulasi, yaitu tahap penegakan hukum *in abstracto* oleh badan pembuat undang-undang. Tahap ini disebut tahap kebijakan legislative;
- b. Tahap aplikasi, yaitu tahap penerapan hukum pidana *in concreto* oleh aparat penegak hukum mulai dari tahap penyelidikan (polisi) sampai ke pengadilan. Tahap ini disebut tahap yudikatif;
- c. Tahap eksekusi, yaitu tahap pelaksanaan hukum pidana secara konkret oleh aparat-aparat pelaksana pidana, tahap ini disebut dengan tahap kebijakan eksekutif atau admisnistratif.¹⁰

Tahap Formulasi merupakan tahap yang paling strategis dalam keseluruhan proses kebijakan untuk dapat menerapkan dan mengoperasionalkan sanksi pidana dan pemidanaan. Tahapan ini diawali dengan merumuskan aturan-aturan mengenai perbuatan-perbuatan yang dilarang dan diharuskan, sehingga menjadi pedoman dalam menentukan garis kebijakan

¹⁰ Muladi, 2002, *Kapita Selekta Hukum Sistem Peradilan Pidana*, Badan Penerbit Universitas Diponegoro, Semarang, hlm.13

bagi tahapan berikutnya yaitu tahapan penerapan pidana oleh badan peradilan (tahapan aplikasi yang merupakan proses peradilan / judicial, sehingga disebut juga tahapan yudikasi), dan tahapan pelaksanaan pidana oleh aparat pelaksanaan pidana. kesalahan/kelemahan kebijakan legislative merupakan kesalahan strategis yang dapat menjadi penghambat upaya pencegahan dan penanggulangan kejahatan pada tahap aplikasi dan eksekusi.¹¹

Selain itu, tahapan formulasi/legislasi dianggap tahapan yang penting menurut G.P. Hoefnagels, karena merupakan tahapan dalam menentukan kebijakan dalam hukum penitensier (hukum pemidanaan) atau *sentencing policy*. Namun pada akhirnya, seluruh tahapan dalam kebijakan hukum pidana baik tahapan formulasi/legislasi, aplikasi/yudikatif, dan eksekusi, semuanya merupakan suatu kebijakan penanggulangan hukum pidana, dengan tujuan untuk memberikan perlindungan dan peningkatan kesejahteraan masyarakat, akan dapat tercapai apabila proses dan mekanismenya dijalankan sesuai prosedur.¹²

Pada hakikatnya usaha penanggulangan kejahatan dengan hukum pidana merupakan bagian dari usaha penegakan hukum (khususnya penegakan hukum pidana). Oleh karena itu, sering kali pula dikatakan bahwa politik atau kebijakan hukum pidana merupakan bagian pula dari kebijakan penegakan hukum (*law enforcement*). Disamping itu, usaha penanggulangan kejahatan melalui pembuatan undang-undang (hukum) pidana pada hakikatnya juga merupakan bagian integral dari usaha kesejahteraan masyarakat (*social welfare*). Oleh karena itu, wajar pulalah apabila kebijakan atau politik hukum pidana juga merupakan bagian integral dari kebijakan atau politik social (*social policy*).

¹¹ Barda Nawawi Arief, 2001, *Masalah Penegakan Hukum dan Kebijakan Penanggulangan Kejahatan*, PT. Citra Aditya Bakti, Bandung, hlm.73

¹² Henny Nuraeny, 2011, *Tindak Pidana Perdagangan Orang (Kebijakan Hukum Pidana dan Pencegahaan nya)*, Sinar Grafika, Jakarta, hlm. 61

Kebijakan sosial (*social policy*) dapat diartikan sebagai segala usaha yang rasional untuk mencapai kesejahteraan masyarakat dan sekaligus mencakup perlindungan masyarakat. Sebagai suatu masalah yang termasuk kebijakan, maka penggunaan (hukum) pidana sebenarnya tidak merupakan suatu keharusan. Untuk mengakomodasi kebutuhan dan aspirasi masyarakatnya tersebut, Negara Indonesia telah menentukan kebijakan sosial (*social policy*) yang berupa kebijakan untuk mewujudkan kesejahteraan sosial (*social welfare policy*) dan kebijakan memberikan perlindungan sosial (*social defence policy*).¹³

Kebijakan untuk memberikan perlindungan sosial (*social defence policy*) salah satunya dengan upaya-upaya pencegahan dan penanggulangan tindak pidana atau kejahatan yang actual maupun potensial terjadi. Segala upaya untuk mencegah dan menanggulangi tindak pidana/ kejahatan ini termasuk dalam wilayah kebijakan kriminal (*criminal policy*) dengan menggunakan sarana hukum pidana (*penal*) dan oleh karena itu termasuk bagian dari (*penal policy*).¹⁴ Upaya untuk menanggulangi semua bentuk kejahatan senantiasa terus diupayakan, kebijakan hukum pidana yang ditempuh selama ini tidak lain merupakan langkah yang terus menerus digali dan dikaji agar upaya penanggulangan kejahatan tersebut mampu mengantisipasi secara maksimal tindak pidana yang secara faktual terus meningkat.

Penggunaan hukum pidana sebagai sarana untuk melindungi masyarakat dari ancaman maupun gangguan kejahatan sebenarnya merupakan masalah politik kriminal yaitu usaha rasional untuk menanggulangi kejahatan. Kebijakan hukum pidana dalam pelaksanaannya dapat dilakukan melalui berbagai strategi, sesuai dengan kebijakan pembangunan masyarakat yang mengacu pada kongres Perserikatan Bangsa-Bangsa (PBB), diantaranya yaitu :

¹³ *Ibid*, hlm. 74

¹⁴ Barda Nawawi Arief, *Op.cit.*, hlm.76

1. Strategi dasar/pokok penanggulangan kejahatan, ialah meniadakan factor-faktor penyebab / kondisi yang menimbulkan terjadinya kejahatan;
2. Pencegahan kejahatan dan peradilan pidana harus ditempuh dengan kebijakan intergral/sistemik;
3. Perlu memperhatikan beberapa kejahatan-kejahatan tertentu yang sifatnya transnasional, regional, dan internasional, yang berhubungan dengan kejahatan modern;
4. Perlu dibenahi dan ditingkatkan kualitas aparat penegak hukum;
5. Perlu dibenahi dan ditingkatkan kualitas institusi dan manajemen organisasi / manajemen data;
6. Perlu disusunnya *Guidelines, Basic Principle, Rules, Standard Minimum Rules (SMR)*;
7. Perlu ditingkatkan kerja sama internasional dan bantuan teknis, dalam rangka memperkuat *the rule of law* dan *management of criminal justice system*.¹⁵

