

BAB II

TINJAUAN UMUM TENTANG MAHAR POLITIK, KEBIJAKAN HUKUM PIDANA DAN PEMILIHAN KEPALA DAERAH

A. Tinjauan Umum tentang Mahar Politik

1. Pengertian Mahar Politik

Mahar dalam konteks pernikahan sejatinya adalah harta yang diberikan oleh pihak mempelai laki-laki (atau keluarganya) kepada mempelai perempuan (atau keluarga dari mempelai perempuan) pada saat pernikahan.

Dalam Kamus Besar Bahasa Indonesia (KBBI) menjelaskan bahwa mahar/ma*har/n adalah pemberian wajib berupa uang atau barang dari mempelai laki-laki kepada mempelai perempuan ketika dilangsungkan akad nikah; maskawin.

Kata mahar berasal dari bahasa Arab yaitu "*al-Mahr*", jamaknya "*Muhur*" dan "*Muhurah*". Sedangkan menurut bahasa, kata "*al-mahr*" bermakna "*al-Sadaq*" yang dalam bahasa Indonesia diartikan dengan "maskawin", yaitu pemberian segala sesuatu kepada seseorang perempuan yang akan dijadikan istri.³²

Para ulama memberikan pengertian mahar, yaitu: *Pertama*, mahar diartikan sebagai nama suatu benda yang wajib diberikan oleh seorang pria terhadap seorang wanita yang disebut dalam akad nikah sebagai perwujudan

³² Edy Supriatna Sjafei, *Adakah kesamaan Mahar Nikah dan Mahar Politik*, dikutip dari <https://www.kompasiana.com> diakses 14 Agustus 2019.

hubungan antara pria dan wanita itu untuk hidup bersama sebagai suami istri. *Kedua*, mahar adalah pemberian yang wajib diberikan dan dinyatakan oleh calon suami atas calon istrinya di dalam *sighat* akad nikah yang merupakan tanda persetujuan, kerelaan dari mereka untuk hidup sebagai suami istri. *Ketiga*, mahar adalah pemberian dari calon mempelai pria pada calon mempelai wanita baik berbentuk barang, uang, maupun jasa yang tidak bertentangan dengan hukum Islam. Dari ketiga pengertian mahar menurut istilah tersebut, mahar menurut istilah dapat disimpulkan sebagai sebuah pemberian wajib dari seorang pria kepada seorang wanita, baik berbentuk barang, uang, maupun jasa yang tidak bertentangan dengan agama Islam di waktu akad nikah. Jadi, mahar hanyalah sebutan atau nama untuk suatu harta yang wajib diberikan kepada wanita sebagai calon mempelai di dalam akad nikah.

Jika melihat makna mahar dalam konteks sebagai pemberian untuk menjadi anggota partai atau belajar maka kini maknanya sudah bergeser luas. Mahar tak lagi bermakna sebatas dalam konteks pemberian calon pengantin lelaki kepada pasangannya, tetapi juga bisa sebagai pemberian atau berupa sogokan dan seterusnya untuk mendapat restu/dukungan.

Menurut Basuki Tjahaja Purnama (Ahok), Mantan Gubernur Jakarta, menyatakan bahwa mahar politik adalah ongkos yang dikeluarkan untuk menutupi biaya menggerakkan parpol sejak dari tingkat bawah sampai ke atas. Sedangkan menurut Fadli Zon, Wakil Ketua DPR RI menyebut mahar politik dengan istilah biaya politik yaitu biaya yang dikeluarkan selama

Pemilu berlangsung, dana-dana untuk pembiayaan calon, biaya saksi, iklan, kampanye dan lain-lain.³³

Menurut M. Imam Nasef, Pengamat Hukum Tata Negara SIGMA menjelaskan bahwa pengertian mahar politik terbagi 2 (dua), yaitu: *Pertama*, suatu imbalan khususnya dalam bentuk uang yang diberikan seorang calon kepada partai politik tertentu, dengan maksud agar parpol tersebut mencalonkan yang bersangkutan dalam Pilkada. Praktik semacam ini sering diistilahkan dengan “jual-beli perahu”, *Kedua* yakni mengacu pada sejumlah uang yang dipersiapkan untuk membantu biaya operasional keikutsertaan calon tertentu dalam suatu kontestasi Pilkada.³⁴ Lain dari pada itu Suhud Alynudin, Sekretaris DPP PKS Bidang Polhukam berpendapat bahwa mahar politik merupakan sebuah konsekuensi dari sistem demokrasi yang ada di Indonesia, yaitu setiap warga negara dapat memilih langsung pemimpinnya. Akibat dari sistem itu, muncul biaya untuk membayar ongkos kampanye dan saksi pada pemungutan suara.³⁵ Namun banyak kalangan tampak lebih memersepsikan soal mahar dengan praktik “jual beli” dukungan antara calon dalam pilkada atau pilgub (juga dalam pileg dan pilpres) dengan parpol.

³³ Fauziah Mursid, *Ini definisi Mahar Politik Versi Fadli Zon*, dikutip dari <http://nasional.republika.co.id> diakses 14 Agustus 2019.

³⁴ Umi Nur Fadhillah, *Pengamat: Mahar Politik diatur dalam UU Pilkada*, (dikutip dari <http://www.republika.co.id> diakses 14 Agustus 2019.

³⁵ Ihsanuddin, *PKS: Mahar Politik Konsekuensi Sistem*, dikutip dari <http://nasional.kompas.com> diakses 14 Agustus 2019.

2. Munculnya Mahar Politik

Mahar politik merupakan suatu istilah yang dewasa ini sangat berkembang dalam dunia perpolitikan nasional dan menjadi suatu isu yang hangat diperbincangkan terutama dalam hal pelaksanaan Pemilihan Umum di negeri ini. Jika melihat di dalam konteks aturan perundang-undangan, istilah “mahar politik” sebenarnya tidak pernah ada dan tidak pernah dikenal di dalam undang-undang. Ketua Badan Pengawas Pemilu (Bawaslu) Provinsi DKI Jakarta, Muhammad Jufri, S.Sos. M. Si. menjelaskan bahwa dalam aturan negara terutama yang tercantum di dalam Undang-Undang Nomor 10 Tahun 2016, tidak ditemukan istilah “mahar politik”. Akan tetapi, di dalam undang-undang tersebut, istilah yang digunakan adalah imbalan yang diterima oleh partai politik pada saat mengajukan kandidat kepala daerah dalam Pilkada. Munculnya istilah “mahar politik” sebenarnya merupakan istilah atau bahasa yang berasal dari media saja.

“Kalau diatur di dalam Undang-undang Nomor 10 tahun 2016 jadi sebenarnya istilah mahar politik itu tidak ada. Tetapi di undang-undang itu bunyi bahwa partai politik dilarang menerima imbalan dari bakal pasangan calon yang ingin menjadi calon kepala daerah yang diajukan oleh partai politik. Dalam Pasal 47 ini bunyinya partai politik atau gabungan partai politik dilarang menerima imbalan dalam bentuk apapun pada proses pencalonan Gubernur, Bupati, dan Walikota. Kemudian di ayat 2 nya berbunyi dalam hal partai politik atau gabungan partai politik terbukti menerima imbalan sebagaimana dimaksud pada ayat 1, partai politik atau gabungan partai politik yang bersangkutan dilarang mengajukan calon pada periode berikutnya di daerah yang sama. Jadi dalam undang-undang tidak ada istilah mahar politik, itu hanya bahasa media saja. Tapi itu istilahnya adalah imbalan yang diterima oleh partai politik pada saat mengajukan calon peserta Pemilu (Senin, 26 Februari 2018 di Kantor Bawaslu DKI Jakarta).”

Media sebenarnya memiliki pengaruh yang besar dan kuat di dalam memunculkan istilah “mahar politik”. Bahasa pewartaan media selalu mengidentikan aktifitas pemberian uang yang diberikan oleh bakal calon kepala daerah dengan maksud untuk mendapatkan rekomendasi, persetujuan dan diusung oleh partai politik sebagai calon kepala daerah dengan istilah pemberian “mahar politik”. Pernyataan tersebut disampaikan oleh Fadli Ramadhanil yang mengatakan bahwa:

“Kalau mahar politik itu kan istilah yang muncul di khalayak ramai dalam banyak pembahasan dan pewartaan media. Mahar politik di identikan dengan bagaimana calon kepala atau bakal calon kepala daerah sebagai calon orang yang akan diusung partai, memberikan uang untuk mendapatkan rekomendasi dan persetujuan dari partai. Uang atau pemberian itulah yang disebut dengan mahar, kalau dalam bahasa umum dan bahasa pewartaan yang disebutkan oleh media (Rabu, 21 Februari 2018 di Kantor Perludem).”

