

BAB 3

KRIMINALISASI

Setelah membahas tentang pembatasan perbuatan merokok dan alasan adanya sanksi pidana dalam PERDA KTR Kota Bogor. Maka pada Bab 3 ini akan banyak membahas tentang teori pembatasan kriminalisasi yang dikembangkan oleh Douglas Husak. Meskipun Husak membahas konsep kriminalisasi berdasarkan fenomena yang terjadi di Amerika. Namun, konsep tersebut juga terasa masih sesuai dengan keadaan Indonesia dalam menerapkan sanksi pidana untuk mengatur perbuatan.

3.1. Urgensi Membatasi Kriminalisasi

Kriminalisasi yang terjadi di Indonesia terasa sangat menarik. Hal tersebut terlihat dari banyaknya jumlah kriminalisasi yang terus digunakan oleh Pemerintah Indonesia dalam membatasi suatu perbuatan.¹²³ Dari data yang ditemukan dalam kurun waktu antara 1998-2014 penggunaan kriminalisasi didalam tindak pidana kejahatan dan pelanggaran menunjukkan 563 Undang-undang yang dikeluarkan Pemerintah, 154 diantaranya adalah undang-undang yang mengkriminalisasi perbuatan baru.¹²⁴ Menariknya, dari 1601 perbuatan yang dirumuskan menjadi tindak pidana, terdapat 716 perbuatan merupakan tindak pidana baru.¹²⁵

¹²³ Anugerah Rizki Akbari, "Potret Kriminalisasi Pasca Reformasi dan Urgensi Reklasifikasi Tindak Pidana DI Indonesia," *ICJR*, 2015, 40.

¹²⁴ *Id.*, hlm 10

¹²⁵ *Id.*, Hlm 14

Dengan melihat tren penerbitan sanksi pidana dalam regulasi, Pemerintah Indonesia seakan terus menambah daftar panjang dalam pembatasan perbuatan dengan menggunakan hukum pidana¹²⁶. Lebih lanjut, Akbari dalam penelitiannya juga mengatakan bahwa negara seakan mempermudah pembentukan kriminalisasi, tetapi tidak memberikan panduan yang jelas tentang pembentukan tindak pidana baru.¹²⁷ Selain itu, Akbari juga menekankan bahwa kriminalisasi hanya menimbulkan pandangan bahwa negara seakan tidak mampu mengakomodir tingkat/ukuran keseriusan atas suatu perbuatan.¹²⁸ Pandangan tersebut sejalan dengan pemikiran Husak atas kriminalisasi berlebih tentang seringnya kita menggunakan hukum pidana dan terlalu banyaknya hukuman yang dijatuhkan pada suatu perilaku¹²⁹.

Melihat fenomena diatas, pembatasan kriminalisasi sangat dibutuhkan. Hal ini terkait dengan kemungkinan munculnya beberapa hal yang merugikan warga negara. Dalam pandangannya tentang kriminalisasi, Husak mengatakan bahwa kriminalisasi yang berlebihan akan menimbulkan ketidakadilan.¹³⁰ Selain itu, dengan banyaknya penggunaan hukum, nilai dari hukuman tampak tidak proporsional.¹³¹ Hal ini juga menjadi tidak pantas dikenakan kepada pelaku karena hukuman yang diberikan kerap melebihi, dari yang dilakukan oleh pelaku. Selain itu, turut membangun fondasi ketidakadilan dalam proses menjatuhkan hukuman bagi pelaku kejahatan.

¹²⁶ *Id.*, hlm 31

¹²⁷ *Id.*, hlm 6

¹²⁸ *Id.*, Hlm 31

¹²⁹ Douglas Husak, *Supranote20*, Hlm 5

¹³⁰ *Id.*, hlm 24

¹³¹ *Id.*, Hlm 3

Dalam prosesnya, Husak mengelompokkan jenis tindak pidana yang dilahirkan dan memenuhi banyak bagian *overkriminalisasi* di Amerika Serikat ke dalam beberapa kategori, yaitu:¹³² :

1. Tindak pidana yang saling tumpang tindih aturan hukum (*overlapping crimes*);

“Dalam konteks ini, negara sebagai pemilik kekuasaan kerap melakukan pembaharuan atas suatu tindak pidana dalam peraturan baru. Meskipun tindak pidana sudah diatur sebelumnya melalui sebuah peraturan. Hal ini seakan menimbulkan semakin besarnya tuntutan yang akan menjerat pelaku kejahatan.”¹³³ Sebagai contoh di Indonesia, terdapat pengaturan tentang kriminalisasi penghinaan di Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP) dengan UU Informasi Teknologi Elektronik(UU ITE). Dalam UU ITE Pasal 27 Ayat (3) berbunyi sebagai berikut:

(3) Setiap Orang dengan sengaja dan tanpa hak mendistribusikan dan/atau mentransmisikan dan/atau membuat dapat diaksesnya Informasi elektronik dan/atau Dokumen Elektronik yang memiliki muatan penghinaan dan/atau pencemaran nama baik

Sedangkan penghinaan KUHP Pasal 310 Ayat (1)

“Barang siapa sengaja menyerang kehormatan atau nama baik seseorang dengan menuduhkan sesuatu hal, yang maksudnya terang supaya hal itu diketahui umum, diancam karena pencemaran dengan pidana penjara paling lama sembilan bulan atau pidana denda paling banyak empat ribu lima ratus rupiah.”

Meskipun UU ITE merupakan perkembangan dari KUHP, tetapi dalam penyusunan UU ITE, sanksi yang diberikan terlihat lebih besar dibanding dengan delik awalnya. Hal ini akan membuat semakin besarnya nilai tuntutan

¹³² *Id.*, Hlm 5 hlm 36-40

¹³³ *Id.*, hlm 36-37

pada perbuatan yang sama. Selain itu, dengan adanya perbedaan tuntutan akan membuat semakin besar juga jenis tuntutan. Seharusnya hukuman yang akan diberikan kepada suatu tindak pidana bisa dihitung terlebih dahulu agar dapat menghindari tumpang tindih dalam menerapkan hukum.¹³⁴ Hal ini mensyaratkan bahwa penghitungan yang berbeda digabungkan untuk mencegah negara mengajukan beberapa dakwaan secara bersamaan — meskipun terdakwa tampaknya telah melakukan satu kejahatan tunggal. Akibatnya, jaksa penuntut memiliki kekuasaan yang sangat besar untuk menuntut terdakwa dengan banyak pelanggaran.

