

Keterangan Ahli

ASPEK KONTROL KEJAHATAN & (OVER)KRIMINALISASI

DALAM PERKARA PENGUJIAN UNDANG-UNDANG NOMOR 46/PUU-XIV/2016

Anugerah Rizki Akbari, S.H., M.Sc.

Oktober, 2016

**ASPEK KONTROL KEJAHATAN & (OVER) KRIMINALISASI
DALAM PERKARA PENGUJIAN UNDANG-UNDANG NOMOR 46/PUU-XIV/2016¹**

Anugerah Rizki Akbari, S.H., M.Sc²

Pendahuluan

Hukum pidana sering dipersepsikan sebagai jenis hukum yang dapat memberikan jawaban atas berbagai persoalan sosial yang mengemuka di masyarakat. Dengan mendasarkan pada kekuatan efek jera yang dimilikinya, masyarakat mempercayai bahwa keteraturan sosial bisa dicapai melalui intensifikasi sarana-sarana penal tersebut. Meski demikian, terdapat banyak batasan yang perlu diperhatikan oleh pengambil kebijakan sebelum sampai pada keputusan untuk menggunakan hukum pidana sebagai alat kontrol sosial tersebut.

Maartje van der Woude³ mengingatkan bahwa kebijakan pidana memiliki dua dimensi, yaitu dimensi kepentingan kolektif dan keamanan kolektif dan dimensi perlindungan individu dan kebebasan sipil. Dalam banyak hal, Negara mencoba untuk menggunakan sarana-sarana hukum pidana demi melindungi kepentingan kolektif serta menjaga keamanan kolektif di wilayah. Akan tetapi, di sisi lain, hukum pidana juga berkewajiban untuk memberikan perlindungan kepada individu dan menghargai kebebasan sipil. Oleh sebab itu, kedua dimensi ini harus diseimbangkan dalam konteks *rule of law* untuk menghindari penggunaan hukum pidana yang eksekutif dan terciptanya ketidakadilan.

Sehubungan dengan hal tersebut, perlu dipahami bahwa pada dasarnya pengambil kebijakan dan masyarakat tidak memiliki pemahaman yang akurat mengenai tipe atau jumlah kejahatan yang terjadi, begitu juga dengan pilihan hukuman atau tindakan pencegahan kejahatan.⁴ Meskipun begitu, setiap kali terjadi kejahatan di wilayahnya, masyarakat percaya bahwa tingkat kejahatan semakin tinggi dan pada akhirnya, menuntut pemerintah untuk mengambil kebijakan-kebijakan tertentu untuk merespon fenomena tersebut.⁵ Dalam kondisi yang demikian, tidak jarang apabila kemudian pemerintah mengeluarkan kebijakan-kebijakan pidana dengan rasionalitas yang lemah dan bukti-bukti yang kurang memadai untuk menjawab permasalahan kriminalitas tersebut.⁶

¹ Disampaikan pada sidang pengujian undang-undang dalam perkara nomor 46/PUU-XIV/2016 tentang Pengujian Pasal 284 ayat (1), ayat (2), ayat (3), ayat (4), ayat (5), Pasal 285 dan Pasal 292 Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP) terhadap UUD RI Tahun 1945 di Mahkamah Konstitusi, 22 September 2016.

² Peneliti sekaligus Koordinator Reformasi Sistem Peradilan Pidana pada Masyarakat Pemantau Peradilan Indonesia Fakultas Hukum Universitas Indonesia (MaPPI FHUI).

³ M. A. H. van der Woude, *Legislation, policy-making and the rule of law*, disampaikan pada kuliah Risk, Security and the Rule of Law, 1 September 2014 di Leiden Law School, Belanda.

⁴ J. V. Roberts & L. J. Stalans, "Crime, criminal justice, and public opinion" dalam M. H. Tonry (ed.), *The handbook of crime and punishment* (hlm. 31-57), (New York: Oxford University Press, 1998).

⁵ Daniel P. Mears, "Towards rational and evidence-based crime policy" dalam *Journal of Criminal Justice*, 35, (2007): hlm. 667.

⁶ *Loc.cit.*

Kekhawatiran tersebut mengonfirmasi pemikiran David Garland⁷ pada tahun 1996 dimana ia memprediksi bahwa pemerintah akan dengan sangat mudahnya memunculkan banyak kebijakan pidana sebagai bentuk kehadiran Negara untuk menyelesaikan kejahatan. Namun, pada kenyataannya, hal-hal tersebut tak lebih dari sekedar kebijakan simbolis yang tidak berhasil diimplementasikan dengan baik mengingat hukum pidana selalu dikedepankan untuk setiap permasalahan sosial. Garland menilai, dari waktu ke waktu, kontrol kejahatan dan perlindungan warga negara dari ancaman tindak pidana menjadi bagian dari janji-janji pemerintah yang tidak pernah bisa diwujudkan.⁸ Harus disadari bahwa Negara memiliki sumber daya yang terbatas untuk menjalankan setiap kebijakan pidana yang dimunculkan. Oleh karenanya, penggunaan hukum pidana untuk merespon masalah-masalah sosial tersebut hanya akan menunjukkan kelemahan dan ketidakmampuan Negara untuk menyelesaikan masalah kriminalitas di yurisdiksinya.⁹

Merespon hal tersebut, Douglas Husak¹⁰ menambahkan bahwa pada prinsipnya, hukum pidana harus selalu ditempatkan sebagai sarana terakhir dalam penyelesaian masalah sosial (prinsip *ultima ratio*). Jika ada sarana lain yang bisa digunakan untuk menyelesaikan masalah tersebut, maka hukum pidana tidak boleh masuk ke dalam ranah tersebut. Sedemikian kerasnya sifat, karakter, dan elemen hukum pidana memberikan makna bahwa cabang hukum ini tidak dapat digunakan dengan sewenang-wenang. Pilihan untuk memberikan konsekuensi pidana atas suatu perbuatan tertentu harus dinilai sedemikian pentingnya sehingga Negara harus melanggar hak-hak individu untuk penyelesaian masalah tersebut.

