



**SUATU TINJAUAN HUKUM PIDANA TERHADAP
KRIMINALISASI PERILAKU BERESIKO
DALAM PERATURAN DAERAH TENTANG
PENANGGULANGAN HIV DAN AIDS
DI INDONESIA**

Tesis

SIMPLEXIUS ASA
NPM : 0906581750

**UNIVERSITAS INDONESIA
FAKULTAS HUKUM
PROGRAM PASCASARJANA
JAKARTA
JUNI – 2011**



**SUATU TINJAUAN HUKUM PIDANA TERHADAP
KRIMINALISASI PERILAKU BERESIKO
DALAM PERATURAN DAERAH TENTANG
PENANGGULANGAN HIV DAN AIDS
DI INDONESIA**

Tesis

Diajukan sebagai salah satu syarat untuk memperoleh gelas Magister Hukum pada
Program Pascasarjana Fakultas Hukum Universitas Indonesia

SIMPLEXIUS ASA
NPM : 0906581750

**UNIVERSITAS INDONESIA
FAKULTAS HUKUM
PROGRAM STUDI ILMU HUKUM
KEKHUSUSAN HUKUM DAN SISTEM PERADILAN PIDANA
JAKARTA
JUNI – 2011**

Universitas Indonesia

PERNYATAAN ORISINALITAS

Tesis dengan judul **“Suatu Tinjauan Hukum Pidana Terhadap Kriminalisasi Perilaku Beresiko Dalam Peraturan Daerah Tentang Penanggulangan HIV & AIDS di Indonesia”** adalah hasil karya saya sendiri, dan semua sumber baik yang dikutip maupun dirujuk telah saya nyatakan dengan benar.

Nama : Simplexius Asa

Nomor Pokok Mahasiswa : 0906581750

Tanda Tangan :



Tanggal : 30 Juni 2011

HALAMAN PENGESAHAN

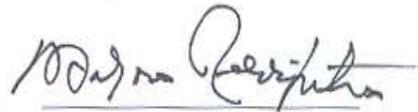
Tesis ini diajukan oleh:

Nama : Simplexius Asa
Nomor Pokok Mahasiswa : 0906581750
Program Studi : Ilmu Hukum
Kekhususan : Sistem Peradilan Pidana
Judul Tesis : Suatu Tinjauan Hukum Pidana Terhadap Kriminalisasi
Perilaku Beresiko Dalam Peraturan Daerah Tentang
Penanggulangan HIV & AIDS di Indonesia

Telah berhasil dipertahankan dihadapan Dewan Penguji dan diterima sebagai bagian persyaratan yang diperlukan untuk memperoleh gelar Magister Hukum pada Program Studi Ilmu Hukum pada Program Pascasarjana Fakultas Hukum, Universitas Indonesia.

Dewan Penguji:

Prof. H. Mardjono Reksodiputro, SH. MA
Ketua Sidang / Penguji



Dr. Surastini Fitriasih, SH. MH
Pembimbing / Penguji



Dr. Ignatius Sriyanto, SH. MH
Penguji



Ditetapkan di: Jakarta

Pada hari Kamis tanggal 30 Juni 2011.

Universitas Indonesia



Motto:

simplex sigillum veri
(kesederhanaan adalah tanda kebenaran)



Tesis ini kupersembahkan kepada:

Isteriku tercinta Maria Innocentia Roosdewi Manek,
Putri sulungku Maria Desideria Candradisa Asa,
Putri kecilku Petra Rossa Angelika Asa,
Atas segala kerelaan, keiklasan dan pengorbanan yang diberikan kepadaku

Almamaterku tercinta
Almarhum ayahanda terkasih
Semua orang yang sakit dan menderita karena HIV dan AIDS

KATA PENGANTAR

Dengan hati penuh khusuk, penulis ingin panjatkan puji dan syukur kehadirat Tuhan Yang Maha Pengasih dan kepada Yesus Kristus Sang Juru Selamat. Bahwa perjalanan panjang penyelesaian karya tulis ini terasa begitu melelahkan dan kalau saja penulis pada akhirnya dapat menyelesaikannya, maka segala sesuatunya itu boleh jadi karena kuasa dan kemurahan Tuhan. Kendati melewati aral-melintang, pada akhirnya tesis berjudul, **“Suatu Tinjauan Hukum Pidana Terhadap Kriminalisasi Perilaku Beresiko Dalam Peraturan Daerah tentang Penanggulangan HIV dan AIDS di Indonesia”** terselesaikan juga. Penulis menyadari bahwa palangan-palangan yang menghadang dapat penulis lewati karena pertolongan Tuhan, melalui uluran tangan banyak pihak. Perkenankanlah penulis pada kesempatan ini menyampaikan berganda terima kasih kepada:

1. Prof. Dr. Safri Nugraha, LL.M. PhD ; Dekan Fakultas Hukum Universitas Indonesia yang telah memberikan pengarahan dan bimbingan serta dorongan, baik moril maupun materil sehingga pendidikan dan penulisan tugas akhir dapat dilaksanakan sebagaimana mestinya.
2. Prof. Dr. Rosa Agustina, SH. MH ; selaku Ketua Program Pascasarjana Fakultas Hukum Universitas Indonesia yang bersedia dan selalu meluangkan waktunya untuk melayani kepentingan penulis hingga dapat menyelesaikan studi pada waktunya.
3. Prof. H. Mardjono Reksodiputro, SH. MA selaku Ketua Peminatan Ilmu Hukum dan Sistem Peradilan Pidana. Seorang ilmuwan yang penulis kagumi karena tidak kenal lelah dan terus mengabdikan diri demi pendidikan generasi muda serta kemajuan bangsa dan negara Indonesia.
4. Dr. Surastini Fitriasih, SH. MH selaku pembimbing dalam penulisan tesisku ini. Kendati kelelahannya nampak tak tersembunyi, pelayanan bimbingan yang cerdas, cermat dan gembira selalu menjadi bagian tak terpisahkan dari karyanya dalam mendidik.
5. Para Profesor dan Dosen yang sangat kubanggakan, Prof. H. Mardjono Reksodiputo, SH. MA ; Prof. Harkristuti Harkrisnowo, SH. MA. PhD ; Prof. Safri Nugraha, SH. LL.M. PhD ; Prof. Dr. Indriyanto Seno Adji, SH. MH ; Prof. Dr. Andi Hamzah, SH ; Prof. Dr. Arifin P. Soeria Atmadja ; Prof. Dr. Valerine J. L. Khierkoff, SH. MA ;

Universitas Indonesia

Prof. Dr. Satya Arinanto, SH. MH ; Dr. Jufrina Rizal, SH. MA ; Dr. Yoni Agus Setyono, SH. MH ; Dr. Eva Achjani Zulfa, SH. MH ; Almarhum Dr. Rudy Satriyo Mukantardjo, SH. MH ; Topo Santoso, SH. MH. PhD ; Dr. Zulkarnaen Sitompul, SH. LLM ; Dr. Yunus Husein, SH. LLM ; Almarhum Thedodorus Sardjito, SH. MA ; Ratih Lestarini, SH. MH ; Tri Hayati, SH, MH ; Lidwina Inge Nurtjahyo, SH. Msi, dan Dian Puji N. Simatupang, SH. MH.

6. Dr. Nurul Emilyah, SH. MH dan Heru Susetya, SH. LLM. MSi, Pak Watidjan, Mas Ari, Mas Huda dan Mas Tono, serta semua staf pada Sekretariat dan Perpustakaan Program Pasca Sarjana Fakultas Hukum Universitas Indonesia, yang dengan caranya telah memberi dukungan sehingga studi dan tugas akhirku dapat kuselesaikan.
7. Semua sahabat seangkatan PPS FHUI 2009/2010, yang tak bisa kusebut satu persatu.
8. Ibuku tercinta, kakakku Patrisius dan keluarga juga Gregorius dan keluarga serta adikku Regina dan keluarga, juga Yossefina dan keluarga. Doa dan dukungan kalian adalah kekuatanku.
9. Tim MacKay selaku Autralian Team Leader, Abby Ruddick selaku Deputy Team Leader, para Adviser: James & Suzane, Nurlan & Palupi, Pak Budi Utomo dan Mas Danny seluruh staf pada HIV Cooperation Program on Indonesia (HCPI), Patri, Rara, Risa, Robert, Adhe, Agus, Dedy, Iwan, Lisa, Wenny, Mba Iin dan Mba Sisca.
10. Semua pihak yang dengan caranya sendiri telah mendukung penulis dengan memberikan dukungan moril dan materil, serta bantuan teknis dan non-teknis sepanjang perjalanan Kupang – Jakarta – Kupang, selama tahun 2009, 2010 hingga 2011. Tanpa kalian semua, saya tidak berarti apa-apa.

Akhirnya, penulis mengakui bahwa karya tulisan ini terlampaui jauh dari sempurna. Karena itu, dengan rendah hati akan penulis terima segala saran dan kritik konstruktif demi perbaikannya dikemudian hari.

Jakarta, 30 Juni 2011.



Simplexius Asa

Universitas Indonesia

**PERNYATAAN PERSETUJUAN PUBLIKASI
TUGAS AKHIR UNTUK KEPENTINGAN AKADEMIS**

Sebagai sivitas akademik Universitas Indonesia, saya yang bertanda tangan di bawah ini:

Nama : Simplexius Asa
Nomor Pokok Mahasiswa : 0906581750
Program Studi : Pascasarjana – Sistem Peradilan Pidana
Fakultas : Hukum
Jenis karya : Tesis

Demi pengembangan ilmu pengetahuan, menyetujui untuk memberikan kepada Universitas Indonesia **Hak Bebas Royalti Noneksklusif** (*Non-exclusive Royalty – Free Right*) atas karya ilmiah saya yang berjudul:

**SUATU TINJAUAN HUKUM PIDANA TERHADAP KRIMINALISASI
PERILAKU BERESIKO DALAM PERATURAN DAERAH TENTANG
PENANGGULANGAN HIV DAN AIDS DI INDONESIA**

beserta perangkat yang ada (jika diperlukan). Dengan **Hak Bebas Royalti Non-eksklusif** ini, Universitas Indonesia berhak menyimpan, mengalihmedia/formatkan, mengelola dalam bentuk pangkalan data (*database*), merawat dan memublikasikan tugas akhir saya selama tetap mencantumkan nama saya sebagai penulis/pencipta dan sebagai pemilik hak cipta.

Demikian pernyataan ini saya buat dengan sebenarnya.

Dibuat di : Jakarta
Pada tanggal : 30 Juni 2011
Yang Membuat Pernyataan,



Simplexius Asa

ABSTRAK

Nama : Simplexius Asa
Program Studi : Ilmu Hukum – Sistem Peradilan Pidana
Judul : Suatu Tinjauan Hukum Pidana Terhadap Kriminalisasi Perilaku Beresiko Dalam Peraturan Daerah Tentang Penanggulangan HIV & AIDS di Indonesia

Penelitian ini dirancang untuk menilai fungsionalisasi hukum pidana dalam mengatasi persoalan penanggulangan HIV & AIDS dalam Peraturan Daerah (PERDA) tentang Penanggulangan HIV & AIDS. Tujuannya adalah untuk mengidentifikasi perbuatan pidana dan subyek hukum pidana; menganalisis kesesuaian antara perilaku berisiko yang dikriminalisasi dengan teori kriminalisasi; serta menganalisis faktor-faktor yang mempengaruhi penegakan PERDA dalam masyarakat, sesuai perspektif hukum pidana. Penelitian ini adalah *normative legal research* dengan pendekatan *deskriptive-analitic*.

Hasilnya penelitian memberi kesimpulan: (1) Perilaku yang dikriminalisasi adalah perbuatan yang dapat secara langsung menyebabkan seseorang tertular HIV dan AIDS, seperti: hubungan seks tanpa kondom; penyuntikan NAPZA dengan jarum suntik tidak steril secara bersama-sama dan berganti jarum; tidak menerapkan *universal precaution*; dengan sengaja mendistribusikan darah atau organ/jaringan tubuh yang sudah terinfeksi HIV kepada orang lain. Perilaku yang dapat menghambat upaya penanggulangan HIV dan AIDS, seperti: tidak menyelenggarakan pemberian informasi/penyuluhan tentang pencegahan dan HIV dan NAPZA; tidak memeriksakan kesehatan tenaga kerja yang berada dibawah pengawasannya; tidak merahasiakan status HIV seseorang; memberikan pelayanan kesehatan secara diskriminatif; telah membuka status HIV seseorang tetapi tidak melakukan tindakan medis apapun untuk meningkatkan ketahanan dan kualitas hidup ODHA. Subyek tindak pidana terdiri atas setiap orang; kelompok masyarakat secara komunal; petugas kesehatan; petugas laboratorium; paramedis dan dokter serta pejabat pemerintah; badan hukum privat dan atau badan hukum publik. (2) Perumusan perbuatan pidana telah sesuai dengan teori kriminalisasi, antara lain: perlindungan terhadap kepentingan umum; efisiensi dan efektivitas terutama *cost and benefit principles*; azas kemanfaatan yang lebih besar serta aspek *legal morality*. Kriminalisasi terhadap perbuatan pidana tertentu tidak diformulasi secara jelas dan pasti sesuai azas *lex certa* dan *lex stricta* sehingga dapat menimbulkan multi-interpretasi di kalangan penegak hukum dan masyarakat. (3) Kriminalisasi dan pembentukan norma hukum pidana belum memperhatikan aspek *substance of law*, *structure of law* dan *culture of law* sehingga sulit ditegakkan.

Kata Kunci: Hukum Pidana, Kriminalisasi, Peraturan Daerah, Penanggulangan HIV dan AIDS

ABSTRACT

Nama : Simplexius Asa
 Program Studi : Jurisprudence – Criminal Justice System
 Judul : A Criminal Law Study against Risk Behavior Criminalization on Local Regulation regarding HIV & AIDS Care in Indonesia

This research is designed to assess utilization of criminal law to contend HIV and AIDS problem in Local Regulation regarding HIV and AIDS care. In the perspective of criminal law, the purposes of the research are to identify the criminal offence and subject of wrongdoers; to analyze the conformity between criminalized risk behavior and theory of criminalization; and to analyze the influential factors in the implementation of the local regulation in the community. The research is a normative legal research with descriptive analytical approach.

The research resulted the following concluding points: (1) the criminalized behaviors are actions that can directly cause HIV and AIDS transmission to a person such as: sexual intercourse without using condoms; narcotic substance injection through sharing of non-sterilized needles within the circle of injecting drug users; failure to apply universal precaution principle; and intentionally distributing infected organ or blood transfusion to other people. Other criminalized behaviors can impede the effort to eradicate HIV and AIDS program such as failure to conduct information dissemination on HIV and AIDS and other dangerous substances; failure to carry out medical examination of employees by supervisors; failure to keep the confidentiality of people living with HIV and AIDS (PLWHA); provide a discriminative health services, disclosure of the status of an HIV infected person without subsequent medical intervention to ensure improvement of the quality of life of PLWHA. The potential criminal wrongdoers consist of: individual, community groups, health officer, laboratory officer, medical officer, medical doctor, government officer, private and/or public corporation. (2) In general, formulations of criminal offences are confirmed by criminalization theories, among others: public interest protections, efficiency and effectiveness in particular cost and benefit principles, principle of maximum utilities and principle of legal morality. Criminalization against specific offences is unclearly and uncertainly formulated as clear as principle of *lex certa* and *lex stricta*, thus it can cause such multi-interpretation in the circle of law enforcement officers. (3) Criminalization and formulation of the norm of criminal law is not grounded on the aspects of substance of law, structure of law and culture of law as yet causing difficulties in the enforcement.

Key Words: Criminal Law, Criminalization, Local Regulation, HIV & AIDS Care

DAFTAR ISI

	Halaman
Halaman Judul	ii
Pernyataan Orisinalitas	iii
Halaman Pengesahan	iv
Motto	v
Persembahan	vi
Kata Pengantar	vii
Halaman Persetujuan Publikasi	ix
Abstrak	xi
Daftar Isi	xii
Iktisar dan Daftar	xiii
Bab 1 Pendahuluan	1 – 17
1.1 Latar Belakang	1
1.2 Pernyataan Permasalahan	5
1.3 Pertanyaan Penelitian	5
1.4 Tujuan dan Manfaat	6
1.5 Metode Pengumpulan & Analisis Data	6
1.6 Kerangka Teoritis	9
1.7 Kerangka Konseptual	14
1.8 Sistematika Penulisan Tesis	16
Bab 2 Hukum Pidana di Indonesia	18 – 69
2.1 Sejarah Perkembangan Hukum Pidana	18
2.2 Pengertian, Fungsi dan Tujuan Hukum Pidana	31
2.3 Hukum Pidana dan Hukum Administrasi	60
Bab 3 Kebijakan Kriminalisasi Dalam Hukum Pidana	70 – 94
3.1 Kebijakan Penanggulangan Pidana	70
3.2 Kriminalisasi Dalam Hukum Pidana	77
3.3 Perumusan Perbuatan Pidana Dalam PERDA	89
Bab 4 Kriminalisasi Perilaku Beresiko Dalam PERDA	94 – 142
4.1 Analisis subyek dan bentuk perilaku yang dikriminalisasi	94
4.2 Analisis kesesuaian perumusan perbuatan pidana	128
4.3 Analisis faktor-faktor yang mempengaruhi penegakan PERDA	137
Bab 5 Penutup	146 – 149
5.1 Kesimpulan	146
5.2 Saran	148
Daftar Pustaka	150 – 159
Lampiran-lampiran	

IKTISAR DAN DAFTAR

		Halaman
1	Iktisar 1.1	Provinsi dan Kabupaten/Kota Yang Memiliki PERDA HIV 4
2	Daftar 4.2	Maksud dan Tujuan PERDA DKI Jakarta 96
3	Daftar 4.3	Tujuan PERDA NTT 96
4	Daftar 4.4	Tujuan dan Sasaran PERDA Banyuwangi 97
5	Daftar 4.5	Maksud dan Tujuan Kegiatan Dalam PERDA DKI 98
6	Daftar 4.6	Maksud dan Tujuan Pembentukan PERDA NTT 98
7	Daftar 4.7	Norma Hukum Dalam PERDA DKI 100
8	Iktisar 4.8	Subyek dan Perbuatan Pidana Dalam PERDA DKI 101
9	Daftar 4.9	Norma Hukum Pidana Dalam PERDA NTT 103
10	Iktisar 4.10	Subyek dan Perbuatan Pidana Dalam PERDA NTT 104
11	Daftar 4.11	Norma Hukum Dalam PERDA Jawa Timur 107
12	Iktisar 4.12	Subyek dan Perbuatan Pidana Dalam PERDA Jawa Timur 109
13	Daftar 4.13	Norma Hukum Dalam PERDA DI Yogyakarta 115
14	Iktisar 4.14	Subyek dan Perbuatan Pidana Dalam PERDA DI Yogyakarta 117
15	Daftar 4.15	Norma Hukum Dalam PERDA Kabupaten Badung 122
16	Iktisar 4.16	Subyek dan Perbuatan Pidana Dalam PERDA Kab. Badung 124
17	Iktisar 4.17	Perilaku Yang Dapat Menyebabkan Transmisi HIV & AIDS 129
18	Iktisar 4.18	Perilaku Yang Menghambat Penanggulangan HIV & AIDS 135

BAB 1

PENDAHULUAN

1.1 Latar belakang

Salah satu permasalahan yang harus mendapatkan perhatian serius dari pemerintah dan segenap komponen bangsa Indonesia saat ini adalah masalah kesehatan. Perhatian terhadap masalah kesehatan dipandang sangat serius karena saat ini terlihat betapa rendahnya derajat kesehatan masyarakat. Kondisi ini tergambar melalui rendahnya kesadaran masyarakat tentang pola hidup sehat, belum meratanya pelayanan kesehatan, belum memadainya sarana dan prasarana kesehatan, menyebar dan berkembangnya penyakit menular seperti HIV¹ & AIDS,² Malaria, Filariasis, Diare, ISPA, TBC dan lain-lain, daerah rawan bencana, masalah Kesehatan Ibu & Anak, dan kondisi gizi buruk yang diderita masyarakat. Salah satu masalah yang serius mengancam kehidupan dan kesehatan masyarakat di daerah adalah menyebar dan berkembang biaknya HIV & AIDS.

Secara global, hingga akhir tahun 2009³ tercatat bahwa situasi epidemi AIDS di dunia sudah mencapai jumlah 40,3 juta orang hidup dengan HIV, sementara 3 juta infeksi HIV baru terjadi pada tahun 2009. Tercatat pula bahwa 2 juta orang telah meninggal karena AIDS, 45% diantaranya berusia antara 15-24 tahun. Kondisi epidemi HIV & AIDS di Indonesia juga sangat mengancam kehidupan masyarakat, dan karenanya, pemerintah Indonesia baik di pusat maupun daerah sedang berupaya untuk mengatasi berbagai masalah tersebut dengan dukungan berbagai pihak baik di dalam maupun di luar negeri. Menurut Data dari Direktorat Jenderal Pemberantasan Penyakit Menular dan Penyakit Lingkungan Departemen Kesehatan Republik Indonesia⁴ (*Directorat General of Communicable Diseases & Environmental Health, Department of Health, the Republic of Indonesia*) tanggal 27 April 2011, secara kumulatif pengidap HIV dan kasus

¹ Menurut Strategi dan Rencana Aksi Nasional Penanggulangan HIV dan AIDS halaman viii, HIV adalah singkatan dari *Human Immunodeficiency Virus*.

² AIDS adalah singkatan dari *Acquired Immuno Deficiency Syndrome*, *Ibid*, halaman viii.

³ Baca selengkapnya dalam *Global Report on HIV & AIDS*, yang diterbitkan oleh *United Nation on AIDS (UNAIDS)*, halaman 18 dan seterusnya.

⁴ Baca data selengkapnya yang tersedia dan dapat diunduh (*download*), misalnya di: http://www.google.co.id/#hl=id&source=hp&q=Statistik+AIDS+Indonesia&btnG=Penelusuran+Google&aq=f&aqi=&aql=&oq=Statistik+AIDS+Indonesia&gs_rfai=&fp=c52159addf56e314

AIDS di Indonesia dihitung dari tanggal 1 Januari 1987 sampai dengan 31 Maret 2011 adalah sebanyak 24.482 orang. Selama tahun 2010 telah terjadi 4.509 kasus HIV baru dan 1.507 kasus AIDS sehingga kumulatif kasus HIV & AIDS di Indonesia sampai dengan 31 Maret 2011 terdiri dari AIDS/IDU sebanyak 9.270 orang, 4.603 orang diantaranya sudah meninggal, semuanya tersebar di seluruh provinsi di Indonesia.

Sesuai semangat desentralisasi yang dinyatakan dalam Undang-undang Nomor 32 Tahun 2004 tentang Pemerintahan Daerah (UUPD), maka pemerintah daerah memiliki ruang kebijakan yang luas untuk mengatasi berbagai masalah termasuk masalah kesehatan yang dihadapi oleh masyarakat melalui pembentukan PERDA yang disesuaikan dengan aspirasi yang berkembang. Berdasarkan Undang-undang Nomor 32 Tahun 2004 yang telah diubah terakhir dengan Undang-undang Nomor 12 Tahun 2008 tentang Pemerintah Daerah beserta perubahannya (Lembaran Negara Tahun 2004 Nomor 125 dan Tambahan Lembaran Negara Nomor 4437) selanjutnya disebut UUPD dan Undang-undang Nomor 10 Tahun 2004 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan, Lembaran Negara Tahun 2004 Nomor 53, Tambahan Lembaran Negara Nomor 4389, selanjutnya disebut UUP3 maka Peraturan Daerah (PERDA) diakui sebagai salah satu sarana percepatan keberhasilan pembangunan serta kesejahteraan masyarakat di daerah. Pembentukan PERDA⁵ berfungsi:

1. Sebagai instrumen kebijakan pelaksanaan otonomi daerah dan tugas pembantuan sebagaimana diamanatkan dalam UUD Negara RI Tahun 1945 dan UUPD.
2. Merupakan peraturan pelaksanaan dari peraturan yang lebih tinggi. Dalam fungsi ini, Peraturan Daerah tunduk pada ketentuan hirarki peraturan perundang-undangan. Dengan demikian Peraturan Daerah tidak boleh bertentangan dengan Peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi.
3. Sebagai penampung kekhususan dan keragaman daerah serta penyalur aspirasi masyarakat di daerah, namun dalam pengaturannya tetap dalam koridor negara kesatuan Republik Indonesia yang berlandaskan Pancasila dan UUD Negara RI Tahun 1945.
4. Sebagai alat pembangunan dalam meningkatkan kesejahteraan daerah.

⁵ Baca selengkapnya dalam *Panduan Praktis Memahami Perancangan Peraturan Daerah*, Departemen Hukum dan Hak Azasi Manusia-Dirjen Perundang-undangan, bekerja sama dengan UNDP, 2008, halaman 6 dan seterusnya.

Dalam upaya pencegahan dan penanggulangan HIV & AIDS di daerah maka dikembangkan pula Peraturan Daerah tentang Penanggulangan HIV & AIDS yang diarahkan untuk mendukung tujuan⁶ pencegahan dan penanggulangan HIV dan AIDS secara nasional yakni: (1) mencegah dan mengurangi penularan HIV, (2) meningkatkan kualitas hidup orang dengan HIV dan AIDS (ODHA) dan (3) mengurangi dampak sosial ekonomi akibat HIV & AIDS pada individu, keluarga dan masyarakat. Disamping itu, PERDA tentang penanggulangan HIV & AIDS berfungsi sebagai payung hukum bagi semua pihak yang terlibat upaya tersebut dan sebagai jaminan politis bagi tersedianya *budget* untuk pencegahan dan penanggulangan HIV & AIDS. Untuk mendukung pencapaian tujuan penanggulangan HIV dan AIDS, maka di dalam PERDA dilakukan kriminalisasi terhadap tindakan/ perilaku beresiko⁷ ditulari dan/atau menularkan HIV.

Sampai dengan awal tahun 2011, beberapa Provinsi seperti Jawa Timur, Bali, Nusa Tenggara Timur, Riau, Nusa Tenggara Barat, Jawa Tengah, Kalimantan Barat, Daerah Istimewa Yogyakarta dan lebih dari dua puluh Kabupaten/Kota di Indonesia, sudah memiliki PERDA tentang pencegahan dan penanggulangan HIV & AIDS bahkan ada diantaranya yang sudah memiliki PERDA sejak lima tahun lalu.

⁶ Strategi Nasional Pencegahan dan Penanggulangan HIV & AIDS tahun 2007–2010, yang diterbitkan oleh Komisi Penanggulangan AIDS Nasional, 2007, halaman 16. Pada tanggal 29 Januari 2010, Menteri Koordinator Bidang Kesejahteraan Rakyat (MENKOKESRA) selaku Ketua Penanggulangan AIDS nasional menerbitkan PERMENKOKESRA Nomor: 08/PER/MENKO/KESRA/I/2010 tentang Strategi dan Rencana Aksi Nasional Penanggulangan HIV dan AIDS Tahun 2010 – 2014. Pada halaman 19-20 dari lampiran PERMENKOKESRA tersebut dikatakan bahwa strategi penanggulangan HIV dan AIDS ditujukan untuk mencegah dan mengurangi risiko penularan HIV, meningkatkan kualitas hidup ODHA serta mengurangi dampak social dan ekonomi akibat HIV & AIDS pada individu, keluarga dan masyarakat agar setiap individu menjadi produktif dan bermanfaat untuk pembangunan. Tujuan khususnya adalah: (1) meningkatkan upaya pencegahan HIV & AIDS pada semua populasi kunci, (2) menyediakan dan meningkatkan pelayanan perawatan, dukungan dan pengobatan yang bermutu, terjangkau dan bersahabat bagi ODHA, (3) meningkatkan akses dan dukungan sosial ekonomi bagi anak dan keluarga terdampak, serta ODHA yang miskin, dan (4) menciptakan dan memperluas lingkungan kondusif yang memberdayakan masyarakat sipil untuk berperan secara bermakna, sehingga stigma dan diskriminasi terhadap populasi kunci, ODHA dan orang-orang yang terdampak oleh HIV dan AIDS berkurang. Hal ini termasuk pengembangan kebijakan, koordinasi program, manajemen, monitoring dan evaluasi, termasuk pemantauan epidemik, perilaku serta riset operasional.

⁷ Dalam buku *AIDS Law in a nutshell*, St. Paul, Minn, West Publishing Co, 1991, halaman 7, Jarvis, M. Robert, *et all*, mengatakan bahwa HIV sesungguhnya dapat menular melalui cara yang sangat spesifik. Disebutkan 4 hal yang memungkinkan tertularnya HIV, yaitu (1) *sexual intercourse*, (2) *sharing the unsterilized syringes*, (3) *receipt of donation of blood, semen, organ, etc* (4) *child birth or breast feeding of a newborn*. Dikatakan: “one of the parties to the activities listed above must be HIV-infected in order to transmit the virus to the other party.”

Iktisar : 1.1

Daftar Provinsi dan Kabupaten/Kota yang telah memiliki PERDA HIV dan AIDS

Daerah		Peraturan Daerah
Propinsi	Kabupaten / Kota	
Jawa Timur		PERDA Nomor 05 Tahun 2004
	Kabupaten Banyuwangi	PERDA Nomor 06 Tahun 2007
	Kabupaten Malang	PERDA Nomor 14 Tahun 2008
Bali		PERDA Nomor 03 Tahun 2005
	Kabupaten Klungkung	PERDA Nomor 03 Tahun 2007
	Kabupaten Gianyar	PERDA Nomor 15 Tahun 2007
	Kabupaten Badung	PERDA Nomor 01 Tahun 2008
DKI Jakarta		PERDA Nomor 05 Tahun 2008
Jawa Barat		
	Kota Tasikmalaya	PERDA Nomor 14 Tahun 2008
	Kabupaten Indramayu	PERDA Nomor 08 Tahun 2009
Nusa Tenggara Timur		PERDA Nomor 03 Tahun 2007
Nusa Tenggara Barat		PERDA Nomor 11 Tahun 2008
Riau		PERDA Nomor 14 Tahun 2006
Kepulauan Riau		PERDA Nomor 15 Tahun 2007
Sulawesi Selatan		-
	Kabupaten Bulukumba	PERDA Nomor 05 Tahun 2008
Papua		-
	Kabupaten Jayapura	PERDA Nomor 20 Tahun 2003
	Kota Jayapura	PERDA Nomor 07 Tahun 2006
	Kabupaten Biak	PERDA Nomor 04 Tahun 2006
	Kabupaten Nabire	PERDA Nomor 18 Tahun 2003
	Kabupaten Merauke	PERDA Nomor 05 Tahun 2003
	Kabupaten Mimika	PERDA Nomor 17 Tahun 2007
Papua Barat		-
	Kota Sorong	PERDA Nomor 41 Tahun 2006
	Kabupaten Manokwari	PERDA Nomor 06 Tahun 2007
Jawa Tengah		PERDA Nomor 05 Tahun 2009
DI Yogyakarta		PERDA Nomor 12 Tahun 2010
Sumatera Utara		-
	Kab. Serdang Bedagai	PERDA Nomor 11 Tahun 2006
Kalimantan Timur	Kota Samarinda	PERDA Nomor 23 Tahun 2007
	Kota Tarakan	PERDA Nomor 06 Tahun 2007
Kalimantan Barat		PERDA Nomor 02 Tahun 2009

Sumber: Komisi Penanggulangan AIDS Nasional, diolah oleh penulis.

Salah satu sarana di dalam PERDA yang diharapkan dapat membantu upaya penanggulangan HIV dan AIDS adalah ketentuan hukum pidana. Di dalam PERDA dirumuskan beberapa perilaku beresiko dan dikriminalisasi sebagai perbuatan pidana,

yang diharapkan akan menciptakan perubahan perilaku pada kelompok beresiko tertular dan/atau menularkan HIV. Bertambahnya kasus HIV & AIDS yang semakin besar jumlahnya pada setiap tahun, memberi kesan bahwa penegakan PERDA sepertinya belum mengarah pada tujuan pembuatannya yaitu membantu upaya pencegahan dan penanggulangan HIV & AIDS.

1.2 Pernyataan Masalah

Mempertimbangkan uraian dalam latar belakang di atas dan memperhatikan kondisi faktual yang ada, terutama mengenai fungsionalisasi hukum pidana dalam mengatasi persoalan hukum administrasi di daerah, maka pada pembahasan berikut pada ghalibnya akan sampai pada persoalan sesuai tidaknya proses kriminalisasi dengan prinsip dan kaidah yang dianut dalam hukum pidana. Sedemikian itu, maka penelitian yang dilakukan berhubungan erat, dan memberi perhatian khusus pada masalah-masalah hukum dalam pelaksanaan ketentuan hukum pidana, baik materil maupun formil atau dengan kata lain, penelitian ini diarahkan untuk menilai sesuai tidaknya kriminalisasi terhadap perilaku beresiko yang dipidana dalam PERDA tentang penanggulangan HIV & AIDS, dihubungkan dengan kaidah kriminalisasi menurut teori hukum pidana, termasuk penegakannya dalam masyarakat. Hasil penelitian dan pembahasan yang komprehensif diharapkan dapat berkontribusi terhadap arah dan tujuan daripada fungsionalisasi hukum pidana dalam mengatasi persoalan HIV dan AIDS di daerah.

1.3 Pertanyaan Penelitian

Berdasarkan pernyataan masalah sebagaimana tersebut di atas, maka thesis ini difokuskan untuk menemukan jawaban atas beberapa pertanyaan yang dirumuskan sebagai pertanyaan penelitian, yakni:

1. Perilaku beresiko apa saja yang dikriminalisasi di dalam PERDA?
2. Apakah perbuatan pidana yang dirumuskan dalam PERDA telah sesuai dengan prinsip-prinsip kriminalisasi dalam hukum pidana?
3. Faktor-faktor apa sajakah yang harus dipertimbangkan agar ketentuan pidana yang telah ditetapkan dalam PERDA dapat ditegakkan?

1.4 Tujuan dan Manfaat

Penelitian ini diarahkan untuk menilai sesuai tidaknya penetapan perbuatan pidana dalam PERDA penanggulangan HIV & AIDS dihubungkan dengan prinsip kriminalisasi, serta korelasinya dengan penegakan PERDA, yang terutama terarah pada proses penjatuhan sanksi dalam rangka memberi efek jera bagi pelaku pelanggaran. Oleh karenanya, penelitian ini bertujuan untuk menganalisis kualitas perumusan kriminalisasi dalam pembentukan PERDA. Secara khusus, tujuan penelitian ini adalah sebagai berikut:

1. Mengidentifikasi perilaku (perbuatan beresiko) yang diklasifikasi sebagai perbuatan pidana dan subyek hukum pidana dalam PERDA.
2. Menganalisis kesesuaian antara perbuatan pidana yang dirumuskan dengan prinsip-prinsip umum kriminalisasi dalam hukum pidana.
3. Mengidentifikasi dan menganalisis faktor-faktor yang harus dipertimbangkan agar ketentuan pidana yang telah ditetapkan dalam PERDA dapat ditegakkan.

Kontribusi dari penelitian dan penulisan tesis:

1. Sebagai bahan pertimbangan yang diharapkan dapat dipakai oleh pelbagai pihak yang ingin menginisiasi pembentukan PERDA tentang Penanggulangan HIV khususnya dan pembentukan PERDA pada umumnya.
2. Sebagai bahan kajian akademis untuk penelitian selanjutnya demi pengembangan ilmu pengetahuan hukum, khususnya hukum pidana dan hukum tata pemerintahan.

1.5 Metode Pengumpulan dan Analisis Data

Metode yang dipergunakan untuk melaksanakan penelitian dan menganalisis hasil penelitian, dirancang sebagai berikut:

1.5.1 Jenis dan Langkah-Langkah Penelitian

Penelitian ini bersifat “*deskriptive-analitic*/analisa deskriptif” dan dirancang sebagai penelitian normatif (*normative-legal research*)⁸ dengan perhatian utama pada persoalan

⁸ Ibrahim Johnny, *Teori & Metodologi Penelitian hukum Normatif*, Penerbit Bayu Media, Surabaya, Cetakan Kedua, Januari 2006, halaman 45 – 47. *Normative-legal research* atau *doctrinal research is library based research, focusing on reading and analysis of the primary and secondary materials.*

teknis yuridis sehubungan dengan kriminalisasi beberapa perbuatan yang dapat membantu upaya pencegahan dan penanggulangan HIV dan AIDS. Esensinya adalah tentang kesesuaian antara prinsip-prinsip kriminalisasi dengan perbuatan pidana yang dirumuskan dalam peraturan daerah dan aplikasinya dalam mengatasi permasalahan penyebaran HIV & AIDS di daerah. Langkah – langkah penelitian dan analisis data, adalah sebagai berikut:

- a. Untuk menjawab pertanyaan penelitian pertama, maka bahan hukum primer berupa peraturan daerah tentang pencegahan dan penanggulangan HIV & AIDS baik ditingkat Kabupaten/Kota maupun di tingkat Provinsi dikumpulkan, dipilih dan dianalisis sehingga dapat diketahui perbuatan pidana/tindak pidana dan pelaku tindak pidana (subyek & obyek) yang dikriminalisasi di dalam pelbagai PERDA tersebut. Analisis dilakukan untuk mencermati keseluruhan formulasi dalam pasal yang memuat ketentuan pidana untuk melihat (a) subyek hukum pidana, (b) perbuatan yang dipidana (c) pertanggungjawaban pidana dan pembedanaannya.
- b. Untuk menjawab pertanyaan penelitian kedua maka dilakukan klasifikasi dan analisis terhadap bahan-bahan hukum primer berupa PERDA yang telah diidentifikasi, diklasifikasi dan dianalisis lebih jauh untuk mendapatkan gambaran tentang persesuaian antara perbuatan pidana yang telah ditetapkan dalam PERDA dengan prinsip kriminalisasi. Teori utama yang digunakan untuk melakukan analisis adalah teori Douglas Husak yang didasarkan pada: (a) *economic theory* yang menekankan pada efisiensi, (b) teori *utility* yang menekankan pada kemanfaatan dan (c) *legal morality*, yang menekankan pada aspek moral. Tidak tertutup kemungkinan untuk menggunakan teori kriminalisasi lain, seperti teori kriminalisasi dari Sudarto dan/atau kriteria kriminalisasi dari Simposium Hukum Pidana Nasional (SPHN) Tahun 1980. Hal tersebut dilakukan jika dapat membantu analisis dan kualitas hasil analisis.
- c. Berdasarkan hasil analisis pada kedua langkah di atas dan untuk menjawab pertanyaan penelitian ketiga maka akan dilakukan kajian terhadap ketentuan Hukum Acara di dalam PERDA serta bahan hukum sekunder berupa Naskah Akademis, Risalah Sidang, PokokPokok Pikiran Pembentukan PERDA dan atau hasil penelitian yang menjadi dasar pembentukan PERDA.

1.5.2 Data dan Sumber Data

Sesuai pernyataan dalam sub 1.5.1 tentang jenis dan langkah-langkah penelitian bahwa penelitian ini bersifat *deskriptive-analitic*/analisis deskriptif maka data yang diperlukan dalam penelitian dan penulisan tesis ini adalah data sekunder atau bahan hukum, terdiri atas: (a) bahan hukum primer berupa PERDA penanggulangan HIV & AIDS yang ada di Indonesia pada umumnya dan secara khusus PERDA yang dipilih untuk dikaji/dianalisis, dan (b) bahan hukum sekunder berupa naskah akademis, risalah rapat, bahan konsultasi publik, daftar inventaris masalah, dan/atau bahan-bahan lain yang berkaitan. Peraturan Daerah yang ditetapkan untuk dianalisis adalah:

- a. Peraturan Daerah Provinsi Daerah Khusus Ibukota Jakarta Nomor 5 Tahun 2008.
- b. Peraturan Daerah Provinsi Jawa Timur Nomor 5 Tahun 2004.
- c. Peraturan Daerah Provinsi Nusa Tenggara Timur Nomor 3 Tahun 2007.
- d. Peraturan Daerah Provinsi Daerah Istimewa Yogyakarta Nomor 12 Tahun 2010.
- e. Peraturan Daerah Kabupaten Badung Nomor 1 Tahun 2008.

Penentuan/penunjukan Daerah/PERDA sebagai bahan hukum primer didasarkan pada pertimbangan bahwa kelima daerah tersebut di atas (empat provinsi dan satu kabupaten) telah memiliki PERDA penanggulangan HIV dan AIDS. Selain pertimbangan tersebut, ada pula pertimbangan teknis lainnya, yaitu:

- a. DKI Jakarta memiliki kekhususan dalam sistem pemerintahan, dimana kewenangan membuat PERDA hanya ada di tingkat provinsi saja.
- b. Jawa Timur adalah provinsi pertama yang memiliki PERDA tentang Pencegahan dan Penanggulangan HIV & AIDS, dan termasuk salah satu provinsi dengan tingkat epidemi HIV yang cukup luas.
- c. Pemilihan PERDA Provinsi Nusa Tenggara Timur adalah karena Provinsi NTT dikategorikan sebagai provinsi dengan epidemi HIV rendah (*low level epidemic*) tetapi sudah membentuk dan memiliki PERDA.
- d. Daerah Istimewa Yogyakarta merupakan Provinsi yang memiliki PERDA terbaru sepanjang penelitian penulis.
- e. PERDA Kabupaten Badung dipilih untuk memperkaya hasil penelitian berkaitan dengan tampilan PERDA yang bervariasi dan untuk melihat lebih jauh karakteristik pengaturan ketentuan pidana dalam PERDA di tingkat Kabupaten.

1.5.3 Teknik Pengumpulan Data

Bahan hukum primer dan bahan hukum sekunder diperoleh dengan mendatangi instansi terkait yakni antara lain: Kantor Gubernur dan/atau Biro Hukum pada Sekretariat Daerah Provinsi, Sekretariat DPRD Provinsi, Kantor Bupati dan/atau bagian Hukum pada Sekretariat Daerah Kabupaten/Kota, Komisis Penanggulangan AIDS Nasional, Komisi Penanggulangan AIDS Provinsi dan Kabupaten/Kota, pejabat-pejabat di lingkungan Biro/Bagian Hukum pada Kantor Gubernur/Kabupaten/Kota, Komisi Penanggulangan AIDS Provinsi dan Kabupaten/Kota, Sekretariat DPRD & Anggota DPRD, Dinas Kesehatan, dan/atau Lembaga Swadaya Masyarakat (LSM).

1.5.4 Analisis Data

Data yang telah diperoleh/dikumpulkan melalui studi dokumen akan diklasifikasi dengan menggunakan sistem kartu (*cards system*). Analisis data dilakukan melalui tahap-tahap: (a) Reduksi data, (b) Penyajian data, dan (c) Penarikan kesimpulan. Reduksi data, dilakukan dengan cara mengelompokkan data ke dalam masing – masing permasalahan dan unsur – unsur yang terdapat didalamnya. Data yang dikelompokkan dan/atau diklasifikasi, kemudian disajikan dengan menggunakan alat bantu tabel, matriks, diagram dan Iktisar. Selanjutnya analisis dilakukan dengan menafsirkan data yang diperoleh secara induktif dan membandingkan dengan teori yang sudah ada. Perbandingan ini dimaksudkan untuk mengkaitkan teori yang mengkaji hal-hal yang menjadi fokus permasalahan penelitian.

1.6 Kerangka Teori

Telah menjadi pengetahuan bersama bahwa Hukum Pidana⁹ memiliki tiga obyek kajian utama, yakni perbuatan pidana, pertanggungjawaban pidana, dan pidana dan/atau pemidanaan. Perbuatan pidana berhubungan dengan hal yang harus dilakukan atau tindakan yang dilarang, baik dalam undang-undang pidana maupun undang-undang non pidana, yang mengatur tentang perbuatan mana yang dilarang dan perbuatan mana yang diwajibkan; disertai dengan ancaman hukuman atas perbuatan-perbuatan tersebut.

⁹) Baca selengkapnya dan bandingkan dengan Bambang Poernomo dalam **Asas-Asas Hukum Pidana**, Edisi Revisi, Penerbit Ghalia Indonesia, 1982, halaman 19 – 22, khususnya tentang defenisi pidana.

Memahami makna dari perbuatan pidana, tidak lain adalah memahami unsur-unsur atau elemen-elemen yang ditetapkan sebagai syarat limitatif yang harus dipenuhi oleh perbuatan/tindakan pelaku. Menariknya, perbuatan pidana berkembang dari waktu ke waktu, seiring dengan perkembangan kehidupan masyarakat, sedemikian rupa sehingga suatu perilaku yang dulunya merupakan perbuatan pidana, boleh jadi sekarang tidak lagi merupakan perbuatan yang dapat dipidana atau sebaliknya.

Pertanggungjawaban pidana menguraikan tentang cara yang ditempuh bagi seseorang yang telah melakukan satu atau lebih perbuatan pidana, untuk dapat didudukkan di hadapan hukum dan dimintai pertanggungjawabannya secara hukum pula. Perkembangan ilmu hukum pidana memperlihatkan adanya perubahan paradigma dan kemajuan yang cukup bermakna, mengingat begitu banyak perbuatan yang merugikan masyarakat di satu pihak, sementara di pihak lain ilmu hukum pidana mengalami kesulitan dalam meminta orang-orang yang melakukan perbuatan tersebut bertanggungjawab atas perbuatannya itu secara hukum. Demikian pula dengan pidana dan ppidanaan, dibahas untuk melihat sejauhmana pidana dan ppidanaan telah sesuai dengan tujuan dari penjatuhannya, dan bahwa ppidanaan atas suatu perbuatan pidana, sungguh-sungguh telah mendatangkan manfaat, baik bagi pelaku, korban maupun masyarakat.

Secara sederhana kriminalisasi didefinisikan oleh Clayton A. Hartjen dalam Tb. Ronny R. Niti Baskoro¹⁰ dengan mengatakan: *“the criminalization process begins, therefore, with formulation of criminal laws”* dan bahwa dari proses itu, *“a new class of criminal was instantly created.”* Di Indonesia, kriminalisasi secara umum dimaknai sebagai sebuah proses legislasi yang dilakukan oleh pembuat undang-undang untuk menjadikan suatu tindakan tertentu sebagai tindak pidana, padahal tindakan atau perbuatan tersebut sebelumnya tidak dikenai sanksi pidana. Pemaknaan dan pemahaman ini sekaligus memperlihatkan bahwa oleh karena lembaga pembuat undang-undang adalah lembaga politik maka suatu proses kriminalisasi-legislasi bukanlah semata-mata proses hukum tetapi juga adalah proses politik, dan karenanya maka kriminalisasi tidak akan sepenuhnya terbebas dari warna dan wacana politik.

¹⁰ Baca selengkapnya dalam Tb. Ronny R. Niti Baskoro, **Sempitnya Peluang Dekriminalisasi Penyalahgunaan Narkoba di Indonesia**, Makalah, disampaikan dalam sarasehan bertajuk Dekriminalisasi Pengguna Narkoba Di Indonesia, di Hotel Bidakara-Jakarta pada hari Kamis, 7 Juni 2007. Tentang Clayton A. Hartjen, baca selengkapnya dalam **Crime and Criminalization – Second Edition**, Praeger Publisher, January 1978.

Pembahasan tentang kriminalisasi, dengan demikian tidak dapat tidak, harus dirangkai dalam uraian mengenai legislasi, atau dengan kata lain, pembahasan tentang kriminalisasi akan juga mendapat pertimbangan dari proses-proses legislasi yang merupakan motor penggerak atau dapur daripada proses-proses kriminalisasi. Eratnya keterkaitan antara kedua hal tersebut nampak dalam apa yang dikemukakan oleh Richard G Singer ¹¹ dalam *Criminal Law*, “*In political theory, legislature should be at least predominantly, if not exclusively, the source of criminal law in a democracy. To the extent that criminal law reflects moral sentiments of the community, the legislature, as the most democratically elected institution, should prevail.*”

Kenyataan bahwa faktor politik dominan dalam proses kriminalisasi, dipertegas oleh Michael R. Gottfredson & Travis Hirschi, ¹² “*Criminologists often complain that they do not control their own dependent variable, that the definition of crime is decided by political-legal acts rather than by scientific procedures. The state, not the scientist, determines the nature or definition of crime.*” Dalam hubungannya dengan improvisasi politik kriminal, Muladi & Barda ¹³ mengatakan,

“... sebagai usaha untuk penanggulangan kejahatan, politik kriminal dapat mengejawantah dalam pelbagai bentuk. Bentuk yang pertama adalah bersifat represif yang menggunakan sarana penal, yang sering disebut sistem peradilan pidana (*criminal justice system*). Dalam hal ini, secara luas sebenarnya mencakup pula proses kriminalisasi.”

Selanjutnya dikemukakan teori kriminalisasi Douglas Husak ¹⁴ yang pada pokoknya mengatakan bahwa dalam melakukan kriminalisasi perlu mempertimbangkan secara cermat hambatan internal dan hambatan eksternal yang diuji melalui tiga alternatif teori sebagai dasar, yakni: (1) *Economic theory* dari Richard Posner, (2) *Utilitarianism* dari Jeremy Bentham, dan (3) *Legal Morality* dari Michael Moore. Dalam abstrak dari tulisan berjudul *Alternative Theories of Criminalization* Douglas Husak mengatakan,

¹¹ Baca selanjutnya dalam Richard G. Singer & John Q. La Fond dalam *Criminal Law*, Fourth Edition, Wolters Kluwer Law & Business, Chicago-USA, 2007, halaman 3 dan seterusnya.

¹² Michael R. Gottfredson & Travis Hirschi, *A General Theory of Crime*, Stanford University Press, California, USA, 2007, halaman 3

¹³ Baca lebih lanjut dalam Muladi, dan Barda Nawawi Arief, **Bunga Rampai Hukum Pidana**, Edisi Pertama, Penerbit PT. Alumni, Bandung Tahun 2007, halaman 9 dan seterusnya.

¹⁴ Douglas Husak, *Overcriminalization- The Limits of the Criminal Law*, Oxford University Press, 2009. *Abstract* dari tulisan sebagaimana dimaksud di atas, dapat diunduh di: <http://www.oxfordscholarship.com/oso/public/content/philosophy/9780195328714/acprof-9780195328714-chapter-4.html>.

“... Three competitive theories are surveyed, and judged to be inferior to a minimalist account: economic analysis as favored by Richard Posner; utilitarianism as explicated most famously by Jeremy Bentham; and legal moralism as defended by Michael Moore. The similarities and differences between my theory and each of these three alternatives are identified and examined. The chapter describes the remaining work that must be done if a minimalist theory is to succeed in reducing the injustice caused by overcriminalization. Even though criminal law minimalism is problematic, it represents major progress in our thinking about the moral limits of the penal sanction...”

Menurut Kamus Umum Bahasa Indonesia, efektivitas diartikan sebagai hasil, akibat, dalam keadaan berhasil atau sesuatu yang dapat menghasilkan, membuahkan atau mengakibatkan.¹⁵ Kata efektivitas berasal dari kata dasar efektif yang mengandung arti menimbulkan, mencapai hasil. Efektivitas lebih mengarah pada nuansa hasil atau hasil guna. Efektivitas hukum dapat diartikan sebagai keberhasilgunaan hukum, dalam hal ini berkenaan dengan keberhasilan pelaksanaan hukum itu sendiri. Para pakar hukum dan sosiologi hukum memberikan pendekatan yang beragam tentang makna efektivitas sebuah hukum, bergantung pada sudut pandang yang dibidiknya.

Soerjono Soekanto berbicara mengenai derajat efektivitas suatu hukum yang ditentukan antara lain oleh taraf kepatuhan warga masyarakat terhadap hukum, termasuk para penegak hukumnya. Sedemikian itu maka dikenal suatu asumsi, “Taraf kepatuhan hukum yang tinggi merupakan suatu indikator berfungsinya suatu sistem hukum. Dan berfungsinya hukum merupakan pertanda bahwa hukum tersebut telah mencapai tujuan hukum, yaitu berusaha untuk mempertahankan dan melindungi masyarakat dalam pergaulan hidup.”¹⁶

Perihal efektivitas penerapan suatu peraturan perundang-undangan termasuk Peraturan Daerah, Soerjono Soekanto menyebutkan lima faktor yang berpengaruh dalam penegakan hukum, yaitu:

¹⁵ W.J.S.Poerwadarminta, **Kamus Umum Bahasa Indonesia**, Balai Pustaka, Jakarta, 1975, halaman 16. Dalam Briyan A. Garner dalam *Black's Law Dictionary*-Eight Edition, Thomson & West, 1999, halaman 554, kata *effective* diartikan sebagai *performing the ranges of normal and expected standards; achieving a result*. Jika diperbandingkan dengan Kamus Bahasa Inggris-Indonesia karangan John M. Echols dan Hassan Shadily halaman 206, kata *effective* berarti berhasil/ditaati/mengesankan/mujarab, sedangkan efektivitas atau *effectiveness* berarti keefektifan/ kemujaraban/ kemandirian.

¹⁶ Soejono Soekanto, **Sosiologi - Suatu Pengantar**, Rajawali Pres, Bandung, 1996, halaman 62.

1. Faktor hukumnya sendiri.
2. Faktor penegak hukum.
3. Faktor sarana atau fasilitas.
4. Faktor masyarakat.
5. Faktor kebudayaan.¹⁷

Kelima faktor yang dikemukakan oleh Soerjono Soekanto, berkaitan erat dan merupakan perluasan dari tiga aspek penting dalam sistem hukum yang dikemukakan oleh Lawrence Friedman,¹⁸ yaitu *content of law*, *structure of law* dan *culture of law*. Dalam mengukur efektivitas suatu peraturan perundang-undangan, ketiga aspek ini perlu dianalisis secara komprehensif. Masih tentang efektivitas, Ann Seidman, Robert B. Seidman dan Nalin Abeysekere¹⁹ mengemukakan kategori *ROCCIPI* untuk mengevaluasi efektivitas suatu peraturan. *ROCCIPI* merupakan sebuah singkatan yang terdiri tujuh kategori yakni: *Rule* (Peraturan), *Opportunity* (Kesempatan), *Capacity* (Kemampuan), *Communication* (Komunikasi), *Interest* (Kepentingan), *Process* (Proses) dan *Ideology* (Ideologi). Dalam mengevaluasi efektivitas suatu peraturan termasuk Peraturan Daerah, maka teori *ROCCIPI* dapat digunakan sebagai berikut:

1. *Rule*-Peraturan menyangkut apakah pembentukan peraturan sudah jelas dan lengkap? Adakah konflik norma dalam pengaturan tersebut?
2. *Opportunity*-Kesempatan menguraikan lingkungan dan kondisi sosial yang mempengaruhi lahirnya permasalahan yang hendak diatasi dengan peraturan. Melalui analisis tentang kesempatan dapat diketahui, suatu peraturan yang dibentuk sudah *urgent*/mendesak, ataukah *premature* dan/atau bahkan sudah terlambat/*out of date*.
3. *Capacity*-Kemampuan, menyangkut ketersediaan dan penggunaan sumber daya yang menjadi penyebab persoalan dalam masyarakat atau penyebab berhasil-tidaknya upaya penanganan permasalahan melalui peraturan yang dibentuk.
4. *Communication*-Komunikasi adalah menyangkut sosialisasi tentang faktor pemicu, faktor penyebab dan/atau faktor penghambat tumbuh-kembang dan penanganan permasalahan yang ada, baik sebelum, selama maupun setelah peraturan dibentuk.

¹⁷ Soerjono Soekanto, **Faktor-faktor yang Mempengaruhi Penegakan Hukum**, CV. Rajawali - Jakarta, 1983, halaman 5.

¹⁸ Soerjono Soekanto, *Ibid*, halaman 45.

¹⁹ Baca selengkapnya dalam Ana Seidman, cs, **Penyusunan Rancangan Undang-Undang Dalam Perubahan Masyarakat yang Demokratis**, Edisi Terjemahan, ELIPS II, 2001, halaman 67 dan seterusnya.

5. *Interest*-Kepentingan dimaksudkan untuk menguraikan tentang kepentingan dan manfaat jika membentuk Perda. Suatu peraturan akan didukung dan dipatuhi jika masyarakat berkepentingan dan mendapatkan manfaat. Oleh karena itu, sebelum membentuk peraturan, diperlukan adanya penelitian yang cermat tentang manfaat yang akan diterima masyarakat, jika suatu peraturan dibentuk.
6. *Process*-Proses dimaksudkan menguraikan tentang mekanisme pembentukan suatu peraturan. Dengan kata lain, apakah tersedia ruang yang cukup bagi masyarakat untuk ikut memberi masukan dan kontribusi dalam dalam membentuk suatu peraturan.
7. *Ideology*-Ideologi, yakni pandangan hidup masyarakat setempat di daerah terkait perilaku bermasalah yang akan diatasi dengan peraturan daerah. Dalam menyusun dan membentuk peraturan, mesti ada solusi terhadap perilaku tersebut.

1.7 Kerangka Konsep

HIV adalah singkatan dari *Human Immunodeficiency Virus* merupakan virus yang merusak sistem kekebalan tubuh manusia, sedangkan AIDS adalah singkatan dari *Acquired Immune Deficiency Syndrome* ²⁰ yaitu kumpulan gejala penyakit yang disebabkan oleh HIV. Virus ini hidup dalam cairan tubuh manusia, terutama dalam darah, cairan vagina (pada wanita) dan cairan sperma (pada pria). Penularannya dapat terjadi lewat setiap aktivitas yang memungkinkan tertukar/berpindahanya cairan tubuh manusia dari yang sudah positif kepada yang negatif dapat menularkan virus HIV ini. Aktivitas atau perilaku menularkan dan/atau ditulari virus HIV disebut juga perilaku beresiko. Secara sederhana dapat dikatakan, perilaku beresiko adalah setiap perbuatan atau tindakan baik karena pekerjaan ataupun karena suatu hal yang lain, yang bersiko menularkan atau ditulari HIV.

Oleh karena penularan HIV terjadi melalui aktivitas/perilaku yang beresiko, maka sejak kasus AIDS ditemukan pertama kali di Indonesia pada tahun 1987, pemerintah Indonesia sudah menyadari bahwa aspek hukum menjadi urgen dalam upaya pencegahan dan penanggulangan HIV dan AIDS. Akan tetapi proses legislasi untuk mendapatkan

²⁰ Jarvis, M. Robert, et all, *Op. Cit.* halaman 6-9.

suatu peraturan perundangan, bukanlah jalan yang sederhana dan mudah, baik prosesnya maupun materi muatannya. Oleh karena itu, upaya mendapatkan peraturan tentang HIV dan AIDS mulai digagas melalui pertemuan dan diskusi-diskusi non formal guna mengidentifikasi pelbagai peraturan perundangan yang berhubungan dengan kegiatan pencegahan yang sedang dilakukan oleh para aktivis dengan kelompok berisiko yang didampingi.

Sambil menunggu proses legislasi yang panjang, para aktivis berharap bahwa kepentingan perlindungan hukum dalam upaya pencegahan dan penanggulangan HIV diharapkan akan terakomodasi dalam UU Kesehatan yang segera akan diundangkan oleh pemerintah RI, pada saat kasus AIDS menjadi fenomena yang mulai meluas di Indonesia. Ternyata, UU Nomor 23 Tahun 1997 tentang Kesehatan²¹ yang diundangkan pada tanggal 17 September 1997 khususnya dalam Pasal 28 ayat (3) dan Pasal 30 hanya menyebutkan bahwa pemberantasan penyakit menular atau penyakit yang dapat menimbulkan angka kesakitan dan atau angka kematian yang tinggi harus dilaksanakan sedini mungkin, antara lain dengan menghilangkan sumber dan perantara penyakit. Bahkan kata-kata HIV dan AIDS yang pada waktu itu menjadi fenomena kesehatan yang penting, justru sama sekali tidak disebutkan sebagai salah satu penyakit menular yang membutuhkan penanganan istimewa dalam undang-undang ini.