Dalam pandangan Perludem, praktik mahar politik tersebut lebih tepat disebut dengan praktik suap kepada partai politik yang dilakukan oleh bakal calon kepala daerah kepada partai politik terutama yang memiliki kursi di DPRD untuk kemudian mendapatkan persetujuan dari partai tersebut guna memuluskan langkah pencalonan bakal calon kepala daerah tersebut di Pilkada baik Gubernur, Bupati/Walikota. Sebagaimana disampaikan dalam wawancara berikut ini:

“Pemberian uang kepada partai itu kan praktek rancu sebetulnya dalam penyelenggaraan Pilkada. Kalau kita lebih pas menyebut suap terhadap partai politik, suap kepada partai dari bakal calon kepala daerah untuk kemudian mendapatkan persetujuan dari partai dalam pencalonan pemilihan kepala daerah baik tingkatan provinsi maupun kabupaten / kota. Itu yang kemudian banyak terjadi dalam setiap Pilkada tidak hanya di 2018 sebetulnya, pemberian uang kepada partai itu bahkan sudah terjadi sejak

Pilkada langsung pertama kali 2005(Rabu, 21 Februari 2018 di Kantor Perludem).”

Munculnya praktik mahar politik ini sebenarnya tidak bisa dilepaskan dari adanya ketentuan perundang-undangan terutama di dalam Undang-undang Nomor 10 Tahun 2016 tentang Pemilihan Gubernur, Bupati, dan Walikota Pasal 40 A yang mensyaratkan kepada seseorang kandidat atau pasangan calon untuk dapat maju dalam Pilkada baik Gubernur, Bupati/Walikota melalui jalur partai politik agar memenuhi persyaratan mendapat dukungan minimal 20 % (dua puluh persen) dari jumlah kursi Dewan Perwakilan Rakyat Daerah (DPRD). Untuk mendapatkan dukungan sebesar itu, maka kandidat tersebut wajib diusung oleh partai politik yang memiliki kursi di DPRD, jika kursi suatu partai politik tidak memenuhi angka batas minimal yaitu 20% kursi DPRD, maka koalisi atau gabungan partai politik merupakan langkah yang harus dilakukan oleh kandidat tersebut sehingga dia dapat memenuhi angka kursi minimal untuk akhirnya dapat dicalonkan sebagai calon kepala daerah dari partai politik atau gabungan partai politik.

Proses mencari dukungan dari partai politik tersebutlah yang menjadi suatu tahapan awal dari serangkaian tahapan panjang Pilkada yang rawan dengan praktik politik uang (*money politic*). Jika melihat maknanya, praktik politik uang merupakan istilah politik yang merupakan suatu praktek pemberian uang atau materi lainnya untuk dapat menduduki jabatan di birokrat sampai dengan untuk menduduki jabatan elite politik tertentu, misalnya DPR, DPRD, dan kepala daerah (Sugiharto, 2016:110). Menurut

penelitian yang dilakukan oleh Indonesia Corruption Watch (2016:73-74) bahwa pelaksanaan politik uang tersebut dapat dilaksanakan setidaknya dalam 3 (tiga) fase yaitu fase nominasi kandidat, tahapan pengumpulan modal pemenangan, dan proses kampanye serta pemilihan. Fase pertama yaitu fase nominasi kandidat menjadi suatu fase yang rentan dengan praktik politik uang termasuk di dalamnya adalah praktik mahar politik.

Praktik mahar politik ini muncul di fase awal Pilkada mengingat adanya keinginan dari pasangan calon untuk mendapatkan dukungan minimal 20% kursi DPRD tersebut, sehingga ada beberapa kandidat yang menghalalkan segala cara untuk mendapatkan dukungan dari partai politik. Selain itu juga tidak sedikit partai politik yang tidak memberikan kursinya secara “gratis” untuk diberikan kepada seorang kandidat, sehingga kandidat harus memberikan uang “mahar” atau dalam istilah lainnya disebut “uang sewa perahu” kepada partai politik tersebut agar pada akhirnya dapat memberikan dukungan dan mengeluarkan surat pengusungan di Pilkada. Begitu pula yang terjadi di partai politik, tidak sedikit juga partai politik yang meminta uang “mahar” kepada kandidat untuk dapat memberikan persetujuan dukungan kepada kandidat tersebut. Hal itu disampaikan oleh wakil ketua Bappilu DPW Partai NasDem DKI Jakarta dalam wawancara sebagai berikut:

“Dalam perundang-undangan kita kan dukungan terhadap calon itu 20% dari kursi DPRD, yang sering terjadi orangkan melihat begini :kursi gue sekian-sekian dong. Kenapa itu terjadi? Mungkin karna mereka berpikir bahwa ini dapatnya kan bukan hasil minta (12 Februari 2018 di Ruang Fraksi Partai NasDem DPRD DKI Jakarta).”

Dari pernyataan tersebut, dapat disimpulkan bahwa pemberian uang suap atau “mahar” dari kandidat kepada partai politik menurut pengamatan wakil ketua Bappilu Partai NasDem DKI Jakarta, Bestari Barus, S.H. diakibatkan dari adanya aturan bagi pasangan calon untuk memenuhi 20% kursi DPRD agar dapat maju di dalam Pilkada, sehingga untuk mendapatkan dan memenuhi kuota 20% kursi DPRD tersebut, tidak jarang partai politik yang tidak memberikan kursinya secara gratis. Oleh karena itu, muncullah praktik-praktik mahar politik yang pada dasarnya adalah untuk membeli kursi DPRD yang semakin banyak kursi DPRD yang dimiliki oleh suatu partai politik, maka biaya maharnya pun akan semakin besar.

Adanya syarat bagi kandidat yang ingin maju dalam Pilkada yaitu terkait dengan harus terpenuhinya batas minimal dukungan kursi partai politik di DPRD sebesar 20%, berdampak terhadap biaya yang harus dikeluarkan oleh kandidat menjadi sangat besar. Mereka mengeluarkan biaya yang tinggi untuk dapat memenuhi syarat dukungan parpol 20% dari kursi DPRD tersebut. Kita ambil contoh, secara nasional rata-rata kursi DPRD kab/kota totalnya 50 kursi, maka sekurang-kurangnya kandidat tersebut harus mendapat 10 kursi. Untuk mendapatkan setidaknya 10 kursi tersebut, ada partai politik yang tidak memberikan kursinya secara gratis, maka disana ada indikasi terhadap aktivitas sistem *buying*. Kasus tersebut akhir-akhir ini terungkap dengan munculnya beberapa kasus adanya permintaan mahar dari partai politik ke beberapa kandidat kepala daerah, seperti munculnya kasus La Nyala Mataliti di Pilgub Jawa Timur dan beberapa tokoh yang tidak

mendapatkan dukungan dari partai politik yang akhirnya “nyanyi-nyanyi” di media bahwa mereka telah mengeluarkan sejumlah uang dengan nominal mulai dari ratusan juta hingga miliaran rupiah guna mendapatkan dukungan dari partai politik tertentu. Namun, sampai dengan batas akhir pendaftaran peserta Pilkada, mereka belum juga mendapatkan dukungan dari partai politik tersebut. Bahkan yang membuat mereka kecewa hingga akhirnya meluapkan kekecewaannya dengan menyampaikan kepada media adalah adanya pengalihan dukungan yang seharusnya mereka terima akhirnya malah dialihkan kepada pasangan calon lain dan uang “mahar” yang sudah diberikan oleh kandidat yang gagal tadi kepada partai politik, ternyata tidak dapat dikembalikan.