Batasan-Batasan Kriminalisasi

Dalam permohonan kali ini, Pemohon meminta kepada Mahkamah Konstitusi untuk memperluas norma dalam Pasal 284 ayat (1) hingga ayat (5), Pasal 285, dan Pasal 292 KUHP. Dengan kata lain, perluasan norma ini akan berakibat pada dimunculkannya perbuatan baru sebagai tindak pidana dan akan diberikan konsekuensi pidana jika dilakukan. Akan tetapi, sebelum kita sampai pada kesimpulan untuk mengkriminalisasi suatu perbuatan tertentu, terdapat beberapa pembatasan yang perlu kita perhatikan. Pembatasan ini diperlukan agar kita tidak terlalu mudah menghukum seseorang dan tetap menjaga hukum pidana dalam kapasitasnya sebagai sarana terakhir (*last resort*) dalam penyelesaian masalah seperti yang telah dijelaskan pada bagian sebelumnya.

a) Rasionalisasi Kriminalisasi Pasal 284, Pasal 285, dan Pasal 292 KUHP

Perlu dipahami bahwa pasal-pasal yang dimohonkan untuk diuji kepada Mahkamah Konstitusi adalah pasal-pasal yang mengatur mengenai zina (*overspel*), perkosaan, dan perbuatan cabul sesama

⁷ David Garland, "The limits of the sovereign state: strategies of crime control in contemporary society" dalam *The British Journal of Criminology*, 36(4), (1996): hlm. 448.

⁸ *Loc.cit.*

⁹ *Ibid.*, hlm. 445.

¹⁰ Douglas Husak (1), "The criminal law as last resort" dalam *Oxford Journal of Legal Studies*, 24(2), (2004): hlm. 207.

kelamin yang dilakukan terhadap orang di bawah umur, yang kesemuanya berada dalam kategori Tindak Pidana terhadap Kesusilaan. Adapun rumusan¹¹ pasal-pasal tersebut adalah sebagai berikut:

Pasal	Rumusan
284 KUHP	<p>(1) <i>“Diancam dengan pidana penjara paling lama sembilan bulan:</i> <i>ke-1. a. seorang pria telah menikah yang melakukan zina, padahal diketahui, bahwa Pasal 27 BW berlaku baginya;</i> <i>b. seorang wanita telah menikah yang melakukan zina;</i> <i>ke-2. a. seorang pria yang turut serta melakukan perbuatan itu, padahal diketahui, bahwa yang turut bersalah telah menikah;</i> <i>b. seorang wanita tidak menikah yang turut serta melakukan perbuatan itu padahal diketahui olehnya, bahwa yang turut bersalah telah menikah dan Pasal 27 BW berlaku baginya;</i></p> <p>(2) <i>Tidak dilakukan penuntutan melainkan atas pengaduan suami/istri yang tercemar, dan bilamana bagi mereka berlaku Pasal 27 BW, dalam tempo tiga bulan diikuti dengan permintaan bercerai atau pisah meja dan tempat tidur, karena alasan itu juga.</i></p> <p>(3) <i>Terhadap pengaduan ini tidak berlaku Pasal 72, 73, dan 75.</i></p> <p>(4) <i>Pengaduan dapat ditarik kembali selama pemeriksaan dalam sidang pengadilan belum dimulai.</i></p> <p>(5) <i>Jika bagi suami-istri berlaku Pasal 27 BW, pengaduan tidak diindahkan selama pernikahan belum diputuskan karena perceraian atau sebelum keputusan yang menyatakan pisah meja dan tempat tidur menjadi tetap.”</i></p>
285 KUHP	<p><i>“Barangsiapa dengan kekerasan atau ancaman kekerasan memaksa seorang wanita bersetubuh dengan dia di luar pernikahan, diancam karena melakukan perkosaan, dengan pidana penjara paling lama dua belas tahun.”</i></p>
292 KUHP	<p><i>“Orang cukup umur, yang melakukan perbuatan cabul dengan orang lain sama kelamin, yang diketahui atau sepatutnya diduga, bahwa belum cukup umur, diancam dengan pidana penjara paling lama lima tahun.”</i></p>

Jika mencermati rumusan pasal-pasal tersebut, rasionalitas kriminalisasi yang dibangun oleh penyusun KUHP terlihat dengan jelas dan mencerminkan nilai-nilai kesusilaan yang ingin dilindungi dari ancaman tindak pidana tersebut. Sebagai contoh, Pasal 284 KUHP memperlakukan zina dengan pembatasan pada salah satu atau kedua pelaku merupakan orang yang terikat dalam hubungan perkawinan dan dilakukan dengan orang yang bukan suami/istrinya. Nilai yang ingin dilindungi dengan (melarang dan) mengancam pidana kepada pelaku zina (*overspel*) di sini adalah nilai-nilai perkawinan yang diterjemahkan dalam rumusan Pasal 27 *Boergerlijk Wetboek* (BW/Kitab Undang-Undang Hukum Perdata) sebagai berikut:

¹¹ Rumusan diambil dari Kitab Undang-Undang Hukum Pidana yang diterjemahkan oleh Prof. Moeljatno, S.H., dan diterbitkan oleh Bumi Aksara sebagai cetakan kedua puluh pada tahun 1999. Penebalan dan pemberian garis bawah pada rumusan pasal dilakukan oleh Ahli..

Pasal 27 BW

“Pada waktu yang sama, seorang lelaki hanya boleh terikat perkawinan dengan satu orang perempuan saja; dan seorang perempuan hanya dengan satu orang lelaki saja.”

Nilai-nilai monogami dalam perkawinan tersebut banyak dipengaruhi oleh ajaran Katolik yang menganggap ikatan perkawinan sebagai satu dan tidak terpisahkan. Oleh karena, gangguan terhadap ikatan perkawinan tersebut, khususnya dalam bentuk persetubuhan yang merupakan pelanggaran kesusilaan, menjadi suatu permasalahan serius dan Negara memutuskan untuk mengambil porsi dalam menjaga keteraturan tersebut dengan memberikan konsekuensi pidana terhadap pelanggarnya.

Meski demikian, ruang-ruang privasi individu masih sedemikian ketatnya dihargai oleh Negara dengan memberikan begitu banyak *filter* kepada pasangan yang tercemar ikatan perkawinannya karena perbuatan zina yang dilakukan salah satu/dua individu tersebut dengan orang yang bukan suami/istrinya. *Filter* tersebut dikuatkan dengan pengaturan pada ayat (2) hingga ayat (5) KUHP dimana pengaduan harus dilakukan oleh suami/istri yang tercemar. Selain itu, dalam waktu tiga bulan harus diikuti dengan permintaan bercerai atau pisah meja dan tempat tidur, dan pengaduan tidak akan ditindaklanjuti sebelum keputusan untuk cerai atau pisah meja dan tempat tidur tersebut menjadi tetap. Dalam konteks ini, KUHP benar-benar menerapkan prinsip *ultima ratio* dengan menempatkan hukum pidana sebagai jalan terakhir untuk menyelesaikan masalah tersebut dan tetap menyeimbangkan kepentingan dan kemandirian kolektif dengan perlindungan individu dan kebebasan sipil.