2. Tindak pidana yang bertujuan untuk mencegah suatu risiko (*risk prevention*):

Konsep ini terkait dengan adanya pengaturan-pengaturan yang dilakukan untuk mencegah terjadinya suatu akibat, yang telah berkontribusi pada pertumbuhan fenomena hukum pidana.¹³⁵ Namun, sayangnya pembuat undang-undang kerap membentuk undang-undang yang sangat spesifik dan hanya menimbulkan ketidakadilan. Dengan pengaturan yang sangat spesifik untuk mencegah akibat, hal tersebut justru menimbulkan pertanyaan tentang kerusakan yang sebenarnya belum diketahui.¹³⁶ Adanya larangan yang diberikan pada perbuatan-perbuatan tertentu ini dipercaya bisa mengurangi resiko terhadap pelaku atau masyarakat.¹³⁷ Sebagai contoh, ketika negara A membentuk pengaturan pelarangan menggunakan

¹³⁴

¹³⁵ *Id.*, Hlm 38

¹³⁶ *Id.*, hlm 39

¹³⁷ *Id.*, hlm 39

telepon saat mengemudi, berbicara dengan anjing dan lainnya secara spesifik. Dengan begitu akan memunculkan banyak sekali pelanggaran-pelanggaran yang tidak perlu dan mengakibatkan kebingungan warga negara. Berbeda di negara bagian lainnya, pengaturan tentang aturan dalam mengemudi hanya diatur sebagai sebuah bentuk-bentuk umum dalam kelalaian mengemudi. Tentu saja pengaturan-pengaturan perbuatan membuat tidak adil dimana akibat yang ingin dicegah dan perbuatannya tidak setimpal, sehingga nilai pencegahan risiko tidak mudah dihasilkan dengan melarang perilaku lebih jauh dari bahaya utama yang harus dicegah.”

3. Tindak pidana yang menjadi pendukung atas tindak pidana utama (*ancillary offense*);

Dilahirkannya jenis tindak pidana ini dilakukan untuk menyokong tindak pidana utama yang sulit dibuktikan, sehingga ketika tindak pidana utama tidak terbukti, maka tindak pidana tambahan ini yang dikenakan kepada pelaku.¹³⁸ Kendati demikian, tindak pidana utama yang seharusnya turut dibuktikan kerap dirumuskan secara luas dan sumir, yang berujung pada munculnya ketidakadilan dan membebankan pelaku dalam pembuktian.¹³⁹

Ancillary offenses diciptakan sebagian besar untuk situasi di mana seorang terdakwa diyakini telah melakukan pelanggaran utama atau inti, tetapi penuntutan tidak mungkin berhasil atau sebaliknya dianggap tidak diinginkan.¹⁴⁰

¹³⁸ *Id.*, hlm 40

¹³⁹ *Id.*, hlm 40-41

¹⁴⁰ *Id.*, hlm 40

Guna menghindari kesalahan dalam pembentukan suatu peraturan, diperlukan beberapa pembatasan sebagai tolak ukur lahirnya suatu peraturan.¹⁴¹ Namun, Alih-alih melakukan upaya pengaturan dan pembatasan perbuatan, pembatasan perbuatan justru turut menyumbang masalah di dalam penjara.¹⁴²

Pengaturan dengan menjatuhkan hukuman kurungan, seakan mengaburkan pandangan efektifnya hukum pidana. Hal ini tertuang dalam pandangan Husak yang mengatakan bahwa, dengan semakin tingginya jumlah tahanan dalam penjara tidak menjadi jaminan bahwa angka kejahatan dan pelanggaran akan turut.¹⁴³ Lebih jauh lagi, perbuatan memutuskan menghukum suatu perbuatan dengan menggunakan penjara atau kurungan malah menimbulkan permasalahan sosial baru dan akan berimplikasi pada lahirnya kejahatan baru.¹⁴⁴

Setelah melihat hal-hal di atas, konsep Husak menggambarkan bahwa penerapan kriminalisasi berlebih hanya membentuk sikap antipati masyarakat.¹⁴⁵ Hal tersebut disebabkan adanya pengaturan yang berlebih untuk menghukum perbuatan dan membuat pengadilan kerap subjektif untuk memutuskan perbuatan pelaku.¹⁴⁶ Sebuah contoh diungkapkan dalam buku *overcriminalization*, dengan semakin seringnya pengadilan menjatuhkan hukuman atas perbuatan pidana, maka bisa jadi pengadilan dapat meningkatkan subjektivitas dalam menjatuhkan hukuman, yang akan berakibat tidak proposional. Dengan subjektivitas yang

¹⁴¹ *Id.*, hlm 56

¹⁴² *Id.*, hlm 5

¹⁴³ *Id.*, hlm 5-6

¹⁴⁴ *Id.*, Hlm 7

¹⁴⁵ *Id.*, hlm 34-35

¹⁴⁶ *Id.*,

terjadi, maka bisa jadi penjatuhan hukuman hanya akan menciptakan ketidakadilan.¹⁴⁷

Salah satu akademisi, Nina Persak, juga mengatakan hal yang senada dengan Husak tentang pentingnya membatasi kekuasaan negara dalam kriminalisasi. Persak mengatakan berlakunya undang-undang kriminalisasi dimata perorangan kerap diperlukan sepanjang untuk mengatur hukuman atas pelanggarannya.¹⁴⁸ Selain itu, dalam konteks lingkungan sosial demokrasi saat ini, pemerintah kerap mengatur terkait dengan komunikasi keseharian antara pribadi dan negara membentuk aturan main yang tidak adil sesuai dengan perbuatan yang dilakukan warganya.¹⁴⁹ Terlepas dari sistem cek atas keadilan, konsep masyarakat sipil kerap mendorong kebutuhan untuk menciptakan pemerintahan yang transparan, dengan seluruh pembatasan atas kekuatan Pemerintah.¹⁵⁰ Terbentuknya lembaga kriminalisasi oleh negara harus diikuti dengan persyaratan yang sah atau alasan yang bisa menjustifikasi alasan utama hukum kriminalisasi.¹⁵¹

