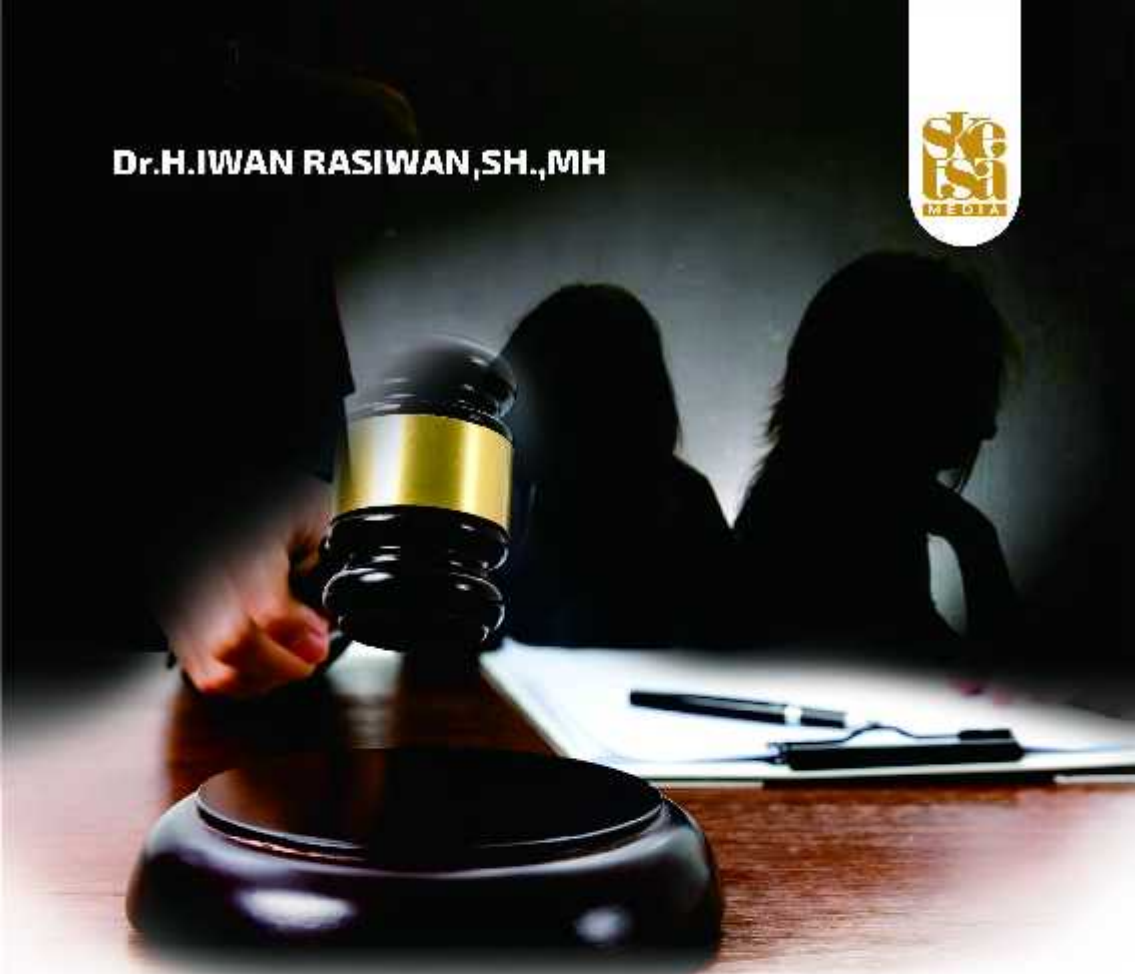


Dr.H.IWAN RASIWAN,SH.,MH



REKONSTRUKSI HUKUM BERBASIS NILAI KEADILAN

**Pertanggungjawaban Tindak Pidana
Pelacuran Dalam KUHP**

REKONSTRUKSI HUKUM BERBASIS NILAI KEADILAN

(Pertanggungjawaban Tindak Pidana Pelacuran Dalam KUHP)

Sanksi Pelanggaran Pasal 113

Undang-undang No. 28 Tahun 2014 Tentang Hak Cipta

1. **Setiap Orang** yang dengan tanpa hak melakukan pelanggaran hak ekonomi sebagaimana dimaksud dalam Pasal 9 ayat (1) huruf i untuk Penggunaan Secara Komersial dipidana dengan pidana penjara paling lama 1 (satu) tahun dan/atau pidana denda paling banyak Rp100.000.000 (seratus juta rupiah).
2. Setiap Orang yang dengan tanpa hak dan/atau tanpa izin Pencipta atau pemegang Hak Cipta melakukan pelanggaran hak ekonomi Pencipta sebagaimana dimaksud dalam Pasal 9 ayat (1) huruf c, huruf d, huruf f, dan/atau huruf h untuk Penggunaan Secara Komersial dipidana dengan pidana penjara paling lama 3 (tiga) tahun dan/atau pidana denda paling banyak Rp500.000.000,00 (lima ratus juta rupiah).
3. Setiap Orang yang dengan tanpa hak dan/atau tanpa izin Pencipta atau pemegang Hak Cipta melakukan pelanggaran hak ekonomi Pencipta sebagaimana dimaksud dalam Pasal 9 ayat (1) huruf a, huruf b, huruf e, dan/atau huruf g untuk Penggunaan Secara Komersial dipidana dengan pidana penjara paling lama 4 (empat) tahun dan/atau pidana denda paling banyak Rp1.000.000.000,00 (satu miliar rupiah).
4. Setiap Orang yang memenuhi unsur sebagaimana dimaksud pada ayat (3) yang dilakukan dalam bentuk pembajakan, dipidana dengan pidana penjara paling lama 10 (sepuluh) tahun dan/atau pidana denda paling banyak Rp4.000.000.000,00 (empat miliar rupiah).

REKONSTRUKSI HUKUM BERBASIS NILAI KEADILAN

(Pertanggungjawaban Tindak Pidana Pelacuran Dalam KUHP)

Dr.H.Iwan Rasiwan,SH.,MH



REKONSTRUKSI HUKUM BERBASIS NILAI KEADILAN

(Pertanggungjawaban Tindak Pidana Pelacuran Dalam KUHP)

Diterbitkan pertama kali oleh CV Sketsa Media
Hak cipta dilindungi oleh undang-undang All Rights Reserved
Hak penerbitan pada Penerbit Sketsa Media
Dilarang mengutip atau memperbayak sebagian atau seluruh isi
buku ini tanpa seizin tertulis dari Penerbit

Cetakan Pertama: September 2022
15,5 cm x 23 cm

ISBN: 978-623-09-1575-8

Penulis: Dr.H.Iwan Rasiwan,SH.,MH
Desain Cover: Dwi Prasetyo
Tata Letak: Amar Al Farizi

Diterbitkan Oleh:
CV. Sketsa Media

E-mail : sketsamediaid@gmail.com
[Web : www.sketsamedia.id](http://www.sketsamedia.id)
Buku : www.shop.sketsamedia.id
Whatsapp : 0858-6977-7792



**Dipersembahkan untuk :
Anak-anaku tercinta Ayunita dan Farhan**



KATA PENGANTAR

Puji syukur kehadiran Tuhan yang Maha Esa, berkat rahmat dan karunia-Nya buku Rekonstruksi Hukum Berbasis Nilai Keadilan: Pertanggungjawaban Tindak Pidana Pelacuran Dalam KUHP dapat disajikan ke hadapan pembaca yang budiman. Buku ini merupakan hasil pengembangan dari penelitian disertasi penulis, ketika menempuh studi doktoral pada Fakultas Hukum Universitas Islam Sultan Agung Semarang.

Buku ini terdiri dari 10 (sepuluh) bab, yang saling terkait satu dengan yang lainnya. Dalam bab yang pertama, penulis menyajikan perihal latar belakang hingga metode penelitian yang digunakan. Bab kedua, dibahas tentang konsep rekonstruksi hukum pidana. Pentingnya rekonstruksi KUHP. Dalam bab ketiga, diuraikan terkait teori pidana dan pemidanaan. Kemudian, pada bab keempat, dibahas tentang pertanggungjawaban pidana. Dalam bab kelima, penulis bahas mengenai tindak pidana pelacuran.

Selanjutnya dalam bab keenam, disajikan tentang pelacuran menurut hukum Islam. Dalam bab ketujuh, penulis membahas tentang konstruksi hukum tindak pidana pelacuran menurut hukum pidana positif pada saat ini. Kemudian dalam bab kedelapan, disajikan tentang kelemahan konstruksi hukum tindak pidana pelacuran yang belum berkeadilan. Adapun dalam bab kesembilan penulis menguraikan tentang konstruksi ideal pertanggungjawaban pidana pelaku tindak pidana pelacuran. Dan pada bab yang kesepuluh penulis sajikan poin-poin kesimpulan hingga implikasi teoretis dan praktis.

Akhir kata, buku ini diharapkan dapat bermanfaat bagi para akademisi untuk menambah kajian mengenai tindak pidana pelacuran, khususnya dalam memberikan kontribusi pembaharuan hukum, terkait rekonstruksi tindak pidana pelacuran yang didasarkan kepada nilai-nilai keadilan di negara Republik Indonesia yang berdasarkan Pancasila dan menjunjung tinggi nilai-nilai religius. Adapun secara praktis, buku ini diharapkan dapat dijadikan acuan bagi praktisi maupun pembuat undang-undang baik pemerintah maupun DPR RI, dalam kerangka pembaharuan undang-undang KUHP yang berbasis nilai keadilan.

Karawang, Desember 2022
Penulis,

Dr. H. Iwan Rasiwan, S.H., M.H.

DAFTAR ISI

HALAMAN JUDUL	i
TENTANG BUKU	iv
KATA PENGANTAR	vi
DAFTAR ISI	vii
BAB 1 PENDAHULUAN	1
BAB 2 KONSEP REKONSTRUKSI HUKUM PIDANA	11
A. Pentingnya Rekonstruksi KUHP	11
B. Pancasila Sebagai Sumber Hukum Dalam Pembaharuan Hukum Pidana di Indonesia	18
C. Keseimbangan Monodualistik	26
BAB 3 TEORI PIDANA DAN PEMIDANAAN	33
A. Pengertian Pidana dan Pemidanaan	33
B. Tujuan Pemidanaan	37
BAB 4 PERTANGGUNGJAWABAN PIDANA	49
A. Sistem Pertanggungjawaban Pidana dalam KUHP	49
B. Sistem Pertanggungjawaban Pidana di Luar KUHP	54
C. Sistem Pertanggungjawaban Pidana Dalam Konsep Hukum Pidana Nasional Yang Akan Datang	59
BAB 5 TINDAK PIDANA PELACURAN	73
A. Pengertian Pelacuran	73
B. Sanksi Terhadap Pelacuran Dalam KUHP	74
BAB 6 PELACURAN MENURUT HUKUM ISLAM	77
A. Pengertian Pelacuran Menurut Islam	77
B. Larangan Pelacuran	78
C. Sanksi Pelacuran	81
D. Syarat Menjatuhkan Hukuman	84
E. Pembuktian	85

BAB 7 KONSTRUKSI HUKUM

TINDAK PIDANA PELACURAN MENURUT

HUKUM PIDANA POSITIF PADA SAAT INI 87

- A. Tindak Pidana Pelacuran 87
- B. Paradigma Pengaturan Tindak Pidana Pelacuran 95
- C. Tindak Pidana Pelacuran
 - Dalam Perspektif Pandangan Ulama 98
- D. Pertanggungjawaban Pidana Pelaku
 - Pelacuran Menurut Hukum Pidana Nasional 100
- E. Konstruksi Hukum Pertanggungjawaban
 - Pidana Pelaku Tindak Pidana Pelacuran
 - Dalam KUHP Belum Berbasis Keadilan 106

BAB 8 KELEMAHAN KONSTRUKSI

HUKUM TINDAK PIDANA PELACURAN

YANG BELUM BERKEADILAN 117

- A. Kelemahan Substansi Hukum 117
- B. Kelemahan Struktur Hukum 133
- C. Kelemahan Kultur Hukum 135

BAB 9 KONSTRUKSI IDEAL PERTANGGUNGJAWABAN

PIDANA PELAKU TINDAK PIDANA PELACURAN 141

- A. Kajian Komparasi Tindak Pidana Pelacuran 141
- B. Penemuan Hukum Dalam
 - Perspektif Negara Hukum Pancasila 155
- C. Rekonstruksi Nilai Pertanggungjawaban Pidana
 - Pelacuran Dalam KUHP Berbasis Nilai Keadilan 161
- D. Rekonstruksi Hukum Pertanggungjawaban Pidana
 - Pelacuran Dalam KUHP Berbasis Nilai Keadilan 171

BAB 10 PENUTUP 177

DAFTAR PUSTAKA 183

GLOSARIUM 190

PROFIL PENULIS 193

INDEKS 194

BAB 1

PENDAHULUAN

Indonesia adalah Negara Hukum, hal ini telah dijelaskan di dalam Pasal 1 ayat (3) UUD NKRI Tahun 1945 yang menyebutkan “Negara Indonesia adalah Negara hukum”. Pasal 27 ayat (2) menyebutkan “Tiap-tiap warga negara berhak atas pekerjaan dan penghidupan yang layak bagi kemanusiaan”. Terjadinya krisis ekonomi, PHK sebagaimana terjadi pada masa pandemi Covid-19 (Virus Corona) tahun 2020 ini menjadi persoalan terhadap semakin meningkatnya kemaksiatan dan kejahatan.

Plato (427-347 SM) mengatakan bahwa emas merupakan sumber dari banyak kejahatan, semakin tinggi kekayaan (dalam pandangan manusia) makin merosot penghargaan terhadap kesusilaan¹. N. Colajanni, dalam bukunya *Sosiologi Criminale* mengatakan adanya hubungan antara krisis dengan bertambahnya kejahatan ekonomi. Kejahatan dengan gejala patologi sosial seperti pelacuran yang juga berasal dari keadaan perekonomian, dan keadaan politik².

Menurut sabda Nabi Muhammad saw, “*Di antara ciri-ciri akan datangnya hari kiamat adalah semakin merajalelanya kemungkar dan perbuatan keji (perzinaan), putusnya tali silaturahmi, menyalahkan orang yang jujur (benar)*”

Pelacuran adalah sebuah aktivitas yang terdapat ketentuan yang dapat diidentifikasi yakni pertukaran antara uang dengan seks³. Pelacuran bertentangan dengan *definisi* sosiologi dari kejahatan (*Sociological Definition of Crime*), karena dikategorikan sebagai perbuatan jahat yang bertentangan dan melanggar norma-norma

¹Abintoro Prakoso, 2013, *Kriminologi & Hukum Pidana*, Laksbang Grafika, Yogyakarta, h.32.

²W.A. Bonger, 2012, *Kriminologi*, Raja Grafindo Persada, Jakarta, h. 99.

³Annette Jolin, 1994, *On the Back of Working Prostitutes: Feminist Theory and Prostitutes Policy*, Sage Publication, New York, h. 2.

dalam kehidupan bermasyarakat karena tidak hanya dilarang oleh norma hukum dan norma agama saja, tetapi juga bertentangan dengan (norma) kesusilaan dalam setiap hati nurani manusia. Sutherland berpendapat bahwa⁴:

Criminal behavior is behavior in violation of the criminal law no matter what the degree of immorality, reprehensibility or indecency of an act it is not a crime unless it is prohibited by the criminal law (Perbuatan kriminal adalah perbuatan pelanggaran terhadap hukum pidana tidak mempermasalahkan derajat kesusilaan, kecelaan atau ketidakseronohan dari segala perbuatan bukan kejahatan yang dilarang oleh hukum pidana).

Hal ini menunjukkan bahwa individu yang bersangkutan menawarkan jasa seks⁵. Selain facebook, media *online* lain pun juga dipakai seperti *camfrog, twitter, instagram, skype, friendster, blog* maupun *website*.

Prostitusi *online* akhir-akhir ini banyak sekali dan marak terjadi di Indonesia dengan menggunakan berbagai macam media sosial, kasus yang menghebohkan media di Indonesia antara lain:

1. Pada tahun 2013 terdapat kasus HFIH atau Hemud Farchan Ibnu Hasan (24 tahun) salah satu mahasiswa di Kota Bogor yang merupakan admin sekaligus pelaku prostitusi *online* di Jawa Barat. HFIH menjalankan prostitusi *online* lewat blog yang sudah berjalan selama 6 (enam) bulan dan kebanyakan pelaku prostitusi yang ditawarkan adalah gadis ABG di bawah umur (dibawah usia 18 tahun) dengan harga 1sampai 1,5 juta rupiah. Kasus ini sudah diproses oleh Mapolda Jawa Barat dan terhadap HFIH dikenakan pidana Pasal 27 ayat 1 *jo* Pasal 45 ayat 1 Undang-Undang Nomor 11 Tahun 2008 tentang Informasi & Transaksi Elektronik (selanjutnya disingkat UU ITE), Pasal 76i *juncto* Pasal 88 Undang-Undang Nomor 35 Tahun 2014 Tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2002 tentang Perlindungan Anak (selanjutnya disingkat UU Perlindungan Anak), dan Pasal 506

⁴AS Alam, 2010, *Pengantar Kriminologi*, Pustaka Refleksi, Makasar, h. 15.

⁵Mawar Kusuma, *Bisnis Menjanjikan Prostitusi dalam Facebook*, <http://media.kompasiana.com/group/new-media/2010/04/14/bisnis-menjanjikan-prostitusi-dalam-facebook/>.

Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (selanjutnya disingkat KUHP) tentang mucikari⁶.

2. Pada tahun yang sama yakni pada tahun 2013 juga terdapat kasus prostitusi *online* dengan inisial W atau Wahyudin alias Wahyu bin Taryana (28 tahun), salah satu ahli IT dari perguruan tinggi di Jakarta. W menjalankan prostitusi *online* dengan cara membuat situs www.cewebisyar.com bertagline “Komunitas Cewek Bayaran Indonesia dan Asia” dimana W menawarkan beberapa foto wanita lengkap dengan nomor telpon dan tarifnya per jam. Jasa yang diberikan dalam situs W ini dibagi dalam beberapa paket yakni paket Platinum Rp 1,2 juta, Gold Rp 700 ribu, dan Silver Rp 500 ribu dan bahkan *member* dari situs ini sudah mencapai 5.600 anggota. Kasus ini juga diproses oleh Mapolda Jawa Barat dan terhadap W dikenakan pidana Pasal 45 ayat (1) UU ITE, kemudian Pasal 34, 35 Undang-Undang Nomor 44 Tahun 2008 tentang Pornografi (selanjutnya disingkat UU Pornografi), dan Pasal 378 KUHP⁷.
3. Pada bulan Juni 2015 ditangkap pula Aziz alias Azizah alias Cizza (25 tahun), mucikari bisnis prostitusi *online* di Makassar. Cizza menggunakan aplikasi *Blackberry Messenger* dengan cara pesan berantai (*broadcast*) untuk menarik pelanggan. Para PSK yang ditawarkan mempunyai latar belakang beragam, mulai dari tamatan SMP hingga mahasiswa. Kasus Cizza diproses oleh Polda Sulawesi Selatan⁸.
4. Pada tahun yang sama yakni tahun 2015 tetapi di Jakarta juga terjaring adanya prostitusi *online*. Kasus ini sempat menghebohkan masyarakat dengan sebutan prostitusi *online Kalibata City* dan disebut-sebut sebagai praktek prostitusi *online* terbesar di Asia Tenggara. Kasus ini didalangi oleh FHM alias Ki Kumis (25 tahun) dengan *website* forum yang bernama www.semprot.com. Awalnya ia merekrut calon pelaku prostitusi yang rata-rata berusia 16-20 tahun (bahkan ada yang baru

⁶Anonim. *Ini Alasan Admin Prostitusi Online di Bogor Jual Gadis ABG*, <http://News.Okezone.Com/Read/2013/02/11/526/759848/Ini-Alasan-Admin-Prostitusi-Online-Di-Bogor-Jual-Gadis-Abg>.

⁷Wem Fernandez, *Studi Kasus Prostitusi Online*, http://Www.Academia.Edu/12865095/Studi_Kasus_Prostitusi_Online.

⁸Arief Prasetyo, *Polisi Tangkap Mucikari Prostitusi Online di Makassar*, <http://regional.kompas.com/read/2015/06/16/19400181/Polisi.Tangkap.Mucikari.Prostitusi.Online.di.Makassar>.

berusia 14 tahun) melalui facebook dan *Blackberry Messenger* dengan modus menjadi model, tetapi kenyataannya digunakan sebagai pelaku prostitusi dalam jaringan prostitusi *onlinenya*. Setelah direkrut kemudian ditawarkan melalui *website*. Tetapi mengakses *website* ini harus membayar uang muka dulu baru bisa melihat tampilan foto pelaku prostitusi yang akan di *booking* sekaligus PIN BB dan nomor *handphone*-nya. Setelah di-*booking* barulah terjadi praktek prostitusi yang kebanyakan dilakukan di Apartemen Kalibata sehingga dikenal dengan prostitusi *online Kalibata City*. Kasus Ki Kumis ini diproses oleh Polda Metro Jaya, Jakarta⁹.

5. Kasus lain pada tahun yang sama yang juga menghebohkan masyarakat dan media massayakni kasus Deudeuh Alfi sahrin alias Tata Chubby. Tata Chubby bahkan tewas dibunuh oleh pelanggan yang mem-*booking* dirinya yakni Muhamad Prio Santoso, guru bimbingan belajar di tempat kostnya, di daerah Tebet. Awalnya, Tata Chubby berkenalan dengan pelaku lewat jejaring sosial, Twitter. Dalam twitter Tata, @Tata_Chubby menawarkan jasa 'esek-esek' lengkap dengan nomor *handphone* sekaligus tarif sekali kencan. Pada kencan pertama antara Tata dengan Prio berjalan normal-normal saja, tetapi pada kencan kedua saat berhubungan badan, Tata mengatakan, "badan kamu bau", sehingga dibunuh dengan jalan dicekik lehernya. Kasus ini diproses oleh Polda Metro Jaya tetapi yang menjadi fokus kasus ini adalah dari sisi pembunuhan dan pencuriannya saja¹⁰.

Pada tahun 2015 atau yang sekarang sedang beredar di media massa yakni kasus RA atau Robbie Abbas (23 tahun), germo dalam kasus prostitusi *online* yang diduga melibatkan banyak artis ternama diantaranya berinisial AA (Amel Alvi)¹¹. Kasus ini sudah diputus oleh Pengadilan Negeri Jakarta Selatan pada hari Senin, 26 Oktober 2015 dengan penjatuhan pidana Pasal 296 KUHP dan terhadap RA

⁹Sri Rejeki, *Sistem Rekrutmen Prostitusi Online di Kalibata City*, <http://news.liputan6.com/read/2222325/ini-sistem-rekrutmenangel-di-apartemen-kalibata-city>.

¹⁰Dwi As Setianingsih, *Peliknya Kasus Tata Chubby*, <http://met.ro.tempo.co/read/news/2015/04/18/064658689/kasusdeudeuh-tata-chubby-penjaja-cinta-online-cema>.

¹¹Aryo Wisanggeni, *Pengguna Selebriti Pelacur Tak Jadi Fokus Penyelidikan Polisi*, <http://www.cnnindonesia.com/Nasional/20150512135153-12-52775/Pengguna-Selebriti-Pelacur-Tak-Jadi-Fokus-Penyidikan-Polisi/>.

dihukum selama 1 tahun 4 bulan¹². Kasus prostitusi on line yang masih cukup hangat adalah yang dilakukan oleh artis sisnetron. Kasus prostitusi on line yang menimpa tersangka dan terdakwa Vanessa Angel¹³.

Kasus-kasus diatas merupakan 'isyarat' bahwa meskipun penegakan hukum bisa berjalan, tetapi pelacuran tetap saja masih terjadi di mana-mana. Lebih menariknya lagi, Menteri Sosial Khofifah Indar Parawansa mengatakan bahwa faktor pendorong prostitusi *online*, bukan melulu faktor ekonomi saja melainkan sudah merambah sebagai bagian dari gaya hidup (*life style*)¹⁴. Artinya masalah prostitusi *online* merupakan masalah yang harus serius untuk ditangani. Maka dari itu, disinilah peran hukum harus berjalan. Hans Kelsen mengatakan bahwa hukum adalah tata aturan (*order*) sebagai suatu sistem aturan-aturan (*rules*) tentang perilaku manusia¹⁵. Apalagi banyak didengungkan bahwa: *law is a tool of engineering* atau hukum adalah alat perekayasa sosial. Sehingga mau tidak mau hukum harus menjalankan posisinya untuk mengatur perilaku sosial dalam masyarakat tak terkecuali dalam kasus prostitusi *online*.

Pelacuran merupakan permasalahan yang sangat kompleks karena menyangkut berbagai aspek kehidupan masyarakat. Kegiatan pelacuran menyangkut aspek sosial, gender, hukum, kesehatan, moral dan etika, agama, pendidikan, psikologis, ekonomi dan industrialisasi, dan juga masalah politik¹⁶. Permasalahan yang diakibatkan oleh prostitusi, antara lain¹⁷:

1. Ditinjau dari segi sosial, prostitusi dianggap kanker masyarakat;
2. Ditinjau dari segi pendidikan, prostitusi berarti demoralisasi;

¹²Sarie Febrianie, *Mucikari Robby Abbas Divonis Maksimal* ,[http:// Metro.Tempo.Co/Read/News/2015/10/26/064713173/Muncikari-Robby-Abbas-Divonis-Maksimal](http://Metro.Tempo.Co/Read/News/2015/10/26/064713173/Muncikari-Robby-Abbas-Divonis-Maksimal).

¹³ Terdakwa Vanessa Angel didakwa sesuai dengan Pasal 27 ITE, Jaksa Penuntut Umum menuntut 6 (enam) bulan penjara, dan Hakim Pengadilan Negeri Surabaya pada tanggal 16 Juni 2019 memutus dan menjatuhkan pidana selama 5 (lima) bulan terhadap Terdakwa Vanessa Angel dan Vanessa menerima putusan tersebut atau tidak melakukan banding.

¹⁴Anonim. *Prostitusi Online Menjamur, Ini Pendapat Menteri Sosial*, <http://Pewartaekbis.Com/Prostitusi-Online-Menjamur-Ini-Pendapat-Menteri-Sosial/14014/>,

¹⁵Jimly Asshiddiqie, *et.al*, 2006, *Teori Hans Kelsen Tentang Hukum*, Jakarta, h. 13.

¹⁶Syafruddin, *Prostitusi Sebagai Penyakit Sosial dan Problematika Penegakkan Hukum*, <<http://library.usu.ac.id/modules.php?op=modload&name=Downloads&file=index&req=getit&lid=196>>.

¹⁷Soedjono D., 1997, *Pelacuran Ditinjau Dari Segi Hukum Dan Kenyataan Dalam Masyarakat* Karya Nusantara, Bandung, h. 109.

3. Ditinjau dari sudut agama, prostitusi adalah haram;
4. Ditinjau dari sudut kesehatan, prostitusi membahayakan keturunan.

Disamping 4 (empat) masalah tersebut di atas, menurut hemat penulis pelacuran memiliki akibat juga terhadap silsilah anak yang dilahirkan dari hasil melacur, karena akan kesulitan menentukan ayah biologis dari anak yang lahir karena pelacuran tersebut.

Dari keempat hal tersebut dapat dilihat bagaimana pelacuran dapat dikatakan sebagai perbuatan yang sewajarnya di jauhi oleh masyarakat. Dua hal yang pertama mengatakan bahwa perbuatan pelacuran itu merupakan bentuk demoralisasi dan kanker masyarakat. Hal tersebut menunjukkan bagaimana tercelanya perbuatan pelacuran itu di mata masyarakat.

Dewasa ini pengaturan tentang pelacuran diatur dalam peraturan daerah (Perda) setempat, akan tetapi tidak setiap daerah memiliki peraturan daerah tentang pelacuran. Penegakan hukum terhadap pelacuran melalui peraturan daerah hanya bersifat teritorial karena pengaturannya berada pada peraturan daerah masing-masing sehingga menimbulkan diskriminasi, ketidakadilan dan ketidakpastian hukum karena setiap daerah memiliki budaya hukum yang berbeda-beda baik dalam pengertian pelacuran, pertanggungjawaban pidana pelacuran dan pemidanaan pelaku pelacuran.

Adapun dalam menanggulangi pelacuran, pemerintah daerah menggunakan kebijakan pengaturan yang diwujudkan dalam bentuk lokalisasi atau tempat pelacuran legal. Lokalisasi ini bertujuan untuk mengumpulkan tempat kegiatan pelacuran beserta dampak negatifnya dalam suatu tempat. Dengan adanya kebijakan lokalisasi secara tidak langsung pemerintah melegalkan praktek pelacuran yang bertentangan dengan norma agama, perdagangan orang khususnya wanita dan juga Pasal 296 KUHP terkait seseorang yang mengambil keuntungan dari rumah atau kamar yang disewakan dengan tujuan pelacuran. Kebijakan lokalisasi ini sama saja memberikan seseorang kesempatan untuk melakukan perzinahan yang legal menurut hukum, sehingga sudah seharusnya setiap subyek dalam pelacuran yang memiliki keterkaitan dapat mempertanggungjawabkan perbuatannya.

Pemidanaan hanya terhadap mucikari saja tidak mencerminkan rasa keadilan, karena dalam perbuatan pelacuran terdapat subyek-subyek yang berkaitan yakni mucikari, pengguna dan pelacur. Perbuatan pelacuran bagian dari perbuatan zina dikategorikan sebagai (*crime without victim*) bahwa pelacur dan pengguna termasuk korban tetapi juga sebagai pelaku dalam perbuatannya sehingga hukum Pidana positif Indonesia saat ini masih belum memberikan kepastian hukum yang adil serta perlakuan yang sama dihadapan hukum sebagaimana diamanatkan dalam UUD 1945 Pasal 28D.

Prinsip *nullum delictu noela poena lege praevia* yakni tiada pidana dapat dijatuhkan tanpa didahului adanya peraturan yang memuat sanksi pidana terlebih dahulu menjamin perlindungan hak asasi manusia dari kesewenang-wenangan penguasa. Akan tetapi, seorang pelacur yang melacurkan diri dengan atau tanpa mucikari bukan termasuk kejahatan karena tidak dilarang dalam hukum pidana Indonesia meskipun melanggar dari sudut pandang agama, adat istiadat, dan kesusilaan dalam masyarakat. Hal yang sama berlaku dalam pengguna jasa, meskipun sebagai perbuatan zina yang termuat dalam Pasal 284 KUHP, Pasal ini merupakan delik absolut yang artinya tidak dapat dituntut apabila tidak ada pengaduan dari pihak suami dan istri yang dirugikan (yang dipermalukan). Pasal ini juga hanya dapat berlaku pada salah satu pengguna atau pelacuran telah terikat perkawinan, sedangkan apabila pengguna dan pelacuran belum terikat perkawinan maka tidak dapat diterapkan Pasal tersebut.

Segala upaya untuk mencegah dan menanggulangi tindak pidana/kejahatan ini termasuk dalam wilayah kebijakan kriminal (*criminal policy*) dengan menggunakan sarana hukum pidana (*penal*) dan oleh karena itu termasuk bagian dari kebijakan hukum pidana (*penal policy*)¹⁸. Politik hukum pidana dimaknai sebagai kehendak nasional untuk menciptakan hukum nasional yang sesuai dengan aspirasi dan tata nilai yang bersumber dari bangsa Indonesia yang bertujuan untuk mewujudkan kehendak negara adil dan makmur berdasarkan Pancasila.

¹⁸Barda Nawawi Arief, 2003, *Kapita Selekta Hukum Pidana*, Citra Aditya Bakti, Bandung, h. 240.

Langkah pemerintah untuk membebaskan Indonesia pada tahun 2019 dari lokalisasi pelacuran yang saat ini tinggal berjumlah 99 dari 168 lokalisasi yang ada merupakan salah satu bagian dari kebijakan sosial. Dengan adanya rencana pemerintah ini, maka pelacuran akan kehilangan legalisasi atau wadah sehingga kebijakan hukum pidana yang merupakan bagian dari kebijakan sosial harus melakukan rekonstruksi terkait dengan pelacuran untuk mendukung pembebasan Indonesia dari lokalisasi. Sudah seharusnya diadakan rekonstruksi hukum pidana dalam formulasi kebijakan kriminalisasi terhadap pelacur dan pengguna yang sejalan dengan perkembangan kebutuhan masyarakat terhadap delik kesusilaan dalam bidang kejahatan seksual. KUHP yang berlaku saat ini secara sosiologi dan yuridis tidak sesuai dengan nilai-nilai yang hidup dan berkembang pada masyarakat, demikian halnya dengan Rancangan Undang-undang Kitab Undang-undang Hukum Pidana Tahun 2019 (RUU-KUHP-2019) masih jauh dari Pasal 29 ayat (1) UUD NKRI Tahun 1945 yang menegaskan bahwa negara berdasar atas Ketuhanan Yang Maha Esa.

Berdasarkan serangkaian uraian diatas, maka pengaturan masalah tindak pidana pelacuran dalam regulasi atau peraturan perundang-undangan yang ada, harus direkonstruksi yang berbasis nilai keadilan.

Di dalam literatur Inggris istilah keadilan disebut dengan "*justice*", kata dasarnya "*jus*". Perkataan "*jus*" berarti hukum atau hak. Dengan demikian salah satu pengertian dari *justice* adalah hukum. Dalam makna keadilan sebagai hukum, kemudian berkembang arti dari kata *justice* sebagai "*lawfulness*" yaitu keabsahan menurut hukum¹⁹.

Pertanyaannya kemudian adalah mengapa konstruksi hukum pertanggungjawaban pidana pelaku tindak pidana pelacuran dalam KUHP belum berbasis nilai keadilan? Bagaimana kelemahan-kelemahan konstruksi hukum pertanggungjawaban pidana pelaku tindak pidana pelacuran dalam KUHP? Bagaimanakah rekonstruksi ideal pertanggungjawaban pidana terhadap pelaku tindak pidana pelacuran dalam KUHP berbasis nilai-nilai keadilan?

¹⁹Bahder Johan Nasution, 2004, *Hukum Ketenagakerjaan Kebebasan Berserikat Bagi Pekerja*, Mandar Maju, Bandung, h. 48.

Berangkat dari poin-poin pertanyaan diatas, maka buku ini hendak mengkaji dan menganalisis konstruksi hukum yang mengatur tindak pidana pelacuran dalam hukum positif Indonesia. Kemudian mengkaji dan menganalisis kelemahan-kelemahan dari konstruksi hukum tindak pidana pelacuran yang belum mencerminkan nilai keadilan. Dan selanjutnya merekonstruksi pertanggungjawaban pidana terhadap pelaku tindak pidana pelacuran dalam KUHP berbasis nilai-nilai keadilan.

Paradigma yang penulis gunakan dalam penelitian ini adalah paradigma konstruktivisme²⁰ hal tersebut sebagaimana telah diuraikan dalam perumusan masalah dan tujuan penelitian tersebut di atas, adalah merekonstruksi tindak pidana prostitusi. Persoalan yang akan dikaji dan akan diteliti adalah tentang rekonstruksi tindak pidana prostitusi dalam sistem hukum pidana di Indonesia, selanjutnya menemukan teori baru di bidang hukum pidana materiil dan formil, memberikan gambaran nyata mengenai tindak pidana prostitusi. Adapun metode penelitian yang digunakan dalam buku ini adalah pendekatan yuridis sosiologis Pendekatan yuridis sosiologis (*socio-legal approach*) dimaksudkan untuk mempelajari dan meneliti hubungan timbal balik yang dikaitkan secara riil dengan variabel-variabel sosial yang lain.²¹

Sumber data yang dipakai dalam penelitian ini meliputi data primer berupa fakta-fakta empiris sebagai perilaku manusia baik dalam bentuk perilaku verbal (perilaku nyata), maupun perilaku yang terdokumentasi dalam berbagai hasil perilaku atau catatan-catatan arsip²² dan data sekunder meliputi bahan hukum primer, bahan hukum sekunder, dan hukum tersier.²³ Teknik analisis data yang digunakan yaitu deskriptif-kualitatif. Langkah analisis data penelitian akan dilakukan dengan mengikuti model interaktif dalam 3 (tiga) siklus kegiatan yang terjadi secara bersama, yaitu reduksi data, penyajian data, penarikan kesimpulan.²⁴

²⁰ Lexy J. Meleong, 2002, *Metodologi Penelitian Kualitas*, PT. Remaja Rosdakarya, Bandung, h. 30.

²¹ Ronny Hanitijo Soemitro, 1988, *Metode Penelitian Hukum dan Yurimetri*, Ghalia Indonesia, Jakarta, h. 34-35.

²² Mukti Fajar ND., dkk., 2010, *Op.cit.* h. 193.

²³ Soerjono Soekanto, 1986, *Penelitian Hukum Normatif Suatu Tinjau Singkat*, CV. Rajawali, Jakarta, h. 14.

²⁴ Lihat dalam Matthew Miles, Michael Huberman, 1992, *Analisis Data Kualitatif*, UI Press, Jakarta, h. 16-19.

Akhirnya, buku ini diharapkan dapat bermanfaat bagi para akademisi untuk menambah kajian mengenai tindak pidana pelacuran khususnya dapat memberikan kontribusi dalam pembaharuan hukum, terkait rekonstruksi tindak pidana pelacuran yang didasarkan kepada nilai-nilai keadilan di negara Republik Indonesia yang berdasarkan Pancasila dan menjunjung tinggi nilai-nilai religius. Adapun secara praktis, buku ini diharapkan dapat dijadikan acuan bagi praktisi maupun pembuat undang-undang baik pemerintah maupun DPR RI dalam kerangka pembaharuan undang-undang KUHP yang akan datang, khususnya tindak pidana pelacuran yang akhir-akhir ini sudah dibawa ke luar dari ranah hukum ke ranah politik karena tidak mengkriminalisasi pelaku pelacuran baik perempuan maupun laki-laki, sementara NKRI menjunjung tinggi Pancasila yang di dalamnya mengandung sila Ketuhanan Yang Maha Esa, di mana oleh agama apapun pelacuran dinyatakan haram atau dilarang dan tercela, juga dalam hukum adat Indonesia yang masih berlaku di sebagian wilayah di Indonesia.

BAB 2

KONSEP REKONSTRUKSI HUKUM PIDANA

A. Pentingnya Rekonstruksi KUHP

Dalam *Kamus Besar Bahasa Indonesia* berasal dari kata „konstruksi“ berarti pembangunan yang kemudian di tambah imbuhan „re“ pada kata konstruksi menjadi „rekonstruksi“ yang berarti pengembalian seperti semula.²⁵ Dalam *Black Law Dictionary*²⁶, *reconstruction is the act or process of rebuilding, recreating, or reorganizing something*, rekonstruksi di sini dimaknai sebagai proses membangun kembali atau menciptakan kembali atau melakukan pengorganisasian kembali atas sesuatu. B.N. Marbun dalam *Kamus Politik* mengartikan rekonstruksi adalah pengembalian sesuatu ke tempatnya yang semula, penyusunan atau penggambaran kembali dari bahan-bahan yang ada dan disusun kembali sebagaimana adanya atau kejadian semula.²⁷

Pentingnya rekonstruksi menurut Barda Nawawi Arief, bahwa rekonstruksi hukum pada hakikatnya adalah suatu upaya untuk melakukan reorientasi dan reformasi hukum pidana yang sesuai dengan nilai-nilai sentral sosio-politik, sosio-filosofi dan sosio-kultural masyarakat Indonesia yang melandasi kebijakan sosial, kebijakan kriminal dan kebijakan penegakan hukum pidana²⁸. Sehingga rekonstruksi yang dimaksud bukan hanya rekonstruksi terhadap norma, melainkan juga rekonstruksi terhadap nilai.

²⁵Departemen Pendidikan Nasional, 2005, *Kamus Besar Bahasa Indonesia*, Balai Pustaka, Jakarta, h. 942.

²⁶Bryan A.Garner, 1999, *Black' Law Dictionary*, West Group, ST. Paul Minn, h. 1278.

²⁷B.N. Marbun, 1996, *Kamus Politik*, Pustaka Sinar Harapan, Jakarta, h. 469.

²⁸Sri Endah Wahyuningsih, 2012, Mata Kuliah Penunjang Disertasi, Perbandingan Hukum Pidana dari Perspektif Religious Law System, UNISSULA Press, h. 47.

Nilai-nilai yang melandasi pembangunan hukum pidana ke depan yaitu nilai-nilai yang sesuai dengan nilai yang hidup dan berkembang dalam masyarakat Indonesia, dalam hal ini bahwa nilai ke-Tuhan-an YME dan nilai Keadilan Sosial sebagai nilai asli bangsa Indonesia yang perlu diimplementasikan dalam pembangunan hukum pidana pada masa yang akan datang dengan menggali nilai-nilai yang bersumber baik dari hukum agama maupun hukum adat, sehingga tidak menutup kemungkinan timbulnya hukum yang dinamis atau hukum tersebut tidak akan bersifat kaku. Baik hukum yang bersifat dinamis maupun hukum yang bersifat kaku, keduanya harus dihindari, seperti pada saat orde baru, dimana hukum menjadi kaku, karena hukum menjadi alat kekuasaan bagi penguasa, sedangkan pada pasca reformasi, hukum lebih menjadi dinamis sehingga banyak terjadi pelanggaran hukum di masyarakat, bahkan tingkat kriminalitas semakin meningkat pada setiap tahunnya²⁹. Oleh karenanya, dalam rekonstruksi hukum diperlukan penggalian kembali terhadap nilai-nilai yang melandasi terhadap pembangunan hukum pidana ke depan yaitu nilai-nilai yang bersumber, hidup kejahatan ini yang sesuai dengan nilai keadilan masyarakatnya. Sehingga sudah saatnya untuk merekonstruksi kebijakan hukumnya.

Rekonstruksi yang berarti membangun atau pengembalian kembali sesuatu berdasarkan kejadian semula, dimana dalam rekonstruksi tersebut terkandung nilai-nilai primer yang harus tetap ada dalam aktifitas membangun kembali sesuatu sesuai dengan kondisi semula. Untuk kepentingan pembangunan kembali sesuatu, apakah itu peristiwa, fenomena-fenomena sejarah masa lalu, hingga pada konsepsi pemikiran yang telah dikeluarkan oleh pemikir-pemikir terdahulu, kewajiban para rekonstruktor adalah melihat pada segala sisi, agar kemudian sesuatu yang coba dibangun kembali sesuai dengan keadaan yang sebenarnya dan terhindar pada subjektifitas yang berlebihan, dimana nantinya dapat mengaburkan substansi dari sesuatu yang ingin kita bangun tersebut. Maka rekonstruksi dalam penelitian ini yaitu upaya untuk melakukan suatu perbaikan atas tindak pidana pelacuran dalam hukum pidana di Indonesia.

²⁹Mu'in Abdul Kadir, Rekonstruksi Hukum, dalam www.fatkhulmuin1983's.weblog.com, diakses pada 10 Desember 2019.

Dalam literatur Hukum Islam yang kontemporer, kata "pembaruan" silih berganti dipergunakan dengan kata reformasi, modernisasi, dekonstruksi, rekonstruksi, Ishlah dan *tajdid*. Di antara kata-kata tersebut yang paling banyak digunakan adalah kata reformasi, ishlah dan *tajdid*.³⁰ Kata "*Tajdid*" dianggap yang paling tepat apabila berbicara tentang pembaruan hukum. Bustami Muhammad Saad, mengemukakan bahwa kata "*Tajdid*" lebih tepat digunakan untuk membahas tentang pembaruan hukum sebab "*tajdid*" mempunyai arti pembaruan.³¹

Kata *tajdid* dalam pembaruan hukum Islam mempunyai dua makna, Pertama, apabila dilihat dari segi sasaran, dasar, landasan, dan sumber yang tidak berubah-ubah, pembaruan bermakna mengembalikan segala sesuatu kepada aslinya. Kedua, pembaruan bermakna modernisasi apabila sasaran *tajdid* itu mengenai hal-hal yang tidak mempunyai sandaran, dasar, landasan, dan sumber yang berubah-ubah seperti metode, sistem, teknis, strategi untuk disesuaikan dengan kondisi, ruang, dan waktu.

Menurut Masjufuk Zuhdi, kata *tajdid* lebih komprehensif pengertiannya sebab dalam *tajdid* terdapat tiga unsur yang saling berhubungan. *Pertama, al-I'adah*, artinya mengembalikan masalah-masalah agama yang bersifat khilafiah kepada sumber ajaran Islam, yaitu Alquran dan Al-Hadis. *Kedua, Al-Ibanah*, artinya purifikasi atau pemurnian ajaran Islam dari segala macam bentuk *bid'ah* dan *khufara* serta pembebasan berpikir (liberalisasi) ajaran Islam dari fanatik mazhab, aliran, ideologi yang bertentangan dengan prinsip-prinsip ajaran Islam. *Ketiga, al-Ihya*, artinya menghidupkan kembali, menggerakkan, memajukan, dan memperbarui pemikiran dan melaksanakan ajaran Islam.³²

Dalam teori hukum manusia, terbentuknya norma hukum (yang meliputi perintah dan larangan) tersusun dari ide, konsep, dan cara pandang yang untuk setiap bangsa berbeda. Apabila ide, konsep, dan cara pandangnya adalah individualistis, hukum yang dibentuknya bersifat individualistis. Eksistensi hukum pidana Belanda yang nota benenya warisan kolonial, menurut Rende David

³⁰Abdul Manan, 2009, *Aspek-Aspek Pengubah Hukum*, ctk. Ketiga, Kencana Prenada Group, Maret, Jakarta, h. 218.

³¹*Ibid*, h. 219.

³²*Ibid*, h. 221.

menonjolkan sifat individualisme, liberalisme, dan *individual right*,³³ jelas tidak tepat diberlakukan di Indonesia yang berpandangan Pancasila dan mengutamakan keseimbangan. Hal inilah yang sesungguhnya menjadi penyebab munculnya ketidakadilan hukum di Indonesia sehingga perlu dilakukan pembaharuan hukum pidana (*Penal Reform*).

Berbicara tentang pembaharuan hukum, sesungguhnya merupakan bagian dari pembangunan hukum. Adi Sulistiyono memberikan penegasan bahwa pembangunan hukum mempunyai makna yang lebih menyeluruh dan mendasar dibandingkan dengan istilah pembinaan hukum atau pembaharuan hukum. Menurut Adi juga "pembinaan hukum" lebih mengacu pada efisiensi, dalam arti meningkatkan efisiensi hukum. "Pembaharuan hukum" menurut dia, mengandung pengertian menyusun suatu tata hukum untuk menyesuaikan dengan perubahan masyarakat. Pembangunan hukum itu tidak hanya tertuju pada aturan atau substansi hukum, tetapi juga pada struktur atau kelembagaan hukum dan pada budaya hukum masyarakat.³⁴ Untuk mewujudkan hukum yang lebih baik di masa datang (*ius constitundum*) sebagai bagian tujuan pembaharuan hukum, dalam perwujudannya harus didukung dengan politik hukum nasional³⁵ yang baik. Abdul Hakim Garuda Nusantara mengartikan, politik hukum nasional sebagai kebijakan hukum (*legal policy*) yang hendak diterapkan atau dilaksanakan secara nasional oleh suatu pemerintahan negara tertentu.³⁶ Politik hukum nasional mencakup: (1) pelaksanaan hukum yang telah ada secara konsisten; (2) pembangunan hukum yang intinya adalah pembaruan terhadap

³³Barda Nawawi Arief, *Beberapa Aspek Kebijakan Penegakan dan Pengembangan Hukum Pidana*, PT. Citra Aditya Bakti, Bandung, 1998, hlm 100.

³⁴Adi Sulistiyono, 2008, *Reformasi Hukum Ekonomi Indonesia*, (editor: Rustamadji, Kundharu Saddhono dan Sri Anitah), ctk. Kedua, (Surakarta: Lembaga Pengembangan Pendidikan (LPP) UNS dan UPT Penerbitan dan Percetakan UNS, UNS Press, Mei, 2008, h. 69.

³⁵Beberapa definisi politik hukum dikutipkan: 1. Menurut Satjipto Rahardjo, politik hukum adalah aktivitas dan cara yang hendak dipakai untuk mencapai tujuan sosial dan hukum tertentu dalam masyarakat. 2. Mochtar Kusumatmadja memberikan batasan bahwa politik hukum adalah kebijakan hukum dan perundang-undangan, dalam rangka pembaruan hukum. Menurut Teuku Mohammad Radhie, politik hukum diartikan sebagai suatu pernyataan kehendak penguasa negara mengenai hukum yang berlaku diwilayahnya dan mengenai arah perkembangan hukum yang di bangun.3. Menurut Soedarto, politik hukum adalah kebijakan dari negara melalui badan-badan negara yang berwenang untuk menetapkan peraturan yang dikehendaki, yang diperkirakan akan digunakan untuk mengekspresikan apa yang terkandung dalam masyarakat dan untuk mencapai apa yang di cita-citakan lihat Abdul Latif dan Hasbi Ali, 2010, *Politik Hukum*, ctk. Pertama, Sinar Grafika, November, Jakarta, h. 22-26.

³⁶*Ibid*, h, 27.

ketentuan-ketentuan hukum yang telah ada dan dianggap usang, serta menciptakan ketentuan hukum baru yang diperlukan untuk memenuhi tuntutan perkembangan yang terjadi dalam masyarakat; (3) penegakan fungsi lembaga penegak hukum atau pelaksana hukum dan pembinaan anggotanya; (4) meningkatkan kesadaran hukum masyarakat menurut persepsi kelompok elit pengambil kebijakan.³⁷

Ada keterkaitan antara politik dan pembaharuan hukum. Apabila politik pada suatu negara baik, kemungkinan akan berakibat pada hukum yang baik. Demikian juga sebaliknya, apabila iklim politik suatu negara tidak baik, undang-undang yang dibuatnya menjadi tidak baik. Hukum adalah produk politik sehingga jika politiknya tidak baik, hukumnya pun tidak akan baik. Menurut Moh. Mahfud, MD, berdasarkan asumsi, hukum adalah produk politik. Apabila politik berubah, hukum akan berubah. Perubahan hukum itu menurut Mahfud, akan sejalan dengan perubahan sistem politik.³⁸

Pada masa orde baru, reformasi hukum diawali dengan reformasi politik tahun 1998. Menurut Mahfud juga, kondisi bidang hukum yang memerlukan penataan ulang, antara lain berikut ini.³⁹Pertama, Hukum Indonesia/Undang-Undang bersifat elitis, bersumber dari lembaga eksekutif yang secara politik dipaksakan agar menjadi hukum. Di samping itu, pada masa orde baru, hukum/Undang-Undang bersifat positivistik-instrumentalistik. Artinya, banyak hukum yang dijadikan alat pembenar atas kehendak penguasa, baik yang terlanjur dilakukan maupun yang akan dilakukan. Kedua, pengadilan pada waktu itu berwatak koruptif sehingga muncul istilah yang cukup populer "mafia peradilan". Istilah ini menurut Mahfud tidak tepat. Yang tepat adalah korupsi peradilan (*judicial corruption*). Penyebab korupsi di lingkungan peradilan, di antaranya ketidakjujuran aparat penegak hukum, tekanan, dan intervensi eksekutif terhadap lembaga peradilan serta kolusi sesama penegak hukum. Ketiga, produk hukum pada saat itu harus diterima sebagai kebenaran yang final sehingga tidak ada satu lembaga pun kecuali lembaga legislatif itu sendiri (*legislative review*) untuk mencabutnya). Keempat, pada masa lalu telah terjadi

³⁷*Ibid*, h. 27.

³⁸Moh. Mahfud MD, 2010, *Konstitusi dan Hukum dalam Kontroversial* Isu, ctk. Kedua, Rajawali Pers, Januari, Jakarta, h. 71.

³⁹*Ibid*, h. 157-158.

pelanggaran hak-hak politik rakyat karena negara banyak melakukan kekerasan politik, misalnya dalam bentuk pembatasan jumlah partai politik (Parpol). Dalam perspektif hukum pidana, menurut Barda Nawawi Arief, makna dan hakikat pembaharuan hukum pidana, yaitu sebagai berikut.⁴⁰

1. Dilihat dari sudut pendekatan –kebijakan:

Sebagai bagian dari upaya pembaharuan hukum pidana, pada hakikatnya merupakan bagian dari upaya untuk mengatasi masalah-masalah sosial (termasuk masalah kemanusiaan) dalam rangka mencapai atau menunjang tujuan nasional (kesejahteraan masyarakat dan sebagainya).

Sebagai bagian dari kebijakan kriminal, pembaharuan hukum pidana pada hakekatnya merupakan bagian dari upaya perlindungan masyarakat (khususnya upaya penanggulangan kejahatan).

Sebagai bagian dari kebijakan penegakan hukum, pembaharuan hukum pidana pada hakikatnya merupakan bagian dari upaya memperbaharui substansi hukum (*legal substance*) dalam mengefektifkan penegakan hukum.

2. Dilihat dari Sudut Pendekatan Nilai

Pembaharuan hukum pidana pada hakekatnya merupakan upaya melakukan peninjauan kembali dan penilaian kembali (reorientasi dan re-evaluasi) nilai-nilai sosial – politik, sosial filosofik, dan sosial kultural yang melandasi serta memberi isi terhadap muatan normatif dan substansi hukum pidana yang dicita-citakan. Bukanlah pembaharuan (reformasi) hukum pidana apabila orientasi nilai dari hukum pidana yang dicita-citakan (misalnya KUHP Baru) sama saja dengan orientasi nilai hukum lama warisan penjajahan (KUHP lama atau WvS).

Berpijak pada hakikat pembaharuan hukum pidana dilihat dari pendekatan nilai sebagaimana di atas, persoalan yang terpenting dalam pembaharuan hukum pidana, bukan terletak pada upaya kriminalisasi dan dekriminalisasi⁴¹ terhadap suatu perbuatan.

⁴⁰Barda Nawawi Arief, 2002, *Bunga Rampai Kebijakan Hukum Pidana*, PT. Citra Aditya Bakti, Bandung, h. 28-29.

⁴¹Kriminalisasi adalah proses menjadikan suatu perbuatan yang sebelumnya bukan merupakan perbuatan pidana menjadi perbuatan pidana dan dicantumkan dalam Undang-Undang. Lihat Sudarto, *Hukum dan Hukum Pidana*, (Bandung: Alumni, 1986). Menurut Sudarto adanya kriminalisasi tersebut, oleh karena perbuatan tersebut dapat mengakibatkan kerugian bagi masyarakat bahkan dapat membahayakan kehidupan manusia. Menurut Muladi (sebagaimana

Persoalan pembaharuan hukum pidana, bukanlah sama pengertiannya dengan bongkar pasang Pasal yang terdapat dalam KUHP Kolonial (WvS). Pembaharuan hukum pidana berarti penggantian atas konsep *individualism*, *liberalism* dan *individual right* sebagaimana yang dianut oleh KUHP kolonial dengan nilai sosio-politik, sosio-filofofik dan sosio-kultur yang berdasarkan Pancasila dan mengutamakan keseimbangan.

Menurut Barda Nawawi Arief, konsepsi Hukum Pidana yang ber-Pancasila, tidak lain adalah hukum pidana yang di dalamnya tercermin nilai keagamaan (religius), nilai kemanusiaan, nilai persatuan, nilai demokrasi dan nilai keadilan sosial. Konsepsi yang demikian harus ada pada setiap tahapan, baik formulasi, aplikasi maupun eksekusi.

Menurut Muladi, ada 4 (empat) alasan tentang pembaharuan hukum pidana yaitu alasan politis, sosiologis, praktis, dan alasan adaptif.⁴²

1. Alasan politis, bahwa memiliki Hukum Pidana sendiri, merupakan kebanggaan Nasional.
2. Alasan sosiologis, bahwa memiliki KUHP sendiri, merupakan sebuah tuntutan sosial untuk memiliki KUHP yang bersendikan sistem hukum Nasional.
3. Alasan praktis, dengan adanya KUHP yang asli Indonesia berbahasa Indonesia akan memudahkan semua pihak untuk dapat memahaminya oleh karena KUHP yang sekarang ada (merupakan terjemahan).

Alasan adaptif, bahwa KUHP Nasional masa-masa mendatang harus menyesuaikan dengan perkembangan-perkembangan baru, khususnya perkembangan Internasional yang sudah disepakati oleh masyarakat-masyarakat yang beradab.⁴³

disampaikan pada perkuliahan hukum pidana korporasi, Program Magister Ilmu Hukum UNDIP, 1 Agustus 2003), bahkan pengertian kriminalisasi bukan hanya dapat menjadikan suatu perbuatan yang sebelumnya bukan sebagai perbuatan pidana menjadi perbuatan pidana (yang selanjutnya dicantumkan dalam Undang-Undang: Penulis), akan tetapi dapat diperluas. Yaitu memperluas pertanggungjawaban pidana, memperluas jenis-jenis pidana dan sanksi-sanksi pidana (baik berupa pidana maupun tindakan: Penulis) serta menjadikan sanksi administrasi menjadi sanksi pidana. Dekriminalisasi berarti sebuah proses menjadikan perbuatan yang dipidana menjadi perbuatan yang tidak dipidana. Dekriminalisasi ini, bukan hanya terjadi pada saat perbuatan tersebut sudah dicabut oleh UU, akan tetapi belum dicabutpun apabila masyarakat tidak mentaati dan kemudian tidak ada sanksi hukum, dapat diartikan dekriminalisasi.

⁴²Muladi, *Proyeksi Hukum Pidana Materiil di Indonesia di masa datang*. Pidato Pengukuhan Sebagai Guru Besar, Fakultas Hukum UNDIP, 24 Pebruari 1990, h. 3.

⁴³*Ibid*, h. 3.

B. Pancasila Sebagai Sumber Hukum Dalam Pembaharuan Hukum Pidana di Indonesia

Pancasila sebagai falsafah negara Republik Indonesia bercita-cita agar terwujud keadilan, berupa manusia adil dan beradab serta adil secara sosial. Secara jelas Pancasila dua kali mengatur dan menyebut kata adil, yaitu sila kedua dan sila ke lima. Makna keadilan yang terkandung dalam Pancasila adalah tidak berat sebelah, berpihak pada kebenaran, yang sepatutnya, tidak sewenang-wenang dalam menentukan mana yang benar dan mana yang salah.⁴⁴ Adil mengandung suatu makna bahwa hakikat manusia sebagai makhluk yang berbudaya dan beradab harus berkodrat adil sesuai dengan Pancasila Falsafah bangsa dengan kelima silanya memberikan pedoman hidup yang sempurna bagi segenap bangsa Indonesia.⁴⁵ Soekarno menjelaskan ketika berbicara Pancasila menyebutkan pandangan dunia untuk satu tempat tertentu yang bernama Indonesia. Jadi Pancasila adalah Pandangan dunia untuk locus Indonesia.⁴⁶ Soediman Kartohadiprojo menjelaskan Pancasila sebagai sebuah system nilai harus pula terjelma dalam kehidupan berbangsa, bernegara dan bermasyarakat di Indonesia.⁴⁷ Keadilan merupakan salah satu tujuan dari setiap sistem hukum, bahkan merupakan tujuan yang terpenting di samping kepastian hukum dan kemanfaatan. Di samping merupakan tujuan hukum, keadilan dapat juga dilihat sebagai nilai (*value*).⁴⁸ Menurut filosof besar bangsa Yunani, Plato menyebutkan keadilan merupakan nilai kebijakan yang paling tinggi. Oleh karena itu Plato menyebut "*justice is the supreme virtue which harmonize all other virtues*"⁴⁹ Pancasila sebagai cita hukum (*rechts idea*), merupakan suatu asas kerohanian yang

⁴⁴Derita Prapti Rahayu, *Budaya Hukum Pancasila*, Thafamedia, Yogyakarta, 2014, h. 119.

⁴⁵*Loc, cit.*

⁴⁶Bernard L. Tanya dan Theodorus Yosep Parera, *Pancasila Bingkai Hukum Indonesia*, Genta Publishing, Yogyakarta, 2015, halaman 37. Lihat juga Stufentheorie dari kelsen, Pancasila dikonstruksi bukan hanya sebagai norma dasar (*grundnorm*) tertib hukum Indonesia, melainkan juga sebagai norma dasar dari norma-norma yang lain. Dijelaskan dalam Tulisan Yogi Sumakto, Pancasila *QuaGrundnorm* dalam Struktur Hierarkis Norma-norma Sistem Hukum Indonesia halaman 40 (Pendulum Antinomi Hukum) Antologi 70 Tahun Valerine J.L. Kriekhoff, Genta Publishing, Yogyakarta, h. 39.

