

DISERTASI
POLITIK HUKUM LEGISLASI
DALAM PERUMUSAN KETENTUAN PIDANA SEBAGAI UPAYA
PEMBARUAN HUKUM PIDANA DI INDONESIA

***LEGISLATION LEGAL POLICY IN THE FORMULATING OF CRIMINAL
PROVISIONS AS CRIMINAL LAW RENEWAL EFFORT IN INDONESIA***

SONATA LUKMAN
P0400316323



PROGRAM STUDI DOKTOR ILMU HUKUM
FAKULTAS HUKUM
UNIVERSITAS HASANUDDIN
MAKASSAR
2021

**POLITIK HUKUM LEGISLASI
DALAM PERUMUSAN KETENTUAN PIDANA SEBAGAI UPAYA
PEMBAHARUAN HUKUM PIDANA DI INDONESIA**

***LEGISLATION LEGAL POLICY IN THE FORMULATING OF CRIMINAL
PROVISIONS AS CRIMINAL LAW RENEWAL EFFORT IN INDONESIA***

DISERTASI

Sebagai Salah Satu Syarat Untuk Mencapai Gelar Doktor

**Program Studi
ILMU HUKUM**

Disusun dan Diajukan Oleh

**SONATA LUKMAN
P0400316323**

**PROGRAM DOKTOR ILMU HUKUM
FAKULTAS HUKUM
UNIVERSITAS HASANUDDIN
MAKASSAR
2021**

DISERTASI

**POLITIK HUKUM LEGISLASI DALAM PERUMUSAN KETENTUAN
PIDANA SEBAGAI UPAYA PEMBAHARUAN
HUKUM PIDANA DI INDONESIA**

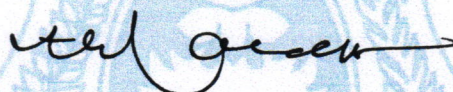
Disusun dan diajukan oleh:

SONATA LUKMAN
P0400316323

Telah dipertahankan di hadapan Panitia Ujian yang dibentuk dalam rangka Penyelesaian Studi Program Doktor Program Studi Ilmu Hukum Fakultas Hukum Universitas Hasanuddin Pada tanggal 15 Oktober 2021 dan dinyatakan telah memenuhi syarat kelulusan

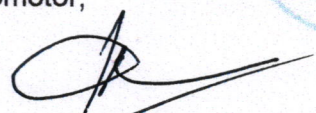
Menyetujui,

Promotor,



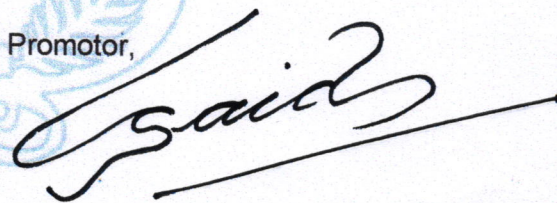
Prof. Dr. Abdul Razak, S.H., M.H.
NIP. 195710291983031002

Co. Promotor,



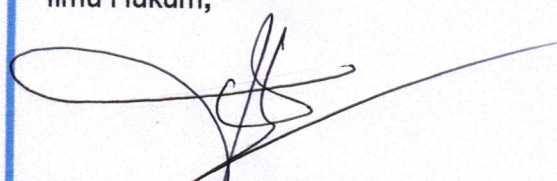
Prof. Dr. Farida Patittingi, S.H., M.Hum.
NIP. 196712311991032003

Co. Promotor,



Prof. Dr. H. M. Said Karim, S.H., M.H., M.Si.
NIP. 196207111987031001

Ketua Program Studi S3
Ilmu Hukum,



Prof. Dr. Marwati Riza, S.H., M.Si.
NIP. 196408241991032002

Dekan Fakultas Hukum
Universitas Hasanuddin,



Prof. Dr. Farida Patittingi, S.H., M.Hum.
NIP. 196712311991032003

PERNYATAAN KEASLIAN PENELITIAN

Yang bertanda tangan di bawah ini:

Nama : **SONATA LUKMAN**

Nim : **P0400316323**

Program Studi : **S3 Ilmu Hukum**

Dengan ini menyatakan bahwa dalam disertasi ini tidak terdapat karya yang pernah diajukan untuk memperoleh gelar kesarjanaan di suatu perguruan tinggi, dan sepanjang pengetahuan saya tidak terdapat karya atau pendapat yang pernah ditulis atau diterbitkan oleh orang lain, kecuali yang secara tertulis dikutip dalam naskah ini dan disebutkan dalam sumber kutipan dan daftar pustaka.

Makassar, Oktober 2021

Yang Membuat Pernyataan,


SONATA LUKMAN

KATA PENGANTAR



Alhamdulillah segala puji bagi Allah SWT Sang Pemilik Alam Semesta, puji syukur penulis ucapkan kehadiran Allah SWT karena atas rahmat dan karunia-Nya, penulis dapat menyelesaikan Disertasi ini dalam rangka memenuhi salah satu syarat untuk meraih gelar Doktor pada Program Pendidikan Doktor Ilmu Hukum Fakultas Hukum Universitas Hasanuddin. Adapun judul dalam Disertasi ini adalah: **“POLITIK HUKUM LEGISLASI DALAM PERUMUSAN KETENTUAN PIDANA SEBAGAI UPAYA PEMBAHARUAN HUKUM PIDANA DI INDONESIA”**.

Penulisan Disertasi ini tidak dapat diselesaikan tanpa ada bantuan dari berbagai Pihak. Ungkapan terima kasih dan penghargaan yang setinggi-tingginya penulis sampaikan kepada:

1. Prof. Dr. Dwia Aries Tina Pulubuhu, M.A., selaku Rektor Universitas Hasanuddin Makassar.
2. Prof. Dr. Farida Patittingi, S.H., M.Hum, selaku Dekan Fakultas Hukum Universitas Hasanuddin, Prof. Dr. Hamzah Halim, S.H., M.H., selaku Wakil Dekan Bidang Akademik, Pengembangan dan Inovasi Fakultas Hukum Universitas Hasanuddin, Dr. Syamsuddin Muchtar, S.H., M.H., selaku Wakil Dekan Bidang Perencanaan, Keuangan dan Sumber Daya Fakultas Hukum Universitas Hasanuddin, Dr. Muhammad Hasrul, S.H., M.H., selaku Wakil Dekan Bidang Kemahasiswaan, Alumni dan Kemitraan Fakultas Hukum Universitas Hasanuddin, yang sangat membantu dalam kelancaran studi penulis.
3. Prof. Dr. Abdul Razak, S.H., M.H., selaku Promotor yang selalu menyediakan waktu ditengah kesibukan beliau untuk memberikan bimbingan, mengarahkan dan mendorong agar penulis dapat menyelesaikan studi tepat waktu.

4. Prof. Dr. Muhammad Said Karim, S.H., M.Hum., selaku Ko- Promotor yang berkenan menyediakan waktunya untuk mengoreksi tulisan serta memberikan arahan demi penyelesaian disertasi ini.
5. Prof. Dr. Farida Patittingi, S.H., M.Hum., selaku Ko-Promotor yang dengan penuh kesabaran beliau membimbing, mengarahkan, memberi dukungan dan mendorong penulis agar segera menyelesaikan disertasi ini.
6. Prof. Dr. Marwati Riza, S.H., M.Si., selaku Ketua Program Studi Doktor Ilmu Hukum Fakultas Hukum Universitas Hasanuddin yang dengan penuh kesabaran dan kebijaksanaan dalam membimbing dan mengarahkan penulis dalam penyelesaian disertasi ini.
7. Dewan Penguji Prof. Dr. Syamsuddin Muhammad Noor, S.H., M.H., Prof. Dr. Muhammad Yunus, S.H., M.Si., Prof. Dr. Achmad Ruslan, S.H., M.H., Dr. Nur Azisah, SH., M.H selaku Anggota Tim Penilai yang telah memberikan banyak masukan dalam tahapan ujian sehingga mendorong perbaikan substansi penulisan disertasi ini.
8. Seluruh Dosen pada Fakultas Hukum Universitas Hasanuddin, terima kasih atas segala ilmu yang telah diberikan kepada penulis selama menempuh pendidikan di kampus ini. Semoga ilmu tersebut menjadi amal jariyah buat Bapak dan Ibu Dosen.
9. Kedua Orang Tua, Almarhum Papa Tercinta Dr. Ir. Lukman Ibrahim, S.U., dan Mama Dra. Ida Murni Saan, M.Pd., seluruh adik tercinta beserta keluarga besar penulis, dan kepada Istri tercinta Ermaida, S.H., M.H., dan 2 (dua) buah hati penulis Quthby Ammar Faiq Sonada dan Raisha Dhia Rana Sonada beserta keluarga besar isteri penulis Bapak H. Nursyam Effendi dan Ibu Hj. Rosmanidar, atas perhatian, do'a dan kasih sayang yang tak terhingga yang diberikan kepada penulis atas segala didikan dan doanya yang tulus selama ini telah menuntun dan mengiringi setiap langkah penulis melalui tahapan penyelesaian pendidikan Doktor Ilmu Hukum penulis.

10. Ucapan terima kasih penulis haturkan kepada Pemerintah Republik Indonesia c.q. Jaksa Agung R.I. beserta jajarannya yang telah memberi kesempatan kepada Penulis untuk mengikuti Beasiswa Program Doktorat (S3) Ilmu Hukum kerjasama Kejaksaan R.I dengan Fakultas Hukum Universitas Hasanuddin (UNHAS) Angkatan Tahun Akademik 2016/2017 pada Program Pascasarjana Universitas Hasanuddin.
11. Terima kasih juga penulis haturkan kepada Kepala Kejaksaan Tinggi Kalimantan Selatan Rudi Prabowo Aji, S.H., M.H., beserta seluruh jajaran yang telah banyak memberikan motivasi, arahan maupun keteladanannya selama ini, semoga Allah SWT meninggikan derajat serta mencurahkan Rahmat dan Rahman-Nya kepada mereka semua beserta keluarga.
12. Tidak lupa pula penulis sampaikan terima kasih tak terhingga kepada pimpinan, senior dan rekan-rekan Biro Hukum dan Hubungan Luar Negeri Kejaksaan Agung yang selalu memberikan kesempatan dan kepercayaan kepada penulis untuk ikut dalam pembahasan berbagai peraturan perundang-undangan sehingga mendapatkan pengalaman baru yang mendorong penulis untuk mengkaji dan menulis disertasi ini.
13. Dedi Kuswara, S.H., M.H., Juandra, S.H., M.H. hakim pada Pengadilan Negeri Pekanbaru dan Pengadilan Negeri Padang dan Jaksa Atmariadi, S.H., M.H., Ira Yolanda, S.H., M.H, serta rekan-rekan Pengacara/Advokat Endriadi, MR, S.H, Ricky Rosa, S.H., M.H. dan sdr. Titi Asmara Dewi, S.H., M.H. (Staf pada Badan Keahlian DPR) yang telah waktu/kesempatan penelitian kepada penulis untuk melakukan wawancara dan pengambilan data (survei).

14. Pimpinan dan Staf Badan Pembinaan Hukum Nasional Kementerian Hukum dan HAM RI, khususnya Bapak Ahmad Haris Junaidi, S.H. dan Bapak Ilham F. Putuhena, S.H., M.H., yang telah waktu/kesempatan penelitian kepada penulis untuk melakukan wawancara dan pengambilan data.
15. Pimpinan dan Staf Direktorat Jenderal Peraturan Perundang-undangan Kementerian Hukum dan HAM RI, khususnya Direktur Perancangan Peraturan Perundang-undangan, Bapak Oswald, S.H., M.H., Samuel, S.H., I Gede Nyoman Surya Astika, S.H dan Raden Daniel Kevin Billy Artha, S.H., yang telah waktu/kesempatan penelitian kepada penulis untuk melakukan wawancara dan pengambilan data.
16. Kepada rekan-rekan aliansi Non-Government Organization (NGO) yakni Sdri. Maidina Rahmawati dari *Institute For Criminal Justice Reform* (ICJR), Sdr. Matheus dari Indonesia *Judicial Research Society* (IJRS) dan Sdr. Ardery Ardhan dari Masyarakat Pemantau Peradilan Indonesia (MaPPI) FHUI yang telah memberikan dukungan dalam penelitian disertasi ini.
17. Seluruh Staf Akademik Fakultas Hukum Universitas Hasanuddin, terima kasih atas segala bantuan selama saya menempuh pendidikan S3 di Universitas Hasanuddin.
18. Rekan-rekan Penulis, Mahasiswa Program Doktor Ilmu Hukum Angkatan Tahun Akademik 2016/2017 terima kasih atas doa, kerjasama, dan kebersamaannya selama ini serta segala bantuan dan motivasi sehingga penulis dapat menyelesaikan Disertasi ini.
19. Saudara-saudaraku Angkatan 1997 Fakultas Hukum Universitas Andalas dan Angkatan 2011 Program Pasca Sarjana Universitas Indonesia yang telah memberikan dukungan moril, serta doanya kepada Penulis selama penelitian di Jakarta hingga tahap penyelesaian pendidikan S3 ini.

20. Seluruh pihak yang telah banyak membantu penulis dalam penyelesaian disertasi ini, penulis ucapkan banyak terima kasih.

Akhirnya penulis menyadari dalam disertasi ini masih ditemukan kekurangan atau ketidaksempurnaan, untuk itu penulis dengan besar hati menerima bersedia menerima kritikan, saran, dan masukan dalam rangka penyempurnaan disertasi ini. Semoga disertasi ini berguna bagi masyarakat dan semoga Allah SWT selalu melimpahkan rahmat-Nya kepada kita semua. Aamiin YRA.

Makassar, Oktober 2021

Sonata Lukman

ABSTRAK

SONATA LUKMAN (P0400316323), *Politik Hukum Legislasi Dalam Perumusan Ketentuan Pidana Sebagai Upaya Pembaharuan Hukum Pidana Di Indonesia* (Dibimbing oleh **Abdul Razak, H. M. Said Karim** dan **Farida Patittingi**)

Penelitian ini bertujuan untuk: 1) Untuk menganalisa hakikat politik hukum legislasi dalam perumusan ketentuan pidana dalam suatu undang-undang; 2) Untuk menganalisa implementasi acaman pidana dalam pemidanaan di Indonesia serta konsekuensi yuridisnya; 3) Untuk menemukan konsep ideal dalam menentukan urgensi ketentuan pidana dan bobot ancaman pidana dalam undang-undang sebagai bagian pembaruan hukum pidana nasional.

Tipe penelitian ini adalah yuridis normatif. Pendekatan yang digunakan adalah pendekatan filsafat hukum (*legal philosophy approach*), pendekatan konseptual (*conceptual approach*), pendekatan perundang-undangan (*statute approach*) dan pendekatan kasus (*case approach*). Penelitian dilakukan secara kualitatif dengan bertumpu pada studi kepustakaan (*library research*) dengan pendekatan bahan hukum primer dan bahan hukum sekunder. Analisis data menggunakan analisis deskriptif kualitatif dengan metode deskriptif analitis.

Hasil penelitian menunjukkan bahwa *pertama*, hakikat politik hukum legislasi dalam perumusan ketentuan pidana dalam suatu undang-undang yakni menempatkan ketentuan pidana sebagai bagian integral dan “penjaga akhir” (*the last resort*) dari sistem politik hukum nasional yang harus dilakukan melalui upaya sinkronisasi, harmonisasi dan konsolidasi baik di internal hukum pidana itu sendiri maupun dengan pranata hukum lainnya untuk memberikan kepastian hukum dan keadilan atas perbuatan yang ditetapkan sebagai tindak pidana serta untuk menjaga/melindungi kepentingan hukum individu, masyarakat dan negara. *Kedua*, Implementasi penentuan ketentuan pidana dan perumusan ancaman pada tahap legislasi tanpa didasari standar atau pola yang baku sehingga melahirkan banyaknya pengaturan ketentuan pidana dalam berbagai undang-undang dan hal ini berdampak pada tahap penegakan hukum dalam menentukan pilihan tindakan hukum. *Ketiga*, untuk memposisikan dan menjaga ketentuan pidana sebagai *ultimum remedium*, proporsionalitas ancaman pidana dan prinsip kodifikasi terutama misi konsolidasi perlu adanya standar baku yang diatur dalam undang-undang pembentukan peraturan perundang-undangan untuk mengikat legislator dalam menentukan urgensi ketentuan pidana (kriminalisasi) dan penentuan acaman pidana.

Kata Kunci: Politik Hukum; Legislasi; Hukum Pidana; Pembaharuan Pidana

ABSTRACT

SONATA LUKMAN (P0400316323), *Legislation Legal Policy In The Formulating Of Criminal Provisions As Criminal Law Renewal Effort In Indonesia* (Supervised by **Abdul Razak, H. M. Said Karim, and Farida Patittingi**)

This study aims to: 1) To analyze the essence of legislation legal policy in the formulation of criminal provisions in law; 2) To analyze the implementation of criminal threats in punishment in Indonesia and their juridical consequences; 3) To find the ideal concept in determining the urgency of criminal provisions and the weight of criminal threats in the law as part of reforming the national criminal law.

This type of research is normative juridical. The approach used is the legal philosophy approach, the conceptual approach, the statute approach, and the case approach. The research was conducted qualitatively by relying on library research with primary legal materials and secondary legal materials. Data analysis used descriptive qualitative analysis with the descriptive-analytical method.

The results of the study show that: 1) The essence of legislation legal policy in the formulation of criminal provisions in the law, namely placing criminal provisions as an integral part and "the last resort" of the national legal, political system which must be carried out through synchronization, harmonization, and consolidation both within the criminal law itself and with other legal institutions to provide legal certainty and justice for acts that are designated as criminal acts as well as to safeguard/protect the legal interests of individuals, society and the state; 2) The implementation of the determination of criminal provisions and the formulation of threats at the legislative stage without being based on standardized standards or patterns so that there are many provisions for criminal provisions in various laws and this has an impact on the stage of law enforcement in determining the choice of legal action; 3) In order to maintain criminal provisions as the ultimum remedium, proportionality of criminal threats, and the principle of codification, especially the consolidation mission, it is necessary to have standard standards regulated in the law for the formation of laws and regulations to bind legislators in determining the urgency of criminal provisions (criminalization) and determining criminal threats.

Keywords: Legal Policy; Legislation; Criminal Law; Criminal Law Reform

DAFTAR ISI

	Halaman
HALAMAN SAMPUL	i
HALAMAN PENGAJUAN DISERTASI	ii
LEMBAR PENGESAHAN	iii
PERYATAAN KEASLIAN DISERTASI	iv
KATA PENGANTAR	v
ASBTRAK	ix
ABSTRACT	x
DAFTAR ISI	xi
DAFTAR TABEL	xiv
DAFTAR GAMBAR	xv
BAB I PENDAHULUAN	1
A. Latar Belakang Masalah	1
B. Rumusan Masalah.....	26
C. Tujuan Penelitian.....	26
D. Kegunaan Penelitian	27
E. Orisinalitas Penelitian	28
BAB II TINJAUAN PUSTAKA	35
A. Politik Hukum Legislasi.....	35
B. Ancaman Sanksi Hukum Pidana Dalam Ketentuan Pidana	56
1. Sanksi Pidana	56
1.1 Pidana Pokok.....	62
1.1.1 Pidana Mati (<i>death penalty</i>)	62
1.1.2 Pidana Penjara	70
1.1.3 Pidana Tutupan	76
1.1.4 Pidana Kurungan	78
1.1.5 Pidana Denda	83
1.2 Pidana Tambahan.....	89
1.2.1 Pencabutan Hak-Hak Tertentu.....	90
1.2.2 Perampasan Barang-Barang Tertentu	90
1.2.3 Pengumuman Putusan Hakim	90
2. Sanksi Tindakan.....	91
3. Ketentuan Pidana	97
C. Kerangka Teori.....	98
1. Teori Negara Hukum	101
2. Teori Keadilan	109
3. Teori Tujuan Hukum Pidana dan Pemidanaan	116
4. Teori Sistem Hukum	141
5. Teori Pidana Minimalis dan Proporsionalitas Pidana	144

6. Teori Perundang-undangan	150
D. Kerangka Konseptual (<i>Conceptual Framework</i>)	158
E. Definisi Operasional	164
BAB III METODE PENELITIAN	167
A. Tipe Penelitian.....	167
B. Pendekatan Penelitian.....	167
C. Lokasi Penelitian	170
D. Jenis dan Sumber Data	170
E. Analisa Data	175
BAB IV HASIL PENELITIAN DAN PEMBAHASAN.....	177
A. Hakikat Ketentuan Pidana dan Ancaman Pidana Dalam Suatu Undang-Undang	177
1. Hakikat Ketentuan Pidana Dalam Suatu Undang-Undang	177
1.1 Asas Legalitas.....	187
1.2 Prinsip/Asas <i>Ultimum Remedium</i> dan Asas <i>Primum Remedium</i>	192
1.3 Norma Pendukung atau Menjaga Norma/Sistem Hukum Yang Lain	204
1.4 Keadilan/Proporsionalitas	207
a. Proporsionalitas dalam menentukan jenis pidana yang akan diancamkan	213
b. Proporsionalitas bobot ancaman dari jenis pidana yang akan diancamkan	215
c. Proporsionalitas model perumusan ancaman pidana	215
2. Hakikat Politik Hukum Legislasi Dalam Perumusan Ketentuan Pidana ..	224
B. Implementasi Politik Hukum Ketentuan Pidana	237
1. Implementasi Legislasi	239
2. Implementasi Dalam Penegakan Hukum.....	282
C. Konsep Ideal dalam Menentukan Urgensi Ketentuan Pidana dan Penentuan Bobot Ancaman Sanksi Pidana dalam Undang-Undang sebagai Bagian Pembaruan Hukum Pidana Nasional	289
1. Konsep Politik Hukum Ketentuan Pidana	289
2. Konsep Ideal dalam Menentukan Urgensi Ketentuan Pidana	320
3. Konsep Ideal dalam Menentukan Bobot Ancaman Pidana dalam Undang-Undang.....	352
BAB IV PENUTUP	395
A. Kesimpulan.....	395
B. Saran.....	398
DAFTAR PUSTAKA	400

BAB I

PENDAHULUAN

A. Latar Belakang Masalah

Negara Indonesia adalah Negara Hukum (*rechtsstaat*) atau menganut konsep “*Rule of law*” yaitu negara yang berdasarkan hukum.¹ Hal tersebut dengan eksplisit disebutkan dalam Pasal 1 ayat (3) UUD NRI 1945. Negara hukum baik secara teoretik maupun praktik setidaknya terdapat tiga konsepsi yakni,² **Pertama**, substansi bahwa

¹ Munir Fuady, *Teori Negara Hukum Modern*, PT. Refika Aditama, Bandung, 2009, hal 1. Munir Fuady menjelaskan lebih lanjut bahwa sejalan dengan teori *Trias Politica Montesquieu* dengan membagi tiga kekuasaan dalam menjalankan negara dalam suatu negara hukum yakni kekuasaan formulasi/legislasi (membuat undang-undang), kekuasaan pelaksana undang-undang, dan kekuasaan mengadili sesuai undang-undang. Artinya undang-undang sebagai hukum tertulis sebagai sumber hukum utama dalam menjalankan suatu negara. Ibid. hal.104.

² Termuat dalam dipertimbangkan dalam beberapa putusan Mahkamah Konstitusi (MK) antara lain Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 7/PUU-XV/2017. Dalam pertimbangan pada beberapa putusan MK disebutkan bahwa istilah negara hukum adalah istilah umum yang dapat merujuk pada gagasan *Rechtsstaat* yang mula-mula dikembangkan di Jerman maupun gagasan *Etat de droit* yang mula-mula dikembangkan di Perancis serta *Rule of Law* yang mula-mula dikembangkan di Inggris. Namun, terlepas dari perbedaan konsepsi dan asal-usulnya, juga terlepas dari kompleksitas teoretik maupun praktik yang terkandung dalam ketiga konsepsi negara hukum itu, pada perkembangannya hingga saat ini dalam ketiga gagasan negara hukum tersebut terkandung tiga substansi pokok yang sama, yaitu: **Pertama**, substansi bahwa pemerintah (dalam arti luas, yaitu yang mencakup baik cabang kekuasaan legislatif, eksekutif, maupun yudisial) dibatasi oleh hukum. Substansi ini memuat maksud atau tujuan membatasi kekuasaan negara untuk menghapuskan sekaligus mencegah munculnya kekuasaan yang bersifat tiranik serta pada saat yang sama terkandung pula maksud atau tujuan melindungi kemerdekaan individu. Dalam substansi ini terkandung dua pengertian, yaitu (i) bahwa aparat negara (baik legislatif, eksekutif, maupun yudikatif) terikat dan tunduk pada hukum positif yang ada; (ii) meskipun negara memiliki kekuasaan untuk mengubah hukum positif tersebut, kekuasaan untuk melakukan perubahan itu bukanlah tanpa batas tetapi tunduk pada syarat-syarat tertentu; **Kedua**, substansi legalitas formal yaitu ada dan berlakunya suatu tata tertib yang terikat pada aturan-aturan yang dibuat dan dipertahankan oleh negara. Maksud dari substansi ini adalah agar setiap orang sejak awal sudah mengetahui perbuatan apa saja yang boleh, harus atau dilarang untuk dilakukan beserta ancaman sanksi yang diberlakukan bagi pelanggaran terhadap keharusan atau larangan itu; dan **Ketiga**, substansi bahwa hukumlah yang memerintah,

pemerintah (dalam arti luas, yaitu yang mencakup baik cabang kekuasaan legislatif, eksekutif, maupun yudisial) dibatasi oleh hukum, **Kedua**, substansi legalitas formal yaitu ada dan berlakunya suatu tata tertib yang terikat pada aturan-aturan yang dibuat dan dipertahankan oleh negara dan **Ketiga**, substansi bahwa hukumlah yang memerintah, bukan manusia (*the rule of law, not of man*).

Dari perspektif substansi legalitas formal tersebutlah negara memiliki kekuasaan membentuk atau merubah aturan/hukum yang jelas agar setiap orang mengetahui perbuatan yang harus dan dilarang dilakukan serta konsekuensi atas keharusan dan larangan dimaksud. Namun demikian disisi lain negara melalui cabang kekuasaannya/aparat negara dalam arti luas (legislatif bersama eksekutif) tidaklah bebas tanpa batas membentuk atau merubah produk aturan/hukum dalam hal ini undang-undang, tetapi harus tunduk pada hukum positif yang ada artinya meskipun negara memiliki kekuasaan untuk membentuk atau merubah aturan/hukum tetapi kekuasaan bukanlah tanpa batas tetapi tunduk pada syarat-syarat tertentu.³

bukan manusia. Perwujudan dari substansi ketiga ini adalah hadirnya kekuasaan kehakiman atau kekuasaan peradilan yang merdeka. Tanpa kehadiran kekuasaan kehakiman yang merdeka, mustahil substansi pertama dan kedua dari gagasan negara hukum di atas terjelma dalam praktik sebab hukum tidak mungkin menafsirkan dan menegakkan sendiri ketentuan-ketentuannya. Karena adanya substansi ketiga inilah substansi pertama dan kedua dalam negara hukum itu menjadi mungkin untuk diwujudkan.

³ Batasan atau syarat dimaksud diamanatkan dalam ketentuan Pasal 22A UUD NRI Tahun 1945 bahwa tata cara pembentukan undang-undang diatur dengan undang-undang. Saat ini tata cara pembentukan undang-undang di Indonesia diatur dalam Undang-undang Nomor 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-

Dalam negara modern⁴, undang-undang merupakan produk politik formil. Oleh karenanya undang-undang merupakan elemen yang tidak steril dari subsistem elemen lainnya khususnya politik dan karenanya tentu tidak bisa dipungkiri politik mempengaruhi hukum saat pembentukannya. Begitu juga di Indonesia, undang-undang merupakan produk politik yang dihasilkan oleh legislatif bersama eksekutif dalam hal ini Presiden sebagaimana disebutkan dalam konstitusi (Pasal 20 ayat 2 UUD 1945) bahwa “Setiap rancangan undang-undang dibahas oleh Dewan Perwakilan Rakyat dan Presiden untuk mendapat persetujuan bersama”. Dengan demikian dalam membentuk suatu undang-undang haruslah didasari atas arah politik hukum sebagai suatu kebijakan (*legal policy*) resmi dalam rangka mencapai tujuan Negara.⁵

Sebagai produk hukum tentunya suatu undang-undang harus dibangun (*law making*) dan ditegakkan (*law enforcing*) dalam suatu kerangka yang tersistematis dimulai dengan konstitusi sebagai hukum yang paling tinggi kedudukannya yang kemudian diejawantahkan dalam produk undang-undang dan peraturan perundang-undangan dibawahnya

Undang-undang sebagaimana telah diubah dengan Undang-Undang Nomor 15 tahun 2019 tentang Perubahan Undang-undang Nomor 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-Undangan Peraturan Perundang-undangan.

⁴ Jika ditinjau secara historis, diketahui selama 200 tahun terakhir, lembaga legislatif merupakan institusi kunci (Key institutions) dalam perkembangan politik Negara-negara modern. GR Boynton dan Chong LimKim, dalam bukunya Saldi Isra, *Pergeseran Fungsi Legislasi Menguatnya Model Legislasi Parlementer dalam Sistem Presidensial Indonesia*, (Jakarta: Rajawali Pers, 2010) hal. 1

⁵ Politik hukum menurut Mahfud MD merupakan *legal policy* atau garis (kebijakan) resmi tentang hukum yang akan diberlakukan baik dengan pembuatan hukum baru maupun dengan penggantian hukum lama, dalam rangka mencapai tujuan Negara. Moh. Mahfud MD, *Politik hukum di Indonesia*, Rajawali, Jakarta, 2010, hal. 1.

sebagai aturan pelaksanaannya. Membangun hukum (*law making*) termasuk perubahannya tentunya tidak *terlepas* dari perkembangan ilmu pengetahuan dan teknologi yang paralel dengan perubahan kondisi sosial masyarakat. Kondisi tersebut membawa konsekuensi perlu adanya tatanan hukum baru atau perubahan atas hukum yang ada sehingga perkembangan atau perubahan hukum akan menjadi keniscayaan sesuai dengan ungkapan *ubi societas ibi ius* yang berarti dimana ada masyarakat disitu ada hukum. Pada titik ini diharapkan hukum harus terus berkembang sebagaimana perkembangan masyarakat.

Pada saat perubahan kondisi sosial masyarakat, hukum pun akan dituntut untuk terus relevan untuk melegitimasi perubahan tersebut atau dengan adanya perkembangan ilmu pengetahuan dan teknologi dibentuk hukum sebagai alat untuk mengubah ke arah yang lebih baik, sebagaimana teori *law as a tool of sosial engineering* dari Roscoe Pound. Dalam kerangka hukum nasional, setiap membentuk hukum dan perundang-undangan tentunya selalu berlandaskan moral, jiwa dan hakikat yang terkandung dalam Pancasila dan UUD 1945 serta tetap mampu menyesuaikan dengan perubahan yang terjadi dalam masyarakat sesuai dengan kemajuan zaman, khususnya sejalan dengan tuntutan reformasi dibidang hukum. Dengan demikian Hukum berfungsi untuk mengendalikan masyarakat dan bisa juga menjadi sarana untuk

melakukan perubahan dalam masyarakat.⁶ Jelaslah bahwa dalam perspektif politik hukum Roscoe Pound tersebut melihat hukum itu berasal dari atas dalam hal ini dari pemerintah (dalam arti luas)/negara (legislator) sebagai yang membentuk hukum/perundang-undangan ke bawah (*top down*) yakni dilaksanakan oleh masyarakat.

Tidak terkecuali hukum pidana, hampir setiap perubahan kondisi sosial masyarakat diikuti dengan perkembangan atau perubahan hukum pidana baik di tataran hukum internasional maupun hukum pidana di beberapa negara. Di Indonesia, perkembangan atau perubahan politik/kebijakan hukum pidana sangat mudah kita lihat di berbagai undang-undang. Banyak undang-undang yang menempatkan ketentuan hukum pidana sebagai bagian yang harus diatur karena dianggap efektif untuk memaksa atau menjamin agar ketentuan dalam undang-undang tersebut dapat berjalan dengan baik. Dalam perkembangan hukum pidana di Indonesia tersebut dianggap oleh beberapa kalangan bahwa hukum pidana telah keluar atau bergeser dari “khitohnya”/hakikatnya dimana esensi keberadaannya tidak lagi sebagai *ultimum remedium* (obat terakhir) melainkan sebagai *primum remedium* (obat yang utama).

Dalam politik/kebijakan hukum pidana, berbicara soal perkembangan atau perubahan hukum khususnya hukum pidana tentunya berbicara dalam kerangka pembangunan atau pembaruan hukum pidana

⁶ Satjipto Raharjo, Ilmu Hukum (selanjutnya disebut Satjipto Rahardjo I), PT. Citra Aditya Bhakti, Bandung, 1996, hal. 189. Hal yang sama juga dikatakan oleh Mochtar Kusumaatmadja bahwa hukum itu merubah masyarakat.

yang salah satunya mencakup pembangunan substansi produk hukum dalam bentuk peraturan hukum pidana.⁷ Dalam pembangunan atau pembaruan hukum pidana⁸ tidak dapat terlepas dari politik hukum pidana/kebijakan kriminal (*criminal policy*) sebagai bentuk upaya atau kebijakan untuk melakukan pencegahan dan penanggulangan kejahatan. Sebagai bagian dari kebijakan sosial ("*social policy*") secara luas maka kebijakan penanggulangan kejahatan (politik kriminal) dengan menggunakan sarana penal (hukum pidana) haruslah harus memperhatikan dan mengarah pada tercapainya tujuan dari kebijakan sosial itu, berupa kesejahteraan sosial ("*social welfare policy*") dan perlindungan masyarakat ("*social-defence policy*").⁹ Sebagaimana diutarakan oleh Barda Nawawi Arief¹⁰ bahwa kebijakan atau upaya penanggulangan kejahatan (*criminal policy*) pada hakikatnya merupakan

⁷ Pembangunan atau pembaruan hukum pidana diantaranya membangun lembaga-lembaga hukum, pembangunan substansi produk-produk hukum dalam bentuk peraturan hukum pidana dan membangun kultur berupa sikap dan nilai-nilai yang mempengaruhi berlakunya sistem hukum. Satjipto Rahardjo, *Hukum dan Masyarakat* (selanjutnya disebut Satjipto Rahardjo II), Angkasa, Bandung, 1980, Hal. 84 – 86.

⁸ Hukum pidana menurut Wirjono Prodjodikoro dalam bukunya berjudul *Asas-Asas Hukum Pidana Di Indonesia*, merupakan peraturan mengenai hukum pidana yang menentukan: Pertama, perbuatan apa yang tidak boleh dilakukan/ yang dilarang dengan disertai ancaman atau sanksi berupa pidana tertentu bagi siapa yang melanggar larangan tersebut; Kedua, kapan dan dalam hal apa kepada mereka yang telah melanggar larangan itu dapat dikenakan atau dijatuhkan pidana yang telah diancamkan; dan Ketiga, dengan cara bagaimana pengenaan pidana itu dapat dilaksanakan apabila ada yang disangka telah melanggar larangan tersebut. R. Wirjono Prodjodikoro, *Asas-Asas Hukum Pidana Di Indonesia*, Eresco, Bandung, 1986, Hal. 1

⁹ Barda Nawawi Arief, *Masalah Penegakan Hukum dan Kebijakan Penanggulangan Kejahatan Cet ke 2* (selanjutnya disebut Barda Nawawi Arief I), PT. Citra Aditya Bakti, Bandung, 2002, Hal. 73

¹⁰ *Ibid.*

bagian integral dari upaya perlindungan masyarakat (*social defence*) dan upaya mencapai kesejahteraan masyarakat (*social welfare*).

Masalah pokok kebijakan hukum pidana biasanya adalah masalah kebijakan kriminalisasi. Kriminalisasi merupakan suatu kebijakan menetapkan suatu perbuatan yang semula bukan tindak pidana (tidak dipidana) menjadi suatu tindak pidana (perbuatan yang dapat dipidana).¹¹ Kriminalisasi dalam hal ini tidak hanya diartikan sebagai proses untuk menjadikan suatu perbuatan menjadi tindak pidana, tetapi juga merupakan suatu kebijakan untuk menggunakan hukum pidana sebagai sarana untuk menanggulangi tindak pidana.¹² Bicara soal kebijakan kriminalisasi tentunya tak lepas dari isu pembaruan hukum pidana.

Menurut Barda Nawawi Arief, pembaruan hukum pidana pada hakikatnya mengandung makna sebagai suatu upaya untuk melakukan reorientasi dan reformasi (peninjauan dan pembentukan kembali) hukum pidana yang sesuai dengan nilai-nilai sosio politik, sosio filosofik dan sosio kultural masyarakat Indonesia yang melandasi kebijakan sosial, kebijakan kriminal dan kebijakan penegakan hukum di Indonesia.¹³ Ditambahkan

¹¹ Barda Nawawi Arief, *Kapita Selekta Hukum Pidana* (selanjutnya disebut Barda Nawawi Arief II), Bandung, P.T Citra Aditya Bakti, 2013, Hal. 202.

¹² Muladi, *Kapita Selekta Sistem Peradilan Pidana* (selanjutnya disebut Muladi I), Semarang, Badan Penerbit Universitas Diponegoro, 1995, Hal. 39.

¹³ Barda Nawawi Arief, *Bunga Rampai Kebijakan Hukum Pidana* (selanjutnya disebut Barda Nawawi Arief III), Citra Aditya Bakti, Bandung, 2002, hal 28. Kebijakan penegakkan hukum tidak terlepas dari substansi hukum/undang-undang yang dibentuk sebagaimana disampaikan oleh Satjipto Raharjo yang pendapatnya dikutip oleh Nyoman Sarikat Putra mengatakan bahwa proses penegakan hukum itu menjangkau pula sampai pada tahapan pembuatan hukum/undang-undang. Perumusan pikiran pembuat undang-undang yang dituangkan dalam peraturan perundang-undangan akan turut menentukan

pula bahwa pembaruan hukum pidana menuntut adanya penelitian dan pemikiran terhadap masalah sentral yang sangat fundamental dan strategis. Termasuk dalam klasifikasi masalah yang demikian antara lain masalah kebijakan dalam menetapkan/merumuskan suatu perbuatan merupakan perbuatan pidana dan sanksi yang dapat dikenakan.¹⁴

Dilihat dari sudut dogmatis-normatif, menurut Barda Nawawi Arief (salah satu anggota Tim RUU KUHP), mengemukakan bahwa terdapat 3 (tiga) masalah pokok dalam hukum pidana, yaitu “tindak pidana”, “pertanggungjawaban”, dan “pidana dan pemidanaan”, yang masing-masing merupakan subsistem dan sekaligus pilar-pilar dari keseluruhan bangunan sistem pemidanaan.¹⁵

Dalam konteks yang sama di lain kesempatan, Barda Nawawi Arief pada saat pidato pengukuhan Guru Besar Ilmu Hukum Fakultas Hukum Universitas Diponegoro menjelaskan 3 (tiga) masalah pokok dalam hukum pidana materil tersebut yakni: pertama, perbuatan apa yang sepatutnya dapat dipidana (tindak pidana), kedua, syarat-syarat apa saja yang seharusnya dipenuhi untuk mempersalahkan/ mempertanggungjawabkan

bagaimana penegakan hukum itu nanti dijalankan. Nyoman Sarikat Putra Jaya, Kapita Selekta Hukum Pidana, Badan Penerbit Undip, Semarang, 2005. Hal 23.

¹⁴ Barda Nawawi Arief, Kebijakan Legislatif dalam Penanggulangan Kejahatan dengan Pidana Penjara (selanjutnya disebut Barda Nawawi Arief IV), Balai Penerbitan Undip, Semarang, 1996, hal. 3.

¹⁵ Barda Nawawi Arief, RUU KUHP Baru, Sebuah Restrukturisasi/Rekonstruksi Sistem Hukum Pidana Indonesia (selanjutnya disebut Barda Nawawi Arief V), Penerbit Pustaka, Semarang, 2007, Hal. 26. (Hal tersebut juga disampaikan oleh Barda Nawawi Arief diberbagai kesempatan sebagai narasumber dalam pembahasan RUU KUHP).

seseorang yang melakukan perbuatan itu (kesalahan), dan ketiga, sanksi apa yang sepatutnya dikenakan kepada orang itu.¹⁶

Secara rasional, Herbert L Packer menyatakan bahwa hukum pidana bersandar pada tiga konsep yakni pelanggaran, kesalahan, dan pidana. Ketiga konsep tersebut merupakan simbol dari tiga dasar substansi hukum pidana yakni: (1) perbuatan apa yang harus ditentukan sebagai tindak pidana (kejahatan); (2) ketentuan apa yang harus ditetapkan seseorang dapat diketahui (diduga) terkait dengan suatu tindak pidana; (3) apa yang harus dilakukan terhadap seseorang yang diketahui terkait dengan tindak pidana.¹⁷

Menurut Satochid Karta Negara hukum pidana materil merupakan sudut pandang hukum pidana dalam arti objektif (*ius poenale*) yang berisikan peraturan yang berisikan peraturan mengenai perbuatan yang dapat diancam dengan hukuman, siapa yang dapat dihukum dan hukum apa yang dapat dijatuhkan terhadap orang yang melakukan perbuatan yang bertentangan dengan undang-undang.¹⁸ Sudut pandang hukum pidana dalam arti objektif (*ius poenale*) tersebut tidak dapat dilepaskan dari hukum pidana dalam sudut pandang atau arti subjektif (*ius puniendi*) yang menurut Satochid Karta Negara merupakan sejumlah

¹⁶ Barda Nawawi Arief, *Beberapa Aspek Pengembangan Ilmu Hukum Pidana: Menyongsong Generasi Baru Hukum Pidana Indonesia*, Pidato Pengukuhan Jabatan Guru Besar Ilmu Hukum FH Undip Semarang, 25 Juni 1994, Hal. 16.

¹⁷ Herbert L Packer, *The Limits of The Criminal Sanction*, California, Stanford University Press, 1968, hal. 17.

¹⁸ Satochid Karta Negara, *Hukum Pidana Kumpulan Kuliah, Bagian Satu*, Balai Lektur Mahasiswa, hal 1-2.

peraturan yang mengatur hak negara untuk menghukum seseorang yang melakukan perbuatan pidana.¹⁹ Jan Remmelink menyatakan bahwa hukum pidana pertama-tama digunakan untuk menunjuk pada keseluruhan ketentuan yang menetapkan syarat-syarat apa saja yang mengikat negara, bila negara tersebut berkehendak untuk memunculkan hukum mengenai pidana, serta aturan-aturan yang merumuskan pidana macam apa saja yang diperkenankan. Hukum pidana dalam artian ini adalah hukum pidana yang berlaku atau hukum pidana positif, yang juga sering disebut *ius poenale*.²⁰

Kebijakan dalam menetapkan/merumuskan suatu perbuatan merupakan perbuatan pidana dan sanksi yang dapat dikenakan Hukum pidana tersebut merupakan lingkup hukum pidana materil yang juga menjadi bagian pembaruan hukum pidana di Indonesia dari waktu ke waktu sejak kemerdekaan. Pembaruan hukum pidana materil tersebut masih secara parsial²¹ dan belum secara keseluruhan mengubah sistem pembedaan mengingat hingga sekarang RUU Kitab Undang-Undang

¹⁹ *Ibid*

²⁰ Jan Remmelink, *Hukum Pidana : Komentar atas Pasal-Pasal Terpenting dari KUHP Belanda dan Pidananya dalam KUHP Indonesia*, PT Gramedia Pustaka Utama, Jakarta, 2003, hal. 1.