Berdasarkan dimensi diatas, maka ruang lingkup kebijakan hukum pidana sebenarnya berhubungan dengan pembaharuan hukum pidana yang menyeluruh yaitu mencakup kebijakan di bidang hukum pidana materiil (*substantive*), di bidang hukum pidana formal (hukum acara pidana) dan di bidang hukum pelaksanaan pidana.¹⁶ Kebijakan yang termuat dalam hukum pidana materiil mengatur prinsip-prinsip yang berkaitan dengan perumusan delik, unsur pidana dan pertanggungjawaban pidana, perumusan pidana dan pidanaan. Sedangkan, kebijakan yang termasuk ke dalam hukum pidana formil erat kaitannya dengan sistem peradilan pidana seperti halnya pengaturan tentang penyidik, penyidikan dan wewenang penyidikan, pengaturan tentang penuntut umum, penuntutan, dan kewenangan penuntutan dan pengaturan tentang peradilan atau pemeriksaan di persidangan. Dan yang terakhir kebijakan yang terkait dengan hukum pelaksanaan pidana berhubungan dengan eksekusi (pelaksanaan putusan pengadilan).

Pelaksanaan kebijakan hukum pidana dapat dilakukan oleh badan yang berwenang untuk menetapkan peraturan yang dikehendaki, yang dapat diperkirakan, yang dapat digunakan untuk mengekspresikan apa yang terkandung dalam masyarakat, dan untuk

¹⁵ Henny Nuraeny, *Op.cit.*, hlm. 65

¹⁶ Barda Nawawi Arief, *Op.cit.*, hlm. 28

mencapai apa yang dicita-citakan. Untuk itu kebijakan hukum pidana berarti usaha mewujudkan peraturan perundang-undangan pidana yang sesuai dengan keadaan dan situasi pada suatu waktu tertentu dan untuk masa yang akan datang. Atas dasar itu kebijakan hukum pidana akan mempunyai pengaruh untuk mengatur atau mengendalikan masyarakat guna mencapai tujuan tertentu.

2.2. KRIMINALISASI

2.2.1 Pengertian kriminalisasi

Secara etimologi kata kriminalisasi berasal dari bahasa Inggris yaitu *Criminalization* yang mempunyai padanan kata dalam bahasa Belanda ”*Criminalisatie*”. Kriminalisasi adalah proses penetapan suatu perbuatan yang semula bukan tindak pidana atau tidak diatur dalam hukum pidana, tapi karena perkembangan masyarakat kemudian menjadi tindak pidana.¹⁷

Menurut Soerjono Soekanto, kriminalisasi merupakan tindakan atau penetapan penguasa mengenai perbuatan-perbuatan tertentu yang oleh masyarakat atau golongan-golongan masyarakat dianggap sebagai perbuatan yang dapat dipidana menjadi perbuatan pidana atau membuat suatu perbuatan menjadi perbuatan kriminal dan karena itu dapat dipidana oleh pemerintah dengan cara kerja atas namanya.¹⁸

Selain itu, pengertian kriminalisasi dapat pula dilihat dari perspektif nilai. Dalam hal ini yang dimaksudkan dengan kriminalisasi adalah perbuatan nilai yang menyebabkan sejumlah perbuatan yang sebelumnya merupakan perbuatan yang tidak tercela dan tidak dituntut pidana, berubah menjadi perbuatan yang dapat dipandang tercela dan perlu

¹⁷ Teguh Prasetyo, 2011, *Kriminalisasi dalam Hukum Pidana*, Cet-2, Nusamedia, Bandung, hlm. 32

¹⁸ Soerjono Soekanto, 1981, *Kriminologi : Suatu Pengantar*, Cetakan pertama, Ghalia Indonesia, Jakarta, hlm. 62

dipidana. Dalam perspektif *Labeling*, kriminalisasi adalah keputusan badan pembentuk undang-undang pidana memberi label terhadap tingkah laku manusia sebagai kejahatan atau tindak pidana.¹⁹

Dasar pembenaran untuk mengkriminalisasi suatu perbuatan sebagai tindak pidana lebih banyak terletak di luar bidang hukum pidana artinya dasar pembenaran tersebut berkaitan dengan faktor-faktor yang termasuk dasar pembenaran tersebut adalah faktor nilai, ilmu pengetahuan, dan faktor kebijakan. Nilai-nilai atau kaidah-kaidah sosial yang menjadi sumber pembentukan kaidah hukum pidana meliputi nilai-nilai dan kaidah-kaidah agama, serta norma-norma budaya yang hidup dalam kesadaran masyarakat. Kriminalisasi tersebut menurut Sudarto harus memiliki kriteria diantaranya :

- a. Penggunaan hukum pidana harus memperhatikan tujuan pembangunan nasional yaitu mewujudkan masyarakat adil makmur yang merata materiil dan spiritual berdasarkan Pancasila, sehubungan dengan ini maka (penggunaan) hukum pidana bertujuan untuk menanggulangi kejahatan dan mengadakan pengguguran terhadap tindakan penanggulangan itu sendiri, demi kesejahteraan dan pengayoman masyarakat;
- b. Perbuatan yang diusahakan untuk dicegah atau ditanggulangi dengan hukum pidana harus merupakan “perbuatan yang tidak dikehendaki” yaitu perbuatan yang mendatangkan kerugian (materiil dan atau spiritual) atas warga masyarakat;
- c. Penggunaan hukum pidana harus pula memperhitungkan prinsip “biaya dan hasil”;
- d. Penggunaan hukum pidana harus pula memperhatikan kapasitas dan kemampuan daya kerja dari badan-badan penegak hukum, yaitu jangan sampai ada kelampauan beban tugas.²⁰

Sehingga kriminalisasi muncul ketika terjadi suatu perbuatan yang merugikan orang lain atau masyarakat yang hukumnya belum ada atau belum ada yang mengatur. Persoalan kriminalisasi timbul karena terdapat perbuatan yang berdimensi baru, timbul pertanyaan

¹⁹ Hugh D. Barlow, 1984, *Introduction to Criminology*, Third Edition, Boston: Little Brownand Company, hlm.. 9

²⁰ Barda Nawawi Arief, 2003, *Kapita Selektia Hukum Pidana*, Citra Aditya Bhakti, Bandung, hlm.31.

adakah hukumnya untuk perbuatan tersebut. Akhirnya persepsi yang muncul adalah terjadinya kekosongan hukum hingga mendorong kriminalisasi terhadap perbuatan tersebut.

