

BAB II

TINJAUAN PUSTAKA

A. Tinjauan Umum tentang Politik Hukum Pidana

1. Pengertian Politik Hukum Pidana

Istilah kebijakan berasal dari bahasa Inggris yakni *Policy* atau dalam bahasa Belanda *Politiek* yang secara umum dapat diartikan sebagai prinsip-prinsip umum yang berfungsi untuk mengarahkan pemerintah (dalam arti luas termasuk pula aparat penegak hukum dalam mengelola, mengatur, atau menyelesaikan urusan-urusan publik. Masalah-masalah masyarakat atau bidang-bidang penyusunan peraturan perundang-undangan dan pengaplikasian hukum/peraturan, dengan tujuan (umum) yang mengarah pada upaya mewujudkan kesejahteraan atau kemakmuran masyarakat (warga negara) (Barda Nawawi Arief, 2008: 23-24).

Politik hukum merupakan suatu istilah yang tidak asing bagi para praktisi hukum. Politik hukum terdiri dari dua kata yaitu “politik” dan “hukum” yang memiliki masing-masing teori. Secara etimologi, menurut Imam Syaukani dan A. Ahsin Thohari menjelaskan bahwa istilah politik hukum merupakan terjemahan bahasa Indonesia dari istilah hukum Belanda *rechtpolitiek* yang merupakan gabungan dari dua suku kata yaitu *recht* dan *politiek*. Kata *politiek* dalam bahasa Belanda yang ditulis oleh Van der Tas mengandung arti *beleid* yang artinya dalam bahasa Indonesia

berarti kebijakan. Maka secara etimologi politik hukum mempunyai arti sebagai kebijakan hukum (*legal policy*) (Imam Syaukani dan A. Ahsin Thohari, 2007:19-25).

Definisi politik hukum menurut Moh. Mahfud MD adalah *legal policy* yang akan atau telah dilaksanakan secara nasional oleh pemerintah Indonesia. *Legal policy* mengenai pembangunan hukum yang berintikan pembuatan dan pembaruan terhadap materi-materi hukum agar sesuai dengan kebutuhan (Mahfud MD, 2009:1). Menurut Soedarto politik hukum merupakan kebijakan negara melalui badan-badan negara yang berwenang untuk menetapkan peraturan-peraturan yang dikehendaki, yang diperkirakan akan digunakan untuk mengekspresikan apa yang terkandung dalam masyarakat dan untuk mencapai apa yang dicita-citakan (Soedarto, 1983:20). Sementara menurut Bellefroid (H. Abdul Latif dan Hasbi Ali, 2014:12) politik hukum adalah bagian dari pengetahuan hukum yang menelaah perubahan yang harus dilakukan dalam hukum yang berlaku agar dapat memenuhi tuntutan kehidupan masyarakat.

Kebijakan hukum pidana dapat diartikan dengan cara bertindak atau kebijakan dari negara (pemerintah) untuk menggunakan hukum pidana dalam mencapai tujuan tertentu, terutama dalam menanggulangi kejahatan. Banyak cara maupun usaha yang dapat dilakukan oleh setiap negara (pemerintah) dalam menanggulangi kejahatan. Salah satu upaya untuk dapat menanggulangi kejahatan, diantaranya melalui suatu kebijakan hukum pidana atau politik hukum pidana. Selanjutnya, Sudarto menyatakan bahwa melaksanakan politik hukum pidana mengadakan pemilihan untuk mencapai hasil perundang-undangan pidana yang paling baik dalam memenuhi syarat keadilan dan daya guna. Politik hukum pidana berarti usaha mewujudkan peraturan

perundang-undangan pidana yang sesuai dengan keadaan dan situasi pada suatu waktu dan untuk masa yang akan datang (Al. Wisnubroto, 1999:11).

Politik hukum pidana diartikan sebagai kebijakan menyeleksi atau melakukan kriminalisasi dan dekriminalisasi terhadap suatu perbuatan. Terkait dengan persoalan pilihan-pilihan terhadap suatu perbuatan yang dirumuskan sebagai tindak pidana atau bukan, serta menyeleksi diantara berbagai alternatif yang ada mengenai apa yang menjadi tujuan sistem hukum pidana pada masa mendatang. Oleh karena itu, dengan politik hukum pidana negara diberikan kewenangan merumuskan atau menentukan suatu perbuatan yang dapat dikategorikan sebagai tindak pidana, dan kemudian dapat menggunakannya sebagai tindakan represif terhadap setiap orang yang melanggarnya. Inilah salah satu fungsi penting hukum pidana, yakni memberikan dasar legitimasi bagi tindakan yang represif negara terhadap seseorang atau kelompok orang yang melakukan perbuatan yang dirumuskan sebagai tindak pidana (Yesmil Anwar dan Adang, 2008:58-59).

Dalam hal mencapai tujuan tertentu hukum pidana tidak dapat bekerja sendiri, tetapi perlu melibatkan sarana-sarana lainnya yang mendukung, yakni tahapan kebijakan hukum pidana, dalam mengoperasionalkan hukum pidana, melalui tahap formulasi kebijakan legislatif atau pembuatan peraturan perundang-undangan, tahap perencanaan yang seharusnya memuat tentang hal-hal apa saja yang akan dilakukan (Syaiful Bakhri, 2009:45-46).

2. Ruang lingkup Politik Hukum Pidana

Politik hukum suatu negara terdiri dari politik kebijaksanaan pembentukan dan penegakan hukum, dan politik hukum yang temporer yaitu kebijaksanaan yang

ditetapkan dari waktu ke waktu sesuai dengan kebutuhan dan perkembangan (Bagir Manan, 1996:144). Penyusunan politik hukum harus diusahakan selalu seiring dengan aspek-aspek kebijaksanaan dibidang lainnya seperti bidang ekonomi, bidang politik, bidang sosial, dan lain sebagainya.

Ruang lingkup kebijakan hukum pidana lebih luas dari pada pembaharuan hukum pidana. Hal ini disebabkan karena kebijakan hukum pidana dilaksanakan melalui tahap-tahap konkretisasi/operasionalisasi/fungsionalisasi hukum pidana yang terdiri dari (Al. Wisnubroto, 1999:11) :

1. Kebijakan formulatif/legislatif, yaitu tahap perumusan/penyusunan hukum pidana;
2. Kebijakan aplikatif/yudikatif, yaitu tahap penerapan hukum pidana;
3. Kebijakan administratif/eksekutif, yaitu tahap pelaksanaan hukum pidana.

Selanjutnya A. Mulder mengemukakan sebagaimana dikutip oleh Al. Wisnubroto bahwa kebijakan hukum pidana ialah garis kebijakan untuk menentukan:

- a. Seberapa jauh ketentuan-ketentuan pidana yang berlaku perlu dirubah atau diperbaharui;
- b. Apa yang dapat diperbuat untuk mencegah terjadinya tindak pidana;
- c. Cara bagaimana penyidikan, penuntutan, peradilan, dan pelaksanaan pidana harus dilaksanakan (Al. Wisnubroto, 1999:12).

Dengan demikian kebijakan hukum pidana berkaitan dengan proses penegakan hukum (pidana) secara menyeluruh. Oleh sebab itu kebijakan hukum pidana diarahkan pada konkretisasi/operasionalisasi/fungsionalisasi hukum pidana material (substansial), hukum pidana formal (hukum acara pidana), dan hukum pelaksanaan pidana. Selanjutnya kebijakan hukum pidana dapat dikaitkan dengan tindakan-tindakan:

- 1) Bagaimana upaya pemerintah untuk menanggulangi kejahatan dengan hukum pidana
- 2) Bagaimana merumuskan hukum pidana agar sesuai dengan kondisi masyarakat

- 3) Bagaimana kebijakan pemerintah untuk mengatur masyarakat dengan hukum pidana
- 4) Bagaimana menggunakan hukum pidana untuk mengatur masyarakat dalam rangka mencapai tujuan yang lebih besar

Usaha penanggulangan kejahatan dengan hukum pidana pada hakikatnya juga merupakan bagian dari usaha penegakan hukum (khususnya penegakan hukum pidana). Oleh karena itu, sering dikatakan bahwa politik atau kebijakan hukum pidana merupakan bagian dari kebijakan penegakan hukum (*law enforcement policy*). Penanggulangan kejahatan lewat pembuatan undang-undang (hukum) pidana pada hakikatnya merupakan bagian integral dari usaha perlindungan masyarakat (*social welfare*) (Barda Nawawi Arief, 2008:24).

Terdapat dua masalah sentral dalam kebijakan kriminal dengan menggunakan hukum pidana (sarana penal), ialah masalah penentuan:

- a) Perbuatan apa yang seharusnya dijadikan tindak pidana, dan;
- b) Sanksi apa yang sebaiknya digunakan atau dikenakan kepada pelanggar

Penganalisisan terhadap dua masalah sentral ini tidak dapat dilepaskan dari konsepsi bahwa kebijakan kriminal merupakan bagian integral dari kebijakan sosial. Hal ini menunjukkan pemecahan masalah-masalah tersebut di atas harus pula diarahkan untuk mencapai tujuan-tujuan tertentu dari kebijakan sosial yang telah ditetapkan. Kebijakan hukum pidana termasuk kebijakan dalam menangani dua masalah sentral di atas, harus dilakukan dengan pendekatan yang berorientasi pada kebijakan (Muladi dan Barda Nawawi Arief, 2010:160)..

Terkait dengan ruu kuhp yang sedang dirancang saat ini oleh para pembentuk undang-undang, perumusan delik zina tersebut merupakan bagian dari tahap formulasi kebijakan hukum pidana (*criminal policy*). Dalam konsep kebijakan

legislatif dapat dikatakan sebagai tahap perencanaan dan perumusan peraturan perundang-undangan pidana. Tahap tersebut merupakan bagian yang paling sentral dari keseluruhan perencanaan proses fungsionalisasi hukum pidana. Kebijakan legislatif atau tahap formulasi menjadi dasar, landasan, dan pedoman bagi tahap-tahap fungsionalisasi hukum pidana yang berikutnya, yakni tahap aplikasi dan eksekusi (Barda Nawawi Arief, 2002:35).