²¹ Badan Pembinaan Hukum Nasional, *Naskah Akademis, RUU KUHP*, Jakarta, 2015 hal. 109, <https://www.dpr.go.id/dokakd/dokumen/k3-26ea83388ece0ae0d13b3977bebb049c1.pdf> diakses tanggal 20 November 2020. Jika ditinjau dari segi ilmu hukum pidana, pembaruan KUHP dapat dilakukan dengan dua cara. Pertama, pembaruan dengan cara parsial, yakni dengan cara mengganti bagian demi bagian dari kodifikasi hukum pidana. Dan kedua, pembaruan dengan cara universal, total atau menyeluruh, yaitu pembaruan dengan mengganti total kodifikasi hukum pidana. Muladi, disampaikan dalam rapat pembahasan RUU KUHP antara pemerintah.

Hukum Pidana yang telah disusun puluhan tahun belum juga disahkan/diundangkan.

Adapun pembaruan hukum pidana materil yang bersifat parsial tersebut pada pokoknya antara lain²², menambah pidana pokok baru dalam Pasal 10 sub a KUHP dengan pidana tutupan, menambah Pasal 52a KUHP, mengubah dan menambah perluasan asas teritorial dalam Pasal 3 KUHP dan asas universal dalam Pasal 4 ke-4 KUHP (diperluas ke beberapa kejahatan penerbangan), mengubah dan menambah perluasan asas teritorial dalam Pasal 3 KUHP (diperluas ke pesawat udara). Selain mengubah atau menambah ketentuan dalam KUHP, pembaruan hukum pidana materil juga dilakukan dengan membentuk UU Khusus di luar KUHP yang berhubungan dengan: (a) Jenis Sanksi Pidana/tindakan; lamanya; dan perumusannya; (b) Aturan dan pelaksanaan pidana; (c) Subjek tindak pidana; dan (d) Kualifikasi tindak pidana, yang menyimpang

²² Ibid. Perubahan parsial yang tidak mengubah keseluruhan sistem pemidanan antara lain: Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1946 (Pasal VIII) : Menghapus Pasal 94 Bab IX Buku I KUHP tentang pengertian istilah "kapal Belanda" ("Nederlandsche schepen"); b. Undang-Undang Nomor 20/1946 (Pasal 1) : Menambah pidana pokok baru dalam Pasal 10 sub a KUHP dengan pidana tutupan; c. Undang-Undang Nomor 73 Tahun 1998 (Pasal II) : menambah pasal 52a (tentang pemberatan pidana karena melakukan kejahatan dengan menggunakan bendera kebangsaan); d. Undang-Undang Nomor 4 Tahun 1976 : mengubah dan menambah perluasan asas teritorial dalam Pasal 3 KUHP (diperluas ke pesawat udara) dan asas universal dalam Pasal 4 ke-4 KUHP (diperluas ke beberapa kejahatan penerbangan); serta menambah Pasal 95a (tentang pengertian "pesawat udara Indonesia"), Pasal 95b (tentang pengertian "dalam penerbangan"); dan Pasal 95c (tentang pengertian "dalam dinas"). e. Undang-Undang Nomor 3 Tahun 1997 tentang Pengadilan Anak (Pasal 67) : Menyatakan tidak berlaku lagi Pasal 45, 46, dan 47 KUHP. f. Undang-Undang Nomor 20 Tahun 2001 tentang perubahan Undang-Undang Nomor 31 Tahun 1999 (Pasal 43B) : Menyatakan tidak berlaku lagi pasal-pasal 209, 210, 387, 388, 415, 416, 417, 418, 419, 420, 423, 425, 43 KUHP.

dari KUHP dan dirumuskan secara tidak konsisten²³ dan tidak jarang menimbulkan kerancuan.

Dari ruang lingkup masalah/objek kajian hukum pidana dan pembaruan hukum pidana materil tersebut yang menarik untuk dikaji lebih lanjut adalah terkait dengan pidana atau sanksi pidana yang diacamkan dalam suatu ketentuan pidana. Hal tersebut dikarenakan pada saat kita berbicara soal saksi pidana termasuk ancaman pidana maka pada saat yang sama kita tentunya tidak terlepas dari politik hukum pidana dan politik pemidanaan terutama dalam proses legislasi hukum pidana termasuk perumusan ancaman pidana.

Meskipun negara melalui perangkatnya (pembentuk undang-undang) berhak untuk mengatur hukum materil termasuk ancaman hukuman/pidananya dan hak negara dalam negakan hukum yang telah dibuat (hak negara untuk menuntut pelaku tindak pidana melalui Jaksa dan hak negara untuk memutuskan perkara melalui hakim).²⁴ Namun disisi lain pembentuk undang-undang juga seharusnya berkewajiban untuk menjamin dan memastikan penentuan pilihan acaman pidana harus sejalan dengan tujuan pemidanaan dalam kerangka penanggulangan kejahatan dan rasa keadilan yang tidak hanya dibeban pada penegak hukum khususnya hakim saja yang “ruang geraknya” juga dibatasi oleh undang-undang. Memang tidak dapat dipungkiri secara empiris, ancaman

²³ *Ibid.*

²⁴ Ishaq, Pengantar Hukum Indonesia (PHI), PT RajaGrafindo Persada, Jakarta, 2018, Hal. 128.

pidana pada suatu ketentuan pidana tentunya akan mempengaruhi penegak hukum dalam menentukan keadilan berupa pengenaan sanksi pidana terhadap pelaku, dimana penuntut umum akan menuntut dan hakim akan menjatuhkan putusan berupa pidana atau mengenakan tindakan dengan bertitik tolak dari ancaman pidana yang diancamkan dalam suatu ketentuan pidana. Selain mempengaruhi penjatuhan atau pengenaan sanksi, dalam proses penegakan hukum, ancaman pidana juga memiliki konsekuensi yuridis dalam sistem peradilan pidana lainnya seperti alasan objektif dalam melakukan penahanan²⁵, pemberlakuan hukum acara pemeriksaan²⁶ penentuan straf modus (pidana bersyarat, dalam RUU KUHP pidana kerja sosial, pidana pengawasan), penentuan alternatif penyelesaian perkara diluar pengadilan (dalam hukum acara sekarang ada dua bentuk yakni diversifikasi dan *afdoening buiten process*) maupun terkait daluarsa baik sebagai alasan gugurnya kewenangan penuntutan atau sebagai alasan gugurnya kewenangan pelaksanaan pidana.

Jika dilihat lebih jauh lagi, konsekuensi ancaman pidana pada suatu delik tidak semata mempengaruhi penegakan hukum tetapi juga berkaitan

²⁵ Pasal 21 ayat (4) KUHP ini dikenal dengan syarat penahanan objektif. Artinya ada ukuran jelas yang diatur dalam undang-undang agar tersangka atau terdakwa itu bisa ditahan misalnya tindak pidana yang diduga dilakukan tersangka/terdakwa diancam pidana penjara lima tahun atau lebih.

²⁶ Acara Pemeriksaan cepat sebagaimana diatur dalam Pasal 205 Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1981 tentang Kitab Undang-Undang Hukum Acara Pidana (KUHP), ancaman hukuman penghinaan ringan ialah perkara yang diancam dengan pidana penjara atau kurungan paling lama tiga bulan dan atau denda sebanyak-banyaknya tujuh ribu lima ratus rupiah dan penghinaan ringan.

dengan hak asasi manusia pada umumnya dan khususnya hak memperoleh kesempatan sama dalam pemerintahan, hak atas pengakuan, jaminan, perlindungan dan kepastian hukum yang adil serta perlakuan yang sama dihadapan hukum, serta hak mendapatkan kemudahan dan perlakuan khusus untuk memperoleh kesempatan. Untuk orang tertentu yang di sangka, di tuntutan dan dalam diputus melakukan tindak pidana dengan ancaman pidana atau lamanya pidana tertentu yang dijatuhkan akan membatasi seseorang untuk mendapatkan hak asasi dimaksud.²⁷

Sebagai contoh dapat kita lihat dalam ketentuan Pasal 51 ayat (1) huruf g Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 8 Tahun 2012 Tentang Pemilihan Umum Anggota Dewan Perwakilan Rakyat, Dewan Perwakilan Daerah, dan Dewan Perwakilan Rakyat Daerah, yang salah satunya mengatur mengenai persyaratan untuk menjadi bakal calon anggota DPR, DPRD provinsi, dan DPRD kabupaten/kota selain Warga Negara Indonesia dan persyaratan lainnya juga tidak pernah dijatuhi pidana penjara berdasarkan putusan pengadilan yang telah mempunyai kekuatan hukum tetap karena melakukan tindak pidana yang diancam

²⁷ Sebagai negara demokratis maka perspektif hukum adalah untuk melindungi hak asasi manusia yang tentunya berbeda dengan negara otoriter yang menjadikan hukum sebagai sarana untuk memelihara kekuasaan. Erman Rajagukguk, Yustisia negara dan Masyarakat, Lembaga Studi Hukum dan Ekonomi, Fakultas Hukum Universitas Indonesia, Jakarta, 2009, Hal.135. Oleh karenanya Indonesia sebagai negara demokratis tentunya dalam pembetulan hukum (perauran perundang-undangan)/kebijakan politik hukum harus dapat menjamin perlindungan Hak Asasi Manusia meskipun kebijakan tersebut berkaitan suatu perbuatan yang dianggap menyimpang di masyarakat.

dengan pidana penjara 5 (lima) tahun atau lebih. Jadi ancaman pidana dalam suatu ketentuan pidana jika dilihat lebih jauh akan dapat membatasi hak asasi manusia yang dalam hal ini hak untuk dipilih yang dilindungi dan diakui keberadaannya dalam Konstitusi Negara Republik Indonesia (Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945).²⁸ Meskipun secara formal/normatif konstitusi juga memperbolehkan adanya pembatasan hak dan kebebasan dalam undang-undang (Pasal 28J UUD 1945) namun secara substantif harus dapat dipertimbangkan sedemikian rupa dan jangan sampai ketentuan ancaman pidana dapat “merampas hak seseorang” diluar kerangka hukum pidana.

Berdasarkan dari hal tersebut maka menjadi pentingnya posisi suatu ancaman dalam suatu ketentuan pidana khususnya dalam pemenuhan keadilan, kepastian dan kemanfaatan termasuk segala konsekuensi dari proses penegakan hukum dan pemenuhan hak asasi manusia. Tentunya mengenai persoalan ini, terutama pembentuk undang-undang berdasarkan konstitusi bertanggung jawab untuk memberikan perlindungan, pemajuan, penegakan, dan pemenuhan hak asasi manusia. Untuk menegakkan dan melindungi hak asasi manusia sesuai dengan prinsip negara hukum yang demokratis, maka pelaksanaan

²⁸ Dalam Pasal 28C ayat (2) Undang-Undang Dasar 1945 menyebutkan setiap orang berhak memajukan dirinya dalam memperjuangkan haknya secara kolektif untuk membangun masyarakat, bangsa dan negara. Hal yang sama juga diatur dalam Pasal 15 Undang-Undang Nomor 39 Tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia yang menyebutkan bahwa setiap orang berhak memperjuangkan hak pengembangan dirinya baik secara pribadi maupun kolektif, untuk membangun masyarakat, bangsa dan negara. Dalam Pasal 6 Ketetapan MPR Nomor XVII/MPR/1998 tentang Hak Asasi Manusia, juga mengatur hal yang sama.

hak asasi manusia dijamin, diatur dan dituangkan dalam peraturan perundang-undangan.²⁹

Namun baik secara empiris maupun yuridis belum ada standar perumusan ancaman sanksi pidana. Hal tersebut menyebabkan terjadinya disparitas dalam perumusan ancaman sanksi pidana dan penjatuhan pidana. Lebih ironisnya perumusan ancaman pidana lebih cenderung pada *emotional approach* tergantung situasi dan keadaan yang melatar belakangnya, atau melihatnya terbatas pada politik hukum yang dibangun secara parsial atau setidaknya kurang mendapatkan perhatian khusus dari pembentuk undang-undang. Bahkan penentuan berat ringannya ancaman pidana juga ditentukan lebih pada alasan dapat atau tidaknya dilakukan penahanan oleh penegak hukum³⁰ bukan pada bobot/tingkat ketercelaan suatu perbuatan yang dapat dipidana.

Secara empiris dapat kita lihat produk undang-undang yang mengatur ketentuan pidana formulasi ancaman pidananya belum proporsional antara tingkat keseriusan tindak pidana (tingkat ketercelaan) dengan jenis dan bobot (berat ringan) ancamana pidana. Ancaman pidana

²⁹ Vide: Pasal 28l ayat (5), selain itu ketentuan yang sama juga dapat kita lihat dalam ketentuan Pasal 73 Undang Undang-Undang Nomor 39 Tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia yang menyebutkan bahwa "hak dan kebebasan yang diatur dalam undang-undang ini hanya dapat dibatasi oleh dan berdasarkan undang-undang, semata-mata untuk menjamin pegakuan dan penghormatan terhadap hak asasi manusia serta kebebasan dasar orang lain, kesusilaan, ketertiban umum dan kepentingan bangsa. Ketetapan MPR Nomor XVII/MPR/1998 tentang Hak Asasi Manusia, dalam Pasal 44 juga mengatur hal yang sama.

³⁰ Dari pengalaman penulis sendiri dalam keikutsertaan penyusunan dan pembahasan Undang-Undang, alasan tersebut sering dikemukakan dalam penyusunan dan pembahasan suatu undang-undang.

dalam undang-undang administrasi ancamannya lebih berat dari undang-undang pidana, misalnya pelanggaran atas izin dalam Undang-Undang tentang Perbankan³¹, ancaman pidananya jauh lebih berat daripada tindak pidana korupsi. Begitu juga dengan tindak pidana yang core crime-nya sama-sama berkaitan atau memiliki karakteristik serupa atau setara keseriusannya dengan pencucian uang (duplikasi) sebagaimana diatur dalam Undang-Undang tentang Tindak Pidana Pencucian Uang³², Undang-Undang tentang Pencegahan dan Pemberantasan Perusakan Hutan³³, dan Undang-Undang tentang Narkotika, namun diancam dengan ancaman pidana yang berbeda tanpa argumentasi atau pertimbangan (rasio dan reasonable) yang jelas sehingga terlihat dengan jelas disparitas³⁴ perumusan ancaman pidana pada proses legislasi.

Selain persoalan disparitas/proposionalitas, terdapat pula perumusan ancaman pidana yang tidak tepat diterapkan pada subjek/pelaku tidak pidana korporasi sebagai salah satu addressaat norm-

³¹ Undang-Undang Nomor 10 Tahun 1998 tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 7 Tahun 1992 tentang Perbankan.

³² Undang-Undang Nomor 8 Tahun 2010 tentang Pencegahan dan Pemberantasan Tindak Pidana Pencucian Uang.

³³ Undang-Undang Nomor 18 Tahun 2013 tentang Pencegahan dan Pemberantasan Perusakan Hutan.

³⁴ Muladi berpedapat disparitas pembedaan adalah penerapan pidana yang tidak sama atau terhadap tindak pidana yang sifat berbahayanya dapat diperbandingkan tanpa dasar pemberian yang jelas. Muladi, Dampak Disparitas Pidana dan Usaha Mengatasinya, Alumni, Bandung, 1992, Hal. 28. Hal yang sama juga disampaikan oleh Harkristuti Harkrisnowo yang melihat disparitas sebagai suatu yang berhubungan dengan perbedaan penjatuhan pidana untuk kasus yang serupa atau setara keseriusannya, tanpa alasan atau pembenaran yang jelas. Harkristuti Harkrisnowo, Rekonstruksi Konsep Pidana: suatu gugatan terhadap proses legislasi dan pidana di Indonesia, orasi pada Upacara Pengukuhan Guru Besar tetap dalam Ilmu Hukum Pidana Fakultas Hukum Universitas Indonesia di Balai Sidang Universitas Indonesia, 8 Maret 2003.

nya, seperti ketentuan pidana dalam Pasal 21 Undang-Undang No. 2 Tahun 1992 tentang Usaha Perasuransian. Dalam ketentuan pidana tersebut baik untuk korporasi maupun untuk orang perorangan diancam dengan pidana penjara dan denda secara kumulatif (tidak ada ketentuan yang membedakannya).

Tidak hanya antar Undang-Undang disparitas atau tidak proporsionalitas perumusan ancaman pidana juga terjadi di internal di internal undang-undang itu sendiri. Hal ini bisa kita lihat Undang-Undang tentang tindak Pidana Korupsi³⁵, dimana terdapat core crime-nya sama atau memiliki karakteristik serupa atau setara keseriusannya bahkan secara unsur delik serupa (khusus untuk delik sengaja) atau duplikasi pengaturan delik suap dan gratifikasi (Vide: Pasal 5, Pasal 6, Pasal 11, Pasal 12a dan Pasal 12b, Pasal 12B dan Pasal 13) dengan ancaman berbeda. Malahan jika kita lihat lebih jauh terdapat pula ancaman terhadap delik suap yang dilakukan dengan culpa lebih berat dan sama dari delik sengaja.

Dari sampling ketentuan pidana dalam undang-undang sebagaimana dijelaskan di atas perumusan ketentuan pidana termasuk pembobotan ancaman pidana belum merepresentasikan adanya

³⁵ Undang-Undang Nomor 31 Tahun 1999 tentang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi sebagaimana telah diubah dengan Undang-Undang Nomor 20 Tahun 2021 20 Tahun 2001 tentang Perubahan Atas Undang-Undang No. 31 Tahun 1999 Tentang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi.

proporsionalitas. Sebagaimana disampaikan oleh Mahrus Ali³⁶, bahwa pembentuk undang-undang seharusnya menyusun skala pidana berdasarkan skala seriusitas delik, dan hal ini dapat terwujud bila delik-delik terlebih dahulu diperingkat seriusitasnya berdasarkan skala nilai dengan memperhatikan prinsip parity, rank-ordering, dan spacing of penalties.

Bahkan jika kita lihat dalam kebijakan pembaruan hukum pidana melalui rancangan undang-undang KUHP sebagai “induk” hukum pidana di Indonesia yang oleh Prof Muladi dan Ketua Panja Komisi III pernah menginstilalkannya sebagai “konstitusi hukum pidana”³⁷, isu soal ancaman pidana tidak kalah penting menjadi salah satu topik pembicaraan. Hal ini dikarenakan terdapat beberapa ketentuan pidana yang ancamannya lebih tinggi dari KUHP (WvS) pada hal pembahasan RUU KUHP telah menempuh jalan yang sangat panjang sekali dan telah melibatkan banyak ahli hukum pidana serta juga telah didiskusikan di beberapa forum ilmiah.³⁸ Satu diantara sorotan tersebut mengenai

³⁶ Mahrus Ali, Proporsionalitas dalam Kebijakan Formulasi Sanksi Pidana, Jurnal Hukum *Ius Quia Iustum*, Fakultas Hukum Universitas Islam Indonesia, 14 Agustus 2018, Hal. 155.

³⁷ Disampaikan di beberapa kesempatan dalam forum rapat pembahasan RUU KUHP antara pemerintah dengan Panitia Kerja Komisi III DPR RI.

³⁸ Sejarah pembahasan RUU KUHP Dari sejarahnya pembaruan hukum pidana telah berlangsung sejak tahun 1946 melalui Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1946 khususnya untuk Buku II sedangkan untuk Buku I tidak mengalami perubahan mendasar. Badan Pembinaan Hukum Nasional, Naskah Akademis, RUU KUHP, Op. Cit., Hal. 109 dan 165-166. Namun usaha untuk mewujudkan keinginan tersebut telah dimulai sejak Tahun 1963 dengan disusunnya Rancangan Undang-Undang Hukum Pidana dalam suatu kitab hukum pidana atau Kitab Undang-Undang Hukum Pidana Indonesia (KUHP). Kebijakan pembentukan KUHP Nasional Indonesia tersebut dapat menjadi peletak dasar bangunan sistem hukum pidana nasional Indonesia sebagai perwujudan dari keinginan

ketentuan Pasal 498 RUU KUHP (draft awal, tetapi draft terakhir sudah disesuaikan) yang sekarang diatur dalam Pasal 296 KUHP (WvS) (dalam bahasa sosial disebut sebagai tindak pidana mucikari). Dimana dalam ketentuan Pasal 498 RUU KUHP dicantumkan ancaman pidananya paling lama 9 (sembilan) tahun penjara pada hal dalam KUHP (WvS) hanya paling lama 1 (satu) tahun empat bulan.

Persoalan ancaman pidana ini selain menjadi salah satu topik utama dalam penyusunan dan pembahasan RUU KUHP oleh legislator juga menjadi perhatian berbagai kalangan termasuk beberapa *Non Government Organisation (NGO)*/Lembaga Swadaya Masyarakat salah satunya Institute For Criminal Justice Reform (ICJR). Pada prinsipnya ICJR telah memerikan beberapa caratan mengenai pola dan penentuan besaran ancaman pidana belum sesuai dengan yang diharapkan, khususnya pidana penjara dalam RKUHP. Beberapa catatan terkait ancaman tersebut yakni antara lain berpotensi besar menimbulkan overkriminalisasi atau kelebihan beban pemidanaan. Menurut ICJR beberapa ketentuan pidana diatur dengan ancaman pidana yang sangat

untuk mewujudkan misi dekolonisasi KUHP peninggalan/warisan kolonial, demokratisasi hukum pidana, konsolidasi hukum pidana, dan adaptasi dan harmonisasi terhadap berbagai perkembangan hukum yang terjadi baik sebagai akibat perkembangan di bidang ilmu pengetahuan hukum pidana maupun perkembangan nilai-nilai, standar-standar serta norma yang hidup dan berkembang dalam kehidupan masyarakat hukum Indonesia dan dunia internasional, sekaligus sebagai refleksi kedaulatan nasional yang bertanggungjawab. Selain itu juga berbagai pertemuan ilmiah (lokakarya, seminar, sosialisasi, grup diskusi terbatas, dan lain-lain) dan studi banding ke negara lain telah dilakukan oleh pemerintah dan perguruan tinggi dari tahun 1981 – 2000 dalam rangka menggali dan mengejawantakan keinginan masyarakat, baik masyarakat di Indonesia maupun internasional, yang hasilnya perlu atau harus dituangkan dalam RUU KUHP. Berbagai pakar hukum pidana dan sosiolog hukum, termasuk tokoh-tokoh agama dan tokoh adat dilibatkan dalam pertemuan ilmiah tersebut. Ibid. Hal. 9 dan 12.

berlebihan, sebagai contoh penghinaan yang diancam dengan pidana 5 (lima) tahun penjara atau zinah yang juga diancam dengan pidana penjara 5 (lima) tahun penjara, artinya untuk pidana seperti penghinaan dan zinah bisa dikenai upaya paksa penangkapan dan penahan. Padahal dalam KUHP saat ini, kedua pidana ini hanya diancam dengan pidana masing-masing maksimal 4 tahun dan 9 (sembilan) bulan penjara yang artinya tidak dapat dan tidak perlu dikenai penangkapan dan penahanan³⁹.

Tidaklah dapat disalahkan terkait dengan banyaknya kritikan soal pola dan penentuan besaran ancaman pidana tersebut karena jika kita lihat di dalam naskah akademis belum ada dijelaskan secara lengkap dan jelas metode penentuan ancaman pidana dalam RUU KUHP yang nantinya sebagai induk hukum pidana materil di Indonesia apalagi di Undang-Undang lain yang bersifat sektoral dan *lex specialis*. Meskipun dalam pembahasan antara pemerintah dengan Panitia Kerja (Panja) RUU KUHP Komisi III telah menugaskan pemerintah untuk mereviu kembali semua ancaman dalam ketentuan pidana dengan menggunakan pendekatan atau metode “modified “delphie Mithod/System”. Hasil reviu tersebut telah dibahas dan hasilnya disetujui/ditermia oleh Panja Komisi III DPR RI, walaupun beberapa pihak tetap masih belum puas dan tetap masih ada kritikan.

³⁹ <https://icjr.or.id/pola-dan-penentuan-ancaman-pidana-dalam-rkuhp-belum-jelas-aliansi-nasional-reformasi-kuhp-tolak-pengesahan-terburu-buru/> diunggah 30 Januari 2021.

Dari gambaran di atas seharusnya persoalan tersebut dapat diminimalisir jika pembentuk undang-undang mau melihat dan menentukan secara proporsional dan selektif dengan melihat dan mempertimbangkan tingkat ketercelaan suatu perbuatan termasuk akibat/dampaknya sebagai indikator atau alasan untuk membedakan formulasi penentuan ancaman pidana. Persoalan faktual tersebut disebabkan karena KUHP (WvS) yang berlaku di Indonesia menganut kodifikasi terbuka yang secara tegas termuat dalam Buku I ketentuan Pasal 103 KUHP sebagaimana disampaikan oleh Andi Hamzah⁴⁰ bahwa:

“Kata kunci untuk hal ini ialah Pasal 103 KUHP yang mengatakan bahwa ketentuan umum KUHP, kecuali Bab IX (interpretasi istilah) berlaku juga terhadap perbuatan (feiten) yang menurut undang-undang dan peraturan lain diancam dengan pidana, kecuali ditentukan lain oleh undang-undang. Maksudnya ialah Pasal 1 sampai dengan Pasal 85 Buku I KUHP tentang Ketentuan Umum (atau asas-asas) berlaku juga bagi perbuatan yang diancam dengan pidana berdasarkan undang-undang atau peraturan di luar KUHP, kecuali undang-undang atau peraturan itu menyimpang. Peraturan hukum pidana yang tercantum di luar KUHP itu dapat disebut undang-undang (pidana) tersendiri [afzonderlijke (straf) wetten] atau disebut juga hukum pidana di luar kodifikasi atau nonkodifikasi.”

Selanjutnya Andi Hamzah⁴¹ menegaskan bahwa :

“Terlebih di Indonesia, dengan berkembang suburnya undang-undang tersendiri di luar KUHP, seperti Undang-Undang Tindak Pidana Ekonomi, Undang-Undang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi dan banyak perundang-undangan administrasi yang bersanksi pidana, yang kadang-kadang pidananya sangat berat, sampai ada pidana mati (Undang-Undang Narkotika, Undang-Undang Psikotropika). Mempelajari hukum pidana dalam undang-undang tersendiri itu memerlukan waktu dan

⁴⁰ Andi Hamzah, Pemberantasan Korupsi melalui Hukum Pidana Nasional dan Internasional (selanjutnya disebut Andi Hamzah I), PT Raja Grafindo Persada, Jakarta, 2005, Hal. 1.

⁴¹ *Ibid.*, Hal. 3.

pikiran yang banyak. Perkembangan lainnya di Indonesia yang berbeda dengan Belanda ialah semakin banyak perundangundangan administrasi yang bersanksi pidana dengan ancaman pidana penjara sangat berat, sepuluh, lima belas tahun sampai seumur hidup, bahkan ada sampai pidana mati. Undang-undang administrasi seperti narkotika, psikotropika, perbankan, lingkungan hidup, dan lain-lain mengandung pidana yang sangat berat, yang mestinya khusus untuk rumusan deliknya dibuat undang-undang pidana tersendiri. Di Belanda untuk pidana penjara yang berat itu harus dituangkan dalam undang-undang pidana bukan administrasi. Undang-undang administrasi sanksinya mestinya hanya berupa kurungan atau denda. Untuk ancaman pidana penjara yang berat, harus diciptakan undang-undang pidana tersendiri, misalnya WED (*Wet op Economische Delicten*).”

Dari deskripsi yang bersifat normatif tersebut dapat kita pahami bahwa seolah-olah ada ruang bagi pembentuk undang-undang “secara bebas” membentuk undang-undang yang mengatur ketentuan pidana terutama dalam penentuan ancaman pidana sesuai dengan isu politik hukum yang dibangun dan terkesan kurang terkontrol dan tanpa melihat politik hukum secara keseluruhan (politik hukum Negara Kesatuan Republik Indonesia yang selajan dengan tujuan negara) termasuk politik hukum pidana sebagai satu kesatuan sistem pidana dan pemedanaan. Oleh karena itu, tidaklah keliru kalau dapat diambil suatu hipotesis bahwa isu ancaman pidana tidak pernah dibahas secara rasionalitasnya dan bahkan secara ekstrim dapat dikatakan sebagai suatu tema/topik yang terlupakan (*the forgotten theme/topic*) khususnya dalam penyusunan dan penentuan kebijakan formulasi sanksi pidana oleh legislator dalam pemetukan suatu undang-undang.

Dalam tataran aplikatif/penegakan hukum, acaman pidana selain berpengaruh konsekuensi yuridis dalam sistem peradilan pidana sebagaimana telah disinggung diawal, juga dapat menimbulkan disparitas penerapan hukum ketentuan pidana khususnya untuk ketentuan pidana yang secara substansinya sama tetapi ancaman berbeda. Pada saat yang bersamaan kondisi tersebut dapat menjadi celah hukum (*legal loopshole*) bagi oknum penegak hukum yang tidak berintegritas untuk “bermain” dalam penerapan ketentuan pidana demi kepentingan tertentu (*Moral hazard*) atau secara sederhana berpotensi menjadi faktor kriminogen bagi Aparat Penegak Hukum atau akan menimbulkan potensi kesewenang-wenangan oleh aparat hukum (*abuse of power*) dalam menerapkan ketentuan pidana.

Meskipun RUU KUHP telah memberikan panduan mengenai tujuan dan pedoman pemidanaan maka jika diberlakukan nantinya belum tentu dapat menjamin penerapan penjatuhan pidana dapat berjalan secara proporsional untuk memperoleh keadilan sepanjang rumusan ancaman pidana dalam ketentuan pidana dirumuskan tanpa memperhatikan proposionalitasnya. Hal tersebut dikarenakan penegak hukum (muldai dari penyidik, jaksa/penuntut umum dan hakim dalam melaksanakan upaya paksa, jaksa dalam menuntut dan hakim dalam menjatuhkan putusan) tentu akan mengacu atau berpatokan pada berat ringan ancaman pidana dalam suatu ketentuan pidana sebagai suatu tolak ukur.

Artinya tujuan dan pedoman pemidanaan yang akan diatur nantinya dapat akan menjadi tidak efektif atau tidak sejalan jika pembentuk undang-undang tidak melakukan hal yang sama dalam penyusunan kebijakan menentukan bobot/berat ringan ancaman pidana. Dengan demikian sesungguhnya keadilan itu tidak semata berbicara pada konteks penegakan hukum saja tetapi juga ada pada tataran kebijakan penyusunan legislasi oleh pembentuk undang-undang.

Sesuatu yang tidak diharapkan akan terjadi bilamana disparitas dan kerancuan perumusan ancaman tersebut tidak dapat diatasi atau diminimalisir, tentunya berpotensi timbulnya demoralisasi dan sikap anti-rehabilitasi di kalangan terpidana yang dijatuhi pidana lebih berat dari pada yang lain di dalam kasus yang sebanding.⁴² Dalam hal yang sama juga tidak tertutup kemungkinan berdampak pada kepercayaan masyarakat sistem hukum pidana (baik materil maupun formil) yang semakin lama semakin menurun sehingga besar kemungkinan terjadi kondisi dimana norma hukum atau peradilan tidak lagi dipercaya atau dianggap sebagai sarana untuk memperoleh keadilan, kepastian dan kemanfaatan dari hukum pidana yang dapat berujung pada kegagalan atau tidak tercapainya tujuan hukum pidana dan pemindaan itu sendiri.

Bertitik tolak dari pemikiran di atas, penulis merasa tertarik untuk melakukan penelitian mengenai politik hukum legislasi dalam perumusan

⁴² Muladi dan Barda Nawawi Arief, *Teori-Teori dan Kebijakan Pidana*, PT. Alumni, Bandung, 2005, Hal. 54.

ancaman pidana dalam ketentuan pidana sebagai upaya pembaruan hukum pidana di Indonesia untuk melihat hakikat politik hukum legislasi dalam perumusan ancaman pidana dalam ketentuan pidana di Indonesia dan implementasinya serta untuk mencari dan menemukan konsep ketentuan ketentuan pidana yang ideal dalam pembaruan hukum pidana nasional.

B. Rumusan Masalah

Mencermati dan menganalisis uraian pada latar belakang masalah di atas maka supaya penelitian ini lebih fokus, penulis berupaya mengemukakan/merumuskan 3 (tiga) pertanyaan penelitian (*research question*) sebagai rumusan masalah yakni sebagai berikut :

1. Bagaimana hakikat politik hukum legislasi dalam perumusan ketentuan pidana dalam suatu undang-undang ?
2. Bagaimana implementasi penentuan ketentuan pidana dalam suatu undang-undang dan penentuan perumusan bobot sanksi pidana sebagai ancaman pidana di Indonesia?
3. Bagaimanakah Politik Hukum Mengenai Ketentuan Pidana Yang Ideal Dalam Pembaruan Hukum Pidana?

C. Tujuan Penelitian

Berdasarkan uraian latar belakang dan pokok permasalahan diatas, penelitian ini bertujuan :

1. Untuk mengetahui, menjelaskan, dan menganalisa hakikat politik hukum legislasi dalam perumusan ketentuan pidana dalam suatu undang-undang.

2. Untuk mengkaji, menjelaskan, dan menganalisa implementasi penentuan ketentuan pidana dalam suatu undang-undang dan penentuan bobot ancaman pidana di Indonesia.
3. Untuk mengkaji dan menemukan politik hukum mengenai ketentuan pidana yang ideal dalam pembaruan hukum pidana.

D. Kegunaan Penelitian

Hasil penelitian ini diharapkan dapat berguna bagi bangsa dan negara, khususnya dalam rangka pengembangan pemikiran yang bermanfaat secara:

1. Teoritis berupa sumbangan pemikiran untuk mengembangkan wawasan dan ilmu pengetahuan di bidang ilmu hukum yang berkaitan dengan ilmu hukum pidana dan politik hukum khususnya terkait dengan ketentuan dan ancaman pidana.
2. Penelitian ini diharapkan dapat memberikan manfaat praktis berupa sumbangan pemikiran kepada kepada pembentuk undang-undang dalam hal ini Dewan Perwakilan Rakyat bersama dengan Presiden dalam menentukan arah politik hukum mengenai ketentuan pidana yang ideal dalam pembaruan hukum pidana khususnya dalam menentukan urgensi ketentuan pidana dan bobot ancaman pidana dalam suatu ketentuan pidana sebagai bentuk pembaruan hukum pidana nasional.

E. Orisinalitas Penelitian

Berdasarkan hasil penelusuran penulis baik di beberapa perpustakaan termasuk pada Perpustakaan Fakultas Hukum Universitas Hasanuddin, Perpustakaan Pasca Sarjana Universitas Hasanuddin maupun melalui media internet, belum terdapat disertasi dengan judul **“POLITIK HUKUM LEGISLASI DALAM PERUMUSAN KETENTUAN PIDANA SEBAGAI UPAYA PEMBARUAN HUKUM PIDANA DI INDONESIA”**. Namun demikian, terkait dengan politik hukum/kebijakan yang berhubungan dengan sanksi pidana telah ada beberapa penelitian akademik sebelumnya baik yang ditulis dalam bentuk skripsi, thesis, disertasi, maupun jurnal ilmiah yakni antara lain :

1. Disertasi dengan judul "Penetapan Pidana Penjara Dalam Perundang-Undangan Dalam Rangka Usaha Penanggulangan Kejahatan" oleh Barda Nawawi Arief, Program Pascasarjana (Doktor) UNPAD pada Tahun 1986. Penelitian disertasi tersebut mengangkat 2 (dua) permasalahan yakni pertama, apakah sanksi pidana penjara masih perlu ditetapkan dalam peraturan perundang-undangan sebagai salah satu sarana kebijakan penanggulangan kejahatan dan kedua, seberapa jauhkan kebijakan legislatif dalam menetapkan dan merumuskan pidana penjara dalam perundang-undangan selama ini dapat menunjang usaha penanggulangan tindak pidana kejahatan?. Penelitian disertasi tersebut menyimpulkan bahwa pertama, kebijakan

penggulungan kejahatan dengan menggunakan pidana penjara masih tetap dipertahankan namun perlu ditempuh kebijaksanaan selektif dan limitative dalam penggunaannya dengan mempertimbangkan keseimbangan antara kepentingan perlindungan masyarakat disatu pihak dengan pengertian perlindungan dan perbaikan individu (pelaku kejahatan) di lain pihak. Kedua, vekum dapat diterima secara pasti dan memuaskan bahwa pidana penjara merupakan sarana yang tidak atau kurang efektif dalam menunjang aspek-aspek pokok tujuan pidanaan dan tujuan politik kriminal pada umumnya. Disatu pihak penelitian menunjukkan segi-segi negatif namun dilain pihak lain menunjukkan pula adanya segi-segi positif dari pidana penjara.

2. Disertasi dengan judul "Sanksi Pidana Mati Terhadap Pelaku Tindak Pidana Korupsi" oleh Jaja Subagja, Program Doktor Ilmu Hukum Fakultas Hukum Universitas Airlangga tahun 2015.⁴³ Tujuan yang hendak dicapai dari penelitian tersebut adalah untuk menganalisis dan menemukan filosofi yang mendasari sanksi pidana mati terhadap pelaku tindak pidana korupsi dan karakter tindak pidana korupsi yang dapat dikenakan pidana mati. Penelitian tersebut memberikan masukan dan rekomendasi dalam bentuk konsep hukuman khususnya penerapan sanksi pidana mati, terutama di UU PTPK dan diharapkan dapat memberikan saran dan rekomendasi terhadap penegak hukum

⁴³ Jaja Subagja, "*Sanksi Pidana Mati Terhadap Pelaku Tindak Pidana Korupsi*", Disertasi, Fakultas Hukum Universitas Airlangga, Surabaya, 2015.

yang berperan mengambil kebijakan dalam menentukan penerapan hukuman mati dalam tindak pidana korupsi serta pembentuk undang-undang yang berperan sebagai pembuat kebijakan. Rekomendasi dalam penelitian tersebut adalah pemerintah perlu melakukan kebijakan legislasi yaitu perubahan UU PTPK untuk mengatur penambahan alasan pemberatan pidana terhadap tindak pidana korupsi dalam Pasal 3, Pasal 12 a, b, c, dan e dan Pasal 12 B UU PTPK dan penambahan ruang lingkup keadaan tertentu.

3. Disertasi dengan judul "Kebijakan Hukum Pidana Dalam Memberikan Perlindungan Hukum Terhadap Korban Tindak Pidana Lingkungan Hidup Oleh Korporasi" oleh Yeni Widowaty, Program Doktor Ilmu Hukum Fakultas Hukum Universitas Diponegoro tahun 2011.⁴⁴ Permasalahan dalam penelitian tersebut adalah bagaimanakah kebijakan formulasi hukum pidana dalam memberikan perlindungan hukum terhadap korban kegiatan korporasi di bidang tindak pidana lingkungan hidup dalam hukum positif di Indonesia, bagaimanakah penerapan Hukum Pidana dalam melindungi korban tindak pidana lingkungan hidup oleh korporasi, bagaimanakah kebijakan formulasi hukum pidana di masa datang dalam memberikan perlindungan terhadap korban tindak pidana lingkungan hidup oleh korporasi. Hasil penelitian tersebut menunjukkan pada saat ini perumusan tindak

⁴⁴ Yeni Widowaty, "Kebijakan Hukum Pidana Dalam Memberikan Perlindungan Hukum Terhadap Korban Tindak Pidana Lingkungan Hidup Oleh Korporasi", Disertasi, Fakultas Hukum Universitas Diponegoro, Semarang, 2011.

pidana lingkungan hidup diatur dalam KUHP, Undang-Undang No 32 Tahun 2009 sebagai aturan umumnya dan Perundang-undangan Sektoral. KUHP yang berlaku saat ini belum memberikan perlindungan hukum terhadap korban tindak pidana lingkungan hidup yang dilakukan Korporasi baik secara *in abstracto* maupun *in concreto*, karena sanksi yang diancamkan hanya ditujukan kepada pelaku individu tidak termasuk korporasi. Dari beberapa kasus tindak pidana lingkungan hidup yang sudah di putus Pengadilan Negeri dan mempunyai kekuatan hukum tetap, tidak ada satupun putusan pengadilan yang menjatuhkan pidana berupa kewajiban pembayaran ganti kerugian kepada korban atau kewajiban pemulihan lingkungan. Putusan yang dijatuhkan pada korporasi berupa pidana denda dan jika diwakili oleh pengurusnya berupa pidana penjara. Apabila korban ingin mendapatkan ganti kerugian maka mengajukan gugatan secara perdata, namun memerlukan waktu lama dan biaya yang dikeluarkan lebih banyak daripada ganti kerugian yang didapatkan. Rekomendasi dalam penelitian tersebut adalah memberikan sebuah konsep ideal di masa datang tentang Sanksi pidana yang disempurnakan dengan menambahkan sanksi ganti kerugian berupa restitusi dan kompensasi. Restitusi dibebankan kepada pelaku korporasi, apabila tidak mampu membayar atau kurang dalam memenuhi kewajibannya maka negara memberikan kompensasi pada korban. Sebagai pidana tambahan

untuk kasus TPLH ditambahkan kewajiban melakukan pemulihan lingkungan. Dalam undang-undang juga dimuat mengenai besarnya nilai ganti rugi yang bisa diletakkan pada penjelasan undang-undang. Hal ini untuk menghindari ketidakpastian atau perbedaan dalam pelaksanaan di lapangan.

4. Disertasi dengan judul "*Kebijakan Formulasi Pemberatan Ancaman Pidana Bagi Pelaku Tindak Pidana Kekerasan Terhadap Wartawan Saat Menjalankan Tugas Profesi Jurnalistik*" oleh Zainal Arifin, Program Doktor Ilmu Hukum Fakultas Hukum Universitas Brawijaya tahun 2017.⁴⁵ Permasalahan dalam penelitian tersebut yaitu apa makna pemberatan ancaman pidana bagi pelaku tindak pidana kekerasan terhadap wartawan saat menjalankan tugas profesi jurnalistik, apa *ratio decidendi* putusan hakim bagi pelaku tindak pidana kekerasan terhadap wartawan saat menjalankan tugas profesi jurnalistik, dan bagaimana kebijakan formulasi hukum pidana yang akan datang bagi pelaku tindak pidana kekerasan terhadap wartawan saat menjalankan tugas profesi jurnalistik. Penelitian tersebut secara teoretis diharapkan dapat menjadi bahan kajian dan memberikan sumbangan pemikiran khususnya tentang hukum pers, terkait dengan pemberatan ancaman pidana bagi pelaku tindak pidana kekerasan terhadap wartawan saat menjalankan tugas profesi jurnalistik.

⁴⁵ Zainal Arifin, "*Kebijakan Formulasi Pemberatan Ancaman Pidana Bagi Pelaku Tindak Pidana Kekerasan Terhadap Wartawan Saat Menjalankan Tugas Profesi Jurnalistik*", Disertasi, Fakultas Hukum Universitas Brawijaya, Malang, 2017.