⁴⁷Nyana Wangsa dan Kristian, *Hermeneutika Pancasila, Orisinalitas dan Bahasa Hukum Indonesia*, Refika Aditama, Bandung, 2015, h. 60.

⁴⁸Bambang Sutiyo, *Reformasi Keadilan dan Penegakan Hukum di Indonesia*, UII Press, Yogyakarta, 2010, h. 6.

⁴⁹*Ibid*

meliputi suasana kebatinan atau cita-cita hukum, baik moral maupun hukum Negara dan menguasai hukum dasar baik yang tertulis maupun yang tidak tertulis.⁵⁰ Bernard Arief Sidharta,⁵¹ Pancasila sebagai cita hukum berintikan pada 7 (tujuh) aspek, yaitu:

1. Ketuhanan yang maha esa
2. Penghormatan atas martabat manusia
3. Wawasan kebangsaan atas martabat manusia
4. Persamaan dan kelayakan
5. Keadilan sosial
6. Moral dan budi pekerti yang luhur, dan
7. Partisipasi dan transparansi dalam proses pengambilan putusan publik.

Pancasila sebagai tatanan nilai bangsa Indonesia salah satunya adalah nilai keadilan, seperti yang terdapat sila kedua Pancasila "Kemanusiaan yang adil dan beradab". Sila ini terbagi-bagi dalam beberapa butir, yaitu terdapat 10 (sepuluh) butir bagian, antara lain:

1. Mengakui dan memperlakukan manusia sesuai dengan harkat dan martabatnya sebagai makhluk Tuhan Yang Maha Esa.
2. Mengakui persamaan derajat, persamaan hak dan persamaan kewajiban antara sesama manusia.
3. Saling mencintai sesama manusia
4. Mengembangkan sikap tenggang rasa
5. Tidak semena-mena terhadap orang lain
6. Menjunjung tinggi nilai kemanusiaan
7. Gemar melakukan kegiatan kemanusiaan
8. Berani membela kebenaran dan keadilan
9. Bangsa Indonesia merasa dirinya sebagai bagian dari ummat manusia.
10. Mengembangkan sikap hormat menghormati dan bekerjasama dengan bangsa lain.

Sila kedua Pancasila yang dijabarkan sesuai butir-butirnya menjadi landasan nilai keadilan untuk bangsa Indonesia dan menghendaki merealisasikan hakikat kemanusiaannya.⁵² Kaelan

⁵⁰Teguh Prasetyo dan Arie Purnomosidi, *Membangun Hukum Berdasarkan Pancasila*, Nusamedia, Bandung, 2014, h. 35.

⁵¹*Ibid*

⁵²Dedi Mulyadi, 2014, *Internalisasi Nilai-nilai Ideologi Pancasila, Dalam Dinamika Demokrasi dan Perkembangan Ketatanegaraan Indonesia*, Refika Aditama, Bandung, h 30.

menyebutkan rumusan sila kedua mempunyai makna "*monopluralis*" yang tersimpul dalam pengertian⁵³:

1. Hubungan manusia dengan diri sendiri;
2. Hubungan manusia dengan manusia lainnya;
3. Hubungan manusia dengan Tuhannya.⁵⁴

Kaelan merumuskan pengertian adil dan beradab, sebagai berikut: adil: dalam kaitannya dengan kemanusiaan yaitu adil terhadap diri sendiri, terhadap sesama manusia dan terhadap Tuhannya. Atas pengertian kemanusiaan yang adil dan beradab tersebut di atas, maka dalam praktek hubungan internasional juga harus terjelma pengertian adil dalam hubungan dengan sesama bangsa dan negara di dunia, sehingga dalam kaitannya dengan sila ketiga yaitu "Persatuan Indonesia" atau prinsip kebangsaan Indonesia tidak bersifat *chauvinitis*.⁵⁵ Basis filosofis negara Indonesia diletakkan pada nilai kemanusiaan yang adil dan beradab, mengandung konsekwensi bahwa segala aspek penyelenggaraan negara harus merealisasikan terselenggaranya nilai-nilai kemanusiaan (*human values*). Hal ini berarti negara mengakui dan merealisasikan martabat manusia (*human dignity*), hak-hak manusia (*human right*) serta kemerdekaan manusia (*human freedom*). Hal ini mengandung konsekwensi bahwa negara harus merealisasikan dan mengembangkan nilai-nilai tersebut dalam pergaulan masyarakat internasional yang disebut "*monopluralis*". Notonegoro menyebutkan watak manusia mempunyai sifat yang luhur yang disebut sebagai tabiat "*saleh*" yang meliputi 4 (empat) hal:

1. Moral Kebijaksanaan

Sikap perbuatan manusia harus senantiasa merupakan hasil pertimbangan dari akal, rasa dan kehendak, secara selaras. Akal memberi pengetahuan tentang perbuatan yang bagaimana yang harus dilakukan, rasa mengujinya dengan berpedoman pada hasratnya (secara etis), serta kehendak akan menentukan perbuatan tersebut akan dilakukan atau tidak (secara etis).

⁵³Kaelan, 2013, *Negara Kebangsaan Pancasila, Kultural, Historis, Filosofis, Yuridis, dan Aktualisasinya*, Paradigma, Yogyakarta.

⁵⁴*Ibid*, h. 3.

⁵⁵*Ibid*

2. Moral Keadilan

Hakikat manusia monopluralis harus terjelma dalam satu perbuatan adil. Susunan kodrat manusia senantiasa berbuat adil yaitu suatu kemampuan untuk memberikan kepada diri sendiri dan kepada orang lain secara semestinya yang menjadi haknya. Selain itu manusia merealisasikan moralitas keadilan yaitu relasi antara manusia dengan manusia lainnya, manusia dengan masyarakat, bangsa/negara, manusia terhadap diri sendiri dan manusia terhadap tuhan.

3. Moral Kesederhanaan

Setiap perbuatan manusia harus bersifat sederhana, yaitu harus menekankan dan menghindari pelampauan batas dalam wujud kemewahan, kenikmatan atau hal-hal yang bersifat enak.

4. Watak Keteguhan

Watak keteguhan yaitu kemampuan yang ada pada manusia untuk senantiasa memiliki keyakinan terhadap suatu kebenaran dan senantiasa meletakkan sebagai suatu pedoman dan acuan dalam sikap dan tindakannya, tentang kebenaran baik secara epistemologis maupun ideologis.

Demikian juga Sila kelima tentang Keadilan Sosial Bagi Seluruh Rakyat Indonesia. Sila kelima Pancasila ini terkandung arti hubungan antara manusia dengan benda dan sesamanya, sekaligus masalah kepemilikan material dan masalah kesejahteraan,⁵⁶ Sila Kelima Pancasila ini terbagi dalam beberapa butir, antara lain:

1. Mengembangkan perbuatan-perbuatan yang luhur yang mencerminkan sikap dan suasana kekeluargaan dan gotong royong;
2. Bersikap adil;
3. Menjaga keseimbangan antara hak dan kewajiban;
4. Menghormati hak-hak orang lain;
5. Suka memberi pertolongan pada orang lain;
6. Menjauhi sikap pemerasan terhadap orang lain;
7. Tidak bersifat boros;
8. Tidak bergaya hidup mewah;
9. Tidak melakukan perbuatan yang merugikan kepentingan umum

⁵⁶*Ibid*

10. Suka bekerja keras;
11. Menghargai karya orang lain;
12. Bersama-sama berusaha mewujudkan kemajuan yang merata dan berkeadilan sosial.

Sehingga jelas bila keadilan yang ditegakkan di Indonesia harus mengacu kepada nilai Pancasila yang dijelaskan dalam butir-butir di atas, oleh karenanya keadilan Pancasila bukan keadilan yang semu tetapi harus sesuai dengan jiwa Pancasila. Sila kelima Keadilan Sosial Bagi Seluruh Rakyat Indonesia mewajibkan manusia Indonesia untuk menyadari hak dan kewajiban yang sama untuk menciptakan keadilan sosial dalam kehidupan masyarakat Indonesia.⁵⁷ Keadilan sosial merupakan sila kelima Pancasila yang merupakan ujung harapan dari sila lainnya. Pancasila sebagai paradigma pembangunan hukum ditunjukkan dalam setiap perumusan peraturan perundang-undangan yang dibentuk haruslah merupakan cerminan nilai-nilai kemanusiaan, kerakyatan dan keadilan. Nilai-nilai Pancasila menjadi landasan dalam pembentukan hukum yang aspiratif. ⁵⁸ Sila ke dua dan Sila ke lima Pancasila sebagai falsafah bangsa dalam menentukan landasan keadilan harus bersumber pada unsur-unsur, antara lain⁵⁹:

1. Keseimbangan;
2. Persamaan;
3. Pemberian hak;
4. Objektif.

Bernard L. Tanya menyebutkan dalam perspektif lain sistem hukum Pancasila sebagai rambu-rambu dan melahirkan politik hukum nasional, rambu yang paling umum adalah larangan bagi munculnya hukum yang bertentangan dengan nilai-nilai Pancasila.⁶⁰ Sesuai dengan kedudukan dan fungsi Pancasila sebagai jiwa bangsa,

⁵⁷Muhammad Taufiq, *Keadilan Substansial Memangkas Rantai Birokrasi Hukum*, Pustaka Pelajar, Yogyakarta, 2014, h. 59.

⁵⁸*Ibid*

⁵⁹Samsudin dkk, *Pendidikan Pancasila Menempatkan Pancasila Dalam Konteks Ke Islam dan Ke Indonesiaan*, Total Media, Yogyakarta, 2009, halaman 82. Lebih lanjut Kaelan dalam tulisannya Pendidikan Pancasila, Edisi Reformasi, 2014, halaman 53 menjelaskan bahwa Sila Pancasila “Kemanusiaan yang adil dan beradab” diliputi dan dijiwai oleh Sila “Ketuhanan Yang Esa” dan menjiwai sila ke 3,4,5. Sementara Sila kelima “Keadilan Sosial Bagi Seluruh Rakyat Indonesia” diliputi dan dijiwai oleh sila-sila ke, 1,2,3,4.

⁶⁰Dedi Mulyadi, *OP. Cit*, h. 33.

kepribadian, pandangan hidup, falsafah hidup, ideologi Negara, perjanjian luhur bangsa, Dasar Negara, sebagai sumber hukum nasional.⁶¹ Mahfud MD dalam Muhammad Taufiq menyebutkan Pancasila menjadi cita hukum (*rechtside*) yang harus dijadikan dasar dan tujuan setiap hukum di Indonesia. Oleh sebab itu setiap hukum yang lahir di Indonesia harus berdasarkan pada Pancasila dengan memuat konsistensi isi mulai dari yang paling atas sampai yang paling rendah hirarkinya.⁶² Konsep keadilan sosial (*sosial justice*) berbeda dari ide keadilan hukum yang biasa dipaksakan berlakunya melalui proses hukum.⁶³ Oleh karena untuk mendapatkan suatu pengertian tentang hakikat keadilan, maka dipandang perlu untuk membahas teori keadilan klasik, antara lain⁶⁴:

1. Keadilan moral;
2. Keadilan prosedural;
3. Keadilan distributif;
4. Keadilan perbaikan;
5. Keadilan komutatif.

Pengembangan sikap adil terhadap sesama manusia, kesamaan kedudukan terhadap hukum dan HAM, keseimbangan antara hak dan kewajiban merupakan sikap yang tercermin dari pengamalan nilai Pancasila. Fungsi dari nilai yang terkandung dalam Pancasila sila ke lima ini berfungsi sebagai tujuan Negara.⁶⁵

⁶¹MBM. Munir dan Umi Salamah dan Suratman, *Pendidikan Pancasila*, Madani Media, Malang, 2015, halaman 37, bandingkan dengan pandangan Kaelan dan Achmad Zubaidi dalam bukunya *Pendidikan Kewarganegaraan, Materi Baru, Paradigma*, Yogyakarta, 2012, halaman 32, yang menjelaskan nilai kemanusiaan yang beradab adalah perwujudan nilai kemanusiaan sebagai makhluk yang berbudaya bermoral dan beragama.

⁶²*Ibid*

⁶³ Lebih lanjut dijelaskan bahwa Pancasila yang dimaksudkan sebagai dasar pencapaian tujuan Negara tersebut melahirkan kaidah-kaidah penuntun hukum yaitu: a. Hukum yang dibuat di Indonesia haruslah bertujuan membangun dan menjamin integrasi Negara dan bangsa Indonesia baik secara teori maupun ideologi; b. Hukum yang dibuat di Indonesia haruslah didasarkan pada demokrasi dan nomokrasi sekaligus; c. Hukum yang dibuat di Indonesia harus ditujukan untuk membangun keadilan social bagi seluruh rakyat Indonesia; d. Hukum yang dibuat di Indonesia haruslah didasarkan pada toleransi beragama yang berkeadaban yakni hukum yang tidak mengistimewakan atau mendiskriminasi kelompok tertentu.

⁶⁴Kaelan, *Op. Cit.* h. 400.

⁶⁵Ngadino dan Syahril Syarbaini dan A. Rahman HI, 2015, *Pancasila dalam makna dan aktualisasi*, Penerbit Andi, Yogyakarta, h 338.

Namun apakah nilai-nilai yang terkandung dalam sila ke lima Pancasila itu sudah terlaksana seutuhnya di lingkungan kita. Kita dapat mengamati keadilan disekitar kita, masih banyak masyarakat Indonesia yang tidak bersikap sesuai dengan moral Pancasila. Mereka cenderung bersikap individualis, menghalalkan segala cara walaupun dengan kerja keras melemahkan kekuatan hukum. Dalam konteks hukum keadilan juga dapat dibedakan ke dalam dua jenis⁶⁶:

Keadilan restitutif, yaitu keadilan yang berlaku dalam proses litigasi di pengadilan, di mana fokusnya adalah pada pelaku. Bagaimana menghukum atau membebaskan pelaku. Keadilan restoratif, yaitu keadilan yang berlaku dalam proses penyelesaian sengketa nonlitigasi (*Alternative Dispute Resolution*), di mana fokusnya bukan pada pelaku, tetapi pada kepentingan korban (*victim*).

Dalam bidang hukum keadilan sosial berpedoman kepada sikap, antara lain:

1. Mengembangkan sikap adil terhadap sesama;⁶⁷
2. Menjaga keseimbangan antara hak dan kewajiban;⁶⁸
3. Menghormati hak orang lain.⁶⁹

Bismar Siregar dalam Bambang Sutiyoso menyebutkan dalam pengambilan putusan seorang hakim harus bermunajat kepada Allah, sesuai dengan irah-irah putusan hakim “Demi Keadilan Berdasarkan

⁶⁶*Ibid*

⁶⁷Penjabaran makna adil yang sesungguhnya terkandung memberikan pro dan kontra antar manusia. Adil dalam hukum yakni semua rakyat Indonesia memiliki kedudukan yang sama di mata hukum. Adil terhadap sesama yaitu, memperlakukan manusia sama dengan yang lain tanpa membedakan suku, ras, agama, jenis kelamin.

⁶⁸Rakyat Indonesia memiliki hak dan kewajiban yang sama untuk membela Negara, Rakyat Indonesia juga memiliki jaminan hak asasi manusia yang tertuang dalam UUD 1945. Hak asasi manusia tersebut mencakup atas kedudukan yang sama dalam hukum, hak atas penghidupan yang layak, dan atas kehidupan berserikat dan berkumpul, hak atas kebebasan mengeluarkan pendapat, hak atas kemerdekaan memeluk agama, hak untuk mendapatkan pengajaran dan sebagainya. Dengan dirumuskannya hak asasi dalam UUD 1945, mengandung pengertian bahwa UUD mewajibkan pemerintah dan lain-lain penyelenggara Negara untuk memelihara budi pekerti kemanusiaan yang luhur yang bersifat universal serta memegang teguh cita-cita moral rakyat yang luhur.

⁶⁹Setiap manusia memiliki hak. Hak yang telah diperoleh dan dibawanya sejak lahir yaitu hak asasi manusia. Hak asasi manusia berlaku sejak ia lahir di bumi tanpa perbedaan atas dasar bangsa, ras, agama, jenis kelamin.

Ketuhanan Yang Maha Esa”.⁷⁰Rasullullah S.A.W bersabda: *Wahai Abu Hurairah, Keadilan satu jam lebih utama dari ibadahmu puluhan, Shalat, Zakat dan Puasa. Wahai Abu Hurairah, penyelewengan hukum satu jam lebih pedih dan lebih besar dalam pandangan Allah dari pada melakukan maksiat enam puluh tahun*”. Allah berfirman dalam Al-Qur’an, surat An-Nisa: 58, Sebagai berikut:

وَإِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ إِنَّ اللَّهَ نِعِمَّا يَعِظُكُمْ بِهِ إِنَّ اللَّهَ كَانَ سَمِيعًا بَصِيرًا

Artinya:

Sesungguhnya, Allah menyuruh kamu menyampaikan amanat kepada yang berhak menerimanya, dan (menyuruh kamu) apabila menetapkan hukum di antara manusia supaya kamu menetapkan dengan adil. Sesungguhnya, Allah memberi pengajaran yang sebaik-baiknya kepadamu. Sesungguhnya, Allah adalah Maha Mendengar lagi Maha Melihat.– (QS. An Nisaa: 58).⁷¹

Kemudian ditegaskan *kembali* dalam Al-Qur’an Surat An-Nisa: 135:

يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا كُونُوا قَوِّمِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ لِلَّهِ وَلَوْ عَلَىٰ أَنْفُسِكُمْ أَوِ الْوَالِدِينَ وَالْأَقْرَبِينَ إِنْ يَكُنْ غَنِيًّا أَوْ فَقِيرًا فَاللَّهُ أَوْلَىٰ بِهِمَا فَلَا تَتَّبِعُوا الْهَوَىٰ أَنْ تَعْدِلُوا وَإِنْ تَلَوُّا أَوْ تُعْرَضُوا فَإِنَّ اللَّهَ كَانَ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرًا

Artinya:

Wahai orang-orang yang beriman, jadilah kamu orang orang yang benar-benar penegak keadilan, menjadi saksi karena Allah biarpun terhadap dirimu sendiri atau ibu bapak dan kaum kerabatmu, jika ia

⁷⁰Bambang Sutiyoso, *Op. Cit*, halaman 5.

⁷¹Al-Qur’an, *Surah An-Nisa*, ayat 58.

kaya ataupun miskin, maka Allah lebih tahu kemaslahatannya, maka janganlah kamu mengikuti hawa nafsu karena menyimpang dari kebenaran, Dan jika kamu memutarbalikkan (kata-kata) atau enggan menjadi saksi, maka sesungguhnya Allah adalah Maha Mengetahui segala apa yang kamu kerjakan.⁷²

C. Keseimbangan Monodualistik

Permasalahan dalam pembaharuan hukum pidana di Indonesia, khususnya terkait dengan kriminalisasi tindak pidana pelacuran adalah penerapan asas keseimbangan dalam kriminalisasi pelacuran tersebut, di mana baik KUHP Warisan Kolonial Belanda maupun dalam RUU KUHP Tahun 2019, masih belum sampai kepada asas keseimbangan dimaksud, khususnya kriminalisasi baru pada taraf mengkriminalisasi mucikari yang dianggap melakukan perdagangan manusia, namun belum menjangkau pelacurnya yang dalam melakukan pelacrannya tidak mustahil berdiri sendiri tanpa mendapat bantuan dari mucikari, demikian halnya dengan pengguna pelacurnya, sampai saat ini pengguna pelacur belum terjangkau oleh hukum pidana, padahal tidak mungkin ada pelacuran jika tidak ada pelacur dengan pengguna, artinya pengguna dan pelacur adalah dua hal tidak terpisahkan untuk terjadinya tindak pidana pelacuran, adapun mucikari, dapat sebagai penyertaan ataupun sebagai pelaku utama jika pelacuran tersebut memang terkait dengan tindak pidana perdagangan orang.

Pembaharuan secara etimologis berarti suatu hal yang “lama” dan sedang dalam prosesnya untuk diperbaharui. Telah dijelaskan di awal bahwa kebijakan hukum pidana ialah suatu usaha untuk membuat peraturan (pidana) menuju yang lebih baik, tidak hanya melakukan pengaturan tingkah laku masyarakat, namun juga menciptakan masyarakat yang sejahtera. Hal ini berarti pembaharuan hukum pidana merupakan bagian yang tak terpisahkan dari kebijakan hukum pidana. Usaha pembaharuan hukum di Indonesia yang sudah dimulai sejak proklamasi kemerdekaan tanggal 17 Agustus 1945, melalui Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 (UUD NRI 1945) tidak dapat dilepaskan dari landasan dan sekaligus tujuan nasional yang

⁷²Al-Qur'an, *Surah An-Nisa*, ayat 135.

ingin dicapai seperti dirumuskan dalam Pembukaan UUD 1945, khususnya alinea ke empat. Dari perumusan tujuan nasional yang tertuang dalam alinea ke empat UUD 1945 tersebut, dapat diketahui dua tujuan nasional yang utama yaitu: (1) untuk melindungi segenap bangsa Indonesia, dan (2) untuk memajukan kesejahteraan umum berdasarkan Pancasila. Hal itu berarti ada dua tujuan nasional, yaitu “perlindungan masyarakat” (*social defence*) dan “kesejahteraan masyarakat” (*social welfare*) yang menunjukkan adanya asas keseimbangan dalam tujuan pembangunan nasional⁷³. Pembaharuan hukum pidana menuntut adanya penelitian dan pemikiran terhadap masalah sentral yang sangat fundamental dan sangat strategis. Termasuk dalam masalah kebijakan dalam menetapkan sanksi pidana, kebijakan menetapkan pidana dalam perundang-undangan. Kebijakan legislatif merupakan tahap yang paling strategis dilihat dari keseluruhan proses kebijakan, untuk mengoperasionalkan hukum pidana. Pada tahap inilah dirumuskan garis-garis kebijakan sistem pidana dan ppidanaan, yang sekaligus merupakan landasan legalitas bagi tahap-tahap berikutnya, yaitu tahap penerapan pidana oleh badan pengadilan dan tahap pelaksanaan pidana oleh aparat pelaksana pidana⁷⁴. Latar belakang dan urgensi diadakannya pembaharuan hukum pidana dapat ditinjau dari aspek sosio-politik, sosio-filosofis, sosio-kultural, atau dari berbagai aspek kebijakan (khususnya kebijakan sosial, kebijakan kriminal, dan kebijakan penegakan hukum). Dengan demikian, pembaharuan hukum pidana pada hakikatnya mengandung makna, suatu upaya untuk melakukan reorientasi dan reformasi hukum pidana yang sesuai dengan nilai-nilai sentral sosio-politik, sosio-filosofis, dan sosio-kultural masyarakat Indonesia yang melandasi kebijakan sosial, kebijakan kriminal, dan kebijakan penegakan hukum di Indonesia⁷⁵. Singkatnya pembaharuan hukum pidana setidaknya harus menggunakan dua pendekatan, yaitu pendekatan kebijakan (*policy-oriented approach*) dan pendekatan nilai (*valueoriented approach*)⁷⁶. Tujuan Ppidanaan

⁷³Barda Nawawi Arief, 2009, *Tujuan dan Pedoman Ppidanaan*, Badan Penerbit Universitas Diponegoro, Semarang, h. 43.

⁷⁴Syaiful Bakhril, 2009, *Perkembangan Stelsel Pidana Indonesia*, Total Media, Yogyakarta, h. 87.

⁷⁵Barda Nawawi Arief, *Op.Cit.*, h. 29.

⁷⁶Pendekatan yang dilakukan terhadap pembaharuan hukum pidana ini dilakukan berdasarkan urgensi diadakannya pembaharuan hukum pidana. Singkatnya pendekatan kebijakan terdiri dari; a. Kebijakan sosial yang bertujuan sebagai penyelesaian masalah-masalah sosial, dan dalam rangka kesejahteraan masyarakat; b. Kebijakan kriminal yang berarti

(*The Aim of Punishment*). Tujuan pemidanaan bertolak dari pemikiran bahwa sistem hukum pidana merupakan satu kesatuan sistem yang bertujuan (*“purposive system”* atau *“teleological system”*) dan pidana hanya merupakan alat/sarana untuk mencapai tujuan, maka didalam konsep KUHP baru merumuskan tujuan pemidanaan yang bertolak pada keseimbangan dua sasaran pokok, yaitu “perlindungan masyarakat” (*general prevention*) dan “perlindungan/pembinaan individu” (*special prevention*)⁷⁷. Perkembangan dari pendekatan yang berorientasi terhadap kebijakan ialah lamban datangnya, hal ini dikarenakan bila kita kembali ke awal pembahasan, kebijakan ini dilakukan oleh DPR yang pada dasarnya harus melewati proses legislasi, dan proses legislatif belum siap untuk pendekatan yang demikian. Serta masalah yang lain ialah proses kriminalisasi ini yang berlangsung terus menerus tanpa Indonesia⁷⁸. Singkatnya pembaharuan hukum pidana setidaknya harus menggunakan dua pendekatan, yaitu pendekatan kebijakan (*policy-oriented approach*) dan pendekatan nilai (*valueoriented approach*)⁷⁹.

Tujuan Pemidanaan (*The Aim of Punishment*). Tujuan pemidanaan bertolak dari pemikiran bahwa sistem hukum pidana merupakan satu kesatuan sistem yang bertujuan (*“purposive system”* atau *“teleological system”*) dan pidana hanya merupakan alat/sarana untuk mencapai tujuan, maka didalam konsep KUHP baru merumuskan tujuan pemidanaan yang bertolak pada keseimbangan dua sasaran pokok, yaitu “perlindungan masyarakat”

melakukan perlindungan masyarakat (*social defence*) (khususnya sebagai upaya penanggulangan kejahatan); c. Kebijakan penegakan hukum dalam rangka mengefektifkan penegakan hukum. Serta dalam hal pendekatan nilai pada dasarnya merupakan pembaharuan hukum pidana terhadap muatan normatif dan substantif. Lihat Barda Nawawi Arief, *Ibid*. h. 29-30.

⁷⁷<http://www.legalitas.org/database/artikel/lain/pokokpokok%20pikiran%20penyusunan%20kuhp.pdf>, pokok-pokok pikiran penyusunan rancangan undang-undang tentang kitab undang-undang hukum pidana, diakses pada 20 Juli 2020.

⁷⁸Barda Nawawi Arief, *Op.Cit.*, h. 29.

⁷⁹Pendekatan yang dilakukan terhadap pembaharuan hukum pidana ini dilakukan berdasarkan urgensi diadakannya pembaharuan hukum pidana. Singkatnya pendekatan kebijakan terdiri dari; a. Kebijakan sosial yang bertujuan sebagai penyelesaian masalah-masalah sosial, dan dalam rangka mensejahterakan masyarakat; b. Kebijakan kriminal yang berarti melakukan perlindungan masyarakat (*social defence*) (khususnya sebagai upaya penanggulangan kejahatan); c. Kebijakan penegakan hukum dalam rangka mengefektifkan penegakan hukum. Serta dalam hal pendekatan nilai pada dasarnya merupakan pembaharuan hukum pidana terhadap muatan normatif dan substantif. Lihat Barda Nawawi Arief, *Ibid*. h. 29-30.

(*general prevention*) dan “perlindungan/pembinaan individu” (*special prevention*)⁸⁰.

Perkembangan dari pendekatan yang berorientasi terhadap kebijakan ialah lamban datangnya, hal ini dikarenakan bila kita kembali ke awal pembahasan, kebijakan ini dilakukan oleh DPR yang pada dasarnya harus melewati proses legislasi, dan proses legislatif belum siap untuk pendekatan yang demikian. Serta masalah yang lain ialah proses kriminalisasi ini yang berlangsung terus menerus tanpa diadakannya suatu evaluasi mengenai pengaruhnya terhadap keseluruhan sistem. Hal ini mengakibatkan timbulnya:

1. Krisis kelebihan kriminalisasi; dan
2. Krisis kelampauan batas dari hukum pidana⁸¹.

Kebijakan yang ditempuh oleh bangsa Indonesia dalam melaksanakan pembaruan hukum pidana, melalui dua jalur, yaitu⁸²:

1. Pembuatan Konsep Rancangan Kitab Undang-Undang Hukum Pidana Nasional, yang maksudnya untuk menggantikan KUHP yang berlaku sekarang.
2. Pembaruan perundang-undangan pidana yang maksudnya mengubah, menambah, dan melengkapi KUHP yang berlaku sekarang.

Masalah utama dalam kebijakan kriminal ialah kriminalisasi, yakni proses diikatnya suatu perbuatan yang sebelumnya tidak diancam dengan sanksi pidana, menjadi perbuatan yang diancam dengan sanksi pidana. Kriminalisasi ini diakhiri dengan diundangkannya suatu perbuatan tersebut.

Jika tujuan pembedaan bertolak dari keseimbangan dua sasaran pokok, maka syarat pembedaan menurut didalam konsep KUHP baru juga bertolak dari keseimbangan mono-dualistik antara kepentingan masyarakat dan kepentingan individu. Oleh karena itu, syarat pembedaan didasarkan pada dua pilar atau asas yang sangat fundamental, yaitu “*asas legalitas*” (yang merupakan asas

⁸⁰<http://www.legalitas.org/database/artikel/lain/pokokpokok%20pikiran%20penyusunan%20kuhp.pdf>, pokok-pokok pikiran penyusunan rancangan undang-undang tentang kitab undang-undang hukum pidana, diakses pada 20 Juli 2020.

⁸¹Lihat M. Cherif Bassiouni sebagaimana dikutip dalam Barda Nawawi Arie, h. 33-34.

⁸²*Loc, cit.*

kemasyarakatan) dan “*asas kesalahan atauculpabilitas*”⁸³ (yang merupakan asas kemanusiaan atau individual). Bertolak dari ide perlindungan masyarakat, maka didalam konsep KUHP baru tetap mempertahankan jenis-jenis pidana berat, yaitu pidana mati (*capital punishment*) dan penjara seumur hidup (*life sentence*). Namun dalam kebijakan formulasinya juga mempertimbangkan perlindungan/kepentingan individu (ide “*individualisasi pidana*”), yaitu dengan diadakannya ketentuan mengenai:

1. Penundaan pelaksanaan pidana mati atau pidana mati bersyarat (*conditional capital punishment*);
2. Dapat diubahnya pidana penjara seumur hidup menjadi penjara 15 tahun apabila terpidana telah menjalani pidana minimal 10 tahun dengan berkelakuan baik, sehingga dimungkinkan terpidana mendapatkan “pelepasan bersyarat” (“*conditional release/parole*”).

Sedangkan mengenai Pedoman atau Aturan Pemidanaan (*Sentencing Guidelines*) Masalah keseimbangan antara kepastian atau kekakuan dengan kelenturan (*elastisitas-fleksibilitas*)⁸⁴ juga di implementasikan dalam “pedoman dan aturan pemidanaan”, antara lain sebagai berikut⁸⁵:

1. Walaupun sanksi pidana dirumuskan secara tunggal (bersifat imperatif/kaku), namun hakim dapat memilih alternatif pidana lainnya yang tidak tercantum dalam perumusan delik atau mengenakan pidana secara kumulatif dengan pidana lain;
2. Walaupun sanksi pidana dirumuskan secara alternatif, namun hakim dapat menjatuhkan sanksi pidana secara kumulatif;
3. Walaupun sudah ada putusan pemidanaan yang berkekuatan tetap, masih dimungkinkan adanya modifikasi / perubahan / penyesuaian/peninjauan kembali (asas “*modification of sanction*”; asas “*the alteration/annulment/revocation of sanction*”) terhadap putusan tersebut berdasarkan:

⁸³Andi Hamzah, 1986, *Sistem Pidana dan Pemidanaan di Indonesia*: dari retribusi ke reformasi, Pradnya Paramita, Jakarta, h. 45.

⁸⁴Saleh, K. Wantjik, 1981, *Pelengkap KUHP: Perubahan KUH Pidana dan UU Pidana sampai dengan Akhir*, Ghalia Indonesia, Jakarta, h. 19.

⁸⁵<http://eclipping.unila.ac.id/2009/07/14/pemidanaanstruktural-dan-kuhp-baru/> Diakses Pada 09 Juni2020, jam 12.00

- a. Adanya perubahan Undang-Undang atau perubahan "*legislative policy*";
 - b. Adanya perubahan/perbaikan/ perkembangan pada diri terpidana.
4. Walaupun pada prinsipnya konsep RUU KUHP bertolak dari ide keseimbangan, namun dalam hal ada perbenturan antara kepastian hukum dan keadilan, konsep memberikan pedoman agar "dalam mempertimbangkan hukum yang akan diterapkan, hakim sejauh mungkin mengutamakan keadilan di atas kepastian hukum".

Dalam berbagai bentuk tindak pidana (baik WvS maupun konsep baru KUHP) juga diatur tentang adanya "pelaku", "yang menyuruh melakukan", dan "turut serta melakukan" tindak pidana. Logika pertanggungjawaban struktural merupakan kaitan yang boleh jadi menginspirasi atau lalai baik terhadap pengawasan maupun tanggung jawab sehingga terjadinya tindak pidana. Artinya bahwa jelas dalam tindak pidana dan pertanggungjawaban pidana dapat melibatkan pihak lain selain pelaku secara individual. Pertanggungjawaban pidana dalam hal ini tidak bisa dilihat hanya dalam pelaksanaan tindak pidana, tetapi juga memperhatikan hubungan-hubungan psikologis dan historis pelaku tindak pidana, yang tetap harus dalam bingkai rasionalitas. Barda Nawawi mengistilahkan sebagai kebijakan integral dalam penanggulangan kejahatan untuk menyebut pentingnya sistem pemidanaan struktural, yang mengandung arti pula kebijakan integral dalam sistem pemidanaan.

BAB 3

TEORI PIDANA DAN PEMIDANAAN

A. Pengertian Pidana dan Pemidanaan

Hukum pidana adalah peraturan hukum mengenai pidana. Dalam hukum pidana kata “pidana” berarti hal yang “dipidanakan”, yaitu oleh instansi yang berkuasa dilimpahkan kepada seseorang oknum sebagai hal yang tidak enak dirasakannya dan juga hal-hal yang sehari-hari dilimpahkan⁸⁶. Hukum pidana menentukan sanksi terhadap setiap pelanggaran hukum yang dilakukan. Sanksi itu pada prinsipnya merupakan *penambahan penderitaan dengan sengaja*. Penambahan penderitaan dengan sengaja ini pula yang menjadi pembeda terpenting antara hukum pidana dengan hukum yang lainnya. Pidana berasal dari kata *straf* (Belanda), yang dimaksud pidana adalah penderitaan yang sengaja dibebankan kepada orang yang melakukan perbuatan yang memenuhi syarat-syarat tertentu. Didalam hukum pidana modern, pidana juga meliputi apa yang disebut “tindakan” (tata tertib).⁸⁷Di kalangan ahli hukum, istilah “pidana” sering diartikan sama dengan istilah “hukuman”; Demikian pula istilah “pemidanaan” diartikan sama dengan “penghukuman”. Mengenai istilah “pidana” dan “hukuman”, istilah “pemidanaan” dan “penghukuman”, penulis setuju dengan pendapat beberapa ahli hukum yang berusaha memisahkan pengertian istilah-istilah tersebut. Moelyatno⁸⁸misalnya mengatakan, “istilah “hukuman” berasal dari kata “*straf*” dan istilah “dihukum” berasal dari perkataan

⁸⁶Moeljatno, 1993, *Asas-asas Hukum Pidana*, Rineka Cipta, Jakarta, h.1.

⁸⁷A.Fuad Usfa, 2006, *Pengantar Hukum Pidana*, UMM, Malang, h. 2.

⁸⁸Muladi dan Barda Nawawi Arief, 1992, *Teori-Teori Dan Kebijakan Hukum Pidana*, Alumni. Bandung, h.1.

“*wordt gestraft*” adalah istilah-istilah yang konvensional. Sedangkan istilah “pidana” untuk menggantikan kata “*straf*” dan “diancam dengan pidana” untuk menggantikan kata “*wordt gestraft*” merupakan istilah yang inkonvensional. “Dihukum” berarti diterapi hukum, baik hukum pidana maupun hukum perdata. Sedangkan “hukuman” adalah hasil atau akibat dari penerapan hukum tadi yang maknanya lebih luas daripada pidana, sebab mencakup juga keputusan hakim dalam lapangan hukum perdata.

Pendapat senada dikemukakan oleh Muladi dan Barda Nawawi Arief⁸⁹, bahwa istilah “hukuman” merupakan istilah umum dan konvensional yang mempunyai arti lebih luas dari istilah “pidana”, karena istilah “hukuman” tidak hanya mencakup bidang hukum saja, tetapi juga istilah sehari-hari misalnya dibidang pendidikan, moral agama dan sebagainya. Sedangkan istilah “pidana” merupakan istilah yang lebih khusus, karena terkait erat dengan pengertian atau makna sentral yang menunjukkan ciri-ciri atau sifat-sifat dari pidana itu sendiri.

Adapun ciri-ciri atau sifat khas yang menggambarkan pengertian pidana berdasarkan pendapat beberapa ahli sebagaimana dihimpun dan dikutip oleh Muladi dan Barda Nawawi adalah sebagai berikut⁹⁰:

1. Sudarto:

Pidana ialah penderitaan yang sengaja di bebankan kepada orang yang melakukan perbuatan yang memenuhi syarat-syarat tertentu.

2. Roelan Saleh:

Pidana adalah rekasi atas delik, dan ini berujud suatu nestapa yang dengan sengaja ditimpakan negara pada pembuat delik itu.

3. Fitzgerald:

Punishment is the authoritative infliction of suffering for an offence. (Pidana adalah penderitaan dari yang berwenang terhadap sebuah pelanggaran.).

⁸⁹*Ibid.* h. 2.

⁹⁰*Ibid.* h. 2-4.

4. Ted Honderich:

Punishment is an authority's infliction of penalty (something involving deprivation or distress) on an offender for an offence. (Pidana adalah hukuman dari pihak yang berwenang (sesuatu yang meliputi pencabutan atau penderitaan) terhadap seorang pelanggar dari sebuah pelanggaran).

5. Sir Rupert Cross:

Punishment means "The infliction of pain by the State on someone who has been convicted of an offence. (Pidana adalah derita yang menyakitkan dari negara terhadap seseorang yang dihukum dari sebuah pelanggaran).

6. Burton M. Leiser:

A punishment is a harm inflicted by a person in a position of authority upon another who is judged to have violated a rule or a law. (Pidana adalah sebuah kerugian yang diderita oleh seseorang dalam sebuah kedudukan dari pihak yang berwenang terhadap siapa yang sudah melanggar sebuah aturan hukum).

7. H.L.A Hart:

Punishment must: a. involve pain or other consequences normally considered unpleasant; b. be for an actual or supposed offender for his offence; c. be for an offence against legal rules; d. be intentionally administered by human beings other than the offender; e. be imposed and administered by an authority constituted by a legal system against which the offence is committed. (Pidana itu harus: a) diberikan sebagai nestapa atau akibat-akibat lain yang tidak menyenangkan; b) dijatuhkan atas suatu perbuatan atau ditujukan kepada pelaku pelanggaran atas perbuatannya; c) diberikan kepada seseorang yang telah melakukan pelanggaran terhadap peraturan; d) merupakan kesengajaan administrasi oleh masyarakat terhadap pelanggar; e) dijatuhkan oleh lembaga atau instansi yang berwenang.).

8. Alf Ross:

Punishment is that social response which: a. occurs where there is violation of a legal rule; b. is imposed and carried out by authorized persons on behalf of the legal order to which the violated rule belongs; c. involves sufferings or at least other consequences normally considered unpleasant; d. expresses disapproval of the violator. (Pidana adalah tanggung jawab sosial dimana: a) terdapat pelanggaran terhadap aturan hukum; b) dijatuhkan atau

dikenakan oleh pihak yang berwenang atas nama perintah hukum terhadap pelanggar hukum; c) merupakan suatu nestapa atau akibat-akibat lain yang tidak menyenangkan; d) perwujudan pencelaan terhadap pelanggar).

Pendapat-pendapat di atas secara tegas memberi gambaran mengenai karakteristik/pengertian pidana pada umumnya, yaitu⁹¹:

1. pidana itu merupakan penderitaan atau nestapa;
2. pidana itu diberikan dengan sengaja oleh orang atau badan yang berwenang;
3. pidana dikenakan kepada seseorang yang telah melakukan tindak pidana menurut undang-undang;
4. pidana itu merupakan pernyataan perbuatan tercela.

Sementara sehubungan dengan istilah “pidanaan” yang diartikan sama dengan istilah “penghukuman”, dikemukakan oleh Soedarto⁹² bahwa “penghukuman” berasal dari kata dasar “hukum” sehingga dapat diartikan sebagai “menetapkan hukum” atau “memutuskan tentang hukumnya” (*berechten*), baik itu mencakup hukum pidana maupun hukum perdata. Sedangkan “pidanaan” atau “pemberian/penjatuhan pidana oleh hakim, merupakan pengertian “penghukuman dalam arti sempit yang mencakup bidang hukum pidana saja; dan maknanya sama dengan “*sentence*” atau “*veroordeeling*, misalnya dalam pengertian “*sentence conditionally*” atau “*voorwaardelijkveeroordeeld*” yang sama artinya dengan “dihukum bersyarat” atau “dipidana bersyarat”. Dalam kesempatan lain Soedarto juga pernah mengatakan bahwa pemberian pidana itu mempunyai dua (2) arti: ⁹³

1. Dalam arti umum ialah yang menyangkut pembentuk undang-undang, ialah yang menetapkan stelsel sanksi hukum pidana (pemberian pidana *in abstracto*);
2. Dalam arti konkrit, ialah yang menyangkut berbagai badan atau jawatan yang kesemuanya mendukung dan melaksanakan stelsel sanksi hukum Pidana itu.

⁹¹*Ibid*, h. 4.

⁹²*Ibid*, h. 1.

⁹³Sudarto, 1986, *Hukum Dan Hukum Pidana*, Alumni. Bandung, h.42.

Berdasarkan uraian di atas dapat dikemukakan bahwa timbulnya dualisme istilah “pidana” dan “hukuman”, “pidana” dan “penghukuman” adalah berpangkal dari perbedaan dalam mengartikan kata “*straf*” (bahasa Belanda) ke dalam Bahasa Indonesia yang oleh sementara kalangan ahli hukum ada yang disinonimkan dengan istilah “pidana” dan ada pula yang menggunakan istilah “hukuman”. Sehubungan dengan dualisme istilah tersebut dikemukakan oleh Sudarto⁹⁴ bahwa istilah “pidana” lebih baik daripada “hukuman”.

B. Tujuan Pidana

Pembahasan tentang teori-teori pidana sangat erat kaitannya dengan tujuan dari hukum pidana. Oleh karena itu terlebih dahulu akan mengemukakan beberapa pendapat tentang tujuan hukum pidana kemudian akan dilanjutkan dengan uraian tentang teori-teori pidana.

Tugas dari hukum pidana adalah untuk melindungi kepentingan hukum yang digolongkan ke dalam perlindungan terhadap nyawa, badan, kehormatan, kebebasan, dan kekayaan.⁹⁵ Wujud dari perlindungan tersebut adalah melalui sanksi pidana.

Wirjono Prodjodikoro menyatakan bahwa, tujuan hukum pidana ialah untuk memenuhi rasa keadilan. Ada beberapa tujuan hukum pidana yaitu:⁹⁶

1. Pemeliharaan tertib masyarakat.
2. Perlindungan warga masyarakat dari kejahatan, kerugian atau bahaya yang tidak dapat dibenarkan, yang dilakukan oleh orang lain;
3. Memasyarakatkan kembali (resosialisasi) para pelanggar hukum;
4. Memelihara atau mempertahankan integritas pandangan-pandangan dasar tertentu mengenai keadilan sosial, martabat kemanusiaan, dan keadilan individu.

⁹⁴Muladi dan Barda Nawawi Arief, *Teori-Teori Dan Kebijakan Hukum Pidana*, Op.Cit. h. 2.

⁹⁵Zamhri Abidin, 1986, *Pengertian dan Asas Hukum Pidana Dalam Bagan dan Catatan Singkat*, Ghalia Indonesia, Jakarta, h. 4.

⁹⁶Wirjono Prodjodikoro, 1981, *Asas-Asas Hukum Pidana*, Eresco, Bandung, h.16.

Guna lebih mendalami dari tujuan pidana, dikemukakan beberapa pendapat para sarjana sebagai berikut:

Richard D. Schwartz dan Jerome H. Skolnick mengemukakan bahwa, sanksi pidana dimaksudkan untuk:⁹⁷

1. Mencegah terjadinya pengulangan tindak pidana (*to prevent recidivism*);
2. Mencegah orang lain melakukan perbuatan yang sama seperti yang dilakukan si terpidana (*to deter other from the performance of similar acts*);
3. Menyediakan saluran untuk mewujudkan motif-motif balas (*to provide a channel for the expression of retaliatory motives*).

Menurut Emile Durkheim, fungsi dari pidana adalah untuk menciptakan kemungkinan bagi pelepasan emosi-emosi yang ditimbulkan atau diguncangkan oleh adanya kejahatan (*the function of punishment is to create a possibility for the release of emotions that are aroused by the crime*).⁹⁸

Roeslan Saleh⁹⁹ mengemukakan bahwa pada hakikatnya ada dua poros yang menentukan garis-garis hukum pidana, yaitu:

Segi prevensi, yaitu bahwa hukum pidana adalah hukum sanksi, suatu upaya untuk dapat mempertahankan kelestarian hidup bersama dengan melakukan pencegahan kejahatan; Segi pembalasan, yaitu bahwa hukum pidana sekaligus merupakan pula penentuan hukum, merupakan koreksi dari dan reaksi atas sesuatu yang bersifat tidak hukum. Dengan demikian, pada hakikatnya dia (pidana) adalah selalu merupakan perlindungan terhadap masyarakat dan pembalasan atas perbuatan tindak hukum. Disamping itu pidana mengandung hal-hal lain, yaitu bahwa pidana diharapkan sebagai suatu yang akan membawa kerukunan dan pidana adalah suatu proses pendidikan untuk menjadikan orang dapat diterima kembali dalam masyarakat.

⁹⁷ Muladi dan Barda Nawawi Arief, 1992, Teori-teori dan Kebijakan Pidana, Alumni, Bandung, h. 20.

⁹⁸ Loc.cit.

⁹⁹ Roeslan Saleh, Stelsel Pidana Indonesia, Jakarta, Aksara Baru, Dalam Mohammad Taufik Makara, Pembaharuan..., h. 65.

Teori pemidanaan di Indonesia pada dasarnya menganut tujuan pemidanaan gabungan, pemikiran tujuan pemidanaan gabungan ini terbangun dari keinginan untuk menciptakan keseimbangan antara unsur pembalasan dengan tujuan memperbaiki pelaku kejahatan. Menurut teori gabungan bahwa tujuan pidana itu selain membalas kesalahan penjahat juga dimaksudkan untuk melindungi masyarakat, dengan mewujudkan ketertiban. Teori ini menggunakan kedua teori tersebut di atas (teori absolut dan teori relatif) sebagai dasar pemidanaan, dengan pertimbangan bahwa kedua teori tersebut memiliki kelemahan-kelemahan yaitu:¹⁰⁰

1. Kelemahan teori absolut adalah menimbulkan ketidakadilan karena dalam penjatuhan hukuman perlu mempertimbangkan bukti-bukti yang ada dan pembalasan yang dimaksud tidak harus negara yang melaksanakan;
2. Kelemahan teori relatif yaitu dapat menimbulkan ketidakadilan karena pelaku tindak pidana ringan dapat dijatuhi hukum berat, kepuasan masyarakat diabaikan jika tujuannya untuk memperbaiki masyarakat, dan mencegah kejahatan dengan menakut-nakuti sulit dilaksanakan.

Teori integratif dapat dibagi menjadi tiga golongan yaitu:

1. Teori integratif yang menitikberatkan pembalasan, akan tetapi tidak boleh melampaui batas apa yang perlu dan sudah cukup untuk dapat mempertahankan tata tertib masyarakat;
2. Teori integratif yang menitikberatkan pada pertahanan tata tertib masyarakat, tetapi tidak boleh lebih berat dari suatu penderitaan yang beratnya sesuai dengan beratnya perbuatan yang dilakukan oleh narapidana;
3. Teori integratif yang menganggap harus ada keseimbangan antara kedua hal di atas.

Sehingga dapat disimpulkan bahwa pada hakikatnya pidana adalah merupakan perlindungan terhadap masyarakat dan pembalasan terhadap perbuatan melanggar hukum. Selain itu Roeslan Saleh juga mengemukakan bahwa pidana mengandung hal-hal lain, yaitu bahwa pidana diharapkan sebagai sesuatu yang akan

¹⁰⁰ Koeswadi, *Perkembangan Macam-macam Pidana Dalam Rangka Pembangunan Hukum Pidana*, Cetakan I, Citra Aditya Bhakti, Bandung, 1995, hlm. 11-12.

membawa kerukunan dan pidana adalah suatu proses pendidikan untuk menjadikan orang dapat diterima kembali dalam masyarakat.¹⁰¹ Dalam konteks itulah Muladi mengajukan kombinasi tujuan pemidanaan yang dianggap cocok dengan pendekatan-pendekatan sosiologis, ideologis, dan yuridis filosofis dengan dilandasi oleh asumsi dasar bahwa tindak pidana merupakan gangguan terhadap keseimbangan, keselarasan dan keserasian dalam kehidupan masyarakat, yang mengakibatkan kerusakan individual ataupun masyarakat. Dengan demikian maka tujuan pemidanaan adalah untuk memperbaiki kerusakan individual dan sosial yang diakibatkan oleh tindak pidana. Perangkat tujuan pemidanaan tersebut adalah: 1) pencegahan (umum dan khusus), 2) perlindungan masyarakat, 3) memelihara solidaritas masyarakat, 4) pengimbalan/pengimbangan.¹⁰² Teori ini digunakan untuk merekonstruksi model sanksi restitusi dan kompensasi yang benar-benar efektif menciptakan keadilan bagi anak korban pencabulan khususnya dalam hal pemulihan hak-hak anak yang telah dicerai dengan adanya tindak pidana pencabulan. Sementara itu berkaitan dengan pemidanaan, Barda Nawawi menyampaikan bahwa pemidanaan haruslah menjurus pada dua sasaran yaitu:

1. Perlindungan masyarakat;
2. Perlindungan dan pembinaan terhadap individu pelaku pidana serta korban.

Sehingga pemidanaan sudah seharusnya mampu melihat kepentingan masyarakat yang kemudian diakomodir dengan azas legalitas dan kepentingan individu yang kemudian diakomodir dengan azas culpabilitas atau azas kesalahan. Sehingga dalam hal pemidanaan perlu ditinjau kembali perihal tindak pidana dan pertanggungjawaban pidana.¹⁰³ Pada perkembangannya berkaitan dengan pembangunan hukum pidana, Barda Nawawi Arief menyatakan bahwa:¹⁰⁴

Pembangunan hukum pidana merupakan upaya membangkitkan kembali nilai-nilai yang hidup di masyarakat,

¹⁰¹ Muladi dan Barda Nawawi, *Teori dan Kebijakan Pidana*, Alumni, Bandung, 1992, hlm. 22.

¹⁰² Muladi, *Kapita Selekta Sistem Peradilan Pidana*, UNDIP, Semarang, 1995, hlm. 61.

¹⁰³ Barda Nawawi Arief, *Bunga Rampai Kebijakan Hukum Pidana*, Citra Aditya Bakti, Bandung, 2005, hlm. 88.

¹⁰⁴ Barda Nawari Arief, *Beberapa Aspek Kebijakan Penegakan dan Pengembangan Hukum Pidana*, Universitas Diponegoro, Semarang, 1984, hlm. 125.

untuk kemudian dikaji secara mendalam sebagai bahan penyusunan hukum nasional, jelas merupakan kewajiban dunia akademik. Sungguh suatu hal yang sangat ironik apabila kebanyakan lulusan fakultas hukum lebih banyak memahami dan menguasai nilai-nilai hukum yang hidup dikalangan bangsanya sendiri. Terlebih lagi apabila dia merasa asing bahkan secara tidak sadar telah memusuhi bahkan membunuhnya.

Lebih lanjut Barda Nawawi Arief menyatakan:¹⁰⁵

Bahwa pembaharuan hukum pidana pada hakikatnya merupakan upaya reorientasi dan reevaluasi dari nilai-nilai sosio-politik, sosio-filosofik, sosio-kultur yang melandasi dan memberi isi terhadap muatan-muatan normatif dan substantif hukum pidana yang dicita-citakan.

Selanjutnya berkaitan dengan upaya pembaharuan hukum pidana yang berlandaskan nilai-nilai luhur masyarakat Indonesia, Barda Nawawi Arief menyatakan:¹⁰⁶

Sistem hukum nasional di samping hendaknya dapat menunjang pembangunan nasional dan kebutuhan pergaulan internasional, juga harus bersumber dan tidak mengabaikan nilai-nilai dan aspirasi yang hidup dan berkembang di dalam masyarakat, nilai-nilai yang hidup di dalam masyarakat itu dapat bersumber atau digali dari nilai-nilai hukum adat atau nilai-nilai hukum agama. Berdasarkan berbagai penjelasan di atas terlihat jelas bahwasannya Barda Nawawi Arief menghendaki adanya sistem hukum pidana serta pembangunan politik hukum pidana yang tidak hanya melihat dari segi tekstual pasal hukum saja namun juga harus memperhatikan nilai adat-istiadat serta nilai-nilai agama yang hidup dan berkembang dalam kehidupan masyarakat secara berkeimbangan. Selanjutnya Barda Nawawi menyatakan bahwa:

¹⁰⁵ Barda Nawawi Arief, *Bunga Rampai Kebijakan Hukum Pidana*, Universitas Diponegoro, Semarang, 2013, hlm. 32.

¹⁰⁶ Barda Nawawi Arief, *Beberapa Aspek Kebijakan Penegakan dan Pengembangan Hukum Pidana*, Citra Aditya Bakti, Bandung, 1998, hlm. 117.

Pembaharuan hukum pidana pada hakikatnya merupakan upaya reorientasi dan reevaluasi dari nilai-nilai sosio-politik, sosio-filosofik, sosio-kultur yang melandasi dan memberi isi terhadap muatan-muatan normatif dan substantif hukum pidana yang dicita-citakan..... Dan, sistem hukum nasional di samping hendaknya dapat menunjang pembangunan nasional dan kebutuhan pergaulan internasional, juga harus bersumber dan tidak mengabaikan nilai-nilai dan aspirasi yang hidup dan berkembang di dalam masyarakat, nilai-nilai yang hidup di dalam masyarakat itu dapat bersumber atau digali dari nilai-nilai hukum adat atau nilai-nilai hukum agama.

Kemudian Fouconnet menyatakan bahwa penghukuman dalam arti pemidanaan dan pelaksanaan pidana pada hakekatnya merupakan penegasan kembali nilai-nilai kemasyarakatan yang telah dilanggar dan dirubah dengan adanya kejahatan itu. (*... the conviction and the execution of the sentences is essentially a ceremonial reaffirmation of the societal values thar are violated and challenged by the crime*).¹⁰⁷ Roger Hood.¹⁰⁸ Sasaran pidana disamping untuk mencegah si terpidana atau pembuat pontensiil melakukan tindak pidana, juga untuk:

1. Memperkuat kembali nilai-nilai sosial (*reinforcing social values*);
2. Menentramkan rasa takut masyarakat terhadap kejahatan (*allaying public fear of crime*).

J.E. Sahetapy mengemukakan bahwa pemidanaan bertujuan:¹⁰⁹

“Pembebasan”. Pidana harus dapat membebaskan si pelaku dari cara atau jalan yang keliru yang telah ditempuhnya. Makna pembebasan tidak identik dengan pengertian rehabilitasi atau reformasi. Makna pembebasan menghendaki agar si pelaku bukan saja harus dibebaskan dari alam pikiran yang jahat, yang keliru, melainkan ia harus pula dibebaskan dari kenyataan sosial di mana ia terbelenggu.

¹⁰⁷ Muladi dan Barda nawawi Arief, Op.cit., h. 20-21.

¹⁰⁸ Ibid., hlm. 21.

¹⁰⁹ J.E. Sahetapy, 1992, *Suatu Studi Khusus Mengenai Ancaman Pidana Mati Terhadap Pembunuhan Berencana*, Rajawali Pers, Jakarta, h. 279-300.

Menurut Sahetapy tidak dapat disangkal bahwa dalam pengertian pidana tersimpul suatu unsur penderitaan. Tetapi penderitaan dalam tujuan membebaskan bukanlah semata-mata untuk penderitaan agar si pelaku menjadi takut atau merasa menderita akibat suatu pembalasan dendam melainkan derita itu harus dilihat sebagai obat atau sebagai kunci jalan keluar yang membebaskan dan juga memberi kemungkinan bertobat dengan penuh keyakinan. G. Peter Hoefnagels mengemukakan, tujuan pidana adalah untuk:¹¹⁰

1. Menyelesaikan konflik (*conflict resolution*);
2. Mempengaruhi para pelanggar dan orang-orang lain ke arah
3. perbuatan yang kurang lebih sesuai dengan hukum (*influencing offenders and possibility other than offenders towards more or less law conforming behavior*).

R. Rijkse, membedakan antara dasar hukum dari pidana dan tujuan pidana. Dasar hukum dari pidana terletak pada pembalasan terhadap kesalahan, yakni dalam pembalasan itu terletak kebenaran daripada wewenang pemerintah untuk memidana. Apakah penguasa juga akan menggunakan wewenang itu tergantung dari tujuan yang dikehendaki. Tujuan-tujuan itu menurut R. Rijkse serta penulis-penulis lain yaitu van Veen, Hulsman dan Hoefnagels adalah penegakkan wibawa, penegakan norma, menakut-nakuti, mendamaikan, mempengaruhi tingkah laku dan menyelesaikan konflik.¹¹¹

Bismar Siregar menyatakan antara lain, yang pertama-tama diperhatikan dalam pemberian pidana, bagaimana caranya agar hukuman badaniah mencapai sasaran mengembalikan keseimbangan yang telah terganggu akibat perbuatan si tertuduh. Karena tujuan penghukuman tiada lain mewujudkan kedamaian dalam kehidupan manusia.¹¹²

Mengingat pentingnya tujuan pemidanaan sebagai pedoman dalam memberikan atau menjatuhkan pidana, maka dikemukakan konsep-konsep tujuan pemidanaan dari beberapa Rancangan

¹¹⁰ Ibid. hlm. 279-300.

¹¹¹ Muladi dan Barda nawawi Arief, Op.cit., hlm. 21.

¹¹² Bismar Siregar, 1980, "Tentang Pemberian Pidana", Kertas Kerja pada Simposium Pembaharuan Hukum Pidana Nasional di Semarang, tahun 1980.

Undang-undang Kitab Undang-undang Hukum Pidana (RUU-KUHP).
Di dalam RUU Maksud tujuan pembedanaan ialah:

1. Untuk mencegah dilakukannya tindak pidana demi pengayoman negara, masyarakat dan penduduk;
2. Untuk membimbing agar terpidana insaf dan menjadi anggota masyarakat yang berbudi baik dan berguna;
3. Untuk menghilangkan noda-noda yang diakibatkan oleh tindakan pidana;
4. Pembedanaan tidak dimaksudkan untuk menderitakan dan tidak diperkenankan merendahkan martabat manusia.

Dalam konsep RUU-KUHP tahun 1982/1983, tujuan pemberian pidana dirumuskan sebagai berikut:

Pembedanaan bertujuan untuk:

1. Ke-1 mencegah dilakukannya tindak pidana dengan
2. Menegakkan norma hukum demi pengayoman masyarakat;
3. Ke-2 mengadakan koreksi terhadap terpidana, dan dengan demikian menjadikannya orang baik dan berguna, serta mampu untuk hidup bermasyarakat;
4. Ke-3 menyelesaikan konflik yang ditimbulkan oleh tindak pidana, memulihkan keseimbangan dan mendatangkan rasa damai dalam masyarakat;
5. Ke-4 membebaskan rasa bersalah pada terpidana.