3. Tahapan Politik Hukum Pidana

Pencegahan dan penanggulangan kejahatan dengan sarana hukum pidana atau “*penal policy*”, fungsionalisasi atau operasionalisasinya dapat dilakukan melalui beberapa tahap. Tahapan yang dimaksud akan penulis paparkan sebagai berikut:

1. Tahap Formulasi (Kebijakan legislatif atau kebijakan formulasi)

Tahap formulasi, yaitu tahap penegakan hukum *in abstracto* oleh badan pembuat undang-undang. Tahap ini dapat disebut tahap atau kebijakan legislatif. Kebijakan legislatif adalah suatu perencanaan atau program dari pembuat undang-undang mengenai apa yang akan dilakukan dalam menghadapi problem tertentu dan cara bagaimana melakukan atau melaksanakan sesuatu yang telah direncanakan atau di programkan (H. Dey Ravena, 2017:148).

Berdasarkan pemaknaannya, berarti untuk membuat undang-undang dalam rangka menghadapi permasalahan tertentu, diperlukan yang rasional. Tidak hanya terbatas pada perencanaan saja, tetapi diperlukan juga perencanaan berikutnya, yakni perencanaan mengenai bagaimana perencanaan dimaksud harus dilakukan atau dilaksanakan. H.L. Packer seperti yang dikutip oleh H.Dey Revena memberikan pendapat bahwa kebijakan legislatif dalam bidang hukum *penitensier* sangat penting bagi suatu kebijakan pemidanaan. Kebijakan pemidanaan merupakan salah satu masalah kontroversial saat ini dalam hukum pidana (H.Dey Ravena, 2017:148).

Pokok-pokok kebijakan formulasi hukum pidana terdiri dari beberapa hal, yaitu:

a. Perumusan tindak pidana (*criminal act*)

Ada beberapa istilah untuk menyatakan suatu perbuatan yang dilarang oleh aturan pidana yaitu “tindak pidana”, “perbuatan pidana”, “delik”, atau *strafbaarfeit*. Berdasar empat istilah tersebut, istilah tindak pidana lebih banyak digunakan dalam peraturan perundang-undangan di Indonesia.

Tindak pidana adalah suatu perbuatan yang pelakunya dapat dikenai hukuman pidana. Pelaku ini dapat dikatakan merupakan subjek hukum pidana. Pada dasarnya yang dapat melakukan tindak pidana adalah orang perorangan atau manusia alamiah (*natuurlijk person*). Namun, dalam perkembangannya muncul subjek hukum baru yang dinilai dapat melakukan tindak pidana dan mempertanggungjawabkan perbuatannya secara pidana yakni korporasi.

Menurut Roeslan Saleh perbuatan pidana (istilah yang digunakan untuk menggambarkan tindak pidana) adalah perbuatan yang anti-sosial (Roeslan Saleh, 1985:13). Perbuatan seseorang dikatakan sebagai tindak pidana apabila perbuatan tersebut telah tercantum dalam undang-undang. Asas yang menentukan bahwa tidak ada perbuatan yang dilarang dan diancam dengan pidana jika ditentukan terlebih dahulu dalam peraturan perundang-undangan dikenal dengan asas legalitas.

b. Perumusan pertanggungjawaban pidana (*criminal responsibility* atau *criminal liability*).

Seseorang yang telah melakukan tindak pidana belum tentu dipidana karena sebelum menentukan terdakwa dipidana, terlebih dahulu harus ditetapkan dua hal

yaitu apakah perbuatan terdakwa merupakan tindak pidana atau bukan dan apakah terdakwa dapat dipertanggungjawabkan atau tidak. Menentukan adanya tindak pidana didasarkan pada asas legalitas, sementara untuk menentukan adanya pertanggungjawaban pidana didasarkan pada asas kesalahan.

Pertanggungjawaban pidana dimaksudkan untuk menentukan apakah seseorang tersangka atau terdakwa dapat dipertanggungjawabkan atas suatu tindak pidana yang terjadi atau tidak.

c. Perumusan sanksi (*sanction*) baik berupa pidana maupun yang berupa tindakan tata tertib.

Salah satu usaha penanggulangan kejahatan dengan menggunakan hukum pidana adalah dengan sanksinya yang keras berupa pidana. Sanksi pidana ini bersifat lebih tajam dibandingkan dengan sanksi dalam hukum perdata maupun dalam hukum administrasi. Menurut Roeslan Saleh, pidana adalah reaksi atas delik dan ini berujud suatu nestapa yang dengan sengaja ditimpakan negara pada pembuat delik itu (Roeslan Saleh, 1983:9).

2. Tahap aplikasi (Kebijakan Yudikatif atau kebijakan yudisial)

Tahap aplikasi, yaitu tahap penerapan hukum pidana oleh aparat-aparat penegak hukum mulai dari kepolisian sampai pengadilan. Tahap kedua ini dapat disebut tahap kebijakan yudikatif. Bagian ini tidak dapat dipisahkan dari sistem peradilan pidana atau “*criminal justice system*” yang terintegrasi (H. Dey Ravena, 2017:156).

3. Tahap Eksekusi (Kebijakan eksekutif atau kebijakan administratif)

Tahap eksekusi, yaitu tahap pelaksanaan hukum pidana secara konkret oleh aparat-aparat pelaksana pidana. Tahap ini disebut sebagai kebijakan eksekutif. Dengan adanya tahap formulasi, maka upaya pencegahan dan penanggulangan kejahatan bukan hanya tugas aparat penegak hukum atau aparat penerap hukum, tetapi juga merupakan tugas dari aparat pembuat hukum (aparat legislatif), bahkan kebijakan legislatif merupakan tahap paling strategis dari upaya pencegahan dan penanggulangan kejahatan melalui kebijakan hukum pidana.

Mengutip pendapat dari Mardjono Reksodiputro (Dedi Mulyadi, 2013:114-115), ada sejumlah asas yang patut diperhatikan untuk menentukan bagaimana hukum pidana dirumuskan dan diselenggarakan, antara lain:

1. Asas masuk akal nya kerugian yang dapat digambarkan oleh perbuatan tersebut dapat mempunyai aspek moral, tetapi seharusnya merupakan “*public issues*”.
2. Asas toleransi terhadap perbuatan tersebut. Penilaian atas terjadinya kerugian, berkaitan erat dengan adanya atau tidak adanya toleransi. Toleransi didasarkan pada penghormatan atas kebebasan dan tanggung jawab individu
3. Asas subsidiaritas. Sebelum perbuatan dinyatakan sebagai tindak pidana, perlu diperhatikan apakah kepentingan hukum yang terlanggar oleh perbuatan tersebut masih dapat dilindungi dengan cara lain, hukum pidana hanya “*ultimum remidium*”.
4. Asas proporsionalitas. Menggambarkan harus adanya keseimbangan antara kerugian yang digambarkan dan batas-batas yang diberikan oleh asas toleransi, dan dengan reaksi atau sanksi pidana yang diberikan
5. Asas legalitas. Apabila poin pertama sampai empat telah dipertimbangkan, masih perlu dilihat apakah perbuatan tersebut dapat dirumuskan dengan baik hingga kepentingan hukum yang akan dilindungi tercernin dan jelas hubungannya dengan asas kesalahan yang termuat dalam ilmu hukum pidana
6. Asas penggunaannya secara praktis dan efektivitasnya ini berkaitan dengan kemungkinan penegakannya serta dampaknya pada prevensi umum.

B. Tinjauan Umum tentang Tindak Pidana Perzinahan

1. Pengertian tentang Zina

Zina menurut kamus besar bahasa Indonesia (KBBI) merupakan perbuatan antara laki-laki dan perempuan yang tidak terikat oleh hubungan pernikahan (perkawinan), yang melakukan perbuatan bersenggama antara seorang laki-laki yang terikat perkawinan dengan seorang perempuan yang bukan istrinya, atau seorang perempuan yang terikat perkawinan dengan seorang laki-laki yang bukan suaminya. Menurut R. Soesilo dalam bukunya “Kitab Undang-Undang Hukum Pidana, menjelaskan zina adalah persetubuhan yang dilakukan oleh laki-laki atau perempuan yang telah kawin dengan perempuan atau laki-laki yang bukan istri atau suaminya (R. Soesilo, 1995:209). Sementara zina jika menurut hukum Islam secara harfiah berarti fahisyah, yaitu perbuatan yang keji. Dalam pengertiannya zina adalah hubungan kelamin antara seorang laki-laki dengan seorang perempuan yang satu sama lain tidak terikat dalam hubungan perkawinan (Abdurrahman Doi, 1991:31). Para fuqaha (ahli hukum Islam) mengartikan zina yaitu melakukan hubungan seksual dalam arti memasukkan zakar (kelamin pria) ke dalam vagina wanita yang dinyatakan haram, bukan karena syuhbat dan atas dasar syahwat.