Kepastian hukum dan perlindungan hukum bagi para wartawan saat bertugas akan terwujud jika pemberatan ancaman pidana bagi pelaku tindak pidana kekerasan terhadap wartawan saat menjalankan tugas profesi diterapkan. Rekomendasi dalam penelitian tersebut pada pembuat kebijakan agar membuat peraturan pemberatan ancaman pidana bagi pelaku tindak pidana kekerasan terhadap wartawan saat menjalankan tugas profesi jurnalistik. Aturan tersebut, harus mencerminkan perlindungan hukum dan kepastian hukum terhadap wartawan dari tindak pidana kekerasan saat menjalankan tugas profesi jurnalistiknya. Kebijakan formulasi norma pada masa yang akan datang harus mempertimbangkan adanya perlindungan khusus kepada wartawan yang sedang menjalankan tugas profesi jurnalistik.

5. Tesis dengan judul " Kebijakan Hukum Pidana Dalam Menanggulangi Tindak Pidana Illegal Logging" oleh Tuty Budhi Utami, Pascasarjana Fakultas Hukum Universitas Diponegoro tahun 2007. Penelitian tersebut pada pokoknya untuk mengetahui dan menganalisis kebijakan formulasi tindak pidana illegal logging dan penerapan sanksinya yang berlaku sekarang dan memberikan kontribusi sumbangan pemikiran kepada badan legislatif dalam merumuskan undang-undang khususnya dalam permasalahan illegal logging dan penerapan sanksi tindak pidana dimasa yang akan datang. Rekomendasi dalam penelitian tersebut adalah pemerintah perlu melakukan kebijakan formulasi tindak pidana illegal logging yang memuat secara jelas dan

lengkap mengenai: Definisi Illegal Logging, Subyek Hukum tindak pidana Illegal Logging (pribadi dan badan hukum atau badan usaha atau korporasi dan pegawai negeri dirumuskan dalam pasal-pasal yang komprehensif, dan sanksi pidana, hendaknya dirumuskan tidak secara kaku kumulatif, namun lebih fleksibel dengan perumusan alternatif atau kumulatif alternatif.

Sehubungan dengan hasil penelitian Disertasi dan Tesis tersebut di atas, belum ada penelitian yang fokus membahas kebijakan/politik hukum yang menyoroti persoalan politik hukum legislasi dalam perumusan ketentuan pidana sebagai upaya pembaruan hukum pidana di Indonesia yang memfokuskan pada hakikat ketentuan dan penentuan urgensi ketentuan pidana termasuk jenis serta bobot sanksi pidana (secara komprehensif) sebagai suatu ancaman pidana dalam dalam proses pembentukan peraturan perundang-undangan serta implementasi ancaman pidana dalam pemidanaan di Indonesia dan konsekuensi yuridisnya bagi subjek hukum "person" dalam kaitanya dengan hak konstitusional termasuk hak yuridis dalam proses penegakan hukum untuk menemukan konsep ideal penentuan urgensi ketentuan pidana dan ancaman pidana (jenis dan bobot) dalam ketentuan pidana sebagai sarana penanggulangan kejahatan yang adil dan proporsional dalam rangka pembaruan hukum pidana nasional. Dengan demikian, penelitian disertasi dapat dikatakan sebagai karya yang orisinil atau asli.

BAB II

TINJAUAN PUSTAKA

A. Politik Hukum Legislasi

Politik Hukum Legislasi disini penulis batasi dalam konteks atau ranah hukum pidana yang merupakan bagian dari kebijakan hukum pidana atau sering juga banyak penulis yang memparafrasakan dengan politik hukum pidana, *penal policy*, *criminal law policy* atau *strafrechtspolitik*.⁴⁶ Istilah kebijakan dialihbahasakan menjadi politik⁴⁷, *policy*, “politik”⁴⁸ sehingga dalam kerangka ini maka frasa yang digunakan untuk kebijakan hukum pidana dapat berupa politik hukum pidana, *penal policy*, *criminal law policy* atau *strafrechtspolitik*.

Dalam konteks yang lebih luas (genus), politik hukum pidana atau kebijakan hukum pidana merupakan bagian dari politik hukum yang cenderung berbicara hal yang lebih abstrak. Politik hukum merupakan persoalan pencapaian tujuan bersama yang ideal sebagai poros dari politik hukum yang meliputi tujuan yang hendak dicapai melalui hukum, cara atau metode yang tepat untuk mencapai tujuan tersebut serta konfigurasi hukum yang efektif guna mewujudkan tujuan dimaksud.⁴⁹ Dari perspektif etimologi, istilah politik hukum merupakan terjemahan bahasa

⁴⁶ “Dalam kepastakaan asing istilah asing istilah “politik hukum pidana” ini sering dikenal dengan berbagai istilah antara lain “*penal policy*, *criminal law policy* atau *strafrechtspolitik*”. Barda Nawawi Arief III, Op. Cit, hlm. 26.

⁴⁷ Sudarto, Hukum Pidana dan Perkembangan Masyarakat (selanjutnya disebut Sudarto I), Penerbit Sinar Baru, Bandung, 1983, hlm. 16.

⁴⁸ Barda Nawawi Arief III, Op.Cit., hlm. 24.

⁴⁹ Bernard L. Tanya, Politik Hukum Agenda Kepentingan Bersama (selanjutnya disebut Bernard L. Tanya II), Genta Publishing, Yogyakarta, 2011, hlm. 6-7.

Indonesia dari istilah hukum Belanda *rechtspolitiek*, yang merupakan bentukan dari dua kata *rech* dan *politiek*⁵⁰. *Politiek* mengandung arti *beleid* (*policy*) atau kebijakan. Oleh karena itu politik hukum sering diartikan sebagai pilihan konsep dan asas sebagai garis besar rencana yang menentukan arah, bentuk maupun isi hukum yang akan diciptakan. *Policy* diartikan sebagai :”*the principles, on which any measure or course of action is based; prudence or wisdom of government or individuals in the management of their affair, public or private; general prudence or dexterity; sagacity*”.⁵¹

Definisi politik hukum telah banyak dirumuskan oleh ahli hukum. Satjipto Rahardjo⁵² merumuskan definisi politik hukum sebagai suatu aktivitas memilih cara yang hendak dipakai untuk mencapai suatu tujuan sosial dan hukum tertentu dalam masyarakat yang mendasarkan pada jawaban atas pertanyaan apa yang menjadi tujuan, cara untuk mendapatkan tujuan, kapan dan cara bagaimana hukum itu perlu diubah serta adakah pola baku untuk membantu dalam proses memilih tujuan. Ditambahkan pula bahwa wilayah kerja politik hukum dapat meliputi

⁵⁰ Imam Syaukani dan A. Ahsin Thohari, *Dasar-dasar Politik Hukum*, PT RajaGrafindo Persada, Jakarta, 1999, hlm. 19.

⁵¹ Grolier Webster International Dictionary of the English Language, Volume II, hlm. 737. Definisi lain menyebutkan bahwa *policy* adalah *a definite course or method of action selected (asn by a government, institution, group or individual) from among alternative and in the light of given conditions to guide and usu determined present and future decisions : 1. Specific decision or set of decisions designed to carry out such a chosen course of action; 2. Such a specific decisions designed to carry out such a course of action.3. Such a specific decision or setb of decisions together with the related actions designed to implement a projected program consisting of desired objectives and the means to achieve them.*

⁵² Satjipto Raharjo II, Op. Cit. hlm. 35.

pelaksanaan ketentuan hukum yang telah ada secara konsisten, proses pembaruan dan pembuatan hukum, yang mengarah pada sikap kritis terhadap hukum yang berdimensi *ius contitutum* dan menciptakan hukum yang berdimensi *ius constituendum*, serta pentingnya penegasan fungsi lembaga dan pembinaan para penegak hukum.

Adapun Padmo Wahyono⁵³ memberikan definisi politik hukum sebagai kebijakan dasar untuk menentukan arah, bentuk maupun isi dari hukum yang akan dibentuk. Meskipun definisi tersebut masih bersifat abstrak, namun kemudian dilengkapi penjelasan bahwa politik hukum merupakan kebijakan penyelenggara negara mengenai apa yang dijadikan kriteria untuk menghukumkan sesuatu. Dengan demikian kebijakan tersebut berkaitan dengan pembentukan hukum (kebijakan legislasi), penerapan hukum dan penegakannya sendiri.⁵⁴

Menurut Bernard L. Tanya, politik hukum dengan politik dan hukum itu berbeda. Dalam perspektif politik hukum, hukum tidak boleh dimanfaatkan selain atau di luar tujuan bersama yang ideal dari suatu masyarakat, bangsa, atau negara. Berbeda dengan “hukum dan politik”,

⁵³ Padmo Wahyono. 1986. Indonesia Negara Berdasarkan Atas Hukum. (Padmo Wahyono I) Cetakan II. Jakarta: Ghalia Indonesia. hlm. 160.

⁵⁴ Padmo Wahyono. 1991. Menyelisik Proses Terbentuknya Perundang-Undangan (Padmo Wahyono II). Majalah Forum Keadilan Nomor 29, April. hlm. 65. Menurut Achmad Ruslan bahwa Hukum dalam hubungannya dengan politik hukum di sini dimaksudkan, adalah semua sumber hukum yang meliputi: peraturan perundang-perundangan; hukum kebiasaan/hukum adat; yurisprudensi perjanjian internasional; doktrin (ajaran hukum dari para ahli terkemuka). Sedangkan politik perundang-perundangan adalah kebijakan dasar penyelenggara negara dalam bidang perundang-perundangan berdasarkan nilai-nilai yang ada dalam masyarakat untuk mencapai cita-cita negara. Achmad Ruslan, Teori dan Panduan Praktik Pembentukan Peraturan Perundang-Undangan di Indonesia, Rangkang Education, Yogyakarta, 2013, hlm.148.

yang menjadi fokus perhatian bukan pada tujuan ideal bersama itu tetapi justru terarah pada soal interaksi dan tarik-menarik antara politik itu sendiri dengan hukum⁵⁵. Ditegaskan juga bahwa Politik Hukum selalu berangkat dari idealisme sehingga hal tersebut yang membuat Bernard L. Tanya sependapat dengan Padmo Wahyono yang mengatakan bahwa politik hukum sebagai kebijakan dasar untuk menentukan arah, bentuk maupun isi dari hukum yang diharapkan akan dibentuk (*ius contituendum*).⁵⁶

Lebih lanjut Bernard L. Tanya, *mengumpamakan politik hukum* “hadir dititik perjumpaan antara realisme hidup dengan tuntutan idealisme” karena politik hukum berbicara tentang “apa yang seharusnya”, yang tidak selamanya identik dengan “apa yang ada”. *What ought terhadap what is*. Politik hukum tidak bersikap pasif terhadap “apa yang ada”, melainkan aktif mencari “apa yang seharusnya”. Hal tersebut disebabkan karena politik hukum harus mencari jalan keluar kepada “apa yang seharusnya”.⁵⁷ Disimpulkan, titik-tolak politik hukum, adalah visi hukum atau mimpi dan sesuai dengan visi atau mimpi itulah, disusun format bentuk dan isi hukum yang dianggap *capable* untuk mewujudkan

⁵⁵ Bernard L. Tanya II, Op. Cit., hlm. 5

⁵⁶ Terkait dengan pembedaan politik hukum dengan politik dan hukum kurang tepat karena ditinjau *dari* perspektif politik, hukum dipandang sebagai produk atau output dari proses politik dan sebagai produk politik tentunya terdapat politik hukum yang merupakan garis atau dasar kebijakan untuk menentukan hukum yang seharusnya berlaku dalam negara (jika terdapat penyimpangan dari tujuan ideal bersama maka hal tersebut merupakan persoalan implementasi bukan persoalan konsep). Begitu juga dari perpektif hukum dimana secara normatif pembaruan hukum yang formal berupa peraturan perundang-undangan khususnya undang-undang dan peraturan daerah hanya dapat dilakukan melalui proses politik. Fakta menyuguhkan kepada kita semua *bahwa* politik dan hukum keduanya tidak dapat dipisahkan baik dalam pembentukan maupun implementasinya.

⁵⁷ Ibid. hlm. 3,

visi tersebut yang merujuk pada tujuan ideal yang ingin dicapai dalam hal ini tujuan setiap bangsa, negara, dan masyarakat. Meskipun konsep tujuan yang berberbeda tetapi yang pasti tidak ada sebuah bangsa, negara, dan masyarakat yang memilih tujuan yang buruk.⁵⁸

Politik hukum merupakan *legal policy* atau garis (kebijakan) resmi tentang hukum yang akan diberlakukan baik dengan pembuatan hukum yang baru maupun dengan penggantian hukum lama dalam rangka mencapai tujuan negara.⁵⁹ Dengan hal tersebut tentunya politik hukum dapat diartikan sebagai kebijakan dasar penyelenggaran negara dalam bidang hukum yang akan, sedang, dan telah berlaku yang bersumber dari nilai-nilai yang berlaku di masyarakat untuk mencapai tujuan negara yang dicita-citakan. Oleh karenanya politik hukum tentunya tidak terlepas dari realita sosial/masyarakat dan sebagai bagian masyarakat dunia, tentunya politik hukum Indonesia tidak terlepas pula dari realitas dan politik hukum internasional.⁶⁰

Berkaitan dengan hal tersebut maka dalam studi politik hukum sekurang-kurang membeda 3 (tiga) hal, yaitu: Pertama, kebijakan negara (garis resmi) tentang hukum yang akan diberlakukan dalam rangka pencapaian tujuan negara; Kedua, latar belakang politik, ekonomi, sosial

⁵⁸ Ibid. hlm. 4

⁵⁹ Moh. Mahfud MD, Politik Hukum di Indonesia. PT.Raja Grafindo Persada, Jakarta, 2009, hlm. 1.

⁶⁰ Sunaryati Hartono, Politik Hukum Menuju Satu Sistem Hukum Nasional, Alumni, Bandung, 1991, hlm.1

budaya atau lahirnya produk hukum; Ketiga, penegakan hukum di dalam kenyataan lapangan.⁶¹

Sudarto memberikan makna pada politik hukum sebagai suatu usaha untuk mewujudkan peraturan-peraturan yang baik sesuai dengan keadaan dan situasi pada suatu waktu dan juga untuk masa yang akan datang.⁶² Politik hukum juga merupakan kebijakan dari negara melalui badan-badan yang berwenang untuk menetapkan peraturan-peraturan yang mengekspresikan kehendak masyarakat dan untuk mencapai apa yang dicita-citakan⁶³. Politik hukum juga dimaknakan sebagai kebijakan dalam penciptaan hukum untuk menentukan isi dan arah hukum serta hal-hal apa yang dijadikan kriteria untuk merumuskan hukum pidana yang baik”.⁶⁴ Sedangkan menurut Padmo Wahjono, politik hukum adalah kebijakan dasar yang menentukan arah, bentuk, maupun isi hukum yang akan dibentuk.⁶⁵

Sebagai suatu kebijakan negara, tujuan sosial dan hukum tertentu dalam masyarakat atau hukum yang diharapkan akan dibentuk (*ius contituendum*) maka tentunya berbicara politik hukum tidak terlepas dari Tujuan Negara Republik Indonesia itu sendiri yakni perlindungan,

⁶¹ Ibid. hlm. 3-4.

⁶² Sudarto I Op. Cit. hlm 159. Lihat juga Barda Nawawi Arief VI, Op.Cit., hlm. 26.

⁶³ Ibid., hlm. 20. Lihat juga Barda Nawawi Arief VI, Op.Cit., hlm. 26.

⁶⁴ Ibid, hlm.61

⁶⁵ Padmo Wahjono, dalam Mahfud MD, *Loc. Cit.*

kesejahteraan, pencerdasan, dan perdamaian sebagaimana tertuang secara jelas dalam pembukaan UUD 1945 pada alenia empat:

“Melindungi segenap bangsa Indonesia dan seluruh tumpah darah Indonesia, memajukan kesejahteraan umum, mencerdaskan kehidupan bangsa, melaksanakan ketertiban dunia yang berdasarkan kemerdekaan, perdamaian abadi dan keadilan sosial”.

Sasaran dari melindungi setiap bangsa dan seluruh tumpah darah Indonesia tentunya adalah semua komponen bangsa Indonesia, mulai dari rakyat, kekayaan alam, serta nilai-nilai bangsa yang patut dipertahankan dengan parameter sejauh mana hak-hak subyek hukum warga negara antara lain antara lain adalah hak asasi manusia sudah terpenuhi atau terlindungi berdasarkan hukum negara. Dalam konteks politik hukum sejauh mana produk hukum yang dihasilkan dapat menjamin tujuan negara tersebut, minimal jaminan perlindungan hak asasi manusia.

Bertitik tolak dari beberapa definisi politik hukum dan penjelasan tersebut di atas, dapat kita tarik kesimpulan bahwa politik hukum merupakan kebijakan ideal yang diharapkan akan dibentuk (*ius contituendum*) sebagai dasar untuk menyelenggarakan negara dalam bidang hukum dengan melihat realita sosial/masyarakat yang ada termasuk realitas hukum telah berlaku atau nilai-nilai yang tumbuh dan hidup serta berlaku dalam masyarakat untuk mencapai tujuan negara sebagaimana tercantum dalam Pembukaan UUD 1945 alinea ke-4.

Sebagai negara hukum, pengakuan eksistensi hukum tidak terbatas pada hukum tertulis belaka juga hukum yang tidak tertulis. Namun

demikian sebagai hukum tertulis, peraturan perundangundangan merupakan instrumen penting dalam negara hukum, untuk memastikan keteraturan dalam penyelenggaraan negara. Untuk itu, tentunya politik hukum yang dibangun melalui pembentukan peraturan perundangundangan harus sejalan dengan tujuan negara tersebut. Peraturan perundang-undangan pada hakikatnya tidak bisa dipisahkan dari politik hukum karena politik hukumlah menentukan arah kebijakan hukum suatu peraturan perundang-undangan dan disinilah tugas negara⁶⁶ untuk dapat menjamin agar tujuan negara yang tercermin dalam Pancasila dan UUD 1945 dapat diwujudkan melalui politik hukum. Hal ini sejalan dengan yang disampaikan oleh Achmad Ruslan⁶⁷ yang melihat *Legal Policy/ Politik Hukum* sebagai kebijakan dasar penyelenggara negara dalam bidang hukum berdasarkan nilai-nilai yang ada dalam masyarakat untuk mencapai cita-cita negara.

Di Indonesia, politik hukum yang ideal tentunya bersumber pada Pancasila yang merupakan sumber segala sumber hukum negara dan UUD 1945 sebagai hukum dasar dalam peraturan perundang-undangan.⁶⁸

⁶⁶ Menurut Maria Farida, pembentukan berbagai peraturan di Negara Republik Indonesia menjadi merupakan tugas negara yang sangat penting dalam menyelenggarakan kesejahteraan umum dan oleh karena itu campur tangan Negara dalam mengurus kesejahteraan rakyat dalam bidang hukum, sosial, politik, ekonomi, budaya, lingkungan hidup, serta pertahanan dan keamanan yang diselenggarakan dengan pembentukan peraturan negara yang tidak mungkin lagi dihindarkan, Maria Farida, *Ilmu Perundang-undangan: Jenis, Fungsi dan Materi Muatan*, Cet. 9, (Yogyakarta: Penerbit Kanisius 2007), hlm. 1.

⁶⁷ Achmad Ruslan, *Op. Cit.*, hlm.148.

⁶⁸ Vide Pasal 2 dan Pasal 3 (1) Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2011 Tentang Pembentukan Peraturan Perundang-Undang.

Pembentukan peraturan perundangundangan tidak bisa dilepaskan dari Pancasila dan UUD 1945 sebagai sumber hukum tertinggi. Peraturan perundang-undangan sebagai kebijakan publik mempunyai indikator konstitusional sebagai pembenar, yaitu Pembukaan UUD 1945 yang memuat Pancasila sebagai pandangan hidup bangsa serta tujuan bernegara dan fungsi negara dan norma dalam batang tubuh UUD 1945. Indikator konstitusional ini merupakan titik tekan dari politik hukum substansial yang seharusnya tergambar dari materi muatan peraturan perundang-undangan.⁶⁹ Tidak terkecuali dalam ranah hukum pidana, politik hukum pidana (*penal policy* atau *strafrechtspolitik*) dalam suatu undang-undang harus dapat mewujudkan atau menjamin nilai-nilai Pancasila dan harus sejalan dengan UUD 1945 sebagai hukum dasar dalam peraturan perundang-undangan .

Dalam ranah hukum pidana, Sudarto melihat/mengklasifikasi kebijakan kriminal dalam 3 (tiga) makna yakni pertama, dalam arti sempit berupa keseluruhan asas dan metode yang menjadi dasar dari reaksi terhadap pelanggaran hukum yang berupa pidana. Kedua, dalam arti luas melihat kebijakan kriminal sebagai keseluruhan fungsi dari

⁶⁹ Pancasila bagi Bangsa Indonesia digambarkan Notonegoro sebagai pedoman bagi hidup kenegaraan dan hukum Republik Indonesia dalam konkretonya dan tidak sekedar cita-cita dalam abstraktonya. Pancasila tidak tinggal cita-cita dalam angan-angan, akan tetapi telah mempunyai bentuk dan isi yang formal dan material untuk menjadi pedoman bagi hidup kenegaraan dan hukum Indonesia dan konkretonya. Menurut pendapat Notonegoro, Undang-Undang Dasar 1945 dengan Pembukaan merupakan kesatuan, yang berarti bahwa tafsir Undang-Undang Dasar 1945 harus dilihat dari sudut Pembukaan. Soejadi, Pancasila Sebagai Sumber Tertib Hukum Indonesia, Lukman Offset, Yogyakarta, 1999, hlm. 84.

aparaturpenegak hukum, termasuk di dalamnya cara kerja dari pengadilan dan polisi. Terakhir yang ketiga berupa keseluruhan kebijakan yang dilakukan memalalui peraturan perundang-undangan dan badan-badan resmi yang bertujuan untuk menegakkan norma-norma sebrtal dari masyarakat.⁷⁰

Sudarto menerangkan bahwa politik hukum pidana merupakan “Kebijakan dalam penciptaan hukum untuk menentukan isi dan arah hukum serta hal-hal apa yang dijadikan kriteria untuk merumuskan hukum pidana yang baik”.⁷¹ Politik hukum pidana juga dikatakan sebagai bentuk dalam usaha mewujudkan peraturan perundang-undangan pidana memenuhi syarat keadilan dan daya guna sesuai dengan keadaan dan situasi pada suatu waktu dan untuk masa yang akan datang.⁷²

Dalam kesempatan yang lain, Sudarto memberikan penjelasan sederhana sebagaimana yang dikutip Barda Nawawi Arief, bahwa politik kriminal merupakan “suatu usaha yang rational dari masyarakat dalam menangulangi kejahatan”.⁷³ Definisi merupakan definisi luas lebih pada pendekatan ilmu sosial, politik kriminal di sini dapat dimaknakan sebagai hukum yang hidup dalam masyarakat (*living law*) baik tertulis maupun tidak dan baik dalam tataran normatif maupun aplikatif (penegakannya).

⁷⁰ Sudarto. 2006. Kapita Selekta Hukum Pidana (selanjutnya disebut Sudarto II). Bandung: Alumni. hlm. 113-114.

⁷¹ Sudarto I, Op. Cit. hlm. 61.

⁷² Sudarto II, hlm. 93.

⁷³ Barda Nawawi Arief VI Op. Cit, hlm. 3. Lihat juga Sudarto, Hukum dan Hukum Pidana (selanjutnya disebut Sudarto III), Alumni, Bandung, 1981, hlm. 38.

Ruang lingkup politik hukum pidana dari Sudarto tersebut diadopsi dari *Marc Ancel* sebagaimana dikutip yang dikutip oleh Barda Nawawi Arief yang menyatakan politik hukum pidana (penal policy) sebagai “*the rational organization of the control of crime by society*”.⁷⁴ Dalam konteks ini *G. Peter Hoefnagels* dengan menggunakan istilah kebijakan kriminal mengemukakan bahwa suatu kebijakan penanggulangan kejahatan harus dilakukan dengan perencanaan yang rasional dan menyeluruh sebagai respon terhadap kejahatan. Kebijakan yang dilakukan termasuk bagaimana mendesain tingkah laku manusia yang dapat dianggap sebagai kejahatan.⁷⁵ Secara sederhannya dijelaskan bahwa *Criminal policy is the rational organization of the social reaction to crime*.⁷⁶ dan secara singkat *G. Peter Hoefnagels* juga memberikan beberapa definisi kebijakan kejahatan yang juga dikutip oleh Barda Nawawi Arief sebagai berikut⁷⁷:

- a. *Criminal Policy is the science of responses.*
- b. *Criminal Policy is the science of crime prevention.*
- c. *Criminal Policy is a policy of the designating human behavior as crime.*
- d. *Criminal Policy is a rational total of the responses to crime.*

Dalam lingkup tersebut maka kebijakan hukum pidana atau politik hukum pidana menurut *Marc Ancel* merupakan salah satu dari modern *criminal science*. yang meliputi 3 (tiga komponen) yaitu *criminology*,

⁷⁴ Ibid. hlm 3.

⁷⁵ *G. Pieter Hoefnagels, The Other Side of Criminology, an inversion of the Concept of Crime. Holland Klower Deventer, 1972, hlm.99.*

⁷⁶ Barda Nawawi Arief VI, Loc. Cit.

⁷⁷ Ibid, hlm. 3-4.

criminal law dan *penal policy*.⁷⁸ Barda Nawawi Arief menjelaskan politik hukum pidana sebagai bagaimana mengusahakan atau membuat dan merumuskan suatu perundang-undangan yang baik.⁷⁹ Selanjutnya, Barda Nawawi Arief juga menjelaskan bahwa:⁸⁰ Politik hukum pidana adalah mempelajari masalah bagaimana sebaiknya hukum pidana itu dibuat, disusun dan digunakan untuk mengatur/mengendalikan tingkah laku manusia, khususnya untuk menanggulangi kejahatan dalam rangka melindungi dan mensejahterakan masyarakat. Bertolak dari hal tersebut maka melaksanakan politik kriminal berarti mengadakan pemilihan dari sekian banyak alternatif, mana yang paling efektif dalam usaha penanggulangan kejahatan tersebut.⁸¹ Sebagai bagian dari politik hukum

⁷⁸ Muladi dan Barda Nawawi Arief, *Teori -Teori dan Kebijakan Pidana*, Cetakan Kedua, (Bandung : Penerbit Alumni, 1998), hlm. vi. Marc Ancel menjeaskan bahwa "*Modern criminal science has in fact three essential components: criminology, which studies the phenomenon of crime in all its aspects; criminal law, which is the explanation and application of the positive rules whereby society reacts against the phenomenon of crime; finally, penal policy, both a science and an art, of which the practical purposes, ultimately, are to enable the positive rules to be better formulated and to guide not only the legislator who has to draft criminal statutes, but the court by which they are applied and the prison administration which gives practical effect to the court's decision*".

⁷⁹ Barda Nawawi Arief VI, Op. Cit. hlm 28.

⁸⁰ Barda Nawawi Arief VII. hlm 5.

⁸¹ Sudarto II, hlm. 114. Sebagai masalah sosial, kejahatan merupakan persoalan yang sangat kompleks sifatnya karena tidak hanya disebabkan satu faktor saja tetapi banyak faktor seperti seperti ekonomi, politik, budaya, psikologis dan lain sebagainya yang selalu selalu ada selama manusia itu masih ada sebagai segi-segi negatif dari tingkah laku manusia. Untuk mengatasinya, harus dilakukan secara terpadu atau integral dari semua aspek kehidupan masyarakat dan semua sarana yang ada dalam kehidupan masyarakat. Oleh karena kejahatan merupakan suatu fenomena kemasyarakatan yang dinamis, hukum pidana bukan merupakan satu-satunya sarana untuk dapat menyelesaikan atau menanggulangi kejahatan secara tuntas. Persoalan yang sifatnya sangat kompleks tersebut juga telah dibicarakan dalam Konggres PBB ke-IV mengenai *Prevention of Crime and The Treatment of Offenders* dengan tema "Kejahatan dan Pembangunan" (*Crime and Development*) dan Kongres ke-IV membicarakan tema sentral "*Pencegahan Kejahatan dan Kualitas Kehidupan*" (*Crime Prevention and The Quality of Live*) Muladi I, Op.Cit., hlm. 7.

maka politik hukum pidana mengandung arti bagaimana mengusahakan atau membuat dan merumuskan suatu perundang-undangan pidana yang baik.⁸²

Bagi *Marc Ancel*, istilah *penal policy* sama dengan kebijakan atau politik hukum pidana,⁸³ artinya membahas politik hukum pidana sesungguhnya merupakan pembahasan terhadap *penal policy* atau kebijakan kriminal. Kebijakan atau politik hukum pidana (*Strafrechtspolitik*) menurut A. Mulder merupakan garis kebijakan untuk menentukan seberapa jauh ketentuan hukum pidana perlu diubah atau diperbarui, hal apa untuk mencegah timbulnya tindak pidana dan bagaimana cara proses penegakan hukumnya (mulai dari penyidikan, penuntutan, peradilan hingga pelaksana pidana).⁸⁴

Disisi lain, kebijakan kriminal tidak dapat dilepaskan dari istilah kriminalisasi, yang menurut Sudarto merupakan proses penetapan suatu perbuatan sebagai perbuatan yang dapat dipidana atau perbuatan itu diancam dengan suatu sanksi berupa pidana melalui pembentukan undang-undang (terbentuknya undang-undang)⁸⁵ atau dengan kata lain, suatu perbuatan dapat dikatakan sebagai kejahatan perlu ditetapkan oleh penguasa dan dapat dikenakan sanksi pidana.⁸⁶

⁸² Barda Nawawi Arief III, Op. Cit., hlm. 26-27.

⁸³ Ibid.

⁸⁴ Ibid.

⁸⁵ Sudarto III, Op. Cit., hlm.38

⁸⁶ Sudarto II, Op. Cit., hlm. 107

Sejalan dengan Sudarto, menurut G.Peter Hoefnagels sebagaimana dikutip oleh Yenti Garnasih mengatakan bahwa kriminalisasi adalah sesuatu perbuatan atau suatu hal menjadi suatu tindakan yang sebelumnya bukan merupakan perbuatan yang dapat dipidana menjadi perbuatan yang dapat dipidana termasuk juga terkait dengan penambahan atau peningkatan sanksi pidana terhadap tindak pidana yang sudah ada.⁸⁷ Muladi dan Barda Nawawi Arief juga mengatakan, bahwa sebagai suatu kebijakan kriminalisasi dapat diartikan sebagai suatu proses untuk menentukan perbuatan apa yang akan dilarang karena membahayakan atau merugikan, dan sanksi apa yang akan dijatuhkan, maka sistem peradilan pidana dapat diartikan sebagai proses penegakannya.⁸⁸

Dari definisi tersebut secara umum dan sederhana, kriminalisasi dapat dikatakan sebagai suatu proses untuk menjadikan suatu perbuatan sebagai kejahatan dan diancam dengan sanksi pidana, sehingga bisa dituntut dan kemudian memberikan sanksi dimaksud. Dari definisi *G.Peter Hoefnagels*, sesungguhnya kriminalisasi tidak semata berkaitan dengan penentuan perbuatan yang semula bukan merupakan perbuatan yang dilarang dan disertai ancaman sanksi tertentu, tetapi termasuk juga berkaitan dengan penambahan atau pemberatan sanksi pidana terhadap tindak pidana yang sudah ada.

⁸⁷ Yenti Garnasih, 2003. *Kriminalisasi Pencucian Uang (Money Laundering)*. Jakarta, 2003. hlm. 38

⁸⁸ Barda Nawawi Arief III, *Op. Cit.* hlm 2.

Gagasan untuk memperberat ancaman pidana merupakan salah satu hal yang menjadi objek kajian dari kriminalisasi/kebijakan pemidanaan (*sentencing policy*), misalnya dalam menentukan lamanya atau beratnya pidana penjara yang terus menjadi persoalan cukup kontroversi hingga saat ini.⁸⁹ Persoalan tersebut muncul baik dalam konteks teori maupun lapangan praktik termasuk dalam menentukan ukuran penentuan ancaman pidana (bobot dan jenis sanksi pidana) pada proses legislasi.⁹⁰

Dengan demikian, penentuan untuk mengkriminalkan suatu perbuatan termasuk penentuan ancaman pidana tentunya harus dilandasi konsep atau pertimbangan yang menjadi dasar atau alasan bagi pembentuk undang-undang untuk menentukannya. Pembentuk undang-undang tentunya harus mampu menjelaskan bahwa kriminalisasi tersebut dilakukan terhadap perbuatan yang mendatangkan kerugian baik materil maupun spiritual atas warga masyarakat sehingga kemudian patut diterima masyarakat sebagai perbuatan kriminal dengan ancaman pidananya yang sebanding/seimbang atau juga dikenal dengan istilah proporsionalitas.

⁸⁹ Herbert L.Packer, Op. Cit., hlm. 13-14.

⁹⁰ Hal ini diketahui dari pengalamam langsung penulis/peneliti ikut dalam proses pembahasan RUU KUHP, persoalan penentuan ancaman pidana (bobot dan jenis sanksi pidana) menjadi diskusi tersendiri yang cukup panjang dalam proses pembaruan hukum pidana melalui rapat pembahasan RUU KUHP antara pemerintah dengan Panja Komisi III. Selain dalam forum yang bersifat tersebut, persoalan ancaman pidana juga menjadi isu/topik dalam diskusi publik termasuk peneliti (beberapa penelitian mulai dari skripsi, tesis dan disertasi yang menyoroti persoalan sanksi pidana) bahkan kontroversinya sampai di tataran praktek penegakan hukum (tuntutan penuntut umum dan putusan pengadilan).

Secara doktrinal, Muladi memberikan pedoman/ukuran dalam menentukan kriminalisasi dan dekriminalisasi suatu perbuatan yakni⁹¹:

- a. kriminalisasi tidak boleh terkesan menimbulkan “overkriminalisasi” yang masuk kategori “the misuse of criminal sanction”;
- b. kriminalisasi tidak boleh bersifat ad hoc
- c. kriminalisasi harus mengandung unsur korban (victimizing) baik actual maupun potensial;
- d. kriminalisasi harus memperhitungkan analisa biaya dan hasil dan prinsip “ultimum remedium”;
- e. kriminalisasi harus menghasilkan peraturan yang “enforceable”;
- f. kriminalisasi harus memperoleh dukungan public;
- g. kriminalisasi harus mengaandung unsur “subsosialiteit” (mengakibatkan bahaya bagi masyarakat sekalipun kecil sekali);
- h. kriminalisasi harus memperhatikan peringatan bahwa setiap peraturan pidana membatasi kebebasan rakyat dan memberikan kemungkinan kepada aparat penegak hukum untuk mengekang kebebasan itu.

Disamping itu, sejalan dengan prinsip *ultimum remedium* atau sebagai alat terakhir⁹² maka tentunya sebelum menentukan untuk mengkriminalkan suatu perbuatan yang di dalamnya ada ancaman pidana maka perlu dikaji lebih jauh perangkat/sarana hukum lain untuk menanggulangi perbuatan yang dianggap menyimpang dimasyarakat. Sederhananya kebijakan non penal juga harus menjadi bagian penting dari proses penentuan kriminalisasi itu sendiri. Menurut Barda Nawawi

⁹¹ Muladi, Demokratisasi, Hak Asasi Manusia, dan Reformasi Hukum di Indonesia (selanjutnya disebut Muladi II), *The Habibie Center*, Jakarta, 2002, hlm. 256.

⁹² Sudikno Mertokusumo mengartikan ultimum remedium sebagai alat terakhir, Sudikno Mertokusumo, 2006, *Penemuan Hukum Sebuah Pengantar*, Yogyakarta: Liberty. hlm 128. Menurut Wirjono Prodjodikoro sanksi dalam hukum pidana merupakan sarana/senjata pamungkas (terakhir) jika sanksi administrasi dan sanksi perdata belum atau tidak mampu mencapai tujuan untuk meluruskan neraca kemasyarakatan. Sifat atau konsep inilah yang seharusnya diterapkan untuk menghemat dalam mengadakan pidana, Wirjono Prodjodikoro, *Asas-Asas Hukum Pidana di Indonesia*, Refika Aditama, Bandung, 2003, hlm. 17 dan 50.

Arief, secara kasar dapatlah dibedakan bahwa upaya penanggulangan kejahatan lewat jalur “penal” lebih menitikberatkan pada sifat “repressive” (penindasan atau pemberantasan atau penumpasan) sesudah kejahatan terjadi, sedangkan jalur non-penal lebih menitikberatkan pada sifat “preventive” (pencegahan atau penangkalan atau pengendalian) sebelum kejahatan terjadi. Dikatakan sebagai perbedaan secara kasar karena tindakan represif pada hakikatnya juga dapat dilihat sebagai tindakan preventif dalam arti luas⁹³. Berkaitan dengan sifat represif dari hukum pidana tetapi mengandung arti juga preventif, Barda Nawawi Arief selanjutnya menyatakan bahwa walaupun kebijakan penal bersifat represif namun sebenarnya juga mengandung unsur preventif karena dengan adanya ancaman dan penjatuhan pidana terhadap delik/kejahatan diharapkan ada efek pencegahan atau penangkal (“*deterrent effect*”) nya⁹⁴.

Untuk itu, menurut Sudarto dibutuhkan adanya syarat yang harus diperhatikan diperhatikan didalam melakukan kriminalisasi yakni:

- a. Tujuan kriminalisasi adalah menciptakan ketertiban masyarakat didalam rangka menciptakan Negara kesejahteraan (*welfare state*).
- b. Perbuatan yang dikriminalisasi harus perbuatan yang menimbulkan kerusakan meluas dan menimbulkan korban.

⁹³ Barda Nawawi Arief III Op. Cit. hlm. 42.

⁹⁴ Barda Nawawi Arief I, Op.Cit., hlm. 184.

- c. Harus mempertimbangkan faktor biaya dan hasil, berarti biaya yang dikeluarkan dan hasil yang diperoleh harus seimbang.
- d. Harus memperhatikan kemampuan aparat penegak hukum. Jangan sampai aparat penegak hukum melampaui bebannya atau melampaui batas.⁹⁵

Penentuan untuk mengkriminalkan suatu perbuatan tersebut disebut oleh Barda Nawawi Arief sebagai tahap kebijakan formulatif atau tahap kebijakan legislatif, yaitu tahap penyusunan/perumusan hukum pidana yang merupakan salah satu bagian dari kebijakan penegakan hukum pidana⁹⁶. Dengan kerangka pemikiran yang demikian maka upaya dalam mencegah dan menanggulangi kejahatan tidak semata menjadi tugas dari aparat penegak hukum, tetapi juga pembuat hukum/undang-undang. Untuk itu, kesalahan pada kebijakan legislatif menjadi kesalahan yang paling fatal yang dapat menjadi faktor penghambat upaya pencegahan dan penanggulangan kejahatan pada tahap selanjutnya. Hal ini dikarenakan kebijakan legislatif merupakan tahapan paling strategis dari *penal policy*⁹⁷.

Berdasarkan hal tersebut maka dalam tataran aktualisasi, kebijakan kriminalisasi tentunya tidak terlepas dari pembicaraan mengenai formulasi dalam rumusan norma ketentuan pidana secara komprehensif. Hal ini mulai dari proses kriminalisasi untuk menentukan ruang lingkup perbuatan

⁹⁵ Sudarto II, *Op. Cit.*, hlm. 107

⁹⁶ Barda Nawawi Arief IV, *Op. Cit.*, hlm. 9.

⁹⁷ Barda Nawawi Arief I. *Op. Cit.*, hlm.79

yang bersifat melawan hukum dan dianggap tercela dan bagaimana bentuk pertanggungjawaban pidananya serta bentuk dan jenis sanksi yang dapat dijatuhkan baik berupa pidana maupun tindakan termasuk di dalamnya mengenai bobot (berat ringan) ancamannya. Bobot ancaman tersebut berkaitan dengan tingkat ketercelaan atau keseriusan dari suatu perbuatan yang dianggap kriminal itu sendiri maupun dengan perbuatan kriminal (tindak pidana) yang dianggap sejenis atau mirip.

Berbicara bobot (berat ringan) ancaman pidana tidak terlepas dari prinsip proporsionalitas sebagaimana disampaikan oleh William W. Berry yang dikutip oleh Mahrus Ali bahwa proporsionalitas merupakan hubungan antara beratnya ancaman pidana dengan tindak pidana dan kesalahan pembuat sehingga hal ini sebagai bentuk pembatasan kekuasaan negara untuk mengancamkan sanksi pidana berdasarkan kepentingan individu maupun pertimbangan politik semata. Dengan demikian ancaman pidana dianggap tidak proporsional apabila melampaui kekuasaan sah negara.⁹⁸ Untuk itu, dari sudut kebijakan menggunakan hukum pidana maka ancaman pidana merupakan salah satu dari 2 (dua) masalah sentral yang perlu diperhatikan dalam kebijakan hukum pidana (*penal policy*)⁹⁹ khususnya dalam tahap formulasi.

⁹⁸ Mahrus Ali, Proporsionalitas dalam Kebijakan Formulasi Sanksi Pidana, Jurnal Hukum *Ius Quia Iustum*, Fakultas Hukum Universitas Islam Indonesia, 2018, hlm. 143.

⁹⁹ Dalam pembahasan kebijakan menggunakan hukum pidana maka terdapat 2 (dua) masalah sentral yang perlu diperhatikan dalam kebijakan hukum pidana (*penal policy*) khususnya dalam tahap formulasi yaitu: pertama masalah penentuan perbuatan apa yang seharusnya dijadikan tindak pidana dan kedua, masalah penentuan sanksi

Dari sisi lain, arah politik/kebijakan kriminal/hukum pidana dalam lingkup pidana materil sekarang tersebar di beberapa undang-undang yang secara umum ada dalam KUHP.¹⁰⁰ Menurut penulis mengingat Indoneisa menganut hukum/undang-undang hukum pidana kodifikasi maka tentunya semua ketentuan pidana menginduk pada KUHP kecuali ada penyimpangan dalam hal tertentu. Hal tersebut merupakan konsekuensi dari ketentuan Pasal 103 KUHP¹⁰¹ atau dikenal juga dengan istilah kodifikasi terbuka. Berkaitan dengan politik/kebijakan kriminal/hukum pidana, yang menjadi persolan utamanya adalah KUHP tidak memberikan arah yang jelas dari sisi masalah dasar dalam hukum pidana yakni masalah perbuatan pidana atau perumusan tindak pidana (*criminal act*) dan pertanggungjawaban pidana (*criminal responsibility*), dan pidana atau perumusan sanksi (*sanction*) baik yang berupa pidana

apa yang sebaiknya digunakan atau dikenakan kepada si pelanggar, Barda Nawawi Arief, Bunga Rampai III, Op.Cit., hlm. 29.