Sedangkan dalam simposium Pembaharuan Hukum Nasional di Semarang pada bulan Agustus 1980, ditentukan kriteria kriminalisasi yaitu :

1. Apakah perbuatan itu tidak disukai atau dibenci oleh masyarakat karena merugikan, atau mendatangkan korban;
2. Apakah biaya mengkriminalisasi seimbang dengan hasil yang akan dicapai, artinya cost pembuatan undang-undang, pengurusan, dan penegakan hukum serta beban yang dipikul oleh korban selaku pelaku dan pelaku kejahatan itu sendiri harus seimbang dengan situasi tertib hukum yang akan dicapai;
3. Apakah makin menambah beban aparat penegak hukum yang tidak seimbang atau nyata-nyata tidak dapat diemban oleh kemampuan yang dimilikinya;
4. Apakah perbuatan-perbuatan itu menghambat atau menghalangi cita-cita bangsa Indonesia, yaitu terciptanya masyarakat adil dan makmur, sehingga merupakan bahaya bagi keseluruhan masyarakat.²¹

Kenyataannya, ada kesulitan dalam menentukan perbuatan tertentu dapat dikatakan perbuatan pidana atau bukan perbuatan pidana. Hal ini dikarenakan adanya perubahan sosial dan pandangan dari masyarakat, kemajuan teknologi dan arus globalisasi yang terjadi saat ini menimbulkan multitafsir terhadap suatu perbuatan tertentu, sehingga untuk dapat menentukan ukuran tersebut diperlukan pendefinisian yang akan menimbulkan akibat hukum yaitu berupa kriminalisasi (penciptaan delik baru) atau pembaharuan hukum terhadap perbuatan tertentu. **2.2.2 Hubungan Kriminalisasi dengan Kebijakan Hukum**

Pidana

Pada dasarnya, kriminalisasi merupakan proses penetapan suatu perbuatan sebagai yang dilarang dan diancam dengan pidana bagi siapa saja yang melanggar larangan tersebut. Kriminalisasi ini biasanya berakhir dengan terbentuknya undang-undang yang melarang dan mengancam dengan pidana dilakukannya perbuatan-perbuatan tertentu. Aspek krusial dalam

²¹ Lilik Mulyadi, 2007, *Kapita Selekta Hukum Pidana, Kriminologi, dan Viktimologi*, Djambatan, Jakarta, hlm. 397.

kriminalisasi adalah menentukan kriteria atau ukuran bagi pembentuk undang-undang dalam hal apa suatu perbuatan dinyatakan sebagai tindak pidana. Hal ini bukan masalah mudah. Salah satu anasir yang harus diperhatikan oleh pembentuk undang-undang adalah dengan terbentuknya undang-undang yang baru akan diperoleh hasil yang efektif sifatnya.

Kebijakan hukum pidana pada hakikatnya ialah suatu usaha guna mewujudkan peraturan perundang-undangan pidana agar dapat sesuai dengan keadaan pada waktu tertentu (*ius constitutum*) dan masa mendatang (*ius constituendum*) yang nantinya dapat memenuhi rasa keadilan dan daya upaya. Salah satu upaya yang dilakukan untuk mewujudkan kebijakan hukum pidana sehingga dapat menanggulangi kejahatan adalah dengan adanya kriminalisasi yang erat kaitannya dengan salah satu masalah pokok dalam hukum pidana yaitu masalah perumusan tindak pidana, disamping masalah kesalahan atau pertanggungjawaban pidana dan masalah pidana dan ppidanaan.

Maka secara umum kebijakan hukum pidana berhubungan dengan proses kriminalisasi undang-undang yaitu pada proses pembuatan / pembentukan peraturan dimana suatu perbuatan yang tadinya tidak dikenakan sanksi pidana, karena perkembangan dalam masyarakat menjadi suatu perbuatan yang dapat dikenakan sanksi pidana (penciptaan delik baru). Proses kriminalisasi ini diwujudkan dengan pembuatan peraturan baru atau dapat juga melalui regulasi terhadap peraturan yang sudah ada.

Jadi, kriminalisasi merupakan bagian dari kebijakan kriminal dengan menggunakan sarana hukum pidana (*penal*). Salah satu sarana dalam upaya penganggulangan kejahatan adalah sarana hukum pidana yaitu melalui kebijakan hukum pidana atau disebut pula dengan istilah politik hukum pidana. Sehingga dapat dikatakan juga bahwa kriminalisasi merupakan

bagian dari kebijakan hukum pidana / politik hukum pidana. Dalam kriminalisasi itu sendiri harus berusaha melakukan harmonisasi dengan sistem hukum pidana atau aturan pidana umum yang sedang berlaku saat ini yang mana bertujuan agar kebijakan kriminalisasi dapat diterima oleh masyarakat.²²

2.3. Pekerja Seks Komersial dan Penggunaanya

2.3.1 Pengertian Pekerja Seks Komersial

Pekerja Seks Komersial adalah termasuk didalam penyakit masyarakat yang harus dihentikan penyebarannya, tanpa mengabaikan usaha pencegahan dan perbaikan. Pekerja seks komersial sendiri sebagai bagian dari prostitusi (pelacuran) yang sering juga disebut sebagai pelacur atau tuna susila bagi masyarakat Indonesia telah dianggap sebagai kejahatan moral / kesusilaan.

