

BAB II

**TINJAUAN UMUM MENGENAI TINDAK PIDANA,
PERTANGGUNGJAWABAN PIDANA, PELAKU PERDAGANGAN ORANG
SEBAGAI SUBJEK HUKUM PIDANA, OLEH AGEN PENYALUR TENAGA
KERJA ILEGAL**

A. Ruang Lingkup Tindak Pidana

1. Pengertian Tindak Pidana dan Kualifikasi Tindak Pidana

Pengertian Tindak Pidana dan Kualifikasi Tindak Pidana Istilah tindak pidana berasal dari istilah yang dikenal dalam hukum pidana Belanda yaitu *Strafbaar Feit*.²² Walaupun istilah ini terdapat dalam WvS Belanda namun tidak ada penjelasan resmi tentang apa yang dimaksud dengan *Strafbaar Feit*. Tindak pidana adalah perbuatan yang dilarang oleh suatu aturan hukum, larangan yang mana disertai sanksi yang berupa pidana tertentu, bagi barang siapa yang melanggar aturan tersebut. Tindak pidana juga dapat dikatakan sebagai perbuatan yang oleh suatu aturan hukum dilarang dan diancam pidana, dilarang ditujukan kepada perbuatannya, sedangkan ancaman pidananya ditujukan kepada orang yang menimbulkan kejadian itu.

Suatu perbuatan hukum dapat dinyatakan sebagai perbuatan pidana apabila memenuhi unsur obyektif dan subyektif. Tindak pidana merupakan bagian dasar dari pada suatu kesalahan yang dilakukan terhadap seseorang

²² Agus Rusianto, *Tindak Pidana dan Pertanggungjawaban Pidana*, Predanamedia, Jakarta, 2016, hlm. 11.

dalam melakukan suatu kejahatan. Jadi untuk adanya kesalahan hubungan antara keadaan dengan perbuatannya yang menimbulkan celaan harus berupa kesenjangan atau kealpaan. Dikatakan bahwa kesengajaan (*dolus*) dan kealpaan (*culpa*) adalah bentuk-bentuk kesalahan sedangkan istilah dari pengertian kesalahan (*schuld*) yang dapat menyebabkan terjadinya suatu tindak pidana adalah karena seseorang tersebut telah melakukan suatu perbuatan yang bersifat melawan hukum sehingga atas perbuatannya tersebut maka dia harus mempertanggungjawabkan segala bentuk tindak pidana yang telah dilakukan untuk dapat diadili dan apabila terbukti bahwa perbuatannya merupakan suatu tindak pidana maka dapat dijatuhi hukuman sesuai dengan pasal yang mengaturnya.

Kualifikasi adalah suatu pembagian atau pengelompokan. Kualifikasi tindak pidana menjadi tindak kejahatan dan pelanggaran tertuang dalam Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP), dimana untuk tindak pidana kejahatan dirumuskan didalam buku kedua Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP), dan tindak pidana pelanggaran dirumuskan didalam buku ketiga Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP). Namun Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP) tidak menjelaskan tentang kriteria yang dipakai untuk membedakan kedua tindak pidana yang diaturnya tersebut.

Kriteria perbedaan tentang kejahatan dan pelanggaran dapat ditemukan didalam ilmu pengetahuan hukum pidana, yang terdiri dari dua sudut pandang

yaitu bersifat kualitatif dan bersifat kuantitatif. Dalam pandangan yang bersifat kualitatif, kejahatan merupakan perbuatan yang bersifat *Rechts Delict* yang artinya tindak pidana kejahatan merupakan perbuatan yang bertentangan dengan keadilan, baik perbuatan tersebut diatur ancaman pidananya didalam undang-undang maupun tidak. Sedangkan pelanggaran merupakan perbuatan yang bersifat *Wet Delict* yang artinya suatu perbuatan baru dinyatakan sebagai tindak pidana setelah adanya undang-undang yang mengatur bahwa perbuatan tersebut merupakan tindak pidana.

Sifat kuantitatif, kriteria pembagian antara tindak kejahatan dan pelanggaran dilihat dari segi kriminologi yang membandingkan derajat kejahatan sebagai perbuatan yang gradasinya lebih berat dari pada pelanggaran.²³

Mengenai kualifikasi delik terdapat berbagai Pembagian delik, delik itu dapat dibedakan atas berbagai pembagian tertentu, seperti berikut ini:

a. Tindak Pidana Formil

Pembedaan antara tindak pidana formil dan tindak pidana materil dapat dilihat dari perumusan tindak pidana didalam undang-undang. Tindak pidana yang perumusannya lebih dititik beratkan kepada larangan terhadap perbuatannya, dikategorikan sebagai tindak pidana formil.

²³ *Ibid*, hlm. 36.

b. Tindak Pidana Materil

Tindak pidana materil adalah tindak pidana yang perumusannya lebih dititik beratkan kepada akibat yang dilarang. Tindak pidana ini selesai setelah akibat yang dilarang terjadi atau timbul.

c. Tindak Pidana *Commissionis*

Tindak pidana ini, sudut pandang yang dipakai adalah dengan melihat cara mewujudkan tindak pidana termaksud. Tindak pidana ini termasuk didalam tindak pidana *Commissionis*, yang cara mewujudkan tindak pidana dengan melakukan perbuatan yang dilarang.

d. Tindak Pidana *Omissionis*

Tindak pidana *Omissionis*, pelaku tidak melakukan sesuatu perbuatan yang seharusnya dilakukannya atau pelaku melanggar perintah dalam bentuk tidak berbuat sesuatu yang diperintahkan oleh undang-undang.

e. Tindak Pidana *Commissionis Per Omissionem Commissa*

Tindak pidana *Commissionis Per Omissionem Commissa*, yaitu pelaku melakukan tindak pidana yang merupakan pelanggaran larangan dengan cara tidak berbuat.²⁴

²⁴ *Ibid*, hlm. 38.