¹⁰⁰ Untuk mengisi kekosongan hukum pidana yang diberlakukan pasca kemerdekaan di Indonesia maka dengan dasar Pasal II Aturan Peralihan UUD 1945, *Wetboek van Strafrecht voor Nederlandsch-Indie/WvSNI* (Stb. 1915: 732) tetap diberlakukan. Kemudian diberlakukan Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1946 tentang Peraturan Hukum Pidana, *Wetboek van Strafrecht voor Nederlandsch-Indie* (Stb. 1915: 732) disebut sebagai Kitab Undang-Undang Hukum Pidana. Hingga Tahun 1958, masih terjadi dualisme hukum pidana di Indonesia dan berakhir setelah diundangkannya Undang-Undang Nomor 73 Tahun 1958 tentang "Menyatakan Berlakunya Undang-Undang No. 1 Tahun 1946 Republik Indonesia Tentang Peraturan Hukum Pidana Untuk Seluruh Wilayah Republik Indonesia dan Mengubah Kitab Undang-Undang Hukum Pidana". Dengan Undang-Undang Nomor 73 Tahun 1958 terwujud kesatuan hukum pidana materil yang seragam untuk seluruh Indonesia yang bersumber pada "*Wetboek van Strafrecht voor Nederlandsch-Indie*".

¹⁰¹ Pasal 103 KUHP merupakan bagian dari aturan penutup dari Buku I KUHP yang berbunyi: "Ketentuan-Ketentuan dalam Bab 1 sampai dengan Bab VIII buku ini juga berlaku bagi perbuatan-perbuatan yang oleh ketentuan perundang-undangan lainnya diacani dengan pidana, kecuali jika oleh undang-undnag ditentukan lain.

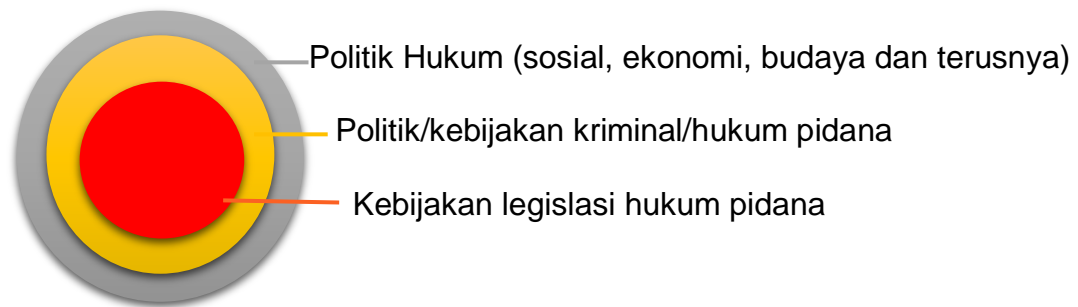
maupun tindakan sehingga melahirkan pengacaman pidana dalam hukum pidana menjadi tidak konsisten.¹⁰²

Pada prinsipnya secara bertahap telah dilaksanakan kebijakan legislasi nasional dalam ranah hukum pidana. Namun oleh karena hukum pidana induk (kodifikasi) yang dimuat dalam Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP) masih belum digantinya, khususnya Buku I yang memuat ketentuan umum, sebagai instrumen dan barometer hukum pidana nasional Indonesia maka dapat dikatakan belum menyelesaikan problem utamanya.¹⁰³ Khususnya terkait dengan masalah dasar dalam hukum pidana yakni masalah pidana, perbuatan pidana dan pertanggungjawaban pidana termasuk tujuan pembedaan.

Sebagaimana telah uraian di atas maka kebijakan legislasi dapat dikatakan sebagai bagian sub sistem dari politik hukum. Kebijakan legislasi hukum pidana merupakan makna sempit atau bagian dari politik hukum dan bentuk implementatif dari politik hukum pidana (*penal policy*). Sebagai gambaran penulis akan menggambarkan dalam diagram relationship berikut:

¹⁰² Mudzakir, Perencanaan Pembangunan Hukum Nasional Bidang Hukum Pidana dan Sistem Pemidanaan (Politik Hukum dan Pemidanaan), Badan Pembinaan Hukum Nasional Departemen Hukum dan Hak Asasi Manusia, Tahun 2008, hlm.11-13. "Dari rumusan fungsi dan tujuan hukum pidana dapat diambil tiga dasar atau pikiran pokok, dimana timbul persoalan yaitu: pertama tentang perbuatan yang dilarang, tentang orang yang melanggar larangan tadi, dan ketiga tentang pidana yang diancamkan pada si pelanggar", Moeljatno, Fungsi dan Tujuan Hukum Pidana Indonesia dan Rancangan Undang-Undang Tentang Asas-asas dan Dasar-dasar Pokok Tata Hukum Indonesia, Bina Aksara, Jakarta, 1985, hlm. 19.

¹⁰³ Badan Pembinaan Hukum Nasional Kementerian Hukum dan Hak Asasi Manusia, Naskah Akademik RUU KUHP, 2015, hlm. 5.



Gambar 1 Diagram relationship/hubungan politik hukum, politik/kebijakan kriminal dan kebijakan legislasi

Dengan demikian dalam kerangka kebijakan penanggulangan kejahatan dengan hukum pidana maka kebijakan legislasi hukum pidana oleh pembentuk undang-undang dituntut harus dapat melihatnya secara komprehensif dan terintegratif dengan kebijakan politik/kebijakan kriminal/hukum pidana yang dibangun dan selaras dengan politik hukum secara keseluruhan yang lebih luas untuk mencapai tujuan nasional melalui hukum pidana.

B. Ancaman Sanksi Hukum Pidana Dalam Ketentuan Ketentuan Pidana

1. Sanksi Pidana

Sebagaimana telah disinggung sebelumnya, ancaman pidana (*strafmaat*) merupakan salah satu dari 3 (tiga) topik utama/masalah dasar dalam hukum pidana. Begitu juga dalam konteks pembahasan kebijakan menggunakan hukum pidana, masalah penentuan sanksi merupakan salah satu masalah sentral yang perlu diperhatikan dalam kebijakan hukum pidana (penal policy) khususnya dalam tahap formulasi. Oleh

karenanya menjadi menarik untuk menyingkap apa itu “ancaman pidana?”.

Pidana merupakan arti dari “straf” dari Bahasa Belanda yang dapat diartikan sebagai hukuman/sanksi¹⁰⁴. Istilah hukuman/sanksi disini tentunya sangat luas cakupannya hukuman perdata maupun hukuman administrasi negara. Untuk itu lebih tepat menggunakan istilah pidana dari pada istilah hukuman karena pidana merupakan suatu penderitaan yang sengaja dijatuhkan (oleh hakim)/diberikan oleh negara (dalam arti luas termasuk juga dalam ranah kebijakan legislasi/pembentuk undang-undang) atas suatu perbuatan atau akibat/konsekuensi atas perbuatan yang telah melanggar larangan (termasuk juga perintah) dari hukum pidana yang secara khusus larangan atau perintah hukum pidana ini disebut sebagai tindak pidana (*strafbaar feit*). Bentuk penderitaan dimaksud dapat dijatuhkan oleh negara sepanjang telah ditetapkan atau

¹⁰⁴ Menurut “*Black’s Law Dictionary Seventh Edition*”, sanksi (*sanction*) adalah: “a penalty or coercive measure that results from failure to comply with a law, rule, or order (a sanction for discovery abuse)”, Henry Campbell Black, 1990. *Black’s Law Dictionary*, West Publishing, p. 1341. Sedangkan *criminal sanction* diartikan *A sanction attached to a criminal conviction, such as a fine or restitution –Also termed penal sanction*. Ibid. Sedangkan dalam Kamus Besar Bahasa Indonesia, sanksi diartikan (1) tanggungan (tindakan, hukuman, dsb) untuk memaksa orang menepati perjanjian atau menaati ketentuan undang-undang (anggaran dasar, perkumpulan, dsb); (2) tindakan (mengenai perekonomian dsb) sebagai suatu hukuman kepada suatu negara; (3) hukum : a. imbalan negatif, berupa pembebanan atau penderitaan yang ditentukan dalam hukum; b. imbalan positif, yang berupa hadiah atau anugerah yang ditentukan dalam hukum. Sedangkan pidana diartikan hukum kejahatan, kriminal. Departemen Pendidikan Nasional, Kamus Besar Bahasa Indonesia (edisi keempat), Gramedia Pustaka Utama, Jakarta, 2008, hlm. 1224.

diatur secara rinci mengenai Batasan-batasannya dan cara menjatuhkannya serta di mana dan bagaimana cara menjalankannya¹⁰⁵.

Menurut J. van Kan sebagaimana di kutip oleh Andi Hamzah, hukum pidana pada hakikatnya merupakan hukum sanksi (het strafrecht is wezenlijk Sanctierecht)¹⁰⁶. G.P. Hoefnagels memberikan gambaran secara umum dan luas bahwa sanksi dalam hukum pidana merupakan reaksi terhadap pelanggaran hukum pidana yang telah ditentukan dalam undang-undang yang dimulai proses dari penahanan tersangka dan penuntutan terdakwa sampai pada penjatuhan vonis oleh hakim. Jadi G.P. Hoefnagels melihat sanksi pidana tidak hanya pada vonis hakim saja tetapi juga melihat proses dalam sistem peradilan pidana juga termasuk sebagai pidana¹⁰⁷. Menurut penulis pandangan tersebut melihat sanksi secara luas tetapi terbatas pada konteks penegakan hukum/*Law enforcement*¹⁰⁸ (*in concreto*) yang menurut Sudarto¹⁰⁹ berkaitan dengan berbagai badan yang kesemuanya mendukung dan

¹⁰⁵ Adami Chazawi, Pelajaran Hukum Pidana (Bagian I) : Stelsel Pidana, Tindak Pidana, Teori Pidanaan dan Batas Berlakunya Hukum Pidana (selanjutnya disebut Adami Chazawi I), RajaGrafindo Persada, Jakarta, 2008, hlm. 24

¹⁰⁶ Andi Hamzah, Hukum Pidana Indonesia (selanjutnya disebut Andi Hamzah II), Sinar Grafika, 2017, hlm. 175

¹⁰⁷ G.P. Hoefnagels, *The Other Side of Criminology*, Kluwer Deventer, Holland, 1973 hlm. 138-140.

¹⁰⁸ *Law enforcement is the activity of some members of government who act in an organized manner to enforce the law by discovering, deterring, rehabilitating, or punishing people who violate the rules and norms governing that society.* New Law Journal - Volume 123, Part 1 - Page 358, 1974. *Although the term encompasses police, courts, and corrections, it is most frequently applied to those who directly engage in patrols or surveillance to dissuade and discover criminal activity, and those who investigate crimes and apprehend offenders, a task typically carried out by the police, sheriff or another law enforcement organization.* Kären M. Hess, Christine Hess Orthmann, *Introduction to Law Enforcement and Criminal Justice* (2008), p. 1

¹⁰⁹ Sudarto III, Op. Cit., hlm. 42.

melaksanakan stelsel saksi hukum pidana itu. Secara *in abstracto*, sanksi pidana merupakan penetapan stelsel sanksi hukum pidana yang berkaitan dengan pembentukan undang-undang.

Menurut *Arnold H. Loewy* sebagaimana dikutip oleh *Eddy O.S. Hiariej* bahwa salah satu karakteristik hukum pidana yang membedakannya dengan bidang hukum lainnya adalah adanya sanksi pidana yang keberlakuannya dipaksakan oleh negara. Dengan demikian pidana adalah reaksi atas tindak pidana dalam bentuk nestapa yang dengan sengaja ditimpakan negara kepada pembuat tindak pidana tersebut. Dari definisi ini terdapat tiga unsur utama dari pengertian pidana, yakni pertama, merupakan reaksi atas suatu aksi, yaitu reaksi atas suatu "*criminal act*" atau tindak pidana. Kedua, wujudnya dalam bentuk nestapa dan ketiga, dijatuhkan kepada pembuat tindak pidana (*daader*) oleh negara. Sebagai konsekuensi dari suatu reaksi, *Criminal act* (perbuatan yang dilarang/tindak pidana atau *strafbaar feit*) sebagai perbuatan tercela tentunya memiliki hubungan sebab akibat (kausalitas) yakni sanksi pidana sebagai bentuk implementasi/pengejawantahan dari ketercelaan itu sendiri.

Mengingat sanksi pidana itu merupakan sanksi yang bersifat menderitakan maka secara rasio logis, dalam hukum pidana terdapat sebuah asas *ultimum remidium*, makna asas ini berarti bahwa sanksi pidana dipergunakan manakala sanksi-sanksi yang lain sudah tidak

berdaya.¹¹⁰ Artinya saksi pidana ditempatkan sebagai *resources* (sumber daya) terakhir dalam mengatasi atau menanggulangi kejahatan disaat sanksi lain tidak sanggup lagi (*The last solution*). Makna dari asas tersebut memberikan pesan kuat bahwa perlu prinsip kehati-hatian dalam menerapkan sanksi pidana baik dalam penegakan hukum maupun sebagai pilihan dalam formulasi kebijakan hukum pidana dalam kerangka legislasi.

Disatu sisi, sanksi pidana dapat dipahami bersifat represif dari hukum pidana tetapi disisi lain juga mengandung arti juga preventif sebagaimana dikatakan oleh Barda Nawawi Arief bahwa walaupun kebijakan penal bersifat represif namun sebenarnya juga mengandung unsur preventif karena dengan adanya ancaman dan penjatuhan pidana terhadap delik/kejahatan diharapkan ada efek pencegahan atau penangkal ("*deterrent effect*") nya,¹¹¹ Sanksi pidana secara represif dapat diartikan sebagai hukuman yang diberikan kepada orang yang melakukan tindakan kejahatan sesuai ketentuan undang-undang. Jadi pencantuman ancaman pidana pada setiap larangan (delik komisi/ tindak pidana yg sifatnya aktif) atau pelanggaran atas kewajiban/keharusan/perintah (delik omisi/ sifatnya pasif atau diam) yang ditetapkan sebagai tindak pidana (*strafbaar feit*) disamping bertujuan untuk kepastian hukum (dalam

¹¹⁰ Todung Mulya Lubis dan Alexander Lay, *Kontroversi Hukuman Mati, Perbedaan Pendapat Hakim Konstitusi*, Kompas Media Nusantara, Jakarta, 2009, hlm. 255.

¹¹¹ Barda Nawawi Arief I, *Op. Cit.* hlm. 184.

konteks represif) dan rangka membatasi kekuasaan negara juga bertujuan mencegah (prevetif) bagi orang yang berniat melanggar hukum.¹¹²

Terkait dengan sanksi pidana ini Herbert L. Packer mengemukakan 3 (tiga) hal yakni yang pertama sanksi pidana sangatlah diperlukan, sekarang maupun akan datang; kedua, sanksi pidana merupakan alat atau sarana yang terbaik dan tersedia, yang kita miliki untuk menghadapi bahaya-bahaya besar dan segera untuk menghadapi ancaman dari bahaya itu; dan yang ketiga bahwa sanksi pidana merupakan penjamin utama yang terbaik, tetapi disisi lain juga dapat sebagai pengancaman utama dari beberapa manusia, apabila digunakan secara tidak hemat, cermat dan secara manusiawi atau sanksi pidana akan menjadi ancaman, bila digunakan secara sembarangan dan secara paksa.¹¹³

Dalam hukum positif (ketentuan pidana dalam undang-undang) atau praktek pembentukan peraturan perundang-undangan di Indonesia, terdapat beberapa bentuk atau model penancaman pidana dalam suatu rumusan ketentuan pidana (tindak pidana) yakni: pertama, hanya mengancamkan satu jenis pidana atau ancaman pidana tunggal, kecuali untuk pidana mati selalu dialternatifkan dengan pidana penjara seumur hidup atau pidana penjara selama waktu tertentu; kedua satu jenis pidana diancamkan sebagai alternatif dari jenis pidana yang lain; ketiga satu jenis pidana diancamkan secara kumulatif dengan jenis pidana yang lain; dan

¹¹² Adami Chazawi I, Op. Cit. hlm. 25.

¹¹³ Herbert. L. Parker, . Op.Cit. hlm. 344-346

keempat, pidana diancamkan dengan kombinasi alternatifkumulatif. Konsepsi teoretik sebagaimana tersebut membawa konsekuensi apabila dituangkan dalam rumusan tindak pidana dalam peraturan perundangundangan. Oleh karena itu, pengkajian terhadap rumusan ancaman pidana dalam peraturan perundang-undangan diluar KUHP berpangkal tolak dari konsepsi teoretik tersebut.

Di Indonesia perumusan pidana (ancaman pidana) dan ppidanaan diatur dalam KUHP sebagai induk atau sumber utama hukum pidana, tepatnya dalam Buku I Pasal 10 untuk jenis pidannya dan sedangkan perumusan ancaman sanksi pidana secara operasional tercantum dalam ketentuan Buku II tentang Kejahatan dan Buku III mengenai pelanggaran. Dari stelsel ketentuan Pasal 10 KUHP tersebut telah membedakan pidana dalam 2 (dua) kelompok yakni pidana pokok (*hoofd straffen*) dan pidana tambahan (*bijkomende straffen*). Pidana pokok terdiri dari pidana mati, pidana penjara, pidana kurungan, pidana denda dan pidana tutupan. Sedangkan untuk pidana tambahan meliputi pencabutan hak-hak tertentu, perampasan barang-barang tertentu dan pengumuman putusan hakim.

1.1. Pidana Pokok

1.1.1. Pidana Mati (*death penalty*)

Ketentuan Pidana Mati (*death penalty*) di dalam KUHP diancamkan terhadap tindak pidana sebagai kejahatan yang diatur dalam Buku II yakni Pasal 104 (mengenai makar kepada negara),

Pasal 111 ayat (2) (melakukan hubungan dengan negara asing sehingga terjadi perang), Pasal 124 ayat (1) (penghianatan memberitahukan kepada musuh di saat perang), Pasal 124 ayat (2) (memghasut dan memudahkan terjadinya huru hara), Pasal 340 (pembunuhan berencana), Pasal 365 ayat (4) pencurian dengan kekerasan secara bersekutu mengakibatkan luka berat atau mati, Pasal 44 (pembajakan laut mengakibatkan kematian) dan Pasal 479k ayat (2) dan Pasal 479o ayat (2) (kejahatan penerbangan dan sarana penerbangan).

Dalam ketentuan Buku II tersebut bentuk pengacaman pidana mati selalu berfiat alternatif dengan pidana pokok lainnya pidana sumur hidup atau pidana penjara paling lama 20 tahun. Dari ketentuan Buku I dan Buku II tersebut dapat disimpulkan bahwa pidana mati merupakan pidana pokok terberat dan diancamkan kepada tindak pidana yang sangat berat selalu disertai dengan alternatif pidana sumur hidup atau pidana penjara paling lama 20 tahun.

Selain dalam KUHP, pidana mati juga diatur dalam beberapa undang-undang yakni antara lain Undang-Undang Nomor 35 Tahun 2009 tentang Narkotika, Undang-Undang Nomor 31 Tahun 1999

tentang dan terakhir pidana mati diatur dalam Perpu Nomor 1 Tahun 2016 jo Undang-Undang Nomor nomor 17 Tahun 2016.¹¹⁴

Secara konseptual pidana pembicaraan mengenai pidana mati perkembangannya, kontroversi pidana mati hingga sekarang tetap menjadi isu hangat dan perdebatan panjang dari berbagai kalangan. Banyak pihak yang kontra dengan pidana mati dan begitu juga sebaliknya masih banyak juga orang yang berpandangan bahwa pidana mati untuk kejahatan tertentu masih tetap masih dipandang perlu.¹¹⁵ Diantara alasan kontra atau penolakan terhadap pidana mati mengatakan bahwa hak untuk menghukum pencabutan nyawa seseorang hanya ada pada tuhan meskipun terhadap pelaku pembunuhan sekalipun.¹¹⁶

Ide mengenai kontra pidana mati tersebut didasarkan pada keraguan eksistensi pidana mati untuk menjamin kelangsungan hidup masyarakat dan untuk mencegah orang melakukan kejahatan bertolak belakang dengan kenyataannya yang tidak dapat menjamin kejahatan dapat dicegah atau ditangkal. Pidana mati justru lebih mencerminkan

¹¹⁴ Undang-Undang Nomor 17 Tahun 2016 tentang Penetapan Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang Nomor 1 Tahun 2016 tentang Perubahan Kedua atas Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2002 tentang Perlindungan Anak menjadi Undang-Undang (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2016 Nomor 237, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 5946).

¹¹⁵ Pidana mati peruntukan terhadap kejahatan yang kejam dan dilaksanakan oleh negara sebagai representasi korban untuk para pelaku yang bermoral buruk, Karen S. Miller, 2006, *Wrongful Capital Convictions And The Legitimocy Of The Death Penalty*, LFB Scholarly Publishing LLC, New York, hlm. 63.

¹¹⁶ Hugo Adam Bedau, 1965, *The Death Penalty in America: An Anthology*, Aldine Publishing Company, Chicago, Hal, 1.

sebuah kebrutalan. Pada prinsipnya seseorang tidak dapat mengorbankan kehidupannya sendiri, sehingga oleh karena itu tidak ada pula seorang pun yang dapat memberikan suatu kehidupan (hak hidup) ataupun kematian (hak mati) kepada sesamanya. Hal tersebut didasarkan pada penadangan bahwa hidup adalah hak paling dasar yang dimiliki setiap manusia secara kodrati sebagai anugrah/pemberian Tuhan Yang Maha Esa.¹¹⁷ Keraguan/kritikan terhadap pidana mati tersebut pertama kali disampaikan oleh Cesare Beccaria dalam *Crimes and Punishments* yang dipublikasikan pada tahun 1764 yang menegaskan bahwa pidana mati merusak masyarakat dari contoh kebiadaban yang dihasilkannya.¹¹⁸

Terlepas dari perdebatan pro dan kontra pidana mati tersebut pada prinsipnya secara konsep instrumen hukum baik di secara nasional dan internasional tidak menghapus sama sekali mengenai pidana mati meskipun tetap ada usaha menghapus atau membatasi hukuman mati termasuk cara eksekusinya.¹¹⁹ Dalam kebijakan hukum

¹¹⁷ Cesare Beccaria sebagaimana dikutip oleh Soedarto dalam tulisannya berjudul Suatu Dilemma dalam Pembaruan Sistem Pidana Indonesia, Kumpulan Pidato Pengukuhan Guru Besar Fakultas Hukum, UNDIP, Semarang, Badan Penerbit Universitas Diponegoro, Semarang, 1994, hlm. 22. Pihak yang meolak pidana mati menilai bahwa pdiana mati bertentangan dengan nilai dasar kemanusiaan sehingga keuasaan manapun termasuk negara tidak berhak atau berwenang mencabut hak hidup seseorang. Elmar I. Lubis, Perkembangan Isu Hukuman Mati di Indonesia, Opini Yuris, Direktorat Jenderal Hukum dan Perjanjian Internasional Kementerian Luar Negeri-Republik Indonesia, volme 4, Januari- April 2012.

¹¹⁸ Cesare Beccaria sebagaimana dikutip oleh Eddy O.s Hiariej dari Bryan vila And Cynthia Morris dalam buku berjudul Capital Punishment in The United State, Eddy O.s Hiariej, Prinsip-Prinsip Hukum Pidana (edisi Revisi), 2015, hlm. 454.

¹¹⁹ Pada tanggal 11 Desember 1977 di Stockholm, Amnesty Internasional telah menyerukan penghapusan pidana mati di seluruh dunia. Di Indonesia pidana mati

nasional pidana mati masih tetap diberlakukan/diterapkan baik di tataran penyusunan kebijakan/politik hukum pidana (terakhir pada tahun 2016) maupun ditataran penegakan hukum. Selain itu secara konsep/politik hukum, pidana mati dianggap tidak bertentangan dengan konstitusi/UUD 1945 (Pasal 28A dan Pasal 28I (1) sebagaimana putusan dari Mahkamah Konstitusi Nomor 2-3/PUU-V/2007¹²⁰. Begitu juga dengan instrument internasional, seperti ICCPR (*International Covenant on Civil and Political Rights*)¹²¹ dimana hukuman mati masih dapat dijatuhkan walaupun ada kecenderungan untuk membatasi penerapan hukuman mati dalam waktu perang dan

harus dilakukan setelah adanya penolakan grasi oleh Presiden. Telah diatur pula bahwa pidana mati harus ditunda terhadap wanita yang sedang hamil, sakit jiwa dan pelaksanaannya harus memperhatikan perikemanusiaan. Andi Zaenal Abidin Farid dan Andi Hamzah, *Bentuk-bentuk Khusus Perwujudan Delik (Percobaan, Penyertaan dan Gabungan Delik) dan Hukum Penitensier*, Sumber Ilmu Jaya, Jakarta, 2001, hlm. 260-264.

¹²⁰ Uji materiil ke Mahkamah Konstitusi diajukan Edith Yunita Sianturi, Rani Andriani, Myuran Sukumaran dan Andrew Chan yang pada prinsipnya berargumen antara lain bahwa pidana mati bertentangan dengan hak asasi manusia. Mahkamah Konstitusi melalui persidangan yang panjang mengeluarkan Putusan Nomor 2 – 3/PUU-V/2007 yang pada intinya menolak permohonan uji materiil tersebut meskipun tidak terdapat suara bulat dalam pengambilan putusan perkara *a quo* (Empat dari sembilan hakim Mahkamah Konstitusi mengajukan pendapat berbeda terkait pidana mati). Dengan demikian pidana mati masih tetap berlaku sebagai hukum positif di Indonesia.

¹²¹ *International Covenant on Civil and Political Rights*, disingkat ICCPR atau dalam bahasa Indonesia juga dikenal dengan Kovenan Internasional tentang Hak-Hak Sipil dan Politik yang disahkan yang disahkan dengan Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 12 Tahun 2005 tentang Pengesahan International Covenant On Civil and Political Rights (Kovenan Internasional Tentang Hak-Hak Sipil dan Politik) merupakan sebuah perjanjian multilateral yang ditetapkan oleh Majelis Umum Perserikatan Bangsa-Bangsa berdasarkan Resolusi 2200A (XXI) pada tanggal 16 Desember 1966. Perjanjian ini mulai berlaku pada tanggal 23 Maret 1976 (tiga bulan setelah penyerahan instrumen ratifikasi atau aksesi yang ketiga puluh lima kepada Sekjen PBB, seperti yang diatur oleh Pasal 49). Perjanjian ini mewajibkan negara anggotanya untuk melindungi hak-hak sipil dan politik individu, termasuk hak untuk hidup, kebebasan beragama, kebebasan berpendapat, kebebasan berkumpul, hak elektoral, dan hak untuk memperoleh proses pengadilan yang adil dan tidak berpihak.

hanya untk kejahatan yang paling serius. Secara komparasi juga terdapat beberapa negara masih menerapkan pidana mati bahkan negara yang sangat menjunjung hak asasi manusia seperti Amerika Serikat ¹²², di beberapa negara bagiannya masih memberlakukan pidana mati. Hal ini menurut menurut Bambang Sugeng Rukmono menunjukkan bahwa meskipun banyak pihak yang menentang pidana mati (bahkan menghapuskan sama sekali pidana mati) tetapi banyak juga negara yang masih mempertahankan pidana mati untuk tetap diberlakukan (meskipun secara terbatas) termasuk negara-negara yang berpandangan liberal dan teguh memperjuangkan Hak Asasi Manusia.¹²³

Jika kita lihat ketentuan pidana mati di Indonesia maka pidana mati diposisikan sebagai pidana pokok terberat yang selalu diancamkan sebagai pidana pemberatan ditujukan kepada delik yang dikualifisir dan dari segi formulasi ancaman pidana mati selalu dialternatifkan sebagai pidana penjara seumur hidup dan pidana penjara paling lama 20 (dua puluh) tahun.

¹²² Diantara negara yang masih mengatur pidana mati yakni Singapura, Saudi Arabia, Prancis bahkan Amerika Serikat sebagai negara yang teguh memperjuangkan Hak Asasi Manusia masih memberlakukan pidana mati disebagian besar negara bagian (dari 50 (lima puluh) negara bagian, hanya 18 negara bagian yang menolak pidana mati sedangkan 32 negara bagian lainnya masih memberlakukan pidana mati). Pada tahun 1976 Mahkamah Agung Amerika Serikat menyatakan hukuman bukan merupakan suatu "hukuman yang kejam dan tidak biasa" (*cruel and unusual punishment*) dimana untuk tindak pidana tertentu seperti pembunuhan berencana, hukuman pidana mati tetap diberlakukan semabai salah satu pidana pokok. Bambang Sugeng Rukmono, *Hakikat Pelaksanaan Hukuman Mati Ditinjau Dari Perspektif Hak Asasi Manusia*, PT RajaGrafindo Persada, Jakarta, 2016, hlm.177-190 dan hlm. 201

¹²³ Ibid.

Pelaksanaan pidana mati di Indonesia berdasarkan ketentuan Pasal 11 KUHP secara resmi dijalankan oleh algojo di tiang gantungan. Kemudian pada tahun 1964 pelaksanaan pidana mati diubah dengan keluarnya UU No. 2 Pnps 1964¹²⁴ dimana pidana mati dilaksanakan dengan cara ditembak oleh regu tembak, tidak di muka umum, bagi terpidana mati wanita hamil atau orang yang sakit jiwa ditunda sampai wanita tersebut melahirkan atau orang yang sakit jiwa tersebut sembuh, dan baru dapat dilaksanakan setelah permohonan grasi bagi terpidana ditolak Presiden. Meskipun di tetapkannya cara pelaksanaan pidana mati yang baru maka sejatinya ketentuan Pasal 11 KUHP sudah tidak berlaku tetapi tidak demikian adanya karena terdapat kejanggalan dimana secara eksplisit ketentuan Pasal 11 tersebut tidak pernah dihapus.

Berbeda dengan stelsel pidana yang diatur dalam Pasal 10 KUHP, dalam RUU KUHP tidak memasukkan pidana mati sebagai salah satu sebagai jenis pidana pokok. Disebutkan bahwa pidana mati merupakan pidana yang bersifat khusus dan yang selalu diancamkan secara alternatif (Pasal 67 RUU KUHP)¹²⁵. Kemudian juga ditegaskan kembali dalam Pasal 98 RUU KUHP bahwa pidana mati diancamkan secara alternatif sebagai upaya terakhir untuk mencegah dilakukannya Tindak Pidana dan

¹²⁴ UU No 2/Pnps/1964 (Penpres Nomor 2 Tahun 1964 (LN 1964 No 38)) yang ditetapkan menjadi undang-undang dengan UU No 5 Tahun 1969 tentang Tata Cara Pelaksanaan Pidana Mati Yang Dijatuhkan Oleh Pengadilan Di Lingkungan Peradilan Umum dan Militer.

¹²⁵ Pasal 68 ayat (3) : “Dalam hal terdapat pilihan antara pidana mati dan pidana penjara seumur hidup atau terdapat pemberatan pidana atas Tindak Pidana yang dijatuhi pidana penjara 15 (lima belas) tahun, pidana penjara untuk waktu tertentu dapat dijatuhkan untuk waktu 20 (dua puluh) tahun berturut-turut”.

mengayomi masyarakat. Hal ini berarti, pidana mati hanya dikenakan bagi tindakan dan petindak dengan kuantitas dan kualitas kejahatan yang tertentu, yang dipandang layak untuk diterapkan. Artinya, ia baru dijatuhkan jika tindakan si pelaku sedemikian tercelanya dan bahwa si petindak dipandang sukar untuk diperbaiki. Dengan demikian, dalam pembaruan hukum (RUU KUHP) bukan berarti pidana mati tidak diperlukan lagi, melainkan ia akan diterapkan secara eksepsional.

Sedangkan bentuk atau cara pelaksanaannya sama dengan yang berlaku sekarang yakni pidana mati dilaksanakan dengan menembak terpidana sampai mati oleh regu tembak atau dengan cara lain yang ditentukan dalam Undang-Undang¹²⁶. Selain menempatkan pidana mati sebagai pidana yang bersifat khusus, dalam pembaruan hukum pidana juga merumuskan 2 (dua) terobosan baru lainnya yakni pertama, hakim dapat menjatuhkan pidana mati dengan masa percobaan selama 10 (sepuluh) tahun dengan memperhatikan rasa penyesalan terdakwa dan ada harapan untuk memperbaiki diri, peran terdakwa dalam Tindak Pidana atau ada

¹²⁶ Dalam ketentuan Pasal 99 RUU KUHP menyebutkan :

(1) Pidana mati dapat dilaksanakan setelah permohonan grasi bagi terpidana ditolak Presiden.

(2) Pidana mati sebagaimana dimaksud pada ayat (1) tidak dilaksanakan di muka umum.

(3) Pidana mati dilaksanakan dengan menembak terpidana sampai mati oleh regu tembak atau dengan cara lain yang ditentukan dalam Undang-Undang.

(4) Pelaksanaan pidana mati terhadap perempuan hamil, perempuan yang sedang menyusui bayinya, atau orang yang sakit jiwa ditunda sampai perempuan tersebut melahirkan, perempuan tersebut tidak lagi menyusui bayinya, atau orang yang sakit jiwa tersebut sembuh

alasan yang meringankan¹²⁷ dan kedua, Perubahan pidana mati menjadi pidana penjara seumur hidup dengan Keputusan Presiden, jika permohonan grasi terpidana mati ditolak dan pidana mati tidak dilaksanakan selama 10 (sepuluh) tahun sejak grasi ditolak bukan karena terpidana melarikan diri (Pasal 101 RUU KUHP).

1.1.2. Pidana Penjara

Dari sudut historis pidana penjara merupakan pidana yang cukup tua, yang banyak dipengaruhi oleh teori pembalasan untuk menjerakan penjahat maupun untuk melindungi masyarakat¹²⁸ sebagaimana diterangkan oleh Howard Jones bahwa sejak zaman raja mesir 2000 (dua ribu) tahun Sebelum Masehi (SM) sudah dikenal pidana penjara kemudian terus berkembang dari waktu ke waktu baik bentuknya dan perlakukannya. Pada abad ke-16, di Inggris terdapat pidana penjara dalam arti tindakan untuk melatih bekerja di Bridewell pada tahun 1522 hingga kemudian dikeluarkannya *Act of 1630* dan *Act of 170* dikenal institusi pidana penjara yang narapidananya dibina oleh *The House of Correction*. Perkembangan kemudian terjadi pada tahun-tahun awal abad

¹²⁷ Vide Ketentuan Pasal 100 RUU KUHP, lebih lanjut disebutkan bahwa Pidana mati dengan masa percobaan sebagaimana dimaksud pada ayat (1) harus dicantumkan dalam putusan pengadilan. Tenggang waktu masa percobaan 10 (sepuluh) tahun dimulai 1 (satu) Hari setelah putusan pengadilan memperoleh kekuatan hukum yang tetap. Jika terpidana selama masa percobaan menunjukkan sikap dan perbuatan yang terpuji, pidana mati dapat diubah menjadi pidana penjara seumur hidup dengan Keputusan Presiden setelah mendapatkan pertimbangan Mahkamah Agung. Namun sebaliknya, jika terpidana selama masa percobaan sebagaimana dimaksud pada ayat (1) tidak menunjukkan sikap dan perbuatan yang terpuji serta tidak ada harapan untuk diperbaiki, pidana mati dapat dilaksanakan atas perintah Jaksa Agung.

¹²⁸ Mompang L. Panggabean, Pokok-Pokok Hukum Penitensier di Indonesia, UKI Press Jakarta, 2005, hlm. 97.

ke-18 yang mulai tumbuh sebagai pidana baru dan terus dikembangkan oleh para ahli sebagai bentuk sanksi berupa pembatasan kebebasan bergerak, perampasan kemerdekaan atau hilangnya kemerdekaan sebagai bentuk penderitaan yang harus dirasakan¹²⁹.

Secara etimologi kata “penjara” itu sendiri berasal dari kata “penjera”, supaya orang itu jera tidak berbuat melanggar hukum lagi¹³⁰ sedangkan dari segi sarana atau tempat maka penjara merupakan tempat menampung para terpidana agar masyarakat tidak terganggu, disamping sebagai upaya preventif (pencegahan), agar para penjahat tidak dapat merajalela¹³¹.

Pidana Penjara sebagai salah satu bentuk pidana perampasan kemerdekaan¹³² maka jika ditinjau dari perpektif filosofis, pidana penjara bertujuan untuk menjamin pengamanan narapidana, dan memberikan kesempatan kepada narapidana untuk direhabilitasi. Namun disisi lain,

¹²⁹ Syaiful Bakhri, *Perkembangan Stelsel Pidana Indonesia*, Total Media, Yogyakarta, 2009, hlm. 64-65.

¹³⁰ A. Hamzah dan Siti Rahayu, *Suatu Tinjauan Ringkas Sistem Pemidanaan Di Indonesia*, cet.1, Akademika Pressindo, Jakarta, 1983, hlm. 29.

¹³¹ Kartini Kartono, *Patologi Sosial*, Jilid 1, Edisi Baru, Rajawali, 1981, Jakarta, hlm 186.

¹³² Andi Hamzah, *Sistem Pidana dan Pemidanaan Indonesia* dari Retribusi ke Reformasi (selanjutnya disebut Andi Hamzah III), cet.1, PT Pradnya Paramita, Jakarta, 1986, hlm. 27. Pidana perampasan kemerdekaan dapat dibuat batasan bahwa pidana ini merupakan perampasan kemerdekaan seseorang dan dilaksanakan dengan cara menempatkan di suatu bangunan terbatas yang penggolongan, pelaksanaan serta lamanya pidana ditentukan dengan peraturan perundang-undangan. Mompang L. Panggabean, *Pokok-Pokok Hukum Penitensier di Indonesia*, UKI Press Jakarta, 2005, hlm. 96. Lihat juga ketentuan Pasal 22 ayat (1) KUHP : “Terpidana yang sedang menjalani pidana hilang kemerdekaan di suatu tempat yang digunakan untuk menjalani pidana penjara atau pidana kurungan, atau kedua-duanya, segera sehabis pidana hilang kemerdekaan itu selesai, kalau diminta, boleh menjalani kurungan di tempat itu juga.”

hakikat dan fungsi penjara seringkali mengakibatkan dehumanisasi pelaku tindak pidana yang pada akhirnya menimbulkan kerugian bagi narapidana yang terlalu lama di dalam lembaga karena ketidakmampuan narapidana tersebut untuk melanjutkan kehidupannya secara produktif di dalam masyarakat. Meskipun demikian Muladi dan Barda Nawawi Arief, walaupun dalam pembaharuan hukum pidana alternatif pidana pencabutan kemerdekaan selalu menempati posisi sentral dalam stelsel sanksi pidananya namun sangat disadari bahwa sulit untuk menghapus pidana penjara begitu saja¹³³.

Di Indonesia, pengaturan pidana penjara diatur dalam KUHP maupun undang undang di luar KUHP sebagai salah satu jenis pidana yang diancamkan dan berdasarkan putusan pengadilan dapat dijatuhkan kepada seseorang yang terbukti bersalah secara sah dan meyakinkan terbukti melakukan suatu tindak pidana. Namun untuk stelsel pidananya (jenis, batas-batas penjatuhan pidana, cara penjatuhan pidana, cara dan di mana penambahan, dan pengecualian penjatuhan) diatur dalam KUHP.

Dalam ketentuan Pasal 12 KUHP disebutkan bahwa dari segi *strafmaat* atau berat ringannya pidana (*straf*), pidana penjara secara umum terbagi atas 2 (dua) yakni pidana penjara seumur hidup atau selama waktu tertentu. Untuk waktu tertentu lamanya paling pendek terendah (*strafminima*) adalah satu hari dan yang paling lama

¹³³ Muladi dan Barda Nawawi Arief, Teori-Teori dan Kebijakan Pidana, Alumni, Bandung, 2005, hlm. 77-78.

(*strafmaxima*) lima belas tahun berturut-turut. Pidana penjara selama waktu tertentu boleh dijatuhkan untuk dua puluh tahun berturut-turut dalam hal kejahatan yang pidananya hakim boleh memilih antara pidana mati, pidana seumur hidup, dan pidana penjara selama waktu tertentu, atau antara pidana penjara seumur hidup dan pidana penjara selama waktu tertentu. Begitu juga dalam hal batas lima belas tahun dilampaui sebab tambahan pidana karena perbarengan/*concursum* (vide Pasal 65, Pasal 66 dan Pasal 70) serta pengulangan atau karena ditentukan Pasal 52 KUHP (menyalahgunakan wewenang jabatan) dan 52a (menyalahgunakan bendera RI). Dalam ketentuan Pasal 12 tersebut juga ditegaskan bahwa Pidana penjara selama waktu tertentu sekali-kali tidak boleh melebihi dua puluh tahun.

Dalam KUHP juga menentukan *Straf modus* atau bentuk dan cara melaksanakan pidana penjara salah satunya berupa pidana bersyarat merupakan alternatif dari sanksi pidana perampasan kemerdekaan jangka pendek (pidana penjara 1 tahun atau pidana kurungan). Pidana bersyarat bukan merupakan pidana pokok tersendiri, melainkan merupakan cara penerapan pidana penjara. Artinya digolongkan sebagai bentuk pelaksanaan pidana penjara sebagaimana diatur dalam Pasal 14a sampai dengan Pasal 14f (vide juga Ordonansi Pidana Bersyarat (Stb. 1926—251 jo. 486) dan Ordonansi Pelaksanaan Pidana Bersyarat (Stb. 1926—487 jo. Stb. 1934—337).

KUHP juga mengenal pelepasan bersyarat yang juga merupakan salah satu bentuk *Straf modus* dari pidana penjara dan kurungan. Ketentuan mengenai pelepasan bersyarat diatur dalam ketentuan Pasal 15, 15 a, 15 b, 16 dan 17 KUHP (vide; Ordonansi Pembebasan Bersyarat (Stb.1917-749) dan Ordonansi Pelaksanaan Pembebasan Bersyarat (Stb. 1926-487 jo 1934-172 jo Stb. 1934-337). Selain KUHP, dalam pengaturan mengenai pelaksanaan pidana penjara juga diatur dalam Undang-Undang tersendiri yakni Undang-Undang tentang Pemasyarakatan. Jadi dalam formulasi atau ketentuan hukum materil tetap masih disebut dengan pidana penjara sedangkan pelaksanaannya dikenal dengan pemasyarakatan atau tempatnya disebut dengan Lembaga Pemasyarakatan.¹³⁴

¹³⁴ Walaupun telah diadakan berbagai perbaikan mengenai tatanan (sel sel) pemidanaan seperti pranata pidana bersyarat (Pasal 14 a KUHP), pelepasan bersyarat (Pasal 15 KUHP), dan pranata khusus penuntutan serta penghukuman terhadap anak (Pasal 45, 46, dan 47 KUHP), namun pada dasarnya sifat pemidanaan masih bertolak dari asas dan sistem pemenjaraan, sistem pemenjaraan sangat menekankan pada unsur balas dendam dan penjaraan, sehingga institusi yang dipergunakan sebagai tempat pembinaan adalah rumah penjara bagi Narapidana dan rumah pendidikan negara bagi anak yang bersalah. Sistem pemenjaraan yang sangat menekankan pada unsur balas dendam dan penjaraan yang disertai dengan lembaga "rumah penjara" secara berangsur-angsur dipandang sebagai suatu sistem dan sarana yang tidak sejalan dengan konsep rehabilitasi dan reintegrasi sosial, agar Narapidana menyadari kesalahannya, tidak lagi berkehendak untuk melakukan tindak pidana dan kembali menjadi warga masyarakat yang bertanggung jawab bagi diri, keluarga, dan lingkungannya. Berdasarkan pemikiran tersebut, maka sejak tahun 1964 sistem pembinaan bagi Narapidana dan Anak Pidana telah berubah secara mendasar, yaitu dari sistem kepenjaraan menjadi sistem pemasyarakatan. Begitu pula institusinya yang semula disebut rumah penjara dan rumah pendidikan negara berubah menjadi Lembaga Pemasyarakatan berdasarkan Surat Instruksi Kepala Direktorat Pemasyarakatan Nomor J.H.G.8/506 tanggal 17 Juni 1964. Untuk menggantikan ketentuan-ketentuan lama dan peraturan perundang-undangan yang masih mendasarkan pada sistem kepenjaraan dan untuk mengatur hal-hal baru yang dinilai lebih sesuai dengan Pancasila dan Undang-Undang Dasar 1945, maka dibentuklah

Dalam perkembangannya, pidana penjara selain sebagai pidana pokok yang diancamkan dalam rumusan ketentuan pidana, juga sebagai pidana pengganti/subsider (pidana penjara pengganti) atau pidana pengganti dari pidana denda. Misalnya dapat kita lihat dalam ketentuan Pasal 148 Undang-Undang Nomor 35 tahun 2009 tentang Narkotika, yang pada prinsipnya mengatur bahwa “apabila putusan pidana denda tidak dapat dibayar oleh pelaku tindak pidana Narkotika dan tindak pidana Prekursor Narkotika, pelaku dijatuhi pidana penjara paling lama 2 (dua) tahun sebagai pengganti pidana denda yang tidak dapat dibayar.

