

BAB II TINJAUAN PUSTAKA

2.1. Kriminalisasi

a) Pengertian Kriminalisasi

“Proses yang memperlihatkan perilaku yang semula tidak dianggap sebagai peristiwa pidana, tetapi kemudian digolongkan sebagai peristiwa pidana oleh masyarakat”.⁶⁷ “Kriminalisasi merupakan salah satu masalah sentral kebijakan hukum pidana, yaitu mengenai kebijakan kriminalisasi (merumuskan perbuatan apa yang seharusnya dijadikan perbuatan pidana) dan kebijakan penalisasi (ancaman sanksi pidana apa yang sebaiknya dikenakan kepada si pelaku pelanggaran)”.⁶⁸ “Kriminalisasi menurut Sudarto adalah penetapan suatu perbuatan yang awalnya bukan merupakan tindak pidana menjadi tindak pidana. Proses ini diakhiri dengan terbentuknya Undang-Undang yang mengancam perbuatan tersebut dengan sanksi pidana”.⁶⁹

Prinsip-prinsip kriminalisasi adalah sebagai berikut :

- a. Mendukung tercapainya tujuan nasional,
- b. Perbuatan yang diskriminalisasi mengakibatkan kerugian atau mendatangkan korban (*subsosialiteit*),
- c. Memperhatikan prinsip biaya dan hasil (*cost and benefit principle*),
- d. Harus dapat ditegakkan (*enforceable*),
- e. Memperhatikan prinsip hukum pidana sebagai sarana terakhir (*ultimum remidium*), *subsidiaritas* bukan *premium remidium*,
- f. Menghindari perumusan yang bersifat samar atau umum (*precision principle*), dan
- g. Perbuatan yang dikriminalisasikan harus (digambarkan secara jelas dalam ketentuan hukum pidana (*clearness principle*)).⁷⁰

Terkait dengan salah satu prinsip kriminalisasi berupa memperhatikan prinsip pidana sebagai sarana terakhir (*ultimum remidium*), maka perlu diketahui penyebab timbulnya doktrin *ultimum remidium* tersebut, yaitu sebagai berikut :

- a. Keterbatasan kemampuan Undang-Undang Hukum Pidana yang hanya mampu menyelesaikan masalah kejahatan secara *symptomathic*, bukan penyebabnya;
- b. Norma ancaman sanksi Hukum Pidana paling berat dibanding norma ancaman sanksi hukum lain karena itu hendaknya hanya dipakai manakala

⁶⁷ Kamus Besar Bahasa Indonesia

⁶⁸ Handoko Duwi, Kriminalisasi Dan Dekriminalisasi, Hawa Dan Ahwa, Pekanbaru, 2015, hal. 13.

⁶⁹ *Ibid.*

⁷⁰ Putusan Perkara Nomor 40/PUU-X/2012, h. 21

- c. norma (hukum) yang lain tidak mampu mengatasi masalah (senjata pamungkas), dan;
- d. Penggunaan norma Hukum Pidana menimbulkan stigmatisasi sosial.⁷¹

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”.⁷²

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*)”.⁷³

“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”.⁷⁴ “Pengertian kriminalisasi dapat pula dilihat dari perspektif nilai. Dalam hal ini yang dimaksudkan dengan kriminalisasi adalah perubahan nilai yang menyebabkan sejumlah perbuatan yang sebelumnya merupakan perbuatan yang tidak tercela dan tidak dituntut pidana, berubah menjadi perbuatan yang dipandang tercela dan perlu dipidana”.⁷⁵

Pengertian kriminalisasi tersebut menjelaskan bahwa ruang lingkup kriminalisasi terbatas pada penetapan suatu perbuatan sebagai tindak pidana yang diancam dengan sanksi pidana. Pengertian kriminalisasi tidak terbatas pada penetapan suatu perbuatan sebagai tindak pidana dan dapat dipidana, tetapi juga

⁷¹ Putusan Perkara Nomor 40/PUU-X/2012, h. 21-22.

⁷² Soekanto, Soerjono, Kriminologi: Suatu Pengantar, Cetakan Pertama, Ghalia Indonesia, Jakarta, 1981. hal. 62.

⁷³ Wignjosoebroto, Soetandyo, “Kriminalisasi Dan Dekriminalisasi: Apa Yang Dibicarakan Sosiologi Hukum Tentang Hal Ini, disampaikan dalam Seminar Kriminalisasi Dan Dekriminalisasi Dalam Pebaruan Hukum Pidana Indonesia, Fakultas Hukum UII, Yogyakarta, 15 Juli 1993. hal. 1

⁷⁴ Sudarto, Kapita Selekta Hukum Pidana, Alumni, Bandung. 1986. hal. 31

⁷⁵ Rusli Effendi dkk, “Masalah Kriminalisasi dan Dekriminalisasi dalam Rangka Pembaruan Hukum Nasional” dalam BPHN, Simposium Pembaruan Hukum Pidana Nasional Indonesia, Binacipta, Jakarta, 1986, hal. 64-65

termasuk penambahan (peningkatan) sanksi pidana terhadap tindak pidana yang sudah ada.