Kata prostitusi berasal dari bahasa latin "*prostitution (em)*", kemudian diterjemahkan ke dalam bahasa Inggris menjadi "*prostitution*", yang memiliki arti pelacuran, persundelan, ketuna-susilaan, dan kemudian menjadi prostitusi dalam bahasa Indonesia. Banyak para ahli yang mendefinisikan mengenai prostitusi diantaranya :

1. Menurut James A. Inciardi sebagaimana yang dikutip oleh Topo Santoso, prostitusi adalah penawaran hubungan seksual untuk memperoleh uang atau keuntungan lainnya.²³

²² *Op. cit.*, hlm. 240

²³ Dewi Bunga, 2011, *Prostitusi Cyber (Diskursus Penegakan Hukum Dalam Anatomi Kejahataan Tradisional)*, Udayana University Press, hlm. 11

2. Iwan Bloch berpendapat, prostitusi adalah suatu bentuk perhubungan kelamin di luar pernikahan dengan pola tertentu, yakni kepada siapa pun secara terbuka dan hampir selalu dengan pembayaran baik untuk persebadanan, maupun kegiatan seks lainnya yang memberikan kepuasan yang diinginkan oleh yang bersangkutan.²⁴
3. Pada tulisan W.A. Bonger yang berjudul *Maatschappelijke Oorzaken der Prostitutie*, prostitusi adalah suatu gejala kemasyarakatan dimana seorang wanita menjual dirinya dengan melakukan perbuatan – perbuatan seksual sebagai mata pencahariaan. Pada definisi ini jelas dinyatakan adanya peristiwa penjualan diri sebagai profesi atau mata pencaharian sehari – hari dengan jalan melakukan relasi – relasi seksual.
4. Menurut sarjana P.J. de Bruine Van Amstel, prostitusi adalah penyerahaan diri wanita kepada banyak pria dengan pembayaran. Definisi ini mengemukakan adanya unsur – unsur ekonomis dan penyerahaan diri wanita yang dilakukan secara berulang – ulang atau terus – menerus dengan banyak pria.²⁵

2.3.2. Penggunaanya (Konsumen/Pembeli/Penikmat jasa Pekerja Seks Komersial)

Dalam pengertian prostitusi tersebut diatas, dapat dilihat ada tiga komponen penting yang selalu ada dan agar dapat dikatakan sebagai suatu kegiatan prostitusi yakni pelacur (*prostitute*), mucikari atau germo (*pimp*) dan pelanggan atau penikmat jasa (*client*). Pelanggannya dimaksud dalam konteks prosrtitusi (pelacuran) adalah konsumen/pembeli/penikmat pekerja seks komersial tersebut. Dalam masyarakat pelanggan/penikmat seks komersial ini jarang mendapat sorotan, bahkan aparat penegak

²⁴ Soerjono D., 1997, *Pelacuran Ditinjau Dari Segi Hukum Dan Kenyataan Dalam Masyarakat*, PT. Karya Nusantara, Bandung, hlm. 17.

²⁵ Kartini Kartono, 2011, *Patologi Sosial Jilid 1* , CV. Rajawali Pers, Jakarta, hlm.169

hukumpun kurang memperhatikan sehingga selalu selamat dari penaggulangan prostitusi. Kenyataannya pelanggan seks komersial juga sebagai pemegang peran di dalam terjadinya prostitusi. Dalam artian bahwa pelanggan seks komersial juga sangat penting perannya sebagai penyebab terjadinya protitusi, disamping pelacur/PSK, dan germo/penghubung. Oleh karena itu ketiga komponen prostitusi seharusnya mendapatkan keadilan di dalam penanggulangan prostitusi di Indonesia.

Yang dimaksud sebagai pelacur/PSK disini adalah seorang wanita yang menjajakan tubuhnya kepada laki – laki untuk memenuhi hasrat seks lelaki tersebut atau sebaliknya. Istilah pelacur dianggap kasar sehingga muncul istilah penjaja seks komersil (PSK) yaitu wanita yang mempunyai kebiasaan melakukan kelamin dengan banyak pria di luar pernikahan sebagai mata pencahariannya. Sedangkan mucikari atau germo adalah seseorang baik itu pria maupun wanita yang mata pencahariaannya sebagai orang yang menyediakan, mengadakan atau turut serta mengatur tempat untuk melakukan kegiatan prostitusi yakni dengan mempertemukan adanya bentuk penawaran harga dari pelacur dengan pria yang ingin menggunakan jasa pelacur itu yang nantinya mucikari atau germo akan mendapatkan bagian dari hasil yang diperoleh pelacur dari pria yang menyetubuhinya. Dalam hal ini mucikari atau germo memiliki peran sebagai orang yang memotong penghasilan dari para pelacur dengan memberikan imbalan timbal balik berupa jasa perlindungan dan kontak dengan para calon pelanggan. Dan pelanggan adalah para pria yang mempunyai hasrat seksual yang tinggi untuk dapat menikmati tubuh pelacur tersebut dengan memberikan imbalan berupa uang.

2.3.3 Prostitusi (Pelacuran) Sebagai Bagian Delik kesusilaan

Istilah tindak pidana merupakan terjemahan dalam bahasa Indonesia, untuk istilah dalam bahasa Belanda disebut “*strafbaarfeit*” atau “delik”. Di samping istilah tindak pidana, ada istilah lain yang dipakai oleh beberapa sarjana, yaitu “peristiwa pidana” dan “perbuatan pidana”. Peristiwa pidana, dikemukakan oleh Simon, adalah suatu perbuatan salah dan melawan hukum dan diancam pidana dan dilakukan oleh seseorang yang dapat dipertanggungjawabkan.

Selanjutnya Moeljatno berpendapat, bahwa perbuatan pidana adalah perbuatan yang oleh suatu aturan hukum dilarang dan diancam dengan pidana, asal saja dalam pidana itu diingat bahwa larangan tersebut ditujukan pada perbuatannya yaitu suatu keadaan atau kejadian yang ditimbulkan oleh kelalaian orang, sedangkan ancaman pidananya ditujukan kepada orang yang menimbulkan kejadian tersebut.²⁶

Menurut kamus hukum, kesusilaan dapat diartikan sebagai tingkah laku, perbuatan, percakapan bahwa sesuatu apapun yang berpautan dengan norma – norma kesopanan yang harus/dilindungi oleh hukum demi terwujudnya tata tertib dan tata susila dalam kehidupan bermasyarakat. Kesopanan (*zeden*) pada umumnya mengenai adat istiadat yang baik dalam hubungan antara berbagai anggota masyarakat. Sedangkan Kesusilaan (*zedelijkheid*) juga mengenai adat kebiasaan yang baik itu, tetapi khusus setidaknya mengenai kelamin (*sex*) seseorang²⁷.