Dalam pembaruan hukum pidana, pidana penjara juga mengalami perubahan selain sebagai pidana pokok yang tertinggi/terberat juga terdapat perubahan terkait dengan *straf modus*-nya yang tidak lagi mengenal pidana bersyarat tetapi diatur pidana pengawasan yang sama tetapi tak serupa dengan pidana bersyarat (mertamorfosis dari pidana bersyarat) dan juga dikenal dengan pidana kerja sosial. Uniknya, meskipun sebenarnya pidana pengawasan maupun pidana kerja sosial di kategorikan sebagai *straf modus* tetapi dalam RUU KUHP keduanya ditempatkan sebagai pidana pokok dengan posisi urutan berat ringan untuk pidana pengawasan lebih berat dari pidana denda sedangkan untuk pidana kerja sosial ditempatkan setelah pidana denda (Pasal 65 RUU KUHP). Berdasarkan hal tersebut dapat disimpulkan bahwa pidana

Undang-undang tentang Pemasyarakatan ini. Vide: penjelasan umum dari Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 12 Tahun 1995 Tentang Pemasyarakatan.

pengawasan dan pidana kerja sosial merupakan alternatif dari pidana penjara jangka pendek.¹³⁵

1.1.3. Pidana Tutupan

Dalam KUHP Indonesia yang diberlakukan berdasarkan UU No. 1 Tahun 1946 yang ditetapkan pada tanggal 26 Pebruari 1946 hanya terdapat 4 (empat) macam pidana pokok, yaitu pidana mati, pidana penjara, pidana kurungan dan pidana denda. Namun pada tahun yang sama dirasakan adanya kebutuhan untuk menambah pidana pokok baru dengan pidana tutupan yang ditetapkan melalui Undang-Undang Nomor 20 Tahun 1946 tentang Hukuman Tutupan.¹³⁶

Dalam undang-undang tersebut disebutkan bahwa selain dari pada hukuman pokok tersebut dalam pasal 10 huruf a Kitab undang-undang hukum pidana dan pasal 6 huruf a Kitab undang-undang hukum pidana tentera adalah hukuman pokok baru, yaitu hukuman tutupan yang menggantikan hukuman penjara bagi seseorang yang melakukan kejahatan dan diancam dengan hukuman penjara dikarenakan terdorong

¹³⁵ Pidana pengawasan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 75 dijatuhkan paling lama sama dengan pidana penjara yang diancamkan yang tidak lebih dari 3 (tiga) tahun. Sedangkan Pidana kerja sosial dapat dijatuhkan kepada terdakwa yang melakukan Tindak Pidana yang diancam dengan pidana penjara kurang dari 5 (lima) tahun dan hakim menjatuhkan pidana penjara paling lama 6 (enam) Bulan atau pidana denda paling banyak kategori II.

¹³⁶ Kongsidan menimbang menyebutkan bahwa perlu mengadakan hukuman pokok baru, selain dari pada hukuman-hukuman tersebut dalam pasal 10 huruf a Kitab Undang-undang hukum pidana dan pasal 6 huruf a Kitab Undang-undang hukum pidana tentera.

oleh maksud yang patut dihormati.¹³⁷ Artinya ancaman ketentuan pidana yang dilakukan tetap pidana penjara tetapi karena terbukti kejahatan yang dilakukan karena terdorong oleh maksud yang patut dihormati misalnya pandangan ideologi dan politik maka hakim boleh menjatuhkan hukuman tutupan.

Lebih lanjut diatur pula bahwa semua peraturan yang mengenai hukuman penjara berlaku juga terhadap hukuman tutupan, jika peraturan-peraturan itu tidak bertentangan dengan sifat atau peraturan khusus tentang hukuman tutupan. Undang-undang *a quo* juga mengatur mengenai kewajiban menjalankan pekerjaan tertentu yang diperintahkan kepada orang yang dihukum dengan hukuman tutupan. Ketentuan mengenai kewajiban tersebut ditetapkan dengan peraturan pemerintah mengenai tempat untuk menjalani hukuman tutupan, cara melakukan hukuman itu dan lain sebagainya. Sedangkan untuk tata usaha atau tata tertib guna rumah buat menjalankan hukuman tutupan diatur oleh Menteri Kehakiman dengan persetujuan Menteri Pertahanan.

Meskipun dewasa ini tidak pernah diterapkan atau difungsionalisasikan, pidana tutupan masih mendapatkan tempat dalam pembaruan hukum pidana melalui RUU KUHP. Dalam Pasal 65 ayat (1) huruf b RUU KUHP dengan tegas mengatur mengenai pidana tutupan sebagai salah satu pidana pokok. Dari segi berat atau ringannya pidana,

¹³⁷ Vide Pasal 1 dan Pasal 2 Undang-Undang Nomor 20 Tahun 1946 tentang Hukuman Tutupan.

pidana tutupan berada pada posisi kedua terberat setelah pidana penjara. Secara prinsip pidana tutupan dalam RUU KUHP sama dengan pidana tutupan yang berlaku sekarang yakni ditujukan bagi orang yang melakukan Tindak Pidana yang diancam dengan pidana penjara karena keadaan pribadi dan perbuatannya terdorong oleh maksud yang patut dihormati dapat dijatuhi pidana tutupan (Pasal 74 RUU KUHP).

1.1.4. Pidana Kurungan

Sama dengan pidana penjara, jika dilihat pelaksanaannya maka pidana kurungan juga merupakan bagian dari pidana perampasan kemerdekaan. Perbedaannya, pidana kurungan merupakan pidana perampasan kemerdekaan yang sifatnya dipandang lebih ringan daripada pidana penjara (dari segi lamanya, perlakuan dan hak dan kewajiban dari narapidana selama menjalani pidana)¹³⁸. Begitu juga dari segi ketentuan pidana atau tindak pidana yang diancamkan, pidana kurung diancamkan untuk tindak pidana berupa pelanggaran¹³⁹.

¹³⁸ Hal ini secara formil dapat ditemukan dalam penjelasan Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 22 Tahun 2009 tentang Lalu Lintas dan Angkutan Jalan, yang menyebutkan bahwa "Bagi pelanggaran yang sifatnya ringan, dikenakan sanksi pidana kurungan atau denda yang relatif lebih ringan. Namun, terhadap pelanggaran berat dan terdapat unsur kesengajaan dikenakan sanksi pidana yang jauh lebih berat. Hal ini dimaksudkan agar dapat menimbulkan efek jera bagi pelaku pelanggaran dengan tidak terlalu membebani masyarakat"

¹³⁹ Dapat dilihat dalam Buku III KUHP tentang pelanggaran dan di beberapa undang-undang lain diluar KUHP seperti Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 22 Tahun 2009 tentang Lalu Lintas dan Angkutan Jalan (Pasal 274, Pasal 275 ayat (1), Pasal 276, Pasal 278, Pasal 279, Pasal 280, Pasal 281, Pasal 282, Pasal 283, Pasal 284, Pasal 285, Pasal 286, Pasal 287, Pasal 288, Pasal 289, Pasal 290, Pasal 291, Pasal 292, Pasal 293, Pasal 294, Pasal 295, Pasal 296, Pasal 297, Pasal 298, Pasal 299, Pasal 300, Pasal 301, Pasal 302, Pasal 303, Pasal 304, Pasal 305, Pasal 306, Pasal 307, Pasal 308, Pasal 309, dan Pasal 313 adalah pelanggaran dengan ancaman kurungan yang dialtertifkan dengan denda). Begitu juga dengan Peraturan Daerah

Pidana kurungan pada awal munculnya hanya diancamkan terhadap tindak pidana yang tidak terkait kesalahan moril atau hanya untuk tindak pidana yang berkenaan dengan pelanggaran atau terhadap kejahatan yang tidak menghilangkan martabat pelaku sebagai orang bermoral¹⁴⁰. Menurut A.J. Hoekema, berdasarkan penelitian sosiologis bahwa seorang yang menjalani pidana kurungan tidak mengakibatkan stigma buruk dalam masyarakat sebagaimana narapidana yang menjalani pidana penjara¹⁴¹ sehingga tidak salah dikatakan jika pidana kurungan pada umumnya dinilai lebih lunak daripada pidana penjara, sehingga bentuk pidana ini tidak mengakibatkan stigmatisasi separah mereka yang terkena pidana penjara.

Menurut Prof. Barda Nawawi Arief berdasarkan hasil penelitiannya, masalah pembedaan pidana penjara dan pidana kurungan bertitik tolak antara lain pada praktik perundang-undangan di Indonesia selama ini tetap menganut sistem WvS yang membedakan operasionalisasi pidana penjara untuk kejahatan dan pidana kurungan untuk pelanggaran¹⁴².

(Perda) dalam Pasal 238 (2) undang-undang republik indonesia nomor 23 tahun 2014 tentang pemerintahan daerah disebautkann bahwa "Perda dapat memuat ancaman pidana kurungan paling lama 6 (enam) bulan atau pidana denda paling banyak Rp50.000.000,00 (lima puluh juta rupiah)".

¹⁴⁰ Jan Remmelink, *Op. Cit.* hlm. 476.

¹⁴¹ *Ibid*, hlm. 477

¹⁴² Barda Nawawi Arief IV, *Op. Cit.* hlm. 199-200.

Sebagaimana telah disinggung sebelumnya selain diancamkan dalam KUHP, pidana kurungan juga diancam dalam undang-undang di luar KUHP termasuk Peraturan Daerah tetapi untuk stelselnya, pidana kurungan dapat dijumpai dalam Pasal 18 sampai dengan ketentuan Pasal 29 KUHP dan Pasal 32 sampai dengan Pasal 34 masih dapat ditemukan ketentuan tentang pidana kurungan yang sekaligus mengatur pidana penjara.

Kurungan paling sedikit (*strafminima*) adalah satu hari dan paling lama satu tahun dan dapat ditambah menjadi satu tahun empat bulan jika terdapat pemberatan pidana disebabkan karena perbarengan atau pengurangan atau karena ketentuan Pasal 52 dan Pasal 52a. Dari segi *strafmaat* atau berat ringannya pidana (*straf*), lamanya pidana kurungan tidak bolehkan lebih dari/paling lama (*strafmaxima*) 1 (satu) tahun 4 (empat) bulan.

Dari *strafmaat* tersebut terlihat bahwa pidana kurungan relatif lebih ringan dari pidana penjara. Hal tersebut juga tergambar dalam beberapa ketentuan lainnya seperti ketentuan Pasal 19 KUHP, dimana terpidana kurungan wajib menjalankan pekerjaan yang dibebankan kepadanya, tetapi lebih ringan dari pada terpidana penjara. Kemudian dalam Pasal 21 KUHP juga menggambarkan keringanan dimaksud menyebutkan bahwa Pidana kurungan harus dijalani di daerah domisili

terpidana, kecuali hakim menetapkan lain.¹⁴³

Selain sebagai pidana pokok yang diancamkan dalam rumusan ketentuan pidana (sama dengan pidana penjara) pidana kurungan juga sebagai pidana pengganti/subsider (pidana kurungan pengganti) merupakan pengganti dari pidana denda (meskipun tidak untuk semua pidana denda diatur diluar KUHP disubsiderkan dengan kurungan¹⁴⁴) sebagaimana diatur dalam Pasal 30 ayat (2) KUHP, sebagai pengganti pidana perampasan barang tertentu yang tidak disita sebelumnya sebagaimana diatur dalam Pasal 41 ayat (1) KUHP atau sebagai pengganti pidana tambahan biaya pengumuman putusan hakim yang tidak dibayar.

Berbeda dengan pidana mati, pidana penjara, pidana tutupan dan pidana denda, pidana kurungan tidak mendapatkan tempat dalam pembaruan hukum pidana melalui RUU KUHP. Menurut Prof. Barda Nawawi Arief, bahwa gagasan untuk menghapuskan penggolongan tindak pidana berupa kejahatan dan pelanggaran tidak harus pula diikuti dengan

¹⁴³ Lihat juga ketentuan Pasal 23 KUHP (Terpidana kurungan dengan biaya sendiri boleh sekadar me- ringankan nasibnya (hak pistole). Pasal 35 jo Pasal 36 dan Pasal 37 KUHP (dari ketentuan tersebut tergambar bahwa pada dasarnya tidak dijatuhkan pidana tambahan pencabutan hak karena pelanggaran. Pasal 39 KUHP (Barang yang diperoleh karena pelanggaran atau dipergunakan untuk pelanggaran tidak dirampas, kecuali ditentukan lain dalam undang-undang seperti ketentuan Pasal 40, 502 ayat (2), 519 ayat (2) dan 549 ayat (2) KUHP. Dengan demikian perampasan untuk pelanggaran tidak bisa berlaku umum.

¹⁴⁴ Ketentuan di luar KUHP misalnya denda dalam Undang-Undang Nomor 35 tahun 2009 tentang Narkotika, pada Pasal 148 disebutkan bahwa "apabila putusan pidana denda sebagaimana diatur dalam Undang-Undang ini tidak dapat dibayar oleh pelaku tindak pidana Narkotika dan tindak pidana Prekursor Narkotika, pelaku dijatuhi pidana penjara paling lama 2 (dua) tahun sebagai pengganti pidana denda yang tidak dapat dibayar.

hanya menyediakan satu jenis pidana perampasan ke merdeka. Gagasan untuk menjadikan pidana penjara sebagai satu-satunya jenis pidana perampasan kemerdekaan hanya dapat diterima sepanjang dikaitkan dengan konsepsi pidana yang berorientasi pada orang, yaitu dalam arti dapat dikenakan kepada siapa saja yang melakukan tindak pidana baik berupa kejahatan atau pelanggaran maupun berupa tindak pidana berat atau ringan.¹⁴⁵

Pembagian jenis dan kualitas pidana perampasan kemerdekaan pada tahap kebijakan legislatif (tahap formulasi) merupakan sesuatu yang perlu dan patut dipertahankan sebab pembinaan pelaku menurut sistem pemasyarakatan mengandung konsepsi individualisasi pidana, tahap penerapan dan pelaksanaan pidana harus dilihat sebagai satu kesatuan sistem peradilan pidana, dan dengan dihapuskannya perbedaan antara kejahatan dan pelanggaran berarti akan semakin banyak pelaku tindak pidana yang diancam pidana penjara sehingga perlu pidana pengganti yang kualitasnya lebih ringan daripada gagasan “pidana penjara pengganti”. Sehingga perlu dipikirkan pidana “penjara terbatas” yang merupakan gabungan pidana penjara dan pidana pengawasan, antara lain sebagai alternatif bagi mereka yang melakukan tindak pidana ringan atau pelaku yang tidak memiliki watak jahat.¹⁴⁶

¹⁴⁵ Barda Nawawi Arief, *Kebijakan Legislatif dalam Penanggulangan Kejahatan*, BP Undip, Semarang, 1996, hlm. 199-200.

¹⁴⁶ Ibid.

1.1.5. Denda

Secara historis Pidana denda merupakan bentuk pidana tertua dan bahkan lebih tua dari pidana penjara bahkan sama tuanya dengan pidana mati. Begitu juga dengan pemberlakukannya, dimana pidana denda ada pada setiap komunitas masyarakat termasuk masyarakat primitif dengan bentuk yang primitif pula. Hal tersebut berlaku pula di Indonesia, sejak zaman Majapahit (bahkan sebelumnya) sudah mengenal adanya pidana denda bahkan sudah menjadi suatu tradisi dan diakui keberadaannya oleh masyarakat adat bahkan lebih memiliki dampak positif dalam menyelesaikan konflik social.¹⁴⁷

Pada perkembangannya, pidana dena dijatuhkan terhadap pelanggaran atau kejahatan ringan sehingga karenanya hanya pidana denda satu-satunya pidana yang dapat dilaksanakan oleh orang lain selain terpidana. Bahkan sesuai dengan kecendrungan hukum pidana modern dan perkembangan tujuan pembedaan, dalam perkembangan terakhir, semua delik/tindak pidana dalam KUHP Belanda dialternatifkan dengan pidana denda.¹⁴⁸

Dari perkembangannya tersebut terlihat bahwasanya posisi pidana denda menjurus kepada *primum remedium*, artinya “alat penjera yang

¹⁴⁷ Andi Hamzah, Asas-asas Hukum Pidana (selanjutnya disebut Andi Hamzah IV), Yarsif Watampone, cetakan II, Jakarta, 2005, hlm. 201.

¹⁴⁸ Ibid. hlm. 201 dan hlm. 203. Jonkers sebagaimana dikutip oleh Andi Hamzah, menyayangkan ketentuan sebagaimana diatur di Belanda tersebut tidak diadopsi di Indonesia, sedangkan keadaan Indonesia tidak ada yang tidak sesuai dengan ketentuan tersebut. Begitu pula ketentuan yang mengatakan bahwa denda diambil dari harta kekayaan terpidana juga tidak di adopsi dalam hukum positif di Indonesia. Ibid. hlm 203-204.

diutamakan” dan bukan lagi sebagai senjata pamungkas (*ultimum remedium*) yang bertindak ketika sanksi hukum yang lain sudah tidak mampu untuk mengatasi suatu permasalahan. Asumsi pemikiran tersebut didasari atas pemikiran bahwa uang denda dapat dipergunakan untuk membiayai dana/bagi pembangunan dan sisi lain bagi terpidana tidak perlu mengenyam “pendidikan kejahatan” di lembaga pemasyarakatan serta persoalan atau dampak lainnya termasuk peroslan *over capacity* yang seringkali banyak kalangan pesimis terhadap pembinaan di sana serta sekaligus bermaksud meniadakan stigma “mantan narapidana/napi” bagi pelaku.

Pada prinsipnya pidana denda memunyai sifat perdata karena mirip berupa pembayaran yang harus dibayar seseorang (ganti rugi) karena telah melakukan perbuatan yang merugikan orang lain. Perbedaan yang mendasarnya, kalau dalam perkara pidana yang berhak menerima hanya negara sedangkan dalam perkara perdata yang menerima adalah pribadi atau badan hukum¹⁴⁹ meskipun negara juga bisa termasuk di dalamnya.

Dalam stelsel hukum pidana positif (undang-undang) di Indonesia terutama KUHP, tidak menentukan maksimal umum, hanya minimalnya yang ditentukan yaitu dua puluh lima sen. Selain itu, juga tidak ditentukannya dengan tegas siapakah yang harus membayar. Jika denda tidak dibayar, dapat diganti dengan hukuman kurungan pengganti denda

¹⁴⁹ *Ibid.*

atau kurungan subsidair. Untuk ketentuan pidana denda dalam KUHP pada saat ini mustahil untuk diterapkan oleh hakim karena dendanya belum disesuaikan dengan nilai uang sekarang.

Berdasarkan ketentuan, pada prinsipnya tepidana bebas memilih apakah ia akan membayar atau tidak (belum ada ketentuan yang mengatakan bahwa pidana denda diambil dari harta kekayaan terpidana). Meskipun yang bersangkutan ada kemampuan untuk membayar tetapi bisa saja dia dapat memilih untuk menjalani hukuman kurungan pengganti denda¹⁵⁰ apalagi jika perbandingan jumlah denda yang dijatuhkan oleh hakim tidak sebanding dengan lamanya pidana kurungan.

Dalam stelsel hukum pidana positif Indonesia minimal umum kurungan pengganti denda adalah satu hari dan maksimal enam bulan. Maksimal kurungan pengganti denda tersebut dapat dinaikkan sampai delapan bulan dalam hal terdapat perbarengan, pengulangan atau seperti yang ditentukan dalam Pasal 52 dan 52 a.¹⁵¹

Pidana denda juga merupakan bagian dari pembaruan hukum pidana melalui RUU KUHP antara lain terkait dengan adanya ketentuan batas minimum (minimum umum Rp. 50.000,- (lima puluh ribu) dan batas maksimum ancaman pidana denda (kategori VIII, penyusunan ancaman pidana berdasarkan kategorisasi (Kategori I sampai dengan kategori VIII

¹⁵⁰ Pasal 31 ayat (1) KUHP berbunyi, "orang yang dijatuhi denda, boleh segera menjalani kurungan penggantinya dengan tidak usah menunggu sampai waktu harus membayar denda".

¹⁵¹ Vide Pasal 30 ayat (3) dan ayat (5) KUHP

sebesar Rp50.000.000.000,00 (lima puluh miliar rupiah)) termasuk ketentuan yang mengatur perubahan nilai uang yang cukup diatur dalam peraturan pemerintah, pidana denda untuk korporasi, kewajiban membayar denda dalam waktu tertentu berdasarkan putusan pengadilan, pembayaran denda dengan cara mengangsur, ketentuan mengenai sita eksekusi (disita dan dilelang oleh jaksa) untuk melunasi denda yang tidak dibayar (jika dalam waktu yang telah ditentukan dalam putusan tidak dibayar oleh terpidana), ketentuan mengenai pidana pengganti denda baik berupa pidana penjara, pidana pengawasan, atau pidana kerja social dan khusus untuk pidana denda di atas kategori II, pidana penjara pengganti denda paling singkat 1 (satu) tahun dan paling lama sebagaimana diancamkan untuk Tindak Pidana yang bersangkutan.¹⁵²

Dari perspektif formulasi ketentuan pidana, beberapa jenis pidana pokok tersebut dirumuskan dengan beberapa pola atau model baik dalam ketentuan Buku II dan Buku III maupun dalam beberapa undang-undang yang mengatur ketentuan pidana. Untuk ketentuan pidana di luar KUHP terdapat pola rumusan ancaman pidananya berbeda/menyimpang dari rumusan yang terdapat dalam KUHP. Dalam KUHP pola rumusan ancaman pidananya dirumuskan secara tunggal dan alternatif (Pengancaman pidana bersifat kumulatif/ganda (baik ganda relatif maupun ganda absolut) tidak dikenal di KUHP) sedangkan undang-undang di luar KUHP pola perumusannya selain tunggal dan alternatif juga ada yang

¹⁵² Vide Pasal 78 sampai dengan Pasal 83 RUU KUHP.

komulatif dengan kata sambung “dan” serta komulatif alternatif dengan menggunakan kata sambung “dan/atau”.

Adapun pola rumusan sanksi ancaman pidana KUHP sebagai berikut :

- a. Rumusan ancaman sanksi pidana alternatif :
 - pidana mati atau penjara seumur hidup atau penjara (waktu tertentu 20 (dua puluh) tahun);
 - pidana penjara seumur hidup atau penjara;
 - pidana penjara atau kurungan;
 - pidana penjara atau kurungan atau denda;
 - pidana penjara atau denda; dan
 - diancam dengan pidana kurungan atau denda;
- b. Rumusan ancaman sanksi pidana tunggal :
 - diancam dengan pidana penjara (misalnya Pasal 111 ayat (1), 111 bis, 112, 113, 115, 338 KUHP);
 - diancam dengan pidana kurungan (misalnya Pasal 504, 505, 506 KUHP); dan
 - diancam dengan pidana denda (misalnya Pasal 403, 489, 491, 494, 495 KUHP).

Secara keseluruhan dari keseluruhan pola tersebut di atas yang paling banyak digunakan dalam KUHP adalah pola alternatif. Untuk ketentuan pidana di luar KUHP dengan pola ancaman komulatif dengan kata sambung “dan” serta komulatif alternatif dengan menggunakan kata sambung “dan/atau” contohnya dapat kita lihat dalam ketentuan:

- Pasal 12 Undang-Undang Nomor 20 tahun 2001 tentang perubahan atas Undang Undang nomr 31 Tahun 1999 tentang Pemberatasan tindak Pidana Korupsi yang diancam dengan ancaman pidana komulatif yakni pidana penjara seumur hidup atau pidana penjara paling singkat 4 (empat) tahun dan paling lama 20 (dua puluh) tahun

dan pidana denda paling sedikit Rp 200.000.000,00 (dua ratus juta rupiah) dan paling banyak Rp 1.000.000.000,00 (satu miliar rupiah). Ketentuan ancaman kumulatif ini juga banyak kita jumpai dalam Undang-Undang nomor 35 Tahun 2009 tentang Narkotika, Undang Undang Nomor 8 Tahun 2010 tentang Pencegahan Dan Pemberantasan Tindak Pidana Pencucian Uang.

- Semua ketentuan ketentuan pidana dalam Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 11 Tahun 2008 tentang Informasi Dan Transaksi Elektronik diancam dengan pidan dengan pola komulatif alternatif dengan menggunakan kata sambung “dan/atau”, misalnya ketentuan pidana dalam Pasal 45 dengan ancaman pidana penjara paling lama 6 (enam) tahun dan/atau denda paling banyak Rp1.000.000.000,00 (satu miliar rupiah).

Selain itu, pola perumusan ancaman pidana dalam KUHP hanya mengenal ancaman minimum umum sedangkan ketentuan pidana di luar KUHP mengenal ancamaman pidana minimum khusus. Berkenaan dengan hal tersebut baik dalam konteks pilihan perumusan tunggal, alterntif dan komulatif termasuk perumusan minimum khusus tentunya tergambar bagi kita harus dilakukan secara hati-hati dengan mempertibangkan bobot kejahatan yang diancam pidana tersebut.

Tentunya jika kita lihat dari urutan berat ringan jenis pidana baik dalam Pasal 10 KUHP maupun dalam Pasal 65 RUU KUHP maka dapat kita pahami bahwa perumusan secara pidana penjara secara tunggal tentu lebih berat dari pada ancaman pidana penjara yang dialterntifkan dengan pidana denda. Tetapi pidana denda yang dirumuskan sescar

tunggal tentu lebih ringan dari ancaman pidana alternatif penjara dengan denda. Begitu juga dengan ancaman pidana kumulatif/ganda (baik ganda relatif maupun ganda absolut). Penentuan pola tersebut tentunya tidaklah mudah bahkan sering menimbulkan kontroversi, sama halnya dalam menentukan lamanya bobot ancaman pidana dalam suatu tindak pidana dan semua itu merupakan bagian tugas dari kebijakan legislatif atau kebijakan formulasi dalam menetapkan dan merumuskan sesuatu dalam perturan perundang-undangan.

1.2. Pidana Tambahan

R. Soesilo menjelaskan bahwa selain hukuman pokok, untuk beberapa hal yang ditentukan dalam undang-undang dijatuhkan pula (ditambah) dengan salah satu dari hukuman tambahan. Pada prinsipnya posisi pidana tambahan untuk menambah hukuman pokok, jadi tak mungkin dijatuhkan sendirian.¹⁵³ Meskipun tidak dapat dijatuhkan secara berdiri sendiri tanpa pidana pokok oleh karena sifatnya hanyalah merupakan tambahan dari sesuatu hal yang pokok. Akan tetapi dalam beberapa hal atas prinsip tersebut terdapat pengecualian sebagaimana diungkapkan oleh E.Y. Kanter dan S.R. Sianturi bahwa dalam sistem KUHP (WvS) ini pada dasarnya tidak dikenal penjatuhan pidana tambahan secara mandiri tanpa penjatuhan pidana pokok, akan tetapi dalam perkembangan penerapan hukum pidana dalam praktik sehari-hari untuk

¹⁵³ R. Soesilo. 1991. Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP) Serta Komentar-Komentarnya Lengkap Pasal Demi Pasal, Politeia: Bogor, hlm. 36.

menjatuhkan pidana tidak lagi semata-mata bertitik berat pada dapat dipidananya suatu tindakan, akan tetapi sudah bergeser kepada meletakkan titik berat dapat dipidananya terdakwa.¹⁵⁴

1.2.1. Pencabutan Hak-Hak Tertentu

Dijelaskan pada Pasal 35 ayat (1) KUHP bahwa “hak-hak terpidana yang dengan putusan hakim dapat dicabut dalam hal-hal yang disebutkan dalam Kitab Undang-Undang ini, atau dalam aturan umum lainnya ialah :

- Ke-1. Hak memegang jabatan pada umumnya atau jabatan tertentu;
- Ke-2. Hak memasuki angkatan bersenjata;
- Ke-3. Hak memilih dan dipilih dalam pemilihan yang diadakan berdasarkan aturan-aturan umum;
- Ke-4. Hak menjadi penasehat atau pengurus menurut hukum hak menjadi wali, wali pengawas, pengampu atau pengampu pengawas, atas orang yang bukan anak sendiri;
- Ke-5. Hak menjalankan kekuasaan bapak, menjalankan perwalian atau pengampuan atas anak sendiri;
- Ke-6. Hak menjalankan pencaharian (beroep) tertentu.”

1.2.2. Perampasan Barang-Barang Tertentu

Barang-barang kepunyaan terpidana dapat dirampas bila barang tersebut didapat dari hasil kejahatan atau sengaja dipergunakan untuk melakukan kejahatan. Pada pasal 39 ayat (2) di jelaskan, bahwa bahwa pemidanaan terhadap kejahatan yang tidak disengaja atau pelanggaran, barangnya dapat juga dirampas tetapi ditentukan dalam undnag-undang.

1.2.3. Pengumuman Putusan Hakim

Pengumuman putusan hakim terdapat dalam Pasal 43 yang berbunyi, “apabila hakim memerintahkan supaya putusan diumumkan berdasarkan

¹⁵⁴ E.Y. Kanter dan S.R. Sianturi, *Asas-Asas Hukum Pidana di Indonesia dan Penerapannya*, Storia Grafika, Jakarta, 2002, hlm 455 – 456.

Kitab Undang-undang ini atau aturan-aturan umum lainnya, maka harus ditetapkan pula bagaimana cara melaksanakan perintah itu, atas biaya terpidana.”

Dalam RUU KUHP, pidana tambahan juga merupakan bagian dari pembaruan hukum pidana. Pembaruan dimaksud dengan menambah betuk dari pdiaan tambahan yang sebelumnya berdasarkan pasal 10 KUHP hanya ada 3 (tiga) (meskipun dalam undang undang di luar KUHP pada prinsipnya juga telah terjadi perluasan seperti pembayaran uang pengganti dalam undang undang tindak pidana korupsi) dalam RUU KUHP dirumuskan menjadi 6 (enam) pidana tambahan yakni pencabutan hak tertentu, perampasan Barang tertentu dan/atau tagihan, pengumuman putusan hakim, pembayaran ganti rugi, pencabutan izin tertentu, dan pemenuhan kewajiban adat setempat.

2. Sanksi Tindakan

Selain pidana yang bersifat nestapa, dalam hukum pidana juga dikenal sanksi lain yang disebut "tindakan" (*maatregel*) yang bersifat mendidik (tujuan lebih bersifat mendidik) atau *treatment*¹⁵⁵. Hal tersebut yang oleh banyak kalangan yang membedakan pidana dengan tindakan dengan asumsi bahwa Tindakan bertujuan untuk melindungi masyarakat,

¹⁵⁵ Utrecht, Rangkaian Sari Kuliah Hukum Pidana II, Pustaka Tinta Mas, Surabaya, 1987, hlm. 360. Hal ini juga disampaikan oleh Prof. Muladi (Tim Ahli Pemerintah Dalam Perumusan RKUHP) dalam rapat koordinasi pembahasan RUU KUHP dengan Kantor Staf Presiden, Kamis Tanggal 11 Juli 2019.

sedangkan pidana bertitik berat pada pengenaan sanksi.¹⁵⁶ Menurut J.E. Jonkers, sanksi pidana dititik beratkan pada kejahatan yang dilakukan sedangkan sanksi tindakan lebih pada tujuan yang bersifat sosial¹⁵⁷. Dalam arti kata saksi pidana lebih menekankan pada unsur pembalasan atau pengimbalan dalam bentuk penderitaan yang dijatuhkan kepada pelanggar/pelaku tindak pidana. Berbeda dengan tindakan yang bertolak pada konsep pemikiran lebih pada perlindungan masyarakat dan pembiaaan atau perawatan terhadap pelaku agar menjadi lebih baik tanpa harus menderita seperti sanksi pidana.¹⁵⁸

Namun demikian jika dilihat lebih jauh, sesungguhnya pidana dan Tindakan itu kadang agak sumir membedakannya dan dari sudut pandang tertentu bisa juga dikatakan pidana dan tindakan itu sama¹⁵⁹ berupa penderitaan mesikupun dengan tingkatan yang berbeda. Penderitaan pada Tindakan lebih bersifat lebih ringan dibandingkan dengan pidana dan lebih menekankan perbaikan dari pada penderitaan.

Sebagai pembanding, kita bisa lihat tindakan terhadap anak¹⁶⁰, yang pada prinsipnya tindakan terhadap anak untuk menempatkan/merawat

¹⁵⁶ Andi Hamzah III, Op. Cit., hlm. 53

¹⁵⁷ J.E. Jonkers, Buku Pedoman Hukum Pidana Hindia Belanda, PT Bina Aksara, Jakarta, 1987, hlm. 360.

¹⁵⁸ Sudarta, Hukum Pidana Jilid I, Badan Penyediaan Kuliah Fakultas Hukum Undip, Semarang, 1973, hlm. 7.

¹⁵⁹ Adami Chazawi I, Op. Cit. hlm. 23.

¹⁶⁰ Pasal 45 KUHP diganti dengan Undang-Undang Nomor 3 Tahun 1971 tentang Pengadilan Anak dan terakhir diganti dengan ketentuan dalam Undang-Undang Nomor 11 Tahun 2012 tentang Sistem Peradilan Pidana Anak.

pada tempat tertentu atau kewajiban¹⁶¹ lainnya sesungguhnya juga dapat dikatakan penderitaan bagi anak meskipun jauh lebih ringan dibandingkan penjara. Begitu juga dengan tindakan berupa kibiri kimia sebagaimana diatur dalam ketentuan Pasal 81 Perppu No.1 Tahun 2016 jo UU Nomor 17 tahun 2016¹⁶² yang mempatkan tindakan berupa kebiri kimia sebagai bentuk pemberatan atau penambahan hukuman bagi “setiap orang yang melakukan kekerasan atau ancaman kekerasan memaksa anak melakukan persetubuhan dengannya atau dengan orang lain yang menimbulkan korban lebih dari satu orang, mengakibatkan luka berat, gangguan jiwa, penyakit menular, terganggu atau hilangnya fungsi reproduksi, dan/atau korban meninggal dunia”. Menempatan tersebut tentunya menjadi diskusi tersendiri yang menjadi rumitnya membedakan pidana dan tindakan (semakin jauh dari konsep “tindakan” (*maatregeel*) yang bersifat mendidik atau *treatment*. Banyak pihak dari berbagai kalangan yang menentang bahkan berita yang kita lihat dokter bahkan sempat IDI menolak menjadi eksekutor pidana kebiri karena prinsip Dokter

¹⁶¹ Undang-Undang Nomor 11 Tahun 2012 tentang Sistem Peradilan Pidana Anak, pada ketentuan Pasal 82 (1) huruf d dan huruf e diatur tindakan berupa perawatan di LPKS atau kewajiban mengikuti pendidikan formal dan/atau pelatihan yang diadakan oleh pemerintah atau badan swasta.

Pasal 82 (1) Tindakan yang dapat dikenakan kepada Anak meliputi: a. pengembalian kepada orang tua/Wali; b. penyerahan kepada seseorang; c. perawatan di rumah sakit jiwa; d. perawatan di LPKS; e. kewajiban mengikuti pendidikan formal dan/atau pelatihan yang diadakan oleh pemerintah atau badan swasta; f. pencabutan surat izin mengemudi; dan/atau g. perbaikan akibat tindak pidana.

¹⁶² Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang (Perpu) Nomor 1 Tahun 2016 tentang Perubahan Kedua atas Undang-undang Nomor 23 Tahun 2002 tentang Perlindungan Anak yang kemudian ditetapkan menjadi Undang-Undang dengan UU Nomor 17 Tahun 2016 tentang Penetapan Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang Nomor 1 Tahun 2016 tentang Perubahan Kedua atas Undang-undang Nomor 23 tahun 2002 tentang Perlindungan Anak menjadi Undang-Undang.

tugasnya menyembuhkan dan bukan menyakiti¹⁶³. Kesan yang penulis terima/pahami pada proses penyusunan Perppu No.1/2016 adalah *emotional approach*¹⁶⁴ dengan melihat banyak peristiwa/tindak pidana terhadap anak yang sangat kejam yang puncaknya pada waktu itu adanya kasus Angelina di Bali, awalnya dikabarkan hilang dan pada akhirnya ditemukan telah terkubur disamping kandang ayam dengan kondisi telanjang¹⁶⁵ hingga di keluarkannya Perpu tersebut. Pada hal dokter dan beberapa Kementerian/Lembaga yang hadir pada pembahasan awal juga kurang sependapat dengan pilihan adanya tindakan kebiru kimia tersebut. Menurut penulis jika dipandang sebagai bentuk pemberatan maka seharusnya kebiru kimia lebih tepat di kategorikan sebagai pidana tambahan bukan tindakan atau cukup mengatur soal tindakan rehabilitas medis dan sosial saja. Jika kemudian dalam tindakan rehabilitas medis tersebut dibutuhkan tindakan kebiru kimia maka sepenuhnya merupakan bagian dari pertimbangan medis sebagai bentuk atau bagian dari *treatment-nya*.¹⁶⁶

¹⁶³ <https://www.cnnindonesia.com/nasional/20190827174203-12-425112/idi-tolak-jadi-eksekutor-kebiru-kimia-bukan-layanan-medis>

¹⁶⁴ *Emotional approach* juga dapat dilihat dari kerancuan rumusan ketentuan pidana yang termuat dalam Perpu Nomor 1 Tahun 2016, tidak hanya soal konsep kebiru kimia ditempatkan sebagai bentuk tindakan juga terlihat dengan tidak jelasnya parameter pengenaan tindakan kebiru kimia, pengenaan kebiru kimia setelah menjalani pidana pokok termasuk "*exit gate*" jika kemudian kebiru kimia tidak dapat dilakukan.

¹⁶⁵ news.liputan6.com/read/.../fakta-mengerikan-terungkap-di-sidang-pembunuhan-angelina-diungah-30-maret-2017

¹⁶⁶ Pertimbangan tersebut pernah penulis sampaikan pada saat pembahsan awal penyusunan Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang (Perpu) Nomor 1 Tahun 2016 tentang Perubahan Kedua atas Undang-undang Nomor 23 Tahun 2002 tentang Perlindungan Anak.

Mengingat sanksi pidana itu merupakan sanksi yang bersifat menderitakan maka secara rasio logis, dalam hukum pidana terdapat sebuah asas *ultimum remidium*, makna asas ini berarti bahwa sanksi pidana dipergunakan manakala sanksi-sanksi yang lain sudah tidak berdaya.¹⁶⁷ Artinya sanksi pidana ditempatkan sebagai *resources* (sumber daya) terakhir dalam mengatasi atau menanggulangi kejahatan disaat sanksi lain tidak sanggup lagi (*The last solution*). Makna dari asas tersebut memberikan pesan kuat bahwa perlu prinsip kehati-hatian dalam menerapkan sanksi pidana baik dalam penegakan hukum maupun sebagai pilihan dalam formulasi kebijakan hukum pidana dalam kerangka legislasi.

Disatu sisi, sanksi pidana dapat dipahami bersifat represif dari hukum pidana tetapi disisi lain juga mengandung arti juga preventif sebagaimana dikatakan oleh Barda Nawawi Arief bahwa walaupun kebijakan penal bersifat represif namun sebenarnya juga mengandung unsur preventif karena dengan adanya ancaman dan penjatuhan pidana terhadap delik/kejahatan diharapkan ada efek pencegahan atau penangkal ("*deterrent effect*") nya¹⁶⁸. Sanksi pidana secara represif dapat diartikan sebagai hukuman yang diberikan kepada orang yang melakukan tindakan kejahatan sesuai ketentuan undang-undang. Jadi pencantuman

¹⁶⁷ Todung Mulya Lubis dan Alexander Lay, *Kontroversi Hukuman Mati, Perbedaan Pendapat Hakim Konstitusi* (Jakarta: Kompas Media Nusantara, 2009), hlm. 255.

¹⁶⁸ Barda Nawawi Arief I, *Op. Cit.*, hlm. 184.

ancaman pidana pada setiap larangan (delik komisi/ tindak pidana yg sifatnya aktif) atau pelanggaran atas kewajiban/keharusan/perintah (delik omisi/ sifatnya pasif atau diam) yang ditetapkan sebagai tindak pidana (*strafbaar feit*) disamping bertujuan untuk kepastian hukum (dalam konteks represif) dan rangka membatasi kekuasaan negara juga bertujuan mencegah (prevetif) bagi orang yang berniat melanggar hukum.¹⁶⁹

Berdasarkan penjelasan tersebut di atas, dalam konteks formulasi kebijakan hukum pidana/kebijakan legislasi maka dapat dikatakan bahwa sanksi dalam hukum pidana merupakan pilihan kebijakan dari pembentuk undang-undang sebagai bentuk upaya penanggulangan kejahatan yang dirumuskan/diformulasikan sebagai bagian dari ketentuan pidana berupa ancaman baik yang ditetapkan dengan hukuman yang bersifat penderitaan atau siksaan atau tindakan” (*maatregel*) yang bersifat mendidik atau *treatment*. Begitu juga dalam hal menentukan boot atau berat ringannya pidana sebagaimana dikatakan oleh Barda Nawawi bahwa “menentukan lamanya atau berat ringannya pidana penjara, merupakan salah satu bagian masalah kebijakan pemidanaan (*sentencing policy*)”. Namun sangat disayangkan dalam praktek legislasi selama ini pada umumnya dapat kita saksikan hanya merumuskan jenis pidana pokok dan pidana tambahan. Jenis-jenis sanksi tindakan belum ada

¹⁶⁹ Adami Chazawi, Pelajaran Hukum Pidana (Bagian I) : Stelsel Pidana, Tindak Pidana, Teori Pemidanaan dan Batas Berlakuknya Hukum Pidana, RajaGrafindo Persada, Jakarta, hlm. 25.

keseragaman pola perumusan, terkadang disebut (dimasukkan) sebagai “pidana tambahan” dan terkadang disebut sebagai sanksi tindakan.¹⁷⁰

3. Ketentuan Pidana

Ketentuan mengenai teknik penyusunan peraturan perundang-undangan¹⁷¹ disebutkan bahwa ketentuan pidana merupakan bagian dari batang tubuh yang jika diperlukan dapat diatur dalam Undang-Undang, Peraturan Daerah Provinsi, dan Peraturan Daerah Kabupaten/Kota. Dalam ketentuan pidana memuat rumusan yang menyatakan penjatuhan pidana atas pelanggaran terhadap ketentuan yang berisi norma larangan atau norma perintah. Lebih lanjut ditentukan bahwa perumusan dalam ketentuan pidana harus menunjukkan dengan jelas siapa subjek hukum yang dapat dipidana¹⁷² dan unsur-unsur perbuatan pidana bersifat kumulatif atau alternatif.