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

1. Kriminalisasi tidak boleh terkesan menimbulkan overkriminalisasi yang masuk kategori the misuse of criminal sanction
2. Kriminalisasi tidak boleh bersifat ad hoc
3. Kriminalisasi harus mengandung unsur korban victimizing baik aktual maupun potensial
4. Kriminalisasi harus memperhitungkan analisa biaya, hasil dan prinsip ultimum remedium
5. Kriminalisasi harus menghasilkan peraturan yang enforceable
6. Kriminalisasi harus mampu memperoleh dukungan publik.
7. Kriminalisasi harus mengandung unsur subsosialitet mengakibatkan bahaya bagi masyarakat, sekalipun kecil sekali
8. Kriminalisasi harus memperhatikan peringatan bahwa setiap peraturan pidana membatasi kebebasan rakyat dan memberikan kemungkinan kepada aparat penegak hukum untuk mengekang kebebasan itu.⁷⁶

b) Asas-Asas Dalam Kriminalisasi

Ada 3 (tiga) asas yang perlu diperhatikan oleh pembentuk Undang-Undang dalam menetapkan suatu perbuatan sebagai tindak pidana beserta ancaman sanksi pidananya, yakni asas legalitas, asas subsidairitas dan asas persamaan/kesamaan. Asas-asas ini dapat dijadikan ukuran untuk menilai tentang sifat adilnya hukum pidana, dan mempunyai fungsi mengatur terhadap kebijaksanaan pemerintah dalam bidang hukum pidana. Asas legalitas merupakan asas pokok dalam penetapan kriminalisasi, yang berfungsi untuk membatasi ruang lingkup hukum pidana dan mengamankan posisi hukum rakyat terhadap negara. Asas subsidairitas bermakna bahwa hukum pidana harus ditempatkan sebagai *ultimum remedium* (senjata pamungkas/upaya terakhir) dalam penanggulangan kejahatan yang menggunakan instrumen penal, bukan sebagai *premium remedium* (senjata utama) untuk mengatasi masalah kriminalitas. Sedangkan asas persamaan/ kesamaan dimaksudkan untuk mengadakan sistem hukum pidana yang lebih jelas dan sederhana, sehingga dapat mendorong lahirnya hukum pidana yang bersifat adil dan untuk menghasilkan hukuman pidana.

⁷⁶ Muladi, Kapita Selekta Hukum Pidana, Badan Penerbit Universitas Diponegoro, Semarang, 1995, hal 256.

c) Syarat-syarat Kriminalisasi

Kriminalisasi harus mempertimbangkan secara mendalam mengenai perbuatan apa yang sepatutnya dipidana, syarat apa yang seharusnya dipenuhi untuk mempersalahkan/mempertanggung jawabkan seseorang yang melakukan perbuatan itu. Dalam menetapkan suatu perbuatan itu sebagai tindak kriminal, perlu memperhatikan kriteria umum sebagai berikut :

1. Apakah perbuatan itu tidak disukai atau dibenci oleh masyarakat karena merugikan, atau dapat merugikan, mendatangkan korban atau dapat mendatangkan korban.
2. Apakah biaya mengkriminalisasi seimbang dengan hasilnya yang akan dicapai, artinya *cost* pembuatan Undang-Undang, pengawasan dan penegakan hukum, serta beban yang dipikul oleh korban, dan pelaku kejahatan itu sendiri harus seimbang dengan situasi tertib hukum yang akan dicapai.
3. Apakah akan makin menambah beban aparat penegak hukum yang tidak seimbang dengan situasi tertib hukum yang akan dicapai.
4. Apakah perbuatan-perbuatan itu menghambat atau menghalangi cita-cita bangsa Indonesia sehingga merupakan bahaya bagi keseluruhan masyarakat.

2.2. Pengertian Tindak Pidana

Pengertian tindak pidana adalah tindakan yang tidak hanya dirumuskan oleh Kitab Undang-Undang Hukum Pidana sebagai kejahatan atau tindak pidana, jadi dalam arti luas hal ini berhubungan dengan pembahasan masalah deliquensi, deviasi, kualitas kejahatan berubah-ubah, proses kriminalisasi dan deskriminasi suatu tindakan atau tindak pidana mengingat tempat, waktu, kepentingan dan kebijaksanaan golongan yang berkuasa dan pandangan hidup orang (berhubungan dengan perkembangan sosial, ekonomi dan kebudayaan pada masa dan di tempat tertentu).⁷⁷

“Defenisi Tindak pidana dalam bahasa Belanda dikenal dengan istilah *strafbaar feit* yang sebenarnya merupakan istilah resmi dalam *straf wetboek* atau Kitab Undang-undang Hukum Pidana (selanjutnya disingkat KUHP) yang sekarang berlaku di Indonesia istilah dalam bahasa asing yaitu *delict*”.⁷⁸ “Istilah tindak pidana merupakan terjemahan dari *strafbaar feit*, didalam Kitab Undang-Undang

⁷⁷ S. R. Sianturi, Asas-asas Hukum Pidana, Stora Grafika, Jakarta, 2002, hal 204.

⁷⁸ Prodjodikoro Wirjono, Tindak-tindak Pidana Tertentu di Indonesia, Refika Aditama, Bandung, 2003, hal 59.