Ketiga bentuk tindak pidana ini pada dasarnya terdiri dari unsur-unsur yang sama, yang kemudian karena adanya perbedaan kualitas tertentu maka dibedakan menjadi tiga bentuk tersebut.

f. Tindak Pidana Aduan dan Tindak Pidana Biasa

Tindak Pidana aduan tidak dapat dituntut bila tidak ada pengaduan dari korban, atau dengan perkataan lain, dasar penuntutan dari tindak pidana pengaduan adalah pengaduan dari korban. Sedangkan tindak pidana bukan aduan, dapat dilakukan penuntutan meskipun tanpa pengaduan dari pihak korban.

Tindak pidana aduan ada yang bersifat absolut yang artinya pengaduan korban merupakan syarat mutlak yang harus dipenuhi agar tindak pidana ini bisa dilakukan penuntutan, misalnya Pasal 284 KUHP, Pasal 310 KUHP.

g. Tindak Pidana Sederhana, Tindak Pidana Diperberat, Tindak Pidana Ringan

Tindak pidana sederhana atau disebut juga dengan istilah tindak pidana standar memiliki unsur-unsur standar yang harus dimiliki pula oleh kedua bentuk lainnya. Jika ada tambahan unsur lain terhadap unsur-unsur yang dimiliki tindak pidana sederhana tersebut yang sifatnya lebih berat, maka tindak pidana termaksud dikategorikan sebagai tindak pidana diperberat.

2. Unsur – Unsur Tindak Pidana

Didalam perbuatan yang dapat dipidana dikenal adanya dua unsur yang melekat, yaitu *Criminal Act* (unsur yang melekat pada perbuatannya) dan *Criminal Responsibility* atau *Criminal Liability* (unsur yang melekat pada orang yang melakukan tindak pidana) yang dalam istilah hukum disebut sebagai pertanggungjawaban dalam hukum pidana.

Berdasarkan unsur yang melekat tersebut, timbulah dua sudut pandang terhadap unsur-unsur tindak pidana yang terdiri dari aliran monistis yang mensyaratkan *Criminal Act* dan *Criminal Responsibility* sebagai unsur tindak pidana dan aliran dualistis yang berpandangan bahwa untuk menyebutkan suatu perbuatan merupakan tindak pidana, cukup dengan melihat *Criminal Act*.

Moeljatno mengemukakan dua syarat atau dua unsur untuk dapat dipidananya seseorang yang terdiri dari syarat formil dan syarat materil. Yang dimaksud dengan syarat formil adalah perbuatan yang dilakukan harus memenuhi rumusan undang-undang, sebagaimana konsekuensi adanya asas legalitas didalam hukum pidana. Sedangkan syarat materil agar suatu perbuatan dapat dipidana adalah perbuatan yang dilakukan merupakan perbuatan melawan hukum yang oleh masyarakat dirasakan betul-betul sebagai perbuatan yang tidak patut dilakukan oleh seseorang. Perbuatan yang bersifat melawan hukum ini oleh Moeljatno disebutkan sebagai syarat mutlak untuk tindak pidana.

Chazawi juga mengemukakan adanya 11 unsur tindak pidana yang disimpulkannya dari rumusan-rumusan tindak pidana tertentu dari KUHP sebagai berikut :

1. Unsur tingkah laku;
2. Unsur melawan hukum;
3. Unsur kesalahan;
4. Unsur akibat konstitutif;
5. Unsur keadaan yang menyertai;
6. Unsur syarat tambahan untuk dapatnya dituntut pidana;
7. Unsur syarat tambahan untuk memperberat pidana;
8. Unsur syarat tambahan untuk dapatnya dipidana;
9. Unsur objek hukum pidana;
10. Unsur kualitas subyek hukum tindak pidana; dan
11. Unsur syarat tambahan untuk memperingan pidana.²⁵

3. Pertanggungjawaban Pidana

Pertanggungjawaban atau yang dikenal dengan konsep “*liability*” dalam segi falsafah hukum, yakni seorang filosof besar dalam bidang hukum pada abad ke 20, J.J. Roscoe Pound, menyatakan bahwa :²⁶

“I. use simple word “liability” for the situation where by one may exact legally and other is legally subjected to the exaction”

²⁵ *Ibid*, hlm. 28.

²⁶ Romli Atmasasmita, *Op.Cit*, hlm. 65.

Dalam hukum pidana konsep “pertanggungjawaban” itu merupakan konsep sentral yang dikenal dengan ajaran kesalahan. Dalam bahasa latin ajaran kesalahan dikenal dengan sebutan *mens rea* dilandaskan pada suatu perbuatan tidak mengakibatkan seseorang bersalah kecuali jika pikiran orang itu jahat. Dalam bahasa Inggris doktrin tersebut dirumuskan dengan *an act does not make a person guilty, unless the mind is legally blameworthy*. Berdasarkan asas tersebut, ada dua syarat yang harus dipenuhi untuk dapat memidana seseorang, yaitu ada perbuatan lahiriah yang terlarang/perbuatan pidana (*actus reus*) dan ada sikap batin jahat/ tercela (*mens rea*).²⁷

Dasar untuk memidanakan baik terhadap pelanggaran maupun kejahatan (tindak pidana) terdapat di dalam Pasal 1 ayat (1) KUHP yang berbunyi :

“Tiada suatu perbuatan dapat dipidana kecuali atas kekuatan aturan pidana dalam perundang-undangan yang telah ada, sebelum perbuatan dilakukan.”

Berdasarkan Pasal 1 ayat (1) KUHP maka seseorang dapat dipidana bila memenuhi hal-hal sebagai berikut :

1. Ada suatu norma pidana tertentu.
2. Norma pidana tersebut berdasarkan undang-undang.

²⁷ Achmad Ali, *Menguak Tabir Hukum*, Ghalia Indonesia, Bogor, 2011, hlm. 156.