Penempatan ketentuan pidana termasuk sanksi pidana pada bagian akhir batang tubuh dari suatu undang-undang sebagai satu kesatuan rangkaian pengaturan-pengaturan yang bersifat administratif (konsekuensi pelanggaran atas larangan) maka hal ini kelihatan dengan

¹⁷⁰ Barda Nawawi Arief, Kebijakan Formulasi Ketentuan Pidana Dalam Peraturan Perundangundangan (selanjutnya disebut Barda Nawawi Arief VIII) , Penerbit Pustaka Magister, Semarang, 2012, hlm. 90.

¹⁷¹ Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-Undangan (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2011 Nomor 82 dan Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 5234)

¹⁷² Ibid. Vide Lampiran Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-Undangan yang menyebutkan : “Jika ketentuan pidana hanya berlaku bagi subyek tertentu, subyek itu dirumuskan secara tegas, misalnya, orang asing, pegawai negeri, saksi. Jika ketentuan pidana berlaku bagi siapapun, subyek dari ketentuan pidana dirumuskan dengan frasa setiap orang.”

jelas sekali pada undang-undang tersebut mengandung stelsel perizinan. Sehingga sanksi-sanksi yang ada di dalamnya sebenarnya bersifat administratif, tetapi sanksi pidana itu dipandang perlu sekali untuk melengkapkan. Jadi menempatkan sanksi pidana di dalam undang-undang itu merupakan dasar juridis untuk ditegakkan pelaksanaan kebijaksanaan pemerintah”.¹⁷³

C. Kerangka Teori

Secara terminologi kata “teori” berasal dari kata “*theoria*” dalam bahasa Latin yang berarti perenungan, sedangkan kata “*theoria*” itu sendiri berasal dari kata *thea* yang dalam bahasa Yunani berarti cara atau hasil pandang¹⁷⁴. Dari cara atau hasil perenungan padandang itu yang dapat memberikan sarana untuk bisa merangkum serta memahami masalah yang kita bicarakan secara lebih baik atau memberikan penjelasan dengan cara mengorganisasikan dan mensistematisasikan masalah yang dibicarakan¹⁷⁵.

Teori merupakan sebuah sistem konsep abstrak yang mengindikasikan adanya hubungan diantara konsep-konsep tersebut yang membantu kita memahami sebuah fenomena. Teori merupakan salah satu konsep dasar penelitian sosial. Secara khusus, teori adalah

¹⁷³ Roeslan Saleh, Segi Lain Hukum Pidana, (selanjutnya disebut Roeslan Saleh I) Cetakan Pertama, Ghalia Indonesia, Jakarta, 1984, hlm. 46.

¹⁷⁴ Soetandyo Wigjosoebroto, 2002. *Hukum, Paradigma, Metode dan Dinamika Masalahnya*, Elsam HuMa, Jakarta, hlm. 184.

¹⁷⁵ Satjipto Raharjo, Ilmu Hukum, Alumni, Bandung, 2000, hlm. 253

seperangkat konsep/konstruksi, definisi dan proposisi yang berusaha menjelaskan hubungan sistematis suatu fenomena, dengan cara memerinci hubungan sebab-akibat yang terjadi.¹⁷⁶ Menurut Snelbecker ada tiga fungsi teori dalam penelitian. *Pertama*, sebagai pen sistematiskan temuan-temuan penelitian. *Kedua*, sebagai pendorong untuk menyusun hipotesis. Dan dengan hipotesis membimbing peneliti mencari jawaban-jawaban serta membuat ramalan-ramalan atas dasar penemuan. *Ketiga*, sebagai penyaji penjelasan dalam menjawab pertanyaan.¹⁷⁷

Teori hukum tidak hanya menjelaskan apa itu hukum sampai kepada hal-hal yang konkret, tetapi juga pada persoalan yang mendasar dari hukum itu. sebagaimana disampaikan oleh Radbruch, yang dikutip Satjipto Rahardjo, bahwa tugas teori hukum adalah membuat jelas nilai-nilai oleh postulat-postulat hukum sampai kepada penjelasan filosofis yang tertinggi. Teori hukum akan mempertanyakan hal-hal seperti: mengapa hukum berlaku, apa dasar kekuatan yang mengikatnya, apa yang menjadi tujuan hukum, bagaimana hukum dipahami, apa hubungannya dengan individu dengan masyarakat, apa yang seharusnya

¹⁷⁶ Sardar Ziauddin, 1996, *Penelitian Kuantitatif dan Kualitatif*. Mizan, Bandung, hlm. 43

¹⁷⁷ *Ibid.*, hlm. 87

dilakukan oleh hukum, apakah keadilan itu, dan bagaimana hukum yang adil¹⁷⁸.

“Suatu ilmu tanpa teori yang kuat, bagaikan bangunan tanpa pondasi yang kukuh. Demikian juga ilmu hukum, sebagai suatu system keilmuan sangat membutuhkan penguasaan wawasan berbagai “Teori Hukum (*Legal Theory; Thep Philosophy of Law; Jurisprudance*), maupun “Konsep Hukum” (*The Legal Precepts*)¹⁷⁹. Oleh karenanya teori hukum akan terus berkembang, tidaklah tunggal dan terus akan muncul dari waktu ke waktu yang tidak hanya menggambarkan warna kosmologi dan semangat pada zamannya tetapi juga menimbulkan pergeseran sudut pandang sesuai perkembangan zaman sehingga dapat membatu proses pembentukan cara berpikir secara konseptual dan metodis atau membentuk cara berfikir ilmiah. Dengan teori hukum akan dapat memperkaya analisis pengembangan kajian hukum¹⁸⁰.

Berkaitan dengan penjelasan di atas, penelitian yang penulis lakukan merupakan penelitian dalam ranah hukum yang tentunya membutuhkan beberapa teori relevan sebagai pisau analisis terhadap rumusan masalah yakni teori negara hukum dan teori keadilan sebagai *grand theory*, teori pidana dan ppidanaan, dan teori sistem hukum sebagai *midle theory*,

¹⁷⁸ Satjipto Raharjo I, *Op. Cit.* hlm. 254

¹⁷⁹ Disampaikan oleh Syamsul Bachri dalam memberikan sambutan dalam Buku Achmad Ali dengan judul “Menguak Teori Hukum (*legal Theory*) dan Teori Keadilan (*Judicialprudence*) termasuk Interpretasi Undang-Undang (*Legisprudence*)”, Kencana Prenada Media Group, 2009, hlm. xi.

¹⁸⁰ Bernard L. Tanya I *Op. Cit.*, hlm.15-16.

dan teori Pidana Minimalis dan Proporsionalitas Pidana dan teori perundang-undangan sebagai *aplied theory* yang dapat penulis uraikan di bawah ini :

1. Teori Negara Hukum

Negara yang mempunyai atau memiliki Undang-Undang belum dapat disebut sebagai negara hukum, karena terdapat tolok ukur, ciri atau konsep tertentu sebuah negara dapat dikatakan sebagai negara hukum. Secara historis, konsep negara hukum itu sendiri dimulai dari pemikiran Plato yang melanjutkan pemikiran Scorates¹⁸¹ yang mengembangkan paham negara hukum dengan istilah yang dikenal dalam tulisannya “Nomoi”, yang dalam perkembangan selanjutnya negara hukum tersebut berkembang menjadi konsep *rechstaat* maupun *Rule of Law*. Berdasarkan pandangan itulah kemudian teori negara hukum berkembang sebagaimana dikemukakan oleh berbagai pakar antara lain Imanuel Kant

¹⁸¹ Ide negara hukum dimulai pada zaman Yunani Kuno oleh Scorates yang menyatakan bahwa menciptakan hukum merupakan dari tugas negara yang dilakukan oleh pemimpin atau penguasa yang dipilih secara seksama dan demokratis oleh rakyat. Untuk itu karenanya hukum yang telah dibuat oleh penguasa atau pemimpin tersebut wajib untuk ditaati oleh setiap warga negara dan penguasa dalam negara (*polis*). Soehino, *Ilmu Negara*, Yogyakarta : Liberty, 2008, hlm. 14. Selanjutnya Aristoteles sebagai murid Plato menyampaikan bahwa tujuan negara adalah kebaikan yang tertinggi bagi semua warga negara. Sedangkan bentuk negara ideal menurut Aristoteles yakni *Politea*, merupakan pemerintahan yang berdasarkan konstitusi dengan kekuasaan tertinggi berada di tangan seluruh warga negara sehingga hukum berlaku baik bagi penguasa dalam menyelenggarakan pemerintahan dan juga bagi rakyat yang diperintah. Oleh karenanya hukum tidak hanya memiliki kedaulatan dan kewibawaan yang tertinggi, tetapi juga harus menjadi dasar dan landasan kehidupan bernegara. Hotma P. Sibuea, *Asas Negara Hukum, Peraturan Kebijakan, dan Asas-Asas Umum Pemerintahan Yang Baik*, Jakarta : Penerbit Erlangga, 2010, hlm. 15-18.

berupa negara hukum formal, dan konsep negara hukum material oleh J. Stahl serta konsep *the rule of law* oleh A.V. Dicey.¹⁸²

Teori negara hukum akan menunjukkan tataran konsep atau kajian mengenai negara hukum, yang terbagi atas konsep negara hukum formal dan konsep negara hukum substansial. Konsep hukum formal muncul bersamaan dengan negara modern sekitar abad ke-18, sebagai suatu konfigurasi kekuasaan yang bersifat hegemonistik, artinya kekuasaan yang sebelumnya ada dalam masyarakat ditarik dan kemudian dimasukkan ke dalam kekuasaan negara. Negara dengan kekuasaan tersebut membuat peraturan yang tujuan hakikinya adalah melindungi hak-hak warganya sehingga muncul konsep negara hukum modern dengan doktrin *Government of Law, Not of Men* atau konsep *Rule of Law*.¹⁸³

Akibat konsep negara hukum formal dianggap belum atau tidak sejalan dengan apa yang diinginkan oleh masyarakat dalam implementasinya, maka muncullah konsep negara hukum yang kedua, yakni konsep negara hukum substansial yang berfokus pada upaya keadilan dan kebenaran obyektif. Tujuan konsep negara hukum substansial tidak hanya melindungi masyarakat terhadap kekuasaan negara melainkan negara hukum wajib dan turut aktif meningkatkan martabat warga dalam bidang ekonomi, sosial, budaya dan politik.

¹⁸² Marwan Effendy. *Kapita Selekta Hukum Pidana (Perkembangan Isu Aktual Dalam Kejahatan Finansial dan Korupsi)*, Referensi, Jakarta, 2013, hlm. 13.

¹⁸³ CST. *Kansil, Pengantar Ilmu Hukum dan Tata Hukum Indonesia*, Balai Pustaka, Jakarta, 2002 hlm. 3.

Sri Sumantri mengemukakan setidaknya terdapat 4 (empat) unsur penting dalam negara hukum¹⁸⁴, yakni:

1. Pemerintah dalam melaksanakan tugas dan kewajibannya harus berdasarkan atas hukum atau peraturan perundang-undangan,
2. Adanya jaminan terhadap hak-hak asasi manusia (warga negara),
3. Adanya pembagian kekuasaan dalam negara,
4. Adanya pengawasan dari badan-badan peradilan

Konsep negara hukum yang disebut oleh Julius Stahl¹⁸⁵ dengan istilah "rechtsstaat" juga mencakup 4 (empat) elemen penting, yaitu : (1) Perlindungan hak asasi manusia; (2) Pembagian kekuasaan; (3) Pemerintahan berdasarkan undang-undang; dan (4) Peradilan tata usaha Negara. Sedangkan A.V. Dicey menguraikan adanya 3 (tiga) ciri penting dalam setiap Negara Hukum yang disebutnya dengan istilah "*The Rule of Law*", yaitu (1) *Supremacy of Law*, (2) *Equality before the law*, dan (3) *Due Process of Law*.

Keempat prinsip rechtsstaat yang dikembangkan oleh Julius Stahl tersebut di atas pada dasarnya dapat digabungkan dengan ketiga prinsip *Rule of Law* yang dikembangkan oleh A.V. Dicey untuk menandai ciri-ciri Negara Hukum modern di zaman sekarang. Bahkan Jimly Asshidiqie¹⁸⁶

¹⁸⁴ Sri Sumantri. 1992. Bunga Rampai Hukum Tata Negara Indonesia, Alumni, Bandung, hlm. 29-30.

¹⁸⁵ Anonim. Negara Hukum (Rechtstaat). Sumber: <https://istilahhukum.wordpress.com/2012/07/25/negara-hukum-rechtstaat/>, diunduh tanggal 15 Juli 2021.

¹⁸⁶ Asshidiqie, Jimly, Negara Hukum Indonesia, Ceramah Umum dalam rangka Pelantikan Dewan Pimpinan Pusat Ikatan Alumni Universitas Jayabaya di Jakarta Tanggal 23 Januari 2010. Lihat dalam Pan Mohamad Faiz. Reformasi Hukum dan Sinergitas Antar Lembaga Negara; Mencegah Ketidakpercayaan Rakyat Terhadap Simbol-Simbol Negara. Sumber:

menambahkan lagi prinsip-prinsip Negara Hukum itu dengan prinsip peradilan bebas dan tidak memihak (*independence and impartiality of judiciary*) yang mutlak diperlukan pada zaman sekarang dalam setiap negara demokrasi. Sedangkan prinsip-prinsip yang dianggap ciri penting Negara Hukum menurut *The International Commission of Jurists* adalah (1) Negara harus tunduk pada hukum; (2) Pemerintah menghormati hak-hak individu; dan (3) Peradilan yang bebas dan tidak memihak.

Prajudi Atmosudirdjo menyebutkan sekurangnya ada 3 (tiga) asas-asas pokok negara hukum, sebagai berikut:

1. Asas Monopoli Paksa (*Zwangmonopol*). Asas monopoli paksa berarti monopoli penggunaan kekuasaan negara dan monopoli penggunaan paksaan untuk membuat orang mentaati apa yang menjadi keputusan penguasa negara hanya berada ditangan pejabat penguasa negara yang berwenang dan berwajib untuk itu.
2. Asas Persetujuan Rakyat. Asas persetujuan rakyat berarti bahwa orang (warga masyarakat) hanya wajib tunduk, dan dapat dipaksa untuk tunduk, kepada peraturan yang dicipta secara sah dengan persetujuan langsung (undang-undang formal) atau tidak langsung (legislasi delegatif, peraturan atau kuasa undang-undang) dari Dewan Perwakilan Rakyat.
3. Asas Persekutuan Hukum (*rechtsgemeenschap*). Asas persekutuan hukum berarti bahwa rakyat dan penguasa negara bersama-sama merupakan suatu persekutuan hukum (*rechtsgemeenschap, legal partnership*), sehingga para Pejabat Penguasa Negara di dalam menjalankan tugas dan fungsi beserta menggunakan kekuasaan negara mereka tunduk kepada hukum (undang-undang) yang sama dengan Rakyat (warga masyarakat).¹⁸⁷

<https://referensi.elsam.or.id/wpcontent/uploads/2015/02/REFORMASI-HUKUM-DAN-SINERGITAS-ANTAR-LEMBAGANEGARA.pdf>

¹⁸⁷ Prajudi Atmosudirdjo, *Hukum Administrasi Negara*. Cetakan IX, Ghalia Indonesia, Jakarta, 1988, hlm. 23.

Lebih lanjut John Locke¹⁸⁸ mengatakan bahwa:

Though in the state of nature he has such a right, yet the enjoyment of it is very uncertain and constantly exposed to the invasion of others;...the enjoyment of the property he has in the state is very unsafe, very unsecure. This makes him willing to quit a condition which, however free, is full of fears and continual dangers; and it is not without reason that he seeks out and is willing to join in society with others who already united, or have a mind to unite, for the mutual preservation of their lives, liberties, and estates, which I call by the general name 'property'.

Disamping kebutuhan akan perlindungan tersebut di atas, John Locke masih menyebutkan kebutuhan lain bagi manusia di bawah orde hukum alam, yaitu¹⁸⁹ :

1. *An Establish, settled, known law, received and allowed by common consent to be the standard of right and wrong and the common measure to decide all controversies between them;*
2. *Known and indifferent judge with authority to determine all differences according to the establish law;*
3. *Power to back and support the sentence when right and to give it due execution.*

Berangkat dari adanya kepentingan pemenuhan kebutuhan-kebutuhan tersebut di atas, manusia kemudian terdorong untuk membentuk suatu masyarakat, atau bergabung dengan masyarakat yang sudah ada. Ibarat suatu transaksi bisnis dalam kehidupan sehari-hari, maka sesuatu yang diterima tersebut, yaitu preservation of the property, mewajibkan kita untuk memberikan sesuatu yang lain pula sebagai harga

¹⁸⁸ Satya Arinanto, Bahan Kuliah Politik Hukum 1. Program Pascasarjana Fakultas Hukum Universitas Indonesia (selanjutnya disebut Satya Arinanto I), Jakarta, 2001, hlm. 19-20.

¹⁸⁹ Ibid, hlm. 20

yang harus dibayar atas apa yang diterima. Sesuatu yang kita berikan tersebut adalah kebebasan dan komitmen kepatuhan. Memberikan sebagian kebebasan berarti bahwa kebebasan kita tersebut kini terbatas oleh adanya pembatasan-pembatasan yang diciptakan masyarakat melalui aturan-aturan.

Berkenaan dengan hal tersebut, kebebasan mutlak tidak ada lagi, seperti dimiliki setiap manusia pada saat berada di bawah orde hukum alam. Kebebasan itu, jika ia terlibat dalam aktivitas interaksi antar manusia, nisyaca akan senantiasa bersentuhan atau bahkan berbenturan satu sama lain dengan kebebasan manusia yang lain. Adanya pertemuan atau benturan kebebasan itulah menjadi urgensi pembuatan pembatasan-pembatasan agar proses interaksi dalam masyarakat dapat berjalan dengan tertib.

Komitmen kepatuhan berarti manusia secara sukarela dan berdasarkan kesadarannya sendiri menundukkan diri untuk patuh dan senantiasa melaksanakan segala peraturan-peraturan yang diciptakan oleh masyarakat. Jika tidak didasari komitmen yang demikian, maka segala peraturan-peraturan yang dibuat dari dan oleh masyarakat hanya tentu akan menjadi rangkaian kata-kata indah di atas kertas namun tanpa arti dalam kehidupan masyarakat. Proses serah terima hak dan komitmen inilah yang dalam fiksi hukum dikenal sebagai “Kontrak Sosial”, yaitu suatu kesepakatan yang dibuat di antara masyarakat untuk menyerahkan

sebagian kekuasaannya kepada pihak yang oleh masyarakat sendiri disebut sebagai penguasa, dengan tujuan agar penguasa tersebut dapat bekerja untuk menjaga dan mempertahankan kekuasaan (hak dan kewajiban) masyarakat beserta anggota-anggotanya dari ancaman yang berasal dari pihak-pihak manapun didalam maupun di luar masyarakat.

Proses maupun hasil akhir dari kontrak sosial ini tentu bukanlah sesuatu yang sederhana, karena ia dibentuk oleh proses sejarah negara itu sendiri. Sejarah dunia telah menunjukkan kepada kita, bahwa masyarakat secara mengesankan harus mengecap konsekuensi buruk dari pelepasan haknya tersebut dengan menjadi korban kezaliman penguasa tiran. Kekuasaan yang diberikan kepada penguasa ternyata bukan tidak mungkin untuk diselewengkan, disalahgunakan, atau bahkan dibelokkan hingga ke arah penciptaan legitimasi atas penindasan yang dilakukannya terhadap masyarakat. Sejarah telah membaptis praktik penyelenggaraan kekuasaan yang demikian itu sebagai apa yang oleh Franz Magnis-Suseno disebut sebagai Negara Totaliter.¹⁹⁰

Franz Magnis-Suseno menggambarkan bahwa:¹⁹¹

Negara Totaliter bukan hanya mengontrol kehidupan masyarakat dengan ketat dan mempertahankan dengan tegas kekuasaan sebuah elit politik kecil yang despotik, ia bukan juga sekedar rezim seorang diktator yang haus kuasa, melainkan lebih dari itu. Negara

¹⁹⁰ Satya Arinanto, Hak Asasi Manusia dalam Transisi Politik di Indonesia. Cetakan ke-2, (selanjutnya disebut Satya Arinanto II), Pusat Studi Hukum Tata Negara Fakultas Hukum Universitas Indonesia, Jakarta, 2005, hlm. 102.

¹⁹¹ Ibid

Totaliter adalah sebuah sistem politik yang melebihi bentuk-bentuk kenegaraan despotik tradisional yang secara menyeluruh mengontrol, menguasai, dan memobilisasikan segala segi kehidupan masyarakat. Dalam bahasa sehari-hari masyarakat, mungkin kondisi kenegaraan yang demikian tersebut yang lebih tepat dinyatakan sebagai “hidup bagaikan di neraka”.

Eric Barendt menjelaskan bahwa konstitusi itu sendiri memiliki dua arti, yaitu¹⁹² :

1. *Written document or text which outlines the powers of its parliament, government, courts, and other important national institutions.*
2. *The collection of Legal and Non-Legal rules which compose the system of government, for example the rules outlining the powers of ministers and parliament and regulating the relationship between them.*

Thomas Paine menyerukan tentang arti penting dari sebuah konstitusi. Thomas Paine menjelaskan bahwa “*government without a constitution, is power without a right*”.¹⁹³ Pemaparan tersebut di atas memberikan suatu gambaran mengenai keterkaitan satu sama lain di antara teori mengenai Kontrak Sosial dan Konstitusi. Keterkaitan yang secara lebih tepat dinyatakan oleh Thomas Paine bahwa “*A constitution is not the act of a government but of the people constituting the government*”¹⁹⁴. Namun, di samping mengenai pembatasan kekuasaan sebagaimana telah dijelaskan di atas, kontrak sosial masyarakat yang dituangkan dalam sebuah konstitusi adalah juga bertujuan untuk “*...to formulate basic rights*

¹⁹² Satya Arinanto I, Op.Cit. hlm. 107-108.

¹⁹³ Ibid. hlm. 110.

¹⁹⁴ Jimly Asshiddiqie, Konstitusi dan Konstitusionalisme Indonesia. Cetakan Kedua, Konstitusi Press, Jakarta, 2006, hlm. 5.

*and freedoms and other fundamental values for the community*¹⁹⁵.

Konstitusi dengan demikian adalah sebuah hasil kristalisasi kehendak politik yang ada didalam masyarakat, ia merupakan bentuk konkrit dari kontrak sosial itu sendiri.

Dalam konstitusi Negara Indonesia sebagaimana tercantum pada pasal 1 ayat (3) UUD NRI 1945 menyatakan bahwa Indonesia adalah Negara Hukum. Begitu juga dalam dalam penjelasan UUD 1945¹⁹⁶, mengenai Sistem Pemerintahan Negara Indonesia ditemukan penekanan pada hukum (*recht*) yang dihadapkan dengan kekuasaan (*macht*). Penjelasan UUD 1945 merupakan penegasan bahwa Indonesia adalah negara berdasarkan hukum (*rechtstaat*) dan tidak berdasarkan kekuasaan (*machtstaat*). Hal itu berarti baik UUD 1945 maupun UUD NRI 1945 yang merupakan hasil amandemen menunjukkan penolakan terhadap paham absolutisme sebagai langkah terdepan untuk menghindari dan menolak kemungkinan penindasan terhadap hak-hak kemanusiaan.¹⁹⁷

2. Teori Keadilan

Keadilan merupakan mahkota dari hukum. Oleh karenanya beragam teori membahas soal keadilan dan masyarakat yang adil. perkembangan teori-teori keadilan di barat yang diawali dengan aliran

¹⁹⁵ Satya Arinanto I, Op.Cit. hlm. 110.

¹⁹⁶ Undang-Undang Dasar Tahun 1945 atau disingkat UUD 1945 yang penulis maksud adalah UUD yang belum diamandemen.

¹⁹⁷ S.F.Marbun, Peradilan Administrasi Negara dan Upaya Administratif di Indonesia, Liberty, Yogyakarta, 1997, hlm. 15.

utilitarianisme, persamaan liberal, libertarianisme, marxisme, komunitarianisme sampai dengan kritik terhadap feminisme. Dari teori tersebut dapat dipahami memiliki sifat universal dan mewakili perjalanan hidup umat manusia yang tidak terbatas oleh ruang dan waktu. Meskipun sebagian besar teori tersebut dikembangkan oleh penulis barat yang banyak dipengaruhi oleh nilai-nilai kebudayaan barat, namun memiliki nilai universal.¹⁹⁸

John Rawls memposisikan keadilan sebagai hal yang esensial dengan mengatakan diperlukan keseimbangan antara kepentingan pribadi dengan bersama. Sebagai suatu nilai keadilan tidak dapat ditawar-tawar sebab melalui keadilanlah kehidupan manusia dapat terjamin karena menentukan bagaimana ukuran dari keseimbangan yang harus diberikan dan itulah yang disebut dengan keadilan.¹⁹⁹

Ada dua prinsip keadilan menurut John Rawls, yakni *pertama*, setiap orang memiliki hak yang sama atas keseluruhan sistem yang paling luas dari kebebasan dasar yang sama sesuai dengan sistem kebebasan sama bagi semua orang. *Prinsip Kedua*, pengurangan terhadap ketimpangan sosial dan ekonomi harus diatur supaya a). memberikan keuntungan terbesar bagi yang paling tidak diuntungkan; b). membuka

¹⁹⁸ Agus Wahyudi, Filsafat Politik Barat dan Masalah Keadilan, Catatan Kritis atas Pemikiran Will Kymlica, <http://jurnal.filsafat.ugm.ac.id/index.php/jf/article/viewFile/43/39> diakses 15 Januari 2021.

¹⁹⁹ Darji Darmodiharjo dan Shidarta, Pokok-Pokok Filsafat Hukum : Apa dan Bagaimana Filsafat Hukum Indonesia, PT. Gramedia Pustaka Utama, Jakarta, 2006, hlm. 156.

posisi dan jabatan bagi semua di bawah kondisi persamaan kesempatan yang fair.²⁰⁰ Setiap orang mempunyai kehormatan berdasarkan keadilan. Sehingga seluruh masyarakat sekalipun tidak bisa membatalkannya.²⁰¹ Oleh karenanya keadilan tidak membenarkan hilangnya kebebasan seseorang akibat kekuatan yang lebih besar. Dalam keadilan tidak membiarkan pengorbanan yang dipaksakan pada segelintir orang diperberat oleh sebagian besar keuntungan yang dinikmati banyak orang. Sehingga masyarakat yang adil berarti kebebasan warga negara dianggap mapan, penjaminan hak-hak dan keadilan tidak tunduk pada tawar menawar politik atau kalkulasi kepentingan sosial. Secara analogis, ketidakadilan bisa dibiarkan hanya ketika untuk menghindari ketidakadilan yang lebih besar. Sebagai kebajikan utama umat manusia, kebenaran dan keadilan tidak bisa diganggu gugat.²⁰²

Satjipto Rahardjo menyatakan bahwa membicarakan hukum adalah membicarakan hubungan antar manusia. Membicarakan hubungan antar manusia adalah membicarakan keadilan. Dengan demikian, setiap pembicaraan mengenai hukum, jelas atau samar-samar, senantiasa merupakan pembicaraan mengenai keadilan pula. Kita tidak dapat

²⁰⁰ John Rawls, *Justice as Fairness: a Restatement* (selanjutnya disebut John Rawls I), United States of America: President and Fellows of Harvard College, 2003, hlm. 42-43.

²⁰¹ John Rawls, *A Theory of Justice* (Teori Keadilan), Dasar Dasar Fitsifat Politik Untuk Mewujudkan Kesejahteraan Sosial Dalam Negara, (selanjutnya disebut John Rawls II) diterjemahan oleh : Uzair Fauzan dan Heru Prasetyo, Pustaka Pelajar, Yogyakarta, 2006, hlm. 3-4

²⁰² *Ibid.*, hlm. 3-4.

membicarakan hukum hanya sampai kepada wujudnya sebagai suatu hubungan yang formal. Kita juga perlu melihatnya sebagai ekspresi dari cita-cita keadilan masyarakatnya²⁰³.

Pembukaan UUD 1945 menjatuhkan pilihan cita-cita negara sebagai negara kesejahteraan, sebagaimana tertuang dalam alinea IV UUD 1945, “Kemudian daripada itu untuk membentuk suatu pemerintahan Negara Indonesia yang melindungi segenap bangsa Indonesia dan seluruh tumpah darah Indonesia dan untuk memajukan kesejahteraan umum, mencerdaskan kehidupan bangsa, dan ikut melaksanakan ketertiban dunia yang berdasarkan kemerdekaan, perdamaian abadi dan keadilan sosial.

Sebagai negara kesejahteraan (*welfare state*) tentunya memiliki fungsi utamanya untuk menyelenggarakan kesejahteraan umum dan dengan konsepsi negara hukum modern yang menempatkan peranan negara pada posisi yang kuat dan besar. Dengan demikian tugas dan wewenang serta tanggung jawab pemerintah semakin berkembang dan bertambah luas baik secara kuantitatif maupun kualitatif. Konsekuensinya, tentunya setiap tindakan pemerintah harus berdasarkan atas hukum dan kepada pemerintah disertai pula peran,

²⁰³ Soerjono Soekanto (selanjutnya disebut Soerjono Soekanto I), *Beberapa Permasalahan Hukum Dalam Kerangka Pembangunan Di Indonesia*, U.I. Press, Jakarta, 1983, *Op. cit.*, hlm. 159.

tugas dan tanggung jawab yang luas dan berat.²⁰⁴ Salah satu diantaranya adalah mewujudkan keadilan sosial bagi seluruh rakyat Indonesia sebagaimana diamanatkan dalam alinea IV pembukaan UUD NRI 1945 sebagai suatu harapan yang masih harus terus diperjuangkan.

Prinsip keadilan yang utama diformulasikan dan bertumpu pada tiga inti dari hukum alam yang dianggapnya sebagai prinsip keadilan utama yakni *honeste vivere* (hidup secara terhormat), *alterium non laedere* (tidak mengganggu orang lain), dan *suum quique tribuere* (memberi kepada tiap orang bagiannya).²⁰⁵ Menurut John Rawls, keadilan dikonseptualisasikan sebagai *fairness* (kejujuran) atau keadilan sebagai *fairness*, yang berusaha memberikan landasan ilmiah tentang mengapa keadilan itu diperlukan.²⁰⁶

²⁰⁴ S.F. Marbun, *Peradilan Administrasi Negara, dan Upaya Administrasi di Indonesia*, Cet. I, Liberty, Yogyakarta, 1997, hlm. 166-167.

²⁰⁵ Bernard L. Tanya I Op. Cit.,, hlm. 152.

²⁰⁶ Keadilan dikonseptualisasikan sebagai *fairness* (kejujuran) mengandung asas, orang-orang yang merdeka dan rasional yang berkehendak untuk mengembangkan kepentingan-kepentingannya hendaknya, memperoleh suatu kedudukan yang sama pada saat akan memulainya dan itu merupakan syarat-syarat yang fundamental bagi mereka untuk memasuki perhimpunan yang mereka kehendaki. Bahwa gagasan prinsip-prinsip keadilan ditandainya bagi struktur dasar masyarakat merupakan persetujuan dari kesepakatan. Hal-hal itu adalah prinsip yang akan diterima orang-orang yang bebas dan rasional untuk mengejar kepentingan mereka dalam posisi asali ketika mendefinisikan kerangka dasar asosiasi mereka. Prinsip-prinsip ini akan mengatur semua persetujuan lebih lanjut; mereka menentukan jenis kerja sama sosial yang bisa dimasuki dalam bentuk-bentuk pemerintah yang bisa didirikan. Cara pandang terhadap prinsip keadilan ini akan disebut keadilan sebagai *fairness*, yang berusaha memberikan landasan ilmiah tentang mengapa keadilan itu diperlukan. John Rawls II, *Op. Cit* , hlm. 12.

Gustav Radbruch mengkonsepsi salah satu tujuan hukum atau cita hukum adalah "keadilan" di samping kemanfaatan dan kepastian.²⁰⁷ Sedangkan dalam Aristoteles berpendapat bahwa tujuan hukum itu semata-mata untuk mewujudkan keadilan, dalam hal ini *ius suum quique tribuere*, yakni memberikan kepada setiap orang apa yang menjadi bagian atau haknya²⁰⁸ Keutamaan keadilan tersebut juga dikatakan oleh Ahmad Ali, bahwa tujuan hukum lebih dititik beratkan pada segi "keadilan".²⁰⁹

Keadilan ditempatkan oleh Aristoteles sebagai nilai yang paling utama, bahkan mengatakan bahwa keadilan sebagai nilai yang paling sempurna atau lengkap. Oleh karenanya, ukurannya hukum yang adil harus memihak pada kepentingan semua orang atau hukum harus ditujukan untuk membela kepentingan atau kebaikan bersama (*common good*).²¹⁰ Sehingga jika terjadi tindakan yang dianggap tidak adil (*unfair prejudice*) maka dibutuhkan peran hukum untuk membalikan keadaan atau menemukan kembali keadilan yang telah hilang (*the lost justice*) untuk diberikan pada pihak yang telah diperlakukan tidak adil (dizalimi, dieksploitasi) yang oleh Aristoteles dikatakan sebagai keadilan korektif.²¹¹

²⁰⁷ Ahmad Ali, *Menguak Tabir Hukum Suatu Kajian Filosofis Sosiologis*, Gunung Agung, Jakarta, 2002, hlm. 72.

²⁰⁸ Dudu Duswara Machmudin, *Pengantar Ilmu Hukum Sebuah Sketsa*, Refika Aditama, Bandung, 2000, hlm. 23.

²⁰⁹ Ahmad Ali, *Op. Cit.*

²¹⁰ Andre Ata Ujan, *Filsafat Hukum Membangun Hukum dan Membela Keadilan*, Kanisius, Yogyakarta, 2009, hlm. 48.

²¹¹ B. Arief Sidharta, *Meuwissen, Tentang Pengembangan Hukum, Ilmu Hukum, Teori Hukum, dan Filsafat Hukum*, Refika Aditama, Bandung, 2007, hlm. 93.

Pada dasarnya keadilan korektif berupaya meluruskan yang salah agar menjadi benar, yang tidak adil menjadi adil.²¹² Ini tentu sejalan dengan prinsip dasar hukum pidana yakni tercapainya keadilan dalam proses hukum yang adil (*due process of law*), dimana setiap perbuatan pidana yang dilakukan pelaku harus mendapat sanksi yang setimpal sebagai ganjaran kepada pelaku tindak pidana atau sebagai bentuk penerapan keadilan²¹³ terhadap pelaku dan korban termasuk masyarakat. Dalam konteks ini keadilan korektif merupakan bentuk keadilan yang ditujukan sebagai upaya pemberian sanksi, pembebanan kewajiban pemulihan atau kewajiban melakukan kompensasi bagi mereka yang menimbulkan kerugian bagi pihak lain.²¹⁴ Hal ini berkaitan dengan keadilan hukum atau keadilan berdasarkan hukum (*legal justice*) merupakan keadilan menurut undang-undang dan berkenaan dengan pemberian sanksi akibat undang-undang yang dilanggar. Jika seseorang telah melanggar keadilan tersebut, maka akan dikenakan hukuman lewat proses hukum.²¹⁵ Setiap pelanggaran akan mendapatkan sanksi sesuai dengan tingkat pelanggaran itu sendiri.²¹⁶

²¹² Abdul Ghofur Anshori, *Filsafat Hukum*, Gajah Mada University Press, Yogyakarta, 2006, hlm. 48.

²¹³ Dardji Darmodihardjo, *Pokok-Pokok Filsafat Hukum Apa dan Bagaimana Filsafat Hukum Indonesia*, PT. Gramdeia Pustaka Utama, Jakarta, 2002, hlm. 157.

²¹⁴ Keadilan Korektif REDD+ - Majalah Sawit Indonesia Majalah Sawit Indonesia, [²¹⁵ I Dewa Gede Atmadja, *Filsafat Hukum*, Setara Press, Malang, 2013, hlm. 81](https://sawitindonesia.com/keadilan-korektifredd/#:~:text=Keadilan%20korektif%20menginginkan%20agar%20mereka%20yang%20, dikases tanggal 20 September 2021.</p></div><div data-bbox=)

²¹⁶ Hans Kelsen, *Teori Hukum Murni*, Nusa Media (Penerjemah : Raisul Mutaqien), Bandung, 2014, hlm. 75

Dalam konteks legalitas, dikatakan adil jika suatu aturan diterapkan pada semua kasus dimana menurut isinya memang aturan tersebut harus diaplikasikan. Jadi tidak adil jika suatu aturan diterapkan pada satu kasus tetapi tidak pada kasus lain yang sama.²¹⁷

Hukum dibentuk bertujuan untuk menjaga tatanan sosial dan mencapai tujuan kehidupan bersama atau sebaliknya agar tidak melakukan suatu tindakan yang dapat merusak tatanan keadilan. Hukum mewujudkan sebuah nilai sekaligus nilai moral, dan itu hanya bermakna jika hukum dipandang sebagai sebuah norma.²¹⁸

Dalam konteks legalitas, dikatakan adil jika suatu aturan diterapkan pada semua kasus dimana menurut isinya memang aturan tersebut harus diaplikasikan. Jadi tidak adil jika suatu aturan diterapkan pada satu kasus tetapi tidak pada kasus lain yang sama.²¹⁹

3. Teori Tujuan Hukum Pidana dan Pemidanaan

3.1. Teori Tujuan Hukum Pidana

Secara umum hukum pidana berfungsi untuk mengatur kehidupan masyarakat agar dapat tercipta dan terpeliharanya ketertiban umum. Tirtaamidjaya menyatakan maksud diadakannya hukum pidana adalah

²¹⁷ I Dewa Gede Atmadja. *Op. Cit.* hlm. 87.

²¹⁸ Hans Kelsen, *Op. Cit.*

²¹⁹ *Ibid.* hlm. 87.

untuk melindungi masyarakat.²²⁰ Berkenaan dengan tujuan hukum pidana (*Strafrechtscholen*) ini dikenal 3 (tiga) aliran tujuan dibentuknya peraturan hukum pidana, yaitu:

a. Aliran klasik

Menurut aliran klasik (*de klassieke school/de klassieke richting*) tujuan susunan hukum pidana adalah untuk melindungi individu dari kekuasaan penguasa (Negara). Markies van Beccaria sebagai peletak dasarnya menulis tentang "*Dei delitte edelle pene*" (1764), menuntut agar hukum pidana harus diatur dengan undang-undang yang tertulis. Zaman sebelum pengaruh tulisan Beccaria itu, hukum pidana yang ada sebagian besar tidak tertulis dan di samping itu kekuasaan Raja Absolute dapat menyelenggarakan pengadilan yang sewenang-wenang dengan menetapkan hukum menurut perasaan dari hakim sendiri. Penduduk tidak tahu pasti perbuatan mana yang dilarang dan beratnya pidana yang diancamkan karena hukumnya tidak tertulis. Proses pengadilan berjalan tidak baik, sampai terjadi peristiwa yang menggemparkan rakyat seperti di Perancis dengan kasus Jean Calas te Toulouse (1762) yang dituduh membunuh anaknya sendiri bernama Mauriac Antoine Calas, karena anaknya itu terdapat mati di rumah ayahnya. Di dalam pemeriksaan Calas tetap

²²⁰ Bambang Poernomo, *Asas-asas Hukum Pidana*, Ghalia Indonesia, Jakarta 1985, hlm. 23.

tidak mengaku dan oleh hakim tetap dinyatakan bersalah dan dijatuhi pidana mati dan pelaksanaannya dengan *guillotine*. Masyarakat tidak puas, menganggap Jean Calas tidak bersalah membunuh anaknya, sehingga Voltaire mengecam putusan pengadilan itu, yang ternyata tuntutan untuk memeriksa kembali perkara Calas itu dikabulkan. Hasil pemeriksaan ulang menyatakan Mauriac mati dengan bunuh diri. Masyarakat menjadi gempar karena putusan itu, dan selanjutnya pemuka-pemuka masyarakat seperti J.J. Rousseau dan Montesquieu turut menuntut agar kekuasaan Raja dan penguasa-penguasanya agar dibatasi oleh hukum tertulis atau undang-undang. Semua peristiwa yang diabadikan itu adalah usaha untuk melindungi individu guna kepentingan hukum perseorangan.²²¹

Oleh sebab itu mereka menghendaki agar diadakan suatu peraturan tertulis supaya setiap orang mengetahui tindakan-tindakan mana yang terlarang atau tidak, apa ancaman hukumannya dan lain sebagainya. Dengan demikian diharapkan akan terjamin hak-hak manusia dan kepentingan hukum perseorangan. Peraturan tertulis itu akan menjadi pedoman bagi rakyat, akan melahirkan kepastian hukum serta dapat menghindarkan masyarakat dari kesewenang-wenangan. Pengikut-pengikut ajaran ini menganggap bahwa tujuan

²²¹ Bambang Poernomo, *Ibid.*, hlm. 24.

hukum pidana adalah untuk menjamin kepentingan hukum individu.²²² Setiap perbuatan yang dilakukan oleh seseorang (individu) yang oleh undang-undang hukum pidana dilarang dan diancam dengan pidana harus dijatuhkan pidana. Menurut aliran klasik, penjatuhan pidana dikenakan **tanpa** memperhatikan keadaan pribadi pembuat pelanggaran hukum, mengenai sebab-sebab yang mendorong dilakukan kejahatan (*etiologi kriminil*) serta pidana yang bermanfaat, baik bagi orang yang melakukan kejahatan maupun bagi masyarakat sendiri (politik kriminil).²²³

b. Aliran modern

Aliran modern (*de moderne school/de moderne richting*) mengajarkan tujuan susunan hukum pidana itu untuk melindungi masyarakat terhadap kejahatan. Sejalan dengan tujuan tersebut, perkembangan hukum pidana harus memperhatikan kejahatan serta keadaan penjahat.²²⁴ Kriminologi yang objek penelitiannya antara lain adalah tingkah laku orang perseorangan dan atau masyarakat adalah salah satu ilmu yang memperkaya ilmu pengetahuan hukum pidana. Pengaruh kriminologi sebagai bagian dari *social science* menimbulkan suatu aliran baru yang menganggap bahwa tujuan hukum pidana

²²² E.Y. Kanter dan S.R. Sianturi, *Asas-Asas Hukum Pidana di Indonesia dan Penerapannya*, Alumni AHM- PTHM, Jakarta, 1982, hlm. 56

²²³ Bambang Poernomo, *Op.Cit.*, hlm. 25.