Hukum Pidana tidak terdapat penjelasan mengenai apa sebenarnya yang dimaksud dengan *strafbaar feit* itu sendiri”⁷⁹

Biasanya tindak pidana disinonimkan dengan delik, yang berasal dari bahasa latin yakni kata *delictum*. “Delik adalah perbuatan yang dapat dikenakan hukuman karena merupakan pelanggaran terhadap undang-undang tindak pidana”.⁸⁰

“Prof.Mr.D.Simons mengartikan bahwa *strafbaar feit* adalah kelakuan (*handeling*) yang diancam dengan pidana, yang bersifat melawan hukum yang berhubungan dengan kesalahan, dan dilakukan oleh orang yang bertanggung jawab”.⁸¹ “Prof. Mr.G.A.Van Hamel mengartikan *strafbaar feit* itu adalah sama dengan perumusan dari Simons, tetapi Van Hamel menambahnya dengan kalimat, bahwa kelakuan itu harus patut dipidana”.⁸²

Menurut Moeljatno, jika melihat pengertian *strafbaar feit* dari kedua sarjana tersebut diatas, maka pada pokoknya ternyata bahwa :

- a. *Feit* dalam *strafbaar feit* berarti *handeling*, kelakuan atau tingkah laku;
- b. Pengertian *strafbaar feit* dihubungkan dengan kesalahan orang yang mengadakan kelakuan tadi.

Selanjutnya Moeljatno menyatakan bahwa mengenai yang :

- a. Tersebut berbeda dengan pengertian “perbuatan” dalam perbuatan pidana. Perbuatan adalah kelakuan+kejadian yang ditimbulkan oleh kelakuan atau dengan pendek = kelakuan+akibat dan bukan kelakuan saja.
- b. Berbeda juga dengan “perbuatan pidana”, sebab perbuatan pidana tidak dihubungkan dengan kesalahan yang merupakan pertanggungjawaban pidana bagi orang yang melakukan perbuatan pidana. Perbuatan pidana hanya menunjuk kepada sifat perbuatan saja, yaitu sifat dilarang dengan ancaman dengan pidana kalau dilanggar. Apakah yang melanggar itu benar-benar dipidana seperti yang sudah diancamkan, ini tergantung kepada keadaan batinnya dan hubungan batinnya dengan perbuatan itu, yaitu dengan kesalahannya. Jadi perbuatan pidana dipisahkan dari pertanggungjawaban pidana, dipisahkan dengan kesalahan. Lain halnya dengan *strafbaar feit*, didalamnya dicakup pengertian perbuatan pidana dan kesalahan.⁸³

Banyak istilah yang digunakan untuk menunjukkan pengertian *strafbaar feit* antara lain peristiwa pidana, perbuatan pidana dan perbuatan-perbuatan yang dapat dihukum. Berbagai-berbagai istilah tidak menjadi soal asalkan diketahui apa maksud dan pengertian dari istilah itu sendiri. “Dalam hal ini Hermin Hadiayati

⁷⁹ Prasetyo Teguh, *Hukum Pidana Edisi Revisi*, Raja Grafindo Persada, Jakarta, 2011, hal 47.

⁸⁰ Kamus Besar Bahasa Indonesia.

⁸¹ Sastrawidjaja Sofjan, *Hukum Pidana 1*, Armico, Bandung, 1990, Hal 113.

⁸² *Ibid.*

⁸³ *Ibid, hal 113-114.*

Koeswadji mengemukakan bahwa dalam kepustakaan hukum pidana, istilah tindak pidana merupakan istilah yang dipakai sebagai terjemahan dari istilah bahasa belanda *strafbaar feit*.⁸⁴

“Moeljatno menerjemahkan istilah *strafbaar feit* dengan perbuatan pidana. Menurut pendapat beliau istilah perbuatan pidana adalah perbuatan yang dilarang oleh suatu aturan hukum larangan mana disertai ancaman (sanksi) yang berupa pidana tertentu, bagi barangsiapa yang melanggar larangan tersebut”.⁸⁵ “Tindak pidana adalah perbuatan yang oleh aturan hukum dilarang dan diancam dengan pidana. Pengertian perbuatan di sini selain perbuatan yang bersifat aktif (melakukan sesuatu yang sebenarnya dilarang oleh hukum) dan perbuatan yang bersifat pasif (tidak berbuat sesuatu yang sebenarnya diharuskan oleh hukum)”.⁸⁶

Tindak pidana merupakan suatu pengertian yuridis, lain halnya dengan istilah perbuatan jahat atau kejahatan. Secara yuridis formal, tindak kejahatan merupakan bentuk tingkah laku yang melanggar undang-undang pidana. Oleh sebab itu setiap perbuatan yang dilarang oleh undang-undang harus dihindari dan barang siapa melanggarnya maka akan dikenakan pidana. Jadi larangan-larangan dan kewajiban-kewajiban tertentu yang harus ditaati oleh setiap warga Negara wajib dicantumkan dalam undang-undang maupun peraturan-peraturan pemerintah, baik di tingkat pusat maupun daerah.⁸⁷

“Menurut Pompe, perkataan tindak pidana secara teoritis dapat dirumuskan suatu pelanggaran norma atau gangguan terhadap tertib hukum yang dengan sengaja ataupun tidak dengan sengaja telah dilakukan oleh seorang pelaku yang penjatuhan hukuman terhadap pelaku tersebut adalah perlu demi terpeliharanya tertib hukum dan terjaminnya kepentingan umum”.⁸⁸