3. Norma pidana itu harus telah berlaku sebelum perbuatan itu terjadi.

Penjatuhan pidana sendiri tidak bisa dilepaskan dari pertanggungjawaban pidana. Pengertian pertanggungjawaban pidana dalam arti luas didalamnya terkandung makna dapat dipidananya si pembuat atas perbuatannya. Terdapat dua pandangan yang membahas mengenai pertanggungjawaban pidana yaitu:

a. Pandangan Monistis

Pandangan monistis antara lain dikemukakan oleh Simons yang merupakan strafbaar feit atau tindak pidana sebagai berikut ²⁸:

“Eene strafbaar gestelde, onrechmatige met schuld in verband staande, van een toekeningsvaatbaar person”

(Suatu perbuatan yang oleh hukum diancam dengan pidana bertentangan dengan hukum, dilakukan oleh seorang yang bersalah dan orang itu dipandang bertanggung jawab atas perbuatannya)

Menurut aliran monisme unsur-unsur tindak pidana itu baik meliputi unsur-unsur perbuatan, yang lazim disebut unsur objektif, maupun unsur-unsur pembuat yang lazim dinamakan unsur subjektif. Oleh karena dicampurnya unsur perbuatan dan unsur

²⁸ Muladi dan Dwidya Priyatno, *Pertanggungjawaban Korporasi dalam Hukum Pidana*, Sekolah Tinggi Hukum Bandung, Cet I, 1991, hlm. 50.

pembuatannya, maka dapat disimpulkan bahwa tindak pidana atau *strafbaar feit* adalah sama dengan syarat-syarat penjatuhan pidana, sehingga seolah-olah dianggap apabila terjadi tindak pidana maka pasti pelakunya dapat dipidana.

Oleh karena itu penganut pandangan monistis tentang *strafbaar feit* berpendapat, bahwa unsur-unsur pertanggungjawaban pidana yang menyangkut pembuat delik yang meliputi²⁹ :

1. Kemampuan bertanggung jawab
2. Kesalahan dalam arti luas: sengaja dan/ kealpaan
3. Tidak ada alasan pemaaf.

Menurut pandangan monistis masalah tindak pidana dan pertanggungjawaban pidana adalah merupakan satu kesatuan dan tidak dapat dipisahkan satu dengan lainnya.

b. Pandangan Dualistis

Orang yang pertama yang menganut pandangan dualistis adalah Herman Kontrowicz, seorang sarjana hukum pidana yang berasal dari Jerman, yang memisahkan perbuatan dan pertanggungjawaban pidana, menurut Kontrowicz, untuk adanya penjatuhan pidana terhadap pembuat (*strafvorassetzugen*)

²⁹ *Ibid*, hlm. 51.

diperlukan terlebih dahulu pembuktian adanya perbuatan pidana (*strafbare handlung*), lalu sesudah itu diikuti dengan dibuktikan adanya schuld atau kesalahan subjektif pembuat.

Pandangan diatas merupakan ajaran yang diperkenalkan dan dianut oleh Moelyatno, Guru Besar Hukum Pidana Universitas Gadjah Mada dalam Pidato Dies Natalis VI UGM pada tanggal 19 Desember 1955. Sehubungan dengan pandangan Herman Kontrowicz, Moelyatno selanjutnya menyatakan yang pada pokoknya bahwa hakim dapat menjatuhkan pidana dengan berdasarkan kepada³⁰:

1. Bahwa telah terdapat perbuatan melawan hukum menurut hukum pidana.
2. Pelakunya dapat dipertanggung jawabkan menurut hukum pidana.
3. Terdapat syarat penjatuhan pidana.

Dengan adanya pandangan dualistis ini memudahkan kita dalam melakukan sistematika unsur-unsur mana dari suatu tindak pidana yang masuk ke dalam perbuatan dan yang mana yang masuk ke dalam pertanggungjawaban pidana (kesalahan).

³⁰ *Ibid*, hlm. 54.

Berdasarkan uraian tersebut diatas dapat disimpulkan bahwa masalah pertanggungjawaban pidana berkaitan erat dengan unsur kesalahan. Untuk memberikan arti tentang kesalahan yang merupakan syarat untuk menjatuhkan pidana, dijumpai beberapa pendapat antara lain³¹ :

a. Simons mengartikan kesalahan adalah :

“sebagai dasar untuk pertanggungjawaban dalam hukum pidana ia berupa keadaan psychisch (jiwa) dari si pembuat dan hubungannya terhadap perbuatannya dan dalam arti bahwa berdasarkan psychisch itu perbuatannya dicelakakan kepada si pembuat”.

b. Van Hamel mengatakan bahwa :

“kesalahan dalam suatu delik merupakan pengertian Psychologisch, perhubungan antara keadaan jiwa si pembuat dan terwujudnya unsur-unsur delik karena perbuatannya. Kesalahan adalah pertanggungjawaban dalam hukum”

Dari pendapat-pendapat tersebut diatas maka dapatlah dikatakan bahwa kesalahan itu mengandung unsur pencelaan terhadap seseorang yang telah melakukan tindak pidana.

Jadi artinya orang yang bersalah melakukan suatu perbuatan pidana dapat dicelakakan kepadanya karena perbuatannya itu.

³¹ *Ibid*, hlm. 58.

Pencelaan disini bukan pencelaan berdasarkan kesusilaan, melainkan pencelaan berdasarkan hukum yang berlaku. Untuk menentukan adanya kesalahan dari seseorang harus memenuhi beberapa unsur yaitu:

1. Adanya kemampuan bertanggungjawab dari si pembuat.
2. Hubungan batin antara si pembuat dengan perbuatannya yang berupa kesengajaan (*dolus*) atau kealpaan (*culpa*) ini disebut bentuk-bentuk kesalahan.
3. Tidak ada alasan pemaaf.

Mengenai kemampuan bertanggung jawab, KUHP tidak memberikan rumusan khusus dan hanya dapat kita temui dalam memori penjelasan (*Memorie van Toelichting*) yang menyebutkan mengenai kemampuan bertanggungjawab, tidak adanya kemampuan bertanggungjawab pada si pembuat, apabila³² :

1. Dalam hal pembuat tidak diberi kemerdekaan memilih antara berbuat atau tidak berbuat apa yang oleh undang-undang dilarang atau diperintahkan, dengan kata lain dalam hal perbuatan yang dipaksa.

³² *Ibid*, hlm. 61.