Perbuatan zina di Indonesia dirumuskan dalam Pasal 284 KUHP, yang menyatakan sebagai berikut:

- 1) Diancam dengan pidana penjara paling lama Sembilan bulan:
 - 1.a. Seorang laki-laki yang telah kawin yang melakukan zina, padahal diketahui bahwa Pasal 27 BW berlaku baginya;
 - b. Seorang perempuan yang telah kawin yang melakukan zina, padahal diketahui bahwa Pasal 27 BW berlaku baginya;

- 2.a. Seorang laki-laki yang turut serta melakukan perbuatan itu, padahal diketahui bahwa yang turut bersalah telah kawin;
- b. Seorang perempuan yang telah kawin yang turut serta melakukan perbuatan itu, padahal diketahui olehnya bahwa yang turut bersalah telah kawin dan Pasal 27 BW berlaku baginya;
- 2) Tidak dilakukan penuntutan melainkan atas pengaduan suami/istri yang tercemar, dan bilamana bagi mereka berlaku Pasal 27 BW, dalam tenggang waktu tiga bulan diikuti dengan permintaa bercerai atau pisah-meja dan ranjang karena alasan itu juga.
- 3) Terhadap pengaduan ini tidak berlaku Pasal 72, 73, dan 75
- 4) Pengaduan dapat ditarik kembali selama pemeriksaan dalam sidang pengadilan belum dimulai.
- 5) Jika suami/istri berlaku Pasal 27 BW, pengaduan tidak diindahkan selama perkawinan belum diputuskan karena perceraian atau sebelum putusan yang menyatakan pisah meja dan tempat tidur menjadi tetap.

Mengenai kejahatan zina yang dirumuskan pada ayat (1) saja, terdiri dari empat macam larangan, yakni:

1. Seorang laki-laki yang telah kawin melakukan zina, padahal Pasal 27 BW berlaku baginya
2. Seorang perempuan yang telah kawin melakukan zina, padahl diketahui bahwa Pasal 27 BW berlaku baginya
3. Seorang laki-laki turut berzina dengan seorang perempuan yang diketahuinya telah kawin;

4. Seorang perempuan yang turut berzina dengan seorang laki-laki yang diketahuinya bahwa Pasal 27 BW, berlaku baginya.

Maka seorang laki-laki atau perempuan yang dikatakan melakukan kejahatan zina, apabila memenuhi tiga syarat esensial, yaitu:

- a. Melakukan persetubuhan dengan perempuan atau laki-laki bukan suami atau bukan istrinya;
- b. Bagi dirinya berlaku Pasal 27 BW
- c. Dirinya sedang berada dalam perkawinan.

Apabila pada laki-laki atau perempuan yang melakukan zina itu tidak berlaku Pasal 27 BW, sedangkan perempuan atau laki-laki yang menjadi temannya melakukan zina itu tunduk pada Pasal 27 BW, kategorinya bukanlah melakukan kejahatan zina melainkan telah turut serta melakukan zina, yang dibebani tanggung jawab yang sama dengan si pembuat zina itu sendiri. Turut serta dalam melakukan zina ini, dilihat dari Pasal 55 ayat (1) KUHP adalah sebagai pembuat peserta (*mede pleger*). Maka untuk dikategorikan dalam turut serta, diperlukan empat syarat, yaitu:

- 1) Melakukan persetubuhan dengan perempuan atau laki-laki bukan suaminya atau bukan istrinya. Orang ini tidak harus sudah menikah;
- 2) Dirinya tidak tunduk pada Pasal 27 BW
- 3) Temannya yang melakukan persetubuhan itu tunduk pada Pasal 27 BW
- 4) Diketuinya (unsur kesalahan:kesengajaan) bahwa:
 - a. Temannya yang melakukan persetubuhan itu telah bersuami atau beristri, dan
 - b. Pasal 27 BW berlaku bagi temannya yang bersetubuh itu.

Tindak pidana perzinahan atau *overspel* yang dimaksudkan dalam Pasal 284 (1) KUHP merupakan suatu *opzettelijk delict* atau suatu tindak pidana yang harus dilakukan dengan sengaja. Hal itu berarti unsur kesengajaan tersebut harus terbukti ada pada diri pelaku, agar ia dapat dinyatakan terbukti telah memenuhi unsur kesengajaan dalam melakukan salah satu tindak pidana perzinahan dari tindak pidana perzinahan yang diatur dalam pasal 284 ayat (1) angka 1 huruf a atau b dan angka 2 huruf a atau b KUHP. Jika unsur kesengajaan dalam bentuk kehendak atau dalam bentuk maksud untuk melakukan perzinahan pada diri pelaku ternyata tidak dapat dibuktikan, maka hakim akan memberikan putusan bebas dari tuntutan hukum atau *ontslag van rechtsvervolging* bagi pelaku.

Menurut Simons (Lamintang, 1990:89), untuk adanya suatu perzinahan menurut Pasal 284 KUHP itu diperlukan adanya suatu *vleeslijk gemeenschap* atau diperlukan adanya suatu hubungan alat kelamin yang selesai dilakukan antara seorang pria dengan seorang wanita. Sehingga apabila dilakukan oleh dua orang yang berjenis kelamin sama bukan merupakan perzinahan seperti yang dimaksud dalam Pasal 284 KUHP dan jika dilakukan oleh mereka yang belum dalam ikatan pernikahan dengan orang lain. Syarat lain yang perlu diperhatikan agar perbuatan melakukan hubungan kelamin antara seorang pria dengan seorang wanita yang salah satu atau keduanya telah kawin dapat disebut sebagai delik perzinahan menurut KUHP adalah bahwa tidak adanya persetujuan diantara suami isteri itu. Artinya jika ada persetujuan di antara suami dan isteri, misalnya suami yang bekerja sebagai mucikari dan isterinya menjadi pelacur bawahannya maka perbuatan semacam itu bukanlah termasuk perbuatan zina (Lamintang, 1990:89).

Pandangan di atas tidak jauh berbeda dengan pandangan Sahetapy (Sahetapy dan B. Mardjino Reksodiputro, 1989:62) perbuatan bersetubuh yang tidak sah berarti persetubuhan yang bukan saja dilakukan oleh suami atau isteri di luar lembaga perkawinan, tetapi juga persetubuhan yang dilakukan oleh pria dan wanita di mana keduanya belum menikah, walaupun sudah bertunangan. Sah di sini harus ditafsirkan sah dalam ruang lingkup lembaga perkawinan. Oleh sebab itu zina meliputi juga *fornication* yaitu persetubuhan yang dilakukan secara suka rela antara seorang yang belum menikah dengan seseorang dari *gender* yang berlawanan (yang belum menikah juga). Persetubuhan meskipun bersifat sukarela, atas dasar suka sama suka, namun perbuatan bersetubuh itu tetap tidak sah. Menurut anggota masyarakat, persetubuhan yang sah hanya dilakukan dalam lembaga perkawinan, dengan demikian pengertian berzinah mencakup pengertian *overspel*, *fornication* dan prostitusi.

2. Sejarah pembentukan dasar Pasal perzinahan dalam KUHP

Pada zaman dahulu perbedaan pandangan mengenai kejahatan perzinahan, perlu atau tidaknya dipandang sebagai suatu perbuatan terlarang dan dapat diancam dengan pidana. Menurut hukum Romawi, pihak wanita sajalah yang dapat dipersalahkan telah melakukan perzinahan. Jika terdapat isteri melakukan hubungan kelamin dengan laki-laki lain yang bukan suaminya, maka ia telah dipandang sebagai seorang isteri yang merugikan hak seorang suami untuk menuntut kesetiaan dari isterinya dalam perkawinan. Perlakuan di depan hukum yang tidak seimbang antara wanita dengan pria itu kemudian berlanjut pada *Code Penal* Perancis.

Berbeda dengan hukum Romawi yang memandang wanita lebih rendah kedudukannya di depan hukum dibandingkan dengan pria, ternyata hukum gereja

Khatolik telah menempatkan kedudukan wanita itu sederajat dengan kedudukan pria di depan hukum. Sebab itu perzinahan dipandang sebagai perbuatan dosa yang dapat dilakukan oleh pria maupun wanita, dan dipandang sebagai *inbreuk op de heilige band van het huwelijk* atau penodaan terhadap ikatan suci dari perkawinan.

Pandangan gereja Khatolik tentang kedudukan hukum yang sederajat antara pria dengan wanita itu telah diikuti oleh pembentuk undang-undang di negeri Belanda yang dapat dilihat cara mereka merumuskan ketentuan-ketentuan pidana dalam Paal 340 sampai Pasal 344 *Criminal Wetboek voor het Koninklijk Holland* (KUHP Belanda) yang mengatur perzinahan sebagai suatu perbuatan yang terlarang dan dapat diancam pidana. Semula saat *Wetboek van Strafrecht* (KUHP) itu dibentuk, perzinahan tidak dimasukkan ke KUHP sebagai sebuah delik (kejahatan). Akan tetapi atas usul Mr. Modderman, perzinahan dimasukkan sebagai salah satu perbuatan yang terlarang dalam *Wetboek van Strafrecht* (WvS). Alasan yang dipakai Mr. Modderman adalah apabila perzinahan itu tidak diatur dalam WvS dikhawatirkan akan mendatangkan kerugian bagi kesusilaan. Berdasar usul Modderman itu, kemudian perzinahan dicantumkan sebagai salah satu delik kesusilaan di dalam WvS yang sedang dibentuk. Dengan demikian wanita diberi kedudukan yang sama dengan pria yaitu bukan hanya berkedudukan sebagai subyek dari tindak pidana perzinahan akan tetapi berkedudukan pula sebagai pihak yang sama. Artinya, pihak wanita berhak pula mengajukan pengaduan dan gugatan perceraian jika perbuatan itu dipandang perlu baginya (Lamintang, 1990: 89-91).

3. Pengertian dan Ruang Lingkup Tindak Pidana

Tindak pidana merupakan pengertian dasar dalam hukum pidana. Tindak pidana merupakan suatu pengertian yuridis, lain halnya dengan istilah perbuatan jahat atau kejahatan. Secara yuridis formal, tindak kejahatan merupakan bentuk tingkah laku yang melanggar undang-undang pidana. Oleh sebab itu setiap perbuatan yang dilarang oleh undang-undang harus dihindari dan arang siapa melanggarnya maka akan dikenakan pidana. Jadi larangan-larangan dan kewajiban-kewajiban tertentu yang harus ditaati oleh setiap warga Negara wajib dicantumkan dalam undang-undang maupun peraturan-peraturan pemerintah, baik di tingkat pusat maupun daerah (Lamintang, 1996:7).