Di sisi lain, KUHP baru akan mengkriminalisasi perbuatan persetubuhan dengan seorang wanita di luar perkawinan ketika diikuti dengan kekerasan atau ancaman kekerasan. Meskipun terjadi di ruang privat, namun ketika persetubuhan tersebut dipaksakan dengan menggunakan kekerasan atau ancaman kekerasan, nilai-nilai kesusilaan menjadi terlanggar dan selanjutnya menjadi pantas untuk diberikan pidana sebagai konsekuensi dilakukannya perbuatan yang diatur dalam Pasal 285 KUHP tersebut. Tindakan perkosaan tersebut dianggap sedemikian hebatnya melanggar kebebasan individu dan merusak keamanan publik sehingga akhirnya Negara masuk untuk memberikan perlakuan keras sekaligus stigma terhadap pelakunya. Selain itu, mengingat dampak negatif dilakukannya perkosaan terhadap seorang wanita begitu besarnya hingga muncul resiko kehamilan, Negara memberikan pemberatan sepertiga dari ancaman pidana pada delik “menyerang kehormatan kesusilaan) dalam Pasal 289 KUHP yang merupakan *genus* dari tindak pidana perkosaan ini, yaitu dengan ancaman pidana penjara paling lama 12 tahun. Dari hal tersebut, terlihat bahwa penyusun KUHP tidak sewenang-wenang memberikan konsekuensi pidana terhadap suatu perbuatan, demikian juga dengan ancaman pidana yang menyertai larangan dilakukannya perbuatan tersebut.

Berkenaan dengan perbuatan cabul yang dilakukan oleh orang dewasa sesama kelamin, KUHP baru akan memberikan konsekuensi pidana jika hal tersebut dilakukan terhadap seseorang yang diketahui atau sepatutnya diguga masih belum cukup umur. Rasionalisasi kriminalisasi perbuatan yang diatur dalam Pasal 292 KUHP mewakili pemikiran penyusun KUHP agar setiap kontak seksual yang dilakukan terhadap anak menjadi suatu hal yang dilarang keras dan harus diberikan

konsekuensi pidana. Pada konteks ini, KUHP mendukung nilai-nilai internasional untuk melindungi anak sebagai individu yang dinilai belum memiliki kedewasaan berpikir untuk menentukan baik dan buruk bagi dirinya. Oleh karenanya, dengan tidak mempermasalahkan sarana-sarana yang digunakan untuk melakukan kontak seksual, tindakan tersebut dilarang demi nilai-nilai proteksi terhadap anak.

Berkaca pada pembatasan-pembatasan dan rasionalisasi dari kriminalisasi Pasal 284, Pasal 285, dan Pasal 292 KUHP di atas, terlihat jelas bahwa kriminalisasi terhadap nilai-nilai kesusilaan dalam masyarakat tidak dapat dilakukan secara serta merta tanpa adanya alasan kuat di belakang pengambilan keputusan tersebut. Pada dasarnya, setidaknya dalam penelusuran Ahli, tidak ada satu studi pun yang dapat memberikan penjelasan akurat mengenai waktu yang paling tepat bagi Negara untuk masuk ke dalam penyelesaian masalah kesusilaan dan mengancam pidana terhadap suatu perbuatan tertentu. Namun, ada beberapa kriteria yang bisa ditarik dari studi, instrumen nasional dan internasional untuk menjustifikasi wewenang Negara dalam mengkriminalisasi suatu perbuatan.

Dalam tulisan lain¹², Ahli menyusun beberapa indikator yang dapat digunakan untuk membedakan kejahatan dan pelanggaran. Tujuan penyusunan indikator tersebut adalah untuk membedakan kriminalisasi terhadap perbuatan-perbuatan yang memiliki nilai kriminalitas (kejahatan) dengan perbuatan-perbuatan yang tidak/kurang memiliki nilai kriminalitas dimana perbuatan yang disebut terakhir merupakan ciri jenis delik pelanggaran¹³ mengingat 'nilai kriminalitas' dari pelanggaran baru muncul ketika perbuatan tersebut diundangkan.¹⁴ Pembedaan ini menjadi penting karena, sebagaimana dijelaskan sebelumnya, hukum pidana harus selalu digunakan sebagai alat penyelesaian masalah (sosial) terakhir setelah sarana-sarana hukum dan non-hukum lainnya dianggap tidak mampu menyelesaikan masalah tersebut.

Indikator pertama ditarik dari Kovenan Internasional tentang Hak-Hak Sipil dan Politik (*International Covenant on Civil and Political Rights/ICCPR*). Dalam kovenan tersebut digunakan beberapa istilah yang dapat diterjemahkan sebagai indikator untuk menentukan perbuatan-perbuatan apa saja yang merupakan kejahatan. Istilah '*the protection of national security or public safety*', '*public order*', '*the protection of public health or morals*' dan '*the protection of rights or freedoms of others*' berulang kali disebutkan untuk membatasi hak-hak tertentu yang telah dijamin oleh ICCPR, seperti hak atas kebebasan untuk berpindah dan kebebasan untuk memilih tempat tinggal (Pasal 12 ayat (3)), hak pers dan publik untuk dilibatkan dalam sidang pengadilan (Pasal 14 ayat (1)), hak untuk berkumpul yang bersifat damai (Pasal 21), dan hak atas kebebasan berserikat dengan individu lainnya, termasuk hak untuk membentuk dan bergabung dengan serikat pekerja untuk perlindungan

¹² Anugerah Rizki Akbari, *Controlling the society through criminalization: The case of Indonesia* (Master Thesis), (Leiden: Universiteit Leiden, 2015), hlm. 16-17.

¹³ Ana Aliverti, "Making people criminal: The role of criminal law in immigration enforcement" dalam *Theoretical Criminology*, 16(4), (2012): hlm. 420; Leonard Herschel Leigh, *Strict and vicarious liability: A study in administrative criminal law*, (London: Sweet & Maxwell, 1982).