2. Dalam hal pembuat ada di dalam suatu keadaan tertentu sehingga ia tidak dapat menginsyafi bahwa perbuatannya bertentangan dengan hukum dan tidak mengerti akan akibat dari perbuatannya itu.

Dalam KUHP ketentuan yang menunjuk kearah kemampuan bertanggung jawab yaitu dalam Buku 1 Bab III Pasal 44 KUHP, yang berbunyi:

“Barang siapa melakukan perbuatan yang tidak dapat dipertanggungjawabkan kepadanya karena jiwanya cacat dalam pertumbuhan atau terganggu karena penyakit, tidak dipidana”

Unsur kedua dari kesalahan atau pertanggungjawaban pidana adalah hubungan batin antara si pembuat dengan perbuatannya, yang berupa kesengajaan (*dolus*) atau kealpaan (*culpa*). Dalam ilmu pengetahuan hukum pidana terdapat dua teori mengenai kesengajaan (*dolus*), yaitu³³ :

- a. Teori Kehendak (*wilstheori*)

Teori ini yang menyatakan bahwa sengaja (*dolus*) adalah kehendak menimbulkan suatu akibat karena tindakan itu. Dengan kata lain sengaja adalah apabila akibat suatu

³³ *Ibid*, hlm. 62.

tindakan dikehendaki, apabila akibat itu menjadi maksud benar-benar tindakan yang dilakukan tersebut.

b. Teori Membayangkan (*voorstelling theorie*)

Teori ini meyakini bahwa sengaja adalah apabila suatu akibat yang ditimbulkan karena suatu tindakan dibayangkan sebagai maksud tindakan itu.

Pengertian kesengajaan (*dolus*) dalam memori penjelasan adalah sama dengan *willens* end *wetens* (mehendaki dan mengetahui). Artinya bahwa seorang pelaku dapat dianggap sudah melakukan kejahatannya dengan sengaja, apabila ia memang benar-benar berkehendak untuk melakukan kejahatan tersebut dan mengetahui tentang maksud dari perbuatannya itu sendiri.

Sedangkan yang dimaksud dengan kealpaan KUHP sendiri tidak memberikan definisi seperti halnya kesengajaan. Dalam hal ini menurut Van Hamel syarat untuk adanya kealpaan adalah³⁴ :

1. Tidak mengadakan penduga-duga sebagaimana diharuskan oleh hukum.
2. Tidak mengadakan penghati-hati sebagaimana diharuskan oleh hukum.

³⁴ *Ibid*, hlm. 64.

Dengan adanya syarat pertama ini maka diletakan hubungan batin terdakwa dengan akibat yang timbul karena perbuatannya, atau keadaan yang menyertainya. Perbuatan yang telah dilakukan oleh terdakwa itu seharusnya dapat dihindarkan, karena seharusnya ia telah menduga terlebih dahulu bahwa perbuatannya akan menimbulkan akibat yang dilarang. Si pelaku dapat dicela dengan terjadinya perbuatan tersebut. Dapat dicela ini karena ia telah mengadakan dugaan sebagaimana diharuskan oleh hukum.

Syarat lainnya untuk adanya kesalahan adalah tidak ada alasan pemaaf, alasan pemaaf adalah alasan yang menghapuskan kesalahan dari terdakwa. Jadi tidak adanya alasan pemaaf tentu berarti tidak adanya alasan untuk menghapuskan kesalahan terdakwa.

Menurut Sudarto alasan pemaaf dapat dicela menyangkut pribadi si pembuat, dalam arti bahwa orang ini dapat dicela (menurut hukum) dengan perkataan lain ia tidak bersalah atau tidak dapat dpertanggungjawabkan, meskipun perbuatannya bersifat melawan hukum. Jadi disini ada alasan yang menghapuskan kesalahan si pembuat, sehingga tidak mungkin ada pembedaan.³⁵

³⁵ *Ibid*, hlm. 66.

Dengan demikian berdasarkan uraian diatas bahwa ketiga unsur dalam kesalahan merupakan kesatuan yang tidak dapat dipisah-pisahkan, yang satu bergantung dengan yang lainnya, dalam arti demikianlah urutannya dan yang disebut kemudian bergantung dengan yang disebutkan terlebih dahulu.

Konkritnya tidak mungkin dapat dipikirkan tentang adanya kesengajaan ataupun kealpaan, apabila seseorang tidak mampu bertanggung jawab, begitu pula tidak dapat dipikirkan mengenai alasan pemaaf, apabila orang tersebut tidak mampu bertanggung jawab, dan tidak pula adanya kesengajaan atau kealpaan.

Menentukan ada atau tidaknya kesalahan merupakan unsur yang penting dalam hukum pidana kita, hal ini sangat berhubungan dengan asas hukum pidana yaitu asas tiada pidana tanpa kesalahan, yang dalam istilah Belandanya yaitu "*Geen Straf Zonder Schuld*". Secara singkatnya asas tersebut tidak menghendaki dipidananya seseorang yang memang benar telah melakukan pelanggaran peraturan pidana, akan tetapi tanpa kesalahan.

B. Tinjauan Mengenai Pelaku Perdagangan Orang Sebagai Subjek Hukum Pidana

1. Pengertian Pelaku Tindak Pidana

Tindak pidana merupakan perbuatan yang dilakukan oleh seseorang dengan melakukan suatu kejahatan atau pelanggaran pidana yang merugikan kepentingan orang lain atau merugikan kepentingan umum. Menurut Vos, tindak pidana adalah suatu kelakuan manusia diancam pidana oleh peraturan-peraturan undang-undang, jadi suatu kelakuan pada umumnya dilarang dengan ancaman pidana.³⁶

Perbuatan pidana adalah perbuatan seseorang atau sekelompok orang yang menimbulkan peristiwa pidana atau perbuatan melanggar hukum pidana dan diancam dengan hukuman.³⁷ Berdasarkan pendapat para sarjana mengenai pengertian tindak pidana dapat diketahui unsur-unsur tindak pidana adalah harus ada sesuatu kelakuan (*gedraging*), kelakuan itu harus sesuai dengan uraian undang-undang (*wettelijke omschrijving*), kelakuan itu adalah kelakuan tanpa hak, kelakuan itu dapat diberatkan kepada pelaku, dan kelakuan itu diancam dengan hukuman.