Permasalahan mahar politik juga sempat mewarnai pelaksanaan Pilkada DKI Jakarta. Meskipun tidak disebutkan secara jelas apakah ada permintaan mahar dari partai politik atau tidak, namun salah satu kandidat calon gubernur saat itu Basuki Tjahaja Purnama yang juga petahana menyebut bahwa dirinya tidak memiliki cukup dana untuk melakukan kampanye apalagi untuk memberi uang mahar kepada partai politik. Sehingga Ahok pun pada awalnya memutuskan untuk menjadi kandidat melalui jalur independen di Pilkada DKI Jakarta tahun 2017.

“Partai tidak minta mahar pun, saya tidak ada uang. Kalau kampanye massal kan harus kasih makan, kaos atau sediakan mobil. Nggak sanggup saya.” (<https://www.cnnindonesia.com>, diakses pada 4 Maret 2018, pukul 10.11 WIB).

Dari pernyataan tersebut menunjukkan bahwa pada awalnya Ahok sebenarnya merasa keberatan apabila di usung melalui partai politik apalagi

partai yang meminta mahar politik karena kesulitan dalam pengadaan pendanaan. Namun sebenarnya, bagi Ahok bisa saja dia mendapatkan uang dan tidak merasa kesulitan untuk mendapatkan uang mahar yang biasanya berkisar antara Rp 100-200 miliar, karena bisa saja dia meminta uang tersebut kepada pengusaha-pengusaha. Namun, Ahok tidak ingin melakukan hal tersebut karena tidak ingin berhutang budi kepada siapapun termasuk kepada para pengusaha.

3. Kondisi Mahar Politik di Indonesia

Keberadaan mahar politik masih seperti ada dan tiada, Dalam praktik politik Indonesia lebih satu dasawarsa terakhir, istilah mahar politik dipahami publik sebagai transaksi di bawah tangan (*illicit deal*) yang melibatkan pemberian dana dalam jumlah besar dari calon untuk jabatan yang diperebutkan (*elected office*) dalam pemilu/pilkada dengan parpol yang menjadi kendaraan politiknya dan juga antarpol untuk membentuk koalisi.

Sejak Orde Baru tumbang, di mana Pilkada masih menggunakan pemilihan tak langsung alias dipilih para wakil rakyat yang terhormat, yang namanya rekomendasi pencalonan dari DPP partai pengusung menjadi hal paling mutlak. Kendati syarat pencalonan sebenarnya hanya cukup membawa rekomendasi DPC partai, faktanya rekomendasi DPP wajib dikantongi Paslon.³⁶

³⁶ Irawan, *Balada Mahar Politik Parpol, Antara ada dan tiada*, dikutip dari <https://www.kompasiana.com> diakses 14 Agustus 2019.

Untuk mendapatkan rekomendasi DPP, bukanlah suatu pekerjaan yang mudah. Calon Kepala Daerah (Cakada) harus berjuang keras menyingkirkan kompetitor lainnya. Tidak ada tolok ukur yang pasti agar Paslon memperoleh rekomendasi, karena masing-masing partai memiliki mekanisme penjaringan tersendiri. Ditengarai, rekomendasi yang berhasil dikantongi juga tak gratis.

Saat pemerintah memutuskan Pilkada langsung, ternyata rekomendasi DPP partai pengusung tetap menjadi barang yang sangat berharga bagi Paslon. Berapa pasaran “mahar” yang wajib disetor ? “Tergantung partainya. Partai besar, sedang atau partai kecil.” “Mahar” yang dimaksud, diberikan secara berjenjang. Dimulai dari penjaringan di Kabupaten/ Kota yang melibatkan pengurus anak cabang (Kecamatan), biasanya dikemas dalam Musyawarah Anak Cabang atau Raker Anak Cabang agar menetapkan Cakada tertentu. Dari penetapan tersebut, dilakukan Musyawarah Cabang, Rakercab, Konfercab atau istilah lain guna mengeluarkan rekomendasi pencalonan.

Rekomendasi tingkat DPC (Kabupaten/Kota) ini, selanjutnya dibawa ke tingkat Provinsi (DPD) dan selanjutnya sampai tingkat DPP. Sesuai levelnya, maka “mahar” yang harus ditebus juga mirip anak tangga. Bagian bawah tak terlalu banyak, semakin naik nominal juga ikut bertambah. Bila ditotal secara keseluruhan, ya akan mencapai angka miliaran. Lantas apakah seluruh Cakada hukumnya wajib menyerahkan “mahar” ? Jawabnya tidak seluruhnya. Bila yang maju adalah kader partai tingkat DPD (Provinsi) apa

lagi level DPP, maka akan diputihkan kewajiban menyerahkan “mahar”. Di luar kader yang sudah teruji loyalitasnya, maka “mahar” adalah hal yang mutlak.

Dalam Pilkada langsung, pergerakan politik sedikit saja, pasti ada biaya yang timbul. Tanpa dana, operasional partai politik terganggu. Bukankah dalam kampanye Dari mulai sekedar mengumpulkan foto copi KTP dukungan, rekomendasi, panggung, kampanye alat peraga dan semuanya tak ada yang gratis. Belum lagi, biaya lobi untuk meraih suara. Dana untuk mahar politik itu sangat besar, karena di situ bekerja mesin-mesin pencitraan.

4. Hukum Mahar Politik di Indonesia

Apabila mahar politik itu merujuk kepada jual-beli kendaraan partai politik, melalui ketentuan Pasal 47 Undang-Undang Nomor 8 Tahun 2015 tentang Pemilihan Gubernur, Bupati, dan Walikota (UU Pilkada) hal itu telah secara tegas dilarang. Bahkan, apabila ada praktik semacam itu, sanksinya sangat berat, calon yang bersangkutan bisa dibatalkan keikutsertaannya. Sementara parpol yang menerima imbalan tidak boleh ikut pada pilkada berikutnya.

Sementara, apabila mahar politik itu merujuk kepada biaya operasional, UU Pilkada memang tidak melarangnya. Karena hal itu merupakan suatu keniscayaan. Akan tetapi, UU Pilkada tetap memberi

batasan, misalnya, pihak mana saja yang boleh menyumbang, berapa besaran maksimal sumbangannya dan lain sebagainya.

Ada 2 (dua) hal tentang mahar politik yang termasuk dalam golongan sumbangan ke parpol secara umum, diatur dalam Undang-Undang Nomor 2 Tahun 2011 tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 2 Tahun 2008 tentang Partai Politik, sebagai berikut :

- a. Pasal 34 ayat (1) b yang menyatakan bahwa keuangan Partai Politik bersumber dari sumbangan sah menurut hukum. Pengertian sah ini menurut hukum ini menyangkut semua hukum yang berlaku di wilayah RI termasuk hukum tentang korupsi dan pencucian uang (TPPU). Jika parpol melalui pengadilan terbukti menerima sumbangan haram, parpol tersebut bisa dibubarkan.
- b. Pasal 35 ayat (1) b yang menyatakan bahwa sumbangan tersebut untuk poin (1) di atas dibatasi untuk perseorangan bukan anggota parpol maksimal adalah Rp. 1 Milyar per tahun anggaran. Pelanggaran atas batas sumbangan ini menurut Pasal 49 dapat dijatuhi hukuman pidana baik bagi para penyumbang maupun pengurus parpol yang menerima. Untuk penyumbang penjara maksimal 6 (enam) bulan dan denda 2 (dua) kali besar sumbangan, sedang untuk penerima penjara maksimal 1 (satu) tahun dan denda 2 (dua) kali dana yang diterima, dan dana sumbangan disita untuk negara.

B. Teori Kebijakan Hukum Pidana

Istilah kebijakan berasal dari istilah “*policy*” (Inggris) atau “*politiek*” (Belanda). Bertolak dari kedua istilah asing ini, maka istilah “kebijakan hukum pidana” dapat pula disebut dengan istilah politik hukum pidana. Istilah politik hukum pidana ini, dalam kepustakaan asing sering dikenal dengan berbagai istilah antara lain “*penal policy*”, “*criminal law policy*”, atau “*strafrechtspotiek*”.³⁷

Marc Ancel pernah menyatakan bahwa “*modern criminal science*” (ilmu kriminal modern) terdiri dari tiga komponen “*criminology*” (kriminologi), “*criminal law*” (hukum pidana) dan “*penal policy*” (kebijakan kriminal). Marc Ancel mengemukakan, *penal policy* adalah “suatu ilmu sekaligus seni yang pada akhirnya mempunyai tujuan praktis untuk memungkinkan peraturan hukum positif dirumuskan secara lebih baik dan untuk memberi pedoman tidak hanya kepada pembuat undang-undang, tetapi juga kepada pengadilan yang menerapkan undang-undang dan juga kepada para penyelenggara atau pelaksana putusan pengadilan”.