Dalam konsep RUU-KUHP tahun 2019, tujuan pembedanaan dirumuskan sebagai berikut:

1. Pembedanaan bertujuan:
 - a. memasyarakatkan terpidana dengan mengadakan pembinaan sehingga menjadi orang yang baik dan berguna;
 - b. menyelesaikan konflik yang ditimbulkan oleh tindak pidana, memulihkan keseimbangan, dan mendatangkan rasa damai dalam masyarakat; dan
 - c. membebaskan rasa bersalah pada terpidana.
2. Pembedanaan tidak dimaksudkan untuk menderitakan dan tidak diperkenankan merendahkan martabat manusia.

Merujuk pendapat para pakar di atas, dapat penulis simpulkan bahwa tujuan hukum pidana pada umumnya adalah untuk menjaga ketertiban dan keamanan dalam masyarakat dan secara khusus untuk melindungi kepentingan individu dari berbagai jenis perbuatan jahat serta memberi efek jera kepada pelanggar hukum agar tidak mengulangi melakukan kejahatan. Pemidanaan mempunyai beberapa tujuan yang bisa diklasifikasikan berdasarkan teori-teori tentang pemidanaan.

Teori tentang tujuan pemidanaan yang berkisar pada perbedaan hakekat ide dasar tentang pemidanaan dapat dilihat dari beberapa pandangan berikut. Herbert L. Packer menyatakan bahwa ada dua teori tujuan pemidanaan yang berbeda satu sama lain yaitu teori retributif (*retributive theory*) dan teori *utilitarian* (*utilitarian theory*). Teori retributif mengandaikan pemidanaan sebagai ganjaran negatif terhadap perilaku menyimpang yang dilakukan oleh warga masyarakat sehingga pandangan ini melihat pemidanaan hanya sebagai pembalasan terhadap kesalahan yang dilakukan atas dasar tanggung jawab moralnya masing-masing. Pandangan ini dikatakan bersifat melihat ke belakang (*backward-looking*). Sedangkan teori *utilitarian* melihat pemidanaan dari segi manfaat atau kegunaannya, di mana yang dilihat adalah situasi atau keadaan yang ingin dihasilkan dengan dijatuhkannya pidana itu. Di satu pihak, pemidanaan dimaksudkan untuk memperbaiki sikap atau tingkah laku terpidana dan di pihak lain pemidanaan itu juga dimaksudkan untuk mencegah orang lain dari kemungkinan melakukan perbuatan yang serupa. Pandangan ini dikatakan berorientasi ke depan (*forward-looking*) dan mempunyai sifat pencegahan (*deterrence*). Muladi berpendapat bahwa teori tujuan pemidanaan dapat dibagi menjadi 3 kelompok sebagai berikut:¹¹³

1. Teori absolut (*retributif*) memandang bahwa pemidanaan merupakan pembalasan atas kesalahan yang telah dilakukan sehingga berorientasi pada perbuatan dan terletak pada terjadinya kejahatan itu sendiri. Teori ini mengedepankan bahwa sanksi dalam hukum pidana dijatuhkan semata-mata karena orang telah melakukan sesuatu kejahatan yang merupakan akibat mutlak yang harus ada sebagai suatu pembalasan kepada orang

¹¹³Herbert L. Packer, 1968, *The Limits of the Criminal Sanction*, Stanford University Press, California, h. 9-10.

yang melakukan kejahatan sehingga sanksi bertujuan untuk memuaskan tuntutan keadilan.

2. Teori teleologis (tujuan) memandang bahwa pemidanaan bukan sebagai pembalasan atas kesalahan pelaku tetapi sarana mencapai tujuan yang bermanfaat untuk melindungi masyarakat menuju kesejahteraan masyarakat. Sanksi ditekankan pada tujuannya, yakni untuk mencegah agar orang tidak melakukan kejahatan, maka bukan bertujuan untuk pemuasan absolut atas keadilan.
3. Teori retributif-teleologis (teori integratif) memandang bahwa tujuan pemidanaan bersifat plural. Hal itu karena teori ini menggabungkan antara prinsip-prinsip teleologis (tujuan) dan retributif sebagai satu kesatuan. Teori ini bercorak ganda, di mana pemidanaan mengandung karakter retributif sejauh pemidanaan dilihat sebagai suatu kritik moral dalam menjawab tindakan yang salah. Sedangkan karakter teleologisnya terletak pada ide bahwa tujuan kritik moral tersebut ialah suatu reformasi atau perubahan perilaku terpidana dikemudian hari. Pandangan teori ini menganjurkan adanya kemungkinan untuk mengadakan artikulasi terhadap teori pemidanaan yang mengintegrasikan beberapa fungsi sekaligus *retribution* yang bersifat *utilitarian*, dimana pencegahan dan sekaligus rehabilitasi yang kesemuanya dilihat sebagai sasaran yang harus dicapai oleh suatu rencana pemidanaan. Karena tujuannya bersifat integratif, maka perangkat tujuan pemidanaan adalah pencegahan umum dan khusus, perlindungan masyarakat, memelihara solidaritas masyarakat, dan pengimbalan/pengimbangan.¹¹⁴

Dalam perkembangannya, teori pemidanaan yang bertujuan rehabilitasi telah dikritik karena didasarkan pada keyakinan bahwa tujuan rehabilitasi tidak dapat berjalan. Pada tahun 1970-an telah terdengar tekanan-tekanan bahwa *treatment* terhadap rehabilitasi tidak berhasil serta *indeterminate sentence* tidak diberikan dengan tepat tanpa garis-garis pedoman.¹¹⁵

Terhadap tekanan atas tujuan rehabilitasi tersebut, lalu lahir “Model Keadilan” sebagai justifikasi modern untuk pemidanaan yang dikemukakan oleh Sue Titus Reid. Model keadilan dikenal juga

¹¹⁴Muladi, 2002, *Lembaga Pidana Bersyarat*, Penerbit Alumni, Bandung, h. 49-51.

¹¹⁵Sholehuddin, 2003, *Sistem Sanksi dalam Hukum Pidana, Ide Dasar Double Track System dan Implementasinya*, RajaGrafindo Persada, Jakarta, h. 61.

dengan pendekatan keadilan atau model ganjaran setimpal (*just desert model*) yang didasarkan pada dua teori tentang tujuan pemidanaan yaitu pencegahan (*prevention*) dan retribusi (*retribution*). Dasar retribusi dalam *just desert model* menganggap bahwa pelanggar akan dinilai dengan sanksi yang patut diterima oleh mereka mengingat kejahatan-kejahatan yang telah dilakukannya, sanksi yang tepat akan mencegah para kriminal melakukan tindakan-tindakan kejahatan lagi dan mencegah orang-orang lain melakukan kejahatan.¹¹⁶

Sesuai skema *just desert*, pelaku dengan kejahatan yang sama akan menerima penghukuman yang sama, dan pelaku kejahatan yang lebih serius akan mendapatkan hukuman yang lebih keras daripada pelaku kejahatan yang lebih ringan. Akan tetapi, terdapat dua hal yang menjadi kritik dari teori *just desert* ini yaitu:

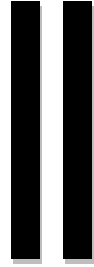
1. *Desert theories* menekankan pada keterkaitan antara hukuman yang layak dengan tingkat kejahatan. Berdasarkan kepentingan memperlakukan kasus seperti itu, teori ini mengabaikan perbedaan-perbedaan relevan lain antara para pelaku, seperti latar belakang pribadi pelaku dan dampak penghukuman kepada pelaku dan keluarganya. Oleh karena itu, seringkali terdapat perlakuan kasus yang tidak sama dengan cara yang sama.
2. Secara keseluruhan tapi eksklusif, menekankan pada pedoman-pedoman pembeda dari kejahatan dan catatan kejahatan mempengaruhi psikologi dari penghukuman dan pihak yang menghukum.¹¹⁷

¹¹⁶Sue Titus Reid, 1987, *Criminal Justice, Procedur and Issues*, West Publising Company, New York, h. 352. Dalam Sholehuddin, *Ibid.*, h. 62.

¹¹⁷Michael Tonry, 1996, *Sentencing Matters*, Oxford University Press, New York, h. 15.

BAB 4

PERTANGGUNGJAWABAN PIDANA



A. Sistem Pertanggungjawaban Pidana dalam KUHP

KUHP tidak menyebutkan secara eksplisit sistem pertanggungjawaban pidana yang dianut. Beberapa Pasal KUHP sering menyebutkan kesalahan berupa kesengajaan atau kealpaan. Namun sayang, kedua istilah tersebut tidak dijelaskan lebih lanjut oleh undang-undang tentang maknanya. Jadi, baik kesengajaan maupun kealpaan tidak ada keterangan lebih lanjut dalam KUHP. Kedua kata kata itu sering dipakai dalam rumusan delik, seakan-akan sudah pasti, tetapi tidak tahu apa maknanya. Hal itu seakan-akan tidak menimbulkan keragu-raguan lagi dalam pelaksanaannya.¹¹⁸ Apabila dicermati rumusan Pasal-Pasal yang ada dalam KUHP, terutama buku kedua, tampak dengan jelas disebutkan istilah kesengajaan atau kealpaan. Berikut ini akan dikutipkan rumusan Pasal-Pasal KUHP tersebut:

1. Dengan sengaja
Misalnya, Pasal 338 KUHP yang berbunyi: Barang siapa dengan sengaja menghilangkan nyawa orang lain, diancam karena pembunuhan ... dan seterusnya.
2. Karena kealpaan
Misalnya, Pasal 359 KUHP yang berbunyi: Barang siapa karena kealpaannya menyebabkan matinya orang lain, diancam dengan pidana ... dan seterusnya.

¹¹⁸Roeslan Saleh, 1982, *Perbuatan Pidana dan Pertanggungjawaban Pidana*, Cetakan Pertama, Ghalia Indonesia. Jakarta, h. 98.

Tidak ada penjelasan lebih lanjut apa yang dimaksud dengan kesengajaan atau kealpaan tersebut. namun, berdasarkan doktrin dan pendapat para ahli hukum dapat disimpulkan bahwa dengan rumusan seperti itu berarti Pasal-Pasal tersebut mengandung unsur kesalahan yang harus dibuktikan oleh pengadilan. Dengan kata lain, untuk memidana pelaku, selain telah terbukti melakukan tindak pidana, maka unsur kesengajaan atau kealpaan juga harus dibuktikan. Sementara itu, terdapat juga Pasal-Pasal yang dirumuskan tidak secara eksplisit mengenai kesengajaan atau kealpaan. Namun, dari rumusannya sudah dapat ditafsirkan secara gramatikal bahwa rumusan yang demikian tak lain dan tak bukan harus dilakukan dengan sengaja. Beberapa contoh Pasal itu dapat dilihat berikut ini.

1. Dengan Maksud

Misalnya Pasal 362 KUHP yang berbunyi: Barang siapa mengambil sesuatu barang yang seluruhnya atau untuk sebagian kepunyaan orang lain dengan maksud untuk memilikinya dengan melawan hukum ... dan seterusnya.

2. Mengetahui/Diketahui

Misalnya, Pasal 480 KUHP yang berbunyi: Barang siapa ... yang diketahuinya atau disangka bahwa barang itu diperoleh dari kejahatan ... dan selanjutnya.

3. Yang Ia Tahu

Misalnya, Pasal 245 KUHP yang berbunyi: Barang siapa yang dengan sengaja, mengeluarkan mata uang kertas negara atau uang kertas yang ditirunya atau dipalsukannya sendiri atas yang pada waktu diterimanya ia tahu ... dan seterusnya.

4. Dengan Paksa

Misalnya, Pasal 167 KUHP berbunyi: Barang siapa dengan paksa dan melawan hukum memasuki sebuah rumah atau ruangan atau pekarangan tertutup ... dan seterusnya.

5. Dengan Paksa

Misalnya, Pasal 160 KUHP yang berbunyi: Barang siapa melawan hukum masuk dengan paksa ke dalam, atau dengan melawan hukum ada tinggal di dalam rumah atau tempat yang tertutup, yang dipakai oleh orang yang lain dan tidak segera pergi dari tempat itu, atas permintaan yang berhak ... dan seterusnya.

6. Dengan Kekerasan atau Ancaman Kekerasan

Misalnya, Pasal 175 KUHP yang berbunyi: Barang siapa dengan kekerasan atau ancaman kekerasan, merintangi pertemuan agama yang bersifat umum dan diizinkan atau upacara agama yang diizinkan atau upacara penguburan jenazah, diancam ... dan seterusnya.

Kalau Pasal-Pasal kejahatan sebagaimana diuraikan di atas disebutkan dengan jelas unsur kesalahan atau setidaknya-tidaknya bisa ditafsirkan secara gramatikal, tidak demikian halnya dengan Pasal-Pasal pelanggaran. Apabila dicermati Pasal-Pasal pelanggaran, dari rumusannya, ada yang jelas-jelas mensyaratkan unsur kesalahan, ada juga Pasal-Pasal yang tidak jelas rumusannya, apakah kesalahan merupakan unsur yang harus ada atau tidak. Pasal-Pasal yang secara jelas mensyaratkan adanya unsur kesalahan biasanya dirumuskan secara aktif, seperti menghasut, menjual, menawarkan, membagi-bagikan, memburu, membawa, menjalankan, memberi, menerima, tidak memenuhi kewajiban, dan dengan terang-terangan menunjukkan. Pasal-Pasal yang dirumuskan seperti ini dapat ditafsirkan bahwa unsur kesalahan harus terdapat didalamnya. Di samping Pasal-Pasal tersebut di atas, terdapat pula Pasal-Pasal pelanggaran lain yang dilihat dari rumusannya tidak terlalu jelas sehingga tidak mudah untuk menafsirkan apakah harus ada unsur kesalahan atau tidak, seperti rumusan Pasal-Pasal berikut ini.

1. Tidak Mentaati Perintah atau Petunjuk

Misalnya Pasal 511 KUHP yang berbunyi: Barang siapa di waktu ada pesta, arak-arakan dan sebagainya tidak mentaati perintah atau petunjuk yang diadakan ... dan seterusnya.

2. Tanpa Wenang

- a. Misalnya Pasal 518 KUHP yang berbunyi: Barang siapa tanpa wewenang memberi pada atau menerima dari seorang terpidana sesuatu barang, diancam dengan ... dan seterusnya.
- b. Pasal 532 KUHP yang berbunyi: Barang siapa di muka umum menyanyikan lagu-lagu yang melanggar kesusilaan.
- c. Pasal 540 KUHP yang berbunyi: Barang siapa menggunakan hewan untuk pekerjaan dengan yang terang melebihi kekuatannya.

Dalam Pasal 511 dan 518 tersebut di atas, Tidak mentaati perintah dan tanpa wewenang tidak dijelaskan lebih lanjut, apakah Pasal tersebut dilakukan dengan sengaja atau alpa. Demikian juga halnya dengan Pasal 532, di muka umum menyanyikan lagu yang melanggar kesusilaan, apakah dilakukan dengan sengaja atau alpa. Juga Pasal 540 menggunakan hewan untuk pekerjaan yang terang melebihi kekuatannya, tidak dicantumkan unsur kesengajaan atau kealpaan. Jika tidak ada unsur kesengajaan atau kealpaan itu, penegakan hukumnya akan sulit, karena bisa saja pelaku menyatakan melakukan hal itu karena tidak mengetahui akan adanya perintah atau pelaku tidak mengetahui bahwa ia tidak wenang. Dari rumusan yang tidak jelas itu, timbul pertanyaan bagi penulis, apakah Pasal-Pasal tersebut sengaja dibuat begitu, dengan maksud ke arah pertanggungjawaban terbatas (*strict liability*)? Kalau dugaan penulis benar, tanpa disadari sebenarnya KUHP kita juga menganut pengecualian terhadap asas kesalahan, terutama terhadap Pasal-Pasal pelanggaran.

Pernah juga dalam sejarahnya ada pandangan bahwa apabila seseorang melakukan suatu tindak pidana, dia tentu dipidana, dengan tidak menghiraukan apakah padanya ada kesalahan atau tidak. Pandangan seperti ini juga pernah dikemukakan oleh pembentuk undang-undang ketika membentuk WvS. Pada waktu itu kesalahan diperlukan hanya pada jenis tindak pidana yang disebut kejahatan sehingga tidak pada pelanggaran, sebagaimana dikatakan oleh MvT (*Memorie van Toelichting*) berikut ini:

“Pada pelanggaran, hakim tidak perlu untuk mengadakan penyelidikan, apakah ada kesengajaan atau kealpaan”. Apakah terdakwa telah melakukan sesuatu yang lalu bertentangan dengan undang-undang? Cuma inilah yang perlu diselidiki. Dan dari jawabannya pula tergantung apakah dijatuhkan pidana atau tidak. Pendapat demikian ini dinamakan ajaran *feit materiel*. Di sini tidak dihiraukan sama sekali tentang syarat kesalahan.¹¹⁹

Pandangan itu juga dipraktikkan dalam pengadilan (Hooge Raad 23 Mei 1899; 17 Desember 1908, dan 18 Januari 1915). Dalam pertimbangan Mahkamah itu disebutkan tidaklah menjadi

¹¹⁹Roeslan Saleh, *Ibid.*, h. 86.

soal, apakah terdakwa itu telah berbuat dengan sengaja atau dengan alpa asal tidak karena daya memaksa (*overmach*) maka ia melakukan perbuatannya itu.” Pada bagian lain *Hooge Raad* pernah berpendapat:

Adalah cukup untuk menyatakan seseorang itu dapat dipidana karena telah melakukan pelanggaran, apabila orang itu secara materiel atau secara nyata telah berperilaku seperti dirumuskan di dalam suatu ketentuan pidana, tanpa perlu mempertimbangkan lagi apakah perilaku orang tersebut dapat dipersalahkan kepadanya atau tidak.

Persoalan tersebut di atas telah dinyatakan pula dalam Arrest H.R. tanggal 14 Februari 1916 tentang “arrest air dan susu” sebagai berikut:

A.B. pengusaha susu menyuruh D. melever susu yang ternyata susu tersebut tidak murni karena telah dicampur air. D. tidak tahu sama sekali tentang hal itu. Berdasarkan Pasal 303a dan 344 Peraturan Polisi Umum, perbuatan itu diancam pidana dan merupakan tindak pidana pelanggaran. Oleh *Hooge Raad* A.B. dijatuhi pidana, dengan pertimbangan telah menyuruh pelayannya (D) melever susu dengan sebutan “susu murni” padahal dicampur dengan air, hal tersebut tidak diketahui oleh D.

Sehubungan dengan pandangan pembentuk WvS yang diikuti oleh putusan Mahkamah Agung Belanda tersebut, tidak diragukan lagi bahwa pembentuk WvS menghendaki agar terhadap pelanggaran tidak perlu ada unsur kesalahan. Kenyataan seperti itu mengundang pro dan kontra di kalangan ahli hukum. Simons, misalnya, termasuk yang menentang pendapat itu. Pada tahun 1884 ia telah mulai dengan serangan-serangannya terhadap pendapat klasik itu, antara lain, dalam karangannya *Schuldbegrip bij overtredingen* dan *Themis* 1884. Sebagai asas pokok yang diajukan adalah: *Tidak ada pidana tanpa kesalahan*.¹²⁰ Dengan uraian tersebut dapat disimpulkan bahwa terdapat perbedaan pendapat mengenai penerapan ajaran *fait materiel*. Di satu pihak, penjelasan WvS menyebutkan bahwa untuk pelanggaran tidak diperlukan adanya kesengajaan atau kealpaan, cukup apabila perbuatan pelaku memenuhi rumusan delik sehingga

¹²⁰Roeslan Saleh, *Ibid.*, h. 87.

ia dapat dipidana. Pendapat seperti ini diikuti juga oleh pengadilan. Namun dipihak lain, para ahli hukum mempermasalahkan penerapan *feitmateriel* itu yang dirasakan mengandung ketidakadilan. Pola pikir ahli hukum pada waktu itu adalah karena dianutnya doktrin/ajaran tidak tertulis yang berbunyi *geen straf zonder schuld* yang artinya “tidakada pidana tanpa kesalahan”. Dari uraian itu tampak jelas adanya perbedaan pendapat antara penjelasan pembentuk undang-undang (WvS) yang diikuti putusan *Hooge Raad* di satu pihak, dengan pendapat ahli hukum di pihak lain. Menurut hemat penulis, melihat kondisi rumusan Pasal-Pasal pelanggaran dalam KUHP, maka penulis cenderung memilih penjelasan WvS yang telah dipraktikkan oleh pengadilan Belanda,yakni terhadap pelanggaran tidak perlu dibuktikan adanya unsur kesalahan baik berupa kesengajaan maupun kealpaan.

B. Sistem Pertanggungjawaban Pidana di Luar KUHP

Untuk mengetahui kebijakan legislatif dalam menetapkan sistem pertanggungjawaban pidana di luar KUHP, penulis menganalisis beberapa undang-undang, seperti:

1. UU No. 7 Drt. Tahun 1955 tentang Tindak Pidana Ekonomi;
2. UU No. 5 Tahun 1997 tentang Psikotropika;
3. UU No. 35 Tahun 2009 tentang Narkotika.
4. UU No.32 Tahun 2009 tentang Pengelolaan Lingkungan Hidup.

Undang-undang tersebut sengaja dipilih khusus yang menyimpang dari ketentuan KUHP dan KUHP yang bersifat umum, terutama mengenai subjek delik dan pertanggungjawaban pidana,serta proses beracara di pengadilan. Dari masing-masing undang-undang tersebut akan dianalisis kecenderungan legislatif dalam menetapkan sistem pertanggungjawaban pidana sesuai dengan perkembangan sosial ekonomi Masyarakat yang berdampak pada perkembangan kejahatan.

1. Undang-Undang No.7 Drt. Tahun 1955 tentang Tindak Pidana Ekonomi

Undang-Undang itu tidak menyebutkan sistem pertanggungjawaban pidana yang dianut. Karena tidak disebutkan, sebagai ketentuan umum berlaku ketentuan KUHP.Namun, ada hal yang menyimpang dari KUHP, yakni

mengenai subjek delik. UU itu mengakui adanya korporasi sebagai pembuat dan dapat dipertanggungjawabkan dalam hukum pidana. Ketentuan mengenai hal itu terdapat dalam Pasal 15 yang berbunyi:

- a. Jika suatu tindak pidana ekonomi dilakukan oleh atau atas nama suatu badan hukum, suatu perseroan, suatu perserikatan orang atau yayasan, maka tuntutan pidana dilakukan dan hukuman pidana serta tindakan tata tertib dijatuhkan, baik terhadap badan hukum, perseroan, perserikatan atau yayasan itu, baik terhadap mereka yang memberi perintah melakukan tindak pidana ekonomi itu atau yang bertindak sebagai pimpinan dalam perbuatan atau kelalaian itu, maupun terhadap kedua-duanya.
- b. Suatu tindak pidana ekonomi dilakukan juga oleh atau atas nama suatu badan hukum, suatu perseroan, suatu perserikatan orang atau suatu yayasan, jika tindak pidana itu dilakukan oleh orang-orang yang baik berdasar hubungan kerja maupun berdasar hubungan lain, bertindak dalam lingkungan badan hukum, perseroan, perserikatan atau yayasan itu, tidak peduli apakah orang-orang itu masing-masing tersendiri melakukan tindak pidana ekonomi itu atau pada mereka bersama ada anasir-anasir tindak pidana tersebut.
- c. Jika suatu tuntutan pidana dilakukan terhadap suatu badan hukum, suatu perseroan, suatu perserikatan orang atau yayasan penuntutan itu diwakili oleh seorang pengurus atau jika ada lebih dari seorang pengurus oleh salah seorang dari mereka itu. Wakil dapat diwakili oleh orang lain. Hakim dapat memerintahkan suatu pengurus itu dibawa ke muka hakim.
- d. Jika suatu tuntutan pidana dilakukan terhadap suatu badan hukum, suatu perseroan, suatu perserikatan orang atau suatu yayasan, maka segala panggilan itu akan dilakukan kepada kepala pengurus atau di tempat tinggal kepala pengurus itu atau di tempat pengurus bersidang atau berkantor.

Memperhatikan rumusan Pasal 15 Undang-Undang itu, nampak bahwa menganut sistem pertanggungjawaban pidana badan hukum atau korporasi (*corporate liability*). Artinya, disamping terhadap orang yang memberi perintah atau pimpinan, juga dapat dikenakan pidana kepada badan hukum

(korporasi)itu sendiri. Pertimbangan untuk memidana korporasi adalah mengingat dalam delik ekonomi itu keuntungan yang diperoleh korporasi demikian besar sehingga jika pidana yang dijatuhkan hanya ditujukan kepada pengurus, pidana yang dijatuhkan tida kseimbang dan lagi pula belum tentu ada jaminan korporasi tidakakan mengulangi delik tersebut.¹²¹ Dalam koneksitas dengan apa yang diuraikan di atas, jika yang dipidana hanya pengurus, yang menderita juga terbatas hanya pengurus belaka. Setiap waktu pemegang saham melalui RUPS (Rapat Umum Pemegang Saham) dapat mengangkat pengurus baru dengan tanpa jera memerintahkan ulang kepada pengurus baru untuk menjalankan lagi delik ekonomi yang diancam pidana.¹²²

Sehubungan dengan penanggulangan terhadap tindak pidana di bidang ekonomi maka di dalam Pasal 6 Undang-Undang No 7 Drt Tahun 1955 diatur mengenai hukuman denda yang jumlahnya tinggi, yang berbunyi sebagai berikut:

Jika harga barang, dengan dengan mana atau mengenai mana tindak pidana itu dilakukan atau yang diperoleh baik seluruhnya maupun sebagian karena tindak pidana ekonomi itu lebih tinggi daripada seperempat bagian hukuman denda tertinggi maka hukuman denda itu dapat ditentukan setinggi-tingginya empat kali harga barang itu.

Selanjutnya di dalam Pasal 7 Undang-Undang tersebut mengatur mengenai hukuman tambahan, yang berbunyi:

Perampasan barang-barang tetap yang berwujud dan tak berwujud, dengn mana atau mengenai mana tindak pidana itu dilakukan atau yang seluruhnya atau sebagian diperolehnya dengan tindak pidana ekonomi itu, begitupula harga lawan barang-barang itu tak peduli apakah barang-barang atau harga lawan itu kepunyaan siterhukum atau bukan.

¹²¹Rudhi Prasetya.1989, "*Perkembangan Korporasi dalam Proses Modernisasi*", Makalah Seminar Nasional Hukum Pidana, Semarang: Fakultas Hukum Univ Diponegoro. Tanggal 13-24Nopember 1989, h. 12.

¹²²*Ibid.*, h. 14.

Dengan kemungkinan memberi pidana kepada korporasi, seperti pidana denda yang tinggi, para pemegang saham akan merasakan pula akibat dari perbuatan korporasi itu atau minimal pemegang saham mengalami kerugian material dengan dirampasnya sebagian atau seluruh hasil kejahatan ekonomi yang dilakukan. Dengan cara seperti itu diharapkan pemilik korporasi akan lebih berhati-hati sehingga dapat mengurangi terjadinya kejahatan ekonomi.

2. Undang-Undang No. 5 Tahun 1997 tentang Psikotropika Jo. Undang-undang No. 35 Tahun 2009 Tentang Narkotika
Penyimpangan Undang-Undang tentang Narkotika terhadap KUHP terdapat di dalam Pasal 82 ayat (4) yang menyatakan:
 - a. Apabila tindak pidana yang dilakukan dengan cara mengimpor, mengekspor, menawarkan untuk dijual, menyalurkan, menjual, membeli, menyerahkan, menerima, menjadi perantara dalam jual beli atau menukar narkotika Golongan I dilakukan oleh korporasi, dipidana denda paling banyak tujuh miliar rupiah.
 - b. Apabila tindak pidana yang dilakukan oleh korporasi seperti tersebut diatas terhadap narkotika Golongan II dipidana paling banyak empat miliar rupiah.

Apabila tindak pidana yang dilakukan oleh korporasi seperti tersebut di atas terhadap narkotika Golongan III dipidana denda paling banyak tiga miliar rupiah. Mengenai pengertian korporasi diatur di dalam pasal 1 butir 19 yang berbunyi "Korporasi adalah kumpulan terorganisasi dari orang dan/atau kekayaan, baik merupakan badan hukum maupun bukan."

3. Undang-Undang No. 5 Tahun 1997 tentang Psikotropika Jo. Undang-undang Nomor 32 Tahun 2009 Tentang Perlindungan Dan Pengelolaan Lingkungan Hidup

Undang-Undang tentang Psikotropika di dalamnya juga mengakui adanya korporasi sebagai pelaku tindak pidana. Sementara itu yang dimaksud korporasi adalah diatur dalam Pasal 1 butir 13 yang berbunyi "korporasi adalah kumpulan terorganisasi dari orang dan/atau kekayaan, baik merupakan badan hukum maupun bukan."

Pasal 70 merupakan Pasal yang mengatur tindak pidana yang dilakukan korporasi dalam Undang-Undang Psikotropika , seperti:

Memproduksi, mengeksport atau mengimpor tanpa hak memiliki, mengimpor dan/atau membawa psikotropika dan mengangkut tanpa dilengkapi dokumen pengakuan, maka disamping dipidananya pelaku tindak pidana, kepada korporasi dikenakan pidana denda yang berlaku untuk tindak pidana tersebut dan dapat dijatuhkan pidana tambahan berupa pencabutan izin usaha.

Rumusan Pasal 82 ayat (4) Undang-Undang tentang Narkotika dan Pasal 70 Undang-Undang tentang Psikotropika diatas merupakan sebuah pengakuan adanya korporasi sebagai subjek tindak pidana. Menurut pendapat penulis, penetapan badan hukum sebagai subjek tindak pidana dalam Undang-undang Narkotika dan Psikotropika adalah sesuatu yang dapat diterima karena tingkat kejahatan Narkotika dan Psikotropika adalah sesuatu yang dapat diterima karena tingkat kejahatan Narkotika dan Psikotropika dewasa ini sudah terorganisasi dengan rapi dan sistematis serta bersifat transnasional dan merupakan sindikat internasional.

4. Undang-Undang No. 32 Tahun 2009 tentang Pengelolaan Lingkungan Hidup

Penyimpangan Undang-Undang Pengelolaan Lingkungan Hidup terhadap KUHP terdapat di dalam Pasal 67 yang berbunyi “setiap orang berkewajiban memelihara kelestarian fungsi lingkungan hidup serta mencegah dan menanggulangi pencemaran dan perusakan lingkungan hidup.”

Sementara itu yang dimaksud dengan orang ada di atur dalam Pasal 1 butir 24, yang berbunyi: “Orang adalah orang perseorangan, dan/atau kelompok orang, dan/atau badan hukum.” Dengan demikian maka dapat dinyatakan bahwa pelaku tindak pidana di bidang lingkungan hidup adalah orang perseorangan, dan/atau kelompok orang, dan/atau badan hukum. Pemikiran untuk menetapkan badan hukum sebagai subjek tindak pidana tersebut, menurut pendapat penulis tidak jauh berbeda dengan yang ada di dalam tindak pidana ekonomi.

Perusahaan atau industri yang mempunyai kecenderungan untuk mencemarkan atau merusak lingkungan hidup adalah merupakan badan hukum atau korporasi. Maka dari itu, korporasi harus mempertanggungjawabkan segala perbuatan yang dilakukan jika memang terbukti melanggar hukum lingkungan yang mengakibatkan terjadinya kerusakan dan pencemaran lingkungan.

C. Sistem Pertanggungjawaban Pidana Dalam Konsep Hukum Pidana Nasional yang Akan Datang

Pembicaraan mengenai pembaharuan sistem pertanggungjawaban pidana tidak bisa dilepaskan dari pembaharuan KUHP secara keseluruhan. Oleh karena itu, pada bagian pertama tulisan ini terlebih dahulu akan dibicarakan mengenai pembaharuan KUHP, khususnya pembaharuan substansialnya. Selanjutnya, akan dibicarakan mengenai upaya-upaya pembaharuan sistem pertanggungjawaban pidana oleh penyusun konsep KUHP Baru. Uraian akan ditekankan pada konsep tahun 2019.

1. Konsep Asas Kesalahan

Konsep bertolak dari asas “tidak pidana tanpa kesalahan”. Asas itu merupakan asas yang sangat fundamental dalam mempertanggungjawabkan perbuatan yang telah melakukan tindak pidana. Pengertian asas itu menunjukkan bahwa seseorang tidak dapat dipidana apabila ia tidak mempunyai kesalahan, baik berupa kesengajaan maupun kealpaan. Jadi, prinsipnya asas itu bertolak dari “pertanggungjawaban pidana berdasarkan asas kesalahan (*liability based of fault*)”. Asas itu terdapat dalam RUHP 2015 Pasal 38 ayat (1) berbunyi: “Tidak seorangpun yang melakukan tindak pidana tanpa kesalahan”. Dalam pengertian tindak pidana tidak termasuk pertanggungjawaban pidana. Tindak pidana hanya menunjuk pada dilarangnya perbuatan sebagaimana ditetapkan dalam suatu peraturan perundang-undangan. Apakah pembuat tindak pidana yang telah melakukan perbuatan yang dilarang kemudian juga dijatuhi pidana, sangat tergantung pada persoalan apakah dalam melakukan perbuatan tersebut pembuat tindak pidana dapat dipertanggungjawabkan. Dengan kata lain, apakah pembuat tindak pidana mempunyai kesalahan. Kesalahan adalah keadaan jiwa seseorang yang

melakukan perbuatan dan perbuatan yang dilakukan itu sedemikian rupa, sehingga orang itu patut dicela. Apabila pembuat tindak pidana memang mempunyai kesalahan dalam melakukan tindak pidana, maka ia akan dijatuhi pidana. Tetapi apabila pembuat tindak pidana tidak mempunyai kesalahan, walaupun telah melakukan perbuatan yang dilarang dan perbuatan tersebut diancam dengan pidana, ia tidak akan dijatuhi pidana. Dengan demikian, asas tiada pidana tanpa kesalahan merupakan asas fundamental dalam pertanggungjawaban pembuat tindak pidana karena telah melakukan tindak pidana.¹²³ Walaupun telah melakukan perbuatan yang dilarang dan perbuatan tersebut diancam dengan pidana, ia tidak akan dijatuhi pidana. Dengan demikian, asas tiada pidana tanpa kesalahan merupakan asas fundamental dalam pertanggungjawaban pembuat tindak pidana karena telah melakukan tindak pidana.¹²⁴

2. Konsep *Strict Liability*

Strict Liability adalah pertanggungjawaban tanpa kesalahan (*liability without fault*). Hal itu berarti bahwa sipembuat sudah dapat dipidana jika ia telah melakukan perbuatan sebagaimana yang telah dirumuskan dalam Undang-undang tanpa melihat bagaimana sikap batinnya. Konsep *Strictliability* merupakan penyimpangan dari asas kesalahan yang dirumuskan dalam RKUHP 2015 Pasal 39 ayat (1). Bunyi rumusannya adalah sebagai berikut: ¹²⁵

Bagi tindak pidana tertentu, Undang-Undang dapat menentukan bahwa seseorang dapat dipidana semata-mata karena telah dipenuhinya unsur-unsur tindak pidana tersebut tanpa memperhatikan adanya kesalahan.

Untuk memahami lebih jauh latar belakang dan alasan dicantumkannya asas *strict liability* itu ke dalam konsep, dapat dilihat pada penjelasannya berikut ini:¹²⁶

Ketentuan ini merupakan pengecualian dari asas tiada pidana tanpa kesalahan. Lahirnya pengecualian ini merupakan penghalusan dan pendalaman asas regulatif dari

¹²³Departemen Kehakiman RI, *Penjelasan Naskah Rancangan KUHP*. Tahun 2015.

¹²⁴Departemen Kehakiman RI, *Penjelasan Naskah Rancangan KUHP*. Tahun 2015.

¹²⁵*Loc, cit.*

¹²⁶*Loc, cit.*

yuridis moral yaitu dalam hal-hal tertentu tanggung jawab seseorang dipandang patut diperluas sampai kepada tindakan bawahannya yang melakukan pekerjaan atau perbuatan untuknya atau dalam batas-batas perintahnya. Oleh karena itu, meskipun seseorang dalam kenyataannya tidak melakukan tindak pidana namun dalam rangka pertanggungjawaban pidana, ia dipandang mempunyai kesalahan jika perbuatan orang lain yang berada dalam kedudukan yang sedemikian itu merupakan tindak pidana. Sebagai suatu pengecualian, maka ketentuan ini penggunaannya harus dibatasi untuk kejadian-kejadian tertentu yang ditentukan secara tegas oleh Undang-Undang agar tidak digunakan secara sewenang-wenang. Asas pertanggungjawaban yang bersifat pengecualian ini dikenal sebagai asas "*vicarious liability*".

Strict liability ini pada awalnya berkembang dalam praktik peradilan di Inggris. Sebagian hakim berpendapat asas *mens rea* tidak dapat dipertahankan lagi untuk setiap kasus pidana. Adalah tidak mungkin apabila tetap berpegang teguh pada asas *mens-rea* untuk setiap kasus pidana dalam ketentuan undang-undang modern sekarang ini. Oleh karena itu, perlu dipertimbangkan untuk menerapkan *strict liability* terhadap kasus-kasus tertentu. Praktek peradilan yang menerapkan *strictliability* itu ternyata mempengaruhi legislatif dalam membuat undang-undang. Doktrin *strict liability* dalam hukum pidana dikemukakan oleh Roeslan Saleh yang mengatakan:

...dalam paktik pertanggungjawaban pidana menjadi lenyap jika ada salah satu keadaan-keadaan yang memaafkan. Praktek pula melahirkan aneka macam tingkatan keadaan-keadaan menilai yang dapat menjadi syarat ditiadaknya pengenaan pidana, sehingga dalam perkembangannya lahir kelompok kejahatan yang untuk pengenaan pidananya cukup dengan *strictliability*. Yang dimaksud dengan ini adalah adanya kejahatan yang dalam terjadinya itu keadaan mental terdakwa adalah tidak mengetahui dan sama sekali tidak bermaksud untuk melakukan suatu perbuatan pidana. Sungguhpun demikian, dia dipandang tetap bertanggung jawab atas terjadinya perbuatan yang terlarang itu,

walaupun dia sama sekali tidak bermaksud untuk melakukan suatu perbuatan yang ternyata adalah kejahatan. Biasanya ini adalah untuk kejahatan-kejahatan kecil atau pelanggaran. Oleh beberapa penulis perbuatan pidana ini tidak dipandang sebagai perbuatan pidana dalam arti sebenarnya. Ia telah harus dipertanggungjawabkan hanya karena dipenuhinya unsur-unsur delik oleh perbuatannya, tanpa memeriksa keadaan mentalnya sebagai keadaan yang dapat meniadakan pengenaan pidana.

Sering dipersoalkan, apakah *strict liability* itu sama dengan *absolute liability*. Mengenai hal itu ada dua pendapat. Pendapat pertama menyatakan *strict liability* merupakan *absolute liability*. Alasan atau dasar pemikirannya ialah seseorang yang telah melakukan perbuatan terlarang (*actus reus*) sebagaimana dirumuskan dalam undang-undang sudah dapat dipidana tanpa mempersoalkan apakah si pelaku mempunyai kesalahan (*mens rea*) atau tidak. Jadi seseorang yang sudah melakukan perbuatan pidana menurut rumusan undang-undang yang sudah melakukan perbuatan pidana menurut rumusan undang-undang harus atau mutlak dapat dipidana. Pendapat kedua menyatakan *Strict liability* bukan *Absolute liability*. Artinya, orang yang telah melakukan perbuatan terlarang menurut undang-undang tidak harus atau belum tentu dipidana. Kedua pendapat itu antara lain, dikemukakan juga oleh Smith dan Brian Hogan, yang dikutip oleh Barda Nawawi Arief. Ada dua alasan yang dikemukakan oleh mereka, yaitu:

Suatu tindak pidana dapat dipertanggungjawabkan secara *Strict liability* apabila tidak ada *mens rea* yang perlu dibuktikan sebagai satu-satunya unsur untuk *actus reus* yang bersangkutan. Unsur utama atau unsur satu-satunya itu biasanya merupakan salah satu ciri utama, tetapi sama sekali tidak berarti bahwa *mens rea* itu tidak disyaratkan sebagai unsur pokok yang tetap ada untuk tindak pidana itu. Misalnya, A dituduh melakukan tindak pidana “menjual daging yang tidak layak untuk dimakan karena membahayakan kesehatan atau jiwa orang lain”. Tindak pidana ini menurut hukum Inggris termasuk tindak pidana yang dapat dipertanggungjawabkan secara *strict liability*.

Dalam hal itu tidak perlu dibuktikan bahwa A mengetahui daging itu tidak layak untuk dikonsumsi, tetapi tetap harus dibuktikan, bahwa sekurang-kurangnya A memang menghendaki (sengaja) untuk menjual daging itu. Jadi jelas dalam hal itu *Strict liability* tidak bersifat absolut.

Dalam kasus-kasus *strict liability* memang tidak dapat diajukan alasan pembelaan untuk “kenyataan khusus” (*particular fact*) yang menyatakan terlarang menurut undang-undang. Misalnya, dengan mengajukan “*reasonable mistake*”. Kita tetap dapat mengajukan alasan pembelaan untuk keadaan-keadaan lainnya. Contoh lain, misal dalam kasus “mengendarai kendaraan yang membahayakan”(melampaui batas maksimum), dapat diajukan alasan pembelaan bahwa dalam mengenai kendaraan itu ia berada dalam keadaan *automatism*. Misal lain, A mabuk-mabukan dirumahnya sendiri. Akan tetapi dalam keadaan tidak sadar (pingsan), A diangkat oleh kawan-kawannya dan diletakkan di jalan raya. Dalam hal itu memang ada *Strict liability*, yaitu berada di jalan raya dalam keadaan mabuk, tetapi A dapat mengajukan pembelaan berdasarkan adanya *compulsion*. Jadi, dalam hal itu pun *Strict liability* bukanlah *absoluteliability*.

Di dalam Ilmu hukum pidana terdapat perbedaan pendapat mengenai doktrin *strict liability*. Sebagian pendapat menyatakan bahwa prinsip “tidak terdapat kesalahan sama sekali” harus dapat diterapkan, kecuali apabila diterapkan kesalahan besar kepada si pelaku. Dipihak lain menyatakan bahwa penerapan *strict liability* harus dibuat persyaratan yang lebih ketat, tergantung dari kasus-kasus yang bersangkutan.¹²⁷

Mardjono Reksodiputro dalam salah satu tulisannya memberikan jalan keluar untuk membenarkan diterapkannya asas *strict liability* di Indonesia yang menganut system EropaContinental, yaitu:¹²⁸

Berhubung kita tidak mengenal ajaran *Strict liability* yang berasal dari system hukum Anglo-Amerika tersebut, maka sebagai alasan pembenar dapat dipergunakan ajaran *feit*

¹²⁷L. H. C Hulsman, 1984, *Sistem Peradilan Pidana Dalam Perspektif Perbandingan Hukum Pidana*, Penyadur, Soedjono Dirdjosisworo, CV: Rajawali Pers, Jakarta.

¹²⁸Mardjono Reksodiputro, 1994, *Kemajuan Pembangunan Ekonomi dan Kejahatan*, Pusat Pelayanan Keadilan dan Pengabdian Hukum. Univ. Indonesia, Jakarta.

materiel yang berasal dari system hukum Eropa Kontinental. Dalam kedua ajaran ini tidaklah penting adanya unsur kesalahan. Ajaran *strict liability* hanya dipergunakan untuk tindak pidana ringan (*regulatory offences*) yang hanya mengancam pidana denda, seperti pada kebanyakan *public welfare offences*.

Namun, karena kita telah mengambil alih konsep yang berasal dari system hukum yang berlainan akarnya kedalam system hukum di Indonesia, maka memerlukan ketekunan dari para ahli hukum pidana Indonesia untuk menjelaskan konsep ini dengan mengkaitkannya pada asas-asas yang sudah melembaga dalam hukum pidana Indonesia. Alasan senada juga dikemukakan oleh Barda Nawawi Arief yang menyatakan:¹²⁹

Karena *strict liability* ini sangat jauh menyimpang dari asas kesalahan maka para ahli hukum pidana membatasi penerapannya hanya pada delik-delik tertentu saja. Kebanyakan *strict liability* terdapat pada delik-delik yang diatur dalam undang-undang (*statutory offences; regulatory offences; mala prohibita*) yang pada umumnya merupakan delik-delik terhadap kesejahteraan umum (*public welfare offences*).

Termasuk *regulatory offences* misalnya penjualan makanan dan minuman atau obat-obatan yang membahayakan, pencegahan terhadap polusi, penggunaan gambar dagang yang menyesatkan dan pelanggaran lalulintas. Dari uraian tersebut, dapat disimpulkan bahwa pertimbangan untuk menerapkan asas *strict liability* disamping perbuatannya membahayakan masyarakat juga pembuktiannya yang sangat sulit. Kriteria membahayakan masyarakat itu tidak mesti harus tindak pidana yang serius (*real crime*), akan tetapi juga meliputi "*regulatory offences*" seperti pelanggaran lalulintas, pencemaran lingkungan, makanan, minuman dan obat-obatan yang tidak memenuhi syarat kesehatan. Muladi mengatakan bahwa "jika hukum pidana harus digunakan untuk menghadapi masalah yang demikian rumitnya, sudah saatnya doktrin atas asas *strict liability* digunakan dalam kasus-

¹²⁹Barda Nawawi Arief, 2003, *Perbandingan Hukum Pidana*, PT. Raja Grafindo Persada, Jakarta.

kasus pelanggaran terhadap peraturan mengenai kesejahteraan umum". Pembuktian kesalahan dalam mempertanggungjawabkan pembuat bukan hal yang mudah. Jadi, perumusan konsep *strict liability* dalam KUHP Indonesia merupakan jalan pemecahan masalah kesulitan dalam pembuktian kesalahan dan pertanggungjawaban pidana.¹³⁰

Lebih jauh Muladi mengatakan bahwa perumusan *strictliability* dalam KUHP baru merupakan refleksi dalam menjaga keseimbangan kepentingan social. Dengan demikian, *strictliability* merupakan konsep yang digunakan dan diarahkan untuk memberikan perlindungan sosial dalam menjaga kepentingan masyarakat terhadap aktivitas-aktivitas yang dapat menimbulkan kerugian bagi masyarakat, baik kerugian fisik, ekonomi maupun *social cost*.

Selanjutnya Barda Nawawi Arief memberikan kriteria batas-batas yang harus diperhatikan apabila kita akan menerapkan asas *strict liability* yang merupakan penyimpangan dari asas kesalahan. Batas-batas itu adalah:¹³¹

- a. Sejauh mana akibat-akibat yang ditimbulkan oleh perkembangan delik-delik baru itu mengancam kepentingan umum yang sangat luas dan eksistensi pergaulan hidup sebagai totalitas ?
- b. Sejauh mana nilai-nilai keadilan berdasarkan Pancasila membenarkan asas ketiadaan kesalahan sama sekali ?

Jadi inti masalahnya menurut Barda Nawawi Arief berkisar pada sejauh mana makna kesalahan atau pertanggungjawaban pidana itu harus diperluas dengan tetap mempertimbangkan keseimbangan antara kepentingan individu dengan kepentingan masyarakat luas. Lebih jauh Barda Nawawi Arief mengingatkan bahwa pertimbangan harus dilakukan dengan hati-hati sekali, terlebih melakukan pelompatan yang drastis dari konsepsi kesalahan yang diperluas sedemikian rupa sampai pada konsepsi ketiadaan kesalahan yang diperluas sedemikian rupasampai pada konsepsi ketiadaan kesalahan sama sekali. Hal yang terakhir itu merupakan akar yang paling dalam dari nilai-nilai keadilan

¹³⁰Hamzah Hetrik, 1996, *Asas Pertanggungjawaban Korporasi dalam Hukum Pidana*, PT. RajaGrafindo Persada, Jakarta.

¹³¹Barda Nawawi Arief dan Muladi, *Teori dan Kebijakan Pidana*, Op.cit, hlm. 141.

berdasarkan Pancasila. Penerapan asas *strict liability* itu sangat penting terhadap kasus-kasus tertentu yang menyangkut membahayakan social atau anti sosial, membahayakan kesehatan dan keselamatan, serta moral public. Kasus-kasus seperti pencemaran lingkungan hidup, perlindungan konsumen, serta yang berkaitan dengan minuman keras, pemilikan senjata, dan pemilikan obat-obatan terlarang, merupakan kasus yang sangat memungkinkan untuk diterapkan *strict liability*.

Kasus pencemaran lingkungan, seperti kasus yang terjadi di Sidoarjo sangat sulit bagi aparat penegak hukum untuk membuktikan kesalahan terdakwa. Hal itu disebabkan untuk membuktikan hubungan kausal antara perbuatan dengan akibat yang ditimbulkan tidaklah mudah. Karena jaksa tidak dapat membuktikan kesalahan tersebut, akhirnya terdakwa dibebaskan oleh hakim. Kesulitan yang serupa itu banyak terjadi pada kasus-kasus lingkungan yang lain. Padahal, akibat yang ditimbulkan sangat merugikan masyarakat. Disitu tampak betapa urgennya penerapan asas *strict liability*.

Jadi penerapan *strict liability* sangat erat kaitannya dengan ketentuan tertentu dan terbatas. Agar lebih jelas apa yang menjadi landasan penerapan *strict liability crime*, dapat dikemukakan patokan berikut:

- 1) Perbuatan itu tidak berlaku umum terhadap semua jenis tindak pidana, tetapi sangat terbatas dan tertentu, terutama mengenai kejahatan anti sosial atau yang membahayakan sosial."
- 2) Perbuatan itu benar-benar bersifat melawan hukum (*unlawful*) yang sangat bertentangan dengan kehati-hatian yang diwajibkan hukum dan kepatutan. Perbuatan tersebut dilarang dengan keras oleh undang-undang karena dikategorikan sebagai aktivitas atau kegiatan yang sangat potensial mengandung bahaya kepada kesehatan, keselamatan, dan moral publik (*a particular activity potential danger of public health, safety or moral*). Perbuatan atau aktivitas tersebut secara keseluruhan dilakukan dengan cara melakukan pencegahan yang sangat wajar (*unreasonable precautions*).
- 3) Perbuatan tersebut dilarang dengan keras oleh undang-undang karena dikategorikan sebagai aktivitas atau kegiatan yang sangat potensial mengandung bahaya kepada kesehatan,

keselamatan, dan moral publik (*aparticular activity potential danger of public health,safety or moral*).

- 4) Perbuatan atau aktivitas tersebut secara keseluruhan dilakukan dengan cara melakukan pencegahan yang sangat wajar (*unreasonable precausions*).

3. Konsep *Vicarious Liability*

Vicarious liability adalah pertanggungjawaban menurut hukum seseorang atas perbuatan salah yang dilakukan oleh orang lain (*the legal responsibility of one person for the wrongful acts of another*). Secara singkat *vicarious liability* sering diartikan sebagai “pertanggungjawaban pengganti”. Pertanggungjawaban pengganti itu dirumuskan dalam RKUHP Pasal 39 ayat (2) Konsep yang berbunyi “dalam hal ditentukan oleh Undang-Undang, setiap orang dapat dipertanggungjawabkan atas tindak pidana yang dilakukan oleh orang lain.”

Untuk memahami lebih jauh latar dan alasan dicantulkannya asas *vicarious liability* ini ke dalam konsep, dapat dilihat pada penjelasannya berikut ini:¹³²

Ketentuan ayat ini merupakan pengecualian dari asas tiada pidana tanpa kesalahan. Lahirnya pengecualian ini merupakan penghalusan dan pendalaman asas regulatif dari yuridis moral yaitu dalam hal-hal tertentu tanggungjawab seseorang dipandang patut diperluas sampai kepada tindakan bawahannya yang melakukan pekerjaan atau perbuatan untuknya atau dalam batas-batas perintahnya. Oleh karena itu, meskipun seseorang dalam kenyataannya tidak melakukan tindak pidana namun dalam rangka pertanggungjawaban pidana ia dipandang mempunyai kesalahan jika perbuatan orang lain yang berada dalam kedudukan yang sedemikian itu merupakan tindak pidana. Sebagai suatu pengecualian, maka ketentuan ini penggunaannya harus dibatasi untuk kejadian-kejadian tertentu yang ditentukan secara tegas oleh undang-undang agar tidak digunakan secara sewenang-wenang. Asas pertanggungjawaban yang bersifat pengecualian ini dikenal sebagai asas tanggungjawab mutlak atau “*vicarious liability*”.

¹³²Roeslan Saleh, 1983, *Suatu Reorientasi dalam Hukum Pidana*, Aksara Baru, Jakarta.

Roeslan Saleh dalam bukunya mengakui adanya *vicarious liability* sebagai pengecualian dari asas kesalahan. Roeslan Saleh berpendapat bahwa pada umumnya seseorang bertanggung jawab atas perbuatannya sendiri. Akan tetapi ada yang disebut *vicarious liability*, orang bertanggung jawab atas perbuatan orang lain. Aturan undang-undanglah yang menetapkan siapa-siapa yang dipandang sebagai pelaku yang bertanggung jawab. *Vicarious liability* biasa digunakan dalam hukum perdata. Namun, dalam hukum pidana merupakan hal baru karena menyimpang dari asas kesalahan yang dianut selama ini. Dalam hukum perdata *vicarious liability* diterapkan pada kasus-kasus kerugian (*tort*). *Tort* merupakan pembayaran ganti kerugian atas perbuatan yang dilakukan oleh buruh yang merugikan pihak ketiga. Akan tetapi, dalam hukum pidana konsepnya sangat berbeda. Diterapkannya hukuman (pidana) terhadap orang yang merugikan atau mengancam kepentingan sosial, sebagian untuk memperbaiki dan sebagian lagi untuk melindungi dan mencegah dari aktivitas yang bersifat antisosial. Penerapan doktrin *vicarious liability* itu berkembang dan pada akhirnya juga dicoba untuk diterapkan pada kasus-kasus pidana. Perkembangan doktrin itu terutama didukung oleh putusan-putusan pengadilan yang kemudian diikuti oleh putusan pengadilan berikutnya, yang pada dasarnya menganut *asas precedent*. Perkembangan yang pesat mengenai *vicarious liability* terjadi di negara-negara yang menganut sistem *common law*, terutama di negara Inggris dan Amerika Serikat.

Perkembangan di kedua negara tersebut ternyata juga diikuti oleh negara-negara lain yang menganut sistem hukum yang berbeda, yakni sistem *civil law*. Indonesia yang termasuk sistem *civil law* tidak terkecuali mendapat pengaruh dari doktrin tersebut. walaupun Indonesia tidak secara eksplisit mengakui akan adanya doktrin tersebut, secara implisit dapat ditafsirkan dari ketentuan perundang-undangannya dan juga di dalam praktek penegakan hukumnya lewat putusan-putusan pengadilan.

Secara tradisional konsep itu telah diperluas terhadap suatu situasi dimana pengusaha bertanggung jawab terhadap perbuatan pidana yang dilakukan oleh pegawainya dalam ruang lingkup

pekerjaanya. Tanggung jawab yang dipikul oleh majikan itu dapat terjadi satu diantara tiga hal berikut ini

Peraturan perundang-undangan secara eksplisit menyebutkan pertanggungjawaban suatu kejahatan secara *vicarious*. Pengadilan telah mengembangkan “doktrin pendelegasian” dalam kasus pemberian lisensi. Doktrin itu berisi tentang pertanggungjawaban seseorang atas perbuatan yang dilakukan oleh orang lain, apabila ia telah mendelegasikan kewenangannya menurut undang-undang kepada orang lain itu. Jadi, harus ada prinsip pendelegasian. Pengadilan dapat menginterpretasikan kata-kata dalam undang-undang sehingga tindakan dari pekerja atau pegawai dianggap sebagai tindakan dari pengusaha. Ada dua syarat penting yang harus dipenuhi untuk dapat menerapkan suatu perbuatan pidana dengan *vicarious liability*. Syarat-syarat tersebut adalah:

- a) Harus terdapat suatu hubungan seperti hubungan pekerjaan antara majikan dengan pegawai atau pekerja.
- b) Perbuatan pidana yang dilakukan oleh pegawai atau pekerja tersebut harus berkaitan atau masih dalam ruang lingkup pekerjaannya.

Pertanggungjawaban *vicarious* itu jarang diterapkan dalam kasus-kasus pidana. Jikalau *vicarious liability* hendak diterapkan harus terdapat dua syarat, yakni adanya hubungan kerja dan tindakan itu masih dalam ruang lingkup pekerjaannya. Syarat seperti itu biasanya terdapat dalam hubungan antara majikan dan pekerja.

Selanjutnya, dikatakan bahwa adalah lebih baik pembuat undang-undang untuk memilih atau mengkhususkan beberapa bidang dari tindakan manusia dan menerapkan *vicarious liability* terhadap majikan yang tanpa kesalahan pribadi, tetapi kasus atau persoalan itu seharusnya tidak disebut “kejahatan” dan hukuman tidak seharusnya melebihi denda atau tebusan atau hukuman yang bersifat perdata lainnya. Oleh karena itu tidak sewajarnya menerapkan pidana penjara terhadap *vicarious liability crimes* ini. Ada juga alasan lain yang dikemukakan mengapa membutuhkan *vicarious liability*. Mengapa tidak orang yang melakukan perbuatan itu saja yang dikenakan pidana. Alasan lain memidana majikan yang sebenarnya bukan pelaku fisik adalah, karena

majikan pemegang izin (lisensi) dan pelanggaran itu adalah sesuatu yang hanya dapat dilakukan oleh pemegang lisensi. Karena sulit untuk membuktikan kesalahan terhadap majikan, *actus reus* dan *mens rea* dari buruh dibebankan kepada majikan.

4. Konsep *Erfolgshaftung*

Pertanggungjawaban pidana berdasarkan kesalahan terutama dibatasi pada perbuatan yang dilakukan dengan sengaja (*dolus*). Dapat dipidananya delik *culpa* hanya bersifat perkecualian apabila ditentukan secara tegas oleh undang-undang. Sedangkan pertanggungjawaban terhadap akibat-akibat tertentu dari suatu tindak pidana yang oleh undang-undang diperberat ancaman pidananya, hanya dikenakan kepada terdakwa apabila ia sepatutnya sudah dapat menduga kemungkinan terjadinya akibat itu atau apabila sekurang-kurangnya ada kealpaan. Jadi Konsep tidak menganut asas *Erfolgshaftung* atau asas menanggung akibat secara murni, tetapi tetap berorientasi pada asas kesalahan. Untuk lebih jelasnya akan dikutipkan RKUHP Pasal 40 berikut ini:

- a. Seseorang hanya dapat dipertanggungjawabkan jika orang tersebut melakukan tindak pidana dengan sengaja atau karena kealpaan.
- b. Perbuatan yang dapat dipidana adalah perbuatan yang dilakukan dengan sengaja, kecuali peraturan perundang-undangan menentukan secara tegas bahwa suatu tindak pidana yang dilakukan dengan kealpaan dapat dipidana.

Seseorang hanya dapat dipertanggungjawabkan terhadap akibat tindak pidana tertentu yang oleh Undang-Undang diperberat ancaman pidananya, jika ia mengetahui kemungkinan terjadinya akibat tersebut atau sekurang-kurangnya ada kealpaan.

5. Konsep Kesesatan Atau Error

Dalam hal ada kesesatan atau *error*, baik *error facti* maupun *error iuris*, Konsep berpendirian bahwa pada prinsipnya si pembuat tidak dapat dipertanggungjawabkan dan oleh karena itu tidak dipidana. Namun demikian, apabila kesesatannya itu patut dicelakan/dipersalahkan kepadanya, maka si pembuat tetap dapat dipidana. Ketentuan Konsep yang demikian ini dirumuskan dalam Pasal 43 ayat (1) dan hal ini berlainan dengan doktrin tradisional yang menyatakan, bahwa *error facti non nocet* (kesesatan mengenai peristiwanya tidak mendatangkan pemidanaan) dan *error iuris nocet* (kesesatan mengenai hukumnya tidak menghapuskan pemidanaan).