Pemikiran Nina Persak, seakan menguatkan pandangan Husak tentang perlunya suatu pembatasan dalam pembatasan kewenangan yang dimiliki negara. Pembatasan kewenangan dalam membentuk kriminalisasi tindakan tersebut harus dibatasi agar tidak melebihi kewenangan dan merugikan warga negara. Selain itu, juga harus diperhatikan tentang kebebasan diri yang menjadi salah satu aspek kriminalisasi. Negara juga diharapkan dapat membentuk suatu peraturan yang

¹⁴⁷ *Id.*, hlm 13

¹⁴⁸ Nina Persak, *Criminalising harmful conduct: The harm principle, its limits and continental counterparts* (Springer Science & Business Media, 2007), hlm 6.

¹⁴⁹ *Id.*

¹⁵⁰ *Id.*

¹⁵¹ *Id.*

mengedepankan keadilan yang dilandasi oleh legitimasi dan alasan yang dapat dipertanggungjawabkan.

Hal yang sama juga diungkapkan oleh Barda Nawawi Arif, tentang membatasi suatu perbuatan dengan sanksi pidana diperlukan beberapa pertimbangan khusus antara lain

- a. “Keberadaan hukum pidana ditujukan untuk menanggulangi suatu kejahatan guna melindungi masyarakat;
- b. Kriminalisasi harus di maksudkan untuk mencegah terjadinya suatu perbuatan tercela yang akan membawa dampak kerugian bagi orang lain;
- c. Penggunaan hukum pidana harus memperhatikan tentang *cost* dan *benefit*
- d. Harus terpenuhinya kapasitas dan kemampuan dari badan-badan penegak hukum untuk dapat menegakkan aturan yang telah dibuat (*over belasting*)”¹⁵²

Selain pandangan-pandangan di atas, penting juga untuk memahami pandangan Ashworth yang mengungkapkan bahwa hukum pidana tidak boleh menjadi pilihan utama dalam mengatur subjek hukum dan penggunaan hukum pidana secara berlebih akan semakin membuat hilangnya fungsi hukum yang legitimasi¹⁵³ serta ultimum remedium dari hukum pidana¹⁵⁴. Pendapat Ashworth

¹⁵² Barda Nawawi Arief, *Supranote* 20 , hlm 33-34

¹⁵³ Legitimasi /le-gi-ti-ma-si/ /légitimasi/ n **1** Huk keterangan yang mengesahkan atau membenarkan bahwa pemegang keterangan adalah betul-betul orang yang dimaksud; kesahan; **2** pernyataan yang sah (menurut undang-undang atau sesuai dengan undang-undang); pengesahan;

¹⁵⁴ Andrew Ashworth, “Conceptions of Overcriminalization,” *Ohio St. J. Crim. L.* 5 (2007): hlm 5.

menjadi sangat menarik karena terkait dengan kriminalisasi dengan bidang hukum lain yang memiliki fungsi sebagai pengatur perbuatan. Ashworth juga mengikat perbuatan menggunakan hukum pidana sebagai jati diri awalnya yaitu *ultimum remedium*, tetapi jika kriminalisasi tidak dianggap sebagai jati dirinya, maka hal tersebut dapat dianggap sebagai kriminalisasi berlebih¹⁵⁵. Kendati begitu, Ashworth juga mencatat bahwa dengan prinsip diatas, keadaan atas hukum pidana yang legitimate hanya akan semakin buruk, sehingga munculnya kriminalisasi menjadi suatu pengaturan yang tidak dapat dihindari¹⁵⁶.

3.2. Pembatasan Internal

Sebagaimana dibahas diatas, Husak mengatakan bahwa untuk menghindari kriminalisasi berlebih diperlukan teori-teori pembatasan sehingga peran hukum pidana sebagai *Ultima ratio* dapat kembali¹⁵⁷. Husak turut mengungkapkan bahwa terdapat 4 pembatasan yang secara khusus mendasari adanya pembatasan internal kriminalisasi.

3.2.1. *Nontrivial harm/ evil constraint*

Prinsip utama dalam pembatasan ini ditujukan kepada 2 hal yaitu

- a. Perbuatan jahat yang dilakukan mengakibatkan kerusakan serius¹⁵⁸
- b. adanya pengaturan untuk pencegahan atas kerusakan yang ingin dihindari¹⁵⁹

¹⁵⁵ *Id.*

¹⁵⁶ *Id.*

¹⁵⁷ Douglas Husak, *Supranote20*, hlm 207

¹⁵⁸ *Id.*, hlm 65-71

¹⁵⁹ *Id.*

Dalam konsep perbuatan jahat, hal ini diartikan bahwa memang, perbuatan yang dilarang memiliki sifat jahat, yang memiliki nilai kerugian yang tidak kecil¹⁶⁰. Pembatasan ini juga kerap digunakan oleh beberapa advokat untuk membela kliennya dimuka pengadilan yang diwakili dalam persidangan.

a. Lesser evil

Advokat akan menggunakan argumen “ketika nilai jahat yang ingin dihindari jauh lebih besar daripada yang ingin dicegah”¹⁶¹. Dalam pembelaan yang dilakukan kepada klien, advokat kerap mengatakan bahwa apa yang dituduhkan kepada kliennya adalah perbuatan yang tidak terlalu jahat. Meskipun demikian, kita harus betul-betul mengakui bahwa perbuatan kliennya merupakan perbuatan jahat.

b. The defense of consent

Titik poin utama dalam hal ini adalah tentang persetujuan yang mengecualikan adanya pertanggungjawaban pidana ketika “ada upaya mencegah kerusakan dengan membentuk rumusan tindak pidana”.¹⁶²

Dalam pembelaan advokat, kerap mengatakan bahwa apa yang dilakukan oleh kliennya bukan merupakan persetujuan yang diinginkan oleh kliennya. Tetapi perlu diingat pula bahwa apa yang dilakukan oleh kliennya memang menimbulkan kerusakan.

c. The defense of de minimis

Konteks ini tentang perbuatan yang dilakukan oleh klien merupakan perbuatan yang tidak menimbulkan kerusakan atau sifat jahat dan untuk

¹⁶⁰ *Id*

¹⁶¹ *Id*, Hlm 66-67

¹⁶² *Id*,

menghindarinya dilakukan dengan mendefinisikan rumusan tindak pidana sehingga tidak pantas diberikan pertanggungjawaban”¹⁶³ .