Tindak pidana dalam bahasa Belanda adalah *strafbaarfeit*. sebenarnya *strafbaarfeit* merupakan istilah resmi dalam *Wetboek van Strafrecht* atau Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (selanjutnya disingkat KUHPidana), yang sekarang berlaku di Indonesia adalah istilah dalam bahasa asing, yaitu *delict* yang berarti suatu perbuatan yang pelakunya dapat dikenakan hukum pidana dan pelaku ini dapat dikatakan merupakan subjek tindak pidana (Wirjono Prodjodikoro, 2009 : 59). Demikian pula dengan apa yang didefinisikan Simons dan Van Hamel. Dua ahli hukum pidana Belanda tersebut pandangan-pandangannya mewarnai pendapat para ahli hukum pidana Belanda dan Indonesia hingga saat ini. Moeljatno (2015 : 62-63) berpendapat bahwa :

Perbuatan pidana ini kiranya dapat kita samakan dengan istilah inggris *criminal act*: Pertama, karena *criminal act* ini juga berarti kelakuan dan akibat, atau dengan perkataan lain: akibat dari suatu kelakuan, yang dilarang oleh hukum. Dalam *kenny's Outlines of criminal law 1952* tentang *criminal act* atau dalam bahasa latin: *actus reus* ini diterangkan sebagai berikut: "*actus reus may be defined as such result of human conduct as the law seeks (mencoba) to prevent. It is important to note that the actus reus, which is the result of conduct, must be distinguished from the conduct which produced the result.* Kedua, karena

criminal act ini juga dipisahkan dari pertanggungjawaban pidana yang dinamakan *liability* atau *responsibility*. Untuk adanya *criminal liability* (jadi untuk dapat dipidanya seseorang selain dari pada melakukan *criminal act* (perbuatan pidana) orang itu harus mempunyai kesalahan (*guilt*).

Simons (Chairul Huda, 2008 : 27) mengemukakan bahwa *Strafbaarfeit* itu adalah kelakuan yang diancam dengan pidana, bersifat melawan hukum, dan berhubungan dengan kesalahan yang dilakukan oleh orang yang mampu bertanggung jawab. Sedangkan Van Hamel (Chairul Huda, 2008 : 27) mengemukakan bahwa :

Strafbaarfeit itu adalah kelakuan orang yang dirumuskan dalam undang-undang, bersifat melawan hukum, patut dipidana dan melakukan kesalahan. Kedua ahli hukum pidana tersebut masih memasukkan unsur kesalahan dalam pengertian tindak pidana. Bagi beliau suatu perbuatan merupakan tindak pidana jika di dalamnya juga dirumuskan tentang kesalahan.

Tindak pidana adalah kelakuan manusia yang dirumuskan dalam undang-undang, melawan hukum, yang patut dipidana dan dilakukan dengan kesalahan. Orang yang melakukan perbuatan pidana akan mempertanggungjawabkan perbuatan dengan pidana apabila ia mempunyai kesalahan, seseorang mempunyai kesalahan apabila pada waktu melakukan perbuatan dilihat dari segi masyarakat menunjukkan pandangan normatif mengenai kesalahan yang dilakukan (Andi Hamzah, 2001:22).

Tindak pidana adalah perbuatan melakukan atau tidak melakukan sesuatu yang memiliki unsur kesalahan sebagai perbuatan yang dilarang dan diancam dengan pidana, di mana penjatuhan pidana terhadap pelaku adalah demi terpeliharanya tertib hukum dan terjaminnya kepentingan umum (Lamintang, 1996:16).

Jenis-jenis tindak pidana dibedakan atas dasar-dasar tertentu, sebagai berikut (Andi Hamzah, 2001:25-27) :

1. Menurut Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP) dibedakan antara lain kejahatan yang dimuat dalam Buku II dan Pelanggaran yang dimuat dalam Buku

- III. Pembagian tindak pidana menjadi kejahatan dan pelanggaran itu bukan hanya merupakan dasar bagi pembagian KUHP kita menjadi Buku ke II dan Buku ke III melainkan juga merupakan dasar bagi seluruh sistem hukum pidana di dalam perundang-undangan secara keseluruhan.
2. Menurut cara merumuskannya, dibedakan dalam tindak pidana formil dan tindak pidana materil. Tindak pidana formil adalah tindak pidana yang dirumuskan bahwa larangan yang dirumuskan itu adalah melakukan perbuatan tertentu. Misalnya Pasal 362 KUHP yaitu tentang pencurian. Tindak pidana materil inti larangannya adalah pada menimbulkan akibat yang dilarang, karena itu siapa yang menimbulkan akibat yang dilarang itulah yang dipertanggungjawabkan dan dipidana.
 3. Menurut bentuk kesalahan, tindak pidana dibedakan menjadi tindak pidana sengaja (*dolus delicten*) dan tindak pidana tidak disengaja (*culpose delicten*). Misalnya tindak pidana kesengajaan (*dolus*) yang diatur dalam KUHP antara lain Pasal 338 KUHP (pembunuhan) yaitu dengan sengaja melukai orang lain. Pada delik kelalaian (*culpa*) orang juga dapat dipidana jika ada kesalahan, misalnya Pasal 359 KUHP yang menyebabkan matinya seseorang, contoh lainnya seperti yang diatur dalam Pasal 188 dan Pasal 360 KUHP.
 4. Menurut macam perbuatannya, tindak pidana aktif (positif), perbuatan aktif juga disebut perbuatan materil adalah perbuatan untuk mewujudkannya diisyaratkan dengan adanya gerakan tubuh orang yang berbuat, misalnya Pencurian (Pasal 362 KUHP) dan Penipuan (Pasal 378 KUHP). Tindak Pidana pasif dibedakan menjadi tindak pidana murni dan tidak murni. Tindak pidana murni, yaitu tindak pidana yang dirumuskan secara formil atau tindak pidana yang pada dasarnya unsur perbuatannya berupa perbuatan pasif, misalnya diatur dalam Pasal 224,304 dan 552 KUHP. Tindak Pidana tidak murni adalah tindak pidana yang pada dasarnya berupa tindak pidana positif, tetapi dapat dilakukan secara tidak aktif atau tindak pidana yang mengandung unsur terlarang tetapi dilakukan dengan tidak berbuat, misalnya diatur dalam Pasal 338 KUHP, ibu tidak menyusui bayinya sehingga anak tersebut meninggal.

Berdasarkan uraian di atas, dapat diketahui bahwa jenis-jenis tindak pidana terdiri dari tindak pidana kejahatan dan tindak pidana pelanggaran, tindak pidana formil dan tindak pidana materil, tindak pidana sengaja dan tindak pidana tidak sengaja serta tindak pidana aktif dan pasif. Unsur-unsur tindak pidana adalah sebagai berikut (Andi Hamzah, 2001;30) :

- a. Kelakuan dan akibat (perbuatan)
- b. Hal ikhwal atau keadaan yang menyertai perbuatan
- c. Keadaan tambahan yang memberatkan pidana

- d. Unsur melawan hukum yang objektif
- e. Unsur melawan hukum yang subyektif

4. Tindak Pidana Perzinahan dalam Pasal 484 RUU KUHP

Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP) merupakan salah satu produk hukum peninggalan jaman kolonial Belanda. Falsafah yang mendasarinya berorientasi pada nilai-nilai individualisme dan liberalisme. Hal ini tercermin dalam rumusan Pasal 284 KUHP tentang tindak pidana perzinahan. Rumusan tindak pidana zina dalam Pasal 284 KUHP adalah perzinahan yang dilakukan oleh dua orang yang salah satu atau keduanya terikat perkawinan dan diadakan oleh isteri atau suami pelaku zina dan dilakukakan atas dasar suka sama suka. Sanksinya adalah maksimal sembilan bulan penjara, untuk tindak pidana ini KUHP menempatkannya sebagai delik aduan. Dalam rangka mengantisipasi semakin meningkatnya tindak pidana perzinahan yaitu dengan memfungsikan instrumen hukum pidana yang bersifat preventif dan represif, seperti tujuan pemidanaan yang tercantum dalam konsep RUU KUHP Nasional yaitu:

1. Mencegah dilakukannya tindak pidana dengan menegakkan norma hukum demi pengayoman masyarakat;
2. Memasyarakatkan terpidana dengan mengadakan pembinaan sehingga menjadi orang yang 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.

Revisi terhadap pasal perzinaan tersebut, terutama mengenai pelaku perzinaan atau dengan kata lain kriminalisasi terhadap kegiatan seks (hubungan seks) yang dilakukan oleh laki-laki dan perempuan yang masing-masing tidak terikat dalam perkawinan yang sah dengan orang lain, menjadi bahan perdebatan antara pihak yang pro dan yang kontra. Pihak yang kontra terhadap revisi pasal perzinaan menilai bahwa revisi terhadap pelaku perzinaan terlalu mencampuri dan memasung kehidupan pribadi seseorang. Dalam hal ini negara telah melakukan intervensi kehidupan wilayah pribadi warga negaranya. Revisi terhadap pasal perzinaan dinilai sebagai ketentuan yang melanggar hak asasi manusia, dan karena itu mengancam demokrasi. Selain itu, pihak yang kontra terhadap revisi Pasal 284 KUHP berpandangan bahwa rancangan KUHP harus mengedepankan prinsip unifikasi. Rancangan KUHP merupakan kodifikasi hukum yang harus bisa diterima seluruh elemen masyarakat. Kalau ada pasal yang tidak bisa dilaksanakan di suatu daerah, tetapi dilaksanakan di daerah lain maka akan menimbulkan ketidakpastian hukum (<https://indeks.kompas.com/topik-pilihan/list/2952/kontroversi-ruu-kuhapkuhp/desc/2>, diakses pada tanggal 2 Oktober, pukul 23.00).