Pada pertengahan tahun 2004, *Indonesian Forum of Parliamentarians on Population and Development* (IFPPD) menggagas dan mempersiapkan *draft* Rancangan Undang-Undang (RUU) Penanggulangan HIV dan AIDS sebagai peraturan yang diharapkan mampu mengakomodir semua hal berhubungan dengan pencegahan dan penanggulangan HIV dan AIDS. Akan tetapi bertepatan dengan dibahasnya *draft* RUU tersebut, terjadi perkembangan baru dalam penanganan penyakit menular, dimana di dunia mulai muncul penyakit – penyakit menular baru lainnya seperti Avian Influenza,²²

²¹ Pada saat tulisan ini dibuat, Undang-undang Nomor 23 Tahun 1997 tentang Kesehatan telah diganti dengan Undang-undang Nomor 36 Tahun 2009 tentang Kesehatan, Lembaran Negara Republik Indonesia tahun 2009 Nomor 144 dan Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 50635063.

²² Menurut http://id.wikipedia.org/wiki/Flu_burung, *avian influenza* atau dalam Bahasa Indonesia disebut flu burung adalah penyakit menular yang disebabkan oleh virus yang biasanya menjangkiti burung dan mamalia. Penyebab flu burung adalah virus influenza tipe A yang menyebar antar unggas. Virus ini kemudian ditemukan mampu pula menyebar ke spesies lain seperti babi, kucing, anjing, harimau, dan manusia. Virus influenza tipe A memiliki beberapa subtipe yang ditandai adanya *Hemagglutinin* (H) dan *Neuramidase* (N). Ada 9 varian H dan 14 varian N. Virus flu burung yang sedang berjangkit saat ini adalah subtipe H5N1 yang memiliki waktu inkubasi selama 3-5 hari.

SARS²³ dan virus ebola, yang penanganannya juga memerlukan tindakan atau perlakuan istimewa. Kenyataan ini, menyebabkan Tim Perumus *draft* RUU tentang Pencegahan dan Penanggulangan HIV dan AIDS mengubah judul RUU tersebut menjadi RUU tentang Pencegahan dan Penanggulangan Penyakit Berbahaya, agar dapat mengakomodir pelbagai penyakit menular/berbahaya lainnya, yang mungkin akan timbul di kemudian hari.

Sebagaimana telah disinggung di atas bahwa untuk mendorong upaya pencegahan dan penanggulangan HIV dan AIDS maka dapat dibentuk Peraturan Daerah, yang berfungsi sebagai upaya menangkap dan menyalurkan aspirasi masyarakat di daerah dalam rangka menampung kondisi khusus daerah. Selain itu, pembentukan Peraturan Daerah dimaksudkan sebagai alat transformasi perubahan di daerah. Peraturan Daerah diharapkan dapat ikut menentukan keberhasilan pemerintahan dan pembangunan di daerah dalam hal ini keberhasilan dalam pencegahan dan penanggulangan HIV dan AIDS sehingga kesejahteraan masyarakat dapat ditingkatkan. Hal mendasar yang perlu diperhatikan dalam pembentukan PERDA adalah sebagaimana ditegaskan dalam UUP3, *ex* Pasal 12 yang berbunyi, “Materi muatan PERDA adalah seluruh materi muatan dalam rangka penyelenggaraan otonomi daerah dan tugas pembantuan, dan menampung kondisi khusus daerah serta penjabaran lebih lanjut peraturan perundangan yang lebih tinggi.”

Dalam kerangka otonomi daerah dan desentralisasi maka sesuai UUPD *ex* Pasal 10 sampai dengan Pasal 14, baik pemerintah provinsi maupun kabupaten kota memiliki kewenangan yuridis untuk membentuk PERDA. Tanggungjawab pelaksanaan PERDA berada di pundak Gubernur (Provinsi), Bupati (Kabupaten) dan/atau Walikota (Kota). Kesimpulan yang diperoleh dari ketentuan tersebut bahwa alasan pembentukan PERDA, adalah:

²³ Menurut <http://id.wikipedia.org/wiki/SARS>, *Severe Acute Respiratory Syndrome*, disingkat *SARS* dalam bahasa Indonesia disebut Sindrom Pernapasan Akut Berat adalah sebuah jenis penyakit pneumonia. *SARS* pertama kali muncul pada November 2002 di Provinsi Guangdong, Tiongkok. *SARS* sekarang dipercayai disebabkan oleh virus *SARS*. Sekitar 10% dari penderita *SARS* meninggal dunia. Setelah Tiongkok membungkam berita wabah *SARS* baik internal maupun internasional, *SARS* menyebar sangat cepat, mencapai negeri tetangga Hong Kong dan Vietnam pada akhir Februari 2003, kemudian ke negara lain dengan perantaraan wisatawan internasional. Kasus terakhir dari epidemi ini terjadi pada Juni 2003. Dalam wabah itu, 8.069 kasus muncul yang menewaskan 775 orang. Ada spekulasi bahwa *SARS* adalah penyakit buatan manusia.

1. Sebagai pelaksanaan dari perintah peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi.
2. Melaksanakan kewenangan otonomi dalam rangka mengelola pemerintahan di daerah.
3. Mengatasi permasalahan yang berpotensi mengurangi tingkat kesejahteraan masyarakat di daerah.

1.8 Sistematika Penulisan Tesis

Setelah menyelesaikan kegiatan penelitian maka seluruh hasil penelitian akan dituangkan dan disajikan sebagai sebuah tulisan berbentuk tesis. Keseluruhan tesis akan disistematiskan dalam lima bab. Bab satu-pendahuluan terdiri dari delapan sub bab, disajikan untuk menguraikan tentang latar belakang permasalahan; pernyataan masalah; pertanyaan penelitian; tujuan dan manfaat penelitian; kerangka teoritis; kerangka konseptual; metode penelitian dan sistematika penulisan. Di satu sisi, uraian dalam bab satu diharapkan dapat memberi gambaran umum dan menyeluruh tentang urgensi dari penelitian yang dilakukan serta pentingnya mengatasi permasalahan yang ada. Di sisi yang lain, bab satu merupakan dasar untuk membangun kerangka pemikiran dan pembahasan dalam bab-bab selanjutnya.

Bab dua dari tesis dimaksudkan untuk menguraikan hal-hal mendasar yang mesti diketahui tentang hukum pidana di Indonesia. Pembahasan atas bab dua dibagi dalam tiga sub bab dan dimaksudkan untuk menguraikan tentang sejarah hukum pidana di Indonesia; pengertian, fungsi dan tujuan hukum pidana; serta hubungan antara hukum pidana dan hukum administrasi. Oleh karena penelitian dilakukan terhadap PERDA yang pada dasarnya merupakan kelompok peraturan perundang-undangan dalam bidang hukum administrasi, maka melalui uraian dalam bab dua diharapkan dapat tergambar hubungan dan korelasi antara hukum pidana dengan hukum administrasi.

Bab tiga diberi judul 'kebijakan kriminalisasi dalam hukum pidana' dan dimaksudkan untuk menguraikan tiga hal penting yang dibedah dalam tiga sub bab. Sub bab pertama, menguraikan tentang kebijakan penanggulangan pidana; sub bab kedua menguraikan tentang proses dan kriteria kriminalisasi dalam hukum pidana; sedangkan sub bab ketiga menguraikan tentang perumusan perbuatan pidana dalam PERDA. Melalui uraian dalam bab 3, diharapkan dapat tergambar upaya penanggulangan terhadap kejahatan dan/atau pelanggaran melalui kebijakan kriminalisasi dan kebijakan legislasi.

Merujuk pada permasalahan yang telah dinyatakan dalam dalam bab satu, maka uraian dalam bab empat dimaksudkan untuk menyajikan data yang diperoleh dan diolah sebagai hasil penelitian. Disamping itu, data yang telah diolah akan dianalisis guna menjawab pertanyaan-pertanyaan penelitian. Tiap-tiap pertanyaan penelitian akan dijadikan sebagai satu unit analisis, dan tiap unit analisis berisi uraian lebih spesifik dari dan terhadap pernyataan penelitian. Sebagaimana telah dikemukakan, ada tiga pertanyaan penelitian, sehingga pembahasan dalam bab empat sudah barang tentu akan terdiri dari tiga sub bab. Bab empat diberi judul 'kriminalisasi perilaku beresiko dalam PERDA' sedangkan ketiga sub bab, masing-masing menguraikan: analisis terhadap subyek dan bentuk perilaku yang dikriminalisasi; analisis terhadap kesesuaian perumusan perbuatan pidana dengan teori kriminalisasi; dan analisis terhadap faktor-faktor yang memengaruhi penegakan PERDA tentang Penanggulangan HIV & AIDS.

Bab lima dan/atau bab terakhir merupakan bab penutup, disajikan dalam dua sub bab terpisah, masing-masing: kesimpulan dan saran. Melalui bab penutup, diharapkan dapat ditegaskan kembali hasil-hasil pokok dari pembahasan dan analisis terhadap pertanyaan penelitian sekaligus disertai dengan saran yang aplikatif.

BAB 2

HUKUM PIDANA DI INDONESIA

2.1 Sejarah Perkembangan Hukum Pidana di Indonesia

Membahas sejarah hukum pidana pada umumnya, dan sejarah hukum pidana di Indonesia khususnya, sesungguhnya adalah menguraikan tentang sumber utama dan perkembangan sistem hukum pidana yang berlaku di Indonesia. Sejarah hukum pidana Indonesia, bertalian erat dengan sejarah perkembangan hukum pada umumnya dan perkembangan hukum pidana di dunia. Sedemikian luasnya spektrum sejarah hukum dan sejarah hukum pidana, maka Rene Davis & John E. C. Brierley²⁴ mengelompokkan keluarga hukum ke dalam 3 (tiga) keluarga hukum, yakni (1) *The Romano-Germanic Famil*, (2) *Common Law Family*, dan (3) *Socialist Law*. Mengenai pengelompokan di atas, lebih lanjut dikatakan oleh Rene Davis & John E. C. Brierley,²⁵ “*The classification of laws into families should not be made on the basic of the similarity or dissimilarity of any particular legal rules, important as the may be; this contingent factor is in effect, inappropriate when highlighting what is truly significant in the characteristic of a given system.*” Diakui bahwa walaupun ketiga keluarga hukum yang dikemukakan di atas sangat penting pengaruhnya terhadap pelbagai sistem hukum, akan tetapi ketiganya tidak berlaku di seluruh dunia. Masih ada beberapa keluarga hukum lain yang juga penting, yakni *Islamic Law*, *Hindu Law*, *Far East Law* dan *Black Afrika’s Law*.²⁶

Sejarah panjang perkembangan hukum pada umumnya dan hukum pidana khususnya, baik secara global maupun secara khusus di Indonesia, tentu dipengaruhi oleh banyak faktor. John Gillissen & Frits Gorle²⁷ mengemukakan empat faktor utama dan penting, yang tampil ke permukaan dalam beraneka ragam sifat dan bentuk, yakni (1) faktor politik, (2) faktor ekonomi, (3) faktor religi-idiologis, dan (4) faktor kultur budaya. Merujuk sejarah global maka hukum pidana Indonesia termasuk dalam keluarga hukum yang disebut sebagai “*The Romano-Germanic Family.*”

²⁴ Rene Davis & John E. C. Brierley, *The Major Legal System In the World Today*, Steven & Son, London, 1996, halaman 20.

²⁵ Rene Davis & John E. C. Brierley, *Ibid*, halaman 20.

²⁶ Rene Davis & John E. C. Brierley, *Ibid*, halaman 27 sampai dengan halaman 31.

²⁷ John Gillissen & Frits Gorle, *Sejarah Hukum Suatu Pengantar* yang disadur oleh Drs. Freddy Tengker, SH. CN, Bab III, halaman 91 dan seterusnya.

Membahas sejarah hukum di Indonesia pada umumnya dan hukum pidana khususnya, tidak dapat tidak mesti dihubungkan dengan perkembangan keluarga hukum tersebut secara umum, baik mengenai struktur konseptual,²⁸ sumber hukum maupun institusinya. Bukti-bukti sejarah mencatat bahwa sejak zaman prasejarah,²⁹ masyarakat primitif sudah memiliki norma hukum yang menganut karakter hukum irasional.³⁰ John Gillissen & Frits Gorle mengatakan:

“...norma hukum berkarakter irasional adalah tatanan hukum primitif dan *arkais* dimana kepercayaan anggota kelompok masyarakat terhadap kekuatan supranatural berbanding seimbang dengan ketidak-tahuan mereka tentang hubungan sebab akibat dari kejadian-kejadian tersebut. Oleh sebab itu, suatu gangguan terhadap ketertiban masyarakat oleh suatu pelanggaran terhadap aturan perilaku yang telah diterima secara umum, memancing reaksi yang sama dengan suatu bencana alam, mengandalkan pada kekuatan supranatural.”

John Gillissen & Frits Gorle³¹ mencatat pula,

“Hukum Yunani kuno adalah salah satu dari sumber-sumber sejarah terpenting bagi tatanan hukum modern di Eropah. Selain itu negara Yunani bagi peradaban kita nampaknya lebih penting lagi satu dan lain karena pengaruh yang dipancarkan oleh para filsuf dan pemikir-pemikirnya serta adanya negara-negara kota Yunani dan diturunkannya hukum privat. Orang-orang Yunani bukanlah ahli-ahli hukum yang besar karena mereka tidak mempunyai kitab undang-undang, nyaris tidak ada undang-undang, bahkan tidak meninggalkan buku-buku hukum dan ajaran hukum.”

²⁸ Rene Davis & John E. C. Brierley, *Op. Cit*, halaman 20

²⁹ John Gillissen & Frits Gorle, *Ibid*, halaman 39. Dikatakan, “Pembedaan antara presejarah dan sejarah hukum pada hakekatnya terletak pada perbedaan antara bangsa-bangsa tuna aksara dan bangsa-bangsa beraksara. Dengan demikian aksara dapat dikatakan merupakan faktor kebudayaan penting pertama yang menentukan pengevolusian hukum.”

³⁰ John Gillissen & Frits Gorle, *Ibid*, halaman 70. Tentang *arkais* yaitu orang yang berhubungan dengan masa lalu atau kuno, baca juga halaman 135.

³¹ John Gillissen & Frits Gorle, *Ibid*, halaman 152.

Sejarah hukum Yunani³² mulai mengenal karakter hukum rasional sejak beberapa abad sebelum Masehi, ditandai oleh mulai dibangunnya *polis* atau negara kota di Yunani, dengan dan berdasarkan pada norma hukum yang rasional serta suasana dan proses pembentukan yang demokratis. Sejak saat itulah dimulai suatu pemikiran yang rasional, menggantikan karakter irasional yang sudah dianut sejak lama dan dipraktekkan oleh masyarakat primitif. Pada saat yang hampir bersamaan, karakter rasional Yunani yang mengutamakan pemikiran logis menyebar ke Romawi yang berkarakter praktis pragmatis melalui Kaisar Alexander Agung atau Iskandar Agung yang berkuasa pada tahun 356-323 Sebelum Masehi (SM),³³ yang pada ghalibnya melahirkan Ilmu Pengetahuan Hukum Romawi³⁴ atau *Roman Legal Science* pada sekitar tahun 150 SM. Perjalanan sejarah hukum hukum Romawi kuno³⁵ dicatat berlangsung selama kurang lebih dua belas abad lamanya, dimulai dari abad VII SM sampai dengan era Kaisar Justianus pada abad VI, bahkan dasar hukum Romawi tetap dipakai dan terus mempengaruhi perkembangan hukum hingga abad XII. Mulai abad XII, di Barat³⁶ hukum Romawi mengenal kebangkitan kembali pada era resepsi, dan sejak saat itu hingga sekarang ini, hukum Romawi berpengaruh terhadap semua tatanan hukum *romanistis-germanistis*.³⁷

Pada zaman Romawi dikenal asas *nulla poena sine lege praevia*, bahwa tidak ada pidana jika tidak ada undang-undang pidana, yaitu asas yang mewajibkan pemerintah membuat undang-undang yang lengkap. Selain itu dilakukan juga *kodifikasi* dan *unifikasi*

³² John Gillissen & Frits Gorle, *Ibid*, halaman 73. Istilah *karakter rasional* atau yang disebut juga *kultur rasional*, sebagaimana tersebar dan dapat ditemukan dalam pelbagai literatur; dimaksudkan untuk menunjukkan bahwa tatanan hukum yang dibangun dari norma-norma, lembaga-lembaga dan pengertian-pengertian yang berfungsi sebagai fondasi daya nalar yang merupakan alat untuk menyelesaikan persoalan-persoalan yuridis. Norma hukum tersebut tidak berawal dari wahyu ilahi atau dalam orakel-orakel, maupun ucapan-ucapan alim ulama, melainkan adalah hasil kegiatan intelektual penciptaan hukum entah oleh pembuat undang-undang atau hakim, maupun kedua-duanya. Selain (1) *karakter irasional* dan (2) *karakter rasional*, disebutkan pula (3) karakter hukum duniawi atau sekuler, (4) Pengembalian penguasa keagamaan kedalam bidang keagamaan, dimana sebelumnya terutama dalam fase pertama sejarah Romawi di bawah kerajaan, sang raja secara simultan adalah penguasa duniawi dan ulama tertinggi atau *frontofex maximus*, (5) Karakter disistemitisasi, (6) Karakter abstrak, (7) Evolusi terhadap teknik hukum arkais menuju hukum modern, dan yang terakhir (8) Profesionalisme dan pengilmiahan, merupakan ciri khas atau karakter hukum modern yang terlahir sebagai akibat dari adanya karakter rasionalisasi, sistematisasi dan abstraksi.

³³ Masa setelah meninggalnya Alexander Agung oleh para ahli sejarah disebut Helenisme. Masa yang berakhir sekitar tahun 30 SM yaitu sejak digabungkannya Mesir kedalam Kerajaan Romawi, ditandai dan diwarnai oleh penyebaran kebudayaan Yunani keseluruh dunia. Baca selengkapnya dalam John Gillissen & Frits Gorle halaman 105.

³⁴ John Gillissen & Frits Gorle, *Op. Cit*, halaman 105.

³⁵ John Gillissen & Frits Gorle, *Op. Cit*, halaman 165.

³⁶ John Gillissen & Frits Gorle, *Ibid*, halaman 165.

³⁷ Hubungkan dengan Rene Davis & John E. C. Brierley dalam catatan kali nomor 23-halaman 19.

melalui *codex Iustinianus I dan II*.³⁸ Pada tahun 380 Romawi dijadikan Kristen dan hukum gereja dijadikan sebagai hukum bagi negara. Pada abad pertengahan Thomas van Aquino (1224 - 1227) mengatakan bahwa Tuhan adalah pencipta manusia, sehingga tugas hukum positif adalah melengkapi hukum alam dan hukum manusia yang berubah-ubah menurut tempat dan waktu. Grotius yang bernama lengkap Hugo de Groot, meletakkan ajaran hukum alam baru yang terlepas dari dasar-dasar Ketuhanan. Selanjutnya Immanuel Kant (1724-1804) menguraikannya secara lebih pragmatis, bahwa sebelum ada negara, manusia hidup berkelompok dalam suatu masyarakat lalu masyarakat tersebut mengadakan perjanjian untuk menyerahkan sebagian kekuasaan yang diberikan oleh alam (*status naturalis*) kepada negara (*status civilis*) sehingga timbul kekuasaan pada negara. Ajaran Kant yang bertitel *contract social* ini diikuti Thomas Hobbes, John Locke, J. J. Rousseau, dan menjadi landasan lahirnya revolusi Perancis.

Pada akhir masa kekuasaan Raja Louis XVI, di Perancis terjadi apa yang disebut Revolusi Perancis (1789) yang menimbulkan gagasan egaliter, dimaklumpukannya Hak Asasi Manusia (HAM) yakni kemerdekaan atau *liberte*, persamaan atau *egalite*, dan persaudaraan atau *fraternite*. Berlandaskan semangat revolusi tersebut, Napoleon Bonaparte melakukan kodifikasi terhadap *Code Civil Napoleon*. Pandangan tentang HAM yang mengarah pada prinsip bahwa manusia sama dihadapan Tuhan melahirkan azas hukum yang terkenal yakni *equality before the law* yang dimuat dalam Konstitusi Perancis tahun 1791. Azas ini membawa pengaruh cukup besar terhadap Konstitusi di Amerika Serikat. Kodifikasi Napoleon diadopsi oleh negara-negara jajahan dan/atau negara-negara yang dipengaruhi oleh Perancis. Pembatasan pemberlakuan hukum pada wilayah geografis dan demografis tertentu menyebabkan lahirnya aliran *positivisme* hukum, menggantikan aliran hukum alam yang dianut sebelumnya oleh beberapa ahli dan filsuf seperti Jeremy Bentham (1748-1832) dan John Austin (1790-1859) Inggris dan Hans Kelsen (1881-1973) dari Austria.

Hukum Pidana sebagai hukum publik yang dikenal sekarang, telah melalui suatu perkembangan yang lama dan lamban. Dalam pra sejarah perkembangan hukum pidana adalah sebatas suatu perbuatan merusak atau merugikan kepentingan orang lain,

³⁸ Bandingkan misalnya dengan lahirnya *Latin Tag* yang menjadi menjadi cikal bakal azas legalitas, yaitu *lex scripta, lex certa* dan *lex stricta*.

kemudian disusul dengan pembalasan. Pembalasan tersebut pada umumnya tidak hanya merupakan kewajiban dari seseorang yang dirugikan atau terkena tindakan, melainkan meluas menjadi kewajiban dari seluruh anggota keluarga bahkan seluruh *clan*. Tindakan balas-membalas dilaksanakan berdasarkan *ius talionis*³⁹ dan memiliki sifat hukum perdata karena digantungkan pada kehendak dari pihak yang merasa dirugikan.

Negara-negara di Eropa Barat mulai mengembangkan hukum pidana berdasarkan hukum alam. Melalui beberapa filsuf besar seperti Socrates dan Aristoteles di Yunani serta Cicero di Romawi mulai dicari bentuk hukum yang lebih sempurna dari hukum alam yaitu hukum yang abadi dan tidak berubah karena tempat dan waktu. Cicero menyatakan bahwa hukum diadakan oleh masyarakat untuk mengatur kehidupan mereka. Ada hubungan yang erat antara hukum dengan masyarakat, yang digambarkan dalam adagium *ubi societas ibi ius* yang berarti tiada masyarakat tanpa hukum dan tiada hukum tanpa masyarakat.

Hukum Cannonik atau *Corpus iuris Cannonici* yaitu Hukum Gereja Katholik yang dibuat sekitar tahun 1140, banyak mempengaruhi hukum pidana. Sejak berkembangnya hukum Romawi sampai meletusnya revolusi Perancis, pelaksanaan penghukuman sangat kasar dan kejam. Dasar dari penghukuman pada waktu itu adalah perbuatan pembalasan yang dilakukan oleh penguasa demi nama Tuhan. Tujuan satu-satunya adalah untuk menakut-nakuti atau *afschrikking*. Hukum pidana pada ketika itu belum merupakan suatu ketentuan yang dipedomani dan karena sumber hukum tidak pasti maka terjadilah kesewenang-wenangan. Hakim-hakim diangkat oleh raja, diberi hak menghukum yang tidak terbatas dan bekerja untuk kepentingan raja.

Selain teori hukum alam dan teori hukum positif, hukum kebiasaan atau *costumen* menjadi sumber hukum yang mempengaruhi lahirnya kodifikasi. Filips Wielant,⁴⁰ seorang ahli hukum dari abad XVI mengatakan bahwa kebiasaan sebagai sumber hukum didefinisikan sebagai hukum tidak tertulis yang terdiri dari ketentuan sehari-hari atau *usage*⁴¹ dan perbuatan-perbuatan yang terus menerus.

Kodifikasi pertama kali adalah *Code Penal dan Code Civil* dilakukan oleh Perancis di Eropah dan kemudian ditiru negara-negara Eropah lainnya, diantaranya Belanda pada

³⁹ *Ius talionis* atau asas talis yang artinya hukum balas membalas.

⁴⁰ John Gillisen dan Frits Gorle, *Op. Cit*, halaman 245.

⁴¹ John Gillisen dan Frits Gorle, *Ibid*, halaman 246-247.

tahun 1938. Bersamaan dengan kodifikasi, lahir pula azas hukum *nemo ius ignorare censeter* yakni adagium yang menyatakan bahwa setiap orang dianggap mengetahui hukum / undang-undang. Selain keinginan untuk melakukan kodifikasi hukum, ada pula upaya unifikasi hukum yang tidak lain adalah usaha menyamakan pemberlakuan hukum di Perancis. Pada tanggal 12 Agustus 1800, Kaisar Napoleon membentuk suatu panitia yaitu *Portalis, Trochet, Bigot de Preameneu* dan *Malleville* yang ditugaskan untuk membuat rancangan *kodifikasi*. Sumber bahan *kodifikasi* adalah hukum Romawi menurut Peradilan Perancis dan menurut tafsiran yang dibuat oleh *Potier* dan *Domat*, hukum kebiasaan daerah Paris (*Coutume de Paris*), peraturan perundangan yang disebut *ordonansi* dan hukum yang dibuat pada waktu Revolusi Perancis yaitu hukum *Intermedier* atau hukum sementara waktu. Hasil *kodifikasi* diumumkan pada tanggal 21 Maret 1804, dan pada tahun 1807 diundangkan menjadi *Code Napoleon*.⁴²

Pada tahun 1791 setelah terjadinya Revolusi Perancis terbentuklah *Code Penal* pertama yang berlaku pada tahun 1810 dalam pemerintah Napoleon. *Code Penal* tersebut, dalam banyak hal dipengaruhi oleh jalan pikirannya Beccaria dan pikiran-pikiran tersebut tetap berpengaruh hingga saat ini. Selain itu, kelahiran *Code Penal* Perancis juga banyak dipengaruhi oleh ajaran dari seorang *utilist* Inggris yang bernama Jeremy Bentham. Hukum Pidana sampai dengan dekade ini masih ditujukan untuk memberi efek jera dan menakut-nakuti masyarakat, terutama terlihat dari ancaman pidananya. Di Belanda, mulai ada gerakan untuk melakukan kodifikasi terhadap perundang-undangan hukum pidana pada tahun 1795, namun baru pada tahun 1809 terwujud, Belanda melakukan kodifikasi umum pertama yang bersifat nasional⁴³ terhadap *Crimineel Wetboek Voor Het Koningrijk Holland*.

Pada tahun 1811-1816, Belanda dijajah oleh Perancis dan berada dibawah pemerintahan Lodewijk Bonaparte.⁴⁴ Penjajahan Perancis atas Belanda sekaligus

⁴² E. Utrecht, **Pengantar Dalam Hukum Indonesia**, PT. Ichtiar Baru dan Sinar Harapan, Jakarta, 1983, halaman 476.

⁴³ E. Utrecht, *Ibid*, halaman 378. Tentang Schreuder, lihat **Het Wetboek van Strafrecht**, halaman 43

⁴⁴ Baca juga Jan Remmelink, **Hukum Pidana - Komentar atas pasal-pasal terpenting dalam KUHP belanda dan padanannya dalam KUHP Indonesia**, diterjemahkan oleh Tristam Pascal Moeliono, PT. Gramedia Pustaka Utama, Jakarta, 2003, halaman 37. Dikatakan bahwa *Lodewijk Bonaparte* adalah adik dari *Napoleon Bonaparte*, yang diangkat menjadi Raja Belanda 1806-1810, selanjutnya Belanda diintegrasikan ke Perancis tahun 1811-1813. Pada tahun 1809, Belanda memberlakukan *Code Penal Perancis*. Bandingkan juga dengan Satochid Kartanegara, **Kumpulan Kuliah Hukum Pidana Bagian Satu**, halaman 22.

memberlakukan *Code Penal Perancis* sebagai pengganti *Crimineel Wetboek Voor Het Koninkrijk Holland* sampai tahun 1886. Pada masa ini *Code Penal* banyak mengalami perubahan terutama ancaman pidananya yang kejam menjadi diperlunak, pidana penyiksaan dan pidana ‘cap-bakar’ ditiadakan. Salah satu peristiwa penting yang terjadi ketika itu ialah penghapusan pidana mati dalam *Wetboek van Strafrecht* dengan Undang-undang 17 September 1870 *staatblaad* 1870 Nomor 162 sedangkan dalam *Wetboek van Militer Strafrecht* jika terjadi pada waktu damai maka hukuman mati tidak dilakukan kepada musuh. Pada tahun 1881 hukum pidana nasional Belanda terwujud dan yang mulai berlaku pada tahun 1886, yang bernama *Wetboek van Strafrecht* sebagai pengganti Code Penal warisan dari Napoleon, dengan tetap pula dipengaruhi oleh Code Penal Belgia tahun 1867 dan KUHP Jerman (*starfgezetzbuch*) tahun 1871.⁴⁵

Di atas telah dibentangkan bahwa salah satu faktor yang menentukan perkembangan hukum adalah faktor politik, yang berhubungan erat diantaranya dengan faktor penguasa dan tradisi imperial.⁴⁶ Di Indonesia, walau bersifat arkaistis dan supranaturalistis, sejatinya hukum (pidana) sudah dikenal dalam masyarakat primitif. Dalam perkembangannya, praktek hukum primitif berkembang dalam kebiasaan-kebiasaan, kelaziman dan hukum adat. Selanjutnya perkembangan hukum adat dipengaruhi pula oleh berkembang dan masuknya agama/ kebudayaan hindu dari India, agam Budha dan Cong Fu Tsu dari daratan China, kebudayaan Islam dan Kristen.

Perkembangan baru dalam hukum Pidana di Indonesia dimulai sejak lahirnya *Verenigde Ostindische Compney* (VOC) yang semula pembentukannya dikarenakan Belanda tidak dapat mengambil hasil bumi dari bandar Portugis yang ditaklukan oleh Spanyol. Sebenarnya pengaruh Hukum Belanda dimulai pada tanggal 30 Mei 1619 sewaktu Jan Pieterzoon Coen merebut Kota Jacatra dari Sultan Banten. Berdasarkan resolusi tanggal 24 Juni 1620 dibentuk suatu majelis pengadilan *Schepenbank* di bawah pimpinan *Baljouw*. Pada awalnya *Schepenbank* hanya mengadili perkara-perkara sipil, tetapi kemudian berkembang mengadili perkara pidana bagi penduduk kota yang bukan budak dari bangsa apapun. Sedangkan pegawai-pegawai kumpeni dan para serdadunya di

⁴⁵ Jan Remmelink, *Op.Cit*, halaman 40.

⁴⁶ Hubungkan dengan catatan kaki nomor 27-29 dan baca selengkapnya dalam John Gillisen dan Frits Gorle, *Op. Cit*, halaman 91 sampai dengan 94.

pengadilan *Raad van Justitie*.⁴⁷ Kewenangan *Schepenbank* meliputi pengusaha/pedagang dan badan pemerintah. Selanjutnya *Staten General* atau Perwakilan Rakyat Belanda diberi *Hak Otrou* untuk melakukan perdagangan sendiri, mendirikan benteng perang, melakukan perjanjian dengan raja-raja dan mengangkat *officieren van Justitie* yaitu pegawai penuntut keadilan yang bertindak sebagai hakim dalam perkara pidana dan perdata. Pada zaman ini, Aceh sudah mengenal sistim penghukuman yang kejam seperti hukuman mati dengan cara dibunuh, misalnya bagi seorang istri yang melakukan perzinahan, hukuman potong tangan bagi seorang pencuri, hukuman menumbuk kepala dengan alu lesung bagi seorang pembunuh tanpa hak. Pada tahun 1750 dikenal pula Kitab Hukum Mochar Raer⁴⁸ yang berisikan himpunan hukum pidana Islam, dihimpun dan dikeluarkan oleh VOC.

Pada masa pendudukan Inggris (1811-1815) dibawah pimpinan Raffles, hukum adat di Indonesia sangat dihormati, sehingga tidak ada perubahan terhadap ketentuan yang berlaku, kecuali yang terhadap sistim-sistim hukuman yang tidak sesuai lagi. Perubahan kecil yang dilakukan Raffles yaitu *pijnbank*⁴⁹ tempat untuk menuas orang sebagai hukuman dihapuskan. Warga negara Inggris tidak boleh dihukum lebih berat dari hukuman pidana di Inggris atas perbuatan yang sama. Putusan hukuman hanya boleh dilaksanakan setelah dilaporkan kepada Letnan Jendral. Hukuman mati hanya boleh dilakukan setelah dilaporkan kepada Letnan Jendral. Letnan Jendral berhak memberi grasi atau remisi hukuman untuk sebagian seperti denda, penjara untuk waktu singkat/hukuman ringan atau *korte gevanenzetting*. Warga negara Inggris tunduk pada peraturan polisi yang ada.

Pendudukan Inggris tidak berlangsung lama, karena tiga tahun setelah pemerintahan Raffles yaitu pada tahun 1815, Belanda berkuasa kembali di Indonesia. Pada ketika itu Belanda mulai menjalankan politik agraria dengan mengadakan perubahan sistim melaksanakan atau menjalankan hukuman yaitu para narapidana digunakan untuk kerja paksa.⁵⁰ Jenis-jenis hukuman pada masa itu terdiri atas, (a) Dihukum kerja dengan

⁴⁷ *Raad van Justitie* juga sebagai pengadilan tingkat banding bagi perkara yang diadili di *Schepenbank*.

⁴⁸ Soepomo dan Djoko Soetono, **Sejarah Hukum Adat I**, tanpa penerbit, tanpa tahun, halaman 36.

⁴⁹ E Utrecht, **Hukum Pidana I**, Pustaka Tinta Mas, Surabaya, 2000, halaman 27.

⁵⁰ Soepomo dan Djoko Soetono, *Op. Cit*, halaman 109.

dirantai (*kettingarbeid*), (b) Kerja paksa dengan diberi upah atau tidak diberi upah. Selain itu, dikenal juga macam-macam putusan Hakim⁵¹ berupa:

1. Kerja rantai dengan pembuangan keluar pulau Jawa dan Madura yang akan ditunjuk pemerintah.
2. Kerja rantai di tanah Jawa ditempat yang ditunjuk pemerintah.
3. Kerja paksa diluar rantai baik dibayar dengan upah maupun tidak dengan upah di tempat pembuangan di luar Jawa dan Madura yang akan ditunjuk pemerintah.
4. Kerja paksa diluar rantai baik dibayar dengan upah maupun tidak dengan upah di tempat pembuangan di tanah Jawa yang akan ditunjuk pemerintah.
5. Pembuangan di luar Jawa dan Madura karena perbuatan pidana yang dilakukan oleh seorang bangsawan Indonesia asli.

Pada tahun 1867 Belanda melakukan kodifikasi Hukum Pidana dan berdasarkan azas konkordansi maka *Wetboek Van Strafrecht Voor Europeanen* yang telah dikodifikasi, diumumkan dalam *staatblaad* Tahun 1866 Nomor 55 dan dinyatakan berlaku di Belanda sejak tanggal 1 Januari 1867. Bagi golongan non Eropah diberlakukan *Wetboek van Strafrecht voor Inlander* yang diumumkan dalam *Staatblaad* Tahun 1872 Nomor 85, dinyatakan mulai berlaku tanggal 1 Januari 1873. *Wetboek van Strafrecht voor Inlander* adalah konkordan dengan *Wetboek van Strafrecht voor Europeanen (WvS)* untuk golongan Eropa, dengan sedikit perbedaan pada berat ringannya ancaman pidananya. Disamping itu, diadakan *politiek strafreglement* dimana disatu sisi berlaku untuk golongan Eropa dan yang satu lagi untuk bukan golongan Eropa sehingga menyebabkan terjadi dualisme dalam hukum pidana, keadaan mana terus berlaku hingga tanggal 1 Januari 1918, yaitu dilakukannya *unifikasi* hukum pidana di Indonesia.

Pada tahun 1915 *Wetboek Van Strafrecht Voor Nederlands Indie* disahkan dengan *Koninkelijke Besluit* dan dinyatakan mulai berlaku pada tanggal 1 Januari 1918, dimana terjadi unifikasi hukum pidana di Indonesia karena *WvS* berlaku untuk seluruh penduduk, baik golongan Eropa maupun bukan. Bersamaan dengan ini diberlakukan beberapa pengaturan seperti: (1) *Gestichten Reglement Staatblaad* Tahun 1917 Nomor 708, (2) *Wijzigings Ordonantie* Staatblaad Tahun 1917 Nomo 732, (3) *Dwang Opvoeding Regeling* Staatblaad Tahun 1917 Nomor741, dan (4) *Voorwaardelijke Invrijheidstelling* Staatblaad Tahun 1917 Nomor149. Meskipun unifikasi hukum pidana di Indonesia sudah dinyatakan pada tanggal 1 Januari 1918 yang menghendaki pemberlakuan hanya *WvS*

⁵¹ Soepomo dan Djoko Soetono, *Ibid*, halaman 36 – 37.

1918 saja untuk seluruh penduduk Indonesia ternyata belum sepenuhnya dapat terlaksana. Hal ini erat sekali hubungannya dengan Peraturan Peradilan Hindia Belanda yang mengatur adanya tiga macam lingkungan hukum atau lingkungan peradilan⁵² atau *rechtsferen*, yaitu: (1) Peradilan pemerintah umum yang berlaku untuk setiap orang, (2) Peradilan swapraja, dan (3) Peradilan bagi pribumi. Pengaturannya berdasarkan pasal 130 *Indische Staatsregeling*, untuk peradilan pemerintah umum digunakan *WvS* sedangkan untuk Peradilan Swapraja dan Pribumi digunakan hukum adapt. Dinyatakan antara lain bahwa sumber hukum langsung dari hukum pidana bagi daerah-daerah swapraja dan daerah-daerah yang dibenarkan menggunakan hukum sendiri, yakni hukum adat. Pedoman bagi peradilan swapraja dan pribumi terdapat dalam *Zelfbestuursregelen 1938* dan Ordonansi Staatblaad Tahun 1932 Nomor 32. Pembentukan tiga macam peradilan berlangsung sampai tahun 1951, didasarkan pada alasan-alasan, (1) penghematan biaya negara (2) pada beberapa bagian dimana berlaku peradilan pribumi ditinjau dari sudut ekonomi dianggap tidak penting memberlakukan *WvS*. Konsekuensinya hukum pidana materil yang berlakupun dibedakan atas beberapa jenis, yaitu:

- (1) *Wetboek van Strafrecht voor Nederlandsch Indie yang berlaku untuk golongan Eropah dan ditetapkan dengan Koninklijk Besluit 10 Februari 1866 dan mengatur tentang kejahatan-kejahatan.*
- (2) *Wetboek van Strafrecht voor Nederlandsch Indie yang berlaku bagi Golongan penduduk Indonesia (Bumi Putera), Timur Asing. Peraturan ini Ditetapkan dengan Ordonnantie tanggal 6 Mei 1872 dan mengatur tentang kejahatan-kejahatan.*
- (3) *Algemeene Politie Straftreglement*; Berlaku bagi golongan Eropah; Ditetapkan : Ordonnatie 15 Juni 1972; Mengatur tentang Pelanggaran-pelanggaran.
- (4) *Algemeene Politie Straftreglement*; Berlaku bagi Golongan Penduduk Indonesia dan Timur Asing; yang ditetapkan dengan ordonnantie 15 Juni 1872.
- (5) *Rechtsreglement voor de Buitengewesten (RIB)*, hukum acara pidana dan acara perdata di luar Jawa dan Madura. Berlaku bagi Golongan penduduk Indonesia dan Timur Asing di luar Jawa dan Madura, ditetapkan dalam Staatblaad Tahun 1927 Nomor 227.

⁵² Satochid Kartanegara, **Kumpulan Kuliah Hukum Pidana Bagian Satu**, Balai Lektur Mahasiswa, tanpa tahun, halaman 25.

Sebagaimana telah diketahui bersama, kemerdekaan Negara Republik Indonesia di proklamirkan pada tanggal 17 Agustus 1945, selanjutnya pada tanggal 18 Agustus 1945 diumumkan Undang-undang Dasar Negara Republik Indonesia. Berdasarkan pasal II aturan peralihan UUD tersebut, semua perundang-undangan yang ada masih langsung berlaku, selama belum diadakan yang baru menurut UUD tersebut, untuk menghindarkan kekosongan hukum atau *rechts vacuum*. Moment terpenting dalam sejarah hukum pidana di Indonesia adalah diterbitkannya Undang-undang Nomor 1 Tahun 1946 tentang berlakunya hukum pidana. Inti dari Undang-undang Nomor 1 Tahun 1946:

- (1) Pasal I Undang-Undang Nomor 1 tahun 1946 tanggal 26 Februari 1946, Berita Republik Indonesia II Nomor 9 menegaskan bahwa dengan menyimpang dari Peraturan Presiden Nomor 2 tahun 1945, peraturan-peraturan hukum pidana yang berlaku sekarang adalah peraturan-peraturan hukum pidana yang ada pada tanggal 8 Maret 1942.
- (2) Semua peraturan-peraturan hukum pidana yang dikeluarkan oleh pemerintah Jepang dan yang dikeluarkan oleh panglima tertinggi Balatentara Hindia Belanda/NICA (*Verordeningen van het Militaire gezag*) setelah tanggal 8 Maret 1942 dengan sendirinya tidak berlaku.

Menurut Han Bin Siong ada tiga pendapat mengenai daerah berlakunya Undang-Undang Nomor 1 tahun 1946 tentang berlakunya hukum pidana, pada masa sesudah pembentukan Negara Kesatuan pada tanggal 17 Agustus 1950 dan sebelum tanggal 29 September 1958 pada saat Undang-Undang Nomor 1 tahun 1946 dikukuhkan dengan Undang-undang Nomor 73 tahun 1958 untuk diberlakukan diseluruh daerah Indonesia. Ketiga pendapat tersebut dirangkum sebagai berikut:⁵³

- (1) Prof Oemar Seno Adji, SH, cs mengatakan bahwa Undang-undang Nomor 1 tahun 1946, berlaku diseluruh wilayah bekas Negara Republik Indonesia Yogya, ditambah dengan daerah pulihan. Dengan perkataan lain berlaku di Sumatra Timur, Jawa dan Madura kecuali Jakarta Raya dan Kalimantan minus Kalimantan Barat sebagai daerah pulihan.
- (2) Han Bin Siong mengatakan bahwa Undang-Undang Nomor 1 tahun 1946, berlaku diseluruh wilayah bekas NRI Yogya, ditambah dengan daerah pulihan, kecuali daerah-daerah pulihan di Kalimantan. Dengan perkataan lain, Undang-Undang Nomor 1 tahun 1946 hanya berlaku di Sumatra minus Negara Sumatra Timur, di Jawa & Madura minus Jakarta Raya.

⁵³ Andi Hamzah, **Azas-Azas Hukum Pidana**, Edisi Rrevisi, Rineka Cipta, 2008, halaman 25. Tentang Han Bin Siong, lihat: *An Outline of Recent History of Indonesian Criminal Law*, 'sGravenhage: Martinus Nijhoff, 1961.

- (3) Prof. Moeljatno, SH mengatakan bahwa Undang-Undang Nomor 1 tahun 1946, berlaku di seluruh Jawa dan Madura serta Sumatra tanpa satu pengecualian.

Oleh karena terjadi perbendaan pendapat mengenai wilayah berlakunya Undang-undang Nomor 1 tahun 1946 maka sejak tanggal 29 September -1958, Undang-undang Nomor 1 tahun 1946 dinyatakan berlaku di seluruh wilayah Indonesia. Ketentuan ini sekaligus menyatakan tidak berlakunya semua peraturan-peraturan hukum pidana, yaitu: (1) Peraturan-peraturan hukum pidana yang dibuat pemerintahan pendudukan Jepang, (2) Peraturan-peraturan hukum pidana yang dibuat Penguasa Militer Belanda, dan (3) Peraturan-peraturan hukum pidana lainnya yang tidak dibuat oleh pemerintahan RI menurut makna UU Nomor 1 Tahun 1946, kecuali ditentukan lain karena sesuatu pertimbangan.

Peraturan perundangan hukum pidana yang berlaku sekarang adalah peraturan perundang-undangan hukum pidana yang ada pada tanggal 8 Maret 1942, berdasarkan pasal 1 Undang-undang Nomor 1 Tahun 1946 dengan beberapa perubahan dan penambahan. Undang-undang hukum pidana yang disebut dalam Undang-undang Nomor 1 Tahun 1946 adalah *Wetboek van Strafrecht* sebagaimana Staatblaad Tahun 1915 Nomor 732, disebut Kitab Undang-undang Hukum Pidana (KUHP). Sedangkan Undang-undang Nomor 1 tahun 1946 yang tadinya hanya berlaku untuk daerah *Republik Indonesia Perjuangan*, dinyatakan berlaku untuk seluruh Indonesia dengan Undang-undang Nomor 73 Tahun 1958, setelah diadakan beberapa perubahan/penambahan mengenai ketentuan pidana/delik. Hingga sekarang ini, KUHP telah mengalami pelbagai perubahan penyesuaian dan tambahan penting lainnya.⁵⁴

Kendati telah mengalami banyak perubahan, ternyata KUHP belum mampu mengakomodir pemikiran dasar falsafah negara Pancasila dan konstitusi UUD 1945. Kenyataan tersebut mendorong hasrat untuk membentuk kodifikasi KUHP Nasional yang bersumber dari hukum adat serta falsafah dan konstitusi negara Republik Indonesia. Kegiatan membentuk Rancangan KUHP nasional (RUU KUHP) sudah berlangsung lama, dimulai sejak tahun 1971 oleh beberapa panitia yang secara berganti-ganti dibentuk oleh

⁵⁴ Baca selengkapnya dalam R. Soesilo, **KUHP serta komentar-komentarnya pasal demi pasal**, Politeia, Bogor, 1985, halaman 359 – 367.

Pemerintah.⁵⁵ Panitia yang terakhir dibentuk oleh Departemen Kehakiman dan mulai bekerja pada tahun 1982. Rancangan terakhir dari panitia tersebut telah diserahkan kepada Ismail Saleh selaku Menteri Kehakiman Republik Indonesia, pada bulan Maret 1993. Beberapa prinsip yang terkandung dalam penyusunan RUU KHUP⁵⁶ adalah:

- a. bahwa hukum pidana juga dipergunakan untuk menegaskan atau menegakkan kembali nilai-nilai sosial dasar (*basic social values*) perilaku hidup bermasyarakat, dalam rangka negara kesatuan Republik Indonesia yang dijiwai oleh falsafah dan ideologi negara Pancasila ;
- b. bahwa hukum pidana sedapat mungkin hanya dipergunakan dalam keadaan dimana cara lain melakukan pengendalian sosial (*social control*) tidak atau belum dapat diharapkan keefektifannya ; dan
- c. bahwa dalam menggunakan hukum pidana sesuai dengan kedua pembatasan dalam (a) dan (b) di atas, harus diusahakan dengan sungguh-sungguh bahwa caranya seminimal mungkin mengganggu hak dan kebebasan individu tanpa mengurangi perlindungan terhadap kepentingan kolektifitas dalam masyarakat demokratik yang modern.

Menurut Mardjono Reksodiputro, sejauh ini telah dibakukan sejumlah kesepakatan teoritik (doktrin) yang berkembang dalam dunia ilmu pengetahuan hukum pidana (khususnya di Indonesia), agar dapat dengan lebih mudah dipergunakan. Beberapa pokok pikiran tersebut, antara lain:⁵⁷

1. dihapuskannya perbedaan antara "kejahatan" (*misdrifven*) dengan "pelanggaran" (*overtredingen*) ;
2. dipergunakan istilah "tindak pidana" untuk apa yang kita kenal dengan istilah "strafbaar feit"
3. meskipun tetap mengakui azas legalitas, tetapi hukum (pidana) adat yang berlaku harus diberi tempat ;
4. pengertian bentuk-bentuk "kesalahan" (*schuld*) dalam "kesengajaan" (*opzet*) dan "kealpaan" (*culpa*) ditegaskan maknanya ;
5. pertanggungjawaban korporasi dicantumkan ;
6. kurang kemampuan bertanggungjawab (*verminderde toerekeningsvatbaarheid*) dicantumkan ;
7. alasan penghapus sifat melawan hukumnya perbuatan (alasan pembenar) yang diluar undang-undang (*buitenwettelijke strafuitingsgrond*) perlu diatur ;

⁵⁵ Usaha-usaha konkret menuju tercapainya hasrat tersebut antara lain dapat dikemukakan usaha Basaruddin dan Iskandar Situmorang yang menyusun Rancangan Buku I KUHP pada tahun 1971 dan Buku II pada tahun 1976. Lihat juga Andi Hamzah, *Op. Cit*, halaman 25. Bandingkan pula dengan Marjono Reksodiputro, *Pembaharuan Hukum Pidana - Kumpulan karangan Buku Keempat*, Pusat Pelayanan dan Pengabdian Hukum, Lembaga Kriminologi UI, Jakarta 2007, halaman 3.

⁵⁶ Marjono Reksodiputro, *Op. Cit*, halaman v sampai dengan vi.

⁵⁷ Marjono Reksodiputro, *Op. Cit*, halaman 4-5

8. stelsel pidana (dan jenis pidana) yang mencerminkan idiologi negara Pancasila harus tercermin (pidana mati, pidana penjara, pidana denda dan tindakan/ *double-track system*) ;
9. pidana tambahan agar memuat pula: pembayaran ganti rugi dan pemenuhan kewajiban adat ;
10. diperlukan ketentuan tentang tujuan pemidanaan yang dapat merupakan pedoman bagi hakim (*straftoemetingleidraad*).

Selain kesepakatan teoritik-doktrinal dalam Buku I, Tim pun telah menyusun rancangan Buku II, dengan memperhatikan beberapa masalah pokok yang telah diidentifikasi, antara lain:

1. menyederhanakan rumusan tindak pidana agar lebih mudah dipahami;
2. meniadakan pengertian “pelanggaran” (*overtredingen*) yang berarti menghilangkan Buku-III WvS dan sejauh diperlukan memasukkan tindak pidana yang tercantum dalam Buku-III WvS ke dalam Buku-II RUU KUHP;
3. menambah tindak pidana “baru” dalam Buku-II RUU KUHP, sejauh diperlukan, dengan memperhatikan peraturan perundang-undangan hukum pidana di luar WvS dan perkembangan bentuk-bentuk baru “tindak pidana” dalam masyarakat;
4. menghapus kata-kata yang mempunyai pengertian “kesengajaan” (*opzet*) dalam rumusan tindak pidana, sebagaimana pada saat ini ada dalam rumusan WvS (bahasa Belanda dan terjemahannya dalam bahasa Indonesia) ;
5. menyusun sistematika (bab-bab) yang sesuai dengan pemikiran Tim tentang tindak pidana apa saja harus (akan) tercantum dalam Buku-II RUU KUHP ;
6. menyusun kembali ancaman sanksi pidana yang ada dalam Buku-II RUU KUHP, dengan berpedoman pada beberapa kesepakatan yang telah dimasukkan dalam Buku-I (misalnya tentang pidana mati dan pidana denda).⁵⁸

2.2 Pengertian, Fungsi dan Tujuan Hukum Pidana

Kata *pidana* adalah salah satu kosa kata dalam bahasa Indonesia yang berarti *derita* atau *nestapa*. Hukum pidana, dengan demikian secara sederhana dapat diartikan sebagai hukum tentang pengenaan nestapa atau penimbulkan derita. Pilihan kata *pidana*, sedikit banyak dipengaruhi oleh istilah *straf* dan/atau *strafrecht* yang telah terlebih dahulu dipilih oleh/dan dalam Bahasa Belanda, begitu juga dengan kata *penal* di Perancis. Kecendrungan memilih istilah yang mengandung kesamaan/similaritas makna menunjukkan bahwa pengaruh keluarga hukum *Romano-Germanic* yang membentuk sistem hukum Eropa Kontinental pada umumnya serta Perancis, Belanda dan Indonesia khususnya, menjadi sesuatu yang tak terbantahkan.

⁵⁸ Marjono Reksodiputro, *Ibid*, halaman 5-6

Lain halnya dengan sistem *common law* yang justru menggunakan beberapa kata atau istilah seperti *crime/offense/criminal* yang artinya perbuatan jahat atau suatu tindakan yang bersifat jahat, dan *criminal law* yang berarti hukum tentang kejahatan.

Sesungguhnya hukum pidana merupakan salah satu cabang dari ilmu hukum pada umumnya, dan merupakan ranting dari hukum publik, disamping hukum tata negara dan hukum administrasi negara. Semua bidang hukum, baik hukum privat/hukum sipil maupun hukum publik termasuk didalamnya hukum pidana, pada dasarnya bertujuan untuk menjamin ketertiban dan kedamaian serta kesejahteraan hidup dalam masyarakat. Hukum tidak bermanfaat apa-apa, jika tidak dapat menjamin tercapainya tujuan-tujuan di atas, karenanya⁵⁹ banyak norma hukum dituangkan dalam ketentuan peraturan perundang-undangan agar dapat ditaati.

Ketentuan peraturan perundang-undangan dalam bentuk norma hukum, mempunyai dua fungsi, yaitu fungsi penetapan norma dan fungsi penciptaan norma. Menurut D. Schaffmeister, N. Keijer dan E. PH. Sutorius,⁶⁰

”Suatu undang-undang mempunyai fungsi penetapan norma jika norma yang ditetapkan itu sesuai dengan norma sosial yang berlaku. Sebagai contoh nyata, yaitu pembunuhan. Menurut pendapat umum (norma sosial) adalah tidak patut untuk membunuh sesama manusia. Ketentuan undang-undang yang mengancam dengan pidana suatu pembunuhan tidak mengubah norma sosial, tetapi hanya menguatkannya. Undang-undang mempunyai fungsi penciptaan jika norma hukum itu menyimpang dari norma sosial sehingga manusia akan berperilaku lain dari semula. Sebagai contoh, dapat ditemukan dalam hukum ketertiban yang dituangkan dalam undang-undang khusus.... Apabila pembentuk undang-undang berketetapan untuk membuat suatu norma perilaku menjadi norma hukum untuk seluruh atau sebagian, yang terkandung dalam maksudnya adalah, antara lain, untuk memberikan perlindungan pada kepentingan umum yang berhubungan dengan norma tersebut. Tentu saja perlindungan itu tidak mungkin mutlak, tetapi dapat diharapkan bahwa penentuan dapat dipidana itu akan dapat membantu ditepatinya norma tersebut.”

Kedua fungsi hukum yaitu fungsi penetapan norma dan fungsi penciptaan norma sebagaimana dimaksud di atas, dalam berbagai kepustakaan disebut dengan fungsi hukum⁶¹ sebagai (1) *social control* dan sebagai (2) *social engineering*. Fungsi hukum

⁵⁹ D. Schaffmeister, et. al, **Hukum Pidana** - editor J. E Sahetapi & Agustinus Pohan, PT. Citra Aditya Bakti, Bandung, 2007, halaman 20.

⁶⁰ D. Schaffmeister, et. al, *Ibid*, halaman 20-21.

⁶¹ Lihat misalnya dalam Steven Vago, **Law and Society – Third Edition**, Saint Louis University, Prentice Hall, Englewood Cliffs, New Jersey 07632, 1991, halaman 12 dan seterusnya.

menurut Roscoe Pound⁶² ada dua, yaitu (a) hukum sebagai *social control* atau yang disebut sebagai *law as a tool of social control* dan (b) sebagai *social engineering* atau dengan kata lain, *law as a tool of social engineering*. Di satu sisi, sebagai *social control* hukum diharapkan dapat mengontrol setiap perilaku anggota masyarakat agar sesuai dan/atau tidak bertentangan dengan hukum. Di sisi yang lain, sebagai *social engineering* hukum diharapkan dapat membentuk dan/atau mengubah suatu masyarakat agar sesuai dengan harapan dan cita-cita hukum, atau dengan singkat dikatakan bahwa fungsi hukum berkait erat dengan perubahan sosial atau *social changes*.

Dalam kerangka fungsi hukum yang demikian itu, Steven Vago⁶³ mengemukakan keuntungan (*advantages*) dan kerugian (*disadvantages*) yang mungkin dihadapi jika menggunakan hukum sebagai sarana untuk melakukan *social changes*. Dalam pembahasannya disebutkan 3 (tiga) keuntungan utama yakni, (1) hukum dibentuk oleh lembaga yang sah dan memiliki kewenangan untuk membentuk dan memberlakukan hukum sehingga dapat dengan mudah menimbulkan kepatuhan (*legitimate authority*), (2) hukum memiliki kekuatan mengikat serta dapat ditegakkan oleh aparat yang diberi wewenang untuk itu (*the binding force of law*), dan (3) hukum memiliki sanksi yang tegas (*sanction*). Sedangkan kerugiannya adalah bahwa hukum memiliki kemampuan yang sangat terbatas karena, (1) hukum hanya merupakan salah satu instrument kebijakan yang hanya dapat berfungsi dengan baik jika dipergunakan secara berbarengan dengan instrumen kebijakan lainnya (*law as a policy instrument*), dan (2) hukum sangat tergantung pada moralitas dan standart nilai serta prinsip-prinsip umum yang berlaku dalam suatu masyarakat (*morality and values*).⁶⁴

Disamping keuntungan dan kerugian sebagaimana dikemukakan di atas, dikemukakan pula beberapa faktor yang dapat mempengaruhi berhasil tidaknya perubahan sosial yang diinginkan oleh hukum. Pertama adalah *faktor-faktor sosial* seperti konflik kepentingan (*vested interest*), kelas sosial dalam masyarakat (*social class*), adanya perlawanan atau resistensi ideologis (*ideological resistance*), dan/atau adanya kelompok-kelompok oposisi yang secara terorganisir dan tersistematis menolak perubahan (*organized opposition*). Kedua, *faktor-faktor psikologis* seperti kebiasaan

⁶² Steven Vago, *Ibid*, halaman 15.

⁶³ Steven Vago, *Ibid*, halaman 225.

⁶⁴ Steven Vago, *Ibid*, halaman 226.

dalam masyarakat yang telah berlangsung lama (*habit*), kuatnya tidaknya motivasi atau keinginan untuk berubah (*motivation*), pengabaian terhadap perubahan karena masyarakat tidak yakin dengan kemanfaatan yang ditawarkan oleh hukum (*ignorance*), beberapa persepsi yang berkembang beriringan dan/atau bersamaan dengan kaidah hukum yang ada, serta perkembangan nilai-nilai moral yang dianut oleh suatu masyarakat (*selective perception*).⁶⁵

Ketiga, *faktor-faktor budaya*, seperti adanya keyakinan bahwa hidup tidak lain adalah menjalani takdir dan nasib yang telah ditentukan oleh Tuhan (*fatalisme*), adanya anggapan dalam masyarakat bahwa mereka memiliki superioritas dan apa yang telah dijalankan selama ini adalah yang terbaik (*ethnocentrisme*), adanya ketidak-cocokan antara praktek yang sudah lama dilaksanakan oleh suatu masyarakat dengan apa yang dikehendaki oleh hukum (*incompatibility*), adanya tahayul atau mitos yang dipercayai oleh masyarakat walaupun tidak pernah terbukti secara faktual (*superstition*). Faktor keempat adalah *faktor ekonomi* yakni bahwa keterbatasan sumber daya ekonomi akan sangat mempengaruhi suatu komunitas dalam menerima suatu perubahan yang ditawarkan melalui hukum.⁶⁶

Menyinggung tentang tujuan hukum pidana, Wirjono Prodjodikoro⁶⁷ mengatakan, "... tujuan dari hukum pidana adalah untuk memenuhi rasa keadilan. Diantara para sarjana hukum diutarakan bahwa tujuan hukum pidana adalah sebagai berikut:

1. Untuk menakut-nakuti orang jangan sampai melakukan kejahatan, baik secara menakut-nakuti orang banyak (*generale preventie*) maupun secara menakut-nakuti orang tertentu yang sudah menjalankan kejahatan agar dikemudian hari tidak melakukan kejahatan lagi (*speciale preventie*).
2. Untuk mendidik atau memperbaiki orang-orang yang sudah menandakan suka melakukan kejahatan agar menjadi orang yang baik tabiatna sehingga bermanfaat bagi masyarakat."

Di Amerika misalnya, ada tiga sumber utama bagi hukum pidana⁶⁸ yakni (1) *the common law*, (2) *statutory law*, dan (3) *constitutional law*. Mengenai asal-muasal dari *criminal law*, maka N. Gary Holten & Lawson L. Lamar mengatakan,

⁶⁵ Steven Vago, *Ibid*, halaman 228.