³⁶ Tri Andrisman, *Hukum Pidana, Asas-Asas dan Dasar Aturan Umum Hukum Pidana Indonesia*, Universitas Lampung, 2009. hlm. 70.

³⁷ Tri Andrisman, *Hukum Pidana*, Universitas Lampung, 2009. hlm. 83.

Pelaku adalah orang yang melakukan tindak pidana yang bersangkutan, dalam arti orang yang dengan suatu kesengajaan atau suatu tidak sengaja seperti yang diisyaratkan oleh Undang-Undang telah menimbulkan suatu akibat yang tidak dikehendaki oleh Undang-Undang, baik itu merupakan unsur-unsur subjektif maupun unsur-unsur obyektif, tanpa memandang apakah keputusan untuk melakukan tindak pidana tersebut timbul dari dirinya sendiri atau tidak karena gerakkan oleh pihak ketiga.³⁸ Melihat batasan dan uraian diatas, dapat dikatakan bahwa orang yang dapat dinyatakan sebagai pelaku tindak pidana dapat dikelompokkan kedalam beberapa macam antara lain :

1. Orang yang melakukan (*dader plagen*)

Orang ini berindak sendiri untuk mewujudkan segala maksud suatu tindak pidana.

2. Orang yang menyuruh melakukan (*doen plagen*)

Dalam tindak pidana ini perlu paling sedikit dua orang, yakni orang yang menyuruh melakukan dan yang menyuruh melakukan, jadi bukan pelaku utama yang melakukan tindak pidana, tetapi dengan bantuan orang lain yang hanya merupakan alat saja.

3. Orang yang turut melakukan (*mede plagen*)

³⁸ Barda Nawawi Arif, *Sari Kuliah Hukum Pidana II*, Fakultas Hukum Undip, 1984. hlm. 37.

Turut melakukan artinya disini ialah melakukan bersama-sama. Dalam tindak pidana ini pelakunya paling sedikit harus ada dua orang yaitu yang melakukan (*dader plagen*) dan orang yang turut melakukan (*mede plagen*).

4. Orang yang dengan pemberian upah, perjanjian, penyalahgunaan kekuasaan atau martabat, memakai paksaan atau orang yang dengan sengaja membujuk orang yang melakukan perbuatan. Orang yang dimaksud harus dengan sengaja menghasut orang lain, sedang hasutannya memakai cara-cara memberi upah, perjanjian, penyalahgunaan kekuasaan atau martabat dan lain-lain sebagainya.

Kejahatan yang dilakukan seseorang akan menimbulkan suatu akibat yakni pelanggaran terhadap ketetapan hukum dan peraturan pemerintah. Akibat dari tindak pelanggaran tersebut maka pelaku kriminal akan diberikan sanksi hukum atau akibat berupa pidana atau pemidanaan. Sanksi tersebut merupakan pembalasan terhadap sipembuat.

Pemidanaan ini harus diarahkan untuk memelihara dan mempertahankan kesatuan masyarakat. Pemidanaan merupakan salah satu untuk melawan keinginan-keinginan yang oleh masyarakat tidak diperkenankan untuk diwujudkan pemidanaan terhadap pelaku tindak pidana tidak hanya membebaskan pelaku dari dosa, tetapi juga membuat pelaku benar-benar berjiwa luhur.

2. Prinsip – Prinsip Tanggung Jawab Pelaku Tindak Pidana

Prinsip tentang tanggung jawab merupakan perihal yang sangat penting dalam hukum perlindungan tindak pidana perdagangan orang. Dalam kasus-kasus pelanggaran perdagangan manusia diperlukan kehati-hatian dalam menganalisis siapa saja yang harus bertanggung jawab dan seberapa jauh tanggung jawab dapat dibebankan kepada pihak-pihak terkait.

Beberapa sumber formal hukum seperti peraturan perundang-undangan dan perjanjian standar di lapangan hukum pidana kerap memberikan pembatasan-pembatasan terhadap tanggung jawab yang dipikul oleh pelanggar hak konsumen.³⁹ Secara umum prinsip-prinsip tanggung jawab dalam hukum dapat dibedakan menjadi :

a. Prinsip Tanggung Jawab Berdasarkan Unsur Kesalahan

Prinsip tanggung jawab berdasarkan unsur kesalahan (*fault liability* atau *liability based on fault*) adalah prinsip yang cukup berlaku dalam hukum pidana dan perdata. Dalam kitab UndnagUndang Hukum Perdata, khususnya Pasal 1365, 1366, dan 1367, prinsip ini dipegang secara teguh.

Prinsip ini menyatakan seseorang baru dapat dimintakan pertanggungjawabannya secara hukum jika ada unsur kesalahan yang dilakukannya. Pasal 1365 KUH Perdata yang lazim dikenal

³⁹ Shidarta, *Hukum Perlindungan Konsumen*, Grasindo, Jakarta, 2000, hlm 72.

sebagai pasal perbuatan melawan hukum menyatakan bahwa tiap perbuatan melanggar hukum yang membawa kerugian kepada orang lain, mewajibkan orang yang karena salahnya menerbitkan kerugian itu, mengganti kerugian tersebut. Adapun unsur-unsur berdasarkan rumusan Pasal 1365 KUH Perdata adalah sebagai berikut :⁴⁰

1. Adany perbuatan melawan hukum
2. Adanya unsur kesalahan
3. Adanya kerugian yang diderita
4. Adanya hubungan kausalitas antara kesalahan dan kerugian.

Perbuatan melawan hukum tidak lagi hanya sekedar melanggar undang-undang, melainkan perbuatan melanggar hukum dapat berupa, melanggar hak orang lain, bertentangan dengan kewajiban hukum si pembuat, berlawanan dengan kesusilaan, dan berlawanan dengan hati-hati yang seharusnya diindahkan dalam pergaulan masyarakat terhadap diri atau benda orang lain.