Bagi pihak yang pro terhadap revisi pasal perzinahan menilai bahwa masalah perzinahan muncul dari *public demand* bukan pribadi atau keluarga karena *public demand*, maka diatur dalam undang-undang. Di banyak negara liberal, lazim terdapat hukum yang mengatur kegiatan pribadi. Dalam aktivitas seks, warga tidak boleh melakukan hubungan seks sedarah (*incest*), warga tidak boleh mengumpulkan foto-foto yang masuk dalam kategori “pornografi anak”, warga tidak diizinkan berpoligami, atau jika menggunakan contoh yang lebih ekstrim misalnya warga tidak

boleh melakukan bunuh diri dan warga tidak boleh menjadi pecandu narkoba, kendatipun kedua kegiatan itu bisa dilihat sebagai “kegiatan sadar yang dilakukan orang dewasa dengan akibat yang harus ditanggung oleh orang dewasa itu sendiri”. (<https://kpkuinsuka.spotcom/2014/03/delikzina-dalam-ruu-kuhp-arifin-maruf.html>, diakses pada tanggal 8 Oktober 2018, pada pukul 18.00).

Oleh sebab itu sebagai bentuk atas ketidaksesuain terhadap nilai-nilai yang terkandung di Indonesia, pemerintah melakukan suatu kebijakan hukum pidana melalui pembaruan terhadap Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP). Hasil dari pembaruan KUHP dalam pasal zina mengalami beberapa perubahan yang cukup drastis, yang terdapat dalam Pasal 484 RUU KUHP. Bunyi dari Pasal 484 RUU KUHP sebagai berikut:

- 1) Dipidana karena zina, dengan pidana penjara paling lama 5 (lima) tahun:
 - a) Laki-laki yang berada dalam ikatan perkawinan melakukan persetubuhan dengan perempuan yang bukan istrinya;
 - b) Perempuan yang berada dalam ikatan perkawinan melakukan persetubuhan dengan laki-laki yang bukan suaminya;
 - c) Laki-laki yang tidak dalam ikatan perkawinan melakukan persetubuhan dengan perempuan, padahal diketahui bahwa perempuan tersebut berada dalam ikatan perkawinan;
 - d) Perempuan yang tidak dalam ikatan perkawinan melakukan persetubuhan dengan laki-laki, padahal diketahui bahwa laki-laki tersebut berada dalam ikatan perkawinan; atau

- e) Laki-laki dan perempuan yang masing-masing tidak terikat dalam perkawinan yang sah melakukan persetubuhan.
- 2) Tindak pidana sebagaimana dimaksud pada ayat (1) tidak dilakukan penuntutan kecuali atas pengaduan suami, istri, atau pihak ketiga tercemar.
 - 3) Terhadap pengaduan sebagaimana dimaksud pada ayat (2) tidak berlaku ketentuan Pasal 25, Pasal 26, dan Pasal 28.
 - 4) Pengaduan dapat ditarik kembali selama pemeriksaan di sidang pengadilan belum dimulai.

Dalam Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP) Pasal 284 yang berlaku saat ini, tindak pidana zina sudah diatur dan masuk dalam rumusan delik. Rumusan Pasal 284 KUHP tentang zina yaitu perzinahan yang dilakukan oleh dua orang yang salah satu atau keduanya terikat perkawinan dan diadukan oleh istri atau suami pelaku zina dan dilakukakan atas dasar suka sama suka, hukumannya adalah maksimal 9 (sembilan) bulan penjara. Pemerintah melakukan perubahan melalui Rancangan KUHP mengenai perzinahan terdapat dalam Pasal 484, sebagai berikut: Pertama, perubahan terhadap sanksi pidana penjara yaitu yang semula paling lama 9 (sembilan) bulan menjadi paling lama 5 (lima) tahun. Kedua, terhadap pelaku perzinahan yaitu semula pelaku perzinahan adalah laki-laki dan perempuan yang sudah menikah melakukan hubungan badan (persetubuhan) dengan bukan istri atau suaminya, maka dalam Rancangan KUHP juga meliputi laki-laki dan perempuan yang masing-masing tidak terikat dalam perkawinan yang sah dengan orang lain.

C. Tinjauan umum tentang *overcriminalization*

1. Pengertian tentang Kriminalisasi

Kriminalisasi merupakan objek studi hukum pidana materiil yang membahas tentang suatu perbuatan sebagai tindak pidana yang diancam dengan sanksi tertentu. Menurut Soerjono Soekanto, kriminalisasi merupakan tindakan atau penetapan penguasa mengenai perbuatan-perbuatan tertentu yang oleh masyarakat atau golongan-golongan masyarakat dianggap sebagai perbuatan yang dapat dipidana menjadi perbuatan pidana atau membuat suatu perbuatan menjadi perbuatan kriminal, oleh karena itu dapat dipidana oleh pemerintah dengan cara kerja atas namanya (Soerjono Soekanto, 1981:62).

Pendapat Hoefnagels sebagaimana dikutip oleh Yanti Garnasih (Mahrus Ali, 2017:240) mengatakan kriminalisasi adalah sesuatu perbuatan atau suatu hal menjadi suatu tindakan yang sebelumnya bukan merupakan perbuatan yang dapat dipidana menjadi perbuatan yang dapat dipidana. Kriminalisasi juga terkait dengan penambahan (peningkatan sanksi pidana terhadap tindak pidana yang sudah ada). Sementara menurut Soetandyo Wigjosoebroto mengemukakan bahwa kriminalisasi adalah suatu pernyataan bahwa perbuatan tertentu harus dinilai sebagai perbuatan pidana yang merupakan hasil dari suatu penimbangan-penimbangan normatif yang wujud akhirnya adalah suatu keputusan (*decisions*) (Wigjosoebroto Soetandyo, 1993:1). Pengertian kriminalisasi dapat pula dilihat dari perspektif nilai. Dalam hal ini nilai yang dimaksudkan dengan kriminalisasi adalah perubahan nilai yang

menyebabkan sejumlah perbuatan yang sebelumnya merupakan perbuatan yang tidak tercela dan tidak dituntut pidana, berubah menjadi perbuatan yang dipandang tercela dan perlu dipidana (Rusli Effendi, 1986:64-65).

Berdasarkan pengertian kriminalisasi di atas, ruang lingkup kriminalisasi tidak hanya berkaitan dengan penentuan perbuatan yang semula bukan merupakan perbuatan yang dilarang, kemudian dilarang disertai ancaman sanksi tertentu, tetapi juga berkaitan dengan pemberatan sanksi pidana terhadap tindak pidana yang sudah ada. Sudarto mengatakan bahwa dalam mengkriminalisasikan suatu perbuatan harus memperhatikan hal-hal di bawah ini, yaitu:

1. Penggunaan hukum pidana harus memperhatikan tujuan pembangunan nasional, yaitu mewujudkan masyarakat adil dan makmur yang merata materiil dan spiritual berdasarkan Pancasila. Dalam kaitannya dengan hal ini, penggunaan hukum pidana bertujuan untuk menanggulangi kejahatan dan mengadakan pengurangan terhadap tindakan penanggulangan itu sendiri demi kesejahteraan dan payagoman masyarakat.
2. Perbuatan yang diusahakan untuk dicegah atau ditanggulangi dengan hukum pidana harus merupakan perbuatan yang tidak dikehendaki, yaitu perbuatan yang mendatangkan kerugian (materiil dan spiritual) atas warga negara.
3. Penggunaan hukum pidana harus pula memperhatikan prinsip-prinsip biaya dan hasil (*cost and benefit principle*).
4. Penggunaan hukum pidana harus pula memperhatikan kapasitas atau kemampuan daya kerja dari badan-badan penegak hukum, yaitu jangan sampai ada kelampauan batas tugas (*overbelasting*). (Mahrus Ali, 2017:241)

Berhubungan dengan masalah kriminalisasi, Muladi mengatakan mengenai beberapa ukuran yang secara doktrinal harus diperhatikan sebagai pedoman, yaitu (Muladi, 1995:256):

- a. Kriminalisasi tidak boleh terkesan menimbulkan overkriminalisasi yang masuk kategori *the misuse of criminal sanction*
- b. Kriminalisasi tidak boleh bersifat *ad hoc*
- c. Kriminalisasi harus mengandung unsur korban *victimizing* baik aktual maupun potensial
- d. Kriminalisasi harus memperhitungkan analisa biaya dan hasil dan prinsip *ultimum remedium*

- e. Kriminalisasi harus menghasilkan peraturan yang *enforceable*
- f. Kriminalisasi harus mampu memperoleh dukungan publik
- g. Kriminalisasi harus mengandung unsur *subsosialitet* mengakibatkan bahaya bagi masyarakat, sekalipun kecil sekalipun
- h. Kriminalisasi harus memperhatikan peringatan bahwa setiap peraturan pidana membatasi kebebasan rakyat dan memberikan kemungkinan kepada aparat penegak hukum untuk mengekang kebebasan itu.

Kriminalisasi merupakan penetapan perbuatan yang semula bukan tindak pidana menjadi suatu tindak pidana dalam peraturan perundang-undangan (Teguh Prasetyo, 2010:133). Selanjutnya bagaimana kemudian kriminalisasi suatu perbuatan menjadi tindak pidana ini dikatakan *over-kriminalisasi* adalah ketika kita terlalu banyak menerapkan standar dimana kita bisa menetapkan apakah jumlahnya terlalu sedikit, terlalu banyak atau bahkan tepat. Menurut Erik Luna fenomena *over-kriminalisasi* mengandung (1) *untenable offenses*; (2) *superfluous statues*; (3) *doctrines that overextend culpability*; (4) *crimes without jurisdictional authority*; (5) *grossly disproportionate punishments*; (6) *excessive or pretextual enforcement of petty violations* (https://www.academia.edu/11602292/Keadilan_Restoratif_Jalan_Keluar_Untuk_Ov_erkriminalisasi, diakses pada tanggal 29 November, pukul 17.05).