Untuk jelasnya akan dikutipkan dalam RKUHP -2015 Pasal 43 ayat (1) sebagai berikut:

Tidak dipidana, jika seseorang tidak mengetahui atau sesat mengenai keadaan yang merupakan unsur tindak pidana atau berkeyakinan bahwa perbuatannya tidak merupakan suatu tindak pidana, kecuali ketidaktahuan, kesesatan, atau keyakinannya itu patut dipersalahkan kepadanya.

6. Konsep *Rechterlijk Pardon/Yudicial Pardon*

Pada prinsipnya seseorang sudah dapat dipidana apabila telah terbukti melakukan tindak pidana dan bersalah, namun dengan pertimbangan-pertimbangan tertentu Konsep memberi kewenangan kepada hakim untuk memberi maaf atau pengampunan kepada si pembuat tanpa menjatuhkan pidana atau tindakan apapun. Ketentuan mengenai *Rechterlijk pardon* ini dirumuskan dalam Pasal 55 ayat (2) Konsep yaitu sebagai bagian dari "Pedoman Pemidanaan". Untuk lebih jelasnya akan dikutip rumusan Pasal 56 ayat (2) sebagai berikut:

Ringannya perbuatan, keadaan pribadi pembuat, atau keadaan pada waktu dilakukan perbuatan atau yang terjadi kemudian, dapat dijadikan dasar pertimbangan untuk tidak menjatuhkan pidana atau mengenakan tindakan dengan mempertimbangkan segi keadilan dan kemanusiaan.

7. Konsep *Culpa In Causa*

Kewenangan hakim untuk memberi maaf (*rechtterlijk pardon*) dengan tidak menjatuhkan sanksi pidana atau tindakan apapun, diimbangi pula dengan adanya asas *culpa in causa* atau asas *actio libera in causa*, yang memberikan kewenangan kepada hakim untuk tetap mempertanggungjawabkan si pelaku tindak pidana walaupun ada alasan penghapus pidana, jika sipelaku patut dipersalahkan atau dicela atas terjadinya keadaan yang menjadi alasan penghapus pidana tersebut. Jadi di sini kewenangan hakim untuk memaafkan atau tidak memidana diimbangi dengan kewenangan untuk tetap memidana sekalipun ada alasan penghapus pidana. Ketentuan ini ada diatur dalam Pasal 57 Konsep, sebagai berikut:

Seseorang yang melakukan tindak pidana tidak dibebaskan dari pertanggungjawaban pidana berdasarkan alasan peniadaan pidana, jika orang tersebut telah dengan sengaja menyebabkan terjadinya keadaan yang dapat menjadi alasan peniadaan pidana tersebut.

BAB 5

TINDAK PIDANA PELACURAN

A. Pengertian Pelacuran

Dalam Kamus Besar Bahasa Indonesia (KBBI), pelacur berasal dari kata dasar “lacur” yang bermakna malang, celaka, sial, dan buruk laku. Sedangkan melacur adalah kata kerja yang artinya berbuat lacur, menjual diri, tuna susila atau pelacur¹³³. Jadi pelacur adalah kata benda yang berarti orang perempuan yang melacur, wanita tunasusila atau sundal¹³⁴. Menurut Encyclopedia Britannica, pelacur dapat didefinisikan sebagai praktek hubungan seksual sesaat, yang kurang lebih dilakukan dengan siapa saja (promiskuitas), untuk imbalan berupa upah¹³⁵.

Menurut Soedjono prostitusi merupakan gejala sosial yang seolah-olah langgeng, faktor penentuannya justru terletak pada sifat-sifat alami manusia khususnya segi seksualitas biologis dan psikologis, sedangkan faktor pendamping yang akan memperlancar atau dapat menghambat pertambahan jumlah prostitusi¹³⁶.

Menurut Commenge prostitusi atau pelacuran adalah suatu perbuatan seorang wanita memperdagangkan atau menjual tubuhnya, yang dilakukan untuk memperoleh pembayaran dari laki-laki yang datang dan wanita tersebut tidak ada pencarian nafkah lainnya kecuali diperolehnya dari perhubungan sebentar sebentar

¹³³Departemen Pendidikan Nasional, 2005, *Kamus Besar Bahasa Indonesia*, edisi ke-3, cet. 3, Balai Pustaka, Jakarta, h. 623.

¹³⁴Neng Djubaedah, 2010, *Perzinaan dalam Peraturan Perundang-Undangan di Indonesia Ditinjau dari Hukum Islam*, kencana, Jakarta, h. 100.

¹³⁵Than Dam Truong, 1992, *Seks, Uang, dan Kekuasaan*, LP3ES, Jakarta, h.15.

¹³⁶Soedjono, 1997, *Pelacuran Ditinjau dari Hukum dan Kenyataan dalam Masyarakat*, Bandung, Karya Nusantara, Bandung, h. 44.

dengan banyak orang¹³⁷. Selanjutnya menurut Kartini Kartono dalam bukunya *Patologi Sosial* memberikan definisi sebagai berikut¹³⁸:

Pelacuran adalah bentuk penyimpangan seksual, dengan pola-pola organisasi impuls atau dorongan seks yang tidak wajar dan tidak terintegrasi dalam bentuk pelampiasan nafsu-nafsu seks tanpa kendali dengan banyak orang (promiskuitas), disertai eksploitasi dan komersialisasi seks yang impersonal tanpa afeksi sifatnya.

Pelacuran merupakan peristiwa penjualan diri (persundalan) dengan cara memperjualbelikan badan, kehormatan dan kepribadian kepada banyak orang untuk memuaskan nafsu-nafsu seks dengan imbalan pembayaran. Pelacuran adalah perbuatan perempuan atau laki-laki yang menyerahkan badannya untuk berbuat cabul secara seksual dengan mendapatkan upah. Dari beberapa pengertian tentang pelacuran diatas, dapat ditarik kesimpulan bahwa yang dimaksud dengan pelacuran, prostitusi, atau persundalan adalah peristiwa penyerahan tubuh wanita kepada banyak lakilaki (lebih dari satu) dengan imbalan pembayaran dan sebagai pemuas nafsu sex si pembayar, yang dilakukan di luar pernikahan¹³⁹.

B. Sanksi Terhadap Pelacuran Dalam KUHP

KUHP maupun RUU-KUHP tidak memuat Pasal yang melarang setiap orang, baik laki-laki maupun perempuan, yang melakukan pelacuran. Perbuatan yang berkaitan dengan pelacuran hanya terkait dengan mucikari atau germo itulah yang dilarang¹⁴⁰. Apabila seorang pelacur tertangkap, mereka dikenai hukuman seperti pezina, tidak ada hukuman khusus yang mengatur tentang pelacuran. Adapun Pasal yang termuat dalam KUHP tentang zina diantaranya adalah Pasal 284, 295, 296, 297, dan 506.

¹³⁷P.J. De Bruine Van Amstel, 1997, *De prostitutie Doorlewn*, h.18, dikutip dari *Pelacuran Ditinjau dari Segi Hukum dan Kenyataan dalam Masyarakat*, PT. Karya Nusantara, Bandung, h.17.

¹³⁸Kartini Kartono, 1981, *Patologi Sosial Jilid 1 Edisi Baru*, Jakarta: PT. Ikrar Mandiri Abadi, h. 211.

¹³⁹Nur Syam, 2010, *Agama Pelacur*, PT. LKiS Printing Cemerlang, Yogyakarta, h. 77.

¹⁴⁰Neng Djubaedah, 2003, *Pornografi dan Porno aksi Ditinjau dari Hukum Pidana Islam*, Prenada Media Group, Jakarta, h.100.

1. Pasal 284 KUHP

Diancam dengan pidana penjara paling lama Sembilan bulan:

Ke-1

- a. Seorang pria telah kawin yang melakukan gendok (overspel), padahal diketahui bahwa Pasal 27 BW berlaku baginya.
- b. Seorang wanita yang telah kawin yang melakukan gedak, padahal diketahui bahwa Pasal 27 BW berlaku baginya.

Ke-2

- a. Seorang pria yang turut serta melakukan perbuatan itu, padahal diketahuinya bahwa yang turut bersalah telah kawin;
- b. Seorang wanita yang telah kawin turut serta melakukan perbuatan itu, padahal diketahui olehnya bahwa yang turut bersalah telah kawin dan pasal 27 bw berlaku baginya¹⁴¹.

2. Pasal 295 KUHP

Diancam

- a. Dengan pidana penjara paling lama lima tahun barangsiapa dengan sengaja menyebabkan atau memudahkan dilakukannya perbuatan cabul oleh anaknya, anak tirinya, anak angkatnya, atau anak dibawah pengawasannya yang belum dewasa, atau oleh orang yang belum dewasa yang pemeliharaannya, pendidikan atau penjaganya diserahkan kepadanya, ataupun oleh bujangnya, atau bawahnya yang belum cukup umur, dengan orang lain¹⁴²;
- b. Dengan pidana penjara paling lama empat tahun barangsiapa, dengan sengaja menghubungkan atau memudahkan perbuatan cabul, kecuali yang tersebut dalam butir 1 diatas, yang dilakukan oleh orang yang diketahuinya belum dewasa atau yang sepatutnya harus diduganya demikian, dengan orang lain.

¹⁴¹*Kitab Undang-Undang Hukum Pidana*, Permata Press, 2007, h. 99.

¹⁴²*ibid*, h. 102.

3. Pasal 296 KUHP

Dalam Pasal 296 KUHP menjelaskan orang-orang yang disebut dengan mucikari atau geromo itulah yang dapat dipidana¹⁴³.

“Barangsiapa dengan sengaja menyebabkan atau memudahkan perbuatan cabul oleh orang lain, dan menjadikannya sebagai pencarian atau kebiasaan, diancam dengan pidana penjara paling lama satu tahun empat bulan pidana denda paling banyak lima belas ribu rupiah”.

4. Pasal 297 KUHP

Dalam Pasal 297 KUHP ini telah menjelaskan hukuman terhadap perdagangan perempuan dan anak.

“Perdagangan wanita dan perdagangan anak laki-laki yang belum dewasa diancam dengan pidana penjara paling lama enam tahun.”¹⁴⁴

5. Pasal 506 KUHP

“Barangsiapa menarik keuntungan dari perbuatan cabul seorang wanita dan menjadikan sebagai pencarian diancam dengan pidana kurungan paling lama satu tahun.”¹⁴⁵

¹⁴³Adami Chanzawi, 2007, *Tindak Pidana Mengenai Kesopanan*, PT. Raja Grafindo, Jakarta, h. 115.

¹⁴⁴*Kitab Undang-Undang Hukum Pidana*, Permata Press, 2007, h. 103.

¹⁴⁵*ibid*, h. 169.

BAB 6

PELACURAN MENURUT HUKUM ISLAM

A. Pengertian Pelacuran Menurut Islam

Pelacuran merupakan suatu perbuatan yang sangat dibenci oleh agama, baik agama apapun itu sangat membenci adanya pelacuran, karena pelacuran merupakan perbuatan keji dan kotor¹⁴⁶. Pelacuran atau prostitusi sudah ada sejak jaman dahulu, bahkan ada sejak jaman Pra Islam dan salah satunya ada di Arab yang marak adanya Pelacuran atau prostitusi. Bisnis ini rata-rata dilakuka oleh pemilik budak perempuan (sayid). Kepada para tamu dan lelaki yang berminat, sayid menawarkan budaknya untuk disetubuhi, lalu sayid mendapatkan imbalan materi. Prostitusi Arab Pra Islam dinamakan dengan al Baghy atau al-Bigha. Dalam hukum Islam pelacuran termasuk salah satu perbuatan zina. Dalam hukum Islam zina adalah setiap hubungan seksual (persetubuhan) antara pria dan wanita yang tidak terikat oleh perkawinan yang sah yang dilakukan secara sengaja, sama halnya dengan pelacuran. Zina secara harfiah berarti Fahisyah, yaitu perbuatan keji. Zina dalam pengertian Istilah adalah hubungan kelamin antara seorang laki-laki dengan seorang perempuan yang satu sama lain tidak terikat dalam hubungan perkawinan¹⁴⁷. Perzinahan merupakan Hubungan seksual antara seorang lakilaki dengan seorang perempuan yang tidak atau belum diikat dalam perkawinan tanpa disertai unsur keraguan dalam hubungan seksual tersebut¹⁴⁸. Para ulama dalam memberikan definisi zina ini berbeda pendapat, namun dalam substansinya

¹⁴⁶Wahbah Zulaihi, 2008, *Fiqih Imam Syafi'i 3*, PT. Niaga Swadaya, Jakarta, h.260.

¹⁴⁷Zainudin Ali, 2007, *Hukum Pidana Islam*, Sinar Grafika, Jakarta, h. 37.

¹⁴⁸Neng Djubaedah, *Op. Cit.*, h. 119.

hampir sama. Disini penulis akan mengemukakan empat definisi menurut empat mazhab¹⁴⁹. Menurut Malikiyah sebagaimana dikutip oleh Abdul Qadir Audah, memberikan definisi sebagai berikut “zina adalah persetubuhan yang dilakukan oleh mukalaf terhadap farji manusia(wanita) yang bukan miliknya secara disepakati dengan kesengajaan.” Menurut Hanafiah Zina adalah nama bagi persetubuhan yang haram dalam qubul(kemaluan) seorang perempuan yang masih hidup dalam keadaan ikhtiar(tanpa paksaan) di dalam negeri yang adil yang dilakukan oleh orang- orang kepadanya berlaku hukum Islam, dan wanita tersebut bukan miliknya dan tidak ada syubhat dalam miliknya.

Menurut Syafi’iyah sebagaimana dikutip oleh Abdul Qadir Audah, memberikan definisisebagai berikut: “Zina adalah memasukkan zakar kedalam farji yang diharamkan karena zatnya tanpa ada syubhat dan menurut tabiatnya menimbulkan syahwat”¹⁵⁰. Menurut Hanabilah zina adalah melakukan perbuatan keji (persetubuhan), baik terhadap qubul (farji) maupun dubur. Jadi inti dari semua definisi empat mazhab tersebut zina adalah hubungan kelamin antara seorang laki-laki dan perempuan diluar nikah. Hanya kelompok Hanabilah yang menyatakan bahwa zina adalah setiap perbuatan keji yang dilakukan terhadap qubul (farji) atau dubur. Dengan demikian, Hanabilah menegaskan dalam definisinya bahwa hubungan kelamin terhadap dubur dianggap sebagai zina yang dikenakan had¹⁵¹.

B. Larangan Pelacuran

Zina adalah hubungan kelamin antara seorang laki-laki dengan seorang perempuan yang satu sama lain tidak terikat dalam hubungan perkawinan¹⁵². Syariat Islam secara tegas melarang perzinahan atau pelacuran, bahkan mendekati perbuatan zina pun secara tegas telah dilarang, larangan zina telah ditegaskan dalam QS. Al-Isra’ ayat 32:

¹⁴⁹Ahmad Wardi Muslich, 2005, *Hukum Pidana Islam*, Sinar Grafika, Jakarta, h. 6.

¹⁵⁰*Ibid*, h. 7.

¹⁵¹*Ibid*, h. 8.

¹⁵²Zainudin Ali, 2007, *Hukum Pidana Islam*, Sinar Grafika, Jakarta, h. 37.

وَلَا تَقْرَبُوا الزَّيْنَىٰ إِنَّهُ كَانَ فَحِشَةً وَسَاءَ سَبِيلًا

Artinya:

Janganlah kamu mendekati zina, sesungguhnya zina itu adalah suatu perbuatan yang keji dan suatu jalan yang buruk. (al-Israa: 32)¹⁵³.

Surah Al-Furqan ayat 68:

وَالَّذِينَ لَا يَدْعُونَ مَعَ اللَّهِ إِلَهًا ءَاخَرَ وَلَا يَقْتُلُونَ النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ وَلَا يَزْنُونَ وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ يَلْقَ أَثَامًا

Artinya:

“Dan orang-orang yang tidak mempersekutukan Allah dengan sembahsan lain dan tidak membunuh orang yang diharamkan Allah kecuali dengan alasan yang benar, dan tidak berzina; dan barang siapa melakukan demikian itu, niscaya ia akan mendapat hukuman yang berat.” (QS. Al-Furqan: 68).

Disamping dijelaskan dalam ayat Al-qur'an larangan zina juga di jelaskan dalam hadits, yaitu:

Dari Abdullah meriwayatkan, ia berkata, “Aku bertanya kepada Rasulullah, „Dosa apa yang paling besar dai sisi Allah? „Beliau menjawab,“Kamu menjadikan tandingan bagi Allah, padahal Dialah yang telah menciptakan kamu.“ Aku bertanya lagi,“Kemudian dosa apa lagi ?“ Beliau menjawab,“ Kamu membunuh anakmu karena takut kalau ia akan makan bersamamu.“ Aku bertanya lagi, „Kemudian dosa Apa lagi? „Beliau menjawab,“ Kamu berzina dengan istri tetanggamu.” (HR. Al-Bukhari dan Ibn Hibban)¹⁵⁴.

Pelacuran atau zina merupakan sesuatu yang haram untuk dilakukan dan keharamannya telah ditetapkan oleh syara', dikarenakan ia mengandung kemafsadatan dan kemudharatan, atau

¹⁵³Bakri, 1992, *Hukum Pidana dalam Islam*, Ramadhani, Semarang, h. 75.

¹⁵⁴Nurul Irfan, 2014, *Gratifikasi dan Kriminalitas Seksual dalam Hukum Pidana Islam*, Perpustakaan Nasional, Jakarta, h. 60.

sesuatu yang diharamkan oleh syariat karena esensinya mengandung kemudharatan bagi kehidupan manusia, dan kemudharatan itu tidak bisa terpisah dari dzatnya.¹⁵⁵

Islam telah melarang semua jalan yang dapat mengantarkan seseorang untuk menuju jalan kemaksiatan. Atas dasar ini, Allah SWT melarang perbuatan zina, maka Allah swt juga melarang semua hal-hal yang mengantarkan kepada zina. Dalam kaidah usul fiqh menyatakan bahwa “semua hal yang dapat menyebabkan terjadinya perbuatan haram adalah haram¹⁵⁶. Sedangkan dalam kaidah-kaidah fiqh¹⁵⁷:

1. Menghindarkan mafsadat adalah lebih didahulukan dari mendatangkan maslahat.
2. Segala mudharat harus dihilangkan.
3. Melihat pada sesuatu yang haram adalah haram.
4. Segala sesuatu yang lahir dari sesuatu yang haram adalah haram.

Jadi berdasarkan ayat al-qur'an, kaidah usul fiqh dan kaidah-kaidah fiqh diatas, sangat jelas bahwa perbuatan apa pun yang mengantarkan pelakunya kepada perkara haram, maka perbuatan tersebut menjadi haram. Sama halnya dengan larangan terhadap perbuatan pelacuran atau perzinahan, bahkan segala bentuk perbuatan yang dapat menimbulkan dorongan seksual yang akan mengantar seseorang mendekati perbuatan pelacuran atau perzinahan pun dilarang¹⁵⁸. Perzinahan mengandung banyak madharat yang tidak diragukan lagi. Perzinahan merupakan faktor utama penyebab kerusakan moralitas. Selain itu, zina menjadi penyebab tersebarnya berbagai macam jenis penyakit. Islam menentukan hukuman zina yaitu dengan hukuman yang sangat berat. Karena Islam melihat bahaya nyata yang akan menimpa orang yang melakukan perbuatan dosa dan bahaya yang akan dirasakan oleh masyarakat luas. Meski hukuman zina berat, tapi sebenarnya dampak yang ditimbulkan dari perzinahan jauh lebih berbahaya dan besar bagi masyarakat¹⁵⁹.

¹⁵⁵Hasbiyyah, 2013, *Fiqh dan Ushul Fiqh*, PT. Remaja Rosdakarya, Bandung, h.33.

¹⁵⁶Djazuli, 2000, *Ushul Fiqh Metodologi Hukum Islam*, PT. Raja Grafindo, Jakarta, h. 217.

¹⁵⁷Neng Djubaedah, *Op.Cit.*, h. 61.

¹⁵⁸Eman Sulaiman, 2008, *Delik Perzinahan dalam Pembaharuan Hukum Pidana di Indonesia*, Walisongo Press, Semarang, h.59.

¹⁵⁹Sayyid Syabiq, 2009, *Fikih Sunnah Tahkik dan Takhrij Muhammad Nasiruddin Al-Albani*, terj.Abdurrahim, Cakrawala Publising, Jakarta, h. 231.

C. Sanksi Pelacuran

Segala bentuk hubungan seksual yang dilakukan oleh manusia yang tidak sesuai dengan asas agama (pernikahan yang sah), maka ia termasuk perbuatan zina yang meniscayakan penegakan hukuman yang sudah ditentukan. Hal ini karena ia termasuk salah satu bentuk kriminalitas yang kadar hukuman atas hal itu telah ditentukan¹⁶⁰.

Berdasarkan penerapan ayat Al-qur'an dan Al-Hadis, bahwa pelaku zina dikenakan hukuman had¹⁶¹. Hukuman had zina merupakan murni hak Allah SWT, dalam arti hak masyarakat. Karena hukuman had zina diberlakukan untuk menjaga kehormatan jangan sampai ternodai, dan juga demi untuk melindungi kemaslahatan-kemaslahatan umum yaitu menolak dan menjauhkan kerusakan dari mereka¹⁶². Dalam penentuan hukuman, hukum Islam membedakan pelaku perzinahan menjadi dua macam, yaitu *zina ghairu muhsan* (belum menikah) dan *zinamuhshan* (sudah menikah).

1. Zina ghairu muhsan

Zina ghairu muhsan adalah *jarimah* zina yang pelakunya masih berstatus perjaka atau gadis. Artinya, si pelaku belum pernah menikah secara sah dan tidak sedang berada dalam ikatan pernikahan. Hukuman untuk zina ghairu muhsan ini ada dua macam, yaitu:

a. Dera seratus kali

Apabila jejak dan gadis melakukan perbuatan zina, mereka dikenakan hukuman dera seratus kali. Hal ini didasarkan kepada firman Allah swt, dalam Surah An-Nur ayat 2 dan hadis Nabi saw¹⁶³.

الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا مِائَةَ جَلْدَةٍ وَلَا تَأْخُذْكُمْ بِهِمَا رَأْفَةٌ فِي دِينِ اللَّهِ إِنْ كُنْتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ
الْآخِرِ وَلَيَشْهَدَ عَذَابُهُمَا طَائِفَةٌ مِّنَ الْمُؤْمِنِينَ

¹⁶⁰Sayid Syabiq, 2010, *Fiqh Sunnah*, Pena Pundi Aksara, Jakarta, h. 123.

¹⁶¹Zainudin Ali, *Op.cit.*, h. 49.

¹⁶²Ahmad Wardi Muslich, *Op.Cit.*, h.29.

¹⁶³Ahmad Wardi Muslich, *Op.Cit.*, h.29.

Artinya:

Perempuan yang berzina dan laki-laki yang berzina maka deralah tiap-tiap seorang dari keduanya seratus kali dera, dan janganlah belas kasihan kepada keduanya mencegahmu untuk (menjalankan) agama Allah, jika kamu beriman kepada Allah, dan hari akhirat, dan hendaklah (pelaksanaan) hukuman mereka disaksikan oleh sekumpulan orang-orang yang beriman. (QS. An-Nuur:2)¹⁶⁴.

Ayat ini secara eksplisit menyebutkan adanya sanksi cambuk bagi pelaku jarimah *ghairu muhshan*. Dalam ayat ini tidak hanya disebutkan tentang jumlah cambukan, tetapi teknis pelaksanaannya, seperti tidak boleh berbelas kasih kepada pelaku dan proses eksekusi disaksikan oleh kaum muslimin agar efek jera dapat dirasakan serta menjadi pelajaran bagi pihak lain¹⁶⁵.

b. Pengasingan Selama Satu Tahun

Hukuman yang kedua untuk zina *ghairu muhshan* adalah hukuman pengasingan selama satu tahun. Hukuman ini wajib dilaksanakan bersama-sama dengan hukuman dera. Tetapi para ulama berbeda pendapat tentang hukuman ini, menurut Imam Abu Hanifah hukuman pengasingan tidak wajib dilaksanakan antara dera seratus kali dan pengasingan apabila hal itu di pandang maslaha. Dengan demikian, hukuman pengasingan bukan merupakan hukuman *had*, melainkan hukuman *ta'zir*.

Sedangkan menurut jumhur ulama yang terdiri atas Imam Malik, Syafi'I, dan Ahmad berpendapat bahwa hukuman pengasingan harus dilaksanakan bersama-sama dengan hukuman dera seratus kali¹⁶⁶. Adapun berikut ini hadis yang menjelaskan tentang hukuman pengasingan.

¹⁶⁴Ahmad Rofiq, 2004, *Fiqh Kontekstual dari Normatif ke Pemaknaan Sosial*, Pustaka Pelajar, Semarang, h. 162.

¹⁶⁵Nurul Irfan *Op.Cit.*, h.75.

¹⁶⁶*Ibid*, h.30.

2. Zina Muhshan

Zina *muhshan* adalah zina yang dilakukan oleh seseorang yang sudah menikah (muhsan) hukumannya menurut para ahli hukum Islam adalah didera seratus kali dan rajam (dilempari batu) sampai mati¹⁶⁷.

a. Hukuman dera seratus kali

Hukuman dera seratus kali didasarkan kepada Al-qur'an Surah An-Nur ayat 2 dan hadis Nabi yang dikemukakan oleh penulis, sedangkan hukuman rajam juga didasarkan kepada hadis Nabi baik qauliah maupun fi'liyah¹⁶⁸.

b. Hukuman rajam

Hukuman *rajam* adalah hukuman mati dengan jalan dilempari batu atau sejenisnya. Hukuman *rajam* merupakan hukuman yang telah diakui dan diterima oleh hampir semua fuqoha, kecuali kelompok Azariqah dari golongan Khawarij, karena mereka tidak menerima hadist, kecuali yang sampai pada tingkatan mutawatir. Menurut mereka (khawarij), hukuman untuk jarimah zina, baik *muhshan* maupun *ghairu muhshan* adalah hukuman dera seratus kali berdasarkan firman Allah swt dalam Surah An-Nuur ayat 2¹⁶⁹. Sanksi hukuman bagi pelaku zina *muhshan* yaitu hukuman *rajam*, tetapi sanksi hukuman *rajam* secara tidak eksplisit tidak dijelaskan dalam Al-qur'an. Tetapi eksistensinya ditetapkan melalui ucapan dan perbuatan Nabi saw. Selain itu juga diakui oleh *ijma'* sahabat dan tabi'in. Sangat banyak riwayat sahih dan mutawatir bahwa nabi pernah melaksanakan hukuman rajam atas sebagian sahabat seperti Ma'iz bin Malik dan Al-Ghamidiyah¹⁷⁰. Salah satu hadis Nabi saw bagi pezina *muhshan* (yang sudah menikah) sanksi hukumnya *rajam* yaitu, Rasulullah bersabda:

Artinya: "Perzinaan jejaka dengan gadis dijatuhi hukuman dera seratus kali dan diasingkan setahun dan perzinaan duda dengan janda hukumannya dera seratus kali dan rajam¹⁷¹."

¹⁶⁷Topo Santoso, 2003, *Membumikan Hukum Pidana Islam*, Gema Insan Press, Jakarta, h. 24.

¹⁶⁸Ahmad Wardi Muslich, *Op.Cit.*, h.33.

¹⁶⁹*Ibid*, h.33.

¹⁷⁰Nurul Irfan, *Op.Cit.*, h. 61.

¹⁷¹Ahmad Rofiq, *Op. Cit.*, h. 162.

Dalam pelaksanaan *had* zina muhsan (orang yang sudah menikah) ada beberapa syarat, yaitu:

1) Taklif

Pelaku zina adalah orang yang berakal dan baligh. Jika dia orang gila atau anak kecil, maka tidak dikenai *had*, akan tetapi terkena *ta'zir*.

2) Merdeka

Jika dia seorang hamba sahaya (budak), maka keduanya tidaklah dirajam.

3) Zina yang dilakukan setelah menikah dengan pernikahan yang sah

Pelaku zina telah menikah dengan pernikahan yang sah dan telah melakukan hubungan seks, meskipun tidak keluar air mani, meskipun dalam keadaan haid atau ihram, dianggap cukup (memenuhi syarat hukuman *had*). Jika menikah sekali dengan pernikahannya yang sah dan menggauli istrinya, lalu terjadi perpisahan hubungan pernikahan, kemudian dia berzina dalam keadaan tidak beristri maka dia dirajam. Begitu juga dengan wanita, jika dia menikah lalu diceraikan dan dia berzina setelah perceraian itu, dia dianggap sebagai muhsanah dan di rajam¹⁷².

D. Syarat Menjatuhkan Hukuman

Hukuman *had* zina tidak bisa dijatuhkan kepada seseorang pelaku zina baik laki-laki maupun perempuan kecuali dengan beberapa syarat, syarat-syarat tersebut adalah:

Apabila pelaku adalah orang gila, ia tidak dapat dijatuhi hukuman *had* berdasarkan kesepakatan ulama. Apabila ada orang yang berakal berzina dengan perempuan zina gila atau sebaliknya, lelaki yang gila berzina dengan perempuan berakal sehat, maka yang dijatuhi hukuman *had* adalah orang yang berakal dari keduanya.

¹⁷²Syaikh Sulaiman Ahmad Yahya Al-Faifi, 2009, *Ringkasan Fikih Sunnah Sayyid Sabiq*, Pustaka Al-Kautsar, Jakarta, h.566.

a. Balig

Apabila pelakunya adalah anak kecil yang belum baligh, ia tidak dapat dijatuhi hukuman had berdasarkan kesepakatan ulama.

b. Merdeka

c. Mengetahui bahwa zina merupakan perbuatan yang diharamkan

Apabila pelaku mengaku tidak mengetahuinya, dan dia memang adalah orang yang dalam kondisi jika ia tidak mengetahui hukum haram berzina maka itu wajar dan bisa diterima. Dalam hal ini ada dua versi pendapat menurut ulama malikiyah, dan pendapat yang rajih menyatakan bahwa orang yang tidak mengetahui hukum keharaman berzina, orang yang keliru, dan orang yang lupa tidak dapat dijatuhi hukuman had, seperti orang yang lupa telah menceraikan istrinya¹⁷³.

Berdasarkan syarat-syarat di atas, maka bagi anak kecil, orang gila, dan orang yang dipaksa melakukan zina, dia tidak mendapat hukuman. Hal itu sebagaimana disebutkan didalam hadits Rasulullah saw. Dari Aisyah ra. Bahwasannya Rasulullah saw. Bersabda:

Pena diangkat dari tiga golongan, yaitu dari orang yang tidur sampai dia bangun, dari kecil sampai dia bermimpi (balig) dan dari orang yang gila sampai dia berakal, (HR. Ahmad, Nasai, Abi Daud dan Tirmidzi)¹⁷⁴.

E. Pembuktian

Pelaku jarimah zina dapat dikenai hukuman had apabila perbuatannya telah dapat dibuktikan, ada tiga alat bukti yaitu:

1. Saksi

Para ulama fiqh sepakat menyatakan bahwa jika alat bukti yang digunakan dalam pembuktian jarimah zina adalah saksi, maka saksi tersebut mestilah berjumlah empat orang laki-laki muslim, merdeka, dan adil serta mengemukakan pernyataan mereka secara tegas dihadapan sidang pengadilan bahwa mereka dengan jelas melihat terjadinya hubungan persetubuhan antara laki-laki dan wanita yang dituduh. Dasar hukum penetapan jumlah saksi empat orang dalam pembuktian jarimah zina terdapat dalam firman Allah swt dalam surah Al-Nisa' ayat 15:

¹⁷³Wahbah Az-Zuhaili, *Op.Cit.*, h. 312.

¹⁷⁴Sayyid Syabiq, *Op. Cit.*, h. 249.

وَالَّتِي يَأْتِيَنَّ الْفَحِشَةَ مِنْ نِسَائِكُمْ فَاسْتَشْهِدُوا عَلَيْهِنَّ أَرْبَعَةً
مِّنكُمْ فَإِنْ شَهِدُوا فَأَمْسِكُوهُنَّ فِي الْبُيُوتِ حَتَّىٰ يَتَوَقَّلَهُنَّ الْمَوْتُ أَوْ
يَجْعَلَ اللَّهُ لَهُنَّ سَبِيلًا

Artinya:

Dan terhadap para wanita yang mengerjakan perbuatan keji(perzinahan), hendaklah ada empat orang saksi di antara kamu (yang menyaksikannya). Kemudian apabila mereka telah memberikan kesaksian, maka kurunglah mereka (wanita-wanita itu) dalam rumah sampai mereka menemui ajalnya, atau sampai Allah swt member jalan jalan yang lain kepadanya¹⁷⁵.

Syarat-syarat saksi secara khusus adalah¹⁷⁶:

- a. Laki-laki
- b. Harus melihat dengan mata kepala sendiri
- c. Peristiwa zina belum kadaluarsa
- d. Persaksian harus pada tempat
- e. Jumlah saksi harus 4 orang
- f. Persaksian harus meyakinkan, diterima dan dianggap sah oleh hakim.

2. Pengakuan

Pengakuan dapat digunakan sebagai alat bukti jarimah zina, dengan syarat sebagai berikut¹⁷⁷:

- a. Pengakuan itu dikemukakan oleh orang yang telah baligh dan berakal.
- b. Pengakuan itu dikemukakan secara lisan di hadapan hakim.
- c. Pengakuan itu dikemukakan secara lisan. Oleh karena itu pengakuan orang bisu melalui isyarat atau dengan tulisan, tidak dapat diterima.
- d. Pengakuan itu dikemukakan oleh orang yang melakukan perzinahan.

3. Qarinah

Perzinahan telah berlangsung¹⁷⁸.

¹⁷⁵Said Ishak, 2000, *Hudud dalam Fiqh Islam*, Universiti Teknologi Malaysia, Malaysia, h. 60.

¹⁷⁶Rokhmadi, 2015, *Hukum Pidana Islam*, CV. Karya Abadi Jaya, Semarang, h. 19.

¹⁷⁷Said Ishak, *Op. Cit.*, h.63.

¹⁷⁸*Ibid*, h. 65.

KONSTRUKSI HUKUM TINDAK PIDANA PELACURAN MENURUT HUKUM PIDANA POSITIF PADA SAAT INI

A. Tindak Pidana Pelacuran

1. Pengertian Pelacuran

Pelacuran di Indonesia dianggap sebagai kejahatan yang bertentangan dengan hukum, agama serta HAM (Hak Asasi Manusia). Dalam ratifikasi perundang-undangan RI Nomor 7 Tahun 1984, perdagangan perempuan dan prostitusi dimasukkan sebagai bentuk kekerasan terhadap perempuan. Prostitusi atau pelacuran adalah penjualan jasa seksual, seperti seks oral atau berhubungan seks. Seseorang yang menjual jasa seksual disebut pelacur atau biasa disebut PSK (Pekerja Seks Komersial) maupun disebut dengan WTS (wanita Tuna Susila)¹⁷⁹.

Fenomena PSK hampir terjadi di berbagai negara. Di Malaysia, misalnya, memiliki jumlah wanita tuna susila sebanyak 156 ribu jiwa¹⁸⁰. Kondisi Malaysia hampir sama dengan Indonesia. Betapa tidak, meski Indonesia dan Malaysia Negara Muslim terbesar, namun prostitusi subur dalam banyak wajah. Prostitusi tidak sesuai dengan perikemanusiaan yang adil dan beradab karena memperlakukan manusia sebagai benda yang dapat

¹⁷⁹Berbagai istilah diberikan untuk perempuan penaja seks. Sebutan pelacur sampai kini masih populer. Meskipun sempat diperhalus menjadi WTS (Wanita Tuna Susila). Istilah itu pun masih diperhalus lagi menjadi PSK (Pekerja Seks Komersial). Pada masa penjajahan disebut 'wanita publik' karena mereka bebas dimiliki pria yang membayarnya.

¹⁸⁰24iihttp://www.cnnindonesia.com/internasional/studi-puluhanpsk-di-inggris- bergelar-sarjana, diakses 29 September 2020.

diperdagangkan. Tidak pula sesuai dengan keadilan sosial, karena itu pelacuran merupakan eksploitasi manusia oleh manusia¹⁸¹.

Pelacuran dari sudut agama, khususnya Islam sebagai agama mayoritas di Indonesia. Sebagaimana diketahui secara umum bahwa prostitusi itu sangat dekat dengan tindakan persetubuhan di luar nikah, yang mana dalam pandangan Islam tindakan tersebut dapat dikatakan sebagai zinah¹⁸². Sehubungan dengan itu, Nabi Saw. Menggambarkan seseorang yang melakukan perzinahan dengan sabdanya:

Tidaklah seseorang itu berzina, ketika ia berzina dalam keadaan beriman, dan tidaklah seseorang itu mencuri, ketika mencuri ia beriman dan tidaklah seorang itu mabuk, ketika mabuk ia beriman. (H.r. Bukhari, Muslim, Abu Dawud, dan Nasai dari Abu Hurairah).

Hadis di atas menjelaskan bahwa seseorang yang sedang berzina, mencuri, dan mabuk, imannya telah lepas dan hilang daripadanya. Dalam Al-Quran sendiri perbuatan zinah itu tergolong sebagai perbuatan yang haram. Disebutkan antara lain dalam surah Al-Isra ayat 32: Dan janganlah kamu sekali-sekali melakukan perzinahan, sesungguhnya perzinahan itu merupakan suatu perbuatan yang keji, tidak sopan dan jalan yang buruk¹⁸³. Alquran dalam Surat An Nur menjelaskan:¹⁸⁴

Perempuan yang berzina dan laki-laki yang berzina, maka deralah tiap-tiap seseorang dari keduanya seratus kali dera, dan janganlah belas kasihan kepada keduanya mencegah kamu untuk (menjalankan) agama Allah, jika kamu beriman kepada Allah, dan hari akhirat, dan hendaklah (pelaksanaan) hukuman mereka disaksikan oleh sekumpulan dari orang-orang yang beriman (Q.s. al-Nûr 24: 2). Ayat lain Allah mengatakan, "Barang siapay ang melakukan demikian itu (tidak menyembah Allah, membunuh orang dan berzina), niscaya dia akan mendapat (pembalasan) dosanya. (Yaitu) akandilipatgandakan azab untuknyapada hari kiamat dan dia

¹⁸¹Alam A.S, 1984, *Pelacuran dan Pemerasan, Studi Sosiologi tentang Eksploitasi Manusia oleh Manusia*, Alumni, Bandung, h. 10.

¹⁸²Ahmad Wardi Muslich, 2005, *Hukum Pidana Islam*, Sinar Grafika, h. 3.

¹⁸³H.B. Jassin, 1978, *Al-Quran Bacaan Mulia*, Djambatan, Jakarta, h. 429.

¹⁸⁴*Ibid*.

akan kekal dalam azab itu, dalam keadaan terhina.” (Q.s. al-Furqân 25: 68-69).

Pada dasarnya Islam jelas-jelas melarang pelacuran. Berbicara masalah pelacuran, sama seperti membicarakan masalah purba, masalah lama, tetapi masalah pelacuran ini, adalah masalah yang masih terasa tetap baru untuk dibicarakan, masalah yang tetap menarik untuk didiskusikan, masalah yang masih tetap *up to date* untuk dibahas. Pelacur dalam Kamus Besar Bahasa Indonesia (KBBI), pelacur berasal dari kata dasar “lacur” yang bermakna malang, celaka, sial, dan buruk laku. Sedangkan melacur adalah kata kerja yang artinya berbuat lacur, menjual diri, tuna susila atau pelacur¹⁸⁵. Jadi pelacur adalah kata benda yang berarti orang perempuan yang melacur, wanita tunasusila atau sundal¹⁸⁶.

Pelacuran atau prostitusi berasal dari bahasa Latin yaitu *prostituere* yang berarti membiarkan diri berbuat zina, melakukan perbuatan persundalan, pencabulan, pergendakan. Dalam bahasa Inggris prostitusi disebut *prostitution* yang artinya tidak jauh beda dengan bahasa latin yaitu pelacuran, persundalan atau ketunasusilaan. Orang yang melakukan perbuatan pelacuran disebut pelacur yang dikenal juga dengan WTS atau Wanita Tuna Susila¹⁸⁷.

Para wanita yang melakukan pelacuran sekarang ini dikenal dengan istilah PSK (Pekerja Seks Komersial) yang diartikan sebagai wanita yang melakukan hubungan seksual dengan lawan jenisnya secara berulang-ulang, diluar perkawinan yang sah dan mendapatkan uang, materi atau jasa¹⁸⁸. Koentjoro¹⁸⁹ menyatakan bahwa “yang menjelaskan bahwa Pekerja Seks Komersial merupakan bagian dari kegiatan seks di luar nikah yang ditandai oleh kepuasan dari bermacam-macam orang yang melibatkan beberapa pria dilakukan demi uang dan dijadikan sebagai sumber pendapatan.”

¹⁸⁵Departemen Pendidikan Nasional, 2005, *Kamus Besar Bahasa Indonesia*, edisi ke-3, cet. 3, Balai Pustaka, Jakarta, h. 623.

¹⁸⁶Neng Djubaedah, 2010, *Perzinaan dalam Peraturan Perundang-Undangan di Indonesia Ditinjau dari Hukum Islam*, Kencana, Jakarta, h. 100.

¹⁸⁷Kartini Kartono, 2007. *Patologi Sosial Jilid1*. Rajawali Pers, Jakarta, h. 207.

¹⁸⁸Simanjuntak. B, 1982, *Pengantar Kriminologi dan Patologi Sosial*, Tarsito, Bandung, h. 25,

¹⁸⁹Koentjoro, 2004, *On the Spot: Tutar Dari Sarang Pelacur*. Tinta, Yogyakarta, h. 36.

Paul Moedikdo¹⁹⁰: “prostitusi adalah penyerahan badan wanita dengan menerima bayaran, guna pemuasan nafsu seksual orang-orang itu.” W.A. Bonger¹⁹¹: “Prostitusi ialah gejala kemasyarakatan dimana wanita menjual diri melakukan perbuatan-perbuatan seksual sebagai mata pencaharian.” P.J. de Bruine van Amstel¹⁹²: prostitusi adalah penyerahan diri dari wanita kepada banyak laki-laki dengan pembayaran.”

Kartini Kartono: mengemukakan definisi pelacuran sebagai berikut¹⁹³:

1. Pelacuran ialah perbuatan perempuan atau laki-laki yang menyerahkan badannya untuk berbuat cabul secara seksual dengan mendapatkan upah.
2. Pelacuran merupakan peristiwa penjualan diri (persundalan) dengan jalan memperjualbelikan badan, kehormatan, dan kepribadian kepada banyak orang untuk memuaskan nafsu-nafsu seks dengan imbalan pembayaran.
3. Prostitusi adalah bentuk penyimpangan seksual, dengan pola-pola organisasi impuls atau dorongan seks yang tidak wajar dan tidak terintegrasi, dalam bentuk pelampiasan nafsu-nafsu seks tanpa kendali dengan banyak orang (promiskuitas), disertai eksploitasi dan komersialisasi seks, yang impersonal tanpa afeksi sifatnya.

Sosiolog lainnya di Indonesia juga mendefinisikan pelacuran sebagai suatu perbuatan seorang perempuan memperdagangkan atau menjual tubuhnya, yang dilakukan untuk memperoleh bayaran dari laki-laki yang datang kepada perempuan tersebut¹⁹⁴. Sedangkan Soerjono Soekanto mengatakan bahwa prostitusi atau pelacuran merupakan suatu pekerjaan yang bersifat menyerahkan diri untuk melakukan perbuatan- perbuatan seksual dengan

¹⁹⁰Paul Moedikdo Moeliono, *Beberapa Catatan Mengenai Pencegahan Pelacuran*, Kumpulan Prasaran Musyawarah untuk Kesejahteraan Moral. Dikeluarkan oleh jawatan Pekerjaan Sosial Bagian Penyuluhan, Tahun 1960, sebagaimana dikutip oleh Soedjono D., *ibid*, h. 98, dalam bukunya Yesmil Anwar dan Andang, 2013, *Kriminologi*, PT. Refika Aditama, Bandung, h. 363.

¹⁹¹Bonger, W.A., *De Maatschappelijke Oorzaken der Prostitutie, Verspreide Geschriften*, dell II, Amsterdam, 1950 (Terjemahan B. Simanjuntak, Mimbar Demokrasi, Bandung, April 1967, dalam bukunya Kartono Kartini, 2005, *Patologi Sosial*, RajaGrafindo Press, Jakarta, h. 214.

¹⁹²Kartono Kartini, 2005, *Patologi Sosial*, Raja Grafindo Press, Jakarta, h. 214.

¹⁹³*Ibid*, h. 216.

¹⁹⁴Tjahyo Purnomo, 1985, *Dolly: Membedah Dunia Pelacuran Surabaya*, Grafiti Press, Surabaya, h. 10.

mendapatkan upah¹⁹⁵. Menurut Kartini Kartono, bahwa pelacuran dimaksud paling tidak memiliki empat elemen utama dalam definisi pelacuran yang dapat ditegakkan yaitu, (1) bayaran, (2) perselingkuhan, (3) ketidakacuhan emosional, dan (4) mata pencaharian. Dari keempat elemen utama tersebut, pembayaran uang sebagai sumber pendapatan dianggap sebagai faktor yang paling umum dalam dunia pelacuran¹⁹⁶.

Pengertian pelacuran sebagaimana dikemukakan oleh para ahli dan sosiolog tersebut kurang lengkap, karena yang disebut pelacur hanya seorang perempuan, sementara laki-laki juga dapat melakukan pelacuran, yang umum disebut sebagai "gigolo" atau yang diistilahkan dengan "sundel muani" termasuk atau dapat dikategorikan juga sebagai pelacur, karena jika mengacu kepada empat elemen tersebut, maka gigolo-pun dapat dikategorikan sebagai pelacur, karena disamping memenuhi elemen tersebut juga pernyataan "*Person who offers herself/himself for sexual intercourse for payment*" ("orang yang menawarkan dirinya untuk melakukan hubungan seksual untuk mendapatkan bayaran"). Disamping itu pelacuran bukan sekedar pelayanan seks dari seorang perempuan terhadap seorang laki-laki atau sebaliknya saja, melainkan banyak sekali jenis pelayanan seks yang ditawarkan oleh pelacur, seperti: layanan hubungan seks antara perempuan dan laki-laki satu lawan satu, atau variasi dua lawan satu atau sebaliknya; layanan sesama jenis (LGBT) dan lain yang sejenis. Dengan demikian menurut penulis pengertian pelacuran adalah "perbuatan yang dilakukan oleh dua orang atau lebih yang melakukan perbuatan cabul, zina, hubungan sesama jenis (LGBT) dan/atau porno aksi dengan bayaran, baik difasilitasi maupun tidak difasilitasi oleh mucikari".

2. Tindak Pidana Pelacuran

Pelacuran menurut banyak sumber, telah terjadi di Indonesia sejak zaman Majapahit. Salah satu bukti yang menunjukkan hal ini adalah penuturan kisah-kisah perselingkuhan dalam kitab Mahabrata. Pada zaman kerajaan Mataram pelacuran malah semakin meningkat¹⁹⁷. Label daerah

¹⁹⁵Soerjono Soekamto, 1990, *Sosiologi Sebuah Pengantar*, Rajawali Press, Jakarta, h. 374.

¹⁹⁶Kartono Kartini, *Op.cit.*, h. 34.

¹⁹⁷Koentjoro, *Op.cit.*, h. 61.

“plesiran” yang disandingkan pada Wonogiri dan Wonosari dapat dijadikan sebagai bukti.

Pelacuran di Indonesia semakin berkembang pada masa kolonial. Ingleson menyebutkan bahwa pelacuran meningkat dengan cepat pada abad ke-19 sebagai buah dari meningkatnya permintaan pelayanan seks. Pada tahun 1990-an penyakit menular merambat dengan cepat. Tahun 1913, peraturan baru ditetapkan pada mucikari dan “agen-agen”. Misset memperkirakan bahwa jumlah pelacur di Jakarta pada tahun 1917 sekitar 3.000 sampai 4.000 orang¹⁹⁸.

Semasa zaman penjajahan Jepang tahun 1914-1945, jumlah dan kasus pelacuran semakin berkembang. Banyak remaja dan anak sekolah ditipu dan dipaksa menjadi pelacur untuk melayani tentara Jepang. Tempo menyebutkan bahwa pelacuran juga berkembang di luar Jawa dan Sumatera. Hal ini bisa dilihat misalnya dari pernyataan dua bekas tentara Jepang yang melaporkan bahwa pada tahun 1942 di Sulawesi Selatan terdapat setidaknya 29 rumah bordir yang dihuni oleh lebih dari 280 orang pelacur (111 orang dari Toraja, 67 orang dari Jawa dan 7 orang dari Mandar). Menurut etnisitasnya, mereka adalah orang Jawa, Bugis, Cina, dan daerah lain. Menurut Jones pelacuran berhubungan erat dengan tingginya angka perceraian di Jawa Barat. Menurut catatan tahun 1950, tingkat perceraian di Jawa Barat adalah yang tertinggi di Dunia. Masalah pelacuran di Indonesia semakin rumit seiring dengan semakin tingginya perpindahan penduduk, meningkatnya irama kehidupan, meningkatnya penghasilan, dan beratnya tantangan untuk menerima prinsip moral (Jones, dkk. 1995)¹⁹⁹. Tahun 1990 mulai merebak tempat-tempat hiburan malam seperti karaoke, diskotek dan penginapan yang juga memicu peningkatan pelacuran.

Posisi pandangan seks di Indonesia bisa dikategorikan pada *asketikismetradisional* dan *asketikisme tercerahkan*. Penggolongan ini bisa dilihat dari ciri-ciri bahwa sebagian besar orang di Indonesia, baik berpendidikan maupun tidak berpendidikan, sama-sama menyetujui bahwa hubungan seksual hanya

¹⁹⁸Ulfiyah, 2017, *Prostitusi Remaja Putri Dan Ketahanan Keluarga Di Cianjur Jawa Barat*, Direktorat Jendral Pendidikan Islam Subdit Penelitian Pengabdian Pada Masyarakat Dan Publikasi Ilmiah, Jakarta, h. 23.

¹⁹⁹Koentjoro, *Op.cit*, h. 62.

diperbolehkan di dalam lembaga pernikahan. Perbedaannya terletak hanya pada kecenderungan. Orang Indonesia yang berpendidikan rendah cenderung pada *asketikisme tradisional* dimana persepsi mereka terhadap seksualitas lebih kaku dibanding orang yang berlatar belakang pendidikan tinggi²⁰⁰. Dalam Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP) tidak ada satupun pasal yang mengatur secara khusus tentang pelacuran atau wanita pelacur, padahal di dalam hukum pidana terdapat asas legalitas yang termuat dalam Pasal 1 ayat (1) KUHP, yang menyebutkan “Tiada suatu perbuatan dapat di pidana kecuali atas aturan pidana dalam perundang-undangan yang telah ada sebelum perbuatan itu dilakukan.”

Terdapat kesenjangan antara realitas dan idealitas dalam menetapkan status pelacur dalam sistem hukum Indonesia. Hukum sipil Indonesia tidak menyebutkan hukuman untuk pelacur. Pelacur secara eksplisit, yang jelas hanyalah untuk mucikari dan perzinaan. Berhubungan seks dengan pelacur disebut perzinaan. Hukum sipil melarang praktik mucikari dan perzinaan. Pelacuran apabila dilihat dari norma-norma sosial sudah jelas melarang atau mengharamkan prostitusi dan sudah ada pengaturan tentang larangan bisnis prostitusi terletak dalam Pasal 296 KUHP menentukan bahwa pembedaan hanya dapat dikenakan bagi orang yang dengan sengaja menyebabkan sebagai pencarian atau kebiasaan.

Tindak pidana yang terkait dengan pelacuran termuat dalam Pasal 296 KUHP yang mengancam dengan hukuman penjara kepada siapa saja yang pekerjaannya atau kebiasaannya dengan sengaja mengadakan atau memudahkan perbuatan cabul oleh orang lain dengan orang ketiga. Pasal 296 KUHP mengatur bahwa:

Barangsiapa dengan sengaja menghubungkan atau memudahkan perbuatan cabul oleh orang lain dengan orang lain, dan menjadikannya sebagai pencarian atau kebiasaan, diancam dengan pidana penjara paling lama satu tahun empat bulan atau denda paling banyak seribu rupiah.

²⁰⁰Ulfiah, *Op.cit*, h. 24.

Unsur objektif (*actus reus*) dalam Pasal 296 KUHP adalah: (1) menghubungkan atau memudahkan perbuatan cabul oleh orang lain dengan orang lain; (2) menjadikannya sebagai pencarian atau kebiasaan. Sedangkan unsur subjektif (*mens rea*) adalah: dengan sengaja. Pasal 296 KUHP ini juga digunakan sebagai pasal penjerat dalam kasus prostitusi *online* artis dengan terdakwa Robbie Abbas (RA)

Kemudian Pasal 506 KUHP yang mengatur pidana terhadap mucikari yang mengambil keuntungan dari tindakan prostitusi. Dalam Pasal 506 KUHP mengatur bahwa:

Barangsiapa menarik keuntungan dari perbuatan cabul seorang wanita dan menjadikan sebagai pencarian, diancam dengan pidana kurungan selama-lamanya satu tahun.” Dalam Pasal 506 KUHP yang menjadi unsur objektif (*actus reus*) adalah: (1) menarik keuntungan dari perbuatan cabul seorang wanita; (2) menjadikan sebagai pencarian. Sedangkan unsure subjektif (*mens rea*) adalah: dengan sengaja.

Selain dari pasal-pasal tersebut, terdapat pula beberapa pasal lainnya dalam KUHP yang berkaitan dengan prostitusi, yaitu Pasal 297 yang mengatur tentang perdagangan perempuan dan anak laki-laki untuk dijadikan pekerja seks; dan Pasal 295 yang mengatur ketentuan yang mirip dengan Pasal 296 namun berbeda pada obyeknya, yang mana pada Pasal 295 ini ditujukan kepada anak yang belum dewasa.

Prostitusi juga dianggap terkait dengan ketentuan Pasal 281 KUHP tentang tindakan merusak kesopanan. Kesopanan dalam pasal ini diartikan sebagai kesusilaan, perasaan malu yang berhubungan dengan nafsu seksual misalnya bersetubuh, merab-raba kemaluan wanita atau pria, dan lain-lain. Kemudian ditentukan juga bahwa perbuatan merusak kesopanan haruslah memenuhi dua hal, yaitu pertama, perbuatan merusak kesopanan ini dilakukan di tempat umum, artinya perbuatan itu sengaja dilakukan di tempat yang dapat dilihat atau didatangi orang banyak, misalnya di pinggir jalan, gedung bioskop, dan lain-lain. Kedua, perbuatan merusak kesopanan sengaja dilakukan dimuka orang lain yang hadir tidak dengan kemauannya sendiri,

maksudnya tidak perlu di muka umum (seorang sudah cukup), asal orang ini tidak menghendaki perbuatan itu.

Pengaturan mengenai prostitusi ini juga termuat dalam peraturan yang dibuat oleh Pemerintah Daerah, diantaranya adalah Pemerintah Daerah Kota Tangerang dan Pemerintah Daerah Kabupaten Indramayu. Adapun peraturan Pemerintah Daerah (PERDA) tersebut dimuat dalam:

- a. Peraturan Gubernur Provinsi Daerah Khusus Ibukota Jakarta Nomor 18 Tahun 2018 tentang Penyelenggaraan Usaha Parawisata;
- b. Peraturan Daerah Kabupaten Daerah Tingkat II Indramayu Nomor 7 tahun 1999 Tentang Prostitusi.

B. Paradigma Pengaturan Tindak Pidana Pelacuran

Pada level global ada dua titik utama penekanan dan orientasi yang menjadi dasar yang berpengaruh terhadap proses legislasi tentang pelacuran yaitu, paradigma Harm Reduction dan Harm Elimination²⁰¹.

1. Harm Reduction

Model utama pertama adalah harm reduction. Menurut model ini prostitusi selalu ada pada setiap masyarakat. Prevalensi prostitusi (seberapa sering dan berapa banyak pria pergi ke tempat pelacuran) kurang lebih akan tetap konstan karena "itu" (apa tepatnya?) Adalah dorongan alamiah pada laki-laki²⁰². Dengan asumsi ini, cara ke depan yang coba diperbaiki dengan jalan memudahkan akses atau menggratiskan kondom, melakukan tes HIV, dan memberikan pengakuan hukum bahwa prostitusi dan mucikari sebagai pekerjaan. Termasuk juga upaya untuk mencoba mengurangi kekerasan tambahan, dengan cara negara melakukan pengawasan untuk mengurangi kekerasan yang dilakukan oleh geromo dan 'johns', dan mendapatkan uang pungutan dari

²⁰¹Ika Dewi Setia Triana, 2020, *Rekonstruksi Kebijakan Formulasi Hukum Pidana Terhadap Tindak Pidana Prostitusi Online Di Indonesia Berbasis Nilai Keadilan*, FH Unissula, Semarang, h. 416.

²⁰²*One has to wonder: if this is such a natural drive, what's wrong with all the men who don't visit prostitutes. Do they need therapy or medication? Usually it's not specified what exactly is this natural drive: Sex? Power? Abuse? Evie Embrechts, Prostitution The Swedish or the Dutch model?* Dalam Ika Dewi Setia Triana, 2020, Ibid.

pelacur²⁰³. *Harm reduction* biasanya berasal dari pandangan masyarakat *neo-liberal*: yang menganggap manusia sebagai individu yang mempunyai pilihan bebas, "tidak ada yang namanya masyarakat" (*there is no such thing as society*). Dalam pandangan ini adalah mungkin untuk membuat perbedaan yang jelas antara prostitusi paksa dan sukarela. Ketika orang-orang memilihnya, maka itu adalah seperti pekerjaan yang lain. Ini terkait dengan persoalan perdagangan manusia: trafiking selalu bermasalah, sementara pelacuran tidak perlu. Tujuannya menjadi cukup sederhana: membuat prostitusi sukarela lebih mudah, melarang prostitusi paksa²⁰⁴. Pendekatan ini telah diterapkan di Belanda sejak 1999-2000.

2. *Harm Elimination In itself a form of violence against women;*

Model kedua yaitu harm elimination, diimplementasikan di Swedia sejak tahun 1998-1999. Harm Elimination dikembangkan dari cara pandang para fe minis, di mana pelacuran dilihat sebagai berikut²⁰⁵:

- a. *A system which helps maintain violence against women;*
- b. *A phenomenon that is not fixed, of which the prevalence can change through time;*
- c. *A signal that it is acceptable that a subset of women are sacrificed and can be bought and sold.*

Pelacuran dengan sendirinya merupakan bentuk kekerasan terhadap perempuan; Sebuah fenomena yang tidak tetap, yang prevalensinya bisa berubah sepanjang waktu; sebuah sistem yang membantu menjaga kekerasan terhadap perempuan; Suatu tanda bahwa sebagian perempuan dapat diterima dikorbankan dan bisa dibeli dan dijual.

Perlu dicatat bahwa pandangan tentang pilihan dalam model ini sangat berbeda jika dibandingkan dengan model pengurangan dampak buruk (*harm reduction*): dalam masyarakat

²⁰³Rachel Wotton, *Harm Reduction Frameworks in Sex Worker Peer Education, Key Note presentation – 18 th International Harm Reduction Conference: 13-18 th May 2007: Warsaw, Poland*. International Spokesperson Scarlet Alliance The Australian Sex Workers' Association, <https://www.hri.global/files/2010/05/13/WottonWarsaw2007.pdf>.

²⁰⁴The goals are summarized in the police report of KLPD (Korps Landelijke Politiediensten) – Dienst Nationale Recherche (July 2008). Schone schijn, de signalering van mensen handel in de vergunde prostitutiesector. Driebergen, Nederland.

²⁰⁵Sally Guy, *Prostitution Policy in Canada: Models, Ideologies, and Moving Forward*, Canadian Association of Social Workers (CASW) September 4, 2014,

kapitalis dan patriarki, itu benar-benar dapat diprediksi bahwa perempuan akan melihat prostitusi sebagai alternatif yang layak atau satu-satunya jalan keluar dari misalnya, kemiskinan. Namun demikian, jumlah perempuan yang pergi ke prostitusi karena kemauan mereka sendiri dan tidak dipaksa ke dalamnya adalah persentasenya yang kecil²⁰⁶. Dalam model eliminasi bahaya (harm elimination model), prostitusi adalah sistem dan realitas berbahaya yang perlu dihapuskan, sama seperti bentuk-bentuk kekerasan lain terhadap perempuan dan perbudakan.