⁶⁶ Steven Vago, *Ibid*, halaman 229.

⁶⁷ Wirjono Prodjodikoro, *Asas-Asas Hukum Pidana di Indonesia*, PT. Refika Aditama, Bandung, 2008, halaman 19.

⁶⁸ Richard G. Singer & John Q. La Fond, *Op. Cit*, halaman 1.

“Every human in society has the need to prohibit acts that are viewed as being so harmful they cannot be tolerated if social order is to be maintained. Crimes are those acts which are prohibited and for which perpetrators will be punished. Criminal law is made up of those coercive orders of prohibition issued by governing authorities as well as the orders concerning the process by which offenders are brought to justice and the prescribed sanctions that governments impose upon those found guilty of committing violations.”⁶⁹

Perihal pengertian Hukum Pidana, Jan Remmelink⁷⁰ mengatakan,

”... bahwa hukum pidana, pertama-tama adalah untuk merujuk pada keseluruhan ketentuan yang menetapkan sarat-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 disebut *jus poenale*. Hukum pidana demikian mencakup:

1. perintah dan larangan yang atas pelanggaran terhadapnya oleh organ-organ yang dinyatakan berwenang oleh undang-undang dikaitkan (ancaman) pidana; norma-norma yang harus diataati oleh siapapun juga ;
2. ketentuan-ketentuan yang menetapkan sarana-sarana apa yang dapat didayagunakan sebagai rekasi terhadap pelanggaran norma-norma itu; hukum penitensier atau yang lebih luas, hukum tentang sanksi ;
3. aturan-aturan yang secara temporal atau dalam jangka waktu tertentu menetapkan batas ruang lingkup kerja dari norma – norma.

Disamping itu, hukum pidana dapat dipergunakan dalam arti subyektif. Disini kita akan berbicara tentang *jus poeniendi*, hak untuk memidana.”

Batasan serupa disampaikan Satochid Kartanegara⁷¹ yang mengatakan,

”Istilah hukum pidana mengandung beberapa arti atau yang lebih tepat jika dikatakan, bahwa hukum pidana itu dapat dipandang dari beberapa sudut, yaitu:

- a. hukum pidana dalam arti obyektif.
- b. hukum pidana dalam arti subyektif.

Hukum pidana dalam arti obyektif juga disebut *ius poenale*, yaitu sejumlah peraturan yang mengandung larangan-larangan atau keharusan-keharusan dimana terhadap pelanggaranannya diancam dengan hukum. *Ius poenale* dapat dibagi dalam:

- a. hukum pidana materil.
- b. hukum pidana formil.”

⁶⁹ N. Gary Holten & Lawson L. Lamar, *The Criminal Courts – Structures, Personnel and Processes*, McGraw – Hill, Inc, New York, St. Louis, San Francisco, Aucland Bogota, Caracas, Lisabon, London, Madrid, Mexico, Milan, Montreal, New Delhi, Paris, San Juan, Singapore, Sydney, Tokyo, Toronto, 1991, halaman 38.

⁷⁰ Jan Remmelink, *Loc. Cit*, halaman 1.

⁷¹ Satochid Kartanegara, *Op. Cit*, halaman 1

Lebih lanjut, Satochid Kartanegara menjelaskan,

”Hukum pidana materiil berisikan peraturan tentang:

1. Perbuatan yang dapat diancam dengan hukuman (strafbare feiten), misalnya:
 - Mengambil barang milik orang lain.
 - Dengan sengaja merampas nyawa orang lain.
2. Siapa-siapa yang dapat dihukum, atau dengan perkataan lain ; mengatur peranggungan jawab terhadap hukum pidana.
3. hukum apa yang dapat dijatuhkan terhadap orang yang melakukan perbuatan yang bertentangan dengan undang-undang atau juga disebut *hukum penitential*.

Hukum pidana formil adalah sejumlah peraturan-peraturan yang mengandung cara-cara negara mempergunakan haknya untuk melaksanakan hukuman.”⁷²

Masih tentang pengertian hukum pidana, H. J. van Schravendijk mengatakan,

1. ”Hukum pidana menurut arti jang ringkasnja meliputi segala peraturan hukum jang menentukan perbuatan-perbuatan (kelakuan orang) apakah diantjam dengan hukuman, siapa harus dihukum karena perbuatan itu dan hukuman mana jang boleh didjatuhkan. *Apa, siapa dan bagaimana* dihukum, ketiga pertanyaan ini didjawab oleh hukum pidana menurut arti jang ringkas, jang dinamai djuga *hukum pidana madi*. Menurut arti jang luas, hukum pidana itu meliputi djuga *hukum atjara pidana* atau *hukum pidana zahiri*, jang mengatur tjaranya hukum pidana madi dilaksanakan. Biasanja istilah hukum pidana dipakai dengan arti jang ringkas...”
2. “Pokoknya definisi hukum pidana ialah “hukuman.” Peladjar ilmu hukum pidana harus sudah pada permulaan menginsyafi arti hukuman. Hukuan berarti suatu *kesengsaraan* jang dapat dibebani kepada barangsiapa jang dipersalahkan karena melakukan atau turut tjampur dalam sesuatu peristiwa pidana. Hukuman ialah suatu sanksi jang istimewa, sedjenis sanksi jang mengherankan. Karena sanksi ini dapat merusakkan kepentingan-kepentingan orang jang terbesar (miliknja, kemerdekaannja, hidupnya) padahal peraturan-peraturan hukum djustru dibentuk untuk melindungi kepentingan-kepentingan itu...”
3. “Hukum pidana menentukan perbuatan apa jang diantjam dengan hukuman, umpamanja pentjurian, pembunuhan, penghinaan dan banjak kelakuan yang tidak diberi nama... Kaidah-kaidah ini tidak hanya diliputi oleh agama, kesusilaan dan kebiasaan, melainkan djuga diperteguh oleh hukum perdata...”⁷³

Kutipan dan pembahasan tentang pengertian hukum pidana, sampai sejauh ini telah memperlihatkan secara gamblang, tiga aspek penting dalam hukum pidana, yakni (1) perbuatan pidana, (2) pertanggungjawaban pidana, dan (3) hukuman pidana. Literatur

⁷² Satochid Kartanegara, *Ibid*, halaman 1

⁷³ H. J. van Schravendijk, **Buku Pelajaran Tentang Hukum Pidana Indonesia**, J. B. Wolters, Djakarta, Groningen, 1956, halaman 13 sampai dengan 15.

berbahasa Belanda, sebagaimana Saner dalam Chairul Huda⁷⁴ menyatakan bahwa ketiga aspek penting dalam hukum pidana di atas, disebut dengan *onrecht*, *schuld*, dan *strafe*. Disisi lain, literatur berbahasa Inggris sebagaimana Herbert L. Packer⁷⁵ menyebutnya sebagai *crime*, *responsibility* and *punishment*.

Dalam pelbagai literatur Hukum Pidana di Indonesia,⁷⁶ para penulis menyebut/menerjemahkan istilah *onrecht* dan/atau *strafbaar feit* dengan berbagai macam istilah dan sebutan. Ada yang menggunakan istilah peristiwa pidana (R. Tresna & Utrecht), ada yang menyebut istilah perbuatan pidana walaupun tidak untuk menerjemahkan *strafbaar feit*, (Roeslan Saleh & Moeljatno), ada yang menyebut perbuatan yang boleh dihukum/perbuatan yang dapat dihukum (H. J. Van Schravendijk), ada yang menyebutnya delik/*delictum* (Andi Hamzah), ada yang menyebut tindak pidana, ada yang mengusulkan agar digunakan istilah perbuatan kriminal (A. Z. Abidin), bahkan ada pula yang menerjemahkannya sebagai kejahatan.

Ruslan Saleh⁷⁷ mengatakan, "Perbuatan pidana adalah perbuatan yang bertentangan dengan tata atau ketertiban yang dikehendaki oleh hukum. Syarat utama dari adanya perbuatan pidana adalah kenyataan bahwa ada aturan yang melarang." Pendapat Ruslan Saleh tersebut dirujuk pada pendapat dari Moeljatno tentang perbuatan pidana dan pertanggungjawaban dalam hukum pidana yang disampaikan dalam Pidato Dies Natalis Universitas Gajah Mada tahun 1955. Pada kesempatan itu Moeljatno mengatakan, "perbuatan pidana adalah perbuatan yang dilarang oleh aturan hukum pidana dan diancam dengan pidana barangsiapa yang melanggar larangan tersebut."

Akan tetapi dalam bukunya Azas-Azas Hukum Pidana, Moeljatno⁷⁸ mengatakan,

⁷⁴ Chairul Huda, **Dari "Tiada Pidana Tanpa Kesalahan" menuju kepada "Tiada Pertanggungjawaban Pidana tanpa Kesalahan,"** Tinjauan Kritis terhadap Teori Pemisahan Tindak Pidana dan Pertanggungjawaban Pidana, Kencana Prenada Media, Jakarta, 2008, halaman 5. Tentang Saner, baca selengkapnya dalam Wilhem Saner, *Grundlagen des Strafrecht*, Leipzig, 1921, halaman 8.

⁷⁵ Herbert L Packer, **The Limit of Criminal Sanction**, Stanford University Press, California-USA, 1968, halaman 54.

⁷⁶ Lihat misalnya dalam Andi Hamzah, **Azas-Azas Hukum Pidana**, *Op. Cit*, halaman 86-87.

⁷⁷ Ruslan Saleh, **Perbuatan Pidana dan Pertanggungjawaban Pidana**, Dua Pengertian Dasar Dalam Hukum Pidana, Aksara Baru, Jakarta, 1983, halaman 9 dan halaman 13. Bandingkan pula dengan ulasan dari Bambang Poernomo, dalam **Asas-Asas Hukum Pidana**, *Op. Cit*, halaman 126.

⁷⁸ Moeljatno, **Azas-Azas Hukum Pidana** – Edisi Revisi, Penerbit Rineka Cipta, Jakarta, 2008, halaman 59.

“perbuatan pidana adalah perbuatan yang dilarang oleh suatu aturan hukum, larangan mana disertai ancaman (sanksi) yang berupa pidana tertentu, bagi barang siapa yang melanggar larangan tersebut. Dapat juga dikatakan bahwa perbuatan pidana adalah perbuatan yang oleh suatu aturan hukum dilarang dan diancam pidana, asal saja dalam pada itu diingat bahwa larangan ditujukan kepada perbuatan (yaitu suatu keadaan atau kejadian yang ditimbulkan oleh kelakuan orang), sedangkan ancaman pidananya ditujukan kepada orang yang menimbulkan kejadian itu.”

R. Tresna⁷⁹ menerjemahkan *strafbaar feit* dengan sebutan peristiwa pidana dan mengakui bahwa sungguh tidak mudah mendefinisikan secara tepat apa yang dimaksud dengan “peristiwa pidana” itu, namun dengan singkat dapat dikatakan “... peristiwa pidana itu ialah sesuatu perbuatan atau rangkaian perbuatan manusia yang bertentangan dengan undang-undang atau peraturan perundangan lainnya, terhadap perbuatan mana diadakan tindakan penghukuman.” Membahas lebih jauh tentang peristiwa pidana dihubungkan dengan subyek hukum pidana, R. Tresna⁸⁰ menyatakan,

”... Menurut hukum tertulis di Indonesia, pada umumnya yang dapat dijadikan subyek dari hukum pidana, hanyalah manusia. Dengan lain perkataan, hanya perbuatan manusialah yang dapat mewujudkan peristiwa pidana. Hewan tidak dapat berbuat melanggar hukum, sehingga hukum pidana tidak dapat juga diberlakukan terhadap hewan. Begitu pula halnya dengan suatu badan hukum. Walaupun didalam beberapa hal badan hukum, akan tetapi badan hukum tidak dapat dituntut karena hukum pidana. Sudah terang misalnya, bahwa hukuman-hukuman pokok yang dikenal di dalam Kitab Undang-Undang Hukum Pidana, seperti hukuman mati, hukuman penjara, kurungan atau tutupan, tidak dapat dijalankan terhadap badan hukum...”

Sementara di sisi yang lain, H. J. Van Schravendijk⁸¹ mengatakan:

“Menurut teori hukum pidana, maka “*perbuatan jang boleh dihukum*” ialah kelakuan orang yang begitu bertentangan dengan keinsjafan hukum sehingga kelakuan itu diantjam dengan hukuman, asal dilakukan oleh seorang jang karena itu dapat dipersalahkan. Menurut KUHP, maka “*perbuatan jang boleh dihukum*” ada segala kelakuan seperti dinjatakan dalam Buku Kedua dan Buku Ketiga.”

⁷⁹ R. Tresna, *Azas-Azas Hukum Pidana*, Universitas Padjadjaran, Bandung 1959, halaman 28.

⁸⁰ R. Tresna, *Ibid*, halaman 31.

⁸¹ H. J. van Schravendijk, *Loc. Cit*, halaman 87.

Sebagai konsekuensi dari dianutnya *azas legalitas*⁸² dan asas *nullum delictum nulla poena sine previa lege poenale* dalam hukum pidana Indonesia, maka rujukan satu-satunya untuk melihat perbuatan pidana itu, adalah pelbagai peraturan perundang-undang pidana, baik umum maupun khusus tentang perbuatan pidana tertentu, serta peraturan perundang-undangan dalam bidang hukum administrasi yang dimaksudkan untuk mengatur tata hubungan antara masyarakat dengan negara termasuk Peraturan Daerah, yang didalamnya menggunakan sarana dan sanksi pidana.

Pengertian ‘perbuatan pidana’ yang dikemukakan di atas, adalah menyangkut perbuatan atau kelakuan atau kejadian yang dapat dihukum, jikalau perbuatan tersebut memenuhi semua rumusan yang ditegaskan dalam peraturan perundang-undangan pidana. Akan tetapi, ternyata tidak semua orang yang perbuatan atau kelakuannya mencocoki semua unsur dalam peraturan perundang-undangan pidana, dengan serta merta dapat dijatuhi hukuman. Kata ‘dapat’ dalam kalimat pertama paragraf ini, dimaksudkan untuk menegaskan bahwa untuk menghukum seseorang maka selain perbuatannya harus memenuhi semua unsur dalam rumusan peraturan perundangan pidana, perlu pula memperhatikan unsur lain yakni kesalahan pelaku.

Selain penguraian mengenai perbuatan pidana yang merupakan obyek dari hukum pidana, maka pembahasan tentang kesalahan dari pelaku yang terangkum dalam pertanggungjawaban pidana, pula merupakan obyek dalam kajian tentang hukum pidana. Moeljatno, sebagaimana dikutip oleh Bambang Purnomo⁸³ mengatakan,

“...jika menghadapi suatu kata majemuk perbuatan pidana, pokok pengertian harus mengenai kata pertama, disini perbuatan dan tak mungkin mengenai orang yang melakukan perbuatan, yaitu disebabkan karena orang yang melakukan tidak disebut disitu. ... Dengan demikian pokok pengertian tetap pada perbuatan, kata yang pertama dari kata majemuk tadi. Apakah inkonkrito yang melakukan perbuatan tadi sungguh-sungguh dijatuhi pidana atau tidak, itu sudah diluar arti perbuatan.”

⁸² Baca selengkapnya dalam: Eddy O.S. Hiariej, **Asas Legalitas & Penemuan Hukum Dalam Hukum Pidana**, Penerbit Erlangga, Jakarta, 2009. Ada empat unsur penting dalam azas legalitas, yaitu: (1) *lex scripta* yaitu bahwa hukum harus tertulis, (2) *lex certa* yaitu bahwa hukum haruslah pasti, (3) *non retroactive* yaitu bahwa hukum tidak boleh berlaku surut, dan (4) larangan menggunakan *analogi*. Hubungkan pula dengan ketentuan pasal 1 ayat (1) KUHP dalam KUHP terjemahan R. Soesilo yang berbunyi: “Tiada suatu perbuatan boleh dihukum, melainkan atas kekuatan pidana dalam undang-undang, yang ada terdahulu daripada perbuatan itu.” Lihat pula UUD 1945 amendemen keempat, pasal 28 i ayat (1) khusus tentang *non-retroactive* sebagai *non-derogable rights*, yaitu hak-hak asasi yang tidak dapat dikurangi dalam kondisi apapun oleh siapapun juga.

⁸³ Bambang Poernomo, *Op. Cit*, halaman 129.

Dalam hukum pidana Belanda telah lama dikenal dan dianut azas hukum *geen straf zonder schuld* yang kemudian dianut pula di Indonesia,⁸⁴ dan diterjemahkan dengan, ”tiada pidana tanpa kesalahan” serta dimaknai sebagai, “seseorang hanya dapat dipidana jika pada perbuatannya ada suatu kesalahan atau ada suatu sifat yang tercela.” Dengan kata lain, azas “tiada pidana tanpa kesalahan” baru dapat diterapkan jika perbuatan yang dituduhkan kepada seseorang adalah perbuatan pidana. Sejarah azas *geen straf zonder schuld* bermula ketika di Perancis berlaku ajaran *fait materielle*⁸⁵ yang menyatakan bahwa setiap orang yang melakukan perbuatan pidana baik berupa kejahatan maupun berupa pelanggaran harus dipidana, tidak peduli apakah ia mempunyai kesalahan atau tidak, kecuali dalam rumusan delik dimuat unsur kesalahan.

Ajaran *fait materielle* menandakan bahwa sudah cukup untuk menjatuhkan pidana kalau perbuatan yang akan dipidana sudah sesuai dengan rumusan ketentuan pidana, dan bahwa dalam menjatuhkan putusan maka hakim tidak perlu meneliti ada tidaknya kealpaan atau kesengajaan dalam perbuatan pelaku. Pada akhir abad ke XVIII, ajaran ini sangat ditentang oleh beberapa kalangan karena dianggap dapat menimbulkan ketidakadilan bagi terpidana yang sama sekali tidak mempunyai kesalahan. Serentak dengan penolakan tersebut, para ahli hukum pidana mengajurkan agar segera diterima dan dipergunakan ajaran *geen straf zonder schuld*. Ajaran *geen straf zonder schuld* baru sungguh-sungguh diterima pada tanggal 14 Februari 1916, ketika Pengadilan Tinggi Belanda (*Hoge Raad*) secara tegas membenarkan pendapat yang menganut semboyan *geen straf zonder schuld*, melalui putusan yang dikenal dengan *arrest susu*. Sampai sejauh itu, ajaran *fait materielle* masih dianut dalam KUHP Indonesia sepanjang mengenai pelanggaran, dimana hakim tidak perlu menemukan bukti mengenai adanya kealpaan atau kesengajaan, sebagaimana pada kejahatan. Kenyataan tersebut dapat dilihat dalam Buku II KUHP tentang kejahatan (*misdriften*) terutama dalam pasal-pasal yang ketentuannya selalu mengandung unsur kesalahan, baik berupa kealpaan ataupun kesengajaan. Sebaliknya, dalam Buku III KUHP tentang pelanggaran (*overtredingen*),

⁸⁴ Lihat misalnya dalam D. Schaffmeister, N. Keijer, E. PH. Sutorius, *Op. Cit*, halaman 77. Sebagaimana telah diketahui, azas “*geen straf zonder schuld*,” dalam bahasa Jerman disebut “*Keine Strafe ohne Schuld*” atau dalam bahasa Latin disebut “*Actus non facit reus nisi mens sit rea*.” Dalam bahasa Inggris disebut “*an act does not makes a person guilty unless his mind is guilty*” atau disebut “*no punishment without fault*.”

⁸⁵ E. Utrecht, **Rangkaian Sari Kuliah Hukum Pidana I**, Univeritas Padjadjaran Bandung, Cetakan Kedua, April 1960, halaman 98.

kebanyakan pasal-pasal nya tidak memuat unsur kesalahan, kecuali ⁸⁶ ketentuan yang memuat kata kerja yang berarti kesengajaan sebagaimana pasal 490 ke-1, 496, 504 dan 551, sedangkan ketentuan yang memuat tentang kealpaan adalah pasal 490 ke-3.

Di Indonesia *azas geen straf zonder schuld* tidak tertulis dalam KUHP namun Mahkamah Agung ⁸⁷ dalam putusannya tanggal 13 April 1957, Nomor 1/1957/MA.Pid, atas nama Roeslan Abdoelgani, sebagaimana termuat dalam Majalah Hukum tahun 1957 Nomor 7-8 halaman 13-19 menganggap bahwa berlakunya prinsip tiada pidana tanpa kesalahan adalah sesuai dengan rasa keadilan. Setelah itu, prinsip tiada pidana tanpa kesalahan diatur dalam Undang-undang Nomor 19 Tahun 1964 tentang Ketentuan-Ketentuan Pokok Kekuasaan Kehakiman *ex* pasal 4 ayat (2) yang berbunyi, "Tiada seorang juapun dapat dijatuhi pidana, kecuali apabila Pengadilan, karena alat pembuktian yang sah menurut Undang-undang, mendapat keyakinan bahwa seorang yang dianggap dapat bertanggungjawab, telah bersalah atas perbuatan yang dituduhkan atas dirinya." Ketentuan di atas, kemudian diambil alih secara *mutatis-mutandis* dan ditempatkan dalam Undang-undang Nomor 14 Tahun 1970 tentang Ketentuan-Ketentuan Pokok Kekuasaan Kehakiman *ex* pasal 6 ayat (2), yaitu Undang-undang yang mencabut UU Nomor 19 Tahun 1964.

Meskipun telah lama ditinggalkan namun dalam abad modern sekarang ini ajaran *fait materielle* masih dibicarakan, bahkan jauh lebih sering didiskusikan seiring dengan adanya paradigma dan perkembangan baru dalam hukum pidana khususnya mengenai subyek hukum pidana, baik subyek hukum orang atau manusia maupun badan hukum dan/atau korporasi. Diskusi-diskusi ilmiah, dengan demikian tetap pula dilakukan sehubungan dengan adanya perkembangan dalam teori-teori tentang pertanggungjawaban pidana seperti *corporate liability*, *vicarious liability*, *command responsibility*, *absolute liability* dan *strict liability*, yang sangat erat kaitannya dengan ajaran tiada pidana tanpa kesalahan.

⁸⁶ Baca selengkapnya dalam Wirjono Prodjodikoro, *Op. Cit*, halaman 75.

⁸⁷ Wirjono Prodjodikoro, *Ibid*, halaman 77.

Kata kesalahan yang dikenal dalam hukum pidana Indonesia merupakan terjemahan dari kata *schuld*⁸⁸ dalam arti luas⁸⁹ yang secara umum dipergunakan oleh banyak ahli hukum pidana, meliputi *schuld* atau kesalahan dalam arti sempit yaitu kealpaan atau dalam bahasa Latin disebut *culpa*⁹⁰ serta kesengajaan atau *opzet* dalam bahasa Belanda dan/atau *dolus*⁹¹ dalam bahasa Latin. Perbedaan antara melakukan kealpaan/kelalaian dengan melakukan kesengajaan⁹² ialah bahwa kesengajaan ditujukan kepada suatu hasil dari perbuatan sedangkan pada kealpaan lebih menekankan pada tidak adanya atau kurangnya perhatian dan kepedulian pada suatu hal yang mungkin akan terjadi dan kelalaian itu menimbulkan akibat yang sesungguhnya tidak dimaksudkan dan/atau dapat dihindari oleh pelaku. Aspek kurang berhati-hatinya pelaku terkadang berdampak begitu jauh sehingga pelaku dipandang tidak memiliki kepedulian dan tanggungjawab terhadap kepentingan umum/kepentingan orang lain. Schaffmeister mengatakan,

“... tiada pidana tanpa kesalahan...lazimnya dipakai dalam arti tiada pidana tanpa ada kesalahan subyektif atau kesalahan tanpa dapat dicela. Akan tetapi...dalam hukum pidana, orang tidak dapat berbicara tentang kesalahan tanpa adanya perbuatan yang tidak patut. ... Azas kesalahan adalah asas yang fundamental dalam hukum pidana. Demikian fundamentalnya sehingga meresap dan menggema dalam hampir semua ajaran penting dalam hukum pidana. ... dari semua syarat dapat dipidana, inilah yang paling langsung berhubungan dengan pidana. Sementara itu, asas “tiada pidana tanpa kesalahan” tidak boleh dibalik menjadi “tiada kesalahan tanpa pidana.””⁹³

⁸⁸ R. Tresna, *Op. Cit*, misalnya dalam halaman 47 menerjemahkan “*schuld*” sebagai dosa dan mengatakan: “Yang dimaksud “dosa” disini bukanlah kesalahan didalam arti *culpa*. “Dosa” disini mempunyai arti “*social ethisch*,” suatu perkosaan terhadap akhlak, terhadap peradaban kehidupan masyarakat.” Bandingkan pula dengan D. Schaffmeister, N. Keijer, E. PH. Sutorius, *Op. Cit*, yang menggunakan kata “dapat dicela.” Dikatakan, kesalahan mempunyai dua arti yang masing-masing berbeda jangkauannya, (a) pengertian kesalahan dipakai sebagai syarat umum untuk dapat dipidananya perbuatan, dan (b) pengertian kesalahan yang dipakai untuk bagian khusus dari rumusan delik, yaitu sebagai sinonim dari sifat tidak berhati-hati.

⁸⁹ D. Schaffmeister, N. Keijer, E. PH. Sutorius, *Op. Cit*, dalam halaman 80.

⁹⁰ *Culpa* atau kealpaan atau kelaian atau sikap tidak berhati-hati, selanjutnya dapat dilihat dalam R. Tresna, *Op. Cit*, halaman 64 dan seterusnya.

⁹¹ *Opzet/dolus* atau kesengajaan adalah salah satu bentuk kesalahan yang terletak dalam bathin manusia. Wirjono Prodjodikoro, *Op. Cit*, halaman 65, mengatakan bahwa kebanyakan delik mempunyai unsur kesengajaan, bukan unsur kealpaan. Ini sesuai dengan rasa keadilan umum bahwa yang lebih pantas dipidana ialah orang yang melakukan sesuatu dengan sengaja. Dalam Ilmu Hukum Pidana dikenal tiga macam kesengajaan, yaitu: (a) kesengajaan sebagai maksud atau *opzet als oogmerk*, (b) Kesengajaan sebagai kepastian atau *opzet bij noodzakelijkheid* atau *opzet bij zekerheidsbewustzijn*, dan (c) Kesengajaan sebagai kemungkinan (*opzet bij mogelijkheidsbewustzijn* atau *dolus eventualis*).

⁹² Baca selengkapnya dalam R. Tresna, *Op. Cit*, misalnya dalam halaman 65. Dikatakan pula baik kesalahan maupun kesengajaan memang tidak pernah didefinisikan dalam Undang-Undang. Akan tetapi menurut Memori Penjelasan KUHP Belanda yang kemudian diambil alih oleh KUHP Indonesia: “Kesalahan itu adalah sungguh-sungguh sebaliknya dari kesengajaan disatu pihak, dan dipihak lain adalah sebaliknya dari suatu kebetulan.”

⁹³ D. Schaffmeister, N. Keijer, E. PH. Sutorius, *Op. Cit*, halaman 77.

Mengulas lebih luas tentang azas ‘tiada pidana tanpa kesalahan’ maka selanjutnya Schaffmeister mengatakan,⁹⁴

“... baik dalam teori maupun praktek, bahwa kesalahan tidak selalu harus dibalas. Banyak dan beraneka kesalahan yang tidak perlu dibalas. Kita teringat akan asas oportunitas dan putusan bersalah tanpa dipidana yang sekarang juga mungkin di Belanda. Sifat hubungan antara kesalahan dan dipidana menjadi jelas dengan memandang kesalahan sebagai dasar pidana... Karena kesalahan, pidana menjadi sah. Dengan perkataan lain, kesalahan adalah dasar mengesahkan pidana. Untuk dapat dipidananya kejahatan, ... adanya kesengajaan atau sekurang-kurangnya kealpaan mutlak disyaratkan. Jadi, kesengajaan atau kealpaan merupakan keharusan untuk dapat menyimpulkan adanya kesalahan.

Sudah barang tentu yang dimaksudkan dengan perbuatan tercela adalah perbuatan pidana atau perbuatan yang dilarang oleh hukum pidana dan karenanya dicela oleh hukum pidana, sebagaimana termuat dalam pelbagai-bagai ketentuan peraturan perundang-undangan yang dapat mengatur perihal perbuatan pidana. Dalam kerangka itu, maka Harkristuti Harkrisnowo⁹⁵ sebagaimana dikutip juga oleh Chairul Huda, mengatakan:

“... dalam hal ini, mungkin ada sejumlah perilaku yang dipandang ‘tidak baik’ atau ‘bahkan buruk’ dalam masyarakat, akan tetapi karena tingkat ancumannya pada masyarakat tidak terlalu besar, maka perilaku tersebut, tidak dirumuskan sebagai suatu tindak pidana. Sebaliknya, sekali suatu perbuatan ditetapkan sebagai suatu tindak pidana, maka hukum memandang perbuatan-perbuatan tersebut sebagai tercela. Hukum bahkan mengharapkan sistem moral dapat mengikutinya. Artinya, masyarakat diarahkan juga untuk mencela perbuatan tersebut. Dengan demikian, celaan yang ada pada tindak pidana yang sebenarnya lebih pada celaan yang bersifat yuridis, diharapkan pada suatu saat mendapat tempat sebagai celaan dari segi moral.”

Kembali kepada persoalan kesalahan yang pembahasannya disini dimaksudkan untuk menguraikan tentang pertanggungjawaban pidana. Intinya adalah, supaya seseorang dapat bertanggungjawab secara pidana, maka pertama-tama harus ada perbuatan pidana, yang kedua bahwa pelaku perbuatan pidana itu mempunyai kesalahan baik berupa kealpaan maupun kesengajaan, yang ketiga bahwa pelaku mampu bertanggungjawab atas

⁹⁴ D. Schaffmeister, N. Keijer, E. PH. Sutorius, *Ibid*, halaman 77.

⁹⁵ Harkristuti Harkrisnowo, **Tindak Pidana Kesusilaan dalam Perspektif Kitab Undang-Undang Hukum Pidana dalam Pidana Islam di Indonesia** ; Peluang, Prospek dan Tantangan, Jakarta, Pustaka Firdaus, 2001, halaman 180. Tentang Chairul Huda, baca selengkapnya dalam “Dari ‘**Tiada Pidana Tanpa Kesalahan**’ menuju kepada ‘**Tiada Pertanggungjawaban Pidana tanpa Kesalahan**’” – Tinjauan Kritis terhadap Teori Pemisahan Tindak Pidana dan Pertanggungjawaban Pidana, Kencana Prenada Media, Jakarta, 2008, halaman 69.

perbuatan yang jelas-jelas sudah ada kesalahan itu, dan yang keempat bahwa ternyata tidak ada alasan pemaaf. Sehubungan dengan sekuensi atau hirarki dari perbuatan pidana dan pertanggungjawaban pidana, Roeslan Saleh⁹⁶ menegaskan,

”.... karena tidaklah ada gunanya mempertanggungjawabkan terdakwa atas perbuatannya apabila perbuatannya itu sendiri tidaklah bersifat melawan hukum, maka lebih lanjut sekarang dapat pula dikatakan bahwa terlebih dahulu harus ada kepastian tentang adanya perbuatan pidana, dan kemudian semua unsur-unsur kesalahan tadi harus dihubungkan pula dengan perbuatan yang dilakukan, sehingga untuk adanya kesalahan yang mengakibatkan dipidananya terdakwa maka terdakwa haruslah: (a) melakukan perbuatan pidana, (b) mampu bertanggungjawab, (c) dengan kesengajaan atau kelapaaan, dan (d) tidak adanya alasan pemaaf.”

Masih tentang kesalahan dan pertanggungjawaban pidana, Andi Hamzah⁹⁷ menyatakan:

”Dalam pengertian hukum pidana dapat disebut ciri atau unsur kesalahan dalam arti yang luas, yaitu:

- 1) Dapatnya dipertanggungjawabkan pembuat ;
- 2) Adanya kaitan psikis antara pembuat dan perbuatan, yaitu adanya *sengaja* atau kesalahan dalam arti sempit (*culpa*) ;
- 3) Tidak adanya dasar peniadaan pidana yang menghapus dapatnya dipertanggungjawabkan sesuatu perbuatan *kepada* pembuat. Dari yang tersebut pada butir 3) dapat dilihat kaitan antara kesalahan dan melawan hukum.”

Kemampuan bertanggungjawab adalah suatu keadaan psikis yang normal dari seseorang. Menurut Van Hamel sebagaimana dikutip oleh R. Tresna,⁹⁸ tentang persyaratan yang diperlukan untuk menentukan ada tidaknya kemampuan bertanggungjawab pada seseorang ialah, ”orang itu harus nyata mempunyai jiwa yang sehat atau normal dan sudah matang, sehingga ia mampu untuk menginsafi apa yang tidak boleh atau tidak patut dilakukan didalam hubungan kemasyarakatan. Ia harus dapat menyadari dan menginsafi bahwa perbuatannya itu melawan hukum.” Disadari sepenuhnya bahwa sangat sulit memberikan batasan yang tegas antara normal dan abnormal. Oleh karena itu, R. Tresna⁹⁹ mengutip memori penjelasan KUHP, bahwa

⁹⁶ Ruslan Saleh, **Perbuatan Pidana dan Pertanggungjawaban Pidana**, Dua Pengertian Dasar Dalam Hukum Pidana, Aksara Baru, Jakarta, 1983, halaman 78-79.

⁹⁷ Andi Hamzah, *Op. Cit*, halaman 130. Bandingkan pula dengan R. Tresna, *Op. Cit*, halaman 47, yang pada pokoknya mengatakan bahwa supaya seseorang dapat dipersalahkan menurut hukum pidana, maka diperlukan: (1) adanya kesadaran pertanggungjawaban, (2) adanya hubungan pengaruh dari keadaan jiwa orang atas perbuatannya, dan (3) kehampaan alasan yang dapat melepaskan diri dari pertanggungjawaban.

⁹⁸ R. Tresna, *Op. Cit*, halaman 50.

⁹⁹ R. Tresna, *Ibid*, halaman 51.

pertanggung jawaban itu dapat lenyap, karena: (a) sebab-sebab yang berada pada kepribadian orang yang berbuat itu sendiri, seperti misalnya penyakit gila, belum sampai umur, atau (b) sebab-sebab yang datang dari luarseperti didalam keadaan *force majeure*,¹⁰⁰ perlawanan yang dipaksakan, peraturan hukum dan perintah jabatan, sebagaimana ditetapkan dalam KUHP *ex* pasal 48, 49, 50 dan 51 sebagai sebab-sebab yang umum dan dalam pasal 166, 211, dan 310 ayat (3) KUHP untuk sebab-sebab yang bersifat khusus.

Dalam literatur hukum pidana, ada begitu banyak defenisi tentang kemampuan bertanggungjawab, yang satu sama lain berbeda formulasinya tetapi mengandung kesamaan makna. Telah dianut secara merata oleh para sarjana hukum bahwa dalam menentukan kemampuan bertanggung jawab sebagai unsur pertama dari kesalahan yang mesti ada pada diri seorang pelaku tindak pidana, baik dalam kapasitas sebagai terperiksa, tersangka maupun terpidana maka dalam praktek hukum pidana, setiap orang secara umum dipandang memiliki keadaan psikis yang sehat dan normal. Hal ini tidak perlu dibuktikan dengan alat-alat bukti yang sah. Jika dalam proses pemeriksaan, ternyata pada diri pelaku terdapat dugaan kuat bahwa ada abnormalitas psikis, yang ditandai dengan keseringan memberikan jawaban tidak logis, dungu bahkan sinting, barulah kemudian diperlukan adanya penyelidikan khusus untuk memastikan kemampuan bertanggungjawab dari pelaku.

Hal terakhir dari hirarki kesalahan sebagaimana yang telah dikemukakan di atas, secara khusus tentang pertanggungjawaban pidana ialah 'alasan pemaaf.' Dalam peraturan perundang-undangan pidana, alasan pemaaf dapat ditemukan dalam ketentuan pasal 48 dan pasal 49 KUHP, tentang keadaan darurat atau *overmacht*, dan pembelaan darurat atau *noodweerd* dengan konsekuensi pembelaan darurat yang berlebihan *noodweer exes/noodtoestand*. Pencarian terhadap 'alasan pemaaf' diarahkan pada keadaan di luar diri pelaku yang sedemikian kuatnya mendorong pelaku untuk memilih dengan sadar, tindakan yang dilakukannya. Persoalan penting lain dalam pembahasan mengenai pertanggungjawaban pidana adalah tentang sifat melawan hukum dalam perbuatan

¹⁰⁰ *Force majeure* artinya keadaan terpaksa atau darurat. Dalam praktek hukum di Indonesia, *force majeure* harus dinyatakan dengan penetapan atau keputusan yang sah dari pemerintah.

pidana.¹⁰¹ Teranglah bahwa setiap perbuatan yang telah nyata-nyata bertentangan dengan perintah atau larangan dalam peraturan perundang-undangan pidana, berarti melawan hukum. Tidak ada manfaatnya mempersoalkan ada tidaknya sifat melawan hukum, jika suatu perbuatan telah memenuhi semua unsur dalam rumusan peraturan hukum pidana. Atas pendirian itulah maka dapat dikatakan bahwa sifat melawan hukum pidana¹⁰² sesungguhnya melekat sebagai bahagian tak terpisahkan, dan merupakan *conditio sine quanon* dari tiap-tiap rumusan delik.

Kendatipun demikian, pada kenyataannya pembuat undang-undang menempatkan 'melawan hukum' dalam rumusan beberapa delik KUHP, yaitu pasal: 179, 180, 198, 253, 254, 255, 256, 257, 328, 329, 333, 334, 339, 368, 372, 378, 406, dan 408. Pembuat undang-undang menjelaskan bahwa istilah 'melawan hukum'¹⁰³ dipergunakan dalam rumusan pasal-pasal tertentu dari KUHP untuk menghindari kemungkinan seseorang dipersalahkan telah melanggar pasal tersebut, padahal orang itu menggunakan hak yang melekat pada dirinya. Fakta ini ditanggapi oleh Hasewinkel Suringa¹⁰⁴ dengan mengatakan, "unsur melawan hukum itu hanya merupakan unsur mutlak dari suatu delik bilamana undang-undang menyebutkannya dengan tegas sebagai unsur delik itu. Dalam hal undang-undang tidak menyebutkannya dengan tegas sebagai unsur dari delik maka melawan hukum hanyalah suatu tanda dari suatu delik." Perbedaan pandangan, baik di satu sisi terjadi diantara para ahli hukum pidana, maupun pada sisi yang lain terjadi antara para ahli hukum pidana dengan pembuat undang-undang, berlangsung dalam debat yang pada ghalibya melahirkan dua padangan berbeda.

¹⁰¹ Uraian yang sangat lengkap dan komprehensif mengenai melawan hukum pidana atau *wederrechtelijkheid* dapat dibaca dalam Ruslan Saleh, **Sifat Melawan Hukum dari Perbuatan Pidana**, Aksara Baru, Jakarta, Cetakan Ketiga, 1983.

¹⁰² Ruslan Saleh, *Ibid*, halaman 9.

¹⁰³ Baca selengkapnya dalam R. Tresna, *Op. Cit*, halaman 70-71 dan bandingkan dengan Smidt I, halaman 409 sebagaimana dikutip oleh Ruslan Saleh, *Ibid*.

¹⁰⁴ Ruslan Saleh, *Ibid*.

Kedua pandangan tersebut adalah 'ajaran melawan hukum materil'¹⁰⁵ dan 'ajaran melawan hukum formil.' Penganut ajaran 'melawan hukum formil' berpendapat bahwa kendatipun unsur 'melawan hukum' merupakan syarat dari suatu perbuatan pidana, tetapi tidak merupakan unsur yang berdiri sendiri, kecuali jikalau istilah melawan hukum dimuat secara tegas dalam suatu rumusan pasal. Sedangkan penganut ajaran 'melawan hukum materil' berpendapat bahwa tidak penting istilah melawan hukum termuat secara tegas dalam rumusan delik, yang penting melawan hukum merupakan unsur yang berdiri sendiri, bahkan penganut ajaran melawan hukum materil mengatakan bahwa¹⁰⁶ melawan hukum bukan hanya sekedar bertentangan dengan hukum tertulis tetapi juga bertentangan dengan hukum tidak tertulis.

Menurut D. Schaffmeister, sifat melawan hukum memiliki empat makna¹⁰⁷ yang berbeda, tergantung pada korelasi antara istilah itu dengan boyek yang hendak dikaji, yakni: (1) sifat melawan hukum umum, (2) sifat melawan hukum khusus, (3) sifat melawan hukum formal, dan (4) sifat melawan hukum materiil. Perihal keempat makna dari istilah sifat melawan hukum itu, D. Schaffmeister¹⁰⁸ menjelaskannya lebih lanjut sebagai berikut:

"Sifat melawan hukum formal berarti semua bagian (tertulis dalam undang-undang) dari rumusan delik telah terpenuhi. Sifat melawan hukum materil berarti bahwa karena perbuatan itu, kepentingan hukum yang dilindungi oleh rumusan delik tertentu telah dilanggar. Sifat melawan hukum umum (sifat melawan hukum sebagai bagian dari undang-undang) berarti bertentangan dengan hukum. Ini umumnya terjadi kalau perbuatannya bersifat melawan hukum formal dan tidak ada alasan pembenar. Sifat melawan hukum khusus (sifat melawan hukum sebagai bagian dari undang-undang) mempunyai arti khusus dalam setiap rumusan delik dimana sifat melawan hukum menjadi bagian dari undang-undang dan dapat dinamakan suatu faset dari sifat melawan hukum umum. Ini harus ditafsirkan menurut konteks sosialnya."

¹⁰⁵ Bandingkan dengan 'sifat melanggar hukum' atau *onrechtmatigdaad* dalam Wirjono Prodjodikoro, *Op. Cit*, halaman 64, atau 'melawan hak' dalam H. J. Van Schravendijk, *Op. Cit*, halaman 127-133 ; atau *wederrechtelijk/wederrechtelijkheid* dalam P. A. F. Lamintang, **Dasar-Dasar Hukum Pidana Indonesia**, Penerbit PT. Citra Aditya Bakti, Bandung, 1997, halaman 347 dan seterusnya. Para sarjana dan ahli hukum pidana memberikan pengertian 'melawan hukum' dengan pelbagai istilah, antara lain: (a) bertentangan dengan hukum obyektif atau peraturan perundang-undangan, (b) bertentangan dengan hukum subyektif atau hak orang lain, (c) tidak berhak atau tidak mempunyai hak, (d) tidak mempunyai ijin, (e) tanpa alasan, dan lain sebagainya.

¹⁰⁶ Ruslan Saleh, *Op. Cit*, halaman 13. Bandingkan dengan Andi Hamzah, *Op. Cit*, halaman 133 yang mengatakan: "Dalam penjatuhan pidana, harus dipakai hanya melawan hukum formel, artinya yang bertentangan dengan hukum positif yang tertulis, karena alasan asas *nullum crimen sine lege stricta*..."

¹⁰⁷ D. Schaffmeister, N. Keijer, E. PH. Sutorius, *Op. Cit*, halaman 37.

¹⁰⁸ D. Schaffmeister, N. Keijer, E. PH. Sutorius, *Ibid*, halaman 49.

Dalam sistem hukum *common law*, perbuatan pidana disebut sebagai *criminal act* atau *crime/offense* yaitu sebagai padanan kata dari istilah *actus reus* dalam bahasa Latin. Selanjutnya, dalam sistem hukum *common law*, kesalahan diistilahkan dengan *culpable/culpability*¹⁰⁹ sebagai padanan kata dari istilah dalam bahasa Latin *mens rea*,¹¹⁰ dan terdiri dari tiga unsur penting. Ketiga unsur hakiki tersebut adalah *intention*,¹¹¹ *reckless/recklessness*¹¹² dan *negligence*.¹¹³ Selain ketiga unsur di atas, (*intention*, *reckless/recklessness* dan *negligence*), masih ada lagi satu unsur lain yang sering disebut

¹⁰⁹ Kata *culpable* dalam John M. Echols & Hassan Shadily, *An English-Indonesian Dictionary*, Penerbit PT. Gramedia Jakarta, April 2005, halaman 159 diartikan sebagai *bersalah* atau *dapat dicela*. Bandingkan dengan Briyan A. Garner, *Black's Law Dictionary, Op. Cit.*, halaman 406 dan seterusnya; *culpa* (bahasa Latin) sama artinya dengan *fault*, *neglect* atau *negligance* yaitu sesuatu yang *unintentional wrong (dolus)*. *Culpa* dibagi atas tiga, yaitu: *lata culpa* yang sama persis dengan *dolus*; *levis culpa* (slight fault) yaitu *ordinary negligence* atau tidak bisa berperilaku sebagaimana mestinya; *levissima culpa* yaitu (*the slightest fault* atau *slight negligence*). *Culpability is blameworthiness* atau *the quality of being culpable*; dikatakan bahwa keculi dalam kasus yang menerapkan *absolute liability*, maka dalam *criminal culpability* perlu ditunjukkan, seseorang telah melakukan sesuatu yang *purposely, knowingly, recklessly, or negligence*. Jadi, yang dimaksud dengan *culpability* adalah sesuatu yang berkenaan dengan kesalahan atau perbuatan yang dapat dicela.

¹¹⁰ *Mens rea* adalah unsur kedua dari dua unsur penting dalam *common law*, disamping unsur lainnya yakni *actus reus*. Kata *mens rea* dalam *Black's Law Dictionary, Ibid*, halaman 1006 disebut juga dengan *mental element* atau *criminal intent* atau *guilty mind*; dan disebutkan sebagai *the mental element which is necessary for a particular crime*. Mengutip J. W Cecil Turner dalam *Outlines of Criminal Law*, dikatakan bahwa: "*there are only two states of mind, which constitute mens rea, and they are intention and recklessness.*" Dikatakan bahwa tidak pidana yang mensyaratkan adanya *mens rea* adalah lebih serius dibanding yang dilakukan dengan *negligence* atau pelanggaran, atau tindak pidana yang pertanggungjawabannya ketat atau *strict liability*.

¹¹¹ Kata *intention* dalam John M. Echols & Hassan Shadily, *Ibid*, halaman 326 diartikan sebagai *maksud* atau *tujuan*. Dalam *Black's Law Dictionary, Ibid*, halaman 826, *intention* diartikan sebagai: "*the willingness to bring about something planned or foreseen. Intention is the purpose or design with which an act is done.*" Dikalangan para ahli hukum pidana Indonesia, *intention* disamakan dengan *kesengajaan*.

¹¹² Kata *reckless/recklessly/recklessness* dalam John M. Echols & Hassan Shadily, *Ibid*, halaman 470 diartikan dengan *sembrono, secara sembrono/serampangan/kesembronoan atau keserampangan*. Dalam *Black's Law Dictionary, Ibid*, halaman 506 dan 1299, *reckless* dipersamakan dengan *disregard* yaitu suatu tindakan atau pernyataan yang mengabaikan sama sekali sesuatu yang pantas untuk dipertimbangkan atau dihormati. *Reckless means taking an unjustifiable risk*. Arti sesungguhnya dari *recklessness* adalah *a high degree of carelessness* atau tidak memiliki kepedulian sama sekali. Pelaku sebenarnya menyadari suatu keadaan dan mengetahui atau dapat memperkirakan kemungkinan terjadinya akibat itu, tetapi ia sembrono atau tidak memperdulikan sama sekali akibat tersebut. *Recklessness* adalah suatu tindakan yang kesalahannya lebih tinggi tingkatannya daripada *negligence*, tapi rendah tingkat kesalahannya daripada *intention*; sebagaimana dikatakan: "*recklessness involves a greater degree of fault than negligence but a lesser degree of fault than intention.*" Bandingkan pula *recklessness* dengan *bewuste schuld* dalam *Mr. R. Tresna, Op. Cit.*, halaman 68. Dikatakan "Kesalahan itu mempunyai rupa-rupa corak. Ada kesalahan yang mendekati kesengajaan. Kesalahan yang demikian coraknya disebut kesalahan yang disadari atau *bewuste schuld.*"

¹¹³ Kata *negligence* dalam John M. Echols & Hassan Shadily, *Ibid*, halaman diartikan sebagai kealpaan/kelalaian. Dalam *Black's Law Dictionary, Ibid*, halaman 1060, *negligence* adalah "*the failure to exercise the standart of care that a reasonable prudent to person would have exercised in a similar situation.*" Dengan demikian dapat dikatakan bahwa dalam *negligence*, pelaku tidak diharuskan memiliki *awareness/kesadaran dan/atau foresight of probability*, sebagai sesuatu yang mungkin yang akan terjadi, sebagaimana *recklessness*.

dalam literatur *common law*, yaitu *knowingly*. Sebagai contoh, Richard G. Singer & John Q. La Fond¹¹⁴ menyebutkan empat tingkatan dalam *culpability* atau yang disebutnya sebagai “*four level of culpability*,” yaitu (1) *purposely*, (2) *knowingly*, (3) *recklessly*, dan (4) *criminally negligently*. *Purposely* menunjuk pada suatu hasil yang hendak diperoleh dan karena itu secara umum dapat dipersamakan *intentionally*, sehingga dikatakan bahwa “*purposely is roughly the equivalent of intentionally*.” Sedemikian itu maka dalam mencapai tujuan atau hasil, pelaku mestinya sadar dan percaya atau setidaknya berharap bahwa keadaan disekitarnya benar-benar mendukung untuk melakukan kejahatan.

Knowingly disebut juga dengan maksud tak langsung atau *oblique intention*. Suatu perbuatan dipandang telah memenuhi unsur *knowingly* jika pelaku mengetahui hasil dari perbuatannya, kendatipun ia tidak dengan sengaja telah menyebabkan terpenuhinya hasil yang telah ia ketahui itu. Perbedaan utama antara *purposely (intentionally)* dengan *knowingly (oblique intentionally)* ialah bahwa pada *purposely*, pelaku sangat menginginkan tercapainya hasil, sedangkan pada *knowingly*, kendatipun pelaku dapat menduga resultante yang pasti akan terjadi, ia tidak sungguh-sungguh menginginkan tercapainya hasil tersebut. *Oblique intentionally* adalah *intention* yang tidak sempurna.

Tingkatan ketiga dalam *culpability* adalah *recklessly*. Dalam *common law*, pelaku dikatakan telah memenuhi unsur *recklessness* hanya jika “*he actually foresees that a harm may occur*.” Ditambahkan bahwa, selain pelaku harus benar-benar menduga hal buruk yang mungkin terjadi, resiko dari hal buruk tersebut haruslah *substansial* dan tidak dapat dibenarkan atau *unjustifiable*.

Tingkatan keempat adalah *negligence*.¹¹⁵ Sebenarnya istilah *negligence* mulanya diusulkan sebagai sebutan yang tepat untuk *criminal liability*, bukan dalam persoalan kerugian yang diderita karena perbuatan melawan hukum, melainkan mengenai kelalaian,

¹¹⁴ Baca selengkapnya dalam Richard G. Singer & John Q. La Fond dalam *Criminal Law, Op. Cit*, halaman 77 sampai dengan halaman 79.

¹¹⁵ Menurut *Black's Law Dictionary* halaman 1062-1063, ada 29 jenis dan/atau bentuk *negligence*: (1) *active negligence*, (2) *advertent negligence*, (3) *casual negligence* (4) *collateral negligence* (5) *comparative negligence* (6) *concurrent negligence* (7) *contributory negligence* (8) *criminal negligence* (9) *culpable negligence* (10) *gross negligence* (11) *hazardous negligence* (12) *inadvertent negligence* (13) *joint negligence* (14) *legal negligence* (15) *negligence in law* (16) *negligence per se* (17) *ordinary negligence* (18) *positive negligence* (19) *professional negligence* (20) *reckless negligence* (21) *simple negligence* (22) *slight negligence* (23) *subsequent negligence/supervening negligence* (24) *supine negligence* (25) *tax negligence* (26) *wanton negligence* (27) *willful and wanton negligence* (28) *willful negligence* (29) *negligence rule*.

kealpaan ataupun kecerobohan. Akan tetapi pada kenyataannya *negligence* dipakai dalam kasus *homicide*, terutama pada pembunuhan biasa (*manslaughter*) yang hukumannya lebih rendah daripada dan pembunuhan berencana (*murder*). Digunakannya *negligence* sebagai dasar pertanggungjawaban sesungguhnya merupakan cara untuk memitigasi atau mereduksi hukuman pada seseorang yang telah menyebabkan matinya korban.

Di muka telah dikemukakan¹¹⁶ bahwa hanya orang atau manusia sajalah yang dapat dijadikan subyek hukum pidana. Di Eropa pada umumnya dan di negeri Belanda khususnya, pendapat seperti itu telah diterima sejak jaman Romawi dan tetap dipertahankan, walaupun tentu terus diperdebatkan seiring perjalanan waktu. Tahun 1801 *WvS* dibentuk di Belanda dan tahun 1918 KUHP Indonesia disusun dan diberlakukan. Salah satu pasal penting mengenai korporasi dalam *WvS Belanda* adalah pasal 51, yang kemudian diambil alih *mutatis-mutandis* menjadi pasal 59 KUHP, kendatipun dalam hal ini hanya pengurus korporasi saja yang bertanggungjawab untuk dan atas nama korporasi.¹¹⁷

Pada tahun 1939 Edwin H. Sutherland¹¹⁸ mulai melakukan penelitian terhadap perusahan yang melanggar hukum pidana dan dituangkan dalam tulisannya tentang *white collar crime* diteruskan dengan *crime of corporation* pada akhir perang dunia kedua (1948). Hasil-hasil penelitian Sutherland membawa pengaruh yang luar biasa, terutama dalam perkembangan dan pengakuan yang absolut terhadap korporasi sebagai subyek hukum pidana. Di Belanda pada akhirnya korporasi secara absolut dinyatakan sebagai subyek hukum pidana, dengan mana berarti bahwa korporasi dapat melakukan perbuatan pidana sekaligus bertanggungjawab atas perbuatan pidana tersebut pada tahun 1950, yaitu dengan diundangkannya *Wet op de Economische Delicten (WED)*. Perkembangan di Belanda diikuti pula oleh Indonesia dengan lahirnya Undang-Undang Darurat Nomor

¹¹⁶ Lihat kembali *foot note* 77, 78 dan 79 – halaman 38.

¹¹⁷ Korporasi adalah badan hukum maupun bukan badan hukum, bahkan pengertian badan hukum artian korporasi dalam hukum pidana, jauh lebih luas daripada pengertian badan hukum dalam hukum perdata. Bandingkan pengertian korporasi dalam ketentuan pasal 1 angka 21, UU Nomor 35 Tahun 2009 tentang Narkotika; pasal 1 angka 1 UU Nomor 31 Tahun 1999 tentang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi dan/atau ketentuan pasal 1 angka 10 UU Nomor 8 Tahun 2010 tentang Pencegahan & Pemberantasan Tindak Pidana Pencucian Uang. Kesemuanya mendefinisikan korporasi sebagai “kumpulan orang dan/atau kekayaan yang terorganisasi, baik merupakan badan hukum maupun bukan badan hukum.”

¹¹⁸ Baca selengkapnya dalam Mardjono Reksodiputro, **Kemajuan Ekonomi dan Kejahatan**, Pusat Pelayanan Keadilan dan Pengabdian Hukum, Lembaga Kriminologi Universitas Indonesia, Jakarta, 2007 halaman 96–124.

7/Drt/1955 tanggal 13 Mei 1955 tentang Tindak Pidana Ekonomi. Dalam pasal 15 diatur mengenai penuntutan dan pertanggungjawaban pidana bagi badan hukum, perseroan, perserikatan yang lainnya atau yayasan.

Sejauh ini, pendapat yang berkembang mengkristal dalam dua kubu, yang satu mendukung dan yang lainnya menolak.¹¹⁹ Kubu yang mendukung dijadikannya korporasi sebagai subyek hukum pidana berpendapat bahwa dipidananya korporasi akan memberikan jaminan dan perlindungan hukum yang lebih besar bagi korban untuk mendapatkan ganti kerugian. Disamping itu, untuk kepentingan pencegahan maka hal itu akan mendorong para pemegang saham, komisaris, pengawas korporasi untuk ikut mengawasi kegiatan-kegiatan pengurus. Sementara kubu yang menentang atau menolak, berpendapat bahwa oleh karena korporasi tidak mempunyai sikap kalbu (*mind*) maka tidak mungkin korporasi dapat dipersalahkan secara pidana. Dikatakan pula bahwa ditinjau dari tujuan pemidanaan maka tidak mungkin untuk memenjarakan korporasi, bahkan bukan tidak mungkin bahwa pemidanaan terhadap korporasi akan menyebabkan orang yang tidak bersalah ikut dihukum. Mengenai penuntutan dan penjatuhan hukuman terhadap korporasi, Sutan Remy Syahdeni¹²⁰ memberi *justifikasi* atau pendasaran yuridis yang penting, “perbuatan yang dilakukan oleh para pengurus korporasi itu bukan saja dilakukan untuk dan atas nama korporasi yang bersangkutan, tetapi juga demi memberi manfaat, terutama berupa memberikan keuntungan finansial atau pun menghindarkan/mengurangi kerugian finansial bagi korporasi yang bersangkutan.”

Persoalannya adalah jika pada subyek hukum orang maka supaya dapat dihukum atas perbuatan pidana yang telah dilakukannya, perlu ada kesalahan (*guilty of mind*) baik berupa kealpaan atau kesengajaan (*purposely, knowingly, reclessly, and negligence*), hal ini akan sulit bagi korporasi yang pada hakikatnya tidak memiliki sikap kalbu (*mind*). Atas persoalan di atas Sutan Remy mengemukakan beberapa ajaran pertanggungjawaban pidana korporasi terdiri dari (1) *doctrine of strict liability*, (2) *doctrine of vicarious liability*, (3) *doctrine of delegation*, (4) *doctrine of identification*, (5) *doctrine of aggregation*, (6) *the corporate culture model*, dan (7) *reactive corporate fault*.¹²¹

¹¹⁹ Baca selengkapnya dalam Sutan Remy Syahdeni, *Pertanggungjawaban Pidana Korporasi*, Grafiti Pers, Cetakan II, Jakarta, 2007, halaman 51 sampai dengan halaman 58.

¹²⁰ Sutan Remy Syahdeni, *Op. Cit.*, halaman 49.

¹²¹ Sutan Remy Syahdeni, *Ibid*, halaman 77 sampai dengan 117.

Namun demikian Sutan Remy Syahdeni¹²² menandakan, “Ada dua ajaran pokok yang menjadi landasan bagi pembenaran dibebankannya pertanggungjawaban pidana kepada korporasi. Ajaran-ajaran tersebut adalah *doctrine of strict liability*¹²³ dan *doctrine of vicarious liability*.”¹²⁴ Menarik bahwa selain mengemukakan ketujuh ajaran dalam pertanggungjawaban pidana korporasi dengan penekanan pada ajaran *strict liability* dan *vicarious liability* sebagaimana telah dikemukakan di atas, Sutan Remy Syahdeni¹²⁵ juga mengemukakan teorinya sendiri mengenai pertanggungjawaban pidana korporasi, yang disebutnya sebagai teori gabungan.

Inti dari ‘ajaran gabungan’ pada dasarnya adalah bahwa oleh karena korporasi hanya dapat melakukan perbuatan pidana melalui manusia yang melakukannya untuk dan atas nama korporasi maka pertama-tama perlu dipastikan adanya manusia yang menjadi pelaku sesungguhnya atau pelaku materil. Selanjutnya, agar dapat dimintai pertanggungjawabannya, maka perbuatan orang yang bertindak untuk dan atas nama korporasi tersebut haruslah memenuhi semua (enam) syarat yang dikemukakannya. Keenam syarat tersebut adalah: (1) tindak pidana tersebut dilakukan atau diperintahkan oleh personil yang memiliki posisi sebagai penentu kebijakan korporasi atau memiliki kewenangan yang sah untuk melakukan atau tidak melakukan perbuatan yang mengikat korporasi tanpa harus mendapat persetujuan dari atasannya atau personil yang dalam memiliki *directing mind* sebagaimana teori identifikasi, (2) tindak pidana tersebut dilakukan dalam rangka memenuhi maksud dan tujuan korporasi yang dinyatakan dalam anggaran dasar korporasi, sebagaimana teori *intra vires*, (3) tindak pidana itu dilakukan oleh pelaku atau atas perintah pemberi perintah dalam rangka tugasnya dalam korporasi

¹²² Sutan Remy Syahdeni, *Ibid*, halaman 77.