²²⁴ *Ibid.*

adalah untuk memberantas kejahatan agar terlindungi kepentingan hukum masyarakat.²²⁵

Banyak pendapat yang dikemukakan oleh para ahli hukum tentang fungsi/tujuan hukum pidana. Sudarto membedakan fungsi hukum pidana itu kedalam dua fungsi²²⁶, yaitu fungsi yang umum dan fungsi yang khusus. Sebagai salah satu bagian dari hukum, fungsi hukum pidana juga sama dengan fungsi hukum pada umumnya, yaitu untuk mengatur hidup kemasyarakatan atau untuk menyelenggarakan tata dalam masyarakat. Sedangkan fungsi khusus bagi hukum pidana adalah untuk melindungi kepentingan hukum terhadap perbuatan yang hendak memper- kosanya (*rechtsguterschutz*) dengan sanksi yang berupa pidana yang sifatnya lebih tajam jika dibandingkan dengan sanksi yang terdapat pada cabang hukum lainnya. Dalam sanksi pidana itu terdapat suatu *tragic* (suatu yang menyedihkan) sehingga hukum pidana dikatakan sebagai pedang bermata dua¹, yang bermakna bahwa hukum pidana bertujuan untuk melindungi kepentingan-kepentingan hukum (misalnya: nyawa, harta benda, kemerdekaan, kehormatan), namun jika terjadi pelanggaran terhadap larangan dan perintahnya justru mengenakan perlukaan (menyakiti) kepentingan (benda) hukum si pelanggar. Dapat dikatakan bahwa hukum pidana itu

²²⁵ E.Y. Kanter dan S.R. Sianturi, *Op.Cit.*, hlm. 56.

²²⁶ Sudarto, *Hukum Pidana I* (selanjutnya disebut Sudarto IV), Yayasan Sudarto, Semarang, 1990, hlm. 11-12.

memberi aturan-aturan untuk menaggulangi perbuatan jahat. Dalam hal ini perlu diingat pula, bahwa sebagai alat *social control* fungsi hukum pidana adalah *subsidaire*,²²⁷ artinya hukum pidana hendaknya baru diadakan (dipergunakan) apabila usaha-usaha lain kurang memadai.

Sebagai bagian dari hukum publik, maka Adami Chazawi menyebutkan bahwa hukum pidana berfungsi:

a. Melindungi kepentingan hukum dari perbuatan atau perbuatan-perbuatan yang menyerang atau memperlakukakan kepentingan hukum tersebut. Kepentingan hukum yang wajib dilindungi itu ada 3 (tiga) macam, yaitu:

- 1) Kepentingan hukum perorangan (*individuale belangen*), misalnya kepentingan hukum terhadap hak hidup (nyawa), kepentingan hukum atas tubuh, kepentingan hukum akan hak milik benda, kepentingan hukum terhadap harga diri dan nama baik, kepentingan hukum terhadap rasa susila, dan lain sebagainya;
- 2) Kepentingan hukum masyarakat (*sociale of maatschappelijke belangen*), misalnya kepentingan hukum terhadap keamanan dan ketertiban umum, ketertiban berlalulintas di jalan raya, dan lain sebagainya;

²²⁷ Berkaitan dengan hal ini menurut Jan Remmelink, mengenai bagaimana cara pidana itu harus dikenakan, pertama-tama nyata, bahwa sanksi yang tajam pada dasarnya hanya akan dijatuhkan, apabila mekanisme penegakan hukum lainnya yang lebih ringan telah tidak berdaya guna atau sudah sebelumnya dipandang tidak cocok, dan reaksi hukum pidana harus setimpal secara layak atau proporsional dengan apa yang sesungguhnya diperbuat oleh pelaku tindak pidana. Terhadap tindak pidana harus dimunculkan reaksi yang adil. Lihat Jan Remmelink, Op. Cit., hlm.15

- 3) Kepentingan hukum negara (*staatsbelangen*), misalnya kepentingan hukum terhadap keamanan dan keselamatan negara, kepentingan hukum terhadap negara-negara sahabat, kepentingan hukum terhadap martabat kepala negara dan wakilnya, dan sebagainya.²²⁸
- b. Memberi dasar legitimasi bagi negara dalam rangka menjalankan fungsi perlindungan atas berbagai kepentingan hukum. Dalam mempertahankan kepentingan hukum yang dilindungi, dilakukan oleh negara dengan tindakan-tindakan yang sangat tidak menyenangkan, tindakan yang justru melanggar kepentingan hukum pribadi yang mendasar bagi pihak yang bersangkutan, misalnya dengan dilakukan penangkapan, penahanan, pemeriksaan sampai kepada penjatuhan sanksi pidana kepada pelakunya. Kekuasaan yang sangat besar ini, yaitu kekuasaan yang berupa hak untuk menjalankan pidana dengan menjatuhkan pidana yang menyerang kepentingan hukum manusia atau warganya ini hanya dimiliki oleh negara dan diatur di dalam hukum pidana itu sendiri terutama di dalam hukum acara pidana, agar negara dapat menjalankan fungsi menegakkan dan melindungi kepentingan hukum yang dilindungi oleh hukum pidana dengan sebaik-baiknya.²²⁹
- c. Mengatur dan membatasi kekuasaan negara dalam rangka negara

²²⁸ Adami Chazawi, *Pelajaran Hukum Pidana Bagian 1*, (selanjutnya disebut Adami Chazawi II) PT. RajaGrafindo Persada, Jakarta, 2002, hlm. 16-17.

²²⁹ Ibid, hlm. 20.

melaksanakan fungsi perlindungan atas kepentingan hukum.²³⁰ Kekuasaan negara yang sangat besar dalam rangka menegakkan dan melindungi kepentingan hukum itu dapat membahayakan dan menjadi bumerang bagi warganya, negara bisa bertindak sewenang-wenang jika tidak diatur dan dibatasi sedemikian rupa, sehingga pengaturan hak dan kewajiban negara mutlak diperlukan.

Menurut Jan Remmelink hukum pidana seharusnya ditujukan untuk menegakkan tertib hukum, melindungi masyarakat hukum. Setiap manusia di dalam masyarakat saling bergantung, kepentingan mereka dan relasi antar mereka ditentukan dan dilindungi oleh norma-norma. Penjagaan tertib sosial ini sebagian besar sangat tergantung pada paksaan. Jika norma-norma tidak ditaati, akan muncul sanksi, kadangkala yang berbentuk informal, misalnya perlakuan acuh tak acuh dan kehilangan status atau penghargaan sosial. Namun jika menyangkut hal yang lebih penting, sanksi (hukum) melalui tertib hukum negara yang melengkapi penataan sosial, diharuskan, diperkuat dan dikenakan kepada pelanggar norma tersebut. Hal ini tidak melupakan bahwa penjatuhan pidana dalam prakteknya masih juga merupakan sarana kekuasaan negara yang tertajam yang dapat dikenakan kepada pelanggar. Dalam pemahaman di atas hukum pidana bukan merupakan tujuan bagi dirinya sendiri, namun memiliki fungsi pelayanan ataupun

²³⁰ Ibid, hlm. 20-21.

fungsi sosial.²³¹

Menurut Van Bemmelen, hukum pidana itu membentuk norma dan sekaligus pengertian yang diarahkan kepada tujuannya sendiri, yaitu menilai perbuatan pelaku yang dapat dipidana.²³² Lebih lanjut dikatakan bahwa pada prinsipnya hukum pidana itu disatu sisi sama dan merupakan bagian dari hukum lain karena memuat norma yang diakui oleh hukum dengan tujuan utama untuk menjaga ketertiban, ketenangan, kesejahteraan dan kedamaian dalam masyarakat namun disisi lain perbedaan hukum pidana dengan hukum lain terletak pada penambahan penderitaan dengan sengaja dalam bentuk pidana.²³³ Untuk itu Van Bemmelen menyatakan, bahwa hukum pidana itu merupakan *ultimum remedium* (obat terakhir). Artinya, sedapat mungkin dibatasi kecuali kalau bagian lain dari hukum itu sudah tidak cukup untuk menegakkan norma-norma barulah hukum pidana diterapkan. Terkait dengan hal ini Van Bemmelen menunjuk pidato Menteri Kehakiman Belanda Modderman yang pada intinya menyampaikan bahwa ancaman pidana itu harus tetap merupakan suatu *ultimum remedium* tidak untuk ditiadakan, namun selalu harus mempertimbangkan untung dan rugi ancaman pidana itu, dan jika kehatan diibaratkan sebagai penyakit maka harus dijaga jangan sampai terjadi obat yang diberikan lebih jahat dari

²³¹ Jan Rimmelink, *Op.Cit.*, hlm. 14–15.

²³² J.M. van Bemmelen, *Hukum Pidana 1*, (Bandung: Binacipta, 1979), hlm.55.

²³³ Andi Hamzah IV, *Op.Cit.*, hlm. 9 -10.

pada penyakit.²³⁴

c. Aliran Neo Klasik

Aliran ini berkembang selama abad ke-19 dan mempunyai dasar yang sama dengan aliran klasik dengan "*doctrine of free will*"-nya tetapi dengan modifikasi tertentu. Untuk menambah kejelasan, dibawah ini dikemukakan beberapa karakteristik dari aliran ini, yaitu :²³⁵

- a. Modifikasi dari *doctrine of free will*", yang dapat dipengaruhi oleh patologi, ketidakmampuan, penyakit jiwa, atau keadaan-keadaan lain.
- b. Diterima berlakunya keadaan-keadaan yang meringankan (*mitigating circumstances*) baik fisik, lingkungan maupun mental.
- c. Modifikasi dari doktrin pertanggungjawaban pidana guna menetapkan peringanan pidana dengan pertanggungjawaban sebagian, didalam hal-hal yang khusus, misalnya gila, dibawah umur, dan keadaan-keadaan lain yang dapat mempengaruhi pengetahuan dan niat seseorang pada waktu terjadinya kejahatan.
- d. Diperkenankan masuknya kesaksian ahli (*Expert testimony*) untuk menentukan derajat pertanggungjawaban.

Aliran *neo* klasik ini sebenarnya berpangkal dari aliran klasik yang dalam perkembangannya kemudian dipengaruhi aliran modern.²³⁶ Sederhananya, Aliran neo-klasik (*daad-daderstrafrecht*) ini merupakan perpaduan (*hybrid*) antara pemikiran aliran klasik yang cenderung bersifat retributif dan bernuansa "*daad-strafrecht*" dengan aliran modern atau aliran positif dalam hukum pidana yang cenderung rasional

²³⁴ *Ibid.*, hlm. 10.

²³⁵ Muladi dan Barda Nawawi Arief, *Teori-Teori dan Kebijakan Pidana*, PT Alumni Bandung, hlm. 65-66.

²³⁶ *Ibid.*

memperhatikan aspek individualisasi pidana (*daderstrafrecht*).²³⁷

3.2. Teori Tujuan Pidana.

Seiring dengan munculnya berbagai aliran-aliran di dalam hukum pidana maka teori-teori tentang tujuan pidana juga semakin berkembang. Perkembangan ide ditetapkannya tujuan pidana dan pidana dapat dilihat dari perkembangan berbagai teori-teori pidana sebagai berikut:

3.2.1. Teori Absolut/Teori pembalasan (*VergeldingsTheorien*).

Teori ini diperkenalkan oleh Kent dan Hegel, dan menurut teori ini pidana dijatuhkan semata-mata karena orang telah melakukan kejahatan atau tindak pidana. Teori Absolut didasarkan pada pemikiran bahwa pidana tidak bertujuan untuk praktis, seperti memperbaiki penjahat tetapi pidana merupakan tuntutan mutlak, bukan hanya sesuatu yang perlu dijatuhkan tetapi menjadi keharusan, dengan kata lain hakikat pidana adalah pembalasan (*revenge*). Sebagaimana yang dinyatakan Muladi bahwa Teori absolut memandang bahwa pidana merupakan pembalasan atas kesalahan yang telah dilakukan sehingga berorientasi pada perbuatan dan terletak pada terjadinya kejahatan itu sendiri. Teori ini mengedepankan bahwa sanksi dalam hukum pidana dijatuhkan semata-mata karena orang telah melakukan sesuatu kejahatan yang merupakan

²³⁷ Muladi, disampaikan dalam rapat pembahasan RUU KUHP antara pemerintah dengan Panitia Kerja Komisi III DPR RI. tanggal 19 September 2019.

akibat mutlak yang harus ada sebagai suatu pembalasan kepada orang yang melakukan kejahatan sehingga sanksi bertujuan untuk memuaskan tuntutan keadilan.²³⁸

Teori pembalasan absolut ini oleh Vos dibagi kedalam dua bentuk yaitu pembalasan subyektif dan pembalasan obyektif. Pembalasan subyektif adalah pembalasan terhadap kesalahan pelaku, sementara pembalasan obyektif adalah pembalasan terhadap apa yang telah diciptakan oleh pelaku di dunia luar. Kejahatan itu sendirilah yang mengandung unsur-unsur untuk dijatuhkannya pidana. Pidana secara mutlak ada, karena dilakukan suatu kejahatan. Tidaklah perlu untuk memikirkan manfaat menjatuhkan pidana itu. Setiap kejahatan harus berakibatkan dijatuhkan pidana kepada pelanggar. Oleh karena itulah maka teori ini disebut teori absolut. Pidana merupakan tuntutan mutlak, bukan hanya sesuatu yang perlu dijatuhkan tetapi menjadi keharusan atau bahkan dikatakan bahwa hakikat suatu pidana ialah pembalasan.²³⁹

Berangkat dari hal tersebut maka pada prinsipnya teori absolut ini bertujuan untuk melampiaskan pihak yang merasa dendam baik masyarakat secara umum maupun pihak yang dirugikan atau menjadi korban. Disini terlihat bahwasanya teori absolut meletakkan gagasannya pada pendekatan hak untuk menjatuhkan pidana yang keras, dengan alasan bahwa seseorang harus bertanggung jawab atas perbuatannya

²³⁸ A. Zainal Abidin Farid, *Hukum Pidana 1*, Sinar Grafika, Jakarta, 2005, hlm. 11.

²³⁹ Andi Hamzah IV, *Op.Cit.*, hlm. 31.

sehingga sudah seharusnya dia menerima hukuman yang dijatuhkan kepadanya atas perbuatan yang telah dilakukannya tersebut²⁴⁰. Hal ini sebagaimana dikatakan oleh Johannes Andenaes bahwa menurut teori absolut tujuan dari pidana ialah untuk memuaskan tuntutan keadilan (*to satisfy the claims of justice*), sedangkan pengaruh-pengaruhnya yang menguntungkan adalah sekunder.²⁴¹

Berangkat dari teori absolut tersebut, Karl O. Christiansen mengidentifikasi lima ciri pokok dari teori absolut, yakni:²⁴²

- a. Tujuan pidana hanyalah sebagai pembalasan.
- b. Pembalasan adalah tujuan utama dan di dalamnya tidak mengandung sarana untuk tujuan lain seperti kesejahteraan masyarakat.
- c. Kesalahan moral sebagai satu-satunya syarat pemidanaan.
- d. Pidana harus disesuaikan dengan kesalahan sipelaku.
- e. Pidana melihat kebelakang, ia sebagai pencelaan yang murni dan bertujuan tidak untuk memperbaiki, mendidik dan meresosialisasi si pelaku.

Bertitik tolak dari penjelasan penjelasan tersebut maka berkenaan dengan perlu atau tidaknya pidana dijatuhkan pada pelaku kejahatan,

²⁴⁰ Mahrus Ali, *Dasar-Dasar Hukum Pidana*. Sinar Grafika. Jakarta. 2012, hlm.187.

²⁴¹ Muhammad Taufik Makarao. *Pembaharuan Hukum Pidana*. Kreasi Wacana. Yogyakarta. 2005. hlm. 39.

²⁴² M. Sholehuddin. *Sistem Sanksi Dalam Hukum Pidana*. Grafindo Persada. Jakarta. 2003. hlm. 35

secara umum teori absolut menjelaskan bahwa dengan pidana tersebut akan memuaskan perasaan balas dendam si korban, baik perasaan adil bagi dirinya, temanya dan keluarganya serta masyarakat (*vindictive*). Disisi lain, pidana juga dianggap dapat memberikan peringatan baik bagi pelaku kejahatan maupun anggota masyarakat yang lain bahwa setiap ancaman yang merugikan orang lain atau memperoleh keuntungan dari orang lain secara tidak wajar, akan menerima ganjaranya dan ganjaran tersebut yang dianggap sebagai suatu kewajaran/keadilan (*fairness*). Selain itu pidana juga dianggap menunjukkan adanya kesebandingan antara apa yang disebut dengan *the gravity of the offence* dengan pidana yang dijatuhkan (*proporsionaliti*)²⁴³.

Besar hukuman pidana sebagai pembalasan yang dijatuhkan kepada orang yang melakukan kesalahan dapat dijelaskan dalam teori retributif. Nigel Walker membagi dua golongan penganut teori retributif, yaitu Teori retributif murni yang memandang bahwa pidana harus sepadan dengan kesalahan, dan Teori retributif Tidak Murni yang terbagi dua yaitu:²⁴⁴

- 1) Teori Retributif terbatas (*The Limiting Retribution*), berpandangan bahwa pidana tidak harus sepadan dengan kesalahan, namun yang lebih penting ialah keadaan yang tidak menyenangkan yang ditimbulkan oleh sanksi dalam hukum pidana itu harus tidak

²⁴³ Mahrus Ali. *Op.Cit.*, hlm. 189.

²⁴⁴ Muladi dan Barda Nawawi Arief, *Op.Cit.*, hlm. 12.

melebihi batas-batas yang tepat untuk penetapan kesalahan pelanggaran.

- 2) Teori retributif distribusi (*retribution in distribution*), yang tidak hanya berpegang pada gagasan bahwa sanksi dalam hukum pidana harus dirancang dengan pandangan pada pembalasan, melainkan juga bertolak pada gagasan bahwa harus ada batas yang tepat dalam retribusi pada beratnya sanksi.

3.1. Teori Relatif atau Tujuan (*Doel Theorien*)

Teori relatif atau teori tujuan mendasarkan pandangan bahwa pidana merupakan alat untuk menegakkan tata tertib (hukum) dalam masyarakat. Teori ini berbeda dengan teori absolut, karena dasar pemikirannya adalah suatu kejahatan dapat dijatuhi hukuman disebabkan adanya tujuan tertentu, misalnya untuk memperbaiki sikap mental atau membuat pelaku tidak berbahaya lagi, dibutuhkan proses pembinaan sikap mental.

Teori relatif ini menurut Mulyadi bahwa pemidanaan bukan sebagai pembalasan atas kesalahan pelaku tetapi sarana mencapai tujuan yang bermanfaat untuk melindungi masyarakat menuju kesejahteraan masyarakat. Sanksi ditekankan pada tujuannya, yakni untuk mencegah agar orang tidak melakukan kejahatan, maka bukan bertujuan untuk pemuasan absolut atas keadilan. Dari teori ini muncul tujuan pemidanaan sebagai sarana

pencegahan, baik pencegahan khusus (*speciale preventie*) yang ditujukan kepada pelaku maupun pencegahan umum (*general preventie*) yang ditujukan ke masyarakat.²⁴⁵

Teori relatif ini berbasas pada tiga tujuan utama pemidanaan yaitu preventif, *deterrence*, dan reformatif. Tujuan preventif (*prevention*) untuk melindungi masyarakat dengan menempatkan pelaku kejahatan terpisah dari masyarakat. Tujuan menakuti (*deterrence*) untuk menimbulkan rasa takut melakukan kejahatan, baik bagi individual pelaku agar tidak mengulangi perbuatannya, maupun bagi publik sebagai langkah panjang. Sedangkan tujuan perubahan (*reformation*) untuk mengubah sifat jahat si pelaku dengan dilakukannya pembinaan dan pengawasan, sehingga nantinya dapat kembali melanjutkan kebiasaan hidupnya sehari-hari sebagai manusia yang sesuai dengan nilai-nilai yang ada di masyarakat.

Kejahatan menurut teori ini tidak mutlak harus diikuti dengan suatu pidana. Pidana tidaklah cukup ditentukan karena adanya suatu kejahatan tetapi harus dilihat keperluan dan manfaat suatu pidana bagi masyarakat atau bagi si penjahat sendiri, baik pada masa lampau maupun pada masa depan. Tujuan atau maksud yang lebih jauh harus ada daripada sekedar penjatuhan

²⁴⁵ *Ibid.*, hlm. 17.

pidana, sehingga teori ini disebut juga sebagai teori tujuan. Tujuan ini utamanya diarahkan pada upaya agar kejahatan yang sama tidak terulang lagi (prevensi) di kemudian hari.

Penjatuhan pidana dalam teori relatif ini bertujuan untuk memperbaiki si penjahat agar menjadi orang yang baik dan tidak akan melakukan kejahatan lagi. Zevenbergen mengklasifikasi tiga macam cara memperbaiki si penjahat, yaitu perbaikan yuridis, perbaikan intelektual, dan perbaikan moral. Perbaikan yuridis mengenai sikap si penjahat dalam hal menaati undang-undang. Perbaikan intelektual mengenai cara berfikir si penjahat agar ia insyaf akan jeleknya kejahatan. Sedangkan perbaikan moral mengenai rasa kesusilaan si penjahat agar ia menjadi orang yang bermoral tinggi.²⁴⁶

Secara umum ciri-ciri pokok atau karakteristik teori relatif adalah sebagai berikut:²⁴⁷

- a. Tujuan Pidana adalah pencegahan (*prevention*).
- b. Pencegahan bukan tujuan akhir tetapi hanya sebagai sarana untuk mencapai tujuan yang lebih tinggi yaitu kesejahteraan masyarakat.
- c. Hanya pelanggaran-pelanggaran hukum yang dapat

²⁴⁶ Wirjono Projodikoro, *Asas-Asas Hukum Pidana di Indonesia*, Refika. Aditama, Bandung 2003. hlm. 26.

²⁴⁷ Muladi dan Barda Nawawi Arief. *Teori dan Bunga Rampai Hukum Pidana*. Alumni Bandung. 1992. hlm.17.

dipersalahkan kepada si pelaku saja yang memenuhi syarat untuk adanyapidana.

- d. Pidana harus ditetapkan berdasar tujuannya sebagai alat untuk pencegahan kejahatan.
- e. Pidana melihat kedepan (bersifat prospektif), pidana dapat mengandung unsur pencelaan, tetapi baik unsur pencelaan maupun unsur pembalasan tidak dapat diterima apabila tidak membantu pencegahan kejahatan untuk kepentingan kesejahteraan masyarakat.

3.2. Teori Gabungan/modern (*VereningingsTheorien*)

Teori gabungan atau teori modern memandang bahwa tujuan pemidanaan bersifat plural, karena menggabungkan antara prinsip-prinsip relatif (tujuan) dan absolut (pembalasan) sebagai satu kesatuan. Secara teoritis, teori ini disamping mengakui bahwa penjatuhan sanksi pidana diadakan untuk membalas perbuatan pelaku, juga dimaksudkan agar pelaku dapat diperbaiki sehingga bisa kembali ke masyarakat.²⁴⁸

Munculnya teori gabungan pada dasarnya merupakan respon terhadap kritik yang dilancarkan baik terhadap teori absolut maupun teori relatif. Penjatuhan suatu pidana kepada seseorang tidak hanya berorientasi pada upaya untuk membalas tindakan orang itu, tetapi juga agar ada upaya untuk mendidik atau

²⁴⁸ Mahrus Ali. Op.Cit.,. hlm. 192

memperbaiki orang itu sehingga tidak melakukan kejahatan lagi yang merugikan masyarakat.²⁴⁹ Oleh karena teori ini bercorak ganda, ditandai dengan pembedaan yang mengandung karakter pembalasan dan juga berkarakter tujuan. Karakter pembalasan dalam pembedaan dilihat sebagai suatu kritik moral dalam menjawab tindakan yang salah, sedangkan mengandung karakter tujuan terletak pada ide bahwa tujuan kritik moral tersebut ialah suatu reformasi atau perubahan perilaku terpidana di kemudian hari.

Prins, Van Hammel, Van List memperkenalkan teori gabungan ini dengan dasar pemikiran bahwa (1) membrantas kejahatan sebagai suatu gejala masyarakat merupakan tujuan terpenting dari pidana; (2) hasil studi antropologi dan sosiologis harus mendapat tempat dalam Ilmu hukum pidana dan perundang-undangan pidana; dan (3) Pidana merupakan salah satu cara yang paling efektif yang dapat digunakan pemerintah untuk memberantas kejahatan meskipun bukan satu-satunya sarana, dengan demikian pidana tidak boleh digunakan tersendiri akan tetapi harus digunakan dalam bentuk kombinasi dengan upaya sosialnya.²⁵⁰

Bertolak dari hal tersebut di atas dapat dideskripsikan bahwa

²⁴⁹ Ibid.

²⁵⁰ Djoko Prakoso, *Hukum Penitensier di Indonesia*, Liberty, Yogyakarta. 1988, hlm. 47.

teori gabungan mensyaratkan agar pemidanaan itu selain memberikan penderitaan jasmani dan psikologi, yang tidak kalah pentingnya juga harus dapat memberikan pembinaan dan pendidikan. Munculnya teori gabungan ini menimbulkan perbedaan pendapat dikalangan para ahli (hukum pidana), ada yang menitikberatkan pembalasan dan ada pula yang ingin unsur pembalasan dan prevensi seimbang. Pertama, yang menitikberatkan unsur pembalasan sebagaimana dianut oleh Pompe. Pompe menyatakan orang tidak menutup mata pada pembalasan. Memang, pidana dapat dibedakan dengan sanksi-sanksi lain, tetapi tetap ada ciri-cirinya. Tetap tidak dapat dikecilkan artinya bahwa pidana adalah suatu sanksi, dan dengan demikian terikat dengan tujuan sanksi-sanksi itu karena hanya akan diterapkan jika menguntungkan pemenuhan kaidah-kaidah dan berguna bagi kepentingan umum.²⁵¹

Dari pandangan diatas menunjukkan bahwa teori ini mensyaratkan agar pemidanaan itu selain memberikan penderitaan jasmani juga psikologi dan terpenting adalah memberikan pemidanaan dan pendidikan. Van Bemmelen juga menganut teori gabungan, menyatakan bahwa pidana bertujuan membalas kesalahan dan mengamankan masyarakat. Tindakan bermaksud mengamankan dan memelihara tujuan. Jadi pidana dan tindakan,

²⁵¹ Andi Hamzah III, *Op, Cit.*, hlm. 36.

keduanya bertujuan mempersiapkan untuk mengembalikan terpidana kedalam kehidupan masyarakat.²⁵²

Grotius mengembangkan teori gabungan yang menitik beratkan keadilan mutlak yang diwujudkan dalam pembalasan, tetapi yang berguna bagi masyarakat. Dasar tiap-tiap pidana ialah penderitaan yang berat sesuai dengan beratnya perbuatan yang dilakukan oleh terpidana. Tetapi sampai batas mana beratnya pidana dan beratnya perbuatan yang dilakukan oleh terpidana dapat diukur, ditentukan oleh apa yang berguna bagi masyarakat. Teori yang dikemukakan oleh Grotius tersebut dilanjutkan oleh Rossi dan kemudian Zenvenbergen, yang mengatakan bahwa makna tiap-tiap pidana ialah pembalasan tetapi maksud tiap-tiap pidana melindungi tata hukum. Pidana mengembalikan hormat terhadap hukum dan pemerintahan.²⁵³

Kedua, menitik beratkan pertahanan tata tertib masyarakat. Teori ini tidak boleh lebih berat dari pada yang ditimbulkannya dan gunanya juga tidak boleh lebih besar dari pada yang seharusnya. Pidana bersifat pembalasan karena ia hanya dijatuhkan terhadap delik-delik, yaitu perbuatan yang dilakukan secara sukarela, pembalasan adalah sifat suatu pidana tetapi bukan tujuan. Tujuan pidana ialah melindungi kesejahteraan

²⁵² Muladi dan Barda Nawawi Arief, *Op.Cit.*, hlm. 18.

²⁵³ *Ibid.*, hlm. 19.

masyarakat.

Menurut Vos "pidana berfungsi sebagai prevensi umum, bukan yang khusus kepada terpidana, karena kalau ia sudah pernah masuk penjara ia tidak terlalu takut lagi, karena sudah berpengalaman." Teori gabungan yang ketiga ini, yang memandang pembalasan dan pertahanan tata tertib masyarakat, menurut E. Utrecht kurang dibahas oleh parasarjana.²⁵⁴

Dari tiga klasifikasi utama teori pidana atau pembedaan di atas, pada intinya penjatuhan pidana kepada orang yang melakukan tindak pidana merupakan salah satu cara untuk mencapai tujuan hukum pidana. Alasan yang membenarkan penjatuhan pidana dalam ilmu hukum pidana dapat dijelaskan dalam teori tujuan pembedaan sebagai berikut ²⁵⁵:

1) Teori Retribusi

Dasar pembenaran pidana terletak pada terjadinya kejahatan itu sendiri. Pidana merupakan suatu akibat hukum yang mutlak harus ada sebagai suatu pembalasan kepada orang yang telah melakukan kejahatan. Karena kejahatan mengakibatkan penderitaan kepada orang yang terkena kejahatan, maka penderitaan harus dibalas pula dengan penderitaan yang berupa pidana kepada orang yang melakukan kejahatan. Tidak dilihat akibat-akibat apapun yang timbul

²⁵⁴ Andi Hamzah III, Op.Cit., hlm. 24.

²⁵⁵ Tolib Setiady, Pokok-Pokok Hukum Panitensier Indonesia, Alfabeta, Bandung. 2010, hlm. 52.

dengan dijatuhinya pidana, dan tidak peduli apakah masyarakat mungkin akan dirugikan.²⁵⁶

Dalam teori ini ppidanaan dipandang sebagai akibat nyata/ mutlak yang harus ada sebagai suatu pembalasan kepada pelaku tindak pidana. Sanksi pidana dideskripsikan sebagai suatu pemberian derita, dan petugas dapat dinyatakan gagal bila penderitaan ini tidak dirasakan oleh terpidana. Ajaran klasik mengenai teori ini menggambarkan sebagai ajaran pembalasan melalui *lex talionis* (dalam kitab perjanjian lama digambarkan sebagai *eyes of eyes, life for life, tooth for tooth, hand for hand, foot for foot, burn for burn, wound to wound, strife for strife*).²⁵⁷

2) Teori Deterrence

Jika retribusi memandang penjatuhan sanksi pidana hanya sebagai pembalasan semata, maka *deterrence* memandang ppidanaan mempunyai tujuan lain daripada sekedar pembalasan, yaitu tujuan yang lebih bermanfaat.²⁵⁸ Hal tersebut ditegaskan oleh Muladi dan Barda Nawawi Arif bahwa, pidana dijatuhkan bukan *quai peccatum est* (karena orang membuat kejahatan) melainkan *ne peccatum* (supaya orang jangan melakukan kejahatan).²⁵⁹

3) Teori Rehabilitasi

²⁵⁶ Tolib Setiady, *Ibid.* hlm. 53.

²⁵⁷ Eva Achjani Zulfa, *Pergeseran Paradigma Ppidanaan*, Lubuk Agung, Bandung, 2011, hlm. 51.

²⁵⁸ *Ibid.* hlm. 54.

²⁵⁹ Tolib Setiady, *Op.Cit.* hlm. 56.

Teori ini seringkali dikategorikan masuk dalam sub kelompok *deterrence* karena memiliki tujuan pemidanaan. Akan tetapi dalam pandangan Andrew Ashworth sesungguhnya rehabilitasi merupakan suatu alasan penjatuhan pidana yang berbeda dengan pandangan *deterrence*. Bila tujuan utama dari teori *deterrence* adalah melakukan tindakan preventif terhadap terjadinya kejahatan, maka rehabilitasi lebih memfokuskan diri untuk mereformasi atau memperbaiki pelaku.²⁶⁰

4) Teori *Incapacitation*

Dalam teori ini, pemidanaan berupa membatasi orang dari masyarakat selama kurun waktu tertentu ditujukan untuk perlindungan terhadap masyarakat pada umumnya. Banyak juga yang memasukkan teori ini kedalam kelompok teori *deterrence*, akan tetapi bila dilihat dari sisi tujuan yang ingin dicapainya akan sangat berbeda dengan *deterrence*. Teori ini ditujukan kepada jenis pidana yang sifatnya berbahaya pada masyarakat sedemikian besar seperti genosida atau terorisme, *carier criminal*, atau yang sifatnya meresahkan masyarakat seperti sodomi atau perkosaan yang dilakukan secara berulang-ulang. Jenis pidana mati juga dapat dimasukkan dalam jenis pidana dalam teori ini.²⁶¹

5) Teori Resosialisasi

²⁶⁰ Eva Achjani Zulfa, Op.Cit. hlm. 56.
²⁶¹ Ibid. hlm. 57

Resosialisasi, sebagaimana dinyatakan oleh Velinka dan Ute, adalah proses yang mengakomodasi dan memenuhi kebutuhan pelaku tindak pidana akan kebutuhan sosialnya. Dalam beberapa dekade terakhir, teori yang mengusung pelaku masuk dalam bentuk pemidanaan yang manusiawi dan lebih menghargai hak asasi manusia ini, banyak memperoleh kritik karena hanya dapat dipakai dan jelas terlihat sebagai sarana diakhir masa hukuman untuk mempersiapkan diri pelaku memasuki masa kebebasan.²⁶²

6) Teori Reparasi, Restitusi dan Kompensasi.

Reparasi dapat dimaknai sebagai perbuatan untuk menggantikan kerugian akibat dari sesuatu yang tidak benar. Sementara restitusi dapat diartikan sebagai mengembalikan atau memperbaiki beberapa hal yang khusus berkaitan dengan kepemilikan atau status. Kompensasi sendiri diartikan sebagai pembayaran atas kerusakan atau perbuatan lain yang diperintahkan oleh pengadilan kepada orang yang terbukti menyebabkan kerusakan sebagai proses selanjutnya.²⁶³

7) Teori Intergratif

Teori gabungan dalam teori pemidanaan sebagaimana dikemukakan oleh Pallegriano Rossi, yang berkembang di dalam sistem Eropa Kontinental disebut *vereninging theorieen*. Sekalipun ia menganggap retributif sebagai asas utama, dengan beratnya pidana tidak boleh

²⁶² *Ibid.* hlm. 59.

²⁶³ *Ibid.* hlm. 60

melampaui suatu pembalasan yang adil, namun ia berpendirian bahwa pidana mempunyai berbagai pengaruh antara lain pencegahan, penjeraan dan perbaikan suatu yang rusak dalam masyarakat.²⁶⁴

4. Teori Sistem Hukum

Hukum merupakan suatu sistem, yang berarti bahwa hukum itu merupakan tatanan, merupakan suatu kesatuan yang utuh yang terdiri dari bagian-bagian yang saling berkaitan erat satu sama lain. Dengan kata lain sistem hukum adalah suatu kesatuan yang terdiri dari unsur-unsur yang mempunyai interaksi satu sama lain dan bekerja sama untuk mencapai tujuan kesatuan tersebut²⁶⁵.

Sebagai suatu sistem dari perspektifnya sosilogis (*sociological jurisprudence*), Lawrence M Friedman, membagi sistem hukum atas sub-sub sistem yang terdiri dari struktur hukum (*legal structure*), substansi hukum (*legal substance*), dan budaya hukum (*legal culture*).²⁶⁶

Berkaitan dengan elemen *structure* (struktur hukum) Friedman menjelaskan bahwa, struktur dari hukum itu terdiri dari unsur berikut ini: jumlah dan ukuran pengadilan, yurisdiksinya (yaitu, jenis kasus yang mereka periksa, dan bagaimana serta mengapa), dengan cara naik

²⁶⁴ *Ibid.* hlm. 61.

²⁶⁵ Sudikno Mertokusumo, Mengenal Hukum, Universitas Atma Jaya Yogyakarta, Yogyakarta, 2010, hlm. 122.

²⁶⁶ Lawrence M. Friedman, *American Law an Introduction*, Second Edition, cetakan pertama, Penerjemah Wishnu Basuki, Tatanusa, Jakarta, 2001, hlm. 7.

banding dari suatu pengadilan ke pengadilan lainnya. Struktur juga berarti bagaimana badan legislatif ditata, berapa banyak anggota yang duduk di Komisi Dagang Federal (*The Federal Trade Commission*), apa yang boleh (secara sah) atau tidak boleh dilakukan oleh seorang presiden, prosedur apa yang diikuti oleh departemen kepolisian dan sebagainya.²⁶⁷

Di Indonesia misalnya jika kita berbicara tentang struktur sistem hukum Indonesia, maka termasuk di dalamnya struktur institusi-institusi penegakan hukum seperti Kepolisian, Kejaksaan, dan Pengadilan.²⁶⁸ Perangkat-perangkat hukum tersebut oleh Mardjono Reksodiputro disebut dengan Sistem Peradilan Pidana, yang berjalan dengan menggunakan suatu desain prosedur (*procedural design*). Sistem ini dapat dibagi dalam tiga tahap: (a) tahap pra-ajudikasi (*pre-adjudication*), (b) tahap adjudikasi (*adjudication*), dan (c) tahap purna-ajudikasi (*post-adjudication*).²⁶⁹ Masing-masing tahap mempunyai tugas dan peranannya masing-masing, tetapi tujuannya sama-sama untuk menegakkan hukum pidana materiel.

Struktur hukum yang dijelaskan tersebut hanya dalam konteks penegakan hukum belaka pada hal jika kita lihat atau hubungkan dengan

²⁶⁷ Lawrence M. Friedman, Op., Cit. hlm. 5. Sistem hukum tersebut oleh Achmad Ali disempurnakan dengan menambahkan dua unsur dalam sistem hukum yaitu : (1) Profesionalisme, yang merupakan unsur kemampuan dan ketrampilan secara person dari sosok-sosok penegak hukum dan (2) Kepemimpinan, merupakan unsur kemampuan dan ketrampilan secara person dari sosok-sosok penegak hukum, utamanya kalangan petinggi hukum. Achmad Ali, *Menguak Teori Hukum (Legal Theory) dan Teori Peradilan (Judicialprudence)*, Jakarta : Kencana, 2017, hlm. 164.

²⁶⁸ Achmad Ali, *Keterpurukan Hukum di Indonesia*, Ghalia Indonesia, Jakarta, 2002, hlm.8

²⁶⁹ Mardjono Reksodiputro, *Hak Asasi Manusia Dalam Sistem Peradilan Pidana*, Pusat Pelayanan Keadilan dan Pengabdian Hukum Universitas Indonesia, Jakarta, 1997, hlm. 33.

sistem pemidanaan dalam arti luas yang di dalamnya termasuk kebijakan atau politik hukum pidana yang dijabarkan dalam bentuk kebijakan legislasi hukum pidana dan kebijakan penegakan hukum maka tentunya struktur hukum disini juga termasuk atau dapat dimaknai juga struktur pembentuk undang-undang atau legislator yang juga bermuara akan mempengaruhi proses penegakan hukum.

Elemen kedua dari sistem hukum menurut Friedman adalah substansinya, yaitu: aturan, norma dan pola perilaku nyata manusia yang berada dalam sistem itu. Substansi juga berarti “produk” yang dihasilkan oleh orang yang berada di dalam sistem hukum itu, keputusan yang mereka keluarkan, aturan baru yang mereka susun.²⁷⁰ Substansi hukum disini merupakan aturan, norma dan pola perilaku nyata manusia yang berada dalam sistem itu. Jadi, substansi hukum (*legal substance*) menyangkut peraturan perundang-undangan yang berlaku yang memiliki kekuatan yang mengikat dan menjadi pedoman bagi aparat penegak hukum.

Legal culture (budaya hukum) merupakan elemen ketiga dari sistem hukum menurut Friedman yang menekankan pada suasana pikiran sosial dan kekuatan sosial yang menentukan bagaimana hukum digunakan, dihindari atau disalahgunakan. Dengan demikian tanpa budaya hukum sistem hukum itu sendiri tak akan berdaya seperti ikan yang mati terkapar di keranjang, bukan seperti ikan hidup yang berenang

²⁷⁰ Lawrence M. Friedman, *Op., Cit*, hlm. 7.

di lautan. Dari penjelasan mengenai *Legal culture* (budaya hukum) tersebut tergambar bagi kita bahwa teori Friedman tersebut yang didasarkan atas perspektifnya yang bersifat sosilogis (*sociological jurisprudence*) hendak menjelaskan bahwa semua aspek dalam sistem hukum tersebut lebih berbasis pada budaya hukum.²⁷¹

Cara lain menggambarkan tiga unsur hukum itu adalah dengan mengibaratkan “struktur” hukum seperti mesin. Substansi adalah apa yang dihasilkan atau dikerjakan oleh mesin itu. Budaya hukum adalah apa saja atau siapa saja yang memutuskan untuk menghidupkan dan mematikan mesin itu serta memutuskan bagaimana mesin itu digunakan²⁷². Terkait dengan hal ini Muladi menegaskan bahwa perlu adanya sinkronisasi struktural (*structural synchronization*), sinkronisasi substansial (*substantial synchronization*), dan sinkronisasi kultural (*cultural synchronization*).²⁷³

5. Teori Pidana Minimalis dan Proporsionalitas Pidana

Semakin bertambah banyaknya undang-undang yang mengkriminalisasi berbagai perbuatan, yang sebagian besar terkait *mala prohibita*²⁷⁴ yaitu perbuatan-perbuatan tersebut dilarang semata-mata karena undang-undang melarang yang disertai dengan penetapan ancaman sanksi pidana, apabila tidak adanya evaluasi yang komprehensif dapat berdampak melanggar kebebasan sipil warga negara,

²⁷¹ *Ibid.*, hlm. 8.

²⁷² *Ibid.*

²⁷³ Muladi, *Kapita Selekta Sistem Peradilan Pidana*, Undip, Semarang, 1995, hlm. 1-2.

²⁷⁴ Douglas Husak, “*Mistake of Law and Culpability*”, *Criminal Law and Philosophy*, 4, 2 (2010), hlm. 136.

menambah beban penegak hukum dan ketidakadilan²⁷⁵. Bentuk delik *offenses of risk prevention* disebutkan Douglas Husak menjadi faktor utama yang menimbulkan fenomena kelebihan kriminalisasi atau *overcriminalization*²⁷⁶.

Douglas Husak dalam bukunya "*Overcriminalization the Limits of the Criminal Law*" memaknakan atau menilai *Overcriminalization* sebagai "*too much punishment, too much crimes*"²⁷⁷ Adapun bentuk-bentuk delik yang bersifat *overcriminalization* dimaksud meliputi²⁷⁸:

- a. *Overlapping crimes*, diartikan sebagai "*by criminalizing the same conduct over and over again*". *Overlapping crimes* merupakan pelarangan suatu perbuatan dengan sanksi pidana atas perbuatan yang sebelumnya telah dikriminalisasi atau dalam suatu undang-undang terdapat lebih dari satu rumusan delik yang memiliki substansi/karakter yang sama.
- b. *Offenses of risk prevention*, delik yang masih belum sempurna. Hal yang dilarang bukanlah timbulnya kerugian, melainkan kemungkinan terjadinya kerugian meskipun saat delik terjadi, kerugian tersebut tidak perlu dibuktikan. Contoh delik dalam kategori ini adalah larangan menggunakan gawai saat mengemudikan kendaraan. Perbuatan ini dilarang karena dikhawatirkan mengakibatkan kecelakaan lalu lintas meski akibat tersebut tidak perlu dibuktikan.
- c. *Ancillary offenses*, diartikan sebagai kejahatan tambahan atas kejahatan utama yang telah dilakukan oleh seseorang.