Model ini tidak akan bisa eksis tanpa alokasi sumber daya yang dikhususkan untuk pendidikan, beberapa program solusional dan pelatihan ulang pekerjaan. Yang sangat khas juga model ini mengakui ketidaksetaraan kekuasaan antara pelacur dan john dan sebuah permintaan bahwa johns membuat pilihan yang berbeda. Menjadikan seks menjadi legal untuk memastikan pelacur tidak dapat ditangkap atau diperas dan membeli seks adalah ilegal: pelanggan harus berhenti menyalahgunakan kekuasaannya dan membuat pilihan yang lebih baik. Fokus kritis pada pilihan pelanggan-pelanggan ini merupakan paradigma yang relatif baru untuk berpikir tentang prostitusi²⁰⁷.

Sebelum ini, perdebatan tersebut terperangkap dalam sebuah dikotomi tentang pilihan pelacur. Pelacur adalah seorang yang tidak bermoral, orang jahat dalam pandangan konservatif atau pelaku seksual bebas, dibebaskan dari norma-norma konservatif, sebagaimana kaum liberal akan memilikinya. Dalam analisis sosial apa pun, penting untuk tidak pernah melupakan hubungan kekuasaan (siapa yang paling berkuasa?), Jika tidak mereka cenderung menghilang.

Dua paradigma ini kemudian melahirkan dua model besar kerangka hukum utama yang mengatur tentang prostitusi yang menjadi kecenderungan global terkini. Adapun dua model tersebut dikenal dengan Nordic Model yaitu model legislasi yang diterapkan oleh negara-negara di Skandinavia dan Dutch Model, yaitu model yang diuji cobakan di Belanda dan Jerman.

²⁰⁶See e.g. the summary of research: *Prostitution's Hierarchy of Coercion*, 2008, meta-analysis by Melissa McFarley, available online

²⁰⁷Many thanks to Samantha Berg for first explaining this new paradigm to me. See here. Dalam Ika Dewi Setia Triana, 2020, Ibid. h. 419.

C. Tindak Pidana Pelacuran Dalam Perspektif Pandangan Ulama

Pada dasarnya tidak terdapat fatwa MUI secara khusus yang mengatur terkait pelacuran, namun demikian terdapat pembahasan menarik pada bahtsul masail pra-musyawarah nasional Nahdlatul Ulama' terkait perlindungan kedudukan PSK dari *bully* dimasyarakat. Dalam bahtsul masail pra-musyawarah nasional Nahdlatul Ulama' tersebut KH. Syafruddin Syarif menyatakan bahwa "membully PSK tidak dibenarkan, hal ini dikarenakan Nabi SAW memerintahkan setiap muslim menutupi kejelekan seseorang dan melarang merendahkan seseorang". Lebih lanjut KH. Syafruddin Syarif menyatakan bahwa walau pun setiap masyarakat dilarang membully pelaku prostitusi namun demikian masyarakat dapat menolak pelaku prostitusi, hal ini sebagai tindakan untuk mencegah penularan maksiat kepada anggota masyarakat dan mencegah adanya *sukhtullah* yang dapat berakibat pada laknat dan bencana dari Allah. Namun demikian pemimpin dari bahtsul masail Komisi Qonuniyah Pondok Pesantren Alhasaniyah tersebut menyampaikan bahwa kesalahan terhadap pelaku prostitusi tidak dapat dilimpahkan sepenuhnya kepada PSK, hal ini dikarenakan PSK melakukan zinah tersebut dalam keadaan keterpaksaan misalnya saja himpitan ekonomi.²⁰⁸

Pandangan di atas jelas bahwa Islam tidak membenarkan adanya pengucilan dan sikap menghina PSK, dalam hal ini Islam melihat PSK sebagai manusia yang memiliki hak untuk hidup dan tidak dikucilkan. Selain itu Islam juga mempertimbangkan kedudukan terpaksa dari PSK akibat hal-hal di luar kuasanya yang mengharuskan dirinya bekerja menjadi PSK. Hal ini sesuai dengan amanat Sila Pertama, Sila Kedua, dan Sila Kelima Pancasila serta Pasal 28A Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 yang menyatakan bahwa "setiap orang berhak untuk hidup serta mempertahankan hidup dan kehidupannya". Hal ini menunjukkan bahwa terhadap PSK sebenarnya perlu peran pemerintah secara efektif terkait pengurangan angka kemiskinan di negara ini.

²⁰⁸<https://www.nu.or.id/post/read/102635/bagaimana-islam-memperlakuan-pelaku-prostitusi>, Diakses pada 5 Januari 2021.

Mengingat jumlah angka kemiskinan di Indonesia sangat tinggi, hal ini ditunjukkan dengan data Badan Pusat Statistika pada Maret 2020 yang menyatakan bahwa masyarakat miskin di Indonesia mengalami kenaikan sejumlah 26,42 juta jiwa.²⁰⁹ Hal ini mengakibatkan banyak pihak harus menjadi PSK untuk memenuhi kebutuhannya, pandangan ini sejalan dengan pandangan dari data Kementerian Sosial di tahun 2020 yang menyatakan bahwa terdapat 40.000 wanita sebagai PSK di Indonesia.²¹⁰ Pandangan akan kedudukan PSK tersebut juga sejalan dengan pandangan dari prinsip *maqsid al-Syariah*. Tujuan hukum menurut Islam pada dasarnya diatur dalam prinsip *maqsid al-Syariah*, pada prinsip *maqsid al-Syariah* dijelaskan bahwa hukum harus mampu melindungi lima hal, adapun lima hal tersebut adalah:²¹¹

- a. Agama;
- b. Akal;
- c. Jiwa;
- d. Harta benda;
- e. Keturunan.

Kemudian mewujudkan keadilan, keadilan menurut Islam dalam hal ini adalah mempersamakan sesuatu dengan hal yang lainnya baik secara nilai maupun secara ukuran sehingga tidak berat sebelah atau berpihak anantara satu dengan yang lainnya. Selanjutnya adil juga memiliki makna berpihak kepada kebenaran.²¹² Dalam hal persoalan pelacuran, hukum tidak dapat hanya semata-mata menghukum PSK namun juga harus mempertimbangkan kedudukan jiwa, akal, ekonomi, dan keturunan dari PSK yang akan dihukum.

Pada dasarnya Allah SWT disebut sebagai “Yang Maha Adil dan Bijaksana terhadap hamba-Nya, artinya bahwa segala perbuatan manusia tidak akan mempengaruhi keadilan Allah SWT, baik dan buruknya perbuatan manusia justru akan menerima balannya

²⁰⁹<https://www.liputan6.com/bisnis/read/4305950/penduduk-miskin-indonesia-naik-jadi-2642-juta-orang-di-maret-2020#:~:text=Penduduk%20Miskin%20Indonesia%20Naik%20jadi%2026%2C42%20Juta%20Orang%20di%20Maret%202020,-Pipit%20Ika%20Ramadhani&text=Liputan6.com%2C%20Jakarta%20Badan%20Pusat,persen%20poin%20terhadap%20Maret%202019,Diakses pada 12 November 2020.>

²¹⁰<https://www.cnnindonesia.com/nasional/20180419112100-20-291933/kemensos-40-ribu-psk-menghuni-lokalisasi-indonesia>, Diakses pada 12 November 2020.

²¹¹ *Ibid*, hlm. 48.

²¹² *Ibid*, hlm. 51.

sendiri-sendiri. Hal ini dapat terlihat dalam Quran Surat 41 Ayat 46 yang menyatakan bahwa “barangsiapa yang mengerjakan amal yang saleh maka pahalanya untuk dirinya dan barang siapa yang mengerjakan perbuatan jahat, maka dosanya untuk dirinya sendiri, dan tidak sekali-kali Rabb-mu menganiaya hamba-hamba-Nya”.²¹³ Sementara itu *Jumhur Ulama* sepakat menyatakan bahwa seluruh sahabat Nabi SAW adalah adil dan tidak perlu dibahas keadilan para sahabat Nabi SAW yang dapat dilihat dalam periwayatan Hadist.²¹⁴

Sebaliknya bagi pelaku prostitusi dalam hal ini pengguna jasa prostitusi, kendati tidak dapat dilakukan *bullying* terhadapnya namun tidak dibenarkan terhadapnya secara absolut, hal ini dikarenakan dirinya sebagai pengguna secara jelas melakukan dosa karena tidak dalam keadaan terdesak.

D. Pertanggungjawaban Pidana Pelaku Pelacuran Menurut Hukum Pidana Nasional

Dalam bahasa asing pertanggungjawaban pidana disebut sebagai, *toerekenbaarheid*, *criminal responsibility*, *liability*. Pertanggungjawaban pidana dimaksudkan untuk menentukan apakah seseorang tersangka/terdakwa dipertanggungjawabkan atas suatu tindak pidana (*crime*) yang terjadi atau tidak. Dengan perkataan lain apakah terdakwa akan dipidana atau dibebaskan. Jika ia dipidana, harus ternyata bahwa tindakan yang dilakukan itu bersifat melawan hukum dan terdakwa mampu bertanggungjawab. Kemampuan tersebut memperlihatkan kesalahan dari petindak yang berbentuk kesengajaan atau kealpaan. Artinya tindakan tersebut tercela tertuduh menyadari tindakan yang dilakukan tersebut²¹⁵.

Pertanggungjawaban pidana adalah suatu perbuatan yang tercela oleh masyarakat yang harus dipertanggungjawabkan pada sipembuatnya atas perbuatan yang dilakukan. Dengan mempertanggungjawabkan perbuatan yang tercela itupada si pembuatnya, apakah sipembuatnya juga dicela atautkah sipembuatnya tidak dicela. Pada hal yang pertama maka si

²¹³ Tohaputra Ahmad, *Al-Qur'an Dan Terjemahannya*, CV. As Syifa, Semarang, 2000, hlm. 185.

²¹⁴ *Ibid*, hlm. 1072

²¹⁵ E.Y. Kanter & S.R. Sianturi. 2002, *Asas-asas Hukum Pidana di Indonesia dan Penerapannya*. Stora Grafika, Jakarta, h 249.

pembuatnya tentu dipidana, sedangkan dalam hal yang kedua si pembuatnya tentu tidak dipidana²¹⁶. Dengan demikian kesalahan dalam arti seluas-luasnya, dapat disamakan dengan pengertian pertanggungjawaban dalam hukum pidana. Didalamnya terkandung makna dapat dicelanya si pembuat atas perbuatannya. Jadi, apabila dikatakan bahwa orang itu bersalah melakukan sesuatu tindak pidana, maka itu berarti bahwa ia dapat dicela atas perbuatannya. Pertanggungjawaban pidana menurut Roeslan Saleh²¹⁷:

Dalam pengertian perbuatan pidana tidak termasuk hal pertanggungjawaban. Perbuatan pidana hanya menunjuk kepada dilarangnya perbuatan. Apakah orang yang telah melakukan perbuatan itu kemudian juga dipidana, tergantung pada soal apakah dia dalam melakukan perbuatan itu memang mempunyai kesalahan atau tidak. Apabila orang yang melakukan perbuatan pidana itu memang mempunyai kesalahan, maka tentu dia akan dipidana.

Pertanggungjawaban pidana menjurus kepada pemidanaan pelaku jika telah melakukan suatu tindak pidana dan memenuhi unsur-unsurnya yang telah ditentukan dalam undang-undang. Dilihat dari sudut terjadinya suatu tindakan yang terlarang (diharuskan), seseorang akan dipertanggungjawab-pidanakan atas tindakan-tindakan tersebut apabila tindakan tersebut bersifat melawan hukum (dan tidak ada peniadaan sifat melawan hukum atau *rechtsvaardigingsgrond* atau alasan pembenar) untuk itu. Dilihat dari sudut kemampuan bertanggung jawab, maka hanya seseorang yang yang mampu bertanggung-jawab yang dapat dipertanggung-jawabkan. Dikatakan seseorang mampu bertanggung jawab (*toerekeningsvatbaar*), bilamana pada umumnya²¹⁸.

Tegasnya bahwa, pertanggungjawaban pidana adalah merupakan pertanggungjawaban orang terhadap tindak pidana yang dilakukannya. Dengan demikian, terjadinya pertanggungjawaban pidana karena telah ada tindak pidana yang dilakukan oleh seseorang. Dimana masyarakat telah sepakat menolak suatu perbuatan tertentu yang diwujudkan dalam bentuk larangan atas

²¹⁶Roeslan Saleh, 1982, *Pikiran-pikiran tentang Pertanggungjawaban Pidana*, Ghalia Indonesia, Jakarta, h. 75-76.

²¹⁷*Ibid.*

²¹⁸E.Y.Kanter & S.R Sianturi, *Op.Cit.*, h. 249.

perbuatan tersebut. Sebagai konsekuensi penolakan masyarakat tersebut, sehingga orang yang melakukan perbuatan tersebut akan dicela, karena dalam kejadian tersebut sebenarnya pembuat dapat berbuat lain. Pertanggungjawaban pidana pada hakikatnya merupakan suatu mekanisme yang dibangun oleh hukum pidana untuk bereaksi terhadap pelanggaran atas kesepakatan menolak suatu perbuatan tertentu.

Masalah pelacuran adalah masalah struktural, permasalahan mendasar yang terjadi dalam masyarakat adalah masih memahami masalah pelacuran sebagai masalah moral. Tidak menyadari persepsi moral ini akan mengakibatkan sikap "menyalahkan korban" yang ujungnya menjadikan korban semakin tertindas²¹⁹. Pelacuran merupakan salah satu bentuk kriminalitas yang sangat sulit untuk ditangani dan jenis kriminalitas ini banyak didukung oleh faktor ekonomi dalam kehidupan masyarakat, dimana dalam masyarakat itu sendiri mendapat pemenuhan akan kebutuhan secara manusiawi²²⁰. Ancaman dari pihak lain juga dapat membuat seorang perempuan terlibat dalam dunia pelacuran. Meskipun terkesan klasik, tapi kenyataan memang ada mafia-mafia pelacuran yang mencari pelacur dari daerah dengan iming-iming dicarikan pekerjaan di kota. Dalam situasi ini, pelacur tersebut terpaksa terjun ke dunia prostitusi karena ketidakberdayaan dalam menghadapi tekanan dari para mafia tersebut²²¹.

Asumsi bahwa faktor ekonomi merupakan faktor utama yang mendorong seseorang terjun ke dalam dunia prostitusi mulai mengalami pergeseran sejalan dengan fenomena menarik dalam aktivitas ini, yaitu maraknya remaja perempuan yang berusia sangat muda. atau dikenal dengan ABG (Anak Baru Gede) yang berprofesi sebagai pelacur. Ketika dikonfirmasi tentang motif yang membuat para ABG tersebut menerjuni profesi ini, konsumerisme merupakan inti dari jawaban mereka. Keinginan untuk menikmati hidup mewah tanpa harus bekerja dengan susah payah telah membuat para ABG tersebut memutuskan menjadi pelacur²²². Fenomena lain yang menarik belakangan ini adalah bentuk prostitusi yang tidak

²¹⁹Pisani, E. 2008. *Kearifan Pelacur: Kisah Gelap di Balik Bisnis Seks dan Narkoba*. Serambi, Jakarta.

²²⁰Purnomo, T. 2010. *Dolly (Membedah Dunia Pelacuran Surabaya Kasus Kompleks Pelacuran Dolly)*. Grafiti Pers, Jakarta.

²²¹Pisani, E. *op.cit.*

²²²*Ibid.*

mengharapkan imbalan materi. Dalam kondisi ini para PSK bersedia melakukan pelayanan seksual dikarenakan faktor suka sama suka. Pada kehidupan kosmopolitan yang mernuja kebebasan, fenomena ini semakin banyak dijumpai. Materi dalam hal ini uang bukan lagi merupakan motivator utama. Kebebasan dan bersenang-senang adalah alasan yang selalu menjadi jawaban dalam situasi semacam ini²²³. Terjadinya pelacuran bukan karena hanya adanya pelacur, melainkan adanya pihak-pihak lainnya, beberapa pihak sebagai pelaku dalam praktek pelacuran adalah:

1. Mucikari

Mucikari atau dalam kamus besar bahasa Indonesia merujuk kepada kata Muncikari adalah induk semang bagi perempuan lacur atau germo. Namun pemahaman masyarakat secara luas adalah orang yang berperan sebagai pengasuh, perantara, dan "pemilik" pekerja seks komersial (PSK/pelacur). Dalam kebanyakan bisnis seks, khususnya yang bersifat massal, pekerja seks biasanya tidak berhubungan langsung dengan pengguna jasa. Mucikari berperan sebagai penghubung kedua pihak ini dan akan mendapat komisi dari penerimaan pelacur yang persentasenya dibagi berdasarkan perjanjian. Mucikari biasanya amat dominan dalam mengatur hubungan ini, karena banyak pelacur yang "berhutang budi" kepadanya. Banyak pelacur yang diangkat dari kemiskinan oleh mucikari, walaupun dapat terjadi eksploitasi oleh mucikari kepada "anak asuh" nya. Seperti ini pula mucikari dalam dunia prostitusi, mereka hanya sebagai penghubung antara Pekerja Seks Komersial dengan mereka lelaki hidung belang.

2. Pelacur

Pelacur adalah seseorang yang menjual jasanya untuk melakukan hubungan seksual untuk uang atau disebut pelacur. Pelacur sebutan yang di perhalus dari sebutan pelacur selain itu ada pula sebutan wanita tuna susila yang juga mengacu kepada layanan seks komersial. Praktek pelacuran di manapun Pelacur inilah yang menjadi objek eksploitasi utama dari mata rantai praktek pelacuran.

²²³*Ibid.*

3. Pengguna Pelacur

Dari semua pihak yang telah disebutkan, pihak pengguna inilah yang menjadi titik bagaimana bisa transaksi prostitusi ini bisa terjadi. Walaupun tentu pihak lain itu juga memberikan dorongan hingga terjadinya praktek prostitusi ini.

Pelacuran dalam pengaturan hukum pidana positif kita saat ini belumlah maksimal dan komperhensif karena yang dijerat hanyalah para mucikari atau perantaranya, sedangkan objek penting dari pelacuran itu sendiri dalam hal ini para pelacuran dan lelaki hidung belang tidak terjerat. Padahal Pada kenyataannya dalam beberapa kasus pelacuran atau perdagangan orang, merekalah yang memiliki peran aktif dan inisiatif dalam proses terjadinya pelacuran dalam artian bahwa dengan keinginan sendiri dan secara sadar ingin mendapatkan uang dengan cara “menjual diri” mereka untuk menjadi pemuas nafsu.

KUHP yang menjadi induk dari setiap undang-undang pidana ternyata memang tidak mengatur tentang korporasi sebagai subjek hukum pidana. Rumusan pasal-pasal-pasal yang banyak menggunakan frasa “Barangsiapa...”, “Setiap orang...”, “Seorang ibu...” dan lain-lain menunjukkan bahwa KUHP hanya mengikut *naturlijke person* atau orang alamiah (manusia) sebagai subjek hukum pidana²²⁴. Apalagi KUHP masih menganut asas “*sociates delinquere nonpotest*” dimana badan hukum atau korporasi dianggap tidak dapat melakukan tindak pidana²²⁵. Demikian halnya terkait dengan tindak pidana pelacuran, KUHP tidak mengatur bagaimana jika tindak pidana tersebut dilakukan oleh korporasi.

Berdasarkan analisis teori dan fakta empiris sebagaimana diuraikan di atas, menurut penulis, pertanggungjawaban dalam tindak pidana pelacuran baru menjerat mucikari “perseorangan” belum menjerat korporasi yang juga dapat melakukan tindak pidana pelacuran, berbeda dengan putusan Pemda DKI Jakarta meminta PT Grand Ancol Hotel selaku pengelola Alexis menutup

²²⁴Zulkarnain, “Hambatan Penegakan Hukum Terhadap PelakuKejahatan Korporasi dalam Sistem Peradilan Pidana Indonesia (Menunggu Peran Mahkamah Konstitusi dalam Upaya Pemberantasan Kejahatan Korporasi)”, *Jurnal Konstitusi*, Volume IV Nomor 2 November 2012, h. 73.

²²⁵H. Setiyono, 2005, *Kejahatan Korporasi*, Semarang. h. 15-16.

seluruh bentuk usahanya dalam waktu 5x24 jam, sejak ultimatum diterbitkan, karena korporasi tersebut menyelenggarakan dan menyediakan tempat pelacuran²²⁶. Dengan demikian menurut penulis yang dapat dimintakan pertanggungjawaban dalam tindak pidana pelacuran, adalah:

1. Pelacur;
2. Pengguna pelacur
3. Mucikari berbadan hukum atau korporasi;
4. Mucikari perseorangan atau bukan badan hukum.

Perlunya badan hukum atau korporasi dimintakan pertanggungjawaban karena ketika lokalisasi-lokalisasi ditutup, diindikasikan para pelacur yang berasal dari lokalisasi yang ditutup, beralih tempat ke hotel-hotel baik hotel melati maupun hotel-hotel berbintang, dan tempat-tempat hiburan baik karaoke, panti pijat maupun korporasi lainnya, sebagaimana halnya yang terjadi dalam kasus-kasus pelacuran yang melibatkan atau para pelacurnya yang berprofesi artinya, tindak pidana pelacurannya dilakukan di hotel-hotel bahkan hotel berbintang di berbagai daerah di Indonesia, seperti halnya kasus Nikita Mirzani, kasus Vanessa Angel dan lain-lainnya.

Korporasi baik itu hotel-hotel maupun tempat hiburan biasanya sudah menempelkan tata tertib untuk melarangnya terjadinya pelacuran, bahkan di kamar-kamar hotel biasanya tata tertib hotel ditempel di dinding kamar, namun pelacuran tetap terjadi. Tata tertib hotel hendaknya tidak dijadikan alasan bahwa badang hukum tersebut telah melakukan pencegahan atau bahkan melarang tempatnya dijadikan tempat pelacuran, jika badan usaha tersebut tidak melakukan upaya lainnya yang lebih ketat untuk menjaga tidak terjadinya pelacuran di korporasinya, misalnya korporasi berupa hotel memberlakukan dan memperketat tamu yang menginapnya, jika tamu tersebut merupakan pasangan, maka harus dapat membuktikan surat nikah atau identitas diri yang sah yang menyatakan pasangan yang hendak menginap tersebut merupakan pasangan suami isteri.

²²⁶<https://www.benarnews.org/indonesian/berita/temukan-prostitusi-03282018170611.html>, diunduh 14 Agustus 2020.

Disamping itu korporasi berupa hotel harus memberlakukan ketentuan bahwa penyewa kamar dilarang menerima tamu lawan jenis di dalam kamar. Pengawasan yang demikian dalam alam IT sekarang ini, kiranya mudah dilakukan, karena badan hukum atau korporasi hotel tersebut diwajibkan untuk memasang CCTV, dan CCTV tersebut senantiasa dipantau oleh petugas keamanan korporasi yang bersangkutan, hal ini tentunya disamping menghindari terjadinya pelacuran juga merupakan upaya pengamanan bagi korporasi bersangkutan.

E. Konstruksi Hukum Pertanggungjawaban Pidana Pelaku Tindak Pidana Pelacuran Dalam KUHP Belum Berbasis Keadilan

Hukum yang baik menurut Lawrence Friedman harus selalu memuat unsur-unsur sistem hukum yang terdiri dari 3 (tiga) bagian yaitu struktur hukum (*legal structure*), substansi hukum (*legal substance*) dan budaya hukum (*legal culture*)²²⁷. Oleh karena itu, segala sesuatu yang akan dilaksanakan dalam sebuah sistem hukum nasional atau negara harus disesuaikan dengan kondisi dan kepentingan atau tujuan negara yang bersangkutan.

Setiap masyarakat atau bangsa tentu memiliki pandangan hidup yang berisi nilai-nilai moral atau etika yang dianggap sebagai “suatu kebenaran”. Moral dan etika atau “suatu kebenaran” itu pada dasarnya memuat suatu nilai-nilai yang dianggap baik atau tidak baik, sesuatu yang dianggap benar atau tidak benar, sesuatu yang dianggap patut atau tidak patut, sesuatu yang dianggap layak atau tidak layak, dan sesuatu yang dianggap adil atau tidak adil. Nilai yang dianggap sebagai “suatu kebenaran” oleh suatu masyarakat atau bangsa sudah tentu harus dijadikan jiwa, pandangan hidup dan cita-cita yang akan dijadikan dasar menjalankan kehidupan bermasyarakat, berbangsa dan “suatu kebenaran” tersebut tentunya akan dijunjung tinggi serta akan dilaksanakan dengan kesadaran dan tanpa paksaan²²⁸.

²²⁷Lawrence Friedman, *American Law*, W.W. Norton & Company, London, dalam bukunya Yopi Gunawan dan Kristian, 2015, *Perkembangan Konsep Negara Hukum & Negara Hukum Pancasila*, Refika Aditama, Bandung, h. 1.

²²⁸Yopi Gunawan dan Kristian, 2015, *Perkembangan Konsep Negara Hukum & Negara Hukum Pancasila*, Refika Aditama, Bandung, h. 4.

Disahkannya Undang-Undang Dasar (UUD) 1945 sebagai konstitusi negara Indonesia, membawa dampak terhadap segala aturan hukum yang berlaku di Indonesia senantiasa harus bersumber dari UUD tersebut terutama dalam pembukaan UUD 1945 yang merupakan asas kerohanian yang di dalamnya terdapat dasar filsafat negara Pancasila (*Philosophische Groundslag*). Indonesia yang memutuskan Pancasila sebagai dasar negaranya menjadikan Pancasila sebagai sumber hukum materiil, karena setiap isi peraturan perundang undangan baik yang dikeluarkan oleh pemerintah pusat maupun pemerintah daerah tidak boleh bertentangan dengannya. Ideologi Pancasila khususnya yang termanifestasi dalam sila ketiga "*Persatuan Indonesia*" kemudian diterjemahkan melalui Konstitusi UUD Tahun 1945, Pasal 1 ayat (1) "Negara Indonesia ialah Negara Keatuan, yang berbentuk Republik", selanjutnya Pasal 18 ayat (1) "Negara Kesatuan Republik Indonesia dibagi atas daerah-daerah provinsi dan daerah provinsi itu dibagi atas kabupaten dan kota, yang tiap-tiap provinsi, kabupaten, dan kota itu mempunyai pemerintahan daerah, yang diatur dengan undang-undang.

Konsep negara hukum Indonesia yang berdasarkan Pancasila dan Undang-Undang Dasar 1945 dapat dilihat secara material dan yuridis formal. Secara material negara hukum Pancasila didasarkan pada paradigma bangsa Indonesia dalam bernegara yang bersifat integralistik khas Indonesia, yaitu berasas kekeluargaan yang bermakna keutamaan bagi rakyat, penghargaan terhadap harkat dan martabat manusia dan keberlakuan hukum yang berfungsi memberikan pengayoman untuk tegaknya demokrasi, keadilan sosial dan peri kemanusiaan²²⁹.

Menurut Jimly Asshiddiqie, ide negara hukum, selain terkait dengan konsep *rechtstaat* dan *the rule of law*, juga berkaitan dengan konsep *nomocracy* yang berasal dari perkataan *nomos* dan *cratos*. Faktor penentu dalam penyelenggaraan kekuasaan adalah norma atau hukum, sehingga istilah *nomocracy* tersebut berkaitan erat dengan pemikiran mengenai kedaulatan hukum atau prinsip hukum sebagai kekuasaan tertinggi²³⁰.

²²⁹Padmo Wahyono, 1989, *Pembangunan Hukum di Indonesia*, Ind-Hill Co, Jakarta, h.153-155.

²³⁰Jimly Asshiddiqie, Cita Negara Hukum Indonesia, Pidato Orasi Ilmiah Pada Wisuda Sarjana Hukum Fakultas Hukum Sriwijaya Palembang Tanggal 23 Maret 2004, dimuat dalam Jurnal Hukum Simbur Cahaya No. 25 Tahun IX Mei 2005, h. 166.

Dengan demikian, sejak kelahirannya, konsep negara hukum atau *rule of law* ini memang dimaksudkan sebagai usaha untuk membatasi kekuasaan penguasa negara agar tidak menyalahgunakan kekuasaan untuk menindas rakyatnya (*abuse of power, abuse de droit*). Atas dasar itu, dapat dikatakan bahwa dalam suatu negara hukum, semua orang harus tunduk kepada hukum secara sama, yakni tunduk kepada hukum yang adil²³¹.

Dalam negara hukum, hukum ditempatkan sebagai aturan main dalam penyelenggaraan kenegaraan, pemerintahan, dan kemasyarakatan, sementara tujuan hukum itu sendiri antara lain “...opgelegd om de samenleving vreedzaam, rechtvaardig, en doelmatig te ordenen”²³². Artinya sasaran dari negara hukum adalah terciptanya kegiatan kenegaraan, pemerintahan, dan kemasyarakatan yang bertumpu pada keadilan, kedamaian, dan kemanfaatan atau kebermaknaan.

Suatu negara dapat dikatakan sebagai negara hukum apabila dalam kehidupan bernegara tercakup 4 (empat) tuntutan dasar yaitu sebagai berikut: 1) Tuntutan kepastian hukum yang merupakan kebutuhan langsung masyarakat; 2) Tuntutan bahwa hukum berlaku sama bagi segenap penduduk dan warga negara; 3) Legitimasi demokratis dimana proses pembentukan hukum harus mengikutsertakan dan mendapat persetujuan rakyat; dan 4) Tuntutan akal budi yaitu menjunjung tinggi harkat dan martabat manusia dan masyarakat²³³.

Pelacuran di Indonesia dianggap sebagai kejahatan terhadap moral atau kesusilaan dan kegiatan pelacuran adalah sebuah kegiatan yang ilegal dan bersifat melawan hukum, maka berdasarkan hal di atas bahwa bangsa Indonesia merupakan negara hukum salah satunya adalah tuntutan akal budi menjunjung tinggi harkat dan martabat manusia dan masyarakat terhindar dari permasalahan prostitusi.

²³¹Munir Fuady, 2009, *Teori Negara Hukum Modern (Rechtstaat)*, Cet Ke-2, Refika Aditama, Bandung, h. 2.

²³²N.E. Algra dan H.C.J.G. Jansen, 1974, *Rechtsingang Een Oriëntatie in Het Recht*, H.D. TjeenkWillink bv, Groningen, h. 10.

²³³Franz Magnis Suseno, 1991, *Etika Politik: Prinsip-prinsip Moral Dasar Kenegaraan Modern*, Gramedia, Jakarta, h. 292-297.

Dalam Kamus Inggris-Indonesia, Indonesia-Inggris, oleh John M. Echols dan Hassan Shadili prostitusi diartikan pelacuran, persundalan, ketunasusilaan²³⁴. Kemudian Syamsudin, mengatakan mengatakan bahwa menurut istilah prostitusi atau pelacuran diartikan sebagai pekerja yang bersifat menyerahkan diri atau menjual jasa kepada umum untuk melakukan perbuatan-perbuatan seksual dengan mendapatkan upah sesuai apa yang diperjanjikan sebelumnya²³⁵. Prostitusi atau Pelacuran adalah penjualan jasa seksual, seperti seks oral atau berhubungan seks. Seseorang yang menjual jasa seksual disebut pelacur atau biasa disebut pekerja seks komersial (PSK). Kegiatan pelacuran adalah sebuah kegiatan yang patut ditabukan karena secara moral dianggap bertentangan dengan nilai agama dan kesusilaan.

Selama ini dalam KUHP dan Undang-undang diluar KUHP hanya dapat menjerat penyedia tempat dan atau mucikarinya saja sedangkan untuk pengguna dan untuk pekerjaanya tidak dapat dijerat. Selain itu ada perda yang mengatur tentang larangan praktek prositusi, tapi tidak semua daerah memiliki perda ini. Dan harus dipertanyakan juga keefektifan dari perda ini, karena selama ini memang belum memberikan efek apa-apa terhadap praktek prostitusi.

Penegakan hukum terhadap pelacuran melalui peraturan daerah hanya bersifat teritorial karena pengaturannya berada pada peraturan daerah masing-masing sehingga menimbulkan diskriminasi, ketidakadilan dan ketidakpastian hukum karena setiap daerah memiliki budaya hukum yang berbeda-beda baik dalam pengertian pelacuran, pertanggungjawaban pidana pelacuran dan pemidanaan pelaku pelacuran. Adapun dalam menanggulangi pelacuran, pemerintah daerah menggunakan kebijakan pengaturan yang diwujudkan dalam bentuk lokalisasi atau tempat pelacuran legal. Lokalisasi ini bertujuan untuk mengumpulkan tempat kegiatan pelacuran beserta dampak negatifnya dalam suatu tempat. Dengan adanya kebijakan lokalisasi secara tidak langsung pemerintah melegalkan praktek pelacuran yang bertentangan dengan norma agama, perdagangan orang khususnya wanita dan juga Pasal 296 KUHP terkait seseorang yang mengambil keuntungan dari rumah

²³⁴Siska Lis Sulistiani, 2016, *Kejahatan dan Penyimpangan Seksual Dalam Perspektif Hukum Islam dan Hukum Positif Indonesia*, Nuansa Aula, Bandung, h. 124.

²³⁵*Ibid*, h. 126.

atau kamar yang disewakan dengan tujuan pelacuran. Kebijakan lokalisasi ini sama saja memberikan seseorang kesempatan untuk melakukan perzinahan yang legal menurut hukum, sehingga sudah seharusnya setiap subyek dalam pelacuran yang memiliki keterkaitan dapat mempertanggungjawaban perbuatannya.

Peraturan Daerah yang biasanya diundangkan oleh daerah, hanya terkait dengan ketertiban umum jarang ada peraturan daerah yang mengatur mengenai larangan pelacuran atau prostitusi. Salah satu daerah yang telah menggunakan nomonklatur pelacuran (prostitusi) adalah Kabupaten Indramayu dalam Peraturan Daerah Kabupaten Daerah Tingkat II Indramayu Nomor 7 Tahun 1999 tentang Prostitusi (Perda Kab. Indramayu No. 7/1999). Pasal 1 huruf e Perda Kab. Indramayu No. 7/1999, mendefinisikan pelacuran sebagai “suatu perbuatan dimana seorang perempuan menyerahkan dirinya untuk berhubungan Kelamin dengan lawan jenisnya dan menerima pembayaran baik berupa uang maupun bentuk lainnya.” Pengertian pelacuran yang didefinisikan dalam Perda Kab. Indramayu No. 7/1999, dapat dimaknai hanya menjerat pelacur berjenis kelamin perempuan, tidak dapat menjerat pelacur berjenis kelamin laki-laki (gigolo) dengan demikian yang dimaksud dengan pelacur adalah hanya perempuan. Namun di dalam Pasal 7 Perda Kab. Indramayu No. 7/1999 diatur ketentuan bahwa: “Pelaku Prostitusi baik laki-laki maupun perempuannya dikenakan sanksi sesuai dengan Pasal 9 Peraturan Daerah ini”, yang dapat diartikan bahwa pelaku pelacuran (prostitusi) dimaksud dapat dilakukan oleh perempuan maupun laki-laki, serta perempuan dan laki-laki yang melakukan pelacuran tersebut baik itu sebagai pelacur maupun pengguna dapat dimintakan pertanggungjawaban, karena pelacuran berdasarkan Perda Kab. Indramayu No. 7/1999 tersebut merupakan tindak pidana pelanggaran.

Ancaman pidana terhadap Pelaku Prostitusi baik laki-laki maupun perempuannya dimaksud, berdasarkan Pasal 9 Perda Kab. Indramayu No. 7/1999, dapat dikenakan sanksi pidana berupa: “Hukuman Kurungan selama-lamanya 6 (enam) bulan atau Denda sebanyak-banyaknya Rp. 5.000.000,- (lima juta rupiah).” Ancaman pidana tersebut diancamkan terhadap yang melanggar Pasal 2,3,4,5,6 dan 8 ayat (1) Perda Kab. Indramayu No. 7/1999, yakni:

Pasal 2

Siapapun dilarang mendirikan dan atau mengusahakan serta menyediakan tempat untuk melakukan Prostitusi.

Pasal 3

Selain Larangan dalam Pasal 2 tersebut di atas, siapapun dilarang baik secara sendiri maupun kelompok, melakukan, menghubungkan, mengusahakan dan menyediakan orang untuk melakukan Perbuatan Prostitusi.

Pasal 4

Larangan dimaksud pada Pasal 3 berlaku juga bagi siapapun yang karena Tingkah Lakunya patut diduga dapat menimbulkan atau mengorbankan Perbuatan Prostitusi.

Pasal 5

Siapapun di jalan umum atau ditempat yang kelihatan dari jalan umum atau ditempat dimana umum dapat masuk dilarang dengan perkataan, isyarat, tanda atau cara lain membujuk atau memaksa orang lain untuk melakukan Perbuatan Prostitusi.

Pasal 6

Siapapun yang Kelakukannya/Tingkah Lakunya dapat menimbulkan dugaan bahwa ia Pelacur dilarang ada di jalan-jalan umum, dilapangan-lapangan, di rumah penginapan, losmen, hotel, asrama, rumah penduduk/kontrakan, warung-warung minum, tempat hiburan, di gedung tempat tontonan, disudut-sudut jalan atau lorong-lorong, berhenti atau berjalan kaki atau berkendara bergerak kian kemari.

Pasal 8 ayat (1)

Kepala Daerah berhak memerintahkan untuk menutup tempat-tempat yang menurut penilaian dan keyakinannya digunakan Perbuatan Prostitusi.

Perda Kab. Indramayu No. 7/1999 tersebut, walaupun tidak secara tegas menyebut badan hukum (korporasi) namun ancaman pidana dalam Perda Kab. Indramayu No. 7/1999 juga meliputi badan hukum maupun korporasi, sebagaimana diatur pada Pasal 3 dan Pasal 8 ayat (1). Peraturan Daerah Kabupaten Daerah Tingkat II Indramayu Nomor 7 Tahun 1999 tentang Prostitusi merupakan upaya maksimal yang dilakukan Pemerintah Daerah Kabupaten Indramayu dalam menghapus "CAP" Kabupaten Indramayu sebagai pemasok pelacur di Indonesia bahkan ke manca negara. 19 (sembilan

belas) tahun kemudian, Daerah Khusus Ibukota Jakarta gubernur Anis Baswedan mengundang Peraturan Gubernur Provinsi Daerah Khusus Ibukota Jakarta Nomor 18 Tahun 2018 tentang Penyelenggaraan Usaha Parawisata (Pergub DKI No. 18 2018). Sekalipun nomenklatur Pergub DKI No. 18 2018 bukan mengatur secara khusus tentang tindak pidana pelacuran, namun isi dari dari Pergub DKI No. 18 2018 mengatur tentang larangan pelacuran yang diberlakukan bagi badan hukum (korporasi) yang kegiatannya terkait dengan parawisata. Salah satu badan hukum atau korporasi yang dikenakan sanksi penutupan berdasarkan Pergub DKI No. 18 2018, adalah tempat hiduran “Alexis” yang menjalankan kegiatan pelacuran terselubung (ilegal) bukan lokalisasi.

Lokalisasi merupakan bentuk legalisasi pelacuran yang dapat berdampak kepada demoralisasi pada masyarakat, hal ini didasarkan bahwa seseorang dapat mendapatkan kepuasan seksual melalui eksploitasi organ seksual pihak lain melalui pembayaran bukan melalui kemuliaan, kehormatan atau kesucian terhadap manusia. Pelacuran sebagai salah satu bentuk seks bebas tanpa batas akan mengarah kepada perzinahan yang melanggar etika dan norma dalam masyarakat. Cita hukum kemanusiaan yang adil dan beradab tidak akan tercapai sepenuhnya selama adanya pelacuran di Indonesia, hal ini terjadi karena pelacuran adalah salah satu bentuk perbudakan tradisional terhadap manusia sejak dulu. Manusia yang terlibat dalam pelacuran menjadi komoditas jasa seksual yang dapat diperjual belikan²³⁶.

Pemidanaan hanya terhadap mucikari saja tidak mencerminkan rasa keadilan, karena dalam perbuatan pelacuran terdapat subyek-subyek yang berkaitan yakni mucikari, pengguna dan pelacur. Perbuatan pelacuran bagian dari perbuatan zina dikategorikan sebagai (*crime without victim*) bahwa pelacur dan pengguna termasuk korban tetapi juga sebagai pelaku dalam perbuatannya sehingga hukum Pidana positif Indonesia saat ini masih belum memberikan kepastian hukum yang adil serta pelakuan yang sama dihadapan hukum sebagaimana diamanatkan dalam UUD 1945 Pasal 28D.

²³⁶Lihat Islamia Ayu Anindia, R.B. Sularto, “Kebijakan Hukum Pidana Dalam Upaya Penanggulangan Prostitusi Sebagai Pembaharuan Hukum Pidana”, Jurnal Pembangunan Hukum Indonesia, Volume 1, Nomor 1, Tahun 2019, h. 9.

Prinsip *nullum delictu noela poena legepraevia* yakni tiada pidana dapat dijatuhkan tanpa didahului adanya peraturan yang memuat sanksi pidana terlebih dahulu menjamin perlindungan hak asasi manusia dari kesewenang-wenangan penguasa. Akan tetapi, seorang pelacur yang melacurkan diri dengan atau tanpa mucikari bukan termasuk kejahatan karena tidak dilarang dalam hukum pidana Indonesia meskipun melanggar dari sudut pandang agama, adat istiadat, dan kesusilaan dalam masyarakat. Hal yang sama berlaku dalam pengguna jasa, meskipun sebagai perbuatan zina yang termuat dalam Pasal 284 KUHP, pasal ini merupakan delik absolut yang artinya tidak dapat dituntut apabila tidak ada pengaduan dari pihak suami dan istri yang dirugikan (yang dipermalukan). Pasal ini juga hanya dapat berlaku pada salah satu pengguna atau pelacur telah terikat perkawinan, sedangkan apabila pengguna dan pelacur belum terikat perkawinan maka tidak dapat diterapkan pasal tersebut.

Berdasarkan hal-hal di atas maka diperlukan aturan hukum yang dapat menjerat semua pihak yang terlibat dalam pelacuran, salah satunya adalah pelacur. Dibutuhkan pembaharuan sistem hukum pidana untuk mengatasi permasalahan pelacuran. Pembaharuan sistem hukum pidana dapat meliputi ruang lingkup yang sangat luas, yaitu mencakup²³⁷:

1. Pembaharuan “substansi hukum pidana”, yang meliputi pembaharuan hukum pidana materiel (KUHP dan UU diluar KUHP), hukum pidana formal (KUHP) dan hukum pelaksanaan pidana;
2. Pembaharuan “struktur hukum pidana”, yang meliputi antara lain pembaharuan atau penataan institusi/lembaga, sistem manajemen/tatalaksana dan mekanismenya serta sarana/prasaran pendukung dari sistem penegakkan hukum pidana (sistem peradilan pidana); dan
3. Pembaharuan “budaya hukum pidana”, yang meliputi antara lain masalah kesadaran hukum, perilaku hukum, pendidikan hukum dan ilmu hukum pidana.

²³⁷Barda Nawawi Arief, (2017). *RUUKUHP Baru: Sebuah Restrukturisasi/Rekonstruksi Sistem Hukum Pidana Indonesia*. Badan Penerbit Universitas Diponegoro, Semarang.

Pelacuran telah banyak dibahas dalam berbagai sisi pandang dan keilmuan, baik itu teori maupun filsafat, termasuk di dalamnya ilmu hukum. Ilmu hukum sebagai sebuah ilmu yang eksis, sebagaimana dinyatakan oleh Satjipto Rahardjo, bahwa ilmu adalah untuk kenyataan, bukan sebaliknya. Apabila kenyataan adalah ilmu, maka kenyataan itu akan dimanipulasi sehingga cocok dengan ilmu dan teori yang ada. Ilmu senantiasa merupakan proses pencarian terhadap kebenaran. Berangkat dari uraian tersebut, maka tidaklah mengherankan bahwa garis depan ilmu selalu berubah-ubah dan bergeser²³⁸. Kebenaran ilmiah tidaklah bersifat mutlak (absolut), berubah-ubah dan tidak abadi. Ia bersifat nisbi, sementara dan kira-kira²³⁹. Kebenaran hasil olah pikir manusia bersifat relatif, namun dimungkinkan manusia dapat menjangkau lebih luas lagi samudra kebenaran yang dibentangkan melalui kekuasaan Allah baik yang tersurat dalam Al-kitab atau Al-Qur'an dan ciptaan-Nya yang tergelar di alam semesta maupun yang melalui kreasi potensi manusia, berupa akal, budi dan indera. Dimungkinkan manusia akan mampu meraih kebenaran yang lebih tinggi dalam wujud kebenaran transendental yang vertikal. Oleh karena itu, segala sesuatu yang akan dilaksanakan dalam sebuah sistem hukum nasional atau negara harus disesuaikan dengan kondisi dan kepentingan atau tujuan negara yang bersangkutan.

Konstruksi hukum pidana matriel mengenai pertanggungjawaban para pihak yang terlibat dalam pelacuran, yang hanya kriminalisasi mucikari perseorang tidak meliputi mucikari yang bersifat badan hukum korporasi, serta tidak mengkriminalisasi pelacur dan penggunanya, merupakan ketidakadilan yang nyata, karena ketidakadilan yang nyata tersebut bertentangan dengan konstitusi bangsa Indonesia yang ditegaskan oleh Pasal 29 Undang-Undang Dasar Tahun 1945, bahwa negara berdasarkan Ketuhanan Yang Maha Esa, dan frasa Ketuhanan Yang Maha Esa merupakan Sila Pertama dari Pancasila, yang di dalam Pancasila dimaksud juga dinyatakan sila keduanya tentang Kemanusiaan yang adil dan beradab, jika dikaji dan dianalisis dari sila kedua dan kesatu dari Pancasila tersebut, maka legalisasi pelacuran melalui lokalisasi dan tidak adanya kriminalisasi terhadap pelacurnya serta pengguna

²³⁸Satjipto Rahardjo, 2003, *Merintis Visi Program Doktor Hukum UNDIP*, Semarang, h 8.

²³⁹Liek Wilardjo, 1990, *Realita dan Desiderata*, Duta Wacana University Press, Yogyakarta, h. 272.

pelacurnya, bukan sekedar tidak memenuhi rasa keadilan, melainkan juga sebagai pelanggaran terhadap nilai kemanusiaan, dan merupakan perbuatan yang tidak beradab, karena tidak menempatkan manusia sebagai manusia yang beradab, melainkan lebih jauh lagi dari itu, yakni menempatkan manusia pada derajat adab hewan yang tidak memerlukan ikatan perkawinan jika akan memenuhi kebutuhan birahinya, dan jika dikaji lebih jauh pelacuran yang membebaskan manusia untuk memenuhi kebutuhan birahinya tanpa ikatan perkawinan melalui pelacuran, akan lebih menempatkan derajat manusia tersebut di bawah derajat hewan, karena hewan-hewan yang ditempatkan pada peternakan yang melakukan usaha breeding atau pengembabiakan, peternaknya melakukan aturan untuk tidak mengawinkan hewannya yang satu darah.

Berdasarkan analisis pembahasan dan hasil penelitian dapat ditarik kesimpulan bahwa kelemahan-kelemahan dari konstruksi hukum tindak pidana pelacuran yang belum mencerminkan nilai keadilan, sehubungan KUHP belum mengatur dan mengkriminalisasi pelacur dan pengguna pelacur sebagai pelaku tidak pidana pelacuran, kriminalisasi pada tindak pidana pelacuran baru sebatas terhadap mucikari perseorangan, sementara mucikari yang bersifat badan hukum korporasi belum tersentuh atau belum dikriminalisasi. Ketidakadilan yang demikian bukan sekedar tidak memenuhi rasa keadilan masyarakat, melainkan juga merupakan pelanggaran terhadap konstitusi dan ideologi negara Pancasila, karena merupakan tindakan atau perbuatan yang bertentangan dengan nilai kemanusiaan yang adil dan beradab, dan merupakan perbuatan biadab.

Hal ini terlihat dalam Putusan Perkara Nomor 288/Pid.B/2019/PN.Idm dimana dalam putusan tersebut mucikari dari prostitusi yang terjadi di wilayah Desa Larangan Blok Larangan Induk Rt. 024 Rw. 005, Kecamatan Lohbener, Kabupaten Indramayu, diputus bersalah dan dipidana berupa pidana penjara selama 5 (lima) bulan dengan pertimbangan bahwa terpidana telah mempermudah perbuatan prostitusi untuk keuntungan ekonomi. Adapun barang bukti yang ditemukan berupa:²⁴⁰

²⁴⁰Juli Raharjo, Putusan diperoleh melalui panitera Pengadilan Negeri Indramayu pada 12 Januari 2020.

1. 1 (satu) potong kaos lengan pendek warna hitam bertuliskan "B'LABONG";
2. 1 (satu) potong celana dalam warna coklat merk "BLOKDEE" ;
3. 1 (satu) potong celana dalam warna kuning motif polkadot;
4. 1 (satu) potong spreï warna coklat motif LV;
5. 1 (satu) potong sarung bantal warna hijau motif daun;
6. 3 (tiga) botol bir hitam Guinness;
7. 1 (satu) buah tisu merk Paseo;
8. 2 (dua) buah kondom merk Pleasure Plus.

Berdasarkan putusan yang ada di atas terlihat jelas bahwa dalam putusan pengadilan hakim acap kali menghukum mucikari, sementara pengguna yang meraup keuntungan berupa penyaluran hasrat seksualnya tidak dipersalahkan dalam kasus prostitusi tersebut.

Hal serupa juga terjadi pada putusan perkara nomor 162/Pid.B/2014/PN.BGL. Dimana dalam putusan tersebut kasus prostitusi yang terjadi di Bangil hanya memidana Hendri Sumardiono sebagai Mucikari. Adapun pertimbangan hakim ialah perbuatan Hendri telah masuk rumusan pidana dan tidak ada alasan untuk menghapus kesalahan terdakwa serta terdakwa mampu bertanggungjawab atas segala perbuatannya dan adanya alat bukti yang kuat. Namun demikian dalam kasus ini pengguna dan PSK juga tidak dijerat bersalah oleh hukum.²⁴¹

²⁴¹<https://putusan3.mahkamahagung.go.id/direktori/putusan/6852362bf4d55d12913af1ecae9f6ffc.html>, diakses pada 12 Januari 2021.

KELEMAHAN KONSTRUKSI HUKUM TINDAK PIDANA PELACURAN YANG BELUM BERKEADILAN

A. Kelemahan Substansi Hukum

L.M Friedman mengemukakan bahwa pembangunan sistem hukum meliputi tiga komponen yakni substansi hukum (*materi*) atau (*legal substance*), struktur hukum (*legalstructure*), dan budaya hukum (*legal culture*), yang mana ketiganya saling berkaitan. Mengutip pandangan Djalal Abu bakar seorang guru besar pada Program Pasca Sarjana Universitas Hasanuddin menjelaskan bahwa substansi hukum ini tidak hanya menyangkut kaidah tertulis (*written law*) yang lazim disebut peraturan perundang-undangan tetapi juga termasuk kaidah hukum yang tidak tertulis (*unwritten law*), termasuk dalam substansi hukum adalah keluaran sistem hukum itu sendiri, seperti jurisprudensi, keputusan dan sebagainya²⁴².

Menurut L.M Friedman bahwa substansi hukum adalah aturan, norma dan pola perilaku nyata manusia yang berada dalam sistem itu, olehnya itu penulis juga mengkaji substansi hukum, apakah tindakan yang dilakukan polisi sudah sesuai dengan substansi yang tentunya akan berkaitan dengan budaya hukum, dimana tindakan hukum adalah perilaku apa pun yang dilakukan oleh siapa pun yang memiliki otoritas yang bertindak dalam sistem hukum²⁴³.

²⁴²Rusdin Tompo, 2005, *ayo lawan korupsi*, LBH-P21, Makassar, h. 44.

²⁴³L.M Friedman, 2011, *The legal system: A Social Science Perspective*, Terjemahan, M. Khozim, *Sistem Hukum: Perspektif Sosial*, cetakan IV, Nusa Media, Bandung, h. 80-81.

Banyak persoalan tindak pidana pelacuran yang terjadi di Negeri ini, seperti kasus Vanessa Angel, yang dalam penegakan hukumnya hanya menjerat para mucikari tanpa dapat menyentuh pelacur dan pengguna pelacurnya, memberikan pendidikan yang buruk bagi masyarakat, fenomena terciduknya banyak artis atau selebritis yang menjadi pelacur, karena substansi hukum yang hanya menyentuh mucikari, namun tidak dapat menyentuh para pelacur dan pengguna pelacur tersebut, sehingga tidak ada efek jera, bukannya mengurangi tetapi malah menambah kuantitas terjadinya, pada akhirnya membuat masyarakat menjadi apatis, terhadap penegakan hukum tindak pidana pelacuran. Adanya ketidakadilan yang terjadi diatas menandakan bahwa ada yang bermasalah dengan substansi hukum. Pembaharuan hukum pidana Indonesia yang baru pada tahap Rancangan Undang-undang (RUU) ternyata tidak mengubah substansi hukum pada tindak pidana pelacuran, unjuk rasa atau demonstrasi penolakan terhadap RUU KUHP diakhir tahun 2019, juga tidak menjadikan pasal terkait dengan tindak pidana pelacuran memberi angin segar untuk berlaku tidak diskriminatif. Artinya dalam RUU KUHP Tahun 2019 masih berpijak pada KUHP warisan Kolonial Belanda, yang memang membebaskan pelacuran untuk kepentingan penjajah dalam hal ini memenuhi kebutuhan biologis serdadu belanda yang tinggal jauh dari istrinya.

Substansi dari tindak pidana pelacuran dalam RUU KUHP, seharusnya mengacu kepada ideologi Pancasila sebagai sumber dari segala sumber hukum di Indonesia, Pasal 29 ayat (1) Undang Undang Dasar NRI Tahun 1945, yang menyatakan bahwa negara berdasarkan Ketuhanan Yang Maha Esa, juga kepada hukum adat yang berlaku, yang memandang pelacuran merupakan persundalan yang dilarang secara adat maupun agama.

Pengkajian terhadap suatu peraturan perundangan tidak bisa dilepaskan dari UU No. 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan perundangan, Pasal 3 ayat (1) undang – undang ini dinyatakan bahwa “Undang – undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 merupakan hukum dasar dalam Peraturan Perundang – undangan.” Dengan demikian bahwa UUD NRI 1945 merupakan norma dasar yang mendasar bagi pembentukan peraturan di bawahnya (Penjelasan dari Pasal 3 ayat (1)). Namun demikian, UUD NRI 1945 dilihat dari substansinya ada dua bagian yaitu bagian Pembukaan dan bagian Batang Tubuh yang tersusun

atas bab, pasal – pasal, ayat – ayat, aturan peralihan dan aturan tambahan. Bagian pembukaan ini tidak hanya merupakan norma dasar (*basic norm*), melainkan merupakan kaidah fundamental negara²⁴⁴ yang menjadi rujukan, bahan dasar dalam pembentukan hukum nasional, yang mana pernyataan alinea demi alinea dalam Pembukaan itu apabila dicermati adanya pengakuan terhadap hukum Tuhan²⁴⁵ berarti aspek spiritual juga merupakan bahan pembentukan hukum nasional, apalagi jika mencermati dari alinea terakhir (yaitu alinea keempat) dari Pembukaan itu dirumuskannya sila – sila dari Pancasila.

Selanjutnya Pasal 2 UU No. 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan perundangan, ditegaskan bahwa “Pancasila merupakan sumber dari segala sumber hukum negara.” Hal ini berarti Pancasila menjadi pijakan dalam merumuskan atau pun melakukan penilaian terhadap hukum positif, apakah hukum positif tersebut dijiwai dan didasarkan pada silai – sila dalam Pancasila, yang didalam sila – sila itu mengandung nilai – nilai spiritual, kemanusiaan, keadilan dan kesejahteraan. Jadi dalam merumuskan hukum pidana pun juga harus berdasarkan pada kaidah fundamental negara yang bermuatan pada nilai – nilai tersebut di atas. Sistem hukum pidana substantive atau sistem pidanaan substantive atau sering disebut dengan sistem hukum pidana begitu saja merupakan sebuah bangunan yang tersusun secara sistematis. Ibarat sebuah rumah maka ada fondasi rumah dan atap rumah. Fondasi itu sebagai dasar berlakunya yang dalam hukum pidana itu ada dua tiang penyangga, tiang penyangga yang pertama adalah asas – asas dan tujuan pidanaan dan tiang penyangga kedua adalah aturan / pedoman pidanaan. Sedangkan yang disebut atap oleh penulis adalah tiga masalah pokok hukum pidana sebagaimana yang telah disebutkan dalam sub bab pendahuluan yaitu perbuatan pidana,

²⁴⁴Disarikan dari Notonegoro, 1988, *Op.cit*, halaman 81. Lihat pula Jimly Asshiddieqie & M. Ali Safa'at, 2006, *Teori Hans Kelsen Tentang Hukum*, Jakarta: Sekretariat Jenderal Kepaniteraan MahkamahKonstitusi RI, h. 171, (edisi Tidak diperjualbelikan). Pembukaan UUD 1945 Pancasila merupakan kaidah fundamental negara.

²⁴⁵Pengakuan terhadap hukum Tuhan ini dapat dicermati dari rumusan alinea kedua Pembukaan UUD 1945 “Atas Berkat Tuhan Yang Maha Kuasa dan dengan didorongkan oleh keinginan luhur bangsa, supaya berkehidupan kebangsaan yang bebas, maka rakyat Indonesia menyatakan dengan inikemedekaannya.”

pertanggungjawaban pidana atau kesalahan, maksudnya siapakah yang dapat dipidana dan pidana²⁴⁶.

Asas – asas hukum pidana ini mendasari berlakunya hukum pidana substantive antara lain legalitas dan asas culpabilitas. Kedua asas ini, untuk asas yang pertama dirumuskan secara eksplisit dalam KUHP buku I, namun untuk asas yang kedua tidak dirumuskan secara eksplisit dalam KUHP, namun asas kedua ini sudah merupakan ajaran umum bahwa untuk dapat dipidananya subjek hukum selain syarat adanya tindak pidana juga diperlukan syarat kesalahan yang syarat ini berkelindan dengan masalah pertanggungjawaban.

Asas legalitas sebagaimana dirumuskan dalam Pasal 1 ayat (1) KUHP sebagai berikut: (1) Tiada suatu perbuatan dapat dipidana kecuali atas kekuatan aturan pidana dalam aturan perundang – undangan yang telah ada sebelum perbuatan itu dilakukan. Asas ini oleh Lamintang²⁴⁷ disebutnya dengan asas *nulla poena*, asas ini berasal dari bahasa latin dan lebih dikenal dengan sebutan *nullum crimen/delictum, nulla poenasine praevia lege poenali*. Kelahiran asas ini dilatarbelakangi dengan adanya ketidakpuasan rakyat terhadap raja, sehingga lahir gagasan tentang jaminan terhadap hak – hak rakyat, maksudnya ada pembatasan terhadap kekuasaan terhadap raja, sehingga waktu itu di Inggris asas itu dicantumkan dalam Magna Charta 1215, dan di Amerika dalam *Declaration of Independence 1776*.

Pasal 1 ayat (1) KUHP yang lazim diebut dengan nama asas legalitas ini menurut para ahli mengandung beberapa hal / ajaran yang merupakan dasar keberlakuan hukum pidana, yaitu (1) bahwa hukum pidana yang berlaku itu adalah aturan hukum pidana tertulis; (2) bahwa ketentuan pidana harus ada lebih dulu dari pada perbuatan, maka dikatakan bahwa hukum pidana tidak boleh berlaku mundur tetapi diberlakukan untuk waktu kemudian; (3) Adanya jaminan kepastian hukum terhadap keberlakuan hukum pidana; (4) penafsiran secara analogis tidak digunakan dalam hukum pidana.

Pada perkembangannya pelacuran merupakan permasalahan yang sangat kompleks karena menyangkut berbagai aspek kehidupan masyarakat. Kegiatan pelacuran menyangkut aspek sosial, gender,

²⁴⁶Barda Nawawi Arief, 2015, *Tujuan dan Pedoman Pemidanaan: Perspektif Pembaharuan &Perbandingan Hukum Pidana*), Semarang: Pustaka Magister, h. 4.