“Jonkers merumuskan bahwa tindak pidana sebagai peristiwa pidana yang diartikannya sebagai suatu perbuatan yang melawan hukum (*wederrechtelijk*) yang berhubungan dengan kesengajaan atau kesalahan yang dilakukan oleh orang yang dapat dipertanggungjawabkan”.⁸⁹

Tindak pidana adalah kelakuan manusia yang dirumuskan dalam undang-undang, melawan hukum, yang patut dipidana dan dilakukan dengan kesalahan. Orang yang melakukan perbuatan pidana akan

⁸⁴ *Ibid.*

⁸⁵ Mahrus Ali, Dasar-Dasar Hukum Pidana, Sinar Grafika, Jakarta Timur, 2011, hal. 97.

⁸⁶ Prasetyo Teguh, Hukum Pidana Edisi Revisi, Raja Grafindo Persada, Jakarta, 2011, hal 49.

⁸⁷ P.A.F. Lamintang, Dasar-Dasar Hukum Pidana Indonesia, Citra Aditya Bakti, Bandung, 1997, hal. 182

⁸⁸ *Ibid.*

⁸⁹ Adami Chazawi, Pelajaran Hukum Pidana 1, Raja Grafindo Persada, Jakarta, 2001, hal. 75.

mempertanggungjawabkan perbuatan dengan pidana apabila ia mempunyai kesalahan, seseorang mempunyai kesalahan apabila pada waktu melakukan perbuatan dilihat dari segi masyarakat menunjukkan pandangan normatif mengenai kesalahan yang dilakukan.⁹⁰

Dalam KUHP sendiri, tindak pidana dibagi menjadi dua yakni kejahatan dan pelanggaran yang masing-masing termuat dalam buku II dan buku III KUHP. Pelanggaran sanksinya lebih ringan dari kejahatan. Pengertian tindak pidana mempunyai unsur-unsur sebagai berikut:

- a. Subjek;
- b. Kesalahan;
- c. Bersifat melawan hukum (dari tindakan);
- d. Suatu tindakan yang dilarang atau diharuskan oleh Undang-undang dan terhadap pelanggarannya diancam dengan pidana;
- e. waktu, tempat dan keadaan (unsur objektif lainnya).

Pada umumnya tindak pidana dapat dilakukan oleh manusia atau orang pribadi oleh karena itu hukum pidana selama ini hanya mengenai orang dan sekelompok orang dan subjek hukum. Subjek hukum berdasarkan KUHP, maka yang dimaksud dengan pelaku tindak pidana adalah :

1. Orang yang melakukan (*plegen*), dalam hal ini orang yang menyuruh melakukan adalah seseorang yang secara sendiri melakukan semua unsur-unsur dari suatu tindak pidana.
2. Orang yang menyuruh melakukan atau pemberi perintah (*deon plegen*), dalam hal ini paling sedikit harus ada dua orang, yaitu orang yang menyuruh melakukan dan orang yang disuruh melakukan, orang yang menyuruh melakukan tindak pidana tidak melakukan unsur-unsur dari suatu tindak pidana. akan tetapi orang yang disuruh melakukan tindak pidana, orang yang disuruh dalam hubungan yang hanya dianggap sebagai alat semata.
3. Orang yang turut serta melakukan (*medeplegen*), dalam hal ini paling sedikit harus ada dua orang yang bersama-sama melakukan suatu tindak pidana, mereka secara sadar bersama-sama melakukan tindak pidana tertentu. Dengan demikian mereka juga secara bersama-sama dapat mempertanggungjawabkan atas tindak pidana yang dilakukannya itu.
4. Orang yang membujuk melakukan (*uitloker*), dalam hal ini harus ada dua orang, yaitu orang yang membujuk, yang menggerakkan orang lain untuk melakukan tindak pidana dan orang yang dibujuk atau orang yang digerakkan untuk melakukan tindak pidana dan keduanya dapat dipertanggungjawabkan.

⁹⁰ Andi Hamzah, Bunga Rampai Hukum Pidana dan Acara Pidana, Ghalia Indonesia, Jakart, 2001, hal. 22

Pengertian Tindak Pidana Menurut Draft Naskah Akademik Rancangan Undang-Undang tentang Kitab Undang-Undang Hukum Pidana

Tindak Pidana adalah perbuatan melakukan atau tidak melakukan sesuatu yang oleh Peraturan Perundang-Undangan dinyatakan sebagai perbuatan yang dilarang dan diancam dengan pidana. Untuk dinyatakan sebagai tindak pidana, selain perbuatan tersebut dilarang dan diancam pidana oleh Peraturan Perundang-Undangan, harus juga bersifat melawan hukum atau bertentangan dengan kesadaran hukum masyarakat.