¹²³ Dalam hukum pidana, istilah *strict liability* dapat diterjemahkan sebagai pertanggungjawaban yang tegas, tanggungjawab ketat atau tanggungjawab mutlak. Dalam konteks tersebut, maka niat untuk melakukan suatu perbuatan pidana (*guilty of mind*) tidak penting untuk dibuktikan bahkan dapat diabaikan sama sekali. Doctrin *strict liability*, seharusnya dapat membantu penegakan hukum. Ada dua keuntungan: (a) *Strict liability* diperlukan untuk memberi perlindungan yang lebih besar kepada masyarakat. (b) *Strict liability* diperlukan untuk mencegah terjadinya kerugian yang lebih besar, jika suatu perbuatan yang melanggar hukum pidana dibiarkan atau dijatuhi sanksi yang tidak tegas.

¹²⁴ Kata “*vicarious*” menurut John M Echlos & Hassan Shadily, *Op. Cit*, halaman 629 berarti “pengalaman orang lain” atau “dilakukan untuk orang lain seolah-olah mengalami sendiri.” *Vicarious liability* pada mulanya dikenal dalam hukum perdata, terutama dalam hubungannya dengan tanggung jawab seorang majikan atas tindakan/perbuatan melawan hukum dari karyawannya, sebagaimana asas *respondeat superior* yang menganut *adagium qui facit per alium facit per se*. Maksudnya, seseorang yang berbuat melalui orang lain, dianggap melakukannya sendiri. *Vicarius liability* disebut juga *respondeat superior* atau tanggungjawab yang dialihkan.

¹²⁵ Baca selengkapnya dalam Sutan Remy Syahdeni, *Ibid*, halaman 117-124.

yang didasarkan pada ajaran keterkaitan fungsi, (4) tindak pidana tersebut dilakukan dengan maksud memberi manfaat bagi korporasi sebagaimana ajaran manfaat, (5) pelaku atau pemberi perintah tidak mempunyai alasan pembeda atau pemaaf yang didasarkan pada ajaran *legal entity* bahwa korporasi hanya dapat melakukan tindak pidana melalui manusia sebagai *naturalijk person*, (6) sekiranya dalam tindak pidana ternyata dipersyaratkan unsur *mens rea*, maka niat atau kehendak kalbu tersebut tidak harus berada pada satu orang saja sebagaimana ajaran agregasi.

Mengenai sistem pertanggungjawaban pidana bagi korporasi, maka sambil mengkonstatir pendapat Mardjono Reksodiputro¹²⁶ yang menyebutkan tiga sistem dalam pertanggungjawaban korporasi, yaitu (1) pengurus korporasi sebagai pembuat dan penguruslah yang bertanggungjawab, (2) korporasi sebagai pembuat dan pengurus bertanggungjawab, dan (3) korporasi sebagai pembuat dan juga sebagai yang bertanggungjawab ; Sutan Remy Syahdeni menambahkan satu sistem lagi sebagai sistem yang keempat, yakni “pengurus dan korporasi keduanya sebagai pelaku tindak pidana, dan keduanya pula yang harus memikul pertanggungjawaban pidana.”

Sebagai salah satu cabang dari sistem hukum secara keseluruhan, sudah barang tentu hukum pidana memiliki kekhususan dan keistimewaan. Membicarakan aspek utama yang merupakan ciri khusus/keistimewaan hukum pidana, maka Loewy¹²⁷ mengatakan,

“... it is necessary to focus on the single characteristic that differentiates it from civil law. This characteristic is punishment. Generally, a civil suit, the basic questions are: (1) how much, if not all, has defendant injured plaintiff, and (2) what remedy or remedies, if any, are appropriate to compensate plaintiff for his loss. In criminal case, on the other hand, the questions are: (1) to what extent, if at all, has defendant injured society, and (2) what sentence, if any, is necessary to punish defendant for his transgressions. Since the criminal law seeks to punish rather than to compensate, there should be something about each course of conduct defined as criminal that renders mere compensation to the victim inadequate. This follows from the truism that no human being should be made to suffer if sufferings can not be justified by concomitant gain to society.”

Jelas sekali dalam kutipan-kutipan di atas bahwa diskusi tentang tujuan pembedaan menjadi penting dan mutlak dalam pembahasan tentang tujuan hukum pidana, dengan

¹²⁶ Baca dalam Sutan Remy Syahdeni, *Ibid*, halaman 58–59. Tentang Mardjono Reksodiputro, baca dalam Pertanggungjawaban Pidana Korporasi dalam Tindak Pidana Korporasi, FH. UNDIP, Semarang, 1989.

¹²⁷ Arnold H. Loewy, *Criminal Law In A Nutshell*, Second Edition, St. Paul, Minn, West Publishing Co, 1987, halaman 1-2.

kata lain, pembahasan mengenai tujuan pemidanaan tidak dapat dipisahkan dan haruslah diletakkan pemahamannya dalam kerangka tujuan hukum pidana. Berbarengan dengan itu, diharapkan juga bahwa tujuan hukum pidana pada akhirnya dapat mempertegas pemahaman mengenai hukum pidana. Arnold H. Loewy¹²⁸ selanjutnya mengatakan,

"Since criminal law seeks to punish rather than to compensate, there should be something about each course of conduct define as criminal that renders mere compensation to the victim inadequate. ... No rational assessment of the kind of activity that should be punished can be undertaken without some analysis of the purpose of punishment. Those purpose most frequently mentioned are reformation, restrain, retribution, and deterrence (perhaps more easily remembered as three "R" and a "D" of punishment)."

*Reformation*¹²⁹ dalam bahasa Inggris berasal dari kata *re-form* (*re* artinya kembali dan *form* artinya bentuk), *to reform*, yang artinya membentuk kembali atau memperbaiki. Dalam pemahaman yang demikian, maka penjatuhan hukuman yang bertujuan sebagai reformasi bagi pelaku kejahatan, tidak lain adalah untuk membentuk kembali si pelaku agar berperilaku sesuai dengan keinginan dan keteraturan dalam masyarakat. Sedemikian kuatnya keinginan untuk menghukum pelaku kejahatan dengan tujuan untuk memperbaiki perilaku jahat dari pelaku kejahatan, maka para kriminolog¹³⁰ berpendapat, "...reformation is...worthwhile goals of punishment." Dikatakan,¹³¹ "Without question, it is desirable for punishment to reform. Certainly, society gains and nobody loses if an individual who has transgressed against society's standards is rehabilitated." Kendatipun pada dasarnya masyarakatlah yang akan mendapat keuntungan paling besar daripada dipenjarakannya pelaku kejahatan agar dapat direformasi, namun kenyataan bahwa tingginya persentasi atau besarnya angka pengulangan kejahatan dari para pelaku

¹²⁸ Arnold H. Loewy, *Ibid*, halaman 2. Bandingkan dengan Andi Hamzah dalam **Azas-Azas Hukum Pidana**, *Op. Cit*, halaman 28. Mengutip pembahasan Loewy, Andi Hamzah menambahkan bahwa *deterrence* terbagi atas *individual deterrence* (pencegahan khusus) dan *general deterrence* (pencegahan umum).

¹²⁹ John M. Echols & Hassan Shadily, *Op. Cit*, halaman 473. Bandingkan dengan istilah *rehabilitation* yang dikemukakan oleh Terance D. Miethe & Hong Lu, dalam *Punishment-A Comparative Historical Perspectives*, University of Nevada, Las Vegas, Cambridge University Press, 2005, halaman 15. *Rehabilitation* berasal dari kata *habit* yang berarti kebiasaan atau hal yang sering dilakukan, sedangkan *re-habit* dan/atau *re-form* artinya dibiasakan kembali pada hal-hal yang baik. Dalam kerangka rehabilitasi, pelaku lebih dipandang sebagai yang orang perlu ditolong sehingga hukuman yang dikenakan harusnya lebih merupakan *medicinal penalty*.

¹³⁰ Arnold H. Loewy, *Op. Cit*, halaman 2.

¹³¹ Arnold H. Loewy, *Ibid*, halaman 2.

yang sudah direformasi (*residivis*) menjadi bukti gagalnya pemidanaan untuk tujuan reformasi bagi si pelaku. Atas keberatan tersebut, Arnold H. Loewy¹³² mengatakan:

Notwithstanding the above analysis, it would be unfair to dismiss the noble concept of reformatin as a total failure. All of us are familiar with instances in which unskilled, uneducated and apparently incorrigible criminals have developed skills in prison which have ttransformed tthem into highly useful citizents. Perhaps the real tragedy of the penal system is that this happens so infrequently that when it does accur, we hear about it.”

Restrain, dalam kamus Bahasa Inggris¹³³ diartikan sebagai pengekangan atau pengendalian. Dalam konteks hukuman maka salah satu tujuan dari pemidanaan adalah agar pelaku dijauhkan dari masyarakat, dan serentak dengan itu pelaku dibina dan dikendalikan perilakunya sehingga keonaran dan kejahatan yang dilakukannya tidak terulang lagi. Andi Hamzah mengatakan:

“*Restrain* maksudnya adalah mengasingkan pelanggar dari masyarakat. Dengan tersingkirnya pelanggar hukum dari masyarakat berarti masyarakat itu akan menjadi lebih aman. Jadi, adajuga kaitannya dengan sistem reformnasi, jika dipertanyakan berapa lama terpidana harus diperbaiki di dalam penjara yang bersamaan dengan itu ia tidak berada ditengah-tengah masyarakat. Masyarakat memerlukan perlindungan fisik dari perampok bersenjata dan penodong daripada orang yang melakukan penggelapan.”¹³⁴

Selanjutnya adalah tujuan ketiga, yakni *retribution*¹³⁵ yang dalam kamus Bahasa Inggris diartikan sebagai balas jasa atau pembalasan. Tujuan pemidanaan yang ‘retributif’ tidak lain menghendaki agar pelaku kejahatan dibalas pula dengan suatu tindakan yang sama dengan perbuatannya. Dalam literatur disebut sebagai *azas talis* dan digambarkan dengan kata-kata “mata ganti mata, tangan ganti tangan.” Tujuan pemidanaan yang didasarkan pada prinsip balas dendam dan retribusi merupakan pembenaran tertua yang sangat mendasar dalam soal hukuman, bahwa harus ada kesetaraan antara hukuman dan gravitasi pelanggaran. Dikatakan oleh Terance D. Miethe & Hong Lu,¹³⁶

¹³² Arnold H. Loewy, *Ibid*, halaman 3.

¹³³ John M. Echols & Hassan Shadily, *Ibid*, halaman 482.

¹³⁴ Andi Hamzah, *Op. Cit*, halaman 28.

¹³⁵ John M. Echols & Hassan Shadily, *Ibid*, halaman 483. Hubungkan dengan catatan kaki nomor 38 halaman 22, terutama tentang *ius talianus* atau *azas talis* yang artinya hukum balas membalas.

¹³⁶ Terance D. Miethe & Hong Lu, *Punishment-A Comparative Historical Perspectives*, University of Nevada, Las Vegas, Cambridge University Press, 2005, halaman 16.

“The classical retributive principle of “let the punishment fit the crime” was the primary basic for criminal basic sentencing practices in much of Western Europe in the nineteenth century. This principle of punishment was subsequently modified in neoclassical thought to recognize that some offenders who commit similar offences may be less blameworthy or culpable due to factors outside of their control (e.g., diminished capacity, mental disease, or defect, immaturity). Under this revised retributive theory of just deserts, punishment should fit primarily the moral gravity of the crime and, to a lesser extend, the characteristic of the offender.”

Meski demikian, keberatan utama terhadap pemidanaan yang dialaskan pada azas *retribution* ini adalah karena dianggap menerapkan kelakuan *barbaric* yang sadis dan sangat kejam. Hal yang demikian, adalah sebagaimana dipertanyakan juga oleh H. J. van Schravendijk¹³⁷ yang secara retorik mengatakan, “Apakah pantas, bahwa Pemerintah menjajah kedjahatan orang dengan tjara jang pada umumnja dilarang olehnja sendiri?”

Tujuan pemidanaan yang dibahas terakhir dalam istilah *three “R” and a “D” of punishment* adalah *deterrence*. Kata *deterrence* berasal dari kata *to deter*¹³⁸ yang dalam bahasa Inggris artinya menghalangi atau mencegah. Arnold H. Loewy¹³⁹ membagi pemidanaan untuk tujuan *deterrence* menjadi dua yaitu, *individual deterrence*, dimana konsepnya sama dengan *reformation* yang diarahkan pada apa yang disebut *“precluding further criminal activity by the particular defendant who is before the court. Unlike reformation, it emphasizes the negative.”* Sedangkan *general deterrence* tidak lain adalah untuk mencegah orang lain atau anggota masyarakat lainnya melakukan kejahatan yang sama. Dikatakan, *“general deterrence is that punitive sanctions which are imposed upon one convicted criminal will deter others with similar propensities from engaging in such conduct.”*

Berbeda dengan Loewy maka Terance D. Miethe & Hong Lu¹⁴⁰ menyebut *“three R”* sebagai *retribution, rehabilitation dan restoration*, serta membagi *deterrence* ke dalam empat kategori. Walaupun terdapat perbedaan istilah dalam penyebutan di atas, namun dapat dikatakan bahwa secara umum makna dari *rehabilitation* pada dasarnya sama dengan *reformation*. Akan tetapi yang menarik untuk dibahas secara terpisah disini adalah mengenai *restoration*.

¹³⁷ H. J. van Schravendijk, *Op. Cit*, halaman 15.

¹³⁸ John M. Echols & Hassan Shadily, *Ibid*, halaman 178

¹³⁹ Baca selengkapnya dalam Arnold H. Loewy, *Ibid*, halaman 6-7.

¹⁴⁰ Baca selengkapnya dalam Terance D. Miethe & Hong Lu, *Ibid*, halaman 15-24.

Dikatakan oleh Evelyn Zellere & Joanna B. Cannon,¹⁴¹

"One of the most recent goals of punishment derives from the principles of restoration. As an alternative to other punishment philosophies..., restorative justice fundamentally challenges our way of thinking about crime and justice. The global victims' rights movement is a relatively new phenomenon, but, general roots of restorative justice can be traced back to the early legal system of Western Europe, ancient Hebrew justice, and precolonial African Societies."

Dalam kerangka *restorative justice*, maka sebuah proses penyelesaian yang lebih adil dengan melibatkan korban, pelaku dan masyarakat setempat dilaksanakan untuk memulihkan dan/atau mengembalikan keadaan yang telah tergoncang kepada keadaan sebagaimana sebelum terjadinya perilaku yang merugikan terjadi. Berangkat dari teori pemidanaan restoratif inilah maka pelaku harus bertanggungjawab secara penuh untuk perilaku buruk yang diperbuatnya, dan karena itu wajib memberi restitusi kepada korban. Teori pemidanaan restoratif ini bahkan telah diterima dan diaplikasikan baik dalam sanksi hukum pidana maupun sanksi hukum perdata.

Selanjutnya, kategori pertama dari *deterrence* adalah pencegahan khusus (*specific deterrence*), termasuk efektivitas hukuman pada perilaku khusus dari seseorang pada masa mendatang. Kategori kedua adalah pencegahan umum (*general deterrence*), dimana dikaakan bahwa tujuan hukuman adalah untuk memastikan bahwa hukuman yang dijatuhkan pada seseorang dapat secara umum mencegah orang lain untuk melakukan hal yang sama. Kategori ketiga adalah pencegahan marginal (*marginal deterrence*) yang difokuskan pada efektivitas nisbi dari kategori hukuman yang berbeda, baik pada *general deterrence* maupun pada *specific deterrence*. Dikatakan, "*debates about capital punishment often focus on the marginal deterrence value of life imprisonment compare to the death penalty as a general deterrence for murder.*" Kategori keempat adalah *partial deterrence*, yang merujuk pada suatu situasi dimana hukum memiliki beberapa nilai pencegahan/penghalang sekalipun ancaman hukumannya tidak mengarah kepada adanya perilaku yang patuh pada hukum. Dicontohkan, ketika seseorang merampok dengan senjata dan ia akan menghadapi ancaman hukuman mati, maka orang itu akan memilih untuk mencopet dompet dari seseorang yang lengah. Situasi itu akan dipandang sebagai keberhasilan dari pencegahan parsial atau *partial deterrence*.

¹⁴¹ Terance D. Miethe & Hong Lu, *Op. Cit*, halaman 23.

Akan tetapi Bambang Purnomo¹⁴² tidak sependapat dengan uraian mengenai tujuan hukum pidana dan tujuan pemidanaan sebagaimana dikutip di atas dan mengatakan,

“Memang tidak disangkal adanya kaitan antara tujuan hukum pidana dengan tujuan hukuman atau pidana, yang biasanya diuraikan bersama-sama di dalam satu bab tentang *strafrechtstheorieen*. Apabila mulai menanyakan apa straf itu, maka jawabannya akan tergantung pada aliran dari *strafrechtstheorieen* yang dianutnya. Menurut VOS di dalam *strafrechtstheorieen* terkandung adanya dasar alasan pemidanaan (*de rechtsgrond van de straf in*) disatu pihak, dan tujuan susunan hukum pidana (*maar striven een practische inrichting van het strafrecht na*) di lain pihak, yang masing-masing uraiannya akan sampai pada tujuan pidana dan tujuan hukum pidana.”

Lebih lanjut tentang teori pemidanaan (*strafrechtstheorieen*) dan alirannya di Indonesia, Bambang Purnomo¹⁴³ menguraikan bahwa *strafrechtstheorieen* terdiri atas (a) teori pembalasan atau *absolute theorieen/vergelding theorieen*, (b) teori tujuan atau *relatieve theorieen/doeltheorieen*, dan (c) teori gabungan atau *verenigingstheorieen*. Ketiga teori pemidanaan tersebut dikutip dan disajikan secara ringkas sebagai berikut:

- a. Teori pembalasan ...yang menganggap sebagai dasar hukum dari pidana adalah alam pikiran untuk pembalasan (*vergelding* atau *vergeltung*)... Pada dasarnya aliran pembalasan itu dibedakan atas corak subyektif (*subjective vergelding*) yang pembalasannya ditujukan pada kesalahan si pembuat karena tercela dan corak obyektif (*objective vergelding*) yang pembalasannya ditujukan sekedar pada perbuatan apa yang telah dilakukan orang yang bersangkutan
- b. Teori tujuan ...yang memberikan dasar pikiran bahwa dasar hukum dari pidana adalah terletak pada tujuan pidana itu sendiri. Pidana itu mempunyai tujuan-tujuan tertentu, maka harus dianggap disamping tujuan lainnya terdapat tujuan pokok berupa mempertahankan ketertiban masyarakat (*de handhaving der maatschappelijke orde*). ... aliran-aliran dari teori tujuan:
 1. Prevensi umum (*generale preventie*), tujuan pokok yang hendak dicapai adalah pencegahan yang ditujukan kepada khalayak ramai/kepada semua orang agar tidak melakukan pelanggaran terhadap ketertiban masyarakat.
 2. Prevensi khusus (*speciale preventie*) ... mempunyai tujuan agar pidana itu mencegah si penjahat mengulangi lagi kejahatan.

¹⁴² Bambang Poernomo, *Op. Cit*, halaman 23 – 25. Dikatakan bahwa tujuan hukum pidana atau *strafrechtsholen* mengenal dua aliran untuk maksud dan tujuan dibentuknya peraturan hukum pidana, yaitu: (1) aliran klasik, dan (2) aliran modern. Menurut aliran klasik (*de klassieke school/de klassieke richting*), tujuan susunan hukum pidana itu untuk melindungi kekuasaan penguasa atau negara. Sedangkan aliran modern (*de modern school/de modern richting*) tujuan susunan hukum pidana itu untuk melindungi masyarakat terhadap kejahatan.

¹⁴³ Baca selengkapnya dalam Bambang Poernomo, *Ibid*, halaman 27 sampai dengan 34.

3. Memperbaiki si pembuat (*verbetering van de dader*), tujuan pidana ... adalah untuk memperbaiki sipenjahat agar menjadi manusia yang baik dan *reclassering*. Menjatuhkan pidana harus disertai pendidikan selama menjalani pidana.
 4. Menyingkirkan penjahat (*onshadelijk maken van de misdadiger*) ... penjahat tertentu karena keadaan yang tidak dapat diperbaiki lagi ... maka pidana yang dijatuhkan harus bersifat menyingkirkan dari masyarakat dengan menjatuhkan pidana seumur hidup atau pidana mati.
 5. *Herstel van geleden maatschappelijk nadeel*, tujuan pidana ... mendasarkan pada jalan pikiran bahwa kejahatan itu menimbulkan kerugian yang bersifat ideel ... dan oleh karena itu pidana diadakan untuk memperbaiki kerugian yang terjadi pada masa lalu.
- c. Teori gabungan, bahwa pidana hendaknya didasarkan atas tujuan unsur-unsur pembalasan dan mempertahankan ketertiban masyarakat, yang diterapkan secara kombinasidengan menitikberatkan pada salah satu unsurnya tanpa menghilangkan unsur yang lain, maupun pada semua unsur yang ada.

Khusus tentang tujuan pemidanaan, dalam RUU KUHP Nasional ¹⁴⁴ dilakukan pembaharuan untuk lebih memberi perhatian dan perlindungan terhadap HAM dan martabat manusia sebagai makhluk mulia yang diciptakan Tuhan. Dalam pasal 43 RUU KUHP dirumuskan,

“Pemidanaan bertujuan untuk:

1. mencegah dilakukannya tindak pidana dengan menegakkan norma hukum demi pengayoman masyarakat ;
2. memasyarakatkan terpidana dengan mengadakan pembinaan sehingga menjadikannya orang baik dan berguna ;
3. menyelesaikan konflik yang ditimbulkan oleh tindak pidana, memulihkan keseimbangan dan mendatangkan rasa damai dalam masyarakat ;
4. membebaskan rasa bersalah pada terpidana ;
5. Pemidanaan tidak dimaksudkan untuk menderitakan dan tidak diperkenankan merendahkan martabat manusia.”

Sebenarnya dalam Bab III RUU KUHP Nasional, di bawah judul Pemidanaan, Pidana dan Tindakan ¹⁴⁵ khususnya pasal 51-57, pemikiran tentang delik adat diintrodusir

¹⁴⁴ Marjono Reksodiputro, *Op. Cit*, halaman 73.

¹⁴⁵ Baca juga dalam H. J. van Schravendijk, *Op. Cit*, Bab VI dengan judul Hukuman-Hukuman dan Tindakan-Tindakan, halaman 212 sampai dengan 268. Dalam halaman 261, dikatakan bahwa: “Tindakan, ialah keputusan hakim yang membatasi kemerdekaan orang setjara lain daripada hukuman penjara atau hukuman kurungan. Tindakan itu diambil untuk melindungi masyarakat terhadap mereka yang membahayakan ketertiban hukum. Dengan mempergunakan tindakan itu, mereka dapat dikeluarkan dari masyarakat, disendirikan di sesuatu tempat khusus dimana mereka itu didjaga dan dipaksa melakukan diri secara tertib... Menurut KUHP, ada dua golongan orang terhadap mana Hakim pidana kadang-kadang dapat menjatuhkan sesuatu tindakan, jaitu: (1) mereka yang belum berumur 16 tahun ; dan (2) mereka yang bertjatjat rohani.”

kembali terutama dengan memperhatikan kaidah yang hidup dalam masyarakat adat bahwa kejahatan itu ditujukan kepada individu dan karenanya maka lebih diperlukan pemulihan melalui restitusi oleh pelaku, bukan penghukuman. Tergambar jelas bahwa delik adat dan restitusi oleh pelaku dipandang lebih sesuai dengan konsep *restorative justice*, dimana tujuan pidana dan pemidanaan diarahkan untuk memberi dampak pada direstorasinya kepentingan individu. Pemikiran dan praktek *afdoening buiten process*¹⁴⁶ yang dikemukakan Jan Rummelink memperlihatkan bahwa hukum pidana sesungguhnya dapat dilaksanakan tanpa penjara. Pidana dan pemidanaan dibedakan dengan penuntutan pidana sebagai sarana fungsionalisasi hukum pidana dalam menyelesaikan pelanggaran hukum pidana, tanpa harus berakhir dengan pemenjaraan. Bahkan banyak negara di dunia sekarang ini telah mengembangkan konsep baru yang berbasis pada *restorative justice*, yang disebut sebagai *diversion program*¹⁴⁷ atau pengalihan hukuman.

2.3 Hukum Pidana dan Hukum Administrasi

Hukum pidana mengandung sifat-sifat yang berbeda dari hukum privat atau hukum sipil, dan karenanya digolongkan sebagai hukum publik. Menurut Indroharto¹⁴⁸ hukum publik dan hukum privat memiliki perbedaan sebab “hukum perdata itu cirinya berupa otonomi pihak-pihak dan hukum publik itu ciri khasnya terletak pada asas legalitas.” Kedua kaidah hukum tersebut oleh H. J. van Schravendijk,¹⁴⁹ diidentifikasi sebagai:

“... hukum publik berhubungan dengan keselamatan negara Rumawi; hukum sipil mengenai kepentingan warga khusus, begitulah ajaran Ulpianus, seorang ahli hukum Rumawi yang hidup dalam abad ke-III. Kebanyakan ahli hukum dewasa ini memakai definisi ini sebagai pangkal penjelasan mereka tentang hal ini. Seandainya A melanggar salah satu peraturan pajak sebab ia tidak membayar pajaknya, maka ia merugikan perbendaharaan Negara; terangnya hal ini berhubungan dengan keselamatan negara, jadi peraturan pajak itu termasuk hukum publik. Akan tetapi jika A melanggar kaidah jual-beli dengan tidak membayar harga barang yang dibelinya dari B, maka negara tidak rugi, tidak ada suatu kepentingan umum yang kena. Karena itu kaidah jual-beli, yang melindungi kepentingan khusus penjual dan pembeli, dianggap sebagai hukum sipil.”

¹⁴⁶ Jan Rummelink, *Op. Cit.*, halaman 442-450.

¹⁴⁷ Menurut *Black's Law Dictionary* halaman 511, *diversion program in Criminal Law is a program that refers certain criminal defendants before trial to community program on job training, education and the like, which if successfully completed may lead to the dismissal of the charge*

¹⁴⁸ Indroharto, **Usaha Memahami Undang-Undang Tentang Peradilan Tata Usaha Negara**, Buku I, Beberapa Pengertian Dasar Hukum Tata Negara, Penerbit Pustaka Sinar Harapan, Jakarta, 2002, hal. 79.

¹⁴⁹ H. J. van Schravendijk, *Op. Cit.*, halaman 12. Bandingkan dengan R. Tresna, *Op. Cit.*, halaman 16-17

Mengulas lebih jauh tentang hukum publik dan hukum sipil, H. J. van Schravendijk¹⁵⁰ menambahkan,

“Kaidah-kaidah hukum publik dan hukum sipil berbeda djuga dalam hal bagaimana dilaksanakannya. Pemerintah sebagai pelindung kepentingan umum mempertahankan dengan *langsung* kaidah-kaidah hukum publik, akan tetapi kepentingan-kepentingan khusus yang diatur oleh hukum sipil baru dipertahankan oleh pemerintah atas permintaan mereka yang berkepentingan... Hukum publik, ialah segala kaidah-kaidah hukum yang mengatur kepentingan umum dan yang boleh dilaksanakan dengan langsung oleh pemerintah. Hukum sipil, ialah segala kaidah-kaidah hukum yang mengatur kepentingan orang khusus dan yang baru boleh dilaksanakan oleh pemerintah atas permintaan mereka yang berkepentingan.

Hukum publik memiliki obyek yang sangat luas, selain hukum pidana, hukum publik meliputi juga hukum tata negara dan hukum tata usaha negara atau hukum administrasi negara. Semua bidang hukum tersebut, mengandung norma-norma atau kaidah dan aturan mengenai hubungan hukum antara warga masyarakat dengan negara atau lebih tepat dikatakan pemerintah. Hukum pidana dengan sanksi pidana, dan hukum administrasi dengan sanksi administrasi. Di sisi yang lain, hukum administrasi adalah bidang hukum yang didalam dirinya sendiri telah mencakup ruang lingkup yang sangat luas, termasuk dan tidak terbatas hanya pada hukum pajak, perbankan, pasar modal, perlindungan konsumen, lingkungan, kesehatan, pendidikan, kesejahteraan sosial, narkotika, lalulintas, tata ruang, agraria perburuhan.

Menurut *Black's Law Dictionary*, sebagaimana dalam Barda Nawawi Arief¹⁵¹ mengatakan bahwa bidang hukum administrasi dikatakan sangat luas karena *administrative law* merupakan “*Body of law created by administrative agencies in the form of rules, regulatios, orders, and decisions to carry out regulatory powers and duties of such agencies*” atau yang diterjemahkan oleh BardaNawai Arief sebagai “Seperangkat hukum yang diciptakan oleh lembaga administrasi dalam bentuk undang-undang, peraturan-peraturan, perintah, dan keputusan-kepuusan untuk melaksanakan kekuasaan dan tugas-tugas pengaturan/ mengatur dari lembaga yang bersangkutan.”

¹⁵⁰ H. J. van Schravendijk, *Ibid*, halaman 13

¹⁵¹ Barda Nawawi Arief, **Kapita Selektta Hukum Pidana**, Penerbit PT. Citra Aditya Bakti, Bandung, 2010, halaman 13.

Lebih lanjut Barda Nawawi Arief¹⁵² mengatakan bahwa hukum administrasi¹⁵³ pada hakekatnya adalah tentang hukum yang mengatur atau hukum pengaturan (*regulatory rules*) yaitu hukum yang dibuat dalam melaksanakan kekuasaan mengatur / pengaturan (*regulatory power*). Hukum pidana administrasi, oleh karena itu sering disebut pula hukum pidana mengenai pengaturan atau hukum pidana dari aturan-aturan (*ordnungstrafrecht/ ordeningstrafrecht*).¹⁵⁴ Oleh karena luasnya obyek pengaturan yang harus dikandung dalam hukum publik pada umumnya dan hukum administrasi negara khususnya, maka sudah barang tentu undang-undang tidak dapat menampung semua peraturan itu.

Pengaturan yang lebih terperinci, kiranya mesti diberikan kewenangan pembuatannya kepada organ pemerintahan negara yang berada di tingkat yang lebih operasional, seperti lembaga pemerintah baik departemen dan non-departemen, maupun pemerintah daerah, baik ditingkat provinsi maupun kabupaten dan kota. Diharapkan bahwa dengan pemberian kewenangan membuat peraturan perundang-undangan kepada perangkat pemerintahan yang lebih operasional dan/atau kepada pemerintah di daerah, maka norma hukum yang diciptakan lebih sesuai dengan kondisi riil masyarakat setempat, dan dengan demikian dapat menjawab serta menyelesaikan permasalahan yang ada.

¹⁵² Barda Nawawi Arief, *Op. Cit*, halaman 14-15.

¹⁵³ Yan Pramadnya Puspa dalam **Kamus Hukum Edisi Lengkap** yang diterbitkan oleh CV. Aneka Ilmu Semarang, 1977, halaman 36 dihubungkan dengan halaman 24 mengatakan, "*Administratief Recht / Hukum Administrasi / Hukum Tata Usaha Negara / Hukum Tata Usaha Pemerintahan / Adminsitration of Law* adalah hukum yang mengatur kewenangan badan-badan dengan lembaga-lembaga pemerintahan baik dalam bentuk tertulis ataupun tidak tertulis yang berbentuk keseluruhan ketentuan-ketentuan hukum. Dihubungkan dengan *Abus d' Assurances*, yaitu pelanggaran dari pihak warga negara terhadap badan pemerintah yang menjalankan fungsinya; selanjutnya dikatakan bahwa Hukum Administrasi Negara atau Hukum Tata Usaha Negara Pemerintahan memiliki 3 prinsip ketentuan hukum yang berlaku secara tidak tertulis: (1) Tiap-tiap badan pemerintahan tidak boleh menyalahgunakan kekuasaan (*mijdsbruik van macht*) untuk tujuan lain. Pelanggaran terhadap larangan kesatu ini disebut *detournement de pouvoir*. (2) Setiap anggota warga negara tidak boleh menghalang-halangi, mengganggu atau merintangangi tindakan-tindakan tiap badan pemerintahan dengan menyalahgunakan fungsinya/jaminan-jaminan yang ada padanya. Pelanggaran terhadap prinsip ini disebut *abus d' assurances*. (3) Masing-masing badan pemerintahan dalam menjalankan fungsinya tidak dibenarkan saling melanggar kedaulatan badan pemerintahan lainnya. Pelanggaran terhadap prinsip ini disebut *usurpatie kekuasaan*."

¹⁵⁴ Merujuk pada Ruslan Saleh dalam bukunya berjudul **Beberapa Azas-Azas Hukum Pidana**, Penerbit Aksara Baru, Jakarta, 1981, halaman 53-54 ; Barda Nawai Arief mengatakan "... karena istilah hukum administrasi terkait juga dengan *tata pemerintahan* (sehingga istilah hukum administrasi negara sering juga disebut hukum tata pemerintahan maka istilah hukum pidana administrasi juga ada yang menyebutnya sebagai hukum pidana pemerintahan sehingga dikenal pula istilah "*Verwaltungsstrafrecht*" (*verwaltungs* = administrasi/pemerintahan) dan "*Bestuursstrafrecht*" (*bestuur* = pemerintahan)."

Konsekuensi logis dari adanya pemberian wewenang untuk membentuk peraturan perundang-undangan seperti yang dimaksud di atas itu menyebabkan peraturan perundang-undangan hukum publik menjadi bertingkat-tingkat sesuai dengan otorisasi dari lembaga negara yang membuat dan menetapkan peraturan perundang-undangan tersebut. Sedemikian itu, maka perlu kiranya dilihat ketentuan mengenai hirarki peraturan perundang-undangan yang ada di Indonesia.¹⁵⁵ Sejak merdeka hingga kini, Indonesia telah mengalami tiga kali perubahan hirarki/tata urutan peraturan perundang-undangan yang berlaku, yaitu (1) Tata urutan peraturan perundang-undangan menurut Ketetapan Majelis Permusyawaratan Rakyat Sementara Republik Indonesia (TAP MPRS RI) Nomor XX/MPRS/1966, (2) Tata urutan peraturan perundang-undangan menurut Ketetapan Majelis Permusyawaratan Rakyat Republik Indonesia (TAP MPR RI) Nomor III/MPR/2000, dan yang terakhir adalah (3) Tata urutan peraturan perundang-undangan menurut Undang-Undang Nomor 10 Tahun 2004.

Menurut TAP MPRS RI Nomor XX/ MPRS/ 1966 tentang Sumber Tertib Hukum dan Tata Urutan Perundangan Republik Indonesia, ditetapkan dua hal, yakni (1) Pancasila sebagai sumber dari segala sumber hukum dan (2) Sumber hukum negara RI dimana yang menempati hirarki teratas dari peraturan perundang-undangan di Indonesia adalah UUD 1945, kemudian disusul oleh Ketetapan MPR, Undang-Undang/PERPPU, Peraturan Pemerintah, Keputusan Presiden (*einmalig*), dan Peraturan Pelaksanaan lainnya, yaitu Peraturan Menteri, Instruksi Menteri, dan lain-lainnya.

Melalui TAP MPR RI Nomor III/MPR/2000, maka hirarki/tata urutan peraturan perundang-undangan di Indonesia diubah sehingga secara berurutan menjadi: (1) UUD 1945, (2) Ketetapan MPR, (3) Undang-Undang dan/atau Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang (PERPPU), (4) Peraturan Pemerintah, (5) Keputusan Presiden dan (6) Peraturan Daerah. Terlihat jelas bahwa berdasarkan TAP MPR Nomor III / MPR / 2000, maka telah terjadi perubahan paradigma baru. Sebelumnya Peraturan Daerah tidak

¹⁵⁵ Baca selanjutnya dalam Harry Alexander, *Panduan Peraturan Daerah di Indonesia*, Penerbit PT. XSYS Solusindo, Jakarta, 2004, halaman 22. Sebenarnya hirarki yang ada didasarkan pada *Stufenbau Theory* yang dicetuskan oleh Hans Nawiasky dan dikembangkan Hans Kelsen, yang melahirkan beberapa azas hukum terkenal yakni: (1) Azas *lex superior derogat legi inferior*, yaitu bahwa undang-undang yang lebih tinggi tingkatannya mengenyampingkan undang-undang yang lebih rendah, (2) Azas *lex specialis derogat legi generale*, yaitu bahwa undang-undang yang bersifat khusus mengenyampingkan undang-undang yang bersifat umum, (3) Azas *lex posterior derogat legi priori*, yaitu bahwa undang-undang yang lahir kemudian mengenyampingkan undang-undang yang terdahulu, jika materi muatan perundangan tersebut sama.

mendapat tempat dalam tata urutan peraturan perundang-undangan di Indonesia akan tetapi sejak amandemen II UUD 1945, khususnya pasal 18 memberi alas konstitusional bagi PERDA hal mana berbarengan dengan itu, Keputusan Menteri ditiadakan dari tata urutan peraturan perundang-undangan yang ada. Kemudian, pada tahun 2004, yaitu sejak berlakunya UUP3 *ex* pasal 7 ayat (1) maka hirarki peraturan perundang-undangan di Indonesia diatur dan ditetapkan berturut-turut, terdiri atas, (1) Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, (2) Undang-Undang/Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang (PERPPU), (3) Peraturan Pemerintah, (4) Peraturan Presiden, dan (5) Peraturan Daerah.

Walaupun dalam sejarah hukum pidana Indonesia, Peraturan Pemerintah (PP) ¹⁵⁶ pernah mengatur tentang ketentuan pidana beserta sanksi pidana didalamnya, namun secara umum dapat dikatakan bahwa peraturan perundang-undangan yang dapat memuat ketentuan pidana dan sanksi pidana hanyalah undang-undang saja. Setelah Peraturan Daerah dimasukkan dalam tata urutan peraturan perundang-undangan menurut UUP3, maka kemudian dinyatakan bahwa Peraturan Daerah dapat mengatur sanksi pidana didalamnya, kendati hanya bersifat alternatif. ¹⁵⁷

Teori hukum pidana klasik menyatakan bahwa pada dasarnya perbuatan pidana atau perbuatan yang dapat dipidana dan/atau perbuatan yang perlu dikriminalisasi adalah segala perbuatan, tindakan dan kelakuan manusia yang sejak semula telah mengadung didalam dirinya sifat-sifat jahat atau *mala in se*, ¹⁵⁸ bersumber pada aspek moral dan moralitas yang dianut dalam suatu masyarakat. Meskipun demikian, tidak dapat disangkal bahwa dalam kehidupan bersama sebagai komunitas, nilai-nilai moral dan moralitas bergeser mengikuti perkembangan zaman sehingga perlu untuk diatur pula mengenai hubungan antar masyarakat. Demikian pula untuk kepentingan hukum publik pada umumnya dan hukum administrasi negara khususnya diperlukan adanya pengaturan dan

¹⁵⁶ Lihat selengkapnya dalam Peraturan Pemerintah Nomor 9 Tahun 1975 tentang Pelaksanaan UU Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan *ex* Bab IX pasal 45.

¹⁵⁷ Bandingkan dengan UU Nomor 10 Tahun 2004 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan *ex* pasal 14, yang berbunyi "Materi muatan mengenai ketentuan pidana hanya dapat dimuat dalam undang-undang dan Peraturan Daerah."

¹⁵⁸ Lihat misalnya dalam Terance D. Miethe & Hong Lu, *Punishment-A Comparative Historical Perspectives*, *Op. Cit*, halaman 194. Dikatakan, "*Mala in se crimes are wrong in and of themselves and are said to violate widely held public standards of morality.*"

sanksi hukum pidana dan karena itu dikenallah *mala prohibita*,¹⁵⁹ artinya sesuatu yang memiliki sifat jahat atau buruk karena dilarang dalam peraturan perundang-undangan.

Melihat kembali batasan tentang hukum publik pada umumnya dan menguraikan hubungan antara hukum pidana dan hukum administrasi sebagaimana telah diutarakan oleh H. J. van Schravendijk, ternyata definisi tersebut telah diterima secara merata oleh para sarjana hukum, karena menurut ukuran-ukuran yang umum, maka “hubungan hukum yang teratur dalam hukum pidana, adalah sedemikian rupa, bahwa titik berat berada tidak pada kepentingan seorang individu, tetapi pada kepentingan orang-orang banyak yang juga dapat dinamakan kepentingan umum.”¹⁶⁰ Dikatakan bahwa sifat hukum pidana yang demikian itu nampak ketika hukum pidana dilanggar, maka penuntutannya tidak tergantung pada korban sebagai pihak yang dirugikan melainkan pada negara dalam hal ini penegak hukum sebagai wakil dari pemerintah, kecuali untuk beberapa hal seperti tindak pidana perzinahan yang disebut sebagai delik aduan (*klacht delik*). Demikianlah, hukum pidana pada umumnya adalah hukum publik. Perihal korelasi antara hukum pidana dan hukum administrasi, dan/atau hukum pidana administrasi. Sudarto,¹⁶¹ mengatakan:

”delik-delik administratif artinya delik-delik yang merupakan pelanggaran terhadap usaha pemerintah untuk mendatangkan kesejahteraan atau ketertiban masyarakat, ialah apa yang dinamakan ”*regulatory offences*” atau ”*ordnungsdelikte*,” dapat dibenarkan untuk diatur dalam undang-undang tersendiri, dengan kemungkinan adanya penyimpangan dari azas-azas umum hukum pidana dan dari hukum acara pidana yang umum. Namun penyimpangan-penyimpangan itu tidak boleh mendatangkan ketidakpastian hukum, yang dapat berakibat adanya rasa tidak tenteram dalam masyarakat, dan juga tidak boleh mengakibatkan politik kriminal dari negara tidak efektif, karena adanya kesimpangsiuran dalam penegakan hukumnya.”

Berdasarkan definisi yang dikemukakan oleh Sudarto dan merujuk pada definisi dari *administrative crime* dalam *Black's Law Dictionary*¹⁶² maka selanjutnya Barda Nawai Arief mengatakan,

¹⁵⁹ Lihat lagi dalam Terance D. Miethe & Hong Lu, *Punishment-A Comparative Historical Perspectives, Ibid*, halaman 194. Dikatakan bahwa: “*Mala prohibita crimes are considered wrong simply because some legal body deems them as illegal. For those offence there is not necessary a share consensus about the moral gravity or seriousness of the fact, but they are defined as illegal for a variety of different reason.*”

¹⁶⁰ Wirjono Prodjodikoro, *Op. Cit*, halaman 14.

¹⁶¹ Sudarto, **Kapita Selektta Hukum Pidana**, Penerbit Alumni, Bandung, 1981, halaman 68.

¹⁶² Lihat selengkapnya dalam *Blasck's Law Dictionary, Op. Cit*, halaman 45.

”... hukum pidana administrasi pada hakekatnya merupakan perwujudan dari kebijakan menggunakan hukum pidana sebagai sarana untuk menegakkan / melaksanakan hukum administrasi. Jadi, merupakan bentuk fungsionalisasi/ operasionalisasi/ instrumentalisasi hukum pidana di bidang hukum administrasi. Mengingat begitu luasnya bidang hukum administrasi seperti dikemukakan di atas, maka dapat diperkirakan demikian banyak hukum pidana digunakan didalam berbagai aturan administrasi.”¹⁶³

Pelbagai defenisi tentang hukum publik, hukum pidana dan hukum administrasi yang dikemukakan di atas, menunjukkan salah satu unsur esensial dari hukum pidana, yaitu adanya peraturan perundang-undangan yang berisi larangan dan/atau keharusan yang mesti ditaati oleh warga masyarakat disertai dengan ancaman hukuman dan tatacara penjatuhan hukuman atas sanksi tersebut. Adanya peraturan perundangan yang telah dengan sengaja dibuat, merupakan prinsip utama dalam hukum pidana, sebagaimana asas¹⁶⁴ *nullum crimen sine lege* dan *nullum poena sine lege*, yang melahirkan asas legalitas.

Labih jauh tentang azas *nullum crimen sine lege* dan *nullum poena sine lege*, Andi Hamzah¹⁶⁵ mengatakan,

“Azas legalitas yang tercantum di dalam pasal 1 ayat 1 KUHP, kalau kata-katanya yang asli di dalam bahasa Belanda disalin ke dalam bahasa Indonesia kata demi kata maka akan berbunyi: “Tiada suatu perbuatan (*feit*) yang dapat dipidana selain berdasarkan ketentuan perundang-undangan pidana yang mendahuluinya.” Perlu pula diperhatikan bahwa dengan istilah *feit* itu disalin orang juga dengan kata “peristiwa,” karena dengan istilah *feit* itumeliputi baik perbuatan yang melanggar sesuatu yang dilarang oleh hukum pidana maupun mengabaikan sesuatu yang diharuskan.”

Perkataan ‘berdasarkan ketentuan perundang-undangan pidana’ dalam rumusan yang dibuat oleh Andi Hamzah di atas, adalah sesuai benar dengan apa yang dikemukakan oleh D. Schaffmeister, N. Keijer dan Mr. E. PH. Sutorius,¹⁶⁶

¹⁶³ Barda Nawawi Arief, *Op. Cit*, halaman 15.

¹⁶⁴ Hubungkan dengan catatan kaki nomor 38-halaman 21 dan catatan kaki nomor 83-halaman 39. Disebut *nulla poena sine lege praevia*, atau *nullum crimen sine lege stricta* atau selengkapnya dikemukakan oleh Paul Johann Anselm von Feuerbach (1775-1833) seorang pakar hukum pidana Jerman: *nullum delictum, nulla poena sine previa lege poenale*.

¹⁶⁵ Andi Hamzah, *Op. Cit*, halaman 39.

¹⁶⁶ D. Schaffmeister, N. Keijer, E. PH. Sutorius, *Op. Cit*, halaman 14-15.

”Yang dimaksud dengan undang-undang disini adalah undang-undang dalam arti formal. Pembentuk undang-undang yang lebih rendah dapat membuat peraturan pidana selama diijinkan oleh pembentuk undang-undang formal, tetapi tidak boleh menciptakan pidana lain selain dari yang ditentukan oleh undang-undang dalam arti formal....Pembentuk undang-undang yang lebih rendah dapat membuat peraturan pidana (dalam batas-batas yang ditentukan undang-undang dalam arti formal) tetapi tidak dapat membentuk peraturan acara pidana...Dengan demikian, peraturan acara pidana sama diseluruh negara.”

Sambil mengkonstatir pelbagai pendapat yang telah dikemukakan oleh Van Poelje, Pompe dan Utrech tentang pembagian hukum pidana dengan dan berdasarkan berbagai kriteria maka Andi Hamzah, ”menganjurkan istilah baru yaitu perundang-undangan pidana umum dan perundang-undangan pidana khusus”¹⁶⁷ dengan mana pembagian lebih ditekankan pada undang-undangnya, bukan berdasarkan hukum pidananya. Lebih jauh tentang pembagian perundang-undangan pidana, Andi Hamzah¹⁶⁸ mengatakan:

”Perundang-undangan pidana umum ialah KUHP beserta semua perundang-undangan yang mengubah dan menambah KUHP itu, sedangkan perundang-undangan pidana khusus ialah semua perundang-undangan di luar KUHP beserta perundang-undangan pelengkapannya, baik perundang-undangan pidana maupun yang bukan pidana tetapi bersanksi pidana. ... Dapat dikatakan bahwa hukum pidana dapat dibagi atas hukum pidana yang dikodifikasikan dan hukum pidana yang tidak dikodifikasikan. Yang dikodifikasikan, artinya yang dimuat dalam Kitab Undang-Undang, sedangkan yang tidak dikodifikasikan, yaitu yang tersebar di luar kodifikasi dalam perundang-undangan tersendiri. Dengan demikian, hukum pidana materil yang dikodifikasikan tercantum dalam KUHP, sedangkan yang tidak terkodifikasikan tersebar diluar KUHP. Begitu pula hukum pidana formel (acara pidana) yang dikodifikasikan tercantum di dalam KUHP, sedangkan yang tidak dikodifikasikan tersebar dalam perundang-undangan di luar KUHP.”

Mengenai sanksi dalam hukum pidana administratif, pencermatan Barda Nawai Arief menemukan “tidak adanya keseragaman pola formulasi kebijakan penal”¹⁶⁹ dalam beberapa ketentuan pidana yang mengandung hukum administrasi. Identifikasi tersebut disimpulkan, antara lain setelah menemukan:¹⁷⁰

¹⁶⁷ Andi Hamzah, *Op. Cit*, halaman 10-13.

¹⁶⁸ Andi Hamzah, *Ibid*, halaman 13-14.

¹⁶⁹ Barda Nawawi Arief, Kapita Selekta Hukum Pidana, *Op. Cit*, halaman 16.

¹⁷⁰ Barda Nawawi Arief, Kapita Selekta Hukum Pidana, *Ibid*, halaman 17-18.

- a. Ada yang menganut “*double track system*” (pidana dan tindakan), ada yang “*single track system*” (hanya sanksi pidana), dan bahkan ada yang “semu” (hanya menyebut sanksi pidana tetapi mengandung/terkesan sebagai sanksi tindakan).
- b. Dalam hal menggunakan sanksi pidana, ada yang hanya pidana pokok dan ada yang menggunakan pidana pokok dan pidana tambahan.
- c. Dalam hal menggunakan pidana pokok, ada yang hanya menggunakan pidana denda, dan ada yang menggunakan pidana penjara/kurungan dan denda; bahkan ada yang diancam dengan pidana mati atau penjara seumur hidup (misalnya UU Nomor 31 Tahun 1964 tentang Tenaga Atom).
- d. Perumusan sanksi pidananya bervariasi (ada tunggal, kumulasi, alternatif, dan gabungan kumulasi alternatif)
- e. Ada yang menggunakan pidana minimal (khusus) dan ada yang tidak.
- f. Ada sanksi administratif yang berdiri sendiri, tetapi ada juga yang dioperasionalkan dan diintegrasikan ke dalam sistem pidana/pemidanaan.
- g. Dalam hal sanksi administrasi berdiri sendiri, ada yang menggunakan istilah “sanksi administrasi” (misalnya, Undang-Undang Perlindungan Konsumen, Undang-Undang Pasar Modal, serta Undang-Undang Perbankan) dan ada yang menggunakan istilah “tindakan administratif” (misalnya, Undang-Undang Antimonopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat).
- h. Dalam hal sanksi administratif dioperasionalkan melalui sistem pidana, ada yang menyebutnya (dimasukkan) sebagai “pidana tambahan” dan ada yang menyebutnya sebagai “tindakan tata tertib” atau “sanksi administratif.”
- i. Ada “pidana tambahan” yang terkesan sebagai (mengandung) “tindakan,” dan sebaliknya ada sanksi “tindakan” yang terkesan sebagai (mengandung) “pidana tambahan.”
- j. Ada yang mencantumkan “korporasi” sebagai subyek tindak pidana dan ada yang tidak; dan ada yang memuat ketentuan pertanggungjawaban pidananya dan ada yang tidak.
- k. Ada yang menyebutkan kualifikasi deliknya (“kejahatan” atau “pelanggaran”), ada yang tidak (misalnya, Undang-Undang Nomor 31 Tahun 1964; Undang-Undang Nomor 4 Tahun 1992, Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999; Undang-Undang Nomor 8 tahun 1999); bahkan ada undang-undang yang semula mencantumkan pasal mengenai kualifikasi deliknya, tetapi kemudian dalam perubahan undang-undang, pasal itu dihapuskan (misalnya, Undang-Undang Nomor 9 Tahun 1994 menghapus pasal 42 Undang-Undang Nomor 6 tahun 1983).

Mengenai sanksi hukum pidana administratif (*bestuursstrafrecht*) yang pada dasarnya bersumber dari hubungan antara pemerintah dan warga, Jan Rammelink¹⁷¹ mengatakan bahwa sanksi tersebut secara formal, dapat dijatuhkan tanpa melalui penuntutan dari Jaksa dan penjatuhan hukuman oleh Hakim. Disisi lain, melihat sifat dan sistem yang dianut maka dibagi hukum pidana administrasi atas:

¹⁷¹ Baca selengkapnya dalam Jan Rammelink, Hukum Pidana, *Op. Cit*, halaman 15-17.

1. Sanksi yang memiliki tujuan *punitif* yakni sanksi yang dimaksudkan untuk mengenakan nestapa kepada pelanggarnya. Karena didasarkan atau lebih ditekankan pada *punitivisme* maka unsur kesalahan menjadi penting untuk diperhatikan.
2. Sanksi *situatif* yang berkenaan dengan adanya situasi tertentu dan karenanya mempunyai tujuan untuk memperbaiki situasi yang tertentu itu demi kepentingan pemerintah. Dalam hal yang demikian ini, unsur kesalahan tidak begitu penting.

Bahasan di atas memperlihatkan bahwa Peraturan Daerah termasuk dan merupakan peraturan perundangan di bidang hukum administrasi negara dan/atau hukum tata pemerintahan yang dapat bersanksi pidana. Di sisi lain menunjukkan bahwa hukum pidana adalah hukum sanksi istimewa, karena merupakan *ultimum remedium*¹⁷² jika sanksi hukum lain seperti sanksi administratif dan sanksi perdata tidak dapat lagi diandalkan. Perihal sanksi administratif, sanksi pidana, sanksi pidana administratif dalam Peraturan Daerah, akan dibahas dalam bab 3.

¹⁷² Baca selengkapnya dalam P.A.F. Lamintang, *Op. Cit*, halaman 17. Dikatakan bahwa perkataan *ultimum remedium* dipergunakan pertama kali oleh Menteri Kehakiman Belanda, Mr. Modderman, bahwa yang dapat dihukum mestinya adalah pelanggaran-pelanggaran hukum yang menurut pengalaman tidaklah dapat ditiadakan dengan cara-cara yang lain. Prinsip *ultimum remedium* menghendaki agar hukuman itu, hendaklah merupakan suatu upaya yang terakhir. Disini *ultimum remedium* perlu dibedakan dengan *primum remedium* yang berarti pilihan pertama dan utama.

BAB 3

KEBIJAKAN KRIMINAL DAN KRIMINALISASI DALAM HUKUM PIDANA

3.1 Kebijakan Penanggulangan Pidana

Sebelum lebih jauh membahas tentang kebijakan hukum pidana, terlebih dahulu perlu ditegaskan kembali makna dari istilah kebijakan yang dalam bahasa Indonesia mengandung kemiripan dengan kata kebijaksanaan dan karena itu sering dipergunakan secara keliru, baik karena dianggap memiliki kesamaan makna maupun karena sering dipertukarkan maknanya. Walaupun dalam bahasa Indonesia kata kebijakan dan kebijaksanaan memiliki kemiripan lafal dan penulisan namun pada hakekatnya keduanya mengandung makna yang sangat berbeda. Kata kebijakan dipersamakan dengan – dan merupakan terjemahan dari – kata *policy* dalam bahasa Inggris atau *politiek* dalam bahasa Belanda, sedangkan kata kebijaksanaan atau kebijaksanaan dipersamakan dengan kata *wisdom* dalam bahasa Inggris.¹⁷³

Kebijakan hukum pidana, bagaimanapun harus diletakkan dalam kerangka kebijakan hukum pada umumnya, dan/atau kebijakan pembangunan (hukum) nasional dalam negara kesatuan Republik Indonesia. “Negara Indonesia adalah negara hukum,” demikian bunyi dari penjelasan atas naskah asli UUD 1945 khususnya tentang sistem pemerintahan negara. Pernyataan konstitusional tersebut, kemudian di pertegas, diperbaharui dan ditempatkan kembali dalam pasal 1 ayat (3) UUD 1945 amendemen ketiga pada tanggal 10 November 2010. Pencantuman bentuk pemerintahan dalam undang-undang dasar atau konstitusi merupakan wujud dari prinsip negara hukum, yaitu bahwa harus ada pembatasan kekuasaan pemerintah agar tidak sewenang-wenang. Agar pembatasan

¹⁷³ Hikmahanto Juwana, dalam tulisan berjudul **Ihwal Kriminalisasi Kebijakan** yang dimuat di kolom Opini, Kompas, Rabu 27 Januari 2010 halaman 5 mengatakan, ”...Kebijakan (*policy*) berbeda dengan kebijaksanaan meski keduanya terkait dengan pengambilan keputusan. Kebijakan merupakan basis untuk pengambilan keputusan, sedangkan kebijaksanaan merupakan keputusan yang bersumber dari diskresi yang dimiliki pejabat yang berwenang. Dalam konteks kenegaraan, kebijakan dapat bersifat umum ataupun khusus. Kebijakan yang bersifat umum, antara lain, kebijakan luar negeri, kebijakan pertahanan, kebijakan fiskal, dan kebijakan pemberantasan korupsi. Kebijakan yang bersifat khusus, antara lain, kebijakan rekonstruksi pasca tsunami, penyaluran subsidi kepada orang yang berhak, dan kebijakan ujian nasional. Sementara kebijaksanaan secara sederhana dapat dicontohkan sebagai polisi yang mengarahkan lalu lintas untuk berjalan melawan arus yang seharusnya. Tujuannya adalah untuk mengurangi kemacetan. Apa yang dilakukan oleh polisi tersebut tentu melanggar hukum. Namun, atas dasar diskresi yang dimiliki, polisi sebagai pejabat yang berwenang diperbolehkan untuk membuat kebijaksanaan yang melanggar aturan demi kemaslahatan yang besar...”

kekuasaan pemerintah memiliki landasan hukum yang kuat maka harus dicantumkan dalam undang-undang dasar. Perumusan yuridis dari prinsip-prinsip ini dikenal dengan istilah *rechtsstaat* (negara hukum) dan *rule of law*.¹⁷⁴ Secara singkat dapat dikatakan bahwa prinsip negara hukum menghendaki agar hukum dijadikan sebagai panglima¹⁷⁵ dalam kehidupan berbangsa dan bernegara disatu pihak, dan bersamaan dengan itu, ada penghargaan serta perlindungan terhadap Hak Azasi Manusia (HAM), dipihak yang lain.

Tujuan negara Indonesia adalah melindungi segenap warga negara Indonesia dan seluruh tumpah darah Indonesia serta menjamin kesejahteraan bagi semua warga negara. Untuk memenuhi tujuan tersebut, negara melaksanakan pembangunan nasional yang menyentuh segala bidang serta seluruh peri kehidupan warga negara, lahir dan bathin, jasmani dan rohani. Setiap bidang pembangunan termasuk bidang hukum mempunyai arah dan kebijakan khusus sehingga upaya pembangunan diarahkan pada pencapaian tujuan-tujuan khusus demi mencapai tujuan pembangunan nasional pada umumnya.

Arah dan kebijakan pembangunan nasional pada umumnya dan pembangunan hukum khususnya, dapat ditelusuri dalam pelbagai dokumen yang menguraikan mengenai arah pembangunan nasional seperti¹⁷⁶ Garis-Garis Besar Haluan Negara (GBHN) dan/atau yang sekarang ini telah diganti dengan Rencana Pembangunan Jangka Panjang (RPJP). Sebagaimana telah diketahui, RPJP sekarang ini telah ditetapkan dengan UU Nomor 25 Tahun 2004 tentang Sistem Perencanaan Pembangunan Nasional dan UU Nomor 17 Tahun 2007 tentang Rencana Pembangunan Jangka Panjang Nasional Tahun 2005-2025. Selain itu, secara khusus ada Rencana Pembangunan Jangka Menengah yang ditetapkan

¹⁷⁴ Baca selengkapnya dalam Miriam Budiardjo, **Dasar-Dasar Ilmu Politik**, Penerbit Gramedia Pustaka Utama, Jakarta, 2003, halaman 51-52.

¹⁷⁵ Baca selengkapnya dalam Charles Himawan, **Hukum Sebagai Panglima**, Penerbit Buku Kompas, Jakarta, Cetakan Kedua, Januari 2006.