²⁴⁷P.A.F. Lamintang, 2013, *Dasar – dasar Hukum Pidana Di Indonesia*, Bandung: Citra Aditya Bakti, h. 136.

hukum, kesehatan, moral dan etika, agama, pendidikan, psikologis, ekonomi dan industrialisasi, dan juga masalah politik²⁴⁸. Permasalahan yang diakibatkan oleh prostitusi, antara lain²⁴⁹:

Pelacuran merupakan permasalahan yang sangat kompleks karena menyangkut berbagai aspek kehidupan masyarakat. Kegiatan pelacuran menyangkut aspek sosial, gender, hukum, kesehatan, moral dan etika, agama, pendidikan, psikologis, ekonomi dan industrialisasi, dan juga masalah politik²⁵⁰. Permasalahan yang diakibatkan oleh prostitusi, antara lain²⁵¹:

1. Ditinjau dari segi pendidikan, prostitusi berarti demoralisasi;
2. Ditinjau dari segi sosial, prostitusi dianggap kanker masyarakat;
3. Ditinjau dari sudut agama, prostitusi adalah haram;
4. Ditinjau dari sudut kesehatan, prostitusi membahayakan keturunan.

Dari keempat hal tersebut dapat dilihat bagaimana prostitusi dapat dikatakan sebagai perbuatan yang sewajarnya di jauhi oleh masyarakat. Empat hal tersebut merupakan bentuk dari pelanggaran norma kesulilaan dan norma kesopanan. Hal tersebut menunjukkan bagaimana tercelanya perbuatan prostitusi itu di mata masyarakat. Norma kesusilaan dan norma kesopanan, sepintas lalu kelihatannya hampir tidak ada perbedaan. Pada pokoknya kedua norma tersebut menitikberatkan soal harga menghargai satu dengan yang lainnya antar anggota masyarakat.

Kartini Kartono menyatakan bahwa: Pelacuran atau prostitusi merupakan salah satu bentuk penyakit masyarakat yang harus dihentikan penyebarannya, tanpa mengabaikan usaha pencegahan dan perbaikannya. Pelacuran itu berasal dari bahasa latin “pro-stituere atau prostauere” yang berarti membiarkan diri berbuat zinah, melakukan persundalan, percabulan, pergendakan. Sedang

²⁴⁸Syafruddin, *Prostitusi Sebagai Penyakit Sosial dan Problematika Penegakkan Hukum*, <<http://library.usu.ac.id/modules.php?op=modload&name=Downloads&file=index&req=getit&lid=196>>, 1 Oktober 2007.

²⁴⁹Soedjono D., 1997, *Pelacuran Ditinjau Dari Segi Hukum Dan Kenyataan Dalam Masyarakat*Karya Nusantara, Bandung, h. 109.

²⁵⁰Syafruddin, *Prostitusi Sebagai Penyakit Sosial dan Problematika Penegakkan Hukum*, <<http://library.usu.ac.id/modules.php?op=modload&name=Downloads&file=index&req=getit&lid=196>>, 1 Oktober 2007.

²⁵¹Soedjono D., 1997, *Pelacuran Ditinjau Dari Segi Hukum Dan Kenyataan Dalam Masyarakat*Karya Nusantara, Bandung, h. 109.

prostituere adalah pelacur atau sundal. Dikenal pula dengan istilah WTS atau Wanita Tuna Susila. Tuna Susila atau tidak susial itu diartikan sebagai kurang beradab karena keroyalan relasi seksualnya, dalam bentuk penyerahan diri pada banyak laki – laki untuk pemuasan seksual dan mendapatkan imbalan jasa atau uang bagi pelayanannya. Tuna susila itu juga bisa diartikan sebagai salah tingkah, tidak susial atau gagal menyesuaikan diri terhadap norma – norma susial. Maka pelacur itu adalah wanita yang tidak pantas kelakuannya dan bisa mendatangkan mala/celaka dan penyakit, baik kepada orang lain yang bergaul dengan dirinya, maupun kepada diri sendiri. Pelacuran merupakan profesi yang sangat tua usianya, setara umur kehidupan manusia itu sendiri. Yaitu berupa tingkah laku lepas bebas tanpa kendali dan cabul, karena adanya pelampiasan nafsu seks dengan lawan jenisnya tanpa mengenal batas kesopanan. Pelacuran itu selalu ada pada semua negara berbudaya, sejak zaman purba sampai sekarang. Dan senantiasa menjadi masalah sosial atau menjadi obyek urusan hukum dan tradisi. Selanjutnya dengan perkembangan teknologi, industri dan kebudayaan manusia, turut berkembang pula pelacuran dalam pelbagai bentuk dan tingkatannya²⁵².

Pelacuran adalah suatu bentuk perbuatan menjual diri atau menyerahkan diri kepada banyak laki – laki dan tidak saja bermaksud untuk memuaskan nafsu seks belaka tetapi jua untuk memperoleh uang atau pembayaran sebagai imblan pada wanita tersebut atau dengan perkataan lain bahwa pelacuran adalah perbuatan wanita yang dijadikan sebagai pencaharian atau kebiasaannya menjual diri selain bertujuan untuk pelampiasan nafsu birahi juga bertujuan yang ditawarkan/menawarkannya guna melakukan perbuatan dimaksud itu. Jadi jelas bahwa pelacuran melanggar norma kesusilaan.

Norma kesusilaan adalah ketentuan tentang tingkah laku yang baik dan yang jahat, itulah sebabnya lebih lazim orang menyebutkan bahwa dalam hal orang lain melakukan perbuatan seperti perkosaan, perzinahan, percabulan dan atau pelacuran maka pada umumnya akan dipandang sebagai perbuatan A Susila atau tidak susila dan biasanya orang – orang yang bertingkah laku demikian dijauhkan atau merasa tersaing dalam pergaulan hidup masyarakat. L. J.

²⁵²Kartini Kartono, *Patologi Sosial*, Jilid 1 Edisi Baru, CV, Rajawali, Tanpa Tahun, h. 199 – 200.

Apeldoorn, menulis sebagai berikut: “Kesusilaan diturunkan kepada manusia dengan tuntutananya hendaklah kamu sempurna. Dengan perkataan lain ia mengajarkan bagaimana manusia seharusnya, agar ia memenuhi tujuannya²⁵³. Wirjono Prodjodikoro, menulis sebagai berikut²⁵⁴:

Persundalan”, tindak pidana mengenai ini termuat dalam Pasal 296 KUHP yang mengancam dengan hukuman penjara maksimum satu tahun empat bulan atau dengan seribu rupiah barang siapa yang pekerjaannya atau kebiasaannya dengan sengaja mengadakan atau memudahkan perbuatan cabul oleh orang lain dengan orang ketiga (koppelarij, prostitusi). Seseorang *kppelaar* atau *penggandeng* ini juga dinamakan “germo” sedangkan rumah persundalan yang khusus disediakan untuk prostitusi ini juga dinamakan “bordil”, berasal dari kata *bordeel* dalam bahasa Belanda.

Bertolak dari pandangan diatas ini, maka bunyi rumusan/ketentuan Pasal 296 KUHP. Pasal 296 KUHP, menyebutkan: Barang siapa dengan sengaja menghubungkan atau memudahkan perbuatan cabul oleh orang lain dengan orang lain, dan menjadikannya sebagai pencaharian atau kebiasaan, diancam dengan pidana penjara paling lama satu tahun empat bulan atau pidana dengan paling banyak lima belas ribu rupiah²⁵⁵. Wirjono Prodjodikoro menyamakan arti persundalan itu dengan apa yang disebut percabulan. Ditinjau dari sudut tata Bahasa Indonesia maka sebutan “persundalan” berasal dari kata dasar “sundal” yang diberi awalah “per” dan ditambah dengan akhiran “an”.

W. J. S. Poerwadarminta dalam Kamus Umum Bahasa Indonesia menulis sebagai berikut: “Sundal; buruk kelakuan (tentang perempuan); lacur; perempuan lacur;. Persundalan; Pelacuran²⁵⁶. Sedangkan untuk sebutan percabulan, berasal dari kata dasar “cabul” yang diberik awalan per dan akhiran “an”. Sumber yang sama kembali menjelaskan sebagai berikut: “Cabul; keji dan kotor (seperti

²⁵³Apeldoorn, L. J. Van, 1976, *Pengantar Ilmu Hukum*, Pradnya Pramita, Jakarta, h. 34.

²⁵⁴Wirjono Prodjodikoro, 1986, *Tindak Pidana Tertentu Di Indonesia*. PT. Presco, Bandung, h. 122 – 123.

²⁵⁵KUHP (*Kitab Undang – Undang Hukum Pidana*), 1983, Terjemahan Resmi Oleh Tim Penerjemah Badan Pembinaan Hukum Nasional Departemen Kehakiman, Penerbit Sinar Harapan, Jakarta, h. 180.

²⁵⁶W. J. S. Poerwadarminta, *Op Cit*. h. 176.

melanggar kesopanan, dsb); percabulan yang buruk melanggar kesusilaan; berbuat tak senonoh (melanggar kesusilaan); gambar (bacaan) melanggar kesusilaan; perempuan cabul: perempuan lacur, *Percabulan*: perkara cabul (pelanggaran kesopanan)²⁵⁷. Ternyata pengertian percabulan mengandung arti yang sangat luas sebab bukan semata – mata berarti pelacuran akan tetapi justru meliputi tulisan atau gambar yang menurut sifatnya melanggar norma kesopanan. Adapun unsur - unsur Pasal 296 KUHP yakni:

1. Unsur Pertama: dengan sengaja;
2. Unsur kedua: menyebabkan atau memudahkan perbuatan cabul oleh orang lain dengan orang lain;
3. Unsur keempat: menjadikannya sebagai pencaharian atau kebiasaan.

Sebutan barang siapa dalam pasal dimaksud diatas dalam arti sehari – hari adalah meliputi arti kata siapa saja, siapapun atau tak seorangpun. Jadi yang dimaksud dengan sebutan barangsiapa dalam pasal 296 KUHP adalah menunjuk pada subjek/oknum yang dilarang dan diancam dengan hukuman menurut pasal dimaksud in casu mereka yang menyebabkan atau memudahkan perbuatan cabul, dan bukanlah mereka yang melakukan perbuatan cabul.

Bahwa pengertian umum untuk sebutan dengan sengaja adalah menunjuk pada pengertian dikehendaki, diinginkan dan atau disadari. R. Subekti, dan R. Tjitrosoedibio, menulis sebagai berikut:

Sengaja, dolus (lat), Opzet (Bld). Kata sengaja dalam ilmu hukum pidana mempunyai arti kata yang sedikit lebih luas daripada arti kata tersebut dalam pemakaian kata sehari – hari. Apabila orang dengan perbuatannya telah menerbitkan suatu akibat tertentu dan akibat ini memanglah dikehendakinya, memanglah menjadi tujuannya maka sesuai dengan arti kata sengaja dalam penggunaan bahasa sehari – hari haruslah dianggap dengan sengaja menerbitkan akibat itu. Kesengajaan seperti ini oleh ilmu hukum dinamakan sengaja sebagai tujuan ialah sebagai *Oogmer* (bld).

²⁵⁷*Ibid.*

Apabila orang dengan perbuatannya telah menimbulkan suatu akibat tertentu dan akibat ini sekalipun tidak dikehendakinya, namun sewaktu melakukan perbuatan itu sadar dan mengertilah ia bahwa perbuatannya itu pasti akan menimbulkan akibat yang tidak dikehendakinya tadi, maka sesuai pula dengan arti kata sengaja dalam penggunaan sehari – hari, harus ia dianggap dengan sengaja menimbulkan akibat itu. Kesengajaan yang demikian oleh hukum dinamakan sengaja atas kesadaran tentang kepastian atau opzet bij zekerheidsbewunzijn (bld). Apabila orang dengan perbuatannya telah menimbulkan suatu akibat tertentu yang tidak dikehendaki pun tidak menjadi tujuannya sedangkan kesadaran atau pengertian bahwa perbuatan itu pasti akan menimbulkan akibat tadi tidak pula ada padanya sewaktu melakukan perbuatan itu namun sewaktu itu ia sadar atau mengerti bahwa mungkinlah perbuatan itu akan menimbulkannya maka dalam hal demikian iapun dapat dianggap dengan sengaja menimbulkan akibat itu apabila suatu syarat dipenuhinya yaitu bahwa ia telah begitu bertekad untuk mencapai tujuannya, sehingga andaikata olehnya bahwa akibat itu akan ditimbulkan oleh perbuatannya ia dengan berfikir apa boleh buat toh akan melakukan perbuatannya, ini kiranya tidaklah sesuai dengan arti kata sehari – hari pada kata sengaja sesuai dengan tersebut. Kesengajaan yang demikian dalam ilmu hukum dinamakan sengaja bersyarat atau *Voor wardelijk (Bld)* atau *DolusEventualis (Lat)*²⁵⁸ Sedangkan P. A. F. Lamintang, menulis sebagai berikut: “Opzet adalah kehendak untuk melakukan atau tidak melakukan tindakan – tindakan seperti yang dilarang dan diharuskan dalam undang – undang.”²⁵⁹

Berdasarkan pada uraian unsur sengaja tersebut, maka jelaslah bahwa perbuatan atau tindakan yang menurut sifatnya dilakukan dengan sengaja adalah berupa menyebabkan atau memudahkan terjadinya perbuatan cabul, jadi yang melakukan perbuatan dimaksud adalah orang yang dalam hal ini sebagai penghubung atau perantara.

²⁵⁸R. Subekti, dan R. Tjitrosoedibjo., *KamusHukum*, Pradnya Paramita – Jakarta, Cetakan Ke 8, Tanpa Tahun, h. 102.

²⁵⁹Lamintang, P. A. F. *Dasar Hukum PidanaIndonesia*, Penerbit Sinar Baru Bandung, TanpaTahun, h. 267.

Hubungannya dengan unsur ketiga Pasal 296 KUHP, maka merasa sangat perlu untuk membahas sebutan ungkapan “percabulan”. S. R. Sianturi, menyatakan sebagai berikut:

Apa yang dimaksud dengan percabulan, didalam KUHP tidak dirumuskan. Untuk penjelasan Pasal 289 disebutkan bahwa untuk pengertian percabulan pada umumnya termasuk juga persetubuhan. Kiranya hal ini dihubungkan dengan kesulitan pembuktian untuk persetubuhan dimana terdapat perbedaan pendapat. Ada yang berpendapat bahwa masuknya alat kelamin pria sampai keluar spermanya pada dasar (normaliter) dapat membuahi atau menghamili wanita tersebut. Sementara pendapat lain ialah pokoknya alat kelamin itu dimasukkan dan sperma itu sampai kesasarannya atau kemudian dibuang oleh pria itu tidak menjadi ukuran. Tetapi bagaimanapun juga perbuatan mencari kenikmatan dengan menggunakan/melalui alat kelamin oleh dua orang (atau lebih) adalah perbuatan percabulan. Karena jika sulit membuktikan telah terjadi persetubuhan, sebaiknya disubsidairkan cara pendakwaannya. Dalam pengertian ini termasuk juga perbuatan – perbuatan lainnya. Dimana hanya sepihak menggunakan/digunakan alat kelaminnya dan bahwa guga memegang – megang tempat tertentu yang menimbulkan nafsu birahi. Namun demikian seandainya sudah yakni bahwa yang terjadi itu adalah percabulan, kemudian ternyata menurut pengakuan terdakwa dan keterangan saksi yang terjadi adalah persetubuhan maka si petindak tetap dapat dipidana berdasarkan pasal percabulan yang didakwakan (dituntutkan), sebaliknya persetubuhan tidak sama dengan percabulan. Artinya jika si petindak didakwa hanya melakukan perbuatan persetubuhan terlarang (285, 286, 287) apabila yang terbukti dalam persidangan adalah percabulan maka tindakan itu tidak dapat dipidana menurut pasal persetubuhan terlarang. Percabulan dapat terjadi antara seorang pria dan seorang wanita atau sesama wanita (lesbian). Karena itu pelaku biasanya dilakukan oleh seorang pria dan seorang wanita²⁶⁰.

²⁶⁰S. R. Sianturi, *Tindak Pidana DI KUHP Berikut Uraianannya*. Penerbit Alumni AHM – PTHM, Jakarta, Tanpa Tahun, h. 235 – 236.

Bertolak dari pengertian percabulan dikatakan bahwa termasuk dalam pengertian percabulan adalah persetubuhan. Kini yang menjadi pertanyaan apakah persetubuhan yang dilakukan oleh suami – istri dalam suatu perkawinan yang sah dan pada suatu tempat tertutup dapat disebut percabulan? Sudah barang tentu persetubuhan yang dilakukan oleh suami istri dalam suatu perkawinan yang sah dengan maksud untuk memperoleh keturunan dan dilakukan pada suatu tempat tertutup, tidak dapat digolongkannya sebagai percabulan. Lebih lanjut S. R. Sianturi, Menjelaskan sebagai berikut: “Dalam pengertian memudahkan ini termasuk juga menyediakan tempat untuk randevouz (jumpa). Misalnya: hotel, motel dan lain sebagainya yang pemilik/pengusaha hotel tersebut mengetahui percabulan yang terjadi di hotel tersebut.”²⁶¹

Bahwa dimaksud unsur ketiga dari Pasal 296 yakni “menyebabkan atau memudahkan perbuatan cabul oleh orang lain dengan orang lain”, mengandung arti bahwa perbuatan/tindakan yang dapat memudahkan atau menyebabkan terjadinya perbuatan cabul antara orang lain dengan orang lain yakni bukanlah mereka yang berbuat cabul, tetapi justru ada pihak lain yang sudah tentu dalam hal ini termasuk mereka yang memiliki hotel, motel atau yang menyediakan sarana dimana telah diketahuinya bahwa tempat itu akan dijadikan tempat dilakukannya perbuatan cabul antara orang lain dengan orang lain.

Unsur keempat Pasal 296 KUHP seperti yang disebutkan diatas ini, sudah tentu yang dimaksud oleh unsur keempat diatas adalah suatu perbuatan yang dengan sengaja dilakukan untuk menyebabkan atau memudahkan terjadinya perbuatan cabul oleh orang lain dengan orang lain, dimana oleh pihak ketiga (perantara/penghubung) menjadikannya sebagai sumber untuk mendapatkan uang atau pokok percahariannya sehari – hari.

Uraian rumusan Pasal 296 KUHP tersebut, penulis rasa kurang tepat bila Pasal 296 KUHP dinyatakan mengatur mengenai tindak pidana persundalan (pelacuran) kendatipun sebenarnya bahwa arti cabul itu sendiri mencakup perbuatan – perbuatan yang berupa pelanggaran atas norma kesopanan atau kesusilaan seperti; memperlihatkan gambar – gambar atau bacaan-bacaan yang

²⁶¹*Ibid.*

menurut sifatnya pornografi dan atau memperlihatkan / mempertunjukkan dimuka umum gambar atau tulisan bersifat melanggar kesusilaan.

Berdasarkan uraian tersebut maka jelas bahwa masalah pelacuran tidak diatur dalam Buku II KUHP yakni tentang kejahatan jo. Bab XIV yang berada dibawah judul “Kejahatan Terhadap Kesusilaan”. Terkait dengan delik asusila, ternyata di dalam KUHP beberapa tindakan yang dipandang sebagai melanggar kesusilaan tidak diatur, misalnya²⁶²:

1. Homosex (*sodomia sexus*) yang pelaku – pelaku nya sama – sama dewasa dan mau samamau (termasuk lesbian);
2. Persetubuhan diluar perkawinan (*fornication*) antara seorang pria dan wanita biasa yang keduanya tidak/belum terikat perkawinan dan mau sama mau;
3. Percabulan (*obceniti*) antara wanita dan pria yang keduanya sudah dewasa dan mau sama mau;
4. Persetubuhan antara bersaudara (*incestus, blutschunde*);
5. Pergundikan (*concubine, samenleven, bakupiara*);
6. Pelacuran (*Prostitution*);
7. Onani (masturbasi);
8. Persetubuhan dengan binatang (*sodomia generis*);
9. Percabulan antara orang – orang dewasa sejenis kelamin atau tidak sejenis.

Didalam KUHP maupun RUU-KUHP tidak termuat pasal yang melarang setiap orang, baik laki-laki maupun perempuan, membutuhkan. Oleh karena itu dunia pelacuran akan memiliki usia setua usia manusia menjadi pelacur. Perbuatan yang berkaitan dengan pelacuran yaitu mucikari atau germo itulah yang dilarang²⁶³. Apabila seorang pelacur tertangkap, mereka dikenai hukuman seperti pezina, tidak ada hukuma khusus yang mengatur tentang pelacuran. Adapun pasal yang termuat dalam KUHP tentang zina diantaranya adalah pasal 284, 295, 296, 297, dan 506:

²⁶²*Ibid.*

²⁶³Neng Djubaedah, 2003, *Pornografi dan Porno aksi Ditinjau dari Hukum Pidana Islam*, Prenada Media Group, Jakarta, h.100.

Pasal 284 KUHP

Diancam dengan pidana penjara paling lama Sembilan bulan:

- 1) seorang pria telah kawin yang melakukan gendok (overspel), padahal diketahui bahwa Pasal 27 BW berlaku baginya. seorang wanita yang telah kawin yang melakukan gedak, padahal diketahui bahwa Pasal 27 BW berlaku baginya.
- 2) seorang pria yang turut serta melakukan perbuatan itu, padahal diketahuinya bahwa yang turut bersalah telah kawin; seorang wanita yang telah kawin turut serta melakukan perbuatan itu, padahal diketahui olehnya bahwa yang turut bersalah telah kawin dan Pasal 27 BW berlaku baginya²⁶⁴.

Pasal 295 KUHP (1) Diancam

Dengan pidana penjara paling lama lima tahun barangsiapa dengan sengaja menyebabkan atau memudahkan dilakukannya perbuatan cabul oleh anaknya, anak tirinya, anak angkatnya, atau anak dibawah pengawasannya yang belum dewasa, atau oleh orang yang belum dewasa yang pemeliharaannya, pendidikan atau penjaganya diserahkan kepadanya, ataupun oleh bujangnya, atau bawahnya yang belum cukup umur, dengan orang lain²⁶⁵; Dengan pidana penjara paling lama empat tahun barangsiapa, dengan sengaja menghubungkan atau memudahkan perbuatan cabul, kecuali yang tersebut dalam butir 1 diatas, yang dilakukan oleh orang yang diketahuinya belum dewasa atau yang sepatutnya harus diduganya demikian, dengan orang lain.

Pasal 296 KUHP

Dalam pasal 296 KUHP menjelaskan orang-orang yang disebut dengan mucikari atau germo itulah yang dapat dipidana²⁶⁶. "Barangsiapa dengan sengaja menyebabkan atau memudahkan perbuatan cabul oleh orang lain, dan menjadikannya sebagai pencarian atau kebiasaan, diancam dengan pidana penjara

²⁶⁴*Kitab Undang-Undang Hukum Pidana*, Permata Press, 2007, h. 99.

²⁶⁵*ibid*, h. 102.

²⁶⁶Adami Chanzawi, *Tindak Pidana Mengenai Kesopanan*, Jakarta: PT. Raja Grafindo, 2007, h. 115.

paling lama satu tahun empat bulan pidana denda paling banyak lima belas ribu rupiah”.

Pasal 297 KUHP

Dalam pasal 297 KUHP ini telah menjelaskan hukuman terhadap perdagangan perempuan dan anak. “Perdagangan wanita dan perdagangan anak laki-laki yang belum dewasa diancam dengan pidana penjara paling lama enam tahun.”²⁶⁷

Pasal 506 KUHP

“Barangsiapa menarik keuntungan dari perbuatan cabul seorang wanita dan menjadikan sebagai pencarian diancam dengan pidana kurungan paling lama satu tahun.”²⁶⁸

Pelacuran atau prostitusi merupakan salah satu bentuk penyakit masyarakat yang harus dihentikan penyebarannya, tanpa mengabaikan usaha pencegahan dan perbaikannya. Adanya penggolongan pelacuran dalam 2 bentuk yakni: a) Pelacur yang terdaftar (*Filles Soumises inscrites, offentlieche prostituierte*) harus memeriksa diri pada dokter sebagai tindakan kesehatan dan keamanan umum. b) Pelacur – pelacur yang tidak terdaftar (liar, ilegal). Mengkaji maksud penggolongan prostitusi atau pelacuran tersebut dirasa tidak keliru jika dikatakan bahwa pelacuran itu adalah tidak dilarang, asalkan saja para pelacur mau mendaftarkan dirinya kepada pihak berwajib, sebab dengan mendaftarkan diri kepada pihak berwajib maka kesehatan dan keamanannya pun tidak diragukan.

Jika dikatakan bahwa kesehatan dan keamanan dari para pelacur tidak diragukan apabila terdaftar, maka merupakan gambaran bahwa pelacur adalah barang dagangan yang harus diupayakan kesehatannya, agar pembeli atau pengguna aman karena pelacur yang akan dibeli atau tersebut sehat dan tidak memiliki penyakit yang berbahaya, namun berbanding terbalik dengan pembeli atau pengguna pelacur yang mendapat izin untuk melakukan pelacuran tersebut yang dibebaskan untuk menularkan penyakit terhadap para pelacur yang telah dijaga dan diperiksa kesehatannya, sehubungan belum pernah ada ketentuan yang

²⁶⁷*Kitab Undang-Undang Hukum Pidana*, Permata Press, 2007, h. 103.

²⁶⁸*ibid*, h. 169.

mengatur bahwa seseorang yang hendak pergi ke tempat pelacuran dan akan menggunakan pelacur untuk memuskan nafsunya harus memiliki Surat Keterangan Sehat Melacur. Penggolongan pelacuran yang terdaftar ini jika diumpakan di pasar hewan, adalah hewan yang sudah diperiksa kesehatannya boleh untuk diperjual belikan karena aman untuk dikonsumsi oleh konsumen, dengan demikian pemberian ijin terhadap para pelacur untuk melakukan pelacuran karena memiliki ijin, merupakan bentuk penjualan manusia yang dilegalkan, dan ijin yang demikian tentunya bentuk pelanggaran terhadap Undang-undang Pemberantasan Tindak Pidana Perdagangan Orang (UUTPPPO). Kondisi konstruksi hukum yang demikian, bukan saja bersifat ambigu bagi pihak penyidik, yakni disatu sisi harus memberantas perdagangan orang sebagaimana diamanatkan oleh UUTPPPO, disisi lainnya harus menjaga keamanan di tempat atau lokasi yang menjalankan perdagangan orang, kalau tidak dapat dikatakan perdagangan orang karena si pelacur tidak dijual dan diserahkan kepada pembelinya, maka perbuatan tersebut merupakan bentuk perbudakan.

Dilematis penyidik kepolisian dalam menangani tindak pidana pelacuran tersebut, dapat penulis gambarkan berdasarkan hasil penelitian melalui wawancara dengan pihak polisi di Wilayah III Cirebon yang meliputi wilayah hukum Kabupaten Indramayu, Kota Cirebon dan Kabupaten Kuningan.

Inspektur dua (Ipa) Dwi Hartati, Kepala Unit (Kanit) Perlindungan Anak (PA) Polresta Cirebon, menyatakan²⁶⁹:

Lokalisasi pelacuran dalam perspektif Perlindungan Anak, dapat dijadikan upaya perlindungan anak, karena pihak penyidik kepolisian dapat mendata berapa usia dari para pelacur yang berada di lokasi dan jika terdapat pelacur berusia anak, maka penyidik kepolisian (Unit PPA) dapat mengambil diskresi untuk mengamankan pelacur yang berusia anak tersebut, namun bagaimana caranya untuk dapat menjerat mucikari yang telah melacurkan anak, sementara pelacur dewasa diperbolehkan untuk melakukan pelacuran. Lokalisasi sebenarnya bukan saja memberikan ijin terhadap pelacur melainkan ijin kepada para mucikari, karena para

²⁶⁹ Hasil Wawancara dengan Ipa Dwi Hartati, Kepala Unit Perlindungan Anak Polresta Cirebon, wawancara dilakukan pada tanggal 10 Januari 2020.

pemilik rumah atau kamar yang dipergunakan oleh para pelacur untuk melacurkan dirinya, adalah milik para mucikari. Para pelacur biasanya lebih banyak yang didatangkan oleh para mucikari pemilik rumah pelacuran dari berbagai daerah yang jauh dari tempat lokalisasi. Memberikan perlindungan terhadap anak yang dilacurkan tidak semudah membalikkan telapak tangan, karena banyak sekali anak-anak yang menyembunyikan usianya, bahwa mereka masih berusia anak.

Inspektur dua (Ipda) Rini Hartati, Kepala Unit (Kanit) Perlindungan Perempuan dan Anak Polres Kuningan²⁷⁰:

Sebagai Penyidik yang bertugas di Unit Perlindungan Perempuan dan Anak, jika mendengar kata Lokalisasi terbayang perempuan-perempuan yang diperjualbelikan atau diperbudakan oleh para mucikari, namun saya sebagai petugas yang seharusnya menindak perdagangan perempuan dan anak, hanya berdiam diri tidak kuasa untuk mencegah perbuatan tersebut, sementara nyata-nyata perbuatan tersebut merupakan perbuatan tindak pidana perdagangan orang dan perbudakan, karena perempuan-perempuan tersebut berada di lokalisasi yang diperbolehkan untuk melakukan pelacuran.

Inspektur Satu (Iptu) Indri Hapsari Kepala Unit (Kanit) Perlindungan Perempuan dan Anak (PPA) Polres Indramayu²⁷¹:

Lokalisasi memang ditempatkan jauh di luar kota, atau biasanya di perbatasan yang jauh dari pusat kota, namun lokalisasi bukan resep ampuh yang dapat mencegah terjadinya pelacuran, karena di pusat-pusat kota justru banyak juga terjadi pelacuran, baik di hotel-hotel melati maupun di hotel-hotel berbintang. Upaya pencegahan terjadinya pelacuran liar atau di luar lokalisasi yang telah ditetapkan, yang dilakukan oleh beberapa daerah di wilayah III Cirebon, adalah dengan mengeluarkan Peraturan Daerah (Perda) tentang Ketertiban. Namun demikian sekalipun perda tersebut telah diberlakukan ternyata pelacuran tetap terjadi, para pelacur tidak lagi

²⁷⁰ Hasil Wawancara dengan Ipda Hartati, Kepala Unit Perlindungan Anak Polresta Kuningan, wawancara dilakukan pada tanggal 15 Januari 2020.

²⁷¹ Hasil Wawancara dengan Iptu Indri Hapsari, Kepala Unit Perlindungan Anak Polresta Indramayu, wawancara dilakukan pada tanggal 20 Januari 2021.

menjajagakan dirinya ditempat-tepat umum atau dikegelapan jalan sunyi, mereka beralih tepat di hotel-hotel, penginapan maupun tempat kost. Demikian halnya perkembangan dan kemajual teknologi internet, memudahkan para pelacur menawarkan dirinya melalui media internet (IT) dalam berbagai bentuk aplikasi, sehingga mengharuskan penyidik untuk lebih bekerja keras dan memiliki ahli Cyber. Contoh dan penggunaan IT adalah terjadinya kasus-kasus prostitusi on line.

Berdasarkan uraian teoritis dan fakta empiris tersebut di atas, menggambarkan pihak penyidik kepolisian berada pada posisi dilematis karena sifat ambigu dari peraturan perundang-undangan yang berlaku, yang satu sama lainnya saling bertentangan. Kebijakan lokalisasi kebijakan yang tidak dapat dipertanggungjawabkan baik kepada rakyat maupun kepada Tuhan sebagaimana yang diamanatkan oleh Pasal 29 Undang Undang Dasar Negara Republik Indonesia tahun 1945 yang menegaskan bahwa negara berdasarkan atas Ketuhanan Yang Maha Esa, demikian juga pada sila “Ketuhanan Yang Maha Esa” dalam Sila Pertama dari Pancasila. Belum adanya pengaturan secara tegas terhadap pelacuran dan hanya menjerat hanya bagi mucikari, tentunya sangat bertentangan dengan Pancasila dan UUD Tahun 1945, dan Negara Kesatuan Republik Indonesia yang religius.

B. Kelemahan Struktur Hukum

Sistem hukum, dimana dipahami bahwa sistem hukum adalah sekumpulan jaringan kerja yang sengaja dibuat untuk tujuan tertentu dan jika dikaitkan dengan sistem peradilan pidana berarti ada banyak struktur didalamnya, seperti polisi, jaksa, hakim²⁷². Struktur hukum berkaitan dengan hal penegakan hukum (*law enforcement*), yakni bagaimana substansi hukum ditegakkan. Struktur hukum juga berkaitan dengan sistem peradilan yang berhubungan langsung dengan sumber daya manusia bidang hukum yang terdiri dari Hakim, Jaksa, Polisi, Pengacara, Pejabat lembaga pemasyarakatan, termasuk susunan kelembagaan dan yurisdiksinya. Pendekatan positivistik di

²⁷²Rusli Muhammad, 2007, *Hukum acara pidanakontemporer*, cetakan pertama, CitraAditya Bakti, Bandung, h. 10.

atas yang hanya mengandalkan fakta-fakta empirik telah membawa masyarakat modern pada kepuasan berlebihan hedonistik, rakus serta tamak, pendekatan positivistik tersebut telah mengeksploitasi fitrah manusia yang subur dari nilai-nilai spritualitas menjadi sangat materialistik dan pragmatis²⁷³ dan jika dikaitkan dengan persoalan tindak pidana pelacuran maka menjadikan struktur hukum tidak berfungsi.

Lawrence M. Friedman mengemukakan bahwa kita telah menghabiskan banyak waktu membicarakan aturan hukum dan struktur hukum yang menciptakan dan melaksanakan aturan itu, namun sekali lagi harus ditegaskan bahwa sistim hukum lebih dari dari struktur dan aturan, meski demikian aturan harus diikuti setidaknya pada masanya. Perilaku merupakan unsur pokok sistem hukum, apa yang sesungguhnya dijalankan orang, jika tidak dijalankan aturan itu hanya tulisan belaka dan struktur itu seperti kota mati, bukan kota hidup. Tidak ada cara lain untuk memahami sistem hukum termasuk hukum kita sendiri selain melihat perilaku hukum (*legal behavior*)²⁷⁴. Dari uraian di atas jelas bahwa yang dimaksud perilaku hukum, bukan hanya perilaku taat hukum, tetapi semua perilaku yang merupakan reaksi terhadap sesuatu yang sedang terjadi dalam sistem hukum, baik reaksi ketaatan pada hukum maupun ketidaktaatan pada hukum dan dapat disimpulkan bahwa perilaku hukum meliputi perbuatan hukum (*rechtshandeling*) yaitu perbuatan yang dilakukan oleh subjek hukum, yang mempunyai akibat hukum memang dikehendaki oleh si pelaku dan perbuatan melawan hukum (*onrechtmatigedaad*) yaitu perbuatan yang dilakukan oleh subjek hukum yang mempunyai akibat hukum, dimana akibat hukumnya tidak dikehendaki oleh si pelaku baik dalam bidang perdata atau dalam bidang pidana²⁷⁵. Selain itu dari segi normatif perbuatan hukum masih dibedakan yakni perbuatan hukum bersegi satu (*eenzijdige rechthandeling*), dimana akibat hukumnya timbul dengan adanya pernyataan kehendak dari satu pihak saja dan perbuatan hukum bersegi dua (*tweezijdige rechthandeling*), yaitu akibat hukumnya timbul karena pernyataan kehendak dari dua pihak atau lebih seperti perjanjian dan *gesamtakt*, yang merupakan tindakan bersama yang bukan perjanjian, karena

²⁷³Jawahir Thontowi, *Pengembangan Ilmuhukum Berbasis Religius science*, Artikel, h. 92.

²⁷⁴Achmad Ali, *Menguak Teori... op. cit.*, h. 142-143.

²⁷⁵*Ibid.*, h. 144.

tanpa pernyataan kehendak yang dilahirkan yang bergantung satu sama lain dan menimbulkan akibat hukum untuk kepentingan subjek hukum yang menyatakan kehendaknya, atas beban subjek hukum lainnya. Lawrence M. Friedman menguraikan juga tentang bagaimana mempengaruhi perilaku hukum, yaitu yang pertama komunikasi hukum (*communication of the law*), bagaimanakah aturan ini dikomunikasikan, ada aturan yang sebenarnya menjadi pengetahuan umum. Sebagian besar aturan dan tentunya semua aturan yang teknis, aturan administratif yang diperinci harus disampaikan secara khusus kepada audiensnya, yang kedua adalah pengetahuan hukum (*knowledge of law*) dimana pengetahuan hukum sebagai faktor esensial perilaku hukum, seberapa banyak kemampuan seseorang memahami tentang sebuah aturan hukum yang tentunya akan berpengaruh terhadap perilaku atau budaya hukum²⁷⁶.

C. Kelemahan Kultur Hukum

Pada perkembangannya Asas Culpabilitas atau asas kesalahan tidak dirumuskan secara eksplisit dalam peraturan hukum pidana /KUHP sebagaimana asas legalitas, namun asas ini mutlak keberadaannya, karena asas ini salah satu dari tiga masalah pokok dalam hukum pidana disamping asas ini merupakan pula syarat penjatuhan pidana terhadap subjek hukum. Asas kesalahan dalam ajaran hukum pidana dikenal dengan asas tiada pidana / hukuman tanpa kesalahan (*nulla poena sine culpa*) ini berkelindan dengan masalah pertanggungjawaban pidana, yang mana oleh para ahli hukum pidana unsur – unsur pertanggungjawaban pidana ini meliputi (1) melakukan perbuatan pidana (sifat melawan hukum); (2) dewasa atau cukup umur, sehingga ia dikatakan mampu bertanggungjawab; (3) berakal sehat, maksudnya bahwa si pelaku dengan akalnya itu dapat membedakan antara benar dan salah, selain itu si pelaku juga memiliki kehendak untuk mewujudkan perbuatan tersebut; (4) mempunyai kesalahan dalam bentuk kesengajaan atau kealpaan; (5) tidak adanya alasan pema'af.

Perumusan pertanggungjawaban pidana dalam KUHP, sering disebut dengan perumusan pertanggungjawaban secara negative,

²⁷⁶*Ibid.*, h. 143-165.

sebagaimana dirumuskan dalam Pasal 44 dan Pasal 45 KUHP. Pasal 44 KUHP menjelaskan pertanggungjawaban pidana secara negative terhadap pelaku yang tidak dapat dipertanggungjawabkan karena jiwanya cacat dalam tumbuhnya atau terganggu karena penyakit. Sedangkan Pasal 45 KUHP menjelaskan pertanggungjawaban pidana secara negative dalam hal pelaku belum cukup umur, dalam arti belum berumur 16 tahun²⁷⁷. Asas kesalahan yang berkeadilan dengan pertanggungjawaban pidana yang dirumuskan dalam berbagai ajaran Tiada pidana tanpa kesalahan / tiada pertanggungjawaban pidana tanpa kesalahan pelaku atau *no liability without blameworthiness* itu apabila dikaji dari aspek – aspek spiritual (Islam), sebagai bangsa yang ber – Ketuhanan Yang maha Esa menunjukkan bahwa asas tersebut merupakan asas yang mengakomodasi nilai - nilai spiritual yang merupakan bagian dari hukum Tuhan. Dalam hukum Tuhan (khususnya dalam Islam) dengan jelas dan tegas dikatakan bahwa (1) setiap orang dilarang mengikuti apa yang tidak diketahuinya; (2) setiap organ tubuh yang dikaruniakan oleh Sang Khlaik kepada manusia seperti penglihatan, pendengaran dan hati akan dimintai pertanggungjawaban itu akan dimintai pertanggungjawaban; (3) Tiap – tiap diri pribadi akan bertanggungjawab atas apa yang diperbuatnya.; (4) seseorang tidak akan memikul dosa orang lain. Prinsip – prinsip demikian ini dapat diketahui dari Firman – firman Tuhan yaitu Q.S. Al An'aam / 6: 164, Q.S. Al – Israa' / 17: 15 dan 36, Q.S. Al Mudatsir/74:38.

Namun demikian masyarakat Indonesia bercorak pluralistic dan bukan masyarakat Islam, melainkan masyarakat yang berketuhanan sebagaimana Pasal 29 (1) UUD NRI 1945 bahwa “Negara berdasar atas Ketuhanan Yang Maha Esa”, meskipun umat Islam memiliki kewajiban untuk menjalankan syari’at Islam dalam kehidupan berbangsa dan bernegara tetapi tidak serta demikian. Dalam hal penegakan syariat Islam ada dua pendapat *pandangan pertama*, menyatakan bahwa penegakan prinsip - prinsip hukum Islam oleh Negara itu harus melalui ideologi Negara, sehingga hukum Islam mendapatkan legislasi oleh Negara dan menjadi hukum positif

²⁷⁷Batasan usia dewasa tidak lagi 16 tahun tetapi telah mengalami perubahan dalam UU No. 23 Tahun 2002 tentang Perlindungan Anak dan UU No 35 Tahun 2014 tentang Perubahan atas UU dalam UU No. 23 Tahun 2002 tentang Perlindungan Anak dan juga dalam UU No. 11 Tahun 2012 Tentang Sistem Peradilan Anak. Dalam ketentuan UU ini disebutkan bahwa anak adalah seseorang yang belum berusia delapan belas (18) tahun atau belum kawin termasuk anak dalam kandungan.

yang berlaku di Negara itu, sehingga dalam pandangan pertama ini cenderung ke arah pembentukan negara Islam. *Pandangan kedua*, menyatakan bahwa penegakan prinsip – prinsip hukum Islam dalam suatu Negara bukan berarti mendirikan Negara Islam, namun mengupayakan penegakkan prinsip – prinsip Islam dalam praktik kehidupan bernegara terutama dalam memformulasi peraturan hukum dalam segala aspek kehidupan, yaitu dengan cukup peraturan – peraturan itu memuat nilai – nilai dan prinsip – prinsip dasar yang disyari’atkannya²⁷⁸. Pandangan kedua ini menurut Islam Pogresif disebut dengan gagasan *inklusif – pluralis*. Gagasan ini merupakan ajaran kesetaraan terhadap kaum beriman dan keselamatan berlanjut dengan mendasarkan pada nash – nash yang diwujudkan dalam *spiritual intelegence*²⁷⁹. Jadi dalam pandangan Islam Progersif, Islam tidak hanya sekedar diamalkan sebagai ajaran akidah dan ibadah melainkan sebagai ajaran yang harus diamalkan dalam kehidupan berbangsa dan bernegara secara konkrit dengan menggunakan akal untuk mewujudkan kebaikan dan kesejahteraan umat manusia.

Hal demikian ini menurut Kuntowijoyo disebut sebagai *dediferensiasi*, maksudnya adalah penyatuan kembali antara agama dan ilmu, yang selanjutnya oleh Kuntowijoyo disebut sebagai *ilmu integralistik*, yaitu suatu ilmu yang tidak hanya sekedar menggabungkan, melainkan menyatukan antara wahyu Tuhan dan hasil pemikiran manusia²⁸⁰. Menurut Prof Barda Nawawi Arief penyatuan dua pendekatan ini di bidang hukum (pidana) disebut dengan pendekatan *juridis – ilmiah – religious*, yaitu pendekatan yang beorientasi pada imu (hukum pidana) dan tutunan Tuhan dalam penegakan hukum pidana positif atau disebut dengan pendekatan ilmu Hukum Berketuhanan²⁸¹ Pengakan hukum dalam tulisan ini dalam pengertian perumusan peraturan hukum seperti yang telah disebutkan dalam subbab pendahuluan.

²⁷⁸Abu Yasid, (ed), 2005, *Fiqh Realitas: Respon Ma’had Aly terhadap Wacana Hukum IslamKontemporer*, Pustaka Pelajar, Yogyakarta, h. 47.

²⁷⁹Sudarto, 2014, *Wacana Islam Progresif: Reinterpretasi teks Demi Membebaskan yang Tertindas*, IRCiSoD, Yogyakarta, h. 79.

²⁸⁰Kuntowijoyo, 2006, *Islam Sebagai Ilmu: Epistemologi, Metodologi, dan Etika*, Tiara Wacana, edisi kedua, Yogyakarta, h. 53 – 55.

²⁸¹Barda Nawawi Arief, 2012, *Pendekatan Keilmuan dan Pendekatan Religius dalam Rangka Optimalisasidan Reformasi Penegkan Hukum (PIdana) di Indonesia*, Badan Penerbit UniversitasDiponegoro, Semarang, h. 72.

Penyatuan agama (wahyu Tuhan – Islam) ke dalam ilmu melalui hasil pemikiran manusia, sehingga dapat diterapkan dalam negara Pancasila²⁸² yang bersifat pluralistik ini, menurut Kuntowijoyo dilakukan dengan metode objektifikasi terhadap wahyu Tuhan (nilai – nilai syari’at). Adapun pengertian objektifikasi dijelaskan oleh Kuntowijoyo²⁸³ adalah merupakan konkretisasi dari keyakinan internal. Kemudian pada bagian selanjutnya di sumber yang sama dijelaskan sebagai berikut: Objektifikasi itu suatu perbuatan rasional terhadap nilai – nilai yang diwujudkan dalam perbuatan rasional, sehingga orang luar pun dapat menikmati tanpa harus menyetujui nilai – nilai asal. Jadi sesuatu perbuatan itu dikatakan objektif bila perbuatan itu dirasakan oleh seluruh masyarakat sebagai sesuatu perbuatan yang alamiah /wajar tidak sebagai suatu perbuatan keagamaan. Dengan demikian objektifikasi terhadap nilai – nilai syariat ini merupakan jalan tengah, karena dalam objektifikasi ada kesepakatan – kesepakatan dengan didasarkan pada argument yang bersifat keilmuan dalam rangka tetap menghargai sifat pluralistic sebagai negara Pancasila.

Pengakomodasian aspek spiritualitas dalam peraturan hukum yang dibuat oleh pemerintah, dalam masyarakat yang bersifat pluralistic adalah hal yang lazim, hal ini sebagaimana dikemukakan oleh Chiba bahwa dalam pembentukan hukum resmi (hukum negara) terdapat elemen – elemen potensial yang merupakan sumber hukum resmi, yang saling berdialektika untuk menemukan suatu rumusan yang dapat diterima oleh masyarakat. Elemen potensial itu adalah hukum agama dan hukum yang hidup dalam masyarakat atau hukum adat²⁸⁴. Dengan demikian nilai syariat pun bisa sebagai sumber potensial dalam hukum resmi (hukum pidana) termasuk dalam merumuskan asas – asas (hukum pidana) yang dapat dilakukan melalui objektifikasi.

²⁸²Negara Pancasila itu tidak dapat dirubah oleh siapa pun karena negara Pancasila merupakan consensus nasional yang dibentuk untuk mewujudkan tujuan sebagaimana tercantum dalam Pembukaan UUD 1945. Tujuan negara ini merupakan apa yang diperjanjikan yang menjadi suatu persaksian oleh seluruh bangsa Indonesia. Oleh karena itu Negara Pancasila ini merupakan *Darul Ahdi Wa Syahadah*. Lihat dalam Pimpinan Pusat Muhammadiyah, 2015, *Negara Pancasila sebagai Darul Ahdi Wa Syahadah*, Makasar: Mukhtar Muhammadiyah ke – 47, 3- 7 Agustus 2015.

²⁸³Kuntowijoyo, 2006 *Op. Cit.*, h. 62 dst.

²⁸⁴Chiba dalam Werner Menski, 2012, *Perbandingan Hukum Dalam Konteks Global: Sistem Eropa, Asia, dan Afrika*, Penerjemah M. Khozim, Bandung: Nusa Media, h. 164 dst.

Pada dasarnya factor yang mengakibatkan semakin maraknya dunia prostitusi bahkan telah menjamah kepada anak di bawah umur, dikarenakan factor pendidikan dan ekonomi, minimnya sumber daya manusia mengakibatkan masyarakat sulit mengakses pekerjaan yang layak sehingga berakibat pada taraf hidup yang rendah atau mengakibatkan kemiskinan, kemiskinan dan tidak adanya keterampilan masyarakat serta keinginan untuk hidup lebih baik mengakibatkan banyak para pihak terjerumus di dalam lingkaran prostitusi yang membuat kehidupan menjadi semakin rusak dan sekaligus juga merusak tatanan norma agama, norma sosial, dan norma kesusilaan, akibat hal ini tidak jarang para pelaku PSK tidak dapat diterima secara layak di masyarakat sehingga para PSK tersebut terus menjerat dirinya ke dalam lingkaran prostitusi baik untuk memenuhi kebutuhan guna kelangsungan hidup maupun sebagai pilihan karena tidak adanya tempat yang layak yang bias menerima kalangan PSK tersebut.

Hal ini kemudian melahirkan sistem perdagangan PSK yang lebih terorganisir dan tersistematis dengan hadirnya mucikari yang memiliki lingkaran pemasaran dan memiliki kemampuan menata sistem penggunaan PSK serta keuangan yang membuat prostitusi yang pada awalnya perorangan dan tidak tersistematis menjadi prostitusi yang terorganisir. Keadaan demikian mengakibatkan prostitusi sulit untuk di hilangkan di suatu wilayah. Hal ini menjadi semakin rumit dengan adanya jaringan badan usaha hiburan yang secara terselubung mempekerjakan PSK tersebut dan juga adanya kemajuan digitalisasi. Ditambah dengan tidak adanya perhatian dari pemerintah daerah setempat. KOMPOL Suseno Adi Wibowo selaku Kasat Reskrim Polres Indramayu menyampaikan bahwa sulitnya penindakan kasus prostitusi di Indramayu adalah karena budaya zinah yang sulit dikendalikan, adanya kebutuhan ekonomi dan minimnya pengetahuan agama serta sumber daya manusia yang ada, selain itu modus operandi yang tidak lagi dapat dipantau secara mudah akibat penggunaan sarana dunia maya saat ini.²⁸⁵

²⁸⁵ KOMPOL Suseno Adi Wibowo, *Wawancara Pribadi Dengan Kasat Reskrim Polres Indramayu*, Wawancara dilakukan pada 12 Januari 2021

KONSTRUKSI IDEAL PERTANGGUNGJAWABAN PIDANA PELAKU TINDAK PIDANA PELACURAN

A. Kajian Komparasi Tindak Pidana Pelacuran

1. Negara Swedia

Pemerintah Swedia memberikan perhatian yang lebih untuk memerangi prostitusi dan perdagangan manusia dengan tujuan seksual. Hal ini merupakan bagian penting bagi Swedia untuk mencapai kesetaraan antara perempuan dan laki-laki, di tingkat nasional maupun internasional. Kesetaraan gender akan tetap tidak tercapai selama kaum laki-laki masih dapat membeli, menjual, dan mengeksploitasi para perempuan dan anak-anak. Prostitusi dianggap sebagai kekerasan terhadap perempuan dan anak-anak, yang secara intrinsik tidak hanya berbahaya bagi individu perempuan atau anak-anak yang dilacurkan, tetapi juga bagi masyarakat luas. Hal ini merupakan penghalang yang signifikan terhadap tujuan Swedia, yaitu kesetaraan gender secara penuh.

Pada tahun 1999, Swedia mengeluarkan Undang-Undang yang dapat mengkriminalisasi pengguna jasa seks yaitu dikenal dengan *Sex Purchases Act*. Menurut Undang-Undang ini, prostitusi adalah tindakan ilegal. Aturan ini kemudian pada tahun 2005, diatur dalam KUHP Swedia Bab 6 Pasal 11 yang menentukan sebagai berikut:

"A person who, in other cases than previously stated in this chapter, obtains a casual sexual relation in exchange for payment shall be sentenced for the purchase of a sexual service to a fine or imprisonment for at most six months. That which is stated in the first section also applies if the payment has been promised or made by someone else."

Ketentuan tersebut mengatur bahwa ketika seseorang melakukan pembayaran untuk mendapatkan layanan seks, maka akan dikenakan sanksi pidana berupa denda atau penjara maksimum 6 bulan. Perbuatan seksual merupakan pelanggaran hak asasi manusia di Swedia, sedangkan wanita penjual jasa atau pelacur diposisikan sebagai korban yang butuh pertolongan sebagai akibat eksploitasi dan kekerasan oleh pengguna jasa, sehingga pihak yang menjadi pengguna atau pembeli jasa dapat dikenakan pidana. Melihat aturan tersebut, pemerintah Swedia seakan berusaha untuk memangkas berbagai penawaran prostitusi yang kerap dilakukan oleh para pria hidung belang. Jika melihat praktik prostitusi sebagai aktivitas ekonomi, maka akan ada konsep *supply* dan *demand*. Selama masih ada permintaan dalam masyarakat terhadap prostitusi, maka kegiatan tersebut akan tetap ada sekalipun praktik tersebut dilarang atau dianggap ilegal. Salah satu landasan kebijakan Swedia terhadap pelacuran adalah pengakuan bahwa keberadaan kegiatan pelacuran tidak mungkin terjadi tanpa adanya permintaan atas perempuan dewasa bahkan perempuan yang masih dibawah umur yang rentan terhadap eksploitasi seksual. Penelitian menunjukkan bahwa sisi permintaan harus mengambil bagian dari tanggung jawab untuk mempertahankan keberadaan perempuan dalam pelacuran²⁸⁶.

Bagian mendasar dari strategi Swedia yang komprehensif untuk memerangi pelacuran adalah mengakui bahwa para pengguna pelacur -lah yang harus dikriminalisasi. Karena itu pemerintah Swedia percaya bahwa, tidak masuk akal untuk menghukum seseorang yang menjual layanan seksual (pelacur). Dalam sebagian besar kasus, setidaknya pihak ini adalah pihak yang lebih lemah yang dieksploitasi oleh mereka yang hanya ingin memuaskan hasrat seksual mereka. Selanjutnya, Pemerintah Swedia percaya bahwa penting untuk memotivasi perempuan yang dilacurkan untuk keluar dari industri tanpa rasa takut atau risiko hukuman. Selain kebijakan hukum, terkait kebijakan sosial juga dilakukan oleh Pemerintah Swedia, yaitu dengan memberikan bantuan sosial terhadap para PSK yang ingin berhenti

²⁸⁶Ekberg, G. 2004. *The Swedish Law that Prohibits the Purchase of Sexual Services: Best Practices for Prevention of Prostitution and Trafficking in Human Beings. Violence Against Women*, 10(10), 1187-1218. <https://doi.org/10.1177/1077801204268647>

dari pekerjaannya. Hal ini diimplementasikan dari inisiatif dan strategi pemberdayaan yang bertujuan untuk mendukung perempuan yang bersangkutan dan memberi mereka peluang dan alternatif untuk keluar dari industri prostitusi tersebut. Lebih jauh lagi, untuk memperkuat semua elemen hukum, Pemerintah Swedia menyediakan dana tambahan untuk mendidik masyarakat guna memberikan kesadaran yang lebih besar dan memahami praktik yang berbahaya ini. Akibatnya di Swedia saat ini, lebih dari 80% populasi mendukung hukum dan prinsip-prinsip di balik perkembangannya²⁸⁷.

Berbeda dengan negara-negara yang berupaya untuk mengatur atau melegalkan prostitusi, Swedia telah mahir mengelola masalah yang kompleks dan kontroversial ini, serta telah berhasil membuahkan hasil. Dalam 6 (enam) tahun sejak UU tersebut diberlakukan, secara dramatis telah mengurangi jumlah pelacuran. *Sex Purchase Act* dianggap dapat menghalangi praktik pembelian dan sekaligus perdagangan manusia. Hal ini didasarkan pada jumlah perempuan asing yang diperdagangkan ke Swedia untuk pekerjaan seks kini hampir tidak ada lagi. Lebih lanjut, kebijakan Pemerintah Swedia ini memberikan efek positif yang sangat signifikan terhadap perempuan yang terlibat dalam pelacuran karena sebanyak 60 (enam puluh) persen pelacur di Swedia memanfaatkan program-program yang didanai dengan baik oleh Pemerintah Swedia dan akhirnya mereka berhasil keluar dari praktik pelacuran. Dari setiap strategi pelacuran tersebut, secara komprehensif, Pemerintah Swedia dapat mencapai tujuan yaitu untuk mengurangi pelacuran dan pada akhirnya memberantasnya.

Pemerintah Swedia menganggap bahwa tidak ilegal apabila seorang perempuan menjadi pelacur. Tetapi akan menjadi ilegal apabila seseorang melakukan pembayaran untuk mengeksploitasi mereka. Sehingga kriminalisasi dihadapkan kepada para pelanggan/pemakai. Tetapi pendekatan ini bukan hanya tentang menghukum adanya permintaan, tetapi merupakan bagian dari program meningkatkan kesadaran di masyarakat dan meningkatkan kesetaraan gender. Oleh karena itu Hukum Swedia, akan mengirimkan pesan yang jelas kepada para laki-laki bahwa

²⁸⁷*Ibid.*

penggunaan jasa prostitusi tidak dapat diterima. Selain itu, melalui adanya peningkatan kesadaran, aturan tersebut mencoba mengubah pola pikir masyarakat yang serakah dan lebih mementingkan diri sendiri daripada perempuan yang dipandang sebagai korban kejahatan. Ini tidak hanya mengubah status hukum mereka, tetapi bagaimana mereka dilihat dan diperlakukan oleh orang lain dan mendorong penciptaan langkah-langkah holistik untuk membantu mereka. Ini merupakan strategi komprehensif yang dapat mengatasi akar penyebab dan memberikan strategi keluar yang realistis terhadap praktik prostitusi, dan sebaliknya kemudian mereka (wanita dalam pelacuran) memiliki hak untuk mendapatkan bantuan agar dapat melarikan diri dari pelacuran²⁸⁸.

Sejak diberlakukannya larangan pembelian layanan seksual, prostitusi jalanan di Swedia telah berkurang sebagian. Pengurangan ini dapat dianggap sebagai akibat langsung dari kriminalisasi terhadap pembelian layanan seks. Sebagai perbandingan, prevalensi prostitusi jalanan hampir sama di tiga ibu kota yaitu Norwegia, Denmark dan Swedia. Pada tahun 2008, jumlah orang yang terlibat dalam prostitusi jalanan di Norwegia dan Denmark diperkirakan tiga kali lebih tinggi daripada di Swedia. Mengingat kesamaan besar ekonomi dan sosial yang ada di antara ketiga negara ini, masuk akal untuk menganggap bahwa pengurangan prostitusi jalanan di Swedia adalah akibat langsung dari adanya kebijakan kriminalisasi. Menurut sebuah studi yang dilakukan oleh Bergen Municipality, asumsi ini didukung oleh fakta bahwa pengurangan dramatis pelacuran jalanan terjadi pada 1 Januari 2009, ketika Norwegia menjadi negara kedua yang memperkenalkan larangan umum terhadap pembelian layanan seksual²⁸⁹.

Dalam kaitannya dengan *external law*, Indonesia dan Swedia merupakan negara yang sama-sama mengatur ketentuan terkait kegiatan prostitusi di dalam sebuah KUHP. Indonesia menjadi negara yang tidak melegalkan kegiatan prostitusi, karena hal ini

²⁸⁸*Ibid.*

²⁸⁹Swedish Government Report SOU 2010:49. (2013). *The Ban against the Purchase of Sexual Services An evaluation 1999-2008*. Retrieved from <https://www.government.se/4a4908/contentassets/8f0c2ccaa84e455f8bd2b7e9c557ff3e/english-translation-of-chapter-4-and-5-in-sou-2010-49.pdf>.

dianggap melanggar budaya, dan tidak sesuai dengan nilai-nilai yang ada dalam masyarakat apabila kemudian dilegalkan. Hal ini berbeda dengan Swedia. Swedia melegalkan kegiatan prostitusi. Namun ketentuan kedua negara ini membuat dampak yang cukup berbeda secara signifikan. Dalam KUHP yang berlaku di Indonesia, aturan/ketentuan hukum yang berlaku hanya bisa menjerat penjual jasa pelacur atau bisa disebut sebagai mucikari. Aturan/ketentuan hukum diluar KUHP juga tidak dapat para pelaku yang terlibat kegiatan prostitusi. Berbeda dengan *Code Penal Swedish*, aturan/ketentuan yang berlaku adalah kriminalisasi bagi pembeli jasa pelacur/layanan seksual. Secara tidak langsung, Pemerintah Swedia juga mengkriminalisasi pekerja pelacur, tetapi kriminalisasi tersebut tidak dimaksudkan untuk pemberian sanksi pidana, melainkan pemberian dana bantuan/sosial agar mereka dapat keluar dari kegiatan prostitusi tersebut.