Sedangkan pengertian kerugian menurut *Nieuwenhuis* adalah berkurangnya harta kekayaan pihak yang satu yang disebabkan oleh perbuatan (melakukan atau membiarkan) yang

⁴⁰ *Ibid*, hlm 73.

melanggar norma orang lain.⁴¹ Kerugian yang diderita seseorang secara garis besar dapat dibagi atas dua bagian yaitu kerugian yang menimpa diri dan kerugian yang menimpa harta benda seseorang.

Yang dimaksud dengan kesalahan adalah unsur yang bertentangan dengan hukum, pengertian hukum, dan tidak hanya bertentangan dengan undang-undang saja tetapi juga kepatutan dan kesusilaan dalam masyarakat.⁴²

Secara *common sense*, asas tanggung jawab ini dapat diterima karena adil bagi orang yang berbuat salah untuk mengganti kerugian bagi pihak korban. Dengan kata lain, tidak adil jika orang yang tidak bersalah harus mengganti kerugian yang di derita orang lain.

Mengenai pembagian beban pembuktian, asas ini mengikuti ketentuan Pasal 163 *Herziene Indonesisch Reglement* (HIR) atau Pasal 283 *Rechtsreglement voor de Buitengewesten* (RBG) dan Pasal 1865 KUH Perdata yang menyatakan barang siapa yang mengaku mempunyai suatu hak, harus membuktikan adanya hak atau peristiwa itu (*actorie incumbit probation*).

⁴¹ Abdul Wahab, *Hukum dan Perikatan*, Fakultas Hukum Universitas Sekolah Tinggi Hukum Bandung, Bandung, 1999, hlm. 79.

⁴² Shidarta, *Op. cit*, hlm. 73.

b. Prinsip Praduga Untuk Selalu Bertanggung Jawab

Prinsip ini menyatakan, tergugat selalu dianggap bertanggungjawab (*presumption of liability principle*), sampai ia dapat membuktikan bahwa ia tidak bersalah. Jadi beban pembuktian ada pada tergugat.⁴³

Tampak beban pembuktian terbalik (*omkering van bewijslast*) diterima dalam prinsip tersebut. UUPK pun mengadopsi sistem pembuktian terbalik ini, sebagaimana ditegaskan dalam Pasal 19, 22, dan 23. Dasar pemikiran dari teori pembalikan beban pembuktian adalah seseorang dianggap bersalah, sampai yang bersangkutan dapat membuktikan sebaliknya. Hal ini tentu bertentangan dengan asas hukum praduga tidak bersalah (*presumption of innocence*) yang lazim dikenal dalam hukum.⁴⁴

Namun jika diterapkan dalam kasus konsumen akan tampak, asas demikian cukup relevan. Jika digunakan teori ini, maka yang berkewajiban untuk membuktikan kesalahan itu ada pada pihak pelaku usaha yang digugat. Terugugat ini yang harus menghadirkan buktibukti, dirinya tidak bersalah.

c. Prinsip Praduga Untuk Tidak Selalu Bertanggung jawab

⁴³ *Ibid*, hlm. 75.

⁴⁴ *Ibid*, hlm. 76.

Prinsip ini adalah kebalikan dari prinsip praduga untuk selalu bertanggung jawab. Prinsip praduga untuk tidak selalu bertanggung jawab (*presumption nonliability principle*) hanya dikenal dalam lingkup transaksi konsumen yang sangat terbatas, dan pembatasan demikian biasanya secara *common sense* dapat dibenarkan.

d. Prinsip Tanggung Jawab Mutlak (*Strict Liability*)

Strict Liability adalah konsep pertanggungjawaban yang diterapkan pada pengadilan dalam kasus-kasus pertanggungjawaban produk. Dimana produsen dianggap bertanggung jawab terhadap sebagian atau seluruh kerusakan produk-produk berbahaya yang mengancam keamanan konsumen. Menurut R.C Hoerber et al, biasanya prinsip tanggung jawab mutlak ini diterapkan karena :⁴⁵

1. Konsumen tidak dalam posisi menguntungkan untuk membuktikan adanya kesalahan dalam suatu proses produksi dan distribusi yang kompleks.
2. Diasumsikan produsen lebih dapat mengantisipasi jika sewaktu-waktu ada gugatan atas kesalahannya,

⁴⁵ *Ibid*, hlm. 78.

misalnya dengan asuransi atau menambah komponen biaya tertentu pada harga produknya.

3. Asas ini memaksa produsen untuk lebih berhati-hati.

Prinsip tanggung jawab mutlak dalam hukum perlindungan konsumen secara umum digunakan untuk menjerat pelaku usaha, khususnya produsen barang yang memasarkan produknya yang merugikan konsumen.

- e. Prinsip Tanggung Jawab Dengan Pembatasan (*Limitation of Liability Principle*)

Prinsip tanggung jawab dengan pembatasan sangat disenangi oleh pelaku usaha untuk dicantumkan dalam klausul perjanjian dengan konsumen. Prinsip tanggung jawab ini sangat merugikan konsumen bila diterapkan secara sepihak oleh pelaku usaha.

C. Tinjauan Umum Mengenai Agen Penyalur Tenaga Kerja Ilegal Berdasarkan Undang-Undang Nomor 39 Tahun 2004 tentang Penempatan dan Perlindungan Tenaga Kerja Indonesia di Luar Negeri

Agen adalah penyalur bertindak dan atas nama suatu perusahaan tertentu menjual barang dan jasa hasil produksi perusahaan tersebut di daerah tertentu. Di agen tidak akan dijumpai barang dan jasa yang bukan produksi perusahaan bersangkutan. Agen menjual barang dan jasa dengan harga yang ditentukan oleh produsen.

Agen memperoleh komisi dari perusahaan yang sesuai dengan jumlah penjualan. Ada tiga jenis agen yang mewakili pelaku ekonomi yang berbeda, yaitu agen produsen, agen penjualan, dan agen pembelian.

Istilah Tenaga Kerja Indonesia (TKI) ilegal umumnya dipakai untuk menyebut orang Indonesia yang bekerja ke luar negeri tanpa menggunakan cara yang sesuai dengan peraturan dan tidak memiliki dokumen sah.