Dasar untuk menyatakan suatu perbuatan sebagai tindak pidana atau bukan bertolak dari asas legalitas formal, namun demikian juga memberi tempat kepada hukum yang hidup/hukum tidak tertulis sebagai sumber hukum, rambu-rambunya yaitu sepanjang sesuai dengan nilai-nilai Pancasila dan/atau prinsip-prinsip hukum umum yang diakui oleh masyarakat bangsa-bangsa (nilai-nilai nasional dan internasional). Sesuai dengan nilai-nilai nasional yaitu Pancasila, artinya sesuai dengan nilai paradigma moral religius, nilai kemanusiaan, kebangsaan, demokrasi, dan nilai-nilai keadilan sosial. Sedangkan nilai-nilai internasional adalah mengacu/bersumber dari istilah "*the general principle of law recognized by the community of nations*" yang terdapat dalam Pasal 15 ayat (2) ICCPR (*International Covenant on Civil and Political Right*).

Berkaitan dengan "pengkualifikasian delik", pembobotan delik adalah :

- a. Delik yang dipandang "sangat ringan" yaitu yang hanya diancam dengan pidana denda ringan (kategori 1 atau II) secara tunggal. Delik-delik yang dikelompokkan disini ialah delik-delik yang dulunya diancam dengan pidana penjara/kurungan di bawah 1 (satu) tahun atau denda ringan atau delik-delik baru yang menurut penilaian bobotnya di bawah 1 (satu) tahun penjara.
- b. Delik yang dipandang "berat", yaitu delik-delik yang pada dasarnya patut diancam dengan pidana penjara di atas 1 (satu) tahun s/d 7 (tujuh) tahun. Delik yang dikelompokkan disini akan selalu dialternatifkan dengan pidana denda lebih berat dari kelompok pertama, yaitu denda kategori III atau IV. Delik dalam kelompok ini ada juga yang ancaman minimal khusus.
- c. Delik yang dipandang "sangat berat/sangat serius", yaitu delik yang diancam dengan pidana penjara di atas 7 (tujuh) tahun atau diancam dengan pidana lebih berat (yaitu pidana mati atau penjara seumur hidup). Untuk menunjukkan sifat berat, pidana penjara untuk delik dalam kelompok ini hanya diancam secara tunggal atau untuk delik-delik tertentu dapat dikumulasikan dengan pidana denda kategori V atau diberi ancaman minimal khusus.

Patut dicatat, dalam hal-hal tertentu ada penyimpangan dari pola di atas, antara lain khusus untuk delik yang selama ini dikenal dengan “kejahatan ringan”, polanya adalah diancam dengan maksimum 6 (enam) bulan penjara dengan alternatif denda kategori II. Di samping tetap ada penggolongan kriminalisasi delik berdasarkan klasifikasi bobot seperti dikemukakan di atas, juga dalam hal-hal tertentu tetap mempertahankan karakteristik akibat hukum dari delik yang digolongkan sangat ringan. Misalnya dengan menyatakan “percobaan atau pembentukan untuk tindak pidana yang diancam dengan pidana denda kategori I, tidak dipidana”.

Adapun hal-hal yang perlu dikembangkan dalam ketentuan umum tentang bentuk-bentuk tindak pidana adalah:

- a. Untuk percobaan tidak mampu tetap pidana, tetapi maksimum pidananya dikurangi setengah;
- b. Untuk percobaan tidak selesai karena *ruckrit* (pengunduran diri secara sukarela), tidak dipidana;
- c. Untuk percobaan tidak selesai karena *tatiger reue*:
 - Tidak dipidana apabila pembuat dengan kehendaknya sendiri mencegah tercapainya tujuan atau akibat perbuatannya;
 - Tetap dipidana, apabila telah menimbulkan kerugian atau menurut peraturan perundang-undangan telah merupakan tindak pidana tersendiri.

Rancangan Undang-Undang tentang Kitab Undang-Undang Hukum Pidana Pasal 11 ayat (1), “Tindak Pidana adalah perbuatan melakukan atau tidak melakukan sesuatu yang oleh Peraturan Perundang-Undangan dinyatakan sebagai perbuatan yang dilarang dan diancam dengan pidana”. Ayat (2), “Untuk dinyatakan sebagai tindak pidana, selain perbuatan tersebut dilarang dan diancam pidana oleh Peraturan Perundang-Undangan, harus juga bersifat melawan hukum atau bertentangan dengan hukum yang hidup dalam masyarakat”. Ayat (3) Setiap tindak pidana selalu dipandang bersifat melawan hukum, kecuali ada alasan pembenar”.

2.3. Pengertian Perbuatan Makar

Makar yaitu sebuah tindakan yang membuat pemerintah tidak bisa menjalankan peranan serta tugasnya sesuai Undang-undang. Tindakan makar menurut Pasal 107 KUHP terbagi dalam 4 jenis yakni tindakan makar pada pemerintah, makar lokasi makar ideologi, serta makar pada Presiden atau Kepala Negara.

Makar juga kadang-kadang disebut sebagai kejahatan perorangan yang dengan niat menyatukan orang banyak berencana melakukan kejahatan untuk menggulingkan pemerintahan yang sah, atau kejahatan golongan (organisasi) yang

dengan niat berencana melakukan pemberontakan untuk merebut pemerintahan negara lewat cara paksa tidak mematuhi hukum formal (*Inkonstitusional*).