Berkaitan dengan konsep politik hukum pidana (*strafrechtspotiek*), A. Mulder mengemukakan bahwa:³⁸

“*Strafrechtspotiek is de beleidslijn om te bepalen:*

- a. *in welk opzicht de bestaande strafbepalingen herzien dienen te worden;*
- b. *wat gedaan kan worden om strafrechtelijk gedrag te voorkomen;*
- c. *hoe de opsporing, vervolging, berechting en tenuitvoerlegging van straffen dient te verlopen.”*

“(Terjemahan bebas: Politik hukum pidana adalah untuk menentukan kebijakan:

- a. Bagaimana ketentuan hukum pidana yang ada harus direvisi;
- b. Apa yang dapat dilakukan untuk mencegah perilaku kriminal;

³⁷ Barda Nawawi Arief, *Bunga Rampai Kebijakan Hukum Pidana*, Citra Aditya Bakti, Bandung, 1996, hlm. 22.

³⁸ *Ibid*, hlm. 23.

- c. Bagaimana penyidikan, penuntutan, pengadilan dan eksekusi harus bekerja).”

Berdasarkan pendapat A. Mulder di atas, kebijakan atau politik hukum pidana ialah garis kebijakan untuk menentukan seberapa jauh ketentuan-ketentuan pidana yang berlaku perlu diubah atau diperbarui, artinya menyangkut urgensi pembaruan hukum pidana; kemudian untuk menentukan apa yang dapat diperbuat untuk mencegah terjadinya tindak pidana, artinya menyangkut upaya pencegahan tindak pidana; serta untuk menentukan cara bagaimana penyidikan, penuntutan, peradilan dan pelaksanaan pidana harus dilaksanakan, artinya berkaitan dengan upaya penanggulangan kejahatan melalui sistem peradilan pidana.

Pada prinsipnya bahwa kebijakan hukum pidana dilaksanakan melalui tahap-tahap konkretisasi/operasionalisasi/fungsionalisasi hukum pidana yang terdiri dari:³⁹

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

Kebijakan hukum pidana tidak dapat dipisahkan dari sistem hukum pidana. Dalam hal ini, Marc Ancel menyatakan bahwa setiap masyarakat yang terorganisir memiliki sistem hukum yang terdiri dari peraturan-peraturan hukum pidana beserta sanksinya, suatu prosedur hukum pidana dan suatu mekanisme pelaksanaan pidana.⁴⁰

³⁹ *Ibid*, hlm. 24.

⁴⁰ *Ibid*, hlm. 28-29.

Dilihat dari perspektif hukum pidana, maka kebijakan formulasi harus memperhatikan harmonisasi internal dengan sistem hukum pidana atau aturan pemidanaan umum yang berlaku saat ini. Tidaklah dapat dikatakan terjadi harmonisasi/sinkronisasi apabila kebijakan formulasi berada diluar sistem hukum pidana yang berlaku saat ini. Kebijakan formulasi merupakan tahapan yang paling strategis dari *penal policy* karena pada tahapan tersebut legislatif berwenang dalam hal menetapkan atau merumuskan perbuatan apa yang dapat dipidana yang berorientasi pada permasalahan pokok hukum pidana meliputi perbuatan yang bersifat melawan hukum, kesalahan, pertanggung jawaban pidana dan sanksi apa yang dapat dikenakan. Oleh karena itu, upaya penanggulangan kejahatan bukan hanya tugas aparat penegak hukum tetapi juga tugas aparat pembuat undang-undang (aparatur legislatif).⁴¹

Perencanaan (*planning*) pada tahapan formulasi pada intinya, menurut Nils Jareborg mencakup 3 (tiga) masalah pokok struktur hukum pidana, yaitu:⁴²

1. Perumusan tindak pidana/kriminalisasi dan pidana yang diancamkan (*criminalisation and threatened punishment*);
2. Pemidanaan (*adjudication of punishment sentencing*);
3. Pelaksanaan pidana (*execution of punishment*).

Berkaitan dengan kebijakan kriminaliasasi, menurut Sudarto bahwa perlu diperhatikan hal-hal yang intinya sebagai berikut:⁴³

1. Penggunaan hukum pidana harus memperhatikan tujuan pembangunan nasional, yaitu mewujudkan masyarakat adil makmur yang merata materiil

⁴¹ Barda Nawawi Arif, *Masalah Penegakan Hukum dan Kebijakan Hukum Pidana dalam Penanggulangan Kejahatan*, Kencana Media Group, Jakarta, 2007, hlm. 80.

⁴² Nils Jareborg dalam *Ibid*, hlm. 81.

⁴³ Sudarto, *Hukum dan Hukum Pidana*, Alumni, Bandung, 1983, hlm. 23.

dan spritual berdasarkan dengan Pancasila; sehubungan dengan ini (penggunaan) hukum pidana bertujuan untuk menanggulangi kejahatan dan mengadakan pengurangan terhadap tindakan penanggulangan itu sendiri demi kesejahteraan dan pengayoman masyarakat;

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

Sejalan dengan yang dikemukakan Sudarto di atas, menurut Bassiouni bahwa keputusan untuk melakukan kriminalisasi dan dekriminilisasi harus didasarkan pada faktor-faktor kebijakan tertentu yang mempertimbangkan bermacam-macam faktor, termasuk:⁴⁴

1. Keseimbangan sarana-sarana yang digunakan dalam hubungannya dengan hasil-hasil yang ingin dicapai;
2. Analisis biaya terhadap hasil-hasil yang diperoleh dalam hubungannya dengan tujuan-tujuan yang dicari;
3. Penilaian atau penafsiran tujuan-tujuan yang dicari itu dalam kaitannya dengan prioritas-prioritas lainnya dalam pengalokasian sumber-sumber tenaga manusia;
4. Pengaruh sosial dari kriminalisasi dan dekriminilisasi yang berkenaan dengan atau dipandang dari pengaruh-pengaruh yang sekunder.

Hal lain yang diperlu dikemukakan dari pendekatan kebijakan adalah yang berkaitan dengan nilai-nilai yang ingin dicapai atau dilindungi oleh hukum pidana. Menurut Bassiouni, tujuan-tujuan yang ingin dicapai oleh pidana pada umumnya terwujud dalam kepentingan-kepentingan sosial yang mengandung nilai-nilai tertentu yang perlu dilindungi, antara lain:⁴⁵

1. Pemeliharaan tertib masyarakat;

⁴⁴ Muladi dan Barda Nawawi Arief, *Teori-Teori dan Kebijakan Pidana, Cet II*, Alumni, Bandung, 1998, hlm. 166.

⁴⁵ *Ibid*, hlm. 167.

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

Berdasarkan pertimbangan di atas, dapat disimpulkan bahwa syarat kriminalisasi pada umumnya adalah:⁴⁶

1. Adanya korban;
2. Kriminalisasi bukan semata-mata ditujukan untuk pembalasan;
3. Harus berdasarkan asas *ratio-principle*; dan
4. Adanya kesepakatan sosial (*public support*).

Selanjutnya, untuk merumuskan suatu perbuatan menjadi perbuatan yang dilarang oleh hukum pidana, harus mempertimbangkan hal-hal sebagai berikut:⁴⁷

1. Perbuatan tersebut haruslah benar-benar perbuatan yang jahat atau tidak dikehendaki oleh masyarakat atau merugikan masyarakat. Dengan kata lain jahat berarti merugikan atau menyerang kepentingan hukum (baik kepentingan hukum individu, masyarakat maupun kepentingan hukum negara);
2. Diperhatikan pula kesiapan aparaturnya penegak hukum dalam menegakkan hukum pidana itu nantinya, baik itu kesiapan secara kualitatif yang menyangkut profesionalisme aparaturnya, maupun dari segi kuantitatif, yakni apakah seimbang dengan kuantitas aparat sehingga tidak menjadi beban baginya;

⁴⁶ Teguh Prasetyo dan Abdul Halim Barkatullah, *Politik Hukum Pidana: Kajian Kebijakan Kriminalisasi dan Dekriminalisasi*, Pustaka Pelajar, Yogyakarta, 2005, hlm. 51.