Dalam kaitannya dengan *internal law*, Pemerintah Swedia memberikan perhatian yang lebih untuk memerangi prostitusi dan perdagangan manusia dengan tujuan seksual. Hal ini merupakan bagian penting bagi Swedia untuk mencapai kesetaraan antara perempuan dan laki-laki, di tingkat nasional maupun internasional. Kesetaraan gender akan tetap tidak tercapai selama kaum laki-laki masih dapat membeli, menjual, dan mengeksploitasi para perempuan dan anak-anak. Prostitusi dianggap sebagai kekerasan terhadap perempuan dan anak-anak, yang secara intrinsik tidak hanya berbahaya bagi individu perempuan atau anak-anak yang dilacurkan, tetapi juga bagi masyarakat luas. Hal ini merupakan penghalang yang signifikan terhadap tujuan Swedia, yaitu kesetaraan gender secara penuh.

Sehingga jelas bahwa pelacuran dan Pembelian Seks di Swedia dinyatakan sebagai perbuatan ilegal, ketentuannya diatur dalam KUHP Swedia bab 6 tentang kejahatan seksual Pasal 11 dan Pasal 12. Di Swedia Perbuatan seks berbayar merupakan pelanggaran hak asasi manusia di Swedia, wanita penjual jasa atau PSK diposisikan sebagai korban yang butuh pertolongan sebagai akibat eksploitasi dan kekerasan oleh pengguna jasa, sehingga pria dan wanita yang jadi pengguna atau pembeli jasa dapat dikenai pidana.

Kelebihan pengaturan pelacuran dalam KUHP Swedia adalah sebagai berikut:

- a. Kriminalisasi terhadap pengguna dapat mencegah atau mengurangi penawaran seks komersil
- b. Penghargaan dan Perlindungan terhadap perempuan yang menjadi pelacur dari eksploitasi seksual
- c. Intergritas antara kebijakan hukum pidana (kriminalisasi pengguna) dengan kebijakan sosial (pemberian bantuan terhadap pelacur yang berkeinginan berhenti

Kelemahan dari pengaturan pelacuran dalam KUHP Swedia adalah: Status pelacur yang dilindungi oleh hukum sama saja melakukan pembiaran terhadap pelacuran.

2. Negara Arab Saudi

Pada perkembangannya hukum di Arab Saudi menggunakan hukum Islam dalam kaitannya terhadap persoalan pelacuran. Sementara itu dalam Hukum Islam, Prostitusi adalah haram hukumnya. Menurut HMK Bakry²⁹⁰ bahwa prostitusi itu sama kekuatannya dengan zina. Ali Akbar juga mengatakan bahwa prostitusi itu adalah suatu perbuatan zina, karena perbuatan itu diluar perkawinan yang sah. Jadi baik pelacur maupun pelanggan sama-sama melakukan zina.

Pelacuran dalam Agama Islam juga disebut dengan zina, zina termasuk perbuatan dosa besar. Hal ini dapat dilihat dari urutan penyebutannya setelah dosa musyrik dan membunuh tanpa alasan yang haq (benar), Allah berfirman: “Dan orang-orang yang tidak menyembah tuhan yang lain beserta Allah dan tidak membunuh jiwa yang diharamkan Allah kecuali dengan (alasan) yang benar dan tidak berzina.” (QS. Al-Furqaan: 68). Imam Al-Qurthubi mengomentari, “Ayat ini menunjukkan bahwa tidak ada dosa yang lebih besar setelah kufur selain membunuh tanpa alasan yang dibenarkan dan zina.” (lihat Ahkaamul Quran, 3/200). Dan menurut Imam Ahmad, perbuatan dosa besar setelah membunuh adalah zina²⁹¹. Islam melarang dengan tegas perbuatan zina karena perbuatan tersebut adalah kotor dan keji.

Moeljatno, R Soesilo dan Wirjono Prodjodikoro menggunakan kata Zina sebagai terjemahan dari “overspel”.

²⁹⁰Sapari Imam Asyari, 1986, *Patologi Sosial*, Usaha Nasional, Surabaya, h. 72.

²⁹¹https://id.wikipedia.org/wiki/Pelacuran_menurut_agama

Menurut Van Dale's *Groot Woordenboek der Nederlands Taag*, kata "overspel" berarti *echtbreak*, *schending der huwelijktrow*, yang kurang lebih berarti pelanggaran terhadap kesetiaan perkawinan²⁹². Menurut Kamus Bahasa Indonesia oleh W.J.S Poerwadarminta, *zinah*²⁹³ berarti perbuatan bersetubuh yang tidak sah seperti bersundal, bermukah, bergodok, dan sebagainya. Sedangkan dalam Kamus Besar Bahasa Indonesia, *zinah* berarti perbuatan bersenggama antara laki-laki, perempuan yang tidak terikat oleh hubungan pernikahan (perkawinan). Perbuatan bersenggama seorang laki-laki yang terikat perkawinan dengan seorang perempuan yang bukan istrinya, atau seorang perempuan yang terikat perkawinan dengan laki-laki yang bukan suaminya²⁹⁴.

Zina dalam Bahasa Inggris disebut sebagai "Adultery" dan atau "Fornication". Dalam Wikipedia Free Dictionary, Adultery diterjemahkan sebagai "kesepakatan hubungan seksual oleh seseorang yang sudah menikah dengan orang lain yang seolah-olah sebagai pasangannya yang sah"²⁹⁵. Biasanya ada kesepakatan baik eksplisit atau implisit antara pasangan tersebut untuk tidak mengganggu perkawinan. Perzinahan biasanya juga disinonimkan dengan infidelitas yaitu ketidaksetiaan atau penipuan. Sementara itu dalam Legal Glossary didefinisikan sebagai "hubungan seks di luar perkawinan antara seorang laki-laki dan perempuan yang salah satunya telah menikah dengan orang lain"²⁹⁶. Sedangkan fornication sebagai persetubuhan yang sukarela antara seseorang yang belum menikah dengan seseorang dari seks berlawanan (yang belum menikah juga) meskipun atas dasar suka sama suka,

²⁹²Topo Santoso, 1997, Op. Cit., h. 91-92.

²⁹³Istilah "zinah" sebenarnya lebih tepat istilah zina (tanpa "h"), karena zinah dalam Bahasa Arab adalah berarti perhiasan, misalnya dalam surat 7:32 yang menyebutkan "Siapa yang dapat mengharamkan *ziinat* (hiasan dari Allah) yang telah diberikan-Nya kepada hamba-Nya" dan ayat 3 dalam surat yang sama "Pasanglah *ziinat* (hiasanmu) waktu hendak ke masjid", namun orang sudah terbiasa dengan menggunakan kata zinah untuk menyebut perbuatan zina tersebut. Sebagaimana ditulis oleh Topo Santoso, Ibid, h. 99.

²⁹⁴Ibid, h. 93-94.

²⁹⁵Lihat dalam Wikipedia Free Dictionary, "*Adultry is generally defined as consensual sexual intercourse by married person with someone other than their lawful spouse. As there is usually an implicit or explicit agreement between spouses to not have sex outside the marriage, the common synonym for adultery is infidelity as well as unfaithfulness or in colloquial speech, cheating....*". <http://en.wikipedia.org/wiki/Adultery>

²⁹⁶Lihat dalam Legal Glossary, "*Adultery is Extra-marital sex between a male and female, at least one of whom is married to another person....*" (<http://www.oninformation.com/Legal/Legal/Glossary/Adultery.html>)

namun perbuatan itu tidak sah²⁹⁷. Dalam Ensiklopedia Hukum Islam²⁹⁸, zina didefinisikan sebagai “hubungan seksual yang dilakukan antara pria dan wanita yang tidak terikat oleh perkawinan yang sah yang dilakukan secara sengaja dan sadar dengan kemauan sendiri”. Jadi menurut Agama Islam, delik perzinahan rumusannya bukan hanya dilakukan oleh orang-orang yang sudah berkeluarga (terikat perkawinan) saja, tetapi juga dilakukan oleh orang yang sama-sama belum/tidak terikat perkawinan asalkan perbuatan tersebut dilakukan secara sengaja dengan kemauan sendiri dan pelakunya sudah mukallaf (dewasa). Sehingga dengan demikian baik pelacur maupun pelanggan sama-sama melakukan zina dan harus di hukum yang setimpal sesuai dengan perannya masing-masing. Sebagaimana firman Allah Dalam Sura An-Nisa’ ayat 16²⁹⁹, yang artinya:

Dan terhadap dua orang yang melakukan perbuatan keji di antara kamu, Maka berilah hukuman kepada keduanya, kemudian jika keduanya bertaubat dan memperbaiki diri, Maka biarkanlah mereka.

Kemudian dalam Al-Qur’an Surah Al Isra: 32³⁰⁰ disebutkan:

Dan janganlah kamu sekali-kali melakukan perzinahan, sesungguhnya perzinahan itu merupakan perbuatan yang keji, tidak sopan dan jalan yang buruk (Q.S. Al Isra: 32).

Dalam ayat ini, Allah s.w.t menyifati zina dengan kata ‘keji’. Syaikh Abdurrahman bin Nashir as-Sa’di juga berkomentar, “Allah s.w.t. telah mengkategorikan zina sebagai perbuatan keji dan kotor. Artinya, zina dianggap keji menurut syara’, akal dan fitrah karena merupakan pelanggaran terhadap hak Allah, hak istri, hak kelurganya atau suaminya, merusak kesucian pernikahan, mengacaukan garis keturunan, dan melanggar tatanan lainnya³⁰¹.

²⁹⁷Topo Santoso, Op. Cit., h. 94.

²⁹⁸Lihat dalam Abdul Azizi Dahlan, 1996, *Ensiklopedia Hukum Islam*, jilid 6, Ikhtiar Baru Van Houve: Jakarta, h. 2026.

²⁹⁹Departemen Agama RI, Al Qur’an Dan Terjemahannya, 1994, PT Kumudasmoro Grafindo, h. 63.

³⁰⁰Ibid h. 429.

³⁰¹Tafsir Kalamil Mannan, 4/275 sebagaimana dikutip oleh Fadhel Ilahi, 2004, Zina (terj), (Qisthi Press: Jakarta, h. 26.

Zina secara harfiah berarti fahisyah, yaitu perbuatan keji. Zina dalam pengertian istilah adalah hubungan kelamin antara seorang lelaki dengan seorang perempuan yang satu sama lain tidak terikat dalam hubungan perkawinan. Para fukoha (ahli hukum Islam) mengartikan zina yaitu melakukan hubungan seksual dalam arti memasukkan zakar (kelamin pria) kedalam vagina wanita yang dinyatakan haram, bukan karena syubhat dan atas dasar syahwat³⁰².

Perzinaan sebagai persetubuhan antara laki-laki dan perempuan diluar perkawinan adalah dianggap melanggar kesopanan, merusak keturunan, menyebabkan penyakit kotor (PMS), menimbulkan persengketaan, ketidakkaruan dalam keluarga dan malapetaka lainnya³⁰³. Berbeda dengan Norma Hukum Positif Indonesia, yang mensyaratkan bahwa zina (pelanggaran terhadap Pasal 284 KUHP) salah satu atau keduanya harus terikat dalam lembaga perkawinan.

Islam mempunyai sikap yang preventif (pencegahan) dalam perzinahan, Islam memberikan ketentuan bahwa pelaku zina akan dikenakan hukuman³⁰⁴. Dalam penentuan hukuman, hukum pidana Islam membedakan pelaku perzinahan menjadi dua macam, tergantung pada keadaan pelakunya, apakah belum menikah (*ghairu muhsan*) atau sudah menikah (*muhsan*):

a. Zina ghairu muhsan

Zina ghairu muhsan adalah zina yang dilakukan oleh laki-laki atau perempuan yang belum menikah. Hukuman untuk pelaku zina ghairu muhsan ada dua macam, yakni: dera seratus kali dan pengasingan selama satu tahun³⁰⁵.

1) Hukuman dera seratus kali

Hukuman dera merupakan hukuman cambuk yang jumlahnya seratus kali yang diberikan kepada pelaku zina yang belum menikah. Hukuman bagi pezina/pelacur (termasuk pelanggannya) disebutkan dalam Ayat lain yaitu dalam Q.S. An Nur (24):02³⁰⁶: “Perempuan dan laki-laki yang berzina, deralah kedua-duanya, masing-masing seratus

³⁰²Zainuddin Ali, 2007, *Hukum Pidana Islam*, Sinar Grafika, cet.Ke.I, Jakarta, h.37.

³⁰³Kartini Kartono, 1981, *Patologi Sosial*, PT Raja Grafindo Persada, Jakarta, h. 181. 42.

³⁰⁴Ahmad Wardi Muslich, 2005, *Hukum Pidana Islam*, Sinar Grafika, Jakarta, h. 29.

³⁰⁵Sulaiman Rasjid, 2012, *Fiqh Islam*, Sinar Baru Algensindo, Bandung, h.436.

³⁰⁶Loc.cit hlm

dera. Janganlah sayang kepada keduanya dalam menjalankan hukum agama Allah, kalau kamu betul-betul beriman kepada Allah dan hari kemudian; dan hendaknya hukuman bagi keduanya itu disaksikan oleh sekumpulan orang-orang yang beriman (Q.S. An Nur (24):02)".

2) Hukuman pengasingan

Hukuman kedua untuk pelaku zina ghairu muhsan adalah pengasingan selama satu tahun, hukuman ini didasarkan pada hadist Nabi saw³⁰⁷: Artinya: Dari Ubadah bin samit ia berkata: Rasulullah SAW bersabda: "terimalah dariku, sesungguhnya Allah SWT telah memberikan jalan keluar bagi mereka (pezina), jejak dengan gadis hukumannya seratus kali dera dan pengasingan selama satutahun. Sedangkan duda dan janda hukumannya seratus kali dera dan rajam." (HR. Muslim, Abu Dawud dan Turmudzi).

b. Hukuman bagi pezina muhsan

Zina muhsan adalah zina yang dilakukan oleh orang laki-laki dan perempuan yang sudah pernah bercampur dengan jalan yang sah³⁰⁸. Hukuman atas pezina muhsan ini ada dua macam, yaitu dera seratus kali dan rajam.

Hukuman dera seratus kali didasarkan kepada Al-qur'an surah An Nur ayat 2 dan hadis Nabi yang telah dikemukakan di atas, sedangkan Hukuman rajam adalah suatu hukuman dengan cara dilempari batu sampai mati. Dasar dari hukuman rajam tidak dijumpai didalam al- Qur'an tetapi dapat diketahui melalui hadist Nabi SAW adalah sebagai berikut, yang artinya³⁰⁹:

Dari Ubadah bin Samit ia berkata: Rasulullah SAW bersabda: "Terimalah dariku, sesungguhnya Allah SWT telah memberikan jalan keluar bagi mereka (pezina), jejak dengan gadis hukumannya seratus kali dera dan pengasingan selama satu tahun. Sedangkan duda dan janda hukumannya seratus kali dera dan rajam." (HR. Muslim, Abu Dawud dan Turmudzi).

³⁰⁷Sulaiman Rasjid, Op. Cit.

³⁰⁸*Ibid.*

³⁰⁹*Ibid.*

Dalam Hukum Islam zina adalah perbuatan yang sangat tercela dan pelakunya dikenakan sanksi yang amat berat, baik itu hukum dera maupun rajam, karena alasan yang dapat di pertanggung jawabkan secara moral dan akal. Kenapa zina diancam dengan hukuman berat. Pelakunya dihukum dengan hukuman rajam (dilempari batu sampai meninggal. Dalam Hukum Islam zina adalah perbuatan yang sangat tercela dan pelakunya dikenakan sanksi yang amat berat, baik itu hukum dera maupun rajam, karena alasan yang dapat di pertanggung jawabkan secara moral dan akal. Kenapa zina diancam dengan hukuman berat. Pelakunya dihukum dengan hukuman rajam (dilempari batu sampai meninggal dengan disaksikan banyak orang), jika muhsan. Jika ia ghairu muhsan (lajang), maka ia dihukum cambuk 100 kali. Adanya perbedaan hukum tersebut karena muhsan seharusnya bisa lebih menjaga diri untuk melakukan perbuatan tercela itu, apalagi kalau masih dalam ikatan perkawinan yang berarti menyakiti dan mencemarkan nama baik keluarganya, sementara ghairu muhsan belum pernah menikah sehingga nafsu syahwatnya lebih besar karena didorong rasa keingintahuannya. Namun keduanya tetap sangat dicela oleh Islam dan tidak boleh diberi belas kasihan³¹⁰. Bagaimana dengan mucikari yang mengendalikan prostitusi dan penyedia jasa/media yang ikut mempermudah terjadinya prostitusi.

Menetapkan suatu hukum harus memandang kepada sumber ketetapanannya³¹¹:

- Maqas'id (tujuan atau sasaran), yaitu perkara-perkara yang mengandung maslahat atau mafsadat.
- Wasail (perantara), yaitu jalan atau perantara yang membawa kepada maqas'id, dimana hukumnya mengikuti hukum dari perbuatan yang menjadi sasarannya (maqas'id) baik berupa halal atau haram.
- Pada kerusakan moral merupakan *mafsadat* yang menjadi sasaran, maka perantara harus ditutup, karena kemafsadatan harus ditolak.

³¹⁰Ahmad Wardi Muslich, *Pengantar dan Asas Hukum Pidana Islam; Fikih Jinayah*, SinarGrafika, 2006, Jakarta, h. 142.

³¹¹Muhammad Abu Zahrah, 2003, *Ushul Fiqih*, alih bahasa Saefullah Ma'sum dkk., Pustaka Firdaus, Jakarta, h. 439.

Pelacuran yang telah menghancurkan nilai dan sendi moral masyarakat, jelas dilarang dalam Al-Qur'an dan Hadist, pengutamaan dihindarinya mafsadat daripada menarik keuntungan yang sesuai dengan maqasid as-syari'ah. Jika manusia melanggar perintah ataupun larangan Allah, berarti dia telah melakukan perbuatan tercela, dan dianggap telah melakukan tindakan kriminal, sehingga harus dijatuhi hukuman atas kriminalitas yang dilakukannya. Sebab, tanpa pemberlakuan hukuman bagi para pelanggar, hukum tidak akan memiliki arti apa-apa. Suatu perintah tidak akan bernilai apa-apa jika tak ada balasan (hukuman) bagi pelanggar yang mengabaikan perintah tersebut.

Mucikari, yang memanfaatkan dan mendapat keuntungan dengan memfasilitasi terjadinya praktek prostitusi. Pekerjaan menjadi mucikari adalah haram. Dalam hukum Islam, berdasarkan ketentuan al Qur'an dengan jelas bahwa hukumnya seperti pada surat An-Nur (24) ayat 33 yang artinya:

“..dan orang-orang yang tidak mampu kawin hendaklah menjaga kesucian (diri)nya, sehingga Allah memampukan mereka dengan karunia -Nya. dan budak-budak yang kamu miliki yang menginginkan perjanjian, hendaklah kamu buat Perjanjian dengan mereka, jika kamu mengetahui ada kebaikan pada mereka, dan berikanlah kepada mereka sebahagian dari harta Allah yang dikaruniakan-Nya kepadamu. dan janganlah kamu paksa budak-budak wanitamu untuk melakukan pelacuran, sedang mereka sendiri menginginkan kesucian, karena kamu hendak mencari Keuntungan duniawi. Dan Barangsiapa yang memaksa mereka, Maka Sesungguhnya Allah adalah Maha Pengampun lagi Maha Penyayang (kepada mereka) sesudah mereka dipaksa itu.

Dari uraian diatas terlihat bahwa terhadap pekerja seks komersial, mucikari dan pengguna jasa pekerja seks komersial, Al -Quran telah mengaturnya dengan jelas pada ayat-ayat diatas. Maka sudah seharusnya pelaku, mucikari, atau pelanggan yang terlibat prostitusi online tersebut harus dijatuhkan sanksi sesuai dengan ketentuan hukum Islam. Islam

telah menetapkan hukuman yang tegas bagi pelaku zina dengan hukuman cambuk seratus kali bagi yang belum menikah dan hukuman rajam sampai mati bagi orang yang menikah. Di samping hukuman fisik tersebut, hukuman moral atau sosial juga diberikan bagi mereka yaitu berupa diumumkannya aibnya, diasingkan (taghrib), tidak boleh dinikahi dan ditolak persaksiannya. Hukuman ini sebenarnya lebih bersifat preventif (pencegahan) dan pelajaran berharga bagi orang lain. Hal ini mengingat dampak zina yang sangat berbahaya bagi kehidupan manusia, baik dalam konteks tatanan kehidupan individu, keluarga (nasab) maupun masyarakat.

3. Negara China

Pelacuran dan Pembelian Seks di China dinyatakan sebagai perbuatan legal, ketentuannya diatur dalam KUHP China dalam Pasal 358, 359, 360, 361, dan 362 KUHP Cina, Pasal 66 dan 67 UU Administrasi Keamanan Publik. China menerapkan bahwa Pelacuran bukan perbuatan pidana, pengguna dan pelacur dikenakan hukuman administrasi, akan tetapi hukum pidana melarang orang yang mendapatkan keuntungan dari pelacuran yang diatur dalam KUHP. Kelebihan pengaturan pelacuran dalam KUHP China adalah sebagai berikut:

- a. Pidanaan terhadap subyek pelacuran termasuk seseorang yang sengaja melacur tetapi mengidap penyakit menular.
- b. Perlindungan terhadap masyarakat dari penyakit yang menular.
- c. Pengaturan menyeluruh terhadap semua subyek termasuk PSK, mucikari, Pengguna dan Calo-calo.

Kelemahan dari pengaturan pelacuran dalam KUHP China adalah:

- a. Pidana yang diberikan relatif ringan karena hanya bersifat administratif.
- b. Pidanaan terhadap pengguna hanya diatur dalam hukum administratif saja bukan KUHP.

4. Negara Indonesia

a. KUHP

Pelacuran dan Pembelian Seks di Indonesia dinyatakan sebagai perbuatan tidak illegal. Diatur dalam Pasal 284, 296, dan 506 KUHP Positif Indonesia. Indonesia memberlakukan bahwa kegiatan pelacuran yang dilakukan oleh pelacur pada

tempat yang ditentukan oleh pemerintah tidak dipidana, tetapi mucikari dan pengguna pelacur yang dibawah umur dapat dipidana. Tidak ada definisi khusus tentang pelacuran/prostitusi. Sasaran pemidanaan umumnya kepada pelacur dan mucikari saja. Kelebihannya merupakan salah satu hukum yang dapat digunakan dalam pemidanaan terhadap Pengguna dan pelacur (dengan kualifikasi khusus).Kelemahan dari pengaturan pelacuran dalam KUHP Positif Indonesia adalah:

- 1) Delik pada 284 merupakan delik aduan absolut sehingga tanpa aduan tidak dapat dipidana.
- 2) Pelanggar harus salah satu terikat perkawinan.
- 3) Tidak ada ketentuan berkaitan dengan pembelian dan penjualan seks komersial - Pasal 296 bertentangan dengan kebijakan legalisasi pelacuran.

b. RUU KUHP

Pelacuran dan Pembelian Seks di Indonesia dinyatakan sebagai perbuatan tidak illegal. Diatur Diatur dalam Pasal 412, 417, 418, 420 dan Pasal 425 sampai dengan 428.RUU KUHP 2019. Indonesia memberlakukan bahwa Pemidanaan dilakukan terhadap pelacur jalanan dan mucikari atau calo yang menyediakan, membantu atau mengadakan pelacuran. Kelebihan pengaturan pelacuran dalam RUU KUHP 2019 adalah sebagai berikut:

- 1) Adanya pengaturan terhadap PSK jalanan;
- 2) Pemidanaan tidak hanya kepada yang terikat perkawinan saja
- 3) Adanya pidana minimum dan maksimul khusus.

Kelemahan dari pengaturan pelacuran dalam RUU KUHP 2019 adalah:

- 1) Pemidanaan hanya terhadap PSK jalanan saja sedangkan pelacuran ditempat tertutup belum ada pengaturan hukumnya.
- 2) Tidak ada ketentuan berkaitan dengan pembelian dan penjualan seks komersial.
- 3) Pemidanaan terhadap PSK maupun Pengguna menggunakan pasal perzinahan dengan delik aduan absolut.

B. Penemuan Hukum Dalam Perspektif Negara Hukum Pancasila

Menurut Sudikno Mertokusumo, penemuan hukum merupakan suatu upaya dalam mencari dan menemukan suatu kaidah atau hukum pada berbagai peristiwa yang terjadi di masyarakat. Sementara itu menurut Meuwissen, penemuan hukum adalah proses atau upaya mengkonkretisasikan produk pembentukan hukum. Selanjutnya Meuwissen menyatakan bahwa penemuan hukum juga meliputi proses kegiatan pengambilan kebijakan yuridik kongkret yang secara langsung menimbulkan akibat hukum bagi suatu situasi di masyarakat. Kemudian Meuwissen menambahkan bahwa dalam arti tertentu, penemuan hukum ialah cerminan dari pembentukan hukum.³¹²

Keberadaan Pancasila sebagai dasar negara pada Alinea Keempat Pembukaan UUD NRI Tahun 1945 dapat terlihat jelas, Hal ini ditunjukkan dengan bunyi dari pada Alinea Keempat Pembukaan UUD NRI Tahun 1945 yang menyatakan bahwa:

Kemudian daripada itu untuk membentuk suatu Pemerintahan Negara Indonesia yang melindungi segenap bangsa Indonesia dan seluruh tumpah darah Indonesia dan untuk memajukan kesejahteraan umum, mencerdaskan kehidupan bangsa, dan ikut menjalankan ketertiban dunia yang berdasarkan kemerdekaan, perdamaian abadi dan keadilan sosial, maka disusunlah kemerdekaan kebangsaan Indonesia itu dalam suatu Undang-Undang Dasar Negara Indonesia, yang terbentuk dalam suatu susunan Negara Republik Indonesia yang berkedaulatan rakyat dengan berdasarkan kepada Ketuhanan Yang Maha Esa, Kemanusiaan Yang Adil Beradab, Persatuan Indonesia, Kerakyatan Yang Dipimpin Oleh Hikmat Kebijaksanaan Dalam Permusyawaratan/Perwakilan, serta dengan mewujudkan suatu Keadilan Sosial Bagi Seluruh Rakyat Indonesia.

³¹² Sudikno Mertokusumo, *Penemuan Hukum, Sebuah Pengantar*, Cahaya Atama Pusaka, Yogyakarta, 2014, hlm. 48. Lihat juga: Meuwissen, *Tentang Pengembangan Hukum, Ilmu Hukum, Teori Hukum, Dan Filsafat Hukum*, PT. Refika Aditama, Bandung, 2018, hlm. 11

Hal ini jelas telah melahirkan konsekuensi bahwa di negara Indonesia Hak Asasi Manusia seluruh golongan masyarakat diakui, dihargai, dan dilindungi. Guna mewujudkan hal itu maka negara Indonesia menganut sistem demokrasi Pancasila yang mana menjadikan hukum sebagai landasannya.

Dengan kata lain bahwa Pancasila merupakan penuntun bagi negara ntuk mewujudkan konsep negara hukum yang deemokratis, agamais, serta humanis.

Kedudukan Pancasila sebagai *Philosophische Grondslag* atau oleh Nawiasky disebut dengan *Staatsfundamentalnorn* sekaligus sebagai *rechtsidee* atau cita hukum, menimbulkan konsekuensi bahwa pembuatan segala peraturan hukum hingga pelaksanaannya harus sesuai dengan segala nilai yang terkandung dalam setiap sila Pancasila sebagaimana telah dijelaskan di atas.

Berdasarkan berbagai penjelasan yang ada dapat pula disimpulkan bahwa Pancasila juga merupakan sumber dari segala sumber politik hukum di Indonesia. Pernyataan tersebut sesuai dengan pandangan dari Mahfud M.D. yang menyatakan bahwa:³¹³

Dari berbagai definisi poltik hukum tersebut dapatlah dibuat rumusan sederhana bahwa politik hukum itu adalah arahan atau garis resmi yang dijadikan dasar pijak dan cara untuk membuat dan melaksanakan hukum dalam rangka mencapai tujuan bangsa dan negara. Dapat juga dikatakan bahwa politik hukum merupakan upaya menjadikan hukum sebagai proses pencapaian tujuan negara.....pijakan utama politik hukum nasional adalah tujuan negara yang kemudian melahirkan sistem hukum nasional yang harus dibangun dengan pilihan isi dan cara-cara tertentu.

Berdasarkan penjelasan dari Mahfud M. D. di atas dapat dinyatakan bahwa politik hukum pada dasarnya merupakan arah pembangunan hukum yang berpijak pada sistem hukum nasional untuk mencapai tujuan negara atau cita-cita negara dan bangsa.³¹⁴

³¹³ Moh. Mahfud M. D., *Membangun Politik Hukum, Menegakkan Konstitusi*, Pustaka LP3ES, Jakarta, 2006, hlm. 15-16.

³¹⁴ Pada dasarnya hampir tidak ada perbedaan antara cita-cita negara dan tujuan negara, Namun dalam konteks politik hukum Mahfud M. D. membedakan dua hal tersebut, menurut Mahfud M. D. cita-cita merupakan semangat yang bersemayam di dalam hati masyarakat, sedangkan tujuan negara adalah pernyataan konstitutif yang harus dijadikan arah atau orientasi penyelengraan negara. Lihat: Moh. Mahfud M. D., *op, cit*, hlm. 17.

Adapun tujuan negara yang berangkat dari cita-cita masyarakat bangsa telah tersimpulkan di dalam kelima sila Pancasila. Sehingga dengan kata lain penyelenggaraan politik hukum berlandaskan pada kelima sila Pancasila yaitu Ketuhanan Yang Maha Esa, Kemanusiaan Yang Adil Dan Beradab, Persatuan Indonesia.

Kerakyatan yang dipimpin oleh hikmat kebijaksanaan dalam permusyawaratan/perwakilan, dan Keadilan Sosial Bagi Seluruh Rakyat Indonesia. Politik hukum yang berlandaskan pada nilai Ketuhanan Yang Maha Esa artinya politik hukum harus berlandaskan pada nilai moral Ketuhanan. Politik hukum yang berlandaskan nilai Kemanusiaan Yang Adil Dan Beradab artinya politik hukum yang ada harus mampu menjamin penghargaan dan perlindungan bagi hak-hak asasi manusia secara non-diskriminatif.

Politik hukum harus berlandaskan nilai Persatuan Indonesia artinya politik hukum harus mampu mempersatukan seluruh unsur bangsa dengan segala ikatan primordialnya masing-masing. Politik hukum yang berlandaskan nilai Kerakyatan yang dipimpin oleh hikmat kebijaksanaan dalam permusyawaratan/perwakilan artinya politik hukum harus mampu menciptakan kekuasaan negara yang berada di bawah kekuasaan rakyat atau dengan kata lain politik hukum harus mampu menciptakan negara yang demokratis dimana kekuasaan terbesar berada di tangan rakyat (demokrasi kerakyatan). Kemudian yang terakhir bahwa politik hukum harus berlandaskan nilai Keadilan Sosial Bagi Seluruh Rakyat Indonesia artinya politik hukum harus mampu menciptakan masyarakat yang berkeadilan sosial yang mampu menciptakan keadilan bagi kalangan masyarakat lemah baik di sektor sosial maupun pada sektor ekonomi, sehingga tidak terjadi penindasan antara kalangan masyarakat *power full* dengan masyarakat marjinal.³¹⁵

Berbagai nilai yang terkandung dalam kelima sila Pancasila tersebut kemudian terkongkritisasi dalam tujuan negara yang tertuang pada Alinea Keempat Pembukaan Undang-Undang Dasar Negara Keastuan Republik Indonesia Tahun 1945. Adapun Alinea Keempat Pembukaan Undang-Undang Dasar Negara Keastuan Republik Indonesia Tahun 1945 menyatakan bahwa:

1. Melindungi segenap bangsa dan seluruh tumpah darah Indonesia;
2. Memajukan Kesejahteraan umum;

³¹⁵ *Ibid*, hlm. 16.

3. Mencerdaskan kehidupan bangsa;
4. Ikut melaksanakan ketertiban dunia, berdasarkan kemerdekaan, perdamaian abadi dan keadilan sosial.

Sehingga jelas juga bahwa politik hukum haruslah berlandaskan pada keempat prinsip yang terkandung di dalam Alinea Keempat Pembukaan Undang-Undang Dasar Negara Keastuan Republik Indonesia Tahun 1945. Berkaitan dengan hal tersebut Mahfud M. D. menyatakan bahwa:³¹⁶

Dalam konteks politik hukum jelas bahwa hukum adalah “alat” yang berkerja dalam “sistem hukum” tertentu untuk mencapai “tujuan” negara atau “cita-cita” masyarakat Indonesia. Oleh sebab itu pembahasan mengenai politik hukum nasional harus didahului dengan penegasan tentang tujuan negara.

Berdasarkan pendapat dari Mahfud M. D. tersebut jelaslah bahwa Pancasila merupakan landasan serta sumber dari segala sumber bagi politik hukum nasional. Hal tersebut dikarenakan Pancasila dan serta Pembukaan Undang-Undang Dasar Negara Keastuan Republik Indonesia Tahun 1945 memuat berbagai cita-cita bangsa Indonesia yang merupakan *rechtsidee* yaitu menciptakan negara yang mampu menciptakan keadilan sosial dengan berlandaskan nilai moral Ketuhanan, kemanusiaan, persatuan melalui demokrasi gotong-royong bukan melalui demokrasi barat. Guna mewujudkan hal tersebut jelas dibutuhkan negara hukum Pancasila.

Menurut Padmo Wahyono negara hukum Pancasila adalah negara hukum yang berakar dari asas kekeluargaan yang dimana kepentingan sosial yang paling tama namun denga tetap menghargai dan mengakui serta melindungi hak kemanusiaan perorangan. Sejalan dengan pandangan Wahyono tersebut Muhammad Tahir Azhary menambahkan kembali asas kerukunan dalam pemikiran terkait negara hukum Pancasila yang berakar pada asas kekeluargaan. Sehingga kehidupan berbangsa dan bernegara akan tetap menjunjung tinggi nilai kebersamaan dan kekeluargaan yang mana hal itu membuat kehidupan berbangsa dan bernegara menjadi

³¹⁶ *Ibid*, hlm. 17.

satu keastuan yang tidak terpisahkan, sehingga dalam menjalankan kehidupan berbangsa dan bernegara akan mampu terwujud upaya dalam mempertahankan persatuan bangsa dan kesatuan wilayah NKRI.³¹⁷

Kemudian menurut Philipus M. Hadjon elemen-elemen dari negara hukum Pancasila terdiri dari:³¹⁸

1. Keserasian hubungan antara rakyat dan negara yang berlandaskan pada kerukunan;
2. Hubungan fungsional yang proporsional antara kekuasaan-kekuasaan negara;
3. Prinsip penyelesaian sengketa secara musyawarah dan peradilan merupakan sarana terakhir;
4. Keseimbangan antar hak dan kewajiban.

Sehingga jelas bahwa negara hukum di Indonesia merupakan negara hukum Pancasila yang selain berlandaskan pada hukum juga berlandaskan pada norma tertinggi yaitu Pancasila. Termasuk didalamnya hukum pertanahan nasional yang seharusnya berlandaskan Pancasila yang bertujuan tidak lain mewujudkan hal-hal sebagaimana yang dinyatakan dalam Alinea Keempat Pembukaan UUD NRI Tahun 1945.

Berkenaan dengan Pancasila sebagai sumber dari segala sumber hukum Kaelan menyatakan bahwa:³¹⁹

Nilai-nilai Pancasila sebagai dasar filsafat negara Indonesia pada hakikatnya merupakan suatu sumber dari segala sumber hukum dalam negara Indonesia. Sebagai suatu sumber dari segala sumber hukum secara objektif merupakan suatu pandangan hidup, kesadaran, cita-cita hukum, serta cita-cita moral yang luhur yang meliputi suasana kejiwaan, serta watak bangsa Indonesia.

³¹⁷ Sarja, *Negara Hukum Teori Dan Praktek*, Thafamedia, Yogyakarta, 2016, hlm. 67-68.

³¹⁸ *Ibid*, hlm. 68-69.

³¹⁹ Kaelan, *op, cit*, hlm. 77.

Kemudian berkaitan dengan tujuan hukum, Sri Endah menyatakan bahwa:³²⁰

Sekiranya yang dicita-citakan oleh hukum nasional adalah sistem hukum Pancasila, maka sepatutnyalah dikaji dan dikembangkan hukum yang mengandung nilai-nilai Pancasila artinya hukum yang berorientasi pada nilai Ketuhanan Yang Maha Esa, hukum yang berorientasi pada nilai Kemanusiaan Yang Adil Dan Beradab, hukum yang berlandaskan pada nilai Persatuan, dan hukum yang dijiwai oleh nilai Kerakyatan Yang Dipimpin Oleh Hikmat Kebijaksanaan Dalam Permusyawaratan/Perwakilan dan nilai Keadilan Sosial Bagi Seluruh Rakyat Indonesia.

Sejalan dengan pandangan dari Sri Endah di atas, Notonagoro menyatakan bahwa:³²¹

Tolok ukur filsafat praktis hukum nasional indonesia adalah Pancasila yang merupakan abstraksi dari nilai-nilai luhur masyarakat Indonesia yang didalamnya terkandung cita-cita bangsa yaitu masyarakat yang adil dan makmur baik secara materiil maupun spritual, dan kehidupan masyarakat Indonesia seutuhnya.

Barda Nawawi Arief menyatakan bahwa:³²²

Pembangunan hukum merupakan upaya membangkitkan kembali nilai-nilai yang hidup di masyarakat, untuk kemudian dikaji secara mendalam sebagai bahan penyusunan hukum nasional, jelas merupakan kewajiban dunia akademik. Sungguh suatu hal yang sangat ironik apabila kebanyakan lulusan fakultas hukum lebih banyak memahami dan menguasai nilai-nilai hukum yang hidup dikalangan bangsanya sendiri. Terlebih lagi apabila dia merasa asing bahkan secara tidak sadar telah memusuhi bahkan membunuhnya.

³²⁰ Sri Endah Wahyuningsih, *Prinsip-Prinsip Individualisasi Pidana Dalam Hukum Islam Dan Pembaharuan Hukum Indonesia*, UNDIP, Semarang, 2013, hlm. 68.

³²¹ *Ibid*, hlm. 69.

³²² Barda Nawari Arief, *Beberapa Aspek Kebijakan Penegakan dan Pengembangan Hukum*, Universitas Diponegoro, Semarang, 1984, hlm. 125.

Lebih lanjut Barda Nawawi Arief menyatakan:³²³

Bahwa pembaharuan hukum pada hakikatnya merupakan upaya reorientasi dan reevaluasi dari nilai-nilai sosio-politik, sosio-filosofik, sosio-kultur yang melandasi dan memberi isi terhadap muatan-muatan normatif dan substantif hukum yang dicita-citakan.

Barda Nawawi Arief menyatakan:³²⁴

Sistem hukum nasional di samping hendaknya dapat menunjang pembangunan nasional dan kebutuhan pergaulan internasional, juga harus bersumber dan tidak mengabaikan nilai-nilai dan aspirasi yang hidup dan berkembang di dalam masyarakat, nilai-nilai yang hidup di dalam masyarakat itu dapat bersumber atau digali dari nilai-nilai hukum adat atau nilai-nilai hukum agama.

C.Rekonstruksi Nilai Pertanggungjawaban Pidana Pelacuran Dalam KUHP Berbasis Nilai Keadilan

Urgensi untuk mengkriminalisasi terhadap pelacuran dalam kerangka merekonstruksi hukum pidana Indonesia di masa datang, terkait dari berbagai pendekatan, baik itu pendekatan sosial; pendekatan agama; pendekatan kesehatan; maupun dari pendekatan Hak Asasi Manusia. Pancasila yang terkandung nilai-nilai falsafah masyarakat Indonesia pada sila ke 2 telah memberikan amanat bahwa setiap warga negara menjunjung nilai kemanusiaan yang adil dan beradab dalam kehidupan berbangsa dan bernegara. Demi mewujudkan cita hukum yakni, kemanusiaan yang adil dan beradab maka dalam setiap pembangunan manusia sebagai makhluk yang bermartabat paling tinggi maka perlu adanya penghargaan dan perlakuan yang sama terhadap setiap warga negara.

Perilaku seks bebas, kekerasan seksual maupun penyimpangan seksual yang terjadi di Indonesia yang meningkatkan menunjukkan semakin terjadinya demoralisasi dalam masyarakat tanpa memperdulikan nilai moral, etika, agama dan hukum yang berlaku.

³²³ Barda Nawawi Arief, *Bunga Rampai Kebijakan Hukum*, Universitas Diponegoro, Semarang, 2013, hlm. 32.

³²⁴ Barda Nawawi Arief, *Beberapa Aspek Kebijakan Penegakan dan Pengembangan Hukum*, Citra Aditya Bakti, Bandung, 1998, hlm. 117.

Legalisasi pelacuran (melalui lokalisasi) berdampak kepada demoralisasi pada masyarakat, hal ini didasarkan bahwa seseorang dapat mendapatkan kepuasan seksual melalui eksploitasi organ seksual pihak lain melalui pembayaran bukan melalui kemuliaan, kehormatan atau kesucian terhadap manusia. Pelacuran sebagai salah satu bentuk seks bebas tanpa batas akan mengarah kepada perzinahan yang melanggar etika dan norma dalam masyarakat. Cita hukum kemanusiaan yang adil dan beradab tidak akan tercapai sepenuhnya selama adanya pelacuran di Indonesia, hal ini terjadi karena pelacuran adalah salah satu bentuk perbudakan tradisional terhadap manusia sejak dulu. Manusia yang terlibat dalam pelacuran menjadi komoditas jasa seksual yang dapat diperjual belikan.

Kriminalisasi terhadap Pengguna bertujuan untuk manusia agar mengendalikan naluri seksnya dan melarang penyaluran kebutuhan seksualnya dalam bentuk perzinahan secara komersil. Sedangkan kriminalisasi terhadap pelacuran bertujuan untuk mencegah dan melarang seseorang baik perseorangan maupun korporasi menjual atau mengeksploitasi organ seksualnya demi mendapatkan keuntungan dari perbuatan yang melawan hukum. Tujuan lainnya adalah kriminalisasi terhadap Pelacur, Pengguna dan mucikari baik perseorangan maupun korporasi, merupakan perwujudan atas pemenuhan nilai kemanusiaan yang adil dan beradab yang menyatakan bahwa manusia bukanlah sebuah komoditas yang dapat diperjual belikan sehingga perlu diberikan penghargaan dan perlakuan yang sama terhadap setiap manusia.

Hukum Islam melarang segala bentuk perzinahan termasuk pelacuran dan mengancamnya dengan hukuman karena merusak moral masyarakat dan membiarkan kekejian yang dapat meruntuhkan masyarakat. Perbuatan zina merupakan bukti hilang dan matinya iman seseorang sehingga andai kata orang tersebut mati saat melakukan zina maka dia mati tanpa membawa iman. Larangan terhadap perzinahan tersurat dalam Al-Qur'an Surah Al-Israa ayat 32, "Dan janganlah kamu mendekati zina. Sesungguhnya zina itu suatu perbuatan yang keji dan merupakan suatu jalan yang buruk". Agama Hindu memandang perbuatan pelacuran sebagai perbuatan terlarang, karena tubuh wanita sebagai susu kehidupan bagi generasi selanjutnya, dengan memperjual belikan susu kehidupan maka akan memberikan kutukan seumur hidup. Masalah utama yang dihadapi seorang wanita yang terlibat dalam pelacuran berkaitan dengan

kesehatannya adalah kelelahan, penyakit virus, penyakit menular seksual, infeksi vagina, sulit tidur, depresi, sakit kepala, sakit perut, dan gangguan makan³²⁵. Kanker serviks adalah penyakit umum yang akan diderita PSK. Dua faktor utama resiko untuk kanker serviks dikarenakan aktivitas seksual pertama di usia muda dan gonta-ganti pasangan seksual dengan jumlah banyak, selain itu yang akan dialami adalah hepatitis kronis.

Pengguna yang pernah melakukan hubungan seksual dengan pelacur atau sebaliknya akan menderita penyakit kelamin, apabila menikah maka akan dapat menularkan penyakit kepada pasangan maupun keturunannya, khusus keturunan akan mengalami kecacatan ketika dilahirkan dan menderita penyakit HIV/AIDS.

Orang tua memiliki tanggungjawab dan kewajiban untuk melindungi anak dari penyakit, orang tua baik salah satu atau keduanya wajib menjaga tali perkawinan dan tidak berhubungan dengan PSK agar melindungi keturunan (anak), dengan orang tua melakukan hubungan seksual dengan PSK kemudian melakukan hubungan seksual dengan pasangannya maka berpotensi mengidap penyakit kelamin³²⁶. Legalisasi pelacuran merupakan lembaga yang menghina manusia, khususnya wanita dalam masyarakat yang mempertahankan citra mereka sebagai obyek atau komoditas seksual. Legalisasi pelacuran merupakan warisan dari masyarakat patriarkhi dimana menempatkan wanita sebagai properti laki-laki³²⁷.

Pelacuran dapat dikategorikan sebagai sarana seseorang untuk membeli pelecehan seksual terhadap perempuan sehingga pelacuran merupakan pemerkosaan yang dibayar (*paid rape*)³²⁸. Pelacuran dapat membuat seseorang yang melakukan pembelian seks dapat melakukan tindakan pemaksaan terhadap pelacur³²⁹. Hal ini terjadi

³²⁵Sanger dalam Melissa Farley, 2004, *Bad for Body, Bad for Heart, Prostitution Harms Women Even if Legalized or Decriminalized*, Violence Against Women, Vol. 10 No. 10, 2004, New Zealand's, h. 12.

³²⁶Penyakit yang menimbulkan kecacatan adalah penyakit yang mengancam kelangsungan hidup dan menimbulkan kecacatan, misalnya *Human Immunodeficiency Virus* (HIV) atau *Acquired Immune Deficiency Syndrome* (AIDS), *Tuberculosis* (TBC), kusta atau polio hal ini tercantum dalam penjelasan Pasal 46 Undang-Undang Perlindungan Anak.

³²⁷Nazmina Begum, 2013, *The Significance of Regulating Prostitution*, Internet Journal of Criminology, USA, h. 4.

³²⁸Erika Schulze, 2014, *Sexual exploitation and prostitution and its impact on gender equality*, Belgia, Brussels, Policy Department C: Citizens' Rights and Constitutional Affairs European Parliament, h. 19.

³²⁹Melissa Farley, 2004, *Bad for Body, Bad for Heart, Prostitution Harms Women Even if Legalized or Decriminalized*, Violence Against Women, Vol. 10 No. 10, 2004, New Zealand's, h. 11.

karena pembeli seks akan mempunyai dan menikmati kekuasaan atas pelacur karena dia telah membayar dan dapat melakukan apa yang diinginkan dengan pelacur yang dibeli. Indonesia sebagai salah satu anggota yang telah meratifikasi Konvensi Penghapusan Segala Bentuk Diskriminasi terhadap Perempuan (CEDAW) tahun 1981 sudah seharusnya mentaati dan melaksanakan pasal 6 yang mewajibkan setiap negara untuk melakukan segala langkah dan tindakan yang diperlukan dalam pembuatan undang-undang untuk memberantas segala bentuk perdagangan perempuan dan eksploitasi pelacuran perempuan. Pancasila sila ke 2 telah memberikan amanat bahwa setiap warga negara menjunjung nilai kemanusiaan yang adil dan beradab dalam kehidupan berbangsa dan bernegara. Pasal 28I UUD NRI Tahun 1945 menyatakan bahwa setiap orang berhak untuk tidak diperbudak yang merupakan hak asasi manusia tanpa dikurangi sedikitpun. Adapun juga UU PTPPO yang juga menjadi ketentuan pidana bahwa setiap manusia bukanlah sebuah komoditas yang dapat diperdagangkan.

Hukum yang mengatur delik kesusilaan dalam KUHP yang berlaku saat ini masih mempunyai kelemahan secara moral mengingat bahwa pembentukan delik kesusilaan tidak menggunakan nilai dasar atau *"the living law"* dari masyarakat Indonesia. Untuk membentuk konsep kriminalisasi perbuatan pelacuran atau merekonstruksi delik pelacuran di Indonesia haruslah memperhatikan Pancasila atau nilai-nilai falsafah bangsa Indonesia. Pancasila yang juga terkandung jiwa atau semangat masyarakat Indonesia pada sila ke 2 telah memberikan amanat bahwa setiap warga negara menjunjung nilai kemanusiaan yang adil dan beradab dalam kehidupan berbangsa dan bernegara. Pasal 28I UUD NRI Tahun 1945 menyatakan bahwa setiap orang berhak untuk tidak diperbudak yang merupakan hak asasi manusia tanpa dikurangi sedikitpun. Adapun juga UU PTPPO yang juga menjadi ketentuan pidana bahwa setiap manusia bukanlah sebuah komoditas yang dapat diperdagangkan. Karl O. Christiansen kesalahan moral sebagai salah satu syarat untuk pemidanaan³³⁰. Lebih lanjut Herbert L. Packer menegaskan bahwa hanya perbuatan yang secara umum didasari sebagai immoral yang harus dinyatakan sebagai kejahatan³³¹. Teori *Orderingstrafrecht* yang dikemukakan Rosing dan

³³⁰Suartha, I Dewa Made. *Op.cit.*, h. 69.

³³¹*Ibid.*, h. 47.

Jesseren d'Oliveira-Prakken, bahwa hukum pidana adalah alat atau instrument kebijakan pemerintah³³². Kriminalisasi terhadap pelacuran harus ditetapkan sebagai kejahatan atau perbuatan yang dilarang dengan hukum pidana melalui ketentuan peraturan perundang-undangan yang sifatnya memaksa, mengikat dan diancam pidana.

Pertanggungjawaban pihak-pihak terkait dalam menangani persoalan pelacuran, baik dalam bentuk konvensional atau *online* adalah syarat mutlak tegaknya hukum. Roscoe Pound termasuk salah satu pakar yang banyak menyumbangkan gagasan tentang timbulnya pertanggungjawaban. Pound menyakini bahwa timbulnya pertanggungjawaban karena suatu kewajiban atas kerugian yang ditimbulkan terhadap pihak lain. Pada sisi lain, ia melihat lahirnya pertanggungjawaban tidak saja karena kerugian yang ditimbulkan oleh suatu kesalahan tetapi juga karena suatu tindakan³³³. Tanggungjawab merupakan suatu refleksi tingkah laku manusia yang terkait dengan kontrol jiwanya. Hal itu bagian dari bentuk pertimbangan intelektual atau mentalnya. Jika suatu keputusan telah diambil atau ditolak, maka hal itu telah menjadi bagian dari tanggung jawab dan akibat dari pilihan seseorang. Tidak ada alasan, mengapa hal itu dilakukan atau ditinggalkan. Keputusan tersebut dianggap telah dipandu oleh kesadaran intelektualnya³³⁴. Ada dua istilah yang menunjuk pada pertanggungjawaban dalam kamus hukum, yaitu *liability* dan *responsibility*. *Liability* merupakan istilah hukum yang luas yang menunjuk hampir semua karakter risiko atau tanggung jawab, yang pasti, yang bergantung atau yang mungkin meliputi semua karakter hak dan kewajiban secara aktual atau potensial seperti kerugian, ancaman, dan kejahatan. *Responsibility* berarti hal yang dapat dipertanggungjawabkan atas suatu kewajiban, dan termasuk putusan, keterampilan, kemampuan, dan kecakapan meliputi juga kewajiban bertanggung jawab atas undang-undang yang dilaksanakan. Dalam pengertian dan penggunaan praktis, istilah *liability* menunjuk pada pertanggungjawaban hukum, yaitu tanggung gugat akibat kesalahan yang dilakukan oleh subjek hukum sedangkan

³³²Salman Luthan, *Op.cit.*, h. 73.

³³³Roscoe Pound, 1982, *Pengantar Filsafat Hukum*, Diterjemahkan oleh Muhammad Radjab, Bhadrata Karya Aksara, Jakarta, h. 90.

³³⁴Masyhur Efendi, 1994, *Dimensi/Dinamika Hak Asasi Manusia dalam Hukum Nasional dan International*, Ghalia Indonesia, Jakarta, h. 121.

istilah *responsibility* menunjuk pada pertanggungjawaban politik³³⁵. Dalam pengertian dan penggunaan praktis, istilah *liability* menunjuk pada pertanggungjawaban hukum, yaitu tanggungjawab akibat kesalahan yang dilakukan oleh subjek hukum, dalam hal ini para pelaku pelacuran, baik pelacurnya, lelaki hidung belangnya bahkan para mucikarinya. Sedangkan istilah *responsibility* menunjuk pada pertanggungjawaban politik, yaitu para pihak yang terlibat dalam perlindungan dan pemberian sanksi hukum bagi pelaku prostitusi. Misalnya, pejabat pemerintah termasuk polisi, jaksa dan hakim serta lembaga pemasyarakatan.

Mengenai persoalan pertanggungjawaban pejabat pemerintah menurut Kranenburg dan Vegtig ada dua teori yang melandasinya. Pertama, teori *fautes personnelles*, yaitu teori yang menyatakan bahwa kerugian terhadap pihak ketiga dibebankan kepada pejabat yang karena tindakannya itu telah menimbulkan kerugian. Dalam teori ini, beban tanggungjawab ditujukan pada manusia selaku pribadi. Kedua, teori *fautes de services*, yaitu teori yang menyatakan bahwa kerugian terhadap pihak ketiga dibebankan pada instansi dari pejabat yang bersangkutan. Menurut teori ini tanggungjawab dibebankan kepada jabatan. Dalam penerapannya, kerugian yang timbul itu disesuaikan pula apakah kesalahan yang dilakukan itu merupakan kesalahan berat atau kesalahan ringan, di mana berat dan ringannya suatu kesalahan berimplikasi pada tanggungjawab yang harus ditanggung³³⁶. Orang bertanggung jawab atas sesuatu yang disebabkan olehnya, sebaliknya orang yang menjadi penyebab dari suatu akibat tidak bertanggung jawab. Dalam terminologi hukum, tanggung jawab tidak dapat dilepaskan dari manusia sebagai subjek hukum karena dengan perannya sebagai subjek hukum itu manusia memiliki hak dan kewajiban. Dengan kata lain, tanggung jawab tidak dapat dilepaskan dari hak dan kewajiban³³⁷. Pound menjelaskan pertanggungjawaban adalah akibat dari perbuatan yang dilakukan dengan sengaja, baik dalam bentuk penyerangan maupun persetujuan. Pertanggungjawaban itu bersumber dari hukum alam, baik dalam bentuk delik atau kontrak, atau gabungan keduanya³³⁸. Sehubungan dengan pelacuran sebagai suatu kejahatan yang dapat

³³⁵Ridwan H.R., 2006, *Hukum Administrasi Negara*, Raja Grafindo Persada, Jakarta, h. 335-337.

³³⁶Ridwan H.R., *Hukum Administrasi Negara*, h. 365.

³³⁷Teo Huijbers, 1995, *Filsafat Hukum*, Kanisius, Yogyakarta, h. 60.

³³⁸Rescoe Pound, 1982, *Pengantar Filsafat Hukum*, Bharata Karya Aksara, Jakarta, h. 78.

dipidana, pertanggungjawaban di sini tentu saja pertanggungjawaban dalam pidana. Pertanggungjawaban pidana diartikan Pound adalah sebagai suatu kewajiban untuk membayar pembalasan yang akan diterima pelaku dari seseorang yang telah dirugikan. Menurutnya, pertanggungjawaban yang dilakukan tersebut tidak hanya menyangkut masalah hukum semata akan tetapi menyangkut pula masalah nilai-nilai moral ataupun kesusilaan yang ada dalam suatu masyarakat. Dalam hukum positif Indonesia, seseorang harus bertanggung jawab atas apa yang dilakukan karena ada unsur kesalahan yang bersifat melawan hukum. Namun, mengenai kemampuan bertanggung jawab tidak berlaku dalam pasal 44 KUHP³³⁹. Beberapa pandangan para sarjana, misalnya Van Hammel yang mengatakan, orang yang mampu bertanggung jawab harus memenuhi setidaknya tiga syarat, yaitu: (1) dapat menginsaf (mengerti) makna perbuatannya dalam alam kejahatan, (2) dapat menginsaf bahwa perbuatannya dipandang tidak patut dalam pergaulan masyarakat, (3) mampu untuk menentukan niat atau kehendaknya terhadap perbuatan tadi³⁴⁰. Sementara dalam pandangan hukum Islam, setiap individu harus memahami bahwa, "Manusia tidak diciptakan Allah sia-sia (tanpa tugas dan tanggungjawab) (al-Qiyamah: 36). Setiap manusia pasti akan dimintai pertanggungjawaban atas setiap amal perbuatannya (Q.s. al-Hijr: 92-93) yang baik maupun buruk meskipun hanya seberat biji zarah (Q.s. al-Zalzalah: 7-8) dan tidak akan mendapatkan balasan sesuatu kecuali dari apa yang dia usahakan sendiri (Q.s. al-Najm: 39). Berdasarkan penjelasan tersebut, prinsipnya tanggungjawab dalam hukum positif kita adalah memberikan hukuman oleh pihak-pihak yang berwenang (*responsibility*) kepada individu yang berbuat salah sesuai kesalahannya dengan adanya unsur melawan hukum (*liability*). Sementara dalam hukum Islam dijelaskan dalam surah al-Mudatstsir ayat 38 yang artinya, "*Tiap-tiap diri bertanggungjawab atas apa yang*

³³⁹Pasal 44 KUHP: (1) "Barang siapa melakukan perbuatan yang tidak dapat di pertanggungjawabkan kepadanya, karena kurang sempurna akalny atau karena sakit berubah akaltidak boleh di hukum (2) jika nyata perbuatan itu tidak dapat dipertanggungkan kepadanya karena kurang sempurna akalny atau karena sakit berubah akal, makahakim boleh memerintahkanmenempatkan di rumah sakit gila atau selama-lamanya satu tahun untuk di periksa.

³⁴⁰I Gusti Bagus Sutrisna, 1986, "Peranan Keterangan Ahli dalam Perkara Pidana (Tinjauan terhadap Pasal 44 KUHP), dalam Andi Hamzah (ed.), *Bunga Rampai Hukum Pidana dan Acara Pidana*, Ghalia Indonesia, Jakarta, h. 78.

telah diperbuatnya". Oleh karena itu, manusia mempunyai tanggung jawab langsung terhadap Tuhan. Chaerul Huda menyatakan bahwa "pertanggungjawaban pidana adalah pertanggungjawaban orang terhadap tindak pidana yang dilakukannya"³⁴¹. Tegasnya, yang dipertanggungjawabkan orang itu adalah tindak pidana yang dilakukannya. Dengan demikian, terjadinya pertanggungjawaban pidana karena telah ada tindak pidana yang dilakukan oleh seseorang. Berbicara masalah pertanggungjawaban pidana tidak bisa dilepaskan dari tindak pidana. Orang tidak mungkin dipertanggungjawabkan untuk dipidana, apabila tidak melakukan tindak pidana. Pertanggungjawaban pidana pada hakikatnya merupakan suatu mekanisme yang dibangun oleh hukum pidana untuk bereaksi terhadap pelanggaran atas kesepakatan menolak suatu perbuatan tertentu. Penolakan masyarakat terhadap suatu perbuatan, diwujudkan dalam bentuk larangan (dan ancaman dengan pidana) atas perbuatan tersebut. Hal ini merupakan cerminan, bahwa masyarakat melalui negara telah mencela perbuatan tersebut. Barangsiapa atau setiap orang yang melakukan akan dicela pula. Pembuat dicela jika melakukan tindak pidana tersebut sebenarnya ia dapat berbuat lain.

Pertanggungjawaban pidana adalah mengenakan celaan terhadap pembuat karena perbuatannya yang melanggar larangan atau menimbulkan keadaan yang terlarang. Pertanggungjawaban pidana karenanya menyangkut soal peralihan celaan yang ada pada tindak pidana kepada pembuatnya. Mempertanggungjawabkan seseorang dalam hukum pidana adalah "meneruskan celaan yang secara objektif ada pada perbuatan pidana secara subjektif terhadap pembuatnya"³⁴². Pertanggungjawaban dalam hal pelacuran dimaksud, tentunya terkait dengan pelacur, pengguna, mucikari perseorang maupun prostitusi terorganisir dan berkelompok. Suasana berkurangnya kepercayaan kepada hukum pidana khususnya tampak jelas, kritik terhadap hukum pidana selalu ditujukan kepada tidak memadainya hukum pidana sebagai alat perubahan dan sebagai alat mencapai keadilan substantif.