¹⁴ Mireille Hildebrandt, "Justice and police: Regulatory offences and criminal law" dalam *New Criminal Law Review*, 12(1), (2009): hlm. 51-52.

kepentingan individu (Pasal 22 ayat (1)). Dengan menjustifikasi pembatasan atas hak-hak tersebut dengan menggunakan terminologi-terminologi di atas, ICCPR memberikan pedoman kepada Negara untuk membatasi hak-hak dan kebebasan-kebebasan individu untuk kepentingan yang lebih besar.¹⁵

Selanjutnya, Pasal 28J ayat (2) Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 (UUD 1945) juga mengambil pendekatan serupa untuk memunculkan kewajiban warga negara agar menerima pembatasan hak asasi manusia, dengan menggunakan frase “*pengakuan serta penghormatan atas hak kebebasan orang lain dan untuk memenuhi tuntutan yang adil sesuai dengan pertimbangan moral, nilai-nilai agama, keamanan, dan ketertiban umum dalam suatu masyarakat demokratis*”. Dengan mengambil semangat tersebut, terminologi-terminologi tersebut juga dapat diinterpretasikan sebagai kondisi-kondisi yang dapat menjustifikasi kriminalisasi suatu perbuatan untuk selanjutnya mengekang kebebasan individu dengan mengenakan sanksi pidana kepada tindak pidana baru tersebut.¹⁶

Istilah-istilah yang ditarik dari ICCPR dan UUD 1945 tersebut dapat dijadikan landasan awal bagi Negara untuk memberikan sanksi pidana kepada suatu perbuatan tertentu. Akan tetapi, mengingat begitu kerasnya karakter dan dampak pengenaan sanksi pidana, kondisi-kondisi tersebut masih harus dijustifikasi dengan menggunakan teori kriminalisasi, yang akan dibahas pada bagian berikutnya.

b) Teori Kriminalisasi¹⁷

Seperti yang telah dijelaskan pada bagian sebelumnya, prinsip *ultima ratio* merupakan hal paling mendasar yang melandasi penggunaan hukum pidana dalam penyelesaian masalah sosial. Di dalamnya terkandung pembatasan dan pengaturan bahwa hukum pidana tidak pernah boleh digunakan sebagai solusi terdepan untuk menyelesaikan permasalahan tersebut. Oleh karena itu, kehati-hatian dalam menggunakan sarana-sarana penal menjadi kewajiban bagi Negara sebelum memutuskan menerapkannya pada perbuatan konkrit.

Dalam konteks permohonan ini, pemikiran Douglas Husak menjadi relevan ketika kita diposisikan untuk memperdebatkan apakah suatu perbuatan layak untuk, tidak hanya dilarang oleh Negara, tetapi juga diancam dengan pidana jika dilakukan oleh individu. Husak menilai pilihan untuk mengkriminalisasi suatu perbuatan harus disertai dengan standar justifikasi yang sedemikian tingginya jika dibandingkan dengan standar serupa untuk melarang suatu perbuatan pada bidang hukum lainnya, seperti hukum administrasi dan hukum perdata.¹⁸ Oleh karena itu, Husak memberikan pembatasan-pembatasan terhadap upaya Negara untuk melakukan kriminalisasi, yang

¹⁵ Anugerah Rizki Akbari, *Loc.cit.*

¹⁶ *Ibid.*, hlm. 17.

¹⁷ Teori kriminalisasi yang ditulis dalam keterangan ini adalah pemikiran Douglas Husak dalam manuskrip *Overcriminalization: The Limits of the Criminal Law* yang diterbitkan oleh Oxford University Press pada tahun 2008.

¹⁸ Douglas Husak (2), *Overcriminalization: The limits of the criminal law*, (New York: Oxford University Press, 2008), hlm. 124.

ia bedakan ke dalam dua bagian penting, yaitu pembatasan yang berasal dari internal hukum pidana materiil (*internal constraints*) dan pembatasan menyangkut hal-hal eksternal untuk menyeimbangkan tujuan kriminalisasi yang diajukan, yaitu kepentingan dan keamanan kolektif, dengan perlindungan individu dan kebebasan sipil (*external constraints*).

1. Pembatasan Internal (*Internal Constraints*)

i. Nontrivial harm or evil constraint

Pembatasan internal pertama yang dikemukakan Husak adalah berkenaan dengan sifat jahat dan dampak kerusakan yang begitu serius dari dilakukannya suatu perbuatan pidana. Menurutnya, pertanggungjawaban pidana tidak dapat dikenakan (kepada individu) kecuali undang-undang memang didesain untuk melarang dilakukannya perbuatan jahat atau mengakibatkan kerusakan serius.¹⁹ Di dalam prinsip *nontrivial harm or evil* ini, terkandung 2 elemen penting, yaitu (1) mensyaratkan terjadinya kerusakan (serius), dan tidak hanya bersifat jahat; dan (2) ia mengatur pencegahan atas kerusakan yang ingin dihindari dan harus melakukan pencegahan tersebut seproporsional mungkin dengan resiko kerusakan yang dicegah.

Untuk melihat sifat jahat dan kerusakan dari suatu perbuatan, Husak membandingkan 3 (tiga) pembelaan yang biasa digunakan oleh pengacara untuk menghindarkan/meminimalisir konsekuensi pidana terhadap klien yang sedang diwakilinya dalam suatu persidangan pidana:

1) *The defense of lesser evil/necessity/justification generally*

Pembelaan ini baru akan digunakan apabila “*nilai kerusakan atau sifat jahat yang ingin dihindari jauh lebih besar daripada apa yang ingin dicegah dari undang-undang yang mengatur tindak pidana tersebut*”.²⁰

Dalam konteks ini, pengacara akan mencoba membela kliennya dengan mengatakan bahwa apa yang (dituduh) dilakukan terhadap kliennya adalah perbuatan yang tidak (terlalu) jahat. Namun, perlu dipahami bahwa untuk sampai pada pembelaan tersebut, kita terlebih dahulu harus percaya bahwa perbuatan yang dituduhkan kepada pelaku adalah perbuatan yang jahat dan menimbulkan kerusakan.

2) *The defense of consent*

Pembelaan mengenai kesengajaan (*consent*) akan mengecualikan pertanggungjawaban pidana ketika “*ia menghindarkan terjadinya kerusakan atau sifat jahat yang ingin dihindari dengan merumuskan tindak pidana*”. Kecuali jika kerusakan atau sifat jahat dari suatu perbuatan tersebut terlalu serius sehingga konsep kesengajaan ini menjadi tidak relevan sebagai bentuk pembelaan.²¹

¹⁹ *Ibid.*, hlm. 66.