2. Pengertian tentang *Overcriminalization* menurut para ahli

Sanford H.Kadish merupakan ahli pertama yang membicarakan tentang *overcriminalization*, dalam artikel berjudul “*the crisis of overcriminalization*” yang ditulis pada tahun 1968. Menurut Kadish, dewasa ini hukum pidana telah memperluas jangkauan sanksi pidana kepada jenis-jenis perilaku yang sangat berbeda, suatu perilaku yang tidak menimbulkan kerugian apapun (Jurnal Ilmiah Mahrus Ali, 2018:4). *Overcriminalization* oleh Kadish diartikan sebagai penggunaan hukum

pidana untuk mewujudkan tujuan-tujuan kebijakan publik yang sama sekali tidak layak/tidak dibenarkan untuk dilarang. Perbuatan-perbuatan yang netral secara moral tidak layak dikriminalisasi, seperti hubungan seksual yang dilakukan secara suka sama suka.

Barda Nawawi Arief mengartikan *overcriminalization* sebagai banyak atau melimpahnya jumlah kejahatan dan perbuatan-perbuatan yang dikriminalisasi. *Overcriminalization* timbul bila proses kriminalisasi yang berlangsung secara terus menerus tanpa didasarkan pada penilaian yang teruji dan tanpa suatu evaluasi mengenai pengaruhnya terhadap keseluruhan sistem. Kip Schlegel, David Eitle, dan Steven Gunkel menganggap bahwa masalah *overcriminalization* terkait dua hal. *Pertama*, konsep *overcriminalization* merefleksikan suatu perhatian yang lebih luas dari peranan sanksi pidana dan persepsi yang digunakan tentang perilaku-perilaku penjahat. Pertanyaan yang muncul terkait yang pertama ini, adalah perilaku-perilaku yang seperti apa yang dianggap sebagai kejahatan. Pertanyaan tentang sampai sejauh mana sanksi pidana diterapkan tidak lebih penting dari pertanyaan tentang persyaratan-persyaratan apa saja yang harus dipenuhi agar sanksi pidana dapat diterapkan. *Overcriminalization* dengan demikian, merepresentasikan pengenaan label penjahat atas perilaku yang sebenarnya tidak memenuhi kriteria label tersebut. *Kedua*, konsep *overcriminalization* juga memberikan perhatian kepada seringnya sanksi pidana diterapkan kepada suatu perbuatan seketika dinyatakan sebagai perbuatan terlarang. Pertanyaan terkait hal ini, adalah seberapa sering sanksi pidana diancamkan dan seberapa berat sanksi pidana itu dijatuhkan kepada orang yang melakukan suatu kejahatan. *Overcriminalization* merepresentasikan pengenaan sanksi

pidana yang lebih sering daripada respon kontrol sosial lainnya yang tersedia yang lebih pantas dan penerapan sanksi pidana yang tidak sesuai dengan tujuannya (Jurnal Mahrus Ali, 2018:6).

Ellen. S Podgor mengartikan *overcriminalization*, sebagai banyaknya perbuatan-perbuatan yang dikriminalisasi tanpa dasar pembenar dan penggunaan suatu ketentuan pidana dalam undang-undang melalui diskresi penuntut umum. Undang-undang memberikan kewenangan diskresi yang besar kepada penuntut umum untuk menentukan mana perbuatan yang sesuai dengan rumusan delik. Menurut Erik Luna, *overcriminalization* tidak hanya terkait dengan begitu banyaknya perbuatan yang dilarang, tapi juga termasuk masalah berikut; apakah yang harus didenominasikan sebagai kejahatan dan kapan ia ditegakkan; dan apa yang seharusnya dijadikan batasan-batasan pidana dan sanksi pidana yang tepat dalam kasus-kasus yang spesifik. *Overcriminalization*, dengan demikian, merupakan penyalahgunaan kekuasaan tertinggi sistem peradilan pidana, yaitu implementasi kejahatan atau penerapan sanksi pidana tanpa dasar pembenar. *Overcriminalization* terdiri atas; (1) tindak pidana-tindak pidana yang tidak dapat dipertahankan lagi karena tidak memenuhi kriteria untuk dikategorikan sebagai perbuatan terlarang; (2) perundang-undangan pidana yang berlebihan; (3) ancaman sanksi pidana yang tidak proporsional; dan (4) penegakan hukum yang eksekutif terhadap pelanggaran-pelanggaran ringan (Mahrus Ali, 2018:6).

Sara Sun Beale mengkonseptikan *overcriminalization* dalam kaitannya dengan penegakan hukum yang berlebihan (*overenforcement*) oleh aparat penegak hukum. Menurutnya, secara umum bentuk-bentuk *overcriminalization* meliputi; a)

pemberian kewenangan diskresi yang tidak terkontrol kepada penegak hukum; b) disparitas pidana terhadap beberapa pelaku yang melakukan kejahatan yang sama; dan c) penyalahgunaan kekuasaan oleh penegak hukum. Sementara itu, menurut Andrew Ashworth mengatakan bahwa *overcriminalization* terjadi manakala hukum pidana bekerja melebihi tiga fungsi utamanya, yakni fungsi deklaratif, fungsi preventif, dan fungsi regulative. Dalam kaitannya dengan fungsi deklaratif, *overcriminalization* timbul ketika pidana dijatuhkan tanpa adanya kesalahan atau tindak pidana yang ringan dikategorikan sebagai tindak pidana yang serius. Dalam konteks fungsi preventif, *overcriminalization* timbul ketika perbuatan-perbuatan yang dilarang tidak berbahaya atau kemungkinan timbulnya bahaya yang dituju dari dilarangnya suatu perbuatan masih jauh. Dalam kaitannya dengan fungsi regulatif, *overcriminalization* timbul ketika perbuatan yang dikriminalisasi merupakan pelanggaran administratif atau perdata, atau sanksi perdata/administratif lebih efektif diberdayakan.

Menurut Husak, delik dalam hukum pidana secara umum dibagi menjadi *core crime* dan *periphery offenses*. *Core crimes* adalah kejahatan-kejahatan yang dari sifat dasarnya merupakan perbuatan yang jahat seperti pembunuhan, pencurian, perkosaan, dan penipuan, sedangkan *periphery offenses* adalah suatu tindak pidana yang berasal dari bidang non hukum pidana. Perbuatan-perbuatan tersebut awalnya merupakan pelanggaran administrasi atau perdata, tapi kemudian dilarang dan diancam dengan sanksi pidana. Husak menyebut pelanggaran ini dengan istilah *crimes outside the core* (Mahrus Ali, 2018:8). Menurut Husak, bentuk-bentuk *overcriminalization* meliputi; a) *overlapping crimes*; b) *offenses of risk-prevention*; dan c) *ancillary offenses*.

Tumpang tindih kejahatan (*overlapping crimes*) diartikan sebagai rekriminalisasi suatu perbuatan yang telah dilarang oleh undang-undang yang lain, atau di dalam satu undang-undang terdapat dua delik yang memiliki substansi yang sama. Hal yang dilarang bukanlah kerugian, melainkan kemungkinan terjadinya kerugian. Perbuatan tersebut dilarang karena ada kemungkinan menimbulkan kerugian, sekalipun kemungkinan tidak perlu dibuktikan ketika tindak pidana terjadi. Contoh delik dalam kategori ini adalah larangan menggunakan telpon genggam saat mengemudikan kendaraan. Perbuatan ini dilarang karena dikhawatirkan akan menyebabkan kecelakaan lalu lintas.

Ancillary offenses adalah kejahatan ‘tambahan’ atas kejahatan utama yang telah dilakukan oleh seseorang.³⁰ Ada dua jenis *ancillary offenses*, yaitu *derivative crimes* dan *enforcement and information gathering offenses*. Contoh jenis kejahatan pertama adalah seseorang yang seharusnya dikenakan satu dakwaan atas perampokan sebuah bank, tapi kemudian orang itu mendapatkan dakwaan kedua berupa menyimpan uang tersebut ke dalam rekening bank miliknya. Menyimpan uang di bank merupakan aktivitas komersial biasa, tapi dijadikan sebagai kejahatan berupa ‘pengetahuan terdakwa dan fakta bahwa uang tersebut berasal dari hasil kejahatan’. Jenis kejahatan yang kedua adalah kejahatan yang dilakukan pada saat proses penyidikan suatu perkara pidana terhadap kejahatan pokok atau pengabaian untuk memberikan informasi penting yang akan menuntut perkara tersebut. Sebagai contoh, bank yang mengabaikan transaksi yang mencurigakan. Kejahatan jenis ini meningkat seiring dengan terbitnya beberapa undang-undang yang mengatur mengenai pengabaian untuk melaporkan adanya kejahatan kekerasan terhadap anak dan

sebagainya. Dalam undang-undang tersebut, telah ditentukan ‘siapa yang harus melapor’, ‘apa’ yang harus dilaporkan, serta ‘kapan’ dan ‘kepada siapa’ laporan itu disampaikan (Mahrus Ali, 2018:9).