³⁴¹Chairul Huda, 2011, *Dari Tiada Pidana Tanpa Kesalahan Menuju Kepada Tiada Pertanggungjawaban Pidana Tanpa Kesalahan*, Cetakan ke-4, Kencana Prenada Media Group, Jakarta, h. 70.

³⁴²Roeslan Saleh, 1983, *Perbuatan Pidana dan Pertanggungjawaban Pidana; Dua Pengertian Dasar dalam Hukum Pidana*, Aksara Baru, Jakarta, h. 13.

Pencarian hukum responsif telah menjadi kegiatan teori hukum modern, dipelopori oleh gerakan realisme hukum, sebagaimana dikatakan oleh Jerome Frank yang dikutip oleh Philip Nonet dan Selznick, bahwa tujuan utama penganut realisme hukum (legal realism) adalah membuat hukum menjadi lebih responsif terhadap kebutuhan sosial, untuk itu perlu mendorong perluasan bidang-bidang yang memiliki keterkaitan secara hukum, agar pola pikir atau nalar hukum dapat mencakup pengetahuan di dalam konteks sosial dan memiliki pengaruh terhadap tindakan resmi para aparat hukum. Hal ini juga ditujukan untuk memberi kemampuan bagi institusi hukum untuk secara lebih menyeluruh dan cerdas mempertimbangkan faktafakta sosial di mana hukum itu berproses dan diaplikasikan³⁴³.

Teori Roscoe Pound sebagaimana dikutip Nonet dan Selznick, mengenai kepentingan-kepentingan sosial merupakan usaha yang lebih eksplisit untuk mengembangkan suatu model hukum responsif. Dalam perspektif ini, hukum yang baik seharusnya memberikan sesuatu yang lebih daripada sekedar prosedur hukum. Hukum harus berkompeten dan juga adil, harus mampu mengenali keinginan publik dan punya komitmen terhadap tercapainya keadilan substantif³⁴⁴. Tipe hukum responsif berusaha untuk mengatasi permasalahan melalui adaptasi yang selektif dan tidak serampangan, di mana suatu institusi yang responsif mempertahankan secara kuat hal-hal esensial bagi integritasnya sembari tetap memperhatikan atau memperhitungkan keberadaan kekuatan-kekuatan baru di lingkungannya. Lembaga responsif ini menganggap tekanan-tekanan sosial sebagai sumber pengetahuan dan kesempatan untuk mengoreksi diri³⁴⁵. Ciri khas hukum responsif adalah mencari nilai-nilai tersirat yang terdapat dalam peraturan dan kebijakan.

Sementara itu konsep hukum progresif adalah konsep hukum yang menganjurkan untuk merumuskan kembali strategi atau siasat hukum yang akan diimplementasikan dalam kehidupan berbangsa dan bernegara, serta melakukan peninjauan kembali basis teori hukum yang menjadi dasar pembangunan sistem hukum nasional. Anjuran untuk menolak status quo dan secara progresif melakukan

³⁴³Philip Nonet dan Philip Selznick, 2003, *Hukum Responsif di Masa Transisi* (terjemahan), Huma Foundation, Jakarta, h. 59.

³⁴⁴*Ibid*, h. 60.

³⁴⁵*Ibid*. h. 62.

pembebasan yang dirumuskan dalam gagasan dan tipe hukum progresif, yaitu mengubah dengan cara cepat, melakukan pembalikan yang mendasar dalam teori dan praksis hukum serta melakukan berbagai terobosan. Pembebasan tersebut didasarkan pada prinsip bahwa hukum adalah untuk manusia, dan bukan sebaliknya, dan hukum tidak ada untuk dirinya sendiri, melainkan untuk sesuatu yang lebih luas, yaitu untuk harga diri manusia, kebahagiaan, kesejahteraan dan kemuliaan manusia³⁴⁶.

Dalam hukum progresif menjalankan hukum tidak sama dengan menerapkan huruf-huruf dalam undang-undang begitu saja, tetapi mencari dan menemukan makna sebenarnya dari suatu peraturan. Paul Scholten berpendapat bahwa hukum memang ada dalam undang-undang, tetapi harus ditemukan. Mencari dalam peraturan adalah menemukan makna atau nilai yang terkandung dalam peraturan dan tidak hanya membacanya secara datar begitu saja. Hukum adalah sesuatu yang sarat makna dan nilai³⁴⁷. Hukum modern dirancang secara formal rasional dan memiliki risiko bahwa hukum akan dijalankan berdasarkan tolok ukur formal rasional. Dengan cara ini makna sebenarnya yang terkandung dalam peraturan menjadi tidak perlu dicari lebih jauh. Ibaratnya, cukup pencet tombol putusan sudah dibuat dengan benar, tidak perlu berusaha menemukan makna, nilai, dan kandungan moral di belakangnya³⁴⁸.

Menurut Bernard Arief Sidharta, untuk mewujudkan tujuan hukum yang sesungguhnya, artinya untuk membuat hukum menjadi hukum yang progresif, yakni hukum yang mengabdikan kepada manusia, untuk mewujudkan keadilan di dalam masyarakat dan kebahagiaan para warga masyarakatnya, maka secara hermeneutis semua metode interpretasi perlu dikerahkan. Jadi, menetapkan makna hukum yang tercantum dalam suatu aturan perundang-undangan dilakukan berdasarkan aturan hukum positif yang dipahami (diinterpretasi) berdasarkan makna kata dan struktur kalimatnya (gramatikal) dalam konteks latar belakang sejarah (historikal) dalam kaitan dengan tujuannya (teologikal) yang menentukan isi aturan hukum positif tersebut, serta dalam konteks hubungan aturan-aturan positif yang

³⁴⁶Satjipto Rahardjo, 2006, *Membedah Hukum Progresif*, Buku Kompas, Jakarta, h. 154.

³⁴⁷Paul Scholten dikutip, Sudikno Mertokusumo dan Pitlo, 1993, *Bab- Bab Penemuan Hukum*, Citra Aditya Bakti, Yogyakarta, h. 9.

³⁴⁸*Ibid*, h. 20 – 21.

lainnya (sistematikal), dan secara kontekstual merujuk pada faktor-faktor sosiologikal dan ekonomikal dengan mengacu nilai-nilai kultural dan kemanusiaan yang fundamental dalam proyeksi ke masa depan; ini adalah pendekatan hermeneutikal³⁴⁹.

D.Rekonstruksi Hukum Pertanggungjawaban Pidana Pelacuran Dalam KUHP Berbasis Nilai Keadilan

Berdasarkan uraian analisis teoritis dan fakta empiris dalam penelitian hukum disertasi ini, maka penulis berpendapat bahwa dalam pertanggungjawaban pidana pada perbuatan pelacuran ini harus direkonstruksi, karena konstruksi hukum pelacuran yang ada di KUHP belum memiliki nilai keadilan, sebagaimana dengan pandangan dari Satjipto Rahardjo, bahwa hukum adalah untuk manusia bukan manusia untuk hukum, maka hukum yang tidak untuk manusia harus direkonstruksi, sebagai usulan kontruksi hukum terkait perbuatan pelacuran dimaksud, penulis mengusulkan konstruksi sebagai berikut:

Perumusan Norma terhadap Pelacuran

Pasal...

1. Setiap orang yang melakukan hubungan seksual atau hubungan seksual sesama jenis atau berebda jenis kelamin atau perbuatan cabul dengan atau atas persetujuannya untuk mendapatkan atau menerima pembayaran atau remunerasi diancam dengan pidana denda sebesar... Dan pidana penjara selama...
2. Setiap orang yang bergelandangan dan berkeliaran di jalan atau di tempat umum dan menawarkan diri, mengajak orang lain baik secara langsung dan/atau tidak langsung dengan menggunakan media informasi dengan tujuan melacurkan diri, dipidana dengan pidana denda sebesar... dan pidana penjara selama...

Perumusan Norma terhadap Pengguna Pelacur

Pasal.....

1. Setiap orang yang menerima, membayar, memanggil, mengajak, memesan atau menyewa seseorang dengan tujuan untuk melakukan perbuatan cabul atau persetubuhan atau hubungan

³⁴⁹Bernard Arief Sidharta, 2007, Positivisme Hukum, UPT Penerbitan Universitas Tarumanegara, Jakarta, h. 112.

seksual sesama jenis atau berbeda jenis kelamin secara komersial diancam dengan pidana denda sebesar..... dan pidana penjara selama.....

2. Perbuatan sebagaimana diatur dalam ayat (1) tetap berlaku apabila pembayaran telah dijanjikan atau dilakukan oleh orang lain.

Perumusan Norma terhadap Mucikari
Pasal.....

1. Setiap Orang dengan sengaja menghubungkan atau memudahkan orang lain melakukan perbuatan cabul dipidana dengan pidana penjara paling lama.....
2. Jika Tindak Pidana sebagaimana dimaksud dalam ayat (1) dilakukan sebagai pekerjaan, kebiasaan, atau untuk menarik keuntungan sebagai mata pencaharian pidana ditambah.....
3. Dalam hal badan usaha yang menyalahgunakan izinnya untuk melakukan Tindak Pidana sebagaimana dimaksud pada ayat (1) dan ayat (2) dipidana dengan pidana.....

Pemidanaan terhadap Pelacur, Pengguna Pelacur dan mucikari perseorangan dan/atau prostitusi terorganisir dan berkelompok dalam pelacuran bukan hanya sebagai dasar pembenaran dari pidana yakni pembalasan atas perbuatan yang merugikan dan melanggar norma saja, tetapi harus memperhatikan apa yang ingin dicapai dengan pemidanaan tersebut. Menurut Pellegrino Rossi tujuan dari pidana adalah memperbaiki tata tertib masyarakat³⁵⁰. Pemidanaan terhadap Pelacur, Pengguna Pelacur dan mucikari perseorangan dan/atau prostitusi terorganisir dan berkelompok harus memberikan manfaat tata tertib terhadap masyarakat, pidana ini menjadikan suatu teguran terhadap masyarakat agar memiliki rasa takut untuk melakukan pelacuran. Pidana diberikan bukan karena orang membuat kejahatan melainkan supaya orang jangan membuat kejahatan.

Hal ini sesuai dengan teori tujuan pemidanaan relatif Karl O. Christiansen bahwa pidana bertujuan untuk pencegahan, akan tetapi pencegahan bukan tujuan akhir tetapi hanya sebagai sarana untuk mencapai tujuan yang lebih tinggi yaitu kesejahteraan masyarakat

³⁵⁰I Dewa Made Suartha, *Op.cit*, h. 79.

sehingga diterapkan berdasarkan tujuannya sebagai alat pencegahan kejahatan³⁵¹. Pidana akan menimbulkan sebuah kesadaran dan kepuasan moral dalam batin Pelacur, Pengguna Pelacur dan mucikari perseorangan dan/atau badan hukum korporasi bahwa pembelian dan penjualan seks berbayar adalah perbuatan bersifat melawan hukum yang dilarang oleh norma tertulis dan bertentangan dengan nilai-nilai kesusilaan dan kesopanan dalam masyarakat, sehingga jika dia tetap melakukan maka akan ada pidana yang diterima.

Penanggulangan perbuatan pelacuran pendekatan kebijakan dalam arti ada keterpaduan (integrasi) antara politik kriminal dan politik sosial serta ada keterpaduan antara upaya penanggulangan kejahatan dengan penal dan non penal dan di dalam setiap kebijakan (*policy*). Sedangkan pendekatan nilai dalam arti bahwa pembaharuan dan penanggulangan kejahatan harus berdasarkan nilai-nilai yang hidup dan berkembang dalam masyarakat untuk mewujudkan kesejahteraan masyarakat (*social welfare*).

Upaya penanggulangan pelacuran harus dilaksanakan secara intergrasi dan terstruktur, sehingga menciptakan keseimbangan dalam upaya perlindungan masyarakat (*social defence*) dan upaya kesejahteraan masyarakat (*social welfare*). Pemidanaan terhadap Pelacur, Pengguna Pelacur dan mucikari perseorangan dan/atau prostitusi terorganisir dan berkelompok terjadi apabila kebijakan *non penal* (pencegahan, himbauan, dan kebijakan sosial) tidak dapat menyelesaikan atau menanggulangi pelacuran, hal ini merupakan sifat hukum pidana sebagai *ultimum remedium*.

Kriminalisasi pelacuran sebagai bagian dari kebijakan penal tidak akan efektif apabila tidak terjadi intergrasi dengan upaya rehabilitasi sosial sebagai bagian dari kebijakan non penal. Dengan kata lain kriminalisasi pelacuran hanya sebatas sebagai upaya balas dendam atau pembalasan saja. Sama halnya ketika kebijakan non penal tidak akan berlaku efektif apabila perbuatan pelacuran tidak ditetapkan sebagai perbuatan pidana.

Proses intergrasi penanggulangan pelacuran tidak hanya berada pada kebijakan penal dengan kebijakan non penal saja, tetapi juga kebijakan penal dengan kebijakan penal atau dengan kata lain harmonisasi antar peraturan perundang undangan dalam hukum nasional Indonesia. Kriminalisasi terhadap Pelacur, Pengguna

³⁵¹Teguh Prasetyo, *Op.cit*, h. 93-94.

Pelacur dan mucikari perseorangan dan/atau badan hukum korporasi dalam hukum pidana di masa yang akan datang merupakan intergrasi antara Pasal 284, 296 dan 506 KUHP, UU PTPPO, dan UU Perlindungan Anak sebagai bahan pembaharuan KUHP Indonesia. Dengan demikian maka tidak ada lagi bentuk perbuatan persetubuhan yang dilegalkan yang dapat merugikan masyarakat dalam bentuk materiil maupun spiritual. Berdasarkan analisis teori dan perbandingan tersebut di atas, maka rekonstruksi ideal dari Pasal 296 KUHP adalah sebagai berikut:

Tabel II
 Rekonstruksi Norma Hukum

Pasal 296 KUHP			
No.	Sebelum Direkonstruksi KUHP dan RUU- KUHP 2019	Kelemahan Pasal	Pasal 296 KUHP Setelah Direkonstruksi
1.	Pasal 296 KUHP: Barang siapa yang pencahariannya dan kebiasaannya yaitu dengan sengaja mengadakan atau memudahkan perbuatan cabul dengan orang lain dihukum penjara selama-lamanya satu tahun empat bulan atau denda sebanyak-banyaknya Rp15.000,- Pasal 426 RUU-KUHP-2019: yang berbunyi Setiap	Jika ditelaah secara mendalam Pasal 296 KUHP di dalamnya sebenarnya tidak ada unsur “mucikari” karena frasa: “dengan sengaja mengadakan atau memudahkan perbuatan cabul dengan orang lain” dapat diartikan bahwa yang mengadakan dan memudahkan perbuatan cabul tersebut adalah si pelacur, bukan mucikari. Berbeda dengan Pasal 426	Pasal 296 KUHP (1) Dipidana: Ke-1 dengan pidana penjara selama-lamanya..... tahun barang siapa yang pekerjaannya sebagai pelacur, berupa perbuatan cabul, zina atau hubungan seks sesama jenis dengan orang lain dengan mendapat imbalan. Ke-2 dengan pidana penjara selama-lamanya..... tahun barang siapa yang

	Orang yang menghubungkan atau memudahkan orang lain melakukan perbuatan cabul dipidana dengan pidana penjara paling lama 2 (dua) tahun.	RUU-KUHP-2019, yang dengan tegas menambah frasa “menghubungkan” yang dapat diartikan sebagai “mucikari”, karena sebagai penghubung, jika tidak ada penghubung maka tidak akan terjadi hubungan antara pelacur dengan pengguna pelacur. Kelemahan dari Pasal 296 KUHP, adalah tidak secara jelas menerangkan apa yang dimaksud dengan perbuatan cabul, dan jika Pasal 296 KUHP ini diartikan dan berlaku untuk mucikari saja, maka mucikari dimaksud tidak ada penggolongannya, yakni baik itu prostitusi perorangan maupun prostitusi berkelompok dan terorganisir.	memberikan imbalan kepada pelacur untuk melakukan perbuatan cabul, zina atau hubungan seks sesama jenis atau berbeda jenis kelamin baik dengan dirinya sendiri maupun orang lain (2) Dipidana: Dengan pidana..... tahun barang siapa yang menghubungkan atau memudahkan orang lain melakukan perbuatan cabul, zina atau hubungan seks sesama jenis atau berbeda jenis kelamin. (3) Apabila melakukan kejahatan menghubungkan atau memudahkan orang lain melakukan perbuatan cabul, zina atau hubungan seks sesama jenis atau berbeda jenis kelamin itu oleh yang bersalah dijadikan sebagai mata pencaharian
--	--	---	---

			atau kebiasaan, maka pidana itu dapat ditambah sepertiganya. (4) Dalam hal melakukan kejahatan menghubungkan atau memudahkan orang lain melakukan perbuatan cabul, zina atau hubungan seks sesama jenis atau berbeda jenis kelamin itu dilakukan oleh badan usaha hiburan, maka pidana itu ditambah denda..... rupiah dan/atau pencabutan izin usahanya
--	--	--	---

BAB 10

PENUTUP



Berdasarkan pemaparan analisis dan hasil interpretasi yang telah penulis sajikan dalam bab-bab sebelumnya, maka dapat ditarik poin-poin kesimpulan sebagai berikut:

Pertama, konstruksi hukum tindak pidana pelacuran dalam hukum positif Indonesia baru mengkriminalisasi mucikari “perseorangan” belum mengkriminalisasi badan prostitusi terorganisir dan berkelompok, termasuk pelacurnya sendiri baik yang menjalani pelacuran melalui mucikari maupun yang melakukan pelacuran secara mandiri, serta belum mengkriminalisasi pengguna dari pelacur. Lingkup dari pelacur dan pelancurannya pun baru sebatas mengkriminalisasi pelacur perempuan tidak termasuk pelacur laki-laki (gigolo) serta corak pelacurannya tidak juga mengkriminalisasi pelacuran sesama jenis (LGBT).

Kedua, kelemahan-kelemahan dari konstruksi hukum tindak pidana pelacuran yang belum mencerminkan nilai keadilan, sehubungan KUHP belum mengatur dan mengkriminalisasi pelacur dan pengguna pelacur sebagai pelaku tidak pidana pelacuran, kriminalisasi pada tindak pidana pelacuran baru sebatas terhadap mucikari perseorangan, sementara mucikari yang bersifat badan hukum korporasi belum tersentuh atau belum dikriminalisasi. Ketidakadilan yang demikian bukan sekedar tidak memenuhi rasa keadilan masyarakat, melainkan juga merupakan pelanggaran terhadap konstitusi dan ideologi negara Pancasila, karena merupakan tindakan atau perbuatan yang bertentangan dengan nilai kemanusiaan yang adil dan beradab, dan merupakan perbuatan biadab.

Ketiga, rekonstruksi pertanggungjawaban pidana terhadap Pelacuran dalam Kitab Undang Undang Hukum Pidana berbasis nilai keadilan, harus mengkonstruksi Pelacur, Pengguna Pelacur dan mucikari tidak berbadan hukum korporasi maupun badan hukum

korporasi yang bertindak sebagai mucikari dapat dimintakan pertanggungjawaban pidana.

Kemudian, sejalan dengan poin-poin kesimpulan tersebut diatas, dikemukakan rekomendasi sebagai berikut:

Pertama, hendaknya Kitab Undang Undang Hukum Pidana warisan kolonial Belanda untuk segera diperbaharui dengan merenkontruksi pelacuran sebagai tindak pidana, sehingga sejalan dengan amanat dari Pancasila dan konstitusi dasar Negara Republik Indonesia yakni Undang Undang Dasar Tahun 1945.

Kedua, hendaknya rekonstruksi Kitab Undang Undang Hukum Pidana yang akan datang, terhadap pelacur dan pengguna pelacur dapat dimintakan pertanggungjawaban pidana, sehingga dapat diberikan sanksi pidana, dan pelacuran bukan lagi sebagai perbuatan legal.

Ketiga, hendaknya pengertian mucikari dapat diperluas bukan saja sebagai setiap orang melainkan ditambahkan frasanya menjadi setiap orang dan badan hukum korporasi, sehingga yang dapat diancam pidana bukan saja mucikari perseorangan tetapi juga badan usaha yang menyalahgunakan badan usahanya untuk prostitusi.

Selanjutnya, hasil studi sebagaimana diuraikan pada bagian terdahulu diatas, ternyata memberikan beberapa implikasi penting, baik secara teoritik maupun praktis.

Pertama, hasil studi ini ternyata berimplikasi pada kerangka pemikiran teoritik tentang kontruksi pertanggungjawaban pidana dalam tindak pidana pelacuran yang selama ini lebih berorientasi kepada mucikari perseorangan, sementara mucikari yang berupa badan hukum korporasi lebih besar, lebih mampu lebih mahal, lebih mampu untuk melakukan tindakan lain jika dibandingkan dengan mucikari perseorangan. Pelacur senantiasa dan acapkali dinyatakan berjenis kelamin perempuan, sementara pria juga ternyata banyak yang menjadi gigolo atau pelacur berjenis kelamin pria. Disamping mucikari dan pelacur, di dalam tindak pidana pelacuran terdapat juga pengguna atau yang membeli diri pelacur, baik pria maupun perempuan. Jika pelacur terjerumus ke dunia pelacuran karena salah satu sebabnya adalah korban dari kemiskinan, maka seharusnya negaralah yang bertanggungjawab, karena Undang Undang Dasar Tahun 1945 mengamanatkan fakir miskin dan anak terlantar dipelihara oleh negara. Bukan menempatkan para pelacur di lokalisasi pelacuran, pemeliharaan kesehatan pelacur untuk tidak

menularkan penyakit, tidak menjamin pelacur tidak tertular dari penyakit pengguna pelacur, karena belum ada kewajiban atau keharusan bagi hidung belang (pengguna pelacur) untuk memiliki Surat Keterangan Sehat dari Penyakit sehingga bebas menggunakan pelacur untuk memenuhi hasrat seksualnya. Oleh karena itu untuk mewujudkan rasa keadilan bagi mucikari, pelacur dan pengguna pelacur, maka konstruksi hukum pidana terkait dengan tindak pidana pelacuran, harus “berfokus” kepada semua yang terlibat dalam pelacuran, yakni pelacur, pengguna pelacur, dan mucikari baik berseorangan maupun prostitusi terorganisir dan berkelompok. Posisi mucikari tidak selalu menjadi penyebab terjadinya pelacuran, karena banyak juga terjadinya pelacuran karena upaya pelacur sendiri yang menawarkan diri untuk melayani pemenuhan seksual dengan bayaran. Kemiskinan yang selalu dijadikan alasan utama dalam terjadinya pelacuran di berbagai belahan bumi ini, tentunya tidak selamanya dapat diaamiini, karena kasus-kasus pelacuran melalui dunia maya atau on line, banyak melibatkan artis-artis yang secara finansial tidak dapat dinyatakan miskin harta, mungkin jika dinyatakan miskin moral dan iman mungkin dapat dibenarkan, karena dunia maya itu sendiri telah banyak menjawab bukti, perempuan-perempuan cantik dan miskin lebih memilih berjualan makanan, minuman dan lain sebagainya. Swedia yang hanya memberlakukan pertanggungjawaban hanya terhadap pengguna pelacur saja, karena menganggap pelacur adalah korban, dapat diartikan bahwa pelacur dilegalkan, sekalipun akhirnya akan sulit mendapatkan pengguna yang mau membayarnya, karena pengguna takut dengan sanksi pidana yang harus diterimanya.

Kedua, temuan dari studi ini telah berusaha memberikan wawasan teoritik baru tentang prinsip-prinsip keadilan yang semestinya menjadi titik tolak dalam mengoperasikan sistem peradilan pidana dan mengkonstruksi serta mengkriminalisasi pada tindak pidana pelacuran yang sampai saat ini belum menjadi larangan dalam Kitab Undang-undang Hukum Pidana Positif Indonesia. Prinsip-prinsip keadilan sebagaimana termanifestasikan dalam ajaran Islam di berbagai daerah melalui diundangkannya Peraturan Daerah yang bersifat syariah dalam penanggulangan pelacuran di daerahnya, justru mendapat penentakan dari pihak tertentu untuk melarang dan mencabut peraturan daerah yang bersifat syariah. Phobia terhadap Islam menjadikan semua yang

bernama syariah harus dihapuskan, namun tidak disadari bahwa Pancasila dan Undang Undang Dasar Tahun 1945 justru mejadikan syariah itu sebagai dasar negara, yakni Sila Pertama Ketuhanan Yang Maha Esa dari Pancasila, dan Pasal 29 Undang Undang Dasar Tahun 1945 yang menyatakan negara berdasarkan Ketuhanan Yang Mahasa Esa. Sangat keliru jika syariat agama dilarang, karena semua orang Indonesia yang wajib beragama akan senantiasa memegang erat dan menjalankan syariatnya secara sungguh-sungguh, seperti pergi ke Gereja, pergi ke Pure, pergi ke Kuil untuk menjalankan syariat agamanya, termasuk orang Islam untuk menjalankan ibadahnya baik di mushola maupun di Mesjid, bagi orang Islam (muslim) khususnya, syariah itu sejak bangun tidur sampai tidur lagi senantiasa harus dijalankan, misalnya doa bangun tidur dan doa hendak tidur yang hal tersebut merupakan syariat yang diajarkan sejak kecil. Syariat tidak identik dengan Khilafah, untuk Khilafah memang itu terlarang karena negara Kesatuan Republik Indonesia adalah tidak didasarkan kepada kekhilafahan dan bukan negara khilafah. Artinya harus dibedakan antara syariat dan khilafah, syariat adalah milik semua agama, dan khilafah tidak digunakan dan dianut oleh Negara Kesatuan Republik Indonesia, untuk orang Islam di Indonesia Khilafah ditolak, bukan diharamkan, karena kalau mengharamkan bagaimana jika di masa Al Mahdi dan Nabi Isa AS memimpin dunia, waulahhu alam apakah berupa negara Khilafah atau bukan, jika kita mengharamkannya maka harus mempertanggungjawabkan di Akherat kelak, jika kita hendak memberlakuknya di bumi Pancasila, maka akan berhadapan dengan hukum positif sebagai hukum yang berlaku. Demikian halnya dengan penolakan terhadap pemberlakuan syariah, maka patut dipertanyakan pihak yang menolak tersebut apakah menggunakan ideologi Pancasila atau ideologi lain, dan tentunya bank-bank yang berdasarkan syariah-pun harus dihapuskan jika peraturan daerah yang bernuansa syariah akan dihapuskan.

Ketiga, dari segi epistemologis, hasil studi ini adalah untuk menjawab dari teori dan atau filsafat yang belum dapat menjawab kebenaran yang absolut, karena para teoritis dan filsuf berpendapat bahwa kebaran yang absolut adalah kebenaran dari agama, hasil studi ini telah memberikan wawasan baru tentang bagaimana memahami secara lebih baik prinsip-prinsip keadilan dalam Islam khususnya, dan prinsip-prinsip keislaman pada umumnya. Studi ini telah menawarkan model pendekatan kontekstual untuk

menemukan prinsip-prinsip keislaman menurut konteks sosial dan budaya dengan tidak menghilangkan hakikat dasar dari ajaran Islam itu sendiri, atau menghilangkan norma dari budaya. Dengan menggunakan model pendekatan kontekstual maka aspek lokal atau pribumi yang sekiranya dipandang baik untuk dipakai dalam memahami ajaran Islam yang universal. Oleh karena itu, pintu ijtihad dalam memahami teks Al-Qur'an dan hadits hendaknya selalu dibuka guna menyelesaikan persoalan-persoalan kemasyarakatan di Indonesia. Mengikuti pemahaman teks yang sangat tersier (hanya melalui pendapat madzhab yang dikonstruksi dalam konteks sosial dan budaya masyarakat Arab) dapat dimodifikasi atau bahkan diganti dengan unsur-unsur lokal tanpa harus merusak hakikat dasar dari ajaran Islam. Model pendekatan yang ditawarkan dalam studi ini secara tidak langsung mau merombak pola pikir para pemikir Islam dan seluruh umat Islam yang selama ini memiliki kecenderungan yang sangat kuat untuk memahami dan memahamkan prinsip-prinsip keislaman secara positivistik tektual bukan kepada teks primer dan sekunder, tetapi justru kepada teks-teks tersier. Kecenderungan yang demikian itu telah memaksa kaum muslim untuk memahami prinsip-prinsip keislaman sebagaimana tampak dalam rumusan-rumusan formil Islam dalam konstruksi ulama madzhab.

Kemudian, apabila temuan teoretik dalam studi ini ditarik masuk ke dalam ranah praktis, maka jelas akan memberikan beberapa implikasi, terutama berkaitan dengan masalah pertanggungjawaban hukum pada tataran substansi maupun struktur yang berkaitan dengan persoalan pertanggungjawaban pelaku pelacuran. Beberapa temuan praktis dari studi ini antara lain:

Pertama, apabila hanya mucikari yang dimintakan pertanggungjawaban dalam terjadinya pelacuran, karena dianggap sebagai perdagangan manusia, maka hal tersebut sudah dijawab dalam undang-undang pemberatan tindak pidana perdagangan orang. Namun penerapan tindak pidana perdagangan orang dalam pelacuran saat ini tidak menjerat pembelinya yakni pengguna pelacur. Mucikari yang dimaksudpun baru sebatas mucikari perseorangan belum menjerat dan memintapertanggungjawab kepada prostitusi terorganisir dan berkelompok, demikian pula jika pelacuran dijalankan secara mandiri oleh pelacur tanpa melalui mucikari. Dengan demikian, masalah pelacur, pengguna pelacur dan

prostitusi terorganisir dan berkelompok yang belum dimintakan pertanggungjawaban atau dikriminalisasi dalam pelacuran, menjadikan keprihatinan utama, bukan saja hanya terletak pada masalah pertanggungjawaban pidana dan sanksi pidana bagi pelacur, pengguna pelacur dan mucikari berbadan hukum koporasi saja, melainkan juga mengenai ketidak konsistenan dan pelanggaran negara terhadap indeologi Pancasila dan konstitusi dasar negara yakni Undang Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, yang menyatakan bahwa negara berdasarkan Ketuhanan Yang Maha Esa, dengan demikian jika membiarkan pelacur, pengguna pelacur dan mucikari baik yang perseorangan maupun prostitusi terorganisir dan berkelompok, artinya negara atau pemerintah tidak memiliki dasar bahkan melanggar Pancasila dan Undang Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 jika mengatasi pelacuran dengan melakukan lokalisasi, karena bertentangan dengan Ketuhanan Yang Maha Esa.

Kedua, oleh karena itu pendapat menempatkan pelacuran sebagai saluran kotor atau pembuangan yang harus ada di istana megah harus dikesampingkan, dan mempribumikan prinsip-prinsip keislaman yang universal yang didukung dengan didukung dan didasari oleh ideologi Pancasila dan Undang Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 haruslah ditelaah dari konteks sosial dan budaya bangsa Indonesia untuk dapat berperan dalam mambantu persoalan bangsa yang merupakan sebuah keharusan. Oleh karena itu perlu dipikirkan secara lebih cermat dan bijaksa agar proses pribumisasi itu tidak merusak hakikat dasar dari ajaran Islam yang diwahyukan Allah SWT kepada Nabi Muhammad. Langkah-langkah yang demikian itu diperlukan juga dalam emnata sistem hukum Indonesia dengan memproyeksikan prinsip-prinsip keadilan yang dianut dalam Islam, karena prinsip keadilan yang digelorkan umat Islam didasari oleh ideologi Pancasila dan Undang Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945.

DAFTAR PUSTAKA

Buku-buku

- Apeldoorn, L. J. Van, 1976, Pengantar Ilmu Hukum, Pradnya Pramita, Jakarta.
- Andi Zainai Abidin Farid. 1987. Asas-asas Hukum Pidana Bagian Pertama. Alumni, Bandung.
- (ed.), Bunga Rampai Hukum Pidana dan Acara Pidana, Ghalia Indonesia, Jakarta.
- Andi Hamzah, 1986, Sistem Pidana dan Pemidanaan dari Retribusi ke Reformasi, Pradnja Paramita, Jakarta.
- Alam A.S, 1984, Pelacuran dan Pemerasan, Studi Sosiologi tentang Eksploitasi Manusia oleh Manusia, Alumni, Bandung.
- Ahmad Wardi Muslich, 2005, Hukum Pidana Islam, Sinar Grafika, Jakarta.
- Ahmad Rofiq, 2004, Fiqh Kontekstual dari Normatif ke Pemaknaan Sosial, Pustaka Pelajar, Semarang.
- Ahmad Hanafi, 1990, Asas-Asas Hukum Pidana Islam, Bulan Bintang, Jakarta.
- , 2007, Tindak Pidana Mengenai Kesopanan, PT. Raja Grafindo, Jakarta.
- Adami Chazawi. 2002. Pelajaran Hukum Pidana, Bagian 1; Stelsel Pidana, Teori-Teori Pemidanaan & Batas Berlakunya Hukum Pidana. PT Raja Grafindo, Jakarta.
- , 2003, Pornografi dan Porno aksi Ditinjau dari Hukum Pidana Islam, Prenada Media Group, Jakarta.
- Bernard Arief Sidharta, 2007, Positivisme Hukum, UPT Penerbitan Universitas Tarumanegara, Jakarta.
- Beccaria, Cesare, 2011, Perihal Kejahatan dan Hukuman, Genta Publishing, Yogyakarta.
- , 2003, Perbandingan Hukum Pidana, PT. Raja Grafindo Persada, Jakarta.
- Barda Nawawi Arief, 2017. RUU KUHP Baru: Sebuah Restrukturisasi/Rekonstruksi Sistem Hukum Pidana Indonesia. Badan Penerbit Universitas Diponegoro, Semarang.
- Bambang Poernomo. 1992. Asas-Asas Hukum Pidana. Ghalia Indonesia, Jakarta.
- Bakri, 1992, Hukum Pidana dalam Islam, Ramadhani, Semarang.

- Chairul Huda, 2011, Dari Tiada Pidana Tanpa Kesalahan menuju kepada Tiada Pertanggungjawaban Pidana Tanpa Kesalahan, Kencana Prenedia Media Group, Jakarta.
- Departemen Pendidikan Nasional, 2005, Kamus Besar Bahasa Indonesia, edisi ke-3, cet. 3, Balai Pustaka, Jakarta.
- Departemen Kehakiman RI, Penjelasan Naskah Rancangan KUHP. Tahun 2015.
- Djazuli, 2000, Ushul Fiqh Metodologi Hukum Islam, PT. Raja Grafindo, Jakarta.
- Djoko Prakoso. 1988. Hukum Penitensier di Indonesia. Liberty, Jakarta.
- Eman Sulaiman, 2008, Delik Perzinaan dalam Pembaharuan Hukum Pidana di Indonesia, Walisongo Press, Semarang.
- Franz Magnis Suseno, 1991, Etika Politik: Prinsip-prinsip Moral Dasar Kenegaraan Modern, Gramedia, Jakarta.
- Fuad Usfa, A., 2006, Pengantar Hukum Pidana, UMM, Malang.
- Hamzah Hetrik, 1996, Asas Pertanggungjawaban Korporasi dalam Hukum Pidana, PT. Raja Grafindo Persada, Jakarta.
- Hasbiyyah, 2013, Fiqh dan Ushul Fiqh, PT. Remaja Rosdakarya, Bandung.
- Hulsman, L. H. C., Sistem Peradilan Pidana Dalam Perspektif Perbandingan Hukum Pidana, Penyadur, Soedjono Dirdjosisworo, Jakarta; CV: Rajawali Pers, 1984.
- Igra N.E., Adan H.C.J.G. Jansen, 1974, Rechtsingang Een Oriëntasi in Het Recht, H.D. Tjeenk Willink bv, Groningen
- Jassin, H.B., 1978, Al-Quran Bacaan Mulia, Djambatan, Jakarta.
- Kanter, E.Y. & S.R Sianturi. 2002, Asas-asas Hukum Pidana di Indonesia dan Penerapannya. Stora Grafika, Jakarta.
- Kartini Kartono, 1981, Patologi Sosial Jilid 1 Edisi Baru, PT. Ikrar Mandiri Abadi, Jakarta.
- Ketut Mertha, I, 2014. Efek Jera, Pemiskinan Koruptor dan Sanksi Pidana, Udayana University Press, Cet. 1.
- Koentjoro, 2004, On the Spot: Tutar Dari Sarang Pelacur. Tinta, Yogyakarta.
- Lamintang. P.A.F., 1984. Dasar-dasar Hukum Pidana Indonesia. Sinar Baru, Bandung.
- Liek Wilardjo, 1990, Realita dan Desiderata, Duta Wacana University Press, Yogyakarta,

- Manullang, E. Fernando M., 2016, *Legisme Legalitas dan Kepastian Hukum*, Pranada Media Group, Jakarta.
- Mardjono Reksodiputro, *Kemajuan Pembangunan Ekonomi dan Kejahatan*, Pusat Pelayanan Keadilan dan Pengabdian Hukum. Univ Indonesia, Jakarta, 1994.
- Marpaung. Leden, 2005. *Asas, Teori, Praktik Hukum Pidana*. Sinar Grafika, Jakarta.
- Masyhur Efendi, 1994, *Dimensi/Dinamika Hak Asasi Manusia dalam Hukum Nasional dan International*, Ghalia Indonesia, Jakarta.
- Moeljatno, 1993, *Asas-asas Hukum Pidana*, Rineka Cipta, Jakarta.
- Muhari Agus Santosa, 2002, *Paradigma Baru Hukum Pidana*, Averroes Press, Malaysia.
- Muladi, 2002, *Lembaga Pidana Bersyarat*, Penerbit Alumni, Bandung.
- Muladi dan Barda Nawawi Arief, 1992, *Teori-Teori Dan Kebijakan Hukum Pidana*, Alumni. Bandung.
- Munir Fuady, 2009, *Teori Negara Hukum Modern (Rechtstaat)*, Cet Ke-2, Refika Aditama, Bandung.
- Neng Djubaedah, 2010, *Perzinaan dalam Peraturan Perundang-Undangan di Indonesia Ditinjau dari Hukum Islam*, Kencanan Jakarta.
- Nonet, Philip, dan Philip Selznick, 2003, *Hukum Responsif di Masa Transisi (terjemahan)*, Huma Foundation, Jakarta.
- Nur Syam, 2010, *Agama Pelacur*, PT. LKiS Printing Cemerlang, Yogyakarta.
- Nurul Irfan, 2014, *Gratifikasi dan Kriminalitas Seksual dalam Hukum Pidana Islam*, Perpustakaan Nasional, Jakarta.
- Packer, Herbert L., 1968, *The Limits of the Criminal Sanction*, Stanford University Press, California.
- Padmo Wahyono, 1989, *Pembangunan Hukum di Indonesia*, Ind-Hill Co, Jakarta.
- Pisani, E. 2008. *Kearifan Pelacur: Kisah Gelap di Balik Bisnis Seks dan Narkoba*. Serambi, Jakarta.
- Pound, Roscoe, 1982, *Pengantar Filsafat Hukum*, Diterjemahkan oleh Muhammad Radjab, Bhratara Karya Aksara, Jakarta.
- Purnomo, T. 2010. *Dolly (Membedah Dunia Pelacuran Surabaya Kasus Kompleks Pelacuran Dolly)*. Grafiti Pers, Jakarta.
- Ridwan H.R., 2006, *Hukum Administrasi Negara*, Raja Grafindo Persada, Jakarta

- Roeslan Saleh, Stelsel Pidana Indonesia, Aksara Baru, Jakarta.
- Rusli Effendy. 1986. Azas-Azas Hukum Pidana. Makassar. Lembaga Percetakan dan Penerbitan Universitas Muslim Indonesia (LEPPEN-UMI).
- , 1983, Perbuatan Pidana dan Pertanggungjawaban Pidana; Dua Pengertian Dasar dalam Hukum Pidana, Aksara Baru, Jakarta.
- , 1982, Pikiran-pikiran tentang Pertanggungjawaban Pidana, Ghalia Indonesia, Jakarta.
- , 1983, Suatu Reorientasi dalam Hukum Pidana, Aksara Baru, Jakarta.
- , 1982, Perbuatan Pidana dan Pertanggungjawaban Pidana, Cetakan Pertama, Ghalia Indonesia. Jakarta.
- Sahetapy, J.E., 1992, Suatu Studi Khusus Mengenai Ancaman Pidana Mati Terhadap Pembunuhan Berencana, Rajawali Pers, Jakarta.
- Said Ishak, 2000, Hudud dalam Fiqh Islam, Universiti Teknologi Malaysia, Malaysia.
- Satjipto Rahardjo, 2003, Merintis Visi Program Doktor Hukum UNDIP, Semarang.
- , 2006, Membedah Hukum Progresif, Buku Kompas, Jakarta.
- Sayid Syabiq, 2010, Fiqh Sunnah, Pena Pundi Aksara, Jakarta.
- , Fikih Sunnah Tahkik dan Takhrij Muhammad Nasiruddin Al-Albani, terj. Abdurrahim, 2009, Cakrawala Publisng, Jakarta.
- Setiyono, H., 2005, Kejahatan Korporasi, Semarang.
- Sholehuddin, 2003, Sistem Sanksi dalam Hukum Pidana, Ide Dasar Double Track System dan Implementasinya, RajaGrafindo Persada, Jakarta.
- Sianturi, S. R.,t.t. Tindak Pidana DI KUHP Berikut Uraianannya. Penerbit Alumni AHM – PTHM, Jakarta.
- Simanjuntak. B, 1982, Pengantar Kriminologi dan Patologi Sosial, Tarsito, Bandung.
- Siska Lis Sulistiani, 2016, Kejahatan dan Penyimpangan Seksual Dalam Perspektif Hukum Islam dan Hukum Positif Indonesia, Nuansa Aula, Bandung.
- Soedjono, 1997, Pelacuran Ditinjau dari Hukum dan Kenyataan dalam Masyarakat, Bandung, Karya Nusantara, Bandung.
- Soerjono Soekanto, 1990, Sosiologi Sebuah Pengantar, Rajawali Press, Jakarta.

- Soesilo. R., 1984. Pokok-pokok Hukum Pidana Peraturan Umum Delik-delik Khusus. Politea, Bogor.
- Sudarto, 1986, Hukum Dan Hukum Pidana, Alumni. Bandung.
- Sudikno Mertokusumo dan Pitlo, 1993, Bab- Bab Penemuan Hukum, Citra Aditya Bakti, Yogyakarta.
- Subekti, R., dan R. Tjitrosoedibjo., t.t., Kamus Hukum, Pradnya Paramita – Jakarta, Cetakan Ke 8, Tanpa Tahun.
- Sue Titus Reid, 1987, Criminal Justice, Procedur and Issues, West Publising Company, New York.
- Syaikh Sulaiman Ahmad Yahya Al-Faifi, 2009, Ringkasan Fikih Sunnah Sayyid Sabiq, Pustaka Al-Kautsar, Jakarta.
- Teo Huijbers, 1995, Filsafat Hukum, Kanisius, Yogyakarta.
- Than Dam Truong, 1992, Seks, Uang, dan Kekuasaan, LP3ES, Jakarta.
- Tjahyo Purnomo, 1985, Dolly: Membedah Dunia Pelacuran Surabaya, Grafiti Press, Surabaya.
- Tongat. 2002. Hukum Pidana Materiil. UMM Press. Malang.
- Tonry, Michael, 1996, Sentencing Matters, Oxford University Press, New York.
- Ulfiah, 2017, Prostitusi Remaja Putri Dan Ketahanan Keluarga Di Cianjur Jawa Barat, Direktorat Jendral Pendidikan Islam Subdit Penelitian Pengabdian Pada Masyarakat Dan Publikasi Ilmiah, Jakarta.
- Wirjono Prodjodikoro, 1981, Asas-Asas Hukum Pidana, Eresco, Bandung.
- Wahbah Zulaihi, 2008, Fiqih Imam Syafi'i 3, PT. Niaga Swadaya, Jakarta.
- , 2003. Tindak-tindak Pidana Tertentu Di Indonesia. PT. Refika Aditama, Bandung.
- Yesmil Anwar dan Andang, 2013, Kriminologi, PT. Refika Aditama, Bandung.
- Yopi Gunawan dan Kristian, 2015, Perkembangan Konsep Negara Hukum & Negara Hukum Pancasila, Refika Aditama, Bandung.
- Zainudin Ali, 2007, Hukum Pidana Islam, Sinar Grafika, Jakarta.
- Zamhri Abidin, 1986, Pengertian dan Asas Hukum Pidana Dalam Bagan dan Catatan Singkat, Ghalia Indonesia, Jakarta.
- Zulkarnain, "Hambatan Penegakan Hukum Terhadap Pelaku Kejahatan Korporasi dalam Sistem Peradilan Pidana Indonesia (Menunggu Peran Mahkamah Konstitusi dalam Upaya

Pemberantasan Kejahatan Korporasi)", Jurnal Konstitusi, Volume IV Nomor 2 November 2012.

Peraturan Perundang-undangan

KUHP (Kitab Undang – Undang Hukum Pidana), 1983, Terjemahan Resmi Oleh Tim Penerjemah Badan Pembinaan Hukum Nasional Departemen Kehakiman, Penerbit Sinar Harapan, Jakarta.

Negara Republik Indonesia, Undang-Undang Dasar Tahun 1945.

Negara Republik Indonesia, Undang-Undang RI. Nomor 21 Tahun 2007 tentang Pemberantasan Tindak Pidana Perdagangan Orang.

Negara Republik Indonesia, Undang-Undang Nomor 44 Tahun 2008 tentang Pornografi.

Negara Republik Indonesia, Undang-Undang RI Nomor 17 Tahun 2016 tentang Penetapan Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang Nomor 1 Tahun 2016 tentang Perubahan Kedua Atas Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2002 tentang Perlindungan Anak Menjadi Undang-Undang.

Negara Republik Indonesia, Undang-Undang Nomor 19 Tahun 2016 tentang Perubahan atas Undang-Undang Nomor 11 Tahun 2008 tentang Informasi dan Transaksi Elektronik.

Peraturan Gubernur Provinsi Daerah Khusus Ibukota Jakarta Nomor 18 Tahun 2018 tentang Penyelenggaraan Usaha Pariwisata.

Peraturan Daerah Kabupaten Daerah Tingkat II Indramayu Nomor 7 Tahun 1999 tentang Prostitusi.

Jurnal

Begum, Nazmina, 2013, The Significance of Regulating Prostitution, Internet Journal of Criminology, USA.

Farley, Melissa, 2004, Bad for Body, Bad for Heart, Prostitution Harms Women Even if Legalized or Decriminalized, Violence Against Women, Vol. 10 No. 10, 2004, New Zealand's.

Hasil Wawancara dengan Ipda Dwi Hartati, Kepala Unit Perlindungan Anak Polresta Cirebon, wawancara dilakukan pada tanggal 10 Januari 2020.

- Hasil Wawancara dengan Ipda Hartati, Kepala Unit Perlindungan Anak Polresta Kuningan, wawancara dilakukan pada tanggal 15 Januari 2020.
- Hasil Wawancara dengan Iptu Indri Hapsari, Kepala Unit Perlindungan Anak Polresta Indramayu, wawancara dilakukan pada tanggal 20 Januari 2020.
- Islamia Ayu Anindia, R.B. Sularto, "Kebijakan Hukum Pidana Dalam Upaya Penanggulangan Prostitusi Sebagai Pembaharuan Hukum Pidana", Jurnal Pembangunan Hukum Indonesia, Volume 1, Nomor 1, Tahun 2019.
- Jimly Asshiddiqie, Cita Negara Hukum Indonesia, Pidato Orasi Ilmiah Pada Wisuda Sarjana Hukum Fakultas Hukum Sriwijaya Palembang Tanggal 23 Maret 2004, dimuat dalam Jurnal Hukum Simbur Cahaya No. 25 Tahun IX Mei 2005.
- Rudhi Prasetya. "Perkembangan Korporasi dalam Proses Modernisasi", Makalah Seminar Nasional Hukum Pidana, Semarang: Fakultas Hukum Univ Diponegoro. Tanggal 13-24 Nopember 1989.
- Schulze, Erika, 2014, Sexual exploitation and prostitution and its impact on gender equality, Belgia, Brussels, Policy Department C: Citizens' Rights and Constitutional Affairs European Parliament.
- Siregar, Bismar, 1980, Tentang Pemberian Pidana, Kertas Kerja pada Simposium Pembaharuan Hukum Pidana Nasional di Semarang, tahun 1980.

Internet

- <https://www.benarnews.org/indonesian/berita/temukan-prostitusi-03282018170611.html>, diunduh 14 Agustus 2020.
- <http://www.cnnindonesia.com/internasional/studi-puluhanpsk-dinggris-bergelar-sarjana>, diakses 29 September 2020.
- Syafruddin, *Prostitusi Sebagai Penyakit Sosial dan Problematika Penegakkan Hukum*, <<http://library.usu.ac.id/modules.php?op=modload&name=Downloads&file=index&req=getit&lid=196>>, 1 Oktober 2007.

GLOSARIUM

A

Anal : Dubur

B

Base-value : Nilai dasar

C

Chip : Alat pendeteksi keberadaan

D

Das sollen : Suatu peraturan hukum yang bersifat umum

Das sein : Suatu peristiwa konkret yang terjadi di masyarakat

Double track system : Sistem pemidanaan dua jalur

E

Eksekusi :

G

Goal-value : Nilai tujuan

H

HAM : Hak Asasi Manusia

I

Incapacitation : Pelumpuhan

J

Justifikasi : Pembenaran

K

Kastrasi : Kebiri

L

Leitstar : Bintang penuntun

Lex specialis derogad : Hukum yang bersifat khusus yang lex generalis mengesampingkan hukum yang bersifat umum

M

Maatregel : Pelaksanaan tindakan pemidanaan

Maqasid al Syariah : Sebuah gagasan dalam hukum Islam bahwa syari'ah diturunkan Allah untuk mencapai tujuan-tujuan tertentu

Mens rea : Sikap batin

N

Nationale staat : Dasar negara

Noodverordening recht : Kondisi ketatanegaraan yang abnormal

O

Oral : Mulut

Overbelasting : Berlebihnya beban tugas atau menetapkan keadaan saja

P

Philosophische Grondslag : Filosofi dasar negara

Policy oriented approach : Pendekatan yang berorientasi pada kebijakan

PolitiekEconomische Democratie : Politik Ekonomi Demokrasi

R

Ratio legis : Alasan dasar dibentuknya suatu hukum

Rechtsidee : Dasar hukum

Rechtsstaat : Negara Hukum

Rekonstruksi : Penyusunan kembali

S

Straf : Pidana

Straf maat : Berat ringannya sanksi pidana

V

Value judgment approach : Pendekatan yang berorientasi pada nilai

Verkracting : Perkosaan

Verwijtbaarheid : Tingkat ketercelaan dari suatu perbuatan

PROFIL PENULIS



Dr. H. Iwan Rasiwan, S.H., M.H. Lahir di Karawang, 07 April 1975. Penulis menempuh pendidikan formal S-1 Hukum Unsika Karawang, S-2 Hukum Pidana Unpad Bandung, S-3 hukum Unisula Semarang. Dalam karirnya di kepolisian penulis pernah menjabat sebagai Kanit Reskrim Polsek Bungursari, KBO Lantas Polres Purwakarta, Kanit Laka Polres Purwakarta, Kapolsek Bojong Polres Purwakarta, Panit 1 Lantas Polsek Jatiluhur Res Pwk, Paur Rapkum Polres Purwakarta, Kanit Intelkam Polsek Bungursari, Kasat Intelkam Polres Kuningan, Kasat Intelkam Polres Cirebon, Kasat Intelkam Polres Indramayu, Kaur Pamkol Yanma Polda Jabar, Kasubag Prodok Analis Dit Intelkam Polda Jabar, dan saat ini berpangkat KOMPOL/ 75040690. Selain menjabat di kepolisian, penulis Pernah menjadi Dosen Universitas Kuningan, dan saat ini aktif dosen pada Universitas Buana Perjuangan Karawang.

INDEKS

A

Agama, 74, 99, 146, 148, 162, 185

B

Basis, 20

E

Ekonomi, 14, 54, 63, 185, 191

H

Hukum, vi, vii, viii, 1, 3, 5, 7, 8, 9,
11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18,
19, 22, 23, 29, 33, 36, 37, 39,
40, 41, 43, 44, 46, 56, 59, 63,
64, 65, 67, 73, 74, 75, 76, 77,
78, 79, 80, 83, 86, 88, 89, 93,
95, 100, 104, 106, 107, 108,
109, 112, 114, 117, 119, 120,
121, 123, 125, 128, 129, 130,
133, 135, 137, 138, 143, 146,
148, 149, 151, 155, 156, 159,
160, 161, 162, 164, 165, 166,
167, 169, 170, 171, 174, 177,
178, 179, 183, 184, 185, 186,
187, 188, 189, 191, 192, 193
Hukum Pidana, vii, viii, 1, 3, 7, 8,
11, 14, 16, 17, 18, 29, 33, 36,
37, 39, 40, 41, 43, 44, 46, 56,
59, 63, 64, 65, 67, 74, 75, 76,
77, 78, 79, 80, 83, 86, 88, 93,
95, 100, 112, 120, 123, 125,
128, 129, 130, 149, 151, 167,
177, 178, 179, 183, 184, 185,
186, 187, 188, 189, 193

I

Islam, vi, vii, 13, 73, 74, 77, 78, 79,
80, 81, 83, 86, 88, 89, 92, 98,
99, 109, 128, 136, 137, 138,
146, 148, 149, 151, 152, 160,
162, 167, 179, 180, 182, 183,
184, 185, 186, 187, 191

K

Keadilan, vi, viii, 12, 18, 19, 21,
22, 23, 24, 46, 63, 95, 106, 155,
157, 160, 161, 171, 185
Kejahatan, 1, 63, 104, 109, 128,
183, 185, 186, 187
Keseimbangan, vii, 22, 26, 159
Komparasi, viii, 141
Konsep, vii, 23, 29, 59, 60, 67, 70,
71, 106, 107, 187
Konstruksi, viii, 106, 114
KUHP, 1, 3, 4, vi, vii, viii, 3, 4, 6, 7,
8, 9, 10, 11, 16, 17, 26, 28, 29,
30, 31, 44, 49, 50, 51, 52, 54,
57, 58, 59, 60, 65, 74, 75, 76,
93, 94, 104, 106, 109, 113, 115,
118, 120, 123, 124, 126, 127,
128, 129, 130, 135, 141, 144,
145, 146, 149, 153, 154, 161,
164, 167, 171, 174, 177, 183,
184, 186, 188

L

Larangan, vii, 78, 111, 115, 162

M

Masyarakat, 5, 54, 73, 74, 92, 186, 187
Monodualistik, vii, 26
Moral, 19, 20, 21, 90, 106, 108, 184

N

Nasional, vii, viii, 4, 11, 17, 29, 43, 56, 59, 73, 79, 89, 100, 123, 146, 165, 184, 185, 188, 189
Negara, viii, 1, 19, 20, 23, 24, 26, 87, 98, 106, 107, 108, 118, 133, 136, 138, 141, 146, 153, 155, 157, 158, 159, 166, 178, 180, 182, 185, 187, 188, 189, 192
Nilai, vi, viii, 12, 16, 19, 22, 95, 106, 159, 161, 171, 190

P

Pancasila, vi, vii, viii, 10, 14, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 27, 65, 66, 98, 106, 107, 114, 115, 118, 119, 133, 138, 155, 156, 157, 158, 159, 160, 161, 164, 177, 178, 180, 182, 187
Pasal, 2, 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 17, 49, 50, 51, 52, 53, 54, 55, 56, 57, 58, 59, 60, 67, 70, 71, 74, 75, 76, 93, 94, 98, 107, 109, 110, 111, 112, 113, 114, 118, 119, 120, 123, 124, 126, 127, 129, 130, 133, 136, 141, 145, 149, 153, 154, 163, 164, 167, 171, 172, 174, 180
Pelacuran, 1, 3, 4, vi, vii, viii, 1, 5, 73, 74, 77, 78, 79, 81, 87, 88, 89, 90, 91, 92, 93, 95, 96, 98,

100, 102, 104, 106, 108, 109, 112, 114, 121, 122, 123, 128, 130, 141, 146, 152, 153, 154, 161, 162, 163, 171, 177, 183, 185, 186, 187
Pemidanaan, vii, 7, 27, 28, 30, 33, 37, 44, 45, 71, 112, 120, 153, 154, 172, 173, 183
Penemuan, viii, 155, 170, 187
Pengertian, vii, 33, 37, 59, 73, 77, 87, 91, 110, 168, 186, 187
Perspektif, viii, 11, 63, 98, 109, 117, 120, 155, 184, 186
Pertanggungjawaban, 1, 3, 4, vi, vii, viii, 31, 49, 54, 59, 65, 67, 69, 70, 100, 101, 102, 106, 161, 165, 166, 168, 171, 184, 186
Pidana, 1, 3, 4, vi, vii, viii, 7, 27, 30, 33, 34, 35, 36, 38, 39, 40, 42, 43, 46, 49, 54, 59, 63, 65, 76, 87, 91, 95, 98, 100, 101, 104, 106, 112, 113, 126, 129, 131, 141, 153, 160, 161, 167, 168, 171, 172, 173, 183, 184, 185, 186, 187, 188, 189, 192
Politik, 7, 11, 14, 108, 156, 157, 184, 191
Positif, 109, 149, 153, 179, 186

R

Rekonstruksi, vi, vii, viii, 11, 12, 95, 113, 161, 171, 174, 183, 192

S

Sanksi, 2, vii, 33, 46, 74, 81, 83, 184, 186
Sistem, vii, 4, 18, 30, 40, 41, 46, 49, 54, 59, 63, 104, 117, 119,

133, 136, 138, 161, 183, 184,
186, 187, 190
Sosial, 5, 12, 21, 22, 74, 82, 89, 90,
99, 117, 121, 122, 146, 149,
155, 157, 160, 183, 184, 186,
189
Substansi, viii, 117, 118

T

Teori, 5, 33, 37, 38, 39, 40, 45, 46,
65, 108, 119, 134, 155, 159,
164, 169, 183, 185

Tujuan, vii, 27, 28, 37, 43, 99, 120,
138, 162

U

Ulama, viii, 98, 100
UU, 2, 3, 17, 30, 54, 55, 113, 118,
119, 136, 143, 153, 164, 174
UUD, 1, 7, 8, 24, 26, 107, 112, 118,
119, 133, 136, 138, 155, 159,
164, 196



REKONSTRUKSI HUKUM BERBASIS NILAI KEADILAN

Pertanggungjawaban Tindak Pidana
Pelacuran Dalam KUHP

Rekonstruksi hukum yang berbasis pada nilai keadilan, sesungguhnya merupakan sebuah keharusan, terutama terkait dengan pertanggungjawaban tindak pidana pelacuran dalam KUHP yang masih menyisakan problem. Formulasi Pasal 296 Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP) telah disalahtafsirkan, sehingga menjadi dan bersifat diskriminatif, di mana hanya mucikari yang dipidana sedangkan pelaku pelacurannya tidak tersentuh. Salah tafsir baru terlihat, jika membandingkan antara Pasal 296 KUHP dengan Pasal 426 RUU-KUHP-2019. Makna dari frasa Pasal 296 KUHP adalah untuk diri si pelacur, sedangkan makna dari frasa Pasal 426 RUU-KUHP-2019 sebagai penghubung atau untuk mucikari. Buku ini menguraikan terkait bagaimana konstruksi hukum yang mengatur tindak pidana pelacuran dalam hukum positif Indonesia. Kemudian, menganalisis kelemahan-kelemahan dari konstruksi hukum tindak pidana pelacuran yang belum mencerminkan nilai keadilan. Dan selanjutnya, merekonstruksi pertanggungjawaban pidana terhadap pelaku tindak pidana pelacuran dalam KUHP yang berbasis pada nilai-nilai keadilan.



www.sketsamedia.id
sketsamediaid@gmail.com
www.shop.sketsamedia.id
0821-3813-5550