Pada tiga pemikiran di atas, kita diajak untuk melihat bahwa apa yang dilakukan oleh klien merupakan perbuatan yang jahat dan kerusakan serius yang harus muncul karena perbuatan tersebut. Serta pengaturan untuk mencegah hal tersebut, tidak ada suatu pertanggungjawaban dapat dikenai pada seseorang kecuali memang terdapat hukum yang mengatur perbuatan jahat dan akibatnya.¹⁶⁴

Salah satu contoh penting yang diberikan Husak tentang pencurian, ketika seorang pekerja diberikan tanggung jawab melakukan penyetoran uang kepada bank dan itu merupakan tanggung jawabnya, tetapi suatu ketika pekerja tersebut melakukan pencurian uang yang dilakukan secara sadar dengan tidak menyetorkan uang tersebut ke Bank..¹⁶⁵ Untuk memutuskan perbuatan karyawan tersebut dibutuhkan untuk benar-benar melihat niat jahat yang dimiliki pelaku, hal ini untuk menghindari putusan hakim yang bisa saja memberikan putusan kepada karyawan tersebut dengan mengatakan perbuatannya jahat tanpa melihat niat jahat yang sesungguhnya. Padahal maksud Husak sebenarnya untuk benar-benar melihat maksud jahat yang dimiliki pelaku agar terhindar dari ketidakadilan. Menurut Husak hanya dua poin yang jelas juga bisa mewakili perbuatan jahat dan pencegahan akibat. Pertama, pada interpretasi yang masuk akal, batasan bahaya tidak boleh ditafsirkan untuk mencegah negara dari melarang perilaku yang menyebabkan risiko bahaya daripada membahayakan pelanggaran orang. Kedua,

¹⁶³ *Id.*

¹⁶⁴ *Id.*

¹⁶⁵ *Id.*, hlm 69-70

demikian kerangka kerja liberal Feinberg¹⁶⁶ menetapkan batasan moral hukum pidana dengan mengacu pada hak-hak orang. Seperti yang diungkapkan secara ringkas, “larangan kriminal hanya sah jika mereka melindungi hak individu yang memang tidak pantas dikriminalisasi perbuatannya karena adanya perbuatan sah yang dilakukan sebelumnya.

3.2.2. *Wrongfulness Constraint*

Pembatasan ini terkait dengan bentuk kesalahan. Husak turut memandang tentang adanya proses penjatuhan tindak pidana juga memiliki kondisi-kondisi yang mengecualikan tindak pidana.¹⁶⁷ Teori ini dibahas untuk membuktikan adanya unsur kesalahan dengan memperhatikan unsur justifikasi dalam menerapkan pembatasan. Pelaku Pembatasan ini melingkupi pada pengertian tentang pertanggungjawaban pidana mungkin tidak dikenakan kecuali perilaku pelaku memang tidak menganut sifat kesalahan.¹⁶⁸ Husak dalam pendapatnya mengatakan,

¹⁶⁶ Dalam hal 71 Husak mengambil pandangan Feinberg tentang konsekuensi dari kendala ini bisa jauh jangkauannya.

“Menurut Feinberg, kerugian pada umumnya adalah “menggagalkan, mengembalikan, atau mengalahkan suatu kepentingan.” Tetapi “pengertian 'bahaya' sebagaimana istilah itu digunakan dalam prinsip kerugian harus mewakili tumpang tindih [normatif dan non-normatif. Kedua pertimbangan: hanya kemunduran kepentingan yang salah, dan kesalahan yang merupakan kemunduran terhadap kepentingan, yang dianggap sebagai kerugian dalam pengertian yang tepat. "Dalam pengertian" normatif "tentang bahaya, A membahayakan B" dengan berbuat salah B, atau dengan memperlakukan dia tidak adil “ Dalam pengertian “non-normatif”, A merugikan B “dengan menyerang, dan dengan demikian menarik kembali, ketertarikannya.” Kebutuhan akan tumpang tindih antara kedua indra ini harus jelas. Orang A mungkin mengurangi minat B dengan demikian menempatkan B dalam "kondisi yang dirugikan", misalnya melalui persaingan yang sah. Tetapi perilaku A tidak boleh dikriminalkan karena B tidak diperlakukan salah atau diperlakukan secara tidak adil. Sebaliknya, tindakan yang tidak berbahaya namun tidak diizinkan tidak memenuhi syarat untuk pertanggungjawaban pidana karena tidak mengembalikan kepentingan siapa pun. Orang A mungkin berperilaku salah tanpa mengorbankan siapa pun, tetapi perilakunya tidak boleh dikriminalkan karena tidak ada yang dirugikan. "Tumpang tindih" antara kedua indra kerusakan ini dapat diekspresikan dengan menerapkan konsep hak: Semua perilaku salah yang menghambat kepentingan orang lain melanggar hak-hak mereka.”