⁴⁷ Teguh Prasetyo, *Kriminalisasi dalam Hukum Pidana*, Nusa Media, Jakarta, 2011, hlm. 27-28.

3. Diperhatikan pula *cost and benefit principle*, artinya biaya pembuatan suatu peraturan pidana harus benar-benar diperhitungkan apakah sudah sesuai dengan tujuan dibentuknya peraturan pidana, atau apakah sudah tersedia biaya yang memadai dalam penegakan hukum itu nantinya, sebab ketidaksiapan biaya penegakan hukum (termasuk pengadaan sarana dan prasarananya) justru akan menyakiti masyarakat.

Kebijakan hukum pidana berkaitan dengan masalah kriminalisasi yaitu perbuatan apa yang dijadikan tindak pidana dan *penalisasi* yaitu sanksi apa yang sebaiknya dikenakan pada si pelaku tindak pidana. Kriminalisasi dan *penalisasi* menjadi masalah sentral yang untuk penanganannya diperlukan pendekatan yang berorientasi pada kebijakan (*policy oriented approach*). Kriminalisasi (*criminalisation*) mencakup lingkup perbuatan melawan hukum (*actus reus*), pertanggungjawaban pidana (*mens rea*) maupun sanksi yang dapat dijatuhkan baik berupa pidana (*punishment*) maupun tindakan (*treatment*). Kriminalisasi harus dilakukan secara hati-hati, jangan sampai menimbulkan kesan represif yang melanggar prinsip *ultimum remedium* (*ultima ratio principle*) dan menjadi bumerang dalam kehidupan sosial berupa kriminalisasi yang berlebihan (*oever criminalisation*), yang justru mengurangi wibawa hukum. Kriminalisasi dalam hukum pidana materiil akan diikuti pula oleh langkah-langkah pragmatis dalam hukum pidana formil untuk kepentingan penyidikan dan penuntutan.⁴⁸

⁴⁸ Muladi, *Kebijakan Kriminal terhadap Cybercrime*, Majalah Media Hukum Vol. 1 No. 3 tanggal 22 Agustus 2003, hlm. 1-2.

Pada tahap selanjutnya, hukum yang telah dipilih sebagai sarana untuk mengatur kehidupan bermasyarakat, berbangsa dan bernegara yang berwujud peraturan perundang-undangan melalui aparatur negara, maka perlu ditindaklanjuti usaha pelaksanaan hukum itu secara baik sesuai dengan ketentuan yang telah ditetapkan. Pada tahap ini termasuk ke dalam bidang penegakan hukum, dalam hal ini perlu diperhatikan komponen-komponen yang terdapat dalam sistem hukum yaitu struktur, substansi dan kultur.⁴⁹

Istilah penegakan dalam bahasa Inggris dikenal dengan istilah *enforcement* dalam *Black law dictionary* diartikan *the act of putting something such as a law into effect, the execution of a law*. Sedangkan penegak hukum (*law enforcement officer*) artinya adalah *those whose duty it is to preserve the peace*.⁵⁰ Dalam Kamus Besar Bahasa Indonesia, penegak adalah yang mendirikan, menegakkan. Penegak hukum adalah yang menegakkan hukum, dalam arti sempit hanya berarti polisi dan jaksa yang kemudian diperluas sehingga mencakup pula hakim, pengacara dan lembaga pemasyarakatan.⁵¹

Sudarto memberi arti penegakan hukum adalah perhatian dan penggarapan, baik perbuatan-perbuatan yang melawan hukum yang sungguh-sungguh terjadi (*onrecht in actu*) maupun perbuatan melawan hukum yang mungkin akan terjadi (*onrecht in potentie*).⁵² Sedangkan menurut Soerjono Soekanto, secara

⁴⁹ Hakristuti Harkrisnowo, *Reformasi Hukum: Menuju Upaya Sinergis untuk Mencapai Supremasi Hukum yang Berkeadilan*, Jurnal Keadilan Vol. 3, No.6 Tahun 2003/2004.

⁵⁰ Henry Campbell Black, *Black Law Dictionary*, St. Paulminn West Pubicing, C.O, 1999, hlm. 797.

⁵¹ Departemen Pendidikan dan Kebudayaan, *Kamus Besar Bahasa Indonesia*, Balai Fustaka, Jakarta, 1995, hlm. 912.

⁵² Sudarto, *Kapita Selekta Hukum Pidana*, Alumni, Bandung, 1986, hlm. 32.

konsepsional, maka inti dari penegakan hukum terletak pada kegiatan menyasikan hubungan nilai-nilai yang terjabarkan di dalam kaidah-kaidah yang mantap dan mengejawantah dan sikap tindak sebagai rangkaian penjabaran nilai tahap akhir, untuk menciptakan, memelihara, dan mempertahankan kedamaian pergaulan hidup.⁵³

Josep Golstein, membedakan penegakan hukum pidana menjadi 3 (tiga) bagian, yaitu:⁵⁴

1. *Total enforcement*, yakni ruang lingkup penegakan hukum pidana sebagaimana yang dirumuskan oleh hukum pidana substantif (*substantive law of crime*). Penegakan hukum pidana secara total ini tidak mungkin dilakukan sebab para penegak hukum dibatasi secara ketat oleh hukum acara pidana yang antara lain mencakup aturan-aturan penangkapan, penahanan, penggeledahan, penyitaan dan pemeriksaan pendahuluan. Disamping itu, mungkin terjadi hukum pidana substantif sendiri memberikan batasan-batasan, misalnya dibutuhkan aduan terlebih dahulu sebagai syarat penuntutan pada delik-delik aduan (*klacht delicten*). Adapun ruang lingkup yang dibatasi ini disebut sebagai *area of no enforcement*.
2. *Full enforcement*, setelah ruang lingkup penegakan hukum pidana yang bersifat total tersebut dikurangi *area of no enforcement* dalam penegakan hukum ini para penegak hukum diharapkan penegakan hukum secara maksimal;

⁵³ Soerjono Soekanto, *Faktor-faktor yang Mempengaruhi Penegakkan Hukum*, Raja Grafindo Persada, Jakarta, 2005, hlm. 5.

⁵⁴ Muladi, *Kapita Selekta Sistem Peradilan Pidana*, Undip, Semarang, 1995, hlm. 40.

3. *Actual enforcement*, dianggap *not a realistic expectation*, sebab adanya keterbatasan-keterbatasan dalam bentuk waktu, personil, alat-alat investigasi, dana dan sebagainya, yang kesemuanya mengakibatkan keharusan dilakukannya *discretion* dan sisanya inilah yang disebut dengan *actual enforcement*.

Sebagai suatu proses yang bersifat sistemik, maka penegakan hukum pidana menampakkan diri sebagai penerapan hukum pidana (*criminal law application*) yang melibatkan berbagai sub-sistem struktural berupa aparat kepolisian, kejaksaan, pengadilan dan pemasyarakatan. Termasuk di dalamnya tentu saja lembaga penasehat hukum. Dalam hal ini penerapan hukum haruslah dipandang dari 3 (tiga) dimensi, yaitu:⁵⁵

1. Penerapan hukum dipandang sebagai sistem normatif (*normative system*) yaitu penerapan keseluruhan aturan hukum yang menggambarkan nilai-nilai sosial yang di dukung oleh sanksi pidana;
2. Penerapan hukum dipandang sebagai sistem administratif (*administrative system*) yang mencakup interaksi antara pelbagai aparaturnya penegak hukum yang merupakan sub-sistem peradilan di atas;
3. Penerapan hukum pidana merupakan sistem sosial (*social system*), dalam arti bahwa dalam mendefinisikan tindak pidana harus pula diperhitungkan pelbagai perspektif pemikiran yang ada dalam lapisan masyarakat. Sehubungan dengan pelbagai dimensi di atas dapat dikatakan bahwa sebenarnya hasil penerapan hukum pidana harus menggambarkan

⁵⁵ *Ibid*, hlm. 41.

keseluruhan hasil interaksi antara hukum, praktek administratif dan pelaku sosial.