Menurut Gregory Jones, *overcriminalization* seringkali muncul manakala; a) perbuatan yang dikriminalisasi tidak jelas definisi atau batasannya; b) pengundangan undang-undang pidana tanpa disertai persyaratan kesalahan yang memadai; c) pengenaan pertanggungjawaban pidana pengganti atas tindak pidana yang dilakukan oleh orang lain tanpa disertai bukti yang memadai mengenai kesengajaan atau kelalaian orang tersebut; d) perluasan hukum pidana ke dalam wilayah hukum yang secara tradisional merupakan wilayah hukum perdata atau hukum administrasi negara; e) perumusan ancaman pidana minimum khusus yang seringkali tidak ada kaitannya dengan ketercelaan atau kerugian yang mendasari suatu tindak pidana; dan f) duplikasi atau tumpang tindih perundang-undangan pidana. Todd Haugh mengkaitkan *overcriminalization* dengan melimpahnya perbuatan yang dikriminalisasi dan tumpang tindih delik disertai ancaman pidana yang berat terhadap perbuatan yang seharusnya masuk dalam ruang lingkup pelanggaran perdata atau administrasi.

Michael Pierce mengartikan *overcriminalization* sebagai *overlapping statutes*, *excessive punishments*, and *harsh “enforcement of petty violations”*. Jadi, bentuk-bentuk *overcriminalization* berupa tumpah tindih delik, pidana yang sangat berat tanpa disertai alasan yang memadai, dan penegakan hukum yang sangat keras terhadap pelanggaran-pelanggaran ringan. Adapun Michal Buchhandler-Raphael merumuskan *overcriminalization* dalam lima bentuk, yaitu; a) *federalization of*

crimes, yaitu sangat banyaknya perbuatan-perbuatan yang dikriminalisasi dalam undang-undang federal; b) *overlapping crimes*, yaitu rekriminalisasi perbuatan yang telah dilarang oleh undang-undang yang lain; c) *endangerment offenses*, yaitu tujuan dilarangnya suatu perbuatan adalah mencegah timbulnya bahaya (kerugian), sekalipun kerugian itu tidak perlu dibuktikan; d) *ancillary offenses*, yaitu delik yang berfungsi membantu penuntutan terhadap delik asal.

Berdasarkan uraian di atas, para ahli mengkonsepsikan *overcriminalization* dalam arti yang beragam. Meskipun demikian, secara umum konsep *overcriminalization* yang dikemukakan oleh mereka mengacu kepada dua hal, yaitu *overcriminalization* dalam kaitannya dengan kriminalisasi (kebijakan formulasi/penegakan hukum *in abstracto*) dan *overcriminalization* dalam konteks penegakan hukum oleh aparat penegak hukum (kebijakan aplikasi/penegakan hukum *in concreto*). Menurut Isaac D. Buck, *overcriminalization* dalam konteks penegakan hukum *in concreto* lebih cocok disebut dengan istilah *overenforcement* (penegakan hukum yang berlebihan), yaitu ‘*when the violator of a legal rule suffers excessive harm--or more harm than is necessary for optimal deterrence--from the actual implementation of that rule*’. Jadi, *overenforcement* tidak hanya terkait dengan bidang hukum pidana, melainkan juga bidang-bidang hukum yang lain seperti hukum perdata atau hukum administrasi negara (Mahrus Ali, 2018:13).

Bentuk-bentuk *overcriminalization* yang dikemukakan ahli juga beragam. Apabila disimpulkan, setidaknya ada beberapa bentuk *overcriminalization*. *Pertama*, *overcriminalization* dilihat dari aspek kuantitatif, yakni duplikasi atau tumpang tindih perundang-undangan pidana atau penggunaan dua atau lebih undang-undang pidana

terhadap satu tindak pidana dan tumpang tindih kejahatan (*overlapping crimes*), yaitu rekriminalisasi suatu perbuatan yang telah dilarang oleh undang-undang yang lain. *Kedua*, kesalahan pelanggar dimasukkan ke dalam konsep dan ruang lingkup *overcriminalization*. Dikatakan terjadi *overcriminalization* jika delik dirumuskan tanpa persyaratan kesalahan yang memadai. *Ketiga*, *overcriminalization* terjadi bila perbuatan yang dikriminalisasi merupakan perbuatan yang tidak tercela. *Keempat*, *overcriminalization* terjadi bila ancaman pidana tidak sebanding dengan seriusitas delik, dalam arti ancaman pidana jauh lebih berat dari seriusitas delik. *Kelima*, *overcriminalization* terjadi dalam kaitannya dengan offenses of risk prevention dan *ancillary offenses*. *Keenam*, *overcriminalization* terjadi bila delik yang dilarang sebenarnya merupakan pelanggaran administrasi atau pelanggaran perdata. *Ketujuh*, *overcriminalization* terjadi manakala delik dirumuskan secara samar-samar sehingga tidak jelas arti dan ruang lingkungnya. *Kedelapan*, *overcriminalization* terjadi dalam kaitannya dengan penegakan hukum yang eksekutif terhadap pelanggaran-pelanggaran ringan, pemberian kewenangan diskresi yang tidak terkontrol kepada penegak hukum, dan penyalahgunaan kekuasaan oleh penegak hukum. Bentuk terakhir *overcriminalization* ini lebih cocok disebut penegakan hukum yang berlebihan (*overenforcement*).

3. Kriminalisasi dan Dekriminalisasi

Tujuan hukum pidana yaitu menegakkan tertib hukum, melindungi masyarakat hukum. Manusia satu persatu di dalam masyarakat saling bergantung dimana kepentingan mereka dan relasi antar mereka ditentukan dan dilindungi oleh norma-norma. Penjagaan tertib sosial ini untuk bagian terbesar sangat tergantung

pada paksaan. Jika norma-norma tidak ditaati, akan muncul sanksi, kadang kala yang berbentuk informal, misalnya perlakuan acuh tak acuh dan kehilangan status penghargaan sosial. Namun bila menyangkut soal yang lebih penting, sanksi (hukum), melalui tertib hukum negara yang melengkapi penataan sosial, dihaluskan, diperkuat dan dikenakan kepada para pelanggar norma tersebut (Jan Remmelink, 2003:14).

Terdapat dua (2) masalah sentral dalam kebijakan kriminal dengan menggunakan sarana penal (hukum pidana adalah masalah penentuan, perbuatan apa yang seharusnya dijadikan tindak pidana dan sanksi apa yang sebaiknya digunakan atau dikenakan kepada pelanggar (Barda Nawawi Arief, 2002:32). Sudarto dalam (Mahrus Ali, 2017:241) menjelaskan bahwa dalam menghadapi masalah sentral yang pertama sering disebut sebagai masalah kriminalisasi harus memperhatikan hal sebagai berikut:

1. Penggunaan hukum pidana harus memperhatikan tujuan pembangunan nasional yaitu mewujudkan adil dan makmur yang merata material spiritual berdasarkan Pancasila. Sehubungan dengan ini maka penggunaan hukum pidana bertujuan untuk menanggulangi kejahatan demi kesejahteraan dan pengayoman masyarakat
2. Perbuatan yang harus dicegah untuk ditanggulangi dengan hukum pidana harus perbuatan yang dikehendaki yaitu perbuatan yang mendatangkan kerugian (baik material atau spiritual) atas masyarakat
3. Penggunaan hukum pidana harus memperhitungkan prinsip biaya dan hasil (*cost and benefit principle*)
4. Penggunaan hukum pidana haru memperhatikan kapasitas atau kemampuan daya kerja dari badan-badan penegak hukum yaitu jangan sampai ada kelampauan beban tugas (*overlasting*)

Politik hukum pidana (*criminal law politics*) yang mendasari penyusunan pembaharuan hukum pidana adalah politik hukum pidana dalam arti kebijakan menyeleksi atau melakukan kriminalisasi (*criminalization*) atau dekriminalisasi

(*decriminalization*) terhadap suatu perbuatan. Menurut Muladi (Muladi, 1995:256), kriminalisasi dan dekriminalisasi harus berpedoman pada hal-hal sebagai berikut:

- a. Kriminalisasi tidak boleh berkesan menimbulkan *over-criminalization* yang masuk kategori “ *the misuse of criminal sanction* “.
- b. Kriminalisasi tidak boleh bersifat *ad-hoc*
- c. Kriminalisasi harus mempertimbangkan analisa biaya dan hasil (*cost benefit principle*)
- d. Kriminalisasi harus memperoleh dukungan publik
- e. Kriminalisasi harus menghasilkan peraturan yang “*enforceable*”
- f. Kriminalisasi harus mengandung unsur *subsosialitiet* (mengakibatkan bahaya bagi masyarakat meskipun kecil sekali)
- g. Kriminalisasi harus memperhatikan peringatan bahwa setiap peraturan pidana membatasi kebebasan rakyat dan memberikan kemungkinan kepada aparat penegaka hukum untuk mengekang kebebasan itu.

Negara diberikan kewenangan merumuskan atau menentukan suatu perbuatan yang dapat dikategorikan sebagai tindak pidana, dan kemudian dapat menggunakan tindakan represif terhadap setiap orang yang melanggarnya. Inilah salah satu fungsi penting hukum pidana, yakni memberikan dasar legitimasi bagi tindakan represif negara terhadap seseorang atau kelompok orang yang melakukan perbuatan yang dirumuskan sebagai tindak pidana atau delik (Naskah Akademik R KUHP 2017:31). Khususnya mengenai kriteria kriminalisasi dan dekriminalisasi simposium Pembaharuan hukum pidana nasional 1980 (https://www.bphn.go.id/data/documents/na_ruu_kuhp.pdf) menyatakan, untuk menetapkan suatu perbuatan itu sebagai tindak pidana perlu memperhatikan kriteria umum sebagai berikut:

- 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 hasilnya yang akan dicapai, artinya *cost* pembuatan undang-undang, pengawasan dan penegakan hukum, serta

beban yang dipikul oleh korban, pelaku dan pelaku kejahatan itu sendiri harus seimbang dengan situasi tertib hukum yang akan dicapai

- 3) Apakah akan semakin menambah beban aparat penegak hukum yang tidak seimbang atau nyata-nyata tidak dapat diemban oleh kemampuan yang dimilikinya
- 4) Apakah perbuatan-perbuatan itu menghambat atau menghalangi cita-cita bangsa sehingga merupakan bahaya bagi keseluruhan masyarakat.