¹⁶⁷ *Id.*, hlm 72-73

¹⁶⁸ *Id.*, hlm 72 – 77

bahwa tindak pidana baru dapat dikatakan suatu tindak pidana jika memang terdapat celah untuk pelaku dijatuhi hukuman oleh negara dan apa yang dijatuhkan oleh negara tetap harus memiliki justifikasi untuk menetapkan tindak pidana.¹⁶⁹ Husak turut mengatakan bahwa apa yang harus dipertahankan dalam pembatasan ini adalah tentang bagaimana kesalahan harus benar-benar tepat diberikan kepada orang yang melakukan kesalahan, maka tidak ada alasan pemaaf dan tanggung jawab tidak mungkin di kenakan kecuali jika terdakwa dalam beberapa hal memiliki alasan pemaaf¹⁷⁰

Namun, penjatuhan hukuman harus bisa dikenai kepada pelaku kejahatan atas kesalahan/perbuatan.¹⁷¹ Hal ini juga terkait dengan kemampuan bertanggungjawabnya subjek hukum ketika melakukan pelanggaran atas pembatasan suatu perbuatan. Hal sama saja dengan penjatuhan sanksi pidana sangat membutuhkan justifikasi yang nilainya sama dengan perbuatan jahat yang diatur.¹⁷² Pemikiran Husak ini seakan menguatkan asas hukum pidana yang berisi “tiada pidana tanpa kesalahan”.¹⁷³ Pembatasan ini juga terkait dengan adanya nilai pertanggungjawaban pidana yang harus menganut 2 unsur penting yaitu adanya tindak pidana dan unsur kesalahan.

Untuk dapat dimintai pertanggungjawaban subjek hukum harus memenuhi beberapa hal terkait dengan dasar untuk pertanggungjawaban. Bahwa untuk dimintai pertanggungjawaban maka harus melihat beberapa unsur yaitu

¹⁶⁹ *Id.*, hlm 78

¹⁷⁰ *Id.*, hlm 72

¹⁷¹ *Id.*

¹⁷² *Id.*

¹⁷³ Amir Ilyas, *Asas-asas Hukum Pidana, memahami tindak pidana dan pertanggungjawaban pidana sebagai syarat pembedaan* (Rangkang Education, 2012), hlm 18.

- a. “Pelaku memiliki kecakapan untuk mampu bertanggung jawab,
- b. Melihat hubungan antara perbuatan dan pelaku yang terkait dengan unsur kesengajaan (*dolus*) atau kealpaan (*culpa*)
- c. Terakhir tentang tidak ada unsur penghapus pidana”.¹⁷⁴

Prof. Moeljatno juga mengungkapkan unsur kesalahan dalam hukum pidana yang memiliki anasir antara kesengajaan dan kelalaian yang juga harus memenuhi unsur dapat dipidananya suatu perbuatan serta adanya unsur perbuatan melawan hukum.¹⁷⁵ Unsur pertama terkait dengan kemampuan bertanggungjawab atau dapat dipertanggungjawabkan pelaku; kedua ada sifat perbuatan melawan hukum yaitu suatu sikap psikis pelaku yang terkait dengan kelakuannya yaitu disengaja dan kurang hati-hati atau lalai; terakhir tentang tidak ada alasan pembenar atau alasan yang menghapuskan pertanggungjawaban pidana bagi si pembuat.¹⁷⁶ Simons dalam pendapatnya mengungkapkan tentang *straffbaar feit* adalah kelakuan yang diancam dengan pidana, bersifat melawan hukum dan berhubungan dengan kesalahan yang dilakukan oleh orang yang mampu bertanggung jawab.¹⁷⁷

Dalam KUHP dan beberapa regulasi kita dapat melihat beberapa rumusan yang dipersempit dengan kata-kata tanpa mengidahkan (Pasal 429 KUHP), Tanpa ijin (terdapat dalam UU 18/2013), dilarang (PERDA KTR Bogor). Sedangkan, untuk melihat unsur pembenar dibagi menjadi terdapat dalam Pasal 49 Ayat (1) tentang *noordweer*, adanya unsur karena ketentuan undang-undang Pasal 50 KUHP, dan tentang menjalankan perintah Pasal 50 Ayat (1) KUHP. Sebagai contoh

¹⁷⁴ EY Kanter dan SR Sianturi, *Asas-asas Hukum Pidana di Indonesia dan Penerapannya* (Jakarta: Stora, Grafika, Jakarta, 2002), hlm 202.

¹⁷⁵ Moeljatno Moeljatno, *Asas-Asas Hukum Pidana* (Jakarta: Rineka Cipta, 2009). Hlm 22

¹⁷⁶ *Id.*

¹⁷⁷ Kanter dan Sianturi, *Asas-asas Hukum Pidana di Indonesia dan Penerapannya*, hlm 205.

unsur pembena adalah seorang algojo yang melakukan tindakan pembunuhan kepada seorang tersangka. Perbuatan algojo merupakan perbuatan salah tetapi terdapat unsur pemaaf karena perbuatannya hanya untuk menjalankan pekerjaannya sebagai eksekutor.

Selain itu, terdapat pengaturannya atas sifat kesalahan yang harus dipenuhi. Unsur kesalahan terbagi dalam 2 hal yaitu kesengajaan (*opzet*) dan kelalaian (*culpa*). Meskipun menggunakan unsur kesalahan dalam menentukan suatu perbuatan, tetapi dapat dikatakan, bahwa penjatuhan keputusan atas pembatasan perbuatan juga bisa didasari adanya pertanggungjawaban yang ketat atas suatu hal tertentu.¹⁷⁸ Husak turut memberikan pandangan yang menarik, dimana sebuah perbuatan salah tidak selalu harus diberikan hukuman.¹⁷⁹

Lebih lanjut, terdapat juga pandangan tentang kesalahan dari Roeslan Saleh mengenai pengertian tindak Pidana sebagai perbuatan yang oleh aturan hukum pidana dinyatakan sebagai perbuatan yang dilarang.¹⁸⁰ Pandangan Roeslan ini turut memperkuat pandangan Husak tentang pertanggungjawaban pidana atas pembatasan kriminalisasi. Namun, Kanter dalam bukunya mengungkapkan unsur kesalahan, yang dapat dilihat dalam perumusan delik.¹⁸¹

¹⁷⁸ *Id.*, hlm 73

¹⁷⁹ Kita dapat melihat dengan contoh : A melakukan pencurian, tetapi ternyata A seorang down sindrom. Perbuatan A adalah perbuatan salah tetapi A tidak dapat dimintai pertanggungjawaban karena tidak ada unsur kesalahan yang dapat dimintai pertanggungjawaban.