²⁰ *Ibid.*, hlm. 66-67.

²¹ *Ibid.*, hlm. 67.

Sederhananya, pengacara menjadi sangat mungkin untuk membela kliennya dengan mengatakan bahwa ia tidak sengaja melakukan tindakan tersebut atau sama sekali tidak bersalah dalam kasus tersebut. Namun, sekali lagi, sebelum mengemukakan pembelaan mengenai konsep kesengajaan (*consent*) tersebut, kita juga harus mempercayai bahwa perbuatan yang sedang dituduhkan terhadap klien pengacara tersebut adalah suatu hal yang jahat dan menimbulkan kerusakan.

3) ***The defense of de minimis***

Pembelaan ini baru akan digunakan apabila perbuatan terdakwa "*sebenarnya tidak menyebabkan atau mengancam nilai kerusakan atau sifat jahat yang ingin dihindari dengan mendefinisikan tindak pidana tersebut; atau memang menyebabkan hal tersebut namun tidak terlalu serius sehingga tidak pantas untuk diberikan konsekuensi pidana*". Akan tetapi, seperti yang juga terjadi pada dua pembelaan sebelumnya, pembelaan ini tidak akan bisa dilakukan sebelum kita percaya bahwa apa yang dituduhkan Negara terhadap terdakwa adalah suatu hal yang jahat.

ii. **Wrongfulness constraint**

Pembatasan internal selanjutnya adalah berkenaan dengan kesalahan pelaku. Menurut Husak, pertanggungjawaban pidana tidak boleh dijatuhkan kecuali tindakan pelaku, pada beberapa hal, dapat dianggap sebagai sesuatu yang salah.²² Kemudian, Husak menarik pengecualian-pengecualian yang diberikan oleh hukum pidana materil untuk melepaskan pertanggungjawaban pelaku tindak pidana dan membuat justifikasi yang mendukung tesis tersebut.²³

Sebagai contoh, tindakan pembunuhan merupakan suatu hal yang jahat dan pelakunya bisa dihukum karena bersalah melakukan tindakan tersebut. Namun, jika yang membunuh adalah seorang eksekutor pada hukuman mati, ia akan bisa dilepaskan dari pertanggungjawaban pidana. Pembatasan-pembatasan ini harus diperhatikan dengan baik oleh pengambil kebijakan sebelum sampai pada keputusan untuk mengkriminalisasi suatu perbuatan.

iii. **Desert constraint**

Pembatasan internal ketiga berkenaan dengan penjatuhan hukuman terhadap suatu perbuatan. Dalam pandangan Husak, perbedaan utama hukum pidana dengan cabang hukum lainnya atau antara hukum pidana dengan sistem kontrol sosial yang bersumber dari instrumen non-hukum, adalah bahwa yang disebut pertama kali tersebut memberikan wewenang kepada Negara untuk menghukum pelaku.²⁴ Oleh karena itu,

²² *Ibid.*, hlm. 66.

²³ *Ibid.*, hlm. 72-73.

²⁴ *Ibid.*, hlm. 77.

Husak berpendapat bahwa suatu perbuatan baru akan dikatakan sebagai suatu tindak pidana jika dan hanya jika ia membuka peluang bahwa pelaku dapat diberikan hukuman oleh negara dan apa yang dilakukan negara kepada seseorang bukan merupakan hukuman kecuali ia dijatuhkan untuk suatu tindak pidana.²⁵

Berangkat dari hal tersebut, Husak berpendapat bahwa hukuman yang bisa dijustifikasi hanya ketika dan sejauh itu pantas dijatuhkan.²⁶ Dengan kata lain, hukuman yang tidak pantas dijatuhkan adalah suatu hal yang tidak dibenarkan. Selain itu, hukuman menjadi tidak pantas dijatuhkan jika terdakwa bisa dikecualikan dari pertanggungjawaban pidana.²⁷ Hukuman juga tidak pantas dijatuhkan jika terlalu berat dari apa yang seharusnya dijatuhkan.²⁸ Oleh sebab itu, berat-ringannya hukuman harus selalu diseimbangkan dengan tingkat keseriusan tindak pidana.

iv. **Burden of proof constraint**

Pembatasan internal terakhir membahas elemen penting dari sanksi pidana, yaitu perlakuan keras dan pemberian stigma kepada pelakunya.²⁹ Ketika seseorang terbukti bersalah karena melakukan tindak pidana, perbuatan tersebut akan mendapatkan reaksi yang setimpal dari masyarakat. Negara harus memastikan bahwa orang-orang yang akan diberikan label sebagai 'kriminal' memiliki kualifikasi yang sesuai dengan stigma dan perlakuan keras yang akan ia terima nantinya.³⁰ Dengan kata lain, perlakuan keras dan pemberian stigma harus pantas dengan hukuman yang akan diberikan kepada pelaku dan respon-respon tersebut menjadi tidak pantas kecuali jika pelaku memang pantas untuk diberikan stigma.³¹

Dari pemaparan tersebut, menjadi terlihat bahwa hukuman (pidana) memberikan implikasi dan berpotensi melanggar hak-hak penting, yaitu hak individu untuk tidak diberikan perlakuan keras dan stigma secara sewenang-wenang oleh Negara. Oleh karena itu, beban pembuktian (untuk melakukan kriminalisasi terhadap suatu perbuatan) harus diberikan kepada mereka yang mendukung proposal kriminalisasi tersebut.³² Selanjutnya, ketika mereka tidak bisa memberikan bukti-bukti yang cukup untuk meloloskan proposal kriminalisasi ini atau ketika argumentasi pihak yang

²⁵ *Ibid.*, hlm. 78.

²⁶ *Ibid.*, hlm. 82-83.

²⁷ *Ibid.*, hlm. 83.

²⁸ *Ibid.*

²⁹ *Ibid.*, hlm. 93.

³⁰ *Ibid.*, hlm. 94.

³¹ *Ibid.*

³² *Ibid.*, hlm. 100.

mendukung dan pihak yang tidak mendukung kriminalisasi menjadi sama kuat, kriminalisasi tidak boleh dilakukan.³³

Penting dipahami bahwa ketika seseorang dapat dikenakan sanksi pidana, banyak hal yang lebih penting yang dipertaruhkan jika dibandingkan dengan kebebasan yang ingin ditunjukkan dari diaturnya suatu perbuatan tersebut.