Sementara jika diamati berdasarkan kenyataan sehari-hari, persepsi masyarakat tentang arti kesusilaan lebih condong kepada kelakuan yang benar atau salah khususnya

²⁶ C.S.T Kansil dan Christine S.T. Kansil, 2004, *Pokok – Pokok Hukum Pidana*, Pradnya Paramita, Jakarta, hlm.129

²⁷ Wirjono Prodjodikoro, 2003, *Tindak – Tindak Pidana Tertentu Di Indonesia*, PT. Refika Aditama, Bandung, hlm.12

dalam hubungan seksual (*behavior as to right or wrong especially in relation to sexual matter*)²⁸.

Sianturi menjelaskan pengertian kesusilaan adalah dalam arti yang bukan hanya menyangkut soal kebirahian atau sex semata. Akan tetapi mempunyai kebiasaan hidup yang pantas dan berahlak dalam suatu kelompok masyarakat (tertentu) yang sesuai dengan sifat masyarakat yang bersangkutan.²⁹

Secara singkat dapat dikatakan, delik kesusilaan adalah delik yang berhubungan dengan (masalah) kesusilaan. Namun, tidaklah mudah menentukan batas-batas atau ruang lingkup delik kesusilaan, karena pengertian dan batas-batas “kesusilaan” itu cukup luas dan dapat berbeda-beda menurut pandangan dan nilai-nilai yang berlaku di dalam masyarakat, sehingga pada dasarnya setiap delik atau tindak pidana merupakan delik kesusilaan. Telah dikemukakan diatas, bahwa orang bisa berbeda pendapat mengenai batasan pengertian dan ruang lingkup delik kesusilaan.

Roeslan Saleh mengemukakan, bahwa pengertian kesusilaan hendaknya tidak dibatasi pada pengertian kesusilaan dalam bidang seksual, tetapi juga meliputi hal-hal lain yang termasuk dalam norma- norma kepatutan bertingkah laku dalam pergaulan masyarakat.³⁰

Dalam perspektif masyarakat pada umumnya membagi kejahatan seksual itu bermacam-macam seperti perzinahan, homo seksual, kumpul kebo (*samen leven*), lesbian,

²⁸ Leden Marpaung, 2004, *Kejahatan Terhadap Kesusilaan Dan Masalah Prevensinya*, Sinar Grafika, Jakarta, hlm.3

²⁹ S.R. Sianturi, 1996, *Asas-Asas Hukum Pidana Di Indonesia dan Perempuan*, cet4, Alumni Ahahem-Petahaem, Jakarta, hlm.26.

³⁰ Tongat, 2003, *Hukum Pidana Materiil Tinjauan atas Tindak Pidana Terhadap Subyek Hukum Dalam KUHP*, Djambatan, Jakarta, hlm.109

prostitusi (pelacuran), pencabulan dan pemerkosaan. Delik kesusilaan juga dikatakan dengan perilaku menyimpang dari anggota masyarakat sehingga perlu diantisipasi dengan aturan hukum. Menurut Cohen, perilaku menyimpang adalah tingkah laku yang menyimpang dari norma-norma sosial yaitu perilaku yang melanggar atau bertentangan dengan aturan-aturan dalam pengertian normatif maupun dari harapan-harapan lingkungan sosial yang bersangkutan³¹.

Masyarakat secara umum menilai prostitusi sebagai bentuk penyimpangan / kejahatan karena bertentangan dengan hukum dan norma-norma yang hidup dimasyarakat. Kegiatan prostitusi yang berkaitan dengan seks dinilai masih sangat tabu oleh masyarakat yang masih menjunjung tinggi nilai moral dan agama. Sementara menurut Barda Nawawi menggaris bawahi bahwa dalam penentuan delik kesusilaan harus berorientasi pada nilai-nilai kesusilaan nasional (NKN) yang telah disepakati bersama dan juga memperhatikan nilai-nilai kesusilaan yang hidup di dalam masyarakat. NKN ini dapat digali antara lain dari produk legislatif nasional³².

Dalam KUHP sendiri membagi dua jenis tindak pidana kesusilaan yang terdapat dalam Bab XIV Buku Kedua dan Bab VI Buku Ketiga KUHP, sebagai berikut :

1. Tindak Pidana melanggar kesusilaan (*zedelijkheid*), untuk kejahatan kesusilaan terdapat pada Pasal 281 sampai dengan Pasal 299, sedangkan untuk pelanggaran golongan pertama (Kesusilaan) dirumuskan Pasal 532 sampai dengan Pasal 535;

³¹ Topo Santoso, 1997, *Seksualitas dan Hukum Pidana* , Ind-Hill-Co, Jakarta, hlm.80

³² Barda Nawawi Arief, *Op. cit.*, hlm.253

2. Tindak pidana yang melanggar kesopanan (*zedden*) yang bukan kesusilaan artinya tidak berhubungan dengan masalah seksualitas, dirumuskan dalam Pasal 536 sampai dengan 547.

Apabila melihat dari pembagian jenis tindak pidana kesusilaan tersebut, masalah prostitusi (pelacuran) diatur dalam Pasal 296 KUHP yang berbunyi “Barang siapa dengan sengaja menyebabkan atau memudahkan cabul oleh orang lain, dan menjadikannya sebagai mata pencaharian atau kebiasaan, diancam dengan pidana penjara paling lama satu tahun empat bulan atau pidana denda paling banyak lima belas rupiah”. Dari Pasal tersebut, terlihat bahwa pemidanaan dilakukan kepada mucikari atau geromo saja sedangkan bagi PSK (pelacur) dan pelanggan jasa prostitusi (pelacuran) tidak diatur.

2.3.4 Jenis – Jenis Prostitusi (Pelacuran)

Praktek prostitusi (pelacuran) di banyak negara dikategorikan tindak pidana dan juga dianggap perbuatan yang tidak pantas dilakukan. Akan tetapi, kegiatan prostitusi (pelacuran) ini sudah ada sejak awal peradaban manusia hingga nantiya datangnya hari kiamat, prostitusi (pelacuran) sebagai mata pencaharian bagi sebagian anggota masyarakat bakalan tetap ada selama masih ada hasrat seksual besar dan berlebihan yang lepas kendali dan hati nurani. Maka muncul masalah prostitusi (pelacuran) sebagai gejala patologis yaitu sejak adanya penataan relasi seks dan berlakunya norma – norma perkawinan.