¹⁸⁰ Roeslan Saleh, *Tindak Pidana dan Pertanggungjawaban Pidana: Dua pengertian Dasar dalam hukum pidana*. (Jakarta: Aksara Baru, 1981), hlm 18.

¹⁸¹ EY Kanter dan SR Sianturi, *supranote* 172, hlm 184

3.2.3. *Desert Constrain*

Husak pada pembatasan ketiga ini terkait dengan pada konsep penjatuhan hukuman/kepantasan atas penjatuhan suatu hukuman untuk perbuatan tertentu¹⁸². Fungsi hukum sebagai salah satu sistem justifikasi yang dibentuk negara dapat menjadi salah satu cara melihat apakah pelaku pantas untuk dijatuhi hukuman atas perbuatan tertentu¹⁸³. Kendati begitu, negara juga sebagai pemberi hukuman dipandang memiliki kepantasan untuk memberikan hukuman atas suatu tindak pidana yang terjadi¹⁸⁴. Pemikiran husak terdapat bebrap perbedaan hukum pidana dengan hukum lainnya yaitu tentang sistem kontrol sosial yang bersumber pada wewenang negara untuk menghukum pelaku¹⁸⁵.

Dalam pandangan *desert* pertanggungjawaban atas suatu perbuatan pidana dapat diberikan sesuai dengan kesalahan yang dilakukan pelaku sehingga mempertimbangkan nilai proposionalitas pemidanaan. Hukuman yang pantas dan layak dibenarkan karena pelaku telah kehilangan hak mereka untuk tidak dihukum. Sementara itu, diperlukan juga pandangan atas proporsional pemidanaan, dimana jika suatu perbuatan salah, maka untuk menghukum perbuatan harus sesuai dengan perbuatan salah¹⁸⁶.

Untuk melihat proporsionalitas, Husak juga membentuk beberapa ukuran tertentu. Standar penilaian proporsional ini digunakan juga untuk menentukan suatu perbuatan. Standar tersebut dibagi menjadi 3 bagian yaitu

¹⁸² *Id.*, Hlm 82

¹⁸³ *Id.*

¹⁸⁴ *Id.*, hlm 77-84

¹⁸⁵ *Id.*, hlm 77

¹⁸⁶ *Id.*

1. Sebuah perbuatan hanya bisa dikatakan perbuatan jahat jika adanya kesempatan negara dalam memberikan hukuman, tetapi hal ini sepanjang perbuatan tersebut memang pantas dikenai hukuman oleh negara. Untuk melihat apakah hukuman yang diberikan memang pantas dan memiliki justifikasi dalam menjatuhkan hukuman atas suatu tindak pidana¹⁸⁷. (Perlu adanya justifikasi atas kepantasan sebaliknya jika tidak ada justifikasi maka hukuman pantas diberikan)
2. Dalam melakukan penjatuhan pidana hukuman harus bisa dijustifikasi sejauh tidak dapat dijustifikasi maka hukuman tersebut tidak pantas dijatuhkan. Hal ini sama saja dengan pantas atau tidaknya seseorang dijatuhi hukuman.¹⁸⁸ Diperlukan juga melihat jenis perbuatan dan nilai sanksi pidana Negara dalam hal ini dibatasi dengan beberapa skema pertanggungjawaban, yang sama seperti ketika melihat kemampuan pertanggungjawaban pelaku, adanya keseimbangan antara perbuatan dan hukuman yang diberikan.
3. Negara tidak bisa serta merta selalu menjatuhkan hukuman yang tidak proporsional¹⁸⁹. Berat ringannya dalam menentukan hukuman harus bisa diseimbangkan dengan tingkat keseriusan tindak pidana yang terjadi.

Kendati demikian, dalam menentukan perbuatan jahat dan pertanggungjawabannya, negara atau pembuat kebijakan harus bisa membuktikan kepantasan suatu perbuatan memang pantas diatur dan diberikan sanksi¹⁹⁰.

¹⁸⁷ *Id.*, Hlm 78

¹⁸⁸ *Id.*, Hlm 78-79

¹⁸⁹ *Id.*, hlm 83

¹⁹⁰ *Id.*

Sebagaimana termuat dalam konsep diatas, tetapi tidak semua kesalahan membuat orang memenuhi syarat untuk dihukum. Hal ini terkait dengan kesalahan pribadi yang harus tetap memiliki justifikasi yang tepat dan sesuai dengan perbuatannya. Dalam jurnal milik Akbari, terdapat pendapat salah satu scholar ternama Hirsch juga mengungkapkan bahwa proporsional dibagi menjadi 2 bagian penting yaitu pertama tentang adanya ganjaran yang setimpal atas perbuatan¹⁹¹. Kedua hal ini digunakan sebagai bentuk preventif yang dapat mencegah masyarakat untuk melakukan tindak pidana¹⁹².

3.2.4. *Burden of proof constraint*

Pembatasan ini membutuhkan justifikasi dalam membentuk tindak pidana. Maka dalam pemidanaan seseorang, diperlukan kehati-hatian, agar tidak ada salah dalam menerapkan suatu kejahatan. Selain itu, pembuat kebijakan juga harus membuktikan bahwa suatu perbuatan pantas diberikan sanksi pidana¹⁹³. Hal ini melihat dasar, hukum pidana akan memberikan beban yang berat pada pelakunya. Beban ini harus menjadi pertimbangan atas kepantasan dengan atau kesesuaian hukuman dalam elemen hukum pidana. Sebagai contoh pembatasan ini tentang suatu sistem hukum yang tidak melarang pembunuhan atau pemerkosaan (jika dilarang akan membantu mencegahnya) tidak dapat melindungi dirinya dari kritik publik yang sah dengan mengatakan bahwa para pengkritiknya adalah orang-orang

¹⁹¹ Anugerah Rizki Akbari, "Aspek Kontrol Kejahatan & (Over) Kriminalisasi dalam Perkara Pengujian Undang-undang Nomor 46/PUU-XIV/2016 - MaPPI FHUI," *MAPPI*, 2017, <http://mappifhui.org/2016/10/04/aspek-kontrol-kejahatan-kriminalisasi-dalam-perkara-pengujian-undang-undang-nomor-46puu-xiv2016/>.