¹⁷⁶ Baca selengkapnya dalam Satya Arinanto, **Politik Pembangunan Hukum Nasional dalam Era Pasca Reformasi**, makalah yang disampaikan sebagai pengantar diskusi dengan tajuk "Visi Indonesia 2030" yang diselenggarakan oleh Yayasan Indonesia Forum, Jakarta, 2007. GBHN adalah haluan Negara dalam garis-garis berisi, berisi rencana pembangunan nasional setia lima tahun baik pada masa Orde Lama maupun pada masa Orde Baru. Pada masa Orde Baru, GBHN merupakan landsana pembangunan nasional yang disebut Rencana Pembangunan Lima Tahun (REPELITA), dan dalam konteks ini merupakan salah satu sumber terpenting untuk meninjau politik hukum dalam arti *legal policy*. Perubahan dari GBHN adalah mengikuti perkembangan ketatanganan Indonesia melalui amendement UUD 1945, dimana kekuasaan tertinggi adalah ditangan rakyat, bukan di tangan MPR maka semenjak tahun 2004, MPR hasil Pemilihan umum Tahun 2004 tidak lagi menetapkan GBHN. Oleh karena itu maka salah satu sumber untuk menganalisis politik pembanguna hukum nasional pasca amendemen UUD 1945 I-IV adalah Rencana Pembangunan Jangka Panjang (RPJP) dan Rencana Pembanguna Jangka Menengah Nasional (RPJMN).

dalam Peraturan Presiden Republik Indonesia (PERPRES) Nomor 7 Tahun 2005 tentang Rencana Pembangunan Jangka Menengah Nasional (RPJMN) Tahun 2004-2009.

Menurut RPJMN 2005-2025¹⁷⁷ maka arah dan tahapan pembangunan hukum nasional antara lain difokuskan pada aspek reformasi hukum dan birokrasi. Sedangkan berkaitan dengan politik pembangunan hukum nasional¹⁷⁸ maka arah kebijakan yang ditetapkan dalam PERPRES Nomor 7 Tahun 2005 adalah:

1. Menata kembali substansi hukum melalui peninjauan dan penataan kembali peraturan perundang-undangan untuk memperhatikan tertib perundang-undangan dengan memperhatikan asas umum dan hirarki perundang-undangan, dan menghormati serta memperkuat kearifan lokal dan hukum adat untuk memperkaya sistem hukum dan peraturan melalui pemberdayaan yurisprudensi sebagai bagian dari upaya pembaharuan materi hukum nasional.
2. Melakukan pembenahan struktur hukum melalui penguatan kelembagaan dengan meningkatkan profesionalisme hakim dan staf peradilan serta kualitas peradilan yang terbuka dan transparan, menyederhanakan sistem peradilan, meningkatkan transparansi agar peradilan dapat diakses oleh masyarakat dan memastikan bahwa hukum diterapkan dengan adil dan tidak memihak.
3. Meningkatkan budaya hukum antara lain melalui pendidikan dan sosialisasi berbagai peraturan perundang-undangan serta perilaku keteladanan dari kepala negara dan jajarannya dalam mematuhi dan menaati hukum serta penegakan supremasi hukum.

Nampak dari tiga pokok pikiran di atas bahwa arah dan tahapan yang menjadi fokus pembangunan hukum nasional, masih secara kental merujuk¹⁷⁹ pada pemikiran dari Lawrence Friedman yang sangat populer dikalangan para sarjana hukum dalam bukunya *American Law-An Introduction*, khususnya tentang *Legal System*. Dikatakan bahwa *legal system* terdiri 3 (tiga) *sub – system* utama yakni: (1) *substance of law*,¹⁸⁰

¹⁷⁷ Lihat kembali dan baca selengkapnya dalam UU Nomor 17 Tahun 2007, khususnya Lampiran Bab IV-1.2 dibawah judul “Mewujudkan Bangsa yang Berdaya Saing” khususnya huruf E tentang Reformasi Hukum & Birokrasi.

¹⁷⁸ Baca selengkapnya dalam PERPRES Nomor 7 Tahun 2005

¹⁷⁹ Satya Arinanto, *Op. Cit*, halaman 11.

¹⁸⁰ Pemikiran Lawrence Friedman dapat baca selengkapnya dalam *American Law-An Introduction*, Stanford University, W.W. Norton and Company, New York, 1984. Dalam buku tersebut Lawrence Friedman, mendeskripsikan *substance of law* dengan mengatakan “Another aspect of legal system is its substance of law. By this is meant the actual rules, norms, and behavior patterns of people inside the system. This is, first of all, “the law” in the popular sense of the term – the fact that the speed limit is fifty-five miles an hour, that burglars can be sent to prison, that “by law” a pickle maker has to list his ingredients on the label of the jar.” Lihat secara khusus pada halaman 6

(2) *structure of law*,¹⁸¹ dan (3) *culture of law*.¹⁸² Untuk mencapai tiga hal di atas, maka dalam PERPRES Nomor 7 Tahun 2005 telah ditetapkan lima program pokok,¹⁸³ yang dapat dikatakan sebagai kebijakan pembangunan hukum nasional yakni: (a) program perencanaan hukum, (b) program pembentukan hukum, (c) program peningkatan kerja lembaga peradilan dan lembaga penegakan hukum lainnya, (d) program peningkatan kualitas profesi hukum, dan (e) program peningkatan kesadaran hukum dan HAM.

Perihal politik hukum itu, Sudarto dalam Barda Nawawi Arief¹⁸⁴ mengajukan dua pendapat /pengertian yang berbeda, yakni:

”Politik hukum adalah:

- a. Usaha untuk mewujudkan peraturan-peraturan yang baik sesuai dengan keadaan dan situasi pada suatu saat.
- b. Kebijakan dari negara melalui badan-badan yang berwenang untuk menetapkan peraturan-peraturan yang dikehendaki yang diperkirakan bisa digunakan untuk mengekspresikan apa yang terkandung dalam masyarakat dan untuk mencapai apa yang dicita-citakan.”

Sementara itu H. Moh. Hatta mencoba memberi penekanan pada peranan politik hukum dalam mengendalikan kebijakan publik atau kebijakan yang umum, baik melalui kebijakan legislasi maupun kebijakan yang langsung diambil oleh pemerintah, sehingga tidak terjadi adanya kebijakan publik yang tidak berpihak kepada publik. Dalam pengantar atas bukunya berjudul Kebijakan Politik Kriminal – Penegakan Hukum Dalam Rangka Penanggulangan Kejahatan, H. Moh. Hatta mengatakan,

¹⁸¹ Tentang *structure of law* dikatakan, “We now have a preliminary, rough idea of what we mean when we talk about our legal system. There are another ways to analyze this complicated and important set of institutions. To begin with, the legal system has structure. The system is constantly changing; but parts of it change at different speeds, and not every part change as fast as certain other parts. There are persistent, long-term patterns – aspect of the system that were here yesterday (or even in the last century) and will be around for a long time to come. This is the structure of the legal system – its skeleton or framework, the durable part, which gives a kind of shape and definition to the whole.” Lawrence Friedman, *Ibid*, hal. 5.

¹⁸² Tentang *culture of law* dikatakan, “By this we mean people’s attitude toward law and the legal system – their beliefs, values, ideas, and expectations. In other words, it is that parts of the general culture which concerns the legal system. ...The legal culture, in other words, is the climate of social thought and social force which determine how law is used, avoided, or abused. With legal culture, the legal system is inert – a dead fish lying in a basket, not a living fish swimming in its sea.” Lawrence Friedman, *Ibid*, halaman 6-7

¹⁸³ Satya Arinanto, *Op. Cit*, halaman 29.

¹⁸⁴ Barda Nawawi Arief, **Bunga Rampai Kebijakan Hukum Pidana**, Penerbit Kencana Prenada Media Group, Rawamangun-Jakarta, 2008, halaman 22.

”Peranan politik hukum dalam mengendalikan suatu kebijakan publik terutama di bidang penegakan hukum sangat dominan posisinya dan strategis dalam suatu kegiatan pemerintahan. Demikian pula halnya dengan kebijakan politik kriminal yang merupakan bagian atau subsistem dari politik nasional, khususnya dalam memposisikan kebijakan legislasi di bidang pencegahan dan penanggulangan kejahatan sebagai bagian dari tugas hukum publik dan sebagai bagian tambahan integral dari kebijakan sosial untuk meningkatkan kesejahteraan masyarakat sebagai salah satu upaya untuk mengurangi terjadinya tindak pidana yang meresahkan masyarakat.”¹⁸⁵

Kedua kutipan di atas, sengaja dikedepankan untuk menunjukkan bahwa politik hukum sesungguhnya memiliki makna yang lebih luas daripada politik hukum pidana, karena mencakup pula politik hukum sipil/perdata, politik hukum tata negara serta politik hukum administrasi atau hukum tata usaha negara. Politik hukum pidana, merupakan bahagian tak terpisahkan dari politik hukum pada umumnya dan merupakan *conditio sine qua non* dari politik pembangunan nasional. Khusus tentang politik hukum pidana atau kebijakan hukum pidana, Barda Nawawi Arief¹⁸⁶ mengatakan,

“... kebijakan hukum pidana dapat pula disebut dengan istilah *politik hukum pidana*. Dalam kepustakaan asing istilah *politik hukum pidana* sering dikenal dengan berbagai istilah, antara lain *penal policy*, *criminal law policy*, atau *strafrechtspolitik*. Pengertian kebijakan atau politik hukum pidana dapat dilihat dari politik hukum maupun dari politik kriminal.”

Memperhatikan secara saksama kutipan di atas, nampaknya Barda Nawawi Arief ingin menarik dua kategori penting, yaitu politik hukum pidana dan politik kriminal. Politik hukum pidana, mengandung pengertian yang lebih sempit, mencakup politik hukum pidana materil dan hukum pidana formil. Sedangkan politik kriminal mencakup, pertama, politik hukum pidana materil dan hukum pidana formil, serta tindakan-tindakan preventif dan represif dalam hukum pidana.

¹⁸⁵ H. Moh. Hatta, **Kebijakan Politik Kriminal – Penegakan Hukum Dalam Rangka Penanggulangan Kejahatan**, Penerbit Pustaka Pelajar Yogyakarta, cetakan I - Maret 2010, halaman V. Lebih lanjut dikatakan, ”Dalam menghadapi perkembangan masyarakat yang dinamis, peran kebijakan legislasi dalam pembuatan berbagai peraturan perundang-undangan di bidang hukum pidana akan memberi arah yang eksetensif yang tidak hanya akan mempermudah pemahaman mengenai hukum pidana, tetapi juga bagaimana melaksanakan hukum pidana.”

¹⁸⁶ Barda Nawawi Arief, *Ibid*, halaman 22.

Kedua, politik kriminal meliputi pula pembaharuan hukum yaitu perumusan dan penetapan peraturan perundang-undangan hukum pidana melalui proses legislasi,¹⁸⁷ penentuann subyek dan obyek dalam proses kriminalisasi, sistim pertanggungjawaban pidana dan teori pemidanaan yang dijadikan acuan dalam peraturan perundang-undangan sampai dengan pengaturan mengenai aplikasi/implementasi dan penegakan dari keseluruhan peraturan hukum pidana. Ketiga, politik kriminal disamping itu meliputi pula kebijakan terhadap sumber daya penegakan hukum baik kelembagaan, fasilitas maupun personalia. Politik kriminal dalam tiga hal sebagaimana disebut di atas, telah mencakup keseluruhan aspek dalam *integrated criminal justice system* atau yang disebut sistem peradilan pidana yang terintegrasi.

Selanjutnya, penegasan tentang arti dari kebijakan/politik kriminal dikemukakan oleh Sudarto¹⁸⁸ sebagai berikut:

- a. Dalam arti sempit, ialah keseluruhan azas dan metode yang menjadi dasar dan reaksi terhadap pelanggaran hukum yang berupa pidana;
- b. Dalam arti luas, ialah keseluruhan fungsi dari aparat penegak hukum, termasuk di dalamnya cara kerja dari pengadilan dan polisi ; dan
- c. Dalam arti paling luas (yang diambil dari Jorgen Jepsen), keseluruhan kebijakan, yang dilakukan melalui perundang-undangan dan badan-badan resmi, yang bertujuan untuk menegakkan norma-norma sentral dari masyarakat.

¹⁸⁷ Baca selanjutnya dalam **Pedoman Praktis Memahami Pembentukan Peraturan Perundang-undangan**, Bahan Pelatihan *Legal Drafter*, Departemen Hukum dan Hak Azasi Manusia, 2008, halaman 35 dan seterusnya. Dikatakan bahwa, secara umum, proses legislasi (pembentukan peraturan perundang-undangan) dibagi menjadi tiga tahap, yakni Pertama adalah *Proses pra legislasi* yaitu proses yang mengawali pembentukan peraturan perundang-undangan, meliputi tahap perencanaan dan persiapan. Proses ini masih bisa dibagi lagi dalam 3 (tiga) tahapan lagi yakni: (a) Tahap konseptual yaitu tahap pengolahan dan pembahasan materi muatan peraturan perundang-undangan. Pada tahapan ini, kegiatan yang dilakukan meliputi analisis substansi dari berbagai perspektif seperti filosofis, sosiologis, yuridis dan politis, termasuk tentang kewenangan instansi yang mempunyai lingkup tugas penanganan atas substansi permasalahan yang diatur. Hal penting lainnya ialah kemungkinan efektif tidaknya peraturan perundang-undangan dilaksanakan, bagaimana cara penegakannya, baik dengan pendekatan pidana, perdata maupun administrasi (b) Tahap arsitektural yaitu tahapan rancang bangun dimulai dengan pembuatan kerangka dasar dalam bentuk garis besar (*outline*) sehingga rancangan tersebut tersusun secara logis dan sistematis termasuk dasar pembagian, pembagiannya sendiri dan urutannya, seperti bab, bagian, paragraf dan pasal; (c) Tahap verbal / komposisi. Dari istilahnya saja, nampak bahwa masalah bahasa menjadi sangat dominan, mulai dari kecermatan dan ketelitian berbahasa, pilihan kata dan istilah sedemikian rupa sehingga dapat menghindari kerancuan dan kemakna-gandaan serta multi tafsir. Disinilah diperlukan seorang *drafter* yang baik dan berpengalaman serta memiliki kemampuan tinggi dan sejauh mungkin terbebas dari emosi dan kepentingan individu atau kelompok tertentu. Kedua, **Proses legislasi** yaitu proses pembentukan peraturan perundang-undangan itu sendiri yang meliputi pembahasan, pengesahan, pengundangan, dan penyebarluasan. Ketiga, **Proses pasca legislasi** yaitu proses implementasi berupa penerapan dan penegakan peraturan serta pengembangan hukum tertulis.

¹⁸⁸ Barda Nawawi Arief, Bunga Rampai Kebijakan Hukum Pidana (perkembangan Penyusunan KUHP Baru, Penerbit Kencana Prenada Media Group, Jakarta, Cetakan I, September 2008, halaman 1. Bandingkan pula dengan Sudarto, Kapita Selekta Huukum Pidana, *Op. Cit.*, halaman 113-114.

Dalam kesempatan lain, Sudarto mengemukakan defenisi singkat sebagaimana yang telah dikutip pula di atas, yakni "usaha yang rational dari masyarakat dalam menanggulangi kejahatan," yang dikembangkan dari defnisi *criminal policy* yang dikemukakan Marc Ancel,¹⁸⁹ sebagai "*the rational organization of the control of crime by society.*" Perihal politik kriminal/kebijakan kriminal (*criminal policy*)¹⁹⁰ diarahkan justru untuk menanggulangi kejahatan. Dikatakan bahwa politik kriminal atau *criminal policy* adalah "usaha rasional untuk menanggulangi kejahatan" dan dengan demikian "merupakan bagian dari politik penegakan hukum dalam arti luas (*law enforcement policy*)."¹⁹¹

Kebijakan kriminal¹⁹² yang oleh banyak pakar hukum pidana dipakai sebagai terjemahan dari *criminal policy* bersarikan tentang penanggulangan kejahatan yang dapat dilakukan baik melalui kebijakan penerapan sanksi pidana (*penal policy and law enforcement policy*) maupun melalui kebijakan yang tidak bersanksi pidana (*non-penal policy*) antara lain melalui kebijakan administratif, restoratif, reparasi, restitusi maupun kompensasi. Dengan kata lain, politik hukum pidana merupakan salah satu dari sekian banyak pilihan dalam politik kriminal dan jika ditelusuri lebih jauh, pada ghalibnya merupakan bahagian tak terpisahkan dari politik hukum dan politik pembangunan

¹⁸⁹ Barda Nawawi Arief, *Ibid*, halaman 1.

¹⁹⁰ Menurut Yenti Garnasih, dalam **Kriminalisasi Pencucian Uang (*Money Laundering*)**, PPS FHUI, Jakarta, 2009, halaman 38-catatan kaki 119, istilah *criminal policy* diterjemahkan kedalam bahasa Indonesia sebagai *kebijakan kriminal*, berkali-kali digunakan oleh para pakar hukum pidana Indonesia. Misalnya, Sudarto menggunakan istilah *politik kriminal* untuk *criminal policy* (Sudarto, *Perkembangan Masyarakat*, halaman 59); Mardjono Reksodiputo juga menggunakan istilah *kebijakan kriminal* (Mardjono, *Kemajuan Pembangunan Ekonomi dan Kejahatan*, halaman 14). Selanjutnya, istilah *criminal policy* diterjemahkan sebagai *politik kriminal* dan *kebijakan kriminal* juga digunakan oleh Muladi. (Lihat Muladi, *Peradilan Pidana* halaman 7) dan Barda Nawawi menggunakan istilah *kebijakan kriminal* (Barda Nawawi Arief, *Hukum Pidana*, halaman 1). Sedangkan Harkristuti Harkrisnowo menggunakan kebijakan pidana untuk *criminal policy*.

¹⁹¹ Baca selengkapnya dalam Muladi, Makalah yang disampaikan pada Penataran Hukum Pidana Nasional Angkatan IV: Kerjasama Hukum Indonesia-Belanda di Purwokerto, Tanggal 18 & 19 Agustus 1990, sebagaimana juga dimuat oleh Muladi dan Barda Nawawi Arief, dalam *Bunga Rampai Hukum Pidana, Ibid*, halaman 1

¹⁹² Baca selengkapnya dalam Harkristuti Harkrisnowo, *Rekonstruksi Konsep Pidanaan, Suatu Gugatan Terhadap Proses Legislasi dan Pidanaan di Indonesia, Orasi pada Pengukuhan Guru Besar Tetap Fakultas Hukum Universitas Indonesia, Jakarta 08 Maret 2003*. Dalam pada itu, Harkristuti mengatakan: "Begitu panjang perjalanan tentang pidanaan di dunia, yang menunjukkan terjadinya pergeseran paradigma, dan pula kembalinya paradigma lama dalam format baru. Sangat memperhatikan sekali Indonesia belum pernah menunjukkan paradigma apa yang selama ini dipakai sebagai acuan. Kendatipun perumusan kebijakan pidana (*criminal policy*) nampak menjadi salah satu batu sandung dalam merumuskan dan menjatuhkan pidana. Tanpa adanya acuan, setiap individu yang terlibat dalam proses legislasi dan penjatuhan pidana bebas berkreasi dan berinovasi." Nampak jelas, Harkristuti Harkrisnowo menggunakan istilah kebijakan pidana untuk menerjemahkan *criminal policy*.

nasional. Dalam spektrum seperti itu maka tujuan umum dari politik hukum adalah untuk menjamin kesejahteraan masyarakat bangsa Indonesia. Barda Nawawi Arief¹⁹³ menegaskan bahwa kebijakan kriminal hanya akan berhasil jika dibarengi juga dengan kebijakan atau upaya yang lebih luas yakni kebijakan sosial (*social policy*) yang terdiri dari kebijakan kesejahteraan sosial (*social welfare policy*) dan kebijakan perlindungan masyarakat (*social defence policy*).

3.2 Kriminalisasi Dalam Hukum Pidana

Kejahatan dan perilaku menyimpang adalah masalah kemanusiaan sekaligus masalah sosial, dan karena keberadaannya hampir bersamaan dengan usia manusia maka disebut sebagai *the oldest social problem*.¹⁹⁴ Sedemikian itu, maka hukuman menjadi suatu fakta yang sudah diterima dalam kehidupan manusia. Sekalipun berbeda-beda bentuk dan cara pelaksanaannya, tetapi hukuman adalah *the universal response to crime and deviance in all societies*.¹⁹⁵

Dalam bab-bab terdahulu telah disinggung bahwa kriminalisasi¹⁹⁶ tidak lain adalah penetapan yuridis atas suatu perilaku atau tindakan sebagai perbuatan pidana dalam peraturan perundang-undangan yang berlaku, baik berupa kejahatan maupun berupa pelanggaran. Perihal perbuatan yang dapat dikriminalisasi, sudah juga disinggung secara umum dalam bab-bab terdahulu yaitu perbuatan-perbuatan yang dalam masyarakat digolongkan dalam *mala in se* dan *mala prohibita*.

Sebenarnya perintah dan/atau larangan terhadap suatu perbuatan dalam peraturan hukum pidana, secara umum telah terlebih dahulu ada dan diatur dalam bentuk norma, baik norma agama, norma etika dan kesusilaan, adat istiadat serta kebiasaan yang ada, dipelihara dan ditaati bersama dalam pergaulan hidup suatu masyarakat. Norma atau aturan dasar yang hidup dalam suatu masyarakat bahkan telah mengakar dengan begitu

¹⁹³ Barda Nawai Arief, **Masalah Penegakan Hukum & Penanggulangan Kejahatan**, PT. Citra Aditya Bhakti, Bandung, 2001, halaman 73 dan seterusnya.

¹⁹⁴ Lihat selengkapnya dalam Is Heru Permana, **Politik Kriminal**, Universitas Atma Jaya Jogjakarta, 2007, halaman 11. Selanjutnya, bahwa kejahatan adalah masalah sosial yang paling tua (*the oldest social problem*) dikemukakan oleh Benedict S. Alper. Lihat misalnya dalam **Changing Concept of Crime and Criminal Policy**, Resource Material Series No. 7, Tokyo ; UNAFEI, 1973.

¹⁹⁵ Terance D. Miethe & Hong Lu, *Punishment-A Comparative Historical Perspectives*, **Op. Cit**, halaman 1.

¹⁹⁶ Hoefnagels dalam Yenti Garnasih, **Op. Cit**, halaman 38, mengatakan bahwa kriminalisasi adalah "suatu perbuatan atau suatu hal menjadikan suatu tindakan yang sebelumnya bukan merupakan perbuatan yang dapat dipidana."

kuat sehingga dijadikan sebagai ajaran moral, jika ada anggota masyarakat yang tidak menaati norma-norma itu maka dinilai imoral.

Hukum pidana, dengan dan melalui proses kriminalisasi kemudian menegaskan kembali kejahatan dan/atau perilaku menyimpang itu sebagai perbuatan pidana, dan karenanya maka setiap orang yang melanggar aturan tersebut, patut dipidana. Kebijakan yang paling menentukan dalam proses kriminalisasi adalah kebijakan legislasi dalam proses legislasi, meliputi perumusan tindak pidana, penetapan besar dan bentuk ancaman hukuman, siapa saja yang diidentifikasi sebagai pelaku dan siapa saja yang diposisikan sebagai korban. Kebijakan legislasi, dilaksanakan dalam tiga tahapan penting, yakni tahap formulasi, tahap aplikasi, dan tahap eksekusi.¹⁹⁷

Tahap formulasi, dilakukan melalui kegiatan identifikasi, merumuskan dan menetapkan perbuatan-perbuatan tertentu dalam bentuk norma hukum pidana yang kemudian dapat dipidana. Proses formulasi penting karena konsep mengenai kejahatan dan/atau pelanggaran pada tataran perbuatan tertentu dibahas secara mendalam. Disinilah ukuran-ukuran moral dan moralitas tentang perbuatan mana yang baik dan mana yang buruk, menjadi bagian paling penting untuk dicermati. Dalam pelbagai peraturan perundang-undangan pidana terutama pada hukum administrasi yang bersanksi pidana, lebih khusus lagi pada perbuatan yang bertitel pelanggaran (*overtredingen*), maka arah dan pokok pembahasannya terutama bukan tertuju pada *mala in se* melainkan *mala prohibita*. Tanpa mengurangi pentingnya tahap aplikasi dan tahap eksekusi sebagai keseluruhan proses dalam kebijakan legislatif sebagaimana akan dibahas berikut ini, kiranya perlu ditegaskan bahwa aplikasi dan eksekusi terhadap suatu perbuatan pidana hanya akan memenuhi fungsi dan tujuannya jika fungsi dan tujuan tersebut telah diperhitungkan dan dipertimbangkan pada saat dilakukannya formulasi dan reformulasi.

Tahap aplikasi atau implementasi yakni proses penerapan dan penegakan hukum. Proses ini dimulai dengan melakukan pemeriksaan pendahuluan baik penyelidikan dan penyidikan, dilanjutkan dengan penuntutan, pemeriksaan disidang pengadilan sampai ada putusan hakim berkekuatan hukum tetap, yang menyatakan bahwa terdakwa telah secara sah dan meyakinkan, telah melakukan perbuatan pidana dan karenanya patut dihukum.

¹⁹⁷ Baca selengkapnya dalam Barda Nawawi Arief, **Kebijakan Legislatif Dalam Penanggulangan Kejahatan Dengan Pidana Penjara**, Penerbit Genta Publishing-Bandung, Cetakan Keempat, 2007, halaman 60 dan seterusnya.

Selanjutnya adalah tahap eksekusi atau pelaksanaan putusan pengadilan yang telah berkekuatan hukum tetap. Melalui tahapan eksekusi ini, seorang terpidana dan/atau narapidana mestinya mendapatkan pembinaan dan resosialisasi mulai sejak, selama sampai dengan selesai menjalani hukuman. Kedua tahap yang disebut terakhir, merupakan tahapan yang sepenuhnya melibatkan dan merupakan tanggungjawab dari sistem peradilan pidana yang terintegrasi/*integrated criminal justice sistem*¹⁹⁸ dalam fungsinya menanggulangi kejahatan. Dalam kerangka inilah, penting untuk memahami bahwa “*the best law and policies are meaningless unless they are accurately and effectively implemented.*”¹⁹⁹

Dikatakan oleh Mardjono Reksodiputro,

“...menanggulangi kejahatan disini berarti berusaha untuk mengendalikan kejahatan agar berada dalam batas-batas toleransi masyarakat. Sistem ini dianggap berhasil apabila sebagian besar dari laporan atau keluhan masyarakat yang menjadi korban kejahatan dapat diselesaikan dengan diajukannya pelaku kejahatan ke sidang pengadilan dan diputus bersalah serta mendapat pidana.”²⁰⁰

Tujuan sistem peradilan pidana yang terintegrasi, sebagaimana dikemukakan oleh Mardjono Reksodiputro²⁰¹ adalah, “(1) mencegah masyarakat menjadi korban kejahatan, (2) menyelesaikan kasus-kasus kejahatan yang terjadi sehingga masyarakat puas bahwa keadilan telah ditegakkan dan yang bersalah dipidana, dan (3) mengusahakan agar mereka yang pernah melakukan kejahatan tidak mengulangi lagi kejahatannya.”

Sementara tentang tujuan Sistem Peradilan Pidana, Muladi mengatakan:

¹⁹⁸ Mardjono Reksodiputro, **Hak Azasi Manusia dan Sistem Peradilan Pidana**, khususnya Sistem Peradilan Pidana Indonesia-Peranan Penegak Hukum melawan Kejahatan, Pusat Pelayanan dan Pengabdian Hukum (d/h: LK UI) Jakarta, 1994, halaman 84. Dikatakan: “Sistem Peradilan Pidana adalah sistem dalam suatu masyarakat untuk menanggulangi kejahatan.” Bandingkan juga dengan Petrus Irawan Pandjaitan, & Wiwik Sri Widiarty, **Pembaharuan Pemikiran Dr. Sahardjo mengenai Pemasyarakatan Narapidana**, Penerbit IND HILL CO-IHC, Jakarta, 2008, halaman 21-22.

¹⁹⁹ Dikutip dari *Law and Policy Review July 2009*, sebuah dokumen yang diterbitkan oleh *HIV/AIDS Asia Regional Program (HAARP)* bekerja sama dengan *UNAIDS* dan *AusAID*, 2009, halaman 4.

²⁰⁰ Mardjono Reksodiputro, *Op. Cit*, halaman 84. Baca juga Topo Santoso, **Polisi & Jaksa, Keterpaduan atau Pergulatan?**; Pusat Studi Peradilan Pidana (*Centre for Indonesian Criminal Justice System*), Depok, 2000, halaman 22-24.

²⁰¹ Mardjono Reksodiputro, **Hak Azasi Manusia dan Sistem Peradilan Pidana**, *Op. Cit*, halaman 84-85.

“Tujuan Sistem Peradilan Pidana, terdiri dari: (1) tujuan jangka pendek, apabila yang hendak dicapai resosialisasi dan rehabilitasi pelaku tindak pidana; (2) Tujuan jangka menengah, apabila yang hendak dituju lebih luas yakni pengendalian dan pencegahan kejahatan dalam konteks politik kriminal (*criminal policy*); (3) Tujuan jangka panjang, apabila yang hendak dicapai adalah kesejahteraan masyarakat (*social welfare*) dalam konteks politik sosial (*social policy*).“²⁰²

Formulasi perbuatan pidana selalu dinyatakan dengan narasi dan perumusan baku dalam peraturan perundang-undangan hukum pidana. Berikut ini disajikan unsur-unsur perbuatan pidana, yang kendatipun menuai kritik karena telah mengabaikan kenyataan adanya kejahatan tanpa korban *crime without victim/victimless crime*.²⁰³ Leonard D. Savitz²⁰⁴ dalam Tb. Ronny R. Niti Baskoro mengatakan, secara umum perbuatan yang telah dikriminalisasi sebagai perbuatan pidana, sekurang-kurangnya mesti memenuhi lima syarat yakni:

1. *An act must take place that in valves harm inflicted on someone by the actor.*
2. *The act must be legally prohibited at the time it is committed.*
3. *The perpetrator must have criminal intent (mens rea) when he engages in the act.*
4. *There must be a causal relationship between the voluntary misconduct and the harm that result from it.*
5. *There must be some legally prescribed punishment for anyone convicted of the act.*

R. Tresna²⁰⁵ pernah mengajukan dua pertanyaan penting untuk dikaji lebih mendalam, yaitu yang pertama, “mengapa justeru kelakuan atau tindakan atau perbuatan-perbuatan itulah yang dijadikan perbuatan pidana?” Kedua “mengapa pelanggaran terhadap norma hukum harus dijatuhi hukuman pidana, dan tidak misalnya hukuman perdata atau hukuman tata usaha yang bersifat administratif saja?” Tanpa bermaksud untuk menjawab kedua pertanyaan yang telah diajukan oleh R. Tresna di atas, melainkan hanya untuk memberi tekanan pada fungsi hukum dan hukuman pidana sebagai hukum

²⁰² Muladi, Makalah, **Pembinaan Narapidana Dalam Kerangka Rancangan Undang-Undang Hukum Pidana di Indonesia**, FHUI, 1998, halaman 1.

²⁰³ *Victimless crime* atau disebut juga kejahatan tanpa korban adalah perbuatan pidana yang tidak menimbulkan korban langsung. Lihat misalnya, *Blac’s Law Dictionary* halaman 399 & 1598, *victimless crime or crime without victim is a crime that is cosidered to have no dirrect victim*.

²⁰⁴ Tb. Ronny Niti Baskoro, *Op. Cit.* Tentang Leonard D. Savitz, *Dilemmas in Criminology*, McGraw – Hill Education, First Edition, January 1967, halaman 27.

²⁰⁵ Baca selengkapnya dalam R. Tresna, *Op. Cit.*, halaman 29. Bandingkan dengan pertanyaan yang sama, yang juga sering ditemukan dalam literatur *common law* seperti, “*Why do we criminalize behavior? Why do we make some behaviors crime?*”

sanksi istimewa, H. J. van Schravendijk²⁰⁶ menggarisbawahi dan menegaskan pentingnya mempelajari kriminologi, khususnya etiologi kriminal²⁰⁷ dan politik kriminal guna memberikan pertimbangan yang lebih matang terhadap kriminalisasi atas suatu perbuatan atau perilaku manusia.

Kriminalisasi pada umumnya berkaitan erat dengan moralitas, karena itu maka penting pula untuk memperhatikan hubungan antara kriminalisasi dan moralitas, antara lain sebagaimana dikemukakan oleh John Stuart Mills²⁰⁸ *“The only purpose for which power can be rightfully exercised over any member of a civilized community against his will is to prevent harm to others”* dengan mana hendak dikatakan bahwa *“immorality is not a sufficient reason for criminalization, such behavior should cause harm to others.”* Masih senada dengan pernyataan Mills di atas maka Sudarto²⁰⁹ juga menegaskan bahwa kriminalisasi diperlukan terhadap perbuatan yang immoral dan mendatangkan kerugian materil dan spiritual bagi masyarakat.” Demikian juga Herbert Packer²¹⁰ yang mengatakan *“the moral force of criminal sanction should have in determining what conduct should be treated as criminal.*

Meski demikian, Hans Tornsted²¹¹ menegaskan, “kriminalisasi hanya dibenarkan jika ternyata hal itu tidak dapat dihindarkan lagi.” Selain ukuran-ukuran moralitas, perlu pula untuk diperhatikan tentang faktor-faktor korelatif dalam kriminalisasi yang dikemukakan oleh Sudarto,²¹²

- (1) Penggunaan hukum pidana harus memperhatikan tujuan pembangunan nasional, yaitu mewujudkan masyarakat adil makmur yang merata materil dan spiritual berdasarkan Pancasila ; sehubungan dengan ini maka (penggunaan) hukum pidana bertujuan untuk menanggulangi kejahatan dan mengadakan pengurangan terhadap tindakan penanggulangan itu sendiri, demi kesejahteraan dan pengayoman masyarakat.

²⁰⁶ Baca selengkapnya dalam H. J. Van Schravendijk, *Op. Cit*, halaman 15-116.

²⁰⁷ Yang dimaksud dengan *etiologi criminal* adalah cabang ilmu kriminologi yang secara khusus mempelajari tentang perilaku manusia dalam hubungannya dengan kejahatan.

²⁰⁸ Baca selengkapnya dalam *essay* dari John Stuart Mills berjudul *On Liberty*. Untuk kutipan di atas, baca Herbert L. Parker, *The Limits of the criminal Sanction*, Stanford University Press, Stanford, California, USA, halaman 261.

²⁰⁹ Sudarto, *Hukum dan Hukum Pidana*, Penerbit Alumni Bandung, 1981, halaman 24.

²¹⁰ Baca dalam Herbert L. Parker, *The Limits of the criminal Sanction, Op. Cit*, halaman 261.

²¹¹ Hans Tornsted, lihat dalam Roeslan Saleh, *Masih Saja Tentang Kesalahan*, Karya Dunia Fikir, Jakarta, 1994, halaman 9.

²¹² Baca selengkapnya dalam Sudarto, *Hukum dan Hukum Pidana, Op. Cit*, halaman 30-36.

- (2) Perbuatan yang diusahakan untuk dicegah atau ditanggulangi dengan hukum pidana harus merupakan “perbuatan yang tidak dikehendaki,” yaitu perbuatan yang mendatangkan kerugian (materil dan atau spiritual) atas warga masyarakat.
- (3) Penggunaan hukum pidana harus pula memperhitungkan prinsip “biaya dan hasil” (*cost benefit principle*).
- (4) Penggunaan hukum pidana harus pula memperhatikan kapasitas atau kemampuan daya kerja dari badan-badan penegak hukum yaitu jangan sampai ada kelampauan beban tugas *overbelasting*.

Beranjak dari empat hal di atas, ketika memformulasi perbuatan yang dikriminalisasi perlu dipertimbangkan juga beberapa faktor korelatif, antara lain: (a) perbuatan tersebut dapat menimbulkan kerugian materil dan immateril baik yang nyata-nyata ada dan dapat diperhitungkan besarnya maupun kerugian yang mungkin ada atau potensi kerugian yang akan diderita masyarakat, (b) kesamaan persepsi diantara lembaga terkait tentang pentingnya kriminalisasi terhadap perbuatan dimaksud, misalnya lembaga penegak hukum dan lembaga-lembaga yang tugas pokok dan fungsinya berkenaan dengan penanganan masalah yang akan diatasi, (c) sinkronisasi antara perbuatan yang dikriminalisasi dengan ketentuan dalam perundangan lainnya, baik yang setara maupun yang lebih tinggi hirarkinya, (d) kesiapan aparat penegak hukum, baik *skill* maupun *knowledge*, dan (e) kondisi sosial masyarakat terutama kesiapan masyarakat dalam memberi kontribusi terhadap penerapan dan penegakan tindak perbuatan yang akan dikriminalisasi.

Sedemikian pentingnya kriminalisasi di satu sisi agar perbuatan yang merugikan masyarakat mendapatkan hukuman yang setimpal, sementara di sisi lain disadari bahwa kriminalisasi juga dikhawatirkan akan memicu masalah krisis kelebihan kriminalisasi atau *the crisis of overcriminalization*²¹³ dan krisis pelampauan batas dari hukum pidana atau *the crisis of overreach of the criminal law*²¹⁴ maka pembuat undang-undang perlu secara saksama memperhatikan kriteria yang dipersyaratkan dalam mengembangkan kebijakan legislasi dan kebijakan kriminalisasi. Salah satu kriteria tentang kriminalisasi dan dekriminalisasi di Indonesia, dikemukakan dalam²¹⁵ SPHPN tahun 1980,

²¹³ Lihat Barda Nawai Arief, **Kebijakan Legislatif Dalam Penanggulangan Kejahatan Dengan Pidana Penjara**, *Op. Cit*, halaman 39.

²¹⁴ Barda Nawai Arief, *Ibid*.

²¹⁵ Lihat Laporan Hasil Simposium Pembaharuan Hukum Pidana Nasional, Semarang, 1980. Bandingkan juga dengan Yenti Garmasih, Kriminalisasi Pencucian Uang, *Op. Cit*, halaman 24 atau Barda Nawawi Arief, Bunga Rampai Kebijakan Hukum Pidana, *Op. Cit*, halaman 29.

“Masalah kriminalisasi dan dekriminalisasi atas suatu perbuatan haruslah sesuai dengan politik kriminal yang dianut oleh bangsa Indonesia, yaitu sejauh mana perbuatan tersebut bertentangan dengan nilai-nilai fundamental yang berlaku dalam masyarakat dan oleh masyarakat dianggap patut atau tidak patut dihukum dalam rangka menyelenggarakan kesejahteraan masyarakat.”

Lebih lanjut SPHPN ²¹⁶ menyatakan bahwa untuk menentukan suatu perbuatan sebagai tindak pidana, perlu memperhatikan kriteria umum yaitu:

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

Kriteria dari SHPN dapat dipersandingkan dengan pendapat M. Cherif Bassiouni ²¹⁷ tentang kriminalisasi dan dekriminalisasi yaitu,

“The decision to criminalize or decriminalize should be based on certain policy factor which take into account a variety of factors, including:

1. *the proportionality of the means used in relation to the outcome obtained ;*
2. *the cost analysis of the outcomes obtained in relation to the objective sought ;*
3. *an appraisal on the objective sought in relation to other priorities in the allocation of human-power ; and*
4. *The social impact of criminalization and decriminalization in terms of its secondary effects.”*

Nampak jelas bahwa keputusan untuk melakukan atau tidak melakukan kriminalisasi dan dekriminalisasi harus didasarkan pada kalkulasi yang sekuensial dan ketat sebagaimana diinginkan M. Cherif Bassiouni yaitu pertama, perlu diperhitungkan keseimbangan antara sumber daya yang digunakan dan hasil yang dicapai, kedua perlu analisis biaya terhadap hasil yang dicapai dan tujuan dari kriminalisasi itu sendiri, ketiga perlu secara cermat melihat tujuan dari kriminalisasi dihubungkan dengan prioritas

²¹⁶ Laporan Hasil Simposium Pembaharuan Hukum Pidana Nasional, *Ibid*.

²¹⁷ M. Cherif Bassiouni, *Substantive Criminal Law*, Charles Thomas Publisher, Springfield, Illionis-USA, 1978, halaman 82 sebagaimana dapat dilihat dalam Yenti Garnasih, Kriminalisasi Pencucian Uang, *Ibid*, halaman 24 atau Barda Nawawi, Bunga Rampai keijaksanaan Hukum Pidana, *Ibid*, halaman 29.

alokasi sumber daya yang ada, dan keempat perlu pula memperhitungkan dampak lanjutan yang dapat ditimbulkan atas keputusan adanya kriminalisasi atau dekriminalisasi.

Selain kriteria ketat (*limitatif*) untuk membatasi fenomena *overcriminalization* dan *overreach of criminal law*, perlu pula dilakukan dekriminalisasi. Seruan melakukan dekriminalisasi dan depenalisasi²¹⁸ dikemukakan oleh Dewan Eropa bahwa kelakuan yang kini dipidana dapat didekriminalisasi jika,

1. Kelakuan itu selanjutnya dilihat sebagai sesuatu yang legitim ;
2. Adanya pendapat lain mengenai peranan negara dan atau hak-hak kemanusiaan yang mengakibatkan bahwa negara tidak perlu lebih jauh mencampuri beberapa norma tertentu mengenai kelakuan itu ;
3. Jika orang dalam kejadian-kejadian tertentu lebih baik tidak dapat melakukan sama sekali sesuatu walaupun diakui bahwa negara boleh bertindak (jadi upayanya adalah lebih jelek dibandingkan dengan jeleknya keadaan yang dihadapi) ;
4. Suatu cara lain bereaksi adalah lebih baik dari cara menurut hukum pidana.

Uraian terakhir dari sub-bab ini akan mengetengahkan secara lebih terperinci, teori kriminalisasi dari Douglas Husak. Dalam bab pendahuluan telah dikemukakan bahwa teori kriminalisasi dari Douglas Husak didasarkan pada tiga teori penting lain, yakni teori ekonomi dari Richard Posner, teori utilitarianisme dari Jeremy Bentham dan teori moralitas hukum dari Michael Moore. Teori ekonomi dari Richard Posner pada pokoknya menyatakan bahwa larangan-larangan dasar dalam hukum pidana mestinya diletakkan pada konsep-konsep efisiensi. Sebaliknya dikatakan bahwa apa yang seharusnya dilarang dalam hukum pidana adalah perbuatan atau tindakan yang inefisien. Dalam artikelnya, Posner mulai dengan mengatakan, "*the substantive doctrines of the criminal law ... can be given an economic meaning and can indeed be shown to promote efficiency.*"²¹⁹ Teori dari Jeremy Bentham pada pokoknya menyatakan suatu tindakan kriminalisasi dan/atau pembentukan institusi hukum pidana adalah baik jika hal itu dapat memaksimalkan kemanfaatan kepada negara dan masyarakat.²²⁰ Teori atau faham *utilitarianism* Bentham merujuk dan didasarkan pada pandangan yang sangat terkemuka dari Cesare Beccaria, yaitu "*the greatest happiness of the greatest number.*"²²¹

²¹⁸ Roeslan Saleh, *Masih Saja Tentang Kesalahan*, *Op. Cit.*, halaman 10.

²¹⁹ Douglas Husak, *Overcriminalization*, *Op. Cit.*, halaman 181.

²²⁰ Baca selengkapnya dalam Douglas Husak, *Overcriminalization*, *Ibid*, halaman 188-196.

²²¹ Cesare Beccaria, *Of Crime and Punishment*, translated by Jane Grison, Marsilio Publisher New York, 1996, halaman 8.

Teori ketiga yang dijadikan Husak sebagai dasar untuk menguraikan teori kriminalisasinya adalah *legal moralism* dari Michael Moore yang dikemukakan dalam *essay* berjudul *Placing Blame*.²²² Dalam tulisannya Moore mengatakan “*all and only moral wrongs should be criminally prohibited.*”²²³ Perlu digarisbawahi bahwa ketiga pakar serta teori yang disebut di atas, hanya dijadikan sebagai dasar untuk mengulas teorinya. Teori Posner, teori Bentham dan teori Moore, oleh Douglas Husak dijadikan sebagai ilustrasi dan/atau contoh kasus untuk mengemukakan dan mempertahankan teori kriminalisasinya, yang disebut sebagai teori kriminalisasi minimal terbaik saat ini.

Menarik sekali bahwa sebelum menguraikan dalil-dalil dalam apa yang disebutnya sebagai teori kriminalisasi, Douglas Husak²²⁴ terlebih dahulu memperlihatkan hal-hal penting yang berpotensi menyebabkan hukum pidana tidak dapat bekerja sebagaimana mestinya. Husak menyebutnya sebagai *seven general principles or constrains*, terdiri dari dua bahagian besar, yaitu *internal constrains* dan *external constrains*. *Internal constrains on criminalization* adalah hambatan terhadap kriminalisasi serta berfungsinya hukum pidana dan pemidanaan yang bersumber dari dalam diri hukum pidana itu sendiri. Dikatakan sebagai potensi hambatan internal, karena “*it derives from the criminal law itself.*”²²⁵ Sedangkan *external constrain on criminalization* menguraikan tentang hambatan terhadap kriminalisasi, hukum pidana dan pemidanaan yang bersumber dari luar hukum pidana. Dikatakan sebagai potensi hambatan dari luar, karena “*they depend on a controversial normative theory imported from outside the criminal law itself.*”²²⁶

Menurut Husak tentang *internal constrain* terdiri atas empat hal pokok, yaitu *the general part of criminal law, from punishment to criminalization, a right not to be punished?* dan *malum prohibitum*. Husak mengatakan, *general part of criminal law*²²⁷ atau bagian umum dari hukum pidana dimaksudkan untuk mengidentifikasi empat hal pokok. Hal pokok pertama adalah *nontrivial harm or evil*²²⁸ dimana undang-undang

²²² Douglas Husak, *Overcriminalization*, *Ibid*, halaman 196.

²²³ Douglas Husak, *Overcriminalization*, *Ibid* halaman 197

²²⁴ Baca selengkapnya dalam Douglas Husak, *Overcriminalization*, *Loc. Cit*, halaman 55-177.

²²⁵ Douglas Husak, *Overcriminalization*, *Op. Cit*, halaman 55.

²²⁶ Douglas Husak, *Overcriminalization*, *Ibid*.

²²⁷ Bandingkan dengan Arnold H. Loewy, *Criminal Law In A Nutshell*, *Op. Cit*, halaman 273 – 285 atau Richard G. Singer & John Q. La Fond dalam *Criminal Law*, *Op. Cit*, halaman 5 – 13, khususnya tentang *the limit of criminal law*.

²²⁸ Douglas Husak, *Overcriminalization*, *Ibid*, halaman 66.

harus membuang jauh-jauh suatu dampak buruk yang tidak sepele atau suatu kejahatan serius hanya karena perbuatan tersebut tidak diatur / ditetapkan sebelumnya dalam peraturan perundang-undangan hukum pidana. Kendatipun uraiannya tidak dimaksudkan untuk menyerang azas legalitas, namun disini Husak hendak menegaskan kembali sifat hukum pidana yang didasarkan pada azas *nullum delictum* bahwa kendatipun suatu perbuatan telah menyebabkan akibat yang serius dan sedemikian jahatnya, namun hukum pidana tidak bisa menjatuhkan sanksi apapun kepada pelaku perbuatan itu, kecuali jika peraturan perundang-undangan pidana sebelumnya telah melarang perbuatan tersebut. Hal pokok kedua adalah *wrongfulness* dimana penderitaan dan stigma akan dikenakan baik oleh negara maupun oleh masyarakat hanya karena seseorang melakukan perbuatan melanggar peraturan perundang-undangan. Hal ketiga adalah *desert* yaitu hukuman atau ganjaran yang dengan demikian menjadi pantas untuk diterima oleh seseorang jika telah melanggar peraturan perundang-undangan hukum pidana, sedangkan hal keempat berhubungan dengan proses atau lebih tepatnya hukum acara pidana yaitu *burden of proof*, dimana dinyatakan bahwa beban pembuktian akan diserahkan kepada negara sebagai pihak yang mengajukan tuntutan pidana dan kemudian menjatuhkan sanksi pidana.

Unsur kedua dari *internal constrain* adalah *from punishment to criminalization*²²⁹ dimana Husak menguraikan kecenderungan yang salah, yang terjadi dalam proses kriminalisasi yaitu orientasi pembuat undang-undang selalu dimulai dari *state punishment* atau hukuman yang dijatuhkan oleh negara menuju kepada kriminalisasi. Dikatakan, suatu perbuatan tidak akan dikategorisasi sebagai perbuatan yang melanggar hukum pidana, kecuali jika negara diberi wewenang untuk menghukum orang yang akan melakukan pelanggaran atas perbuatan yang dikriminalisasi.²³⁰ Unsur ketiga dari *internal constrain* dinyatakan oleh Husak dalam bentuk pertanyaan yakni *a right not to be punished?*²³¹ Hukuman memiliki dua unsur penting yaitu *hard treatment* atau perlakuan kasar/menyakitkan dan *censure* atau celaan.²³² Husak menguraikan bahwa setiap warga negara pada dasarnya memiliki hak untuk tidak dipidana dan oleh karena

²²⁹ Baca selengkapnya dalam Douglas Husak, *Overcriminalization*, *Ibid* halaman 77-91.

²³⁰ Douglas Husak, *Overcriminalization*, *Ibid* halaman 77.

²³¹ Baca selengkapnya dalam Douglas Husak, *Overcriminalization*, *Ibid* halaman 92-103.

²³² Douglas Husak, *Overcriminalization*, *Ibid* halaman 92.

adanya hak tersebut, maka negara pada hakekatnya hanya boleh menuntut dan memidana seseorang, jika perbuatan pidana yang dikriminalisasi dalam suatu perundang-undangan pidana berhubungan erat dengan kepentingan substansial negara. Bahkan kepentingan substansial negara yang hendak dipertahankan haruslah sebanding dengan pelanggaran atas hak warga negara untuk tidak dihukum baik jumlah, bentuk maupun isinya. Unsur keempat dan unsur terakhir dari *internal constrain* adalah *malum prohibitum*²³³ yaitu suatu perbuatan yang menjadi buruk / tidak baik karena dilarang dalam peraturan perundang-undangan pidana. Menurut Husak, *overcriminalization* atau fenomena penggunaan hukum pidana dan ppidanaan yang pertumbuhannya meningkat pesat dan cenderung berlebihan, disebabkan oleh ada dan bertambahnya jumlah perbuatan pidana yang tergolong dalam *malum prohibitum*.

Berbeda dengan *internal constrain*,²³⁴ maka *ekternal constrain* bersumber dari teori politik tentang syarat-syarat yang harus dipenuhi dalam rangka membatasi pelanggaran terhadap hak untuk tidak dapat dipidana. *External constrain* terdiri dari tiga hal utama. Pertama, *infringing the right not to be punished* dimaksudkan untuk menguraikan tanggungjawab negara dalam melanggar hak seseorang untuk tidak dipidana. Sebelum melanggar hak warga negara untuk tidak dipidana maka hukum pidana seharusnya dapat menunjukkan kepentingan substansial negara yang hendak dipertahankan. Selanjutnya pembentuk undang-undang mesti membuktikan bahwa kepentingan substansial negara tersebut hanya dapat diperoleh dengan dihadapkannya seseorang pada tanggung jawab pidana dan sanksi pidana yang tegas. Perlu diingatkan kembali bahwa setiap warga negara memiliki hak untuk tidak dipidana, dan hak tersebut dilindungi sebagai hak azasi.

External constrain yang kedua, *the devil in the details* dimaksudkan untuk menyatakan bahwa suatu perbuatan yang dikriminalisasi dan dinyatakan sebagai perbuatan pidana haruslah dapat diuji dan uraikan secara detail. Ada tiga langkah penting yang mesti dilewati oleh pembentuk undang-undang untuk menguji suatu perbuatan pidana yang detail. Pertama, pembuat undang-undang perlu mengidentifikasi secara pasti adanya suatu kepentingan negara yang hendak dipertahankan.

²³³ Baca selengkapnya dalam Douglas Husak, *Overcriminalization*, *Ibid* halaman 103- 119.

²³⁴ Baca selengkapnya dalam Douglas Husak, *Overcriminalization*, *Ibid* halaman 120- 177.

Kedua, pembuat undang-undang mesti memutuskan atau/atau menetapkan hak dan kekuasaan negara sehubungan dengan kepentingan negara tersebut. Ketiga dan yang terakhir, pembuat undang-undang harus menyatakan secara pasti dan memutuskan substansial tidaknya kepentingan negara tersebut.

External constrain yang ketiga, *crime of risk prevention* dimaksudkan untuk memberi legitimasi terhadap kejahatan yang berhubungan dengan pencegahan risiko (*risk prevention*) atau penciptaan risiko (*risk creation*), suatu perbuatan pidana baru bercorak tunggal yang dalam banyak hal cenderung diterima dan dibenarkan. Dalam hal yang demikian, maka diperlukan kriteria untuk menentukan kapan dan dalam hal apa sajakah perbuatan pidana berbentuk tunggal seperti itu bisa dibentuk.

Menurut Husak, *internal constrains* ditujukan kepada setiap individu yang dihukum. Jika ada pertanyaan, mengapa ada hukuman atas dirinya maka jawabannya adalah bahwa ia telah melakukan suatu perbuatan jahat sehingga pantas untuk menerima hukuman. Sebaliknya *eksternal constrain* ditujukan tidak hanya kepada seseorang yang telah dihukum tetapi juga terhadap warga negara yang diminta untuk menciptakan dan menjaga sistem sanksi punitif. Meskipun berbeda bahkan dibatasi satu dengan lainnya, tetapi Husak berkata, “*justifications...are relational*”²³⁵ dan karena itu maka ada tumpang tindih diantara *internal constrain* dan *external constrain*. Keduanya ditujukan untuk membatasi kewenangan negara dalam menggunakan hukum pidana dan pembedaan.

Suatu teori kriminalisasi yang baik dan dihormati mesti mencakup *the seven general principles or constrains* yang telah dikemukakan di atas. Hal terpenting dari teori kriminalisasi ialah bahwa seseorang tidak boleh dihukum hanya karena alasan kemanfaatan atau imoralitas belaka. Apa lagi, suatu kriminalisasi hanya dibenarkan karena suara mayoritas telah menyetujui perumusannya dalam peraturan hukum pidana. Sebagaimana dikatakan, “*If a sufficient number of legislator somehow were persuaded to enact an outrageous offense, what principle(s), if any, would in their way?*”²³⁶ Ada begitu banyak perbuatan pidana yang memalukan dan menyakitkan hati, tetapi semuanya tidak bisa diperdebatkan karena telah mendapat persetujuan dari suara mayoritas pembuat undang-undang, dengan atau tanpa pertimbangan apapun.

²³⁵ Douglas Husak, *Overcriminalization*, *Ibid*, halaman 120.

²³⁶ Douglas Husak, *Overcriminalization*, *Ibid*, halaman 122.

3.3 Perumusan Perbuatan Pidana Dalam PERDA

Telah disinggung dalam Bab 1 di depan bahwa peraturan perundang-undangan yang menjadi dasar yuridis dan mengatur tentang pembentukan Peraturan Daerah (PERDA) adalah UUPD khususnya dalam Bab VI, Pasal 136 sampai dengan Pasal 149 dan UUP3.

Menurut ketentuan pasal 1 angka 1 UUP3, yang dimaksud dengan pembentukan peraturan perundang-undangan adalah suatu proses yang pada dasarnya dimulai dari perencanaan, persiapan, teknik penyusunan, perumusan, pembahasan, pengesahan, pengundangan, dan penyebarluasan. Pasal 1 angka 2 menyatakan bahwa peraturan perundang-undangan adalah peraturan tertulis yang dibentuk oleh lembaga negara atau pejabat yang berwenang dan mengikat secara umum. Selanjutnya, ketentuan Pasal 1 angka 7 menyatakan bahwa Peraturan Daerah²³⁷ adalah peraturan perundang-undangan yang dibentuk oleh dewan perwakilan rakyat daerah dengan persetujuan bersama kepala daerah, yaitu antara DPR Provinsi bersama dengan Gubernur untuk PERDA Provinsi, DPR Kabupaten bersama dengan Bupati untuk PERDA Kabupaten, dan DPR Kota bersama dengan Walikota untuk PERDA Kota.

Tujuan pembentukan PERDA yang sekaligus merupakan materi muatan PERDA²³⁸ diatur dalam Pasal 12 UUP3, "materi muatan Peraturan Daerah adalah seluruh materi muatan dalam rangka penyelenggaraan otonomi daerah dan tugas pembantuan, dan menampung kondisi khusus daerah serta penjabaran lebih lanjut dari peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi." Ditegaskan lagi dalam Pasal 14 UUP3, "materi muatan mengenai ketentuan pidana hanya dapat dimuat dalam Undang-Undang dan Peraturan Daerah." Sedangkan Pasal 136 (2) UUPD menyatakan "PERDA dibentuk dalam rangka otonomi daerah dan tugas pembantuan."

²³⁷ Bandingkan dengan ketentuan Pasal 7 ayat (2) UUP3 dan Pasal 26 – 32 UUP3. Menurut Pasal 7 ayat (2) UUP3, Peraturan Daerah meliputi tiga jenis yaitu: (a) Peraturan Daerah (PERDA) Provinsi yang dibuat oleh Dewan Perwakilan Rakyat Provinsi bersama dengan Gubernur (b) PERDA Kabupaten/ Kota yang dibuat oleh Dewan Perwakilan Rakyat Kabupaten/ Kota bersama Bupati/ Walikota, dan (c) Peraturan Desa (PERDES) atau peraturan setingkat, dibuat oleh Badan Perwakilan Desa atau namanya lainnya bersama dengan Kepala Desa atau nama lainnya.

²³⁸ Ketentuan Pasal 12 UUP3 memperlihatkan bahwa tujuan pembentuan PERDA adalah: (1) sebagai pelaksanaan dari perintah peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi; (2) untuk melaksanakan kewenangan otonomi daerah dalam rangka mengelola pemerintahan di daerah, dan (3) untuk mengatasi permasalahan yang khusus/perilaku bermasalah di daerah.

Dalam UUPD, khususnya Pasal 13 ayat (2) mengatur tentang urusan wajib bagi Pemerintah Daerah berbunyi: “Urusan pemerintahan propinsi yang bersifat pilihan meliputi urusan pemerintahan yang secara nyata ada dan berpotensi untuk meningkatkan kesejahteraan masyarakat sesuai dengan kondisi, kekhasan dan potensi unggulan daerah yang bersangkutan.” Selanjutnya, ketentuan Pasal 14 ayat (2) mengatur tentang urusan Pemerintah Daerah yang bersifat pilihan, yang berbunyi: “Urusan pemerintahan kabupaten/kota yang bersifat pilihan meliputi urusan pemerintahan yang secara nyata ada dan berpotensi untuk meningkatkan kesejahteraan masyarakat sesuai dengan kondisi, kekhasan dan potensi unggulan daerah yang bersangkutan.” Oleh karena penegasan yuridis dari pembentukan PERDA sangat limitatif, maka pembentukan PERDA perlu dijaga agar, tidak bertentangan dengan peraturan yang lebih tinggi, tidak bertentangan dengan kepentingan umum, tidak tumpang tindih (*overlapping*) dalam mengatur kewenangan dari *implementing agency*, tidak terjadi perbedaan dalam menafsirkan istilah ciri khas / kondisi khusus daerah, dan tidak bertentangan dengan kebutuhan hukum dalam masyarakat. Secara umum sistematika PERDA ditentukan dalam UU P3U, khususnya lampiran huruf C tentang Batang Tubuh angka 42 – 43, yang dikutip sebagai berikut:

42. Batang tubuh peraturan perundang-undangan memuat semua substansi peraturan-perundang-undangan yang dirumuskan dalam pasal-pasal.
43. Pada umumnya substansi dalam batang tubuh dikelompokkan ke dalam:
 - a. Ketentuan Umum ;
 - b. Materi Pokok yang Diatur ;
 - c. Ketentuan Pidana, jika diperlukan ;
 - d. Ketentuan Peralihan, jika diperlukan ;
 - e. Ketentuan Penutup.²³⁹

Seperti telah dikemukakan di muka, sampai sejauh ini sudah puluhan Provinsi dan Kabupaten/Kota membentuk PERDA tentang Pencegahan dan Pananggulangan HIV & AIDS. Untuk membantu tindakan yang bersifat preventif maka semua PERDA yang ada, telah melakukan kriminalisasi terhadap beberapa perilaku dan mengancam pidana bagi barangsiapa yang melanggar aturan-aturan tersebut. Sebahagian besar dari sanksi pidana yang ditetapkan merujuk pada ketentuan pasal 143 UUPD,²⁴⁰ yang menyatakan:

²³⁹ Pedoman mengenai sistematika PERDA terlihat sangat umum sehingga Pemerintah Daerah dan Dewan Perwakilan Rakyat di daerah berimprovisasi sendiri mengembangkan sistematika PERDA yang dibentuk. Improvisasi tersebut, terkadang tidak terkendali.