Prostitusi merupakan profesi yang sangat tua telah ada sejak masa peradaban awal manusia. Yaitu bentuk tingkah laku yang menyimpang, dikarenakan adanya pelampiasan terhadap hasrat seksual dengan lawan jenis tanpa mengenal batas – batas norma kesopanan. Selanjutnya seiring dengan perkembangan peradaban manusia di bidang teknologi, industri, ekonomi maupun budaya, kegiatan prostitusi (pelacuran) ini juga mengalami perkembangan

dalam berbagai jenis dan tingkatannya. Jenis – jenis kegiatan prostitusi yang beraneka ragam ini dapat dilihat menurut aktifitasnya, jumlah, dan tempat lokasinya.

Berikut penggolongan kegiatan prostitusi (pelacuran) menurut aktifitasnya yang dapat dibagi menjadi dua yaitu :

1. Prostitusi yang terorganisir dan terdaftar

Pelaku prostitusinya (PSK) diawasi oleh bagian *Vice Control* dari kepolisian, yang bekerja sama dengan dinas sosial dan dinas kesehatan. Pada umumnya mereka dilokalisasi dalam suatu daerah tertentu, dimana para penghuni lokalisasi itu secara periodik yang teratur melakukan pemeriksaan diri dan mendapatkan suntikan serta pengobatan sebagai tindakan dan keamanan umum dari petugas kesehatan dinas kesehatan.

2. Prostitusi yang tidak terdaftar atau terselubung

Pada kelompok jenis ini, pelaku prostitusi (PSK) melakukan kegiatannya secara sembunyi-sembunyi baik dilakukan secara perorangan maupun kelompok, biasanya kelompok ini sangat rentan terjangkit penyakit kelamin yang menular karena mereka biasanya jarang sekali melakukan kegiatan pemeriksaan secara periodik yang biasanya dilakukan oleh petugas dari dinas kesehatan.

Sedangkan kegiatan prostitusi (pelacuran) yang dibagi menurut tempat atau lokasinya, dibedakan atas :

1. Segregasi atau lokalisasi, biasanya lokasi tempat ini terpisah dari pemukiman penduduk lainnya dan kegiatan mereka cenderung diawasi oleh pihak kepolisian serta dinas sosial dan dinas kesehatan sehingga kesehatan para pelaku prostitusi (pelacur) dapat terkontrol dengan baik.

2. Rumah-rumah panggilan (*Call House*),
3. Di balik bisnis-bisnis yang memiliki izin resmi dari pemerintah (Salon kecantikan, Panti Pijat, Spa Kecantikan, Hotel, Tempat Pencucian Mobil dan Karaoke).

Dua tempat jenis kegiatan prostitusi diatas termasuk kedalam praktek prostitusi (pelacuran) yang tidak terdaftar (*illegal*) karena dilakukan secara diam-diam dan tersembunyi tidak ada campur tangan dari pihak kepolisian maupun dari dinas sosial dan kesehatan yang terkait. Jenis pelacuran yang terdaftar pun tiap hari makin berkurang di dunia hal ini karena banyak cara dilakukan oleh para pelaku prostitusi ini menutupi kegiatan mereka. Tetapi lambat laun akan terjadi pengurangan karena campur tangan hukum pidana dan perbaikan kedudukan (posisi) wanita dalam masyarakat. Namun berkurangnya kegiatan prostitusi (pelacuran) ini tidak berarti akan berkurang sepenuhnya apabila hasrat sexual manusia masih berlebihan. Prostitusi tetap ada hingga akhir masa peradaban manusia, hanya saja cara dan jenis kegiatannya yang berubah.

2.4 Pembaharuan Hukum Pidana

2.4.1 Pengertian Pembaharuan Hukum Pidana

Pembaharuan Hukum Pidana merupakan bagian dari kebijakan / politik hukum pidana. Makna dan hakikat pembaharuan hukum pidana berkaitan erat dengan latar belakang dan urgensi diadakannya pembaharuan hukum pidana sendiri. Pada hakikatnya pembaharuan hukum pidana merupakan suatu upaya untuk melakukan reorientasi dan reformasi hukum pidana yang sesuai dengan nilai-nilai sosio politik, sosio filosofik dan sosio kultural masyarakat Indonesia yang melandasi kebijakan sosial, kebijakann kriminal

dan kebijakan penegakan hukum di Indonesia. Makna dan hakikat Pembaharuan hukum pidana adalah :

a. Dilihat dari sudut pendekatan - kebijakan :

- Sebagai bagian dari kebijakan sosial, pembaharuan hukum pidana pada hakikatnya merupakan bagian dari upaya untuk mengatasi masalah-masalah sosial, dalam rangka mencapai/menunjang tujuan nasional (kesejahteraan masyarakat dan sebagainya);
- Sebagai bagian dari kebijakan kriminal, pembaharuan hukum pidana pada hakikatnya merupakan bagian dari upaya perlindungan masyarakat (Khususnya dalam upaya penanggulangan kejahatan);
- Sebagai bagian dari kebijakan penegakan hukum, pembaharuan hukum pidana pada hakikatnya merupakan bagian dari upaya memperbaharui substansi hukum (*Legal Substance*) dalam rangka lebih mengefektifkan penegakan hukum.

b. Dilihat dari sudut penegakan - nilai :

Pembaharuan hukum pidana pada hakikatnya merupakan upaya melakukan peninjauan dan penilaian kembali nilai-nilai sosiopolitik, sosiofilosofis, dan sosiokultural yang melandasi dan memberi isi terhadap muatan normatif dan substantif hukum pidana yang dicita-citakan. Bukanlah pembaharuan (Reformasi) hukum pidana, apabila orientasi nilai dari hukum pidana yang dicita-citakan (misalnya KUHP Baru) sama saja dengan orientasi nilai dari hukum pidana lama warisan kolonial belanda (WvS).³³

2.4.2 Tindak Pidana Dalam Pembaharuan Hukum Pidana

Istilah tindak pidana merupakan terjemahan dalam bahasa Indonesia, dalam bahasa Belanda sendiri tindak pidana disebut dengan "*strafbaarfeit*" atau delik. Di samping istilah Tindak Pidana, ada istilah lain yang dipakai oleh beberapa sarjana, yaitu "peristiwa pidana (Simon)", "perbuatan pidana (Moeljatno)". Peristiwa Pidana, menurut Simon, adalah

³³ Barda Nawawi Arief, 2008, *Kebijakan Hukum Pidana, Dalam Perkembangan Penyusunan Konsep KUHP Baru*, Kencana, Jakarta, hlm.25-26. Dan I Made Widyana, 2013, *Hukum Pidana Adat Dalam Pembaharuan Hukum Pidana*, PT. Fikahati Aneska, Jakarta, hlm..161

perbuatan salah dan melawan hukum dan diancam pidana dan dilakukan oleh seseorang yang dapat dipertanggungjawabkan.