¹⁹² Mahrus Ali, "Proporsionalitas dalam Kebijakan Formulasi Sanksi Pidana," *Jurnal Hukum Ius Quia Iustum*, 25 (Agustus 2018).

¹⁹³ Douglas Husak, *supranote* 21, 184

yang harus mengajukan perkara pelanggaran semacam itu. Point penting Husak dalam teori ini adalah tentang bagaimana negara dapat mengumpulkan informasi secara benar tentang kejahatan, agar bisa mendeteksi tindakan mencegah kriminalisasi yang salah.¹⁹⁴

Husak melihat bahwa dalam pemikiran ini, terdapat 2 kata kunci penting. Pembatasan hukuman memiliki:

1. Tindakan yang keras merupakan bentuk untuk menghukum pelaku atas tindakan yang dilakukan. Negara harus betul-betul yakin bahwa label atas kriminal, harus memang pantas diberikan kepada pelaku. Namun, akan jadi tidak pantas jika tidak cocok dengan justifikasi awal.¹⁹⁵
2. Negara harus memastikan bahwa pelaku yang dikriminalisasi, harus memiliki syarat yang sesuai dengan stigma yang akan diberikan kepadanya karena dengan adanya sebuah hukuman maka masyarakat dapat melakukan pencelaan terhadap perbuatan.¹⁹⁶ Hukuman yang diberikan negara merupakan perbuatan yang besar, tetapi pelaku memiliki alasan untuk tidak dihukum kecuali negara memiliki alasan untuk menghukum.¹⁹⁷

Sebagaimana pemberian stigma, ini turut mempengaruhi doktrin yang berkembang atas kesalahan dalam aturan hukum substantif. Dalam pandangan ini Husak menekankan pada titik stigma dan *labeling* terhadap pelaku kejahatan atas tindak perbuatan mereka. Namun, pemberian stigma atau *labeling* hanya bisa diberikan setelah ada negara yang hadir dalam memutus bersalah (hakim). Negara

¹⁹⁴ *Id.*

¹⁹⁵ *Id.*, hlm 93

¹⁹⁶ *Id.*, hlm 94

¹⁹⁷ *Id.*, hlm

yang memiliki kekuasaan untuk menghindari perbuatan salah seharusnya bisa dilakukan dengan cara yang lain untuk menghindari stigma keras yang diberikan masyarakat. Sebagai sebuah contoh Husak mengatakan bahwa negara yang ingin menghindari dampak buruk diabetes karena konsumsi donat, lantas melakukan kriminalisasi konsumsi donat¹⁹⁸. Padahal justifikasi melarang donat dapat didahului oleh beberapa pengaturan yang bisa dilakukan untuk mencegah orang memakan donat.

3.3. Pembatasan Eksternal

Dalam pembatasan yang kedua di sisi eksternal, Husak membagi menjadi beberapa pembatasan yaitu

3.3.1. Substansial State Interest

Pertama, kepentingan negara yang substansial.¹⁹⁹ Hal ini melihat kepentingan Negara, dimana Negara memiliki kepentingan untuk dan atas warga negaranya dalam melindungi masyarakatnya²⁰⁰. Kepentingan negara sebagai pembentuk peraturan tentu harus juga dibatasi, terlebih tentang pembentukan yang terkait dengan tindak pidana.²⁰¹ Dalam melihat kepentingan negara yang substansial, diperlukan tiga bagian berbeda dan mengharuskan legislator melakukan beberapa analisis sebelum dikeluarkan peraturan antara lain :

- (1) Mengidentifikasi kepentingan negara:

¹⁹⁸ *Id.*, hlm 102

¹⁹⁹ *Id.*, hlm 132-136

²⁰⁰ *Id.*, hlm 121

²⁰¹ *Id.*

Hukum pidana seharusnya menuju kepada substansial negara legislator harus mengidentifikasi kepentingan negara menentukan hak kekuasaannya dan menentukan yang substansial.²⁰² Dengan menggunakan kemungkinan tujuan para legislator akan mampu mempertahankan status yang ditetapkan.

(2) Menentukan legitimasinya:

Meskipun kepentingannya, tetapi negara dalam kepentingannya dapat melakukan penolak atas tidak peraturan yang melampaui kewenangannya.²⁰³ Sebaliknya kesulitan dalam menemukan memisahkan dan mengevaluasi secara empiris bukti tentang tujuan, lantas membuat informasi tentang legislatif dan tujuan sering jauh dari apa yang dapat dijangkau.²⁰⁴ Sehingga tidak jarang juga keputusan yang masuk akal dapat diputuskan tentang motivasi di balik hukum bisa muncul.

(3) Memutuskan kepentingan tentang substansial :

Sebagai sebuah dasar, negara perlu juga membentuk pengaturan tentang kepentingan negara yang utama dan memprioritaskan.²⁰⁵ Saat tujuan telah diidentifikasi dan telah disahkan, langkah berikutnya adalah untuk menguji pengawasan dan melihat apakah tujuannya penting atau tidak. Maka dari itu penting untuk memilih menggunakan aktualisasi registrasi ketika menguji kasus kriminalisasi sehingga motif utama dapat ditemukan dan diidentifikasi.

²⁰² *Id.*

²⁰³ *Id.*, hlm 132

²⁰⁴ *Id.*, Hlm 132 -138

²⁰⁵ *Id.*, hlm 134

Pembatasan kekuasaan atas kepentingan ini, bukan hanya meliputi kekuasaan legislatif saja, tetapi diharapkan adanya upaya lembaga negara lain yang bisa memutuskan permasalahan tentang kriminalisasi²⁰⁶. Dalam contohnya, pembentuk undang-undang harus memperhatikan *constraints* mengenai dasar pembenaran pidana yang berasal dari Undang-Undang Dasar. Dimana hal-hal mengenai hak atau kebebasan yang fundamental, yang berasal dari Undang-Undang Dasar seperti hak menyatakan pendapat maupun hak yang mendasar dan sudah mendarah daging dalam kebudayaan bangsa yang diatur. Konsep kepentingan ini juga melihat legitimasi suatu negara dalam menjalankan tugasnya untuk membentuk suatu aturan²⁰⁷.