Dari segi hukum pidana, pengertian makar yaitu bentuk kejahatan yang bisa mengganggu keamanan negara mencakup makar yang ditujukan pada presiden serta wakil presiden, lokasi negara, serta pemerintahan seperti yang tercantum dalam KUHP Pasal 104, 106, serta 107. Sebuah tindakan bisa disebut dengan makar bila kejahatan diperuntukkan pada pemimpin satu negara seperti presiden serta wakil presiden. Bila pelaku kejahatan tidak tahu atau tidak dengan berniat menyerang pemimpin negara perbuatannya tidak bisa disebut dengan makar serta jatuh pada kejahatan umum.

Arti makar kerap diidentikkan dengan arti kudeta yang memiliki arti tindakan pemberontakan untuk menggulingkan kekuasaan yang sah seperti yang terjadi Mesir, Thailand, Myanmar, serta negara-negara lain. Bila kita rujuk pada kamus besar bahasa Indonesia, arti makar sendiri memiliki arti yang lebih luas. “Makar, menurut kamus besar bahasa Indonesia bisa didefinisikan sebagai perbuatan tipu muslihat, atau akal busuk yang dilakukan manusia untuk menjatuhkan atau menyerang seseorang. Atau bisa juga diartikan sebagai tipu muslihat untuk menjatuhkan pemimpin atau pemerintahan yang sah”.⁹¹

Ketentuan tindak pidana makar termuat dalam Kitab Undang-Undang Hukum Pidana, Pasal 104 “makar dengan maksud untuk membunuh, atau merampas kemerdekaan, atau meniadakan kemampuan Presiden atau Wakil Presiden memerintah, diancam dengan pidana mati atau pidana penjara seumur hidup atau pidana penjara sementara paling lama dua puluh tahun”. Pasal 106 “makar dengan maksud supaya seluruh atau sebagian dari wilayah negara, diancam dengan pidana penjara seumur hidup atau pidana penjara sementara paling lama dua puluh tahun”. Pasal 107 ayat (1) “makar dengan maksud untuk menggulingkan pemerintah, diancam dengan pidana penjara paling lama lima belas tahun”. Ayat (2) “para pemimpin dan pengatur makar tersebut dalam ayat (1), diancam dengan pidana penjara seumur hidup atau pidana penjara sementara paling lama dua puluh tahun”.

Pasal 108 ayat (1) “Barang siapa bersalah karena pemberontakan, diancam dengan pidana penjara paling lama lima belas tahun:

1. orang yang melawan pemerintah Indonesia dengan senjata;
2. orang yang dengan maksud melawan Pemerintah Indonesia menyerbu bersama-sama atau menggabungkan diri pada gerombolan yang melawan Pemerintah dengan senjata”.

⁹¹ Kamus Besar bahasa Indonesia.

Ayat (2) “Para pemimpin dan para pengatur pemberontakan diancam dengan penjara seumur hidup atau pidana penjara sementara paling lama dua puluh tahun”.

Kata makar (*aanslag*) berarti serangan, tetapi selanjutnya ada penafsiran khusus termuat dalam Pasal 87 KUHPidana yang mengatakan bahwa makar untuk suatu perbuatan sudah ada apabila kehendak si pelaku sudah tampak berupa permulaan pelaksanaan (*begin van uitvoering*) dalam arti yang dimaksudkan dalam Pasal 53 KUHP. Pasal 53 ini mengenai percobaan melakukan suatu bentuk kejahatan yang dapat di hukum (*strafbare poging*) dan membatasi penindakan pidana pada suatu perbuatan pelaksanaan (*uitvoerings handeling*) sehingga tidak dapat dihukum suatu perbuatan yang baru merupakan perbuatan persiapan (*voorbereidingshandeling*).⁹²

Berdasarkan pasal tersebut diatas dapat disimpulkan bahwa unsur terpenting dari makar untuk melakukan suatu perbuatan adalah sebagai berikut:

1. Niat, oleh pembentuk Undang-Undang digunakan sebagai suatu tanda atau pedoman untuk menyatakan adanya kesengajaan. Maka diketahui bahwa kesengajaan itu ada apabila si pelaku itu menghendaki dan mengetahui apa yang ia lakukan.
2. Permulaan pelaksanaan.

Apakah yang dimaksud dengan pelaksanaan disini, adalah pelaksanaan kehendak atautkah pelaksanaan kejahatan. Pelaksanaan kehendak yang berbuat, akan tetapi dari penjelasan resmi tentang Pasal tersebut ternyata bahwa hal itu harus diartikan sebagai pelaksanaan dari kejahatannya. Memang hal ini dapat dibenarkan, jika dihubungkan dengan perkataan selesainya pelaksanaan itu, perkataan mana yang hanya dapat diartikan selesainya kejahatan dan bukan selesainya kehendak.

Negara merupakan suatu organisasi yang mempunyai tugas pelaksanaan usaha-usaha pencapaian tujuan nasional guna mempertahankan dan meningkatkan kelestarian kehidupan bangsa dan negara. Karenanya kepentingan hukum negara meliputi keamanan dan ketertiban didalam kehidupan bangsa dan negara. Kelancaran kehidupan bangsa dan negara membutuhkan keamanan dan ketertiban didalam kehidupan bangsa dan negara. Gangguan-gangguan terhadap keamanan dan ketertiban masyarakat, keamanan dan ketertiban mana merupakan syarat mutlak bagi kelestarian bangsa dan negara.