Selanjutnya Moeljatno berpendapat bahwa:

"Perbuatan Pidana adalah perbuatan yang oleh suatu aturan hukum dilarang dan diancam dengan pidana, asal saja dalam pidana itu diingat bahwa larangan tersebut ditujukan pada perbuatannya yaitu suatu keadaan atau kejadian yang ditimbulkan oleh kelalaian orang, sedangkan ancaman pidananya ditujukan kepada orang yang menimbulkan kejadian tersebut".³⁴

Sementara perumusan *starfbaarfeit* , menurut Van Hamel, adalah kelakuan orang yang dirumuskan dalam undang-undang, bersifat melawan hukum yang patut dipidana dan dilakukan dengan kesalahan. Tindak Pidana adalah pelanggaran norma - norma dalam bidang hukum lain, yaitu hukum perdata, hukum ketatanegaraan, dan hukum tatausaha pemerintah, yang oleh pembentuk undang-undang ditanggapi dengan suatu hukum pidana, maka sifat-sifat yang ada dalam setiap tindak pidana adalah sifat melanggar hukum (*wederrechtelijckheid, onrechtmatigheid*). Tiada ada suatu tindak pidana tanpa sifat melanggar hukum³⁵ . Suatu perbuatan dapat dikatakan sebagai tindak pidana apabila memenuhi unsur-unsur sebagai berikut:³⁶

1. Subyek
2. Kesalahan
3. Bersifat melawan hukum (dari tindakan)

³⁴ C.S.T Kansil dan Christine S.T. Kansil, 2004, *Pokok-Pokok Hukum Pidana*, Pradnya Paramita, Jakarta, hlm.56

³⁵ Wiryono Prodjodikoro, 2003, *Tindak-Tindak Pidana Tertentu Di Indonesia*, PT. Refika Aditama, Bandung, hlm.1

³⁶ Adam Chazawi, 2002, *Pelajaran Hukum Pidana Bagian 1*, PT. Raja Grafindo Persada, Jakarta, hlm.81

4. Suatu tindakan yang dilarang atau diharuskan oleh undang-undang/ perundangan dan terhadap pelanggarannya diancam dengan pidana
5. waktu, tempat dan keadaan (unsur obyektif lainnya)

Kelima unsur tersebut dikategorikan menjadi dua unsur, yaitu unsur subyektif dan unsur obyektif. Yang termasuk unsur subyektif adalah subyek dan kesalahan. Sedangkan yang termasuk unsur obyektif adalah sifat melawan hukum, tindakan yang dilarang serta diancam dengan pidana oleh undang-undang dan faktor-faktor obyektif lainnya. Terdapat dua pandangan dalam hukum pidana yaitu pandangan monistis dan dualitis. Menurut pandangan monistis keseluruhan syarat untuk adanya pidana dianggap melekat pada perbuatan pidana termasuk didalamnya perbuatan pidana (*criminal act*) maupun pertanggungjawaban pidana (*criminal responsibility*), sedangkan menurut pandangan dualistis keseluruhan syarat untuk adanya pidana tidak melekat pada pidana, oleh karena dalam pengertian perbuatan pidana/tindak pidana hanya menyangkut *criminal act* tidak mencakup *criminal responsibility* sehingga memisahkan tindak pidana dari pertanggungjawaban pidana.

Menurut Barda Nawawi Arief, bahwa pokok pikiran tentang “tindak pidana” dalam konsep KUHP baru, meliputi:

1. Sumber/Dasar Hukum Ditetapkannya Tindak Pidana
 - a. Dalam menetapkan sumber hukum atau dasar patut dipidananya suatu perbuatan, konsep bertolak dari pendirian bahwa sumber hukum yang utama adalah Undang-undang/Hukum yang tertulis (perwujudan dari asas legalitas formal). Berbeda dengan konsep KUHP dengan memperluas perumusan secara material bahwa Pasal 1 ayat (3) dalam Konsep KUHP menyatakan

disamping berdasarkan Undang-undang yang tertulis itu tidak mengurangi” hukum yang masih hidup” dalam masyarakat, walaupun perbuatan tersebut tidak diatur dalam peraturan perundang-undangan;

- b. Konsep tidak lagi membedakan tindak pidana dalam kualifikasi berupa “kejahatan” dan “pelanggaran”, melainkan dengan kualifikasi bobot delik, yakni”sangat ringan”, “berat”, dan “sangat berat”/”sangat serius”. Karakteristik akibat hukum dari delik yang sangat ringan:”percobaan atau pembantuan yang diancam pidana denda katagori I, tidak dipidana.

2. Pengertian dan Sifat Hakiki Tindak Pidana

- a. Tindak pidana pada hakikatnya adalah perbuatan melawan hukum (walaupun tidak diatur secara tegas dalam Undang-undang);
- b. Setiap tindak pidana dianggap selalu bertentangan dengan hukum (menurut ukuran formal/ukuran obyektif), oleh karena itu harus diuji dengan secara materiil, apakah ada alasan pembenaran atau tidak, dan apakah perbuatan itu betul-betul bertentangan dengan hukum yang hidup dalam masyarakat. Apabila perbuatan secara materiil tidak bersifat melawan hukum, maka tidak dapat dikatakan ada tindak pidana, dan oleh karena itu tidak dapat dipidana. Disini nampak adanya asas keseimbangan antara patokan formal (melawan hukum formal/kepastian hukum) dan patokan materiil (melawan Hukum materiil/nilai keadilan);
- c. Dalam Pasal 1 ayat (1) KUHP (WvS) hanya ada asas legalitas yang merupakan alasan “yuridis” untuk menyatakan suatu perbuatan (*feit*) sebagai perbuatan yang dapat dipidana (*strafbaarfeit*). Namun tidak ada

pengertian/batasan yuridis tentang tindak pidana. Pengertian tindak pidana (*strafbaarfeit*) hanya ada dalam teori atau pendapat para sarjana.