Satu contoh yang bisa diutarakan untuk memahami konteks ini adalah usulan untuk mengkriminalisasi perbuatan memakan donat. Jika kita berasumsi bahwa kebebasan untuk memakan donat tidak terlalu berharga, Negara hanya membutuhkan alasan-alasan minimum untuk menganjurkan masyarakat untuk tidak melakukannya.³⁴ Fakta bahwa donat adalah makanan yang tidak sehat dapat mendukung hal tersebut. Alasan ini kemudian dapat dijustifikasi dengan menggunakan sarana-sarana non penal untuk menghindarkan konsumsi donat, seperti peningkatan pajak bagi produksi donat, larangan mengiklankan donat, program pendidikan kesehatan, dan sebagainya.

Akan tetapi, kepentingan-kepentingan yang terpengaruh oleh kriminalisasi perbuatan memakan donat jauh lebih signifikan dibandingkan hal-hal tersebut. Seseorang tidak hanya memiliki kepentingan untuk memakan donat, tetapi mereka juga punya kepentingan untuk tidak dihukum jika dan ketika mereka tidak mengindahkan larangan tersebut.³⁵ Meskipun Negara memiliki alasan-alasan yang cukup kuat untuk menghindarkan masyarakat dari perbuatan memakan donat, alasan-alasan tersebut dirasa masih kurang kuat untuk mengenakan konsekuensi pidana berupa perlakuan keras dan memberikan stigma kepada pelakunya.³⁶

Dari ilustrasi di atas, terlihat bahwa hak-hak penting pasti akan selalu terpengaruh oleh setiap undang-undang pidana. Ketika kita memahami poin ini, seharusnya kita akan cenderung menolak mekanisme voting dalam pengambilan keputusan untuk melakukan kriminalisasi terhadap suatu perbuatan. Fakta bahwa kemungkinan besar dalam sebuah negara yang demokratis akan mengedepankan suara terbanyak dalam pengambilan keputusan untuk memberikan perlakuan keras dan stigma terhadap suatu perbuatan menjadi tidak cukup kuat untuk melanggar hak kita untuk tidak dihukum.³⁷

2. Pembatasan Eksternal (*External Constraints*)

Pembatasan selanjutnya berkaitan erat dengan hal-hal yang di luar hukum pidana untuk membatasi wewenang Negara untuk mudah memberikan sanksi pidana terhadap suatu

³³ *Ibid.*

³⁴ *Ibid.*, hlm. 102.

³⁵ *Ibid.*

³⁶ *Ibid.*

³⁷ *Ibid.*

perbuatan. Dalam hal ini, Husak memunculkan tiga jenis pembatasan yaitu, (1) kepentingan negara yang substansial (*substantial state interests*), (2) upaya yang secara langsung mendukung terlaksananya kepentingan negara (*direct advancement*), dan (3) pembatasan minimum yang diperlukan (*the minimum necessary extent*).³⁸ Ketiga pembatasan ini berhubungan erat satu dengan yang lain. Pada satu sisi, sebelum memutuskan untuk mengkriminalisasi suatu perbuatan, Negara harus bisa memastikan bahwa usulan kriminalisasi itu relevan dengan kepentingan negara yang substansial yang telah dimilikinya. Selain itu, harus juga dipastikan bahwa tindakan kriminalisasi memberikan pengaruh langsung untuk tercapainya kepentingan negara yang substansial tersebut. Selain itu, jika pilihannya adalah melakukan kriminalisasi, Negara masih harus bisa membuktikan bahwa pemberian hukuman kepada perbuatan tersebut tidak melebihi apa yang seharusnya diberikan untuk mendukung tercapainya dua pembatasan sebelumnya.³⁹

Kombinasi pembatasan internal dan pembatasan eksternal ini menjadi penting untuk kita diskusikan bersama sebelum masuk ke dalam satu konteks yang lebih jauh untuk menentukan apakah suatu perbuatan akan diberikan konsekuensi pidana atau tidak. Mengingat hukum pidana merupakan hukum yang sangat keras, yang bisa memilih untuk menjatuhkan berbagai jenis hukuman dari pidana denda, pidana kurungan, pidana penjara, hingga pidana mati dalam konteks Indonesia, Negara wajib berhati-hati untuk mengenakan sanksi pidana kepada perbuatan tertentu. Membatasi hak-hak individu adalah satu hal, tetapi mengenakan konsekuensi pidana atas larangan tersebut menjadi hal lain yang membutuhkan justifikasi dan standar yang jauh lebih tinggi dibandingkan tindakan sebelumnya.

Potret Kriminalisasi di Indonesia

Selain pemahaman akan teori kriminalisasi yang baik, pilihan untuk mengkriminalisasi suatu perbuatan harus juga memperhatikan perkembangan penggunaan sarana-sarana hukum pidana dalam mengontrol perbuatan dalam suatu masyarakat. Berkenaan dengan hal ini, Ahli dapat menyampaikan bahwa saat ini kita sudah terlalu banyak menggunakan sarana hukum pidana untuk menyelesaikan masalah sosial. Seperti yang sudah diprediksikan oleh Justin Miller pada tahun 1934, hukum pidana akan dijadikan bagian integral dari strategi kontrol sosial pemerintah di belahan dunia manapun.⁴⁰ Melalui hukum pidana, Negara dengan mudahnya mencoba 'hadir' untuk penyelesaian masalah tersebut. Akan tetapi, seperti yang disampaikan Garland, tidak ada hal apapun yang direspon melalui pendekatan ini selain menunjukkan ketidakmampuan Negara mengatasi problematika kejahatan di wilayahnya.⁴¹

Husak menilai bahwa semakin banyak tindak pidana akan memberikan konsekuensi langsung pada banyaknya pembedaan. Ketika makin banyak pembedaan, potensi munculnya ketidakadilan akan

³⁸ *Ibid.*, hlm. 120-121.

³⁹ *Ibid.*, hlm. 121.

⁴⁰ Justin Miller, "Criminal law: An agency for social control" dalam *Yale Law Journal*, 43(5), (1934): hlm. 691-692.