1. Sejak berangkat tidak melalui prosedur yang benar, hanya berbekal paspor atau bahkan tanpa paspor sama sekali alias masuk ke negara lain secara gelap.
2. Berangkat ke luar negeri dengan tujuan bekerja namun tidak memiliki visa kerja, melainkan menggunakan visa kunjungan sementara yang masa berlakunya terbatas.

3. Sewaktu berangkat ke luar negeri memang melalui prosedur resmi dan tidak memiliki dokumen sebagai TKI, namun dari tempat kerjanya semula kemudian berpindah-pindah atau melarikan diri ke tempat kerja lain tanpa mengurus dokumen kerja yang baru.
4. Dokumen kerja dan izin tinggal di negara itu telah habis masa berlakunya namun yang bersangkutan terus bekerja atau tinggal di negara itu tanpa memperpanjang dokumennya.

Menurut Pasal 1 bagian (1) Undang - Undang Nomor 39 Tahun 2004 tentang Penempatan dan Perlindungan Tenaga Kerja Indonesia di Luar Negeri, TKI adalah setiap warga negara Indonesia yang memenuhi syarat untuk bekerja di luar negeri dalam hubungan kerja untuk jangka waktu tertentu dengan menerima upah. Sedangkan menurut buku pedoman pengawasam perusahaan jasa tenaga kerja Indonesia adalah warga negara Indonesia baik laki - laki maupun perempuan yang melakukan kegiatan dibidang perekonomian, sosial, keilmuan, kesenian, dan olahraga profesional serta mengikuti pelatihan kerja di luar negeri baik di darat, laut maupun udara dalam jangka waktu tertentu berdasarkan perjanjian kerja yaitu suatu perjanjian antara pekerja dan pengusaha secara lisan dan atau tertulis baik untuk waktu tertentu maupun untuk waktu tidak tertentu yang memuat syarat-syarat kerja, hak dan kewajiban para pihak. Dengan adanya perjanjian kerja ini TKI akan lebih terlindungi apabila nantinya dikemudian hari pihak majikan atau pihak

perusahaan tempat TKI bekerja “wanprestasi” maka TKI dapat menentukan sesuai perjanjian kerja yang telah dibuat sebelumnya.

Sementara itu dalam Pasal 1 Kep. Manakertran RI No Kep 104A/Men/2002 tentang penempatan TKI keluar negeri disebutkan bahwa TKI adalah baik laki-laki maupun perempuan yang bekerja di luar negeri dalam jangka waktu tertentu berdasarkan perjanjian kerja melalui prosedur penempatan TKI. Prosedur penempatan TKI ini harus benar-benar diperhatikan oleh calon TKI yang ingin bekerja ke luar negeri tetapi tidak melalui prosedur yang benar dan sah maka TKI tersebut nantinya akan menghadapi masalah di negara tempat ia bekerja karena CTKI tersebut dikatakan TKI ilegal karena datang ke negara tujuan tidak melalui prosedur penempatan TKI yang benar.

Berdasarkan beberapa pengertian TKI tersebut, maka dapat dikemukakan bahwa TKI adalah setiap warga negara Indonesia yang memenuhi syarat untuk bekerja di luar negeri dalam jangka waktu tertentu berdasarkan perjanjian kerja melalui prosedur penempatan TKI dengan menerima upah.

Menurut Undang-Undang Nomor 39 Tahun 2004 tentang Penempatan dan Perlindungan Tenaga Kerja Indonesia di Luar Negeri bahwa setiap calon TKI yang akan mendaftarkan diri untuk bekerja di luar negeri harus memenuhi prosedur yang telah ditentukan.

Perekrutan calon TKI oleh pelaksana penempatan TKI dilakukan terhadap calon TKI yang telah memenuhi persyaratan:

- a. berusia sekurang-kurangnya 18 (delapan belas) tahun kecuali bagi calon TKI yang akan dipekerjakan pada Pengguna perseorangan sekurang-kurangnya berusia 21 (dua puluh satu) tahun;
- b. sehat jasmani dan rohani'
- c. tidak dalam keadaan hamil bagi calon tenaga kerja perempuan; dan
- d. berpendidikan sekurang-kurangnya lulus Sekolah Lanjutan Tingkat Pertama (SLTP) atau yang sederajat.

Selain persyaratan tersebut di atas, menurut Pasal 51 UndangUndang Nomor 39 Tahun 2004 tentang Penempatan dan Perlindungan Tenaga Kerja Indonesia di Luar Negeri, calon TKI juga wajib memiliki dokumen – dokumen, yaitu :

- a. Kartu Tanda Penduduk, Ijazah pendidikan terakhir, akte kelahiran atau surat keterangan kenal lahir
- b. Surat keterangan status perkawinan bagi yang telah menikah melampirkan copy buku nikah
- c. surat keterangan izin suami atau istri, izin orang tua, atau izin wal
- d. sertifikat kompetensi kerja;
- e. surat keterangan sehat berdasarkan hasil-hasil pemeriksaan kesehatan dan psikologi;

- f. paspor yang diterbitkan oleh Kantor Imigrasi setempat;
- g. visa kerja;
- h. perjanjian penempatan kerja
- i. perjanjian kerja, dan
- j. KTKLN (Kartu Tenaga Kerja Luar Negeri) adalah kartu identitas bagi TKI yang memenuhi persyaratan dan prosedur untuk bekerja di luar negeri.

Setelah calon TKI memenuhi persyaratan yang ditentukan, maka para calon TKI wajib mengikuti serangkaian prosedur sebelum nantinya ditempatkan di luar negeri. Pada masa pra penempatan kegiatan calon TKI meliputi:

a. Pengurusan SIP

Sesuai dengan ketentuan Undang-Undang Nomor 39 Tahun 2004 tentang Penempatan Dan Perlindungan Tenaga Kerja Indonesia Di Luar Negeri, pelaksana penempatan TKI swasta yang akan melakukan perekrutan wajib memiliki SIP dari Menteri. Untuk mendapatkan SIP, pelaksana penempatan TKI swasta harus memiliki:

- 1) Perjanjian kerjasama penempatan;
- 2) Surat permintaan TKI dari pengguna;
- 3) Rancangan perjanjian penempatan; dan
- 4) Rancangan perjanjian kerja.