²⁴⁰ Lihat selengkapnya dalam ketentuan pasal 143 UUPD.

1. Perda dapat memuat ketentuan tentang pembebanan biaya paksaan penegakan hukum, seluruhnya atau sebagian kepada pelanggar sesuai dengan peraturan perundang-undangan.
2. Perda dapat memuat ancaman pidana kurungan paling lama 6 (enam) bulan atau denda paling banyak Rp. 50.000.000,00 (lima puluh juta rupiah).
3. Perda dapat memuat ancaman pidana atau denda selain sebagaimana dimaksud pada ayat (2), sesuai dengan yang diatur dalam peraturan perundangan lainnya.”

Demikian pula tentang sanksi administratif, dalam proses pembentukan PERDA perlu memperhatikan ketentuan yang termuat dalam Lampiran UU P3 angka 45 sampai dengan angka 47 yakni,

- a. Substansi yang berupa sanksi administratif atau keperdataan atas pelanggaran suatu norma, dirumuskan menjadi satu bagian (pasal) dengan norma yang memberikan sanksi administratif atau sanksi keperdataan.
- b. Jika norma yang memberikan sanksi administratif atau keperdataan terdapat lebih dari satu pasal, sanksi administratif atau keperdataan dirumuskan dalam pasal terakhir dari bagian (pasal) tersebut. Dengan demikian hindari rumusan ketentuan sanksi yang sekaligus memuat sanksi pidana, sanksi perdata, dan sanksi administratif dalam satu bab.
- c. Sanksi administratif dapat berupa, antara lain, pencabutan izin, pembubaran, pengawasan, pemberhentian sementara, denda administratif, atau daya paksa polisional. Sanksi keperdataan dapat berupa, antara lain, ganti kerugian.

Ruang bagi pengaturan perbuatan pidana dalam PERDA adalah *mala prohibita*²⁴¹ yaitu perilaku yang dijadikan sebagai perbuatan pidana oleh pembuat undang-undang bukan karena degradasi/kemerosotan moral. Alasan pembuat undang-undang menetapkan suatu ketentuan pidana dalam PERDA bisa bervariasi dan berbeda-beda satu dengan lainnya, seperti “*personal value of legislators, special interest, response to threat*”²⁴² dan lain sebagainya. Dalam rangka turut membantu upaya pengembangan kebijakan hukum (pidana) untuk penanggulangan HIV & AIDS, *Joint United Nation Program on HIV/AIDS* (UNAIDS) pernah mengeluarkan petunjuk umum yang disebut “*guiding principles*.”²⁴³ Petunjuk tersebut dimaksudkan untuk membantu negara-negara di dunia

²⁴¹ Disebut juga *malum prohibitum*, lihat *Black's Law Dictionary* halaman 789 atau *B. J. Marwoto & H. Witdarmono* dalam *Proverbia Latina*, Pepatah-Pepatah Bahasa Latin, Penerbit Buku Kompas, Jakarta, Januari 2006, halaman 144. *Malum prohibitum* adalah sebuah perbuatan yang karena alasan tertentu dianggap salah oleh sebuah masyarakat meskipun perbuatan itu sendiri tidak sepenuhnya jelek.

²⁴² Lihat selengkapnya dalam Terance D. Miethe & Hong Lu, *Punishment-A Comparative Historical Perspectives*, *Op. Cit.*, halaman 195.

²⁴³ UNAIDS, *Criminal Law, Public Health and HIV Transmition-Apolicy Options Paper*, yang diterbitkan oleh UNAIDS, 2002, halaman 5.

dalam mengembangkan kebijakan hukum pidana dan kriminalisasi guna mencegah HIV dan AIDS. Dalam petunjuk umum dari UNAIDS ditegaskan,

“In developing policy regarding the use of criminal sanction or coercive measures under public health legislation, government official and the judiciary should be cognizant of a number of principles:

- *the best available scientific evidence regarding modes of HIV transmission and levels of risk must be the basis for rationally determining, if, and when conduct should attract criminal liability ;*
- *preventing the transmission of HIV should be the primary objective and this, rather than any other objective, should guide policy-makers in this area;*
- *any legal or responses to HIV/AIDS, particularly in the coercive use of state power, should not only be pragmatic in the overall pursuit of public health but should also conform to international human rights norm, particularly the principles of non-discrimination and of due process ;*
- *state action that infringes on human rights must be adequately justified, such that policy-makers should always undertake an assessment of the impact of law or policy on human rights, and should prefer the “least insrusive” measures possible to achieve the demonstrably justified objective of preventing disease transmission.*

There are a number of policy consideration that should be taken into account in determining criminal law policy in relation to HIV/AIDS. Firstly, policy-maker must consider the function of the criminal law, and assess whether, and to what extent, criminalization will contribute to the objective of preventing HIV transmission. Secondly, policy-makers must weight other public policy factors that might mitigate against the use of criminal sanction.”

Pedoman yang dikembangkan oleh UNAIDS sebagaimana kutipan di atas, secara tegas menghendaki agar: pertama, tiap-tiap kebijakan kriminal dan kriminalisasi yang dilakukan untuk mencegah HIV & AIDS harus didasarkan pada pertimbangan yang berbasis pada bukti ilmiah, baik mengenai cara penularan maupun mengenai tingkat resiko dalam masyarakat. Kedua, pencegahan terhadap HIV perlu mendapat perhatian dan prioritas utama dibandingkan dengan pertimbangan – pertimbangan lainnya. Ketiga, penggunaan sanksi dan upaya paksa lainnya dalam mencegah dan menanggulangi HIV tidak boleh bertentangan dengan prinsip HAM dan harus sesuai dengan *due process of law*. Semuanya kriteria yang dijadikan *guidance* oleh UNAIDS, pada akhirnya mengarah pada perlunya pertimbangan yang rasional untuk menggunakan hukum pidana dan sanksi pidana secara terbatas dan terukur, setelah memastikan bahwa tidak ada lagi sarana hukum lainnya yang dapat dipergunakan untuk mengatasi masalah pencegahan dan penanggulangan HIV & AIDS.

Semua uraian dan bahasan yang telah disampaikan dalam ketiga bab sebelumnya, baik dalam bab 2 (khususnya mengenai hukum pidana, perbuatan pidana, kesalahan dalam hukum pidana, pertanggungjawaban pidana serta fungsi dan tujuan dari hukum pidana) serta bab 3 (khususnya tentang pembangunan nasional, kebijakan pembangunan hukum secara nasional, kebijakan hukum pidana, dan secara khusus kebijakan legislasi dan kriminalisasi), telah cukup untuk mengantar dan mengarahkan pembahasan dalam tulisan selanjutnya, yakni analisis kriminalisasi terhadap perilaku beresiko dalam upaya pencegahan dan penanggulangan HIV & AIDS dalam berbagai PERDA di Indonesia.



BAB 4

KRIMINALISASI PERILAKU BERESIKO DALAM PERATURAN DAERAH

Telah diuraikan di depan bahwa kriminalisasi dalam PERDA tentang penanggulangan HIV & AIDS dimaksudkan untuk membantu upaya pencegahan dan penanggulangan HIV dan AIDS, yang terutama tertular karena adanya beberapa perilaku tertentu dari warga masyarakat. Perilaku tersebut berkenaan dengan kemungkinan tertular dan/atau menularkan virus dari seseorang kepada orang lain. Perlu juga diingatkan kembali bahwa penularan virus HIV sangatlah spesifik, baik perilaku yang dapat menyebabkan tertularnya virus maupun cara penularan virusnya,²⁴⁴ yaitu melalui suatu proses pertukaran/percampuran cairan tubuh, antara lain dapat melalui melalui donor darah atau organ/jaringan tubuh, hubungan seks, pemberian air susu ibu kepada bayinya, dan pemakaian jarum suntik yang tidak steril oleh dan/atau diantara beberapa orang, dimana salah satu diantara mereka sudah terinfeksi.

4.1 Analisis Terhadap Subyek dan Perilaku yang dikriminalisasi

Secara umum ditemukan bahwa judul PERDA berbeda antara daerah yang satu dengan daerah yang lain, walaupun materi muatan PERDA secara umum mengatur tentang upaya mencegah dan menanggulangi Penyakit Menular Seksual (PMS) atau Infeksi Menular Seksual (IMS) serta HIV dan AIDS. Istilah PMS yang dikenal dikalangan medis hingga awal tahun 2000 diganti dengan IMS karena penyakit menular seksual secara umum sebenarnya *asimptomatis*²⁴⁵ dan tidak menimbulkan rasa sakit. Begitu juga dengan penulisan HIV/AIDS yang diperkenalkan sejak virus HIV ditemukan hingga tahun 2000, diganti dengan istilah/penulisan HIV & AIDS karena kedua istilah tersebut berbeda satu dengan lainnya. Hasil kajian terhadap PERDA yang mengatur tentang pencegahan dan penanggulangan HIV & AIDS di Indonesia, menunjukkan pelbagai judul PERDA yang dapat dipaparkan sebagai berikut:

1. Pencegahan dan Penanggulangan HIV/AIDS (PERDA Provinsi Riau dan PERDA Provinsi Nusa Tenggara Timur dan PERDA Kabupaten Gianyar).

²⁴⁴ Lihat *foot note* nomor 7 pada halaman 3.

²⁴⁵ *Asymptomatic* artinya tidak menunjukkan gejala yang kasat mata dan/atau kelihatan.

2. Penanggulangan HIV/AIDS di Jawa Timur (PERDA Provinsi Jawa Timur). Tiga PERDA dari Provinsi Jawa Timur selalu menambahkan keterangan tempat pada akhir judul PERDA, misalnya: Penanggulangan HIV dan AIDS di Kabupaten Malang untuk PERDA Kabupaten Malang, dan/atau Pencegahan dan Penanggulangan Infeksi Menular Seksual (IMS) dan HIV/AIDS di Kabupaten Banyuwangi untuk PERDA Kabupaten Banyuwangi. Selain itu, PERDA Kabupaten Indramayu juga menyebut keterangan tempat, dengan judul lengkapnya: “Pencegahan dan Penanggulangan Human Immunodeficiency Virus – Acquired Immune Deficiency Syndrome (HIV dan AIDS) di Kabupaten Indramayu.”
3. Penanggulangan HIV/AIDS (PERDA Provinsi Bali).
4. Pencegahan dan Penanggulangan HIV dan AIDS (PERDA Provinsi Kalimantan Barat, PERDA Provinsi Nusa Tenggara Barat).
5. Penanggulangan HIV dan AIDS (PERDA Provinsi DKI Jakarta, PERDA Provinsi Jawa Tengah, PERDA Kabupaten Badung).
6. Pemakaian kondom 100% di tempat-tempat hiburan (PERDA Kabupaten Nabire).
7. Pencegahan dan Penanggulangan HIV/AIDS dan IMS (PERDA Kabupaten Jayapura dan PERDA Kabupaten Sorong).
8. Pencegahan, Penanggulangan HIV/AIDS dan IMS (PERDA Kabupaten Manokwari).
9. Pencegahan dan Penanggulangan Human Immunodeficiency Virus/Acquired Immunodeficiency Syndrome (HIV/AIDS dan Infeksi Menular Seksual (IMS) sebagaimana PERDA Kabupaten Merauke.
10. Penanggulangan Human Immunodeficiency Virus (HIV) dan Acquired Immuno Deficiency Syndrome (AIDS) sebagaimana PERDA Provinsi Daerah Istimewa Yogyakarta dan PERDA Kabupaten Indramayu, dimana penulisan HIV dan AIDS tidak disingkat tetapi tertulis lengkap.

Penelitian cermat terhadap beberapa PERDA tersebut di atas menunjukkan bahwa ternyata ada PERDA yang mengatur secara jelas tujuan pembentukan PERDA, ada juga yang mengatur mengenai tujuan PERDA tetapi tidak diformulasikan secara jelas, dan ada PERDA yang tidak mengatur sama sekali tujuan pembentukannya. PERDA yang menyebut tujuan pembentukan PERDA secara limitatif dan jelas, antara lain adalah

PERDA DKI Jakarta dan PERDA NTT. Dalam PERDA DKI Jakarta Nomor 5 Tahun 2008 (PERDA DKI), ditegaskan dalam Bab I *ex* Pasal 2 dan Pasal 3.

Daftar : 4.2

Maksud dan Tujuan PERDA DKI

Pasal 2:
Maksud penanggulangan HIV dan AIDS adalah menekan laju penularan HIV dan AIDS serta meningkatkan kualitas hidup ODHA dan penyalahguna NAPZA suntik.

Pasal 3:
Tujuan penanggulangan HIV dan AIDS adalah melindungi masyarakat dan memutus mata rantai penularan HIV dan AIDS.

Sumber: PERDA Provinsi DKI Jakarta Nomor 5 Tahun 2008, diolah oleh penulis.

Selain PERDA DKI, PERDA NTT Nomor 3 Tahun 2007 (PERDA NTT) mengatur tentang tujuan pembentukan PERDA dalam Pasal 3, sebagaimana Daftar 4.3 di bawah.

Daftar : 4.3

Tujuan PERDA NTT

Pasal 3:
Peraturan daerah ini bertujuan untuk melindungi masyarakat dari bahaya HIV/AIDS dengan cara:

- a. Meningkatkan promosi perilaku hidup bersih dan sehat.
- b. Menjamin kesinambungan upaya pencegahan penyebaran HIV/AIDS.
- c. Menyediakan sistem pelayanan perawatan, dukungan, pengobatan dan pendampingan terhadap ODHA dan OHIDHA.
- d. Menyelenggarakan upaya pemulihan dan peningkatan kualitas hidup ODHA

Sumber: PERDA Provinsi NTT Nomor 3 Tahun 2007, diolah oleh penulis.

Dalam penelitian ditemukan, beberapa PERDA tidak menyebut dan/atau tidak mengatur mengenai tujuan PERDA, sedangkan beberapa diantaranya mencantumkan pengaturan tujuan pembentukan PERDA namun tidak diformulasikan secara jelas. PERDA Provinsi Jawa Timur Nomor 5 Tahun 2004 (PERDA Jawa Timur) misalnya, walaupun mengatur perihal sasaran pengaturan PERDA, namun tidak mencantumkan tujuan pembentukan PERDA. Demikian juga PERDA Provinsi Riau Nomor 4 Tahun 2004 (PERDA Riau), walaupun mengatur mengenai subyek dan obyek dari pengaturan PERDA namun tidak menetapkan secara jelas dan terukur, tujuan pembentukan PERDA. Di sisi lain, PERDA Kabupaten Banyuwangi Nomor 6 Tahun 2007, *ex* Bab II Pasal 2

mengatur mengenai tujuan dan sasaran PERDA namun tidak diformulasi secara pasti,²⁴⁶ sebagaimana dapat dilihat pada Daftar 4.4 berikut ini.

Daftar : 4.4

Tujuan dan Sasaran PERDA Kabupaten Banyuwangi

Bab II Tujuan dan Sasaran ; Pasal 2:

- (1) Tujuan pencegahan dan penanggulangan adalah mengupayakan penurunan resiko IMS dan HIV/AIDS pada tingkat minimal.
- (2) Sasaran pencegahan dan penanggulangan IMS dan HIV/AIDS adalah masyarakat di Kabupaten Banyuwangi.

Sumber: PERDA Kabupaten Banyuwangi Nomor 6 Tahun 2007, diolah oleh penulis.

Rumusan tujuan seperti dalam PERDA Banyuwangi, tidaklah memenuhi azas kepastian oleh karena pengukuran terhadap keberhasilan PERDA akan sangat sulit dilakukan, terutama terhadap penerapan ketentuan pidana. Berdasarkan formulasi demikian maka komponen Sistem Peradilan Pidana yang diberi tugas dan wewenang untuk menegakkan PERDA, tidak dapat bertindak tegas bahkan cenderung terbang pilih karena penegakan PERDA hanya ditujukan untuk memperoleh hasil minimal. Pentingnya memahami alasan/tujuan²⁴⁷ yang mendasari pembentukan PERDA tentang pencegahan dan penanggulangan HIV, terutama untuk menjawab pertanyaan: mengapa pencegahan dan penanggulangan HIV perlu diatur dalam PERDA? Dan terutama, mengapa perlu ada sarana hukum pidana dalam PERDA tersebut? Berikut ini ditampilkan kutipan dari tujuan pembentukan PERDA DKI sebagaimana termuat dalam Bab 1 – Pendahuluan, huruf B, halaman 4, naskah akademis pembentukan PERDA tersebut.

²⁴⁶ Lihat persyaratan tentang azas “kejelasan tujuan” dan azas “kejelasan rumusan” dalam pembentukan peraturan perundang-undangan (PERDA), khususnya pasal 5 huruf a dan f serta azas “ketertiban dan kepastian hukum” dalam pasal 6 ayat (1) huruf i UUP3.

²⁴⁷ Bandingkan dengan ketentuan C.1 (Ketentuan Umum), angka 72-71 dari lampiran UUP3. Selain itu, secara metodologis telah menjadi hal yang umum bahwa suatu tujuan yang baik harus memenuhi azas SMART yang merupakan singkatan dari: (S) Specific, (M) Measurable, (A) Achievable, (R) Realistic, (T) Time-bound. *Specific* menunjuk pada sesuatu yang khusus, terbatas dan terarah, tidak bersifat umum serta tidak *multy-interpretative*. *Measurable* mengandung makna bahwa pembentukan dan pengaturan materi muatan dalam PERDA haruslah dapat diukur dan dievaluasi. *Achievable* dimaksudkan untuk mengingatkan pemerintah, *stakeholders* dan *role accupant* sebagai komponen dalam PERDA bahwa tujuan pembentukan PERDA yang telah ditetapkan dapat dicapai dan digapai tepat pada waktunya, bahkan dapat dicapai secara efektif sekaligus efisien. *Realistik* berarti tujuan pembentukan PERDA yang ditetapkan telah sesuai dengan kebutuhan, tidak muluk-muluk, bukan merupakan sesuatu yang mustahil untuk dilaksanakan serta sesuai dengan kenyataan kebutuhan yang sedang dihadapi oleh masyarakat. *Time-bound* menunjuk pada ketersediaan waktu pelaksanaan (*time availability*), dengan kata lain, waktu yang tersedia sekarang ini cukup memadai untuk membentuk dan memenuhi isi PERDA. Waktu (*time*) penting untuk mengarahkan dan/atau melihat kesempatan atau *opportunity*, artinya pembentukan PERDA tidak *premature* atau sebaliknya *out of date*.

Daftar : 4.5

Maksud, Tujuan dan Kegiatan dalam PERDA DKI

B. Maksud & Tujuan:

Maksud disusun Peraturan Daerah tentang Penanggulangan HIV/AIDS adalah menekan laju penularan HIV/AIDS serta meningkatkan kualitas hidup ODHA.

Sedangkan tujuannya adalah:

1. menyebarluaskan informasi dan menciptakan suasana kondusif dengan menitikberatkan pencegahan pada kelompok berisiko;
2. menyediakan pelayanan VCT/KTS, pengobatan, perawatan dan dukungan kepada ODHA yang terintegrasi dengan upaya pencegahan;
3. meningkatkan peran serta masyarakat termasuk ODHA dalam berbagai upaya penanggulangan HIV/AIDS;
4. menciptakan dan mengembangkan kemitraan antara lembaga pemerintah, LSM, sektor swasta/dunia usaha, organisasi profesi dan lembaga donor secara terpadu dan berkelanjutan guna meningkatkan respon terhadap penularan/penyebaran HIV/AIDS.

Sumber: Naskah Akademis Pembentukan PERDA Penanggulangan HIV & AIDS DKI.

Sebagai bahan perbandingan, dikemukakan pula alasan pembentukan PERDA NTT sebagaimana dikemukakan dalam Pokok-Pokok Pikiran Pembentukan PERDA, yang dikutip dan ditampilkan dalam daftar 4.6 di bawah ini.

Daftar : 4.6

Maksud dan Tujuan Pembentukan PERDA NTT

Maksud:

Pokok-pokok pikiran yang dikemukakan sekarang ini dimaksudkan untuk mempersiapkan Peraturan Daerah tentang Penanggulangan HIV dan AIDS yang diharapkan mampu menjadi dasar hukum (legalitas), untuk mengatur hak-hak dan kewajiban para pihak dalam program penanggulangan HIV dan AIDS seperti kewajiban Pemerintah Daerah, kewajiban masyarakat dan kewajiban orang yang sudah tertular HIV baik secara sendiri-sendiri maupun bersama-sama.

Selain kewajiban-kewajiban, perlu pula diatur larangan-larangan terhadap perbuatan, tindakan dan atau perilaku aparat pemerintah dan masyarakat yang jelas-jelas merugikan upaya penanggulangan HIV dan AIDS di NTT, tetapi masih tetap dipraktikkan.

Tujuan:

Tujuan penanggulangan HIV dan AIDS adalah untuk mencegah dan mengurangi penularan HIV di kalangan masyarakat NTT, meningkatkan kualitas hidup orang dengan HIV dan AIDS disingkat dengan ODHA, serta mengurangi dampak sosial ekonomi sebagai akibat dari meluasnya akibat HIV dan AIDS dengan cara:

- a. Meningkatkan komunikasi, informasi dan edukasi untuk semua lapisan masyarakat dengan titik berat pada kelompok masyarakat berperilaku resiko tinggi;
- b. Menciptakan suasana dan atau lingkungan yang kondusif dalam upaya pencegahan dan penanggulangan HIV dan AIDS;
- c. Menyediakan pelayanan tes HIV sukarela, perawatan dan dukungan kepada ODHA yang terintegrasi dengan upaya pencegahan;
- d. Meningkatkan peran serta masyarakat termasuk ODHA dalam berbagai upaya penanggulangan HIV dan AIDS;
- e. Menciptakan dan mengembangkan kemitraan dan atau jaringan kerjasama antar lembaga pemerintah, perguruan tinggi, lembaga swadaya masyarakat (LSM), sektor swasta dan dunia usaha, organisasi profesi dan lembaga donor secara terpadu dan berkelanjutan guna meningkatkan respon terhadap penularan dan penyebaran HIV dan AIDS.

Sumber: Pokok-Pokok Pikiran Pembentukan PERDA Pencegahan & Penanggulangan HIV/AIDS NTT

Dua kutipan tentang tujuan pembentukan PERDA pencegahan dan penanggulangan HIV dan AIDS pada ghalibnya menegaskan bahwa semua ketentuan dalam PERDA termasuk ketentuan pidana merupakan instrumen yang dibentuk/ dirumuskan / ditetapkan untuk memenuhi tujuan PERDA. Ketentuan yang mengkriminalisir perilaku beresiko tertular dan/atau menularkan HIV disebut juga ketentuan hukum pidana lokal²⁴⁸ karena hanya berlaku secara lokal, menurut wilayah yurisdiksi provinsi dan/atau kabupaten/kota tempat PERDA dibentuk dan diundangkan. Selanjutnya akan disajikan analisis mengenai ketentuan yang memuat norma dan kriminalisasi dalam beberapa PERDA, yang ditunjuk secara *purposive* oleh penulis, yakni (1) PERDA Provinsi DKI Jakarta, (2) PERDA Provinsi NTT, (3) PERDA Provinsi Jawa Timur, (4) PERDA Provinsi Daerah Istimewa Yogyakarta, dan (5) PERDA Kabupaten Bandung.

4.1.1 Analisis terhadap PERDA DKI Jakarta

Sebelum melakukan analisis, maka terlebih dahulu ketentuan dalam PERDA berupa beberapa norma hukum pada umumnya dan norma hukum pidana dikutip, diolah dan disederhanakan serta ditampilkan kembali dalam Daftar. Hal ini dimaksudkan agar norma hukum yang ada dalam PERDA, dengan mudah dapat dibaca dan dianalisis. Kutipan dan hasil olahan selengkapnya akan ditampilkan dalam daftar 4.7 berikut ini.

²⁴⁸ Tentang hukum pidana lokal, baca selengkapnya dalam Sudarto, *Hukum Pidana I*, Penerbit Yayasan Sudarto – FH UNDIP, Semarang, Cetakan Ketiga, Juni 2009, halaman 17.

Daftar : 4.7

Norma Hukum Dalam PERDA DKI

Pasal 15

Kegiatan pencegahan dilaksanakan sejalan dengan kegiatan promosi melalui komunikasi, informasi dan edukasi dengan memperhatikan prinsip-prinsip pencegahan HIV dan AIDS, yaitu:

- a. tidak melakukan hubungan seksual bagi yang belum menikah.
- b. hanya melakukan hubungan seksual dengan pasangan yang sah.
- c. menggunakan alat pencegah penularan bagi pasangan yang sah dengan HIV positif.
- d. program pengurangan dampak buruk penyalahguna NAPZA suntik dilaksanakan oleh penyedia layanan kesehatan.
- e. Transplantasi organ tubuh dan transfusi darah harus melalui prosedur operasional standart (*Standard Operating Procedure*).
- f. Pemerintah dan Pemerintah Provinsi DKI Jakarta menjamin ibu hamil yang telah mengetahui status HIVnya positif untuk mendapatkan kemudahan akses dalam melakukan pencegahan penularan HIV kepada janin yang dikandungnya.
- g. setiap penanggung jawab tempat yang diduga berpotensi untuk terjadinya perilaku berisiko tertular HIV wajib:
 1. memasang media yang berisi informasi HIV dan AIDS dan NAPZA suntik.
 2. memeriksakan kesehatan secara berkala bagi karyawan yang menjadi tanggung jawabnya.
- h. setiap pelayanan kesehatan dan kegiatan yang berisiko terjadi kontaminasi darah dan cairan tubuh wajib melaksanakan kewaspadaan umum (*Universal Precaution*).
- i. berkomitmen untuk menciptakan keluarga yang harmonis, penuh cinta dan kasih sayang.
- j. memfungsikan keluarga secara optimal sebagai sarana untuk menciptakan generasi bangsa yang berkualitas.

Pasal 16

Pengobatan terhadap ODHA didukung dengan pendekatan perawatan berbasis keluarga, masyarakat, serta dukungan pembentukan persahabatan ODHA.

Pasal 17

Setiap penyedia layanan kesehatan wajib memberikan pelayanan kepada seluruh masyarakat yang membutuhkan tanpa diskriminasi dan menjaga kerahasiaan data ODHA.

Pasal 18

- (1) Tindakan pengobatan AIDS dimulai setelah seseorang dinyatakan sebagai ODHA.
- (2) Untuk menyatakan seseorang sebagai ODHA sebagaimana dimaksud pada ayat (1) diawali melalui proses VCT.
- (3) Konselor wajib menjaga kerahasiaan data ODHA.
- (4) Setiap ODHA berhak mendapatkan pengobatan sebagaimana dimaksud pada ayat (1), sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan.

BAB VIII – SANKSI

Pasal 28

- (1) Setiap orang dan/atau penanggung jawab tempat yang melanggar ketentuan Pasal 15 huruf g, dikenakan sanksi penghentian atau penutupan penyelenggaraan usaha.
- (2) Penghentian atau penutupan tempat penyelenggaraan usaha sebagaimana dimaksud pada ayat (1) dilakukan sesuai dengan ketentuan setelah dilakukan upaya peringatan dan/atau teguran tertulis.

Pasal 29

- (1) Setiap orang dan/atau penanggung jawab yang melanggar ketentuan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 15 huruf e dan huruf h, Pasal 17 dan Pasal 18 ayat (3) diancam pidana dengan pidana kurungan paling lama 3 (tiga) bulan atau denda paling banyak Rp. 50.000.000,- (lima puluh juta rupiah).
- (2) Tindak pidana sebagaimana dimaksud pada ayat (1), adalah tindak pidana pelanggaran.

BAB IX – PIDANA

Pasal 30

- (1) Tindak pidana yang berkaitan dengan penularan HIV yang dilakukan secara sengaja dan/atau terencana selain dikenakan sanksi sebagaimana dimaksud dalam Pasal 29, diancam pidana sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan.
- (2) Tindak pidana sebagaimana dimaksud pada ayat (1) adalah tindak pidana kejahatan.

Sumber: PERDA DKI Jakarta Nomor 5 Tahun 2008, diolah oleh penulis.

Untuk lebih mudah melihat subyek tindak pidana dan kualifikasi perbuatan yang dikriminalisasi dalam PERDA, maka ketentuan-ketentuan yang telah dikutip dalam daftar 4.7, selanjutnya diklasifikasi dan dipaparkan dalam iktisar 4.8 berikut ini.

Iktisar : 4.8

Klasifikasi Subyek & Perbuatan Pidana

Subyek	Perbuatan / Perilaku	Keterangan
Setiap penanggung jawab tempat yang diduga berpotensi untuk terjadinya perilaku berisiko tertular HIV	<ol style="list-style-type: none"> 1. Tidak memasang media yang berisi informasi HIV dan AIDS dan NAPZA suntik. 2. Tidak memeriksakan kesehatan secara berkala bagi karyawan yang menjadi tanggung jawabnya. 	Pasal 15 huruf g
Setiap orang dan/atau penanggung jawab pada penyedia layanan kesehatan	Tidak memberikan pelayanan kepada seluruh masyarakat yang membutuhkan tanpa diskriminasi dan/atau tidak menjaga kerahasiaan data ODHA.	Pasal 17
Konselor	Tidak menjaga kerahasiaan data ODHA	Pasal 18 ayat (3)

Sumber: PERDA DKI Nomor 5 Tahun 2008, diolah oleh penulis.

Tampilan data pada iktisar 4.8 di atas dengan jelas menggambarkan bahwa perilaku yang dikriminalisasi dan diancam dengan pidana terdiri dari, pertama perilaku tidak memasang media berisi informasi mengenai HIV & AIDS serta NAPZA, sedangkan subyek dari perbuatan tersebut adalah penanggungjawab tempat usaha. Kedua, perilaku tidak memeriksakan kesehatan karyawan yang menjadi tanggungjawabnya sedangkan subyek dari perbuatan tersebut adalah penanggungjawab tempat usaha. Ketiga perilaku tidak memberikan pelayanan kepada masyarakat yang membutuhkan dan/atau memberikan layanan tetapi dengan perlakuan yang diskriminatif, sedangkan subyek dari kualifikasi perbuatan pidana tersebut adalah orang atau penanggungjawab lembaga/institusi. Keempat, perilaku tidak menjaga kerahasiaan data ODHA dengan subyek hukum pidananya adalah konselor.

Keempat bentuk perilaku di atas lebih merupakan perbuatan yang dapat menghambat/menghalangi upaya penanggulangan HIV dan AIDS di DKI Jakarta dan dikualifikasi sebagai pelanggaran. Keempat-empatnya, tidak berhubungan langsung dengan perilaku dapat tidaknya seseorang menularkan dan/atau ditularinya HIV. Sepertinya rumusan Pasal 30 PERDA DKI Jakarta diarahkan untuk menjangkau dan memidana seseorang yang perilakunya berhubungan langsung dengan penularan HIV, karena dikualifikasikan sebagai kejahatan. Akan tetapi jika dicermati, formulasi/perumusan subyek hukum pidana, norma perilaku dan aturan yang dirujuk tidak pasti bahkan tidak ada. Penulis berpendapat bahwa akan jauh lebih bermanfaat, jelas dan pasti jika ketentuan pasal 30 dari PERDA Provinsi DKI merumuskan secara terperinci dan pasti tentang nama/judul undang-undang serta pasal dan ketentuan pidana yang dirujuk sebagai pasal yang secara substansial mengatur kesengajaan menularkan dan/atau ditularkan HIV. Hal yang demikian itu akan jauh lebih memenuhi syarat dan prinsip penting dalam hukum pidana yakni azas legalitas dan azas kepastian hukum/*certainty*.

4.1.2 Analisis terhadap PERDA NTT

Sebagaimana pengolahan data dan uraian terhadap PERDA DKI dalam 4.1.1 di atas maka terlebih dahulu ketentuan dan norma hukum pidana, ketentuan sanksi administrasi dan sanksi pidana dalam PERDA NTT akan dikutip, diolah dan disederhanakan serta ditampilkan kembali dalam daftar 4.9 berikut ini.

Daftar : 4.9

Norma Hukum Pidana Dalam PERDA NTT

BAB V : KEWAJIBAN DAN LARANGAN**Kewajiban**

Pasal 8

- (1) Setiap orang yang bertugas melakukan test HIV/AIDS untuk keperluan surveilans dan Pemeriksaan HIV/AIDS pada darah, produk darah, cairan mani, organ dan jaringan yang didonorkan wajib melakukannya dengan cara *unlinked anonymous*.
- (2) Setiap orang yang bertugas melakukan test HIV/AIDS untuk keperluan pengobatan, dukungan dan pencegahan penularan terhadap kelompok beresiko termasuk ibu hamil kepada bayi yang dikandungnya wajib melakukan konseling sebelum dan sesudah test.
- (3) Dalam hal konseling sebagaimana dimaksud pada ayat (2) tidak mungkin dilaksanakan, tes HIV/AIDS dilakukan dengan konseling keluarga.
- (4) Setiap orang yang karena pekerjaan dan atau jabatannya atau sebab apapun mengetahui dan memiliki informasi status HIV/AIDS seseorang wajib merahasiakannya.
- (5) Penyedia layanan kesehatan wajib memberikan pelayanan kepada ODHA dan OHIDHA tanpa diskriminasi.
- (6) Setiap orang yang telah mengetahui dirinya terinfeksi HIV/AIDS wajib melindungi orang lain dengan melakukan upaya pencegahan.
- (7) Setiap orang yang bersetubuh dengan seseorang padahal diketahui atau patut diduga bahwa dirinya dan atau pasangannya mengidap HIV/AIDS wajib melindungi pasangannya dengan menggunakan kondom.
- (8) Setiap orang yang memeriksakan darah, produk darah, cairan mani, organ dan jaringan tubuhnya wajib mentaati standar dan prosedur pemeriksaan yang berlaku.
- (9) Setiap orang yang menggunakan alat cukur, jarum suntik, jarum tato, jarum akupuntur, atau jenis jarum dan peralatan lainnya pada tubuhnya sendiri dan atau tubuh orang lain untuk tujuan apapun wajib menggunakannya secara steril.
- (10) Semua praktek budaya yang potensial menimbulkan penularan HIV/AIDS wajib melaksanakan *sanering* sesuai dengan prosedur dan standar kesehatan yang baku.

Larangan

Pasal 9

- (1) Setiap orang dilarang melakukan *Mandatory HIV Test*.
- (2) Setiap orang yang telah mengetahui dirinya terinfeksi HIV/AIDS dilarang mendonorkan darah, produk darah, cairan mani, organ dan jaringan tubuhnya kepada orang lain.
- (3) Setiap orang dilarang meneruskan darah, produk darah, cairan mani, organ dan jaringan tubuhnya yang terinfeksi HIV/AIDS kepada calon penerima donor.
- (4) Setiap orang atau badan dilarang mempublikasikan status HIV/AIDS seseorang kecuali dengan persetujuan yang bersangkutan.

BAB X : SANKSI ADMINISTRASI

Pasal 16

- (1) Gubernur berwenang menjatuhkan sanksi administratif terhadap orang atau lembaga yang dalam kedudukan tertentu melakukan pelanggaran terhadap ketentuan dalam Peraturan Daerah ini.
- (2) Sanksi administratif sebagaimana dimaksud pada ayat (1) adalah sebagai berikut:
 - a. teguran lisan;
 - b. teguran tertulis;
 - c. pencabutan sementara ijin penyelenggaraan usaha dan profesi;
 - d. penghentian atau penutupan penyelenggaraan usaha dan profesi.
- (3) Tata cara penjatuhan sanksi administratif sebagaimana dimaksud pada ayat (1) dan ayat (2) ditetapkan dengan Peraturan Gubernur.

BAB XII : KETENTUAN PIDANA

Pasal 18

- (1) Setiap orang yang melanggar ketentuan Pasal 7 ayat (2), Pasal 8 ayat (1), ayat (2) ayat (3), ayat (4), ayat (5), ayat (6), ayat (7), ayat (8), dan ayat (9), Pasal 9 ayat (1), ayat (2), ayat (3) dan ayat (4) dipidana dengan pidana kurungan paling lama 6 (enam) bulan atau denda paling banyak Rp 50.000.000,00 (lima puluh juta rupiah).
- (2) Ancaman pidana atau denda selain sebagaimana dimaksud pada ayat (1) disesuaikan dengan yang diatur dalam perundang – undangan lainnya.

Sumber: PERDA NTT Nomor 3 Tahun 2007, diolah oleh penulis.

Untuk lebih mudah melihat subyek dan kualifikasi perbuatan yang dikriminalisasi sebagai tindak pidana dalam ketentuan PERDA NTT maka ketentuan – ketentuan sebagaimana dikutip dalam daftar 4.9, selanjutnya diklasifikasi sebagaimana tampak dalam iktisar 4.10 berikut ini.

Iktisar : 4.10

Subyek dan perbuatan dipidana

Subyek	Perbuatan / Perilaku	Keterangan
Setiap orang sebagai petugas	Tidak melakukan test HIV/AIDS untuk keperluan surveilans dan Pemeriksaan HIV/AIDS pada darah, produk darah, cairan mani, organ dan jaringan yang didonorkan secara <i>unlinked anonymous</i> .	Pasal 8 ayat (1)
Setiap orang sebagai petugas	Tidak melakukan konseling sebelum dan sesudah test HIV/AIDS untuk keperluan pengobatan, dukungan dan pencegahan penularan terhadap kelompok beresiko termasuk ibu hamil kepada bayi yang dikandungnya.	Pasal 8 ayat (2)

Setiap orang	Tidak merahasiakan status HIV/AIDS seseorang padahal ia mengetahui dan memiliki informasi tersebut karena pekerjaan dan/atau jabatannya atau sebab apapun.	Pasal 8 ayat (4)
Setiap penyedia layanan kesehatan	Melakukan diskriminasi pada saat memberikan pelayanan kepada ODHA dan OHIDHA.	Pasal 8 ayat (5)
Setiap orang yang telah mengetahui dirinya terinfeksi HIV/AIDS (ODHA)	Tidak melindungi setiap orang lain dengan melakukan upaya pencegahan	Pasal 8 ayat (6)
Setiap orang	Tidak melindungi pasangannya dengan menggunakan kondom pada saat bersetubuh dengan seseorang yang diketahui atau patut diduga bahwa dirinya dan/atau pasangannya mengidap HIV/AIDS.	Pasal 8 ayat (7)
Setiap orang	Tidak mentaati standar dan prosedur pemeriksaan yang berlaku pada saat memeriksakan darah, produk darah, cairan mani, organ dan jaringan tubuhnya.	Pasal 8 ayat (8)
Setiap orang	Tidak menggunakan alat cukur, jarum suntik, jarum tato, jarum akupuntur, atau jenis jarum dan peralatan lainnya secara steril, baik pada tubuhnya sendiri dan atau tubuh orang lain untuk tujuan apapun.	Pasal 8 ayat (9)
Semua orang	Tidak melaksanakan <i>sanering</i> sesuai dengan prosedur dan standar kesehatan yang baku dalam mempraktekkan semua budaya yang potensial menimbulkan penularan HIV/AIDS.	Pasal 8 ayat (10)
Setiap orang	Melakukan <i>Mandatory HIV Test</i> .	Pasal 9 ayat (1)
Setiap orang yang telah mengetahui dirinya terinfeksi HIV/AIDS (ODHA)	Mendonorkan darah, produk darah, cairan mani, organ dan jaringan tubuhnya kepada orang lain.	Pasal 9 ayat (2)
Setiap orang yang telah mengetahui dirinya terinfeksi HIV/AIDS (ODHA)	Meneruskan darah, produk darah, cairan mani, organ dan jaringan tubuhnya kepada calon penerima donor.	Pasal 9 ayat (3)
Setiap orang atau badan	Mempublikasikan status HIV/AIDS seseorang tanpa persetujuan yang bersangkutan.	Pasal 9 ayat (4)

Sumber: PERDA NTT Nomor 3 Tahun 2007, diolah oleh penulis.

Data tentang subyek tindak pidana dalam PERDA NTT dapat dikelompokkan dalam dua kategori. Kategori pertama adalah subyek hukum orang (*naturlijk persoon*), terdiri atas: kesatu, setiap orang secara individu (orang per orang) sebagaimana disebutkan dalam beberapa pasal, yaitu: pasal 8 ayat (4), pasal 8 ayat (7), pasal 8 ayat (8), pasal 8 ayat (9) dan pasal 9 ayat (1). Kedua, semua orang²⁴⁹ (baik secara sendiri-sendiri maupun secara bersama-sama dalam satu kelompok) sebagaimana dirumuskan dalam pasal 8 ayat (10). Ketiga, petugas kesehatan, petugas laboratorium dan/atau konselor sebagaimana dimaksud oleh pasal 8 ayat (2), pasal 8 ayat (3) dan pasal 8 ayat (5). Keempat, adalah Orang dengan HIV dan/atau AIDS (ODHA) sebagaimana dimaksud dalam pasal 9 ayat (2) dan pasal 9 ayat (3). Kategori kedua, adalah badan (penyedia layanan) atau badan hukum/korporasi (*rechts persoon*) sebagaimana dimaksud dalam pasal 8 ayat (5) dan pasal 9 ayat (4).

Pembentukan PERDA NTT telah mencoba mengembangkan dan memperluas subyek hukum pidana lokal, tidak hanya terbatas pada orang perorang, tetapi juga pada sekelompok orang yang memiliki perilaku komunal/kelompok, serta badan/badan hukum atau korporasi. Selain itu, perilaku dari subyek hukum pidana yang dirumuskan sebagai perbuatan pidana diatur dalam dua pasal dan dikriminalisasi. Ada dua pasal berbeda dalam PERDA NTT, pasal 8 mengatur tentang kewajiban dan pasal 9 mengatur tentang larangan. Baik norma kewajiban maupun norma larangan dapat juga dikelompokkan dalam dua kategori perilaku, yakni perilaku yang berkenaan langsung dengan tindakan menularkan dan/atau ditulari virus HIV kepada seseorang, sebagaimana ternyata dari pasal 8 ayat (6), pasal 8 ayat (7), pasal 8 ayat (9), pasal 9 ayat (2) dan pasal 9 ayat (3). Selain itu, perilaku yang tidak langsung berhubungan dengan tertularnya virus dari seseorang kepada orang lain tetapi dapat menghambat upaya pencegahan dan penanggulangan HIV yang sedang gencar dilaksanakan oleh seluruh masyarakat NTT, sebagaimana dapat dilihat dalam pasal 8 ayat (1), pasal 8 ayat (2), pasal 8 ayat (4), pasal 8 ayat (5) dan pasal 9 ayat (4).

²⁴⁹ Rupanya subyek dan perilaku dalam ketentuan ini sengaja dirumuskan untuk mengatasi beberapa perilaku dalam masyarakat setempat, sebagaimana diakui dalam Pokok-Pokok Pikiran Pembentukan PERDA NTT, yang menyatakan, “di kalangan masyarakat Provinsi NTT masih ada dan dipraktikkan beberapa perilaku yang didasarkan pada kebiasaan dan/atau budaya setempat, padahal perilaku tersebut sangat rentan terhadap penularan IMS dan HIV & AIDS, seperti sunat tradisional yang dilanjutkan dengan sifon, hasai naran, ana bua dan lain sebagainya.”

Semua norma perilaku yang diatur dalam PERDA NTT dikualifikasi sebagai pelanggaran. PERDA NTT tidak merumuskan/mengatur satu norma perilakupun yang dikualifikasi sebagai kejahatan. Disini nampak ada hal yang menarik perhatian penulis bahwa PERDA NTT telah mencoba melakukan kriminalisasi terhadap perilaku yang didasarkan pada adat istiadat dan kebiasaan/kebudayaan setempat sebagai perbuatan pidana (lihat pasal 8 ayat (10) PERDA NTT) walaupun oleh masyarakat pemilik budaya, perilaku tersebut sebelumnya bukan merupakan perilaku yang dilarang/dibenci.

4.1.3 Analisis terhadap PERDA Provinsi Jawa Timur

Di bawah ini disajikan uraian ketentuan atau norma hukum pidana dalam PERDA Jawa Timur yang dikutip dan disederhanakan dalam bentuk daftar 4.11 berikut ini.

Daftar : 4.11

Norma Hukum dalam PERDA Jawa Timur

Pasal 3

- (1) Pencegahan dan penanggulangan HIV/AIDS adalah tanggungjawab setiap instansi Pemerintah dan swasta serta setiap orang dan setiap keluarga di Provinsi Jawa Timur.
- (2) Pemerintah Provinsi harus selalu berupaya mengembangkan kebijakan yang menjamin efektivitas usaha pencegahan dan penanggulangan infeksi HIV/AIDS guna melindungi setiap orang dari infeksi HIV termasuk kelompok rawan.
- (3) Dalam rangka penanggulangan penyebarluasan HIV/AIDS di Provinsi Jawa Timur, Pemerintah Provinsi dan masyarakat Jawa Timur berkewajiban untuk:
 - a. Melakukan program Komunikasi, Informasi dan Edukasi pencegahan infeksi HIV yang benar, jelas dan lengkap, melalui media massa, organisasi masyarakat, dunia usaha, lembaga pendidikan maupun Lembaga Swadaya Masyarakat yang bergerak di bidang kesehatan secara periodik.
 - b. Melakukan pendidikan ketrampilan hidup dengan tenaga yang kompeten untuk menghindari infeksi HIV dan penggunaan Napza melalui sekolah maupun luar sekolah mulai tingkat dasar sampai dengan perguruan tinggi milik pemerintah maupun swasta.
 - c. Melaksanakan penanggulangan Penyakit Menular Seksual (PMS) secara terpadu dan berkala ditempat-tempat perilaku beresiko tinggi, termasuk didalamnya keharusan penggunaan kondom 100%.
 - d. Mendorong dan melaksanakan test dan konseling HIV secara sukarela terutama bagi kelompok rawan.
 - e. Mengadakan obat anti retroviral obat anti infeksi oportunistik yang efektif dan umum digunakan secara murah dan terjangkau.
 - f. Memberikan layanan kesehatan yang spesifik di pelayanan kesehatan dasar, rujukan dan penunjang milik pemerintah maupun swasta.

- g. Melaksanakan kewaspadaan umum di sarana pelayanan kesehatan dasar, rujukan dan penunjang milik pemerintah maupun swasta sehingga dapat mencegah HIV serta dapat melindungi staf dan pekerjanya.
 - h. Melaksanakan skrining yang standar terhadap HIV atas seluruh darah, fraksi darah, dan jaringan tubuh yang didonorkan kepada orang lain.
 - i. Melaksanakan surveilans epidemiologi HIV, AIDS, IMS dan surveilans perilaku.
- (4) Kebijakan sebagaimana dimaksud pada ayat (2) dapat dilakukan dengan mengembangkan jejaring untuk:
- a. Surveilans Epidemiologi HIV, AIDS, IMS dan surveilans perilaku.
 - b. Melakukan pembinaan kewaspadaan umum di sarana kesehatan.
 - c. Mengembangkan sistem dukungan, perawatan dan pengobatan untuk ODHA.
 - d. Mengembangkan pelaksanaan penggunaan kondom 100% dan alat suntik steril di lingkungan kelompok perilaku resiko tinggi.

Pasal 4

- (1) Test HIV dilakukan di laboratorium milik pemerintah atau swasta yang ditunjuk.
- (2) Prosedur untuk mendiagnosis infeksi HIV harus dilakukan secara sukarela dan didahului dengan memberikan informasi yang benar kepada yang bersangkutan (*informed consent*) disertai konseling yang memadai sebelum dan sesudah test dilakukan.
- (3) Seluruh sarana pelayanan kesehatan dasar, rujukan dan penunjang milik Pemerintah dan swasta tidak boleh menolak memberikan pelayanan kesehatan pada pasien yang terinfeksi HIV.
- (4) Setiap orang karena tugas dan pekerjaannya mengetahui atau memiliki informasi tentang status HIV seseorang, wajib merahasiakan kecuali:
 - a. Jika ada persetujuan/ijin yang tertulis dari orang yang bersangkutan ;
 - b. Jika ada persetujuan/ijin dari orang tua atau wali dari anak yang belum cukup umur, cacat atau tidak sadar ;
 - c. Jika ada keputusan hakim yang memerintahkan status HIV seseorang dapat dibuka ;
 - d. Jika ada kepentingan rujukan medis atau layanan medis dengan komunikasi antar dokter atau fasilitas kesehatan dimana orang dengan HIV/AIDS tersebut dirawat ;
- (5) Tenaga kesehatan dapat membuka informasi sebagaimana pada ayat (4) dengan persetujuan ODHA kepada pasangan seksual dan atau pengguna alat suntik bersama, bila:
 - a. ODHA telah mendapat konseling yang cukup namun tidak mau atau tidak kuasa untuk memberitahu pasangan seksual dan atau pengguna alat suntik bersama;
 - b. Tenaga kesehatan atau konselor telah memberitahu pada ODHA bahwa untuk kepentingan kesehatan akan dilakukan pemberitahuan kepada pasangan seksualnya atau pengguna alat suntik bersama;
 - c. Ada indikasi bahwa telah terjadi transmisi pada pasangannya;
 - d. Untuk kepentingan pemberian dukungan pengobatan dan perawatan pada pasangan seksualnya atau pengguna alat suntik bersama.

Pasal 5

- (1) Pemerintah melindungi hak-hak pribadi, hak-hak sipil dan hak azasi ODHA termasuk perlindungan dari kerahasiaan status HIV.
- (2) Setiap ODHA berhak memperoleh pelayanan pengobatan dan perawatan serta dukungan tanpa diskriminasi dalam bentuk apapun.
- (3) Penanggulangan HIV/AIDS didasari kepada nilai luhur kemanusiaan dan penghormatan terhadap harkat hidup manusia.

Pasal 6

Setiap orang yang telah mengetahui dirinya terinfeksi HIV, tidak boleh:

- a. Melakukan hubungan seksual dengan orang lain, kecuali bila pasangannya telah diberitahu tentang status HIV-nya dan secara sukarela menerima risiko tersebut.
- b. Menggunakan secara bersama-sama alat suntik atau alat lain yang patut diketahui dapat menularkan virus HIV kepada orang lain.
- c. Mendonasikan darah, semen, atau organ/jaringan kepada orang lain.
- d. Melakukan tindakan apa saja yang patut diketahui dapat menularkan atau menyebabkan infeksi HIV kepada orang lain baik dengan bujuk rayu atau dengan kekerasan.

Bab V – Ketentuan Pidana

Pasal 9

- (1) Barangsiapa melanggar ketentuan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 3 ayat (3) huruf c, 4 ayat (3), (4), (5), 5 ayat (2) dan pasal 6 diancam pidana kurungan paling lama 6 bulan atau denda setinggi-tingginya Rp. 50.000.000,00 (lima puluh juta rupiah);
- (2) Tindak pidana yang dimaksud pada ayat (1) adalah pelanggaran.
- (3) Pelanggaran terhadap hal-hal yang berkaitan dengan penularan HIV/AIDS selain dimaksud pada ayat (1) diancam pidana sesuai ketentuan perundang-undangan yang berlaku.
- (4) Tindak pidana yang dimaksud pada ayat (3) adalah kejahatan.

Sumber: PERDA Provinsi Jawa Timur Nomor 5 Tahun 2004, diolah oleh penulis.

Mengikuti uraian di atas dan agar lebih mudah melihat subyek dan kualifikasi perbuatan yang dikriminalisasi sebagai tindak pidana dalam ketentuan PERDA, maka ketentuan-ketentuan sebagaimana dikutip dalam daftar 4.11 di atas, selanjutnya dilakukan klasifikasi dan ditampilkan kembali dalam iktisar 4.12 berikut ini.

Iktisar : 4.12

Subyek dan perbuatan dipidana

Subyek	Perbuatan / Perilaku	Keterangan
Pemerintah Provinsi dan/atau masyarakat Jawa Timur	Tidak melaksanakan penanggulangan Penyakit Menular Seksual (PMS) secara terpadu dan berkala ditempat-tempat perilaku beresiko tinggi, termasuk didalamnya keharusan penggunaan kondom 100%.	Pasal 3 ayat (3) huruf c
Seluruh sarana pelayanan kesehatan dasar, rujukan dan penunjang milik Pemerintah dan swasta	Menolak memberikan pelayanan kesehatan pada pasien yang terinfeksi HIV.	Pasal 4 ayat (3)
Setiap orang karena tugas dan pekerjaannya	<p>a. Mengetahui atau memiliki informasi tentang status HIV seseorang namun tidak merahasiakannya padahal tidak ada persetujuan/ijin yang tertulis dari orang yang bersangkutan.</p> <p>b. Mengetahui atau memiliki informasi tentang status HIV seseorang namun tidak merahasiakannya padahal tidak ada persetujuan/ijin dari orang tua atau wali dari anak yang belum cukup umur, cacat atau tidak sadar.</p> <p>c. Mengetahui atau memiliki informasi tentang status HIV seseorang namun tidak merahasiakannya padahal tidak ada keputusan hakim yang memerintahkan status HIV seseorang dapat dibuka.</p> <p>d. Mengetahui atau memiliki informasi tentang status HIV seseorang namun tidak merahasiakannya padahal tidak ada kepentingan rujukan medis atau layanan medis dengan komunikasi antar dokter atau fasilitas kesehatan dimana orang dengan HIV/AIDS tersebut dirawat.</p>	Pasal 4 ayat (4) huruf a – d.
Tenaga kesehatan atau konselor	a. Membuka informasi dengan persetujuan membuka status HIV dari seorang ODHA kepada pasangan seksual dan atau pengguna alat suntik bersama, padahal ODHA tidak diberi konseling yang cukup dan/atau walaupun telah diberi konseling yang cukup namun ODHA tidak mau atau tidak kuasa untuk memberitahu pasangan seksual dan atau pengguna alat suntik bersama.	Pasal 4 ayat (5) huruf a – d.

	<p>b. Membuka informasi/status HIV seorang ODHA kepada pasangan seksual dan/atau pengguna alat suntik bersama padahal tidak/ belum memberitahu pada ODHA bahwa untuk kepentingan kesehatan akan dilakukan pemberitahuan kepada pasangan seksualnya atau pengguna alat suntik bersama.</p> <p>c. Membuka informasi dengan persetujuan membuka status HIV dari seorang ODHA kepada pasangan seksual dan atau pengguna alat suntik bersama, padahal tidak ada indikasi bahwa telah terjadi transmisi pada pasangannya.</p> <p>d. Membuka informasi status HIV ODHA dengan persetujuan ODHA yang berngkutan kepada pasangan seksual dan atau pengguna alat suntik bersama, padahal tidak untuk kepentingan pemberian dukungan pengobatan dan perawatan pada pasangan seksualnya atau pengguna alat suntik bersama.</p>	
Seluruh sarana pelayanan kesehatan dasar, rujukan dan penunjang milik Pemerintah dan swasta	Melakukan tindakan diskriminatif dalam bentuk apapun terhadap (ODHA) pada saat memberikan pelayanan pengobatan dan perawatan serta dukungan.	Pasal 5 ayat (2)
Setiap orang dengan HIV dan/atau AIDS (ODHA)	<p>a. Dilarang melakukan hubungan seksual dengan orang lain, kecuali bila pasangannya telah diberitahu tentang status HIV-nya dan secara sukarela menerima risikonya.</p> <p>b. Dilarang menggunakan secara bersama-sama alat suntik atau alat lain yang patut diketahui dapat menularkan virus HIV kepada orang lain.</p> <p>c. Dilarang mendonasikan darah, semen, atau organ/jaringan kepada orang lain.</p> <p>d. Dilarang melakukan tindakan apa saja yang patut diketahui dapat menularkan atau menyebabkan infeksi HIV kepada orang lain baik dengan bujuk rayu atau dengan kekerasan.</p>	Pasal 6

Sumber: PERDA Provinsi Jawa Timur Nomor 5 Tahun 2004, diolah oleh penulis.

Data yang tersedia dalam iktisar 4.12 memperlihatkan bahwa subyek tindak pidana dalam PERDA Jawa Timur sangat variatif dan luas, meliputi beberapa kategori. Pertama, pemerintah Provinsi dan/atau masyarakat Jawa Timur, sebagaimana Pasal 3 ayat (3) huruf c. Menurut hemat penulis, ketentuan Pasal 3 ayat (3) huruf c yang menetapkan

pemerintah provinsi dan masyarakat provinsi Jawa Timur sangatlah terbuka untuk diperdebatkan, sekurang-kurangnya dapat dipertanyakan.

Pertanyaan penting dalam hal ini adalah tentang siapakah yang harus didudukkan sebagai subyek tindak pidana (tersangka/terdawa) untuk dan atas nama pemerintah Provinsi Jawa Timur? Apakah yang dimaksud oleh pembentuk PERDA Provinsi Jawa Timur adalah pemerintah Provinsi Jawa Timur dalam arti luas yang meliputi eksekutif, legislatif dan yudikatif, atau pemerintah Provinsi Jawa Timur dalam arti sempit, yang hanya meliputi eksekutif saja. Sekiranya yang dimaksudkan dalam ketentuan PERDA adalah pemerintah dalam arti sempit, apakah yang dimintai pertanggungjawaban pidana adalah Gubernur, atau Gubernur dan Wakil Gubernur, atau Kepala Dinas/Instansi yang lingkup tugas, kewenangan dan tanggungjawabnya meliputi pencegahan dan penanggulangan HIV dan AIDS? Dalam kerangka otonomi daerah maka pertanyaan selanjutnya adalah, apakah tanggungjawab pidana dapat dikenakan juga kepada pemerintah Kabupaten/Kota? Tidak jelasnya penentuan/penetapan/perumusan subyek tindak pidana terutama 'subyek' yang ditunjuk untuk bertanggung jawab terhadap pelanggaran atas ketentuan dalam Pasal 3 ayat (3) huruf c menyebabkan ketentuan hukum pidana tersebut menjadi mandul dan tidak *applicable* dan/atau aplikatif.

Sebagai bahan perbandingan, berikut ini dikemukakan ketentuan Undang-undang Nomor 14 Tahun 2008 tentang Keterbukaan Informasi Publik (UU KIP), yang dalam ketentuan Pasal 52 mengancam pidana kurungan paling lama 1 (satu) tahun dan/atau pidana denda paling banyak Rp. 50.000.000,00 (lima puluh juta rupiah) kepada Badan Hukum Publik. Menurut ketentuan Pasal 1 angka 2 UU KIP, "Informasi Publik adalah informasi yang dihasilkan, disimpan, dikelola, dikirim dan/atau diterima oleh suatu Badan Publik yang berkaitan dengan penyelenggara dan penyelenggaraan negara dan/atau penyelenggara dan penyelenggaraan Badan Publik lainnya sesuai dengan UU ini serta informasi lain yang berkaitan dengan kepentingan publik." Selanjutnya, Pasal 1 angka 3 UU KIP menyatakan,

"Badan Publik adalah lembaga eksekutif, legislatif, yudikatif dan badan lain yang fungsi dan tugas pokoknya berkaitan dengan penyelenggaraan negara, yang sebagian atau seluruh dananya bersumber dari Anggaran Pendapatan dan Belanja Negara dan/atau Anggaran Pendapatan dan Belanja Daerah, atau organisasi nonpemerintah sepanjang sebagian atau seluruh dananya bersumber dari Anggaran Pendapatan dan

Belanja Negara dan/atau Anggaran Pendapatan dan Belanja Daerah, sumbangan masyarakat dan/atau luar negeri.”