C. Tinjauan Umum tentang Kriminalisasi

1. Pengertian Kriminalisasi

Kriminalisasi merupakan objek studi hukum pidana materiil yang membahas penentuan suatu perbuatan sebagai tindak pidana yang diancam dengan sanksi pidana tertentu. Perbuatan tercela yang sebelumnya tidak dikualifikasikan sebagai perbuatan terlarang dijustifikasi sebagai tindak pidana yang diancam dengan sanksi pidana. Menurut Soerjono Soekanto, kriminalisasi merupakan tindakan atau penetapan penguasa mengenai perbuatan-perbuatan tertentu yang oleh masyarakat atau golongan-golongan masyarakat dianggap sebagai perbuatan yang dapat dipidana menjadi perbuatan pidana atau membuat suatu perbuatan menjadi perbuatan kriminal dan karena itu dapat dipidana oleh pemerintah dengan cara kerja atas namanya.⁵⁶

Kemudian Soetandyo Wignjosoebroto mengemukakan bahwa kriminalisasi ialah suatu pernyataan bahwa perbuatan tertentu harus dinilai sebagai perbuatan pidana yang merupakan hasil dari suatu penimbangan-penimbangan normatif yang wujud akhirnya adalah suatu keputusan (*decisions*).⁵⁷

⁵⁶ Soerjono Soekanto, *Kriminologi: Suatu Pengantar*, Cetakan Pertama, Ghalia Indonesia, Jakarta, 1981, hlm. 62.

⁵⁷ Soetandyo Wignjosoebroto, *Kriminalisasi Dan Dekriminalisasi*, Seminar, Fakultas Hukum UII, Yogyakarta, 15 Juli 1993, hlm. 1

Kriminalisasi dapat pula diartikan sebagai proses penetapan suatu perbuatan seseorang sebagai perbuatan yang dapat dipidana. Proses ini diakhiri dengan terbentuknya undang-undang di mana perbuatan itu diancam dengan suatu sanksi yang berupa pidana.⁵⁸

Mengenai masalah kriminalisasi, Muladi mengingatkan mengenai beberapa ukuran yang secara doktrinal harus diperhatikan sebagai pedoman, yaitu sebagai berikut :⁵⁹

- a. Kriminalisasi tidak boleh terkesan menimbulkan *overkriminalisasi* yang masuk kategori *the misuse of criminal sanction*
- b. Kriminalisasi tidak boleh bersifat *ad hoc*
- c. Kriminalisasi harus mengandung unsur korban *victimizing* baik aktual maupun potensial
- d. Kriminalisasi harus memperhitungkan analisa biaya dan hasil dan prinsip *ultimum remedium*
- e. Kriminalisasi harus menghasilkan peraturan yang *enforceable*
- f. Kriminalisasi harus mampu memperoleh dukungan publik.
- g. Kriminalisasi harus mengandung unsur subsosialitet mengakibatkan bahaya bagi masyarakat, sekalipun kecil sekali
- h. Kriminalisasi harus memperhatikan peringatan bahwa setiap peraturan pidana membatasi kebebasan rakyat dan memberikan kemungkinan kepada aparat penegak hukum untuk mengekang kebebasan itu.

2. Asas-Asas Kriminalisasi

Asas adalah prinsip-prinsip atau dasar-dasar atau landasan pembuatan suatu peraturan, kebijakan dan keputusan mengenai aktivitas hidup manusia.

⁵⁸ Sudarto, *Kapita Selekta Hukum Pidana*, Alumni, Bandung, 1986, hlm. 31.

⁵⁹ Muladi, *Kapita Selekta Hukum Pidana*, Badan Penerbit Universitas Diponegoro, Semarang, 1995, hlm. 256

Asas hukum merupakan norma etis, konsepsi falsafah negara, dan doktrin politik.⁶⁰

Terdapat 3 (tiga) asas kriminalisasi yang perlu diperhatikan pembentuk undang-undang dalam menetapkan suatu perbuatan sebagai tindak pidana beserta ancaman sanksi pidananya, yakni asas legalitas, asas subsidiaritas, dan asas persamaan/kesamaan.

a. Asas Legalitas

Asas yang esensinya terdapat dalam ungkapan *nullum delictu, nulla poena sie praevia lege poenali* yang dikemukakan oleh von Feurbach. Ungkapan itu mengandung pengertian bahwa “tidak ada suatu perbuatan yang dapat dipidana kecuali atas perundang-undangan pidana yang sudah ada sebelum perbuatan itu dilakukan”. Asas legalitas adalah asas yang paling penting dalam hukum pidana, khususnya asas pokok dalam penetapan kriminalisasi. Menurut Schafmeister dan J.E. Sahetapy asas legalitas mengandung tujuh makna, yaitu:⁶¹

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

⁶⁰ Roeslan Saleh, *Kebijakan Kriminalisasi Dan Dekriminalisasi*, Seminar Fakultas Hukum UII, Yogyakarta, 15 Juli 1993, hlm. 38-39.

⁶¹ J.E. Sahetapy (Ed.), *Hukum Pidana*, Liberty, Yogyakarta, 1996, hlm. 6-7

Dalam doktrin hukum pidana ada enam macam fungsi asas legalitas.

- 1) Pada hakikatnya, asas legalitas dirancang untuk memberi maklumat kepada publik seluas mungkin tentang apa yang dilarang oleh hukum pidana sehingga mereka dapat menyesuaikan tingkah lakunya.⁶²
- 2) Menurut aliran klasik, asas legalitas mempunyai fungsi untuk membatasi ruang lingkup hukum pidana. Sedangkan dalam aliran modern asas legalitas merupakan instrumen untuk mencapai tujuan perlindungan masyarakat.⁶³
- 3) Fungsi asas legalitas adalah untuk mengamankan posisi hukum rakyat terhadap negara (penguasa). Hal ini adalah tafsiran tradisional yang telah mengenyampingkan arti asas legalitas sepenuhnya seperti dimaksudkan oleh ahli-ahli hukum pidana pada abad ke XVIII (delapan belas).⁶⁴
- 4) Asas legalitas dikaitkan dengan peradilan pidana, mengharapkan lebih banyak lagi daripada hanya akan melindungi warga masyarakat dari kesewenang-wenangan pemerintah.

Keenam fungsi asas legalitas tersebut, fungsi asas legalitas yang paling relevan dalam konteks kriminalisasi adalah fungsi kedua yang berkenaan dengan fungsi untuk membatasi ruang lingkup hukum pidana, dan fungsi ketiga yang berkaitan dengan fungsi mengamankan posisi hukum rakyat terhadap negara. Fungsi asas legalitas untuk mengamankan posisi hukum rakyat terhadap negara dan fungsi untuk melindungi anggota masyarakat dari tindakan sewenang-wenang pihak pemerintah merupakan dimensi politik hukum dari asas legalitas.⁶⁵

⁶² Abdullah Ahmed An-Naim, *Dekonstruksi Syari'ah*, LKIS dan Pustaka Pelajar, Yogyakarta, 1990, hlm. 197

⁶³ Antonie A.G. Peters, *Main Current in Criminal Law Theorie, in Criminal Law in Action, Gouda Quint by*, Arnhem, 1986, hal. 33, dikutip dari Kamariah, "Ajaran Sifat Melawan Hukum Material Dalam Hukum Pidana Indonesia", Pidato Pengukuhan Guru Besar, UNPAD, Bandung, Maret 1994, hlm 43.

⁶⁴ Roeslan Saleh mengutip Antonie A.G. Peter, *Asas Hukum Pidana Dalam Perspektif*, Aksara Baru, Jakarta, 1981, hlm. 28.

⁶⁵ *Ibid.* hlm. 28.

b. Asas Subsidiaritas

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

Penggunaan asas subsidiaritas dalam praktek perundangundangan ternyata tidak berjalan seperti diharapkan. Hukum pidana tidak merupakan *ultimum remedium* melainkan sebagai *primum remedium*. Penentuan pidana telah menimbulkan beban terlalu berat dan sangat berlebihan terhadap para justitiable dan lembaga-lembaga hukum pidana.⁶⁶ Kenyataan yang terjadi dalam praktek perundangundangan adalah adanya keyakinan kuat di kalangan pembentuk undang-undang bahwa penetapan suatu perbuatan sebagai perbuatan terlarang yang disertai dengan ancaman pidana berat mempunyai pengaruh otomatis terhadap perilaku anggota masyarakat.