Konsep yang disampaikan oleh Husak juga memberikan pengertian tentang, kepentingan substansial ini juga merupakan hukuman, yang dianggap sebagai kepentingan publik sehingga negara patut turun tangan untuk mengatur dan membentuk peraturan²⁰⁸. Jika demikian, hal ini juga sesuai dengan teori *desert constrain*. Maka sebagai prinsip dan tujuan atas kepentingan pemerintahan, dibutuhkan proporsionalitas yang merupakan ajaran tentang keadilan bahwa kerugian-kerugian yang lebih besar akan ditimbulkan oleh penggunaan kekuasaan pemerintah harus dibenarkan oleh alasan-alasan yang jauh lebih rasional.

Pembatasan kekuasaan atas kepentingan ini bukan hanya meliputi kekuasaan legislatif saja, tetapi diharapkan tetap adanya upaya lembaga negara lain yang bisa memutuskan permasalahan tentang kriminalisasi²⁰⁹. Dalam contohnya, pembentuk undang-undang harus memperhatikan *constraints* mengenai dasar

²⁰⁶ *Id.*, hlm 122

²⁰⁷ *Id.*, hlm 137

²⁰⁸ *Id.*, hlm 135

²⁰⁹ *Id.*, hlm 122

pembenaran pidana yang berasal dari Undang-Undang Dasar. Dimana hal-hal mengenai hak atau kebebasan yang fundamental, yang berasal dari Undang-Undang Dasar seperti hak menyatakan pendapat maupun hak yang mendasar yang sudah mendarah daging dalam kebudayaan bangsa diatur.

Konsep kepentingan ini juga melihat legitimasi suatu negara dalam menjalankan tugasnya untuk membentuk suatu aturan²¹⁰. Husak juga memberikan pengertian tentang, kepentingan substansial ini juga merupakan hukuman, yang dianggap sebagai kepentingan publik sehingga negara patut turun tangan untuk mengatur dan membentuk peraturan²¹¹.

3.3.2. *Direct Advancement*

Negara harus juga membuktikan bahwa tujuan negara dengan melakukan kriminalisasi akan mendukung secara langsung upaya negara.²¹² Dalam mewujudkan tujuan dasar, negara menciptakan beberapa hal pengaturan khusus demi menciptakan pengaruh langsung atas tujuan utama negara.²¹³ Selain itu, terdapat tujuan negara yang besar dalam pengaturan perbuatan. Pengaturan yang dibentuk dalam sanksi pidana itu, diharapkan bisa menjadi jawaban dalam untuk mencapai tujuan melindungi masyarakat.

Negara yang telah memiliki tujuan dalam membatasi, juga harus memastikan bahwa tujuan yang ingin dicapai efektif dan memiliki justifikasi.²¹⁴ Upaya mewujudkan konsep ini beririsan dengan konsep Desert constrain. Husak

²¹⁰ *Id.*, hlm 137

²¹¹ *Id.*, hlm 135

²¹² *Id.*, hlm 145

²¹³ *Id.*, hlm 145-148

²¹⁴ *Id.*, hlm 147

dalam contohnya mengatakan bahwa peraturan untuk mengkriminalisasi kasus penyalahgunaan zat adiktif. Negara juga harus sungguh-sungguh yakin atau memiliki keyakinan dengan pengaturan menggunakan sanksi pidana maka tingkat kriminalitas akan turun.²¹⁵

Untuk menjalankan tujuan terdapat 2 pembatasan khusus terkait dengan harus adanya pembentukan suatu pembatasan yang tepat, banyaknya larangan atas perbuatan sehingga membuat orang tertarik mencoba melakukan kejahatan dan terakhir tentang pengaturan atas hukuman harus melihat tentang efek buruk yang akan muncul.²¹⁶

3.3.3. The Minimum Necessary Extent

Ketiga, pembatasan minimum diperlukan guna membatasi kekuatan negara yang besar dalam menentukan kriteria pembatasan perbuatan.²¹⁷ Negara dalam membentuk suatu peraturan, memerlukan justifikasi atas alternatif yang harus dibentuk untuk menghukum suatu perbuatan dengan kriminalisasi²¹⁸. Untuk menerapkan kondisi ini, legislator harus siap untuk menyampaikan dasar upaya dan mengevaluasi cara alternatif untuk mencapai tujuan hukum.²¹⁹

Husak mengambil contoh tentang negara Amerika. Legislatif negara Amerika mengambil tindakan dalam langkah pembatasan perbuatan pelanggaran untuk pencegahan risiko (dan larangan penggunaan obat-obatan terlarang dan

²¹⁵ *Id.*, hlm 146

²¹⁶ *Id.*, hlm 145-148

²¹⁷ *Id.*

²¹⁸ *Id.*, hlm 154

²¹⁹ *Id.*

senjata api).²²⁰ Legislatif yang membentuk pencegahan tersebut beranggapan terhadap undang-undang pidana yang terlalu eksklusif sangat penting dalam teori kriminalisasi dan memiliki potensi besar untuk dikontrak²²¹. Selain itu, agar sanksi pidana dapat dibenarkan, orang mungkin mengira bahwa hukum pidana harus berlaku secara seragam untuk setiap tindakan yang dilakukan negara memiliki alasan yang sama untuk melarang. Peraturan pidana yang digunakan tidak harus dipakai, tetapi juga harus membentuk aturan yang tetap bisa menghukum perbuatan.²²²

Husak juga mengambil contoh tentang pembatasan terhadap undang-undang yang melarang satu zat karena sifat adiktifnya tidak dapat disangkal kecuali zat lain dengan sifat adiktif yang sama juga dilarang, tentu saja, bahwa faktor-faktor lain tidak membenarkan perlakuan yang berbeda dari kedua zat tersebut.²²³

²²⁰ *Id.*, hlm 156

²²¹ *Id.*,

²²² *Id.*, hlm 158

²²³ *Id.*, hlm 157