Makar terhadap negara dan bentuk pemerintahan negara merupakan tindak pidana yang berbahaya yang bisa mengancam kelestarian bangsa dan negara Indonesia. Ketertiban hukum yang dilindungi dalam hal ini adalah keamanan Negara yang meliputi:

- Keamanan kepada kepala negara;

⁹² Prakoso Djoko, Tindak Pidana Makar Menurut KUHP, Jakarta, 1985, hal 16.

- Keamanan wilayah negara;
- Keamanan bentuk pemerintahan negara;

Makar Terhadap Keamanan Negara

Pengkhianatan atau makar (*treason*) dan tindak pidana terhadap keamanan negara merupakan sebagian dari tindak pidana yang sangat berat dan mengkhawatirkan. Perilaku dalam kategori ini akan sangat membahayakan keamanan dan kesejahteraan seluruh bangsa. Di samping tindak pidana yang telah dikenal dalam KUHP sekarang seperti: makar untuk membunuh Presiden dan Wakil Presiden (Pasal 104), makar untuk memisahkan sebagian wilayah Indonesia (Pasal 106), makar untuk menggulingkan pemerintah (Pasal 107) dan pemberontakan, maka ke depan perlu diatur beberapa perilaku untuk dijadikan tindak pidana baru. Kriminalisasi ini didasarkan pada pengalaman masyarakat Indonesia dalam tahun 1965, yang tidak dikehendaki terulang kembali.

Adapun perilaku yang perlu dikriminalisasi untuk mencegah terjadinya pengkhianatan tersebut di atas adalah: perbuatan menentang ideologi negara Pancasila atau UUDNRI 1945, kegiatan penyebaran paham komunis atau marxisme atau leninisme, dan hubungan dengan organisasi yang berasaskan komunisme, atau marxisme atau leninisme. Adapun perbuatan-perbuatan tersebut merupakan tindak pidana, apabila menimbulkan akibat terganggunya stabilitas di bidang politik dan keamanan (delik materil).

Beberapa perbuatan yang dikaitkan dengan tindak pidana makar antara lain adalah:

- a. makar terhadap Presiden dan Wakil Presiden, dalam hal ini berupa perbuatan yang bertujuan membunuh atau merampas kemerdekaan Presiden atau Wakil Presiden, atau menjadikan Presiden atau Wakil Presiden tidak mampu menjalankan pemerintahan;
- b. makar terhadap Negara Kesatuan Republik Indonesia, yaitu perbuatan yang bertujuan maksud melepaskan wilayah Negara kepada kekuasaan asing atau dengan maksud untuk memisahkan sebagian wilayah Negara;
- c. makar terhadap Pemerintah yang sah, yaitu perbuatan dengan tujuan menjatuhkan atau melumpuhkan pemerintah yang sah. Sedangkan Pengaturan mengenai tindak pidana terhadap pertahanan negara mengacu pada perbuatan-perbuatan terhadap pertahanan negara, pengkhianatan terhadap negara dan pembocoran rahasia negara, sabotase dan tindak pidana pada waktu perang.

2.4. Hak Asasi Manusia (HAM)

Istilah Hak Asasi Manusia dalam beberapa bahasa asing dikenal dengan sebutan *droit de l'home* (Perancis), yang berarti hak manusia, *human rights*

(Inggris) atau *mensen rechten* (Belanda) yang dalam bahasa Indonesia disalin menjadi hak-hak kemanusiaan atau hak-hak asasi manusia. Hak asasi manusia merupakan hak dasar yang secara kodrati melekat pada diri manusia, bersifat universal dan langgeng, oleh karena itu harus dilindungi, dihormati, dipertahankan, dan tidak boleh diabaikan, dikurangi, atau dirampas oleh siapapun.

Hak asasi manusia adalah hak-hak dasar yang melekat pada diri manusia secara kodrati, universal, dan abadi sebagai anugerah yang diberikan oleh Tuhan Yang Maha Esa. Hak-hak seperti hak untuk hidup, hak berkeluarga, hak untuk mengembangkan diri, hak keadilan, hak kemerdekaan, hak berkomunikasi, hak keamanan, dan hak kesejahteraan merupakan hak yang tidak boleh diabaikan atau dirampas oleh siapapun, seperti yang tercantum pada rumusan hak asasi manusia sebagaimana tertuang dalam Pembukaan Piagam Hak Asasi Manusia *vide* Tap MPR No. XVII/MPR/1998. Undang-Undang Nomor 39 Tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia Pasal 1 angka 1 menjelaskan “Hak Asasi Manusia adalah seperangkat hak yang melekat pada hakikat dan keberadaan manusia sebagai makhluk Tuhan Yang Maha Esa dan merupakan anugerah-Nya yang wajib dihormati, dijunjung tinggi dan dilindungi oleh negara, hukum, Pemerintah, dan setiap orang demi kehormatan serta perlindungan harkat dan martabat manusia”.

Pasal 2 “Negara Republik Indonesia mengakui dan menjunjung tinggi hak asasi manusia dan kebebasan dasar manusia sebagai hak yang secara kodrati melekat pada dan tidak terpisahkan dari manusia, yang harus dilindungi, dihormati, dan ditegakkan demi peningkatan martabat kemanusiaan, kesejahteraan, kebahagiaan, dan kecerdasan serta keadilan”.