Selain itu, menurut Pasal 1 angka 8 UU KIP menyatakan, “Pejabat Publik adalah orang yang ditunjuk dan diberi tugas untuk menduduki posisi atau jabatan tertentu pada Badan Publik. Sedangkan Pasal 1 angka 9 UU KIP menegaskan bahwa Pejabat Pengelola Informasi adalah pejabat yang bertanggungjawab di bidang penyimpanan, pendokumentasian, penyediaan, dan/atau pelayanan informasi di Badan Publik.”

Khusus tentang ketentuan pidana yang menjadi bahan perbandingan, maka dalam Pasal 52 UU KIP menyatakan,

“Badan Publik yang dengan sengaja tidak menyediakan, tidak memberikan dan/atau tidak menerbitkan Informasi Publik berupa Informasi Publik secara berkala, Informasi Publik yang wajib diumumkan secara serta-merta, Informasi Publik yang wajib tersedia setiap saat, dan/atau Informasi Publik yang harus diberikan atas dasar permintaan sesuai dengan Undang-undang ini, dan mengakibatkan kerugian bagi orang lain dikenakan pidana kurungan paling lama 1 (satu) tahun dan/atau pidana denda paling banyak Rp. 50.000.000,00 (lima puluh juta rupiah).

Perlu ditegaskan bahwa UU KIP adalah bersifat umum (*lex generalis*). Ketentuan Pasal 56 UU KIP menyatakan, “Setiap pelanggaran yang dikenai sanksi pidana dalam UU ini dan juga diancam dengan sanksi pidana dalam UU lain yang bersifat khusus, yang berlaku adalah sanksi pidana dari UU yang lebih khusus tersebut.” Sedangkan kualifikasi dari perbuatan pidana dalam delik UU KIP adalah delik aduan. Pasal 57 UU KIP menyatakan, “Tuntutan pidana berdasarkan UU ini adalah delik aduan dan diajukan melalui peradilan pidana. Dari pelbagai ketentuan yang dikutip dari UU KIP di atas, segera dapat disimpulkan bahwa subyek hukum yang (akan) didudukkan sebagai tersangka untuk selanjutnya diajukan sebagai terdakwa atas nama Badan Publik, ialah Pejabat Pengelola Informasi.

Kembali pada kategori kedua dari subyek hukum dalam PERDA Jawa Timur, yaitu setiap orang karena tugas dan pekerjaannya, sebagaimana ditetapkan dalam pasal Pasal 4 ayat (4), huruf a – d. Penulis ingin memberi catatan bahwa ketentuan dalam pasal ini sepertinya diarahkan kepada perilaku seseorang terikat sumpah jabatan dan/atau rahasia jabatan dan pekerjaan. Ketentuan mengenai rahasia jabatan dan/atau pekerjaan yang berhubungan erat dengan ketentuan Pasal 4 ayat (4) huruf a – d, telah diatur dalam

KUHP, dan dapat ditemukan dalam beberapa pasal, antara lain Pasal 322, 323, 430, 431, 432, 433, 434. Untuk melihat persamaan dan perbedaan dari kedua pengaturan tersebut, dikutip ketentuan Pasal 322 KUHP ayat (1) menurut terjemahan R. Soesilo berbunyi, “Barangsiapa dengan sengaja membuka suatu rahasia, yang menurut jabatannya atau pekerjaannya, baik yang sekarang maupun yang dahulu, ia diwajibkan menyimpannya, dihukum penjara selama-lamanya sembilan bulan atau denda sebanyak-banyaknya Rp. 9.000.“

Kategori ketiga, adalah tenaga kesehatan dan/atau konselor, sebagaimana Pasal 4 ayat (5). Kategori keempat adalah seluruh sarana pelayanan kesehatan dasar, rujukan dan penunjang milik pemerintah dan swasta, sebagaimana Pasal 5 ayat (2), sedangkan kategori keenam adalah setiap orang dengan HIV dan/atau AIDS (ODHA), sebagaimana ditetapkan Pasal 6, huruf a – d.

Demikian juga mengenai perilaku yang dikriminalisasi, secara umum dapat dikelompokkan menjadi dua kategori, yakni yang pertama adalah perilaku yang berhubungan langsung dengan transmisi HIV baik menularkan dan/atau ditulari virus HIV, sebagaimana dinyatakan dalam Pasal 6 huruf a – d. Kedua, perilaku yang tidak secara langsung berhubungan dengan kemungkinan terjadinya transmisi, baik menularkan dan/atau ditulari virus, sebagaimana dinyatakan dalam Pasal 4 ayat (3), Pasal 4 ayat (4) huruf a sampai dengan d, Pasal 4 ayat (5) huruf a – d dan Pasal 5 ayat (2). Walaupun ketentuan dalam pasal-pasal termaksud tidak secara langsung berhubungan dengan transmisi virus HIV, akan tetapi pelanggaran terhadap ketentuan tersebut dapat berakibat gagal atau terhambatnya upaya pencegahan dan penanggulangan HIV & AIDS.

Perlu dicatat bahwa baik perilaku yang berhubungan langsung dengan kemungkinan terjadinya transmisi maupun perilaku yang tidak langsung berhubungan dengan transmisi virus sebagaimana diuraikan di atas, dikualifikasi sebagai pelanggaran. Disamping itu, ketentuan Pasal 9 ayat (3) dan ayat (4) merujuk perilaku lain yang diatur dalam peraturan perundang-undangan lain berkaitan dengan penularan HIV/AIDS akan tetapi tidak termasuk dalam kelompok perilaku yang telah ditegaskan di atas, dan dikualifikasi sebagai kejahatan. Sama seperti PERDA DKI Jakarta, perumusan yang dibuat secara rujukan (*referral system*) seperti ini sangat tidak memenuhi azas kepastian hukum yang menjadi syarat mutlak dalam hukum pidana, karena tidak jelas nama/judul peraturan

perundang-undangnya, bentuk/rumusan normanya serta subyek hukumnya. Jelaslah bahwa perumusan seperti ini sangat tidak *applicable*.

4.1.4 Analisis terhadap PERDA Provinsi Daerah Istimewa Yogyakarta (DIY)

Sepanjang pengumpulan data dalam kegiatan penelitian yang penulis lakukan hingga akhir Maret tahun 2011, PERDA Provinsi DIY merupakan salah satu PERDA tentang HIV & AIDS yang paling baru di Indonesia, yang disahkan 1 Desember Tahun 2010. Sebagaimana PERDA Provinsi dan/atau Kabupaten dan Kota yang telah dibentuk sebelumnya, dalam PERDA Provinsi DIY juga dirumuskan, ditetapkan dan diatur beberapa ketentuan mengenai hukum pidana lokal, yang dikutip dan disajikan dalam daftar 4.13 berikut ini.

Daftar : 4.13

Norma Hukum dalam PERDA Provinsi DIY

Pasal 7

Setiap orang wajib:

- a. menghindari perilaku berisiko tertular atau menularkan HIV;
- b. menghargai hak asasi manusia ODHA dan OHIDHA; dan
- c. menghormati kerahasiaan status HIV seseorang untuk menghindari terjadinya perlakuan tidak menyenangkan, diskriminasi, atau stigmatisasi, kecuali ada izin secara lisan atau tertulis dari ODHA untuk membuka status HIV.

Pasal 8

Setiap ODHA berhak:

- a. mendapat akses pelayanan kesehatan sesuai dengan standar yang sudah ditetapkan;
- b. menjaga kerahasiaan status HIV dan AIDS-nya untuk menghindari perlakuan tidak menyenangkan, diskriminasi, atau stigmatisasi; dan
- c. dilindungi hak-hak sipilnya serta bebas dari diskriminasi dan stigmatisasi.

Pasal 9

Setiap ODHA harus:

- a. mengikuti program perawatan, dukungan dan pengobatan;
- b. membuka status HIV-nya kepada pihak yang berkepentingan; dan
- c. mencegah penularan HIV dari dirinya kepada orang lain.

Pasal 13

- (1) Setiap sarana pelayanan kesehatan yang melakukan kegiatan dengan risiko terjadi kontaminasi darah, cairan tubuh, dan produk donor wajib menjalankan kewaspadaan universal.
- (2) Tata cara menjalankan kewaspadaan universal sebagaimana dimaksud pada ayat (1) berdasarkan ketentuan peraturan perundang-undangan di bidang kesehatan.

Pasal 14

- (1) Tempat usaha yang kegiatannya berisiko menyebarkan HIV wajib menjalankan pencegahan penularan.
- (2) Upaya pencegahan sebagaimana dimaksud pada ayat (1) dapat berupa:
 - a. sterilisasi alat-alat yang digunakan pada pengguna usaha/jasa;
 - b. menggunakan alat sekali pakai kepada pengguna usaha/jasa.
- (3) Pemerintah Daerah mengadakan atau memfasilitasi pelatihan dan/atau penyuluhan untuk mendukung pencegahan penularan HIV dan AIDS di tempat-tempat usaha.
- (4) Pemerintah Daerah dapat memberikan sertifikat untuk tempat-tempat usaha yang telah melaksanakan upaya pencegahan sebagaimana dimaksud pada ayat (2).
- (5) Ketentuan lebih lanjut mengenai tata cara pemberian sertifikat sebagaimana dimaksud pada ayat (4) diatur dengan Peraturan Gubernur.

Pasal 15

- (1) Untuk mencegah potensi penularan HIV melalui hubungan seks, setiap orang yang berhubungan seks dengan seseorang yang diketahui atau patut diduga bahwa dirinya dan/atau pasangannya terinfeksi HIV wajib melindungi dirinya dan pasangannya dengan menggunakan alat yang dapat mencegah berpindahya cairan tubuh yang mengandung virus HIV.

Pasal 17

- (1) Tenaga Kesehatan di sarana pelayanan kesehatan dapat menganjurkan Tes HIV kepada pasien yang dirawatnya.
- (2) Tes HIV sebagaimana dimaksud pada ayat (1) wajib didahului dan diakhiri konseling.
- (3) Dalam hal pasien menyetujui untuk melakukan Tes HIV sebagaimana dimaksud pada ayat (1) harus memberikan persetujuan tertulis setelah memperoleh penjelasan yang memadai tentang HIV dan AIDS.
- (4) Pasien berhak menolak dilakukannya Tes HIV sebagaimana dimaksud pada ayat (1) jika persyaratan tes tersebut belum dipenuhi pihak sarana pelayanan kesehatan sebagaimana dimaksud pada ayat (2).
- (5) Dalam hal Tes HIV menunjukkan hasil reaktif (positif), tenaga kesehatan memberikan rujukan.

Pasal 18

- (1) Setiap sarana pelayanan kesehatan yang memiliki fasilitas Tes HIV wajib memiliki konselor.
- (2) Sarana pelayanan kesehatan yang melakukan Tes HIV tanpa dilengkapi oleh layanan konselor dikenai sanksi administratif.
- (3) Pemberian sanksi administratif sebagaimana dimaksud pada ayat (2) dilakukan oleh instansi yang mengeluarkan izin.

Pasal 19

- (1) Setiap sarana pelayanan kesehatan wajib melakukan penapisan HIV dan penyakit lain yang dapat menular melalui produk donor seperti Hepatitis B, Hepatitis C, dan Sifilis terhadap produk donor.

- (2) Dalam hal Tes HIV terhadap produk donor sebagaimana dimaksud pada ayat (1) menunjukkan hasil reaktif/positif HIV, sarana pelayanan kesehatan tersebut harus menganjurkan kepada pendonor mengikuti konseling dan Tes HIV.
- (3) Sarana Pelayanan Kesehatan dilarang menggunakan produk donor sebagaimana dimaksud pada ayat (2).
- (4) Sarana Pelayanan Kesehatan wajib memusnahkan produk donor sebagaimana dimaksud pada ayat (2).
- (5) Tata cara pemusnahan produk donor sebagaimana dimaksud pada ayat (4) dilaksanakan sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan.

Pasal 28

Dalam penanggulangan HIV dan AIDS masyarakat secara mandiri dapat:

- a. melakukan promosi penanggulangan HIV dan AIDS melalui komunikasi, informasi, dan edukasi; dan/atau
- b. melakukan rehabilitasi sosial kepada ODHA, OHIDHA dan populasi kunci sebagaimana dimaksud dalam Pasal 25 sesuai dengan kemampuannya.

Pasal 29

- (1) Dalam penanggulangan HIV dan AIDS Pengusaha wajib melaksanakan promosi di perusahaan miliknya secara mandiri atau bekerja sama dengan pihak lain.
- (2) Pelaksanaan promosi sebagaimana dimaksud pada ayat (1) diatur lebih lanjut dengan Peraturan Gubernur.

Sumber: PERDA Provinsi Daerah Istimewa Yogyakarta Nomor 12 Tahun 2010, diolah oleh penulis.

Hal yang menarik perhatian penulis adalah bahwa sistematika/konstruksi pengaturan norma dan ketentuan pidana serta sanksi pidana dalam PERDA DIY dirumuskan berbeda dengan PERDA lain yang sudah ada sebelumnya. Selanjutnya, untuk lebih mudah melihat subyek hukum pidana dan kualifikasi perbuatan yang dikriminalisasi sebagai tindak pidana dalam ketentuan PERDA, maka Bab IX, pasal 32 dan pasal 33 tentang ketentuan pidana akan diolah dan ditampilkan dalam daftar 4.14 berikut ini.

Daftar : 4.14

Subyek dan Perbuatan Pidana dalam PERDA DIY

BAB IX – KETENTUAN PIDANA

Pasal 32

Pelanggaran atas ketentuan dalam Pasal 9 huruf c, dan Pasal 15 ayat (1), Pasal 18 ayat (3), dipidana dengan pidana sesuai ketentuan peraturan perundang-undangan.

Pasal 33

- (1) Setiap orang yang menyampaikan atau mengumumkan informasi status HIV atau AIDS seseorang kepada pihak lain tanpa persetujuan dari ODHA sebagaimana dimaksud dalam Pasal 7 huruf c dipidana dengan pidana kurungan paling lama 3 (tiga) bulan atau denda paling banyak Rp 50.000.000,00 (lima puluh juta rupiah).

- (2) Setiap orang yang melakukan diskriminasi sehingga melanggar hak seseorang sebagaimana dimaksud dalam Pasal 8 huruf c dipidana dengan kurungan paling 3 (tiga) bulan atau denda paling banyak Rp 50.000.000,00 (lima puluh juta rupiah).
- (3) Pemilik Sarana Kesehatan yang tidak menjalankan kewaspadaan universal sebagaimana dimaksud dalam Pasal 13 ayat (1) dipidana dengan kurungan paling lama 3 (tiga) bulan atau denda paling banyak Rp 50.000.000,00 (lima puluh juta rupiah).
- (4) Pemilik tempat usaha yang tidak menjalankan upaya pencegahan penularan sebagaimana dimaksud pada Pasal 14 ayat (1) dipidana dengan kurungan paling lama 3 (tiga) bulan atau denda paling banyak Rp 50.000.000,00 (lima puluh juta rupiah).
- (5) Setiap orang yang dengan sengaja memaksakan atau melakukan tes HIV kepada seseorang tanpa seijin tertulis orang yang bersangkutan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 17 ayat (2) dipidana dengan kurungan paling lama 3 (tiga) bulan atau denda paling banyak Rp 50.000.000,00 (lima puluh juta rupiah).
- (6) Setiap orang yang dengan sengaja mendistribusikan produk donor yang diketahui telah terinfeksi HIV atau AIDS sebagaimana dimaksud dalam Pasal 19 ayat (3) dipidana dengan pidana kurungan paling lama 3 (tiga) bulan atau denda paling banyak Rp 50.000.000,00 (lima puluh juta rupiah).
- (7) Pengusaha yang tidak melaksanakan promosi sebagaimana dimaksud dalam Pasal 28 ayat (1) dipidana dengan kurungan paling lama 3 (tiga) bulan atau denda paling banyak Rp 50.000.000,00 (lima puluh juta rupiah).
- (8) Tindak pidana sebagaimana dimaksud pada ayat (1) sampai dengan ayat (7) adalah pelanggaran.
- (9) Denda disetorkan ke Kas Negara.

Sumber: PERDA Provinsi Daerah Istimewa Yogyakarta Nomor 12 Tahun 2010.

Beberapa temuan menarik yang diperoleh dari tampilan daftar 4.14 di atas yakni, pertama tentang subyek hukum pidana. PERDA DIY menyebut beberapa subyek hukum pidana yang dapat dikelompokkan dan terdiri atas, pertama setiap orang sebagai individu, sebagaimana Pasal 33 ayat (1) *juncto* Pasal 7 huruf c, Pasal 33 ayat (2) *juncto* Pasal 8 huruf c, Pasal 33 ayat (5) *juncto* Pasal 17 ayat 2 dan pasal 33 ayat (6) *juncto* Pasal 19 ayat (3). Kedua, setiap pemilik sarana kesehatan sebagaimana Pasal 33 ayat 3 *juncto* Pasal 13 ayat (1). Ketiga, setiap pemilik tempat usaha sebagaimana Pasal 33 ayat (4) *juncto* Pasal 14 ayat (1), dan keempat pengusaha sebagaimana Pasal 33 ayat (1) *juncto* Pasal 28 ayat (1). Catatan penulis, mungkin yang dimaksud oleh pembuat undang-undang adalah pasal 29 ayat (1) bukan pasal 28 ayat (1), karena pasal 28 tidak terbagi dalam ayat, dan mengatur tentang peranan masyarakat secara mandiri.

Nampaknya bahwa dalam kebanyakan PERDA Penanggulangan HIV di Indonesia, baik dalam PERDA sebelumnya maupun dalam PERDA DIY, pengelompokan norma perilaku masih tetap terdiri dari dua kategori, yaitu perilaku yang langsung dapat menyebabkan transmisi virus dari orang yang satu terhadap orang lain, sebagaimana Pasal 15 ayat (1), Pasal 19 huruf c *juncto* Pasal 32, dan Pasal 17 ayat (2) *juncto* Pasal 33 ayat (5). Selain itu, ada juga perilaku yang tidak langsung menyebabkan terjadinya transmisi virus tetapi dapat menghambat upaya pencegahan dan penanggulangan HIV dan AIDS di Provinsi DIY, sebagaimana Pasal 33 ayat (1) sampai dengan ayat (7).

Hal lain yang juga menarik perhatian penulis ialah bahwa dalam PERDA DIY, Orang Dengan HIV (ODHA) tidak secara jelas dikategorikan sebagai subyek hukum (tindak) pidana. Sebagaimana telah diketahui, agar transmisi virus dapat terjadi maka ODHA merupakan sumber utama dimana virus ada dan hidup. Dengan kata lain, perilaku berhubungan seks, perilaku menggunakan jarum suntik tidak steril, perilaku ibu memberikan air susu kepada bayi, sama sekali tidak akan beresiko jika tidak dilakukan oleh dan/atau diantara orang yang sudah positif tertular HIV (ODHA) dengan orang yang negatif HIV (orang yang belum tertular HIV atau bukan ODHA). Kendatipun Pasal 9 huruf c *juncto* Pasal 32 mengatur kewajiban ODHA untuk tidak menularkan virus HIV kepada orang lain, akan tetapi formulasi dalam ketentuan tersebut sangat berpotensi menimbulkan interpretasi ganda. Hal itu dapat terjadi karena ketidakjelasan rumusan norma serta peraturan perundang-undangan yang dirujuk, dalam hal mana bertentangan dengan azas *nullum delictum*, khususnya *nullum delictum sine lege stricta*.

Ternyata semua delik/tindak pidana dalam PERDA DIY pasal 33 ayat (1) sampai dengan ayat (7) dikualifikasi sebagai pelanggaran. Dalam hal ini, penulis ingin mengkonstatir dan menggarisbawahi dua rumusan delik yang berbentuk/mengandung unsur kesengajaan dan/atau yang dilakukan secara sengaja, sebagaimana ternyata dalam ketentuan pidana dalam Pasal 33 ayat (5) *juncto* Pasal 17 ayat (2), dan ketentuan pidana dalam Pasal 33 ayat (6) *juncto* Pasal 19 ayat (3).

Telah menjadi pengetahuan para sarjana hukum di Indonesia bahwa perbuatan yang dilakukan secara sengaja, baik sengaja sebagai maksud/tujuan, sengaja sebagai kepastian maupun sengaja sebagai kemungkinan, akan diancam hukuman lebih berat jika dibandingkan dengan perbuatan pidana yang terjadi karena kelalaian/karena salahnya

pelaku.²⁵⁰ Kesengajaan termasuk dalam unsur niat/kehendak *qalbu/mental-element* yang jika dicantumkan secara *explicit* sebagai elemen pasal dalam ketentuan hukum pidana, maka unsur tersebut harus dibuktikan oleh Jaksa yang bertindak selaku Penuntut Umum. Beban pembuktian yang diberikan kepada Penuntut Umum, disatu pihak dapat menguntungkan pelaku, oleh karena jika unsur ‘dengan sengaja’ tidak terbukti secara sah dan meyakinkan maka terdakwa harus diputus bebas. Akan tetapi di sisi yang lain, jika Penuntut Umum berhasil membuktikan unsur ‘dengan sengaja’ yang disebut dalam rumusan delik maka pelaku/terdakwa akan dijatuhi hukuman yang lebih berat.

Ketentuan pasal 33 ayat (6) *juncto* pasal 19 (2) dan ayat (3), berhubungan dengan perilaku setiap orang yang sengaja mendistribusikan produk donor yang telah diketahui terinfeksi HIV kepada seseorang yang lain. Rumusan pasal-pasal mengenai perbuatan pidana dalam ketentuan di atas, menggambarkan secara jelas unsur-unsur: (1) mengetahui bahwa produk donor yang akan didonorkan telah terinfeksi HIV dan AIDS, (2) dengan sengaja, (3) mendistribusikan produk donor tersebut kepada orang yang lain. Jelaslah bahwa pelaku menghendaki/menginginkan agar penerima produk donor terinfeksi virus HIV, dalam hal mana sengaja sebagai maksud. Terhadap perbuatan yang dilakukan dengan sengaja sebagai maksud tersebut, malahan hanya diancamkan pidana kurungan paling lama 3 (tiga) bulan atau denda paling banyak Rp 50.000.000,00 (lima puluh juta rupiah).

Demikian pula halnya dengan ketentuan Pasal 33 ayat (5) *juncto* Pasal 17 ayat (2), berhubungan dengan suatu perbuatan yang nyata-nyata melanggar hak azasi seseorang dan/atau keluarganya yakni tidak berinisiatif sendiri secara sukarela melakukan test HIV dan/atau tidak menghendaki/tidak memberi ijin agar dilakukan test HIV pada dirinya/anggota keluarganya. Menurut ketentuan pasal 1 angka 9 PERDA DIY, tes HIV adalah pemeriksaan laboratorium untuk mengetahui status HIV seseorang yang dilakukan secara sukarela baik atas inisiatif sendiri atau atas inisiatif petugas kesehatan. Akan tetapi, pelanggaran terhadap hak azasi yang dilakukan dengan sengaja, hanya diancam pidana kurungan paling lama 3 (tiga) bulan atau denda paling banyak Rp 50.000.000,00

²⁵⁰ Bandingkan misalnya pasal 338 KUHP, berbunyi “Barangsiapa **dengan sengaja** menghilangkan jiwa orang lain dihukum karena makar mati dengan hukuman selama-lamanya 15 tahun.” Sedangkan pasal 359 berbunyi: “Barangsiapa **karena salahnya** menyebabkab matinya orang, dihukum penjara selama-lamanya 5 tahun atau kurungan selama-lamanya 1 tahun.

(lima puluh juta rupiah) saja. Hemat penulis, adalah sangat tidak adil jika ancaman hukuman yang ditetapkan terhadap perbuatan pidana yang dilakukan ‘dengan sengaja’ sedemikian ringan dan/atau sama dengan perbuatan pidana yang dilakukan karena kealpaan/kelalaian. Penulis ingin menambahkan bahwa dalam RUU KUHP tahun 2010, unsur ‘dengan sengaja’ dalam kebanyakan ketentuan sudah tidak lagi dimuat sebagai unsur/element delik karena sulit untuk dibuktikan. *Mental element* yang masih dipertahankan adalah ‘kelalaian’ dan ‘dengan maksud.’

Sehubungan dengan uraian di atas, berikut ini akan dibahas tentang hukuman/sanksi pidana dalam ketentuan pasal 33 ayat (5) dan ayat (6) PERDA DIY, yang hanya menetapkan sanksi 3 (tiga) bulan kurungan atau denda Rp. 50.000.000 (lima puluh juta rupiah) untuk pelanggaran terhadap dua ketentuan yang mengandung unsur kesengajaan. Perumusan ancaman hukuman, tidak merujuk langsung ketentuan ketentuan pasal 143 ayat (2) UUPD²⁵¹ yang berbunyi: “Perda dapat memuat ancaman pidana kurungan paling lama 6 (enam) bulan atau denda paling banyak Rp. 50.000.000,00 (lima puluh juta rupiah)” tetapi merupakan adaptasi dari ketentuan pasal 143 ayat (2) yang dimungkinkan oleh ketentuan pasal 143 ayat (3), berbunyi: “Perda dapat memuat ancaman pidana atau denda selain sebagaimana dimaksud pada ayat (2), sesuai dengan yang diatur dalam peraturan perundangan lainnya.”

Perlu ditegaskan bahwa ketentuan pasal 143 UUPD bersifat alternatif, terbuka dan hanya merupakan pedoman. Kewenangan menetapkan besar kecilnya/berat ringannya sanksi dalam PERDA diberikan kepada pembentuk PERDA, hal mana berarti bahwa pembentuk PERDA dapat melakukan adaptasi terhadap ketentuan dimaksud. Adaptasi yang dilakukan atas nama kewenangan otonomi daerah seperti dalam PERDA DIY bukanlah sesuatu yang dilarang/*contra legem*. Disini, pembahasan penulis lebih diutamakan untuk memperdebatkan kesesuaian antara penggunaan kewenangan pembuat undang-undang di daerah (DIY) dengan norma hukum pidana yang mesti dipertimbangkan dalam kriminalisasi, seperti kesalahan (kesengajaan & kelalaian), azas proporsionalitas serta kepastian dalam menetapkan hukuman terhadap perbuatan pidana

²⁵¹ Lihat kembali *foot note* 238 halaman 91.

tertentu dalam hukum pidana lokal. Dalam hal ini, seruan Husak mengenai *Infringing the Right Not to Be Punished*,²⁵² menjadi hal penting sekaligus patut diperhatikan.

4.1.5 Analisis terhadap PERDA Kabupaten Badung

Norma hukum dalam PERDA Kabupaten Badung Nomor 1 Tahun 2008 dikutip dan disederhanakan dalam bentuk daftar berikut ini.

Daftar : 4.15

Norma Hukum dalam PERDA Kabupaten Badung

Pasal 7

Setiap orang yang telah mengetahui dirinya terinfeksi HIV wajib melindungi pasangan seksualnya dengan melakukan upaya pencegahan.

Pasal 8

- (1) Setiap orang yang telah mengetahui dirinya terinfeksi HIV dilarang mendonorkan darah, produk darah, cairan sperma, organ, dan /atau jaringan tubuhnya kepada orang lain.
- (2) Setiap orang yang melakukan skrining darah, produk darah, cairan sperma, organ, dan/atau jaringan tubuhnya wajib mentaati standar prosedur skrining.
- (3) Setiap orang dilarang meneruskan darah, produk darah, cairan sperma, organ, dan/atau jaringan tubuhnya yang terinfeksi HIV kepada calon penerima donor.

Pasal 9

Setiap orang yang melakukan hubungan seksual berisiko wajib melakukan upaya pencegahan dengan memakai kondom.

Pasal 10

- (1) Setiap pemilik dan/atau pengelola tempat hiburan wajib memberikan informasi atau penyuluhan secara berkala mengenai pencegahan HIV dan AIDS kepada semua karyawannya.
- (2) Setiap pemilik dan/atau pengelola tempat hiburan wajib mendaftarkan karyawan yang menjadi tanggungjawabnya.
- (3) Setiap pemilik dan/atau pengelola tempat hiburan wajib memeriksakan diri dan karyawannya yang menjadi tanggungjawabnya secara berkala ke tempat-tempat pelayanan IMS yang disediakan pemerintah, lembaga nirlaba dan atau swasta yang ditunjuk oleh Dinas Kesehatan Kabupaten Badung.

Pasal 11

Setiap orang yang menggunakan jarum suntik, jarum tato, atau jarum akupunktur pada tubuhnya sendiri dan/atau tubuh orang lain wajib menggunakan jarum steril.

²⁵² Lihat kembali *foot note* 229 halaman 86.

Pasal 12

Pemerintah Daerah menyediakan sarana prasarana:

- a. skrining HIV pada semua darah, produk darah, cairan sperma, organ, dan/atau jaringan yang didonorkan;
- b. layanan untuk pencegahan pada pemakai narkoba suntik;
- c. Layanan untuk pencegahan dari ibu hamil yang positif HIV kepada bayi yang dikandungnya;
- d. layanan VCT dan CST dengan kualitas baik dan terjangkau dengan biaya terjangkau;
- e. surveilans IMS, HIV, dan perilaku;
- f. pengembangan sistem pencatatan dan pelaporan kasus-kasus HIV dan AIDS;
- g. pendukung pencegahan lainnya.

Pasal 13

- (1) Setiap petugas yang melakukan tes HIV untuk keperluan surveilans dan skrining pada darah, produk darah, cairan sperma, organ, dan/atau jaringan yang didonorkan wajib melakukan dengan cara *unlinked anonymous*.
- (2) Setiap petugas yang melakukan tes HIV untuk keperluan pengobatan, dukungan dan pencegahan serta penularan dari ibu hamil kepada bayi yang dikandungnya wajib melakukan tes sukarela melalui konseling sebelum dan sesudah tes.
- (3) Dalam hal keadaan khusus yang tidak memungkinkan konseling sebagaimana dimaksud pada ayat (2), tes HIV dilakukan dengan konseling keluarga.
- (4) Setiap orang dilarang melakukan *mandatory HIV test*.

Pasal 14

- (1) Setiap orang yang karena pekerjaannya atau sebab apapun mengetahui dan memiliki informasi status HIV seseorang wajib merahasiakannya.
- (2) Tenaga kesehatan atau konselor dengan persetujuan ODHA sebagaimana dimaksud pada ayat (1) dapat membuka informasi kepada pasangan seksualnya dalam hal:
 - a. ODHA yang tidak mampu menyampaikan statusnya setelah mendapat konseling yang cukup;
 - b. ada indikasi telah terjadi penularan pada pasangan seksualnya; dan
 - c. untuk kepentingan pemberian pengobatan, perawatan, dan dukungan pada pasangan seksualnya.

Pasal 15

Penyedia layanan kesehatan wajib memberikan pelayanan kepada ODHA tanpa diskriminasi.

BAB IX – KETENTUAN PIDANA

Pasal 28

- (1) Setiap orang yang melanggar ketentuan Pasal 7, Pasal 8, Pasal 9, Pasal 10, Pasal 11, Pasal 13 ayat (1), ayat (2), dan ayat (4), Pasal 14 ayat (1), dan Pasal 15 dipidana dengan pidana kurungan paling lama 6 (enam) bulan atau denda paling banyak Rp 50.000.000,00 (lima puluh juta rupiah).
- (2) Tindak pidana sebagaimana dimaksud pada ayat (1) adalah pelanggaran.

Sumber: PERDA Kabupaten Badung Nomor 1 Tahun 2008, diolah oleh penulis.

Berikut ini akan dilakukan kualifikasi terhadap subyek dan perbuatan yang dikriminalisasi sebagai tindak pidana dalam ketentuan PERDA Kabupaten Badung, sebagaimana tampak dalam iktisar 4.16 berikut ini.

Iktisar : 4.16

Subyek dan Perbuatan Pidana dalam PERDA Badung

Subyek	Perbuatan / Perilaku	Keterangan
Setiap orang (ODHA)	Telah mengetahui dirinya terinfeksi HIV tetapi tidak melindungi pasangannya dengan melakukan upaya pencegahan.	Pasal 7
Setiap orang (ODHA)	Telah mengetahui dirinya terinfeksi HIV tetapi mendonorkan darah, produk darah, cairan sperma, organ, dan /atau jaringan tubuhnya kepada orang lain.	Pasal 8 ayat (1)
Setiap orang (petugas)	Tidak mentaati standar prosedur skrining pada saat melakukan skrining darah, produk darah, cairan sperma, organ, dan/atau jaringan tubuh	Pasal 8 ayat (2)
Setiap orang (petugas)	Meneruskan darah, produk darah, cairan sperma, organ, dan/atau jaringan tubuh yang terinfeksi HIV kepada calon penerima donor padahal diketahui bahwa produk darah, cairan sperma, organ dan/atau jaringan tubuh tersebut telah terinfeksi HIV.	Pasal 8 ayat (3)
Setiap orang	Melakukan hubungan seksual berisiko tetapi tidak melakukan upaya pencegahan dengan memakai kondom.	Pasal 9
Setiap pemilik dan/atau pengelola tempat hiburan	Tidak memberikan informasi atau penyuluhan secara berkala mengenai pencegahan HIV dan AIDS kepada semua karyawannya.	Pasal 10 ayat (1)
Setiap pemilik dan/atau pengelola tempat hiburan	Tidak mendata karyawan yang menjadi tanggungjawabnya.	Pasal 10 ayat (2)
Setiap pemilik dan/atau pengelola tempat hiburan	Tidak memeriksakan diri dan karyawannya yang menjadi tanggungjawabnya secara berkala ke tempat-tempat pelayanan IMS yang disediakan pemerintah, lembaga nirlaba dan atau swasta yang ditunjuk oleh Dinas Kesehatan Kabupaten Badung.	Pasal 10 ayat (3)
Setiap orang	Tidak menggunakan peralatan yang teril (<i>seperti</i> : jarum suntik jarum steril, jarum tato, atau jarum akupunktur) pada tubuhnya sendiri dan/atau tubuh orang lain.	Pasal 11

Setiap petugas	Tidak secara <i>unlinked anonymous</i> melakukan tes HIV untuk keperluan surveilans dan skrining pada darah, produk darah, cairan sperma, organ, dan/atau jaringan yang didonorkan.	Pasal 13 ayat (1),
Setiap petugas	Tidak secara sukarela melalui konseling sebelum dan sesudah tes, melakukan tes HIV kepada seseorang untuk keperluan pengobatan, dukungan dan pencegahan serta penularan dari ibu hamil kepada bayi yang dikandungnya.	Pasal 13 ayat (3)
Setiap orang	Melakukan <i>mandatory HIV test</i> .	Pasal 13 ayat (4)
Setiap orang yang karena pekerjaan atau sebab apapun	Tidak merahasiakan informasi tentang status HIV seseorang.	Pasal 14 ayat 1
Penyedia layanan kesehatan	Memberikan pelayanan yang diskriminatif kepada ODHA.	Pasal 15

Sumber: PERDA Kabupaten Badung Nomor 1 Tahun 2008, diolah oleh penulis.

Data pada iktisar 4.16 di atas, dengan terang benderang memperlihatkan bahwa subyek tindak pidana menurut PERDA Kabupaten Badung terdiri atas, Orang dengan HIV (ODHA), Setiap pemilik dan/atau pengelola tempat hiburan, Penyedia layanan kesehatan, Petugas yang melakukan tugas dengan sumpah jabatan dan/atau pekerjaan dan Petugas yang melakukan testing HIV dan/atau petugas konseling (konselor). Demikian pula dengan perilaku yang dikriminalisasi dalam PERDA Kabupaten Badung, terdiri dari dua kategori perilaku yakni, pertama perilaku yang berhubungan langsung dengan transmisi HIV baik menularkan dan/atau ditulari virus HIV, sebagaimana dinyatakan dalam Pasal 7, Pasal 8 ayat (1), Pasal 8 ayat (3), Pasal 9 dan Pasal 11. Kedua adalah perilaku yang tidak secara langsung berhubungan dengan kemungkinan terjadinya transmisi, baik menularkan dan/atau ditulari virus, namun dapat menghambat upaya pencegahan dan penanggulangan HIV & AIDS, sebagaimana dinyatakan dalam Pasal 8 ayat (2), Pasal 10 ayat (1), Pasal 10 ayat (2), Pasal 10 ayat (3) Pasal 13 ayat (1), Pasal 13 ayat (3), Pasal 13 ayat (4), Pasal 14 ayat (1) dan Pasal 15.

Hasil penelitian membuktikan bahwa tidak tertutup kemungkinan bagi pembentuk undang-undang (PERDA) di daerah untuk mencantumkan masyarakat adat, institusi pemerintah dan non-pemerintah dan badan hukum (publik dan privat) sebagai subyek hukum pidana lokal dalam PERDA pada umumnya dan PERDA tentang pencegahan dan penanggulangan HIV dan AIDS. Kedepan perlu dipertimbangkan mengenai kedudukan

korporasi sebagai subyek hukum pidana dalam PERDA, terutama mengenai kriteria dan rumusan delik serta bentuk pertanggungjawaban pidana yang mungkin dapat diatur dalam PERDA.

Tiga dari lima PERDA yang dianalisis, yaitu PERDA Provinsi NTT, PERDA Provinsi Jawa Timur dan PERDA Kabupaten Badung nampaknya hanya mengambil alih secara *mutatis-mutandis* rumusan pasal 143 ayat 2 UUPD sebagai ancaman pidana terhadap semua delik/perbuatan pidana dalam PERDA masing-masing. Dua PERDA lain, yaitu PERDA Provinsi DIY dan PERDA Provinsi DKI, melakukan adaptasi terhadap ketentuan pasal 143 ayat (2), yakni dengan mereduksi lamanya hukuman kurungan, dari 6 (enam) bulan kurungan, menjadi 3 (tiga) bulan kurungan, tetapi besarnya denda tetap seperti ketentuan pasal 143 ayat (2) yaitu sebesar Rp. 50.000.000 (lima puluh juta rupiah). Penulis tidak ingin menduga tanpa bukti bahwa reduksi atas lamanya hukuman kurungan dalam PERDA Provinsi DIY dan PERDA Provinsi DKI telah dimaksudkan agar kriteria mengenai lamanya hukuman, sesuai dengan persyaratan pasal 206 – 210 KUHP. Penyesuaian tersebut, diduga dilakukan agar pelanggaran terhadap tindak pidana dalam PERDA dapat disidangkan di Pengadilan dengan acara pemeriksaan cepat, dalam hal ini acara pemeriksaan tindak pidana ringan. Jika asumsi di atas benar, bahwa kriminalisasi justru didahului dengan pertimbangan mengenai lamanya hukuman, maka kekeliruan pembentuk undang-undang (PERDA), sebagaimana telah dipersoalkan Douglas Husak *from punishment to criminalization*,²⁵³ mendapatkan pbenarannya.

Peneliti menemukan dua pasal ketentuan pidana dalam PERDA DIY (lihat Iktisar 4.15, halaman 116-118) yang secara khusus merumuskan perbuatan yang dikriminalisasi sebagai perbuatan dengan sengaja. Menurut hemat penulis, penegakan ketentuan pidana dengan rumusan seperti itu, tidak dapat dilakukan melalui bentuk pertanggungjawaban *strict liability*, oleh karena perlu dibuktikan ada tidaknya niat/kehendak qalbu berupa unsur dengan sengaja, sebagai unsur esensial delik. Apabila proses pembuktian terhadap tindak pidana tidak mudah, maka pemeriksaan di Sidang Pengadilan mesti dilaksanakan dengan acara pemeriksaan biasa walaupun berkualifikasi sebagai pelanggaran.

Hasil penelitian menunjukkan pula bahwa secara umum, bentuk pertanggungjawaban pidana dalam PERDA adalah *strict liability* dan/atau *absolut liability*. Perbedaan antara

²⁵³ Lihat kembali *foot note* nomor 232, halaman 86.

kedua bentuk pertanggungjawaban pidana tersebut terletak pada pembuktian ada tidaknya unsur *voluntary* dan *involuntary*. Pada *absolut liability*, tidak diperlukan pembuktian bahwa suatu perbuatan terdakwa mengandung unsur *voluntary* dan/atau *involuntary*. Sedangkan pada *strict liability*, perlu dibuktikan bahwa *actus reus*/perbuatan pidana dilakukan secara *voluntary* atau *involuntary*.

Sebenarnya *strict liability* sudah lama dikenal dalam beberapa perundang-undangan di Indonesia, seperti UU Lalulintas, UU Narkotika, UU Perlindungan Konsumen dan UU Lingkungan Hidup. Secara teoritis dan dalam kenyataan, *strict liability* ditujukan untuk tindak pidana yang tidak serius dan sulit dibuktikan, serta dimaksudkan untuk melindungi kepentingan umum (*public interest/publik nuisance*). Walaupun sudah lama dikenal dalam peraturan perundang-undangan di Indonesia, *strict liability* masih menyisakan dua kubu, yang satu mendukung dan kubu yang lain menolak. Pihak yang mendukung berpendapat bahwa diterapkannya sistem pertanggungjawaban *strict liability* dapat mencegah seseorang melakukan tindak pidana tertentu, bahkan dapat mencegah dijatuhkannya putusan bebas kepada terdakwa. Disisi lain, kubu yang menolak mengatakan bahwa *strict liability* bertentangan dengan prinsip hak azasi manusia dan tidak adil karena dapat menyebabkan seseorang yang tidak bersalah dijatuhi hukuman oleh hakim. Dalam RUU KUHP tahun 2010 *ex* pasal 37 dan 38, ditegaskan bahwa pada prinsipnya azas yang dianut adalah *geen straf zonder schuld*, akan tetapi diperbolehkan menghukum pelaku tindak pidana tanpa perlu membuktikan adanya unsur kesalahan, asalkan hal tersebut sebelumnya telah dinyatakan secara tegas dan limitatif dalam peraturan perundang-undangan.

Kelima PERDA yang dianalisis oleh penulis dalam tesis ini, mengatur pula tentang sanksi administratif sebagai bentuk sanksi lain dalam mengatasi perilaku bermasalah di daerah masing-masing. Akan tetapi dalam beberapa naskah akademis yang dikumpulkan, penulis tidak menemukan adanya identifikasi yang cermat mengenai perilaku bermasalah dan cara mengatasi perilaku bermasalah tersebut di daerah masing-masing. Keadaan ini tentu akan sangat mempersulit peneliti untuk melihat dan memperbandingkan antara sanksi pidana dan sanksi administratif terutama apakah sanksi pidana merupakan sarana yang lebih tepat jika tidak dikatakan paling tepat untuk mengatasi perilaku bermasalah di daerah, selain sanksi administratif. Disamping itu, rumusan norma hukum administrasi

beserta sanksi administratif sangat kabur dan tumpang tindih. Sebagai contoh, dikemukakan tentang sanksi administrasi yang dirumuskan dalam ketentuan Pasal 18 ayat (1), ayat (2) dan ayat (3) PERDA DIY sebagaimana telah dikutip dalam iktisar 4.14 di atas, dihubungkan dengan ketentuan Pasal 32, yang berbunyi: “Pelanggaran atas ketentuan dalam Pasal 9 huruf c, dan Pasal 15 ayat (1), Pasal 18 ayat (3), dipidana dengan pidana sesuai ketentuan peraturan perundang-undangan.” Menurut hemat penulis, rumusan ini tentu sangat mengaburkan batas antara sanksi pidana dan sanksi administratif, bahkan *over-lapping* (tumpang tindih) antara satu dengan lainnya.

Sehubungan dengan hal di atas, maka menurut penulis, ketentuan dalam Peraturan Pemerintah Nomor 68 Tahun 2005 tentang Tata Cara Mempersiapkan Rancangan Undang-undang, Rancangan Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-undang, Rancangan Peraturan Pemerintah dan Rancangan Peraturan Presiden, khususnya pasal 5 ayat (1) yang menyatakan bahwa pembuatan naskah akademik dalam pembentukan peraturan perundang-undangan hanya merupakan kebolehan (bukan keharusan) perlu ditinjau kembali. Setidaknya perlu ditegaskan bahwa dalam pembentukan PERDA yang di dalamnya akan memuat tentang ketentuan pidana, maka pembuatan naskah akademik yang menjadi latar belakang perumusan dan penetapan tindak pidana harus menjadi kewajiban.

Disamping itu, agar ketentuan pidana dalam PERDA mendapatkan pertimbangan teknis yang memadai maka (tim) pemrakarsa pembentukan PERDA selain melibatkan akademisi dari Perguruan Tinggi, perlu pula melibatkan seluruh komponen Sistem Peradilan Pidana, mulai sejak pembuatan naskah akademik, persiapan, perumusan, pembahasan, penetapan hingga sosialisasi PERDA. Dalam rangka pembenahan sistem hukum pidana lokal sebagai bagian tak terpisahkan dari hukum pidana nasional melalui pembentukan PERDA maka Departemen Hukum dan Hak Azasi Manusia bersama-sama dalam satu kesatuan sinergis dengan Kementerian Dalam Negeri perlu menerbitkan suatu petunjuk praktis yang lebih terperinci dan jelas, tentang perumusan norma dan ketentuan hukum pidana dalam PERDA.

4.2 Analisis Kesesuaian Perumusan Perbuatan Pidana

Hasil penelitian dan analisis yang dikemukakan pada sub bab 4.1 di atas telah memberikan gambaran nyata tentang norma hukum pidana yang dirumuskan, ditetapkan dan dikriminalisasi sebagai perbuatan pidana. Perilaku bermasalah tersebut, secara umum terbagi dalam dua kategori utama, yaitu perilaku bermasalah yang berhubungan dengan menularkan dan/atau ditularinya HIV dari seseorang kepada orang lain, dan perilaku bermasalah yang berhubungan dengan hambatan terhadap upaya dalam mencegah dan menanggulangi HIV.

Pembahasan dalam sub bab 4.2 berikut ini, diarahkan untuk melihat kesesuaian antara perumusan norma perilaku dengan kriteria kriminalisasi. Untuk itu, selanjutnya kedua kategori perilaku bermasalah dalam PERDA akan dikompilasi dan ditampilkan dalam dua Iktisar berbeda, yakni iktisar 4.17 dan iktisar 4.18. Iktisar 4.17 merupakan hasil kompilasi dari pelbagai perilaku bermasalah yang langsung dapat menyebabkan terjadinya transmisi HIV. Oleh karena data yang ditampilkan merupakan hasil kompilasi maka rumusan delik telah diolah melalui proses penggabungan dan adaptasi, sebagaimana berikut ini.

Iktisar : 4.17

Perilaku Yang Dapat Menyebabkan Transmisi HIV

No.	Rumusan Tindak Pidana
A.1	ODHA dilarang melakukan hubungan seksual dengan orang lain, kecuali bila pasangannya telah diberitahu tentang status HIV-nya dan pasangannya itu secara sukarela menerima risikonya.
A.2	ODHA telah mengetahui dirinya terinfeksi HIV tetapi tidak melindungi pasangan seksualnya dengan melakukan upaya pencegahan.
B.1	ODHA dilarang melakukan tindakan apa saja yang patut diketahui dapat menularkan atau menyebabkan infeksi HIV kepada orang lain baik dengan bujuk rayu atau dengan kekerasan.
B.2	Telah mengetahui dirinya terinfeksi HIV tetapi mendonorkan darah, produk darah, cairan sperma, organ, dan /atau jaringan tubuhnya kepada orang lain.
C.1	Setiap orang yang tidak melindungi orang lain dengan melakukan upaya pencegahan.
C.2	Setiap orang yang berganti-ganti pasangan seksual tidak melindungi pasangannya dengan menggunakan kondom pada saat bersetubuh dengan pasangannya itu padahal diketahui atau patut diduga bahwa dirinya dan/atau pasangannya mengidap HIV/AIDS.

C.3	Setiap orang dilarang menggunakan alat cukur, jarum suntik, jarum tato, jarum akupunktur, atau jenis jarum dan peralatan lainnya secara steril, baik pada tubuhnya sendiri dan atau tubuh orang lain untuk tujuan apapun yang patut diketahui dapat menularkan virus HIV kepada orang lain.
D.1	ODHA dilarang mendonorkan darah, produk darah, cairan mani, organ dan jaringan tubuhnya kepada orang lain.
D.2	Petugas kesehatan dan/atau setiap orang dilarang meneruskan <i>secara sengaja</i> darah, produk darah, cairan sperma, organ, dan/atau jaringan tubuh yang terinfeksi HIV kepada calon penerima donor padahal diketahui bahwa produk tersebut telah terinfeksi HIV.
D.3	Setiap petugas kesehatan yang tidak mentaati standar dan prosedur pemeriksaan yang berlaku (<i>universal precaution</i>) ²⁵⁴ pada saat memeriksakan darah, produk darah, cairan mani, organ dan jaringan tubuh.

Sumber: PERDA Prov. DKI, NTT, Jawa Timur, DIY, Kab. Badung, dikompilasi dan diolah oleh penulis.

Iktisar 4.17 dengan jelas menggambarkan beberapa perilaku beresiko yang berhubungan dengan tranmisi (menularkan dan/atau ditulari) virus HIV. Dalam pembahasan berikut ini, tiap-tiap tindak pidana yang sudah diolah, akan dihubungkan dengan teori kriminalisasi untuk selanjutnya dianalisis. Hasil analisis diharapkan dapat menggambarkan ada tidaknya alasan kriminalisasi terhadap perilaku bermasalah menularkan dan/atau tertulari virus HIV. Selanjutnya, hasil analisis terhadap pengolahan data dalam iktisar 4.17, dideskripsikan berikut ini.

4.2.1 Berhubungan seks berganti-ganti pasangan tanpa menggunakan kondom

Penulis percaya bahwa perilaku hubungan seks diluar nikah/*nonmarital intercourse*²⁵⁵ baik yang dilakukan sebelum menikah (*premarital intercourse*) maupun *extramarital intercourse* atau adalah sesuatu bertentangan dengan ajaran moral masyarakat Indonesia. Secara umum, *nonmarital intercourse* (hubungan seks tanpa pernikahan) dibedakan atas dua, yaitu: (a) *premarital intercourse* (hubungan seks sebelum menikah) dan (b) *extramarital intercourse* (hubungan seks di luar nikah). Dalam Kitab Undang-undang Hukum Perdata, *extramarital intercourse* disebut *overspeelt/persinahan*. *Extra-marital*

²⁵⁴ Yang dimaksud dengan *universal precaution*/kewaspadaan universal menurut penjelasan pasal 13 ayat (1) PERDA DIY adalah seperangkat prosedur dan pedoman yang dirancang dan diterapkan untuk memutus siklus penularan penyakit infeksi dan melindungi semua klien/orang (pasien, petugas kesehatan, pengunjung dan masyarakat) yang datang ke fasilitas pelayanan kesehatan.

²⁵⁵ Lihat selengkapnya dalam Topo Santoso, *Seksualitas dan Hukum Pidana*, Penerbit IND-HILL-CO, Jakarta, Cetakan Pertama 1997, halaman 5 – 7.

intercourse/extra marital sex atau hubungan seks di luar nikah inilah yang disebut sebagai promiskuitas.²⁵⁶

Perilaku berhubungan seks secara berganti-ganti pasangan, dengan demikian bertentangan dengan moralitas masyarakat bangsa Indonesia. Walaupun pada kenyataannya terus saja dipraktekkan dan mengalami peningkatan baik kuantitas maupun frekuensinya, sebagai akibat dari adanya perilaku menyimpang yang didasari pada pelbagai-bagai alasan, akan tetapi tetap saja bahwa *premarital intercourse* dan *extra marital intercourse* merupakan perilaku yang dibenci. Kriminalisasi atas perilaku berganti-ganti pasangan seksual masyarakat lokal dalam PERDA/hukum pidana lokal oleh karena itu telah mendapatkan pendasaran moral.

Sehubungan dengan merebaknya penularan HIV & AIDS yang semakin hari semakin meluas dan memprihatinkan, sementara disisi yang lain, kenyataan bahwa hubungan seks berganti-ganti pasangan masih sulit dibendung hingga saat ini, maka pembentuk PERDA telah melakukan kriminalisasi terhadap perilaku berhubungan seks secara berganti-ganti pasangan tanpa kondom. Sepertinya tekanan utama dari perilaku itu, tidak lagi terletak pada adanya hubungan seks yang dilakukan secara berganti-ganti, tidak juga terletak pada hubungan seks yang dilakukan sebelum menikah *premarital intercourse* dan/atau hubungan seks diluar perkawinan *ekstramarital intercourse*, (lihat: baris A.1, A.2 dan C.1-iktisar 4.17) tetapi lebih ditekankan pada upaya pencegahan HIV melalui penggunaan kondom. Tentu hal ini tidak serta-merta dapat diterima sebagai melonggarnya prinsip dan nilai moral masyarakat terhadap boleh tidaknya melakukan hubungan seks secara berganti-ganti pasangan. Sedemikian itu maka menurut hemat penulis, kriminalisasi terhadap orang yang berhubungan seks secara berganti-ganti pasangan tanpa kondom lebih merupakan upaya mengeliminasi terjadinya penularan virus, dalam hal mana lebih didasarkan pada prinsip kemanfaatan/ *utility/utility/ utilitarianisme*. Kesimpulan tersebut dapat dibenarkan, karena untuk mendapatkan kemanfaatan yang jauh lebih besar, maka telah pula dilakukan kriminalisasi terhadap perilaku seseorang yang sudah positif HIV (ODHA) jika berhubungan seks (lihat: baris

²⁵⁶ Lihat Kamus Bahasa Inggris, John M. Echols, *Op. Cit*, halaman 450. Kata *Promiscuity* = *promiscuousness* (*promiscuous*) artinya tidak memilih-milih. *Promiscuous intercourse* artinya bersetubuh dengan siapa saja.

B.1 dan C.1-iktisar 4.17) dengan pasangannya yang sah sebagai suami isteri, tanpa kondom.

HIV adalah virus yang dapat menyebabkan menurunnya sistem kekebalan tubuh. Upaya perlindungan terhadap orang yang belum tertular, yang dilakukan melalui kriminalisasi atas perbuatan yang dapat secara langsung menyebabkan seseorang tertular virus HIV merupakan upaya untuk menjaga dan meningkatkan derajat kesehatan masyarakat. Selain itu, merupakan upaya yang sekaligus dapat menghindari kerugian materil dan spirituil serta beban yang semakin besar, yang dipikul oleh negara/daerah sebagai akibat dari tingginya angka kesakitan akibat AIDS (*cost and benefit principles*), telah pula dipertimbangkan secara matang.

Menarik pula untuk membahas kriminalisasi atas perilaku yang mewajibkan seorang ODHA untuk melakukan pencegahan (lihat: baris B.1-iktisar 4.17), melalui tindakan tidak berhubungan seks dan/atau tidak menyuntik NAPZA²⁵⁷ secara bersama-sama dan berganti jarum suntik. Perihal penyuntikan NAPZA secara bersama-sama dan berganti-ganti jarum, akan dibahas kemudian. Dalam pembahasan ini, penulis ingin menyoroti frasa “dengan bujuk rayu atau dengan kekerasan” dihubungkan dengan penularan virus HIV melalui hubungan seks.

Bukan tidak mungkin, seseorang yang sudah terinfeksi HIV melakukan tindak pidana pemerkosaan terhadap seseorang. Dalam hal yang demikian, maka selain melanggar ketentuan KUHP²⁵⁸ pelaku juga melanggar ketentuan PERDA. Penulis berpendapat bahwa tersangka tetap diancam hukuman sesuai KUHP sedangkan ketentuan PERDA, sepanjang terbukti secara sah dan meyakinkan maka dapat dipertimbangkan sebagai hal yang memberatkan dan karenanya tersangka/terdakwa dapat dijatuhi hukuman maksimal. Hal ini hanya akan terwujud jika ada koordinasi yang baik antara Penyidik Pegawai Negeri Sipil yang menyidik pelanggaran terhadap PERDA dengan Penyidik Kepolisian dan Jaksa/Penuntut Umum.

4.2.2 Menyuntik NAPZA secara bersama-sama dengan satu jarum suntik

²⁵⁷ NAPZA adalah singkatan dari: Narkotika, Psikotropika dan Zat Adiktif lainnya.

²⁵⁸ Lihat selengkapnya dalam ketentuan pasal 285 KUHP tentang pemerkosaan terhadap seorang perempuan yang bukan isterinya, dengan kekerasan atau ancaman kekerasan.

Penyuntikan NAPZA secara ilegal pada dasarnya merupakan suatu perbuatan yang dibenci/setidak-tidaknya bertentangan dengan ajaran moral dan nilai-nilai kebaikan dalam masyarakat Indonesia, walaupun dalam beberapa hal penggunaan/penyuntikan NAPZA ilegal disebut sebagai *crime without victim* atau *victimless crime*. Di beberapa negara, Belanda misalnya, tindakan menggunakan NAPZA telah di-dekriminalisasi. Tidak dapat disangkal dan masih menjadi perdebatan panjang bahwa suatu perbuatan yang bertentangan dengan moralitas masyarakat tetapi tidak menyebabkan korban dipihak lain (*harm the others*) kemudian perlu dikriminalisasi. Dalam hal yang demikian ini, diperlukan kajian dari perspektif *victimology* sebagai ilmu yang mempelajari tentang korban sehubungan dengan perbuatan pidana yang dilakukan oleh pelaku.

Benjamin Mendelson²⁵⁹ mengemukakan lima kategori tentang korban, sebagai berikut: (a) Korban tidak salah sama sekali (b) Korban tidak bersalah (c) Korban sama salahnya (d) Korban lebih bersalah dan (e) Korban adalah yang paling bersalah. Atas kategori ini, Prof. Mardjono mengingatkan agar dalam viktimologi perlu juga dicermati: (a) individual victim, (b) unidentifiy victim dan (c) collective victim.²⁶⁰ Perkembangan selanjutnya, mulai dibahas tentang kejahatan dengan atau tanpa korban (*crime without victim*) dan/atau *victimless victim*, seperti judi, pelacuran dan/atau penggunaan NAPZA. Kejahatan tanpa korban disebut juga *consensuil crime* atau kejahatan yang disepakati oleh pelaku dan korban. Berdasarkan dua pengelompokan di atas, terjadi perkembangan dalam teori-teori tentang korban, yang difokuskan pada gaya hidup (*lifestyle*) dan / atau tempat-tempat rawan (*deviant places*) dengan mana hendak digambarkan bahwa gaya hidup dan/atau tempat dimana seseorang sering berkunjung atau tinggal menetap dapat meningkatkan resiko menjadi korban kejahatan.

Terlepas dari perdebatan tersebut, di Indonesia penggunaan NAPZA telah dilarang dan dikriminalisasi²⁶¹ dalam UU Psicotropika dan UU Narkotika karena dianggap bertentangan dengan nilai moral dalam masyarakat. Perlu kiranya dicatat disini bahwa walaupun tanpa korban atau korbannya sangat kecil, akan tetapi kejahatan yang

²⁵⁹ Tentang lima kategori dari Benjamin Mendelsohn (1937) seorang sarjana hukum Jerman, lihat: Mardjono Reksodiputro dalam Hak Azasi Manusia dalam Sistem Peradilan Pidana, *Loc. Cit*, halaman 102.

²⁶⁰ Mardjono Reksodiputro, Kemajuan Pembangunan Ekonomi dan kejahatan, *Loc. Cit*, halaman 35-45.

²⁶¹ Periksa UU Nomor 5 Tahun 1997 tentang *Psicotropika* ex pasal 59 ayat (1) a, dan/atau UU Nomor 22 Tahun 1997 tentang *Narkotika* ex pasal 84 dan pasal 85, yang diubah /diganti dengan UU Nomor 35 Tahun 2009 tentang *Narkotika*, ex pasal 116 ayat (1) dan ayat (2).

dilakukan merusak nilai-nilai dan norma yang hidup dalam masyarakat. Jadi konsep "negara mewakili korban" diterima karena anggapan bahwa kejahatan itu merugikan masyarakat, bukan individu.