3. Pemikiran tentang Pertanggungjawaban Pidana

- a. Bertolak dari pokok pemikiran keseimbangan monodualistik, konsep memandang bahwa asas kesalahan (*culpabilitas*) merupakan pasangan dari asas legalitas yang harus dirumuskan secara eksplisit dalam Undang-undang. Oleh karena itu ditegaskan dalam konsep KUHP (Pasal 35), bahwa "asas tiada pidana tanpa kesalahan merupakan asas yang sangat fundamental dalam mempertanggungjawabkan pembuat yang telah melakukan tindak pidana".
- b. Walaupun prinsipnya bertolak dari "pertanggungjawaban pidana berdasarkan kesalahan (*liability based on fault*)", namun dalam hal-hal tertentu konsep juga memberikan kemungkinan adanya "pertanggungjawaban yang ketat" (*strict liability*) dalam Pasal 37, dan "pertanggungjawaban pengganti" (*Vicarious liability*) dalam Pasal 38 Konsep KUHP.
- c. Unsur sengaja tidak perlu lagi dicantumkan dalam perumusan delik, karena sengaja bukan unsure delik tetapi unsure kesalahan/pertanggungjawaban pidana.
- d. Dalam hal ada "kesesatan" (*error*), baik "*error facti*" maupun "*error iuris*", Konsep berpendirian bahwa pada prinsipnya si pembuat tidak dapat dipertanggungjawabkan dan oleh karena itu tidak dipidana. Namun demikian, apabila kesesatannya itu (keyakinannya yang keliru itu) patut dicelakan/dipersalahkan kepadanya, maka si pembuat tetap dapat dipidana.

- e. Walaupun pada prinsipnya seseorang sudah dapat dipidana apabila telah terbukti melakukan tindak pidana dan kesalahannya, namun dengan pertimbangan-pertimbangan tertentu konsep member kewenangan kepada hakim untuk member maaf atau pengampunan kepada si pembuat tanpa menjatuhkan pidana atau tindakan apapun.
- f. Pada prinsipnya seseorang dapat tidak dipertanggungjawabkan atau tidak dipidana karena adanya alasan penghapus pidana, konsep member kewenangan/kemungkinan kepada hakim untuk tidak memberlakukan alasan penghapus pidana tertentu berdasarkan asas “culpa in causa, yaitu apabila terdakwa sendiri patut dicela/dipersalahkan menyebabkan terjadinya keadaan atau situasi darurat yang sebenarnya dapat menjadi dasar adanya alasan penghapus pidana tersebut.

4. Pemikiran tentang Pidana dan Pemidanaan

- a. Pada hakikatnya pidana hanya merupakan alat untuk mencapai tujuan, maka konsep pertama-pertama merumuskan tentang tujuan pemidanaan. Dalam hal ini konsep bertolak dari keseimbangan dua sasaran pokok, yaitu “perlindungan masyarakat” dan “perlindungan/pembinaan individu pelaku tindak pidana;
- b. Konsep juga bertolak dari pemikiran keseimbangan mono-dualistik antara factor obyektif dan factor subyektif. Oleh karena itu, syarat pemidanaan juga bertolak dari dua pilar yang sangat fundamental di dalam hukum pidana, yaitu “asas legalitas” (yang merupakan “asas kemasyarakatan”) dan “asas kesalahan/asas culpabilitas” (yang merupakan “asas kemanusiaan”);

- c. Pemikiran yang lebih menitik beratkan pada perlindungan kepentingan masyarakat, maka wajar konsep masih tetap mempertahankan jenis-jenis sanksi pidana yang berat, yaitu pidana mati dan pidana penjara seumur hidup. Namun pidana mati di dalam konsep tidak dimasukkan dalam deretan "pidana pokok", dan ditetapkan tersendiri sebagai jenis pidana yang bersifat khusus atau eksepsional. Oleh karena itu di dalam konsep ada ketentuan mengenai "penundaan pelaksanaan pidana mati" atau "pidana mati bersyarat" dengan masa percobaan selama 10 tahun;
- d. Aspek lain dari perlindungan masyarakat adalah perlindungan terhadap korban dan pemulihan keseimbangan nilai yang terganggu di dalam masyarakat. Untuk memenuhi aspek ini, konsep menyediakan jenis sanksi berupa "pembayaran ganti kerugian" dan "pemuahan kewajiban adat". Kedua jenis sanksi ini dimaksudkan sebagai jenis pidana tambahan, karena dalam kenyataan sering terungkap, bahwa penyelesaian masalah secara yuridis formal dengan menjatuhkan sanksi pidana pokok saja kepada terdakwa belum dirasakan oleh warga masyarakat sebagai penyelesaian masalah secara tuntas;
- e. Pidanaan harus juga berorientasi pada factor "orang" (pelaku tindak pidana), maka ide "individualisasi pidana" juga melatar belakangi aturan umum pidanaan di dalam Buku I Konsep.
- f. Sisi lain dari ide "individualisasi pidana" dalam konsep adalah adanya ketentuan mengenai "modifikasi/perubahan/penyesuaian/peninjauan kembali putusan pidanaan yang telah berkekuatan tetap" yang

didasarkan pertimbangan karena adanya “perubahan/perkembangan/perbaikan pada si terpidana itu sendiri”.

- g. Aspek lain dari “individualisasi pidana” ialah perlu adanya keleluasaan bagi hakim dalam memilih dan menentukan sanksi apa (pidana/tindakan) yang sekiranya tepat untuk individu/pelaku tindak pidana yang bersangkutan. Jadi diperlukan adanya “fleksibilitas atau elastisitas pembedaan”. Walaupun tetap dalam batas-batas kebebasan menurut undang-undang.³⁷

³⁷ Barda Nawawi Arief, *Op.cit.*, hlm.73-92