⁴¹ David Garland, *loc.cit.*

semakin besar.⁴² Ketika terjadi overkriminalisasi dan Negara mengabaikan pembatasan-pembatasan yang telah dijelaskan sebelumnya, kita tidak akan mengetahui secara pasti perbuatan-perbuatan apa saja yang diperbolehkan dan perbuatan-perbuatan apa saja yang dilarang dan diberikan konsekuensi pidana. Tidak berhenti di sana, kriminalisasi biasanya akan diikuti dengan pemberian kewenangan baru kepada penegak hukum untuk memproses dugaan tindak pidana baru tersebut. Sebagai akibatnya, polisi dan jaksa memiliki kewenangan untuk menangkap, menahan, dan menuntut hampir setiap orang mengingat begitu luasnya lingkup hukum pidana yang dituangkan ke dalam undang-undang tersebut.⁴³

Berikutnya, penegak hukum memiliki banyak sekali pilihan untuk menghukum individu dengan jenis tindak pidana yang begitu bervariasi.⁴⁴ Dengan begitu banyaknya tindak pidana yang dimunculkan oleh Negara, penegak hukum bahkan dimungkinkan untuk 'menghidupkan' kembali pasal-pasal yang sudah mati suri dan dikenakan terhadap pelaku. Celah ini yang dikhawatirkan oleh Herbert Packer dan Sanford Kadish akan disalahgunakan oleh penegak hukum untuk menggunakan hukum pidana secara sewenang-wenang.⁴⁵ Mengingat korupsi masih menjadi masalah serius dalam penegakan hukum, keduanya khawatir bahwa overkriminalisasi akan berujung pada meningginya tingkat ketidakadilan dan oleh karena itu, mereka menginginkan perbuatan-perbuatan yang berada dalam ranah privat (dan bersifat konsensual) untuk tidak dimintakan pertanggungjawaban pidana.⁴⁶ Senada dengan Packer & Kadish, Husak menilai bahwa perlindungan prosedural – seperti asas praduga tak bersalah, larangan mengakui perbuatannya sendiri, dan sebagainya – tidak akan bisa mengkompensasikan ketidakadilan yang terjadi akibat diciptakannya hukum-hukum (pidana) yang jelek.⁴⁷

Sehubungan dengan hal tersebut, Ahli melakukan penelitian terhadap praktik kriminalisasi yang dilakukan oleh Indonesia pasca Reformasi. Dalam kurun waktu 1998-2014, tercatat 563 undang-undang yang telah kita sahkan. Namun, menariknya, hampir sepertiga dari undang-undang tersebut, yaitu sejumlah 154 undang-undang, memiliki ketentuan pidana.⁴⁸ Ini menunjukkan bahwa Indonesia sedemikian punitifnya hingga menginginkan hukum pidana diberlakukan untuk mengontrol perilaku masyarakat dengan asumsi dapat memberikan efek jera, yang tentu hingga saat ini tidak pernah dievaluasi efektivitasnya. Selain itu, jika 171 undang-undang yang bersifat administratif ditarik dari data, seperti undang-undang tentang pengesahan wilayah administratif, undang-undang pembentukan pengadilan tertentu atau undang-undang tentang pengesahan perjanjian

⁴² Douglas Husak (2), *op.cit.*, hlm. 1.

⁴³ *Ibid.*, hlm. 31.

⁴⁴ *Ibid.*

⁴⁵ *Ibid.*, hlm. 61.

⁴⁶ *Ibid.*

⁴⁷ *Ibid.*

⁴⁸ Anugerah Rizki Akbari, *op.cit.*, hlm. 18.

internasional, maka perbandingan 1:3 tersebut semakin membesar hingga hampir setengah dari 392 undang-undang yang disahkan dalam periode tersebut, memiliki ketentuan pidana di dalamnya.⁴⁹

Dari data tersebut, Ahli membedakan undang-undang yang memiliki ketentuan pidana dengan undang-undang yang memiliki kriminalisasi di dalamnya dengan menciptakan tindak pidana baru. Hasilnya adalah 112 dari 154 undang-undang yang memiliki ketentuan pidana, mengandung praktik kriminalisasi.⁵⁰ Selanjutnya, dari proporsi tersebut, ternyata praktik kriminalisasi banyak digunakan untuk memperbarui tindak pidana (berikut sanksinya) yang telah ada sejumlah 885 dan 716 sisanya adalah tindak pidana baru.⁵¹ Namun, garis tren kriminalisasi menunjukkan perkembangan yang makin meningkat dari 1998 hingga 2014. Oleh sebab itu, dapat dikatakan bahwa Indonesia memiliki tendensi untuk menciptakan tindak pidana baru dari waktu ke waktu.⁵²

Fakta berikutnya yang penting untuk diperhatikan adalah praktik kriminalisasi di Indonesia banyak diisi oleh diberikannya sanksi pidana kepada jenis delik pelanggaran, yang sebenarnya tidak atau kurang memiliki nilai kriminalitas. Sebagaimana dijelaskan sebelumnya, sifat jahat dari pelanggaran baru muncul ketika undang-undang mengaturnya demikian. Berbeda dengan kejahatan yang memang telah dianggap jahat bahkan jauh sebelum undang-undang mengatur tindak pidana tersebut. Dari data yang dianalisis, 442 tindak pidana merupakan pelanggaran dan menyumbang sekitar 62% dari praktik kriminalisasi Indonesia dari 1998-2014. Di sisi lain, kejahatan hanya dicatat sebanyak 274 tindak pidana dan menyumbang 38% terhadap jumlah total kriminalisasi tersebut.⁵³

Selain hal-hal tersebut, tingkat represifitas Indonesia juga ditandai dengan kecenderungan Indonesia untuk memberikan ancaman pidana mati terhadap 1 perbuatan, 7 perbuatan diancam dengan pidana penjara seumur hidup, 649 perbuatan diancam dengan pidana penjara, pidana kurungan diancamkan terhadap 53 tindak pidana, dan 14 tindak pidana sisanya diancam dengan pidana denda.⁵⁴ Selain itu, 219 tindak pidana memiliki ancaman pidana minimum khusus yang mengharuskan pelaku menghabiskan minimum waktu pemidanaan (di luar ketentuan umum dalam KUHP, yaitu minimum 1 hari) sebagai akibat dari dilakukannya tindak pidana.⁵⁵

Begitu menjamurnya tindak pidana yang dimiliki Indonesia tersebut pun tidak disertai dengan kajian mendalam mengenai alasan-alasan kriminalisasi terhadap perbuatan tersebut. Dengan beberapa pengecualian pada undang-undang pidana seperti Undang-Undang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi, Undang-Undang Pemberantasan Tindak Pidana Perdagangan Orang, dan sebagainya, setidaknya dalam studi yang dilakukan penulis, hampir tidak bisa ditemukan adanya bagian khusus

⁴⁹ *Ibid.*, hlm. 20.