Dengan demikian maka pengaturan/perumusan kriminalisasi perilaku penggunaan NAPZA/penyuntikan narkotika secara bersama dan berganti-ganti jarum suntik (lihat: baris B.1, C.1, C.3-iktisar 4.17) merupakan ketentuan yang bersifat *aanvullend recht*²⁶² dan berfungsi sebagai pilihan yang melengkapi ketentuan peraturan perundang-undangan NAPZA yang sudah ada. Rumusan delik dalam PERDA tidak hanya memberi tekanan pada perilaku menyuntik NAPZA. Ada juga perilaku lain, seperti penggunaan jarum tato, alat cukur, jarum akupuntur dan/atau jarum lainnya.

Akan tetapi jika memperhatikan data kasus HIV dalam Bab 1,²⁶³ nampak bahwa penularan melalui jarum suntik untuk penggunaan NAPZA yang langsung disuntikkan ke dalam tubuh melalui pembuluh darah, sangat besar potensinya menularkan virus HIV, hepatitis dan/atau sipilis, hal mana berbeda dengan penyuntikan melalui otot pada saat mendapat tindakan medis dari dokter dan/atau paramedis. Pembahasan ini membawa penulis pada kesimpulan bahwa kriminalisasi terhadap penggunaan jarum tidak steril lebih banyak didasarkan pada prinsip *utilitas* atau kemanfaatan, dengan disana-sini mendapat pertimbangan dari aspek efisiensi dan efektifitas.

4.2.3 Mendonorkan/mendistribusikan jaringan yang sudah terinfeksi HIV

Delik-delik yang berhubungan dengan perilaku ini ditujukan bagi ODHA. Kriminalisasi terhadap perilaku ini melarang ODHA untuk mendonorkan darah/ jaringan tubuhnya kepada seseorang yang lain. Selain ditujukan kepada ODHA, delik ini ditujukan juga kepada pemeriksa/petugas laboratorium/tenaga kesehatan yang melakukan *testing/scrining*. Apabila dalam pemeriksaan ia mengetahui, bahwa ternyata darah/ jaringan donor yang diperiksanya terinfeksi HIV, maka petugas tersebut diwajibkan untuk tidak meneruskan/mendistribusikannya kepada orang lain. Delik ini berhubungan erat dan tidak dapat dipisahkan dengan adanya kewajiban menerapkan *universal*

²⁶² Lihat: Yan Pradnya Puspa, *Op Cit*, halaman 15.

²⁶³ Lihat kembali *foot note* nomor 4 halaman 3.

precaution yang dimaksudkan untuk melakukan *testing* atau *scrining* pada darah donor, sebagaimana akan dibahas pada dalam 4.2.4 di bawah.

Maksud dari ketentuan ini adalah, apabila seseorang telah terinfeksi HIV maka menurut ketentuan dalam PERDA, ia dilarang untuk mendonorkan darah dan/atau jaringan tubuhnya (seperti: ginjal, mata, jantung, hati) kepada orang lain. Akan tetapi dapat saja terjadi kasus dimana seseorang tidak menyadari bahwa dirinya telah terinfeksi HIV, bersedia secara sukarela mendonorkan darah/jaringan tubuhnya kepada orang lain. Kewajiban melakukan *universal precaution* ditujukan untuk mengatasi kasus atau kenyataan seperti itu. Penulis tidak sependapat dengan PERDA yang menyatakan bahwa perbuatan mendistribusikan darah donor tersebut dilakukan 'dengan sengaja' melainkan merupakan 'kelalaian' pelaku (lihat: baris B.2, D1 dan D2-iktisar 4.17).

Mempertimbangkan dampak infeksi HIV terhadap kesehatan seseorang dan masyarakat pada umumnya, maka menurut penulis, seharusnya tindakan dengan sengaja mendistribusikan darah/jaringan tubuh yang telah terinfeksi, selain bertentangan dengan sumpah jabatan/pekerjaan juga telah 'dimaksudkan' untuk menularkan virus kepada penerima donor sehingga harus dikualifikasi kejahatan. Kejahatan seperti ini, seharusnya dilarang dan diancam dengan hukuman penjara yang lebih berat oleh karena juga bertentangan dengan ajaran moralitas dan nilai-nilai kebaikan yang dianut oleh masyarakat global.

Demikian pula, kriminalisasi terhadap ODHA yang mendonorkan darah/jaringan tubuhnya, lebih merupakan delik yang didasarkan pada prinsip efisiensi dan efektivitas, serta untuk memberikan kemanfaatan yang lebih besar dalam upaya pencegahan dan penanggulangan HIV & AIDS. Menurut hemat penulis, kriminalisasi terhadap perilaku ini telah pula mempertimbangkan prinsip *cost and benefit*.

4.2.4 Menularkan HIV karena tidak menerapkan prinsip *universal precaution*

Peralatan yang dipergunakan di pusat-pusat pelayanan kesehatan, (Rumah Sakit, Tempa Praktek Dokter, Poliklinik, Pusat Kesehatan Masyarakat) dapat menjadi sarana penularan virun HIV jika tidak *steril*/suci hama. Telah lama diketahui bahwa banyak penyakit yang infeksius justeru dapat menular melalui peralatan dan sarana kesehatan. Oleh karena itu maka kebersihan pusat pelayanan kesehatan dan sterilisasi peralatan yang

dipergunakan dalam pelayanan kesehatan merupakan syarat mutlak. Petugas/tenaga kesehatan harus dapat menjamin bahwa dirinya dan atau diri pasien yang dilayani, tidak tertular penyakit lain, pada saat melaksanakan tugasnya. Untuk itulah, maka petugas kesehatan diwajibkan melakukan pelayanan dan perawatan sesuai *Standart Operational Prosedure* yang berlaku secara universal.

Delik dalam PERDA yang mengkriminalisir perilaku tenaga kesehatan, petugas laboratorium, paramedis dan dokter yang tidak menaati prinsip *universal precaution* menurut hemat penulis lebih didasarkan pada prinsip efektivitas dan efisiensi serta dimaksudkan untuk mendapatkan kemanfaatan yang lebih besar. Pembahasan pada angka 4.2.1 sampai dengan 4.2.4 mengantar penulis pada kesimpulan bahwa perumusan/penetapan delik dan kriminalisasi terhadap perilaku yang secara langsung dapat menularkan virus HIV dari seseorang kepada orang lain, didasarkan pada prinsip *legal morality*, kemanfaatan yang lebih besar, dan efisiensi: *cost and benefit principles*.

Selain kriminalisasi terhadap perilaku yang dikategori sebagai perbuatan yang secara langsung dapat menyebabkan terjadinya transmisi virus HIV dari seseorang kepada orang lain, PERDA DKI, PERDA NTT, PERRA Jawa Timur dan PERDA Kabupaten Badung juga mengkriminalisasi beberapa perilaku lain. Walaupun pelanggaran terhadap perilaku yang dikriminalisasi tidak secara langsung dapat menyebabkan seseorang tertular dan/atau menularkan serta terinfeksi virus HIV, namun erat berkorelasi dan dapat menyebabkan upaya pencegahan dan penanggulangan HIV terhambat, bahkan tidak berhasil. Uraian berikut ini akan mencoba menganalisis hubungan antara kaidah perilaku dalam delik-delik yang ditetapkan dalam PERDA dihubungkan dengan alasan teoritis yang menjadi dasar kriminalisasi. Sebelum melakukan analisis, maka pelbagai perilaku yang telah dikriminalisasi akan diolah, disimplifikasi serta dikompilasi untuk selanjutnya disajikan dalam iktisar sebagaimana pada iktisar 4.18, berikut ini.

Iktisar : 4.18

Perilaku Yang Menghambat Penanggulangan HIV & AIDS

No	Rumusan Tindak Pidana
1.	Tidak memasang media yang berisi informasi HIV & AIDS dan NAPZA suntik dan/atau tidak melaksanakan penanggulangan Penyakit Menular Seksual (PMS) secara terpadu dan berkala ditempat-tempat perilaku beresiko tinggi.

2	Tidak memeriksakan kesehatan karyawan yang menjadi tanggung jawabnya secara berkala dan/atau tidak memberikan informasi atau penyuluhan secara berkala mengenai pencegahan HIV dan AIDS kepada semua karyawannya dan/atau tidak mendata karyawan yang menjadi tanggungjawabnya.
3.	Tidak memberikan pelayanan kepada seluruh masyarakat yang membutuhkan tanpa diskriminasi dan/atau melakukan diskriminasi pada saat memberikan pelayanan kepada ODHA dan OHIDHA.
4.	Tidak menjaga kerahasiaan data ODHA dan/atau status HIV/AIDS seseorang padahal ia mengetahui dan memiliki informasi tersebut karena pekerjaan dan/atau jabatannya atau sebab apapun.
5.	Tidak melakukan test HIV/AIDS untuk keperluan surveilans dan Pemeriksaan HIV/AIDS pada darah, produk darah, cairan mani, organ dan jaringan yang didonorkan secara <i>unlinked anonymous</i> . ²⁶⁴
6.	Tidak melakukan konseling sebelum dan sesudah test HIV/AIDS untuk keperluan pengobatan, dukungan dan pencegahan penularan terhadap kelompok beresiko termasuk ibu hamil kepada bayi yang dikandungnya.
9.	Tidak melaksanakan <i>sanering</i> ²⁶⁵ sesuai dengan prosedur dan standar kesehatan yang baku dalam mempraktekkan semua budaya yang potensial menimbulkan penularan HIV/AIDS.
10.	Melakukan <i>Mandatory HIV Test</i> . ²⁶⁶
11.	Membuka informasi status HIV ODHA dengan persetujuan ODHA yang bersangkutan kepada pasangan seksual dan atau pengguna alat suntik bersama, tetapi tanpa konseling dan tujuan yang jelas.
12.	Menyampaikan atau mengumumkan informasi status HIV atau AIDS seseorang kepada pihak lain tanpa persetujuan dari ODHA
13.	Dengan sengaja memaksakan atau melakukan tes HIV kepada seseorang tanpa ijin tertulis orang yang bersangkutan

Sumber: PERDA Prov. DKI, NTT, Jawa Timur, DIY, Kab. Badung, dikompilasi dan diolah oleh penulis.

Secara umum, kriminalisasi terhadap perilaku yang menghambat upaya pencegahan dan penanggulangan HIV dan AIDS lebih didasarkan pada prinsip efisiensi. Perlu digaris bawahi bahwa pencegahan HIV & AIDS merupakan tanggungjawab setiap orang. Disisi yang lain, tanggung jawab penanggulangan HIV merupakan salah satu tanggungjawab bersama sebagai komunitas masyarakat. Setiap orang diminta untuk menjaga dan meningkatkan kesehatan pribadinya. Pada ghalibnya, upaya tersebut akan meningkatkan derajat kesehatan masyarakat bangsa dan negara. Hak untuk memperoleh kesehatan yang

²⁶⁴ Yang dimaksud dengan *unlinked anonymous* dalam sero survei menurut penjelasan pasal 24 ayat (3) PERDA DIY adalah hasil pemeriksaan darah sampel tidak dapat dihubungkan dengan nama, jenis kelamin, pekerjaan, alamat dan identitas lain pemilik darah sampel. Hasil tes sampel darah hanya untuk mengetahui berapa besar hasil reaktif (hasil positif HIV) tanpa tahu siapa yang memiliki hasil reaktif tersebut.

²⁶⁵ *Sanering* artinya metode dan peralatan yang diperbaharui.

²⁶⁶ Menurut penjelasan pasal 9 ayat (1) PERDA NTT, yang dimaksud dengan *Mandatory HIV Testing* adalah test HIV yang disertai identitas klien tanpa konseling sebelum test dan persetujuan klien.

layak adalah hak azasi setiap warga negara. Pemerintah dalam hal ini bertanggungjawab menyediakan prasarana dan sarana yang memudahkan masyarakat, baik individu maupun berkelompok dan bersama-sama dapat memperoleh pelayanan kesehatan yang memadai, sekaligus memenuhi hak azasi warga negara. Disamping itu, pemerintah berkewajiban pula melindungi warga negaranya dari kemungkinan tertular dan/atau ditularinya virus HIV & AIDS serta penyakit menular lainnya melalui kebijakan hukum di bidang kesehatan yang bersumber pada politik hukum nasional.

Dalam kenyataan hidup bernegara ada sejumlah warga negara tertentu yang berkedudukan dan/atau mempunyai tanggungjawab tertentu sebagai pengusaha/pemilik tempat usaha, baik secara individu maupun berkelompok, baik berijin maupun tidak berijin, baik legal maupun ilegal. Dalam menjalankan kegiatan usahanya, ternyata ada sejumlah aktivitas yang melahirkan potensi besar untuk menularkan dan/atau ditulari virus HIV dari seseorang kepada orang lain. Dalam kondisi yang demikian itu, maka perlu ada kriminalisasi terhadap beberapa perilaku dan aktivitas yang mereka lakukan sehingga mereka memiliki tanggungjawab untuk ikut mencegah dan menanggulangi HIV & AIDS, di tempat mereka masing-masing.

Menurut hemat penulis, semua perilaku yang dikriminalisasi dalam iktisar 4.18, lebih banyak didasarkan pada pertimbangan efisiensi dan kemanfaatan. Selain itu, kriminalisasi terhadap perilaku dalam iktisar 4.18 bertujuan pula untuk melindungi kepentingan umum (*public nuisance/public interest*) yang dalam kehidupan bersama dan bernegara, menjadi sesuatu yang sangat diperlukan. Kriminalisasi diharapkan dapat menakut-nakuti warga masyarakat sekaligus dapat menimbulkan efek jera. Penulis berpendapat, sekiranya alasan dan tujuan kriminalisasi dapat dicapai melalui penegakan yang konsekuen dan efektif terhadap PERDA maka upaya pencegahan dan penanggulangan HIV & AIDS akan berhasil dengan biaya yang murah dan tidak membebani keuangan Pemerintah Daerah.

4.3 Analisis Terhadap Faktor-Faktor Penegakan PERDA HIV & AIDS

Diingatkan kembali bahwa dalam bab 1, penulis telah mengemukakan tiga teori yang saling berhubungan dan dapat dipergunakan untuk menganalisis penegakan PERDA HIV, yaitu pendapat Soerjono Soekanto tentang faktor-faktor yang mempengaruhi penegakan

hukum,²⁶⁷ teori *legal system*²⁶⁸ dari Lawrence Friedman dan kategori *ROCCIPPI* dari Ann Seidman, *et al.*²⁶⁹ Menurut hemat penulis, pendapat Soerjono Soekanto dan kategori *ROCCIPPI* dari Ann Seidman *et al.*, lebih cocok dipergunakan dalam *socio-legal research* yang mempersyaratkan adanya *field research*/penelitian lapangan. Oleh karena penelitian yang dilakukan merupakan *normative-legal research* dimana tidak diperlukan penelitian lapangan, maka penulis memutuskan untuk menggunakan teori yang lebih lugas dan akomodatif, yakni teori *legal system* dari Lawrence Friedman.

Sebelum melakukan analisis, penulis ingin menggarisbawahi pandangan Mardjono Reksodiputro²⁷⁰ mengenai kriminalisasi. Diterangkan bahwa, kriminalisasi terdiri dari dua macam, yaitu: (a) kriminalisasi abstrak yang dilakukan melalui perumusan suatu perbuatan pidana dalam peraturan perundang-undangan,²⁷¹ dan (b) kriminalisasi konkrit yaitu proses penegakan atas suatu kriminalisasi abstrak. Pada kenyataannya, banyak dilakukan kriminalisasi abstrak tetapi tidak selalu diikuti dengan kriminalisasi konkrit yang bermakna dan sama banyaknya sehingga nampak bahwa ada perbedaan yang besar antara kriminalisasi abstrak dan kriminalisasi konkrit. Dalam hukum pidana, suatu perilaku dikriminalisasi secara abstrak karena perilaku tersebut menimbulkan *demage* atau kerusakan dalam masyarakat. Sekiranya masyarakat tidak merasa dirugikan oleh perilaku tersebut maka walaupun telah dilakukan kriminalisasi abstrak atas perbuatan, namun tidak perlu diikuti dengan kriminalisasi konkrit. Dalam hal yang demikian ini maka *restorative justice* menjadi penting untuk diperhatikan.

Uraian berikut dimaksudkan untuk melihat sejauhmana ketiga aspek dari teori *Friedman* diperhatikan dan dipertimbangkan dalam pembentukan PERDA. Pembahasan terhadap hasil analisis penulis akan disajikan seperti berikut ini.

4.3.1 Substance of law/Content of law

²⁶⁷ Lihak kembali *foot note* 17 pada halaman 12.

²⁶⁸ Lihak kembali *foot note* 18 pada halaman 13.

²⁶⁹ Lihak kembali *foot note* 19 pada halaman 13.

²⁷⁰ Mardjono Reksodiputro, Menyebarkan Pembaruan Hukum, Komisi Hukum Nasional Republik Indonesia, Cetakan Pertama, Desember 2009, Jakarta, halaman 51 dan seterusnya.

²⁷¹ Lihak kembali dan hubungkan dengan pembahasan dalam Bab 4 khususnya 4.1.

Sejauh memahami teori Friedman mengenai *substance of law*,²⁷² penulis dapat mengatakan bahwa aspek *substance of law* dimaksudkan untuk menelaah ketentuan pidana yang telah tertulis/ditetapkan dalam PERDA (*the actual rules*) dalam bentuk rumusan norma hukum. Data tentang perumusan dan penetapan perilaku beresiko menularkan dan/atau ditulari HIV dan AIDS dari kelima PERDA yang diolah, dikompilasi dan ditampilkan dalam iktisar 4.17 dan iktisar 4.18 memperlihatkan dengan jelas tentang rumusan norma hukum pidana. Menurut pendapat penulis, kebanyakan norma hukum pidana, masih dirumuskan secara umum dan abstrak sehingga dalam penerapannya akan menimbulkan penafsiran ganda. Sebagai contoh, dikemukakan ketentuan pasal 3 ayat ayat (2) huruf c, PERDA Provinsi Jawa Timur berbunyi,

“Dalam rangka penanggulangan penyebarluasan HIV/AIDS di Provinsi Jawa Timur, Pemerintah Provinsi dan masyarakat Jawa Timur berkewajiban untuk melaksanakan penanggulangan Penyakit Menular Seksual (PMS) secara terpadu dan berkala ditempat-tempat perilaku beresiko tinggi, termasuk didalamnya keharusan penggunaan kondom 100%.”

Menurut penulis, perumusan norma yang dikutip di atas sangatlah deskriptif. Seharusnya perumusan suatu norma hukum dibentuk secara preskriptif, terperinci dan spesifik serta merupakan terapi untuk mengatasi tiap-tiap perilaku bermasalah. Perlu diingat bahwa semakin khusus (*specific*) suatu norma hukum pidana maka rumusannya akan semakin jelas (*clear*), dan semakin jelas suatu norma hukum pidana maka akan semakin pasti (*certain*). Demikianlah, apabila suatu norma hukum pidana dirumuskan dengan semakin khusus, semakin jelas dan semakin pasti maka norma tersebut akan mudah untuk ditegakkan.

4.3.2 Structure of law

Aspek *structure of law*²⁷³ dalam pandangan/teori *Friedman* dimaksudkan untuk menerangkan tentang lembaga yang menerapkan dan menegakkan hukum (pidana lokal) serta sumberdaya yang dimiliki untuk tugas itu. Sebagaimana telah diketahui bersama, penegakan hukum pidana di Indonesia dilaksanakan melalui suatu sistem yang

²⁷² Hubungkan dengan *foot note* 186 halaman 73.

²⁷³ Lihat kembali *foot note* nomor 182 halaman 75.

terintegrasi, dikenal dengan *Integrated Criminal Justice System*,²⁷⁴ terdiri dari empat komponen utama, yaitu: Penyidikan, Penuntutan, Pengadilan, dan Lembaga Pemasyarakatan. Dalam sistem ini, penyidikan menempati urutan pertama dan utama serta merupakan ujung tombak yang menentukan berhasil tidaknya kinerja kerja Sistem Peradilan Pidana. Dengan kata lain, jika lembaga penyidikan tidak pernah memulai penyidikan atas suatu pelanggaran hukum pidana, maka sub-sistem lainnya tidak akan melakukan tugas dan fungsinya, kendatipun pelanggaran atas ketentuan hukum pidana nyata-nyata ada. Data dari kelima PERDA yang diteliti menunjukkan bahwa pejabat yang diutamakan dalam tugas penyidikan terhadap ketentuan pidana dalam PERDA HIV adalah Penyidik Pegawai Negeri Sipil (PPNS) yang ditunjuk dan diangkat serta ditempatkan pada setiap Satuan Kerja Perangkat Daerah (SKPD). Formulasi ketentuan penyidikan berbeda satu dengan yang lain, sebagaimana dikemukakan berikut ini:

- a. PERDA DKI menetapkan dalam Pasal 27 ayat (1) bahwa, “Selain pejabat penyidik POLRI yang bertugas menyidik tindak pidana umum, penyidikan atas tindak pidana peraturan daerah ini dapat dilakukan oleh Penyidik Pegawai Negeri Sipil (PPNS) di lingkungan pemerintah daerah yang pengangkatannya ditetapkan sesuai dengan peraturan perundangan yang berlaku.”
- b. PERDA NTT menetapkan dalam Pasal 17 ayat (1), “Penyidik Pegawai Negeri Sipil di Lingkungan Pemerintah Provinsi diberi wewenang melaksanakan penyidikan terhadap pelanggaran ketentuan-ketentuan dalam Peraturan Daerah ini.”
- c. PERDA Jawa Timur menetapkan ketentuan penyidikan dalam Pasal 10, “Pejabat Pegawai Negeri Sipil tertentu di lingkungan Pemerintah Provinsi diberi kewenangan khusus sebagai penyidik terhadap pelanggaran Peraturan Daerah ini.”
- d. PERDA DIY mengatur ketentuan penyidikan dalam Pasal 31, “Selain oleh Penyidik POLRI, penyidikan atas pelanggaran ketentuan di dalam Peraturan Daerah ini dilakukan oleh Penyidik Pegawai Negeri Sipil di lingkungan Pemerintah Daerah yang diberi wewenang sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan.”
- e. Sedangkan PERDA Badung merumuskan kewenangan penyidikan dalam Pasal 27 ayat (1) dengan menyatakan, “Penyidik Pegawai Negeri Sipil tertentu di lingkungan Pemerintah Daerah, diberi wewenang khusus sebagai penyidik untuk melakukan

²⁷⁴ Lihat kembali *foot note* nomor 196 – 199 dalam halaman 79 – 83.

penyidikan Tindak Pidana, sebagaimana dimaksud dalam Undang – Undang Hukum Acara Pidana yang berlaku.”

Rupanya, pembentuk PERDA hanya ingin menegaskan kembali tugas dan fungsi PPNS yang ditunjuk dan ditempatkan di setiap Dinas/Instansi atau Satuan Kerja Perangkat Daerah (SKPD) untuk menegakkan ketentuan hukum pidana dalam PERDA pada umumnya dan PERDA tentang HIV khususnya. Untuk maksud tersebut, Pemerintah Daerah perlu meningkatkan kapasitas dan kemampuan Penyidik Pegawai Negeri Sipil di lingkup Sekretariat Pemerintah Daerah Provinsi dan Kabupaten/Kota (serta instansi terkait) yang dalam PERDA diberi peran utama sebagai penyidik. Pengaturan kewenangan lainnya, seperti kewenangan penuntutan, kewenangan mengadili dan/atau kewenangan lembaga pemasyarakatan, sama sekali tidak diatur dalam PERDA.

Melihat kenyataan bahwa tenggang waktu sejak ditetapkan hingga selesainya penelitian ini (sekitar 3 – 5 tahun), belum ada satu kasus pelanggaran PERDA yang disidik dan atau diajukan kepada Penuntut Umum, membawa penulis pada kesimpulan bahwa komponen *structure of law* dalam hal ini kemampuan dan kapasitas penegak hukum terutama PPNS, tidak mendapat pertimbangan yang matang dalam kriminalisasi perilaku beresiko di dalam PERDA. Hal ini juga berarti bahwa maksud pembentuk PERDA untuk memanfaatkan hukum pidana melalui kriminalisasi terhadap perilaku beresiko menularkan dan/atau ditulari virus HIV, merupakan sesuatu yang berlebihan.

Diakui bahwa fenomena peneruan HIV dan meningkatnya angka kesakitan akibat AIDS di kalangan remaja dan mereka yang masih berusia produktif²⁷⁵ dalam sepuluh tahun terakhir, sangat mengkhawatirkan dan menimbulkan kepanikan di kalangan masyarakat serta Pemerintah Daerah. Akan tetapi sejak awal perlu disadari bahwa kepanikan dan kekhawatiran tersebut, tidak boleh dijadikan alasan untuk melakukan kriminalisasi yang berlebihan/*over criminalization*, sedemikian rupa sampai tidak lagi mempertimbangkan fungsi hukum pidana sebagai *ultimum remedium*.

4.3.3 Culture of law

²⁷⁵ Hubungkan dengan *foot note* nomor 4 halaman 4.

Dalam pandangan *Friedman*, aspek *culture of law*²⁷⁶ atau yang disebutnya sebagai *the legal culture* adalah sikap masyarakat terhadap hukum dan sistem hukum yang diekspresikan melalui kepercayaan, nilai-nilai, ide dan harapan. *The legal culture* merupakan aspek penting karena bersumber dari diri masyarakat dan berkontribusi dalam penegakan hukum. Efektif tidaknya penegakan hukum dalam suatu masyarakat tidak hanya ditentukan oleh kualitas sumber daya penegak hukum dalam Sistem Peradilan Pidana, tetapi juga ditentukan oleh bermakna tidaknya kontribusi masyarakat, dalam bentuk yang paling sederhana berupa ketaatan terhadap aturan. Secara teoritis dikatakan bahwa suatu norma/ketentuan hukum pidana (lokal) akan serta-merta ditaati jika norma tersebut dibentuk berdasarkan nilai-nilai serta keyakinan (*the legal culture*) dari masyarakat itu.

Sebagai contoh, dikemukakan disini mengenai kriminalisasi terhadap perilaku dalam sunat tradisional pada sebagian masyarakat Pulau Timor di NTT yang semula merupakan perilaku yang didasarkan pada adat dan kebiasaan setempat. Pertanyaan yang timbul adalah, pertama: mampukah pemerintah daerah menegakkan aturan yang jelas-jelas akan meniadakan adat istiadat dan kebiasaan dalam masyarakat? Kedua, apakah masyarakat akan memberikan kontribusi dalam bentuk ketaatan terhadap perintah dan/atau larangan dalam PERDA tersebut? Dalam hubungannya dengan dua pertanyaan tersebut, penulis berpendapat bahwa dalam melakukan intervensi terhadap suatu larangan atau perintah yang didasarkan pada perilaku adat istiadat tertentu, maka hal yang paling utama adalah perlunya melibatkan tokoh adat dan tokoh masyarakat pemilik adat istiadat dan tradisi tersebut, karena *only the owner of the tradition and culture can make a change*. Sesuai konsep *restorative justice*, jika ingin mengubah suatu kebiasaan, adat istiadat dan/atau budaya tertentu dalam masyarakat maka perlu melibatkan tokoh dan masyarakat pemilik budaya tersebut karena hanya mereka sendirilah yang mau dan mampu mengubah semua perilaku itu.

Penulis menemukan, sepertinya masih cukup banyak pertentangan nilai dalam masyarakat Indonesia pada umumnya maupun secara lokal di daerah Provinsi dan Kabupaten/Kota terhadap beberapa ketentuan dalam PERDA, seperti kontradiksi dalam pengaturan tentang kondom, penyebutan (pengakuan) yang samar-samar mengenai

²⁷⁶ Lihat kembali *foot note* nomor 190 halaman 76.

lokasi/lokalisasi pelacuran dan tempat-tempat hiburan (Cafe, Bar, Diskotik, Night Club) yang memungkinkan terjadinya penyuntikan NAPZA dan/atau *non-marital intercourse*, baik berupa *premarital intercourse* maupun *extra marital intercourse* merupakan kendala utama dalam memberi makna terhadap efektif tidaknya penegakan ketentuan pidana dalam PERDA tentang pencegahan dan penanggulangan HIV & AIDS.



BAB 5

PENUTUP

Pembahasan dalam bab ini dimaksudkan untuk menegaskan kembali tujuan penelitian dan penulisan tesis serta mengemukakan dan menguraikan kembali sari dari hasil penelitian dan pembahasan dalam bentuk kesimpulan. Selain itu, penulis menyampaikan pula beberapa saran yang diharapkan dapat dipergunakan oleh para pihak yang berkepentingan.

5.1 Kesimpulan

Berdasarkan temuan dalam penelitian dan pembahasan terperinci dalam Bab 4 maka dapat dipetik beberapa kesimpulan pokok, yakni:

- 5.1.1. Perilaku bermasalah yang dirumuskan dan dikriminalisasi sebagai perbuatan pidana dalam PERDA tentang penanggulangan HIV dan AIDS, terdiri atas:
 - a. Perilaku yang langsung dapat menyebabkan seseorang tertular HIV dan AIDS, seperti: hubungan seks tanpa kondom; penyuntikan NAPZA dengan jarum suntik yang tidak steril secara bersama-sama dan berganti-ganti jarum; tidak menerapkan *universal precaution*; dengan sengaja mendistribusikan darah atau organ/jaringan tubuh yang sudah terinfeksi HIV kepada orang lain. Sedangkan perilaku yang dapat menghambat upaya pencegahan dan penanggulangan HIV dan AIDS, seperti: tidak menyelenggarakan pemberian informasi/penyuluhan tentang pencegahan HIV dan NAPZA; tidak memeriksakan kesehatan tenaga kerja yang berada dibawah pengawasannya; tidak merahasiakan status HIV dari seorang ODHA; memberikan pelayanan kesehatan yang diskriminatif; telah membuka status HIV seseorang tetapi tidak melakukan tindakan medis apapun untuk meningkatkan ketahanan dan kualitas hidup ODHA.
 - b. Subyek tindak pidana dalam PERDA sangat variatif dan luas, terdiri atas: setiap orang sebagai individu; kelompok masyarakat secara komunal; petugas kesehatan; petugas laboratorium; paramedis dan dokter serta pejabat pemerintah, badan hukum privat dan/atau badan hukum publik.

- c. Secara umum, bentuk pertanggungjawaban pidana dalam PERDA adalah *strict liability* namun oleh karena ada beberapa ketentuan yang memuat unsur “dengan sengaja” sebagai elemen delik, maka pertanggungjawabannya adalah “*geen straf zonder schuld*” dimana unsur “dengan sengaja” perlu dibuktikan. Ancaman hukuman dalam PERDA bersifat alternatif, berupa pidana kurungan paling paling rendah 3 (tiga) bulan dan paling lama 6 (enam) bulan atau denda sebesar-besarnya Rp. 50.000.000, (lima puluh juta rupiah).
- 5.1.2. Secara umum, perumusan norma hukum pidana dalam PERDA telah sesuai dan didasarkan pada prinsip-prinsip umum tentang kriminalisasi dalam hukum pidana yaitu, pertama: perlindungan terhadap kepentingan umum seperti larangan berhubungan seks tanpa kondom; larangan menyuntik NAPZA dengan jarum suntik tidak steril; larangan melakukan NAPZA secara bersama dan/atau berganti-ganti jarum suntik; kewajiban merahasiakan status HIV seorang ODHA. Kedua: prinsip efisiensi dan efektivitas terutama *cost and benefit principles*, seperti kewajiban melakukan penyuluhan dan/atau pemberian informasi tentang pencegahan IMS dan HIV & AIDS di tempat kerja; dan kewajiban memeriksakan kesehatan karyawan yang berada di bawah pengawasan seorang pengusaha. Ketiga: azas kemanfaatan, seperti larangan memberikan pelayanan kesehatan yang diskriminatif; meminta ODHA membuka status HIV-nya tetapi tidak melakukan intervensi atau tindakan medis yang dapat memberikan manfaat kepada ODHA dimaksud. Keempat: prinsip *legal morality* yang hidup dan dipelihara dalam masyarakat seperti larangan melakukan hubungan di luar pernikahan (*non marital intercourse*): larangan melakukan hubungan sebelum menikah (*premarital intercourse*) dan/atau diluar pernikahan (*extra marital*); larangan mendistribusikan darah yang sudah terinfeksi HIV & AIDS kepada orang lain dan/atau larangan bagi ODHA untuk mendonorkan darah/organ/jaringan tubuh. Dalam keadaan tertentu, suatu norma hukum pidana dapat didasarkan pada lebih dari satu teori kriminalisasi. Kendati telah secara umum didasarkan pada teori kriminalisasi yang dikenal dalam hukum pidana, akan tetapi kriminalisasi terhadap norma hukum pidana tertentu tidak diformulasi secara jelas sesuai dengan keharusan dalam hukum pidana yaitu *lex certa* dan *lex stricta*.

5.1.3. Perumusan, pembentukan dan kriminalisasi yang diikuti dengan penetapan norma hukum pidana khususnya perbuatan pidana ternyata tidak (belum) memperhatikan faktor-faktor yang dapat mempengaruhi implementasi dan penegakan hukum, yaitu aspek *substance of law* seperti: tidak merumuskan norma hukum pidana secara preskriptif dan/atau norma hukum pidana mengandung pengertian ganda sehingga dapat menimbulkan multi-interpretasi di kalangan sesama penegak hukum dan masyarakat. Kriminalisasi juga belum memperhatikan aspek *structure of law*, seperti: belum secara cermat mempertimbangkan kemampuan PPNS di lingkup Pemerintah Daerah baik kuantitas maupun kualitasnya dalam menyelidiki dan menyidik pelanggaran tindak pidana dalam PERDA; tidak secara bermakna menyiapkan tenaga PPNS yang terlatih dan trampil, serta belum tersedianya mekanisme kerja sama diantara sesama PPNS baik di lingkup Pemerintah Daerah maupun di luar lingkup Pemerintah Daerah dengan Penyidik Kepolisian Republik Indonesia di tingkat Kepolisian Daerah dan Kepolisian Resot Kabupaten/Kota. Kriminalisasi juga belum mempertimbangkan aspek *culture of law* berhubungan dengan kontribusi dan/atau dukungan yang mungkin dapat diberikan oleh masyarakat terhadap penegakan PERDA. Kenyataan ini menyebabkan ketentuan hukum pidana dalam PERDA tidak (belum) bisa diimplementasi bahkan sangat sulit untuk ditegakkan.

5.2 Saran

Berikut ini akan dikemukakan saran dari penulis berupa hal-hal aplikatif yang dapat dilaksanakan untuk mengatasi permasalahan dalam perumusan norma hukum pidana, kriminalisasi perilaku bermasalah, dan penegakan hukum yang berdampak positif di daerah, yakni:

5.2.1. Pemerintah Daerah perlu secara teratur dan terarah menata kembali dan membenahi sistem hukum pidana di daerah dengan memperhatikan secara cermat proses dan prosedur pembentukan PERDA sebagaimana ditekankan dalam UUP3 dan PP Nomor 68 Tahun 2005, dan secara cermat melakukan *feasibility study* terhadap kemungkinan menggunakan sarana hukum pidana dalam mengatasi suatu perilaku bermasalah melalui pembentukan PERDA.

- 5.2.2. Akademisi dan/atau peneliti dari pelbagai Lembaga Penelitian dan Perguruan Tinggi perlu segera melakukan kajian terhadap pelbagai PERDA bermasalah termasuk PERDA tentang Pencegahan dan Penanggulangan HIV & AIDS, dan memberikan rekomendasi yang spesifik, jelas dan pasti mengenai teknik perumusan norma hukum pidana dan kriminalisasi terhadap perbuatan tertentu dalam hukum pidana lokal.
- 5.2.3. Pemerintah Daerah perlu segera meninjau kembali dan merencanakan serta melakukan amandemen terhadap ketentuan PERDA tentang Pencegahan dan Penanggulangan HIV & AIDS, terutama terhadap beberapa bentuk dan rumusan norma hukum pidana yang tidak jelas, tidak cermat dan/atau tidak lengkap.
- 5.2.4. Pemerintah Daerah perlu meningkatkan kapasitas dan kualitas Penyidik Pegawai Negeri Sipil (PPNS) dan menjalin hubungan kerja sama yang erat dengan seluruh perangkat Sistem Peradilan Pidana yang ada di setiap Provinsi dan/atau Kabupaten/Kota guna mewujudkan kinerja yang sinergis antara PPNS di lingkup Pemerintah Daerah, PPNS di luar lingkup Pemerintah Daerah, Penyidik Kepolisian, Kejaksaan Negeri dan Kejaksaan Tinggi baik sebagai PPNS maupun selaku lembaga yang memiliki hak penuntutan (hak oportunitas) dalam hal ini selaku Penuntut Umum serta Pengadilan Negeri dan Pengadilan Tinggi.

DAFTAR PUSTAKA

Buku:

- Alexander, Harry. (2004). *Panduan Peraturan Daerah di Indonesia*: Jakarta, Penerbit PT. XSYS Solusindo.
- Anonymous. (2004). *Strategi dan Rencana Aksi Nasional Penanggulangan HIV dan AIDS Tahun 2004 – 2009*: Jakarta, Komisis Penanggulangan AIDS.
- . (2010). *Strategi dan Rencana Aksi Nasional Penanggulangan HIV dan AIDS Tahun 2010 – 2014*: Jakarta, Komisi Penanggulangan AIDS.
- . (2008). *Global Report on HIV & AIDS*: United Nation on AIDS.
- . (1980). *Laporan Hasil Simposium Pembaharuan Hukum Pidana Nasional*: Semarang.
- . (2002). *Criminal Law, Public Health and HIV Transmition-Apolicy Options Paper*: UNAIDS.
- . (2008). *Panduan Praktis Memahami Perancangan Peraturan Daerah*: Jakarta, Departemen Hukum & Hak Azasi Manusia Direktorat Jendral Perundang-undangan bekerja sama dengan UNDP.
- . (2007). *Strategi Nasional Pencegahan dan Penangggulangan HIV & AIDS Tahun 2007–2010*: Jakarta, Komisi Penanggulangan AIDS Nasional.
- . (2010). *Strategi Nasional Pencegahan dan Penangggulangan HIV & AIDS Tahun 2010–2014*: Jakarta, Komisi Penanggulangan AIDS Nasional.
- . (2008). *Pedoman Praktis Memahami Pembentukan Peraturan Perundang-undangan*: Jakarta, Bahan Pelatihan Legal Drafter, Departemen Hukum dan Hak Azasi Manusia.
- . (2009). *Law and Policy Review July 2009*: Dokumen yang diterbitkan oleh HIV/AIDS Asia Regional Program (HAARP) bekerja sama dengan UNAIDS dan AusAID.
- Apeldoorn, van L. J. (1975). *Inleiding tot de Studie van Het Nederlandse Recht*: diterjemahkan oleh Oetarid Sadino, Jakarta, Pradnya Paramita.
- Arief, Barda Nawawi. (2001). *Masalah Penegakan Hukum & Penanggulangan Kejahatan*: Bandung, Penerbit PT. Citra Adtya Bhakti.

- (2007). *Kebijakan Legislatif Dalam Penanggulangan Kejahatan Dengan Pidana Penjara*: Bandung, Penerbit Genta Publishing-Cetakan Keempat.
- (2008). *Bunga Rampai Kebijakan Hukum Pidana, (Perkembangan Penyusunan KUHP Baru)*: Jakarta, Penerbit Kencana Prenada Media Group, Cetakan Pertama.
- Arinanto, Satya. (2007). *Politik Pembangunan Hukum Nasional dalam Era Pasca Reformasi*: Jakarta, Makalah yang disampaikan sebagai pengantar diskusi dengan tajuk “Visi Indonesia 2030” yang diselenggarakan oleh Yayasan Indonesia Forum.
- Arinanto, Satya., dan Triyanti Ninuk (Ed). (2009). *Memahami Hukum – Dari Konstruksi Sampai Implementasi*: Jakarta, Rajawali Press.
- Atmasasmita, Romli. (2010). *Sistem Peradilan Pidana Kontemporer*: Jakarta, Prenada Media Group.
- Baskoro, Ronny R. Niti Tb., (2007). *Sempitnya Peluang Dekriminalisasi Penyalahgunaan Narkoba di Indonesi*: Jakarta, Makalah yang disampaikan dalam sarasehan bertajuk Dekriminalisasi Pengguna Narkoba Di Indonesia, Hotel Bidakara-Jakarta, Kamis, 7 Juni 2007.
- Bassiouni, M. Cherif. (1978). *Substantive Criminal Law*: Illionis-USA, Charles Thomas Publiser, Spingfield.
- Beccaria, Cesare. (1996). *Of Crime and Punishment - Translated by Jane Grison*: New York, Marsilio Publisher.
- Briyan, A. Garner. (Ed.). (1999). *Black’s Law Dictionary - Eight Editions*: Thomson & West.
- Budiardjo, Miriam. (2003). *Dasar-Dasar Ilmu Politik*: Jakarta, Penerbit Gramedia Pustaka Utama.
- Davis, Rene., and Brierley, John E. C. (1996). *The Major Legal System in the World Today*: London, Steven & Son.
- Echols, M. John., and Shadily, Hassan. (2005). *An English-Indonesian Dictionary*: Jakarta, Penerbit PT. Gramedia.
- Friedman, M. Lawrence. (1984). *American Law-An Introduction*: New York, Stanford University, W.W. Norton and Company.
- , (1975). *The Legal System – A Social Science Perspective*: New York, Russell Sage Foundation.

- Garnasih, Yenti. (2009). *Kriminalisasi Pencucian Uang (Money Laundering)*: Jakarta, Program Pascasarjana Fakultas Hukum Universitas Indonesia.
- Gillissen, John., and Gorle, Frits. (2009). *Sejarah Hukum Suatu Pengantar* yang disadur oleh Freddy Tengker: Bandung, PT. Refika Aditama.
- Gottfredson, Michael R., and Hirschi, Travis. (2007). *A General Theory of Crime*: California – USA, Stanford University Press.
- Hamzah, Andi. (2008). *Azas-Azas Hukum Pidana Edisi Revisi*: Jakarta, Penerbit Rineka Cipta.
- Hamidi, Jazim. (Ed.). (2010). *Optik Hukum – Peraturan Daerah Bermasalah - Menggagas Peraturan Daerah Yang Responsif dan Berkesinambungan*: Malang, Penerbit Prestasi Pustaka.
- Han Bin Siong. (1961). *An Outline of Recent History of Indonesian Criminal Law*: 'sGravenhage, Martinus Nijhoff.
- Harkrisnowo, Harkristuti. (2001). *Tindak Pidana Kesusilaan dalam Perspektif Kitab Undang-Undang Hukum Pidana*, dalam Pidana Islam di Indonesia; Peluang, Prospek dan Tantangan, Jakarta, Pustaka Firdaus.
- Harkrisnowo, Harkristuti. (2003). *Rekonstruksi Konsep Pidanaan, Suatu Gugatan Terhadap Proses Legislasi dan Pidanaan di Indonesia*: Orasi pada Pengukuhan Guru Besar Tetap Fakultas Hukum Universitas Indonesia, Jakarta 08 Maret 2003.
- Hartjen, Clayton A. (1978). *Crime and Criminalization – Second Edition*: Praeger Publisher.
- Hartono, Sunaryati. (1991). *Politik Hukum Menuju Satu Sistem Hukum Nasional*: Bandung, Penerbit Alumni.
- Hatta. H. Moh. (2010). *Kebijakan Politik Kriminal – Penegakan Hukum Dalam Rangka Penanggulangan Kejahatan*: Yogyakarta, Penerbit Pustaka Pelajar, Cetakan Pertama.
- Hiariej, Eddy O. S. (2009). *Asas Legalitas & Penemuan Hukum Dalam Hukum Pidana*: Jakarta, Penerbit Erlangga.
- Himawan, Charles. (2006). *Hukum Sebagai Panglima*: Jakarta, Penerbit Buku Kompas, Cetakan Kedua.

- Huda, Chairul. (2008). *“Dari ‘Tiada Pidana Tanpa Kesalahan’ menuju kepada ‘Tiada Pertanggungjawaban Pidana tanpa Kesalahan’”* – Tinjauan Kritis terhadap Teori Pemisahan Tindak Pidana dan Pertanggungjawaban Pidana: Jakarta, Kencana Prenada Media.
- Hulsman, M. L. Hc. (1984). *Sistem Peradilan Pidana - Dalam Perspektif Perbandingan Hukum* - disadur oleh Soedjono Dirjosisworo: Jakarta, Penerbit CV. Rajawali.
- Husak, Douglas. (2009). *Overcriminalization - The Limits of the Criminal Law*: Oxford University Press.
- Holten, N. Gary., and Lamar, Lawson L. (1991). *The Criminal Courts – Structures, Personnel and Processes*: New York, St. Louis, San Francisco, Aucland Bogota, Caracas, Lisabon, London, Madrid, Mexico, Milan, Montreal, New Delhi, Paris, San Juan, Singapore, Sydney, Tokyo, Toronto, McGraw – Hill, Inc.
- Ibrahim, Johnny. (2006). *Teori & Metodologi Penelitian Hukum Normatif*: Surabaya, Penerbit Bayu Media, Cetakan Kedua.
- Indroharto. (2002). *Usaha Memahami Undang-Undang Tentang Peradila Tata Usaha Negara-Buku I, Beberapa Pengertian Dasar Hukum Tata Negara*: Jakarta, Penerbit Pustaka Sinar Harapan.
- (2002). *Usaha Memahami Undang-Undang Tentang Peradila Tata Usaha Negara-Buku II, Beberapa Pengertian Dasar Hukum Tata Negara*: Jakarta, Penerbit Pustaka Sinar Harapan.
- Jarvis, M. Robert. et al. (1991). *AIDS Law in a nutshell*: St. Paul, Minn, West Publishing Co.
- Juwana, Hikmahanto. (2010). *Ihwal Kriminalisasi Kebijakan*: Kolom Opini, Kompas, Rabu, 27 Januari 2010.
- Kartanegara, Satochid. *Kumpulan Kuliah Hukum Pidana Bagian Satu*: Jakarta, Balai Lektor Mahasiswa.
- *Kumpulan Kuliah Hukum Pidana Bagian Dua*: Jakarta, Balai Lektor Mahasiswa.
- Komaruddin. (1984). *Kamus Riset*: Bandung, Penerbit Angkasa.
- Lake, Primus. (1999). *Sifon – Antara Tradisi Dan Risiko Penularan IMS*: Jogakarta, Ford Foundation dan Pusat Penelitian Kependudukan Universitas Gadjah Mada.
- Lamintang, P. A. F. (1997). *Dasar-Dasar Hukum Pidana Indonesia*: Bandung, Penerbit PT. Citra Aditya Bakti.

- Loewy, Arnold H. (1978). *Criminal Law In A Nutshell- Second Edition*, St. Paul, Minn, West Publishing Co.
- Marwoto, B. J., dan Witdarmono, H. (2006). *Proverbia Latina-Pepatah-Pepatah Bahasa Latin*: Jakarta, Penerbit Buku Kompas.
- Miethe, Terance D., and Hong Lu. (2005). *Punishment – A Comparative Historical Perspectives*: University of Nevada-Las Vegas, Cambridge University Press.
- Moeljatno. (2008). *Azas-Azas Hukum Pidana – Edisi Revisi*: Jakarta, Penerbit Rineka Cipta.
- Muladi. (1998). *Pembinaan Narapidana Dalam Kerangka Rancangan Undang-undang Hukum Pidana di Indonesia-Makalah*: FHUI-Jakarta.
- Muladi. (1990). *Hukum Pidana-Makalah*, disampaikan pada Penataran Hukum Pidana Nasional Angkatan IV: Kerjasama Hukum Indonesia-Belanda di Purwokerto, Tanggal 18 & 19 Agustus 1990.
- Muladi., & Arief, Barda Nawawi. (2007). *Bunga Rampai Hukum Pidana Edisi Pertama*: Bandung, Penerbit PT. Alumni.
- Oktoberina, Sri Rahayu., & Savitri, Niken. (Ed.). (2008). *Butir – Butir Pemikiran Dalam Hukum, Memperingati 70 Tahun Prof. Dr. B. Arief Sidharta, SH*: Bandung, Penerbit PT. Refika Aditama.
- Packer, Herbert L. (1968). *The Limit of Criminal Sanction*: California – USA, Stanford University Press.
- Pandjaitan, Petrus Irawan., dan Laitetykiki, Samuel. (2007). *Pidana Penjara Mau Kemana?:* Jakarta, Penerbit IND HILL CO-IHC.
- Pandjaitan, Petrus Irawan., dan Widiarty, Wiwik Sri. (2008). *Pembaharuan Pemikiran Dr. Sahardjo mengenai Pemasyarakatan Narapidana*: Jakarta, Penerbit IND HILL CO-IHC.
- Pangaribuan, Luhut M. P. (2009). *Lay Judges & Hakim Ad Hoc – Suatu Studi Teoritis Mengenai Peradilan Pidana Indonesia*: Jakarta, Program Pascasarjana Fakultas Hukum Universitas Indonesia.
- Permana, Is Heru. (2007). *Politik Kriminal*: Yogyakarta, Universitas Atma Jaya.
- Poernomo, Bambang. (1982). *Asas-Asas Hukum Pidana-Edisi Revisi*: Jakarta, Penerbit Ghalia Indonesia.

- Poerwadarminta, W. J. S. (1975). *Kamus Umum Bahasa Indonesia*: Jakarta, Penerbit PN. Balai Pustaka.
- Prodjodikoro, Wirjono. (2008). *Asas-Asas Hukum Pidana di Indonesia*: Bandung, Penerbit PT. Refika Aditama.
- Prasetya, Teguh. (2010). *Kriminalisasi Dalam Hukum Pidana*: Bandung, Penerbit Nusa Media.
- Puspa, Yan Pramadnya. (1977). *Kamus Hukum Edisi Lengkap*: Semarang, Penerbit CV. Aneka Ilmu.
- Raharjo, Satjipto. (2009). *Penegakan Hukum – Suatu Tinjauan Sosiologis*: Semarang, Genta Publishing, Cetakan Pertama.
- (2009). *Hukum dan Perilaku – Hidup Baik Adalah Dasar Hukum Yang Baik*: Jakarta, Penerbit Buku Kompas.
- Rato, Dominikus. (2009). *Hukum Dalam Perspektif Konstruksi Sosial*: Yogyakarta, LaksBang Mediatama.
- Reichel, L. Philip. (2002). *Comparative Criminal Justice System – A Topical Approach*: New Jersey, University of Norhem Colorado-USA.
- Reksodiputro, Mardjono. (2007). *Kemajuan Pembangunan Ekonomi dan Kejahatan*, Kumpulan Karangan Buku Kesatu: Jakarta, Pusat Pelayanan Keadilan dan Pengabdian Hukum, Lembaga Kriminologi Universitas Indonesia.
- (2007). *Kriminologi dan Sistem Peradilan Pidana*, Kumpulan Karangan Buku Kedua: Jakarta, Pusat Pelayanan dan Pengabdian Hukum, Lembaga Kriminologi Universitas Indonesia.
- (2007). *Hak Azasi Manusia dan Sistem Peradilan Pidana*, Kumpulan Karangan Buku Ketiga: Jakarta, Pusat Pelayanan dan Pengabdian Hukum, Lembaga Kriminologi Universitas Indonesia.
- (2007). *Pembaharuan Hukum Pidana*, Kumpulan Karangan Buku Keempat: Jakarta, Pusat Pelayanan dan Pengabdian Hukum, Lembaga Kriminologi Universitas Indonesia.
- (2007). *Bunga Rampai Permasalahan Dalam Sistem Peradilan Pidana*, Kumpulan Karangan Buku Kelima: Jakarta, Pusat Pelayanan Keadilan dan Pengabdian Hukum, Lembaga Kriminologi Universitas Indonesia.
- (1989). *Pertanggungjawaban Pidana Korporasi dalam Tindak Pidana Korporasi*: Makalah, FH. UNDIP, Semarang.

- (2009). *Menyelaraskan Pembaharuan Hukum*: Jakarta, Komisi Hukum Nasional Republik Indonesia (KHN-RI), Cetakan Pertama.
- Remmelink, Jan. (2003). *Hukum Pidana - Komentar atas pasal-pasal terpenting dalam KUHP Belanda dan padanannya dalam KUHP Indonesia*, diterjemahkan oleh Tristam Pascal Moeliono: Jakarta, Penerbit PT. Gramedia Pustaka Utama.
- Santoso, Topo. (2000). *Polisi & Jaksa, Keterpaduan atau Pergulatan? : Depok, Pusat Studi Peradilan Pidana (Centre for Indonesian Criminal Justice System).*
- (1997). *Seksualitas dan Hukum Pidana*: Jakarta, Penerbit IND-HILL-CO, Cetakan Pertama.
- Saleh, Ruslan. (1978). *Reorientasi Hukum Pidana*: Jakarta, Aksara Baru.
- (1979). *Mengadili Sebagai Pergulatan Kmanusiaan*: Jakarta, Aksara Baru.
- (1994). *Masih Saja Tentang Kesalahan*: Jakarta, Karya Dunia Fikir.
- (1981). *Beberapa Azas-Azas Hukum Pidana*: Jakarta, Penerbit Aksara Baru.
- (1983). *Perbuatan Pidana dan Pertanggungjawaban Pidana-Dua Pengertian Dasar Dalam Hukum Pidana*: Jakarta, Aksara Baru.
- (1983). *Sifat Melawan Hukum dari Perbuatan Pidana*: Jakarta, Aksara Baru-Cetakan Ketiga.
- Saner, Wilhem. (1921). *Grundlagen des Strafrecht*: Leipzig.
- Savitz, Leonard D. (1967). *Dilemmas in Criminology*, McGraw – Hill Education, First Edition.
- Schaffmeister, D., Keijer N., dan Sutorius E. PH. (2007). *Hukum Pidana*: Bandung, Editor J. E Sahetapi & Agustinus Pohan, PT. Citra Aditya Bakti.
- Schravendijk, van H. J. (1956). *Buku Peladjaran Tentang Hukum Pidana Indonesia*: Djakarta, J. B. Wolters, Groningen.
- Seidman, Ana., Seidman, Robert B., and Abeyserkere, Nalin. (2001). *Penyusunan Rancangan Undang-Undang Dalam Perubahan Masyarakat Yang Demokratis*, Edisi Terjemahan, ELIPS II.
- Seno Adji, Oemar. (1979). *Hukum – Hakim Pidana*: Jakarta, Penerbit Erlangga.

- Sidharta, Bernard Arief. (2000). *Refleksi tentang Struktur Ilmu Hukum – Sebuah penelitian tentang fundasi kefilosofan dan sifat keilmuan Ilmu Hukum sebagai landasan pengembangan Ilmu Hukum Nasional Indonesia*: Bandung, Penerbit CV. Mandar Maju.
- Singer, Richard G. & La Fond, John Q. (2007) *Criminal Law*: Chicago-USA, Wolters Kluwer Law & Business, Fourth Edition.
- Soekanto Soerjono. (1996). *Sosiologi - Suatu Pengantar*: Bandung, Rajawali Press.
- . (1983). *Faktor-faktor Yang Mempengaruhi Penegakan Hukum*: Jakarta, CV. Rajawali.
- Soepomo. dan Djoko, Soetono. (Tanpa Tahun). *Sejarah Hukum Adat I*: Jakarta, Tanpa Penerbit.
- Soesilo, R. (1985). *KUHP serta Komentar-Komentarnya Pasal Demi Pasal*: Bogor, Penerbit Politeia.
- Sudarto. (1981). *Kapita Selekta Hukum Pidana*: Bandung, Penerbit Alumni.
- . (1981). *Hukum dan Hukum Pidana*: Bandung, Penerbit Alumni.
- . (2009). *Hukum Pidana I*: Semarang, Penerbit Yayasan Sudarto – FH UNDIP, Cetakan Ketiga.
- Syahdeni, Sutan Remy. (2007). *Pertanggungjawaban Pidana Korporasi*: Jakarta, Grafiti Pers, Cetakan Kedua.
- Tanya, Bernard L. (2011). *Hukum Dalam Ruang Sosial*: Semarang, Penerbit Genta Publishing, , Cetakan Kedua.
- Tresna, R. (1959). *Azas-Azas Hukum Pidana*: Bandung, Universitas Padjadjaran.
- Utrecht, E. (1983). *Pengantar Dalam Hukum Indonesia*: Jakarta, PT. Ichtiar Baru dan Sinar Harapan.
- . (1960). *Rangkaian Sari Kuliah Hukum Pidana I*: Bandung, Univeritas Padjadjaran, Cetakan Kedua.
- . (2000). *Hukum Pidana I*: Surabaya, Penerbit Pustaka Tinta Mas.
- Vago, Steven. (1991). *Law and Society – Third Edition*: New Jersey 07632, Saint Louis University, Prentice Hall, Englewood Cliffs.

Internet:

<http://www.oxfordscholarship.com/oso/public/content/philosophy/9780195328714/acprof-9780195328714-chapter-4.html>

http://www.google.co.id/#hl=id&source=hp&q=Statistik+AIDS+Indonesia&btnG=Penelusuran+Google&aq=f&aql=&aql=&oq=Statistik+AIDS+Indonesia&gs_rfai=&fp=c52159addf56e314

<http://id.wikipedia.org/wiki/SARS>

http://id.wikipedia.org/wiki/Flu_burung

Peraturan Perundang-undangan:

Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 amendemen I – IV.

Undang-Undang Negara Republik Indonesia Nomor 8 Tahun 1981 tentang KUHAP, Lembaran Negara Nomor 76 Tahun 1981, Tambahan Lembaran Negara Nomor 3209 Tahun 1981.

Undang-Undang Negara Republik Indonesia Nomor 10 Tahun 2004 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan, Lembaran Negara Nomor 53 Tahun 2004, Tambahan Lembaran Negara Nomor 4389 Tahun 2004.

Undang-Undang Negara Republik Indonesia Nomor 32 Tahun 2004 tentang Pemerintah Daerah Lembaran Negara Nomor 125 Tahun 2004, Tambahan Lembaran Negara Nomor 4437 Tahun 2004.

Undang-Undang Negara Republik Indonesia Nomor 25 Tahun 2004 tentang Sistem Perencanaan Pembangunan Nasional, Lembaran Negara Nomor 104 Tahun 2004, Tambahan Lembaran Negara Nomor 4421 Tahun 2004.

Undang-Undang Negara Republik Indonesia Nomor 17 Tahun 2007 tentang Rencana Pembangunan Jangka Panjang Tahun 2005 – 2025, Lembaran Negara Nomor 33 Tahun 2007, Tambahan Lembaran Negara Nomor 4700 Tahun 2007.

Undang-undang Negara Republik Indonesia Nomor 14 Tahun 2008 tentang Ketebukaan Informasi Publik, Lembaran Negara Nomor 89 Tahun 2008, Tambahan Lembaran Negara Nomor 3726 Tahun 2008.

Undang-Undang Negara Republik Indonesia Nomor 36 Tahun 2009 tentang Kesehatan, Lembaran Negara Nomor 144 Tahun 2009, Tambahan Lembaran Negara Nomor 5063 Tahun 2009.

Undang-Undang Negara Republik Indonesia Nomor 35 Tahun 2009 tentang Narkotika, Lembaran Negara Nomor 143 Tahun 2009, Tambahhan Lembaran Negara Nomor 5062 Tahun 2009.

Undang-Undang Negara Republik Indonesia Nomor 40 Tahun 2009 tentang Rumah Sakit, Lembaran Negara Nomor 153 Tahun 2009, Tambahan Lembaran Negara Nomor 5072 Tahun 2009.

Undang-Undang Negara Republik Indonesia Nomor 8 Tahun 2010 tentang Pencegahan & Pemberantasan Tindak Pidana Pencucian Uang, Lembaran Negara Nomor 122 Tahun 2010, Tambahan Lembaran Negara Nomor 5164 Tahun 2010.

Peraturan Presiden Republik Indonesia Nomor 7 Tahun 2005 tentang Rencana Pembangunan Jangka Menengah Nasional Tahun 2004 – 2009.

Peraturan Presiden Republik Indonesia Nomor 75 Tahun 2006 tentang Komisi Penanggulangan AIDS.