²⁷⁵ Di Negara Federal Amerika Serikat diketahui lebih dari 300.000 peraturan yang diancam dengan sanksi pidana. Douglas N. Husak, "*Retribution in Criminal Theory*", *San Diego Law Review*, 37, 4 (2000), hlm. 962-963.

²⁷⁶ Douglas Husak, "*Why Punish Attempts at all? Yaffe on 'the Transfer Principle'*", *Criminal Law and Philosophy*, 6, 3 (2012), hlm. 402

²⁷⁷ Douglas Husak, *Overcriminalization the Limits of the Criminal Law*, Oxford University Press, New York, 2008, hlm. 4.

²⁷⁸ *Ibid.*, hlm. 38-41

Ada dua jenis *ancillary offenses*: *derivative crimes* dan *enforcement and information gathering offenses*. Kejahatan pertama dicontohkan bahwa seseorang yang seharusnya dikenakan satu dakwaan atas perampokan sebuah bank, tetapi kemudian orang itu mendapatkan dakwaan kedua berupa menyimpan uang tersebut ke dalam rekening bank miliknya. Perbuatan menyimpan uang di bank merupakan aktivitas komersial biasa, tapi dijadikan sebagai kejahatan berupa pengetahuan terdakwa dan fakta bahwa uang tersebut berasal dari hasil kejahatan. Kejahatan yang kedua adalah kejahatan yang dilakukan pada saat proses penyidikan suatu perkara pidana terhadap kejahatan pokok atau pengabaian untuk memberikan informasi penting yang akan menuntut perkara tersebut. Contohnya bank yang mengabaikan transaksi yang mencurigakan.

Untuk mencegah kelebihan kriminalisasi tersebut, menurut Douglas Husak penggunaan hukum pidana seminimal mungkin atau *minimalist theory of criminal law* merupakan upaya yang dapat dilakukan²⁷⁹. Teori ini menyediakan seperangkat persyaratan diperbolehkannya negara menetapkan ancaman pidana terhadap suatu perbuatan. Ketika persyaratan-persyaratan tersebut dipenuhi, maka intervensi negara terhadap kebebasan sipil warga negara melalui hukum pidana dianggap sah²⁸⁰. Dalam konteks hukum pidana minimalis, menurut Douglas Husak bahwa hukum pidana semestinya digunakan hanya sebagai jalan terakhir (*last resort*) untuk mencegah perbuatan-perbuatan terlarang. Hukum pidana ditempatkan sebagai *preventive interpretation*, yaitu hukum pidana

²⁷⁹ Douglas Husak, "Criminal Law Textbooks and Human Betterment", *Ohio State Journal of Criminal Law*, 7, 1 (2009), hlm. 274.

²⁸⁰ Douglas Husak, "Reservation about Overcriminalization", *New Criminal Law Review*, 14, 1 (2011), hlm. 98.

seharusnya tidak digunakan jika cara-cara non hukum pidana dapat mencegah perbuatan yang dilarang atau bahkan lebih baik.²⁸¹

Teori hukum pidana minimalis yang dikemukakan Douglas Husak secara operasional dihubungkan dengan pembatas internal (*internal constraint*) dan pembatas eksternal (*external constraint*) hukum pidana. Dalam artian bahwa keputusan negara untuk mengkriminalisasi suatu perbuatan melalui pembentukan undang-undang mesti memperhatikan pembatas internal dan pembatas eksternal.²⁸²

Pembatas internal kriminalisasi berasal dari prinsip-prinsip yang selama ini dikenal dalam hukum pidana materiiil, yang terdiri dari empat aspek²⁸³, yaitu:

1. *Nontrivial harm or evil constraint* atau sifat jahat dan dampak kerugian/kerusakan yang begitu serius dari dilakukannya suatu tindak pidana. Husak mengatakan bahwa Negara tidak boleh membuat undang-undang pidana yang isinya melarang suatu perbuatan tertentu yang tidak menimbulkan kerugian apapun dengan sanksi pidana.
2. *Wrongfulness constraint* atau pembatasan terkait kesalahan pembuat. Pertanggungjawaban pidana tidak boleh dijatuhkan kecuali tindakan pembuat dalam beberapa hal adalah salah. Apabila pembuat tidak dapat dipersalahkan atas dilakukannya perbuatan yang dilarang, maka tidak mungkin membicarakan pemaafan.
3. *Desert constraint*, pidana dibenarkan hanya ketika itu pantas dijatuhkan. Pidana dipandang tidak pantas dijatuhkan apabila pembuat memiliki alasan pemaaf. Pidana juga dipandang tidak pantas jika dijatuhkan secara berlebihan.

²⁸¹ Douglas Husak, "Applying Ultima Ratio: A Skeptical Assessment", *Ohio State Journal of Criminal Law*, 2, 2 (2005), hlm. 536.

²⁸² Vanessa E. Munro, "Overcriminalization: The Limits of the Criminal Law", *New Criminal Law Review*, 12, 2 (2009): 323-324.

²⁸³ Douglas Husak, *Overcriminalization the Limits*, Op. Cit hlm. 65-92

Kepantasan pidana mengacu pada prinsip proporsionalitas²⁸⁴, yaitu seriusitas kejahatan menjadi acuan dalam menentukan beratnya pidana. Pidana yang diancamkan atau dijatuhkan dipandang proporsional jika sesuai dengan tingkat kesalahan pembuat. Untuk mencapai prinsip tersebut, maka delik-delik perlu diberi peringkat terlebih dahulu berdasarkan skala seriusitasnya. Delik-delik yang ringan mesti diancam pidana berdasarkan ringannya seriusitas delik tersebut. Artinya, delik-delik yang tingkat keseriusannya ringan tidak boleh diancam pidana melebihi ancaman pidana dengan kelompok delik yang lebih serius.²⁸⁵

Dalam prinsip proporsionalitas paling tidak perlu menjawab lima isu. Pertama, apa yang membuat suatu delik lebih serius dari delik yang lain, apakah terdapat skala tunggal yang dapat digunakan untuk memeringkat seriusitas semua delik? Kedua, apa yang membuat ancaman pidana lebih berat dibandingkan yang lain, apakah matrik beratnya pidana seluruhnya objektif? Ketiga, apa bentuk hubungan seriusitas delik kepada beratnya pidana, apakah bentuk hubungannya linier, atau memiliki bentuk yang lebih kompleks? Keempat, isu apa saja yang mendahului pertimbangan proporsionalitas, dan seberapa besar atau kecil pertimbangan ini mendahului? Kelima, bagaimana sistem penetapan ancaman pidana mencapai proporsionalitas kardinal? Kelima isu tersebut perlu dijawab agar beratnya ancaman pidana mencerminkan seriusitas delik.²⁸⁶

²⁸⁴ Douglas Husak, "Lifting the Cloak: Preventive Detention as Punishment", *San Diego Law Review*, 48, 4 (2011), hlm. 1197

²⁸⁵ Douglas Husak, "Criminal Law at the Margins", *Criminal Law and Philosophy* 14, 3 (2020), hlm. 382.

²⁸⁶ Douglas Husak, "The Price of Criminal Law Skepticism: Ten Functions of the Criminal Law", *New Criminal Law Review*, 23, 1 (2020), hlm. 48.

4. *Burden of proof constraint* atau beban pembuktian. Beban pembuktian untuk mengkriminalisasi berada pada mereka yang mendukung usulan kriminalisasi, yakni para legislator atau pembuat undang-undang. Mereka harus menyediakan alasan yang memadai sesuai dengan alat uji kriminalisasi. Negara hakikatnya memang memiliki kewenangan untuk melarang suatu perbuatan tertentu disertai ancaman pidana, namun kewenangan ini harus disertai dengan alasan yang kuat, dilakukan secara hati-hati dan tidak diskriminatif. Hal itu karena pada saat yang sama, sebagaimana disebut Husak, tiap-tiap warga negara juga memiliki hak untuk tidak dipidana.

Pembatas eksternal kriminalisasi berhubungan dengan kewajiban kewajiban normatif yang membatasi kewenangan negara untuk memidana. Pembatas ini berada diluar hukum pidana karena menyangkut hak-hak konstitusional warga negara. Pertanyaan pokoknya adalah apakah kriminalisasi melanggar hak-hak konstitusional warga Negara? Kriminalisasi tidak dianggap melanggar hak konstitusional warga negara berupa hak untuk tidak dipidana (*right not to be punished*) jika negara memiliki dasar pembenar, yaitu kepentingan Negara untuk mengkriminalisasi benar-benar substansial. Substansialitas kepentingan negara itu menjadi dasar pembatas hak untuk tidak dipidana. Untuk mengetahui substansialitas kepentingan negara ini, legislator harus mengidentifikasi kepentingan negara tersebut serta menunjukkan legitimasi dan substansialitasnya.²⁸⁷

²⁸⁷ Vanessa E. Munro, *Op. Cit.*, hlm. 324

6. Teori Perundang-undangan

Berbicara soal undang-undang, Roeslan Saleh mengatakan bahwa jika perundang-undangan dijadikan sesuatu yang dapat digunakan untuk mengadakan perubahan-perubahan dalam masyarakat, maka perundang-undangan akan merupakan bagian dari suatu kebijaksanaan tertentu. Perundang-undangan merupakan salah satu dari serangkaian alat-alat yang ada pada pemerintah untuk dapat melakukan kebijaksanaan-kebijaksanaan.²⁸⁸

Achmad Ruslan mengatakan bahwa:

“Dalam merancang suatu peraturan perundang-perundangan untuk dapat menghasilkan kualitas produk hukum yang berkualitas baik dan hal ini hanya bisa dicapai manakala pembentukannya memenuhi tiga pilar pokok, yaitu landasan pemikiran (dimensi filosofis, sosiologis, yuridis, dan politis), perancangannya mengacu pada model perancangan modern, dan terwujudnya sinergitas yang riil antara kultur hukum dan perancangan peraturan perundang-perundangan. Ketiganya dapat istilahkan dengan *The three pillars Of Quality Of Legal Product*”.²⁸⁹

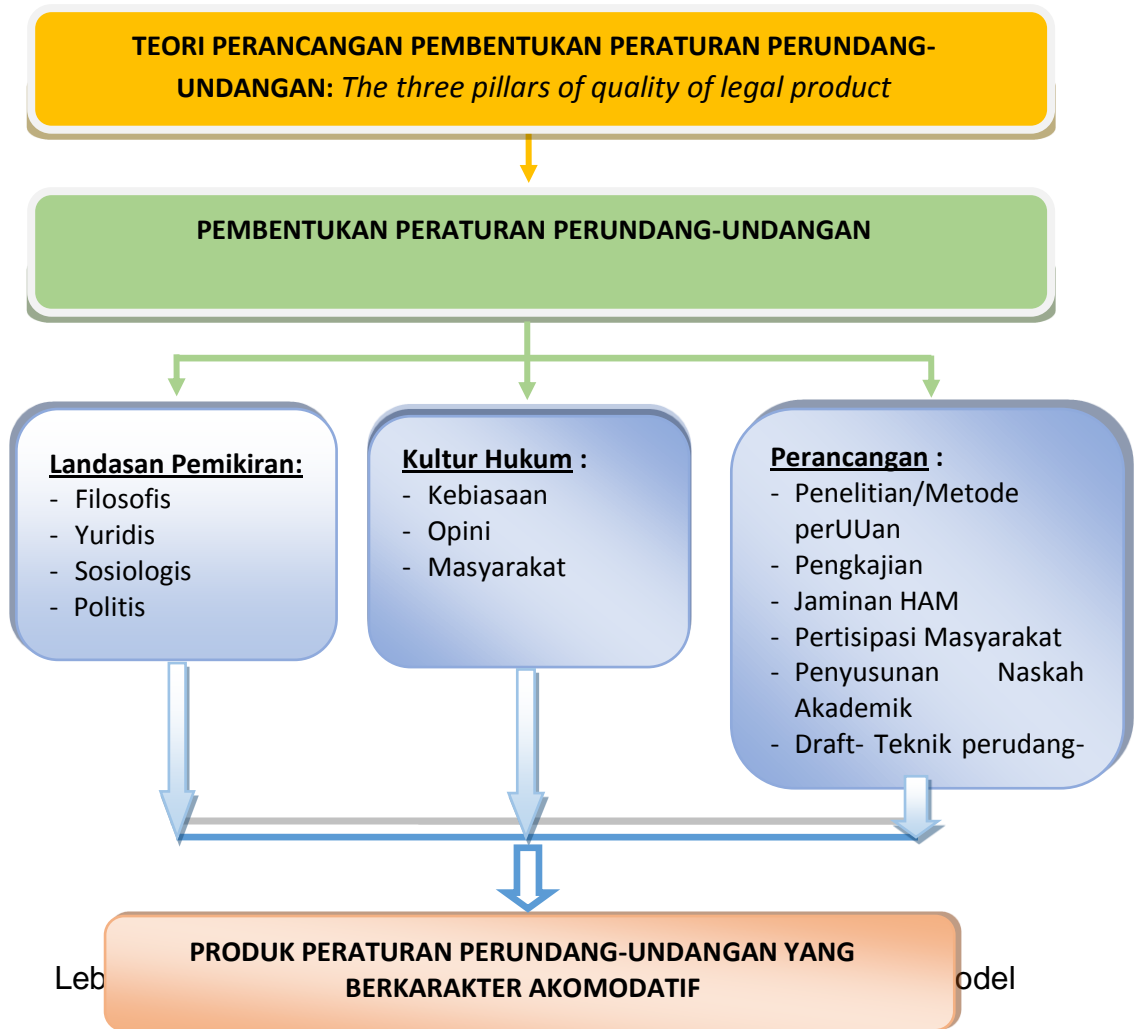
Jadi menurut teori *Three pillars of quality of legal product* tersebut, kualitas produk hukum berupa peraturan perundang-perundangan ditentukan oleh proses pembentukannya yang harus memenuhi tiga pilar dimaksud dengan elemen-elemennya pada setiap pilar secara komprehensif, maka kualitas produk perundang-

²⁸⁸ Roeslan Saleh I, Op. Cit, hlm. 44.

²⁸⁹ Achmad Ruslan, Op. Cit., hlm.143

perundangan tersebut semakin tinggi kualitasnya/berkualitas akomodatif.²⁹⁰

Secara visual *Three pillars of quality of legal product* tersebut dapat digambarkan sebagai berikut²⁹¹:



perancangan peraturan perundang-perundangan yang direkomendasikan tersebut dapat direalisasikan secara teknis dengan menggunakan 4 (empat)

²⁹⁰ *Ibid.*, hlm. 146

²⁹¹ *Ibid.*, hlm. 145

tahapan yakni esensi kebijakan sebagai tahapan pertama yang pada tahap ini perancang mendasarkan rancangannya pada visi dan misi yang telah ada sebelumnya. Kedua, tahapan penelitian dan ketiga tahapan metode perancangan serta tahapan keempat berupa Naskah Akademik. Untuk tahapan ketiga berupa metode perancangan memiliki komponen landasan pemikiran, peraturan, partisipasi masyarakat, kepentingan, kemampuan dan kultur hukum yang secara keseluruhan disimngkat dengan Metode LP2K3.

Dengan pemenuhan tahap tersebut di atas, maka nilai-nilai keadilan, kemanfaatan, dan kepastian hukum, demikian pula tuntutan dan perkembangan masyarakat dapat terakomodasi dan menghindari resistensi sosial dengan lahirnya suatu produk hukum dari perspektif substantif²⁹². Sedangkan dari perspektif prosedur general, proses pembentukan undang-undang pada prinsipnya meliputi 3 (tiga) tahapan yakni tahapan *ante legislative*, *legislative* dan *post legislative*²⁹³.

Menurut Abeer Bashier Dababneh dan Eid Ahmad Al-Husban sebagaimana dikutip dan diterjemahkan oleh Putera Astomo mengatakan

²⁹² Achmad Ruslan, Op. Cit., hlm. 143-144.

²⁹³ Jufrina Rizal, "Tindak Pidana Terhadap Agama dan Kehidupan Beragama: Suatu Tinjauan Sosiologi Hukum/Perundang-undangan", Makalah disajikan dalam "Debat Publik tentang Rancangan KUHP" Departemen Kehakiman dan HAM, Jakarta 21-22 Nopember 2000.

bahwa suatu undang-undang dianggap baik jika proses pembentukannya memerhatikan dan mempedomani prinsip-prinsip sebagai berikut²⁹⁴:

- a. Ukuran undang-undang harus masuk akal sehingga orang awam dapat dengan mudah mempelajari. Hal ini dapat dicapai dengan menggunakan bahasa yang sederhana yang tidak memiliki kompleksitas teknis karena undang-undang ditujukan untuk semua orang dan tidak hanya tingkat intelektual tertentu dan kelompok.
- b. Undang-undang harus sederhana untuk mencapai tujuan, harus sederhana karena tujuan dibalik undang-undang harus adalah untuk menyelesaikan konflik yang dihadapi oleh kelompok, dan ini tidak dapat dicapai jika undang-undang terlalu kompleks. Sebuah undang-undang yang baik adalah undang-undang yang dapat direalisasikan dan dipahami oleh orang awam lainnya.
- c. Undang-undang harus memiliki kestabilan legislatif sehingga orang yang terbiasa dengan undang-undang merasa yakin mereka tahu undang-undang dan mereka tidak melanggarnya. Dengan demikian, tujuan supremasi hukum dan penghakiman yang efektif dapat dicapai. Perangkat undang-undang hanya dapat dicapai jika legislator kompeten dan mengenal dengan baik lingkungan, keterbatasan dan dimensi dari masalah yang harus diatur dan diselesaikan dengan undang-undang.
- d. Undang-undang harus ditandai dengan harmoni dan kompatibilitas, yaitu harus ada harmoni, kompatibilitas dan integrasi antara berbagai bagian undang-undang sehingga tidak ada konflik yang dapat memengaruhi efisiensi undang-undang. Di sisi lain, undang-undang harus sinergi dengan undang-undang yang berlaku lainnya dalam sistem hukum. Hal ini pada gilirannya akan berpengaruh langsung terhadap efisiensi dari sistem hukum di negara sehingga mengakibatkan kemampuan untuk menerapkan dan melaksanakan undang-undang.
- e. Undang-undang harus mencerminkan realitas masyarakat yang harus dilaksanakan dan harus kompatibel dengan pranata sosial, ekonomi dan budaya, karena undang-undang yang baik adalah produk dari lingkungannya dan tidak satu pun yang dikenakan pada suatu lingkungan yang tidak sesuai atau memenuhi persyaratan implementasi yang baik dan suara masyarakat. Hal ini diperlukan untuk menyelesaikan konflik dan masalah yang menyebabkan legislator membentuk undang-undang tersebut. Dengan demikian,

²⁹⁴ Putera Astomo, Ilmu Perundang-Undangan : Teori dan Praktik di Indonesia, RajaGrafindo Persada, Depok, 2018 hlm. 91-94.

- seseorang dapat mencapai efisiensi undang-undang dalam menyelesaikan masalah yang dihadapi dalam kelompok.
- f. Undang-undang harus ramah dengan lingkungan legislatif sehingga tidak akan menyelesaikan masalah yang dihadapi kelompok dengan menciptakan banyak masalah lain, karena hal ini dapat menimbulkan krisis legislatif.
 - g. Undang-undang harus sesuai dengan aturan hukum lainnya yang lebih tinggi (menghormati prinsip hierarki dalam undang-undang) untuk pengawasan atas konstitusionalitas undang-undang merupakan salah satu pilar dasar prinsip legitimasi, yang memberikan perlindungan hak asasi manusia dan kebebasan dasar. Prinsip legitimasi memerlukan pemisahan antara otoritas dan pengawasan atas konstitusionalitas undang-undang. Pengawasan konstitusionalitas undang-undang datang sebagai hasil dari prinsip hierarki aturan hukum dalam sistem hukum negara yang sah, yang didasarkan pada kenyataan peraturan undang-undangan yang dihasilkan oleh suatu otoritas tidak selalu berjenis sama, tetapi bervariasi dalam berbagai kepentingan dan kekuatan melalui pentingnya isu yang ditangani dan otoritas yang menetapkan peraturan undang-undangan tersebut. Pada puncak hierarki, ada Undang-Undang Dasar atau Konstitusi, diikuti oleh undang-undang biasa.
 - h. Undang-undang harus sesuai dengan aturan yang berasal dari aturan internasional yang menyatakan setuju untuk berkomitmen untuk meningkatkan prinsip urutan hukum di suatu negara, yaitu undang-undang tidak boleh melebihi tujuan yang dirancang untuk dicapai. Undang-undang juga harus sesuai dengan prinsip yang dinyatakan di atas dalam perjanjian internasional. Dalam hal konflik, prinsip-prinsip harus ditetapkan. Ini berarti prinsip-prinsip internasional mengenai munculnya hak atas undang-undang, sesuai dengan teks dari artikel (27) dari Konvensi Wina tentang Hukum Perjanjian “peserta tidak dapat menggunakan ketentuan hukum internalnya sebagai pembenaran atas kegagalannya dalam pelaksanaan perjanjian.

Dalam konteks ke Indonesiaan tentunya memiliki karakteristik tersendiri, dimana menurut A. Hamid S. Attamimi terdapat 4 (empat) asas/prinsip pembentukan peraturan perundang-undangan yang baik (*beginselen van behoorlijke wetgeving*) yakni pertama, cita hukum (*rechtsidee*) Indonesia yang terkandung dalam Pancasila sebagai asas

hukum umum begi peratruan perundang-undangan, kemudian asas negara berdasar hukum, ketiga asas pemerintahan berdasarkan sistem konstitusi dan keempat asas-asas lainnya yang dikembangkan oleh para ahli.²⁹⁵

Penyusunan suatu undang-undang atau formulasi juga merupakan bagian dari upaya menegakkan konsep yang mengandung nilai-nilai keadilan, kepastian dan kemanfaatan. Menurut Satjipto Rahardjo, pada hakikatnya hukum mengandung ide atau konsep-konsep yang dapat digolongkan sebagai suatu yang abstrak, termasuk ide tentang keadilan, kepastian dan kemanfaatan sosial, apabila berbicara tentang penegakan hukum, maka pada hakikatnya berbicara tentang penegakan tentang ide-ide serta konsep-konsep yang nota bene adalah abstrak tersebut.²⁹⁶

Berdasarkan tata kehidupan hukum di Indonesia, teori hukum yang berpengaruh kuat terhadap konsep-konsep dan implementasi hukum di Indonesia adalah teori hukum positivisme. Positivisme hukum dikenal sebagai suatu teori hukum yang menganggap bahwa pemisahan antara hukum dan moral,²⁹⁷ merupakan hal yang teramat penting. Dalam teori ini hukum dibuat oleh penguasa seperti peraturan perundang-undangan. Untuk menjamin nilai-nilai keadilan, kepastian dan kemanfaatan ada pada

²⁹⁵ A. Hamid S. Attamimi, *Hukum Tentang Peraturan Perundang-undangan dan Peraturan Kebijakan (Hukum Tata Pengaturan)*, Fakultas Hukum UI, Jakarta, 1993, hlm. 333.

²⁹⁶ Satjipto Rahardjo, *Penegakan Hukum, Suatu Tinjauan Sosiologis*, Genta Publishing, Yogyakarta, 2009, hlm. 12.

²⁹⁷ Achmad Ali, *Menguak Teori Hukum (Legal Theory) dan Teori Keadilan (Judicialprudence) termasuk Interpretasi Undang-Undang (Legisprudence)*, Kencana Prenada Media Group, Jakarta, 2009, hlm. 55.

hukum dalam hal ini peraturan perundang-undangan diperlukan pedoman atau acuan dalam pembentukan peraturan perundang-undangan tersebut.

Pembentukan peraturan perundang-undangan merupakan salah satu syarat dalam rangka pembangunan hukum nasional,²⁹⁸ yang hanya dapat terwujud apabila didukung oleh cara dan metode yang pasti, baku, dan standar yang mengikat semua lembaga yang berwenang membuat peraturan perundang-undangan.

Undang-undang No. 12 Tahun 2011 Tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan telah memberikan pedoman dalam pembentukan peraturan perundang-undangan. Dalam undang-undang ini telah diatur asas pembentukan peraturan perundang-undangan yang baik dan juga materi muatan peraturan perundang-undangan.²⁹⁹ Selain digunakan sebagai pedoman pembentukan peraturan perundang-undangan yang baru, juga dapat digunakan untuk menilai ketentuan

²⁹⁸ Untuk mewujudkan Indonesia sebagai negara hukum, negara berkewajiban melaksanakan pembangunan hukum nasional yang dilakukan secara terencana, terpadu, dan berkelanjutan dalam sistem hukum nasional yang menjamin perlindungan hak dan kewajiban segenap rakyat Indonesia berdasarkan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945. Lihat pertimbangan Undang-Undang No.12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-Undang.

²⁹⁹ Lihat Pasal 5 Dalam membentuk Peraturan Perundang-undangan harus dilakukan berdasarkan pada asas Pembentukan Peraturan Perundang-undangan yang baik, yang meliputi : a. kejelasan tujuan; b. kelembagaan atau pejabat pembentuk yang tepat; c. kesesuaian antara jenis, hierarki, dan materi muatan; d. dapat dilaksanakan; e. kedayagunaan dan kehasilgunaan; f. kejelasan rumusan; dan g. keterbukaan. Pasal 6 (1) Materi muatan Peraturan Perundang-undangan harus mencerminkan asas: a. pengayoman; b. kemanusiaan; c. kebangsaan; d. kekeluargaan; e. kenusantaraan; f. bhinneka tunggal ika; g. keadilan; h. kesamaan kedudukan dalam hukum dan pemerintahan; i. ketertiban dan kepastian hukum; dan/atau j. keseimbangan, keserasian, dan keselarasan. Ayat (2) Selain mencerminkan asas sebagaimana dimaksud pada ayat (1), Peraturan Perundang-undangan tertentu dapat berisi asas lain sesuai dengan bidang hukum Peraturan Perundang-undangan yang bersangkutan.

peraturan perundang-undangan yang sudah berlaku sebelumnya apakah peraturan tersebut sudah sesuai dengan semangat yang ada dalam Undang-Undang No. 12 Tahun 2011 Tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan tersebut guna menentukan sikap apakah perlu atau tidak perubahan suatu peraturan perundang-undangan yang telah ada yakni semua ketentuan pidana baik dalam KUHP maupun undang-undang di luar KUHP (baik undang-undang pidana maupun undang undang yang memuat administrasi *penal law*).

Menurut ketentuan Pasal 5 Undang-Undang No. 12 Tahun 2011 Tentang Pembentukan Peraturan Perundang-Undang, maka pembentukan peraturan perundang-undangan harus didasarkan pada asas pembentukan peraturan perundang-undangan yang baik³⁰⁰. Asas-asas yang baik tersebut dapat dibedakan dalam dua katagori. Pertama adalah tujuan asas yang ditentukan pada Pasal 5, dan yang kedua adalah 10 asas yang ditentukan pada Pasal 6 Ayat (1). Asas-asas dalam katagori kedua ini dapat kita namakan sebagai asas materil karena menyangkut materi muatan yang harus terkandung dalam peraturan perundang-undangan yang bersangkutan. Sedangkan asas-asas pada kategori pertama lebih menyangkut asas-asas formil yang berkenaan dengan

³⁰⁰ Sebagai Negara hukum, sesuai dengan perkembangan kebutuhan hukum terutama dalam pembangunan hukum nasional maka produk peraturan perundang-undangan tentunya tidak dapat dibatasi atau dibendung dan jalan keluarnya yang dapat ditempuh dengan mengusahakan agar peraturan perundang-undangan yang akan dibentuk harus memenuhi asas-asas pembentukan yang patut dan baik. Kusumarita Atyanto, Hukum Tentang Peraturan Perundang-undangan dan Peraturan Kebijakan, Themis, Jurnal hukum, Fakultas Hukum Pancasila, Volume 2, No. 1 Oktober 2008.

format, sifat, wadah, kelembagaan yang berperan, teknis perumusan, dan sebagainya³⁰¹. Memang benar pembentukan peraturan perundang-undangan merupakan suatu sarana penting sebagai alat pembaruan, tetapi alangkah tepatnya jika didukung oleh pendapat filsuf Jerman yang terkenal yaitu Gustav Radbruch bahwa suatu undang-undang yang baik adalah apabila mencerminkan ide hukum yang mencakup 3 (tiga) unsur yaitu keadilan, kegunaan dan kepastian.³⁰²

D. Kerangka Konseptual (*Conceptual Framework*)

Ancaman pidana atau sanksi pidana dalam ketentuan pidana sebagaimana disinggung sebelumnya merupakan salah satu diantara topik utama/masalah dasar dalam hukum pidana karena Ancaman pidana atau sanksi pidana inilah yang membedakan/sebagai parameter untuk mengatakan suatu norma sebagai suatu ketentuan pidana. suatu norma tanpa Ancaman pidana atau sanksi pidana tidaklah dapat dikatakan/dikategorikan sebagai tindak pidana.

Persoalan ancaman pidana mencakup berbagai aspek tidak hanya bicara dalam konteks dalam kebijakan hukum pidana (*penal policy*) khususnya dalam tahap formulasi di proses legislasi tetapi juga memiliki konsekuensi lainnya yang multi dimensi. Dalam

³⁰¹ Jimly Asshiddiqie, *Pokok-Pokok Hukum Tata Negara Indonesia Pasca Reformasi*, PT. Bhuana Ilmu Populer, 2008, Jakarta, hlm. 269.

³⁰² Andi Hamzah, *Bunga Rampai Hukum Pidana dan Acara Pidana* (selanjutnya disebut Andi Hamzah VI), Ghalia Indonesia, Jakarta, 1986, hlm. 207.

penegakan hukum misalnya, formulasi rumusan ancaman pidana dalam hal ini bobot sanksi pidana (jenis, lama dan besaran, dan pola perumusan) dalam ketentuan pidana akan menjadi patokan ukuran dalam proses penegakan hukum bagi jaksa dalam menuntut dan hakim dalam memutuskan jenis dan bobot atau berat ringan pidana. Begitu juga dengan konsekuensi lain dalam proses penegakan hukum seperti penahanan, hak mendapatkan pengacara/advokat dan seterusnya sebagaimana telah dijelaskan diawal.

Dalam dimensi lainnya ancaman pidana juga dapat dilihat dari perspektif hak asasi manusia secara luas khususnya mengenai hak memperoleh kesempatan sama dalam pemerintahan, hak atas pengakuan, jaminan, perlindungan dan kepastian hukum yang adil serta perlakuan yang sama dihadapan hukum, serta hak mendapatkan kemudahan dan perlakuan khusus untuk memperoleh kesempatan. Untuk orang tertentu yang di sangka, di tuntutan dan dalam diputus melakukan tindak pidana dengan ancaman pidana atau lamanya pidana tertentu yang dijatuhkan akan membatasi seseorang untuk mendapatkan hak asasi dimaksud.

Bertolak dari uraian tersebut diatas maka menjadi pentingnya posisi suatu ancaman dalam suatu ketentuan pidana khususnya

dalam pemenuhan keadilan, kepastian dan kemanfaatan termasuk segala konsekuensi dari proses penegakan hukum dan pemenuhan hak asasi manusia. Tentunya mengenai persolanan ini, terutama pembentuk undang-undang berdasarkan konstitusi bertanggung jawab untuk memberikan perlindungan, pemajuan, penegakan, dan pemenuhan hak asasi manusia.

Persoalannya baik secara empiris maupun yuridis belum ada standar perumusan ancaman sanksi pidana baik dalam penentuan bentuk sanksi hukum pidana maupun jenis pidananya dan termasuk juga bobot (berat-ringan) ancaman pidana. Muara dari semua itu tentu menyebabkan terjadinya disparitas dalam perumusan ancaman sanksi pidana dan penjatuhan pidana. Lebih ironisnya perumusan ancaman pidana lebih cenderung pada *emotional approach* tergantung situasi dan keadaan yang melatar belakangnya, atau melihatnya terbatas pada politik hukum yang dibangun secara parsial atau setidaknya kurang mendapatkan perhatian khusus dari pembentuk undang-undang.

Jika disparitas dan kerancuan perumusan ancaman tersebut tidak dapat diatasi atau diminimalisir, tentunya berpotensi timbulnya demoralisasi dan sikap anti-rehabilitasi di kalangan terpidana yang dijatuhi pidana lebih berat dari pada yang lain di dalam kasus yang sebanding. Dalam hal yang sama juga tidak tertutup kemungkinan

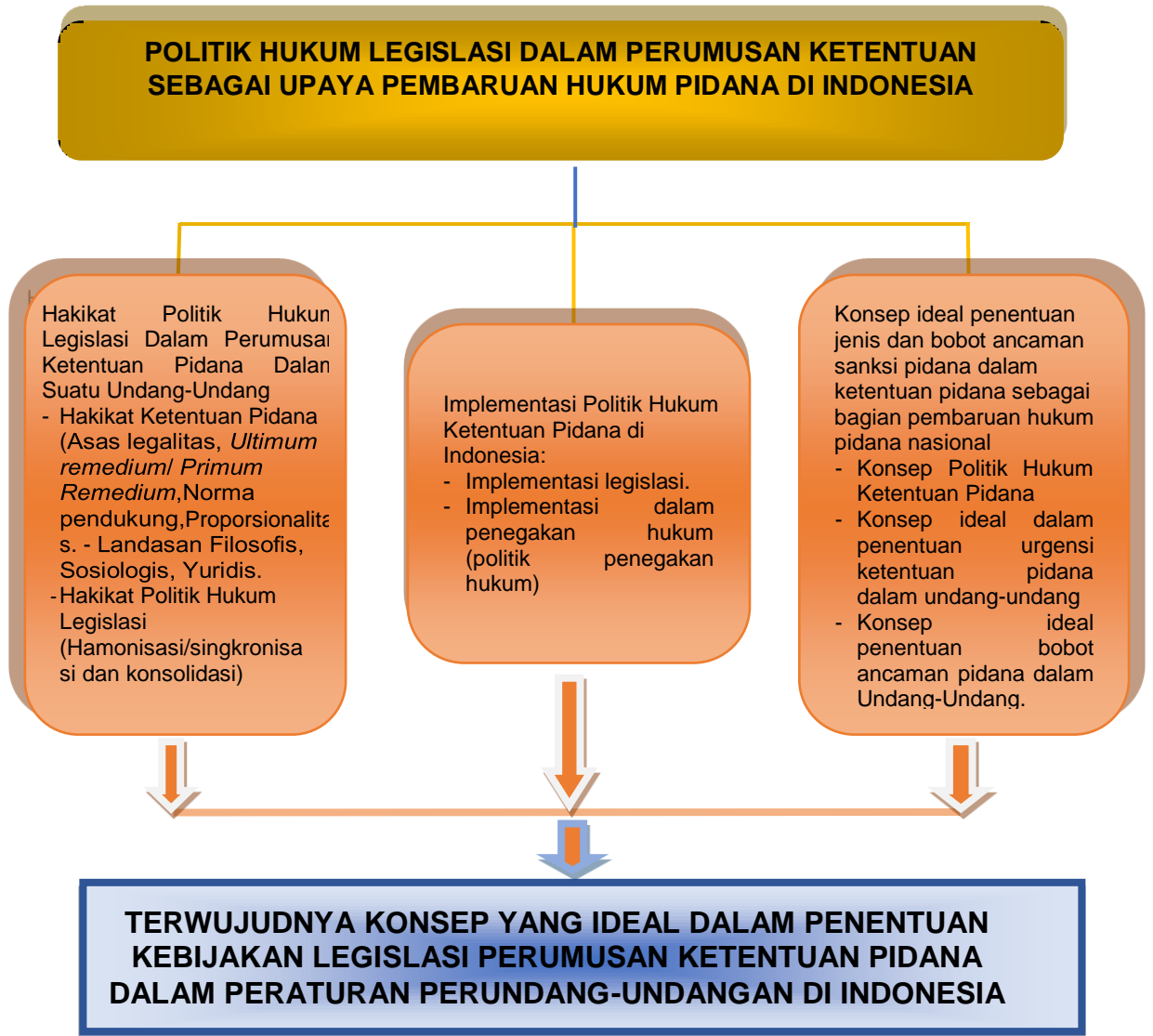
berdampak pada kepercayaan masyarakat sistem hukum pidana (baik materil maupun formil) yang semakin lama semakin menurun sehingga besar kemungkinan terjadi kondisi dimana norma hukum atau peradilan tidak lagi dipercaya atau dianggap sebagai sarana untuk memperoleh keadilan, kepastian dan kemanfaatan dari hukum pidana yang dapat berujung pada kegagalan atau tidak tercapainya tujuan hukum pidana dan pemindaan itu sendiri.

Dari semua itu, penulis berupaya untuk melihat formulasi rumusan sanksi hukum pidana dalam undang-undang baik berupa bentuk dan jenis termasuk bobot (berat ringan) dari sanksi hukum pidana merupakan salah satu hulu dari persoalan utama dari sistem pemidanaan³⁰³ atau memiliki hubungan kausalitas atau hubungan hukum (*rechtsbetrekkingen*) antara rumusan ancaman pidana dengan pengenaan pidana dan tindakan hukum dalam proses peradilan pidana. Untuk itu, diperlukan parameter dalam penetapan sanksi hukum pidana dalam proses legislasi sebagai suatu proses politik yang melahirkan hukum positif di Indonesia. Proses legislasi untuk menentukan parameter tersebut tentunya juga harus merujuk pada falsafah pemidanaan termasuk tujuan pemidanaan yang

³⁰³ Menurut Barda Nawawi Arief, sistem pemidanaan dapat dilihat dari 2 (dua) sudut yakni berupa keseluruhan sistem (aturan perundang undangan) untuk pemidanaan yang dalam konteks ini ketentuan pidana dalam undang-undang dan keseluruhan sistem (aturan perundang undangan) untuk pemberian/penjatuhan dan pelaksanaan pidana, Barda Nawawi Arief, Beberapa Aspek Kebijakan Penegakan dan Pengembangan Hukum Pidana (selanjutnya disebut Barda Nawawi Arief IX), Citra Aditya Bakti, Bandung, 1998, hlm. 114.

tentunya terlebih dahulu harus ditentukan sebagai politik hukum pidana dan ppidanaan di Indonesia dalam rangka penanggulangan kejahatan. Muara dari semua itu tentu diharapkan akan terwujud konsep yang ideal dalam penentuan kebijakan legislasi dalam formulasi atau perumusan ancaman pidana dalam peraturan perundang-undangan di Indonesia.

Bagan Kerangka Berpikir



F. Definisi Operasional

Definisi Operasional variabel dalam pemahaman tentang karya ilmiah/disertasi ini adalah meliputi tentang:

1. Kebijakan Legislasi adalah sub sistem dari politik hukum atau makna sempit atau bagian dari politik hukum dan sebagai bentuk implementatif dari politik hukum yang disusun dan ditetapkan oleh badan-badan negara yang berwenang untuk menetapkan peraturan yang dikehendaki guna mengekspresikan apa yang terkandung (kebutuhan) dalam masyarakat dalam rangka mencapai hal yang dicita-citakan atau yang diangan-angankan dimasa mendatang (*ius constituendum*).
2. Politik hukum pidana yang dikenal juga dengan istilah *penal policy*, *criminal law policy* atau *strafrechtspolitik* adalah kebijakan ("policy") dalam rangka usaha mewujudkan arah hukum dalam merespon gejala sosial yang dianggap menyimpang dan/atau penanggulangan kejahatan yang berorientasi pada pendekatan nilai termasuk menentukan falsafah pemidanaan dan tujuan pemidanaan yang diejawantahkan baik pada proses legislasi dalam bentuk penentuan perlu atau tidaknya kriminalisasi atau dekriminalisasi dan substansi norma hukum (formulasi kebijakan inklusif di dalamnya terkait dengan sanksi hukum pidana) maupun dalam tataran implementasi yang sebagai satu kesatuan langkah dalam pembaruan hukum pidana.

3. Legislasi adalah pembuatan undang-undang atau pembentukan undang-undang termasuk pembahasan oleh Dewan Perwakilan Rakyat dan Presiden untuk mendapat persetujuan bersama.
4. Ketentuan Pidana adalah bagian dari batang tubuh yang jika diperlukan dapat diatur dalam Undang-Undang, Peraturan Daerah Provinsi, dan Peraturan Daerah Kabupaten/Kota yang memuat rumusan norma mengenai subjek hukum yang dapat dipidana dan unsur-unsur perbuatan pidana (perbuatan yang dilarang atau dikategorikan sebagai tindak pidana) baik bersifat kumulatif atau alternatif serta ancaman hukum pidana (secara tunggal, alternatif dan kumulatif) yang dapat dijatuhkan. Secara umum³⁰⁴ ketentuan pidana ini merupakan aturan yang berisi larangan atau keharusan disertai sanksi pidana.
5. Ancaman Pidana adalah sanksi dalam hukum pidana sebagai reaksi atas tindak pidana yang terjadi baik berupa pidana yang bersifat nestapa maupun tindakan (*maatregel*) yang bersifat mendidik (tujuan lebih bersifat mendidik) atau *treatment* yang dengan sengaja diancamkan oleh negara dalam hal ini legislator dalam rumusan norma peraturan perundang-undangan yang dapat dijatuhkan oleh negara (hakim) kepada pembuat tindak pidana tersebut.

³⁰⁴ Andi Hamzah, Terminologi Hukum Pidana (selanjutnya disebut Andi Hamzah V), Sinar Grafika, Jakarta, 2008, hlm.122.

6. Pembaruan Hukum Pidana adalah suatu upaya untuk melakukan reorientasi dan reformasi hukum pidana yang sesuai dengan nilai-nilai sentral sosio-politik, sosio-filosofik, dan sosio-kultural masyarakat Indonesia yang melandasi kebijakan sosial, kebijakan kriminal, dan kebijakan penegakkan hukum di Indonesia atau sering juga dimaknai sebagai pembaruan konsep atau ide dasar bukan sekedar mengganti perumusan pasal secara tekstual³⁰⁵
7. Kitab Undang-undang Hukum Pidana selanjutnya disingkat dengan KUHP adalah *Wetboek van Strafrecht voor Nederlandsh Indie* yang berdasarkan Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1946 Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1946 tentang Peraturan Hukum Pidana diubah menjadi "*Wetboek van Strafrecht*" disebut juga "Kitab Undang-Undang Hukum Pidana"/KUHP termasuk dengan segala undang-undang perubahannya.
8. Rancangan Undang Undang Hukum Pidana selanjutnya disingkat dengan RUU KUHP yang telah ditetapkan dalam rapat tingkat pertama merupakan rancangan undang-undang yang mengatur hukum pidana menggantikan KUHP yang berlaku sekarang.
9. Hakikat adalah inti sari atau dasar atau kenyataan yang sebenarnya.

³⁰⁵ Barda Nawawi Arief, *Pembaharuan Hukum Pidana dalam Perspektif Kajian Perbandingan* (selanjutnya disebut Barda Nawawi Arief X), Badan Penerbit Universitas Diponegoro, Semarang, 2005, hlm. 4.