⁶⁶ *Ibid*, hlm. 58.

Latar belakang semakin perlunya menggunakan asas subsidiaritas dalam penentuan perbuatan terlarang didorong oleh dua faktor. Pertama, penggunaan asas subsidiaritas akan mendorong lahirnya hukum pidana yang adil. Kedua, praktek perundang-undangan menimbulkan dampak negatif terhadap sistem hukum pidana akibat adanya *overcriminalisasi* dan *overpenalisasi* sehingga hukum pidana menjadi kehilangan pengaruhnya dalam masyarakat. Di samping itu, *overcriminalisasi* dan *overpenalisasi* semakin memperberat beban kerja aparat hukum dalam proses peradilan pidana. Akibat selanjutnya, hukum pidana tidak dapat berfungsi dengan baik dan karenanya pula kehilangan wibawa.⁶⁷

c. Asas Persamaan/Kesamaan

Selain asas legalitas dan asas subsidiaritas, ada asas lain yang juga mempunyai kedudukan penting dalam proses kriminalisasi, yaitu asas persamaan/kesamaan. Kesamaan adalah kesederhanaan dan kejelasan. Kesederhanaan serta kejelasan itu akan menimbulkan ketertiban. Menurut Servan dan Letrossne asas kesamaan bukanlah pernyataan dari aspirasi tentang hukum pidana yang lebih adil. Asas kesamaan lebih merupakan suatu keinginan diadakannya sistem hukum pidana yang lebih jelas dan sederhana.⁶⁸

⁶⁷ *Ibid*, hlm. 48.

⁶⁸ *Ibid*, hlm. 36-37.

Asas-asas kriminalisasi tersebut ini adalah asas-asas yang bersifat kritis normatif. Dikatakan kritis, oleh karena dia dikemukakan sebagai ukuran untuk menilai tentang sifat adilnya hukum pidana, dan normatif oleh karena dia mempunyai fungsi mengatur terhadap kebijaksanaan pemerintah dalam bidang hukum pidana.⁶⁹

3. Kebijakan Kriminalisasi

Kebijakan kriminalisasi merupakan suatu kebijakan dalam menetapkan suatu perbuatan yang semula bukan tindak pidana (tidak dipidana) menjadi suatu tindak pidana (perbuatan yang dapat dipidana). Jadi pada hakekatnya, kebijakan kriminalisasi merupakan bagian dari kebijakan kriminal (*criminal policy*) dengan menggunakan sarana hukum pidana (*penal*), dan oleh karena itu termasuk bagian dari “kebijakan hukum pidana” (*penal policy*), khususnya kebijakan formulasinya.

Menurut Sudarto, untuk dapat menjatuhkan pidana kepada seseorang dibutuhkan pertama, adanya perbuatan dimana pengertian perbuatan disini adalah perbuatan manusia yang memenuhi rumusan delik dalam undang-undang dan bersifat melawan hukum (tanpa adanya alasan pembenar). Lebih lanjut beliau mengatakan bahwa rumusan delik ini penting artinya sebagai konsekuensi dari asas legalitas sebagai prinsip kepastian di dalam hukum pidana. Undang-undang pidana sifatnya harus pasti. Kedua, adanya unsur

⁶⁹ *Ibid*, hlm. 14.

dapat dipidananya orang dan ketiga, adanya pidana dan ppidanaan.⁷⁰ Dalam unsur dapat dipidananya orang kita memasuki permasalahan mengenai dapat tidaknya seseorang itu bertanggung jawab atau dipertanggungjawabkan. Jadi disini berbicara mengenai obyek pertanggungjawaban pidana seseorang. Mengenai pertanggungjawaban pidana, dalam garis besarnya terdapat beberapa hal yang patut dikemukakan sekaligus juga dapat dikatakan sebagai ruang lingkup pertanggungjawaban pidana, yaitu kemampuan bertanggungjawab, *dolus atau culpa* dan alasan penghapus pidana.

Menurut Sudarto, kebijakan kriminal merupakan suatu usaha yang rasional dari masyarakat dalam menanggulangi kejahatan. Kebijakan atau upaya penanggulangan kejahatan pada hakikatnya merupakan bagian integral dari upaya perlindungan masyarakat (*social defence*) dan upaya mencapai kesejahteraan masyarakat (*social welfare*). Tujuan dari politik kriminal adalah perlindungan masyarakat untuk mencapai kesejahteraan masyarakat.

Ruang lingkup kebijakan pidana sebenarnya lebih luas daripada pembaharuan hukum pidana. Kebijakan hukum pidana dilaksanakan melalui tahap-tahap konkretisasi/operasionalisasi/fungsionalisasi hukum pidana yang terdiri dari:

- a. Tahap formulasi yaitu tahap penegakan hukum in abstracto oleh badan pembuat undang-undang. Tahap ini disebut dengan tahap kebijakan legislatif.

⁷⁰ Sudarto, *Hukum Pidana I*, Cetakan Ke II, Fakultas Hukum Undip, Semarang 1990, hlm. 50-84.

- b. Tahap aplikasi yaitu tahap penerapan hukum pidana oleh aparat penegak hukum mulai dari kepolisian sampai ke pengadilan. Tahap ini disebut dengan tahap kebijakan yudikatif.
- c. Tahap eksekusi yaitu tahap pelaksanaan hukum pidana secara konkret oleh aparat-aparat pelaksanaan pidana. Tahap ini disebut tahap kebijakan eksekutif atau administratif.

Apabila dilihat dari keseluruhan proses tahap penegakan hukum pidana, tahap kebijakan legislative merupakan tahap yang paling penting atau tahap paling strategis dari keseluruhan kebijakan untuk mengoperasionalkan sanksi pidana.

4. Kriteria Umum Kriminalisasi

Soedarto yang mengungkapkan bahwa dalam menghadapi masalah kriminalisasi, harus diperhatikan hal-hal sebagai berikut :⁷¹

- a. Penggunaan hukum pidana harus memperhatikan tujuan pembangunan nasional, yaitu mewujudkan masyarakat adil dan makmur yang merata materiil dan spiritual berdasarkan Pancasila. Sehubungan dengan ini, (penggunaan) hukum pidana bertujuan untuk menanggulangi kejahatan dan mengadakan pengurangan terhadap tindakan penanggulangan itu sendiri demi kesejahteraan dan pengayoman masyarakat.
- b. Perbuatan yang diusahakan untuk dicegah atau ditanggulangi dengan hukum pidana harus merupakan perbuatan yang tidak dikehendaki, yaitu perbuatan yang mendatangkan kerugian (*materiil* atau *spiritual*) atas warga masyarakat.
- c. Penggunaan hukum pidana harus pula memperhitungkan prinsip biaya dan hasil (*cost benefit principle*).
- d. Penggunaan hukum pidana harus pula memperhatikan kapasitas atau kemampuan daya kerja dari badan-badan penegak hukum, yaitu jangan sampai ada kelampauan beban tugas (*overbelasting*).

⁷¹ Sudarto, *Kapita Selekta Hukum Pidana*, Alumni, Bandung, 1986, hlm. 44-48.

Kriteria kriminalisasi yang dikemukakan Soedarto di atas mempunyai persamaan dengan kriteria kriminalisasi hasil rumusan (kesimpulan) Simposium Pembaruan Hukum Pidana yang menyebutkan beberapa kriteria umum sebagai berikut :⁷²

- a. Apakah perbuatan itu tidak disukai atau dibenci oleh masyarakat karena merugikan, atau dapat merugikan, mendatangkan korban atau dapat mendatangkan korban?
- b. Apakah biaya mengkriminalisasi seimbang dengan hasilnya yang akan dicapai, artinya cost pembuatan undang-undang, pengawasan dan penegakan hukum, serta beban yang dipikul oleh korban, dan pelaku kejahatan itu sendiri harus seimbang dengan situasi tertib hukum yang akan dicapai?
- c. Apakah akan makin menambah beban aparat penegak hukum yang tidak seimbang atau nyata-nyata tidak dapat diemban oleh kemampuan yang dimilikinya?
- d. Apakah perbuatan-perbuatan itu menghambat atau menghalangi citacita bangsa Indonesia sehingga merupakan bahaya bagi keseluruhan masyarakat?