John Locke berpendapat bahwa hak asasi adalah hak yang diberikan langsung oleh Tuhan sebagai sesuatu yang bersifat kodrati. Artinya, hak yang dimiliki manusia menurut kodratnya tidak dapat dipisahkan dari hakikatnya, sehingga sifatnya suci. David Beetham dan Kevin Boyle mengemukakan bahwa HAM dan kebebasan-kebebasan fundamental adalah hak-hak individual yang berasal dari kebutuhan-kebutuhan serta kapasitas-kapasitas manusia. Menurut Austin-Ranney, HAM adalah ruang kebebasan individu yang dirumuskan secara jelas dalam konstitusi dan dijamin pelaksanaannya oleh pemerintah. Miriam Budiardjo membatasi pengertian hak-hak asasi manusia sebagai hak yang dimiliki manusia yang telah diperoleh dan dibawanya bersamaan dengan kelahiran atau kehadirannya di dalam masyarakat. Menurut Oemar Seno Adji yang dimaksud dengan hak-hak asasi manusia ialah hak yang melekat pada martabat manusia sebagai insan ciptaan Tuhan Yang Maha Esa yang sifatnya tidak boleh dilanggar oleh siapapun, dan yang seolah-olah merupakan suatu holy area.⁹³

⁹³ <http://www.zonasiswa.com/2017/10/pengertian-hak-asasi-manusia-ham.html>

“Hak Asasi Manusia adalah hak seorang manusia yang sangat asasi yang tidak bisa diintervensi oleh manusia di luar dirinya atau oleh kelompok atau lembaga-lembaga manapun untuk meniadakannya. Hak Asasi Manusia pada hakekatnya telah ada sejak seorang manusia masih berada dalam kandungan sampai saat ia meninggal dunia”.⁹⁴

“Hak asasi manusia sebagai anugerah Tuhan Yang Maha Esa, biasa dirumuskan sebagai hak kodratiah yang melekat dimiliki oleh manusia sebagai karunia pemberian Tuhan kepada insan manusia dalam menopang dan mempertahankan hidup dan prikehidupannya di muka bumi”.⁹⁵ “DF. Scheltens mengemukakan bahwa HAM adalah hak yang diperoleh setiap manusia sebagai konsekuensi ia dilahirkan menjadi manusia, karenanya HAM harus dibedakan dengan hak dasar, dimana HAM berasal dari kata *Mensen Rechten*, sedangkan hak dasar berasal dari kata *Ground Rechten*”⁹⁶

Definisi tentang apa yang dimaksud dengan Hak Asasi Manusia berpedoman pada apa yang tertuang secara normatif di dalam Undang-Undang, menurut Undang-Undang Nomor 39 Tahun 1999, yang dimaksud dengan Hak Asasi Manusia terdiri dari 7 jenis prinsip, sebagaimana tertuang didalam pasal 1 angka 1 yang menyatakan “yang dimaksud dengan Hak Asasi Manusia adalah seperangkat hak yang melekat pada hakekat dan keberadaan manusia sebagai makhluk Tuhan Yang Maha Esa dan merupakan anugerah-nya yang wajib dihormati, dijunjung tinggi dan dilindungi oleh negara, hukum, Pemerintah dan setiap orang demi kehormatan serta perlindungan harkat dan martabat manusia”.⁹⁷

Hak Asasi Manusia adalah hak-hak yang melekat pada diri manusia, dan tanpa hak-hak itu manusia tidak dapat hidup layak sebagai manusia. Hak asasi manusia adalah hak yang dimiliki manusia yang telah diperoleh dan dibawanya bersamaan dengan kelahirannya, atau kehadirannya di dalam kehidupan masyarakat. Hak Asasi bersifat umum (*universal*), karena diyakini beberapa hak dimiliki tanpa perbedaan atas bangsa, ras, agama, atau jenis kelamin. Dasar dari hak asasi, bahwa manusia harus memperoleh kesempatan untuk berkembang sesuai dengan bakat dan cita-citanya.

Hak Asasi manusia bersifat *supralegal*, artinya tidak bergantung kepada adanya suatu negara atau Undang-Undang Dasar, maupun kekuasaan pemerintah, bahkan memiliki kewenangan lebih tinggi, karena hak asasi manusia dimiliki manusia bukan karena kemurahan atau pemberian pemerintah, melainkan karena

⁹⁴ Harahap bazar dan Sutardi Nawangsih, Hak Asasi Manusia Dan Hukumnya, Yani's, Jakarta, 2006, hal. 6.

⁹⁵ Qamar Nurul, Hak Asasi Manusia Dalam Negara Hukum Demokratis, Sinar Grafika, Jakarta, 2014, hal 16.

⁹⁶ *Ibid*

⁹⁷ *Ibid*, hal 8.

berasal dari sumber yang lebih tinggi, yaitu Tuhan Yang Maha Esa. Disebut HAM karena melekat pada eksistensi manusia, yang bersifat universal, merata dan tidak dapat dialihkan.

Hak Asasi Manusia yang terkait dengan hak mengeluarkan pendapat, berserikat dan berkumpul berdasarkan Pancasila dan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia 1945 dan oleh karena tidak boleh bertentangan dengan Pancasila dan undang-Undang Dasar Republik Indonesia 1945.