Dalam proses untuk mendapatkan SIP tersebut, surat permintaan TKI dari Pengguna perjanjian kerjasama penempatan, dan rancangan perjanjian kerja harus memperoleh persetujuan dari pejabat yang berwenang pada Perwakilan Republik Indonesia di negara tujuan. Selain itu Pelaksana penempatan TKI swasta dilarang mengalihkan atau memindahkan SIP kepada pihak lain untuk melakukan perekrutan calon TKI.

b. Perekrutan dan seleksi;

Proses perekrutan didahului dengan memberikan informasi kepada calon TKI sekurang- kurangnya tentang:

- 1) tata cara perekrutan;
- 2) dokumen yang diperlukan;
- 3) hak dan kewajiban calon TKI/TKI;
- 4) situasi, kondisi, dan resiko di negara tujuan; dan
- 5) tata cara perlindungan bagi TKI.

Informasi disampaikan secara lengkap dan benar. Informasi wajib mendapatkan persetujuan dari instansi yang bertanggungjawab di bidang ketenagakerjaan dan disampaikan oleh pelaksana penempatan TKI swasta.

c. Pendidikan dan pelatihan kerja;

Calon TKI wajib memiliki sertifikat kompetensi kerja sesuai dengan persyaratan jabatan. Dalam hal TKI belum memiliki kompetensi kerja pelaksana penempatan TKI swasta wajib melakukan pendidikan dan pelatihan sesuai dengan pekerjaan yang akan dilakukan. Calon TKI berhak mendapat pendidikan dan pelatihan kerja sesuai dengan pekerjaan yang akan dilakukan. Pendidikan dan pelatihan kerja bagi calon TKI dimaksudkan untuk:

- 1) membekali, menempatkan dan mengembangkan kompetensi kerja calon TKI;
- 2) memberi pengetahuan dan pemahaman tentang situasi, kondisi, adat istiadat, budaya agama, dan risiko bekerja di luar negeri;
- 3) membekali kemampuan berkomunikasi dalam bahasa negara tujuan; dan
- 4) memberi pengetahuan dan pemahaman tentang hak dan kewajiban calon TKI/TKI.

Pendidikan dan pelatihan kerja dilaksanakan oleh pelaksana penempatan tenaga kerja swasta atau lembaga pelatihan kerja yang telah memenuhi persyaratan. Pendidikan dan pelatihan harus memenuhi persyaratan sesuai dengan peraturan perundang-undangan yang berkaitan dengan pendidikan dan pelatihan kerja.

d. Pemeriksaan kesehatan dan psikologi;

Pemeriksaan kesehatan dan psikologi bagi calon TKI dimaksudkan untuk mengetahui dengan kesehatan dan tingkat kesiapan psikis serta kesesuaian kepribadian calon TKI dengan pekerjaan yang akan dilakukan di negara tujuan. Setiap calon TKI harus mengikuti pemeriksaan kesehatan dan psikologi yang diselenggarakan oleh sarana kesehatan dan lembaga yang menyelenggarakan pemeriksaan psikologi yang ditunjuk oleh Pemerintah.

e. Pengurusan dokumen;

Untuk dapat ditempatkan di luar negeri, calon TKI harus memiliki dokumen yang meliputi:

- 1) Kartu Tanda Penduduk, Ijazah pendidikan terakhir, akte kelahiran atau surat keterangan kenal lahir;
- 2) surat keterangan status perkawinan bagi yang telah menikah melampirkan copy buku nikah;
- 3) surat keterangan izin suami atau istri, izin orang tua, atau izin wali;
- 4) sertifikat kompetensi kerja;
- 5) surat keterangan sehat berdasarkan hasil-hasil pemeriksaan kesehatan dan psikologi;
- 6) paspor yang diterbitkan oleh Kantor Imigrasi setempat;

- 7) visa kerja;
- 8) perjanjian penempatan kerja;
- 9) perjanjian kerja, dan
- 10) KTKLN

- f. Uji kompetensi;
- g. Pembekalan Akhir Pemberangkatan (PAP); dan

Pembekalan Akhir Pemberangkatan yang disebut PAP adalah kegiatan pemberian pembekalan atau informasi kepada calon TKI yang akan berangkat bekerja ke luar negeri agar calon TKI mempunyai kesiapan mental dan pengetahuan untuk bekerja ke luar negeri, memahami hak dan kewajibannya serta dapat mengatasi masalah yang akan dihadapi. Pelaksana penempatan TKI swasta wajib mengikutsertakan TKI yang akan diberangkatkan ke luar negeri dalam pembekalan akhir pemberangkatan.

Tugas PAP adalah memberikan materi tentang aturan negara setempat. Perjanjian kerja (hak dan kewajiban TKI), serta pembinaan mental dan kepribadian. Adanya PAP ini diharapkan TKI sudah siap menghadapi kemungkinan-kemungkinan yang akan timbul kemudian.

Pembekalan akhir pemberangkatan (PAP) dimaksudkan untuk memberikan pemahaman pendalaman terhadap:

- 1) peraturan perundang-undangan di negara tujuan; dan

2) materi perjanjian kerja

Pembekalan akhir pemberangkatan (PAP) menjadi tanggung jawab Pemerintah.

h. Pemberangkatan

Adanya persyaratan dan prosedur yang harus dipenuhi oleh calon TKI tersebut di atas, dapat diketahui bahwa dengan perencanaan tenaga kerja akan memudahkan pemerintah maupun calon TKI dalam memecahkan persoalan mengenai ketenagakerjaan termasuk perlindungan kepada calon TKI, baik waktu sekarang maupun yang akan datang. Sehingga hal itu akan memudahkan pemerintah melalui Instansi yang terkait dalam hal ini Dinsosnakertrans maupun masyarakat dalam mengambil suatu kebijaksanaan guna mengatasi masalah ketenagakerjaan tersebut sesuai dengan tujuan yang hendak dicapai termasuk perlindungan calon TKI yang bekerja di luar negeri.