⁵⁰ *Ibid.*, hlm. 21.

⁵¹ *Ibid.*, hlm. 22.

⁵² *Ibid.*, hlm. 22-23.

⁵³ *Ibid.*, hlm. 24.

⁵⁴ *Ibid.*, hlm. 42.

⁵⁵ *Ibid.*

dalam naskah akademis suatu undang-undang yang menjelaskan alasan-alasan rasional dan disertai bukti-bukti ilmiah bahwa suatu perbuatan tertentu pantas untuk diberikan perlakuan keras dan diberikan stigma dalam bentuk penghukuman. Oleh karena itu, kualitas dan standar justifikasi yang terus-menerus dipraktikkan oleh Indonesia selama kurun waktu 16 tahun dari 1998-2014 tersebut, masih begitu rendah. Padahal, seperti yang telah kita pelajari bersama, keputusan untuk memberikan konsekuensi pidana terhadap suatu perbuatan harus melalui serangkaian tes atas pembatasan-pembatasan kriminalisasi dan standar yang dibutuhkan menjadi jauh lebih tinggi jika dibandingkan dengan bidang hukum lainnya.

Sebagai akibat dari tidak diindahkannya teori kriminalisasi tersebut, sistem klasifikasi tindak pidana dan gradasi ancaman pidana di Indonesia menjadi kacau. Sebagai ilustrasi, di dalam Pasal 86 Undang-Undang Nomor 43 Tahun 2009 tentang Kearsipan mengancamkan pidana penjara paling lama 10 (sepuluh) tahun dan denda paling banyak Rp 500 juta kepada setiap orang yang dengan sengaja memusnahkan arsip, yang sudah habis masa retensinya dan tidak memiliki nilai tambah, di luar prosedur yang benar. Ancaman pidana yang begitu tinggi ini menjadi pertanyaan serius ketika kita membandingkannya dengan tindak pidana penganiayaan berat yang mengakibatkan kematian dalam Pasal 354 ayat (2) KUHP yang juga mengancamkan lama pidana penjara maksimal 10 tahun bagi pelanggarnya.⁵⁶ Meskipun Undang-Undang Kearsipan dibentuk dengan tujuan agar Indonesia untuk memiliki sistem kearsipan yang komprehensif dan tertata rapi, akan tetapi ancaman pidana penjara paling lama 10 tahun untuk perbuatan yang merupakan pelanggaran administrasi menjadi suatu hal yang sangat tidak pantas untuk diberikan.⁵⁷

Contoh lain adalah Pasal 51 ayat (3) Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2009 tentang Ketenagalistrikan. Dalam ketentuan tersebut dinyatakan bahwa setiap orang yang menggunakan tenaga listrik yang bukan haknya secara melawan hukum dipidana dengan pidana penjara paling lama 7 (tujuh) tahun dan denda paling banyak Rp 2,5 miliar. Di sisi lain, suap yang dilakukan terhadap pegawai negeri atau penyelenggara negara dalam Pasal 5 ayat (1) Undang-Undang Nomor 31 Tahun 1999 *jo.* Undang-Undang Nomor 20 Tahun 2001 tentang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi hanya mengancamkan pelanggarnya dengan pidana penjara minimum 1 tahun dan maksimum 5 tahun dan denda paling sedikit Rp 50 juta dan paling banyak Rp 250 juta. Jika dibandingkan keduanya, tindak pidana suap dalam korupsi tersebut menempati posisi yang jauh lebih tinggi dalam skala keseriusan tindak pidana daripada tindak pidana dalam Undang-Undang Ketenagalistrikan tersebut. Namun, ancaman pidana yang jauh lebih tinggi daripada pasal suap di Undang-Undang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi tersebut membuat sistem tindak pidana dan gradasi pidana menjadi kacau.⁵⁸

Dari ilustrasi di atas, terlihat bahwa praktik kriminalisasi tidak hanya sederhana mengancamkan pidana atas suatu perbuatan tertentu, melainkan harus disertai dengan alasan-alasan yang kuat serta didukung oleh bukti-bukti ilmiah serta tetap harus menyeimbangkan tingkat keseriusan tindak

⁵⁶ *Ibid.*, hlm. 38.

⁵⁷ *Ibid.*

⁵⁸ *Ibid.*, hlm. 39-40.

pidana tersebut dengan berat-ringannya sanksi pidana yang akan diancamkan pada perbuatan tersebut.

Penutup

Menyikapi fenomena overkriminalisasi dan begitu mudahnya Negara menciptakan tindak pidana baru tanpa rasionalisasi yang kuat, Husak mengungkapkan kekhawatirannya dengan mengatakan '*something has gone seriously wrong with the legislative process in the criminal domain ... [therefore there is] urgent need to develop a theory of criminalization to retard the explosive growth of the penal law*'.⁵⁹ Sehubungan dengan hal tersebut dan mengkontekstualisasikannya dengan permohonan dalam perkara ini, perlu diingat bahwa hukum pidana tidak boleh digunakan sebagai alat penyelesaian masalah terdepan dan baru boleh digunakan ketika sarana-sarana lain sudah tidak efektif untuk menyelesaikan masalah tersebut (*ultima ratio*). Kita harus bersama-sama menanyakan kepada diri kita mengenai apa yang telah dan sedang kita lakukan untuk mengantisipasi hal-hal yang dikhawatirkan terjadi melalui permohonan ini.

Menjadi sangat mudah bagi kita untuk mengatakan satu hal adalah salah dalam perspektif berpikir masing-masing, akan tetapi memberikan sanksi pidana kepada individu lain hanya karena ketidaksetujuan atas satu hal merupakan satu hal yang sangat dilarang oleh hukum pidana. Hukum pidana bersifat keras. Ia memiliki elemen perlakuan keras dan memberikan stigma kepada pelakunya. Ia pun harus selalu bisa menyeimbangkan kepentingan dan keamanan kolektif dengan perlindungan individu dan kebebasan sipil. Oleh karena itu, di belahan dunia manapun, hukum pidana harus selalu diposisikan sebagai jalan terakhir dalam penyelesaian masalah sosial.

⁵⁹ Douglas Husak (2), *op.cit.*, hlm. 45.