D. Tinjauan Umum tentang Pemilihan Kepala Daerah

1. Pengertian Pemilihan Kepala Daerah

Berdasarkan Pasal 1 Peraturan Komisi Pemilihan Umum Nomor 3 Tahun 2016 menjelaskan pemilihan kepala daerah adalah pelaksanaan kedaulatan rakyat di wilayah provinsi dan kabupaten/kota untuk memilih Gubernur dan Wakil Gubernur, Bupati dan Wakil Bupati, dan/atau Walikota dan Wakil Walikota secara langsung dan demokratis.

⁷² Barda Nawawi Arief, *Bunga Rampai Kebijakan Hukum Pidana*, Citra Aditya Bhakti, Bandung, 1996, hlm. 38-40.

2. Sistem Pemilihan Kepala Daerah

Sistem pemilu adalah seperangkat metode yang mengatur warga negara untuk memilih para wakilnya yang akan duduk di lembaga legislatif dan eksekutif. Sistem pemilihan ini penting dalam suatu sistem pemerintahan demokrasi perwakilan, sebab:⁷³

- a. Sistem pemilihan mempunyai konsekuensi pada tingkat proporsionalitas hasil pemilihan
- b. Sistem pemilihan memengaruhi bentuk kabinet yang akan dibentuk
- c. Sistem pemilihan membentuk sistem kepartaian, khusus berkaitan dengan jumlah partai politik yang ada di dalam sistem kepartaian tersebut
- d. Sistem pemerintahan memengaruhi akuntabilitas pemerintahan, khususnya akuntabilitas para wakil terhadap pemilihnya
- e. Sistem pemilu mempunyai dampak pada tingkat kohesi partai politik
- f. Sistem pemilihan berpengaruh terhadap bentuk dan tingkat partisipasi politik warga
- g. Sistem pemilihan adalah elemen demokrasi yang lebih mudah untuk dimanipulasi dibandingkan dengan elemen demokrasi lainnya, oleh karena itu, jika suatu negara bermaksud mengubah tampilan atau wajah demokrasinya. Hal itu dapat dilakukan dengan mudah melalui perubahan sistem pemilunya
- h. Sistem pemilihan juga dapat dimanipulasi melalui berbagai peraturan yang tidak demokratis dalam tingkat pelaksanaannya.⁷⁴

Di kebanyakan negara demokrasi, pemilihan umum dianggap lambang, sekaligus tolok ukur, dari demokrasi itu. Hasil pemilihan umum yang diselenggarakan dalam suasana keterbukaan dengan kebebasan berpendapat dan kebebasan berserikat, dianggap mencerminkan dengan agak akurat partisipasi serta aspirasi masyarakat. Sekalipun demikian, disadari bahwa pemilihan umum tidak merupakan satu satunya tolok ukur dan perlu dilengkapi dengan pengukuran beberapa kegiatan lain yang lebih bersifat

⁷³ Muhammad Asfar, *Pemilu dan Perilaku Memilih 1955-2004*, Pusat Study Demokrasi dan HAM (PusDeHAM), Surabaya, 2006, hlm. 4-5.

⁷⁴ Luki Sandra Amalia, dkk, *Opcit*, hlm. 12.

berkesinambungan, seperti partisipasi dalam kegiatan partai, *lobbying*, dan sebagainya. Pemilihan terhadap jenis sistem pilkada langsung selalu mempertimbangkan aspek “legitimasi” dan “efisiensi”, yang selalu merupakan “*trade off*”.⁷⁵ Artinya, memilih sistem yang legitimasi tinggi selalu mengandung konsekuensi sangat tidak efisien. Sebaliknya, kalau semata-mata mengutamakan efisiensi akan melahirkan hasil pilkada yang legitimasinya rendah.

Sistem pemilihan kepala daerah memiliki pengaruh yang signifikan terhadap watak dan karakter persaingan calon kepala daerah. Yang dimaksud karakter dan watak persaingan adalah ciri ciri dan kecenderungan yang menonjol dari kompetisi dalam pilkada juga bisa dirancang untuk memperlancar perilaku politik tertentu karena sistem pemilihan dapat dengan mudah dimanipulasi.⁷⁶

Demikian halnya dengan sistem pilkada langsung memiliki ciri-ciri dan kecenderungan yang menonjol dari jenis kompetisi yang dilakukan, oleh sebab itu pilkada langsung seharusnya memperhitungkan dengan cermat kecenderungan tersebut dan faktor yang mempengaruhinya. Untuk mengetahui kemungkinan penerapan sistem pilkada langsung di Indonesia, perlu ditinjau berbagai jenis sistem pilkada langsung, antara lain:

⁷⁵ Agus Pramusinto, *Otonomi Daerah dan Pemilihan Kepala Daerah dalam mencermati Hasil Pemilu 2004*, Jurnal Analisis CSIS Vol. 33, No 2 Juni 2004, hlm. 240.

⁷⁶ Joko J. Prihatmoko, *Pemilihan Kepala Daerah Langsung*, Penerbit Pustaka Pelajar, Yogyakarta, 2005, hlm. 115.

a. *First Past the Post System*

Sistem *first past the post system* ini dikenal sebagai sistem yang sederhana dan efisien. Calon kepala daerah yang memperoleh suara terbanyak otomatis memenangkan pilkada dan menduduki kursi kepala daerah. Karenanya sistem ini dikenal juga dengan sistem mayoritas sederhana (*simple majority*). Konsekuensinya, calon kepala daerah dapat memenangkan pilkada walaupun hanya meraih kurang dari separoh suara jumlah pemilih sehingga legitimasinya sering dipersoalkan.

b. *Prefential Voting System atau Approval Voting System*

Cara kerja sistem *Prefential Voting System* atau *Approval Voting System* adalah pemilih memberikan peringkat pertama, kedua, ketiga dan seterusnya terhadap calon - calon Kepala Daerah yang ada pada saat pemilihan. Seorang calon akan otomatis memenangkan pilkada langsung dan terpilih menjadi Kepala Daerah jika perolehan suaranya mencapai peringkat pertama yang terbesar. Sistem ini dikenal sebagai mengakomodasi sistem mayoritas sederhana (*simple majority*) namun dapat membingungkan proses penghitungan suara di setiap tempat pemungutan suara (TPS) sehingga penghitungan suara mungkin harus dilakukan secara terpusat.

c. *Two Round System atau Run-off system*

Sesuai namanya, cara kerja sistem *two round* ini pemilihan dilakukan dengan dua putaran (*run-off*) dengan catatan jika tidak ada calon yang

memperoleh mayoritas absolut (lebih dari 50 persen) dari keseluruhan suara dalam pemilihan putaran pertama. Dua pasangan calon Kepala daerah dengan perolehan suara terbanyak harus melalui putaran kedua beberapa waktu setelah pemilihan putaran pertama. Lazimnya, jumlah suara minimum yang harus diperoleh para calon pada pemilihan putaran pertama agar dapat ikut dalam pemilihan putaran kedua bervariasi, dari 20 persen sampai 30 persen. Sistem ini paling populer di negara-negara demokrasi presidensial.

d. Sistem *Electoral Collage*

Cara kerja sistem *Electoral Collage* adalah setiap daerah pemilihan (kecamatan, dan gabungan kecamatan untuk Bupati/Walikota; kabupaten/kota dan gabungan kabupaten/kota untuk gubernur) diberi alokasi atau popot suara dewan pemilih (*Electoral Collage*) sesuai dengan jumlah penduduk. Setelah pilkada, keseluruhan jumlah suara yang diperoleh tiap calon di setiap daerah pemilihan tersebut dihitung. Pemenang di setiap daerah pemilihan berhak memperoleh keseluruhan suara Dewan Pemilih di daerah pemilihan yang bersangkutan. Calon yang memperoleh suara dewan pemilih terbesar akan memenangkan pilkada langsung. Umumnya, calon yang berhasil memenangkan suara di daerah-daerah pemilihan dengan jumlah penduduk padat terpilih menjadi kepala daerah.⁷⁷

⁷⁷ *Ibid*, hlm. 116.