Menurut Bassioni dalam (Barda Nawawi Arief, 2002:82) keputusan untuk melakukan kriminalisasi dan dekriminalisasi harus juga didasarkan pada faktor-faktor kebijakan tertentu :

- a) Keseimbangan sarana-sarana yang digunakan dalam hubungannya dengan hasil-hasil yang ingin dicapai
- b) Analisis biaya terhadap hasil-hasil yang diperoleh dalam hubungannya dengan tujuan-tujuan yang dicari
- c) Penilaian atau penafsiran tujuan-tujuan yang dicari dalam kaitannya dengan prioritas-prioritas lainnya dalam pengalokasian sumber tenaga manusia
- d) Pengaruh sosial dari kriminalisasi dan dekriminalisasi yang berkenaan dengan atau dipandang dari pengaruh sekunder.

4. Asas-asas dalam Kriminalisasi

Asas adalah prinsip-prinsip atau dasar-dasar atau landasan pembuatan suatu peraturan, kebijakan dan keputusan mengenai aktivitas hidup manusia. Asas hukum merupakan norma etis, konsepsi falsafah negara, dan doktrin politik (Saleh Roeslan, 1993:38-39). Menurut Scholten, asas-asas hukum adalah pikiran-pikiran yang tidak ditegaskan secara eksplisit dalam undang-undang. Ukuran kepatutan menurut hukum dapat dicari dalam pikiran-pikiran yang ada di belakang naskah undang-undang. Sedangkan menurut Van Hoecke, asas-asas hukum adalah opsi-opsi dasar bagi kebijakan kemasyarakatan yang aktual, dan prinsip-prinsip etik hukum (Saleh Roeslan, 1993: 27-28).

Dalam konteks kriminalisasi, asas diartikan sebagai konsepsi-konsepsi dasar, norma-norma etis, dan prinsip-prinsip hukum yang menuntun pembentukan norma-

norma hukum pidana melalui pembuatan peraturan perundang-undangan pidana. Asas hukum dengan kata lain adalah konsepsi dasar, norma etis, dan prinsip-prinsip dasar penggunaan hukum pidana sebagai sarana penanggulangan kejahatan. Ada tiga asas kriminalisasi yang perlu diperhatikan pembentuk undang-undang dalam menetapkan suatu perbuatan sebagai tindak pidana beserta ancaman sanksi pidananya, yakni asas legalitas, asas subsidiaritas, dan asas persamaan/kesamaan.

1) Asas legalitas

Asas yang esensinya terdapat dalam ungkapan *nullum delictum, noella poena sine praevia lege poenali* yang dikemukakan oleh von Feurbach. Ungkapan itu mengandung pengertian bahwa “ tidak ada suatu perbuatan yang dapat dipidana kecuali atas perundang-undangan pidana yang sudah ada sebelum perbuatan itu dilakukan”. Asas legalitas adalah asas yang paling penting dalam hukum pidana, khususnya asas pokok dalam penetapan kriminalisasi. Menurut Schafmeister dan J.E. Sahetapy asas legalitas mengandung tujuh makna, yaitu:

1. Tidak dapat dipidana kecuali berdasarkan ketentuan pidana menurut undang-undang
2. Tidak ada penerapan undang-undang pidana berdasarkan analogi
3. Tidak dapat dipidana hanya berdasarkan kebiasaan
4. Tidak boleh ada perumusan delik yang kurang jelas (syarat *lex certa*)
5. Tidak ada kekuatan surut dari ketentuan pidana
6. Tidak ada pidana lain kecuali yang ditentukan undang-undang
7. Penuntutan pidana hanya menurut cara yang ditentukan undang-undang (J.E Sahetapy, 1996:6-7).

2) Asas Subsidiaritas

Hukum pidana harus ditempatkan sebagai *ultimum remedium* (senjata pamungkas) dalam penanggulangan kejahatan yang menggunakan instrumen penal, bukan sebagai *primum remedium* (senjata utama) untuk mengatasi masalah kriminalitas. Penerapan asas subsidiaritas dalam kebijakan kriminalisasi dan dekriminalisasi mengharuskan adanya penyelidikan tentang efektivitas penggunaan hukum pidana dalam penanggulangan kejahatan atau perbuatan-perbuatan yang merugikan masyarakat.

Penggunaan asas subsidiaritas dalam praktek perundang-undangan ternyata tidak berjalan seperti diharapkan. Hukum pidana tidak merupakan *ultimum remedium* melainkan sebagai *primum remedium*. Penentuan pidana telah menimbulkan beban terlalu berat dan sangat berlebihan terhadap para *justitiable* dan lembaga-lembaga hukum pidana. Kenyataan yang terjadi dalam praktek perundang-undangan adalah adanya keyakinan kuat di kalangan pembentuk undang-undang bahwa penetapan suatu perbuatan sebagai perbuatan terlarang yang disertai dengan ancaman pidana berat mempunyai pengaruh otomatis terhadap perilaku anggota masyarakat.

Latar belakang semakin perlunya menggunakan asas subsidiaritas dalam penentuan perbuatan terlarang didorong oleh dua faktor. Pertama, penggunaan asas subsidiaritas akan mendorong lahirnya hukum pidana yang adil. Kedua, praktek perundang-undangan menimbulkan dampak negatif terhadap sistem hukum pidana akibat adanya overkriminalisasi dan overpenalisasi sehingga hukum pidana menjadi kehilangan pengaruhnya dalam masyarakat.

3) Asas Persamaan/Kesamaan

Selain asas legalitas dan asas subsidiaritas, ada asas lain yang juga mempunyai kedudukan penting dalam proses kriminalisasi, yaitu asas persamaan/kesamaan. Kesamaan adalah kesederhanaan dan kejelasan. Kesederhanaan serta kejelasan itu akan menimbulkan ketertiban. Menurut Servan dan Letrossne asas kesamaan bukanlah pernyataan dari aspirasi tentang hukum pidana yang lebih adil. Asas kesamaan lebih merupakan suatu keinginan diadakannya sistem hukum pidana yang lebih jelas dan sederhana. Sedangkan Lacretelle berpendapat bahwa asas kesamaan tidaklah hanya suatu dorongan bagi hukum pidana yang bersifat adil, tetapi juga untuk hukuman pidana yang tepat (Aruan Sakidjo dan Bambang Poernomo, 1990:39).

D. Landasan Teori

Dalam penelitian ini penulis menggunakan 1 (satu) Teori, yaitu Teori Kebijakan Hukum Pidana :

Menurut Sudarto bahwa melaksanakan politik hukum pidana berarti mengadakan pemilihan untuk mencapai hasil perundang-undangan pidana yang paling baik dalam arti memenuhi syarat keadilan dan daya guna. Pada kesempatan lain Sudarto menyatakan, bahwa melaksanakan politik hukum pidana berarti, usaha mewujudkan peraturan perundang-undangan pidana yang sesuai dengan keadaan dan situasi pada suatu waktu dan untuk masa-masa yang akan datang (Barda Nawawi Arief, 2008:23). Marc Ancel dalam Barda Nawawi Arief (Barda Nawawi Arief, 1994:23), pengertian kebijakan hukum pidana atau "*penal policy*" adalah suatu ilmu sekaligus seni yang pada akhirnya mempunyai tujuan praktis untuk memungkinkan

peraturan hukum positif dirumuskan secara lebih baik dan untuk memberi pedoman tidak hanya kepada pembuat undang-undang dan juga kepada para penyelenggara atau pelaksana putusan pengadilan.

Dengan demikian menurut Marc Ancel sebagaimana dikutip oleh Al. Wisnubroto, dilihat sebagai bagian dari politik hukum, maka politik hukum pidana mengandung arti bagaimana mengusahakan atau membuat dan merumuskan suatu perundang-undangan yang baik. Menurut A. Mulder (Al. Wisnubroto, 1999:12) mengemukakan bahwa kebijakan hukum pidana ialah garis kebijakan untuk menentukan:

1. Seberapa jauh ketentuan-ketentuan pidana yang berlaku perlu dirubah atau diperbaharui
2. Apa yang dapat diperbuat untuk mencegah terjadinya tindak pidana
3. Cara bagaimana penyidikan, penuntutan, peradilan, dan pelaksanaan pidana harus dilaksanakan.

Kebijakan hukum pidana selanjutnya dapat dikaitkan dengan tindakan, sebagai berikut:

- a. Bagaimana upaya pemerintah untuk menanggulangi kejahatan dengan hukum pidana
- b. Bagaimana merumuskan hukum pidana agar sesuai dengan kondisi masyarakat
- c. Bagaimana kebijakan pemerintah untuk mengatur masyarakat dengan hukum pidana
- d. Bagaimana menggunakan hukum pidana untuk mengatur masyarakat dalam rangka mencapai tujuan yang lebih besar (Al. Wisnubroto, 1999:12).

Berdasarkan pendapat tersebut di atas, Barda Nawari Arief menyatakan bahwa pada hakikatnya masalah kebijakan hukum pidana (*penal policy*) bukanlah semata-mata pekerjaan teknik perundang-undangan yang dapat dilakukan secara yuridis normatif dan bersifat sistematik dogmatik. Disamping pendekatan yuridis normatif,

kebijakan hukum pidana juga memerlukan pendekatan yuridis faktual yang dapat berupa pendekatan sosiologis, historis, dan komparatif ; bahkan memerlukan pula pendekatan komprehensif dari berbagai disiplin ilmu sosial lainnya dan pendekatan integral dengan kebijakan sosial dan pembangunan nasional pada umumnya.

